الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة.

كلية الحقوق والعلـــــوم السياسية.

مذكـــــرة

بحث ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر في تخصص

القانون الاقتصادي

تحت عنوان:

الضمانات القانـــونية للإستثمار الأجنبي في الجزائـــــر

من إعداد الطالب:

-بن ويس ميلود

أعضاء لجنة المناقشة:

الدكتور:.الحاج علي بدر الدين..... بصفتـه رئيســـــا

الدكتور: خنفوسي عبدالعزيز ..... بصفته مشرف ومقررا

الدكتور: مرزوق محمـــد..... بصفته عضوا مناقشا

السنة الجامعية :2018/2017

شكر و تقدير

أولا و قبل كل شيء أحمد الله و أشكر فضله على توفيقه و عونه في انجاز هذا العمل.

كماأتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل المشرف : **خنفوسي عبد العزيز** الذي زوّدني بالنصح و الإرشاد ، و الله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه.

كما نوجه الشكر إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا الموضوع خاصة أساتذة كلية الحقوق

وإلى الأصدقاء الذين ساعدوني في إتمام هذا الموضوع .***وما توفيقي إلا بالله***

إهـــــداء

إلى الذين قال فيهما المولى عز و جل: *و بالوالدين إحسانا*

إلى التي ربتني في كنفها و لم تفارقني ابتسامتها و لم تبخل علي بالدعـــاء و النصح،

'والدتي المرحومة'

إلى العزيز الغالي أبي.

إلى أعز ما أملك أفراد عائلتي و إخوتي.

إلى البراعم الصغار أبناء أخي و أختي.

إلى كل ما رافقني في حياتي التعليمية خاصة:عبد المؤمن – مصطفى– مراد– عيسى – محمد– عكاشة.

إلى كل من أعانني و آزرني في شدتي.

إلى كل من هم في ذاكرتي و لم تسع مذكرتي لذكرهم.

إلى كل هؤلاء، أهدي ثمرة عملي و جهدي المتواضع.

ميلـــود

مقدمة

تتسم البيئة الدولية الراهنة باحتدام التنافس على رؤوس الأموال الأجنبية بين مختلف الدول المتقدمة والدول النامية على حد سواء، وذلك نتيجة للدور الهام الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في توفير التمويل المطلوب لإقامة المشاريع الإنتاجية ونقل التكنولوجيا المتطورة ورفع مستويات المداخيل والمعيشة وخلق المزيد من فرص العمل وتعزيز قدرات الإنتاج وتحسين المهارات والخبرات في مجال التسيير الأحسن وتحقيق مميزات تنافسية في مجال التصدير والتسويق.

وإذا كان من المسلم به أن كل دولة من دول العالم تسعي جاهدةإلى إحداث طفرة نوعية نحو بلوغ التنمية على جميع الأصعدة . ولبلوغ ذلك الهدف فكان لابد من تحقيق عدة عوامل وتضافرها, وتأتي في مقدمة تلك العوامل الخبرة العلمية والفنية أو التكنولوجيا الحديثة , بالإضافة إلى رأس المال الذي يعتبر شريان التنمية الاقتصادية في العصر الحديث.

ونظرا لانقسام المجتمع الدولي من الناحية الاقتصادية إلى دول متقدمة مالكة لرأس المال والخبرة والتكنولوجيا في مختلف المجالات , وبلدان نامية محتاجة لرأس المال وفاقدة للخبرة العلمية والفنية, ولهذا اقتنعت معظم الدول بأن تحقيق التنمية تمر حتما عبر التعاون الدولي في إطار انضمام اقتصادي عالمي جديد. ومن هنا ساد التنافس بين الدول المتقدمة من أجل إيجاد أسواق تستثمر فيها رؤوس الأموال الفائضة لديها . كما ساد التنافس أيضا فيما بين البلدان النامية من أجل توفير أحسن الظروف لجلب الأموال الأجنبية . ونتيجة لهذا الصراع كانت الاستثمارات الأجنبية دائما مسألة حساسية في الاقتصاد الدولي وتحل خلاف بين البلدان المصنعة والبلدان المصنعة والبلدان النامية بسبب الاختلاف في الأهداف والمصالح بينها .

فإذا كانت البلدان المتقدمة تسعى إلى تحقيق مزيد من الأرباح فإن البلدان النامية تحاول الحفاظ على سيادتها الاقتصادية وتنظيم وتوجيه الاستثمارات الأجنبية لتحقيق أهدافها التنموية.

وأمام تضارب مصالح أطراف العملية الاستثمارية وخضوعها لأنظمة قانونية مختلفة أحدهما دولة تشتغل باعتبارها صاحبة السيادة، وتتمتع بامتيازات السلطة العامة، والأخر وهو المستثمر الأجنبي الذي يسعى إلى حماية حقوقه وتحاول دائما تحقيق أكبر قدر ممكن من الثبات والاستقرار الذي يسمح له بالنشاط في أحسن الظروف.

ولما كان التوفيق بين المصالح المتعارضة لا يتحقق دون إرساء قواعد قانونية دولية تقر بمعاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبادئ دولية لايمكن التنازل عنها، لما تشمله من ضمانات كافية وفعالة ترسخ في نفسية

المستثمر الأجنبي نوعا من الثقة والاطمئنان وتؤكد على تكريس واحترام المبادئ المستقرة في القانون الدولي للاستثمار .

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

فلخدمة مصالح الطرفين يجب التوفيق بين ضرورة خضوع الاستثمارات الأجنبية لتشريعات الداخلية وحتمية توفير الحماية القانونية اللازمة من خلال احترام المبادئ والقواعد المترسخة في القانون الدولي في مجال الاستثمار .

لهذا تسعى الدول المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من أجل جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وذلك من خلال إصدار تشريعات داخلية تمنح الاستثمارات الأجنبية المزيد من الضمانات وقدر كافي من الحماية القانونية ضد كل المخاطر وخاصة المخاطر الغير تجارية.

ولا شك أن وجود قدر كافي من الحماية لرأس المال الأجنبي ووجود طريقة ملائمة لتسوية المنازعات والتعويض عن الأضرار . يشكل أحد العوامل الجوهرية في خلق مناخ جيد لنجاح الاستثمارات الدولية.

ولهذا نجد أن الجزائر وفي سياق الإصلاحات الاقتصادية قامت بخطوات ملموسة في مجال توفير متطلبات البيئة الجاذبة للاستثمار، وذلك من خلال سن ترسانة من النصوص القانونية التي تتضمن عدة ضمانات وحوافز ترمي إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي وإعادة تنظيمه وفق التطورات الحاصلة على مستوى الساحة الدولية في مجال تدفق رؤوس الأموال الأجنبية ونقل أحدث المنجزات التكنولوجية للدول المضيفة والمهارات التنظيمية المصاحبة لها ، وبرامج التشغيل وطرق الادارة الحديثة .

وكانت بداية الإصلاحات في مجال الاستثمار الحقيقي والمؤطر، وذلك بعد تعديل الدستور عام 1989، فكانت الأولوية هو التأسيس لمنظومة قانونية وطنية تستمد مرجعتيها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بضمان الاستمرار، وتقديم المزيد من الحماية القانونية للرأسمال الأجنبي، وفي مقدمة الضمانات التي سعت السلطات العمومية إلى توفيرها للمستثمر ين ومنها سن قانون النقد والقرض رقم: 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990، كما أصدر المجلس الأعلى للدولة المرسوم التشريعي 93/12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار

الذي جاء من أجل تحقيق جملة من الأهداف من بينها إرساء قواعد السوق وتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر، كما تضمن هذا المرسوم التشريعي العديد من المحفزات والضمانات للمستثمر ترقى إلى المعاير الدولية.

كما سارع المشرع الجزائري إلى إيجاد نظام قانوني جديد للاستثمار يتمثل في الأمر رقم 01-03 المؤرخ في20أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار والمعدل والمتمم بالأمر 06-08 المؤرخ في 15يونيو 2006 الذي وسع من مفهوم الاستثمار يشمل طلبات اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة.

وفي مارس 2016 أعترف المشرع الجزائري بحرية الاستثمار بمقتضى المادة 43 وهو ما أعتبر بمثابة الدافع القوي للسلطات العمومية لمراجعة المنظومة القانونية المتعلقة بالاستثمار ولمناخه العام ، فكانت النتيجة أن تم اصدر القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار وقد خص المشرع الجزائري في الفصل الرابع من هذا القانون موضوع الضمانات الممنوحة للاستثمارات الوطنية والأجنبية منها ما تعلق بالضمانات الموضوعية ومنها ما تعلق بالضمانات الإجرائية ومن أهم هذه الضمانات، ضمان المعاملة العادلة والمنصفة وضمان التدعيم التشريعي، وضمان التعويض العادل والمنصف ، وضمان تحويل رؤوس الأموال و العائدات الناجمة عنه، إضافة إلى تكريس التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات غير أن هذه الضمانات و الحماية القانونية الموجودة في التشريع الجزائري،أحيانا لا يطمئن لها المستثمر الأجنبي ، حيث أن الواقع العملي قد يثير في بعض الأحيان منازعات بين المستثمر الأجنبي و الدولة التي يقيم فيها المستثمر الأجنبي نشاطه الاستثماري و خاصة فيما يتعلق بتفسير و تحديد مضمون حقوق و التزامات أي من الأطراف واتجاه الطرف الأخر بدقة، فالمشكلة الأساسية التي تشغل بال المستثمر هو إيجاد وسائل فعالة و بديلة في نفس الوقت إضافة إلى وجود جهات قانونية محايدة يمكنه اللجوء إليها لحسم ما قد يثور من منازعات بينه وبين الدولة المستقطبة للاستثمار، ومن أهم الوسائل الفعالة لحسم النزاع هي التسوية الودية، حيث تعتبر هذه الأخيرة برهانا على نية الطرفين من أجل فض نزاعهما بالتراضي بعيدا عن الطرق القضائية التي تمتاز بطول الإجراءات أحيانا والمكلفة والمعقدة أحيانا أخرى ، غير أن الأطراف قد لا يتفقا على هذه التسوية، مما يجعل القضاء الوطني هو اختصاص الأصيل لفض منازعات الاستثمار يخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره، وفق مبدأ سيادة الدولة على إقليمها، فالدولة حرة في وضع القواعد التي تحدد بمقتضاها نطاق اختصاص محاكمها بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي، غير أن التسوية القضائية الداخلية للنزاع قد تجعل المستثمر الأجنبي عاجزا عن مقاضاة الدولة أمام قضائها من منطلق حصانة الدولة أمام قضائها وكذلك جهله بإجراءات التقاضي الداخلية.

كما لايمكن للمستثمر الأجنبي مقاضاة الدولة المضيفة أمام القضاء الدولي باعتبار أن التقاضي أمام القضاء الدولي لا يكون إلا بين أشخاص القانون الدولي.

ولما كانت المعاملات في مجال الاستثمارات تقوم على أساس السرعة والسرية فكان لابد من وجود وسيلة مناسبة ومحايدة وفعالة، فكانت هذه الوسيلة بطبيعة الحال هي التحكيم التجاري الدولي، حيث حرصت أغلبية الدول على الأخذ به ونص عليه في تشريعاتها الداخلية وخاصة قوانين الاستثمار نظرا لتمتعه بخصائص لاتوجد في القضاء العادي ولا في المفاوضات ومن هذه الخصائص:السرعة في الإجراءات و كذا الحكم الصادر عن التحكيم الدولي يمتاز بحجية الأمر المقضي فيه و غير قابل للطعن إضافة إلى سرية الجلسات و غير مكلف ماديا.

و لنتيجة فشل النظم القانونية الداخلية على ضمان الاستثمارات الأجنبية دعت الحاجة الماسة لإيجاد وسائل قانونية أخرى أكثر أمانا و أوسع نطاقا، و ذلك استنادا إلى بعض المبادئ القانونية المقررة و المكرسة بمقتضى العرف الدولي ذلك لما توفره من حماية موضوعية و إجرائية.

إلا أن نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية الدولية، فقد بدى واضحا عدم قدرة القواعد الدولية التقليدية المقررة بمقتضى العرف الدولي في توفير الضمان الكافي و الحماية اللازمة لرأس المال الأجنبي، لذلك لم يبقى أمام المستثمرين الأجانب إلا البحث عن وسائل قانونية أخرى أكثر جدية و فعالية من اجل حماية الاستثمارات الأجنبية، فكان الاتجاه هو نحو إبرام الاتفاقيات الثنائية و ذلك لأنها تستجيب لرغبة المتعاقدين و تراعي ظروفهما المشتركة و تثبيت التوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة،كما أنها تحيل إلى التحكيم الدولي الذي يكفل بدوره تسوية النزاعات بطريقة سريعة وسهلة.

ورغم الميزات الإيجابية لاتفاقيات الثنائية بين الدول ظهرت بوادر ووسائل دولية أخرى أكثر شمولية حيث تمثلت في إنشاء هيئات و مؤسسات دولية تعمل على ضمان و تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب و الدول المضيفة لها و من أهم هذه المؤسسات هي المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار و الذي تم إنشاءه بموجب اتفاقية واشنطن سنة 1965، و أيضا الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إضافة الى المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

و لعلى إقبال المستثمر الأجنبي على هذه الوسيلة هو التامين على استثماراته بواسطة هيئة دولية و يجعل من المشروع الاستثماري دوما في مأمن ضد أي خطر من الأخطار الغير التجارية التي لا يتوقعها أحد من الأطراف المتعاقدة، وكذلك يحقق له الأمان القانوني في حالة تحقق إحدى هذه المخاطر الغير تجارية .

أهمية البحث:

تكمن أهمية الدراسة في أهمية الاستثمار في حد ذاته، و في القوانين المتتالية و الاتفاقيات الدولية بكافة أنواعها الراعية لهذا الموضوع لما له من دور أساسي في تحقيق التنمية و النمو الاقتصاديين، ثم إن هذا الموضوع هو الشغل الشاغل لرجال السياسة و الاقتصاد، و مجال اهتمام رجال الأعمال و المتعاملين الاقتصاديين و الهيئات المالية و غيرهم من المهتمين بقضايا الاقتصاد.

و مما لا شك فيه أن الاستثمارات الأجنبية قد أثار ت الكثير من الجدل على الصعيدين الدولي و الداخلي، خصوصا من الدول المصدرة و المستوردة لرأس المال حيث أن الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية و تسوية المنازعات الناجمة عنها و ما يحصل عليه المستثمر الأجنبي من ضمانات تعتبر من أكثر موضوعات استثمار أهمية، إذ يتعين إحاطتها بإطار من القواعد القانونية التي تن ظم حركتها و تحميها مما قد تتعرض له من مخاطر في الدول المضيفة لها.

وتبرز أهمية هذا الموضوع خاصة إذ علمنا ان رأس المال هو عصب التنمية لأي دولة و هو المفتاح الذي تحل به الدولة مختلف مشاكلها الاقتصاديةوالاجتماعية وحتى السياسية منها، و به يتحقق الرخاء و الرفاهية للمجتمع بكل مستوياته التي طال ما يسعى إلى تحقيقها و يبحث عنها بكل الوسائل و الطرق المتاحة، لهذا كان الاستثمار الأجنبي المنقذ الوحيد إن صح القول ، و خاصة بالنسبة للبلدان محدودة الموارد و فاقدة للتكنولوجيا الحديثة و المتطورة

هدف البحث:

إن موضوع الاستثمارات الأجنبية و ما تتعرض له من مخاطر و عوائق في البلدان لها يقودنا إلى البحث عن القواعد القانونية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية في التشريع الداخلي الجزائري سوآءا كانت هذه الحماية موضوعية أم إجرائية و مدى كفايتها في توفير الحماية اللازمة لهذه الاستثمارات.

كما أن موضوع الاستثمارات الأجنبية يدعونا إلى دراسة القواعد القانونية الخاصة المتبعة في القانون الدولي العرفي وما تضمنته من حماية موضوعية وإجرائية لحماية الاستثمارات الأجنبية، ونفس الشيء بالنسبة للاتفاقيات الثنائية والجماعية التي ع نيت بحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي وبيان الأحكام التي احتوتها هذه الاتفاقيات باعتباره ا أهم الوسائل القانونية الدولية في توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية.

وفي محاولتنا للوصول إلى هذه الأهداف قمنا بتقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي الذي تطرقنا فيه إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي إضافة إلى تعريفات المختلفة للاستثمار الأجنبي من الناحية القانونية والاقتصادية ثم قمنا بالتعرض لأشكال هذه الاستثمارات الأجنبية ثم عرضنا في أخر هذا البحث إلى الآثار الاقتصادية المتولدة عن الاستثمارات الأجنبية .

ثم بعد ذلك كله ولجنا إلى صلب الموضوع حيث قمنا بدراسة الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر و ذلك عن طريق تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين أساسيين و ذلك كالآتي:

الفصل الأول: و فيه تناولنا الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية بشقيها الضمانات الموضوعية و الإجرائية، مع بيان مدى كفاية هذه الضمانات في توفير الحماية اللازمة لهذه الاستثمارات.

أما الفصل الثاني: فقد خ صصنا هذا الفصل في دراسة دور مبادئ القانون الدولي العرفي إضافة إلى ذلك قمنا بدراسة دور الاتفاقيات الثنائية و الجماعية في حماية الاستثمارات الأجنبية على نطاق واسع.

أسباب اختيار الموضوع:

تتراوح أسباب و دوافع اختيارنا لموضوع الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر فيما هو ذاتي وما هو موضوعي.

فالأسباب الذاتية: – تتمثل في الرغبة و الميول الشخصي لمثل هذا النوع من المواضيع.

– المحاولة قدر المستطاع في المساهمة العلمية في هذا المجال.

أما الأسباب الموضوعية: تتمثل في:

- أهمية الاستثمارات الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية.
- مدى نجاعة و قدرة القوانين المنظمة للاستثمار في جلب الاستثمارات الأجنبية .
- الوقوف على كل الضمانات القانونية بداية من التشريع الداخلي و مرورا لمبادئ القانون الدولي العرفي و وصولا إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية على حد سواء في حماية الاستثمارات الأجنبية.
- الوقوف كذلك على الضمانات القانونية المتعلقة بالضمانات الإجرائية المتمثلة في وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية و التي جاءت لسد النقص الموجود في الضمانات الموضوعية التي أقرتها مختلف

القوانين الوطنية و الاتفاقيات الثنائية و متعددة الأطراف مع عدم نسيان مبادئ القانون الدولي العرفي لما له دور كبير في إرساء قواعد الحماية الدولية.

الإشكالية الرئيسية للموضوع:

يتناول هذا البحث موضوع الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر حيث تتمثل مشكلة البحث في أن موضوع الاستثمارات الأجنبية و توفير الحماية اللازمة لها يطرح معادلة صعبة ، و هي أن الدولة الجزائرية بترسانتها التشريعية و التنظيمية تحاول توفير الضمانات القانونية قدر المستطاع مع وجود هذه الضمانات القانونية في التشريع الدولي بما فيه القانون الدولي العرفي و كذا الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية، إضافة إلى وجود وسائل قانونية لتسوية المنازعات الناشئة على الاستثمارات الأجنبية ، إلا أن الدولة الجزائري مازالت تعاني من ضآلة تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها، و لهذا تحول التوفيق بين منظومتها القانونية مع النظم القانونية السابقة و الرائدة في جلب الاستثمارات الأجنبية، بالرغم نرى أحيانا بما لا يدع الشك أن المنظومة القانونية للجزائر في مجال الاستثمار تحتوي في نصوصها كل الحماية سوءا كانت موضوعية أو إجرائية منها ، مما يجعل الدارس و المتمعن الجيد لهذه الضمانات و الوسائل المناسبة لتشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية يجد نفسه في حيرة من أمره، ويطرح عدة تساؤلات منها تساؤلات الجزئية أو الفرعية: هل الضمانات القانونية و مجرد توفرها تساهم بالضرورة في جلب الاستثمارات الأجنبية؟ ،أم أن هذه الضمانات وما تحتويه من ضمانات موضوعية و إجرائية هل هي بداية مد جسور الثقة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، و تبديد مخاوف هذا الأخير اتجاه الدولة المضيفة فقط ؟ أم أن المستثمر الأجنبي عندما يجد هذه الضمانات و الوسائل تسوية المنازعات سوف ينطلق بدون تردد في تنفيذ مشروعه مع تيقنه أن مشروعه سوف يلقى الحماية اللازمة إلى غاية انتهائه من مشروعه بدون أي نزاع يذكر، وإن وجد هذا النزاع سوف يحل في وقت أسرع وبدون تماطل من الدولة المضيفة ؟

السؤال الأخير:هل هذه الضمانات القانونية الموجودة في التشريع الداخلي وفي مبادئ القانون الدولي العرفي إضافة إلى الاتفاقيات الثنائية و الجماعية كفيلة بجلب الاستثمارات الأجنبية؟

منهج البحث:

من أجل معالجة الموضوع و الوصول إلى النتائج الم رجوة، اعتمدت في دراستي و بحثي هذا ، على المنهج التحليلي و هو أسلوب يرقى إلى تحقيق النتيجة التي نهدف إليها من خلال دراستنا، و بناء عليه فقد أجرينا تحليلا لنصوص القانونية الخاصة بالحماية الموضوعية و الإجرائية للمال الأجنبي و التي هي مقررة و مكرسة في قوانين

الاستثمار، و هذا كله لمعرفة مدى كفاية هذه النصوص و ما تضمنته من أحكام عامة في توفير الحماية اللازمة و الكافية للاستثمارات الأجنبية، كما أجرينا عرضا و تحليلا شاملا للمبادئ القانونية العامة المعترف بها في القانون الدولي العرفي و الموجودة منذ القدم ،كما قمنا بتحليل الاتفاقيات الثنائية و ما تضمنته من أحكام خاصة و وسائل قانونية لحماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية، و في الأخير قمنا كذلك بدراسة الاتفاقيات الجماعية و اعتمدنا على المنهج الوصفي في ذلك و الذي يستدعي جمع المعلومات و عرضها ، مع الاعتماد في بعض الأحيان على الأسلوب التحليلي .

صعوبات البحث: من بين الصعوبات التي واجهتها في إعداد المذكرة تكمن في:

- قلة المراجع التي تتناول موضوع الضمانات القانونية، خاصة الكتب الجزائرية.

- صعوبة الاعتماد على المراجع الأجنبية و ذلك لعدم وجود مترجمين يلمون بأبجديات اللغة العربية و باللغات الأجنبية الأخرى .

مبحث تمهيدي :مفهوم الاستثمار الأجنبي.

للاستثمار الأجنبي خاصية مميزة بالنسبة لرجل القانون لأن هناك على الأقل مجالين اقتصاديين أ ثنين معنيين لهذا الاستثمار، وهما مجال الدولة المصدرة ومجال الدولة المضيفة ، فهذا الاستثمار يربط بين دولتين لهما سيادة ،[1] ولهما أنظمة قانونية مختلفة، كما أنه لا يوجد مفهوم موحد للاستثمار نظرا لتعدد المصادر (تشريع وطني وتشريع دولي ومعاهدات ثنائية ومتعددة الأطراف) . كما ترجع الصعوبة في إيجاد تعريف محدد لكون استثمار مصطلح اقتصادي بحت قبل أن يحظى ى باهتمام القانون الدولي العام ولقد تغير محتواه مع تطور العلاقات الاقتصادية الدولية فانتقل من مفه وم تقليدي ضيق إلى مفهوم حضاري جديد يشمل كل الأشكال الاستثمار .

ولما كان الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية فإن ذلك يتطلب منا الوقوف على ما تعنيه كلمة الاستثمار ولهذا يجب أن نبحث في مفهوم الاستثمار لغة واصطلاحا.

أولا:الاستثمار لغة: فالاستثمار في اللغة هو مصدر للفعل استثمر الدال على الطلب ، أي أن الاستثمار هو استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام . فيكثر المال وينمو على مدى الزمن[2].

ثانيا: الاستثمار اصطلاحا : هو ارتباط مالي يهدف إلى تحقيق مكاسب يتوقع الحصول عليها خلال مدة طويلة في المستقبل[3].

المطلب الأول : تعريف الاستثمار الأجنبي . لقد تعددت التعريفات التي صيغت للاستثمار الأجنبي بتعدد الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع، وهذه التعريفات من الكثرة بحيث يصعب اختيار تعريف واحد للاستثمار يضم جميع عناصره، حيث تعددت تعريفات فقهاء القانون وفقهاء الاقتصاد، لذا كان من الضروري الوقوف على مفهوم الاستثمار لدى كل من الاقتصاديين والقانونيين كالآتي:

[1] - dominique carreau ; investissement ,reportoire de droit. International ,toine, encyclopédie junidiquedalloz 1999. Page 02.

[2] – الاستثمار في اللغة مشتق من الثمر أي حمل الشجر والولد (ثمرة القلب) والثمر نوع من أنواع المال وثمر ماله أي نماه، راجع ذلك في : ابن منظور، معجم لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر ، المجلد الأول، الطبعة الأولى، بيروت 1977.

[3] –أنظر: طارق كاظم عجيل، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السرهوري، شارع المتنبي، د.ع 2009 ص 08.

الفرع الأول: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي.

اختلف فقهاء الاقتصاد بشأن وضع تعريف واضح وشامل للاستثمار الأجنبي وذلك كالآتي:

عرفه البعض بأنه "انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدول المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدول المضيفة"[1].

وهناك من قال بأنه "انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاست غلال بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز"[2].

وهناك من عرف الاستثمار بشكل واسع بحيث يشمل "جم يع حركات رؤوس الأموال بين الدول مع بعضها البعض، سواء كانت أموالا قصيرة أم طويلة الأجل ويغلب عليها طابع الاستمرار ومصحوبة ب نية إعادة تحويل رأس المال مع عائدهفي صورة (ربح أو فائدة أو حصص) إلى موطنه الأصلي[3].

ملم سبق نلاحظ أن التعريفات السابقة للاستثمار الأجنبي اتفقت على ارتباط الاستثمار الأجنبي بكفرة الانتقال الأموال وعوامل الإنتاج عبر الحدود وبين الدول بعضها مع بعض ، غير أن هذه التعريفات لم تحط بجميع عناصر الاستثمار وقد وجدت تعريفات أخرى للاستثمار الأجنبي لم تهتم بانتقال رؤوس الأموال عبر الحدود وبين الدول كأحد العناصر في تعريف الاستثمار ومن هذه التعريفات :

الأول : ويقصد بالاستثمار الأجنبي " تقديم الأموال المادية والمعنوية و الأداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن [4].

---

[1]-أنظر: .يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ص168.

[2]- . أنظر: حازم حسن جمعة ، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة عيين الشمس، 1981م ، ص 168

[3]- . أنظر: حامد مصطفى الغماز الاستثمارات الأجنبية محاضرات العام الدراسي لعام 1960، معهد الدراسات المصرفية ، ص 01.

[4]- أنظر: عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والدولي بدون ناشر 1990 ص 40.

أما الثاني: انتهى إلا أن الاستثمار هو استخدام أصول مالية، مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا، بهدف تحقيق عائد مجز[1].

نلاحظ من التعريفين السابقين أنهما توسعا في مفهوم المال المستثمر وبأنه يشمل جميع الأموال سواء المحولة من الخارج أم غيرها ،كما جعلا المشروعات الاستثمارية شاملة لأي نشاط اقتصادي في الدولة، دون ما يتفق مع أهداف وخطط الدولة المضيفة في التنمية الاقتصادية .

الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي.

ذهب بعض فقهاء الاقتصاد في تعريفه للاستثمار بأنه " قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة [2] ،كما ذهب فريق أخر في تعريفه للاستثمار بأنه " عبارة عن عملية إنماء للذمة المالية لبلد ما من خلال حركة رؤوس الأموال المملوكة له عبر الحدود ودخولها في مشروعات اقتصادية تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق أرباح مالية." [3]أو بأنه التوظيف طويل المدى لرأس المال في الصناعة، والزراعة، والمواصلات وغيرها من المجالات الاقتصادية المهمة[4].

نلاحظ مما سبق أن الاستثمار لدى الاقتصاديين هو عملية إنماء للذمة المالية أو عملية تهدف إلى خلق رأس المال، أو إيجاد مشروعات اقتصادية من أجل تحقيق فوائد مالية ولهذا نجد الهدف من عملية الاستثمار هو تحقيق الربح.

كما أننا نلاحظ كلمة الاستثمار تستخدم بمعنى مشروع استثماري، أي مجرد اقتراح استثماري لم ينفذ بعد، كما تستخدم كلمة استثمار بمعنى توظيف فعلي للأموال لذلك لكي يمكن القول بوجود مشروع استثماري من الناحية الاقتصادية يجب توفر ثلاثة شروط هي[5]:

---

[1]- أنظر: علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 ص 66.

[2]- .أنظر عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة، 1991،ص21.

[3]- .أنظر حازم جمعة، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه، حقوق عين الشمس ،1981 ،ص 157.

[4]- أنظر. أحمد علي المخلافي تأثير العولمة على التنمية في البلدان الأقل نموا منشورات مركز الدراسات والبحوث اليمني 2002 ص 26.

[5]-أنظر:السيد الهوا ري.الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية. الاستثمار القاهرة ،الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ،ج06، 1982، ص.11

- **الحصة** : و تعني المشاركة أو المساهمة التي يقدمها المستثمر في إطار المشروع الاستثماري في الدولة المضيفة، و يشترط في هذا المستثمر أن يكون من أشخاص القانون الخاص سوآءا كان شخصا طبيعيا ـو معنويا، و هذه الحصة قد تكون عينية أو نقدية ، و علاوة على ذلك فإنه يجب ان يكون الهدف من الحصة هو تحقيق الربح.

-**عنصر الزمن**: و يعني ضرورة مرور فترة زمنية لا تقل عن ثلاث سنوات في حيا ة المشروع لكي يمكن اعتباره مشروعا استثماريا بالمعني الاقتصادي و العبرة في ذلك هي التميز بين العمليات الاستثمارية و العمليات التجارية.

- **عنصر المخاطرة** : و يعني إمكانية تحقيق الربح أو الخسارة، و تعني أيضا في إطار التم يز بين العمل الاستثماري و العمل التجاري ،حيث إن مردودية المشروع الاستثماري يتحقق في شكل دوري و متكرر بالزيادة أو النقصان في حين أن المشروع التجاري غالبا ما تتحقق في المردودية دفعة واحدة .

المطلب الثاني: مفهوم الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي و التشريع الجزائري.

لقد تفاوتت القوانين الداخلية للدول فيما بينها و كذلك اختلفت المعاهدات الدولية في تعريفها لاستثمار بين الوقوف أمام تعريف جامع مانع لهذا المفهوم، أو القيام بالتوسع في مفهوم الاستثمار و السبب في ذلك كله هو أن الاستثمار ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة، وإنما يم ثل و هو في الواقع مفهوما متطورا يتغير بتغير ظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي [1].

ففهوم الاستثمار مفهوم ضيق ويتسع حسب ظروف البلد السياسية و الاقتصادية فالدول التي تسعى إلى جلب الاستثمارات تتبنى مفهوما واسعا للاستثمار، حتى تتمكن من الاستفادة بأكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال و الخبرات الأجنبية، وان مفهوم الاستثمار لم يعد في الوقت الحالي مقتصرا على الصور التقليدية فقط فقد ظهرت أشكال جديدة الاستثمار، مثل عقود الخدمات و عقود البترول و عقود الترخيص حيث يشارك فيها رأس المال الوطني المستثمر الأجنبي في المشروع، لهذا كان لزمن على الباحثين التوجه إلى فحص الاتفاقيات الثنائية و الجماعية بغية تحديد مفهوم واضح للاستثمار الأجنبي.

[1]– أنظر الطالب نورين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي و الجزائري، أطروحة الدكتورة، جامعة سعد دحلب ، البليدة، 2005/2004/ص 48 .

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية.

رغم أن الكثير من الاتفاقيات الثنائية تتبنى المفهوم الموسع للاستثمارات الأجنبية التي تعني تحول رأس المال من بلد إلى أخر إلا أن أغلب الاتفاقيات في مجال تحديدها و تعريف الاستثمار تؤخذ بأحد الأسلوبين التالين:

أ–الأسلوب التعدادي: ويقصد بالأسلوب التعدادي هو ذلك الأسلوب الذي يتولى ذكر مكونات الاستثمار وعناصره دون أن يتولى حصرها أو تعداد الأموال المكونة للاستثمار أو ن ظام القائمة و سبب اللجوء إلى هذا النظام هو تجنب أي خلاف بين الدولتين المتعاقدتين حول التكيف و تطبيق أحكام الاتفاقية، مما يقلل من المنازعات بينها و هو هذا الوضع الغالب في الاتفاقيات الثنائية.

لكن الأسلوب التعدادي المتبع في تعريف الاستثمار لا يسلم من النقد على أساس أن التعداد لا يضع تعريفا معياريا تأصيليا[1] لعملية الاستثمار التي تقع على الأموال المستثمرة، كما أن التعداد لايشمل كل عناصر المال الذي يمكن استثماره، ولا حتى أي فائدة ملموسة بل أنه قد يشكل عقبات في طريق الاستثمار الأمر الذي يستدعي تدخل طوائف أخرى من الأموال وراء غيرتلك الواردة في القانون .

ب– أسلوب الاستناد لقانون الدولة المضيفة:

يقوم هذا الأسلوب على إسناد عناصر الاستناد موضوع الاتفاقيةالى التشريعات الداخلية وفي هذه الحالة على أن فكرة الاستثمار تكون ذاتها التعريف التي تأخذ به هذه الدولة.غير أن هذا الأسلوب يشكل عائقا كبيرا خاصة إذ كان تشريع الاستثمار لدى بع ض الدول تحيل إلى نصوص أخرى يصعب حصرها معرفة ومحتواها ، أو كانت إحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقية لا تملك تشريعا مقننا للاستثمار.

الفرع الثاني: مفهوم الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الجماعية .

سنكتفي بالإشارة إلى أهم هذه الاتفاقيات في مجال الاستثمار الدولي و من أهمها اتفاقية واشنطن عام 1965لتسوية منازعات الاستثمار التي بموجبها تم إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، حيث ورد مفهوم الاستثمار في المادة 25 من اتفاقية واشنطن حيث حددت الاختصاص الموضوعي بمركز الدولي لتسوية المنازعات، وفي ظل غياب تعريف دقيق لاستثمار فتح المجال أمام

[1]– أنظر:صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005 .ص 425

التطورات في مجال الاستثمار الدولي، حيث أصبحت مسألة التعريف متروكة للأطراف، فكل ما يعده الطرفان منازعة متعلقة بالاستثمار تصبح ضمن الاختصاص الموضوعي للمركز، غير أن هيئات المركز أصبحت الآن تختص بنظر في جميع الدعاوي التي يرفعها الأجانب على الدول المضيفة للاستثمار، بشرط م وافقة الأطراف على عرض النزاع أمام المركز و النزاع يكون له علاقة بالاستثمار.

***الوكالة الدولية لضمان الاستثمار " سيول " لعام** 1985: وضعت الاتفاقية مبدئا عاما و هو ان أي شكل من أشكال الاستثمار المباشر يكون صالحا للضمان . يلاحظ أن الاتفاقية لم تتضمن تعريفا دقيقا و محددا للاستثمارات المباشرة حيث أن الوكالة الدولية تبنت التعريف الذي اخذ به صندوق النقد الدولي و الذي يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر "بأنه الاستثمار الذي يحقق مصلحة مستمر للمستثمر في مشروع يقوم بعملياته في إطار اقتصادي خارج دولته، و الذي يستهدف المستثمر به الحصو ل على حق القيام بدور فعال في إدارة المشروع"[1]

كما أننا نجد في المادة 12 من الاتفاقية ان الاستثمارات الصالحة للضمان تشمل حقوق الملكية و القروض المتوسطة و طويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعين و ما يحددها مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر.

حيث نلاحظ أن مجلس الإدارة يمكن له ان يو افق أو يضيف أشكال جديدة للاستثمار الأجنبي مثل عقود الخدمات و الإدارة و الامتياز و التراخيص و اتفاقات المشاركة في الإنتاج و المعلومات الفنية و التكنولوجية[2]

يلاحظ كذلك بان الهيئات الدولية الاقتصادية الأخرى نظمت مسألة الاستثمار و لكن لم تعن بمسألة تعريفه ،ونقصد بذلك المنظمة العالمية للتجارة.

هذه التعريفات التي أوردناها أنها لم تقوم بتعريف دقيق ومحدد للاستثمار الأجنبي ،مما جعل كل دولة يمكن أن توسع من مجاله لأسباب تراها مناسبة ،كما تم اقتصار التعريف على الاستثمارات التي تنشأ وفق لقوانين دولة المضيفة لطمأنة المستثمرين الأجانب إلى أنهم سوف يحظون بنفس معاملة المستثمر الوطني.

الفرع الثالث: مفهوم الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري.

[1]– أنظر:إبراهيم شحاته، التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد41، 1985 ص192

[2] –أنظر: إبراهيم شحاته، المرجع نفسه ص 194.

شرع المشرع الجزائري بتعديل قوانين الاستثمار بموجب المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 الذي جاء بتعديلات هامة في مجال المعاملة و حماية الاستثمارات الأجنبية، إذا كان هذا القانون يكرس التوجهات الجديدة للجزائر في مجال الاستثمار الأجنبي، فإنه لم يأتي بأي تعريف محدد للاستثمار، بحيث أشارت المادة الأولى منه إلى الاستثمارات المنتجة للسلع و الخدمات التي يجب أن تنجز في شكل حصص من رأس المال "،لقد احتفظ المشرع الجزائري بالمفهوم الكلاسيكي للاستثمار المباشر و تفاد ى توسيع مجال تطبيق هذا القانون لكل العمليات الخاصة بالتعاون الاقتصادي الدولي ن ظرا للصعوبات التي كانت تواجه الاقتصاد الجزائري في ذلك الوقت وضعف توازناتها الاقتصادية.

إلا أن جاء الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم من خلال المادة الثانية منه على أنه يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي :

- أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة الهيكلة .
- المساهمة في رأس مال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية .
- استعادة النشاطات في إطار الخوصصة (الجزئية أو الكلية)[1].

والملاحظ من هذا التعريف أن المشرع قد عدد مجالات الاستثمار وهي توسيع نشاطات المؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة او تحسين قدرات الإنتاج أي جعل مؤسسة أكثر فعالية أو إعادة التأ هيل بمعنى استرجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير و التنظيم و المعرضة للزوال أو إعادة الهيكلة و تشمل المؤسسات التي تحتاج إلى مراجعة في قواعد تسيرها و تنظيمها، و كذلك المساهمة في رأس مال المؤسسة أي المساهمة الجزئية في تحسين الوضعية لمالية المؤسسة من خلال رفع رأس مالها و قد تكون عينية أو نقدية و كذا اكتساب مؤسسات بشكل كلى أو جزئي في إطار عم لية الخوصصة .فقد ركز المشرع الجزائري على الجانب الاقتصادي، بحيث أن هذا التعريف جاء خاليا من الدقة القانونية، بحيث نجده قد وسع من مجال النشاط يشمل كل القطاعات الاقتصادية بما فيها تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد الوطني بشرط الحصول على رخصة للاستثمار من السلطات المعنية [2]،وبالتالي فإنه من الصعب إيجاد مفهوم دقيق للاستثمار سيتم بالصمود والثبات، كون أن ذلك لا يتلاءم مع المفهوم المتغير والمتطور للاستثمار حسب مستجدات العصر خصوصا الاقتصادية منها.

---

[1]-أنظر:المادة 02.من الأمر رقم:03/01.المؤرخ في 20أوت2001 المتعلق بتطوير الاستثمار .الجريدة الرسمية ،العدد،رقم:47،الصادرة بتاريخ 20أوت 2001

[2]-أنظر:عيبوط محند ولدعلي .الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري،دار هومة ، الجزائر ،2013 ص،145.

وكذلك نرى أن المشرع الجزائري قد مزج بين أسلوب التعداد والغاية الوظيفية للاستثمار، وهذا ما نجده في المادة (02) قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار[1]، حيث عرفت الاستثمار بقولها "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي :

1 -اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل.

2 -المساهمات في رأس المال. "

وكذلك ما نلاحظه في هذه المادة هو اعتبار من قب يلي الاستثمار جميع الأموال التي تأخذ شكل الحصص أو المساهمات دون حصر لها أو تحديد حجمها شريطة أن تكون منشئة ومنمية لقدرات الإنتاج، أو تكون مخصصة لإعادة التأهيل.

المطلب الثالث: الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية وأشكالها القانونية.

تعد مسألة جدوى الاستثمار الأجنبي ودوره في التنمية الاقتصادية محل خلاف بين الاقتصاديين بين مؤيد ومعارض للاستثمارات الأجنبية، فالبعض يرى أن هذه الاستثمارات تحقق الكثير من المنافع، ويرى البعض الأخر أنها نوع من الاستعمار الجديد الذي يهدف إلى الاستغلال الفائض الاقتصادي للعالم النامي.

غير أن هذه الاستثمارات الأجنبية أصبحت تتألف من شقين أو تتخذ شكلين مختلفين حيث أن الشكل الأول يسمى الاستثمار الأجنبي المباشر والشكل الثاني يطلق عليه تسمية الاستثمار الأجنبي الغير المباشر.لهذا سنعرض باختصار الآثار الايجابية والسلبية لهذه الاستثمارات في فرع والأشكال القانونية تخصص لها فرع مستقل عن الفرع الأول.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية والسلبية للاستثمارات الأجنبية.

من المسلم به أن الاستثمارات الأجنبية يمكن أن تلعب دور عظيم الفائدة بالنسبة للبلد المضيف وتمثل أهم الفوائد والمزايا المتوقعة لهذه الاستثمارات الأجنبية على الدول النامية كالتالي :

1 - المساهمة في تمويل التنمية واستغلال الأمثل لموارد الدولة المضيفة وهذا لا يتحقق بمصادر التمويل الأجنبي الأخرى مثل المنح والقروض.

[1] -أنظر المادة02،من القانون رقم :09/16،المؤرخ في 03أوت 2016،المتعلق بتطوير الاستثمار ، الجريدة الرسمية العدد،رقم:47 الصادرة بتاريخ03أوت 2016.

2 - التأثير على الإنتاج والتوظيف وذلك من خلال إنتاج كميات أكبر ونوعية أجود من السلع والخدمات ما يؤدي إلى خلق فرص عمل ودخول جديدة، ويعمل على تحسين مستوي المعيشة للناس، كما يلعب دورا مهما في تغيير الهيكل الاقتصادي وتحديثه والنهوض بالصناعات المحلية وتطويرها. [1]

3 - التأثير على ميزان المدفوعات ويظهر ذلك من خلال زيادة رأس المال في الدول المضيفة بدلا من زيادة أعباء خدمة الدين، وكذلك تزويد البلاد النامية بالصرف الأجنبي للوفاء باحتياجات عملية التنمية الاقتصادية.

4 - **نقل التكنولوجيا** :تقوم الاستثمارات الأجنبية بنقل التكنولوجيا وذلك من خلال ترخيص الشركات الأجنبية للشركات المحلية باستخدام التكنولوجيا الخاصة بها، إضافة إلى تقديم الخبرة والمعرفة وذلك عن طريق التعاملات المشتركة أو في إطار اتفاقيات المعاونة بين الدول النامية والدول المتقدمة.

5 - دعم قطاع التصدير في الدول النامية وخلق أسواق جديدة للتصدير مما يؤدي إلى تقليل العجز في الميزان التجاري للدول النامية. [2]

6 - تدريب العمالة وزيادة دخلها، حيث أن الاستثمارات الأجنبية الخاصة يساعد في إيجاد فرص جديدة للعمالة، بين أبناء الدول المضيفة لهذه الاستثمارات، فضلا عن المساهمة في تدريب وتطوير هذه العمالة فنيا. [3]

- **أولا: الآثار السلبية للاستثمارات الأجنبية** .

الواقع أن الاعتماد على الاستثمار الأجنبي المباشر الذي تقوم به في الغالب الشركات متعددة الجنسيات ترد عليه عدة انتقادات منه.

1 - صعوبة توافق إستراتيجية المستثمر الأجنبي مع إستراتيجية التنمية في الدول النامية من حيث أولويات الاستثمار، حيث قد تتجه الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية نحو القطاعات الهامشية، مثل نشاطات السياحيّ، والمصرفية، والتجارية، أو قد تتجه الاستثمارات الأجنبية لإنتاج سلعا لا تستجيب لاحتياجات السكان، ولا تكون في متناول دخولها.

2 - يؤدي اختلال توازن علاقات القوى بين شركة دولية عملاقة ودولية نامية، مما ينتج عنه إجحاف وغبن في حقوق ومكاسب الطرف الأخر، حيث يفرض المستثمر الأجنبي ثمنا باهضا نظير ما يقدم من معرفة تقنية وقد يلجأ إلى التلاعب بالأسعار.

---

[1] - أنظر. طاهر مجاهد الصالحي، اليمن (الاستثمار والعولمة الاقتصادية) إصدارات مركز الدراسات والبحوث اليمني، 002 ص 15 وما بعدها

[2] -أنظر. رضا عبد السلام محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، في عصر العولمة، دراسات مقدمة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2002، ص 37.

[3] -أنظر. جميل الشرقاوي، الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، معهد الدراسات والبحوث العربية 1978 ص 452.

3 – قد الاستثمارات الأجنبية المباشرة سلبا على موازين مدفوعات الدول النامية نتيجة تحويل أرباحها كلها أو معظمها إلى الخارج خصوصا في حالة مغالاة المستثمر في تكلفة واردات المشروع من السلع الرأسمالية التي غالبا ما يكون مصدرها الشركة أو الدولة الأم[1].

4 – يمكن أن تؤدي الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى منافسة الصناعات المحلية وهي في مركز تنافسي ضعيف مما ينتج عنه كساد أو انهيار الصناعات الوطنية الناشئة أو صغيرة الحجم، و بالتالي يؤدي إلى انخفاض الناتج القومي وسيطرة الشركات الأجنبية على السوق المحلية. [2]

5 – يمكن أن تساهم الاستثمارات الأجنبية المباشرة في تفاقم تلوث البيئة من خلال توطنهافي بعض الأنشطة والصناعات الملوثة للبيئة، حيث تخضع هذه الشركات في دولها لمعايير بيئية مشددة، فحين لا يوجد أدنى اهتمام بذلك في معظم الدول النامية.

6 – التدخل في الشؤون الداخلية من خلال شركات متعددة الجنسيات التي تشكل خطرا وتحديا لسيادة الدول، خاصة إذا ما تعرضت مصالح هذه الشركات للخطر من جراء سياسات الحكومات الوطنية، أو عن طريق اتخاذ أساليب غير مشروعة لإفساد الحياة السياسية داخل الدول المضيفة، وذلك عن طريق تقديم الرشاوي لمتخذي القرار على قبول شروط أكثر غبنا وإغماض العين على مخالفات قانونية أو دفع أثمان أعلى أو شراء سلع أقل جودة.[3]

الفرع الثاني: الأشكال القانونية المختلفة للاستثمارات الأجنبية.

ينقسم الاستثمار الأجنبي عادة إلى شكلين رئيسيين هما، الاستثمار المباشر والاستثمار الغير المباشر، ولهذا نجد معيار التفرقة بينهما وهي بحسب قدرة المستثمر على السيطرة والرقابة على المشروع واتخاذ القرارات الفاصلة في الإدارة.

ففي الاستثمار المباشر يملك المستثمر الأجنبي الرقابة على المشروع والسيطرة عليه وله الحق في إدارة المشروع واتخاذ القرار في الإدارة، سواء تملك المشروع كاملا أو جزء منه.

---

[1]- أنظر: أمينة عز الدين عبد الله، التدفقات المالية من الدول النامية إلى الخارج، مجلة مصر المعاصرة العددان 413-414 يوليو، أكتوبر 198 ض 309.

[2] – أنظر: أحمد البلبل، و .د. محمد مصطفى عمران الاستثمارات الأجنبية المباشرة، التطور المالي والنمو الاقتصادي شواهد من البلدان العربي أو ظبي، 2003 ص 4.

[3] – أنظر:سمير كرم، الشركات متعددة الجنسيات، معهد الإنماء العربي، الطبعة الأولى سنة 1976. ص 75.

أما في الاستثمار الغير المباشر فيقتصر دور المستثمر على تقديم رأس المال إلى جهة معينة دون أن يكون له أي سيطرة على المشروع، وعلى ما تقدم سنتطرق إلى ذكر مميزات كل شكل من هذه الأشكال والاختلافات بينهماوالتي هي كالآتي:

أولا: فالاستثمار الأجنبي المباشر :بأنه الاستثمار الذي يأخذ شكل إقامة شركة أو إعادة شراء كلي أو جزئي من شركة قائمة في دولة أجنبية ،أو هو إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكرهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات، أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.[1]

إذا كانت الاستثمارات المباشرة لا تتم إلا في صورة مشروعات مشتركة مع الدول المضيفة أو عن طريق الشركات المتعددة الجنسية التي تفضل الانفراد بملكية و إدارة المشروع فإنه لابد من استعراض هاتين الصورتين.

أ – المشروعات المشتركة " الاستثمارات الثنائية ":

يمكن القول بأن المشروع المشترك هو استثمار الأجنبي قائم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني، سواء كانت هذه المشاركة بنسب متباينة وفقا للظروف وبحسب ما تسمح به التشريعات الوطنية في هذا الصدد أو بنسب متساوية بين رأس المال الوطني أو الأجنبي.

حيث نجد أن معظم الدول النامية تأخذ بفكرة مشاركة رأس المال الوافد إليها فيما تقوم به من مشروعات ويتم ذلك من خلال النص في قوانينها الداخلية على ضرورة اشتراك القطاع العام أو الخاص في رأس مال المشروع الأجنبي، وتتحدد نسبة المشاركة في ضوء قانون الداخلي للدولة المضيفة.

نجد أن المشرع الجزائري قد حدد نسبة مشاركة رأس مال الأجنبي في رأس مال المؤسسات العمومية الاقتصادية بنسبة ما تتجاوز 49% من رأس مال المؤسسة العمومية، أي ضرورة إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية بنسبة 51% على الأقل في رأس المال الاجتماعي وذلك حسب المادة 04 مكرر فقرة 02 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار ولا شك أن مشاركة رأس مال المال الوطني مع رأس مال الأجنبي يحقق عدة مزايا ومن أهمها، هو أن الدولة المضيفة تمارس دورا هاما في الرقابة واتخاذ القرارات المناسبة بما يخدم المصالح المشتركة للطرفين، كما أن الكثير من المستثمرين الأجانب يفضلون

[1]– أنظر:عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول لآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 06.

مشاركة رأس المال المحلي، وذلك للتقليل من المخاطر الكثيرة التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي في البلد المضيف مثل التأميم ومصادرة ومنع تحويل الأرباح .

أ – **الشركات متعددة الجنسيات** [1] :تشكل الشركات متعددة الجنسيات اليوم القوى المحركة في النظام الاقتصادي وهي ظاهرة اقتصادية مهمة في مجال العلاقات الدولية.

أما مفهوم الشركات متعددة الجنسيات شهدت تعريفات عدة فمنهم من يعرف الشركة متعددة الجنسية : بأنها "كل مشروع يمتلك أو يسيطر على موجودات أو أصول مصانع أو مناجم مكاتب واستثمارات وما شبهها في دولتين أو أكثر، ويمتد نشاط هذه الشركات في كافة مفاصل الحياة الاقتصادية في المجال الصناعي والتجاري والمالي".

أما التعريف العلمي والبسيط للشركة المتعددة الجنسية الذي يشيرإلا أنها تلك الشركةالتي تمتد فروعها إلى عدة دول وتحقق نسبة هامة من إنتاجها الكبير السلعي والخدمي خارج دولهاوذلك من خلال استراتيجية عالمية موحدة، وتتسم باستخدامها لأحدث متغيرات التكنولوجيا، وتدار بصورة مركزية في موطنها الأصلي. [2]

أما من خصائصها وسيماتها هي:

-اتساع الرقعة الجغرافية لنشاط الشركة.

-التفوق المعرفي والتطور التكنولوجي.

-الاندماج المتعدد أي التنوع في أنشطتها الاقتصادية لكي تتمكن من تعويض الخسارة المحتملةالتي قد تصيب نشاط معين بالربح الذي تحققه نشاط أخر لذلك تسعى تلك الشركات إلى التكامل التجاري فيما بينها وذلك من أجل السيطرة والتحكم في الأسعار.

ثانيا: الاستثمار الغير المباشر :يطلق على هذا الاستثمار " الاستثمار في حافظة الأوراق المالية "[3]،حيث بأن هذا الأسلوب يمكن للدول النامية أن تحصل على رأس المال الأجنبي عن طري ق إصدار السندات وطرحها

[1]– هناك تسميات مختلفة تطلق على هذه الشركات ، مثل: الشركات الدولية، أو الشركة فوق القومية، أو الشركة العالمية.

2 – أنظر:منى قاسم، الشركات المتعددة الجنسيات و أهميتها في الاقتصاد العالمي، النشرة الاقتصادية مصر السنة 1988، العدد 01، الصفحة 41.

3- الأوراق المالية :هي عبارة عن صكوك الأسهم والسندات التي تصدرها البنوك والشركات الخاصة أو الدولة وغيرها من الهيئات العامة.

للاكتتاب في الأسواق المالية الدولية، بحيث تقوم الدولة التي ترغب في الاقترا ض بطرح سندات ذات قيمة معينة وسعر فائدة معينة و

أجل معين يتم استهلاك السند عند حلوله. أي أن الدولة المصدرة للسند ملتزمة بالوفاء بقيمة السند عند حلول أجلّ استحقاقه، كما تستطيع الدولة المستوردة لرأس مال أن تطرح نسبة من أسهم الشركات أو المشروعات التي تتولى إنشائها وذلك للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والمؤسسات الخاصة.

أصبح هذا الشكل قليلا في الوقت الراهن حيث أن بعض الدول المتقدمة تفرض قيود قانونية لتنظيم تداول السندات التي تطرح للاكتئاب من جانب الدول الأخرى في أسواقها المالية، كما أن هناك سبب أخر هو عدم ثقة المستثمرين الأجانب في حكومات معظم الدول النامية من حيث الوفاء بالتزاماتها.

مما تقدم يظهر أن هذا الفرع من الاستثمار الأجنبي يعتمد على الثقة التي تتمتع بها الدولة التي تطرح الأسهم والسندات في الأسواق المالية العالمية وعلى قدرتها الاقتصادية ولذا فإن هذا المصدر من مصادر التمويل الخارجي يعد من أقل الرسائل فعالية بالنسبة للدول النامية، لعدم وجود أسواق أوراق مالية (بورصة) من ظمة في البلاد النامية، مما يؤدي إلى إعاقة حرية تداول هذه السندات داخل هذه الدول وتقلل من طلبها.

الفصل الأول: الضمانات الموضوعية والإجرائية للاستثمار الأجنبي في الجزائر.

تعتبر الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي م ن العوامل القانونية التي تلعب دورا مميزا في استقطاب الاستثمار الأجنبي ونموه وتطوره، ذلك أن المستثمر الأجنبي فردا كان أم شركة لن يقدم على الاستثمار خارج حدود دولته إلا إذا توافرت له الحماية القانونية الكافية. [1]

وهذه الأخيرة لن تتجسد إلا من خلال تنظيم قانوني متكامل قدر الإمكان وذلك عن طريق إصدار تشريعات داخلية مبنية على أسس واضحة وثابتة، تتضمن مختلف الضمانات القانونية المكرسة دوليا ومعترف بها من جميع الدول باختلاف مستوياتها الاقتصادية.

غير أن هذه الضمانات القانونية المنصوص عليها في قوانين الدولة المضيفة، إن ما لم تحط بآليات وإجراءات فعالة تكون غير كافية، في حالة وقوع نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، ومن هذه الطرق والوسائل هي التسوية الودية والتسوية القضائية وأخيرا التسوية التحكيمية.

بناء على ما تقدم فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول تحدثنا فيه إلى الضمانات الموضوعية للاستثمار الأجنبي وخصصنا المبحث الثاني للضمانات الاجرائية التي تتناول الوسائل وآليات الفعالة لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الأول: الضمانات الموضوعية للاستثمار الأجنبي في الجزائر. يقصد بالضمانات الموضوعية تلك الضمانات التي تمنح للمستثمر الأجنبي حال ممارسته للنشاط الاستثماري على التراب الوطني حيث نجد أن المشرع الجزائري نص عليها في الفصل الرابع من قانون 09/16 .[2]المتعلق قانون بترقية الاستثمار تحت عنوان الضمانات الممنوحة للاستثمار.

وعليه قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مطالب، حيث أن المطلب الأول تطرقنا فيه إلى استقرار المنظومة القانونية والمطلب الثاني تحدثنا عن ضمان نزع الملكية إضافة الى المعاملة العادلة والمنصفة، وفي المطلب الثالث تناولنا فيه ضمان تحويل الأموال نحو الخارج وكذلك ضمان التعويض بالنسبة للمستثمر الأجنبي في حالة المساس لحقوقه بطريقة مشروعة أو غير مشروعة من طرف الدولة المضيفة.

[1] – أنظر: عبد الواحد الفار. طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القانوني، القاهرة، دار النهضة العربية، 1980، ص 122.

[2] –أنظر: قانون رقم 09/16 المؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق ل 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد ة46.

المطلب الأول: ضمان استقرار المنظومة القانونية . هي ما قد توفره الدولة المضيفة لعقد الاستثمار الوطني والأجنبي على حد سواء وكذلك بما قد تفي الدولة بما التزمت به في قانون استثماري سابق، وكذا تعديل وتغيير النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم الاستثمارات المنجزة إلا إذا كان بالإيجاب على المستثمر في حالة تعديل أو الالغاء لهذا القانون أو ذلك.

الفرع الأول: ضمان الثبات التشريعي.

يعتبر شرط ثبات التشريع أو تجميد التشريع أحد أهم الضمانات التي قد تمنح للمستثمر الأجنبي خاصة والأمر يتعلق بالتشريع الجزائري كثير التعديل والتغيير ، [1] ويقصد بشرط ثبات التشريع " كل شرط أو بند في عقد الاستثمار أو في طلب قانون الدولة ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل ، [2] " ويبدو الهدف من شرط ثبات التشريع واضحا ، فالأمان القانوني الذي يجب أن يعمل التشريع على توفيره يقوم على أساس عدم مفاجئة بصفة غير متوقعة بقوانين وتشريعات جديدة، لم تكن موجودة وقت إبرام العقد قد تكون في مضمونها أشد على المستثمر كأن يحمل رفع نسب الضرائب المفروضة أو إضافة رسوم جديدة، أو جمركة بعض سلع والمواد الأولية تدخل في صناعة سلع مصنعة أخرى أو إلغاء بعض المزايا وتحفيزات التي كانت ممنوحة في قانون سابق. إضافة إلى هذا الشرط يؤدي إلى حماية المستثمر من تفادي إساءة استعمال السلطة في الإلغاء أو التغير الاعتباطي للقوانين السارية، وهو يهدف أيضا إلى الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يستمر فيه تنفيذ العقد،وهذا إعمالا لمبدأ إبقاء الأوضاع على حالها [3] .

---

[1] –أنظر : الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغي جزئيا بموجب القانون رقم 09/16 عدل بموجب الأمر 08/06 إضافة إلى التعديلات المستمرة التي طالته في كل قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وقانون المالية التكميلي 2010 وقانون المالية 2012، نشير فقط إلا أن المادة 04 مكرر عدلت أكثر من 05 مرات في ظروف 03 سنوات راجع المواد من 65.63 من قانون التكميلي المالية لسنة 2012 المادة 45 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2010نة المواد 62.58 من قانون تكميلي لسنة 2009.

[2] –.أنظر:بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،2006،ص،162.

[3] – أنظر:عبد الله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانهم من المخاطر الغير التجارية في الدول النامية رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، ص 451.

أما بالنسبة لتكريس هذه الحصانة على مستوى التشريع قد نصت عليها المادة 22 من قانون الاستثمار الجديد 09/16،[1] سابق الذكر من أنه "لاتسري الآثار الناجمة عن إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "

ولضمان استقرار القانون المطبق على الاستثمار الأجنبي يتخذ شكليين أو طريقتين:

الطريقة الأولى: ضمان استقرار القانون المطبق على الاستثمار بموجب شرط اتفاقي.

قد يلجأ المستثمر الأجنبي في إطار الاتفاق مع الدول المضيفة لاستثماره في عقود الاستثمار الدولية، إلى فرض شروط أو بنود تضمن له قدر من الثبات في العلاقات القانونية وتحميه من مخاطر التعديلات التي قد تطرأ في المستقبل خصوصا وأن الطرف المتعاقد معه هو دولة تتمتع ببعض الامتيازات المستمدة من سيادتها الاقليمية، كما أن تنفيذ العقد يدخل في تنفيذ إطارها نظامها القانوني مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن المصالح شعبها وتحقيق أهدافها التنموية. [2] وهذا ما يعرف بالشروط أو بنود الاتفاقية لاستقرار القانون المطبق على الاستثمار الأجنبي. ونقصد هنا استقراره من حيث الزمان على أساس أن القانون المطبق على الاستثمار من حيث المكان متفق عليه بين الطرفين ومعروف لا يطرح إشكال، كقانون الدولة المضيفة مثلا، وهو الأكثر شيوعا في عقود الاستثمار.

في الأصل أن هذه الشروط كثيرا ما كان يعمل بها في العقود الدولية الطويلة الأجل بين الشركات الأجنبية ومؤسسات الدول السائرة في طريق النمو.

حيث نجد هذا الشرط موجود حيث نصت عليه المادة 06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة المبرمة في 05 أوت 2001. على ما يلي " تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية.

[1] –أنظر: قانون رقم 09/16 مؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية عدد 46.

[2] –أنظر: عيبوط محند ولد علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012 ص 203.

إذا تضمنت هذه القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية ". [1]

كل هذه النصوص وغيرها تؤكد أن شروط استقرار القانون المطبق لا يقصد منها عدم القيام بأي تعديلات في الأحكام القانونية الخاصة بالاستثمار، وإنما تعني عدم تطبيق هذه التعديلات على الاستثمارات محل الاتفاق المبرم مع الدولة المضيفة قبل صدورها، إلا إذا وافق عل يها المستثمر، أوتمسك بتطبيقها عليه، لكن يمكن القول أيضا أن هذه الشروط يقصد بها عدم قيام الدولة بأي إجراء من شأنه تعديل بنود وشروط العقد المتفق عليها دون موافقة المستثمر الأجنبي.

الطريقة الثانية: ضمان قانون استقرار القانون المطبق على الاستثمار بموجب نص قانوني.

سبق وقلنا إن المستثمر الأجنبي يولي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي يحكم استثماره، وبالأس اس قانون الاستثمار وإذا ما كان يتماشى مع مصالحه، وبالتالي فإن اتجاهه للاستثمار في بلد ما يتوقف على هذا الأخير، وقت اتخاذ قرار الاستثمار فهو يتخوف كثيرا من تغيير هذا النظام بما لا يتماشى مع مصالحه وأهدافه، لهذا نجد أن الجزائر عملت على إزالة مخاوف المستثمر الأجنبي عن طريق تضمين قانونها الداخلي الذي يحكم الاستثمار."مبدأ قانون الاستقرار القانون المطبق" وفي هذه الحالة يصبح استقرار القانون المطبق على الاستثمار كمبدأ وضمان قانوني وليس مجرد شرط اتفاقي وبالتالي يحقق لنا أكبر قدر من الحماية والضمان للمستثمر الأجنبي. [2]

فاستقرار القانون المطبق هنا يكون بموجب نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المضيفة لذلك يسميها البعض في هذه الحالة شروط تشريعية، بحيث تتعهد الدولة بموجب قانونها الداخلي بأن يبقى المستثمر يستفيد من كافة المزايا والضمانات المنصوص عليها في القانون وقت إبرام العقد، حتى وإن قامت بتعديله لاحقا. [1]

---

[1]– أنظر: محلق المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001. المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار المتوقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وشركةأوراسكوم تيلكوم الجزائر. ج.ر.ج.ج عدد 80 الصادرة في 26 ديسمبر 2001.

[2] – أنظر:وليد لعماري، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كثمان للمستثمر الأجنبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، باحث دكتوراه، جامعة الجزائر 01 مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع جوان 2016 ص 341.

[1] – ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان، 2014 ص 57.

فيقتضي هذا المبدأ ثبات النظام القانوني المطبق على الاستثمار طيلة مدة حياة هذا الأخير هذا ما لم يطلب المستثمر الأجنبي تطبيق النظام القانوني الجديد على أساس تضمنه امتيازات أفضل للمستثمر.

غير أنه وفي غالب الأحيان تقوم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية تقوم بتعديلات جديدة على قوانينها الداخلية وهذا استجابة لحاجياتها الاقتصادية وتطلعاتها المستقبلية، إلا أن هذه التعديلات والأحكام الجديدة لا تسري على الاستثمارات التي استخدمت بعد إبرام عقد الاستثمار، وعدم تطبيقها بأثر رجعي على جميع الاستثمارات السابقة على صدورها، فهنا جميع الاستثمارات تستفيد من هذا الضمان أو الشرط القانوني حتى ولم يتم النص عليه في العقد، ويبقى سريان هذه القوانين والأحكام الجديدة فقط على الاستثمارات التي تنجز بعد صدورها تطبيقا لمبدأ الأثر الفوري للقوانين، ويظهر هنا الفرق بين هذا الشرط القانوني والشرط الاتفاقي السابق كون الأول يشمل جميع الاستثمارات السابقة على صدور القوانين الجديدة دون تحديد أو أي استثناء، في حين يشمل الثاني الاستثمارات التي تضمنته عقودها فقط واستبعاد الاستثمارات التي لم تنص عليه أو تتضمنه. [2]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فحسب نص المادة (15) من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر... ." ومن ثمة فالمبدأ المكرس في هذه القوانين هو عدم تطبيق التعديلات أو القوانين المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القوانين الحالية ، الذي أنشأت في إطاره هو الساري المفعول حتى ولم تم تعديله عدة مرات حتى ولو لم يتم الاتفاق على تجميده في العقد، وبما أنه تم النص على ضمان الاستقرار بموجب نص قانوني، وبالتالي فإن جميع الاستثمارات المنجزة في الجزائر في ظل الأمر 03/01 المعدل والمتمم، لا تسري عليها التعديلات والإغراءات التي تطرأ عليه مستقبلا، [3] وهذا هو الأصل.

الفرع الثاني: ضمان التدعيم التشريعي . ويقصد بهذا الشرط أن الاستثمار يستفيد من الأحكام الجديدة الواردة في العقود واتفاقيات الاستثمار إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر بالنسبة للمستثمر وفي حالة وجود اختلاف بين الأحكام العقدية والاتفاقية تطبق الأحكام التي تتضمن امتيازات أكبر بالنسبة للمستثمر.

---

[2] – وليد لعماري، المرجع السابق، ص 342.

[3] – الأمر 08/06المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 15 جويلية 2006 ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006 والأمر 09-01المؤرخ في 22 جويلية2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ج.ر.ج.ج، عدد 44 الصادرة في 22 جويلية 2009، بالإضافة إلى القوانين المكملة لها.

وبالتالي يمكن كاستثناء من المبدأ السابق تطبيق القوانين والتعديلات الجديدة، وهذا مايسمى بشرط التدعيم التشريعي، ويعود الهدف من هذا الشرط إلى ضمان المعاملة التفضيلية التي ينص عليها التشريع الوطني للدولة المضيفة والعقود المبرمة بين الأطراف وكذا الاتفاقيات الدولية، التي أصبحت تعترف في معظمها بحق المستثمر في الاستفادة من التشريع الذي يضمن له امتيازات إضافية.

وقد تم إقرار هذا الاستثناء في عدة اتفاقيات دولية ثنائية خاصة بترقية وحماية الاستثمارات أبرمتها الجزائر مع بعض الدول[1]، في إطار ما يسمى بشرط " **الدولة الأولى بالرعاية** " الذي يقصد به " أن تتعهد الدولة بتمكين رعايا الدولة المستفيدة منه".-أي المستثمرين – من الحصول على أفضل معاملة قررتها أو تقررها إلى رعاية دولة ثانية وبالتالي الحصول .على أفضل الضمانات والمزايا التي تقررها.[2]

كذلك ما تضمنته المادة 06/ فقرة 02، من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر في 05 أوت 2000 السابق ذكرها التي تنص على ما يلي:

" إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام، شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيمها التطبيقية."

ومن هذا المنطلق وتطبيقا لما جاء في هذه الاتفاقيات وتعميما له بهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي أدرج المشرع الجزائري هذا الشرط في قانون الاستثمار الجزائري، وبالتالي أصبح من حق كل مستثمر الاستفادة من هذا الاستثناء بعد ما كان شرطا في الاتفاقيات الدولية لا يستفيد منه سوى رعايا الدول أطراف فيها وبالتالي يكون من حقهم إما الابقاء على القانون القديم، وإما تطبيق القانون الجديد على أساس أيهما أفضل و أكثر فائدة للمستثمر فحسب الفقرة (02) من المادة 15 من قانون 09/16 ،المتعلق بتطوير الاستثمار والتي هي تقول " كما لا يؤدي وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة، سواء تلك المنشأة بموجب تشريع المعمول به أو تلك المنصوص عليها في هذا القانون إلى تطبيقهما معا، وفي هذه الحالة يستفيد المستثمر من

[1]- أنظر:المادة 04من،الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر وكذلك المادة 03،من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وايطاليا .والمادة 04 ف،فقرة 02،من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واسبانيا.

[2] –أنظر: عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ص 84.

التحفيز الأفضل "[1] حيث المادة تعتبر كاستثناء من مبدأ استقرار القانون المطبق على الاستثمار ذلك أنه يمكن أن يطبق القانون الجديد أو التعديلات على المستثمر الأجنبي، وذلك في حالة طلبه ذلك صراحة أي بناء على إرادته، ويكون هذا عادة عندما يحتوي القانون الجديد ضمانات ومزايا أفضل (القانون الأكثر فائدة)، وفي هذه الحالة ينبغي التصريح بذلك أما م الوكالة الوطنية لدعم الاستثمار ANDI وطلب الحصول على مزايا القانون الجديد.

المطلب الثاني: ضمان عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري وضمان المعاملة العادلة والمنصفة.

سنتطرق في هذا المطلب إلى مبدأين أساسين يجب احترامها وضمانها من طرف الدولة المضيفة وذلك عن طريق النص عليهما في القوانين الداخلية وخاصة قانون الاستثمار والتنظيمات التطبيقية لهما.

ولأهمية هذا المبدأين وضعنا كل مبدأ في فرع مستقل وخاص به، حيث الفرع الأول تعرفنا إلى ضمان عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري، والفرع الثاني تحدثنا فيه إلى ضمان المعاملة العادلة والم نصفة أي ضمان المساواة بين المستثمرين سواء كانوا مستثمرين أجانب أو مستثمرين وطنيين.

الفرع الأول: ضمان عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري.

إذا كان الفقه الدولي قد استقر على أحقية الدولة في الاستحواذ على ممتلكات الأجانب الموجودة على إقليمها، وذلك إعمالا لسيادتها الكاملة والدائمة على مواردها الطبيعية.

متى توفرت الشروط اللازمة من مصلحة مشروعة والمساواة في تنفيذ الإجراء المطبق وعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق، إلا أن حاجة الدول خاصة النامية منها لجذب الاستثمارات الأجنبية، تحتم عليها توفير الحماية لهذه الاستثمارات وذلك باستبعاد مخاوف نزع الملكية التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي وذلك عن طريق تقديم ضمانات تشريعية للمستمرين الأجانب بعدم التعرض لممتلكاتهم، إلا وفقا لما تقتضيه قواعد القانون الدولي.

غير أن تدخل السلطة العامة لفرع الملكية الخاصة ليس إجراء حديثا فقد عرفته كل الأنظمة القانونية والحديثة حيث أن اعترف للدولة بالقدرة على نزع الملكية الخاصة بصفة نهائية في حالات معينة. إنما جاء تحقيق الصالح العام، والذي يميز هذه الصورة عن صور تدخل الدولة في الملكية وأنه يجب أن يكون هناك مقابل لأخذ الملكية يسمى تعويضا، وهذا التعويض يجب أن يكون كاملا جابرا لكل الضرر الناشئ عن حرمان المالك من

[1]- قانون رقم: 09/16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 03 غشت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ج.ج. العدد 46.

ملكه. [1].إذ يعتبر إجراء نزع الملكية أحد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها ملكية المستثمر الأجنبي، لهذا كان لابد من وضع ضمانات تحول دون وقوعه أو على الأقل الحصول على تعويضات مناسبة فبالعكس،وتنوع صور و أشكال نزع الملكية، لكن يبقى نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والتأميم أكثر هذهالصور شيوعا. [2]

إلا أن هذه الصور ورغم اختلافها فهي تشترك في كونها تؤدي إلى نفس الأثر المتمثل في حرمان المستثمر الأجنبي من ملكية مشروعهالاستثماري أو على الأقل المساس بها بصورة سلبية، كما تشترك في خاصية ضرورة استنادها إلى نص قانوني يبرر اتخاذها لنقل الملكية من شخص خاص إلى الدولة أو إحدى مؤسساتها.

وإذا كان من حق الدولة وفقا لمبدأ السيادة الإقليمية أن تتدخل وتستولي على ممتلكات الأجانب الخاصة، عندما تقتضي المصلحة ذلك . [3]فإن من حق الأجانب المطالبة بالتعويض باعتباره من الحقوق المعترف بها، بمقتضى العرف الدولي وفقا للمبادئ العامة للقانون.

وحق السلطة العامة في أخذ الملكية الفردية قد يتم في صورة إجراء مؤقت، كما هو الشأن في حالتي الاستياء والحراسة، وقد يتم نزع الملكية بصورة نهائية مقابل تعويض المالك كما هو الحال بالنسبة لنزع الملكية للمنفعة العامة، أو حتى بدون الالتزام بأداء أي نوع من التعويض، كما هو الشأن بالنسبة للمصادرة.

غير أن محاولة رصد مفهوم لكل صورة من هذه الصور على حدة لا يكفي إذ يجب البحث أن أوجه التشابه والاختلاف بين هذه المفاهيم.

أولا:التأميم.

يقصد بالتأميم حسب المدلول الأصيل له تحويل مشروع خاص على قدر من الأهمية إلى مشروع عام يدار عن طريق المؤسسات العامة أو في شكل شركة تملك الدولة كل أسهمها بهدف استبعاد الرأسماليين عن كل مايتعلق باستغلال أو إدارة المشاريع الحيوية في الدولة سواء كانت مرافق عامة أو مشاريع خاصة تؤدي خدمات أساسية.

---

[1] – محمد فتحي حمودة، أضواء على التأميم ومسؤولية الدولة المؤممة، مجلة المحاماة العددان 7.8 سبتمبر أكتوبر 1976. ص 147 148.

[2] –أنظرعبد الله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي، وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدولة النامية، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2002 ص 378.

[3]– أنظر. هشام صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني،في «مركز الأجانب" منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 105.104 بدون تاريخ.

[1]غير أن التأميم يختلف عن إجراء نزع الملكية ذلك أن قرار نزع الملكية إجراء عادي يقع على عقارات محدودة ومعينة، في حين أن قرار التأميم يستند دائما إلى قانون تشريعي مبادر عن السلطة التشريعية، ويترب على ذلك أن القرار الصادر بنزع الملكية يجوز الطعن فيه أمام القضاء، أما قرار التأميم فهو عمل من أعمال السيادة ولا يقبل الطعن فيه أمام أي سلطة قضائية.[2]

كما يختلف التأميم عن نزع الملكية من ناحية قيمة التعويض في حالة نزع الملكية يجب أن يكون كاملا وموازي للقيمة الحقيقية المال المشروع ملكيته ويعتبر التعويض هنا الشرط الوحيد لصحة هذا الإجراء، بينما التعويض في حالة التأميم فهذا ليس شرطا ولا ركنا من أركان التأميم، وإنما هو مجرد أثر من أثار قرار التأميم.

وقد اعترفت الجمعية العامة للأمم المتحدة بهذا الإجراء في القرار الصادر رقم 1803 المعتمد في 14 ديسمبر 1962 تحت عنوان " السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية " والذي تدعم فيما بعد بموجب حقوق وواجبات الدول الاقتصادية عن طريق القرار الصادر رقم 328 المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 ديسمبر.1974[3].

بالنسبة للتشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري لم ينص على التأميم حيث يذهب البعض إلى تفسير صمت المشرع الجزائري عن ذكر أسلوب التأميم على غرار الكثير كمن التشريعات المقارنة المتعلقة بالاستثمار بأنه ضرورة يميلها النهج الذي تسلكه الدولة من أجل توفير بيئة استثمارية يسودها جو من الثقة والأمان لدى المستثمر الأجنبي، فالمشرع الجزائري قد حدد موقفه من هذا الاجراء الذي كان سائدا في فترة السبعينات حيث هذا الإجراء مازال يشير مخاوف المستثمرين الأجانب.

ويعتبر التأميم والإجراءات المماثلة له من المخاطر الصالحة لضمان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، عند اتخاذ الدولة المضيفة لإجراء يترتب عليه حرمان المستثمر من ملكيته، أو من السيطرة على استثمارهأو منافع جوهرية لاستمارهـ

[1] – أنظر: سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر 1984، ص 389.

[2] – أنظر:عبد الباري أحمد عبد الباري، التأميم وآثاره في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1972 ص 91.

[3]– أنظر:أمال يوسفي، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية رسالة الماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999 ص 71.

غير أن المشرع الجزائري وطبقا للدستور، قد أقر في نص المادة 20 من دستور 1996 على أنه " لا يمكن نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف "

أما التشريع المعمول به هو القانون المدني الجزائري حيت نصت المادة 678 على التأميم بقولها " لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

وهكذا يتضح لنا أن حق الدولة في نزع الملكية ليس حقا مطلقا، وإما يتعين عليها أن تراعي أحكام الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية لمقتضى الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية.

ومن هذا المنطلق وبصورة عامة وطبقا للقانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار قد نصت المادة 23 منه " زيادة على قواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف " ورغم أن هذا الحق كما قلنا حق راجع لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وسيادتها على ممتلكاتها الطبيعية إلا أن هذا الحق ليس مطلقا إذ يقابله مبدأ قانوني يقضي بحماية المال الأجنبي من الاستيلاء التعسفي.[1]

ثانيا: الاستيلاء :يعتبر الاستيلاء مجرد إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك مقابل تعويض لاح ق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء، والاستيلاء هو إجراء سيادة تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الاقليمي، ومن ثم فهو يطبق على الأجانب والوطنيين.

وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى الاستيلاء إلا لضمان سير المرافق العمومية، ويتم باتفاق رضائي مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في القانون ويجب أن يكون كتابيا وموقعا من قبل الوالي، وينفذ من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويترتب عليه تعويض يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، وإلا يحدده القضاء، ويتعلق التعويض بإصلاح الضرر المتسبب فيه وكذا مكافأة صاحب الملكية، وتعويض كل نقص في الربح.

[1]–أنظر. عبد الله كعباش المرجع السابق، ص 378.

ثالثا: نزع الملكية للمنفعة العامة :يمثل إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة عن صور نزع الملكية حيث يخول للسلطة العامة في الدول الحق في إصدار القرارات اللازمة يكون الغرض منه إنشاء طريق عام أو إقامة خط لسكة الحديد ويرد قرار نزع الملكية على الأموال العقارية، ويتم مقابل تعويض مادي، وينطلق على الجميع سواء كان مستثمرين وطنيين أو أجانب.

وما دام هذا القرار ينصب فقط على العقار دون المساس بملكية المشروع الاستثماري في حد ذاته، فهذا لا ينفي عنه صفة خطر غير تجاري يهدد استقرار المشروع الاستثماري الأجنبي، خاصة مع الأهمية الكبيرة للعقار في عمليات الاستثمار، حيث نجد أن القضاء الفرنسي أعتبر مسألة نزع عقار كان موجها لمشروع على أنه ضياع للفرصة على المنزوع ملكيته، كأن تنزع ملكيته عقار لمستثمر كان ينوي بناء مصنع لإنتاج سلع معينة تدخل في إنتاج قطع غيار خاصة بالقطارات على هذا العقار وشرع في الدراسات لإنجاز هذا المشروع ،كما أن قرار نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية بصفة نهائية .

و إذا كانت الغاية من هذا الاجراء هو تحقيق المنفعة العامة غير أن تحقيق المنفعة العامة فكرة مرنة وقابلة للتطور ورغم أن نزع الملكية يكون دائما مقترنا بالمصلحة العامة إلا أنه يبقى عائقا في وجه المستثمر الأجنبي ومن ثم لا يعقل أن تمارس دولة المستثمر الأجنبي رقابة على الدولة المضيفة في تقرير مصلحتها العامة التي تتخذها كذريعة في كل حالة من حالات نزع الملك ية- إلا وانه رغم أن هذا الإجراء الصادر عن السلطة العامة عن طريق القرارات الإدارية ويعتبر مظهرا من مظاهر سيادة الدولة وحق من حقوقها، التي تباشرها في حدود اختصاصها الإقليمي، إلا أن هذا الإجراء أي نزع الملكية، لا يعتبر مشروعا طبقا للقانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 [1]وخاصة المادة 02 منه إلا إذا جاء مطابقا في أهدافه لقواعد التهيئة العمرانية، وعلى الإدارة المعنية بنزع الملكية احترام إجراءات نزع الملكية موازاة مع احترام قواعد التهيئة العمرانية وبالتالي يعد هذا القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الإطار العام الذي يتم فيه نزع الملكية، لأنه ينظم الإجراءات والشروط، فالأصل عدم المساس الملكية الخاصة والاس تثناء جوازه من أجل منفعة عامة، ولكن في إطار القانون.[2]

[1] - أنظر. قانون 11/91 مؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 1991.

[2] -أنظر:مسعود شيهوب المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقها في القانون الإداري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2000 ص 34.

وفي الأخير نقول إن نزع الملكية العامة بأنها عملية إدارية بموجبها تجبر الإدارة شخصا على التنازل لها عن ملكية عقارية لغرض المنفعة العامة وبتعويض عادل ومسبق.[3]

القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية:

إذا لم يكن هناك أية خلاف حول حق الدولة في تأميم أو نزع ملكية مال الأجنبي أو ممتلكاته وذلك بموجب ما تتمتع به الدولة من سيادة على إقليمها، إلا أن ذلك لا يعني أنها تتمتع بحرية مطلقة في هذا الشأن، إذ هناك عدة قيود يفرضها القانون الدولي أو ما يسمى بالعرف الدولي على حق الدولة في التأميم أو غيره من إجراءات أخذ ملكية المال الأجنبي، بحيث يتعين على الدول المؤممة مراعاتها وعدم مخالفتها وإلا فقد أخلت بالتزاماتها الدولية، ويمكن إجمال هذه القيود كالآتي:

شرط المصلحة العامة ومطابقة إجراء نزع الملكية للقانون:

نظم المشرع الجزائري نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وذلك في قانون 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 عن طريق المادة 02، وذلك بنصها على مايلي " يعتبر نزع الملكية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية "[1] ومن أجل إضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية التي تعتبر من النظام العام، حدد المشرع الشروط الواجب الالتزام بها وهي:

1 - التصريح بالمنفعة العمومية.

2 - تحديد الأملاك والحقوق المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين، وأصحاب الحقوق المعنيين.

3 - تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

4 - قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها وقبل الشروع في إجراءات نزع الملكية، يجب التأكد من توفر الاعتمادات اللازمة للتعريض المسبق.[2] كما منح المشروع لكل ذي مصلحة إمكانية الطعن

---

[3]- andré de laubadere, traité élementaire de droit administratif, 04 émeedition, imprimerie vaucon, paris .1967, p, 209.

[1] -أنظر: القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ج.ر.ج.ج عدد 21 الصادرة بتاريخ :1991/05/08.

[2] -أنظر: المادة 03 من نفس القانون.

في قرار التصريح بالمنفعة العمومية أمام الجهة القضائية في مهلة أقصاها شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار، [3].
والتي تفصل فيه في مهلة شهر، [4] و أكدت المادة 33 من نفس القانون على أن "كل نزع للملكية يتم خارج الحالات و الشروط التي حددها القانون يكون باطلا وعديم الأثر " إن شرط المصلحة العمومية الوارد في المادة 677 من القانون المدني خاضع للسلطة التقديرية للدولة، وذلك استنادا لسيادتها الإقليمية التي تقتضي عدم الخضوع للرقابة القضائية .

ولهذا نجد أن المشرع الجزائري قيد نزع الملكية الخاصة لدواعي المنفعة العامة إلا في إطار القانون وذلك بدءا من الدستور ووصولا إلى قانون 11/91، المتعلق بقواعد فرع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وانتهاء إلى القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار وذلك في المادة 23 منه، وهذا كله من أجل طمأنينة المستثمر الأجنبي أنه لايجوز نزع ملكية المشرع الاستثماري إلا في حدود الشروط المذكورة سلفا وكذلك بناءا على العقود المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ،وكذلك بناءا على الاتفاقيات الثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي والدولة المصدرة لرأس المال الأجنبي.

شرط عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق:

في حالة عدم وجود معاهدة أو اتفاقية، فإن التزام الدولة بعدم اللجوء إلى التأميم يكون ناشئا عن مجرد عقد بينها وبين المستثمر الأجنبي سوآء أكان هذا شخصا طبيعيا أو معنويا (شركة)، فهذا العقد لا يرقى إلى درجة المعاهدة، وبالتالي يثور التساؤل حول إخلال الدولة بالتزاماتها الناشئة عن هذه العقود.

وقد ذهب القضاء الدولي إلى قيام الدولة بإنهاء امتياز ممنوح لشركة أجنبية بمقتضى أتفاق مسبق، فإن مثل هذا الاتفاق لا يعتبر في حكم المعاهدات، وإنما هو مجرد عقد من عقود القانون الداخلي. [1]

إذ يخضع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي لقانون الدولة باعتباره مكان إبرام العقد، لكن الفقه الحديث يتجه إلى دولية هذا العقد وبالتالي اعتباره من مصاف المعاهدات الدولية. [2]

---

[3] – أنظر: المادة 13 من القانون. رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27. السابق.

[4] –أنظر: المادة 14 من القانون، رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/ 1991. السابق.

[1] –أنظر: هشام علي صادق، المرج السابق ص 47.

[2] – لمعرفة المزيد عن معيار تحديد العقد الدولي، راجع حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1987.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمارات نجدها قد قيدت حق الدولة في اللجوء إلى نزع الملكية أو التأميم، بعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق، حيث نصت المادة الرابعة الفقرة الثانية من الاتفاقية البلجيكية الجزائرية على أنه " يجب ألا تكون هذه الإجراءات مخالفة التزام خاص ".فالالتزام الخاص هنا يقصد به العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

ففي هذه الحالة لا يتخذ إجراء نزع الملكية أو التأميم إذا نص الالتزام الخاص على عدم إمكانية التأميم أو نزع الملكية .

عدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز: إن هذا القيد الهدف منه حماية الاستثمارات الأجنبية وتوسيع مجال المسؤولية الدولية ويقوم هذا القيد أو الشرط على عنصر النية أو الهدف التي تسعى الدولة المضيفة عند إخلالها بهذا الشرط هل الدولة المضيفة عند اخلالها بهذا الشرط كان يندرج ضمن تنفيذ السياسة العامة للدولة قصد تحقيق المصلحة العامة؟ أم أنه مجرد إجراء عق ابي ضد مستثمر معين بسبب جنسيته؟ وذلك بالمقارنة مع الاجراءات المتخذة ضد المستثمرين الأخرين؟

وحتى لا يبقى مبدأ المساواة وعدم التميز قيدا عرفيا، فقد قيدت الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن اتخاذ إجراء نزع الملكية بشرط عدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز، حيث نصت الاتفاقية بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي في المادة 04 " على ألا تكون الإجراءات تميزية " وهذا الشرط أو القيد قد أوردته كل الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات (الاتفاقيات مع إيطاليا، لرومانيا، قطر، اليونان، جنوب إفريقيا، اسبانيا). وفي الأخير يبقى هذا الشرط يتسم بطابع نسبي حيث أن الدولة قد تتخذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم في مواجهة الأجانب من رعايا دولة معينة بالذات.[1]

الفرع الثاني: ضمان المعاملة العادلة والمنصفة.

إن المقصود بهذا المبدأ هو تمكين المستثمر الأجنبي من الاستفادة من كل الامتيازات المنصوص عليها في قانون الاستثمار للدولة المضيفة على قدم المساواة مع المستثمر الوطني.

[1] – وهذا ما حدث بالنسبة للدول النامية الحديثة العهد بالاستقلال حيث عمدت على اتخاذ إجراءات التأميم في مواجهة المشروعات الاستثمارات المملوكة لرعايا الدولة المستعمرة. لكن الفقه الحديث يرى أن هذا النوع من التأميم يعتبر تأميما إصلاحيا تلجأ إليه الدول النامية للتخلص من السيطرة الأجنبية للدول المستعمرة وحماية اقتصادها الوطني.

فالمعاملة العادلة والمنصفة مصدره هو القانون الدولي للاستثمار الذي يشترط على الدولة المضيفة عدم تفضيل مستثمرها الوطني على المستثمر الأجنبي.

حيث يقوم هذا المبدأ على فكرة تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري لجميع الأشخاص دون تفرقة بين شخص وطني وأخر أجنبي، ويعتبر هذا المبدأ الأكثر سخاء في معاملة المستثمرين الأجانب حيث يسويهم في المعاملة مع المستثمرين الوطنيين للدولة المضيفة.[2]

وبالتالي يتمتع المستثمر الأجنبي بشروط المنافسة التي يتمتع بها المستثمر الوطني في إقليم البلد المستقطب للاستثمار، فهو ضمان يعترف به للمستثمر الأجنبي في أغلب قوانين الاستثمار، ويضمن هذا المبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين الجزائريين وبين الأجانب.[1]

وقد كفل المشرع الجزائري بموجب المادة 38 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 " يحظى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون والأجانب بنفس المعاملة التي يحظى بها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتصل بالاستثمار ويحظى جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة مع الاحتفاظ بأحكام الاتفاقيات المبرمة بين الدولة الجزائرية والدول التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها ".[2]

وتم التأكيد عليه بموجب الأمر 03/01 المعدل والمتمم من خلال نص المادة 01 منه " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز أو الرخصة ".[3]

غير أن المادة 14 من أمر 03/01 قد حلت محل المادة 38 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 والتي أقرت بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة مع استثناءات ترد عليه في حالة وجود اتفاقيات بين الجزائر والدولة الأصلية للمستثمر .حيث نصت صراحة على ذلك كالآتي " يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات صلة بالاستثمار ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية " .[4]

---

[2] –أنظر: فؤاد رياض، الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية 1966 ص 332.

[1] – أنظر: كريمة صبيات، المعاملة القانونية للاستثمار الأجنبي في ظل الأمر (06-08) مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة،الجزائر. 2009.

[2] – أنظر: المرسوم التشريعي رقم 93/ 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادرة 1993.

[3] – أنظر: المرسوم التشريعي 12/93 السابق الذكر.

[4] – أنظر: الأمر 03/01 السابق الذكر.

إلا أن أتى القانون المتعلق بترقية الاستثمار رقم 09/16، في المادة 21 منه والذي نص صراحة على مبدأ معادلة عادلة ومنصفة حيث نصت بما يأتي " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم."[5]

فطبقا لنص هاتين المادتين ميز المشرع بين حالتين، فإذا كنا بصدد القانون الداخلي يعامل المستثمرون الوطنيون أو الأجانب على أساس مبدأ عدم التميز في مجال الحقوق والواجبات المتعلقة بالاستثمار، باستثناء ما تمليه التشريعات المتعلقة بالأنشطة المقننة، أما في حالة وجود اتفاقيات دولية، فتخضع المعاملة لمبدأين أساسين هما مبدأ الدولة الأولى بالرعاية ومبدأ المعاملة بالمثل، فهما يضمنان للمستثمر المنتمي للدولة المتعاقدة مع الجزائر مزايا تفضيلية.

ويقصد بمبدأ الدولة الأولى بالرعاية أن تتعهد المستقبلة للاستثمار بمقتضى اتفاقية بينها وبين دولة المصدرة للاستثمار وبمعاملة الاستثمارات التابعة لهذا الدولة أفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات الأجنبية، فهو بند يسمح للمستثمر الأجنبي من الاستفادة من مزايا إضافية من أي نوع كان ما لم تنص عليها الاتفاقية التي أبرمتها دولته مع الجزائر مع مراعاة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يستبعد في حالة ما إذا كانت الامتيازات الممنوحة لدولة ثالثة، تمت في إطار اتحاد جمركي، أو منطقة للتبادل الحر، ويعد ذلك من الاستثناءات الواردة على هذا الشرط.

أما بالنسبة لمبدأ المعاملة بالمثل فهو من مبادئ العرف الدولي ويقضي بتعهد دولة ما بمعاملة ممثلي دولة أخرى ورعاياها وتجارتها بشكل مماثل أو معادل للمعاملة التي تتعهد بها هذه الأخيرة بتقديمها أو تقدمها فعلا كما لا ننسى أن هذا المبدأ يعتبر من ركائز العدل في الشريعة الإسلامية.[1]

أما من حيث مجال تطبيق شرط الدولة الأكثر رعاية فالأمر يمتد إلى كل عناصر الاستثمار الأجنبي سواء ما تعلق منها بتسوية المنازعات، بالضمانات، التسهيلات، الامتيازات بكل أشكلها، وحتى كل الضمانات التي تمس بكيان الاستثمار الأجنبي سواء الجوانب المادية منه أو التأميم أو نزع الملكية. [2]

---

[5]- أنظر: القانون رقم 09/16 السابق الذكر.

[1] - أنظر: عبد الرحمان زيدان الحواجري، المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجيستر، غير منشورة كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية غزة فلسطين، 2002 ص 09.

[2] - أنظر: الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر رسالة نيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزيوزو سنة 2003. ص 111.

وإذا قارنا مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بشرط الدولة الأكثر رعاية فنجد بأن الأول يعد ضمان ممنوح لجميع المستثمرين الأجانب، بينما يبقى شرط الدولة الأكثر رعاية مقصورا على وروده بموجب اتفاقية تجمعه بالدولة الجزائرية، وهو أمر منطقي نظرا لما يحمله شرط الدولة الأكثر رعاية من مزايا إضافية خلافا لمبدأ المعاملة المنصفة والعادلة الذي يعد ضمانا الحد الأدنى للمعاملة.

ورغم المجهودات التي يبذلها المشرع الجزائري لتحفيز المستثمرين الأجانب على التواجد من خلال إخراج الضمانات التعاقدية من إطارها العقدي ومنحها إطار قانوني، فإن النسبية في التعامل مع هذه الضمانات تبقى قائمة ومرتبطة بمدى تخوف المشرع الجزائري منها، وهو ما يبقي التواجد العقدي أكثر ضمانا للمستثمرين الأجانب الذين يمكنهم التفاوض لزيادة مزاياهم والتشارط لحفظ حقوقهم. [3]

وغالبا ما تشكل قاعدة المعاملة المنصفة والعادلة ضمانة بالغة الأهمية للمستثمرين الأجانب في الدول المضيفة، ولذلك فهي تعد بندا نموذجيا احتوته كل الاتفاقيات الاستثمار خاصة الثنائية منها، كما أن هناك نصوص أخرى تثبت وجود استثناءات إضافية وواقعية على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين، متجاوزا مبدأ العدالة والمساواة بين المواطنين ، فالحديث عن القواعد التمييزية يجعلنا دائما نفسرها لصالح المستثمرين الوطنين، لكن بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجد أحيانا ربط الاستثمار في القطاعات الثقيلة وبالقدرات والإمكانيات الكبيرة التي يمتلكها الراغب في الاستثمار ، وغالبا ما تكون لدى المستثمرين الأجانب . [1] ويعد قانون المحروقات أحد أهم النصوص في ذلك، فالتفضيل يكون للشركات البترولية الكبرى.

المطلب الثالث: ضمان تحويل الأموال إلى الخارج وضمان الحق في التعويض.

لقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين مستقلين الفرع الأول تحدثنا فيه لمبدأ ضمان تحويل الأموال إلى الخارج حيث يعتبر هذا المبدأ من أهم الضمانات المشجعة لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى دولة ما، لأن المستثمر الذي يقرر استثمار رؤوسه أمواله على إقليم دولة أجنبية عنه لا يتخذ هذا القرار، إلا بعد أن يتأكد أنه سيتمكن من استعادة أمواله والأرباح الناتجة عنها من خلال إمكانية تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة.

---

[3] – أنظر: ليلى بن عنتر، الأساليب القانونية لتواجد الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر بدون سنة، ص 272.

[1] – أنظر: ليلى بن عنتر: (مدى تحفيز استثمارات الشركات متعددة الجنسيات في القانون الجزائري) مذكرة ماجيستر، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ص.ص. 120.119.

أما المبدأ الثاني والمتمثل في ضمان الحق في تعويض وهو حق معترف به دوليا، حيث عدم التزام الدولة المضيفة بالتعويض مقابل ما لحقه من أضرار، يجعل تصرفاتها مخالفة للقانون الدولي ويترتب عنها مسؤولية دولية.

الفرع الأول: ضمان تحويل الأموال إلى الخارج.

يعتبر الحق في تحويل الأموال من بين أهم الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي ويعتبره البعض شرطا أساسيا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وإذا كان المبدأ هوضمان الحق في التحويل بدون شروط فهناك بعض الحالات التي يجوز فيها للدولة المضيفة فرض شروط على ممارسة على هذا الحق، وهو ما يدفعها إلى عدم منح الحرية المطلقة في التحويل حيث بالرغم من اعترافها لهذا الضمان للمستثمر الأجنبي ،إلا أنها قد تقوم من الناحية العملية بالتحكم في هذا التحويل عن طريق إخضاع عملية التحويل إلى ترخيص مسبق من الهيئات المكلفة بذلك، أو تقوم بتحديد فترة لاتسمح فيها بالتحويل أو تشترط أن يكون التحويل مقسطا على عدة سنوات، كما يمكن أن تنص على التعليق المؤقت لتحويل الأموال إلى الخارج نتيجة ظهور أزمة مالية أثرت على توازن ميزانيتها [1] ، أو قد تضع قيودا تمنع بها تحويل الأموال، إذ تصنع الدول المضيفة نظما من شأنها التأثير على دخول أو خروج رؤوس الأموال والأرباح المحققة منها، ومن هذه القيود ، رفض التحويل فرض سعر الصرف [2]تمييزي ضد المستثمر الأجنبي، حيث فرض سعر الصرف يتضمن عبئا على المستثمر الأجنبي.

لهذا يعتبر ضمان تحويل الأموال من أهم الإجراءات التحفيزية التي تقوم بها الدولة المضيفة لأن عدم السماح بهذا التحويل يعتبر نوع من المصادرة.

من هذا المنطلق حرص المشرع على تكريس هذا الضمان صراحة في القانون رقم 10/90 الخاص بالنقد والقرض بحق المستثمر في إعادة في إعادة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة والنتائج والمداخيل والفوائد وسواها المرتبطة بالاستثمار [3]

---

[1] – أنظر: قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومة، الطبعة الثانية. 2006. الجزائر ص 123.

[2] –المقصود بسعر الصرف هو السعر المعتمد من طرف البنك المركزي للدولة المضيفة والذي يطبق على تحويلات الأموال التي يقوم بها المستثمرين الأجانب إلى الخارج، أو هو سعر العملة الأجنبية بمقابل العملة الوطنية، أنضر شوقي طارق، أثر تغيرات أسعار الصرف على القوائم المالية، رسالة ماجيستر تخصص محاسبة، جامعة باتنة، جوان 2009 ص 20.

[3] – أنظر: المادة 184 من القانون 90-11 الخاص بالنقد والقرض المؤرخ في 18 أفريل 1990، الجريدة الرسمية العدد 16. الصادر وبتاريخ 18أفريل 1990.

كما أكد الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على حق التحويل وذلك في المادة 126 منه والتي تنص على مايلي " يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تحويل تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر."

أما بخصوص قانون الاستثمار الجزائري قد نص على هذا الضمان المادة 25 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار بنصها على " تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر..." [4]

من خلال استقراء أحكام هذه المادة، نستنتج أن الأموال التي تكون موضوعا لعملية التحويل في رأس المال المستثمر، العائدات الناتجة عن الاستثمار رأس المال الأرباح الناتجة عن التنازل أو عن تصفية المشروع الاستثماري حتى ولو كانت قيمة هذه الأرباح تفوق قيمة رأس المال المستثمر، في حين عرف قرار صادر عن وزارة المالية المتعلق باكتساب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، عمليات تحويل الأموال نحو الخارج بأنها: كل التسديدات وعمليات تحويل الأموال فيها ترحيل مداخيل رؤوس الأموال، الاستردادات ، وحواصل التنازل ووقف الاستثمار أو التصفية، الإتاوات والفوائد وأرباح الأسهم. [1]

الملاحظ أن المشرع في قانون ترقية الاستثمار قد أورد المادة المتعلقة بإحدى أهم الضمانات التي تعد عامل استقطاب للاستثمارات الأجنبية قد جعلها في صلب هذا القانون عكس القانون المتعلق بتطوير الاستثمار الذي جعله في باب الأحكام الختامية أي قانون الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، رغم ليس هناك اختلافا كبيرا في صياغة المادتين.

غير أن المتتبع لتكريس هذا الضمان عبر القوانين الجزائرية أصبح تمتع المستثمر الأجنبي بهذا الحق أمر بديهيا، وهذا ما نجده في ظل القانون رقم (82-13) المعدل والمتمم بالقانون رقم (86-13) [2] المتعلق بالشركات مختلفة الاقتصاد، لم يكن يمنح هذا الحق إلا للمستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني إعمالا لمعيار

---

[4] – أنظر: المادة 25 كاملة، القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[1] –أنظر: المادة 02. من قرار صادر عن وزارة المالية مؤرخ في 01 أكتوبر 2009 متعلق باكتساب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، جريدة رسمية عدد 62 لسنة 2009.

[2] – أنظر: المادة 02. من قرار صادر عن وزارة المالية مؤرخ في 01 أكتوبر 2009 متعلق باكتساب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، جريدة رسمية عدد 62 لسنة 2009.

الجنسية وتفسير ذلك يكمن في رغبة المشرع آنذاك في تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية على الاستثمار في إطار الشركات مختلطة الاقتصاد، وبصدور قانون (90-10) المتعلق بالنقد والقرض تخلي المشرع عن معيار الجنسية لصالح معيار الاقامة، حيث استعمل مصطلح " غير مقيم " تشجيعا منه للمستثمرين المنحدرين من أصل جزائري والمقيمين في الخارج المالكين لرؤوس أموال لا يستهان بها على استثمارها في الجزائر، وتبعا لذلك أصدر البنك المركزي اللائحة رقم (90-03) بتاريخ 20 فيفري 1990 المتعلق بشروط ممارسة عمليات الاستيراد للبضائع إلى الجزائر وتمويلها، عرف من خلالها الشخص الغير مقيم بأنه هو الشخص هو الطبيعي أو المعنوي الذي يكون مركز نشاطاته الاقتصادية الرئيسي موجودا خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل، بشرط أن يكون للبلد الأجنبي الذي يقيم فيه علاقات دبلوماسية مع الجزائر، وأن هذه الأخيرة تعترف به، وحسب ما جاء في نفس اللائحة فإن مركز الرئيسي للنشاطات بالنسبة للشخص الطبيعي يتحدد إذ كان هذا الأخير حائزا على 60% من ذمته المالية أو لمداخيله خارج الجزائر، وبالنسبة للشخص المعنوي إذا كان هذا الأخير يحقق 60% من رقم أعماله في الخارج[3]

وبالرجوع إلى أحكام المادة 25 من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، فإن ضمان حرية تحويل الأموال خارج الجزائر لا يمنح إلا للاستثمارات المنجزة بواسطة عملة صعبة حرة التحويل ومسعرة من طرف البنك المركزي، وتكون مستوردة من الخارج بطريقة قانونية من قبل أشخاص طبيعية أو معنوية سواء من جنسية جزائرية أو أجنبية، ويكون بسعر الصرف الرسمي المطبق بتاريخ التحويل ورغم ذلك لم يخل نص المادة 25عند تطبيقه من مشاكل تتعلق بتحديد الجزء القابل للتحويل إذ لاتعتبر كل النفقات التي استخدمت لإنجاز المشروع قابلة للتحويل فقط الأموال التي دخلت إقليم الجزائر في إطار الاستثمار هي التي يمكن استخدامها كقاعدة لحساب العائدات القابلة للتحويل، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن المادة 25 من نفس القانون تطرقت فقط لموضوع التحويل في حين تركت تحديد إجراء وشروط التحويل للقانون رقم (90-10) المتعلق بالنقد والقرض وبما أن هذه المادة أكدت على أن ضمان حرية التحويل هو حق معترف به للمستثمر المقيم فإن مجلس النقد

[3] – أنظر: لائحة بنك الجزائر رقم (90-03) الصادرة بتاريخ 20 فيفري 1990 المتعلقة بشروط ممارسة عمليات استيراد البضائع إلى الجزائر وتمويلها.

والقرض لايمكنه رفض التحويل إلا في حالة نقص الوثائق اللازمة، أي أن دوره يقتصر فقط على التحقق من توفر كل الوثائق المطلوبة لإصدار رخصة التحويل لطالبها. [1]

أما عن آجال تحويل هذه الأموال والذي يبقى الأهم بالنسبة للمستثمر الأجنبي هو أن تحول بأقصى وقت ممكن، فالقانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار لم يحدد آجال للموافقة على طلب التحويل، وترك ذلك للاتفاقيات الثنائية ما حددته الاتفاقية المبرمة مع إيطاليا 06 أشهر وفي الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و إسبانيا المتعلقة بترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات على أن "تتم التحويلات في مدى لا يتجاوز ثلاثة أشهر ولعملة قابلة للتحويل بكل حرية مع استعمال معدل الصرف الرسمي المطبق في تاريخ التحويل" ، أما بالنسبة للاتفاقيات التي لم تحدد آجالا لتحويل فتطبق عليها الآجال المحددة في القانون الداخلي.

والملاحظ وأنه رغم كل هذه الضمانات الموسعة التي منحها المشرع الجزائري بشأن تحويل الأموال إلا أن هذا الحق ليس مطلقا، فقد وضع المشرع بعض الضوابط الهدف منها هو مراقبة عملية الصرف وتحويلات رؤوس الأموال، ومن جهة بغية الحفاظ على العملة الصعبة داخل البلاد، ومن جهة أخرى لأن الخروج المفاجئ لكل هذه العملة الصعبة من شأنه الإضرار بالاقتصاد الوطني وبميزان المدفوعات.

ومن تلك القيود ما نصت عليه المادة 10 من قانون المالية لسنة 2009 [2] والمنشئة للمادة 05 مكرر والتي أكدت على ضرورة القيام بعملية تصريح مسبق لدى المصالح الجبائية المختصة إقليميا بتحويل الأموال مهما كانت طبيعتها والتي تتم لفائدة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين غير المقيمين في الجزائر، فالهدف من هذا الإجراء هو مراقبة مدى احترام المستثمر لالتزاماته اتجاه المصالح الجبائية والضريبية.

وهناك بعض القيود الموضوعية فيما يخص تحويل الأموال ومن ذلك ما نصت عليه المادة 57 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 [1] والتي تلزم المستثمر بإعادة استثمار حصته من الأرباح التي حصل عليها عن

---

[1] – تعتبر شركة أوراسكوم تليكوم نموذجيا عن المستثمرين الأجانب الذين استفادوا من ضمان تحويل الأموال، حيث جاء في المادة 04 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية وهذه الشركة بتاريخ 05 أوت 2001 أن تنفذ العمليات المالية مع الخارج في إطار تنظيم الصرف المعمول به، وتستفيد الشركة في هذا الصدد من كل امتيازات التحويل الجارية والمقررة في القانون الأساسي لصندوق النقد الدولي، كما حددت الاتفاقية أجل تنفيذ الطلبات المقدمة من أجل تحويل الأموال الصعبة إلى الخارج لمدة لا تتجاوز 60 يوما.

[2] – أنظر: قانون رقم 21/08 مؤرخ في 2 محرم 1430 الموافق ل 30 ديسمبر 2008، المتضمن قانون المالية لسنة 2009 ج.ر. عدد 74.

[1] – أنظر: أمر رقم 09-01 مؤرخ في رجب عام 1430 الموافق ل 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية لسنة 2009. ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009.

طريق الإعفاءات والتخفيضات، وفي حالة عدم قيامه بذلك فهو مهدد بإرجاع مبلغ التحفيز الضريبي مع تطبيق غرامة جبائيةٍ نسبتها 30 % من مبلغ التخفيض.

الفرع الثاني: ضمان الحق في التعويض.

يترتب عن إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة، حق المستثمر الأجنبي في التعويض وهو حق معترف به في القانون الدولي ويجد أساسا له في قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، لذلك فإن عدم الالتزام بالتعويض مقابل ما لحق المستثمر الأجنبي من أضرار يجعل تصرفات الدولة التي تمس بحق الملكية غير مشروعة ومخالفة للقانون الدولي ويترتب عنها مسؤولية دولية للدولة المضيفة. [2]

ولهذا نتعرض في هذا الفرع إلى مضمون الالتزام بالتعويض الذي هو ما استقرت عليه القواعد العامة في الشأن، هو أن يلتزم كل شخص يتسبب بضرر معين جراء خطئه بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أو التزامه بدفع التعويض إذ تعذر عليه ذلك وقد أجمع الفقه والقانون على إلزامية حصول المستثمر الأجنبي على التعويض عندما يتعرض للإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة ي الدولة المضيفة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو سواء كان تصرف غير مشروع أو تصرف مشروع.

غير أن أبعاد التميز بين التعويض بسبب مشروع أو غير مشروع قد نجد صعوبة في التميز بينهما نظرا لأهمية الآثار المترتبة عنهما من الناحية القانونية، حيث أن التعويض الناتج عن تصرف غير مشروع أي إخلال بالتزام دولي وارد في اتفاقية أو معاهدة دولية يتطلب إرجاع الأوضاع إلى حالتها الأصلية، أي أنه يتم على أساس التعويض الشامل والذي يقتضي تغطية الخسائر والأضرار المترتبة عن الحرمان من الأرباح.

أما التعويض الناتج عن تصرف مشروع فإن الممارسة الدولية في مجال الاستثمارات الأجنبية تؤكد بأن التصرفات الدولة المشروعة والتي تندرج في إطار استرجاع ثرواتها الطبيعية هنا يقوم الالتزام بالتعويض على أساس علاقة قانونية داخلية بين الدولة والمستثمر ولا يمكن إلا أن يكون جزئيا.

[2] – أنظر: رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحوق والعلوم السياسية،جامعة باتنة، السنة الجامعية 2010-2011 ص 87.

ولهذا فإن الاعتراف بمبدأ التعويض والتزام به، مكرس في الممارسة الدولية، ذلك أن السوابق العدلية والحلول الدبلوماسية المتوصل إليها في هذا المجال تؤكد وجود قاعدة دولية تلتزم الدولة المضيفة بالتعويض وذلك بغض النظر عن وجود التزام اتفاقي سابق بوجود أداء التعويض. [1]

ذلك أن الترخيص بصحة الأعمال السيادية الانفرادية للدولة لايخلوا من إثارة الشكوك حول الإرادة السياسية الحقيقية في التنمية الاقتصادية بواسطة الاستثمار الأجنبي، لأجل ذلك أوجد التعويض المناسب عن هذه التصرفات غير المسؤولة في بعض الأحيان، وهو الأمر الذي يتفق مع قرارات هيئة الأمم المتحدة التي تتطلب أن يتم التأميم مقابل تعويض عادل ومناسب.

لهذا اتجه جانب من الفقه على اعتبار التأميم عملا غير مشروع و من قبيل المصادرة الإدارية إذا لم يصاحبه تعويض فوري، ودعوا إلى استبعاد النصوص الوطنية في تحديد قيمته والاستناد إلى معيار دولي مؤكد عليه في وثائق رسمية، وماتضمنتهمعاهدات دولية عقدتها هذه الدول سواء فيما بينها أو مع دول أخرى [2] .

1 – أما من حيث تقدير التعويض:

لهذا تحاول الممارسة الدولية في هذا المجال ضمان مصالح الطرفين المتعاقدين حيث توجد عدة طرق يمكن الاعتماد عليها لتقدير التعويض المستحق نتيجة إجراء التأميم ونزع الملكية من أجل المنفعة العمومية من بينها.

أ – طريقة القيمة الحالية: حيث تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية ولقد تبنت هذه الطريقة قضية (AMINOIL). بحيث أخذت بعين الاعتبار الفوائد المحتمل تحقيقها من قبل المؤسسة كما طبقتها الجزائر عند تأميم مصالح الشركات الامريكية والانجليزية.

ب – طريقة الحصيلة أو القيمة الحسابية الصافية: تعتمد عن عناصر القيمة الحالية لكنها تأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة ومعدل الأرباح التي تحققها شركة مماثلة في نفس المدة.

ت – طريقة قيمة السوق: هذه الطريقة تمسكت بها الدول المصدرة لرأس المال لأنها تأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة وذلك استنادا إلى معطيات السوق.

---

[1] – أنظر، هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية.

[2] – أنظر، إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية ص 75.

ث – طريقة القيمة في البورصة: يتم تحديد مقدار التعويض على أساس ثمن أسهم الشركة المؤممة، وبالتالي فإنها لا تحص سوى الشركات التي لها قيمة في البورصة ولقد تم الاعتماد عليها عند تأميم شركة قناة السويس. [1]

أما المشرع الجزائري في م رحلة الإصلاح الاقتصادي فلقد اكتفى في قوانين الاستثمار على الحق في التعويض الذي وصفه بالمعادل والمنصف، وترك باقي التفاصيل بطريقة التقييم وميعاد وأساليب الدفع لتنظيم بموجب الاتفاقيات الثنائية، نستطيع القول بأن الضمانات الواردة في القانون الجزائري في مجال التعويض أفضل من مبادئ وقواعد القانون الدولي في هذا المجال من الناحية النظرية، حيث أخذ المشرع الجزائري كل المشاكل المرتبطة بتحديد قيمة التعويض طبقا للمبادئ العادلة مع الأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالاستثمارات والأرباح والخسائر المحتملة و اسم الشهرة وغيرها من العناصر الاقتصادية المرتبطة بالمشروع الاستثماري في السوق مع ضرورة مراعاة القواعد والممارسة المعترف بها دوليا عند تحديد التعويض والتي تبناها المشرع الجزائري في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمت الجزائر مع عدة دول مصدرة لرؤوس الأموال.

حيث أن هذه الاتفاقيات الثنائية في تنظيم التعويض لا تختلف كثيرا عن بعضها البعض فقط يشترط في التعويض أن يكون مساويا للقيمة السوقية للاستثمار المنزوع ملكي ته وأن يدفع بعملة يختارها المستثمر، وتحويله أي قيمة التعويض إلى بلد المستثمر الأجنبي فمنها من حدد مدة عملية التحويل، ومنها من أشترط أن تتم بكل حرية.

وأخرى ذكرت أن تتم بدون تأخير دون تحديد المدة. [2]

أما بالنسبة للجزائر في مسألة دفع التعويض في حالة عدم وجود الاتفاقيات التي تنظم طريقة الدفع فإنه ليس بالمسألة المبتدعة في قوانين المتعلقة بالاستثمار بل نجده من الضمانات المنصوص عليها منذ سنة 1966 بموجب القانون المنظم للاستثمارات الخاصة الوطنية، ولابد أن يكون بمرسوم تشريعي وضرورة التعويض في مدة 09 أشهر وأظهر إمكانية تحويل مبلغ التعويض إلى الخارج أي البلد الأم للمستثمر الأجنبي. [3]

---

[1] – أنظر: المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 الخاص بترقية الاستثمار والمادة 16 من الأمر رقم 03/01 المعدل والمتمم الخاص بتطوير الاستثمار والمادة 23 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

[2] – أنظر : الفقرة الأولى من المادة . 05 من المرسوم الرئاسي رقم 04، 431 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004 يتضمن التصديق على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15 فبراير سنة 2003، جريدة رسمية 84.

[3] – أنظر المادة 03 من الأمر 66.284 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات الخاصة.

2 – أما من حيث خصائص التعويض في القانون الجزائري:

حيث نرى أن القانون الجزائري يتضمن كل المواصفات الخاصة بالتعويض من كونه تعويض مسبق وعادل ومنصف.

أ – **التعويض القبلي أو المسبق:** يقصد بالتعويض المسبق التعويض الذي يدفع قبل نزع الملكية غير أن تجسيد التعويض المسبق صعب من الناحية العملية لذلك بأن الاتفاقيات الدولية اكتفت بالخصائص الأخرى للتعويض دون اشتراط التسديد المسبق عكس ما ذهب إليه الدستور الجزائري في المادة 20 منه بقولها " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف "

ب – التعويض المنصف: يقصد به حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين عند تحديد مقدار التعويض المستحق من خلال حق الدولة الأخذ بعين الاعتبار الديون الضريبية التي يتجاوز مقدارها أحيانا مبلغ التعويض.

لقد كرس المشرع الجزائري على تكريس قاعدة التعويض العادل والمنصف في المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار. [1]

كما تأكد على هذا المبدأ في المادة 23 من قانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار [2] وهذا من أجل التأكيد على النوايا الحسنة للجزائر في مجال معاملة الاستثمارات الأجنبية .

ت – التعويض العادل: يقصد بعبارة عادل القيمة الحقيقة للمال المستثمر أي قيمة المؤسسة في حد ذاتها. [3]

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

المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي في الجزائر.

---

[1] –أنظر: إلى المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار.

[2] – أنظر :إلى المادة 23 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار السابق الذكر.

[3] – أنظر: عيبوط محند ولد علي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو. السنة الجامعية 2005،2006. ص 218.

تعتبر البيئة التشريعية الملائمة من أهم العوامل الأساسية لتشجيع الاستثمار وضمانة هامة تسعى الدول لتحسينها، وتعتبر الضمانة الإجرائية لتسوية منازعات الاستثمارات من أهم هذه الضمانات، ومن هنا تبرز أهمية وجود قواعد إجرائية حاسمة لتسوية مثل هذه المنازعات ، وقد يكون في توفير وسائل محايدة وفعالة لحسم منازعات الاستثمار حافزا مهما لإقدام المستثمرين على استثمار رؤوس أموالهم في دول أخرى، مع إعطاء المستثمر الأجنبي الثقة في حصوله على حقوقه في حالة وقوع أي نزاع، وتحقيق العدالة بين الأطراف المتنازعة وإيجاد نوع من التوازن بين الطرفين، ولذلك لابد من وسائل معينة والتي يمكن حصرهما في ثلاث وسائل كالآتي ، الوسيلة الودية ولقد خصصنا لها مطلب واحد والتسوية القضائية كذلك جعلنها في مطلب ثاني والتسوية التحكيمية قد أوردنها في مطلب ثالث.

المطلب الأول: الوسائل الودية لحل منازعات الاستثمار في الجزائر" التسوية الودية"

تنص العديد من التشريعات الوطنية واتفاقيات الاستثمار الدولية على حل منازعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بالطرق الودية والمتمثلة في المفاوضات والتوفيق أو المصالحة، أولا قبل إحالتها أو رفعها إلى القضاء أو التحكيم، إذ تستحسن أن تتاح بقدر الامكان فرصة تسويتها في وقت مبكر وبطريقة ودية، ومن الناحية الواقعية فإن الطرق أو الوسائل الودية لتسوية المنازعات تتمثل في المفاوضات والتوفيق، ولهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين مستقلين، الفرع الأول تحدثنا فيه عن المفاوضات والفرع الثاني تطرقنا فيه إلى التوفيق أو ما يسمى بالمصالحة.

الفرع الثاني: المفاوضات. إن المفاوضات أيا كان شكلها أو أسل وبها تعتبر عنصرا أساسيا من عناصر التعامل الإنساني،[1] وقد عرف البعض عن فقه التفاوض على أنه " وسيلة مباشرة بين الأطراف كل الخلافات العالقة بينهم بتبادل الحوار والآراء والطلبات قصد الخروج بحل يرضي الطرفين".

ويرى جانب من الفقه بأي خلاف مهما كانت خطورته يمكن مناقشته وإيجاد الحلول المناسبة به من خلال التفاوض أو الحوار، بشرط توافر حد أدنى من المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين وإلا كانت نتيجة المفاوضات انعكاسا لسيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف[2].

[1] – أنظر: محمد بدر الدين زايد المفاوضات الدولية بين العلم والممارسة، مكتبة الشروق الدولية القاهرة،مصر 2008 ص 05.

[2] - أنظر: دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية الطبعة الاولى،مركز الدراسات العربية ،بيروت. 2006.

وتتميز المفاوضات بالمرونة، وتسهم في تضيق شقة الخلاف بين الأطراف المتنازعة بالإضافة إلى السرعة في إيجاد الحل للمنازعات مقارنة بالآليات الأخرى، لذلك تستوجب معظم عقود الاستثمار استنفاذ هذه الوسيلة قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى.

ويترتب على الدخول في مرحلة التفاوض التزامات على كل من الطرفين وآثار معينة وتتمثل تلك الالتزامات في الالتزام بالاستمرار في التفاوض والالتزام بالإعلام.

أما الأمر المترتب على المفاوضات يكون دائما متمثلا في أمرين لا ثالث لهما. فإما أن يتوصل الطرفان إلى حل النزاع وبالتالي لا حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم وإما أن يفشل المتفاوضون في التوصل إلى حل النزاع، وفي هذه الحالة يحق لهم اللجوء إلى الوسائل الأخرى.

أما بالنسبة للجزائر بعد إجراء الإصلاحات الاقتصادية وتبني نظام التحكيم التجاري الدولي بتشريعها الوطني، فقد أبرمت اتفاقيات عديدة ونصت على أسلوب التفاوض في حل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية وذلك عن طريق الإشارة إلى هذا الإجراء بصريح العبارة: التفاوض، أو التراضي، أو الاستشارة والطرق الدبلوماسية.

فبالنسبة للتفاوض بين الطرفين المتعاقدين حول تفسير أو تطبيق الاتفاق قد تضمنته كل من الاتفاق المبرم بين الجزائر وكل من أمريكا وإيطاليا ورمانيا وإسبانيا على أنه بالتراضي خلال مدة ثلاثة أشهر بالنسبة لأمريكا، ولمدة ستة أشهر بالنسبة لبقية الدول بعد الإشعار الكتابي للخلاف، وفي حالة الفشل وعدم التوصل إلى الحل، يحال النزاع مباشرة إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات أو إلى أي تحكيم على غرار النظام النموذجي للأمم المتحدة، أو إلى تحكيم خاص.

أما بالنسبة للتفاوض بين الدول المتعاقدة ومستثمر إحدى الدول الأخرى المتعاقدة فإن الخلاف يحل بالتفاوض خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الإخطار بالنزاع كتابيا وفي حالة عدم التوصل إلى حله فإن على الطرف المعني بتبني النزاع الاختيار بين اللجوء إلى القضاء الوطني المتخصص للدولة المقام الاستثمار على إقليمها أو اللجوء إلى محكمة تحكيم مؤسستي أو إلى تحكيم خاص.

أما بالنسبة لتكريس المفاوضات كطريق ودي لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري ورغم عدم نص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار الجديد 09/16 على طريق المفاوضات واكتفائها بالنص على اللجوء

للتوفيق والتحكيم كطرق بديلة، فإن طريق التفاوض تم تكريسه في العديد من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر، ومن ذلك الاتفاقيات الموقعة بين الدولة الجزائرية ودولة الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلين بالاستثمارات [1] الموقع بكين يوم 20 أكتوبر 1996 إذ أكدت المادة 01/09 من الاتفاقية الثنائية من أنه " يسوي قدر الإمكان وديا عن طريق التفاوض بين الأطراف ذات العلاقة أي نزاع بين مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين " وكذلك ما أكدته المادة 1/12 اتفاقية التعاون الثنائي في مجال الاستثمارات الموقعة مع دولة إيران. [1]

وفي النهاية قد تؤدي المفاوضات إلى نتيجة إيجابية أو سلبية، فإن كانت إيجابية سيترتب عليها توصل الأطراف إلى حل النزاع القائم بينهم، كليا أو جزئيا، وإن كانت النتيجة سلبية فإن النزاع سيظل قائما، [2]وأن اللجوء إلى طريقة المفاوضات لا تشكل بديلا أو مانعا من للجوء إلى الطرق الأخرى كالتحكيم أو القضاء

الفرع الثاني: التوفيق أو المصالحة.

يعرف التوفيق بأنه وسيلة تسوية المنازعات الاستثمارية يلجأ بمقتضاها طرفا النزاع إلى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع واقتراح أسس لتسوية النزاع يمكن أن يرتضيها الطرفان.[3]

أو هو أسلوب أو إجراء يرمي إلى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بقصد الوصول بحل وسط بين الطرفين وذلك عن طريق الطرف الثالث يتميز بالحياد والاستقلال.[4]

وقد عرفه القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال المادة 3/1 كالتالي " لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح (التوفيق) أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير أخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص أخر أو أشخاص أخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى التسوية الودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى والمتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض النزاع.

---

[1] – مرسوم رئاسي رقم 02 – 392 مؤرخ في 20 رمضان 1423 الموافق ل 25 نوفمبر 2002 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع حول التشجيع والحماية المتبادلين.ج.ر. عدد 77 الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 2002.

[1]-أنظر:مرسوم رئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26 فبراير 2005.ج.ر. عدد 15.

[2] – أحمد أبو الوفا. الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة 04، دار النهضة العربية القاهرة 2004.

[3] – أنظر. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية المصدر السابق. ص 313.

[4]–محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض طبعة 1991 صفحة 21.

ويسعى الموفق – هيئة محايدة – دائما أثناء إجراءات بلتفاق مسبق مع الأطراف إلى أن يعرض عليه م أفضل الأوجه للتوفيق بينهم.

ويدير الموفق عملية التوفيق وفقا لما يراه مناسبا مسترشدا في ذلك بمبادئ الحياد والعدل والإنصاف.[5]

كما تقوم لجنة التوفيق أو الموفق بتوضيح النقاط محل النزاع بعد الاستماع إلى الأطراف المتنازعة وجمع كافة المعلومات اللازمة، ومن ثم عرض شروط تسوية التي ترى ال لجنة أنها ملائمة وغير مجحفة، وإذا نجحت إجراءات التوفيق يتم إثبات اتفاق التسوية في محضر التوفيق موقعا عليه من الأطراف والموفق،[1] وهناك نمطين أو صورتين أساسيتين لإجراءات التوفيق وهما.

01-**التوفيق الخاص**: وهو ببساطة عملية يتم تنظيمها وإدارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم دون مساعدة من أي مؤسسة أخرى. وتعتبر قواعد التوفيق التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (اليونسترال) لعام 1980 استكمالا لقواعد تحكيم اليونسترال النموذجية لعام 1976 مثالا جيدا لقواعد التوفيق الخاص.

02-**التوفيق المؤسسي**: يتميز هذا النمط بتنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالبا ما تكون مؤسسا ت أو مراكز تحكيمية، والمثال على هذا النمط من التوفيق قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،وقواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

وكقاعدة عامة أن قرار هيئة التوفيق غير ملزم بمعنى أن يكون لأطراف النزاع مطلق الحرية بقولها أو رفضها، إذ أن جميع الاقتراحات والحلول التي يقدمها الموفق يجب لدخولها حيز التطبيق الفعلي، أن تحوز على موافقة أطراف النزاع. [2]

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من إجراء التوفيق في تسوية منازعات الاستثمار حيث أكدت المادة 24 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على خضوع أي خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية في حال وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف إلى التوفيق لكنها استعملت مصطلح المصالحة بدل التوفيق وكذلك المادة 25 من الاتفاقيات الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية خلال نصها على أنه " تتم

---

[5] – أنظر بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2006، صفحة 318.

[1]-- أنظر المادة (02/13) من قانون توفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونسترال) لعام .1980

[2] – أنظر. أحمد ابو الوفا، المرجع السابق 659.

تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقيات عن طريق التوفيق أو التحكم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية "

أما الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ،[3]

فقد نصت من خلال المادة 28 على أن أي طرف يرغب في اللجوء إلى إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي إلى السكرتيرة العام الذي يقوم بتقديم هذه الدعوى إلى الطرف الأخر، وبالتالي يقوم السكرتير العام اتخاذ الخطوات اللازمة للبدء بالإجراءات والمتمثلة في تشكيل وتعين لجنة التوفيق وتحديد إجراءات التوفيق.[1]

وعموما لا تنفرد غالبية قوانين الاستثمار بالاعتماد على الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار وإنما يتم الدمج بينها وبين الوسائل الأخرى،حيث تنص على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاع وفي حالة فشلها يتم اللجوء إلى الوسائل الأخرى كالمحاكم والتحكيم.

المطلب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للاستثمار وهو مايعطي بالتالي لقضائها اختصاصا أصليا للفصل في تلك المنازعات هذا كله في حالة عدم وجو نص خاص في الاتفاقية التي تجمع الدولة المضيفة بدولة المستثمر الأجنبي أو في عقد الاستثمار الذي يجمع هذ ا الأخير بالدولة المضيفة يقبل بموجبه الطرفان اللجوء إلى وسيلة دولية لتسوية نزاعهما.

الفرع الأول: حل منازعات الاستثمار الأجنبي أمام القضاء الدولي.

تتمثل أهم الوسائل القضائية الدولية التي يمكن اللجوء إليها لتسوية منازعات الاستثمار، بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة على وجه الخصوص في محكمة العدل الدولية، ثم محكمة التحكيم الدائمة ثانيا، ومحكمة الاستثمار العربية ثالثا.

---

[3] -أنظر: مرسوم رئاسي 346/95 مؤرخ في 06 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 اكتوبر 1995. يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ورعايا الدول الأخرى، جريدة رسمية العدد 66، الصادرة بتاريخ 12 جمادى الثانية عام 1416.

[1]- أنظر، عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر الغير التجارية، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر القانوني الجديد في عمليات التامين، المنضمة من قبل كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، لبنان .2006

أولا: محكمة العدل الدولية.

تعد محكمة العدل الدولية الهيئة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وفق المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة،تتألف هذه المحكمة من خمسة عشر قاضيا يمثلون ثقافات قانونية مختلفة، يتم انتخابهم بناء على ترشيح مجلس الأمن و موافقة الجمعية العامة، أما فيما يتعلق باختصاص محكمة العدل الدولية في حسم منازعات الاستثمار، فإن المادة 94 من نظام هذه الأخيرة حصرت اختصاص المحكمة في الفصل في المنازعات التي تنشأبين الدول، الأمر الذي يعني عدم منح المستثمر الأجنبي حق المثول أمام هذه المحكمة مباشرة، و بالتالي فإن الوسيلة الوحيدة لعقد اختصاصها هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة استنادا إلى مبدأ الحماية الدبلوماسية،إذ يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية ضمانا مهم لحماية حق المستثمر الأجنبي في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة لاستثماره.[1]

فالثابت أن الحماية الدبلوماسية هي حق للدولة المعنية، وليس واجبا عليها، وأساسا ذلك أن هذه الدولة قد ترى أنه من الملائم أن تباشر هذه الحماية ضد الدولة المضيفة المعنية حفاظا على حقوق مستثمرها المضرور، كما يمكن أن ترى أنه من غير الملائم أن تستعمل هذا الحق، وبعبارة أخرى فإن دولة المستمر لها سلطة التقدير في استعمال هذا الحق أو عدم استعماله إذا لاتوجد قاعدة قانونية تلزمها بذلك.

مما يجعل لجوء المستثمر الأجنبي مباشرة إلى محكمة العدل الدولية أمرا غير ممكن، وفي سبيل تغيير هذا الوضع وجهت اقتراحات إلى هذه المحكمة بتغير نظامها سواء بتشكيل لجنة خاصة تتبع المحكمة، وتختص بالفصل في منازعات الاستثمار، أو بتوسيع اختصاص المحكمة ككل، إلا أن هذه الاقتراحات لم تجدي نفعا إذ أن الاختصاص لهذه اللجنة المقترحة بالفصل في منازعات الاستثمار يحتاج إلى عقد اتفاق خاص بين الدولة المضيفة و بين دولة المستثمر الأجنبي، و بالتالي يتعذر على هذا الأخير اللجوء إلى محكمة العدل الدولية إلا عن طريق دولته كما أن توسيع اختصاص هذه المحكمة يعني تعديل ميثاق الأمم المتحدة، أي أنه في كل الأحوال لايمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة إلى عن طريق نظام الحماية الدبلوماسية.[2]

ثانيا: محكمة التحكيم الدائمة.

[1]– عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة. 1986. ص 418.

[2] – أنظر:دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، صفحة 322.321.

يرجع تاريخ تأسيس محكمة التحكيم الدائمة إلى اتفاقية التسوية السلمية التي اعتمدها مؤتمر السلام الدولي الذي انعقد في لاهاي سنة 1899 وكذا إلى مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي انعقد في لاهاي سنة 1907 أين تم تعديل النظام الأساسي لهذه المحكمة حيث كانت تختص فقط بتسوية المنازعات بين الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي سنة 1907[3].أما الآن أصبح بإمكان هذه المحكمة ان تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، لكن بشرط ان تكون الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها طرفا في اتفاقية لاهاي 1907.[2] وهو ما تعذر معه لجوء أغلب مستثمري الدول النامية إلى هذه المحكمة.

ثالثا: محكمة الاستثمار العربية.

أنشأت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، وتم وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985 بينما لم يتم تشكيلها حتى سنة 1991 بموجب قرار المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية.

تختص هذه المحكمة في تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية المنشأة لها.[1] حيث أصبح بإمكان المستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أو إلى هذه المحكمة اختياريا.

وتعتبر الأحكام الصادرة عن محكمة الاستثمار العربية أحكام نهائية غير قابلة لأي طعن إلى انه واستنادا إلى المادة 35 من هذه الاتفاقية فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها، إلى ما تضمنت انتهاكا جسيما لقاعدة أساسية في هذه الاتفاقية أو عند اكتشاف وقائع جديدة، وبالتالي إنها تستطيع وقف تنفيذ حكمها إلى حين الفصل في التماس إعادة النظر حسب ما نصت عليه المادة 60 من ذات الاتفاقية.

الشيء المميز في محكمة الاستثمار العربية هو أن المستثمر العربي يستطيع اللجوء مباشرة إلى محكمة الاستثمار العربية بصفته الشخصية في منازعات التي يقوم بينه و بين الدولة المضيفة، الأمر الذي يعتبر تطورا ملموسا على المستوى العربي في حسم المنازعات الاستثمارية و من هذا الغرض يتضح أنه مازالت إلى حد الآن القاعدة القائمة التي تدين بعدم قدرة الشخص الطبيعي أو المعنوي بصفته كذلك على اتخاذ إجراءات مباشرة

---

[3] – أنظر: الموقع الالكتروني الرسمي لمحكمة التحكيم الدائمة :www.cpa.ong .

[1] – نص المادة 25 من الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال الغربية على أن " تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية ".

ضد الدولة أمام المحاكم القضائية الدولية القائمة، و ي ظل السبيل أمام الأفراد هو تبني دولة جنسيتهم دعواهم أمام القضاء الدولي و هو ما يعرف بالحماية الدبلوماسية و هو ما أشارت إليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الموقعة 1965 و كذلك ما عبرت عن ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة بقرارها " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها، عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ويكون غير قادرين على أن يحصلوا منها على تسوية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية. [1]

الفرع الثاني: حل منازعات الاستثمار الأجنبي أمام القضاء الوطني.

نظرا لكون الاستثمار الأجنبي يتمتع بطبيعة خاصة ومرتبط بالمصالح الوطنية للدولة التي يقام على إقليمها النشاط الاستثماري، فلذلك تحرص الدول المضيفة للاستثمار بجعل قضائها الوطني جهة مختصة لتسوية النزاع الواقع بينها وبين المستثمر الأجنبي ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

لهذا يعد نطاق البند المتعلق بتسوية منازعات الاستثمار بين الجزائر و المستثمر الأجنبي مسألة هامة في تحديد مدى الحماية التي يمكن للاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمار توفيرها للطرف الخاص في العلاقة العقدية للاستثمار، لكن مسألة إدراج بند يحيل على القضاء الوطني للدولة الجزائرية دون غيرها ضمن عقد الاستثمار يجعل من غير الواضح إذا كان بند التحكيم الدولي الذي أقرته في اتفاقيتها الدولية للاستثمار مع دولة المستثمر الأجنبي متاحا لهذا الأخير طالما انه وافق في عقده مع الدولة الجزائرية على التخلي عن الاستفادة من أحكام هذه الاتفاقية [2]الدولية ضمنيا بموافقته على اختصاص القضاء الوطني ،وفي قضية فريدة من نوعها صدرت عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 2005 أكدت فيه محكمة التحكيم التابعة للمركز على اختصاصها على أساس أن المسائل التي عرضت و حسمت مسبقا أمام التحكيم الداخلي للدولة المضيفة هي مسائل عقدية تختلف عن تلك المعروضة أمامها، و التي تتعلق بالادعاء بإخلال الدولة المضيفة ليس بعقد الاستثمار و لكن بالتزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي أبرمتها مع دولة المستثمر الأجنبي، و واهم ما جاء به هذا الحكم التحكيمي هو ما قضى به من تعويض عن الضرر الأدبي نتيجة إخلال

[1] –أنظر: عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية دار النهضة العربية 1975.

[2] – أنظر: سلسلة دراسات الأنكتاد المتعلقة بقضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية، العقود الحكومية مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية نيويورك وجنيف 2004 ص 32.

الدولة المضيفة بالاتفاقية الثنائية المضيفة لتشجيع و حماية الاستثمار، [3]رغم أن المستثمر الأجنبي في قضيته كان قد اتفق مع الدولة المضيفة ضمن عقد الاستثمار الذي أبرمه معها على تسوية النزاع وفق طرق التسوية الداخلية و انه بالفعل كان قد استفاد من حكم تحكيمي داخلي من الدولة المضيفة وبالرغم من ذلك لا ن نكر أن القضاء الوطني هو الجهة الوحيدة التي تختص بنظر منازعات الاستثمار بين الشركات الأجنبية المستثمرة والدولة المضيفة، لهذا نجد أن أن المشرع الجزائري قد نص في المرسوم التشريعي الذي يتعلق بترقية الاستثمار. [1] في المادة 41 على أنه " يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح أ و التحكيم، واتفاق خاص ينص على شرط التحكيم"،ولم يكتفي التشريع الجزائري بالنص على هذا المبدأ في التشريع الخاص المتعلق باستثمار فحسب، بل قام بتجسيده أيضا في بعض الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف التي أبرمتها مع الدول الا وروبية في إطار الحماية و الترقية المتبادلة للاستثمار، إذ قد نصت على خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي لاختصاص المحاكم الوطنية، حيث تضمن الاتفاق الإيطالي الجزائري الموقع في 1991/05/18 في مادته 02/08 على هذا المبدأ حينما نصت على انه " إذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهة التقاضي المختص..... في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها "[2]، وقد نصت الاتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية [3]على اختصاص القضاء الوطني في المادة 01/09 من الفصل الثاني المتعلق بمعاملة المستثمر العربي حينما يتخذ بشأن رأس مال عربي مستثمر في أية دولة عضو تدبير عام يتعلق بنزع الملكية للمنفعة ا لعامة على وجوب إتاحة فرصة الطعن للمستثمر العربي حول مدى مشروعية قرار نزع الملكية و مقدار التعويض أمام القضاء الوطني.

كما نصت الفقرة الثانية على تمكين المستثمر العربي من اللجوء إلى الجهة القضائية الوطنية المخ صة في طلب الامر باتخاذ الإجراءات التحفظية أو إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة قضائية مختصة.

---

[3] –أنظر: قضية رقم arb/05/17 المقامة من طرف شركة العمانية projects.desert.line ضد اليمن، تعليق محمد عبد الرؤوف، تحت عنوان منازعات الاستثمار العربية، العربية لأول مرة أمام الأكسيد، مجلة التحكيم، العدد الثاني أبريل 2009 صفحة 582.581

[1] – أنظر: مرسوم تشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 1993/64 تضمنه أيضا الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2001.

[2] –أنظر: المرسوم الرئاسي، رقم 436/91 المؤرخ في 05-10-1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 1991/05/18 الجريدة الرسمية. رقم 1991/46.

[3] – أنظر: إلى هذه الاتفاقية المصادق عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 306/95 الصادر في 1995/10/07 جريدة رسمية رقم 95/59.

ونتيجة لتطور العلاقات الدولية في مجال الاستثمارات الأجنبية، أصبح دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار خاصة مع وجود طرف أجنبي بها بدأ في التراجع لصالح التحكيم الدولي. وهو ما يعكس الاتجاه الذي انتهجته الجزائر في محاولة منها لمواكبة التطورات في هذا المجال، فبعد أن كانت تصر في السابق على إحالة منازعات الاستثمار على قضائها الوطني لأسباب تتعلق بالجانب السيادي لها، إعمالا لمبدأ استن فاذ طرق التقاضي الداخلية.

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

اتفاقية الجزائر ورومانيا المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة الاستثمارات المبرمة في 28 جوان 1998. نصت كذلك على مبدأ استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من خلال تقريرها لضرورة التوصل إلى تسوية ودية قبل إحالة النزاع إلى التحكيم بموجب الفقرة الأولى من المادة 07 من الاتفاقية. مع الإبقاء على التسوية القضائية التي يؤول منها الاختصاص للمحاكم ة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار فوق إقليمه.

يمثل هذا الموقف الذي اتخذته الجزائر موقفا انتهجت أغلب الدول النامية على أساسان سيادتها على الموارد الطبيعية تخول لها سلطة اختصاص قضائها بكل نزاع يتعلق بالاستثمار الأجنبي.

فاستنفاذ طرق التقاضي الداخلية عمل يتي ضرورية لأنها تؤدي إلى تحقيق المساواة بين جميع الأشخاص المقيمين على الدولة المضيفة، إذ لا يجوز للمستثمر الأجنبي المطالبة بحقوق أكثر من تلك الممنوحة للمستثمر الوطني.

غير أن مبدأ استنفاد طرق التقاضي الداخلية لا يعني أنه مبدأ مطلق لا يمكن الاتفاق على است بعاده إلا أنها قامت بالاتفاق على استبعاده في العديد من الاتفاقيات الثنائية ومنها الاتفاقية التي أبرمتها مع الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي بتاريخ 21 أبريل 1991 حيث جاء في المادة 02/09 على أنه " يعطي كل طرف الموافقة المسبقة على أن يحال كل خلاف للتحكيم، وتتضمن هذه الموافقة التخلي على شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين."

كما تم استبعاد هذا المبدأ كلية أي مبدأ استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من القانون الجديد ألا وهو قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 24 حيث نصت على أنه " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون سبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف التي أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح الطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.".

حيث جاء هذا نص صريح باستبعاد مبدأ استنفاذ المستثمر الأجنبي لطرق التقاضي الداخلية، وبالتالي أصبحت الجزائر حاليا تستبعد خيار اللجوء إلى القضاء الوطني أو على الأقل لا تمنحه الأولية في تسوية منازعاتها الاستثمارية لما تمتاز به من سرعة في الإجراءات والكفاءة اللازمة للنظر في المواضيع الفنية والقانونية الدقيقة والمعقدة التي تتضمنها منازعات الاستثمار، حيث أصبح القضاء الوطني غير مجد نظرا لوجود عدة أسباب منها اختلافالمراكز القانونية لأطراف النزاع، البطء في إصدار الأحكام، الشك في حياد القاضي الوطني حيال دعاوي تكون دولته طرفا فيها في مواجهة طرف أجنبي. [1]

المطلب الثالث: التسوية التحكيمية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.

يقصد بالتسوية التحكيمية أو التحكيم التجاري الدولي في الاصطلاح الفقهي القانوني أنه طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه النزاع من ولاية قضاء الدولة، ويعهد به إلى فرد أو هيئة للفصل فيه بحكم ملزم للطرفين"[2]

أو هو نظام لحل الخلافات وتصفية المنازعات بعيدا عن سا حة القضاء الذي تنظمه الدولة، ويعتبر التحكيم في الوقت الراهن وسيلة فعالة لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية ولهذا وحرصا من الجزائر على مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الاستثمار خاصة فيما يخص وسائل حمايته أعربت من جهتها على ضمانها لأسلوب التحكيم الدولي للمستثمر الأجنبي إذا ما طرأ أي نزاع بينهما في إطار علاقة الاستثمار

[1] – أنظر: بشار محمد الأسعد عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة منشورات الحلبي الحقوقي بيروت 200+ ص 332.

[2] – أنظر: محمد الروبي التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، أبو ظبي. 159.

وتعهدها بتنفيذ الأحكام التحكيمية على إقليمها وهو ما أكدته في العديد من اتفاقياتها الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار عند إحالتها إلى نظام تحكيمي لهيئة ما،

وفي أغلب الأحيان تكون هذه الإحالة على نظام التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الفرع الأول) الذي تحكمه الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 بواشنطن والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1995[3] إلى جانب مصادقتها على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 [4] المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الدولية وتنفيذها كدليل على قبولها لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية على إقليمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصوصية التحكيم وفق نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يعد تخلي الدول عن أولوياتها في نظر المنازعات التي قد تطرأ بينها وبين المستثمر الأجنبي لصالح التحكيم الدولي وفق نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خطوة مهمة نحو جذب الاستثمارات الأجنبية عبر طمأنة المستثمر الأجنبي أنه سيوظف أمواله في مناخ استثماري لا يتأثر بالعوامل السياسية عندتحديد كيفية تسوية هذه منازعات الاستثمار تكون الدول قد تخلصت من أحد أهم الصعوبات التي ظلت تواجه الاستثمارات الأجنبية والمتمثلة في أساليب تسوية هذه المنازعات، والتي كثيرا ما يحدث الخلاف بشأنها، بين الدولة المضيفة ورعايا الدول الأخرى، والمقصود برعايا الدول الأخرى، كل شخص طبيعي أو معنوي يمثل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى ما عدا الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل طلب التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل طلب التحكيم لدى المركز، الملاحظ على الاتفاقية المنشئة للمركز أنها تركت للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعهم إقرارا لمبدأ سلطان الإرادة وكذلك لقانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والمبادئ العامة للقانون الدولي.

وكذلك نرى أن هذه الاتفاقية أعطت للكاتب العام سلطة رفض تسجيل الطلب إذا اتضح له بناء على المعلومات التي يتضمنها أن النزاع لا يدخل بصورة واضحة ضمن اختصاص المركز.

---

[3] – أنظر: مرسوم رئاسي رقم (95-346) متضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن سنة 1965 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 جريدة رسمية، عدد 66 لسنة 1995.

[4] – أنظر: مرسوم رئاسي رقم (88-233) مؤرخ نوفمبر 1988 متضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة بالاعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها جريدة رسمية عدد 48. سنة 1988.

يكون حكم التحكيم الصادر عن المركز مل زما بالنسبة لأطرافه ولباقي الدول ولا يجوز أن يكون محلا لأي طعن من طرق الطعن خلافا للطرق الواردة في هذه الاتفاقية. [1] يبقى الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز خاضعا للقوانين الوطنية لكل دولة مما يعني أن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم لا ينقص من سيادتها شيئا، لأنه لا يعقل أن تكون الدولة التي ألزمت نفسها بالعمل طواعية ببنود الاتفاقية سوف تحاول المخلص من التزاماتها. [2]

أولا: نظام التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ينعقد اختصاص المركز في نظر في منازعات الاستثمار بتوافر ثلاث شروط جاءت بها المادة 25 من اتفاقية إنشاء المركز والتي هي كالآتي:

الشرط الأول: تحديد موضوع المنازعات التي يختص بها المركز.

المنازعات التي تدخل في نطاق اختصاصه هي أن تكون من المنازعات ذات الطابع القانوني من جهة وأن تكون لها علاقة بالاستثمار من جهة أخرى، بالنسبة لشرط الطابع القانوني للمنازعات نجد أن الاتفاقية استبعدت المنازعات المتصلة بالتأميم أو نزع الملكية والتي تنص ب حول مسائل أخرى غير التعويض، فالمنازعة في التعويض هي منازعة قانونية تتصل بمدى الإصلاح الواجب والمترتب على نقض التزام قانوني، غير أنه فيما بعد تم إدخال كل المنازعات حتى كل الطلبات المتعلقة بشرعية إجراء التأميم.

أما بالنسبة للمنازعات أن تكون ذات علاقة بالاستثمار نجد أن الاتفاقية تركت للأطراف حرية تحديد موضوع النزاع ضمن اتفاق التحكيم طالما أن متعلق بالاستثمار أما الهدف من اشتر اط أن تكون للمنازعات علاقة بالاستثمار، يكمن في استبعاد بقية المنازعات التي تقوم بين الأفراد والدول من دائرة اختصاص المركز لأن

[1] – أنظر: المادة 53 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

[2] – أنظر: كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر الغير تجارية في الدول النامية، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، الجزائر 2002.2001.

الاتفاقية تسعى أساسا إلى تشجيع وضمان الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية وليس وضع قواعد تنظم وضعية الأجانب في مختلف الدول.[1]

ويجدر بالإشارة أن اختصاص المركز لا يقتصر فقط على المنازعات المرتبطة مباشرة بالاستثمار ولكن يمتد الاختصاص ليشمل أية منازعات من شأنها التأثير على الاستثمار طالما أن تلك المنازعات تتعارض مع بنود اتفاق الاستثمار وأسلوبه تنفيذه والجو العام الذي تحيط به.[2]

الشرط الثاني: تحديد أطراف النزاع أمام المركز.

حتى ينعقد المركز اختصاص في النظر في نزاع ما يجب أن يكون أحد أطراف هذا النزاع دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر مواطن دولة أخرى سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ولا يحمل جنسية الدولة المتنازع معها، وينصرف مفهوم الدولة حسب الاتفاقية المنشئة للمركز إلى كل شخص معنوي يتمتع بالسيادة ويكون موضوعا لقواعد القانون الدولي العام.

أما المقصود بالدولة المتعاقدة في حكم الاتفاقية وذلك ما يتعلق بالتاريخ الذي يتعين الاعتداد به لاعتبار دولة طرف " متعاقدة " في حكم الاتفاقية حيث نجد أن المادة 68 من اتفاقية، حيث نجد أن صفة الدولة المتعاقدة لا تكتسب إلا بعد انقضاء أجل الثلاثين يوما الموالية من تاريخ إيداع وثائق التصديق أو القبول أو الموافقة بمقر البنك الدولي للإنشاء والتعمير وأن التاريخ الذي ينظر إليه لاعتبار الدولة متعاقدة هو تاريخ إحالة النزاع على المركز وليس تاريخ إبرام عقد الاستثمارأما بخصوص الهيئة المتعاقدة معي المستثمر الأجنبي يقتضي التعرض لمعيارين وهما المعيار الهيكلي والمعيار الوظيفي.

المعيار الهيكلي: طبقا لهذا المعيار يقتضي معرفة تبعية الشخص المعنوي العام للدولة أم مستقلا عنها ، ويأتي في مقدمة هذه العناصر ملكية رأس المال والأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته، أو القانون الذي أنشأ الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي.

[1] – أنظر: المادة 25 الفقرة 04 من الاتفاقية واشنطن لسنة 1965.

[2] – أنظر: أحمد كوجان. التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى ص 71.

أما المعيار الوظيفي :يشمل في الهدف الذي من أجله تم إنشاء الأشخاص المعنوية العامة، ويتمثل الهدف هنا هو تحقيق المصلحة العامة وتتصرف هذه الأشخاص المعنوية العامة لحساب الدولة وتنفيذا لأهدافها الاقتصادية والاجتماعية، وتتمتع بامتيازات السلطة العامة باتخاذ قرارات نزع الملكية.

أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يمثل الطرف الثاني في النزاع، حيث أن الاتفاقية منحت للمستثمر الأجنبي الحق في رفع دعوة مباشرة ضد دولة ذات سيادة أو ضد إحدى هيأتها العامة دون حاجة لأي تدخل من جانب الدولة التي تحمل جنسيتها.

وبهذا أن الاتفاقية قد اعترفت للمستثمر الأجنبي الخاص بشخصية قانونية دولية. [1]

الشرط الثالث: ضرورة موافقة طرفي النزاع على النظام التحكيمي للمركز .

لا يكفي لانعقاد اختصاص المركز أن تكون الدولة الطرف في عقد الاستثمار عضو في اتفاقية إنشاء المركز وأن يكون المستثمر الأجنبي الطرف الثاني رعية دولة أخرى عضو في هذه الاتفاقية بل يجب كذلك أن يوافق هذين الطرفين على اختصاص المركز موافقة كتابية. ملم يدل على أن اتفاقية إنشاء المركز أخذت بالأحكام العامة للتحكيم الدولي من خلال إقراراها لمبدأ اللجوء الاختياري للمركز.

وتأسيسا على ذلك يمكن أن يحصل تراضي الطرفين بواسطة أدوات قانونية مختلفة [1] حيث وضع المركز شرطين نموذجين لتسهيل مهمة الأطراف في التعبير عن الموافقة على اختصاص المركز تطبقا للمادة 25 فقرة 02 من اتفاقية انشاء المركز وهما:

الشرط النموذجي الأول: والذي يمكن إدراجه في قانون الاستثمار أو أي مرسوم يتعلق بالموافقة على عقد الاستثمار تتحقق بمقتضاه إرادة الدولة في الخضوع لاختصاص المركز، شريطة أن يودع المستثمر وثيقة رضائية كتابية لدى اسم الجهة.

---

[1]- أنظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ، دورا لاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، الطبعة الأولى، السنة 2000. ص 468.

[1] – أنظر : قبايلي الطيب، التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، من اللجوء الثاني إلى اللجوء الانفرادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني عدد 01، لسنة 2010 الجزائر، ص 96.

الشرط النموذجي الثاني: يمكن إدراجه في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر الأجنبي بإيداعها لدى المصالح المحددة ويتحقق به القول على اختصاص المركز، بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل استثمار يتم طبقا (الإشارة إلى عقد الاستثمار أو المرسوم المصادق عليه).

وبالتالي ترى محاكم التحكيم التابعة للمركز على أساس إسناد الاختصاص للمركز في هذه الحالات هو الموافقة الكتابية المتوفرة نظرا لوجود موافقة من طرف الدولة المضيفة في إطار نص تشريعي أو نص قانوني اتفاقي بموجبه تعلن موافقتها على اللجوء إلى المركز في المقابل فإن قبول المستثمر الأجنبي بتحكيم المركز يتوافر ضمن العريضة المتعلقة بطلب التحكيم المودعة لدى أمانة المركز مما يشكل تلاقي إرادة الطرفين على اختصاص هذا الأخير إرادة تم التعبير عنها في وثائق منفصلة [2]غير أن الملاحظ وفقا لاتجاه الحديث في تقرير وجود التراضي على التحكيم دون اتفاق، الحق في مقاضاة الدولة المضيفة بسبب الإخلال بالتزاماتها الواردة في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف التي أبرمتها ليطلب الحكم بمسؤوليتها عن ذلك، فيكون ذلك بسبب النزاع المعروض على قضاء التحكيم هو الإخلال باتفاقية دولية وليس بالعلاقة القانونية التي تربط الأطراف المتنازعة [3]

الفرع الثاني: الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها.

لا يكفي مبدئيا أن تقوم الدولة بالقبول بخضوعها إلى نظام التحكيم الدولي في منازعاتها الاستثماري مع المستثمر الأجنبي، إذ يجب عليها كذلك أن تبدي استعدادها للاعتراف بأحكام التحكيم الدولي بسبب أن الحكم التحكيمي الدولي بسبب أن الحكم التحك يهي لا قيمة له إذا لم يتم الاعتراف به وتنفيذه من طرف الدولة المراد تنفيذه على إقليمها، وهو ما أبدته الجزائر مصادقتها على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وكذا بإدراجها بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها وكذا بإدراجها لأحكام تفيد اعترافها بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والجدير بالذكر أنه حتى ولو أتفق الأطراف على تطبيق القانون الجزائري لتنفيذ حكم التحكيم الدولي في الجزائر، فإن هذه الأخيرة تحيل مسألة التنفيذ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 باعتبار أحكامها أسمى من القوانين الوطنية بعد مصادقة الجزائر عليها.

[2] – أنظر:قبايلي الطيب، المرجع نفسه ص 100.

[3] –أنظر: قبايلي الطيب، المرجع نفسه ص 102.

مما يمكن معه القول أن اتفاقية نيويورك التي تم التوقيع عليها بتاريخ 10 جوان 1958 بأنها أكثر الاتفاقية المتعددة الأطراف نجاحا، حيث أصبح تنفيذ الأحكا م التحكيمية أصبح يتم بسهولة أكثر على النطاق الدولي من الأحكام القضائية، فقد تم اقرار اتفاقية نيويورك لسنة 1958 إلى حد الآن من قبل 142 دولة، حيث أن تنفيذ قرارات التحكيم الدولي يتم في حوالي 90 % من الحالات [1] ، ومن استقراء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 نجد أنها تتميز بعدة خصائص منها تطبق الاتفاقية على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية بالنسبة للدولة المطلوب منها التنفيذ، وهكذا أصبح بالإمكان بموجب هذه الاتفاقية أن تجري تحكيم في دولة ما، وبعد يصدر الحكم التحكيمي يطلب من القضاء الوطني لهذه الدولة إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم كما اعترفت بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدائمة التي يحث إليها الأطراف [2]

كما اعترفت هذه الاتفاقية بأن اتفاق التحكيم بشكليه شرط التحكيم واتفاق التحكيم ينزع اختصاص القضاء الوطني.

كما جعلت من الحكم التحكيمي سندا ثابتا يعتد به ويشكل دليلا على وجود حكم تحكيمي إلزامي، وينقل عبئ الإثبات المعاكس إلى الطرف المطلوب التنفيذ ضده.

ومن خلال الانضمام للاتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإن الدولة المتعاقدة توافق على أنها ستعترف بالأحكام التحكيمية على أنها ملزمة وستقوم بتنفيذها، وتوافق أيضا على أنها لا تضع شروطا تكون أكثر صرامة أو تفرض رسوما أو مصاريف تكون أعلى مقابل الاعتراف بالأحكام التحكيمية.

كما يجوز للطرف المنفذ ضده أن يعترض على تنفيذ الحكم التحكيمي وذلك بتقديم دليل على وجود سبب من أسباب رفض التنفيذ الواردة على سبيل الحصر ضمن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية. [1]

وبالرجوع لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 نجد أنها أجازت كذلك للمحكمة المختصة المطلوب منها إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم أن تبادر من تلقاء نفسها برفض التنفيذ وفقا لما نصت عليه المادة 02/05 من نفس الاتفاقية وحصرها في حالتين التاليتين:

---

[1] – أنظر: منشورات مجموعة نورتون روز " مؤسسة قانونية دولية للتحكيم الدولي " التحكيم في الشرق الوسط تمت الطبعة من قبل المجموعة، طبعة 2008، ص 02.

[2] – أنظر :المادة 01 فقرة 02 من اتفاقية نيويورك، لسنة 1958.

[1] – أنظر إلى المادة 05 فقرة الأولى من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

1 – إذا كان موضوع النزاع حسب قانون الدولة المطلوب منها إصدار أمر التنفيذ لا يدخل ضمن المواضيع التي يمكن تسويتها عن طريق التحكيم.

2 – أن الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في الدولة المطلوب منها إصدار أمر التنفيذ.

وأخيرا يجوز للطرف الذي يلتمس تنفيذ حكم التحكيم أن يقوم بتأسيس طلبه على القانون الوطني الذي تتقيد به المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ أو على الاتفاقيات الثنائية. وكذلك الاتفاقيات المتعددة الأطراف السارية في الدولة الذي يلتمس فيها التنفيذ وكذلك يسمى بموجب الحكم الخاص في " الحق في المعاملة الأكثر تفضيلا " الواردة في الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عالجت المواد 1051 إلى 1053 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 2008. [2]الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي الدولي للاعتراف به وتنفيذه.

ومن استقراء هذه المواد نجد أن المشرع أخضع بموجب المادة 1051 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل من الاعتراف والتنفيذ إلى نفس الشروط، حيث نص في هذا الشأن شرطين أحدهما شكلي يتمثل في وجود الحكم التحكيمي، والأخر موضوعي يتعلق بمطابقة الحكم للنظام العام الدولي.

فيما يخص نقطة مطابقة الحكم للنظام العام الدولي، نجد أن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد مما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث أعتبر المشرع الجزائري أن النظام العام الدولي ليس بالنظام العام الداخلي، أي الصورة المخففة للنظام العام التي تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية سواء تعلق بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، أي عدم تدخل القاضي الوطني بتفسير حكم التحكيم أو نظر في النزاع محل اتفاق التحكيم، على أساس أن دور القاضي الوطني الذي يطلب منه إصدار أمر التنفيذ هو دور الرقيب على جواز الاعتراف بهذا الحكم التحكيمي وقابلية للتنفيذ، ولا تمتد هذه الرقابة إلى حد إبطال الحكم بحد ذاته لأن ذلك من اختصاص قاضي الدولة الذي صدر فيها الحكم .[1]

[2] – أنظر: قانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في 23 فيفري 2008 جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008.

[1] – أنظر: تعويلت كريم، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01،سنة 2010، الجزائر.

أما تنفيذ حكم التحكيم الدولي عن طريق منحه الصيغة التنفيذية من القاضي الوطني فحتى يصبح حكم التحكيم الدولي منفذا في الجزائر يجب أن يحصل طالب التنفيذ على أمر من القاضي الوطني المختص يقضي بمنحه الصيغة التنفيذية بذلك، بعد تأكده من وجود دور الحكم التحكيمي وعدم تعارضه مع النظام العام الدولي بالإضافة إلى فحصه لجملة من الشروط المتعلقة بصحة القرار وإلا وقع تحت طائلة تعرضه للطعن بالاستئناف، حيث تهدف هذه الشروط إلى التحقق من مدى احترام المقومات الأساسية للمحاكمة العادلة[2]،وتتمثل هذه الشروط في:

1 - مراقبة صحة اتفاق التحكيم، من حيث موضوع النزاع أي أن يكون مما يجوز التحكيم فيه، ومن زاوية الأشخاص الموقعين والذين يجب أن يكونوا من المؤهلين قانونا لإبرام اتفاقيات التحكيم.

2 - مراقبة صحة تشكيل هيئة التحكيم.

3 - مراقبة صحة حكم التحكيم من خلال مراقبة المسائل التالية: أن تراعي محكمة التحكيم مبدأ الوجاهية، وأن تقوم بتسبيب حكمها، وألا يخالف للنظام العام الدولي، وأن تفصل محكمة التحكيم في المهمة المسندة إليها فقط.

وفي الأخير نرى أن التسوية التحكمية أداة فعالة لحماية الاستثمار الأجنبي وخاصة في دول العالم الثالث، فمعظم هذه الدول انضمت إلى الاتفاقيات المذكورة آنفا وأصدرت تشريعات خاصة بالاستثمار، بالإضافة إلى أن هناك اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة تسمح من خلالها للمستثمر الأجنبي باختيار التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع الدولة المضيفة للاستثمار، ذلك أن القرار الذي يصدره هذا المركز يكون بناء على أصول قانونية واقتصادية بعيدا عن تيارات السياسة الدولية.[3]

[2] - أنظر: أحمد الورفلي، الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، الجزائر، العدد السادس، أبريل 2010، ص 290.

[3] -أنظر: محمود مصطفى الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية القاهرة 1990، ص 55.

الفصل الثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية في ظل القانون الدولي العرفي والاتفاقيات الثنائية والجماعية.

إذا كان النظام القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة من شأنه أن يلعب دورا مهما في تشجيع اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية ويقدم الضمان الكافي، غير أن عدم ثقة المستثمر الأجنبي بهذه التشريعات جعل منها أداة قانونية غير فعالة ومن أجل ذلك كان من الطبيعي ال بحث عن الوسائل المناسبة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وبصفة خاصة الرسائل التي تمنح المستثمرين الثقة والاطمئنان الذي ينشدوه وذلك بتوفير الضمان المناسب لاستثماراتهم في مواجه المخاطر والعوائق التي قد تتعرض لها هذه الاستثمارات في البلدان المضيفة.

ودعما لهذا المسار فقد ابتدعت عدة وسائل قانونية أكثر فعالية لإسباغ حماية موضوعية وإجرائية على الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة، وذلك استنادا إلى بعض المبادئ القانونية المقررة بمقتضى العرف الدولي،[1] من أجل توفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية.

ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية الدولية، فقد بدا وضحا عدم قدرة القواعد الدولية التقديرية المقررة بمقتضى العرف الدولي في توفير الضمان اللازم والحماية الكافية رأس المال الأجنبي.

وبما أن و ظيفة القانون الدولي في التنمية الاقتصادية هي تنظيم الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال لأجنبية، ووضع القواعد القانونية الكفيلة بحمايتها، فإلى جانب الالتزامات الدولية التي تنشئها المعاهدات الثنائية والجماعية الخاصة بضمان وحماية الاستثمارات، وذلك عن طريق إنشاء هيئات أو مؤسسات دولية تعمل على ضمان الإجراءات أو تسوية المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم وأهم هذه المؤسسات هب الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والتي أنشأت عام 1985، إضافة إلى المؤسسات العربية لضمان الاستثمار التي أنشأت سنة 1971.

[1] – العرف الدولي، هو مجموعة القواعد الغير مكتوبة التي أنشأت في الحياة الدولية نتيجة تكرار التزام الدول لها في سلوكها مع بعضها البعض مع سيادة الاعتقاد لدى معظم هذه الدول بأنها ملزمة قانونا، أنظر السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص 308.

ويمكن القول بصفة عامة أن المحاولات الجماعية السابقة تقوم على أساس التسليم بالفوائد التي ت عود على جميع الدول من وجود انتشار استثمارات أجنبية خاصة وأنها تتوخى كلها غاية واحدة وهي وضع مجموعة من المبادئ القانونية التي تنظم سلوك الدول في مواجهة الاستثمارات الأجنبية الخاصة.

من هنا فإن دراستنا لأهمية ودور المجتمع الدولي في تنظيم وتوجيه الاستثمارات الأجنبية، بما يخدم مصالح الجميع وكل أطراف الفاعلة في تطور الحياة البشرية نحو حياة أفضل قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين يكمل بعضهما البعض، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى دور القانون الدولي العرفي والاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية، والمبحث الثاني تناولنا فيه إلى دور الاتفاقيات الجماعية في حماية الاستثمارات الأجنبية.

المبحث الأول: دور القانون الدولي العرفي والاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية.

في هذا المبحث قسمناه إلى مطلبين أثنين المطلب الأول خصصناه لأهمية ودور القانون الدولي العرفي في حماية الاستثمارات الأجنبية والمطلب الثاني تطرقنا فيه إلى دور الاتفاقيات الثنائية في ضمان وحماية الاستثمارات الأجنبية.

المطلب الأول: دور القانون الدولي العرفي في حماية الاستثمارات الأجنبية.

إن الأحكام العرفية في القانون الدولي تفرض على الدولة المضيفة في مواجهة الاستثمارات الأجنبية قيدا يتمثل بما يسمى الحد الأدنى لمعاملة الأجانب حيث ستكون الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية بموجب الحد الأدنى محلا لدراستنا في هذا المطلب والذي قسمناه إلى فرعين مستقلين حيث الفرع الأول تحدثنا فيه إلى الحد الأدنى للحماية الموضوعية والفرع الثاني تطرقنا فيه إلى الحد الأدنى للحماية الإجرائية وذلك كالآتي:

الفرع الأول: الحد الأدنى للحماية الموضوعية.

يعتبر نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من أقدم الأنظمة القانونية التي عرفها القانون الدولي والجماعة الدولية ومقتضى هذا النظام هو الاعتراف الأجنبي بحد أدنى من الحقوق، ولا يجوز لأية دولة عضو في المجتمع الدولي أن تنزل عنه وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية في هذا الشأن.[1]

[1] – أنظر في ذلك: عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام دار الثقافة عمان الطبعة الأولى 2007 ص 157.

ولهذا لا بد من وجود ضمانات يفرضها العرف الدولي على الدولة إزاء الأجانب في حالة اتخاذ إجراءات في حق المستثمرين الأجانب وخاصة في الجانب المتعلق بملكية المروع الاستثماري. غير أنه إذا سلمنا بحق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي كقاعدة عامة وهذا ما أشار إليه الأستاذ دولي dupuy كمحكم الوحيد في القضية calasiatic, tescaso libyen. C/G على أنه " حاليا من حق الدولة من إجراء التأميم غير معارض وممارسة هذا الاختصاص يعتبر تعبيرا عن السيادة الوطنية ووفقا للقانون الدولي "[1]

وقد عبر وزير الخارجية الأمريكي Hull عام 1939 عن هذا المعنى في مذكراته التي يعبث بها إلى سفير المكسيك في واشنطن بمناسبة اجراءات نزع الملكية ،حيث أشار في مقصود هذه المذكرات أن حق السيادة المقرر لأي حكومة في نزع الملكية الخاصة بالأموال الموجودة داخل حدودها تحقيقا للمصلحة العامة وهو ما يعرف **"بنظرية قرار الدولة"**.[2]فسلطان الدولة في هذا الشأن لابد أن يتحدد بقيد إقليمي، يلتزم أن تكون الأموال محل إجراءات المصادرة أو نزع الملكية الموجودة داخل حدود إقليمها وقت اتخاذ هذه الإجراءات.

وإلى جانب هذا ظهرت فكرة التأميم والتي هي ظاهرة قانونية حديثة نسبيا بوصفها أداة فنية وقانونية لتحقيق انتقال المنشود من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة.

وبالتالي أصبحت الدول وخاصة الدول النامية منها لها حرية التصرف في المال الأجنبي.

لكن وطبقا لما سبق وفقا لنظرية قرار الدولة السابق التي سبق الاشارة إليها، فلم يعد القاضي له الحق في مدى مناقشة سلامة ومشروعية قرار التأميم.

إلا أنه وبعد ما توصل إليه الفقه الحديث أصبح القاضي له الحق في رقابة شرعية إجراءات التأميم، وبالتالي يجوز له رفض الاعتراف بآثار التأميم على الأموال الموجودة في إقليم الدولة ، إذا كان ذلك يصطدم بالأصول المستقرة في القانون الدولي العام.

وانطلاقا ممن هذا المبدأ ظهرت فكرة تقييد حق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي، وأصبحت حق مقيد بضوابط لا يجوز للدولة تخطيها، ما لم تتوفر مجموعة من الشروط ومراعاة القيود التي أقرتها القواعد الدولية العرفية وهي كالآتي:

[1] – أنظر في ذلك هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2002 ص 30.

[2] – أنظر في ذلك، هشام علي صادق المرجع نفسه ص 31.

أولا: قيد المصلحة العامة.

يجمع الفقه الدولي على أنه حتى يكون الإجراء مشروعا دوليا يجب أن تكون الغاية من اتخاذ الدولة إجراء الاستيلاء على ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي هو تحقيق المصلحة العامة.

ولهذا قد أعتبر باعث المصلحة العامة ركن أساسي لشرعية قرار استيلاء الدولة على أموال الأجانب وهذا ما أقرته معظم الدساتير الداخلية لدول عديدة إلى جانب المحاكم الدولية ومحاكم التحكيم. [1]

وهذا ما أكدت واعترفت به محكمة التحكيم في النزاع الذي كان قائما بين الحكومة الكويتية وشركة ANIMOIL الأمريكية في عام 1979 بقولها " إن التأميم طالما كان بغرض المصلحة العامة فهو قرار مشروع ولا يخالف أحكام القانون الدولي، ولا يقع على عاتق الدولة سوى تعويض المتعاقد معها تعويضا مناسبا."

وقد جاء في مذكرة المكسيك عام 1938 في أعقاب الإجراءات التي اتخذتها ضد رعايا الدولتين الو.م.أ. وبريطانيا حيث جاء فيها " أن المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدرها الدولة حسب ما تراه ". [2]

وخلاصة القول تعتبر شرط المصلحة العامة أحد دعائم الحماية الدولية العرفية للأموال الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة وعليه انتقاء شرط المصلحة العامة يعني الإخلال بالسلامة الدولية لإجراءات نزع الملكية والتأميم.[3]

ثانيا: عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق.

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، اذا تعهدت دولة ما بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن الالتجاء إلى تأميم أموال أجنبية، فإنها تعد مخلة بالتزاماتها التعاقدية، إذا قامت بنقض تعهدها، ومن ثم تتعرض

[1]– أنظر: محمد عبد العزيز بكر. منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2001، ص 27 وما بعدها

[2] – أنظر: عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق ص 56.

[3]–أنظر: علي هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 34.

إلى المسؤولية الدولية، وقد حكم القضاء الدولي بعدم شرعية التأميم في حالة قيام دولة بمخالفة التزام تعاقدي سابق.[4]

وإذا كان مبدأ احترام الدولة بتعهداتها السابقة يعد مبدأ ثابتا ومستقرا في القانون الدولي إلا أن هذا المبدأ كثيرا ما يصطدم بنظرية تغير الظروف والتي تحق للدولة التحلل بإرادتها المنفردة من الالتزامات الناشئة عن معاهدة دولية عند تحديث أي تغير جوهري في الظروف، ودون أن يعد ذلك من جانبها.

غير أن الفقه الحديث هجر هذه النظرية وذلك أن الظروف المحيطة بالمعاهدات تتقلب في فترة قصيرة جدا خاصة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية ، غير أنه وقع إشكال وخلاف بين القضاء الدولي والفقه الحديث حول وضعية تأميم الأموال الأجنبية ضمن الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص.

حيث أعتبر القضاء الدولي أن الدولة لا يترتب عليها المسؤولية الدولية إزاء تأميم المشروعات الدولية وإنها الامتياز بمقتضى اتفاقات مسبقة .

غير أنه خلافا لذلك فإن جانب من الفقه الحديث، حيث أعطى لهذه الاتفاقات المبرمة بين الدول وأشخاص القانون الخاص وخاصة الأشخاص الأجنبية الخاصة طابعا دوليا مما يترتب عليها المسؤولية الدولية وبالتالي الخضوع لأحكامها، ومهما يكن ورغم الاختلافات بين الاتجاهين إلا أن الأمر الذي لا شك فيه هو أن إخلال الدولة بتعهداتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية في شأن الامتناع عن تأميم مشروعات أجنبية معينة سيؤدي إلى ترتيب مسؤولية دولية باعتبار أن إقدام الدولة على ذلك يترتب عنه مخالفة التزام تعاقدي سابق، وبالتالي يعتبر إجراءات التأميم تصرف غير مشروع.

ثالثا: القيد الخاص بعدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التميز .

يعد مبدأ المساواة وعدم التميز إحدى القيود العرفية الدولية التي تفرض على الدول عند اتخاذإجراءات نزع الملكية أو التأميم مراعاة احترام مبدأ المساواة وعدم التميز وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية.

[4] – أنظر: على الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام منشأة المعارف الاسكندرية بدون سنة النشر ص 299.

إذ يذهب الفقه التقليدي إلى أن مبدأ المساواة وعدم التميز يتطلب من الدولة تمتع المستثمرين الأجانب على إقليمها بالحماية ذاتها التي توفرها لمواطنيها بموجب قوانينها الداخلية.

وبالتالي يترتب على إقدام الدولة المستقبلة للاستثمار الأجنبي عند الاستيلاء على المشروعات الأجنبية دون الوطنية إلى إثارة فكرة ارتكاب عمل غير مشروع أساسه الإخلال لمبدأ المساواة وعدم التمي يز بين الاستثمارات الأجنبية وهذه المعاملة تسمى بمعاملة المفاضلة. [1]

ومن الأمثلة العملية التي طبقت وكرست هذا المبدأ ما قام به وزير خارجية سويسرا petit pierre من خلال اعتراضه على التأميم ات التي أجرتها تشيكوسلوفاكيا ضد الأموال المملوكة للسويسريين فكونها تتضمن تميزا ضدهم، بالإضافة إلى احتجاج الحكومة الهولندية عام 1958 على التأميم ات الإندونيسية للمشروعات الهولندية وفي المقابل لا يجوز بحال من الأحوال أن يؤدى مبدأ المساواة إلى الانت قاص من معاملة المستثمر الأجنبي عن ما هو مقرر وفق الحد الأدنى للحماية الدولية للأموال الأجنبية، ومعنى ذلك أنه عند قيام كل دولة بتحديد مركز الأجانب الموجودين على إقليمها فإن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة إذ أنها تلتزم الاعتراف لهم بكافةالحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب. [1]

رابعا: القيد الخاص للالتزام بأداء التعويض.

هناك التزام دولي يتضمن بموجبه على كل دولة حماية أمواله وممتلكاته فإذا قامت الدولة بالاست يلاء على هذه الأموال أو تأميمها، فإن بذلك قد أخلت بذلك الالتزام الدولي، مما يؤدي بالتالي إلى التزامها بالتعويض الأجنبي، وذلك بغض النظر عن المعاملة التي يلقاها رعايا الدولة أنفسهم في هذا الشأن. [2]

والحقيقة أن هذا الرأي هو الصواب وذلك حتى لا تتخذ الدولة المضيفة عدم التعويض المستثمر الوطني حجة لعدم تعويض المستثمر الأجنبي.

وقد كانت مشكلة التأميم بدون تعويض من أكثر المسائل التي ثار الخلاف بشأنها بين الفقه الاشتراكي الرافض لمبدأ الالتزام بالتعويض وبين الفقه ال غربي الذي يرى وجوب دفع تعويض حالة تعويض ممتلكات

---

[1]– أنظر: يوسفي محمد مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المدرية الوطنية للإدارة ENA، المجلد 09 العدد. 1999.02. ص 96-97.

[1] – أنظر: عمر هاشم صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي المرجع السابق ص 50.

[2]–أنظر: فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب/ الطبعة الخامسة . 1988 م. دار النهضة العربية ص 367.

الأجانب، إلا أن هذا الخلاف قد زال في الوقت الراهن وأصبح هناك إجماع واتفاق دولي حول وجوب دفع تعويض عند الاستيلاء على أموال الأجانب .

ومن ثمة يبدو حق المستثمر الأجنبي في التعويض حقا مستمدا من القانون الدولي العام وبالتالي خروج الدولة عن ذلك هو إقرار بترتب مسؤولية دولية التي اتخذت الإجراء في مواجهة الدولة التي ينتمي إليها الأجانب بجنسيته.

ولهذا السبب أخذت الدولة النامية موقف متوسطا بين الرأيين السابقين فهي لم تنكر مبدأ التعويض إطلاقا ولم تنتهج في نفس الوقت قاعدة التعويض السريع والحال والفعال والشامل وإنما طالبت بحقها في تأميم الأموال الأجنبية ووضع قاعدة أكثر مرونة للتعويض انطلاقا من مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها ومصادرها الطبيعية. [3]

مما سبق يمكن القول أن قرار التأميم سواء كان مشروع أم غير مشروع، فهو قادر على نقل ملكية الأموال الكائنة في إقليم الدولة التي اتخذتهباعتباره من قرارات السيادة مع بقاء الحق للمستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض مقابل تأميم أمواله فعند قيام الدولة التي قامت بإجراءات تأميم المشروع بالتعويض الجزئي، نكون فكرة أمام الإثراء بلا سبب أما إذا تم أداء التعويض شامل فنكون بصدد فكرة العمل الغير مشروع أو ما يسميه البعض بفكرة الإخلال بالحق المكتسب.

أما في حالة أن يلجأ المستثمر الأجنبي إلى السبل المتاحة داخل الدولة المستقبلة للاستثمار، وكثيرا ما يخفق المستثمر الأجنبي في الحصول على حقوقه أو يتعرض لإنكار العدالة وأحيانا تمتنع الدول الأجنبية من اللجوء إلى القضاء الوطني للدول الأخرى وهذا ما يسمى بالحصانة القضائية أي أن المال الأجنبي مملوك للدولة التي تم اتخاذ إجراء التأميم في حقها .

وبالتالي يجوز للمستثمر الأجنبي طبقا لحدود الأدنى للحماية الدولية الإجرائية أن يلجأ إلى دولته لحمايته بالوسائل السياسية والتي تعرف في فقه القانون الدولي بنظرية الحماية الدبلوماسية أو ما يعرف بالحماية الإجرائية.

الفرع الثاني: الحد الأدنى للحماية الإجرائية.

[3] – أنظر: قرار الجمعية العامة رقم 1803 الصادر سنة 1962 بشأن السيادة الدائمة على المصادر وكذا قرار رقم 3201 الصادر سنة 1974 المتعلق بإقامة نظام اقتصادي دولي جديد والقرار رقم 3221 من نفس السنة بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

تعتبر الحماية الدبلوماسية أداة لتحريك المسؤولية الدولية اتجاه الدولة التي أخلت بالتزاماتها نحو رعايا الدول الأخرى حيث إنه من المبادئ الأساسية والمستقرة في القانون الدولي أن للدولة حق في حماية رعاياها عندما يتعرضون لأضرار نتيجة لأعمال ارتكبتها دولة أخرى، وتشكل الحماية الدبلوماسية إجراء ضروريا تتخذه الدولة لحماية رعاياها وحقوقهم على الصعيد الدولي.

وتبعا لما تقدم يمكن تعريف الحماية الدبلوماسية بأنها " الإجراء الذي تلجأ إليه دولة المستثمر سعيا لتأمين حقوق استثمار هيئة أوفر د ينتمي إليها بجنسيته لد ى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي " [1] ولم يكن الهيئة أوفرد أي المستثمر الأجنبي أي دخل أو لم يكن له يد في الضرر الذي أصابه وهو ما يعرف بمصطلح "**الأيدي النظيفة**"

وقد آتى نظام الحماية الدبلوماسية ليقوم بتدارك أمر عدم وجود نظام عالمي يضمن للفرد المثول المباشر أمام جهات القضاء الدولي وكحق تحتفظ به الدولة وتلجأ إليه فقط عندما تخل الدولة المضيفة بالتزاماتها الدولية اتجاه مواطنيها، كما جاء هذا النظام نتيجة لتسليم بفكرة " **الحد الأدنى من الحقوق** " ومبدأ " **الحقوق المكتسبة** " بهذا أصبح من واجب الدول الغربية أن تمد حم ايتها الدبلوماسية لكل رعاياها الموجودين في الدول الأخرى .

حيث جاءت الحماية الدبلوماسية لحماية الاستثمارات الأجنبية لأن الأضرار بهذه الأخيرة يعتبر إضرار باقتصاد الدولة التي تتبعها هذه الاستثمارات .

وتتمتع الدولة بسلطة تقديرية في حماية موطنيها من عدمه، وفي تحديد من يتمتع بجنسيتها من الأفراد الطبيعيين والمعنويين، حتى يمكن أن تسبغ عليهم الحماية القانونية في حالة إلحاق الضرر بهم، وبالتالي الحماية الدبلوماسية تعد حقا خالصا بالدولة وليست حقا لرعاياها المتضررين.

غير أن هذه السلطة التقديرية للدولة لا يطمئن إليها الأفراد إذ قد تتخلى دولتهم عن حمايتهم في مواجهة الدول الأخرى لأسباب سياسية أو غيرها من الأسباب، مما يجردهم في النهاية من الحماية الإجرائية الضرورية للدفاع عن حقهم، وإذ تقدمت إحدى الدول نيابة عن أحد رعاياها بقضية إلى محكمة دولية، فتعتبر هذه الدولة في نظر المحكمة هي الجهة الطالبة بالتعويض، وبمجرد أن تتدخل الدولة المسؤولة لتحل محلها علاقة جديدة بين دولة الفرد

[1] – أنظر: محمود عبد الحميد سليمان الحماية الدبلوماسية للمال الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 58. 2002.ص 395.

المتضرر والدولة التي ارتكبت الفعل الغير المشروع، ويتحول بذلك النزاع من المستوى الداخلي إلى المستوى الدولي.[1]

ولكي يتمتع المستثمر الأجنبي بالحماية الدبلوماسية لابد من توفر شرطين أساسين وهما:

أولا: شرط تمتع المستثمر المتضرر بجنسية الدولة التي تباشر الحماية الدبلوماسية.

ذلك أن الجنسية هي تلك العلا قة أو رابطة قانونية وسياسية بين المستثمر أو الفرد المضرور بين الدولة المدعمة وبموجب هذه العلا قة لا تستطيع الدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا لصالح رعاياها اللذين يحملون جنسيتها.

وخاصة إذا علمنا أن الجنسية هي شرط أساسي لممارسة الحماية الدبلوماسية بمعنى أن الجنسية هي التي تسمح في ظل القانون الدولي المعاصر بممارسة الحماية الدبلوماسية، [2] عير أن شرط الجنسية رغم بساطته إلا أنه يثير العديد من المشاكل من الناحية العملية أولها حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية، وحالة عدم تمتعه بجنسية أي دولة أي عديم الجنسية ذلك أنه توجد **مشكلة تعدد الجنسية والحماية الدبلوماسية.**

بصدد هذه المشكلة قد ساد في البداية ما يسمى بمبدأ " تكافؤ السيادات " أي المساواة في السيادة بين الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها، والذي ينكر على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين الجنسيات التي يحملها الشخص المتضرر، حيث يكون من حق كل دولة من الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها لأن ترجيح إحداها يتضمن إهدارا لسيادة الأخرى وهذا لا يجوزه. [1] كما أنه من غير المقبول تفضيل دولة أخرى في تحريك دعوى المسؤولية وتراجع الدولة الأخرى .

ونتيجة فشل هذا المبدأ أي مبدأ تكاف ؤ السيادات ظهر معيار **الجنسية الفعلية** ،حيث ذهب الفقه الحديث والذي يرى لكي تكون الجنسية أساسا لممارسة الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي، فلا بد أن تعبر عن ارتباط فعلي بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، حيث يقوم هذا المعيار بناء على ظروف موضوعية وشخصية لحياة متعدد الجنسية، مثل محل ميلاده ،إقامته العائلية، ممارسة للحقوق العامة والسياسية في

---

[1] – أنظر: رفيق عطية الحماية الدبلوماسية لرعايا الدول، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998 ص 65 وما بعدها.

[2] – أنظر: أحمد أبو الوفا محمد، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة 1996 ص 710.

[1] – أنظر. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مرجع سابق. ص 115 وما بعدها.

الدولة، وكذلك من خلال سلوكه في حياته العائلية والاجتماعية والاقتصادية، بما يفيد ارتباطه واندماجه في شعب الدولة بصورة أكثر وثوقا وواقعية بالمقارنة بالدول الأخرى التي ينتمي إليها. [2]

حيث لا يمكن الاعتراف بالجنسية من قبل الدول الأخرى واستخدامها كسند قانوني ترتكز عليه لممارسة الحماية الدبلوماسية إلا إذا كانت فعلية أي تمثل رابطة حقيقية بين الفرد والدولة مع ولاء الفرد لدولته من خلال الواجبات المفروضة عليه وتمتعه بحقوقه التي تضعها الدولة لرعاياها.

المشكل الثاني: المتعلق بمشكلة انعدام الجنسية والحماية الدبلوماسية .

إن الأمر بالنسبة لمركز عديم الجنسية حيث يعتبر أنه أجنبي عن جميع الدول [3] ويترتب على ذلك أن يصبح بإمكان أي دولة أن تعامل هذا الأجنبي معاملة لا تقل عن الحد الأدنى المعترف به دوليا لأجانب، ومن ثم لا سبيل لحماية عديم الجنسية إلا من خلال الاتفاقيات، وبذلك توجهت الجهود الدولية في هذا الشأن أن عديم الجنسية أصبح له مركز قانوني قائم على أساس قانون بلد الموطن أو الإقامة.

ثانيا: شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية.

ويعرف هذا الشرط بأنه لا يجوز لدولة الأجنبي أن تتصدى لحماية الدبلوماسية في مواجهة الدولة التي قامت بنزع ملكية أمواله الكائنة في إقليمها إلا بعد أن يكون المستثمر الأجنبي طالب الحماية قد استنفذ دون نجاح كافة وسائل جبر الضرر الداخلية في تشريع الدول المضيفة [1] وسواء كانت الوسائل الادارية أم القضائية حتى لو خسر الدعوى أمام كل المحاكم من أول درجة إلى أخرى وأن يثبت كذلك عجز الدولة في إصلاح الضرر وفقا لقوانينها، وقد أقرت محكمة العدل الدولية هذا النظر في قضية " **أنترهاندل** " بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية عام 1959. والمتعلقة بوضع أموال وأسهم شركة سويسرية تحت الحراسة وعند نظر المحكمة لهذه القضية، قامت بمراجعة سلسلة الدعاوي التي أقامتها الشركة أمام المحاكم الأمريكية بما فيها الاستئناف إلى المحكمة العليا الأمريكية، وقد رأت محكمة العدل الأمريكية أن القضية مازالت امام هذه المحاكم، ومن ثم قررت أن شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية هو من المبادئ الثابتة والمستقرة في القانون الدولي.[2]

---

[2] – أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس 2004. ص 342.

[3] – أنظر: عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق ص 80.

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين الشمس 2004.ص 342.

[2] – interhandel.case. i.c.j reports. 1959. P .27.

ولعل ى الحكمة من استلزام هذا الشرط هو احترام سيادة الدولة المضيفة للاستثمار وعدم التشكيك في نزاهة قضائها الوطني، إضافة إلى منح الدول المضيفة للاستثمار فرصة لإصلاح الضرر وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه بواسطة هيئاتها الداخلية قبل نقل النزاع إلى الساحة الدولية من خلال الحماية الدبلوماسية.

وبناء ماعرضناه من دور القانون الدولي العرفي في حماية الاستثمارات الأجنبية حيث لم يبق لنا سوى البحث حول مدى كفاية هذا الحد الأدنى في توفير الحماية اللازمة للاستمارات الأجنبية، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذه النقاط الآتية:

1 - حيث رأينا سابقا أن القانون الدولي العرفي في العصر الراهن يخول للدولة الحق في نزع ملكية الأجانب أو تأميم ممتلكاتهم بشرط الالتزام بالتعويض، كما رأينا أنه لا يشترط في التعويض الممنوح للمستثمر الأجنبي أن يكون شاملا وحالا وفعالا كما أراده الفقه الغربي التقليدي ، فقد سمحت الممارسات الدولية الحديثة المقررة للحد الأدنى لحماية الاستثمارات الأجنبية أن يكون التعويض جزئيا ومتناسبا مع القدرات المالية للدولة المؤسسة ، كما يكون مؤجلا وأن يدفع على أقساط تمتد لعدة سنوات.

2 - كما رأينا أن الحماية الدبلوماسية حق لدولة المستثمر وليس واجبا عليها، حيث أن هذه الحماية غالبا ما يخضع لاعتبارات سياسية واقتصادية مما يضيع حق المستثمر الأجنبي إلى إصدار حقوقه ومستحقاته المالية، وكذلك أحيانا وفي حالة حصول المستثمر على تعويض مناسب تقوم دولة المستثمر الأجنبي بحرية التصرف في ذلك التعويض المتحصل عليه عن الدولة المضيفة للاستثمار.

3 - كما نجد أن الهيئات القضائية في الدولة المضيفة للاستثمارات ملزمة باحترام قانون التأميم وعدم مخالفته، حيث أن السلطة التنفيذية تكون مسيطرة على زمام الأمور في الدولة، وبالتالي القضاة يكونون غير مستقلين في إصدار أحكام التعويض، كما أن الأحكام الخاصة بالحماية الدبلوماسية ستكون عاجزة عن توفير الحماية بالنسبة للمستثمر عديم الجنسية ما لم تكون هناك اتفاقيات دولية لهذه الحالة.

4 - كما أن الحماية الدبلوماسية تكون عاجزة في توفير الحماية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية في أوقات الحروب أو قطع العلاقات الدبلوماسية.

ونتيجة لهذا كله وفي ظل عجز القانون الدولي العرفي في لحمايته للاستثمارات الأجنبية، سعت الدول إبرام اتفاقيات ثنائية من أجل رفع هذا الحد الأدنى من الحماية وذلك لتحقيق أهدافها المشتركة وهذا ما نستعرض له ويكون محل دراستنا في المطلب القادم.

المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة.

بعد أن أظهر الواقع العملي على أن التشريعات الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار و خصوصا قوانين الاستثمار ومافيها وكذا مبادئ العرف الدولي وسائل غير كافية و غير فعالة لتقديم الحماية الضرورية و اللازمة للاستثمارات الأجنبية، ضد أي مخاطر تهدد مستقبل رؤوس الموال الأجنبية لهذا كان لابد من البحث عن وسائل قانونية أخرى من اجل تقنين القواعد القانونية تتضمن في حقيقتها أحكاما تكفل للاستثمارات الحماية القانونية و الحد من بعض المعوقات التي قد تعترضها، فكانت هذه الوسيلة هي الاتفاقيات الثنائية بين الدول المصدرة لرأس المال و الدول المستوردة له حيث أصبحت هذه الاتفاقيات ترمي إلى حماية المستثمرين الأجانب فوق الحماية الوطنية، كما ان الاتفاقيات الثنائية تنشا في نفس الوقت آلية قانونية لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة و المستثمر الأجنبي، و مما يميز هذه الاتفاقيات الثنائية عن قوانين الاستثمار الوطنية، انه لا يمكن تعديلها او إلغائها بالإرادة المنفردة لاحد الطرفين كما أن هذه الاتفاقيات من جانب أخر قد تؤثر في القانون الداخلي للأطراف المتعاقدة لكي تتلاءم مع متطلبات الاتفاقيات الدولية و التزاماتها.

بناء على ما ذكرناه ستكون الحماية المقررة بمقتضى الاتفاقيات الثنائية محلا لدراستنا وذلك بتقسيم هذا الموضوع أو المطلب إلى فرعين مستقلين وهما كالآتي:

الفرع الأول: الحماية الموضوعية للاستثمارات الأجنبية

لقد أصبحت الاتفاقيات الثنائية وسيلة قانونية دولية لتحقيق الحماية الفاعلة للاستثمارات الأجنبية الخاصة، وبما أن الغرض الأساسي الاتفاقيات الاستثمار الثنائية يتمثل في حماية وتشجيع الاستثمارات الخاصة وتحسين مناخ الاستثمار بهدف دعم التعاون الاقتصادي بين الأطراف المتعاقدة.[1]

لذا تعتبر الاتفاقيات الثنائية من أهم الوسائل و أجدرها حماية لأملاك المستثمرين و مكتسباتهم التي يتم تحقيقها عن طريق المشاريع الاستثمارية لان الاتفاقيات تعبر عن الإرادة الصادقة للدولة المضيفة للاستثمار كما أنها ستعمل كل ما بوسعها وتضع كل أجهزتها وسلطاتها في خدمة المستثمر الأجنبي وذلك بتوفير العديد من الضمانات ضد المخاطر الغير تجارية المتمثلة في الإجراءات الاستيلاء على أموال الأجانب عن طريق التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة والإجراءات التي تضعها الدولة على ال طرف الأجنبي، وما يترتب عليه من تقيد لحرية

[1] – أنظر: هشام صادق الحماية الدولية المرجع السابق ص 228

المستثمر في تحويل أرباحه إلى الخارج، إضافة إلى الأضرار الناتجة عن الأعمال العسكرية أو الثورات أو الانقلابات على أنظمة الحكم وخاصة في دول العالم الثالث

أولا: الحماية الاتفاقية ضد مخاطر التأميم ونزع الملكية.

تتمثل أهم الضمانات التي نصت عيها اتفاقيات في تحصن المال الأجنبي ضد إجراءات أخذ الملكية كالتأميم والمصادرة وغرها من الإجراءات المماثلة، وعدم السماح بالمساس به إل عند تحقق شروط معينة، ومقابل دفع التعويض الحالي و الكافي و الفعال، و هي شروط تحقق التوازن بين مصلحة المستثمر الأجنبي و مصلحة الدولة المضيفة.[2]

وتعمل الاتفاقيات الثنائية على تلا في القصور الذي قد يشوب التشريعات الوطنية من ناحية إمكانية تعديل نصوصها التي لا تجيز التأميم في أي وقت.لتجعل الأمر في إطار اتفاقية دولية تكون أكثر إلزاما للطرف المضيف للاستثمار، وتقديم الحماية القانونية للاستثمارات في اتفاقية ثنائية، منطلقة من مبدأ أساسي هو حماية أموال المستثمرين الأجانب، ضد إجراءات التأميم ونزع الملكية،

وهذا المبدأ تم الأخذ به في اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات بين مصر و لبنان عام 1997 و التي أكدت هذا المبدأ في المادة الخامسة و التي قضت بأنه " لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين أن يتخذ بصورة مباشرة أو غير مباشرة إجراءات بنزع الملكية أو التأميم، أو يتخذ أية إجراءات أخرى لها الصفة نفسها أو المفعول نفسه بشان استثمارات المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الأخر إلا إذا كانت تلك الإجراءات المتخذة في سبيل المنفعة العامة كما هو مقرر بمقتضى القانون على الأساس غير تميزي، وبموجب الطرق القانونية شريطة اتخاذ ترتيبات لدفع تعويض فعال وملائم "،[1] لهذا نجد القيود اتفاقيات التي تم إقرارها في اتفاقيات الخاصة والتي كانت على عاتق الدولة المستقلة للاستثمار، والتي تتمثل في.

01 - **حظر نزع الملكية** :وهي حظر اتخاذ أي إجراء قانوني ضد رأس المال الأجنبي مع تقديم أقصى درجات الضمان للمستثمر الأجنبي تشجيعه على ممارسة نشاطه اقتصادي والتجاري غير أن هذا الحظر لنزع الملكية قد

---

[2] -أنظر: عبد الواحد النار، أحكم التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية المرجع السابق ص 146.

[1] - ومثال هذا النص ما قررته المادة 04 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مصر واليونان عام 1995 الجريدة الرسمية، العدد 31 الصادرة بتاريخ 03-08-1995.، ص 28-17 والمادة من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر وجمهورية الأجرتين لعام 1994، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 07 الصادر بتاريخ 17-02-1994 ص 379.

يتخذ صورة الحظر المطلق ،حيث تحرص بعض الاتفاقيات الثنائية على تحريم نزع ملكية الاستثمار الأجنبي بصفة مطلقة ويعتبر هذا الحظر في الواقع ضمانا قانونيا مهما للمستثمر الأجنبي، ومثال اتفاقية دعم وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وكوبا والتي تم إعدادها بين عام 1998 ,حيث تهدف إلى خلق مناخ مشترك بين العراق وكوبا لتقرير وتشجيع الاستثمارات رؤوس الأموال من قبل الأفراد والشركات لإحدى الدولتين في الدولة الأخرى بهدف تحقيق الرخاء و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، و بصدد الحظر المطلق لنزع الملكية تقرر المادة04 من الاتفاقية المذكورة بأن يكون الاستثمار المحقق عن إجراءات التأميم و المصادرة، أو اية إجراءات قانونية مشابهة [2]

غير أن المصادرة التي يقصد بها هي المصادرة الإداريةوليس المصادرةالقضائية.

والملاحظ كذلك في حظر المطلق أحيانا يقوم المستثمر الأجنبي، بخرق أحكام قوانين البلد المضيف مما يجعل الدولة في وضع محرج بين خرق الاتفاقية او نقضها من جانبها هذا من جهة ومن جهة أخرى لابد لها من إجراء التأميم ونزع الملكية وتحقيق الصالح العام على حساب مصالح المستثمرين الأجانب .ونتيجة لهذا لا تحبذ الدول المضيفة للاستثمار اخذ بحظر المطلق لنزع الملكية لأنه يقيد من سيادتها مما يجعلها تأخذ بالحظر المشروط لنزع الملكية والذي يتم الاتفاق عليه في الاتفاقيات الثنائية حيث يكون بتوافر شروط معينة التي تمثل في حقيقتها قيودا قانونية على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي، ومن ثم فإن هذه القيود تعد ضمانات مهمة له. وعلى سبيل المثال نصت المادة 06 في فقرتها الأولى من الاتفاق الجزائري الكويتي [1] حيث جاء فيها الاستثمارات التي يقوم مستثمرون تابعون لأي من الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الأخر لن يتم تأميمها أو نزع ملكيتها أو إخضاعها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلى إجراءات ذات أثر يعادل التأميم أو نزع ملكيتها أو سلب الحيازة، من قبل الطرف المتعاقد والأخرى إلا لغرض عام يتعلق بمصلحة وطنية لذلك الطرف المتعاقد، وفي المقابل تعويض فوري وكاف وفعال شريطة أن تكون تلك الاجراءات قد اتخذت على أساس عدم التمييز ووفقا لإجراءات قانونية معمول بها بصفة عامة .

[2] –أنظر: عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية ،عمان، دار الأيام للنشر والتوزيع، 2014، الطبعة الأولى ص 320.

[1] – المرسوم الرئاسي ريقك:03- 370 المؤرخ في 2003/10/23لمتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الكويت للتشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات المتوقعة 2001/09/30 الجريدة الرسمية، العدد 66 المؤرخة في 2001/11/02 ص03.

1 - **عدم التمييز في نزع الملكية:** تقضي معظم اتفاقيات الاستثمار الدولية الثنائية بضرورة التزام الدولة المستقطبة للاستثمار عند اتخاذها إجراءات نزع الملكية مبدأ المساواة وعدم التميز [2]،حيث ينص الاتفاق الثنائي بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق والجزائر لعام 199 بأنه " لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة نزع ملكية مستثمري الطرف الأخر لاستثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمها إلا إ ذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط ان تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية و ان لا تكون تمييزية "

ثانيا :الاتفاق على قدر التعويض و أوصافه .

تعتبر قاعدة التعويض العادل في الحقيقة مبدأ غامض ويصعب تحديد مضمونه بشكل دقيق نظرا لاختلاف مفهوم العدالة من دولة إلى أخرى.

وإذا كان من الثابت وجوب دفع تعويض ما في حالة نزع الملكية، فإن الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار لم تكتفي بالأخذ بمبدأ تعويض وإنما تضمنت تحديدا دقيقا لأوصاف تعويض المستحق بشكل يمنع إثارة أي نزاع حوله في المستقبل، حيث تناولت التعويض من خلال تنظيم أحكامه وذلك من خلال محاولة تحديد أوصافه وبيان شروطه والعملة التي يجب أن يتم بها وزمن تسديده وغير ذلك من الشروط وذلك كالآتي:

01- زمن تقدير قيمة التعويض العادل:

اتفقت أغلب الاتفاقيات أن يكون زمن تقدير التعويض فور نزع الملكية، مثل ما نصت عليه اتفاقية بين مصر و حكومة كندا فقد نصت الأخيرة على انه " لن تخضع استثمارات أو عوائد مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين لإجراءات التأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء مماثل الأثر في إقليم الطرف المتعاقد الأخر إلا من أجل الصالح العام، ووفقا لإجراء قانوني صحيح و بدون تميز في مقابل تعويض مناسب و فوري. [1]

و هناك اتفاقيات نصت على أن يكون تقدير التعويض قبل إتمام نزع الملكية أو قبل الإعلان عنه، حيث نصت على ذلك الاتفاقية التي عقدتها مصر مع ألبانيا بقولها " و يكون التعويض عادلا و لا يقل عن القيمة

[2] -أنظر: عبد المؤمن بن صغير المرجع نفسه، ص324.

[1] - راجع نص المادة 04 من اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين مصر وكندا والموقعة في القاهرة بتاريخ 13-11-1997، الجريدة الرسمية، العدد الأول بتاريخ 01-01-1998. ص11.

السوقية للاستثمار المنزوع و يكون ذلك قبل تاريخ وقوع نزع الملكية أو التأميم أو الإجراءات المماثلة بصفة علنية لكم يتم دفع التعويض دون تأخير ".[2]

و الغاية من وراء ذلك هو أن لا تتأثر قيمة المال بالنقص حيث أسعار الصرف تتغير هبوطا و نزولا تبعا للظروف الاقتصادية التي تعيشها الدولة و كذا الأوضاع الاقتصادية العالمية، كما أن قيمة المشروعات الاستثمارية تتغير كذلك من فترة إلى أخرى لهذا يتم تقيم قيمة المال في وقت مبكر و قبل أن يصبح الإجراء معلنا للجمهور.

02 – مبلغ التعويض:

كما نظمت اتفاقيات الثنائية المعيار الذي يتم بمقتضاه تقدير مبلغ التعويض فهناك من الاتفاقيات أعتمدت على معيار القيمة السوقية للاستثمار وهو معيار أخذت به عدد كبير من الاتفاقيات الثنائية، حيث نصت المادة 04 من هذه الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر والأرجنتين على " أن تصاحب هذه الإجراءات قرارات لدفع تعويضات تتم بصورة فورية ومناسبة ونافذة، ويتم احتساب قيمة التعويض على أساس القيمة السوقية للاستثمار المنزوع ملكيته في الدول المضيفة للاستثمار."

حيث يتبين من هذه الاتفاقية أن يكون التعويض مبنيا على أساس القيمة السوقية للاستثمار، ويتم احتسابه قبل حدوث الإجراء مباشرة أو حدوثه بصفة علنية.

غير أن هناك اتفاقيات ثنائية تبنت معيار آخر هو معيار القيمة الاقتصادية للاستثمار لغرض تحديد مقدار التعويض في حالة نزع الملكية، وقد أخذت بهذا المعيار الاتفاقية الثنائية الخاصة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين العراق و الجزائر حيث قررت المادة 04 الفقرة الثانية في هذا الصدد لأنه " تؤدي تدابير نزع الملكية إذا اتخذت إلى دفع تعويض مناسب و فعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن عنها، و يحدد مبلغ و كيفية دفع التعويض بأقصى حد بتاريخ نزع الملكية، و يجب أن يدفع هذا التعويض من دون تأثير و ان يكون قابلا للتحويل بكل حرية و ينتج عن هذا التعويض حتى تاريخ حقق فيه فوائد تحسب بمعدل سعر الفائدة الرسمي للطرف المتعاقد المقام لديه استثمار "

03– شكل الدفع:

[2] – راجع نص المادة 04 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار، بين مصر وألبانيا، عام 1994، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 24 الصادر بتاريخ 16-06-1994 ص 137.

إضافة إلى ما سبق فإن الاتفاقيات الثنائية أخذت بمبدأ فاعلية التعويض ومبدأ الفورية، حيث اشترطت قابلية قيمة التعويض للتحويل وان يتم هذا التحويل دون تأخير، مما يلاحظ على الاتفاقيات الثنائية الحديثة في هذا الخصوص انها هجرت أحكام تسديد التعويض على اقساط، كما انها لم تعد تتمسك بضرورة أن لم يتم تحويل قيمة التعويض بنفس العملة التي وردت إلى الدولة المضيفة بغرض الاستثمار.

أ – **مبدأ فاعلية التعويض**: و مقتضاه قابلية قيمة التعويض للتحويل و إذا كان الأصل هو تحويل قيمة التعويض بالعملة التي تم بها الاستثمار[1] فإنه يمكن الاتفاق على عملة دولة المستثمر.

إضافة إلى ذلك فقد ح رصت بعض الاتفاقيات الثنائية أن تحديد تلك العملة مرهون بموافقة المستثمر عليها.

ب– مبدأ الفورية: يكمل هذا المبدأ إلى وجو أن يتم دفع قيمة التعويض على وجه السرعة و ان يتم التحويل لقيمة التعويض كذلك على وجه السرعة و دون أي تأخير، غير أن مبدأ التعويض الفوري لا يعني أن يتم دفع قيمة التعويض مباشرة أو في نفس تاريخ نزع الملكية أو التأميم، فالأمر يتطلب اتخاذ بعض الإجراءات الإدارية أو القضائية التي تستغرق بعض الوقت كي يتم تقدير قيمة التعويض [2] و إذا وجد بعض التأخير في تقدير قيمة التعويض لابد ان يكون لهذا التأخير مبرر له و مقبول لدي المستثمر الأجنبي المنزوع ملكيته.

حيث نجد ان الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتنها الجزائر مع عدة دول قد أخذت بمبدأ الفورية.

وهذا ما نصت عليه على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللكسمب ورغي المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 345/91 المؤرخ في 15-10-1991 بموجب المادة 04 منه، على أن يدفع التعويض دون تأخير في حين تضمن الاتفاق المبرم بين الجزائر و إيطاليا المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 05-10-1991 بموجب المادة 04 منه على حق المستثمر الايطالي في الحصول على تعويض مناسب ومعادل لقيمة الاستثمارات وعاجل في الدفع وبالعملة القابلة للتحويل، أو على العملة التي تم بها الاستثمار.

مما سبق ذكره نخلص إلى النتيجة التالية، أن الاتفاقيات الثنائية سعت إلى سد النقص الموجود في التشريعات الداخلية وبالذات في مجال التعويض فقضت بتقرير مبدأ التعويض وقامت بتحديد أوصافه ومداه

---

[1]– أنظر: عبد العزيز سعد النعماني، مركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى 2002 ص 315.

[2] – أنظر: عصام الدين بسيم النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية بالقاهرة1972 ص 290.

وكيفية تقدير ولا شك أن مثل هذا الأسلوب من شأنه أن يبعث الاطمئنان للمستثمر الأجنبي ويجسد الحماية القانونية اللازمة للاستثمارات الأجنبية حيث لولا هذه الاتفاقيات لما أقدم بعض المستثمرين الاجانب على تجسيد مشروعاتهم الاستثمارية في البلدان المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية.

الفرع الثاني: الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة.

مما شك فيه أن اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمار على المستوى الثنائي قد عينت بتحديد نطاق و مضمون حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة، لكن أحيانا عند التطبيق العملي تظهرخلافات و منازعات غير متوقعة لكلا الجانبين هذا من جهة و من جهة أخرى يقع الخلاف و ينشب النزاع في تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات سواء تعلق الأمر بتحديد مضمون نطاقها أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته، لهذا لابد من وجود وسائل أخرى غير القواعد الموضوعية الموجودة في ثنايا الاتفاقيات الثنائية و من هذه الوسائل هي الحماية الإجرائية هذه الأخيرة تتعلق بفضل النزاع الذي ينشأبين المستثمر و بين الدولة المضيفة له و هذه الحماية الإجرائية سواء كانت وسائل داخلية أو دولية، ذلك أن المستثمر الأجنبي يلجأ دائما إلى هيأت قضائية محايدة يطمأن لها و يلجأ إليها عند قيام أي نزاع بينه و بين الدولة المضيفة لاستثماره، ذلك أن خضوع مثل هذا النزاع لاختصاص المحاكم الوطنية للدولة المضيفة لا يدعو إلى اطمئنان المستثمر و ارتياحه و ذلك لتشكيكه في أي قضاء خاص يتبع الدول المضيفة لرأس المال. [1]

و إزاء هذا التشكيك في قدرة المحاكم القضائية المحلية على حل المنازعات الاستثمارية فقد برز التحكيم كوسيلة أكثر فاعلية و حيادية لتسوية المنازعات الاستثمارية و التجارية و من وسائل جذب الاستثمار الأجنبي و كضمانة إجرائية و قضائية للاستثمار الأجنبي [2]

أولا: التحكيم كوسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية.

لاينبغي أن يفهم من خلال الحديث عن التحكيم انه حق من حقوق المستثمر الأجنبي، يمكنه من اللجوء إليه عند نشوب أي نزاع بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره فحسب بل إن اللجوء إلى التحكيم يعتبر وسيلة لجذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، ومن الثابت ان القضاء الوطني للدولة المضيفة هو صاحب الاختصاص الأصيل للفصل في منازعات الاستثمار. ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك وينعقد اختصاص

[1] – أنظر. هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الناشر دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية.2003. ص 24.

[2] – أنظر. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون. سبتمبر 2003. ص 332.

القضاء الوطني بذلك وفقا لمبدأ سيا دة الدولة على إقليمها، فالدولة حرة في وضع قواعد التي بمقتضاها تحدد نطاقها اختصاص محاكمها بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي.[1]

وإذ كان الأصل أن منازعات الاستثمار، تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره، فإن أية تسوية لتلك المنازعات، لا تتم عن طريق المحاكم الدولة فإنها تعد استثناء. [2] يعد امتيازا أو تسهيلا للاستثمارات الأجنبية منحته لها قوانين الاستثمار،رغبة في جذب مزيد من الاستثمارات في المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، ذلك ان أي مستثمر وطني أم أجنبي يراعي هذا الإجراء إن كان موجود في قانون الدولة المضيفة للاستثمار أم لا، حيث يعد التحكيم اللبنة الأساسية او الخطوة الأولى التي يلجأ إليها المستثمر الأجنبي في إنشاء عقود الاستثمار، فلولاه لما خاطر المستثمر بأمواله وأملاكه في مشروعات استثمارية قد تطرأ عليها أي مخاطر أو أضرار جسيمة تع صف بكل ما تم بناءه في حياته، لأن التحكيم يعتبر الأمان والضمان للمال الأجنبي ومن هذا المنطلق وحرصا من المشرع الجزائري على حماية الاستثمارات الأجنبية ترك الحرية للمستثمر الأجنبي في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها الدولة التي ينتمي إليها أو اتفاق بإرادته المنفردة مع دولة المضيفة للاستثمار على تضمين هذه العقود التي يبرمها على إجراء التحكيم في حالة نشوب أي نزاع يقع في المستقبل، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، حيث حصلت هذه المادة القضاء الوطني هو الاستثناء والاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف، أو اتفاق خاص على إجراء التحكيم هو الأصل .

ثانيا: التحكيم كضمانة إجرائية للاستثمارات الأجنبية.

انطلاقا من تجارب الدول المتقدمة والرائدة في شتى مجالات الحياة رأت أنه لكي تقوم أي دولة مضيفة بجذب الاستثمارات اللازمة لتنمية اقتصادها ومواردها فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين الاستثمار الأجنبي، فرأس المال الأجنبي يحتاج إلى الأمان، لأن أي مشروع استثماري منذ ولادته إلى نهايته محفوف بالمخاطر والعوائق أحيانا تكون غير متوقعة ولا يمكن التكهن بحدوثها لهذا يحتاج المستثمر الأجنبي إلى ضمانات تنزع القلق عن نفسه، و من أهمها الضمانات الإجرائية و المتمثلة في توفير وسائل مناسبة أمام المستثمر الأجنبي يمكنه من

---

[1] – يعد مبدأ حرية الدولة في تحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها من أهم المبادئ المترتبة على الأصل العام القاضي بأن كل دولة تتولى تحديد اختصاص محاكمها بالمنازعات ذات الطابع الدولي أنظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم القانون الدولي الخاص الكتاب الأول، الاختصاص القضائي والأثار الدولية للأحكام، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 199 ص 129 وما بعدها.

[2] – أنظر في هذا المعنى. د. أحمد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1975 ص 394.

حماية حقوقه قضائيا ذلك إن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي الخاص ليست مشكلة تعريف بحقوقه و التزاماته أو تحديد مداها، بل المشكلة هي البحث عن وسيلة مستقلة و محايدة و فعالة يمكنه اللجوء إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه و بين الدولة المضيفة خصوصا و ان المستثمر الأجنبي الخاص كثيرا ما يجد صعوبة في الحصول على مساندة دولته له في دعواه ضد الدولة المضيفة التي أضرت بمصالحه الاستثمارية[1] و من اهم هذه الوسائل بالطبع التحكيم التجاري الدولي لذا جر ى العمل بخصوص المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية من نطاق اختصاص محاكم الدولة المضيفة، و إحالته إلى محكمة أو أي هيئة تحكيم يختارها الأطراف مما يكفل سرعة الفصل في النزاع، كما يبدد مخاوف المستثمر من الخضوع للقضاء العادي للدولة المضيفة [2].

ومما سبق الذكر فقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، يمكن القول إنه لا تكاد تخلوا اتفاقية من بند يسمح للمستثمر الأجنبي باللجوء للتحكيم الدولي لحل منازعات الاستثماراعتباره الوسيلة الأكثر حيادا وضمانا له.

وفي إطار الاتفاقيات الثنائية لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار وفق اللجوء إلى التحكيم الدولي يوجد نوعان من هذه الاتفاقيات فهناك اتفاقية ثنائية لا تعني بالتحكيم كوسيلة من وسائل تسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار الا كعنصر مكمل في إطار تنظيمها للاستثمارات المتبادلة بين البلدين، لأن موضوعها ينص بالأساس على الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، بينما ثنائية أخرى فينصب موضوعها على التحكيم التجاري الدولي باعتباره الوسيلة الوحيدة لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بين الدولة و رعايا الدول الأخرى من جهة أخرى. [3]

لهذا تشكل اتفاقيات التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار حجز الزاوية بالنسبة للتعاون الثنائي بين الدولتين، حيث أبرمت الجزائر في هذا المجال عدة اتفاقيات حيث جعلت من التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلا بصفة متممة و منها الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و جمهورية جنوب إفريقيا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات[4] الموقعة بالجزائر في 24 سبتمبر 2000.

---

[1] – أنظر:صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2005، ص 445.

[2] –أنظر. عصام الدين مصطفى نسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، مرجع سابق ص 163.

[3] – أنظر:عبد المؤمن بن صغير، المرجع السابق الصفحة 349.

[4] – صادقت عليها الجزائر لموجب المرسوم الرئاسي رقم 01- 206 المؤرخ في 23 جويلية2001.

فحسب المادة 07 من الاتفاقية و تحت عنوان " تسوية المنازعات بين المستثمر و طرف متعاقد [5]" فإنه يتم تسوية أي نزاع بين طرف متعاقد و مستثمر تابع للطرف المتعاقد الأخر يتعلق بالاستثمارات وديا قدر الإمكان.

وإذا لم يتم تسوية النزاع وديا في مدة ستة أشهر يتم عر ضه بطلب من المستثمر، إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد(الدولة) المعني بهذا النزاع أو التحكيم الدوليين و يكون اختيار أحد الإجرائيين نهائي [1]و في الغالب يختار المستثمر الأجنبي التحكيم الدولي باعتباره الوسيلة الأكثر حيادا و ضمانا في نظره، و منحه الخيار في ذلك يعتبر امتيازا هاما في حد ذاته لتشجيعه على الاستثمار في أحد البلدين المتعاقدين.

و كذلك نستنتج أن الاتفاقيات الثنائية في الغالب لا تلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة وحيدة لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، إلا بعد استنفاذ كامل الإجراءات الخاصة للتسوية الودية و القضائية، و هذا كما جاء ذلك في نص المادة 09، من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المبرم عام 1991 على أنه " في حالة عدم التوصل إلى التسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاوض بالطرق الدبلوماسية خلال مدة 06 أشهر من تاريخ الإشعار يعرض هذا الخلاف بناء على طلب من احد الأطراف المعنيين بذلك الخلاف، لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات و لهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و ا لقطعية، على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري و قضاء الداخليين

- كما تضمن نص المادة 08 من الاتفاقية المبرمة في 18 ماي و الدولة الإيطالية المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات على التحكيم الدولي بإجراء لفض النزعات التي تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدتين، ومستثمر المتعاقدة الأخرى عن طريق المركز الدولي كل النزعات المتعلقة بالاستثمارات أو محكمة تحكيمه تنشأ لهذا الغرض.

لذلك فغالبية الاتفاقيات الثنائية تفترض اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات في حالة وجود نزاعات بين الطرفين حيث من أهم أسباب اللجوء إلى هذا المركز الدولي مرده إلى تميزه بسمتين رئيسيتين وهما.

[5]– يقصد بطرف متعاقد دولة طرف في الاتفاقية أو إحدى مؤسستها.

[1] – الوسائل نفسها بالنسبة للاتفاقية المبرمة مع البرتغال حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بلشبونة في 15 سبتمبر 2004 .

1 - إن هذا المركز مبني على الأصول القانونية الاقتصادية التي تحكمه بعيدا عن التيارات السياسية الدولية. [2]

2 - إن اختصاص المركز ليس إلزاميا، فهو ليس أداة جبرية لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين أعضائه وبين المستثمرين بين الدول الأخرى الأعضاء كما أن مجرد تصديقا لدولة على اتفاقية إنشاء المركز لا يعني سوى استعدادها لقبول خدماته دون أن ينصرف ذلك إلى إلزامها اختصاصه تسوية المنازعات التي تكون طرفا فيها وهذا طبقا للمادة 25/ الفقرة 04 التي حددت الشروط أو اختصاص المركز.

و يمكن تقسيم تلك المعاهدات الثنائية التي تشير إلى الرضا باختصاص المركز إلى ثلاث طوائف.

الطائفة الأولى: معاهدات ثنائية تتضمن تعهدا من جانب اي من الدولتين باختصاص المركز على منازعات الاستثمار التي تنشأ في المستقبل بين المستثمرين الأجانب و الدولة المضيفة للاستثمار، و يتوفر الرضا باختصاص المركز بإعلان المستثمر قبوله هذا الاختصاص.

الطائفة الثانية: معاهدات ثنائية تقضي بأن الدولة المضيفة للاستثمار لا تلتزم باختصاص المركز على منازعات الاستثمار، إلا عندما يطلب منها المستثمر ذلك أي بناء على طلبه.

الطائفة الثالثة: معاهدات ثنائية تنص على جواز تقديم منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمرين الأجانب بناء على اتفاق لاحق بين الأطراف.

وفي هذا الإطار نستخلص أن جل الاتفاقيات الثنائية جرى العمل على تضمين نصوصها على حق المستثمرين في كل من الدولتين حق الالتجاء إلى التحكيم الدولي وخصوصا اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهو ما يعرف " بشرط التحكيم، أو إبرام اتفاق لاحق على العقد يتفق بمقتضاه المستثمر مع الطرف الأخر على إخضاع كافة المنازعات بشأن الاستثمار إلى محكمة أو هيئة تحكيم يختارها الطرفان وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلا أن أهمية الاتفاقيات الدولية الثنائية الخاصة بحماية و تشجيع استثمارات الأجنبية لا تكمن في تحديد حقوق و التزامات أطرافها فقط ،بل تكمن أيضا في قدرتها الإلزامية و في تنفيذ الالتزامات الدولية الواردة فيها، و التي اتفق عليها الأطراف و قدرتها على إثارة المسؤولية الدولية عند عدم تنفيذ

[2] -أنظر :منى محمود مصطفى الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية 1990 ، ص 55.

أحد الأطراف لما التزم ت به و هو ما يتماشى مع ما ورد في د يباجة ميثاق الأمم المتحدة التي نصت على ضرورة احترامالالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية التي يجب أن تعلو ا على إرادة الدول المتعاقدة و تكون لها قوة القانون بين أطرافها .

المبحث الثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية في ظل الاتفاقيات الجماعية.

إن إزالة العراقيل و العقبات أمام تدفق و انتشارالاستثمارات الأجنبية في الخارج عرفت اهتماما كبيرا، الشيء الذي يساعد على ظهور مؤسسات و هيئات دولية و إقليمية تعمل من أجل تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها و منها تعزيز حركة رؤوس الأموال وانتقالها من منطقة إلى أخرى لغرض الاستثمار و ضمانها من كافة الأخطار الغير التجارية التي يمكن ان تتعرض لها.[1]

لهذا كانت الاتفاقيات الجماعية او معاهدة متعددة الأطراف الحل الأنسب لإنشاء الهيئات و المؤسسات الدولية التي تعمل على ضمان الاستثمارات الأجنبية، ذلك ان هذه الهيئات الغير وطنية كما يسميها البعض تضم كثيرا من الدول المصدرة و المضيفة للاستثمار و يحكمها اتفاقية واحدة تلزم كل الدول الأطراف فيها، و من ثم فإنها تعمل وفق نظام قانوني موحد مع جميع المستثمرين و جميع الدول التي يقومون بالاستثمار فيها، بالإضافة إلى أن هيئة الضمان الدولية يتم بمقتضاها توزيع المخاطر على الدول الأعضاء، كما تعمل هيئة الضمان الدولية كانت أم إقليمية بإعادة التأمين على الاستثمارات التي تضمنها أجهزة الضمان الوطنية، كما ان فكرة الضمان في حد ذاتها تساعد الدول النامية على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، أما بالنسبة للمستثمرين أنفسهم، فهم من المحبذين لفكرة إنشاء نظام ضمان دولي يحمي استثماراتهم من أخطار تعود أسبابها للدول المضيفة، و يقدم لهم ضمانا دوليا يكفل عدم إمكانية تقيد ملكيتهم لمشاريعهم أو الحد من الاستفادة منها .[2]

وتقتضي دراسة الحماية الدولية للاستثمار الأجنبية في نطاق المعاهدات الجماعية أن ن تطرق في هذا المبحث إلى أهم هذه الاتفاقيات والتي هي كالآتي وقد جاءت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المطلب الاول واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

[1] – أنظر: فرحات وهيبة، أنظمة الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008. 2009. ص 11.

[2] – أنظر: إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1971 ص 144.

ظهرت فكرة إنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات في الخمسينيات من القرن الماضي، وقد جرت مناقشة هذه الفكرة في البنك الدولي للإنشاء والتعمير في عدة مناسبات من خلال الفترة من عام 1962 إلى عام 1972 دون اتخاذ أي قرار في هذا الشأن، كما تم إحياء الفكرة من جديد في خطاب رئيس البنك الدولي في الاجتماع السنوي لمجلس البنك الدولي العام 1982، وبعد دراسة تفصيلية أجراها المختصون في البنك ومناقشات غير رسمية مع المديرين لضمان الاستثمار الذي تم إقراره في سبتمبر 1985.[3]

تم عرض الاتفاقية في اكتوبر 1985 على الدول الأعضاء للتوقيع عليها واشترطت هذه الاتفاقية لسريان أحكامها أن يتم التصديق عليها من قبل 20 دولة على الأقل من بينها خمسين دولة من المجموعة الأولى (دول متقدمة) وخمسة عشر دولة من المجموعة الثانية (دول نامية) بشرط أن تبلغ مساهمات تلك الدول مجتمعة ثلث رأسمال الوكالة.[1]

وأصبحت هذه الاتفاقية سارية المفعول ابتداء من سنة 1987 وانضمت إليها الجزائر في اكتوبر 1995.[2]

الفرع الأول: دراسة تحليلية لأحكام الاتفاقية المنشئة للوكالة.

تنص الاتفاقية على إنشاء وكالة دولية لضمان الاستثمار كجهاز دولي مكمل لأنشطة البنك الدولي لإنشاء التعمير، يكون هدفها الأساسي هو تشجيع تدفق الاستثمارات فيما بين دول الأعضاء مع توفير الضمان والحماية اللازمة من أجل تحقيق أغراض إنتاجية.

ولتحقيق هذا الغرض فقد أقرت الاتفاقية للوكالة بالشخصية القانونية المستقلة عن أعضائها، كما وضعت الاتفاقية أحكام تتعلق بالعضوية والانسحابمن الوكالة وكذلك تجميد العضوية فيها، كما تضمنت الاتفاقية الأحكام المتعلقة بدور الوكالة في تسوية منازعات الاستثمار.

أولا: النظام القانوني للوكالة.

---

[3] – أنظر: عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ماجستير في القانون دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ص 126.

[1] – أنظر: عاطف إبراهيم، ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء المؤسسة الغربية لضمان الاستثمار، مطبعة العمرانية، مصر 1998، ص 109.

[2] – أنظر: مرسوم رئاسي رقم (95- 345) مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 متضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، جريدة رسمية عدد 66 لسنة 1995.

نصت الفقرة من المادة 01 من الاتفاقية على تمتع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بالشخصية القانونية كالتمتع بالتعاقد وإبرام المعاهدات مع الدول والمنظمات الدولية الأخرى وحق التصرف والتقاضي أمام محاكم التحكيم الدولية والمحاكم الداخلية وحق تملك العقارات والمنقولات، ولا شك أن التسليم للوكالة بالشخصية القانونية يعني أهليتها للدخول في علاقات تعاونية مع أشخاص القانون الدولي الأخرى في إطار العرفي منها.[3] كما للوكالة شخصية متميزة عن شخصية دول الأعضاء المؤسسين لها، حيث أنها تسلك ذمة مالية مستقلة ورأسمال خاص بها حتى تتمكن من إصدار ضمانات باسمها ولحسابها الخاص، [4] بغرض تحقيق الهدف الأساسي المقصود من وراء إنشائها، والمتمثل في تشجيع تدفق الاستثمارات لأغراض الانتاجية فيما بين دول الأعضاء، ويأتي هذا الهدف الأساسي لتكملة دور البنك الدولي في مجال التنمية، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الثانية من اتفاقية الوكالة في فقرتها الثانية بقولها " هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات لأغراض الانتاجية فيما بين الدول الأعضاء تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير ".

كما أن للوكالة دورا مهما في إجراء الأبحاث ونشر المعلومات بفرص الاستثمار المتاحة في الدول النامية الأعضاء فيها، وبالتالي فإن الاتفاقية من خلال مادتها الثانية نصت صراحة على الهدف الذي تصبوا إليه وتعمل من أجله والمتمثل في تشجيع تدفق الاستثمارات بشكل أساسي بين دول الأعضاء، حيث أشارت تقارير البنك الدولي إلى أن تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى البلدان النامية 583 مليار دولار في السنة المالية 2008[1] مقابل 385 مليار دولار أمريكي تقريبا سنة 2009 بانخفاض تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة قدره 30 %. أما ضمان المخاطر غير التجارية الذي تقدمه الوكالة لحماية الاستثمارات الأجنبية فيعتبر وظيفة من وظائفها وليس هدفا بحد ذاته، لذلك يتوجب على الوكالة عند قيامها بالأنشطة المتعلقة بتشجيع الاستثمار أن تستهدي باتفاقيات الاستثمار المبرمة، بين الدول الأعضاء وأن تسعى لإزالة المعوقات التي قد تعيق تدفق الاستثمارات بينها، كما تقوم بالتنسيق مع الهيئات الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار الأجنبي التي من أمثلتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مما يحقق الهدف الرئيسي وهو تشجيع الاستثمار وتجنب الازدواجية في

[3] –عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 127، مع مراجعة المادة 21 من الاتفاقية.

[4] – أنظر المادة 05 من اتفاقية الوكالة.

[1] – أنظر: التقرير السنوي 2009 الصادر عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ص 14.

أنشطة مؤسسات الضمان الدولية والإقليمية. [2] كذلك تتمتع الوكالة أثناء ممارستها لعملها في أراضي كل من دول الأعضاء بالحصانات والامتيازات التي يمكنها من أداء وظائفها على أكمل وجه، حيث أن ممتلكاتها وأمو الها محصنة ضد إجراءات التفتيش والاستيلاء والمصادرة ونزع الملكية.

كما تقضي اتفاقية الوكالة بأن يكون لهذه الأخيرة رأسمالها الخاص وحددت سقفه ب بليون دولار أمريكي " ألف مليون دولار أمريكي " تقسم إلى مائة ألف سهم بقيمة إسمية قدرها عشرة ألاف من حقوق السحب الخاصة لكل منها، تطرح للاكتتاب فيها من قبل دول الأعضاء كلا حسب الأسهم التي يمتلكها العضو في رأسمال البنك الدولي، [3] مع مراعاة الحد الأدنى للاكتساب الذي حددته المادة السادسة من الاتفاقية بخمسين سهما (أي 5000.000 من حقوق السحب الخاصة) حيث يدفع كل عضو 10% فقط نقدا عن قيم ة الأسهم المكتتبة خلال تسعين يوما من تاريخ سريان الاتفاقية في شأنه، و 10% أخرى في شكل سندات أذنية غير قابلة للتحويل ومعفاة من الفوائد إذا دعت حاجة الوكالة للوفاء بالتزاماتها، الا أن الاتفاقية تجيز للدول النامية أن تدفع نسبة لا تتجاوز 25% من الاكتتابات واجبة الدفع نقدا بعملاتها المحلية [1] .

ثانيا: أحكام العضوية ووقفها والانسحاب من الوكالة.

جعلت الاتفاقية من العضوية في الوكالة مفتوحة بجميع الدول الأعضاء في البنك بالإضافة إلى سويسرا [2].

حيث نجد أن دول الأعضاء في الوكالة تنقسم إلى طائفتين، [3] فالطائفة الأولى :تضم الدول المتقدمة التي تم انضمامها قبل 30 أكتوبر 1987، وهي الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة وأستراليا وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية، أما الطائفة الثانية فهي تضم الدول النامية وعددها 128 دولة وتعتبر الجزائر ضمن الطائفة الثانية [4] ويبلغ عدد الأسهم التي أكتتبها فيها 649 سهما.

---

[2] – أنظر: عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر الغير التجارية، دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، دراسة مقدمة للمؤتمر القانوني لجامعة بيروت العربية، تحت عنوان " عمليات الضمان والتأمين " منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2006.

[3] – أنظر :المادة 05 فقرة ' أ' من اتفاقية الوكالة.

[1] – أنظر المادة 04 فقرة ' ب' من اتفاقية الوكالة.

[2] – أنظر المادة 04 فقرة ' أ' من اتفاقية الوكالة.

[3] – أنظر المادة 04 فقرة ' ب' من اتفاقية الوكالة.

[4] – حيث تم إصدار الوكالة لمبلغ 60 مليون دولار أمريكي سنة 2000 لتغطية مشروع شركة اسبانية اسمها CEPSA المقدر ب 240 مليون دولار

أما بالنسبة للأحكام وفق العضوية من الوكالة فقد عالجتها المادتين الثانية والخمسون، والمادة الثالثة والخمسون من اتفاقية الوكالة بأنه يجوز لمجلس المحافظين وفق عضوية كل عضو يخل بالتزاماته في ظل أحكام الاتفاقية، [5] وفي حالة وقف أي عضو فإنه يظل مسؤولا عن جميع التزاماته المحمّلة اتجاه الوكالة التي ألتزم بها قبل وقف عضويته. [6]

وتنتهي عضوية العضو الموقوف تلقائيا بعد مرور سنة من تاريخ وقفه ما لم يقرر مجلس المحافظين مدة فترة الوقف أوإلغائها، [7]

وفي المقابل تنص الاتفاقية على إمكانية انسحاب الأعضاء من الوكالة بعد انقضاء 03 سنوات من الانضمام إليها وفق المادة 51 من الاتفاقية.

ثالثا: تحديد الاتفاقية لدور الوكالة في تسوية منازعات المتعلقة والناشئة عن الاستثمار.

بالنسبة للمنازعات التي يتم تسويتها عن طريق المفاوضات وإذا فشلت المفاوضات فعن طريق التوفيق أو التحكيم [8]، ويمكن أن يتم التحكيم طبقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أو قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، أو قواعد غرفة التجارة الدولية، إذا ما تم إقرار ذلك في عقد الضمان المبرم بين الوكالة أو أحد أعضائها .

أما بالنسبة للمنازعات التي تنشأ في ظل عقد الضمان أو إعادة التأمين بين الوكالة والطرف الأخر في العقد، فقد نصت الاتفاقية إلى إحالتها إلى التحكيم طبقا للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في عقد الضمان أو إعادة التأمين. [1]

وتتطلب غالبا عقود الضمان من المستفيدين في حالة وقوع أي من المخاطر المغطاة أن يلجؤوا إلى الوسائل المناسبة المتاحة لهم في ظل قوانين الدولة المضيفة، قبل قيام الوكالة بدفع التعويض، كما يجوز أن تتطلب تلك العقود انقضاء فترات زمنية معقولة بين تاريخ وقوع المخاطر التي تستند إليها المطالبات وبين دفع التعويض

[5] – أنظر المادة 53 من اتفاقية الوكالة.

[6] – أنظر المادة 52 من اتفاقية الوكالة.

[7] – أنظر المادة 52 فقرة "د " من اتفاقية الوكالة.

[8] – أنظر المادة 57 فقرة "أ" من اتفاقية الوكالة.

[1] – أنظر المادة 58 من اتفاقية الوكالة.

المطلوب [2] فإذا نشأ نزاع بين الوكالة والمستثمر المستفيد بشأن قرار دفع التعويض تحال الاتفاقية إلى التحكيم طبقا للقواعد الواردة في عقد التأمين أو إعادة التأمين[3]

وإذا كانت عقود التأمين النموذجية التي أصدرتها الوكالة تقضي بإحالة النزاع إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فلا يوجد مانع من أن تقوم عقود الضمان العادية بإحالة النزاع إلى قواعد تحكيم خلاف المركز الدولي، باعتبار أن الأمر يعود إلى إرادة الطرفين وحريتهما المطلقة في تبني أي قواعد تحكيم دولي يناسبهما لتسوية منازعاتهما.

أما المنازعات المتعلقة بحلول الوكالة الدولية محل المستثمر المستفيد من الضمان حيث تنص المادة (18) من الاتفاقية على أن تحل الوكالة محل المستثمر المستفيد في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدنيين، في كل الحقوق ومطالبات بالتعويض تتعلق باستثمارات المؤمن عليه في الدول المضيفة لاستثماراتها.

أما إذا نشأت منازعات بين الوكالة بصفتها خلفا للمستثمر وعضو من الأعضاء، فتنص الاتفاقية على تسويتها، إما طبقا لإجراءات المنصوص عليها في الملحق الثاني المرفق بالاتفاقية، أو طبقا للإجراءات التي يتم النص عليها في اتفاق يتم إبرامه بين الوكالة والعضو المعني بشأن إجراءات بديلة لتسوية المنازعات [4].

وفي كل الأحوال حصر الملحق الثاني المتعلق بتسوية منازعات الاستثمار أساليب فض هذه المنازعات في المفاوضات والتوفيق والتحكيم.

1 - **المفاوضات:** يسعى الطرفان في أية منازعة تدخل في مجال تطبيق الملحق رقم (2) إلى تسويتها عن طريق المفاوضات والتي تعني تبادل الآراءوالاقتراحات بين الأطراف المتنازعة وتكون عادة بالالتقاء الوزراء والمدراء والخبراء في النزاع المطروح لتوصل إلى حل يرضي الجميع.

وتنتهي المفاوضات إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسوية النزاع خلال 120 يوما من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات كما يجوز تحديد هذه المدة إذا لزم الأمر ذلك.

---

[2] - أنظر المادة 17 من اتفاقية الوكالة.

[3] -أنظر المادة 58 من اتفاقية الوكالة.

[4] -راجع المادة 57 من الاتفاقية.

التوفيق: يعتبر التوفيق إجراء تصليحا يهدف إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة عن طريق لجنة التوفيق.

ومن هنا إذا طلبت الدولة المضيفة الوكالة اللجوء إلى التوفيق يجب أن تستجيب لهذا الطلب وهذا في حالة ما فشل حل النزاع عن طريق المفاوضات، وقبل إحالة النزاع إلى التحكيم يقوم طرفا النزاع في الاتفاق على اختيار الوسيط أو الموقف الذي يقوم بدور التوفيق فإذا فشل في ذلك يجوز لهما تقديم طلب مشترك إلى الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار " ICSID" أو لرئيس محكمة العدل الدولية لتعين الموقف، وتنتهي إجراءات التوفيق إذا لم يتم تعيين الموفق خلال مدة 90 يوما من تاريخ الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق.

ويعد التقرير الذي يقدمه الموفق غير مقدم لطرفي النزاع، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

التحكيم: أما عن التحكيم فقد ورد ذكره في المادة الرابعة من الملف الثاني من الاتفاقية ومن خلال ما جاء فيها من القواعد الواجب اتباعها عند لجوء الأطراف المتنازعة للتحكيم.

وتبدأ إجراءات التحكيم بأخطار يوجهه(المدعي) إلى (المدعي عليه) متضمنا بينا بطبيعة المنازعة واسم المحكم المعين من قبل المدعي، ويتعين على المدعي عليه خلال 30 يوما من تقديم الإخطار أن يخطر المدعي باسم المحكم الذي عينه ويختار الطرفان خلال 30 يوما من تاريخ تعيين المحكم الثاني حكما مرجحا يكون رئيس هيئة التحكيم. [1]

وإذا لم يتم تشكيل الهيئة خلال ستين يوما من تاريخ تقديم الإخطار بطلب التحكيم يتعين المحكم الذي لم يعينه الطرف المعني أو رئيس الهيئة الذي لم يتم اختياره بقرار من الأمين العام للوكالة بناء على طلب مشترك بين الطرفين، وإذا لم يتقدم الطرفان بهذا الطلب المشترك أو إذا لم يقم الأمين العام بالتعيين خلال 30 يوما من تاريخ تقديم الطلب يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية إجراء التعيين بقرار منه. [1]

[1] – أنظر: عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ص مع مراجعة المادة 04/أ من الملحق 02.

[1]– أنظر :المادة 04/و عن الملحق 02.

[2]– أنظر : سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة وهران، سنة الجامعية 2011-2012 ص 158.

تصدر المحكمة جميع قراراتها بأغلبية أصوات أعضائها، ويكون القرار الصادر نهائيا وملزما، ولا يجوز إ استئنافه أو إبطاله أو إعادة النظر فيه، ولكن من الجائز طلب تفسيره من قبل أي من الطرفين.

الفرع الثاني: نطاق عمل الوكالة:

بما أن و ظيفة الوكالة الدولية تكمن في ضمان الاستثمارات فهذه الوظيفة تدفعنا للبحث في نطاق الضمان لدى الوكالة وذلك استنادا إلى أحكام الاتفاقية حيث يتضح لنا أن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تقوم بالعديد من عمليات الضمان، ويمكن التعرف على هذه العمليات من خلال دراسة الاستثمارات الصالحة للضمان والمخاطر الصالحة للضمان إضافة إلى المستثمر الصالح للضمان.

أولا: الاستثمارات الصالحة للضمان.

تهدف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية عن طريف إتاحة الضمان عن المخاطر الغير تجارية مثل القيود على التحويلات المالية، نزع الملكية، الاخلال بعقود الضمان والحروب، والاضطرابات الأمنية كما تقدم الوكالة خدمات تسويق وترويج الاستثمار لمساعدة الدول النامية الأعضاء في الوكالة على زيادة فعالية الترويج لفرص الاستثمار القطاع الخاص فيها. [2]

ومنذ إنشائها أصدرت الوكالة 571 ضمانا بشأن مشاريع في 81 دولة نامية ويفوق مجموع التغطيةالضمانية مبلغ 9.6 بليون دولار أمريكي، مما يعني أن قيمة الاستثمارات الأجنبية المباشرة التي شملتها ضمانات الوكالة في هذه الدول يزيد على 42 بليون دولار أمريكي.

تولت المادة 12 من الاتفاقية مسألة الاستثمارات الصالحة للضمان لدى الوكالة والمسموح بضمانها، وقد تجنبت الاتفاقية سرد كافة أنواع الاستثمارات الصالحةللضمان في قائمة محددة، إلا أنه يمكن القول بأن الاستثمارات الصالحة لضمان الوكالة، حيث حصرتها في القروض المتوسطة والطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع الاستثماري، وذلك الاستثمار عن طريق المساهمة في رؤوس أموال المشروعات هذا بالنسبة للاستثمارات الغير مباشرة.

أما بالنسبة للاستثمارات المباشرة وضعت الاتفاقية مبدئا عاما وهو أي شكل من أشكال الاستثمار المباشر يكون صالحا للضمان، أي الاستثمارات التي يكون فيها للمستثمر الحق في القيام بدور فعال في إدارة المشروع والسيطرة عليه، إضافة إلى حقوق الملكية الفكرية.

وكذلك ما يحدده مجلس إدارة الوكالة من صور الاستثمارات المباشرة الذي يتضمن عقود الخدمات والإدارة وعقود الامتياز والترخيص واتفاقيات الشراكة، سواء اتخذ الاستثمار صور نقدية بح تة أم عينية، حيث تضمنت الفقرة أ من المادة 12 من الاتفاقية الوكالة فيما يخص الاستثمارات الصالحة للضمان مثل الاستثمار عن طريق المساهمة في رؤوس أموال المشاريع وفي أصولها التي يكون فيها المستثمر دون توجيه والتحكم في المشروع، وغير ذلك من صور الاستثمار المباشر التي تساهم في تنمية الدول المضيفة ويوافق عليها مجلس الوكالة بالأغلبية.

ويتعين في الاستثمارات التي يوافق عليها مجلس الإدارة أن تسهم في تنمية الدولة المضيفة اقتصاديا واجتماعيا ووفقا للأولويات التي تضعها هذه الدولة لبرامجها وموجهة للأغراض الانتاجية، ويقتضي بخضوع ذلك الاستثمار لقوانين الدولة المضيفة ولوائحها مما يستوجب موافقة الدولة المضيفة مسبقا على ضمان الاستثمار الأجنبي واستقباله على أراضيها وموافقتها على نوع المخاطر التي تغطيها بضمانها، وتقوم الوكالة بالتحقق من وجود المناخ الملائم في البلد المضيف لمعاملة الاستثمار القادم إليها معاملة عادلة وبوجود ضمانات كافية لحمايته.[1]

وكذلك أن يكون الاستثمار المعني بالضمان أن يكون جديدا، أي أن الوكالة لا تضمن الاستثمارات القائمة مسبقا قبل إبرام عقد الضمان، لأن قيام الوكالة بضمان الاستثمارات قائمة مسبقا لن يضيف شيئا للدول النامية لتنمية اقتصادها.

كما تقوم كذلك الدولة المصدرة لرأس المال بتقديم طلب إلى الوكالة قصد القيام بضمان الاستثمار مع التزاماتها بالمشاركة في الخسارة المحتملة بمبلغ الضمان الذي أيدته، وأن تتحمل مسؤولية الضمان لوحدها على عكس الدول النامية المضيفة.

[1] – أنظر:. منى محمد مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي لمباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1990 ص 22.

وما دام أن الدول المصدرة لرأس المال هي التي تقوم بعملية الضمان، عن طريق نظام التأييد لتغطية الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرهم، وبالتالي الحماية التي تقدم الدول المصدرة لرأس المال لا تمس بأصول الحساب الخاص للوكالة.

وبصفة عامة تطبق نصوص الاتفاقية على عمليات الضمان المؤي دة، [1] ويتضمن ذلك على وجه الخصوص الشروط المتعلقة بالصلاحية للضمان وكذلك الأحكام المنصوص عليها في شأن اكتساب رأس المال، على أن يتم دفع أي مبلغ يتعين على العضو المؤيد فور المطالبة به من الوكالة وبعملة قابلة للتحويل الحر، وعند انتهاء أي ضمان يغطي استثمارا أيده عضو من الأعضاء تخفض مسؤولية ذلك العضو بمبلغ مساو لمبلغ ذلك الضمان، كما تخفض تلك المسؤولية بالتناسب عند قيام تلك الوكالة بدفع أي مطالبة تتعلق باستثمار مؤيد على أن تظل تلك المسؤولية قائمة، فيما عدا ذلك، إلى حين انتهاء جميع ضمانات الاستثمارات المؤيدة القائمة وقت هذا الدفع.[2]

وتوخيا للحفاظ على موارد الوكالة المحدودة، فالوكالة لا تقوم بضمان ائتمان الصادرات الذي تقدمه الأجهزة الحكومية المختصة لضمان الصادرات أو بإعادة التأمين ائتمان الصادرات التي قامت بتأمينه أجهزة حكومية مختصة، وترتيبا على اقتصاد ضمان الوكالة على الاستثمارات فان ضماناتها للصادرات سوف يقتصر في الحدود المشار إليها في الجملة الأخيرة من المادة 12/ ب على الحالات التي تمثل فيها تلك الصادرات مساهمة في استثمار معين.

ثانيا: المخاطر الصالحة للضمان . عالجت المادة 11 من اتفاقية الوكالة موضوع المخاطر الصالحة للضمان وعددتها في أربع أنواع من المخاطر غير التجارية، لأن المخاطر الغير تجارية تدخل ضمن توقعات الأفراد لأن أي مشروع استثماري يحتمل الربح أو الخسارة وبالتالي تستبعد المخاطر التجارية من الضمان لدى الوكالة الدولية للاستثمار كما سمحت الاتفاقية للوكالة بتغطية أية خاطر غير تجارية خلال المخاطر المشار إليها في نص المادة، وذلك بناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة التي ترغب في استضافة استثماره، بشرط موافقة مجلس إدارة

[1] – أنظر المادة 06 من الملحق الأول للاتفاقية.

[2] – أنظر المادة 03 من الملحق الأول للاتفاقية.

الوكالة بأغلبية لا تقل عن ثلث مجموع الأصوات على أن تمثل ما لا يقل عن 55 % من الأسهم المكتتب عليها في رأس مال الوكالة[3] وهذه المخاطر غير التجارية التي نصت عليها الاتفاقية فهي كالآتي:

1 **-مخاطر القيود على تحويلات العملة:**

تناولت المادة 11 من اتفاقية الوكالة في الفقرة (أ)، منها هذه المخاطر في جميع صورها لتشمل القيود التي تفرضها الدولة المضيفة على تحويل العملة بصورة قانونية أو عملية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة منها، وفي هذه الحالة يعتبر القيد في حد ذاته خطرا يدخل في نطاق ضمان الوكالة.

وتشمل هذه القيود عدم تحويل العملة المستثمرإلى عملة أخرى [1] مقبولة للمستفيد من الضمان كما تشمل كذلك في تراخي حكومة الدولة المضيفة في الموافقة خلال فترة معقولة [2] لطلب التحويل المقدم من المستفيد من الضمان .

ويجب أن يتوفر شرطان لصلاحية هذا الحظر للتأمين عليه من قبل الوكالة وهما: أن تكون القيود المفروضة جديدة أي أنها تفرض بعد تاريخ عقد الضمان، وأن تفرض هذه القيود على العملة التي فوائد وأرباح بالنسبة للمشروع الاستثماري الذي هو في حالة ضمان من طرف الوكالة.

وتشترط المادة 11 من الاتفاقية، أن هذه القيود قد فرضتها أحد الهيئات العامة أو أجهزتها التابعة للدولة المضيفة، مثل إدارة الجمارك أو البنك المركزي وغيرها من الأجهزة العامة وحتى ولو كانت بصورة قانونية.

أما تجميد الحسابات البنكية فلا تدخل ضمن الضمان، أو أيضا إجراءات تخفيض العملة أو إنقاص قيمة العملة المحلية فإنها تدخل ضمن أعمال السيادة والحفاظ على الاقتصاد الوطني.

2 - **مخاطر الإخلال بعقد الاستثمار:**

تتمثل هذه المخاطر أو الخطر هو قيام الدولة المضيفة بخرق التزاماتها التعاقدية مع المستثمر الأجنبي المستفيد من الضمان، حيث تكون فيها هذه الحالات المتمثلة في إنكار العدالة متى اقترفت، بعد م وجود هيئة

---

[3]- راجع المادة 03/ د من الاتفاقية.

[1]- ويقصد بالعملة الأخرى (العملة التي يحددها مجلس إدارة الوكالة بعد التشاور مع صندوق النقد الدولي وبموافقة الدولة صاحبة هذه العملة، أنظر المادة 3/هـ من الاتفاقية.

[2] - المدة المعتدلة بالنسبة للوكالة هي 90 يوما وما زاد عن ذلك يعد تأخيرا غير مبرر وذلك حسب لوائح عمل الوكالة التي يصدرها مجلس الإدارة.

قضائية أو تحكيمية يمكن للمستثمر اللجوء إليها لمتابعة مطالبته العقدية المتمثلة في إخلال الدولة المضيفة ببنود العقد أو فسخ العقد كليا دون وجه حق ودون مبرر معقول.

إذا لم تقم الهيئة بالفصل في الادعاء المقدم من قبل المستثمر المستفيد من الضمان على النحو المحدد في عقد الضمان طبقا للوائح الوكالة ، وكذلك عدم تمكن المستثمر من تنفيذ القرار أو الحكم الصادر لصالحه من الهيئة المذكورة وبالتالي فأن ضمان هذه المخاطر يعمل على تعزيز الثقة بعقود الاستثمار وتقوي ثقة الأخرين بأن عقدهم سوف يكون محمي في حالة الإخلال بالعقد من طرف الدولة المضيفة.

3 -**مخاطر نزع الملكية:** ويشمل هذا الخطر اتخاذ الحكومة المضيفة لأي إجراء يترتب عليه حرمان المستثمر من ملكية المشروع الاستثماري أو السيطرة عليه أو حرمانه من الانتفاع الأساسي للمشروع.

4 -ولا تشمل هذه الإجراءات تلك التي تتخذها الدولة في إطار الإجراءات العامة قصد تنظيم النشاط الاقتصادي، مثل الإجراءات التي تقوم بها تشريعات الضرائب وكذلك قوانين حماية البيئة وحماية العمال وإجراءات السلامة العامة ما لم تنطوي هذه الإجراءات على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان.

وتشمل لوائح عمل الوكالة هذه الإجراءات بأنها تشمل على سبيل المثال التأميم المصادرة الحراسة، الاستيلاء، الحجز، تجميد الأصول، وتشير عبارة (’جراء تشريعي أو إداري) الواردة في نص المادة إلى الإجراءات التي تتخذها السلطات التنفيذية، ولكن هذه الإجراءات لا تشمل ما تقوم به الهيئات القضائية بصدد قيامها بوظائفها.[1]

5 -مخاطر الحرب والاضطرابات الأهلية التي تجتاح الدولة المضيفة:

يدخل في إطار هذا النوع من المخاطر حسب المادة 11 فقرة (أ) من اتفاقية الوكالة، الثورات و الحروب التمرد، الانقلابات و الأحداث السياسية التي تحدث على إقليم الدولة المضيف و تخرج عن سيطرتها، غير أن نص الاتفاقية لا يشمل الإعمال الإرهابية و الأنشطة المماثلة التي تستهدف المستفيد من الضمان بعينه و التي يجوز تغطيتها طبقا لأحكام المادة 11/ ب [2] و على كل حال يجب أن يكون الدافع وراء هذه الاضطرابات

[1] – أنظر. إبراهيم شحاته، التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المرجع السابق ص193.

[2] – أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، المرجع السابق

والفتن تحقيق أغراض سياسية وأيديولوجية لكي تكون صالحة لضمان الوكالة الدولية، ويعني ذلك استبعاد الأضرار الناتجة عن أعمال شخصية أو انتقامية فردية من نطاق ضمان الوكالة [3]

كما استبعدت الاتفاقية من نطاق الضمان كانت الخسائر الناتجة عن الاجراءات وأحداث وقعت قبل إبرام عقد الاستثمار أو عقد الضمان، أو عن الإجراءات الحكومية التي سبق وأن وافق عليها المستثمر أو كان مسؤولا منها.[4]

ثالثا: المستثمر الصالح للضمان .

عرفت المادة الثالثة عشر من اتفاقية الوكالة، للمستثمر الصالح لضمان لدى الوكالة بأنها أي شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه جملة من الشروط وهذه الشروط تتعلق بطبيعة المستثمر وجنسيته وملكيته للمشروع وشكل استثماره. بالنسبة للشخص فيجب أن يكون مو طني دولة عضو غير دولة المضيفة وفي حالة تمتعه بأكثر من جنسية واحدة فإن جنسية الدولة العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما يمكن بناء على طلب مشترك من المستثمر و الدولة المضيفة و موافقة مجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة " أي موافقة مالا يقل عن ثلثي مجموع الأصوات و أن تمثل نسبة الأسهم المكتتب فيها 55 % من رأس مال الوكالة " حتى يتمتع بالصلاحية للضمان كل شخص طبيعي ينتمي بجنسيته إلى الدولة المضيفة، أو على شخص اعتباري قد تم تأسيسه في الدولة المضيفة و يباشر نشاطه الرئيسي أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة، و بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة [1] أما بالنسبة للشخص الاعتباري حتى يتمتع بضمان الوكالة فإنه يتم تقدير جنسيته وفقا لأحد المعيارين:[2]

أ - **معيار التأسيس و مقر الأعمال الرئيسي**: فيلزم أن يكون الشخص المعنوي أو الاعتباري قد تم تأسيسه و تعيين مقر أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء غير الدولة المضيفة فإذا لم يوجد هذا المعيار فإن الاتفاقية قد أخذت بمعيار الرقابة.

---

[3] - أنظر علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية - رسالة الدكتوراه- جامعة القاهرة 1998 ص333.

[4] - أنظر :عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي مرجع سابق ص 136 مع مراجعة المادة 11 – ج من الاتفاقية.

[1] - راجع المادة (13/ ج) من الاتفاقية.

[2] - راجع المادة (13/أ) من الاتفاقية.

ب – **معيار الرقابة:** و هو أن يكون الجزء الأكبر من رأس المال الشخص الاعتباري مملوكة لدولة عضو أو أكثر أو لمواطنيها بشرط أن لا تكون الدولة المالكة هي الدولة المضيفة .

وعليه فإن الاتفاقية قد حددت المعيار الواجب إتباعه لتحديد جنسية الشخص المعنوي جاعلة من هذا المعيار حكما اتفاقيا يسموا على الأحكام الداخلية للدول المتعاقدة و لم تتركه تحديده لهذه الأخيرة، و هذا تجنبا للاصطدام مع تعدد جنسيات الشخص المعنوي أو انعدامها، نتيجة الاختلافات التشريعية التي يمكن أن تحدث، كما أن الاتفاقية لم تجعل صلاحية الشخص المعنوي للضمان لدى الوكالة مرتبطة برابطة الجنسية كما فعلت بالنسبة للشخص الطبيعي، بل جعلت الصلاحية للضمان مرتبطة بمدى انتمائه لدولة عضو و في نفس الوقت قررت بأن يمتد ضمان الوكالة إلى شخص طبيعي أو معنوي ينتمي إلى جنسية الدولة المضيفة بشرط أن تكون أصول أموال هذا الشخص قادمة من عن خارج الدولة المضيفة، و هو ما يعد خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن يكون المستثمر من غير جنسية الدولة المضيفة، حيث أن الاتفاقية في هذه الحالة نضرت إلى أموال المستثمر و عاملتها معاملة الاستثمار الأجنبي و ليس بمن يملك هذا الاستثمار، كما يجب كذلك أن يمارس الشخص المعنوي نشاطه على أسس تجارية سواء كان مملوكا ملكية خاصة أو ملكية عامة أي تابعة للدولة ولا شك أن هدف الوكالة الأساسي يتمثل في زيادة تدفق الاستثمارات إلى الدول النامية، وكذلك تقديم الخدمات بهدف زيادة حجم الاستثمارات وفي هذه الخدمات إجراء البحوث ونشر المعلومات حول فرص وظروف الاستثمار وتقديم المعوقات الفنية لأجهزة ترويج الاستثمارات.

وفي الجانب المالي المتعلق بالضمانات المالية بالنسبة للدول النامية حيث أن منذ سنة 1988 إلى غاية 2008 أصدرت الوكالة ضمانات بلغت قيمتها حوالي مليار دولار أمريكي في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، وتركزت أغلب الضمانات (بنسبة 53 % من إجمالي الضمانات) لتغطية الاستثمارات في البنية التحتية، فعلى سبيل المثال، أصدرت الوكالة سنة 2006 تغطية بلغت قيمتها حوالي مليار دولار أمريكي لمستثمر مصري متمثل في شركة أوراس لكوم تيلكوم لضمان مشروع الاتصالات السلكية واللاسلكية في بنغلاديش، ويتضمن المشروع تملك وتشغيل وصيانة شبكة هواتف محمولة تستند إلى تكنولوجيا النظام العالمي لاتصالات الهواتف المحمولة GSM[1].

[1] – د. أنظر روبرت، الأثر الإنمائي، الوكالة الدولية لضمان استثمار والتحديات العالمية التقرير السنوي لسنة 2008 الصادر عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ص 16.

المطلب الثاني: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

قد تم الإعداد لمشروع الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار من قبل الصندوق الكويتي للتنمية العربية [2] في عام 1968، و بعد أن أقره مؤتمر خبراء تمويل العرب في يونيو 1970 تم التوقيع على الاتفاقية في 02 مايو 1971 في الكويت من قبل خمس دول عربية و هي (الأردن، السودان، الكويت، سوريا، مصر) ثم توالت التوقيعات عليها حتى أصبح عدد الدول العربية الموقعة عليها الأن 22 دولة عربية، لتصبح الاتفاقية نافذة بمجرد أن صادقت عليها خمس دول عربية اكتتبت في 60 % من رأسمال المؤسسة [3] .

و تعد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أول مؤسسة ضمان إقليمية دولية في العالم تخضع لقانون الدولي، و تقبل بصفة أساسية الاستثمارات العربية من الدول المصدرة و المستوردة لرؤوس الأموال، و تضم دول مختلفة النمو ذات أنظمة سياسية و اجتماعية مختلفة[1].

حيث باشرت أعمالها منتصف سنة 1975 متخذة من دولة الكويت مقرا لها، وهي تضم الأن كما قلنا في السابق في عضويتها جميع الأقطار العربية باستثناء جمهورية القمر المتحدة، وتظم بعض الهيئات العربية وكذا بعض الهيئات العربية الدولية.[2]

و لكي تحقق المؤسسة هدفها المنشود المتمثل في تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الأقطار المتعاقدة مع دورها في ضمان المستثمر العربي ضد المخاطر الغير التجارية التي قد يتعرض لها استثماره في الدول العربية الأخرى عضو في المؤسسة، و لكي تحقق المؤسسة هدفها يقتضى شروط معينة سواء في المستثمر المضمون في الاستثمار الصالح للضمان، و تطبيق الأحكام الموضوعية المستمدة إضافة إلى ذلك تم العمل المستمر بالعقود النموذجية التي أعدتها المؤسسة من أحكام الاتفاقية.

الفرع الأول: النظام القانوني للمؤسسة.

---

[2] – يعد الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية أحد أهم مؤسسات التمويل التنمية في العالمين العربي والاسلامي تأسس عام 1961 وبدأ نشاطه الإنمائي في سنة 1962 يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة وتتمثل أهدافه في مساعدة الدول العربية والنامية في تطوير اقتصادها ومساعدتها بالقروض اللازمة لتنفيذ البرامج التنموية فيها.

[3] – أنظر :عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي دار النشر 1990 ص 214.

[1] – أنظر :عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن المرجع نفسه ص 215.

[2] – أنظر :تقديم اتفاقية المؤسسة المعتمد من طرف المؤسسة.

تعتبر المؤسسة أول هيئة دولية يتم إنشائها في مجال ضمان الاستثمار الأجنبي، وقعت عليها الدول العربية رغبة منها في دعم علاقتها الاقتصادية في إطار من التعاون الفعال و عملا على تشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها [3]

و هذا ما دفع بنا إلى دراسة النظام القانوني للمؤسسة من خلال التطرق إلى الأحكام التي جاءت بها الاتفاقية لها، و المتعلقة بالشكل القانوني للمؤسسة و بأحكام العضوية و كيفية الاكتساب فيها.

أولا: الشكل القانوني للمؤسسة:

تتمتع المؤسسة بشخصية قانونية مستقلة، [4]اتخذت شكل شركة مساهمة دولية، تضم في عضويتها دولا مصدرة لرأس المال العربي و أخرى مستقطبة له، يتسم هذا الشكل القانوني عموما بالبساطة و توزيع المسؤولية على جميع دول الأعضاء حيث بإمكان كل الدول العربية المساهمة في رأس مال المؤسسة دون تم يميز بين الدول المصدرة أو المستقطبة لرأس المال العربي، كما أن هذا الشكل يسمح لها بأن تتولى عمليات الضمان باسمها و لحسابها الخاص دون حاجة للرجوع في كل مرة إلى الدول المساهمة، كما يسمح لها .

بالوفاء بالتزاماتهااتجاه المستثمر العربي المؤمن لصالحه دون تعويضه إلى أي أضرار ناجمة عن تأخر الدول الأعضاء عن دفع التعويض المستحق، [1]

إلا أنه من الناحية العملية فإن هذا الشكل القانوني لا يخلو من بعض النقائص أهمها أن المؤسسة عانت من محدودية رأس مالها، و عدم قدرة أقساط الضمان فيها على تغطية نفقاتها الإدارية إلى غاية سنة 1982 [2] كما أن نصوص اتفاقية المؤسسة تقضي بأنه لا يجب أن يتعدى الحد الأقصى لقيمة عمليات الضمان التي يجوز للمؤسسة القيام بها خمسة أمثال رأسمالها مضافا إليه الاحتياطات وقد أكدت الادارة العامة للمؤسسة أثناء انعقاد مجلسها في أكتوبر 1975 عللا أن تحديث حجم رأس مال المؤسسة على النحو الوارد في الاتفاقية يتعارض تماما

---

[3] -- أنظر: الموقع الرسمي للمؤسسة، WWW.IAIGC.NET

[4] – أنظر المادة 03 من اتفاقية المؤسسة..

1 -أنظر : سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة وهران ، السنة الجامعية 2011-2012 ص 177.

[2] – أنظر : كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر الغير تجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 2002. ص 266.

مع حقائق السوق، و أن ذلك يؤثر سلبا على نشاطها، الأمر الذي قد يحيدها عن الهدف الذي وجدت من أجله و المتمثل في توفير الأمان و الاطمئنان للمستثمر العربي و تشجيعه على الاستثمار في ما بين الدول العربية الدول المتعاقدة [3]

ولكن مادامت المؤسسة مجبرة على أن تعمل في حدود رأس مالها المكتتب فيه بحكم طبيعتها لشركة المساهمة و لا يعطيها طابعها القانوني حق اللجوء المباشر إلى الدول الأعضاء في تغطية عمليان الضمان التي تقوم بها خارج رأس مالها ، فإن ما تقوم به المؤسسة عن عمليات ضمان هو ناتج عن مبادرة المستثمرين أنفسهم و ليس ناتج عن تحفيز من طرف المؤسسة مع أن غاية المؤسسة لا تتمثل في الضمان في حد ذاته بل في دفع عجلة الاستثمار انتقال رؤوس الأموال العربية فيما بين الدول العربية. [4]

كما أعلنت المؤسسة في هذا الإطار و هو تغطية الضمان لعقود ضمان الاستثمار التي أصدرتها سنة 2010، بلغت حوالي 429.03 مليون دولار أمريكي وهي عبارة عن 12عقدا لضمان الاستثماربينما بلغت القيمة الاجمالية لعقود الاستثمار التي اصدرتها سنة 2009حوالي 111.2مليون دولار امريكي،مقابل حوالي 393.3مليون دولار امريكي سنة2008 أي بانخفاض نسبة 71.07 %

ثانيا: العضوية و اكتساب رأس المال.

يجوز لكل دولة عربية و هيئة عامة أو شبه عامة تابعة لها ولكل هيئة عربية دولية الانضمام إلى اتفاقية المؤسسة لاكتتاب في المؤسسة [1]ما نلاحظه في هذا الشأن أن العضوية في المؤسسة العربية مفتوحة للدول و لغير الدول في حين أن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار مقتصرة على الدول فقط لأن العضوية في هذه المؤسسة مرتبطة بالعضوية في البنك الدولي، و هذا الأخير لا يمنح العضوية فيها إلا للدول أما الصور الأخرى المتعلقة بالعضوية نجد أن كل دولة عضو ضامنة للالتزامات الهيئة أو الهيئات العضو التابعة لها اتجاهالمؤسسة، كما يكون كل عضو فيها مسؤولا في حدود حصته في رأس المال، وهذا عكس أما أخذت به المؤسسة الدولية لضمان الاستثمار حيث أخذت بنظام التأييد فهي لم تفرق بين دول الأعضاء بها وهذا لوجود تقارب بينها على المستوى الاقتصادي.

---

[3] – أنظر : سالم ليلى، المرجع السابق ص 178.

[4] – أنظر :عمليات الضمان التقرير السنوي لسنة 2010 الصادر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ص 11-12.

[1] – أنظر المادة 07 الفقرة 02-03 مكرر من اتفاقية المؤسسة.

كما يحق لكل دولة عضو صوتا واحدا مقابل الحد الأدنى للحصةفي رأسمال و يحق لكل هيئةعضو صوت عن كل سهمين تملكها، [2]حيث لا تسري أحكام الحد الأدنى لرأس المال إلا على الهيئة التابعة لدولة عضو، دون أن يكون أي عضو في المؤسسةمسؤولا عن التزاماتاتجاه الغير [3] و قد عرفت الفقرة الأولى من المادة السابعة من اتفاقية المؤسسة العضو المؤسس بأنه " كل من اكتتب في رأ س المال الأولي للمؤسسة من الأقطار المتعاقدة و الهيئات العامة التي تعينها هذه الأقطار " [4]

بلغت قيمة رأسمال المؤسسة الأولى عشرة ملاين دينار كويتي وقت التوقيع على الاتفاقية مقسم إلى عشرة ألاف سهم إسمي ، تكون قيمة كل سهم منها ألف دينار كويتي ، و يبلغ الحد الأدنى لحصة كل عضو لحصة كل دولة عضو نسبة 05% من هذه الحصة المقسمة إلى خمسة أقساط سنوية يستحق القسط الأول منها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقيةاتجاه العضو و تستحق الأقساط الأخرى بالتولي في نهاية كل عام من الأعوام التالية لانتهاء الفترة المحددة لدفع القسط الأول، تدفع هذه الأقساط بالدينار الكويتي أو بأية عملة قابلة للتحويل في حساب يفتح باسم المؤسسة، أما الجزء الغير المدفوع من حصة دولة العضو فإنها تبقى ملزمة به إذا ما احتاجه إليه المؤسسة،هذا من جهة و من جهة أخرى فإن اتفاقية المؤسسة حددت كذلك القواعد الواجب إتباعها عند وقف العضوية، ففي حالة إخلال أحد الأعضاء بالتزاماته المترتبة عن العضوية، يحق لمجلس المساهمين بناء على توصية من مجلس الإدارة أن يتخذ قرار بالأغلبية الخاصة لوقف العضو المعني من المؤسسة، ويترتب عن قرار الوقف الأحكام التالية.

يتوقف العضو المعني عن ممارسة حقوقه أثناء فترة الوقف بينما يظل مسؤولا عن كافة التزاماته القائمة أو المحتملة اتجاه المؤسسة خلال نفس الفترة، وتفتح المؤسسة لهذا العضو حسابا خاصا تقيد فيه كافة حقوقه والتزاماته الماليةولا تقوم بتصفية هذا الحسابّ إلا بعد انقضاء هذه التزامات.

تتمتع المؤسسة عن عقد عمليات جديدة تتعلق بالاستثمارات الصادرة أو الواردة إلى إقليم العضو المعني بالوقف.

---

[2] – أنظر المادة 10 من اتفاقيات المؤسسة.

[3] – أنظر المادة 07 فقرة 04 من اتفاقيات المؤسسة.

[4] – إن التمعن في استقراء نص هذه الفقرة من المادة 07 من اتفاقية المؤسسة يبدو أن الغاية من فتح العضوية لهذه الهيئات العامة وشبه عامة في عضوية المؤسسة هو تمثيل الدولة العضو التي عينتها، وليس اشتراكها كأشخاص مستقلة إلى جانب الدول.

تنتهي عضوية العضو المعني بعد مضي سنة من تاريخ وقفه ما لم يتخذ مجلس المساهمين قرارا بإلغاء الوقف و بانتهاء العضوية تقوم المؤسسة بعقد اتفاق خاص مع العضو الذي انتهت عضويته لتساوي حقوقه و التزاماتهاتجاه المؤسسة، [1]

إلا أن الوقف لا يعتبر الوسيلة الوحيدة لإنهاء العضوية من المؤسسة إذ يمكن لأي عضو الانسحاب من اتفاقية إنشاء المؤسسة بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نفاده بشأنه، ويتم هذا الانسحاب بواسطة إخطار كتابي يوجهه العضو الراغب في الانسحاب من المؤسسة ويكون هذا الانسحاب نافذا في حق العضو المعني بعد مضي 3 أشهر من تاريخ إخطار المؤسسة، ويكون بإمكان العضو الراغب في الانسحاب سحب هذا الإخطار خلال هذه الفترة، ويترتب عن الانسحاب الآثار القانونية التالية.

- ينتج عن الانسحاب انتهاء عضوية العضو المعني من المؤسسة.
- لا يؤثر انسحاب العضو على التزاماته اتجاه المؤسسة سواء القائمة منها أو المحتملة في ما يتعلق بالعمليات التي قام بإبرامها قبل انتهاء عضويته.
- تفتح المؤسسة للعضو المعني حسابا خاصا تقيد في كافة الحقوق و الالتزامات المالية لهذا الأخير و لا يتم تصفية هذا الحساب إلا بعد تسوية وضعية العضو المعني من خلال تسوية كافة حقوقه و التزاماته المالية اتجاه المؤسسة.[2]

الفرع الثاني: نطاق ضمان المؤسسة.

تتمثل دراسة نطاق ضمان المؤسسة في دراسة أنواع الاستثمارات الصالحة للضمان لديها أولا وكذا المستثمرين الذين تقبل المؤسسة ضمانهم (ثانيا)، بالإضافة إلى المخاطر الصالحة للضمان ثالثا.

أولا: الاستثمارات الصالحة للضمان.

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (15) من الاتفاقية على أن الاستثمارات الصالحة للضمان من طرف المؤسسة والتي تشمل " كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة سواء كانت من الاستثمارات المباشرة،

[1] – أنظر المادة31 من اتفاقية المؤسسة.

[2] – أنظر المادة30 من اتفاقية المؤسسة.

بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وكذلك القروض التي تجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها لتأمين" .

من خلال نص المادة يتبين لنا أن ضمان المؤسسة ينطوي على الاستثمارات المباشرة والتي تتمثل في ملكية المشروع من طرف المستثمر سواء كان كليا أو بالمشاركة مع الغير إضافة إلى خضوعه لسيطرة المستثمر سواء كان شريكا أو ما لكا كلية للمشروع الاستثماري أو المشاركة في رأسمال الشركة عن طريق أسهم أو سندات مالية، ونجد كذلك الاستثمارات الصالحة للضمان تتمثل في القروض التي يقدمها المستثمر العربي إلى مشروع قائم في أحد الدول الأعضاء في المؤسسة والتي تكون مدتها أكثر من ثلاث سنوات.

أما فيما يخص ضمان معدات مقاولات والتي تتمثل في الآلات والأجهزة التي يستخدمها المقاول في أحد دول الأعضاء لتنفيذ عقد في دولة عربية شريطة أن تكون المعدات والآلات مستوردة من خارج الدولة التي يجري فيها التنفيذ أو مشتراه من سوقها المحلية لعملة محولة من الخارج أو قابلة للتحويل للخارج.

والملفت للانتباه أن ضمان المؤسسة يمتد حتى إلى ضمان الصادرات التي تتعلق بضمان القروض التي تتعلق بعملية التصدير والاستيراد والتي يترتب عنها عائد اقتصادي واضح لأحدى الدول الأعضاء.

وكذلك تضمن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حتى الاستثمارات العامة القائمة على أسس تجارية.

والجدير بالإشارة أن الاستثمارات المطلوب التأمين عليها يجب أن تكون جديدة أي الاستثمارات التي تتم بعد إبرام عقد ضمان، وليس بعد إبرام عقد المشروع الاستثماري، غير أن هذا لا يمنع من المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بإصدار خطاب للمستثمر عند تقديمه طلبه حيث يجوز له البدء في تنفيذ استثماره حتى قبل الأخذ الإذن عن السلطات الرسمية في الدولة المضيفة.

ثانيا: المستثمرين الذي تقبل المؤسسة ضمانهم.

لكي تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتقديم ضماناتها للمستثمرين فلا بد عن توافر شرطين أساسين وذلك حسب نص المادة 17 من الاتفاقية المنشئة لهذه المؤسسة، والتي هي كالآتي:

الشرط الأول: شرط انتماء المستثمر إلى الأقطار المتعاقدة.

وهذا الشرط يتمثل في جنسية الشخص الطبيعي حيث يكون متمتعا بجنسية أحد الأقطار العربية الأعضاء العربية، وذلك وفقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص.

أما في حالة تعدد الجنسيات للشخص الطبيعي، حيث الأمر واضح هو أن تكون أحدى هذه الجنسيات أحد الأقطار المتعاقدة، وذلك حتى يتمتع المستثمر بضمان المؤسسة [1]

أما بالنسبة الشخص الاعتباري فإن تحديد جنسيته حسب نص الفقرة الأولى من المادة 17 من هذه الاتفاقية حيث تم تبني معيارين في هذا الخصوص :

المعيار الأول: فهو معيار الرقابة الذي يقوم على ملكية حصص أو أسهم المشرع الاستثماري بصفة جوهرية لأحد هذه الدول الأعضاء أو لمواطنيها وقد تكون هذه الملكية مشتركة بين إحدى هذه الدول العربية الأعضاء أو لمواطني هذه الدول، مما يدل عدم ضمان المؤسسة للمشروع المشترك بين المستثمر العربي والأجنبي، حينما تتوفر الصفة الجوهرية في المشروع الاستثماري للمستثمر الأجنبي، والصفة الجوهرية تقدر حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة.

المعيار الثاني: وهو معيار المركز الرئيسي، أي الدولة التي توجد بها الإدارة العليا للمشروع، أو التي يجتمع فيها عادة مجلس الإدارة والجمعية العمومية [2]فقد اشترطت الاتفاقية ضرورة وجود مركز الإدارةالرئيسي في إحدى الدول الأعضاء.

غير أنه تم تعديل الفقرة الأولى من المادة 17 من الاتفاقية، وذلك لجعل مركزالإدارةالرئيسي خارج الدول العربية، وذلك من أجل تشجيع الاستثمارات في الدول المتعاقدة.

الشرط الثاني: شرط عدم انتماء المستثمر إلى القطر المضيف: ومؤدي هذا الشرط أن المستثمر المتمتع بجنسية الدولة المضيفة لا يصلح أن يكون طرفا في عقد الضمان، وفي حالة تعدد جنسيات المستثمر وكان التعدد ما بين جنسية أحد الأقطار المتعاقدة وجنسية القطر المضيف فإنه يعتد بالجنسية الأخيرة.

ونفس الشيء فيما لو كان المستثمر شخص اعتباريا.

---

[1]- أنظر :إلى الفقرة الثالثة من نص المادة 17 من اتفاقية إنشاء والمؤسسة.

[2] - أنظر.: هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات التجارية الاسكندرية. 2003.ص 91.

وأخيرا اشترطت الاتفاقية إلزامية وجود شرط الجنسية المذكور عند أبرام عقد الضمان، وكذلك عند المطالبة بالتعويض المستحق في حالة وقوع الضرر التي إبرام العقد لتغطيتها.

ثالثا: المخاطر الصالحة للضمان.

المخاطر السياسية: أشارت المادة 18 – الفقرة – أ- 1 من الاتفاقية إلى هذه المخاطر حينما نصت على أن التأمين الذي توفره المؤسسة يغطي كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غبر التجارية التالية، اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره وخاصة المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول [1] و نلاحظ من هذا النص أن الاتفاقية قد توسعت في ذكر المخاطر السياسية بضمانها و التي يمكن أن يتعرض لها الاستثمار الأجنبي، سواء كان الاستثمار مباشرا كملكية المشروع كاملا أو المساهمة في ملكية حصص منه، أو استثمارا غير مباشر كالقروض المقدمة لحكومة الدولة المضيفةأو إحدى هيئتها العامة حيث ذكرت هذه الاتفاقية أنواع هذه المخاطر و التي تتمثل في المصادرة، تأميم، فرض الحراسة، نزع الملكية، الاست يلاء الجبري، منع الدائن من استفاء حقه أو التصرف فيه، تأجيل الوفاء بالدين، إلى أجل غير معقول و يقصد بهذا الإجراء الأخير هو الإجراء الذي تفرضه الحكومة لصالح المدينين المحلين و الذي يعطيهم بموجبه فترة أو مهلة لسداد ديونهم إلى المستثمر (الدائن) الأجنبي خلاف المواعد المقررة أصلا ،ومن ما لاشك فيه أن قيام المؤسسة بضمان مثل هذه المخاطر يتفق مع أهداف المؤسسة من حيث حمايتها إلى أكبر قدر من الإخطار، الامر الذي يزيد من فعالية دورها في تحريك رؤوس الأموال العربية و تشجيعها على الاستثمار في المنطقة العربية. [2]

مخاطر العجز عن تحويل العملة : ويقصد بمخاطر العجز عن تحويل العملة تلك التي تضعها الدول المختلفة، و التي من شأنها التأثير على حركة خروج و دخول رأس المال منها و إليها بهدف السيطرة على مقدرتها الاقتصادية.

فإن ضمان المؤسسة الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر على تح قق واحد أو أكثر من المخاطر الغير تجارية حسب نص المادة 18- الفقرة 1- ب من اتفاقية حيث جاءت فيها " اتخاذ السلطات العامة

[1]- أنظر. بن صغير عبد المؤمن. المرجع السابق. ص 188.

[2]-أنظر. بن صغير عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 189.

بالقطر المضيف بالذات أو بواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصول استثماره، أو دخله منه أو أقساطا استهلاك الاستثمار إلى الخارج ".

ويمكن لحظر العجز عن تحويل العملة أن يتخذ ثلاث صور بينتها المادة 18 / 1 – ب من الاتفاقية ونصوص عقد الضمان التي أبرمتها المؤسسة.[1]

الصورة الأولى: تتمثل في رفض السلطات العامة في القطر المضيف تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا كان نوعها و لا يهم شكل الرفض فقد يكون صريحا أو ضمنيا و على أي حال فالخطر يتحقق من اليوم الذي يتم فيه الرفض، و لكن التعويض لا يكون مستحقا إلا بعد مرور 90 يوما من تاريخ الرفض أو تسلم العملة المحلية أيهما جاء لاحقا [2] .

الصورة الثانية: تتمثل في التأخر على الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقةللمستثمر المضمون إلى خارج القطر المضيف بما يتعدى فترة معقولة [3] و قد حددت عقود الضمان المختلفة هذه المدة ب 90 يوما تبدأ من اليوم الذي تم فيه تقديم طلب التحويل مستوفيا شروطه أو من تاريخ تسلم العملة المحلية [4].

أما في حالة الرفض فقد اكتفت العقود بمرور 60 يوما فقط من تاريخ الرفض، وهذا كله يفيد اتخاذ الدولة المضيفةلإجراء من شأنه تقيد حقوق المستثمر على استثماره.

الصورة الثالثة: تتمثل في قيام سلطات الدولة المضيفة بفرض سعر صرف تم يجزي ضد المستثمر عند التحويل ويتحقق ذلك في حالة ولو تعذر على طرف المضمون خلال 60يوما من تاريخ الموافقة على التحويل أو من تاريخ استلام العملة المحلية أيهما جاء لاحقا لإجراء تحويل عن طريق مشروع سعر صرف لا يقل عن 99 %من سعر الصرف المعني يوم نشأة الخطر [1] ،ومما تجدر الإشارة إليه أنه تستبعد الإجراءات التي تهدف حماية الاقتصاد الوطني لأي دولة من انهيار العملة أو التضخم الفاحش أو أي أزمة مالية تجيب الاقتصاد العالمي .

---

[1] – أنظر. صادق هشام، المرجع السابق، ص 14.

[2] – أنظر. هشام محمد صدقة، المرجع السابق، ص 121، أنظر المادة 09/ أ من عقد ضمان الاستثمار المباشر.

[3] – هشام صادق، المرجع السابق، ص 142.

[4] – المادة 9/ أ من عقد ضمان الاستثمار المباشر.

[1] – أنظر : المادة 9/ أ من عقد ضمان الاستثمار المباشر.

مخاطر الحرب و الاضطرابات الأهلية: تنص المادة 18- فقرة ج من الاتفاقية " كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر ا لم ضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشر و كذلك الاضطرابات الأهلية العامة كثورات و الانقلابات و الفتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكنون لها نفس الأثر."

العمل العسكري المقصود به في هذه المادة هو الحروب أو الثورات،ولكي يمتد ضمان الاتفاقية إلى خطر الحرب أو الثورات، فيجب أن تكون الأخيرة قد تعرضت لأصول المستثمر المادية تعرضا مباشرا، أما الأصول الغير مادية لاستثمار الطرق المضمون كالحسابات و السبائك و النقود و المستندات و كذلك الأوراق التجارية و المالية فلا يشملها الضمان [2].

ولايهم أن يكون الضرر متولدا عن حرب أو غيره، لأن سبب الضرر هو عمل عسكرية في نهاية المطاف.

وكذلك نلاحظ أن المؤسسة العربية قد أخرجت من نطاق حمايتها الخسائر الغير مادية للاستثمارات إذا ما ترتبت على الحرب أو الاضطرابات والفتن الداخلية.

غير انه كان من اللازم أن تقوم عقود الضمان بتغطية تلك الخسائر التي تلحق بالأصول الغير مادية للمستثمر المضمون لأنه في الأخير تعتبر خسائر مادية وذات قيمة مالية كبيرة، إذا تم تقيمها ماديا والتي تفوق أحيانا الخسائر المادية الملموسة مثل الآلات والأجهزة وغيرها من المعدات والمباني المملوكة للمستثمر العربي.

[2]-أنظر :عمر هشام محمد صدقة، المرجع السابق ص.124

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: باللغة العربية.

النصوص القانونية:

أ– الاتفاقيات والقرارات الدولية:

1 –اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر وجمهورية الأرجنتين لعام 1994 الجريدة الرسمية العدد 07 الصادرة بتاريخ 17-02-1994 .

2 –اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مصر وألبانيا عام 1994 الجريدة الرسمية العدد 2 الصادرة بتاريخ 16-06-1994.

3 –اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مصر واليونان 1995 الجريدة الرسمية العدد 31 الصادرة بتاريخ 03-08-1995.

4 –قرار الجمعية العامة رقم 1803، الصادر بتاريخ 1962 بشأن السيادة الدائمة على المصادر.

5 –قرار رقم 3201 الصادر سنة 1974 المتعلق باقامة نظام اقتصادي دولي جديد.

6 –قرار 3221 سنة 1974 المتعلق بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول..

ب– القوانين والأوامر.

1 –الأمر 66 – 284 المتضمن قانون الاستثمارات الخاصة المؤرخ في 15 سبتمبر 1966.

2 – القانون رقم 82 – 13 مؤرخ في 28 أوت 1982، متعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد جريدة رسمية عدد 35 سنة 1982، المعدل والمتمم بالقانون رقم 86 – 13 المؤرخ في 19 أوت 1986، جريدة رسمية عدد 35 سنة 1986.

3 – القانون 90-11 الخاص بالنقد والقرض المؤرخ في 18 أبريل 1990، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادر بتاريخ 18 أبريل 1990.

4 – القانون 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المؤرخ في 27 أبريل 1991، جريدة رسمية، محدد 21 سنة 1991، الصادرة بتاريخ 08-05-1991.

5 – الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد رقم 47 الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.

6 - الأمر 08/06 المتعلق بتطوير الاستثمار في 15 جويلية 2006، ج.ر.ج.ج العدد 47 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006.

7 - الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي المؤرخ في 22 جويلية 2009 العدد 44 الصادرة في 22 جويلية 2009.

8 - القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 23 فيفري 2008 جريدة رسمية عدد 48 سنة 2008.

9 - القانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437، الموافق لـ 26 مارس سنة 2016، الذي يتضمن التعديل الدستوري.

10 - القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد رقم 47 الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016.

ج -المراسيم التشريعية:

1 -مرسوم تشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار جريدة رسمية، عدد 64 سنة 1993.

د-المراسيم الرئاسية والتنفيذية:

1 - مرسوم رئاسي رقم 88-233 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 متضمن إنظمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك، سنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها جريدة رسمية، عدد 48 سنة 1988.

2 - مرسوم رئاسي رقم 436/91 المؤرخ في 05-10-1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 18-05-1991 الجريدة الرسمية رقم 46-1991.

3 - مرسوم رئاسي رقم 306/95 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية الصادر في 07-10-1995، جريدة رسمية رقم 75/59.

4 - مرسوم رئاسي 346/95 مؤرخ في 06 جمادى الثانية عام 1416، الموافق في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة غلى اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ورعايا الدول الأخرى ج.ر عدد 66 الصادرة، بتاريخ 12 جمادى الثامنة عام 1416.

5 - مرسوم رئاسي، 95-345 رقم المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 متضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار جريدة رسمية عدد 66 ، 1995.

6 - مرسوم رئاسي، 01/206 المؤرخ في 23 جويلية 2001 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية وجمهورية جنوب افريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 24 سبتمبر 2000.

7 - مرسوم رئاسي رقم 392/02 مؤرخ في 20 رمضان 1423 الموافق ل 25 نوفمبر 2002 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية الصين الشعبية، حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات. ج.ر عدد 77، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 2002.

8 - المرسوم رئاسي رقم 03-370 المؤرخ في 23-10-2003 المتضمن التصديق على الاتفاقية بين الحكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة دولة الكويت لتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في 30-09-2001. الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 02-11-2003.

9 - مرسوم رئاسي رقم 04-431 مؤرخ في 23 ديسمبر 2004 يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15 فبراير 2003، جريدة رسمية، العدد 84.

10 - ملحق المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها أوراسكوم تيليكوم الجزائر ج.ر.ج.ج عدد 80 الصادرة في 26 ديسمبر 2001 .

هـ-القرارات واللوائح:

1 -قرار صادر عن وزارة المالية متعلق باكتساب التصريح وتسليم شهادة الأموال نحو الخارج، جريدة رسمية، عدد 62 سنة 2009.

2 -لائحة بنك الجزائر رقم 03/90 الصادرة بتاريخ 20 فيفري 1990 المتعلقة بشروط ممارسات عمليات إستيراد البضائع إلى الجزائر وتمويلها.

3 - الكتب:

1 - ابن منضور، معجم لسان العرب، دار الصادر للطباعة و النشر، المجلد الأول، الطبعة الولي بيروت 1977، مادة تمر.

2 - إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية.

3 - أحمد أبو الوفا الوسيط في القانون الدولي العام الطبعة 04، دار النهضة العربية، القاهرة2004،

4 - أحمد كوجان التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي، منشورات الزين الحقوقية، ط 1.

5 - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الاختصاص القضائي والآثار الدولية للأحكام، الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

6 - الصادق أبو هيف القانون الدولي العام نشأة المعارف الإسكندرية بدون سنة نشر .

7 - السيد الهواري،الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاستثمار،القاهرة ،الاتحاد الدولي للبنوك الاسلامية، ج 1982،06.

8 - بشار محمد السعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.

9 - جميل الشرقاوي، الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، معهد الدراسات و البحوث العلمية 1978

10 - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية ط 1 مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت 2006 .

11 - السيد أبو عطية، الجزاءات الدولية بين النظرية و التطبيق مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية بدون سنة نشر.

12 - سمير كرم، شركات متعددة الجنسيات، معهد انماء العربي، ط 1 سنة 1976.

13 - سليمان محمد الطاوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي مصر 1984

14 - صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعي، الإسكندرية، 2005.

15 - طاهر مجاهد الصالحي، اليمن " الاستثمار و العولمة الاقتصادية " إصدارات مركز الدراسات و البحوث اليمني، 2002 .

16 - عصام الدين بسيم، أنضام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهر1972.

17 - عاطف ابراهيم ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مطبعة العمرانية، مصر 1998.

18 - عصام الدين بسيم النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، بالقاهرة 1972.

19 – عبد العزيز سعد النعماني، مركز القانون للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2002.

20 – عبد الحميد عيشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية1975.

21 – عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، دار الثقافة عمان، ط1، 2017

22 – عيبوط محمد ولد علي الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار الوصمة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2012.

23 – عمر هاشم محمد صدقة ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

24 – عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ماجستير في القانون، دار الفكر العربي، الاسكندرية.

25 – عبد الواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، بدون سنة النشر

26 – علي أحمد البلبل و .د. محمد مصطفى عمران، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، التطور المالي و النمو الاقتصادي، شواهد من البلدان العربية أبوظبي 2003.

27 – عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي دار النشر بدون 1990.

28 – عبد الواحد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ضل النظام الدولي القانوني القاهرة، دار النهضة العربية 1980.

29 – عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، عمان دار الأيام للنشر و التوزيع 2014، ط1 ص 320.

30 – فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية و مركز الأجانب، ط5 1988 دار النهضة العربية.

31 – قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجارية الدولي، ضمان الاستثمارات دار الوصمة، ط2 2006 الجزائر.

32 – ليندا جابر القانون الواجب للتطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان 2014.

33 – محمد عبد العزيز بكر منازعات الاستثمار في أسيا بين القانون و المصلحة، دار النهضة العربية، ط،2001.

34 – محمد بدر الدين زايد المفاوضات الدولية بين العلم و الممارسة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة 2008.

35 – منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية 1990.

36 – هشام صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2002

37 – هشام صادق النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2003.

38 – هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، بالاسكندرية، 2003.

39 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية .

الرسائل والأطروحات:

1 -أحمد عبد الحميد عشوش النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1975.

2 -حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة نيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق تيزي وزو، سنة 2003.

3 -حازم حسين جمعة، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1981.

4 -حامد مصطفى الغمار، الاستثمارات الأجنبية، محاضرات العام الدراسي لعام 1960، معهد الدراسات المصرفية، ص 01.

5 -جبار محمد، قانون العقد المسؤولية الع قدية في القانون الجزائري والمقارنة رسالة دكتوراه، دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1987.

6 -رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2005-2006.

7 -رفيق عطية الكسار الحماية الدبلوماسية لرعايا الدول، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.

8 -عيبوط محمد ولد علي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006.

9 -علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998.

10 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

11 - عبد الباري أحمد عبد الباري، التأميم وأثاره في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1972.

12 - عبد الله كعباش، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر الغير تجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر سنة 2002.

13 - عبد الرحمن زيدان الحواجزي، المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية في الفقه الاسلامي مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية الشريعة، الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين 2002.

14 - ليلى بن عنتر، الاساليب القانونية لتواجد الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر بدون سنة.

15 - نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب البليدة، 2004-2005.

16 - يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1989.

17 - أمال يوسفي، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1972.

18 - سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة وهران سنة الجامعية 2011-2012.

19 - شوقي طارق أثر تغيرات أسعار الصرف على القوائم المالية، رسالة ماجستير، تخصص محاسبة، جامعة باتنة جوان 2009.

20 – كريمة صيبات، المعاملة القانونية للاستثمار الأجنبي في ظل الأمر 06-08 مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، الجزائر 2009.

21 – فرحات وهيبة، أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

22 - ليلى بن عنتر، مدى تحفيز استثمار الشركات متعددة الجنسيات في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، غير منشورة كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر 2006.

المجلات والمقالات والمنشورات:

1 – إبراهيم شحاتة، التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41. ص 1985.

2 – أحمد علي المخلافي، تأثير العولمة على التنمية في البلدان الأقل نموا، منشورات مركز الدراسات والبحوث اليمني. 2002.

3 –أحمد الورفلي، الرقابة القضائية على اجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد مجلة التحكيم، العدد السادس أبريل 2010.

4 –أمينة عزالدين عبد الله، التدفقات المالية في الدول النامية إلى الخارج، مجلة مصر المعاصرة، العددان 414.413 يوليو . أكتوبر 1988.

5 –تعويلت كريم، دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي المجلة الأكاديمية للبحث القانوني. عدد 01 سنة 2010 الجزائر.

6 – حامد مصطفى الغماز، الاستثمارات الأجنبية، محاضرات العام الدراسي لعام 1960، معهد الدراسات المصرفية.

7 – عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، بحث مقدم، ضمن أعمال المؤتمر القانوني الجديد في عمليات التأمين المنظمة من قبل كلية الحقوق بجامعة بيروت. العربية، لبنان 2006.

8 –عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية، دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، دراسة مقدمة للمؤتمر القانوني، بجامعة بيروت العربية، تحت عنوان" عمليات الضمان والتأمين " منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.

9 –قبايلي الطيب، التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من اللجوء الثنائي إلى اللجوء الإنفرادي، المجلة الاكاديمية، للبحث القانوني عدد 01 سنة 2010.

10 – محمد الروبي التحكيم في عقود التشيد والاستغلال والتسليم، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) " أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة الامارات العربية المتحدة، أبو ظبي.

11 – محمد فتحي حمودة، أضواء على التأميم والمسؤولية الدولة المؤمنة، مجلة لمحاماة العددان 8.7 سبتمبر أكتوبر 1976.

12 – محمد عبد الحميد سليمان الحماية الدبلوماسية للمال الأجنبي، مجلة المصرية للقانون الدولي المجلد 58، 2002.

13 – منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة السابعة والعشرون، سبتمبر 2003.

14 – منى قاسم الشركات المتعددة الجنسيات وأهميتها في الاقتصاد العالمي، النشرة الاقتصادية، بنك مصر، السنة 1988، العدد 01..

15 – هشام خالد، النظام العربي لضمن الاستثمار ضد المخاطر الغير تجارية، منشورات المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت، بدون سنة نشر.

16 – وليد العماري استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للاستثمار للمستثمر الأجنبي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، باحث دكتوراه، جامعة الجزائر 01، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد 09، جوان 2016.

17 – يوسفي محمد، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم 12/93. المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة ادارة، المجلد التاسع عدد 02 سنة 1999. الجزائر.

18 – يوسفي محمد، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي رقم 12/93. المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ENA المجلد 09- العدد 1999. 02م.

الوثائق والمنشورات:

01- التقرير السنوي، لسنة 2009، الصادر عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. ص14.

03 -التقرير الصادر عن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تحت عنوان " الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في منطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا الأوسع نطاقا. فيفري 2007.

04 -روبرت، ب، زوليك، الأثر الإنمائي، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والتحديات العالمية، التقرير السنوي، سنة 2008، الصادر في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، .

05 -سلسلة دراسات الأنكتاد المتعلقة بقضايا اتفاقات الاستثمارات الدولية العقود الحكومية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، نيويورك وجنيف 2004.

06 -عمليات الضمان، التقرير السنوي، لسنة 2009، الصادر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

07 -عمليات الضمان، التقرير السنوي لسنة 2010، الصادر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

08 -منشور إعلامي رقم 2002/35 الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

منشورات مجموعة نورتن روز " مؤسسة قانونية دولية للتحكيم الدولي، التحكيم في الشرق الأوسط" تمت الطبعة من قبل المجموعة طبعة 2008.

المواقع الالكترونية:

09 -الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة التحكيم الدائمة، www.pca. Cpa.org

المراجع بالغة الفرنسية:

1-ANDRE DE LAUBADERE. Traite elementaire de deroit administratif. 04 éme edition imprimerie. Paris.1967.

2-DOMINIQUE CARRAEU. Investessement. Repertoire. De droit internationel.tome.encyclopédie juridique.dalloz. 1999.

3-Interhandel. Case. i.c.j. reports. 1959

الفهرس

الموضوع الصفحة

.مقدمة 1–8

مبحث تمهيدي : مفهوم الاستثمار الأجنبي 9

المطلب الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية القانونية والاقتصادية..... ... 9

الفرع الأول: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي 10

الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي. 11

المطلب الثاني: مفهوم الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي والتشريع الجزائري..... 12

الفرع الأول : مفهوم الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية..... 13

الفرع الثاني: مفهوم الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الجماعية. 13

الفرع الثالث:: مفهوم الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري. 14

المطلب الثالث: الأثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وأشكالها القانونية..... 16

الفرع الأول: الأثار الايجابية والسلبية للاستثمارات الأجنبية المباشرة..... 16

الفرع الثاني: الأشكال القانونية المختلفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة. 18

الفصل الأول: الضمانات الموضوعية والإجرائية للاستثمار الأجنبي 22

المبحث الأول : الضمانات الموضوعية..... 22

المطلب الأول: ضمان الاستقرار المنظومة القانونية..... 23

الفرع الأول: ضمان الثبات التشريعي 23

الفرع الثاني: ضمان التدعيم التشريعي..... 27

المطلب الثاني: ضمانات ضد نزع الملكية وضمان المعاملة العادلة و المنصفة..... 28

الفرع الأول: ضمانات ضد نزع الملكية..... 28

الفرع الثاني : ضمان المعاملة العادلة والمنصفة. 35

المطلب الثالث : ضمان تحويل الأموال إلى الخارج وضمان الحق في التعويض..... 38

الفرع الأول: ضمان تحويل الأموال إلى الخارج 38

الفرع الثاني : ضمان الحق في التعويض. 42

المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر..... 45

المطلب الأول: الوسائل الودية لحل منازعات الاستثمار في الجزائر..... 46

الفرع الأول: المفاوضات. 46

الفرع الثاني : التوفيق. 48

المطلب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.....50

الفرع الأول: حل منازعات الاستثمار الأجنبي أمام القضاء الدولي..... 50

الفرع الثاني : حل منازعات الاستثمار الأجنبي أمام القضاء الوطني..... 53

المطلب الثاني: التسوية التحكيمية لمنازعات الاستثمار الأجنبي. 56

الفرع الأول: خصوصية التحكيم وفق نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي..... 57

الفرع الثاني : الاعتراف بقرارات التحكيم الدولي وتنفيذها..... 60

الفصل الثاني: حماية الاستثمارات الأجنبية في ظل القانون الدولي العرفي والاتفاقية الثنائية والجماعية....65

المبحث الأول: دور القانون الدولي العرفي والاتفاقية الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية 65

المطلب الأول: دور القانون الدولي العرفي في حماية الاستثمارات الأجنبية..... 65

الفرع الأول : الحد الأدنى للحماية الموضوعية 65

الفرع الثاني: الحد الأدنى للحماية الإجرائية 71

المطلب الثاني: دور الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية..... 74

الفرع الأول : الحماية الموضوعية للاستثمارات الأجنبية. 75

الفرع الثاني: الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية. 80

المبحث الثاني: الحماية للاستثمارات الأجنبية في ظل الاتفاقيات الجماعية.....84

المطلب الأول: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. 85

الفرع الأول: دراسة تحليلية لأحكام الاتفاقية المنشأة للوكالة 86

الفرع الثاني: نطاق عمل الوكالة..... 91

المطلب الثاني: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار..... 97

الفرع الأول : النظام القانوني للمؤسسة 98

الفرع الثاني: نطاق ضمان المؤسسة. 102

الخاتمة..... 107

قائمة المصادر والمراجع..... 112

الفهرس 124