جامعة مولود معمري – تيزي وزو–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون – نظام ل.م.د

مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص : قانون أعمال

من إعداد الطالبتين :

عبد الرحيم فيروز

ضياف ويزة

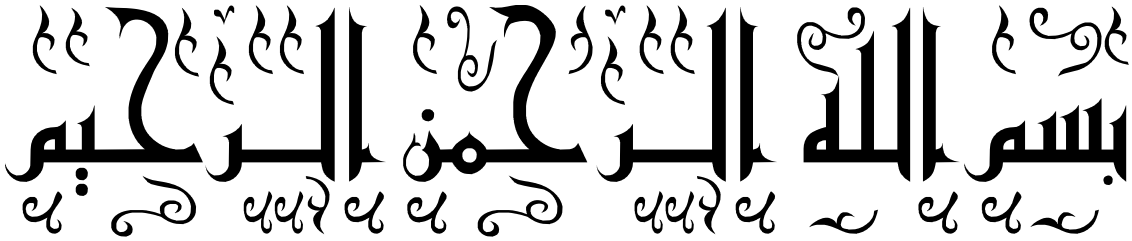
تحت إشراف الأستاذة:

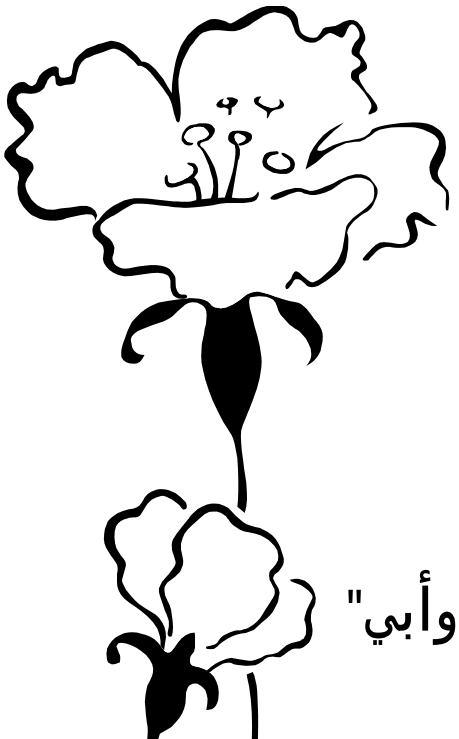
د/ صبايحي ربيعة

لجنة المناقشة:

- د/ إقلولي– ولد رابح صافية، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا
- د/صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة (أ)،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... مشرفا ومقررا
- .د/تيزا– حسين نوارة، أستاذة محاضرة (أ)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ...ممتحنا

تاريخ المناقشة: 21-10-2015


بسم الله الرحمن الرحيم



إهداء

إلى منبع الحنان والعطاء و الصبر"أمي وأبي"

أطال الله في عمرهما

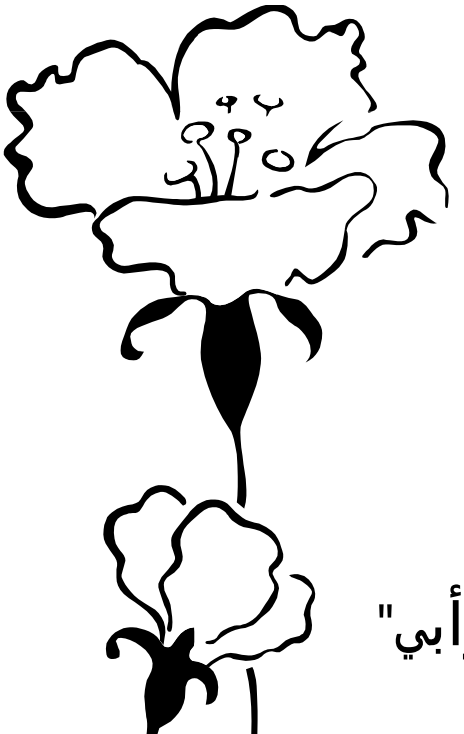
إلى إخوتي وأخواتي وزوجي

إلى شريكتي في هذا العمل والتي قضيت معها

أوقات الحزن والفرح.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

ويزة



إهداء

الشكر لله

إلى منبع الحنان والعطاء و الصبر"أمي وأبي"

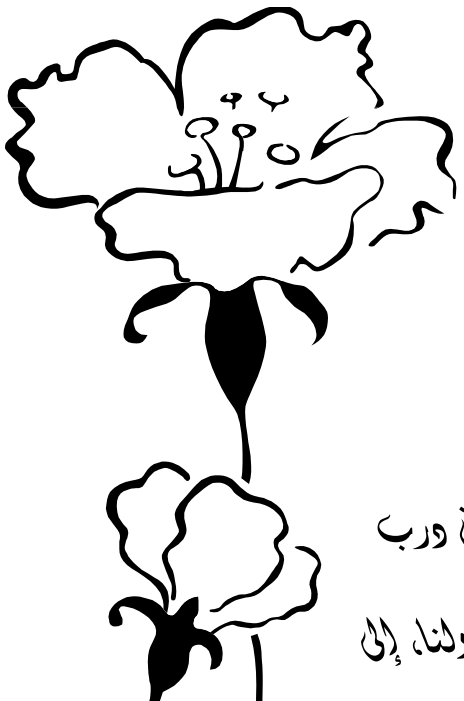
عاى

كل المجهودات المبذولة طيلة سنوات الدراسة

أطال الله في عمرهما

إلى إخوتي حبا ومودة

فيروز



كلمة شكر

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أشعل شمعة في درب تعلمنا، وإلى من وقف على المنابر من أجل تنوير عقولنا، إلى كل الأساتذة الكرام في كلية الحقوق بجامعة مولود معمري، و

أتوجه بالشكر الخاص إلى الأستاذة المشرفة

"صبايحي ربيعة"

التي وجهتنا طوال فترة العمل و لم تبخل علينا بالمادة العلمية، وبالتشجيعات و رفع المعنويات.

فيروز وويزة

مقدمة

مقدمة

لا يختلف اليوم اثنان على أن الاستثمار الأجنبي أصبح واقعا ملموسا تعيشه كل دول العالم، وقد تجلت مظاهره في جميع الجوانب السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، فما من دولة اليوم تستطيع أن تنكر أو تصرف النظر عن كونه مصدرا لتدفق رؤوس الأموال والحصول على العملة الصعبة وكذا التطور التكنولوجي.

ونظرا لأهمية الاستثمار الأجنبي لدولة المضيفة، فهي تسعى إلى توفير مناخ يساهم في جذب مستثمرين أجانب إلى إقليمها وذلك في جميع المجالات، سواء بتوفير أسواق كبيرة وتوفير الأمن والاستقرار السياسي والاقتصادي.

يعتبر تحقيق أرباح باهظة في عملية الاستثمار الأجنبي الهدف والمقصد الوحيد من وراء لجوء المستثمر إلى استثمار أمواله على إقليم دولة غير دولته الأصلية وارتباطه بها بواسطة عقد استثمار، لكن تحقق هذا الهدف غير مضمون، فغالبا ما يتعرض المستثمر الأجنبي إلى أخطار تعرقل هدفه وقد تصل إلى درجة حرمانه من ملكيته، مما يترتب عنه قيام مسؤولية الدولية لدولة المضيفة والالتزام بتصحيح الأثر المترتب عن تصرفاتها، فوفقا للقاعدة العامة في الالتزامات، أن لكل أثر هو تنفيذه، وبذا تكون الدولة ملزمة بتنفيذ التزامها المتمثل في دفع تعويض للمستثمر كحق له عما لحق به من ضرر[1].

إن المخاطر المرتبة لحق المستثمر الأجنبي في التعويض، تندرج ضمن المخاطر السياسية أو المخاطر غير التجارية التي تتولد عن تصرفات الدولة ولا يرتبط حدوثها بالمخاطر التجارية أو أي تصرف صادر من المستثمر.

ووفقا لقواعد القانون الدولي والقوانين الداخلية للدول المضيفة وكذا العرف الدولي, يتم تعويض المستثمر الأجنبي عن الأخطار غير التجارية التي يتعرض لها على إقليم الدولة المضيفة والمتمثلة في نزع الملكية والتأميم كأقصى خطر يمكن أن يتعرض له المستثمر الأجنبي ويؤدي إلى حرمانه من ملكيته، إضافة إلى أخطار أخرى كلجوء الدولة إلى فسخ العقد دون إرادة المستثمر الأجنبي، و مواجهة خطر تحويل العملة، إضافة إلى خطر الحروب و الإظطرابات.

1- نوارة حسين،التعويض في الإستثمار الأجنبي، مجلة الفقه والقانون، مجلة مغربية، العدد السادس عشر، فبراير 2014 www.majalah. new. ma, www.majalah-droit. Ici.st

لكن نظرا لارتباط مسألة التعويض با لاقتصاد العالمي، وانقسام العالم إلى مجموعتين، عالم يتكون من دول غربية تتميز با التطور وإمكانيات مالية، وعالم ثاني يتكون من دول سائرة في طريق النمو تعاني من قلة الإمكانيات وعدم الاستقرار، أدى إلى ظهور اختلافات وبروز أراء مختلفة حول أحقية المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض، فبينما تساند الدول الغربية المستثمر الأجنبي في الحصول على حقه في تعويض عادل، حال، وفعال من قبل الدولة المضيفة كمقابل عن إجراءات نزع الملكية والتأميم، أو أي إجراء أخر مماثل، نجد ان الدول النامية لا تؤيد هذا الموقف باعتبار أن نزع الملكية والتأميم يمثلان مبدأ سيادة الدولة على إقليمها وأي تعويض يفرض عليها يعتبر مساس به.

لكن إذا رجعنا إلى الممارسات الدولية لدول، والاتفاقيات المبرمة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها، نجدها تتضمن نصوصا تقضي بتعويض المستثمر عن كل إجراء اتخذته الدولة، مما يبين تراجع الدول النامية عن موقفها السابق تجاه مسألة التعويض، وبذا هو إقرار للدول بهذا الحق، كما تبين مختلف هذه الاتفاقيات أن التعويضات التي تم تأديتها كانت وفقا لإمكانيات الدول خاصة الدول النامية، فغالبا ما يكون التعويض جزئيا ويدفع على فترات متباعدة وهذا تجريد من مفهومه الذي تتبناه الدول الغربية.

يعتبر الحق في التعويض حق دستوري تقرر بموجب المادة 20 من دستور 1996 ومشروع نظرا للمبادئ التي يرتكز عليها وتضفي عليها صفة المشروعية، فإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي في مشروعه الاستثماري شرط لاستحقاق التعويض والمطالبة به حق يتجسد بوقوع الضرر، وكذا استنادا إلى مجموعة من المبادئ، فمبدأ الحقوق المكتسبة يمنح الحق في التعويض نظرا لاكتساب المستمر حقوقا لا يمكن سلبها منه، وتحقيق ثروة بدون سبب فوفقا لمبدأ الإثراء بلا سبب التعويض حق, إضافة إلى هذا الإخلال بالعقد يرتب تنفذ التزام.

رغم إقرار القانون الدولي بالالتزام با التعويض إلا أنه لم يتضمن قواعد قانونية تبين مختلف الأحكام المتعلقة بمضمونه مما يستدعي اللجوء إلى نصوص الاتفاقيات الثنائية التي تعطي أكثر تفاصيل حول أوصاف وطرق تحديده.

والجزائر باعتبارها من البلدان السائرة في طريق النمو وحرصها على مسايرة المستجدات كي لا تظل في معزل عن الاقتصاد العالمي، فقد أدرجت في دساتيرها وقوانينها الداخلي وكذا قوانينها الاتفاقية شرط التعويض، ونصت بنودها على أوصاف التعويض المتمثلة في التعويض العادل والسريع والمناسب والفعلي، وكذا طرق تحديده وفقا للقيمة السوقية والقيمة الحقيقية والاقتصادية للمشروع.

لكن برغم من أن كل القوانين الدولية والداخلية للدول تلزم الدولة المضيفة بدفع التعويض، إلا أن تخوف المستثمر من عدم التزام الدولة به أو عدم تغطيته للضر، جعله يلجأ إلى جهات أخرى تضمن له تعويض عن الخطر غير التجاري الذي ألحق به ضرر، وذلك بموجب عقد ضمان استثمار دولي ووفقا لمجموعة من الأحكام التي تتضمن شروط وإجراءات يتم التقيد بها لضمان هذا الحق.

وبذا فإن المستثمر الأجنبي يمكنه ان يتحصل على تعويض عما أصابه من ضرر في الدولة المضيفة إما من طرف الدولة نفسها وإن تعذر ذلك فهيئات الضمان تتكفل بهذا الالتزام.

إن الهدف من هذا البحث هو التعرف على واقع التعويض في مجال الاستثمار الأجنبي، من خلال دراسة مختلف الأسس القانوني التي يؤسس عليها المستثمر الأجنبي للحصول على حقه، كما نتطرق أيضا إلى الرأي الدولي حول مسألة التعويض، وكذا موقف الجزائر الذي يتجسد في قوانينها الداخلية والاتفاقية، وعلى هذا الأساس سوف نعالج الموضوع بمنهج تحليل لنحاول الإجابة عن الإشكالية المطروحة حول:

النظام القانوني للتعويض المترتب عن تصرفات الدولة إتجاه المستثمر الأجنبي؟

تحليل هذه الإشكالية يكون من خلال فصلين:

الفصل الأول: قيام المسؤولية الدولية للدولة تجاه المستثمر الأجنبي.

الفصل الثاني: أحكام تعويض المستثمر الأجنبي.

الفصل الأول

الفصل الأول

قيام المسؤولية الدولية للدولة تجاه المستثمر الأجنبي

تمر الدولة بمراحل وأحداث في نظام الحكم قد تجرها إلى اتخاذ إجراءات إدارية تجارية ومالية تمس بمصالح المستثمرين الأجانب الذين يستثمرون أموالهم في تلك الدولة تعود بأضرار عليهم وعلى أموالهم وأملاكهم، بحيث بعض هذه الإجراءات تصل إلى درجة حرمان المستثمر من ملكيته[1].

أقصى إجراء يمكن أن تتخذه الدولة المضيفة في حق المستثمر الأجنبي هو حرمانه من أمواله أو المساس بمصالحه المالية مما يستدعي دفع تعويض له كمقابل[2].

والتعويض المترتب عن حرمان المستثمر من ملكيته من جراء نزع الملكية والتأميم يعتبر من أهم الآثار المعترف بها دوليا ويصنف من بين أهم الشروط التي تشترط لاعتبار الإجراءات الصادرة من الدولة مشروعة، باعتبارها إجراءات من حق الدولة وتستمدها من سيادتها الاقتصادية والسياسية[3].

كما أن الدولة غالبا ما تلحق أضرار بالمستثمر نتيجة اتخاذها إجراءات تتعلق بتحويل العملة، أو الإخلال بالعقد، إضافة إلى أخطار الحرب، مما يرتب على عاتقها الالتزام بتعويض.

1- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية، 2006/2005، ص109

2- شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تاريخ المناقشة، 11/ 06/ 2009، ص142

3- نوارة حسين، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تاريخ المناقشة، 16/ 5/ 2013، ص206.

فاعتبار إجراءات الدولة غير مشروعة دوليا شرط المسؤولية الدولية، والهدف هو منح المستثمر الأجنبي ضمانا ومنحه الحماية التي هي من أكثر الأسباب التي تجعل تصرفات الدولة يترتب عنها الحق في التعويض .

المسؤولية الدولية تترتب على البلد المضيف من أجل إصلاح الضرر الذي لحق المستثمر الأجنبي، وذلك بمنحه تعويض[1]، لأن قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة ينطوي على ترسيخ وتكريس حق المستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض (المبحث الأول) الذي يتوقف على شروط في القانون والاتفاقيات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأساس القانوني لتعويض المستثمر الأجنبي

يتقرر للمستثمر الذي انتزعت منه الملكية الحق في التعويض اعتبارا لأضرار اللاحقة به، الالتزام بدفع هذا التعويض للمستثمر حق مقرر في قواعد القانون الدولي، والامتناع عن منحه إخلال بقواعد هذا القانون، كما أن الحق في التعويض مقرر بمقتضى العرف الدولي ويعتبر من بين الحقوق الأساسية التي تضمن الحد الأدنى لحقوق الأجانب، والاعتراف الدولي به يتجسد في الاتفاقيات الدولية، حيث تقر فيه الدول الحق في الحصول على التعويض مقابل حرمان المستثمر من ملكيته،[2] بالتالي ليس لدولة أن تتهرب أو تتنصل من هذا الحق محتجة أنها لم تمنحه لمواطنيها أو أن في التزامها بالتعويض إخلال بمبدأ المساواة[3].

1- نوارة حسين، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص206 .

2- طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تاريخ المناقشة 21 06،2012 ، ص 274

3- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، دون تاريخ النشر، ص67

لأن التزام الدولة بمنح التعويض للمستثمر هو حق مختلف أو منفصل عن التزامها بمبدأ المساواة، فمعاملتها لرعاياها على النحو الذي تراه مناسبا من اختصاصها الداخلي المطلق لا يسمح لها أن تعامل الأجانب معاملة تمنعهم من الحد الأدنى لحقوقهم المقررة في العرف الدولي[1]، باعتبار أن القانون الدولي يقر بحق المستثمر الأجنبي في التعويض عن المخاطر(المطلب الأول) رغم الاختلافات السائدة حول مفهوم الحق في التعويض(المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعويض على أساس المخاطر

يعتبر الحق في التعويض عما يتعرض له المستثمر من أخطار في الدولة المضيفة من أهم المسائل التي تناولتها الدول في قوانينها ودساتيرها، حيث تؤكد الدول بمقتضاها حق المستثمر في التعويض وتلزم بدفعه كمقابل عما لحق به من ضرر من جراء المخاطر التي تعرض لها.

والقانون الدولي يلزم الدول بدفع تعويض مقابل المخاطر، وفي نفس السياق تطرقت المحاكم الدولية والداخلية إلى الإقرار بهذا المبدأ لتغطية الأضرار الناجمة عن المخاطر, و اعتبر عدم الالتزام به بمثابة اعتداء على قواعد القانون الدولي[2]، ونظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال التعاون الاقتصادي والتبادل التجاري وماله من فائدة على المستثمر وعلى الدولة المضيفة حث وزير الولايات المتحدة الأمريكية على ضرورة تقبل الالتزامات الدولية أي الدولة تدفع تعويض عن الأخطار التي سببتها للمستثمر الذي أكسبها حقوق باستثماره على أرضها[3].

1- هشام علي صادق، حماية المال الأجنبي، مرجع سابق، ص 97

2-. بوذريعات محمد، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة و المالية، جامعة بن عكنون الجزائر، دون تاريخ المناقشة، ص67

3- جاء في تصريح وزير الولايات المتحدة الأمريكية في تعبير عن وجهة نظر بلاده حول مسألة التعويض ما يلي (عندما ترغب دولة في إقامة علاقات ودية مع دولة أخرى تضع القوانين التي تستثمر بمقتضاها الأموال وتعقد العقود وتكتسب الحقوق المالية بواسطة مواطني الدولة الأخرى بطريقة، ومن الشروط الأساسية لإقامة علاقة ودية أن تتقابل الالتزامات الدولية)

والأخطار التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي مرجعها إما لظروف غير تجارية نتيجة إجراءات اتخذتها الدولة فهي مخاطر مرتبة للتعويض (الفرع الأول) وإما لظروف تجارية ليس للدولة دخل فيها فهي مخاطر غير مرتبة للتعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المخاطر المرتبة للتعويض

المخاطر المرتبة للتعويض هي مخاطر غير تجارية التي تخل بالتوازن الاقتصادي للمشروع الاستثماري، فكل إجراء تشريعي أو إداري يمكن أن تتخذه الدولة المضيفة بصورة مباشرة أو غير مباشرة تؤثر من خلاله على الوضعية الاقتصادية والمالية للمستثمر[1].

نذكر من بين المخاطر غير التجارية المخاطر السياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة والإجراءات الانفرادية التي تتخذها في إطار ممارستها لسيادتها والتي تلحق أضرار بملكية المستثمرين الأجانب، وتعتبر إجراءات نزع الملكية والتأميم من أكبر المخاطر التي يتعرض لها المستثمر وتحرمه من ملكيته، إضافة إلى خطر الحروب والاضطرابات,وخطر تحويل العملة،وخطر الإخلال بالعقد.

أولا: نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم

تعتبر عملية نزع الملكية للمنفعة العامة في مجال الاستثمار من أكبر المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدول المضيفة، فبدافع المنفعة العامة يتم تحويل الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي إلى ملكية عامة تتولى الدولة المضيفة إدارتها وتسييرها[2] .

1- ذهبية صراح، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون التخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة،30 ، 06، 2012، ص54

2- ووفقا للقاموس القانوني نزع الملكية (هو إجراء يمكن لإدارة بواسطته إرغام شخص بالتخلي عن عقار لفائدة أو لمصلحة عامة) وذلك بمقتضى قرار إداري تصدره الإدارة المختصة وهو حق مخول لها بمقتضى سيادة الدولة على إقليمها ويترتب على الدولة المضيفة مسؤولية دولية وهي دفع تعويض عادل ومنصف للمستثمر.

إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تمس العقارات دون المنقولات، وبالنسبة للمقابل تقوم الدولة بتعويض المالك وفقا للنصوص القانونية على أن يكون هذا التعويض مناسبا للقيمة الحقيقية للعقار، وتختص محاكم الدولة التي اتخذت إجراءات نزع الملكية بتسوية كل نزاع حول مشروعيته أو مدى التعويض[1].

وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية الخاصة بإجراءات نزع الملكية نجدها تتضمن في محتواها شرط منح التعويض للمستثمر كمقابل عما تعرض له من ضرر جراء هذه الإجراءات المتخذة من طرف الدولة المضيفة[2].

حيث تحتوي نصوص الاتفاقيات الثنائية على أحكاما تنص على منح التعويض للمستثمر في حالة تعرض المشروع الاستثماري إلى إجراءات نزع الملكية، والاتفاقية المبرمة بين فرنسا والسويد تنص على وجوب منح تعويض في كل عملية نزع ملكية يتعرض لها المستثمر[3].

1- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص249

2- أمر رقم 91/ 11، مؤرخ في21 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر في08/ 05/ 1991.

- مرسوم تنفيذي رقم 93/ 186، مؤرخ في 27جويلية 1993، يحدد كيفيات تطبيق قانون رقم 11/91 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية، عدد 51 لسنة 1993.

3- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الفرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، تاريخ المناقشة 03/06 /2013 م، ص ص 76، 77، 78.

والمادة 13 من ميثاق الطاقة لسنة 1992 تمنع كل دولة مستقبلة وطرف في الميثاق اتخذت إجراءات تحرم المستثمر من أملاكه إلا إذا كانت في إطار القانون الدولي العرفي والذي يشترط المنفعة العمومية وراء ذلك أو التأميم وعدم التمييز وكذا منح تعويض عادل ومنصف وفوري .

واتفاق التبادل الحر لدول أمريكا الجنوبية تنص المادة 1110 على منح تعويض عادل ومنصف طبقا للمواد التي يتضمنها الاتفاق كمقابل لإجراءات الحرمان من الملكية.

كما نجد الفرع الرابع الفقرة الأول من تعليمات البنك العالمي الصادر في 1994 أحكاما خاصة بنزع الملكية مقابل تعويض،حي تنص إحدى تعليماته أن الدولة لا يمكن لها أن تقوم بحرمان المستثمر من ملكيته إلا إذا كان للمنفعة العامة ومقابل منح تعويض فوري عادل ومنصف[1].

أما فيما يتعلق بتأميم فإن ظهوره كأحد الوسائل القانونية المعتمدة في أخد الملكية اهتزت به قداسة الملكية الفردية وفقدت طابعها المطلق، فبعد التأميمات التي تستهدف القضاء كليا على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج دون الالتزام بدفع تعويض، ظهر في أعقاب الحرب العالمية الثانية التأميمات العلاجية التي قامت بها الدول النامية بهدف الإصلاحات الاقتصادية وضمان السيطرة على مصادر الثروة الوطنية مع الاعتراف بحق أصحاب الأموال المؤممة في التعويض[2].

ووجدت الدول النامية في التأميم وسيلة من وسائل التحرر الاقتصادي من الهيمنة و الاحتكارات والتبعية، ويعرف التأميم على أنه نقل ملكية المشروع إلى الدولة المضيفة تحقيقا للمصلحة العامة أي أنه نقل الملكية الخاصة إلى الدولة بإجراءات تشريعية[3].

1- نقلا عن لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص78

2-طيب قبايلي، عقود الاستثمار في الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص250

3- ذهبية صراح، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص55

فقرار التأميم يرتبط بسيادة الدولة ويمارس لغرض السيطرة على الثروات الطبيعية مع دفع تعويض عادل لصاحب المشروع المؤمم.

ثانيا: خطر عدم إعادة تحويل العملة

يعتبر خطر عدم إعادة تحويل العملة عائق يحد من حركة رؤوس الأموال وعائق الاستثمارات، لذا تسعى معظم الدول إلى منح ضمان يقضي بتحويل العملة باعتباره حافز لتدفق رؤوس الأموال للدولة المضيفة، حيث يطمئن المستثمر في الحصول على حقه في تحويل رأس ماله وعائدات استثماره من الدولة التي استثمر فيها إلى دولته الأصلية.

وغياب هذا الضمان في الدول المضيفة يقلل من تدفق رؤوس الأموال إليها لأن المستثمر لا يجني فائدة في استثمار أمواله في دولة لا تضمن له حق تحويل رأس ماله.

وخطر تحويل العملة يكون من خلال القيود التي تفرضها الدول المضيفة من شأنها التأثير على حركة دخول وخروج رؤوس الأموال والأرباح المحققة، خاصة من جانب الدول النامية التي تسعى إلى التحكم في اقتصادها والحفاظ على ما لديها من عملات أجنبية هي بحاجة إليها لتساعدها على تحقيق التنمية الاقتصادية[1].

خطر تحويل العملة يتخذ عدة صور تتمثل في، رفض التحويل، التأخر في الموافقة على طلب التحويل، وفرض سعر صرف تمييزي أثناء التحويل.

وبالنسبة لرفض التحويل قد يتخذ شكل صريح أو ضمني، وقد اشترطت عقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة العربية أن يستمر الرفض مدة ستين يوما ليتحقق خطر العجز عن تحويل العملة [2].

---

1 - ذهبية صراح، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص101

2- وردية أيت شعلال، ص101

وأما التراخي في طلب التحويل فيعني تعطيل عملية التحويل بمدة معينة قد يترتب عنها ضرر للمستثمر الأجنبي[1].

أما الصورة الأخيرة فتتمثل في تحديد سعر الصرف التمييزي, تحديد سعر الصرف الذي على أساسه تحسب قيمة رأس المال المستثمر أو قيمة الأرباح الواجب تصديرها للخارج من أهم المشاكل تواجه التي سياسة تشجيع الاستثمار.

وسعر الصرف في مجال الاستثمار السعر الذي يتم على أساسه تحويل العملة الأجنبية إلى العملة الوطنية عند إخراج الأرباح من الدولة المضيفة لاستثمار[2].

القانون الدولي يقر بحرية الدولة السيادية في مجال رقابة الصرف[3] بحيث يمكنها منع المستثمر من تحويل رأس المال المستثمر و الفوائد المتحصل عليها، لكن من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية وبالمقابل على الدولة اتخاذ بعض الإجراءات لتسهيل عملية التحويل أو منح له تعويض عما لحق به من ضرر[4].

1- وردية أيت شعلال، مرجع نفسه، ص101

2- تثور مشكلة سعر الصرف خاصة في حالة تعدد أسعاره، فعادة ما يوجد في العديد من الدول العربية ثلاثة أسعار للصرف، تتمثل في سعر الصرف الرسمي، سعر الصرف التشجيعي، وسعر السعر السوق الحرة، ويقوم خطر العجز عن التحويل في هده الصورة عندما تفرض السلطة العامة في الدول المضيفة سعر صرف يميز المستثمر تمييزا واضحا أثناء عملية التحويل، ويكون ذلك إذا تعذر على المستثمر إجراء التحويل عن طريق مشروط بسعر صرف لا يقل عن 99 % من سعر الصرف المعني.

وسعر الصرف المعني هو السعر الرسمي المعتمد من طرف المصرف في الدولة المضيفة الذي ينطبق على تحويلات الأجانب .

3- مرسوم تنفيذي رقم03– 110مؤرخ في05/ 03/ 2003/ يعدل المرسوم التنفيذي رقم 97- 257، المؤرخ في 14/ 1997/07 الذي يضبط أشكال محاضر معينة مخالفة التشريع الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج وكيفيات إعدادها، الجريدة الرسمية، عدد 17 الصادرة بتاريخ 09 / 2003/03.

4- لامية عبيب، مرجع سابق، ص15

ثالثا: خطر الاضطرابات والحروب

يتمثل خطر الاضطرابات والحروب في جميع الأعمال التخريبية الموجهة ضد الحكومة لأهداف سياسية وإيديولوجية و تشمل الثورات، الانقلابات، العنف وأعمال التخريب إضافة إلى خطر الحروب الأهلية و الدولية[1]

فاستنادا إلى مبدأ السيادة الشاملة على كل التراب الوطني المعمول في القانون الدولي تتحمل الدولة الأضرار و الخسائر الناتجة عن الاضطرابات، فا الدولة ملزمة بحماية الأجانب و أملاكهم وأي إخلال يرتب عنه مسؤولية دولية مباشرة للدولة تقضي بدفع تعويض[2].

والاتفاقيات الدولية تغطي الخسائر المترتبة عن الحروب الأهلية والدولية إذا توفرت بعض الشروط الأساسية، فالاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971 تشمل كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشر وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثروات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر[3].

تعتبر مخاطر الاضطرابات والحروب من بين المخاطر التي تخرج عن إرادة الدولة لأنها نتيجة لمخلفات الاستعمار، لكن رغم ذلك فهي مخاطر ترتب مسؤولية الدولة وتلزمها بدفع تعويض.

وهذا النوع من المخاطر هي نزاعات واضطرابات تتمحور حول الحدود والفوارق الاقتصادية وكذا حداثة المؤسسات الاقتصادية والسياسية وعدم التجانس في التركيبات الاقتصادية لمختلف الفئات[4].

1- تكون الحرب دولية إذا حدثت بين دولتين أو أكثر وأهلية إذا حدثت بين المجموعات المسلحة والحكومة أو بين المجموعات المسلحة فيما بينها، نقلا عن محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص107

2 - محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع نفسه، ص108

3- لامية عبيب، مرجع سابق، ص15

4- يتم التعويض عن هذه الحروب، الأصول المادية للمستثمر دون غيرها كالحسابات والأوراق التجارية.

وتتمحور ظاهرة عدم الاستقرار السياسي في الحروب الأهلية الانقلابات العسكرية النزاعات الحربية الطائفية والصراع على السلطة، وكل هذه المخاطر تلحق أضرار بمصالح المستثمر مما يرتب قيام مسؤولية الدولة والتي تستوجب دفع تعويض وفقا للقانون الدولي.

رابعا: خطر الإخلال بالعقد

في إطار قيام المستثمرين الأجانب باستثمار أموالهم في الدولة المضيفة بموجب عقد الاستثمار يرتبط المستثمرين بسلطات الدولة المضيفة لاستثماراتهم بموجب هذه العقود.

الاتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار كرست مبدأ احترام الدولة لعقد الاستثمار فهو مبدأ إلزامي، ونظرا لمركز الدولة في عقد الاستثمار تلجأ في بعض الحالات إلى تعديل أو فسخ العقد بصفة انفرادية لأسباب سياسية واقتصادية وهذا في إطار المخاطر غير التجارية مما يسبب أضرار وخسائر تلحق بالمستثمر، وطبقا لمبدأ احترام الدولة لعقد الاستثمار فإن الإخلال به يرتب عليها مسؤولية دولية مما يولد حق المستثمر الأجنبي في التعويض بسبب عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية[1].

الفرع الثاني

التعويض عن الإجراءات المماثلة

تعتبر الإجراءات المماثلة من بين الأخطار التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة، كما تصنف من بين المخاطر الماسة بالملكية بطريقة غير مباشرة.

فالدولة المضيفة تهدف من خلال فتح أسواقها أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعظيم مكاسبها وإراداتها الاقتصادية، لهذا تحرص حكوماتها على تنظيم وتوجيه نشاط وسلوك مؤسسات الاستثمار في نوعين أساسيين من الإجراءات، الأول يضم مجموع الأدوات المستخدمة في التأثير على البيئة الاقتصادية الكلية، انطلاقا من التأثير على بعض العناصر الأساسية كالضرائب والرسوم والجمارك ومعدل الصرف... والثاني يضم مجموع الآليات المؤثرة على البيئة الاقتصادية الخاصة بمؤسسة الاستثمار الأجنبي[2]، انطلاقا من اعتماد أسلوب التدخل في إنهاء نشاطها أو في أدائها بطريقة سيئة

1- لامية عبيب، مرجع سابق، ص14

2- نوارة حسين، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 60،61

وقد يكون التدخل مرتبطا ببيئة الاستثمار من خلال إلزام مؤسسات الاستثمار الأجنبية العاملة في أسواقها قبول مشاركين محليين في إطار أحد أشكال الشراكة القائمة لزيادة مساهمة رأس المال الوطني في الصناعات، وبالتالي الحصول على بعض الأسهم في ملكية المشروع الاستثماري، وهي طريقة غير مباشرة لأخذ ملكية المال الأجنبي.

فتظهر بذلك صور جديدة وذات أبعاد متنوعة، تكون في شكل إجراءات تشريعية أو إدارية، تتخذها الدولة أو إحدى سلطاتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة وتؤثر على الوضعية الاقتصادية والمالية للمستثمر الأجنبي رغم بقائه مالكا للمشروع، وتتمثل هذه الإجراءات في:

1- التدخل الحكومي والرقابة التعسفية على إجراءات الاستثمار في كل مراحله.

2- التدخل في تسيير وإدارة الاستثمار بكل أشكالها وخاصة تغيير أعضاء مجلس الإدارة.

3- الفرض المبالغ فيه والتمييزي للضرائب والرسوم والجبايات و سعر الصرف، والمغالاة في ذلك بشكل يخل بحقوق المستثمر الأجنبي بطريقة تحكمية.

4- إجبار المستثمر على بيع المشروع الاستثماري أو التنازل عنه أو عن بعض الأسهم للوطنيين أو للإدارة.

5- الإجراءات التي تهدف إلى حرمان المستثمر من مستحقاته من أصل الاستثمار أو عوائده سواء بقرار إداري أو قضائي.

6- إلغاء الدولة المضيفة لرخصة إستراد سلع أو بضائع ضرورية قد تم التأمين عليها وشحنها.

7- رفض الدولة الترخيص بدخول سلع أو مواد أولية هامة إلى إقليمها، تؤثر في تسيير المشروع الإستثماري[1].

1- نوارة حسين الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 64،65

المطلب الثاني

مفهوم الحق في التعويض

يعرف مصطلح التعويض في القاموس القانوني على أنه "إصلاح ضرر لاحق بشخص سواء كان جسمانيا أو ماديا أو معنويا"[1].

والتعويض هو قيمة مادية أو معنوية حقيقية مرتبطة بقيمة اقتصادية ومبدأ معترف به دوليا وملزم على الدول مادام هو الصورة البسيطة والمباشرة لإصلاح الضرر الذي يصيب المستثمر الأجنبي[2].

مصطلح التعويض لقي رفضا في البداية من قبل الفقه الروسي والفقه في أرويا الشرقية, مبررا ذلك بأحقية الدول في القيام بنزع الملكية للمنفعة العامة أو اللجوء إلى التأميم دون التقيد بدفع التعويض، وإن أدته فيكون بمحض إرادتها دون أي التزام دولي[3].

مسألة التعويض أثارت خلافا وأنشأت مواقف متعددة بين مؤيد ومعارض حول أحقية المستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض (الفرع الأول) مما دفع إلى ظهور تغيرات في حق المستثمر الأجنبي في التعويض كنتيجة للممارسات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاختلافات السائدة حول الحق في التعويض

الحق في التعويض من حق كل مستثمر أجنبي تعرض لخطر نتيجة إجراءات اتخذت من طرف الدول المضيفة حرمته من أمواله وملكيته، سواء نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأميم، أو أي إجراءات أخرى مماثلة، وهذا مقرر في قواعد القانون الدولي كما سبق وأن أشرنا إليه.

1- إبتسام القرام، المصطلحات القانونية، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، ص15

2- نوارة حسين، التعويض في الاستثمار الأجنبي،مرجع سابق، ص55

3- نادية أوديع، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي- وزو، تاريخ المناقشة 21 /04 /2004، ص53

على الرغم من ما توصل إليه الرأي الدولي إلى الاستقرار على فكرة الالتزام بأداء التعويض مقابل ما لحق المستثمر من ضرر، إلا أن مسألة الحق في التعويض لا تخلو من الاختلافات القائمة حولها فهناك اتجاهات تنكر و ترفض فكرة الحق في التعويض و أخرى تؤيد الفكرة و تؤكد عليها مما ولد مواقف و مفاهيم متعددة سواء بين الدول أو الفقه.

أولا: المفهوم الدولي للحق في التعويض

الحق في تعويض المستثمر الأجنبي محل خلاف بين الدول, حيث تختلف نظرة الدول الغربية حول تأديته عن الدول النامية .

1. الحق في التعويض لدى الدول الغربية

تعود نشأة الحق في التعويض إلى الدول الغربية التي أعطت له مفهوما تقليديا و يقصد به التعويض الناجم عن اتخاذ الدول إجراءات تحرم المستثمر من أمواله [1].

رسالة الوزير الأمريكي الموجهة للحكومة المكسيكية تجسد المفهوم التقليدي للتعويض الذي تنادي به الدول الغربية حيث تؤكد على حق الأمريكيين في الحصول على تعويض فوري، عادل، و فعال، و تعتبره التزام دولي يفرضه الحد الأدنى لحقوق الأجانب بمقتضى العرف الدولي[2] .

وتستند الدول الغربية في موقفها إلى نظرية الحقوق المكتسبة لتأكيد وجهة نظرها فالمستثمر الذي اكتسب حق الملكية وفقا للقانون السائد في الدولة المضيفة لأمواله لا يجوز تجريده بعد، إلا مقابل تعويض فوري عادل وفعال وخلاف ذلك يعتبر إهدار للحق الذي اكتسبه صحيح في ظل القوانين السابقة[3].

1- دليلة أيت رمضان، ججيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،تاريخ المناقشة 2013/11/03 ص29

2- عائشة عينوش، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة ص 109

3- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص71

وقد سبق للولايات المتحدة الأمريكية عام 1938 أن تمسكت بهذا الرأي عند تأميم المكسيك للصناعات البترولية، و موقف الولايات المتحدة الأمريكية عام 1960 إزاء التأميمات الكوبية لأموال الأمريكية حيث رفضت العرض الذي تقدم به فيدال كاسترو في ذلك الوقت و المتضمن موافقة كوبا على أداء تعويضات مؤجلة (بمعنى ليست فورية) في صورة سندات بفائدة تقدر 25% لكونه يخالف مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي يقضي بأن يكون التعويض عادل فوري وفعال[1].

الدول الغربية تؤكد على الدور الهام و الفعال لاستثمارات الأجنبية في مساهمتها في التنمية الاقتصادية للدول المستقبلة أو المضيفة لذا فإنها تعتبر أي إجراء يهدف نزع الملكية للمستثمر الأجنبي دون أن يكون مصحوب بتعويض كامل يعتبر إجراء غير شرعي [2].

وإن قيمنا موقف الدول الغربية حول مسالة الحق في التعويض فإن المستثمر الأجنبي يحتفظ بمشروعه الاستثماري إلى غاية انتهاء مدة اتفاقية الاستثمار مع الدولة المضيفة للاستثمار، وفي حالة لجوء الدولة إلى اتخاذ إجراءات من شأنها حرمان المستثمر من مشروعه الاستثماري أي إنهاء اتفاقية الاستثمار دون موافقة المستثمر، فهي مجبرة على منح له تعويض يشمل كل الخسارة وما فاته من كسب.

إن موقف الدول الغربية يضع الدولة المضيفة أمام خيارين إما أن تقوم بإجراء السيطرة على المشروع الاستثماري بعد انتهاء مدة اتفاقية الاستثمار وإما أن تنهي الاتفاقية وتدفع تعويض كامل للمستثمر[3]، وهذا لا يخدم مصالحها ولا يساهم في تنفيذ برامجها التنموية إما بتأخرها في ذلك في حالة الالتزام بالمدة أو عدم قدرتها في دفع تعويض كامل وفقا لأوصاف المطلوبة في حالة إنهاء الاتفاقية نظرا لافتقارها إلى المال للوفاء بمتطلبات قيمة الأموال المستولى عليها.

1- عائشة عينوش، ميكانزمات ضمان الاستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص114

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص199

3- عائشة عينوش، ميكانزمات ضمان الاستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص114

والمفهوم التقليدي للتعويض ظهر في وقت كانت فيه دول العالم الثالث تعاني ويلات الاستعمار مما يجعله وسيلة غير مباشرة لمنع الاستقلال الاقتصادي، إذا ما نالت الاستقلال السياسي, والتقدم العلمي الذي ساد في الدول الأمريكية والأوربية كان يقابله الجهل وعدم الوعي لدى الدول النامية، ولذا فا المفهوم التقليدي للتعويض لم يلق تأييدا من قبل الدول خاصة الدول النامية.

2. الحق في التعويض لدى الدول النامية

ترى هذه الدول أن الاعتراف و تطبيق هذا المفهوم يسقط حق الدولة في التأميم ويتعارض معه كونه يتعارض مع السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها، وأي تعويض فعلي يفرض عليها يمثل حاجزا أمامها[1].

كما تعتبر الدول النامية أن إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأميم التي تتخذها الدولة وسيلة مثلى للحفاظ على هذه الملكية التي هي في الأصل ملك للدولة، وبالتالي فإن هذه الإجراءات تعبر عن حق الشعب في تقرير مصيره الاقتصادي وغير مجبرة على دفع تعويض لرعايا أجانب شملتهم هذه الإجراءات[2].

ورفض الدول النامية للتعويض أخذ صورة لها صادرة عن الجمعية العامة لأمم المتحدة تعبر عن موقف هذه الدول حول حق الدولة المضيفة للاستثمار في تأميم المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي ومقدار التعويض المستحق.

ومن أهم هذه اللوائح اللائحة المتعلقة بالسيادة الدولة على الثروات الطبيعية حيث جاء فيها أن التأميم و نزع الملكية، المصادرة تأخذ استنادا إلى مجموعة من الأسس تتمثل في[3].

1- MAHMOUD Salem, le développement et la protection Conventionnelle des Investissements étrangers ; Journal de Droit International, N^{0}3, 113èmeAnnè, Paris ;1986 ; p616

2- دليلة أيت رمضان، جبيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص29

3- وردية أيت شعلال، مرجع سابق، ص110

المنفعة العامة، الأمن الوطني باعتبارها مصالح أسمى من المصالح الفردية وفي هذه الحالة يجب أن تمنح للمستثمر تعويض مناسب وفقا للقواعد المعمول بها في الدولة التي تتخذ في ممارساتها لسيادتها ووفقا للقانون الدولي[1].

واللائحة الثانية تتمثل في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، ووفقا لهذه اللائحة لكل دولة الحق في التأميم ونزع الملكية أو نقل ملكية الممتلكات الأجنبية مع دفع تعويض مناسب مع الأخذ في الاعتبار القوانين والإجراءات وجميع الظروف التي تعتبرها الدولة متصلة[2].

أما من ناحية مقدار التعويض الذي يمنح للمستثمر الأجنبي رفضت الدول النامية منح تعويض يشمل الكسب الفائت نتيجة تأميم مشروعه وأكدت على وجوب التفرقة بين التأميم القانوني والتأميم الغير القانوني، وأول من فرق بينهم هي محكمة الدائمة للعدل الدولي حيت ترى أنه إذا كان التأميم قانوني فالدولة المضيفة للاستثمارات تدفع فقط قيمة الممتلكات المؤممة في يوم التأميم مع دفع فوائد على هذه القيمة حتى تاريخ الدفع، أما في حالة التأميم غير القانوني فتدفع قيمة أصول المشروع الاستثماري والكسب الفائت الذي يقرر من تاريخ انتهاء اتفاقية الاستثمار[3].

الموقف الذي تبنته الدول النامية في رفضها للتعويض تراجعت عنه بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية ولحاجتها لرؤوس أموال أجنبية، حيث أصبحت لا تنكر حق المستثمر في التعويض لكن دون التقيد بالمفهوم التقليدي.

1- إن عبارة التعويض المناسب أو عادل هنا المقصود منه مخالف لما أعطي لها من تفسير من طرف الدول الغربية ذلك أن عبارة التعويض المناسب الذي جاء في اللائحتين أخذت بعين الاعتبار الظروف و قوانين الدولة المضيفة المصاحبة لقرار نزع الملكية، فإذا تطلبت المصلحة العامة في الدولة المعنية دفع تعويض أقل من القيمة الكاملة للمشروع محل الإجراء، فهذا لا يشكل خرقا لمتطلبات القانون الدولي بشأن التعويض المناسب أو العادل.

2- ومن أمثلة الظروف المتصلة بموضوع التأميم، مسلك المستثمر الأجنبي وكذلك مسلك الدولة المضيفة للاستثمار، ومدى مشاركة المشروع الاستثماري في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، والأرباح التي حققها المستثمر الأجنبي من المشروع الاستثماري قبل تأميمه.

3-عائشة عينوش، ميكانزمات ضمانات الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص119

وبذا يمكن القول أن الدول النامية تبنت موقف وسط في شرط التعويض حيث لم تنكر الحق في التعويض ولم تأخذ بالتعويض الكامل الذي تنادي به الدول الغربية، إنما أخذت بتعويض ملائم يتماشى وحق السيادة الاقتصادية للدول على ثرواتها نظرا لقدراتها المالية التي لا تسمح لها بدفع تعويض كامل يغطي القيمة الحقيقية لاستثمار الأجنبي لأن دلك يضر باقتصادها ويساهم في تحقيق أهدافها الاقتصادية[1].

ثانيا: المفهوم الفقهي للحق في التعويض

تعتبر مسألة الحق في التعويض محل خلاف بين الفقهاء، بحيث يرى جانب من الفقه أن الدولة ملزمة بدفع تعويض وفقا للقانون الدولي كمقابل لإجراءات التي تتخذها الدولة في استرجاع ثرواتها الطبيعية، ويؤكد هذا الاتجاه أن التهرب من دفع التعويض يضفي على الإجراءات صفة اللامشروعية، وهذا الاتجاه مؤيد لموقف الدول الغربية التي في أن يكون التعويض شاملا وحالا وفعالا.

أما فريق أخر فيعتبر أن الالتزام بأداء التعويض في القانون الدولي غير موجود وليس من المنطق مطالبة الدول با التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم إلا في حالة اتفاقية بين دولتين[2].

وهذا الاتجاه يؤكد أن القانون الدولي لا يخول لأجنبي أي حق إلا حق المساواة بالوطنيين, فإن كان الحق في المطالبة با التعويض غير مقرر للوطنيين فليس لأجانب الحق في المطالبة به.

ويتماشى هذا الاتجاه بصفة عامة مع وجهة النظر التي تعتنقها دول العالم الثالث التي تسعى إلى تحقيق أهدافها في شأن استخدام ثرواتها الطبيعية من خلال تأميم الاحتكارات الأجنبية فيها، وهو ما يقضي إعادة النظر في المبدأ التقليدي الذي تتمسك به الدول الغربية[3].

1- فروجة بوخروب، فرحات وراس، عقد ضمان الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 25/ 2013/11، ص81

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص201

3- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص73

الفرع الثاني

التغيرات الطارئة على الحق في التعويض في ضوء الممارسات الدولية

في ضوء الممارسات الدولية,ذ، طرأت على مسألة الحق في التعويض تغيرات حيث تم إقرار التزام الدولة بمبدأ التعويض للمستثمر الأجنبي من طرف الدول الرافضة له سابقا لكن دون التقيد بالأوصاف المعروفة في المفهوم التقليدي للتعويض(حال، كامل، فعال) خاصة فيما يخص إجراءات التأميم أو نزع الملكية التي تتخذها الدولة في إطار التنمية الاجتماعية و الاقتصادية .

و على ضوء هذه التغيرات، الحق في التعويض اتخذ مكانا وسطا بين كل من الدول الغربية في صورته التقليدية التي تلزم أن يكون كامل و حال و فعال و بين الدول النامية التي تنكره من أساسه[1] .

أولا: إقرار التزام الدول بمبدأ التعويض

تبين مختلف الممارسات الدولية المتبعة في إجراءات التأميم و نزع الملكية المتخذة من طرف الدول في إطار سيادتها الاقتصادية على وجود التعويض و الإقرار بإلزاميته و يتجسد ذلك في السوابق العدلية و الحلول الدبلوماسية المتوصل إليها و ذلك بدون وجود اتفاقية تلزم على دلك مسبقا، و لقد اعترفت الدول النامية بهذ المبدأ نظرا لحاجتها إلى الاستثمارات الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية[2] .

و يتجسد اعتراف الدول النامية بالمبدأ في التزامها بأدائه عندما اتخذت إجراءات التأميم في مواجهة الاحتكارات الأجنبية خاصة في مواجهة الاستثمارات الغربية سواء كانت أمريكية أو أروبية، في هذا المقام نشير إلى موقف إيران عند تأميم صناعة البترول الشركة (الأنجلوا إيرانية) و موقف اندونيسيا عند تأميم الممتلكات الهولندية و مصر عندما قامت بتأميم قناة السويس و دولة كوبا عند تأميم المشروعات الأمريكية[3].

1- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي لاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية،القاهرة.1992م، ص91

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص204

3- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص78

وفي ضوء هذا النظر يصعب التسليم بالرأي القائل بعدم وجود أي قاعدة دولية تلزم الدولة بأداء تعويضات للمستثمر الأجنبي الذي أممت ممتلكاته على نحو ما قررت المكسيك في مذكرتها للولايات المتحدة الأمريكية والتي أكدت فيها أن قيامها بأداء تعويضات لرعايا الأمريكيين راجع إلى سيادتها المطلقة.

وأهم ما يؤكد وجود قاعدة دولية تلزم الدولة بأداء التعويض كنتيجة عن إجراءات التأميم أو نزع الملكية التي تتخذها أو غير ذلك من الإجراءات المماثلة, هو ذلك التواتر الملحوظ في السوابق الدولية والعمل الدبلوماسي على إقرار هذه القاعدة العرفية دون وجود اتفاق سابق بأداء التعويض.

أما موقف الدول الغربية فواضح من البداية مساندتها للالتزام الدولة بأداء التعويض.

كما أن الاعتراف بمبدأ الحق في التعويض يتجسد في الاتفاقيات الدولية التي تقر صراحة فيها الدول بإلزاميته كمقابل عن اتخاذها لإجراءات نزع الملكية و التأميم و هي اتفاقيات أبرمتها و انضمت إليها مختلف دول العالم سواء دول الغربية أو دول العالم الثالث[1].

ثانيا: تجريد التعويض من أوصافه التقليدية

تأثرت الأوصاف التقليدية با التغيرات التي طرأت على الحياة الاقتصادية الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، ففي ظل سيادة مبدأ الاحترام المطلق للملكية الخاصة لأجنبي الذي يعكس المكانة المقدسة التي كانت تتمتع بها الملكية الخاصة، فإن هذه الأوصاف التقليدية كانت تعبر عن مبدأ التعويض الكامل.

لكن حاليا تسمح تشريعات الدول بتدخل واسع في الملكية الخاصة لتنظيم ممارستها لوظيفتها الاجتماعية على نحو أفقدها قدرا كبيرا من مكانتها السابقة إذ أصبح من المقبول دفع تعويض جزئي عن الأموال المستولى عليها عندما تتطلب ذلك المصلحة العامة في الدولة[2].

1- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 76، 77 ، 78.

2- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الدولية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ص91

والأوصاف التقليدية للتعويض يسودها شك في أن تكون جزءا من القانون الدولي المعاصر، إذ أن الواقع العملي أو الممارسات الدولية يدل على قبول الدول الغربية التي تتمسك بهذه الأوصاف التقليدية مبالغ مالية تقل كثيرا عن القيمة التي تتطلبها هذه الأوصاف التقليدية وذلك حينما قامت بتسوية مطالبات مواطنيها الدين تعرضوا لإجراءات حرمتهم من استثماراتهم، وهذه التسويات تعرف عادة باسم اتفاقات تعويض المبلغ الإجمالي، ونظرا لتكرار الدول لهذه الاتفاقات وقبولها كوسيلة مشروعة للوصول إلى حل في المنازعات التي تنشأ بين الدول حول التعويض، فلا يمكن أن تكون الدول الغربية قد تخلت بإرادتها في كل هذه الحالات عن حقوقها المقررة في القانون الدولي, وإنما هذه التسويات تمثل اتفاقا جديدا حول معايير التعويض خلافا لما كان.

وفي هذا الشأن فإن المشروع الحالي لتعديل تقنين القانون الأمريكي للقانون الدولي قد أغفل النص الأول ولأول مرة الأوصاف التقليدية للتعويض، واستبدلها بالتعويض العادل.

وقد قيل في ذالك أنه وإن كانت هذه الأوصاف تعكس الموقف التاريخي للولايات المتحدة في الموضوع، فإنها لا تعتبر مع ذلك قواعد قانونية مقبولة عموما[1].

ومما يؤكد أيضا تجريد التعويض من أوصافه التقليدية هو عدم التقيد بها من خلال جميع الممارسات الدولية، فجميع التأميمات التي قامت بها الدول النامية لم يصاحبها دفع تعويض مطابق لأوصاف التقليدية (حال فوري فعال) حيث اكتفت في بعض الحالات منح تعويضات جزئية و في حالات أخرى الوعد بالتعويض[2].

كما يبين الفقه أن جميع القوانين والمراسيم الوطنية للدول النامية في شأن تأميم المشروعات الأجنبية تؤكد التزامها بمبدأ التعويض، لكن التعويضات تكون جزئية غير شاملة للخسائر الفعلية التي لحقت المستثمر الأجنبي[3].

1- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي لاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ص ص98، 99 .

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص204

3- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص80

وهذه حقيقة تأكدت في مختلف الاتفاقيات الدولية التي أبرمت لتسوية مسألة التعويضات في مثل هذه الحالات، حيث بعض هذه الاتفاقيات اكتفت بمجرد إجراء تسويات إجمالية تتضمن تعويضات جزئية و اتفاقيات أخرى اتجهت إلى الإحالة للقانون الوطني للدولة المتخذة إجراءات جزئية غير شاملة [1].

كما أن هذا الرأي مؤيد من طرف قضاء الإتحاد الأوربي الذي يؤيد الدول النامية فيما يتعلق بنوع التعويض الواجب دفعه في دعاوي التأميم التي تجري في الإتحاد الأوربين، بخصوص تأمين وصناعة بناء السفن من قبل الحكومة البريطانية قررت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (أن مقدار التعويض المطلوب في حالة التأميم يكون مختلف عن المطلوب بالنسبة للحالات الأخرى من الحرمان من الممتلكات، وتؤكد المحكمة أيضا أن التعويض بالمفهوم التقليدي غير واجب التطبيق في حالات التأميم.

وزيادة على هذا فإن علما القانون الدولي قاموا بالعدول عن المفهوم التقليدي للتعويض الذي يكون شاملا واقتصروا على أن يكون التعويض مناسبا.

وعليه فإن الممارسات الدولية توضح أن التعويض قد جرد من وصفه الشامل، وكذا من وصف الحال[2]، بحيث أن معظم التعويضات التي تم دفعها دفعت بأقساط وخلال فترات تتفق غالبا مع القدرات المالية للدولة' و خير مثال على ذلك هو عند قيام الحكومة المكسيكية في 1928 بتأميم الشركات النفطية الأجنبية، والتزمت بدفع تعويض بعد مرور تسع سنوات وعلى أقساط، كما دفعت منغازيا تعويضا إلى بلجيكا على مدى 10 سنوات، و التزمت بولندا بدفع تعويضا إلى فرنسا على مدى خمسة عشر سنة[3]، وإلى حكومة السويد مدة 17 سنة.

1- اتفاق تعويض المبلغ الإجمالي هو (اتفاق يتم بالطرق الدبلوماسية بين حكومات الدول المعنية لتسوية الدعاوي عن طريق دفع مبلغ إجمالي دون اللجوء إلى القضاء الدولي, على أن تقوم الدولة التي حصلت التعويض بتوزيعه على المدعين من مواطنيها طبقا لما يستحقه كل منهم...)

2- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص81

3- عائشة عينوش، ميكانزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص110

إضافة إلى هذا فهناك عدة ممارسات تبين تجريد التعويض من وصف الحال، مثل اتفاقيات التسوية التي أبرمت بين الولايات المتحدة والصين عام 1979 و تنص الاتفاقية على أن الصين تلتزم بدفع 30 مليون دولار أمريكي عام 1979 والباقي المتمثل في 50 مليون دولار سوف يدفع على خمسة أقساط, وكذا الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وأثيوبيا لعام1986 حيث تدفع أثيوبيا 5،5 ملايين دولار على أقساط لمدة 10 سنوات.

وبالرجوع إلى فقهاء القانون الدولي يؤكد البعض على عدم وجوب دفع تعويض إلى المستثمر الأجنبي في وقت محدد، أما البعض الأخر فيعلق تنفيذ الدفع الفوري للتعويض المستثمر الأجنبي على إمكانيات الدولة المضيفة من الناحية الاقتصادية[1].

وتجريد التعويض من مفهومه التقليدي امتد إلى درجة أن هناك اتفاقيات سمحت بفكرة التعويض العيني رعاية للظروف الاقتصادية للدول التي اتخذت إجراءات التأميمات ففي التأميمات الكوبية لأموال الأمريكية وافقت الولايات المتحدة الأمريكية أن تستوفي التعويضات بطريقة عينية حينما تعهدت كوبا لها بتصدير حاويات من السكر[2].

المبحث الثاني

شروط الحصول على التعويض

الجدل القائم بين الدول حول الحق في الحصول على التعويض من جراء اتخاذ إجراءات نزع الملكية والتأميم و الوصول إلى ترجيح الرأي القائل بأن التعويض حق ومبدأ مقرر بمقتضى قواعد القانون الدولي والعرف الدولي السائد و يؤسس بناءا على الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي.

فحصول المستثمر الأجنبي على التعويض يشترط تحقق ضرر يؤسس عليه لطلب التعويض مقابل إجراءات نزع الملكية والتأميم[3].

1- عائشة عينوش، ميكانزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص125

2- هشام عل صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص81

3- محمد بوذريعات، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص63

كما أن جبرية تنازل المالك عن ملكيته في نزع الملكية والتأميم يجعلنا نقول أن التعويض ليس ثمنا، وإنما إصلاح لضرر مما يؤكد أن الحق في الحصول على التعويض يرجع إلى الضرر (المطلب الأول) بدرجة الأولى وإضافة إلى مجموعة من المبادئ يعتمد عليها ويستخدمها كحجة يحتج بها للحصول على التعويض عند وقوع الضرر (المطلب الثاني).

فا بهدف تبرير الحق في الحصول على التعويض الكامل عن الضرر الذي ألحق بالمستثمر الأجنبي مقابل إجراءات نزع الملكية و التأميم يلجأ استخدام هذه الأسس القانونية.

المطلب الأول

الضرر

تتخذ الدولة المضيفة في سبيل نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأميم إجراءات تسبب بلا شك ضرر للمستثمر الأجنبي لحرمانه من ماله.

فالضرر عنصر أساسي لقيام المسؤولية الدولية، فمسؤولية الدولة مشروع تقوم على أساس وجود ضرر لحق بشخص أخر[1].

وفي هذا يرى الفقه أن الضرر ليس كل ما يشتكي منه أحد الأشخاص دولة كان أو شخص أجنبي، فا الضرر لابد أن يتميز ببعض الخصائص والشروط وأن يلحق أثار سلبية على الشخص مما يستوجب تعويضه عن الضرر، بحيث يتم التعويض عن الضرر استنادا إلى طبيعة التصرف (الفرع الأول) وطبيعة الضرر القابل للتعويض (الفرع الثاني) وذلك وفقا لصور التعويض عن الضرر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعويض عن ضرر استنادا إلى طبيعة التصرف

يتوقف تحديد التعويض المستحق على الطبيعة القانونية للتصرف الذي تقوم به الدولة حيث يتم تقدير التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي استنادا إلى شرعية الإجراءات أو عدم شرعيتها.

1- محمد بوذريعات، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، ص63

يجب التمييز بين التعويض المستحق الناتج عن ضرر متعلق بإجراء غير مشروع(أولا)، والتعويض الناتج عن ضرر متعلق بإجراء مشروع(ثانيا).

أولا: تعويض عن ضرر متعلق بإجراء غير مشروع

في حال ارتكاب البلد المضيف لفعل غير مشروع وترتبت عنه أضرار, يكون قد أخل بالتزاماته الدولية ويكون مسئولا عن الأضرار التي يلحقها بالمستثمر الأجنبي بمجرد وقوع الفعل أو الإجراء الغير المشروع[1].

والتصرف الغير المشروع حتى وإن لم ينسب إلى الدولة يعتبر فعلا صادرا عن هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي إذا اعترفت به الدولة واعتبرته صادرا عنها، بالتالي الفعل الغير المشروع قد لا يكون صادرا عن الدولة مباشرة، إلى أن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها في حالة ما إذا اعترفت بهذا الفعل واعتبرته صادرا منها، ففي هذه الحالة يتم إلحاق الفعل الغير المشروع بالبلد المضيف ويؤدي إلى ترتيب مسؤولية الدولة إذا ألحق ضررا بالمستثمر الأجنبي وطالب هذا الأخير بجبر الضرر[2]، المتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل اتخاذ الإجراءات أو ما كان عليه الحال قبل وقوع الفعل الغير المشروع أي محو جميع الأضرار التي رتبها الفعل واستعادة المستثمر لجميع حقوقه، وذلك بدفع تعويض[3]، ويعوض على القيمة الكلية للأموال المعنية بالخسارة والأضرار مقابل الحرمان من الأرباح.

1- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص193

2- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص147

3- محند وعلي عيبوط، الحماية الدولية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص194

ثانيا: التعويض عن ضرر متعلق بإجراء مشروع

طبقا لمبادئ القانون الدولي، فإن الإجراءات التي تقوم بها الدولة وتسبب ضرر للمستثمر الأجنبي، يلزم الدولة بمنح تعويض للمستثمر[1]، حتى و إن لم ينص ذلك في الاتفاق وحتى وإن كان الطرف المتضرر شخص خاص فإن ذالك لا يغير حقه في التعويض.

التعويض الناتج عن ضرر متعلق بإجراء مشروع يتميز عن الضرر المتعلق بإجراء غير مشروع من حيث تقديره[2].

في حالة ما إذا كان الضرر الذي أصيب المستثمر الأجنبي متعلق بفعل مشروع فإن المقابل أو التعويض الذي يحصل عليه من طرف الدولة المضيفة ينحصر في قيمة الأصول محل التصرف أي قيمة الخسائر الواقعة فقط، ويكون جزئيا باعتبار أنه يدخل ضمن الحقوق السيادية لدولة.

الهدف من التفرقة بين حدود التعويض في الإجراء المشروع والإجراء الغير المشروع في محاولة الوصول إلى قاعدة تقضي توحيد التعويض المستحق مهما كانت التدابير المتخذة في مواجهة المستثمر، لكن هذا لا يتماشى مع النصوص القانونية ويتعارض مع المنطق القانوني وذلك راجع إلى:

1- أن اتخاذ الدولة إجراءات نزع الملكية، يعتبر نظاما مشروعا لتدخلها في المجال الاقتصادي، وإقراره في أغلب القواعد الداخلية و الدولية.

2- الأخذ بقاعدة وحدة التعويض عن التصرف المشروع والغير مشروع يؤدي إلى عدم فعالية دور الدولة في التدخل لاتخاذ إجراءات التي تخدم مصالحها العليا[3].

1- طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق ص 279

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص194

3- نقلا عن طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص282

ويصبح هذا الحق وفقا لشروط المقررة في القانون لا معنى لها، مما يجعل الدولة لا تخضع لهذه الشروط، وهذا يتناقض مع سياسة تشجيع الاستثمارات الأجنبية وضمان الحماية[1].

الفرع الثاني

طبيعة الضرر القابل لتعويض.

إن اتصال الفعل غير المشروع الصادر عن البلد المضيف بالضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي شرط للحصول على التعويض كما سبق الذكر.

والمحاكم التحكيمية تؤكد أن الضرر ليس بالضرورة أن يكون ذات قيمة اقتصادية ليستوجب التعويض،بل يكفي أن يلحق ضرر بالمستثمر الأجنبي نتيجة الفعل غير المشروع أو يرتب انعكاسات على الاستثمار الأجنبي، وفي هذه الحالة فالأصل هو أن يتم إعادة الحالة إلى طبيعتها الأصلية أي إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر وإن تعذر ذلك التزم بدفع تعويض.

وإستادا إلى هذا نتساؤل حول التعويض عن الضرر المعنوي، في هذا الصدد نشير إلى قضية Déser line حيث كانت أول قضية يمنح فيها لمستثمر أجنبي بسبب تعرضه لضرر معنوي، تم الحكم با لتعويض لفائدة المستثمر الأجنبي رغم عدم وجود ضرر مادي كما اتبعت نفس النهج المحكمة في قضية Biwotter gouf،حيت أكدت على وجوب دفع تعويض على الضرر المعنوي الذي لحق بالمستثمر الأجنبي بمجرد إمكانية تحديد هذا الضرر وتحديد قيمته[2].

ويتم تعويض الضرر المعنوي الناتج عن إجراءات نزع الملكية بصفة استثنائية وذلك عندما تكون الإجراءات التي قامت بها السلطات العمومية غير شرعية وفي هذه الحالة يجب إثبات الضرر أمام الجهة القضائية المختصة[3].

1- طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق ص282

2- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص176

3- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص221

والتعويض عن الضرر المعنوي، يستوجب التعويض عن ألام لحقت بالضحية أو فقدان شخص أو أقوال تتعرض لشخص الضحية بالنقصان والمادة 31 من مشروع لجنة القانون الدولي تتضمن نفس الفكرة[1].

لكن مبدأ أولوية التعويض المعنوي على التعويض المادي لم يلق تأييدا كبيرا، مما دفع بالتشكيك فيه، باعتبار أن التعويض المعنوي لم يجسده في الواقع قضاء التحكيم فجميع الدعاوي المرفوعة بشأن التأميم للمشروعات الاستثمارية تصدر بشأنها أحكاما تقضي بدفع النقدي فا لمحكم صبحي المحصاني في liamco ضد ليبيا لم يحكم بتعويض المعنوي[2].

فأمام هذه الحالة يتم التعويض باعتماد على عدة طرق وفقا للحالة، حيث يكون التعويض في كل حالة كاملا,أي يشمل القيمة الكلية لأموال المعنية أي يغطي التعويض قيمة الممتلكات (الخسارة الواقعة و الكسب الفائت)

الفرع الثالث

صور التعويض عن الضرر

التعويض في مجال الاستثمار مسألة حتمية على عاتق الدولة المضيفة و يأخذ عدة صور أهمها التعويض المالي عن الضرر، الإرجاع، الإرضاء .

أولا: الإرجاع (إعادة الحال إلى ما كان عليه)

حسب قواعد القانون الدولي كل شخص يتسبب بضرر معين بغض النظر عن طبيعته القانونية أو مركزه القانوني يكون ملزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع العمل غير المشروع [3].

1- تنص المادة 31/ 2 من مشروع لجنة القانون الدولي **"تشمل الخسارة أي ضرر، سواء كان ماديا أو معنويا، ينجم عن الفعل غير المشروع دوليا الذي ترتكبه الدولة"**

2- شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مرجع سابق، ص145

3- ليندة رعاب، لعويسات لامية، الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 72

الإرجاع يمثل الطريقة المثلى لتعويض و يظهر هذا من خلال الحكم الصادر في قضية BIWZTER التي أكدت على الطابع الأولي لإرجاع و التعويض اعتبرته طريقة تكميلية.[1]

و طريقة الإرجاع تشمل إعادة الحال إلى ما كان عليه أي إرجاع الشيء الذي انتزع من المستثمر له و ذلك بتعويض، بالتالي فالإرجاع هو عملية تعويض في فائدة المستثمر لأجنبي و نتيجة تترتب عن قيام المسؤولية الدولية كوقف الاعتداء على المستثمر الأجنبي أو وقف حجز أمواله و إعادة بناء ما تم هدمه في حالة ما إذا كان الفعل الضار الذي أصاب المستثمر الأجنبي يتمثل في قرار بالحجز بدون وجه حق فيجد إلغاء القرار.

وإذا كان إعادة الحال إلى ما كانت عليه هو الوسيلة الجديدة والملائمة، إلا أن الإشكال المطروح هو في حالة هلاك المال أو وفاة الشخص، فا التعويض المادي هنا لا يفي بالغرض لأن الحالة هنا مادية مما يستوجب علينا اللجوء إلى طريقة أخرى للتعويض تتمثل في التعويض المالي.

ثانيا: التعويض المالي عن الضرر

إذا ما كان من غير الممكن جبر الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي و عدم القدرة على إعادة الحال إلى ما كان عليه بسبب هلاك و فقدان الشيء المنزوع يستوجب قيام الدولة المضيفة بإصلاح ذلك بطريقة أخرى و هي تقديم تعويض مادي أي منح تعويض مالي كمقابل للضرر الذي أصابه حيث يشترط في هذا التعويض أن يكون شاملا يغطي جميع الخسائر التي تعرض لها، يقدر على حسب جسامة الضرر و هو ما قضت به إحدى المحاكم التابعة للمركز الدولي في قضية Notionalgridضد الأرجنتين.

والدولة في كل الأحوال ملزمة بتقديم تعويض للمستثمر سواء كان الفعل الصادر منها مشروعا أ و فعلا غير مشروع، فالتعويض شرط و الدولة مقيدة بتنفيذ الشرط، مثال الدولة تتخذ إجراءات بنزع الملكية و هذا يعتبر مشروع و يقره القانون الدولي و كذا معظم الاتفاقيات الثنائية غير أن هدا لا يمنع دفع التعويض، و في حالة ما إذا قامت بفعل غير مشروع دوليا يترتب مسؤولية دولية و تلتزم بدفع مبلغ التعويض الذي تحكم به المحكمة.

1- هذا النوع من التعويض يعتبر طريقة تكميلية لإصلاح الضرر رغم أن التحكيم لم يعرف في مجال الاستثمار كثيرا من القضايا تتعلق بإعادة الحال إلى ما كانت عليه والمتعلقة بالدرجة الأولى بالأضرار التي سببتها الدولة المضيفة للمستثمرين الأجانب على أساس الفعل غير المشروع دوليا.

ثالثا: الإرضاء

يعتبر الإرضاء وسيلة أو طريقة تعتمد عليها الدولة المضيفة لإصلاح الضرر الذي سببته للمستثمر الأجنبي في حالة ما إدا كان الضرر معنوي وعجزت على إصلاحه بدفع تعويض نقدي.

الإرضاء يكون على شكل قرار يتضمن تعبير عن الأسف أو اعتذار رسمي ويشترط في الإرضاء أن يتناسب حجم الخسارة التي سببها الضرر،ولا يجب أن يحط من قيمة الدولة المضيفة أو يكون مذلا لها[1].

المطلب الثاني

الأسانيد القانونية للتعويض

إن المساس بملكية المستثمر الأجنبي عندما تبرره المنفعة العامة أو التأميم ينتهي إلى تقديم تعويضات من شأنها أن تغطي كافة الأضرار.

فعملية نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم تندرج ضمن صلاحيات الدولة حتى تتمكن من الحصول على الأموال اللازمة لإنجاز مشاريع ذات منفعة عمومية،[2] وبذلك فإن الدول تحقق ثروة وإن لم يصاحبها تعويض فيعتبر إثراء بلا سبب (الفرع الأول) كما أن المستثمر الذي يقوم باستثمار أمواله في الدولة المضيفة بموجب عقد استثمار بين المستثمر والدولة المضيفة تسمح له بالمطالبة بالتعويض استنادا إلى المسؤولية العقدية (الفرع الثاني) وكذلك إلى الحقوق التي أكتسبها في الدولة المضيفة في ظل القوانين السابقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإثراء بلا سبب

هو حصول أي شخص ولو كان غير مميز على كسب بلا سبب مشروع على حساب شخص أخر لذا يلتزم، في حدود ما كسبه تعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب، و يبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد .

1- ليندة رعاب، لامية لعويسات، الحماية الاتفاقية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص74

2- خالد رحماني، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، للإدارة، مجلة المدرسة الوطنية لإدارة، العدد2، سنة1994، ص50

فالإثراء بلا سبب يعد واقعة قانونية تشكل مصدرا من مصادر الالتزام، و هو من مصادره الأولى التي ظهرت في فجر التاريخ [1].

كما عرف الإثراء بلا سبب كأساس من الأسس المستند عليها القيام المسؤولية و في تفسير للفقهاء يرون أن الإثراء بلا سبب كل شخص يستفيد من ضرر لحق بالغير يكون هدا الشخص ملزم بتعويض الغير الذي لحقه الضرر و الاستفادة التي تحصل تعتبر أساس قيام المسؤولية[2].

و في تقييم نظرية الإثراء بلا سبب يؤكد الفقه أن كل شخص عليه أن يتحمل ما يترتب على نشاطه من نتائج سواء نافعة أو ضارة ما دام أن الإنسان هو صاحب الحق في المنافع التي يجنيها أو تترتب من نشاطه فهو ملزم كذلك بتعويض الأضرار التي يحدثها و تلحق الغير[3].

وبهذا المعنى فإن أي دولة مضيفة لاستثمار الأجنبي تقوم بإجراءات نزع الملكية للمستثمر و حرمانه من أمواله تكون قد حصلت من جراء هذا الفعل على ثروة و حققت منافع و بالمقابل ألحقت ضرر بالغير و هذا يعتبر عمل لا أخلاقي و مخالف لمبدأ العدالة، و هذا ما دفع إلى اعتبار الإثراء بلا سبب من الأسس المعتمدة عليها للحصول على التعويض مقابل الضرر الذي ألحق المستثمر و حرمانه من أمواله .

الفرع الثاني

الحقوق المكتسبة

تتفق أغلب الكتب الدارسة للقانون الدولي أن قاعدة الحقوق المكتسبة تم استحداثها من طرف الدول حتى لا تبقى في عزلة تامة عن بعضها البعض، مدفوعة بحاجة التبادل و التعاون إلى الدخول في علاقات أيا كان نوعها مع الدول الأخرى.

1- وهو ما كرسته التشريعات في قوانينها المدنية، وقد فعل ذلك المشرع الجزائري في المواد 142/141 من التقنين المدني.

2- تبنى جانب من الفقه خاصة الفقيه بلانيول فكرة الإثراء بلا سبب على أساس أن الشخص المصاب بضرر يتمثل في "الافتقار الذي حصل له من جراء فعل، وحينما يطالب برد الإثراء المسبب في افتقاره من الشخص الذي أثري على حسابه فهو يطالب بالتعويض عن هذا الضرر". محفوظ أيت جبارة، إشكالية قاعدة الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، دون تاريخ المناقشة، ص9

3- في تقييم نظرية الإثراء بلا سبب على أساس اجتماعي واقتصادي أكد الفقيهان ربير و تيسير من خلال مقال في المجلة الشهرية للقانون المدني سنة 1904 "أن كل شخص عليه أن يتحمل ما يترتب على نشاطه من نتائج ضارة أو نافعة" محفوظ أيت جبارة، إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، مرجع نفسه، ص9

فضرورة التعاون يؤدي بها إلى العمل على قيام علاقات منتظمة ومستقرة بينها ومهمة قواعد القانون الدولي هو تنظيم هذه العلاقات، وغايتها في ذلك هو ضمان حقوق الأفراد.

وتطبيقا لهذا المفهوم في مجال الاستثمار فإن الدولة المضيفة التي تقوم بنزع ملكية المستثمر الأجنبي تترتب عليها مسؤولية دولية تقضي بدفع تعويض كمقابل عما لحق به على أساس الحقوق المكتسبة، فا المستثمر الذي اكتسب حقوقا صحيحة على أرض الدولة في ظل القوانين السابقة لا يمكن تجريدها منه لاحقا نتيجة إجراءات تتخذها لاحقا لمصلحتها.

ومبدأ الحقوق المكتسبة معترف به في كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين, الأمر الذي يجعل إخلال الدولة المضيفة به خرقا لقواعد دولية[1]، غير أن نظرية الحقوق المكتسبة قد وجهت عدة انتقادات تتمل في

1- المبادئ التي تتضمنها القوانين الوطنية لا تشكل مبادئ قانونية دولية لاختلاف أسسها ومضامينها وتطبيقاتها، لذلك لا يمكن الاعتماد عليها كأساس للتعويض في القانون الدولي.

2- مبدأ الحقوق المكتسبة يتعارض مع سيادة الدولة وحقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي بكل حرية.

3- هذه الحقوق في حد ذاتها قد اكتسبت بطريقة غير مشروعة في وقت كانت فيه الدول النامية تحت سيطرة أجنبية، فلا يمكن الاعتماد عليها كأساس للتعويض في القانون الدولي.

4- إن التصرفات المشروعة التي تقوم بها الدول النامية لا تترتب عنها أية مسؤولية دولية[2].

الفرع الثالث

المسؤولية العقدية

يعتبر العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي محل التزام لكلا الطرفين فإنهاء العقد بإرادة أحد الطرفين يترتب عليه مسؤولية، قيام الدولة بإنهاء العقد عن طريق اتخاذ إجراءات تحرم المستثمر من ملكيته يترتب عنها حق المستثمر في الحصول على التعويض على أساس المسؤولية العقدية, إلا أن هذا المبدأ تعرض للنقد بسبب ضرورة تدويل عقد الاستثمار إضافة إلى مجموعة من الأسباب تتمثل في:

1- أيت جبارة محفوظ، إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي العام، مرجع سابق

2- محند وعلي عيبوط ، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص196

1- الالتزامات القائمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي لا يمكن أن تتحول إلى التزامات دولية.

2- السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها الطبيعية تسمح لها باتخاذ إجراءات لمنفعتها.

3- عدم المساواة هو الطابع المميز للمعاهدات الدولية[1].

1-محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، ص147

الفصل الثاني:

أحكام تعويض المستثمر الأجنبي

إن اهتمام القانون الدولي بضرورة التزام الدولة بالتعويض من أجل شرعية الإجراءات التي تتخذها، تم الوصول إلى إرساء مبدأ التعويض والالتزام به لم يصاحبه اتفاق حول مضمونه، فا القانون الدولي لا يتضمن توضيحات حول أشكال وطرق التعويض وكيفية أدائه .

باستقراء مختلف النصوص القانونية الداخلية للدول المضيفة وكذا الاتفاقيات الثنائية التي تصادق عليها نجدها تتضمن أحكام خاصة بمضمون التعويض أكثر توضيحا من القانون الدولي، وهذا ما يدفع إلى اللجوء إليها في ظل غيابها في القانون الدولي [1].

والتعويض الذي يترتب عن إجراءات اتخذتها الدولة يمكن للمستثمر أن يتحصل علية من طرف جهة أخرى تتمثل في هيئات الضمان الدولي، وذلك عن طريق عقد ضمان استثمار حيث تتم عملية ضمان الاستثمار عبر آليات تجعل المستثمر يحول إلى هيئة ما متخصصة في ضمان الاستثمار، تتحمل الآثار المالية المترتبة عن مخاطر سياسية ما قد تلحق باستثماره[2].

وعليه فالمستثمر الأجنبي يمكنه الحصول على التعويض من طرف الدولة وفقا لأحكام المتبعة من طرف الدول المضيفة (المبحث الأول) أو يلجأ إلى الهيئات الدولة ليضمن تعويضه وذلك وفقا لأحكام التعويض التي تشملها المشاريع الاستثمارية في عقد ضمان الاستثمار (المبحث الثاني).

1- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 197،205

2- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري، ضمان الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، دون سنة النشر، ص417 .

المبحث الثاني

أحكام التعويض المحصل عليه من قبل الدولة المضيفة

معظم الاتفاقيات المبرمة لتشجيع الاستثمار وحمايته نصت موادها على مجموعة من الأحكام المتمثلة في الأوصاف التي يتخذها التعويض(المطلب الأول) وكذا الطرق المعتمدة في تحديد التعويض والوسائل المتبعة في أدائه(المطلب الثاني).

المطلب الأول

أوصاف التعويض

بالرجوع إلى مختلف الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار وتشجيعه نجد أنها حرصت شديد الحرص على تكريس حق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض مقابل الإجراءات التي اتخذت ضده[1].

لكن نصوص هذه الاتفاقيات تختلف في أوصاف التعويض الواجب توفرها فيه، فالدول الغربية تبنت سابقا مفهوما للتعويض والذي يشترط أن يتميز بمجموعة من الأوصاف وهي أن يكون (حال، فعال، عادل) ويعرف بأوصاف التعويض وفقا للمفهوم التقليدي للتعويض (الفرع الأول) لكن هذه الأوصاف لم تجد تأييدا من طرف الدول النامية خاصة، حيث أن معظم اتفاقياتها وقوانينها الداخلية تتضمن أوصاف أخرى للتعويض، وقوانين الجزائر في هذا المجال مثال على ذلك (الفرع الثاني).

االفرع الأول
أوصاف التعويض وفقا للمفهوم التقليدي

ترفض القاعدة التقليدية الاعتراف بمشروعية قرار التأميم وما قد يترتب عليه من أثار وبصفة خاصة من حيث نقل ملكية الأموال الأجنبية الموجودة وقت اتخاذ قرار التأميم إلا بعد دفع التعويض المستحق بالكامل .

1- حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي لاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق، ص87

فا القاعدة التقليدية تتمسك بشرعية التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة إذا صاحبه أداء تعويض فوري عادل وفعال تلزم به الدولة[1].

أولا: التعويض العادل

يقصد بالتعويض العادل التعويض الذي تكون قيمته مساوية للخسارة والضرر الذي لحق المستثمر الأجنبي نتيجة نزع الملكية والذي يتم تحديده على أساس السعر السائد في السوق وقت نزع الملكية[2]، مع الأخذ بعين الاعتبار كل ما فات المستثمر من أرباح كا الأرباح المستقبلية، ورأس المال إلى يوم الأداء الفعلي لمنح التعويض في حالة ما إذا كان الدفع مؤجلا.[3]

ثانيا: التعويض الفعال

التعويض الفعال هو التعويض الذي يجب أن يكون ذا قيمة اقتصادية مادية و معنوية لتمكين المستثمر الأجنبي من الاستفادة منه، ولا يتحقق هذا إلا بتوفر شرطان هما دفع التعويض نقد أولا و يكون قابل للتحويل ثانيا وهذا حتى إن لم يتم الاتفاق على ذلك في اتفاق الاستثمار حيث أن المستثمر الأجنبي يجب أن يتحصل على تعويض بعملة قابلة للتحويل سواء بعملة دولة المستثمر الأجنبي أو عملة البلد المضيف أو دولة أخرى، المهم أن يكون التعويض له صفة الفعلية، و لا يسبب خسارة للمستثمر كما يحدث عادة عندما يؤدي التعويض بالعملة المحلية للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم أو عملة أخرى و تكون غير قابلة للتحويل إلى الخارج، وهذا يعتبر خسارة فعلية للمستثمر الأجنبي .

---

1 - حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي لاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ص93

2 –MAHMOUD SALEM , Le développement et la protection conventionnelle des Investissements étrangers ,op,cit,p 615 .

3- أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي، مرجع سابق، ص54

وقد سبق للمحكمة الدائمة للعدل الدولي أن حكمت على ألمانيا أن تؤدي التعويضات المستحقة لفرنسا بالعملة الفرنسية، وهو ما يبين وجود قاعدة دولية تلزم أداء التعويض بعملة الدولة المستحقة للتعويض[1].

ثالثا: التعويض الملائم والحقيقي

التعويض الملائم والحقيقي يتم بناءا على الظروف الملابسة لإجراء نزع الملكية أو التأميم من جهة، وبناءا على جسامة الضرر حيث يكون مساويا له ولا يزيد عنه معتمدا في قياسه على الضرر المباشر، أي الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الفائت دون مراعاة جسامة الضرر الذي لحق المستثمر[2].

والعائق في تحديد التعويض الملائم والحقيقي يتمثل في مسألة تقييم الأضرار[3] اللاحق بالمستثمر فيما إذا كان يشمل الحرمان من الفوائد، وقواعد القانون الدولي ترى أنه يشمل الأضرار والخسائر والفوائد المحتملة إذا كان ناتجا عن نزع ملكية غير مشروع، أما مصادر الحديثة للقانون الدولي ترى أنه ملائم إذا كان يغطي القيمة التجارية أو الحقيقية لاستثمار[4].

رابعا: التعويض الفوري أو الحال

يقصد به التعويض الذي يجب أن يؤدى فور وقوع إجراءات نزع الملكية أو التأميم في اللحظة التي يصبح فيها هذا الإجراء مؤثرا ولا يحق للبلد المضيف أن ينزع ملكية المستثمر الأجنبي ويقوم بدفع تعويض مؤجل لأن ذلك يسبب ضرر للمستثمر الأجنبي.

1- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص69

2- نوارة حسين، التعويض في الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص56

3- هنا تثور أهمية إجراءات تقييم دقيق وعادل يوفق بين متناقضين هما: مصلحة الدولة المضيفة وظروفها الاقتصادية ومصلحة المستثمر الأجنبي، والقيمة العادلة للتعويض تدرج ضوابطها ضمن الاتفاقيات أو القوانين الداخلية ولدقة عملية تقدير الأضرار والتعويض المناسب تخول المهمة للمحاكم.

4- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص212

و في حالة دفع تعويض مؤجل يجب أن يرفق بفائدة تناسب مدة التأخير، لأن الدفع الفوري يكون في مصلحة المستثمر الأجنبي من حيث كسب الوقت، و التأجيل هو ضرر له لأنه تضييع لمصالحه[1].

الفرع الثاني

أوصاف التعويض الواردة في القانون الجزائري

الجزائر تبنت في تشريعاتها مبدأ التعويض و حرصت شديد الحرص على تكريس حق المستثمر الأجنبي في الحصول عليه كمقابل عن إجراءات نزع الملكية الذي اتخذ ضده حيث يعتبر التعويض من أهم القيود الواردة على تصرفات الدولة و أساسا يستند عليه في إثبات مشروعية هذه التصرفات.

والقوانين الجزائرية تتضمن نصوصها أوصاف مختلفة يتصف بها التعويض, فمنها من ينص على التعويض القبلي العادل و المنصف و منها من نصت على التعويض المناسب و الفعلي وكذا التعويض الملائم والحقيقي إضافة إلى التعويض السريع حيث تتجسد هذه في نصوص الدستور[2](أولا) والقوانين الداخلية (ثانيا) وكذا الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها(ثالثا).

أولا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في الدستور

نص المشرع الجزائري على دفع تعويض قبلي أو مسبق، وعادل ومنصف عن إجراءات نزع الملكية، حيث تنص المادة 20 من دستور 1996 (لا يتم عن إجراءات نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عنه تعويض قبلي عادل ومنصف)[3] وهو ما يؤكده دستور 1989[4]

---

1 - هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص68

2- دليلة أيت رمضان، جحيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص30

3- المرسوم الرئاسي رقم 96/ 438 المؤرخ في 1996/12/07 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عنه في إستفتاء 28 /11 /1996 ، الجريدة الرسمية، الجريدة الرسمية العدد76 الصادر في 08 / 12 / 1996 .

4- وناس عقيلة، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، دون سنة النشر، ص77

ويقصد با التعويض القبلي أو المسبق التعويض الذي يستوجب دفعه للمستثمر الأجنبي قبل مباشرة إجراءات نزع الملكية، وهذه الخاصية المكرسة في الدستور قد سبق الإشارة إليها عند تأميم مصالح الشركات الفرنسية في الجزائر[1].

أما التعويض العادل فيقصد به التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية التي تحدد غالبا قيمته الأموال المنزوعة ملكيتها وفقا لسعر السائد في السوق وكل مافات المستثمر من كسب إلى يوم الأداء الفعلي لمنح التعويض[2].

ثانيا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في القوانين الوطنية

تبنت الجزائر في قانون الاستثمار صيغة التعويض العادل و المنصف حيث تنص المادة 16 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار على (...يترتب عن المصادرة تعويض عادل و منصف)[3].

كما نجد أيضا في القانون المدني بمقتضى المادة 677 النص على العدالة و الإنصاف "...الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها،أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل "[4].

وتنص المادة 21 من القانون 11/91 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العامة على أنه (يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا)[5].

1- دليلة أيت رمضان، جبيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص31

2- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص217

3- أمر رقم01 / 03 مؤرخ في2001/08/20، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد47، مؤرخة في 08/22 2001، معدل ومتمم بالأمر رقم 06/ 08، المؤرخ في15/ 2006/07، الجريدة الرسمية عدد 47، مؤرخة في19/ 06/ 2006.

4- نادية أوديع، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مرجع سابق، ص59

5- قانون رقم11/91 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مرجع سابق

ثالثا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في القوانين الاتفاقية

إن التعويض القبلي العادل والمنصف الذي كرسته الجزائر في قوانينها الداخلية وفي دساتيرها لم تجسده في الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها.

فمعظم الاتفاقيات التي أبرمتها مع الدول العربية تنص على التعويض المناسب والفعال حيث تتضمن هذا الوصف الاتفاقية المبرمة مع مصر[1]، كما تتضمنه الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر من خلال نص المادة 5-2 على (...يجب أن تصاحب إجراءات نزع الملكية إذا اتخذت دفع تعويض مناسب وفعلي، إضافة إلى المادة 5-2 من الاتفاق المبرم مع الأردن[2].

كما نصت الاتفاقيات المبرمة مع الدول الأوروبية على التعويض المناسب والفعلي في الاتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد اللكسمبوري المادة 4-2 تنص (يجب أن تكون مقرونة با التدابير التي تنص على التعويض المناسب والفعلي)[3].

والاتفاق المبرم مع إيطاليا يؤكد على أن إجراءات التأميم أو نزع الملكية أو أي تدابير أخرى مصحوبة بأحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب وفعلي[4]، والاتفاق المبرم مع فرنسا تنص على أنه (يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت إلى دفع تعويض مناسب وفعلي[5].

1- المادة 5/ 2، من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر سنة 1998، فيما يتعلق بالحماية المتبادلة لاستثمار وامتناع الازدواج الضريبي والتهرب الضريبي، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 115/03 مؤرخ في 17/ 03/ 2003، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادر في 1998 .

2- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص90

3- الاتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد البلجيكي- اللكسمبوري، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 115/03 مؤرخ في 17/ 03/ 2003، الجريدة الرسمية العدد 46،الصادر في11/06/ 1991

4 - المادة 4 / 3من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في الجزائر بتاريخ 18 /05 /1991، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91 /346 المؤرخ في 15 / 10 / 1991، مرجع نفسه.

5 – الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، حول التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم01/94 ، المؤرخ في 02/ 1994/01، الجريدة الرسمية العدد 01، الصادر في تاريخ 02/ 01/ 1994

ويقصد با التعويض المناسب والفعلي التعويض القابل لتحويل بعملة أجنبية نحوى الخارج أو قابلا لاستثمار داخل الدولة إذا كان بالعملة المحلية .

أما باقي الاتفاقيات الأخرى التي قامت الجزائر بإبرامها فقد استعملت عبارات مختلفة كا التعويض السريع والملائم والحقيقي، مثال الاتفاقية المبرمة مع إثيوبيا تنص المادة3/5على أن (ترفق هذه التدابير بتعويض سريع)[1].

ويقصد بالتعويض السريع التعويض الذي يتم قبل اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو الإعلان عنه أو أثناء أو بعد اتخاذها بفترة قصيرة، لكن من الناحية العملية فمعظم التأميمات قد تم التعويض عنها بعد عدة سنوات وعلى أقساط[2].

والتعويض الملائم والحقيقي تضمن هذا الوصف الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا في المادة 04-3 التي تنص على (...تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم و كذلك طرق دفع التعويض)[3].

المطلب الثاني

طرق تحديد التعويض ووسائل أدائه

إذا كان الغرض من الإجراءات المرتبطة بنزع الملكية والتأميم هو تقرير وجود منفعة عمومية، فإن الغرض من تكريس طرق وأسس التعويض هو الوصول إلى تحديده على شكل عادل ومنصف (الفرع الأول) وأدائه بطريقة تخدم مصالح الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي (الفرع الثاني).

1- يتضمن التصديق على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإثيوبيا حول الترقية والحماية المتبادلة لاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 03/ 115مؤرخ في17 مارس سنة 2003، الجريدة الرسمية العدد19 لسنة 2003.

2- دليلة أيت رمضان، ججيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص31

3- الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وحكومة رومانيا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 94 /328 مؤرخ 22 أكتوبر1994 يتضمن الجريدة الرسمية، العدد 69 الصادر في تاريخ 1994/ 11/26

الفرع الأول

الطرق المعتمدة في تحديد التعويض

فا برغم من أن قواعد القانون الدولي لم تعطي توضيحا عن الطرق المتبعة في تحديد قيمة التعويض المستحق إلا أن الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمار وحماية الاستثمارات لا تكتفي با الأخذ بمبدأ التعويض وإنما تتضمن نصوصا تبين طرق تحديد التعويض المستحق[1]، لأهميته بالنسبة للطرفين، من حيث إيجاد القانون الواجب التطبيق على المسألة.

فهناك من يرجح ضرورة تطبيقها وفقا للقانون الوطني للدولة المضيفة وهناك من يرجح ضرورة وجود معايير مستقلة تقوم عليها مسألة التعويض، وهذا في ظل غياب قاعدة قانونية دولية توضح كيفية تحديد التعويض الناجم عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم من طرف الدولة المضيفة مما أدى إلى ضرورة الاعتماد على الاجتهادات القضائية والفقهية المتضاربة على المستوى الدولي.

والهدف الأساسي هو مراعاة مصالح المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة, ولتحقيق هذا الهدف يتم تحديد التعويض بالطريقة التي تضمن المصالح الاقتصادية والمالية للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من العناصر الأساسية التي تضمن هذه المصالح وزيادة في نسبة تدفق رؤوس الأموال الأجنبي[2].

يتطلب تحديد التعويض مراعاة ظروف الدولة، لأن الاعتماد على طريقة معينة قد ترتب أضرارا لدولة و تحول دون تحقيق أهدافها المرجوة من وراء نزع الملكية أو التأميم.

---

1 - حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي لاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ص87

2 – دليلة أيت رمضان، ججيقة خلوي، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص32

أولا: أهم الطرق المعتمدة دوليا في تحديد التعويض

يعتمد في تحديد التعويض على مجموعة من الطرق، منها ما تخدم مصالح الدولة المضيفة ومنها ما تخدم مصالح المستثمر الأجنبي، ومن بين هذه الطرق: طريقة الحصيلة وطريقة البورصة وطريقة المقاصة وكذا طريقة القيمة السوقية.

ا. طريقة الحصيلة

سميت بطريقة الحصيلة لأن تحديد قيمة التعويض وفقا لهده الطريقة يتم بتعويض جميع مبالغ الاستثمارات والأرباح المتوقعة مع حذف مبالغ الإهتلاكات المحققة مع الأخذ بعين الاعتبار الأرباح المحققة والواردة في حصيلة الشركة المؤممة مقارنة مع معدل الأرباح التي تحققها شركة أخرى مماثلة في نفس المدة لكن في بلد أخر[1].

ب. طريقة القيمة في البورصة

هذه الطريقة تطبق على الشركات الاستثمارية ذات قيمة في البورصة,حيث يحدد التعويض وفقا لهذه الطريقة على أساس قيمة الأسهم في البورصة وهو ما يجعل الخطر قائم على الأطراف المعنية با الإجراء نظرا لعدم ثبوت قيمة الأسهم في البورصة.

ج. طريقة المقاصة

يحدد هنا التعويض وفقا لأرباح التي تحققها المؤسسة وقيمة رأس المال المستثمر في الدولة المضيفة وبين الأضرار التي تلحقها با الاقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية والتسرع في إعادة تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة إلى الخارج بشكل يضر اقتصاد الدولة [2].

1- تسمى هذه الطريقة أيضا بالقيمة الحسابية الصافية وقد تعرضت للرفض من قبل المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية لأنها تقلل من قيمة التعويض، فهي مبنية على فكرة المقارنة مما جعلها غير موضوعية وبرغم من هذا فمعظم الاتفاقيات الثنائية تنص عليها.

2- حسين نوارة، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 217،218 .

د. طريقة القيمة السوقية.

وفق هذه الطريقة فإن مبلغ التعويض الذي سيتم دفعه للمستثمر نتيجة نزع ملكية استثماره يكون مبنيا على أساس قيمة المشروع في السوق حيث يحدد مبلغ التعويض وفق السعر السائد مما يخدم مصالح الطرفين ويضفي المساواة بينهما إذ لا يؤثر طرف على أخر[1]،لأن تقدير الملكية المنزوعة أو المؤممة تقدير فعلي.

وقد قضت بالقيمة السوقية محكمة النقض المصرية في القضية رقم 557 مؤرخة في 26 /10/ 1980 حسب قانون رقم 95 سنة 1945 الخاص بشؤون التمويل والذي يحدد القواعد الخاصة بتقدير التعويض عن إجراءات الإستلاءات يتم تقدير التعويض على أساس فائدة رأس المال المستثمر وفقا لسعر العادي الجاري بالسوق في تاريخ حصول الإستلاء مضافا إليه مصروفات اللإستلاء وصيانة المباني[2].

ثانيا: الطرق المعتمدة في القانون الجزائري

اعتمد المشرع الجزائري لتحديد التعويض على مجموعة من الطرق تتطابق مع وصف العدل والإنصاف المنصوص عليه في الدستور والتشريع[3] ويتجسد هذا من خلال القوانين الداخلية والاتفاقيات الثنائية .

وفقا للقوانين الوطنية يتم تحديد مبلغ التعويض على أساس القيمة الحسابية الصافية التي تحدد طبقا لعناصر رأس المال الذي تسترجعه الدولة المضيفة وذلك بموجب المادة 8 من الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات [4].

1- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص92

2- نادية أوديع، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مرجع سابق، ص60

3- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص206

4 - تنص المادة 8 من الأمر رقم 66 / 284 على "في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات...وقد يشمل دلك التدابير بحكم القانون استنادا لهذا الأمر دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحددة بمواجهة الخبراء والعناصر الوطنية التي تسترجعها الدولة ودلك في مهلة أقصاها تسعة أشهر ويزداد على التعويض".

كما اعتمد على أساس القيمة الحسابية لأسهم التي يمتلكها المستثمر الأجنبي في رأس مال المؤسسة وذلك بموجب القانون رقم 82/ 13 الذي يحدد النظام الخاص لشركات الاقتصاد المختلط[1].

أما فيما يخص الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر اعتمدت على ثلاث أسس لتحديد التعويض وتتمثل في القيمة الحقيقية لاستثمار، والقيمة الفعلية، والقيمة الاقتصادية.

ا.القيمة الحقيقية لاستثمار

تشمل القيمة الحقيقية لاستثمار القيمة الحسابية الصافية و الفوائد المتحصل عليها وكل فائدة أو خسارة محتملة فكل ماله قيمة في الاستثمار يدخل في حساب القيمة الحقيقية لإستثمار[2].

تنص المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا (يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية لاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا لظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيها عنها)[3].

والمادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا (يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية لاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها لظروف الاقتصادية) و المادة 3/8 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و اليمن (...أن يكون ذلك الإجراء مقابل دفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية لاستثمارات المعنية والتي تم تطبيقها وفقا لظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيها.[4]

1- حسن نوارة، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص220

2- لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص92

3 – المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و المملكة الإسبانية المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة لاستثمارات، الموقع في مدريد بتاريخ 23 /12 /1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/ 88 المؤرخ في 25 مارس 1995.

4- وقد نصت على هذه الطريقة عدة اتفاقيات، نقلا عن حسين نوارة، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق.

- م 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و مالي.

- م4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و النيجر.

ب. القيمة الفعلية لاستثمار

كما اعتمدت الجزائر في تحديد التعويض على أساس القيمة الفعلية لاستثمار حيث تنص المادة 4-2 من اتفاقية الجزائر والبرتغال (إن مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية لاستثمار المعني مباشرة قبل اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه عن الإجراءات على أن يؤخذ بالإجراء الأول)، كما تنص الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا على أن يكون تقدير التعويض على أساس القيمة الفعلية للاستثمارات من خلال المادة 4/4 (يكون المبلغ المناسب للتعويض معادلا للقيمة الفعلية لاستثمارات المعنية في السوق عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها)،[1] كما تضمنت الاتفاقية المبرمة مع سلطنة عمان أن (أي إجراء لنزع الملكية يمكن أن يتخذ لابد وأن تشمل على تعويض فوري كامل وفعال يتم حسابه على أساس قيمة الاستثمارات السائدة في السوق مباشرة قبل إعلان قرار نزع الملكية أو قبل أن يصبح القرار معروفا للجمهور[2].

ج. القيمة الاقتصادية لاستثمارات

لها معنى أوسع يشمل كل العناصر الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار مما يجعل المستثمر لا يقع في تقلبات السوق [3]، وتضمنت الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر ودولة قطر هذه الطريقة حيث تنص المادة 3/5 على وجوب حساب مبلغ التعويض الذي يكون مناسبا وفعليا على أساس القيمة الاقتصادية لاستثمارات التي تم نزعها.[4]

---

1 - لوناس حرزي، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص93

2 - الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة سلطنة عمان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 04/09 /2000، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 223/02 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1423 الموافق 2002/06/22 ، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2002

3-محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق،ص210

4- الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة، بتاريخ 10/24/ 1996، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 97 /229 المؤرخ في 1997/06/23، الجريدة الرسمية، العدد43 لسنة 1997

الفرع الثاني

الوسائل المتبعة في أداء التعويض

لدفع التعويض للمستثمر الأجنبي يتم الاعتماد على تقنيات متعددة من بينها, دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل، وطريقة دفع التعويض عينا، أو اللجوء إلى تقنية الحلول.

أولا: دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل

القانون الدولي يلزم الدولة بدفع التعويض للمستثمر الأجنبي بعملة قابلة للتحويل، وتكون العملة إما عملة البلد المصدر لاستثمار أو عملة يتقبلها المستثمر.

معظم الدول المستوردة لاستثمارات عملتها غير قابلة للتحويل ولعل أفضل الحلول للمستثمر الأجنبي والتي أخذت بها بعض المعاهدات الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار هو أن يؤدى التعويض بعملة الاستثمار أي بعملة التي دخل بها المستثمر الأجنبي.

ثانيا: دفع التعويض عينا

هذه الطريقة سائدة أكثر في الدول النامية نظرا لعدم قدرتها على دفع التعويض نقدا بسبب ما تعانيه من صعوبات مالية.

فالدولة المضيفة تعطي للمستثمر الأجنبي تعويض عيني ويتم ذلك بإعطاء مجموعة من المواد الأولية للمستثمر كمقابل عن الضرر الذي لحقه وفي هذا الصدد نجد أن الاتفاق المبرم بين ليبيا وكل من شركة تكساسو وكلاسيك عام 1977 نصت على أن تدفع الحكومة الليبية إلى كل من شركة منهما كمية من النفط تعادل قيمتها 76 مليون دولار أمريكي عن الممتلكات التي أممتها الحكومة الليبية.

ثالثا: تقنية الحلول

تقنية الحلول وسيلة تلجأ إليها الدول الأصلية للمستثمر الأجنبي للحصول على حقهم في التعويض.

ويقصد بها حلول الدولة الأصلية مكان المستثمر الأجنبي بغرض مواجهة الدولة المضيفة وذلك للحصول على التعويضات المستحقة لمواطنيها. فهذه التقنية بمثابة ضمان للمستثمر[1].

1- محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 222،223

المبحث الثاني

أحكام تعويض المشاريع الاستثمارية بموجب عقد ضمان استثمار دولي.

يعتبر حق المستثمر الأجنبي في التعويض عن مشاريعه الاستثمارية من طرف الدولة المضيفة، حق مقرر في قواعد القانون الدولي، ومبدأ ملزم على كل دولة اتخذت إجراءات حرمت المستثمر من استثماره، إلا أن هذا لا يمنع من تخوف المستثمر الأجنبي من عدم التزام الدولة بهذا المبدأ و الوفاء به، أو إن التزمت به فإن التعويض لا يشمل قيمة أموالها المستثمرة.

نتيجة هذه التخوفات يلجأ المستثمر الأجنبي إلى جهة أخرى تضمن له الحصول على حقه وتتعهد بأن تلتزم بنفسها تحمل الخسائر التي تلحق به من جراء المخاطر غير التجارية التي قد تصيبه في الدولة المضيفة وذلك بموجب عقد ضمان استثمار دولي[1].

يتم إبرام عقد ضمان استثمار بين المستثمر الأجنبي الذي يسمى المستثمر المضمون وهيئة الضمان، التي قد تكون هيئة عامة تابعة للدولة الوطنية للمستثمر الأجنبي، أو المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أو المؤسسة الإسلامية أو الوكالة الدولية.

بعد انعقاد عقد الضمان بين المستثمر وهيئة الضمان يكون المستثمر مطمئنا على استثماره، حيث في حالة تحقق أحد المخاطر المغطاة بعملية الضمان يلزم على هيئة الضمان بدفع التعويض[2]، بعد التأكد من توفر جميع الشروط الواجبة لأداء التعويض (المطلب الأول) والحصول عليه يكون بإتباع جميع المراحل الضرورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط وجوب أداء التعويض في عقد ضمان استثمار

وفقا لما جاء في اتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان الدولية والعقود التي تبرمها مع المستثمر المضمون, فإنه لا تتكفل هيئة الضمان الدولية بالآثار المالية الناجمة عن حدوث مخاطر غير تجارية مضمونة بمجرد إبرام عقد ضمان الاستثمار الدولي.

1- عقد ضمان استثمار دولي هو اتفاق بين مستثمر أجنبي وهيئة الضمان، حيث تتعهد هذه الأخيرة بتحمل الآثار المترتبة عن وقوع خطر غير تجاري مقابل دفع المستثمر الأجنبي أقساط الضمان.

2- عائشة عينوش، ميكانزمات ضمان الاستثمار الأجنبي في الجزائر، ص108

تناولت اتفاقيات إنشاء هيئات الضمان الدولية شروط استحقاق التعويض للمستثمر المضمون بصفة عامة، كما أوردت عقود الضمان التي تبرم بين المستثمر المضمون وهيئة الضمان الشروط البيانية الواجب توفرها لاستحقاق التعويض[1]، وعلى العموم فإنه لاستحقاق التعويض لابد من توفر شروط تتعلق بالمستفيد من الضمان وهو المستثمر المضمون (الفرع الأول) وشروط تتعلق بمحل العقد وهو الخطر المضمون (الفرع الثاني)

الفرع الأول

شروط المتعلقة بالمستفيد من الضمان

المستفيد من الضمان هو المستثمر الذي أبرم العقد مع هيئة الضمان وصاحب المصلحة في التعويض الذي يمنح له وفقا لشروط تتعلق به وتتمثل في:

أولا: المصلحة

يعتبر شرط المصلحة من الشروط الضرورية لأنه لا يمكن لأي شخص الاستفادة من التعويض ما لم يكن له مصلحة في ذلك مقررة من هيئة الضمان الدولية.

فيجب أن يكون المستثمر المضمون قد توفرت فيه شرط الصلاحية لضمان و كون الاستثمار محل الضمان من الاستثمارات الصالحة لذلك.[2]

والمستثمر الذي تشترط المصلحة له قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، المهم هو أن تكون له جنسية دولة عضوة في هيئة الضمان الدولية التي أبرم العقد معها[3]، وستمررها شرط للحصول على التعويض في كل الإجراءات حيث تنص المادة 17-2 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على"...إلا أنه يجب أن تتوافر هذه الشروط عند مطالبة المؤمن له بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها".

1- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ص119

2- إن شرط المصلحة لم يرد في اتفاقية الوكالة الدولية لاستثمار، ولا اتفاقية المؤسسة الإسلامية، مما يعني استبعادها لشرط المصلحة.

3- رابطة الجنسية بين طالب التعويض وهيئة الضمان يجب أن تمتد طيلة مدة العقد، وإن فقدها لسبب معين يكون لهيئة الضمان سلطة التقدير.

ثانيا: وفاء المستثمر بالتزاماته التعاقدية

يجب أن يكون المستثمر المضمون قد أوفى بالتزاماته المقررة بمقتضى نصوص العقد وتتمثل:

1. تسديد أقساط الضمان

يعتبر تسديد أقساط الضمان المتمثلة في مبالغ مالية يقدمها المستفيد من الضمان للهيئة التي أبرم معها العقد قبل تحقق الخطر شرط أساسي للالتزام هيئة الضمان بتحمل تبعات الخطر ومنح تعويض للمستثمر.

وفي حالة تحقق الخطر المضمون قبل أن يقوم المستثمر بدفع الأقساط المستحقة لتأخره في ذالك, فإن هيئة الضمان لا تلتزم بمنح التعويض حتى يتم دفع الأقساط ومختلف التكاليف المطلوب تسديدها قبل طلب التعويض، ودفع القسط من حيث قيمته يختلف باختلاف هيئات الضمان الداخلية أو الدولية مثال[1].

أ. على مستوى هيئة الضمان الدولية

ومثال على ذالك هيئة الضمان البريطانية، وهي إدارة ضمان إئتمان الصادرات ويتم دفع القسط فيها سنويا عن طريق مبلغ ثابت مضمون خلال سنة بسعر موحد ثابت .

ب. على مستوى هيئات الضمان الدولية

ولا سيما الوكالة الدولية تدفع الأقساط سنويا مستقلة عن طبيعة المشروع كنموذج لأخطار المضمونة عامة، سعرهم يتراوح ما بين 0،50 % و1،25 % من رأسمال المستثمر القابل للضمان.

وبعد ما يدفع المستثمر هدا القسط بموجب عقد الضمان، فهو في مقابل ذلك ينتظر دفع تعويض له في حالة تحقق الخطر المضمون[2].

ودفع القسط لهيئة الضمان يكون من طرف المتعاقد مع هيئة الضمان بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني و إذا انتقلت هذه الملكية إلى أخر ينتقل هذا الالتزام إلى هذا الأخير.

1- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان استثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص125

2- عائشة عينوش، ميكانزنات ضمانات الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، ص108

2. الإخطار بوقوع الخطر

يتوجب على المستفيد من الضمان، أن يقوم بإعلام هيئة الضمان بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بالخطر الذي وقع، كوقت وقوعه وأسباب ذلك والظروف التي أحاطت به مع تقديم الوثائق والمستندات المتعلقة بذلك التي تبين تحقق الخطر مثل قرار نزع الملكية.

وكذا إخطار هيئة الضمان بكل الإجراءات التي اتخذها وكل ما يطرأ من تغيرات على الاستثمار طيلة فترة الاستثمار والإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر، وعليه أن يعلم الهيئة في حالة التنازل عن الاستثمار المضمون لشخص أخر, وإعلامها بكل الاتفاقات الجديدة التي يدخل فيها مع هيئات أخرى، فإخبار الهيئة بجميع المعلومات من كل الجوانب أمر إلزامي[1].

ثالثا: أن لا يكون حدوث الخطر له علاقة بالمستفيد من الضمان

وفقا للمادة 11 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، لا يجوز للوكالة أن تقوم بتغطية الخسائر الناتجة عن اتخاذ الحكومة المضيفة أو قعودها عن اتخاذ أي إجراء إذا كان المستثمر المضمون قد وافق على هذا الإجراء أو كان مسؤولا عن اتخاذه[2].

فالاستحقاق التعويض لابد أن يكون الخطر خارج عن إرادة المستثمر وأيضا أن يلجأ المستثمر أولا إلى الطرق المتاحة في الدولة المضيفة للحصول أولا.

1. أن يكون الخطر خارج عن إرادة المستثمر المضمون

يشترط ألا تكون المخاطر والإجراءات الحكومية المضمونة قد اتخذت نتيجة خطأ المستثمر المضمون أو المشروع المستفيد لقيامه بعمل استفزازي أو عدائي للسلطة العامة في الدولة المضيفة، وهذا وضع منطقي فلا يتصور أن تسأل هيئة الضمان إذا كان مرجعه خطأ المستثمر المضمون, وهذا طبقا للقواعد العامة في الضمان.

1- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي مرجع سابق، ص126

2- تنص المادة11 / ج/ 1من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على "اتخاذ الحكومة المضيفة أو قعودها عن اتخاذ أي إجراء إذا كان المستثمر المضمون قد وافق على هذا الإجراء أو كان مسؤولا عن اتخاذه "

ولجوء المستثمر المضمون إلى القضاء أو جهة الإدارة للمطالبة بالحقوق المشروعة، أو لإيقاف أي عمل يمس بحقوقه من طرف الدولة المضيفة، لا يعتبر من قبيل الأعمال الاستفزازية أو الإعتدائية[1].

الغرض الأساسي من عدم قيام هيئة الضمان دفع التعويض في عقود الضمان للمستثمر المضمون في حالة تحقق خطر يرجع لتصرف خاطئ للمستثمر بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى رغبة الهيئة أن تكون لها مسؤولية محدودة تجاه المستثمر، وتحفيز المضمون إلى بذل جهوده لتفادي خطأ يصدر عنه.

فإذا كانت العقود تجيز لهيئة الضمان تعويض المستثمر المضمون، في حالة وقوع خطأ صادر عن المستثمر و الذي يتسبب في أحد الأخطار المشمولة بالضمان، يؤدي إلى الإهمال أو عدم اتخاذ العناية لتفادي الخطر, مما يؤدي إلى تحمل هيئة الضمان مسؤولية تزيد من أعبائها[2].

2. استنفاذ الطرق الداخلية المتاحة بالدولة.

لاستحقاق التعويض يشترط على المستثمر المضمون أن يستنفذ جميع الوسائل الإدارية المتاحة في الدولة المضيفة، وهذا ما تؤكده المادة 23 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الإستثمارات[3].

1- المادة 11 من عقد تأمين استثمار مباشر للمؤسسة العربية تنص على "يتعهد المؤمن له أن يبذل الجهد المعقول لتلافي حدوث الخطر ولحماية ممتلكاته وأن يبادر عند الاقتضاء إلى التدابير و الإجراءات التحفظية العاجلة للمحافظة على حقوقه، وأن يمتنع عن القيام بأي عمل استفزازي أو عدائي للسلطة العامة في القطر المضيف، ولا يعتبر عملا استفزازيا اللجوء إلى القضاء أو جهة الإدارة للمطالبة بالحق وتعتبر الممارسات الفاسدة من الأعمال الاستفزازية"

2- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص120

3- تنص المادة 23 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات على أنه "...ويجب أن يشترط في عقود التأمين ضرورة لجوء المؤمن لهم أولا وقبل قيام المؤسسة بالدفع, إلى الوسائل الإدارية المناسبة المتاحة لهم فورا في ظل قوانين الدولة المضيفة..."

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بمحل عقد الضمان

بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالمستثمر المضمون, فقد تضمنت عقود الضمان شروط أخرى تتعلق بمحل الضمان المتمثل في الخطر المضمون وهي:

أولا: تحقق الخطر المضمون أثناء فترة نفاذ العقد

في عقد الضمان الدولي يتم تعويض المستثمر المضمون عن الخسارة التي لحقت به بسبب تحقق الخطر المضمون في فترة سريان ونفاذ العقد، وكل خسارة ألحقت بالمستثمر قبل إبرام عقد الضمان، أو يكون المستثمر قد علم بها عند إبرام العقد لا تستوجب التعويض من طرف هيئة الضمان، والمادة 19-4 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين وائتمان الصادرات تنص أنه "لا تجوز في جميع الأحوال تغطية الخسائر الناجمة عن أي إجراء تتخذه سلطات الدولة المضيفة أو قطر المستثمر المضمون، أم تمتنع عن اتخاذه قبل إبرام عقد الضمان أو أي حدث وقع قبل إبرام هدا العقد"[1].

ثانيا: أن يؤدي الخطر إلى حرمان المستثمر من حقوقه على استثماره

التعويض في عقد الضمان يشمل الخسارة المترتبة عن الخطر المضمون، وليس الخطر في حد ذاته، لذا فإن هيئة الضمان في تحديدها لمبلغ التعويض المستحق تعتمد على سبب حصول الخسارة أي طبيعة الخطر.

ويشترط في الخطر إذا تحقق أن يؤدي إلى حرمان المستثمر المضمون من حقوقه على استثماره، إما حرمانه من ملكية أصول مشروعه وفوائده المشروعة، أو بحرمانه من كل حقوقه الجوهرية المترتبة على استثماره وفقا للمادة 18-1 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار[2].

1- يعتبر عنصر الزمن عاملا جوهريا في عقد الضمان, إذ يمثل المقياس الذي يتحدد به محل العقد والتزامات أطرافه, التي يجب أن تستمر طوال مدة العقد, تتحمل خلالها هيئة الضمان تبعية الخطر مقابل التزام المستثمر بتسديد أقساط الضمان سنويا, وتنتهي هذه الالتزامات بانقضاء مدة العقد.

2- تنص المادة 1/8 من اتفاقية المؤسسة العربية لاستثمار على "يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية, اتخاذ السلطة العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره"

وحرمان المستثمر من حقوقه على استثماره نتيجة تحقق الخطر المضمون يترتب عنه استحقاق التعويض الذي يتم تحديده وفقا لنوع الخطر.

في حالة ما إذا تعلق الأمر بخطر سياسي وأدى إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، يتوجب على هيئة الضمان منحه تعويض كنتيجة لهذا الخطر.

وعلى المستثمر المضمون أن يسلم هيئة الضمان كل المبالغ والأموال التي حصل عليها بصفة مباشرة أو غير مباشرة من المشروع المستفيد من الضمان إبتداءا من تاريخ نشأة الخطر، باعتبارها سندات تتعلق باستثماره، بما أنه لم يتمكن من إخراجها من البلد المضيف.

وعند تحديد مبلغ التعويض المستحق يتم خصم من هذا المبلغ قيمة ما تسلمه المستثمر المضمون من مستحقات التي حصل عليها من المشروع بعد حدوث الخطر، وإن لم يخصمها فالمستثمر سيحصل على تعويضين عن نفس الضرر.

وعدم الخصم يلحق أضرار بهيئة الضمان لأنها لا تستطيع الحصول على كل مبالغ التعويض التي دفعتها للمؤمن بعد أن تحل محله.

أما في حالة الخطر المتعلق بالعجز عن تحويل العملة، فيشترط في عقود الضمان لاستحقاق التعويض أن ترفض السلطات العامة في القطر المضيف تحويل مستحقات المستثمر المضمون من صافي استثماره وعوائده التي دفعت له بالعملة المحلية والرفض يستمر لمدة محددة من تاريخ الرفض أو تاريخ تسلم العملة المحلية،كما يشترط أن يكون المستثمر المضمون قد بذل كافة المجهودات لإجراء التحويل خلال المدة المحددة في عقد الضمان[1].

1- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي, مرجع سابق، ص ص 122،123 .

ولاستحقاق التعويض بتحقق خطر الحرب والثورات والفتن الداخلية، يشترط انقضاء مدة يحددها العقد للمطالبة بالتعويض، كما يشترط أن يتسبب الخطر في حدوث تأخر في دفع الأقساط رغم اتخاذ كافة الإجراءات للمحافظة على حقوقه.

الوكالة الدولية تشترط استحقاق التعويض بوقوع خطر الحرب والاضطرابات الداخلية بإقليم الدولة المضيفة لاستثمار[1]، أما المؤسسة العربية فقد اشترطت لاستحقاق التعويض عند تحقق الخطر إذا ما تعرضت أصول المستثمر المادية فقط تعرضا مباشرا، واستبعدت الأصول غير المادية[2].

الهدف من تهرب المؤسسة العربية لتعويض الخسائر الغير المادية ضد خطر الحرب والفتن الداخلية هو حماية المؤسسة نفسها من المطالبة غي المحدودة فيما لو كانت تضمن الخسائر غير المادية لاستثمارات إذا ما ترتبت على الحروب والفتن الداخلية.

أما المؤسسة الإسلامية فإنها لم تشترط شروط محددة لوقوع خطر الحرب والاضطرابات الأهلية وإنما نصت على أن يكون أي عمل عسكري أو اضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة أو دولة المستثمر المضمون.

أما في حالة الإخلال بالعقد، يستحق فيها المستثمر الأجنبي التعويض إذا لم تتوفر الشروط التالية:

-عدم وجود هيئة قضائية أو تحكيمية يمكن للمستثمر اللجوء إليها لمتابعة مطالبه العقدية وإنصافه في مواجهة الدولة المضيفة.

- تأخر الهيئة عن إصدار حكم في النزاع خلال مدة معقولة وكان التأخر غير مبرر على النحو الذي يحدده عقد الضمان.

- عدم تمكن المستثمر من تنفيذ القرار أو الحكم الصادر لصالحه[3].

1- لاستحقاق التعويض يشترط وقوع الحرب,فلا يعوض عن قلاقل لا تبلغ درجة الثورة أو الفتن المنضمة والخسائر التي ترد على إهمال المؤمن له.

2- تتمثل الأصول غير المادية للمستثمر في الأحجار الكريمة، السبائك، الحلي، الأعمال الفنية، النقود الوثائق أو المستندات، الحسابات التجارية والمالية.

3- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص125

- تأخر الهيئة عن إصدار حكم في النزاع خلال مدة معقولة وكان التأخر غير مبرر على النحو الذي يحدده عقد الضمان.

- عدم تمكن المستثمر من تنفيذ القرار أو الحكم الصادر لصالحه[1].

المطلب الثاني

مراحل التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي

وفقا لما هو سائد في عقد ضمان الاستثمار فإنه بعد استفاء جميع الشروط لاستحقاق التعويض، يتم تعويض المستثمر المضمون، لكن ذالك يتم من خلال مراحل يتم فيها إتباع الإجراءات الضرورية، المتمثلة في طلب التعويض (الفرع الأول) ثم يتم اللجوء إلى تحديد التعويض ودفعه (الفرع الثاني) وفي حالة تخلف شرط من شروطه لهيئة الضمان الحق في استرداد التعويض المدفوع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

طلب التعويض

عند توفر الشروط اللازمة، يكون المستثمر المضمون الحق في التقدم بطلب التعويض. وهو الطلب الذي يتقدم به المستثمر المضمون إلى الهيئة الضامنة عند تحقق أي من المخاطر المشمولة بالضمان للحصول على التعويض[2].

وطلب التعويض الموجه لهيئة الضمان يجب أن يتضمن كافة المستندات والأدلة التي تبين حقوقه، أما عن تاريخ توجيه الطلب فا لاتفاقيات الدولية لم تحدد الفترة التي يستوجب فيها على المستثمر توجيه طلبه، حيث ترك الأمر للأطراف المتعاقدة بشرط عدم تجاوز مدة معقولة من تاريخ تحقق الخطر أو من تاريخ استنفاذ المستثمر لكافة الوسائل الإدارية المتاحة في الدولة المضيفة[3].

1- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مرجع، سابق، ص125

2- فروجة بوخروب، وراس فرحات، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص86

3- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة النشر، ص207

والحكمة في عدم تأخر المستثمر المضمون في توجيه الطلب هو منع تراخي المستثمر في طلب الضمان لمدة طويلة وحتى لا يصعب عليها التيقن من صحة المستندات ولا يضيع حق هيئة الضمان من قبل الدولة المضيفة أو الغير[1].

ويلتزم المستثمر المضمون بتقديم سند مقبول للضمان أو كفالة لاسترجاع هيئة الضمان للتعويض الذي سيؤدى إليه كله أو بعضه إذا ما تبين أنه لم يكن مستحقا للتعويض أو لجزء منه، علا أنه يعفى من هذا الالتزام إذا تبين لهيئة الضمان تعذر تقديم الضمان مع إحتفاضها بحق استرجاع مبلغ التعويض الذي صرف لمستثمر دون وجه حق، يتحتم على الهيئة الضامنة اتخاذ موقف محدد بعد تفحص الطلب، يقضي بالرفض أو القبول[2].

ا. في حالة الرفض

يمكن لهيئة الضمان الدولية بعد تفحصها لطلب المستثمر بشأن التعويض، أن تتخذ مباشرة قرار بالرفض، لعدم توفر إحدى شروط استحقاق التعويض, ويمكن أن يكون هذا الرفض صريحا أو ضمنيا، وذلك بقبول التعويض مع تخفيض قيمته عن المبلغ المحدد في طلب التعويض أو عن المبلغ المحدد في عقد الضمان مسبقا، وذلك لأسباب تقدرها هيئة الضمان عند تفحص طلب المستثمر ومقارنته بالخسارة التي لحقت به.

والاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار, لم تتضمن ما يلزم هيئة الضمان من تسبيب موقفها لكنها ملزمة بتبليغه إلى المستثمر كتابة حتى يتسنى له اتخاذ الإجراءات المناسبة وفقا لما هو متفق عليه في العقد، كاللجوء إلى التفاوض أو التحكيم أو أية وسيلة أخرى لتسوية الوضعية وتعديل الهيئة لقرارها، وإلا سقط حقه في التعويض, ويصبح قرار هيئة الضمان نهائيا في مواجهته[3].

ب. في حالة القبول

قبول التعويض، هو القرار الذي يتضمن إعلانا من طرف هيئة الضمان بقبولها دفع التعويض للمستفيد منه، وذلك بعد التأكد من صحة كل البيانات، ويتم إعلام طالب التعويض بقرار هيئة الضمان كتابة.

1- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص170

2- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص127

3- نقلا عن نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص138

ويجب على هيئة الضمان أن تحدد مبلغ التعويض خلال مدة سنة تبدأ من تاريخ أستفاء الطلب لشروطه الثابتة في العقد إذا ما تعلق الأمر بأحد الأخطار السياسية أو مخاطر الحروب في حالة الاستثمار المباشر، أما اذا تعلق الأمر بضمان قرض فيجب أن يتخذ هذا القرار خلال فترة6 أشهر.

ويتوجب على الهيئة أن تتخذ موقفا نهائيا بخصوص طلب التعويض في القرض الخاص بتحقق مخاطر العجز عن التحويل خلال مدة180 يوما من تاريخ استفاء الطلب وذلك بالنسبة لعقد ضمان الاستثمار المباشر، ومدة 60 يوما بالنسبة لعقد ضمان قرض.

في حال موافقة هيئة الضمان على طلب التعويض, يلتزم المستثمر بإحالة كافة الحقوق المقررة على استثماره وعوائده، كما يتعين عليه أن يحيل إليها حقوقه في التعويضات التي تم الحصول عليها من أي مصدر أخر غير هيئة التامين كونها ستعوضه عن الخسائر التي لحقت به فقد يمنعها من استفاء جميع حقوقها التي سبق لها أن دفعت للمستثمر، كما أنه لا يستفيد من تعويضين. فيما يسقط حقه في التعويض إذا لم يتمم إجراءات حوالة الحق في المدة المحددة في العقد، وفي حالة إتمامها في الميعاد المحدد في عقد الضمان فإنه تلتزم الهيئة بأداء مبلغ التعويض.

كما لا يمكن للمستثمر المضمون بعد حصوله على موافقة هيئة الضمان أن يتقدم بطلب سحب طلب التعويض، الذي تقدم به إليها في تاريخ لا حق لتاريخ التنازل عن حقوقه لهذه الأخيرة، وأساس ذلك الحيلولة دون سحب طلب التعويض بعد أن تكون هيئة الضمان قد اتخذت الإجراءات اللازمة للحصول على حقوق المستثمر من الدولة المضيفة وتحمل لمصاريف مالية كبيرة[1].

وفي حالة سحب طلب التعويض فإنه يفقد حقه في التعويض، ويكون ملزم بتعويض المؤسسة عما يلحقها من خسارة أو ما تكبدته من نفقات نتيجة ما اتخذته من إجراءات متعلقة بالنظر في الطلب.

1- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سابق ص277

ويصبح قرار هيئة الضمان نهائيا بخصوص طلب التعويض اذا لم يتخذ المستثمر المضمون إجراءات التفاوض والتحكيم خلال مدة يحددها العقد.

فيما يسقط حقه في اتخاذ هذه الإجراءات قبل انتهاء الأجل المحدد إذا ما وافق على حولات الحقوق السابقة [1].

الفرع الثاني

تحديد التعويض ودفعه

التعويض في عقد ضمان الاستثمار لا يغطي كل الخسارة التي لحقت بالمستثمر، أي ليس تعويضا كاملا وشاملا لكل الخسارة، المادة 16 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان تؤكد أنه لا يجوز للمؤسسة أن تغطي جميع الخسائر، والمؤسسة الإسلامية لضمان الاستثمار تتضمن نفس الموقف من خلال المادة 20 [2].

عند تحديد هيئة الضمان للتعويض المستحق للمستثمر المضمون تأخذ في الاعتبار الأضرار الغير مباشرة حيث لا تدخل في الحساب الفرص الضائعة للمشروع

كما أن التعويض لا يساوي قيمة الأموال المستولى عليها في السوق، فالتعويض هنا يتناسب مع الخسارة التي لحقت المستثمر وليس مساويا للمشروع الاستثماري[3].

مبلغ التعويض المستحق للمستثمر المضمون يتم تحديده حسب نوع العقد، إذا كان عقد ضمان استثمار مباشر (أولا)، أو عقد ضمان استثمار غير مباشر (ثانيا)، كما يحدد التعويض حسب الخطر المضمون.

1- خالد هشام،عقد ضمان الاستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع نفسه، ص277

2- تنص المادة 16 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار "...لا يجوز للوكالة أن تغطي جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر", كما تنص المادة 20 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات على " تعد المؤسسة عقود التأمين...وفقا للوائح و النظم التي يضعها أو يصدرها مجلس المديرين من وقت لأخر, على أنه لا يجوز للمؤسسة الإسلامية أن تغطي جميع الخسائر المؤمن عليها..." نقلا عن نزليوي صليحة, النظام القانوني لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص139

3- التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي لا يعني المساواة بين مبلغ التعويض وقيمة المشروع الذي شمله الخطر المضمون.

أولا: تحديد التعويض في عقد ضمان استثمار مباشر

في عقد الاستثمار المباشر يحدد مبلغ التعويض الذي يستحقه المستثمر المضمون تبعا لطبيعة الخطر، إذا كان خطر الحروب أو خطر العجز عن تحويل العملة أو خطر الإخلال بالعقد.

1. خطر عدم تحويل العملة

يتم التعويض عن الخسارة المتعلقة بتحويل العملة التي تترتب عن التقييد الانفرادي من تحويل المستثمر لثمار استثماره، ونتائج تصفية ذلك الاستثمار إلى الخارج، وهذا يعني مخاطر عدم القدرة على تحويل العملة المحلية إلى نقد أجنبي بغرض تحويله إلى خارج الدولة المضيفة[1]، وكذا التعويض عن التأخر الزائد في الحصول على نقد أجنبي بسبب الإهمال من الدولة المضيفة، وتلتزم هيئة الضمان بدفع تعويض للمستثمر المضمون بالعملة المنصوص عليها في العقد حينما تستلم العملة المجمدة من المستثمر.

تحديد التعويض يكون على أساس قيمة العملة التي عجز المستثمر عن تحويلها في حالة ما إذا كان المستثمر المضمون هو المالك لكل رأسمال المشروع المستفيد من الضمان، أما في حالة ما إذا كان المستثمر المضمون مالكا لحصة أو سهم في المشروع.

حددت الأضرار بحصة من المبالغ التي لحقها الخطر تعادل نسبة الحصة أو الأسهم المضمون عليها إلى رأسمال المشروع المستفيد.

وعملية تحديد التعويض تتم بالعملة التي تعتمدها هيئة الضمان وفقا لسعر الصرف السائد في الدولة المضيفة يوم تحقق الخطر ويقدر التعويض بنسبة 90 % من العملة غير المحولة[2].

1- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة للطباعة والنشر, بدون سنة النشر، ص441

2- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص198

2. خطر الإخلال بالعقد

يتم تعويض المستثمر المضمون عن الخسارة التي تلحق به نتيجة إخلال البلد المضيف بالعقد المبرم بينهما، حيث يتوجب على المستثمر اللجوء إلى ألية لتسوية النزاع (مثال القضاء، التحكيم) ليحصل على حكم بالتعويض.

يتم تحديد التعويض على أساس حصة المستثمر المضمون من المبلغ المحكوم به في الحكم القضائي و القرار التحكيمي.

3. خطر الحروب والاضطرابات

يشمل التعويض الذي يترتب عن الخسارة التي تلحق المستثمر المضمون من جراء الحروب والاضطرابات الأصول المادية فقط، والأصول غير المادية تخرج عن نطاق الضمان وفقا لنصوص العقود التي تبرمها هيئات الضمان الدولية.

تحديد التعويض في حالة تحقق خطر الحرب والاضطرابات يتم على أساس القيم التالية.

أ- على أساس كل التكاليف المستخدمة لإصلاح الضرر، أو إبدال الأصول التي أصابها الضرر بعد تحققه مباشرة.

ب- التكلفة الأصلية للأصول.

ج- على أساس سعر الأصول في السوق.

د- الحد الجاري للتأمين[1].

يحسب التعويض بنسبة 85 % وهذا بعد خصم قيمة التعويضات الأخرى التي تحصل عليها المستثمر المضمون من جهات أخرى غير هيئة الضمان عن نفس الأضرار التي شملها الضمان.

1- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص194

كما تتم عملية حساب مبلغ التعويض يعتمد على العملة التي تعمل بها هيئة الضمان الدولية وفقا لسعر الصرف يوم تحقق الخطر المغطى بالضمان.

ثانيا: تحديد التعويض في ضمان استثمار غير المباشر

تحديد التعويض في الاستثمار غير المباشر يكون على أساس قيمة صافي الاستثمار أو المبلغ الجاري للتأمين خلال السنة العقدية التي تحقق فيها الخطر أيهما أقل وذلك بعد ضرب قيمة صافي الاستثمار أو المبلغ الجاري في نسبة 90 % في حالة تحقق أحد المخاطر المغطاة في الضمان، وعلى المستثمر المضمون أن يتحمل 10 % وليس له أن يتوجه إلى هيئة أخرى ليضمن عليها[1].

ويشترط على مبلغ التعويض المستحق للمستثمر المضمون أن لا تتجاوز قيمته الخسارة التي لحقت به بتحقق الخطر المضمون، والحكمة في ذلك هو أن التعويض وسيلة لجبر الضرر وليس الإثراء.

كما أن مبلغ التعويض يجب أن لا يتعدى القيمة التي تتضمنها حولات الحقوق التي قدمها المستثمر المضمون للمؤسسة خالية من أي أعباء أو حقوق الغير أو بخلاف تلك المتعلقة بالمخاطر المضمونة.

- نستخلص مما تقدم من خلال تحديد التعويض أن هيئات الضمان تقوم بتغطية الخسائر التي تلحق بالمستثمر المضمون بنسب مئوية محددة مسبقا, حيث لا تغطي جميع الخسائر واتفقت هيئات الضمان الدولي على وضع حدود أقصى للضمان كحد أقصى وأخرى كحد أدنى للتعويض.

1- يتمثل صافي الاستثمار في قيمة استثمار الطرف المؤمن له مخصوما منها أي جزء يكون قد باعه أو استرجعه في حالة إعادة جزء من رأس مال المشروع إلى المساهمين فيه (وذلك في حالة التصفية) ومخصوما منها كذلك قيمة التعويضات التي دفعتها هيئات التأمين إلى المستثمر المضمون لتحقق أحد المخاطر التي شملها التأمين.

أما المبلغ الجاري لتأمين أو الحد الجاري لتأمين يقصد به القيمة التي يغطيها العقد في كل سنة من السنوات العقدية, بالنسبة إلى المخاطر التي يشملها التأمين ويحدد في بدئ كل سنة عقدية وفقا لطلب المؤمن له تغطيته خلال هذه السنة بالذات، وتحديده يخضع لأحكام عقد التامين، أنظر في ذلك ليلى اللحياني، مرجع سابق ص 141 ، 142

بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار تقوم بدفع تعويض بالنسبة لاستثمارات في أسهم رأس المال يقدر بنسبة 90 في المائة من الاستثمار، وبالنسبة للقروض وضمانات القروض تقدم الوكالة بصفة عامة تغطية تصل إلى نسبة 95 في المائة من أصل القرض.

أما فيما يخص المؤسسة العربية والإسلامية فإنه يتم التعويض بالنسبة لاستثمارات المباشرة، فالحد الأقصى للتعويض عند تحق المخاطر المغطاة يقدر 90 % من الحد الجاري لتأمين أو من قيمة الأضرار المتخذة أساسا للتعويض، أي القيمتين أقل، وعلى المستثمر المضمون تحمل نسبة 10%.

أما بالنسبة للقروض فإن مبلغ التعويض يعادل 90 % من قيمة الخسارة, وتخصم من مبلغ التعويض مصاريف التحويل الفعلية على ألا تتجاوز0،5 % من المبلغ المحول، وذلك مع مراعاة الحد الأقصى لمبلغ التعويض المنصوص عليه حيث يكون الحد الأقصى للتعويض أو التعويضات المستحقة في حالة تحقق الخطر هو 90 % من مجموع القرض المشمول بالضمان وعوائده.

وبصفة عامة فهيئات الضمان حددت التعويض في عقود الضمان بنسب تتوافق مع أهمية المشروع الاستثماري، حيث يمكن لها في حالات استثنائية أن يصل الحد الأقصى إلى 95 % من الخسارة في المشروع المضمون، كما حددت نسبة أدنى80 % لتغطية المشروع الاستثماري[1].

وهذه النسب تختلف حسب نوع وعدد المخاطر التي يضمن عليها المستثمر لدى هيئة الضمان وفقا لأهمية المشروع الاستثماري.

يرتبط أداء التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي بالتاريخ المحدد في العقد، وكل تأخير يترتب عنه قيام مسؤولية هيئة الضمان تقضي بدفع فوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض وفقا لما هو في العقد، ويشترط على هيئة الضمان أن تؤدي التعويض بعملة قابلة للتحويل.

يسقط حق المستثمر المضمون في الحصول على التعويض إذا لم يحدد الوسيلة التي تدفع له بها الهيئة مبلغ التعويض خلال شهر واحد, تبدأ من تاريخ استحقاقه له وأي تأخير يبرئ الهيئة من تحمل أية فوائد تأخيرية بسبب عجز المستثمر عن تحديد الوسيلة التي تدفع له بها الهيئة[2].

1- ليلى اللحياني، تأمين الاستثمار الأجنبي, مرجع سابق, ص ص 35، 36

2- نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص142

كما يشترط على المستثمر المضمون أن يتم إجراءات حلول هيئة الضمان في حقوقه خلال 6 أشهر من تاريخ إخطاره كتابة بقرار التعويض ليضمن بقاء حقه في التعويض.

فالاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار تؤكد على مبدأ حلول هيئة الضمان محل المستفيد من الضمان في كافة حقوقه ومطالباته المترتبة على الاستثمار المضمون، وحقها في مواجهة المسؤول عن الخسائر التي أصابته واسترداد مبلغ التعويض المدفوع.

الفرع الثالث

حق هيئة الضمان في استرداد التعويض المدفوع

في حالة ما إذا تبين لهيئة الضمان بعد أدائها للتعويض تخلف شرط من شروط استحقاقه, سواء بالنسبة للمستفيد من الضمان أو بالنسبة للخطر المضمون، أو أن المستثمر المضمون قد لجأ إلى تصرف أخل به أحد التزاماته العقدية، فيجوز في هذه الحالة أن تطالب هيئة الضمان برد مبالغ التعويض التي تقاضاها بغير وجه حق، ولا يؤثر في ذالك مباشرة المؤسسة لحقها في إنهاء العقد.

وبعد استرداد الهيئة لمبلغ التعويض تلتزم بأن ترد للمستثمر المضمون العملة المحلية التي تسلمتها قبل أدائه وكذا أي حق سبق حوالته لها، أو حلولها فيه طالما انه يتعلق بمبلغ التعويض الذي تم استرداده.

وفي حالة ما إذا أدى حق الهيئة في استرداد التعويض إلى نشوء نزاع، فيجب تسوية النزاع وفقا لإجراءات تسوية المنازعات التي بينتها الاتفاقية.

بعد مرور ثلاث سنوات من إعلان الهيئة، في حقها في استرداد التعويض، يسقط حقها في استرداده، وفي جميع الأحوال يسقط الحق بمرور عشرة سنة تبدأ من اليوم الذي دفع فيه التعويض[1].

1- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سابق، ص284

الخاتمة

الخاتمة

نستنتج من خلال ما سبق أن الأخطار الغير التجارية التي يواجهها المستثمر الأجنبي في إقليم الدولة المضيفة، وبفعل تصرفاتها أمر لا يمكن محاسبة الدولة عليه لأنه يندرج ضمن صلاحياتها وسيادتها الإقليمية، فا لجوء إلى نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم حق مكرس في القوانين الأساسية لدولة، لكن بشرط الالتزام بالأثر المترتب عن هذه الإجراءات والمتمثل في الحق في التعويض.

فالتعويض وسيلة قانونية لإضفاء الشرعية على هذه الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة تجاه المستثمر الأجنبي والتهرب منه يجعلها باطلة وتصرف تعسفي وخرق للقوانين.

شرط التعويض وارد في القانون الدولي والقوانين الداخلية لأجل ضمان حماية أموال المستثمر الأجنبي رغم جميع الاختلافات الدولية فهو حق ومبدأ.

لكن رغم هذا الإقرار الدولي للتعويض إلا أن قواعد القانون الدولي فيها نقص ولا يمكن أن تضمن حماية كافية للمستثمر باعتبار أنها تشير إلى مبدأ التعويض وتلزم الدولة به لكنها لا تقيدها بنصوص صريحة تتضمن وصفا موحدا وطرقا محددة لتقديره، مما يبعث نوع من التخوف من طرف المستثمر الأجنبي تجاه الدولة المضيفة، التي تلجأ إلى تطبيق قوانينها الداخلية وكذا القوانين الاتفاقية التي تكون غالبا لا تخدم مصالح المستثمر، خاصة الدول النامية التي يشوب تشريعاتها عدم الثقة نظرا لما تعانيه من قلة الإمكانيات وصعوبات مالية.

ونظرا لهذه التخوفات المستثمر يبحث عن وسيلة ليضمن حماية مشروعه الاستثماري والحصول على تعويض عادل في حالة وقوع ضرر، فيلجأ إلى إبرام عقد ضمان استثمار مع هيئات الضمان، لكن في هذه الحالة المستثمر سيتحمل جزء من الخسارة عن ضرر لم يكن سبب في وقوعه، لأن هيئات الضمان لا تتولى التعويض بشكل كامل أي شامل لكل الخسارة، فهي تتحمل نسبة85 % إلى90 % من الخسارة، والنسبة الباقية يتحملها المستثمر الأجنبي.

وفي نهاية المطاف ما يمكننا قوله هو أن مسألة التعويض ورغم تكريسها من طرف الدول، إلى أن الواقع يدل أن التعويض الممنوح نتيجة إجراءات الدولة المضيفة لا يخدم برامج الاستثمار، باعتبار أن المستثمر الأجنبي غالبا ما يحرم من استثماره، والتعويض المترتب لا يفي بالغرض نظرا للمشاكل المرتبطة به، كدفعه على أقساط ولفترات متباعدة تصل إلى عدة سنوات، أو اللجوء إلى تقديم تعويضات عينية لعدم قدرة الدولة على منحه عينا.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية:

I: الكتب

1- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، السنة 1977.

2- **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة النشر.

3- **هشام خالد**، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنشأ بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة النشر.

4- **حسين الموجي**، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني لاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992

5- **عبد العزيز قادري**، الاستثمارات الدولية للتحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمار، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، السنة 2004.

II: الرسائل و المذكرات

أ- رسائل الدكتوراه

1- **محند وعلي عيبوط**، الحماية القانونية لاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2005 / 2006 .

2- **نوارة حسين**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، التخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 16/ 05/ 2013.

3- **طيب قبايلي**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، بجامعة مولود معمري, كلية الحقوق، تاريخ الماقشة2012/06/21

ب- رسائل الماجستير

1- **عبد الحميد شنتوفي**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 11/ 06/ 2009.

2- **عائشة عينوش**، ميكانزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة.

3- **عقيلة وناس**، النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الإداري، بجامعة الحاج لخضر- باتنة، كلية الحقوق.دون تاريخ المناقشة .

4- **محمد بوذريعات**، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، جامعة بن عكنون، دون تاريخ المناقشة.

5- **محفوظ أيت جبارة**، إشكالية قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر. السنة الجامعية2001/ 2002.

6- **نادية أوديع**، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة2004/04/21 .

7- **لوناس حرزي**، دور الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الفرع القانون الدولي لأعمال،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة2013/03/06.

8- **ليلى اللحياني**، تأمين الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2010/ 2011.

9- **ذهبية صراح**، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، التخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 30/ 2012/06 .

10- **صليحة نزليوي**، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2006

ج- مذكرات الماستر

1- **ليندة رعاب، لامية لعويسات**، الحماية الاتفاقية لاستثمارات الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2013/11/03 .

2- **فروجة بوخروب، فرحات وراس**، عقد ضمان الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 25/ 11/ 2013.

3- **دليلة أيت رمضان، ججيقة خلوي**، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة03/ 11/ 2013.

III: مقالات

1- **خالد رحماني**، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد02، سنة 1994 الجزائر.

2-نوارة حسين، التعويض في الاستثمار الأجنبي، مجلة الفقه والقانون، العدد06, فبراير2014

IV: نصوص

أ- الأوامر

1- أمر رقم 11/91 مؤرخ في04/21/ 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية, عدد21 الصادر بتاريخ 05/08/ 1991.

2- أمر رقم 01/ 03 مؤرخ في 20/ 08/ 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 47، مؤرخة في 22/ 08/ 2001، معدل ومتمم بالأمر رقم 08/06 مؤرخ في 15/ 07/ 2006، الجريدة الرسمية،عدد 47، مؤرخة في 07/19/ 2006.

ب- إتفاقات نصوص تشريعية

1- الإتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد البلجيكي- اللكسمبوري، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات، المصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 346/91 ، مؤرخ في 15/ 1991/10 الجريدة الرسمية، عدد46 ، الصادر بتاريخ 10/06/ 1991.

2- الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، حول التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 01/94 ، مؤرخ في 02/ 01/ 1994، الجريدة الرسمية، عدد01 الصادر بتاريخ 02-01 / 1994.

3- الإتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 328/94، مؤرخ في 22/ 1994/10، الجريدة الرسمية، عدد69 الصادر بتاريخ 26/ 1994/10 .

4- مرسوم رئاسي رقم 96/ 438 مؤرخ في 07/ 1996/12 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عنه في إستفتاء28/ 12/ 1996، الجريدة الرسمية، عدد76 الصادر بتاريخ 12/08 /1996 .

5- الاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة قطر بشأن التشجيع و الحماية المتبادلة لاستثمارات بتاريخ 24 أكتوبر1996،المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 97/ 229 مؤرخ في23 يونيو1997،، جريدة الرسمية عدد43 سنة1997

6- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر سنة 1998، فيما يتعلق بالحماية المتبادلة لاستثمارات وامتناع الازدواج الضريبي والتهرب الضريبي المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 98/ 320 مؤرخ في 11/ 11/ 1998، الجريدة الرسمية، عدد 76، الصادر في 1998.

7- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسلطنة عمان، حول التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقع بالجزائر في 09/ 04/ 2000، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 223/02 مؤرخ في 22 يونيو 2002، الجريدة الرسمية، عدد 44 سنة 2002.

8- الاتفاق المبرم بين الجزائر وإثيوبيا، حول الترقية والحماية المتبادلة لاستثمارات، المصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 115/03 مؤرخ في 17/ 03/ 2003، الجريدة الرسمية، عدد19 سنة2003.

ج- إتفاقات نصوص تنظيمية

1-مرسوم تنفيذي رقم 186/93، مؤرخ في 27/ 1993/07، يحدد كيفيات تطبيق قانون رقم 91/ 11، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية، عدد51 سنة 1993.

ثانيا– باللغة الفرنسية

1- **MAHMOUD Salem**, le développement et la Protection Conventionnelle des Investissements étrangers, Journal de Droit International, N^{0}3 , 113èmeAnnè, Paris, 1986 .

الفهرس

المقدمة.....1

الفصل الأول: قيام المسؤولية الدولية للدولة تجاه المستثمر الأجنبي.....5

المبحث الأول: الأساس القانوني لتعويض المستثمر الأجنبي.....6

المطلب الأول: على أساس المخاطر.....7

الفرع الأول: المخاطر المرتبة للتعويض.....8

أولا: نزع الملكية والتأميم.....8

ثانيا: خطر تحويل العملة.....11

ثالثا: خطر الحروب والإضطرابات.....13

رابعا: خطر الإخلال بالعقد..... 14

الفرع الثاني:التعويض عن الإجراءات المماثلة.....14

المطلب الثاني: مفهوم الحق في التعويض.....16

الفرع الأول: الاختلافات السائدة حول الحق في التعويض.....16

أولا: المفهوم الدولي للحق في التعويض.....17

ثانيا: المفهوم الفقهي للحق في التعويض.....21

الفرع الثاني: التغيرات الطارئة على الحق في التعويض في ضوء الممارسات الدولية.....22

أولا: إقرار الدول بمبدأ التعويض.....22

ثانيا: تجريد التعويض من أوصافه التقليدية.....23

المبحث الثاني: شروط الحصول على التعويض.....26

المطلب الأول: الضرر.....27

الفرع الأول: تعويض عن ضرر استنادا إلى طبيعة التصرف.....27

أولا: تعويض عن ضرر متعلق بإجراء غير مشروع.....28
ثانيا: تعويض عن ضرر متعلق بإجراء مشروع.....29
الفرع الثاني: طبيعة الضرر القابل للتعويض.....30
الفرع الثالث: صور التعويض عن الضرر.....31
أولا: الإرجاع.....31
ثانيا: التعويض المالي عن الضرر.....32
ثالثا: الإرضاء.....33
المطلب الثاني: الأسانيد القانونية للتعويض.....33
الفرع الأول: الإثراء بلاسبب.....33
الفرع الثاني: الحقوق المكتسبة.....34
الفرع الثالث: المسؤولية العقدية.....35
الفصل الثاني: أحكام تعويض المستثمر الأجنبي.....38
المبحث الأول: أحكام التعويض المحصل عليه من قبل الدولة المضيفة.....39
المطلب الأول: أوصاف التعويض.....39
الفرع الأول: أوصاف التعويض وفق المفهوم التقليدي.....39
أولا: التعوبض العادل.....40
ثانيا: التعويض الفعال.....40
ثالثا: التعويض الملائم والحقيقي.....41
رابعا: التعويض الفوري أو الحال.....41
الفرع الثاني: أوصاف التعويض الواردة في القانون الجزائري.....42
أولا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في الدستور.....42

ثانيا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في القوانين الوطنية.....43
ثالثا: أوصاف التعويض المنصوص عليها في القوانين الإتفاقية.....44
المطلب الثاني: طرق تحديد التعويض ووسائل دفعه.....45
الفرع الأول: الطرق المعتمدة في تحديد التعويض.....46
أولا: أهم الطرق المعتمدة دوليا في تحديد التعويض.....48
ثانيا: الطرق المعتمدة في القانون الجزائري.....47
الفرع الثاني: الوسائل المتبعة في أداء التعويض.....51
أولا: دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل.....51
ثانيا: دفع التعويض عينا.....51
ثالثا: تقنية الحلول.....51
المبحث الثاني: أحكام تعويض المشاريع الاستثمارية بموجب عقد ضمان استثمار دولي.....52
المطلب الأول: شروط وجوب أداء التعويض في عقد ضمان استثمار..... 52
الفرع الأول: شروط المتعلقة بالمستفيد من الضمان.....53
أولا: المصلحة.....53
ثانيا: وفاء المستثمر بالتزاماته التعاقدية.....54
ثالثا: ألا يكون الخطر له علاقة بالمستفيد من الضمان.....55
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمحل عقد الضمان.....57
أولا: تحقق الخطر المضمون أثناء فترة نفاذ العقد.....57
ثانيا: أن يؤدي الخطر إلى حرمان المستثمر من حقوقه على استثماره.....57
المطلب الثاني: مراحل التعويض في عقد ضمان الاستثمار الدولي.....60
الفرع الأول: طلب التعويض.....60

الفرع الثاني: تحديد التعويض ودفعه.....63
أولا: تحديد التعويض في عقد ضمان استثمار مباشر.....64
ثانيا: تحديد التعويض في عقد ضمان استثمار غير مباشر.....66
الفرع الثالث: حق هيئة الضمان في استرداد التعويض المدفوع.....68
الخاتمة.....69
قائمة المراجع.....70
الفهرس