فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار
(دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي)

أطروحة علمية

مقدمة لاستيفاء بعض الشروط للحصول

على درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

إعداد الطالب:

علي معتوق علي صالح

رقم القيد: **F043417081**

كلية الدراسات العليا

جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية

سورابايا

2019 م

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه، وبياناتي كالآتي:

الاسم: علي معتوق علي صالح

رقم القيد: F 043417081

المرحلة: الدكتوراه تخصص شريعة وقانون

الجهة: كلية الدراسات العليا جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية بسورابايا

أقر بأن هذه الأطروحة بكافة أجزائها أحضرتها من بحثي وكتبتها بنفسي إلا مواضع منقولة عزوتها إلى مصادرها.

هذا، وحررتُ هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة، ولم يجبرني أحد على ذلك.

سورابايا 28 مارس 2019م

علي معتوق علي صالح

UIN SUNAN AMPEL
S U R A B A Y A

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة سونان أمبيل الإسلامية

كلية الدراسات الإسلامية تخصص الشريعة والقانون

((فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي))

إعداد الطالب :. علي معتوق علي صالح رقم القيد:. F043417081

تقـرير المشـــــرفين قد دافع الطالب عن هذ الرسالة أمام لجنة المشرفين وتقرر قبولها شرطا لنيل درجة الدكتوراه

وتتكون لجنـــة المشـرفين من الســادة الأســاتذة :

الدكتور البرفسور: أحمد زهرا مشرفا أساسيا.....,

الدكتور أحمد نور فواد مشرفا أساسيا.....

العام الجامعي 2019

كلية الدراسات العليا

جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية

سورابايا

موافقة لجنة المناقشة

عنوان البحث: فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار

(دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي)

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة بجامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا في الشريعة والقانون

إعداد الطالب: علي معتوق علي صالح رقم القيد: F043417081

قد دافع الطالب عن هذا البحث أمام لجنة المناقشة وقررت بقبولها شرطا لنيل درجة الدكتوراة في الشريعة والقانون في يوم الاثنين .الموافق - 23- 09 - 2019

وتتكون لجنة المناقشة من السادة الأساتذة الدكاترة:-

الأستاذ الدكتور: أحمد زهرا - مشرفا أساسيا ومناقشا .....

الأستاذ الدكتور: أحمد نور فؤاد - مشرفا ثاني ومناقشا - .....

الأستاذ الدكتور: سعيد عقيل حسين - مناقشا - .....

الأستاذ الدكتور: همي شفق - مناقشا - .....

الأستاذ الدكتور: محمد عارف - مناقشا - .....

الأستاذ الدكتور: محمد لطائف الغزالي - مناقشا - .....

الأستاذ الدكتور : أحمد امام ماوردي - مناقشا - .....

يعتمد عميد كلية الدراسات العليا جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا

KEMENTERIAN AGAMA PASCA SARJANA UIN SUNAN AMPEL SURABAYA

الأستاذ الدكتور ... سودي

KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI SUNAN AMPEL SURABAYA
PERPUSTAKAAN
Jl. Jend. A. Yani 117 Surabaya 60237 Telp. 031-8431972 Fax.031-8413300
E-Mail: perpus@uinsby.ac.id

LEMBAR PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
KARYA ILMIAH UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademika UIN Sunan Ampel Surabaya, yang bertanda tangan di bawah ini, saya:

Nama	:	ALI MATUQ ALI SALEH
NIM	:	F43417081
Fakultas/Jurusan	:	Doktor Studi Islam
E-mail address	:	ali.matuq89@gmail.com

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya, Hak Bebas Royalti Non-Eksklusif atas karya ilmiah :
☐ Sekripsi ☐ Tesis √ Desertasi ☐ Lain-lain (.....)
yang berjudul :

فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار
(دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي)

beserta perangkat yang diperlukan (bila ada). Dengan Hak Bebas Royalti Non-Ekslusif ini Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya berhak menyimpan, mengalih-media/format-kan, mengelolanya dalam bentuk pangkalan data (database), mendistribusikannya, dan menampilkan/mempublikasikannya di Internet atau media lain secara ***fulltext*** untuk kepentingan akademis tanpa perlu meminta ijin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan atau penerbit yang bersangkutan.

Saya bersedia untuk menanggung secara pribadi, tanpa melibatkan pihak Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya, segala bentuk tuntutan hukum yang timbul atas pelanggaran Hak Cipta dalam karya ilmiah saya ini.

Demikian pernyataan ini yang saya buat dengan sebenarnya.

Surabaya, 26 Februari 2020

Penulis

(Ali Matuq Ali Saleh)

مستخلص البحث

علي معتوق علي صالح، 2019، بحث بعنوان فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار (دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي)، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الدراسات العليا، تخصص شريعة وقانون، جامعة سونان امبيل الإسلامية الحكومية بسورابايا، المشرف الأول: أ. د. أحمد زهراء، المشرف الثاني: د. أحمد نور الفؤاد.

هدفت هذه الدراسة لمعرفة طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا، وكذلك معرفة فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي، وكذلك معرفة شرح مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي.

كما اتسع نطاق التحدث عن النظام العالمي الجديد الذي صاحبه اتساع الاهتمام سريعا بالعمليات الاستثمارية نتيجة التحولات الاقتصادية التي فرضت نفسها في مجال النقل وازدهار التجارة العالمية والإنتاج وانتقال رؤوس الأموال، هذا الأمر الذي تطلب تكاتف وتجمع الجهود الدولية لأجل ضمان عدم الخروج عن ركب هذا التحول الاقتصادي.

فقد توصل الباحث من خلال البحث، بخصوص فاعلية تشجيع الاستثمار، وحيث يرى ان لا يختلف اثنان على الدور الهام الذي يلعبه الإستثمار المحلي والأجنبي المباشر في الاقتصاديات النامية في الوقت الراهن باتت من المسلمات، ذلك أن الوضع المتردي ولانحطاط الذي وصلت إليه أغلب الدول النامية ومنها ليبيا واغلب الدول العربي والمغرب العربي، لا يمكن تجاوزه إلا عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر ما دمت ليبيا لا تملك بديلا عن ذلك ورغم تكاليفه واثاره السلبية التي تفرزها تلك الإستثمارات الأجنبية ، لذا وجب على الدولة المضيفة أن تتعامل مع هذا الإستثمار الأجنبي بطريقة رشيدة وفق ما ترده أن تحدث من أثار ايجابية ، وحيث يرى الباحث ان الاستثمارات على وجه الخصوص ليبيا حيث يعتبر منفذ جيد للخروج من قوقعة التخلف ومشاكل المديونية وكذا من أجل تحقيق النمو وتطور وعليه فقد عملت ليبيا بشتى الطرق من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية ولعل بعض المشاكل السياسية في السنوات الأخيرة أصبحت عائق امام الاستثمار المحلي والاجنبي.

كما تحصل الباحث على النتائج التالية بخصوص فاعلية تشجيع الاستثمار، وفي هذا الإطار سعت ليبيا ودول المغرب العربي، إلى إتخاذ تدابير وكذالك رسم خطط مستقبلية لتشجيع الاستثمار والتنافس في هذا المجال، وكذلك للحد من الإعتماد على قطاع النفظ والمحروقات والاتجاه نحو تنمية مستدامة باستغلال قطاعات أخرى تكون ذات قيمة للاقتصاد الوطني، وعليه فقد عملت ليبيا وكذلك دول الجوار بشتي الطرق من أجل جذب وتشجيع الإستثمارات الأجنبية بدأ من فترة التسعينات من القرن الماضي بإصدار قوانين ومراسيم تشريعية تهيأ لأرضية استثمارية جيدة للمستثمرين بتقديم مجموعة من التحفيزات الضريبية وكذا التخفيضات والإعفاءات، وحيث يضيف الباحث إلى ذلك إعداد سياسة إنفاقية جيدة خاصة المتعلقة بالبنى التحتية، هذا مع تأطير مجموع هذه الإجراءات من قبل مؤسسات متخصصة في الإستثمار كالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ABSTRACT

Ali Matug Ali Saleh, 2019, **The Effectiveness of Law Investment Procedure (A Comparative Study between Libyan and Arab Maghreb Union Law)**, Dissertation. Sharia and Law Study Program, Postgraduate Program of Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya. Advisor (I): Prof. Dr. Ahmad Zahra. Advisor (II): Dr. Ahmad Nur Fuad.

Foreign direct investment is very crucial for economic development in Arab Maghreb Union (AMU) and Libya. Therefore, some countries of Arab Maghreb Union such as Algeria, Tunisia, Morocco and Libya develop investment law and build special institution to deal with investment. The effort focuses on the issue of new laws, law amendment and the existing law development in order to create a competition among the three countries by simplifying the investment procedure and lowering the related costs, and also to open the investment in limited sectors or sectors dominated by the country and to open competition and investment

The study aims to find out laws regulating foreign and domestic investment in Libya, and to find out the resolution of dispute settlement between investor and a country whenever a failure occurs based on Libyan perspective and a disinvestment occurs among AMU countries. In addition, it aims to compare the disinvestment effectiveness between Libyan and Arab Maghreb Union laws.

The researcher reveals that both parties understand the importance of domestic and foreign direct investment for economic development nowadays. It is due to the worsening situation and crises experienced by most developing countries, including Libya and most Arab countries and Arab Maghreb Union. The only resolution for the problem is foreign direct investment since Libya has no investment reserve, even though it creates costs and negative effects. The country has to deal with foreign investment with a proper way regarding with the negative effect. The researcher assumes that an investment in Libya is the best resolution for its worse situation and debt. Furthermore, it also helps Libya to realize its growth and development. Hence, Libya tries to attract foreign investment. Its political problems in the last several years has been obstructing domestic and foreign investment.

The researcher also reveals some findings related with investment promotion effectiveness such as: Libya and AMU have set future plan to attract investment and competition in the field. They also try to decrease their dependency on oil and hydrocarbon sectors and focus on the continuous development by using favorite sectors in developing the country. Therefore, Libya and the neighborhood countries make some efforts to attract and encourage foreign investment since the nineties by issuing law and government regulation as a door for investors by decreasing some taxes and free-tax program. Furthermore, the researcher describes the well-organized expenditure policy, particularly related with infrastructure through the involvement of professional investment institutions such as National Board for Investment Development

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ABSTRAK

Ali Matug Ali Saleh, 2019, **Efektivitas UU Prosedur Penarikan Investasi (Studi Perbandingan antara UU Libya dan Negara Uni Arab Maghrib)**, Disertasi. Progam Studi Syariah dan Hukum, Progam Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya. Pembimbing (I): Prof. Dr. Ahmad Zahra. Pembimbing (II): Dr. Ahmad Nur Fuad.

Pentingnya investasi asing langsung pada bidang pembangunan ekonomi di Negara Uni Arab Maghrib dan Libya, upaya tersebut dilakukan oleh Negara yang tergabung dalam Negara Uni Arab Maghrib dalam hal ini Aljazair, Tunisia, Maroko dan Libya dengan tujuan untuk mengembangkan UU investasi dan membangun lembaga khusus dalam hal investasi, Upaya ini difokuskan pada penerbitan UU investasi baru atau UU perubahan serta pengembangan UU yang berlaku dengan tujuan menciptakan persaingan yang ketat diantara ketiga negara tersebut melalui penyederhanaan prosedur investasi dan pengurangan biaya terkait, dan juga untuk membuka investasi di sektor-sektor yang terbatas atau dimonopoli oleh negara serta membuka pintu kompetisi dan investasi.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui UU yang mengatur investasi asing dan domestik di Libya, serta untuk mencari tahu cara penyelesaian sengketa yang terjadi antara investor dan negara ketika ada kegagalan pada kontrak dalam kacamata hukum Libya dan perjanjian penarikan investasi antar negara AMU, serta untuk menjelaskan perbandingan efektivitas penarikan investasi antara UU Libya dan UU Negara Uni Arab Maghrib.

Peneliti melalui penelitiannya menemukan bahwa kedua belah pihak melihat pentingnya peran invetasi domestik dan asing langsung dalam pembangunan ekonomi pada saat ini sehingga hal tersebut menjadi sebuah kelaziman, hal ini disebabkan oleh situasi yang memburuk dan krisis yang melanda sebagian besar negara berkembang, termasuk didalmnya negara Libya dan sebagian besar negara Arab serta negara Arab Maghrib. Permasalah ini hanya dapat diatasi dengan cara investasi asing langsung asing selama negara Libya belum memiliki cadangan investasi, meskipun ada biaya dan efek negatif yang dihasilkan dari investasi asing. Dimana negara harus berurusan dengan investasi asing dengan cara yang tepat mengingat efek negative yang ditimbulkan dari hal tersebut. Peneliti berpendapat bahwa investasi di negara Libya adalah sebuah jalan keluar yang baik dari keterpurukan dan masalah hutang. Dan juga untuk merealisasikan pertumbuhan dan pengembangan. Atas dasar tersebut negara Libya telah bekerja dalam berbagai cara untuk menarik investasi asing. Beberapa masalah politik dalam beberapa tahun terakhir ini telah menjadi penghambat bagi investasi domestik dan asing.

Peneliti juga memperoleh beberapa hasil terkait efektifitas promosi investasi sebagaimana berikut: dalam konteks ini, negara Libya dan negara AMU telah menyusun rencana masa depan untuk menarik investasi dan persaingan di bidang ini. Mengurangi ketergantungan pada sektor minyak dan hidrokarbon serta tren pembangunan berkelanjutan dengan memanfaatkan sector-sektor unggulan lain dalam perekonomian negara. Oleh sebab itu, negara Libya beserta negara tetangga, telah melakukan berbagai cara untuk menarik dan mendorong investasi asing, dimulai dari tahun 90 an dengan menerbitkan UU dan PP sebagai pintu masuk bagi investasi yang ditanamkan oleh investor melalui pengurangan biaya pajak dan juga bebas pajak. Dalam hal ini peneliti juga menambahkan penyusunan kebijakan belanja yang baik, terutama yang berkaitan dengan infrastruktur melalui pelibatan lembaga profesional di bidang investasi seperti Badan Nasional untuk Pengembangan Investasi.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المحتويات

إقرار الطالب..... أ
شعار..... ب
الاهداء..... ت
الشكر والتقدير..... ث
مستخلص البحث..... ج
الباب الأول..... 1
المقدمة..... 1
أ. خلفية البحث..... 1
ب. مشكلة البحث..... 4
ج. أسئلة البحث..... 5
د. أهداف البحث..... 5
ه. أهمية البحث:..... 6
و. الإطار النظري..... 7
ح. منهجية البحث..... 18
1- نوع البحث..... 18
2- مصادر جمع البيانات..... 20
3-أداوت جمع البيانات..... 21
4- أسلوب تحليل البيانات :..... 22
5- هيكل البحث..... 22
الباب الثاني..... 23
فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار..... 23
الفصل الاول: مفهوم الاستثمارات ودورها في عمليات تشجيع الاستثمار القانوني:..... 23
المبحث الأول: تعريف عقود الاستثمار وتبيان أطرافها..... 1
المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار..... 1
المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار..... 9
المبحث الثاني: ضوابط تحديد عقود الاستثمار ونماذجها القانونية المختلفة..... 14
المطلب الأول: أطراف عقود الاستثمار القانونية في مجال القانون الدولي..... 16
المطلب الثاني: موضوع عقود الاستثمار القانونية..... 21
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعايير دوليتها:..... 25
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار..... 25
المطلب الثاني: الإجراءات الانفرادية للدولة على الرابطة الاستثمارية لدول المغرب العربي..... 38
الفصل الثاني: عقود الاستثمار بين تحديد القانون الواجب التطبيق والشروط المميزة للمستثمر المحلي والمستثمر الأجنبي لدول المغارب العربي:..... 47
المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار..... 48
المطلب الأول: دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار..... 48
المطلب الثاني: سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة للاستثمار..... 54
المبحث الثاني: الشروط المميزة لعقود الاستثمار القانونية وفاعليتا في دول المغرب العربي..... 59
المطلب الأول :تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار..... 59
المطلب الثاني: التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاستثمار.....65
المطلب الثالث: التحكيم كآلية لتسوية منازعات في عقود الاستثمار 73
الفصل الثالث: الاستثمار في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بين دول المغرب العربي.....90
المبحث الأول: مدخل الاستثمار القانوني من المنظور الإسلامي في دول المغرب العربي 91
المطلب الأول: الاستثمار القانوني من المنظور الشرعي في الدول المغرب العربي.....93
المطلب الثاني: الحث على الاستثمارمن منظور إسلامي.....94
المطلب الثالث: الفروق الأساسية بين الاستثمار الإسلامي والتقليدي.....104
المبحث الثاني: تشجيع عملية الاستثمار في ليبيا بين الالتزام والواقع.....107
المطلب الأول: الالتزامات الواقعة على المستثمر الأجنبي.....109
المطلب الثاني: التزام المستثمر الأجنبي بالقيام بما يعرف بالحد الأدنى من الاستثمار: 111
الباب الثالث: 114
فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي.....114
المبحث الأول: طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا.....116
المطلب الأول: الطبيعة القانونية في نطاق سريان قانون الاستثمار من حيث الأشخاص في الدولة الليبية: 117
المطلب الثاني: قانون الاستثمار في الدولة الليبية والنصوص المتفق عليها.....122
المبحث الثاني: فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي.....130
المطلب الأول: دور القضاء الوطني الليبي في فض النزاعات الاستثمار القانوني:.....131
المطلب الثاني: فض النزاعات بنظام التحكيم في إطار القانون الداخلي للدول المغرب العربي للاستثمار: 132
المطلب الثالث: تدعيم نظام التحكيم في إطار القانون ألاتفاقي للدولة المضيّفة للاستثمار لدول مغرب العربي:.....138
المبحث الثالث: مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي: 145
المطلب الأول: فاعلية تشجيع الاستثمار في القانون الليبي: 145
الباب الرابع: الخاتمة.....158
الفصل الأول: النتائج:.....158
الفصل الثاني: الآثار المترتبة من النتيجة.....161
الفصل الثالث: التوصيات 161
المصادر والمراجع.....164
الملاحق 176

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الأول

المقدمة

أ. خلفية البحث

اتسع نطاق التحدث عن النظام العالمي الجديد الذي صاحبه اتساع الاهتمام سريعا بالعمليات الاستثمارية نتيجة التحولات الاقتصادية التي فرضت نفسها في مجال النقل وازدهار التجارة العالمية والإنتاج وانتقال رؤوس الأموال، هذا الأمر الذي تطلب تكاتف وتجمع الجهود الدولية لأجل ضمان عدم الخروج عن ركب هذا التحول الاقتصادي.

ولما كانت التنمية الاقتصادية تشكل الهاجس الكبير بل والأساسي لدى غالبية الدول النامية التي تحتاج إلى مساهمة رأس المال الأجنبي وانتقاله من الدولة المصدرة إلى الدولة المضيفة له لمحدودية وسائل هذه الأخيرة في تحقيق الأهداف التنموية المرجوة و مواكبة ما تفرضه التحولات الاقتصادية العالمية، فكان اللجوء إلى تأطير عمليات الاستثمار الأجنبية وتشجيعها الحل الأمثل والأنسب لتجسيد ما تصبو إليه هذه الدول النامية حماية لكيانها من الممارسات التقييدية للدول المتقدمة ومن الاستعمار الاقتصادي والتكنولوجي عليها باستغلال افتقارها لمقومات البنية التحتية ونقص وندرة الخبرات الفنية والنقد الأجنبي اللازم للحصول على متطلباتها من السوق العالمي لتحقيق أهداف التنمية فيها.

أصبح موضوع الاستثمار من المواضيع الحديثة[1]، ومن الموضوعات التي تتلقى اهتماما كثيرا في المنظمات الدولية والمحلية وسبب ذلك الدور الذي يلعبه في اقتصاديات البلدان ومدى مساهمتهم في الإنعاش الاقتصادي[2] للاستثمار الأجنبي مفهوم واسع معمق وليس من السهل أن نضع له تعريفا جامعا وعلى هذا الأساس نرى أنه لابد من

---

[1] سالكي سعاد، "*دور السياسة المالية في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر دراسة بعض دول المغرب العربي*"، (رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر: جامعة أبي بكر بلقا،

[2] سنوسي بن عومر، "*فعالية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، تقييم تجربة الشراكة قطاع عام-خاص*"، (رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر: جامعة أبي بكر بلقا، 2013م)، 9.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الإحاطة بمفهوم الاستثمار الأجنبي لغة واصطلاحا واقتصاديا وماليا.

إن المفهوم اللغوي للاستثمار هو الثمر الذي يعني حمل الشجر وأنواع المال والمثمر يقال ثمر ماله أي نماه وأثمر يعني أكثر ماله[3]، أما مفهومه الاصطلاحي للاستثمار يقصد به "معنى يوضحه السياق الذي يرد فيه ليأخذ معناه الخاص فيه كالاستثمار الصناعي أو التجاري أو المالي أو غيره"[4].

أما المفهوم الاقتصادي للاستثمار فلقد اختلف الاقتصاديون حول تحديد الاستثمار فمنهم من يعرفه على أنه "عملية من عمليات استغلال الرأسمال من أجل تحقيق فائض مالي"[5]، والبعض الآخر يعرفونه على أنه "تلك العملية الناشئة عن تدخل إجابي لأحد الأفراد بهدف إيجاد تجهيزات دائمة تؤمن خدمات عاجلة أي الحصول على قيمة جديدة تضاف إلى القيمة الاقتصادية الأساسية المستثمرة"[6].

والتعريف الأرجح للاستثمار بأنه استخدام المدخرات في تكوين الاستثمارات أو الطاقات الإنتاجية الجديدة اللازمة لعمليات إنتاج السلع والخدمات والمحافظة على الطاقات الإنتاجية القائمة أو تجديدها[7]، أما المفهوم القانوني للاستثمار فإن رجال القانون لم يصلوا إلى تعريف موحد وبالتالي تعددت التعاريف فمنهم من يعرفه أنه عبارة عن استثمار عمل أو تصرف لمدة معينة من أجل تطوير نشاط اقتصادي، سواء كان هذا العمل في شكل أموال مادية أو غير مادية أو في شكل قروض[8].

والبعض الآخر يعرفونه على أنه عملية ضرورية تتطلب تدخل فعال

---

[3] بن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، *لسان العرب* (لبنان: دار النشر: دار صادر – بيروت، الطبعة 1 سنة 1997) 45

[4] السعدي، النظام القانوني، 27.

[5] عمراني مراد، الاتفاقية ***"المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية"***، (رسالة ماجستير، عنابة الجزائر: كلية الحقوق جامعة باجي مختار، 2007م)، 124.

[6] صفوت أحمد الحفيظ، ***دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص***، (مصر: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2005م)، 18.

[7] منصوري الزين، **آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل الترقية الاقتصادية**، (رسالة دكتوراة، الجزائر: جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية، دون سنة نشر)، 21.

[8] عليو شقربوع كمال، ***قانون الاستثمارات في الجزائر***، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م)، 2.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتنشيط لأحد المتعاملين الاقتصاديين من أجل خلق رأسمال بمعنى ثروة المستثمر[9]،والبعض الآخر يعرفونه على أنه عبارة عن الأموال المنقولة والغير المنقولة التي تهدف إلى التوسيع في مشروع ما[10].

أما التعريف المالي للاستثمار فيعرف على أنه عبارة عن كل نفقه، يمكن ان يتولد عنها دخل على المدى الطويل وبالتالي تعوض خلال عدة سنوات[11].

وفي هذا الصدد اتبعت ليبيا نظام اقتصادي اشتراكي مبني على التخطيط سنة 1977 مما نتج عنه تهميش الاستثمار الأجنبي، وفي سنة 1986 ظهرت أزمة اقتصادية التي أدت هذه الأخيرة إلى انخفاض مستوى النمو وتدهور الأوضاع الاجتماعية، وذلك عندما تم فرض الحصار على ليبيا، ولمواجهة هذه الأزمة الاقتصادية قررت الجزائر القيام بإصلاحات انطلاقا من سنة 2003م بغية الانتقال الى مرحلة انتقالية من الاقتصاد الاشتراكي إلى اقتصاد السوق.

كما أصبح تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة ظاهرة عالمية تتنافس على استقطابها واجتذابها مختلف الدول المتقدمة منها والنامية، لكن نجاح أي دولة في جلب واجتذاب هذه الاستثمارات متوقف بالدرجة الأولى على مدى نجاح سياستها المنتهجة في هذا المجال، ونعني بالسياسة المنتهجة تلك البيئة التشريعية المستوحاة بالدرجة الأولى من مبادئ القانون الدولي المنظم للعلاقات الدولية في شتى المجالات[12] .

---

[9] مرتضى حسين إبراهيم السعدي، ***النظام القانوني***، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي: دراسة تحليلية مقارنة(سوريا: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2011) 2

[10] سرمد كوكب (المسؤولية الاجتماعية للاستثمار الأجنب : ي تحليل نقدي لمعطيات منظمة التجارة العالمية في عصر العولمة) مجلة علوم إنسانية ، العدد (18) ، السنة الثانية ، فبراير 2005

[11] فتحية قرقوس، **النظام الجبائي والاستثمار**، (رسالة ماجستير، الجزائر: جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2001م)، 6.

[12] يمكن إرجاع الزيادات في تدفقات الاستثمارات الأجنبية المباشرة على مستوى العالم إلى العديد من العوامل منها - :الزيادة الكبيرة في حاجة الدول إلى التمويل الخارجي في وقت تناقص فيه معدل الادخار على مستوى العالم، و تناقصت فيه أيضا مصادر التمويل الأخرى بالنسبة لكثير من الدول النامية.- انحسار حركة الإقراض الدولية بسبب اندلاع أزمة المديونية العالمية عام 1982 و توقف العديد من الدول النامية على دفع أعباء ديونها بالإضافة إلى المشروطية الزائدة للقروض التي تقدمها المنظمات الدولية.- تزايد عدد الاتفاقيات الثنائية التي تشجع

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فما يؤكد أهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في مجال التنمية الاقتصادية للدول المغرب العربي وليبيا[13] ، تلك الجهود التي قامت بها الدول المغاربية منها على الخصوص الجزائر، تونس و المغرب وليبيا، والرامية إلى تطوير قوانينها الاستثمارية وأطرها المؤسسية المختصة بالاستثمار، حيث تركزت هذه الجهود على إصدار قوانين استثمارية جديدة أو تعديل و تطوير القوانين السارية ليظهر تنافس حاد بين هذه الدول الثلاث من حيث تبسيط إجراءات الاستثمار و تخفيض الرسوم المتعلقة بذلك، وتحرير الاستثمار في قطاعات كانت مقصورة أو محتكرة من طرف الدولة و فتحها للمنافسة والاستثمار[14].

ب. مشكلة البحث

1.أن اغلب المستثمرين تحصلوا على المعلومات حول الاستثمار في ليبيا عن طريق هيئة تشجيع الاستثمار، وان هناك جهات مختلفة توجب على المستثمر التعامل معها وتعددت مطالبها مما أدى إلى التأخر المستثمر في بدء العمل.

2.ومن المشكلات كذلك تفشي الفساد في الجهات الحكومية التي تعاملوا معها في المرتبة الأولى، بالإضافة إلى نقص المعلومات المهمة التي يحتاجها المستثمر وتشتتها وعدم حداثتها، وسوء الإدارة المتمثل في طول وتعقيد الإجراءات وعدم مجاراة بعض المؤسسات للتطور الحاصل في مجالها وكذلك عدم استقرار الإدارة بشكل عام.

3.عدم توافر الشريك المحلي الملائم وضعف البنية التحتية في ليبيا، وصولا إلى حداثة التجربة الليبية في التعامل مع المستثمر الأجنبي وعدم

الاستثمار بين الدول و استخدام الاستثمار الأجنبي المباشر، للتفصيل في كل هذه العوامل و غيرها . راجع:صقر محمد،شرف سمير، غازي إسماعيل رولا، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في تنمية الاقتصاديات النامية، مجلة جامعة تشرين للدراسات و البحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 28 ،العدد 03 ،سنة 2006 ،ص 170-171.

[13] حيث أكد تقرير الاستثمار العالمي لعام 2000 أن الاستثمار الأجنبي هو أكثر مصدر للتمويل الخارجي بالنسبة لكثير من الدول النامية التي تبين لها في السنوات الأخيرة و خصوصا أثناء الأزمات المالية أنه أكثر استقرارا من أي مصدر آخر للتمويل ، العبيدي عبد الله علي، مرجع سابق، ص 8

[14] يأتي لاحقا، التفصيل في كل هذه الضمانات والحوافز و التسهيلات التي تضمنتها قوانين تشجيع و حماية الاستثمار في كل من الجزائر، تونس و المغرب وليبيا.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

توفر الوعي الاستثماري لدى من لهم صلة بالاستثمار الأجنبي.

4.بالإضافة إلى عدم توفر الأمان في بعض المدن مما جعل المستثمر يفكر بحذر في الاستثمار، وذلك خوفاً منه ألا يستطيع أن يباشر أعماله فيها، فضلاً على أن رأس المال الأجنبي بطبيعته يبحث عن الأمان والطمأنينة لدى الدول المضيفة له وهذه الأخيرة بدورها تعاني من مشكلة بل عقدة التمسك بسيادتها والتعامل بحذر مع كل ما هو أجنبي خوفا من السيطرة وبسط النفوذ الذي عانت منه سابقا.

5.نظرية البيت لساكنه وهي من أسوأ الكوارث التي أصابت الاقتصاد الليبي، فهذه النظرية تقضي بأن الشخص الذي يعيش في بيت هو مالكه، بغض النظر عن الملكية الحقيقة، أو البيع والشراء، أو الإيجار، مما جعل المستثمرين يعزفون عن بناء العقارات والمساكن، فضلاً عن وجود عقارات تم نزعها للملكية العامة وهي في الأصل لمواطنين، مما جعل المحاكم مليئة بقضايا تم رفعها المواطنون ضد الدولة الليبية، وهذه العقارات ملك مقدس لمالكيها وتم نزعها منهم بحجة عدم قانونية أن يملك الشخص أكثر من عقار باسمه.

ج. أسئلة البحث

1. ما هي طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا؟

2. كيف يتم فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي؟

3. كيف تتم مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي؟

د. أهداف البحث

1. شرح طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا.

2. شرح فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العربي.

3. شرح مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي.

ه. أهمية البحث:

أما أهمية البحث فهي تتمثل في الآتي:

أولاً: الأهمية النظرية

1. لا يخفى على أحد أهمية دراسة الاستثمار الأجنبي والمحلي في البلاد، وذلك أن هذا النوع من الاستثمارات يعمل على استقطاب رأس المال الأجنبي، فالاستثمار الأجنبي والمحلي يعد الهدف الأول الذي تتمسك به الدول النامية عموماً والدول العربية خصوصاً، وذلك لما يوفره من مزايا بالغة الأهمية.

2. وأن هذه الدراسة تأتي أهميتها في كونها تبحث في موضوع يتعلق بالتنمية المتبعة في الدول النامية كدولة ليبيا، خاصة أن الاستثمار بنوعيه يحمل معه تدفقات مالية هائلة تحتاجها غالبية الدول العربي، وبما أن دولة ليبيا دولة نفطية، فإنها لا تحتاج إلى هذه التدفقات المالية بقدر حاجتها الملحة إلى تدفقات تكنولوجية يحملها المستثمر معه.

3. وتأتي أهمية هذه الدراسة أيضا من خلال ما تتناوله من موضوعات غاية في الأهمية، كبيان المركز القانوني للمستثمر ومدى فاعليته في التنمية الاقتصادية وذلك من خلال بيان حقوقه وواجباته وضماناته وحوافزه، وشروط معاملته وحماية أمواله، مما يوفر مناخ الثقة الضروري لتدفق المستثمرين إلى البلد.

ثانياً: الأهمية العملية:

1. تتبع الأهمية العملية للدراسة من ضرورة دراسة قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم (9) لسنة 2010م، بالإضافة إلى اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقع في دولة الجزائر سنة 1990م، وبيان أوجه القصور التشريعي فيه، خاصة فيما يتعلق بالعنصر التكنولوجي الذي لم ينظمه المشرع في هذين القانونيين، ومن ثم تقديم بعض المقترحات والتوصيات المناسبة لرفع مستوى هذان القانونيان، مما يحقق الأهداف المرجوة منه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. إن الثروة النفطية تمثل الآن وستسمر لعشرات السنين القادمة الحجر الأساسي في الاستخدام العالمي كمصدر للطاقة والنفط موجود في دولة ليبيا، إلا أنه رغم وجود هذه الثروة الهائلة فهي غير مستغلة استغلالاً أمثل، ومازالت دولة ليبيا تعاني من قلة الاستثمارات النوعية في مجال الصناعات الاستراتيجية وغيرها، ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة لتسلط الضوء على موضوع الاستثمار وفاعليته القانونية في التنمية الاقتصادية في ليبيا.

و. الإطار النظري

نظرية الموقع

المبحث الأول: نظرية الموقع (الخصائص المميزة للدولة المضيفة) (LOCATION COUNTRY).

المطلب الأول: المحددات والعوامل الموقعية أو البيئية

يعود الفضل في تطوير هذه النظرية إلى العالمين الاقتصاديين **" باري"** و **" دننج"**[15].

ترتكز نظرية الموقع على ما ينطوي عليه قرار الاستثمار الأجنبي الخاص بأي شركة متعددة الجنسيات و الذي يتحدد بالعديد من العوامل , بعضها دولي أما الآخر فيمثل عوامل على الصعيد المحلي (على مستوى الدولة الأم) ، وفي هذا الشأن نجد أن محور اهتمام نظرية الموقع يرتبط بقضية اختيار الدولة المضيفة التي ستكون مقرا للاستثمار أو ممارسة الأنشطة الإنتاجية أو التسويقية الخاصة بالشركات المتعددة الجنسيات أو بمعنى آخر أنها ترتكز على المحددات و العوامل الموقعية أو البيئية المؤثرة على قرارات استثمار الشركة المتعددة الجنسيات في الدول المضيفة . وكما يرى **" باري"** إن هذه النظرية تهتم بالمتغيرات البيئية في الدول المضيفة التي ترتبط بالعرض

---

15 محمد بلقاسم حسن بهلول، *الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي*، (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الأولى، 1990م)، 39.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والطلب. تلك العوامل التي تؤثر على الأنشطة الإنتاجية أو التسويقية والبحوث والتطوير ونظم الإدارة وغيرها[16].

كما أن هذه النظرية تهتم بكل العوامل المرتبطة بتكاليف الإنتاج والتسويق والإدارة ... الخ، بالإضافة إلى العوامل المرتبطة بالسوق أو العوامل التسويقية، وهذا ما جاء به الاقتصادي **" دننج".**

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة على قرار الاستثمار الأجنبي (حسب نظرية الموقع).

إن العوامل الموقعية التي تؤثر على كل من قرار الشركة المتعددة الجنسيات للاستثمار المباشر في إحدى الدول المضيفة وكذلك على قرارها الخاص بالمفاضلة بين هذا النوع من الاستثمار وبين التصدير لهذه الدولة أو غيرها من الدول الأخرى المضيفة وتتمثل هذه العوامل في الآتي[17]:

أولاً: العوامل التسويقية والسوق: مثل درجة المنافسة، منافذ التوزيع، وكالات الإعلان، حجم السوق، معدل نمو السوق، درجة التقدم التكنولوجي، الرغبة في المحافظة على العملاء السابقين، احتمالات التصدير لدول أخرى ... الخ.

ثانياً: العوامل المرتبطة بالتكاليف: مثل القرب من المواد الخام والمواد الأولية، مدى توافر الأيدي العاملة، انخفاض مستويات الأجور، مدى توافر رؤوس الأموال، مدى انخفاض تكاليف نقل المواد الخام والسلع الوسيطة، والتسهيلات الإنتاجية الأخرى ... الخ.

ثالثاً: الإجراءات الحمائية (ضوابط التجارة الخارجية): مثل التعريفة الجمركية، نظام الحصص، القيود الأخرى المفروضة على التصدير والاستيراد.

رابعاً: العوامل المرتبطة بمناخ الاستثمار الأجنبي ***(INVESTMENT-CLIMATE)***: **مثل** الاتجاه العام نحو قبول الاستثمارات الأجنبية أو الوجود الأجنبي، الاستقرار السياسي، القيود المفروضة على ملكية الأجانب الكاملة لمشروعات الاستثمار، إجراء تحويل العملات

---

[16] محمد بلقاسم حسن بهلول، الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي، 40.

[17] حسين عمر، *مبادئ علم الاقتصاد المشكلة الاقتصادية والسلوك الرشيد*، (مصر: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991م)، 736.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأجنبية والتعامل فيها، مدى ثبات أسعار الصرف، نظام الضرائب، ومدى التكيف مع بيئة الدولة المضيفة بصفة عامة.

خامساً: الحوافز والامتيازات: مثل التسهيلات التي تمنحها الحكومة المضيفة للمستثمرين الأجانب.

سادساً: عوامل أخرى: مثل الأرباح المتوقعة، المبيعات المتوقعة، الموقع الجغرافي، مدى توافر الثروات الطبيعية والقيود المفروضة على تحويل الأرباح ورؤوس الأموال للخارج، إمكانية التهرب الضريبي[18].

المبحث الثاني: نظرية الموقع المعدلة *GEOBUSINESS THEORY*).

المطلب الأول: العوامل المؤثرة على قرار الاستثمار الأجنبي (روبوك وسيموندس)

المصطلح الأصلي لهذه النظرية هو *(GEOBUSNESS)* وهو اختصار للعبارة *(GEOGRAPHY-BUSNESS)* وهي تعني: " النشاط الجغرافي" أي النشاط الذي له علاقة بالموقع (موقع الدولة المضيفة).

تعتبر هذه النظرية امتداد لنظرية الموقع السالف ذكرها، إذ تحتوي على العديد من المحددات الإضافية فيما يخص الاستثمارات الأجنبية.

يعود الفضل في تطوير هذه النظرية إلى الاقتصاديين " روبوك وسيموندس" *(S.H. ROBOCK and K. SIMMONDS)* أفكار " روبوك وسيموندس" تمحورت حول أن الأعمال والنشاطات الدولية تتأثر بثلاث مجموعات من العوامل وهي[19]:

1/ عوامل شرطية.

2/ عوامل دافعة.

3/ عوامل حاكمة (ضابطة).

---

[18] كارل ماركس، *رأس المال*، ترجمة د / راشد البراوي، (القاهرة: المطبعة الفنية الحديثة، الطبعة الأولى، 1969م)، 242.

[19] فتح الله ولعلو، الاقتصاد السياسي "مدخل للدراسات الاقتصادية"، (بيروت: دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1981م)، 120.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1/ عوامـــل شرطيـــة:

خصائص المنتج (السلعة) *(PRODUCT-SPECIFIC)*:

نوع السلعة، استخدامات السلعة، جدة السلعة، متطلبات الإنتاج للسلعة (الفنية، المالية والبشرية)، خصائص العملية الإنتاجية.

الخصائص المميزة للدولة المضيفة *(COUNTRY-SPECIFIC)*:

1 - طلب السوق المحلـــي: على الشركة المتعددة الجنسيات أن تتنبأ بطلب السوق المحلي على منتوجاتها قبل اتخاذ القرار، فمثلاً نجد طلب متزايد في السوق الجزائري على أجهزة الهواتف النقالة وهذا ما يفسر التنافس الشديد بين الشركات الأجنبية.

2 - نمط توزيع الدخـــــل: أي مستوى القدرة الشرائية، لأنها إحدى محددات الميل للاستـــهلاك وبالتالي الطلب الفعال.

3 - مدى توافر الموارد البشرية والطبيعية.

4 - مدى التقدم الحضاري .*(TECH-CULTURAL)*[20].

العلاقات الدولية للدولة المضيفة مع الدول الأخـــرى:

1. نظم ووسائل النقل وكذا الاتصالات بين الدولة المضيفة والدول الأخرى.
2. الاتفاقات الاقتصادية والسياسية التي تساعد على سهولة التجارة الدولية أي حرية انتقال رؤوس الأموال والمعلومات والبضائع والأفراد، حتى يمكن للاستثمار الأجنبي أن يكمل بكفاءة عالية ويحقق أعلى معدل للعائد من الربحية يجب أن يسود البلد المضيف قوانين اقتصاد السوق ومعنى ذلك أن تتوفر حرية دخول وخروج رؤوس الأموال بحرية كاملة وأن تخضع الأسعار لقانون العرض والطلـــــب[21].

2/ عـوامـــل دافـعـــة :

الخصائص المميزة للشركـــــة:*(FIRM-SPECIFIC)*

1- مدى توافر الموارد المالية والبشرية والفنية والتكنولوجية.

---

[20] عارف دليلة، تاريخ الأفكار الاقتصادية، (سوريا: مديرية الكتب والمطبوعات، الطبعة الأولى، 1977م)، 590.

[21] عمر سخري، التحليل الاقتصادي الكلي، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م)، 283.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2- حجم الشركـــــــــــة: يمكن قياس حجم الشركة وفقاً لعدة مقاييس من بينها رقم الأعمال، عدد العمال ونوعية التكنولوجيا المستعملـــــــــــة[22].

المركـــــز التنافســـــــــــي:

المقدرة النسبية للشركة على المنافسة ومواجهة التهديدات والأخطار التجارية، إذ يجب على الشركة أن تحتوي على جميع الوسائل الضرورية واللازمة لمنافسة جميع الشركات الأخرى سواء كان ذلك محلياً (الدول المضيفة) أو دولياً (الدول الأخرى).

3/ عوامـــل حاكمـــة(ضابطة) :

الخصائص المميزة للدولة المضيفـــــة:

1- القوانين واللوائح الإدارية.

2- نظم الإدارة والتوظيف.

3- سياسات الاستثمار.

4- الحوافـز الخاصة بالاستثمارات الأجنبية: وهي من أهم الخصائص المميزة للدولة المضيفة، فعلى سبيل المثال نذكر بعض الحوافـــــــــــــــز:

– الإعفاءات الضريبية عند بدأ نشاط الاستثمار.

– ضـمان تحويـل الأربـاح ورأس المـال.

– عدم التدخل في التسعير وترك ذلك لقوى العرض والطلب.

– تـوفير القروض والتسهيلات الائتمانية الداخلية[23].

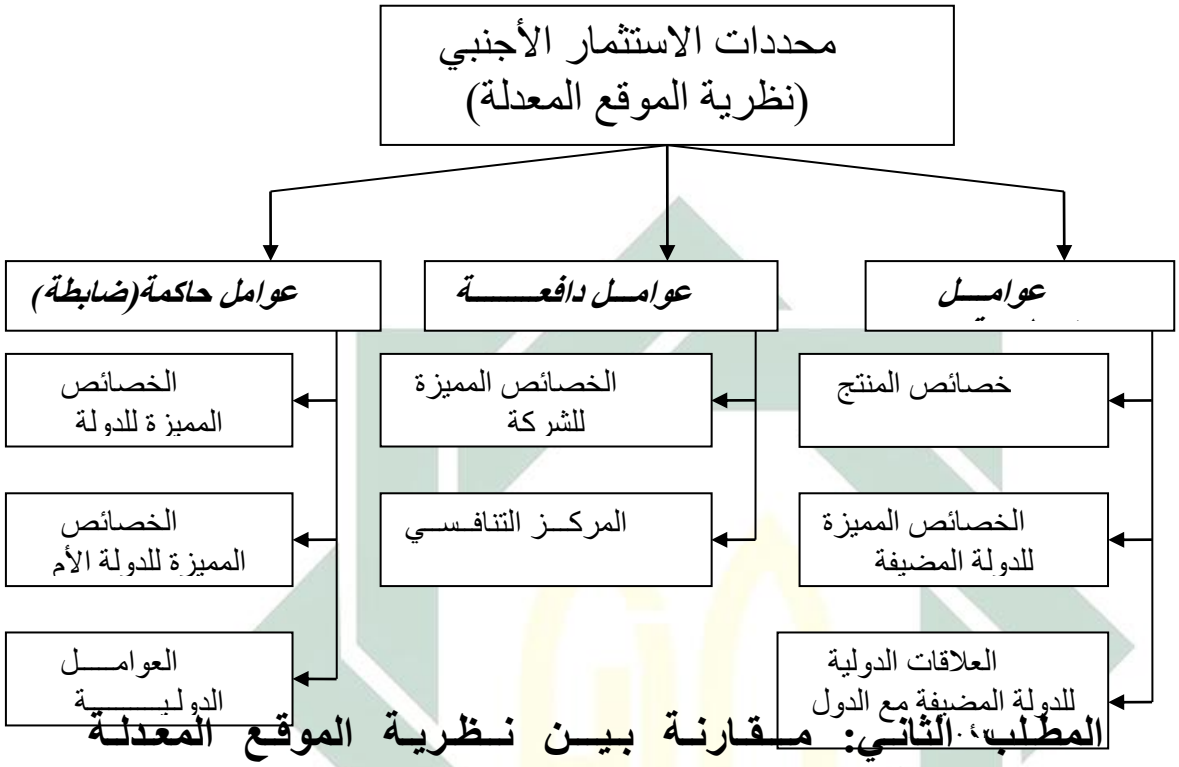
يمكن شرح هذه العوامل(المتغيرات) بصفة ملخصة من خلال المخطط التالي:

---

[22] حسين علي خريوش، عبد المعطي رضا رشيد، الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق، (الأردن: الشركة الدولية للتجهيزات والخدمات الهندسية والمكتبية، الطبعة الأولى، 1996م)، 19.

[23] جون مينارد كينز، *النظرية العامة في الاقتصاد*، ترجمة نهاد رضا، (بيروت: دار مكتبة الحياة، الطبعة الأولى، 1939م)، 166.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id



المطلب الثاني: مقارنة بين نظرية الموقع المعدلة والنظريات الأخرى وسبب اختيار الباحث لها:

إذا نظرنا إلى جوهر النظرية فإننا نستخلص ما يلي:

1. إن الكثير من محددات الاستثمار الأجنبي من واقع هذه النظرية قد أشارت إليها أو تناولتها النظريات السابقة.

2. إن هذه النظرية قدمت العديد من العوامل التي قد تعوق أو تدفع الشركات المتعددة الجنسيات إلى القيام بالمشروعات الاستثمارية أو ممارسة أنشطة إنتاجية وتسويقية في الدول المضيفة.

3. تتميز هذه النظرية عن غيرها من النظريات السابقة بإشارتها إلى العوامل الدافعة للاستثمارات الأجنبية التي ترجع إلى الدولة الأم مثل الضمانات والحوافز التي تقدمها الحكومة الأم لتشجيع شركاتها الوطنية المحلية لإقامة مشروعات استثمارية أو ممارسة أنشطة إنتاجية وتسويقية خارج حدودها والعوامل البيئية الأخرى مثل زيادة حدة المنافسة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في الأسواق المحلية بالدولة الأم أو زيادة نفوذ اتحادات العمال والنقابات وارتفاع تكاليف العمالـــــــــــــــة وغيرها[24].

ز. الدراسات السابقة

1. دراسة عبد الفتاح مراد، التعليق على قانون الاستثمار ولائحته التنفيذية[25].

تهدف الدراسة إلى التعليق على النصوص الكاملة لمواد قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 المُعدّل بالقانون رقم 162 لسنة 2000 ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الوزراء رقم 2108 لسنة 1997 وقرار رئيس الجمهورية 284 لسنة 1997 بإنشاء الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة وذلك فيما يلي:

أولاً: التعليق على النصوص الكاملة لمواد القانون 8 لسنة 1997 بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار المُعدّل بالقانون 162 لسنة 2000 وتطوراتهما التشريعية.

ثانياً: الأصول التشريعية لقرار رئيس الوزراء 2108 لسنة 1997 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المُعدّل بالقرار 2000/1721.

ثالثاً: الأصول التشريعية لقرار رئيس الجمهورية رقم 284 لسنة 1997 بإنشاء الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة.

2. مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة: دراسة مقارنة[26].

وقف هذا الكتاب على مفهوم الاستثمار وأشكاله والحماية التي تضمنتها قوانين الاستثمار في الأردن وليبيا للاستثمارات الأجنبية. واستخدم في هذا الكتاب المنهج المقارن الذي انصر في الدراسة على قانون الاستثمار الأردني رقم (16) لسنة 1995 وقانون الاستثمار الليبي

---

[24] عقيلة عز الدين محمد طه، أثر الاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا عن التنمية الاقتصادية في مصر، (رسالة دكتوراه، القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1990م)، 10.

[25] عبد الفتاح مراد، *التعليق على قانون الاستثمار ولائحته التنفيذية*، (مصر: دار الفرات، الطبعة الأولى، 2017م).

[26] مصطفى خالد مصطفى النظامي، *الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة: دراسة مقارنة*، (الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002م)[26].

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

رقم (5) لسنة 1993 م وكانت مادته مشتملة في بابين يتحدث الأول عن الوسائل الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال عدة موضوعات منها الوسائل غير القضائية والوسائل القضائية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في حين إن الباب الثاني تحدث عن الوسائل الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة وذلك في عدة موضوعات منها المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية والحماية الإجرائية وفقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية .

3. فؤاد حجري، قانون الاستثمارات[27].

لقد عرف جيلي مرحلتين هامتين في تاريخ الجزائر: مرحلة الاستعمار، التي أجبر فيها الجزائريون على الخضوع لقوانين فرنسية، وضعت لحماية مصالح المستعمر، الذي قسم الجزائر بهدف استغلال ثرواتها لفائدة فرنسا لوحدها، ثم جاءت مرحلة ثانية ما بعد الاستعمار، لجزائر مستقلة بدولة ساهرة على تكرس المصالح العامة للجزائريين، فؤاد حجري تمكن عن طريق التضحية إن يجسد عمليا هذه القيم والمثل العليا قصد إثراء الوسيلة القانونية التي تحتاج إليها دار العدالة والتي هي في حاجة ماسة للتنظيم بجزائر في أمس حاجة إلى العدالة، إن عمل فؤاد حجري في واقع الأمر يعتبر حج حقيقي في التاريخ والمحتوى التشريعي للجزائر منذ الاستقلال، حينما تذكر عدد الإطارات التي كانت للجزائر غداة الاستقلال، والذي لم يكن كافي حتى لتسيير ولاية واحدة بصفة عادية، فإن هذه الثروة البشرية التي تباشر في التفكير البناء والمناقشة الموضوعية للترسانة القانونية التي هي في تطور دائم، والتي تستوجب التخصص تستحق التشجيع والتهنئة، وعليها أن تسير إلى الأمام حتى تضمن سعادة لفائدة هذا الشعب.

4. حسني بني هاني، حوافز الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي: مفهومها، أنواعها، أهميتها[28].

---

[27] فؤاد حجري، **قانون الاستثمارات**، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2006م).

[28] حسني بني هاني، **حوافز الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي: مفهومها، أنواعها، أهميتها**، (الأردن: دار الكندي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004م).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لقد بات من المؤكد لدى علماء المالية وعلماء الاستثمار، أن الاستثمار هو العامل الأهم في تسيير عجلة النشاط الاقتصادي، وأحد الأنشطة الاقتصادية ذات الضرورة الحيوية لأيّ اقتصاد وطني، يعمل على زيادة الدخل القومي، أو على الأقل لتعويض الاستهلاك الذي يحدث في رأس المال القومي، وتحقيق زيادة في الناتج المحلي الإجمالي تساوي إن لم نقل تفوق الزيادة في عدد السكان، وتوفير فرص عمل لأكبر عدد ممكن من أفراد المجتمع العاطلين عن العمل، هذا بالإضافة إلى دوره في إصلاح الخلل القائم بين الموارد والسكان، وإحداث التغييرات الهيكليّة الاقتصادية والاجتماعية المطلوبة للوصول إلى تنمية اقتصادية واجتماعية حقيقية وشاملة ومستدامة.

ولما كان رأس المال بطبيعته يلجأ غالباً إلى أسهل السُّبل وأقلها كلفة لتحقيق أكبر ربح ممكن، لذا فإن قطاعات الزراعة والصناعة والتعدين لا تستطيع اجتذاب رأس المال بسهولة، خصوصاً وأنه يوجد أمامه فرص ومنافذ تؤدي إلى تحقيق ربح سريع دون مخاطر تذكر؛ كالإتجار في الأراضي - والعقارات، والإتجار بالمعادن الثمينة، والأحجار الكريمة، لكن إذا تهيأت أمام رأس المال حوافز تدفعه إلى الاستثمار في قطاعات الصناعة والزراعة والتعدين، فإنه لن يتوانى عن الانصباب فيها، والانجذاب إليها.

إن مثل هذه الحوافز يمكن أن توجد على شكل أنظمة وقوانين اقتصادية واجتماعية وسياسية وتجارية، ومؤسسات داعمة لبيئة الاستثمار، الهدف منها جميعاً الحفز على الاستثمار.

من هنا، جاءت فكرة هذا العمل، وكان موضوع هذا البحث "حوافز الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي" دراسة مقارنة، ليتم الوقوف من خلالها على العناية التي أولاها الإسلام للنشاط الاقتصادي بمختلف قطاعاته: الزراعية، والصناعية، والتجارية، وعلى حرصه على توفير المناخ الاستثماري الذي يحفز المستثمرين على استثمار أموالهم في مجالات الاستثمار المختلفة.

وإذ يتعرض الباحث في هذا البحث لموضوع "حوافز الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي" فإنه سيقوم بعرض إجمالي لعدة عناصر

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تكوّن فيما بينها صورة كلية لحوافز الاستثمار في الفكر الاقتصادي الوضعي، كما سيقوم بعرض إجمالي آخر لحوافز الاستثمار التي وفرها قانون الاستثمار الإسلامي، تسهيلاً لعملية المقارنة بين حوافز الاستثمار في الفكر الاقتصادي الإسلامي، بهدف إبراز نظريات الشريعة الإسلامية، وإظهار أوجه التفوق والتفرد في النظام الاقتصادي الإسلامي، والوقوف على مدى ملاءمة ما تقدمه الشريعة الإسلامية من حلول لمشكلات المجتمعات البشرية الاقتصادية، بالمقارنة مع ما تقدمه النظم الاقتصادية الوضعية، شاعراً بحاجة الأمة العربية والإسلامية الماسّة لتلك الحلول، خاصة وهي تمر الأن في مختلف أقطارها بمرحلة بناء نفسها، البناء المتين على مختلف الجبهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

5. محسن الخضيري، أمن الاستثمار "رؤية علمية منهجية شاملة للمنظومة الأمنية لحماية الدولة، ومشاريع الاستثمار، والمستثمرين من الجريمة والإرهاب في عصر العولمة"[29].

إن ارتباط أمن الاستثمار ليس فقط بأمن الحاضر ، ولكن أيضاُ بالأمن الواجب تحقيقه والمتعين الوصول إليه أيضاً في المستقبل ، وهو أمن يعمل في نطاقه منظومة شاملة ، ذات طبيعة تفاعلية استهدافية فائقة التأثير ، وكثيفة الأثر ، و هي في شمولها لا تترك عنصر من العناصر إلا وتضمه إليها ، وهى في تأثيرها لا تترك جانب من الجوانب إلا وأثرت عليه ، سواء بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر ، ويشمل الأمن الاقتصادي بصفة عامة ، وأمن الاستثمار بصفة خاصة ، معالجة كافة مكامن الخطر ، والتعامل مع كل عناصر التهديد ، والتي أفرزتها قوى الصراع المحلى والدولي ، سواء بإجماليتها العامة أو بعناصرها ومكوناتها الجزئية الخاصة.

6. بن بريكه عبد الوهاب، حبه نجوى، دور الأجهزة الحكومية في دعم الاستثمارات المحلية وتقليص حجم البطالة[30].

---

[29] محسن الخضيري، أمن الاستثمار **"رؤية علمية منهجية شاملة للمنظومة الأمنية لحماية الدولة، ومشاريع الاستثمار، والمستثمرين من الجريمة والإرهاب في عصر العولمة"**، (مصر: دار إيتراك للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009م).

[30] بن بريكه عبد الوهاب، حبه نجوى، *دور الأجهزة الحكومية في دعم الاستثمارات المحلية وتقليص* حجم

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في إطـار تشجيع الاستثمارات المحليـة وبغرض استيعـاب الأعـداد الكبيـرة من العـاطلين عن العمـل والمتخرجيـن من مختلف الأطـوار التعليميـة، قـامت الحكومـة بإنشـاء عدة أجهـزة من شأنها دعـم وتشجيع الاستثمـارات المحليـة من بينهـا: الوكـالة الوطنية لدعـم وتشغيل الشباب "***ANSEJ***" والصنـدوق الوطـني للتأميـن عن البطـالة "***CNAC***".

في هذه الورقة البحثيـة سنحاول تقييم مدى فعاليـة هذه الأجهـزة سواء على مستوى الآليات التي تعمـل بها أو على المستـوى النتـائج المتوصـل إليها من خـلال دراسة حـالة ولايـة بسكـرة.

أمَّا دراسة الباحث فسيكون عن فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي، وهذه الدراسة تختلف عن الدراسات السابقة لما سوف يكون لها من نتائج جديدة وأيضا في المضمون وسوف يستخلصها الباحث من التحليل التي سوف يجريها من خلال الدراسات المقارنة في تشجيع الاستثمار.

ت	مضمون الدراسات المتشابهة	الدراسات السابقة	دراسات الباحث
1	من حيث اهداف الدراسة	تختلف اهداف الدارسات السابقة عن مضمون دراسة الباحث في دراسة الميدانية	سوف تكون اهداف البحث متعلقة في فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي.
2	من حيث أسئلة البحث	ليست مرتبطة بأهداف البحث	مرتبطة أسئلة البحث بأهداف البحث
3	من حيث النتائج	مختلفة عن غيرها ولكن ليس متعلقة بدراسة معينة	سوف تكون مختلفة عن غيرها لأنه متعلقة بدراسة ميدانية

البطالة، (الجزائر: جامعة المسيلة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2009م).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 1 يوضح الدراسات السابقة للبحث ودراسة الباحث.

ح. منهجية البحث

1- نوع البحث

أ- المنهج المقارن:

نظراً لتوافق طبيعة هذه الدراسة مع المنهج المقارن فلذا سيعتمده الباحث المنهج الأساسي في هذا البحث، والمنهج المقارن مناسب مجال البحوث القانونية خصوصًا حيث تحتل المقارنة مكانة هامة حيث يساهم استخدامها لإعداد البحوث القانونية في بلورة وصياغة وتطوير ما يسمى اليوم "القانون المقارن" الذي هو ثمرة مجهود بدأ منذ القرن السابع عشر ميلادي وتواصل عبر البحوث العلمية الهادفة إلى التعرف على قوانين مختلف دول العالم بهدف محاولة التقريب بينها وإثرائها من بعضها البعض [31].

ويمكن تعريف المنهج المقارن بأنه "هو ذلك المنهج الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، أو هي عملية عقلية تتم بتحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين حادثتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين، أو أكثر تستطيع من خلالها الحصول على معارف أدق نميز بها موضوع الدراسة أو الحادثة في مجال المقارنة والتصنيف وهذه الحادثة يمكن أن تكون كيفية قابلة للتحليل أو كمية لتحويلها الى كم قابل للحساب وتكمن أهميتها في تمييز موضوع البحث عن الموضوعات الأخرى وهنا تبدأ معرفتنا له.

وبشكل عام يمكن القول إنه تشمل طريقة المقارنة على إجراء مقارنة بين ظاهرتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين أو طبيعيتين، بقصد الوصول الى حكم معين يتعلق بوضع الظاهرة في المجتمع والحكم هنا مرتبط باستخدام عناصر التشابه أو التباين بين الظاهرتين المدروستين أو بين مراحل تطور ظاهرة ما.

(31) القانون المقارن علم قانوني أسسه المفكر والفيلسوف الفرنسي (Montesquieu) في القرن 18 م بالتحديد سنة 1748م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وبالتالي فالمقارنة نوع من البحث يهدف الى تحديده أوجه التشابه والاختلاف بين ظاهرتين أو أكثر أو بالنسبة لظاهرة واحدة ولكن ضمن فترات زمنية مختلفة.

على الرغم من أن المنهج المقارن هو منهج مستقل بحد ذاته ولكن معظم الدراسات المقارنة لا يمكن أن تتم دون الاعتماد على مناهج أخرى مساندة مثل المنهج التحليلي حتى أن الكثير من الباحثين يقيمون دراساتهم على منهج يطلق عليه المنهج التحليل المقارن دلالة على اعتماد المقارنة على بيانات تحليلية ويمكن أن يعتمد على المنهج التاريخي للمقارنة أو المنهج التجريبي أن البعض ذهب الى أن المنهج المقارن "هو منهج شبه تجريبي يختبر كل من العناصر الثابتة والعناصر المتغيرة لظاهرة ما في أكثر من مجتمع أو أكثر من زمان"[32].

وحتى يؤتي المنهج المقارن ثماره في المجال القانوني، يلزم الباحث التحديد الدقيق لموضوع المقارنة، والقوانين التي ستتم المقارنة بينها.

كما يلزمه أن يكون على علم ومعرفة كافية بلغة تلك القوانين، كما يجب أن يختار عدداً محدداً منها حتى تأتي المقارنة دقيقة وفعالة، وأن تكون المراجع المتعلقة بموضوع المقارنة متوافرة لدى الباحث، بشكل يمكنه من إجراء الدراسة المقارنة، ويستحسن أن يكون النموذج المقارن المختار أكثر تقدماً من النظام الأصلي وذلك لتعظيم الفائدة من الدراسة المقارنة [33].

وبعض الباحثين يذكرون المنهج المكتبي كنوع من أنواع المناهج العلمية ومن الخطأ أن يسمى منهجا قائما بذاته لان استخدام المكتبة أمر لازم وضروري مع كل منهج بحث فمراجعة الدراسات السابقة وتحديد الإطار النظري للبحث لا يتوقع أن يقوم بهما الباحث إلا من خلال استخدام

---

[32] جميل صليبا، أساليب البحث العلمي، (بيروت: منشورات عويدات، الطبعة الثانية، 1987م، 497.

(33) علي ضوى، *منهجية البحث القانوني*، (ليبيا: منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989م)، 41.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المكتبة بغض النظر عن إي منهج يطبقه، سواء كان بحث تاريخي أو تجريبي أو حتى وصفي"[34].

ب- المنهج الاستقرائي

كما يستخدم الباحث المنهج الاستقرائي في هذه الدراسة، والسبب في ذلك أن النصوص القانونية عادة تحتاج إلى الاستقراء وفهم مدلولها، مما يتيح للباحث أن يقف على ما يريده المشرع من هذه النصوص، فالمنهج الاستقرائي يهتم باستقراء الأجزاء ليستدل منها على حقائق تعم على الكل، باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري على الكل، فجوهر المنهج الاستقرائي هو الانتقال من الجزئيات إلى الكليات أو من الخاص إلى العام، والاستقراء هو الطريق نحو تكوين المفاهيم والوصول إلى التعميمات، عن طرق الملاحظة ودراسة الفروض والبراهين وإيجاد الأدلة[35].

والمنهج الاستقرائي معروف بهذا الاسم في مجال العلوم الاجتماعية كعلم الاقتصاد وعلم الاجتماع. وفي مجال العلوم القانونية يعبر عن المنهج الاستقرائي عادةً بالمنهج التأصيلي، ولعل أهم مجالاته ما يتعلق باستقراء اتجاهات أحكام القضاء في موضوع معين لبيان القاعدة التي تحكم الموضوع.

وعلى هذا فسيقوم الباحث بتبيان فاعلية النظام القانوني في عمليات تشجيع الاستثمار، دراسة مقارنة بين القانون الليبي المتمثل في قانون تشجيع الاستثمار لسنة 2010، بالإضافة إلى قوانين أخرى لها علاقة بمواضيع الدراسة، ومقارنة هذا القانون باتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر، وهي اتفاقية وقعت بين خمسة دول عربية هي تونس، الجزائر، المغرب، موريتانيا، وليبيا سنة 1990م.

2- مصادر جمع البيانات

حيث تتعدد مصادر الحصول على البيانات في هذه الدراسة وسيعتمد الباحث على مصدرين اساسيين هما: -

---

([34]) هند عبد العزيز ربيعة، *منهج البحث الوصفي الوثائقي*، (السعودية: جامعة محمد بن سعود الإسلامية، قسم إدارة وتخطيط تربوي، 1443ه، 18، بتصرف.

(35) أحمد عبد الكريم سلامة، *الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية*، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999م)، 35.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أ- **المصادر الرئيسية للبيانات**: -

1-**القوانين التشريعية في مجال الاستثمار وتشجيعه** وهي تتمثل في مراجعة القوانين ذات العلاقة، بالإضافة إلى قوانين أخرى مثل قانون انتزاع الملكية للصالح العام، وبعض القوانين المدنية.

2-**المراجع القانونية العامة والليبية في الاستثمار والمحافظ الاستثمارية** خصوصاً في مجال هذه الدراسة وموضوعها وهو (فاعلية النظام القانوني في عمليات تشجيع الاستثمار)، من حيث التقصي في البيانات المتعلقة بهذا الموضوع من كل جوانبه من ناحية قانونية مقارنة.

ب- المصادر الثانوية للبيانات: -

وهي تشمل البيانات والمعلومات التي يتم الاستعانة بها من المراجع المساعدة في تجلية وتوضيح هذا البحث وجزئياته وعلى سبيل المثال يورد الباحث مجموعة من المراجع المبثوثة في المكتبات المختلفة، وكذلك ما هو موجود منها على شبكة المعلومات الدولية من كتب ورسائل ماجستير وبحوث ودراسات قانونية وفقهية وغيرها.

3-أداوت جمع البيانات

يستخدم الباحث في جمع المعلومات لكتابة هذا البحث الأدوات التالية:

أ-الوثائق:

طريقة جمع البيانات أو المنهج الذي يستخدمه في عملية جمع البيانات هي الطريقة الوثائقية ، وهي طريقة عملية لجمع الحقائق والمعلومات عن طريق الوثائق الموجودة في مكان معين من الكتب ، وهو منهج يتطلب تحديد مشكلة البحث ، وتجميع الحقائق والمعلومات المتعلقة بالبحث[36]، وطريقة الوثائق في هذا البحث تحتوي على الكتب التي بحث فيها عن تأثر ، وما يتعلق به مما له أثر في حل مشكلة هذا البحث وتتبع الوثائق التي لها صلة بموضوع فاعلية النظام القانوني في الاستثمار، وكل

([36]) عبد الرحمن بن عبد الله الواصل، *البحث العلمي ومناهجه*، (السعودية: دار النفيس، الطبعة الثانية،1999م) ، 25.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاعتماد على الكتب القديمة والحديثة في مجالي القانون الليبي والقانون الدولي.

ب- **القراءة والتحليل:**

وهذا ناتج عن الأول إذ أنه يظهر في كل مرحلة من مراحل البحث، حتى يتمكن الباحث من الاطلاع والقراءة المعمقة والتدقيق لفهم الأقوال وإدراك معانيها لمعرفة المقصود منها، لكي يتمكن الباحث من الوصول إلى نتائج هذا البحث.

4- أسلوب تحليل البيانات :

يقوم الباحث بجمع مصادر البيانات من بطون كتب علماء أهل الفقه القانوني، والتشريعات الاستثمارية، بالإضافة إلى قانون تشجيع الاستثمار، ثم يقوم بتحريرها، وبناء على نوعية البيانات التي تحصل عليها الباحث بالأسلوب الوصفي، حيث قام الباحث في عملية تحليل البيانات لهذا البحث بطريقة تحليل المضمون، الذي تحصل عليها الباحث من بطون الكتب المتعلقة بموضوع البحث، سواء كانت القديمة أو المعاصرة بوضوح؛ لكي يسهل فهمها للباحث.

ويتبع الباحث الخطوات التالية في عملية تحليل البيانات لهذه الدراسة:

1-عرض البيانات المتعلقة بالدراسة

2-تصنيف البيانات حسب مقتضيات الدراسة ولغرض المقارنة

3-تحليل البيانات عن طريق عقد المقارنات لكل مسألة من مسائل الدراسة

4-مناقشة النتائج بعد عقد المقارنات للمسائل

5-التوصل الى النتائج من المقارنات لموضوع ومسائل هذه الدراسة

5- هيكل البحث

لقد رأي الباحث أن متطلبات الدراسة العلمية عموما وحسب المنهج المطبق في هذه الدراسة سواء المقارن أو الاستنباطي خصوصا أن نتبع في معالجة الموضوع محل الدراسة للهيكل البحثي على النحو الاتي: -

الباب الأول: الإطار العام والدراسات السابقة: -

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويحتوي على هذا الفصل على: المقدمة- مشكلة البحث - اسئلة البحث - اهداف البحث - اهمية البحث – نظرية البحث- الدراسات السابقة- منهج البحث.

الباب الثاني: الإطار النظري

ويحتوي على ثلاثة فصول: الفصل الأول: في مفهوم تشجيع الاستثمار، وأهميته وشروطه، والفرق بين المستثمر المحلي والأجنبي وما له من حقوق وما عليه من واجبات.

الفصل الثاني: في النظام القانوني لعملية الاستثمار ومجالاته.

الفصل الثالث: في فض النزاعات المتعلقة بعملية الاستثمار، وتبيان الجهة التي لها علاقة بفض هذه النزاعات.

الباب الثاني

فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار

الفصل الاول: مفهوم الاستثمارات ودورها في عمليات تشجيع الاستثمار القانوني:

تعد الاستثمارات من أهم وسائل تنمية الموارد المالية في الاقتصاد المعاصر، ولا نبالغ إذا قلنا إن الاستثمارات أصبحت المصدر الرئيسي الذي تقوم عليه اقتصاديات العديد من الدول وتعتبر الدول النامية إحدى هذه الدول التي تسعى جاهدة إلى إحداث تنمية اقتصادية طموح[37].

[37] ويرى البعض أن ظاهرة الدول النامية ناتجة عن تاخر أو تخاوف تكنولوجي بسيط بينها وبين الدول المتطورة سببه عدم وجود القدرة المالية الكافية لتغطية هذا العجز، مما يجعلها تلجا لتحقيق ذلك إلى الاعتماد على مساهمات الشركات الأجنبية تاسيسا على حجم وطبيعة الامتيازات والضمانات التي توفرها القوانين الاستثمارات:

Madjid ben chikh: Droit International Du Sous-développement, Berger Levreuilt et office des publications universitaire,Alger,p133.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما مـن شأنها تقليص الهوة الاقتصادية والتنموية التي تفصل بينها وبين الدول المتقدمة وتاسيسا على ذلك سنحاول في هذه الدارسة تسليط الضـوء علـى مفهـوم الاسـتثمار القانوني وطبيعته وذلـك بتقسيم هـذا الباب إلـى الدور الـذي يؤديه فـي تحقيق التنمية المنشـودة للدولة الليبية المضيفة وكذلك الدول المغرب العربي الكبير للاسـتثمار لتناول في المبحث الأول تاصيل مفهـوم الاسـتثمار في عدة مجالات، ثـم ننتقل إلـى المبحـث الثـاني لنحدد فيه دور، والتحديد الأشـكال القانونية الأكثـر شيوعا للاسـتثمار القانوني الاستثمارات الاجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول المغرب العربي.

المبحث الأول: تعريف عقود الاستثمار وتبيان أطرافها

إذا كان عقد الاستثمار هو عبارة عن تقابل إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني كبقية العقود، إلا أنه يختلف عنه الغاية من إبرامه، إذ يهدف إلى تجسيد الخطط التنموية للبلد، إضافة إلى اختلافه من حيث طبيعة أفراده ومراكزهم القانونية لذلك سنتطرق إلى تعريف عقد الاستثمار في المطلب الأول ونتطرق في المطلب الثاني إلى تحديد أطراف عقد الاستثمار:

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار

إن من المتعارف علية هو ان العقد اتفاق إرادتين لأثر حدث قانوني، فقد نصت المادة

من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 45/54 المؤرخ في 02 رمضان عام

1395ه الموافق لـ: 02 سبتمبر 1952 على أنه العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1].

أما المشرع الفرنسي فقد أقر بأن العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر لأجل إنشاء علاقة قانونية- أثناء التزام أو أثناء حق عيني أو تعديل علاقة قائمة أو تمديدها أما الشرائع (الأنجلو سكسونية) فتعتبر العقد اتفاق تتولد عنه

[1] القانون المدني الجزائري، المادة 45، حيث يتم التعريف بعقود الاستثمار في الجزائر والتشجيع عليه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الالتزامات ذات القوة التنفيذية والمعترف بها قانونا[2].

أما فيما يخص المعنى اللغوي للعقد أو أصل كلمة العقد في اللغة فهو الرابط والوصل ويأتي هذا المعنى من عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبل بالحبل.

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

إن كلمة استثمار في مفهومها اللغوي تعني طلب الحصول على الثمرة، وثمرة الشيء هي ما يتولد عنه أو الانتفاع المقصود منه، وثمر الدجل ماله أي أحسن القيام عليه ونماه، ومعنى كلمة استثمار في المصطلحات الاقتصادية العالمية لا يخرج عن معناها اللغوي، إذ يقصد بها عند الاقتصاديين الزيادة والإضافة الجديدة في ثروة المجتمع ومثل ذلك أنشاء المباني والمزارع والمصانع ومختلف المشروعات الأخرى التي تعد رفع للرصيد الاقتصادي للمجتمع.

كما يمكن تعريف الاستثمار على انه العلمية الاقتصادية المدروسة من قبل شخص طبيعي أو معنويي تقوم على أسس علمية أو عقلانية توجه من خلالها أصول مادية أو مالية أو بشرية أو معلوماتية نحو تحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في المستقبل بتدفقات مستمرة عادة تحقق قيما تتجاوز القيم الحقيقية الحالية للأصول الرأسمالية وفي ظروف تتصف بالأمان قدر المستطاع مع استبعاد هامش مقبول للمخاطر، ويعتبر الاستثمار عند أصحاب القانون بأنه تحركات رؤوسي الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج سلع

---

[2] محمودي مسعود، **أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية**، (الجزائر، دار النشر ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، بدون طبعة، سنة 2002، ص02)

[3] القران الكريم سورة المائدة، اية 1

[4] محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية مرجع سابق، ص 55-53.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أو خدمات[5]، ويرى الدكتور أحمد سمير أبو الفتوح أن الاستثمار يعني الإضافة إلى رصيد المجتمع من رأس المال كتشييد وحدات سكنية جديدة، فضلا على أنه إضافة إلى المخزون من المواد الأولية والسلع تامة الصنع أو نصف مصنعة، فالاستثمار هنا الإضافات إلى المخزون، فضل على رأس المال الثابت[6].

إن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية للبلاد، أي أن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تكون الدولة التي تقوم بإبرامها مع شخص من الأشخاص التابعيين للقانون الخاص سواء كانوا أشخاص طبيعية او معنوية والتي ترتبط بالنشاطات التي تدخل ضمن البرامج التنموية للبلاد[7].

كما وصفت بأنها اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أو مشروع بتقضي المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة بإنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المصنف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية[8]، وكما تعتبر كل العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار.

كما عرفت عقود الاستثمار في إحكام التحكيم فقد عرفه المحكم "*CAVIN*" في تحكيم *SAPPHIRE* ضد شركة النفط الوطنية الايرانية بأنه: عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارته خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية إذ انه الشركة لها الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة

---

[5] محمد غانم، **الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي والتشريعات واتفاقيات الاستثمار** (امصر: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 99).

[6] هوشيار معروف، **الاستثمارات والأسواق المالية** (الأردن: دار صفاء، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص55).

[7] أحمد سمير ابو الفتوح، **دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار** (مصر: دار النش المنكب العربي للمعارف، الطبعة الخامسة، سنة 2005، ص3).

[8] جابر فهمي عمران، **الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية**، (مصر: دار النشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2009، ص 59).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بإقامة استثمارات ضخمة ومنشأة لها طابع الدوام[9].

كما عرف عقد الاستثمار في تحكيم "*Texaco*" ضد الحكومة الليبية بأنها عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس خاضعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بالعقد او سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة[10].

الفرع الأول: تعريف الاستثمار من الوجهة الاقتصادية.

الاستثمار: لغة مشتق من الثمر، ويعني طلب الحصول على الثمر أي ما يزد عنه أو نفعه، والمقصود منه، وثمر الرجل ماله كثرة، واستثمر المال جعله يثمر أي يكثر وينمو[11].

ووفقا للمفهوم الإسلامي فإن الاستثمار يعني تكثير المال وتنميته بكافة الطرق المشروعة بهدف توظيف الموارد المتاحة في ضوء الضوابط والأسس والقواعد الشرعية والاقتصادية والاسلامية[12].

ولا يخرج مصطلح الاستثمار في علم الاقتصاد عن هذه المعاني والمفاهيم، ويعد من المصطلحات وقد تبينا تعاريف متعددة عند الاقتصاديين على خلاف فقهاء القانون، والشائعة في مجال علم الاقتصاد الحماس والسرعة في تعريف الاستثمار باعتباره يعد عنصرا رئيسيا في علم الاقتصاد، حيث شوهد لهم النشاط الاقتصادي لما له من مكانه بارزة في نظرية الدخل والتشغيل ومصدار للتوسع في الطاقة الانتاجية.

وتاسيسا على ذلك اتجه البعض إلى تعريف الاستثمار بأنه كل

---

[9] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة**، (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 50).

[10] جابر فهمي عمران، المرجع سابق، ص59.

[11] . جمال الدين ابن منظور الأنصاري، **لسان العرب**، (بيروت: دار صادر للنشر، الطبعة الثالثة، الجزء4، سنة 2010، ص 83).

[12] غسان محمد الشيخ واخرون، (مخاطر استثمار الأموال العربية في الدول غير الإسلامية ضوابط ومخاطره ورقة عمل مقدمة في المؤتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي تحت عنوان "الاستثمار في الدول الأجنبية)، ص 161، سنة 2007، الطبعة الأولى 09/04/2007.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

استغلال لرؤوس الأموال من أجل تحقيق عملية إنماء للذمة المالية للدولة ودخولها في مشروعات اقتصادية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق الربح[13].

واعتبر البعض مصطلح الاستثمار تعبيرا واسعا ويعني في الكتابات الاقتصادية الاتفاق على عوامل الانتاج لخلق سلع رأسمالية[14].

فما يلاحظ على هذا الاتجاه أنه أعطى تعريفا واسعا للاستثمار من جهة إلا أنه غير دقيق وغير ضابط لمعانيه من جهة ثانية، ذلك أنه وسع من نطاقه ليشغل جميع حركة رؤوس الأموال من دون حدود، إضافة إلى ذلك لم يحدد شروط أو عناصر للاستثمار حتى يسنى تميزه عن غيره من صور انتقال رؤوس الأموال التي تخرج عن نطاق الاستثمار[15].

في حين ذهب فريق آخر من فقهاء الاقتصاد إلى تعريف الاستثمار أنه قيام المستثمر بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية، والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة[16].

وفي نفس المعنى عرفه البعض الآخر بأنه، تحويل المدخرات إلى أصول رأسمالية، أي تحويلها إلى عتاد وآلات ومباني[17].

وعرفه بعض الاقتصاديين بأنه مجموع نفقات توجه لأجل تحقيق عوائد مستقبلية ناتجة في أغلب الاحيان عن مؤسسات صناعية للحصول

---

[13] مجمع اللغة العربية الاستثمار أنه ستخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشاء الآلات والمواد الأولية، ٍواما «بطريقة غير مباشرة بشراء الأسهم والسندات أنظر المعجم الوجيز - منشوارت مجمع اللغة العربية-جمهورية مصر.87، باب الثاء ص 199 العربية، الهيئة العامة لشؤون الطبعالأميرية، طبعة وأنظر كذلك في نفس المعنى: Vocabulaire juicier: Gérard Cournu: 8éme édition, Quardrige, avril 2007, p 514.

[14] حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دارسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، القاهرة، الطبعة الثانية، جامعة عين شمس، رسالة دكتواره .157 ،156، ص 81

[15] حسن خليل، دور رؤوس الأموال في تنمية الاقتصاديات المتخلفة (رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة مصر، دراسة خاصة بإقليم مصر، سنة 1960، ص 80).

[16] عبد السلام أبو قحف، **اقتصاديات الاستثمار الدولي**، (مصر: المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة، سنة 1991، ص 21).

[17] فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي (رسالة ماجستير-حقوق، جامعة أسيوط مصر، سنة 2007، ص 80).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على وسائل الإنتاج أو التسويق[18].

واعتمد البعض في تعريف الاستثمار استنادا إلى أساس مالي مفاده ربط الاستثمار بالادخار، بانه توجيه المدخارت لزيادة القاعدة الاقتصادية، ومن ثم رفع المستوى الاقتصادي العام[19].

فما يلاحظ عموما على هذه التعاريف المنافسة للاستثمار أنها تخلط بين الاستثمار والادخار كعملية واحدة دون التمييز بينهما[20]، ذلك أن الادخار هو اقتطاع جزء من الدخل لتوجيه كاحتياطي يمكن أن يستفاد منه بالاستثمار أو في استهلاك مستقبلي، وعليه يفهم من ذلك أن الادخار لا يوجه دائما، للاستثمار وبالتالي لا يوجد هناك تطابق مطلق بين الاستثمار والادخار حتى نجعله عنصرا لتعريف الاستثمار.

وعلى صعيد آخر يميز الاقتصاديون عادة بين نوعين من الاستثمار هما: الاستثمار المالي والاستثمار الحقيقي[21]:

*الاستثمار المالي يتجسد في شراء الاوراق المالية مثل الأسهم والسندات وأذونات الخزينة وما إلى ذلك وهو بهذا المعنى لا يشكل إضافة حقيقته إلى الأصولِ وانما مجرد تحويل للملكية.

*أما الاستثمار الحقيقي فهو الاستثمار الذي يتضمن حيازة الأصول والموجودات الراسمالية الجديدة مثل الآلات، والمعدات، والابنية واقامة المصانع، وهو بهذا المعنى يتضمن إضافة حقيقية إلىالثروة في المجتمع وتوسيع القاعدة الإنتاجية.

وعلى الرغم أن الاستثمارات المالية والحقيقية تظل مكمله لبعضها البعض، إلا أن الاستثمارات الحقيقية تظل هي الأصل والأهم لأنها تنعكس مباشرة في زيادة الإنتاج وتوفير المزيد من فرص العمل

---

[18] جورج حزبون واخرون، التكليف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي في العلاقات، (مجلة الحقوق، المجلد الثاني العدد 1، جامعة البحرين، سنة 2006، ص 270).

[19] منى محمود إدبلي، سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في الاستثمارات في الدول النامية، (مصر: جامعة القاهرة، رسالة دكتوراة في القانون سنة 2006، ص 15).

[20] صالح الخصاونة، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن-الاستثمار والعقود التجارية الدولية (أواري مقدمة في مؤتمر قانوني بتاريخ 1 /15/06و14، ص 94 - دارسات قانونية).

[21] صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، **دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص**، (مصر: بدون دار نشر، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 20).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وزيادة الرفاه في المجتمع.

ويستخدم الاقتصاديون ايضا مصطلح الاستثمار الراسمالي ويعني الاستثمار الذي يأخذ صورة إنشاء أو إحلال مشروعات أو أجازء منها للتجديد، مشروعات جديدة أو استكمال أو توسيع مشروعات قائمة والتحديث[22].

على أن هناك مفهوم واسع للاستثمار لقي قبولا لدى الكثيرين ويقرر أن فكرة الاستثمار يجب تصورها كمقابل للسيولة ومن ثم ينبغي أن تشمل الائتمانيات والأموال، وفن الانتاج ونتائج البحوث، وكذلك جميع الإسهامات ذات القيمة الاقتصادية[23].

إلا أن هذا التعريف يؤخذ عليه توسعه الفضفاضكونه أقحم عمليات قد تخرج عن مفهوم وغاية الاستثمار.

مما تقدم نلخص إلى أن النظرة العملية للاقتصاديين تجعلهم يضعون الهدف من الاستثمار-الربح-تعريفا هذه النظرة هي التي له دون التوقف عند عملية الاستثمار ذاتها من حيث عناصرها أو شكلها أو أدائها أدت ربما إلىفشلهم بالإجماع للتوصل إلى تعريف موحد ومتفق عليه لعملية الاستثمار، إلا أن هذا توظيف للنفود لأي أجل في أي أصل أو ينفى اتفاقهم حول مفهوم موسع للاستثمار بأنه ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنمية سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية[24].

وازاء هذا التردد الذي صاحب التعاريف المنساقة من وجهة الاقتصاديين وعدم تمكنهم الوصول إلى صياغة تعريف جامع للاستثمار، حاول الفقهاء القانونيين من جهتهم صياغة تعاريف متعددة

---

[22] حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دارسة تحليلة للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، مرجع سابق ص 160.

[23] يعتبر هذا التعريف عاما للاستثمار أما إذا تجاوز الاستثمار حدود الدولة ويتحول إلى استثمار أجنبي وهنا يؤكد البعض أن هذا الاستثمار مهما كانت العناصر التي تدخل في تكوينه يجب أن يهتم خارج النظام القانوني والنقدي والمالي والاقتصادي للدولة المستثمرة، دريد محمود علي السامرائي، ضمانات الاستثمار التجاري، (العراق: رسالة دكتواره بغداد، جامعة صدام للحقوق، الوطني، سنة 2001، ص6).

[24] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان القانون الداخلي**، (السودان دار النشر دار الكتاب الخرطوم، الطبعة الثانية، سنة 1990، ص 40)،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سعيا منهم الوصـول إلـى مـا لـم يتمكن الباحثين الاقتصاديين الوصـول اليه وهـو مـا يستدعي توضيحه بالبحث والدارسة.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للاستثمار:

علىغارر الاقتصاديين تعددت واختلفت التعاريف المنساقة للاستثمار عند القانونيين، ولا يسعنا المجال لذكرها جميعا، إلا أننا سنحاول التعـرض لأهـم التعاريف التـي ركـزت علـى الجانـب القـانوني، للاستثمار ومحاولة تحليلها وإبراز الأسس المعتمدة في صياغتها.

حيث يرى البعض أن الاستثمار هـو تقديم الأمـوال المادية والمعنوية والأداءات مـن شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقلة للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة فـي مشـروع قـائم أو سيتم إنشائه للقيام بنشاط اقتصادي من خلال مدة معقولة من الزمن[25].

فـي حين يعرفه البعض أنـه توجيه جانـب مـن أمـوال المشـروع أو خبرتـه التكنولوجية إلـى العمـل فـي مناطق جغرافيا خارج حدود دولته الأصلية[26].

فـي حين يبدي الـبعض مـن القانونيين وجهـة نظـرهم للاستثمار على أنـه انتقـال أحـد عوامـل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز[27].

وتتوالى التعريفات المقترحة للاستثمار اي اجتهاد الـبعض الآخـر لتعريف الاستثمار كل الممتلكات المادية أو المعنوية والمنقولة أو العقارية والمسيرة مـن طـرف أشـخاص او اعتبارية والموجودة على اقاليم[28].

وفـي نفـس السياق يعرف الاسـتثمار علـى أنـه مجموعـة امكانيات

---

[25] محسن شفيق، المشـروعات ذو القوميات المتعـددة مـن الناحية القانونية، (مصر: مجلـة القـانون والاقتصاد، العـدد الأول، دار النهضة العربية، سنة 1977، ص 238، ص1977).

[26] حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 3.

[27] Zamia Haqqani et Philippe Saunier et Béatrice Magaza: Droit International Economique. Ellipses: p 64.

[28] علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية وخاصة في الدول النامية (مصر جامعة القاهرة، رسالة دكتوراة في الحقوق، سنة 1998، ص66).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بشرية أو مالية موجهة إلى تحقيق الأرباح، كما جاء تعريف آخر للاستثمار على أنه استخدام أصول مالية مهما كان نوعها أو طبيعتها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي، سواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم بهدف تحقيق عائد مجز.

أبرز اهمية الربح كعنصر أساسي وجعلوه معيارا أساسيا في تعريف الاستثمار وهو الاتجاه الذي عارضه جملة من الفقهاء القانونيين واعتبروا أن بعض الاستثمارات قد لا تحقق ربحا بذاتها وانما تساعد في انشاء وتشغيل المشروعات.

وأمام هذا الاختلاف وعدم الاتفاق في الوصول إلى تحديد تعريف جامع للاستثمار والتردد الذي ساد آراء الفقهاء أصبح من الضروري الاتجاه إلى تفحص التعاريف التي أخذت بها، وكذلك أختلف النصوص القانونية المعمول بها على مستوى القوانين الوطنية وبعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار.

المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار

إن عقود الاستثمار كباقي العقود الأخرى تقوم على تقابل إرادتين بهدف إحداث أثر قانوني إلا أنها تميز عن بقية العقود الأخرى بعدم تساوي المراكز القانونية أطرافها، وسبب ذلك أن أحد أطراف هذه العلاقة العقدية هو طرف سيادي يتمتع بعدة مزايا أفضليات في إطار القانون الداخلي والدولي وهذا الطرف يتمثل في الدولة المضيفة، يقابل ذلك أن الطرف الثاني في العلاقة العقدية هو شخص خاص أجنبي لا يتمتع بالسيادة ويعتبر الطرف المضيف في هذه العلاقة[29].

الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار القانون الدولي

من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها الاقتصادية، وقد تقوم بإبرامها بطريقة مباشرة عن طريق ممثليها رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء أما بطريقة غير مباشرة عن طريق إبرام هذه العقود من طرف

[29] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، (لبنان: دار النشر دار الحلبي للنشر بيروت، الطبعة 1، سنة 2006، ص 59).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها[30].

حسب نص المادة 04 من اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في فقرتها الأولى على أنه يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقد أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد أمام المركز[31]، ومن نص هذه المادة يتبين ان اختصاص المركز يمتد كل النزاعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم هذه الدولة بتحديده ولا يقتصر اختصاصه على النزاعات التي تكون الدولة المتعاقدة طرفا فيه فقط.

ويمكن أن نستنتج من نص المادة أن عقود الاستثمار تضم كل من العقود التي تبرمها الدولة بنفسها من قبل ممثليها والعقود التي تبرمها الهيئات والأجهزة التابعة لها.

تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام، إذ يستبعد مفهوم أن الدولة هي مجموعة الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين وتخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة ويأخذ بمفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر، والمتمثل في دخول الدولة في العلاقات خاصة كما لو أنها أحد الأشخاص الخاصة وما يتبعه من تنازل الدولة عن حصانتها[32].

إن في تحديدنا لمفهوم الدولة نجد أمامنا اتجاهين الأول يضيق مفهوم الدولة فيحصر عقود الاستثمار في العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال ممثليها رئيس الدولة- رئيس الوزراء- أحد الوزراء أما الاتجاه الثاني فيسع مفهوم الدولة، فإن عقود الاستثمار وفق هذا الاتجاه تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها وهو الرأي الراجح الذي يؤيده

---

[30] بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 54.

[31] المادة 04 من اتفاقية واشنطن لـ 55 مارس 1959 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 952/34 أكتوبر الجريدة الرسمية رقم 22 بتاريخ: 1962نوفمبر 24

[32] بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 52.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أغلبية الفقهاء.

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي

لم تجز اتفاقية واشنطن أن يكون الطرف الثاني في التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، واشترطت أن يكون الطرف الثاني مستثمرا أجنبيا ينتمي إلى دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا[33].

والذي يمكن استخلاصه هو انه يستوي أن يكون هذا المستثمر أي المستثمر الأجنبي أن يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك حسب نص المادة 04 من اتفاقية واشنطن سنة 1965 حيث جاء في فقرتها الأولى يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة متعاقدة واحدة رعايا دولة متعاقدة أخرى وبينت بمقصود رعايا الدول الأخرى في فقرتها الثانية حيث جاء فيها بقصد عبارة "أحد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى" ما يلي:

كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خالف على الدولة طرف كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خالف على الدولة طرف[34].

يتبين من نص المادة 25 من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول رعايا الدول الأخرى المتعاقدة المنعقدة في 18 مارس 1965 أنه قد يكون المستثمر الأجنبي أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخالف دولة طرف النزاع وبالتالي حددت كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي[35].

اولا: الشخص الطبيعي:

إذا كان الشخص الطبيعي لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار التي

---

[33] حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، (الجزائر: دار هومة للنشر الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص95).

[34] جلال وفاء محمدين، **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار** (مصر: بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2005، ص 5).

[35] المادة 04 من اتفاقية واشنطن، لسنة 1965 السابقة الذكر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تبرمها الدولة معه بصفته مستثمر، فما هي المعايير التي من خلالها ويعتمد عليها يمكن تحديد ما إذا كان المستثمر المتعاقد وطنيا أو أجنبيا إن المعيار المأخوذ به لتمييز المستثمرين الأجانب عن المستثمرين الوطنيين هو معيار الجنسية، والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، ومنه فإن صفة الأجنبية تلحق بالشخص المتعاقد مع الدولة إذا كان لا يتمتع بجنسيتها اما في حالة تعدد الجنسية، فإن القواعد العامة تقضي أنه لا يمكن اعتبار شخص أجنبيي عن دولة معينة بسبب تمتعه بجنسية دولة أخرى[36].

إن قانون دولة الجنسية المدعى بها هو الذي يحدد ما إذا كان المستثمر يتمتع بجنسية هذه الدولة أولا، وتكون للمحاكم سلطة الفصل في موضوع الجنسية في حالة إذا ما سكت القانون الوطني عن ذلك، وغالبا ما تأخذ المحاكم في هذا بما أقرته محكمة العدل الدولية بأن الجنسية عبارة عن رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين أي أن المحاكم تأخذ بمعيار الصلة الفعلية لحكم يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة معين.[37]

ثانيا: الشخص الاعتباري:

قد عرفنا مما سبق أن المستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وذلك حسب نص المادة 04 في فقرتها الثانية، إي في أغلب الصاحين التي يكون فيها الطرف الثاني من عقد الاستثمار شخصا اعتباريا يكون عبارة عن شركة متعددة الجنسيات أو مشروعا مشترك. إن الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري التي تميزه عن الشخص المعنوي تجعل من تحديد جنسية أي إذا ما كان يعتبر أجنبيا أو وطنيا بالنسبة لدولة المضيفة للاستثمار أمرا صعبا[38].

لقد ثار خالف في الفقه حول إمكانية تمتع الشخص المعنوي بالجنسية وقد استقر كل من الفقه والقضاء ومعظم التشريعات الوطنية على إمكانية تمتع الأشخاص الاعتبارية بالشخصية القانونية وبالتالي بالجنسية وهذه الأخير

---

[36] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 02.

[37] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 92.

[38] المادة 04 من اتفاقية واشنطن، لسنة 5324 السابقة الذكر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هي من يستند إليها لتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية حيث يتم الاعتماد على ضابط الجنسية لتحديد الصفة الأجنبية لشركة ومنه يمكن القول إن الشركة الأجنبية هي كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد[39].

وقد نصت اتفاقية واشنطن على أنه يشترط في خضوع الشخص الاعتباري الإختصاص محكمة المركز فإنه يجب أن يتمتع بجنسية أي دولة عضو خالف بجنسية الدولة الطرف في العقد أي أن الشخص الاعتباري لكي يعتبر أجنبيا يجب ألا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

إن تحديد جنسية الشخص الاعتباري وفق الاعتماد على معاير مختلفة بحيث نجد أن كل تشريع يأخذ بمعيار معين ومن بين هذه المعاير نذكر ما يلي:

- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء: باعتماد على هذا المعيار فإن جنسية الشخص الاعتباري تحدد على أساس جنسية الأعضاء المكونين وتكون جنسيته هي جنسية الدولة التي ينتمي إليها اغلبهم إذا اختلفت جنسياتهم ويعاب على هذا المعيار إنكاره الاستقلالية الشخص الاعتباري عن أعضائه المكونين له في الشخصية القانونية والذمة المالية وأنه عديم الجدوى كذلك في حالة شركات الأموال مثل شركة المساهمة[40].

- معيار التأسيس: يعد من أهم المعايير الجنسية الأشخاص الاعتبارية الغالبة في القانون التجاري الدولي فإن الشركة تتمتع بجنسية الدول المضيفة للاستثمار التي تم تأسيسها في ظل قوانينها[41].

- معيار مركز الاستغلال: أي أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يتمركز فيها نشاطها إذ يعتبر مكان تجمع مصالحها الحقيقية وهو بذلك يعبر عن الارتباط الحقيقي بين الشخص الاعتباري والدولة التي يحمل جنسيتها.

- معيار مركز الإدارة الرئيسي: يقصد بذلك أن الشخص الاعتباري يتمتع

---

[39] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 25-23.

[40] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 23.

[41] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 90.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بجنسية الدولة التي يتواجد فيها مركز إدارته الرئيسي ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي المكان الذي يتواجد به أجهزة الشخص الاعتباري التي بإصدار القرارات المتعلقة به، كمجلس الإدارة أو الجمعية العامة.

- معيار الرقابة: ويقصد به أن الشركة أو الشخص الاعتباري يعتبر أجنبيا متى كان يخضع لرقابة أو السيطرة أجنبية بغض النظر عن مركز الإدارة أو محل التأسيس أو مركز النشاط، وتكون هذه السيطرة من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث جنسية القائمين على الإدارة[42].

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

بما أن اتفاقية واشنطن لم تحدد معيار الجنسية المعتمد لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ومنه أن محكمة المركز ليست ملزمة بتطبيق معيار معين دون الآخر، والواقع أنه من الأفضل لا لطرف عقد الاستثمار المتمثلين في الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي فيما كان شخصا اعتباريا أن يحددوا صراحة جنسية الشخص الاعتباري في قدر الاستثمار نفسه أو في اتفاق التحكيم[43].

وكخلاصة عامة فإن المستثمر الأجنبي وباعتباره الطرف الثاني ففي عقد الاستثمار بمقابل الدولة المضيفة للاستثمار فإنه يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، إذا أن طبيعة عقود الاستثمار لا تتأثر طالما أن موضوعها مرتبط بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المستضيفة للاستثمار.

المبحث الثاني: ضوابط تحديد عقود الاستثمار ونماذجها القانونية المختلفة

إن مسالة الاهتمام بالعقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى كانت محل للاهتمام منذ القدم، ورغم تعدد الدارسات حولها، إلا أن الفقه لم يتوصل إلى تحديد مفهومها بشكل واضح يساعدنا في تمييزها عن باقي

[42] بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 95.

[43] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 9

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العقود الدولية الأخرى، ونظرا للتطور الذي شهدته المعاملات الاقتصادية الدولية على العموم ومجال الاستثمارات الدولية على الخصوص، فصعوبة تحديد هذه العقود ترجع إلى الاختلاف حول طوائفها وتكييفها القانوني، كما أن هناك عقود متنوعة تتعلق بكل ما يمكن أن يؤدي إلى إحداث التقدم الاقتصادي للدولة[44].

ومن بين هذه العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية نجد عقود الاستثمار التي احتلت مكانة هامة في العلاقات الاقتصادية الدولية، فهي أكثر الأساليب استعمالا خاصة عندما يتعلق الأمر باستثمارات ذات أهمية وطنية كبيرة.

ورغم الاهتمام الذي لاقته عقود الاستثمار من قبل الفقه إلا أنه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، فمعظم الدراسات الواردة حول الاستثمار يطغى عليها الطابع الاقتصادي، كما أن عقود الاستثمار تتشابك مع عقود الدولة، وعليه ينبغي علينا إبراز ضوابط تحديد عقود الاستثمار القانونية، انطلاقا من أطراف عقود الاستثمار وموضوعها (المطلب الأول)، إلى تصنيف عقود الدولة في مجال الاستثمار ونماذجها القانونية المختلفة، الأمر الذي يتطلب تحديد النماذج المختلفة لعقود الدولة، ثم تبيان عقود الاستثمار كنموذج لعقود الدولة (المطلب الثاني.

يعتبر الاستثمار عنصر رئيسي في النشاط الاقتصادي، فهو مصدر للتوسع في الطاقة الإنتاجية من ناحية، وجزء مهم في الطلب الكلي من جانب أخر، فكان لازما على الاقتصاديين أن يضعوا تعريفا محددا لهذا النشاط الاقتصادي، ولكن بالرغم من اهتمام فقهاء القانون والاقتصاد بعقود الاستثمار، فإنه لا يوجد تعريف قانوني لعقد الاستثمار لأن معظم التعريفات اقتصادية أقرب منها للقانونية.

فنجد أغلب الفقهاء يتفقون بأن عقود الاستثمار هي عقود مبرمة بين الدولة وشخص أجنبي خاص يكون موضوعها منصبا على الاستثمار وهي ما يعرف كذلك باتفاقات التنمية الاقتصادية، كما أن تحديد أطراف عقود الاستثمار وطبيعتها سيساهم كثيرا بالتعريف بهذه العقود وعلى هذا

---

[44] اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا، (رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، سن 2006، ص 91).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأساس، سوف تتناول أطراف عقود الاستثمار، ثم الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار[45].

المطلب الأول: أطراف عقود الاستثمار القانونية في مجال القانون الدولي

تتضمن عقود الاستثمار على طرفين الأول يتمثل في الدولة أو من يمثلها، و هي شخص يتمتع بسيادة، ويمارس مظاهر السلطة العامة في المجال الداخلي، وشخص من أشخاص القانون الدولي العام، أما الطرف الثاني فهو الشخص الأجنبي و الذي يتمثل في شخص طبيعي أومعنوي، فإنه لا يمارس امتيازات السلطة العامة، ولا يعد شخصا قانونيا دوليا، لكنه يمتلك إمكانيات مالية وتكنولوجية وفنية كبيرة ومن ثم قوة اقتصادية قد تفوق الدولة المضيفة لاسيما إذا كانت دولة نامية، وعليه فالعلاقة بين الأطراف متجانسة ومتفاوتة من الناحية القانونية والاقتصادية[46]، وسنبرز أطراف هذه العلاقة في عقود الاستثمار و التي تشمل الدولة كطرف في العقد (الفرع الأول)، ثم الشخص الأجنبي كطرف رئيسي فيه.

الفرع الأول: الدولة كطرف في العقد

يشمل عقد الاستثمار عموما طرفا وطنيا، متمثلة في الدولة أو من ينوب عنها بعمل عام أو بوظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، وطرفا خاصا لكنه يعمل باسم ولحساب الدولة، ويقصد بالطرف الوطني، الدولة السيادية، كشخص من أشخاص القانون الدولي الذي يفترض أن يبرم مع طرف يملك نفس المركز القانوني، ولا يثير في هذه الحالة أي إشكال، لكن الأمر يختلف عندما تتعاقد مع شخص لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي، وهو الطرف الأجنبي الخاص.

والدولة يمكن لها أن تتدخل إما بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة، بواسطة أجهزتها أو هيئاتها، خاصة أن بعض الدول توكل

---

[45] عبد الخالق الدحماني، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية"، (مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، سنة2013، ص 91).

[46]شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، سنة 2009، ص 31).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

نشاطاتها إلى أجهزة مستقلة، تابعة للقانون العام أو الخاص[47].

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه يتمثل فيما هو المعيار المعتمد لإعتبار العقد المبرم بواسطة أحد المشروعات العامة ينصرف بآثاره إلى الدولة بحيث تعتبر طرفا فيه، ذهب الفقه والقضاء إلى وجود معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهما للقول بان صرف أثار العقد الذي تبرمه مؤسسة أو هيئة عامة إلى الدولة التي تتبعها، واللذان يتمثلان في المعيار القانوني(أولا) والمعيار الاقتصادي(ثانيا).

أولا: المعيار القانوني

الدولة من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية تبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب وذلك حسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، وتبرم هذه العقود إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة[48]

بالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الفقرة الأولى منها نجدها تنص على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشا مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة"[49].

إن كون الدولة كطرف من عقود الاستثمار لا يثير أي إشكال يذكر في حالة قيامها بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة، بما أن الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي العام وهذا لا يحتاج إلى إيضاح أو إشارة خاصة في هذا المجال[50]، إلا أن الإشكال يثور إذا كان الطرف الذي وقع ماديا على العقد مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة، ولكن تبقى دائما علاقة التبعية بينها وبين الدولة

---

[47] اقلوي محمد، نظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية نموذجا، (رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2006، ص 141).

[48] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص94.

[49] مرسوم رئاسي رقم 346-96 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، عدد66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

[50] بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، (لبنان: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية بيروت للنشر، بدون طبعة، سنة 2006، ص 16).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قائمة، وهذا ما يطرح إشكال حول كيفية تحديد الطرف في هذه العقود، أو ما هو المعيار الذي نعتمد عليه لاعتبار الدولة طرفا في العقود التي تبرمها هذه الهيئات والمؤسسات العامة؟

يرتكز هذا المعيار على المادية في التوقيع، والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد، ونقصد بذلك أن المؤسسة أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة وبالتالي تتحمل مسؤوليتها التعاقدية وحدها دون إدخال الدولة معها، وهنا يتأكد أن العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة لا تكون الدولة طرفا فيها.

وقد أخذت بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم، ولكن ما يعيب عن هذا المعيار هو أنه سوف يؤدي بنا إلى تطبيق نطاق الضمان والأمان للمتعاقد الآخر لاسيما في العقود الكبرى، ولهذا كان من الضروري البحث عن معيار آخر لتحديد مفهوم الطرف في العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة مع الأشخاص الأجنبية.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

وفقا لهذا المعيار فإن كون الهيئات والمؤسسات العامة تتمتع بالشخصية القانونية لا يقع عائقا لاعتبارها تمثل الدولة على المستوى القانوني، بما أن هذه الهيئات والمؤسسات المبرمة للعقد تسهر على تطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفا من قبل الدولة التي تنتمي إليها، كما أنها تمثل مصالحها العامة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، بطريقة تبدو فيه هذه المؤسسة رغم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة على أنها في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة، أين تمارس بمقتضاها هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة والإشراف والتوجه سواء فيما يخص رأسمالها أو إدارته أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث أنه في مثل هذه الحالات من الصعب فصلها عن الدولة واعتبارها مستقلة في تصرفاتها[51].

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

يشترط في الطرف المتعاقد مع الدولة أن يكون شخص تابع لدولة

[51] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص.97-96.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أخرى، ويستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الشخص، شخص طبيعي أو اعتباري، ويكون الشخص المعنوي التابع لدولة أخرى شخص خاص[52].

ولهذا سنحاول تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي (أولا)، ومن ثم توضيح مفهوم الشخص الاعتباري الأجنبي(ثانيا).

أولا: الشخص الطبيعي الأجنبي

نادرا ما يكون الشخص الطبيعي الأجنبي طرفا متعاقدا في عقود الدولة، حيث أنه في أغلب الأحيان يكون هذا الطرف المتعاقد مع الدولة عبارة عن شخص معنوي ممثل في الشركات الأجنبية، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هذا النوع من العقود يتطلب خبرات فنية وموارد مالية عالية قد لا تتواجد لدى الشخص الطبيعي، وهذا ما يتضح في عقود البترول أي نجد أن هذه الخبرات تتوافر حسب في شركات البترول الكبرى[53].

ومن الثابت أنه في عقود نقل التكنولوجيا يكون الطرف الثاني في العقد عبارة عن شخص

طبيعي أو شركة من شركات الأشخاص، الذي قد يقتصر فقط في مجال إبرام عقود استخدام الخبراء الفنيين[54].

إن كون الشخص الطبيعي طرفا في العقد فان لا يؤثر في طبيعة عقد الدولة، لأن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها كما أن ضابط الجنسية هو من يحدد صفة الأجنبي التي يتمتع بها المتعاقد، ويستمد هذا الضابط[55]، أساسه القانوني من نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام1965 حيث جاء في فقرتها

---

[52] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي القاهرة، سنة 2001، ص 37).

[53] سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص30).

[54] صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، (رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1993، ص 317).

[55] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص .33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الثانية على أنه" يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع"[56].

ولتحديد الصفة الأجنبية في دولة معينة يكفي أن نرجع إلى التشريعات المتعلقة بالجنسية لهذه الأخيرة للتمييز بين الوطني والأجنبي، فالأجنبية والوطنية صفتين متقابلتين إذ يكفي معرفة واحدة منها حتى يتسنى لنا معرفة الأخرى، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة والأجنبي هو من لا يتمتع بها[57].

نخلص مما سبق أن الشخص الطبيعي الذي يمتلك كل من جنسية الدولة الطرف في النزاع والدولة الأخرى المتعاقدة معها لا يعتبر بذلك مواطنا أجنبيا، وعليه فإنه لا يخضع لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[58].

ثانيا: الشخص الاعتباري الأجنبي

في غالب الأحيان تكون الشركة هي الشخص الاعتباري الأجنبي في عقود الاستثمار، وتتخذ هذه الشركة شكل شركة متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك، كما يمكن أن تكون شركات خاصة أو شركات عامة، وقد نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، في تحددها لاختصاص المركز على أنه:

1. يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشا بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات.
2. يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ. كل شخص طبيعي يحمل جنسية.

ب.لشخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم – وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التواريخ ويتفق على اعتباره أحد

---

[56] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 112

[57] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 101

[58] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص .102

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية "[59].

لم تعرف الاتفاقية جنسية الأشخاص الاعتبارية، إلا أن الممارسة العملية للمركز تظهر قبوله للمعايير التقليدية في تحديد جنسية الشركات وعلى وجه الخصوص معيار مركز الإدارة الرئيسي ومعيار مكان التأسيس، ولا يؤثر في انعقاد الاختصاص للمركز حدوث أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري[60].

وهناك استثناء يقضي بعدم ولاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعات التي تحدث بين الدول المتعاقدة و أحد رعاياها من الأشخاص الاعتباريين، و نجد هذا الاستثناء في الشركات التي تنشا محليا و المسيطر عليها الأجانب، وهذا من أجل أن لا تسيطر الاستثمارات الأجنبية على الدولة المضيفة خارج نطاق الاتفاقية، وعلى هذا الأساس نصت اتفاقية المركز على اعتبار كل شخص معنوي رعية لدولة أخرى، يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق عليه الخصوم بإخضاع النزاع للتحكيم أو التوفيق، ويعود هذا الاعتبار إلى وجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه[61].

المطلب الثاني: موضوع عقود الاستثمار القانونية

من الثابت أن الهدف من موضوع الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية وهذا يتحقق من خلال المعارف والمساعدات التي يقدمها الطرف الأجنبي الخاص، كما أن كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يسعيان إلى تحقيق أهداف التي تخدم مصالحهما على حدي، ولهذا سنتناول في هذا المطلب تحديد موضوع عقود الاستثمار (الفرع الأول)، ثم الهدف من موضوع عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد موضوع عقود الاستثمار القانونية

---

[59] عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، (جامعة أسيوط، رسالة ماجستير، مصر، 1992، ص 185).

[60] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص .103

[61] علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر،1998، ص331).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إن ما يميز السياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، خاصة الدول النامية منها، هو

اهتمامها بشكل كبير بجذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، إذ تعتبر الاستثمارات التي تقوم بها الشركات الأجنبية في هذه الدول من أكبر مكونات الموارد المالية المتاحة للتنمية في البلدان النامية.

وينقسم الاستثمار الأجنبي الخاص عامة إلى شكلين رئيسيين و هما الاستثمار المباشر و الاستثمار غير المباشر، حيث يتميز الاستثمار المباشر بأن المستثمر الأجنبي يملك حق الرقابة على نشاط المشروع و هو يتمثل عموما في إنجاز مشاريع استثمارية أو المشاركة فيها[62]، وعليه فان الاستثمار الأجنبي المباشر عبارة عن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مشتملة بذلك على عنصري التنظيم و الإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث أنه ينجر عن إنجاز المشاريع التي يمتلكها العنصر الأجنبي سواء ملكية كاملة أو عبارة فقط عن حصص تمنح لهم فرصة السيطرة على إدارة تلك المشاريع أو حتى المشاركة فيها وحسب التعريف الذي قدمه صندوق النقد الدولي فإن الاستثمار الأجنبي المباشر عبارة عن ذلك الاستثمار الموجه لإنشاء أو لزيادة تشكل منفعة دائمة في مؤسسة تقوم بنشاطها في الإقليم الاقتصادي لبلد أخر عبر البلد المستثمر، و التي تؤدي بنوع من المراقبة الفعالة في تسيير المؤسسة، بعبارة أخرى فهو يجري قصد الحصول على فائدة دائمة في مؤسسة تمارس نشاطها داخل حدود اقتصاد غير اقتصاد البلد المستثمر، هدف هذا الأخير هو القيام بسلطة فعلية في تسيير المؤسسة[63].

أما الاستثمار الأجنبي غير المباشر فيكون فيه دور المستثمر الأجنبي هو تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة، التي تقوم بهذا الاستثمار دون أن تكون له أية سيطرة فعلية أو رقابة على المشروع،

---

[62] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص .106

[63] خير قدور، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح والواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الج ازئر، 2003، ص .13

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وعادة ما يأخذ هذا النوع من الاستثمار شكل قروض تقدمها الهيئات الخاصة والأفراد أو صورة شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة الأجل، ولا يترتب على هذا الاستثمار نقل الخبرات أو المهارات التكنولوجية الحديثة إلى الدولة المضيفة[64].

بعبارة أخرى فإن الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو كل استثمار في الأصول والأوراق المالية وأسواق المال العالمية، وينحصر هذا النوع من الاستثمار في قيام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين في دولة ما بشراء أسهم الشركات القائمة في دولة أخرى، كما قد تقوم بعض المنظمات الدولية مثل المؤسسة الدولية للتمويل، بالاكتتاب في أسهم شركات القطاع الخاص المنتشرة في الدول النامية[65].

الفرع الثاني: أهداف موضوع عقود الاستثمار

من الطبيعي أن لكل من المستثمر والدولة المضيفة عدد من الأهداف وارء موضوع الاستثمار، حيث تجعل كل منهما يسعى إلى العمل مع الطرف الأخر لتحقيق تلك الأهداف من أجل الحصول على مصلحة، وعادة ما يقوم البلد المضيف بالقيام بالعديد من الإجراءات، منها الإدارية والقانونية لترغيب المستثمرين في القيام بعملية الاستثمار.

إن أول الأهداف التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي هي الحصول على المواد الخام من الدول التي يستثمر فيها لأجل استخدامها في صناعاته، و الاستفادة من القوانين المشجع لاستثمار و الإعفاءات الضريبية المقررة التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمرين من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، و إيجاد أسواق جديدة لبضائع و منتجات الشركات الأجنبية خاصة لتسويق فائض كبير من السلع الراكدة، و التي لا تستطيع هذه الشركات تسويقها في موطنها، إضافة إلى الاستفادة من الأجرة المنخفضة لليد العاملة، ومن أهداف المستثمر الأجنبي تحقيق الربح في الدول المضيفة تفوق بكثير أرباحها من عملياتها داخل موطنها، و عامل آخر هو سهولة قيام الشركات الأجنبية بمنافسة الشركات المحلية من حيث جودة الإنتاج وانخفاض الأسعار و أنواع الخدمة، وذلك بسبب تملكها للتكنولوجيا

[64] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص106.

[65] خير قدور، المرجع السابق، ص 07.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المتقدمة ووفرة رأس المال لديها، و من الأهداف أيضا استفادة الشركات الأجنبية في الدول المضيفة من قلة المخاطر، إذ أنه كلما توزعت وانتشرت على أكبر عدد من الدول كلما قلت بالتالي مخاطر هذه الاستثمارات[66].

أما بالنسبة للدولة المضيفة فإن الأهداف التي تسطرها من وراء قبولها وتشجيعها للاستثمارات الأجنبية فهي الاستفادة من التقدم التكنولوجي المتطور وفن الإدارة الحديث، الذي تمتاز به الدول المتقدمة مع توظيف الخبرات الإدارية النادرة في غالب الأحيان، جلب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار بالدول النامية محاولة منها القضاء أو التخفيف من نسبة البطالة بتشغيل عدد من العاملين، الرفع من نسبة الصادرات و تحسين ميزان المدفوعات للدول النامية خاصة عند القيام بالمشروعات المعنية بزيادة تصدير منتجاتها إلى الخارج، و التقليل من نسبة الواردات، و تدريب العاملين المحليين على الأعمال الفنية و الإدارية المتطورة وعلى استخدام وسائل الإنتاج المتطورة، وأخيرا محاولة الدول المستثمرة للدخول في أسواق تجارية جديدة[67].

وعلى العموم تتمثل أهداف المشروع الاستثماري وخاصة السياسية منها في:

- تقوية علاقة الدولة مع الدول الأخرى والمنظمات في إطار تعزيز قد ارتها التفاوضية.

- تعزيز الاستقلال الوطني للدولة في المجال الاقتصادي من خلال وضع قاعدة اقتصادية.

- تأكيد أمن الوطن بتحسين النظام العام وتفعيل المجتمع داخل الكيانات والمنظمات

والمشروعات.

---

[66] خليفة لخميسي، الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التنمية الاقتصادية حالة المحروقات في الجزائر، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2002، ص 47).

[67] حاتم فارس الطعان، "الاستثمار أهدافه ودوافعه"، مقال منشور على موقع في تاريخ: 2009/04/15. www.jias.net

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- تطوير القدرات الدفاعية والحربية للدولة سواء في حالة السلم أو الحرب[68].

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعايير دوليتها:

إن تحديد الطبيعة القانونية ألي عقد على غرار عقد الاستثمار تكتسي أهمية بالغة حيث يمكن من خلالها تحديد الجهة المختصة لنظر في النزاعات التي تنشأ بسببها أو في خضم تنفيذها، وكذلك تعتبر المعيار الأساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهي التي تقرر إذا ما كان القانون الوطني هو الذي يحكم العقد أو غيره من القوانين الأجنبية، للأهمية التي تكتسي تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار فسوف نتطرق لهذه الطبيعة القانونية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف نتطرق فيه إلى المعايير التي تم الاعتماد عليها واعتبار عقود الاستثمار من قبل العقود الدولية.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

إن الأهمية البالغة في تحديد الطبيعة القانونية جعلت الفقه يولي لها اهتماما بالغا بالنسبة للعقود بصفة عامة، وبالنسبة لعقود الاستثمار بصفة خاصة للأهمية البالغة لهذه الأخيرة لما تلعبه من دور كبير في التنمية الاقتصادية لدول المضيفة لاستثمار، إضافة إلى محاولة الفقه تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار بهدف حماية مصالح المستثمر الأجنبي باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية وذلك افتكاك عقود الاستثمار من اختصاص القانون الوطني لدول المضيفة لاستثمار، وقد انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات وآراء حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار يرجع ذلك الاختلاف إلى انتماءات ومرجعيات كل فريق وكذلك الاختلاف دوافع كل فقه، فمنهم من كان يحاول حماية حقوق الدول المضيفة وذلك باعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الإرادية وذلك لثبات انفراد القانون الداخلي لهذه الدول بالاختصاص، ومنهم من حاول إضفاء الطابع الدولي

[68] منصوري الزين، آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، (أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006، ص4).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على عقود الاستثمار وذلك من أجل سحب الاختصاص من القانون الوطني للدول المضيفة لاستثمار لصالح نظم قانونية أجنبية، إلا أنه لا يمكن إنكار وجود فقهاء تطرقوا المسألة الطبيعية القانونية لعقود الاستثمار وحاولوا تحديدها بصفة موضوعية محايدة مستبعدين كل عواطف وميولات، وسوف نتطرق لهذه الآراء فيما يلي:

الفرع الأول: عقد استثمار اتفاقية دولية:

يرى بعض الفقهاء أن عقود الاستثمار، من ضمن الاتفاقيات الدولية، وذلك من أجل جعل التزامات الناشئة من عقد الاستثمار الزامات دولية وذلك لصالح المتعاقد الأجنبي، أي أنه لا يترتب عن إخلال الدولة المضيفة لاستثمار بالتزاماتها اتجاه المستثمر الأجنبي الطرف في العقد مسؤولية دولية[69]، كما لو أنها أخلت بإحدى اتفاقياتها الدولية ، ويعتبر أصحاب هذا الاتجاه الذين ينادون بتدويل عقد الاستثمار من المدافعين على مصالح الشركات المهيمنة في مجال التجارة العالمية، حيث ذهبوا إلى أن وجود الدولة بوصفها طرفا رئيسيا في عقود الاستثمار، يجعل أن لا مناص من تدويل عقد الاستثمار وبالتالي تعامل عقود الاستثمار معاملة اتفاقية الدولية، ومنه يختص القانون الدولي العام بحكمها[70]، ويترتب عليه إذا ما خلت الدولة المتعاقدة بما ألزمت به بمقتضاها تنعقد مسؤوليتها الدولية ، ويسوي أصحاب هذا التجاه بين العقود الاستثمار التي هي كما عرفنا سابقا، بأنها كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص والتي تتعلق بالأنشطة في إطار الخطط التنموية[71]، وبين الاتفاقيات الدولية التي يعرفها بعض الفقهاء فإنها توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في أحداث أثار قانونية معينة طبقا للقانون الدولة وقد عرفها بعض الفقه على أنها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم العلاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها

---

[69] مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، (لبنان: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 36).

[70] حمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، (مصر: دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، سنة 2002، ص52).

[71] جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، (مصر: دار النشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2013، 59).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هذه العلاقة ، ومن أجل تحاشي الفكرة السائدة في الفقه والقضاء الدولتين التي مفادها أن العقود التي تبرم بين الدولة وطرف خاص أجنبي لا يملك أدنى قدر من الشخصية القانونية الدولية، الذي لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، حتى يكون مخاطبا بأحكامه، وتطبيق قواعد القانون الدولي على تصرفاته القانونية وما يبرمه من تعاقدات، فذهبوا إلى أن تدويل العقود المبرمة بين الدولة وشخص الخاص الأجنبي، لا يعني بضرورة إعطائه اختصاصات مماثلة الاختصاصات الدولة ولكنه يهدف لاعتراف بتمتعه بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى الدولي وللدفاع عن حقوقه بإسناد إلى القانون الدولي العام، واعتبروا أن صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي لا تخوله إلا الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد[72].

وتعد اتفاقية واشنطن لسنة 1962 والتي أنشأه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى خطوة هامة باتجاه خلق نظام قانوني دولي حقيقي، يتضمن قواعد قانونية دولية ملزمة تتعلق بعقود الاستثمار، فإن تحكيم تحت مظلة المركز يقوم بتطبيق القانون الدولي العام، بالإضافة إلى أن أحكام التحكيم الصادرة عنها تعد أحكام دولية متصلة بالقانون الدولي وتعد أحكاما نهائية ملزمة لطرفين، وتمكن الطرف الخاص من تنفيذ الحكم الصادر لصالحه في جميع الدول المنضمة في الاتفاقية وتمنع الدولة الصدر الحكم ضدها من التمسك بخصائصها القضائية أمام محاكم الدول الأخرى الطرف في المعاهدة المنشأة للمركز[73]، وحسب نص المادة 45 من اتفاقية واشنطن 1962 فإنه يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم صدر في نطاق هذه التفافية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ التزامات المالية التي يرفضها الحكم على نحو ما يتبع بالنسبة لا لحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة اذا كانت الدولة المتعاقدة ذات الطابع فيدرالي فإنها تضمن تنفيذ

[72] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 52.

[73] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 52.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية[74].

ويرى الأستاذ Berliu Dominique أن ذلك يدل على بداية وجود نظام قانوني وجزاءات تطبيق على فئة محددة من العقود، ألا وهي عقود الاستثمار، وهذا ما يساند فقهاء الذين ينادون بتدويل العقد واعتبار عقد الاستثمار من المعاهدات الدولية لتدعيم وجهة نظرهم إذ يقولون بأنه بزغ في الأفق فرع جديد من فروع القانون الدولي العام يحكم عقود الدولة أطلقوا عليه تسمية القانون الدولي للعقود[75].

نقد اعتبار الاستثمار معاهدة دولية:

إن عقد الاستثمار لا يعد اتفاقية بين دول أو منظمات دولية، فاتفاقية الدولي لا تصرف إلا إلى الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص القانون الدولي، بينما تبرم عقود الاستثمار بين أحد هؤلاء الأشخاص، المتمثل في دولة وشخص خاص من أشخاص القانون الداخلي لذا لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار من قبل الاتفاقيات الدولية، فكل اتفاق بين طرفين لا يتمتع أحدهما بشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام ليكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون الدولي ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية، ولم تضفي عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، ليمكن إدماجه في النظام القانوني الدولي، من خلال اتفاق الأطراف على أن اتفاقهما تسري عليه قواعد القانون الدولي العام وبالتالي فإن عقد الاستثمار لا يعد اتفاقية دولية وفقا للمفهوم التقليدي لفكرة السابقة في القانون الدولي بسب وجود طرف خاص في العقد الذي هو المستثمر الأجنبي الخاضع للقانون الخاص[76].

وفي الأخير فإن الهدف وراء اعتبار عقود الاستثمار اتفاقيات دولية هو محاولة إفلات الشركات الاستثمارية الدولية من سلطان قانون الدولة الوطني، ومحاولة منع هذه الأخيرة من التمسك بقانونها وما يمنحه لها من سلطات واعتبار أي تعديل تقوم به الدولة لشرط هذه العقود خصوصا المتعلقة باستغلال الثروات من أجل ضمان توازن هذه العقود ويعتبر

---

[74] المادة 45 من إتفاقية واشنطن، السابقة الذكر.

[75] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 55.

[76] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 50.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إجراء مخالفا للقانون الدولي تنعقد على أساسه المسؤولية الدولية للدولة التي قامت به. ومن الأحكام التي أيدت فكرة عدم اعتبار عقود الاستثمار اتفاقيات دولية، انهو الحكم الصادر عام 1962 من محكمة العدل الدولية حول قيام إيران بتأميم Company Oil Iranian – Aaglo حيث قررت عدم إختصاصها بشأن طلب الذي قدمته بريطانيا حول بطلان تأميم الإليراني مبرر ذلك بأن عقد الامتياز الذي أبرمته إيران وشركة النفط المذكورة والتي تحمل الجنسية البريطانية، التي يعد اتفاقية دولية[77].

الفرع الثاني: عقد الاستثمار هو عقد إداري قانوني (ليبيا نموذجا):

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود الاستثمار هي عقود إدارية وذلك في محاولة منه من أجل منح الدولة المستضيفة المتعاقدة الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة من أجل تحقيق المنفعة العامة[78].

ويعرف العقد الإداري على أنه العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام وفقا للأساليب القانون العام بتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص[79]، وقد عرف أيضا على أنه العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسيره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه العقد شرطا أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[80].

يذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري، إلى عدم اعتبار العقد عقد إداري، رغم كونه مبرم من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[81].

ويقصد بالشرط الغير مألوف الاستثنائي (الفارق المألوف) إدراج بندا وقاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما أو يحملهما التزامات لا يمكن

---

[77] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 550 - 559.

[78] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 59 - 55.

[79] محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، (الجزائر: دار النشر دار العلوم عنابة، بدون طبعة، سنة 2005، ص 52).

[80] عصام أحمد البهجي، **الطبيعة القانونية للعقود**، الطبعة الأولى، (دار الفكر الجامعي، سنة 2015، ص 30).

[81] محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 53.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أن يسلم بإرادة المتعاقد في ظل الظروف او القانون الخاص المدني أو التجاري، ويقتضي ذلك أن العقد الإداري يقوم على ثالثة عناصر وهي:

أ. وجوب أن يكون أحد أطرفه شخصا من أشخاص القانون العام.

ب. استهداف إدارة وتسير أحد المرافق العامة.

ت. أن يتضمن شرطا أو شروطا غير مألوفة في القانون الخاص[82].

ث.الفقه الذي يعتبر عقد الاستثمار من قبيل العقود الإدارية:

اسند فقهاء هذا الاتجاه إلى مجموعة من الاعتبارات التي تجمع بين عقد الاستثمار وبين العقد الإداري نذكر منها:

أ. إن كلاهما تكون الدولة أو أحد هيئاتها أو أحد المؤسسات العمومية التابعة لها طرف، في حين إن المستثمر الأجنبي يعتبر من أشخاص القانون الخاص والذي يعتبر الطرف الثاني في العقد.

ب.أن ما يمكن استقراؤه من خلال أغلبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية، فإن الدولة وباعتبار ما تتمتع به من سيادة أدى إلى فرض مجموعة من الشروط بسبب أنها مستضيفة لاستثمار مثال ذلك حقها في تأميم المشروع إذا استدعت المصلحة العامة ذلك وهو مصطلح عليه بالشروط الغير مألوفة بالمقارنة مع نظيراتها من العقود المدنية الأخرى التي تنعدم فيها مثل هذه الشروط.

ت.كما أن عقد الاستثمار الغالب ما ينصب في خدمة أحد مرافق الدولة العامة كالاستثمار في مرفق الإصالة والمواصلات والنفط[83].

باعتبار أن عقود البوت عقود الاستثمار يضيف أنصار هذا الاتجاه أنه بإسقاط ما تقدم من الاعتبارات التي تتوفر في العقد الإداري على عقود البوت التي تبرمها الدولة نجد أن الدولة أيضا تعتبر طرفا في هذه العقود بإضافة إلى ذلك فإنها تحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة هذا فضل على أن الشروط الثالثة للعقد الإداري تجتمع في عقود البوت، إذ تعتبر الدولة الطرف الأول في عقود البوت تحتوي العديد من الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص بالإضافة إلى أن عقود البوت

---

[82] عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 30.

[83] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 52.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ترد دائما وأبدا على مرفق عام[84].

نقد فكرة إعتبار عقود الاستثمار عقودا إدارية ليبيا نموذجا:

إن الواقع العملي أثبت عدم توفر هذه الاعتبارات التي تمثل الشروط الثالث الأساسية للعقود الإدارية، في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة لاستثمار مما يؤدي إلى انهيار نظرية إطلاق صفة العقد الإداري على عقود الاستثمار، بحيث أن توفر الشرطين، شرط أن تكون الدولة طرفا فيه وأن يتصل العقد بمرفق عام لا يكفي ليعتبر هذا العقد عقدا إداريا، إذ يعتبر إدراج شرط أو شروط غير مألوفة واجبا ليعد العقد إداريا ويتضح مما جرى عليه العمل[85].

تقوم الدولة المتعاقدة فيما يخص عقود الاستثمار وخالفا للعقود الإدارية حيث تضع قيود على سلطتها العامة لصالح المستثمر الأجنبي التي تعاقدت معه هادفة لتشجيع حركة الاستثمار الأجنبية خاصة في سلطتها تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة وذلك من خلال شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد كما أن مسألتي المصادرة والتأميم أصبح من الأمور غير الواردة في التشريعات الحديثة كما أن المستثمر الأجنبي أضحى يضع الشروط وليس الدولة المضيفة ويرجع ذلك إلا أنه يمتلك مركزا تفاوضيا أقوى من الدولة والذي يؤكد ما سبق أن مسألة موضوع العقد والقانون الواجب واجب التطبيق عند نشوء النزاع والملاحظة أن جل المؤسسات التحكيمية تطبق قانون إرادة الأطراف ومن ثم قانون الدولة المتعاقدة أو القانون الدولي في حينان العقد الإداري يضل عقدا وطنيا يخضع في كل الحالة لقانون الدولة الطرف في النزاع.

وقد برر المنتقدون فكرة العقد الإداري الدولي وجود عدة نظم قانونية لا تعرف فكرة العقد لي موقف العداء الذي تبناه المستثمرين الأجانب للسلطة العامة في الدول خصوصها النامية منها الحفاظ على حقوقهم ومنافعهم ضد المخاطر التشريعية والإدارية مما انعكس بالسلب على تطور فكرة العقد الإداري الدولي[86].

---

[84] عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 39.

[85] محمد الصغير بعلي، مرجع السابق، ص 53.

[86] مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق، ص 55.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومن الأحكام التحكيمية التي لم تتعرف بالطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار نذكر من بينها: تحكيم أرامكو: الذي كان بين شركة أرامكو وحكومة المملكة العربية السعودية حيث رفضت محكمة التحكيم أن العقد المبرم بين الطرفين ليس عقدا إداريا استنادا إلى أن القانون السعودي المنبثق من الشريعة السلمية لا يتضمن أي قواعد خاصة تنظم استغلال الثروة البترولية إضافة إلى ذلك ذهب المحكم إلى أنه لا يمكن إعتبار العقد بيم شركة أرامكو والحكومة السعودية عقد إداريا لان شركة أرامكو حال قيامها باستغلالها الثورة البترولية لا تقوم بأداء خدمة عامة للجمهور وبالتالي ينتقي وصف امتياز الرفق العام وينتفي ذلك الطابع الإداري لهذا العقد[87].

قضية تاسكو: لقد رفض المحكم Puppy اعتبار العقود محل النزاع عقود إدارية استندا لعدم توفر أركان العقد الإداري فيها وفق للقانون الليبي إذا رأى المحكم أن موضوع الامتياز لا يتصل بمرفق عام وأن الدولة الليبية تعاقدت مع الشركات المدعية على قدم المساواة مع هذه الشركات وليست بصفتها سلطة عامة إضافة إلى أن هذه العقود لم تتضمن شروط غير مألوفة وقد ذهب المحكم إلى أن إعتبار شرط الثبات التشريعي شرطا غير مألوف يجانب المحكمة ويتعارض مع ذا كانت أهم ميزة في العقد الإداري هو عدم المساواة بين طرفيه فإن شرط المنطق السليم، والثبات التشريعي يعتبر شرطا سلبيا إذ أن الدولة تتعاهد بمقتضاه بعدم استخدام سلطاتها التي تتمتع بها أصال دون موافقة الطرف الآخر ولذلك فإن المحكمة تعتبر أن الشروط الثبات التشريعي الواردة في العقد المبرم بين الشريكتين الأمريكيتين والحكومة الليبية تعتبر دليلا على نفي الطابع الإداري لهذا العقد[88].

تحكيم ليمكو، بين الشركة الأمريكية ليمكو والحكومة الليبية حيث ذهب المحكم الأستاذ صبحني محمصان إلى أن الفقه الحديث والقواعد العامة السائدة بخصوص عقود الامتياز البترولية ترح تكييف هذه العقود على أنها من قبيل عقود القانون الخاص استنادا إلى أن الأنشطة التي يقوم

---

[87] محمد الروبي، مرجع السابق، ص 59.

[88] مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق، ص 53.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المستثمر المتعاقد لا تعد من أعمال المرفق العام وأنها مشروعات لها طبيعة خاصة ومنه فإنه يحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود[89].

الفرع الثالث: عقد الاستثمار من عقود القانون الخاص:

يرى بعض الفقه أن عقد الاستثمار يعتبر عقدا من قبيل العقود التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص وقد استند هذا الفقه في تبرير أفكاره إلى كون أن الدولة عند إبرامها لعقود الاستثمار فإنها تتعامل مع شركات دولية ومستثمرين أجانب، وهؤلاء الا يقدمون على التعامل معها إذا ما قامت بالتمسك بسلطاتها والامتيازات الممنوحة لها، وعلى هذا تضطر الدولة على التنازل عن الامتيازات التي تستمدها من القانون العام وتتعامل مع الأفراد على قدم المساواة وذلك بهدف تحقيق مصالحها وتمويل مشروعاتها ذات الرأسمال الضخم والتي تستوجب تكنولوجيا متقدمة تفتقر لها الدولة المضيفة لاستثمار[90]، كما ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الدولة شروطا استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتنازل للتعاقد شأنها شأن الأفراد العاديين، فهذه العقود تتطلب أن لا تتميز الإدارة بسلطات العقود الإدارية، وهذا يعني أن الإدارة في عقود الاستثمار، فإنها تتعاقد وفقا الاسلوب القانون الخاص ولا تستطيع أن تضمن فيها شروطا استثنائية واجل بنودا تعاقدية مماثلة للتي درج الاتفاق عليها في عقود القانون الخاص [91]، إضافة إلى ذلك فإن ازمات متعادلة بين هذه العقود تقوم على حقوق واجر في عقد الاستثمار، إذ أن المستثمر الأجنبي في الغالب ما يكون من القوة التي تمنحه فرض شروطه ويكون للدولة، وفي هذه الحالة يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسود في عقود القانون الخاص ، كما يذهب أنصار الخصخصة إن إعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الإدارية، من شأنه أن يؤدي إلى تخوف المستثمرين الأجانب

---

[89] محمد الروبي، مرجع السابق، ص 52.

[90] عصام أحمد البهجي، مرجع السابق، ص 35.

[91] حمادة عبد الرزاق حمادة، **عقود البوتBot** ،(مصر: دار النشر، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة2013، ص 45 – 43).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وترددهم في استثمار أموالهم في الدول التي تعتمد هذا التكيف وذلك تجنبا للمخاطر التشريعية القضائية والإدارية والتي بالإمكان أن يتعرضوا لها، ومن خلال هذا أنصار الفكر المنادي بخصخصة عقود الاستثمار إلا أن الدولة ومن أجل سعيها لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها، والحفاظ على العلاقات اقتصادية قوية في الخارج عليها أن تبتعد عن أساليب القانون العام وتلجأ إلى العقود المدنية والتجارية، وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي[92].

ان كانت تستطيع ممارسة أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بما لها

إن الدولة والا من سيادة عليهم، فإن نشاطها التعاقدي مع المستثمرين الأجانب، لا يمكن أن يبني إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف استنادا الدولة تكون داخل إقليمها الوطني، أما خارج هذا الإقليم فإن الدولة تقف موقف مساوي للمستثمر المتعاقد، ومنه ال تتمتع سلطات استثنائية الا يسمح بها العقد على الطرف الأجنبي[93]، كما أن حاجة الدولة الماسة للنمو الاقتصادي تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص، إذ أن الغالبية الاقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية، إضافة إلى ذلك فإن المتعاقد مع الدولة غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبيرة، تتمتع بحماية دولية وسياسية، تمنع بذلك تطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية[94]، وما تحتوي من سلطات لدولة في مواجههم المستثمر المتعاقد، فإن ظهور الدولة في نشوب السلطة العامة فإن هذا يتسبب في الإحجام عن الإقدام على التعاقد معها[95].

نقد الذي تعرض له الفقه المنادي بخصخصة عقود الاستثمار القانونية وفقا لقانون الدولي العام:

انتقد جانب من الفقه فكرة إعتبار عقد الاستثمار من قبيل عقود القانون الخاص، إذ يرى هذا الجانب من الفقه أن فكرة إعتبار عقود

---

[92] مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق، ص 55 - 50.

[93] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 53.

[94] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 43.

[95] المرجع نفسه، ص 22 – 25.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاستثمار من عقود القانون الخاص لا تتلاءم وتتعارض مع ذاتية وخصائص عقود الاستثمار، ولا سيما وأنها تحتوي على ملام للسلطات العامة مهما كان قدرها لمساسها بالضرورة بتحقيق المصلحة العامة، ومنه لا يمكن وضع عقد الاستثمار الذي تبرمه الدولة في إطار الصورة التقليدية للعقود في القانون الخاص المحضر[96].

إضافة إلى ذلك ذهب كثير من الفقهاء المعارضين لفكرة خصخصة عقد الاستثمار واعتباره عقد من عقود القانون الخاص، إلى أن شرط الثبات التشريعي يعد شرطا من الشروط الاستثنائية التي تعد دليلا قويا على إدارية العقد لا على خصخصته، ألا ان تضمين شرط الثبات التشريعي في العقد الذي تبرمه الدولة يدل على أن العقد يحتوي شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، والان أحد أطراف عقود القانون الخاص لا يمكنه أن يتعهد بعدم تعديل التشريعات السارية وقت إبرام العقد أو القانون الواجب التطبيق[97].

كما أن شروط ثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد استثنائية تثبت إدارية عقود الاستثمار والا تنفيها فلا يوجد مثل هذه الشروط في القانون الخاص، بل أن شرط الثبات يعد اعترافا غير مباشر لطرف الأجنبي بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في أي وقت إلا أن الطرف الأجنبي اتفق مع الدولة على عدم استعمال هذه السلطة. كما أنها الأساس التي استند إليها أنصار فكرة الخصخصة والتي مفادها أن عقود القانون الخاص تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية ومن تقتضيه التوجهات الاقتصادية وتشييع الاستثمارات الدولية الا تعدوا إلا أن تكون مجرد مناشدة الدولة لتتبع أساليب القانون الخاص من قبل الفقه[98].

الفرع الرابع: الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار.

ذهب بعض فقه عقود الاستثمار من العقود المختلطة وذات طبيعة خاصة تجمع بين القانون العام والقانون الخاص، أن تعتبر الشروط الجديدة في هذا العقد تجعل له طابعا مختلطا ذو طبيعة خاصة إذ ان هذه الشروط

---

[96] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 59.

[97] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 555.

[98] حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع سابق، ص 20.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تحتوي على تطورات جديدة تقيد سيادة الدولة وتنقص من سلطاتها وتسلب العقد من اختصاصها القضائي وتمنع الدولة من الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد، فلا يكن لها تعديلا لعقد بإرادتها المنفردة، بالإضافة إلى أنها تقوم بتحصين المستثمر الأجنبي ضد التغيرات في تشريعات الضرائب والجمارك والتي قد تؤدي الى الإضرار بالجانب المالي للمستثمر[99].

وما الا شك فيه أن وجود شرط الثبات التشريعي وشرط العقد الذي يؤدي غيابهما بلا شك الى عودة العقد إلى حضيرة القانون العام وتطبيق فوري لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقود الإدارية، يؤدي ذلك إلى تمييع الطبيعة القانونية للعقد وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة[100].

وقد أيد عدد من الأحكام التحكيمية للطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار نذكر منها تحكيم أرامكو الصادر في قضية شركة ارامكو ضد الحكومة السعودية الذي أشار إلى أن امتياز المناجم هو عقد ذو طبيعة خاصة لا يمكن أن ينتمي بالكامل إلى أي صنف من العقود أي لا يمكن إدراجه ضمن الفئات المعتادة للعقود فهو تصرف له طبيعة العمل المنفرد فيما يتعلق باعتماده على الترخيص الأولي، كما له طبيعة العقد لأنه يتطلب اتفاق إرادات متبادلة لكل من الدول وصاحب الامتياز[101].

إن فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار ليست إلا حال جزئية في أحسن الظروف فليس بالسهل تحدي العناصر الغالبة فيه، إذا ما كانت عناصر القانون العام أو عناصر القانون لخاص والملاحظ أن هذا يختلف من عقد آخر، وتعد الطبيعة العقدية والتجارية للصفقة من أهم عناصر القانون الخاص حيث تناقش بنودها من قبل الطرفين وتفرض من قبل أحدهما بالإضافة إلى أنها تتضمن شروط بالقانون الواجب التطبيق

---

[99] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم **في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم** (مصر: بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008، ص 43).

[100] مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق، ص 55.

[101] محمد عبد المجيد إسماعيل، **العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة** (لبنان: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 2005، ص 45).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم[102]، حيث تهدف شروط اختيار القانون إلى استثناء النظام القانوني الداخلي للدول المتعاقدة حيث يسعى طرف المتعاقد لتحريره من سلطان قانونها، أما شرط تسوية المنازعات فهو يهدف إلى توفير وسائل محايدة وفعالة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود لكي تعيد توازن بين الأطراف أثناء النظر في النزاع وغالبا ما يعتبر شرط التحكيم ضمانة عامة في هذا الخصوص إذ أن التحكيم من شأنه تبديد مخاوف المستثمرين الأجانب حول خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة الذي كلما يكون مرحبا به بالنسبة للمستثمرين الأجانب[103]، وهذا ما يوجد أصال في العقود المبرمة بين أطراف متساويين في المراكز القانونية في حين تعتبر أهم عناصر القانون العام في عقد الاستثمار هو وجود الدولة في حد ذاتها بالإضافة إلى منح المستثمر الأجنبي عدة امتيازات وتسهيلات استثنائية واشتراط المصادقة التشريعية على بعض العقود[104].

وعلى الرغم من هذه الصعوبة من تحديد غلبة عناصر القانون العام أو الخاص فإن الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار تبقى حقيقية لا يمكن إنكارها وهو ما يستوجب تطبيق القواعد القانونية الملائمة سواء كانت مما يتعلق بالقانون الخاص أو العام ولكن بمراعاة أن قواعد القانون الخاص هي القواعد الأساسية والأكثر تطبيق لتلاؤمها مع مرونة شروط العقد احتياجات المشروع لبعض الامتيازات او ارتباط بالخطط التنموي إن عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها الاقتصادية للدولة المضيفة هذا ما يستوجب الاعتراف لعقود الاستثمار لبعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الهدف المنشود من إبرامها، وبغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه إذ أن الطبيعة الخاصة لا ترجع من كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص بل تستمد هذه الخصوصية من ارتباط موضوعها بخطط التنمية

[102] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 55 - 54.

[103] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 25.

[104] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 54.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في الدولة المضيفة[105].

المطلب الثاني: الإجراءات الانفرادية للدولة على الرابطة الاستثمارية لدول المغرب العربي.

قد تقوم الدولة أحيانا بإحداث تغييرات تمس قوانينها بهدف التجاوب مع التطورات العالمية الحاصلة والمحيطة بها، مما قد ينجر عنه تأثير على السلطة التي تتمتع بها من ناحية لجوئها للتحكيم، أو قد يؤدي إلى تعديل القواعد القانونية التي تحكم تسوية منازعاتها، ولا يقتصر الأمر على إحداث تغييرات تشريعية، وإنما قد يتعداه إلى قيام الدولة بما تملك من سلطة في العقد وبما لها من سلطة بالقيام ببعض تسوية منازعات الاستثمار عن طريق الاتفاقيات الثنائية.

الفرع الأول: مفاهيم حول منازعات الاستثمار لدى الدول المغرب العربي

الأعمال أو الإجراءات التي قد تؤدي إلى إبطال أو إلغاء العقد أو فسخ عقد الاستثمار الذي يحتوي شرط التحكيم، أو يحيل إلى اتفاق التحكيم الذي ينظم أسلوب فض منازعاتهم.

أولا: الأعمال المادية للدولة

1. أساليب نزع الملكية للمستثمر الاجنبي لدى الدول المغرب العربي.

الخطأ الذي يقع فيه المستثمرون الأجانب اعتقادهم بثبات القوانين الداخلية للبلدان المغرب العربي ومنها ليبيا التي استقدموا أموالهم إليها بسبب جاذبية الأوضاع الاقتصادية والتشريعية لتتعطل هذه الأحلام أمام ما يطل عليه نزع الملكية بصورها وأشكالها المتعددة و الإجراءات الحكومية ذات الطبيعة المماثلة وهو ما يضع الاستثمارات في دائرة الخطر ، وعلى الرغم من أن القانون الدولي يعترف لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها واستثماراتها في القطاعات الاقتصادية المختلفة داخل إقليمها وكذا بحق الدولة في منع الأجانب بشكل كلي أو جزئي من ممارسة هذه الحقوق داخل مجال اختصاصها إلا أن الدولة التي تسمح للأجانب باكتساب الأموال بطريق قانوني داخل إقليمها يجب إلا

[105] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 54.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تحرمهم من أموالهم بطريقة تعسفية وهو ما يعرف بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، إلا أن حق احترام الحقوق المكتسبة ال يمثل حقا مطلقا ، فالتمتع بالحقوق المكتسبة مسموح به فقط طبقا للقانون الداخلي لكل دولة فيجوز للدولة طبقا لقواعد القانون الدولي أن تحدد بحرية هيكلها الاجتماعي والاقتصادي وأن تتخذ من الإجراءات ما يحقق منفعتها العامة ومصالحها الوطنية[106].

تنوعت الأساليب التي تتبعها الدول في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودة على إقليمها إلا أنها تتشابه جميعا في كونها إجراءات يمكن نسبتها إلى الدولة وتهدف بصفة أساسية إلى حرمان الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله سواء بطريق مباشر أو غير مباشر[107].

ومن أساليب الدول في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب المتواجدة على أراضيها:

أ. تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق الاتفاقيات الثنائية.

ب. الاستيلاء، يعد الاستيلاء عمال من أعمال السيادة، يتمثل في إجراء مؤقت تباشره السلطة الإدارية ألجل الانتفاع بالمال المستولى عليه، دون أن تنتقل إلى ملكيتها، الأموال المعنية بالاستيلاء لم يحددها مجالها بالأملاك الوطنية، بل إن ممتلكات الأجانب بدورها تكون محل اعتبار في هذا الإجراء.

ويختلف الاستيلاء عل المصادرة والتأميم ونزع الملكية من عدة نواحي، فيختلف الاستيلاء عن المصادرة فالأول يتم بمؤجل قرار صادر من الجهة الإدارية المختصة بينما تتم المصادرة الجنائية بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة والاستيلاء قد يرد على عقار أو منقول بينما ترد المصادرة على المنقول.

---

[106] أمين شريط، **حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية**، (الجزائر: دار النشر الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بدون طبعة، ص 183).

[107] بر الله أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع والطموح، دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2001، ص 56).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويختلف الاستيلاء عن التأميم من عدة أوجه، فالاستيلاء يتم بموجب قرار إداري بينما يتم التأميم بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية في الدولة المعنية، ويهدف الاستيلاء إلى انتفاع السلطة الإدارية بالمال المستولى عليه لمدة محددة، بينما يهدف التأميم إلى تملك الدولة للمال المؤمن، والدولة تقوم بتعويض من استولت على ماله، ولكنها ال تعوض بالضرورة من أممت ملكيته الن المقابل ليس شرطا لصحة التأميم[108].

ويختلف الاستيلاء على نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يرد الاستيلاء على منقول أو عقار بينما يرد قرار نزع الملكية على العقارات والاستيلاء إجراء مؤقت بمدة معينة يعود بعده المال إلى حيازة صاحبه، بينما نزع الملكية إجراء دائم ينقل الملكية إلى الدولة ويزيلها عن صاحبها الأصلي، وفي الاتفاقيات الثنائية المنظمة قلما يتحدث فيها المتعاقدان عن الاستيلاء، بل جل الاهتمام ينصب على التأميم ونزع الملكية، ومن أجل التوسيع من نطاق المنازعات التي قد تعرض على التحكيم، كما يحاول الأطراف الحالة على تدابير تعادل أي إجراء من شأنه حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته[109].

ومن خلال البحث في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها في المغرب العربي وخارجه اتضح أن الإشارة إلى الاستيلاء ذكرت مرة واحدة في الاتفاقية الثنائية التي جمعت الجزائر مع دولة المغرب

2. نزع الملكية:

أسلوب نزع الملكية نقدم من خلاله السلطة العامة على نقل ملكية الأموال العقارية من مالكها إلى ذمتها المالية تحقيقا للصالح العام، فأوجه الاختلاف بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة والقرار

بالاستيلاء علاوة على أن الأخير يتناول الأموال بصفة عامة سواء

---

[108] أمين شريط، المرجع السابق، ص184.

[109] المادة04 من المرسوم الرئاسي رقم 03-525 مؤرخ في 6 ذي القعدة عام 1424 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدنمارك، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 25 يناير سنة 1999 ونصها "لا يمكن أن تكون استثمارات تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق الاتفاقيات الثنائية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عقارية كانت أو منقولة خالفا الذي ينصب عادة على الأموال العقارية، هو أن قرار نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية على المال بصفة نهائية، بينما ال يترتب على قرار الاستيلاء سوى تخويل السلطة العامة التي أصدرت الحق في الانتفاع بالمال محل الاستيلاء لفترة مؤقتة، ويتشابه الإجراءان في أن كليهما يوجب التعويض للشخص المتضرر.[110]

ثم إن القرار بنزع الملكية يجوز الطعن فيه أمام القضاء، ومن الناحية العملية يكون الهدف من التأميم هو إصلاح الهيكل الاقتصادي للدولة، بينما يكون الهدف من نزع الملكية هو إنشاء مرفق عام، تقرير التعويض بناء على هذا الإجراء يترتب في حالة وقوع إثر اقتصادي كبير على الاستثمار مثل حرمان المستثمر من حقوقه المكونة للملكية[111].

مستثمري كل طرف متعاقد على اقليم الطرف المتعاقد الآخر موضوع نزع ملكية أو تأميم أو تخضع لتدابير ذات أثار مماثلة.

1 الفقرة 2 من المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 03-370، ونصها " فإن المستثمرين التابعين لاحد الطرفين المتعاقدين الذين يلحق بهم ضرر أو خسارة نتيجة ألي من الأحداث المشار إليها في إقليم الطرف المتعاقد الآخر والناتجة عن الاستيلاء المؤقت على ممتلكاتهم او جزء منها او تدميرها".

3. المصادرة ملكية المستثمر الأجنبي في الدول المغرب العربي:

من الإجراءات الأصلية المرتبطة بسيادة الدولة المهددة لملكية المستثمر الأجنبي إجراء المصادرة، والذي يتفق في تعريفه على انه عقوبة جزائية تتخذه السلطة القضائية أو التنفيذية للدولة لكل أو بعض حقوق المستثمر، على أن يتم ذلك في الحدود المرسومة قانونا وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر اتخاذه، والمصادرة باعتبارها عقوبة جزائية تسلط الارتكاب جرائم خاصة بالأموال أو الجرائم سياسية تستدعي تجريدهم من حقوقهم المالية ، ولهذا الطابع الجزائي أهمية في التمييز بينه

---

[110] محسن أفكرين، **القانون الدولي العام**، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2005، ص 345).

[111] هشام خالد، **عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه**، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2000، ص 175).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وبين إجرائي الاستيلاء ونزع الملكية، والذي يؤدي إلى أحقية المستثمر في المطالبة بالتعويض على عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري[112].

4. التأميم:

يتعلق التأميم بالسياسية العليا للدولة باتخاذ قرار على أعلى مستوى بهدف تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا، وهو يختلف عن نزع الملكية الذي يتعلق الذي يتعلق بمصالح محلية ولا تتناول الكيان الاقتصادي للدولة كما أنه لا يستهدف عقاب طائفة من الأشخاص كما هو الحال في المصادرة ، ثم إن مد التأميم الذي يمتد إلى القطاع بأسره من النشاط الاقتصادي أي فكرة المشروع سواء كان صناعيا أو تجاريا او زراعيا هو جوهر التمييز بين هذا الإجراء وباقي الإجراءات السابقة بحيث أن الأموال ليست مقصودة بذاتها كمحل ينصب عليه التصرف مباشرة كما هو الحال في نزع الملكية والمصادرة، وعلى الرغم من أن المشروع ركن هام في عملية التأميم، إلا أن جوهر العملية هو نقل المشروع من نظام قانوني سابق قائم على الملكية الفردية إلى نظام قانوني جديد قوامه الملكية الجماعية.[113]

ويتنوع التأميم بتنوع الهدف الذي يقصده، فقد يكون نابعا من فكرة إيديولوجية متمثلة في وجوب تملك الشعب لوسائل الإنتاج تحقيقا لصالح الجماعة فيطلق على هذا النوع من التأميم بالتأميم الإيديولوجي، وقد يكون مرتبط بمخطط الإصلاح الاقتصادي داخل الدولة[114].

إذا كان المستثمر المؤممة ممتلكاته مقيما فال إشكال يطرح في هذه الحالة، طالما أن هذه الأخيرة موجودة على إقليمها وقت صدور قرار التأميم ولا يرى على حرية الدولة في هذه الحالة من القيود سوى التي يفرضها عليها القانون الدولي من ضرورة الالتزام بمستوى الحد الأدنى اللازم في معاملة ممتلكات الأجانب.[115]

---

[112] عمر هاشم محمد صدقة، **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص33-39).

[113] هشام علي صادق، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر،2002، ص 22).

[114] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص23

[115] المرجع نفسه، ص 24.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أما الصعوبات تثار في الحالة الثانية حيث أن المالك الأجنبي يقيم خارج حدود الدولة المؤممة بينما تظل ممتلكاته كائنة داخل إقليم هذه الدولة ،وهنا يثار الضابط الثاني وهو موقع رأس المال حيث يحدد ذلك الموقع شرعية تأميم الدولة للممتلكات الأجنبية، و الإشكال اليوم في ترتيب إجراء التأميم حتى ولو لم يكن المستثمر يقيم في الدولة مكان تواجد ممتلكاته، الاتفاقيات الثنائية التي جمعت الجزائر مع نظيرتها إلا و أشارت إلى التأميم منفصلا عن نزع الملكية نرصد اتفاقيتها مع السويد أين تشجع الطرفان في استعمال عبارة واحدة تخص جميع الإجراءات السالبة ألمالك المستثمر الأجنبي وهي نزع الملكية[116]، واعترافا من الدول بحق كل دولة في الاستيلاء على اموال الأجانب ومصالحهم المالية الموجودة في اقليمها بدافع المصلحة العامة فقد عقدت الدول اتفاقات دولية ثنائية تضمن بمقتضاها معاملة خاصة لمواطنيها عند الاستيلاء [117]، وما يعاب على هذا الراي انتفاء اي معيار يمكن من خلاله التيقن ان هذا الجراء يخدم المصلحة العامة الوطنية.

ولما كان من المعترف به على النطاق الدولي وفي القانون الدولي انه من حق الدولة ذات السيادة اتخاذ اية اجراءات ترتئيها سواء كانت تأميما او استيلاء او نزع للملكية، مادامت هذه الإجراءات تدخل في نطاق اقليمها ومادامت تهدف الى صالحها العام ومصلحتها الوطنية، فان من الطبيعي تدور منازعات الاستثمار حول مناقشة حق الدولة صاحبة السيادة فيما تتخذه من اجراءات داخل اقليمها وهي صاحبة السلطة العليا فيه، انما تدور منازعات الاستثمار حول ما اذا كانت الدولة قد قامت بهذه الإجراءات دون التقيد بالقيود الموضوعية التي اقرها القانون الدولي وهي ان يكون التعويض كاملا و حال وفعال ان هناك حالات قصور تعتري التعويض تماما.

---

[116] المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 04-431 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15 فبراير سنة 2003، رقم 84 ص 8. ونصها كالاتي "نزع الملكية: ليتخذ اي طرف متعاقد تجاه مستثمري الطرف المتعاقد الاخر تدابير تحرمهم بطريقة مباشرة او غير مباشرة من استثماراتهم.

[117] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الثاني: تنظيم المشرع الجزائري ودول المغرب العربي لنزع الملكية:

اذت كان حق الملكية من المبادئ الخاصة فان الدولة انطلاقا من سيادتها لها حق استرجاعها او انتزاعها مع ربط هذه المخالفة بشروط التعويض، ومسألة نزع الملكية سبق ونظمتها الدساتير السابقة والدستور الحالي وكلها لم تختلف في احقية الدولة في نزع الملكية مقابل تعويض عادل ومنصف، كما ان ذات المبدأ منصوص في جميع الاتفاقيات الثنائية والجماعية [118]، ثم إنه حسب المادة 17 من دستور سنة 1976 منع أي معارضة خاصة بإجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية[119].

أما في التشريعات الأدنى درجة فنصت المادة 08 من الأمر 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1966 على ان يمكن اقرار اي تدبير استرجاع الدولة لممتلكاتها الا بنص ذي صفة تشريعية مقابل دفع[120].

تعويض" ومنه للدولة الحق في نزع الملكية بموجب نص تشريعي لتتم العملية في إطار مشروع يضمن الحماية للمستثمر وحصوله على تعويض مناسب قابل للتحويل الى الخارج[121].

كما جاء به نص الفقرة الأولى للمادة 677 من القانون المدني"... لإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية او بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 679 من نفس القانون بتصريحها

---

[118] 1 هشام علي صادق، المرجع السابق، ص

[119] تنص المادة 17 من دستور 1976 الذي صدر بموجب االمر 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 على ان يتم نزع الملكية الا في اطار القانون ويترتب عنه اداء تعويض، وكذلك أحكام المادة 20 من 1989 و 1996 التي نصت على أنه " ان يتم نزع الملكية الا في اطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف انظر المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 ،يتم نشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989 ، وكذلك المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996 ،يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ،ج ر 76 .متمم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في10 أفريل سنة 2002 ،ج ر 25 ،متمم بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008 ،ج ر63 .

[120] أمين شريط، المرجع السابق 180.

[121] قانون الاستثمارات الخاصة -284 في 26 سبتمبر 1966 يتضمن، سالف الذكر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بجواز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان سير المرافق العمومية إما باتفاق رضائي او عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها قانونا، وبناء على ذلك يكون نزع الملكية في اطار التشريعات صريحا وواضحا ومؤكدا عليه في القواعد العامة لكنه مقيد بشروط حددها القانون[122].

لم يتطرق المشرع من خلال الامر المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم الى إجراءات التأميم حيث اكتفى بالإشارة الى عبارة المصادرة الإدارية بالمادة 16 منه، ورتب عليها التعويضات بينما مبادئ القانون الإداري المتعلقة بالمصادرة التي تعتبر عقوبة عنها مقابل مالي، في نفس الوقت نجد المشرع من خلال الاتفاقيات الثنائية المشجعة للاستثمارات ما ينفك ينظم هذه المسألة ويبين اجراءاتها مع الطرف المتعاقد[123].

نظم المشرع نزع الملكية بموجب القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالقواعد العامة لنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وهو طريق استثنائي يؤخذ به مع مراعاة، التصريح بالمنفعة العمومية تحديد المالك والحقوق المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المعنيين.

تقرير عن تقييم المالك والحقوق المراد نزعها، قرار اداري بقابلية التنازل عن المالك والحقوق المطلوب نزعها، ويمكن الطعن ضد قرار نزع الملكية في مدة أقصاها شهر من تاريخ التبليغ من طرف كل ذي مصلحة[124].

الفرع الثالث: إحداث تغييرات جوهرية في التشريعات الوطنية.

تضاربت آراء الفقهاء بين مؤيدين ومعارضين لحق الدولة في سن

---

[122] القانون 75 الصادر في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980، القانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983، القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3مايو 1988، القانون رقم 89-01 المؤرخ في 7فبراير 1989، القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في13 مايو سنة 2007.

[123] القانون رقم 91-11 مؤرخ في 21 أفريل سنة 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر 21، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004، المتضمن قانون المالية لسنة2005، ج ر 85.

[124] أمين شريط، المرجع السابق، ص 181.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القوانين واللوائح رغم
معارضة هذه الأخيرة لمصالح المستثمرين فيرى المؤيدون أن للدولة كامل مظاهر السيادة على اقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم الإداري الداخلي او السياسي او القضائي أو بالتشريع، مادامت الدولة صاحبة السلطة والسيادة العليا على الإقليم تتخذ هذه الإجراءات داخله وبهدف تحقيق المصلحة الوطنية، بينما يكذب المعارضون هذه الحجج ويرون أن اجراء هذا النوع من التغييرات ما هو الا ذريعة لتتخلص الدولة من الشروط المضمنة في العقود كشرط اللجوء للتحكيم او الالتزام بالأحكام التي تصدر نتاجا لها، كما من شأن هذه التعديلات أن تغير في القواعد القانونية التي تحكم النزاعات، وبالتالي كيف ال يتم

مساءلة الدولة عن مخالفتها التزامات تعاقدية سبق لها أن ابرمتها مع أطراف اجنبية من خلال احداثها لهذه التغييرات التي نجم عنها أضرار لحقت هذه الأطراف مما يوجب انعقاد مسؤولية الدولة اتجاه الأطراف واتجاه الدولة التي تتمتع هذه الأطراف بجنسيتها[125].

اشكالية التعديلات التشريعية ال تبدو واضحة الا في حالة ما اذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغييرات هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، ففي هذه الحالة يصعب على المحكم التغافل عن مثل هذه التغييرات التشريعية، ثم أن المحاكم الدولية ال يدخل في سلطتها ارغام الدولة على الرجوع على ما تتخذه من اجراءات والزامها بتنفيذ العقد اي اعادة الحال الى ما كان عليه قبل اتخاذ الاجراء، فعلى الرغم من ان المركز الدولي لمنازعات الاستثمار قد تم انشاؤه كجهاز لحل الخلافات القانونية التي تنشأ عن استثمار معين بين مستثمر أجنبي والدولة المضيفة الاستثمار في تحقيق توازن دقيق بين مصالح ومتطلبات الطرفين ويحاول يصفه خاصة انتزاع الطابع السياسي عن منازعات الاستثمار، فالملاحظ أن نصوص هذه الاتفاقية لم تستجب لهذه المال بطريقة واضحة، كما أن الطابع الإداري المسيطر على والمحدد الإختصاص المركز قد اثر على فاعليته في النهاية في نظر المنازعات المتعلقة بالإجراءات الانفرادية التي

[125] أحمد عبد الله المراغي، **الاستثمار في القانون الخاص دار الفكر الجامعي**، (مصر: دار النشر دار الكتاب الإسكندرية، بدون طبعة، ص 118).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تتخذها الدولة مستخدمة سلطتها السيادية[126].

كما قد تأخذ هذه التعديلات شكل اجراءات من شانها الغاء او عدم الالتزام بشروط العقد بالنسبة لمشروعات قائمة داخل اقليمها سواء من خلال سن قوانين تنظم اقامة هذه المشروعات وتنظم سير العمل بها او بتنظيم الإجراءات التي تتعامل بها هذه المشروعات مع الدولة او الأجهزة التابعة لها [127].

الفصل الثاني: عقود الاستثمار بين تحديد القانون الواجب التطبيق والشروط المميزة للمستثمر المحلي والمستثمر الأجنبي لدول المغارب العربي:

تتميز عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة والمستثمرون الأجانب بخصوصية، ويظهر ذلك من خلال القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لكل من الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، وهذا يعتبر من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص، خاصة ما يتعلق بالمنازعات التي قد تظهر في كل م ارحل العقد[128].

كما تظهر الخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار المبرمة في إطار عقود الدولة في
الشروط المميزة التي تميزها عن العقود الأخرى المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية، أين ترتكز تلك الشروط على توفير الحماية اللازمة والمناخ الاستثماري الملائم لهم، مما يساهم في تفعيل وتشجيع الاستثمار الأجنبي[129].

إن المستثمر الأجنبي يشترط دائما الأوضاع القانونية التي ستحقق له

---

126 أحمد عبد الله المراغي، الاستثمار في القانون الخاص دار الفكر الجامعي، (مصر: دار النشر دار الكتاب الإسكندرية، بدون طبعة، ص 118).

127 حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن على "اختصاص المركز يمتد للمنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة) أو جهاز تابع لها تخطر به المركز (وبين أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا باستثمار معين، وأن يكون الاطراف قد ارتضوا كتابة الخضوع للمركز".

128 قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، (رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2012، ص 335).

129 الكردي جمال محمود، **القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم**، (مصر: دار النشر دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة الأولى، سنة 2005، ص 9).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حماية مشاريع الاستثمارية، و تبعث فيه الطمأنينة التي تبعد عنه الخوف من المخاطر غير التجارية، و التي لا يستطيع التحكم فيها كالمخاطر الناجمة عن الحروب و الاضطرابات السياسية الداخلية، التي قد تلحق بالدول المضيفة، إضافة إلى مخاطر أخرى كالتعديلات التشريعية، التي تقوم بها الدول المضيفة و التي قد تمس بالعقد، و بالتالي بمصلحة المستثمرين الأجانب، فقد ينجم عنه خطر التأميم أو نزع الملكية، و غيرها من المخاطر التي لا يمكن التحكم فيها التي قد تنعكس سلبا على نجاح المشاريع الاستثمارية[130].

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

تعد الالتزامات التعاقدية في عقود الاستثمار محل اختبار من طرف المتعاقدين، ونظرا

لاختلاف المصالح التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها، وحرصا على حدوث أي خلاف بينهما وجب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود[131].

وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين أولا تحديد دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار (المطلب الأول)، ثم مدى سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة (المطلب الثاني.)

المطلب الأول: دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

استقرت معظم بلدان العالم فقها وقضاء على إخضاع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وقد أخذت بها العديد من التشريعات في الدول بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية الأولى.

وفي العلاقات الدولية يؤخذ بمبدأ حرية أطراف العقد في اختيار

---

[130] حيدره صوفيان واخرون، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، (مذكرة لنيل شهادة الماستر في فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان مرة، بجابة، سنة 2013، ص 43).

[131] هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، (**مصر، سنة ،2000، ص 79).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وقد ينصب هذا الاختيار على أحد القوانين الوطنية أو قانون التجارة الدولية أو المعاهدات الدولية أو المبادئ العامة[132].

وبما أن مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار لا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة بل يجد أساسه في قاعدة الإسناد في قانون القاضي، بالاستناد إلى ذلك سوف نتناول اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار (الفرع الأول)، ثم القيود الواردة على اختصاص مبدأ الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

أصبح قانون الإرادة أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، والذي أخضعت له عقود الاستثمار، واختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد إما أن يكون اختيارا صريحا(أولا)، وإما اختيارا يتم كشفه من الظروف المحيطة بالعقد، وهو ما يعرف بالاختيار الضمني (ثانيا).

أولا: تعريف مبدأ الإرادة

يعرف مبدأ الإرادة بأنه تلك الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وذلك احت ارما لحقهم الذي منحتهم إياه قاعدة الإسناد، فنجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي عرفت هذا المبدأ منها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 7 منها نصت على أن:" الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"[133].

كما نصت المادة 3/ف1 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات على أنه: يسري على العقد القانون الذي يختاره

---

[132] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011، ص 34).

[133] ناصر، أزار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013، ص19).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأطراف، وأساس منح هذه الحرية للأطراف[134]، يعود إلى أنه بحرية الاختيار تكتمل شخصية الفرد، وليس من المعقول أن يلتزم الفرد وهو مكره على ذلك[135].

إن للقانون دورا مهما في حماية حرية المتعاقدين والحقوق التي يتمتعون بها، وتوفير الاحترام المطلوب لحرية الأفراد المتعاقدين، وحسب المادة42 من اتفاقية المركز *CIRDI* التي تنص على أنه: تفصل اتفاقية التحكيم، وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وحسب هذه المادة فإن هي ثبت تكريس مبدأ سلطانا لإرادة في إطار الالتزامات التعاقدية في القانون الدولي الخاص[136].

كما يؤكد مبدأ الإرادة أن العقد شرعة المتعاقدين، فالإرادة أساس الالتزام بين المتعاقدين فهي تعتبر قاعدة قانونية تستجيب لفكرة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ومنها يستمدون قدرتهم على تنظيم العقد[137].

ثانيا: صور الإرادة

يتم اختيار قانون الإرادة إما باختيار صريح أو اختيار ضمني، والتي تستخلص من الظروف القانونية للعقد، والإشكال لا يثور بالنسبة للإرادة الصريحة وإنما يثور الإشكال بالنسبة للإرادة الضمنية أين يلتزم القاضي بالبحث عنها عن طريق الأدلة[138].

1.الإرادة الصريحة

يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة للقانون الواجب التطبيق على العقد بموجب إدراج نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق، ولهذا فمن حق الأطراف المتعاقدة أن تتفق على إخضاع العقد[139] للقانون الذي

---

[134] اتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

[135] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 82.

[136] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 83.

[137] صفوت أحمد عبد الحفيظ، **دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص**، (مصر: دار النشر دار المطبوعات الجامعية مصر، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص 129).

[138] محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية** (أركانها-إثباتها-حمايتها-التوقيع الالكتروني-القانون الواجب التطبيق)، (الأردن: دار النشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 137).

[139] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 484.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اختاروه وفقا لإرادتهم الصريحة بعيدا عن كل إكراه أو ضغط[140].

فالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد يتم بواسطة تعيين الأطراف للقانون الذي سوف يطبق على العقد في حالة وجود نزاع، ويرد الاتفاق في العقد على شكل بند في العقد أو وثيقة مستقلة عنه.

وبالعودة إلى المادة 8 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة او ارسكوم

تيليكوم، فقد تضمنت بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق، فتنص على أنه:"يعترف الطرفان بأن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"[141].

2. الإرادة الضمنية

في حالة تخلف الإرادة الصريحة يجب البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وذلك بالبحث عما يدل على وجود الإرادة، ومن الثابت أنه ينبغي استخدام فكرة الإرادة الضمنية في حالة غياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق بالتحفظ الشديد، لأن إعمالها بصفة مطلقة سيؤدي إلى ظهور وإدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من طرف المحكم، ولذلك يسعى دائما هذا الأخير إلى استخدام قرائن وأدلة إضافية لاستنباط الإرادة الضمنية.

وهذا الشأن في عقود الدولة يؤدي إلى إعمال أو إخضاع العقود إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومن أمثلة ذلك نذكر القضية رقم 1526 التي جاء فيها قرار غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1928 بتحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدولة والشركة البلجيكية في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف حول القانون الذي يحكم العقد[142].

---

[140] عقون ناصر وأزار سعيدة، المرجع السابق، ص22.

[141] مرسوم تنفيذي رقم 416-01 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثما ارت ودعمها ومتابعتها واو ارسكوم تيليكوم الجزائر، عدد 80، صادر في 26 ديسمبر .2001

[142] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 485-486.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يلتزم القاضي أو المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الإرادة الصريحة وذلك من خلال الاستدلال عن طريق كافة الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وهذا ما يؤكد عليه الفقه الفرنسي، إذ أنه بغياب التعبير الصريح للأطراف حول القانون الواجب التطبيق يكون للقاضي البحث عن الظروف لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثاني: قيود اختصاص مبدأ الارادة بتنظيم عقود الاستثمار

إن نقص ثقة المستثمر الأجنبي في قوانين الدولة المضيفة هو ما يجعله يحاول فرض شروطه قصد إخراج عقود الدولة من سيطرة القوانين الداخلية للدول المضيفة، فالمستثمر الأجنبي يسعى إلى فصل العقد عن القانون الوطني على أساس أنه موجود ليحكم العلاقات الداخلية فقط، رغم أنه لمبدأ سلطان الإرادة دور هام في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، و ذلك بمنحه حرية في اختيار القانون الملائم للعقد، إلا أن البعض يرى بأن ذلك المبدأ يعترف للأطراف كذلك ببعض السلطات، وأن العمل بها يؤدي إلى إخراج القانون عن مضمونه، و يجعل قانون الإرادة بدون قيمة، والعقد الدولي عقدا طليقا.[143]

لذلك وللحد من تطبيق القانون الذي اختارته إرادة الأطراف يحاول المستثمر الأجنبي إدخال القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني(أولا)، أو إدماج أحكام القانون في العقد (ثانيا)، كما يمكن وضع قيد لهذا المبدأ بإعطائه دور احتياطي (ثالثا).

أولا: تدخل القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني كقيد على قانون الإرادة

يمكن أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف ليطبق على العقد قانون أجنبي، ففي هذه الحالة يصبح إلزامي التطبيق من قبل القاضي أو المحكم على النزاع المطروح وفي حالة تطبيقه إذا ما تبين للقاضي أن القانون المختص يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته، فهنا يستوجب عدم تطبيق القانون المختار لمساسه بالمصلحة العامة، فتتدخل القواعد

---

[143] أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية، الطبعة الثانيية، سنة 2001، ص 92).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الآمرة لإعطاء الاختصاص للقانون الوطني[144].

يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختار عند مخالفته للنظام العام، فمثلا حسب القانون المدني الجزائري نجد المادة 24 من القانون المدني الجزائري تستوجب توفر ثلاث شروط لاستبعاد القانون الأجنبي وهي:

3. أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقواعد التنازع في دولة القاضي.
4. أن تكون مخالفة النظام العام حالية.
5. أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي[145].

ثانيا: اندماج قانون الإرادة في العقد نعني بذلك أنه يمكن للأطراف إدماج القانون المختار ليطبق على العقد، أي إضفاء الطابع التعاقدي عليه، بحيث لا يكون لها إلا قيمة وشروط العقد، وهو الهدف الذي يسعى إليه المستثمر من أجل الحد من اختصاص قانون العقد واستبعاد القواعد الآمرة، فإدماج قانون الإرادة في العقد يجعل منه كشرط تعاقدي فقط مثله مثل الشروط التعاقدية الأخرى[146].

تعتبر فكرة الاندماج في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي كوسيلة حماية، مقابل ما تتمتع به الدولة من سلطة في التعديل والتغيير، لذلك يدمج قانون الدولة المتعاقدة بشكل يجعل القانون لحظة إبرام العقد يندمج مع الشروط التعاقدية، وبالتالي يجمد في تلك اللحظة ونجد هذا في حالة الإرادة الضمنية[147].

ثالثا: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة إذا كان العقد الدولي مفصلا في صياغته القانونية ومحرر بشكل دقيق فإنه ينشأ حقوق وواجبات تلزم الأطراف بلا حاجة إلى قاعدة قانونية، إذ يعد العقد بمثابة قانون، والشروط العقدية تمثل في مجملها قانونا خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية يحقق الكفاية الذاتية للتعريف بأثر العقد دون اللجوء إلى نظام قانوني أخر.

---

[144] عقون ناصر، المرجع السابق، 93

[145] قانون رقم 58-75 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26-09-1975، معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 05-07 مؤرخ في 13-05-2007، عدد 31، صادرة في 13-05-2007.

[146] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 183.

[147] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 96

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ونظرا للكفاءة الذاتية للعقد فإن القاضي أو المحكم لن يخرج من نطاق العقد في حل النزاع دون الحاجة إلى أي قانون إلا على سبيل الاحتياط[148].

وفقا لفكرة الكفاية الذاتية فإن القانون المختار والذي يكون غالبا القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا يطبق وإن طبق فلا يكون إلا بصورة احتياطية، وذلك من أجل معالجة ما سكت الأطراف عن تنظيمه، وفي حالة غير السكوت يكون العقد طليقا خارج عن سلطان القانون، ومن الشروط التي تجعل من العقد بعيدا عن القانون نجد التنظيم الذاتي للعقد الذي يستمد من إرادة الأطراف و الذي يعد بمثابة قانون الأطراف، إذ يمكن أن يكون لقانون العقد صفة احتياطية في التطبيق كما يرى الفكر القانوني الحديث و ذلك إما لسبب عدم ملائمة ذلك القانون مما يدفع وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية بحيث انتشارها و التعامل بها على مستوى العلاقات التجارية الدولية، أدى إلى استبعاد اللجوء إلى القوانين الوطنية، و لا يتم العمل بها إلا ناد ار و بصفة احتياطية[149].

المطلب الثاني: سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة للاستثمار

يعمد أحيانا أطرف العقد على إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم خوفا من عدم إبرام العقد، أي الحالة العكسية لتبيان القواعد التي يختارها الخصوم لتطبق على موضوع النزاع، مما يولد للمحكم دو ار سواء في البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد، أو في القيود التي يفرضها[150].

ولذلك سوف ندرس دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية والتقييد (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية والتقييد

---

[148] عقون ناصر، أزار سعيدة، المرجع السابق، 97

[149] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص .322-321.

[150] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 186

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حين نكون أمام حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الإرادة الصريحة للأطراف وإغفالهم عن ذلك، يأتي دور المحكم في تحديده لذلك القانون لتفادي المخاطر والمشاكل التي قد تنجم عن ذلك الإغفال، والإشكال الذي يتبادر في أذهاننا هو ما مدى تمتع المحكمين بالحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ وبعبارة أخرى هل من الواجب أن يستعين المحكمين بقواعد تنازع معينة في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق أم أن لهم الحرية المطلقة في التحديد المباشر له؟ للإجابة على هذا الإشكال، سنتطرق إلى موقفين:

الاتجاه الأول ينادي بضرورة التزام المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد تناز القوانين(أولا)، والاتجاه الثاني يتمسك بفكرة حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على العقد دون التقيد بأية قواعد تنازع(ثانيا)، وهذا الم أرد توضيحه من خلال دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية والتقييد[151].

أولا: التزام المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع يمكن للمحكم عند عدم وجود الإرادة الصريحة للمتعاقدين أن يطبق القواعد القانونية لدولة معينة، من خلال قواعد التنازع أو بالرجوع لقواعد دولية، و يثبت الدور المستقل للمحكم من خلال

المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، مثل معاهدة نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وقد تبدو حرية المحكم واضحة كذلك من خلال معاهدة جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، التي تنص على أنه في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة للأطراف فإنه يمكن للمحكم أن يقوم بإعمال قواعد القانون التي تعينها قواعد الإسناد التي يرى فيها المحكم أنها الملائمة، وهو ما يجري عليه قضاء محاكم التحكيم العاملة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)[152].

وقد اختلف الفقه بشأن قواعد التنازع التي يمكن الاستناد عليها من طرف المحكم بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، فهناك جانب من الفقه يتمسك بفكرة أنه على المحكم الالتزام بقواعد القانون الدولي الخاص

---

[151] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 256.

[152] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 497-496

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للدولة المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع وهناك جانب آخر يقول بأنه يلتزم المحكم باللجوء لنظام تنازع القوانين للدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يتواجد بها محل إقامته فهو النظام المختار ضمنيا من الأطراف المتعاقدة[153].

ثانيا: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه، إذ جاء في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أنه ": تفصل محكمة التحكيم في النزاع، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة" ، كما أن معظم القوانين الوطنية[154]، و الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى الفقه والقضاء الدوليين كرسوا سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الالتزام بقواعد تنازع القوانين، ومن الأمثلة التي يمكن ذكرها في هذا الصدد، الحكم الصادر في القضية رقم 1717 في عام 1972 أين قام المحكم بتطبيق القانون الإيراني وفقا لارتباطه ارتباطا وثيقا بالعقد، و العقد قد ابرم في العاصمة الإيرانية طهران وكان المكان الذي يتم فيه تسليم موضوع العقد، وعليه فإن المحكم لم يتقيد ولم يلتزم بقواعد التنازع في تحديد القانون الذي يحكم العقد، وكذلك القضية رقم 3880 عام 1983 أين قررت فيها محكمة التحكيم بتطبيق القانون البلجيكي، و ذكرت أنه يكفي إثبات أن كل عناصر العقد تقع في بلجيكا و تتمثل هذه العناصر في مقر كل من البائع و المشتري مكان إبرم العقد و تنفيذه[155].

الفرع الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق

تعتبر أحكام التحكيم هي التي اعترفت في المقام الأول بدور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، علما أن هذا الاعتراف أثار الكثير من الجدل ويعد أيضا من المسائل

---

[153] سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 578

[154] المادة 1050 من القانون رقم 09-08 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جر عدد 21 صادر في 25 فبراير لسنة 2008.

[155] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 260

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الخلافية[156]، ونصت المادة 4 الفقرة الأولى من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:" في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقا"[157].

إن الصلة التي تربط بين كل من تنازع القوانين وقواعد الإسناد تبلغ إلى درجة اعتبارهما كمصطلحين مترادفين، ولعل ذلك يعود لاشت اركهما في البحث عن القانون الواجب التطبيق على محل النزاع، وقواعد الإسناد تتميز بأن إعمالها سيؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية لا تتماشى مع المراكز القانونية للأطراف.

أولا: منهج الإسناد الجامد يلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بتطبيق الضابط وكذلك على سبيل التدرج الذي حدده المشرع، فهو يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما ى اره أقرب القوانين صلة بالعقد، على سبيل المثال قانون دولة إبرام العقد أو مكان التنفيذ أو قانون الجنسية، وهذا ما يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا.

أخذ المشرع الجزائري بهذا المنهج من خلال المادة 18 كما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري ": من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله مما يستوجب رفضه"، و تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة جزائرية[158]، أبرمت عقدا مع شركة أجنبية بلجيكية في بلجيكا، ثار خلاف بين الطرفين فأصدرت المحاكم البلجيكية قرار لصالح الشركة البلجيكية و التي رفعت دعوى أمر بالتنفيذ أمام المحاكم جزائرية، وهنا ادعت الشركة جزائرية عدم تطبيق المحاكم البلجيكية للقانون الصحيح[159].

ثانيا: منهج الإسناد المرن حسب هذا المنهج فإن القاضي يبحث في كل

---

[156] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 774

[157] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، 254

[158] حمدي باشا عمر، **القضاء المدني**، (الجزائر: دار النشر دار هومه الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 107).

[159] عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)** الجزء الأول (الجزائر: دار النشر دار هومه الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2007، ص 328).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حالة عن القوانين الأكثر صلة بالعقد، ويتلخص هذا المنهج في نظرية التركيز الموضوعي أو ما يسمى " بنظرية باتيفول" الذي كان هذا الأخير متأثرا بالقضاء الانجليزي، فقد كان هدفه التوصل إلى إسناد العقد إلى القوانين الأكثر صلة بالعقد في ضوء ظروف التعاقد حسب كل حالة[160].

قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1959/07/26 أنه:"إذا لم يقم
المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته"، وعليه فإن العمل بهذا المنهج قد يؤدي إلى تحقيق العدالة إلى حد معتبر، لكنه يؤخذ عليه أنه يمتاز بالافتقار لليقين والمعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق[161].

ثالثا: منهج الأداء المميز يعتبر منهج الأداء المميز من أحدث الاتجاهات لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويرى أنصار هذه النظرية أنه يمكن وضع قاعدة إسناد مسبقة خاصة بكل عقد على حدي، وتقوم فكرة الأداء المميز على قاعدة تفريد العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق بحسب الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه، لأن كل عقد له مميزاته وخصائصه مما يترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق.

يجب على القاضي في حالة غياب الإرادة الصريحة للعقد القيام بالتركيز الموضوعي على العقد وذلك من خلال طبيعة الرابطة التعاقدية أين يمكن تحديد الالتزام الجوهري أو الأداء المميز في العقد وذلك بإسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ[162].

أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية حكما في تاريخ 11/05/1966 و الذي جاء : "وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، و عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون كالآتي الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط ارتباطا إقليميا وثيقا بالعقد، و هو بصفة عامة قانون إقامة الطرف الذي يعد أداؤه مميزا في العقد مح ا لن ازع"، و

---

[160] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 257.

[161] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، 266.

[162] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 565.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

السبب في ترجيح قانون محل الإقامة هو وضوح معيار هذا الإسناد و كذا سهولة العلم المسبق به، لأن ترجيح محل التنفيذ قد يكون مجهولا وقت التعاقد، ونص المادة 4 من اتفاقية :" و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد روما على محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا"[163].

المبحث الثاني: الشروط المميزة لعقود الاستثمار القانونية وفاعليتا في دول المغرب العربي

من الثابت في أحكام القانون الدولي الخاص أن العلاقة التعاقدية بين الأطراف تتميز بتوازن حقوق و الت ازمات كل طرف على حدى، و هذا يعتبر من بين الشروط الموضوعية التي تحقق الت ارضي بين تلك الأطراف، هذا بالنسبة للعقود التي تبرم بين الأطراف الخاصة، إذ أن الأمر يختلف عندما تكون الدولة طرفا متعاقد، فالدولة تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي من بينها أصدار نصوص تشريعية و تنظيمية تمس بالعقد، التعديل الأحادي للعقد، و هذا سيشكل عبئا للمستثمر الأجنبي و كذلك خط ار يهدد نجاح مشروعه الاستثماري، و بهدف القضاء على هذه المخاوف يتم إد ارج شروط خاصة في العقد[164]، وهي شرط الثبات التشريعي (المطلب الأول)، و شرط اللجوء إلى التحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول :تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

إن التطرق لشروط الثبات التشريعي ينبغي معرفة مفهومها، وذلك بتحديد تكييفها القانون (الفرع الأول)، وبعد ذلك ننتقل للأمر الواقع من خلال شروط الثبات التشريعي وواقع عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول :التكييف القانوني لشروط الثبات التشريعي

لابد من الوقوف أساسا إلى تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي (أولا)، ومن ثم طبيعة شروط الثبات التشريعي (ثانيا)، بالإضافة إلى آثار

[163] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 254.
[164] شوشو عاشور، المرجع السابق، 78

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

شروط الثبات التشريعي على عقود الاستثمار (ثالثا).

أولا: تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي

تعريف شروط الثبات التشريعي يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد بموجبه الدولة بالت ازمها بتعهدها بعدم تطبيقها لأي تشريع جديد على العقد يخدم مصلحتها على حساب المستثمر الأجنبي[165]، فالهدف من وراء شرط الثبات هو تجميد القواعد القانونية للدولة المضيفة في علاقاتها مع الطرف الأجنبي على الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد سعيا لحماية المتعاقد معها من الخطر التشريعي[166].

وعليه فإن الهدف من شروط الثبات التشريعي هو حماية المستثمر الأجنبي، وهذا من شأنه أن يساعد في إزالة المخاوف التي قد تربك المستثمر الأجنبي وتساعده على الشعور بإحاطته بظروف ومناخ ملائمين للاستثمار، وبالتالي السعي من خلال هذه الحصانة بتحقيق مشروعه الاستثماري مما يعود بالنفع على الطرفين.

صور شروط الثبات التشريعي إن الهدف من تحديد صور الثبات التشريعي يكمن في إمكانية تقسيمها من حيث المصدر، والمضمون، ومن حيث الفئات المستفيدة منها.

1.من حيث المصدر:

في هذه الحالة تقسم شروط الثبات التشريعي إلى شروط تعاقدية التي يتحدد فيها بصفة صريحة القانون الذي يحكم العقد، بالإضافة إلى كل المشتملات و الأحكام التي تسري عليه، كما تنقسم كذلك إلى شروط تشريعية التي تتعهد من خلالها الدولة بعدم اللجوء إلى تطبيق نصوص تشريعية جديدة هادفة إلى تعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد، بالإضافة إلى شرط الثبات الدولي، الذي تتعهد فيه الدول الأطراف بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف بأن تلتزم بحماية المستثمر الأجنبي من خلال امتناعها عن القيام بإجراء تعديلات تشريعية، أو القيام

---

[165] شوشو عاشور، المرجع السابق، .78 114

[166] قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل 115 درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص227.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بأي إجراء من شأنه أن يلحق الضرر بالطرف الأجنبي، فالقانون الدولي العام يولي أهمية كبيرة لحماية الاستثمار و المستثمر الأجنبي، و للإستناد على شرط الثبات الدولي يجب على المستثمر الأجنبي التمسك بتلك النصوص و تثبيتها في العقد[167].

2. من حيث المضمون:

تقسم شروط الثبات التشريعي من حيث المضمون إلى شروط عامة مطلقة، أين تلتزم الدولة بعدم إلحاق تعديل في التشريعات الجديدة المرتبطة بالعقد، زيادة إلى شروط خاصة نسبية التي تلزم الدولة بعدم المساس بمجموعة من الشروط المتعلقة بالشركة، التي تؤدي إلى إثقال كاهل المستثمر الأجنبي كالأعباء الضريبية[168]، ولهذا يجب على المستثمر الأجنبي الإطلاع على القانون الداخلي المنشئ للشركة لتفادي عدم مبالاة الدولة[169].

3. من حيث النطاق الفعلي

يقصد بذلك إمكانية تطبيق القانون الجديد في حالة ما إذا كان أصلح للمتعاقد، إذ يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطلب صراحة ذلك، حيث تنص الم 15 من الأمر على أنه: " فإن تطبق المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثما ارت المنجزة في إطار هذا الأمر، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.

كما أنه يمكن لشركة المشروع، وبطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب عن م ارجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه محمود فياض، "دور شرط

---

[167] المؤتمر السنوي الحادي والعشرين حول "الطاقة بين القانون والاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة الإماء ارت العربية المتحدة، 20 و21 ماي 2013، ص 622، منشور على موقع:
http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf21/arabic_research.asp

[168] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، .146 117

[169] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، .89 118

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكالات التطبيق"[170].

ثانيا: طبيعة شروط الثبات التشريعي

تختلف أ ارء الفقهاء حول شروط الثبات التشريعي، و يظهر ذلك من خلال عدم تحديد الطبيعة الخاصة لتلك الشروط، حيث يميل جانب فقهي إلى اعتبار شروط الثبات التشريعي مجموعة من الشروط التحويلية لطبيعة القانون، بمعنى أن التعديلات الجديدة لا يمكن أن تسري على العقد و إنما تعتبر فقط بأنها كغيرها من الشروط التعاقدية الأخرى التي ترد في أحد بنود العقد، لكن يمكن أن تكتسب قوة فقط بإرادة الأطراف[171] ، أما الجانب الأخر من الفقهاء فيرون أن شروط الثبات التشريعي عبارة عن استثناء للتطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد بأثرها الواقف للتشريعات اللاحقة، بمعنى إذا اتفقت كل من الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي إلى تطبيق القانون المعمول به وقت إبرام العقد، أي القانون الساري المفعول، دون القواعد القانونية اللاحقة، فإن هذا لن يغير من طبيعتها القانونية[172].

ثالثا: أثار شروط الثبات التشريعي على عقود الاستثمار

تلعب شروط الثبات التشريعي دو ار مهما في حماية وتنظيم الاستثمار، وبالتالي حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر أو التغييرات التي يمكن أن تلحق بالعقد، الذي يربطه بالدولة المضيفة[173].

---

[170] وردت نفس الأحكام ضمن المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب ج د ش وشركة Kahrama، إضافة إلى اتفاقية الاستثمار بين ANDI وADS التيتضمنت كذلك نفس الأحكام في المادة 6 منها 122.

[171] أنظر الأمر رقم 01/03 ، مؤرخ في 20 غشت 2001 ،المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 24 ،سنة 2001 معدل 119 و متمم بموجب الأمر رقم 06/08 ، مؤرخ في 15 جويلية 2006 ،ج ر عدد 47 الصادرة في 19 جويلية .2006 أنظر نص المادة 6 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية 120 و الشركة الجزائرية للإسمنت، مؤرخة في 30 أكتوبر 2003 ،ج ر عدد 72 الصادرة في 13 نوفمبر، .2003 أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و كهرما، ج ر عدد 07 ،صادر في 28 جانفي 2007. 121

أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار وأقواس سكيكدة، ج ر عدد 07، صادر في 28 جانفي .2007 122

[172] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص .78 123

[173] القـــانون رج ارج وهبة، الضمانات الممنوحة للاستثما ارت الأجنبية في الج ازئر، مذكرة لنيل شهادة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتحوم حول شروط الثبات التشريعي أ ارء مختلفة حول الآثار التي تنتج عنها، و نظرا لاحتواء هذه الشروط على مبدأين مختلفان و هما مبدأ سيادة الدولة من جهة، و مبدأ حرية التعاقد و المساواة بين الأطراف في الحقوق و الالتزامات في عقود الدولة في مجال الاستثمار من جهة أخرى، مما أدى إلى بروز ثلاث اتجاهات، إذ يميل الجانب الأول إلى اعتبار أن شروط الثبات التشريعي تتوافق مع إرادة الأطراف، مما ينتج عن ذلك سلب حق الدولة في تعديل تشريعاتها، كما تؤثر سلبا على مبدأ سيادة الدولة في حرية التعاقد، وحسب هذا ال أري الفقهي فإن حق الدولة في التأميم لم يعد أم ار شائكا، بدليل أنه باطل أمام شروط الثبات التشريعي[174].

و الاتجاه الثاني من الفقه الذي يرى عدم توافق شروط الثبات و عدم المساس بالعقد مع سيادة الدولة، فينادي بعدم صحة تلك الشروط، لأن حق الدولة في التعديل الأحادي للعقد غير مهدد إطلاقا أمام شروط الثبات التشريعي، لأنه يمكن للدولة تعويض الطرف الأجنبي إذا أخلت الدولة بالت ازماتها، من الأمثلة حق الدولة في التأميم، أو نزع الملكية لتحقيق المنفعة العامة، أين لا يمكن لشروط الثبات التشريعي أن تشكل قوة ملزمة، بل تكون مثلها مثل بقية شروط العقد.

أما بالنسبة للجانب الثالث من الفقهاء فإنهم حاولوا خلق نوع من التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة، و أساس ذلك التوازن هو مدى صحة شروط الثبات التشريعي[175]، و دائرة تمركز العقد، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد هو الوطني فهنا تسري على العقد

الماجستير في الحقوق، فرع 12 قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الج ازئر، 2008، ص .29

[174] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 176.

[175] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 172.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التعـــديلات التشـــريعية التـــي تســـطرها الدولـــة، و ذلـــك بـــأثر مباشـــر، لاعتبـــار القـــانون الـــوطني يشـــكل قـــوة ملزمـــة، أمـــا إذا كـــان القـــانون الواجـــب التطبيـــق علـــى العقـــد هـــو القـــانون الـــدولي، فـــلا يمكـــن للدولـــة إجـــراء التعـــديلات التشـــريعية، فـــإذا خالفـــت الدولة تلك الشروط فإنها ستتعرض للمسؤولية[176].

الفرع الثاني :شروط الثبات التشريعي وواقع عقود الاستثمار

سنتطرق هنا إلى تحديد الجدل الفقهي الذي أثارته شروط الثبات التشريعي (أولا)، ومن ثم سنتعرض لتقييم دور تلك الشروط في عقود الاستثمار (ثانيا).

أولا: الجدل الفقهي في إعمال شروط الثبات التشريعي

يدور هذا الجدل الفقهي حول شروط الثبات التشريعي بين اتجاه ارفض لتلك الشروط واتجاه أخر مناصر لها، حيث اعتمد كل جانب بحججه على حدي.

أ. الاتجاه المعارض

يرى أن شروط الثبات التشريعي يمكن أن تولد انعكاسات سلبية على سلطة الدولة في استقطاب رؤوس الأموال الخارجية بسبب ضعف التفاوض[177] ، كما أنها تسلب حق الدولة المستمد من القانون الوطني و كذا القانون الدولي اللذان يرجحان المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن أمثلة الإدانة القضائية لشروط الثبات التشريعي ما قضت به محكمة استئناف باريس في 1936/02/04أن: " الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضا لكل تعديل له " ، إضافة إلى تنافي هذه الشروط مع المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص[178]، فبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي فانه

---

[176] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص .119 128

[177] خباش دليلة واخرون، شروط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثما ارت الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص .36

[178] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص .91

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يصبح بمثابة عقد داخلي تسري عليه أحكام القانون الوطني بتطبيق نصوصه والتعديلات التي تطرأ عليه، إضافة إلى انتهاك تلك الشروط لمبدأ سيادة الدولة[179].

ب. الاتجاه المناصر

يدعم هذا الاتجاه صحة شروط الثبات التشريعي، بأن هذه الشروط لا تمس إطلاقا بمبدأ سيادة الدولة، بل تملك الدولة القدرة على تغيير تشريعاتها، إضافة إلى ضمان هذه الشروط لحسن الرابطة التعاقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، كما أن قواعد تنازع القوانين تمنح للأطراف الحرية في اختيار الوقت الملائم للعمل بنصوص القانون أو بالجزء الذي يريدونه، وبهذا تعتبر صحيحة ولا يلزم الأمر البحث عن مدى صحتها في أي نظام قانوني[180].

ثانيا: التقييم العملي لدور شروط الثبات التشريعي

إن الهدف الأساسي من شروط الثبات التشريعي هو الحفاظ على التوازن وحسن الرابطة التعاقدية، وحفظ توقعات الأطراف بإزالة المخاوف من المخاطر التي قد تلحق بمشروعهم الاستثماري نتيجة تدخل الدولة بإدخال تعديلات تشريعية التي قد تطرأ في المستقبل، لكون الدولة تتمتع بم ازيا لا يتمتع بها الطرف الخاص.

المطلب الثاني: التوفيق كآلية لتسوية منازعات الاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي تم إنشاؤه بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى في التفافية " الموقع عليها في 18مارس1965 و التي أصبحت

---

[179] عبر الدكتور عيبوط محند وعلي عن أريه حول شروط الثبات التشريعي، إذ قال أنها تمتاز بعدم الفعالية، ذلك لأنه لا يمكن تصور عدم إج ارء تعديلات تشريعية في العقود الطويلة المدة، مما قد يلحق الدولة المضيفة بأضرار و خسائر ضخمة، فالظروف الاقتصادية لا تتميز بالاستقرار، وإنما تتغير بتغير سياستها الاقتصادية، فالعقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار تعرف تطو ار دائما، و يقترح الدكتور أنه بدل الاعتماد على هذه الشروط يمكن الاعتماد على قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 ،ص .194

[180] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، .156 132

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

نافذة ابتداءاك من 14 أكتوبر 1966 و ذلك بعد مضي 30 يوما بعد اكتمال وثائق تصديق 20 دولة عليها " يعد إحدى خمس 05 مؤسسات دولية تكون ما يعرف بمجموعة البنك الدولي وهي: البنك الدولي لإلنشاء و التعمير، مؤسسة التنمية الدولية، مؤسسة التمويل الدولي، هيئة ضمان الاستثمار متعدد الطراف و خامسا و اخيرا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وستتناول دراستنا هذه مفهوم التوفيق في المطلب الوال وسنخصص المطلب الثاني لدراس إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الأول: مفهوم التوفيق.

سنعالج في هذا المطلب مفهوم التوفيق من خلال تعريفه في الفرع الوال وتحديد عناصره في الفرع الثاني وذكر خصائصه في الفرع الثالث وأخيرا تمييزه عن الوساطة في الفرع الرابع.

أولا: تعريف التوفيق.

للتوفيق معنيان معنى ضيق وأخر واسع:

أوال: المعنى الواسع التوفيق هو عملية تسوية المنازعة وديا عن طريق تدخل طرف ثالث يقوم بها محاولا تقريب وجهات النظر بين الطراف المتنازعة.

ثانيا: المعنى الضيق، يقصد بالمعنى الضيق للتوفيق إحالة نزاع قائم الى لجنة تقدم اقتراحاتها بغرض تسويته وال تكون هذه الاخيرة ملزمة ألي جانب الا بعد الموافقة عليها، ويخضع التوفيق بهذا المعنى الى قواعد القانون الدولي المستقر عليها، وعليه فالتوفيق هو اسلوب ودي لتسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف قائم على مبدأ اختيار شخص محايد بغرض الوصول تسوية ودية للنزاع القائم بعيدا عن الطرق القضائية من خلال خلق نقاط تألقي لوجهات النظر المختلفة لأطراف المتنازعة دون أن يرقى الى إصدار قرار ملزم لهم.[181]

ثانيا: عناصر التوفيق.

للتوفيق أربعة عناصر أساسية هي كألتي:

[181] نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية فى القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1983، ص 08.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1. التوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات.

يعتبر التوفيق وسيلة ودية لتسوية ما ينشب بين الاطراف من خلافات تحول دون تنفيذ أو استمرار علاقاتهم من خلال اتفاق الاطراف ورضاهم، فالتوفيق ال يعتبر وسيلة قضائية وال قانونية لفض النزاعات انما هو أحد السبل التي يتم فيها صناعة القرار بناء على رضائية الأطراف، وإذا كان التوفيق يهدف الى تسوية المنازعات القائمة فإنه كذلك يعد طريقا وديا لفضها وهذه الميزة مايجعله بعيدا عن رقابة السلطة القضائية[182].

ثانيا: التوفيق طريق اختياري لتسوية المنازعات.

يخضع التوفيق لمبدأ الرضائية لأطراف ومنه ال يمكن فرضه عليهم من خلال الرغبة الجادة للتنازل عن بعض الحقوق أمال في الوصول الى حل يلبي رغبات الأطراف عند ظهور خلافات بينهم، ويستوي في ذلك أن يكون هذا القرا قبل نشوء النزاع أو بعده أو قبل اختيار الطرق القانونية كالتحكيم أو بعدها، اتفاق الأطراف على اللجوء الى القضاء او التحكيم ال يحول دون انتهاج التوفيق كطريق ودي بين الأطراف[183].

قد يكون الاتفاق على اللجوء الى التوفيق سابقا على طلب تقديم التسوية أو أثناء النظر في موضوع النزاع من طرف محكمة التحكيم، الا ان هناك من يرى أن اللجوء الى التوفيق يكون في المرحلة الثانية من أجل نجاعة أكثر للوصول الى حل يرضي الطرفين انطلاقا من كون النزاع قد بأحكام لأسراره ما يجعل الوصول الى توفيق وجهات النظر أمرا يسيرا، الا أن البعض يرى أن هذا الأسلوب لا يحقق الغرض الذي يصبو اليه الأطراف الا اذا تم اختياره قبل النظر في النزاع من طرف محكمة، ففي هذا الوقت فقط تتحقق النتائج المبتغاة دون ان تتأثر العلاقات القائمة بينهم الامر الذي ال يتحقق حين بدأ المنازعة، اضافة الى ان عملية التوفيق ال تأخذ وقتا طويلا االمر الذي يساهم في نجاحها االمر الذي يغني الاطراف عن اللجوء الى الطرق الأخرى لتسوية المنازعات على غرار التحكيم والقضاء وما تتصف به من بطء الإجراءات و التكلفة المرتفعة للتحكيم ما

---

[182] المرجع نفسه، ص 9.

[183] محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يجعل البدأ في التوفيق قبل الخوض في أي سبيل اخر حتى ولو باءت بالفشل تعبيرا عن حسن نية الأطراف في سلوك النهج الودي[184].

ثالثا: التوفيق طريق أساسه تدخل طرف ثالث.

من خلال تعريف التوفيق يتضح لنا أن العنصر الاساسي لقيامه هو تدخل شخص من الغير لتقريب وجهات النظر وتقديم المساعدة وتبادل المعلومات والوثائق بهدف الوصول بالأطراف الى ملتقى وجهات النظر يحققون من خلالها مطالبهم، كما يمكن له أيضا أن يلعب دور مقترح الحلول على الأطراف والتي من شأنها ان تخرج بالأطراف الى بر الامان دون ان المساس بحرية تقرير حل للنزاع او فرضه على اطرافه[185].

تجدر الاشارة الى ان ما يصدره الموفق من توصيات وقرارات ال تمثل في اي حال من الاحوال حكما تحكيما او قضائيا او قرارا ملزما، فان التوفيق ال يمنع الأطراف من عرض نزاعهم على القضاء وذلك ما يخالف نظام التحكيم والية القضاء في النظر في النزاع، كما انه بعد صدور التوصية وقبول الأطراف لها ال يخضع سلوك الموفق لرقابة للسلطة القضائية من أجل دراسة مدى ملاءمة توصيات الموفق على عكس القرار الذي يصدره المحكم الذي يخضع لتقدير قاضي الموضوع للنظر فيما مدى صحة الحكم الصادر عندما يسلك الطرف الصادر ضده الحكم سبيل دعوى البطلان ضد الحكم الصادر[186].

رابعا: الصفة غير الإلزامية لتوصيات لجان التوفيق.

الطرف الثالث الذي يقوم بالتوفيق هو شخص محايد عمله الوصول بالأطراف الى تسوية وسطية دون ان ترقى الى اصدار قرار او حكم على الاطراف فالموفق ال يقوم بعمل قضائي، فدور لجات التوفيق ال يتعدى اصدار قرارات وتوصيات قد يلتزم بها أطراف النزاع إذا رأى أن هذه التسوية تمثل نقطة التقاء يرتضونها، وذلك بهدف عدم اللجوء الى الوسائل

---

[184] أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة لنعارف، الإسكندرية، 1988، ص21.

[185] محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص31.

[186] . مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1988، ص ،134انظر المادة 1058 من القانون 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانونية التي تسحب الصفة الودية من مسار التسوية [187].

ومن المختلف الى حد كبير عن الوسائل الأخرى للتسوية السلمية كالوساطة والمساعي الحميدة والتحقيق، الا ان هناك اختلافا بين التوفيق والتحقيق فالأساس للجان التحقيق وفقا لقواعد القانون الدولي العام هو العمل على التوصل الى الحقائق والاسباب التي أدت الى نشوب النزاع وهي في ذلك ال تلزم الأطراف بقبول ما تم التوصل اليه من خلال التحقيق، فلجان التحقيق ال تقدم أي مقترحات لتسوية النزاع بل تمهد الطريق لأطراف من اجل التفاوض للوصول الى تسوية للنزاع القائم بينهم، وبهذا يمكننا القول أن لجان التحقيق تختلف عن لجان التوفيق في أن هذه الخيرة تقدم مقترحات وتوصيات الطراف النزاع بعد التحقيق في النزاع على الرغم من ان توصياتها غير ملزمة لأطراف[188].

الفرع الثاني: مزايا التوفيق:

للتوفيق عديد المزايا تجذب الاطراف اليه وتفضله على اللجوء الى التحكيم وتتمثل هذه المزايا في:

اولا: بساطة الإجراءات.

تستند فلسفة التوفيق كوسيلة للتسوية الودية للمنازعات على عديد المبادئ أبرزها مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، سواء من خلال قصر مدة التسوية أو انشاء آلية جديدة لفض المنازعات بين الأطراف الامر الذي من شأنه تحقيق استقرار في المعاملات ولا شك في مدى صعوبة الوصول الى هذا الهدف من خلال السبيل القضائي أو التحكيمية، في حين يبدو الطريق نحو تحقيقها من خلال التوفيق السهل، لما يقدمه هذا الاسلوب الاخير من خلال مبدأ الاقتصاد في الإجراءات بمفهومه الواسع اي اعفاء الاطراف المتنازعة من الخضوع الى للقواعد الشكلية ما يقصر أمد التقاضي وبالتالي الوصول الى عدالة سريعة ترضي المتنازعين[189].

ثانيا: الحرص على ابقاء العلاقات التعاقدية قائمة.

يميل الاطراف الى اختيار التوفيق كبديل فعال لتسوية منازعاتهم نظرا

---

[187] هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص155.

[188] محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1977، ص26.

[189] محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 55.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

النهم يضعون علاقاتهم المستقبلية صوب أعينهم الذي يحرص التوفيق على ضمانه من خلال رضاء الاطراف واقتناعهم بما يتم التوصل اليه دون أي فرض على قبول هذه الاخيرة الأمر الذي يجعل التوفيق حريصا على البقاء على الطابع الودي بين الأطراف رغم النزاع، يحرص نظام التوفيق على اصالح الضرر المترتب عن انحراف العلاقة التعاقدية وكذا السعي نحو اعادتها الى جادة الصواب وذلك من خلال تعديل العقد وإعادة التوازن الى الالتزامات المترتبة في ذمة كل من اطراف العلاقة، فنشاط الموفق ينصب على الواقع ال القانون فهو يبحث في خبايا واقع النزاع بعيدا عن ما يطرحه من مسائل القانونية، وهذا المنطق يساعد الى حد كبير على الحفاظ على استمرارية العلاقات التعاقدية بين الأطراف و محاولة الخروج بها من دائرة الخالف الى ميدان التنفيذ[190].

الفرع الرابع: الفرق بين التوفيق والوساطة.

يمكننا أن نبين الفرق بين أسلوبي التوفيق والوساطة من خلال تميز هذه الأخيرة عن التوفيق فيما يلي:

أولا: الفاعلية في صنع القرار.

يحوز الوسيط على مساحة للعمل تفوق تلك الممنوحة للموفق االمر الذي يسمح له بالقيام بدور أكثر فعالية من خلال المشاركة في صنع القرار الذي يتوصل اليه الاطراف، كون عمل الموفق قاصر على التقريب بين وجهات نظر الاطراف وآرائهم المختلفة دون ان تصل يده الى المشاركة في اخراج القرار النهائي للنزاع حيث أن ما يصدره لا يتعدى كونه توصيات غير ملزمة لأطراف، وهذا ما نجده عند الوسيط الذي يتدخل في النزاع عن طريق اقتراح حلول قد يختار الأطراف أحدها وهذا ما يطلق عليه المشاركة الفعالة في الوصول الى حل ودي للنزاع، الا أن نجاح مهمة الوسيط تعتمد بشكل مباشر غلى رغبة الاطراف في الوصول الى تسوية ودية تسمح بالحفاظ على استمرارية العلاقات القائمة، ومنه فإن الوسيط يقوم بما يقوم به الموفق من مهام من خلال تسهيل الاتصال بين طرفي النزاع مع بيان مواقع الخالف ومحاولة التقريب بينها الا أن دوره

[190] محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 62.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لا يتوقف عند هذا الحد بل يتعداه إلى اقتراح بعض الحلول على الأطراف[191].

ثانيا: الإيجابية في احتواء الخالف.

اذا قمنا بالتسليم أن دور الموفق قاصر على التقريب بين وجهات نظر الفرقاء االمر الذي يمكنه في الغالب من الوصول الى نقطة التقاء تصل بالعلاقة المبرمة الى استمراريتها من خلال تفهم الاطراف نقاط الخالف، فإن دور الوسيط يتعدى هذا التقريب بين وجهات النظر ليصل الى اقتراح حلول او تعديل بنود في العقد أو الغاء بعض الشروط التي تحول دون التوصل الى تقريب وجهات النظرة، فالوسيط يعمل جاهدا على تحسين قنوات الاتصال بين الأطراف ومساعدتهم على تفهم الطرف الاخر اضافة الى ابراز تسوية منازعات الاستثمار عن طريق الاتفاقيات الثنائية والآليات العملية لتسوية المنازعات أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ونقاط القوة والضعف في المراكز القانونية لكل منهما وكذا طرح البدائل والخيارات التي ترضي كال الطرفين[192].

الفرع الخامس: اجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

أولا: تكوين لجنة التوفيق.

يلعب الأطراف دورا بالغ الأهمية في اختيار اعضاء لجنة التوفيق والذين يمتازون بدورهم بصفات تؤهلهم للقيام بمهمة التوفيق بين الأطراف.

1. دور الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق.

الأصل أنه لأطراف الحرية في اختيار أعضاء لجنة التوفيق الا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل تكون مقيدة على قدم المساواة في هذا الاختيار وبالتالي ليس الحد الاطراف دون سواه ان يتمتع بهذه الحرية أو اختيار عدد يفوق العدد المسموح به للطرف الاخر فمبدأ المساواة يقيد حرية الاطراف في اختيار الموفقين، كما يقضي ببطلان اي شرط يخول الحد

---

[191] محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص51.

[192] أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص20

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاطراف دون غيره اختيار الموفق[193].

اما في حالة تخلف أحد الطرفين أو كالهما عن اختيار الموفق فيقوم المركز باختيار الموفقين وذلك بعد موافقة أطراف النزاع، وهو ما أقرته اتفاقية واشنطن بقولها، إذا لم تشكل اللجنة خلال تسعين يوما بعد ارسال اخطار بتسجيل الطلب من جانب السكرتير العام، أو بعد فترة أخرى يوافق عليها الطرفان، يقوم رئيس المجلس الإداري بناء على طلب اي من الطرفين وبعد مشاورتهما كلما أمكن بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم بعد، الا انه لا يجوز لرئيس المجلس اختيار الموفقين من خارج قوائم المركز"[194].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الموفقين.

اضافة الى شرط الأهلية يتعين على الاشخاص الذين يتم تعيينهم ان ال تكون لهم مصلحة في النزاع الذين يدخلونه بغرض تسويته الن هذا يعد شرطا اساسيا لنجاح الموفق في مهمته، وتستوي هنا المصلحة المباشرة للموفق مع مصلحته غير المباشرة من النزاع، ومنه فان حرية الاطراف في اختيار الموفق تحدها بعض القيود التي تفرضها قواعد المركز الدولي والتي يجب على الاطراف احترامها حيث نصت اتفاقية واشنطن على : " أن يكون الأشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الأخلاق العالية وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقال، وتعد كفاءتهم في مجال القانون ذات أهمية بالغة في حالة اختيار الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم، وعندما يتم هذا الاختيار سواء عن طريق الاطراف أو عن طريق رئيس المجلس فال بد من التأكد أن التمثيل في الهيئة يتفق مع المبادئ الأساسية والأشكال العامة للنشاط الاقتصادي في العالم"[195].

الفرع الثاني: كيفية التسوية الودية للمنازعة.

وهي مجموع الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تهدف إلى تسوية الخالف وإزالة أسبابه للتوصل إلى حل عادل أطرافه، حيث تلعب الإرادة

---

[193] محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 165.

[194] المادة 30 من اتفاقية واشنطن.

[195] محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص. 170

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والحرية دورا هاما في تسيير عملية التسوية، حيث مبدئيا يجب على الاطراف تحديد موضوع النزاع القائم بينهم، ليتوجب بعد ذلك على لجنة التوفيق تعيين عناصره ومحاولة الوصول إلى تكييف يقبله الطرفان.

إذ يجب على لجنة التوفيق في هذه الحالة تحديد المسائل الواجب النظر فيها وتسوية الخالف بشأنها، حيث تقسم في المعتاد هذه المسائل إلى مجموعة من المطالب ومجموعة من الدفوع، حيث تمر عملية التوفيق بعدة مراحل للوصول إلى حل يرضي جميع الاطراف، حيث تعتبر أول مرحلة هي الإعداد تسوية منازعات الاستثمار عن طريق الاتفاقيات الثنائية، ليعقبها بعد ذلك التقديم والعرض وبيان النزاع وتوضيح عناصره، ثم بعد ذلك يتم طرح البديل من الحلول التي يمكن للأطراف الاختيار منها، وأخيرا الوقوف على اتفاق لتسوية النزاع حسب ما يرتضيه الاطراف ويحقق مطالبهم، وغالبا ما يلجأ الموفق إلى مبادئ العدالة والإنصاف[196]، الاقتراح حل نهائي لكي يبعد الاطراف عن جو المنازعة.

وسير عملية التسوية الودية بالطريقة المرغوبة والناجحة يعتمد على روح الود والنية الصادقة من الاطراف للوصول إلى حل نهائي وودي ينهي هذا الخالف، وإن لم تتوفر هذه الروح فهي أحد بوادر فشل هذه المفاوضات لحل النزاع.

المطلب الثالث: التحكيم كآلية لتسوية منازعات في عقود الاستثمار

إن الاعتقاد الذي ساد في الأوساط الاستثمارية الذي مفاده أن التوفيق ورغم كونه وسيلة ودية لفض النزاعات إلا أنه ال يرقى لنجاعة التحكيم، اتفاقية المركز الدولي تهدف إلى تشجيع الاستثمارات وحمايتها سعيا منها لتحقيق التنمية في البلدان الفقيرة عرضت التحكيم كألية لتسوية منازعات الاستثمار كونه يلعب دورا هاما في فض هذا النوع من المنازعات دون المساس بالقيمة الاقتصادية للسوق المحلية وهذا لما يتمتع به التحكيم من مزايا الأمر الذي يضفي عليه الفاعلية المطلوبة.

رغم تعدد الوسائل التي من الممكن أن يلجا إليها الاطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنيا، فقد ظلمت هناك خاصية ثابتة

[196] محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص177.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لهذه العقود، وهي تتعمق على وجوه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لتسوية منازعاتها[197]، حيث يعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرف فيها.

إذ أن وجود الدولة طرفا في العقد، يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثمارات، فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال.

ويمكن تعريف التحكيم بأنه وسيمة خاصة لمتقاضي، تقوم على اتفاق يعيد بمقتضاه الاطراف إلى شخص أو عدة أشخاص، بمهمة حسم المنازعات المتعمقة بينهم عن طريق إصدار حكم نزيه، يتمتع بحجية الأمر المقضي.

وقد تعددت التعريفات التحكيم، فعلى الصعيد الفقهي، يعرفه الدكتور إبراهيم شحاتة بأنه: "إجراء اختياري لتسوية المنازعات، بحكم نزيه يتأسس على القبول المسبق من جانب الاطراف في النزاع"

على اتفاق الأطراف، فيه يقوم على إخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة، بناء

أي أنه وجود اتفاق تحكيم، فالقاعدة العامة في هذا الشأن أنه: " التحكيم بدون اتفاق تحكيم"[198].

وقد يأخذ هذا الاتفاق صورة بند مدرج في العقد المبرم بين الاطراف، ويوقعون عليه عند توقيعات هذا العقد، هو ما يطبق علي شرط التحكيم، أو يأخذ صورة اتفاق مستقل عن العقد، هو ما يطبق عليه مشارطة التحكيم اذا كانت إجراءات التحكيم في منازعات عقود ، والاستثمار تتفق بوجوب عام مع غيرها من إجراءات التحكيم، في مختلف المنازعات الأخرى، إلا أن التحكيم في منازعات هذه العقود يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، ويرجع ذلك الاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات تحكيم هذه المنازعات التصدي لها، والتي تنبع أساسا

---

[197] الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، طريق التحكيم في إطار مركز حقوق عين الشمس لتحكيم، مرجع سابق،
ص 126.

[198] الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 85.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

من كون أحد أطراف هذه العقود سيمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص.

ومما لا شك فيه أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع، يصيغ عملية التحكيم بصيغة خاصة، الأمر الذي يثير في الواقع العديد من المشاكل المترتبة على كون الدولة ذات وضع مميز، تسعى لمحافظ عليه، سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناءه أو بعد صدور الحكم، مما يتعين معو الالتزام بصدد التحكيم في منازعات هذه العقود، بالعديد من المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في هذه العقود.

عليه يكون من الضروري الاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، أن وبناء نعرض لمبررات التي جمعت منو القضاء الطبيعي لحسم هذه المنازعات، وكذلك لخصائص المميزة في تسويتها، فضل عن المشاكل التي قد يثيرها اختياره لحسم هذه المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، هو ما أتناوله في هذا المطلب من الدراسة، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلى

درجة ان البعض يعتبر أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود، وأنو أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، حيث يفضل الاطراف في عقود الاستثمار واللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب يتعمق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار أولا، كما يتعمق بعديا بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار ثانيا، وبعضها يتعمق بكون التحكيم ضمان إجرائية لكونه إحدى وسائل اجتذاب الاستثمار الأجنبي ومن ضمانات التجارية ثالثا[199].

[199] الدكتورة حفيظة الحداد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري، مرجع سابق، ص 3.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أولا: مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.

تتسم عقود الاستثمار، كما سبق القول، بطبيعة خاصة ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العقود، الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية، والعملية محل العقد، حيث يتعمق العقد بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، ويتكلف مئات الماليين من الدولارات، وتتشابك العلاقات الناشئة عنو ويتطلب خبرات فنية عالي، ومع تمك الخصوصية فإن التحكيم يتمتع بو من مزايا يمثل القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود، وتتمثل هذه المزايا فيما يمي:

1. **السرعة في الإجراءات:**

حيث يتميز التحكيم بسرعة الإجراءات اللازمة لمفصل في النزاع في أقل وقت، إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، تمط السرعة التي ال تتوفر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة لمفصل السريع في النزاع، هو ما يحتاجوا الفصل في منازعات عقود الاستثمار، حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل نمط المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاعات بشأنها، فالأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة. والعدالة السريعة التي يقدما التحكيم ترجع إلى عاملين: الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الاطراف كأصل عام، فقوانين التحكيم ولوائح ومواثيق عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره، بل وتسمح للأطراف بالتعديل في هذه المدة عند اتفاقية على التحكيم، فيقيد[200] المحكم صفته بعد انتياءها.

أما العامل الثاني فإنه يتعمق بأن التحكيم نظام لمتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية، مع إمكانية رفع دعوى بطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون، مع مراعاة أن الطعن

---

[200] إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفرومو في إطار مركز حقوق عين شمس لتحكيم، مرجع سابق، ص 126.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بالبطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام[201].

2. سرية التحكيم:

فاختيار الاطراف المتحكمين كوسيلة لفض المنازعات ما يتميز بها من سرية، فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى لمتحكمي، حيث تضل الأسرار المرتبطة بالعقد والمخترعات سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابا ودوافعا، نظرا لما قد تؤدي إلية هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

3. حرية الاطراف في ظل التحكيم:

فمرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيلة على النحو المناسب لهم، ألانه ينفر من القوالب الجامدة، حيث إما يملك الاطراف أولا اختيار نوع التحكيم، فميم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصا *Ad hoc* أو تحكيما مؤسسا، كما عليهم أن يختاروا سواء كان التحكيم خاصا أو مؤسسا أن يكون هذا التحكيم تحكيما بالقانون، كما يفسر التحكيم المجال أمام إرادة الاطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقوا المحكمون على اتفاق التحكيم وأجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم [202].

ثانيا: تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم.

نظرا ألن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين متكافئين، الدولة ذات السيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاصة من ناحية أخرى، فإن قضاء محاكم الدولة قد ال يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي، بسبب الصعوبات التي قد يواجهنا في اللجوء إليه، ولعدم توقع أن موقفنا سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع[203].

---

[201] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 18.

[202] إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفرومو في إطار مركز حقوق عين شمس لتحكيم، مرجع سابق، ص 121.

[203] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 353.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ولذلك يحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم، فضال عن عدم ثقة بعادلة محاكم الدولة المضيفة.

حيث أن ما تتمتع بو الدولة من استقلال وسيادة، يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، وعلى الرغم من أن الاتجاه الحديث يميل إلى الأخذ بحصانة المقيدة لمداولة، ومفادها عدم استفادة الدولة من حصانتها إلا بصدد أعمام السيادة دون التصرفات الأخرى المتعمقة بممارستها الأنشطة التجارية وأعمال الإدارة العادية، فإن ذلك يعني انتياء التمتع بالحصانة كمبدأ عام. إذ يظل الأصل هو التمتع بها، وهنا تخظير صعوبة الفصل في المنازعات عندما تتعارض الحصانات القضائية لمداولة مع قيام محاكم دول أخرى بحل المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، مما قد يؤدي إلى إهدار الحقوق الخاصة للمستثمر الأجنبي. أما في حالة أن تنظر النزاع محاكم الدولة المضيفة فإن المستثمر الأجنبي الطرف في النزاع قد يتعرض لقرارات مفاجئة أو تعسفية يمكن أن تصدرها الدولة بما ليا من سيادة لتحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية.

وكذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقة بنزاهة وعدالة محاكم الدولة المضيفة، لعدم توقع أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو النزاع، فالقضاء الوطني لمداولة المتعاقد وأنها كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتيا، فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي، وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية وبسيادة الدولة[204].

ولكل ما تقدم نجد المستثمرين الأجانب حريصين على أن يتم إدراج شرط التحكيم في عقودهم مع الدولة المضيفة، ولو على حساب عدم إتمام العقد. ولعل في عقد ديزني وولد الحاصل بين شركة أمريكية وفرنسا

[204] المرجع السابق، ص 353.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أفضل مثال على ذلك. فمقد اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكن الموافقة على الاستثمار أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار الذي يجري في ضواحي باريس إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هي أن الرأي عند مجلس شورى الدولة الفرنسي، وعلى عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، نزولا في ذلك إلى ما يفرض الحفاظ على السيادة الفرنسية، وكانت قيمة العقد مليارات الدولارات وترددت فرنسا فكيف تنتمي عن مجلس الشورى الفرنسي الذي وضع القوانين الإدارية لفرنسا ولمعالم؟ وتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو ال يكون موقفا على الشرط ألتحكيمي، وأخيرا قامت فرنسا بشرط التحكيم[205].

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لسنة1997 ،ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، وذلك في المادة السابعة منه على الوجوب الذي يتفق عليه المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أو وفقا الاحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ،كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي لتحكيم التجاري الدولي.

كذلك فقد أقر قانون الاستثمار السوري رقم 10 اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة 26 والتي تنص على أنه: تساوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدولة العربية والأجنبية المشمولة مشاريعهم بأحكام هذا القانون والمؤسسات العامة السورية وفق ما يسمي عن طريق إذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال فترة ستة أشير من تاريخ تقديم الحل الودي، والإشعار خطي لمستوية الودية من قبل أحد طرفي الخالف، يحق أليه اللجوء إلى إحدى

---

[205] عبد الحميد الأحدب، **آفاق وضمانات االستثمارات العربية الأوروبية**،(مركز الدراسات العربي الأوروبي، ط1، 73. ص، 2001).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الطرق التالية: اللجوء إلى التحكيم.."[206]

كذلك فقد اعتمد المشرع اللبناني التحكيم كوسيمة لحل منازعات الاستثمار حيث نصت المادة 18 من قانون تشجيع الاستثمار في لبنان رقم 360، تاريخ 2001/8/16 على أن " تحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية. وفي حالة تعذر الحل الودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي آخر".

وعلى هذا النحو فإن استهداف الدولة جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليميات يقضي أن يقرر القانون فيها خصوصا تشريع الاستثمار مبدأ جواز عرض منازعات الاستثمار على جياز يثق في حياده، مثل أجيزه التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة. فمما ال شك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأن أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في عيد الوفاء بتعدياتي التي قطعتها على نفسها.

الفرع الثاني: الخصائص المميزة لمتحكمي في منازعات عقود الاستثمار.

على الرغم من أن إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتفق بوجوب عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، حيث تخضع لنفس القواعد الخاصة بداء الخصوم لمطالبتهم واتخاذ هيئات ببدء الاجراءات والإخطار بها وتعيين المحكمين ودورهم واصدار التحكيم لمقررات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات والشدود وتقديم المذكرات والأحكام وتنفيذها، إلا أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، نتيجة الاختلاف نوعية المشاكل التي جيب على هيئات التحكيم التصدي ليا، والتي تنبع أساسا من حقيقة أن أحد الاطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص، وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة، مما يجعل منازعات هذه العقود لا تخلو من خفية سياسية واقتصادية دولية، الأمر الذي يترتب عليه أن يكون الإحكام

[206] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 355.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التحكيم الصادرة في هذه المنازعات آثارا بعيدة المدى تؤثر على حياة الماليين من البشر.

ولذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية منازعتها أولا، وكذلك وجوب اختيار محكمين يتوفر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة لمتصدي لمثل هذه المنازعات، ثانيا كما يتعين مراعاة السرية في إجراءات التحكيم في هذه العقود الارتباطيات بمصالح الدولة.

أولا: الاختيار بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي.

يعتبر التحكيم وسيمة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي لمتحكمي، فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إلية لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقدموا في إدارة العملية التحكيمية، هو ما يطلق عليه التحكيم الخاص، أو الإشارة إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة لتتولى إدارة هذه العملية، هو ما يطلق عليه التحكيم المؤسسي[207].

وأمام الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار، فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الأجدر اللجوء في تسوية هذه المنازعات إلى التحكيم الخاص أم التحكيم المؤسسي؟

ولقد رأينا أن الإجابة على هذا التساؤل تفرض أن نعرض لكل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي، قبل أن نبين أكثرهما ملائمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

1. التحكيم الخاص

التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر أو التحكيم الذاتي هو الذي تولى الاطراف صياغته بمناسبة نزاعيهم، خارج إطار أية مؤسسةّ أو مركز من مراكز التحكيم، حيث يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين لمفصل فيه، فيقومون بتشكيل هيئة تحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بيم، أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع ألجل هذا الغرض، كما هو الأمر في شان قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون

[207] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 358.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التجاري الدولي لعام 1976.[208] وبعبارة أخرى فإن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينيا، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، هو ما حدا بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه: " نفذ التحكيم بنفسه"، لذلك فيه يحتاج ممن يختاره من الاطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظم[209].

ويتميز التحكيم الخاص بأنه يجب أن يكون أقل تكلفة، وأكثر مرونة وسرعة، ويسود اللجوء إلية في بعض المنازعات، كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التامين[210].

ويمكن أن نشير كمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية، وبعض الشركات الفرنسية الخاصة، من أجل تنفيذ، من أن فض الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا لتحكيم وفقا لدفتر الشروط وملاحق، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة قانون التجاري الدولي، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى أن يطبق القانون المبني في أساس الموضوع[211].

وكذلك ما ورد في المادة 34 من الصيغة النموذجية الاتفاقية امتياز أبو ظبي، حيث تنص

على أنو:

أ. إذا ظهر أي شك أو خلاف أو نزاع في أي وقت بين الاطراف فيما يتعمق بتفسير أو تنفيذ أي بند منصوص عليه في العقد، أو فيما يتعمق بحقوق والتزامات أي طرف، وفشل الاطراف في تسوية ذلك النزاع أو الخالف بأية طريقة أخرى، فإنه يلزم إحالة الأمر إلى محكمين يعين كل طرف محكما عنه، ثم يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث لمفصل في النزاع في

---

[208] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 359.

[209] الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم في إطار مركز حقوق عين شمس لمتحكيم، مرجع سابق، ص 122.

[210] الدكتور نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مرجع سابق، ص 50.

[211] نفس المرجع، ص 51.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

خلال ستين يوما من تاريخ طلب أحد الطرفين كتابة.

ب. يلزم كل طرف بترشيح محكم في خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الطرف الآخر بطلب التحكيم، فإذا فشل أحد الطرفين في تسمية محكمو يتولى رئيس محكمة العدل الدولية على طلب الطرف الاخر تسميت بناء، هذا فشل المحكمان في الاتفاق على المحكم الثالث، او فيتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميت استجابة لطلب المحكمين أو لطلب أحدهما.

ت. القرار من المحكمين أو الاختلاف في الرأي بينهما بشأن المحكم الثالث يعتبر نهائيا وملزما لكل الطرفين.

ج. تتمتع هذه الاتفاقية بقوة القانون ويلزم تفسيرها وتطبيقيا بما يتفق مع المبادئ العامة المعترف بها في الدول المتدينة[212] بما في ذلك المبادئ القانونية التي طبقتها المحاكم الدولية.

2. التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي هو أن يختار الاطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها، ويرى البعض بأننا سوف نكون أمام تحكيم مؤسسي، متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع الاحتياج وقواعديا التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل احتفظت لنفسيا باختصاص معين في تطبيق الاحتياج المذكورة، ولا يتم حينئذ كون المنظمة تتناول نظر النزاع والفصل فيه[213].

ويجب على الاطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينما، أو في مشارطة التحكيم التي يوقعا الاطراف بشكل مستقل عن العقد.

وقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، ومن أهميا يمكن أن نشر إلى محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة

---

[212] نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 52.

[213] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 361.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الدولية بباريس *ICC*، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن *ICSID*، والمركز الدولي لحسم المنازعات التابعة لجمعية التحكيم الأمريكي، ومركز القاهرة الإقليمي لتحكيم التجاري الدولي *CRCICA*.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة قد تنشأ للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها، مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعمقة بالاستثمار، وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابعة لمنظمة العالمية لملكية الفكرية *WIPO*، وأيضا مركز الإسكندرية لتحكيم البحري الدولي.

ومن أمثلة اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تجيل التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية *Tiefbohrgesellschaft- und- Schactbau- Deutsh*، وشركة رأس الخيمة الوطنية لبترول *Rakoil* من أن: " جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقيا ستتم تسويتيها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وذلك من قبل ثالثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد[214]".

وكذلك ما ورد في البند الثاني عشر من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الإسبانية المصرية لمغاز سيجاس سنة 2001 عادة تسميم رصيف بحري لإنشاء وتشغيل و بترولي متخصص في ميناء دمياط بنظام T.O.B من أن " المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتيها طبقا لواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة لتحكيم الدولي بالقاهرة، ويعتبر قرار المحكمين ملزما ونهائيا لمطرفين ويتم التحكيم باللغة الإنجليزية وتنطبق أحكام القانون المصري ويكون عدد المحكمين ثالثة يعين كل طرف ذا لم يقم المدعى عليه بإخطار المدعى كتابة باسم المحكم الذي عليه خلال محكما عنو، او على طلب المدعى بتعين ثالثين يوما من استلام إخطار المدعى كتابة فيقوم المركز بناء المحكم الثاني"

[214] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 363.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المفاضلة بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي بشأن منازعات عقود الاستثمار: الواقع أنو على الأقل حتى أواخر السبعينات من القرن الماضي، كان الأغرب الأعلم من اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار يعكس اختيار الطرفين لتحكيم الخاص، والذي كان يمثل الصورة المعروفة أصال لتحكيم.

وكثيرا ما تضمنت هذه الاتفاقات شروطا تحكيمية غير سليمة، فسببت من المشاكل أكثر من رسميا لطريق ميسر لحسم المنازعة، حيث يصعب التنبؤ بالمشكلات، مما قد يؤدي إل عدم القدرة على حسم المشكلات التي ال يغطيها اتفاق التحكيم الخاص، فضال عن احتمال أن تطرأ مسائل لا يغطيها القانون المحمي، وكذلك صعوبات في تنفيذ حكم التحكيم.

وفي أواخر السبعينات وخلال الثمانينات من القرن الماضي، وأمام التطورات الكبيرة في عمليات التجارة الدولية والاستثمار وزيادة وتنوع المنازعات التي تثيرها، فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها، حتى تتمكن من مواكبة هذه التطورات[215].

لذلك كان من الطبيعي أن يتغير المسار الذي كانت تتبع أغلب اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار، حيث زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لما يحقق من مزايا لعلمية التحكيمية، والتي تجمع الأكفأ في إدارة تحكميات المنازعات الكبيرة القيمة، وذات الطبيعة الفنية المعقدة، وتتمثل تمك المزايا فيما يمي[216]:

أ. إن مؤسسات التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، يستطيع المحتكمون اختيار محكميهم منيم. وهذا ما يجنب مشقة البحث عن المحكم المناسب، خاصة إذا ما تعمق الأمر بمسائل فنية يحتاج إلى خبرة خاصة ال تتوفر على نطاق واسع.

ب. إن التحكيم المؤسسي يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة والمختبرة من قبل.

ت. إن التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم، ومن أبرز القواعد التي حفت بها المؤسسات

---

[215] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 364.

[216] المرجع سابق، ص 364.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي يتيح لهيئة التحكيم الفصل في الدفوع الخاصة باختصاصيات، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد.

ث.إن التحكيم المؤسسي يعتبر الأكثر تمبية لمتوقعات المشروعة لألطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة معروفة مسبقا.

ثانيا: العوامل التي يجب الاعتداد بها في اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار.

تتسم منازعات عقود الاستثمار بخصوصية معينة ناجمة عن الطبيعة الخاصة الطراف هذه العقود الدولية والعمومية محل هذا العقد، إذ تثير هذه العقود خيطا من المشاكل المعقدة والمركبة، حيث يختم فيها بشكل كبير عدد من المشاكل القانونية الخاصة والمتعددة الوجوب، والتي لا تلاحظها في غيرها من العقود، وبالإضافة إلى ما تثيره هذه العقود من مشاكل فنية بالغة التعقيد ومختلفة التخصص، لذلك فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل منازعات هذا النوع من العقود يجب أن تتلاءم مع هذه الخصوصية.

فقد تتعمق هذه المشاكل بأحكام القانون الدولي العام، كما لو كانت المنازعة تتعمق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري والتعويض عنو. كما قد تتعمق بأحكام القانون العام، كما لو كانت المنازعة تتعمق بطلب إعادة شروط العقد إلى التوازن في الحالات الطارئة التي تخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين أو بتجميد بعض القوانين التي يؤثر تدعيمها على الاستثمار[217].

وقد تتعمق بأحكام القانون الدولي الخاص، لكون هذه العقود دولية بطبيعتيها، كما قد تتعمق المنازعة في مشكلة من مشاكل البيئة إلى جانب منيا، أو فيما يتعمق بنقل تكنولوجيا متقدمة. لذلك يجب أن تضم هيئة التحكيم محامي أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام، أو القانون الدولي الخاص أو القانون العام أو أحكام قوانين البيئة أو أحكام

[217] نادر محمد الإبراهيمي، مرجع سابق، ص 55.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العقود الخاصة بنقل التكنولوجيا حسب طبيعة المنازعة، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسو مطالبا بالبحث في فروع مختلفة لقانون التشعب المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار.

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن منازعات عقود الاستثمار قد تتعمق بمشاكل فنية بالغة التعقيد، تتطلب تخصصات نادرة لحسميا، كأن تتعمق بالنواحي الفنية الاستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول، أو بمشاكل هندسية بحتة تتعمق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو بمشاكل في الحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعاون الصناعي. ومن ثم يكون من الأوفق أن تضم البيئة بقدر الإمكان التخصصات المطلوبة لتعدد فيها الخبرات اللازمة لحسم النزاع، فقد تدعو الحاجة إلى أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين[218].

لذلك نجد العديد من عقود الاستثمار الحديثة تنص على السماح بما يمكن تسميت باسم التحكيم الفني *Arbitration Technical* ،ولذلك بالنسبة للأمور التي تتطلب تدخل خبير فني، فتحقيقا ليدف تجنب أية خلافات حول تحديد سعر السوق بالنسبة لمنفط أو الزيت الخام المنتج عن فترة معينة، فإن المادة السابعة من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة المصرية العام لبترول وشركة *AM. SA* للبترول والغاز، تضفي تعيين محكم ذو سمعة وخبرة جيدتين في مجال صناعة البترول، وذلك للاستفادة منه فيما يتعمق بتسعير وتسويق الزيت الخام في التجارة الدولية، وأميمة هذا المحكم هي إصدار الحكم أو القرار الخاص بالسعر، وذلك بعد منح حق الإطلاع على عقود بيع الزيت الخام، وما يرتبط بها من بيانات وذلك من قبل الاطراف المعنية والجهات والشركات التابعة ليم.

ولكن يجب مع ذلك توافر العنصر القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم، والذي تتوفر لديو الخبرة والخفية الكافية في مثل منازعات هذه العقود، بل إنو من الأفضل أن يترأس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سالمة الإجراءات وسالمة الحكم من الناحية القانونية[219].

ثالثا: الالتزام بسرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

---

[218] بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 368.

[219] حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص20.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

احدى المزايا يعتبر الحفاظ على السرية في الإجراءات مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم، او التي من يلجا المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعتاهم، فميزة السرية التي تغف التحكيم معد من أحد العناصر الطبيعية المكونة ليذا النظام والذي لا تقوم لها قائمة بدونها، وهذه الميزة هي التي تدفع الأفراد إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات بينهم، فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص ولكن علاوة على ذلك قضاء يتم في سرية[220].

وتزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن أهميتها بالنسبة إجراءات التحكيم فيما عداها من منازعات، وذلك لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بإبرام هذه العقود لذلك ال تحبذ الاطراف في عقود الاستثمار أن تكون النزاعات فيما بينيا متاحا لمكافأة الإطلاع عليها، إذا تكون العلانية ضارة بالنسبة لها، فإذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثال، فإن حساسية المعلومات التي ال يحتفظ بسيرتها والتي تتعمق بمستوى إنتاج حقل أو تدق إنتاجية قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية، أو تؤدي إلى اضطراب أسعار البترول في الأسواق العالمية، أو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي، فإن عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الأسرار التكنولوجية المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.

ويرى البعض أن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيمة خاصة لحسم المنازعات، وأنو يكون التزاما ضمنيا بين الاطراف، وأنو في ضوء القبول العام لو يمكن النظر إلية على أنو قاعدة عرفية في قضايا التحكيم، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية[221].

وعلى الرغم من ذلك فإنه من ملاحظ في السنوات الأخيرة صدور عدد من الأحكام القضائية التي قامت بمناقشة الأساس القانوني الذي تقوم عليه

---

[220] الدكتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 21.

[221] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 369.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قاعدة سرية إجراءات التحكيم بوجوب عام.

فقد كانت المحكمة العليا الأسترالية في حكميا الصادر في 7 أفريل 1995 في قضية *Esso Australia Resources Ltd. Et al. V Ministry Plowman of Energy and Mineral* في صحة هذا المبدأ. حيث ذكرت المحكمة أن التزام السرية يخضع لما يتطلبه وما تقتضي شئون المصالح العليا، وأنو ليس هناك ما يبرر فرض التزام السرية على الإجراءات والمستندات والمعلومات التي يدلي بها الاطراف في تحكيم خاص وكذلك فقد سمكت نفس الاتجاه المحكمة العليا في استكيوليم، حيث اثبت في حكميا الصادر في 27 أكتوبر 2000 في قضية *Case Bulbank* إلى رفض الالتزام بالسرية إلا إذا وافق الاطراف عليها، ووجدت أنو ال يوجد أي أساس قانوني لالتزام بالسرية، إلا إذا اتفق الاطراف عليها، وأضافت المحكمة أن التحكيم ذو طبيعة خاصة وأن غاية ما تقتضي تمك الطبيعة أن تتم إجراءات ومرافعات في خصوصية ال يتم السماح معيا لمغير باقتحامها[222].

وال شك لدينا في أن مثل هذا المسمك الذي ابتعو القضاء المتقدم ال يعبر عن اتجاه عام في هذا الصدد، فيه يمثل بوضوح انحرافا عن الأفكار التقليدية المتعمقة بالتحكيم، حيث أن عنصر السرية يتعبر واحدا من اهم أسباب اختيار الاطراف لتحكيم كأسوب لتسوية منازعاتهم، مما يقتضي معو في اعتقادنا احترام التوقعات المشروعة لألطراف بالتزام السرية في التحكيم عندما اتفقوا عليه لتسوية منازعاتهم.

فقد أعلنت محكمة استئناف باريس في حكم الصادر في 18 فبراير 1989 أنو: " اجراءات ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع مما يتمشى مع طبيعة التحكيم او الخاص هو ما يستجيب الاتفاق الاطراف المتنازعة".

وأمام هذا الاتجاه في التشكيك بالأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بسرية إجراءات التحكيم، وحيث أن السرية تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود الاستثمار، فإننا نعتقد بضرورة وضع شروط إضافية لضمان سرية

[222] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 22.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إجراءات التحكيم عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم بشأن منازعات عقود الاستثمار، سواء عن طريق الاطراف في شكل شروط عقدية، أو عن طريق المحكمين في شكل أمر إجرائي، أو في التحكيم، أو عن طريق تضمين التشريعات وقواعد التحكيم النص صراحة على التزام السرية في التحكيم.

الفصل الثالث: الاستثمار في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بين دول المغرب العربي

يعتمد الاستثمار القانوني من المنظور الإسلامي على استراتيجية محددة في محاور أربعة المخاطرة بدل المقامرة، المشاركة بدل الربا، استقرار قيمة النقود بدل التضخم، ومنافسة تعاونية يسودها سعر العدل (ثمن المثل) وحرية التسعير ومنع بيوع الغرر بدل الاحتكار[223].

- كما أن إلغاء الفائدة ليس هو الإصلاح الوحيد بل لا بد من توافر ثلاث إصلاحات، توجيه الادخار نحو الاستثمار والقضاء على الاكتناز والفاعلية في استخدام المدخرات.
- يتحدد حجم الاستثمار القانوني في المنظور الإسلامي من خلال معدل عائد المشاركة، درجة المخاطرة، مدى استقرار التوقعات، مدى توافر بدائل للاحتفاظ بالنقود

يتميز الاستثمار الإسلامي بأن له طبيعة خاصة ومتميزة، حيث يعد استثمار المال وتنميته واجب شرعي انطلاقا من قوله ﷺ " من ولي يتيما فليتجر له في ماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة " رواه الترمذي، ويعد المحافظة على الأموال من مقاصد الشريعة والتي ذكرها الشاطبي وهي " حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال ".

ويعد الربح في الفكر الإسلامي وقاية لرأس المال حيث يجمع جمهور الفقهاء على أنه " لا ربح إلا بعد سلامة رأس المال "، وعلى أن الربح وقاية لرأس المال وجابر له من الخسران الذي يلحق به.

---

[223] محمد عبد الفتاح فرج، التوجيه الاستثماري للزكاة (دراسة فقهية مقارنة) مجلة آفاق اقتصادية، اتحاد غرف التجارة والصناعة في دولة الامارات العربية المتحدة، المجلد 18، العدد 71، السنة 1997.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الأول: مدخل الاستثمار القانوني من المنظور الإسلامي في دول المغرب العربي

الاستثمار في الدراسات القانونية والاقتصادية في دول المغرب العربي يشير إلى إضافة وحدة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة، بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية[224].

ويعرف بأنه مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة القومية^{K}بما تتضمنه هذه الإضافات من زيادة في القدرة الإنتاجية للاقتصاد.

ويتضمن الاستثمار بهذا المعنى، الإنفاق الرأسمالي لإنشاء المشروعات الجديدة (و/أو) استكمال المشروعات القائمة (أو/و) تحديث أصول متقادمة، بما في ذلك كل إضافة الهياكل الأساسية للقانون.

ولأغراض الدراسة يمكن التمييز بين نوعين من الاستثمار[225]:

1- الاستثمار المباشر في السلع والخدمات، حيث يقوم صاحب المشروع بالتمويل من ماله الخاص، ويتولى الإشراف والإدارة مباشرة، أو عن طريق شراء الأسهم والسندات مشاركة. والعلاقة هنا حيازة لأصول حقيقية قائمة على العائد المتغير، وتتضمن مخاطر في الاستثمار ومشاركة في العائد.
2- يوظف المال عن طريق الإقراض والاقتراض، بطريق مباشر من المصارف والأفراد وبطريق وغير مباشر بشراء السندات والأذونات وحيازة الأصول النقدية، القائمة على ضمان رأس المال وتثبيت العائد.

فالنوع الأول قائم على المخاطرة وهو إضافة حقيقية للناتج القومي، والثاني قائم على الضمان وكسب فروق الأسعار، نتيجة تغيرات سعر الفائدة، والتضخم، وهي غير مشروعة في النظام الاقتصادي الإسلامي لحرمتها.

---

224 احمد تمام محمد (دراسة مقارنة عن المحافظة على رأس المال بين الفكر الإسلامي والفكر المحاسبي الحديث "، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة الأزهر 1975) -119.

225 نعمت عبد اللطيف مشهور، الزكاة والأسس الشرعية والدور الإنمائي والتوزيع الطبعة الأولى، لبنان: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص265

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فيعرف الاستثمار في المنظور الإسلامي بأنه تنمية المال بشرط مراعاة الأحكام الشرعية عند استثماره، فهو طلب ثمرة المال ونمائه في أي قطاع من القطاعات الإنتاجية [226]، سواء كان ذلك في التجارة أو الصناعة أو غيرها من الأنشطة الاقتصادية المختلفة' وهو ما يتفق مع تعريف الاستثمار بأنه إضافة على الناتج القومي، في إطار أحكام الشريعة بما يؤدي إلى تحقيق وتدعيم أهداف النظام الاستثمار الإسلامي، من خلال الأولويات التي تعكس واقع الأمة الإسلامية[227].

ويمكن إجمال أهداف الاستثمار في القطاع القانونية والاقتصادي الإسلامي الآتي[228].

1- شموله للأنشطة الضرورية للمجتمع، مع مراعاة الأولوية في خطة التمويل بما يحقق المصالح الشرعية في مراتبها الثلاثة.
2- مشاركة رأس المال في النشاط الإنتاجي.
3- تحقيق التشغيل الأمثل لرأس المال، بحيث يتم توجيه كل المدخرات نحو الاستثمار.
4- تنمية العنصر البشري.

وتكمن أهمية الاستثمار بالنسبة للنشاط الاقتصادي من خلال كونه المحدد الرئيسي للنمو الاقتصادي في الأجل الطويل وهو وسيلة الاقتصاد إلى تنمية الطاقة الإنتاجية من خلال تراكم رأس المال وزيادة العمالة، وتحديث أساليب وهياكل الإنتاج.

أما في الأجل القصير فهو يعتبر المؤشر الأساسي في الطلب الكلي، باعتبار أن دالة الاستهلاك مستقرة نسبيا وتميل إلى الثبات.

---

[226] مرجع سابق، ص 267

[227] دياب حسن عز الدين، القانون الجزائي للاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة تونس، المنار، السنة الجامعية 2009-2010، ص17.

[228] عبد التحكيم مصطفى عبد الرحمان، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في المغرب بين القانون الداخلي والقانون الدولي،
(بدون ناشرو سنة النشر)، ص 215

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الأول: الاستثمار القانوني من المنظور الشرعي في الدول المغرب العربي

حيث الارتباط بين مفهوم الاستثمار للأموال ومفهوم الخلافة في الأرض والانتفاع بكل ما فيها، قال تعالى: "واذ قال ربك للملائكة أنى جاعل في الارض خليفة"[229]، وقال: "هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا"[230]، وتحقيق مستوى لائق من المعيشة للإنسان المسلم تساعده في ان يحيى حياته بشكل جيد، وان يقوم ببعض ما يساعده على ان يمر هذه الحياة بسلام وصولا للهدف الأسمى وهو دخول الجنة هما من اهم اهداف الاقتصاد الإسلامي ولأهميته في الشريعة الاسلامية نجد انه قرن مع الجهاد في سبيله "واخرون يقاتلون في سبيل الله"[231].

ومن هذه الاهمية ايضا ما قرره الاسلام في ابواب فقه المعاملات من احكام للاستثمار توجيهه باتجاه الحلال وتبعده عن الحرام[232].

وحض الاسلام على الاستثمار كي لا تكنز الاموال مع فئة وبذلك تنتفي منفعة المجتمع منها وتبقى هذه المنفعة لفئة دون اخرى، وكان من الجوانب المهمة لموضوع الزكاة هو محاربة هذا الكنز والحث على الاستثمار، فان كان المال زائدا عن الحاجة ولا يجد صاحبه مجالا لأنفاقه، وفي نفس الوقت لا يسمح له باكتنازه فماذا يفعل؟ اما ان يعمل فيه، او ان يدفعه الى من يعمل فيه، بما يحقق فائدة لفئات أكبر من المجتمع[233].

يعتمد الاستثمار في المنظور الإسلامي في دول المرب العربي على استراتيجية محددة في محاور أربع، المخاطرة بدل المغامرة، والمشاركة بدل الربا، واستقرار قيمة النقود بدل التضخم، ومنافسة تعاونية يسودها سعر العدل (ثمن المثل) وحرية التسعير ومنع لبيوع الغرر بدل الاحتكار.

و إذ تكتسي دراسة الاستثمار القانوني الاسلامي بصفة عامة أهمية بالغة نظرا لاعتماده من قبل سائر الدول كوسيلة من وسائل تحقيق التنمية

---

229 القران، البقرة، الآية، 30.

230 القران، البقرة، الآية، 29

231القران، المزمل، الآية، 20

232 محمد هشام، *التكامل الاقتصادي في الخليج العربي* (الكويت: دار النشر دراسات الخليج والجزيرة العربية، الطبعة 1، سنة 1989) 13

233مصطفى كمال السيد طايل، *القرار الاستثماري الاسلامية* (الإسكندرية: مطابع غباشي، طنطا-مصر، الطبعة 1، سنة النشر 1999) 103.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاقتصادية، فإن دراسة التشريعات المنظمة للاستثمارات الأجنبية في دول المغرب العربي بصورة خاصة تقتضي إعطاء فكرة عن مفهوم الاستثمار الأجنبي على الصعيدين الدولي والداخلي، كما أنه على الأطراف الدولية والإقليمية أن تقوم بتحديد هذه المفاهيم في اتفاقياتها ومعاهداتها، وهو ما جرت عليه العادة من خلال إفراد إحدى موادها لتحديد التعريفات اللازمة لبعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الاستثمار، نظرا كذلك لقيام الاستثمار بين أطراف ذات أهداف مختلفة ومصالح متناقضة، انعكاسا للتناقض القائم بين البلدان الرأسمالية (المصدرة لرؤوس الأموال) والبلدان المضيفة له،كنتيجة لهذا الاختلاف و التناقض فإنه من الضروري وضع تعريف واضح ومحدد متفق عليه يلبي مصالح مختلف الأطراف.

ونظرا كذلك لما تشهده الاستثمارات الأجنبية المباشرة في العصر الحديث من اهتماما ملحوظا ومتزايدا فقد اختلف مفهومه عبر مختلف المراحل، فبعدما كان يهتم بتنظيم النشاط الاقتصادي للأجانب في إقليم الدولة المضيفة وبمدى تمتعهم بمختلف التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي الحقوق من إقامة وتملك للأموال، أصبح يهتم بالنشاط الاقتصادي في حد ذاته استنادا لمبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي.

ولكي تحقق العملية الاستثمارية – الإنفاق الاستثماري- أهدافه الأساسية، وضع النظام الاقتصادي الإسلامي موجهات للعملية الاستثمارية منها[234]:

المطلب الثاني: الحث على الاستثمارمن منظور إسلامي

حيث يجعل النظام الاقتصادي الإسلامي زيادة الإنتاج[1] هي اللبنة الأولى لعملية التراكم الرأسمالي من خلال تنمية كل الموارد الاقتصادية المتاحة، وإشراكها في العملية الإنتاجية المشروعة، وفي سبيل إنجاح عملية الإنتاج، حث الإسلام على الاستثمار من خلال تعاليمه المختلفة والخاصة بمجال المال والإنفاق.

[234] محمود محمد حمودة – الاستثمار والمعاملات المالية في الإسلام (عمان – دار الوراق للنشر والتوزيع -(٢٠٠٩) ص٣١.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فوضع أسسا ومباديء للتصرف في الدخل المتولد، وتقسيمه على أوجه الإنفاق المختلفة إذ عمل على ترشيد الإنفاق الاستهلاكي، بما يحقق الكفاية اللائقة بالمسلم وفقا لظروف المجتمع، ونهى عن التكاليف السلبية في عملية الإنتاج، كتحريم الاكتناز، وجميع صور تعطيل الموارد، وتحريم أكل أموال الناس بالباطل، والنهي عن الإسراف والتقتير، وحرم تبديد الأموال فيما لا ينفع الناس.

وحرم الربا، لما فيه من حجب لجزء من موارد المجتمع، واقتصاره على توليد دخل لا يقابله نشاط إنتاجي، وحرم حبس السلع تربصا لارتفاع أثمانها، ويأخذ هنا الاحتكار معنى إيقاف جزء من الموارد الإنتاجية لتكون دولة بين فئة قليلة من أفراد المجتمع وتحقق لهم أرباحا احتكارية، على حساب المصلحة العامة.

فقد حث الإسلام على الادخار وتكوين فائض اقتصادي وحث على توجيهه نحو الاستثمار، وإيجاد أدوات إنتاج توفر دخلا منتظما [1]، وفي حديث النبي عليه الصلاة والسلام عن الرجل الذي سقت السحابة أرضه دلالة على ذلك، فقد كان الرجل يوجه الثلث الأخير إلى طاقته الإنتاجية ودلالة على الحث بضرورة توجيه العفو – المدخرات – إلى دعم الاستثمارات القائمة.

وفي قوله ﷺ (اتجروا ***في مال اليتيم حتى لا تأكله الصدقة)***[235]، دلالة أخرى على ما سبق. ومبدأ فرضية الزكاة على الأموال المتعطلة وإعفاء الأصول الثابتة الداخلة في العملية الاستثمارية فيه توجيه نحو الاستثمار. وساهم الغارمين في الزكاة فيه تشجيع واستمرارية للاستثمار، كما يحث الإسلام على تكوين رأس المال فإنه يحرص على ما توافر منه، ويحث للمحافظة على السلع الإنتاجية وحمايتها من التبديد والضياع. قال الرسول صلى عليه وسلم ***(من باع دارا ثم لم يجعل ثمنها في مثلها لم يبارك الله فيها)***[236]، وفي هذا الحديث دعوة إلى المحافظة على البنيات

---

[235] وقد ثبت هذا من كلام عمر رضي الله عنه: (اتجروا بأموال اليتامى لا تأكلها الزكاة) رواه الدارقطني والبيهقي وقال: إسناده صحيح.

[236] **الحديث المشار إليه رواه الإمام أحمد (17990) وابن ماجة (2481) عَنْ سَعِيدِ بْنِ حُرَيْثٍ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهَا فِي مِثْلِهِ كَانَ قَمِنًا أَنْ لَا يُبَارَكَ لَهُ فِيهِ) قَوْله: " قَمِنًا " أَيْ جديرا وخليقا .ورواه ابن**

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأساسية للاقتصاد. وفي حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه لبلال ازرع ما استطعت عليه وأرجع الباقي، دلالة على أن الإسلام يسعى إلى تشجيع الاستثمار من خلال الحث على توجيه المدخرات نحو الاستثمارات المختلفة، ومن خلال تكييف نمط الاستثمار في المجتمع بما يؤدي إلى تناسب الهيكل السلعي للعرض، مع هيكل الطلب وحسن الانتفاع بالموارد[237].

اولا: تحريم الربا في الاستثمار من منظور إسلامي

يكتسب سعر الفائدة دورا مهما في نظام الرأسمالي، ويؤخذ به، كمؤشر في تحليل حركة واتجاه المنظام الكلي، وكأداة مهمة في السياسة النقدية، قصد التأثير من خلاله على حركة النشاط.

وأخذ يتغلغل في بنيان الرأسمالي إلى درجة أنه أصبح يتعامل معه – وعلى المستوى النظري والعملي – على أنه مسلمة حتمية لا مناص منها، تبنى عليها السياسات المختلفة، ونحاول هنا التعرف على مدى أهمية سعر الفائدة كمؤشر ومحدد للاستثمار من خلال النقاط التالية[238]:

يذهب التحليل الكنزي إلى أن سعر الفائدة هو جزء من الاكتناز وليس الادخار – كما ذهب الكلاسيك – فالفائدة هي العلاوة التي تتأتى للنقود الجارية إزاء النقود المؤجلة، والتي تنبني على فكرة التفضيل النقدي (للسيولة)، باعتبارها ظاهرة نفسية تلعب فيها المضاربة دورا رئيسي. وأن الاستثمار لا يتأثر بسعر الفائدة، بل يتأثر بتوقعات رجال الأعمال التي يبنى عليها معدل الكفاية الحدية لرأس المال، التي تعتبر المحدد الأساسي لقرار الاستثمار بعد مقارنتها بسعر الفائدة، مما يعني أن سعر الفائدة يبقى هو الوجه الأساسي والمحدد لقرار الاستثمار. وهو ما دفع بكينز للقول، بضرورة انخفاض سعر الفائدة إلى أقصى حد، حتى لا يواجه المجتمع

ماجة (2482) عَنْ حُذَيْفَةَ بْنِ الْيَمَانِ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ بَاعَ دَارًا وَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهَا فِي مِثْلِهَا لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهَا) .والحديث حسنه الشيخ الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة (326/5) بمجموع طرقه وشواهده .

[237] عمر بن فيحان المرزوقي –الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي – مصدر متاح على الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت) ٣ص

[238] قطب سانو - الاستثمار: أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي (عمان – دار النفائس – ٢٠٠٠) ص٢٠.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مشكلة في حجم الاستثمار، ومن ثم انخفاض في مستوى التشغيل وحجم الإنتاج كما أن سعر الفائدة المنخفض يوقع الاقتصاد في مصيدة (عجز) السيولة، وتكون أسعار الفائدة المنخفضة غير قادرة على تحريك المدخرات، بحيث يفضل الأفراد الاحتفاظ بالنقود السائلة على عدم المخاطرة بها في شراء السندات لتوقعهم زيادة انخفاض أسعار الفائدة. وهذا يضاف إلى اعتبار أن سعر الفائدة مثبط للاستثمار ومشجع للاكتناز سواء ارتفع أو انخفض[239].

يمكن النظر إلى هذه النتيجة من زاوية أخرى، فارتفاع سعر الفائدة إلى مستوى أعلى معناه أنه سيبقى على المشروعات الكبيرة فقط التي لا تتأثر قراراتها الاستثمارية بدرجة المخاطرة(و/أو) لا تعتمد على الاقتراب الخارجي في تمويل مشاريعها. أما المشروعات الصغيرة التي تتوقع خسارة نتيجة المخاطرة عند الأسعار المرتفعة لسعر الفائدة، فإنها تنسحب من مجال الاستثمار، وتكون المحصلة النهائية نقصان في حجم الاستثمار الكلي الحالي. وفي حالة انخفاض أسعار الفائدة فإن المنشآت الصغيرة تدخل في مجال الاستثمار، في حين أن البنوك (المؤسسات المالية) القارضة، ستحجم عن الإقراض عند هذه المستويات المنخفضة، ويقل حجم التمويل اللازم للاستثمار. والنتيجة أنه في كلا الحالتين انخفاض أو ارتفاع سعر الفائدة يكون سعر الفائدة مثبط لعملية الاستثمار[240].

هذه النتيجة عكس ما ذهبت إليه بعض الدراسات والأبحاث التي تشكك في أهمية سعر الفائدة، التي قام بها مجموعة من الباحثين – ***بجامعة أوكسفورد وهارفارد*** – والقائلة بعدم اهتمام الاقتصاديين بسعر الفائدة، لعدم تأثير تغيراته على قرارات رجال الأعمال، أي عدم حساسية الطلب على الاستثمار للتغيرات في سعر الفائدة.

يقول الدكتور جمال الدين سعيد: أنني أشك شخصيا في كفاية هذه البحوث لتقرير هذه الحقائق الخطيرة لعدة اعتبارات:

إن عدد الحالات التي جمعت عنها البيانات صغيرة، فقد أخذت 271

---

[239] مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية ونصوصها التطبيق، مرجع سابق، مارس 2003.

[240] قطب سانو – الاستثمار مرجع سابق، ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حالة لتمثيل 73500 منشأة، وهو الرقم الذي يعطيه إحصاء الإنتاج الصناعي لسنة 1935 في إنجلترا لا يشمل منشآت التوزيع والخدمات.

ونفس الحالة عند (هارفارد) التي اختارت (39) حالة لتقول إنها تمثل مجمع الصناعات في الولايات المتحدة الأمريكية.

ولا يعقل أن تمثل هذه العينة المجتمع وتعمم نتائجها، بجانب حجم المنشأة الذي له تأثير كبير على نتائج الدراسة فالمنشآت الصغيرة قد تعتمد على الاقتراض بدرجة كبيرة أكثر من المنشآت الكبيرة التي تعتمد على التمويل الذاتي، والمنشآت التي أخذتها الدراسة كبيرة الحجم.

كما أن أحد الباحثين (J.E. Meadle) الذي قام بتحليل بحث أكسفورد، أوضح في الآونة الأخيرة ضرورة بعث الرقابة وإحيائها عن طريق سعر الفائدة.

ومن جانب التحليل النقدي الذي يقلل من أهمية تكلفة الاقتراض في مجال الطلب الاستثماري فإنه في نفس الوقت يؤكد إمكانية قيام وضع من شأنه أن يثبط الأنشطة الاستثمارية من خلال (خنق) عرض أموال الاستثمار أو ما يمكن تسميته الأثر المقيد لأموال الاستثمار. وينشأ هذا الأثر في حالة ارتفاع أسعار الفائدة.

ذلك أن الزيادة في أسعار الفائدة، قد تؤدي إلى هبوط أسعار السندات، وبالتالي منع الأموال السائلة عن المؤسسات المالية، فأسعار الفائدة المرتفعة حتى إذا لم تؤدي إلى هبوط الطلب الاستثماري. فإنها قد تحبس أموال الاستثمار بصورة فعالة. ومن ثمة تحد من الأنشطة الاستثمارية فالسياسات النقدية التي ترفع أسعار الفائدة خلال فترة الرواج، سوف تحول دون الاستثمارات الجديدة عن طريق الأثر المقيد، والسياسة النقدية التي تعمد إلى خفض سعر الفائدة خلال فترة الكساد سوف لا تحث على الاستثمار، في غمرة التوقعات التشاؤمية في دوائر الأعمال بمجرد الإفراج عن الأموال القابلة للإقراض.

أما في ظل النظام الإسلامي، فإن إلغاء الفائدة، مع تحريم الاكتناز، يدفع المدخرات إلى الاستثمار، بعيدا عن قيود سعر الفائدة، (سواء على المقترض أو المستثمر). ويكون المحدد هو العائد المتوقع، فيزداد الاستثمار بازدياده، ويستمر النشاط الاستثماري ما دام معدل العائد أكبر أو

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يساوي سالب معدل الزكاة في أضيق الحالات، مما يجعل إجمالي الاستثمار في اللاربوي أكبر مما هو عليه، في الاقتصاد الربوي، الذي يتحدد فيه الاستثمار عند تساوي معدل الكفاية الحدية لرأس المال مع أصغر معدل لسعر الفائدة الذي قد يصل عند مصيدة (عجز) السيولة إلى (2.5 %) كأدنى حد له[241].

بالإضافة إلى أن قرار الاستثمار وقرار الادخار في اللاربوي هو قرار مشترك يقوم به على الأقل المدخر والمنظم، لمشاركتها معا في النشاط الاستثماري، وارتباط كل من قرار الادخار وقرار الاستثمار بتوقعات نتائج الاستثمار (العائد الصافي). يعكس الاقتصاد الربوي إلى يكون فيه القراران منفصلان، يتحكم فيهما سعر الفائدة والمضاربة عليه بجانب أن الادخار في الاقتصاد الربوي لا يتأثر بتوقعات العائد الاستثماري.

أن سعر الفائدة نسبة ثابتة على رأس المال تحدد قبل بدأ العملية الاستثمارية، مما يجعله تكلفة سالبة على الإنتاج فالمشاريع التي يقترب فيها العائد الحدي من التكلفة الحدية لا تنفذ خوفا من تغير الظروف التي أجريت فيها توقعات العائد (دراسة الجدوى) كتغير تكلفة مواد الطاقة أو المواد الأولية. ولكي ينتقل المدخر إلى مستثمر لا بد أن يتوقع عائدا يزيد عن التكلفة بكثير. وليس غريبا أنه في مثل هذه الظروف تزيد حالات الإفلاس. وتراكم الودائع بالبنوك ولا تجد طلبا عليها إلى الدولة لتسديد عجز الموازنة، مما يزد من أثر المزاحمة، وزيادة الربا في مثل هذه الحالات تزيد من ضياع الموارد الاقتصادية المتاحة، ويبقى الاقتصاد في المستويات الدنيا للتوظف. مما يجعل الاقتصاديات الربوية مقترنة بالبطالة حتى في مرحلة الرواج.

في ظل القانون لا ربوي، يؤخذ بدراسة الجدوى وغيرها من الأساليب لتقييم جدوى المشروعات الاستثمارية، وهي دراسة عادة ما تكون مشتركة بين صاحب رأس المال والمنظم، يكون صاحب المال أحرص على دقتها وسلامتها، لأنه لا يضمن عائدا أبدا ثابتا، ولكنه توقع نسبة غير ثابتة من

---

[241] محمد عبد الفتاح، التوجيه الاستثماري للزكاة (دراسة فقهية مقارنة) مجلة آفاق اقتصادية، اتحاد غرف التجارة والصناعة في دولة الامارات العربية المتحدة، المجلد 18، العدد 71، السنة 1997.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الربح، وانعدام تكلفة سعر الفائدة عند حساب التكلفة الإجمالية للاستثمار، من شأنه أن لا يضخم العائد الحدي المتوقع، واللازم لتغطية التكلفة الحدية[242].

إن سعر الفائدة يؤدي إلى انحراف، وتشويه هيكل الاستثمار الكلي، باعتبار أن رأس المال في الاقتصاديات الرأسمالية جبان، يبحث عن الفرص الأقل مخاطرة، والأكثر ربحية، مما يجعل الاستثمار يزيد في مجالات الكماليات والترف، والتي يمكن تسويقها تحت تأثير الطلب الكاذب، مهملين العائد الاجتماعي للاستثمارات، وانعكاسات ذلك في المدى الطويل على التنمية والموارد المتاحة.

إن للربا آثاره النفسية والاجتماعية، فيقطع الصلة والمعروف وذات القربى بين الناس، فما دام القرض بفائدة، فلا مواساة لولا معاونة ولا إحسان، وتسليطا للأغنياء على الفقراء' وإن إلغاء الفائدة، من شأنه أن ينقي النشاط الاقتصادي والأداء الاقتصادي من عمليات السمسرة، والمضاربة اللتان تعتبران من أهم العمليات التي تفسد القرار الاستثماري الذي يصدره المنظم، على حد تعبير كنز.

إن إلغاء الفائدة (الربا) والأخذ بمبدأ المشاركة سوف يجعل مستوى الاستثمار والتشغيل والإنتاج في تزايد مستمر، فكل زيادة في الدخل سيكون لها أثرها الموجب على الاستهلاك ولاستثمار مباشرة ويصبح رأس المال في شكله النقدي (أو/و) العيني متاحا للأفراد ويسقط احتكار القلة له.

إن المستوى المرتفع لسعر الفائدة يعمل على دعم تنمية قطاع الاحتكار وهو القطاع الذي يسمح بتحويل الزيادة في تكلفة الائتمان للمستهلكين في شكل زيادة في أسعار المنتجات.

كما أن الأسعار المرتفعة لسعر الفائدة قد تضيف مزيدا من الضغوط التضخمية، عن طريق رفع تكاليف الإنتاج، وينقلها قطاع الاحتكار إلى المستهلكين في شكل أسعار أكثر ارتفاعا، فيتحول التضخم الذي يدفع إليه جذب الطلب، إلى تضخم تدفع إليه النفقة.

---

[242] تشجيع الاستثمارات ونصوصها التطبيق، مرجع سابق، مارس 2003.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إن إلغاء الفائدة (الربا) ليس بالإجراء الكافي لوحده لإقامة اقتصاد إسلامي رغم أن أمر الإلغاء ضروري، إذ ليس هو الفضيلة الوحيدة التي يدعو إليه الإسلام وإن هو إلا عنصرا واحدا من مجموعة عناصر ومؤسسات عديدة مهمة تشكل في مجموعها المنهج الإسلامي للحياة، ويتكامل بعضها مع بعض ويتداخل بحيث لا يمكن الاستغناء عن أحد أحدها دون إضعاف للنظام كله، أو التقليل من فاعليته. إذ لابد من توافر ثلاثة خصائص للبيئة التي يمارس عليها النشاط الاقتصادي. الأخوة والعدالة.

ثانيا: استثمار المشاركة القانونية من منظور الإسلامي في دول المغرب العربي:

يحث الإسلام على توظيف المدخرات، ويحث على الاستخدام المنتج لها، وقد لا يكون من الميسور أن يستخدم كل فرد مدخراته بنفسه الاستخدام الأمثل، مما يتطلب وجود مؤسسات مالية تعبئ المدخرات وتوجهها نحو الاستثمار.

في المنظور الإسلامي تختفي قاعدة الاقتراض بفائدة ربوية، ويكون بديلها هو القرض الحسن أو التمويل بالمشاركة في رأس المال.

فالقرض الحسن لا يمكن أن يمنح الأعلى أساس الإيثار، وفرص توفيره محدودة وضيقة ولفترات قصيرة جدا. وهو عادة ما يستخدم إما لتمويل مشروعات صغيرة (أعمال) أو لتفريج كرب، لذلك لا يشكل مصدرا مهما من مصادر التمويل، مما التمويل يجعل نسبة كبيرة من التمويل تأخذ صبغ المشاركة (مضاربة، مرابحة، مشاركة، سلم..) حيث يسهم صاحب رأس المال في أرباح وخسائر المشروع وفقا لقاعدة الغنم بالغرم. ويوزع العائدة توزيعا عادلا بين الممول وصاحب المشروع، ويتحمل صاحب رأس المال نصيبا من المخاطرة مع رب العمل.

ويكون التمويل بالمشاركة إما لمدة غير محدودة، كما هو الحال في أسهم شركات المساهمة أم شركات التوصية أو يكون لمدة محدودة (قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل) كما هو الحال في القروض والسلف.

ولنظام المشاركة مزايا ايجابية تنعكس في التوجيه الصحيح ولأمثل

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للمال عموما للاستثمار خصوصا.

1. يساعد على توسيع قاعدة الملكية، ويسهم كثيرا في تحقيق أهداف العدالة وتوزيع الدخل والثروة، خاصة أنه من الصعب في اقتصاد الربوي العثور على تمويل متوسط أو طويل الأجل دون مشاركة في الملكية والإدارة فيقترن التوسع في العمل اقترانا وثيقا بتوزيع الملكية والإدارة، وينتفي الحصول على دخل من المدخرات دون تحمل نصيب من مخاطر العمل، ولهذا فإن ملكية المشروع وثماره وخاطره، يصبح توزيعها في النظام الاقتصادي الإسلامي أوسع مدي من توزيعها في النظام الاقتصادي الرأسمالي[243].

2. يزيد الأخذ بنظام المشاركة من حركة النشاط الاقتصادي، وتتوفر وسائل أكثر للعمل، كما تنمو حوافز الإبداع والتجديد، التي تنعكس في معدلات مرتفعة لإنتاجية العمل، وهو ضمن زيادة الفائض الاقتصادي بمعدل متزايد، ويحصل صاحب رأس المال على حجم من تراكم رأسمالي أكبر مما هي عليه الحالة في نظام الإقراض بفائدة، مما يساعد على ضمان زيادة الاستهلاك المقابل لزيادة الإنتاج، وزيادة الادخار رغبة في الاستثمار أكثر.

3. ترشيد الاستخدام للموارد المتاحة خاصة الأموال منها، إذ أن مشاركة المنظمين والمستثمرين والممولين تستدعي دراسة وتقويم المشروعات على أسس اقتصادية سليمة تضمن الاستخدام والأفضل للأموال، بجانب السعي وراء أكبر عدد ممكن للمشروع فنظام المشاركة يجعل الممولين كثر اهتماما عند تقويم احتمالات نجاع المشروع وأكثر حذرا عند منح التمويل

بجانب أن تخطيط المشروعات يكون وفقا لما يحققه المصلحة الشرعية في مراتبها الثلاثة، مما يجعل الأرصدة النقدية المعدة للاستثمار، تستخدم استخدام أمثل، ويتجه العرض في نفس اتجاه الطلب

4. القضاء على التناقض بين مصالح المنتجين ومصالح أصحاب راس

---

[243] شحاتة إبراهيم، معاملة الاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، ص 30 - 31.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المال، ففي ظل الاقتصاد الربوي، ينشأ مثل هذا التناقض، حيث أن المنتج يسعى إلى الحصول على التمويل، مما يوقع الاقتصاد في تقلبات سعر الفائدة التي تنعكس بالسلب على النشاط الاقتصادي.

أما في نظام المشاركة، فإن كل من المنتج وصاحب راس المال يحصل على العائد العادل الذي يتكافأ مع المساهمة الفعلية لكل منهما' في العملية الإنتاجية، وهذا من شأنه أن يساعد على أمرين مهمين"[244]:

أ. تشجيع المدخرين للدخول في مخاطر الاستثمار، ومن ثم القضاء على الروح السلبية التي يجدها نظام سعر الفائدة الثابت، كما يساعد على أن تكون معظم الأموال في دائرة الفعالية.

ب. عدالة توزيع الناتج (الدخل)، وعدم تركيز الثروة عند فئة قليلة من المجتمع مما يعرض الاستثمار للتدفقات من فترة للأخرى ويساعد على توفير الأرصدة النقدية المعدة للاستثمار في كل لحظة.

5. نظام المشاركة يساعد على تشجيع الادخار و الاستثمار، ففي النظام الربوي، تشكل الفائدة قيدا ثقيلا على إرادة المقترض، لهدم إمكانية قيام المشروع إلا إذا كان يحقق ربحا عاليا يغطي الفائدة الربوية بجانب تغطية ربح المنظم، وهذا يشكل عائقا أمام استثمار المدخرات بينما في ظل نظام المشاركة تنعدم تكلفة سعر الفائدة، ضمن تكاليف الإنتاج، مما يجعل فرار الاستثمار يترتب على العائد المتوقع فقط، و الذي يغطي على الأقل نسبة معدل الزكاة وهي نسبة بسيطة تشجع الاستثمار، بجانب دراسة الجدوى من المشروع، التي معناها استبعاد المشاريع المقبل.

6.نظام المشاركة يساعد على تخطي الأزمات، ففي أوقات الرواج التي يزداد فيها الطلب على المنتجات، تزداد الأرباح وتتحسن توقعات الربح، وتكون أكثر استقرارا، فلا يوجد عندها عائق للحصول على الأموال اللازمة لمواجهة الطلب المتزايد، بزيادة الإنتاج، وفي أوقات الانكماش التي يزداد فيها التشاؤم وتقل الأرباح، فإن عملية الاستثمار تستمر حتى ولو كان العائد سالبا، أي أكبر أو يساوي معدل الفائدة[245].

---

[244] تطور الاستثمار من خلال فقه قضاء المحكمة الإدارية، مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والإدارية، العدد 3، السنة 53، تونس، مارس 2011، ص 105.

[245] شحاتة إبراهيم، معاملة الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، 34.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وبذلك تكون الفجوة بين الادخار والاستثمار ضئيلة جدا، بسبب تحريم الاكتناز والربا وفرضية الزكاة على الأموال العاطلة مما يجعل مستوى الاستثمار الكلي في النظام الاربوي الزكوي أعلى منه في النظام الربوي.

المطلب الثالث: الفروق الأساسية بين الاستثمار الإسلامي والتقليدي

للاستثمار الإسلامي خصائص مميزة تميزه عن الاستثمار التقليدي من حيث المفهوم والقيم والمقاصد والمرجعية والمعايير والضوابط ونماذج العقود ونحو ذلك وسوف نعرض في التالي أهم الفروق بينهما بشيء من الايجاز

من أهم هذه الفروق ما يلي:

أولاً: من منظور القيم والأخلاق:

تلتزم مؤسسات الاستثمار الإسلامي بالقيم الإيمانية ومنها أن المال الذي تتعامل فيه ملكاً لله سبحانه وتعالى، وعليه وجوب الالتزام بشرعه، فالإنسان مستخلف في هذا المال، كما تلتزم بالقيم الأخلاقية ومنها، العدل والأمانة والصدق والتيسير والقناعة والشفافية والوفاء بالعقود والعهود والسلوك السوي باعتبار أن الالتزام بهذه الأخلاق عبادة وطاعة [246].

في حين أن معاملات بعض مؤسسات الاستثمار التقليدية قائمة على المادية والفصل بين العبادات والمعاملات وبين الاقتصاد والأخلاق، فالغاية هي تحقيق أكبر ربح ممكن وتعظيم الثروة مخالفاً للقيم والأخلاق الحسنة والمصلحة والخير للناس.

ثانياً: من منظور المشروعية:

جميع معاملات مؤسسات الاستثمار الإسلامي قائمة على موافقة الشريعة الإسلامية فيما أحل الله وحرم، فالمرجعية هي أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولديها هيئة رقابة شرعية تتحقق من ذلك.

في حين لا تلتزم مؤسسات الاستثمار التقليدية بأحكام الشريعة الإسلامية ولكن بالقوانين الوضعية وبالأعراف المالية والاستثمارية التي

---

[246] قطب سانو - الاستثمار: أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي (عمان – دار النفائس)، 2000 ص20

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قد تكون مخالفة للشريعة الإسلامية، ويطبقون المبدأ الميكافيلي: "الغاية تبرر الوسيلة"، وعليه فإنها تتعامل بالربا والغرر والجهالة والتدليس والمقامرة إذا كان ذلك يحقق لها أرباحاً مادية ويعظم من ثروتها[247].

ثالثاً: من منظور طبيعة عقود المعاملات القانونية للاستثمار

جميع معاملات مؤسسات الاستثمار الإسلامي قائمة على عقود المضاربة والمشاركة والوكالة وعقود المرابحة والاستصناع والسلم ونحو ذلك ويحكم هذه العقود المشاركة في الربح والخسارة عملاً بقول الله سبحانه وتعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا".

في حين أن بعض معاملات مؤسسات الاستثمار التقليدية قائمة على نظام الفائدة الربوية، ونظام الاقتراض والاقتراض بفائدة، ويحكم ذلك عقد القرض بفائدة المحرم في الشريعة الإسلامية، عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل قرض جر نفعاً فهو ربا"[248]. (أحمد)

رابعاً: من منظور مجالات الاستثمار

جميع صيغ الاستثمار الإسلامي قائمة على تطبيق مبدأ الغنم بالغرم والمشاركة في الربح والخسارة مثل المضاربة والمشاركة والبيوع والإجارة وبعيدة عن كافة صور الاستثمار بفائدة أو بنظام الهامش أو المشتقات المالية (الاختيارات والمستقبليات).

فـــي حين معظم صيغ الاستثمار التقليدية في الإقتراض والإقراض والاستثمار في الأوراق المالية مثل الأسهم والسندات والصكوك وفي البنوك بفائدة بصرف النظر عن مسألة المشروعية والطيبات[249].

خامساً: من منظور النظرة إلى النقود

تنظر مؤسسات الاستثمار الإسلامي إلـــى النقود علـــى أنها وسيلة للتبادل ومعيارا لتقويم السلع والبضائع والخدمات ومخزنا للقيمة ويجب تقليبها وعدم اكتنازها لتساهم في تنشيط المعاملات، كما يجوز تحويل العملات من بعضها إلى البعض وفقا لفقه الصرف، في حين تنظر

---

[248] مصطفى كمال السيد طايل، القرار الاستثماري الاسلامية (الإسكندرية: مطابع غباشي، طنطا- مصر، الطبعة 1، سنة النشر 1999) 103.

[249] قطب سانو - الاستثمار: أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق 231

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مؤسسات الاستثمار التقليدية إلى النقود على أنها سلع بذاتها تباع وتشترى نقداً أو بالأجل أو نحو ذلك، ولقد حرمت الشـــــريعة الإسلامية التعامل في النقد بالأجل.

سادساً: من منظور التعامل في الديون

تلتزم مؤسسات الاستثمـــار الإسلامي بفقه التعامل في الديون علـــــى أنه مبلغ ثابت لا يجوز زيادته مقابل الأجل، وعند عجز المدين عن السداد تعطى له ميسرة لقول الله تبارك وتعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ"[250]، وإذا ثبت أن المدين مماطلاً فيوقع عليه العقوبة بمقدار الضرر الذي أصاب الدائن لقول رسول الله ﷺ: "مطل الغني (الواجد) ظلم يحل عرضه وعقوبته"[251].

في حين تنظـــر مؤسسات الاستثمـــار التقليدية إلى مبلغ الدين على أنه يزيد عند تأخر المدين عن السداد، وتطبق أتقضي أم تريي ونظام جدولة الديون بزيادة.

سابعاً: من منظور الكسب الخبيث

تنظـــر مؤسسات الاستثمـــار الإسلامي إلـــــى الكسب الحرام الخبيث الذي حدث بسبب خطأ وليس عمداً على أنه حرام يجب التخلص منه في وجوه الخير، وتجنب كافة السبل والوسائل التي تؤدي إليه عملاً بقول الله سبحانه وتعالى: " إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَالِحًا فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتٍ " [252]

في حين لا تعري مؤسسات الاستثمار التقليدية أي اعتبـــــار للكسب القذر الخبيث الذي اكتسب بطرق غير قانونية أو غير مشروعة، وتعتبر ايرادا يوزع على المستثمرين والمساهمين

ثامناً: الاستثمار من منظور الحقوق المالية المشروعة

تلتزم مؤسسات الاستثمار الإسلامي بفريضـــــة الزكاة وإنفاقها في مصارفها الشرعية، وتنشىء صناديق مستقلة للزكاة تتولى كافة شئون

---

[250] (البقرة:280)،

[251] (البيهقي)

[252] (الفرقان: 70)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الزكاة[253].

في حين لا تلتزم مؤسسات الاستثمـــار التقليدية بفريضة الزكاة ولا بالصدقات.

المبحث الثاني: تشجيع عملية الاستثمار في ليبيا بين الالتزام والواقع

من أجل تشجيع الاستثمار، اتجهت السياسات العامة المتبعة في ليبيا إلى محاولة وضع ترسانة قانونية ومؤسساتية تساعد على بلورة السياسات الحكومية في مجال الاستثمار، فشرعت ليبيا باتخاذ إجراءات إصلاحية مست مختلف القطاعات والنشاطات الاقتصادية تمهيدا لخلق مناخ استثماري محفز وجذاب في إطار سياسة جديدة تواكب التحولات الاقتصادية العالمية الراهنة.

ولم يتوقف الأمر عند حد المعاملة العادية أو التشجيعية للاستثمار، بل أصبحت الدولة تتبنى معاملة خاصة للأجانب من أجل تشجيعهم على الدخول إليها في وقت سابق، واستثمار رؤوس أموالهم فيها، ومع تزايد التنافس على جذب الاستثمارات الأجنبية بين الدول المضيفة، أدركت هذه الأخيرة أن وجود الأجانب بصفة عامة و المستثمرين منهم بصفة خاصة على إقليمها إنما يشكل عامل من عوامل التنمية الاقتصادية ومصلحة للدولة مما يدفعها إلى تبني مبدأ المساواة بين الوطني والأجنبي في بعض الحالات، بل و أعطت مركزا متميزا للمستثمرين الأجانب و فضلتهم على الوطنيين في حالات أخرى[254].

وفي ظل احتدام التنافس و التسابق على استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، زادت أهمية المستثمر الأجنبي باعتباره عنصر فعال من عناصر العملية الاستثمارية .فلم يعد المستثمر الأجنبي مجرد شخص يتلقى الترحيب من جانب الدولة التي يحل ضيفا عليها، ولا ذلك الشخص الذي يجد من دولته مجرد تسهيل حركة انتقاله إلى الدول الأخرى في إطار

---

253 محمد عبد الفتاح، التوجيه الاستثماري للزكاة (دراسة فقهية مقارنة) مجلة آفاق اقتصادية، اتحاد غرف التجارة والصناعة في دولة الامارات العربية المتحدة، المجلد 18، العدد 71، السنة 1997.

254 العبدي عبد الله على، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي في ليبيا، مجلس الثقافة العام، طرابلس،2008، ص20.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حمائي عام، تضمنه من خلال اتفاقيات الصداقة و التجارة و الملاحة ومبادئ العرف الدولي و ما تقضي به التشريعات الوطنية، بل أصبح هذا المستثمر محلا للتنافس و الجذب من طرف الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية ، خاصة من طرف الدولة التي تعول على هذا المستثمر الأجنبي و رأس ماله كرهان استراتيجي في التنمية الاقتصادية، حيث يعتبر المستثمر الأجنبي و الأصول التي يحملها معه أهم أهداف الحماية في التنظيمين الوطني و الدولي، إذ من غير المعقول قيام استثمارات بدون مستثمر ورأس المال، لذلك كان التركيز على حماية هاذين العنصرين أهم ما تسعى إلى تحقيقه التشريعات الوطنية.

تعتبر القوانين الوطنية من أهم مصادر التنظيم الدولي لحماية الاستثمارات الأجنبية، كونها تخلق بيئة شرعية لعمل الشركات الأجنبية، كما أنها تعكس من جهة أخرى سياسة الدولة المتبعة في مجال الاستثمار وتؤكد مدى رغبتها في تشجيع المستثمرين الأجانب واجتذاب رؤوس أموالهم إليها، ومما تجدر الإشارة إليه أن بعض القوانين العربية والليبية لم تفرق في تعريفها للمستثمر، بين مستثمر أجنبي و آخر وطني، واكتفت بتعريف عام لمصطلح المستثمر ولعله حرصا منها على تشجيع وجذب رأس المال الوطني سواء المهاجر أو الموجود في أرض الوطن ، إضافة إلى ذلك حرصت بعض التشريعات في تناولها تعريف المستثمر زيادة كلمة العربي إضافة إلى الوطني ثم الأجنبي، انطلاقا من مبادئها القومية و الوحدوية وحرصا منها على إعطاء الأولوية للمستثمر العربي على اعتبار أن الوطن العربي هو وطن جميع العرب و تفعيلا لأهداف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار [255].

لم تعرف القوانين ذات العلاقة بالاستثمار من هو الأجنبي، فبالرجوع إلى القانون الأساسي للاستثمار ألا وهو القانون الإطار رقم 95-18، لم تتضمن أي مادة من مواده الـ 25 ما يفيد معنى كلمة المستثمر سواء كان وطنيا أو أجنبيا إلى غاية 2013 حيث تدارك المشرع الليبي هذا الأمر من

[255] عبد الله على، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي في ليبيا، مجلس الثقافة العام، طرابلس،2008، ص32.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

خلال القانون رقم 01 -02 المتعلق بالدخول والإقامة بها والصادر بتاريخ 11 نوفمبر 2003. الملاحظ هنا، أن المشرع الليبي تماشى في هذا الأمر مع تعريف القانون الدولي الخاص لهذا المصطلح (تعريف الأجنبي)، إذ اعتبر أن كل من لا يحمل الجنسية الليبية يعتبر أجنبيا سواء كان عربيا أو غير عربي فهو يعرف الأجنبي بشكل عام.

المطلب الأول: الالتزامات الواقعة على المستثمر الأجنبي

تتمثل حوافز الاستثمار في مجموعة من الأنظمة والمواضيع التي تشجع المستثمر على اتخاذ قرار الاستثمار، حيث تساعد على خلق المناخ الاستثماري الملائم، أي مجمل الأوضاع القانونية والاقتصادية والساسة والاجتماعية المكونة للبيئة التي يتم فيها الاستثمار، حيث تهدف التشريعات المنظمة للاستثمارات الأجنبية إلى إقامة نظام تشجيعي تحقيقا لأهداف التنمية الاقتصادية، وذلك بإقرار جملة من التشجيعات في شكل حوافز تقترن بجملة من الواجبات المحمولة على كاهل المستثمر الأجنبي[256].

فالمستثمر الأجنبي هو شخص يتمتع بالشخصية القانونية وهي صلاحياته لاكتساب هذه الحقوق وتحمل الالتزامات، فالمستثمر الأجنبي عند قدومه للدولة المضّيفة لغرض الاستثمار فيها تقع عليه التزامات ذات طابع مشترك[257]، فينشأ على عاتقه التزام أساسي جوهري وهو التعهد بتحقيق انجاز التنمية الاقتصادية في مجال الاستثمار، ويترجم هذا الالتزام

[256] فرج السعيد منصور، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد (دراسة قانونية اقتصادية مقارنة)، مجلة الحقوق، الكويت 2005.

[257] -تبرم الدولة المستقبلة أو المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية عقد استثمار مع المستثمر الأجنبي، حيث يحدد هذا العقد حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة، وذلك استنادا إلى الاتفاقية التي تكون الدولة المضيفة قد أبرمتها مع دولة المستثمر، وعليه فإن شروط الاستثمار قد تختلف من عقد لآخر باختلاف الأحكام الواردة في اتفاقيات الاستثمار، غير أن الالتزامات التي يأتي ذكرها هنا، هي التزامات عامة تتضمن مبادئ هامة تشترك فيها كل الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة للاستثمار على اعتبار أن هذه الالتزامات الواقعة على المستثمر الأجنبي تعد أهدافا بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار(النامية)، تسعى لتحقيقها عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر. ر اجع في هذا الشأن: أبو قحف عبد السلام، السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص 85 وما بعدها.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العام الأساسي إلى مجموعة من الالتزامات المتفرعة عنه وهي[258]:

أولا: الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل الاستثمار :يلتزم المستثمر الأجنبي في تنفيذه لالتزامه باحترام القواعد الفنية السائدة في المجال محل الاستثمار وما يجري عليه العمل في إطار العلاقات الاستثمارية، سواء تعلق الأمر بالأعمال الهندسية أو المجال السياحي أو الزراعي أو الصناعي أو ألخدماتي...الخ. ويقصد باحترام القواعد الفنية احترام الشروط التقنية وطرق الاستغلال المتبعة مجال الاستثمار. حيث أشار القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات في الجزائر، لمضمون هذا الالتزام في نص المادة 45 منه، حيث جاء فيها:

على المتعاقد ان يستجيب خاصة للمقايس والمعايير التي ينص عليها التنظيم في المجال:

1. الامن الصناعي
2. حماية البيئة
3. التقنية العلمية[259].

ثانيا: الالتزام بإمداد الدولة المضيفة بأفضل الموارد واكثرها مناسبة للمشروع محل الاستثمار واستخدام التكنولوجيا المتطورة :إن المال وحده

---

[258] يعتبر هذا الالتزام جوهري لأنه السبب الرئيسي الذي يدفع الدولة النامية المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر إلى 3 -التعاقد، وعلى سبيل المثال، ينص الفصل الأول من مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية على " :تضبط هذه المجلة نظام بعث المشاريع وتشجيع الاستثمارات بالبلاد التونسية من قبل باعثين تونسيين أو أجانب مقيمين أو غير مقيمين بالمشاركة وفق الإستراتيجية العامة للتنمية...". مجلة تشجيع الاستثمارات ونصوصها التطبيقية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، مارس 2003. وكذا المادة الأولى من قانون الاستثمار الليبي التي تنص: " يهدف هذا القانون إلى تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية لإقامة مشروعات استثمارية في إطار السياسة العامة للدو لة وأهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعلى الأخص نقل التقنية الحديثة". قانون رقم 09 لسنة 1378) 2010 م) بشأن تشجيع الاستثمار مدونة التشريعات العدد 4، السنة العاشرة، 1378/04/28) 2010م

[259] عرف قضاء التحكيم في هذا الإطار قضة تمثل محل النزاع فيها، حول إخلال أحد أطراف العقد باحترام القواعد الفنية، حيث اتهمت حكومة دولة الكويت الشركة الأمريكية Aminol نتيجة قيامها بممارسات خطيرة غير مطابقة لقواعد الاستغلال السائدة في الصناعة البترولية، مما أفضى إلى خسائر معتبرة وهذا ما جعل الحكومة الكويتية تطالب بمبلغ 6 مليار دولار كتعويض، إلا أن المحكمة لاحظت عدم وجود أي مأخذ على الشركة أثناء فترة الامتياز، كما لم يتمكن الخبراء من إثبات عدم مطابقة شركةAminoil للممارسة السائدة لذلك، وللشروط الخاصة لمنطقة الاستغلال وعليه قضت المحكمة باحترام الشركة للقواعد الفنية وفق الممارسات الدولية في هذا المجال. أنظر: إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 252.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لا يكفي لإحداث التنمية الاقتصادية، بل يجب أن يكون مصحوبا بالتكنولوجيات التي تعتبر سر الوصفة السحرية[260].

وهذه التكنولوجيا بطبيعة الحال لن تنتقل من بلد إلى آخر تلقائيا أو بمفردها وإنما تدخل صحبة رأس المال الأجنبي في أي مشروع استثماري وتشترط الدولة المضيفة أحيانا وعندما يتعلق الأمر بمشروع استثماري ذو أهمية خاصة بالنسبة لاقتصادها الوطني، أن يقوم المستثمر الأجنبي بما يكون متماشيا مع متطلبات التنمية من تجهيزات وتقنيات متطورة، وأحدث التكنولوجيات المستعملة في المجال محل الاستثمار.

ونظرا لأهمية هذه المشاريع فإنها تحظى بامتيازات خاصة من طرف الدولة المضيفة هذا الالتزام أكد عليه قانون الاستثمار رقم 01 -03المعدل والمتمم في المادة 10 التي تنص على:

تستفيد من مزايا خاصة

الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب المساهمة الخاصة وكذلك الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيات خاصة من شأنها ان تحافظ على البيئة.

ولقد أثبتت الممارسة بأن كثيرا ما تكون هذه المسالة محل خلاف بين الأطراف المتعاقدة، لذلك يطلب منهم توضيح بدقة التصور العام والخاص للمشروع، كما يجب إبرام العقد بحذر كبير لتجنب أي نزاع محتمل[261].

المطلب الثاني: التزام المستثمر الأجنبي بالقيام بما يعرف بالحد الأدنى من الاستثمار :

عادة ما تشترط الدولة المضيفة للاستثمار على المستثمر الأجنبي الالتزام

---

[260] -يعد نقلا للتكنولوجيا على وجه الخصوص ما يلي: 3 -البيع أو التراخيص لجميع أشكال الملكية الصناعية باستثناء العلامات التجارية أو الصناعية أو علامات الخدمة أو الأسماء التجارية ما لم تكن جزء من صفقات نقل التكنولوجيا - .توفير المعرفة العلمية والخبرات في شكل دراسات جدوى و خططورسوم بيانية ونماذج ومو اصفات وتعليمات تركيب وتصميمات هندسية أساسية و تفصيلية - .خدمات المتخصصين في تقديم المشورة الفنية والإدارية و تدريب العاملين -الخدمات الخاصة بتشغيل و إ دارة المؤسسات وبرامج الحاسب الآلي - .التكنولوجيا الحديثة التي تأخذ بشكل نظم كاملة للتسويق والدعاية و الإعلان.

[261] إقلولي محمد، مرجع سبق ذكره، ص 253

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بضرورة القيام بأعمال محددة، يتم تعيين مقدارها في خلال مدة معينة تفق عليها، والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمارات، مثلا تشترط الدولة المضّفيه في السنوات الأولى من الاستثمار، أن تعهد المستثمر الأجنبي بإنفاق مبلغ محدد في صورة أعمال استثمارية فعلية .
ومنه ما ورد في نص المادة الثانية من الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم، على ... " :يقدر الحد الأدنى للأموال الخاصة المشترط على الشركة ب 30% من مبلغ الاستثمار مثلما ورد هذا المبلغ في ملحق هذه الاتفاقية.
ولقد جاء في ملحق الاتفاقية
ان مبلغ موال الاسهامات بالأموال الخاصة هو 600مليون دولار امريكي[262].
كما تشترط الدولة على المستثمر الأجنبي تنفيذ المشروع في مدة زمنية محددة، والاجاز للدولة في حالة عدم احترام هذه الشروط سحب قرار الموافقة أو إلغائه.
ومنه ما ورد في الفصل الثاني من الأمر 3119 لسنة 2008، المتعلق بإسناد شركة " COFICABMED"الامتياز المنصوص عليه بالفصل 52 من مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية:
تخضع الامتيازات الوارد في الفصل الأول من هذا الامر لاحترام الشروط التالية:
التوظيف الكلي من قبل الشركة.
انجاز المشروع من اجل أقصاه ثلاث سنوات.
. "فإذا كانت الالتزامات المالية التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي ضمانا إضافيا بالنسبة 4للدولة المضيفة. فإن غياب مثل هذه الشروط وما ترتبه من التزامات على عاتق المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار يؤدي

[262] هذا التفسير أكدته المادة السادسة من العقد الأساسي المبرم بين الحكومة المغربية والشركة الأمريكية، بالضبط العبارة الأخيرة من المادة السادسة، التي تم تعديلها كما يلي:" شريطة أن يكون هذا المستوى متفقا مع المتطلبات المحددة في المادة الأولى، وتلك الإضافة التي وردت في المادة السادسة من العقد تبين الأهمية التي أولتها الحكومة المغربية في ضرورة أن تكون الفنادق محل التعاقد تتماشى مع مواصفات الفنادق ذات الخمس نجوم الموجودة في المغرب ."
أنظر: إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 253 -294

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إلى تحريف الهدف الذي تسعى إليه الدولة عند إبرام هذه العقود تنفيذا لمخططاتها التنموية واهدار حقها في تحقيق تنميتها الاقتصادية

رابعا: التزام المستثمر الأجنبي بالإعلام والإخبار يقع على عاتق المستثمر الأجنبي كذلك التزامه بإعلام واخبار الدولة المضيفة الممثلة في هيئات تشجيع الاستثمار بكل المعلومات الخاصة به وبالمشروع الاستثماري، ويتفرع عن ذلك[263].

الشكل القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر

من المعروف أن الاستثمارات الأجنبية قد تتوافد على الدولة المضّيفة بطريقتين، إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويمكن التمييز بين النوعان من خلال الغاية والهدف الذي يسعى المستثمر الأجنبي لتحقيقه[264]، فإذا كان هدف المستثمر من إقامة المشروع الاستثماري هو تحقيق المكاسب والأرباح المادية، يكون الاستثمار هنا مباشرا (الاستثمار الخاص)، أما إذا كانت الغاية من الاستثمار هو الوصول لتحقيق أغراض عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، يكون الاستثمار غير مباشر (الاستثمار العام) ، غير أن الاستثمار المباشر هو الأسلوب المفضل بالنسبة للدولة المضّيقة والدولة المصدرة له.

---

[263] منه ما نصت عليه المادة 4 مكرر5 من قانون الاستثمار في الجزائر:" يجب على الأشخاص المعنون بين الخاضعين للقانون الأجنبي والمالكين أسهما في الشركات المستقرة في الجزائر أن يبلغوا سنويا قائمة مساهميهم التي تصادق عليها المصالح المكلفة بتسيير السجل التجاري للدولة محل الإقامة"(الأمر رقم 01 -03، معدل ومتمم). فصيغة الوجوب الواردة في هذا النص تدل على مدى أهمية هذا الالتزام الواقع على المستثمر الأجنبي بالإعلام والإخبار بالنسبة للدولة المضيفة بحيث مكنها من الرقابة والمتابعة.

[264] السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص 255.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثالث:

فاعلية قانون عمليات تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي

يعتبر تشجيع الاستثمار احد الهواجس الكبرى لليبيا ودول المغرب العربي في العقود الاخيرة، بل اصبح يشكل اكبر الاوراش التي يراهن عليها دول المغرب العربي لتأهيل اقتصاده وجعله اكثر جدبا لرؤوس الاموال، و من هذا المنطلق ركزت جميع البرامج الانمائية للحكومات المتعاقبة على توفير المناخ الملائم لجدب الاستثمارات المباشرة و غير المباشرة الوطنية منها والاجنبية ، وذلك عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير هدفها تحسين الظروف الاقتصادية والقانونية لإنشاء وتطور المقاولات.

فألى جانب التدابير ذات الطابع الاقتصادي التي تبناها ليبيا ودول المغرب العربي في هذا الاطار والرامية الى تعزيز الاستقرار الماكرو اقتصادي و انفتاح الاقتصاد المغربي على محيطه الخارجي ، شهدت تسعينات القرن الماضي ثورة حقيقة في القوانين المرتبطة بمجال المال والأعمال عموما، والاستثمار القانوني خصوصا، فقد أقدم

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المشرع المغربي على إحداث ترسانة قانونية تروم تحديث النصوص القانونية وتشجيع الاستثمار، وهكذا قد تم اعتماد مدونة للاستثمار بغية تجميع مختلف القوانين القطاعية المعمول بها وكذا ميثاق للاستثمارات بمقتضى القانون الإطار رقم 19-95 يهدف إلى تحسين مناخ الاستثمار بالدول المغرب العربي(ليبيا- الجزائر- المغرب- موريتانيا- تونس)، والرفع من جاذبيته، بالإضافة إلى مدونة جديدة للتجارة واحداث المحاكم التجارية وقوانين الشركات التجارية، قانون المجموعات ذات النفع الاقتصادي، قانون حرية الأسعار والمنافسة، قوانين حماية الملكية الفكرية والأدبية والصناعية وقانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، مدونة الشغل، قانون المحاكم المالية، وكذا إعداد ميثاق للمقاولات الصغرى والمتوسطة، كما صدرت عدة قوانين ونصوص تهم الاستثمار في عدة ميادين كالجوانب الجبائية والجمركية والبنكية بمقتضى القانون رقم 34-03المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[265].

ومن هذا المنطلق كان لزاما على المشرع تحديث النظام القانوني للسجل التجاري ليساير المستجدات التشريعية الجديدة، فجاءت مقتضيات الباب الثاني من القسم الرابع من الكتاب الاول من مدونة التجارة لتجمع شمل النصوص القانونية السابقة التي كانت تحكم المادة منذ ظهير 12 غشت 1913 الى غاية ظهير 25فبراير 1962 في القانون المغربي وأيضا الجزائري، وتكميلا لهذه المقتضيات صدر المرسوم التطبيقي للباب الثاني المتعلق بالسجل التجاري في تشجيع الاستثمار و المؤرخ في 18 يناير 1997و كذا قرار وزير العدل رقم 106/97 الصادر بنفس التاريخ بتحديد استمارات التصريح بالتقييد بالسجل التجاري و قائمة العقود و الاوراق المثبتة المشفوع بها التصريح، كما تضمنت قوانين الشركات التجارية قواعد خاصة بإجراءات الشهر بالسجل التجاري، ولعل احد الاهداف التي توخاها المشرع بهذا التدخل

[265] محمد إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية نموذجا، (رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 28).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التشريعي هو توفير الارضية القانونية لجلب الاستثمار عن طريق تبسيط اجراءات انشاء المقاولات ودعم الشفافية في الميدان التجاري، فإلى أي حد استطاعت هذه الترسانة القانونية تحقيق هاذين الهدفين.

المبحث الأول: طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا.

نظرا لما تلقاه الاستثمار القانوني من أهمية خاصة في عصرنا الراهن سواء في المجال القانوني أو الاقتصادي، ويصبح من الأهمية بمكان تحديد الطبيعة القانونية لهذا الاستثمار، والأساس القانوني الذي ترتكز عليه، وذلك لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف سواء فيما يتعلق بفض المنازعات الخاصة بها، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، وخاصة بعد انتشار التحكيم الدولي الناتجة عن هذه العقود.

انتهجت ليبيا في ظل الإصلاحات الاقتصادية العديد من السياسات التي تهدف في مجملها إلى تحقيق تنمية اقتصادية متكاملة، ومن بين هذه الاخيرة نجد تلك المتعلقة بالجانب الاستثماري، كما عملت ليبيا على تشجيع الاستثمار المحلي و الأجنبي منذ ان تبنت سياسة التفتح الاقتصادي، حيث من خلال هذه الإصلاحات اكتسبت ليبيا خبرة لا يستهان بها في ميدان تشريع و تنظيم الاستثمارات حيث عالجت ليبيا مسألة الاستثمارات في ظل الاستقلال عن طريق وضع مجموعة من القوانين المتتالية التي تضمنت العديد من الحوافز و المزايا للمستثمر من الاستقلال إلى يومنا هذا تتمثل هذه القوانين في كل من القانون صادر وعلى القانون رقم (1) لسنة 1369 و.ر بشأن المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية بشان الاستثمار المحلي، وعلى القانون رقم (5) لسنة 1426 ميلادية بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية، يسري هذا القانون على استثمار رأس المال الأجنبي المملوك للمواطنين العرب الليبيين ورعايا الدول العربية والأجنبية في المشاريع الاستثمارية، ويجوز لرأس المال الوطني مشاركة رأس المال الأجنبي في الاستثمار وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أسس وضوابط هذه المشاركة، حيث أتى هذا القانون بمجموعة من الإصلاحات و كذا الترخيص للاستثمارات الأجنبية و تم إلغاء

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التمييز بين القطاعين العام و الخاص و بتكريس حرية الاستثمار و حرية تحويل رؤوس الأموال و لكن بعد منح التأشيرة من الدولة الليبية، رغم هذه الترسانة القانونية الضخمة، و كذا التحفيزات و الإغراءات الكبيرة المقدمة للمستفيدين، إلا أن إقبال الاستثمارات الأجنبية و المحلية الخاصة في ليبيا ، يبقى ضعيفا ومحتشما، مما لا يستجيب مع المتطلبات التي سطرتها الدولة الليبية، و لكن لم تتوقف على اصدار في مجال التشجيع والتحفيزات ومحاولة جلب الاستثمارات الوطنية وكذا الاجنبية.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية في نطاق سريان قانون الاستثمار من حيث الأشخاص في الدولة الليبية:

من الثابت ان قواعد قانون الاستثمار رقم وعلى القانون رقم (5) لسنة 2005 بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية، والتي اطرافها الدولة والافراد الوطنين والاجانب من جهة والافراد بعضهم مع البعض الاخر من جهة اخرى وهذا يعني ان قانون الاستثمار يسري على علاقات الاستثمار المتصفة بالصفة الوطنية وتلك المتصفة بالصفة الاجنبية وتختلف احكامه بينمها وقد خص قانون الاستثمار المستثمر الليبي في العلاقات المتصفة بالصفة الاجنبية بامتيازات وضمانات وحقوق اوفر مما خص به المستثمر في العلاقات الاستثمارية الوطنية، والمعيار الذي اعتمده المشرع الليبي لتحديد وصف المستثمر وانعكاسه على طبيعة الاستثمار او العلاقة الاستثمارية[266].

الفرع الأول: الوصف القانوني للمستثمر في الدولة الليبية.

يختلف وصف المستثمر في حالة الشخص الطبيعي عنه في حالة الشخص المعنوي ويظهر ذلك من خلال قراءة المادة (5) من قانون الاستثمار الليبي، وعليه فلا بد من الوقوف على الوصف القانوني بحسب القانون اعلاه وبعض القوانين المقارنة وذلك من خلال فرعين نعرض في الاول المستثمر في حالة الشخص الطبيعي وفي الثاني المستثمر في حالة الشخص المعنوي.

[266] زغيب شهرزاد، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ودول المغرب العربي واقع وآفاق، (مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 8، سبتمبر 2005، ص71).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أولا: طبيعة المستثمر كشخص طبيعي:

تظهر قراءة نصوص بعض قوانين الاستثمار العربية انها اعتمدت على معيار الجنسية الانسانية لتحديد الوصف القانوني للشخص الطبيعي وكذلك تحديد تبعيته السياسية[267]. وبأثر جنسية المستثمر بالنسبة لدولة الاستثمار نكون امام مستثمر وطني ومستثمر أجنبي وقد حدد المشرع الليبي في قانون الاستثمار وصف كل منهما، في المادة (5/ي) فوصف المستثمر الليبي ((وهو الذي يحمل الجنسية الليبية في حالة الشخص الحقيقي)) وهذا يعني ان المستثمر الذي لا يحمل الجنسية الليبية يتصف بالصفة الأجنبية، وهذا ما اكدته المادة (5/ط) حيث نصت على ((هو الذي لا يحمل الجنسية الليبية في حالة الشخص الحقيقي)).

ثانيا: طبيعة المستثمر كشخص معنوي:

ومقابل اعتماد معيار الجنسية لتحديد الحالة السياسية للشخص الطبيعي على مستوى القانون المقارن والليبي، فالمعيار المعتمد في تحديد الحالة السياسية للشخص المعنوي الاعتباري، وكذلك اغلب التشريعات باعتماد الصفة الوطنية لمكان التأسيس ومكان مركز الادارة الرئيسي[268]، كما اعتمد بعضها الصف الوطنية لملكية رأس المال المستثمر[269]، وبالمعيار الاخير اخذت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971[270]، ومقابل ذلك اعتمد المشرع الليبي في قانون الاستثمار على معيار التسجيل

---

[267] ومن هذه القوانين قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 8 لعام 1991 وقانون تشجيع الاستثمار السوري المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 لعام 2000 وقانون تشجيع الاستثمار لرؤوس الاموال الاجنبية الليبي رقم 5 لعام 2005 وقانون تشجيع الاستثمارات اللبناني رقم 360 لعام 2001.

[268] وهي كل من القانون المصري والسوري والليبي واللبناني.

[269] هشام خالد – **خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي** (مصر: دار النشر دار مؤسسة الشباب الجامعة – الاسكندرية – 1988 – ص45).

[270] حيث نصت المادة (17) (اشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التأمين ان يكون فرداً من مواطني الاقطار المتعاقدة او شخصاً اعتبارياً تكون حصصه او اسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الاقطار او لمواطنيها ويكون مركزه الرئيس في أحد هذه الاقطار) ومقابل ذلك لم تحدد اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 معياراً لتحديد جنسية الشخص المعنوي بل اكتفت بعبارة الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع ..... المادة (2/25).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لتحديد جنسية الشركة المستثمرة ومن ثم التمييز بين الشخص المعنوي الوطني والشخص المعنوي الاجنبي حيث نصت المادة (5/ي) فيما يخص المستثمر المعنوي الليبي ((وسجل في الليبي اذا كان شخصاً معنوياً او حقوقياً)) اما اذا كان مسجل في الخارج فيأخذ وصف المستثمر الاجنبي كما نصت على ذلك نفس المادة في الفقرة ((ومسجل في بلد اجنبي اذا كان شخصاً معنوياً او حقوقياً)).

وفي ضوء موقف المشرع الليبي يُطبع الاستثمار بالصفة الاجنبية بحسب جنسية المستثمر بغض النظر عن الصفة الاجنبية لرأس المال المستثمر فالصفة الاجنبية للمستثمر هي التي تؤثر في تحديد طبيعة ووصف الاستثمار وبالتالي يضعف تأثير الصفة الاجنبية لرأس المال في هذا الإطار [1].

الفرع الثالث: مفعول جنسية المستثمر في حالته القانونية:

تلعب الجنسية دوراً مؤثراً في الحالة القانونية للشخص الطبيعي والمعنوي لأنها تفيد معنى انتساب الشخص لنظام قانوني لدولة معينة ، ومن خلال هذا الانتساب تتحدد للشخص جملة حقوق والتزامات تقررها قوانين دولة المستثمر وكذلك قوانين الدولة المضيفة للاستثمار والعبرة في علاقات وعقود الاستثمار ما تقرره الدولة المضيفة للاستثمار من حقوق والتزامات للمستثمر وبذلك فان الجنسية تحتفظ هنا فقط بوصفها اداة تمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الاجنبي ولكنها تتعطل عن العمل في تقرير حقوق والتزامات المستثمر، فتقرير ذلك من اختصاص دولة الاستثمار وهنا نتساءل عن تأثير جنسية المستثمر الى جانب دولة الاستثمار في تقرير حقوقه والتزاماته[271].

أولا: حقوق القانونية للمستثمر:

اكدت اغلب القوانين العربية والاجنبية في الدول المضيفة للاستثمار على جملة حقوق للمستثمر الوطني والاجنبي سواء كان شخصاً طبيعيا أم معنوياً ، وهذه الحقوق تكون على شكل اعفاءات من الرسوم الجمركية او الضرائب

---

[271] جيل بارتان، **الاستثمار الدولي،"سلسلة زدني علما"**، (لبنان: ترجمة علي مقلد، منشورات عويدات، بيروت، باريس، الطبعة الأولى، سنة 1970، ص221).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتسهيلات مصرفية وامتيازات في المعاملة من حيث السماح للأجنبي الاستثمار في اغلب المجالات وضمان عدم مصادرة امواله او تأميمها او الاستيلاء عليها من خلال النص على ذلك في تشريع دولة الاستثمار كما يدخل ضمن حقوق المستثمر اعطائه حرية نقل الاختصاص القانوني التشريعي والقضائي خارج النظام القانوني لدولة الاستثمار في المسائل ذات الصلة بالمنازعات المترتبة على الاستثمار عن طريق اختيار قانون او مجموعة قواعد قانونية لحكم النزاع وكذلك اللجوء للتحكيم بدلاً من قضاء دولة الاستثمار شرط ان تختلف جنسية المستثمر من جنسية الدولة المضيفة للاستثمار[272].

وذهبت العديد من التشريعات الليبية والاجنبية الى تبني هذا التوجه.

وقد منح المشرع الليبي وصفاً متميزاً للمستثمر بغض النظر عن جنسيته في الحقوق والامتيازات حيث نصت المادة (8) من قانون الاستثمار على ((يتمتع المستثمر بغض النظر عن جنسيته بجميع المزايا والتسهيلات والضمانات ويخضع للالتزامات الواردة في هذا القانون)).

كما اعطى المشرع الليبي المستثمر الاجنبي فرصة نقل الاختصاص التشريعي والقضائي خارج النظام القانوني الليبي وهو ما عبرت عنه المادة (1/30) التي نصت على ((إذا كان أطراف النزاع من غير الليبيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجوز للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة او أي اتفاق اخر لحل النزاع بينهم)).

ثانيا: التزامات المستثمر

مقابل حقوق المستثمر رتب قانون الاستثمار بعض الالتزامات، ومن هذه الالتزامات التزامه بقواعد الامن المدني كالمحافظة على البيئة والصحة العامة واتخاذ التدابير اللازمة لمنع التلوث واحترام قواعد قانون حماية المستهلك

[272] اكدت هذا الموقف اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار والاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971 فيما يتعلق بعقد التامين واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لعام 1985 للمزيد انظر د. هشام خالد –معيار دولية التحكم التجاري – منشأة المعارف – الاسكندرية -2006 –ص91-92 ومابعدها ود. حفيظة السيد الحداد –العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية -2001 –ص168-169.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والالتزام بقواعد قانون العمل المتعلقة بالأجور وساعات العمل وضمان اصابات العمل والتعويض عنها، فجميع هذه الالتزامات يخضع فيها المستثمر للقوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار ولايجوز له الاتفاق على خلافها لأنها قواعد امرة تسري على الوطنين والاجانب ومتعلقة بالنظام العام ويعبر عنها فقه القانون الدولي الخاص بقواعد التطبيق الفوري والمباشر فلا يملك المستثمر الاجنبي نقل الاختصاص في الالتزامات اعلاه خارج محيط التنظيم القانوني لدولة الاستثمار ويمكنه ذلك في غير الالتزامات اعلاه[273].

وقد عبر المشرع الليبي عن موقفه من التزامات المستثمر في المادة (11) من قانون الاستثمار التي يمكن تقسيمها الى ثلاثة انواع كالاتي:

النوع الاول: التزامات تنظيمية وهي الالتزامات المتعلقة بقيام المستثمر بأشعار الهيئة الوطنية للاستثمار وتشكيلاتها في الأقاليم عن الانتهاء من تركيب مستلزمات المشروع الاستثماري وبداية العمل المقصود من الاستثمار المادة (5/11) وكذلك التزام المستثمر بمسك حسابات اصولية تخضع لتدقيق محاسب قانوني مجاز في ليبيا (5/14) وتقديم المستثمر دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع (3/14) مع التزامه بمسك سجلات خاصة بالمواد المستوردة والمعفاة من الرسوم لأغراض الاستثمار المادة (2/14)[274].

النوع الثاني: التزامات موضوعية وهي الالتزامات المتعلقة بالمحافظة على سلامة البيئة ونظم السيطرة النوعية المعمول بها في ليبيا والموافقة للمعايير العالمية وكذلك الالتزام بقوانين الامن والصحة والنظام العام وقيم المجتمع الليبي، وكذلك الالتزام بالحد الأدنى للأجور وساعات العمل المعمول بها بحسب القوانين الليبية[275].

---

[273] لما احمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنب**، (لبنان: دار النشر دار منشورات زين الحقوقية – بيروت، سن2008 – ص95 ومابعدها).

[274] وقد صدر قانون النظام الداخلي لهيئات الاستثمار للمحافظات الغير منتظمة باقليم رقم3 لسنة 2009 – منشور في جريدة الوقائع العراقية – العدد 4110 – السنة الخمسون لتنظيم عمل هذه الهيئات واختصاصات الاقاليم المتضمنة فيها.

[275] القانون الليبي والمصري.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

النوع الثالث: الالتزامات الاجرائية وهي الالتزامات المتعلقة بتقديم المستثمر جدول اعمال يتطابق مع الواقع وان لا يكون هناك تفاوت زمني يزيد على ستة أشهر والتزامه بتدريب العاملين الليبيين وتأهيلهم لرفع مستوى كفاءتهم وقدراتهم واعطاء الاولوية لهم في التوظيف والاستخدام.

ولا يملك المستثمر امام الالتزامات المتقدمة فرصة نقل الاختصاص فيها للقانون الاجنبي وانما يستأثر هنا القانون الليبي بالاختصاص فيها وهذا الاستنتاج تحمله مضمون المادة (11) التي تنص ابتداءً ((على ان يلتزم المستثمر بما يأتي)) وهذا يدل على ان يكون الالتزام وفقاً لقواعد القانون الليبي ذلك لأنها التزامات تتعلق بالنظام العام وقواعد الامن المدني فهي قواعد امرة لا يجوز الاتفاق عليها ، كما ان الاستنتاج تعززه ((تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لأحكام القانون الليبي ، ويكون الاختصاص فيها للمحاكم الليبية ويستثنى من ذلك العامل غير الليبي اذا نص عقد العمل على خلاف ذلك))[276].

المطلب الثاني: قانون الاستثمار في الدولة الليبية والنصوص المتفق عليها

مؤتمـــر الشعـــب العـــــام، تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العام السنوي لعام 1370 و.ر ،وبعد الإطلاع على إعلان قيام سلطة الشعب ،وعلى الوثيقة الخضراء الكبرى لحقوق الإنسان في عصر الجماهير، وعلى القانون رقم (20) لسنة 1991 إفرنجي بشأن تعزيز الحرية ،وعلى القانون رقم (1) لسنة 1369 و.ر بشأن المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ،وعلى القانون التجاري وتعديلاته، وعلى قانون ضرائب الدخل رقم (64) لسنة 1973 إفرنجي وتعديلاته ، وعلى قانون الجمارك رقم (67) لسنة 1973 إفرنجي وتعديلاته ،وعلى القانون رقم (1) لسنة 1993 إفرنجي بشأن المصارف والنقد والائتمان وتعديلاته ،وعلى القانون رقم (5) لسنة 1426 ميلادية بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية[277].

صاغ القانون الآتي:

---

[276] القانون الليبي والجزائر وتونس.

[277] القانون الليبي بشأن الاستثمار داخل الأراضي الليبية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المادة الأولى

يهدف هذا القانون الى تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية لإقامة مشروعات استثمارية في إطار السياسة العامة للدولة وأهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعلى الأخص:

- نقل التقنية الحديثة.
- بناء العناصر الليبية الفنية.
- تـنويع مصادر الدخل.
- المساهمة في تطوير المنتجات الوطنية بما يساعد على دخولها للأسواق العالمية
- تحقيق التنمية المكانية.

المادة الثانية

يسري هذا القانون على استثمار رأس المال الأجنبي المملوك للمواطنين العرب الليبيين ورعايا الدول العربية والأجنبية في المشاريع الاستثمارية.

ويجوز لرأس المال الوطني مشاركة رأس المال الأجنبي في الاستثمار وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون أسس وضوابط هذه المشاركة.

المادة الثالثة

في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات والعبارات الآتية المعاني المقابلة لها ما لم تدل القرينة على غير ذلك:

- **الجمـاهيرية العظمى** =الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
- **القانـون** =قانون تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية.
- **الأمـين** =أمين اللجنة الشعبية العامة للاقتصاد والتجارة.
- **الهيئــة** =هيئة تشجيع الاستثمار.
- **اللائحة التنفيذية** =اللائحة التي تصدر تنفيذاً لأحكام هذا القانون.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- **رأس المال الأجنبي** =القيمة المالية الإجمالية التي تدخل إلى الجماهيرية العظمى سواء كانت مملوكة لليبيين أو لأجانب تنفيذاً لنشاط استثماري.
- **رأس المال الوطني**: القيمة النقدية أو العينية المقومة بالعملة المحلية الداخلة في تكوين رأس مال المشروع الاستثماري المملوكة لمواطنين ليبيين أو لأشخاص اعتبارية ليبية مملوك رأس مالها بالكامل لليبيين.
- **المشروع الاستثماري** =أي منشأة اقتصادية تؤسس وفق القانون، ويكون من نتيجة عملها أنتاج سلعة للاستهلاك النهائي أو الوسيط أو سلع استثمارية أو لتصدير أو تقديم خدمة أو أي منشأة أخرى تعتمدها أمانة اللجنة الشعبية العامة.
- **المستثمر** =كل شخص طبيعي أو اعتباري وطني أو أجنبي يستثمر وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة الرابعة

ينظم هذا القانون استثمار رأس المال الأجنبي الداخل للجماهيرية بأحد الأشكال التالية :

- العملات الأجنبية القابلة للتحويل أو ما يقوم مقامها والواردة بالطرق المصرفية الرسمية.
- الآلات والمعدات والأجهزة وقطع الغيار والمواد الأولية اللازمة للمشروع الاستثماري
- وسائل النقل غير المتوفرة محلياً.
- الحقوق المعنوية مثل: براءات الاختراع والتراخيص والعلامات والأسماء التجارية اللازمة لإقامة المشروع الاستثماري أو تشغليه.
- الجزء المعاد إستثماره من أرباح وعوائد المشروع.

وتنظم اللائحة التنفيذية كيفية تقييم الحصص العينية الداخلة في تكوين رأس المال المراد إستثماره في الجماهيرية.

المادة الخامسة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تُنشأ هيئة تسمى **هيئة تشجيع الاستثمار**، تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة تتبع اللجنة الشعبية العامة للتخطيط والاقتصاد والتجارة، ويصدر بإنشائها قرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من الأمين يحدد مقرها القانوني وأمين وأعضاء لجنة إدارتها، وتنظم اللائحة التنفيذية كيفية عقد اجتماعات الهيئة والإجراءات الإدارية اللازمة لإقامة المشروع.

المادة السادسة

تعمل الهيئة على تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية والترويج للمشاريع الاستثمارية بمختلف الوسائل ولها على الأخص:

- دراسة واقتراح الخطط المنظمة للاستثمار الأجنبي والأشراف على الاستثمارات الأجنبية فى البلاد.
- تلقى طلبات استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وتحديد مدى استيفائها للشروط القانونية ودراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع الاستثماري ورفع توصياتها بالخصوص إلى الأمين.
- جمع ونشر المعلومات واعداد الدراسات الاقتصادية المتعلقة بإمكانيات الاستثمار فى المشروعات التي تساهم فى التنمية الاقتصادية للبلاد.
- اتخاذ الوسائل الكفيلة باستقطاب رؤوس الاموال الاجنبية والترويج لفرص الاستثمار بمختلف الوسائل.
- التوصية بإعفاءات او تسهيلات او مزايا اخرى لمشاريع تعتبر مهمة بالنسبة لتطوير الاقتصاد الوطني او التوصية بتجديد الاعفاءات والمزايا الواردة فى هذا القانون لفترة زمنية اخرى، وترفع توصياتها الى الجهة المختصة.
- النظر فيما يعرضه عليها المستثمرون من شكاوى أو تظلمات أو منازعات ناتجة عن تطبيق احكام هذا القانون مع عدم الاخلال بحق المستثمر فى التظلم والتقاضي.
- دراسة تشريعات الاستثمار ومراجعتها من حين الى آخر ورفع مقترحاتها المتعلقة بتطويرها الى الجهة المختصة.
- أية اختصاصات اخرى تسند لها من اللجنة الشعبية العامة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المادة السابعة

يشترط فى المشروع ان يحقق كل او بعض الاتي:

- انتاج سلع للتصدير او المساهمة فى زيادة الصادرات منها او يكون من نتيجته الاستغناء عن استيراد سلع بصفة كلية أو جزئية.
- توفير مواطن عمل لليد العاملة الليبية والعمل على تدريبها واكسابها المهارات والخبرات الفنية، وتحدد اللائحة التنفيذية شروط واوضاع تشغيل العمالة الوطنية.
- استخدام تقنية حديثة او علامة تجارية او خبرة فنية.
- تقديم خدمة يحتاجها الاقتصاد الوطني أو المساهمة فى تحسينها أو تطويرها.
- دعم الروابط والتكامل بين انشطة ومشروعات اقتصادية قائمة أو تخفيض تكاليف الانتاج أو المساهمة فى توفير مواد ومستلزمات تشغيل لها.
- القيام باستغلال او المساعدة على استغلال مواد خام محلية.
- المساهمة فى تنمية وتطوير المناطق النائية أو المتخلفة اقتصادياً.

المادة الثامنة

يسمح بالاستثمار فى المجالات الآتية:

ـالصناعــة ، الصحــة ، السياحــة، الخـدمات، الزراعــة.

أي مجال آخر يحدد بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من الامين.

المادة التاسعة

يمنح ترخيص استثمار رؤوس الاموال الأجنبية من قبل الهيئة بعد صدور القرار بالموافقة على الاستثمار من الامين.

المادة العاشرة

تتمتع المشاريع المقامة فى إطار هذا القانون بالمزايا التالية:

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- اعفاء الآلات والمعدات والاجهزة اللازمة لتنفيذ المشروع من جميع الرسوم والضرائب الجمركية والضرائب ذات الاثر المماثل.
- اعفاء التجهيزات وقطع الغيار والمواد الاولية اللازمة لتشغيل المشروع من جميع الرسوم والضرائب الجمركية المفروضة على الضرائب الاخرى ذات الاثر المماثل لمدة خمس سنوات.
- اعفاء المشروع من ضرائب الدخل عن نشاطه لمدة خمس سنوات من تاريخ البدء فى الانتاج أو العمل حسب طبيعة المشروع ويجوز تمديد هذه المدة الى فترة اضافية مدتها ثلاث سنوات بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من الامين
- كما تتمتع الارباح الناتجة عن نشاط المشروع بهذه الاعفاءات إذا اعيد استثمارها ويحق للمستثمر ترحيل الخسائر التي تلحق بمشروعه خلال سنوات الاعفاء الى السنوات اللاحقة
- اعفاء السلع الموجهة للتصدير من ضريبة الانتاج، واعفاؤها من الرسوم والضرائب المفروضة على التصدير عند تصديرها.
- اعفاء المشروع من ضريبة الدمغة المقررة على المحررات التجارية والمستندات التي يستخدمها

المادة الحادية عشر

لا يجوز التصرف فى الآلات والمعدات والاجهزة وقطع الغيار والمواد الاولية المستوردة لأغراض المشروع بالبيع او التخلي عنها الا بموافقة من الهيئة وبعد آداء الرسوم والضرائب الجمركية المقررة على استيرادها.

ولايجوز استعمالها لغير الغرض الذي منح الترخيص من اجله.

المادة الثانية عشر

للمستثمر الحق فيما يلي:

أ) اعادة تصدير رأسماله المستثمر فى الحالات الاتية:

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- انتهاء مدة المشروع.
- تصفية المشروع.
- بيع المشروع كلياً او جزئياً.
- مضي فترة زمنية لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ اصدار التراخيص بالاستثمار.

ب) اعادة تحويل رأس المال الأجنبي الى الخارج بنفس الشكل الذي ورد به بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ وروده إذا حالت دون استثماره صعوبات او ظروف خارجة عن ارادة المستثمر.

ج) يسمح سنويا بتحويل صافي الارباح الموزعة والفوائد التي يحققها المشروع الى الخارج.

د) للمستثمر الحق فى استخدام الاجانب حين لا يتوفر البديل من الوطنيين.

- وللمستخدمين الاجانب المستقدمين من الخارج حق تحويل نسبة من مرتباتهم واجورهم واية مزايا او مكافآت اخرى تمنح لهم فى إطار المشروع الى الخارج.
- وتنظم اللائحة التنفيذية الشروط والاوضاع التي يتم بموجبها تنفيذ احكام هذه المادة.

المادة الثالثة عشر

لا يتقيد المشروع الاستثماري بالأشكال المنصوص عليها في التشريعات النافذة ولا يخضع لإجراءات القيد فى السجل التجاري والسجل الصناعي وسجلي المستوردين والمصدرين.

وتحدد اللائحة التنفيذية الأشكال القانونية للمشاريع الاستثمارية التي يجوز تأسيسها وفقاً لأحكام هذا القانون وضوابط التأسيس وإجراءات القيد في السجل الاستثماري المعد لهذا الغرض.

ويتمتع المشروع الاستثماري بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة بمجرد قيده في السجل المذكور.

المادة الرابعة عشر

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يتمتع المشروع المقام فى مناطق التنمية المكانية أو المشروع الذي يسهم فى تحقيق الأمن الغذائي أو المشروع الذي يستخدم تجهيزات من شأنها تحقيق وفر فى الطاقة أو في المياه أو تسهم فى حماية البيئة، من الإعفاءات الواردة في الفقرتين (ب، ج) من المادة العاشرة من هذا القانون لمدة إضافية بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض من الأمين وتحدد اللائحة التنفيذية شروط اعتبار المشروع محققاً لهذه الاعتبارات.

المادة الخامسة عشر

استثناء من التشريعات النافذة المتعلقة بالتملك يكون للمستثمر الحق فى تملك الأراضي على سبيل الانتفاع وله الحق فى استئجارها أو اقامة المباني عليها كما له ان يمتلك ويستأجر العقارات اللازمة لإقامة او تشغيل المشروع وذلك كله وفقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية.

المادة السادسة عشر

يحق للمستثمر ان يفتح لصالح مشروعه حساباً بالعملات القابلة للتحويل لدى أحد المصارف التجارية أو المصرف العربي الليبي الخارجي.

المادة السابعة عشر

يجوز نقل مقلية المشروع كلياً أو جزئياً الى مستثمر آخر بموافقة من الهيئة ويحل المالك الجديد محل المالك السابق فى الحقوق والواجبات والالتزامات المترتبة عليه بموجب أحكام هذا القانون والتشريعات الأخرى المعمول بها، وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع التي يتم بها نقل الملكية.

المادة الثامنة عشر

إذا ثبتت مخالفة المستثمر لأي من أحكام هذا القانون أو اللائحة التنفيذية ينذر المستثمر المخالف من قبل الهيئة بتصحيح المخالفة خلال فترة تحدد فى الإنذار فاذا لم يستجب لهذا الإنذار جاز للأمين بناء على توصية من الهيئة:

- حرمان المشروع من بعض المزايا المقررة فى هذا القانون.
- إلزام المستثمر بتسديد مثلى ما أعفي منه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثاني: فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي

من أهم ما تحرص عليه قوانين الاستثمار والاتفاقيات الدولية الخاصة بفض نزاع الاستثمار القانوني، والاهتمام بالمستثمر بصفة عامة والأجنبي بصفة خاصة، وتحديد حقوقه والتزاماته وكيفية إعمالها على الواقع، وهو ما قد يجلب منازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار، وهذه المنازعات تتميز بطابع خاص، سببه اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع، إذ أحدهما دولة بمقومات السيادة، وثانيهما غالبا ما يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، ونظرا لما تتسم به عقود الاستثمار من تعقيدات، فان معالجة المنازعات التي تثور بشأنها، تتطلب سلوك وسائل ناجعة لفضها، من شأنها تحقيق التوازن بين أطرافها، وهذه الوسائل قد تكون داخلية كالتوفيق والتحكيم أو اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، غير أن المستثمر غاليا ما يساوره الشك في حيدة هذا القضاء، إضافة لجهله بقوانينه المطبقة والمساطر الجاري بها العمل، لذلك ودرءا لهذا التخوف اتجهت الارادة الدولية لأبرام اتفاقات دولية، تشمل ضمانات وأساليب فض نزاعات الاستثمار بشكل عادل ومنصف.

فما يؤكد أهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في مجال التنمية الاقتصادية للدول النامية[278]، تلك الجهود التي قامت بها الدول المغاربية منها على الخصوص الجزائر، تونس و المغرب وليبيا، والرامية إلى تطوير قوانينها الاستثمارية وأطرها المؤسسية المختصة بالاستثمار، حيث تركزت هذه الجهود على إصدار قوانين استثمارية جديدة أو تعديل و تطوير القوانين السارية ليظهر تنافس حاد بين هذه الدول الأربعة من حيث تبسيط إجراءات الاستثمار و تخفيض الرسوم المتعلقة بذلك، وتحرير الاستثمار في قطاعات كانت مقصورة أو محتكرة من طرف الدولة و فتحها للمنافسة والاستثمار[279].

---

[278] عاطف إبراهيم محمد، **ضمانات الاستثمار في البلاد العربية**، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1998، ص 234).

[279] مانع جمال عبد الناصر، **اتحاد المغرب العربي دراسة قانونية سياسية**، (الجزائر: دار النشر دار العلوم للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى الجزائر، 2005، ص 154).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في هذا المنحى تضمنت تشريعات الاستثمار في كل من ليبيا الجزائر وتونس والمغرب، جملة من المزايا والتسهيلات المقررة للاستثمارات الأجنبية والمحلية المباشرة التي تستفيد من أحكام هذه التشريعات، إدراكا منها أن النظام الجيد للاستثمار يتطلب وجود أجهزة تضمن تنفيذ القوانين وتعمل على إلغاء المعوقات الإدارية وتقدم تسهيلات إدارية وإجرائية للمستثمرين.

المطلب الأول: دور القضاء الوطني الليبي في فض النزاعات الاستثمار القانوني:

الأصل أنه حين حدوث نزاع استثماري، لا يلجأ لقضاء التحكيم أو القضاء الدولي، إلا بعد استنفاذ الطرق القضائية للدولة الليبية، حسب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة عدد 1803 بتاريخ 1962/12/14، وهذا التوجه كانت تنص عليه أغلب قوانين الاستثمار العربية ومنها الليبية، بيد أن التشريعات الحالية أصبحت تعطي الخيار للمستثمر للجوء لطرق أخرى كالتحكيم أو القضاء الدولي، أما تشريعات دول أوروبا فهي خصصت هيئة مستقلة للتحكيم في المنازعات التجارية التي تقوم مع المستثمرين الخواص أو الشركات الأجنبية ، وفي الولايات المتحدة أنشأت لجنة تسوية المطالبات الأجنبية.

ومهما يكن فإن هناك توجسا لدى المستثمر الأجنبي والمحلي، يجعله يشك في أحكام قضاء الدولة المستضيفة للاستثمار، تخوفا من عدم حيدة القاضي، واحتمال تأثره بالتيارات السائدة في بلده، إضافة لالتزامه بتطبيق قوانين بلده التي قد تكون موضوع تشكي من لدن المستثمر.

وهناك جانب من الفقه يفضل اختصاص القضاء الوطني الليبي بتسوية منازعات الاستثمار، باعتباره مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، ولكون هذه المنازعات تخضع لقانون الدولة الليبية الجاذبة للاستثمار، هذا فضلا عن أن تحقيق العدالة يعد وظيفة أساسية للدولة الليبية، أما ما يروج عن عدم حيدة القضاء الوطني الليبي، فهو لا أساس له، باعتبار أن ذلك المرفق مستقل، يطبق القانون وفق قواعد العدل والإنصاف ولا سلطان عليه لغير القانون، وهو يعد أكثر تفهما وموضوعية لنظر المنازعات الاستثمارية من أي قضاء آخر، وفي جميع الأحوال يفضل تنصيب قضاء مختص بفض النزاعات الاستثمارية الداخلية والخارجية يتمتع أعضاؤه بخبرة فنية وقانونية متخصصة تؤهلهم لإعطاء أحكام تتسم بالجودة والسرعة، ولقد تنبهت الدولة الليبية لهذا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الموضوع، وأحدثت قضاء تجاريا منذ سنة 1998، يختص جانب منه بالبت في قضايا الاستثمار، وأعطى هذا القضاء نتائج طيبة في هذا المجال[280].

المطلب الثاني: فض النزاعات بنظام التحكيم في إطار القانون الداخلي للدول المغرب العربي للاستثمار:

يعتبر فض النزاع بالتحكيم بمثابة تأمين للمستثمرين الأجانب ضد التغيرات التشريعية الفجائية التي قد تطرأ على قوانين الطرف المتعاقد معه، كما يعتبر إجراء يقلل من ضعف الثقة التي يستشعرها المستثمر المحلي والأجنبي حيال القضاء العادي للدولة المضيّفة، حيث أن الفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار تحتاج في طبيعة الحال إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة والى دراية كافية بالعرف التجاري الدولي، مما قد لا يتوافر في القضاء العادي، ثم إن تعيين محكم محايد يعتبر عنصرا إضافيا من عناصر طمأنينة المتعاملين الأجانب[281].

والأصل أن التحكيم في الدول المغرب العربي تحكيم اختياري، لا يقوم إلا بالاتفاق بين الأطراف، يمكن أن يكون هذا الاتفاق تنفيذا لأحد شروط العقد الذي نشأت عنه المنازعة، أو تنفيذا لمشارط تحكيمية مستقلة عن العقد يبرمها أطراف الخصومة بعد نشوء النزاع[282].

موقف المشرع المغاربي من تطبيق نظام التحكيم لضمان آمن الاستثمارات الأجنبية والمحلية المستقطب

أولا: تضييق المشرع المغربي من نطاق تطبيق التحكيم لفض النزاعات بقانون الدولي

لم يتبنى المشرع المغربي نظام التحكيم الدولي كوسيلة لفض كل النزاعات المتعلقة بالاستثمار التي تنشأ بين الدولة المغربية والمستثمرين الأجانب، بل أقره في بعض النشاطات الاستثمارية التي تكتسي أهمية كبرى بالنسبة لاقتصاد للدولة المغربية، بحيث تكون هذه الاستثمارات محلا امتيازات خاصة

---

[280] مانع جمال عبد الناصر، **اتحاد المغرب العربي دراسة قانونية سياسية**، مرجع سابق، 155.

[281] تلجون شمسة، مرجع سابق، ص 107

[282] عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر (على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، مرجع سابق، ص 18

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تقدمها الدولة، ومن بين هذه الامتيازات إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية المنازعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المغربية بخصوص هذه الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة .

إذ تنص المادة 17 في فقرتها الثانية على م يلي:

يمكن ان تتضمن العقود المشار اليها أعلاه بنودا تقضي بفض كل النزاع قد ينشا بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار، وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي.

المقصود بالعقود المشار إليها أعلاه، هي العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، الخاصة بالمنشآت أو المشاريع التي يكتسي برنامج استثمارها أهمية كبرى بالنظر إلى مبلغه أو عدد مناصب الشغل القارة التي سيحدثها أو المنطقة التي سينجز فيها أو التكنولوجيا التي سيحولها، أو مدى مساهمته في المحافظة على البيئة[283].

وقد اعتمد مشروع القانون المغربي للتحكيم التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 1492، من قانون المسطرة المدنية الجديد، يعتبر دوليا التحكيم الذي يمس مصالح التجارة الدولية

فهذا المعيار له طبيعة اقتصادية، تتمثل في طبيعة النشاط المعني، وطابعه فوق الوطني الذي يحدد الوصف الدولي للتحكيم، إذ يكفي أن تكون المبادلات الاقتصادية ذات طابع دولي كنقل ثروة إلى دولة أخرى، أو رساميل أو تقنية المعرفة لكي يكون التحكيم الناتج عن هذه التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي 189المبادلات دوليا، وهكذا في فرنسا، فإن التحكيم الذي يجمع بين طرفين من جنسية فرنسية يمكن اعتباره دوليا، إذا تعلق مثلا بعقد بناء ينفذ في الخارج[284].

---

[283]نص الفقرة الأولى من المادة 17 من قانون الاستثمار. مرجع سابق

[284]بيير أونسيل، مداخلة بعنوان- قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي، (في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب، المملكة المغربية، المجلس الأعلى، 3-4 مارس 2004، ص 136).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا: توسع المشرع التونسي من نطاق تطبيق التحكيم في ففض النزاعات الاستثمارية بقانون الدولي.

على خلاف المشرع المغربي، أجاز المشرع التونسي اللجوء إلى التحكيم الدولي في كل خلاف يطرأ بين الدولة التونسية والمستثمر الأجنبي[285]، بناء على اتفاق الطرفين المتعاقدين، حيث يتضمن الفصل 67 من مجلة تشجيع الاستثمارات ما يلي:

في حالة اتفاق ينص على شرط التحكيم او يخول لاحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة، او تطبيقا للإجراءات الصلحية او التحكيمية المنصوص عليها في أحد الاتفاقات التالية:

الاتفاقات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي ليها الاستثمار.

او الاتفاقية الدولية الخاصة بالتسوية الخلافات المعلقة بالرصود المالية الناشبة بين الدول وتابعي الدول أخرى المصادق عليها بالقانون العدد 33 لسنة 1966، المؤرخ في 3 ماي 1966.

او الاتفاقية المتعلقة بانشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادق عليها بالرسوم عدد 4 لسنة 1972، المؤرخ في 17 أكتوبر لسنة 1972، والمصادق عليها بالقانون عدد 71، لسنة 1972، المؤرخ في 11 نوفمبر لسنة 1972.

وتعتبر مجلة تشجيع الاستثمارات، من أهم التشريعات المتعلقة بالتحكيم في تونس بصورة فرعية، حيث أقرت مبدأ أساسيا بالفصل 67 السابق الذكر،

[285]لقد أَلِف المشرع التونسي منذ أول عهده بقوانين الاستثمار السماح إلى الدولة بالالتجاء إلى التحكيم، فبعد أن كانت القاعدة استثنائية تم حصرها: إما في نصوص خصوصية أو مجال المعاهدات الدولية التي صادقت عليها مبكرا الدولة التونسية، منها على الخصوص ما ورد في معاهدة واشنطن لسنة 1965، أصبح مجال الإباحة عاما على المستويين المادي والذاتي. فعلى المستوى المادي، يمكن اللجوء إلى التحكيم في كل مجالات النشاط الدولي الاقتصادي والمالي والتجاري والصناعي وغيرها، وعلى المستوى الذاتي، أصبحت الدولة وكل المؤسسات العامة التابعة لها قادرة قانونيا على اللــجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مجلة التحكيم المؤرخة في 26 نيسان 1993 (للتفصيل أكثر: المزغني، على التجربة التونسية في مجال تشجيع الاستثمارات الأجنبية، مجلة دراسات قانونية، مركز الحقوق، جامعة بيرزيت، العدد 67، 47. ص، 2004

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وهو أن التحكيم في مجال الاستثمار يكون من اختصاص القضاء الوطني، إلا إذا اتفق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم.

هذا المبدأ يعد نقلة نوعية بالنسبة للتشريع القديم وخاصة قانون الاستثمار لسنة 1969، الذي كرس مبدأ القبول المسبق بالتحكيم من قبل الدولة التونسية تجاه المستثمرين[286].

كما تعد مجلة التحكيم التونسية الصادرة سنة 1993، من أبرز التقنيات الحديثة في مادة التحكيم ولعل تأثرها في مادة التحكيم الداخلي بالقانون الفرنسي والسويسري، وفي مادة التحكيم الدولي بالقانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، جعل منها مجلة متكاملة ومكرسة للاتجاهات الحديثة في ميدان التحكيم[287].

ثالثا: توجه المشرع الجزائري نحو تثبيت نظام التحكيم في فض النزاعات الاستثمارية:

بعد دخول الجزائر مرحلة الإصلاحات الاقتصادية المعمقة وفي سياق تسابق الدول في جذب الاستثمارات الأجنبية[288]، عدلت الجزائر من موقفها

---

[286]قارة نور الدين، مصادر التحكيم في تونس، (مجلة القضاء والتشريع، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل التونسية، العدد 04، السنة 43، أفريل 2001، ص 99).

[287]هذه الخاصية لم تخفي بعض العيوب التي اعترت مجلة التحكيم التونسية، منا ما تعلق بشكل الصياغة وبمضمون بعض الفصول، نذكر مثلا: الفصل 10، الذي يشترط على القاضي أو العون العمومي ليكون محكما الترخيص المسبق من السلطة المختصة قبل القيام بأية مهمة في التحكيم، فهذا النص يبعث على الاستغراب إن طبق على التحكيم الدولي وبخاصة إذا كانت هيئة التحكيم متكونة من محكمين أجانب، فأي ترخيص يجب الإدلاء به إذا كان القانون الوطني للمحكم المذكور لا يشترط أي ترخيص؟ للتفصيل أكثر، مرجع سابق: قارة نور الدين، مرجع سابق، ص 93-97

[288]إن موقف المشرع الجزائري المنكر للتحكيم التجاري الدولي برز في النصوص التي نظمت العمل الاقتصادي، وكذا التصرفات القانونية التي قامت بها مع مختلف الدول الرأسمالية. فقد بدأ منذ اتفاقية إيفيان لسنة 1962 بين الجزائر وفرنسا وكذا الاتفاقيات الأخرى التي حددت مجال العلاقات الجزائرية الفرنسية لاحقا خاصة اتفاق 1963 و1965، نجد أن هذه النصوص كرست التحكيم التجاري كوسيلة لفظ النزاعات الناجمة عن الاستثمار، وهذا على حساب السيادة الوطنية بالإضافة إلى الاتفاق المبرم مع شركة "جيتي" الأمريكية سنة 1968 الذي قل تأثيره في السيادة الوطنية. ونظرا لشعور الجزائر بتأثر التحكيم في سيادتها، لجأت إلى عملية تأميم ثرواتها الطبيعية وهذا سنة 1971 والتعبير صراحة عن رفض التحكيم التجاري الدولي على الأقل في النزاعات الناجمة عن الضريبة البترولية، فأدى إلى التعبير عن رفض التحكيم بصراحة تامة. وما يمكن استخلاصه مما سبق هو: أن الموقف الجزائري كان غير ثابت من الناحية العملية، فتارة يفضل القانون الوطني وتارة أخرى نجده ينص صراحة على التحكيم فكان خاضعا لسياسة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المتذبذب من مسألة التحكيم الدولي، التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي 191فسارعت إلى سن قوانين تكرس من خلالها مشارطة التحكيم الدولي، معربة من خلالها على حرصها واهتمامها البالغين لتوفير كل الضمانات القانونية للمستثمرين والشركاء الأجانب. وتوجت هذه الجهود من خلال المرسوم التشريعي 93-09 وقانون الاستثمار لتلك الفترة.

أ. تكريس التحكيم في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09: جاء إصدار المرسوم التشريعي رقم 09-93، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966[289]، تكريسا لنظام التحكيم التجاري الدولي وبهدف تكييف اقتصادها مع التغيرات الاقتصادية والتجارية الدولية والسماح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، أن تطلب التحكيم في العلاقات التجارية الدولية.[290]

حيث أدخل تعديلات على المادة 442 ،التي تسمح للأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية، حيث وضع لهم نظاما مستمدا من الأنظمة التحكيمية المقارنة، خاصة النظام الفرنسي والسويسري، فمزج ببعض الأحكام المعمول بها في أنظمة التحكيم المتخصصة كالمركز الدولي لتسوية النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى) CIRDI)وكذا القانون النموذجي لنظام(CNUDCI)والغرفة التجارية الدولية (CCI)رغم عدم اعتراف الجزائر بهذه الأجهزة في تلك

الهروب إلى الأمام. أنظر: كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 11.

[289]غداة الاستقلال اتخذت الجزائر موقفا معاديا لنظام التحكيم التجاري الدولي، باعتبارها دولة مستقلة حديثا وتريد ممارسة سيادتها الوطنية بكل أشكالها وأطيافها، فصدر بهذا الخصوص قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الذي ينص في مادته 244 الفقرة ثالثة على: " لا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم." (أمر رقم 66 -145، مؤرخ في 8 جوان 1966، معدل ومتمم، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية، عدد 47).

[290]عليوش كربوع كمال، **التحكيم الدولي في الجزائر**، (الجزائر: دار النشر دار ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2001، ص 25).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفترة(1993 ،(ما عدا الانضمام للاتفاقية المتضمنة الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية والصادرة بنيويورك بتاريخ 10جوان 1958[291].

واعتمد المرسوم التشريع رقم 93-09 على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الجزائري واجراءاته من عدمه، وكذا تحديد المكان الذي يجري فيه التحكيم سواء داخل الجزائر أو خارجها، وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ولم يحصل اتفاق بين الطرفين تتولى محكمة التحكيم كلما تطلبت الحاجة ذلك[292].

فيمكن القول إن المرسوم التشريعي 93-09الملغى، كان بمثابة قانون إجرائي خاص بالتحكيم ينظم كل مراحل التحكيم بدأ من إبرام اتفاق التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه أو الطعن فيه، ليعزز نظام التحكيم الدولي في الجزائر من خلال القانون الجديد رقم 09-08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية.

ب. تعزيز التحكيم الدولي في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09: استكمالا لسياستها الإصلاحية المنتهجة وتعزيزا لنظام التحكيم التجاري الدولي، قامت الجزائر بإلغاء 2قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، واستبداله بقانون جديد سنة 2008، حيث أعطى هذا القانون مفهوم جديد لنظام التحكيم الدولي، يعتمد على المعيار الاقتصادي، إذ تنص المادة 1039منه على " :

يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالحة الاقتصادية لدولتين على الأقل.

"كما قام هذا القانون بتحديد الإجراءات الخاصة بالتقاضي بشأن المنازعات الاستثمارية"[293].

---

[291] عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص27 -30.

[292] قانون رقم 08 -09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، (يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008).

[293] والي نادية، مرجع سابق، ص 194 -195.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ت-تكريس التحكيم في إطار القوانين المنظمة للاستثمار: دعمً المضمون وأهداف المرسوم التشريعي رقم 93-09الملغى الذي يمثل الإطار العام للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، كرس المشرع مبدأ التحكيم من خلال القوانين المتعلقة بالاستثمار، حيث تضمن المرسوم التشريعي رقم 93-12 ،المتعلق بترقية الاستثمار مادة هامة تتعلق بحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، هي المادة 41[294]، وتأكيدا لهذا التوجه صدر بالخصوص الأمر رقم 01-03 ،المتعلق بتطوير الاستثمار(معدل ومتمم) الذي أقر اختصاص التحكيم كطريق بديل في حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تنشب أو تثار بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، بموجب المادة 17 ،التي تنص " :

يخضع كل خلاف بين مستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يكون بسبب مستثمر او بسبب اجراء تتخذه، الدولة الجزائراية ضده للجهات المختصة الا في حالة وجود اتفاقية ثنائية او متعددة الأطراف ابرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بمصالح التحكيم في فض المنازعات الاستثمارية.

الملاحظ أن نص المادة 17 لا يختلف عنه في المادة 41 أعلاه، حيث يظهر واضحا تفضيل المشرع الجزائري لنظام التحكيم على القضاء الو طني، لأنه أحال ضمنيا إلى تطبيق شرط التحكيم، الذي تبنته كل الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر وهو نفس الحال كذلك بالنسب ة للمشرع المغربي والتونسي في مجال القانون ألاتفاقي

المطلب الثالث: تدعيم نظام التحكيم في إطار القانون ألاتفاقي للدولة المضيّفة للاستثمار لدول مغرب العربي:

أجازت جميع دول المغرب العربي محل الدراسة في الاتفاقيات الدولية المبرمة للمستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم الدولي كطريقة لتسوية المنازعات التي تنشب بينه وبين الدولة المضيفة لرؤوس أمواله، تدعيما منها لهذا التوجه في قوانينها الداخلية وادراكا منا لأهمية القانون ألاتفاقي في تعزيز

[294]نصت المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93 -12، لملغى على: " يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر واٍ ما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالصلح والتحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص."

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتقوية العلاقات التجارية بين الدول. ويعتبر تحول موقف الجزائر نحو التحكيم التجاري الدولي، من خلال هذه الاتفاقيات على مدى مساهمتها في تكريس هذه الوسيلة في الجزائر، مما يبين أنها أصبحت جزء لا يتجزأ من النظام القانوني التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي 194الجزائري الجديد، فكان لهذه الاتفاقيات دور كبير في وضع نظام للتحكيم يحتوي على كل الإجراءات من إبرام الاتفاق على التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي[295] .

ولا يقتصر هذا التوجه على الاتفاقيات الثنائية فحسب بل يتعداها ليشمل كذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف.

أولا: فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية:

تتضمن كل الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة تحديد طرق لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي يمكن أن تثور بين الدولة المضيّفة ورعايا الدولة الأخرى المتعاقدة، فأدرجت في بنودها شرط التحكيم، رغم أنها تسمح باللجوء في البداية إلى الطرق الودية والدبلوماسية، وتشير إلى بعض النماذج منها فيما يلي:

1. فالاتفاقية الجزائرية –الفرنسية: اعتبرت بموجب المادة الثامنة، حل النزاعات المحتملة الوقوع والخاصة بتأويل أو تطبيق الاتفاقيات، وكل خلاف يتعلق بالاستثمار يتم بالطرق الدبلوماسية، وفي حال عدم التوصل إلى حل للخلاف في أجل ما بين 3أشهر واٍ لى 6 أشهر، يحق للطرف الأكثر تضررا من النزاع تقديم طلبه إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني أو إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار.
2. وأجازت الاتفاقية الجزائرية - الاسبانية بموجب المادة 11، للمستثمر الأجنبي حق الخيار باللجوء إلى عدة هيئات مختصة في حل النزاع، منها:

[295] Noureddine, L’arbitrage commercial international en Algérie, O. P.U, Alger, 1999, p 11 et 15.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أ. المحكمة التحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم.
ب.الغرفة التجارية الدولية بباريس.
ت.التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية النزاعات.

3. أما الاتفاقية الجزائرية – السورية [296]: فقد استبعدت في مادتها السادسة نظم التحكيم الغربية وأحالت إلى نظام التوفيق أو التحكيم أمام محكمة الاستثمار العربية، مع الإحالة إلى الإجراءات المتبعة في الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وملحقها، أو اللجوء إلى القضاء المحلي في الحالات التالية:

أ. عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.
ب.عدم تمكن الموفّق من إصدار تقريره في المدة المحددة.
ت.عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير المرفق.
ث.عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم.
ج. عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب.

والملاحظ خروج هذه الاتفاقية عن الاتجاه العام للاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، وتميزها بـ:

- استبعاد الطرق الودية.
- إدراج نظام التوفيق لحل النزاع.
- استبعاد نظم التحكيم الغربية.

4. الاتفاقية التونسية – الجزائرية: حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لسنة 2006، تضمنت المادة التاسعة منها تحت عنوان – تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر-، طرق تسوية كل نزاع متعلق بالاستثمار ينشأ بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، حيث أشارت المادة إلى إمكانية حل النزاع بالتراضي، وفي حال تعذر

[296] الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهوري العربية السورية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في دمشق بتاريخ 14 سبتمبر 1997، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98 - 430، مؤرخ في 27 ديسمبر 1998، جريدة رسمية، عدد 97، الصادرة في 9 رمضان 1419.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التراضي بين الطرفين المتنازعين خلال ستة أشهر من تاريخ إثارة النزاع، يتم عرضه باختيار المستثمر على الهيئات التالية:

أ. السلطة القضائية الوطنية للطرف المتعاقد، طرف في النزاع

ب. هيئة تحكيم خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ج. المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات.

فالملاحظ على الاتفاقية، أنها استبعدت الهيئات أو الأجهزة العربية المكلفة بتسوية منازعات الاستثمار، واعتبرت أن اختيار المستثمر لأحد الإجراءات الثلاثة الواردة في المادة 9 هو خيار نهائي لا رجعة فيه، وبالنسبة للنزاعات بين الطرفين المتعاقدين بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاق تتم تسويتها دبلوماسيا، وإ ذا لم تتم التسوية بالطرق الدبلوماسية خلال 6 أشهر من تاريخ بداية المفاوضات، يتم عرضه على هيئة تحكيم بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين[297].

5. الاتفاقية المغربية- الأرجنتينية: بشأ نتشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل[298] ،تضمنت المادة 09، تسوية الخلافات بين المستثمر والطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي عن طريق المشاورات والمفاوضات، وفي حل تعذر التسوية الودية للخلاف في ظرف 06 أشهرمن تاريخ تبليغه المكتوب، يتم عرض الخلاف باختيار المستثمر على:

أ. المحاكم الوطنية للطرف المتعاقد المتورط في النزاع

ب.تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات

ويعتبر اختيار إحدى الطريقتين أعلاه لحل النزاع أو الخلاف القائم بين الطرفين، خيار نهائي لا رجعة فيه.

---

[297]نص المادة 08 من الاتفاق، مرسوم رئاسي رقم 06-404، (مؤرخ في 14 نوفمبر 2006، جريدة رسمية، عدد 73، صادرة في 19 نوفمبر سنة 2006).

[298]ظهير شريف رقم 81.97.1، صادر في 3 ماي 2000، (بنشر الاتفاق الموقع بالرباط في 13 يونيو 1996، بين المملكة المغربية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، جريدة رسمية، عدد 4807، صادرة في 26 يونيو 2000).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

6. الاتفاقية المغربية – البلغارية: بشأ نتشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل ، تبنت نفس الطرق المنصوص عليها في الاتفاقية المغربية البلجيكية، إلا أن الاتفاق حدد اختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، في هذا الاتفاق على الخلافات المتعلقة بالمواد 4 -5-6-7-8 ،من الاتفاق، وبالرجوع إلى مضمون هذه المواد نجدها تتعلق بـــ: المادة الرابعة-نزع الملكية والتعويض-، المادة الخامسة- التعويض عن الضرر في حالة القوة القاهرة-، المادة السادسة-التحويلات-، المادة السابعة- الحلول محل المستثمر-، المادة الثامنة- التزامات أخرى-. فالاتفاق لم ستثني إلا المادة الثانية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار والمادة الثالثة المتضمنة معاملة الاستثمارات.

إذن لم تخلو الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الدول المغاربية الثلاث، من تكريس نظام التحكيم كآلية لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي قد تنشب بين الدولة ورعايا الدول الأخرى الطرف في الاتفاق، كما أن أغلبها كرس نظام التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة الاستثمار. فإلى غاية 2000، فاق عدد الاتفاقيات المبرمة من طرف الدولة التونسية أربعين (40) اتفاقية، ولقد تضمنت جل هذه الاتفاقيات بندا ينص على وجوب اللجوء إلى التحكيم لفصل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وخاصة إلى تحكيم المركز الدولي في خصوص ذلك[299].

ثانيا: تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار في إطار الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف:

لم تكتفي الجزائر بالاتفاقيات الثنائية بل دعمت نظامها القانوني ببعض الاتفاقيات المتعددة الأطراف[300]،حيث كانت البداية بالانضمام إلى اتفاقية نيويورك المؤرخة في وتنفيذها بالاعترافب الأحكام التحكيمية الخاصة،10/6/1958 4 ،ثم صادقت على الاتفاقية العربية صادقت عليها الجزائر بموجب قانون رقم 88-18 ،المؤرخ في 1988/08/12 ،جريدة

[299]ظهير شريف رقم 129.97.1، صادر في 3 ماي 2000، بنشر الاتفاق الموقع بصوفيا في 22 ماي 1996، بين المملكة المغربية وحكومة جمهورية بلغارية، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، جريدة رسمية، عدد 4807، صادرة في 26 يونيو 2000.

[300]قارة نور الدين، مرجع سابق، ص 88-89

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

رسمية لسنة 1988 الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية [301]، وتمت المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار [302]، واتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي [303]، والمصادقة أيضا على الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بموجب المرسوم الرئاسي رقم96 1995/10/30.

وعلى غرار الجزائر، وسعت تونس والمغرب من نطاق قانونها ألاتفاقي لتنضم للعديد من الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف، و إ ذا كان المغرب سباقا للانضمام إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والمصادقة عليها في 10 جوان 1967 وكذا سباقا للمصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بتاريخ سبتمبر 1992 ،فإن تونس كانت الأسبق في ذلك كله من المغرب، فانضمت للاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب القانون عدد 66-33 ،المؤرخ في ماي 1966 ،كما انضمت إلى الوكالة الدولية في 10 أكتوبر 1986 وصادقت عليها في 8 فيفري 1988.

الملاحظ هنا، تأخر الجزائر عن نظيرتيها تونس والمغرب في الانخراط في التنظيمات الدولية التي تحيل إلى التحكيم الدولي لحل منازعات الاستثمار، والسبب في ذلك راجع إلى موقفها المتذبذب والغير مستقر تجاه التحكيم التجاري الدولي وعدم تثبيت موقفها واستقراره تجاه تبني نظام التحكيم إلى غاية انفتاحها على نظام اقتصاد السوق .

ومن أهم المراكز الدولية المختصة في التحكيم، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965، حيث صمم خصيصا لكي يتعامل مع منازعات استثمارية ذات خصوصية بين

---

[301] مرسوم رئاسي رقم 95-306، المؤرخ في 1995/10/07، التضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، جريدة رسمية، عدد 59، بتاريخ 1995/10/11

[302] مرسوم رئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 10/10 /1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية، عدد 66، الصادرة سنة 1995. 3-

[303] مرسوم رئاسي رقم 90-420، مؤرخ في 190/12/22، المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، جريدة رسمية، عدد 05.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مستثمرين من قطاع خاص والدولة المضيّفة للاستثمار، بغرض وضع تسهيلات في مسألة تسوية منازعات الاستثمار القائمة بين الدول المتعاقدة ورعايا دول أخرى متعاقدة، كل ذلك قصد تحقيق هدف أساسي يتمثل في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول التي تحتاجها خدمة لخطط التنمية [304].

إذ تنص المادة 25 اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على:

يمتد اختصاص المركز الى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشا بين دولة متعاقدة، واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، شرط ان يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها.

يتم الفصل في اختصاص المركز من عدمه تبعا للشروط الواردة في نص المادة أعلاه، وأهمها: أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي طرفين في معاهدة المركز[305] ، كذلك أن يكون المستثمر أجنبيا سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، كما يتوقف تشكيل الهيئة التحكيمية على إدارة الأطراف[306]، حيث تتشكل من عدد فردي من الأعضاء يتم تعيينهم باتفاق الأطراف وبهذا تجسد الاتفاقية بشكل واضح مبدأ سلطان الإرادة.

---

[304]قبايلى طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، (رسالة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 113).

[305]مثال: في دعوى هوليداي ضد المغرب، احتجت المغرب بعدم اختصاص المركز بنظر النزاع على أساس أن أحد المدعين هو هوليداي (من سويسرا) وفي تاريخ إبرام الاتفاقية بين الطرفين لم تكن المغرب أو سويسرا طرفا في معاهدة إنشاء المركز، وقد رفضت لجنة التحكيم هذا الدفع قائلة: بأن المعاهدة تسمح للأطراف بأن تجعل صيرورة شرط التحكيم نافذا، عن طريق إكمال بعض الشروط لاحقا كتعهد الدولة الطرف بالمعاهدة بأن تدخله ضمن اتفاقية الاستثمار، وأن تاريخ استيفاء الشروط فيما يتعلق بأحد الأطراف يعد تاريخا لقبول هذا الطرف. وعليه وضعت لجنة التحكيم قاعدة مفادها: أن شر ط عضوية أطراف النزاع في المعاهدة يجب تحققه عند إحالة النزاع إلى المركز وليس عند إبرام عقد الاستثمار. راجع، عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية- دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، عمان،2008، ص 116.

[306] قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 300

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثالث: مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي:

من أجل تشجيع الاستثمار، اتجهت السياسات العامة المتبعة في ليبيا ودول المغرب العربي إلى محاولة وضع ترسانة قانونية ومؤسساتية تساعد على بلورة السياسات الحكومية في مجال الاستثمار، فشرعت الدول المغاربية باتخاذ إجراءات إصلاحية مست مختلف القطاعات والنشاطات الاقتصادية تمهيدا لخلق مناخ استثماري محفز وجذاب في إطار سياسة جديدة تواكب التحولات الاقتصادية العالمية الراهنة. ولم يتوقف الأمر عند حد المعاملة العادية أو التشجيعية للاستثمار، بل أصبحت الدولة تتبنى معاملة خاصة للأجانب من أجل تشجيعهم على الدخول إليها واستثمار رؤوس أموالهم فيها . ومع تزايد التنافس على جذب الاستثمارات الأجنبية بين الدول المضيفة، أدركت هذه الأخيرة أن وجود الأجانب بصفة عامة والمستثمرين منهم بصفة خاصة على إقليمها إنما يشكل عامل من عوامل التنمية الاقتصادية ومصلحة للدولة مما يدفعها إلى تبني مبدأ المساواة بين الوطني والأجنبي في بعض الحالات، بل وأعطت مركزا متميزا للمستثمرين الأجانب وفضلتهم على الوطنيين في حالات أخرى.

المطلب الأول: فاعلية تشجيع الاستثمار في القانون الليبي:

ينص قانون رقم (5)[307]، لتشجيع الاستثمار الليبي في تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات الآتية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك، وكذلك ان السلطة الليبية، ومجلس الوزراء، مجلس وزراء السلطة الوطنية. الوزارة: وزارة الاقتصاد والتجارة. الوزير: وزير الاقتصاد والتجارة. الهيئة: الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار. مجلس الإدارة: مجلس إدارة الهيئة. المدير العام: مدير عام الهيئة. المعلومات السرية: جميع المعلومات التي تتلقاها الهيئة من أي مستثمر فيما يتعلق بأي تعامل بينه وبين الدولة الليبية ولا يريد الكشف عنها عملاً بأحكام هذا القانون، المشروع: أي كيان مؤسس ومسجل حسب الأصول وفقاً لأحكام هذا القانون بقصد الربح بما في ذلك أية شركة أو فرع أو ائتمان أو شراكة أو ملكية فردية أو مشروع

[307] القانون الليبي رقم 5، والذي ينص على تشجيع الاستثمار

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مشترك أو غيرها من المؤسسات الاستثمار، إنفاق مالي فعلي لتكوين المشروع (رأس المال الثابت) من جانب المستثمر في المشروع، سواء كان مشروعاً حديثاُ أو قائماً أصلاً، تأكيد الاستثمار، الموافقة التي تصدرها الهيئة إلى أحد المستثمرين وفقاً لأحكام هذا القانون الحوافز: الإعفاءات والتسهيلات الممنوحة وفقاً لأحكام هذا القانون، قانون الاستثمار، قانون تشجيع الاستثمار في ليبيا المستثمر أي شخص طبيعي أو اعتباري يستثمر أو سبق له أن استثمر في ليبيا بموجب أحكام هذا القانون أو القوانين السابقة، سجل الاستثمار السجل العام الذي يتضمن قائمة بالاستثمارات ومشاريع الاستثمار التي وافقت أو توافق عليها الهيئة لجنة الحوافز اللجنة المشكلة من قبل مجلس الإدارة التي تقوم بمراجعة وتقييم طلبات المستثمرين لتأكيد الاستثمار وفقاً لأحكام هذا القانون[308].

يهدف قانون الاستثمار لتحقيق أهداف وأولويات التنمية في ليبيا من خلال زيادة الاستثمارات عبر الوسائل التالية: -

أ - تأسيس الهيئة المسئولة عن تشجيع وتسهيل الاستثمار في ليبيا

ب - تقديم الضمانات للمستثمرين والاستثمارات القائمة في ليبيا.

ج - منح الحوافز للمستثمرين.

د - توفير المناخ الملائم لتشجيع الاستثمار في ليبيا.

وبالنسبة للدولة الليبي فان الاستثمارات الاجنبية تكاد تكون سابقاً محصورة في القطاع النفطي ففي العهد الملكي كان الانتاج بيد الشركات الاجنبية البريطانية وبقية شركات اخرى هي صاحبة الامتياز في انتاج النفط حتى بعد نهاية العهد الملكي وتم الاستعانة عام1950م بالشركات الاجنبية على خلفية انشا مجلس الاعمار من اجل انجاز العديد من المشاريع في مجالات الزراعة والري والطرق والجسور اما الفترة التي تلت عام 1963م فقد حصل تغير في الفكر الاقتصادي الذي كان يميل نحو النظام المركزي الشمولي وما يسمى بالنهج الاشتراكي وهذا ما دفعها الى اتخاذ قرارات تعارض الاستثمار

[308] الاتفاق والتوافق على عملية تشجيع الاستثمار في ليبيا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاجنبي وبالتالي السيطرة على كل مرافق الدولة الاقتصادية مثل قرارات التأميم والمصادرة[309].

المطلب الثاني: فاعلية تشجيع الاستثمار في قانون دول المغرب العربي

تسعى دول المغرب العربي إلى استقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية المباشرة عن طريق تهيئة المناخ الاستثماري الملائم، هذا المراد خلق تنافس وتسابق بين هذه الدول لاسيما بين (الجزائر، تونس والمغرب) سعيً ا لجذب أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية المتدفقة إلى الضفة الجنوبية للبحر الأبيض المتوسط.

في إطار تشجيع وتحفيز المستثمرين من أجل إنعاش و تنشيط الاستثمارات الأجنبية المباشرة على وجه الخصوص و كذلك الاستثمارات الوطنية، قامت السلطات العامة في الدول الثلاث، بوضع إطار تحفيزي على المستوى الضريبي على وجه الخصوص، باعتباره عاملا مهما في التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي سياسة تشجيع الاستثمار، ليتم تدعيم هذا التوجه بإطار مؤسساتي على المستوى المركزي و ذلك من خلال استحداث هيئات ومؤسسات وجدت بالأساس من أجل تبسيط وتسهيل الإجراءات والمعاملات الإدارية للاستثمار،غير أن مهام هذه المؤسسات قد تتداخل و تتباين فيما بينها مما يشكل بالتأكيد عائق آخر أمام المستثمرين الأجنبي و حتى الوطني. نقف فيمحطة أو عند دور هذه الأجهزة المكلفة بتشجيع الاستثمار في المغرب(أولا) ثم نشد رحالنا الفكر ي إلى تونس(ثانيا) لنعود في المحطة الأخيرة لتحليل دور هذه الأجهزة في الجزائر(ثالثا).

أولا: بالنسبة للمغرب

اتبع المغرب سياسة اقتصادية هدفها الإقلاع بالاستثمارات[310] ، حيث ركز السلطات المغربية على تحديث المعاملة الإدارية للاستثمار بتبسيط الاجراءات

[309] القوانين الخاصة بالمستثمر الأجنبي في عملية الاستثمار في ليبيا.

[310] KHALDI Moukite , LE Régime Juridique Des investissements Etrangers Au MAROC Publication de l'institut universitaire de la recherche scientifique, Rabat 2006, P 189

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التي يتبعها المستثمر الأجنبي الذي قرر الاستثمار في المغرب من أجل إنشاء مشروع استثماري .

ويمكن التمييز بين نوعين من المؤسسات المركزية العاملة في مجال تشجيع الاستثمار، فهناك مؤسسات متدخلة مباشرة في عملية الاستثمار وهناك مؤسسات أخرى تم إحداثها فيما بعد وتعتبر مساعدة بالدرجة الأولى.

الهيئات المتدخلة مباشرة في عملية تشجيع الاستثمار: تعتبر هذه الهيئات أساسية في تشجيع وتحفيز الاستثمار وتتمثل في: مديرية الاستثمارات الخارجية واللجنة الوزارية [311]،والوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات المستحدثة سنة 2009.

اللجنة الوزاريـة: بما أن موضوع الاستثمار يهم العديد من القطاعات وبالتالي العديد من الوزارات، تم خلق لجنة تناقش باسم الدولة المشاريع التي تساوي أو يفوق مجموعها 20 مليون درهم والتي تستدعي امتيازات إضافية طبقا لما نص عليه ميثاق الاستثمار، أو أن تحدث عددا من مناصب الشغل القارة يساوي أو يفوق 250 منصبا[312] ،هذه اللجنة هي اللجنة الوزارية المكلفة بالاستثمارات التي أحدثت في 10 سبتمبر 1998.

حيث تعد هذه اللجنة من بين الآليات الأساسية المهمة التي اعتمدتها الحكومة المغربية لتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث وضعت تحت رئاسة الوزير الأول، و تكمن مهمتها في تسهيل تنفيذ المشاريع الاستثمارية المهمة منها،لا سيما تمويل البنية التحتية المتعلقة بمحيط المشروع و تقوم الوزارة

---

[311] رغم اعتبار كل من مديرية الاستثمارات الخارجية واللجنة الوزارية من أهم المؤسسات على المستوى المركزي، إلا أنه لم يتم التنصيص عليها مباشرة في قانون الاستثمار وهي منظمة في نصوص مشتتة

[312] تنص المادة 17 فقرة أولى من ميثاق الاستثمار المغربي على : " يمكن للمنشآت التي يكتسي برنامج استثمارها أهمية كبرى بالنظر إلى مبلغه أو عدد مناصب الشغل القارة التي سيحدثها أو المنطقة التي سينجز فيها أو التكنولوجيا التي سيحولها أو مدى مساهمته في المحافظة على البيئة ،أن تبرم مع الدولة عقودا خاصة تخول لها إضافة إلى الامتيازات المنصوص عليها في هذا القانون و النصوص المطبقة له .الإعفاء الجزئي من النفقات الآتي ذكرها - :نفقات اقتناء الأرض اللازمة لإنجاز الاستثمار -نفقات البنيات الأساسية الخارجية، -مصاريف التكوين المهني "قانون إطار رقم 95.18 بمثابة ميثاق الاستثمار(معدل ومتمم)، جريدة رسمية، عدد 4335 ،صادرة في 29 نوفمبر 1995 .أو قانون الاستثمار بالمغرب (سلسلة نصوص و وثائق)، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 216 ،الطبعة الثانية 200

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المكلفة بالشؤ ون العامة للحكومة بدور المقرر و المنسق لأعمال هذه اللجنة تفاديا لإغراق اللجنة الوزارية للاستثمار بعدد كبير من الملفات [313]،تم إحداث لجنة تقنية للتهيئة والمتابعة،أنيطت بها مهمة تنسيق أعمال الوزارة المكلفة بالشؤون العامة للحكومة تتكون من المديرية المركزية لمختلف الوز ارات،تقوم بمهمة تهيئ الملفات ودراستها و حل المشاكل التي تدخل في اختصاصات أعضائها وكذا متابعة تنفيذ التوصيات و القرارات الصادرة عن اللجنة الوزارية للاستثمار أو عن اللجنة التقنية نفسها، كما تسهر على دراسة وتهيئ الاتفاقيات التي تخص الاستثمار قبل عرضها على اللجنة الوزارية للاستثمار للمصادقة عليها[314].

وبمقتضى منشور الوزير الأول رقم 2002/20 المؤرخ في 26 دجنبر حول تدبير مشاريع الاستثمار، أصبحت اللجنة الوزارية للاستثمارات تتكفل

---

[313]تمكنت اللجنة الوزارية من دراسة 74 ملفا استثماريا بلغ حجمها الاستثماري الإجمالي 12575مليون درهم، منها 57
ملف بحجم استثماري قيمته 7844مليون درهم، مما يساهم في إحداث 9841 منصب شغل قار، كما عرضت على اللجنة
10ملفات أخرى باستثمار يناهز 4731 مليون درهم، تمكن من خلق 5350 منصب شغل قار، كما قامت أيضا بدراسة
مشروع استثماري أصبح منها 30 مشروع جاهز للتنفيذ وصادقت أيضا على 10 اتفاقيات وتوجد أخرى قيد الدراسة. وبالنسبة
للحصيلة النهائية لهذه اللجنة الممتدة بين (2002 -2007 (فقد بلغت 316مشروع استثماري وهو ما يعادل مبلغ 174 مليار
درهم وخلق784.109 منصب شغل مباشر. وزارة الاقتصاد والمالية، "مشروع قانون المالية لسنة 2008،"التقرير السنوي
الاقتصادي والمالي، المملكة المغربية، ص 50

[314]حيث عقدت اللجنة التقنية 22 اجتماعا للنظر في 63 ملفا يهم مشاريع قطاعات مختلفة بلغ حجمها الاستثماري 14 مليار و400 مليون درهم، كما تمكنت من دراسة وتهيئ 17 اتفاقية بلغ الاستثمار فيها 16 مليار و500 مليون درهم، كما تمكنت من دراسة وتهيئ 17 اتفاقية توفر ما يناهز 15200 فرصة عمل. وموازاة مع هذا العمل تقوم اللجنة التقنية بحصر دقيق ومفصل لطبيعة المشاكل والمساطر التي تعوق مسار المستثمر، الأمر الذي يسمح للوزارة بالعمل على توجيه المجهود الإصلاحي للسلطات العمومية في ميدان الاستثمار والمساهمة في تطوير وعقلنة وتحسين مختلف الاجراءات المتعلقة بإنعاشه. وبالإضافة لهذه اللجنة، تم خلق لجنة وطنية للمساطر المرتبطة بالاستثمارCNPI ، ما من شأنه تسهيل التعاون بين مختلف الإدارات المعنية من أجل تعزيز شفافية الإجراءات الخاصة بالاستثمار على الصعيد الوطني والجهوي. "مشروع قانون المالية لسنة 2008،"التقرير السنوي الاقتصادي والمالي، مرجع سابق، ص 5

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كذلك بالبث في المنازعات التي تخص الاستثمار[315]، ورغم الانتقادات الموجهة لهذه اللجنةفإن عملها أبرز نوعا من التطور في قدرة الإدارة المغربية على الاستجابة لمتطلبات المستثمرين الخواص، سواء المحليين أو الأجانب وتحفيز العديد من المشاريع الكبرى، وتؤكد المعطيات فعالية هذه اللجنة وقدرتها على تحفيز العديد من الاستثمارات[316].

الوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات[317]: أحدثت هذه الهيئة بموجب قانون رقم 08.41لسنة 2009، لتحل محل مديرية الاستثمارات الخارجية [318] ،إذ تنص المادة الأولي منه على:

تحدث مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المنعوية والاستقلال المالي، تسمى الوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات.

مقر الوكالة مدينة الرباط، وتخضع لوصاية الوزير المكلف بالصناعة والتجارة[319] ، وطبقا للمادة الثالثة من القانون رقم 41، تعتبر هذه الوكالة آلية لتنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال الاستثمار، وعليه تناط بالوكالة المهام التالية:

- القيام بكل عمل ترويجي أو تواصلي من شأنه التعريف بفرص الاستثمار في المغرب.

---

[315]البو كيلي حسن، التدبير العمومي للاستثمار بالمغرب من المركزية إلى اللاتمركز، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2007/2006، ص 77).

[316]النوحى جواد، **مقاربة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب** (المغرب: دار النشر دار منشورات عكاظ، الدار البيضاء، ديسمبر، الطبعة 2، سنة 2009، ص 161).

[317]ظهير شريف رقم 22.09.1، صادر في 18 فبراير 2009، القانون رقم 08.41، المحدثة بموجبه الوكالة المغربية
لتنمية الاستثمارات، ج ر، عدد 5712، بتاريخ 2009/2/26. قانون الاستثمار بالمغرب، مرجع سابق، ص 86

[318]أنشأت مديرية الاستثمارات الخارجية بموجب التعديلات التي استهدفت إعادة تنظيم وهيكلة وزارة المالية سنة 1995، فأصبحت هذه المديرية وزارة منتدبة لدى الوزير المكلف بالشؤون الاقتصادية والشؤون العامة، تم استبدالها سنة 2009، بالوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات.

[319]المادة الأولى والثانية من المرسوم رقم 564.08.2، صادر في 5 مارس 2009، بتطبيق القانون رقم 08.41، المحدثة بموجبه الوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات. نفس المرجع السابق ص 95.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- العمل على رصد التدابير المعتمدة من قبل بلدان أخرى لضمان تنمية الاستثمارات وإ نعاشها، قصد تحديد الوضعية التنافسية للمغرب.
- تنظيم ندوات ومؤتمرات وتظاهرات من شأنها إنعاش الاستثمار بتعاون وتنسيق داخل المغرب وخارجه، مع السلطات الحكومية والهيئات الأخرى المختصة. والقيام بجميع الأعمال التواصلية والتحسيسية والإعلامية لجلب المستثمرين.
- تحديد مؤشرات الأداء المتعلقة بالاستثمارات وتحليلها ونشر نتائجها بصفة دورية[320] .
- استقبال الاستثمارات الدولية بالمغرب وجرد وتقييم معيقات الاستثمار.
- كما تقترح الوكالة تدابير تشريعية وتنظيمية من شأنها دعم وتشجيع الاستثمار بالمغرب.
- وتقوم كذلك باقتراح مخطط تنمية الاستثمارات في قطاعات الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة على الحكومة وتتولى اجتذاب المستثمرين المحتملين في هذه القطاعات والسعي إليهم أو العمل على القيام بذلك[321].

هذه الاختصاصات المنوطة بالوكالة، تدخل في إطار تنفيذ الإستراتيجية الوطنية للاستثمار، وهناك مهام أخرى عددتها المادة الخامسة من قانون 08.41 لسنة 2009، تدخل في إطار تنمية مناطق للأنشطة مخصصة لقطاعات الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثةحيث تتولى الوكالة لهذا الغرض، جملة من المهام، نذكر منها ما يلي :

- الدراسات المسبقة لتحديد واختيار مناطق إقامة برامج الاستثمار في مجالات الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة
- الدراسات المتعلقة بتصفية الوعاء العقاري في مناطق الأنشطة وبالتهييئات كيفما كان نوعها التي من المزمع أن تنشأ في المناطق المذكورة.

---

[320]لهذا الغرض تمسك الوكالة بنكا للمعلومات المتعلقة بالاستثمارات المنجزة في المغرب وتقوم بتحيينه. المادة الثالثة من القانون رقم 08.41.

[321]المادة الرابعة من القانون رقم 08.41، السالف الذكر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- وضع مناطق الأنشطة المذكورة[322]، عبر طلبات عروض رهن إشارة المستثمرين على أساس دفتر تحملات يحدد شروط إنجازها وترويجها وتسييرها، وتتبع تنفيذ الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن.

الملاحظ هو توسيع المشرع المغربي من مهام هذه الوكالة، وهذا دليل على أهمية هذا الجهاز المركزي في مجال تشجيع الاستثمار، لكن من شأنه أن يخلق تداخل بينها وبين المراكز الجهوية للاستثمار، التي تقوم تقريبا بنفس الاختصاصات لا سيما فيما يتعلق بإبرام العقود والاتفاقيات مع المستثمرين[323].

ثانيا: بـالنسبة لتونس

يوجد في تونس العديد من الهياكل المركزية والهياكل القطاعية لدعم الاستثمار والإحاطة بالمستثمرين، ومن الأجهزة المكلفة بعملية تشجيع الاستثمار، نذكر: وكالة النهوض بالاستثمار الخارجي، وكالة النهوض بالاستثمارات الخارجية، وكالة النهوض بالصناعة والتجديد، واللجنة العليا للاستثمار. ونخص الدراسة بهيئتين فقطهما: اللجنة العليا للاستثمار ووكالة النهوض بالصناعات والتجديد.

اللجنة العليا للاستثمار: أحدث هذا الجهاز بموجب الفصل 52 من مجلة تشجيع الاستثمارات (منقحة ومتممة)، التي تنص على:

تمنح هذه التشجيعات بامر من بعد استشارة اللجنة العليا للاستثمار، ويتم تنظيم هذه اللجنة وضبط طرق تيسيرها بامر.

ثم صدر الامر عدد 2542 لسنة 1993 [324]،المتعلق بضبط تركيبة اللجنة العليا للاستثمار وتنظيمها وطرق تسييرها [325]، ليتم إلغاء هذا الأمر سنة

---

[322]يراد بمناطق الأنشطة، في مفهوم هذا القانون، فضاءات مندمجة معدة لاستقبال فاعلين في قطاعات الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة، توفر لهم خدمات ذات صلة تكون ضرورية لمزاولة أنشطتهم. الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من القانون رقم 08.41، السالف الذكر .

[323]فاديا لهذا التداخل في الاختصاصات بين الوكالة المغربية لتنمية الاستثمارات والمراكز الجهوية للاستثمار، نص المشرع في المادة السادسة من قانون 08.41، المحدثة بموجبه الوكالة، مع مراعاة الاختصاص المخول للمراكز الجهوية للاستثمار، لإبرام العقود والاتفاقيات المزمع إبرامها مع المستثمرين والسهر على تتبعها".

[324]أمر عدد 2542 لسنة 1993، المؤرخ في 27 ديسمبر 1993، المتعلق بضبط تركيبة اللجنة العليا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2014، بموجب الأمر عدد3629، الذي يضبط تركيبة اللجنة العليا للاستثمار. تتكون اللجنة العليا للاستثمار المنصوص عليها بالفصل 52 من مجلة تشجيع الاستثمارات من[326]:

- رئيس اللجنة: هو رئيس الحكومة أو من ينويه برتبة وزير.
- الأعضاء الستة التالية: الوزير المكلف بالمالية، الوزير المكلف بالتنمية والتعاون الدولي، الوزير المكلف بأملاك الدولة، الوزير المكلف بالصناعة، الوزير المكلف بالتجارة، محافظ البنك المركزي التونسي.

أما صلاحيات اللجنة العليا للاستثمار، محددة في الفصل الأول من 2الأمر رقم 3629 [327]، أعلاه، تتمثل أساسا في النظر في مطالب اقتناء أوراق مالية تونسية تعطى حق الاقتراع أو حصص شركاء لشركات منتصبة بالبلاد التونسية، وفقا للشروط التالية:

- إذا تم القيام بها من قبل شخص طبيعي أو معنوي ذي جنسية أجنبية
- أن تبلغ المساهمة الأجنبية باعتبار عملية الامتلاك المعنية عتبة 50 %على الأقل أو تتجاوز بعد ذلك عتبة 66.66%من رأس المال
- أن تكون الشركة المعنية بالعملية أو فروعها ناشطة في قطاع غير محرر عند التكوين، في إطار التشريع المنظم له. حيث تعفى عمليات امتلاك الأجانب لمساهمات متراوحة بين العتبتين المذكورتين بالمطة الثانية من هذا الفصل، من ترخيص اللجنة العليا للاستثمار.

للاستثمار وتنظيمها وطرق سيرها(ملغى)، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ديسمبر 1993

- [325]أمر عدد 3629 لسنة 2014 ،مؤرخ في 18 سبتمبر 2014 ،يتعلق بضبط تركيبة، اللجنة العليا للاستثمار ومشمولاتها وتنظيمها وطرق سيرها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 83 ،14 أكتوبر 2014.

[326]الفصل الثاني من الأمر عدد 3629 لسنة 2014، السالف الذكر. ويشارك وجوبا في أشغال اللجنة الوزير المكلف بالملف المعروض على اللجنة (الوزير المسؤول على القطاع الذي ينتمي إليه الاستثمار)، الفقرة الثانية من الفصل الثاني.

[327] ينص الفصل الأول: "مع مراعاة الصلاحيات المسندة إليها بمقتضى النصوص التشريعية والترتيبية الجاري بها العمل، تتولى اللجنة العليا للاستثمار.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تعقد اللجنة اجتماعاتها في أجل شهر من تاريخ إيداع الملفات بمصالح رئاسة الحكومة من قبل وزارات الإشراف القطاعي أو من قبل البنك المركزي[328]، أو هيئة السوق المالية حسب الحال، ويجب أن تكون الملفات المعروضة مصحوبة بالوثائق اللازمة وبمحضر اللجنة الفنية، ليتم إعلام أصحاب المطالب من قبل وزارات الإشراف القطاعي أو البنك المركزي التونسي، أو هيئة السوق المالية في أجل لا يتعدى 10أيام من تاريخ انعقاد اللجنة، مالم يقضي التشريع الجاري به العمل إجراءات خاصة مغايرة[329].

ثالثا: بـالنسبة للجزائر

على غرار شقيقتيها ونظيرتيها المغرب وتونس، عملت الجزائر على إصلاح المعاملة الإدارية للاستثمار وتحسينها وتطويرها، بجعلها تتماشى ومتطلبات السوق والمنافسة العالمية التي تعتبر أكبر التحديات التي تواجه الاقتصاد الوطني.

ونجد على المستوى المركزي هيئتين أساسيتين تعملان في مجال تشجيع وتحفيز الاستثمار هما: المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

المجلس الوطني للاستثمار: يعد جهاز استراتيجي لدعم و تطوير الاستثمار[330]، أحدث بموجب الباب الرابع المحدد للأجهزة المكلفة بالاستثمار،في فصله الأول من الأمر رقم 01 -03 المتعلق بالاستثمار

---

[328]الفصل الخامس من الأمر عدد 3629، وقد أحدثت اللجان الفنية على مستوى الوزارات والبنك المركزي التونسي، وهيئة السوق المالية، تهتم بدراسة الملفات من الجوانب الفنية والمالية وتقترح الامتيازات وفق التشريع الجاري به العمل، قبل عرض هذه الملفات على اللجنة العليا للاستثمار. أنظر: الفصل السادس، من نفس الأمر .

[329] الفقرة الثانية من الفصل الخامس من الأمر، السالف الذكر .

[330]تنص المادة 18 من الفصل الأول من الباب الرابع على:" ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، مجلس وطني للاستثمار يدعى في صلب النص "المجلس"، ويوضع تخت سلطة رئاسة رئيس الحكومة. ويكلف المجلس بالمسائل المتصلة بإستراتيجية الاستثمارات وبسياسة دعم الاستثمارات، وبالموافقة على الاتفاقيات المنصوص عليها في المادة 12أعلاه، وبصفة عامة بكل المسائل المتصلة بتنفيذ أحكام هذا الأمر."عدلت هذه المادة في إطار الأمر رقم 06-08، حيث دعمت الدور الاستراتيجي للمجلس فيما يخص القرارات الإستراتيجية الخاصة بالاستثمار.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

(المعدل و المتمم)[331]،بالرجوع إلى المـرسوم التنفيذي رقم 06-355 و الذي يحدد صلاحيات هذا المجلس وتشكيله وتنظيمه و طريقة سيره[332]،نجده يتشكل من مجموعة من الوزراء يرأسه رئيس الحكومة و يتولى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات أمانة المجلس[333]، وبهذه الصفة يعمل خاصة على تزويد أشغال المجلس بالمعلومات وبالدراسات الدقيقة ذات الصلة بتطوير الاستثمار، والسهر على إنجاز تقارير دورية لتقييم الوضع المتعلق بالاستثمار[334]، يجتمع المجلس بصفة عادية مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل، كما يمكن استدعاؤه عند الحاجة أو الضرورة للاجتماع بصفة استثنائية بناء على طلب من رئيسه أو بطلب من أحد أعضائه[335]، ويمكنه إصدار قرارات وتوصيات أو إبداء آراء فيما يخص المسائل المتعلق بعملية تشجيع الاستثمار.و تعد مهمة ترقية وتطوير الاستثمارات الهدف الأساسي من إنشاء المجلس الوطني للاستثمار[336]، و على هذا الأساس يضطلع المجلس بالمهام التالية:

- يقترح إستراتيجية تطوير الاستثمار وأولوياته.
- يدرس البرنامج الوطني لترقية الاستثمار الذي يسند إليه ويوافق عليه ويحدد الأهداف في مجال تطوير الاستثمار.
- يقترح موائمة التدابير التحفيزية للاستثمار مع التطورات الملحوظة.
- يدرس كل اقتراح لتأسيس مزايا جديدة وكذا كل تعديل للمزايا الموجودة.

---

[331]مرسوم تنفيذي رقم 06 -355، مؤرخ في 16 رمضان عام 1427 الموافق لـ 9 أكتوبر 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره. جريدة رسمية عدد 64، صادرة في 11 أكتوبر 2006، قبله كان المجلس منظم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-281) الملغى

[332]تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -355، على:" يتشكل المجلس من الأعضاء الآتي ذكرهم: - الوزير المكلف بالجماعات المحلية-الوزير المكلف بالمالية - الوزير المكلف بترقية الاستثمارات- الوزير المكلف بالتجارة- الوزير المكلف بالطاقة والمناجم- الوزير المكلف بالصناعة - الوزير المكلف بالسياحة - الوزير المكلف بالصناعات الخفيفة والمتوسطة -الوزير المكلف بتهيئة الإقليم والبيئة

[333]يوضع المجلس تحت سلطة رئيس الحكومة الذي يتولى رئاسته"، المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المذكور أعلاه

[334]: المادة رقم 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -355 ،السالف الذكر

[335]نص المادة 5 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -355، السالف الذكر

[336]هذه المهام مذكورة على سبيل المثال فقط، للتفصيل في كل المهام المنوطة بالمجلس، راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 355، يتعلق بصلاحيات المجلس وتشكيلته وتنظيمه وسيره4 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

- يدرس مقاييس تحديد المشاريع الاستثمارية التي تكتسي أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني ويوافق عليها [337].

وقد تعزز دور المجلس الوطني للاستثمار منذ سنة 2006، خصوصا بعد التعديل الذي طرأ عليه سنة2009، فبموجب المادة 61 من القانون رقم 09-01، تم تعديل المادة 12 مكرر، بالنص في الفقرة الأولى على:

يمكن ان يقرر المجلس الوطني للاستثمار منح مزايا إضافية طبقا لتشريع المعمول به.

أما الفقرة الثانية تنص على: دون المساس بالقواعد المنافسة يؤهل المجلس الوطني للاستثمار قانونا والموافقة فترة لا تتجاوز خمس سنوات على الإعفاءات او التخفيضات في الحقوق او الضرائب او الرسوم على القيمة المضافة التي تنقل أسعار السلع المنتجة

يتضح من خلال نص الفقرة السابقة[338]، أن المشرع الجزائري أعطى للمجلس الوطني للاستثمار ورقة بيضاء بكامل الصلاحية لسلطة منح التخفيضات والإعفاء من خلال إطار زمني محدد بخمس سنوات[339]، فالقرار الأخير يعود دائما للمجلس الذي يرأسه الوزير الأول باعتباره ممثلا للسلطة التنفيذية، هذا على الرغم من وجود الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، فمن الواضح هيمنة المجلس على صلاحيات الوكالة[340].

---

[337]فيما يتعلق بالامتيازات الجبائية وغيرها، فإن المجلس الوطني للاستثمار هو الذي يحدد المناطق التي تستوجب تنميتها مساهم خاصة من الدولة والتي يمكن أن تستفيد الاستثمارات فيها من النظام الاستثنائي، وذلك انسجاما مع سياسة الدولة في مجال تهيئة الإقليم. مهنان إدريس، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، ص 113.

[338] أمر رقم 09 -01، مؤرخ في 22 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد44، صادرة بتاريخ 26 يوليو سنة 2009 .

[339]كذلك، من بين ما جاء به قانون المالية لسنة 2009 من تعديلات، نذكر نص (المادة 9 مكرر 1 ": (لا يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار أو يساويه من مزايا النظام العام إلا بقرار من المجلس الوطني للاستثمار". لكن المشرع عاد ورفع سقف المبلغ إلى 1500مليون دينار، في إطار قانون المالية لسنة 2014، قانون رقم 08-13، يتضمن قانون المالية لسنة 2014

[340]والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة 2014-2015، ص110- 4 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما أن توسيع الصلاحيات المخولة للمجلس، بهيمنته على أهم القرارات الإستراتيجية والمصيرية للاستثمارات الأجنبية، على اعتبار ترأسه من طرف الوزير الأول، فإنه يخضع في إصدار قراراته لتوجيهات الحكومة ولا يتمتع بأية استقلالية من هذا الجانب وهو الأمر الذي أضعف من دور المجلس في تفعيل الاستثمار الأجنبي[341] ، هذه الصلاحيات الموسعة للمجلس، رأى فيها الخبراء والمحللون للعملية الاستثمارية في الجزائر على أنها تضييقا على المستثمرين خاصة الأجانب منهم[342].

[341]التشريعات المنظمة للإستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي 109رأى فيها الخبراء والمحللون للعملية الاستثمارية في الجزائر على أنها تضييقا على المستثمرين خاصة الأجانب منهم

[342] والي نادية، مرجع سابق، ص 109.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الرابع: الخاتمة

الفصل الأول: النتائج:

تحصل الباحث على النتائج التالية بخصوص طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية والمحلية في ليبيا: لا يختلف اثنان على الدور الهام الذي يلعبه الإستثمار المحلي والأجنبي المباشر في الاقتصاديات النامية في الوقت الراهن باتت من المسلمات، ذلك أن الوضع المتردي ولانحطاط الذي وصلت إليه أغلب الدول النامية ومنها ليبيا واغلب الدول العربي والمغرب العربي، لا يمكن تجاوزه إلا عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر ما دمت ليبيا لا تملك بديلا عن ذلك ورغم تكاليفه واثاره السلبية التي تفرزها تلك الإستثمارات الأجنبية ، لذا وجب على الدولة المضيفة أن تتعامل مع هذا الإستثمار الأجنبي بطريقة رشيدة وفق ما ترده أن تحدث من أثار ايجابية ، وحيت يرى الباحث ان الاستثمارات على وجه الخصوص ليبيا حيث يعتبر منفذ جيد للخروج من قوقعة التخلف ومشاكل المديونية وكذا من أجل تحقيق النمو وتطور وعليه فقد عملت ليبيا بشتى الطرق من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية ولعل بعض المشاكل السياسية في السنوات الأخيرة أصبحت عائق امام الاستثمار المحلي والاجنبي، وكذلك بعض مشاكل التضخم التي تعاني منها ليبيا بفي الاوانه الأخيرة مما يؤثر سلباً على الاستثمارات المحلية والأجنبية، وحيث يرى الباحث إن الاستثمار الأجنبي خاصة المباشرة منه أداة أهم لتمويل المشاريع الوطنية في ليبيا التي تلعب دور كبير في التنمية وانتعاش الاقتصاد الليبي، ورغم التحفيزات وضمانات الممنوحة في مجال الإستثمار الليبي إلا أن هناك بعض المشاكل ما زالت عالقة نتيجة التناقضات التي أفرزتها مختلف القوانين المتعلقة بالإستثمار ، وكما يرى الباحث ان الإستثمارات الأجنبية تتيح نقل التكنولوجيا وكذا طرق عمل وتسير وادارة جديدة وفعالة، ويرى الباحث ان دخول الشركات الأجنبية في ليبيا يشجع المنافسة المحلية ويرفع من الإنتاجية ويخفض من أسعار السلع والخدمات، أن السياسة المالية المخصصة من قبل الدولة الليبية تعمل على خلق جو مناسب للمستثمر الأجنبي من خلال ترشيد الإنفاقالعام بتهيئة البني التحتية وتجهيزها لاستقبال الاستثمار، وكذا بإستخدام أداة الضريبية يمكن للدولة الليبية إغراء المستثمر الأجنبي لما يجعله ينجذب نحو الاستثمار فيها، حيث يرى الباحث أن استثمار رؤوس الأموال الأجنبية لا يمثل حلا للمشكلات الاقتصادية في كل الأوقات، بل هناك معيار تقاس به جدوى الاستثمار الأجنبي المباشر و هذا المعيار ليس حجم الاستثمارات الأجنبية الوافدة إلى

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اليبيا، إنما المعيار الصحيح هو نوعية المشروعات الاستثمارية وأهميتها في الاقتصاد الوطني، إذ بمساعدتها يتمكن البلد المضيف من تحقيق خططه التنموية وتأهيل مؤسساته الوطنية لتسيير هذه المشروعات الاستثمارية بعد رحيل المستثمر الأجنبي طوعا أوكرها

تحصل الباحث على النتائج التالية بخصوص فض النزاعات بين المستثمر والدولة في حالة تعثر العقد في ضوء القانون الليبي واتفاقية تشجيع الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي: شكلت النصوص القانونية المحفزة للاستثمار المحلي والأجنبي المباشر، مرجعية أساسية ومحركا قويا للمبادرات الإصلاحية العميقة والشاملة التي باشرتها ليبيا والدول المغاربية الثلاث محل الدراسة، الرامية إلى محاربة البيروقراطية الإدارية وتحفيز الاستثمار بشقيه المحلي والأجنبي، كما هدفت السياسة الاقتصادية في هذه الدول إلى خلق ظروف مواتية لتنمية وطنية شاملة وسريعة، ويرى الباحث انها ترتكز أساسا على الاستثمار الأجنبي كمحرك لا بديل عنه، وهو ما تأكد من سخاء الإعفاءات والمحفزات الممنوحة لهذه الاستثمارات، وحيث يرى الباحث انها لابد من الضروري للمستثمر الأجنبي قبل أن يلجأ إلى الوسائل الدولية لفض منازعات الاستثمار التي قد تنشا بينه وبين الدولة المضيّفة، أن يلجأ إلى القضاء الوطني لهذه الدولة، باعتباره الطريق الواجب الإتباع كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، ذلك أن هذا القضاء يعد صاحب الاختصاص الأصيل بنظر منازعات الاستثمار ومن ثم يجب أن تستقر به ثقة المستثمرين الأجانب وفي شخص الدولة ككل، كما يجب أن تتأسس العلاقات التعاقدية بين المستثمرين الأجانب والدولة المستقطبة على أساس الثقة المتبادلة وحسن النية، كما يرى الباحث لابد من اقناع المستثمر الأجنبي أن قضاء الدولة هو الأكثر تفهما وموضوعية في نظر النزاعات التي قد تنشب بين أطراف العلاقة القانونية عقد الاستثمار، ويرى الباحث أيضا ان والحقيقة أن اللجوء إلى القضاء الدولى، والمتمثل فى محكمة العدل الدولية، ومحكمة التحكيم الدائمة، لا تخلو من العراقيل والصعوبات القانونية، فيتعذر-على سبيل المثال - للمستثمر اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، إلا إذا قامت دولته، وذلك إذا وضعنا فى الاعتبار أن الحماية الدبلوماسية بقبول حمايته دبلوماسي حق للدول، وأخيرا يوصي الباحث لابد من أن تهتم كل

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

دولة تعمل على تشجيع للاستثمار ونقصد بالتحديد الدول النامية بصورة عامة و ليبيا ودول المغرب العربي بصورة خاصة، بإصلاح جهازها القضائي على نحو كفيل بترجمة هذا التصور.

تحصل الباحث على النتائج التالية بخصوص مقارنة فاعلية تشجيع الاستثمار بين القانون الليبي ودول اتحاد المغرب العربي: وفي هذا الإطار سعت ليبيا ودول المغرب العربي، إلى إتخاذ تدابير وكذالك رسم خطط مستقبلية لتشجيع الاستثمار والتنافس في هذذا المجال، وكذلك للحد من الإعتماد على قطاع النفظ والمحروقات والاتجاه نحو تنمية مستدامة باستغلال قطاعات أخرى تكون ذات قيمة للاقتصاد الوطني، وعليه فقد عملت ليبيا وكذلك دول الجوار بشتي الطرق من أجل جذب وتشجيع الإستثمارات الأجنبية بدأ من فترة التسعينات من القرن الماضي بإصدار قوانين ومراسيم تشريعية تهيأ لأرضية استثمارية جيدة للمستثمرين بتقديم مجموعة من التحفيزات الضريبية وكذا التخفيضات والإعفاءات، وحيت يضيف الباحث إلى ذلك إعداد سياسة إنفاقية جيدة خاصة المتعلقة بالبنى التحتية، هذا مع تأطير مجموع هذه الإجراءات من قبل مؤسسات متخصصة في الإستثمار كالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، ولكن هذا ينطبق على دول المغرب العربي لانه يوجد استقرار وتنمية وجدية في تشجيع الاستثمار، لانه ليبيا في السنوات الأخيرة تعاني من انقسامات سياسية وعدم استقرار، الامر الذي لا يشجع المستثمرين الأجانب في الاستثمار داخل الأراضي الليبية، وعلى الرغم من توافر كل مقومات عملية الاستثمار داخل ليبيا ولكن امر الانقسام السياسي حال دون ذلك، ومن المعلوم أن مقدار النجاح الذي تحققه الدولة المضيفة للاستثمارات االجنبية يعتمد اعتمادا مباشرا على قدرة الدولة على تطوير قدراتها المحلية في اجتذاب االستثمارات االجنبية اضافة الى جني ثمار التنمية التي تحققها هذه االخيرة، والواقع العملي قد أظهر أن الدول المغر العربي االكثر نجاحا من ليبيا، في تعزيز القدرة التنافسية في اجتذاب االستثمارات االجنبية والتحكم فيها قد لجأت الى اتباع نهج ثنائي يرتكز على تنمية القدرات المحلية مع استهداف الموارد واالصول االجنبية في الوقت عينه، وحيث يرى الباحث أيضا على الدولة المضيفة(ليبيا، تونس، الجزائر، المغرب)، توفير المناخ الملائم لإدارة الخلاف والإق ارر بالإخلالات الصادرة عنها، فضلا عن ضرورة إبداء

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

استعدادها للتسوية الودية في عملية تشجيع الاستثمار، وحتى يتسنى ذلك لابد من أن تهتم كل دولة تعمل على تشجيع للاستثمار ونقصد بالتحديد الدول النامية بصورة عامة ودول المغرب العربي بصورة خاصة، بإصلاح جهازها القضائي على نحو كفيل بترجمة هذا التصور.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة من النتيجة

أما الآثار المترتبة من النتيجة المتحصل عليها الباحث في هذه الأطروحة وهي أنها مكملة لنظرية، وهذه النظرية إلى العالمين الاقتصاديين " **باري**" و " **دننج**"، الذي اقترح إن هذه النظرية تهتم بالمتغيرات البيئية في الدول المضيفة التي ترتبط بالعرض والطلب في عملية الاستثمار، وحيث يضيف الباحث السلبية المحتملة للاستثمار الاجنبي المباشر التي لم يتكلم عليها صاحب النظرية مثل، خلق تبعيه اقتصاديه والتدخل السياسي للمستثمر ، وقد حاول الباحث من خلال النظرية إعطاء بعدا جديدا في دراسة موضوع الاستثمارات وفاعليتا المباشر في ليبيا ودول المغرب العربي، وطرح جوانب من القضايا والمسائل القانونية التي تثيرها مسألة تشجيع واستقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشر في دول المغرب العربي (ليبيا، الجزائر، تونس والمغرب)، فإنه لم يتمكن من استيعاب بالقدر الكافي كل المسائل القانونية ومدى فعاليتها في تحديد حجم الاستثمارات الأجنبية المستقطبة في كل دولة على حدا، نتيجة لكثرة التعديلات التي عرفتها تشريعات الاستثمار، سواء من خلال قوانين المالية المتعاقبة، أو من خلال التعديلات المباشرة لقوانين الاستثمار، حيث يتم التحضير حاليا ونحن ننهى هذا البحث، لتعديل وتنقيح قريب لمجلة تشجيع الاستثمارات في تونس، كذلك تعديل جديد لقانون الاستثمار في الجزائر، هذا التعديل المنتظر، الذي يقيل عنه أنه يحمل المزيد من المزايا والتحفيزات.

الفصل الثالث: التوصيات

1. لابد من دعم مبادرات ومشاريع الشراكة الثنائية ومتعددة الأطراف بين الدول المغاربية وليبيا على النحو الذي يخلق التكامل التنموي والقطاعي ويخلق الثروة ويساهم في تحقيق التنمية المستدامة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. لابد من تطوير البنية التحتية التي تعتبر من أهم المتطلبات لجذب الاستثمار الأجنبي المباشر، وحيث تعاني ليبيا وبعض الدول المغرب العربي، من انخفاض مستويات خدمات الطرق والموانئ والمطارات والاتصالات السلكية واللاسلكية، إضافة إلى مشاكل في امدادات الطاقة والمياه.
3. العمل على توفير الاستقرار السياسي والأمني بما يكفل التدرج الطبيعي والتطور المستمر نحو خلق مناخ اقتصادي واستثماري يخضع في مراحل تبلوره إلى مبادئ وأسس الحكم الراشد، مما يضمن تدفق المزيد من الاستثمارات الأجنبية المباشرة
4. توسيع نطاق الإعتماد على الاستثمار الاجنبي المباشر في تحقيق البرامج والخطط الحكومية المرسومة لدى ليبيا ودول المغارب العربي، بإدراجه في جملة الوسائل المعتمدة خصوصا في حالة الاقتصاد الجزائري الموجه تقريبا كليا بالجهود الحكومية.
5. الأخذ بعين الاعتبار مبادئ وأسس التنمية المستدامة عند المفاضلة بين المشاريع الاستثمارية الأجنبية المتدفقة إلى الاقتصاديات ليبيا ودول المغاربية، مما يكرس المزيد من التوجه نحو تحقيق التنمية المستدامة بالاعتماد على الاستثمار الاجنبي المباشر.
6. التركيز على توجيه الاستثمارات الواردة إلى القطاعات الإستراتيجية كالزراعة والصحة بما لها من إثر في تحقيق الأمن الغذائي، تقليص فاتورة الغذاء، تقليص التبعية للأسواق العالمية ودفع التنمية البشرية.
7. على ليبيا والدول الثلاث الأخرى العمل على توسيع نطاق الاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمار، خاصة مع الدول التي تعد مصادر مؤكدة لتصدير رؤوس الأموال إلى هذه الدول والتركيز في هذا الإطار على جوانب وقطاعات محددة في مجالات الاستثمار كالتصنيع بالدرجة الأولى.
8. يجب على الدول الليبية والدول الثلاث، أن تركز جهودها على إزالة العوائق والعراقيل التي تحد من اجتذاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة إليها، بدلا من التسابق والتنافس على منح المزيد من الحوافز والمزايا والتسهيلات، خاصة الجنائية منها، التي تؤثر سلبا على بعض النشاطات الاقتصادية المحلية القائمة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

9. في المجال التشريعي: عليها محاولة إيجاد نوع من الاستقرار التشريعي في مجال الاستثمار، وفي هذا الإطار، لا بد من أخذ بعين الاعتبار آراء المختصين وتجارب بعض الدول المماثلة لوضع هذه الدول الاقتصادي، حتى تتمكن من الوصول لنوع من الثبات التشريعي وكسب ثقة المستثمرين الأجانب، هذا دون الإسراف في التسهيلات والمزايا، أو المبالغة في الشروط والقيود التي تؤثر بشكل كبير على تقدير المستثمرين للمناخ الاستثمار في أي دولة.
10. العمل على تطوير الاستثمارات البينية المغاربية والليبية، من خلال ضرورة تسريع إنشاء وعمل السوق العربية المشتركة للإستفادة من مزايا السوق الكبيرة وكذا تطوير مناخ استثماري مغاربي بمعايير وضوابط موحدة تقريب وتطلعات المستثمرين المحليين للتوطن داخل الاقتصاديات المغاربية.

إن إنهاء الباحث للدراسة عند هذا الحد لا يعني أبدا نهاية البحث وتتّمة الموضوع بل بالعكس هو انطلاقة جديدة ودافع قوي لدراسات مستقبلية أكثر عمقا ونفعا وخاصة وأن هنـاك العديد من النقاط المشار إليها في الاطروحة قد تستدعي تعمقّـا أكثر وتفصيلا أكبـر، نتمنى أن تكون مواضيع لبحوث مستقبلية بعون الله تعالى.

وفي نهاية الخاتمة لا أملك إلا أن أقول إنني اجتهدت في إخراج هذا البحث، الذي يتناول موضوعا من أهم الموضوعات المعاصرة، وبذلت وسعي في بحث مسائله، والعمل على تأصيلها، بحسب قدرتي وإمكاناتي المتواضعة، ولا أدعي له الكمال، فما هو إلا جهد بشري، وصاحبه أحوج الناس إلى التوجيه والإرشاد إلى الحق، والدلالة إلى الصواب، فإن كنت قد أصبت فبفضل من الله وحده، له الحمد وله الشكر، وإن كنت قد أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، أعاذنا الله تعالى منه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المصادر والمراجع

المراجع العربية

إبراهيم، أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفرومو في إطار مركز حقوق عين شمس لتحكيم.

الوفاء(أبو)، احمد، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة لنعارف، الإسكندرية، 1988.

الفتوح(أبو)، أحمد سمير ، ***دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار*** (مصر: دار النش المنكب العربي للمعارف، الطبعة الخامسة، سنة 2005.

سلامة أحمد عبد الكريم ، *الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية*، (القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999م.

أحمد عبد الكريم سلامة، ***قانون العقد الدولي***، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية، الطبعة الثانيية، سنة 2001، ص 92).

أحمد عبد الله المراغي، الاستثمار في القانون الخاص دار الفكر الجامعي، (مصر: دار النشر دار الكتاب الإسكندرية، بدون طبعة، ص 118).

أحمد عبد الله المراغي، ***الاستثمار في القانون الخاص دار الفكر الجامعي***، (مصر: دار النشر دار الكتاب الإسكندرية، بدون طبعة.

أزار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013.

اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا، (رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، سن 2006.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اقلوي محمد، نظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار التجربة الجزائرية نموذجا، (رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2006.

أمين شريط، ***حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية***، (الجزائر: دار النشر الشركة الوطنية للنشر والتوزيع بدون طبعة.

بر الله أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع والطموح، دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2001.

بشار محمد الأسعد، ***عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة***، (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 50).

بن بريكه عبد الوهاب، حبه نجوى، ***دور الأجهزة الحكومية في دعم الاستثمارات المحلية وتقليص حجم البطالة***، (الجزائر: جامعة المسيلة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2009م).

البو كيلي حسن، التدبير العمومي للاستثمار بالمغرب من المركزية إلى اللاتمركز، (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2007/2006.

بيير أونسيل، مداخلة بعنوان- قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي، (في ندوة التحكيم التجاري الداخلي والدولي، من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب، المملكة المغربية، المجلس الأعلى، 3-4 مارس 2004، ص 136).

جابر فهمي عمران، ***الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية***، (مصر: دار النشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2009.

جلال وفاء محمدين، ***التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار*** (مصر: بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سنة 2005.
جمال الدين ابن منظور الأنصاري، ***لسان العرب***، (بيروت: دار صادر للنشر، الطبعة الثالثة، الجزء4، سنة 2010.
جميل صليبا، *أساليب البحث العلمي*، (بيروت: منشورات عويدات، الطبعة الثانية، 1987م.
جورج حزبون واخرون، التكليف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي في العلاقات، (مجلة الحقوق، المجلد الثاني العدد 1، جامعة البحرين، سنة 2006.
جون مينارد كينز، *النظرية العامة في الاقتصاد*، ترجمة نهاد رضا، (بيروت: دار مكتبة الحياة، الطبعة الأولى، 1939م.
جيل بارتان، ***الاستثمار الدولي،"سلسلة زدني علما"***، (لبنان: ترجمة علي مقلد، منشورات عويدات، بيروت، باريس، الطبعة الأولى، سنة 1970.
حاتم فارس الطعان، "الاستثمار أهدافه ودوافعه"، مقال منشور على موقع في تاريخ: 2009/04/15. www.jias.net
حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دارسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، القاهرة، الطبعة الثانية، جامعة عين شمس، رسالة دكتواره
حسان نوفل، ***التحكيم في منازعات عقود الاستثمار***، (الجزائر: دار هومة للنشر الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005.
حسن خليل، دور رؤوس الأموال في تنمية الاقتصاديات المتخلفة (رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة مصر، دراسة خاصة بإقليم مصر، سنة 1960.
حسني بني هاني، ***حوافز الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي: مفهومها، أنواعها، أهميتها***، (الأردن: دار الكندي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004م
حسين علي خريوش، عبد المعطي رضا رشيد، *الاستثمار والتمويل بين النظرية والتطبيق*، (الأردن: الشركة الدولية للتجهيزات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والخدمات الهندسية والمكتبية، الطبعة الأولى، 1996م.
حسين عمر، *مبادئ علم الاقتصاد المشكلة الاقتصادية والسلوك الرشيد*، (مصر: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991م.
حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي القاهرة، سنة 2001.
حمادة عبد الرزاق حمادة، ***عقود البوت Bot***، (مصر: دار النشر، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة2013.
حمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، (مصر: دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، سنة 2002.
حمدي باشا عمر، ***القضاء المدني***، (الجزائر: دار النشر دار هومه الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003.
حيدره صوفيان واخرون، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، (مذكرة لنيل شهادة الماستر في فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان مرة، بجابة، سنة 2013.
خباش دليلة واخرون، شروط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثما ارت الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
خليفة لخميسي، الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التنمية الاقتصادية حالة المحروقات في الجزائر، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر،2002.
خير قدور، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح والواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الج ازئر، 2003.
زغيب شهرزاد، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ودول المغرب

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العربي واقع وآفاق، (مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 8، سبتمبر 2005، ص71).

سالكي سعاد، ***"دور السياسة المالية في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر دراسة بعض دول المغرب العربي"***، (رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر: جامعة أبي بكر بلقا، 2013م.

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

سنوسي بن عومر، ***"فعالية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، تقييم تجربة الشراكة قطاع عام-خاص"***، (رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، الجزائر: جامعة أبي بكر بلقا، 2013م.

شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، سنة 2009.

صالح الخصاونة، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن-الاستثمار والعقود التجارية الدولية (أواري مقدمة في مؤتمر قانوني بتاريخ 1 /15/06و14-دارسات قانونية).

صفوت أحمد الحفيظ، ***دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص***، (مصر: دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2005م)

صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، ***دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص***، (مصر: بدون دار نشر، الطبعة الأولى، سنة 2000.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، (رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1993.

عارف دليلة، *تاريخ الأفكار الاقتصادية*، (سوريا: مديرية الكتب والمطبوعات، الطبعة الأولى، 1977م.

عاطف إبراهيم محمد، ***ضمانات الاستثمار في البلاد العربية***، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1998.

عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، ***المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان القانون الداخلي***، (السودان دار النشر دار الكتاب الخرطوم، الطبعة الثانية، سنة 1990.

عبد الحميد الأحدب، آفاق وضمانات االستثمارات العربية الأوروبية، مركز الدراسات العربي الأوروبي، ط1، 2001

عبد الخالق الدحماني، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية"، (مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، سنة2013.

عبد الرحمن بن عبد الله الواصل، *البحث العلمي ومناهجه*، (السعودية: دار النفيس، الطبعة الثانية،1999م.

عبد السلام أبو قحف، ***اقتصاديات الاستثمار الدولي***، (مصر: المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة، سنة 1991، ص 21).

عبد الفتاح مراد، ***التعليق على قانون الاستثمار ولائحته التنفيذية***، (مصر: دار الفرات، الطبعة الأولى، 2017م).

عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011.

عصام أحمد البهجي، ***الطبيعة القانونية للعقود***، الطبعة الأولى، (دار الفكر الجامعي، سنة 2015.

عقيلة عز الدين محمد طه، *أثر الاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا عن*

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التنمية الاقتصادية في مصر، (رسالة دكتوراه، القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1990م.

علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم ***في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم*** (مصر: بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008.

علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية وخاصة في الدول النامية (مصر جامعة القاهرة، رسالة دكتوراة في الحقوق، سنة 1998، ص66).

علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر،1998.

علي ضوى، *منهجية البحث القانوني*، (ليبيا: منشورات مجمع الفاتح للجامعات، 1989م.

عليوش قربوع كمال، ***قانون الاستثمارات في الجزائر***، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999م).

عليوش كربوع كمال، ***التحكيم الدولي في الجزائر***، (الجزائر: دار النشر دار ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2001،

عليوش كربوع كمال، ***القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)*** الجزء الأول (الجزائر: دار النشر دار هومه الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2007.

عمر سخري، *التحليل الاقتصادي الكلي*، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م.

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

عمراني مراد، الاتفاقية ***"المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية"*** ، (رسالة ماجستير، عنابة الجزائر: كلية الحقوق جامعة باجي مختار،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2007م.
عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، (جامعة أسيوط، رسالة ماجستير، مصر، 1992.
عيبوط محند وعلي عن أريه حول شروط الثبات التشريعي، إذ قال أنها تمتاز بعدم الفعالية، ذلك لأنه لا يمكن تصور عدم إج ارء تعديلات تشريعية في العقود الطويلة المدة، مما قد يلحق الدولة المضيفة بأضرار و خسائر ضخمة، فالظروف الاقتصادية لا تتميز بالاستقرار، وإنما تتغير بتغير سياستها الاقتصادية، فالعقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار تعرف تطو ار دائما، و يقترح الدكتور أنه بدل الاعتماد على هذه الشروط يمكن الاعتماد على قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
غداة الاستقلال اتخذت الجزائر موقفا معاديا لنظام التحكيم التجاري الدولي، باعتبارها دولة مستقلة حديثا وتريد ممارسة سيادتها الوطنية بكل أشكالها وأطيافها، فصدر بهذا الخصوص قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الذي ينص في مادته 244 الفقرة ثالثة على: " لا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم." (أمر رقم 66 -145، مؤرخ في 8 جوان 1966، معدل ومتمم، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية، عدد 47).
فتح الله ولعلو، *الاقتصاد السياسي "مدخل للدراسات الاقتصادية"*، (بيروت: دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1981م.
فتحية قرقوس، ***النظام الجبائي والاستثمار***، (رسالة ماجستير، الجزائر: جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2001م.
فؤاد حجري، ***قانون الاستثمارات***، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الطبعة الأولى، 2006م.
فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي (رسالة ماجستير-حقوق، جامعة أسيوط مصر، سنة 2007.
قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، (رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2012، ص 335).
قبايلي الطيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل 115 درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
قبايلى طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، (رسالة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 113).
كارل ماركس، *رأس المال*، ترجمة د / راشد البراري، (القاهرة: المطبعة الفنية الحديثة، الطبعة الأولى، 1969م.
الكردي جمال محمود، ***القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم***، (مصر: دار النشر دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة الأولى، سنة 2005، ص 9).
لما احمد كوجان، ***التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنب***، (لبنان: دار النشر دار منشورات زين الحقوقية – بيروت، سن2008 – ص95 ومابعدها).
مانع جمال عبد الناصر، ***اتحاد المغرب العربي دراسة قانونية سياسية***، (الجزائر: دار النشر دار العلوم للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى الجزائر، 2005.
محسن أفكرين، ***القانون الدولي العام***، (مصر: دار النشر دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2005.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محسن الخضيري، أمن الاستثمار ***"رؤية علمية منهجية شاملة للمنظومة الأمنية لحماية الدولة، ومشاريع الاستثمار، والمستثمرين من الجريمة والإرهاب في عصر العولمة"***، (مصر: دار إيتراك للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009م).

محسن شفيق، المشروعات ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، (مصر: مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، دار النهضة العربية، سنة 1977.

محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

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

محمد الصغير بعلي، ***العقود الإدارية***، (الجزائر: دار النشر دار العلوم عنابة، بدون طبعة، سنة 2005.

محمد بلقاسم حسن بهلول، *الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي*، (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الأولى، 1990م.

محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1977.

محمد عبد المجيد إسماعيل، ***العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة*** (لبنان: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، لبنان، سنة 2005.

محمد غانم، ***الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي والتشريعات واتفاقيات الاستثمار*** (امصر: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2005.

محمد فواز المطالقة، ***الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية*** (أركانها-إثباتها-حمايتها-التوقيع الالكتروني- القانون الواجب التطبيق)، (الأردن: دار النشر دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

محمودي مسعود، ***أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية***، (الجزائر، دار

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

النشر ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، بدون طبعة، سنة 2002.
مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، (لبنان: دار النشر منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2010.
مرتضى حسين إبراهيم السعدي، ***النظام القانون لشركات الاستثمار المالي،*** (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011م.
مصطفى خالد مصطفى النظامي، ***الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة: دراسة مقارنة،*** (الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002م.
منصوري الزين، ***آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل الترقية الاقتصادية،*** (رسالة دكتوراة، الجزائر: جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية، دون سنة نشر.
منى محمود إدبلي، سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في الاستثمارات في الدول النامية، (مصر: جامعة القاهرة، رسالة دكتوراة في القانون سنة 2006.
المؤتمر السنوي الحادي والعشرين حول "الطاقة بين القانون والاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة الإماء ارت العربية المتحدة، 20 و21 ماي 2013.
نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية فى القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1983.
النوحى جواد، ***مقاربة سياسية للاستثمارات الأجنبية في المغرب*** (المغرب: دار النشر دار منشورات عكاظ، الدار البيضاء، ديسمبر، الطبعة 2، سنة 2009، ص 161).
هشام خالد – ***خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار العربي*** (مصر: دار النشر دار مؤسسة الشباب الجامعة – الاسكندرية – 1988.
هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
هشام خالد، ***عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية***

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المنازعات التي قد تثور بشأنه، (مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة 2000.

هشام علي صادق، ***الحماية الدولية للمال الأجنبي، (***مصر: دار النشر دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر،2002.

هشام علي صادق، ***القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، (***مصر، سنة ،2000.

هند عبد العزيز ربيعة، *منهج البحث الوصفي الوثائقي،* (السعودية: جامعة محمد بن سعود الإسلامية، قسم إدارة وتخطيط تربوي، 1443ه، 18، بتصرف.

هوشيار معروف، ***الاستثمارات والأسواق المالية*** (الأردن: دار صفاء، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2009.

والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة 2014-2015.

المراجع الأجنبية

KHALDI Moukite , LE Régime Juridique Des investissements Etrangers Au MAROC Publication de l’institut universitaire de la recherche scientifique, Rabat 2006, P 189

Noureddine, L’arbitrage commercial international en Algérie, O. P.U, Alger, 1999, p 11 et 15.

Zamia Haqqani et Philippe Saunier et Béatrice Magaza: Droit International Economique. Ellipses: p 64

Madjid ben chikh: Droit International Du Sous-

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

développement, Berger Levreuilt et office des publications universitaire,Alger,p133

الملاحق

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id