



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي - سعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تنظيم الاستثمار في مجال المحروقات

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

* لريبي مكي

من إعداد الطالب:

● سعدي عبد القادر

لجنة المناقشة:

الأستاذ: بن عيسى أحمد رئيساً.

الأستاذ: لريبي مكي مشرفاً ومقرراً

الأستاذ: طيطوس فتحي عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2020/2019

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

" وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون "

صدق الله العظيم

الصلاة و السلام على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين

إلى من جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حب إلى من حصد الأشواك
عن دربي ليمهد لي طريق العلم إلى من أرضعتني الحب، الحنان و
الصبر... إلأمي الحبيبة التي لن أفيهاحقها مهما قلت أو فعلت ربي
احفظها لي. إلى كل من تقاسمني حلو الحياة ومرها ...إلى زوجتي التي
شجعتني وساعدتني، ولم تفقد يوما صبرها وأملها لإنجاز هذا البحث.
إلى أعز ما أملك.... بناتي : لوجين وإسراء .إلى أخواتي وبنات أختي
لويزة ومريم. .

إلى جميع الأهل، الأقارب والأصدقاء والأسرة الجامعية.

كلمة شكر وتقدير

بكل قدسية الكلمة أتقدم بالشكر والعرفان بدءاً
بالله عزو جل على عونه وتوفيقه. إلى الأستاذ
المؤطر "لريبي مكي" الذي أشرف على هذا
البحث بتوجيهاته وانتقاداته البناءة.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة المناقشة
وكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية كما
لا أنسى كل من ساهم في ميلاد هذا العمل
المتواضع.

مقدمة

مقدمة: عرفت الجزائر بعد الاستقلال أحداث و تغييرات عديدة ساهمت بشكل كبير في تغيير المفاهيم و الإيديولوجيات الواجب إتباعها لبناء الدولة الحديثة في جميع المجالات خاصة الجانب الاقتصادي. اعتبرت المؤسسة الاقتصادية بمختلف فطاعتها القلب النابض للاقتصاد، لذا كانت مخيرا للعديد من التجارب والأنظمة الاقتصادية المستوردة، فكرة التسيير الذاتي لم تكن وليدة تفكير عميق بقدر ما كانت استجابة عفوية لظروف اقتصادية فرضت ضرورة العمل بهذا المنهج، و الذي لم يدم طويلا بناء على قرارات التأميم التي بدأتها الدولة بقطاع المناجم بتاريخ 11 مايو 1967 حين أنشأت الشركة الوطنية لبحث واستغلال المناجم و انتهت بقطاع المحروقات سنة 1971. فخلال هذه الفترة لم تكن المؤسسة العمومية الاقتصادية محكومة بالقواعد الاقتصادية المبنية على أساس العرض و الطلب بقدر ما كانت وسيلة تنفيذ السياسة الاقتصادية المتخذة قراراتها من قبل الجهاز المركزي لحزب الحاكم ومع مرور الوقت أصبح واضح للعيان العجز المالي الإجمالي لهاته المؤسسات الذي ارتفع بكشوف من الخزينة العمومية سرعان ما صدم التطور الاقتصادي المنشود.

إما المرحلة الحالية فقد جاءت السلطة بمفهوم جديد للنمو تحت شكل ما يعرف بقوانين الإصلاحات الاقتصادية و التي برز فيها دور القانون كأداة لتجاوز مختلف الأزمات الاقتصادية و الاجتماعية للدولة ولقد برزت هذه الميزة أكثر عقب الانهيار المفاجئ لأسعار النفط في السوق الدولية، لذلك كانت أول مراحل هذا الإصلاح تكتسي الطابع التنظيمي أين يحتل القانون في ظل هذه الظروف دور المراقب الذي يتولى حماية مصالح الدولة المقاول، فانه ونتيجة لتعدد الأزمات أصبح الإصلاح يكتسي الطابع التعاقدية أين يتكفل القانون بمهمة تأمين لانسحاب التدريجي للدولة من النشاط الاقتصادي، و هذا الأمر هو الذي أكد أهمية الاستثمارات سيما الأجنبية منها كونها أصبحت أهم المصادر الداعمة للتنمية من خلال توفير الموارد المالية المكملة للادخار المحلي، وكذا المساهمة في نقل التكنولوجيا.

و في هذا السياق سعت الجزائر كغيرها من الدول النامية التأقلم مع التحديات التي تفرضها التحولات الاقتصادية الجديدة، بمحاولة فتح المجال للمبادلات الخاصة الوطنية منها و الأجنبية لذلك فقد كانت مرحلة إزالة التنظيم تقوم أساسا على إلغاء النصوص القانونية المقيدة للاستثمار واستبدالها بأحر مشجعة للمبادلات

الخاصة إلا إن مسالة التشتت الأنظمة الاستثمار أدبإلى عجزها عن تحقيق التنمية الاقتصادية المطلوبة وتجنيد الادخار المحلي بالنظر إلى تواضع الحصيدلة لفترات طويلة نسبيا والتي تعكس حجم الفشل الذريع الذي منيت به قوانين الاستثمار.

لذا بدا للسلطة أهمية التفكير في قانون موحد للاستثمار الذي جاءت به فيما بعد و هو المرسومالتشريعي 12/93 الصادر عام 1993¹ تحت ضغط إكراه اقتصادي ذو ثلاث بأبعاد رئيسية:

*تبعية اتجاه الغذاء و التي تستهلك ثلث إيرادات الدولة من العملة الصعبة

*تبعية اتجاه الدائنين تفاقمت إخطارها بفعل تراكم خدمات الدين الذي أصبح يمتص أكثر من 86% من الناتج الداخلي الخام.

*في حين التبعية الأكثر تعقيدا تتمثل في ارتباط الاقتصاد الجزائر بإيرادات البترول و الغاز، الذي على ما يبدو ممثلا 97% للموارد المالية الخارجية لدولة وهذا المورد رغم أهميته فانه يتسم بعدم الاستقرار، ليس ذلك فقط بل يتقلب بفعل الظروف السياسية قبل الاقتصادية، لذلك كله فقد كانت عهدة التسعينات بعهدة التقويمات الهيكلية و فقط، كوصفة إلزامية لمعالجة مرض نقص الموارد المالية اللازمة لتأهيل الاقتصاد الوطني فكانت كضرورة أولى:

إلزامية إيجاد بدائل مالية إضافية مستعجلة للخرينة العمومية قصد ضمان تمويل مبدئي لهذا التوجه نتيجة لذلك تم تعديل النظام القانوني للاستثمار الخاص في مجال المحروقات بالقانون رقم: 22/91 المعدل للقانون 14/86 المتعلق بأنشطة التنقيب والاستغلال. فتميز هذا التعديل بمنح حقوق إضافية للمستثمرين الأجانب

¹- المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ 10 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار. جريدة الرسمية عدد: 64 لسنة 1993

²- القانون 22/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 يعدل و يتمم القانون 14/86 المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها ونقلها بواسطة الأنابيب جريدة الرسمية عدد: 63 لسنة 1963

واهم هذه الحقوق على الإطلاق اعتراف بعقود تقاسم الإنتاج مع الشريك الأجنبي ورفع الاحتكار عن الغاز وكذا سماحه بالمشاركة في عقود نقل المحروقات عن طريق الأنايب الذي كان محتكرا من طرف الشركة الوطنية سوناطراك. وقصد تدارك الإخفاقات في الاستثمارات السابقة وفرت السلطة العديد من الضمانات ولعل أهمها :

-التعهد عبر جملة من الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف بمبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب، مع الاعتراف لهم بحقوقهم في تحويل عوائد الاستثمار إلى الخارج.

-الاعتراف بنظام التحكيم التجاري الدولي بعد المصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيمية.

لكن الملاحظ إن هذه الاستراتيجية مالبثت أن تعثرت استراتيجية التعديل الهيكلي نظرا لارتباطها ببرنامج تسيير المديونية الخارجية جعلها أسيرة دفع أقساط هامة منها و يرجع ذلك حسب الباحثين إلى انخفاض أسعار البترول وارتفاع أقساط الدين المستحقة الدفع رغم تراجع أقساط الفائدة سنة 1998 .

إما فيما يخص ميزانية الدولة خلال فترة التسعينات، فاستمر العجز لعدم قدرة الدولة على تغطية نفقات التسيير، بواسطة الموارد الجباية المختلفة في المقابل فان الباحث في هيكلية الصادرات الجزائرية يلاحظ:

اعتماد الدولة الجزائرية على الجباية البترولية بشكل كبير حيث إنها في المتوسط تمثل 60% من إيرادات الدولة. وتأسس على هذا النحو فكرت الدولة في الإنعاش الاقتصادي¹ تتميز بحكم الراشد و التنمية المستدامة لذلك عمدت إلى إصدار قانون جديد للاستثمار استدراكا لعيوب القانون القديم حيث قلص القانون الجديد من الشكليات و الآجال التي كانت عائقا في تحقيق التنمية المستدامة المطلوبة التي عنوانها إخراج الاقتصاد الوطني من وضعية الاقتصاد الريعي إلى الاقتصاد المنتج لثروة .

¹-برنامج الإنعاش الاقتصادي عبارة عن سياسة مالية توسعية تتمثل في برنامج استثمارات عمومية ضمن إقلاع اقتصادي وتحفيز الاستثمار النمو من جديد

و بالتالي فان الاستثمار في قطاع المحروقات وابتداء من عهد الإصلاحات الاقتصادية أصبح مادة تشريعية بكل ما يحمله المصطلح من معنى، وإلا ما الفائدة من إدراج هذه المادة في هذه تأشيريات مختلف القوانين المنظمة للأنشطة الطاقوية و هي الفكرة الجوهرية الأولى في هذا البحث التي تعني: إن تنظيم عملية الاستثمار في قطاع المحروقات مضبوطة بنظام قانوني خاص .

تبدو الأهمية من أولى وهلة كون القطاع يتسم بمردودية اقتصادية عالمية، لان من أهم الأهداف التي جاءت بها قوانين الإصلاحات الاقتصادية هو تدعيم الخزينة العمومية المفلسة لأسباب السياسية وأخرى اقتصادية متعددة وذلك محاولة للنهوض بالاقتصاد الجزائري بالاعتماد على عائدات القطاع .

وعلى هذا الأساس تحاول الجزائر البحث عن مصادر بديلة لتمويل التنمية الاقتصادية، مما يتماشى مع من ينادي به خبراء الطاقة الذين يؤكدون على إلزامية وجود أساسين على الأقل يحكمان زيادة الاستثمارات في هذا المجال وهما :

-التطور التكنولوجي الذي يؤدي إلى رفع القدرات الإنتاجية .

-تحرير السياسات العامة بما يتلاءم بتحسين مناخ الاستثمار.

الإشكالية: إن موضوع البحث يطرح الإشكالية ما مدى فعالية النظام القانوني للاستثمار المحروقاتفي

ظل المتغيرات الدولية؟

* ماهي الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع لترقية الاستثمار في المحروقات؟

*هل يمكن فعلا إخراجا لاقتصاد الجزائري من وضعية الاقتصاد الريعي إلى وضعية الاقتصاد المنتج لثروة

بالاعتماد على تحرير القطاع؟

*إن انضمام الجزائر إلى منظمة الأوبك سنة 1969 جعل نظام استغلالها لنفط يتأقلم مع المتغيرات سوق النفط العالمي في الفترة الذهبية للمنظمة ، فكيف نلتمس هذا التغير والتأقلم حاليا؟ وما مدى تأثير السياسات الدولية للطاقة على الأنظمة الوطنية للاستثمار فيها؟

هيكل الدراسة:

الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للاستثمار الأجنبي و مساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات.

مبحث 1: مفهوم الاستثمار الأجنبي

مبحث 2: مساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات.

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار واعتماد سلطات الضبط في قطاع المحروقات.

مبحث 1: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار في مجال المحروقات.

مبحث 2: اعتماد سلطات الضبط في قطاع المحروقات.

شرح المصطلحات الأساسية:

يتضمن عنوان البحث الموسوم ب: النظام القانوني للاستثمار في مجال المحروقات.

النظام القانوني يتضمن جانبين:

*الأول تعني مجموع القواعد ، الإجراءات ، الأسس، المبادئ، والأحكام القانونية.

*الثاني ونعني به مجموع الهياكل

الهيئات، والمؤسسات ذات العلاقة المباشرة وغير المباشرة بتطبيق القواعد الأساسية للأحكام.....الخ.

الاستثمار في مجال المحروقات: تعتبر المصوب الذي تلتقي فيه اهتمامات الباحثين والدارسين في العلوم القانونية والاقتصادية وحتى السياسية، فإنه من الصعوبة بما كان البحث عن تعريف جامع للاستثمار يفصل فيه بين العناصر الاقتصادية والقانونية التي يتشكل منها فإذا كان الجانب الاقتصادي مرتبط بتوافر العناصر الأربعة: المساهمة، نية الحصول على الربح، المجازفة و المخاطرة وعنصر المدة فإن الجانب القانوني للعملية إنما هو مرتبط بكيفية تنظيم العناصر الأربعة السابقة.

أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية الدراسة من خلال توجه العديد من الاهتمامات البحثية العلمية الى تناول موضوع المحروقات على مستوى الجامعات والمعاهد وجعل العديد من الدراسات دراسات تقنية او اقتصادية فقط الأمر الذي ألزمتنا بالمساهمة في إثراء الدراسات في هذا القطاع بدراسة قانونية خالصة .

حيث تكمن أهمية بحثنا في تشخيص الاستثمارات في المحروقات بالجزائر منذ نشأتها و بالأخص نهاية الألفية السابقة، وبيان أثارها بالمتغيرات الدولية الحاصلة سيما مع بداية الألفية الثالثة التي عرفت ثراء كبيرا وتسارع في الأحداث ذات العلاقة بها، حتى إن المحروقات كانت سببا مباشرا إعادة رسم الخارطة الأمنية والعسكرية الدولية لكثير من مناطق العالم.

وبالتالي ما يميز دراستنا هو اعتمادنا على المنهج التحليلي-القانوني كل ما يتزاح مع التحليل الإحصائي للصناعة الطاقوية . كما تتميز هذه الدراسة من غيرها، إنها شملت البعد الاستشرافي من خلال دراسة المتغير في النظام .

-نهدف من خلال دراستنا هذه ،محاولة التعرف على نظام القانوني للمحروقات وأحكامه و قواعده ،والتعرف على الأطراف الفاعلة في سوق الطاقة من شركات نפט العالمية ،والشركات الوطنية ،منظمة الأوبك،الوكالة الدولية للطاقة، وأهم منتجي خارج الأوبك وبيان تأثيرقراراتها على السياسة الطاقويلبلبلد.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للاستثمار
الأجنبي ومساهمة المتغيرات
الدولية في تحرير الاستثمارات
في مجال المحروقات.

تمهيد:

لقد حظي الاستثمار بالاهتمام منذ مدة طويلة كونه من أهم المصادر الداعمة لتنمية وتحدد هذا الاهتمام في السنوات الأخيرة لأسباب متعددة ولعل أهمها الروابط القوية اقتصاديا وقانونيا بينه وبين التجارة الدولية، وما يؤكد هذا الطرح هو نمو تدفقات الاستثمار الأجنبي والتجارة أكبر بكثير من معدل نمو الناتج العالمي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، وهذا ما تم تناوله في مبحث الأول.

ومن جهة ثانية فملاحظ أن اغلب اقتصاديات الدول النامية تتميز بتركيزها على التجارة الخارجية في قطاع الموارد الطبيعية فقد تغيرت نسبيا نظرة عدم الاطمئنان اتجاه الاستثمار سيما المباشر منه وازدادت الرغبة في الاعتماد عليه بغية تطوير القطاعات الاقتصادية، وقد عزز حرية التجارة والصناعة هذا التوجه، فضلا عن التطورات الحديثة في الاقتصاد العالمي التي أدت إلى تغيير كبير في الدور التقليدي لتجارة وفي أهميتها بوصفها أداة لدعم التصنيع في البلدان النامية والصناعية على السواء، وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني في دراسة أولية لمساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات.

المبحث الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي.

تناولت العديد من التشريعات الاستثمار الأجنبي بنوع من التفصيل وذلك بتطرقها إلى العديد من الجوانب المحيطة بالاستثمار الأجنبي الذي له على الأقل مجالين: هما مجال الدولة المصدرة ومجال الدولة المضيفة، تربطهما السيادة ولهما أنظمة قانونية مختلفة، على هذا نتناول في هذا المبحث بالدراسة بتعريف الاقتصادي والقانوني للاستثمار الأجنبي (المطلب الأول) جنسية الاستثمار (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التعريف بالاستثمار الأجنبي.

إن الاستثمار من أكثر الموضوعات التي شغلت اهتمام الفقه، ازدادت عدد المؤلفات خاصة به بعد أن أصبح قانون الاستثمار هو قانون العمليات المالية، يعد عملية مركبة لجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية، لذا كان علينا الوقوف على مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين و القانونيين، لتحديد تعريف

الاستثمار الأجنبي لم يتفق الفقهاء على وضع واحد للاستثمار باءت كل المحاولات من اجل ذلك بفشل ما اوجب علينا تعريفه من المنظور رجال القانون و الاقتصاد.

الفرع الأول: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي.

مصطلح الاستثمار معناها في علم الاقتصاد ولا يخرج عن معناها اللغوي لأنه يقصد بها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع مثل إقامة المباني والمزارع والطرق وغيرها من المشروعات التي تزيد أو تكثر من التردد الاقتصادي للمجتمع¹، لذلك تعددت التعاريف الاقتصادية نبرز منها ما يلي:

يرى فريد النجار أن كل استثمار يتم خارج موطنه بحثا عن دولة مضيعة سعيا وراء تحقيق حزمه من الأهداف الاقتصادية والمالية والسياسية سواء لهدف مؤقت أو لأجل محدد أو لأجيال طويلة المدى تم تعريفه من طرف المنظمات الاقتصادية منها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية. « كل شخص طبيعي أو تجمع لأشخاص طبيعيين، كل مؤسسة عمومية (حكومية) أو خاصة، كل تجمع مؤسسي يعتبر² مستثمرا أجنبيا، يقوم بإنشاء مؤسسة الاستثمار الأجنبي المباشر يعني فرع لشركة يقوم بالاستثمار في بلد غير بلد المستثمرا لاجنبي . كل تعاريف التي قدمت لنا نرى أن الاقتصاديين لم يتفقوا على تحديد الاستثمارالاجنبي.

¹ هيكل عبد العزيز فهمي، "موسوعة المصطلحات الاقتصادية و الإحصائية"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، بيروت، ص956، سنة 1985

² فريد النجار، " الاستثمار الدولي و التنسيق الضريبي" مؤسسة سباب الجامعة، مصر، 2000، ص 23.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي.

إن الاستثمار الأجنبي له مفهومين، المفهوم الضيق والمفهوم الواسع في نفس الوقت حيث يتسع حسب ظروف السياسية والاقتصادية للدول، فالاستثمار الذي فيه قدر ممكن من رؤوس الأموال والخبرات الأجنبية في مختلف الأنشطة الاقتصادية في إقليمها الخاص حيث تسعى الدول إلى جلب الاستثمارات الأجنبية. أما المفهوم الضيق يشمل كل المشروعات المشتركة التي يشارك فيها رأس المال الوطني للمستثمر الأجنبي في مشروع معين، وعقود الخدمات والإدارة والامتياز أو الترخيص أو في القوانين السابقة قد عرفها المشرع الجزائري فيما يلي:

- في القانون¹ رقم 63 - 277

اكتفى المشرع في هذا القانون بعبارة " استثمار رؤوس الأموال الواردة فيها بأنه موجه " الاستثمار المباشر، أما الأشكال الأخرى للاستثمار كانت غير معروفة في ذلك الوقت، كما أن شموله للرؤوس الإنتاجية دليل على وجود أشكال أخرى للاستثمار بالرغم من عدم تحديدها.

- في القانون² رقم 66 - 248

في هذا الأمر لا يوجد أي تعريف للاستثمار، والغاية منه هو تنظيم رأس المال الأجنبي في الاقتصاد الوطني، والأحكام الواردة في هذا الأمر تؤكد أن الموقف المشرع الجزائري بالمقارنة من القانون السابق الذكر رقم 63-277 الذي كان أكثر وضوحا فهذا القانون ينص على استبعاد رأس المال الخاص من مشاريع الاستثمار في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني.

¹ القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963: من بين الأسباب التي أدت إلى صدور هذا القانون هو حاجة الاقتصاد الجزائري آنذاك إلى رأس مال أجنبي ولضعف الإمكانيات الداخلية وقلة رؤوس الأموال المحلية
² القانون رقم 66-248 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966: الغاية منه تنظيم رأس المال الأجنبي في الاقتصاد الوطني.

- في المرسوم التشريعي¹ رقم 93-12

إن هذا المرسوم لم يأتي بأي تعريف محدد للاستثمار، حيث أن المادة الأولى أشارت إلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات ، بالتالي يمكن فهم من هذه المادة أن تشمل كل السلع بصفة عامة، أو بإنتاج أي شيء مادي في الجزائر، والخدمات تشمل الحقوق والالتزامات المرتبطة بالملكية والتي لها قيمة اقتصادية، وهذه الاستثمارات " تنجز على شكل حصص من رأس المال، وإذا كان أشكال أخرى الاستثمارات فإنه يقتصر على الاستثمار المنجز بواسطة حصص من رأس المال أو حصص عينية"

- في الأمر² رقم 01-03 المعدل والمتمم

إن المادة الأولى من هذا الأمر حددت مجال تطبيقه على الاستثمارات الوطنية الأجنبية في مجال النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات وهذا يندرج ضمن الأشكال التقليدية للاستثمار كما سمح بالاستثمار في القطاعات التي كانت تحتكرها الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها بعد الحصول على رخصة أو امتياز من السلطة المعنية.

حدد المشرع الجزائري في المادة الثانية من نفس الأمر السابق الذكر مفهوم الاستثمار وهو.

1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج وإعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3- استعادة النشاطات في إطار خصومة جزئية أو كلية.¹

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار.

² الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار .

نستخلص من هذا المفهوم:

أولاً: إن الاستثمار يمكن أن يأخذ أشكال مختلفة تتمثل فيما يلي:

أ- توسيع نشاط مؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة أو المساهمة في تحسين قدرات الإنتاج (أي جعل المؤسسات أكثر فعالية)، أو إعادة التأهيل (أي استرجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير والتنظيم والمعرضة للزوال) أو إعادة الهيكلة.

ب- المساهمة في رأس مال مؤسسة أي المساهمة الجزئية في تحسين الوضعية المالية للمؤسسة من خلال الرفع من رأسمالها.

ج- اكتساب المؤسسات بشكل جزئي في إطار عملية الخصومة.

ثانياً: هذه المساهمة يمكن أن تكون نقدية أو عينية.

ثالثاً: توسع المشرع في مجال النشاط ليشمل كل القطاعات الاقتصادية بما فيها تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد الوطني ولكن بشرط الحصول على رخصة من السلطات المعنية.

رابعاً: هناك إرادة لدى المشرع الجزائري في توسيع مجال النشاط ليشمل على القطاعات الاقتصادية بما فيها تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد، لكن في نفس الوقت وضع قيود الهدف منها الاحتفاظ بالأساليب التقليدية للاستثمار "واستبعاد" الأشكال الجديدة للاستثمار إلى جانب اشتراط الحصول على الرخصة للاستثمار في بعض القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني.

¹ عيوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 143 .

المطلب الثاني: جنسية الاستثمار.

تطرقنا لتعريف الاستثمار، و كان لا بد من دراسة مسألة الجنسية إذ أن البحث في مسألة جنسية المستثمر تثار في مناسبة التفرقة بين المستثمر الوطني والأجنبي، ويتفق هذا الطرح مع المبادئ العامة لإثبات الجنسية في مختلف التشريعات القانونية منها التشريع الجزائري. بالرجوع إلى نص المادة 33 من قانون الجنسية¹، نجد أنها تستوجب من قبل وزير العدل في حالة الجنسية المكتسبة لإثبات الجنسية الجزائرية، أو بواسطة شهادة الجنسية المستخرجة من مصالح الهيئات القضائية فيما يخص الجنسية الأصلية ومادامنا نتحدث عن الاستثمارات الدولية على الخصوص يجب أن نشير إلى أن مفهوم الدولية يعني تحول رأسمال من بلد آخر، هو في العلاقات بين الشمال والجنوب تحول رؤوس الأموال من دولة المصنعة إلى الدولة النامية. بالتالي يتضمن عنصر "الخارجية" المقابل لعنصر "الداخلية" في الاستثمار الوطني الذي فيه الأموال المستثمرة ملك مواطن دولة المستثمر فيه، وعنصر "الخارجية" هو الذي يؤدي بطبيعة الحال إلى اهتمام القانون الدولي الاقتصادي بعملية الاستثمار، خاصة بوضع نصوص تنظم حماية الأموال الأجنبية وحل النزاعات المتعلقة بها. فعند النظر في المعاهدات الدولية الشاملة أو الثنائية نجد أن عنصر الخارجية يتحدد طبعاً بجنسية المستثمر، هذا ما يحدنا على القوانين الداخلية التي تميز بين الوطني والأجنبي. فبتفحصنا لنصوص القانون الدولي والقانون الداخلي تحديدا لا نرى دقيقا موحد لعنصر الدولية في الاستثمار، إذ يأخذ بالجنسية والمواطن بالنسبة للأشخاص الطبيعية، ويمكن تكوين الشركة وبالموضع بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، هذا ما جعل بعض المختصين يتساءلون ما إذا لم يكن من الجدير الحديث عن قوانين الاستثمارات بدل الحديث عن قانون الاستثمار الدولي.²

غير إن نص المادة 31 من الأمر 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، تثير مسألة مفهوم المستثمر المقيم والغير مقيم، فيتحدد هذا المفهوم بالنسبة للعملة التي يستعملها هذا الأخير لإنجاز استثماراته بالدينار

¹ الأمر رقم 70-86 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية الصادر في الجريدة الرسمية، رقم 105، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 2005/02/27، جريدة الرسمية رقم 15.

² قادي عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، 2004، الجزائر، ص 143.

الجزائري أو بواسطة إسهامات عينية تم اقتناؤها محليا. أما المستثمر الغير مقيم فهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز استثماراته بواسطة عملة قابلة للتحويل الحر وتكون مسعرة رسميا من طرف البنك المركزي الجزائري أو بواسطة إسهامات عينية مستوردة، فالبنك المركزي الجزائري أصدر اللائحة رقم 90-03 بتاريخ 1990/02/20¹.

المتعلقة بشروط ممارسة عمليات الاستيراد للبضائع إلى الجزائر وتمويلها حيث حددت مفهوم الشخص غير مقيم بأنه " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون مركز نشاطاته الاقتصادية الرئيسي موجودا خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل". تضيف اللائحة أنه بالنسبة للشخص المعنوي فإن المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية يتحدد بكونه يحقق 60% من رقم أعماله خارج الجزائر، أما بالنسبة للشخص الطبيعي فإن اللائحة تشترط كذلك أن يكون حائزا على 60% من ذمته المالية أو لمداخيله خارج الجزائر. إن الغاية التي يتوفى المشرع الجزائري تحقيقها من خلال إقراره لمعيار الإقامة وعدم الإقامة وعدم اعتماده معيار الجنسية هو تشجيع المستثمرين المنحدرين من أصل جزائري والمقيمين في الخارج مالكين لرؤوس أموال لا يستهان بها لاستثمارها في الجزائر. ما يجب ملاحظته بخصوص فكرة الشخص المقيم والغير مقيم هو أن مجلس النقد والقرض الذي أنشأ بمقتضى القانون رقم 90-10 الصادر في 1990/04/10 قد أصدر اللائحة رقم 90-03 المؤرخ في 1990/09/08 المتعلقة بتحديد شروط التحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر للتمويل لنشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها.

فحدد فيها مفهوم الشخص المقيم بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي جزائري أو أجنبي يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية في الجزائر منذ سنتين على الأقل. أما غير مقيم فهو كل شخص طبيعي أو معنوي جزائري أو أجنبي يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل بشرط أن يكون البلد الأجنبي الذي يقيم فيه علاقات دبلوماسية مع الجزائر أي هذه الأخيرة تعترف به. القانون 90-

¹ الطالبة ليمام فلورة :النظام القانوني لاستثمار الأجنبي في الجزائر ،مذكرة ماستر في الحقوق ،جامعة البويرة ،السنة الجامعية

10 متعلق بالنقد والقرض، قد سبق له إن رخص لغير المقيم تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أي نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرغة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني واللائحة رقم 90-04 المتخذة في 08/09/1990 المتعلقة بشروط اعتماد الوكلاء في تجار الجملة والصادرة عن مجلس النقد والقرض تسمح للوكلاء وتجار الجملة بالقيود في السجل التجاري سواء كانوا مقيمين أو غير مقيمين وبعدها يستعد هؤلاء للشروع في عملية الإقامة وتنصيب أنفسهم لممارسة نشاطهم التجاري وهم بالحرية الكاملة في اختيار مقام إقامتهم فوق الإقليم الجزائري.¹

ما تجدر ملاحظته بهذا الصدد إن هذه الإجراءات اتخذتها الدولة في إطار تحريرها للتجارة الخارجية وتمهيدا للانتقال إلى الاقتصاد السوق رغبة في زيادة حجم الصادرات خارج المحروقات وترشيد الاستثمارات.²

لن يأتي هذا إلا بإعادة هيكلة مجال التجارة الخارجية وإقامة آليات جديدة، لتنظيمها وتمويلها بكيفية تتلاءم مع التغييرات والتحويلات المستجدة على الساحة الوطنية والدولية وتتماشى مع وتمويلها بكيفية تتلاءم مع التغييرات والتحويلات المستجدة على الساحة الوطنية والدولية وتتماشى مع أعراف وقوانين التجارة الدولية لا سيما إن الجزائر تسعى إلى الالتحاق بالمنظمة العالمية للتجارة.

¹ اللائحة التنظيمية رقم 90-04، المتخذة في 08/09/1990 من طرف مجلس النقد والقرض والخاصة باعتماد الوكلاء وتجار الجملة، الصادر في 1990 .

² هشام خالد، شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار، مؤسسة سباب الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 34.

المطلب الثالث: عوامل جلب الاستثمار الأجنبي.

إن لوجود المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يستثمر أمواله أو خبرته الفنية والتكنولوجية، عبر الحدود الوطنية إنما يرجع في الحقيقة إلى توفر مناخ الملائم للاستثمارات في الدول التي يتوجه إليها يستند المناخ الاستثمار بصفة عامة إلى مجمل الأوضاع القانونية الاقتصادية والسياسية والاجتماعية المكونة للبنية التي تتم فيها عملية الاستثمار وهي عناصر متداخلة ومتراطة تؤثر في بعضها البعض، تنشأ بالتفاعل مرة وبالتداعي مرة أخرى متداخلة ومتراطة تؤثر في بعضها البعض، تنشأ بالتفاعل مرة وبالتداعي مرة أخرى توضع أوضاعا جديدة بمعطيات مختلفة ترجع محصلتها إلى عوامل أو نوازع طرد لرأس المال، بعبارة أخرى إن هذه العناصر مجتمعة يمكن إن تشكل دافعا للإقبال على الاستثمار في دولة معينة أو عامل الانصراف عنها، لذلك ينبغي على الدولة التي ترغب في جذب رأس المال الخارجي إليها أن تأخذ تلك العوامل مجتمعة بعين الاعتبار وإن لا تقتصر على بعضها دون البعض الأخر، لإيضاح هذه الحقيقة نعرض بالتتابع كل عامل من هذه العوامل¹

الفرع الأول: العوامل الاقتصادية.

قصد تحسين الأوضاع الاستثمار في المجال الاقتصادي تسعى البلدان النامية إلى بعض الخطوات كالاتي:

- تحقيق الاستقرار في بيئة الاقتصاد الكلي بإتباع سياسة مالية ونقدية سليمة لمواجهة التضخم المرتفع والمتغير، والتقليل من التشوهات السعرية وزيادة الكفاءة الاقتصادية العامة حيث يعتمد مناخ الاستثمار على درجة الثقة في سياسيات الاقتصاد الكلي ومدى تأثيرها على ميزان المدفوعات والميزانية العامة، معدلات التضخم، سعر الصرف، معدل الفائدة، نظام العمل، الضرائب وغيرها، لتقليل درجة تأثير اقتصاديات البلدان النامية بالصدمات الخارجية من الضروري إصلاح المالية العامة مع تحسين مرونة النظام الضريبي وكفاءته وذلك بإدخال تحسينات على الكفاءة الإدارية.

¹ دير محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات، مركز الدراسات الوحدة العربية ، بيروت ، 2006،ص76

- من الحكومة والقطاع الخاص المساهمة في تطويرها ولقطاع الخدمات دور هام في تطوير تحسين الهياكل القاعدية، فتطويرها يحتاج الكثير من الجهود والاستثمارات ويمكن كل هذه الهياكل فبدونها لا يمكن أن تقوم صناعات متطورة.

- تقوية الأنظمة المصرفية وتنمية أسواق رأس المال وذلك بإنشاء إطار عمل مؤسسي مناسب لتوجيه التدفقات الاستثمارية، تحسين وظائف الإشراف، التنظيم الحكومي، تشجيع القطاع الخاص المالي والاهتمام بوسائل الاتصال الحديثة بالإضافة إلى تعزيز نظام الوساطة المالية قصد زيادة المدخرات المالية وتوجيه الموارد إلى القطاعات الأكثر إنتاجية، هذا فضلا عن ضمان ألا يكون تدفق الاستثمارات الأجنبية مؤديا إلى زعزعة استقرار النظام المالي المحلي هذا ما يتطلب إحياء المنافسة بين المؤسسات المالية بدرجة كافية والتقليل من القيود المفروضة على معدلات العائدة وتحسين نظم الرقابة والإشراف القائم على الحيلة والحذر¹

العنصري للعمل في الإدارة، باعتبار- العمل على تحسين التعليم والتدريب على المهارات الصناعية، وتحقيق الانضباط مصدر قوتها، لذلك ينبغي تشجيع التعليم وإصلاح أسواق العمل قصد تحسين الفرصوظائف جديدة مع إعادة تدريب العمالة.

- العمل على ضمان الاستقرار النسبي للتشريعات القانونية المرتبطة بتشجيع الاستثمار، والاسترشاد بآراء المستثمرين ورجال الأعمال المحلي في إصدار القرارات المرتبطة بالضرائب وقوانين الاستثمار

- أما في المجال الضريبي فلا بد من القيام بإصلاح ضريبي كامل شامل من خلال عدم منح إعفاءات شاملة إلا لمشاريع محددة وهامة، مكافحة شاملة للتهريب الضريبي قصد منح إعفاءات شاملة إلا لمشاريع محددة وهامة، مكافحة شاملة للتهريب الضريبي قصد تحقيق العدالة الضريبية لتأمين الموارد المالية اللازمة لخزينة الدول، تطوير التقنية في مكاتب الجهاز الضريبي، تبسيط وتسهيل إجراءات الضرائب والرسوم، يمكن تطوير منظومة الضرائب من خلال:

¹ عيبوط محند و علي، مرجع نفسه، ص 152

*إنشاء معهد الضرائب متخصص لإعداد الكوادر وإصلاح وتطوير الأجهزة الضريبية المعمول بها مع تشجيع الدراسات والبحوث الفردية والجماعية في مجال التشريعات والنظم الضريبية.

*تزويد منظومة الضرائب بالرقمنة وبناء قاعدة بيانات ونظم المعلومات ومركز لدعم القرارات.

الفرع الثاني: العوامل القانونية.

تؤدي العوامل القانونية دورا مميزا في استقطاب الاستثمار الأجنبي ونموه وتطوره ذلك أن المستثمر غير الوطني فردا كان أو شركة لن يقدم على الاستثمار خارج حدود دولته إلا إذا توفرت له الحماية القانونية الكافية.

تلعب تشريعات الاستثمار وقوانينه وطنية كانت أم دولية دور مهم في توفير الحماية القانونية والضمان الكافي لدفع الاستثمار الأجنبي إلى استثمار أمواله وخبرته الفنية العلمية في الدول الأخرى، بشكل لا يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني للدولة المستقطبة للاستثمار، يتجسد ذلك عموما من خلال تنظيم قانوني متكامل قدر الإمكان لهذا النمط من الاستثمار على النحو التالي:¹

* إصدار تشريعات داخلية لتنظيم هذا الاستثمار بوضع قواعد محدودة لمعاملتها سواء من حيث استقطابها أو حمايتها أو تصنيفها وتتضمن تلك التشريعات ضمانات محلية ومزايا مختلفة، تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى إضرار بمصالح الدولة المستقطبة للاستثمار ولا بد من الإشارة في هذا الشأن إلى انه إذا كانت حاجة الدولة تتطلب جذب رؤوس الأموال النقدية والعينية والفنية إلى إقليمها للاشتراك في عملية التنمية الاقتصادية فيجب عليها التعامل بالاستثمار الأجنبي على أسس واضحة وثابتة ويتم ذلك بتحسين تقديرنا له من خلال إعداد تنظيم قانوني متكامل قدر الإمكان، يشمل مختلف جوانب ذلك الاستثمار على إقليم الدولة بدءا بطرق استقطابه ومرورا بمعاملته وحمايته وانتهاء تصفيته.

¹عليوشقربوع كمال، مرجع سابق ص 07 .

* نجد دول مختلفة المتقدمة منها والنامية تعمل على إصدار قوانين وتشريعات داخلية لتنظيم مختلف أوجه هذا الاستثمار:

يجب أن ينطوي تشريع الاستثمار على كيفية ممارسة الدولة لحقها في الرقابة على الاستثمار الأجنبي الوافد إليها، ذلك أن تشجيع هذا النمط لا يعني إطلاق الحرية له بغير حدود وإنما يجب أن تتم في إطار معين، ولهدف التوصل إلى نتائج محدودة لا يجوز السماح بتجاوزها حيث لا تسمح الدولة المستقطبة بالمساس أو السيطرة على ثروتها الاقتصادية الوطنية أو إخلال منافسة غير متكافئة أو غير مرغوب فيها، ما يهدد أمنها وسلامتها الاقتصادية .

إن الدولة المصدرة لرأس المال، تقوم بإصدار قوانين تشجيعية بمقتضاها تحفز مؤسساتها التجارية على الاستثمار في الخارج لهذا الاستثمار من آثار ايجابية على الواقع الاقتصادي والاجتماعي، كما تتضمن تشريعات الدولة المصدرة للاستثمار من جهة أخرى مؤسساتها التجارية على الاستثمار في الخارج لهذا الاستثمار من آثار ايجابية على الواقع كثيرا من الضمانات المالية والتسهيلات الضريبية تمنحها للشركات الوطنية التي تقوم بالاستثمار في الخارج كقروض، بشرط مسيرة أو عدم خضوع أرباحها الضريبية المزدوجة أو تأجيل الضرائب المالية عليها.

الفرع الثالث: العوامل السياسية.

إن إتباع البلد لسياسات تتغير باستمرار مع تغيير الحكومات يدفع المستثمرين الأجانب إلى عدم الإقبال عليها لان هؤلاء يتجنبون تلك البلدان التي تتسم حكومتها بالضعف وسياستها بالتغيير المستمر، على اعتبار إن ذلك يغير من التوقعات والحسابات الخاصة برحبية المشاريع وقدرتها على المنافسة، فالاستقرار السياسي يمثل أحد الجوانب التي تثبت الثقة والأمان في العلاقات الاستثمارية.

يدخل في هذا الدور الذي تلعبه الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال¹:

- 1- توفير السلع، الخدمات، القواعد والمؤسسات التي تسمح بازدهار الأسواق وضمان الرفاهية
- 2- إرساء أساس للقانون وتدعيم حقوق الإنسان.
- 3- الاستثمار في الخدمات الاجتماعية والهياكل القاعدية.
- 4- خدمة المصالح العامة والحد من الأعمال التعسفية والفساد، حماية الفئات الأكثر حرمانا.
- 5- انتهاج سياسة غير مشوهة للبيئة.
- 6- التركيز على الديمقراطية والتعددية ومحاربة إفساد الإداري ورد اعتبار مؤسسة القضاء.

المبحث الثاني: مساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات.

الواقع أن مسار الصناعة الطاقوية تتحكم فيها أربع محاور رئيسية : جيولوجية ،تقنية ،اقتصادية وسياسية فمن خلال التوازنات بين مختلف هذه المحاور تتقلب الأسعار صعودا وهبوطا والتي تمثل أهدافا متضادة بين الدول المصدرة للطاقة والدول المستهلكة لها . ويبدو أن للجانبين السياسي والاقتصادي الدور البالغ الأهمية في بلورة الخريطة الجديدة للطاقة وسبل الاستثمار الدولي فيها ذلك أنه في العقدين الآخريين برزت تطورات

¹ عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 147.

أحدثت تغيرا جذريا في الدور الاقتصادي للدولة وفجر هذا جدلا صاحبنا تناول قضايا شتى كان من أهمها تأثير هذه التطورات على السيادة الوطنية للدول أو بالأحرى تأثيرها على سيادة القانون الداخلي¹.

المطلب الأول: التعريف بالمتغيرات الدولية.

نرى إن دراسة التنبؤات إنما تقوم على ما هو ثابت وحاصل بالدرجة الأولى، وعلى ما هو متغير بالمفهوم القانوني، السياسي، التقني والاقتصادي، ويمكن إجمال مواطن الغموض في ثلاث عناصر جوهرية :

الفرع الأول: متغيرات مرتبطة بالإنتاج والاستهلاك.

الفرع الثاني: متغيرات مرتبطة بالسوق الدولية للطاقة.

فرع ثالث : متغيرات مرتبطة بتزايد لاهتمام بفكرة الأمن الطاقوي وتحديات التوجه نحو الطاقات النظيفة .

الفرع الأول: متغيرات مرتبطة بالإنتاج والاستهلاك.

إن التداخل بين سياسي الإنتاج والاستهلاك يرسم لنا خريطة بيانية لتذبذبات أسعار الطاقة ، سيما النفطية منها والتي حكمها صراع على اقتسام عوائدها بين ثلاثة أطراف ، دول منتجة وأخرى مستهلكة ثم الشركات البترولية العالمية ،وهي عملية نتجت في الواقع عن مزيج في السعر بين:السعر السياسي و الاقتصادي .

¹ بوجلطي عز الدين:النظام القانوني للاستثمار في مجال الطاقة في الجزائر ، أطروحة دكتوراة،كلية الحقوق الجزائر،سنة 2015،ص36

فقرة أولى : سياسة الأوبك في مواجهة سياسة الوكالة الدولية للطاقة

أولاً : تأثير الأوبك في الاقتصاد العالمي : إن وجود منظمة الأوبك على الساحة العالمية كان له دور بالغ الأهمية في الاقتصاد العالمي. فهي تختص بدراسة خصوصيات الوضع العالمي والإمكانات المتوافرة لدى أعضائها، ولدى دول العالم الأخرى لمواجهة الاحتكارات الغربية للبتروول. وبذلك يمكنها المحافظة على العلاقة بين أسعار البترول ومستوى أسعار السلع المصنعة، كما أنها تعمل على استخدام الموارد المالية المتاحة لدول الأوبك في بناء اقتصاديات وطنية متكاملة، من خلال الاختيار الرشيد والصحيح لاستراتيجية التنمية الاقتصادية للدول الأعضاء، ومواجهة الصعوبات المختلفة مثل تخلف البنية التحتية، ومشكلة ضيق السوق، وانخفاض الإنتاجية المحلية، وغيرها.....

ولعل الدور الفعال والمهم لمنظمة الأوبك في الاقتصاد العالمي لم يظهر بقوة إلا مع بداية أزمة الطاقة عام 1973 ، التي مكنت منظمة الأوبك لأول مرة من السيطرة على الأسعار العالمية للوقود السائل، ورفعها بمقدار أربعة أضعاف، ومن ثم، زادت دخول أعضاء الأوبك، مما أدى إلى تحولها إلى أسواق كبرى لتصريف السلع الاستثمارية والاستهلاكية والخدمات، وجعلها مركزاً دولياً لتصدير رأس المال القرضي ومالكاً لاحتياطات ضخمة من العملات الذهبية، حيث أن منظمة الأوبك كانت قبل هذا التاريخ شبه مستعمرة، وكانت تبعيتها الأساسية للاستعمار البريطاني، وفي ظل ظروف ضالة الموارد المحلية، كان الحكام مستعدين لأن يمنحوا أراضٍ شاسعة للاحتكارات البترولية بثمن بخس في شكل ملكية كاملة لا رقابة عليها¹.

ومن هنا يتضح أن قيام منظمة الأوبك كان للطموح المشترك لأعضائها لزيادة عائداتهم من البترول، وتحقيق السيطرة الوطنية على اقتصاديات البترول. فكان لتباين المستويات الاقتصادية والاختلافات

¹ - وهكذا ظهرت اتفاقيات الامتياز بشكل استثنائي للاحتكارات البترولية، والتي تميزت بـ كبير مساحة الأراضي الموضوعة تحت الامتياز، وطول أجل سريانها 60-75 عام وغياب أي نصوص تسمح للحكومات الوطنية بالسيطرة على الأراضي الموجودة تحت تصرف الشركات الموقعة لاتفاقيات الامتياز.

السياسية بين أعضاء الأوبك هو العارض، الذي يقف أمام المصالح المشتركة بينهم، وفي ظل هذا استطاع الأعضاء التصدي للاحتكارات مستغلين الظروف المواتية بالسوق، فقامت ليبيا عام 1970، والجزائر عام 1971، والعراق عام 1972 بتأميم الامتيازات البترولية، بينما قام الأعضاء الآخرون بعمل نظام جديد يسمى "نظام المشاركة" في الامتيازات البترولية. مما سمح الأمر (نتيجة لعدم القدرة التنافسية لمصادر الطاقة الأخرى مثل الفحم والطاقة الذرية أمام البترول للدول الأعضاء) بأن تسيطر على الاقتصاد العالمي خلال السبعينيات وبالأخص عام 1973، حيث كانت البداية لبسط السيادة الفعلية لأعضاء الأوبك على ثرواتهم البترولية بشكل سريع، ثم في عام 1975 انتقلت الاقتصاديات البترولية في العراق وإيران والكويت إلى الملكية الكاملة للحكومة، وفي عام 1976 أعلنت فنزويلا التأميم الكامل لصناعة البترول¹.

وفي المقابل رفع الاقتصاد الرأسمالي أسعار المنتجات الصناعية المصدرة لدول منظمة الأوبك لمواجهة زيادة أسعار البترول. وفي ظل هذه الظروف استطاع أعضاء الأوبك (مصدرو البترول) الذين يمتلكون سلعة فريدة على خلاف مصدري المواد الخام الأخرى. أن يحافظوا بشكل دوري على العلاقة الجديدة بين أسعار البترول وأسعار المواد المصنعة. وكان لا بد من دراسة اقتصادية واسعة وشاملة، تشمل حركة سعر الدولار، ومعدلات النمو الاقتصادي للدول أعضاء المنظمة، حيث أن الضرر سيلحق بالدول النامية الأخرى، التي لا تمتلك مثل هذه المواد المرشحة للتصدير.

¹ - كما زادت حصة البترول المؤتمم في الدول الأخرى، وسيطرت الدول الأعضاء في منظمة الأوبك في بداية عام 1980 بشكل كامل على 80% من البترول المستخرج من أراضيها، لتستحوذ. إضافة إلى الربيع. على "ريح المشروع" من استخراج وبيع بترولها

ثانيا : تنشيط العلاقات الاقتصادية الدولية وتأثيرها على الأوبك لدراسة هذا العامل لا بد من ملاحظة التالي:

أ. بعض دول الأوبك لديها تراكم دخول مرتفع مثل الإمارات 26 ألف دولار للفرد سنوياً، والكويت 5.19 ألف دولار للفرد سنوياً، مع صغر المساحة وقلة عدد السكان ووجود احتياطات ضخمة من الذهب في السعودية التي احتلت المركز الثاني عام 1976 بعد ألمانيا. وهذه الدول هي مصدر رأس المال في دول الأوبك.

ب. بعض دول الأوبك الأكبر حجماً والتي تحصل على دخول كبيرة من البترول تقوم ببرامج مكثفة للتنمية الاقتصادية ما جعل الكثير منها يقوم بالاقتراض الخارجي مثل إندونيسيا¹

ج. بعض دول الأوبك على الرغم من زيادة دخولها من البترول، إلا أن هناك زيادة في الأسعار ترجع إلى زيادة إنتاج السلع والخدمات.

أما بالنسبة للدول التي تحصل على دخول كبيرة من البترول، نجد أن عدم كفاءة وبيروقراطية الإدارة أدى إلى ضياع الكثير من مواردها، ما اضطرها للاقتراض الداخلي. أما دول البند الثالث فهي الدول ذات الدخل الكبيرة من البترول، التي تستوعب هذه الدخول كاملة وتنفذ برامج تنمية اقتصادية مكثفة، ما اضطرها إلى الاقتراض الخارجي والحصول على قروض ضخمة من أسواق المال العالمية، وخصوصاً سوق النقد الأوروبي . لذا يمكن القول بأن الدول الكبرى، التي تعتمد بشكل كامل على ظروف السوق العالمية، وانخفاض تكلفة المواد الخام، لا تعتبر هذين العاملين شرطاً كافياً لنجاح التنمية وتشغيل فروع الاقتصاد الجديدة في المستقبل فالعامل الأكثر أهمية في الأجل الطويل، هو رفع نوعية قوة العمل إلى

¹ - وبالنسبة للدول التي لديها تراكم دخول مرتفع، يرجع التضخم فيها إلى عدم تطور البنية التحتية والإنتاجية والاجتماعية. لذلك رغبت دولة مثل السعودية في تعزيز دورها في العلاقات الدولية من طريق تنويع الاقتصاد في أقصر فترة ممكنة بالجمع بين إعداد الكوادر الوطنية، واستيراد قوة العمل، وتأسيس بنية تحتية حديثة توفر لها متطلبات نجاح التنمية الاقتصادية.

مستويات متطلبات العصر. وبعبارة أخرى، فإن التطور الحقيقي لهذه الدول يتوقف كثيراً على مدى استعداد القوى الحاكمة فيها للإقدام على تحولات اقتصادية واجتماعية راديكالية

فقرة ثانية: سياسات وكالة الطاقة الدولية:

سياسة الطاقة في الاتحاد الأوروبي: أولت السياسات المتعلقة بالطاقة التي أنتهجها الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه جل اهتمامها في فترة التسعينيات لتحرير هذا القطاع وإقامة سوق أوروبية موحدة للطاقة، فقد تبنى الاتحاد عددا من القرارات ذات الصلة بقطاعي الغاز والكهرباء للقضاء على لاحتكارات الحكومية الإلزامية وإزالة العوائق التي تعترض حركة السوق ونشاطها وذلك لتمهيد الطريق أمام إحداث تكامل وفعالية بين الدول الأعضاء¹

ولطالما أولى الاتحاد اهتمامه لإقامة أواصر متينة لشراكة مع روسيا في ميدان الطاقة فضلا عن سعيه لتطوير علاقاته مع دول الخليج، فعلى اثر زيادة أسعار البترول في أكتوبر 1973 كونت الدول الصناعية الغربية "وكالة الطاقة الدولية" في نوفمبر عام 1974 بغرض السيطرة على أي تقلبات حادة في أسعار البترول وتأمين إمداداته من خلال إتباع سياسات أهمها:

-تنويع مصادر الطاقة خارج قطاع البترول

-تنويع مصادر الإمدادات البترولية من خارج الأوبك

-تطور آليات التسويق وطرق تسعير مبيعات البترول

-بناء المخزونات البترولية

¹ - وفي أواخر سنة 2000 نشرت المفوضية الأوروبية كتابا أحضر عن إمدادات الطاقة للدلالة على تعاظم الاهتمام بالجوانب الجيوسياسية لإمدادات النفط والغاز وبالمخاوف المقترنة بضمان أمنها ، ومن بين الوثائق الأخرى ذات الصلة تلك التي حملت عنوان " السياسة الوطنية الأمريكية للطاقة " وغيرها من التقارير والإسهامات البحثية المتخصصة

الفرع الثاني: متغيرات مرتبطة بقوى السوق الدولية للطاقة.

يعزو كثير من المراقبين أن الارتفاع المطرد في الأسعار العالمية للنفط الخام على مدى السنوات الخمس الماضية إلى ضعف عوامل السوق الأساسية المتمثلة في محددات الطلب والعرض، حيث يبرر الجانب المتعلق بالطلب إلى ما يتعرض له الطلب العالمي من نمو متسارع بسبب النمو الاقتصادي القوي الذي تشهده كل من الصين والهند. و في نفس الوقت الذي تتعرض فيه إمدادات النفط إلى ركود بسبب تراجع وتيرة الاستثمارات الجديدة مقارنة مع النمو المتسارع للطلب. ومع ذلك لم يأخذ بعض المحللين في تفسيراً بفكرة أن التحولات في أساسيات السوق مسؤولة على تحركات أسعار النفط الهائلة سنة 2008 ، لأنه لم تكن حسب رأيهم ذات تأثير كافي للوصول الأسعار إلى مستوى 150 دولار للبرميل. وبدلاً من ذلك اعتمدوا على عدد من التفسيرات البديلة لدعم رأيهم كمثل السياسات الحكومية الخاطئة، اتجاهات حركة متغيرات الاقتصاد الكلي ودور الأزمة المالية، وعلى هذا سنبين أهم المتغيرات التي طرأت على أساسيات السوق والتي لا تخرج عن نطاق العرض والطلب¹.

فقرة أولى: العوامل المتعلقة بالطلب على النفط

1. ضعف الطلب في مواكبة نمو واردات الصين والهند : ينظر معظم المحللين إلى أن أزمة أسعار 2008 تعتبر بداية النمو المتسارع للطلب العالمي على خامات النفط مقارنة بالسنوات السابقة، ففي حين ازداد الطلب العالمي على النفط بمعدل سنوي متوسط بلغ 1.1 % أي ما مجموعه 2.4 مليون برميل يوميا خلال الفترة الممتدة بين عامي 1998 و 2002 ، تسارع نمو الطلب العالمي بمعدل سنوي متوسط بلغ 1.2 % أي ما مجموعه 2.8 مليون برميل يوميا خلال الفترة 2004 و . 2009 وترجع معظم أسباب هذه الزيادة في الطلب على الطاقة إلى اقتصاديات الأسواق الناشئة في آسيا والشرق الأوسط وبشكل خاص إلى الصين والهند.

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق، ص 40.

2. كثافة استخدام النفط في الاقتصاديات الناشئة: يعتبر النمو الاقتصادي السريع والكثافة العالية لاستخدام النفط أي كمية النفط اللازمة لإنتاج دولار من الإنتاج أو المخرجات في الاقتصاديات الجديدة الناشئة من الأسباب الرئيسية وراء الزيادة المطردة لاستهلاك خامات النفط. حيث تشير البيانات المتوفرة حول نمو استهلاك النفط في الصين لوحدها خلال الفترة الممتدة بين عام 2003 و 2007 فقط أن استهلاك الصين من النفط قد نما ب 35% أي ما يقارب في معدل 9% سنويا. ولا يزال استهلاك الفرد من النفط في كل من الصين والهند منخفضا للغاية مقارنة مع الدول مرتفعة الدخل¹

فقرة ثانية : العوامل المتعلقة بجانب عرض النفط

وتلخصها فيما يلي:

1. تباطؤ الاستثمارات: يمكن تفسير الأسباب الرئيسية وراء الانخفاض في نمو الإنتاج إلى أسباب تتعلق بالفترات الطويلة التي مرت بها صناعة النفط من ركود في الاستثمارات والطاقة التكريرية المتوفرة بالإضافة إلى تعطل وعدم انتظام في بعض الإمدادات، وعلاوة على ذلك لم تتبع الأوبك سياسة فعالة للحد من ارتفاع الأسعار، ففي حين أن مضاعفة إنتاج الدول غير عضو في الأوبك لم يرق إلى مستوى التوقعات بهدف التأثير على الأسعار. سجل إنتاج الأوبك زيادة بمقدار 4.2 مليون برميل يوميا منذ عام 2003 بينما زاد الإنتاج خارج الأوبك في نفس الوقت بنسبة 4.4 مليون برميل يوميا، وهذا يعني انخفاض الاستثمارات أنه لا وجود لقدرات إنتاجية ستضاف إلى الإمدادات القائمة فسجلت السوق عدد من الاضطرابات المتقطعة في العرض.

¹ بمعنى أن أي احتمال لنمو الدخل المتاح في هذه الدول سوف يؤدي بالضرورة إلى زيادة الطلب على النفط بدرجة أكبر وعليه فان عوامل السوق سوف تستمر في تأكيد ضغطها على الأسعار.

2. تعطل إمدادات النفط إلى السوق : بالرغم من عدم تسجيل تعطل حاد في الإمدادات العالمية

للنفط خلال السنوات الخمس الماضية، فإنه يقدر¹ إجمالي التعطيل في الإمدادات 'ب' 2 إلى 3 مليون برميل يوميا بسبب عدد من الأحداث أهمها تعطل الإمدادات النفطية القادمة من نيجيريا بسبب هجمات المتمردين، إعصار كاترينا فضلا عن انخفاض القدرات الإنتاجية لكل من فنزويلا والعراق .وقد أدى اضطراب الإمدادات النيجيرية في ربيع عام 2008 إلى مزيد من الانخفاض في عرض خامات النفط الخفيفة ومنه المساهمة في ارتفاع الأسعار.

3. السياسات الحكومية الخاطئة: في الوقت الذي يستند فيه الكثير في تفسيرهم للأزمة على عوامل وظروف السوق على أنها الدافع الرئيسي وراء زيادة أسعار النفط منذ سنة 2004 ، يسلم بعض من المحللين بالإسهام الهام للسياسات الحكومية الخاطئة في الارتفاع المطرد للأسعار في 2008 بحيث لم تؤد تلك السياسات الخاطئة فقط إلى تقييد الحصول إلى الموارد النفطية في جميع أنحاء العالم بل ساهمت في تغذية الطلب المحلي على وقود النقل أثناء فترة ارتفاع الأسعار.

من ناحية أخرى نجد أن عامل تأمين الموارد النفطية في بعض البلدان المصدرة للنفط مثل روسيا وفنزويلا، قد أدى إلى منع شركات النفط متعددة الجنسيات من الوصول وتطوير حقول نفطية جديدة مما ساهم في تعميق العجز المسجل في إنتاج النفط .وفي نفس الوقت وكما هو الحال عليه في كثير من اقتصاديات السوق الناشئة مثل إيران وروسيا فحافظت حكومات هذه الدول على الإعانات الحكومية المخصصة لدعم أسعار البنزين المحلية فضلا عن غياب إستراتيجية اقتصادية واضحة المعالم بالنسبة للشركات الوطنية الناشطة في القطاع كما أشار إلى ذلك الخبير الاقتصادي الأستاذ عبد اللطيف بن اشنهو¹

فضلا عن السياسات الحكومية الخاطئة نجد أنه في بعض الأحيان ساهمت بشكل مباشر في عدم استقرار سوق النفط، كما هو الحال في أوروبا والولايات المتحدة بحيث أدت التشريعات الجديدة المتخذة بشأن فصل عنصر الكبريت عن الديزل إلى أثر مباشر على أسعار النفط الخام الخفيف أيضا يبدو أن

¹ Abdellatif Ben achenhou pour une meilleure croissance édition ALPHA 2008

القرار الهام لوزارة الطاقة الأمريكية برفع مخزون الوقود ضمن الاحتياطي الإستراتيجي للولايات المتحدة إلى مستويات أعلى سنة 2008 أدت إلى تقليص الكميات المعروضة من النفط الخام الخفيف في السوق الفورية.

1- متغيرات الاقتصاد الكلي : انخفاض الدولار من العوامل العديدة التي في كثير من الأحيان يكون لها أثر مباشر على ارتفاع أسعار النفط الانخفاض المستمر للدولار الأمريكي على مدى السنوات الخمس الماضية. ففي حين أن العلاقة بين أسعار النفط والدولار معقدة ولا تخدم مصالح أطراف السوق في معظم الأحيان، نجد أن انخفاض قيمة الدولار ستؤدي إلى ارتفاع في سعر النفط بالدولار والعكس بالعكس. فمنذ أن تم اعتماد تقويم النفط بالدولار الأمريكي يفترض أن انخفاض سعر صرف الدولار سيخفض بذلك تسعير النفط في السوق ومن ثم سيزيد الطلب عليه. وفي حال ترك السوق يتوازن وفقا للظروف الجديدة فإن انخفاض الدولار- مع افتراض ثبات العوامل الأخرى- سيرتفع سعر النفط بالدولار¹.

إن أسباب الاهتمام المتزايد للمستثمرين الماليين بسوق العقود الآجلة للنفط متنوعة. فنظرا للاتجاه التاريخي لحركة أسعار السلع الأساسية المعاكس لحركة الأسعار في الأسواق تحول مؤخرا بعض المستثمرين كصناديق المعاشات إلى الاستثمار في السلع الأساسية بهدف الحد من المخاطر، وفضل البعض الاستثمار في سوق العقود الآجلة للنفط من أجل تفادي الآثار السلبية للتضخم وهبوط الدولار على أصولهم. بينما تحول عدد منهم إلى أسواق النفط بهدف البحث عن عائدات أعلى من تلك المحققة في

¹ الأستاذ مختار عبد الكريم طلبة : مقدمة في المشكلة الاقتصادية : النظم الاقتصادية ، بعض جوانب الاقتصاد الكلي ، ص 100، مصر، السنة 2007، دون دار النشر

أسواق الأصول، ومن هنا لعب سلوك القطيع الذي تتميز به الأسواق المالية دورا محوريا في استمالة مزيد من المستثمرين الماليين¹.

المطلب الثاني: تحرير قطاع المحروقات كمدخل للاندماج في الاقتصاد العالمي.

لقد وجدت الحرية الاقتصادية بدايتها عند الطبيعيين كرد فعل مضاد لسياسة تدخل الدولة التي نادى بها التجاريون ، إذ نظر الطبيعيون إلى الفرد على انه اللبنة الأولى للنشاط الاقتصادي وإلى المصلحة على أنها الحافز ، ومن هنا كان الاعتراف للفرد بحق تملك وسائل الإنتاج وتنظيم العملية الإنتاجية على أساس المنافسة فتأسست بالتالي فكرة الحرية الاقتصادية على فكرة القانون الطبيعي الذي يجب أن يحكم كافة مظاهر الحياة الاقتصادية.لذا نتناولها من جانب أول في دور القطاع في تكريس التوجه نحو اقتصاد السوق وفي جانب ثاني الأساس القانوني لحرية الاستثمار فيه.

الفرع الأول : دور القطاع في التحول إلى اقتصاد السوق.

لقد بدأت الحاجة الاجتماعية والسياسية والقانونية للبحث عن السبل الكفيلة تقييد سلطات الدولة والحيلولة دون انحرافها أو إهدارها لحقوق وحرقات الأفراد، من هذه المرحلة بالذات بدأت " بذور مفهوم الدولة القانونية تنتش تدريجيا في مختلف الديمقراطيات ،لهذه الأسباب ظهرت فكرة ضاغطة حديثة هي فكرة دولة القانون ولقد كان تأثير الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر بهذه المبادئ الليبرالية واضحا والتي أفرغتها في مختلف التشريعات سيما الطاقوية منها في محاولة فتح مجالات الاستثمار للخواسب وطنيين كانوا أم أجاناب .

وكان ذلك في مرحلتين أساسيتين:

¹ سعد الله داود :تشخيص المتغيرات الجديدة في سوق النفط وأثرها على استقرار الأسعار، 2008 – 2010 ،مجلة الباحث عدد09

فقرة أولى - مرحلة أولى هي مرحلة التعديل الهيكلي:

كان الإصلاح في هذه المرحلة يعني "مجموع السياسات القطاعية التي تهدف إلى تحقيق توازن في ميزات المدفوعات" فلم يكن أمام السلطة السياسية غير الانصياع إلى إملاءات صندوق النقد الدولي، وميزت هذه المرحلة جانبين:

أما الأول فيكتفي بتوفير شروط الاستقرار الاقتصادي وترشيد النفقات العمومية لشح الخزينة العمومية، وأما الثاني فتسعى من خلاله السلطة إلى تغيير البنية الاقتصادية قصد استعادة النمو حيث الانتقال من الاقتصاد العمومي إلى الاقتصاد الخاص. ولهذا تستفيد هذه الاستثمارات بقوة من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات مع الإشارة إلى أن الأمر رقم 66-284¹ المتضمن قانون الاستثمارات لم يحدد القطاعات الحيوية التي تحتكرها الدولة لنفسها، إلا مع صدور قانون 88-25² المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، الذي أزال الغموض القائم حول مفهوم القطاعات الحيوية، والتي أوردتها المشرع على سبيل المثال لا الحصر في المادة 5 منه، أين وصف هذا القانون القطاعات الحيوية بالاستراتيجية، ونظرا لأهميتها يمنع على الخواص الاستثمار فيها، إذ تشكل المجال المحفوظ للدولة.

الواقع إن هذا القانون مثل نقلة نوعية في المنظومة التشريعية الجزائرية حيث أفضت الضرورة الاقتصادية إلى إلزامية التمييز بين مختلف التشريعات الاقتصادية، فكان بالتالي التمييز بين القانون الإطار والقانون التوجيهي منه بالأخص القانون 88-25³ لهذا يتعين إصدار وثائق قانونية أخرى تلي الدستور، من أجل

¹ 66-284 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 75 لسنة 1966

² قانون رقم 88-25 مؤرخ في 12 يوليو 1988 يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، الجريدة الرسمية 28، 1988

³ إذ أن سن هذا الصنف من التشريعات يستهدف - عادة - إحداث إصلاح معين في الدولة، و الغرض من ذلك هو محاولة السلطة التشريعية تأطير مجال معين بالشكل الكافي، من أجل ضمان مسيرته للبرنامج الوطني. وهذا المسعى لا يمكنه أن يتأتى بإصدار نصوص قانونية لتنفيذ مبادئ الدستور مباشرة، لأن ذلك قد يؤدي إلى تضارب في التأويل بسبب عمومية النص أحيانا وغموضه أحيانا أخرى.

إعطاء مرونة أكبر لمبادئه المركزية، قبل توجيه المبادرة إلى الأجهزة المختصة من أجل تنفيذ هذه البرامج بمقتضى المعايير القانونية التي " تنتجها." ومن ثم، فإن هذه الوثائق لا تمثل نصوص تنفيذية بالنسبة للدستور، بل تشكل مجرد تفصيلات موضوعية بالنسبة له، لأنها تحتاج في النهاية إلى نصوص قانونية أخرى لتنفيذ أحكامها.

وهكذا يمكن القول أن القانون التوجيهي هو تلك " الوثيقة الصادرة عن البرلمان، في حدود الاختصاصات التشريعية المخولة له طبقا للدستور، وتعلق بتنظيم مجالات واسعة بمقتضى قواعد تأطيرية وتوجيهية تعدها الدولة من أجل إحداث إصلاح معين."

ومن ثم، فإن ما يميز القانون التوجيهي عن سائر التشريعات العادية الأخرى، أنه لا يحوي قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق مباشرة، بل يمثل وثيقة واسعة جدا من حيث المحتوى والمضمون، ولهذا فإن المرور إلى مجال تطبيقها يحتاج إلى عمل قانوني مكثف كونه مسنون في شكل " مبادئ توجيهية " من أجل تحليل وتفصيل هذه المبادئ العامة.

"المركزة" في شكل نصوص قانونية بسيطة أخرى¹ و خير مثال يمكننا أن نستعين به في محل هذه الدراسة نذكر قانون رقم 88 - 01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية² الذي بالرغم من اعتباره يشكل تشريعا عاديا، إلا أن تنفيذه لم يتم طبقا للقواعد المألوفة، أي بالاستعانة بالمعايير التنظيمية المباشرة، بل أن تركيز مبادئه دعت إلى ضرورة تحليلها وتفصيلها بمقتضى قوانين أخرى، قبل المرور إلى الجانب التنفيذي ومن جملة هذه القوانين نذكر:

-قانون رقم 88 - 02 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط.

¹ لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة ارجع إلى أطروحة دكتوراه: راجحي أحسن بعنوان مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري 2005 2006 -ص 216 وما يليها

² قانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الجريدة الرسمية رقم 02، الصادرة بتاريخ 13 يناير 1988.

-قانون رقم 88 - 03 المؤرخ في 12 يناير 1988 ، المتعلق بصناديق المساهمة.

-قانون رقم 88 - 04 المؤرخ في 12 يناير 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1987 والمتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

-قانون رقم 90 - 10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض.

فكانت هذه المرحلة بمثابة مرحلة قاعدية تصورية للإصلاح الاقتصادي.

وعليه يمكن القول إن القانون التوجيهي وإن كان قانونا عاديا إلا أنه يشكل منطلقا لتشريعات أخرى تستمد شرعيتها منه والأهم فيه أنه يستمد محتواه من تشريع خارجي عنه¹، لهذا كله فقد شكل دستور 1989 نواة هذا المشروع الاقتصادي الجديد المتأثر بالنموذج الليبرالي لتنظيم المجتمع والقائم على أساس تقديس الملكية الخاصة و الاندماج في تقسيم السوق الدولي للعمل. وعلى ضوء هذه المقتضيات القانونية كانت الاحتكارات العمومية السائدة في كل نشاط اقتصادي وفي القطاع مجال الدراسة نورده كما يلي:

فكرة احتكار شركة سونطراك لقطاع المحروقات قبل صدور القانون 07/05

قد كانت اتفاقيات أيفيان بمحففة في حق الجزائر فيما يخص قطاع المحروقات، حيث أبتت على احتكار الشركات الفرنسية العاملة في هذا المجال عن طريق الامتيازات الممنوحة لها فيما يتعلق بحصولها على رخص التنقيب وإنتاجه وتسويقه ، الأمر الذي بقى منظم بالقانون الصحراوي البترولي الصادر سنة 1958 عن الجمهورية الفرنسية² إلا أن الاتفاقية المبرمة مع الحكومة الجزائرية سنة 1965 هي التي

¹د.بوغزالة محمد ناصر : الصياغة الخاصة للقوانين الأساسية .المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية عدد03، لسنة 2013،ص 76

² الأمر رقم :111/58 المؤرخ في 1958/11/22 المتعلق بالبترول الصحراوي

جاءت بالتعديلات الجوهرية لاسيما في مجال استثمار الغاز الطبيعي المرافق للنفط . حيث أصبحت الجزائر تحتكر التصرف في كافة الأنشطة المتعلقة بالإنتاج كما تحتفظ بحقها في تسويق الغاز المستخرج من قبل الشركات صاحبة الامتياز، ليس ذلك فقط بل مع بداية عهد التأميم سنة 1971 تم منح الشركة الحق المطلق في إمكانية الاشتراك في أي نشاط في ميدان البحث والاستغلال . فتم منح الشركة الحق المطلق بالاشتراك في نشاط البحث و/أو الاستغلال وكذا احتكارها للسندات المنجمية الممنوحة لها استثنائيا ، وهو ما أكدته الأمر: 22/71 المتضمن¹ تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود واستغلاله . وكان قد سبق هذا الأمر، مراسيم عديدة جاءت لتعيد تنظيم القطاع بما يتوافق والسيادة المسترجعة على القطاع منها بالخصوص تلك المراسيم: 101- إلى 106 المؤرخة في 1970/04/08² وجاء القانون 14/86 ليؤكد مرة أخرى هذا الاحتكار في مادته الثالثة:

"تحتكر الدولة أعمال التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها و نقلها ويمكنها إن تسند ممارسة هذا الاحتكار للمؤسسات الوطنية طبقا للتشريع"

ما جاءت المادة 17 منه لتؤكد هذا التوجه فنصت على انه " لا يمكن إن تمارس أعمال نقل المحروقات بالأنابيب إلا مؤسسة وطنية دون سواها" هذه العبارة الأخيرة حذفت في تعديل 1991 بالقانون 21/91³ ليس ذلك فقط بل أن التعديل نص في مادته الرابعة:

¹ الأمر 22/71 المؤرخ في 1971/04/13 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل 1 واستغلاله جريدة رسمية رقم 30 لسنة 1971 الأمر 22/71 المؤرخ في 1971/04/13 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله الجريدة الرسمية رقم 30 لسنة 1971.

² المرسوم 100 يتضمن إحداث المؤسسة الوطنية لتكرير المنتجات البترولية وتوزيعها ،أما المرسوم 102 يتضمن إحداث المؤسسة الوطنية للبلاستيك والمطاط ،وأما المرسوم 103 يتضمن إنشاء المؤسسة الوطنية للأشغال الكبرى

³ القانون 21/91 المؤرخ في 1991/12/02 يعدل ويتمم القانون 14/86 الجريدة الرسمية رقم: 63 لسنة 1991

في إطار الأحكام الخاصة المتعلقة بالاشتراك في مجال المحروقات المنصوص عليها في هذا القانون يمكن لأشخاص معنوية أجنبية القيام بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها¹

من خلال قراءتنا للنصوص القانونية الصادرة سنوات 1971 -1986-1991 نسجل الملاحظة التالية:

-الاحتكار المنصوص فيما تم عرضه قد خفت حدته ، بخلاف ما كان معمول به سنة 1986 أين يمنح الاحتكار صراحة لشركة الوطنية سونطراك.

-إن هذا الاحتكار الخالص لشركة هو احتكار قانوني عمومي كون التشريع هو الذي منح هذا الحق الخالص لطرف دون آخر . ليس ذلك فقط بل إن الاحتكار القانوني هو احتكار بالنسبة

للمستثمرين الأجانب وكذلك بالنسبة للمستثمرين الوطنيين¹

-إن هذا الاحتكار قد جاء به المشرع بشكل واسع فهو يشمل حتى احتكار الحصول على الرخص المنجمية لحق الشركة وحدها فيصبح بالتالي الاحتكار القانوني احتكارا فعليا .وهكذا يتضح أن الاحتكار هو متغير. فبينما يقوم على فكرة المؤسسة الوطنية التي تم ربطها بفكرة خضوعها لرقابة الدولة بالنسبة للأجانب -موضوعي - نجده يقوم على المعيار العضوي بالنسبة للقطاعات الاقتصادية التي تبقى حكرا على الدولة والتي لا يحق للوطنيين الاستثمار فيها. هذا من جهة.

¹ بالنسبة للأجانب. أي إن النصوص السابقة تعتمد على مبدأ الجنسية (لا بد إن تكون الشركة وطنية) والمشرع الجزائري في تعريفه للمؤسسة الوطنية اعتمد على معيار الرقابة . أما بالنسبة للمستثمرين الوطنيين الخواص فاعتمد على المعيار العضوي بالنظر إلى القطاعات التي تم تحريرها بعبارة أخرى أن موضوع البحث واستغلال المحروقات لازال قطاع استراتيجي لم يعرف الحرية الاستثمارية بعد

ومن جهة أخرى فإن الاحتكار الخالص لشركة سونطراك للرخص المنجمية، وإن كان له ما يبرره من الناحية القانونية إلا أنه لا يوجد أي نص قانوني يمنع منح هذه الشركات - التابعة للشركة الأم سونطراك - "متى كان موضوعها وهدفها يسمحان بذلك" الرخص طالما أنها خاضعة لرقابة الدولة كما رأينا . وانطلاقاً من هذا فإنه يمكننا القول إن الاحتكار قد ضاق نطاقه نسبياً بالقانون 14/86 إذ أصبح يحق لكل مؤسسة وطنية خاضعة لرقابة الدولة إن تعمل في مجال المحروقات " متى كان موضوعها وغرضها يسمحان بذلك"¹

فقرة ثانية: مرحلة الإنعاش الاقتصادي ودعم النمو:

إن ظاهرة العولمة فرضت على الجزائر تحولات جذرية سريعة أرغمتها على فتح المجال إلى المبادرات الخاصة ، بتكريسها لمبدأ الحرية التجارية والصناعية المنصوص عليها في المادة 37 من دستور 1996.

"حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون"

هذه المادة ما هي إلا تأكيد على تبني الجزائر اقتصاد السوق ، وتأكيد على نية المشرع بتكريس النصوص القانونية ذات الطابع الليبرالي ، والإقرار بحرية المنافسة التي نادتها المنظمات الدولية.

فالمنافسة الحرة مسألة ملازمة للتجارة والصناعة لأنه لا يتحقق الاعتراف بحرية التجارة والصناعة في محيط لا يسوده التنافس. لذلك فقد جاءت الصيغة الدستورية بعبارة "تمارس في إطار القانون"

وهذه العبارة تؤكد على أن القانون هو المؤطر للعملية الاقتصادية²، وبكل جوانبها وإن كان ليس بالمقام تفصيل ذلك هنا إلا أنه من الأهمية بما كان الإشارة إلى أثر العبارة على مبدأ الحرية الاستثمارية من

¹ - بوجلطي عز الدين: النظام القانوني للاستثمار في مجال الطاقة في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص50

² si on commence par poser la question : qui de l'économie ou du droit est au service de l'autre ? on pourrait dire sans trop de certitude que le droit est de service de l'économie

الناحية القانونية الواقع أن هذا الأثر إنما يجد أساسه من خلال فحص مختلف قوانين الاستثمار التي جاء بها المشرع سواء في المرحلة الأولى الأنف ذكرها والمتعلقة بمرحلة إزالة التنظيم أو في مرحلة خصخصة الحقل الاقتصادي. ففي المرحلة الأولى - قبل صدور الدستور - تجسد التوجه الاستثماري في المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار الذي أحدث ثورة في مجال القانون الداخلي بتكريسه لأول مرة مبدأ حرية الاستثمار حيث حدد نطاق تطبيقه في نص المادة الأولى التي أقرت على أنه:

"يطبق على مختلف الاستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات باستثناء الأنشطة الاقتصادية المخصصة صراحة بنص تشريعي". يرى الأستاذ عجة جيلالي¹ أن هذه الحرية لم تكن مطلقة من خلال:

* اعتماد الاستثمارات على تقنية الاعتماد المسبق.

* استبعاد الاستثمارات المخصصة صراحة للدولة.

ولقد طرحت السلطة الجديدة التي أفرزتها الانتخابات الرئاسية لسنة 1999 تصور جديد بشأن تحقيق التنمية الاقتصادية معتمدة على أسلوب الإنعاش الاقتصادي حيث لاحظت في البداية إن الاقتصاد الوطني لم يشهد تحسن خلال مرحلة التعديل الهيكلي، بل هناك تناسب عكسي بين الوضع الاقتصادي وأسعار النفط ولعل من أهم الأسباب في ذلك الآثار السلبية الناتجة عن الاختلالات النقدية التي عرفتها البلاد في تلك الفترة حيث سددت الجزائر 33 مليار دولار بين سنتي 1997 و 1998 بدون تخفيض

.....article édité par Mr DIB SAID " la réalité économique et la norme juridique "

EL WATEN ECONOMIE DU /16/a 22/07/2007

¹ عجة جيلالي : أطروحة دكتوراه المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر جامعة الجزائر سنة 2005

جوهرى لقيمة الدين الأصلي الخارجي الذي بقي في حدود 30 مليار دولار، وما يمكن التنبيه إليه هو إن سياسة الإنعاش الاقتصادي كانت قائمة على الأسس التالية¹:

-فكرة الوئام المدني قصد استرجاع الأمن

-فكرة التنمية المستدامة

-فكرة الحكم الراشد بكل ما يحمله المصطلح من معنى سياسي، إداري، قضائي واقتصادي، إذ هو خلاصة توصية قدمها البنك العالمي للبلدان التي تعيش مرحلة انتقالية فعرها في تقريره الصادر سنة 1997 على أنها "طريقة خاصة لإدارة وممارسة السلطة السياسية و الاقتصادية قصد تسيير أحسن للشؤون العمومية"

وهو بذلك يمثل الإطار الجديد لدور الدولة في النشاط الاقتصادي، حيث أنحصر دور الدولة بداية في الحراسة المقتصر أداؤها على حفظ النظام العام بمدلولاته الثلاث (الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة) لكن هذا الأداء زال بفعل دورة النظام الرأسمالي حيث اضطرت الدولة إلى التدخل في الحقل الاقتصادي - تدخلا ظرفيا - يتعين عليها الانسحاب مرة أخرى متى زالت ظروف تدخلها

وتأسيسا على ذلك عمدت هذه السلطة إلى إصدار ترسانة قانونية داعمة هذا التوجه تضمنها فكرة حرية النشاط الاقتصادي وبالتالي حرية الاستثمار، بالإضافة إلى إحاطة المبدأ بفكرة المنافسة وبكل الضمانات القانونية التي يتطلبها النشاط الاقتصادي.

أما في المرحلة الثانية فإن التوجه نحو تكريس أكثر لمبدأ الحرية الاستثمارية تجسد من خلال المرونة في الانفتاح على أكبر قدر من النشاطات الاقتصادية مراعاة للمتطلبات المفروضة في هذه المرحلة لذلك

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق ص 51

فقد حدثت نقلة نوعية في الانفتاح أكثر على الاستثمارات من خلال الأمر 03/01 الصادر في أوت من عام 2001¹ الذي جاء ب:

* استبعاد تقنية الاعتماد واشترط تقنية التصريح الذي يعد إجراء شكليا

* نصه صراحة في المادة 04 منه " على أن تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع

والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"

* فتح المجال أكثر للشراكة بين الرأس مال الوطني العام أو الخاص مع رؤوس الأموال الأجنبية.

* تصنيف بعض الاستثمارات الإستراتيجية ومنحها امتيازات إضافية.

وكما تمت الإشارة إليه فيما سبق فإن قطاع الطاقة في الجزائر كان القاطرة الأمامية التي تستند عليها كل سلطة سياسية في كل محاولة إصلاح اقتصادي، فنتيجة لذلك تم إنشاء المجلس الوطني للطاقة عام 1999 والذي كانت له اليد العليا على القطاع من خلال إشرافه على وضع إستراتيجية طاقوية ، ثم صدر قانون التحكم في الطاقة رقم 09 /99 الذي كان بمثابة قانون برنامج ، يرسم الإطار العام للسياسة الوطنية للطاقة ويحدد الوسائل التي تؤدي إلى ذلك من خلال إنشائه مثلا الصندوق الوطني للتحكم في الطاقة الممول للمشاريع الطاقوية.

وكمرحلة ثانية فصلت سلطة الإنعاش الاقتصادي بين مختلف القطاعات الطاقوية فأصدرت:

* القانون رقم 10/01 الصادر في 03 جويلية 2001 المتعلق بالمناجم والذي أنشا هيئتين إداريتين هما

:الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والديوان الوطني للجيولوجيا والمراقبة المنجمية

¹ الأمر 03/ 01 المؤرخ في :20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل المتمم الجريدة الرسمية رقم :47 لسنة 2001

*القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء والتوزيع العمومي للغاز عن طريق الأنابيب والذي أنشأ لجنة ضبط الكهرباء والغاز.

*القانون 07/05 المتعلق بالمحروقات والذي أنشأ سلطة ضبط المحروقات والوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات ،وما يجمع في ظروف سن هذه القوانين الثلاثة هو نفس التبرير الموحد الذي جاءت به السلطة في بريطانيا أثناء خوصصة المناجم من حيث انه "ليس هناك حل آخر" أو ما يطلق عليه "تينا"¹ وهكذا نلاحظ الانسحاب التدريجي للدولة من النشاط الاقتصادي من خلال إنشاء هذه الهيئات المكلفة بالمهام التقليدية للدولة ، والمتمثلة أساسا في جانبي الثمين والتشجيع من جهة ، والرقابة والضبط من جهة ثانية ولقد ألحقت المرحلة الثانية من الإصلاحات بمرحلة تكميلية سميت "البرنامج التكميلي لدعم النمو" وهي بمثابة جيل ثالث من الإصلاحات يتم على مستوى هذا الجيل ترسيخ كل المعايير والمقاييس الأولية في التجارة والمنافسة والاستثمار وكل ما من شأنه الانتقال بالاقتصاد الجزائري إلى مصاف الاقتصاديات الأكثر نمواً - .الملاحظ خلال هذه الفترة لم يتم تفعيل مختلف القوانين المتعلقة بالطاقة سيما البترولية والغازية منها بسن التنظيم المطلوب في بعض المسائل ،بل أننا لاحظنا تراجع المشرع عن الحرية لاستثمارية في بعض الأنشطة حينما اقر مثلا بالمشاركة الإلزامية لشركة سونطراك في عقد البحث والاستغلال وبنسب لا تقل عن 50% بالمائة من قيمة المشروع.

- كما أن الإجراءات المتخذة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 سيما المادة 58 التي تقر بضرورة مشاركة المتعاملين الوطنيين في الشركات بنسب لا تقل عن 51% بالمائة من قيمة الشراكة في الأنشطة الإنتاجية بالإضافة إلى نص المادة 68 من اعتمدت على مبدأ المعاملة بالمثل في الاستثمارات الأجنبية ،هذا ناهيك عن تعديل نص المادة 141 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة فيما تعلق بفرض الرقابة على أرباح الشركات ، -الأفضلية الممنوحة للشركات والمؤسسات العمومية في منح

¹بوجلطي عز الدين ،المرجع السابق ص52

الصفقات العمومية والمقدرة في تعديل قانون الصفقات لعام 2008 بنسبة تتراوح بين 15 و20 من قيمة الصفقة.

-تعليمة الوزير الأول السيد أحمد أويحيى رقم: 61 الصادرة في: 21-12-2008 المتضمنة القواعد المطبقة على الاستثمارات الأجنبية وتحويل الأموال بالعملة الصعبة الناجمة عنها إلى الخارج والتي جاء في تقديمها على أن هذه القواعد والتدابير الوقائية جاءت استجابة لتعذر تحليل الآثار العميقة لازمة المالية العالمية فكما ورد في التعليمة: "لا يمكن بأي حال من الأحوال التذرع بالفتح الاقتصادي ولا ببناء اقتصاد السوق ولا حتى بالتنافسية أو التحجج بذلك من أجل الانطلاق في ليبرالية متوحشة تضع فيها المصلحة الوطنية".....

إذا كان البعض يرى في كل تلك التدابير بوادر لإعادة نظر عميقة في الحرية الاقتصادية في مجال الخيارات أي عودة إلى فكرة الوطنية الاقتصادية، فإن البعض الآخر يرى أن التوجه الجديد ما هو إلا عودة إلى الشكل الطبيعي للأشياء واعتراف متأخر بضرورة حماية المصالح الاقتصادية للبلد قبل الانفتاح المتوحش.

ومن جهة أخرى يبدو أن السلطة السياسية سيما في المدة الأخيرة عملت على تجسيد بنية مؤسساتية قائمة على ضرورة تأمين قدرات تمويل للاقتصاد (بالاعتماد على مرد ودية القطاع) تجعله في منى عن آثار تقلب أسعاره في السوق الدولية وهي مسألة سوف نفضلها في الشق المتعلق بالدولة الريعية هل الموارد المالية الطاقوية نعمة أم نقمة؟ وانطلاقا من كل ما تم بيانه في هذا الفرع نلاحظ: **تقليص حدة الاحتكارات العمومية.**¹

إذا كانت حرية الاستثمار كمرحلة أولى لا تنطبق على النشاطات المخصصة صراحة للدولة سيما الإستراتيجية و منها قطاع المحروقات، فإن هذه الحرية في المرحلة الثانية تطبق على

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق ص 53-54

جميع النشاطات - وحتى الإستراتيجية منها¹ ولكن بمراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة²

الفرع الثاني: مظاهر حرية الاستثمار في قانون المحروقات.

كما هو معروف عن الصناعة النفطية، أنها كانت ومازالت تقدم خدماتها إلى نفسها بشكل ذاتي بعيدا عن تدخل القطاع الوطني الخاص، وهذه الحالة لها أسبابها التي سنوضحها من خلال السياق، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن: أنه كيف نستطيع تفسير التناقض القائم بين أن تبقى الملكية عامة للنفط وإشراك القطاع الخاص والاستثمار الأجنبي في الصناعة الطاقوية؟ للإجابة على هذا السؤال الذي يبدو وكأنه جزء من الإشكالية العامة، لابد لنا من معرفة أن الصناعة النفطية كأى صناعة أخرى لها جانبين، الأول إدارة العمليات، كالإنتاج أو الاستكشاف أو إدارة مصنع، وجانب آخر وهو الجانب التنفيذي، أي العملياتي، وهي عمليات الإنتاج، وعمليات الاستكشاف، والمصانع والحقول و كلها تجريها عمليات متنوعة تخصصية أو عامة. ففي العادة تكون إدارة المشروع، أي مشروع كان، بيد المالك الذي يستعين بموظفين أكفاء ومخلصين في إدارته للمشروع، لكن الجانب الثاني من العملية، أي الجانب العملياتي، فإنه يمكن أن يكون بيد عمال وفنيين ثابتين أو مؤقتين وجهات أخرى كأن تكون مقاولين صغار أو كبار أو شركات تخصصية لتوفير الخدمات العملياتية أو التشغيلية الأخرى التي تجعل من عمليات الإنتاج متكاملة، وذلك وفق اتفاقات أو عقود لتوفير.

الخدمات المطلوبة مقابل تعهد مالي أو اتفاقية سعرية محددة، هذا الجانب، هو الجانب العملياتي والذي ليس بالضرورة أن يتم بيد المالك ولكن وفق مشيئته ورقابته وضوابطه³. وهنا، أي في الصناعة النفطية موضوع البحث، على الدولة أن تتمسك بإدارة العمليات الأساسية في الصناعة النفطية وتترك الجانب العملياتي للشركات الخدمية، وهذه مساحة واسعة جدا للعمل تسمح بدخول القطاع الوطني الخاص

¹ بالاستناد إلى المرسوم التشريعي 12/93

² بالاستناد إلى الأمر 03/01 المعدل المتمم

³ الشراكة الأجنبية في قطاع المحروقات رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية فرع التخطيط دربان احمد جامعة الجزائر 2001 ص 31

والاستثمار الأجنبي. لان تمسك الدولة بالإدارة لهذه العمليات هو الضمان الأكيد لملكية الشعب لثرواته وعدم التجاوز على ثوابت الدستور¹.

فقرة أولى : بالنسبة للجانب المؤسساتي

أدت الإصلاحات الاقتصادية التي قام بها المشرع الجزائري إلى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وتعويض القرارات الإدارية بأدوات الضبط الاقتصادي ، فتم فتح العديد من النشاطات أمام المبادرة الخاصة وإخضاعها إلى قانون السوق، ويقع على عاتق السلطة العامة أن تتدخل من أجل تأطير آليات السوق وذلك قصد مراعاة مقتضيات المرفق العام ومصالح المترفين والزبائن وكذا المصلحة العامة الاقتصادية غير أن الدولة لا تمارس هذه الوظائف الضبطية عن طريق الهياكل الإدارية التقليدية، إنما تقوم بإنشاء هيئات من نوع جديد تتمثل في **سلطات الضبط الاقتصادي** والتي تشرف على العديد من الآلات والنشاطات: البنوك والمؤسسات المالية، نشاطات البورصة، التأمينات، البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المنافسة² وكذا في قطاع المناجم، الكهرباء والغاز، المحروقات والتي هي:

-هيئات الضبط في المجال المنجمي: عمدت الدولة قصد تسيير المنشآت الجيولوجيا والممتلكات المنجمية ومراقبة المناجم إلى إنشاء جهازين يتكفلان بذلك، وهما:

¹ من ضمن ما قدمته الورقة البحثية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي تحضيراً للقمة العربية التنموية لصندوق النقد العربي من 18 إلى 22 جانفي 2013 بالمملكة العربية السعودية بعنوان الأزمة المالية العالمية وتحديات استعادة الاستقرار الاقتصادي وتحقيق النمو الشامل في الدول العربية

² لقد أثارت نشأة فكرة سلطة الضبط المستقلة العديد من التساؤلات تتمحور أساسا في استقلاليتها وإدراجها ضمن المنظومة المؤسساتية، وكذا الاختصاصات القمعية التي تمارسها ولزيم من التفاصيل ارجع إلى الملتقى الوطني الأول حول سلطات الضبط الاقتصادي في المجال الاقتصادي والمالي المنظم بجامعة بجاية يومي 23-24 ماي 2007

1. الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية: تنص المادة 44 من القانون رقم 01-10 المتعلق

بالمناجم على أنه: تنشأ وكالة وطنية للممتلكات المنجمية، وهي سلطة إدارية مستقلة

2. الوكالة الوطنية للجيولوجية: تنص المادة 45 من نفس القانون المتعلق بالمناجم على أنه: "

تنشأ وكالة وطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، وهي سلطة إدارية مستقلة. "...

تقابلها المادة 37 من القانون الجديد للمناجم رقم 14-05 الصادر في 24 فيفري 2014¹ "تنشأ

وكالتان وطنيتان تتمتعان بالشخصية القانونية والاستقلال المالي تدعيان "الوكالتان المنجميتان وكالة

لتسيير المنشآت الجيولوجية و تدعى في صلب النص " وكالة المصلحة الجيولوجية للجزائر - " وكالة

لتسيير الممتلكات ومراقبة النشاطات المنجمية وتدعى في صلب النص الوكالة الوطنية للنشاطات

المنجمية

1- لجنة ضبط الكهرباء والغاز: لفرض السير التنافسي والشفاف لسوق الكهرباء والغاز، تم إنشاء لجنة

ضبط بموجب القانون رقم 02-01، مكيفا إياها بهيئة مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال

المالي، حيث تنص المادة 112 من القانون المذكور أعلاه: " لجنة الضبط هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية

القانونية والاستقلال المالي "والمهم في موضوع بحثنا أن المشرع الجزائري أنشاء سلطات من نوع آخر،

بمعنى ليست إدارية وإنما هي سلطات تجارية، ونعني الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط)،

والوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات بموجب المادة 12 من القانون 05-07

وإذا كانت المادة الأولى من قانون المحروقات 05-07 حددت دور الدولة المقتصر والمنحصر في وضع

الإطار المؤسسي الذي يسمح بممارسة النشاطات المتعلقة بالمحروقات فان المادة الموالية (الثانية) ضبطت

وبصفة جد صريحة هذا الإطار ، من حيث أنه يؤدي إلى تطبيق مبدأ الحركية والقابلية للتكيف الذي يميز

نشاط الدولة منه ، ويعيد لهذه الأخيرة إحدى صلاحياتها التي كانت تمارسها سونطراك شركة ذات أسهم

¹ القانون للمناجم رقم 14-05 الصادر في 24 فيفري 2014 الجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2014

من قبل - بتعبير المادة - وبالتالي تصبح الشركة الوطنية (المحتكر التقليدي للاستثمار في هذا القطاع) متعامل اقتصادي مرتبط بالشروط الاقتصادية من دون الإدارية منها التي أعطته امتيازات السلطة العامة من قبل. لذا فإن إنشاء هذا الإطار المؤسساتي الجديد هو تجسيد لمبدأ "حرية الاستثمار" في هذا القطاع.

فقرة ثانية: بالنسبة للجانب الوظيفي: الواقع إن مبدأ الحرية كما سبق بيانه هو المهيكّل للمنافسة بل هو الشرط الضروري لتأسيس نظام تنافسي. فقد تكون العلاقة بين مفهومي الحرية والمنافسة منظمة في شكل ارتباط مفصلي، حتى وإن كانت تحتاج إلى التقييد أحياناً حفاظاً على وجودها هذا من جهة¹.

ومن جهة ثانية فلا بد من اعتبار حق الملكية والعقد أدوات قانونية ضرورية لتمكين حرية المبادرة من أن تتكسر عملياً، إذ أنه من غير المعقول أن نتصور حرية مبادرة بدون أساسها المادي الذي لا يمكن أن يكون إلا الملكية الخاصة. فترقية الاستثمارات دفعت بالمشروع إلى تحرير السوق العقارية بالقانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري الذي أعاد الاعتبار للملكية الخاصة وقد ترجم هذا التوجه سلسلة من القوانين والمراسيم أهمها المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي فتح المجال للتعاقد بين المؤجر والمستأجر ملغياً في ذلك الحق في البقاء وتبعه في ذلك تعديل القانون المدني في 2005 الذي منح للمتعاقدين مطلق الحرية في تحديد الإيجارات والشروط التي ينتهي بها².

- بالنسبة للمنافسة: إن النصوص التي تجمع بين الحرية والمنافسة كثيرة، نذكر على سبيل المثال نص المادة الرابعة من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل المتمم الذي ينص "تحدد بصفة حرة أسعار

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق ص 56

² نظراً لأن المجال لا يسمح بعرض جميع الميادين التي أعيد فيها الاعتبار لحرية التعاقد في ظل التوجه الاقتصادي الجديد ارجع إلى مقال

الأستاذة عليان عدة: مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد - دراسة مقارنة - مجلة العلوم القانونية والإدارية سنة 2013 عدد 3

³ الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية رقم: 43 لسنة 2003 معدل متمم بالقانون 10-05

الصادر في 15 أوت 2010 جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2010

السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة" وبمفهوم المخالفة بالمنافسة تفقد معناها في غياب حرية المبادرة.

كما تنص المادة 4 من القانون 02-104¹ الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية على جعل نظام حرية الأسعار كقاعدة عامة تحكم كل بيع للسلع أو تأدية خدمات الملاحظ من خلال قانون المحروقات انه تبنى مبدأ "الأسعار الحرة" حسب قواعد العرض والطلب وسواء تعلق الأمر بالاستيراد والتصدير وبعبارة دقيقة تبنى مبدأ المنافسة في قطاع كان يعتبر إلى وقت غير بعيد قطاعا مخصصا صراحة للدولة.

لذا يطرح التساؤل حول العلاقة بين مبدأ الحرية ومبدأ المنافسة ؟

إذا أردنا إضفاء طابعا عاما على تعريف هذا مبدأ الحرية، فمن الواجب أن نعتبره ترجمة قانونية للحرية الاقتصادية، أو ما يعرف عند الاقتصاديين باقتصاد السوق الذي يركز على أساسيات كالعرض والطلب ثم الأسعار التي تتحدد بالتقاء الأول والثاني.

ولقد اعتمدت الجزائر ابتداء من سنة 1988 برنامجا تصحيحيا بغية تحقيق اللامركزية تدريجيا في عملية صنع القرار وتطوير آليات السوق هذا من جهة، ومن جهة أخرى إزالة الاختلالات المالية التي تعاني منها الدولة والناجمة عن الفترة السابقة في ظل النظام الاقتصادي الموجه، وتمثل هذا البرنامج في مجموعة من الإجراءات والتي منها إصلاح نظام الأسعار الذي نميز فيه بين نظام الأسعار المقننة ونظام الأسعار الحرة:

نظام الأسعار المقننة: تستطيع الدولة عن طريق هذا النظام أن تتدخل مباشرة في الحياة الاقتصادية وذلك بهدف تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية والاجتماعية، ومعنى آخر أنّ الأسعار الخاضعة لهذا النظام تعتبر كوسيلة لتدخل الدولة، ويتم تنظيم هذا النوع من الأسعار عبر طريقتين:

¹ القانون 02-04 المؤرخ في 23 يوليو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية رقم: 41 لسنة 2004 معدل متمم بالقانون 06-10 الصادر في 15 أوت 2010 جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2010

- يتم الإعلان عن أسعار المنتجات المضمونة مسبقا أي ضمان سعر أدنى للمنتجين عند إنتاج السلع والخدمات التي يتطلب إنتاجها بصفة خاصة بهدف الحماية أو التحفيز أي أنّ هذا النوع من الأسعار المقننة الهدف منه تشجيع وتطوير المنتجات الأولية ضمن المخططات الاقتصادية

- يتم تحديد الحد الأعلى للأسعار على مستوى الإنتاج وعلى مستوى التوزيع، يطبق هذا النوع من الأسعار على السلع والخدمات التي تخولها الدولة أولوية اقتصادية واجتماعية خاصة بهدف حماية بعض النشاطات الاقتصادية أو الفئات الاجتماعية وبالتالي الحد الأعلى للأسعار يعتبر:

- وسيلة لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي لتجسيد السياسة الاقتصادية والاجتماعية.

- وسيلة تدخل الدولة في الاقتصاد لتأطير وتطور الأسعار عندما يتطلب ذلك بشروط السوق.

- وسيلة تسمح بتجنب تجاوز أقصى سعر مرخص به.

نظام الأسعار الحرة ويقصد به حرية الأسعار وتطبيق على المنتجات التي لها أولوية اقتصادية أو اجتماعية ويهدف هذا التنظيم من الأسعار إلى:

- تمكين ميكانيزمات السوق من تنظيم أسعار السلع والخدمات عن طريق نظام العرض والطلب، بالإضافة إلى تنظيم السوق الوطنية والوصول إلى تكامل حقيقي بين المخطط والسوق¹.

¹ بوجلطي عزالدين، المرجع السابق، ص 57.

تحرير الأسعار من منظور قانون المحروقات : تبنى قانون المحروقات مبدأ الأسعار الحرة حسب قواعد العرض و الطلب وسواء تعلق الأمر بالاستيراد أو التصدير:

- بالنسبة لأسعار التصدير : يرتبط التسعير بمتغيرات السوق الدولية للمحروقات السائلة والغازية فبشان المحروقات السائلة وحسب نص المادة 61 من القانون 05- 07 يحدد السعر المرجعي على أساس " السعر المعمول به في الأسواق الدولية عند الشحن والمتعلق ببتروول صحراء بلند"

الملاحظ ان المشرع اقر بان تحديد السعر المرجعي يكون بقرار من وزير الطاقة والمناجم بعد تحديده من طرف الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات " النفط " الأمر الذي يثار بشأنه التساؤل بان مثل هذا التحديد للأسعار يقترب ربما من مفهوم الأسعار المقننة المعمول بها في إطار القانون 89-12 المتعلق بالأسعار.

الواقع وان كان المشرع وضع آليات قانونية من شأنها ضمان حد أدنى للأسعار من خلال:

أولاً: اعتماده على السعر الأكثر ارتفاعاً من بين:

- السعر الناجم عن كل عقد.

- والسعر المرجعي للفترة السابقة.

ثانياً: ألا يكون السعر المرجعي بالبرميل المعادل للبتروول أقل من نسبة مئوية لمعدل سعر خالص الكلفة إلى غاية الشحن لبتروول صحراء بلند (تصنيفات البتروول) للثلاثي السابق. لكن ما يعاب على هاتين الآليتين القانونيتين وان كانتا تشكلان ضمان هو ارتباطهما بالسعر الذي تنشره "مجلة متخصصة مؤكدة الشهرة" بصريح الفقرة الخامسة من المادة 61، ومما لا يخفى على احد يصبح الاعتماد على المجالات الأوروبية و الأمريكية المتخصصة في مثل هذه الأمور تحصيل حاصل كمجلة فينوسيانايمز Times Financial التي هي في الواقع مجالات مموله من قبل مضاربين مرموقين في السوق النفطية كما أنها مرتبطة بالبورصات الشهيرة لسوق النفط كبورصة لندن أو بورصة نيويورك ومثل هذه البورصات معرضة في حالات مؤكدة لخطر

المضاربة، وهو ما قد يؤثر على سعر البترول الجزائري ارتفاعا وانحفاضا . ولكن الأخطر في كل ذلك أنه في بعض الحالات يكون السعر المعلن من طرف هذه المجالات اصطناعيا أكثر منه اقتصاديا وهذا ما يجعل الثروة النفطية عند تصديرها عرضة لاستراتيجيات كبار المضاربين في السوق الدولية للنفط رغم إن المشرع حاول إضفاء الطابع السيادي على هذه الأسعار من خلال الآليتين السابق بيانهما¹

وبناء على كل هذا يمكننا القول أن قرار الوزير المكلف بالقطاع بتحديد سعر التصدير للنفط هو قرار كاشف وليس قرار منسئ لسعر البترول وبالتالي يتأكد إن السلطة قد تخلت بصفة نهائية عن دورها التقليدي الموروث عن عهد التأمينات في تحديد السعر المرجعي للبترول الجزائري²

-بالنسبة لأسعار الاستيراد : فلقد اعتبرت المادة الثامنة 08 من قانون المحروقات:

" -يعد استيراد المحروقات والمنتجات البترولية وتسويقها عبر التراب الوطني نشاطا حرا شريطة احترام هذا القانون ".....فمثل هذا الخضوع لقاعدة العرض والطلب قد يؤدي إلى زيادة غير محدودة لأسعار المحروقات السائلة لأنه بالنظر إلى هذا التحرير فمن غير المعقول أن يبيع المستثمر الخاص النفط ومشتقاته بسعر التكلفة ، بل يفترض عند البيع تغطية التكلفة ذاتها بالإضافة إلى الأرباح الهامشية ،وهذا قد يؤثر على القدرة الشرائية للمستهلك الجزائري المعتاد على السعر المقنن للمحروقات رغم تحمل الدولة تبعات التدخل في سوق المحروقات حيث قضت الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة 08 على أنه "يترتب على اي تبعة تفرضها الدولة دعما ماليا يحدد مبلغه وكيفيات منحه عن طريق التنظيم "ومعنى ذلك انه حالة تدخل الدولة لضبط أسعار المحروقات السائلة سيما حفظها نتيجة ضغوط اجتماعية تكون مجبرة على تعويض الفرق بين السعر

¹بوجلطي عز الدين ،المرجع السابق ص 58

²لقد سعت الجزائر في بداية السبعينات إلى العمل على تطبيق توصيات الأوبك سيما المتعلقة منها بتحديد أسعار المحروقات حيث كانت تصدر بموجي بنص تنظيمي بناء على المرسوم 71-10 المؤرخ :12-04-1970 الذي وضع حد أدنى للأسعار لا تجوز مخالفتها كما نص المرسوم 71- 103 الصادر بنفس التاريخ على أن الأسعار المرجعية للضرية يجب ألا تكون أقل من الأسعار المحددة في المرسوم الأنف ذكره

المشهر من قبل المستثمر والسعر المرغوب فيه من طرف السلطة ويتم هذا التعويض في شكل دعم مالي يستفيد منه المستثمر مباشرة من حزينة الدولة ،وعليه فان أسعار البترول ومشتقاته أصبحت متحررة ضمن

منطق الدولة في مسايرة أو الاستجابة لشروط ومتطلبات الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة OMC

-أما بالنسبة لحرية التعاقد: يرى الأستاذ موهوبي¹ كمال انه لا يمكن الفصل بين حق الملكية وحرية التعاقد ، لان العملية الاستثمارية في هذا الجانب إنما هي عملية عقدية محضة .فالحديث عن حرية التعاقد وما تتمتع به من قيمة قانونية أمر لا ينفصل بحال عن سياق الحديث عن الحرية عموما كقيمة سامية لدولة القانون . فحرية التعاقد باعتبارها جوهر الحريات الاقتصادية وأساسها تشكل في الحقيقة تجسيدا وترجمة لمدلول الحرية في المجال الاقتصادي. فالعمل على ترقية حرية الاستثمار دفع المشرع الجزائري إلى تحرير السوق العقارية من خلال القانون 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري الذي ترجم هذا التوجه بإعادة الاعتبار للملكية الخاصة بسلسلة من القوانين أهمها المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي الغي الحق في البقاء إلى إن تبعه تعديل القانون المدني في 2005 بالقانون 05-07 وكذا تعديل القانون التجاري بالقانون 02-05 الذي منح للمتعاقدین مطلق الحرية في تجديد الإيجارات والشروط التي ينتهي بها عقد الإيجار وبخاصة المادة 187 مكرر منه ونظرا لان المجال هنا لا يسمح بعرض جميع الميادين التي أعيد فيها الاعتبار لحرية التعاقد في ظل هذا التوجه الجديد فانه يمكننا القول أن مجال حرية التعاقد يتسع ويضيق بحسب التوجهات الاقتصادية التي تنتهجها الدولة فكلما كان الاقتصاد موجها كلما كثرت القيود على حرية التعاقد وحيثما كان الاقتصاد حرا فسح المجال أمام المبادرات الخاصة. والضمان هنا هو القيمة الدستورية لمبدأ "حرية التعاقد:"

ولقد نظر المشرع الجزائري إلى حرية التعاقد على أنها احد أوجه الحرية بمعناها العام وهي أهم وسيلة قانونية لممارسة العديد من الحريات الأساسية لذا فبعد أن نص عليها في المادة 37 السالفة الذكر نجد ربطها بحرية

¹ الأستاذ موهوبي كمال اطروحة للدكتوراه في القانون بجامعة الجزائر : البعد الاقتصادي لاتفاق الشراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية لسنة

التملك في المادة 52 من دستور 1996 التي تنص على ضمان الملكية الخاصة، بل وأدرجها ضمن الفصل الخاص بالحريات، كتأكيد على خضوع حرية المبادرة للملكية الخاصة، وهي علاقة مستمدة من صميم النظام الرأسمالي الذي منذ نشأته أحدث تغيير في تنظيم المؤسسات الإنتاجية عن طريق الفصل بين عوامل الإنتاج، عوامل العمل والرأسمال . كما تبني المشرع هذا المبدأ من خلال المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " وعلى الرغم مما عرفه هذا المبدأ من قيود في البداية - تأثر بالنهج الاشتراكي - فإنها تبقى مجرد حالات استثنائية ذلك إن الأنظمة القانونية تتضمن عادة لعض الحالات التي تخرج عن المبادئ العامة والعبارة في تهديد موقف المشرع منها تكون دائما بالرجوع إلى الحالات العانة لا إلى الحالات الخاصة كما التقييد الوارد على حرية التعاقد أيا كان مداه لا يصلح مبررا للقول بانعدام القيمة الدستورية للمبدأ ، فحرية التملك التي نص عليها الدستور في المادة 52 ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالوظيفة الاقتصادية التي تؤديها فالمالك للشيء وان كان يتمتع بحماية قانونية لأملكه فهو ليس حرا في استغلال أملكه فان تعسف في استعمال ملكيته يعتبر مخطأ وخطاه يوجب المسؤولية وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني . وبهذا يتضح لماذا ربطت المادة 37 من الدستور ضرورة ممارسة " الحرية التجارية والصناعية" وفقا للقانون . لكن بالرجوع إلى نص المادة 25 يمكن أن نعرض مسألة الغطاء الدستوري لملكية الموارد الطاقوية¹

الرجوع إلى ديباجة قانون المحروقات نجد أنه أسس أحكامه على المواد 12-17-18-119-122-124-126 من دستور 96 والتي نسجل إزاميا الملاحظات التالية:

بالاستناد إلى نص المادة 17 " الملكية العامة عي ملك للمجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية والطبيعي والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات " كان الأجدد بالمشرع حذف مصطلح " ملكية عامة " التي هي ملكية الدولة واستبداله بالملكية العمومية ذلك لان هذا المصطلح الأخير أكثر حيادية ويعبر قي ثناياه عن روح النظام الرأسمالي.

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق ص 60-61

لكن بالاستناد إلى نص المادة 18 التي تميز في الأملاك بين الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة يجعلنا نتساءل هل أملاك المحروقات جزء من الدومين العام أم من الدومين الخاص ؟ ان المنطق الذي يتماشى وروح القانون الجديد للمحروقات هو اعتبار موارد هذه المواد جزء من الدومين الخاص وتعبير أكثر دقة أنها قابلة للتصرف فيها والتنازل عنها لفائدة أشخاص القانون الخاص لذلك ، وما يؤكد هذا الطرح هو نص المادة 30 من القانون المقررة لملكية المتعاقد للمحروقات المستغلة.

بالاستناد إلى نص المادة 122 يتأكد الأمر أن قطاع المحروقات لم يعد قطاعا استراتيجيا (بالمعنى القانوني وليس بالمعنى الاقتصادي) بل أصبح بموجب هذه المرجعية الدستورية م122 قطاع اقتصادي كباقي القطاعات ، وبمعنى أدق أنه يمكن للحكومة وبناءا على نص المادة 119 إدراج مشروع قانون للتصرف فيه والتنازل عنه ، الأمر الذي يجعله رهين حسابات سياسية أكثر منها اقتصادية وقانونية حتى وان أدرجت هذه المادة شرطها بعدم المساس بأحكام نص المادة 17 التي هي أصلا محل إشكال قانوني كما سبق بيانه¹.

نرى أن القانون الجديد للمحروقات 2019 الصادر في الجريدة الرسمية تطرق لما يعرف بحق الشفعة الذي تمارسه الشركة الوطنية للمحروقات سوناطراك لمنع تحول حصص الشركات الأجنبية في حقول من موارد النفطية والغازية إلى شركات أخرى ، حيث انه يمنح حق الشفعة لسوناطراك التي يمكن لها ممارستها خلال فترة لا تتجاوز 60 يوم من تاريخ إخطارها من طرف وكالة تقيم المحروقات بطلب تحويل الأصول ، وتضمن المشروع الإبقاء على قاعدة 51/49 الخاصة بشراكة مع الأجانب في المشاريع النفطية والغازية ، وهو نفس النهج الذي سار عليه قانون المالية 2019 الذي رفع هذه القاعدة لكنه ابقاها في القطاعات الإستراتيجية و المحروقات احدهما ، مع إمكانية منح صفقات بالتراضي البسيط gré a gré ومدد أجال التراخيص البحث والاستكشاف من 2 الى 7 سنوات يمكن تمديدها لسنتين إضافيتين وستكون المدى القصوى لاستغلال حقول النفطية وغازية 32 سنة .

¹ بوجلطي عزالدين، المرجع السابق.

ومدد قانون المحروقات الجديد أجال التراخيص الاستكشاف الغازي والنفطي من 02 في قانون الحالي إلى 07 سنوات قابلة لتمديد سنتين إضافيتين، بسبب عمليات محتملة لتطوير حقول الغاز الصخري في حين أن المدة الأقصى لاستغلال الحقول بما فيها مرحلة الاستكشاف ستكون 35 سنة.

وبخصوص الوقود فقد ورد في القانون الجديد توجه صريح لدولة نحو تقليص دعم الوقود بأنواعه إضافة لكهرباء و الغاز واخذ عدة تكاليف تدخل في نشاط تكرير وإنتاج الوقود والكهرباء والغاز بعين الاعتبار بما فيها سعر البترول الخام لدى دخوله المصفاة النفطية لتكريره . بما يضمن سعرا تعويضا عادلا لتسويق هذه المواد إيدانا بزيادات مرتقبة في أسعار تسويق هذه المنتجات ومنح القانون الجديد الأفضلية لشركات الوطنية بما يخص أنشطة المناولة المرتبطة بمشاريع النفط والغاز .

خلاصة لكل ما سبق فانه يمكن القول أن قطاع الطاقة كان بمثابة القاطرة الأمامية لكل إصلاح اقتصادي، ولهذا ساهم مبدأ " حرية التعاقد " في تطوير هذا القطاع من خلال الانفتاح على الاستثمارات الدولية فبعدما كان يرمي إلى تحقيق المصلحة الخاصة تم تطويعه بحيث أصبح يهدف إلى تحقيق المصلحتين معا العامة والخاصة مع ترجيح المصلحة العامة في حالة التعارض بينهما.

الفصل الثاني:

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار
و اعتماد سلطات الضبط في
قطاع المحروقات.

تمهيد:

لقد تعددت الآراء واختلفت المضامين التي يمكن أن نعطيها للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الخاصة سيما الأجنبية منها من أجل تحديد معالم هذه العقود ، التي تتميز عن بقية العقود المبرمة في ظلالتجارة الدولية الأخرى من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود ، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم ، إلا أنه يكاد يكون سبب التعاقد من جانب الدولة واحدا و هو تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في إطار السياسية العامة للدولة ، أما الباعث عند التعاقد لدى الطرف الأجنبي فمنذ زمن ليس ببعيد كان الهدف من التعاقد للطرف الأجنبي مع الدولة هو تحقيق الهيمنة، و أكبر قدر من الربح و عقود الامتيازات النفطية أكبر دليل على ذلك.

إلا أن هذا الباعث قد تطور ، إذ أصبح يساهم و يشارك في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة و الحصول على الأرباح من خلال تلك المساهمة أو المشاركة وإذا كانت العقود الداخلية تخضع لأحكام القانون الوطني ، و يستبعد تماما تطبيق أي قانون أجنبي عليها ، بينما تخضع العقود الدولية على وجه العموم لأحكام القانون الدولي الخاص ، والتي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق عليها، فالصفة الدولية للعقد ، إذن هي الشرط الضروري لصحة اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه ، ومن ثمة لا يمكن الحديث عن القانون الواجب التطبيق إلا بعد تبيان أولا طبيعة هذا العقد ، فهذا النوع من العقود هو الذي يثير مشكلتي تنازع القوانين ، و تنازع الاختصاص القضائي ، ومن هنا تتجلى أهمية تكييف و وصف عقد الدولة ، وهو أمر يتعدى إرادة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود استثمار في مجال المحروقات.

لقد كان مصطلح عقود الدولة ، يطلق على تلك العقود التي تبرم بين الدولة من جهة ، و بين متعاقد أجنبي من جهة أخرى ، وغالبا ما يكون منتما إلى القانون الخاص ، ولكن الإشكال يتدخل في هذا المفهوم من خلال الخلاف حول صفة الدولة ، باعتبارها مزدوجة الشخصية ، فهي من ناحية موضوع القانون الدولي العام ، و شخصا من أشخاص القانون الداخلي ، فأى الوصفين يشترط في عقود الدولة ليصلح عليها إطلاق

هذه التسمية ، وهذا ما نحاول تحري إيضاحه من خلال هذا المطلب بعد أن نتمكن من توضيح التوصيف القانوني الذي تتخذه الدولة في هذه العقود¹.

المطلب الأول: استثمار المحروقات بين "العقد" و"الاتفاقية" دقة في المفهوم وتباين في الوصف.

لعل الكلام عن أي نظام قانون يمكن أن يخضع له عقد الدولة، يقتضي التسليم بأن النظام القانوني للدولة المتعاقدة ليس النظام الوحيد الذي يحكم وينظم الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، وهذا يجعل من نظم قانونية متعددة والتي قد تستقي منها القوانين الوطنية بعضا من أحكامها ، قد تصلح لأن تكون أهلا لحكم هذه الطائفة من العقود ، أو على الأقل تسهم إلى جانب القوانين الوطنية في حل منازعاتها لذا فإننا نتناول في هذا المطلب في جانبه الأول : ضبط المفاهيم وفي جانبه الثاني نتناول مسألة التنازع الفقهي في وصف هذه العقود

الفرع الأول: ضبط المفاهيم القانونية.

لقد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود من حيث الموضوع إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها إلى عقود البترول وبالأخص عقود الامتياز البترولي، و عقود التعاون الصناعي التي تتخذ عدة أشكال منها عقود المساعدة الفنية و عقود الإنشاءات الدولية التي تمثل أهمية قصوى للدول النامية ، لما تحققه من تنمية اقتصادية . و قد تعددت الأشكال لإنشاء المنشآت الصناعية ، وتطورت ، فبعد أن كانت مقصورة على تسليم منشأة صناعية قادرة على الإنتاج " عقد المفتاح في اليد " بواسطة الأيدي العاملة الوطنية التي قام المتعاقد بتدريبها ، تعدت ذلك إلى التزام المتعاقد الأجنبي بتسويق جزء من المنتج علاوة على الخدمات السابقة المتمثلة في تسليم المنشأة بعد التزام الشركة الأجنبية بالتشغيل بعد التنفيذ ، و تدريب العمالة

¹ بوجلطي عز الدين، المرجع السابق ص 313-314

الوطنية و إجراء الصيانة اللازمة ،الإضافة إلى عقود الأشغال العامة الدولية¹ من خلال إنشاء محطات للكهرباء ، وهذه العقود ليست شكلا واحدا، وإنما تتعدد صورها ، فعلاوة على الصيغة الرئيسية وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن التعامل قد أفرز صيغا جديدة من هذه العقود ، أهمها:

-عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية.

-عقود البناء والتملك و التشغيل.

-عقود البناء والإيجار ونقل الملكية.

ونظرا لكون عقود الدولة ليست فكرة وصفية تنطبق بسهولة على عقد مسمى ، سنحاول الوصول إلى محاولة ضبط مفهوم "عقود الدولة " في مجال الاستثمار من خلال الفقرة الأولى ، وحتى وان اعتبرت العقود المبرمة في مجال الطاقة من طرف الفقه من قبيل عقود الدولة فان المتغيرات الحاصلة في هذه العقود- من حيث تكوينها ،تنفيذها والآثار المترتبة عنها - جعل من عقود الاستثمار النموذج الأصيل لها نظرا لتمييزها عن باقي العقود الدولية الأخرى المستمدة من مبررات ودوافع مختلفة وهو ما نتناوله في الفقرة الثانية.

فقرة أولى : عقود الدولة في مجال الاستثمار أولا :التعريف العام لعقود الدولة : للإحاطة بالمعنى العام لعقود الدولة ، فإن هذا يستوجب الوقوف عند التأصيل التاريخي لظهور هذا المصطلح ، فضلا على أن هذه العقود تتغير باستمرار لتغير الظروف التي قد نشأ فيها هذا المصطلح وذلك من خلال " تأصيل مفهوم عقود الدولة "أولا وكذا المقصود به أي" المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة "ثانيا.

1. تأصيل مفهوم عقود الدولة. تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة ، وأصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل اهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ، ولعل أحكام محاكم التحكيم ، وكذا مجهودات المنظمات الدولية -

¹ محمد عبد الحميد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ، 2003 ، ص 4

بلجان متخصصة - التي أوكلت لها مهمة دراسة وإيجاد الحلول لمثل هذه العقود ، ساهمت في بلورة أحكام خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية . و لقد ولد هذا المصطلح منذ سبعينيات القرن الماضي ، والذي جاء بمفهوم دقيق ، لنوع معروف من العقود ليس فقط على صعيد القانون الدولي ، بل على مستوى القانون الداخلي ، ولكن هذه العقود بدأت اليوم في التغير ، وذلك بتحول هذه الطائفة من العقود تتراوح بين العقد الإداري الداخلي و الدولي

ويرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل إنجليزي ، فهو مأخوذ من "state contacte" ويقصد بها العقود التي، تبرمها الدولة ومن هذا المصطلح الإنجليزي اشتق المصطلح الفرنسي "contrat d'état" على أنه يمكن الإشارة إلى أن هنالك من يطلق على تسمية هذه العقود بمصطلح حويرى الأستاذ قادري عبد العزيز أنه ما يعاب على هذه التسمية، هو أنها تبرز أحد طرفي العقد فقط ، ويرى أن تسمية عقد الدولة إلى جانب عبارة العقد الدولي هي الأكثر صحة ، مع أنها قد تدخل بعض الغموض بما تحتوي عليه من إحاء إلى العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام ، لكن العبارة قد شاعت وكرست في المعاملات الدولية على أنها تعني العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصين ،الذين يكون مقر سكنهم أو مركزهم التجاري في دول غير الدولة المتعاقدة.

ولكن مصطلح عقد الدولة كذلك نرى فيه أنه يظهر أحد الأطراف وهو الدولة، ويتجاهل الطرف الأجنبي مما يجعل التسمية غير منتقدة¹.

2. المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة: تبين المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة من خلال استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة أولاً، و محاولة تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة ثانياً.

¹قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة. Etat contrat" مجلة إدارة، العدد 01، رقم 07، سنة 1997، ص 32 و 33

أ- استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة: لقد تناولت كثير الدراسات هذه العقود باستخدام مصطلح "اتفاقات" بدلا من مصطلح "العقود" مع أن هناك فرقا ظاهرا بين الاتفاق والعقد ، والتي من بينها الدراسة التي قام بها الأستاذ Berlin حيث أستند في استخدامه لمصطلح الاتفاق على أمرين : الأمر الأول هو افتقاد هذه التعاقدات لمبدأ المساواة القانونية بين الأطراف ، والذي يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد ، ومرجع ذلك هو أن هذه التعاقدات يكون أحد طرفيها سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة ويكون الطرف الآخر مفتقرا إلى ذلك.

لأمر الثاني : تتعرض هذه التعاقدات لمسائل تكون معالجتها غير مدرجة في العقود الدولية التقليدية مما يجعل من المناسب تسميتها " اتفاقات " وقياسا على هذا نرى من جانبنا إذا رجعنا إلى نظرية العقد في باب مصادر الالتزام ، نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن - العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

ويظهر من هذا التعريف أن الاتفاق أشمل وأعم من العقد ، حيث يكون العقد بمثابة النوع من الجنس أو بمعنى آخر ، فكل عقد يكون اتفاقا ، أما الاتفاق فلا يكون بالضرورة عقدا ، فاتفاقية يكون العقد أخص من الاتفاق "الاستثمار تبين الإطار العام الذي يطرأ عقود الاستثمار وبمعنى آخر فإن إبرام اتفاقية الاستثمار قد يتبعه في كثير من الأحيان إبرام عقد استثمار ، كما أن القواعد والمبادئ التي تتضمنها اتفاقية الاستثمار تمثل الإطار القانوني العام لعقود الاستثمار.

ومن جهة أخرى يرى الأستاذ عوض الله أن ما ذهب إليه غالبية الفقه¹ من تسميته لهذه التعاقدات بالعقود هو الأجدر بالمناصرة ، لأنها لا تفتقر إلى مبدأ المساواة بين أطرافها إذ أن الدولة عند إبرامها لمثل العقود

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر، ص6 - 1992

تتخلى عن صفتها السيادية ، وتقف على قدم المساواة مع المتعاقد الخاص ، بدليل أن معظم هذه التعاقدات تتم بواسطة الأشخاص المعنوية التابعة للدولة.

ب - تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة: الواقع هناك إجماع ينفي وجود عقد الدولة كعقد مسمى فهو مفهوم قانوني ابتدعه الفقه ، لتمييزه عن طائفة من العقود التي تتخذ نماذج عدة ، ولكنها تتفق في مفهوم أطراف العقد والنظام القانوني الملائم الذي تنتمي إليه ، ولكي نبحت عما قصده الفقه بمصطلح عقود الدولة سنجد أنه من الناحية اللغوية : يقصد به كل عقد يكون أحد أطرافه الدولة ، و إلا سنقع أمام عقد بين دولتين ، إذ من الممكن إبرام عقد بين دولتين ولكنه ليس بمعاهدة.

ولكي نتمكن من تحديد مفهوم عقود الدولة باعتبارها تدرج ضمن زمرة العقود الدولية ينبغي لنا في مقام أول أن نميز بين المعاهدة والعقد الدولي ، حيث أن كلاهما يعد من قبيل التصرفات القانونية المتعددة الأطراف يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية إلا أن المعاهدة ترم في إطار الجماعة الدولية بين اثنين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام ووفقا لأحكامه ، تتعلق بشأن عام من شؤون المجموعة الدولية أو بأمر من الأمور السيادية للدول ، لتنظيم العلاقات بينها بوصفها السيادي أو مع المنظمات الدولية، من خلال بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة أو إرساء قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها.

أما العقد الدولي فقد يتعلق أحيانا بشأن من الشؤون الخاصة كتبادل السلع و المنتجات والخدمات ويكون أحد أطرافه من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي.

وهناك جانب من الفقه من فصل في هذه المسألة على نحو يؤكد فيه بأن العقود الدولية نوعان :عقود ترمها الدول فيما بينها في شأن من الشؤون الخاصة ، وعقود ترمها الدول مع هيئات أجنبية عامة أو خاصة و أن هذا النوع الأخير لا شأن للقانون الدولي التقليدي بتفاصيله.

ويستنتج من خلال القول سالف الذكر أن العقود التي تبرمها الأشخاص الدولية فيما بينها تعتبر عقودا دولية، بينما تلك التي تبرمها هذه الأشخاص مع أحد أشخاص القانون الداخلي لا علاقة لها إطلاقا بالقانون الدولي العام. لكن الكثير من الفقهاء من لا يتفق مع ما ذهب إليه هذا الاتجاه ، الذي يؤكد على وجود نوعين من العقود الدولية ، بمعنى أن لكلا النوعين الصبغة الدولية ، مما يترتب عليه أن تكون لقواعدهما الصفة الدولية ، بيد أنه يعود ليقرر أنه لا علاقة لأحدهما البتة بالقانون الدولي.¹

من ثمة يثار التساؤل حول كيفية تقسيم العقود الدولية إلى صنفين ثم يستبعد الصفة الدولية عن أحدهما؟

وحتى لا نكيف العقد المبرم بين الشخص الدولي بوجه عام وشخص القانون الداخلي، على أنه عقد يخضع للقانون الدولي العام ، لما في هذا التكييف من مصادرة على المطلوب، حيث أن المسألة أثارت أقلام العديد من رجال القانون الدولي العام ، الذين استكانت أفكارهم لخضوع العقد الذي تبرمه الدولة مع شخص القانون الداخلي لقانون دولة ما . وهذا ما لا يتفق مع التعريف الرامي إلى تعريف البعض لعقود الدولة في مجال القانون الدولي بأنها العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية ، كعقود شراء الأسلحة وعقود امتياز المرافق العامة ، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص ، فهي لا تندرج تحت ما يسمى اصطلاحا بعقود الدولة . ونرى مدى صحة ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ثانيا :التعريف الفقهي لعقود الدولة : الواقع ان تأثر عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بمختلف التغيرات الدولية أنتج تراث فقهي من حيث تعريفها وتكييفها ويزداد هذا التراث ثراء إذا كانت هذه العقود الاستثمارية في قطاع الطاقة المعروفة بشدة تأثيرها الاقتصادي بل حتى السياسي والأمني في مسار العلاقات الدولية ،وعلى هذا الأساس سنتعرض إلى التعريفات التقليدية ثم الحديثة.

¹ بوجلطي عزالدين ، المرجع السابق ، ص 318

1-التعريف التقليدي لعقد الدولة في مجال الاستثمار:

من تعريفات الفقه لعقود الدولة تلك العقود التي تبرم بين دول نامية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص عادة ما يكون أجنبي موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية، أو إقامة منشآت صناعية تهدف كلها إلى تحقيق التنمية. فهذا التعريف يبين دولية عقد الدولة، وهو في هاته الحالة عقد "تنمية اقتصادية" لاتصاله بأكثر من نظام قانوني والملاحظ هنا استبعاد في عقود التنمية العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص، حتى ولو كان لاتفاق الطرف صفة الدولية، فعقود التنمية الاقتصادية أو اتفاقات التنمية كما يطلق عليها عادة تركز على الغاية التي أبرمت من اجلها وبالتالي يمكن القول أن عقود الدولة هي تلك العقود التي تدخل في نطاق القطاعات الحيوية للدولة، والتي تترجم سيادة الدولة على مواردها الطبيعية.

2-التعريف الحديث لعقود الدولة: أن جوهر اختلاف الفقه الحديث حول التعريف الدقيق لهذه العقود

هو مسألة اعتبار عقود الدولة "تصرفات قانونية دولية جديدة" فإذا كان البعض يرفض مشابحة عقد الدولة بالتصرف القانوني الدولي، على اعتبار انه لا يبرم بين أشخاص قانونية دولية. فان الجانب الآخر من الفقه يدافع عن فكرة أن عقد الدولة تصرف قانوني دولي مستدلين في ذلك بحجج مختلفة تدخل في سياق تطور القانون الدولي.

ثالثا: المعالجة القانونية الجزائرية لعقود الدولة: الحقيقة أن قوانين الاستثمار قبل مرحلة الإصلاحات لم

تتطرق إلى تعريف عقد الدولة في هذا المجال إلا بصدر المرسوم التشريعي 93-12 حيث اعتمد المشرع من خلاله على أنظمة مختلفة في اعتماد الاستثمارات، تمثلت أساسا في النظام العام والأنظمة الخاصة، التي تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطنية الذي أطلق على الاتفاقيات المبرمة بشأنها عقود الدولة بموجب المادة 15 التي تنص على " يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لاسيما من حيث حجم المشروع ومميزات التكنولوجيا المستعملة وارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجري تطويره وارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة أو من حيث مرد ودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات إضافية طبقا للتشريع المعمول به يترتب عليها إبرام اتفاقية بين الوكالة لحساب الدولة والمستثمر، تبرم اتفاقية

الاستثمار بعد موافقة مجلس الحكومة وتنشر في الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية "من خلال نص هذه المادة يبدو واضحا أن المشرع قد اخرج من دائرة العقود الدولية العادية أو المعتادة في مجال التجارة الدولية، كما اخرج كذلك العقود التي تبرمها المؤسسات الاقتصادية عامة كانت أم خاصة أو الهيئات التابعة للدولة وبالتالي اعتمد المشرع على المعيار العضوي باعتبار وجود الدولة في العقد، أو في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة والمستثمر الأجنبي فانه يكون لحساب الدولة الجزائرية.¹

الفقرة الثانية: بيان الترابط بين عقد الاستثمار واتفاقية الاستثمار: حتى وان اعتبرت فقها عقود التعاون الصناعي وعقود الامتياز البترولي ، من قبيل عقود الدولة فان التغيرات الحاصلة على هذا القطاع سواء في النظام القانوني الذي يحكمه أو في الآثار المترتبة عليه ، نظرا لارتباطها بعملية التنمية الاقتصادية في عديد الدول المنتجة للنفط كونها تعتمد على القطاع في تمويل اقتصادياتها المحلية، لذا فلا غرابة في اعتبار تشريعاتها تكييف هذا القطاع بالقطاع الاستراتيجي لا يمكن الاستثمار فيه منذ وقت غير بعيد، وهو الأمر الذي جعل من عقود استثمار الطاقة النموذج الأصيل لعقود الدولة.

استعمال المشرع الجزائري لعبارة "الاتفاقية" سواء في المرسوم التشريعي 93-12 أو في الأمر 01-03 وان كان يقصد في ذلك عبارة "عقد" إلا انه يمكن أن تكييف على أساس أنها اتفاقية ترقى إلى مصف الاتفاقيات الدولية التي يكون أطرافها أشخاص القانون الدولي لأنها لا تقتصر على مجرد اتفاقات تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي بغرض التنمية بل تتمثل في اتفاقيات تبرمها الدولة لتحقيق المصالح الاقتصادية العليا.

¹ علوش قربوع علي، المرجع السابق، ص 111 .

الفرع الثاني: التنازع الفقهي في وصف شكل الاستثمار بين "العقد والاتفاقية".

مما لا شك فيه أن العقد يحتل الصدارة في النظم القانونية المختلفة ، فهو التطبيق العملي الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي ، فمن خلاله تنشأ الحقوق والالتزامات وتستقر به المراكز القانونية المختلفة ، لذا يلعب العقد دورا هاما في تداول الثروات والخدمات ونجد هذا الدور يتزايد على مستوى الجماعة الدولية التي تشهد تطورا ملحوظا في ظل العولمة وحرية التجارة والتكتلات الاقتصادية وحيث كانت العلاقات الدولية ولا زالت أهم مظاهر الحياة الدولية الحديثة ، ومهما اختلفت العوامل البشرية التي تشكل السياسة الخارجية للدول فإنها نابعة أساسا من التصرفات البشرية والرغبات الفردية والجماعية التي تمارس على النطاق الإقليمي لكل دولة و تتشكل بخصائص شعب هذا الإقليم و بشكل حكومته ، وبالحالة الاقتصادية وبالنظريات والأفكار السائدة التي يتبناها الرأي العام داخل الدولة.

إن الإجابة على مسألة دولية عقد الدولة من عدمها، وكذا تحديد المعيار الذي يحدد العقد الدولي ستساعدنا على تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على هذه العقود، حيث أن الآراء انقسمت بين رافض لفكرة دولية عقود الدولة أي تطبيق القانون الوطني.¹

الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لتدويل عقود الاستثمار

يقوم الاتجاه الرافض لفكرة تدويل عقود الدولة على إنكار الشخصية القانونية الدولية على المتعاقد مع الدولة ، و بالتالي فإن العقد في أغلب الأحوال لن يتجاوز النطاق الداخلي للدولة المتعاقدة ، و على ذلك نحاول بسط هذا الرأي من خلال بيانه وعرض اتجاهاته أولا ، على أن نيين أساسه ثانيا.

قوم الاتجاه الرافض لفكرة تدويل عقود الدولة على إنكار الشخصية القانونية الدولية على المتعاقد مع الدولة ، و بالتالي فإن العقد في أغلب الأحوال لن يتجاوز النطاق الداخلي للدولة المتعاقدة ، و على ذلك نحاول بسط هذا الرأي من خلال بيانه وعرض اتجاهاته أولا ، على أن نيين أساسه ثانيا.

¹ علوش قروب علي ، المرجع السابق، ص112

أولا :الاتجاه الراض لفكرة دولية عقد الاستثمار : العرض - الحجج والأسس :

1. عرض الاتجاه : الواقع أن خضوع عقد الاستثمار للقوانين الوطنية هو الأصل ، والقاعدة التي تأكدت في القانون الدولي العام الذي لا يعرف سوى علاقات الدول فيما بينها ، وبالتالي فان العقود التي تبرمها الدول معاً لأشخاص الخاصة الأجنبية لا يمكنها أن تخضع إلا للقانون الداخلي . وتأكدت القاعدة من خلال الهيئات الدولية بالأخص الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولية التي قررت من خلالها موقفها الصريح بشأن تقرير حقيقة ثابتة هي عدم تدويل عقود الدولة ، بل ذهبت إلى اعتبار هذه العقود بمثابة تصرفات قانونية داخلية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، ومن بين هذه الأحكام وعلى الخصوص قرار محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية و البرازيلية عام 1929 ، والتي تقضي بأن " : كل عقد يكون بين دولتين باعتبارهما أشخاصا للقانون الدولي ، إنما نجد أساسه في قانون وطني لدولة ما " ومسألة تحديد هذا القانون تعتمد على القانون الذي سمي اليوم عادة بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين ، الذي قد تشترك قواعدهم بين عدة دول ، وقد تنشأ من الاتفاقات أو العرف الدولي ، وقد تحمل في هذه الحالة الأخيرة صفات القانون الدولي الصحيح ، الذي يحكم العلاقات بين الدول ، بيد أن هذه القواعد تشكل جزءا من القانون الوطني .

ومن هذا المنطلق ، فالفرد لا يمكنه التمتع بالشخصية الدولية ، وبالتالي ينكر هذا الاتجاه كل تدويل لهذه العقود ، وتعتبر هذه الأخيرة عقودا إدارية تخضع فقط للقانون الداخلي¹ .

ودون أن نخوض في تفصيل مفهوم العقد الإداري فإن هذا الاتجاه يرى أن عقود الدولة يجب توافر فيها صفات ودون أن نخوض في تفصيل مفهوم العقد الإداري تتمثل في :

-وجود شخص معنوي عام (الدولة) كطرف في العقد.

¹ معاشو عمار : الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفاتيح والإنتاج في اليد ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية . والإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، ، 1998 ، ص 3

- إبرام عقد يتعلق بسير مرفق عام أو أشغال عامة.

- اختيار بعض وسائل القانون العام لتطبق على العقد.

ولعل هذه الصفات هي التي يمكن على أساسها أن نصف العقد بالإداري، وهي متوفرة في العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية ، هنا يأتي دور القانون الداخلي للدولة الذي يحدد شروط إبرام هذه العقود ، وتكون للدولة هنا سلطات وامتيازات أوسع من تلك التي تمنح للمتعاقد معها.

2. حجج رافضي التدويل. تظهر حجج رافضي التدويل من خلال السوابق القضائية و عوائق التدويل

القانونية السوابق القضائية: لهذا الاتجاه حججه من خلال تأييد بعض السوابق القضائية لمواقفه الرافضة لفكرة تدويل عقد الدولة نستعرض بعضها منها:

في القضية المشهورة المتعلقة بقضية الشركة لأنجلو-إيرانية للبترول بشأن الخلاف الذي وقع بين الحكومة الإيرانية والبريطانية حول طبيعة عقد الامتياز المتعلق باستغلال النفط المبرم في 29 - 04 1933 بين إيران والمملكة المتحدة والذي حاولت الحكومة البريطانية تدويله بحجة أن العقد اتفاق مزدوج الصفة فله صفة عقد امتياز ، وصفة معاهدة بين الطرفين فقضت محكمة العدل الدولية بأن: " هذا العقد لا يعدو أن يكون أكثر من عقد امتياز بين حكومة وشركة أجنبية و أن العقد لا ينظم روابط بين الحكومتين بحال من الأحوال " فهو بناء على ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية لا يعد معاهدة و إنما مجرد عقد وهذا الاتجاه الذي يكرس الحفاظ على النظام القانوني الداخلي، لقي إقبالا كبيرا في الدول النامية لما يوفره من مبررات تحفظ سيادتها التشريعية و القضائية.

3. عوائق التدويل القانونية : إن فكرة تدويل عقود الدولة تواجهها العديد من العوائق القانونية ، ولعل

أهمها أن الفقه يعتبر الطرف المتعاقد مع الدولة يملك طبيعة تختلف عن أشخاص القانون الدولي ،

حيث أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه وهنا تلزم المسألة إيضاح من هم أشخاص القانون الدولي؟¹

في الحقيقة أن هذه المسألة لأهميتها الفقهية والعملية ، قد تم حلها وبالإجماع الدولي حيث أن أشخاص القانون الدولي هم المخاطبون بأحكامه، والذين لهم أهلية الوجوب والأداء ، وهذه الصفة تثبت لكل دولة تتمتع باستقلال سياسي على إقليمها ، حيث لها القدرة على إنشاء القواعد الدولية ، وعلى الالتزام بقواعد القانون الدولي ، والفرد بهذا الوصف قد يكون له أهلية دولية بيد أنه ليس من أشخاص القانون الدولي حيث لا يملك القدرة على إنشاء قواعده ، وحتى وإن تقررت له بعض الحقوق الدولية ، فهو لا يعد من أشخاص القانون الدولي طالما أن معيار الشخصية هذه لم يكتمل لها بالقدرة على إنشاء القواعد القانونية.

فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 يعطي حقوقا في مواجهة أعضاء الجماعة الدولية على الرغم من أن الفرد ليس له القدرة على إنشاء قواعد دولية ، ومن ثمة ليس له الشخصية الدولية . وبالتالي لما كان الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة ليس من أشخاص القانون الدولي ، فإنه لا يمكن أن يتمسك بقواعد القانون الدولي في مواجهة الدولة الطرف في العقد والتي تعد شخصا من أشخاص هذا القانون . فعقد الدولة لا يعد اتفاقا دوليا وفقا للمفهوم التقليدي لهذه الفكرة في القانون، بسبب وجود طرف خاص في العقد . و يؤكد الفقه أن "على المتعاقد الأجنبي أن يتحمل افتراضا بتعاقد هنا بعضا من المجازفة التي يحتويها التعاقد مع السيادة"

ومن خلال هذا الطرح نجد أن المتعاقد الأجنبي سيخضع للقانون الداخلي ، في أغلب الحالات إلا الاستثنائية منها وفي هذا السياق نجد أن هناك من يناقض هذا المذهب ، حيث أن العقد الخاضع لقانون الدولة المتعاقدة يثير مشكلة هامة تتعلق بانتهاك العقد في هذه الحالة الذي يثير مسؤولية الدولة عن حرق التزاماتها التعاقدية ، فالدولة المدعى عليها والتي يدير قانونها العقد تكون قد مارست سلطتها

¹ بوجلطي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 327

التشريعية أو التنفيذية بطريقة خاصة لإلغاء العقد أو المساس بعقدتها " :الذي التزمت بمقتضاه ،
والضرر يشكل الصفة التحكيمية في ممارسة سيادة الدولة أو ما يصطلح على تسميته ب إساءة استعمال
الحق" ، وهنا يطرح السؤال:

حول الكيفية التي يعتبرها مسلك الدولة الذي باشرته كان استخداما لحقها السيادي والذي مس أو
ألغى أو انتهك التزاماتها التعاقدية، قد رتب مسؤولية دولية على الدولة ، على الرغم من أن العقد في
ذاته غير محكوم بقواعد القانون الدولي العام ؟

و تأكيداً على رفض التدويل يذهب كثير الفقهاء إلى وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الداخلي للدولة
المتعاقدة أبرزهم جارسيا أماد و" amador. G " و "جورج فودال" vedel.G" فحسبهما العقود
المبرمة بين حكومة إحدى الدول و أحد الأجنب يحكمها فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها القانون
الداخلي للدولة المتعاقدة، وليس القانون الدولي.¹

لكن الدول الرأسمالية ومختلف شركاتها لم تتقبل هذا الموقف في مجال المعاملات التجارية الدولية، وذلك
لاستقلال العديد من الدول وقيام أغلبها بعمليات تأميم لمواردها الطبيعية حيث أن مثل هذه التصرفات
المشروعة اصطدمت مع مصالح الشركات الاحتكارية ودولها، مما دفعها الأخيرة إلى العمل من أجل
إضفاء الطابع الدولي على العقود التجارية الدولية و إخراجها من دائرة القانون الداخلي، ونقلها إلى
المحاكم الدولية.

و أبرز هذه المواجهات ما وقع في الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة النقاش حول لإعلان عن
السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية ، بحيث عدة وفود من الدول لدى الأمم المتحدة واجهت
بشدة التعديل المودع من طرف الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة ، بهدف تكريس الطابع

¹ بوجلطي عز الدين ،مرجع السابق،ص 328-329

الإلزامي للاتفاقات الخاصة بالاستثمارات ، معتبرة هذه الأخيرة كبقية العقود تخضع للقانون الداخلي وأن لكل دولة الحق في تنظيمها بكل حرية ، وأن الموضوع ليس له أي دخل بالقانون الدولي .

كما أن منظمة الدول المصدرة للبترول أكدت في العديد من المرات خضوع كل النزاعات التي تنشأ بين الحكومة والمتعاملين معا ، بصفة مطلقة ، لقضاء المحاكم الوطنية¹، في الحقيقة ، إن هذا الموقف كان ذا أهمية عندما كان تدخل الدول في المجال الاقتصادي بشكل كبير ، تاركة مجالاً ضيقاً للشركات الخاصة ، أما الآن فقد شهدت هذه المسألة **تغيرات سياسية قانونية اقتصادية** من حيث انفتاح اغلب الدول على الاستثمارات سيما الأجنبية منها ، مما أضحت تأثير هذا الانفتاح على الدور التقليدي للدولة بين الاحتكار والضبط وامتدت هذه التطورات حتى إلى النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في مجال الطاقة . وعليه فإن هذا الاتجاه من شأنه أن يمس أو يؤثر في العلاقات الاقتصادية الدولية والحرية المعطاة للمتعاملين و المستثمرين الأجانب ، في إطار النظام الاقتصادي الدولي الجديد ، والاتفاقيات المبرمة في مجال الاستثمارات الدولية.

ثانيا :أسس تطبيق القانون الوطني على عقود واتفاقيات الاستثمار في مجال الطاقة:

الواقع أن خضوع عقد أو اتفاقية الاستثمار للقانون الوطني استنادا إلى أسس اقتصادية ،خصوصا تلك المتعلقة بالسيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية تسعى إلى تكييف عقود الاستثمار وفق قانونها الوطني لتحقيق التنمية المستدامة بالاعتماد على المردودية الاقتصادية العالية لهذا القطاع كما تستند هذه المسألة إلى أسس قانونية كتكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية ، تخضع لمختلف سلطات الدولة الداخلية استنادا إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة.

¹ وقد أدت مختلف مواقف الدول النامية السالفة الذكر إلى تجاوب لدى الأمم المتحدة ، فتمكنت من تكريس هذا الاتجاه وذلك باستصدار اللوائح الخاصة بالاعتراف بحق الدول في ممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية على أن تخضع مسألة التأميم أو نزع الملكية الأجنبية لقانونها الوطني والتي وردت في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

أ - الأسس الاقتصادية لتطبيق القانون الوطني :لقد اقتنعت الدول النامية المستقلة بضرورة تعزيز فعالية الاستثمار كأداة للتنمية، لكن بالتقليل من هيمنة المستثمر الأجنبي، وذلك بتطبيق قوانينها الوطنية عليه، استنادا إلى أسس اقتصادية متعلقة أساسا بالسيادة على الموارد والثروات الطبيعية إلى جانب ضرورة إتباع المستثمر السياسة التنموية المحلية المتبعة.

1-تطبيق القانون الوطني إعمالا لمبدأ السيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية: إذا كنا قد بينا في فصل سابق أن أساس اعتبار الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها طرفا إلزاميا في عقود أو اتفاقات استثمار الطاقة، فان هذا أساسه بالدرجة الأولى "السيادة" على النحو السابق بيانه بالإضافة إلى مدى إقراره في المحافل الدولية فان الجانب الذي يعيننا في هذا المقام وتكملة لما سبق، هو مسألة القيمة القانونية لهذا المبدأ ووسائل تطبيقه.

ولقد كرست عدة وسائل لأجل تحقيق التوازن بين مصالح الطرفين أهمها: المشاركة والتأميم.

أ - المشاركة كوسيلة لممارسة المبدأ: أي مشاركة الدول المنتجة للطاقة بالأخص في استغلال مواردها وثرواتها الطبيعية مشاركة ايجابية على أساس اتفاق رضائي بين الطرفين، وبسبب تغير الظروف السياسية للدول والإقرار بشرعية المبدأ دوليا فقد وضع حد لمختلف عمليات الاستنزاف والاستغلال لخيرات الدول النامية، بإعادة النظر فيما يتمشى والظروف المستجدة وبالتالي أدركت الدول المتقدمة بضرورة الاعتراف على الأقل بالحد الأدنى للدول المنتجة بحقوقها بالمشاركة في رأسمال المشروع الأجنبي

تبدو فكرة المشاركة فكرة حديثة جاءت نتيجة المتغيرات التي مست فكرة السيادة في جوهرها إلا انه في الواقع لأهميتها الاقتصادية نجد له تطبيقات عديدة في تجارب الدول النامية.

ب - التأميم كوسيلة لممارسة المبدأ: لقد انتهى معهد القانون الدولي إلى إعطاء تعريف للتأميم كما يلي: " التأميم عملية تتصل بالسياسة العليا تقوم به الدولة من اجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية، أو الزراعية ذات الأهمية لتضمها

للقطاع العام خدمة لمصالح الأمة " وعلى هذا فالتعريف يظهر لنا أن التأميم هو: عمل من أعمال السيادة - تمارسه الدولة- غايته المصلحة العامة للأمة .بذلك فان التأميم عادة ما يستند إلى اعتبارات أيديولوجية للتخلص من السيطرة الأجنبية والقضاء على الاحتكارات الخاصة وبناء على هذا الأسلوب يطبق القانون الوطني وليس الدولي كما أقرت محكمة العدل الدولية في النزاع بين الشركة الانجلو إيرانية والحكومة الإيرانية سنة 1951 حيث أقرت المحكمة أن موضوع النزاع يدخل ضمن نطاق القانون الداخلي لإيران.

رغم الخلاف الذي ثار حول التعويض فقد طلب المستثمر الأجنبي الأخذ بما استقر به العمل الدولي من ضرورة دفع تعويض يعادل قيمة الضرر، إلا أن هذا مجحف في حق الدول النامية التي لجأت إلى هذا الإجراء لتحرير اقتصادها من السيطرة الأجنبية ،لأنها بالأحرى لا تستطيع دفع التعويض . لذا فإذا كان الإقرار بدفع التعويض أمر متفق عليه في المجتمع الدولي ، فالتطور في المسألة أقرت ضرورة ان تراعى ظروف كل بلد في قيمة وآجال الدفع.

2-تطبيق القانون الوطني على أساس السياسة التنموية المتبعة : الحقيقة التي لا يمكن الطعن فيها أن عقود الاستثمار منذ ظهورها ارتبطت بعملية تنمية البلد ،لذا فان الدول المعنية بها لا ترى قانونا مناسباً سوى قانونها الوطني سيما إذا كان هذا العقد لا يتضمن بندا يبين ما هو القانون الواجب التطبيق.

إن اعتبار القانون الوطني ،القانون الأنسب والأمثل لحكم عقد الاستثمار صار يشكل اتجاهها سائدا خصوصا لدى فقهاء الدول النامية ،حيث لا يتصور إمكانية استناد العقد لغير النظام القانوني الداخلي المعمول به في الدولة المضيفة للاستثمار، لهذا تصر هذه الأخيرة على إخضاع جميع الأموال والأشخاص الموجودين على إقليمها لقوانينها سواء كانوا وطنيين أم أجنب . أن هذا المبدأ هو في الحقيقة نتاج المبدأ الأول لان التنمية لا يمكن تحقيقها إلا في إطار الاستقلال الاقتصادي،ونعني سيادة الدولة على مواردها الطبيعية ، وهذه النتيجة لم تكن على الإطلاق وليدة الصدفة ولا نتيجة للتطورات الطبيعية التي حدثت

ولكن كان ذلك نتيجة تطورات سياسية بالدرجة الأولى ، وهكذا يرتبط الاقتصاد والقانون بالسياسة وبلغ الارتباط ذروته حاليا بظهور ما يعرف بفكرة التنمية المستدامة.

لذا طرحت فكرة التنمية من جديد كفكرة تسعى الدول إلى تحقيقها مما استتبع ذلك من مناداة والمطالبة بتطبيق نظام اقتصادي دولي جديد يراعي هذا الطموح فكانت عدة لجان سواء في إطار منظمة الأمم المتحدة أو في غيرها من المنظمات الإقليمية للتوفيق بين القانون الوطني والدولي للاستثمار¹

2- الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني على "عقد" أو "اتفاقية" استثمار الطاقة :

اتضح مما سبق بيانه أن السيادة كمعيار اقتصادي لتطبيق القانون الوطني على اتفاقية الاستثمار لا يمكن إغفاله ، لان هذا الأساس الاقتصادي يؤدي إلى أساس قانوني إلا وهو اعتبار عقود الاستثمار في مجال الطاقة عقود إدارية كون احد أطرافها دولة ذات سيادة وبالتالي تطبق عليها قواعد القانون الإداري وهو ما نتناوله أولا ، وفي جانب ثاني نتطرق إلى أعمال الاتفاقيات الدولية التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، والتي تنص مختلف نصوصها إلى ضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

أولا :تكييف عقود استثمار الطاقة على أنها عقود إدارية : تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود استثمار البترول ، حيث ترجع نشأة هذا النوع من عقود البترول إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين ، وبمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث و التنقيب عن الموارد البترولية في إقليمها ، واستخدام و استغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة.

¹ مثلا تم تأسيس هيئة التنمية الدولية عام 1960 التي تمول التنمية بشروط أكثر مرونة وبفوائد منخفضة كما تم إنشاء وكالات متخصصة في مختلف النشاطات الاقتصادية الدولية منها منظمة العمل الدولية. منظمة الصحة العالمية، كمنظمة الأغذية والزراعة

يمكن تعريف عقود الامتياز بأنها " ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه و استغلال هذه الموارد و التصرف فيها ، خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة "

أما عن التعريف القضائي لعقد الامتياز جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 9 مارس 2004¹ أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالاستغلال المؤقت العقار تابع للأمالك الوطنية بشكل استثنائي ويهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه "...

وفي هذا الاتجاه يؤكد الأستاذ محمود عاطف البنا أن هذه العقود لها الطابع الإداري حيث يقول أنه " يتوفر للامتيازات البترولية - في تقديرنا - طابع العقد الإداري ، ويتأكد هذا الطابع مع الاتجاهات الحديثة لهذه الامتيازات - بعد الحرب العالمية الثانية - إلى وضع حدود للحريات الكبيرة للشركات صاحبة الامتياز ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، ذلك أن عقود الامتيازات البترولية تتحقق فيها عناصر العقد الإداري ، من الاتصال بمرفق عام ، واستخدام وسائل القانون العام ، فضلا عن كون الإدارة طرفا فيها² . ومن أجل الإمام بموضوع العقود الإدارية نرى أنه من الضروري التركيز - بدقة - على مدلول هذه الوثائق وكذا الخصائص النظرية المتصلة بها

المفهوم العام للعقد الإداري: العقد بصفة عامة، هو توافق إرادتين على إنشاء وخلق التزامات متبادلة، ويشترط لقيامه مجموعة من الأركان وهي : ركن الرضا، ركن المحل وركن السبب، كما يشترط لصحته سلامة الرضا من عيوب الغلط، التدليس، الإكراه والغبن، وسلامة المحل والسبب من عيوب عدم المشروعية.

¹ قضية رقم 11950، فهرس رقم 11952، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، سنة 2004، ص 5

² حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها دار الفكر الجامعي ص 2

ومن المسلم به، أنه بإمكان الإدارة أن تختار - لممارسة نشاطها ولتحقيق المصلحة العامة - بين طريقتين للتعاقد ، فهي قد تلجأ إلى طريقة التعاقد العادي كما قد تلجأ إلى طريقة التعاقد الإداري. لذلك كان هناك نوعين من العقود هما: العقود الإدارية والعقود العادية

و يرى جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه : عقد أو اتفاق ، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو من القانون الخاص شركة مثلا يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة ، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي ، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق¹

ولقد استقر الفقه والقضاء - سواء في " فرنسا " أو في " مصر - " على تعريف العقد الإداري بأنه: "الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم ببعض، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار ، فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة

اعتبر الدكتور سليمان الطماوي عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله كما قال أهمها أيضا في الدول غير الاشتراكية. وعرفه أنه " عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنتها عقد الامتياز".

¹ لباد ناصر: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى. منشورات لباد ، سطيف ، الجزائر ، 2006 ، ص21

تبين من التعريف السابق أن العقد الإداري يجب أن يقوم على ثلاثة ضوابط أساسية وهي:

1. أن يكون أحد طرفي العقد شخصا معنويا عاما : يشترط لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد طرفيه من

أشخاص القانون العام، سواء تعلق الأمر بالدولة أو الإدارات المركزية كالوزارات والمصالح والإدارات التابعة لها، أو الإدارات اللامركزية سواء كانت إقليمية كالإدارات المحلية أو مرفقيه كالمؤسسات العامة.

وتأسيسا على ذلك، لا تعد العقود المبرمة فيما بين طرفين من الأفراد العاديين من قبيل العقود الإدارية، حتى بحكم كون أحدهما مكلف بأداء خدمة عامة، ذلك لأن النشاط الخاص بالأفراد تحكمه قواعد القانون الخاص، ومن ثم يخرج عن نطاق قواعد القانون الإداري، إلا أنه يجب ملاحظة أن اشتراط أن تكون الإدارة طرفا في العقد لا يعني - بالضرورة - الجزم بكون العقد إداريا، ذلك أن الإدارة قد تدخل في التعاقد كما لو كانت فردا عاديا من الأفراد. ولذلك فإن الركن الأساسي - في هذا الشأن - يتعلق بتدخلها بصفتها سلطة عامة، توجد في مركز أسمى مقارنة مع مركز الجهة المتعاقدة معها، ولهذا فإن إسناد هذه العلاقة التعاقدية لقواعد القانون الإداري وكذا لاختصاص القضاء الإداري،

إنما يرجع إلى تحقق المعيار العضوي في العلاقة، أي وجود أحد أشخاص القانون العام طرفا في العقد، وكذلك تدخله بصفته صاحب سلطة عامة.

2. أن يتصل العقد بمرفق عام: مازال القانون الإداري على " وفائه " لفكرة المرفق العام، تلك الفكرة التي

بررت منذ البداية وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري. وعلى الرغم من انتقاد هذه الفكرة من جانب البعض وظهور بعض الأفكار الأخرى كالسلطة العامة والمنفعة العامة، إلا أن نظرية المرفق العام ظلت صامدة أمام هذه الأفكار وفي مواجهة هذه المستجدات ونتيجة لذلك، لا يعد العقد إداريا إلا إذا تعلق واتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، سواء من حيث تنظيمه أو إدارته أو تنفيذه أو تسييره وضمن انتظام عمله من اجل لخدمة أغراض المرفق العام وتحقيق احتياجاته ، مراعاة للمصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصالح الأفراد الخاصة، وهو ركن استقر عليه غالبية الفقه الإداري

وعليه، فإن العقد لا يتمتع بالصفة الإدارية ما لم يتصل موضوعه بالمرفق العام، ومرد ذلك أن تطبيق قواعد القانون الإداري مرتبط بوجود مرفق عام، ولذلك فإن العقد لا يكون إداريا ما لم يشمل على ما يوحي بارتباطه بالمرفق العام بمدلوله الواسع¹.

3. احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص: لا يكفي لاعتبار العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما، وأن يتصل محله أو موضوعه بمرفق عام، وإنما يلزم أن يحتوي العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في نفس العقد أو مقررة بمقتضى القوانين السارية المفعول

وبذلك يظهر بأن مصالح الطرفين تكون متكافئة ومتوازنة في العقد الخاص، لكنها غير ذلك في العقد الإداري، حيث نلمس علاقة غير متكافئة لوجود طرف متعاقد يتمتع بامتيازات السلطة العامة. ومن أمثلة الشروط الاستثنائية المقررة لصالح الإدارة، نذكر حقها في تعديل بعض بنود العقد بإرادتها المنفردة، حسبما تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يتحداها الطرف الآخر بقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها، وحقها في فسخ العقد وإنهائه بالطريق الإداري دون حاجة اللجوء إلى القضاء.

ورغم أن عقد الامتياز يعتبر عقدا يتجلى فيه مبدأ سلطان الإرادة كأى عقد ولو في جوانب جزئية ومحددة، إلا أنه مع ذلك يتضمن جوانب عامة ويحتوي على سلطات إدارية معترف بها لجهة الإدارة تمارسها تجاه المتعهد بما يجعله أكثر اقترابا من عقود القانون العام.

وبهذا فان عقود الاستثمار تخضع لنظام خاص يرتكز على فكرة المصلحة العامة التي تستوجب تطبيق القانون الإداري وتحويل سلطات وامتيازات خاصة للدولة كإنهائها أو تعديلها للعقد بالإرادة المنفردة، دون أن

¹ انظر المادة 21 من القانون 84-16 ونص المادة 30 من القانون 05-07 التي تشترط الموافقة على العقد بمرسوم رئاسي بالإضافة إلى حق الدولة في فرض الضرائب على هذه الاستثمارات انظر مثلا المواد من 83 إلى 99 من قانون 05-07

يكون للمتعاقد معها حق الاعتراض طالما أن التعديل ضمن الإطار العام وفيما تستوجه المصلحة العامة ووفقا لمتطلباتها الاقتصادية . إن وجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار يعد قرينة على تطبيق القانون الوطني ، أي تطبيق قواعد القانون الإداري وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية البرازيلية التي استندت إلى فكرة تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية ، وإضفاء هذه الصفة يكون بصفة قانونية من خلال البحث عن السلطات المخولة للدولة باتخاذ القرار فيما يخص هذه العقود إلى جانب معرفة امتيازات الطرف الأجنبي ومدى احترامه وتنفيذه لشروط العقد¹.

ودون الخوض في الجدل القائم حول الأساس القانوني في تكييف عقود الاستثمار أنها عقود إدارية وبين من يعتبرها من عقود القانون الخاص، إلا إن في الغالب عقود الاستثمار ليست ذات صبغة واحدة كما أنها لا تخضع لنظام قانوني واحد فتارة تتوافر فيها شروط العقد الإداري ، وتارة تكون من عقود القانون الخاص ، فالمسألة لا تتوقف عند تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، وإنما تتوقف على الدراسة التفصيلية لكل عقد على حدا لبيان أركانه وخصائصه ، ومن ثمة رده إلى القانون الذي يحكمه.

ثانيا: التكييف على أساس أعمال الموائيق و الاتفاقيات الدولية:

بناء على الموائيق الدولية : وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه المدافع عن الخضوع الكامل والمطلق لعقد الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم :1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والذي أشار إلى ضرورة استبعاد كل طرق الطعن المختلفة في حالة نشوء الخلاف بين المستثمر والدولة مع إمكانية اللجوء إلى الهيئات الدولية.

¹ وفي هذا السياق صدر الحكم رقم :5759 لسنة 1990 عن غرفة التجارة الدولية - ولأول مرة - عمد المحكم قبل الفصل في القضية إلى العمل على تصنيف هذا العقد ، فيما إذا كان كم عقود القانون الخاص أو عقد من عقود القانون العام أي عقد إداري ، حيث صنف المحكم في هذه الحالة العقد على انه عقد إداري بما أن العقد أبرمته الحكومة ومتعلق بتنفيذ مشروع للمصلحة العامة إذ انه من غير المعقول سعي الدولة في تحقيق مصلحتها الداخلية إلى تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي سنتها

وتعتبر قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 3171 الصادر قي: 17 ديسمبر 1973 ورقم: 3201 الصادر في: أول ماي 1974 والخاص بالإعلان عن إنشاء نظام اقتصادي دولي جديد والقرار رقم 3281 الصادر في: 12 ديسمبر 1974 المتعلق بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، التعبير الصادق عن الرغبة في قطع أية روابط محتملة النشوء بين هذه العقود والقانون الدولي.

1. بناء على المعاهدات الدولية : لعل الدول عندما تبرم معاهدات ثنائية ومتعددة تخصص بتنظيم عقود الدولة تسعى جاهدة من خلالها لتلافي التناقض الحاصل بين القانون الخاص والقانون العام و إرساء نظام قضائي موحد يتفق مع الأبعاد الاقتصادية لهذه الدول . ونذكر من تلك المعاهدات مثلا:

أولا : معاهدة واشنطن 18 مارس 1965: والتي أنشأت المركز الدولي للفصل في منازعات الاستثمار حيث نصت المادة 42 منها على أن " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف ،وفي حال عدم وجود اتفاق، فإن للمحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها"¹ فقد انتهت لجنة الطعن الخاصة على الحكم الصادر في قضية Klockner إلى أنه: لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتغاضى عن قانون الدولة الطرف عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق و الاقتصار على تطبيق قواعد القانون الدولي.

فالإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و الطرف في النزاع لم تأت من فراغ ، و لم تكن مطلقة من كل قيد ، و إنما جاءت نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد الاستثمار، لذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي و ما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد.

¹ الملاحظ أن الإمكانية التي أوردتها المادة المشار إليها إلى تطبيق قواعد القانون الدولي، من الممكن تفسيرها على أنها تجيز لهيئة التحكيم بحث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي ، مما يمكن أن يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الوطني و تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي . غير أن هذا التفسير لا يمكن قبوله ، حيث أن نص المادة 42 لا يبيح أصلا تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي ، فلا تسمح هذه المادة للمحكم بتأسيس قراره على مبادئ القانون الدولي وحده

و هكذا فإن القانون الوطني للدولة المضيفة يصبح هو القانون الواجب تطبيقه في غياب شرط اختيار القانون ، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي على منازعات الاستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه ، وهو ما طبقته العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ثانيا : معاهدة روما بشأن الالتزامات التعاقدية 19 يونيو 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أبريل 1991 تعتبر هذه المعاهدة بمثابة التقنين الأوربي للعقود ، وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تنص على استبعاده بنص صريح ، وبما أن عقود الدولة لم تكن من بين العقود التي استبعدتها الاتفاقية من مجال تطبيقها فيمكن القول بمفهوم المخالفة أن هذه المعاهدة سارية على عقود الدولة ، حيث تذهب الاتفاقية إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة الاختيار الصريح له ، مع ضرورة احترام قواعده الآمرة بغض النظر عن القانون الذي تم اختياره ، إلا أنها تشترط في هذا الفرض قيام الرابطة الموضوعية التي تشير إلى القانون الأوثق صلة بالعقد ، وتفترض أنه قانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء (أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا) إلا أنها تعتبر المبدأ العام الذي يذهب إلى تطبيق " قانون محل الأداء " قرينة قابلة لإثبات العكس متى اتضح من الظروف المحيطة أن العقد يرتبط بروابط أوثق مع دولة أخرى . مما يعني إمكانية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة حتى في غياب اختياره، استنادا إلى:

-القانون الأوثق صلة بالعقد متى كان يتضمن نصوصا تنظم المسألة محل النزاع ، وذلك في فرض اتصال العقد بالعديد من الروابط مع دولة أخرى غير دولة محل المدين بالأداء المميز .

-قانون مكان فرع أو مؤسسة الطرف الخاص ، في الوقت الذي يسند فيه الأداء المميز لذلك الفرع أو لتلك المؤسسة الأصلية في الدولة التي يتبعها ذلك الطرف. وهكذا نجد أن اتفاقية روما كانت موفقة في محاولة منح الاختصاص لقانون الدولة المتعاقدة. وبناء على هذا كله فقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي

تطرت إلى القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، والتي سعت إلى تكريس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة كقانون حاكم لهذه العقود.

فإذ كانت مسألة القانون الواجب التطبيق نعالجها في المبحث الثاني فإن الأهم في هذا الجانب هو بيان الترابط والتصادم الذي يمكن أن يكون بين الدستور (بناء على مبدأ السيادة) والاتفاقية (التي تعبر عن فكرة تفويض مبدأ السيادة) ، أي نعالج في هذا الجانب مسألة سمو الدستور أو القانون الوطني على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في شق الاستثمار.

إذا كان موقف المؤسس الدستوري خلال الحقبة الاشتراكية قد اتسم بنوع من التردد والتحفظ إزاء المعاهدات الدولية إلا أنه ابتداء من التفتح الليبرالي المعبر عنه بمقتضى دستور 1989 و1996 قد سجلت تحولات جوهرية على المبدأ استطاع المؤسس الدستوري من خلالها أن يحدد وبشكل نهائي مكانة الاتفاقية والمعاهدة بالموازاة مع القوانين الداخلية آخذاً في ذلك الموقف الغالب على الصعيد الدولي¹.

فالأصل أن المعاهدة تحتل مرتبة أدنى من الدستور، فليس من المرجح اعتبارها أعلى منه ، لكن المغالاة في هذا المبدأ هو اتجاه غير سليم بسبب القرينة النسبية التي لازالت تطغى على المعاهدات الدولية علاوة على المشاكل التي يمكن أن تواجه الدول في حالة اصطدام نظامها القانوني الداخلي بالمعاهدة اللاحقة وما هي الحلول الواجبة التطبيق في الحالة الأخيرة، خاصة إذا اعتبرنا مسبقاً وبشكل نهائي تفوق المعاهدة على الدستور .

لهذا نستخلص إن الاتجاه الذي عمل به المؤسس الدستوري الجزائري، يمثل عين الصواب لان المعطيات التي يتم من خلالها سن هذه الاتفاقيات لا يمكن معها إضفاء طابع العمومية بالشكل الذي نعرفه في القانون

¹ بوجلطي عز الدين، مرجع سابق، ص 336-337

الداخلي، وذلك بسبب تباين العوامل الموضوعية والمادية والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة¹.

لذ من الضروري على الدولة الاحتفاظ بسمو دستورها على المعاهدة حتى يكون لديها الإطار المرجعي لفحص وتمحيص المعاهدة قبل إدراجها ضمن النظام القانوني الداخلي وان الاعتراف لها بالقيمة القانونية السامية لا يعني إخلاء كل الحواجز من أمامها على وجه الإطلاق.

الفقرة الثانية: الاتجاه المؤيد لدولية عقد الاستثمار في مجال الطاقة: تعبر كلمة دولي في المجال القانوني و السياسي عن الدولة ، كما تشير إلى تغير عميق في بيئة الموضوع و إجراءاته و جوهره في ستينات وسبعينات القرن العشرين ، فإذا أخذنا بعين الاعتبار إجمالي أرقام الحركة السنوية لكثير من شركات الأعمال تجد تفوق الناتج القومي الإجمالي للعديد من أعضاء الأمم المتحدة الذين يتمتعون بحق التصويت ، وبالنظر إلى أن الشركات المالية الكبيرة الخاصة يمكنها إحباط السياسات المالية حتى لدول قوية ذات سيادة ، فإن الحاجة تدعو إلى إعادة النظر في كلمة دولي، المتجهة أصلا نحو الدولة إذا ما أردنا إدراك التطورات الراهنة في المجتمع الدولي.²

ومع ذلك فان الاتجاه المؤيد لدولية عقود الدولة ، لم يكن وليد تصور قانوني موضوعي ، بل إن الأمر وراءه بواعث سياسية ، ناجمة عن الخلفية الفقهية التي كانت تدافع عن مصالح الشركات الأجنبية العملاقة التي تسعى لأجل تدويل العقد واقتلاعه من القانون الوطني بأي شكل من الأشكال .

¹ وهذه النقطة بالذات شكلت منطلق مباحثات الدول الصناعية الكبرى عند توقيع معاهدة الاتحاد الأوروبي سنة 1992

² سعد الله عمر: معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 23

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة ل "عقد أو" اتفاقية" استثمار المحروقات.

الواقع أن عقود المحروقات يتم عقدها من خلال آليات متعددة، ولكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة، و في هذا الصدد يمكن القول بأنها عقد إداري أو عقد مدني ، ومن ثم يلزم البعد عن محاولة وضع تكييف واحد ينطبق على هذه العقود أياً كانت الشروط والعناصر والملازمات المحيطة بكل عقد، ويكون من الأفضل تكييف كل عقد على حدى في ضوء شروطه وعناصره والظروف والملازمات المحيطة، وعليه يختلف العقد من حالة إلى أخرى.

وهكذا فإن عقود المحروقات التي تبرمها الدولة مع المستثمر أو شركة المشروع ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانوني واحد فهي ذات طبيعة خاصة ومركبة، وذلك بالنظر إلى أنها تجمع بين خصائص القانون العام والخاص من جهة ولكونها تتضمن عناصر داخلية و أخرى دولية من جهة أخرى فيظهر فيها تبعاً لذلك كل من عنصر السلطة -السيادة - المتعارف عليها في ظل قواعد القانون الدولي العام وعنصر المساواة المعروف في مجال القانون الخاص . وإجمالاً لهذا كله فإنه يمكن القول أن هذه الخاصية المركبة المختلطة لعقود واتفاقيات استثمار المحروقات إنما تستمدتها من العناصر التالية:

1. خصائص مستمدة من السبب والدافع إلى إبرام هذه العقود.
2. خصائص مستمدة من محل وشكل العقد أو الاتفاقية، كونه يرد على مورد استراتيجي.
3. خصائص مستمدة من صفة الأشخاص المتعاقدة.
4. خصائص مستمدة من الشروط المدرجة فيها.

فإذا كان العنصرين الأولين كافيان لبيان ذاتية واختلاف هذه العقود عن العقود الأخرى الداخلية أو الدولية فان للعنصرين التاليين الأثر البالغ الأهمية في تأكيد خصوصية وذاتية عقود أو اتفاقات الاستثمار في مجال المحروقات على النحو التالي¹:

الفرع الأول: ذاتية عقد الاستثمار من حيث الطبيعة غير المتجانسة لأطرافه.

تتسم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة بكثرتها وتنوعها بالنظر إلى المحل الذي تنصب عليه ، إذ إلى جانب عقود الامتياز في الصناعة الأفقية البترولية ومختلف الأشكال المتعلقة بها، نجد العديد من عقود نقل التكنولوجيا وعقود الأشغال العامة وعقود التشييد والبناء كما تناولناه في الشق المتعلق بالطاقات المتجددة. إلا أن المشترك بينها هو وجود الدولة أو المتعاقد في كل هذه العقود ، ليس كطرفا متعاقدًا عاديًا ، وإنما كطرف يجعل من وجوده تمتع هذه العقود بخصوصية لا نجدها في العقود الداخلية أو حتى الدولية.

لذا ففي الفقرة الأولى نتطرق إلى وضع الدولة غير العادي في عقد أو اتفاقية الاستثمار، وفي الفقرة الثانية نتطرق إلى وضع الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.

فقرة أولى: دراسة قانونية في وضع الدولة كطرف في اتفاقية أو عقد استثمار المحروقات:

الحقيقة إن تحديد المقصود بالدولة ، في هذا الجانب من البحث ليس بالأمر اليسير ، إذ تتطلب الفقرة إيضاح المعنى الدقيق و المقصود الذي يؤدي إلى عدم التجانس في عقود الدولة - وذلك من خلال أولا " تحديد المقصود بالدولة كطرف في العلاقة التعاقدية "، ومن ثمة عندما نصل إلى أن نطاق الدولة يتجاوز المفهوم التقليدي للدولة والمعروف في فقه القانون الدولي إلى الأشخاص التابعة لها ، و سنحاول استيضاح "معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة" ثانيا.

¹ بوجلطي عزالدين ، المرجع السابق ، ص 340

أولا : ضبط مصطلح الدولة بين القانون الداخلي والدولي:

1. المفهوم الضيق للدولة : عندما تكون الدولة ذاتها طرفا في العقد يمكن القول أن هذا العقد ضمن طائفة العقود التي تسمى عقود الدولة لكن الإشكال يطرح عندما لا تتولى الدولة بنفسها إبرام العقد مع الطرف الأجنبي ، و إنما يتم إبرام العقد بواسطة إحدى الشركات والمؤسسات العامة التابعة لها ، فهنا يطرح الإشكال عما إذا كانت الدولة طرفا في العقد أم لا ؟ وبعبارة أخرى هل يعد هذا العقد من قبيل عقود الدولة أم لا ؟

نرى من جانبنا أن هذا هو مبرط الفرس لان الدولة وان كانت في الماضي تتولى بنفسها إبرام هذه العقود مع الشركات الأجنبية - عهد الامتيازات البترولية - فان للمتغيرات الدستورية الحاصلة في أدوارها جعلها لا تتدخل بشكل مباشر في إبرام العقد ، وإنما تخول إحدى المؤسسات أو الشركات العامة التابعة لها والمنشأة لهذا الغرض¹.

و لا يثير تحديد المقصود بالدولة باعتبارها طرفا في عقد الدولة أية صعوبة ، وذلك عندما تتولى فيه الدولة إبرام العقد بنفسها عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء ، فالدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام مفهوم قانوني دولي مضبوط لا يحتاج إلى بيان.

و لكن كان البعض يخالف هذا المفهوم ويشير إلى أن مفهوم الدولة كطرف في التعاقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام ، ويرى استبعاد مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام ، وهو مجموعة من الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين وتخضع لسلطة حاكم ذات سيادة أما المفهوم الذي يرى الأخذ به فهو مفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر ، وهو دخول الدولة في

¹ فقد أنشأت العديد من الدول المنتجة للبتروك لشركات وطنية تتولى إبرام عقود البترول على سبيل المثال مع الشركات الأجنبية ، منها الشركة الوطنية الإيرانية للبتروك والوطنية العراقية للنفط ، والشركة الاندونيسية والشركة الجزائرية سونا طراك.

علاقات خاصة كما لو كانت أحد الأشخاص الخاصة وعلى قدم المساواة مع شريكها الأجنبي وما يتبع ذلك من تنازل عن حصانتها.

فالدولة هي شكل التنظيم السياسي للمجتمع وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت وتتمتع بالأهلية القانونية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام ، بل إنها أهم أشخاص القانون الدولي على الإطلاق، حيث لولاها لما كان للقانون الدولي أي وجود. بيد أن الصعوبة تظهر عندما ترغب في تحديد هذه الأجهزة التي تتصرف في العلاقات الاقتصادية الدولية و القاعدة العرفية السائدة أن لكل دولة أن تحدد الجهات التي تمثلها و تعقد اتفاقها و تكسبها الحقوق و تحملها بالالتزامات في إطار من النظام القانوني الدولي.

أن عقود الدولة حسب هذا الاتجاه هي تلك العقود التي تقوم بإبرامها الدولة مع طرف أجنبي ، أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى فإنها تعد عقودا من عقود التجارة الدولية التقليدية ، ولا تدخل في فئة عقود الدولة.

وبتالي فإن عقود الدولة هي مصطلح ينصرف إلى العقود التي تبرمها الدولة بنفسها عن طريق من يمثلها سواء كان رئيس الدولة، رئيس الوزراء أو احد الوزراء. أما العقود التي يتم إبرامها من خلال شخص اعتباري عام، فإن هذه العقود لا تعتبر عقود دولة بالمعنى الضيق بل مجرد عقود تجارة عادية.

أما المفهوم الثاني والذي يعد أكثر إتباعا و هو الذي يلحق بالدولة بمفهومها السابق تقسيماتها السياسية و الإدارية ووحداتها الاقتصادية ، وإن كان هذا الاتجاه مهجورا من قبل الفقه ، إلا أن الأخذ بالمعيار المضيق لتحديد نطاق عقود الدولة قد يكون له دوافع عملية وقانونية ، بغية تفادي ما قد يثيره تبني المعيار الموسع من مشاكل خاصة ، من بينها تحديد المعايير التي نتمد عليها لمعرفة ما إذا كان الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي يعد جهازا تابعا للدولة ويعمل لحسابها على نحو يسمح بإدراج العقد الذي أبرمه في عقود الدولة¹.

¹ عزالدين بوجلطي، المرجع السابق، ص 342

2. المفهوم الموسع لعقود الدولة:

نتيجة للمتغيرات الاقتصادية وبالتالي القانونية التي شهدتها المجتمع الدولي جاءت فكرة التعاون لأجل التنمية التي تأسست على مجموعة من المبادئ المتعلقة بالتضامن ووجوب المساواة في الفرص بين المجتمعات في الفكر الاقتصادي ، وقد ارتبطت هذه الفكرة بوجود المذهب التدخللي للدولة في الشؤون الاقتصادية والتجارية ، فسلكت الدولة عند تدخلها في المجالات الاقتصادية أحد السبيلين:

أولاً: إما أن تترك الدولة زمام المبادرة للقوى الاقتصادية الخاصة على أن تتخذ من التدابير والأساليب ما يكفل توجيهها إلى الاتجاه الذي يتفق وسياستها ، بمعنى أنها تترك التعاقد للقطاع الخاص ، ووفقاً للقواعد المعروفة في علم الاقتصاد وقواعد السوق على أن تكتفي بإصدار القوانين واللوائح التي تنظم هذا الأسلوب. ومن البديهي أن تتدخل الدولة بإصدار القوانين المنظمة لنشاط القطاع الخاص، تجسيدا لسلطاتها العامة.

ثانياً: إشكالية تحديد الأجهزة التابعة لها كطرف في عقد أو اتفاقية الاستثمار:

لقد أثار تدخل الدولة بصورة غير مباشرة في إبرام العقود الاقتصادية الدولية العديد من المشاكل، و اختلفت المعايير التي بمقتضاها يمكن تحديد مدى تبعية الأشخاص العامة للدولة من عدمه.

1. المعايير التقليدية المقترحة لتحديد تبعية الأجهزة للدولة:

أ- معيار تمتع الجهاز أو المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة:

يعتمد هذا المعيار أساساً على التفرقة بين ما إذا كان المشروع العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة أم لا ، فإذا كان المشروع العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فإنه لا يتمتع بالحصانة القضائية و يخضع بالتالي لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية ، أما إذا كان المشروع لا يتمتع بالشخصية القانونية و يعد مندمجاً في شخص الدولة فإنه يتمتع بالحصانة القضائية ولا يخضع لولاية القضاء الوطني

للدولة الأجنبية ، فأساس التمتع بالحصانة القضائية يرتكز وفقا لهذا المعيار الشخصي على وجود أو انتفاء الشخصية القانونية المستقلة للمشروع العام.

يعتمد هذا المعيار الذي يسميه البعض بـ " المعيار القانوني " على التوقيع المادي على العقد، والاستقلالية الظاهرية للمؤسسة الموقعة على العقد، لكن ما يعاب على هذا المعيار هو استبعاد أطراف أخرى لها دور فعال في تكوين العقد دون أن يوقعوا ماديا عليه ، كاستبعاد الشركة الأم بالنسبة للشركة التابعة لها والموقعة على العقد ، و استبعاد الدولة كشخص معنوي مسؤول عن المؤسسات الإدارية التابعة لها وقد كان أهم انتقاد وجه لهذا المعيار أنه معيار تحكيمي ، إذ أن إضفاء الشخصية القانونية على جهاز ما من عدمه ، يعد مجرد قرار إداري ليس له دلالة سياسية ، ولا يؤثر على تمتع مشروع ما بالحصانة القضائية، حيث أن منح الشخصية المعنوية القانونية المستقلة ما هو إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها بأفضل وجه ممكن ، ولا علاقة له بمنح أو عدم منح الحصانة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام.

كما أن الدولة قد تحاول التحلل من التزامات دولية معينة ، و ذلك عن طريق أجهزتها العامة والتي لا يتضح من قريب أو بعيد أنها أجهزة تابعة للدولة مما يجعل المتعاقد مع الدولة يتضرر كونه لا يستطيع إثبات تبعية هذا الجهاز المتسبب في الضرر، مما ينعكس سلبا على العلاقة بين الجهاز العام ودولة المتعاقد الأجنبي ، فيؤثر بالسلب على الصعيد الدولي ، فالقرارات الإدارية التي تتخذها الدولة لا ينبغي أن تلحق ضررا برعايا الدول الأخرى، لتنافي ذلك مع قواعد القانون الدولي المتعلقة بالحقوق الأدنى لمعاملة الأجانب . وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعدل عن هذا المعيار ، ويمنح الحصانة القضائية لمشروعات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة ويحرم منها مشروعات و أجهزة أخرى تتبع الدولة تبعية مطلقة وتعد مجرد انبثاق عنها ولا تتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عنها.¹

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص .الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص46

ب- معيار المرفق العام:

وينطلق هذا المعيار من مسلمة مؤداها: كلما اعتبر مشروع مرفقا عاما، كلما تمتع بالحصانة القضائية وذلك بصرف النظر عن تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة، وتمتد تلك الحصانة للتصرفات التي يقوم أي مشروع بإجرائها لصالح مرفق عام من مرافق الدولة. ولعل حكم محكمة استئناف إنجلترا عام 1965 في القضية المعروفة باسم Baccus ضد L.R.S. Trigo de National Servicio- أفضل تعبير عن هذا الاتجاه حيث أن Trigo de National Servicio مشروع عام أنشأته الدولة الإسبانية ومنحته شخصية قانونية مستقلة لأجل القيام باستيراد في مجال الحبوب لصالح الحكومة الإسبانية، وتحت توجيهات وزير الصناعة الإسباني، أبرم عام 1952 عقدين مع إحدى الشركات الإيطالية التجارية، لتقوم هذه الأخيرة برفع دعوى تعويض ضد المشروع الإسباني أمام المحاكم الإنجليزية بسبب إنهاء العقد من قبل المشروع الإسباني، فتمسك هذا الأخير بالحصانة القضائية مستندا على أنه يعد مرفقا من مرافق الدولة، فقدرت المحكمة أن الحكم يتوقف على معرفة ما إذا كان يعد فعلا من مرافق الدولة، أو أن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عنها لا يسمح له بالتمتع بهذا الوصف، فقررت المحكمة استنادا على تأكيد سفير اسبانيا بأن Trigo de National Servicio يعد مرفقا من مرافق الدولة وهو ما جعلها تعترف له بالحصانة القضائية على الرغم من تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة.

أن هذا المعيار يتأثر عند تطبيقه بالاعتبارات السياسية التي تغلب على الاعتبارات القانونية، وهذا ما سيجعل من الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحصانة القضائية أحكاما تتسم بعدم الموضوعية، ذلك أن قضاء مثل قضاء محكمة النقض الفرنسية عامل جهتين مختلفتين " الشركة الوطنية الإيرانية للغاز و الوكالة الكويتية للأنباء " مارستا التصرف المتنازع عليه لصالح مرفق عام على نحو مغاير، حيث قضت مرة بمنح الحصانة القضائية للشركة الإيرانية بينما حرمت الوكالة الكويتية منها وكان وراء هذا التناقض اعتبارات سياسية محضة.

ج - معيار الغاية " الهدف " المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة:

لا ينظر إلى فكرة تمتع الجهاز بالشخصية القانونية المستقلة، ولا على أساس اندماجه في الدولة على اعتبار أنه مرفق من مرافقها. وإنما يعد الجهاز تابعا للدولة كلما كانت غايته خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة. فالمشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إذا لم يكن يخدم المصالح الأساسية للدولة. ومن تطبيقات هذا المعيار حكم القضاء الأمريكي في قضية الشركة الإيرانية الإنجليزية للبتروول وتتلخص وقائع القضية في مخالفة هذه الشركة لقوانين الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تمسكت الشركة بالحصانة و أبرزت الحكومة الإنجليزية أن الشركة قد أسست لأجل إمداد البحرية الأمريكية بالبتروول والمنتجات الأخرى، ذلك أن المحكمة اعترفت للشركة بالحصانة القضائية على الرغم من أن الدولة البريطانية لها فقط نصف رأس المال فيها، مؤسسة في ذلك المحكمة حكمها على الغاية التي تسعى لتحقيق وهي المصلحة العامة المتمثلة في تأمين إمداد القوة البحرية، وهو ما قدرت المحكمة أنه يشكل وظيفة أساسية للدولة.

د - المعيار الاقتصادي:

وفقا للمعيار الاقتصادي فإن مجرد تمتع الهيئات والمؤسسات العمومية بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على الصعيد القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد ووقعت عليه تسهر على تنفيذ سياسات محددة سلفا من قبل الدولة التي تنتمي إليها، مما يتعين القول معه أنه وعلى الرغم من الاستقلال الظاهر، إلا أن التبعية الفعلية ظاهرة وتتحلى في خضوع تلك المؤسسات لأن تمارس الدولة تجاهها حق الإشراف والتوجيه والرقابة. وهو بذلك يأخذ بعين الاعتبار الآثار الاقتصادية ومدى ارتباطها بالنسبة لكل الأشخاص المساهمين في الأعمال المتعلقة بتكوين العقد أو بتنفيذه، و إن غاب توقيعهم المادي على العقد مما يضيف عليهم صفة الطرف في التعاقد رغم أنهم يمارسون دورهم بشكل خفي في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ و بالاستعانة بالأطراف الموقعة والمتمتعة بالشخصية القانونية.

والواقع أن هناك اتجاهات متنامية في أحكام التحكيم لا يتوقف تحديده لمفهوم الطرف في العقود المبرمة بواسطة إحدى المؤسسات العمومية المستقلة على مسألة التوقيع على العقد فحسب، وإنما يبحث أيضا في الخلفية

الاقتصادية التي ينشئها العقد بغرض الوصول إلى أن الدولة التي تعمل المؤسسة العامة في إطارها تعد طرفا في هذه العقود، بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة والمؤسسة العامة رغم الاستقلال القانوني الظاهري الذي تتمتع به هذه الأخيرة¹.

ه - معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز: مفاد هذا المعيار أن تصرف الجهاز باسمه ولصالحه لا يعد تابعا ، بينما إذا لم يتصرف باسمه ولا لحسابه فيعد تابعا . ولقد برز هذا المعيار في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 03 نوفمبر 1952 وهو الحكم الشهير في قضية الأزواج مارتن ضد البنك الاسباني.

2- المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة:

بعد عجز حقيقي للمعايير التقليدية المقترحة في مجال الحصانة القضائية عن تحديد ما هي الأجهزة التابعة للدولة ، وعدم ملائمتها لواقع الحال ، فإن هذا أدى إلى ظهور معيار جديد يقوم على المزج بين عدة معايير على نحو تدريجي بحيث يعطي الأولوية لمعيار ما ليحتل الصدارة ، دون أن يكفي بذاته ، و الذي يكون مع المعايير المصاحبة له وحدة متجانسة ألا وهو الوصاية على الأجهزة التابعة للدولة . تعد الوصاية على الجهاز العمومي (سواء كان هذا الجهاز مؤسسة عمومية أو هيئات عمومية إقليمية) عنصرا من عناصر إثبات تبعية هذا الجهاز للدولة ، إذ أن الجهاز العمومي يخضع إلى وصاية سلطة إدارية عليا مركزية ألا وهي الوزارة وإلى سلطة إدارية لا مركزية. باعتبار أن الأولى تقوم برسم السياسة العامة في الدولة، بينما تقوم الثانية بوظيفة الأعمال التنفيذية المتعلقة بسير حركة العمل في المؤسسة العمومية أو في المرفق العمومي من حيث المكان والزمان وطبيعة النشاط الذي يباشره المرفق أو المؤسسة العمومية. إن مصطلح "وصاية" غالبا ما يكون مرتبنا بمصطلح اللامركزية بمفهومها الإقليمي والفني معا. بمعنى، أن الأول ينطبق على المجموعات الإقليمية والثاني على المؤسسات العمومية. إلا أن بعضا من الفقهاء من ينتقدون مصطلح "الوصاية" في

¹ النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة أطروحة دكتوراه في القانون مرجع سابق ص 87

إطار اللامركزية الفنية ويقترحون بدلا عنه مصطلح "الرقابة الإدارية". أما البعض الآخر، فيفضل كلمة الإلحاق *rattachement* التي تعتبر في نظرهم أكثر ملاءمة لإبراز العلاقة بين المنشآت العامة.

ولتطابقها مع نظرية اللات مركز *déconcentration La* و دون الخوض في مناقشات مذهبية تتعلق بالمصطلح، فالملاحظ هنا، هو أن الجهاز العمومي سواء كان جهازا ذا طابع اقتصادي أو إداري محلي فهو يخضع من جهة إلى سلسلة من الهيئات الوصاية على المستويين المركزي والمحلي. ولكن ومهما كانت هذه المستويات الوصاية التي يخضع لها الجهاز العمومي، فهي ليست إلا مظهر من مظاهر تبعية الجهاز للدولة عن طريق الوصاية. وعلى مستوى آخر، تشكل كيفية تنظيم المؤسسة العمومية وعملها معيارا من نوع جديد لإبراز مدى تبعيتها للدولة. فإذا أخذنا شركة "سونلغاز" أو "سونطراك" مثلا، فإننا يمكن أن نحلل مدى تبعيتها للدولة من خلال هيكلها التنظيمية وعملها والتي تتعلق أساسا بالجمعية العامة ومجلس الإدارة والرئيس المدير العام.

الجمعية العامة "سونطراك"، نلاحظ أنها من حيث التركيبة فهي تقتصر على الدولة فقط باعتبارها المساهم الوحيد. وبما أن الدولة هي مجرد متخيل قانوني *juridique Fiction* فإن ممثلين عنها هم الذين يجلسون في الجمعية العامة، وهؤلاء هم: الوزير المكلف بالمحروقات والوزير المكلف بالمالية وممثل عن الدولة المكلف بالتخطيط ومحافظ بنك الجزائر وممثل عن رئاسة الجمهورية¹ إلى جانب الرئيس المدير العام. الملاحظ في خصوص هذا الأخير، أنه خلافا للرئيس المدير العام على مستوى شركة المساهمة أين يعتبر فيها الرئيس المدير العام عضوا مساهما يتمتع بكامل الحقوق اللصيقة بهذه الصفة² فإن الرئيس المدير العام لشركة "سونطراك" يشارك في الجمعية العامة، إلا أنه لا يملك إلا صوتا استشاريا فقط.

وتظهر لنا أيضا تبعية مؤسسة "سونطراك" للدولة على مستوى سير الجمعية العامة نفسها. فمثلا تجتمع الجمعية العامة في دورة عادية ودورة غير عادية. وفي كلتا الدورتين لا تلتئم الجمعية إلا باستدعاء من رئيسها

¹ المادة 09 فقرة أولى من القانون الأساسي لشركة "سونطراك"

² راجع المادة 638 من القانون التجاري

ألا وهو وزير الطاقة. أما عن مجلس الإدارة، المظهر الثاني الذي يجسد تبعية "سونطراك" للدولة، فهو من حيث تركيبته، مشكل من ممثلين عن الدولة إلى جانب أعضاء آخرين. أما عن صلاحياته، فإنها تمارس في حدود الهدف الاجتماعي للشركة وطبقا للقانون الأساسي لها.

أما العنصر الثالث الذي يؤكد تبعية شركة "سونطراك" كمؤسسة عمومية للدولة، فيتمثل في الرئيس المدير العام. المعين من طرف رئيس الجمهورية. أما من حيث الصلاحيات المخولة له، فإنها بقدر ما هي واسعة إذا أخذنا بعين الاعتبار موقع الرئيس المدير العام في شركة ذات أسهم، إلا أنها تبقى محدودة بالنظر إلى الهدف الاجتماعي للشركة.

فقرة ثانية: دراسة قانونية في وضع الطرف الأجنبي في عقد أو اتفاقية الاستثمار:

لما كانت الاستثمارات الطاقوية تتميز بالرأس المال والتقنيات المتقدمة للدخول فيها، فإن الطرف المطلوب من طرف الدول المنتجة للطاقة عادة ما يكون طرفا أجنبيا تابعا للدول المتقدمة المحتكرة لحركة رؤوس الأموال والتكنولوجيات، وبدعم من المنظمات العالمية المختصة، على النحو السابق بيانه فإن هذا يجعل الأجنبي طرفا إلزاميا في عقد أو اتفاقية الاستثمار ولا يترتب ذلك اختلاف في طبيعة عقود الدولة نتيجة كون الطرف الأجنبي شركة أجنبية عامة أو خاصة أو شخصا طبيعيا، ذلك أن عقود الدولة لا تستمد طبيعتها من صفة الطرف الأجنبي، بل من مجموعة من العناصر وفقا للمعيارين الاقتصادي والقانوني.¹

ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان يجب معاملة عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة نفس المعاملة من الناحية القانونية التي تلقاها عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية الخاصة أم أنه يجب التمييز بينهما؟

في معرض الإجابة عن هذا التساؤل يرى جانب كبير من الفقه، عدم وجود أي ضرورة للتفرقة بين عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية العامة و عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية

¹ بوجلطي عزالدين، المرجع السابق، ص 348

الخاصة ، وذلك على أساس أن الطائفة الأولى من العقود تثير نفس المشاكل القانونية التي تثيرها الطائفة الثانية ، ومن ثمة يجب أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة ، وبرر بعض منهم هذه المساواة أنه إذا كانت صفة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على قدر كبير من الأهمية ، لكنها ليست مؤثرة على تحديد النظام القانوني على العقد ولا على طبيعته القانونية هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن أن لفظ "الشخص الأجنبي" المتعاقد مع الدولة جاء مطلقا بنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار ، بحيث يشمل الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي ، وهي العمومية التي سار على متنها المشرع الجزائري في قانون المحروقات إذ تنص : " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي ... : الشخص : كل شخص معنوي أجنبي وكذا كل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام الجزائري ، بما في ذلك المؤسسة الوطنية سونطراك ، شركة ذات أسهم تتوفر لديه القدرات المالية و /أو التقنية المطلوبة بموجب هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه."

ولهذا سنحاول تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي ومدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية أولا، ثم توضيح -من نفس الزاوية - مفهوم الشخص الاعتباري الأجنبي ثانيا.

أولا : تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي ومدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية:

1-تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي :بناء على ما سبق فانه لا يؤثر على طبيعة عقد الدولة كون المتعاقد الأجنبي شخصا طبيعيا طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة و المساهمة في تطورها ، و أن الضابط في تحديد أجنبية هذا المتعاقد هو الجنسية التي يتمتع بها.

قد تبنى الفقه في هذا الأمر ضابط الجنسية لتحديد صفة الطرف الآخر، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Berlin أن الصفة الأجنبية تلحق بكل المتعاقد مع الدولة شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد .ولعل هذا الضابط يجد أساسه القانوني في اتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد نصت الفقرة

الثانية من المادة 25 منها على أنه " : يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة: كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع."

و إذا كان الفقه يتفق على أن الأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية الوطنية ، ومن ثمة فإن صفة الأجنبية تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا ، وهذه التفرقة وجدت في كل النظم القانونية ولا يثار نزاع بشأنها.

وعلى اعتبار الأصل أن لكل دولة الحرية في وضع قواعد جنسيتها ، فلها أن تحدد بمطلق الحرية من هم رعاياها دون أن تضع في اعتبارها ما تضعه الدول الأخرى من قواعد لجنسية رعاياها ، حيث أن نص المادة الأول من اتفاقية لاهاي المبرمة في 12-04-1930 الخاصة بالجنسية نصت على أن لكل دولة أن تحدد في تشريعاتها من هم رعاياها .إلا أن هنالك قيودا تحد من حرية الدولة في وضع هذه القواعد إما أن تكون اتفاقية أو غير اتفاقية كأن تحترم الدولة القواعد الدولية المتعلقة بمنح الجنسية ، إذ أنه من المقرر دوليا أنه ليس لدولة ما أن تمنح جنسيتها على شخص لا يمت لها بأية صلة من رابطتي الإقليم أو الدم ، وقد ذكرت اتفاقية لاهاي قيودا جاءت في المادة 12 منها.

إذا كان تحديد جنسية الشخص الطبيعي لا يتسع له المقام هنا بشأن اختلافات الروابط التي يتم على أساسها منح الدولة جنسيتها، فإن الأمر لا يطرح إشكالا عندما يتعلق بشخص قد تم تحديد جنسيته وفقا للبلد المنتمي إليه . لكن الأمر يثير إشكالا بالنسبة لوضع متعددي الجنسيات حيث أن الفقه اعتنق في بداية الأمر ما سمي ب " نظرية تكافؤ السيادةات " التي تنكر أي ترجيح بين هذه الجنسيات المتراكمة على الشخص استنادا إلى احترام سيادة كل من الدول التي يحمل الفرد جنسيتها ، والذي يعد إهدارا لسيادة الدولة الأخرى ، ولكن سرعان ما هجر الفقه هذا الاتجاه ليوجد القضاء الدولي حينئذ حلا مؤكدا أن هنالك معيارا مفضلا لهذه الجنسيات هو معيار الجنسية الفعلية.

2- مدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية: لقد اختلفت الآراء حول التكييف القانوني لمركز الشخص أمام القانون الدولي؛ فظهرت في هذا المقام ثلاثة اتجاهات متباينة، منها ما يستبعد تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية ومنها ما تمنحها له بشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر.

- عدم تمتع الفرد بأي مظهر من مظاهر الشخصية الدولية و توطين عقود الدولة: ذهب مفكرو المدرسة الوضعية إلى إنكار تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية تحت أي ظرف من الظروف ، وتتمثل أهم ملامح الشخصية القانونية الدولية في العديد من المظاهر كإبرام المعاهدات الدولية ، وتحمل تبعة المسؤولية الدولية و إمكانية الانضمام إلى المنظمات الدولية ، و غيرها من المظاهر التي لا تتوفر للشخص العادي ولا يمكنه القيام بها. ولعل هذا ما يؤيد الفقه المناادي بتوطين عقود الدولة ، وكذا نفي الصفة الدولية عنها ، حيث أن الطرف المتعاقد مع الدولة في هذه الحالة ليس إلا شخصا من أشخاص القانون الداخلي ، والذي يترتب عليه بالضرورة أن العقد لا يمكن تدويله بأي حال من الأحوال. ومن جهة أخرى فإن هذه العقود المبرمة مع الأشخاص الطبيعية، لا يعقل تماما بعد تكييف مركز الفرد بهذه الطريقة أن نطلق عليها وصف التصرفات القانونية الدولية كالاتفاقيات الدولية.

- تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر وعقود الدولة: تذهب بعض الآراء إلى التسليم للفرد بشخصية دولية غير مباشرة و ذلك لأن القانون الدولي لا يتوجه إليه بالخطاب إلا عن طريق دولته كما أن تطبيق قانون الدولي على الأفراد لا يتحقق إلا بواسطة الأوامر التي تصدرها إليهم دولهم ، والواقع أن الفقه المؤيد لتدويل عقود الدولة واجه هذا الانتقاد من خلال اعتبار أن صفة الشخص يمكن أن يتمتع بها وفقا لأحكام القانون الدولي كل من يتصل على نحو مباشر بقواعد القانون الدولي ويكون صالحا للتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات الدولية ، كما أنه يملك الحق في الإدعاء أمام الهيئات القضائية الدولية.

- تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق مباشر و تدويل عقود الدولة: على خلاف المبدأ السائد و وفقا للاتجاه الذي يمنح الفرد قدر من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر، من خلال منح الأجنبي حال تضرره من سلوك الدولة التي يقيمها حق اللجوء إلى دولته الأصلية لتتبنى قضيته في القضاء الدولي للحصول

على التعويض المناسب عما أصابه من ضرر ، وفقا لشروط الحماية الدبلوماسية . ينظر مفكرو المدرسة الاجتماعية إلى حقيقة المجتمع الدولي المعاصر على أنه مكون من مجموعة من الأفراد و على ذلك لا يوجد أي فوارق بين المجتمع الدولي و المجتمع الداخلي ، باعتبار أن كل منهما مجتمع أفراد فالفرد هو صاحب الشخصية الأولى في المجتمع الدولي ، و لا يتغاضى هذا الاتجاه عن الدولة كحقيقة قائمة لكنه يرفض فكرة الدولة كشخص ، و لكنه يقبلها كمفهوم و كإطار أو كوسيلة تنظيم المرافق العامة اللازمة للجماعة .

ثانيا: الشخص الاعتباري.

1- اختلاف معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري :لقد اختلف الفقه في معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري بين قائل بمعيار جنسية الأعضاء أو الشركاء ، و مناد بمعيار مكان التأسيس ، و معتمد على معيار مركز الاستغلال ، و بين من يرحح معيار مركز الإدارة الرئيسي ، و من يقيم جنسية الشخص الاعتباري على معيار الرقابة .

2-الاستقرار حول الاعتراف للشخص الاعتباري بالجنسية :قد تكون عقود الدولة مبرمة مع الأشخاص الأجنبية العامة ، كما يمكن أن تكون مبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية الخاصة و أشرنا إلى أن الفقه اتجه إلى ضرورة أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة حيث يرى غالب الفقه أن هذه المساواة مردها أن صفة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة و إن كانت على قدر كبير من الأهمية ، لكنها ليست مؤثرة على تحديد النظام القانوني على العقد ولا على طبيعته القانونية .

الاستثناء الوارد على ضابط الجنسية:

على الرغم من وضوح معيار الجنسية للتمييز بين الأجنبي والوطني ، فإن التطبيق العملي لهذا المعيار قد يثير بعض المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بتلك العقود المبرمة بين الدولة والشركات متعددة الجنسية ، ففي كثير من الحالات قد يحدث أن الدولة أو شخصا قانونيا عاما آخر يتفق على إنشاء شركة في هذه الدولة المتعاقدة ، تساهم هذه الدولة في رأس مالها بنسبة معينة ، و يتوقف تحديدها على قانون هذه

الدولة ، أو على بعض الاعتبارات الأخرى ، وتمتع هذه الشركة بجنسية هذه الدولة إلا أنها تخضع لسيطرة المصالح الأجنبية عليها. فهل تتوافر الصفة الدولية في هذا العقد المبرم ؟ أم أنه يعد عقدا داخليا على أساس أن الشركة تعتبر شركة وطنية ؟ لقد أجابت على هذا الإشكال المادة 25 فقرة 2 من اتفاقية واشنطن السالفة الذكر حيث أنها أدخلت في فئة الأشخاص التابعين لدولة أخرى ، كل شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع اتفق الطرفان من أجل أعمال أحكام المعاهدة على اعتباره شخصا تابع لدولة أخرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليه . فهي بذلك استثنت الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق الأطراف على معاملته معاملة المتعاقد الأجنبي ، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه ومع عدم وضع تعريف محدد لما يشكل السيطرة الأجنبية¹.

ثالثا: الخلاف الفقهي حول منح الشخصية القانونية الدولية لهذه الشركات وموقف المشرع الجزائري منها.

آن بروز الشركات متعددة الجنسية كوحدة اقتصادية قوية مؤثرة في مجرى العلاقات الدولية ، جعل الجدل الفقهي يخدم حول إمكانية اعتبارها شخصا قانونيا دوليا من عدمه، و هذا مرده في الحقيقة إلى غياب تأصيل نظري واضح للمركز الحقيقي للشركات متعددة الجنسية في القانون الدولي العام من جهة ، و غياب تنظيم دولي محدد المعالم لتنظيم عملها من جهة أخرى، مما جعل فكرة تمتع الشركات متعددة الجنسية بالشخصية القانونية الدولية مازالت في مدا رجها الأولى و هي الآن تشق طريقها نحو الاستقرار .

أمام غياب رؤية واضحة عن حقيقة مكانة الشركات متعددة الجنسية، فإن هذه الفكرة لم تلقى إقبالا بشكل مجمع عليه، فتراوحت بين تيار مؤيد، وتيار متخوف، و آخر معتدل.

¹ بوجلطيعزالدين، المرجع السابق، ص 355.

حيث وان كانت الدول ذات السيادة و منذ وقت طويل هي التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية دون غيرها من الكيانات الدولية الأخرى ، إلا أن ما طرأ على العلاقات الدولية في السنوات التي تلت الحرب العالمية الثانية من عوامل و اعتبارات عديدة ، نتج عنها تغير جذري في الكثير من أنماط و صيغ هذه العلاقات و ترك الباب مفتوحا أمام دخول أعضاء جدد في المجتمع الدولي ، و كان بروز الشركات متعددة الجنسية كقوة فاعلة في العلاقات الدولية إيذانا بأن هنالك نوعا من التغير على المستوى البعيد سيحصل في بنية الجماعة الدولية أو بتعبير أوسع ، في بنية القانون . ومن دراسة بيئة الشخصية القانونية الدولية وهي المجتمع الدولي ، يتبين لنا أن هذا المجتمع في حالة تغير مستمر لما يطرأ على أشخاصه من تغيرات ، تتعلق بتحديد أدوار هذه الأشخاص ، ودخول أشخاص جدد تفرضها واقع العلاقات الدولية حيث يرى الأستاذ محمد بجاوي أن " هناك علاقة جدلية بين الشركات المتعددة الجنسيات والنظام الاقتصادي الدولي ، حيث أن الشركة هي نتاج هذا و في نفس الوقت تساهم في إيجاده."

نخلص في الأخير إلى أن الصراع الفقهي حول إعطاء شخصية قانونية دولية لهذه الشركات ولو بصفة محدودة له بالغ الأثر على تحديد طبيعة عقود الدولة ، وإن كانت هناك جملة من التوازنات على الصعيد الدولي تحول دون إعطائها هذه الشخصية ، و لعل تطور وحركية المجتمع الدولي لا تمنع إطلاق من فتح المجال لأشخاص دولية جديدة ، كالشركات متعددة الجنسيات ، ولو على المدى الطويل ، ولعل هذا سيؤثر حتما على عقود الدولة ، وقد يجسد حقيقة تحديد مفهوم بطريق جذري.

ان أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية الموقعة بين الجزائر ودول أخرى تعتمد لدى تحديدها لرعية الدولة الأخر كشخص معنوي على معيار التأسيس. كونه مؤسس طبقا للقانون الوطني لأحد الطرفين أو على أساس المقر الاجتماعي أو أيضا على أساس التسيير أو الرقابة المباشرة أو الغير مباشرة الممارسة من طرف رعايا أحد الطرفين المتعاقدين عليه.

وتعرف اتفاقيات أخرى المستثمر الأجنبي كشخص معنوي بالنظر إلى الطبيعة القانونية له. كشركة من القطاع العام أو من القطاع الخاص أو استنادا إلى الشكل القانوني الذي يجب أن تأخذه هذه الشركة كما تحدد بعض الاتفاقيات الأخرى المستثمر الأجنبي على أنه كل شخص معنوي يقوم باستثمارات على تراب الطرف الآخر.

الملاحظ في هذه الاتفاقيات، هو أن جلها تركز في تعريفها للمستثمر الأجنبي على المقر الاجتماعي الذي يجب أن يكون على إقليم أحد الطرفين وعلى قانون التأسيس الذي هو مرتبط بالقانون الوطني لأحد الطرفين بالإضافة طبعا إلى الشكل القانوني الذي يجب أن تأخذه الشركة طبقا لإرادة الطرفين والقوانين المعمول بها في البلد المضيف للاستثمار. إن الشيء المؤكد، هو تعدد العناصر وتنوعها في تعريف المستثمر. إلا أن القاسم المشترك لكل هذه التعريفات، هو استنادها في النهاية إلى القوانين المعمول بها على إقليم كل طرف. إلا أن الاتفاق على تعريف واحد مثل مصطلح "مقر اجتماعي" مثلا قد يكون صعب التحقيق، إذا كانت الاتفاقيات كلها تحيل إلى قوانين أحد الطرفين.

لقد أنصب اهتمامنا في تحديد ما هو المستثمر الأجنبي على الشخص الاعتباري دون الأشخاص الطبيعيين. وهذا لسببين: السبب الأول، وهو أن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة عادة ما يكون شركة أي شخصا اعتباريا. أما السبب الثاني، وهو أن جل المستثمرين إن لم نقل كلهم، هم بمثابة شركات عملاقة تشتغل في قطاع الطاقة. والأمثلة كثيرة في الحقيقة، بالنسبة لهذا النوع من الأشخاص الاعتبارية الأجنبية مثل شركة "بريتش بتروليوم BP" التي تملك الحكومة البريطانية جزءا من رأسمالها، وكذلك الشركة الإيطالية أجيبي AGIP والتي تملك الحكومة الإيطالية أيضا جزءا من رأسمالها إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وأيضا الشركة الفرنسية إيراب ERAP.

وقد سبق أن أبرمت شركة "سونطراك" العديد من عقود الشراكة مع هذه الشركة أو تلك في إطار البحث والاستكشاف في مجال البترول، أو في إطار الاستغلال المشترك للحقوق البترولية. وبالرغم من

ذلك كله، يشير موضوع تحديد الشخص الاعتباري المتعاقد مع الدولة العديد من التساؤلات. خاصة وأن المعايير المعتمدة في تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر باعتباره شخصا معنويا هي عديدة ومتنوعة.

فالاتفاقيات التي أطلعنا عليها تنظم موضوع تحديد الشريك الأجنبي بالنظر إلى القوانين الوطنية لكل طرف. وعليه، فهذا الأخير هو حر في أن يحدد من هو المستثمر الأجنبي بالاعتماد على أي معيار يختاره هو في إطار السيادة التي يمارسها على إقليمه. إلا أنه بالنسبة للقوانين الوطنية عموما وفي المعاهدات وكذا الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، فالجنسية تعد أحد العوامل المكرسة من قبل أغلب التشريعات الوطنية في تحديد ماذا نقصد بالمستثمر الأجنبي. وبعبارة أخرى، فالمسألة تتعلق بمعرفة ما إذا كانت توجد بين الدولة والشركة الأجنبية رابطة خضوع مماثلة لتلك الرابطة العائدة للأشخاص الطبيعيين حتى يمكن إثبات أن ذلك الشخص هو تابع لدولة معينة.

وللإجابة عن هذه المسألة، لا بد من الاستعانة بالقانون الذي أسست الشركة تحت ولايته، حتى وإن سلمنا سلفا أن قوانين الأطراف في معاهدات الاستثمار المتبادلة ليست دائما متشابهة لأنها لا تتبع ذات السيادة. إلا أنه عموما، لا يختلف أحد اليوم في أنه إذا كان بالنسبة للأشخاص الطبيعيين معايير الجنسية هي مستخلصة من واقعة وحيدة هي رابطة الأرض ورباطة الدم، فإنه بالنسبة للشركة الأجنبية وكشخص معنوي، فإنه يصعب تطبيق مثل هذه الواقعة عليها. ونظرا لتعدد المعايير المستعملة كبدايل عن الواقعة السالفة الذكر، فتبدو هي أيضا متعددة ووهمية واحتيالية. وانطلاقا من الصعوبة في مدى الأخذ بكل هذه البدائل، فإن المزج بين مفهومي الجنسية والموطن هو الأكثر استعمالا وانتشارا اليوم. والدليل على ذلك، أن القانون المدني والقانون التجاري قد وظفا النصوص المتعلقة "بموطن" الشركات الذي لا يخرج عن كونه تعبير غير مباشر عن جنسية الشركة¹.

¹ بوجاطي عزالدين، المرجع السابق، ص 357-358

ومن جهة نظر بعض الفقهاء، فإنه يجب التمييز هنا بين نوعين من الجنسية جنسية القانون الخاص التي تعطي تبعية قانونية للبلد المضيف للاستثمار وجنسية القانون العام التي تنطوي على تبعية سياسية وما ينجر عنها من مسائل تتعلق بالمسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية.

وبالنتيجة إذن، هو أن هذه الشركة تخضع لتبعية قانونية جزائرية باعتبارها شركة تجارية من شركات القانون الجزائري وتخضع كذلك لتبعية أجنبية باعتبارها تمثل فرعاً لشركة أم أجنبية. و بما أن جنسية الشركة الأجنبية تتحدد بموجب القانون، فإن السؤال الذي يطرح نفسه:

ما هي المعايير المعتمدة من طرف القانون والتي بمقتضاها يمكن تحديد جنسية الشركة الأجنبية. ؟

إن المعايير في الحقيقة متعددة، والمشكل في نظر العديد من الفقهاء هو كون الشركة الأجنبية تمثل في نفس الوقت عقداً وشخصية معنوية. فإذا أخذنا بعين الاعتبار معيار الصفة التعاقدية للشركة، فهذا يقودنا إلى منح الشركاء حرية كبيرة في تحديد جنسية الشركة. أما إذا قلنا أن الشركة هي قبل كل شيء شخصية معنوية فهذا يترتب عنه اشتراط مقر اجتماعي حقيقي. ومهما يكن من أمر، فإن كلا من المعيارين، المعيار المرتكز على العقد، والمعيار المرتكز على الشخصية المعنوية يلتقيان في معيار واحد وهو كونهما يشكلان معيارين موضوعيين، بمعنى أنهما يرتكزان على مفهوم شركة. وعلى النقيض من ذلك نجد معايير أخرى وهي معايير ذاتية تقوم على شخصية الشركاء والمديرين والتي تعتمد على معيار المراقبة¹.

بالرغم من كل هذه المعايير، فإن المرجع في القانون الجزائري قصد تحديد جنسية الشركة الأجنبية حتى وإن كان المشرع لم ينص صراحة عليه هو المقر الاجتماعي. تنص المادة 547 من القانون التجاري مثلاً على أن "موطن الشركة يكون في مقرها الاجتماعي". كما تؤكد المادة 50 من القانون المدني على أن

¹ Sur l'ensemble de la question, voir. Issad. M, Droit international privé. Les règles matérielles, OPU, Alger, 1983, p. 246

هذا المقر "هو المكان الذي توجد فيه إدارة الشركة". وتضيف نفس المادة أنه بالنسبة للشركات "التي يوجد مقرها الاجتماعي في الخارج والتي تمارس نشاطات في الجزائر يعتبر مقرها موجودا في الجزائر بالنسبة للقانون الداخلي".

يظهر لنا جليا أن المادة 50 لها علاقة بالمادة 547 من القانون التجاري التي تنص على أن الشركات "التي تمارس نشاطا في الجزائر تخضع للقانون الجزائري" وهذا الحل يشكل بمثابة تطبيقا لقاعدة دولية عامة والتي مفادها أن ممارسة أي نشاط ضمن إقليم يخضع للقانون الإقليمي. ونفس المعيار أي معيار المقر الاجتماعي وجدناه في العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تعرضنا إليها. كما جرى اعتماده أيضا من طرف العديد من الاتفاقيات القنصلية والقضائية التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى.

يستنتج مما سبق ذكره، أنه يوجد فعلا تلازم بين تأسيس الشركة الأجنبية في الجزائر وبين مقرها الاجتماعي الذي يقتضي أن يكون على إقليمه. والنتيجة التي تترتب عن ذلك هو فرض الجنسية الجزائرية على هذه الشركة.

الفرع الثاني: ذاتية عقد الاستثمار من حيث الشروط المدرجة فيه.

بالرجوع إلى الخصائص العامة للعقود المبرمة في مجال الطاقة وفي إطار العلاقات التجارية الدولية فإننا نلاحظ احتوائها على شروط غير مألوفة في العقود الدولية الأخرى و حتى على افتراض معرفة هذه العقود الدولية لهذه الشروط فإن الأسباب الداعية إلى وجودها في عقود الدولة تختلف عن الأسباب التي قد تدعو إلى وجودها في العقود الدولية العادية على نحو يجعل من وجود هذه- الشروط والأسباب الداعية لها - في عقود الدولة سببا يضيء الطابع الخاص الاستثنائي لها . تتمحور أساسا في ثلاث شروط تضيء الذاتية على عقد استثمار الطاقة ألا وهي:

-تضمن عقد استثمار الطاقة شرط عدم مخالفة النظام العام وشرط الحماية من المخاطر

-تضمن عقد استثمار الطاقة شرط عدم المساس أو الثبات التشريعي

-تضمين عقد استثمار الطاقة شرط التحكيم

الفقرة الأولى: الذاتية من حيث شروط عدم مخالفة النظام العام وشروط الحماية من المخاطر:

أولاً- تضمين عقد استثمار الطاقة شرط عدم مخالفة النظام العام

أن فكرة النظام العام فكرة قديمة ولكن أصبحت في الوقت الحاضر من أسس القانون الدولي الخاص لأنه متعلق بمسالة القانون الواجب التطبيق إذ من غير المعقول أن يطبق القانون الأجنبي أن كان يتعارض مع النظام العام في الدولة الطرف في عقد استثمار بصفة عامة وفي الطاقة بصفة خاصة النظام العام هو صمام الأمان للأسس الجوهرية في العلاقات ذات الطابع الدولي الذي يشكل الاستثمار أهم أشكاله حيث يؤكد الفقهاء على أهميته ودوره كأداة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق.

وفي هذا السياق نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 24 من القانون المدني المعدل المتمم بموجب القانون 05-10 لسنة 2005 على انه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر".¹

انطلاقاً من هذه المادة يتضح الدور الاستعادي الذي يقوم به النظام العام وهذا لطبيعة العقد المبرم بين الدولة والطرف الآخر -فكرة الذاتية - لان المشرع الوطني لا يمكنه أن يعرف مقدماً مضمون القوانين الأجنبية التي ستطبق على هذه العلاقة التعاقدية ، وعلى هذا الأساس يرفض تطبيق القانون الأجنبي حفاظاً على نظامه القانوني الوطني ، وحماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضاً كلياً مع أحكامه ، لذا فتطبيق القانون الأجنبي يكون مشروطاً بقيد مفاده عدم التعارض مع قواعد النظام العام في الدولة الطرف في العقد.

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام الجزء الأول القاهرة 1952 ص 299

لقد أدت التغيرات التي عرفتها الساحة الدولية إلى ظهور فكرة النظام العام الدولي بمفهوم يختلف نوعاً ما عن فكرة النظام العام المعمول به في إطار القوانين الداخلية وهذا بالرغم من أن الفكرة تهدف في مجموعها إلى صياغة المصالح الجوهرية للمجتمع لكن مع بقاء الاختلاف قائماً من حيث التطبيق، فهي تعني في إطار القانون الداخلي ضمان عدم الخروج الإرادي عن القواعد القانونية الآمرة بينما تطبق فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

فقرة ثانية: اثر شرط عدم المساس على ذاتية عقود الدولة في مجال استثمار الطاقة

بناءً على ما سبق فانه يتم إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة من أجل منع لدولة الطرف في العقد - بوصفها سلطة تشريعية- من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد ، وتثبيته على ما كان عليه وقت التعاقد ، بحيث لا يتضرر المتعاقد الأجنبي المتعاقد مما قد يطرأ على تشريعاتها بعد انعقاد العقد . ويرر البعض شرعية هذه الشروط إلى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، حيث يقصد به على الصعيد الدولي أن الدولة المضيفة للاستثمار لها مطلق الحرية في تغيير أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل على شرط ألا يشكل هذا التغيير أي مساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم .

وما يهمننا في هذا الشق من البحث أن شروط الثبات حاولت التوفيق بين مبدأين مختلفين:

- مبدأ سيادة الدولة في التعاقد.
- ومبدأ حرية التعاقد والمساواة بين الأطراف في الحقوق والالتزامات في العقود الدولية.

المبحث الثاني: اعتماد سلطات الضبط في قطاع المحروقات.

إن عملية الانتقال من الدولة المحسنة إلى الدولة الضابطة تتطلب ضرورة وضع قواعد تهدف إلى بناء اقتصاد السوق ومتابعة التصرفات المضرة بها، وكذا كل ممارسة منافية لمبدأ المنافسة الحرة.

غير أنه يمكن القول، رغم فتح مجمل القطاعات للمبادرة الاقتصادية الخاصة والمنافسة إلا إن هذا يبقى يحمل طابع الخدمة العمومية وعلى الدولة أن تتدخل لكي يحترم المتدخلين الاقتصاديين الأعباء الخاصة بالخدمة العمومية، كما هو الحال في مجال توزيع الطاقة والغاز وتوصيلات المياه والاتصالات، وبالرجوع إلى قطاع البنوك والخدمات نجد أنه على الدولة أن تسهر على ضمان مصالح الزبائن أو المستهلك، وهذا ما يؤكد ضرورة تدخل الدولة إلا أن الطابع المميز لها التدخل يختلف عما كان عليه

سابقا، فعلى الدولة أن تتخلى على الرقابة والوصاية الإدارية وتبني أشكال جديدة للتدخل السابقة ويعالج النقائص التي يمكن أن تلحق ضرر بالسوق ويكون ذلك من خلال إصدار قوانين جديدة وإنشاء سلطات يخول لها ضبط القطاعات وبعبارة أخرى قد يمثل الضبط: "إعادة تأسيس مشروعية تدخل الدولة وفق أشكال جديدة ولا يعني بتاتا نفي دور الدولة في الأداء الحسن لدواليب الاقتصاد" ومن أجل الاستجابة لهذه المتطلبات تم إنشاء سلطات ضبط مستقلة.

المطلب الأول: الدوافع المؤدية إلى تبني سلطات الضبط.

من أجل تأطير فعال لآليات السوق، كان على المشرع أن يعتمد هياكل مختصة بذلك والمتمثلة في "سلطات الضبط". ويمكن إرجاع تاريخ اعتماد هذه الهيئات إلى التجربة الأمريكية في البداية ثم انتقلت بعد ذلك إلى أوروبا وأخيرا تبنتها الجزائر وذلك تحت " ادعاء بأن الأصناف القانونية أصبحت عالمية " وإن إنشاء مثل هذه الهيئات يكرس ظهور الدولة الضابطة وقد جاء تلبية للطلبات العديدة أو الملحة لأنصار اقتصاد السوق وبالرغم من ذلك فإن مدلول فكرة الضبط يظل محل نقاش إلا أنه قد اتفق بعض الفقهاء

وعلى هذا المفهوم يشترط: " دمج وظائف عديدة كانت منفصلة عن بعضها البعض في الإدارة التقليدية بين أيدي سلطة ضبط واحدة."

الفرع الأول: في القطاعات الأخرى بصفة عامة.

إن الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر سنة 1988م مازالت مستمرة إلى غاية اليوم وقد عرفت عدة مراحل:

فالمرحلة الأولى كانت من: 1988 إلى 1990: وكانت هذه الإصلاحات "إصلاحات ذاتية" تميزت بكثرة النصوص القانونية وكان الهدف منها هو إجراء مسح شامل للمحيط الاقتصادي الذي تعيش فيه المؤسسة العمومية الاقتصادية وهو مرحلة تمهيدية لعملية الفصل بين السيادة والمتاجرة وذلك عن طريق منح المؤسسات العمومية الاقتصادية الاستقلالية وتكثيف العلاقات بين مختلف المؤسسات العمومية الاقتصادية في مجال الأنشطة المختلفة وفقا لمبدأ التخصص " بطريقة تضمن احترام الميكانيزمات والآليات الجديدة للعرض والطلب في السوق بغية تمكينها من التحكم في مبدأ الإدارة التجارية الخاصة وكانت الغاية من ذلك - من الإصلاحات الاقتصادية - هي تجاوز الأزمة الاقتصادية أو التخفيف منها مع الحفاظ على التوازن بين النظرة الاقتصادية الجديدة والخيار السياسي للبلاد، وتجنب النتائج الاقتصادية الخارجية على المجتمع الجزائري.¹

أما بخصوص المرحلة الثانية فقد كانت من 1990 إلى 1994 وتميزت بتأكيد فكرة ضرورة الانتقال إلى السوق بكيفية تدريجية وسطية بالتكيف مع المعطيات الجديدة التي ظهرت على مستوى المحيط الاقتصادي الدولي، غير أن انعدام الاستقرار السياسي الذي ميز تلك المرحلة زاد من تدهور أكثر للاقتصاد الوطني الذي وصل إلى طريق مسدود ساهمت فيه جملة من العوامل المتشابكة، وجراء ذلك قامت الحكومة الجزائرية

¹ محمود شحماط: قانون الخوصصة في الجزائر (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة منتوري، كلية

الحقوق، قسنطينة 2007، ص 75.

باتخاذ إجراءات جديدة ومعقدة، تمثلت في التعجيل بإجراء إصلاحات مالية وهو قرار كان ضروري من البداية لمسايرة الإصلاحات الاقتصادية الجارية، وكما ذكرنا سابقا كان أول قانون هو قانون النقد والقرض لسنة 1990 ثم بورصة القيم المنقولة لسنة 1993، تلاهما المرسوم التشريعي المتعلق بتوجيه الاستثمار لسنة 1993 والتعديل الهيكلي الذي كان في سنة 1994، ولقد كانت هذه النصوص بمثابة القبول الأول للذهاب إلى الخصوصية وتوسيع دائرة نشاط القطاع الخاص على حساب القطاع العمومي الذي لم يستفيد من إنشاء أية مؤسسة عمومية اقتصادية جديدة منذ سنة 1980 والموجود منها كان يعيش في أزمة فعلية، لأن السبب في ذلك هو ضرورة الذهاب إلى اقتصاد السوق القائم على حرية الأسعار المنافسة الحرة ومسايرة الأوضاع الاقتصادية القائمة بحسب نظرا السلطات العمومية وليس وفق المواصفات التي يتطلبها اقتصاد السوق، وعلى ضرورة تحقيق السلطات العمومية التوافق بين الاقتصاد الكلي واحتكار الدولة للمجال المالي كان من أجل تفادي الانهيار والسقوط الكلي للاقتصاد المالي.¹

ولقد بينت صورة الانفتاح الاقتصادي على القطاع بصدور المرسوم التشريعي المتضمن قانون ترقية الاستثمار في سنة 1993 وتنظيم القطاع مع تمركز سلطة القرار الاقتصادي في يدي البنك المرتبط عضويا ووظيفيا بالنمو السريع الذي يعد بمثابة الركيزة الأساسية للدولة في المجال الاقتصادي هذا ونجد أن الاقتصاد الموازي الذي يبرز فوضى السوق المالية قد ساهم كغطاء في التمثيل الاقتصادي للدولة على مستوى المنظومة المالية. الدافع الذي أدى بالسلطة الجزائرية إلى إبرام اتفاقية الامتثال مع الهيئات المالية الدولية بغية إرساء الثبات على الوضع المالي للدولة الجزائرية، حيث تعهدت هذه الأخيرة في هذا الاتفاق بأن الدخول مباشرة في تطبيق مخطط التعديل الهيكلي يكون أهم شروط الاتفاق، الذي يعد التمهيد للانتقال نحو اقتصاد السوق كما نصت على ذلك المادة 24 من قانون المالية التكميلي سنة 1994، التي ترخص للمؤسسة العمومية الاقتصادية بالتنازل عن أصولها، حيث تلي هاته الأحكام مباشرة، صدور قانون الخصوصية للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الذي أعقبه صدور الأمر رقم 95-25 المتعلق بالشركات العمومية القابضة وهي

¹ محمود شحماط: المرجع السابق، ص 76-77-78

تعتبر بمثابة البداية لتوسيع القطاع الخاص، الذي شكل نقطة التقاطع مع الإصلاحات المتعلقة بالاستقلالية، والاختلاف حول طبيعة التوجه الاقتصادي.

هذا ونجد أن القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14/04/1990 المتضمن النقد والقرض قد فصل في مهام كل من محافظ البنك المركزي ومجلس النقد والقرض باعتباره مجلس إدارة البنك المركزي وممثل للسلطة السياسية بإصداره العملية النقدية، إلا أنه نجد أن التطور الجديد في النصوص القانونية لم يكن مصحوب بتطور مساير له في المنظومة البنكية الشيء الذي إفراز إعاقاة الإصلاحات الاقتصادية، لأن القائمين على هذه الأخيرة لم يعتمدوا إستراتيجية في مجال الإصلاح المالي ولا اختيارات واضحة تستجيب لمتطلبات اقتصاد السوق، ونرى أن التسيير المالي للبنوك بقي بعيد عن كل منطق اقتصادي مالي وبقيت النظرة السياسية هي الطاغية عليه ونجد أن المعيار الدال - الخيط الدال - المعجز الذي يعيشه النظام الاقتصادي إلى اليوم هو فكرة التسيير الخاص للبنوك العمومية دون معالجة معضلة تذبذبات المؤسسات المالية وكانت هذه الفكرة بداية لازمة جديدة للمنظومة المالية والتي تجسدت في تكديس الأموال دون الاستغلال التي ضاع معها التسيير العقلاني للاقتصاد الوطني من خلال توظيف الأموال وتطوير المؤسسة الاقتصادية التي غاب معها استقرار الرأي حول مستقبل التنمية فيها، لأن اختيار الجزائر للتوجه نحو اقتصاد السوق لم يكن قائما على المعرفة الاقتصادية ولكن كان بناءا ضغوط المحيط الدولي.¹

ويمكن إرجاع السبب عدم استقرار الأوضاع الاقتصادية للبلاد هو الغياب التام لأية نظرة اقتصادية للمنظومة المالية التي تتسم بالطابع التجاري المحدد للأغلبية في استيراد البضائع الجاهزة للاستهلاك بما فيها المواد الغذائية، ونجد أن الإصلاح الفعلي من جانب المنظور الاقتصادي يتجسد من خلال ضرورة استقلالية سلطات " النقد والقرض" عن السلطات السياسية، وهذه الاستقلالية هي الركيزة الأساسية التي يقدم عليها اقتصاد السوق، وقد أيد هذه الفكرة القانون رقم 90-10 الملغى غير أن الإصلاح الجديد الذي أتى به الأمر رقم 03-11 المتعلق هو الآخر بالنقد والقرض رفض الفكرة السابقة استقلالية السلطات عن السلطة

¹ محمود شحماط: المرجع السابق، ص 84.

السياسية - وقال بضرورة استرجاع الحكومة تسيير الشؤون البنكية وإخضاع سلطات البنك إلى " السلطة السياسية "، ولكن هذا المبدأ نجده يخالف المبدأ القائم حاليا للبنوك المركزية في العالم مثل ما تنص عليه المادة 1 من قانون بنك فرنسا.

إن النتيجة التي يمكن التوصل إليها، هو أن الجزائر قد نجحت بالفعل في إطار الإصلاحات الاقتصادية الجارية حاليا، من تحقيق التوازنات الكلية، على الصعيد الاقتصادي، غير أن هذا النجاح لم يتبع بتطبيق إصلاحات هيكلية على مستوى المؤسسات المالية، وكل هذا راجع لضعف هيئات الدولة المشرفة وفي مقدمة ذلك المنظومة البنكية، وانعدام فهم سياسة الإدارة والتسيير للمبالغ المالية، وفي مجمل القول نجد أن الحكومة الجزائرية أصبحت سنة 2005 تتعامل بحرية تامة، حيث ركزت اهتمامها على مراقبة احتياطي الصرف بالعملة الصعبة وسعر برميل البترول. هذا ونجد أن الجزائر، حاولت خلال العشرية الماضية، عصره النظام البنكي المالي لكن الشيء الذي يعاب هو أن تجسيد الإصلاحات في مجال الضبط والرقابة ما زال يعرف بطء كبير على الرغم من أن قطاع المحروقات يحقق موارد كبيرة للدولة الجزائرية إلا أن الشيء الذي من الضروري إعادة النظر فيه مسأله إصلاح البنوك العمومية التي يجب أن تعتمد على ثلاثة محاور أساسية من أجل تدعيم دور التمويل البنكي في التنمية بصفة عامة:

فالمحور الأول يتعلق بضرورة القيام بفتح رؤوس الأموال البنوك العمومية للمبادرة الخاصة.

أما المحور الثاني فهو يخص ضرورة الإسراع في تطوير مناخ محيط الاستغلال لدى البنوك العمومية للحد من نفقات الوساطة المالية، وبالنسبة **للمحور الثالث**، فهو يخص ضبط التحكم في السيولة النقدية الناتجة من المحروقات وذلك بالتركيز على الأطوار التي تحد من المخاطر على البنوك وترك المجال للمنافسة من أجل استقطاب الاستثمار الأجنبي القائم على الرأسمال وحرية التجارة العالمية - ولهذا يجب على السلطات العمومية أن تنتقل من الفهم الإداري في التسيير الخاص للبنوك العمومية إلى الفهم الاقتصادي، ذلك لأن اقتصاد البنوك " يتحدد بطبيعة الملكية وحق التصرف في رأس المال التأسيسي من أجل تطوير الإصلاحات الاقتصادية وكسب فرصة جلب الاستثمار الأجنبي والوطني والسماح للبنوك الخاصة ذات رأس المال

الجزائري من الوصول إلى السوق المالية، بالإضافة على حذف التدابير التي تمنع البنوك من أن تكون بنوك ودائع نظرا لماله من انعكاسات على التفتح الاقتصادي والتحول نحو اقتصاد السوق وهذا ما جعل من البنوك الأجنبية عند تعاملها مع البنوك الخاصة الجزائرية تتحفظ في بعض النقاط، حيث شكل " بنك الخليفة " انتكاسة حقيقية للإصلاحات في مجال الخوصصة للملكية العامة على المدى المتوسط والبعيد مست بمصدقية البنوك الخاصة الموجودة في الجزائر لدى الأوساط المالية¹.

الفرع الثاني: في قطاع المحروقات بصفة خاصة.

لقد كان التأخر، الذي شهدته عملية نقل ملكية القطاع العمومي إلى القطاع الخاص ناتج عن عزوف المستثمرين وخاصة الأجانب أثره على التفكير في إيجاد آلية للتحويل إلى السوق العالمية، وكان القطاع المحروقات من بين المحاور الأساسية لتجسيد الفكرة وذلك راجع لسببين، يتمثل الأول، في تسريع وتيرة الاستثمار في قطاع البترول والغاز، باعتبار الجزائر في حاجة إلى السيولة المالية، ويتمثل الثاني وهو السبب غير المباشر في إعطاء دفع قوي لمسار خوصصة ملكية القطاع العمومي البطيء إذ أن التعامل مع قطاع المحروقات الذي يعتبر من القطاعات الاستراتيجية يندرج ضمن الإصلاحات الاقتصادية السارية، ونجد أن كل المؤشرات تبرز بأن الجزائر أصبحت تتناقش من موقع أكثر راحة وطمأنينة مع المتعاملين الأوروبيين أو المتعاملين الأجانب، هذا ونجد الأجانب، أن الشركات البترولية الكبرى الغازية تفرض هيمنتها على السوق الأوروبية لذا نجد أن دول الاتحاد الأوروبي في حاجة إلى التحرر من هذه الهيمنة إن القانون رقم 05-07 المتعلق بقطاع المحروقات قد فصل بين السلطة التي كانت تتمتع بها شركة سوناطراك ونشاط قطاع المحروقات ولهذا الغرض تم إنشاء وكالتين: الوكالة الوطنية التي تتولى " سلطة الضبط " في قطاع المحروقات والوكالة الوطنية التي تشرف على تامين موارد المحروقات، " النفط "، هذا ونجد أن البعد الاقتصادي لإشكالية قطاع المحروقات طبقا لأحكام القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات قد شكل حسب آراء العديد من المختصين المهتمين بالقطاع دخول شركة سوناطراك مجال المنافسة الدولية بعد إعفائها من مهمة السلطة

¹ محمود شحمات: المرجع السابق، ص 95.

العامة التي تعارض بصفة مباشرة مع الممارسات التجارية والصناعية. لكن كأمد الذي سيعكس آثار سلبية على شركة سوناطراك هو أن دخولها مجال المنافسة مع الشركات المتعددة الجنسيات سيكون مؤلماً بالنسبة للاقتصاد الجزائري نتيجة عدم قدرتها على المنافسة بسبب محدودية قدرتها التكنولوجية، خاصة وأنه لم يتم تحديث وسائل الإنتاج في مجال البترول والغاز، وهذا ما يجعل الفرصة سائحة للمستثمرين الأجانب من أجل تحقيق الأرباح، هذا ونجد أن الفصل بين المهام التجارية والصناعية لسوناطراك، على أساس أنها مؤسسة وطنية منتجة للثروة، ووظيفة الدولة باعتبارها المالك للقطاع العمومي هو خيار غير صائب لأنه لا يتوافق وانسحاب الدولة من الأنشطة الاقتصادية، لأن هذا الفصل الذي جاء به القانون رقم 05-07 لا يتطابق مع الواقع التطبيقي، خاصة وأن وكالتي " الضبط " و " النفط " تقومان وحساب الدولة بحمة الضبط والتقييم وفي ذلك خرق لدستور البلاد.

ويمكن القول أن مسألة ضبط حاضر المستقبل الاقتصادي للجزائر في إطار الفصل بين السلطة والاقتصاد داخل مؤسسة سوناطراك من أجل إبراز القوة، قد يكون سبباً فعالاً لجعل السوق الجزائرية قوة لجذب الاستثمارات الأجنبية في العديد من القطاعات، ويكون البديل لإخراج الجزائر من التبعية بنسبة 98% من قطاع المحروقات. وهذا ما يكون دافعا لدخول الاقتصاد الجزائري مجال السوق العالمية التي من بين أسسها النظرية هي حرية تنقل رؤوس الأموال بالخصوص الاستثمارات الأجنبية المباشرة التي تعتبر بدائل لما كان عليه الوضع في السابق، كالإعانات ومنح القروض¹.

التي أظهرت عدم فعاليتها إلى جانب هذا نجد أن مصطلح " الني وليبرالية الجديدة " الشيء المميز لها اليوم هو ظاهرة الزيادة في سيطرة المتعددة الجنسيات على النشاط الاقتصادي، على شكل استثمارات مباشرة أو تمويلية التي تتردد على الاستثمار في قطاعات مفتوحة للشراكة وتتسارع على الاستثمار في قطاع المحروقات لأنه يقدم مصالحها. هذا ونجد أن المبدأ الذي أتى به القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات القائم على الفصل بين مهام سوناطراك كمؤسسة وطنية منتجة للثروة، ودور الدولة المالك

¹ محمدو شحماط: المرجع السابق، ص 217.

للشركات الباطنية، وبهذا تتحرر سوناطراك من عبء العمل لفائدة الدولة فتركز عملها على النشاط الاقتصادي وعلى هذا الصعيد يمكن طرح السؤال التالي: هل يعني قانون 05-07 المتعلق بالمحروقات، مرحلة تمهيدية لبداية خصوصية الثروة الوطنية الاستراتيجية؟ إن الوصول إلى الإجابة عن هذا السؤال تحتاج إلى مناقشة أحكام هذا القانون 05-07 بالنظر إلى درجة تأثيره على طريق الإصلاحات الاقتصادية القائمة هذا من ناحية، والتخوف الكبير من مسألة التنازل عن الابار النفطية للشركات الأجنبية، لأن هذا يثير معارضة كبيرة من قبل الرأي العام المتخصص، هذا من ناحية أخرى وكل هذا كان من الدوافع والأسباب التي أدت إلى عدم صدور النصوص التنظيمية لهذا القانون 05-07 المتعلق بالمحروقات - وكان تعديله بموجب الأمر رقم 06-10 الذي اعتمد على قانون الأعمال بدل قواعد الالتزام التي تضمنها القانون رقم 05-07 المتعلق بقطاع المحروقات. بالإضافة إلى هذا، فالمسألة التي يمكن أن تضع الجزائر في مشكلة كبيرة وأزمة حادة هي مسألة الفصل بين وظيفة الدولة عبر وكالتي " الضبط " و " النفط " وبين مؤسسة سوناطراك، التي أتى بها القانون رقم 05-07 يجعل من مؤسسة سوناطراك منافسة للشركات الأجنبية البترولية العاملة في الجزائر دون توفرها على الميكانيزمات اللازمة والمعلومات الكافية التي تمكنها من السيطرة على وضع السوق، وكل هذا ينعكس سلبا عليها بالدرجة الأولى وعلى الدولة بالدرجة الثانية. لأن هذا الاختيار كما ذكرنا سابقا ليس مبنيا على دراية بقدر ما هو عنف قانوني. إن عدم فهم الدولة الجزائرية، للتوجه الذي اختارته، يجعل من الشركات البترولية الأجنبية تصبح هي المالك للحقول النفطية دون منازع ودون شريك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجزائر تفقد ورقة سياسة التفاوض من مركز مريح مع دول الاتحاد الأوروبي الذي تربطه بالجزائر اتفاق شراكة، لهذا فإن السؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو: ما مدى فعالية الأمر رقم 06-10 المعدل والمتمم للقانون رقم 05-07 - المتعلق بالمحروقات في إرساء قواعد عودة الوعي الاقتصادي للجزائر؟ إن الإجابة على هذا السؤال تمكننا من القول بأن الجزائر حق مراقبة الحقول النفطية بنسبة 51% مقارنة بالشريك الأجنبي الذي له نسبة 49% أي أن الأغلبية تكون لها - للدولة الجزائرية. بالإضافة إلى حق الدولة في ممارسة سيادتها على مواردها الطبيعية كأى دولة مستقلة لها هذا الحق، زيادة على هذا نجد أن الجزائر أصبحت في وضع ملائم من أجل تمشين الوعي الاقتصادي لديها وتحقيق التنمية من خلال مراقبة الثروة النفطية، وبالخصوص أمام التقارب الحاصل بين مؤسسة سوناطراك ومؤسسة غار بروم

الروسية بالإضافة إلى التخوف الكبير الذي أبدته مجموعة دول الاتحاد الأوروبي من إنشاء كارتل لمنتجي الغاز. زيادة على تجمع منظمة الاوبك المصدر لبتترول.¹

إن مؤسسة سوناطراك بموجب القانون رقم 05-07 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-10 المتعلق بالمحروقات، أصبحت سوق فعال أو بعبارة أخرى أصبحت المحرك الرئيسي للسوق الخارجي لذا فإنه من الضروري وضع نقاط فاصلة بين مؤسسة سوناطراك باعتبارها ملك للدولة " الملكية باعتبارها سوق وطني فعال للشركات الأجنبية البترولية " الطبيعة. والدافع إلى صدور قانون المحروقات الجديد الأمر 06-10 هو اقتصاد السوق الذي له مقوماته المبدئية، أولها هو أن المؤسسة الوطنية الاقتصادية يجب أن تحتل المقدمة في خلق الثروة وتشكيل السوق وليست الدولة وثانيا. نجد أن المؤسسة الاقتصادية هي التي لها القدرة على تحقيق التنمية عبر مجموعة من المبادئ والقيم بشكل أحسن من الدولة، وأنه لا معنى للسوق إذا لم يكن قائما على حرية المبادرة الخاصة والمنافسة الحرة مع احترام قواعد الشفافية والنزاهة المطلوبة وإلا كانت المنافسة غير مشروعة، وبالتالي بأن عدم الفصل بين سوق المحروقات وثروة المجتمع الجزائري ومتطلبات السوق يجعلنا نقول بأن الجزائر ليست لها سوق على أساس أن السوق الجزائرية قد ضمة إلى السوق العالمية المفاوضات التي أجرتها الحكومة الجزائرية دون اشتراك المؤسسة الوطنية الاقتصادية في فتح السوق، إن هذا الوضع يجعلنا نطرح سؤالاً آخر يدور حول: هل القانون رقم 05-07 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-10 المتعلق بالمحروقات عندما قرر الفصل بين وظيفة الدولة ومؤسسة سوناطراك تراجع عن التأميم، أو كان بدافع الضرورة الاقتصادية؟ إن الإجابة عن هذا السؤال تكون جد صعبة وجد معقدة لأن هذا الانشغال أثار نقاشا حادا في أوساط المهتمين بقطاع المحروقات في الجزائر لأنه من القطاعات الإستراتيجية في البلاد بنص الدستور وبموجب هذا القانون قد عرضت سيادة الدولة الجزائرية على مواردها البترولية للخطر المحدق الذي يهددها في كل وقت، نظرا لأن المستثمر الأجنبي يتردد كما ذكرنا سابقا على الاستثمار في قطاعات مفتوحة للشراكة ويتسارع على الاستثمار في قطاع المحروقات هذا ما يدفعنا إلى

¹ محمود شحمات: المرجع السابق: ص 219.

القول بأن مؤسسة سوناطراك أصبحت علامة تجارية للسوق الدولي وكادت أن تقع ضحية القانون رقم 05-07 الذي فصل بين ووظيفة الدولة ودور سوناطراك " لو تمت مرافقته بالنصوص التنفيذية.¹

وفي مجمل الحديث يمكن القول، بأن دخول مؤسسة سوناطراك مجال المنافسة الدولية طبقا لقواعد اقتصاد السوق قد يجعلها تقع في خسارة اقتصادية كبيرة ومحل هذا راجع كما ذكرنا سابقا إلى عدم التكافؤ التكنولوجي وإدارة التسيير بينها وبين الشركات الأجنبية البترولية، لذا فإن الرأي الصائب هو تقوية القطاعات الأخرى خارج قطاع المحروقات التي تخلف النمو وإحداث القطيعة للتبعية في قطاع المحروقات وذلك من خلال توفير جو الاستثمار والتنافس على أساس الاقتصاد الحر الذي لا يحتاج إلا لوجود هيئات للضبط اللازم لسير اقتصاد السوق.

المطلب الثاني: مفهوم سلطات الضبط في قطاع المحروقات.

إن الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر وتحرير النشاط الاقتصادي من تدخل الدولة كان أحد العوامل المؤدية إلى صدور القانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 28 / 04 / 2005 والمتعلق بالمحروقات، وبموجب هذا القانون دخلت شركة سوناطراك مجال المنافسة الدولية، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فإن الرغبة في ضبط التنافس في السوق للأنشطة الاقتصادية دفع إلى تنصيب هيئات خاصة، عادة ما يطلق عليها " سلطات الضبط " وقد تم الاعتراف لها بموجب القوانين المنشئة لها وحتى قانون المحروقات بدورها في ضبط السوق وتنظيم العملية التنافسية، ومن ثم وجب التعريف بهذه السلطات ثم الحديث عن خصائصها.

الفرع الأول: المقصود بسلطات الضبط في قطاع المحروقات.

إن فتح بعض المرافق العامة للمنافسة التي كانت تشكل احتكار من طرف الدولة، أدى بهذه الأخيرة إلى محاولة إيجاد بعض الآليات التي تسهر على شفافية العملية التنافسية، ووجدت أن الآلية الأنسب هي " أسلوب الضبط "، لأنها الأنسب في ذلك، ونجد أن أسلوب الضبط قد يظهر في أربعة أشكال:

¹ محمود شحمات: المرجع السابق، ص 220-221.

1- أن يكون الضبط من اختصاص سلطات عمومية، بصفة مباشرة، وهذه السلطات عادة. ما تتجسد في المديرية التقنية المختصة على مستوى الإدارات المركزية.

2- إسناد مهمة الضبط مباشرة للهيئة المكلفة بالقطاع

3- أن تكون قواعد السوق هي الضابط للعملية التنافسية دون تدخل مباشر أو غير مباشر من السلطات.

4- أن يخول الضبط في بعض القطاعات الحساسة لهيئة مستقلة يتم تعيين أعضائها وفق شروط معينة تختلف باختلاف النظام المؤسسي لمختلف البلدان.

وهذا ويمكن القول، بأن الأسلوب الأخير هو الذي تبنته الدولة الجزائرية في السنوات الأخيرة، حيث نصبت بعض الهيئات المستقلة والمتمثلة في " سلطات الضبط " وذلك بخصوص بعض القطاعات، كقطاع الكهرباء والغاز وقطاع البريد والمواصلات وقطاع المحروقات..... الخ

حيث تكون المهمة الأساسية لهذه السلطات هي ضبط وتنظيم القطاعات المعنية بها. في دخولها إلى المنافسة والسهر على توفير الشروط الضرورية لإقامة منافسة فعلية مبنية على روح المبادرة الخاصة وحرية الأسعار. إن مصطلح السلطة الذي ميز به المشرع هذه الهيئات، يجعلنا نقول بأنها ليست عون من أعوان الإدارة وليست أداة من أدوات الحكومة، لأن مصطلح السلطة يعني الاستقلالية بنوعها الإدارية والمالية، والتي تبرز من خلال تزويد هذه الهيئات بالعديد من الصلاحيات التي هي من اختصاصات الهيئة الإدارية بالدرجة الأولى، كإعفاء التوصيات وإصدار القرارات والتنظيمات، وأكثر من ذلك توقيع العقوبات في حالة خرق الأعوان الاقتصاديين لقواعد قانونية معينة، غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع لا يستعمل مصطلح السلطة للتعبير عن هذه الهيئات الضابطة أو غيرها من الهيئات المستقلة وإنما يلجأ إلى استعمال مصطلحات أخرى، كمصطلح " اللجنة " كما نص عليه بخصوص هيئة الضبط لسوقي الكهرباء والغاز والتي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 02- 01 المؤرخ في 05/ 02/ 2002 والمتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز بواسطة القنوات حيث أطلق على تسميتها بموجب نص المادة 11 منه " لجنة الضبط "، كما أنه

استعمل مصطلح " الوكالة " بخصوص هيئات الضبط في قطاع المحروقات المنصوص عليهما في المادة 12 من القانون رقم 05- 07 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06- 10 المتعلق بالمحروقات والتي نصت على " تدعيان وكالتي المحروقات، " ولكن التساؤل الذي يتبادر إلى أذهاننا: " هل تؤثر هذه التسمية على دور هذه الهيئات ؟ " إن الإجابة على هذا التساؤل تقودنا إلى القول بأن التسمية لا تؤثر على أنواع الاختصاصات الممنوحة لهذه الهيئات ولا على إلزامية قراراتها، لأن المشرع قد يستعمل مصطلح اللجنة بخصوص العديد من الهيئات ويعطيها دور اتخاذ القرارات الملزمة وتوقيع العقوبات كما فعل مثلا بخصوص اللجنة المصرفية على مستوى البنك المركزي حيث منحها اختصاصات لا تقل عن تلك الممنوحة لأي سلطة مستقلة.¹

أما ما يتعلق بمصطلح " إدارية "، فهو يوحي بأن هذه الهيئات تقوم بمختلف مهامها باسم الدولة، لأن طبيعة الصلاحيات الممنوحة لهذه الهيئات هي من اختصاصات السلطة العامة، في الواقع، التي تزيد تخفيف العبء عنها من خلال اللجوء إلى وسيلة إسناد بعض اختصاصات إلى هيئات مستقلة. هذا ويمكن القول أن الضبط هو مهمة من مهام الدولة أو السلطة التنفيذية، على وجه الخصوص إلى حد يمكن اعتبار هذه السلطات بمثابة نائب للدولة بشأن ضبط القطاعات التي عينت على رأسها و نجد أن الاستقلالية التي تتمتع بها هذه الهيئات في الواقع، لها وجهان: إداري ومالي

فالأول يقصد به أن هذه الهيئات تعتبر بمثابة سلطة عامة بشأن النشاطات المعنية بها والخاضعة للرقابة وبالتالي فهي نوع من أنواع الرقابة السلمية، على الرغم من أنها تنشأ لدى رئاسة الجمهورية أو رئاسة الحكومة، إلا أنها تمارس مهامها بكل استقلالية لا يحد منها سوى النصوص القانونية التي عادة ما ترسم حدود اختصاصاتها هذا ويمكن القول أن الاستقلالية الإدارية لسلطات الضبط تظهر من خلال أعضائها، حيث يتمتعون باستقلالية تامة في ممارسة مهامهم رغم تعيينهم في أغلب الأحوال بموجب مراسيم تنفيذية،

¹ بوحلايس إلهام: الاختصاص في مجال المنافسة (بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قانون

أعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2004، 2005، ص 15.

وهم لا يخضعون لأية أوامر من الناحية القانونية، وإن كما من الناحية الواقعية، تمارس عليهم بعض الضغوطات، وقد نصت القوانين المنشئة لسلطات الضبط على تمتعها باستقلالية المالية وهذا ما يتعلق بالوجه الثاني، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون رقم 2000-03 المتعلق بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بالإضافة إلى إعادة المادة 112 من القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز، حيث تخضع هذه الأخيرة بموجب الاستقلالية التي تتمتع بها للقواعد العامة للتسيير المطبقة على ميزانية الدولة وبالتالي فهي تخضع للمراقبة المالية للدولة تطبيقاً للتشريع المعمول به هذا إذن عن طبيعة السلطة الإدارية المستقلة التي تتميز بها هذه الهيئات، أما عن المصطلح " الضبط " والذي يعبر عن دورها، فنجد أنه عادة ما يرتبط بالتنظيم بمفهومه العام لذلك فهو مرتبط على العموم بالسلطة التنظيمية التي تقوم بها أجهزة الدولة في مختلف الميادين والمجالات، ونجد أن استعمال المصطلح " الضبط " بخصوص نشاط هذه الهيئات من أجل تدعيم النشاط الاقتصادي في السوق وتنظيم سير العملية التنافسية، إن اعتماد سلطات الضبط المستقلة في تنظيم السوق ليس أمر مستحدث ولقد عرفته العديد من التشريعات على أساس انه ضرورة لا بد منها نظراً لاعتماد الاقتصاد الليبرالي القائم على حرية الأسعار وعملية المنافسة، هذا ونجد أن التشريع الفرنسي هو الآخر اعتمد على " سلطات الضبط " ومن أمثلتها لجنة عمليات البورصة اللجنة الوطنية للإعلام والحريات وسلطة ضبط البريد والمواصلات... الخ¹.

¹ بوحلايس إلهام: مرجع سابق، ص 118.

الفرع الثاني: مميزات سلطات الضبط في قطاع المحروقات.

لقد تعددت الخصائص التي تميز وكالتي المحروقات كغيرها من السلطات فلها خصائص تميزها عن غيرها من هيئات الضبط الأخرى ويمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- إضفاء صفة الوطنية على الوكالتين:

ولقد نصت على ذلك المادة 12 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28/04/2005

والمعلق بالمحروقات بقولها: " تنشأ وكالتان وطنيتان مستقلتان تتمتعان بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية تدعيان وكالتي المحروقات ". وإن إضفاء مثل هذه الصفة لا يخلو من أحد التفسيرين الآتين:

- إما تمسك المشرع بالبعد الوطني للوكالتين، والذي هو بعد عاطفي له غيرة على السيادة الوطنية أكثر منه عملي وهذا التفسير مستبعد بالنظر إلى المنطق الذي يتبناه قانون المحروقات والذي يتجه نحو تكريس دور حيادي للوكالتين اتجاه المتعاملين في قطاع المحروقات.

- وإما، أن هذه الصفة، ذات جغرافي بمعنى أنها تشمل كامل التراب الوطني وهذا هو لتفسير الأقرب إلى روح وفحوى قانون المحروقات، باعتباره من القطاعات الإستراتيجية والحساسة في البلاد¹.

ثانياً- تمتع وكالتي المحروقات بالشخصية المعنوية:

وذلك حسب ما نصت عليه المادة 12 من القانون المذكور سابقا في فقرتها الأولى، ومقتضى التمتع بالشخصية المعنوية هو صلاحية هاتين الوكالتين للتصرف وإصدار القرارات وتوقيع العقوبات إن اقتضى الأمر ذلك بالإضافة إلى إمكانية وكالتي المحروقات إبرام عقود مع غيرها من المتعاقدين، زيادة على هذا تكون للوكالتين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة تكون متكونة من أصول وخصوم تتعامل فيها الوكالتين

¹ عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 707

حسب ما تشاء ولكن وفق مقتضيات القانون، بالإضافة إلى هذا يمكن للوكالتين أن تكون مدعية أو مدعى عليها وهذا ما يعرف " بالتقاضي " .

ثالثا- عدم خضوع الوكالتين للقانون الإداري:

ولقد نص على هذه الميزة القانون رقم 05- 07 المتعلق بالمحروقات في المادة 12 / ف 4 بقوله: " لا تخضع وكالتا المحروقات للقواعد المطبقة على الإدارة، لاسيما فيما يتعلق بتنظيمها وسيورها والقانون الأساسي للعمال المشتغلين بهما. " ومن خلال نص هذه المادة يتبادر إلى أذهاننا سؤال هو: ما هو القانون الواجب التطبيق على الوكالتين ؟ " للإجابة عن هذا السؤال نكون أمام عدة وضعيات:

1- فعند الحديث عن العلاقة بين الوكالة والدولة فمن المنطقي إخضاع هذه العلاقة إلى القانون الإداري تماشيا مع أحكام المادة 901 من ق إ م ا التي نصت على: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. " وبالتالي فإن الجهة المختصة في هذه الحالة هي " مجلس الدولة " والقرار الصادر عنه يكون ابتدائيا نهائيا أي لا يقبل إلا الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

2- أما عند نشوب بين الوكالة وشخص ينتمي إلى القطاع الخاص سواء كان هذا الشخص مقيم أو غير مقيم ينتمي إلى القطاع الخاص، فجهة القضاء المختص بحل هذا النزاع هي جهة القضاء العادي إذا لم يكن هناك اتفاق في العقد على شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم¹ حيث يتم الفصل في النزاع على أساس قواعد التحكيم التجاري الدولي المنصوص عليه في المواد من 1039 إلى 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

¹ شرط التحكيم منصوص عليه في المواد من 1007 إلى 1010 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية واتفاق

التحكيم منصوص عليه في المواد من 1011 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1- وفي حالة حدوث نزاع بين الوكالة وأحد عمالها، فإن حل هذا النزاع يخضع إلى القانون 90-02 المتعلق بمنازعات العمل الفردية أو القانون رقم 90-04 المتعلق بمنازعات العمل الجماعية، ومعنى ذلك أن عمال الوكالتين قد تم تكييفهم بأنهم أجراء يخضعون إلى أحكام القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 / 04 / 1990.

الوظيفة العمومية الذي تكون فيه علاقة العمل ذات طابع لائحي وتنظيمي وليس على أساس طابع اتفاقي وتعاقدية.

وفي مجمل الحديث، يمكن القول بأنه وانطلاقا من الوضعيات التي ذكرناها، نجد أن المشرع قد أخضع كل من الوكالة الوطنية لثمين الموارد النفطية ووكالة ضبط قطاع المحروقات إلى القانون الخاص وبرز ذلك من خلال الخضوع لقواعد المحاسبة التجارية عوض الخضوع لقواعد المحاسبة العمومية. كما هو ساري العمل به بالنسبة للمرافق العمومية، هذا ونجد أن علاقة الوكالة بالغير، تخضع في تنظيمها وسيرها للقواعد التجارية.

كان قانون المحروقات الجديد الصادر في الجريدة الرسمية رقم 79 المؤرخ في 22 ديسمبر 2019، وينص القانون الجديد للمحروقات على منح إعفاءات ضريبية وجمركية للشركات الأجنبية، بهدف تشجيعها على العودة للاستثمار في السوق الجزائرية حيث يتم إعفاء هذه الشركات من دفع الرسوم و الضرائب على واردات السلع و التجهيزات، وكل المواد المستخدمة في أنشطة الاستكشاف واستغلال حقول النفط، والخدمات المرتبطة بذلك .

كما يشمل القانون تمديد أجال الرخص الخاصة بالاستكشاف الغازي والنفطي من عامين إلى 7 أعوام قابلة لتمديد عامين اضافين .

وتم تحديد المدة القصوى لاستغلال الحقول ب 30عام باحتساب سنوات مرحلة الاستكشاف مع إمكانية التمديد لها إلى 10 أعوام أخرى كحد أقصى .

وجاء في قانون المحروقات أن كل عمليات الاستغلال المواقع الآبار والمواقع البترولية تخضع لقوانين الجزائرية مع احترام كل معايير الحفاظ على المحيط وتشمل هذه الأنشطة عمليات الاستكشاف، البحث والتقدير وتطوير واستغلال الهيدروكربونات .

كما تخضع كل أنشطة الفصل، والتجزئة والضغط، والجمع والخدمة، ومرافق التخلص من المواد الهيدروكربونية لقوانين وسلطات جزائرية .

وستشرف الوكالة الوطنية لثمين المحروقات "النفط" والوكالة الوطنية لمراقبة نشاطات المحروقات بصفتها السلطة الوحيدة على تطبيق هذه القوانين. وستخضع كل الشركات الوطنية والأجنبية في نشاطاتها المتعلقة كيفية استغلال المحروقات وتخزينها ونقلها وبيعها لقوانين جزائرية بحتة.

وبخصوص عمليات استخراج الغاز، حدد ذات القانون كل الإجراءات والطرق التي تحافظ على احتياطات الجزائر من هذه المادة . كما تم تشديد على استرجاع كل المواد الكيميائية المستخدمة في باطن الأرض أثناء عملية الاستخراج.

الخاتمة.

الخاتمة:

يمكننا في نهاية هذا البحث أن نخلص إلى أن الاستثمار في قطاع المحروقات ، وإن كان يشوبه في بادئ الأمر نوع من الغموض بشأن تحديد نظامه القانوني ، فإن الوقوف عند الحقيقة القانونية لهذه الاستثمارات لن يتأتى إلا من خلال توضيح المقصود بها ، فهي تتميز في الواقع كثيرا عن تلك العقود الاستثمارية العادية ، التي لا يتطلب لها أن يكون أحد أطرافها دولة، بيد أن عقود استثمار المحروقات ينصرف أساسا معناها إلى تلك العقود التي تبرم بين الدولة، من جهة كونها ترد على نشاط استراتيجي، و شخص اعتباري أو طبيعي أجنبي من جهة أخرى ، غالبا ما يكون إحدى الشركات متعددة الجنسيات ، والذي يتعين فيه تحديد الوصف الذي ينبغي أن تكتسبه هذه العقود.

لذا فإن " دولة القانون " وإن كانت في البداية فكرة ترتبط أساسا بالقانون الداخلي، إلا أن التطور اللاحق للعلاقات الاقتصادية قد أعطى للفكرة بعدا دولي ومعنى أوسع نطاقا ، الأمر الذي جعل منها في النهاية فكرة عالمية سامية جدا ومقدسة ، لكنها معيبة ، لان المساواة السيادية بين الدول من حيث الحقوق ، مساواة محاطة بكل العناية القانونية اللازمة، ابتداء من المساواة في التمثيل والتصويت وحرية الانضمام والمساواة بين الامتيازات الممنوحة للدول ولرعيها ولمنتجاتها واستثماراتها في الخارج . أما من حيث الواجبات والالتزامات فلا توجد مساواة، وما الضرائب على المنتجات البترولية إلا دليل على ذلك ، فواقع الاقتصاد العالمي ومعطياته الدولية والداخلية للدول ، يبرز هذا الخلل الكبير والفوارق التي تسعى الدول النامية إلى إذابتها.

وفي ظل هذه المعطيات الجديدة للنظام الدولي تم ترويض مفهوم السيادة من الإطلاق إلى النسبية إذ تراجع المفهوم ، بحيث أصبح وسيلة وليس غاية ، يعمل على تحقيق الخير العام الداخلي والدولي باعتبار السلام الدولي وخير الإنسان الهدف الأسمى له ، إذ لم تعد انتهاكات الدولة لحقوق الإنسان مبررة بمجرد الدفع بأن الدولة هي صاحبة السيادة على إقليمها . لذا فالتحول في مفهوم المصطلح من زاويته السياسية عرف ولا يزال يعرف نفس التحول من الزاوية الاقتصادية

الواقع أن مسار الصناعة الطاقوية تتحكم فيها أربع محاور رئيسية : جيولوجية ، تقنية ، اقتصادية وسياسية ، فمن خلال التوازنات بين مختلف هذه المحاور تتقلب الأسعار صعودا وهبوطا ، والتي تمثل أهدافا متضادة بين الدول المصدرة للطاقة والأخرى المستهلكة لها . لكن يبدو أن للجانبين السياسي والاقتصادي الدور البالغ الأهمية في بلورة الخريطة الجديدة للطاقة وسبل الاستثمار الدولي فيها ، ذلك أنه في العقدين الآخرين برزت تطورات أحدثت تغيرا جذريا في الدور الاقتصادي للدولة وفجر هذا جدلا صاحبنا ، تناول قضايا شتى كان من أهمها تأثير هذه التطورات على السيادة الوطنية للدول أو بالأحرى تأثيرها على سيادة القانون الداخلي .

وعلى هذا فان هذه المتغيرات هي التي من شأنها التأثير على التشريعات الاستثمارية في مجال المحروقات .

ولما كان قطاع الطاقة بمثابة القاطرة الأمامية لكل إصلاح اقتصادي فان مبدأ "حرية التعاقد " قد ساهم مساهمة فعالة في تطوير هذا القطاع ، من خلال الانفتاح على الاستثمارات الدولية ، وهو ما جسده المشرع في قانون المحروقات وقانون الكهرباء والتوزيع العمومي للغاز ، وبالنتيجة تعدد التعديلات المنظمة للاستثمار في القطاع مما زاد من صعوبة تحليل الموضوع . لان تحرى النظام القانوني الأنسب يسهم في التأقلم مع التحديات التي تطرحها العولمة . وتعد الامتيازات ، والخيارات التي يمكن الحصول عليها وبالتالي تطوير آليات التعاقد داخل الحياة القانونية .

وفي سبيل ذلك فان المشرع قد أعطى في الشق المتعلق بإنتاج المحروقات السائلة والغازية عديد الضمانات الإجرائية -منح أفضلية اقتصادية لحامل رخصة التنقيب المتحصل على نتائج مقبولة تقنيا واقتصاديا - أو مالية من خلال استفادته من مختلف الإعفاءات الجمركية والضريبية - ما يكفي المستثمر من تغطية كل المصاريف المنفقة في سبيل المخاطرة المالية على المشروع الاستثماري ، وكل هذا يهدف الدفع بالإنتاج إلى أقصاه لزيادة العوائد المالية المتأتية من تسويقه الأمر الذي أنتج دولة ريعية بامتياز . إذ أصبح الواقع الاقتصادي ، يتحكم فيها منطق الربح إلى درجة أن التغيرات الجذرية التي انصبت على الهيكلة القانونية

للاقتصاد الوطني كالتشريعات المتعلقة بالشركات، البنوك، الاستثمار، الضرائب..... الخ. لم تجد نفعا قي تغيير الواقع الاقتصادي الذي يراد له أن يبقى حبيس الربع بدليل وإلغاء كتابة الدولة المكلفة بالاستشراف التي التخلي عن إستراتيجية التنمية الصناعية المعلنة في سنة 2006 أنشئت في 2013 والتي لم تعمر أكثر من سنة، إذ كان لها الفضل في إبراز أهمية الإحصاء الاقتصادي في عملية الاستشراف والتنمية، من خلال توزيع نفقات الاستثمار المادي وغير المادي المتأتية من الربع البترولي الغازي بالأخص، والمساهمة في تحسين النجاعة وترقية المؤسسات والخدمات المتصلة بها

وعلى العموم، فإن المواءمة مع مقتضيات المنافسة الدولية، تشكل حاليا الأساس الرئيسي لإنتاج القواعد القانونية. لذا فعلى الدولة أن تترك للسوق مهمة تحديد محتوى التشريع الوطني ولم يعد الاحتكام إلى إرادة الأمة هو العامل الحاسم في صياغة التشريعات، وإنما ضرورات تلبية حاجيات قوى السوق التي ينبغي أن تفرغ أملاءاتها ضمن قوالب قانونية، حتى تؤدي وظائفها في سياق العولمة المتنامية.

وأخيرا فإن التطورات والمتغيرات التي سبق التعرض لها، تحتل بعض المظاهر الإيجابية، من بينها تنامي الوعي بالمقتضيات التي تلقى بظلالها على التشريعات الوطنية، لاسيما في الأنشطة الاقتصادية. حيث إن الأنظمة الاقتصادية متداخلة فيما بينها وغير مستقلة، بفعل ظاهرة الاعتمادات المتبادلة، فإن القوانين التي تنظمها لا يمكنها أن تتنكر لبعضها بعضا. وأول ما يمكن تسجيله هنا، كمعطى صحي في حق عولمة القانون الليبرالي، هو التلاقح القانوني فيما بين الأنظمة القانونية، وبالتالي لا يمكن أن يتطور قانون بمعزل عن القوانين الوطنية الأخرى، أو بمعزل عن القانون الدولي.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المراجع باللغة العربية

- 1- السنهوري عبد الرزاق أحمد: : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 6 ، دار مصر للطباعة ، مصر
سنة 1954
- 2- بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006
- 3- حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني
الحاكم لها دار الفكر الجامعي 2001
- 4- قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات . دار هومة سنة
2004
- 5- عليوش قريوع كمال :قانون الاستثمارات في الجزائر ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2010
- 6- علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية
1993
- 7- مصطفى أحمد فؤاد: القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون
الداخلي. منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر
- 8- عيبوط محند وعلي: الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة ،الجزائر، سنة 2013
- 9- عمر هاشم محمد صدقة: ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي: دار الفكر الجامعي
الإسكندرية مصر من دون سنة النشر
- 10- سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2004

الرسائل والمذكرات الجامعية:

- 1- عجة جيلالي المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر جامعة الجزائر كلية الحقوق 2006
- 2- بوجلطي عزا لدين: النظام القانوني للاستثمار في مجال الطاقة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق الجزائر، سنة 2015
- 3- عدلي عبدالكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة، جامعة تلمسان 2010
- 4- عوض الله شيبية الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية) كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر دون سنة
- 5- معاشو عمار: الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية - عقود المفتاح والإنتاج في اليد دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر معهد العلوم القانونية والإدارية الجزائر 1998
- 6- الطالبة شعوة لميور: سلطات الضبط لقطاع المحروقات في الجزائر، مذكرة شهادة ماجستير في القانون العام، فرع القانون الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2012/2013
- 7- الطالبة ليمام فلورة: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، السنة الجامعية 2016/2017

المقالات:

- 1- قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية، مجلة الإدارة، العدد 1، رقم 7، سنة 1977، ص 32-33

2- بوغزالة محمد ناصر: الصياغة الخاصة للقوانين الأساسية مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد 03 لسنة 2013

النصوص القانونية

القوانين

1- القانون 86-14 المؤرخ في 19/08/1986 يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب ج ر عدد: 35 لسنة 1986

2- القانون 90-10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض ج ر رقم: 16 سنة 1990

3- القانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28/04/2005 متعلق بالمحروقات ج ر 50: لسنة 2005

4- القانون 13-01 المؤرخ في 20-02-2013 يعدل ويتمم القانون 05-07 والمتعلق بالمحروقات ج ر 11 سنة 2013

5- القانون رقم 14-05 الصادر في 24 فيفري 2014 المتعلق بالمناجم ج ر عدد 18 لسنة 2014

6- القانون الجديد المحروقات الصادر في الجريدة الرسمية رقم 79 المؤرخ في 22 ديسمبر 2019

الأوامر

7- الأمر 66-284 المؤرخ في 15-09-1966 المتضمن قانون الاستثمار ج ر رقم: 80 لسنة 1966

8- الأمر 71/22 المؤرخ في 13/04/1971 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل واستغلاله جريدة رسمية رقم 30 لسنة 1971

المراسيم الرئاسية

- 9- المرسوم الرئاسي 13-270 مؤرخ في 24 جويلية 2013 يتضمن التصديق على مذكرة تفاهم وتعاون مع اسبانيا في مجال الطاقة الموقعة بالجزائر في جانفي 2013 ج ر عدد 38 لسنة 2013
- 10- المرسوم الرئاسي 88-233 المؤرخ في 05-11-1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف و تطبيق القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 48 لسنة 1988
- 11- المرسوم الرئاسي 95-345 المؤرخ في: 30-10-1995 الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات، ، ج ر عدد 66 لسنة 1995

المراسيم التنفيذية

- 12- المرسوم التنفيذي 87-158 المؤرخ في: 21-07-1987 يتعلق بكيفيات تعريف الشركات الأجنبية التي تترشح للاشتراك في التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها وكيفية مراقبتها ج ر: 03 معدل متمم بالمرسوم 94-436 المؤرخ في: 12-12-1094 ج ر: 83
- 13- المرسوم التنفيذي 07-184 المحدد لإجراءات إبرام عقود البحث والاستغلال وعقود استغلال المحروقات ج ر عدد 40 لسنة 2007 المعدل المتمم بالمرسوم التنفيذي 13-425 الصادر في 18 ديسمبر 2013 المحدد لإجراءات إبرام عقود البحث واستغلال المحروقات بناء على مناقصة للمنافسة ج ر عدد 65 لسنة 2015

14- المرسوم التنفيذي 07-294 الذي يحدد إجراءات وشروط منح التنقيب عن المحروقات - ج ر عدد 62 لسنة 2007 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 13-354 الصادر في 13 أكتوبر 2013 ج ر عدد 54 سنة 2013

15- المرسوم التنفيذي 311/07 الصادر في 07 أكتوبر 2007 يحدد إجراءات الوضع تحت تصرف وكالة النفط كل المعطيات والنتائج الناجمة عن أشغال التنقيب عن المحروقات جريدة رسمية رقم 64 لعام 2007 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 14-95 مؤرخ في 4 مارس 2014 ج ر عدد 13 لسنة 2014

16- المرسوم التنفيذي 08-98 متعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك مؤرخ في 24-03-2008 ج ر ج عدد 16 لسنة 2008

الكتب باللغة الفرنسية:

- 1-Issad. M : Droit international privé. Les règles matérielles, OPU, Alger, 1983
- 2-Terki Noureddine : L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, Algérie, 1999
- 3-Mebroukine Ali : Quelques réflexions a propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques. Volume XIX, N 01, 1982

المواقع الالكترونية:

- Site web de l'Agence national pour la Promotion et la Rationalisation de l'Utilisation de l'Energie :
- <http://www.aprue.org.dz>

الفهرس.

الفهرس:

إهداء

كلمة شكر وتقدير

أ	مقدمة
8	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للاستثمار الأجنبي ومساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات
9	تمهيد
9	المبحث الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي
9	المطلب الأول: التعريف بالاستثمار الأجنبي
10	الفرع الأول: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي
11	الفرع الثاني: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي
14	المطلب الثاني: جنسية الاستثمار
17	المطلب الثالث: عوامل جلب الاستثمار الأجنبي
17	الفرع الأول: العوامل الاقتصادية
19	الفرع الثاني: العوامل القانونية
21	الفرع الثالث: العوامل السياسية
21	المبحث الثاني: مساهمة المتغيرات الدولية في تحرير الاستثمارات في مجال المحروقات
22	المطلب الأول: التعريف بالمتغيرات الدولية
22	الفرع الأول: متغيرات مرتبطة بالإنتاج والاستهلاك
27	الفرع الثاني: متغيرات مرتبطة بقوى السوق الدولية للطاقة
31	المطلب الثاني: تحرير قطاع المحروقات كمدخل للاندماج في الاقتصاد العالمي

31	الفرع الأول : دور القطاع في التحول إلى اقتصاد السوق
43	الفرع الثاني: مظاهر حرية الاستثمار في قانون المحروقات
58	الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار واعتماد سلطات الضبط في قطاع المحروقات
59	تمهيد
59	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود استثمار في مجال المحروقات
60	المطلب الأول: استثمار المحروقات بين " العقد " و " الاتفاقية " دقة في المفهوم وتباين في الوصف
60	الفرع الأول: ضبط المفاهيم القانونية
68	الفرع الثاني: التنازع الفقهي في وصف شكل الاستثمار بين " العقد والاتفاقية "
86	المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة ل "عقد أو" اتفاقية" استثمار المحروقات
87	الفرع الأول: ذاتية عقد الاستثمار من حيث الطبيعة غير المتجانسة لأطرافه
106	الفرع الثاني: ذاتية عقد الاستثمار من حيث الشروط المدرجة فيه
109	المبحث الثاني: اعتماد سلطات الضبط في قطاع المحروقات
109	المطلب الأول: الدوافع المؤدية إلى تبني سلطات الضبط
110	الفرع الأول: في القطاعات الأخرى بصفة عامة
114	الفرع الثاني: في قطاع المحروقات بصفة خاصة
118	المطلب الثاني: مفهوم سلطات الضبط في قطاع المحروقات
118	الفرع الأول: المقصود بسلطات الضبط في قطاع المحروقات
122	الفرع الثاني: مميزات سلطات الضبط في قطاع المحروقات
131	الخاتمة
135	قائمة المصادر والمراجع