

4.1. مخاطر الاستثمار الأجنبي

إن المستثمر الأجنبي يعتمد في اتخاذ قراره الإستثماري في دولة معينة ما على مدى التوازن بين الربح العائد والمخاطر التي قد يتعرض لها استثماره، ويقوم هذا التوازن على مقدار الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة للمستثمر ومدى ما تتمتع به الدولة المتلقية من ثبات واستقرار سياسي واقتصادي وتشريعي واجتماعي وثقافي وهو ما يطلق عليه مناخ الإستثمار. يتعرض المستثمر الأجنبي في أثناء قيامه بمهمته إلى نوعين من المخاطر:

النوع الأول هو المخاطر التجارية أو الحرفية، ومثالها العجز عن الوفاء أو التوقف عن الدفع أو الإفلاس، عدم وفاء المستورد بما استحق عليه للمصدر رغم وفاء الأخير بكافة التزاماته التضخم انخفاض العملة

وسواء كانت هذه المخاطر بالنسبة للمستثمر ذاته أو بالنسبة لمدينه ، وتكون هذه المخاطر ظاهرة طبيعية مصاحبة للمهنة، وتتوقف النجاة منها على كل من ظروف المهنة وأوضاع السوق وعلاقات المستثمر وحصافته واتزان قراراته لذلك يتحمل المسؤولية عنها باعتباره مضارباً (1) [31] ص 51، ورجل أعمال والمشاريع الإقتصادية تتعرض بطبيعتها للكسب والخسارة هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه المخاطر تتوافر بشأنها عمليات تأمين عادية وبشروط معقولة لدى مؤسسات التأمين [45] ص 112.

النوع الثاني : هو المخاطر غير التجارية وهي التي لم يضعها المستثمر الأجنبي في حسابه عند قيامه بالإستثمار من ذلك :

أولاً : اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة اجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة ، التاميم ، فرض الحراسة، نزع الملكية ، الإستيلاء الجبري ، منع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه ، تأجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول.

(1) المضارب لا يهدف من وراء اقتناء الأصول الإحتفاظ بها لفترة طويلة، وتحقيق العائد الذي يتوقعه من خلال استغلال أو تحسين تلك الأصول، وإنما يتوقع ان يحقق عائده من خلال تحويل تلك الأصول إلى مضارب آخر أو مستثمر متوقع، وبناء على ذلك يطلق على من يقوم بالمضاربة عادة (الوسطاء) وليس المستثمرين، والأماكن الرسمية للمضاربات هي البورصات (مكان لإجتماع الوسطاء) لكن الإستثمار هو توظيف الأموال المتاحة للمستثمر في اقتناء أو تكوين أصول بقصد استغلالها لتحقيق أراضه ويهدف إلى تعظيم العائد المادي أو المردود الإقتصادي والإجتماعي والسياسي .

ذلك أن المحاولات التي تقوم بها هذه الدول لمعالجة مشكلاتها الإقتصادية المزمنة قد تدفعها في أغلب الأحيان إلى تأمين وسائل الإنتاج الرئيسية في البلاد ونقل ملكيتها إلى الدولة ، كما قد تؤدي المبالغة في التمسك بالسيادة الوطنية التي حصلت عليها معظمها حديثا إلى اتخاذ إجراءات حكومية تمس أموال الأجانب بدون تعويض ، أو بتعويض لكن غير عادل من وجهة نظر الأجانب .

ثانيا: اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الإستثمار الى الخارج .

ذلك أن ما تعانيه أغلب هذه الدول من اختلالات في موازين مدفوعاتها بسبب الضغوط الهائلة التي تفرضها متطلبات تنفيذ خططها الإنمائية الطموحة ، بالإضافة إلى ندرة النقد الأجنبي المتوافر لديها قد تدفعها إلى اتخاذ العديد من الإجراءات الحكومية الهادفة إلى مراقبة الصرف الأجنبي وتقييد التحويلات النقدية داخل أقاليمها.

إنه يشمل التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة ، كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تمييزا واضحا . ولا تدخل في هذا النطاق أو في هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين ، كما لا تدخل إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه .

ثالثا: كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشرا مما يؤدي الى حرمانه من الحصول على حقوقه ، وكذلك الحرب والإضطرابات الأهلية العامة ، والثورات ، وأعمال العنف ، الفتن ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر أي تحول دون تحقيق المكاسب المتوقعة للمستثمر .

ذلك أن عدم الإستقرار السياسي ما زال هو السمة المميزة لعدد كبير من الدول المستوردة لرأس المال ، الأمر الذي يزيد بدرجة كبيرة من احتمال قيام قلاقل سياسية وأعمال شغب واضطرابات داخلية.

لذلك يمكن القول أن هناك ثلاثة أنواع من المخاطر غير التجارية .

1/ مخاطر سياسية وتشمل نزاع الملكية - خطر التأمين - خطر المصادرة - الإستيلاء الجبرى وفرض الحراسة - تأجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول - خطر الإخلال بالالتزامات التعاقدية .

2/خطر تحويل العملة ويشمل رفض تحويل العملة -التأخر في تحويل العملة -فرض سعر تمييزى ضد المستثمر المضمون .

3/خطر الحروب والإضطرابات الداخلية ويشمل الانقلابات -الثورات -الهيّاج الشعبى -الفتن الداخلية -الحصار الإقتصادي من قبل سلطات القطر المضيف وغيرها.
لذلك سنتناول هذه المخاطر ضمن المباحث الأربعة التالية :

1.4.1. المخاطر السياسية

2.4.1. خطر تحويل العملة

3.4.1. خطر الحرب والإضطرابات الداخلية

4.4.1. المخاطر التي يغطيها الضمان في القانون الجزائري

1.4.1. المخاطر السياسية

توصف هذه المخاطر بالصبغة السياسية لأنها ترجع لإرادة الدولة المضيفة للإستثمار إذ تمثل تلك الإجراءات الحكومية التي تصدر عن الدولة المضيفة وتؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره أو الإخلال بمكاسبه المتوقعة.

ويأتى فى طليعة هذه المخاطر وهو ما نتناوله ضمن المطلب الأول: 1.1.4.1

ثم خطر نزع الملكية في المطلب الثاني: 2.1.4.1

ثم خطر المصادرة في المطلب الثالث: 3.1.4.1

ثم خطر الإستيلاء وفرض الحراسة في المطلب الرابع: 4.1.4.1

ثم خطر تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول في المطلب الخامس: 5.1.4.1

وأخيرا خطر الإخلال بالالتزامات التعاقدية في المطلب السادس: 6.1.4.1

1.1.4.1. خطر التأميم

خطر التأميم NATIONALISATION وهو أحد الأسلحة التى تستخدمها الدول النامية خاصة فى معركة صنع التقدم ،للتخلص من التبعية وتحقيق نموها الإقتصادي وليصبح الإستقلال حقيقة واقعة وليس مظهرا شكليا خاليا من مضمونه الأصيل .

كما أن التاميم من أهم صور التدخل في حقوق الملكية وهو حق لصيق بالسيادة القومية وفقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر فى 1952/12/21 والذى تاكد بقرارها رقم

1803 الصادر فى 14/12/1962/ وقرارها رقم 2158 الصادر فى 28/11/1966 والقرار رقم 3281 لسنة 1974 فى شان حق السيادة الدائمة للشعوب والأمم على مصادر الثروة الطبيعية وتعطي للدولة الحق فى التاميم ونزع الملكية بشرط دفع تعويض عادل .

هذا وتوجد تعريفات عديدة للتاميم ، تختلف من عقيدة لأخرى ،ومن مدرسة لأخرى ، له مدلوله فى الفقه الغربى ، مثلما له مدلوله فى الفقه الإشتراكي كذلك [43] ص 9.

يعرف التاميم بانه عملية نقل ملكية مشروع أو مجموعة مشاريع الى الجماعة وذلك تحقيقا للمصلحة العامة وإبعادا للمشاريع المؤممة عن الإدارة الرأسمالية [12] ص 28

la nationalisation est l'opération par laquelle la propriété d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise est transféré à la collectivité afin de la soustraire dans l'intérêt général à la direction capitaliste.

أو هو العملية التى تنصب على مشروع أو مجموعة مشاريع خاصة تنتقل ملكيتها الكاملة أو الجزئية الى الجماعة مقابل تعويض أصحاب الحقوق فيها تحقيقا للمصلحة العامة [14] ص 107، [28] ص 204.

أو هونقل الملكية الخاصة إلى الدولة بإجراءات تشريعية بغرض المنفعة العامة . كما عرفه أحد المحكمين بأنه إجراء تشريعي جماعي يبرر بالسياسة الإجتماعية للدولة على عكس نزع الملكية هو إجراء فردي.

وبذلك يتم التاميم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية ، لذلك يرتبط بسيادة الدولة أو العمل السيادي ، ويخرج بالتالي عن اختصاص السلطة القضائية .

وعادة مايصيب التاميم المشروعات الإقتصادية كاملة كالبنوك ،شركات التامين ، مشروعات التعدين ،كما ينصب على الأموال أيا كانت ، عقارية أم منقولة وهدفه إحداث إصلاح فى الكيان الإقتصادى للدولة وفى اختيار نظامها الإقتصادى.

ولا يعد التعويض -على رأى الغالب - ركنا من الاركان اللازمة لمشروعيته ، بل هو أثر مترتب عليه ، حيث لا يترتب على عدم قيام الدولة بدفع التعويض سوى إمكان المطالبة الدولية .

2.1.4.1 . نزع الملكية

نزع الملكية أو الإستملاك L'EXPROPRIATION يعد استثناء من المبدأ الأساسى المقرر فى الدساتير والقاضي بحماية الملكية الخاصة ، لذلك لا يجوز إلا فى أضيق الحدود وفى الأحوال التى يجوز فيها ومقابل تعويض عادل .

لذلك يعرف نزع الملكية بأنه إجراء يتم بموجب قرار إداري بموجب الإرادة المنفردة للإدارة ، ويرد على العقارات دون المنقولات، بهدف تملك الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة للعقار المنزوع ملكيته لتحقيق هدف عام دون مراعاة التمييز بين الوطنيين والأجانب. فى مقابل تعويض من نزعت ملكيته على النحو الذى حدده التشريع.

أما خطر نزع الملكية فى نظم ضمان الإستثمار ، فهو يغطى فضلا عن ذلك ، الإجراءات الحكومية التى لا يمكن نعتها بهذه الصفة إلا أنها تؤدى بصورة تدريجية وبشكل غير مباشر لذات نتيجة نزع الملكية الصريح والمباشر .

وذلك بان تحرم المستثمر من سلطاته الجوهرية على استثماره او تحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره، كالتمييز فى فرض الضرائب ، نقض التعهدات الدولية (خاصة فى الحوافز الضريبية) ، المغالاة فى تحديد الحد الأقصى للأرباح بنسبة ضئيلة ، التمييز بين المستثمرين الأجانب دون غيرهم ، أو بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من جنسية دون أخرى، مخالفة المبادئ المعترف بها فى القانون الدولي ، الخروج عن الأهداف الحكومية المعتمدة دستوريا، التأثير على استمرار تشغيل المشروع على نحو يخالف ما هو مخطط له فى الأصل .. وغيرها من الإجراءات الحكومية التى لا يمكن حصرها ،والتي يطلق عليها مصطلح "نزع الملكية التدريجي" [46] ص 27، [47] ص 130 .

3.1.4.1 . المصادرة

هي إجراء تتخذه السلطة العامة فى الدولة بمقتضاه تستولي على ملكية كل أو بعض الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون تعويض أو مقابل وتتناول الأموال العقارية والمنقولة.

وهي إحدى المخاطر التى تنص عليها المؤسسة العربية لضمان الإستثمار(م18) .

1.3.1.4.1 . نوعا المصادرة

المصادرة قد تكون إدارية وقد تكون جنائية .

1/المصادرة الإدارية هي إجراء وقائى تقتضيه اعتبارات الأمن والصحة والسلامة العامة ، وتتخذه السلطة الإدارية دون ان يصدر حكم قضائى بذلك كمصادرة الأغذية او البضائع المهربة بالمخالفة لأحكام القانون .

2/ المصادرة الجنائية إضافة أو نقل مال مملوك للجاني، إلى الدولة أو إحدى مؤسساتها دون مقابل وهي من العقوبات التكميلية ولا تجب إلا بحكم قضائي وقد تكون وجوبية أو جوازية.

المصادرة الوجوبية إذا كان صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها يعد جريمة .
المصادرة الجوازية إذا لم تكن حيازته لهذه الأشياء جريمة في حد ذاته . كما قد تكون المصادرة عامة ترد على ذمة المحكوم بكاملها أو على جزء شائع فيها . أو خاصة ترد على شيء أو أشياء معينة بذاتها.

2.3.1.4.1 . أوجه الشبه بين التأميم ونزع الملكية والمصادرة

جميع هذه الإجراءات تستند الى قانون يبرر اتخاذها بهدف نقل ملكية مال من أحد الأشخاص الى الدولة او إحدى مؤسساتها .

3.3.1.4.1 . أوجه الشبه بين التأميم ونزع الملكية

- 1/ يوجد في الحالتين نزع للملكية بواسطة أحد أجهزة الدولة ، السلطة التنفيذية في نزع الملكية ، والسلطة التشريعية في حال التأميم .
- 2/ كل منهما تنص عليه الإتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف ، ومحل تغطية المؤسسات الدولية لضمان الإستثمار .
- 3/ كل منهما مقيد بعدم التمييز ضد الأجانب من جهة ، وبضرورة التعويض العادل من جهة اخرى .

4.3.1.4.1 . أوجه الفرق بين التأميم ونزع الملكية [43] ص 92، [12] ص 30.

أولا من ناحية الدافع

الدافع في نزع الملكية يتمثل في تحقيق أهداف اجتماعية
الدافع في التأميم بالنسبة للدولة هو إحداث إصلاح إقتصادي للقطر المضيف في غالب الأحوال .

ثانيا من ناحية الموضوع

نزع الملكية ينصب على حقوق الملكية العقارية بصفة أصلية ، في حين أن التأميم يصيب المشروعات الاقتصادية برمتها عقارات و منقولات متى كانت لها صفة العمومية كالبنوك وشركات التأمين .

ثالثا من ناحية المحل

محل نزع الملكية نصب على ملكية شخصية معينة او محددة ، في حين ان التأميم إجراء غير شخصي الهدف منه استغلال وسائل الإنتاج في الصالح العام .

رابعا من ناحية الطبيعة القانونية

التأميم يتم إما بالإستناد إلى نص دستوري أو قانون خاص يجد أساسه في الدستور . في حين أن نزع ملكية الأموال يتم بموجب قرار إداري يصدر مطابقا لنصوص القانون وعادة ما تحيل الدساتير سلطة نزع الملكية الى قوانين خاصة (1) .

خامسا من ناحية التعويض

يعد التعويض شرطا لصحة إجراء نزع الملكية ، بينما لا يعد التعويض سوى اثر يترتب على التأميم وليس شرطا لصحة إجراءاته وإن كان هناك جانب من الفقه يرى أنه شرط من شروط تحققه وبالتالي هو التزام تفرضه قواعد القانون الدولي العام على الدولة المؤمم [48] ص 146 . سادسا من حيث الإجراءات وشروط تحققه

نقل الملكية في التأميم الى الجماعة الوطنية بهدف إحداث إصلاح إقتصادي للقطر المضيف . أما نقل الملكية في النزع يكون لسلطة إدارية لها اختصاص إقليمي وموضوعي في آن واحد.

5.3.1.4.1 . أوجه الاختلاف بين التأميم والمصادرة

- 1/ لا تتم المصادرة إلا بارتكاب جريمة او تكون وقاية للأمن والسلامة ، بينما التأميم يستهدف إحداث إصلاح إقتصادي او تحقيق منفعة عامة.
- 2/ تتم المصادرة بدون مقابل (2) ، بينما يمكن أن يترتب على التأميم مقابل تعويض. [12] ص 34.

(1) انظر قانون نزع الملكية للمنفعة العامة رقم 11/91 مؤرخ في 1991/04/27

(2) ولو أنه وفقا للرأي الراجح في القانون الدولي المعاصر أن المصادرة يصحبها تعويض إذا تمت بطريقة تعسفية أو تحكمية إذا كان صاحب المال أجنبيا.

- 3/ المصادرة ترد على المنقولات دون العقارات ، بينما التأميم يرد عليهما معا.
- 4/ المصادرة تهدف الى استبعاد الأشياء المتحصلة من الجريمة او منع وقوعها ، وتنتم بموجب أحكام صادرة عن السلطة القضائية ، في حين ان التأميم له اهداف اقتصادية ، اجتماعية ، سياسية ، ويتم بموجب قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

4.1.4.1 . الإستيلاء المؤقت وفرض الحراسة

كل منهما من الإجراءات المؤقتة التي تزول بزوال أسبابها .

1.4.1.4.1 . الإستيلاء المؤقت أو الجبري

هو اجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة المضيفة بمقتضاه تحصل على حق الإنتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف تحقيق المصلحة العامة في مقابل تعويض لاحق تقوم السلطة العامة بادائه لمالكها. ويتم هذا الإجراء بموجب قرار من السلطة الإدارية المختصة طبقا لأحكام القانون ، ويكون محل القرار غالبا هو عقار ومع ذلك يتصور أن يقع الإستيلاء على منقول.

وتعود أسباب هذا لإجراء إلى أحوال طارئة (ظروف الحرب مثلا) التي تمر بها البلاد، أو لصالح الصحة العامة والإسعاف العام ، التموين أو حالات الطوارئ الأخرى ،حيث يمكن أن تستولي السلطات العسكرية على كافة الممتلكات الخاصة للأجانب والوطنيين على حد سواء . لكن هذا الإجراء هو حق إنتفاع بالأموال المستولى عليها فقط ، هي استعارة للمال جبرا بقصد الإستعمال فقط دون المساس بحق الملكية ولقاء تعويض عادل .

ولقد أقر هذا الحق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 لسنة 1962 الذي يعترف لكل دولة بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأجانب وكذا مصلحة الوطنيين . والقرار رقم 1807 لسنة 1962 .(1).

(1) "التأميم أو نزع الملكية أو الإستيلاء يجب إرجاعه لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية أو الأجنبية ، ويجب أن يدفع في مثل هذه الأحوال تعويضا مناسبا طبقا للقواعد النافذة في الدولة المتخذة لهذه الإجراءات وطبقا للقانون الدولي"

وكذا المادة 2/2 من ميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية ، والمادة 4 من نص القواعد الإرشادية التى وضعها البنك الدولى سنة 1992 فى شأن معاملة الإستثمارات الأجنبية [12] ص 39.

2.4.1.4.1 . فرض الحراسة

يقصد بها نزع ملكية الشئ من يد مالكه أو حائزه ووضعه فى حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها .

والحراسة إما ان تكون اتفاقية او قضائية او قانونية او إدارية .

*الاتفاقية إذا كانت بناء على اتفاق بين شخصين أو أكثر .

*القضائية إذا صدر بها حكم قضائى الغرض منه المحافظة على حقوق الملكية وما ينشأ عنها من حقوق عينية ولا يحكم بها إلا عند الضرورة .

*القانونية حينما تفرض بنص القانون .

*الإدارية تفرضها السلطة الإدارية ، وهي التي تهمنا ، حيث تقوم بها السلطة العامة فى القطر المضيف للإستثمار بهدف تسيير مرفق عام إزاء إخلال الملتزم بإدارته وفقا لوثيقة الإلتزام فيما بينهما، وتفرض الدولة هذا الإجراء بغرض تحقيق عدة اهداف منها:

1/ تسيير مرفق ذا نفع عام

2/ التحفظ على أموال اشخاص أتوا أفعالا من شأنها الإضرار بالمنشآت او المصالح القومية للبلاد .

هذا الإجراء هو أحد المخاطر السياسية التى تتعرض لها الإستثمارات إذا قامت بها سلطات القطر المضيف للإستثمار وترتب عليها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره أو التقييد منها أو الحيلولة دون تحقيق المكاسب المتوقعة. كما تضمنه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (المادة رقم 18).

5.1.4.1 . خطر تاجيل الوفاء بالدين الى أجل غير معقول

يقصد بهذا الخطر الإجراء الذى تفرضه حكومة القطر المضيف للإستثمار لصالح المدينين المحليين، بموجبه يعطيهم فترة إمهال لسداد ديونهم إلى الدائن (المستثمر الأجنبى) وراء المواعيد المقررة أصلا .

ويرتبط هذا الخطر بالإستثمارات غير المباشرة (القروض) دون الإستثمارات المباشرة ، وذلك عندما تتدخل الدولة بإمهال المدينين الوطنيين في شكل قانون أو قرار إداري من شأنه تقييد حقوق المستثمر على استثماره على النحو الذى يحول دون قيام شركات التأمين بتغطيته ، ومن ثم يكون جديرا بالضمان من طرف مؤسسات الضمان ، متى كان التأخير غير معقول ، يتجاوز 06 أشهر مثلا ، سواء تعلق بأقساط القرض ، أو فوائده وذلك من تاريخ وقوعه.

إذن حكومة القطر المضيف تمتنع عن سداد قرض أو تؤجله ، ولهذا يرى البعض أنه يعد خطرا تجاريا لا يمتد اليه الضمان ، في حين يرى البعض الآخر عكس ذلك هو خطر مشمول بالضمان ، لأن المدين هنا الدولة بمالها من سيادة تحول دون مقاضاتها أو التنفيذ عليها أو إشهار إفلاسها، وبالتالي امتناعها عن الوفاء أو تأجيلها الوفاء لإعسار أو إفلاس يمكن أن يعتبر اجراء حكوميا من شأنه تقييد حقوق المستثمر على استثماره بوصفه دائنا ويكتسب صفة غير تجارية [12] ص 41.

6.1.4.1 . خطر الإخلال بالإلتزامات التعاقدية

مما لا شك فيه أن الدولة المضيفة للإستثمار تلتزم بموجب الإتفاقيات التي أبرمتها مع دولة المستثمر بل مع جميع الدول الأطراف فيها بتنفيذ الأحكام الواردة فيها . فإذا ما التزمت بمنح معاملة تفضيلية لدولة ما أو مع مواطنيها أو إعفاء المستثمر من بعض الإلتزامات المالية كالمعاملة الضريبية أو الجمركية، ثم أخلت بهذه الإلتزامات ، هل يعد ذلك خطرا يستوجب ضمانه والتعويض عنه ؟، وما مصير الحقوق المقررة للمستثمر سواء كانت هذه الحقوق مقررة في القانون الداخلي للدولة التى أخلت بالتزاماتها أو بمقتضى قواعد القانون الدولي؟

من المستقر عليه في فقه القانون الدولي أن الدولة تكون مسؤولة طبقا لأحكام القانون الدولي نظير إخلالها بمعاهدة دولية ما، وكذا الحال إذا ما كانت هذه الإلتزامات استنادا الى عقد تبرمه معه كعقد تصدير أو استيراد سلعة أو مواد خام أو خبراء فنيين ثم أخلت بهذه الإلتزامات، كما يحق لدولة المستثمر أن تتدخل لحمايته دبلوماسيا أو دوليا بتبني مطالبه بشروط معينة(1).

(1) الحماية الدبلوماسية هي من بين الضمانات الإجرائية للإستثمار الأجنبي ،وسنأتي إليها لاحقا فيالفصل الثالث من الباب الثاني المخصص ل ضمانات وحوافز الإستثمار الأجنبي .

وإزاء ما تواجهه ممارسة الحماية الدبلوماسية من مشكلات ، فقد سعت الآليات الدولية المعنية بضمان الإستثمار الى توفير حمايتها من مثل هذه التصرفات وتعويض المستثمر عنها ، من ذلك نص المادة 3/11 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار لكن بشروط معينة [12] ص 43.

وهو ما تؤكدته المادة 2/19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية للتأمين على الإستثمار .
في حين أن الإتفاقية المشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار لم تتعرض له ، لكن نصوصها لا تستبعده صراحة [12] ص 43.
تلك هي إذن أهم المخاطر السياسية التي تقف حبر عثرة أمام الإستثمارات الأجنبية .

2.4.1 . خطر تحويل العملة

باعتباره من أهم المخاطر غير التجارية التي تقف حائلا أمام حرية إنتقال رؤوس الأموال .

وستتناول هذا المبحث ضمن المطالب الثلاثة التالية:

1.2.4.1. الرقابة على الصرف وتحويل النقد الأجنبي

2.2.4.1. الرقابة على الصرف في ظل النظام النقدي الدولي

3.2.4.1. قيود تحويل العملة

1.2.4.1 . الرقابة على الصرف وتحويل النقد الأجنبي

تعرف الرقابة على النقد الأجنبي بانها "مجموعة القوانين التي تفرضها الدولة لتثبيت عملتها عند المستويات التي تختارها ولتحقيق التوازن في ميزانها الحسابي والسيطرة على عناصره المختلفة"(1)، [14] ص 121.

وتعتبر الرقابة على عمليات النقد الأجنبي ظاهرة طارئة على الإقتصاد بعد أن تعقدت العلاقات الإقتصادية الدولية وتضخمت مشكلة النقد الأجنبي، خاصة بعد ان تعددت الأسواق

(1) أي تدخل من جانب الحكومة في حرية سوق تحويل نقد دولة معينة إلى نقد دولة أخرى عن طريق الحد من الطلب على الصرف المتوفر وترشيد استهلاكه

الخارجية وأصبح تعامل كل دولة مع هذه الأسواق مرتبطا بمدى قدرتها على توفير النقد الأجنبي اللازم لسد حاجاتها من الأسواق الخارجية.

وتكتسب هذه المشكلة أهمية خاصة بالنسبة للدول النامية التي تجد نفسها مضطرة للإنفاق على السلع الرأسمالية اللازمة لوضع خطط التنمية الإقتصادية والإجتماعية لديها موضع التطبيق ، الأمر الذى تترتب عليه زيادة الأعباء على الأصول الأجنبية المتوفرة لديها مما يدفعها للعمل على توفير أكبر نصيب من هذه الأصول .

وتتلخص الأغراض العامة للرقابة على النقد في الدول التي تأخذ بها في مايلي:

- 1/ محاولة منع هروب رؤوس الأموال
- 2/ العمل على منع تدهور قيمة العملة الوطنية
- 3/ إيجاد توازن في ميزان المدفوعات بأسعار الصرف
- 4/ حماية الإقتصاد الوطنى الداخلى من التأثير بالتيارات الخارجية الضارة

لهذا نقول أن نظام الرقابة على الصرف هو نظام إداري ، يحرم تعاملات معينة بالنقد الأجنبي أو يحد منها ، لذلك بعض الدول تطلب من المستوردين أن يحصلوا على إجازة رسمية تخولهم الحق في شراء القطع اللازم للإستيراد وتوجب على المصدرين تسليم قيمة صادراتهم من الطرف الى أحد المصارف المعتمدة لتبديلها بعملة وطنية وبسعر الصرف الرسمي . وذلك كله من أجل المحافظة على الإستقرار النقدي أو التخفيف من الطلب على الصرف او زيادة عرضه ، وهذه الأهداف تتصل بالمشكلات التي يعاني منها الإقتصاد الوطنى وبالسياسات التي ترسمها الحكومة لحل تلك المشكلات.

أما الدول التي تستطيع إيجاد توازن بميزان مدفوعاتها كان تزيد صادراتها على وارداتها فإنها تستطيع عدم تطبيق مبدأ الرقابة على النقد الأجنبي لأن اقتصادها في غنى عنه .

ويعتبر موضوع الرقابة على الصرف وتحويل النقد الأجنبي من المسائل الداخلية التي تختص بها كل دولة على حدة بما لها من سيادة وفقا لأحكام القانون الدولي العام ، كما ان قضاء محكمة العدل الدولية يؤكد هذا الإتجاه إذ قضت بمايلي:

(من المبادئ المعترف بها ان الدولة تملك الحق في تنظيم نقدها ، فالنقد مثل الرسوم او الضرائب او قبول الأجانب ، من الموضوعات التي يجب اعتبارها داخلة بصفة اساسية في الولاية الداخلية للدول ، والدولة التي تغير او بصفة خاصة تخفض قيمة نقدها او تقيد قابليته للتحويل الى الخارج او تتخذ إجراءات اخرى تؤثر في الدائنين الأجانب ، لا تكون طبقا للقانون الدولي العرفي قد ارتكبت خطأ دوليا تسال عنه خارج نطاق الإلتزامات التعاقدية) [14] ص 124 .

1.2.2.4.1 . الرقابة على الصرف في ظل النظام النقدي الدولي

أنشئ صندوق النقد الدولي بموجب اتفاقية (بريتون وودز) 1944 BRETTON WOODS (المؤتمر النقدي المالي للأمم المتحدة) ودخلت حيز التنفيذ سنة 1945 عندما اكتمل تصديق الدول المساهمة بنسبة 80% من موارد الصندوق ، وقد عدلت هذه الإتفاقية مرتين .
وتتمثل أهداف الإتفاقية في :

- 1/ العمل على تحقيق الإستقرار في اسعار الصرف والمحافظة على ترتيبات منتظمة للصرف بين الأعضاء .
- 2/ تجنب التخفيض التراجعي للأسعار .
- 3/ إزالة القيود على الصرف التي تعيق نمو التجارة العالمية .
- 4/ إيجاد إطار لتسهيل تبادل السلع والخدمات وراس المال بين الدول وتدعيم النمو الإقتصادي السليم .
- 5/ معالجة المشكلات المالية العالمية عن طريق وضع نظام تجاري عالمي مناسب .
- 6/ تحقيق الإستقرار في اسعار الصرف ومعالجة الإختلال في موازين المدفوعات لدى الدول الأعضاء .

إن صندوق النقد الدولي جاء بنظام تقدي جديد اطلق عليه " نظام استقرار الصرف " وحاول هذا النظام التوفيق بين نظامين على طرفي نقيض وهما ثبات أسعار الصرف للعملات ، وحرية الصرف وما ينطوي عليها من حرية الدول في اتباع السياسات الإقتصادية والمالية والنقدية الداخلية المناسبة لها [49] ص 276 ، [18] ص 113 .

ويتحدد نظام استقرار الصرف للعملات بتعريف الواحدة من عملة كل دولة في شكل وزن محدد من الذهب أو الدولار وهو ما يطلق عليه (سعر التعادل للعملة) وبمعنى آخر يتلخص سعر التعادل في جعل أسعار الصرف مستقرة عند أسعار التبادل للعملات خلال فترة غير محددة من الزمن مع إمكان تعديل هذه الأسعار إذا ما دعت إلى ذلك ضرورة علاج الإختلالات في موازين المدفوعات .

واستقر الفقه الدولي على أن سعر التبادل هو حجر الزاوية في نظام استقرار أسعار الصرف الذي جاء به صندوق النقد الدولي(1) [12] ص 46 ، [27] ص 162

3.2.4.1 . قيود تحويل العملة

يقصد بقيود تحويل العملة النظم التي تضعها الدول والتي من شأنها التأثير على حركة دخول أو خروج رؤوس الأموال ، والأرباح المتحققة منها لاسيما من جانب الدول النامية بهدف السيطرة على مقدراتها الإقتصادية والحفاظ على ما لديها من عملات اجنبية ، بما لها من حقوق سيادية على اقليمها كما اشرنا .

ولا يقل خطر تحويل العملة وما يتفرع عنه من مخاطر، عن المخاطر السياسية الأخرى، ذلك أنه قد يؤدي إلى:

1/ رفض التحويل (المادة 1/11 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار)

(المادة 2/19 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية)

(المادة 18/ من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الإستثمار)

2/ أو التأخر في التحويل الى الخارج بما يتعدى فترة معقولة (03 أشهر أو أكثر)

3/ أو فرض سعر تمييزي ضد المستثمر المضمون

4/ أو فرض سعر يتضمن عبئا على المستثمر

(1) من أحكام صندوق النقد الدولي أنه يسمح بكل حرية للدول الأعضاء في وضع الإجراءات والقواعد التي تحكم رقابة الأموال ويحظر في ذات الوقت اتخاذ اجراءات نقدية أو تمييزية أو تعدد أسعار الصرف باستثناء الإجراءات الوقتية لمواجهة الظروف الإستثنائية .

فرض سعر تمييزي ضد المستثمر عند التحويل

سعر الصرف هو السعر الرسمي المعتمد من المصرف المركزي في القطر المضيف للاستثمار الذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم ، وفي حالة تعدد سعر الصرف أو تغيره في نفس يوم التحويل فإنه يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف الرئيسية في القطر المضيف ، وعند تعذر الكشف عن سعر الصرف في اليوم المعني تطبق القواعد السالفة في اقرب يوم سابق يتاح فيه تطبيقها [48] ص 156.

هذا الصرف التمييزي يقل عن 99% من سعر الصرف المعنى يوم نشأة الخطر أو فرض سعر يتضمن غبنا على المستثمر المضمون ، وهو ما يعد استغلالا للمستثمر المضمون ، وبالتالي يعد من الأخطار غير التجارية (1) [12] ص 53.

3.4.1 . خطر الحرب والإضطرابات الداخلية

قد تتعرض الأصول التي تشكل مشروعا استثماريا لخسائر داخل الأقطار المضيفة لأعمال الحرب أو العنف السياسي أو الفتن والإضطرابات الداخلية نتيجة إجراءات قامت بها سلطات الأقطار المضيفة وهي بصدد مواجهة هذه الأعمال أو ردعها . كما يمكن ان تصاب الأصول غير المادية كالأوراق المالية والحسابات أو المستندات.

يشمل هذا الخطر الثورات ، التمرد ، الانقلابات ، وما يماثلها من الأحداث السياسية التي تتميز بخروجها عن سيطرة الحكومة المضيفة .

الثورات هي حالة من الصراع تمتد إلى نطاق واسع تنتهي إما بانقلاب أو عصيان عام أو حرب أهلية ، كما تشمل أعمال القتال بين الثوار و القوات الحكومية .

(1) تأخذ أغلب الإتفاقيات الدولية بمبدأ التحويل الحر للعملات بدون تأخير طبقا لسعر الصرف الي يحدده صندوق النقد الدولي انظر د/ هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية ، مرجع سابق ص 156.

نصت المادة 127 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض على أن "ينظم بنك الجزائر سوق الصرف في إطار سياسة الصرف التي يقررها المجلس ، وضمن احترام الإلتزامات الدولية التي تعهدت بها الجزائر . لا يجوز أن يكون سعر صرف الدينار متعددا."

1.3.4.1. شروط المطالبة الدولية

إن الدولة لا تتحمل المسؤولية الدولية في حال وقوع اضطرابات داخلية نتج عنها لحوق ضرر بأشخاص أو أموال الأجانب إلا في حالة عدم بذلها العناية اللازمة، والسبب في ذلك أنه لا يمكن لأي امرئ أن يتوقع من أي دولة أن تمنع وقوع اضطرابات داخل إقليمها ، وبالتالي فإن مجرد وقوعها لا يوفر الأساس القانوني لتقاضي للتقدم بمطالبة دولية [14] ص 131. وفي الحقيقة فإن قانونية هذه المطالبة ترتكز على نقطتين:

- 1/ مدى بذل الدولة المضيفة للجهود المانعة أو القامعة
 - 2/ مدى كفاية التعويض عن الضرر اللاحق بالأجانب في أشخاصهم وأموالهم خاصة إذا استهدفت أعمال العنف ، الأجانب فقط .
- وتعفى الدولة من المسؤولية عن الضرر اللاحق بالأجنبي جراء عمل تسبب في إثارتها هو أو اشترك فيه أو جراء عدم انصياعه لنصيحة دولته بمغادرة أراضي الدولة المضيفة، هذه تعد بمثابة قوة قاهرة تعفيها من المسؤولية إلا إذا قصرت في بذل العناية اللازمة وهنا يكون عبء الإثبات على عاتق المدعى .

لكن ماهو المقصود ببذل العناية اللازمة ؟

إنه يعني استعمال الوسائل التي يتم اللجوء إليها في ظروف مماثلة ، ولا يعنى مستوى رفيع من السلوك ، ذلك أن ترتيب المسؤولية على الدولة بسبب تقصيرها في بذل العناية اللازمة هو استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم مسؤولية الدولة.

لذلك يحسن بنا أن نعدد المبادئ الخمسة التي استخلصها اللورد مكنير Lord menair من تقارير مستشاري التاج البريطاني حول مسؤولية الحكومات الشرعية عن النتائج التي تتمخض عنها الفتن والثورات [14] ص 132 وهي:

- 1/ لا تكون الدولة مسؤولة عن الخسائر اللاحقة بالأجانب في أشخاصهم وأموالهم إلا إذا امكن اثبات أن حكومة تلك الدولة كانت مقصرة في استعمال أو في الإخفاق في استعمال القوى الموضوعة تحت تصرفها لمنع أو قمع الفتنة .
- 2/ إن هذا الاعتبار متغير ويتوقف ذلك على ظروف الفتنة .
- 3/ لا تكون الدولة مسؤولة عن الأضرار الناجمة عن العمليات العسكرية التي تديرها الحكومة الشرعية إلا إذا كان الضرر متعمدا أو لا مبرر له والذي يبدو في جوهره كوضع الدولة المتحاربة في حرب دولية .

- 4/ لا تكون مثل هذه الدولة مسؤولة عن الخسائر التي تكبدها الأجانب في أرواحهم وممتلكاتهم بسبب من القائمين بالفتنة بعد اعتراف دولة الأجانب بهؤلاء المحاربين .
- 5/ تستطيع مثل هذه الدولة عادة ان تتخلص من مطالبة تتعلق بالخسائر اللاحقة بالأجانب المقيمين في أرواحهم وممتلكاتهم ، بإثبات أنهم تلقوا نفس المعاملة التي عومل بها مواطنوها أنفسهم في مسألة الحماية أو التعويض إن وجد .

4.4.1. المخاطر التي يغطيها الضمان في القانون الجزائري

إن مخاطر الاستثمار عديدة وتتباين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في ضمان كل أو بعض هذه المخاطر ، كما تتباين بالنسبة إليها نظرة المؤسسات الدولية المعنية بضمان الاستثمار .

وعلى هذا سنتولى الحديث عن المخاطر التي يغطيها الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار، ضمن المطلبين التاليين:

1.4.1.1. المصادرة الإدارية

2.4.1.1. الحق في التحويل الحر للرأس مال والعائدات

1.4.4.1 . المصادرة الإدارية

تنص المادة 16 من الأمر الحالي رقم 03/01 على انه (لا يمكن ان تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على هذه المصادرة تعويض عادل ومنصف)

ما يمكن ملاحظته، أن المشرع الجزائري ، سواء في القانون السابق لسنة 1993 او القانون الحالي لسنة 2001 لم يتعرض للمخاطر السياسية كلها بل اقتصر فقط على ذكر المصادرة الإدارية في نص المادة 16 من الأمر رقم 03/01 (النص العريي) في حين أن النص الفرنسي يتكلم عن الإستيلاء LA REQUISITION .

ويقصد بالمصادرة الإدارية ، تلك التي تتخذها السلطة التنفيذية دون حكم قضائي ، وكذلك المصادرة التي تتم بمقتضى حكم قضائي صادر عن قضاء خاص او استثنائي لم تتبع فيه الإجراءات القانونية المعتادة .

كما أن المصادرة ترد على الأشياء التي كانت قد استخدمت في ارتكاب عمل مخالف للقانون ، أو بمعنى آخر الأشياء التي تتعلق بالمخالف أو المجرم لذلك فهي تتم بغير تعويض على الإطلاق .

في حين أن الإستيلاء الجبري هو من الإجراءات المؤقتة التي تزول بزوال أسبابها كما رأينا سابقا ، على أساسه تستولي السلطة العامة على أموال الأجنبي وتحصل بمقتضاه على مجرد حق الإنتفاع بالأموال المستولى عليها لهدف يتعلق بالمصلحة العامة ، وذلك مقابل تعويض لاحق تقوم بادائه لمن كانت له ملكية المال محل الإستيلاء.

2.4.4.1 . الحق في التحويل الحر للرأسمال والعائدات

كما منحت المادة 31 من نفس الأمر المشار اليه سابقا للمستثمر الأجنبي، الحق في تحويل رأسماله والعائدات الناتجة عنه (تستفيد الإستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا من ضمان تحويل الراسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وإن كان هذا المبلغ اكبر من الراسمال المستثمر في البداية).

ذلك أن المستثمر الأجنبي يولي أهمية خاصة لاعتراف البلد المضيف بهذا الحق ، لتحقيق مصالحه المالية ، إذ مالفائدة التي يجنيها المستثمر إذا كان محروما من حق تحويل أرباحه وعائدات استثماره وناتج التنازل عن مشروعه الإستثماري أو تصفيته؟

لذلك تحرص البلدان النامية الجادة في إنتهاج سياسة اقتصادية متفتحة على اقتصاد السوق ، على منح هذا الحق للمستثمرين الأجانب إدراكا منها انه يلعب دورا أساسيا وفعالا في استجلاب رؤوس الأموال الأجنبية .

لكن الغريب في الأمر أن المشرع قد أدرج هذه المادة في باب الأحكام الختامية من الأمر 03/01 ولم يكرس هذا الحق في صلب النص القانوني كما فعل في المادة 12 من المرسوم التشريعي السابق رقم 12/93 ، وكأن المشرع أظهر تلاشيا وفتورا في حرصه على التأكيد على هذا الحق الممنوح للمستثمر وكأن هذا الحق لم يعد جوهريا بالنسبة للمستثمر وأن استفادته بهذا

الحق أصبح مفروغا منه ولا يستحق الإهتمام الذي كان يحظى به والتحمس الذي كان يبديه المشرع في الإعلان عنه، أي أصبح التمتع به أمرا بديهيا .

في حين حرصت تشريعات أخرى على تقديم أقصى ما يمكن تقديمه من الضمانات التي من شأنها بعث الطمأنينة في نفس المستثمر، من ذلك مثلا قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم 08 لسنة 1997 الذي نص على أغلب المخاطر غير التجارية حتى تبقى المشروعات في أمان بعيد وتتم تهيئة أسباب الثقة المفقودة في نفوس المستثمرين حيث نص على مايلي:

- 1/ عدم جواز تامين او مصادرة المشروعات الإستثمارية (المادة 08)
- 2/ عدم جواز فرض الحراسة او الحجز او الإستيلاء او التحفظ او تجميد او مصادرة أموال المشروعات الإستثمارية بالطريق الإداري (المادة 09) .
- 3/ عدم جواز إلغاء او إيقاف الترخيص بالإنفتاح بالعقارات المخصصة للمشروعات الإستثمارية كقاعدة عامة (المادة 11) .
- 4/ حق المشروعات الإستثمارية في تملك العقارات المبنية وأراضى البناء اللازمة لمباشرة نشاطهم والتوسع فيه أيا كانت جنسية الشركاء أو محال إقامتهم أو نسب مشاركتهم (المادة 12).

وفي هذا الإتجاه كذلك ، القانون السوري رقم 10/المؤرخ في 04/أيار/1991 بشأن حماية وتشجيع استثمار أموال المواطنين العرب والأجانب ، والذي تم تعديله بموجب المرسوم التشريعي رقم 07/بتاريخ 13/05/2000 حيث نص في المبحث الأول بعنوان (حماية المشاريع والإستثمارات المرخصة وفق أحكام قانون الإستثمار من المخاطر السياسية غير التجارية)على مايلي:

" تتمتع المشاريع والإستثمارات المرخصة وفق أحكام قانون الإستثمار بعدم المصادرة، أو نزع الملكية، أو الحد من التصرف ، في ملكية الإستثمار وعائداته إلا إذا كان لغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بحكم قضائي "

تجدر الإشارة إلى أنه في الوقت الذي اقتصر فيه المشرع الجزائري على ذكر المصادر الإدارية فقط في نص المادة 16 من قانون تطوير الإستثمار وأهمل الحديث عن المخاطر السياسية الأخرى ، تطرقت - أغلب الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الحكومة الجزائرية مع العديد من حكومات الدول الصديقة والشقيقة - لهذه المخاطر السياسية (كنزع الملكية - التأميم -أو أية تدابير أخرى لها آثار مماثلة) (1).

(1) انظر في هذا الشأن على سبيل المثال الاتفاقيات الدولية حول ترقية وحماية الاستثمارات التي أبرمت وتم التصديق عليها بمراسيم رئاسية مع كل من:

حكومة جمهورية بلغاريا الموقعة في 1998/10/25 ، ومع حكومة جمهورية التشيك الموقعة في 2000/09/22 (ج ر رقم 25 لسنة 2002).

حكومة جمهورية كوريا المبرمة في 1999/10/12 ، ومع حكومة جمهورية موزمبيق الموقعة في 1998/12/12 (ج ر رقم 40 لسنة 2001).

حكومة جمهورية اليونان الموقعة في 2000/02/20 ، ومع حكومة جنوب افريقيا الموقعة في 2000/09/24 (ج ر رقم 41 لسنة 2001).

حكومة دولة الكويت الموقعة في 2003/09/30 (ج ر رقم 66 لسنة 2003).

