

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأعمال



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين: أحمد طالب حسين / عبد الرزاق بختي

تحت عنوان

آليات حماية المستثمر الأجنبي

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	الدكتورة العمرية بوقرة
مشرفا ومقررا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	الدكتور نور الدين بن حميدوش
مناقشا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	الأستاذ مراد يرمش

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إننا نخط إهداءً للغرباء فقط
وأما الذين نحبهم فمكانهم ليس
في الصفحة البيضاء الأولى
وإنما مكانهم في صفحات
الكتاب كله.

أحمد طالب حسين / محمد الرزاق بختي

شكر و عرفان

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

«رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل
صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين»
(سورة النمل الآية 19).

و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم
" لا يشكر الله من لا يشكر الناس "

حديث صحيح.

نبدأ بحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لإتمام هذا العمل
ولولاه لما كان ليكون.

بكل عبارات التقدير و الاحترام نتقدم بعظيم الشكر و جزيل الإمتنان
إلى:

الأستاذ المشرف الدكتور/نور الدين بن حميدوش على كل ما قدمه لنا
من نصائح وتوجيهات لإنجاز هذا العمل،

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الممثلة في
الدكتورة العمرية بوقرة "رئيسا"، و الأستاذ مراد يرمش "مناقشا"، وكل
أساتذة كلية الحقوق بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة
إليهم جميعا منا جزيل الشكر و الإمتنان و العرفان.

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

ج . ر : الجريدة الرسمية.

ص : صفحة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

م.ر: مرسوم تشريعي

م: مادة

الوكالة :الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

المؤسسة :المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

2- باللغة الفرنسية:

ANDI : Agence Nationale De Développement De L'investissement

CNI : Conseil National D'investissement.

OMC : Organisation Mondiale Du Commerce.

FMI : Fonds Monétaire International.

مقدمة

مقدمة:

تعتبر قضية التنمية أهم التحديات التي تواجه الدول النامية خاصة في ظل ندرة الموارد المالية الوطنية من جهة وقلة الخبرة التقنية من جهة ثانية، لذلك فهي في أمس الحاجة إلى توفير رؤوس الأموال لتمويل مشاريعها التنموية عن طريق استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية كحل يخفف من وطأة مشكل التنمية في هذه الدول.

ولقد اتجهت الدول النامية نحو الإستثمارات الأجنبية لتحقيق الإستقرار والتطور الإقتصادي والرفعي الإجتماعي، خاصة وأن الاستثمارات الأجنبية تستطيع نقل الخبرة التقنية، وأن توفر الأموال اللازمة للدول المضيفة للإستثمار مما يحقق مع ذلك خفضا لمعدلات البطالة والإستغلال الأمثل للموارد والاستفادة من التقنية المتاحة وتحقيق الأهداف المرتبطة بالتنمية.

ولأجل ذلك سعت الدول النامية إلى جذب الإستثمارات الأجنبية من خلال توفير امتيازات وحوافز خاصة للمستثمرين من جهة وكذا تقديم الضمانات القانونية وآليات الحماية التي من شأنها أن تطمئن المستثمر الأجنبي على استثماره.

ونظرا لأهمية الإستثمار الأجنبي، وما يحققه من تطور اقتصادي واجتماعي اشتد التنافس بين الدول على جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية وذلك من خلال منحه جملة من الضمانات التي تسهل قدومه، وكمعظم الدول النامية تبنت الجزائر منذ الإستقلال منهجا اشتراكيا مناهضا لكل أشكال التدخل الأجنبي الذي يعتبر في نظرها وسيلة جديدة للهيمنة.

وفي بداية الثمانينات بدأ يتغير موقف المشرع الجزائري من الإستثمار الخاص الوطني أين حاول أن يضع له مكانا في الاقتصاد الوطني كتنظيمه وتوجيهه بما يخدم الأهداف المحققة في المخطط الوطني، لكن الاقتصاد الوطني واجه صعوبات كبيرة بعد الأزمة الاقتصادية التي مرت بها الجزائر سنة 1986 نتيجة انخفاض أسعار البترول في السوق الدولية، وكذا تزايد النفقات العمومية وتفاقم أعباء الدين الخارجي، الأمر الذي جعل البلد يغير من سياساته التنموية من خلال فتح الأسواق للمستثمر الأجنبي ومنح هذا الأخير امتيازات وتسهيلات وحماية لازمة في إطار التشريع الداخلي، خاصة أن الجزائر لها ما يؤهلها من مواد أولية ويد عاملة بشرية لأن تكون الوجهة المفضلة للمستثمر الأجنبي، كما تم وضع إطار تشريعي لضمان الانتقال إلى اقتصاد السوق فكان صدور القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض¹ المؤرخ في 14/04/1990 الذي ألغى التمييز بين القطاع العام والخاص وفتح المجال للاستثمار الأجنبي عن طريق تقرير حرية الاستثمار وحرية تحويل رؤوس الأموال، هذا القانون الذي أكد التراجع عن بعض الثوابت المرتبطة بالسيادة والاستقلال السياسي.

ومسايرة لهذه التطورات أحدث المشرع الجزائري تغييرات في التشريعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية لمنح الضمانات الضرورية وآليات حماية ضد المخاطر غير التجارية.

¹ القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض، المؤرخ في 14 أبريل 1990، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1990

بداية بصدور أول قانون استثمار في الجزائر وهو المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار والذي جاء بضمانات للمستثمرين الأجانب ونظرا للوضعية الأمنية للبلاد آنذاك فإن القانون لم يحدث ما كان مرجوا من جذب الإستثمارات الأجنبية.

وفي سنة 2001 صدر الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار¹ المعدل والمتمم بالأمر 08/06. وصولا إلى أحدث قانون استثمار وهو القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار² المؤرخ في 03 أوت 2016 الذي ألغى الأمر 03/01 المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المتعلق بتطوير الإستثمار، و كذا صدور ستة مراسيم تنفيذية تضمنت القوانين التنظيمية لقانون ترقية الإستثمار و ذلك بتاريخ 05 مارس 2017 الجريدة الرسمية رقم 16، حيث تضمن المرسوم التنفيذي رقم 100/17 الذي يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار و تنظيمها و سيرها³، و المرسوم التنفيذي رقم 101/17 المتضمن القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للإستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الإستثمارات⁴ و المرسوم التنفيذي رقم 102/17 يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات و كذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به⁵، و المرسوم التنفيذي رقم 103/17 الذي يحدد مبلغ مستحقات معالجة ملفات الإستثمار و كيفيات تحصيله⁶، و المرسوم التنفيذي رقم 104/17 يتعلق بمتابعة الإستثمارات و العقوبات المطبقة في حال عدم احترام الإلتزامات و الواجبات المكتتبة⁷، و في الأخير المرسوم التنفيذي رقم 105/17 فيحدد كيفيات تطبيق المزايا الإضافية للإستغلال الممنوحة للمستثمرات المنشئة لأكثر 100 منصب شغل⁸.

¹ الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار، المؤرخ في 20 أوت المعدل والمتمم بالأمر 08/06، ج.ر عدد 22، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001

² القانون 06/16 المتعلق بترقية الأستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016، ج.ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016

³ المرسوم التنفيذي 100/17 المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي 356/06 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

⁴ المرسوم التنفيذي 101/17، المتضمن القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للإستفادة من المزايا والكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الإستثمارات، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

⁵ المرسوم التنفيذي 102/17 يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

⁶ المرسوم التنفيذي 103/17 الذي يحدد مبلغ مستحقات معالجة ملفات الإستثمار وكيفيات تحصيله، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

⁷ المرسوم التنفيذي 104/17 يتعلق بمتابعة الإستثمارات والعقوبات المطبقة في حال عدم احترام الإلتزامات والواجبات المكتتبة، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

⁸ المرسوم التنفيذي 105/17 يحدد كيفيات تطبيق المزايا الإضافية للإستغلال الممنوحة للمستثمرات المنشئة لأكثر من 100 منصب شغل، ج.ر عدد

16، الصادرة بتاريخ 17 مارس 2017

كما كانت الجزائر قد انضمت قبل ذلك إلى العديد من المنظمات الدولية وقامت بالتوقيع على عدة اتفاقيات سواء ثنائية أو متعددة الأطراف لتطوير وحماية الاستثمارات الأجنبية وأهمها:

- اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي¹.
- اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى² والاتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة لضمان الاستثمارات³ وبذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس الاستثمار الأجنبي كوسيلة للتنمية الاقتصادية والتطور الاجتماعي وذلك استنادا إلى مفهوم جديد لمبدأ السيادة الوطنية، وبالتوقيع على اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوربي وكذا التفاوض من أجل الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة تكون الجزائر قد فتحت اقتصادها على التجارة الدولية.

أما عن الأسباب الذاتية لإختيار الموضوع فلكونه شيق زيادة على متعة البحث فيه، أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في إبراز التجربة الجزائرية في جذب الإستثمارات الأجنبية لتحقيق التنمية المحلية.

وأهمية الدراسة تبرز في كونه من المواضيع التي تشغل الفكر القانوني والاقتصادي لدوره في التنمية الاقتصادية. كما أن هذه الدراسة تهدف إلى تبيان الآليات التي قررها المشرع الجزائري في القوانين الداخلية وكذا الآليات الدولية والإقليمية التي تعتبر الجزائر عضوا فيها من خلال توفير آليات الحماية التي يطمئن لها المستثمر الأجنبي. وحضي موضوع آليات حماية المستثمر الأجنبي باهتمام من قبل الباحثين تجلّى في مجموعة من الدراسات والأبحاث والتي من بينها مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون أعمال، الموسومة بعنوان آليات حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر، للطالبة قاضي فهيمة، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الموسم الجامعي 2012/2013،

ومن هذا المنطلق فإن الإشكالية تتمثل في:

هل وفقت الآليات التشريعية الداخلية التي أقرتها الجزائر والآليات الدولية التي صادقت عليها في توفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي؟

1 اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المؤرخة في 10/06/1958، لمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم

233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1985، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك، ج.ر عدد 48، الصادرة بتاريخ

2 اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 13/01/1996

3 الاتفاقية المنشقة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار، التي تأسست بموجب اتفاقية سيول، 11 أكتوبر 1988، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر عدد 66 سنة 1996

هذه الإشكالية تتفرع عنها جملة من التساؤلات الفرعية على افتراض أن أحدث قانون استثمار صدر في الجزائر هو القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار الذي يعد زبدة قوانين الاستثمار المتلاحقة لذلك نتساءل:

1. ما هي أهم الضمانات التي قدمها المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي؟
2. هل آليات الحماية ساهمت في تشجيع المستثمر الأجنبي لإستثمار أمواله في الجزائر؟
3. ما هي أهم الهيئات والمؤسسات الدولية والإقليمية التي انضمت إليها الجزائر التي تعنى بحماية المستثمر الأجنبي؟

ولإجابة على هذه الإشكالية فقد تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحديد الآليات التي كرسها المشرع الجزائري لحماية المستثمرين الأجانب في التشريع الخاص بالإستثمار، وذلك من خلال تحليل جملة المواد المتعلقة بهذه الآليات، وكذا ما أبرمته الجزائر خارجيا من اتفاقيات إقليمية ودولية، وقد تم تقسيم هذه المذكرة إلى فصلين الفصل الأول الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي بثلاث مباحث، والفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي بثلاث مباحث.

وانتهينا إلى خاتمة لخصنا فيها أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث وكذا مجموعة من الإقتراحات.

الفصل الأول

الآليات الداخلية لحماية

المستثمر الأجنبي

الفصل الأول: الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي.

تمهيد:

يقصد بالآليات الداخلية تعهد الدولة المضيفة للإستثمار توفير حقوق للمستثمر الأجنبي ضمن تشريعها الوطني الداخلي في إطار من الحرية لممارسة استثماره، وبعدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني، وضمن حماية رأسماله من عدم استقرار القوانين، أي أن الدولة المضيفة تضع الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي. ويعتبر ضمان تحويل الأموال من بين أهم الآليات المشجعة لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى دولة ما، لأن المستثمر الذي يقرر استثمار أمواله على إقليم دولة أجنبية لا يتخذ هذا القرار إلا بعد أن يتأكد أنه سيتمكن من استعادة أمواله والأرباح الناتجة عنها من خلال إمكانية تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة. ولكي يشعر المستثمر الأجنبي بالطمأنينة أكثر على استثماره لا بد من وجود آليات عادلة لتسوية ما قد يثور بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار من خلافات ونزاعات إذ لا بد من وجود ثقة في النظام القانوني لهذا البلد وتوفير أجهزة قانونية يثبت لها الاختصاص بالحكم في هذا النوع من النزاعات. وهو ما أقره المشرع الجزائري في قوانين الإستثمار المتلاحقة بداية من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار ثم تلاه الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم بالأمر 08/06، ثم أحدث قانون وهو القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار الذي ألغى الأمر 03/01 وذلك باعتماده لآليات تشريعية داخلية تعمل على جذب المستثمرين الأجانب ضمن في الفصل الرابع بداية من المادة 21 إلى غاية المادة 25 تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين.

المبحث الأول: آليات الحماية القانونية.

سنتناول في هذا المبحث الآليات القانونية التي قررها المشرع الجزائري لحماية المستثمر الأجنبي في ثلاث مطالب،
المطلب الأول حرية الإستثمار، المطلب الثاني المساواة بين المستثمرين والمطلب الثالث استقرار التشريع.

المطلب الأول: حرية الاستثمار.

سنتناول في هذا المطلب حرية الإستثمار، فرع أول نتكلم فيه عن حرية الإستثمار في التشريع الجزائري والفرع
الثاني نتكلم عن القيود الواردة على حرية الإستثمار

الفرع الأول: حرية الاستثمار في التشريع الجزائري.

تم تكريس هذا المبدأ لأول مرة في القانون 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، ثم في
المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 ، وكذا الأمر 03/01 المتعلق
بتطوير الإستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 المعدل والمتمم بالأمر 08/06 الذي ينص في المادة 04 منه على ما
يلي: "تنجز الاستثمارات في حرية خاصة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة" ثم
أصبح مبدأ حرية الاستثمار دستوريا بنص المادة 43 من دستور 1996 المعدل بالقانون 01/16 المؤرخ في 06
مارس 2016 على أن: "حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، و تمارس في إطار القانون، تعمل الدولة على تحسين
مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، تكفل الدولة ضبط
السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين، يمنع القانون الإحتكار والمنافسة غير النزيهة.

وإذا كان المشرع قد استثنى في مجال نشاط الاستثمار الخاص الوطني والأجنبي قطاعات النشاط (إنتاج، سلع
أو خدمات) المخصصة صراحة للدولة في المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار فإنه في الأمر رقم
03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار لم يرد أي نص صريح يؤكد وجود قطاعات مخصصة للدولة أو فروعها.

أما المادة الثالثة من القانون الجديد رقم 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار الذي
ألغى أحكام الأمر 03/01 باستثناء المواد 6 و 18 و 22 منه والتي نصت على أنه: "تنجز الاستثمارات المذكورة في
أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة والنشاطات
والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية".

يتضح أن المشرع أخذ بضرورة منح حرية أكبر للمستثمر وتوسيع نطاق استثماراته في مختلف فروع الاقتصاد
الوطني، حيث أخذ على عاتقه فتح عدة قطاعات اقتصادية للاستثمار الأجنبي.

إن هذا التطور في موقف المشرع الجزائري يتماشى وقواعد اقتصاد السوق وكذلك مع مبادئ الاقتصاد الليبرالي
الذي تبنته الجزائر من خلال الإصلاحات الاقتصادية والسياسية التي بدأتها منذ عام 1988، كما أنها تستجيب
لالتزامات الجزائر الدولية، وكذا لشروط الهيئات والمنظمات الدولية خاصة المنظمة العالمية للتجارة (OMC)،
والمؤسسات المالية الدولية: البنك العالمي (BIRD) وصندوق النقد الدولي (FMI).¹

¹ - عيوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 77.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الاستثمار.

إن المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار¹ المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 وضعت شرطا يتمثل في ضرورة "مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالنشاطات المقننة، والمادة 04 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار² أضافت إلى النشاطات و المهن المقننة "حماية البيئة"، و هو ما أكدته المادة 03 من القانون الجديد 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار³، كما أضاف المشرع بعض القيود لحرية الاستثمار في قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁴ تتمثل في نظام الشراكة، وحق الشفاعة، وكذا نظام التصريح لدى الوكالة الوطنية للاستثمار (ANDI) والدراسة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار (CNI)، وبعض القيود بالصراف وحركة رؤوس الأموال⁵، بالإضافة إلى القيود الواردة في قانون المالية التكميلي لسنة 2010⁶ وقانون المالية لسنة 2012⁷ هذه الشروط من شأنها أن تقلص من حرية الاستثمار، هذا إلى جانب غموض بعض العبارات في القانون.

فعبارة النشاطات المقننة ليس لها معنى محدد، خاصة في غياب نصوص تطبيقية تحدد النشاطات المعنية، خاصة وأن المشرع بإمكانه تحديد المجالات المعنية بالنشاطات المقننة بنصوص صريحة لأن العبارات العامة من شأنها أن تمنح للسلطة العمومية التدخل والحد من حرية الاستثمار، وهو ما يجعل المستثمرين الأجانب لا يثقون في السلطات الجزائرية في مجال حرية الاستثمار، خاصة في ظل عدم الاستقرار التشريعي.

المطلب الثاني: المساواة بين المستثمرين.

المساواة بين المستثمرين يقصد منه المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ومعاملتهم على قدم المساواة وهو ما سنتناوله بالتفصيل من خلال الفرعين الأول مفهوم المساواة بين المستثمرين والفرع الثاني أساس المساواة بين المستثمرين في التشريع الجزائري

الفرع الأول: مفهوم المساواة بين المستثمرين.

يقوم هذا المبدأ على فكرة تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري لجميع المستثمرين دون تفرقة بين مستثمر وطني وآخر أجنبي، حيث تسوي الدولة المضيضة في المعاملة بين المستثمر الأجنبي مع الوطني، أي أن معاملة الاستثمار تقوم على أساس مبدأ المساواة، وهي مساواة في الحقوق والواجبات، ومصدر عدم التمييز في المعاملة هو القانون الدولي للاستثمار الذي يشترط على الدولة المضيضة عدم تفضيل مستثمرها الوطني على المستثمر الأجنبي، لهذا حرصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار على تقرير مبدأ المساواة بين مستثمري الأطراف

¹ المادة 03 من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار ، مرجع سابق

² المادى 04 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار ، مرجع سابق

³ المادة 03 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار ، مرجع سابق

⁴ الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي 2009، المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009

⁵ - عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص 78.

⁶ الأمر 01/10 المتضمن قانون المالية التكميلي 2010، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر عدد 49، الصادرة بتاريخ 29 أوت 2010

⁷ القانون 16/11، المتضمن قانون المالية سنة 2012، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، ج.ر عدد 72، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2011

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

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

أولاً: مبدأ المعاملة وفق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية:

قررت اتفاقية الشراكة الأوروبية الجزائرية الموقعة بين الجزائر ودول الإتحاد الأوروبي والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 27 أبريل 2005 تكريسا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية بين مستثمريها أن يمنح كل طرف متعاقد فيها رعايا الطرف الآخر معاملة لا تقل عن تلك التي يمنحها لرعايا دول أخرى²، أي أن كل طرف يتعهد بمنح مستثمري الطرف الآخر أفضل معاملة منحتها أو ستمنحها لاستثمارات أجنبية أخرى، على أن هذه المعاملة لا تؤخذ على إطلاقها، حيث يمكن أن توجد معاملة تفضيلية لا تمنح إلا في إطار تنظيمات اقتصادية أو أسواق مشتركة حتى لا يمتد أثر هذه المعاملة خارج هذه التنظيمات.³

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

ثانياً: مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي:

تطبيقاً لمبدأ المعاملة الوطنية فإن المجموعة الأوروبية تمنح رعايا الدولة الجزائرية معاملة لا تقل عن تلك التي يحظى بها رعاياها⁴، مما يعني أن المستثمر الجزائري له الحق في نفس المعاملة التي يتمتع بها المستثمر الأوروبي في إقليم أي دولة طرف في اتفاقية الشراكة الأوروبية الجزائرية على أن هذه الاتفاقية لم تلزم الجزائر على تطبيق هذا المبدأ على رعايا الدول الأوروبية بل ألزمتها بمبدأ الدولة الأولى بالرعاية.⁵

ثالثاً: مبدأ المعاملة بالمثل:

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

¹ - سالم ليلي، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، ص 92.

² - أنظر: المادتين 30. 31 من اتفاقية الشراكة الأوروبية الجزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005،

متضمن التصديق على الاتفاق الشراكة، ج.ر عدد 31 لسنة 2005

³ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 93.

⁴ - أنظر المادة 30 فقرة 04 من اتفاقية الشراكة الأوروبية الجزائرية، نفس المرجع.

⁵ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 94.

رابعا: مبدأ المعاملة المنصفة والعدالة:

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

غير أن بعض الدول الأوربية في اتفاقياتها الثنائية مع الدولة الجزائرية اعتمدت هذا المبدأ ومثال ذلك المادة 30 من الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات¹ بقولها: " يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر، بحيث ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات او تصفيتها"¹.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للمساواة بين المستثمرين في التشريع الجزائري.

لقد أقر المشرع هذا المبدأ في القوانين الوطنية خاصة بصدر قانون النقد والقرض لسنة 1990 أين أصبح يعتمد على معيار الجنسية، ثم في المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ثم في الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم ليؤكد بصفة قاطعة على هذا المبدأ في مادتيه الأولى والرابعة عشر التي نصت على: "يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار، ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية.

كما أن المادة الأولى أشارت إلى أن نفس النظام القانوني يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وهو المحور الأساسي لمبدأ عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي.²

كما أن المادة 21 من القانون رقم 09/16 المتضمن قانون ترقية الاستثمار الجديد: "مع مراعاة أحكام الاتفاقية الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم.

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

2- فاطمة الزهراء رواجية، أحلام جفافية، آليات حماية المستثمر الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجزائري الجديد 09/16، رسالة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، 2016-2017، ص 85.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

حيث أن المشروع كان واضحا بالنسبة لمبدأ المساواة بين المستثمرين حيث نص في الفقرة الأولى على أنه يجب أن تراعى أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار والتي تمنح امتيازات وضمائنات أفضل لأطراف الدول المتعاقدة، فتطبق هذه الاتفاقيات كاستثناء من المبدأ العام الذي يقضي بعدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين. والمنظمات الدولية خاصة المنظمة العالمية للتجارة (OMC)، والمؤسسات المالية الدولية: البنك العالمي (BIRD) وصندوق النقد الدولي (FMI).¹

المطلب الثالث: استقرار التشريع.

استقرار التشريع هو عامل مهم لطمأنة المستثمر الأجنبي لإستثمار أمواله في الجزائر وستناوله من خلال الفرعين الأول الإستفادة من الاستقرار التشريعي والفرع الثاني مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع

الفرع الأول: الاستفادة من الاستقرار التشريعي

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

يجد هذا المبدأ مرجعه في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الحقوق المكتسبة، وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين، هذا الأخير يعني أن التشريع لا يسري على الماضي، ولا يمكن تطبيقه بأثر رجعي على الوقائع إلا ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي"، وهو ما يعرف بالضمانات ضد المخاطر التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي كذلك نصت عليه المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر صراحة ذلك، وما يلاحظ على هذا المبدأ أنه يمس بشكل مباشر مبدأ السيادة للدول، حيث أن هذه الأخيرة من حقها أن تعدل أو تلغي تشريعاتها الداخلية متى رأت مصلحة في ذلك دونما أن تنتظر موافقة أي طرف آخر، لكن هذا الأمر قد يمس بمصالح المستثمر الأجنبي، لذلك يسعى دائما إلى المطالبة بعدم تغيير القانون الساري وقت إنجاز استثماره، خاصة إذا كانت هذه القوانين الجديدة تضر بمصالحه أو تزيد من أعبائه".³

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

¹ - عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص 77.

² - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر رقم 78.

³ - عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006، ص 601.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

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

وهي نفسها المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93، وبالتالي إذا ألغى أو عدل المشرع نضا قانونيا وكان لصالح المستثمر الأجنبي جاز له أن يستفيد من أحكام النص الجديد إذا طلب ذلك صراحة من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار طبقا لما جاء به الأمر (01-03).

أما المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار فقد أكدت على هذا المبدأ، والذي يقصد به عدم إدخال أي تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند إلغاء أو تعديل القوانين الخاصة بالاستثمار¹

حيث تضمنت المادة 22 من القانون السالف الذكر أعلاه على عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة على الاستثمارات المنجزة إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة.

الفرع الثاني: مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع.

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

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

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

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

والاتجاه الثالث: يقر كقاعدة عامة أن المساس بالعقد لا يعد عملا غير مشروع دوليا، إلا أن المسؤولية الدولية تنعقد نتيجة التعسف الذي لحق بالمستثمر الأجنبي على اعتبار أن القانون الدولي يتضمن تنفيذ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية² رغم أن هذه العقود يحكمها القانون الداخلي.

ورغم الاختلاف الفقهي حول مدى انعقاد المسؤولية الدولية للدولة التي تحدث تغييرات أو تعديلات في العقود المبرمة مع المستثمر الأجنبي، إلا أن المتعارف عليه أن القانون الدولي العام لا يكرس مبدأ قدسية العقد بصورة مطلقة

¹ - أنظر: المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

² - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 106.

الفصل الأول ————— الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

وعليه فإن الدولة الجزائرية بما لها من إمتيازات سيادية الحق في إحداث تغييرات في كل أو جزء من الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقها في مواجهة المستثمر الأجنبي متى كان هذا التعديل للمصلحة العامة وكان مصحوبا بالتعويض العادل.

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

المبحث الثاني: آليات الحماية المالية.

نتقل إلى المبحث الثاني حيث تعتبر آليات الحماية المالية جد هامة للمستثمر الأجنبي وللدولة أيضا، وسوف نتناولها من خلال ثلاث مطالب، المطلب الأول مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع والمطالب الثاني مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع المطلب الثالث حرية تحويل الأموال

المطلب الأول: عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري.

إن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي من الدولة المضيفة هو استيلائها على أمواله دون تعويض عادل، أو الإساءة إليه بحيث يصبح معها مواصلة مشروعاته مخاطرة كبيرة، وتختلف الأساليب التي تعتمد عليها الدول المضيفة للاستثمار في الاستيلاء على المصالح الأجنبية، إلا أنها تشترك جميعها في كونها إجراء يتم بالإرادة المنفردة للدولة. ويطلق الفقه على صور الاستيلاء بنزع الملكية بحيث يصبح المستثمر الأجنبي محروما حرمانا كليا أو جزئيا من استثمار أمواله أو من السيطرة على مشروعه الاستثماري.

الفرع الأول: صور نزع ملكية المشروع الاستثماري.

نتناول صور نزع الملكية للمشروع الاستثماري من خلال نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم، والمصادرة

أولا: نزع الملكية للمنفعة العامة.

نزع الملكية: هو الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات، مقابل تعويض يمنح لمالكها.

أو هو: تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة، أو هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا منه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان.¹

من خلال التعريفات السابقة يتبين أن نزع الملكية لها خصائص عدة منها:

- إجراء يتم بواسطة الجهة المختصة قانونا عن طريق قرار إداري ينطبق على كل من الأشخاص الوطنية والأجنبية وهي إجراء سيادي تباشره السلطة العامة؛

- المحل الذي يرد عليه هذا القرار هو العقارات؛

- يصاحب قرار نزع الملكية تعويض على النحو الذي حدده التشريع، على أن يكون هذا التعويض كاملا جابرا لكل الضرر الناشئ حيث يستطيع معه المستثمر الأجنبي أو من نزعت ملكيته أن يقتضي مالا مائثلا للمال الذي نزع منه.²

ولقد نصت العديد من الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار على الضمانات الخاصة بنزع ملكية الأموال المستثمرة.

¹ - إبراهيم متولي حسن المغربي، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 315.

² - نفس المرجع، ص 315.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

كما نصت المادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن نزع الملكية من الأخطار التي تضمنتها المؤسسة.

ثانياً: التأميم

رغم المحاولات العديدة لم يتمكن الفقه من تقديم تعريف دقيق ومحدد للتأميم فعرفه الفقيه الفرنسي (DELAUBADERE) بأنه: "عملية تتصل بالسيادة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية بضمها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمة"¹.

كما عرفه د. هشام صادق بأنه: "إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون مشروعاً إلى الأمة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال الشامل (التأميم العقائدي أو الأيديولوجي) أو مجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني (علاجي أو إصلاحي)"².
يمكن القول إن التأميم يقوم على مجموعة من العناصر هي:

- تحويل ملكية خاصة إلى ملكية عامة؛
- تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي في ميادين ذات أهمية وطنية؛
- يترتب عنها دفع تعويض؛
- تحقيق المصلحة العمومية.

ثالثاً: المصادرة.

هي عبارة عن إجراء تقوم به السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية أو جزء من الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل.
أو هي إجراء وقائي بوليسي تقتضيها اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة والآداب، أو هي إجراء جنائي كجزء من العقاب الموقع على الجريمة³، ومن الواضح أن المصادرة إما أن تكون مصادرة إدارية أو مصادرة قضائية على أنه في كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني يخول للسلطة القضائية أو التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانوناً.

والمصادرة القضائية مثالها تورط المستثمر الأجنبي في قضايا وأعمال تمس بأمن وسلامة الدولة المضيفة بغرض زعزعة نظامها الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي أو قيامه بأعمال تخريبية.
أما المصادرة الإدارية فهي إجراء تنفذه الدولة بناءً على قرارات إدارية كعقوبة للأشخاص المعارضين لنظام الحكم، دون الحاجة إلى إصدار أحكام قضائية.

¹ - عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 264-265.

² - نفس المرجع، ص 265.

³ - إبراهيم متولي حسن المغربي، مرجع سابق، ص 339.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

الفرع الثاني: ضمان عدم نزع الملكية في التشريع الجزائري.

نتناول في هذا الفرع القواعد التشريعية المنظمة للتأميم ونزع الملكية في التشريع الجزائري

القواعد التشريعية المنظمة للتأميم ونزع الملكية.

لا يتضمن الأمر (01-03) المتعلق بتطوير الاستثمار أية إشارة إلى التأميم بل ذكر مصطلح "المصادرة الإدارية" في المادة 16 منه لذلك يجب العودة إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني. حيث ميز القانون المدني بين نزع الملكية والتأميم، فطبقا للمادة 677 منه فإن إجراءات نزع الملكية تخضع لمبدأ الشرعية بحيث لا يمكن أن يتم نزع ملكية أحد إلا بتعويض عادل ومنصف وأن يكون نزع الملكية للمصلحة العمومية ووفق الشروط المحددة قانونا، على أن يكون الخلاف حول التعويض خاضعا للرقابة القضائية. ونظم المشروع الجزائري نزع الملكية بموجب القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالقواعد العامة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.¹

ومن أجل إضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية حدد المشرع لها شروطا هي:

- 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 بقبالية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- وقبل الشروع في نزع الملكية يجب التحقق من توفر الإعتمادات اللازمة للتعويض المسبق²، مع إمكانية الطعن لدى الجهة القضائية المختصة في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار³، على أن يفصل في الطعن في مدة شهر⁴، وأي نزع للملكية خارج الحالات المنصوص عليها في القانون يكون باطلا.

والغريب أن المشرع استعمل عبارة مصادرة إدارية في الأمر (01-03)، لكن في مجال الاستثمار من الأحسن استعمال عبارة نزع الملكية بدلا من المصادرة الإدارية لأن الغموض في بعض المصطلحات أو النصوص القانونية مثل المصادرة لا يساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، أما القانون الجديد 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار فقد نصت⁵ المادة 23 منه: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض

¹ - المادة 2 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 11/04/27 1991 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ج.ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

² - عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص 298.

³ - المادة 3 من القانون 11/91 المؤرخ في 11/04/27 1991 نفس المرجع.

⁴ - المادة 14 من القانون 11/91 المؤرخ في 11/04/27 1991 نفس المرجع.

⁵ - جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017، ص 99.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

عادل ومنصف". وهنا أيضا كان على المشرع الجزائري ألا يستعمل كلمة الإستيلاء ويكتفي بنزع الملكية، حيث أن الإستيلاء يوجس في نفس المستثمر خيفة فيحجم عن القدوم للإستثمار. وعلى الرغم من ذلك فإن هذه المادة منحت للمستثمر الأجنبي أكبر الضمانات حيث وجب على الدولة المضيفة أن تقدم تعويضا عادلا ومنصفا في حالة نزع الملكية، فالقانون الجديد جاء بضمانات أوفر من القوانين السابقة لجذب الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: الحق في التعويض.

يترتب على إجراء نزع الملكية والتأميم عندما تلجأ إليه الدولة المضيفة للاستثمار عند وجود مصلحة عمومية، حق للمستثمر الأجنبي يتمثل في التعويض، حيث يجد أساسه في قواعد وآليات الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، كما أكدت عليه المنظمات والهيئات الدولية التي لها علاقة بالاستثمار، وهو حق معترف به في القانون الدولي.

لذلك فإن إجراء نزع الملكية والتأميم إن لم يصاحبه التعويض يجعل التصرفات الماسة بحق الملكية غير مشروعة، يترتب عليها مسؤولية دولية على الدولة المضيفة للاستثمار.

الفرع الأول: أساس التعويض.

يجد الالتزام بالتعويض أساسا له في القوانين الداخلية، والاتفاقيات الثنائية.

– ضمان الحق في التعويض في القوانين الداخلية.

معظم الدول النامية وسعيها منها الى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية أكدت على الحق في التعويض بسبب نزع الملكية والتأميم، والمشرع الجزائري كغيره من الدول النامية أكد عليه في القوانين الخاصة بالاستثمار، سواء قبل الإصلاحات الاقتصادية¹، أو بعدها حيث ذهبت المادة 16 من الأمر (01-03) المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم على ما يلي: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على المصادرة تعويض عادل".

كما أكد الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل بالقانون 01/16 على هذا الحق في المادة 22 منه²: لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي وعادل ومنصف".

كذلك نصت المادة 23 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في فقرتها الثانية على: "ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

¹ - عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص 315.

² - طبقا للمادة 22 من دستور 1996 المعدل بالقانون 01/16 المؤرخ في 06/03/2016، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

الفرع الثاني: تقدير التعويض في القانون الجزائري.

نتناول كيفية تقدير التعويض عن نزع الملكية

– تقدير التعويض في القانون الداخلي.

وصف المشرع الجزائري في القانون رقم 277/63 التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية بالعدل¹، وبعد ذلك اعتمد المشرع على القيمة الصافية المحددة على أساس عناصر رأس المال الذي استرجعته الدولة².

ثم أصبح التعويض يحسب على أساس القيمة الحسائية للأسهم التي يمتلكها المستثمر الأجنبي بعد ما تبنت الدولة نظام الشركات المختلط بداية من عام 1982³.

وفي القانون رقم 19/86 اكتفى بالتأكيد على العدل والإنصاف في تحديد التعويض دون ذكر أي طريقة للتقييم.

وبعد انتهاج الدولة الجزائرية للإصلاحات اكتفى المشرع بالتأكيد على حق التعويض العادل والمنصف وترك باقي التفاصيل من ميعاد وطريقة التقييم وأساليب الدفع ليتم تنظيمها في الاتفاقيات الثنائية.

المطلب الثالث: حرية تحويل الأموال.

يعتبر ضمان تحويل الأرباح من أهم الضمانات المقدمة من طرف البلدان المضيفة للاستثمار الأجنبي وأهم الإجراءات التحفيزية المقدمة من أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لذلك جل التشريعات الخاصة بالاستثمار نصت على هذا الضمان من أجل طمأننة المستثمرين بإمكانية تحويل المبالغ المالية المستثمرة وكذا تحويل الأرباح ونتائج التنازل على المشروع الاستثماري⁴، لأن جل اهتمامات المستثمر الأجنبي هي تحويل الأرباح بحرية خارج الدول المضيفة للاستثمار.

الفرع الأول: مفهوم حرية تحويل الأموال.

يقصد بحرية تحويل الأموال ألا تكون هنالك شروط مقيدة تحد من تحويل أصول الاستثمار وعوائده إلى الخارج بالإضافة إلى تحويل النواتج الناتجة عن التنازل أو التصفية وباقي الإيرادات لأن المستثمر الأجنبي لا يهيمه تحقيق الأرباح بقدر ما يهيمه إمكانية تحويلها⁵.

وإذا كان الحق في تحويل الأموال من المسائل المهمة بالنسبة للمستثمر الأجنبي فهي تعتبر مشكلا كبيرا خاصة بالنسبة للدول النامية لحاجتها إعادة استثمار هذه الأموال التي يسعى المستثمر الأجنبي تحويلها إلى بلده الأصلي، لذلك عمدت بعض الدول إلى عدم منح الحرية المطلقة في عملية التحويل عن طريق خضوعها إلى الترخيص حتى تتم

¹ – المادة 6 من القانون 277/63 المؤرخ في 26 يوليو 1963 المتضمن قانون الاستثمار ج.ر. عدد 53 الصادرة في 02 غشت 1963.

² – المادة 8 من القانون 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمار ج.ر. عدد 80 الصادرة في 17 سبتمبر 1966.

³ – المادة 48 من القانون رقم 13/82 مؤرخ في 28 غشت 1982 يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط ج.ر. عدد 35 الصادر في 19 غشت 1982 معدل ومتمم بموجب القانون 13/86 المؤرخ في 19 غشت 1986 ج.ر. عدد 35 الصادرة بتاريخ 27 غشت 1986.

⁴ – قاضي فهمية، آليات ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2013، ص 33.

⁵ – لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص 23.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

مراقبة الصرف، فهناك تنظيمات نصت على أن يكون التحويل مجزءا وممتدا على عدة سنوات، وأخرى نصت على إمكانية التعليق المؤقت للتحويل خاصة عند وجود اختلالات كبيرة في ميزان المدفوعات، وبلدان أخرى أخضعت تحويل نتائج تصفية الشركات أو التنازل عن أسهم تلك الشركات إلى تراخيص من البنك¹.

الفرع الثاني: حرية تحويل الأموال في التشريع الجزائري.

كرس المشرع الجزائري حرية تحويل الأموال في معظم قوانين الاستثمارات الأجنبية بما فيها القوانين الصادرة قبل الإصلاح الاقتصادي، ففي ظل القانون رقم (82-13) المعدل والمتمم بالقانون رقم (86-13)²، المتعلق بالشركات مختلطة الاقتصاد، ولم يكن يمنح هذا الحق إلا للمستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني إعمالا لمعيار الجنسية رغبة من المشرع في تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية على الاستثمار في إطار الشركات مختلطة الاقتصاد.

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

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

ومن خلال هذه المادة نستنتج أن الأموال التي تكون موضوعا لعملية التحويل تتمثل في: رأس المال المستثمر، العائدات الناتجة عن استثمار رأس المال الأرباح الناتجة عن التنازل، أو تصفية المشروع الاستثماري حتى ولو فاقت هذه الأرباح قيمة رأس المال المستثمر، على ألا يمنح إلا للاستثمارات المنجزة بواسطة عملة صعبة حرة التحويل ومسعرة من طرف البنك المركزي³. والمادة 31 من الأمر (01-03) تطرقت فقط لموضوع التحويل دون تحديد الإجراءات وشروط التحويل التي تركتها للقانون (90-10) المتعلق بالنقد والقرض، حيث أن مجلس النقد والقرض لا يمكنه رفض التحويل إلا في حالة نقص الوثائق اللازمة، لأن دوره يقتصر فقط على التحقق من وجود كل الوثائق المطلوبة لإصدار رخص تحويل الأموال.

كما أكد الأمر (03-11)⁴ المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم على حق التحويل في المادة 126/ف1 منه التي تنص على ما يلي: "يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في

¹ - قادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار، دار مومة، 2006، ص 124.

² - قانون رقم (82-13)، يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، مرجع سابق

³ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 113.

⁴ - الأمر (03-11) المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم المؤرخ في 27 أوت 2003، ج.ر. عدد 62.

الفصل الأول ————— الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

الخارج مكتملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر..."، أما المادة 25 من القانون رقم 09/16 فقد كانت أكثر وضوحا وتفصيلا حيث نصت أن المستثمر الأجنبي له كامل الحرية في تحويل رؤوس الأموال المستثمرة في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر، وتساوي قيمة هذه الحصص أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الإجمالية للمشروع الذي أنجزه المستثمر الأجنبي.

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

أما الفقرة الأخيرة فقد جاءت على نفس صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 31 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم والتي تضمنت ضمان تحويل المداخيل الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى ولو كان هذا المبلغ يفوق رأسمال المستثمر في البداية.

المبحث الثالث: آليات الحماية القضائية.

إن الاعتماد على الوسائل القضائية وتسوية منازعات الاستثمار يعبر عن إعطاء الأولوية للطرق القانونية والرسمية في حل المنازعات إما في المحاكم الوطنية أو الدولية إلا إذا اتفق الأطراف على اختصاص محكمة معينة وعلى هذا الأساس، فإن حل منازعات الاستثمار ينعقد الاختصاص فيها للقضاء الوطني بناء على قوانين الاستثمار والنص عليه في مختلف الاتفاقيات المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، وبناء على اتفاق الأطراف على أن اللجوء إلى القضاء الظني في مجال الاستثمارات الأجنبية قد لا يطمئن إليه المستثمر الأجنبي، مما يجعله يطرق باب الوسائل القضائية الدولية التي يتق فيها أكثر من المحاكم الوطنية.

المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

تبرز أهمية القضاء الوطني كأولوية أولى في حسم نزاعات معاملات الاستثمار بهدف فرض الدول المضيفة سيادتها على مواردها، وهو ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية خاصة وأن كل الدول تريد الاحتفاظ بهذا الحق وفقا لمبدأ السيادة الوطنية.

الفرع الأول: اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

أكد ميثاق الأمم المتحدة للحقوق والواجبات الاقتصادية حق كل دولة في تنظيم وممارسة سلطاتها على الاستثمار الأجنبي بما يتوافق مع قوانينها الداخلية وهو ما استجابت له معظم الدول مؤكداً اختصاص القضاء الوطني في الفصل في منازعات الاستثمار¹، وهو ما نصت عليه المادة 17 من الأمر (01-03) من قانون الاستثمار الجزائري، وهو ما يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي التي تنص عليها المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري² بما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيماً بالجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري".

كما مد المشرع من ولاية القضاء الوطني ليشمل الالتزامات التي وقعت في خارج التراب الجزائري متى كان أحد أطرافها جزائرياً، وهو ما قضت به المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، كما أكدت المادة 24 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار بخضوع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر الأجنبي، أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً. ولم يكن قانون الاستثمار الكويتي أقل تأكيداً على حجية القضاء الوطني في فض منازعات الاستثمار الأجنبي بل اعتبره الجهة القضائية الوحيدة، على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم.

¹ - ربيعة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 212.

² - القانون رقم (09/08) المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

وتواصلت التأكيدات على أهمية اختصاص القضاء الوطني في مجال منازعات الاستثمار زيادة على ما أقرته هيئة الأمم المتحدة كان لمعهد القانون الدولي دورا في تعزيز هذا الموقف من خلال الدفاع في الدورة الثالثة والخمسون للمعهد المنعقدة في مدينة نيس بفرنسا في الفترة من 07 إلى 17 سبتمبر 1967 من طرف الأستاذ "فلادوا" حيث اعتبر خضوع منازعات الاستثمار إلى القضاء الدولي من شأنه أن يحدث التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني¹. وأمام هذه التركيبة للقضاء الوطني كوسيلة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي تشكلت قناعة لدى المستثمر الأجنبي بضرورة تقبل مناخ الاستثمار في الدول المضيفة بكل جوانبه بما في ذلك النظام القضائي الذي يحكمها.

الفرع الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.

إن مسألة حل منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي نتيجة إخلال أحدهم بالتزاماته التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة سواء بنص تشريعي أو اتفاقي أمرا سيجعل المستثمر الأجنبي في وضع مماثل للمستثمر المحلي على اعتبار علمه بالقواعد القانونية، وإتقانه التعامل بها، إلا أن هذا الأمر قد يثير بعض الإشكاليات؛ خاصة عندما يخلق المستثمر الأجنبي أعدارا من أجل التهرب من القضاء الوطني إلى وسائل بديلة لحل النزاع ربما يراها أكثر ضمانا.

ولعل أهم المبررات والأسباب وأكثرها انتشارا لاستبعاد القضاء الوطني هي:²

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

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

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

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

المطلب الثاني: حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

يعد إخضاع النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلى التحكيم من الآليات والضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلاد النامية، لأنها عامل مشجع على الاستثمار، كما أن التحكيم يجعل المنازعات التي تحدث بين الدول المضيفة والمستثمر تفلت من اختصاص القضاء³.

¹ - رفيقة مقصوري، مرجع سابق، ص 213-214.

² - نفس المرجع، ص 215.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 215.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

ومعلوم أن المستثمر الأجنبي عندما يلجأ إلى القضاء الوطني (الداخلي) دائما ما يخشى اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع، وعادة ما يبدي تخوفاته من محاكم قضائية لا يعرفونها ويجهلون إجراءات التقاضي فيها، وتأثر القاضي الوطني بالأيديولوجية السائدة في الدولة المضيفة للاستثمار من جهة، ومن جهة أخرى تخوفهم من كفاءة القاضي الوطني بالنظر في المسائل التقنية والقانونية الكثيرة التعقيد لذلك يفضل المستثمر الأجنبي التحكيم الدولي لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي.

نصت م (1039) من ق.إ.م.إ. على: "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري يتحدث عن التحكيم الدولي فقرر في هذا الخصوص بأن التحكيم التجاري الدولي وفقا لهذا القانون يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل¹. أما القانون المصري وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم، فإن التحكيم يكون دوليا إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية²، وبهذا يكون التحكيم دوليا وفقا للقانونين الجزائري والمصري إذا تعلق بعلاقة تجارية أساسها المعيار الاقتصادي، أي انتقال الأموال والخدمات، والقيم الاقتصادية عبر الدول.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

كغيرها من الدول النامية خاصة منها التي تبنت النهج الاشتراكي، كان موقف المشرع الجزائري، معاديا للتحكيم، إلا أن هذا الموقف تلاشى خاصة في ظل الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها البلاد وانضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1988³ حيث بدأت الجزائر تسائر الوضع الجديد بتغيير نظامها القانوني من أجل استقطاب رؤوس الأموال عن طريق توفير مناخ قانوني مريح للمستثمر الأجنبي، فأدرجت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل خاص بالتحكيم طبقا للمرسوم التشريعي (93-09) أين اعتمد المشرع التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

ومن ثمة أحاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، وهو ما تم التنصيص عليه في قانون الاستثمار (16-09) في مادته رقم 24. كما اعترف المشرع الجزائري بتنفيذ أحكام التحكيم في ق.إ.م.إ. في مادته (1051)، خاصة وأن فعالية التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار تتوقف على قدرة تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا ما قيمة اللجوء إلى التحكيم إذا لم توجد آلية لتنفيذه.

¹ - سائح سنقوفة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "نصا - شرحا - تعليقا - تطبيقا"، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار هومة، 2011، ص 1219.

² - لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 28.

³ - المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ على اتفاقية نيويورك، ج.ر عدد 48 لسنة 1988.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

ويمكن اللجوء إلى التحكيم بناء على إدراج بند في نصوص عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، أو في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي باللجوء إلى التحكيم¹.

كما يتم اللجوء إلى التحكيم بناء على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف مع المستثمرين الذين ينتمون إلى الدول المصادقة على هذه الاتفاقيات وهو ما نصت عليه المادة 17 من الأمر (03-01) من قانون الاستثمار الجزائري، كما أقر المشرع على التحكيم كطريقة من طرق حل المنازعات بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي بموجب القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 24 منه².

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

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

الفرع الثالث: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الإستثمار.

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

- يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ الاجراءات اللازمة لسرعة الفصل في النزاع بناء على إرادة الأطراف، كما أن مدة التحكيم يمكن تحديدها والتحكم فيها؛
- يعطي نظام التحكيم للأطراف كامل الحرية في اختيار القضاة (المحكمين) المؤهلين وذوو الخبرة والمعرفة اللازمة لموضوع النزاع، كما أن نظام التحكيم يمكن الأطراف بالإضافة إلى اختيار الإجراءات اللازمة لإختيار القانون الواجب التطبيق بناء على إرادة الأطراف، وهو ما لا يمكن أن يوفره القضاء العادي؛
- التحكيم يبدد الخوف للمستثمر الأجنبي من انحياز القضاة إلى الدولة المضيفة؛
- كما أن التحكيم يمكن الحفاظ على السرية، خلافا لمبدأ العلنية الذي يقوم عليه القضاء العادي، وهو أمر يجده المستثمر حفاظا على الأسرار المرتبطة بالعقد، والتكنولوجيا المصاحبة له، وحتى لا تتعرض مراكزهم المالية والاقتصادية للمساس أو الاهتزاز³؛

¹ - أوصيف إيمان، مرجع سابق، ص 42.

² - فاطمة الزهراء رواجية، أحلام جفالية، مرجع سابق، ص 124.

³ - رفيقة قصوري، مرجع سابق، ص 233.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

- كما أن المحكم لا يشترط أن يكون رجل قانون حتى يكون أهلا لحل النزاع لأن الأطراف بإمكانهم اختيار محكم ذا خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، لذلك يسهل عليه فهم طبيعة النزاع دون الاستعانة بخبراء كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الوطني، وكذا الدخول في متاهة الخبرة المضادة مما يطيل في أمد التحكيم، وكما أن طبيعة منازعة التجارة الدولية عموما تتسم بطابع فني معقد لا يفهمها إلا خبير فني له دراية بالعوادات التجارية، وكذا النواحي النفسية للمتعاملين لذلك يمكن تفسير العقد تفسيراً صحيحاً يعبر عن إرادة الأطراف فعلاً.

رغم هذه المزايا وانعكاسها بشكل إيجابي في توسيع التحكيم وانتشاره كوسيلة مفضلة لحل منازعات الاستثمار، إلا أنه تعرض للنقد من طرف المتمسكين بأولوية القضاء الوطني لحل وتسوية منازعات الاستثمار. حيث أسس البعض معارضته على اعتبار أن القضاء سلطة من سلطات الدولة ولا يمكن أن تترك في متناول الأفراد وإلا سيطرت القوى العظمى على حقوق الدول النامية لأنها الطرف الضعيف في العلاقات الاقتصادية. وساق البعض الآخر حججه على أن نظام التحكيم لا يكون دوماً سريعاً وأقل كلفة من القضاء العادي، خاصة إذا لم تحسن هيئة التحكيم تنظيم وقتها كما أن الأطراف يتحملون الأعباء المالية للتحكيم كاملة على خلاف القضاء الوطني أين يدفعون رسوم رمزية لرفع دعواهم.

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

ورغم هذه الانتقادات التي تواجه نظام التحكيم الدولي، إلا أنها لم تجرده من أهميته ولم تفقده ميزاته بل زاد في انتشاره على المستوى الدولي وأصبح من أهم الأنظمة لحل وتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

¹ - ربيعة قصوري، مرجع سابق، ص 235.

الفصل الأول — الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

خلاصة الفصل الأول:

لقد أدرك المشرع الجزائري في القانون المتلاحقة المتعلقة بالإستثمار في الجزائر بداية من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار و بعده الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل و المتمم بالأمر 08/06 وأخيرا القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار الذي ألغى أحكام الأمر 03/01 أن استقطاب رؤوس الأموال خاصة منها الأجنبية لا بد أن يصاحبه توفير مجموعة من الضمانات تمنح للمستثمر الأجنبي تتمثل في توفير الوسائل والآليات التشريعية لحماية الإستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تعترض طريق المستثمر الأجنبي، هذه الآليات والوسائل تتمثل في ضمان حرية الإستثمار و ضمان المساواة بين المستثمرين وكذا استقرار القوانين، بالإضافة إلى عدم نزع ملكية المشروع الإستثماري إلا بتعويض عادل و منصف، مع ضمان حرية تحويل الأموال إلى الخارج، بالإضافة إلى الضمانات المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار عن طريق القضاء الوطني أو اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

الفصل الثاني

الآليات الدولية لحماية

المستثمر الأجنبي

الفصل الثاني: الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي.

تمهيد:

علاوة على الآليات الداخلية التي أقرها المشرع الجزائري في القانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار، كانت الجزائر قد انضمت إلى أنظمة ومؤسسات الضمان الإقليمية والدولية المقررة لضمان تأمين الإستثمار وذلك بعد صدور المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار، حيث توجد إتفاقيتين للضمان على مواجهة ما يمكن أن يعترض المستثمر من مخاطر غير تجارية، وذلك بإقرار نظام تأمين خاص يختلف عن شركات التأمين الخاصة وحتى العمومية؛ هاتين الإتفاقيتين هما إتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وإتفاقية العربية لضمان الإستثمار، وكذا إتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات.

فقد أدى ظهور مؤسسات وهيئات دولية وإقليمية تعمل على تعزيز حركة رؤوس الأموال من منطقة إلى أخرى، وتحميها من الأخطار غير التجارية التي يمكن أن تتعرض لها¹، يطرح التساؤل حول سبب ظهور جهاز دولي لحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية في ظل وجود أجهزة وطنية قائمة على ذلك في معظم الدول المصدرة لرأس المال.

فبالنسبة للدول التي لا تملك أجهزة لحماية مستثمريها وأموالهم في الدول المضيفة، فإنها تحقق هذه الحماية عن طريق هذه الهيئات والأجهزة غير الوطنية، أما الدول المصدرة لرأس المال وتملك نظم وطنية لحماية استثمارات مواطنيها فقد اعتمدت على هذه الهيئات والأجهزة غير الوطنية للتخفيف من الطابع السياسي لحماية الاستثمار، ذلك أن كثير من الدول النامية المضيفة للاستثمار لا تقبل نظام ضمان الاستثمار الذي تقوم به هيئة وطنية تابعة لدولة مصدرة لرأس المال، كما أن الهيئة غير الوطنية لحماية الاستثمار تضم الكثير من الدول المصدرة والمضيفة للاستثمار والتي تحكمها إتفاقية واحدة تلزم بها كل الأطراف، في حين أن الهيئات والأجهزة الوطنية لحماية وضمان الاستثمار تضطر إلى أن تعقد إتفاقيات ثنائية كثيرة مع الدول المضيفة، كما أن المخاطر في الهيئات غير الوطنية يتم توزيعها على الدول الأعضاء بما في ذلك النفقات الإدارية، على عكس الهيئة الوطنية التي تتحمل وحدها هذه الأعباء.

وكذلك يمكن لهيئات الضمان غير الوطنية (الدولية) إعادة التأمين على الاستثمارات التي تضمنها أجهزة الضمان الوطنية، وبالتالي فإنها تخفف العبء من عمليات الحماية والضمان على الدول المصدرة لرأس المال²، كما أن فكرة الحماية غير الوطنية بالنسبة للدول المضيفة ساعدها على جذب رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية، أما المستثمرين أنفسهم فهم يجذبون إنشاء نظام دولي يحمي استثماراتهم من أخطار تعود أساسا للدولة المضيفة³، ويقدم لهم ضمانا دوليا يكفل حماية استثماراتهم وقد جاءت إتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (المبحث الأول)، وإتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (المبحث الثاني).

¹ - فرحات وهيب، أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 11.

² - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي _ المعوقات والضمانات القانونية _ مركز دراسة الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 50.

³ - إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1971، ص 144.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

والمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (المبحث الثالث) كتجسيد للمجهود الدولي الجماعي، وتوفير المناخ الإستثماري الملائم.

المبحث الأول: الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون التعاون الاقتصادي سنة 1948 الذي أنشأ نظام ضمان الاستثمارات الأمريكية الخاصة في غرب أوروبا ضد مخاطر منع تحويل العملة، ثم تطور هذا النظام من حيث نطاقه وإدارته وآلياته¹، ورغم ما وجه لهذا النظام من نقد إلا أنه صمد وتوسع وأصبح عاملاً إضافياً في مساندة رأس المال الخاص في الخارج وحمايته ووقايته من المخاطر السياسية، خاصة أن الولايات المتحدة الأمريكية تحل محل المستثمر الذي يصيبه الضرر.

ومع مرور الوقت تحولت إلى فكرة دولية تدعو إلى نظام ضمان دولي تجسدت ملامحه في مبادرة لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا سنة 1957، حيث اقترحت إنشاء صندوق للضمان والمعونة المالية، يغطي الاستثمارات الأوربية في إفريقيا ضد المخاطر السياسية تقوم بتنفيذه هيئات وطنية تعيد التأمين لدى وكالة ضمان أوربية تنشأ لهذا الغرض².

كما قدمت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية تقرير يتضمن إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمارات إلى البنك الدولي، وفي سنة 1973 قدم البنك الدولي ثلاث مسودات مشاريع لاتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الدولي إلى حكومات الدول الأعضاء في البنك الدولي، غير أن الأمر لم يتم بسبب التأخر في الرد من جهة وامتناع بعض الدول عن الرد من جهة أخرى.

وفي سنة 1981 قام بإحياء الفكرة من جديد لإنشاء الوكالة الدولية للاستثمار، وتم إقرار مشروع الاتفاقية من قبل مجلس محافظي البنك الدولي في أكتوبر 1985 حيث دعيت جميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا للتوقيع عليه³، وتقرر أن هذه الاتفاقية تصبح سارية المفعول بعد التصديق عليها من قبل خمس دول من الدول المتقدمة وخمسة عشر دولة من الدول النامية بشرط أن تبلغ المساهمات مجتمعة ثلث (3/1) رأس مال الوكالة، وأصبحت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁴ سارية المفعول

¹ - إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص 144.

² - نفس المرجع، ص 21.

³ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 147.

⁴ الاتفاقية المنشقة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار التي تأسست بموجب اتفاقية سيول 11 أكتوبر 1985، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (95-345) مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر. عدد 66 سنة 1996.

المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار

تم دخول المعاهدة المتعلقة بإنشاء الوكالة حيز التنفيذ في 12 أبريل 1988 بعد المصادقة عليها من طرف الدول الأعضاء، ونتطرق في هذا المطلب إلى كل من الطبيعة القانونية للوكالة الدولية لضمان الاستثمار وكذلك الإطار القانوني لها.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة وعلى وجه الخصوص بأهلية التعاقد، تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها، واتخاذ الإجراءات القضائية¹، كما لها شخصية متميزة عن شخصية الأعضاء المؤسسين وتملك ذمة مالية مستقلة، ورأس مال خاص بما حتى تتمكن من إصدار ضمانات باسمها وحسابها الخاص²، حتى تتمكن من تحقيق الهدف الأساسي من وراء إنشائها والتمثل في تدفق الاستثمارات الأجنبية خاصة نحو الدول النامية وهو ما نصت عليه المادة 02 من اتفاقية الوكالة في فقرتها الثانية بقولها: "هدف الوكالة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير".

أما ضمان المخاطر غير التجارية الذي تقدمه الوكالة لحماية الاستثمارات الأجنبية فهو وظيفة من وظائفها ولا يعتبر هدفا بحد ذاته، لذلك تسعى دائما لإزالة المعوقات التي قد تعيق تدفق الاستثمارات، كما تقوم بالتنسيق مع الهيئات الأخرى المتعلقة بالاستثمار وتشجيعه مثل المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مما يحقق الهدف الرئيسي وهو تشجيع الاستثمار وتجنب الازدواجية في أنشطة مؤسسات الضمان والحماية الدولية والإقليمية.

وللوكالة رأسمال خاص قد حدد سقفه ب بليون دولار أمريكي (ألف مليون دولار أمريكي)³ من حقوق السحب الخاصة، موزعة على مائة ألف سهم قيمة كل سهم عشرة آلاف من حقوق السحب الخاصة، ورأس مالها قابل للزيادة في أي وقت تطرح الأسهم للاكتتاب من قبل الدول الأعضاء مع مراعاة الحد الأدنى للاكتتاب الذي حددته المادة 06 ب 50 سهما أي خمسمائة ألف من حقوق السحب الخاصة، حيث يدفع كل عضو 10% فقط نقدا من قيمة الأسهم المكتتبه خلال 90 يوما و 10% أخرى في شكل سندات إذنية غير قابلة للتحويل ومغفأة من الفوائد، يتم صرفها بقرار من مجلس الإدارة عند الضرورة يمكن دفعها نقدا إذا احتاجت الوكالة عند الحاجة، هذا وتدفع قيمة الأسهم بالعملة الصعبة على أنه يمكن للدول النامية الدفع بعملاتها المحلية بنسبة لا تتجاوز 25% من 1% التي تدفعها نقدا⁴.

¹ - أنظر المادة 01 فقرة (ب) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

² - أنظر المادة 05 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، نفس المرجع.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 428.

⁴ - المرجع نفسه، ص 429.

الفصل الثاني _____ الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

الفرع الثاني: الإطار التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

سنتناول هذا الفرع من خلال أولا العضوية في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار وثانيا هيكل ومقر الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

أولاً: العضوية في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

جعلت الاتفاقية العضوية مفتوحة لكل الدول الأعضاء في البنك بالإضافة إلى سويسرا، غير أن هذا لا يعني أن أي دولة عضو في البنك مجبرة أن تكون عنصراً في الوكالة و أعضاؤها منقسمون إلى قسمين: قسم أو طائفة محددة في الجدول (أ) من الاتفاقية تضم الدول المتقدمة، وهي الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة وأستراليا واليابان وكندا وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية وهي أعضاء أصلية أما دول الطائفة الثانية وهي تضم الدول النامية ومنها الصين والهند والدول العربية، ودول وسط جنوب أمريكا اللاتينية هذا ويمكن انسحاب الأعضاء من الوكالة بعد انقضاء 03 سنوات على الانضمام إليها¹، كما يمكن وقف عضوية دولة ما عند إخلالها بالتزاماتها² مع بقائها مطالبة بتنفيذ التزاماتها³.

وتنتهي عضوية العضو الموقوف تلقائياً بعد سنة من تاريخ وقفه ما لم يقرر مجلس المحافظين مدة فترة الوقف وإلغائها⁴.

ثانياً: هيكل ومقر الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

يتكون هيكل الوكالة الدولية لضمان الاستثمار من مجلس محافظين، ومجلس إدارة ورئيس وموظفين وهذا حسب نص المادة 31 من اتفاقية سيول، حيث يعتبر مجلس محافظي الوكالة الجهاز الموسع لهذه المنظمة، وهو يتألف من محافظ ونائب له عن كل دولة عضو م(31/ب)، ومهام المجلس محددة في الفقرة الأولى من المادة 31 التي تخوله جميع السلطات عدا السلطات الممنوحة بشكل محدد لجهاز آخر من أجهزة الوكالة كما تسمح الاتفاقية بأن يفوض مجلس المحافظين بعض سلطاته دون غيرها، ودورات مجلس المحافظين سنوية مع إمكانية عقد دورات استثنائية بطلب منه أو بطلب من مجلس الإدارة، على أن يقدم طلب هذا الأخير من طرف 05 أعضاء أو عدد منهم يمثلون 25% من مجموع الأصوات م(7/31).

أما مجلس الإدارة فهو الجهاز التنفيذي للوكالة، يتكون من 12 عضواً على الأقل يرأسه مدير البنك الدولي الذي لا يشترك في التصويت إلا عند تعادل الأصوات، أما دورات المجلس فتكون إما بدعوة من رئيسه أو بطلب من ثلاثة أعضاء المجلس، مع العلم أن أعضاء مجلس الإدارة منتخبون من طرف مجلس المحافظين (المادة 41/أ).

¹ - أنظر المادة 51 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، مرجع سابق .

² - أنظر المادة 52 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، نفس المرجع

³ - أنظر المادة 53 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، نفس المرجع.

⁴ - أنظر المادة 52/ب من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، نفس المرجع.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

ومقر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار حسب المادة (36/أ) فيقع في مدينة واشنطن، بمقاطعة كولومبيا، إلا إذا قرر مجلس المحافظين غير ذلك، كما يمكن للوكالة أن تنشئ لها مكاتب أخرى في أماكن أخرى عندما تقتضي ضرورة عملها ذلك.

المطلب الثاني: عملية حماية وضمان الاستثمار في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

تناولت اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، الاستثمارات الصالحة للضمان، وكذا المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها هذه الاستثمارات¹، لذلك سنقوم في هذا المطلب بتناول كل الاستثمارات الصالحة للضمان والمستثمر الصالح للضمان وكذلك المخاطر التي تغطيها الوكالة.

الفرع الأول: الإستثمارات الصالحة للضمان.

تناولت اتفاقية سيول الاستثمارات الصالحة لضمان الوكالة في المادة 12 ومن تلك الاستثمارات، القروض الطويلة والقروض متوسطة الأجل، ومشروعات الاستثمار المباشر، وكذلك الاستثمارات التي يوافق عليها مجلس الإدارة².

كما تمكن اتفاقية سيول مجلس الإدارة أن يقدم الحماية والضمان على كل أنواع الاستثمارات ما عدا القروض التي لا ترتبط باستثمار تكون الوكالة قد ضمنته أو عزمت على ضمانه، كما تحمي الوكالة وتضمن الصادرات التي لها علاقة مباشرة باستثمار ضمنته، مما يعني أن الوكالة لا تضمن ولا تحمي الصادرات إذا كانت لا تسهم في الاستثمارات التي تكون الوكالة قد ضمنتها كما لا تضمن إلا الاستثمارات الجديدة، غير أنه يمكن للوكالة ضمان وحماية الاستثمارات التي تهدف إلى تطوير استثمار موجود، أو إعادة استثمار الأرباح المترتبة على استثمار قائم إذا كان من الممكن تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة.

وحتى تحافظ الوكالة على فعاليتها في ميدان الاستثمار فهي تقتصر على ضمان الاستثمارات المتسمة بالسلامة الاقتصادية، والتي تساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار. كما أن الوكالة لا تحمي ولا تضمن الاستثمارات الأجنبية إلا بعد التأكد من وجود مناخ ملائم للاستثمارات في الدول المضيفة وفي وجود ضمانات كافية لحمايته ومعاملته معاملة عادلة.

الفرع الثاني: المستثمر الصالح للضمان.

أما عن المستثمرين الذين تقبل الوكالة ضمان وحماية استثماراتهم فيجب أن يكون شخصا طبيعيا من دولة عضو غير الدولة المضيفة*، أما الأشخاص الاعتبارية فيشترط أن تكون قد تأسست في دولة عضو دون الدولة المضيفة، أو يوجد مقر أعمالها الرئيسي في الدولة العضو، أو أن يكون أغلبية رأسماله مملوكة من طرف عضو أو أكثر أو لمواطنيها، ودون أن يكون هذا العضو ينتمي إلى الدولة المضيفة كما أن الضمان يشمل الأشخاص الاعتبارية العمومية والخاصة ما دامت تقوم بنشاط تجاري (م/13/3) وحسب المادة 13/ج فهناك استثناءً على شرط إلزامية

¹ - قاضي فطيمة، مرجع سابق، ص 64.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 435.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

أن يكون المستثمر أجنبياً عن الدولة المضيفة للاستثمار وذلك عندما يقوم مواطنو الدولة المضيفة للاستثمار، أو أي شخص معنوي (اعتباري) يمتلكه مواطنوها بتحويل الأصول من الخارج شرط موافقة مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الموصوفة، خاصة وأن العديد من رعايا الدولة المضيفة للاستثمار يقيمون في الخارج ويملكون أموالاً كثيرة يمكن استثمارها في بلدانهم الأصلية¹.

الفرع الثالث: المخاطر التي تغطيها الوكالة (الصالحة للضمان).

عالجت المادة 11 من اتفاقية الوكالة موضوع المخاطر الصالحة للضمان لدى الوكالة، وذكرت أربع أنواع من تلك المخاطر مع السماح للوكالة بتغطية أنواع أخرى تجارية بناءً على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، وموافقة مجلس إدارة الوكالة بالأغلبية الخاصة².

أولاً: المخاطر المتعلقة بتحويل العملة.

ويقصد بها تقييد الدولة المضيفة للاستثمار للمستثمر من تحويله لثمار استثماره، ونتائج تصفية ذلك الاستثمار إلى الخارج، وكذلك يشمل عدم القدرة على تحويل العملة المحلية إلى عملة أجنبية، وعدم القدرة على نقل الأموال إلى الخارج وكذلك تلاعب الدولة المضيفة بمعدلات الصرف بالشكل الذي لا يؤثر على المستثمر الأجنبي ويجرمه من الاستفادة من ثمار ونتائج تصفية استثماره، والمادة 11 تناولت جميع صور هذه المخاطر.

ثانياً: خطر التأميم والإجراءات المماثلة له.

وهو ثاني الأخطار التي تغطيها الوكالة وذلك حسب المادة 11 من اتفاقية الوكالة وهو أي إجراء تتخذه الدولة المضيفة من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكية المشروع الاستثماري أو الإنقاص منها أو الإضرار بمنافع أساسية لاستثماره³.

ولا تعتبر من عمليات نزع الملكية الإجراءات العادية غير التمييزية التي ترمي من خلالها الدولة المضيفة، تنظيم سياستها الاقتصادية.

ثالثاً: خطر الإخلال بعقد الاستثمار.

ويتمثل في نقض الدولة المضيفة لعقد بينها وبين المستثمر الأجنبي الذي تضمنه الوكالة، أو إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وقد حددت المادة 11 ثلاث حالات هي:

- عدم وجود هيئة (قضائية أو تحكيم) يلجأ إليها المستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة المضيفة؛
- إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الادعاء في مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان وفق لوائح

الوكالة؛

*- وفي حالة تمتعه بأكثر من جنسية فإن جنسية الدولة العضو تجب الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة غيرها من الدول الأعضاء.

1- قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 438.

2- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 440.

3- سالم ليلي، مرجع سابق، ص 165.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

- إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصادر من الهيئة لصالحه.

وفي جميع الأحوال، لا يكون باستطاعة المستثمر الأجنبي الحصول على حقوقه نتيجة إخلال الدولة المضيفة بعقد الاستثمار المبرم بينهما.

رابعاً: خطر الحروب والاضطرابات المدنية.

يدخل في هذا النوع من المخاطر، الثورات، الحروب، التمرد، الانقلابات، وعموماً الأحداث السياسية التي تخرج عن سيطرة الدولة المضيفة.

أما مخاطر الإرهاب فلا تغطيها الوكالة إلا بتوسيع الضمان وفقاً للمادة (11/ب)، والتي أجازت صلاحية ضمان مخاطر غير تجارية أخرى بطلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة وبموافقة مجلس الإدارة بالأغلبية التامة، واستبعدت الفقرتان (ب) و (ج) من المادة 11 من الضمان الخسائر الناتجة عن أحداث وقعت قبل إبرام عقد الضمان، أو عن إجراء تتخذه الحكومة المضيفة كان المستثمر قد وافق عليه أو كان مسؤولاً عن اتخاذه أو عن مخاطر تخفيض قيمة العملة.

المطلب الثالث: تسوية المنازعات.

سنحاول التعرض لحل المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية وتطبيقها (الفرع الأول) ثم أنواع المنازعات التي تعرض على الوكالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية وتطبيقها.

يمر النزاع بين أحد أطراف الوكالة والوكالة ذاتها بمرحلتين هما:

أولاً: عرض النزاع على مجلس الإدارة.

يتم عرض النزاع على مجلس الإدارة للنظر فيه، ويمكن لأي دولة طرف في النزاع غير ممثلة في المجلس إيفاد مندوب ممثل لها لحضور جلسات النزاع.

ثانياً: عرض النزاع على مجلس المحافظين.

حيث يمكن لأي طرف في النزاع طلب إعادة عرضه على مجلس المحافظين، أين يكون قرار مجلس المحافظين نهائياً، غير أن الوكالة يمكنها تنفيذ قرار مجلس الإدارة إلى حين صدور قرار مجلس المحافظين.

الفرع الثاني: أنواع المنازعات التي تعرض على الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

يمكن التمييز بين: أولاً المنازعات بين الوكالة وأي عضو من أعضائها أو إحدى مؤسساته وبين الوكالة ودولة فقدت عضويتها أو إحدى مؤسساتها وثانياً المنازعات التي تكون الوكالة فيها خلفاً للمستثمر أو أحد الأعضاء.

الحالة الأولى:

حسب نص المادة (51/أ) يتم حل النزاعات المدرجة في الحالة الأولى باتباع الإجراءات المنصوص عليها في الملحق الثاني باتفاقية سيول.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

أولاً: المفاوضات.

يجب أن يتم حل النزاع بالمفاوضات في ظرف 120 يوماً من تاريخ المطالبة به، وإذا فشلت المفاوضات، يتم اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم.

ثانياً: التوفيق.

إذا تم اختيار التوفيق لحل النزاع، يمكن لطرفي النزاع تحديد اسم الموفق، وإذا لم يتوصلا إلى تحديد اسم الموفق، يحق لهما أن يطلبوا من الأمين العام للمركز الدولي لحل النزاعات بين الدول ورعايا دول أخرى أو رئيس محكمة العدل الدولية تعيين موفّق، وإذا لم يعينه خلال 90 يوماً من الاتفاق على التوفيق، فإن إجراءات التوفيق تعتبر منتهية، ويتم اللجوء إلى التحكيم.

وإذا تم تعيين الموفق يقوم هذا الأخير بتحديد القواعد الخاصة بإجراءات التوفيق، وفقاً للقواعد المنصوص عليها في اتفاقية لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا دول أخرى¹، هذا إذا لم يتفق الطرفان أو لم ينص الملحق الثاني خلاف ذلك.

وإذا لم يتفق الطرفان خلاف ذلك، يقوم الموفق خلال 180 يوماً من تاريخ تعيينه بإعداد تقرير حول النزاع وتقديمه إلى الأطراف لإبداء الرأي، وإبلاغ الطرف الآخر خلال 60 يوماً من استلامه التقرير من الموفق ولا يمكن لأي طرف اللجوء إلى التحكيم خلال إجراءات التوفيق إلا في الحالات التالية:

- إذا لم يقدم الموفق تقريره خلال مدة 180 يوماً، أو إذا لم يوافق الأطراف على جميع اقتراحات الموفق خلال مدة 60 يوماً من تسلم التقرير؛

- إذا لم يتمكن الطرفان بعد تبادلها وجهات النظر حول التقرير من تسوية جميع المسائل موضوع النزاع، كذلك إذا لم يقدم أحد الطرفين إبداء رأيه في التقرير في مدة 60 يوماً.

وأتعاب الموفّق إذا لم يحددها الطرفان فتحدد من طرف المركز الدولي لحل النزاع بين الدول ورعايا دول أخرى.

ثالثاً: التحكيم.

تبدأ إجراءات التحكيم بإخطار أحد طرفي النزاع الطرف الآخر مع إرفاق إخطاره بتحديد طبيعة النزاع ومطالبه واسم المحكم الذي عينه، على أن يرد الطرف الآخر على الإخطار خلال 30 يوماً مع تعيين المحكم المختار من طرفه، وبعد ذلك يقوم الطرفان خلال 30 يوماً من تعيين المحكم الثاني بتعيين محكم مرجح يقوم برئاسة هيئة التحكيم، وإذا لم يتم تعيين هيئة التحكيم خلال سنتين (2) من تاريخ الإخطار يتولى الأمين العام للمركز الدولي لحل النزاعات بين الدول ورعايا دول أخرى بناءً على طلب مشترك من طرفي النزاع أما إذا لم يتقدم طرفي النزاع بالطلب أو لم يعين الأمين العام المحكم خلال 90 يوماً من الطلب يحق لأي طرف من أطراف النزاع أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية إجراء ذلك التعيين (م/4ب من الملحق الثاني الموثق باتفاقية سيول) وعند بداية النظر في النزاع لا يجوز

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 444.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

تغيير أي محكم إلا في حالة الاستقالة أو الوفاة أو العجز، عندئذ يتم تحديد محكم جديد بنفس إجراءات تحديد المحكم الأول.

وانعقاد هيئة التحكيم يكون بأمر من رئيسها أما المرات التالية فتكون بأمر من الهيئة، والإجراءات عند غياب نص الملحق الثاني واتفاق الأطراف على غير ذلك فيحدد من طرف الهيئة بناءً على قواعد اتفاقية تسوية النزاعات بين الدول ورعايا دول أخرى.

والهيئة تفصل في مدى اختصاصها إلا إذا أثير اعتراض أمامها حول اختصاصها استناداً على اختصاص مجلس الإدارة أو مجلس المحافظين حسب نص المادة 56 أو اختصاص هيئة قضائية أو هيئة تحكيم محددة بالاتفاق حسب نص المادة 01 من الملحق عندئذ يرفع الاعتراض إذا كان جدياً إلى مجلس المحافظين أو مجلس الإدارة، أو الهيئة المدعى باختصاصها بحسب الحال وتوقف الإجراءات التحكيمية إلى حين صدور قرار بهذا الخصوص ويكون هذا القرار ملزماً لهيئة التحكيم.

أما القانون المطبق فحدده المادة 4/4 من الملحق الثاني المرفق باتفاقية سيول، والقرار التحكيمي يصدر بأغلبية الأصوات، نهائياً وملزماً للأطراف المادة 4 من الملحق الثاني وعند التنازع حول تفسير قرار التحكيم أو تحديد نطاقه يطلب من رئيس الهيئة تفسيره خلال 60 يوماً من تسلم الطلب، وعن تعذر إنعقادها، يتم تعيين هيئة جديدة ويكون من حقها إصدار قرار وقف تنفيذ قرار التحكيم إلى حين البث في تفسيره.

وأتعاب المحكمين عند غياب اتفاق الأطراف يكون على أساس القواعد المتبعة من طرف المركز الدولي لحل النزاعات بين الدول ورعايا دول أخرى.

الحالة الثانية

المنازعات التي تنور بين الوكالة بصفتها خلفاً للمستثمر وعضو من الأعضاء أو إحدى مؤسساته، يتم حل النزاع بعدة طرق منها:

وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الملحق الثاني المرفق باتفاقية سيول أو وفقاً لإجراءات بديلة يتم النص عليها في اتفاق يبرم بين الوكالة والعضو المعني يتعلق بإجراءات بديلة لتسوية النزاعات، لكن يجب الحصول على موافقة مجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة ومن الأمثلة عن الإجراءات البديلة:

كأن ينصُ الاتفاق على قيام الوكالة باللجوء إلى الإجراءات المقامة للحصول على حقها وفقاً لقوانين الدولة المضيفة، وعدم اللجوء إلى التحكيم إلا إذا لم تحصل على حقوقها من تلك الإجراءات البديلة خلال مدة معينة على أن يتضمن الاتفاق للوكالة معاملة عند اللجوء إلى التحكيم لا تقل عن معاملة منحها الطرف المعني إلى مؤسسة أخرى لضمان الاستثمار، كما يمكن أن يحتوي الاتفاق على طرق أخرى خلاف التحكيم منها الحصول على رأي استشاري من محكمة العدل الدولية منه.

المبحث الثاني: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

ظهرت فكرة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في المؤتمر العربي لتنمية الصناعة في مارس 1966 بدولة الكويت، حيث يتم تكليفها لإعداد مؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل العرب إمكانية وضع اتفاقية لضمان الاستثمارات في البلاد العربية تشجيعاً للاستثمار فيها وكذلك لحاجة البلاد العربية للأموال لتنمية اقتصادها. وقد تولى الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية بإعداد تقرير بعنوان "نحو اتفاقية لضمان الاستثمارات العربية"، رفعه إلى خبراء التمويل العرب في اجتماعهم المنعقد في الكويت عام 1967، ولقد لقي هذا التقرير قبولا لدى الخبراء العرب.

وفي نوفمبر 1968 أتم الصندوق مشروع الاتفاقية الخاصة بإنشاء شركة عربية لضمان الاستثمار، وفي مارس 1970 إنعقد المؤتمر الثاني لخبراء التمويل العرب في الكويت، حيث تم مناقشة المشروع المقدم وتم إقراره مع بعض التعديلات، وبعد صياغته تم إرساله إلى الدول العربية تمهيدا لتوقيعه¹. وفي ماي 1971 تم التوقيع على هذه الاتفاقية بالكويت من جانب كل من الأردن، السودان، الكويت، سوريا، ومصر ثم توالى التوقيعات من كل من أبو ظبي، لبنان، العراق، قطر، المغرب، الجزائر، اليمن، تونس، ليبيا وموريتانيا.

وقد دخلت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حيز التنفيذ في أول أبريل 1974، وباشرت أعمالها منتصف سنة 1975 متخذة من دولة الكويت مقرا دائما لها، وانضمت إليها الجزائر بموجب الأمر 16/72 المؤرخ في 7 يونيو 1972 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 53.

المطلب الأول: النظام القانوني والتنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

ستناول النظام القانوني والتنظيمي لمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في فرع أول الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وفي الفرع الثاني التنظيم الهيكلي والإداري في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

الفرع الأول: الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

تتمتع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بشخصية قانونية²، تتخذ بشكل شركة مساهمة دولية، تضم الدول العربية المصدرة والمستقبلة لرؤوس الأموال، حيث أن كل الدول العربية بإمكانها المساهمة في رأسمال المؤسسة سواء المصدرة لرأس المال منها أو المستقبلة له مما يتيح للمؤسسة ضمان الاستثمار باسمها ولحسابها الخاص دون أن تعود

¹ - نزيه عبد المقصود، محمد مبروك، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 112.

² - أنظر المادة 03 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب الأمر 16/72، مؤرخ في 1972/06/07، ج.ر عدد 53 لسنة 1972.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

على الدول المساهمة في كل مرة، مما يمكنها من الوفاء بالتزاماتها تجاه المستثمر العربي دون تعريضه إلى أي ضرر ناجم عن تأخر الدول الأعضاء عن دفع التعويض المستحق¹.

غير أنه من الناحية العملية، فإن المؤسسة عانت من محدودية رأسمالها وعدم قدرة أقطاب الضمان فيها على تغطية نفقاتها الإدارية إلى غاية 1982²، كما أقرت اتفاقية المؤسسة في نصوصها القانونية على ألا تزيد عمليات الضمان التي تقوم بها عن خمسة أمثال رأسمالها، وهو ما يتعارض مع حقائق السوق، وكذلك يؤثر سلباً على نشاط المؤسسة وعن الأهداف التي وجدت من أجلها والمتمثلة أساساً في توفير الأمان والاطمئنان للمستثمر العربي وتشجيع الاستثمار في البلاد العربية.

لذلك فإن ما تقوم به المؤسسة من عمليات ضمان هو ناتج عن الأقساط التي يدفعها المستثمرين أنفسهم، وليس له علاقة بتحفيز المؤسسة للمستثمرين رغم أن غاية المؤسسة هو دفع عجلة الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال العربية لا الضمان في حد ذاته.

الفرع الثاني: التنظيم الهيكلي والإداري في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

سنتناول هذا الفرع من خلال أولاً هيكل المؤسسة العربية لضمان الإستثمار وثانياً العضوية في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

أولاً: هيكل المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

تتكون أجهزة المؤسسة من:

1- مجلس المؤسسة: وهو يتألف من عضو أو ممثل عن كل بلد متعاقد، ويتمتع بكل الصلاحيات لتحقيق أهداف المؤسسة ما لم يوجد نص في الاتفاقية يسمح ببعض الصلاحيات لجهاز آخر في المؤسسة والمجلس يقوم بالمهام التالية:

رسم السياسة العامة، وضع النظم واللوائح اللازمة، تحديد النشاطات التي توظف فيها أموال المؤسسة، تعيين المدير العام ونائبه وإتفاء خدماتهما حسب النظام الداخلي، تصديق الميزانية وتوزيع الأرباح، قبول انضمام أطراف جديدة للاتفاقية، وقف أو حل المؤسسة.

2- لجنة الإشراف: تتكون من ستة خبراء، يتم اختيارهم من طرف مجلس المؤسسة بناءً على ترشيح أعضاء المؤسسة، أم الخبير السادس فيعيّنه المجلس بناءً على ترشيح الاتحاد العام لغرف التجارة والصناعة للبلاد العربية على ألا يكون له صوت في المداولات أما اختصاصها:

تقديم توصيات للمجلس وبحث التقارير، التحقق من مطابقة عمليات التأمين للنظم واللوائح المعمول بها في المؤسسة، إعداد تقارير كل نصف سنة عن أعمالها وعرضها في المجلس³.

¹ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 177.

² - كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص 266.

³ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 139.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

3- المدير العام: وهو يختص بالمهام التالية:

إدارة المؤسسة، إبرام عقود التأمين مع المستثمرين، توظيف أموال المؤسسة، وضع برامج البحوث ومتابعة توظيفها، إعداد تقرير سنوي عن أعمال المؤسسة وتقديمه للمجلس، إعداد الوثائق اللازمة لأعمال المجلس، إعداد خطط دورية لتطوير أعمال المؤسسة وتعيين أعضاء الجهاز الفني والإداري، تمثيل المؤسسة قانونياً، وحضور اجتماعات المجلس ومداولاته دون أن يكون له حق التصويت.

4- نائب المدير العام: على أن يكون من غير جنسية المدير العام تدور اختصاصاته حول معونة المدير العام، والحلول محله عند غيابه والقيام ببعض الاختصاصات المفوضة له.

ثانياً: العضوية في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

يجوز للدول العربية والهيئات العامة التابعة لها ولكل هيئة عربية دولية الانضمام إلى اتفاقية المؤسسة لاكتساب صفة العضوية في المؤسسة¹.

وحددت الاتفاقية كذلك قواعد وقف العضوية عند إخلال أحد أعضائها بالتزاماته المترتبة عن العضوية، حيث يمكن لمجلس المساهمين أن يتخذ قراراً بالأغلبية الخاصة لوقف العضو المعني ويترتب على الوقف الأحكام التالية:

- يتوقف العضو المعني عن ممارسة حقوقه أثناء فترة التوقف ويظل مسؤولاً عن كافة التزاماته القائمة أو المحتملة تجاه المؤسسة خلال نفس الفترة؛

- تمتنع المؤسسة عن ضمان عمليات الاستثمار الصادرة أو الواردة إلى إقليم العضو المعني بالوقف؛

- تنتهي عضوية العضو المعني بعد سنة من تاريخ وقفه، ما لم يتخذ قرار بإلغاء الوقف، ويمكن لأي عضو الانسحاب من اتفاقية إنشاء المؤسسة بعد مضي 05 سنوات، ويتم الانسحاب بواسطة اخطار كتابي يوجه إلى المؤسسة، حيث يكون الانسحاب نافذاً بعد ثلاث أشهر من توجيه الاخطار بالانسحاب حيث ينتج عن الانسحاب إنتهاء العضوية، ولا يؤثر الانسحاب على الالتزامات القائمة والمحتملة تجاه المؤسسة تتعلق بالعمليات التي قام بها قبل انسحابه.

وتشير المادة الثامنة من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة إلى أن رأسمال المؤسسة تغير وقد حددته بـ 10 ملايين دينار كويتي، ويقسم رأسمالها إلى عشرة آلاف سهم قيمة كل سهم ألف دينار كويتي.

وحددت الاتفاقية الحد الأدنى لحصة العضو بـ 05% من قيمة الرأسمال الأولى على أن يدفع الأعضاء نسبة 50% من حصصهم بالدينار الكويتي أو بأي عملة أخرى قابلة للتحويل مقسمة على 05 أقساط سنوية.²

أما الجزء غير المدفوع فيتم دفعه كلما قرر المجلس ذلك على أن تقدم المبالغ بالدينار الكويتي أو أي عملة قابلة للتحويل، واستثناءً على ذلك يمكن لأي دولة تعاني من اختلال في ميزان مدفوعاتها أن تدفع بعملتها المحلية نسبة 25% بعدما يصرح المجلس العام للمؤسسة بذلك.

¹ - أنظر المادة 07 الفقرة 02. 03 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 453.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

المطلب الثاني: عمليات الضمان التي تقوم بها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

سوف ننظر إلى الاستثمارات الصالحة لضمان المؤسسة العربية (فرع 1) والمستثمرون الصالحون لضمان المؤسسة العربية (فرع 2) ثم المخاطر الصالحة للضمان.

الفرع الأول: الاستثمارات الصالحة لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

حسب نص المادة 15 من الاتفاقية فإن الاستثمارات القابلة لضمان المؤسسة هي:

- جميع الاستثمارات بين الدول المتعاقدة سواء كانت استثمارات مباشرة أو إعادة استثمار أرباح أو استثمارات سابقة؛

- الاستثمارات الخاصة أو المختلطة أو العامة الناشئة على أسس تجارية¹؛

- الاستثمارات التي تتم بين الدول المتعاقدة، ويشترط أن يكون المستثمر متمتعاً بجنسية أحد الدول الأعضاء سواءً كان شخصاً طبيعياً وأن يتم تنفيذ الإستثمار في إحدى الدول الأعضاء غير الدولة التي ينتمي إليها المستثمر؛

- توسيع نطاق مفهوم الاستثمارات الصالحة للضمان، حيث قررت المادة 15 صلاحية استثمارات الحافظة بما فيها ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يفوق أجلها 03 سنوات طالما كان القرض متسماً بطابع إنمائي، كما أجازت أيضاً منح القروض ذات الأمد القصير والتي تفر صلاحيتها للتأمين إستثناء من القاعدة؛

- اشترطت الاتفاقية أن تكون الاستثمارات جديدة كي تكون محلاً للضمان دون القديمة، كي لا يؤدي ذلك إلى عجز المؤسسة.

غير أن الاتفاقية في مادتها 16 أولويات الاستثمارات الصالحة للضمان وهي تتمثل في "الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي"، وكذلك الاستثمارات "التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدول المضيفة" وأيضاً الاستثمارات "التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملاً أساسياً في تنفيذها"².

الفرع الثاني: المستثمرون الصالحون لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

اشترطت المادة السابعة عشر من الاتفاقية بالنسبة للشخص الطبيعي حتى يكون مستثمراً صالحاً للضمان، أن يكون متمتعاً بجنسية أحد من الدول المتعاقدة، على ألا تكون هذه الجنسية من جنسية الدول المضيفة وإذا كان المستثمر يتمتع بجنسية أو جنسيات أخرى إلى جانب جنسية الدولة المتعاقدة فإنه يعتد بجنسية الدولة المتعاقدة³، وإذا كان التعدد ما بين جنسية إحدى هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة.

¹ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 140.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 460.

³ - أنظر المادة 03/07 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

أما إذا كان المستثمر شخصا معنويا فقد كررت المادة السابعة عشر في فقرتها الأولى في هذا الشأن شرطين حتى يكون الشخص المعنوي صالحا للضمان:

- أن تكون حصص أو أسهم رأسماله مملوكة بصفة جوهرية لإحدى الدول المتعاقدة أو لمواطنيها.
 - أن يكون مركز إدارته الرئيسي في إحدى هذه الدول؛
- وبعد أن صدر عن مجلس المؤسسة القرار رقم 03 لسنة 1977 قامت المؤسسة بتعديل الفقرة الأولى من المادة 17 حيث أصبحت تقبل بضمان الشخص المعنوي الذي يوجد مركزه الرئيسي خارج الدول الأعضاء أو لمواطنيها.
- ### الفرع الثالث: المخاطر الصالحة للضمان.

تصدت المادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة لتحديد المخاطر الصالحة للضمان حيث أبعدت المخاطر التجارية عن نطاق الضمان، لأن المستثمر عادة هو من يتحملها، أما المخاطر التي تسعى المؤسسة إلى ضمانها فهي المخاطر غير التجارية¹.

أولاً: المخاطر السياسية.

المقصود بها المخاطر التي تتحقق عند قيام الدولة المضيفة بأي إجراء من شأنه حرمان المستثمر من ممارسة حقوقه على استثماره كالتأميم، المصادرة، الحراسة، الاستلاء ونزع الملكية².

كما تشمل المخاطر السياسية أيضا حرمان المستثمر من استلام مستحقاته من أصل استثماره أو حصته إن كان مساهما، أو حرمانه من ممارسة سلطته على مشروعه الاستثماري³.

ثانياً: مخاطر القيود الواردة على تحويل العملة.

ويتحقق هذا الخطر عندما تتخذ الدولة المضيفة إجراءات من شأنها أن تحد من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره، أو فوائدها أو الدخل الناشئ عنها كما لو فرضت الدولة سعر صرف مختلف عن سعر الصرف السائد في السوق يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر، أو كأن تقوم الدولة المضيفة باتخاذ إجراءات تمنع التحويل المالي إلى الخارج.

ثالثاً: مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية.

وتشمل هذه المخاطر الأعمال العسكرية سواءاً الأجنبية أو من الدولة المضيفة والتي تمس بصفة مباشرة أصول المستثمر العادية، ذلك أن الخسائر غير المباشرة وغير المادية لا تعد صالحة للضمان حتى تتجنب المؤسسات الطلبات غير المحدودة لدفع الضمان، ويستبعد كذلك الأعمال الفردية والأعمال التخريبية التي يقوم بها العاملون في المشروع لأنها غير عامة، كما يدخل في إطار هذه المخاطر: الثورات وأعمال العنف ذات الطابع العام.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 128.

² - عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 144.

³ - أنظر المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار، مرجع سابق.

المطلب الثالث: تسوية المنازعات.

خصصت إتفاقية المؤسسة المواد من 34 إلى 37 منها لأنواع المنازعات التي قد تحدث أثناء العمل بها إلى منازعات حول تفسير الاتفاقية وتطبيقها وأخرى حول الاستثمارات المشمولة بالضمان (الفرع الأول) ومراحل حل النزاعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تصنيف المنازعات التي تحل في إطار المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.

وهي تصنف إلى نصفين:

أولاً: المنازعات حول تفسير الاتفاقية وتطبيقها.

وهي منازعات قد تثور بين الأعضاء المتعاقدة، أو بينهم وبين المؤسسة وتكون تسوية هذه المنازعات من اختصاص مجلس المساهمين الذي يبت فيها بصفة نهائية.

أما إذا ثارت هذه المنازعات بعد انتهاء عمليات المؤسسة، أو نشأت بين المؤسسة ودولة لم تعد عضو في المؤسسة فتتم التسوية وفقاً للوسائل المقررة في الملحق المرفق في الاتفاقية والمتمثل في المفاوضات، التوفيق والتحكيم ما لم يتفق الأطراف على وسيلة أخرى لحل النزاع¹.

ثانياً: المنازعات حول الاستثمارات التي يغطيها الضمان.

عندما تثور منازعات ما بين الأعضاء المتعاقدة أو بينهم وبين المؤسسة حول استثمار مشمول بالضمان فإن تسوية النزاع يكون وفقاً للوسائل المقررة في الملحق المرفق بالاتفاقية، دون الإخلال بسلطة مجلس المؤسسة في تفسير نصوص الاتفاقية وتطبيقها، أما إذا نشأت المنازعة ما بين عضو انتهت عضويته والمؤسسة فإن تسوية النزاع يكون وفقاً للوسائل المقررة في الملحق المرفق بالاتفاقية دون الرجوع إلى مجلس المؤسسة (المساهمين) لتفسير نصوص الاتفاقية².

الفرع الثاني: مراحل حل النزاعات.

تتمثل مراحل حل النزاعات المذكورة في الملحق المرفق بالاتفاقية فيما يلي:

أولاً: المفاوضات.

ألزمت المؤسسة عند نشوب أي منازعة استثمارية الأطراف المتنازعة اتباع طريق المفاوضات لحل النزاع، قبل اتباع الطرق الأخرى المتمثلة في التوفيق والتحكيم إلا إذا لم يتوصل الأطراف إلى حل النزاع خلال ستة أشهر من طلب المفاوضات.

ثانياً: التوفيق.

في حالة فشل المفاوضات يجوز لطرفي النزاع اللجوء إلى التوفيق، حيث يقوم الموفق بتقريب وجهات النظر بين الطرفين واقتراح الحلول على أن يقدم تقريراً عن مهمته خلال ستة أشهر من البدء فيها إلى طرفي النزاع، ويكون عليها تقديم الرأي حول نتائج التقرير وإبلاغ الطرف الآخر به خلال شهر على الأكثر.

¹ - قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 469.

² - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 181.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم قبل انتهاء مهمة الموفق، وعند فشل مهمته خلال المدة المحددة يكون للأطراف عرض النزاع على التحكيم¹.

ثالثاً: التحكيم.

بعد أن تحدثنا عن المفاوضات والتوفيق كآليات لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار في إطار المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نصل إلى أجمع الطرق أو الوسائل لفض المنازعات وهي التحكيم وسنعرض فيما يتعلق بالتحكيم إلى النقاط الرئيسية التالية:

1- محكمة التحكيم:

تبدأ إجراءات التحكيم بإخطار يرسله الطرف الراغب في اللجوء إلى التحكيم إلى الطرف الآخر يبين فيه طبيعة النزاع، اسم المحكم المعين من طرفه، والمطالب المتوخاة من التحكيم.

ويكون على الطرف الآخر الرد في مدة ثلاثين يوماً على الأخطار مع ذكر المحكم الذي اختاره ويكون على طرفي المنازعة اختيار محكم ثالث خلال ثلاثون يوماً من تعيين المحكم الثاني.

أما إذا لم يتم تعيين المحكم الثاني خلال ثلاثون يوماً أو المحكم الثالث (المرجح) خلال ستون يوماً عندما تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم مرجح²، ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من رئيس محكمة العدل العربية، ونظراً لعدم إنشائها يوجه الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية³.

هذا ولا يمكن لأي طرف أن يطلب تغيير المحكم الذي اختاره عند بدء النظر في النزاع، أما في حالة استقالة أو وفاة أو عجز أي محكم عن أداء عمله فيتم تعيين محكم آخر بدلاً منه بنفس الطريقة التي عين بها المحكم الأصلي.

يتم انعقاد المحكمة أول مرة في المكان والزمان المحددان عن طريق رئيس هيئة التحكيم، ثم تقرر بعد ذلك المحكمة مكان وزمان إنعقادها، وللمحكمة الفصل في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد جميع الإجراءات الخاصة بها.

2- الطعن في الإختصاص.

يجوز لطرفي النزاع الطعن أمام المحكمة بعدم اختصاصها وإن الاختصاص يؤول إلى مجلس المؤسسة (م1/34) من اتفاقية إنشاء المؤسسة، وإذا رأت المحكمة جدية الطعن توقف النظر في النزاع وترفعه إلى المجلس، ويكون للمحكمة بعد ذلك الالتزام بالقرار الصادر عن المجلس، ويكون حكم محكمة التحكيم نهائياً ملزماً لطرفيه ولا يمكن الطعن أو إعادة النظر فيه.

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 470.

² - عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمان الاستثمار في الدول العربية، مرجع سابق، ص 153.

³ - قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 471.

3- أتعاب المحكمين.

يحدد الأطراف أتعاب محكمة التحكيم، كما يمكن للمحكمة أن تحدد المقدار المعقول لذلك، ويتحمل كل طرف مصاريفه في إجراءات التحكيم على أن يتقاسم الأطراف بالتساوي مصاريف التحكيم، وأي نزاع بخصوص المصاريف يكون من اختصاص محكمة التحكيم¹.

4- القواعد الموضوعية.

تطبق المحكمة عند نظرها النزاع، الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية والقرارات الصادرة عن مجلسها، وعند عدم وجود ذلك تطبق المحكمة المبادئ القانونية المشتركة في البلدان الأعضاء، المبادئ المعترف بها في القانون الدولي، كما يمكن لها أن تحكم وفق مبادئ العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على ذلك.

5- تفسير قرار التحكيم.

إذا حدث نزاع حول تفسير قرار التحكيم فإن النزاع يرفع إلى نفس المحكمة خلال ثلاثة أشهر التالية لصدور القرار، ويكون على المحكم المرجح (رئيس الهيئة) دعوة المحكمة السابقة للانعقاد خلال شهرين من تلقيه الطلب، أما إذا تعذر انعقادها بنفس التشكيلة السابقة فيجب تشكيل محكمة جديدة بنفس الإجراءات السابقة، ويمكن لهذه الأخيرة أن تأمر بوقف وتنفيذ القرار السابق إلى حين البت في الطلب المرفوع أمامها².

¹ - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 183.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 473.

المبحث الثالث: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

تأتي فكرة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى الاقتراح المقدم من طرف الأمانة العامة للأمم المتحدة سنة 1960 أمام اتحاد البنوك الأمريكية، حول ضرورة إنشاء جهاز دولي للتحكيم مهمته فض النزاعات المتعلقة بالاستثمار، ويكون تابعا للأمم المتحدة، غير أن الدول الاشتراكية رفضت هذا الاقتراح والذي يعتبر آنذاك مساسا بسيادتها.

ونظرا لأهمية وجود جهاز دولي يختص بفض منازعات الاستثمار، صرح سنة 1961 رئيس البنك الدولي بأنه سيجري دراسة بشأن تسوية منازعات الاستثمار وانتهت هذه الجهود في 18 مارس 1965¹ بإبرام اتفاقية دولية هي معاهدة واشنطن التي تنص على إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وبإنشاء المركز تكون الدول قد أنهت وتخلصت من أكبر المعوقات التي كانت تواجه الاستثمار الأجنبي والمتمثلة في آليات فض وتسوية منازعات الاستثمار والتي دخلت حيز التنفيذ في 14/10/1966²، والجزائر صادقت على تلك الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ج.ر عدد 66³.

المطلب الأول: الإطار التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

سنتكلم عن الإطار الهيكلي والتنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الكائن مقره بواشنطن.

الفرع الأول: هيكل (تشكيل) المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يتكون المركز من الأجهزة التالية:

أولاً: المجلس الإداري.

نصت المادة 1/4 من اتفاقية واشنطن على أن المجلس الإداري يضم ممثلاً واحداً عن كل دولة عضو في الاتفاقية، ويتأسس المجلس رئيس البنك الدولي دون أن يكون له حق التصويت، ويشتمل المركز أيضاً على سكرتارية تتكون من موظفين يعملون تحت سلطة السكرتير العام.

ووظيفة المجلس الإداري هي وظيفة إدارية تدور حول اعتماد أنظمة المركز المالية والإدارية، واعتماد إجراءات التوفيق والتحكيم واعتماد ميزانية المركز، وتعيين اللجان، كما يحتفظ بقائمة أسماء لموفقين ومحكمين يتم الاختيار بينهم لحل النزاعات م 06 من الاتفاقية والمجلس الإداري دورة عادية سنوية، ويمكن عقد دورات استثنائية بطلب من المجلس

¹ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 111.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 323.

³ اتفاقية واشنطن 1965، المتعلقة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين رعايا الدول و الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم

346/95، المؤرخ في 30/10/1995، ج.ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 13/01/1996

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

أو بدعوة من رئيسه، أو من الأمين العام بناء على طلب خمس (5/1) أعضاء المجلس على الأقل، وتتمتع كل دولة بصوت واحد في اتخاذ القرارات التي تصدر عن المجلس، ويؤخذ بالقرارات التي تحوز ثلثي أعضاء المجلس.¹

ثانيا: الأمانة.

تتكون أمانة المجلس من أمين عام، وأمين عام مساعد واحد أو أكثر وموظفين ومستخدمين المادة 09 من الاتفاقية.

يتم ترشيح الأمين العام ومساعديه من قبل رئيس المجلس بعد مشاوره أعضاء المجلس ويتم اختيارهم بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الإداري لمدة لا تتجاوز 06 سنوات قابلة للتجديد تتمثل مهمة الأمين العام في التمثيل القانوني للمركز وبمهمة مسجل المحكمة، ويعين الموظفين والمصادقة على قرارات التحكيم الصادرة عن المركز.²

ثالثا: قائمة الموفقين والمحكمين.

يملك المركز قائمة من المحكمين والموفقين يعينون لمدة عشر سنوات قابلة للتجديد شرط أن يتوفر فيهم الكفاءة والأخلاق العالية³، ولكل دولة طرف في الاتفاقية أن ترشح أربعة أشخاص⁴.

الفرع الثاني: العضوية وتمويل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

تقتصر العضوية في المركز على الدول المنضمة إلى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، ويمكن لأي دولة عضو في البنك الدولي أن تنضم إلى هذه الاتفاقية، أما الدول غير الأعضاء فلا بد أن تكون طرفا في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وأن يوافق المجلس الإداري للمركز بأغلبية ثلثي أعضائه ويعتمد المركز في تمويله على الفوائد المترتبة على تقديم تلك الخدمات وعند زيادة نفقاته عن مداخيله يقسم الفارق على الدول المتعاقدة كل حسب نسبة اشتراكه في رأسمال البنك الدولي، أما الدول غير الأعضاء في البنك فإن المجلس الإداري للمركز هو الذي يحدد الحصص⁵

المطلب الثاني: اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار:

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو جهاز مثله مثل غيره من الأجهزة، لا يمكنه مباشرة النظر في المنازعة إلا بتوفير ثلاث شروط والتي تتعلق بأطراف النزاع (فرع 1)، موافقة الأطراف على النزاع أمام المركز (فرع 2) وأخيرا يجب أن تكون المنازعة قانونية (فرع 3).

¹ - أنظر المادة (1/7) من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

² - أنظر المواد (3/28)، (3/36) من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

³ - أنظر المادة 14 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

⁴ - أنظر المادة 13 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

⁵ - أنظر المادة 17 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

الفرع الأول: أطراف النزاع.

لكي يكون المركز الدولي مختصا بالنظر في النزاع لا بد أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة، ومستثمر أجنبي من دولة أخرى طرف في الاتفاقية¹ كما يمكن أن يكون هذا الشخص طبيعى أو معنوي.

أولا: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة.

ويقصد بالدولة المتعاقدة أن تكون منضمة لاتفاقية واشنطن للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، إذن لصحة اللجوء إلى تحكيم هذا المركز يشترط أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي من الدول المصادقة على الاتفاقية²، وقد ثار خلاف حول مدى قدرة الدولة غير المتعاقدة التمتع بالتسهيلات التي يمنحها المركز، حيث تصبح الأمانة العامة قادرة على أن تدير إجراءات معينة من أجل الفصل في نزاع يقع خارج نطاق اختصاص المركز الدولي، ويقدم المركز في إطار التسهيلات الإضافية ثلاث أنواع من الخدمات التوفيق والتحكيم وتقصي الحقائق.

واختصاص المركز لا يقتصر على النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها وإنما يمتد إلى الوكالات والمؤسسات التابعة لهذه الدولة أو هيئة إدارية تسمح لها الدولة بالتعاقد مع المستثمرين الأجانب. وللدولة المتعاقدة كامل الحرية في تحديد الهيئات الإدارية والمؤسسات العامة التي يحق لها أن تصبح طرفا في التحكيم تحت إشراف المركز الدولي.

ثانيا: أن يكون الطرف الآخر مواطنا لدولة أخرى متعاقدة.

تشتت الاتفاقية في الطرف الآخر من النزاع أن يكون أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى (المادة 2/25) من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز فبالنسبة للشخص الطبيعي يجب أن يكون متمتعا بجنسية دولة متعاقدة أخرى خلاف الدولة طرف النزاع، وأن يكون تمتعه بتلك الجنسية لحظة موافقة طرح الأطراف النزاع على التحكيم، وكذلك تسجيل طلب فصل النزاع لدى السكرتير العام³، دون أن يكون متمتعا بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

أما الشخص الذي يحمل عدة جنسيات لدول متعاقدة فيجب أن لا يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع. كذلك بالنسبة للشخص الاعتباري يجب أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع وذلك في التاريخ الذي وافق فيه الطرفين على طرح النزاع للتحكيم في المركز الدولي.

¹ - كرناني سعيدة، زراوي باهية، التحكيم كآلية لتفعيل العملية الاستثمارية (الجزائر نموذجاً)، رسالة ماجستير، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012-2013، ص 45.

² - أنظر المادة 25 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

³ - زايدي نورة، سعيداني رشيدة، التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، رسالة ماجستير، قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012-2013 ص 25.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

الفرع الثاني: موافقة الأطراف على اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الإستثمار.

إن اختيار تسوية المنازعات الاستثمار لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار يرجع إلى موافقة الأطراف ذلك أن الاتفاقية المنشئة للمركز لا تلزم الأعضاء المتعاقدة اللجوء إلى المركز حالة وقوع نزاع، لأن طريبي النزاع لهما الحرية الكاملة في تقرير موافقتهم من عدمها وهذا ما يعرف بقاعدة الاختصاص الرضائي¹. وعند صدور رضا الأطراف لا يمكن لأي طرف الامتناع اللجوء إلى تحكيم المركز، حتى ولو قام أحد طريبي النزاع بالانسحاب من الاتفاقية المنشئة للمركز كما لا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة، ويشترط أن يكون الرضا سابقا لتقديم الطلب إلى السكرتير العام للمركز الدولي. وتشترط الاتفاقية، أن تكون موافقة الأطراف على تحكيم المركز مكتوبة وتكون واضحة غير غامضة ويتعين أن يتخذ الرضا شكلا كتابيا².

الفرع الثالث: طبيعة المنازعة.

لا يكفي أن يختص المركز بفض النزاع بمجرد موافقة أطرافه كتابة، بل لا بد أن تكون المنازعة قانونية وناشئة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين أحد مواطني دولة متعاقدة أخرى. أولا: أن تكون المنازعة ذات طبيعة قانونية.

تشترط المادة 1/25 أن تكون الادعاءات المتعارضة مؤسسة على أسباب قانونية وهو ما يترتب عليه استبعاد المنازعات الناشئة عن اختلاف مصالح الدول الأطراف عن اختصاص المركز (النزاعات السياسية)، وعليه فإن المنازعات التي يفصل فيها المركز هي التي تتصل بحقوق والتزامات الأطراف، كتطبيق بنود اتفاق الاستثمار، أو تفسيره أو تحديد النتائج المترتبة على الاعتداء على بنود اتفاق الاستثمار، أو تفسيره أو تحديد النتائج المترتبة على الاعتداء على التزام قانوني كأي حق تقررته اتفاقية ثنائية بين الدول المستقطبة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي، ومعظم القضايا التي طرحت على تحكيم المركز تتعلق بالفسخ الفردي لعقود الاستثمار.

ثانيا: أن تكون المنازعة ناشئة عن مباشرة الاستثمار.

هذا الشرط أشارت إليه اتفاقية واشنطن حيث قررت أن الهدف من وضعها هو مواجهة وتسوية الخلافات التي تنشأ حول موضوع الاستثمار لذلك أقرت بضرورة اتصال النزاع بأحد الاستثمارات مباشرة³، ولم تتضمن الاتفاقية المنشئة للمركز تعريفا محددًا لمفهوم الاستثمار بل تركت ذلك للسلطة التقديرية الواسعة الأطراف، وهذا ما يؤدي إلى التوسيع من اختصاص المركز في نظر المنازعات المتعلقة بالاستثمار، إن مصطلح الاستثمار قد يكون له معنى واسع وآخر ضيق، بسبب السياسة الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار.

¹ - بولقرارة زايد، منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، 2011، ص 48.

² - أنظر المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

³ - كرناني سعيدة، زواوي باهية، مرجع سابق، ص 52.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

المطلب الثالث: نظام عمل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

وفرت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لطريقتين التوفيق والتحكيم لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى ومن أجل ذلك يحتفظ المركز بقائمة للموفقين وأخرى للمحكّمين كما رأينا سابقا ولكل من التوفيق والتحكيم إجراءاته الخاصة به كما ان هناك إجراءات مشتركة بينهما تتمثل في:

- تقديم طلب كتابي للسكرتير العام يتضمن الموافقة الصريحة على إحالة النزاع على المركز الدولي؛
- أن يتضمن هذا الطلب معلومات تتعلق بموضوع النزاع، هوية الأطراف وموافقتهم الصريحة؛
- يقوم السكرتير العام بإرسال نسخة من العريضة (الطلب) إلى الطرف الآخر؛
- يمنح السكرتير العام لمقدم الطلب وصل استلام؛
- يسجل السكرتير العام الطلب ويخطر الأطراف إلا إذا كان موضوع النزاع يخرج من نطاق اختصاص المركز، وفي هذه الحالة يسحب الطلب.¹

الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بالتوفيق.

بعد تقديم طلب حل النزاع بالتوفيق إلى السكرتير العام، تتشكل لجنة التوفيق وتعمل وفق إجراءات معينة لتنتهي الدعوة.

أولا: تشكيل لجنة التوفيق.

بعد تسجيل طلب التوفيق يتم تشكيل اللجنة حيث يمكن أن تتألف من موفق وحيد أو من عدد فردي طبقا لاتفاق أطراف المنازعة، وإذا لم يتفق الأطراف تتشكل اللجنة من ثلاثة أعضاء (موفقين) كل طرف يعين موقفا واحدا ورئيس اللجنة يعين باتفاق الطرفين.²

وإذا لم تتشكل اللجنة خلال 90 يوما من تاريخ الإخطار، يقوم رئيس المجلس الإداري بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يعينوا بناء على طلب الطرف الذي يهمله الأمر.³

ثانيا: إجراءات التوفيق.

تختص اللجنة بالفصل في الطعون التي يقدمها الأطراف فيما يتعلق باختصاصها فإذا دفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها عليه أن يثبت ذلك، لتقرر ما إذا يعامل هذا الدفع باعتباره مسألة شكلية أو موضوعية.⁴

¹ - كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2003-2003، ص 195.

² - أنظر المادة 29 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

³ - أنظر المادة 30 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

⁴ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 337.

الفصل الثاني الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

وتقوم اللجنة بدراسة النقاط محل النزاع، وعليها أن تبذل جهدها لتوجيه الأطراف نحو الحل الذي يقبلانه، وهي بذلك توحي في أي مرحلة من مراحل الإجراءات بشروط التسوية، ويكون على الطرفين التعاون والتعامل بحسن نية مع اللجنة لكي تتمكن من تأدية وظائفها¹.

وتنتهي إجراءات التوفيق بتوصل الأطراف إلى اتفاق أو لا، ففي حالة اتفاق الأطراف تقوم اللجنة بإعداد محضر رسمي تعرض فيه وقائع النزاع وتثبت فيه اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق تقوم بإنهاء الإجراءات وتحرر محضر رسمياً تقرر فيه عدم توصل الأطراف إلى تسوية النزاع.

الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بالتحكيم.

تبدأ إجراءات التحكيم أمام المحاكم التحكيمية التابعة للمركز، بطلب يقدمه الطرف الذي يهمله الأمر (المتضرر) كتابة إلى الأمين العام والذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب إلى الطرف الآخر، متضمناً معلومات عن موضوع النزاع، وهوية الأطراف بالإضافة إلى موافقتهم المكتوبة على تسوية النزاع بواسطة التحكيم لدى المركز، ثم يقوم الأمين العام (السكرتير العام) بالتحقق من الطلب ومن أنه يدخل في اختصاص المركز فإذا تبين له أن النزاع المطروح يدخل في اختصاص المركز يقوم بإخطار الأطراف بتسجيل الطلب².

أولاً: تشكيل محكمة التحكيم.

بعد تسجيل طلب التحكيم، يتم تشكيل المحكمة التحكيمية حيث يمكن أن تتألف من محكم وحيد أو من عدد فردي من المحكمين حسب اتفاق طرفي المنازعة، وإذا لم يتفق الطرفان، تضم المحكمة ثلاث محكمين، حيث يعين كل طرف محكم واحد، ويعين المحكم الثالث بصفته رئيساً للهيئة باتفاق الطرفين³.

وإذا لم تشكل المحكمة خلال 90 يوماً من تسجيل طلب التحكيم، يقدم الطرف المتضرر (المستعجل) طلب إلى رئيس المجلس الإداري حيث يقوم هذا الأخير بتعيين المحكم أو المحكمين، على أنه لا يجوز أن يكون المحكمون المعينون من رعايا دول أطراف النزاع⁴.

وقد فصلت اتفاقية واشنطن كمبدأ عام على عدم جواز رد أو استبدال المحكمين متى بدأت هيئة التحكيم عملها، وفي حالة وفاة أو عدم قدرة أو استقالة أحد المحكمين يتم استبداله بنفس إجراءات تشكيل المحكمة وعند طلب رد أحد المحكمين، قبل بدء الهيئة عملها يفصل الأعضاء الآخرين في طلب رد المحكم، وعند تساوي الأعضاء أو في حالة رد المحكم الوحيد يفصل رئيس المجلس الإداري في الرد⁵.

¹ - أنظر المادة 1/34 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

² - سالم ليلي، مرجع سابق، ص 261.

³ - أنظر المادة 1/37 و2 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

⁴ - أنظر المادة 02/38 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

⁵ - أنظر المادتين 57-58 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

ثانياً: إجراءات التحكيم.

تختص المحكمة بالفصل في النزاعات التي تدخل في اختصاصها، وإذا أثير دفع بعدم اختصاصها من قبل الأطراف، تفصل المحكمة في اعتبار الطعن مسألة شكلية أو موضوعية، وتدار إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام اتفاقية واشنطن أو لائحة التحكيم¹.

أما فيما يتعلق بالقانون المطبق على موضوع النزاع، تطبق القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، عندها تطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع بما فيها قواعد النزاع (تنازع القوانين)، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي، كما يجوز أن تحكم بمبادئ العدل والإنصاف إذا وافق الأطراف على ذلك.

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم بحجة عدم وجود نصوص قانونية ويقدم طريقي النزاع إلى المحكمة كافة الوثائق ووسائل الإثبات، كما يمكن للمحكمة الانتقال إلى الموقع لإجراء التحقيقات الضرورية، ولها أن تفصل في كافة الطلبات العارضة والإضافية التي ترتبط بموضوع النزاع، وفي حال عدم حضور أحد الطرفين أو عدم إبدائه دفاعه في أي مرحلة من مراحل الإجراءات فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل في المسائل المطروحة عليها وأن تصدر حكماً².

ومن خلال مراجعة مواد الاتفاقية، نجد أن طريقي النزاع غير مجبرين على التقيد بالكثير من القواعد التي فرضتها الاتفاقية والتي يمكنهم الاستغناء عنها باستبعادها والاتفاق على ما يخالفها³. أما مكان التحكيم فقد نصت عليه الاتفاقية في المادة 62 منها، حيث قررت أن التحكيم يجري في مقر المركز إلا في حالات معينة حددها المادة 63 من الاتفاقية بعد موافقة الطرفين.

ثالثاً: الحكم.

بعد الانتهاء من تقديم الوثائق والمذكرات بين الطرفين وإقفال باب المرافعة يتداول المحكمون في حيثيات النزاع، ويصدر الحكم كتابة بإجماع هيئة التحكيم، ويجب أن يتناول كافة الطلبات في الدعوى، كما يجب أن يكون مسبباً وموقعاً من أعضاء المحكمة الموافقين عليه ويمكن لأي عضو في المحكمة أن يلحق الحكم برأيه الخاص⁴. إن حكم التحكيم الصادر عن مركز واشنطن يعتبر حكماً ملزماً لطريقي النزاع، ويتعين على الدولة المتعاقدة أن تعترف به وتضمن تنفيذه، وعلى الطرف الذي يود الحصول على اعتراف بهذا الحكم، أن يقدم للمحكمة المختصة أو اللجنة التي قد تكون الدولة عينتها لهذا الغرض صورة من الحكم مصدقة من السكرتير العام للمركز، ويطبق على تنفيذ الحكم التشريع الوطني للدولة المتعاقدة المطلوب التنفيذ في إقليمها⁵.

¹ - أنظر المادة 44 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق

² - لما أحمد كوجات، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 123.

³ - المرجع نفسه، ص 123.

⁴ - المادتين 48 و 49 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

⁵ - المادة 3/54 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

الفصل الثاني _____ الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

وفي حالة نشوب نزاع يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم، يمكن للطرف الذي يهمله الأمر أن يطلب تفسير الحكم بواسطة طلب مقدم إلى السكرتير العام والذي يعرضه على المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا تعذر اجتماعها تشكل محكمة جديدة لتغيير الحكم، ويجوز لها أن توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً لحين الفصل في تفسير الحكم¹. وعند اكتشاف واقعة أو حادثة أثرت في الحكم وكانت مجهولة قبل النطق بالحكم يجوز طلب إعادة النظر في الحكم بطلب يقدم إلى السكرتير العام خلال 90 يوماً التالية لظهور أو اكتشاف الواقعة أو خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم، حيث يتم عرض الطلب على المحكمة التي أصدرت الحكم، وإن تعذر ذلك أمام محكمة جديدة على أنه يجوز توقيف الحكم لحين الفصل في إعادة النظر².

كما يجوز للطرفين إلغاء الحكم للأسباب التالية:

عيب في تكوين المحكمة، تجاوز المحكمة سلطاتها، رشوة أحد أعضاء المحكمة، التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية أساسية، عدم تسيب الحكم حيث يقدم طلب الإلغاء إلى السكرتير العام خلال 120 يوماً من صدور الحكم. وإذا كان طلب الإلغاء بسبب رشوة أحد المحكمين فإن الطلب يوجه خلال 120 يوماً من اكتشاف الرشوة وفي جميع الأحوال ثلاث سنوات من تاريخ الحكم حيث يقوم رئيس المجلس الإداري بتشكيل لجنة خاصة تضم ثلاثة محكمين جدد غير أعضاء الهيئة الأولى المصدرة للحكم، ويشترط ألا يكونوا من جنسية أي عضو من أعضاء الهيئة المصدرة للحكم الأول، ولا من جنسية أطراف النزاع ولا من الأشخاص المعينة أسماءهم على قائمة المحكمين من قبل الدولتين المنتميين إليهما طرفا النزاع، وكذلك ألا يكونوا قد قاموا بدور المستشارين في نفس القضية. ويجوز للجنة إيقاف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب الإلغاء، وعند إعلان اللجنة بطلان الحكم يعرض النزاع بناءً على الطرف صاحب المصلحة على محكمة جديدة مشكلة تشكيلاً جديداً³.

¹ - المادة 50 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

² - المادة 51 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

³ - المادة 52 من اتفاقية واشنطن، نفس المرجع.

الفصل الثاني _____ الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

خلاصة الفصل الثاني:

إن مؤسسات الضمان الدولية والإقليمية للإستثمار، وكذا مؤسسات تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، تجعل المستثمر الأجنبي يدير مشروعه بقدر من الطمأنينة غير متخوف من حدوث المخاطر غير التجارية، لأنه في النهاية سوف يتم تعويضه عن أي خسائر يمكن أن تحدث. لذلك تتمثل أهم مصادر الضمان في هيئات الضمان الدولية والإقليمية التي تعمل بعيدا عن تأثير الحكومات، الأمر الذي أكسب المستثمر الأجنبي ثقة في ضمانها.

الخاتمة

الخاتمة:

تمحورت هذه الدراسة حول آليات حماية المستثمر الأجنبي والمتمثلة في الآليات والوسائل القانونية التي يطمئن لها المستثمر الأجنبي لحماية استثماراته من المخاطر غير التجارية داخل الدول المضيفة للاستثمار. ولتوضيح مفهوم آليات حماية الاستثمار الأجنبي والضمانات التي قدمها المشرع الجزائري كان علينا المرور على مختلف قوانين الاستثمار التي صدرت بداية من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار ثم الأمر 03/01 المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المتعلق بتطوير الإستثمار وصولا إلى القانون 09/16 المتعلق بتربة الإستثمار بداية من المادة 21 إلى غاية المادة 25 منه، الواردة في الفصل الرابع تحت عنوان الضمانات الممنوحة للمستثمرين، حيث كان لا بد أولا التطرق إلى مفهوم كل آلية من آليات الحماية المكونة لها من مبدأ حرية الإستثمار، مبدأ المساواة بين المستثمرين، مبدأ استقرار التشريع، مبدأ عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري، والحق في التعويض، ومبدأ تحويل الأموال، بالإضافة إلى دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار، وحق اللجوء إلى التحكيم، و بتوفيرها لهذه الآليات تكون الجزائر قد وفرت للمستثمر الأجنبي مناخ استثماري جيد، زيادة على ما يمنحه قانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار من مزايا تحفيزية جد مغرية خلال جميع مراحل الإستثمار، فإذا مس هذا المناخ فإن ثقة المستثمر الأجنبي تترزعزع وتكون الدولة قد أخلت بالتزاماتها نحوه، لذلك فالدول المضيفة للإستثمار ملزمة بتوفير المناخ الاستثماري الملائم من خلال توفيرها آليات الحماية السابق ذكرها، في أرض الواقع لا في تشريعاتها الداخلية أو من خلال الاتفاقيات الدولية المبرمة فقط.

خاصة وأن الإستقرار القانوني للإستثمارات يعد العامل الأهم في طمأنة وزيادة ثقة المستثمر الأجنبي تجاه الدولة المضيفة، لكن حتى ولو قامت الدول المضيفة بتوفير كل ما من شأنه حماية الإستثمار الأجنبية من المخاطر غير التجارية في قوانينها الداخلية، فهي ملزمة بالإنضمام إلى المؤسسات الإقليمية والدولية التي تعنى بضمان الإستثمار حتى تؤكد للمستثمر الأجنبي دعمها للإستثمارات الأجنبية وحمايتها وهو ما قامت به الجزائر فعلا من خلال الإنضمام و المصادقة على العديد من الإتفاقيات الإقليمية والدولية، وبالتالي إطمئنان المستثمر الأجنبي على حصوله على التعويض المناسب عند الخسارة التي يمكن أن تلحقه من المخاطر غير التجارية التي تغطيها هذه المؤسسات، حيث تعد الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أبرز هذه المؤسسات على المستوى الدولي، كما تعد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الأبرز على المستوى الإقليمي والعربي.

أما بالنسبة لطرق تسوية المنازعات الاستثمارية فإن اللجوء إلى وسائل محايدة لتسويتها يزيد من تدفق رؤوس الأموال إلى الدول المضيفة للاستثمار، خاصة وأن المستثمر الأجنبي لا يرى في القضاء الداخلي جهة محايدة في ظل عدم تساوي المراكز القانونية بين طرفي النزاع لذلك ظهرت أهمية التحكيم كوسيلة تضمن حقوقه في مواجهة الدول المضيفة، وفي هذا الصدد ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود إطار قانوني دولي ينظم تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي حيث تم إبرام اتفاقية واشنطن سنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والتي عززت من دور التحكيم خاصة في ظل الأحكام التي قررتها اتفاقية نيويورك 1958 المتعلق بالاعتراف

بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، مما يضمن قيام الدول المصادقة على هذه الاتفاقية بتنفيذ قرارات التحكيم ومعاملتها معاملة القرارات الصادرة عن جهاتها القضائية الداخلية.

ويمكننا القول أن بلادنا تسعى جاهدة من أجل استقطاب المستثمرين الأجانب وذلك من خلال توفير مختلف الضمانات والامتيازات المشجعة على ذلك سواء على المستوى الداخلي من خلال المراجعة المستمرة لقوانينها المتعلقة بتشجيع الإستثمار، بغية تضمينها أكبر قدر ممكن من آليات حماية الإستثمار الأجنبي، أو على المستوى الخارجي من خلال إبرام والمصادقة على العديد من الإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بتشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي.

وعلى الرغم من هذه الجهود التي تقوم بها الجزائر من أجل تحسين بيئة الإستثمار، إلا أن نسبة تدفق الإستثمارات الأجنبية للجزائر ضئيلة جدا مقارنة بدول الجوار أو الدول الإفريقية الأخرى، وذلك نظرا لوجود العديد من العوائق والعراقيل، وفي النقاط التالية نورد جملة من الاقتراحات:

1- فيما يخص المعوقات الإدارية والتنظيمية

- ضرورة الفصل التام بين القوانين المؤطرة لعملية الإستثمار في الجزائر بين قوانين المالية وقانون ترقية الإستثمار وحصريها في قانون ترقية الإستثمار

- ضرورة إرساء الأمن القانوني كدعامة أساسية محفزة لجذب المستثمرين الأجانب

- مراجعة قاعدة 49/51 وحصريها في القطاعات الاستراتيجية

- تبسيط الإجراءات والوثائق المطلوبة لإنشاء المشروع الإستثماري

- إنشاء بنية تحتية قوية لما للجزائر من مؤهلات كبرى

- عصنة القطاع الضريبي

- إنشاء محكمة تحكيم تجاري دولية بالجزائر أسوة بما هو موجود في مصر

- تكوين خبراء على أعلى مستوى لتكليفهم بصياغة وإمضاء عقود الإستثمار، حيث أن الجزائر خسرت

أغلب القضايا التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

- بطء وبيروقراطية الجهاز القضائي وعدم تخصص القضاة في مجال منازعات الإستثمار.

2- فيما يخص العقار الصناعي.

- تسهيل الحصول على قطعة أرضية مهيأة لمزاولة نشاط استثماري

- مراجعة ارتفاع أسعار العقار الصناعي

- إنشاء مناطق صناعية ملائمة

3- فيما يخص مشكل التمويل.

- عصنة القطاع المصرفي

- مراجعة مدة دراسة ملفات القروض

- التخفيف من الضمانات التي تطلبها البنوك.

كما يجب على الدول المضيفة أن توجه المستثمر الأجنبي إلى المشاريع التي تتوافق وخطط التنمية الاقتصادية التي تطمح إلى تحقيقها حتى يساهم المستثمر الأجنبي في توسيع قاعدة الاقتصاد الوطني وتقوية نشاطاته، تنمية القدرة الإنتاجية للدولة، زيادة فرص العمل للمواطنين وإكسابهم لمهارات وخبرات جديدة، نقل التكنولوجيا... الخ. وكنتيحة عامة يجب أن تتكامل آليات الحماية التي كرستها التشريعات الداخلية، والتي أقرتها الاتفاقيات الدولية مع جملة من العوامل المساعدة على خلق مناخ استثماري مناسب كالأستقرار السياسي، وإتباع سياسة جبائية مشجعة على الإستثمار إضافة إلى سمعة الدولة خارجيا إزاء تعاملاتها مع الأستثمارات الخارجية.

الفهرس

البسملة

الإهداء

كلمة شكر وعرفان

قائمة المختصرات

..... مقدمة

الفصل الأول: الآليات الداخلية لحماية المستثمر الأجنبي

06 تمهيد
07 المبحث الأول: آليات الحماية القانونية
07 المطلب الأول: حرية الإستثمار
07 الفرع الأول: حرية الإستثمار في التشريع الجزائري
08 الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الإستثمار
08 المطلب الثاني: المساواة بين المستثمرين
08 الفرع الاول: مفهوم المساواة بين المستثمرين
10 الفرع الثاني: الأساس القانوني للمساواة بين المستثمرين في التشريع الجزائري
11 المطلب الثالث: استقرار التشريع
11 الفرع الأول: الاستفادة من الاستقرار التشريعي
12 الفرع الثاني: مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع
14 المبحث الثاني: آليات الحماية المالية
14 المطلب الأول: عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري
14 الفرع الأول: صور نزع ملكية المشروع الإستثماري
16 الفرع الثاني: ضمان عدم نزع الملكية في التشريع الجزائري
17 المطلب الثاني: الحق في التعويض
17 الفرع الأول: أساس التعويض
18 الفرع الثاني: تقدير التعويض في القانون الجزائري
18 المطلب الثالث: حرية تحويل الأموال
18 الفرع الأول: مفهوم حرية تحويل الأموال
19 الفرع الثاني: حرية تحويل الأموال في التشريع الجزائري

21	المبحث الثالث: آليات الحماية القضائية.....
21	المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار
21	الفرع الأول: اختصاص القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار
22	الفرع الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني
22	المطلب الثاني: حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي
23	الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي.....
23	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....
24	الفرع الثالث: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الاستثمار.....
25	ملخص الفصل.....

الفصل الثاني: الآليات الدولية لحماية المستثمر الأجنبي

28	تمهيد.....
29	المبحث الأول: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.....
30	المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار.....
30	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للوكالة الدولية لضمان الإستثمار.....
31	الفرع الثاني: الإطار التنظيمي للوكالة الدولية لضمان الإستثمار.....
32	المطلب الثاني: عملية حماية وضمان الاستثمار في الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.....
32	الفرع الأول: الاستثمارات الصالحة للضمان.....
32	الفرع الثاني: المستثمر الصالح للضمان.....
33	الفرع الثالث: المخاطر التي تغطيها الوكالة (الصالحة للضمان).....
34	المطلب الثالث: تسوية المنازعات.....
34	الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بتغيير الاتفاقية وتطبيقها.....
32	الفرع الثاني: أنواع المنازعات التي تعرض على الوكالة الدولية لضمان الإستثمار.....
36	المبحث الثاني: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.....
36	المطلب الأول: النظام القانوني والتنظيمي للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار.....
36	الفرع الأول: الإطار القانوني للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار.....
38	الفرع الثاني: التنظيم الهيكلي والإداري في المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.....
40	المطلب الثاني: عمليات الضمان التي تقوم بها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.....
40	الفرع الأول: الاستثمارات الصالحة لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار.....

40 الفرع الثاني: المستثمرون الصالحون لضمان المؤسسة العربية لضمان الإستثمار
41 الفرع الثالث: المخاطر الصالحة للضمان
42 المطلب الثالث: تسوية المنازعات
42 الفرع الأول: تصنيف المنازعات التي تحل في إطار المؤسسة العربية لضمان الإستثمار
42 الفرع الثاني: مراحل حل المنازعات
45 المبحث الثالث: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
45 المطلب الأول: الإطار التنظيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار
45 الفرع الأول: هيكل (تشكيل) المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار
46 الفرع الثاني: العضوية وتمويل المركز
46 المطلب الثاني: إختصاص المركز
47 الفرع الأول: أطراف النزاع
48 الفرع الثاني: موافقة الأطراف على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار
48 الفرع الثالث: طبيعة المنازعة
49 المطلب الثالث: نظام عمل المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار
49 الفرع الأول: الإجراءات الخاصة بالتوفيق
50 الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بالتحكيم
53 خلاصة الفصل الثاني
55 الخاتمة
59 قائمة المراجع
 الفهرس

تم بحمد الله



قائمة
المصادر
والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

الكتب:

1. إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1971.
2. إبراهيم متولي حسن المغربي، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
3. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي _ المعوقات والضمانات القانونية _ مركز دراسة الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.
4. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نصا-شرحاً-تعليقاً-تطبيقاً القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار هومة، 2011.
5. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
6. عجة الجليلي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006.
7. عيسوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
8. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار، دار هومة، 2006.
9. لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، 2012.
10. لما أحمد كوجات، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
11. نزيه عبد المقصود، محمد مبروك، محددات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

المقالات:

1. جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11 جوان 2017 .

المذكرات والاطروحات الجامعية:

1. بولقرارة زايد، منازعات الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل 2011.
2. رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
3. زايدي نورة، سعيداني رشيدة، التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، رسالة ماستر، قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012.
4. سالم ليلي، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012
5. فاطمة الزهراء رواجية، أحلام جفافية، آليات حماية المستثمر الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجزائري الجديد 09/16، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق أهراس، 2016-2017.
6. فرحات وهيبة، أنظمة ضمان الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
7. قاضي فهيمة، آليات ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2013.
8. كرناني سعيدة، زراوي باهية، التحكيم كآلية لتفعيل العملية الاستثمارية (الجزائر نموذجاً)، رسالة ماستر، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012-2013.
9. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمائه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002.

قائمة المصادر والمراجع

10. كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2003 .
11. لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

النصوص القانونية:

1. الدستور الجزائري، الموافق عليه في 1996/11/28، المعدل والمتمم بالقانون 01/16 مؤرخ في 2016/03/06، ج.ر عدد 14، سنة 2016.

الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الشراكة الأوروبية-الجزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 افريل 2005، متضمن التصديق على الاتفاق الشراكة، ج.ر عدد 31 لسنة 2005.
2. الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بها، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (94-01) مؤرخ في 02 فيفري 1994، ج.ر عدد 10 سنة 1994.
3. اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، المؤرخة في 10/06/1958 المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1985، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك، ج.ر عدد 48 لسنة 1988.
4. الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار التي تأسست بموجب اتفاقية سيول 11 أكتوبر 1985، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم (95-345) مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر عدد 66 سنة 1996.
5. اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 05 جمادى الثانية عام 1416 الموافق لـ 30 أكتوبر 1995، ج.ر عدد 66 الصادرة في 13/01/1996.
6. اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب الأمر رقم 72-16 مؤرخ في 07/06/1972، ج.ر عدد 53 لسنة 1972.

القوانين:

1. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق 3 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ج.ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016

قائمة المصادر والمراجع

2. القانون رقم (09/08) المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 لسنة 2008.
3. القانون 16/11، المتضمن قانون المالية ستة 2012، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، ج.ر عدد 72، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2011.
4. الأمر 01/10 المتضمن قانون النالية التكميلي ستة 2010، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر عدد 49، الصادرة بتاريخ 29 أوت 2010.
5. الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي سنة 2009، المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج.ر عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009.
6. القانون رقم 11/91 المؤرخ في 11/91/27/04/1991 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ج.ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.
7. المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، ج.ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993
8. القانون رقم 13/82 مؤرخ في 28 غشت 1982 يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط حر عدد 35 الصادر 19 غشت 1982 معدل ومتمم بموجب القانون 13/86 المؤرخ في 19 غشت 1986 ج.ر عدد 35 الصادرة بتاريخ 27 غشت 1986.
9. القانون 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمار، ج.ر عدد 80 الصادرة في 17 سبتمبر 1966.
10. القانون 277/63 المؤرخ في 26 يوليو 1963 المتضمن قانون الاستثمار ج.ر عدد 53 الصادرة في 02 غشت 1963.
11. القانون 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمار، ج.ر عدد 80 الصادرة في 17 سبتمبر 1966.

الأوامر:

1. الأمر (03-11) المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم المؤرخ في 27 أوت 2003، ج.ر عدد 62.
2. أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78.

1. المرسوم التنفيذي رقم 100/17 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار وتنظيمها وسيورها، ج.ر عدد 16 الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.
2. المرسوم التنفيذي رقم 101/17 المتضمن القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للإستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الإستثمارات، ج.ر عدد 16 الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.
3. المرسوم التنفيذي رقم 102/17 يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.
4. المرسوم التنفيذي رقم 103/17 الذي يحدد مبلغ مستحقات معالجة ملفات الإستثمار وكيفيات تحصيله، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.
5. المرسوم التنفيذي رقم 104/17 يتعلق بمتابعة الإستثمارات والعقوبات المطبقة في حال عدم احترام الإلتزامات والواجبات المكتتبه، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.
6. المرسوم التنفيذي رقم 105/17 فيحدد كيفيات تطبيق المزايا الإضافية للإستغلال الممنوحة للمستثمرين المنشئة لأكثر 100 منصب شغل، ج.ر عدد 16، الصادرة بتاريخ 05 مارس 2017.

الملخص:

تعتبر آليات حماية المستثمر الأجنبي تلك الوسائل التي رصدتها الجزائر في تشريعاتها الداخلية وبالخصوص القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، وكذلك في الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها لحماية الاستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية، لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية والمتمثلة في: حرية الاستثمار، المساواة بين المستثمرين، حرية تحويل الأموال إلى الخارج، حماية المشروع الاستثماري، غير أن هذه الوسائل تعتبر غير كافية ما لم تحظى بآليات مؤسسية لحمايتها والمتمثلة في مؤسسات الضمان المتواجدة على المستوى الدولي كالوكالة الدولية لضمان الاستثمار، أو المتواجدة على المستوى الإقليمي كالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، بالإضافة إلى آليات تسوية منازعات الاستثمار التي يمكن أن تطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

الكلمات المفتاحية: الضمانات، الإستثمار الأجنبي، مخاطر غير تجارية، التحكيم الدولي، المؤسسات الدولية.

Résumé:

Les mécanismes de protection des investisseurs étrangers sont considérés tous les instruments que l'Algérie a observés dans leur législation surtout la loi 16/09 concerne la promotion de l'investissement, ainsi que dans les accords internationaux qu'ils ont conclus pour protéger les investissements étrangers contre les risques non commerciaux afin d'attirer des capitaux étrangers qui sont :

Liberté d'investissement, égalité des investisseurs, liberté de transfert de fonds à l'étranger, protection du projet d'investissement, mais ils sont inefficaces s'ils ne sont pas soumis à des mécanismes institutionnels de protection tels que les établissements internationaux de sécurité telles que l'Agence Multilatérale d'assurer des investissements, ou au niveau régional, tels que l'établissement arabe pour la garantie des investissements, ainsi que des mécanismes de règlement des différends dans l'investissement qui peuvent venir entre l'investisseur étranger et le pays hôte pour l'investissement.

Les Mots Clés: les Mécanismes, Investissement, Risques non commerciale, l'Arbitrage international, Etablissements internationales.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ