فعالية التعويض الدولي في حماية ملكية المستثمر الأجنبي

The Effectiveness of international compensation in protecting the foreign investor's property

عيون صارة [*1]، قواسمية أسماء[2]

[1] جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس (الجزائر)،s.ayoune@univ-soukahras.dz

مخبر الحقوق و الحريات في الأنظمة المقارنة،جامعة بسكرة

[2] جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس (الجزائر)،a.gouasmia@univ-soukahras.dz

تاريخ الاستلام: 2022/02/15 تاريخ القبول: 05/13 /2020 تاريخ النشر: 2022/06/15

ملخص:

يعد التعويض من الضمانات القانونية التي توفر حماية لملكية المستثمر الأجنبي من المخاطر التي قد تصيبه خلال عملية الاستثمار، خاصة تلك المتعلقة بالإجراءات الإنفرادية التي قد تمارسها الدولة المضيفة في إطار سيادتها الوطنية كنزع الملكية، المصادرة، التأميم ، و كذا الإجراءات التمييزية؛ إذ يعتبر التعويض حق لا خلاف حول مشروعيته حسب ما أقره مبدأ الحقوق المكتسبة و كذا مبدأ الإثراء بلا سبب، إضافة إلى مبدأ المسؤولية العقدية، كما يُعترف بإلزاميته دوليا وفق ما تم إقراره في معظم التوصيات و المواثيق الدولية الصادرة عن الهيئات و المنظمات الدولية، و كذا في مختلف الإتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي تلعب دورا هاما في هذا المجال ، نظرا لما تتضمنه من تفاصيل خاصة بقواعد التعويض كشروطه و تقديره و حتى طريقة دفعه، بُغية ضمان حماية مال المستثمر الأجنبي.

كلمات مفتاحية :

الإستثمار الأجنبي ، جبر الضرر ، الإتفاقيات ، نزع الملكية ،الإجراءات الإنفرادية.

Abstract:

Compensation is one of the legal guarantees that protect the property of a foreign investor from the risks that may affect him during the investment process, Especially those related to procedures unilateral that exercised by the Host state in the frame of its national sovereignty as expropriation, confiscation ,Nationalization, And the discriminatory procedures.

[*] المؤلف المرسل

The compensation is considered as no disagreement right about its legality According to the principle of rights acquired And the principle of Unreasonable Enrichment In addition to the principle of contractual responsibility, as it is recognized as internationally binding According to what has been approved In most of the recommendations and international charters Issued by international organizations also in the different Collective treaties of investments, which plays an important role in this field given the private details of the compensation rules as its conditions , appreciation And even the way of payment In order to ensure the protection of the foreign investor's fund.

Keywords: Foreign investment, reparation, agreements, expropriation, unilateral actions.

1– مقدمة

إن تشجيع و حماية الاستثمار يشكل تحديًا رئيسيًا في التنافس العالمي على الاستثمار الأجنبي خاصة مع نمو الشركات الاستثمارية الدولية، وظهور التكتلات الاقتصادية، وقد سعت الدول من خلال تشريعاتها الداخلية و كذا من خلال قواعد القانون الدولي لتحقيق ذلك و هذا بوضع بعض الآليات من بينها التعويض الذي يقع على عاتق الدولة المضيفة للإستثمار لحماية حق الملكية الذي يتعرض لإجراءات النزع، ذلك لأن الدولة المضيفة لها الحق في تقييد أو حرمان المستثمر من حقه في الملكية ، و لحماية هذا الأخير أصبحت هذه الدولة مرغمة على التعويض، الذي يعتبر قيد يواجه الدولة في تطبيق هذه الإجراءات و ذلك لإضفاء الشرعية عليها ، و لجبر الضرر الذي لحق المستثمر الأجنبي .

يعد الإستثمار الأجنبي بمثابة الدعامة الأساسية للتنمية الإقتصادية و الإجتماعية للبلدان النامية لذا عملت على تهيئة المناخ الأنسب للإستثمار من خلال سن العديد من التشريعات تماشيا مع قواعد القانون الدولي العرفي أو الإتفاقي ، الذي نص على ضمانة تعويض المستثمر الأجنبي في حالة التعرض لأمواله في الدولة المضيفة بإعتبار هذا الإجراء من المخاطر غير التجارية التي تؤثر على المستثمر الأجنبي من جهة و على الإستثمارات الأجنبية من جهة أخرى .

كما تتميز إتفاقيات الاستثمار الأجنبي عن القوانين الوطنية ، في كونها تنشئ حقوقا وإلتزامات تعاقدية على عاتق الدول المضيفة والمصدرة للإستثمار، بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، وهذا ما يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانا وحماية أكبر، خاصة في حالة عدم استقرار التشريعات والتنظيمات المتعلقة بالاستثمار، حيث تتمثل أهمية الموضوع في بيان إلزامية التعويض الدولي و دوره في حماية ملكية المستثمر الأجنبي، و كذا إبراز قواعد التعويض بإعتباره وسيلة مناسبة لضمان حماية مصالح كل من المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة ، التي أصبحت تمنح ضمانات أكثر لجذب و حماية الإستثمار ، و في حالة قيامها بإجراء إنفرادي (نزع ملكية ، تأميم، مصادرة ...) وجب عليها تقديم تعويض لإعتباره من آليات الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، و منه يمكن طرح الإشكال التالي هل وفقت آلية التعويض في توفير حماية كافية لملكية المستثمر الأجنبي ؟

لدراسة هذا الموضوع تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي ، القائم على الوصف القانوني لآلية التعويض و مدى إلزاميتها، من خلال بيان معالم و قواعد القانون الدولي للخروج بالنتائج المتعلقة بآلية التعويض ، و تحليل مختلف قواعده كونه يقدم حماية قانونية فعالة للمال الأجنبي، للإجابة على الإشكالية قسمنا هذه الدراسة إلى نقطتين ، تناولنا في النقطة الأولى الأحكام العامة لتعويض المستثمر الأجنبي ، أما في النقطة الثانية الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي بموجب آلية التعويض.

1. الأحكام العامة لتعويض المستثمر الأجنبي

كفلت مبادئ القانون الدولي عدة قواعد لضمان الحماية الفعالة لأملاك المستثمر الأجنبي ، و تبرز أهمية هذه القواعد في خلق توازن أو توافق المصالح بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة، بإعتبارها صاحبة سيادة تمكنها من ممارسة حقوقها على أملاكها[1]، بإستخدام أدوات قانونية ، لكن في المقابل تكون ملزمة بموجب قواعد القانون الدولي على جبر الضرر اللاحق بالمستثمر من خلال تعويضه[2]، لكن لابد من معرفة مبرراته القانونية في النقطة الأولى ، و التطرق لقواعده القانونية و المتمثلة في شروط التعويض و طرق تقديره في النقطة الثانية.

1.1 الأساس القانوني للتعويض

ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة السائدة في القانون الدولي و التي تجد أساسها في القوانين الداخلية ، فالتعويض حق لا خلاف حول مشروعيته و يرجع ذلك لمبرراته و أسانيده القانونية و المتمثلة في مبدأ الحقوق المكتسبة، مبدأ الإثراء بلا سبب و مبدأ المسؤولية العقدية .

1.1.1: مبدأ الحقوق المكتسبة

فهو من مبادئ القانون الدولي المتعلقة بمعاملة الأجانب[3]، يقضي بأن الإجراءات التي تمارسها الدولة المضيفة للإستثمار في إطار سيادتها الإقتصادية تعد مشروعة لكن تتعارض مع قاعدة دولية و المتمثلة في عدم المساس بحقوق الأجانب المكتسبة[4]بشكل مشروع ، و عليه فإن هذا المبدأ لا يمنع من ممارسة الدولة المضيفة للتدابير القانونية ، و إنما ينص على أنه في حالة لجوئها لهذه الإجراءات تلتزم بأداء التعويض للمستثمر الأجنبي كونه متضرر .

---

[1]- حسين نوارة ،**الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري،2013، ص 205.

[2]- بكراوي محمد المهدي ، الآليات القانونية لحماية الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر من خلال القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار ، **مجلة الباحث للدراسات الأكادمية** ، المركز الجامعي تيندوف ، المجلد 7 ، العدد 2 ، 2020، ص 1414.

[3]- مهند علي ذياب ، وسائل الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية الخاصة ، **مجلة العلوم القانونية و السياسية** ، جامعة الوادي ، المجلد6 ، العدد ، 1 ، 2018 ،ص 264.

[4]- والي نادية ، **النظام القانوني الجزائري للإستثمار و مدى فعاليته في إستقطاب الإستثمارات الأجنبية** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، (د، ت) ، ص 180 .

2.1.1: مبدأ الإثراء بلا سبب

تم الإعتماد على هذا المبدأ في القانون الدولي كأساس لإلتزام الدولة النازعة بتعويض المستثمرين الأجانب المنزوع ملكيتهم[1]، حيث ينظر لإجراءات الدولة المضيفة بأنها وسيلة لتحقيق الإثراء بلا سبب على حساب المستثمر الأجنبي، مما يسمح لهذا الأخير المطالبة بالتعويض المستحق مقابل ما لحقه من أضرار و خسائر فالخطأ المنسوب للدولة و ما يترتب عنه من إثراء هو أساس المسؤولية ، و مصدر مبرر للإلتزام بالتعويض[2].

3.1.1: المسؤولية العقدية

يحكم عقد الإستثمار المبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي عدة مبادئ ، من بينها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نجده في التشريعات الداخلية للدول و كذا في القانون الدولي[3] ، و تعد الإجراءات الإنفرادية للدولة إخلال بهذا المبدأ و بالتالي تتحمل النتائج المترتبة عن إخلالها بإلتزاماتها ، و في حالة وجود أي إتفاق صريح في مجال حماية الإستثمار تقتضي الدولة بالتعويض بسبب المساس بمصالح الأجانب .

نستنتج مما سبق بأن هذه الأسانيد القانونية تعرضت لعدة إنتقادات ، من بينها أن الإجراءات التي تمارسها الدولة مشروعة قانونا و لا تشكل سندا للتعويض ، كما أن المستثمر الأجنبي يكون مجازف بمعنى يتحمل الربح و الخسارة ، لكن رغم ذلك فإن الدولة المضيفة و طبقا لمقتضيات التعاون الدولي ، أصبحت تعترف بالحق في التعويض بسبب الإجراءات الإنفرادية (أو كما تعرف بالمخاطر غير التجارية) ، و يظهر ذلك من خلال قوانينها الداخلية و مختلف الإتفاقيات الدولية المصادقة عليها في مجال حماية الإستثمارات الأجنبية[4] .

2.1 . شروط التعويض

من المستقر عليه في القواعد العامة أنه حتى يكون التعويض واجب على الدولة المضيفة ، و حتى يتمكن المستثمر من المطالبة به ، لا يكفي حدوث الخطر و إنما يجب أن يترتب عنه حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على الإستثمار ، و توفر عدة شروط منها:

1.2.1 قيام الدولة المضيفة للإستثمار بالإجراءات الإنفرادية

[1]- حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 212.

[2]- بن عائشة زكريا ، حماية الإستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية ، **مجلة البحوث القانونية و السياسية** ، جامعة مولاي الطاهر ، العدد 11، سعيدة ، 2018، ص 599.

[3]- حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 213.

[4]- عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 314 .

تقوم بها الدولة المضيفة للإستثمار في إطار ممارستها لسيادتها ، على أن يتم مراعاة الإجراءات التي يتطلبها القانون وفق للضمانات القانونية الواردة في القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار ، وما يتطلبه معيار الحد الأدنى في القانون الدولي ،ومن بين هذه الإجراءات نذكر ما يلي:

1.1.2.1 : نزع الملكية

هو إجراء تتخذه الدولة المضيفة لنقل ملكية المستثمر الأجنبي مقابل تعويض وفق لما هو منصوص عليه في القانون الدولي[1]،حيث يعتبر قرار نزع الملكية من الإجراءات السياسية التي تتخذها السلطة العمومية في حدود إختصاصها الإقليمي قصد تحقيق المصلحة العامة[2]، من هذا التعريف يتضح لنا خصائص نزع الملكية و المتمثلة في : الطابع الإستثنائي لنزع الملكية أي أن يتم بصفة إستثنائية و في إطار الشروط المحددة قانونا في هذا المجال، و المتمثلة في شرط المصلحة العامة الذي يعتبر من قواعد القانون الدولي حيث نصت عليه مختلف الإتفاقيات الدولية[3]، و كذلك الإلتزام بدفع التعويض لصالح المستثمر الأجنبي ، و الخاصية الثانية تتمثل في إرتباط نزع الملكية بإمتيازات السلطة العامة[4] ، التي تتمتع بها الإدارة من خلال وضع حدود للملكية الخاصة و تحويلها إلى ملكية عامة كلما إقتضت المصلحة العمومية.

2.1.2.1 :تأميم المشاريع التجارية الأجنبية

هو إجراء يتم من خلاله نقل ملكية مجموعة من الأموال إما بهدف القضاء على مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج (في حالة الإستغلال) أو للحد من سيطرة الإستثمارات الأجنبية على الإقتصاد الوطني، كما نص عليه ميثاق الحقوق و الواجبات الإقتصادية للدول من خلال نصه في المادة الثانية فقرة ج ، على أنه " لكل دولة الحق في تأميم ... مع وجوب دفع تعويض وفقا لقوانينها و لوائحها" [5] .

3.1.2.1 :المصادرة

[1]- بزاز الوليد ، آليات القانون الدولي لحماية الإستثمارات الأجنبية من المخاطر الغير تجارية ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 11 ، 2018، ص 477.

[2]- عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 267.

[3]- بن يحيى رقية ، أسباب و تقدير تعويض المستثمر الأجنبي في الإتفاقيات الثنائية للإستثمار ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، المجلد 6 ، العدد 1 ، 2021، ص 964.

[4]- قرفي إدريس ، ضمان حماية ملكية المستثمر في التشريع الجزائري ، **مجلة الحقوق و الحريات** ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، العدد 3، الجزائر ، 2016، ص 65.

[5]- هشام علي صادق ،**الحماية الدولية للمال الأجنبي " مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002، ص 7.

هي إجراء تستولي من خلاله السلطة العامة للدولة بموجب نص قانوني على كل أو بعض الأموال المملوكة لأحد الأشخاص ، لم تكن المصادرة مصحوبة بتعويض سابقا إلى أن قام القانون الدولي المعاصر بتوسيع مفهومها و جعلها تستوجب التعويض ، إذا لم تراعى فيها إجراءات قانونية[1]، من خصائصه أنه حق غير قابل للتنازل يندرج في إطار صلاحية الدولة كسلطة ذات سيادة ، و الخاصية الثانية تتمثل في كونه يخضع للسلطة التقديرية للدولة ، قد يكون قرار التأميم شامل لكل الأملاك الأجنبية ، كما قد يخص مجموعة من الأملاك حسب الأهداف الإقتصادية و التنموية للدولة[2].

4.1.2.1 : الإجراءات التمييزية

الأصل أن جميع المستثمرين يتلقون نفس المعاملة وفق لمبدأ المساواة المكرس من قبل قواعد القانون الدولي العرفي، كما كرسته العديد من القوانين في مختلف الدول ، إلا أنه قد تمنح الدولة إمتيازات لمواطني بعض الدول إحتراما لإلتزاماتها في الإتفاقيات الثنائية[3]، في إطار إحترام مبادئ القانون الدولي أو ما يعرف بقواعد معاملة الأجانب و المتمثلة في :

-مبدأ المعاملة الوطنية : هو من المبادئ التي أقرها القانون الدولي في إطار حماية الإستثمار الأجنبي من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذها الدولة المضيفة ، مفاده أن تكون معاملة المستثمرين الأجانب و الوطنيين للدولة المضيفة متشابهة في مجال الحقوق و الإلتزامات[4] ، حيث يلجأ من خلال هذا المبدأ لمقتضيات القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمارات[5].

– مبدأ الدولة الأولى بالرعاية : تجسيدا لمبدأ عدم التمييز في المعاملة بين الوطنيين و الأجانب ، يكفل شرط الدولة الأولى بالرعاية[6]في إطار معاهدة دولية لرعايا الدولة المصدرة للإستثمار و المستفيدة من الحصول على نفس المزايا التي قررتها الدولة الأولى (الملتزمة بالمبدأ) إلى رعايا دولة ثالثة أجنبية (الدولة الأكثر رعايا)[7].

---

[1]– سالم ليلى ،**الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي** ،رسالة ماجستير ، جامعة وهران ، 2012، ص126.

[2]– عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 269،270.

[3]– دريد محمود السامرائي،**الإستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية** ، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت، 2006 ، ص 211.

[4]– حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 169.

[5]– علة عمر ، **حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع لوطني و القانون الدولي "دراسة مقارنة"** ، رسالة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة ، 2008، ص 60 .

[6]– بقة حسان ، دور الضمانات و المبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي ، **المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ، مجلد 16 ، عدد 2، 2017، جامعة بجاية ، ص 105 ، 106 .

[7]– حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 177.

– مبدأ المعاملة بالمثل : كما يعرف بمبدأ التبادل ، مفاده منح المستثمر الأجنبي مزايا توازي الحقوق التي يتمتع بها رعايا الدولة المضيفة في الدولة التي ينتسب إليها الأجنبي ، و ينحصر مجال تطبيق مبدأ الحماية المتبادلة للإستثمارات الأجنبية في الحقوق الخاصة بملكية المستثمر الأجنبي ،كما يهدف هذا المبدأ لتحديد الضمانات القانونية التي يحظى بها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للإستثمار[1]، يلاحظ أن هذا المبدأ يمنح شروط أكثر ملائمة من حيث التحفيز و الضمان و الحماية[2].

3.1 تحقق الضرر

لقيام التعويض لا بد من تحقق الضرر و هو الأذى الذي أصاب المستثمر جراء تصرفات الدولة المضيفة للإستثمار ، يشترط فيه أن يكون موجود و ليس إحتمالي لا يعوض على الضرر المحتمل وقوعه ، و أن يكون مباشر أي أن يصيب المستثمر مباشرة في ملكيته أو ماله ، أما الضرر غير المباشر الذي يشمل موجودات المشروع المعنوية كالإسم التجاري ، و الأرباح غير المتوقعة لا يعوض عنه ، في حين قد يعوض على الضرر المعنوي إذا أثبت المتضرر ذلك الضرر الحاصل،ومن الشروط التي أضافتها إتفاقية الضمان أن يكون نتج عن الإجراء الإنفرادي للدولة المضيفة حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على إستثماره ، إلا أنه في حالة الحرمان من السيطرة الفعلية في البلد المضيف مع السماح له بتحويل هذا الأصل أو تلك القواعد للخارج فلا يعد هذا حرمان من الحقوق الجوهرية و بالتالي لا يعوض هذا المستثمر الأجنبي[3].

4.1طرق تقدير التعويض

يتوقف تحديد التعويض على الطبيعة القانونية للتصرف الذي تقوم به الدولة المضيفة فهناك تعويض بسبب تصرف مشروع يندرج في إطار العلاقة بين الدولة و المستثمر الأجنبي و التي تخضع لأحكام القانون الداخلي بالإضافة إلى بعض الإلتزامات المحددة في القانون الدولي و التي تؤكد على ضرورة تخفيض مقدار التعويض (الإلتزام بالتعويض المجرد من أوصافه التقليدية)[4] ، فحسب الفقه الحديث يرجع التصرف المشروع إلى فكرة الإثراء بلا سبب بحيث لا تتجاوز التعويضات قيمة الضرر و في حدود الإثراء[5]، و هناك تعويض ناتج عن تصرف غير مشروع في إطار الإخلال بإلتزام دولي وارد في إتفاقية أو معاهدة دولية[6]، في هذه الحالة يترتب على الدولة التي إتخذت هذا التصرف الإلتزام بأداء التعويض الشامل الذي يغطي

---

[1]– بقة حسان ، **حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020 ، ص 109، 110 .

[2]- علة عمر ، المرجع السابق ، ص 60.

[3]– ديدي إبراهيم ، **الإتفاقيات الدولية لضمان الإستثمار** ، رسالة ماجستير ،، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2002، ، ص 176.

[4]– عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 309.

[5]–عمر هاشم محمد صدقة ،**ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2008 ص 72.

[6]– عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 310 .

الأضرار و الخسائر التي لحقت المستثمر الأجنبي ، يلاحظ سواء كان التصرف مشروع أو غير مشروع يبقى للمستثمر الأجنبي الحق في الحصول على تعويض[1].

هناك عدة طرق لتحديد التعويض منها ما يخدم مصلحة الدولة المضيفة للإستثمار كونها تراعي الإمكانيات الإقتصادية و المالية لها ، و منها ما يخدم مصالح الإستثمار الأجنبي نظرا لكونه متضرر من التدابير و الإجراءات التي باشرتها الدولة المضيفة، و تتمثل هذه الطرق في ما يلي :

1.4.1: القيمة الحالية

يشمل التعويض كافة المبالغ المالية المستثمرة مع خصم مبالغ الإهتلاك اللاحقة بالأموال، و تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض و الأرباح المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات الدولة المضيفة كنزع الملكية أو التأميم، يلاحظ أن هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدول النامية ، طبقتها الجزائر عند تأميمها للشركات الأمريكية و الإنجليزية[2].

2.4.1: القيمة الحسابية الصافية

يتم حساب التعويض في هذه الطريقة من خلال القيمة الحالية للأموال مع أخذها بعين الإعتبار الفرق بين الأرباح المحققة الواردة في حصيلة الشركة المراد مباشرة الإجراء الإنفرادي عليها ، مع شركة مشابهة لها، و هذه الطريقة رفضت من طرف المستثمرين لأنها تقلل من قيمة التعويض[3]، لكونها مبنية على فكرة المقارنة الأمر الذي يفقدها نوع من الموضوعية .

3.4.1: طريقة المقاصة

تكون من خلال الموازنة بين الفوائد و الأرباح التي حققها المشروع الإستثماري مع قيمة رأس المال وكذا الأضرار التي يلحقها بالإقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بإلتزاماته التعاقدية أو نتيجة التسرع في إعادة تحويل رؤوس أموال المشروع الإستثماري و أرباحه المحققة للخارج.

4.4.1: القيمة السوقية

تحقق هذه الطريقة العدل بين طرفي العلاقة الإستثمارية و تعتبر تقدير فعلي لقيمة الأموال المنزوعة أو المؤممة، فهي تمكن المستثمر الأجنبي من الحصول على تعويض ملائم يغطي كافة الأضرار التي لحقته ، و كذا تأخذ بعين الإعتبار الفوائد المحتملة إستنادا إلى معطيات السوق لذا تمسكت بها مختلف الدول المصدرة لرأس المال [4] .

5.4.1: القيمة في البورصة

[1]- عمر هاشم محمد صدقة ، المرجع السابق ، ص 72.

[2]- عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص327.

[3]- شريط الأمين ،**حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية** ، (د،ط) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985، ص 66.

[4] - عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 328.

تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة الأسهم في الشركة المؤممة ، و هي طريقة نادرة الإستعمال نظرا لعدم إستقرار قيمة الأسهم في البورصة قد تنزل أو تصعد مما تعرض الأطراف لنوع من المخاطر [1] ، و بالتالي تخص سوى الشركات التي لها قيمة في البورصة .

تجدر الإشارة إلى أن مختلف هذه الطرق لتقدير التعويض ترتبط بمعطيات الوقت الذي تم فيه مباشرة الإجراءات الإنفرادية للدولة المضيفة و كذا بالإيديولوجية الإقتصادية للدولة ، و القدرات المالية لها ، و على الرغم من تعدد هذه الطرق إلا أنه لا يمكن تطبيق طريقة معينة في كل القضايا [2].

2.الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي بموجب آلية التعويض

نظرا لتطور النظم السياسة و الإقتصادية ، أصبح موضوع ملكية الأجانب من المسائل التي خضعت لعدة تغيرات على المستوى الوطني أو الدولي ، و من أهم هذه التغيرات ظهور بعض القيود التي تؤثر على حق ملكية الأجانب أهمها نزع الملكية ، المصادرة ، التأميم أو الإجراءات التمييزية ، و الذي أصبح حق معترف به دوليا تمارسه الدولة في إطار سيادتها على إقليمها و ثرواتها ، لكنها في المقابل ملزمة بتقديم تعويض للمستثمر الأجنبي عند تعرضه للإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من الأموال التي تحظى بالحماية الدولية سواء وفق لقواعد القانون الدولي العرفي (النقطة الأولى)، أو وفقا لقواعد القانون الدولي الإتفاقي(النقطة الثانية) .

1.2 التعويض في ظل القانون الدولي العرفي

تلتزم الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي في حالة قيامها بإجراءات تؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته ، بالتعويض المادي له لإضفاء الشرعية على إجراءاتها، حيث كفلت قواعد القانون الدولي و التوصيات الصادرة عن الهيئات و المنظمات الدولية هذا الحق ، لكونه أصبح من الحقوق الأساسية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة بمقتضى العرف الدولي[3]، و المقصود بها إعتراف الدولة المضيفة ب بكافة الحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى من أجل توفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود .

نصت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1803 ، الصادر في 18 سبتمبر 1962 ، المتعلق بالسيادة الدائمة للدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية في المادة 4: "**يراعى إسناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس و أسباب المنفعة العامة و الأمن و المصلحة الوطنية و التي تعتبر تفوق المصالح الفردية أو الخاصة البحتة المحلية و**

[1]- حسين نوارة ، المرجع السابق ،ص 218.

[2]- معيفي لعزيز ، تعويض المستثمر الأجنبي بين القانون الدولي و القانون الجزائري "آلية لتفعيل العمليةالإستثمارية"،**المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ، جامعة بجاية ، المجلد 17، العدد 1 ، 2018 ، ص 467.

[3]- هاشم محمد صدقة ، المرجع السابق ، ص 61.

الأجنبية ، و يدفع للمالك في هذه الحالة التعويض المناسب وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ تلك الإجراءات ممارسة منها لسيادتها وفقا للقانون الدولي" [1].

كما تضمنت التوصية رقم 3171 النص على حق الدول في تحديد مقدار التعويض الملائم و طريقة دفعه في حالة ممارسة الدول النامية لإجراءات إنفرادية في إطار سيادتها على ثرواتها الطبيعية ، حيث يراعى في التعويض مصلحة المستثمر الأجنبي ، و الظروف التي تعرض فيها لهذه الإجراءات و إمكانية الدولة النازعة إقتصاديا ، فحسب الأستاذ faillouse G، لا يوجد شك حول وجود قاعدة عامة في القانون الدولي تتضمن الإلتزام بدفع التعويض ،كما جاء في المادة 2 فقرة 2 من ميثاق الحقوق و الواجبات الإقتصادية للدولة أن تحديد التعويض يكون وفقا للتشريع الداخلي للدولة، ومن طرف محاكمها ، مع مراعاة قاعدة المساواة بين سيادة الدولة و مصلحة المستثمر الأجنبي.

أشار ميثاق الحقوق و الواجبات الإقتصادية إلى أنه في حالة وجود خلاف بين الدول حول القانون الذي يرجع إليه عند تحديد التعويض ، يتم الرجوع إلى القانون الوطني للدولة المضيفة في غياب إتفاق بين الدولتين ، أما لائحة الأمم المتحدة فأشارت إلى أن الرجوع إلى القانون الدولي لا يكون إلا بتوافر شرطين هما : وجود إتفاق بين الدولة المستقبلة للإستثمار و المستثمر الأجنبي و الشرط الثاني يتمثل في إستنفاذ طرق الطعن الداخلية للدولة المضيفة للإستثمار[2].

بالرغم من كل هذه الإختلافات و تباين الآراء حول طرق تقدير التعويض إلا أن مسألة إلزامية التعويض غير مختلف فيها حيث اعترفت به الدول المضيفة للإستثمار كضمانة قانونية لكونها تملك الحق في الإستلاء على المشروع الإستثماري ، لكن من جهة أخرى تكون ملزمة بمقتضى قواعد القانون الداخلي و الدولي بجبر الضرر اللاحق بالمستثمر الأجنبي نتيجة لحرمانه من أملاكه، و يتجسد الجبر عموما في التعويض عن هذه الأموال[3].

من هنا يلاحظ الإجماع الدولي حول إلزامية أداء التعويض بإعتباره من المبادئ الثابتة على المستوى الدولي، وذلك بغض النظر إن كانت الإجراءات التي قامت بها الدولة المضيفة قانونية أو غير قانونية ، ففي الحالة الأولى يرجع إلى فكرة الإثراء بلا سبب بحيث يعوض المستثمر الأجنبي عن الأضرار التي لحقته في حدود الإثراء ، أما في حالة التأميم غير المشروع فيترتب تعويض المستثمر الأجنبي على ما فاته من كسب و ما لحقه من ضرر [4]، في حين نجد محكمة العدل الدولية نصت على عدم وجود قاعدة قانونية محددة في القانون الدولي حول قواعد تحديد التعويض و ذلك بسبب تأثر المعاملات بالإعتبارات السياسية مما أدى إلى عدم إستقرار الأعراف التي تحدد هذه المسألة[5] .

[1] – حسين نوارة ،المرجع السابق ، ص 99.

[2]– شوشو عاشور ، المرجع السابق ، ص 252.

[3]– محمد المهدي بكراوي ، المرجع السابق ، ص 1414.

[4]– هاشم محمد صدقة ، المرجع السابق ، ص 61.

[5]– عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 322.

2.2التعويض وفق لقواعد القانون الدولي الإتفاقي

لإضفاء الشرعية الدولية على الإجراءات التي تمارسها الدول النامية و المترتب عنها المساس بملكية المستثمر الأجنبي، تسارعت مختلف الدول لإبرام الإفاقيات الدولية (الجماعية أو الثنائية)،و التي ساهمت في إرساء مبدأ إلتزام الدول بآداء التعويض عند التعرض للمال الأجنبي من خلال إجراءات التأميم ، نزع الملكية ...إلخ في مواجهة رعايا الدول الأخرى (دولة المستثمر الأجنبي)[1] .

أدركت الدول بأن أحسن وسيلة للتعاون على المستوى الدولي هي الإتفاقيات التي تتم بين الدول و التي يراعى فيها مختلف الجوانب الإقتصادية و الإجتماعية للأطراف ، بهدف تشجيع التعاون الدولي ، و تجسيدا لهذا تم إبرام العديد من الإتفاقيات الجماعية أو المتعددة الأطراف كونها تمثل مصدر هام لحماية الإستثمار الأجنبي عموما و ملكية المستثمر الأجنبي خصوصا و من هذه الإتفاقيات نذكر ما يلي :

- إتفاقية تشجيع و ضمان الإستثمار بين الدول الإسلامية لسنة 1981.
- إتفاقية معاملة الإستثمارات بين دول وسط إفريقيا سنة 1965.
- إتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات الإستثمارية (إتفاقية واشنطن) سنة 1965 [2].

نظرا لدور الإتفاقيات الثنائية في حماية الإستثمار الأجنبي و توفير الضمانات الضرورية و اللازمة[3] ،تدخلت في مجال فرض إلزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر الأجنبي لتعزيز نظام الضمان، و ذلك بغرض تغطية الأضرار التي لحقت بالمستثمر الأجنبي ، وحمايته في الحالات التي تتهرب فيها الدولة النازعة للحقوق من إلتزاماتها، و كذا من أجل وضع الإستثمار الأجنبي في مناخ شامل الضمانات و خاصة تلك التي تتعلق بضمان الإجراءات المتخذة من طرف الدول المضيفة .

كما أن القصد من هذه الإتفاقيات خاصة الثائية هو التوسيع من دائرة الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي[4]، و كذا النص على قواعد لم تتطرق لها التشريعات الداخلية و من هذه الإتفاقيات، إتفاقية الجزائر مع الإتحاد الإقتصادي البلجيكي ، و كذا إتفاقية الجزائر مع جمهورية مصر العربية ، حيث نصت هذه الاتفاقيات على أن نزع الملكية لا يكون إلا للمنفعة العامة دون تمييز مع دفع تعويض عادل و مناسب ، و تحديد مبلغ و كيفية دفع التعويض ، و أن يكون المبلغ قابل

[1]- عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه ، ص 261.

[2]- بزاز الوليد ، المرجع السابق ، ص 482،483.

[3]- شوشو عاشور ، المرجع السابق ،ص 265.

[4]- رحمان أمينة ، الحماية القانونية لعقد الإستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي ، **المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ، جامعة بجاية ، عدد 2 ، 2018، ص 269 .

للتحويل بكل حرية ، و في حالة التأخر ضرورة دفع التعويض والذي يحسب إما بطريقة تحديد الفوائد حسب المعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة أو من خلال تحديد الفوائد حسب سعر البنك المعمول به ،تحدد الفوائد بالنسب التجارية المعمول بها عند الدولة المضيفة من تاريخ تحديدها إلى غاية التسديد[1].

تجدر الإشارة إلى أن الإتفاقيات الثنائية و أمام الوضع الراهن للقانون الدولي بشأن الحماية الدولية للمال الأجنبي بالنسبة لمسألة التعويضات تقر بإلتزام الدولة في أداء التعويض دون إشتراط أوصافه (شاملا ، حالا ، فعال)[2] ، لأنه لا يأخذ بعين الإعتبار ظروف الدولة و إمكانياتها لذلك أحالت بعض الإتفاقيات إلى القانون الوطني للدولة المضيفة لتحديد و تقييم التعويض ، و أكتفى البعض الآخر نظرا للصعوبات الإقتصادية بالتعويض العيني[3] ،في حين نجد بعض الدول الإشتراكية أخذت بالتعويضات الجزئية لأسباب سياسية و هي المحاولة التي إستهدفت تحقيق فكرة التعايش السلمي بين الأنظمة المختلفة[4]، كما نجد الإتفاقيات المتعلقة بضمان الإستثمار أخذت بنفس الفكرة الأخيرة أي أن التعويض لا يغطي مختلف الخسائر التي لحقت بالمستثمر لأنه يكون جزئيا يشمل فقط الأضرار التي ترتب مخاطر غير تجارية[5] .

نستنتج أن الأحكام الواردة في هذه الإتفاقيات ذات أهمية بالغة في حماية الإستثمارات الأجنبية عموما و المال الأجنبي خصوصا ، أما في حالة تعسف الدولة التي قامت بإتخاذ الإجرءات المترتب عنها حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته و رفضها الوفاء بالتعويض ، فإن القاعدة العامة تقضي بحق المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للمطالبة بالتعويض ، و إذا تعذر عليه ذلك يلجأ إلى دولته من خلال الحماية الدبلوماسية[6].

4. خاتمة:

إستقر الفقه و القضاء على أن قيام الدولة المضيفة بإجراءات إنفرادية و التي تعتبر نوع من المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي خلال عملية إستثماره يرتب تعويض و يعتبر إلتزام يقع على عاتق الدولة ، نابع من القانون الدولي لأن الحماية الفعلية لأملاك المستثمر الأجنبي تظهر من خلال توفير هذه الضمانة القانونية و التي تعد قيد يواجه الدولة المضيفة في حالة قيامها بهذه الإجراءات، و ذلك لإضفاء الشرعية على هذه الإجراءات من جهة ، و لجبر الضرر الذي لحق المستثمر الأجنبي من جهة أخرى و هذا من أجل حماية المستثمر الأجنبي ، و ذلك وفق للقواعد المقررة في

[1]- حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 225.

[2]-هشام علي صادق ،المرجع السابق ، ص 72 .

[3]-عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 325 .

[4]- هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 74.

[5]- حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 226.

[6]- هاشم عمر محمد صدقة ، المرجع السابق ، ص 73.

القوانين الوطنية و الدولية ، التي نصت على أسسه القانونية ، بالإضافة للإتفاقيات الثنائية التي حرصت على حماية الملكية الأجنبية وفق لقاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.

ومن خلال ما سبق نستخلص جملة من النتائج نذكر منها :

– كفلت مبادئ القانون الدولي عدة قواعد لضمان الحماية الفعالة لأملاك المستثمر الأجنبي ، و تبرز أهمية هذه القواعد في خلق توازن أو توافق المصالح بين الدولة المضيفة بإعتبارها صاحبة سيادة تمكنها من ممارسة حقوقها على أملاكها ، و بين المستثمر الأجنبي، الذي يتحصل على التعويض لكن بتوفر شروطه و وفق لطريقة من طرق تقديره.

–حتى يتمكن القانون الدولي من حماية حقوق المستثمر الأجنبي لابد أن تكون هذه الحقوق معينة و مكتسبة بشكل مشروع بالإضافة إلى توفر شروط التعويض و المتمثلة في قيام الدولة المضيفة بإحدى الإجراءات الإنفرادية و التي تسبب ضرر لمصلحة المستثمر الأجنبي .

– طرق التعويض في الإتفاقيات الثنائية تسمح بمنح تعويضات واسعة تشمل كل العناصر ذات القيمة الإقتصادية المرتبطة بالإستثمار من رأسماله و فوائده و خسائره ، مما يعني حماية هذا الأخير من الضرر الذي لحقه ، كما أن الأصل في الحماية الإتفاقية هو تغطية الثغرات التي أغفلت قوانين الإستثمار الوطنية الإشارة إليها.

– للدولة المضيفة الحق في إستغلال الثروات الطبيعية من خلال قيامها بإجراء من إجراءات الإنفرادية التي تعتبر من أعمالها السيادية لكن بشروط معينة و بمقابل تعويض و الذي يعتبر إلتزام للدولة المتعهدة به في إطار الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها، و يترتب عنها المسؤولية الدولي في حالة خرقها لهذا الإلتزام .

و عليه نوصي بما يلي :

– ضرورة تضمين القانون الدولي العرفي أو الإتفاقي تحديد دقيق لمبدأ التعويض كأثر مترتب على قيام الدولة المضيفة بإجراءات تؤثر على ملكية المستثمر الأجنبي ، و لا بد من تنظيم أحكام التعويض لكي لا يثار نزاع بشأن ذلك مستقبلا.

– لتقديم ضمانات و حماية كافيتين للإستثمار الأجنبي نقترح على الدولة المضيفة الإلتزام بتقدير تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي لتغطية الأضرار اللاحقة به .

– نقترح إجماع القوانين الوطنية و الدولية على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض بإعتباره الصورة العادية لإصلاح الضرر و إزالة كافة الأثار المترتبة عنه ،و ذلك من أجل مراعاة مصالح الإقتصاد الوطني للدول المضيفة و مصالح المستثمر الأجنبي .

– تنظيم وسيلة التعويض على مستوى القانون الدولي (العرفي و الإتفاقي) و كذا على مستوى مختلف تشريعات الدول المضيفة لتوفير حماية أكثر للمال الأجنبي

5. قائمة المراجع:

1. الكتب :

- دريد محمود السامرائي،**الإستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية**، ، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت، 2006.
- شريط الأمين ،**حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية** ، (د،ط) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1985.
- علي صادق هشام ،**الحماية الدولية للمال الأجنبي " مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية** ،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 .
- عليوش قربوع كمال ، **قانون الإستثمارات في الجزائر** ، (د،ط) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999.
- عيبوط محند وعلي ، **الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري** ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر، 2014.
- هاشم عمر محمد صدقة ، **ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2008.

2. البحوث الجامعية :

- بقة حسان ، **حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري** ، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2020 .
- حسين نوارة ،**الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر** ، أطروحة الدكتوراه، جامعة مولود معمري،2013.
- ديدي إبراهيم ، **الإتفاقيات الدولية لضمان الإستثمار** ، رسالة ماجستير ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2002.
- سالم ليلى ،**الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي** ،رسالة ماجستير، جامعة وهران ، 2012.
- شوشو عاشور ، **الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر**، رسالة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2008.
- علة عمر ، **حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع لوطني و القانون الدولي "دراسة مقارنة"** ، رسالة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة ، 2008.
- والي نادية ، **النظام القانوني الجزائري للإستثمار و مدى فعاليته في إستقطاب الإستثمارات الأجنبية** ، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، (د، ت) .

3. المقالات:

- بزاز الوليد ، آليات القانون الدولي لحماية الإستثمارات الأجنبية من المخاطر الغير تجارية ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 11، 2018.
- بقة حسان ، دور الضمانات و المبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي ، **المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ، جامعة بجاية ، المجلد 16 ، العدد 2، 2017،.

- بكراوي محمد المهدي ، الآليات القانونية لحماية الإستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر من خلال القانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار ، **مجلة الباحث للدراسات الأكادمية** ، المركز الجامعي تيندوف ، المجلد 7 ، العدد 2 ، 2020 .

- بن عائشة زكريا ، حماية الإستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية ، **مجلة البحوث القانونية و السياسية** ، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، العدد 11، 2018.

- بن يحي رقية ، أسباب و تقدير تعويض المستثمر الأجنبي في الإتفاقيات الثنائية للإستثمار ، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية** ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، المجلد 6 ، العدد 1 ، 2021.

- رحمان أمينة ، الحماية القانونية لعقد الإستثمار المبرم ببين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي ، **المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ،جامعة بجاية ، العدد 2 ، 2018 .

- معيفي لعزيز ، تعويض المستثمر الأجنبي بين القانون الدولي و القانون الجزائري "آلية لتفعيل العملية الإستثمارية"،**المجلة الأكادمية للبحث القانوني** ، جامعة بجاية ، المجلد 17، العدد 1 ، 2018.

- مهند علي ذياب ، وسائل الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية الخاصة ، **مجلة العلوم القانونية و السياسية** ، جامعة الوادي ، المجلد6 ، العدد ، 1 ، 2018 .