



جامعة مولود معمري تيزى وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



دور الإتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذة:

د/ إدريموش أمال

من إعداد الطالبة:

إبغوشن مريم

لجنة المناقشة:

- د-حدوش وردية، أستاذة محاضرة "ب".....رئيسا
- د/ إدريموش أمال، أستاذة محاضرة "ب".....مشرفا ومقررا
- د/ أوباية مليكة، أستاذة محاضرة "أ".....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"أجمل ما قيل في رثاء الأب"

لو أمطرت ذهباً بعد ما ذهب لا شئ يعدل في هذا الوجود أبا
يا ليتني فاتم في خنصر وكما قد شئت يا أبتى قليته انقلبا
يا ليت الأرض تمشي فوقها فأرى من تحت نعلك أفي أبلغ الشهبأ
يا من لديك أب أهملت طاعته لا تنتظر طاعة أنصرت أنت أبا
فالبر قرض إذا أقرضته لأب يوفيكه ولد والبر ما ذهبأ
لا تنتظر موته صل في الحياة أبا لا ينفع الدمع فوق القبر إن سكبا

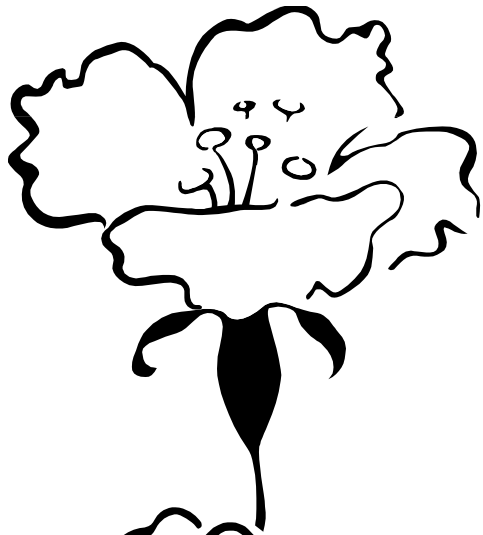
(حسين عبد الله)

جميع موتى المسلمين

رحمك الله أباي ورحم

أبي حكمتين فيه الليالي ولم تزل رماح المنيا قادات على الطعن
مضى طاهر الجان والنفس والكرى وسهد المنى والجيب والذيل والردن

(أبو العلاء المعري)



إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روعي أبي أسكنه الله فسيح جناته وإلى كل أفراد العائلة فردا فردا، وإلى كل الأحبة والأصدقاء، الذين دعموني وساندوني.

كما أهدي تحياتي الخالصة للأستاذة المشرفة الأستاذة إدريموش أمال عن الجهد الذي بذلته طيلة مراحل إنجاز هذه المذكرة، وعلى ما قدمته لي من نصائح وتصويبات شكلية كانت أم موضوعية. كما أشكر أيضا لجنة المناقشة التي قبلت بدراسة ومناقشة موضوع بحثنا وما سنقترحه علينا من ملاحظات.

إبغوشن



قائمة المختصرات

- CNUCED : la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement.
- OCED : l'Observation Consulaire des Entreprises en Difficulté.
- CRDI : Centre de Recherche pour le Développement International
- BITS : Traités Bilatéraux d'Investissements
- OMC : l'Organisation Mondial du Commerce
- GATT : Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce.
- TACCE : le Traité d'Autriche pour le Code de Convention Economique.

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

لطالما كانت الاستثمارات الأجنبية الوجهة الأولى للدول النامية لتحقيق الاستقرار والتطور وتحسين الظروف الإجتماعية لها، خاصة وأن للمستثمرين الأجانب، الدور الفعال في نقل الخبرات والتكنولوجيات المختلفة، كما تعتبر أي هذه الاستثمارات السبب الأمثل لحل مشكل البطالة واستغلال الموارد الطبيعية على وجه الخصوص، وهي أيضا فرصة لتحقيق الأهداف المرتبطة بالتنمية.

من أجل هذا عملت الدول النامية على جذب الاستثمارات الأجنبية بمختلف الطرق كتقديم إعفاءات وتوفير إمتيازات وحوافز خاصة للمستثمرين، وكذلك تقديم الضمانات القانونية والتي من شأنها أن تطمئن المستثمر الأجنبي على استثماره.

مع التطور السريع الذي يشهده العالم في المجال الإقتصادي والمالي عامة بات من الضروري تشجيع الاستثمار الذي بدوره صار يشكل تحديا صعبا وعقبة في التنافس العالمي خصوصا بعد نمو الشركات الأجنبية وظهور التكتلات الإقتصادية.

في الماضي كان الاستثمار الأجنبي يقتصر على إستغلال الأراضي الزراعية واستخراج المعادن النفيسة، التي كانت تمتلكها الدول النامية والتي طبعاً لم يكن لها أي سلطة على أراضيها باعتبارها كانت مستعمرات.

أما اليوم فالمجال مفتوح أمام كل شيء، فلم يعد هناك تضيق أمام الراغب في استثمار أمواله، فلا يوجد حصر له، وأمام هذا وذلك والتجاوزات الكبيرة التي شهدتها العالم من إغتصاب ثروات الشعوب، رأى المجتمع الدولي أنه لا بد من تغيير للنظام الاقتصادي

ذلك وبعد العديد من المحاولات التي باءت بالفشل اتجهت أنظار العالم أواخر الخمسينات من القرن الماضي إلى " الاتفاقيات الثنائية" والتي رأوا فيها بصيص الأمل في إنشاء نظام إقتصادي يسوده جو من الاحترام لحریات وحقوق كل الأطراف والدول، والتي بدورها تعتبر أهم وسيلة ناجعة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية والأكثر استعمالا على مستوى العلاقات الاقتصادية، ولعل الدور الكبير الذي تضطلع به هو الذي كان سببا رئيسيا في توسعها بحيث أنها تنص في بنودها على مجموعة من المبادئ العامة كمبدأ المعاملة الوطنية، وشرط الدولة الأولى بالرعاية، إشارة منها إلى سعيها لحماية الاستثمارات الأجنبية.

مما لا شك فيه أن دراسة هذا الموضوع تكتسي أهمية علمية وعملية كبيرة وهذا من أجل تبيان الدور الذي تلعبه الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمار الأجنبي، بحيث أنها تشكل النواة الأساسية لتنظيم الاستثمار وتشجيعه، بحيث كما كان لنا في الموضوع ليس فقط لمحة عامة حول الاتفاقيات الثنائية، بل أيضا تطرقنا إلى الجانب العملي والإجرائي إبتداء من مرحلة صياغتها إلى مرحلة اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع معين، مروراً للضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي التي تعتبر كأوضح عامل للحماية، وبهذا يبيث نوعاً من الطمأنينة حول أملاكه.

كما أنه هناك أسباب ودوافع جعلتني انتقي هذا الموضوع والبحث فيه، فهناك دوافع ذاتية وهناك دوافع موضوعية.

وبصفة عامة فأثناء إنجازنا لهذا العمل صادفنا العديد من المشاكل والصعوبات أهمها:

- أن موضوع الاتفاقيات الثنائية موضوع جديد، ونادراً ما يتم التطرق إليه أو البحث فيه.
- قلة المراجع التي تحدثت في هذا الموضوع، وان وجدت فكمية المعلومات فيها قليلة جداً.

ومحاولة منا للإلمام بحديثيات الموضوع، قمنا بالاستعانة بعدة مناهج، ومن أجل تحقيق هذه الغاية إتبعنا المنهج الوصفي خاصة عندما تطرقنا إلى مفهوم الاتفاقية الثنائية، والذي بدى طاغيا على كافة أجزاء العمل أو البحث كما أننا لم نغفل عن إنتقاد السياسات المالية للدول المتقدمة، فتتمثل المشكلة في موضوعنا هذا إيجاد نظام إقتصادي دولي عادل، لا يوجد فيه تمييز بين مصالح الدول المالكة لرؤوس الأموال وبين مصالح الدول التي تبحث عن سبل نحو الرقي بإقتصادياتها، ألا وهو إستقطاب الاستثمارات الأجنبية، وأمام التطور السريع للأنظمة الاقتصادية باتت من الصعب إيجاد حل يرضي كل الأطراف، إلا اللجوء إلى الإتفاقيات الثنائية، والتي باتت أهم وسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها، وفض النزاعات التي قد تنشأ بين الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية وكذلك العنصر الأجنبي.

وللإجابة على موضوعنا هذا إرتأينا طرح إشكالية البحث المتمثلة في:

كيف تساهم الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية؟

وللإجابة على الإشكالية نستهل دراستنا بإعتماد الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية (الفصل الأول)، كما أننا سنتطرق إلى مظاهر الحماية التي توفرها الاتفاقيات الثنائية للإستثمار الأجنبي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

إعتماد الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية

في هذا الفصل الذي أسميناه إعتماد الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية، إرتأينا تقسيمه إلى مبحثين إثنين، فلقد تطرقنا في بداية الموضوع إلى تقديم ماهية الاتفاقيات الثنائية بداية من مفهومها وكذلك مضمونها وتطورها دون نسيان نشأتها، وكذلك الدور الذي تلعبه (مبحث أول)، وصولاً إلى أنواعها وكذلك نطاق تطبيقها (مبحث ثاني)، وهذا ما سنراه بالتفصيل في متن الموضوع بإذن الله تعالى.

المبحث الأول

ماهية الاتفاقيات الثنائية

قسمنا المبحث إلى مطلبين، فقد تطرقنا في البداية إلى مفهوم الاتفاقيات الثنائية دون الإغفال عن ذكر خصائصها التي تتمتع بها إذ أنها لا تبرم إلا بين أشخاص القانون الدولي، كما يشترط فيها إفراغها في قالب كتابي أو في وثيقة مكتوبة، وأيضا خضوعها لأحكام القانون الدولي.

كما ذكرنا المفاهيم المشابهة لها وميزنا بينها رأي بين تلك المفاهيم والاتفاقيات الثنائية، كما لم نغفل كذلك عن مضمونها أي محتوى الاتفاقيات الثنائية، وهذا (مطلب أول)، ثم تطرقنا إلى نشأتها (رأي ميلها)، وكذلك مراحل تطورها (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم الاتفاقيات الثنائية

لقد تباينت واختلقت التعاريف التي أعطيت لمصطلح الاتفاقيات الثنائية وكثرت وفي بحثنا هذا وبالضبط في الفرع الأول المسمى تعريف للاتفاقيات الثنائية حاولنا قدر المستطاع تقديم قدر كبير من التعاريف بداية من تعريف المعجم، كذلك تعريف الإتفاقية الدولية، وتعريف مجموعة من المؤلفين أمثال الأستاذ عيبوط محند وعلي، كذلك الأستاذ عبد المومن بن الصغير، إضافة إلى تعريف الأونكتاد.

الفرع الأول

تعريف الاتفاقيات الثنائية

1- الاتفاقية:

جمع اتفاق (وفق) " حصلت اتفاقية بين البلدين في المجال الاقتصادي والتجاري، والمعاهدة اتفاق تضم بنودا وقواعد حول موضوع ما يوقعها الطرفان أو الأطراف المعنية، اتفاقية تجارية، اتفاقية ثقافية، إتفاقية سياسية".

كما تعرفه بعض المعاجم بأن " الإتفاقية هي التي يلتزم عن طريقها شخص أو عدة أشخاص على تقديم أو فعل معين لشخص معين"¹.

2- الاتفاقية الدولية:

ميثاق بين دولتين فأكثر يتعلق ببعض الشؤون كالضرائب، والنقد والبريد والصحة والعمل².

كما يعرفها (p) Juillard كما يلي: "يقصد بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار، إتفاقيات بين الدول، والذي من خلاله تقوم الدولة ودولة في طريق النمو بالاتفاق على تشجيع استثمار دولة على إقليم الدولة الأخرى"³.

كما يعرفها بعض الفقهاء على أنها إتفاقيات دولية حول مبادئ وقواعد الحماية والمعاملة وميكانيزمات تسوية المنازعات ذلك قصد التوفيق بين الدول المتقدمة التي تبحث عن وسيلة دولية لحماية أملاك مواطنيها في الخارج ومصالح الدول النامية التي تحاول الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية قصد مشاريعها التنموية.

ولقد أعطى الأستاذ "عيبوط محند وعلي" مفهوما للإتفاقيات الثنائية رابطا إياه بالاستثمار أي مفهوم الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية ".....بخلاف القوانين الداخلية تضمن الاتفاقيات الثنائية تفاصيل تطبيق الاتفاقية، كما أن النية في توسيع مجال

1- قاموس المعاني العربي المتعدد اللغات والمجالات متاح على الموقع: www.almany.com

2- بن بركة فاطمة الزهراء، دور الاتفاقيات الثنائية في ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص ص 9-10.

3-Juillard (p), le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? R.D.P.C.I, vol 13, N°01,1987, p 9. Dit que : «une convention bilatérale d'investissement : c'est un accord inter étatique par lequel un pays industrialisé et un pays en développement s'entendent pour encourager les investissements de l'un territoire de l'autre ».

الاستثمار أو مجال تطبيق الاتفاقية يشمل مختلف قطاعات النشاط الاقتصادية واضحة من خلال العبارات المستعملة لتحديد معنى الاستثمار في مختلف الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية".

".....ونلاحظ استعمال عبارات واسعة وغير محددة مثل الأموال والحقوق باختلاف أنواعها".

.....بعض الاتفاقيات تصنف عمليات إعادة الاستثمار بالنص على ما يلي: مستثمر، أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه.

ويضيف "....ومن أجل تحديد النشاط الاقتصادي تشترط الاتفاقيات عادة وجود علاقة أو رابطة مع نشاط اقتصادي أو في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه أو كل نشاط اقتصادي"¹.

وفي السياق نفسه يقول الأستاذ عبد المومن بن الصغير: ".....فبعد فشل المجتمع الدولي بدا واضحا أن فكرة توقيع إتفاق دولي لحماية الاستثمارات الأجنبية أضحي أمرا مستعصيا إن لم نقل مستحيلا، بذلك لم يكن أمام الدول إلا البحث عن وسائل قانونية أخرى لتحقيق هذه الغاية ولكن في نطاق أضيق من العالمية فكان الاتجاه نحو إبرام الاتفاقيات الثنائية التي هي أهم وسيلة ناجعة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية حيث أصبحت في العصر الحديث الأكثر استعمالا على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية"².

والملاحظ أن أغلب التعريفات في مجملها تتفق أو تشترك في بعض النقاط، فيمكن القول بأن الاتفاقيات الثنائية هي اتفاقيات دولية بين دولتين بشروط الاستثمار الأجنبي

1- محند وعلي عيبوط، الاستثمارات في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر، الجزائر، 2014، ص ص 146-145.

2- عبد المومن بن الصغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 16.

الخاص لرعايا دولة في دولة أخرى، كما أن هذه المعاهدات تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، وذلك من خلال تقديم ضمانات وتحفيزات وإجراءات للطرف المستثمر، وكذلك ضمان الحماية من الأخطار التي قد تواجهه، سواء التجارية وغير التجارية، وكذلك تجنب الشروط التعسفية، أو المعاملة التمييزية بينه وبين المستثمر المحلي، هذا من جهة ومن جهة أخرى كذلك تقليص نسب البطالة من خلال توفير مناصب الشغل وفتح أو دفع عجلة التنمية.

كما تنص أيضا هذه الاتفاقيات غالبا على التحكيم التجاري الدولي كآلية أو وسيلة لحل أي نزاع قد ينشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة.

أما بالنسبة لتعريف (الأونكتاد) أي مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية فقد عرف الإتفاقيات الثنائية على أنها: " إتفاقيات بين بلدين من اجل التشجيع المتبادل والترويج والحماية للإستثمارات في أراضي كل منهما من قبل الشركات الموجودة في أي من البلدين"¹.

وزيادة على هذا كله يضيف الأستاذ عيبوط محند وعلي في تعريفه للإتفاقيات الثنائية أنها عبارة عن إتفاق ثنائي بين الدول ذات سيادة، لذلك تعتبر معاهدة دولية بين أشخاص القانون الدولي خاضعة لإتفاقية فينا حول قانون المعاهدات المؤرخة في 22 ماي 1969 التي تنص في المادة 2 منها على ما يلي: " معاهدة تعني اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه"².

1- الأونكتاد، وضع قواعد الإستثمار الدولي، حصر المنجزات والتحديات والطريق إلى الأمام، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الإستثمار الدولية لأغراض التنمية ، الأمم المتحدة ، 2008، ص 9. أنظر إلى:

www.u3ctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf world investment report 2009

2- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص 243.

إذن ومن التعاريف السابقة يمكن القول أن الإتفاقيات الثنائية هي إتفاق بين البلدين ويخضع للقانون الدولي، كما يشترط فيه إفراغه في قالب كتابي، يتضمن شروط الاستثمار الأجنبي وتشجيعه، وذلك بتقديم ضمانات وتحفيزات دون الإغفال على النص على حمايته.

من خلال التعريفات السابقة، نلاحظ بأن الاتفاقيات الثنائية تتمتع بمجموعة من الخصائص نذكر بعضها باختصار:

- إن الاتفاقيات الثنائية لا تبرم إلا بين أشخاص القانون الدولي: ومفاد هذا هو أن أي اتفاقات تبرم بين غير هؤلاء ومهما كانت الصفة الدولية التي تتسم بها، لا تدخل في عداد الإتفاقيات الدولية، مثال على ذلك الاتفاقيات الدولية التي تبرم بين دولة وأحد رعايا الدول الأجنبية أو إحدى الشركات الأجنبية الخاصة من قبيل المعاهدات مهما كانت أهمية هذا الاتفاق وقد فصلت في هذا الخصوص، وبشكل صريح المادة 2 من معاهدة فيينا 1979 بتعريفها للمعاهدة " تعني اتفاق بين دولتين أو أكثر كتابة، ويخضع للقانون الدولي سواء وثيقة واحدة أو أكثر، وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه"¹.

- ان تصاغ المعاهدة في وثيقة مكتوبة: وهو ما اشترطته معاهدة فيينا أن يفرغ الإتفاق الدولي المتعدد الأطراف أو الثنائي في قالب كتابي.

- خضوع أحكام الإتفاقية لأحكام القانون الدولي: حتى يتسنى إضفاء الصبغة الدولية على الاتفاقية، ينبغي أن يخضع موضوع الاتفاقية لأحكام القانون الدولي بغية إقرار المعاهدات الدولية، من الاتفاقيات التي تتم بين أشخاص القانون الدولي العام².

1- المادة 2 من إتفاقية فيينا التي إعتمدت بموجب مؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2166 المؤرخ في 5 ديسمبر 1966 وكذا القرار 2287 المؤرخ في 6 ديسمبر 1967، وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 27 يناير 1980، مؤخوذة عن مكتبة حقوق الإنسان جامعة مينيسوتا، عبر موقع:

HRLIBRARY.umn.edu

2- هني محمود مصطفى عبد الرحمن، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1990، ص 172.

وقد يحدث أن نصادف بعض المفاهيم التي تتشابه مع لفظ الاتفاقيات الثنائية مثل:

- الاتفاقيات المتعددة الأطراف:

وهي معاهدات تتضمن ثلاث دول أو أكثر من الدول ذات السيادة، وكل طرف عليه التزامات حاله حال جميع الأطراف الأخرى، بإستثناء التحفظات، وهناك الاتفاقيات متعددة الأطراف، الاتفاقية المتعلقة باللاجئين، إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار....

ويمكن التمييز بين الإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف:

- من حيث الأطراف أو عدد الأطراف: فنقول عن إتفاقية دولية أنها ثنائية إذا أبرمت بين دولتين.

- في مجال البدء في تنفيذ الاتفاقيات: إن تاريخ البدء في تنفيذ الاتفاقيات الثنائية يكون حسب اتفاق الدولتين، إما عند تبادل التصديقات، وإما عند إيداع جميع التصديقات، وإما عند التوقيع.

أما بخصوص تاريخ تنفيذ أو البدء بتنفيذ الاتفاقيات المتعددة الأطراف فتختلف المعاهدات فبعضها ينص على وجوب إيداع جميع التصديقات قبل المباشرة في التنفيذ وبعضها ينص على وجوب الحصول على عدد معين من التوقيعات من الدول المنظمة¹.

الفرع الثاني

نشأة وتطور الاتفاقيات الثنائية

بعد الفشل الذي أصاب المجتمع الدولي في إيجاد آلية لحماية الاستثمارات الأجنبية، لم يكن هناك خيار إلا البحث عن وسائل قانونية أخرى لتحقيق هذه الغاية المرجوة، ما أسفر على ميلاد أو نشأة الاتفاقيات الثنائية.

1- سمية طواهرى، أمال كموقات، تسوية منازعات الاستثمار بالاتفاقيات الثنائية، مذكرة ماستر، جامعة 8 ماي 1945، السنة الجامعية، 2016، ص ص 12-13.

ولكن المسار لم يكن سهلا فبعد فشل إمكانية المصادقة على مشروع إنشاء المنظمة العالمية للتجارة من خلال الإنضمام إلى ميثاق هافانا والمتضمن للعديد من القواعد المنظمة للاستثمارات¹، فلم يكن أمام الدول المصدرة للإستثمارات من خيار آخر سوى البحث عن أشكال أخرى للإتفاق بغية تنظيم وحماية مصالحها المنبتقة عن إنتقال رؤوس الأموال والإستثمارات المترتبة عنها، فلقد تبلورت هذه الاتفاقيات في شكل اتفاقيات ثنائية واتفاقيات متعددة الأطراف².

أولاً: نشأة الجات: هي إختصار لما يسمى بالاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (GATT) وهي معاهدة دولية متعددة الأطراف تتضمن حقوقا والتزامات متبادلة عقدت بين حكومات الدول الموقع عليها بهدف تحرير العلاقات التجارية الدولية.

وتعمل القات على تحقيق مجموعة من الأهداف يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

- تحرير التجارة الخارجية بإزالة القيود الجمركية وغير الجمركية.
- ضمان زيادة حجم التجارة الدولية.
- رفع المستوى المعيشي للدول الأعضاء.
- تشجيع حركة رؤوس الأموال الدولية.
- إتخاذ المفاوضات كإجراء ووسيلة لحل المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية.

وبغية تحقيق هدفها الرئيسي المتمثل في تحرير التجارة العالمية وضعت الجات عدة مبادئ يمكن تلخيصها فيما يلي:

- مبدأ عدم التمييز: أي أن التبادل التجاري بين الدول الأعضاء يتم على أساس مبدأ المساواة وعدم منح أي ميزة تجارية لدولة ما على حساب دولة أخرى.

1- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومه، 2004، ص ص 136-137.

2- علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 55.

- مبدأ المعاملة الوطنية: أي تعامل السلعة المستوردة بنفس المعاملة التي تعامل بها السلع الوطنية دون تمييز¹.

- أما المنظمة العالمية للتجارة الدولية (OMC): فهي منظمة حكومية دولية تنظم وتسهل التجارة الدولية بين الأمم، تستخدم الحكومات المنظمة بهدف وضع القواعد التي تحكم التجارة الدولية ومراجعتها وتنفيذها، بدأت المنظمة عملياتها بصورة رسمية في 1 يناير 1995 وفقا لإتفاقية مراكش، وبذلك حلت محل الفات، ومنظمة التجارة العالمية هي أكبر منظمة إقتصادية دولية تضم 164 دولة عضوا، تمثل ما يزيد عن 98 % من التجارة العالمية والناج المحلي التجاري العالمي.

وللمنظمة عدم مهام أهمها:

- التحرير التدريجي لتجارة الخدمات.
- رفض كل الأشكال الحمائية.
- تقديم المساعدات التقنية للبلدان النامية.
- تسهيل وإدارة وتطبيق الإتفاقيات التجارية
- تسيير الإتفاقيات الخاصة المتعلقة بالقطاعات الجديدة.

كما تسعى المنظمة إلى تحقيق بعض الأهداف الأساسية نذكر أهمها:

- خلق وضع تنافسي عالمي في التجارة الدولية يعتمد على الكفاءة الإقتصادية.
- توفير البيئة العالمية المناسبة والملائمة للتنمية المستدامة
- الزيادة في الإنتاج والتجارة العالمية.
- إلغاء التمييز في العلاقات التجارية وإزالة الحواجز الجمركية.
- زيادة التبادل التجاري الدولي وتنظيمه على أسس وقواعد وفقا للإتفاقيات الأورجواني².

1- يوسف مسعداوي، دراسات في التجارة الدولية، دار هومه للنشر، الجزائر، 2016، ص ص 108-112.

2- المرجع نفسه، ص ص 119-121.

وقد تم توقيع أول معاهدة استثمار ثنائية في العالم في 26 نوفمبر 1959 بين باكستان وألمانيا¹، ويوجد حاليا أكثر من 2500 معاهدة استثمار ثنائية سارية المفعول، وتشمل معظم دول العالم، خاصة الدول المصدرة لرأس المال.

فتاريخيا يمكن تقسيم ظهور إطار الاستثمار الدولي إلى حقتين منفصلتين أما الحقبة الأولى التي امتدت ما بين 1945-1989 فقد تميزت أو إتسمت بخلافات بين الدول حول درجة حماية أو الحماية التي ينبغي توفيرها للمستثمرين الأجانب.

بينما رأت معظم البلدان المتقدمة أنه يجب أن تتمتع رعاياها (أي المستثمرون الأجانب) بالحد الأدنى من المعاملة المنصفة والعادلة.

بينما رأت الدول الإشتراكية أنه ما من داع لفصل أو خلق معاملة تمييزية للعنصر الأجنبي على العنصر المحلي (أي الوطني).

وهكذا توالى الأحداث وتوالى المد والجزر في العلاقات الإقتصادية إلى غاية 1959 حيث تم إبرام أول معاهدة استثمار ثنائية تلتها سلسلة من المعاهدات والمصادقات الثنائية بين الدول (وأقصد هنا المعاهدات الإقتصادية) .

وفي عام 1965 تم إدراج إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة، وبين المستثمرين الأجانب وهذا لغرض التوقيع عليها فكانت أول خطوة فعلية هو إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كمؤسسة قانونية يمكن اللجوء إليها في حالة المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة.

أما الحقبة الثانية فقد كانت إبتداء من 1989 إلى اليوم، فقد إتسمت بالترحيب بفكرة الاستثمار الأجنبي، والدليل الكم الهائل الذي عرفه العالم من الاتفاقيات الثنائية والتي يكون موضوعها الأساسي هو الاستثمار²، ليس هذا فقط إنما التزايد والتوجه الكبير نحوها، وهذا

1- ألمانيا-باكستان bit (1959) تم الاسترجاع في 10 أغسطس (أب)، 2015، متاح على الموقع USTR.GOV

2- الأونكتاد، وضع قواعد الإستثمار الدولي، حصر المنجزات والتحديات والطريق إلى الأمام، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الإستثمار الدولية لأغراض التنمية ، الأمم المتحدة ، 2008، المرجع السابق.

كان نتيجة الانفتاح الاقتصادي للدول النامية والتي صارت ترغب بشدة في استقطاب الشركات الأجنبية.

أما بخصوص تطورها، فوسط هذا النمو السريع للإقتصاد العالمي بات من الضروري عدم التخلف عن هذا الركب، فرأى أهل الاختصاص في المجال الإقتصادي أن الاتفاقيات الثنائية مظهر جديد أو أسلوب حديث نوعا ما في المجال الاقتصادي، كما يعتبر نمودجا ناجعا تتجه إليه معظم الدول سواء المالكة لرأس المال أو النامية التي ترغب في إنعاش والنهوض بإقتصادياتها.

وكما أسلفنا الذكر فإنه وتبعاً للإحصائيات المقدمة، فمنذ 1959 إلى يومنا هذا تم إبرام أكثر من 2500 معاهدة ثنائية، وهذا دليل على نجاح هذا النوع من الاتفاقيات¹.

وتشير الإحصائيات المختلفة إلى كثرة الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، حيث ونظراً لكثرتها أصبح من الصعب إعطاء أرقام حقيقية لعدد الإتفاقيات الممضاة أو التي في صدد الإمضاء، فقد حاول البنك العالمي إحصاء الاتفاقيات الثنائية لكن لم يبدأ بنشرها على موقعه إلا منذ فترة 1959-1996.

على خلاف المديرية العامة للتجارة في الاتحاد الأوربي، المحافظ (LHMY) أعطت أرقام وإحصائيات دقيقة، فقد أعطت أو أقرت بـ 1800 إتفاقية ثنائية، كما أحصى مؤتمر التجارة والتنمية (CNUCED) في نهاية 1999 حوالي 1845 إتفاقية ثنائية، ليس هذا فقط بل بلغت بحلول 2001 حوالي 2000 إتفاقية².

كما بلغ عدد الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر منذ الاستقلال 1962 إلى يومنا هذا حوالي 60 إتفاقية من بينها حوالي 53 إتفاقية سارية المفعول، ولعلنا نستشهد ببعض الأمثلة:

1- بيترتي موشلينسكي، الشركات المتعددة الجنسيات والقانون، مقال صادر عن مطبعة جامعة أوكسفورد، 2008، ص 27.

2- عبد المومن بن الصغير، مرجع سابق

- الإتفاقية الخاصة بشأن معاشات البحارة بتاريخ 1962/10/19.
- الاتفاقية الخاصة بشأن العمال المهاجرين بتاريخ 1962/10/19.
- الاتفاقية الخاصة بعمالة الأطفال بتاريخ 2001/03/09.
- الاتفاقية الخاصة بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة بتاريخ 1969/06/12.
- الاتفاقية بشأن المشاورات الثلاثية حول معايير العمل الدولية بتاريخ 1993/07/12.

وكذلك الإتفاقية الخاصة بسلامة وأمن عمال المناجم بتاريخ 2003/03/18 وغيرها من الإتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر كما أسلفنا الذكر من 1962 أي منذ الاستقلال إلى يومنا هذا¹.

الفرع الثالث

مضمون الإتفاقيات الثنائية ودورها

أولاً: مضمونها

عادة ما يكون موضوع أو مضمون الإتفاقيات الثنائية "الاستثمار" بكل أشكاله وكذلك القضايا ذات الصلة به، وذلك لغرض حماية وتشجيع المستثمرين الأجانب، فهي تضمن قواعد واضحة ومحددة في مجال حقوق والتزامات كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وتسمح بخلق جو ثقة بينهما بغية تحقيق مصالحهما المشتركة².

كما تحدد أيضا هذه الاتفاقيات إجراءات حل النزاع في حالة مخالفة الدولة المضيفة للإلتزاماتها.

وبصفة عامة فإنها تضم نفس المبادئ الأساسية والأحكام الواردة فيها مستمدة من مشروع الإتفاقية حول حماية الاستثمارات الأجنبية المعد من قبل المنظمة من أجل التعاون والتنمية الإقتصادية (OCDE) المصادق عليه بموجب توصية المجلس المؤرخة في 12

1- متاح على الموقع: www.mtess.gov.dz

2- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للإستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 40.

أكتوبر 1967 ومن بينها مبدأ عدم التمييز والمعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة العادلة والمنصفة والإحالة على القانون الدولي.

وإذا كان موضوع هذه الاتفاقيات، كما جاء في عناوينها هو التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الأجنبية، فإن محتواها لا يقتصر على المسائل الأساسية في عملية الاستثمار مثل قواعد الحماية، وإنما مجالها أوسع إذ يشمل كل ما له صلة بالاستثمار الأجنبي خاصة منها: شروط الاستثمار، حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، قواعد المعاملة والحماية، الضمانات، كيفية تسوية المنازعات، تطبيق الإتفاقية من حيث الأشخاص والمكان والزمان، ودخولها حيز التنفيذ¹.

ثانيا: دورها

مما لا شك فيه أن الاتفاقيات الثنائية تلعب دورا هاما في الاستثمار والاقتصاد ككل، فقد أصبحت وسيلة دولية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، خدمة لمصالح الدول المصدرة لرؤوس الأموال وكذلك الدول المضيفة لها.

فالدول النامية بغرض حماية إقتصادياتها، وكذلك جذب رؤوس الأموال إليها، إتخذت مجموعة من الإجراءات الحمائية، وهذا ما خلق نوع من التوازن بين الدولة المضيفة والدولة الأصلية للمستثمر².

إذن فدور الاتفاقيات الثنائية للإستثمار لا يقف عند هذا الحد، بل تعمل على حماية الاستثمارات الأجنبية من جميع المخاطر الغير التجارية كالتأميم والمصادرة والحجز..... كما تعمل أيضا على تعويض المستثمر تعويضا عادلا وفوريا لإستثماره في حالة الاستيلاء عليه، ليس هذا فقط، بل تعمل كذلك على منح المعاملة الوطنية وفقا للقوانين السائدة في الدولة بالإضافة إلى معاملة الدولة الأولى بالرعاية فيما يتعلق بتوسيع الاستثمارات.

1- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 245.

2- المرجع نفسه، ص 247.

أما في حالة نشوب أي نزاع بينه وبين الدولة المضيفة فقد أقر له (رأي المستثمر الأجنبي) حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

كل إتفاقية عند إبرامها لابد أن تمر بمراحل، هذه الأخيرة التي تختلف حسب طبيعة الاتفاقية وخصوصيتها.

وكل اتفاقية لها أثارها التي تنتجها، وهذا ما سنتعرف عليه من خلال هذا المطلب.

المطلب الثاني

مراحل إبرام الإتفاقيات الثنائية وأثارها

وكل شيء له منهجية، كذلك لا تخلو منه الإتفاقيات الثنائية، فقبل إبرام أي إتفاقية لابد من المرور بمراحل تفتح بالتفاوض أو ربما عدة جولات من المفاوضات وتختتم بالتوقيع وهذا ما سنراه بالتفصيل في جزءنا هذا مرحلة بمرحلة في (الفرع الأول)، ولابد ان تكون لها نتائج أو أثار منتجة سواء إزاء أطرافها أي أطراف الاتفاقية وكذلك إزاء الغير وهذا ما سنراه بالتفصيل أثرا بأثر وهذا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مراحل إبرام الإتفاقيات الثنائية

لإعداد إتفاقية وجب علينا إتباع مجموعة من المراحل تتمثل في المرحلة الأولى المفاوضات أو التفاوض والذي يكون بين أطراف الإتفاقية، تليها مرحلة إفراغ نص أو الإتفاقية في قالب كتابي أو ما يدعى بمرحلة التحرير أو الصياغة، ثم التوقيع على الإتفاقية، تليها مرحلة المصادقة وهذا ما سنراه مرحلة بمرحلة وبالتفصيل في فرعنا هذا.

أولا: التفاوض

إختلفت التعاريف المقدمة لهذه المرحلة، فهناك من قال: " بأن المفاوضات هي تبادل لوجهات النظر المختلفة بين ممثلي الدولة والمنظمات الدولية، المزودين بأوراق تفويض رسمية بقصد التوصل إلى إبرام معاهدة دولية تنظم أو تحكم الموضوع المراد تنظيمه"¹.

1- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962، ص 208.

إذن فالمفاوضات بالنسبة للاتفاقية الثنائية عادة ما تتم بشأن إبرام المعاهدة بطريقة دبلوماسية عن طريق عقد إجتماع مع وزير الخارجية والممثلين الدبلوماسيين المعتمدين في البلد معاً، فهذا الإجراء غرضه التوصل إلى إتفاق حول موضوعها في إطار منظمة دولية، ويعقده خصيصاً الأشخاص الذين لهم حق التفاوض بإسم الدولة.

ومن الناحية الدستورية البحتة يقوم بعملية التفاوض الأشخاص الذين يعينهم دستور الدولة للقيام بهذه العملية الحساسة، وبالتحديد رئيس الدولة (أي السلطة المختصة في الدولة)، والتي تعين شخصاً أو أشخاص لتمثيل الدولة للتفاوض، أو لدى القيام بأي تصرف آخر يتعلق بالمعاهدة، وبالتالي تدخل عملية التفاوض إلزامياً في إطار صلاحيات السلطة التنفيذية: أي رئيس الدولة أو من يمثله دستورياً (كوزير الشؤون الخارجية، أو وزير المالية، أو التعاون الدولي، أو السفير المعتمد لدى الدولة الأخرى المتفاوضة)، ويساعد المفاوضات الرسمي عدد من المساعدين والخبراء المختصين في المسائل المتعلقة بالاستثمار وكذلك المساعدة في التحكم في تقنيات المفاوضات التي تقتضي مهارة فنية وإدارية خاصة ومتشعبة¹.

ثانياً: تحرير نص إتفاقية أو صياغته

بعد المفاوضات تشرع الأطراف في حال إتفاقها في تحرير نص الاتفاقية، وتعد عملية صياغة المعاهدة من أهم المسائل المتعلقة بإبرام المعاهدات الدولية، إذ إن إختيار العبارات ليس مجرد عملية تقنية، وإنما له مفاعيله القانونية، فما إن تحرر الإتفاقية أو المعاهدة،

1- سمية طواهي، أمال كموقات، تسوية منازعات الاستثمار بالاتفاقيات الثنائية، مذكرة ماستر، جامعة 8 ماي 1945، السنة الجامعية 2016، ص 21.

أما بالنسبة للجزائر: فقد أوكل الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية صلاحية إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها وهذا ما جاءت به المادة 91 المحددة لصلاحيات رئيس الجمهورية وبالضبط في الفقرة 12: " يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها"، المادة 91 من التعديل الدستوري 2020.

لكن ونظراً لأثار بعض المعاهدات وطبيعتها نص الدستور الجزائري على ضرورة موافقة كل غرفة من غرف البرلمان صراحة على هذا النوع من المعاهدات وعدتها المادة 102 من التعديل الدستوري 2020: " يوقع رئيس الجمهورية إتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم"

يلتمس رئيس الجمهورية رأي المحكمة الدستورية بشأن..."

لا يعود بالإمكان تغييرها، إلا برضى جميع الأطراف، وتشير إتفاقية فيينا أنه: " يتم إعتداد نص المعاهدة برضى جميع الدول المشتركة في صياغتها"¹.

ومن أهم المسائل المطروحة في هذا المجال مسألة لغة المعاهدة، التي تبدو مربوطة بسيادة الدول والمساواة فيما بينها فهو أمر أساسي حيث يعتمد عليها في تحرير المعاهدة، ومن ثم يعتمد عليها الأطراف فيما بعد عند تفسيرهم وتطبيقهم للمعاهدة.

وفي هذا المجال هناك عدة أنظمة:

1. نظام اللغة الواحدة، وهذا النموذج معمول به في المنطقة العربية أو المناطق الناطقة باللغة العربية.

2. نظام اللغتين الإثنتين، وتكون لهما حجية القانونية نفسها، وهو أمر معمول به، عادة بين الدول الأطراف التي تفهم لغة بعضها البعض.

3. نظام اللغات الثلاث، مع الإحتفاظ بحجية لغة واحدة.

فتتزامن عملية الصياغة باللغات العربية والبولندية والإنجليزية على سبيل المثال، مع إعتداد اللغة الإنجليزية في حال الإختلاف في التفسير.

أما من الناحية الهيكلية تنقسم إلى ثلاثة (03) أقسام، التوطئة، نص المعاهدة، والملاحق.

• **التوطئة:** وهناك من يسميها الديباجة، وفي عبارة عن مقدمة ترد في البداية وتتضمن مبادئ عامة حول عدد الأطراف وأهداف المعاهدة وموضوعها، وتؤدي دورا مهما في تحديد بعض المسائل مثل تشخيص أطراف الاتفاقية وأهدافها، ويعتبر الفقه بصفة عامة، أن التوطئة لا تنعم بالقوة القانونية التي ينعم بها نص الاتفاقية.

1- تنص المادة 11 من إتفاقية فيينا: "يمكن التعبير عن رضا الدولة بالإلتزام بالمعاهدة بتوقيعها، أو بتبادل إنشاءها، أو بالتصديق عليها، أو بقبولها، أو بالإنضمام إليها، أو بأية وسيلة أخرى متفق عليها".

- **نص المعاهدة:** ويتكون من فصول أو مواد يتفسر عددها وفقا للاتفاقية، وتتسم بعض إتفاقيات الاستثمار بطولها وتشعب موادها، وبدل ذلك على إرادة الأطراف في دراسة جميع الفرضيات والحالات المتعلقة بحماية الأطراف في حالة نشوء نزاع بينهما، وبصفة عامة، نجد أن إتفاقيات الاستثمار الثنائية تنقسم إلى بنود تتعلق بمجال تطبيق الاتفاقية من حيث المكان والزمان والأشخاص والمواد، وكذلك تسوية النزاعات، إضافة إلى بنود نهائية تتعلق بدخول المعاهدة حيز التنفيذ ومدتها وتاريخ إنتهائها.
- **الملاحق:** تتمتع بالقوة القانونية نفسها لنص المعاهدة، وتضطلع بدور هام في توضيح بعض بنود الاتفاقية أو الحد من مجال تطبيقها¹.

ثالثا: التوقيع على الإتفاقية

التوقيع هي العملية القانونية التي تسمح بتوثيق نص المعاهدة أو بالتعبير عن قبول الدولة الإلتزام بالمعاهدة، وبالتالي يجب التمييز بين المعاهدات الشكلية والمعاهدات ذات الشكل البسيط (المبسط).

بالنسبة للإتفاقيات ذات الشكل المبسط: فإن التوقيع يعني قبول الدولة الارتباط بهذه الإتفاقية، وبالتالي يمكن عقد معاهدة بكيفية نهائية بمجرد التوقيع عليها، لذلك فإن التوقيع يلزم الدولة، ولا يعود هناك حاجة للتصديق أو للموافقة أو للقبول، وبالتالي يتسم إبرام المعاهدة بالطابع البسيط أو المبسط.

ويساعد هذا النوع من المعاهدات على تنمية العلاقات الدولية، ولاسيما عندما ينص الاتفاق على إتخاذ إجراءات لا تمس بسيادة الدول.

1- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الجزء الثاني، 2005،

كما نجد أن دساتير الدول تركز ضمناً أو صراحة، الإتفاقيات التي تنسم بالشكل المبسط أو تلك التي تتمتع بالطابع التقني البحث، والتي يكون إبرامها غير خاضع للإجراءات الشكلية، وبالخصوص النظر المسبق للسلطة التشريعية.

وعلى الرغم من ذلك فليس هناك تمييز موضوعي أو تفضيلي من الناحية الإلزامية بين الإتفاقيات الرسمية أو الشكلية، والإتفاقيات التي تنسم بالشكل المبسط، إذ تبقى القاعدة العامة التعادل والمساواة القانونية بينهما.

ويتم التوقيع من طرف مندوبي الدول في أسفل نصوص المعاهدة، ويكون ذلك بكتابة الإسم الكامل لهؤلاء المندوبين وتتص إتفاقية فيينا في المادة 10 على إمكانية وجود التوقيع بشرط الرجوع إلى الحكومة أو بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل ممثلي الدول وهو توقيع مؤقت يحتاج إلى تأكيد من قبل السلطات المختصة.

أما بالنسبة إلى المعاهدات الشكلية: يوثق التوقيع نص المعاهدة الذي يبقى مجرد مشروع معاهدة، ولا تلزم معاهدة الشكلية الدولة بعد التوقيع ولكنها (أي الدولة) مطالبة بجملة من التصرفات بخاصة أن المعاهدة لا تفرغ من محتواها وأهدافها.

وتتص المادة 18 من إتفاقية فيينا " تلتزم الدولة بالامتناع عن الأعمال التي تعطل موضوع المعاهدة أو غرضها وذلك:

(أ) إذا كانت قد وقعت المعاهدة أو تبادلت الوثائق المنشئة لها بشرط التصديق، أو القبول أو الموافقة، إلى أن تظهر بوضوح نيتها في أن لا تصبح طرفاً في المعاهدة.

(ب) إذا كانت قد عبرت عن رضاها بالإلتزام بالمعاهدة حتى دخولها حيز التنفيذ على ألا يتأخر هذا التنفيذ بغير مبرر.

ويمثل مبدأ حسن النية أساس هذا الإلتزام¹.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي اسيا، تقرير الدورة السادسة والعشرون، الملحق 21 تاريخ 17 مايو 2010 ، الأمم المتحدة، ص ص 23-24.

رابعاً: المصادقة على الإتفاقيات

تعتبر المصادقة على المعاهدة عن قبول الدولة الإرتباط نهائياً بالمعاهدة بالنسبة إلى المعاهدات الشكلية.

وهو عبارة عن إقرار صادر عن السلطات الداخلية المختصة دستورياً بالموافقة على المعاهدات وهو ملزم للدولة، أما التوقيع فهو إجراء لاحق يضيف على المعاهدة الصبغة الإلزامية الضرورية، ويقرر ولوجها النظام القانوني الوطني، وتؤكد بالتالي الإرادة النهائية للدولة، ولا يكون إبرام المعاهدات كاملاً إلا إذا خضعت إلى مراحل شكلية معينة مضبوطة من قبل القوانين الأساسية للدولة، وتتم هذه العملية عموماً بمرحلتين: الترخيص من قبل السلطة التشريعية للمصادقة، والمصادقة من قبل رئيس الدولة.

ويقر هذا المبدأ الاختصاص المشترك بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في مجال المصادقة على المعاهدات، وهذا ما تنص عليه أغلبية الأنظمة الدستورية المعاصرة، إذ يعود إجراء المصادقة دائماً إلى رئيس السلطة التنفيذية بعد أن يمنحه البرلمان الترخيص.

وتنص بعض الدساتير في المنظمة العربية على قائمة من المعاهدات المحددة حصراً والتي لا يمكن المصادقة عليها من رئيس الدولة إلا بعد الموافقة عليها من قبل السلطة التشريعية، وهي تشمل بصورة عامة المعاهدات ذات الطابع السيادي والمتعلقة مثلاً بحدود الدولة، والمعاهدات التجارية والمعاهدات الخاصة بالتنظيم الدولي، وتلك المتعلقة بالتعهدات المالية للدولة، والمعاهدات المتضمنة لأحكام تتسم بطابع تشريعي المتعلقة بحالة الأشخاص، وتدخل الاتفاقيات المتعلقة بحماية الاستثمار وتشجيعه في إطار هذا النوع من المعاهدات الشكلية.

وأخيراً تخضع المصادقة لإجراءات شكلية، منها تبادل وثائق المصادقة ويتم هذا التبادل بصفة رسمية، ويسجل في محضر رسمي يسمى محضر تبادل المصادقات ويتم عادة في عاصمة إحدى الدولتين المتعاقبتين.

أما بالنسبة إلى المعاهدات المتعددة الأطراف فهي تخضع لإجراء إيداع المصادقات لدى دولة معينة أو منظمة دولية تنص عليها المعاهدة.

الفرع الثاني

أثار الإتفاقيات الثنائية

القاعدة العامة المتعارف عليها في أن المعاهدات لا تلزم إلا أطرافها وفقا لمبدأ نسبية أثر المعاهدات، والاستثناء من هذه القاعدة أن تمتد آثار المعاهدة الدولية إلى الدول الغير في حالات وظروف إستثنائية.

أولا: أثار الاتفاقيات إزاء أطرافها

تنص إتفاقية فيينا على مبدأ يتسم بطابع عرفي له أهمية أساسية في العلاقات بين الدول، ألا وهو مبدأ إحترام المعاهدات، وبحسب المادة 26 من هذه الإتفاقية : " كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية"¹، ويعني ذلك أن المعاهدة تلزم هيكل الدولة وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية كافة، وتلزم المعاهدة الدولة في جميع الحالات، بما في ذلك في حالة تغيير السلطة أو النظام السياسي في إطار الدولة.

ويبين العرف الدولي أن هناك بعض الحالات التي يجوز فيها لدولة طرف في معاهدة أن تتحرر بصفة مؤقتة من المعاهدة، وذلك خصوصا في حالة القوة القاهرة أو حالة الضرورة، وقد استندت الأرجنتين إلى حالة الضرورة في مجموعة القضايا التي تواجهها حاليا بسبب تبنيتها قانون المعادلة بين عملتها "البيسو" والدولار الأمريكي إثر إنهيار إقتصادها، وقد إعتبر المستثمرون الأجانب أن هذا القانون أدى إلى إنهيار قيمة إستثماراتهم، وهم يطالبون الحكومة الأرجنتينية أمام المحاكم الدولية بالتعويض عن الضرر الحاصل لهم جراء ما تم إعتبره بأنه إنتزاع غير مباشر، ولم تفلح الأرجنتين في إقناع المحكمين بسداده إستثناء حالة الضرورة على الأقل على مستوى تعويض الشركات الأرجنتينية².

1- المادة 26 من إتفاقية فيينا، المرجع السابق.

2- سمية طواهي، أمال كموقات، المرجع السابق، ص 43.

ثانيا: آثار الإتفاقيات إزاء الغير

تخضع المعاهدات إلى مبدأ هام، وهو أثرها النسبي، أي ان المعاهدة تنسحب فقط على الأطراف ولا تولد حقوقا أو إلتزامات إزاء الغير إلا برضاهم، أي أن الغير لا يتأثر بها لا سلبا ولا إيجابيا، فالمعاهدة لا تضر الغير ولا تنفعه، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة، ويقبل بالتالي الاستثناءات، فيمكن للمعاهدات أن تفرض إلتزاما على عاتق الغير شريطة أن تقبل به "الدولة الغير" (أي الدولة التي ليست طرفا في المعاهدة)، بصراحة وكتابيا (المادة 35 من إتفاقية فيينا)، ولكن ما يهنا من ناحية إتفاقيات الاستثمار هو الاتفاقيات التي تمنح حقوقا للدول أو الأطراف الغير، وهناك حالتان تتفاوت اهميتها في هذا المجال وهما التعاهد أو الإشتراط لمصلحة الغير، وبند الدولة الأولى بالرعاية.

أ- التعاهد أو الإشتراط لمصلحة الغير:

تنص المادة 36 من إتفاقية فيينا في هذا الصدد على ما يلي: "1) ينشأ حق للدولة الغير من نص في المعاهدة إذا قصد الأطراف فيها أن يمنح النص هذا الحق إما للدولة الغير أو لمجموعة من الدول تنتمي إليها، أو لجميع الدول ووافقت الدولة الغير على ذلك، ونفترض الموافقة ما دامت الدولة الغير لم تبد العكس، إلا إذا نصت المعاهدة على خلاف ذلك.

2) يجب على الدولة التي تمارس حقا وفقا للفقرة الأولى أن تتقيد بالشروط الخاصة بممارسته المنصوص عليها في المعاهدة أو الموضوعة وفقا لها"¹.

إذ تتولد الإشتراط لمصلحة الغير نتيجة الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة، ويهدف هذا الاتفاق إلى منح الغير حقا معيناً، ولا يستفيد الغير من هذا الغير إلا إذا قبله صراحة أو ضمنيا بعدم الإعتراض، ومن الأمثلة التي تكرر الإشتراط لمصلحة الغير نظام التأمين على الحياة.

1- المادة 36 من إتفاقية فيينا، المرجع السابق.

أما في مجال إتفاقيات المتعلقة بالاستثمار، فيمكن إعتبار الضمان أو التأمين على الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية الذي تعمل به بعض الإتفاقيات الإقليمية (مثل الاتفاقية التي أنشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في 1974) أو الإتفاقيات الدولية (مثل معاهدة سيول التي أنشأت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) يشبه نوعا ما الاشتراط لمصلحة الغير.

ففي هذه الإتفاقيات تلتزم الدول فيما بينها بتمكين المستثمر من تعويض مالي في حال تحقق خطر سياسي يمس باستثماره¹.

ب- شرط الدولة الأولى بالرعاية:

والذي يمكن تعريفه هو عدم التمييز بين الدول الأعضاء أو عدم معاملة أي دولة معاملة تفضيلية على حساب الدولة الأخرى، حيث تتساوى كل الدول الأعضاء في ظروف المنافسة، ويستثنى من ذلك الدول التي تنتمي إلى إقليم إقتصادي معين والدول الأعضاء في الإتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة.

كما يمثل هذا الشرط قاعدة أساسية في مجال التجارة والاستثمار، وبموجب هذا الشرط تتفق الدول الأطراف في المعاهدة على أن تتمتع هذه الأطراف بأية ظروف أفضل يمكن أن تمنحها إحداها إلى دولة ثالثة بموجب معاهدة تعقد بينهما بالرغم من أن الدولة المستفيدة (وهي طرف في المعاهدة الأولى) ليست طرفا في المعاهدة الثانية المبرمة مع الدولة الأخرى، ولتطبيق بند الدولة الأولى بالرعاية هناك شروط تشمل أن يكون كل من الموضوع الذي تنظمه المعاهدة الأولى أو المعاهدة الأساس المتضمنة لهذا الشرط، والموضوع الذي تنظمه المعاهدة الثانية متطابقتين خاصة فيما يتعلق بقطاع الاستثمار

1- دليل الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، المرجع السابق، ص 27.

ومجاله المادي مثلا، إذ يمس غياب الشرط بالقدرة التنافسية للمستثمر المعني بالاتفاقية الأولى التي أبرمت بين دولته والدولة الثانية والتي نصت على شرط الدولة الأولى بالرعاية¹.

ثالثا: إنتهاء الإتفاقية

إذن فالمعاهدة في إتفاق تولد وتعيش مدة من الزمن وبذلك فقد تتعرض بعد مدة للموت أو الغناء، وهذا ما يعرف بإنتهاء أثر المعاهدات، وهناك حالات عديدة لإنهاء المعاهدات الدولية، إذ تنص بعض المعاهدات على تاريخ إنتهاء العمل بها مثل إتفاقيات الإستثمار الثنائية، وتطرح هذه الحالة إشكالات عديدة تتعلق أساسا بتطبيق المعاهدة بعد إنتهاء المدة القانونية المنصوص عليها في البنود النهائية للإتفاقيات الإستثمار، والتي تتراوح بين 10 و 20 سنة، ومن ناحية أخرى يميز القانون الدولي كما شرعته إتفاقية فيينا بين عدة حالات لزوال المعاهدات الدولية، وفي الحالة الأولى تنتهي المعاهدة بإتفاق أطرافها أو كما ذكر وفقا لأحكامها، وفي الحالة الثانية تنتهي المعاهدة بالإخلال الجوهري بأحكام المعاهدة الثنائية من جانب أحد طرفيها.

فقد نصت المادة 60 من إتفاقية فيينا في فقرتها الأولى على أن الإخلال الجوهري بأحكام المعاهدة الثنائية من جانب أحد طرفيها يخول للطرف التمسك بهذا الإخلال، كأساس لإنهاء المعاهدة أو إيقاف العمل بها كليا أو جزئيا، إذ لا يمكن تصور إبرام هذه المعاهدة لو كان أحد أطرافها يعملون بأنه يمكن لأي طرف فيها الإخلال بأحكامها، بالإضافة إلى أن البند أو الحكم الذي تم الإخلال به يشكل جوهر التعاقد، وكذلك لا بد من تمسك الطرف الآخر بهذا الإخلال كسبب لإيقاف المعاهدة، معنى ذلك أن الإخلال بالمعاهدة لا يؤدي إلى إيقاف العمل بها تلقائيا، بل لا بد من تمسك من وقع في حقه الإخلال بهذا الإجراء.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الإقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، المرجع السابق، ص ص 27-28.

وهي حالات نظمها إتفاقية فيينا والقانون العرفي وتتعلق بالإخلال الجوهري بالمعاهدة أو التغيير الجوهري للظروف التي عقدت في ظلها أو حالات أخرى، مثل العرب أو قطع العلاقات الدبلوماسية.

إذا، يحق لكل طرف الإنسحاب من المعاهدة وفقا لأحكامها ويؤدي الإنسحاب إلى إنقضاء المعاهدة الثنائية وإنهاء أثارها بالنسبة إلى الطرف المنسحب والأطراف الأخرى، بالنسبة للمعاهدة المتعددة الأطراف¹.

1- دليل الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الإقتصادية والإجتماعية لغربي آسيا، المرجع السابق، ص ص 28-29.

المبحث الثاني

أنواع الاتفاقيات الثنائية ونطاق تطبيقها

بعدما رأينا فيما سبق، لمحة عامة حول الإتفاقيات الثنائية من تعريف وخصائص وصولاً إلى مراحل إبرامها وأثارها مروراً بمضمونها والدور الذي تلعبه، سنتطرق إلى أنواع الاتفاقيات الثنائية التي ساهمت في تشجيع الاستثمار الأجنبي إضافة إلى دور الاتفاقيات الثنائية لمنع الإزدواج الضريبي (مطلب أول)، دون نسيان نطاق تطبيق هذه الاتفاقيات سواء على النطاق الشخصي، أو الإقليمي وكذلك الزماني وهذا (مطلب ثان).

المطلب الأول

أنواع الإتفاقيات الثنائية

هذا المطلب إرتأينا تقسيمه إلى فرعين، بحيث فصلنا ولو بشكل بسيط في الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع الاستثمار الأجنبي (كفرع أول)، ثم إنتقلنا إلى الاتفاقيات الثنائية الخاصة بمنع الإزدواج الضريبي (كفرع ثان).

الفرع الأول

إتفاقيات ثنائية مساهمة في تشجيع الاستثمار الأجنبي

قد تبرم دولتان أو أكثر إتفاقية (un traité) لتشجيع الاستثمارات المتبادلة فيما بينها، وتتضمن هذه الإتفاقيات من هذا النوع عموماً، قدراً من الضمانات التي تتمتع بها، استثمارات كل منها هي الأخرى، حيث تسعى الدول المصدرة للإستثمار عموماً إلى توفير الحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج ولما كانت الضمانات التشريعية التي يقرها قانون الاستثمار في الدولة لا تحقق تلك الحماية الكافية، بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء، فإنها تلجأ في هذا الخصوص إلى وسائل قانونية أخرى.

فبعد إتفاقيات ثنائية للإستثمار بينها وبين الدولة المستقبلية له، تهدف معظمها في الواقع إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته، وخلق الظروف الملائمة له للإسهام في عملية التنمية الإقتصادية والإجتماعية، ويتم ذلك عن طريق تقنين القواعد القانونية الضابطة لهذا النوع من الاستثمار، من خلال تحديد حقوق وواجبات طرفي المستثمر والدولة التي يجري فيها الاستثمار، وعموما تهدف أغلبية الاتفاقيات الثنائية إلى: تشجيع الاستثمار المتبادلة، أيضا إعطاء ضمانات لحماية الاستثمارات، إضافة إلى ضمان معاملة عادلة للإستثمار، دون نسيان وضع إطار قانوني ملائم يتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والبلد المضيف. وذلك بأحقيته في اللجوء إلى التحكيم الدولي.

فالإتفاق الثنائي يرمي إلى تشجيع وحماية المستثمر الأجنبي على كل الأصعدة¹، كما أن الإتفاقيات الثنائية تنشأ في نفس الوقت آلية قانونية لتسوية النزاعات التي قد تتسبب بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وبالتالي كأنها تنظم أحكاما قانونية مماثلة لتائم الأحكام التي ينص عليها الاستثمار الوطني، بيد أنها تتميز عنه في أنها تنشئ حقوقا والتزامات تعاقدية أو إتفاقية بين الدولة المستقبلية للإستثمار والدولة المصدرة له، بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين.

وتشير الإحصائيات المختلفة إلى كثرة الإتفاقيات الثنائية الخاصة بالحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية، حيث ونظرا لكثرتها أصبح من الصعب إعطاء أرقام حقيقية لعدد الاتفاقيات الممضاة، أو التي في صدد الإمضاء في تاريخ معين، نظرا الخصوصية هذه العقود.

فقد حاول البنك العالمي إحصاء الإتفاقيات لكن لم يبدأ بنشرها على موقعه إلا منذ فترة 1959-1996 خلافا لمؤتمر التجارة والتنمية (CNUCED) الذي نشر كل الاتفاقيات المبرمة إلى غاية 1999.

1- عبد المومن بن الصغير، المرجع السابق د.ص

أما الحالة الراهنة للاتفاقيات الثنائية، فهناك عدة تقييمات موجودة هنا منها: المديرية العامة للتجارة في الإتحاد الأوروبي أعطت رقم 1800 إتفاقية ثنائية، كما أحصى مؤتمر التجارة والتنمية في نهاية 1999 حوالي 1845 إتفاقية ثنائية، ولم تتوقف حركة الإتفاقيات الثنائية عند هذا الحد حيث بلغت سنة 2000-2001 حوالي 2000 إتفاقية ثنائية.

ويقصد بالاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار: " تلك التي تهدف إلى تشجيع الاستثمارات التي تتم باحترام تشريعات الدولة المضيفة بالترخيص بإبرام عقد المساعدة التجارية والإدارية والتقنية التي لها علاقة بالاستثمار"¹.

إذن فالإتفاقيات الثنائية أنشئت بهدف إيجاد نوع من الضمان لممتلكات وأموال المستثمرين الأجانب، فهي تعطي لهم حقوق خاصة وتضمن إلتزامات الدول التعاقدية له، بهدف المحافظة على العلاقات التعاقدية بين الطرفين وخلق جو من الاستقرار القانون العلاقات الإقتصادية، وبهذا تمكن للمستثمر الأجنبي الذي دولته طرف في الإتفاقية، أي يدعى أن خرق الدولة لإتفاقيات يشكل سوء النية في تنفيذ العقد.

وهو ما يعد ضماناً ضد التقلبات الداخلية التي يمكن أن تحتج بها الدولة من أجل عدم تنفيذ الإلتزامات، أو أن تستعمل القوانين بشكل تعسفي إستناداً إلى مفاهيم السياحة والصالح العام ومنه فإن من أثار الإتفاقية أنها تخرج العلاقات الإقتصادية القانونية من إطارها الداخلي إلى الإطار الدولي، سواء بترتيب مسؤولية على الطرفين أو بتطبيق أو تفسير هذه النصوص وتؤدي إلى تدويل عقود الدولة وخضوع النزاع للتحكيم من غير إستبعاد إمكانية تطبيق القانون العام الداخلي للدولة².

1- عبد المومن بن الصغير، المرجع السابق، د.ص

2- جعيرن بشير، "إتفاقية الشراكة الثنائية لجذب الاستثمار في الجزائر"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2021، المركز الجامعي أفلو، الأغواط، 2021، ص 196.

كما تلعب الإتفاقيات دور هام من الناحية القانونية، بإعتبارها الإطار الذي مكن الدول من الوصول إلى إيجاد نوع من التوافق بين المصالح و الوصول إلى إيجاد نوع من التوافق إلى تنظيم للنشاطات الإستثمارية دون أن يترتب على ذلك ضرر للطرفين، وفي هذا الصدد فقد عالجت الإتفاقيات العديد من المواضيع منها إعطاء مفهوم للإستثمار الأجنبي، الذي كان وما يزال محل جدال بين كل من رجال الفقه والقضاء، بالإضافة إلى الدور التنظيمي الذي تقوم به الاتفاقيات الثنائية للنشاطات الإستثمارية بين الدول فإن لها دور حمائي، إذ يلاحظ أن لها أثر كبير في هذا المجال، حيث أنها توفر الحماية لها من خلال إقرارها المعاملة غير التمييزية التي تعيق النشاط الاستثماري وتوفر الضمانات الأساسية للمستثمر الأجنبي لمزاولة مشروعه الاستثماري في البلد المستقبل¹.

وبما أن الاستثمارات تتعلق بتنمية مصادر الثروة للبلد المضيف ويمتد تنفيذه لفترة طويلة، مما جعلها ترتبط إرتباطا وثيقا بإقليم الدولة المضيفة وتؤثر في كيانها الإقتصادي والإجتماعي، حتى أصبح من الضروري تضمن هذه الإتفاقيات الثنائية نصوصا تحميها من المخاطر غير التجارية وتساهم في جذب المستثمرين الجانب وتشجيعهم².

الفرع الثاني

الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية من الإزدواج الضريبي

للدولة الحق في فرض الضرائب على الأجانب والأموال والمداخيل المجملة من موارد إقليمها، نظير تحملها أعباء مالية كثيرة في تأديتها لوظائف المختلفة، وعليه فإنه يقع على عاتق الأشخاص والأموال التي تتمتع بالحماية التي توفرها الدولة المساهمة في هذه الأعباء،

1- عاشور شوشو، الحماية الإتفاقيه للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2007-2008، ص 172.

2- نور الدين بوسهوة، " دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمارات الأجنبية"، مجلة الصراط، السنة الخامسة، العدد 10، ديسمبر 2004، ص 275.

لذلك يلتزم الأجانب على غرار المواطنين لدفع ما تفرضه الدولة عليهم أو على أموالهم من ضرائب¹.

ومن المعلوم أن التشريع الضريبي يمثل مظهرا من مظاهر السيادة الدولة ويترتب على هذه النتيجة أن الأفراد لا يستطيعون الإتفاق فيما بينهم على استثناء تطبيقه كليا أو جزئيا، كما أن الدولة لا تستطيع فرض تطبيقه داخل إقليم دولة أخرى لأن ذلك سيؤدي إلى إنتقاص سيادة دولة أخرى، ومن ثم فقد إمتياز التشريع الضريبي بإقليميته، أي يقتصر نطاق تطبيقه داخل إقليم الدولة، وبذلك يمتد نطاق تطبيقه على جميع الأفراد المقيمين داخل إقليم الدولة من مواطنيها أو الأجانب المقيمين أو المتوطنين في إقليمها، والأموال الموجودة بها، والمداخيل النابعة منها، لذا فإنه يمكن أن تفرض الضريبة على دخل المستثمر بالاستناد على مبدأ تبعيته السياسية للدولة (أي الجنسية) أو بالاستناد إلى مبدأ التبعية الإجتماعية (الإقامة أو الموطن) أو بالاستناد على مبدأ التبعية الإقتصادية (البلد محل النشاط)².

ومن الأهداف الرئيسية التي تسعى لتحقيقها الإتفاقيات الثنائية تفادي ظاهرة الإزدواج الضريبي الدولي وإن منحت مزايا جبائية ومادية، فإن ذلك لن يكون له جدوى بالنسبة للنشاط الاستثماري الأجنبي ولن يكون له الفاعلية المطلوبة إلا إذا عمدت البلدان المصدرة لرؤوس الأموال إلى إعفاء المداخيل التي يحصل عليها المستثمرون من نشاطهم في الخارج من دفع الضرائب، وبالتالي العمل على منع الإزدواج الضريبي.

ويعرف الإزدواج الضريبي على أنه: "فرض الضريبة نفسها لأكثر من مرة على المكلف نفسه وعلى المال نفسه الخاضع للضريبة وفي المدة الزمنية نفسها".

1- جعيرن بشير، المرجع السابق، ص 201.

2- تريه عبد المقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 222.

ومن هذا التعريف يتضح أنه لكي يتحقق الإزدواج الضريبي، لابد من توفر الشروط

التالية:

1- وحدة الضريبة المفروضة، ومثال ذلك وجود ضريبتين متشابهتين تفرضان على المال، إحداهما رأس المال والأخرى تفرض على الدخل.

2- وحدة الشخص المكلف بالضريبة، فبالنسبة للأشخاص الطبيعية يبدو الأمر بسيطاً، إلا أن الأمر فيما يتعلق بالشخص المعنوي فهناك صعوبة في تكييف الإزدواج الضريبي عليه.

3- وحدة المادة المفروضة، وفي كأن تفرض دولة ضريبة على الأرباح التي تحصل عليها الشخص في داخل البلاد وخارجها عن مادة معينة، وقامت دولة بفرض نفس الضريبة على الربح الناتج عن نشاطهم في داخل إقليمها¹.

كما نص تعريفاً آخر الإزدواج الضريبي: لدى العديد من مختصي المالية العامة بمشكلة تعدد فرض الضريبة على المكلف بأدائها، ففي الإزدواج الضريبي يدفع المكلف بالضريبة على نفس الوعاء أكثر من مرة لأكثر من إدارة ضريبية وقد يحدث الإزدواج الضريبي على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، يترجم الإزدواج الضريبي في القانون الدولي بخضوع نفس الدخل (أو الربح) لضريبتين أو عدة ضرائب متشابهة أو متماثلة في دول مختلفة تحت تأثير قواعد الإقليم التي تتضمنها القوانين الداخلية لهذه الدول، في هذه الحالة، فإن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تنظم كيفية تفادي هذه الظاهرة.

والجدير بالذكر، أنه لا يوجد تعريف موحد ومتفق عليه لوصف هذه الظاهرة، إلا أنه يمكن تعريف الإزدواج الضريبي عامة بأنه "فرض الضريبة على نفس الشخص المكلف بالضريبة، أكثر من مرة، على نفس المادة الخاضعة للضريبة وخلال نفس المدة".

1- جـميرن بشير، المرجع السابق، ص ص 201-202.

ومن هذا التعريف يمكن تحديد الشروط التي تفيدنا أننا أمام حالة إزدواج ضريبي: وحدة الشخص المكلف بالضريبة، وحدة الضريبة المفروضة، وحدة المادة المفروضة عليها الضريبة، وحدة الفترة المفروضة عنها الضريبة¹.

إذن فالإزدواج الضريبي يكون أو يكمن في فرض الضريبة لمرات عدة، وعلى الشخص ذاته، على ذات المال، وعن المدة ذاتها.

أما عن أسباب تفشي هذه الظاهرة فهي كثيرة وعديدة نذكر منها وبإختصار:

1. رغبة الدولة في التوسع في فرض الضرائب لمواجهة الأعباء المتزايدة خاصة المالية.
2. رغبة الدولة في التمييز في المعاملة بين الفئات المختلفة من الممولين عن طريق فرض ضرائب إضافية على فئة منهم فضلا عن الضريبة العامة التي تقع عليهم جميعا.
3. إنشاء المشروعات الإقتصادية التي تمارس نشاطها في أكثر من دولة، وانتشار شركات المساهمة التي يتم التعامل فيما تصدره من أسهم وسندات في مختلف الدول.
4. سهولة إنتقال اليد العاملة ورؤوس الأموال بين الدول المختلفة وكل ذلك بسبب تقدم وانتشار وسائل المواصلات الحديثة.
5. الاتساع للأخذ بمبدأ شخصية الضريبة، وهو ما يتطلب تحديد مركز مالي ممول أي مقدرته في فرض الضريبة على الدخل كله، وأيا كان مصدره بما في ذلك الدخل المتأتي من الخارج².

1- أولعربي جمال، دور القاضي الوطني في تقدير العناصر المكونة لجريمة الغش الجبائي الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 115-116.

2- عبد المومن بن الصغير، المرجع السابق، د.ص

أولاً: شروط الإزدواج الضريبي

لكي تكون أمام حالة إزدواج ضريبي على المستوى الدولي لابد من توفر جملة من الشروط تتمثل في:

1- وحدة الشخص المكلف بالضريبة (وحدة المكلف القانوني بالضريبة):

ومن شروط تحقق الإزدواج الضريبي أن يكون المكلف القانوني هو نفسه الشخص الذي يتحمل الضريبة مرتين أو أكثر، أو هو الشخص نفسه الذي يتحمل الضرائب المتشابهة والواقع أن معرفة المقصود بوحدة المكلف القانوني بالضريبة تختلف باختلاف النظرة القانونية والإقتصادية فإذا أخذنا أرباح شركات المساهمة تخضع أيضاً لضريبة على الأرباح عندما توزع على المساهمين وفي الضريبة على إيرادات القيم المنقولة.

فمن وجهة النظر القانونية نجد أن الإزدواج الضريبي غير وارد نظراً لعدم توفر شرط وحدة الشخص المكلف بالضريبتين خصوصاً وان شركة المساهمة في ذات شخصية قانونية مستقلة عن شخصية المساهمين وهو ما يعرف " بالإزدواج القانوني".

من وجهة النظر الإقتصادية تتجاوز التنظيم القانوني لمعرفة من يتحمل هذا العبء في نهاية الأمر، وبالتالي لما كان المكلف نفسه هو الذي يتحمل العبء سواء عندما تكون الأرباح تحت يد الشركة أو عندما ما يتم توزيعها على المساهمين، وهنا يكون الإزدواج قد تحقق فعلاً وهو ما يعرف " بالازدواج الإقتصادي".

2- وحدة الضريبة المفروضة:

ويشترط أن يدفع المكلف عن المال نفسه (أي الوعاء أو المطروح الضريبي نفسه) الضريبة نفسها مرتين أو أكثر، أو أن يدفع المكلف من المال نفسه ضريبتين من النوع نفسه أي ضريبتين متشابهتين فالدخل قد يتحمل ضريبتين: الأولى، تفرض عليه مباشرة وتسمى

"ضريبة الدخل" والثانية تفرض على رأس المال إلا أنه يتم إستيفاؤها من الدخل دون المساس برأس المال نظرا لإنخفاض مستواها.

3- وحدة المادة المفروضة عليها الضريبة:

الذي يعني أن لا تكون الضريبة مفروضة مرتين أو أكثر على الشخص الواحد فقط، وإنما تكون مفروضة في المرتين على المادة الضريبة نفسها أو المطروحة أو الوعاء الضريبي نفسه، فإذا فرضت الضريبة على وعاء يعود إلى مكلف معين، ثم فرضت الضريبة على وعاء آخر يعود لنفس المكلف، ففي هذه الحالة لا نكون أمام ازدواج ضريبي نظرا لعدم وحدة الوعاء الضريبي، رغم وحدة المكلف القانوني.

4- وحدة الفترة المفروضة عنها الضريبة:

فلو إفترضنا أن الضريبة فرضت على دخل المكلف عام 2003 ثم فرضت على دخل نفس المكلف مرة أخرى عام 2004، ففي هذه الحالة لا نكون أمام ظاهرة ازدواج ضريبي، بينما إذا فرضت ضريبة على دخل مكلف واحد في نفس الفترة الزمنية فيتحقق الإزدواج الضريبي في هذه الحالة، فتفرض ضريبة على دخل المكلف تضاف إلى رأسي المال المكلف هذا الأخير تفرض عليه ضريبة، وفي هذه فإن دخل هذا المكلف خضع لضريبة الدخل من جهة ولضريبة ثانية عندما أصبح جزء من رأس المال، فنقول أننا أمام إزدواج ضريبي¹.

ثانيا: منع الإزدواج الضريبي بواسطة الإتفاقيات الدولية الثنائية

يعبر إزدواج الضرائب الدولي في شتى صورته، كما بينا آنفا عبئا ماليا ثقيلًا على المستثمر الأجنبي، إذا أنه يؤدي في الواقع إلى إستفاد الجانب الأكثر من إيراداته وعوائده، وهو بذلك يضع المعوقات أمام إنتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى، وفقا لما تقتضيه

1- أولعربي جمال، المرجع السابق، ص ص 117-118.

الحاجات الاقتصادية، ويحول دون استثمارها استثمارا صحيحا ومنتجا، لذلك فقد سعت قبل ذلك المنظمات الدولية إلى إجراء الدراسات النظرية وتشكيل اللجان المختصة للوقوف على الأساليب الفنية والقانونية التي يتم بمقتضاها تلافي هذه الظاهرة.

فقد شكلت عصبة الأمم عام 1921 لجنة من الخبراء الإقتصاديين لبحث مشكلة الإزدواج الضريبي وأثاره في العلاقات الإقتصادية الدولية وكذلك الإستثمار الدولي، وقد توصلت اللجنة المذكورة إلى تجنب الإزدواج الضريبي والذي يمكن ان يتم بإتباع إحدى الصيغ التالية:

- أن تقوم الدولة المصدرة لرأس المال بإعفاء عوائد هذا الاستثمار من الضريبة الوطنية.
- أن تقوم الدولة المستقطبة للإستثمار بإعفاء عوائده من الضريبة الوطنية.
- أن تقوم كل من الدولتين المصدرة لرأس المال والمستقطبة له بتقسيم إيراداتها من الضرائب المفروضة على عوائد الاستثمار بينهما.

وقد إقتрحت اللجنة أنذاك إتباع الصيغة الثانية، أي أن تقوم الدولة المستقطبة للإستثمار بإعفاء عوائدها هذا الاستثمار من الضريبة الوطنية، بحيث يخضع فقط للضريبة التي تفرضها الدولة المصدرة للإستثمار.

فتلافي الإزدواج الضريبي الدولي عن طريق الإتفاقيات الثنائية يعد حسب تصورنا أكثر فاعلية من مواجهة بإجراء قانوني منفرد من قبل الدولة وذلك لأسباب:

- يمكن عن طريق الإتفاقيات الدولية الثنائية التي تبرم بين الدولة المصدرة للإستثمار والدولة المستقطبة له بتحقيق الإستبعاد الكلي أو الجزئي للإزدواج الضريبي، حيث تتضمن تلك في الواقع تعريفا محددًا للدخول التي تستحق عليها الضرائب، وقواعد إستحقاقها، وأوجه النشاط التي تفرض عليها الضريبة في الدول المصدرة للإستثمار أما الإجراء القانوني المنفرد الذي تتخذه الدولة لمواجهة هذه الظاهرة فإنه يكون حسب تقديرنا قليل الأهمية، والعلة في ذلك في الإختلاف في تحديد الوعاء الضريبي وسعر الضريبة

بين الدولة التي تملك دائما، بمقتضى سيادتها الإقليمية الحق في تعديل أو إلغاء قوانينها الداخلية.

- يمكن عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية إضفاء فاعلية أكثر على الحوافز والمزايا الضريبية التي تقدمها الدولة للإستثمار الوافد، ويتجسد هذا الأمر من خلال إلترام الدولة المصدرة لرأس المال، بمقتضى الإتفاق الدولي، بالعمل على تحاشي الإزدواج الضريبي بينها وبين الدول المستقطبة للإستثمار.

- تؤدي هذه الاتفاقيات الدولية الثنائية في الواقع إلى خلق مناخ مناسب وملائم للإستثمار في الدول، وبالتالي فإنها تشجع المستثمرين الأجانب على إستثمار رؤوس أموالهم في الدولة المستقطبة للإستثمار الأطراف هذه الإتفاقيات ويمكن القول بأن الاتفاقيات الثنائية هي الوسيلة المنتشرة لتلافي الإزدواج الضريبي الدولي، فكما وجدت دولتان أن لهما مصلحة مشتركة في تلافي ظاهرة الإزدواج الضريبي أمكنهما إبرام إتفاقية الإجراءات اللازمة لمنع هذا الإزدواج¹.

- يمكن القول أيضا أن هذه الاتفاقيات قد زادت في الوقت الحاضر أمام إتساع نطاق العلاقات الإقتصادية الدولية، وعادة ما تتضمن مجموعة من القواعد الإختصاص الضريبي أهمها:

(1) تفرض على قواعد الديون المادية الضريبية في الدولة التي توجد بها موطن الدائن.

(2) تفرض على الأجور والمرتببات وما في حكمها الضريبة في الدولة التي يتم فيها العمل.

كما تفرض على أرباح المشروعات الضريبية في الدولة التي يوجد بها المركز الرئيسي للمشروع.

1- عبد المومن بن الصغير، المرجع السابق

تفرض على الدخل العام الضريبة في الدولة التي يوجد بها موطن الممول¹.

- ونبقى في الموضوع نفسه، وهنا سوف نتعرض ولو بإختصار إلى أهم أو إلى بعض الإتفاقيات الجبائية الموقعة من طرف الجزائر:
- الدولة، تاريخ التوقيع رقم، وتاريخ مرسوم المصادقة، رقم الجريدة الرسمية:
 - إثيوبيا 26-05-2002.
 - البحرين 11-06-2000.
 - بلجيكا 15-12-1991 02-432 09-12-2002 82/2002.
 - إسبانيا 07-10-2002.
 - إيطاليا 03-02-1991 91-431 20-07-1991 35/1993.
 - تونس 09-02-1985 85-161 11-06-1994 25/1985.
 - تركيا 02-08-1994 94-305 02-10-1994 65/1994.
 - جنوب إفريقيا 28-04-1989 00-95 07-05-2000².

ثالثا: سبل معالجة الإزدواج الضريبي الدولي

يكتسي تفادي الإزدواج الضريبي الدولي أهمية مزدوجة إحداهما بالنسبة للدولة المصدرة لرأس المال، مما يسمح لها، بحماية مواطنيها الذين يريدون الاستثمار في الخارج هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يسمح للدولة المستوردة لرؤوس الأموال هاته بطمأنينة المستثمر الأجنبي لأنهم لن يقعوا ضحايا للإزدواج الضريبي³، عموما يمكن تفادي الإزدواج الضريبي الدولي بواسطة التشريعات الوطنية أو بإبرام إتفاقيات دولية، فقد لجأت الدولة إلى تضمين تشريعاتها يقضي بعدم فرض الضريبة على نفس الإستثمار الذي سبق أن فرضت عليه

1- عبد المومن بن الصغير، المرجع السابق.د.ص

2- المصدر ، إحصائيات تابعة لوزارة المالية الجزائرية 2003.

3- بن شنتي حميد، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 56.

ضريبة من قبل دولة أخرى، غير أن الوسيلة الأكثر فعالية لتفادي الإزدواج الضريبي الدولي هو إبرام الإتفاقيات الدولية التي قد تكون جماعية أو ثنائية، فإبرام هذه الإتفاقيات يؤدي إلى تشجيع التجارة الخارجية عموماً والاستثمار الأجنبي بوجه خاص، من خلال تحاشي الإزدواج الضريبي الذي يكلف المستثمر الأجنبي أموالاً زائدة عن اللزوم، وبالتالي تشجيعه على استثمار أمواله في الدول المستقطبة الأطراف في هذه الإتفاقيات¹.

ولقد إقترحت الإتفاقيات الجبائية التابعة لكل من منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية وهيئة الأمم المتحدة طرق لتفادي الإزدواج الضريبي الدولي.

1- طريقة الإعفاء: تقتضي هذه الطريقة بأن تتنازل إحدى الدولتين المتعاقبتين عن حقها في فرض الضريبة على الدخل الذي يحققه المكلف في الدولة المتعاقدة الأخرى، ويمكن أن تكون تلك الدولة إقامة المكلف أو دولة مصدر الدخل، ولقد إعتمدت لجنة الشؤون الجبائية التابعة لمنظمة التعاون والتنمية الإقتصادية هذه الطريقة في إتفاقيتها النموذجية من خلال المادة 23 وقد إفترضت فيها بأن يمنح الإعفاء من طرف دولة إقامة المكلف.

2- طريقة الخصم: وبمقتضى هذه الطريقة، تخصم دولة الإقامة جميع الضرائب التي يتحملها المكلف عن الدخل الناتجة من مصادر أجنبية من قيمة الضريبة التي تطالبه بها².

3- طريقة إقتسام الإيراد: تتمثل هذه الطريقة في فرض الضريبة من طرف الدولتين المتعاقبتين وفقاً لما تحدده الإتفاقية الجبائية المبرمة بينهما، على أن تقوم هذه الدولة بتحويل جزء من الضريبة التي حصلنا إلى الدولة المتعاقدة الأخرى.

1- لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 66.

2- بوقرة إيمان، كيفية تفادي الإزدواج الضريبي في إطار الاتفاقيات الجبائية الدولية، دراسة حالة الإتفاقية الجبائية الجزائرية الفرنسية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الماناجمنت، تخصص مالية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة أوت 1955، سكيكدة، 2009-2010، ص 81.

4-طريقة توزيع المادة الخاضعة للضريبة: تقتضي هذه الطريقة، بأن تقوم الدولتين المتعاقدتين بفرض الضريبة بالتناوب على المكلف حسب الفئة الدخل المحقق بموجب إتفاقية جبائية بينهما كأن تختص إحدى الدولتين في فرض الضريبة على أرباح الأسهم وأن تقتضي الدولة المتعاقدة الأخرى في فرض الضريبة على فئة المعاشات إن كل من طريقة إقتسام الإيراد وطريقة توزيع المادة الخاضعة للضريبة قد تم التخلي عن العمل بها، لأن كلاهما تتطلب تنسيقاً وتعاوناً كبيراً بين الإدارات الضريبية للدول المتعاقدة، أما في ما يتعلق بطريقتي الإعفاء والخصم فلا تزال الدول تتبعها لتفادي الإزدواج الضريبي الدولي في إطار الإتفاقيات الجبائية التي تبرمها إلى غاية اليوم خاصة وأنهما الطريقتان المعتمدتان في إتفاقيات منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية لهيئة الأمم المتحدة¹.

وبعدما تطرقنا إلى أنواعها والتفصيل فيها، سوف نتطرق إلى نطاق تطبيقها، سواء النطاق الشخصي والإقليمي، وكذلك النطاق الزمني، وهذا في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الاتفاقيات الثنائية

هذا المطلب إرتأينا تقسيمه إلى فرعين، بحيث سوف نفضل في النطاق الشخصي أي المستثمر سواء كان شخصاً طبيعياً أو المستثمر إذا كان شخصاً معنوياً، إضافة إلى تطرقنا للنطاق الإقليمي الذي تطبق فيه الاتفاقيات الثنائية، بحيث إستفتحنا هذا الفرع بتقديم تعريف للنطاق الإقليمي، وبعد ذلك فصلنا فيه وهذا في (الفرع الأول)، ثم تطرقنا إلى النطاق الزمني لتطبيق الاتفاقيات الثنائية، هذه الأخيرة التي تبدأ بدخولها حيز التنفيذ، وتنتهي بإنهاء المدة التي تنص عليها الاتفاقية، وهذا ما سنراه بالتفصيل في (الفرع الثاني).

1- سعاد صالح، مقال حول المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، الملتقى الوطني في إطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 6 ديسمبر 2016، ص ص 13-14.

الفرع الأول

النطاق الشخصي والإقليمي

يتعلق المستوى الأول بمن يطبق عليهم الاتفاق أو ينتفعون منه، وتطبق إتفاقيات الإستثمار على المستثمرين، ويقتضي ذلك تعريف المنفعين وتشخيصهم وتحديد حقوقهم، والإشارة إلى واجباتهم أحيانا، وكما ذكر أنفا، تتميز إتفاقيات الإستثمار بأنها تطبق على أشخاص القانون الداخلي على الرغم من إبرامها من قبل أشخاص القانون الدولي العام، فهي تنظم علاقة تكون في بعض الأحيان تعاقدية أيضا بين الدول ومستثمرين أجانب، وبالتالي يقتضي ذلك تحديد من هو أجنبي ومن هو وطني، بالنسبة للإتفاقية الثنائية، وهي عملية تبدو سهلة نسبيا فيما يخص الأشخاص الطبيعيين .

ولكنها تتشعب وتبدو صعبة في بعض الأحيان خاصة عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنويين، من شركات وذوات معنوية أخرى عامة أو خاصة، وستخضع دراسة هذه المسألة للتدقيق لاحقا، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى التوسع في بعض الأحيان في مفهوم الشخص المعنوي المحمي من قبل الإتفاقية الثنائية وذلك وفقا لتأويل القضاء التحكيمي الذي مّد الحماية إلى الأشخاص الطبيعيين الأجانب الذين يساهمون في شركات وطنية تابعة للدولة المضيفة¹.

أولا: النطاق الشخصي (المستثمر)

إرتأت الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالنهوض بالاستثمارات وحمايتها، ضرورة تحديد مفهوم المستثمر لما تحمله هذه الصفة من أهمية عملية، تمثل خاصة للحق في الانتفاع بجملة الإمتيازات والحقوق المنصوص عليها بالاتفاقيات، والتي تتخذ عادة شكل الضمانات القانونية والمالية.

1- دليل الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الإقتصادية والإجتماعية، لغربي آسيا، المرجع السابق، ص 25.

وبصفة عامة يعرف "المستثمر الأجنبي" على أنه الشخص القائم بالعملية الاستثمارية، والذي يحمل جنسية يختلف عن جنسية الدولة المضيفة للإستثمار. كما نجد أن هناك تعريف آخر مستمد من الاستثمار الأجنبي وهذا وفقا لما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المتضمن المصادقة على إتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1990/07/23¹، عرف الاستثمار أنه: "الشخص الذي يملك رأسمال ويقوم باستثمار في أحد بلدان اتحاد المغرب العربي"².

بذلك، يكتسب عنصر الجنسية أهمية بالغة في تحديد مفهوم "المستثمر الأجنبي" إذ أنه يحدد من جهة مدى إنتماء المستثمر لنظام قانوني معين، وهو يتمتع من جهة أخرى بقواعد المعاملة والحماية التي نصت عليها الإتفاقية الدولية، إضافة إلى مدى إختصاص الجهة القضائية في حال نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة للإستثمار. ومن هذا المنطلق عملت الإتفاقيات الثنائية والإقليمية والدولية على جعل عنصر الجنسية معيار أساسيا لتحديد صفة "المستثمر الأجنبي".

وقد كرس أغلب المعاهدات الثنائية المتعلقة بتشجيع الاستثمارات وحمايتها جملة من المعايير لتحديد مفهوم المستثمر المتمتع بالضمانات الممنوحة له في صلب الاتفاقية، ويعتبر "مستثمرا" وفقا لهذه الاتفاقيات لكل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

أ- المستثمر الشخص الطبيعي:

لدى دراسة المعاهدات الثنائية، تجدر الملاحظة أن الاعترافات التي تدخل في تحديد المستثمر الشخص الطبيعي تبدو بسيطة نسبيا، وتقوم بحسب المعاهدات الثنائية على مجموعة من الروابط القانونية التي يتم ضبطها وفقا للقوانين الداخلية للأطراف المتعاقدة.

1- المرسوم الرئاسي رقم 90-420، المتضمن المصادقة على إتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في 1990/07/23، الجريدة الرسمية 06.

2- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009-2010، ص 8.

وعلى سبيل المثال تنص المادة 1 فقرة 3 من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية على أن تعبير "مستثمر" يعني: "الأشخاص الطبيعيين من جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه و يقوم بإستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر".¹

كما تنص المادة 1 فقرة 2 من الإتفاقية المبرمة بين الجمهورية الفرنسية والجمهورية التركية على أن تعبير "مستثمر" يعني: " (أ) الأشخاص الطبيعيين الحاملين لجنسية أحد الطرفين المتعاقدين".

كما تنص المادة 1 فقرة (ب) من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين كندا والجمهورية الأرجنتينية على أن تعبير "مستثمر" يعني: كل شخص طبيعي مواطن أو مقيم مستمر لأحد الطرفين المتعاقدين، وذلك وفقا لقوانينه".

كما نصت الاتفاقية المبرمة بين سوريا والجزائر على: " تشير كلمة مستثمر إلى....الأشخاص الطبيعيين الذين يحملون جنسية ذلك الطرف المتعاقد، ويمارسون النشاط الاستثماري في أراضي (إقليم) الطرف الآخر وفقا للقوانين الأنظمة النافذة فيه....".

ومنه نستنتج من خلال هذه الاتفاقية تتم الاستناد إلى معيار جنسية أحد الطرفين وأن يتم الاستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.²

1- المادة 1 فقرة 3 من الإتفاقية الثنائية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية لتشجيع الاستثمارات وحمايتها التي تنص على أن كلمة مستثمر تعني:

أ- "الأشخاص الطبيعيين من جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه و يقوم بإستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر".

ب- الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها ونشاطها الإقتصادي الحقيقي في إقليم الطرف المتعاقد الآخر"

2- المرسوم الرئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 27 ديسمبر 1998، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر وسوريا حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في دمشق بتاريخ 14 ديسمبر 1997، ج.ر عدد 97 لسنة 1998.

وإعتمادا على مختلف هذه الصيغ القانونية وغيرها، ويعرف المستثمر "الشخص الطبيعي" بالرجوع إلى المعايير التالية: الجنسية (أو المواطنة)، والإقامة المستمرة.

ب- المستثمر الشخص المعنوي:

تعتبر أغلبية المعاهدات الثنائية للإستثمار، المستثمر الشخص المعنوي، كل شخص إعتباري كائن في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة بما فيها الشركات، والمنظمات والجمعيات، والمؤسسات ويقوم باستثمار في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

فبالنسبة إلى المستثمر الشخص المعنوي، تتحدد الجنسية وفقا للرابطة الإقليمية ويكون بذلك للشخص المعنوي جنسية خاصة به، لا تختلط بالضرورة بجنسية الأشخاص الطبيعيين، وتكتسب جنسية الشخص المعنوي أهمية من ناحية معرفة مدى التمتع بالحقوق التي تقصرها كل دولة على رعاياها، وتحديد الدولة التي يكون لها الحق في حماية الشخص المعنوي في المجال الدولي، ومن ناحية أخرى، تحدد جنسية الشخص المعنوي القانون الذي يجب تطبيقه، وتتحدد بالتالي الدولة التي يتخذ الشخص المعنوي فيها مركز إدارته الرئيسي، وعلى الرغم من إتفاقية المركز الدولي لفض النزاعات، يستعمل شرط الجنسية الأجنبية للشخص المعنوي بالنسبة إلى الدولة المضيفة والطرف في النزاع، فإن عددا كبيرا، إن لم نقل معظم الإتفاقيات الثنائية لا تنص على هذا الشرط، وقد يعود تفسير ذلك إلى إختلاف المعايير بحسب القوانين الداخلية لكل دولة في ما يتعلق بإسناد الجنسية للذوات المعنوية¹.

وفي هذا الصدد فقد نصت إتفاقيات ثنائية عديدة على معيارين إثنين هما: معيار دولة التأسيس ومعيار المقر الإجتماعي، وتعتبر هذه المعايير الأكثر شيوعا، وفي تعريفها المستثمر الشخص المعنوي، إستندت بعض المعاهدات الثنائية على معيار واحد، إما معيار دولة التأسيس أو معيار دولة مركز الشركة أو المقر الإجتماعي.

1- المادة 1 فقرة 2 و 3 من الاتفاقية الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة بين حكومة الجمهورية الفرنسية وحكومة الجمهورية التونسية تنص على: "

(1) كلمة "مواطنين" تعني الأشخاص الطبيعيين الحاملين لجنسية أحد الطرفين المتعاقدين.

(2) كلمات "شركات" تعني كل شخص معنوي تأسس في إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لقوانين هذه الأخيرة".

واعتمدت بعض المعاهدات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات على معيار دولة التأسيس الذي يعرف إستعمالاً شائعاً في البلدان الأنجلوسكسونية أو بلدان القانون العام (**common law**) إذ يتم تحديد جنسية المستثمر الشخص المعنوي طبقاً للقانون الذي ينظم تأسيس الشركة ويكفي لذلك الرجوع إلى المكان الذي حازت فيه الشركة على تسجيل كون مكان التسجيل يعد معياراً ثابتاً وحاسماً ويتحدد بطريقة سهلة وأكيدة¹.

وقد نصت الاتفاقية المبرمة مع ألمانيا الاتحادية على أنه: " تعني كلمة شركة كل شخص معنوي وكذلك كل شركة تجارية أو شركات أخرى أسست طبقاً للتشريع المعمول به للطرف المتعاقد المعني، وله مقره على إقليم هذا الأخير"².

ثانياً: النطاق الإقليمي

يشكل الإقليم العنصر المادي الطبيعي للدولة، والمقصود بالإقليم هو الحيز الجغرافي الذي ترتكز عليه الدولة، ويعرف الإقليم الذي يطبق في إطاره بنود الإتفاق، بالفضاء الجغرافي التي تمارس عليه سيادة أو ولاية الدولة الطرف طبقاً للقانون الدولي، ويتكون الإقليم من ثلاثة (3) عناصر: بري، بحري وجوي، إلا أنه في مادة الإستثمار، ولأسباب منطقية لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا الإقليم البري والبحري.

يعرف الإقليم في بعض الإتفاقيات بصفة موحدة، سواء بالنسبة إلى الدولة المضيفة أو الدولة المصدرة للإستثمار، ويكون التعريف في هذه الحالة مقتضياً جداً: " تعني كلمة الإقليم إقليم الطرف المتعاقد الذي يقع تحت سيادته بما في ذلك الجزر والبحر الإقليمي، والمنطقة الإقتصادية الخالصة، وكذلك مناطق الجرف القاري والمناطق البحرية الأخرى التي له حق السيادة أو الولاية عليها وفقاً للقانون الدولي"، الإتفاقية بين عمان واليمن

1- سمية طواهري، أمال كموقات، المرجع السابق، ص ص 28-32.

2- المرسوم الرئاسي رقم 2000-230 المؤرخ في 07-10-2000، يتضمن المصادقة على البروتوكول الإضافي بين الجزائر وألمانيا للإتحادية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 11-03-1996، ج.ر عدد 58 سنة 2000.

المادة 1 الفقرة 4، حيث أن كل دولة تحتفظ بتعريفها الخاص وذلك لأسباب تتعلق بموقعها الجغرافي أو لحالتها الخاصة.

ولنا في ذلك مثال حول إتفاقية فيينا، حيث جاء في تعريفها للإقليم ما يلي: " ما لم يظهر من المعاهدة قصد مغاير أو يثبت خلاف ذلك بطريقة أخرى، تلزم نصوص المعاهدة كل طرف فيها بالنسبة لكامل إقليمه"¹.

ويتعلق السؤال الذي طرح أمام فقه القضاء بشركة سويسرية SGS إستثمرت في باكستان في قطاع الخدمات، وبخاصة في ميدان المراقبة الجمركية للمواد المستوردة من طرف الدولة المضيفة (الباكستان) بما فيها تدريب الموظفين وقد أنجز جزء من الاستثمار في سويسرا حكماً، وخاصة مراقبة المواد في البلد المصدر إلى باكستان، وتدريب الموظفين الباكستانيين على عملية المراقبة، وعندما رفع النزاع أمام التحكيم، أثارت الدولة أنه لم تجر كل مكونات الاستثمار في إقليم البلد المضيف، طبقاً للاتفاقية الثنائية، وطلبت بالتالي رفض الدعوى، إلا أن محكمي المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID رفضوا هذه الحجة وقرروا أن الاستثمار يشكل عملية متكاملة، من دون أن تكون مكوناته بالضرورة في البلد المضيف².

الفرع الثاني

النطاق الزمني لتطبيق الإتفاقيات الثنائية

يؤدي الزمان دوراً هاماً في المجال القانوني عامة وقانون الإستثمار خاصة، ويولي الفقه والقضاء إهتمامهما بمختلف جوانب العلاقة القائمة بين عامل الزمن والقاعدة القانونية التي تخضع إلى جملة من المبادئ والقواعد الأساسية التي تساعد على حل مختلف المسائل المتشابكة التي من شأنها أن تطرأ أثناء تطبيق النص القانوني³.

1- المادة 29 من إتفاقية فيينا، المرجع السابق.

2- سمية طواهري، أمال كموقات، المرجع السابق، ص ص 32-33.

3- سعد الجدار، دور القاضي الوطني في تفسير وتطبيق قواعد القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1992، ص 13.

ومن بين المبادئ والقواعد الأساسية تجدر الإشارة إلى مبدأ عدم رجعية القوانين ونجاعة القانون في الزمان، وتعاقب مبادئ القانون الدولي، وقواعده في الزمان والإختصاص الزمني والقانون الإنتقالي وتنازع القواعد القانونية في الزمان وغيرها¹.

إن فالاتفاقيات الدولية بصفة عامة تطبق في فترة زمنية معينة، تبدأ بدخول الإتفاقية حيز التنفيذ، وتنتهي بإنهاء المدة التي تنص عليها المعاهدة، وفي هذا الصدى، إن إنهاء الإتفاقية لا ينهي كل الإلتزامات المتفق عليها، بحيث يستمر المستثمرون في التمتع بالضمانات الممنوحة عن طريق الإتفاقية كاملة لمدة 10 أو 20 سنة، ويهدف النص على مثل هذه الأحكام إلى منع الدولة من إنهاء الإتفاقية بغرض تقاضي التعويض عن نزع الملكية².

وتطرح هذه المسألة بعض المشاكل المتشعبة التي تتعلق بالفترة السابقة لدخول المعاهدة حيز التنفيذ، وتخضع لمبدأ عدم رجعية المعاهدات، ويبدو هذا المبدأ غير مطلق، إذ لا يتعلق بالنظام العام، ويسمح بالتالي بالاستثناءات، من ناحية أخرى تتعلق هذه الإشكالية بالفترة اللاحقة لإنهاء المعاهدة قانونياً³.

إن فالمعاهدة هي إتفاق يولد ويعيش وينتهي، وهناك حالات عديدة لإنهاء المعاهدات الدولية، إذ تنص بعض المعاهدات على تاريخ إنتهاء العمل بها، مثل إتفاقيات الإستثمار الثنائية، وتطرح هذه الحالة إشكالات عديدة تتعلق أساساً، بتطبيق المعاهدة بعد إنتهاء المدة القانونية المنصوص عليها في البنود النهائية للإتفاقيات الإستثمار، والتي تتراوح بين 10 و20 سنة، ومن ناحية أخرى يميز القانون الدولي كما شرعته إتفاقية فيينا بين عدة حالات لزوال المعاهدات الدولية، وفي الحالة الأولى تنتهي المعاهدة بإتفاق أطرافها أو كما ذكر وفقاً لأحكامها، أما الحالة الثانية، تنتهي المعاهدة من دون إتفاق، وهي حالات نظمتها

1- سمية طاهري، أمال كموقات، المرجع السابق، ص 34.

2- بن بريكة فاطمة الزهراء، دور الاتفاقيات الثنائية في ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 48.

3- دليل الإتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الإقتصادية والإجتماعية لغربي آسيا، المرجع السابق، ص 26.

إنفاذية القانون العرفي، وتتعلق بالإخلال الجوهرى بالمعاهدة أو التغيير الجوهرى للظروف التي عقدت في ظلها أو حالات أخرى، مثل الحرب أو قطع العلاقات الدبلوماسية.

إذ يحق لكل من الإنسحاب من المعاهدة وفقا لأحكامها ويؤدي الإنسحاب إلى إنقضاء المعاهدة الثنائية وإنهاء أثارها بالنسبة إلى الطرف المنسحب والأطراف الأخرى بالنسبة للمعاهدة المتعددة الأطراف¹.

أما فيما يتعلق باتفاقية الإستثمار الثنائية، فتنص المعاهدة على البند التالي وهو البند الشائع: " تبقى هذه الإتفاقية سارية المفعول لمدة عشر سنوات، وتبقى سارية المفعول بعد ذلك ما لم يخطر أحد الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر كتابة وبالطرق الدبلوماسية برغبته في إنهاء العمل بالاتفاقية قبل سنة واحدة من تاريخ الإنهاء، وفيما يتعلق بالاستثمارات التي تمت أثناء سريان الإتفاقية يشترط أن تستمر أحكام الإتفاقية المتعلقة بتلك الاستثمارات لمدة عشر سنوات بعد تاريخ إنهاء الإتفاقية، من دون الإخلال بعد ذلك بحق تطبيق أحكام القانون الدولي المعاصر"

أو يحق لأي طرف متعاقد إنهاء هذه الإتفاقية عند إنتهاء مدة العشر سنوات الأولى أو خلال أي وقت بعد ذلك بإعطاء إشعار مكتوب مدته سنة واحدة للطرف المتعاقد الآخر"².

1- بن بريكة فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 49.

2- المادة 16 الفقرة 2 من إتفاقية تشجيع الإستثمار وحمايته وتوفير الحماية المتبادلة بين حكومة دولة البحرين وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية تاريخ التوقيع 29 سبتمبر 1999، تاريخ دخول الإتفاقية حيز التنفيذ 30 مايو 2001.

الفصل الثاني

مظاهر الحماية التي توفرها الاتفاقيات الثنائية

للاستثمار الأجنبي

تعد الاتفاقيات الثنائية أهم وسيلة لحماية الاستثمار الأجنبي وتشجيعه بحيث تسعى الدول إلى إبرام أكبر عدد ممكن من هذه الاتفاقيات، خاصة مع الدول العظمى قصد الاستفادة من الإمكانيات المادية والمالية والتكنولوجية التي تمتلكها.

فالاتفاقيات الثنائية أصبحت شكلا جديدا لتنظيم وحماية سائر أشكال الاستثمار، وكما نعلم جميعا فإن الدول عندما تسعى لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية تقدم مجموعة من الإغراءات التي بدورها تسيل لعاب الكثير من ملاك الأموال (المبحث الأول).

ولكن بدورها وجب على الدولة المستقبلية للاستثمار حماية المشروع الاستثماري وهذا بتوفير آليات دعم قانوني سواء على المستوى الوطني أو الدولي، لحماية الاستثمار من أي مخاطر تعيق استمراريته وحفاظا على استقرار المناخ الذي يحقق للدولة المستضيفة للاستثمار مزيدا من العروض الدولية للاستثمار هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى وجب توفير للمستثمر القادم من الخارج، الأمن على مشروعه الاستثماري من المخاطر التي يخشاها وتوفير جو يسوده الأمان والاستقرار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآليات الحمائية المقدمة للمستثمر الأجنبي

بما أننا في موضوع حماية الاستثمارات الأجنبية، وبعد أن رأينا فيما سبق من البحث الإطار المفاهيمي حول الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار الأجنبي، سوف نتطرق إلى الجانب العملي لهذه الحماية، سواء الضمانات المقدمة له والتي سوف ندرسها (كمطلب أول)، أو للحماية من المخاطر التجارية وكذلك المخاطر غير التجارية (كمطلب ثاني).

المطلب الأول

الضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي

لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية وجب على الدولة المضيفة تقديم مجموعة من الضمانات بغية نشر الطمأنينة في نفسية المستثمر على أمواله وأملكه وهذه الضمانات سوف نراها بالتفصيل في الفروع التالية المعاملة الوطنية (الفرع الأول)، مبدأ الدولة بالرعاية (الفرع الثاني)، مبدأ المعاملة المماثلة (أو المعاملة بالمثل) (الفرع الثالث)، مبدأ حرية الاستثمار (الفرع الرابع)، كذلك مبدأ المساواة بين المستثمرين (الفرع الخامس).

الفرع الأول

المعاملة الوطنية

يقصد بالمعاملة الوطنية: "منح الأشخاص المستفيدين من أحكام الاتفاقية معاملة لا تقل عن المعاملة التي تكفلها القوانين للوطنيين"¹.

وهناك من عرفها بأن تتعهد دولة بأن تقر لأموال واستثمارات مواطني الدولة المتعاهدة الأخرى، وكذلك أموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيته هذه

1- د/ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 273.

الأخيرة نفس الحماية المقررة لاستثمارات وأموال الدولة الأخرى وشركاتها وذلك بمقتضى التشريعات الداخلية في الدولة المذكورة¹.

وحسب أغلبية الفقهاء، فإن تشبيه الأجانب بالوطنيين وضمان خضوعهم لنفس النظام القانوني، لا يعتبر قاعدة عرفية ولكنه شرط وارد في كل الاتفاقيات الثنائية نظراً لأهميته في مجال الاستثمارات الأجنبية، وقد ساعد التمييز بين قواعد المعاملة والحماية على تحقيق مثل هذه المساواة بين المواطنين والأجانب.

كما تعتبر هذه القاعدة هامة بالنسبة للمستثمر الأجنبي لأنها تقوم على أساس سلطات الدولة وتمنح في إطار الحرية التامة التي تتمتع بها في مجال تنظيم اقتصادها الوطني كما أنه من السهل تحقيق مثل هذه المساواة في المعاملة لأنها تعتمد على القواعد القانونية الواردة بشكل مفصل في النظام القانوني للدولة المضيفة الذي يحدد ما للمستثمرين من حقوق وامتيازات.

ويهدف شرط المعاملة الوطنية إلى تحقيق المساواة القانونية ومنع كل أشكال التمييز بين الوطنيين والأجانب خاصة منها تلك المرتبطة بالأصل أو الجنسية.

إذن فمبدأ المعاملة الوطنية هو مبدأ يسمح للمستثمر الأجنبي من الاستفادة بنفس المعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني في إقليم دولة هذا الأخير، ويرمي (هذا المبدأ) إلى وضع كل التسهيلات لممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري سواء للوطنيين أو الأجانب، دون تمييز بينهما، لذلك يعتبر من أهم المبادئ التي ترمي إلى تحقيق مصالح الأجانب إذ تجعلهم في نفس المركز مع الوطنيين وذلك بفرض تحريض هؤلاء المستثمرين وتشجيعهم للاستثمار في الدول النامية².

1- أحمد كاظم محييس، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة

القانون العام، مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2015، ص 101.

2- هشام خالد، الحماية القانونية لاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1988،

ص 73.

ولقد اهتمت الدول المتقدمة بهذه القاعدة قبل الحرب العالمية الثانية، بحيث حاول مجلس عصبة الأمم تكريسها في مجال الحقوق الجمركية عام 1929، ثم تمت مناقشتها أثناء المفاوضات حول ميثاق هافانا من أجل إنشاء منظمة دولية للتجارة، ليندرج فيما بعد في المادة الأولى من الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة (GATT) لعام 1947.

أما في مجال الاستثمار الأجنبي، لقد أدرج هذا الشرط في الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية التي بدأ الاهتمام بها في الخمسينات باعتبارها من الشروط الأساسية لضمان المساواة في المنافسة بين المستثمرين، ونظرا لأهميته في مجال العلاقات الاقتصادية تم تقنين هذا الشرط من قبل لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة¹.

كما يقتضي مضمون مبدأ المعاملة الوطنية معاملة المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك الممنوحة للمستثمر الوطني².

أولاً: مضمون مبدأ المعاملة الوطنية:

فبعدما كانت الدول النامية تعتبر قواعد المعاملة والحماية بصفة عامة بأنها مسألة داخلية تتصرف فيها كما تشاء، فإن سياسة الانفتاح الاقتصادي التي انتهجتها في السنوات الأخيرة جعلتها توافق في الاتفاقيات الثنائية على إخضاع الوطنيين والأجانب لنفس المعاملة، باعتبارها وسيلة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وتذهب الدول المصنفة إلى أبعد من ذلك وتشتترط أن يكون مضمون هذه القاعدة مطابقاً لمبادئ القانون الدولي.

وإذا كانت القاعدة التي لا تدخل ضمن الحد الأدنى المضمون في القانون الدولي، فإن تطبيقها رغم عدم النص عليها في الاتفاقية كان محل نقاش على مستوى الفقه والقضاء،

1- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 277 - 278.

2- الجيلالي عجة، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 595.

فبعض الفقهاء يتمسكون بضرورة الالتزام بها رغم عدم النص عليها صراحة في الاتفاقية، ويؤكد البعض الآخر على احترام أحكام الاتفاقية وما ورد فيها من التزامات، ومن أجل التضييق من مجال تطبيق القاعدة، يرى البعض بأن تطبيقها يجب أن يتم بين دول متقاربة في الحقوق الممنوحة للوطنيين.

إذن يمكن اعتبار الاتجاه القائل بضرورة احترام آراء الأطراف المعبر عنها صراحة في الاتفاقية سواء تعلق الأمر بالالتزام بشرط المعاملة الوطنية أو احترام مبادئ القانون الدولي في هذا المجال، خاصة وأنه لا يوجد ما يمنع الأطراف المتعاقدة من التعبير عن مواقفها صراحة في الاتفاقية، إذن يمكن اعتباره رأي راجح.

ولكننا دائما نتساءل حول ما إذا كان من الجائز للدولة المضيفة منح مستثمرا أجنبي معاملة أحسن من المعاملة الوطنية.

ولقد تبنت الاتفاقيات الثنائية الجزائرية هذا المبدأ حيث تضمنته كل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، فعلى سبيل المثال نصت المادة 4 من الاتفاق الجزائري المصري على أنه: "يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازاً من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته...."¹، كما نصت كذلك المادة 3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والنيجر حيث جاء فيها: "يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين للطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازاً من تلك التي يمنحها لاستثمارات أشخاصها الطبيعيين أو المعنويين..."².

1- مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998، يتضمن التصديق على الاتفاق بين جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في القاهرة، بتاريخ 29 مارس 1979، ج.ر.ج. عدد 76، سنة 1998.

2- مرسوم رئاسي رقم 2000-247، مؤرخ في 22 غشت 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة النيجر المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع في الجزائر 16 مارس 1998، ج.ر.ج. عدد 52، سنة 2000.

وبهذا فإننا نكون أمام دليل قاطع لما نصت عليه مبدأ المعاملة الوطنية وهو عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني¹.

كذلك نجد مضمون المادة 3 من الاتفاق الثنائي الجزائري الايطالي حيث جاء فيها: "تمنح كل من الدولتين المتعاقبتين على إقليمها للاستثمارات والمداخل التابعة لها التي تمت من قبل المواطنين والأشخاص المعنويين للدولة المتعاقدة الأخرى معاملة لا فعل امتيازاً عن تلك التي تمنح للاستثمارات والمداخل المتعلقة بها والتي يقوم مواطنوها..."².

فمن خلال هذه المادة وغيرها نلاحظ إذن أن المبدأ العام للمعاملة الوطنية هو أن يعامل المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل عن معاملة المستثمر الوطني.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة المعاملة الوطنية

لا تطبق قاعدة المعاملة الوطنية بشكل مطلق بل لها حدود ترتبط بها كالظروف الاقتصادية للدولة والتزاماتها وأولوياتها في التنمية، إذ يحق للدولة تقديم بعض المساعدات وتدعيم بعض القطاعات الأساسية للاقتصاد الوطني، ومساعدة القطاع الخاص الوطني للمساهمة في التنمية الاقتصادية، كما أن عدم المساواة الذي تميز العلاقات بين الدول المصنفة والدول النامية، دفعت هذه الأخيرة إلى فرض الاستثناءات على قاعدة المساواة ومنح الشركات الوطنية الدعم الضروري من أجل مواجهة المنافسة الدولية.

فضلا عن خصوصية بعض النشاطات الاقتصادية وبعض المهن التي تقتضي ممارستها من الوطنيين دون الأجانب نظرا للمسؤوليات المرتبطة بها.

1- حرزي لونس، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص ص 45-46.

2- مرسوم رئاسي رقم 91-346، مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 18 مايو 1991، ج.ر.ج. ج عدد 46، سنة 1991.

كذلك فإن الدول ككل بغض النظر عن أوضاعها السياسية والاقتصادية، تضع استثناءات من أجل الحفاظ على الأمن الوطني والنظام العام وذلك في تشريعاتها الداخلية¹.

ثالثاً: أكثر ما يعاب على شرط المعاملة الوطنية

وخاصة فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي أنه من الممكن أن لا يوفر الحماية اللازمة والكافية في الحالات التي يكون فيها حماية الاستثمار في التشريع الوطني للبلد المضيف دون قواعد الحد الأدنى المقررة في القانون الدولي، إذا ما أفدنا بنظر الاعتبار أن الدولة المضيفة لها الحرية في تنظيم الاستثمار وحمايته بموجب تشريعاتها الداخلية، دون أن تكون مسؤولة عن مستوى الحماية الذي تؤمنه للاستثمار الأجنبي المقرر في القانون الدولي العرفي، ارتفع في مستواه كثيراً، في حين مازالت بعض الدول تحتفظ بتشريعاتها السابقة في هذا الصدد دون تعديل².

الفرع الثاني

مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

لم تضع الاتفاقيات الثنائية تعريفاً محدداً لشرط الدولة الأولى بالرعاية بالرغم من النص على هذا المبدأ وجعله كضمانة للمستثمر الأجنبي.

فقد عرفته المادة 4 من مشروع المواد (projet d'articles) الذي قامت بإعداده لجنة القانون الدولي بحكم من الأحكام الاتفاقية والذي بموجبه دولة في مواجهة دولة أخرى، بمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال معين³.

1- د/ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 276-277.

2- أحمد كاظم محيبس، المرجع السابق، ص ص 101-102.

3- بالنسبة لمشروع المواد فهو مشروع قامت لجنة القانون الدولي بإعداده من أجل وضع تنظيم لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي تتضمنه الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار التي تبرمها الدول.

والملاحظ في هذا التعريف أنه لم يتم تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية في حد ذاته، بل الاكتفاء فقط بذكر طبيعته¹.

وفي تعريف آخر نجد أنه يقصد بهذا المبدأ أن تتعهد الدولة المستقبلة للاستثمار بمقتضى اتفاقية تبرم بينها، وبين دولة مصدرة للاستثمار بمعاملة الاستثمارات التابعة لهذه الدولة، أفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات الأجنبية فيها، أي تمكين المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المستفيدة من هذا الشرط من الحصول على جميع الضمانات والمزايا التي قررتها أو تقرها الدولة المستقطبة للاستثمار².

كما نجد تعريفاً آخر يقول أنه تعهد الدولة المضيفة بموجب اتفاقية دولية بمنح معاملة تفضيلية للاستثمارات مواطني الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية، أي بإمكان استفادة المستثمرين الذين يحوزون على جنسية الدولة التي استفادت من هذا الشرط من الحصول على جميع الضمانات الممنوحة من طرف البلد المستقبل لرؤوس الأموال الأجنبية على أساس الدولة الأكثر رعاية التي تحظى بها الاستثمارات الأجنبية الأخرى في تلك الدولة ذاتها³.

كما نجد تعريفاً آخر: " هو أن تتعهد الدولة المستقطبة للاستثمار بموجب إتفاقية دولية تبرم بينها وبين دولة مصدرة للاستثمار بمنح معاملة أفضل للاستثمار التابع لهذه الدولة، بمعنى أن تتعهد الدولة الملتزمة بهذا المبدأ بموجب اتفاقية دولية لتمكين رعايا

1- حرزي لونس، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، ص 53.

2- والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 206.

3- بندير خديجة، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، 2018-2019، ص 14.

الدولة المستفيدة من الحصول على كافة المزايا والحقوق التي منحها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى هي الدولة الأولى بالرعاية¹.

إذن ومن خلال التعاريف السابقة يمكن تعريف مبدأ الدولة الأولى بالرعاية بأنه عدم التمييز بين الدول الأعضاء وعدم معاملة أي دولة معاملة تفضيلية على حساب الدولة الأخرى، حيث تتساوى كل الدول الأعضاء في ظروف المنافسة، ويستثنى من ذلك الدول التي تنتمي إلى إقليم إقتصادي معين والدول الأعضاء في الإتحادات الجمركية ومناطق التجارة الحرة.

أولاً: مجال تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

إذا كان تطبيق هذا الشرط يخص مجالات محددة في التجارة مثل: الحقوق الجمركية، في مجال الاستثمار له مفهوم عام يعطي كل ما له صلة بمعاملة الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، وفي بعض الحالات فإنه يخص مجالات محددة مثل تحويل الفوائد وشروط التأمين، أو نزع الملكية، ولكنه مستبعد في بعض المجالات الأخرى كالضرائب على سبيل المثال، وعادة ما تشترط الاتفاقيات الثنائية تطبيق هذا المبدأ بعد إنجاز الاستثمار².

ثانياً: الاستثناءات على شرط الدولة الأولى بالرعاية

نظراً لاتساع مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية والتي تشمل كل المجالات تقريبا ونشاطات الاستثمار، من حق الدولة المضيفة وضع حدود لأسباب مختلفة، البعض منها مرتبطة بالأمن والنظام العام والسياسة العامة للدولة، والبعض الآخر ناتجة عن الالتزامات الدولية المترتبة عن دخولها في منظمات وتجمعات اقتصادية جهوية، ومن المتفق

1- بن قداش حياة، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية وعلاقته بتنفيذ القرارات وحل النزاعات، منازعات لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 12.

2- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 282.

عليه دوليا أن قواعد الحماية والمعاملة التي تستفيد منها الاستثمارات الأجنبية تطبيقا لمبدأ المساواة، تقتضي الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات النظام العام والصحة والأخلاق، مع ضرورة تطبيق قواعد الحماية ضد الإجراءات التمييزية وغير المبررة التي تتخذها الدولة المضيفة.

وقد تضطر الدولة في بعض الأحيان إلى اتخاذ بعض الإجراءات ومنح بعض الامتيازات لمستثمر ما لأسباب موضوعية تتعلق بتطوير نشاط اقتصادي أو قطاع هام للاقتصاد الوطني، إذن فالاستثناءات الواردة على شرط الدولة الأولى بالرعاية تسمح للدولة المضيفة الأخذ بعين الاعتبار أهدافها التنموية¹.

الفرع الثالث

مبدأ المعاملة بالمثل

يتضمن هذا المبدأ فكرة أساسية، وهي أن تعامل الدولة المستثمر الأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يتلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي الوافد إليها، أي أن تقوم الدولة بمنح المستثمر الأجنبي الضمانات والمزايا ذاتها التي تمنحها دولة ذلك المستثمر لرعاية الدولة الأولى، مثلا ما يتعلق بإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة فقيام الدولة الأولى بتقديم تعويض عادل ومنصف للمستثمر الأجنبي، يتبعه نفس الإجراء في حالة قيام الدولة الثانية بنزع ملكية مستثمر حامل لجنسية الدولة الأخرى.

مهما اختلفت صياغة وشكل ومضمون مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، فإن هذا الأخير يشمل أحد العناصر الرئيسية لجلب الاستثمار الأجنبي بما يوفره من حماية للمستثمر الأجنبي، الأمر الذي أدى بالدول النامية منها الجزائر، تونس، المغرب، مصر... الخ، إلى تكريس في إطار قوانينها حيث تم التأكيد على

1- عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 282.

عدم وجود تباين أو عنصرية حيال جنسية المستثمر، فالمساواة في المعاملة يضمن للمستثمرين الأجانب، معاملة تساوي تلك الممنوحة للاستثمارات الوطنية، وتفرض عليها نفس إجراءات تنفيذ الاستثمار، فيستفيد الاستثمار الأجنبي من نفس المعاملة في قطاعين على الأقل قطاع الامتيازات الضريبية والمالية¹.

وبصفة عامة فإن المقصود بالمعاملة بالمثل: أن تعامل الدولة مواطني الدولة التي تتعاقد معها بنفس المعاملة التي يستفيد منها مواطنو هذه الدولة، فهو عبارة عن وسيلة تستعملها الدولة لضمان تمتع مواطنوها المقيمين في الدولة الأجنبية بالحقوق المعترف بها بمقتضى العرف الدولي، وكذا الرفع من الحد الأدنى من الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة.

إن المساواة في السيادة المعترف بها في القانون الدولي والمكرسة في المواثيق الدولية خاصة منها ميثاق الأمم المتحدة، تقتضي المساواة في الحقوق والالتزامات في الحقوق التي تقع على عاتق دولة، خاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملة وحماية الأملاك الأجنبية، فمن الضروري التأكيد على هذا المبدأ سواء في القوانين الداخلية أو في اتفاقية دولية².

الفرع الرابع

مبدأ حرية الاستثمار

لم يتطرق المشرع الجزائري لمبدأ حرية الاستثمار بمفهومه المشار إليه سابقا إلا بعد الشروع في الإصلاحات الإقتصادية، حيث عبر عنه بصفة غير مباشرة ضمن الأحكام المنظمة للاستثمار في قانون النقد والقرض رقم 90-10، والذي منح حاسما في تاريخ الاقتصاد الجزائري ومعلما بارزا في مسار الإصلاحات الاقتصادية، بحيث وضع هذا

1- والي نادية، المرجع السابق، ص ص 207-208.

2- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 264-265.

القانون بغرض إصلاح القطاع المصرفي وتنظيمه وفقا لقواعد تتناسب مع التوجه الجديد للدولة، كما أدرجت ضمن أحكامه قواعد بتنظيم الاستثمار الأجنبي في المواد 1981 إلى 1992 تحت عنوان: "تنظيم سوق الصرف وحركة رؤوس الأموال"¹.

إذن يعتبر قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، جزءا مهما جدا من الإصلاحات التي شرع فيها منذ الثمانينات² في طبيعة النظام الاقتصادي الجزائري، ونقطة تحول من النظام الموجه إلى النظام الحر، حيث كرس لأول مرة حرية تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر وانتقالها إلى الخارج بموجب المادة 18 منه، محاولا بذلك تهيئة المناخ الملائم لجذب الاستثمار الأجنبي³، لكنه لم يقر صراحة بحرية الاستثمار.

استمرت الإصلاحات في مجال الاستثمار، حيث صدرت قوانين كانت لبنة أساسية لتحرر الاقتصاد الوطني، وشكلت قطيعة مع النصوص السابقة، خاصة مع الضغوطات التي عرفتها الجزائر في هاته المرحلة سواء كانت داخلية أو من طرف المنظمات الاقتصادية وعلى رأسهم صندوق النقد الدولي.

وفي هذا القبول تنص المادة 4 من الأمر رقم 01-03⁴، المتعلق بتطوير الاستثمار معدل ومتمم على ما يلي: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقتنة وحماية البيئة وتستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من

1- أوباية مليكة، المساواة الإدارية للإستثمار في النشاطات المالية وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص ص 28-29.

2- أوباية مليكة، مبدأ حرية الإستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 11.

3- دحماني سامية، تقييم مناخ الاستثمار ودوره في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، حالة الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية العشرية 1988-1998، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص نقود ومالية، جامعة الجزائر، سنة 2004، ص 194.

4- المادة 4 من الأمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ج.ج عدد 47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001، معدل ومتمم.

الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها، وتخضع الاستثمارات التي استفادت من المزايا قبل إنجازها لتصريح بالاستثمار لدى الوكالة...".

إن فنص المادة 4 أعلاه جاء ليؤكد ويعزز توجه الجزائر بخطة ثابتة نحو الليبرالية والانفتاح الاقتصادي القائم على انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وإلغاء الامتيازات الاحتكارية وفتح المجال أمام المنافسة الحرة التي تمثل المبدأ الأساسي لاقتصاد السوق.

وبتحليل نص المادة 4 نلاحظ أنه تم الإقرار بانجاز الاستثمارات في إطار حرية تامة، والمقصود بها إلغاء كل العراقيل والتعقيدات الإدارية، كما تم إلغاء النشاطات المخصصة للدولة وأعطى للمستثمر حرية اختيار القطاع الذي يرغب الاستثمار فيه.

ليس هذا فقط، إنما أصبح مبدأ حرية الاستثمار مبدأ مكرس دستوريا، فالجزائر على غرار بلدان العالم أكدت بنيتها الصادقة لتوجهها نحو نظام ليبرالي قائم على حرية المبادرة، واحترام قواعد المنافسة الحرة، ولم تكثف بالنص في قوانينها على هاته الحرية أو حرية هاته المبادئ في نصوصها التشريعية بل عززتها دستوريا بضمانها لمبدأ حرية التجارة والصناعة بموجب المادة 37 من دستور 97 وترجع جذور أصل هذا المبدأ إلى الثورة الفرنسية، حيث اعتبرته مبدأ أساسي في المجال الاقتصادي، وبعد الحرب العالمية الثانية أصبح يمثل مبدأ من مبادئ القانون في حين قيمته كانت تختلف باختلاف الدول من ليبرالية إلى أخرى¹.

وقد تميزت الجزائر في العهد الاشتراكي بالصرامة الغير القابلة للنقاش، فكان كل شيء قائمًا على التوجيه وتدخل الدولة في الحقل الاقتصادي، وعدم إفساح أي مجال للمبادرة الخاصة فضلا عن احتكار الدولة للتجارة الخارجية، حيث فرضت رقابة صارمة على

1- والي نادية، المرجع السابق، ص ص 30-31-32-33.

النشاطات الاستثمارية الخاصة، بإخضاعها لإجراءات إدارية معقدة، بغرض الحصول على التراخيص أو الاعتماد المسبق بصفة إلزامية¹.

وبعد التأثير الشديد لهذه التغييرات، تبنت الجزائر نظاما بعد أكثر انفتاحا، وذلك بغية انسياب الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر للمساهمة في تنميتها الاقتصادية وتزويدها بالخبرات الفنية اللازمة، وتأكيدا لهذا التوجه كرس الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب المادة 37 السالفة الذكر، حرية التجارة والصناعة بنصه: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون" بحكم أهمية مبدأ حرية التجارة والصناعة في تنظيم الحياة الاقتصادية، باعتبار مبدأ حرية الاستثمار ليس إلا تركيبة من المبدأ الدستوري العام².

إذن فالمادة 37 من الدستور ضمانة دستورية اعتبرت حرية الإنتاج والتوزيع من ضمن الحريات الدستورية والتي لا يمكن المساس بها إلا بتعديل الدستور³.

كما أن هذا المبدأ كالعديد من المبادئ منبثق من الدستور، كمبدأ حرية المبادرة في التجارة الخارجية، وتجسد هذا المبدأ من خلال انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وذلك من خلال خوصصة المؤسسات العمومية وإلغاء الاحتكارات⁴.

إذن، ويبقى كل ما سلف ذكره عينة صغيرة، إذ أخذنا الجزائر كنموذج بصفة خاصة في كيفية تكريسها لهذا المبدأ، بدءا من تقديم نبذة أو لمحة تاريخية ولو بشكل مبسط ثم أنه كيف كرسته في تشريعاتها الداخلية وكذلك الدستور.

1- ولد رابح صافية، نسبية مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري، ملتقى وطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، كلية الحقوق، جامعة جيجل.

2- Haroun wehdi :Le régime des investissements en Algérie a la lumière des convention fance- algériennes, Litec, paris, 2000, p 272.

3- أوباية مليكة، مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 02، جامعة تيزي وزو، سنة 2010، ص 246.

4- كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، 2006، ص 44.

وأما إذا عدنا إلى الحقيقة، فإن معظم الدول تتبنى ذلك، ولكن بصيغ مختلفة إذ أن مبدأ حرية الاستثمار يعد ضماناً قوية تقدم للمستثمر الأجنبي، فليس من المعقول أن نتخيل نظام اقتصادي منغلق، ولكن مع بقاء التطلعات في استقطاب الاستثمارات الأجنبية. إذن وكما أسلفنا القول، تبقى حرية الاستثمار ضماناً مهمة تسعى معظم الدول إلى تبنيه.

الفرع الخامس

مبدأ المساواة بين المستثمرين

يقصد بالمساواة بين المستثمرين، أي المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ومعاملتهم على قدم المساواة، ويقوم هذا المبدأ على فكرة تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري لجميع المستثمرين دون تفرقة بين مستثمر وطني وآخر أجنبي، حيث تسوي الدولة المضيفة في المعاملة بين المستثمر الأجنبي مع الوطني، أي أن معاملة الاستثمار تقوم على أساس مبدأ المساواة وهي مساواة في الحقوق والواجبات ومصدر عدم التمييز في المعاملة هو القانون الدولي للاستثمار الذي يشترط على الدولة المضيفة عدم تفصيل مستثمرها الوطني على المستثمر الأجنبي، لهذا حرصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار على تقرير مبدأ المساواة بين مستثمري الأطراف المتعاقدة¹.

إن مبدأ المساواة في المعاملة يجد أساسه في مبدأ التعامل السوي والعادل، وهو مبدأ قانوني في حد ذاته يعود إلى المبادئ العامة للقانون الدولي، وقد اشترطت الدول النامية على الدول المتقدمة، هذا الشرط أي أن تعامل الاستثمارات الأجنبية بنفس معاملة الاستثمارات الوطنية، بغض النظر على الوزن الذي يتمتع به المستثمر الأجنبي مقارنة مع المستثمر الوطني².

1- أحمد طالب حسين وعبد الرزاق بختي، آليات حماية المستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل الماستر الأكاديمي، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018، ص 08.

2- والي نادية، المرجع السابق، ص 202.

فسعي الدول المصدرة لرأس المال الأجنبي لتوفير الحماية القانونية لرعاياها دفعها لبذل جهود معتبرة على المستوى الدولي بفرض نظام قانوني بموجب الاتفاقيات الدولية، حيث تم التوقيع في هافانا 1948 على أول اتفاقية دولية جماعية للاستثمار الأجنبي، تضمنت نظاماً قانونياً متكاملاً لهذا الاستثمار من حيث معاملته وحمايته وطرق حل النزاعات المتعلقة به، غير أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ بسبب عدم مصادقة الدول عليها ومعارضة و.م.أ للميثاق.

وفي سنة 1967 وافق مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على مشروع بالغ الأهمية، والمتمثل في مشروع حماية الأموال الأجنبية والذي نص على قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة، وبالرغم من عدم المصادقة على هذا المشروع إلا أنه نجح في ترسيخ هذا المبدأ ضمن المؤشرات الأساسية التي أثرت بدون شك على نمط المعاملة الدولية للاستثمارات الأجنبية¹.

بالرغم من أهمية مبدأ المعاملة لكونه يشكل إحدى الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، كما يعتبر في نفس الوقت معياراً يقاس به مدى اختلاف بين الفقهاء من أجل ضبط مدلوله وتحديد أبعاده المختلفة، حيث يرى جانب من الفقه أنه مبدأ يعد رجوعاً لمبدأ لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجنبي، في حين يرى جانب من الفقه أن المعاملة العادلة والمنصفة عبارة عن التزام اتفاقي يجب تحديد محتواه على أساس القواعد المتفق عليها بين الأطراف، أما الجانب الآخر من الفقه فيعتبر أن المبدأ موجود بصفة مستقلة وموضوعية وهو أمر ثابت ومستقل عن الاتفاقيات².

1- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 209.

2- عيبوط محند وعلي، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، سنة 2010، ص 106.

رغم الاختلاف بين الفقهاء حول تحديد معنى المبدأ الذي يعود للاختلاف في الإيديولوجيات إلا أن الحقيقة الواقعة والثابتة أن المبدأ مرسخ في مختلف الاتفاقيات الدولية، بحيث يعتبر أساس الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة كما يشكل حماية للاستثمارات الأجنبية¹.

إذن ومن خلال كل ما سبق يمكن القول أن كل من الضمانات (المعاملة الوطنية، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ حرية الاستثمار وكذلك مبدأ المعاملة المماثلة، إضافة إلى مبدأ المساواة) كلها مبادئ وضمانات تصب في صالح المستثمر الأجنبي، بالرغم من اختلاف محتوى كل مبدأ ومضمونه إلا أنه يبقى جوهره ولبه واحد، ألا وهو المساهمة بشكل من الأشكال بحماية العنصر الأجنبي، وهذا يعتبر كاف لحد ما لبعث الطمأنينة والأمان في نفسيته.

وبعد الانتهاء من الضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي التي كنا قد تناولناها (مطلب أول)، سوف ننتقل إلى آليات الحماية المكرسة من طرف الاتفاقيات الثنائية (مطلب ثاني).

المطلب الثاني

آليات الحماية من المخاطر التجارية والمخاطر غير التجارية

هذا المطلب الذي إرتأينا تقسيمه إلى فرعين، بحيث سنتناول في بادئ الموضوع حماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي، وذلك من خلال سواء التأميم، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، أيضا المصادرة، إضافة إلى كل من التسخير والاستيلاء وصولاً إلى الحراسة، وهو ما سنراه بالتفصيل في (الفرع الأول)، إضافة إلى إقرار الحق في التعويض في حالة إنتزاع الملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي، إضافة إلى تكريس حق حرية تحويل

1- والي نادية، المرجع السابق، ص 204.

الأموال دائماً بالنسبة للمستثمر الأجنبي، والذي يندرج تحت تسمية الحماية من المخاطر التجارية وهذا في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحماية من المخاطر غير التجارية

أولاً: حماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي

يعتبر الحق في نزع الملكية من الحقوق المعترف بها وفق أحكام القانون الدولي كما يعد من المسائل المتفق عليها فقها وقضاء¹.

غير أن هذا الحق لم يأت صدفة، بل عرف صراعاً ونضالاً كبيراً، من طرف الدول النامية خاصة التي رغبت ببسط سيادتها الكاملة على ثرواتها المختلفة لكن اصطدمت هذه الرغبة بقوة نفوذ الدولة المتقدمة، التي سعت لحماية ملكية رعاياها وضمان حقوقهم وأمام هذا الصراع بين القطبين من جهة الدول المصدرة لرأس المال التي تريد الحفاظ على حقوقها المكتسبة وبين الدول النامية التي سادت وانتشرت عندها فكرة التأميم كإجراء ضروري لاستكمال الاستقلال الاقتصادي المنقوص من الاستقلال السياسي الذي حصلت عليه بعد انتشار موجة الحركات التحررية في العالم، خاصة منتصف العشرينات من القرن الماضي.

وأمام هذا الصراع تم إقرار هذا الحق لكن وفق قواعد قانونية تراع فيها مصلحة الدول المصدرة لرأس المال ومصلحة الدول المستقبلية في نفس الوقت².

إذن فحماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي في الأصل تصدي للإجراءات التي تباشرها الدولة لحرمانه منها سواء بالتأميم والمصادرة والتسخير والاستيلاء، ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة باعتبارها إجراءات معهودة في كل من القانون الدولي والاتفاقي اللذين يضمنان مجموعة من الوسائل والآليات لردعها، والتي تمنح على أساس أنها جزء هام

1- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 163.

2- حسام الدين كامل الأهواني، "المعاملة القانونية للاستثمارات في مصر"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد

03، جامعة عين الشمس، مصر، ص 31.

من عناصر المناخ الملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية مادام المستثمر الأجنبي سيحس بالأمان والحرية في ممارسة نشاطه الاستثماري.

أ. صور المخاطر غير التجارية

(1) التأميم:

يعتبر من أخطر الإجراءات السياسية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في أقاليم الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية المكيفة على أنها غير تجارية من الدرجة الأولى، لأنه يمس بالحقوق الأكثر أهمية والمكرسة بصفة مطلقة في العالم، والتي تتمثل في "حق الإنسان في الملكية الخاصة" بصفة عامة وفي حق المستثمر الأجنبي بصفة خاصة، لأنه ينحدر منها بصفة مباشرة¹.

ولقد قدمت تعاريف مختلفة للتأميم منها "قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بفرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة"²، كما يعرف أيضا التأميم على "أنه إجراء سيادي، بتحويل كلي للملكية المشروع الاستثماري، من ملكية خاصة إلى ملكية دولة، دون أن يكون هناك حق للمالك مناقشة ذلك، فالأمر يتعلق بقرار انفرادي سيادي للدولة، وفي أكثر الأحيان يكون له طابع جيوسياسي إيديولوجي".

كما يعرف أيضا على أنه "عملية تتصل بالسياسة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كلياً أو جزئياً، بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض

1- Hosni EL-GAMAL, L'assurance des investissements étrangères dans les pays sous développés, contre les risques non commerciaux-(Pays arabes), thèse de doctorat, fac de droit et des sciences Economiques, Université Paris 1, 1970, p 311.

2- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000، ص 166.

المشروعات الاقتصادية أو الزراعية ذات الكمية، لتضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة¹.

إذن ومن التعاريف السالفة يمكن أن نقول أن التأميم هو استيلاء الدولة على المشاريع الخاصة (وقد تكون أملاك) بحيث تصبح ملكية تابعة للدولة أي ملكية عامة، ويعتبر أهم مظهر لتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، كما أنه إجراء سيادي صادر عن السلطات المختصة في الدولة.

ومنه نستنتج أن التأميم لا يخلو من العناصر التالية: انتقال ملكية مشروع ما من الخاص إلى الدولة، حفاظا على المصالح العام، وكذلك يستلزم الوضع تقديم تعويض مناسب لجبر الضرر الواقع للمستثمر الأجنبي (أو لصاحب المشروع أي المالك الأصلي له).

(2) نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة:

تتمتع السلطات الإدارية للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي بعدة امتيازات تمكنها من تحقيق المنفعة العامة للدولة، حيث منحها المشرع جانبا من هذه الامتيازات وأقر الفقه والقضاء بالجانب الآخر، إذ تملك سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصها، لتتم أفضل وجه وبأحسن أسلوب².

وقد تم تعريف نزع الملكية على أنه: "تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة الخاصة"³.

كما عرفته أيضا محكمة النقض المصرية على أنه: "حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من ضرر بسبب هذا الحرمان"⁴.

1- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 13.

2- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص 259.

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

4- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 559.

كما نجد أيضا تعريفا آخر يقول بأنه يرد فقط على العقارات المادية، مما يجعل العقارات الحكيمة الفنية التبعية مثل حقوق الارتفاق غير قابلة لأن تكون موضوع نزع الملكية بهذا المفهوم¹.

إذن فنزع الملكية يمكن تعريفه: "سلب الملكية من صاحبها أو حرمانه منها رغما عن إرادته إرضاء للصالح العام والمنفعة العامة، مقابل تعويضه عما لحقه من ضرر بسبب هذا الحرمان أو السلب".

إذن فنزع الملكية إجراء يهدف إلى تملك الدولة بموجب قرار إداري لدواعي الصالح العام، أي لإنشاء المرافق العامة كالمدارس والمستشفيات أو الطرق... فيمنع القانون عليها اللجوء بمثل هذه الإجراءات بهدف المضاربة أو لمنع إنجاز مشروع معين أو إتمامه من طرف المستثمر الأجنبي، فلا يكون نزع الملكية بهذا المفهوم ممكنا، إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التهيئة العمرانية والتخطيط، وإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت للأعمال الكبرى ذات المنفعة العامة.

وقد نص الدستور الجزائري على نزع الملكية ونظمها القانون، لتمكين الإدارة من اللجوء إليها بصفة استثنائية لتلبية احتياجات المرافق العامة، وذلك بموجب القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة تكريسا للمبادئ التي تبناها دستور 1989 في المادتين 20 و 49 منه²، ودستور 1996 في المادتين 20 و 52، وقد جاء بأحكام تضمن حماية أشمل للأفراد وممتلكاتهم بتقييد سلطة الإدارة في استعمال الطرق الجبرية لإرغامهم على التنازل عن ممتلكاتهم خارج نطاق المنفعة العامة،

1- سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1993، ص 88.

2- المادة 20 و 49 من القانون رقم 91-11، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة المتمم والمعدل، ج.ر.ج. رقم 21، صادرة في 08 ماي 1991.

بمفهومها الضيق والتقليدي طبقا لمبادئ النظرية الليبرالية بموجب مجموعة من الإجراءات التي تنص أو نص عليها القانون تحت طائلة البطلان.

كما نجد أن الدستور الحالي بالضبط في المادة 60: " الملكية الخاصة مضمونة لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون وبتعويض عادل ومنصف"، إذن فقد كرس حماية الملكية الخاصة وكإستثناء أقر بإمكانية نزع الملكية ولكن هذا النزع يكون مقابل تعويض عادل ومنصف.

حيث أضفى المشرع الجزائري على إجراءات نزع الملكية الطابع الإستعجالي بإخراجها من القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لضمان حسن سير المرافق العامة، إلا أنه ولضمان احترام هذه الإجراءات أخضعها للرقابة القضائية في كل مراحلها، وإلا تعرضت للإبطال مقابل قيام مسؤوليتها في التعويض، لأن المشرع الجزائري قد منح القاضي سلطات واسعة يمكنه استعمالها لفرض سيادة القانون حماية للملكية الخاصة المحمية دستوريا.

وقد نصت المادة 677 من القانون المدني على أنه: "...للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل"¹، لذا لا تستطيع السلطات الإدارية المختصة اللجوء إلى نزع الملكية الخاصة في غير الشروط القانونية التي تفرضها القوانين وأهمها إلزامية اللجوء إلى اقتناء الأملاك بالطرق الرضائية أو الودية قبل اللجوء إلى الطرق الجبرية (أي على الإدارة محاولة الحصول على المال بالطرق العادية، مثل الحصول على المال بموجب عقد البيع أو الإيجار، أو عن طريق عرض عقار آخر متشابه له على سبيل التبادل)².

1- المادة 677 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم

2- حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 44-45-46.

(3) المصادرة:

" وهي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة تتولى بمقتضاه على ملكية أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون أداء أي مقابل"، وإجراء المصادرة قد يدخل عن طريق السلطة القضائية والإدارية، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون بموجب نص قانوني.

تملك الدولة المضيفة للاستثمار حق اللجوء إلى مصادرة الأموال سواء كانت وطنية أو أجنبية من دون تعويض، في حال قيام المستثمر بمخالفة أحكام القانون، وبذلك تعد المصادرة عبارة عن عقوبة تطبق عند ارتكاب بعض الجرائم أو القيام بأفعال غير مشروعة، وهو الأمر الذي يبرر انتفاء التعويض عند إجراء الدولة للمصادرة، وهو ما يميز المصادرة عن النظم القانونية الأخرى لنزع الملكية، فالمصادرة القانونية للدولة التي قامت بهذا الإجراء في حالة ارتكاب أعمال غير مشروعة يعاقب عليها القانون، ويكون قرار المصادرة في جميع الأحوال صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية¹.

(4) التسخير:

" هو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف المصلحة العامة مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء".

ويعد التسخير وسيلة استثنائية للحصول على الأموال والخدمات بهدف معين، ويقابل التسخير التعويض، وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، ونشير فقط بأن المشرع أقر بإمكانية لجوء الإدارة لإجراء التسخير مقابل تعويض عادل ومنصف².

1- والي نادية، المرجع السابق، ص 168.

2- المرجع نفسه، ص ص 168-169.

(5) الاستيلاء:

نصت المادة 676 من القانون المدني على أنه: "يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون..."¹.

"يعتبر إجراء مؤقتا تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك بمقابل تعويض قبلي تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها".

ويهدف الاستيلاء إلى الانتفاع ببعض الأموال الخاصة للمصلحة العامة وحتى يكون صحيحا وغير معيب بأي عيب يجب أن يتخذ من قبل السلطة المختصة، وفقا للقانون بموجب قرار إداري ولا تنتقل الملكية بل تبقى في ذمة المستثمر الأجنبي، حتى تنتهي المدة المحددة للاستيلاء.²

(6) الحراسة:

اختلفت التعاريف المقدمة لها ومن ضمنها، نزع الشيء من يد مالكة أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يفرض الحراسة³، ورده بفوائده إلى من يثبت له الحق فيه⁴.

نجد أيضا بأنها " نزع الشيء من يد مالكة أو حائزة، ووضعه في حيازة الدولة لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها، وهذا الإجراء يتخذ من قبل السلطة القضائية أو

1- المادة 676 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

2- والي نادية، المرجع السابق، ص 169.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، بيروت، 1964، ص 781.

4- رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص

بناء على اتفاقية وذلك لفترة زمنية معينة"¹، نظمها المشرع الجزائري في القواعد العامة بموجب المواد 602 إلى 611 من القانون المدني، على " أنها إيداع الشيء المتنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين أيدي شخص آخر مختص في مجال إدارته، يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة أو بعد انتهاء الظرف الذي أدى إلى وضعه تحت الحراسة كل موجودات المشروع الاستثماري المنقولة منها والعقارية، وذلك في الحالات التي تخشى فيها السلطات المختصة بتوقيع الحراسة خطراً عاجلاً عند بقاء المال تحت يد حائزه، وتلتزم الإدارة الحارسة برده بعد انتهاء المدة المقررة للحراسة".

نظمها أيضا بموجب الاتفاقيات الدولية الثنائية دون أن يكون إشارة بصريح العبارة للحراسة في معظمها، حيث اكتفت بالإشارة إلى " أنه تمنح أطراف الاتفاقية من التعرض لحق الملكية بموجب إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو تدابير أخرى يترتب عليها نزع استثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"، ويفهم من مضمون ذلك أن الحراسة إجراء يدخل في قائمة الإجراءات التي تمتع الدولة المضيفة من مباشرتها وإلا قامت مسؤوليتها تجاهها لأنها صورة من صور نزع الملكية².

الفرع الثاني

الحماية من المخاطر التجارية

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار بسبب التأميم الذي تجريه على المشروع الاقتصادي الاستثماري أو بسبب نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية أو بسبب أي إجراء آخر ذي نفس النتيجة بالتعويض المادي للمستثمر الأجنبي لإضفاء الشرعية على إجراءاتها³.

1- إبراهيم متولي حسين، المرجع السابق، ص 315.

2- حسين نواره، المرجع السابق، ص 56.

3- خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص 170.

إذ يعتبر التزام الدولة المضيفة للاستثمار بأداء التعويض في الواقع ضمانا قانونيا مهما من ضمانات الاستثمار الأجنبي¹، فإذا كان معترفا للدولة اللجوء إلى ممارسة إجراءات نزع الملكية بمختلف صورها مع مبررات هذا السلوك، فإنه من واجبها مقابل نزع الملكية بجبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر عن طريق تعويضه.

ولكي يعتبر الضرر المصاحب لنزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة ضررا يستحق التعويض وجب توفر الشروط التالية:

1- أن يكون الضرر ماديا: إذا كانت المسؤولية الموضوعية طبقا للقواعد العامة تقوم على الضرر المادي كان أو معنويا فإن الأمر يختلف عنه في نزع الملكية، فالتعويض هنا لا يكون إلا على الضرر المادي الوارد على حق قانوني، وبذلك لا يمكن للمالك أن يطالب بتعويض نتيجة حرمانه من أضرار معنوية.

2- أن يكون الضرر مباشرا: أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه مترتب عن إجراءات نزع الملكية، أي أن يكون هناك علاقة سببية بين نزع الملكية والضرر فإذا كان الضرر تحقق بطريقة غير مباشرة أو أخرى لا يجوز التعويض عنه.

3- أن يكون الضرر محققا: أي أن يكون الضرر المؤكد واليقيني والحادث فعلا بحيث تكون آثاره ومظهره واضح ومعطياته موجودة فعلا، فلا يمكن التعويض عن ضرر لم يصب بعد أو مفترض أو احتمالي².

أما عن أوصاف التعويض فهي كما يلي:

1. **التعويض الفوري:** تقضي قواعد العرف الدولي بأن التعويض يجب أدائه بالسرعة المعقولة ولا يعني هذا الدفع الفعلي لمبلغ التعويض في ذات تاريخ نزع الملكية، إذ يتطلب

1- دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 76.

2- إيمان العباسية شتيح، " نظام التعويض في مجال نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2011، ص ص

تقدير التعويض في الغالب اتخاذ إجراءات إدارية أو قضائية قد تستغرق بعض الوقت، ثم إن السيولة المالية في بعض الأحيان نجد الدولة صعوبة في توفيرها، ولا يضع ذلك حسابان مبلغ التعويض بشكل معقول، ومن المتفق عليه أن مهلة التسديد يمكن تمديدها في مثل هذه الحالة ولكن لا يمكن أن تتجاوز (5) سنوات وذلك بشرط دفع تعويض مقابل هذا التأخير إبتداءً من تاريخ نزع الملكية، وتعد هذه القواعد ضماناً أكيدا للمستثمر الأجنبي، طالما أنه يمكنه الحصول على تعويض فوري لأملكه التي وضعت الدولة يدها عليها.

2. التعويض الملائم: يذهب الفقه في تفسيره لهذا الوصف أن التعويض الكافي والملائم يكون في حالة ما إذا تطابق بشكل كامل مع قيمة المصالح الاقتصادية التي تأثرت من جراء نزع الملكية، بمعنى على الدولة تحديد مبلغ التعويض، بقدر ما خسره المستثمر الأجنبي.

3. التعويض العادل والمنصف: لا يكفي أن يكون التعويض فوراً وملائماً حتى يكون عادلاً بل يتطلب الأمر كذلك أن يكون فعالاً ويتجسد ذلك بأن يكون التعويض نقداً وقابلاً للتحويل مع منح المستثمرين الأجانب كافة التسهيلات الإدارية التي تسمح لهم بصرف الأموال التعويض وتحويلها إلى الخارج بعملية قابلة للتحويل¹.

أما ما يخص الموقف المتخذ اتجاه التعويض من طرف الاتفاقيات الثنائية، فهي تؤيد وبشكل قاطع فكرة الالتزام بدفع التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم التي تؤدي إلى حرمان المالك من حقوقه العقارية والمادية والمعنوية وتكيفه كقيد أساسي يقف أمام تعسف الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية عند استرجاعها لممتلكاتها وتذرعها بممارسة الحق السيادي الذي تقر كل القوانين الدولية للتصل من التزاماتها الدولية الناشئة من الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع دول المستثمرين الأجانب المعنيين بالنزاع².

1- والي نادية، المرجع السابق، ص ص 183-184.

2- حسين نورة، المرجع السابق، ص 102.

أما موقف المشرع الجزائري من التعويض، فقد أقر بأنه حق مكرس في الدستور وهو التزام يقع على عاتق الدولة واشترط فيه أن يكون عادلا ومنصفا وهو ما نصت عليه المادة 20 من دستور 96 التي تنص على ما يلي: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي عادل ومنصف"¹.

ونفس المضمون جاء في المادة 60 من التعديل الدستوري 2020: " الملكية الخاصة مضمونة.

لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون وبتعويض عادل ومنصف"²

من خلال نص المادة السابقة نقول بأن التعويض يكون سابقا على نزع الملكية لكن في الحقيقة مثل هذا الأمر يثير صعوبة عملية لأن الأمر يتطلب حساب مقدار التعويض من طرف الجهات المختصة والأمر بطبيعة الحال يتطلب وقت، لكن قد يكون القصد من ذلك من الناحية العملية الالتزام بدفع التعويض عادل ومنصف بحيث يكفي التزام السلطات العمومية رسميا بالتعويض لإضفاء الشرعية على إجراءات التأميم حيز التنفيذ.

ويكون التعويض عادلا عن طريق تغطية كافة الأضرار اللاحقة بالمستثمر بناء على معايير موضوعية، أما تمديد التعويض المنصف فيقتضي الأمر الأخذ بعين الاعتبار حقوق المستثمر وما لديه من ديون لدى الدولة المضيفة (أي حقوق الطرفين المتعاقدين)³.

أولا: تكريس حق حرية تحويل الأموال

يقصد بحرية تحويل الأموال " أن لا تكون هنالك شروط مقيدة تحد أصول الاستثمار وعوائده من تحويل أصول الاستثمار وعوائده إلى الخارج"، بالإضافة إلى تحويل النواتج عن

1- المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بتعديل دستور 1989، العدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996.

2- المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج.ر.ج. عدد 82، الصادر في 31 ديسمبر 2020.

3- والي نادية، المرجع السابق، ص 185.

التنازل أو التصفية وباقي الإيرادات لأن المستثمر الأجنبي لا يهيمه تحقيق الأرباح بقدر ما يهيمه إمكانية تحويلها¹.

إذن ما نفهمه من حرية تحويل الأموال، هو أن يستطيع المستثمر الأجنبي نقل أمواله أو أرباحه أو عائدات مشروعه الاستثماري من الدولة المضيفة إلى دولته الأم، دون أن تقوم الدولة المضيفة بعرقلته أو منعه بأي شكل من الأشكال، فالضمان المالي إذن يعد من أهم العوامل تأثيرا على قرار المستثمر في استثمار أمواله بالدولة المضيفة، فلا يمكن تصور مناخ استثماري ملائم للاستثمار الأجنبي دون أن يكون هناك قواعد قانونية تتيح للمستثمر الأجنبي حرية وضمانات لرأسماله، خاصة وأن المستثمر الأجنبي لا يقوم بالاستثمار في إقليم دولة أجنبية غير دولته التي ينتمي إليها إلا إذا كانت الظروف والتشريعات في الدولة المضيفة ملائمة وتسمح له بذلك².

أ. تكريس حرية التحويل في إطار الاتفاقيات الثنائية:

لأصبحت الاستثمارات الأجنبية ظاهرة عالمية تتنافس على استقطابها مختلف الدول، حيث أولتها التشريعات الوطنية والدولية أهمية خاصة، وعناية استثنائية بما تكفله لها من مزايا وتحفيزات وحماية قانونية أحيانا تفوق تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني، نظرا لما تعول عليه الدول المضيفة من دفع عجلة التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي فمنحت تلك الاستثمارات كثيرا من المزايا والتسهيلات بهدف جذب رؤوس الأموال إليها³.

1- لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017، ص 23.

2- Zouaimia Rachid, le régime des investissements étrangers en Algérie journal de droit international, N°3,1993, p 574.

3- أحمد صفوت أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 06.

لذلك شكلت الاستثمارات الأجنبية اهتمام مختلف الدول، وباعتبار أن الوسائل الواردة في القانون الداخلي غير كافية لتوفير الحماية الضرورية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك بسبب عدم ثقة المستثمرين الأجانب في التشريعات الداخلية للبلدان النامية بصفة عامة، ونظرا للاعتبارات المذكورة وتمديدا للحماية والضمانات التي يوفرها قانون الاستثمار في الجزائر، لجأت إلى إبرام والموافقة والمصادقة على اتفاقيات دولية ثنائية، ومتعددة الأطراف المتعلقة بالتشجيع وحماية الاستثمار، حيث تضمنت قواعد واضحة وضمانات للمستثمر الأجنبي لكي تخلق لديه جو من الطمأنينة والثقة.

وبخلاف القانون الداخلي فإن البعض من هذه الاتفاقيات يتضمن تفاصيل حول الموارد القابلة للتحويل، وأغلب الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر تؤكد على الحرية التامة لتحويل الأموال، وهذه بعض نماذج للاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع الاستثمار.

كرست المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الإيرانية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات حرية التحويل بنصها: "يسمح كل طرف متعاقد طبقا لقوانين وتنظيماته بحرية التحويل خارج إقليمه ودون أي تأخير للمبالغ التالية والمتعلقة بالاستثمارات المشار إليها بهذا الاتفاق.

أ- العائدات والإتاوات المتعلقة باتفاق تحويل التكنولوجيا.

ب- الناتج الحاصل من البيع والتصفية الكلية أو الجزئية للاستثمارات...."¹

وطبقا للمادة المذكورة أعلاه تضمنت التزام الطرفين على منح مستثمري لحاملي الجنسية إحدى الدولتين حرية التحويل وفقا لاحترام القانون الساري الداخلي للدولة، غير أن المادة هذه لم تضع قيد زمني للمادة التي سيتم تحويلها وهو عكس ما نصت عليه الاتفاقية

1-الاتفاق حول ترقية والحماية المتبادلة للاستثمار بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الإيرانية، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 05-75، ج.ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

الجزائرية الأرجنتينية¹: "...تتم التحويلات في مدة شهرين إبتداءً من تاريخ إيداع ملف مطابق"².

وتبقى هاتين الاتفاقيتين عينة مبسطة مقارنة بالكم الهائل من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في إطار محاولاتها لتكريس مبدأ حرية تحويل الأموال، كشكل من أشكال حماية المستثمر الأجنبي.

ب. تكريس حرية تحويل الأموال في التشريع الجزائري:

كرس المشرع الجزائري حرية تحويل الأموال في معظم قوانين الاستثمارات الأجنبية بما فيها القوانين الصادرة قبل الإصلاح الاقتصادي، ففي ظل القانون رقم 82-13³ المتعلق بالشركات مختلطة الاقتصاد، لم يكن يمنح هذا الحق إلا للمستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني إعمالاً لمعيار الجنسية رغبة منه في تشجيع الأموال الأجنبية، وبصدور القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض اعترف المشرع في المادة 184 منه بحق المستثمر في إعادة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة ونتائج المداخيل والفوائد المرتبطة بالاستثمار، كما يشترط أن يكون رأس المال المستثمر بعملة قابلة للتحويل.

كما حرص المشرع على تكريس هذا الضمان صراحة في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 31 منه: "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانوناً من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه، كما يشمل

1- والي نادية، المرجع السابق، ص ص 258-259.

2- الاتفاق بين حكومة الجزائر والحكومة الأرجنتينية بتاريخ 4 أكتوبر 2000، المتعلق بترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-366، مؤرخ في 13 نوفمبر 2001، ج.ر، عدد 69 صادرة في 2001/11/18.

3- القانون رقم 82-13، مؤرخ في 28 غشت 1982، يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، ج.ر عدد 35، الصادرة في 9 غشت 1982، معدل ومتمم بموجب القانون 86-13، مؤرخ في 19 غشت 1986، ج.ر عدد 35، صادرة في 27 غشت 1986. (قانون ملغى)

هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر...¹.

نفس المبدأ أتت به المادة 25 من القانون رقم 16-09 المتضمنة في فحواها: " تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة إنطلاقاً من حصص في رأسمال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ومدونة بعملة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم"².

إذن يمتد نطاق الاستفادة من ضمان تحويل الرأسمال إلى الحصص العينية متى كان مصدرها خارجي، وقدمت حسب الأشكال المعمول بها، وكانت قيمتها تساوي أو تتجاوز الأسقف الدنيا المفروضة³.

إذن من خلال المادتين أعلاه نستنتج أن الأموال محل التحويل هي رأس مال المستثمر، والعائدات الناتجة عن استثماره، أو تصفية المشروع الاستثماري حتى لو فاقت هذه الأرباح قيمة رأس المال المستثمر، على ألا يمنح إلا للاستثمارات المنجزة بواسطة عملة صعبة حرة التحويل ومسعرة من طرف البنك المركزي⁴.

كما أكد الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم على حق التحويل في المادة 126 فقرة 1: " يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى

1- المادة 31 من الأمر رقم 01-03، المتضمن تطوير الاستثمار، مرجع سابق

2- المادة 25 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 46، سنة 2016.

3- أوباية مليكة، عن فعالية قواعد القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في إستقطاب الاستثمار الأجنبي، المجلة الأكاديمية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد 3، سنة 2017، ص 37.

4- أحمد طالب حسين، عبد الرزاق بختي، آليات حماية المستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 19-20.

الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر....."1.

إذن من خلال هذه المادة نستنتج أن الدولة سمحت للمقيمين في الجزائر بتحويل أموالهم إلى الخارج إذا كان الهدف منها استكمال نشاطهم المتعلق بإنتاج السلع والخدمات.

1- المادة 126 من الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 52، الصادر بتاريخ 27 أوت 2003، المعدل والمتمم.

المبحث الثاني

آليات تسوية المنازعات

وبعد إنتهائنا من التفصيل في حيثيات الضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي وكذلك الحماية بشكلها سواء الحماية من المخاطر التجارية وكذا المخاطر غير التجارية والمندرج تحت إطار الآليات الحمائية المقدمة للإستثمار الأجنبي (كمبحث أول) حلي بنا أن نتوقف عن آليات تسوية المنازعات التي تنشأ بين العنصر الأجنبي والدولة المضيفة سواء منها الودية أو القضائية وهذا طبعا (كمبحث ثان)، والذي بدوره قسمناه على مطلبين، بحيث سنتناول آليات التسوية الودية (مطلب أول)، تليها الآليات القضائية (مطلب ثاني)

المطلب الأول

آليات التسوية الودية

وقبل اللوج في حيثيات الموضوع، وجب علينا في البادئ شرح لفظي التسوية الودية، وتتمثل في كل المساعي الدبلوماسية التي يبذلها الأطراف المتنازعة من أجل إيجاد حل ودي¹، أو بعبارة أخرى هي محاولة إيجاد حل للنزاع القائم بين الأطراف المتنازعة بمختلف الطرق (كالمفاوضات أو التوفيق) والمشاورات دون اللجوء إلى الوسائل القضائية.

إذن وهذا المطلب بدوره قسمناه إلى فرعين، كالآتي في البادئ سنتناول المفاوضات (كفرع أول) وبعدها التوفيق (كفرع ثاني).

1-EL-Ahdab Abdul-hamid, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris, 1988, P 875.

الفرع الأول

المفاوضات

يعرفها الأستاذ حسني محمد جابر بأنها: " قيام الدول المتنازعة نفسها بتسوية خلافاتها عن طريق تبادل وجهات النظر".

وهناك من عرفها أنها " تقريب وجهات النظر بين أشخاص القانون الدولي ضمن جلسات عامة قد تكون سرية أو علنية تمهيدا لإبرام معاهدة دولية أو إيجاد تسوية للنزاع الدولي"¹.

إذن يمكن القول بأن المفاوضات " هي المشاورات والمباحثات التي تجري بين الأطراف المتنازعة بفرض الوصول إلى حل النزاع القائم بينهما".
ونميز 4 أنماط للمفاوضات:

- 1- المفاوضات الثنائية: وتعتبر مفاوضات تكون بين دولتين أو كتلتين.
- 2- المفاوضات الجماعية: وتكون بين مجموعة من الدول.
- 3- المفاوضات الإقليمية: وهي التي يتم إجراؤها على المستوى الإقليمي.
- 4- مفاوضات عالمية: وهي التي تتم في المؤتمرات العالمية.

كما تنقسم المفاوضات إلى نوعين:

1. فهناك المفاوضات المباشرة: وهي التي تجري عن طريق المفاوضين أو المندوبين أو الممثلين.
2. المفاوضات غير المباشرة: تعتبر المفاوضات غير المباشرة تلك التي تتم في إطار منظمة دولية أو مؤتمر دولي وتكون بتدخل طرف ثالث في الموضوع سواء كان دولة أو منظمة دولية.

1- عمر سعد الله، دراسات في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر، الجزائر، 2010، ص 107.

أما بخصوص الآثار المترتبة عن المفاوضات: هي ككل إجراء له نتائجه إما النجاح أو الفشل:

1. نجاح المفاوضات: ويكون في حالة ما إذا وصل الطرفان المتنازعان إلى حل للمسألة المطروحة.
2. فشل المفاوضات: فتعتبر المفاوضات فاشلة، في حالة استتفاذ المدة المقررة في عقد التفاوض، دون الوصول إلى حل نهائي للخلاف، وفي هذه الحالة يتعين إذن على الأطراف عرض الخلاف على التوفيق¹.

الفرع الثاني

التوفيق

وهناك من عرفه على أنه " وسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية يلجأ بمقتضاها طرفا النزاع إلى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع واقتراح أسس لتسوية النزاع يمكن أن يرتضيها الطرفان"²، وأيضاً هناك من قال " بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأعيان للقيام بالتوفيق يدعى الموفق وصولاً إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه"³.

أما المشرع الجزائري فتجنب تعريفه باللفظ الصريح مكتفياً بمضمون ما ورد في المادة 17 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم والمتعلق بتطوير الاستثمار، مضيفاً أن اللجوء إلى التوفيق مشروطاً بأن يكون مصدره اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف وموضوعها

1- سليمان شيريفي، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، أطروحة لنيل شهادة ماجستير في العلاقات الدولية، فرع

القانون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1985، ص 91.

2- دريد السامرائي، المرجع السابق، ص 319.

3- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 26.

الاستثمار، وبالفعل فإن الجزائر أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تقوم بين الدول الأخرى والتي نصت في مادتها 34: " تتمثل وظيفة اللجنة التوفيقية في توضيح النقاط محل النزاع من الأطراف وعليها أن تبذل قصارى جهدها في توجيههم نحو الحل الذي يقبلانه، ولهذا الغرض يجوز للجنة في أية مرحلة من الإجراءات أن توفى الأطراف بشروط التسوية ويتعين على الأطراف التعاون بحسن نية مع اللجنة بغرض تمكينها من تأدية وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتهم بأكثر قدر من الجدية والاعتبار... " ¹.

إذن فيمكن تعريف التوفيق على أنه وسيلة ودية لتسوية نزاع قائم بين الدولة المضيفة والعنصر الأجنبي القائم على تبادل الآراء ووجهات النظر بغرض إيجاد حل يناسب الأطراف المتنازعة.

1- طبيعة التوفيق:

يظهر التوفيق أو المصالحة في القانون الدولي بعدة أسماء كمعاهدات التوفيق والتحكيم ومعاهدات التوفيق والتسوية القضائية، والسبب أنه يتم بواسطة لجان التوفيق، ولا تقتصر هذه اللجان على تقصي المسائل القانونية بل تسعى إلى إثارة كل المسائل التي من شأنها إيجاد حل للنزاع وتسويته، ومن ثم فهي لجان تتحرف عن الاعتبارات القانونية لإيجاد حلول تراعي مصالح الدول المتنازعة ².

والتوفيق إجراء حديث نوعا ما من إجراءات التسوية السلمية إن صح القول، بحيث تتولاه لجنة يغلب عليها الطابع الحيادي، كما نصت على العمل بها العديد من الاتفاقيات الثنائية.

1- هذه الاتفاقية أعدها البنك الدولي وهي مفتوحة للتوقيع بواشنطن منذ 18 مارس 1965، ووقعت عليها الجزائر كطرف منظم، وصادقت عليها وفقا للدستور في 1994/12/24 بالأمر رقم 95-04 وأصدرتها في ج.ر رقم 1995/5/7.

2- عمر عبد الله سعيد، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 75.

2- أهم الاتفاقيات التي نصت على العمل بإجراء التوفيق:

نجد منها اتفاقيتي فينيا حول العلاقات الدبلوماسية 1961، اتفاقية قانون البحار 1982، وكذلك العلاقات القنصلية 1963.

3- كيفية تشكيل لجان التوفيق:

تشكل لجنة التوفيق من بعض الشخصيات تحوز ثقة الأطراف المتنازعة، بغرض السعي نحو تحقيق اتفاق بينهما وذلك بتقديم مقترحات التسوية¹. وتتكون لجنة التوفيق من ثلاثة أعضاء أو خمسة، كما أنها لا تتكون لحل خلاف معين، إنما تنشأ مقدما بموجب معاهدات تنص عليها².

4- صور التوفيق: له صورتان:

أ. التوفيق الاختياري ويكون عندما يتفق أطراف النزاع إلى اللجوء لإجراء التوفيق بغية تسوية الخلاف بينهم.

ب. وهناك التوفيق الإجباري (أو الإلزامي) ويكون على عكس الاختياري، معناه أن يتفق أطراف النزاع للجوء إلى التوفيق قبل حصول النزاع.

المطلب الثاني

الآليات القضائية

إذن ومثلما أسلفنا الذكر فإن التحكيم يبقى من أهم الوسائل أو الآليات القضائية لتسوية النزاع القائم بين الدولة المضيفة والعنصر الأجنبي، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في (المطلب الثاني) المسمى الآليات القضائية لتسوية النزاع القائم بين الدولة المضيفة والعنصر

1- أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 409.

2- رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص 210.

ملاحظة: في موضوعنا هذا تطرقنا فقط إلى المفاوضات وكذلك التوفيق كآليتين للتسوية الودية، ولكن هناك آليات أخرى تتمثل في التحقيق، الوساطة، المساعي الحميدة، وكذلك عرض النزاع على المنظمات الدولية، ولكننا فضلنا التطرق إلى الوسائل الأكثر استعمالا.

الأجنبي، بحيث سنفصل في التحكيم بداية من تقديم تعريف له، ثم الإجراءات الخاصة به إضافة دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار إلى غاية صدور حكم التحكيم وهذا (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى التحكيم في منازعات الاستثمار على أساس الاتفاقيات الثنائية هذا (كفرع ثاني)، بحيث سنفصل في جوانبه المختلفة ولم نغفل عن ذكر بعض من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول حول موضوع التحكيم، بحيث إستشهدنا ببعض منها، كما ختمنا موضوعنا هذا بموقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي.

الفرع الأول

التحكيم

وقد عرفته المادة 37 من اتفاقية لاهاي 1907 والخاصة بتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية بأنه: طريقة لفض المنازعات بين الدول، بواسطة قضاة من اختيارها على أساس احترام الحق والقانون، ما يلاحظ على هذا التعريف من أول وهلة هو انعدام الغموض والإبهام كونه جاء في سياق تطور المجتمع الدولي ككل من الحسن إلى الأحسن¹. وهناك من عرفه بأنه " تقنية ترمي إلى إعطائه حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر والذي يتولاه شخص أو أكثر محكم أو محكمان يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"². وهناك من عرفه بأنه " طريقة من طرق تسوية الخلافات التي قد تثور بين شخصين أو أكثر، يختارها الأطراف بكل حرية لفض المنازعات والخلافات التي تنشأ عن

1- عبد الحميد غيار، تسوية المنازعات الإقليمية العربية بالطرق السلمية (في إطار ميثاق جامعة الدول العربية)، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 216.

2-David (R), L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982, p 6.

العقد والبت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليها اسم المحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء"¹.

كما نجد أن الفقه اعتبر أن التحكيم وسيلة بدائية لحل النزاعات، بدأت في عرض الخلافات على أشخاص خواص ميزتهم الوحيدة كونهم اختيروا من قبل طرفي النزاع².

أما المشرع الجزائري بموجب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد عرف التحكيم بنصه: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"³.

وهنا اعتمد المشرع الجزائري على المعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم بخلاف ما كان عليه الحال في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي اعتمد على المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني بموجب المادة 458 مكرر والتي تنص: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا العمل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقرا وموطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"⁴.

إذن ومن خلال التعاريف السابقة يمكن القول أن التحكيم هو آلية أو وسيلة بديلة لحل النزاعات، بحيث يتفق فيه الأطراف على عرض النزاع القائم على طرف آخر سمي محكم، ويمكن أن يكون مجموعة وهنا تكون تسميتهم محكمين بفرض البت في موضوع النزاع والوصول إلى تسوية ترضي جميع الأطراف.

1-Blaise jean, Bernard, Droit des affaires (commerçants, Concurrence, Distribution) LGDJ, paris,1999, P 170.

2-ALLiam Referm, Martin huter, urray Smith, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, LJDEJ, paris 1994, P2.

3-المادة 1039 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 جانفي 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

4- المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أفريل 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993، ملغى

1- الإجراءات الخاصة بالتحكيم:

تبدأ إجراءات التحكيم أمام المحاكم التحكيمية التابعة للمركز بطلب يقدمه الطرف الذي يهمله الأمر (المتضرر) كتابة إلى الأمين العام والذي يقوم بدوره بإرسال نسخة من الطلب إلى الطرف الآخر، متضمنا معلومات عن موضوع النزاع، وهوية الأطراف بالإضافة إلى موافقتهم المكتوبة على تسوية النزاع بواسطة التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ثم يقوم الأمين العام (السكرتير العام) بالتحقق من الطلب ومن أنه يدخل في اختصاص المركز فإذا تبين له أن النزاع المطروح يدخل في اختصاص المركز يقوم بإخطار الأطراف بتسجيل الطلب¹.

إذن فالتحكيم يتضمن إجراءات كتابية وأخرى شفوية وتشمل الإجراءات الكتابية تقديم المذكرات والمستندات إلى هيئة التحكيم، أما الإجراءات الشفوية فتتم في العلنية بقرار تصدره الهيئة بموافقة الخصوم².

2- تشكيل هيئة التحكيم: نميز في تشكيل هيئة التحكيم بين حالتين:

أ- **في حالة اتفاق الأطراف:** متى أخطر المدعي عليه برغبة الطرف الآخر في تسوية الخلاف القائم بشأن تنفيذ عقد ضمان الاستثمار الدولي، ويأسم المحكم الذي يقترح تعيينه من جهته، وجب على الطرف الآخر (المدعي عليه) أن يقوم خلال مدة معقولة بتعيين محكم ثان لتشكيل هيئة التحكيم ليتولى بعدها المحكمان في أجل ثلاثين يوما باختيار محكم ثالث بينهما يكون رئيسا لهيئة التحكيم، ويكون له صوت مرجح عند تعادل الأصوات.

1- سالم ليلي، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، ص 216.

2- رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص 215.

ب- في حالة عدم اتفاق الأطراف: في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين أحد المحكمين أو على تعيين رئيس هيئة التحكيم خلال المدة المقررة لذلك، فإن مهمة تشكيل هيئة التحكيم تخول إلى أطراف خارجية، بعد موافقة أطراف الخلاف على ذلك.

فحسب اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار يمكن للأطراف وبناء على طلب مشترك بينهما، اللجوء إلى الأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، لطلب تشكيل هيئة التحكيم، وذلك في أجل أقصاه 30 يوماً من تاريخ الطلب، كما يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية إجراء التعيين بقرار منها.

في حين أنه يمكن للأطراف في عقد الضمان المبرم مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار اللجوء إلى الأمين العام لجامعة الدول العربية، قصد تعيين أعضاء هيئة التحكيم إلى حين إنشاء محكمة العدل العربية وتعيين رئيسها، هذا ما أكدته صراحة المادة 4 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تنص على أنه: "... يكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب رئيس محكمة العدل العربية وإلى أن تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية".

ويمكن أن تكون محكمة التحكيم شخص اعتباري يتولى مهمة التحكيم في إطار هيئات التحكيم التأسيسية، كغرفة التجارة الدولية، أو المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي تفضل في الخلاف وفقاً للقواعد المتبعة أمام الغرفة أو المركز الدولي، أو أية هيئة أخرى يلجأ إليه الأطراف لتسوية الخلافات التي قد تنشأ عن عقد ضمان الاستثمار¹.

1- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006، ص 160.

3- دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار:

أدت الظروف المحيطة بالوسائل الداعية لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة وضعف ثقة المستثمرين الأجانب فيها وما قد يترتب عنها من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة إلى اقتناع الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة فعالة وبديلة لفض المنازعات الاستثمارية أمام المحاكم الوطنية¹.

حيث يقول الفقيه " كارلستون " بخصوص أهمية التحكيم بالنسبة للاستثمار الأجنبي أنه قد يحجم المستثمرين عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون أن اللجوء إلى القضاء فيها هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها الضرر من جراء تصرف تأتية هذه الدولة لذلك يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصما وحكما في آن واحد، إذ يؤدي هذا الأمر إلى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدولة، ويشكل عائقا لنمو النشاط التجاري والصناعي فيها، وعلى خلاف ذلك فإن الأخذ بنظام التحكيم يخلق مناخا استثماريا مفصلا لدى المستثمرين الأجانب حتى يتمتع الأطراف بجدية اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة².

وبالتطور الأخير لقانون الاستثمار الدولي، حدث تغير ملحوظ في المركز القانوني للمستثمرين الأجانب، فقد منح هذا الأخير الحق في رفع الدعوى مباشرة ضد الدولة المضيفة له أو ضد مؤسساتها العامة، وذلك دون تدخل الدولة الأم، الأمر الذي تولد عنه في حالات عدة ترك اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية التي تمارسها دولته الأم.

وفي مسألة التحكيم دائما، يبقى أهم إنشغال يطرح هو النزاعات المتعلقة بالاستثمار والقابلة للتسوية بأسلوب التحكيم خاصة المنازعات المتعلقة بالملكية، وفي هذا الصدد يقول

1- حسين نواره، التحكيم التجاري الدولي في إطار الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي يومي 14 و15 ماي 2006، بجاية، ص 02.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص 07.

الأستاذ وليد بن حميدة¹: " هذا التحكيم يستهدف غالبا كل نزاع مرتبط بالاستثمارات، ويعرف تعريفا موسعا في عقود الاستثمار، كل الممتلكات العقارية وغير العقارية، المساهمين في التجمعات، كل مطالبة نقدية وكل الحقوق لكل خدمة إقتصادية وحقوق الملكية".

لذا أصبح إصرار المستثمر الأجنبي على إخضاع المنازعة الاستثمارية للتحكيم التجاري الدولي ضمانا في حد ذاته لحماية نفسه وأمواله من تعسف المحاكم الوطنية للدولة المضيفة وتناديا للتعقيدات التي تتصف بها الإجراءات المتبعة أمامها².
وخلاصة القول أن دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار متوقف على مدى المقدرة على تنفيذ حكمه.

4- صدور حكم التحكيم:

إن كل المراحل التي يمر بها نظام التحكيم تهدف كلها إلى الوصول لنتيجة واحدة هي صدور الحكم التحكيمي.

ويعد صدور حكم التحكيم من المراحل الهامة التي يمر بها نظام التحكيم، فالحصول عليه هو هدف كل المتنازعين، لأنه يفصل في النزاع ويحصل كل ذي حق على حقه، وحكم التحكيم هو قرار يصدره المحكومون الذين اتفق المتنازعون على اختصاصاتهم بحل النزاع،

1-Ben hemida Walid, L'arbitrage état investisseur étrangère regard sur les traites et projets récréments. JDIN2, 131 Année 2004, p 125.

« Cet arbitrage vise souvent tous litige relatif aux investissements est définie largement dans les contrats d'investissements, tous les biens meubles et immeubles, les participations dans des groupements, les créances monétaires tous les droits a tout prestation économique les droits de propriété »

2- جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 09.

وإذا كان حكم التحكيم هو النهاية الطبيعية للنزاع فيما بين الخصوم، فإنه ليس النهاية الحتمية لأي نزاع.

وعليه فحكم التحكيم يصدر لحسم النزاع، ففي حال ما كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، باعتبار أن الحكم يصدر بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده الهيئة أي هيئة التحكيم ما لم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك، كما أنه يصدر كتابة ويوقعه المحكومون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد تكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

إذن فتعتبر هذه الطريقة يسيرة الاستعمال وسهلة كما تعتبر أقل تكلفة، لأن اجتماع المحكم الفرد وأطراف النزاع يجعل استنباط المسألة أكثر وضوحا بالنسبة للمحكم وعلى ذلك تتكون عقيدته بطريقة فردية غير منحازة أو محايدة ولا يجوز التعقيب عليها من أي طرف من طرفي النزاع بعكس الطريقة الثانية فيكون الأمر يتسم بنوع من الصعوبة إلى حد ما إذ أن كل محكم من الثلاثة تتكون له عقيدته الخاصة بشأن تقييم النزاع وأبعاده ذلك الأمر الذي تتفاوت وتتضارب معه آراء المحكمين في حل واحد منهم لموضوع النزاع وبالتالي يمكننا القول بأن هناك ثلاث طرق لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار، عندما تكون المحكمة مكونة من 3 محكمين وتتمثل في الإجماع والأغلبية أو من جانب رئيس محكمة التحكيم وحده.

ولكي يكون حكم التحكيم صحيحا يجب توفر الشروط التالية فيه باختصار نذكرها:

1. الشروط الموضوعية:

بمعنى أن أطراف الاتفاق التحكيم يهدفون إلى حسم ما ثار بينهم من منازعات وذلك عن طريق المحكمين الذين لجئوا إليهم بدلا من اللجوء إلى القضاء، لذلك كان من اللازم أن يصدر حكم المحكمين فاصلا في موضوع الخلاف على نحو حاسم، فلا يعد حكما مجرد حث الأطراف أو توجيههم انتهاج أسلوب معين في تنفيذ التزاماتهم.

وهذا ما أشارت إليه المادة 1040 ق.إ.م.إ: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

2. الشروط الشكلية:

وتتمثل هذه الشروط كما نصت عليها المادة 1028 من ق.إ.م.إ: "يتضمن حكم التحكيم البيانات التالية:

- 1- اسم ولقب المحكم أو المحكمين.
 - 2- تاريخ صدور الحكم.
 - 3- مكان إصداره.
 - 4- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.
 - 5- أسماء وألقاب المحامين ومن مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء.
- إضافة إلى صور من اتفاق التحكيم.

وكذلك شرط التوقيع: وقد نصت عليه المادة 1029 ق.إ.م.إ: "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقفا من جميع المحكمين". أيضا فقد نصت عليه المادة 2/32 من قواعد تحكيم الأونيسترال على أنه: "يجب أن يكون الحكم نهائيا وملزما للأطراف وهو لا يكون كذلك إلا إذا وقعه المحكمون أو أغلبيتهم"¹.

1- أمال قاسمي، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016-2017، ص ص 60-64.

الفرع الثاني

التحكيم على أساس الاتفاقيات الثنائية

لقد انضمت معظم الدول العربية إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي تجيز التحكيم، وتعتمد كنظام موازي لنظام القضاء، بل ويعد الفعال لحل العديد من القضايا ذات الطابع الدولي، لهذا سعت هذه الدول لإعطاء المزيد من العطاء والطمأنينة، لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى إبرام إتفاقيات ثنائية بين الدول المستقطبة والمستثمرين الأجانب والتي تنص على إعتقاد التحكيم كوسيلة لفض النزاع الاستثماري عند وقوعه. ومن بين الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر، والتي تبنت فيها نظام التحكيم هي:

- إتفاقية ثنائية أبرمتها الجزائر مع حكومة جنوب إفريقيا، جريدة رسمية عدد 41 صادرة بتاريخ 29 جويلية 2001.
- إتفاقية الحكومة الجزائرية وحكومة الصين الشعبية، المادة 6 الموقع في 20 أكتوبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 77.
- أيضا الحكومة الجزائرية والحكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في الجزائر في 20 فبراير 2000 التي نصت على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ في المستقبل¹.

لقد عمدت معظم بلدان العالم الثالث إلى إبرام اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات، وذلك لاجتذاب الاستثمار الأجنبي المباشر وتهدف هذه الاتفاقيات بشكل أساسي إلى وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار، حيث تتضمن هذه الاتفاقيات شروط تتمثل على سبيل المثال في عدم التمييز في المعاملة، حظر الحصص المتعلقة بالاستيراد

1- بلحميدي وفاء واكل إيمان، مدى فعالية الطرق البديلة لحل منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2017-2018، ص ص 64-65.

والتصدير ومبدأ عدم التدخل في العلاقات التعاقدية، وكذلك الحق في الحماية والضمان الكاملين والسماح بالتعويض السريع والفعال في حالة صدور قرارات بتأميم أو نزع الملكية لفائدة المنفعة العامة.

ومع نهاية الـ 60 من القرن 20 تم توقيع حوالي 65 اتفاقية مماثلة وقد اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على بنود تنص على تسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدين ومواطني أو شركات الدولة المتعاقدة الأخرى.

غير أنه بعد توقيع اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بدأت تكثر في اتفاقيات الاستثمار الثنائية استنادا إلى ما ورد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي المصاحب لإنشاء الاتفاقية أن التراضي يمكن أن يتم على سبيل المثال في اتفاقيات الاستثمار الثنائية إحالة الخلافات التي تنشأ بين دولة طرف في الاتفاقية ومواطني دولة أخرى طرف فيها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وعلى الصعيد نفسه فقد تم إبرام أول اتفاقية استثمارية ثنائية، تشتمل على القبول من جانب كل دولة طرف على إخضاع المنازعات التي تنشأ بينها وبين مواطني الدولة الأخرى، لقضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عام 1969 وقد أبرمتها الحكومة الإيطالية مع دولة تشاد في يونيو 1969.

وقد شهدت السنوات الأخيرة زيادة هائلة في أعداد هذه الاتفاقيات الثنائية، حيث لا تكاد توجد دولة من دول العالم سواء كانت متقدمة أو نامية إلا وكانت طرفا في اتفاقية أو أكثر من هذه الاتفاقيات¹.

وقد نصت المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم على ما يلي: ".....إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متقدمة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم..." حسب هذه المادة في حال وجود إتفاقيات

1- منى بوفتالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص ص 154-155.

أبرمتها الجزائر تتعلق بالمصالحة والتحكيم، في هذه الحالة تتم تسوية المنازعات الإستثمارية بناء عليها، وهي الوسيلة الأكثر تفضيلاً للمستثمر الأجنبي وفي نفس الوقت الأكثر طمأنة وتحفيز له بهدف إنشاء إستثماره في الجزائر نظراً للحماية الفعالة التي توفرها له الاتفاقيات بالمقارنة مع الحماية التي يوفرها التشريع الداخلي.

لا تكاد تخلو الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر على بند التحكيم كوسيلة يتم اللجوء إليها في النزاعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والجزائر، فقد تثور المنازعة الاستثمارية إذا أحل المستثمر الأجنبي بمبدأ المنافسة الحرة في السوق، كإبرام الاتفاقيات المحظورة الصريحة أو الضمنية، كما يثور النزاع بسبب الإجراءات التي تقوم بها الدولة الجزائرية في مواجهة المستثمر الأجنبي، أو بإخلالها بالتزاماتها¹.

إذن يمكن القول أن المستثمر الأجنبي، يملك سلطة اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي يثور بينه وبين الدولة الجزائرية، يتضمن إخلال الدولة بنظامها إتجاهه، وستتناول نماذج عن بعض الاتفاقيات التي تضمنت اللجوء إلى التحكيم.

نصت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية بموجب المادة 09 منها على حل الخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بالطرق الدبلوماسية المحددة بـ 9 أشهر، فإذا لم يحل النزاع يتم عرض الخلاف على إجراء المتابعة، ويتم عن طريق طلب يتقدم به أحد الأطراف، ومن خلاله يقوم كل طرف بتعيين محكم أو أكثر في أجل شهرين، أما فيما يخص الخلافات الناجمة عن التأويل والتطبيق المرتبط بالاتفاقيات من صلاحيات القانون الدولي العام وحلولها تابعة لإتفاقية فيينا لقانون الاتفاقيات لـ 23 ماي 1969، والذي تبنته الجزائر سنة 1987، وإيطاليا في 25 جويلية.

1- والي نادية، المرجع السابق، ص ص 297-298.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية فبموجب المادة 8¹ منها إعتبرت إن حل النزاعات المحتملة الوقوع الخاصة بتأويل أو بتطبيق الاتفاقيات، وكل خلاف يتعلق بالاستثمار أن يحل بالطرق الدبلوماسية وفي حال عدم الوصول إلى حل الخلاف في أجل ما بين 3 أشهر إلى غاية 6 أشهر الطرف الأكثر تضررا، يقدم طلبا إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني، أو إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وله إختيار أحد هذين الإجرائيين بصفة نهائية.

أحيانا نجد بعض الاتفاقيات تمنح الخيار للمستثمر الأجنبي للجوء إلى عدة هيئات مختصة في تسوية النزاع على أساس حق الخيار، وله خيار رفع الدعوى أمام المحاكم المحلية المختصة للطرف المتعاقد الآخر، وهو الأمر الذي تم النص عليه بموجب الاتفاقية الجزائرية مع سلطنة عمان فبموجب المادة 2/10 من الاتفاقية² تضمنت حل النزاع بالطرق الودية الرضائية في أجل 6 أشهر، فإن لم يحل النزاع الطرف الأكثر ضرار يلجأ إلى التحكيم سواء إلى محكمة الاستثمار العربية أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كما أن المحاكم المحلية مختصة أيضا بحل النزاع، إذا إختاره أحد المستثمرين المتعاقدين.

كما أعطى الاتفاق الجزائري الإسباني بموجب المادة 11 منه للمستثمر الأجنبي خيار اللجوء إلى عدة جهات مختصة في حل النزاع، حيث خيرته باللجوء إلى إحدى الجهات التالية: الغرفة التجارية الدولية بباريس، أو التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية النزاعات³.

1- المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقع عليها بتاريخ 13 فبراير 1993، المتعلق بشأن تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 جانفي 1994، ج.ر.ج. عدد 01، الصادر في 02 جانفي 1994.

2- المادة 10 من الاتفاقية الجزائرية مع سلطنة عمان بتاريخ 4 أكتوبر 2000، المتعلقة حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-223 مؤرخ في 22 يونيو 2002، ج.ر.ج. عدد 44، الصادرة في 26 يونيو 2002.

3- المادة 11 من الاتفاقية الجزائرية الإسبانية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، ج.ر.ج. عدد 23، صادرة بتاريخ 26 أبريل 1995.

كما نصت الاتفاقية التجارية الجزائرية السورية بموجب المادة 6 منها على حل الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمارات والنشطة المتعلقة بها، والعائدة لأحد الطرفين المتعاقدين أو رعاياهما عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية¹.

كما تضمنت الاتفاقية الجزائرية الأرجنتينية بموجب المادة 8 منها² على تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بالطرق الودية في أجل 6 أشهر كحد أقصى إذا لم يتم إيجاد حل خلال هذه المدة أو المهلة، فهي خيرت المستثمر الأجنبي إما اللجوء إلى الجهات الوطنية المختصة، أو اللجوء إلى التحكيم الدولي وفقا للإجراءات الخاصة به.

عموما الاتفاقيات التي أبرمتها أو صادقت عليها الجزائر تضمنت شرط اللجوء إلى التحكيم حيث وفرت للمستثمر الأجنبي ضمانات له أكثر أمان وطمأنينة له لا تصافها بالحياد والاستقلالية³

5- موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي:

نصت المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

1- المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية السورية، المرجع السابق.

2- المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الأرجنتينية، المرجع السابق.

3- والي نادية، المرجع السابق، ص 302.

وطبقاً لأحكام هذه المادة إذا كانت الجهات القضائية الوطنية هي المختصة أصلاً في مثل هذه المنازعات يكمن اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود شرط التحكيم في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الجزائر طرفاً فيها أو الاتفاق بين الطرفين على حل الخلافات بينهما عن طرح تحكيم خاص.

وإيماناً من المشرع وبقينا منه أن المستثمر الأجنبي لن يوقع عقد الاستثمار إلا إذا كان شرط التحكيم في بنوده أكد مرة أخرى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 وفي مواده من 1039 إلى 1061 أنه يبقى التحكيم التجاري الدولي وسيلة أو ضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار.

لذلك أصبح مبدأ اللجوء إلى التحكيم كإجراء قانوني معترف به دولياً للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي من أهم الضمانات الممنوحة صراحة للمتعاملين الأجانب بحسب المشرع الجزائري¹.

1- خير الدين سعدي، كمال مجناح، ضمانات الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017، ص 53.

الخاتمة

وختاما لما سبق حاولنا قدر المستطاع من خلال ما تناولناه في موضوعنا هذا سواء عبر الفصول، المباحث، والمطالب، التطرق أو التعرض إلى موضوع في غاية الأهمية في الوقت الحالي ألا وهو الاتفاقيات الثنائية ودورها في حماية الاستثمارات الأجنبية، فكما نعلم وكما سبق لنا الذكر فقد أصبحت الدول في منافسة حادة وشديدة فيما بينها حول استقطاب وجذب الاستثمارات خاصة الأجنبية، فالدول المالكة لرؤوس الأموال تريد أن تربي أموالها والدول النامية تريد الدفع بعجلة التنمية إلى الأمام ولا سبيل لها في ذلك سوى اللجوء إلى الاستثمار الأمني.

فبعد مجموعة من الاجتماعات والمفاوضات أقرت الدول بضرورة إيجاد سبيل لحماية الاقتصاد العالمي خاصة الاستثمار الأجنبي، فأقرت لضرورة اللجوء إلى ما يسمى بالاتفاقيات الثنائية وبعد نجاح هذه الفترة توالت أنظار الدول إليها وكثرت الأفكار التي كتبتها وهنا برز الدور الفعلي للاتفاقيات الثنائية سواء في تشجيع أو حماية الاستثمار الأجنبي.

فهي بالدرجة الأولى عملت على منع الازدواج الضريبي الذي ظل ينقص ويعصف بالاستثمار والاقتصاد ككل، ولطالما كان عبئا وعثرة أمام العديد من المشاريع وذلك عن طريق عقد العديد من الاتفاقيات والتوقيع عليها ومحاولة إبرامها فعليا وعلى أرض الواقع التي تعمل في فحواها على منع فكرة الازدواج الضريبي.

كما أصرت وأكدت على ضرورة تقديم ضمانات للعنصر الأجنبي على أرض الدولة المضيفة له، وأكدت على وجوب المعاملة الحسنة له، وعدم التمييز بينه وبين المستثمر المحلي، وعدم الاعتداد بعنصر أو بعامل الجنسية كمعيار للتفرقة بين الأجانب والوطنيين، كما عملت على إرساء فكرة تحرير الاستثمار وعدم تقييده، وترك المجال للمستثمر لمزاولة نشاطه بكل حرية، ليس هذا فقط إنما عملت على ضرورة تبني فكرة المساواة في الفرص المقدمة للمستثمرين سواء الأجانب أو المحليين أي التكافؤ.

ودور الاتفاقيات الثنائية لم يقف عند هذا الحد بل وأكثر، إذ أنها أقرت آليات حماية سواء على النطاق الداخلي، بحيث أقرت بنظام حماية ملكية المستثمر الأجنبي، وعدم التعرض لها، وفي حالة نزع الملكية أقر له نظام التعويض الذي يجب أن يكون في الأساس مناسباً لمدى الضرر الذي ألحق به أي العنصر الأجنبي أو المالك كما أنها أحاطت هذا التعويض بمجموعة من الشروط تصب كلها في مصلحة المستثمر، ويختلف كيفية أو طريقة تطبيقها كل بلد حسب قوانينه الداخلية.

إضافة إلى تكريس حق حرية تحويل الأموال، وهو حق مكرس قانونياً، إذ يستطيع المستثمر الأجنبي نقل أرباحه ونواتج استثماراته إلى بلده الأم (إضافة إلى حقه في الاستفادة من مبدأ الاستقرار التشريعي).

كما أقرت بضرورة حمايته من الأخطار التجارية وغير التجارية

ومن الطبيعي أن تثار بعض المنازعات بين الطرفين الأجنبي والدولة المضيفة، ولهذا أقرت الاتفاقيات الثنائية، آليات لحل هذا النزاع، وميزت بينها، أي بين الآليات الودية أي التسوية السلمية دون اللجوء إلى القضاء والمحاكم فقد أقرت بحق المستثمر بلجوهه إلى المفاوضات أو التوفيق أو الصلح أو المساعي الحميدة وكذلك التحقيق.

كما أقر له آليات أخرى وهي آليات قضائية كإمكانية لجوءه إلى القضاء وكذلك التحكيم.

إذن، وببقي كل ما ذكرناه عينة بسيطة لدور الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية.

ومن خلال كل ما سبقت مناقشته يمكن القول أننا توصلنا إلى مجموعة من النتائج تتمثل في التالي ولو باختصار:

1. الاتفاقيات الثنائية لها قوة إلزامية أي أن الدول الأطراف أو الدول المبرمة لهذه الاتفاقيات مطالبة بتنفيذ أحكامها، وإلا تعتبر مخالفة وتقع عليها المسؤولية أي العقاب.
2. إن الاتفاقيات الثنائية لا يتوقف دورها فقط في حماية الاستثمار الأجنبي إنما لها دور آخر وهو تشجيعه.
3. أن الاتفاقيات الثنائية تعمل على نطاقين قانوني وتنظيمي ودورها يبدأ منذ دخول العنصر الأجنبي إلى أراضي الدولة المضيفة إلى غاية تصفيته لأعماله، فهي ترسم الطريق الذي ينبغي على كل طرف المشي وفقه، كما تحدد وتبين الحقوق التي يتمتع بها إضافة إلى تبيان الالتزامات الملغاة على عاتقها.
4. الاتفاقيات الثنائية تندرج في ثلاثة نقاط، فالجانب السياسي منها يتعلق بتطبيق المبادئ والقواعد، وكذلك الممارسات الحسنة وتوفير الأمن والأمان للمستثمرين، أما اقتصاديا يتمثل في سعي كل من الطرفين نحو تبني فكرة توصل إلى هدف وهو أكيد الربح، وهو ما يحفز بالدرجة الأولى على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، وهذا طبعا لا يتحقق دون الإصلاحات الاقتصادية وتقديم الامتيازات والعروض المغرية من كلا الجانبين، كما تعمل للوصول إلى فكرة الانفتاح الاقتصادي تماشيا مع متطلبات السوق العالمية، أما سياسيا فقد عملت الاتفاقيات الثنائية على خلق بعض من المرونة على التشريعات الداخلية أي الوطنية كي تتماشى مع حاجات ومتطلبات المستثمرين.
5. الاتفاقيات الثنائية عملت على حماية العنصر الأجنبي وذلك عن طريق تمكينه من اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة.

فإذن، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع ارتأينا تقديم البعض من التوصيات والمقترحات:

1. على الدول التي تبنت إبرام الاتفاقيات الثنائية أن تسعى إلى حل النزاعات التي تنشأ بينها وبين العنصر الأجنبي عن طريق اللجوء إلى القضاء الدولي.

2. بغرض تشجيع الاستثمار الأجنبي على الدول مراجعة القوانين الضريبية.

3. وبالنسبة للدول المتعاملة فيما بينها ضرورة إعادة النظر وصياغة قوانين جديدة، وتطبيقاتها على أرض الواقع بخصوص القوانين الجمركية وخاصة الرسوم الجمركية وكذلك التعريفات وذلك بالعمل ففضها فهي لطالما شكلت عثرة أمام الاقتصاد والاستثمار على حد سواء.

4. كذلك يجب أن يكون في بنود الاتفاقيات الثنائية النص على عصنة النظام المصرفي فهو عنصر جوهري في الاستثمار.

5. يجب حماية المستثمر الأجنبي بشكل أكبر خاصة في الدول التي تعاني من اللاإستقرار الأمني.

6. أيضا إعطاء وسائل الإعلام الفرصة للتعريف والإشهار بالاتفاقيات الثنائية وترغيب دول العالم للجوء إلى إبرامها.

7. عند صياغة بنود الاتفاقيات الثنائية لابد من الاستعانة بخبراء متمكنين في هذا الموضوع، لأنها تستوجب بعض من الدقة في صياغتها.

وبهذا القدر يكون إن شاء الله قد وفقنا في عملنا وخير ما نختم به قول الرسول صلى الله عليه وسلم " فمن اجتهد وأصاب فله أجران ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد".

وكما قال العماد الأصفهاني:

" لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قد هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل".

قائمة المراجع

1. باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1- إبراهيم متولي حسن، دور حوافز الاستثمار في تفعيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 2- أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 3- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990.
- 4- تريبه عبد المقصود محمد مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 5- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 6- حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962.
- 7- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 8- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.
- 9- رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل للنشر، عمان، 2001.

- 10- رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 11- سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1993.
- 12- عبد الحميد غيار، تسوية المنازعات الإقليمية العربية بالطرق السلمية (في إطار ميثاق جامعة الدول العربية)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، بيروت، 1964.
- 14- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
- 15- عبد المومن بن الصغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للإستثمارات الأجنبية، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
- 16- عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 17- عمر سعد الله، دراسات في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر، الجزائر، 2010.
- 18- عمر عبد الله سعيد، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 19- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر، الجزائر، 2014.

20- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومه، 2004.

21- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

22- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الجزء الثاني، 2005.

23- هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1988.

24- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000.

25- هني محمود مصطفى عبد الرحمن، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1990.

26- يوسف مسعدي، دراسات في التجارة الدولية، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية (الأطروحات)

أ- رسائل الدكتوراه:

1- أحمد صفوت أحمد، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

2- أحمد كاظم محيبس، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة القانون العام، مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2015.

3-أوباية مليكة، المعاملة الإدارية للإستثمار في النشاطات المالية وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

4-حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

5-سعد الجدار، دور القاضي الوطني في تفسير وتطبيق قواعد القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1992.

6-عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.

7-كتو محمد الشريف، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، 2006.

8-والي نادية، النظام القانوني الجزائري للإستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الإستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

ب- رسائل الماجستير:

1- أوباية مليكة، مبدأ حرية الإستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

2- **أولعربي جمال**، دور القاضي الوطني في تقدير العناصر المكونة لجريمة الغش الجبائي الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3- **بن بريكة فاطمة الزهراء**، دور الاتفاقيات الثنائية في ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.

4- **بن شنتي حميد**، الإمتيازات المالية للإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.

5- **بوقرة إيمان**، كيفية تفادي الإزدواج الضريبي في إطار الاتفاقيات الجبائية الدولية، دراسة حالة الاتفاقية الجبائية الجزائرية الفرنسية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الماناجمنت، تخصص مالية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة أوت 1955، سكيكدة، 2009-2010.

6- **حرزي لونس**، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013.

7- **دحماني سامية**، تقييم مناخ الاستثمار ودوره في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر، حالة الجزائر في ظل الإصلاحات الاقتصادية العشرية 1988-1998، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص نقود ومالية، جامعة الجزائر، سنة 2004.

8- **سالم ليلى**، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012.

9- سليمان شيريفي، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، أطروحة لنيل شهادة ماجستير في العلاقات الدولية، فرع القانون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1985.

10- عاشور شوشو، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2007-2008.

11- علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.

12- لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.

13- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009-2010.

14- منى بوفتالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014.

15- نزيوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006.

ج- مذكرات الماجستير:

- 1- أحمد طالب حسين وعبد الرزاق بختي، آليات حماية المستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل الماجستير الأكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018.
- 2- أمال قاسمي، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016-2017.
- 3- بلحميدي وفاء، أكل إيمان، مدى فعالية الطرق البديلة لحل منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تيموشنت، 2017-2018.
- 4- بن قداش حياة، مبدأ الدولة الأول بالرعاية وعلاقته بتنفيذ القرارات وحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون دولي عام، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.
- 5- بندير خديجة، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، 2018-2019.
- 6- خير الدين سعدي، كمال مجناح، ضمانات الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.

7-سمية طواهري، آمال كموقات، تسوية منازعات الاستثمار بالاتفاقيات الثنائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2015-2016.

8-لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017.

ثالثا: المقالات والمدخلات:

أ- المقالات:

1-أوباية مليكة، عن فعالية قواعد القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمار الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن مرة، بجاية، عدد 3، ص ص 117-124.

2-_____، مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 02، جامعة تيزي وزو، سنة 2010، ص ص 238-261.

3-إيمان العباسية شتيح، " نظام التعويض في مجال نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2011، ص ص 249-266.

4-بيترتي موشلينسكي، الشركات المتعددة الجنسيات والقانون، مقال صادر عن مطبعة جامعة أوكسفورد 2008، ص ص 27-32.

5-جعيرن بشير، "إتفاقية الشراكة الثنائية لجذب الاستثمار في الجزائر"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2021، المركز الجامعي أفلو، الأغواط، 2021، ص ص 193-205.

6- حسام الدين كامل الأهواني، "المعاملة القانونية للاستثمارات في مصر"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 03، جامعة عين الشمس، مصر، ص ص 31-45.

7- خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص ص 170-179.

8- عيبوط محند وعلي، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، سنة 2010، ص ص 100-128.

9- نور الدين بوسهوة، " دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمارات الأجنبية"، مجلة الصراط، السنة الخامسة، العدد 10، ديسمبر 2004، ص ص 275-287.

ب- المداخلات:

1- حسين نواره، التحكيم التجاري الدولي في إطار الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بجاية يومي 14 و 15 ماي 2006.

2- سعاد مالح، مقال حول المقومات الجبائية لجذب الاستثمار الأجنبي، الملتقى الوطني في إطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 6 ديسمبر 2016.

3- ولد رابح صافية، نسبية مبدأ حرية التجارة والصناعة في القانون الجزائري، ملتقى وطني حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، يومي 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، كلية الحقوق، جامعة جيجل.

رابعاً: النصوص القانونية

أ. الدساتير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المنشور بموجب بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 بتاريخ 7 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، الصادرة بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج عدد 25، صادرة في 14 أبريل 2002، بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016، بالقانون رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.ج عدد 82، صادرة في 30 ديسمبر 2020.

ب. الاتفاقيات الدولية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المتضمن المصادقة على إتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين المغرب العربي الموقعة في 03/07/1990 ج.ر.ج.ج عدد 06.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 14 ديسمبر 1998، يتضمن الاتفاق المبرم بين الجزائر وسوريا حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في دمشق بتاريخ 1998/12/27، ج.ر.ج.ج عدد 97 لسنة 1998.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 02 أكتوبر 2000 المتضمن المصادقة على البروتوكول الإضافي بين الجزائر وألمانيا الإتحادية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليها في الجزائر بتاريخ 11 مارس 1996، ج.ر.ج.ج عدد 58 لسنة 2000.

4-مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998، يتضمن التصديق على الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع عليها في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1979، ج.ر.ج. عدد 76 لسنة 1998.

5-مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 18 مايو 1991، ج.ر.ج. عدد 46 سنة 1991.

6-مرسوم رئاسي رقم 2000-247 مؤرخ في 22 أوت 2000، يتضمن التصديق على الإتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة النيجر المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات موقع في الجزائر 16 مارس 1998، ج.ر.ج. عدد 52 سنة 2000.

7-الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقع عليها بتاريخ 13 فبراير 1993 المتعلق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات الأرجينية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 جانفي 1994، ج.ر.ج. عدد 01 صادرة في 02 جانفي 1994.

8-الاتفاقية الجزائرية مع سلطة عمان بتاريخ 4 أكتوبر 2000، المتعلقة حول التشجيع المتبادل للإستثمارات المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-223 مؤرخ في 22 نوفمبر 2002، ج.ر.ج. عدد 44 الصادرة في 26 يونيو 2002.

9-الاتفاقية الجزائرية الإسبانية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، صادرة بتاريخ 26 أبريل 1995.

10- الاتفاق حول ترقية والحماية المتبادلة للاستثمار بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الإيرانية، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 05-75، ج.ر. عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

ج. النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم

2- مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 25 أبريل 1993، يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993، (ملغى)

3- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001، معدل ومتمم.

4- قانون رقم 82-13، مؤرخ في 28 غشت 1982، يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، ج.ر. عدد 35، الصادرة في 9 غشت 1982، معدل ومتمم بموجب القانون 86-13، مؤرخ في 19 غشت 1986، ج.ر. عدد 35، صادرة في 27 غشت 1986.

1- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 جانفي 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008.

2- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر. عدد 46 صادرة في 03 أوت 2016، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 مؤرخ في 13 جويلية 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج.ر.ج. عدد 42، صادرة في 15 جويلية 2018.

3- قانون رقم 19-11، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، ج.ر. عدد 21، صادرة في 08 ماي 1991.

د. الوثائق والتقارير:

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للإستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، تقرير الدورة السادسة والعشرون، الملحق 21 تاريخ 17 مايو 2010، الامم المتحدة.

2- المصدر: إحصائيات تابعة لوزارة المالية الجزائرية 2003.

3- إتفاقية فيينا التي إعتمدت بموجب مؤتمر الأمم المتحدة لقانون المعاهدات بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2166 المؤرخ في 5 ديسمبر 1966 وكذا القرار 2287 المؤرخ في 6 ديسمبر 1967، وقد دخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في 27 يناير 1980.

4- ألمانيا-باكستان bit، وفي أول معاهدة ثنائية، وتمت بين ألمانيا وباكستان، تم التوقيع عليها في 25 نوفمبر 1959.

خامسا: المواقع الالكترونية

1- الأونكتاد، وضع قواعد الإستثمار الدولي، حصر المنجزات والتحديات والطريق إلى الأمام، سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الإستثمار الدولية لأغراض التنمية، الأمم المتحدة، 2008، ولمزيد من المعلومات يمكن الاطلاع على:

[www.u3ctad.org/en/docs/webdiaeia20096 en PDF world investment report 2009](http://www.u3ctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en_PDF_world_investment_report_2009)

2- www.mtess.gov.dz

3- Hrlibrary.umn.edu

سادسا: القواميس والمعاجم:

1- قاموس المعاني العربي المتعدد اللغات والمجالات www.almany.com

I- Ouvrages :

- 1- **ALLiam Referm, Martin huter, Urray Smith**, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, LJDEJ, Paris, 1994.
- 2- **Blaise jean, Bernard**, Droit des affaires (commerçants, Concurrence, Distribution) LGDJ, Paris, 1999.
- 3- **David (R)**, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982.
- 4- **EL-Ahdab Abdul-hamid**, L'arbitrage dans les pays arabes, Economica, Paris, 1988.
- 5- **Haroun mehdi** :Le régime des investissements en Algérie a la lumière des convention franco- algériennes, Litec, Paris, 2000.

II. Les thèses :

- 1- **Hosni EL-GAMAL**, L'assurance des investissements étrangers dans les payes sous développés, contre les risques non commerciaux-(Pays arabes), thèse de doctorat, fac de droit et des sciences Economiques, Université Paris 1, 1970.

III- Articles et revues :

- 1- **Ben hemida Walid**, L'arbitrage Etat investisseur étrangère regard sur les traites et projets récréments. JDIN2, 131 Année 2004.

2-**Julliard (p)**, le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ? R.D.P.C.I, vol 13, N°01,1987

3-**Zouaimia Rachid**, le régime des investissements étrangers en Algérie journal de droit international, N°3, 1993.

01.....	مقدمة.....
04.....	الفصل الأول: إعتامد الاتفاقيات الثنائية في حماية الاستثمارات الأجنبية.....
05.....	المبحث الأول: ماهية الاتفاقيات الثنائية.....
05.....	المطلب الأول: مفهوم الاتفاقيات الثنائية.....
05.....	الفرع الأول: تعريف الاتفاقيات الثنائية.....
10.....	الفرع الثاني: نشأة وتطور الاتفاقيات الثنائية.....
15.....	الفرع الثالث: مضمون الاتفاقيات الثنائية ودورها.....
15.....	أولاً: مضمونها.....
16.....	ثانياً: دورها.....
17.....	المطلب الثاني: مراحل إبرام الاتفاقيات الثنائية وأثارها.....
17.....	الفرع الأول: مراحل إبرام الاتفاقيات الثنائية.....
17.....	أولاً: التفاوض.....
18.....	ثانياً: تحرير نص إتفاقية أو صياغته.....
20.....	ثالثاً: التوقيع على الإتفاقية.....
22.....	رابعاً: المصادقة على الإتفاقيات.....
23.....	الفرع الثاني: أثار الإتفاقيات الثنائية.....
23.....	أولاً: أثار الاتفاقيات إزاء أطرافها.....
24.....	ثانياً: أثار الإتفاقيات إزاء الغير.....
26.....	ثالثاً: إنتهاء الإتفاقية.....

28.....	المبحث الثاني: أنواع الاتفاقيات الثنائية ونطاق تطبيقها
28.....	المطلب الثاني: أنواع الإتفاقيات الثنائية
28.....	الفرع الأول: إتفاقيات ثنائية مساهمة في تشجيع الاستثمار الأجنبي
31.....	الفرع الثاني: الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية من الإزدواج الضريبي
35.....	أولاً: شروط الإزدواج الضريبي
36.....	ثانياً: منع الإزدواج الضريبي بواسطة الإتفاقيات الدولية الثنائية
39.....	ثالثاً: سبل معالجة الإزدواج الضريبي الدولي
41.....	المطلب الثاني نطاق تطبيق الاتفاقيات الثنائية
42.....	الفرع الأول: النطاق الشخصي والإقليمي
42.....	أولاً: النطاق الشخصي (المستثمر)
46.....	ثانياً: النطاق الإقليمي
47.....	الفرع الثاني: النطاق الزمني لتطبيق الإتفاقيات الثنائية
50.....	الفصل الثاني: مظاهر الحماية التي توفرها الاتفاقيات الثنائية للاستثمار الأجنبي
51.....	المبحث الأول: الآليات الحمائية المقدمة للمستثمر الأجنبي
51.....	المطلب الأول: الضمانات المقدمة للمستثمر الأجنبي
51.....	الفرع الأول: المعاملة الوطنية
53.....	أولاً: مضمون مبدأ المعاملة الوطنية
55.....	ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة المعاملة الوطنية
56.....	ثالثاً: أكثر ما يعاب على شرط المعاملة الوطنية

56.....	الفرع الثاني: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.
58.....	أولاً: مجال تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.
58.....	ثانياً: الاستثناءات على شرط الدولة الأولى بالرعاية.
60.....	الفرع الثالث: مبدأ المعاملة بالمثل.
61.....	الفرع الرابع: مبدأ حرية الاستثمار.
64.....	الفرع الخامس: مبدأ المساواة بين المستثمرين.
66.....	المطلب الثاني: آليات الحماية من المخاطر التجارية والمخاطر غير التجارية.
67.....	الفرع الأول: الحماية من المخاطر غير التجارية.
74.....	الفرع الثاني: الحماية من المخاطر التجارية.
83.....	المبحث الثاني: آليات تسوية المنازعات.
83.....	المطلب الأول: آليات التسوية الودية.
84.....	الفرع الأول: المفاوضات.
85.....	الفرع الثاني: التوفيق.
87.....	المطلب الثاني: الآليات القضائية.
95.....	الفرع الأول: التحكيم.
96.....	الفرع الثاني: التحكيم على أساس الاتفاقيات الثنائية.
102.....	خاتمة.
106.....	قائمة المراجع.
121.....	الفهرس.

المخلص:

تعتبر الاتفاقيات الثنائية للاستثمار أهم وسيلة لتنفيذ الاستثمارات الأجنبية وأكثرها إستعمالا على مستوى العلاقات الاقتصادية، نظرا للدور الكبير الذي تجسده سواء بالنسبة للدول النامية الراغبة في النهوض بإقتصادياتها ودفع عجلة التنمية فيها، كذلك بالنسبة للدول المتقدمة المالكة لرؤوس الأموال وكل المؤهلات الصناعية والتي تكون في أغلب الأحيان راغبة في استثمارها لذا نجد أن العالم إتجه نحو هذه الفكرة.

كما تعمل الاتفاقيات الثنائية على خلق جو يسوده التوازن بين مطامع الدول المتقدمة وكذلك الدول النامية، كما تقوم على مبدأ مهم وهو حماية الاستثمار الأجنبي سواء بتقديم ضمانات له، والعمل على حماية من المخاطر سواء التجارية وغير التجارية، كذلك عملت الاتفاقيات الثنائية في مضامينها على إقرار آليات سواء ودية أو قضائية لتسوية المنازعات في حالة نشوبها بين الدولة المضيفة للاستثمار والعنصر أو المستثمر الأجنبي.

الكلمات الدالة :

الاتفاقية الثنائية؛ الاستثمار الأجنبي، آليات الحماية؛ التحكيم.

Résumé :

Les accords bilatéraux d'investissement sont le moyen le plus important de mettre en œuvre les investissements étrangers et le plus largement utilisé dans les relations économiques, compte tenu du rôle important qu'elles ont joués a la fois pour les pays en développement qui souhaitent promouvoir leur économie et leur développement. Ainsi que pour les pays développés avec leurs capitaux et qualifications et compétences industrielles. qui sont très souvent disposés a investir.

Les accords bilatéraux créent un climat d'équilibre entre les aspirations des pays développés et des pays en développements et sont fondés sur un principe important de protection des investissements étrangers en fournissant des garanties et en les protégeant contre les risques commerciaux et non commerciaux.

Les accords bilatéraux ont travaillé dans leurs contenus a l'approbation des mécanismes de règlements a l'amiable ou judiciaires des différends au cas ou ils surgiraient entre l'Etat hôte de l'investissement et l'élément investisseur étranger.

Mots clé :

les traités bilatéraux ; l'investissement étranger ; mécanismes de protection arbitrage