

الباب 2

ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي

مما لاشك فيه أن تشجيع وجذب الإستثمارات الأجنبية إلى الإستثمار داخل الدول النامية لم تعد بالمهمة السهلة أو اليسيرة في عالم يموج بالتطورات والتكتلات والتفاعلات العرقية والعقائدية كاتحاد أوربا ، دول جنوب شرق آسيا وغيرها من التكتلات له ابلغ الأثر في اتجاهات الإستثمار بشكل عام .

ومما لاشك فيه كذلك أن الدول العربية عموما ومنها الجزائر، تواجه صعوبات في استقطاب المال العربي ومحاولاتها توطين المال العربي أي تحقيق المواطنة الإقتصادية العربية وتحقيق الهوية العربية لرأس المال العربي وذلك بجذب استثمارات مواطنيها على الأقل العاملين في الخارج الى داخل الدول العربية المضيفة لها .

فضلا عن الظروف والمتغيرات الدولية او الإقليمية ومحاولة أغلب الدول إقامة تكتلات على أوسع نطاق، ناهيك عن عدم الإستقرار السياسي او التشريعي وكلها عوامل تؤثر مباشرة على القرار النهائي للمستثمر الأجنبي المحتمل .

فالمستثمر الأجنبي يعتمد في اتخاذ قرار الإستثمار في دولة ما على مدى التوازن بين الربح (العائد المتوقع) والمخاطر التي قد يتعرض لها استثماره ، ويقوم هذا التوازن على مقدار الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة المضيفة للمستثمر ومدى ما تتمتع هذه الأخيرة من ثبات واستقرار سياسي أو إقتصادي أو تشريعي أو إجتماعي أو ثقافي وهو ما يطلق عليه مناخ الإستثمار .

هذا المناخ لا يتأثر فقط بالقواعد والنظم السائدة في الدول المضيفة والتي تحكم روابط الإستثمار في فترة معينة أو مرحلة ما، بل يتأثر أيضا بأسلوب فض المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ اتفاقيات الإستثمار التي تزايدت في الآونة الأخيرة تزايدا كبيرا .

كما تأكد في السنوات الأخيرة أهمية الضمانات التي تقدمها الدول والمؤسسات الدولية المعنية بضمان الإستثمار داخل الدول المضيفة كالمؤسسة العربية والوكالة الدولية لضمان الإستثمار .

كما كان لتزايد دخول مختلف الدول إلى ميدان التجارة الدولية سواء في ذلك، الدول الرأسمالية المتقدمة أو الإشتراكية أثره البالغ في محاولة احتواء المخاطر التي تتعرض لها استثمارات مواطنيها خارج دولهم الأصلية عن طريق إنشاء برامج ضمان وطنية أو الدخول في اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف للضمان.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا الباب على النحو التالي :

- 1.2 . الضمانات الموضوعية في القانون الداخلي
- 2.2 . الضمانات الموضوعية في القانون الدولي
- 3.2 . الضمانات الإجرائية للإستثمار الأجنبي
- 4.2 . ضمانات وحوافز الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري

1.2 . الضمانات الموضوعية في القانون الداخلي

لاشك أن المخاطر التي تتعرض لها الإستثمارات الأجنبية داخل الأقطار المضيفة هي من أهم العقبات التي تحول دون تدفق رؤوس الأموال من دول الفأئض إلى دول العجز في رؤوس الأموال ، فالخشية أو التخوف إذا ما كانت هناك سياسات حكومية أو إجراءات تحول دون تحقيق الربح أو تقديم الضمان الكافي لرأس المال ، خاصة وأن ممارسات الماضي قد خلفت قدرا كبيرا من الشك والخوف في الفترة الممتدة من 1950 حتى عام 1975 بفعل تزايد حركة التأميمات .

لذلك لابد من ضمانات موضوعية وأخرى إجرائية تتعلق بتسوية النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار .

ويقصد بالضمانات الموضوعية ، تلك الضمانات التي يكون موضوعها التعهد بضمان حقوق المستثمر الأجنبي وحماية رأس ماله والأرباح المتحققة عنها وحقه في تحويله خارج الدولة المضيفة والحق في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمنفعة عامة ومقابل تعويض عادل وعدم فرض الحراسة على أمواله أو مصادرتها إلا بحكم قضائي من محكمة مختصة والمساواة وعدم التمييز في المعاملة بينه وبين غيره من المستثمرين وكذلك التزام حكومة القطر المضيف للإستثمار بعدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية بينها وبين المستثمر المضمون .

إنها إذن أسس وضوابط إن لم تكن قيودا على حرية الدولة المضيفة للإستثمار ضد أي إجراء يمكن إتخاذه أو إتخاذ سياسات من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره أو الإخلال بمكاسبه المتوقعة (المخاطر السياسية) التي سبق وأن تكلمنا عنها .

وتجد هذه الضمانات الموضوعية لها مصادر في القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار ، سواء تعلق الأمر بالتشريع الأساسي (الدستور) أو التشريع العادي ، وبما تضعه الدولة المصدرة لرأس المال من برامج للتأمين والضمان ، وقد يكون مصدر هذه الضمانات الموضوعية القانون الدولي العرفي منه والإتفاقي .

لذلك سنتناول هذا الفصل ضمن المبحثين التاليين :

1.1.2. ضمانات القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار .

2.1.2. ضمانات القانون الداخلي للدولة المصدرة لرأس المال .

1.1.2 . ضمانات القانون الداخلي للدولة المضيفة

إذا كان التزام الدولة بضمان حقوق المستثمر يعد التزاما بإرادتها المنفردة أو نتيجة قواعد تقليدية فإن هناك من الإلتزامات أو القواعد التي يضمنها القانون الدولي العام تتعلق بحماية الإستثمار الأجنبي كالحق في الملكية وعدم المساس بها وتعويض المستثمر تعويضا عادلا عن التأميم أو نزع الملكية أو اتخاذ اجراء ما يؤثر على حقوقه الجوهرية على استثماره ، وهذه تشكل في مجموعها ضمانات موضوعية للإستثمار .

قد يتضمن القانون الداخلي نصوصا تعالج حماية المال المستثمر عن الأخطار التي تواجهه وذلك بتنظيم ممارسة الدولة لحقها في اتخاذ الإجراءات الماسة بالملكية أو أنشطتها الإقتصادية الداخلية بشروط معينة .

فتشريعات أغلب الدول النامية المشجعة للإستثمار الأجنبي تضمنت نصوصا خاصة بحماية رأس المال وقررت مبدأ الحماية القانونية للإستثمارات الوطنية أو الأجنبية .ونعني بالتشريعات الداخلية كلا من الدستور (التشريع الأساسي) والتشريعات العادية حيث قررت مبدأ احترام الملكية الخاصة للمستثمر أيا كانت جنسيته ولم تجز المساس بها إلا بقانون وبغرض تحقيق المنفعة العامة للدولة المضيفة ولقاء تعويض عادل وفعال(1) .

خاصة بعد أن نما اعتراف دولي قوي بفوائد الإستثمار الأجنبي من جهة تحسين الإنتاجية والمقدرة التنافسية ونقل التكنولوجيا والمهارات الإدارية ،وبعد أن بدا أن التحرر الإقتصادي هو الظاهرة الرئيسية التي تؤثر على عالم الأعمال اليوم بعد سنوات عديدة من

(1) نصت المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب

عليه تعويض قبلي وعادل ومنصف " P REALABLE JUSTE EQUITABLE

*- ونصت المادة 52 من الدستور على أن "الملكية الخاصة مضمونة".

*- ونصت المادة 67 على أن " يتمتع كل أجنبي يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا بحماية شخصه وأملاكه".

-كما نصت المادة 16 من قانون تطوير الإستثمار الأخير على أنه "لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف".

تجارب تدخل الحكومات في الإقتصاد وبعد أن دخلت الكثير من الدول النامية ومنها الجزائر في عمليات الإصلاح الإقتصادي وذلك لتحقيق التنمية الإقتصادية اعتمادا على استراتيجية الإنتاج من أجل التصدير[33] ص 110 .

ومن أجل كفالة هذه الضمانات الموضوعية سعت الكثير من الدول النامية وبصفة خاصة منذ بداية الستينات إلى إصدار تشريعات وطنية توضح فيها قواعد ومعايير معاملة الإستثمار الأجنبي فضلا عن تضمين دساتيرها نصوصا تقرر احترام الملكية الخاصة أيا كانت جنسية صاحبها وتكفل عدم المساس بها إلا بقانون ومقابل تعويض عادل.

وغالبا ما يتم تجميع القواعد القانونية المتعلقة بتشجيع وحماية الإستثمار في تشريع واحد رغم انتماؤها لأكثر من فرع من فروع القانون تحت مسمى قانون الإستثمار أو قانون ضمانات وحوافز الإستثمار أو قانون حماية الإستثمار الأجنبي أو قانون ترقية أو تطوير الإستثمار كما هو الحال في الجزائر ، ويسعى هذا التشريع إلى تحقيق هدفين في آن واحد :

الهدف الأول: هو تشجيع الإستثمارات الأجنبية من خلال وضع قواعد محددة لمعاملتها وتوفير المزايا والحوافز لها .

الهدف الثاني: هو حماية هذه الإستثمارات من المخاطر السياسية وما في حكمها وكذلك الوسائل الكفيلة بالفصل في المنازعات الناشئة ، كما تضمنها تسهيلات مالية وضريبية وإدارية. ذلك أن المستثمر الأجنبي عندما اتخذ قراره بتوظيف أمواله في إقليم دولة أجنبية فإن مبنى قراره هذا هو الثقة التي استمدها من قانون الدولة المضيفة والمناخ المناسب الذي هيأته له. فإن هي زعزعت هذه الثقة وأخلت بوعدها له كان عليها تعويضه عن كل الأضرار التي لحقت له من جراء ذلك[5] ص 124.

وإزاء اختلاف وتباين نظرة الدول إلى الإستثمار الأجنبي ساد تقسيم يقوم على وجود ثلاثة أنواع من هذه النظم تتخذ حكومات دول العالم موقفا منها بما يتماشى والسياسة الإقتصادية العامة التي تبنتها الحكومة في الخطة الإقتصادية الوطنية .

لذلك سنتناول هذا المبحث ضمن المطالب الثلاثة التالية:

1.1.1.1.2. النظم القانونية الخاصة بالدول المضيفة

2.1.1.1.2. مضمون النظم الجاذبة

3.1.1.1.2. القيمة القانونية الدولية لنصوص التشريعات الداخلية

1.1.1.2 . النظم القانونية المختلفة الخاصة بالدول المضيفة

ويمكن تقسيم هذه النظم إلى:

1.1.1.1.2 . نظم مانعة

2.1.1.1.2 . نظم رقابة

3.1.1.1.2 . نظم جاذبة

1.1.1.1.2 . النظم المانعة

تتظر إلى الإستثمار الأجنبي على أنه خطر على الإستقلال السياسي والإقتصادي لذلك تأخذ بأسلوب المعاملة المختلفة حسب التعاقد مع المستثمر ولكن يتعين ألتصل هذه إلى مرحلة التفرقة غير المشروعة ، كما تقوم على الحد من دخول الإستثمارات الأجنبية إلى اقليم الدولة وذلك عن طريق منح معاملة أقل للمستثمر الأجنبي .

توجد هذه النظم في بعض الدول التي بلغ فيها الإستثمار الأجنبي حدا يخشى منه تهديد استقلالها الإقتصادي والسياسي لذا لا تسمح هذه النظم بأي إستثمار إلا وفق شروط معينة وغير مطمئنة للمستثمر الأجنبي من حيث الحقوق والواجبات كعدم السماح لدولة الأصل بالحلول محل رعاياها في المطالبة بحقوقهم في مواجهة الدولة المضيفة ، وعدم جواز منح المستثمر الأجنبي معاملة أفضل من تلك الممنوحة للمستثمر الوطني ، وعدم تجاوز نسبة معينة من الأرباح محولة للخارج وإعطاء الإختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عن الإستثمار للقضاء الوطني خاصة وأنه لا يوجد في القانون الدولي العام ما يلزم الدولة بالإذن للإستثمارات الأجنبية .

وهذا ما تفعله بعض دول امريكا اللاتينية خاصة، سواء في نصوص قوانينها الداخلية أو نصوص العقود التي تبرم مع المستثمرين الأجانب ، حيث تعتبر الوسائل القضائية الداخلية هي الحل الأخير الذى يمكن اللجوء إليه لفض منازعات الإستثمار حتى تمنع هؤلاء المستثمرين من الإلتجاء إلى حكوماتهم طالبين منها الحماية الدبلوماسية [27] ص 72.

وفي الغالب تحظر هذه الدول الإستثمار في أنشطة معينة ، كالأنشطة المتعلقة بالطاقة النووية أو تملك السفن .

2.1.1.1.2. نظم الرقابة

توجد في الدول التي تعتمد على الذات في تنمية مواردها الإقتصادية ولا يمثل الإستثمار الأجنبي هدفا استراتيجيا ولا ضرورة مطلقة بالنسبة لها ، كما تتبع سياسة محايدة في مواجهة هذه الإستثمارات من حيث تمتعها بحرية الحركة والمعاملة العادلة .

وهدف هذه النظم هو تحديد حجم الإستثمارات الأجنبية بدقة ومصدرها والغاية منها فهي آلية احصائية محايدة في مواجهة رؤوس الأموال الأجنبية ولا تمثل أي خاصية جاذبة .

تسود هذه النظم، الدول المتقدمة وخاصة الأوروبية منها حيث نجد دولا مثل فرنسا تشجع الإستثمارات المباشرة ذات الصلة التجارية دون الإستثمارات الصناعية للحد من الإستيراد وحماية الصناعة الوطنية .

وتستند هذه النظم على فكرة الحياد ومقتضاها عدم التمييز بين الإستثمارات أيا كان مصدرها وتمنح معاملة متميزة تستند على فكرة العدالة وتأخذ بالعمل الإداري القائم على الإرادة المنفردة بمنح أو رفض الإذن المسبق، مما يعني أنها لا تأخذ بسياسة الباب المفتوح [27] ص 73.

3.1.1.1.2 . النظم الجاذبة

تضع في مقدمة أولوياتها جذب الإستثمارات الأجنبية الخاصة وتعمل على توجيهها ، وتستند في ذلك على نظام المعاملة الأفضل عن طريق تبني تقنيات الإستثمار التي تعتبر تعهدا من الدولة بإرادتها المنفردة في مواجهة المستثمر الأجنبي حيث تمنح هذا الأخير من المزايا والحصانات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والأمن والحماية .

وتأخذ نظم الجذب بأسلوب التعاقدات لمنح المصادر الرئيسية للمزايا الخاصة بغرض تكوين الإستثمارات الأجنبية في الإقليم الوطني .وتسود هذه النظم في الدول النامية ومنها الجزائر .

لذلك يمكن القول أن نظم الجذب والمراقبة تعمل على تنظيم المركز القانوني للمستثمر الأجنبي والوطني بطريقة مختلفة ولكنهما مع ذلك يشتركان في الهدف وهو السيادة السياسية باعتبارها عامل مباشر للإستقلال الإقتصادي .وبالتالي يلزم اكتساب الإستقلال الإقتصادي بالنسبة لمن يحتاجون للإستثمار وهذا هو هدف نظم الجذب، بينما تهدف نظم المنع إلى الإحتفاظ بالإستقلال الإقتصادي لمن لا يحتاجون للإستثمار [27] ص 110.

ينتج من ذلك أن نظم المنع تهدف إلى حفظ الجهاز الإنتاجي تحت السيطرة الوطنية ويكون حجم المساهمة الأجنبية في المشروعات المحلية محددا بحيث يظل غالبا اقلية.

أما نظم الجذب فهي تهدف إلى تكوين أشخاص مؤهلين بين العاملين الوطنيين حيث يجد المستثمر الوطني نفسه مشاركا في عمل منظم للترقي المهني .

أما نظم الرقابة تهدف إلى اكتساب تقنيات جديدة تعمق القدرة الوطنية ولهذا يوجد تفضيل مؤكد يعطى للإستثمار الصناعي بالمقارنة بالإستثمار التجاري .

لكن الملاحظ عملا هو أن الإتجاه السائد وأن السيادة قد كتبت للنظم الجاذبة للإستثمار الأجنبي على حساب نظم المنع ونظم الرقابة بالنسبة للدول جميعها غنيها وفقيرها وذلك بسبب الإنخفاض في الإدخار على المستوى العالمي ، وأخذت المساحة التي تشغلها نظم الرقابة والمنع لصالح النظم الجاذبة مثلما حدث بشأن تقنين الأندين ANDEAN في دول امريكا اللاتينية الذي يعتبر من اشد النظم الإقليمية حذرا في الرقابة على الإستثمار الأجنبي مما أدى إلى هروب رؤوس الأموال الأجنبية الأمر الذي اضطر شيلي إلى الإنسحاب منه عام 1976 [1] ص443.

كما فشلت عملا محاولات امريكا اللاتينية في جعل الإختصاص بمنازعات الإستثمار للقضاء الداخلي وحرمان المستثمرين من الإلتجاء إلى دولهم للمطالبة بحقوقهم بالطرق السياسية والقضائية الدولية .

ولهذه الأسباب تعاضم التنافس بين الدول المختلفة على جذب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة وأصبحت الدول تتبارى لإغداق المزايا والحصانات على هذا المستثمر تشجيعا له وذلك بتوفير الحماية الموضوعية والإجرائية لإستثماره ، ونتيجة لذلك ظهر التنافس بين الدول المختلفة وهو ما يسمى بتنافس النظم الضريبية [50] ص 221 .الذي في ظله تنخفض نسب الضرائب المفروضة على الشركات على مستوى العالم.

وبما أن نظام معاملة الإستثمار الأجنبي في الجزائر يعتبر من النظم الجاذبة للإستثمارات نحاول إيراد تقييم عام لهذا النظام في القانون المقارن .

يمكن أن نميز بين نوعين من النظم الجاذبة[27] ص 110.

النوع الأول :

نجد أن المعاملة التفضيلية للمستثمر الأجنبي تحدد بالرجوع لقواعد القانون العام ويمكن استعمال نوعين من الفن القانوني :

1/ تخفيف الإلتزامات على عاتق المستثمر الأجنبي أكثر من المستثمر الوطني .

2/تعميق المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي مقارنة بالمستثمر الوطني في مجالات

ثلاثة:

أ:المجال المالي والحظر الجامد لا يمس المستثمر الأجنبي ولكن المستثمر الوطني وبالذات في مجال التحويل بالخارج .

ب:ويطبق التشريع الجمركي والضريبي والإعفاء الجزئي المنصوص عليه بواسطة التشريع واللوائح الداخلية ليس على المستثمر الأجنبي ولكن على المستثمر الوطني .

ج:ويعفى المستثمر الأجنبي من الخضوع لتنظيم العلاقات الصناعية كقانون العمل بالنسبة للعمال المستخدمين بواسطته.

وقد تنمادى الدولة في منح المزايا للإستثمار الأجنبي بمنحه استقرارا لمركزه القانونى وذلك

بالتعهد بعدم المساس بمزايا المستثمر الأجنبي وامتيازاته وعدم تعديل تشريعها أو لوائحها

الداخلية إذا طبقت على الإستثمار الأجنبي المكون بطريقة منتظمة (1) LES CLAUSES DE

STABILISATION OU D' INTANGIBILITE

النوع الثاني :

يترك تحديد المعاملة التفضيلية لقواعد القانون العام وذلك في إطار نظام المناطق الحرة LES ZONES FRANCHES الذي يتكون من قيام الدولة بإجراء تتخذه بإرادتها السياسية بتحديد منطقة إقليمية في داخل إقليمها بحيث توقف كلية تطبيق تشريعها ولوائحها الداخلية لتشجيع تكوين الإستثمارات الأجنبية .

وقد أخذت بذلك دول الشرق الأقصى كسنغافورة ، تاوان ، وأخذت بذلك الكثير من القوانين الإفريقية والعربية كالقانون المصري والقانون الجزائري (2).

وتعرف المنطقة الحرة على أنها منطقة إقليمية من دولة ذات سيادة تخضع لقانونها ولكن هذه الدولة توقف تطبيق اختصاصها الجمركي بغرض تشجيع التجارة الدولية وهناك المناطق الحرة العامة التي تجمع مشروعات متعددة والمشروعات الحرة الخاصة القاصرة على مشروعات معينة .

(1)وفي هذا المعنى تنص المادة 15 من قانون تطوير الإستثمار على مايلي"لا تطبق المراجعات والإلغاءات التى قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"

(2)انظر قانون المناطق الحرة الذى صدر بموجب الأمر رقم 02/03/المؤرخ في 2003/07/19 .

2.1.1.2. مضمون النظم الجاذبة

أول ما تحاول الدول الراغبة في جذب الإستثمارات الأجنبية، هو تبني القواعد الموضوعية التي تسمح للمستثمرين الأجانب ومستخدميهم من فنيين وإداريين الدخول إلى إقليم الدولة وتسهيل إقامتهم وانتقالهم داخله بحرية للإشتراك في إدارة المشروع الإستثماري الأجنبي من أجل تحقيق الإستخدام الأمثل له وفي الحدود التي لا تتعارض مع المحافظة على أمن وسلامة البلاد [5] ص 27 .

هذه القواعد من شأنها إيجاد تعهد من جانب الدولة بضمان حقوق المستثمر الأجنبي وحماية رأسماله وأرباحه وحقه في تحويلها إلى الخارج وحقه في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمصلحة عامة وبإجراءات قانونية سليمة ومقابل تعويض عادل ومناسب وعدم فرض الحراسة عليها أو مصادرتها إلا بحكم من المحكمة المختصة ودون أن يكون هناك تمييز ضد المستثمر، وغيرها من المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المال المستثمر .

ولا يقتصر الأمر على توفير الضمانات الموضوعية سألقة الذكر فحسب بل لابد من توفير ضمانات إجرائية أخرى تتمثل في توفير وسائل مناسبة أمام المستثمر الأجنبي تمكنه من حماية حقوقه قضائياً. ذلك أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي الخاص ليست مشكلة تعريف حقوقه والتزاماته أو تحديد مداها ، بقدر ما هي مشكلة البحث عن وسيلة فعالة مستقلة ومحيدة يمكنه اللجوء إليها للفصل في المازعات الإستثمارية التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة خصوصاً وأن المستثمر الأجنبي الخاص كثيراً ما يجد صعوبة في الحصول على مساندة دولته لدعواه ضد الدولة المضيفة التي أضرت بمصالحه الإستثمارية [5] ص 163.

وأهم هذه الوسائل بالطبع التحكيم التجاري الدولي ، لذا جرى العمل على إخراج المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية من نطاق اختصاص محاكم الدولة المضيفة وذلك بتضمين اتفاقيات وعقود الإستثمار الأجنبي ما يعرف بشرط التحكيم أو إبرام مشاركة تحكيم لاحقة على العقد يتفق بمقتضاها المستثمر مع الطرف الآخر في اتفاق الإستثمار سواء كانت الدولة أو أحد مؤسساتها أو مشروعاتها العامة على إخضاع كافة المنازعات التي تشور بشأن الإستثمار إلى محكمة مختصة أو هيئة تحكيم يختارها الأطراف بما يكفل سرعة الفصل في

النزاع كما يبدد مخاوف المستثمر من الخضوع لقضاء الدولة ، ويتم ذلك بصفة شخصية من جانب المستثمر ودون حاجة لأى تدخل من جانب دولة جنسيته.

وهو ما أدى بفقهاء القانون الدولي العام إلى القول أو الإعراف للمستثمر الأجنبي بشخصية دولية لمدى محدود على خلاف الأصل العام المقرر في القانون الدولي التقليدي ، إذ لم تعد هناك حاجة إلى دعوى المسؤولية الدبلوماسية التي تلجا إليها الدولة لحماية رعاياها لتبني مطالباتهم أمام المحاكم الدولية [1] ص 468 . وسنبحث ذلك بمناسبة الحديث عن قواعد الحماية الإجرائية .

إذن منذ الثمانينات بدت عملية الإستثمار خاصة المباشر منه على أنها أهم أهداف السياسة العامة في كل من الدول النامية والمتقدمة على حد سواء ولتحقيق هذا الهدف فقد عملت العديد من الدول ليس فقط على إزالة عوائق الإستثمار فحسب بل أيضا على تقديم الحوافز المغرية لإجتذابه من خلال تشريعاتها الداخلية.

فالعديد من الدول اعترفت بالحاجة إلى حماية الإستثمار الأجنبي والبعض الآخر ضمن المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي ، فقامت بإصدار التشريعات التى تحظر نزع الملكية بكافة صورها أو على الأقل تمنح في حالة حدوث ذلك تعويضا عادلا ، وخصوصا بعد أن جذبت الخصخصة بالدول النامية جانبا كبيرا من الإهتمام .

كما اعترفت الكثير من الدول بحق المستثمر الأجنبي في تسوية منازعاته أمام هيئات ومحاكم التحكيم الدولية . (1)

وما يهمنا في هذا الصدد هو التصدى لدراسة القيمة القانونية للضمانات الدستورية أو التشريعية المقررة في القوانين الداخلية، خاصة وأن الأحكام الدستورية عرضة للتغيير حيث يجوز للدولة التى أصدرتها أن تلغيها بإرادتها المنفردة ولن تصادفها في ذلك أية صعوبة خاصة في الفروض التى يكون فيها دستورنا مرنا يعني يعدل وينقح بنفس الإجراءات التى تعدل بها القوانين العادية لا دستورا جامدا يحتاج إلى اجراءات خاصة اكثر شدة وتعقيدا .

فإذا كان للدولة أن تصدر قانونا تتعهد بموجبه أن تقرر بعض المزايا للمستثمرين الأجانب فإنها تصبح في هذا الوقت ملزمة طبقا للقانون الدولي بان تتحمل نتيجة إخلالها بموجب هذا التشريع أو أحكام المعاهدات التى صادقت عليها باعتبارها جزءا من التشريع الداخلي والتي

(1) المادة 17 من قانون تطوير الإستثمار .

تتمتع بأولوية في التطبيق ولها كذلك باعتبارها صاحبة السيادة أن تعدل هذه التشريعات بإرادتها المنفردة لما يعترض المنفعة العامة ، وبالتالي لا يمكن التعويل عليها أو الإطمئنان إلى ما تقرر من ضمانات في هذا الصدد.

وبالتالي هل تعد هذه التشريعات الداخلية (القواعد الدستورية أو القوانين العادية الأخرى) من قبيل التعهدات الدولية بحيث تتحقق مسؤولية الدولة إذا خالفها وأصدرت تشريعات تقلل من نطاق هذه الحماية وتلتزم بناء على ذلك بالتعويض؟.

3.1.1.2. القيمة القانونية الدولية لنصوص التشريعات الداخلية

القاعدة الدستورية توضح إرادة الدول المختلفة في الالتزام بها كمظهر للحضارة التي يعيشها العالم المعاصر وهو الأساس الذي يدفع الدول الأخرى المصدرة لرأس المال إلى الدخول في اتفاقيات ثنائية لإضفاء حماية دولية على الاستثمارات الأجنبية المملوكة لرعايا تلك الدول . يتساءل البعض حينما يخاطب المشرع في أحكامه هؤلاء الأجانب، عن قيمة هذا التشريع من وجهة نظر القانون الدولي ؟

يرى جانب من الفقه أن هذه القواعد لا تخرج عن كونها تعبير عن حسن النية وهذا ما يشكل ضمان معنوي للاستثمارات الخاصة وبالتالي يحق للدولة إلغاؤها كلياً أو جزئياً لأنها لا تشكل في ذاتها التزاماً دولياً على عاتق الدولة التي أصدرت التشريع ولا يعد بالتالي خروجاً عن أحكام القانون الدولي العام باحترام التعهدات الدولية لأن هذا التعهد لم يصدر في مواجهة أشخاص القانون الدولي العام .

ذلك أن تشريعات ضمان الاستثمارات لم توجه إلى الدول الأخرى لكنها تخاطب أشخاصاً على المستوى المحلي ، وحتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود ، هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي العام الآخرين بقصد تكوين التزام دولي وليس في هذه التشريعات الوطنية شيئاً من ذلك [8] ص 212.

كذلك لا يحتمل تطبيق نظرية الحيلولة (PRECLUSION (ESTOPPEL بعدالتعهد حيث غالبية الفقه الدولي يذهب إلى قصر تطبيق هذه النظرية على الحالات التي تتصرف فيها الدولة على عكس موقف اتخذته من قبل على الصعيد الدولي وليس تشريع الاستثمار كذلك ، كما أن هذه القوانين لا تجعل للمستثمرين الأجانب حقوقاً مكتسبة ولا تخلف لهم حقوقاً فردية بل

تضعهم في مركز تنظيمي عام يجوز تعديله بذات الأداة التشريعية التي صدر بها هذا مع افتراض علمهم بإمكان تغييره مما يستحيل معه القول بأن صدور التشريع اللاحق يخل بتوقعات يحميها القانون، مع أن أساس النظرية هو الإخلال بالتوقعات المشروعة، وبالتالي لا يكون ثمة مجال لإثارة نظرية الحقوق المكتسبة وعدم جواز الإخلال بها [51] ص 162 .

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن هناك مبادئ دولية ملزمة للدول في معاملتها للإستثمارات الأجنبية وهي تشكل عرفاً دولياً ملزماً، وبالتالي الدولة المضيفة للإستثمار تلتزم بتعويض المستثمر الأجنبي إزاء الإخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لديه في ظل القانون القديم والتي لولاها لما استثمر رأس ماله في اقليمها.

ويمكن تحديد هذه المبادئ عن طريق فحص تشريعات الإستثمار الداخلية للدول التي تمثل مختلف النظم القانونية في العالم عن طريق استنباط القواعد التي تعد قاسماً مشتركاً في تلك التشريعات واعتبارها قواعد عرفية دولية تواترت عليها التشريعات الداخلية للنظم العالمية ، ويجب الإعتراف بجزء من تلك الحقوق كحد معين أو كحد أدنى لا يجوز للدولة أن تنتقص منه وبالتالي لا يمكن تجريد هذه القاعد القانونية الداخلية من كل قيمة قانونية دولية حتى ولو أنها لا تشكل تعهداً دولياً حيث لا يوجد اتفاق بين دولتين. [8] ص 213.

كما أن القيمة القانونية الدولية لأي تشريع داخلي تتبع أساساً من احترام السلطات الداخلية لهذا التشريع ، وتعمل الحكومات الدستورية دائماً على أن تظهر بالمظهر الذي يحترم وعوده أمام المجتمع الدولي ومن ثم فلا يوجد ثمة ما يدعو تلك الحكومات على أن تعدل تشريعات الإستثمارات الأجنبية في اقليمها بما ينتقص من المزايا والإعفاءات المقررة للأجانب بدرجة جسيمة تمس حقوقهم ، وحتى وإن قامت تلك الحكومات باتخاذ خطوة لتعديل التشريع القائم فهي تتخذها بقصد تحقيق سياسات اقتصادية واجتماعية ترتضيها الجماعة.

وفي هذه الحالة لا يجب أن يتضمن التعديل خروجاً واضحاً على أحكام قانون الدولة أو ينطوى على إنكار العدالة أو يخل بحكم معاهدة أو اتفاقية قائمة أو أن يكون هناك تمييز في المعاملة بين المستثمرين وإلا التزمت بالتعويض عن الأضرار التي تتعرض لها الإستثمارات وهو ما أشار إليه مشروع الاتفاقية الدولية الذي أعدته جامعة هارفارد سنة 1961 حول المسؤولية الدولية HARVARD LAW SCHOOL.

كما أن قيمة القواعد القانونية الداخلية تعتمد على استمراريته وقابليتها للتنفيذ ومن احترام السلطات الداخلية لهذا التشريع [51] ص 163 .

خلاصة القول أن النصوص التشريعية أو الدستورية قد لا تكون كافية في تقديم الضمانات ضد المخاطر غير التجارية المنصوص عليها بالنظر إلى تغييرها من وقت لآخر إعمالاً لمبدأ السيادة الإقليمية ولما يحقق المنفعة العامة كذلك.

2.1.2. النظم الوطنية الخاصة بالدول المصدرة لرأس المال

وبالنسبة للدول المصدرة لرؤوس الأموال تتبنى هي الأخرى وسائل وطنية من أجل تشجيع رعاياها على الإستثمار في الدول النامية ، ويتم ذلك من خلال أنظمة الضمان أو برامج التأمين الوطنية حيث تقوم الدولة المصدرة لرأس المال بإنشاء هيئة عامة وطنية مهمتها الأساسية التأمين على استثمارات رعاياها في الخارج ضد كل أو بعض المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها هذه الإستثمارات في الدول المضيفة.

ويتم ذلك عن طريق إبرام عقد ضمان بين الهيئة المذكورة والمستثمر الوطنى للتأمين على استثماره في الخارج ، على أساس ذلك تقوم هذه الهيئة بدفع التعويض المناسب في مواجهة المخاطر المؤمن عليها ، في مقابل التزام المستثمر بدفع قسط أو أقساط التأمين المتفق عليها ، فضلا عن تضمين العقد ما يجيز للهيئة أن تحل محل المستثمر في المطالبة بحقوقه في مواجهة السلطات العامة في الدولة المضيفة بعد أن تكون قد دفعت التعويض المتفق عليه [52]

لكن هذه الوسيلة يعيبها طول وكثرة الإجراءات التي يجب أن يتبعها المستثمر للحصول على التعويض بل إنه قد لا يحصل على التعويض المتفق عليه رغم تحقق الخطر محل الضمان وذلك متى اعتبرت هيئة الضمان أن المستثمر قد ساهم فيه [1] ص 447 .

وقد اهتمت عدة دول مصدرة لرأس المال الخاص كالولايات المتحدة الأمريكية ، اليابان ، ألمانيا الاتحادية ، السويد ، فرنسا ، النرويج ، الدانمارك بوضع برامج تأمين وطنية تستهدف بها حماية استثمارات مواطنيها ضد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها في الدول المضيفة .

ومثل هذه البرامج لها أبلغ الأثر في دعم وحماية استثمارات مواطني الدول القائمة على هذه البرامج ، فضلا عن الأهداف السياسية والإقتصادية للدول المصدرة لرؤوس الأموال بالنظر إلى زيادة حجم استثمارات مواطنيها في الخارج كالزيادة في ثقل الدولة السياسي في المجال الدولي، أو فتح أسواق جديدة لتصريف منتجاتها الوطنية أو تيسير الحصول على المواد الأولية اللازمة للصناعات الوطنية، فضلا عن مساهمتها في تحسين المناخ الإستثماري [12] ص 98.

وقد اكتسبت تلك البرامج ثقة عدد كبير من مستثمري تلك الدول وأيضا الدول المستوردة لرأس المال خاصة النظم التي تتبعها كل من إمريكا واليابان وألمانيا التي تعد من أكثر النظم التي اكتسبت خبرات واسعة في مجال التنمية الإقتصادية الدولية فضلا عن أنها واسعة الإنتشار والتطبيق في أرجاء كثيرة من أنحاء العالم. وتزداد أهمية هذه الأنظمة الوطنية للتأمين خاصة وأن أغلب الإتفاقيات الدولية الثنائية تشير إليها في معرض الحديث عن امكانية حلول هذه الهيئة -بعد أن تكون قد دفعت التعويض - محل المستثمر في حقوقه تجاه الدولة المضيفة.

ومن النظم الوضعية التي عنيت بضمان الإستثمارات الخارجية النظام المطبق في الولايات المتحدة الإمريكية (مؤسسة الإستثمار الخاص الخارجي OPIC). وهناك النموذج الألماني حيث تتولى الضمان مؤسستان حكوميتان هما :

HERMES KRECLITVERSI CHERUNGE /1

DEUTCHE REVISION UND TREUHAND A.G /2

وهناك النموذج الياباني .

ومن المفيد أن نتناول باختصار أهم القواعد التي تشملها تلك النظم ضمن المطالب الثلاثة التالية:

1.2.1.2. نموذج النظام الإمريكي

2.2.1.2. نموذج النظام الألماني

3.2.1.2. نموذج النظام الياباني

1.2.1.2 : نموذج النظام الإمريكي

يهدف النظام الإمريكي لحماية الإستثمارات الخارجية إلى تولي الحكومة الأمريكية تغطية الخسائر غير التجارية التي تحدث للإستثمارات الأمريكية الخاصة في الخارج، وكان

الإهتمام قد اتجه عند إنشاء هذا النظام أول الأمر بمقتضى قانون التعاون الإقتصادي سنة 1948 وقد أريد له في أول الأمر أن يكون جزءا من خطة مارشال لمعاونة دول اوربا الغربية في الحصول على رؤوس الأموال الأمريكية للمساهمة في تنمية اقتصادها الذي دمرته الحرب، وقد اقتصر أساسا على ضمان الإستثمارات الأمريكية الخاصة في تلك الدول ضد خطر منع تحويل العملة(1).

وابتداء من 1951 تغير الهدف الأساسي لهذا النظام حيث اتجه إلى تشجيع رؤوس الأموال الأمريكية الخاصة والخبرات الفنية والإدارية للتدفق داخل الدول النامية المستوردة له كما بسط نطاق تطبيقه إلى واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية (نزع الملكية . العجز عن تحويل العملة . الحروب والثورات والفتن) عدا ما ينجم عن غش المستثمر أو خطئه الجسيم [51] ص 169

ويشترط لتطبيق نظام الضمان هذا ضرورة عقد اتفاق بين حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، وحكومة الدولة المضيفة لرأس المال الأمريكي وبموجبه تحل الحكومة الأمريكية محل المستثمر المؤمن لصالحه في جميع حقوقه المتعلقة بالإستثمار المؤمن عليه عند تحقق المخاطر المؤمن ضدها وبعد دفع التعويض .

وقد اثرت مناقشات عديدة حول أهداف برنامج الضمان الأمريكي [12] ص 99

1/ هناك من يرى أن هذا البرنامج ما هو إلا محاولة ضمن المحاولات التي تبذلها الحكومة الأمريكية لتشجيع رؤوس الأموال الأمريكية الخاصة على الإستثمار في الخارج ، فهو مرفق عام يتولى خدمة عامة لجمهور المستثمرين في الخارج .

2/ هناك من يرى فيه جزء من برنامج المعونة الأمريكية الخارجية لإشراك رأس المال الأمريكي الخاص في معاونة الدول الفقيرة وإحلاله تدريجيا محل رأس المال العام في هذا الصدد، وما يرتبط بذلك من خبرات فنية وتكنولوجية الأمر الذي يساهم في انسياب رؤوس الأموال الأمريكية للإستثمار داخل الدول التي هي في حاجة إليه.

(1) أول نظام وطني لضمان الإستثمار الذي ظهر عام 1948 ثم تلاه النظام الياباني عام 1956 ثم تلاه الألماني الاتحادي عام 1959 وزادت هذه الأنظمة الآن بشكل ملحوظ وانتشرت لدى الدول الأخرى .

3/ هناك من يرى أن الحكومة الأمريكية تستهدف من هذا النظام استرضاء أعضاء الكونغرس الأمريكي عند تقرير برنامج المعونة الأمريكية الخارجية سنويا.

4/ في حين يرى البعض أن الهدف الحقيقي لهذه الخدمة للرعايا الأمريكيين لا يخرج عن كونه تحقيق الصالح العام القومي السياسي والإقتصادي للولايات المتحدة الأمريكية بما يتيح لها من سيطرة مواطنيها على أكبر قدر من التجارة الدولية من جهة، ودعم ثقلها السياسي والإقتصادي في المجتمع الدولي من جهة ثانية.

2.2.1.2. النموذج الألماني

نظام الضمان الألماني يقوم أساسا لتغطية كل المخاطر السياسية بصفة عامة (التاميم، نزع الملكية ، المصادرة ، الإجراءات الأخرى الحكومية الماسة بالملكية التي لها نفس الأثر ، الحروب والثورات وأي نزاع آخر مسلح ، وحظر الدفع أو تجميده أو تأجيلها أو تخفيض قيمة العملة بالنسبة للذهب أو استحالة تبديل العملة أو تحويلها).

وعلى خلاف النظام الأمريكي ، الحماية هنا في النظام الألماني حماية عامة ضد كافة المخاطر غير التجارية ، لكن الأمر يحتاج إلى اتفاقيات دولية ثنائية مع ألمانيا ، لما يترتب عنها من حلول الحكومة الألمانية محل المستثمر الألماني لمواجهة الأخطار غير التجارية [51] ص 172.

3.2.1.2 . نموذج النظام الياباني

يتفق النموذج الياباني مع النموذجين الأمريكي والألماني كونه يقدم ضمان الحكومة اليابانية كذلك لكن هذا النظام يختلف عن سابقه في أنه يقدم للمستثمر الياباني ضمانا للحماية دون تفرقة بين الإستثمارات في الدول المتقدمة أو الأخذة في النمو ، ودون اشتراط وجود اتفاقيات ثنائية من أي نوع مع حكومات القطر المضيف ، إذن هو يهدف إلى تحقيق ورعاية مصالح اليابانيين في الخارج [51] ص 173 ، [53] ص 122 .

هذه الأنظمة تقدم حلا للمشكلات العديدة المتعلقة بالضمان القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة ، وتساهم في تحسين المناخ الإستثماري .

2.2 : الضمانات الموضوعية في القانون الدولي

إن أحكام وقواعد القانون الدولي الخاصة بمعاملة الإستثمارات الأجنبية قد تجد مصدرها في المبادئ العامة للقانون الدولي (القانون الدولي العرفي) LES PRINCIPES GENERAUX وقد يكون مصدرها القانون الإتفاقي سواء تعلق الأمر بالإتفاقيات الدولية الثنائية ، أو المتعددة الأطراف .

لذلك سنتناول هذا الفصل ضمن المبحثين التاليين:

1.2.2. ضمانات القانون الدولي العرفي

2.2.2. ضمانات القانون الدولي الإتفاقي

1.2.2. ضمانات القانون الدولي العرفي

القانون الدولي العام يتضمن قواعد تقليدية عرفية تمت صياغتها من طرف الدول المتقدمة ولم تشارك فيها الدول النامية ، هذه القواعد عادة ماتكون متخفية وراء ثلاثة مبادئ، هي المساواة في السيادة، والتجارة الدولية، والتعاون الدولي، وتضمن حقوق ومزايا لرعايا الدول المتقدمة في الخارج ولا يجوز التنازل عنها ،وعملت على إلزام كافة الدول بها وإلا تعرضت لتبعة المسؤولية الدولية [30] ص 44 .

هذه القواعد هي محل جدل بين دول الشمال(المصدرة لرأس المال) التي تتمسك بالنظام القديم L'ANCIEN ORDRE ، ودول الجنوب(المستوردة لرأس المال) التي تتمسك بالنظام الجديد NOUVEL ORDRE [28] ص 434 ، غير أن هذا الجدل تطور تاريخيا عبر مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : تميزت باعتراف دول الجنوب بوجود هذه المبادئ العامة لحكم الإستثمارات الأجنبية .

المرحلة الثانية: تميزت برفض وإنكار دول الجنوب لهذه المبادئ

المرحلة الثالثة: تميزت بتثبيت وتأكيد وجود هذه القواعد

هذه القواعد تدور أساسا حول ضمان حق المستثمر الأجنبي وحماية الحد الأدنى لمركز

الأجانب STANDART MINIMUM ET STANDART DU TRAITEMENT JUSTE ET

EQUITABLE DES ETRANGERS.

حيث تقر له بالتعويض في حالة إنكار العدالة وحالة نزع الملكية ، بل إن تقليدا كان يجري على أن يكون هذا التعويض حال وفعال وملائم ، وان كانت هذه القاعدة غير ثابتة وتخضع لتنظيمات الدولة النامية، كما لا تمانع هذه القواعد في منح معاملة تفضيلية للمستثمر الأجنبي مقارنة بالمستثمر الوطني ، في الوقت الذي تحظر فيه هذه القواعد بعض المعاملات التمييزية [28] ص 436.

من ناحية أخرى إذا كان قيام الدولة المضيفة بالتاميم مشروعا إلا أنه يخضع لعدة شروط وهو ضرورة مراعاة مبدأ المساواة وعدم التمييز ومع ذلك فإن التقليد المتبع ليس هناك ما يدل على اعتباره عرفا ملزما للدول كافة .

ولم توضع قاعدة ثابتة تحدد شروط التعويض يكون لها التطبيق الفعلي العام على المستوى الدولي ، ومن ناحية أخرى القانون الدولي العام ما زال عاجزا عن وضع معيار واضح ومحدد لمعاملة الإستثمارات الأجنبية ، ولنفس السبب بذلت محاولات من أجل وضع تقنين شامل للقواعد التي تنظم حقوق وواجبات هذه الإستثمارات على المستوى الدولي بحيث تحظى بقبول الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال على حد سواء [54] ص 26، [27] ص 152.

لذلك سنتناول هذا المبحث ضمن المطلبين التاليين:

1.1.2.2. نحو تشريع دولي للإستثمارات الأجنبية.

2.1.2.2. تقييم المجهودات الدولية.

1.1.2.2. نحو تشريع دولي للإستثمارات الأجنبية

كانت البداية عام 1929 حيث عقدت أشرف عصبة الأمم مؤتمر دولي لدراسة معاملة الأجانب لكنه فشل في التوصل إلى اتفاق عام .

ثم عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والعمل عام 1948 انتهى بإقرار ميثاق هافانا لتنظيم التجارة الدولية لكنه لم ينفذ بسبب ما لحقه من انتقادات منها انه يرجح مصالح الدول المستوردة لرأس المال ولذلك رفض من طرف الرئيس الأمريكي الذي رفض عرضه على الكونغرس الأمريكي للتصديق عليه.

ثم اتفاقية بوجاتا الإقتصادية عام 1948 التي عقدت بين دول أمريكا اللاتينية ونصت على المعاملة العادلة وعدم التمييز وخضوع رأس المال الأجنبي للقوانين الوطنية وهو ما أدى إلى اعتراض الدول المصدرة لرأس المال عليها مثل ميثاق هافانا .

ثم تقنين غرفة التجارة الدولية حول معاملة الإستثمار الأجنبي 1949 الذي يحظر أي عمل إداري أو سياسي يتضمن تمييزا يعيق الإستثمار كما ينص على التعويض العادل في حالة نزع الملكية كما يضمن تحويل رأس المال والأرباح .

ثم مشروع اتفاقية حماية الإستثمارات في الخارج لسنة 1959 أو ما يعرف بمشروع ABS SHWECROSS (1) مثله مثل تقنين غرفة التجارة الدولية .

ثم مشروع منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية 1967 (OCDE) لحماية الملكية الأجنبية ، هذه الإتفاقية لم تخرج كذلك عن حالة المشروع ولم تطرح للتوقيع عليها ولم تحظ بإجماع آراء الدول الأعضاء .

ثم مشروع مدرسة هارفارد للقانون الدولي حول مسؤولية الدول عن الأضرار التي تصيب مصالح الأجانب الإقتصادية 1961 هذا المشروع الذي ينحاز للمستثمر الأجنبي . وبعد ذلك قرار معهد القانون الدولي حول المركز القانوني لإستثمارات رؤوس الأموال في الدول النامية والإتفاقيات المرتبطة بها 1967 وقراره في 1979 حول الإتفاقيات بين دولة وشخص خاص أجنبي حيث أقر حق التاميم ونزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ومسؤولية الدولة التعاقدية أمام المستثمر الأجنبي .

ثم كان ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية في شكل قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974 تحت رقم 3281 الدورة 29 الذي يعبر بجلاء عن وجهة نظر الدول النامية، التي لم تؤثر أن تتخذ موقف الرافض فقط لقواعد العرف الدولي التقليدي المتعلقة بالإستثمارات الدولية بل حاولت الإشتراك في تنظيم الحركة الدولية لإنقال رؤوس الأموال الخاصة والمساهمة في خلق قواعد جديدة تحقق مصالحها الإقتصادية .

لكن هذا الميثاق لم يكن أكثر حفا من المحاولات السابقة التي فشلت في وضع إطار جماعي شامل للتنظيم القانوني للإستثمارات الأجنبية على المستوى الدولي ، حيث لاقى هذا الميثاق إنتقادات عنيفة من جانب الدول الغنية بسبب المادة 2/2 التي تنص على حق كل دولة في تنظيم الإستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها وطبقا لأهدافها وأولوياتها ولا تكره أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية

(1)نسبة لمجهودات الدكتور ABS (المدير العام للبنك الألماني) بالإشتراك مع LORD SHWECROSS

الإنجليزي التي ظهرت في صورة اتفاقية بشأن الإستثمارات الأجنبية في الخارج في أفريل 1966

للإستثمارات الأجنبية (1) ، [28] ص 436.

2.1.2.2. تقييم المجهودات الدولية

وعلى هذا النحو فشل المجتمع الدولي في وضع اتفاقية دولية جماعية لتنظيم الإستثمارات الأجنبية الخاصة لصعوبة التوفيق بين ضرورة توفير معاملة عادلة وضمان معاملة فعالة للإستثمارات الأجنبية من جهة ، واحترام سيادة الدول المضيفة خصوصا الدول المضيفة من جهة ثانية. مما أوجد تباينا في مواقف الدول حول التعامل مع هذه الإستثمارات وبالتالي وضع تقنيات دولية للإستثمارات الأجنبية [8] ص 206.

فالدول النامية وهي حديثة عهد بالاستقلال لا تريد أن تقيد نفسها بأى التزام تجاه الدول المصدرة لرأس المال ، وإن كان ذلك، ففي إطار خطة الدولة الإقتصادية والأهداف التى تبتغى تحقيقها ووضع ضوابط وقيود تخدم أهدافها القومية .

فمجموع الدول النامية تكره تدخل القانون الدولي لتحديد إختصاصها الإقليمي في مجال الإستثمارات لتعلق ذلك باستقلالها الإقتصادي وسيادتها السياسية كما أن الدولة أكثر حساسية لتحركات رؤوس الأموال أكثر من مشكلات الحدود ولذلك تعارض كل تدخل فيما يتعلق باختصاصها بتشجيع أو عدم تشجيع الإستثمارات الأجنبية [27] ص 46.

في حين أن الدول الغربية تعترض على محاولات الدول المضيفة إخضاع الإستثمار الأجنبي لرقابتها أو فرض قيود عليه بحكم أنه يدعم مجهودات التنمية في الدول المتخلفة بما يؤدي إلى النمو المتوازن للإقتصاد العالمي، كما تسعى هذه الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال جاهدة لوضع إطار قانوني عام للإستثمارات الأجنبية ، ومن ذلك على وجه الخصوص مشروع الإتفاق المتعدد الأطراف حول الإستثمار.

(1)chaque état a le droit de reglementer les investissement étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux .

Aucun état ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissement étrangers.

قرارات رقم 3281 صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1974/12/12 وقد صوتت عليه 120 دولة . وعارضته 06 دول من بينها الولايات المتحدة الأمريكية ، في حين امتنعت 10 دول عن التصويت.

LE PROJET D'ACCORD MULTILATERALE SUR L'INVESTISSEMENT (AMI)
de 1998 négocié au sein de L'OCDE .Depuis mai 1995 .

الذي أعدته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التي تضم 29 دولة غنية متقدمة (تضم حوالي 90 % من أكبر الشركات العالمية) هذا المشروع يتضمن الإطار العام للإستثمار الأجنبي المباشر.

UN LARGE CADRE MULTILATERALE COMPORTANT DES NORMES
ELEVÉES DE LIBÉRALISATION DES RÉGIMES D'INVESTISSEMENT ET DE
PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT AINSI QUE DES PROCÉDURES
EFFICACES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENTS . ص 19 .

وبسبب معارضة كندا من جهة ، وانسحاب فرنسا من المفاوضات من جهة ثانية ، لم يكتب النجاح لهذا المشروع الذي كان من المفروض أن تتم مناقشته في جولة (سياتل SEATTLE) لمنظمة التجارة العالمية في الفترة من 11/30 إلى 11/03/1999.

خلاصة القول لا يوجد لحد الآن أي إطار قانوني عام شامل حول معاملة الإستثمارات الأجنبية، بسبب تعارض المصالح ، فهناك النظام القانوني للدولة المصدرة لرأس المال ، وهناك النظام القانوني للدولة المستوردة لرأس المال ، وهناك النظام العام الدولي.

لكن ذلك لا يحجب عنا حقيقة النجاح المتوصل إليه بإنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الأجانب (CIRDI)(1) وهذا النجاح يعد خطوة هامة في سبيل الوصول إلى التنظيم الموضوعي الخاص للإستثمارات الأجنبية واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار لسنة 1985 وبدون أن نحصى كذلك العديد من الإتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الإستثمارات التي أبرمت بين دول الشمال ودول الجنوب.

وبسبب فشل المجتمع الدولي في وضع إتفاقية دولية جماعية لتنظيم الإستثمارات الأجنبية بما يجاوز الحد الأدنى - الذي لم يعد كافيا - الذي تقدمه قواعد القانون الدولي العرفي وصولا إلى حد أدنى أكثر شمولاً وحماية من الحد الأدنى يعتمد بشكل أساسي على وسيلة قانونية أخرى هي القانون الدولي الإتفاقي لتأكيد الحماية القانونية وجعل الإخلال بها موجبا للمسؤولية الدولية .

(1) CIRDI centre internationale pour le règlement des differents relatifs aux investissements

لنا عودة لهذا المركز لا حقا بشيء من التفصيل في الفصل الثالث من هذا الباب.

لذلك فإن الضمانات الدولية عن طريق الإتفاقيات الدولية تعد من الوسائل الفعالة في هذا الصدد ، ويجب أن نأخذ في اعتبارنا دائما أن المستثمر الأجنبي الخاص عندما يتخذ قراره باستثمار رأس ماله في إقليم دولة معينة فإنه لا يدخل في حساباته فقط احتمالات الربح والخسارة ومدى التسهيلات والمزايا التي يقررها التشريع الداخلي من حيث الحجم أو النوعية ، ولكنه قبل ذلك كله يدخل ضمن حساباته اعتبارات أخرى جديرة بالإهتمام تتعلق بحجم الحماية القانونية والضمانات المتوفرة لرأس ماله داخل إقليم هذه الدولة ، وبقدر ما تكون الدولة المضيفة لرأس المال مرتبطة بالتزامات دولية لضمان وحماية هذا المال بقدر ما يكون الإقبال على الإستثمار فيها جذابا ومغريا .

2.2.2. ضمانات القانون الدولي الإتفاقي

لما كانت القواعد العرفية التقليدية لحماية الإستثمار الأجنبي لا تخرج قيمتها عن كونها تقليد دولي لم تتأكد له الصفة العرفية الملزمة، كان لا بد من البحث عن وسيلة قانونية أخرى أكثر حماية من الحد الأدنى ، وأكثر تأكيداً للحماية القانونية والمسؤولية الدولية ، إنها الإتفاقيات الدولية بأشكالها المختلفة .

وقد أخذ هذا المسار الجديد الأشكال التالية :

1.2.2.2. من خلال الإتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الإستثمار (وهو الوضع الغالب)

2.2.2.2. من خلال الإتفاقيات الجماعية الإقليمية (وهو المسار الأفضل)

3.2.2.2. من خلال الإتفاقيات الجماعية الدولية (وهو المسار الأضعف)

1.2.2.2. الاتفاقيات الثنائية

لا شك أن اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كوسيلة لضمان الاستثمارات الأجنبية إنما يرجع إلى عدم ثقة كثير من الدول المصدرة لرأس المال في القوانين الداخلية في الدول المستوردة لرأس المال ، لاسيما القوانين الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية ، ولاشك أن تقرير الضمانات في الاتفاقيات الدولية يزيد من شعور الدولة المضيفة بالمسؤولية تجاه الدول الأخرى المتعاقدة عندما تتعامل مع المستثمرين الأجانب. خاصة وأن القواعد التقليدية لحماية الإستثمار الأجنبي لا تخرج قيمتها عن كونها تقليد دولي لم تتأكد له الصفة العرفية الملزمة .

هذه الاتفاقيات الثنائية شائعة بين الدول الصناعية والدول النامية، تهدف إلى تشجيع تدفق رؤوس الأموال بين الشمال والجنوب، وذلك يتيح حماية و ضمان دولي ضد المخاطر غير التجارية .

والثابت تاريخاً أن اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كأداة لحماية الإستثمارات الأجنبية قد بدأ من القرن 17 و 18 في صورة اتفاقيات ثنائية كالاتفاقيات التي عقدتها الولايات المتحدة الأمريكية مع العديد من الدول لهذا الغرض في صورته الأولى المبسطة وهي حماية الملكية الخاصة للأجانب [30] ص 48، [43] ص 671.

هذه المعاهدات كان لها طابع معاهدات الإقامة والتجارة والملاحة وكانت مضامينها تحرم إعاقة السفن والإستيلاء عليها هي والبضائع التابعة لرعايا أحد الأطراف المتعاقدة أثناء وجودها داخل المياه الإقليمية للطرف الآخر ، وتحريم الإستيلاء أو فرض الحراسة على أي مرفق عام يكون قد تم تكوينه، وحماية الملكية الخاصة بصفة عامة .

كما تجدر الإشارة إلى أنه لم تثر في الماضي حاجة قانونية لإبرام معاهدات ثنائية خاصة بالإستثمار الأجنبي نظراً لأن النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية ارتبط في نشأته التاريخية بالنظام القانوني للأجانب وبالتالي الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية كانت تقوم على نفس المبادئ والقواعد التي تنظم الوضع القانوني للأجانب عموماً، أي من خلال التشريعات الوطنية ومبادئ العرف الدولي بالإضافة إلى المعاهدات الثنائية التي كانت تبرمها الدول فيما بينها مثل معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة، ومعاهدات الإقامة ، واتفاقات التعاون العامة [54] ص 32. (1)

وحيث أن هذه المعاهدات لم تكن تتعلق أصلاً بالإستثمار الأجنبي فقط، بل كانت تتناول بالتنظيم كافة أوجه النشاط الإقتصادي والتجاري للأجانب بشكل عام ودون تحديد ، وتسعى لتطبيق مبدأ حرية التجارة الدولية على الإستثمارات الأجنبية الخاصة .ولذلك تميزت نصوصها بالعمومية والتجريد وتناولت مجموع النشاطات الصناعية والتجارية .

(1) أول معاهدة أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية من هذا النوع كانت مع فرنسا سنة 1778 للصدقة والتجارة والملاحة وتعد أول ركيزة أساسية للحماية الإتفاقية للإستثمارات الأجنبية، ثم عقدت أول اتفاقية مع الصين سنة 1844 ثم مع ألمانيا سنة 1923 وتوالت هذه الإتفاقيات بعد الحرب العالمية الثانية بسبب سيطرة الولايات المتحدة الأمريكية المالية وقوتها الإقتصادية.

إلا أنه مع تطور العلاقات الدولية أصبح للإستثمار الأجنبي أهميته السياسية والإقتصادية الكبيرة في مواجهة أوجه النشاط التجاري الأخرى، وتشعبت المشكلات التي يثيرها وتعددت ، الأمر الذي كشف عن عجز المعاهدات العامة سالفة الذكر عن مواجهة التطورات المعاصرة ، مما دفع الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية تقتصر على تنظيم الإستثمارات الأجنبية وقد كان بداية إقبال الدول على إبرام مثل هذه الإتفاقيات خصوصا الدول المتقدمة في أواخر الخمسينات من القرن الماضي [54] ص 33.

ونظرا لأهمية هذه الإتفاقيات قامت الدول المصدرة لرأس المال بإعداد نماذج لإتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الإستثمارات فيما بين الدول المتعاقدة PROTO TYPE INVESTMENT TREATY لتكون أساسا للتفاوض مع الدول المستوردة لرأس المال الراغبة في ذلك وتستمد هذه النماذج مرجعيتها من مصدر معين واحد وهو مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية الذي أعدته منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية لعام 1967.(1) ، [10] ص 24.

1.1.2.2.2. مزايا المعاهدات الثنائية

- 1 /تعد أكثر نجاحا من الإتفاقيات الجماعية لأن تحقيق الإتفاق في الأخيرة ليست مهمة سهلة .
 - 2 /هي مرنة تستجيب لرغبة الدولتين المتعاقدين وتراعي ظروفهما المشتركة.
 - 3 /تنص على الحماية العامة والضمان العام لأشخاص وممتلكات المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة لذلك سميت بمعاهدات الغطاء أو اتفاقيات المظلة/ TRAITES DE COUVERTURE UMBRELLA TREATIES
- لأنها تعطي للمستثمر حقوقا خاصة وتضمن آثار الإلتزامات التعاقدية لعقود الإستثمار بمعنى تصير الإتفاقية الثنائية بمثابة غطاء تتحول بمقتضاه الإلتزامات الواردة بعقد الإستثمار إلى التزامات دولية يترتب على تعديل الدولة المضيفة لأي منها بمقتضى قانون داخلي تحريك

(1) أول معاهدة ثنائية لحماية وتشجيع الإستثمار الأجنبي تم إبرامها بين الدول المتقدمة والدول النامية كانت بين ألمانيا الغربية وباكستان عام 1956 ثم بين سويسرا وتونس عام 1961 وأخذ إقبال الدول على إبرامها يتزايد يوما بعد يوم . وحسب تقرير C NUCED لعام 1998 حول الإستثمار في العالم، وصل العدد حتى نهاية 1997 إلى 1513 اتفاقية ثنائية لحماية وتشجيع الإستثمارات.

المسؤولية الدولية ضدها ، كما تضمن إرساء القواعد القانونية الواضحة حول عقود اتفاقيات الإستثمار وتفادي الخلاف حولها مما يحفظ الإستقرار القانوني الواجب توافره [27] ص 137.

تعتبر هذه الإتفاقية بمثابة غطاء تتحول بمقتضاه الإلتزامات الواردة في عقد الإستثمار إلى التزامات دولية وفي حالة الإخلال بها تستوجب المسؤولية الدولية ، وعادة ما تهدف هذه الإتفاقيات إلى إعفاء مشروعات الإستثمار من الخضوع لبعض قوانين الدولة المضيفة ، كما تعد وسيلة لجذب الإستثمارات الأجنبية.

كما تقوم بدور حماية الإستثمار في النظام القانوني الدولي ، وتحدد بدقة حقوق المستثمر الأجنبي وامتيازاته وواجبات الدولة المضيفة. وهذه الضمانات الخاصة تمثل في الحقيقة معاملة تفضيلية UN TRAITEMENT PREFERENTIEL من جانب الدولة المضيفة ، وبالتالي إذا ما أبرم أحد رعايا الدولة المتعاقدة عقد استثمار مع الدولة المضيفة فإن هذه الحقوق والإمتيازات تثبت له بمقتضى الإتفاقية ذاتها وليس بمقتضى العقد [2] ص 47 .

4/ كما أن هذه الإتفاقيات الثنائية عملت على إخراج مسألة الإستثمار الأجنبي من نطاق الإختصاص الداخلي وإخضاعها لقواعد دولية اتفاقية ملزمة ، إنها تستهدف تحديد الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية في الدول المتعاقدة ، أي إعطاء الصفة الدولية الملزمة لكثير من القواعد الدولية العرفية التي رفضتها الدول النامية وهو إنجاز هام نظرا لعدم وجود إتفاق دولي حول القواعد التي تعبر عن حكم القانون الدولي في تطوره المعاصر في موضوع الإستثمار الأجنبي [55] ص 12 .

2.1.2.2.2. عيوب الإتفاقيات الثنائية

تعرضت لانتقاد هام وهو أن مبدأ التبادلية LA RECIPROCITE الذي تقوم عليه هذه الإتفاقيات والذي يعني حماية وتشجيع استثمارات كل طرف لدى الطرف الآخر وإن كان صحيحا وممكنا من الناحية القانونية والعلمية بالنسبة للمعاهدات التي تبرم بين الدول المتقدمة، إلا أنه ليس كذلك بالنسبة للمعاهدات الثنائية التي يكون أحد أطرافها دولة نامية نظرا لأن رعايا الدول الأخيرة لا يملكون الأموال الكافية للإستثمار في الدول المتقدمة. ومن ثم فهم لا يستفيدون من التنازلات التي تقدمها هذه الدول على نحو مواز لما يتمتع به رعايا الدولة المصدرة لرأس المال في الدولة المضيفة الفقيرة .

لذلك يقع هنا عبء تنفيذ المعاهدة الثنائية في المقام الأول على الدولة النامية المتعاقدة ، إذن هو تحكم شخصي وأنائية فردية بين الدول [1] ص 455 ، [54] ص 117 ، وبالتالي فمبدأ التبادلية هذا يمكنه أن يجد له مكانا أفضل في ظل المعاهدات الجماعية الإقليمية نظرا لأنها معاهدات متعددة الأطراف تتميز بالتوسع في توزيع وتبادل المافع الاقتصادية بين أكثر من دولتين على خلاف الإتفاقيات الثنائية.

3.1.2.2.2 . أحكام الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر

وبخصوص الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر فهي عديدة ومتنوعة بعد أن تبنت سياسة اقتصادية متحررة بهدف تشجيع تدفق وانسياب رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في التنمية الاقتصادية الداخلية وضمنتها على وجه الخصوص ضمان عدم التعرض للمخاطر غير التجارية والتعويض العادل والحال .

فمنذ سنة 1990 ولغاية 2003 وقعت الجزائر وصدقت على أكثر من 35 اتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية ، وباستقراء نصوص هذه الإتفاقيات نتبين أنها لا تخلو من النص على مبدأ أو أكثر من المبادئ أو المعايير الدولية التالية :

1-مبدأ المعاملة الوطنية

2-مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

3-شرط الدولة الأولى بالرعاية

وبصرف النظر عن التسمية التي تطلق عليها فهي معاهدات دولية بحسب المعنى الذي حددته اتفاقية فيينا لسنة 1969 (معاهدة المعاهدات) (1) ومن ثم يترتب على الإخلال بأحكامها إثارة المسؤولية الدولية للدولة المخلة والتزامها في القانون الدولي بالتعويض بناء على ذلك . وتتوخى الإتفاقية الثنائية غاية مشتركة وهي تشجيع الإستثمارات الأجنبية كوسيلة لتوثيق التعاون الإقتصادي بين أطرافها عن طريق تحسين مناخ الإستثمار في الدول المضيفة المتعاقدة، والنص على تسهيلات مناسبة ووضع قواعد ومعايير محددة لمعاملة الإستثمارات. ، كما

(1)تنص الفقرة الأولى من المادة 02 من اتفاقية فيينا لسنة 1969 "المعاهدة تعني الإتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر مهما كانت تسميته الخاصة " وبذلك تتميز عن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة مع مستثمرين أجانب.

تنظم حمايتها من الإجراءات الحكومية كالمصادرة ونزع الملكية ، وتكفل وسائل مرضية لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار ، وتتفق الأحكام الواردة فيها مع أحكام العرف الدولي في مسألة الإستثمارات الأجنبية.

هذه الأحكام العرفية الدولية جرت صياغتها أساسا من جانب الدول الغربية المصدرة لرأس المال ، لذلك تعرضت لهجوم شديد من الدول النامية حديثة الإستقلال ، لكنها مع ذلك تقوم (الدول النامية) بتضمين الإتفاقيات الثنائية نفس هذه المبادئ.

تتناول هذه الإتفاقيات وضعية المستثمر الأجنبي بدءا من دخوله الإقليم الوطنى وانتهاء بتصفية مشروعه وتحويل رأس ماله وأرباحه إلى الخارج .

وتبدأ عادة بوضع تعريف محدد لأهم المصطلحات القانونية المستخدمة (الإستثمار والمستثمر) وتحديد نطاق تطبيق المعاهدة من حيث الأشخاص المستفيدين منها والإستثمارات التي تطبق عليها ، والمدة اللازمة لنفاذها ، والحماية اللازمة المستمرة ضد المخاطر غير التجارية ، والوسائل والطرق الفعالة المحايدة لحل المنازعات التي تنشأ .

وقد وجدت هذه الإتفاقيات الثنائية عموما، قبولا لدى المجتمع الدولي من جانب الدول المتقدمة في علاقتها بالدول النامية إذ تهدف إلى تشجيع تدفق رؤوس الأموال بين الشمال والجنوب ، غير أن سلطة الدولة في معاملتها للإستثمارات الأجنبية ليست مطلقة بل ترد عليها جملة من القيود كضرورة إعطاء المستثمر الأجنبي ما استقر العرف الدولي على منحه للأجانب المقيمين فوق إقليم الدولة من الحقوق التي تمثل الحد الأدنى الذى لا غنى عنه لكل إنسان وهوما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب [3] ص 277. LE STANDART

MINIMUM

كما تستطيع الدولة استجابة لمقتضيات التعامل الدولي وتحقيقا لما تمليه عليها مصالحها الإقتصادية الخاصة أن تكرم وفادة المستثمر الأجنبي رغبة منها في جذب فترفع الحد الأدنى من الحقوق المقررة له بمقتضى العرف الدولي وذلك بأن تمنحه معاملة عادلة أو منصفة، أو تساوي في المعاملة بينه وبين مستثمريها الوطنيين (المعاملة الوطنية) أو تلجأ إلى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

لذلك ومن خلال استقراء الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر تنقسم قواعد المعاملة الإتفاقية للإستثمارات الأجنبية إلى :

1/ اتفاقيات ثنائية تستند إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

LE TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE

يسمى هذا النوع من المعاملة بقواعد المعاملة المشروطة حيث أن المعاهدة لم تحدد مضمون المعاملة بشكل مباشر أو غير مباشر وإنما تركت فعل ذلك للأطراف المتعاقدة في ضوء كل حالة على حدة طبقاً لقواعد العدالة. (1)

هذا المعيار يكتنفه الغموض ويصعب تحديد مضمونه بدقة ، ولذلك ذهب البعض إلى أنه ماهو إلا تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه يعني المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي وعدم التمييز بينهما ، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه يعني مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات [30] ص 97 ، [48] ص 171 .

هذا المبدأ قننته المادة 2/3 من القواعد الإرشادية لمعاملة الإستثمارات الأجنبية التي وضعها البنك الدولي عام 1992 ، وبعض المشروعات الجماعية لحماية الملكية الأجنبية الذي أعدته منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية OCDE عام 1967.

2/ اتفاقيات ثنائية تستند إلى مبدأ المعاملة الوطنية أو ما يسمى بمبدأ تشبيه

LE PRINCIPE DE L'ASSIMILATION DES ، الأجانب بالوطنيين

ETRANGERS AUX NATIONAUX

وهذا قمة السخاء من جانب الدولة المضيفة واتخاذ هذا الأسلوب يحتاج من الدولة إلى وعي كامل بمتطلبات العصر الحالي وإدراك عميق لروح التعاون الدولي التي يجب أن تسود في المرحلة الحالية في العلاقة بين الدول (مساواة الأجانب بالوطنيين) (2).

(1) من هذه الإتفاقيات نذكر مثلاً الإتفاقية الثنائية المبرمة مع حكومة جنوب افريقيا بتاريخ 2000/09/24 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 206/01 مؤرخ في 2001/07/23 . وكذلك الإتفاقية الثنائية المبرمة مع حكومة سلطنة عمان بتاريخ 2000/04/09 وتم التصديق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 223/02 مؤرخ في 2002/06/22.

(2) من هذه الإتفاقيات نذكر مثلاً الإتفاقية الثنائية المبرمة مع الحكومة السورية بتاريخ 1997/09/14 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 430/98 مؤرخ في 1998/12/27 ، ومع حكومة بلغاريا المبرمة بتاريخ 1998/10/25 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 123/02 مؤرخ في 2002/04/07.

نشأ هذا المبدأ في رحاب المذاهب الفردية التي تدعو إلى تيسير ممارسة النشاط الاقتصادي دون تفرقة بين الوطنيين والأجانب وبالتالي يعد من أكثر الوسائل تحرراً في معاملة الأجانب(1).

إنه يعني المساواة في المعاملة بمعنى أن الدول ليس عليها التزام بمنح الأجنبي حقوقاً أكثر من الحقوق المقررة لرعاياها وبالتالي إن أكثر ما تلتزم به الدولة المضيفة فيما يتعلق بمعاملة المستثمر الأجنبي هو مساواته بالوطني ويفيد هذا ضمناً أن الأجنبي يخضع للقوانين الوطنية وللاختصاص القضائي الإقليمي .

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق المبدأ يقتصر على الموضوعات التي تصدت المعاهدة لتنظيمها أي في نطاق الحقوق والمزايا المتعلقة بالإستثمار فقط .
قننته الإتفاقية العربية لإستثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين البلدان العربية عام 1970 ، كما أخذت به المادة 3/3 من القواعد الإرشادية للبنك الدولي ، والمادة 49 من مدونة الأمم المتحدة لسلوك الشركات متعددة الجنسيات .

3/ اتفاقيات تستند إلى مبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذى يكفل معاملة المواطنين بمثل أحسن معاملة تعطىها دولة الإستثمار لرعايا أي دولة أخرى .

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

مؤدى هذا الشرط أو المبدأ أن تتعهد الدولة الملتزمة به بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة منه من الحصول على أفضل معاملة قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أخرى ثالثة ، وهكذا يفترض هذا الشرط وجود ثلاث دول ، هي الدولتان المتعاقدتان الموقعتان على المعاهدة المتضمنة الشرط أي الدولة الملتزمة به والدولة المستفيدة منه ودولة ثالثة أجنبية عن المعاهدة وهى الدولة الأكثر رعاية التي يتمتع رعاياها بأفضل معاملة يلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة به.

(1) يعد الفقيه الأرجنتيني الدبلوماسي كارلوس كالفو C A LVO أول من نادى بهذا المبدأ حتى لا يتمتع الأجنبي بحقوق ومزايا أفضل مما هو مقرر للوطني ، وذلك كان هو الأساس في معارضة دول أمريكا اللاتينية لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الأجانب .

ويرجع تاريخ هذا المبدأ إلى زمن طويل ، إذ كان يدرج عادة في معاهدات الإقامة والمعاهدات الخاصة بالشؤون المالية والجمركية وبصفة خاصة لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول ، ويعد من المبادئ الأساسية للاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة (GATT) ومن بعدها منظمة التجارة العالمية لإزالة كافة العقبات ولدعم الإقتصاد الدولي الذي يستند لقانون العرض والطلب .

وتعد معاهدات حماية وتشجيع الإستثمار من أكثر المعاهدات التي تأخذ به فقد جمعت غالبيتها في نص واحد بين قاعدة المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية (مع اليمين- ماليزيا -ليبيا -مصر -اندونيسيا -الإمارات العربية - مالي -كوريا وغيرها) (1).

وجود هذا الشرط يفيد منح الدولة المستفيدة الحق في أفضل معاملة منحتها أو ستمنحها الدولة الملتزمة به لإستثمارات ومواطني أية دولة أخرى أجنبية وليس للدولة المستفيدة من الشرط الحق في المطالبة في هذا الفرض بأفضل معاملة ممنوحة لدولة أجنبية خارج نطاق الإستثمارات موضوع الاتفاقية

ومن مزاياه كذلك أنه يحقق للدولة المستفيدة منه والملتزمة به فائدة كبيرة لأنه يكفل لرعايا الدولة الأولى واستثماراتهم الحصول على كل امتياز يمنح لإستثمارات ورعايا دولة ثالثة في الحاضر والمستقبل في اقليم الدولة الثانية ، كما أنه يعبر عن النظرة الإيجابية للدولة الملتزمة به تجاه الإستثمارات الأجنبية.

نستنتج مما تقدم أن المعاهدات لم تات بشيء جديد بشأن معاملة الإستثمارات الأجنبية وأن كل ما عملته هو تقنين القواعد الدولية التقليدية وبنفس مفهومها المستقر في القانون الدولي ، لكن إدراجها ضمن المعاهدات له أثره في توضيحها واكتسابها صفة القبول الأوسع وبلا شك تسهم بدور فعال في تنظيم الاستثمارات الأجنبية عن طريق إعطاء الصفة الدولية الملزمة لقواعد الحماية التقليدية والتي يظل مشكوكا في أمرها بدون اتفاقية دولية ملزمة [30] ص 108 ، [28] ص 354 ، على الرغم من المجهودات التي بذلت من طرف منظمة (OCDE) لوضع تقنين أو إطار دولي للاستثمارات الأجنبية.

(1) انظر الاتفاقية الثنائية المبرمة مع حكومة اليمن بتاريخ 1999/11/25 وتم التصديق عليه بمرسوم رئاسي رقم 211/01 مؤرخ في 2001/07/23 . ومع حكومة ماليزيا بتاريخ 2000/01/27 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 212/01 مؤرخ في 2001/07/23 . ومع حكومة أندونيسيا بتاريخ 2000/03/21 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 225/02 مؤرخ في 2002/06/22 .

2.2.2.2 . الإتفاقيات الجماعية الإقليمية

تمثل هذه الجهود حلا وسطا بين الفشل الدولي في التوصل إلى اتفاقية دولية متعددة الأطراف بشأن وضع إطار قانوني شامل لتنظيم معاملة الإستثمارات الأجنبية ، وبين المحاولات الثنائية لإبرام اتفاقيات حمائية وتشجيع هذه الإستثمارات التي تتميز بانها تراعي مصلحة أطرافها في المقام الأول أكثر من الإهتمام بوضع الإطار المذكور .

تتم هذه الجهود الجماعية الإقليمية بين دول تتمتع بقدر كبير من التجانس من حيث الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والثقافية في سبيل تسهيل حركة رؤوس الأموال فيما بينها من أجل تحقيق المصلحة المشتركة وتعزيز التكامل الإقتصادي فيما بينها. ومن بين أهم هذه الإتفاقيات نذكر:

1/ على المستوى الأوربي

اتفاقية السوق الأوربية المشتركة لسنة 1956

منظمة التجارة الحرة الأوربية لسنة 1960

2/ على مستوى امريكا اللاتينية

مجموعة الأندين (ANDEAN) اتفاقية التكامل الإقتصادي لسنة 1969

3/ على مستوى وسط افريقيا

اتفاقية خاصة بمعاملة الإستثمارات لسنة 1965

4/ على المستوى العربي

اتفاقية تشجيع رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين الدول العربية لسنة 1970

الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية 1980 (1).

وتمخض عن ذلك إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار التي تم توقيعها في 02/05/

1971 (2).

(1) تأخذ هذه الإتفاقية بالمعاملة الوطنية م/6 و شرط الدولة الأولى بالرعاية م/6/2

انضمت إليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 306/95 مؤرخ في 07/10/1995

(2) انضمت إليها الجزائر بمقتضى الأمر رقم 16/72 مؤرخ في 07/06/1972 تهدف إلى تحقيق المواطنة

العربية وتوطين المال العربي .

5 / على المستوى الإسلامي

اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار فيما بين الدول الإسلامية لسنة 1981 وتمخض عنها إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الإستثمار وائتمان الصادرات لسنة 1996 (1).

6 / على مستوى اتحاد المغرب العربي

اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في 1990/07/23 تمخض عنها إنشاء المصرف المغربي للإستثمار والتجارة الخارجية بتاريخ 1991/03/10 (2).

3.2.2.2. الاتفاقيات الجماعية العالمية

وهو المسار الأضعف حيث تم إبرام بعض الإتفاقيات متعددة الأطراف على المستوى العالمي من أجل تنظيم الإستثمار الأجنبي غير انه حدثت تجزئة لهذا التنظيم وهو ما يمثل في الحقيقة مرحلة هامة من مراحل تطور النظام القانوني الشامل لمعاملة الإستثمارات الأجنبية وهذه الإتفاقيات هي :

1/ اتفاقية تسوية المنازعات بين الدولة ومواطني الدول الأخرى الموقعة بواشنطن
CONVENTION POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENTS 1965/03/08
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS ET RESORTISSANTS
D'AUTRES ETATS

وتم بواسطتها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (3) CIRDI كمؤسسة دولية مستقلة تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير تستهدف تقديم خدمات التوفيق والتحكيم مساهمة من البنك في تحسين مناخ الإستثمار كما يعد خطوة هامة في سبيل الوصول إلى التنظيم الموضوعي الخاص بالإستثمارات الأجنبية.

(1) انضمت الجزائر إلى هذه المؤسسة بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 144/96 مؤرخ في 1996/04/23

(2) انضمت الجزائر إلى اتفاقية إنشاء المصرف بموجب المرسوم رقم 247/92 مؤرخ في 1992/06/13

(3) انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 1995/10/30.

وصل عدد الدول الأعضاء فيها حتى تاريخ 2002/06/30 150 دولة عضو .

2/ اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (1) [25] ص 187 ، [28] ص 515، التي أنشئت بموجب اتفاقية سيول في 1985/10/12 AGENCE MULTILATIRALE DE GARANTIE DES INVESTISSEMENTS (AMGI) تحت إشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير من أجل تقديم ضمانات مالية للمستثمرين الأجانب ضد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها في الدول المضيفة كوسيلة لتحسين المناخ الإستثماري في الدول النامية وتسهيل انسياب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة إليها .

3/ اتفاقية منظمة التجارة العالمية لسنة 1994 OMC الموقعة بمدينة مراكش في 1994/04/25 التي تهدف إلى تسهيل التعاون في مجالات العلاقات الإقتصادية والتجارية وسد الثغرات التي كانت موجودة في الجات (GATT) لعام 1947 خصصت لأول مرة اتفاقا لتنظيم اجراءات الإستثمار المرتبطة بتجارة السلع ذلك أن الدول الصناعية رأت أن رأس المال في حد ذاته هو سلعة من السلع يتم تداولها وانتقالها وفقا لمبادئ تحرير التجارة السلعية استيرادا وتصديرا ولذلك لا بد من تحرير الإستثمار الأجنبي والتجارة الدولية.

لذلك جاءت أحكام الإتفاقية لتمنع أي دولة عضو من اتخاذ اجراءات استثمارية تتعارض مع بنودها خاصة تلك المتعلقة بالمعاملة الوطنية (المادة 03) وبعدم فرض قيود كمية على الواردات والإكتفاء بوضع تعريفات جمركية متفق عليها، وتخفيف القيود المفروضة على الإستثمارات بين الدول تمهيدا لتحرير الإستثمارات على المستوى العالمي ، والتخلص من اجراءات التمييز بين الإستثمار الوطني والإستثمار الأجنبي (2) [56] ص 95.

(1) دخلت حيز النفاذ في 1968/04/12 انضمت إليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 345/95 مؤرخ في 1995/10/30 وصل عدد عقود التأمين الموقعة في 2003 إلى 656 عقد بمبلغ يصل إلى 11.7مليار دولار.

(2) انضمت لحد الآن حوالي 117 دولة لهذه المنظمة بعد سنوات من الصراعات بين الدول المتقدمة بعضها ضد البعض الآخر ، هذه المنظمة تهدف إلى العمل لإقرار النظام الإقتصادي العالمي الجديد ، القائم على وحدة السوق تحت إشراف وإدارة المؤسسات الدولية لاسيما البنك الدولي للإنشاء والتعمير ، وصندوق النقد الدولي أصبحت هذه المنظمة هي الإطار المؤسسي التنظيمي الذي يرعى ويتضمن كافة الإتفاقات الخاصة بالتجارة الدولية . كما تجدر الإشارة إلى أن الجزائر تخوض حاليا مفاوضات قصد الإنضمام إلى هذه المنظمة، وهي بصدد الإجابة على الأسئلة .

4/ القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الإستثمارات الأجنبية لسنة 1992 ، وتشمل هذه القواعد بحق أهم الجهود المبذولة على المستوى الدولي في سبيل تطوير الإطار القانوني الشامل لمعاملة الإستثمارات الأجنبية والوصول به إلى درجة الكمال .

اضطلعت لجنة التنمية بالبنك الدولي(1) بعبء إصدار هذه القواعد مستهدفة إقامة مناخ مشجع للإستثمار ومتحرر من المخاطر غير التجارية في الدول كلها من أجل تقوية ثقة المستثمرين الدوليين ، كما تمثل خطوة مهمة في تطوير معايير مقبولة تكمل معاهدات الإستثمار الثنائية منها والمتعددة الأطراف ولا تحل محلها ما دامت لا تتعارض معها (المادة1) تتكون هذه القواعد من 05 مواد تمثل ما هو مقبول بصفة عامة كجزء من القانون الدولي المعاصر ، تتضمن نصائح للدول النامية فيما يتعلق بأهمية المعاملة المتساوية للمستثمرين في ظروف مماثلة وتحثهم على المعاملة الوطنية والمعاملة العادلة والمنصفة ، كما تتضمن نصائح للدول المتقدمة خاصة أهمية تشجيع تدفق الإستثمارات منها إلى الدول النامية (التزام أدبي) .

إذن هي قواعد عامة محددة العدد مكملة للمعاهدات الثنائية والجماعية والأدوات الدولية الأخرى ، تهيب بالدول جميعا المصدرة والمستوردة لرأس المال أن تجعلها مصدرا لتشريعاتها الوطنية فيما يتعلق بمعاملة الإستثمارات المذكورة وهذا الأمر هو الذي جعلها تصدر في شبه إجماع نادر من الدول أعضاء لجنة التنمية(2) .

(1) هي لجنة وزارية مشتركة تتبع مجلس محافظي البنك الدولي وصندوق النقد الدولي وتمثل فيها جميع الدول الأعضاء على نحو متساو تقريبا بين الدول النامية والدول المتقدمة ، وتجتمع مرتين في السنة لمناقشة المسائل المتعلقة بانتقال الموارد المالية من أجل التنمية في الدول النامية.(انظر الملحق في نهاية الرسالة)

(2) تلعب القواعد الإرشادية دورا مؤثرا في تطور القانون الدولي العرفي الذي يمكن أن يتحول مع مرور الزمن إلى قانون ملزم بالمعنى الصحيح ، إذا تبين عن سلوك الدول المتواتر الإقتناع بالزاميته.

نخلص في الأخير إلى أن نصوص الإتفاقيات السابقة لا تخرج قيمتها عن كونها تقليد دولي لم تتأكد له الصفة العرفية الملزمة ولا تزال هذه القواعد تفتقر إلى الأداة القانونية الملزمة والجزاء المترتب على مخالفتها على المستوى الدولي، إزاء التفاوت بين معايير الحماية الدولية للاستثمارات بين الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال ، لذلك لابد من صياغة هذه القواعد في صورة قانون اتفاقى أو معاهدة ملزمة على المستوى الدولي (الثنائى أو المتعدد) من واقع جهاز دولي يمثل كلا من الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال بما يكفل حماية أفضل ومراعاة لمصالح كل الأطراف.