الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي.

تخصص: قانون خاص.

فرع: قانون أعمال.

الموضوع:

مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه المستثمر الاجنبي

إعداد الطالب:بومنايل عبد المالك

إشراف: الدكتور خنفوسي عبد العزيز.

لجنة المناقشة:

الدكتور نابي عبد القادر، أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة.	رئيسا
الدكتور خنفوسي عبد العزيز، أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة.	مشرفا ومقررا
الدكتور سماح محمد عبد الفتاح، أستاذ محاضر أ	جامعة سعيدة.	ممتحنا

السنة الجامعية:2019-2020.

شكر وعرفان:

الحياة جميلة وكم يزيدها النجاح والعلم جمالا.

يزيد الصمت كي نمضي..... ولكن فضل البعض ينطقنا.

شكر وحمد إلى من رعانا من فوق سماواته وشكرا إلى من أمرنا

نشكرهما بعد مرضاته إلى قبس العلم أستاذي القدير: خنفوسي عبد العزيز

شكرا إلى من ساعدنا لإتمام ووقف معنا بلا مل ولا من:

الصديق الوفي، فتأبى الكلمات الآن أن تقول لك بنبضك من القلب

شكرا وعرفان وتقديرا واحتراما إليك

من جامعة محمد مولاي الطاهر-سعيدة-

إلى كل الأهل والأصدقاء لكلية الحقوق والعلوم السياسية

والى كل الأساتذة الذين كانوا عونا لنا في مشوارنا الجامعي

بعد الله من وراء القصد

إهداء:

قلوب مطمئنة وينبوع مليء بالحب والحنان يوم كنت فيه صغير وها أنا اليوم بفضل الله طالب في سلك التخرج، إليك يا من كنت عطر الحب والحنان، إليك يا بلسم جراحي وأفراحي إليك يا من علمتني لحن موسيقى الحياة. ورسمت كلمات الحب والبسمة في قلبي طيلة الحياة إليك يا من أنرتني بشموع حنانك

- أمي الحنون

إليك الذي سهر من أجلي وأنار الطريق في وجهي إليك أبي بفضلك اليوم أنا فخور بك إليك الذي واجه العقبات والصعاب حتى تصل كي ثوان في طريق ورود العلم

- أبي الغالي أدام الله في عمركما

إلى القلوب الطاهرة والنفوس البريئة إلى ريحان حياتي أصحاب القلوب الطيبة إخوتي وأخواتي

إلى كل العائلة الكريمة دون أن أحط أسمائهم، كي لا تفرقهم الفواصل

إلى من سرنا سويا نحو النجاح والإبداع. التألق إلى من تكاتفنا يد بيد ونحن نقطف زهرة العلم إلى الذين منحوني قلوبهم من دون مقابل أصدقائي الأعزاء.

إليهم جميعا إلى أولئك الذين وسعهم قلبي ولم يسعهم وقتي إليكم جميعا أحبتي

أهدي ثمرة جهدي

" إلى كل من حفظهم قلبي ولم ينطق بهم لساني "

مـــــــقـــدمـــــــة

مـــقـــدمـــة

يعد الاستثمار اليوم أحد أهم آليات التنمية لتحقيق النمو الاقتصادي في معظم الدول بمختلف مستوياتها الاقتصادية لا سيما الدول النامية منها التي تُعتبر في أمس الحاجة إلى رؤوسا لأموال لتمويل مشاريعها التنموية. الأمر الذي دعا إلى اعتماد هذه الدول على برامج سياسات إقتصادية تعتمد بشكل أساسي على دور القطاع الخاص و الاستثمار الأجنبي في التنمية ، و بما أن القطاع الخاص في معظم الدول النامية هو قطاع محدود القدرات على تحقيق المستوى المطلوب من التنمية ، فكان لا بد من اللجوء إلى الاستثمار الأجنبي لتمويل المشاريع الاقتصادية التنموية. و باعتبار أن رأس المال يعد من أهم عوامل التنمية الاقتصادية و هو العامل الذي يتضافر مع الموارد الطبيعية و البشرية في العملية الإنتاجية،و أن أهم خصائص إقتصاديات الدول النامية ندرة رأس المال الوطني فيها و سوء استخدام هو عدم كفايته لتمويل الاستثمارات اللازمة للنهوض باقتصادها الوطني ، و هذا راجع لأسباب تتصل بمقدار رؤوس الأموال المعروضة للاستثمار و مقدار الطلب عليها فأغلبية الدول النامية ينقصها المقدار المعروض من رؤوس الأموال الوطنية المتجهة إلى الاستثمار لسبب أساسي مرده ضعف الادخار الوطني الذي يعود بدوره إلى إنخفاض معدلات الإنتاج القومي ، هذا الأخير الذي يجد تفسيرا له في تقلص نسب رؤوس الأموال المتجهة نحو الاستثمار. و مع قلة رؤوس الأموال المتاحة و ضعف معدلات الادخار و بالتالي ندرة رأس المال الوطني ظهرت الحاجة إلى الاستثمار الأجنبي كمصدر من مصادر التمويل ألخارجية لذلك سعت – ولازالت – الدول لجذبه عن طريق التعهد بتوفير الحماية القانونية اللازمة التي تحقق للمستثمر الأجنبي الاطمئنان على مشروعه الاستثماري فيها ، إذ أن هذا المستثمر لا يجازف بنقل أمواله إلى دول أجنبية دون أخذه الضمانات الكافية لحماية أمواله و تحقيق الأرباح ضمن التوقعات التي من أجلها يتخذ قرار الاستثمار في دولة ما ، خاصة إذا كانت لدية أكثر من وجهة متاحة للاستثمار فيها[1].

قد يكون المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا يحمل جنسية دولة أجنبية غير الدولة ألمضيفة كما قد يكون شخصا معنويا عاما أو خاصا في شكل شركات تجارية أو شركات متعددة الجنسيات عادة ، إذ توجد عدة تعريفات فقهية للمستثمر الأجنبي إذ توجد عدة تعار يف فهناك من يعرفه بأنه "من لا يحمل الجنسية الوطنية ، أي لا تتوفر فيه الشروط المتطلبة للتمتع بجنسية الدولة.

يتطلب البحث في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي تحديد الالتزامات المفروضة عليهم مقابل الحقوق والضمانات التي تمنح له ، ومن هذا المنطلق فإن قوانين الاستثمار تبنت جملة من الالتزامات التي يتعين على المستثمر الأجنبي تحملها أثناء نشاطه الاستثماري وهي الالتزامات مترتبة عن عقد الاستثمار و التزامات تنظيمية إجرائية وإلا فقد يتعرض إلى مجموعة من الجزاءات متمثلة في الإجراءات التي حددتها تلك القوانين كآثار تترتب على مخالفة وإخلال المستثمر بتلك الالتزامات.

(1)-أنظر: سالم ليلي الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي ,مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي ,كلية الحقوق والعلوم السياسية , جامعة وهران 2011 , ص 2 .

تبقى الالتزامات العقدية هي الأساس والإطار الذي يحدد المركز القانوني لهذا المستثمر إضافة إلى أنه يخضع لمجموعة منا الالتزامات التي يكون مصدرها القانون الوطني للدولة المضيفة والتي تكون في غالبها الالتزامات تنظيمية والجزائية وفي حالة إخلال المستثمر بهذه الالتزامات فإنه سوف يخضع لمجموعة من الجزائية خاصة المالية.

ونظرا للمحل الذي تقع عليه عقود الدولة في مجال الاستثمار تركز الدولة المتعاقدة على هذا الالتزام عندما يتعلق الأمر بمشروع هام يقتضي استعمال تكنولوجيا عالية وخدمات رفيعة وهذا ما يميزها عن عقود التجارة الدولية الأخرى على اعتبار أنه يتفرع عن الالتزام الرئيسي المتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة ، و إذا كانت القواعد الفنية تختلف من مجال لآخر فإن الطرف الأجنبي في مجال الثروات الطبيعية يلتزم بالاستغلال و الإنتاج كما يلتزم بالقيام بكل الأعمال الضرورية لضمان تطوير حسن للعقود حسب قواعد الصناعة البترولية وأن احترام هذه القواعد يقتضي من الشركة القائمة بالاستغلال القيام بالدراسات الضرورية واستعمال تكنولوجيا عالية للحصول على مردود جيد بقيت مسألة تحديد قواعد المعاملة والحماية المكرسة للمستثمر الأجنبي محلا للخلافي القانون الدولي العرفي خاصة خلال فترة الستينيات والسبعينيات بسبب الظروف الاقتصادية والسياسية السائدة في تلك الفترة والتي يميزها الصراع الحاد بين الدول المتقدمة التي تتمسك بحقها في حماية مواطنيها وأملاكهم في الخارج من جهة ، والدول النامية التي تتمسك بسيادتها الاقتصادية وحقها في فرض القيود على الاستثمارات الأجنبية لضمان مصالحها الاقتصادية من جهة ثانية.وقد كان من الضروري خدمةً لمصالح الطرفين محاولة تحقيق التكامل بين رأس المال والخبرة الفنية والتكنولوجيا التي يتوفر عليها المستثمر الأجنبي وما يقابل ذلك من يد عاملة وأسواق وموارد طبيعية لدى الدول المستوردة لرأس المال ، خاصة وقد اشتد الصراع عندا لبحث عن الوسائل القانونية اللازمة لتوفير حماية الملكية التي تعتبر بالنسبة للدول النامية رمزا للاستيلاء ومساسا بالسيادة الاقتصادية للدولة وسلطاتها في اتخاذ القرار. وأمام كذلك أصبح كلّ من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له أمام وضعية حساسة تتطلب لضمانا لتوازن بين الطرفين ، تمسك كلّ منهما بالقواعد القانونية التي تضمن لهم الحقوق التي يطالبون بها ، وخاصة قواعد القانون الدولي التي ترسي وتقر بمعاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبادئ دولية لا يمكن التنازل عنها ، خاصة وقد أصبح الاهتمام في الوقت الراهن منصبا على مسألة "الحماية الدولية " في العلاقات الاقتصادية الدولية على حساب "التعاون الاقتصادي " ، لأنها نشأت مع ظهور فكرة الاستثمار الدولي وتطورت بتطور العلاقات الدولية وذلك لما تشمله من ضمانات دولية للمستثمر الأجنبي ترسخ في نفسيته نوع من الاطمئنان والراحة.

لقد كانت ولا تزال مشكلة حماية المستثمرين الأجانب قضية مهمة تزاحم أهم المسائل التي تهتم بها الدولة عند إرسائها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية ، حيث يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز قانوني لا باس به بالمقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتع به باقي الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم ، وبحماية لا تقل أهمية عن ذلك ، إلاّ أن هذه الحماية لم تعد تتماشى مع ما كانت تقتضيه قواعد القانون الدولي التقليدي الذي كان يحمي المستثمر الأجنبي حماية لا تخرج عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب لتتطور مع تطور القانون الدولي للاستثمارات

الأجنبية الذي يتطلب إعمالاً جديدو فق المبادئ الجديدة التي تتطلب تبديد الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار الدول الأشخاص الوحيدة للقانون الدولي ، وارتقائها إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي للسماح له بالوقوف كخصم للدولة المضيفة له أمام القضاء الدولي لفض منازعاته المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شخصيا ، بعد أن كانت منازعاتهم لا تُفض إ لا في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية. وعليه أصبحت أهم الضمانات الدولية التي يكفلها إعمال الحماية الدولية هي ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له عن الحد الأدنى في المعاملة والحماية واحتفاظه بحقه في الحماية الدبلوماسية وإثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة له عند تعرضه لأي إجراء يمس بملكيته.[2]

عرفت الأنظمة القانونية المختلفة صورا مختلفة لخطر المساس في بعض أموال وحق وق الأشخاص في ملكيتهم بغض النظر عن العقائد والإيديولوجيات السائدة ، وحتى الأنظمة الرأس مالية القائمة على الليبرالية التي تقدس الملكية الفردية تعترف للدولة بالقدرة على نزعا لملكية الخاصة بصفة نهائية في حالات معينة ولدواعي المصلحة العمومية كما تلجأ الدولة أحيانا إلى مصادرة بعض الأموال الخاصة دون تعويض استقر الفقه والعرف الدوليان على تكريس حق الدولة في أخذ ملكية الأجنبي الموجودة على إقليمها ، بوصفه إجراءات يدخل ضمن اختصاصات السيادة الإقليمية ومظهرا من مظاهر ممارستهم.

يترّتب التعويض عن إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العمومية ، كأهم آثار الإجراء المعترف به في كل التوصيات والمواثيق الدولية الصادرة عن الهيئات والمنظمات الدولية من جهة ، وشرط إجرائي جوهري لإضفاء المشروعية الدولية على الإجراءات ، يجد أساسا له في قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي ، الأمر الذي يجعل تصرف الدولة بحق الملكية غير مشروع لمخالفة قواعد القانون الدولي ومرتبة للمسؤولية الدولية ، إذا لم تستتبع بالتعويض المناسب والفوري للمستثمر المجرد من ملكيته .

أما المخاطر السياسية هي كلّ المخاطر غير التجارية التي يمكن للمستثمر الأجنبي التعرض لها ، ومن بينها المخاطر الناتجة عن الحروب والاضطرابات السياسية التي قد تمس المشروع الاستثماري في كلّ جوانبه وخاصة الاقتصادية ، إذ يتعرض في مثل هذه الحالات لعمليات التخريب والحرق... وغيرها ، أو المخاطر الأخرى الناتجة مباشرة من إجراءات تمارسها الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية أو السياسية بهدف الحرمان المباشر للمستثمر من أمواله ، وقد كيفت إجراءات نزع الملكية بكلّ صورها ، على أنها من المخاطر السياسية غير التجارية الأكثر خطورة التي تتعرض لها شركات الاستثمار الأجنبية ، في الدول المضيفة والتي يحاول أطراف عقد الاستثمار الحد من خطورتها ، وليس منعها مادامت من المبادئ التي يقر بها القانون الدولي ، بل ويحاول حماية المستثمر الأجنبي منها .

(1)- انظر:حسين نواره ،الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2013 ص 151 .

يقصد بالآليات الداخلية تعهد الدولة المضيفة للاستثمار توفير حقوق للمستثمر الأجنبي ضمن تشريعها الوطني الداخلي في إطار من الحرية لممارسة استثماره،وبعدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني،وضمان حماية رأسماله من عدم استقرار القوانين ، أي أن الدولة المضيفة تضع الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي .

ويعتبر ضمان تحويل الأموال من بين أهم الآليات المشجعة لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى دولة ما ، لأنا لمستثمر الذي يقرر استثمار أمواله على إقليم دولة أجنبية لا يتخذ هذا القرار إلا بعد أن يتأكد أنه سيتمكن من استعادة أمواله والأرباح الناتجة عنها من خلال إمكانية تحويلها إلى خارج الدولة المضيفة.ولكي يشعر المستثمر الأجنبي بالطمأنينة أكثر على استثماره لا بد من وجود آليات عادلة لتسوية ما قد يثور بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار من خلافات ونزاعات إذ لا بد من وجود ثقة في النظام القانوني لهذا البلد وتوفر أجهزة قانونية يثبت لها الاختصاص بالحكم في هذا النوع من النزاعات.

إذا كان التشريع الوسيلة التي تكشف الدولة المضيفة من خلالها عن سياستها الاقتصادية والاستثمارية. فإن شرط ثبات التشريع، يعد ضمانة ذات أهمية كبيرة للمستثمر الأجنبي بوصفه المرآة الحقيقة التي تعكس بوضوح البيئة الاستثمارية المستقرة للدولة المضيفة، التي تعمل على تشجيع المستثمر الأجنبي وتوظيف أمواله ومشاريعه الاستثمارية. غير أن عقودا لاستثمار تبرم بين طرفين غير متساويين هما (الدولة المضيفة، المستثمر الأجنبي) أما الدولة فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بمظاهر السلطة والسيادة التي تخولها المساس بتشريعاتها الداخلية تعديلا أو إلغاء بصفة انفرادية، وذلك تحقيقا للمنفعة العامة. فيحين يمثل المستثمر الأجنبي شخصا خاصا يخضع للقانون الداخلي، فهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

و من المسلم به في العرف الدولي بأن للدولة كامل الصلاحيات في إلغاء أو تعديل أو إنهاء تشريعاتها الداخلية لم تتمتع بها من سلطة و سيادة ، بما يخدم مصلحتها العامة ، لكن بالمقابل نجد المستثمر كطرف ثان في العقد يحرص دائما على البحث عن حصانة عقدية مستندة على شرط الثبات التشريعي ضمانا لاستثماراته و تدعيما لمركزه القانوني ، لأن أي تغيير قد يطرأ مستقبلا في تشريعات الدولة يمس بمصالحه و يهدد استقرار المعاملات و يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

و ما تجدر الإشارة إليه بصدد اختيار الموضوع ، هو أنه وإن كان موضوع الاستثمار الأجنبي بصفة عامة من المواضيع التي سال عليها الحبر لكثرة الباحثين الذين تناولوه ، خصوصا في العشريتين الأخيرتين إلا أنه يبقى من المواضيع التي لا بد من تجديد تسليط الضوء عليها من خلال دراسة و تمحيص التشريعات الحالية و البحث عن سلب الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للاستثمارات الأجنبية سواء ا الحماية القانونية أو القضائية أو التشريعية وكذا مصادقة الجزائر على عديد الاتفاقيات الدولية و الثنائية ولإقرار مبادئ القانون الدولية في التشريعات الداخلية .

كما نتناول الموضوع لمعرفة النقائص وأسباب ومعوقات الاستثمار في الجزائر ،و إيجاد حلول من اجل استقطاب الأموال الأجنبية وتحسين نظرة المستثمر الأجنبي نحو الاستثمار في الجزائر وبث روح الطمأنينة فيه من خلال معرفة

النقائص القانونية ، وتوفير الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي،حيث واجهنا صعوبة كبيرة في الوصول إلى المعلومات والبيانات ، وكذا المراجع المتعلقة بموضوع بحثنا بسبب إغلاق الجامعات وكذا المكتبات العمومية ،ولقد اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية ، واستخلاص مختلف الحوافز والضمانات التي منحت للمستثمر الأجنبي ، وكذا المنهج الوصفي لمعالجة الموضوعات ،وجمع البيانات الخاصة بها لدراسة و الإجابة على الإشكالية التالية **ما هي النصوص و الآليات المقررة للحماية القانونية للاستثمار ؟**، حيث درسنا الموضوع في فصلين **الفصل الأول** "**تناولنا فيه التكييف القانوني للحماية المقررة للمستثمر الأجنبي في ظل التشريعين الداخلي و الخارجي** " حيث يظم ثلاث مباحث **المبحث الأول** بعنوان"**ضرورة توافر الصفة الأجنبية في المستثمر كأساس لقيام المسؤولية الدولية**"،أما **المبحث الثاني** فتطرقنا إلى "**الشروط التي تجعل من الممتلكات الأجنبية أموال استثمار** " **و المبحث الثالث** تحت عنوان"**الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل التشريعيين الداخلي والدولي** " أما **الفصل الثاني** فيتحدث عن " **أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في مواجهة المستثمر الأجنبي** "حيث يتحدث في **مبحثه الأول** على عن "**أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في القانون الدولي** "و **المبحث الثاني** موضوعه "**قيام الدولة المضيفة بأفعال اتجاه المستثمر الأجنبي توجب المسؤولية الدولية** "أما **المبحث الثالث** فيتحدث عن "**مدى مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والتزاماتها العقدية وعن شرط الثبات التشريعي** "بحيث إن كل مبحث يضم ثلاث مطالب وكل مطلب يضم ثلاث فروع .

الفصل الأول : التكييف القانوني للحماية المقررة للمستثمر الأجنبي في ظل التشريعين الداخلي

يمثل موضوع الاستثمار أهمية قصوى للاقتصاد الوطني من أجل تحقيق التنمية ،وعادة ما يتم جذب المستثمر من خلال تمتعه بمجموعة من الضمانات والامتيازات التي تختلف من دولة إلى أخرى حسب الإطار القانوني المحدد لها.

تلجأ الدولة إلى جذب الاستثمار الأجنبي عن طريق إبرامها لعقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب ، هذه العقود التي ترتب مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق طرفيها ، وذلك من خلال الإطار العام الذي تحدده كل من قوانين الاستثمار وعقود الاستثمار إلى جانب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار.

يتطلب البحث في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي تحديد الالتزامات المفروضة عليه مقابل الحقوق والضمانات التي تمنح له ، ومن هذا المنطلق فإن قوانين الاستثمار تبنت جملة من الالتزامات التي يتعين على المستثمر الأجنبي تحملها أثناء نشاطه الاستثماري ، وهي الالتزامات مترتبة عن عقد الاستثمار و الالتزامات تنظيمية إجرائية وإلا فقد يتعرض إلى مجموعة من الإجراءات متمثلة في الإجراءات التي حددتها تلك القوانين كآثار تترتب على مخالفة أو إخلال المستثمر بتلك الالتزامات.

إن توافر عنصر الأجنبية في المستثمر الأجنبي يعد شرطا وأساسا لقيام المسؤولية الدولية المبحث الأول،للدولة المضيفة ويتحدد إما بجنسية المستثمر الأجنبية أو بأجنبية رأس المال ،حيث يخضع هذا الأخير لمجموعة من الشروط لقبوله كاستثمار منه شروط يجب توفرها في الممتلكات الأجنبية لتصبح أموال استثمار المبحث الثاني ،كشرط التصريح بالاستثمار ،وعند قبول هته الأموال كأموال استثمار من قبل الدولة المضيفة يستفيد المستثمر من الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل تشريعات الاستثمار المبحث الثالث، و سوءا التشريعات الداخلية أو الدولية المنبثقة عن الاتفاقيات الدولية والمعاهدات .

المبحث الأول:ضرورة توافر صفة الأجنبية في المستثمر كأساس لقيام المسؤولية الدولية .

يقصد بالمستثمر الوطني في الدولة ذلك الشخص الذي يحمل جنسيتها , ويتمتع بكافة الحقوق السياسية , سواء كان مقيما فيها إقامة دائمة أو مستقرا في دولة أخرى ويحمل جنسيتها ,أما الأجنبي فهو الذي لا يتمتع بجنسيتها وبمفهوم آخر هو كل من لا يحمل جنسيتها مطلقا طبقا لأحكام قانون الجنسية الوطنية , ولا تنفي عنه الأجنبية عندما تتوثق صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة ,فيظل أجنبيا وإن كان اتصاله بالدولة عابرا أم طالت إقامته بها .

ونتيجة لأن الدولة لا تستطيع عزل نفسها عن العائلة الدولية ,لوجود الترابط بين مصالح الدول في المجتمع الدولي و قيامه , وسهولة الاتصال المتبادل فيما بينها في مختلف النواحي الاقتصادية و التجارية , وهذه الظروف دفعت الدول إلى عقد اتفاقيات مشتركة أو دولية بشأن تنظيم مركز الأجانب , ولقد عرف المشرع الجزائري الاستثمار الأجنبي ووضع شروطا لتحديد الصفة الأجنبية للمستثمر المطلب الأول ، ومعايير لاعتبار رأس المال أجنبي من أجل قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة المطلب الثاني وكذا اعتمد على مبادئ دولية تحدد الصفة الدولية للمستثمر الأجنبي وتقيم المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار لمطلب الثالث.

المطلب الأول:شرط الجنسية في تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر.

إن مسالة التفرقة بين المستثمر الوطني و الأجنبي تتحدد بمعيار الجنسية ،حيث لابد أن يكون المستثمر الأجنبي متمتعا بجنسية دولة ما غير جنسية الدولة المضيفة وهذا ان كان الشخص طبيعيا حيث يسهل النظر إلى جنسيته ، أما الشخص المعنوي الاعتباري فقط أثيرت العديد من الخلافات حول تمتعه بالجنسية واعتمد على عدة معايير.

بعد التطرق لتعريف الاستثمار الأجنبي الفرع الأول، لا بدّ من التعرف على القائم بالاستثمارات الأجنبية والمعروف بالمستثمر الأجنبي حتى نتمكن من التفرقة بينه وبين المستثمر الوطني الفرع الثاني ،كما لا بدّ من تحديد المعيار الذي من شأنه إضفاء صفة الأجنبي على المستثمر الفرع الثالث.

الفرع الأول:تعريف المشرع الجزائري للاستثمار الأجنبي

أنه بالرجوع إلى القانون رقم 16--09 المتعلق بترقية الاستثمار فقد نصت المادة2 منه على تعريف الاستثمار بأنه" :**يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:**

1-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل.

2-المساهمات في رأس مال الشركة."

من خلال مختلف التعارف الخاصة بالاستثمار الأجنبي فإنه يمكننا أن نستخلص بأنا لاستثمار الأجنبي هو إنشاء مشروع جديد أو المساهمة فيه أو شراء كل أو جزء من مشروع قائم من طرف شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي يحمل جنسية مختلفة عن تلك التي يحملها المشروع المعني من أجل تحقيق عوائد اقتصادية **(مالية أو غير مالية)** على أن يكون لهذا المشروع كيان مادي ينتج سلعا و/أو خدمات غير ممنوعة قانوناً بهدف تسويقها محلياً و/أو دوليا.

الفرع الثاني: المقصود بالمستثمر الأجنبي .

تعددت التعارف الخاصة بالمستثمر الأجنبي ، فيمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستثمار رؤوس أمواله في الدول المضيفة من أجل تحقيق أهدافه ، بمعنى أنه يقوم بتنفيذ العمليات الاستثمارية لحسابه الخاص ، وقد يتحمل المستثمر جزءا أو كل المخاطر أثناء القيام بالعمليات الاستثمارية على حسابه الخاص [1] كما عرف أيضا بأنّه :كل شخص أجنبي طبيعي أو معنوي يقوم بإدخال رأس ماله النقدي أو العيني إلى الدولة المضيفة للاستثمار لغرض إقامة مشروع استثماري ، وفقاً لأحكام قوانينها الوطنية سواء كان المشروع الاستثماري الذي يخضع لسيطرته أو توجيهه ، أو في شكل قروض أو اكتتاب في الأسهم والسندات[2] فالمستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ، فعندما يتعلق الأمر بالمستثمر كشخص طبيعي يكون حاملا لجنسية أجنبية عن الدولة التي أقام فيها مشروعه الاستثماري بشرط أن يكون حاملا لجنسية دولة معترف بها من قبل الدولة المضيفة ، فالجزائر مثلاً لا تعترف بدولة إسرائيل ، فلا يمكن لمستثمر إسرائيلي الاستثمار في الجزائر وهذا لعدم وجود علاقات دبلوماسية بين الطرفين[3].

الفرع الثالث : معايير تحديد جنسية المستثمر الأجنبي.

إنّ مسألة التفرقة بين المستثمر الوطني والأجنبي يتحدد بمعيار الجنسية ، حيث لابد أن يكون المستثمر الأجنبي متمتعا بجنسية دولة غير جنسية الدولة المضيفة ، وهذا ذا كان شخصا طبيعيا ، والنظر إلى جنسيته أمر سهل ، لكن الإشكال يطرح بالنسبة للشخص الأجنبي كشخص اعتباري معنوي ، لذا أثيرت العديد من الاختلافات حول مدى تمتع هذه الأشخاص الاعتبارية بالجنسية[4]

فهناك عدة معايير تم الاعتماد عليها بمنح الجنسية الأجنبية للمستثمر الاعتباري والمتمثلة:

أ- **معيار التكوين (التأسيس)** : مفاده أن الشخص الاعتباري أو المعنوي تأسس وفقاً لقانون دولة ما ، بمعنى أن الشركة منشأة وفقا لقانون دولة ما وخاضعة لأحكام قوانينها ، وقد تم تسجيلها فيه وبالتالي تكتسب جنسيته فمن جهة يعتبر هذا المعيار الأكثر موضوعية لأنّه يوفر أكثر ضمانات وحماية للشركات استنادها لقانون واضح المعالم ، بينما يؤخذ عليه بأنه ترك الحرية في اختيار الجنسية للأشخاص الطبيعيين التي نشأ هذا الشخص ويكون يخدم مصالحهم.

---

(1)-انظر: شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع تحولات الدولة ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2009 ص 38 .

(2)-انظر : هفال صديق إسماعيل ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي ، دراسة تحليلية مقارنة ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2015 ، ص 21 .

(3)-انظر:والي نادية ، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2015 ص 22 .

(4)-انظر: شنتوفي عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص .39

ب- **معيار جنسية المؤسس** :حيث أنّ الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الأفراد المكونين والمؤسسين له، وهم القائمين بإدارته ، ويملكون كل رأس ماله أو جزء منه ، ذلك أن الشخص المعنوي يتكون من مجموعة من الأفراد تجمعهم وتربطهم التزامات متبادلة ، وبالتالي لا بدأن يحمل هذا الشخص الاعتباري جنسية مؤسسيه إلا أنّه انتقد هذا المعيار على أساس أن الشخص المعنوي يتمتع بكيان مستقل عن كيان الأشخاص الذين يكونونه و يديرونه.

ت- **معيار مركز الإدارة الرئيسي** :ومفاده تمتع الأشخاص الاعتبارية بجنسية الدولة التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي أو يوجد مقرها الاجتماعي، ويقصد به المكان الذي تتركز فيه أجهزة الشخص المعنوي والهيئات التي تقوم على إدارته ويعقد فيه اجتماعات [1] .إلا أنه لا بد أن يكون المركز حقيقيا لا صوريا.

د –**معيار مركز الاستغلال** :فحواه أن الشخص الاعتباري يأخذ جنسية الدولة التي يمارس في إقليمها نشاطه بصرف النظر عن محل تكوينه ، حتى لو كان التأسيس قد تم خارج هذه الدولة،فإذا وجد مركز الشركة في الجزائر تحصل هذه الشركة على الجنسية الجزائرية ، لكن يؤخذ على هذا المعيار أن الشخص المعنوي قد تتعدد م ا ركز استغلاله بطريقة متساوية ، كما يمكن أن يتم تحويل مركز الاستغلال من دولة إلى أخرى[2] ،أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ميز بين المستثمر الوطني والأجنبي كشخص طبيعي بالجنسية ، بحيث تكون الجنسية أجنبية عن الجنسية الجزائرية ، أما بالنسبة للمستثمر كشخص اعتباري فقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار الإقامة أي بمعيار مركز النشاط (الاستغلال) وهذا في القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض حيث نصت المادة 183 منه على" :**يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني."**

وبإلغاء القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض وتعويضه بالقانون رقم 03-11 فإن المشرع ميز بين المقيم وغير المقيم ، وهذا في المادة 125 حيث نصت على" :**يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر ، ويعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر .**"

(1)- انظر : شنتوفي عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص..40

(2)-انظر:شفيقة العمراني ، إثبات الجنسية والمنازعات والأحكام المتعلقة بها رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر د.س.ن، ص. 5

حيث ميز القانون بين المقيم كشخص طبيعي وكشخص معنوي ، وغير المقيم سواء كان شخص طبيعي أو معنوي ، كما تضمن نظام بنك الجزائري رقم 90-03 [1]شروط تحويل رؤوس الموال في الجزائر لأجل تمويل النشاطات الاقتصادية ، وميز بين المستثمر كشخص طبيعي وكشخص معنوي ،إذ يعتبر المستثمر الطبيعي المقيم كل شخص طبيعي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر منذ سنتين على الأقل ومهما كانت جنسيته ، أما المستثمر الطبيعي غير المقيم فهو كل شخص طبيعي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي منذ سنتين على الأقل خارج الجزائر ، و في البلدي تربطه مع الجزائر علاقات دبلوماسية مهما كانت جنسيته[2] أما بالنسبة للشخص الاعتباري (**المعنوي**) حيث يأخذ برقم الأعمال التي تكون في حدود 60%من رقم الأعمال ، لاعتبار هذا الشخص مقيم في نظر القانون الجزائري ، أما غير المقيم فعندما يفوق رقم أعماله % 60 خارج الجزائر[3].

المطلب الثاني : معيار جنسية رأس المال كأساس لقيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة.

يقيم الفقه التقليدي رابطة التبعية بين الشخص المعنوي والدولة على نفس الأساس الذي تقوم عليه الرابطة بين الشخص الطبيعي و الدولة ، وهي رابطة الجنسية [4] والاختلافات القائمة بين الشخص الطبيعي و المعنوي ألقت كثيرا من الشك ، ذلك إن الشخص الطبيعي يرتبط دوما ببلد واحد مهما كان مكان عمله أو إقامته ،وهو فضلا عن ذلك لا يمكن إن يوجد إلا في مكان واحد بذات الوقت ، بخلاف الشخص المعنوي الذي قد تكون له صلات بعدة دول [5] وقد أثارت مشكلة مدى تمتع الشخص المعنوي بالجنسية جدلا فقهيا واسعا ،فقد أكد جانب من الفقه تمتع الشخص المعنوي بالجنسية أسوة بالأفراد ، بينما أنكر جانب آخر من الفقه على الشخص المعنوي القدرة على حمل الجنسية .

الفرع الأول:المعايير التشريعية الداخلية لجنسية رأس المال كأساس لقيام المسؤولية الدولية.

تحرص كل دولة على وضع معيار تحدد على ضوءه التفرقة بين الشخص المعنوي الوطني والأجنبي ومن هنا يبدو الطابع النظري الذي يتسم به الجدل السابق إلى حد كبير ،فالفقه الذي أنكر على الشخص المعنوي حقه في التمتع بالجنسية قد أكد مع ذلك أهمية وضع المعايير التي تعين في بيان تبعية لدولة معينة ، فمن حق الدولة وضع التشريع

(1)-انظر:نظام في بنك الجزائر رقم 90-03 مؤرخ 08 سبتمبر 1990 ، نظام رقم 90/ 03 ، مؤرخ 08 سبتمبر 1990، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال لتمويل النشاطات الاقتصادية و إعادة تحويلها إلى الخارج ومداخلها ،ج ر ع 45 الصادرة بتاريخ 1990/10/24.

(2)-انظر: المادة2/ 1من نظام رقم 90/ 03 ، مؤرخ 08 سبتمبر 1990، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخلها ،ج ر ع 45 الصادرة بتاريخ 10/24 1990.

(3)-انظر: المادة 4/2 من رقم 90-03 المرجع السابق.

(4)-انظر: هشام الصادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ، بدون سنة، ص124

(5)-انظر: موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1989،ص217.

الذي تراه في تشريعاتها الداخلية في هذا الصدد،بحسب المصالح الاقتصادية لكل دولة ، وهناك عدة معايير منها معيار مركز الاستغلال ،المعيار الشخصي ، معيار مركز الإدارة الرئيسي

فحسب معيار التأسيس أو التكوين :يذهب هذا المعيار إلى أن جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية الدولة التي تأسس فيها وفقا للقوانين السائدة فيها ،فهذه القوانين هي التي منحته الوثائق الخاصة بتكوينه ،وهي التي منحته الشخصية القانونية ، انتقد لأنه يسهل إخفاء الجنسية الحقيقية للشخص الاعتباري لأنه يتأسس في دولة معينة لغرض التمتع بجنسيتها و التمتع بالحقوق فيها بينما أعضاؤها ومديروها من الأجانب.

أما معيار مركز الاستغلال: فحواه إن الشخص الاعتباري يأخذ جنسية الدولة التي يمارس في إقليمها نشاطه بصرف النظر عن محل تكوينه لكن هذا الرأي لا يخلو من النقد على أساس

إن الشركة الواحدة قد تزاول نشاطها في عدة دول[1]إما المعيار الشخصي :فمفاده إن يكتسب الشخص المعنوي جنسية الأشخاص الذين يكونونه ويديرونه ويملكون كل رأس ماله أو جزءا منه على أساس أن الشخص المعنوي ما هو إلا مجموعة من الأفراد تجمعهم وتربطهم التزامات متبادلة ،ومنافع مشتركة فمن باب أولى حينئذ أن تكون له جنسية الأشخاص المكونين له وقد انتقد هذا المعيار على أساس أن الشخص المعنوي كيانا ذاتيا مستقلا عن كيان الأشخاص الذين يكونونه ويديرونه .

معيار مركز الإدارة الرئيسي:يكتسب بموجبه الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي اتخذ مركز إدارته الرئيسي فيها ولكي يعتد بمركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري لابد أن يكون مركزا حقيقيا لا صوريا ،وهو الذي تعقد فيه الجمعية العامة اجتماعاتها .

الفرع الثاني :المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري.

نصت المادة 50من القانون المدني الجزائري على أن «للشخص الاعتباري موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة كما نصت المادة 547من القانون التجاري الجزائري على أن :«يكون موطن الشركة في مركز الشركة»حيث تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري والمشرع الجزائري ارتكز كذلك على المعيار الاقتصادي لتحديد جنسية المستثمر الأجنبي .

(1)-انظر:شقيقة العمراني ،إثبات الجنسية والمنازعات والأحكام المتعلقة بها ،رسالة ماجيستر في العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر ،معهد الحقوق و العقود الإدارية ، بدون سنة ،ص59.

الفرع الثالث : الرابطة الاقتصادية كأساس لقيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة .

إن الارتكاز على رابطة التبعية القانونية و السياسية غير كافي في مجال الاستثمار، لتحديد جنسيته حيث تبنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار معيارا مقاربا للوقائع الاقتصادية ،إذ يجب أن يكون الشخص المعنوي يتبع الدولة على أسس واقعية ،و هنا يبدو معيار الرقابة كمعيار تكميلي يقوم إلى جانب المعيار المستند إليه وفقا للقانون الداخلي للدولة [1].

-**معيار الرقابة** : لقد تم تبني معيار رقابة الأشخاص المعنوية من قبل القانون الاقتصادي الدولي ، من خلال الاتفاقيات المتعددة الأطراف ، أو الاتفاقيات الثنائية ، و ذلك لتحديد الطبيعة الدولية للاستثمارات و يعتبر معيار الرقابة معيارا تكميليا لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية و يمكن من تكييف دولية الاستثمار الذي ينجز في إقليم دولة الجنسية و هذا ما نصت عليه اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات في المادة 25 الفقرة 2 حيث نصت على أنه «يعتبر من رعايا الدولة المتعاقدة كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة طرف النزاع ،.....و أيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع، و يتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية ».

كما جاءت اتفاقية سيول لعام 1985 الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بحل بسيط ، و اعتبرت الاستثمار الصالح للضمان هو المنجز من قبل شخص اعتباري تم تأسيسه و تعين مقر أعماله في إقليم الدولة العضو ، لكن تكون غالبية رأس ماله مملوك لمواطني دولة عضو أخرى المادة 13 نلاحظ أن هذه الاتفاقية عرفت معيار الرقابة عن طريق ملكية أغلبية رأس مال الشركة من قبل الأجانب [2].

2-معيار المركز الرئيسي للمصالح الاقتصادية:

لقد نصت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الايطالية على أن «عبارة مواطنين تشير إلى الأشخاص الطبيعيين المتمتعين بالنسبة للجزائر بالجنسية الجزائرية ،وبالنسبة لايطاليا بصفة مواطن ايطالي على أن يكون في نطاق تشريع وتنظيم الدولة التابعين لها ،مركز مصالحهم الاقتصادية الرئيسي القائم على إقليمها .

وعبارة الشخص المعنوي تشير إلى كل مؤسسة وكل شركة أشخاص أو رؤوس أموال قائمة في إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين طبقا لتشريع هذه الأخيرة ،ولها في نفس الإقليم ،مقرها والمركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية كما هو معرف

(1)-انظر: نظرية الجنسية الفعلية التي تظهر أهميتها عند بحث مركز متعدد الجنسية ،شفيقة عمراني، نفس المرجع ،ص59.

(2) –انظر: هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ،مرجع سابق ص .141

من خلال تشريع وتنظيم كل من الدولتين المتعاقدتين» وبهذا تكون هذه الاتفاقية قد أدخلت معيارا جديدا لم يرد في الاتفاقيات الأخرى وهو معيار المركز الرئيسي للمصالح الاقتصادية .

المطلب الثالث:مدي الاعتداد بالصفة الدولية للمستثمر الأجنبي في قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة.

لقد كانت ولا تزال مشكلة حماية المستثمرين الأجانب قضية مهمة تزاحم أهم المسائل التي تهتم بها الدولة عند إرسائها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية،حيث يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز قانوني لا باس به بالمقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتع به باقي الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم[1]وبحماية لا تقل أهمية عن ذلك،إلاّ أ ن هذه الحماية لم تعد تتماشى مع ما كانت تقتضيه قواعد القانون الدولي التقليدي الذي كان يحمي المستثمر الأجنبي حماية لا تخرج عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب[2] لتتطور مع تطور القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية الذي يتطلب إعمالاً جديدا وفق المبادئ الجديدة التي تتطلب تبديد الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار الدول الأشخاص الوحيدة للقانون الدولي، وارتقائها إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي للسماح له بالوقوف كخصم للدولة المضيفة له أمام القضاء الدولي لفض منازعاته المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شخصيا، بعد أن كانت منازعاتهم لا تُفض إلا في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية.

وعليه أصبحت أهم الضمانات الدولية التي يكفلها إعمال الحماية الدولية هي ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له عن الحد الأدنى في المعاملة والحماية الفرع الأول، واحتفاظه بحقه في الحماية الدبلوماسية الفرع الثاني ،وإثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة له عند تعرضه لأي إجراء يمس بملكيته الفرع الثالث.

الفرع الأول: ضمان الحد الأدنى في الحماية .

تقضي قواعد القانون الدولي بأن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ليست مطلقة الحرية في معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها، لأنها ملزمة باحترام المعاهدات التي أبرمتها بخصوص معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية، كما أنها ملزمة بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب باعتبارها جوهر الحماية التي يثيرها القانون الدولي، والتي لا يجوز لها النزول عنها في معاملة الأجانب وإن كانت تقل عن الحد المضمون في معاملة المواطنين[3]حيث يثير مفهوم" الحد

(1)-انظر:صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005 ص ص 432-433 .

(2)-انظر:عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة ،.1990 ص ،ص 85 93 .

(3)انظر:صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص479

الأدنى لحماية الأجانب ومعاملتهم "خلافًا من حيث مضمون الحد والحقوق التي يشملها[1]فرغم أن القانون الدولي قد أقر المبدأ وإلزامية احترامه من الجماعة الدولية، إلاّ أن مضمونه يبقى نسبيا وإطاره محددا وفق وجهة نظر الدولة التي تقوم بإعماله أي الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية[2]، وقد حاولت إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في شأن تحديد مفهوم الحد الأدنى للمعاملة والحماية تعريفه كما يلي إن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر، سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى والذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب .بما في ذلك حقوقهم المالية ومعنى ذلك أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يقضي بتوفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، بما في ذلك معاملة وحماية ممتلكاتهم بصفة عادلة ومنصفة [3]لا تتعرض لأي إجراء كان كالتأميم أو نزع الملكية أو أي تدبير آخر مماثل سواء كان تشريعيا أو قضائيا أو إداريا قد يحد من حق المستثمر الأجنبي في استعمال أمواله بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بصفة مؤقتة إ لا في حدود العدل والإنصاف لكن تعرض هذا التعريف لانتقادات فقهية عنيفة بسبب أن الحد الأدنى التقليدي بالمفهوم السابق أصبح غير كاف لحماية وصيانة ملكية وأموال المستثمر الأجنبي خصوصا مع تطورا لمركز القانوني للأجانب بصفة عامة، وللمستثمر الأجنبي بصفة خاصة هذا من جهة .وعلى أساس أن الالتزامات التي تضمنها الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية وتشجيعا لاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير الحد الأدنى إذا كان مضمونه ينطبق أصلاً على مضمونا لتعريف وتجعله في حالات كثيرة يستغني عن الحماية التي يضمنها القانون الدولي بموجب" الحد الأدنى "من جهة ثانية .إلا أن ذلك لا ينقص من أهمية حماية المستثمر الأجنبي بموجب مبدأ" الحد الأدنى للحماية والمعاملة "وفق القانون الدولي وبالخصوص في الحالات،التي لا يضمن فيها المستثمر الأجنبي الحصول على هذا الحق بموجب الاتفاقيات الدولية أو في حالة الرجوع إلى حدود الحد الأدنى لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة عن التقصير في الحماية والمعاملة بالمقارنة مع تلك الحماية والمعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني .

---

(1)- **Salem Mahmoud**, "le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers", j .d .i, n° 3, culent, 1986, pp. 579 – 626.

(2)-***le standard minimum est la norme minimum exigée en matière de protection et de traitement des investissements étrangers par les règles du droit international ou à défaut***

par les principe généraux du droit communs aux notion civilisées ».

- Horchani ferhat ,le droit des investissement ;a heure de modalisation.1ere annee,2004 p. 184.

(3)- « ***le traitement juste et équitable constitue bien une norme minimale de l'ordre international dont les investisseurs internationaux doivent toujours être bénéficiaires quel***

que soit le régime juridique posé par le droit interne des investissements ».

- Carreau Dominique, investissements., droit international économique ;3eme edition ; p. 17.

الفرع الثاني : ضمان الحماية الدبلوماسية.

لعبت الحماية الدبلوماسية دورا فعالاً في تطوير قواعد القانون الدولي استعملتها الدول لحماية رعاياها المتواجدين على إقليم الدول الأجنبية من كلّ الأضرار التي تمسهم شخصيا أو تمس أموالهم المستثمرة وهي ضمانة للاستثمار من جهة ووسيلة لازدهار الاقتصاد العالمي، حيث يقول د .حسين حنفي عمر عن الحماية الدبلوماسية ما يلي :

يستحق الفرد والمال الأجنبي الحماية ...من مخاطر الاعتداء عليه أو تأميمه أو« مصادرته وخاصة إذا تم ذلك بواسطة الدولة التي يتم الاستثمار على أراضيها .ولا شك أنها الوسيلة المثلى للحماية هي في تبني دولة المستثمر المطالبة بإجراء الحماية الدبلوماسية". [1]

لقد كان مصدر حق الرعايا في الحماية الدبلوماسية في الفقه التقليدي هو القانون الداخلي وليس القانون الدولي لأنها مظهر من مظاهر السيادة الوطنية، وهو حق خالص للدولة يخضع لصميم سلطتها التقديرية وليس حقًّا للمواطنين[2] أما في الفقه الدولي الحديث فأصبحت الحماية الدبلوماسية من واجبات الدولة التي تلتزم بها تجاه رعاياها كنتيجة حتمية لرابطة الجنسية، وكحق من حقوقهما لتي تمارسها الدولة باعتبارها إجراء من إجراءات القانون الدولي العام للحصول على التعويض المناسب من الدولة الأجنبية التي تتسبب بإجراءاتها أو تصرفاتها أو أفعالها غير المشروعة بضرر لرعاياها إلاّ أنّه لا يترتب عن كلّ الأفعال التي تنتج عن الدولة والتي تسبب بها أضرارا المسؤولية الدولية ولا الحق في الحماية الدبلوماسية إلا إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي وتمس بمصلحة شخصية.فحالة اللامشروعية في حد ذاتها لا تشكل ضررا بل الضرر ينتج عن المساس مصلحة شخصية قانونية تحميها قواعد القانون الدولي كالأفعال التي تمس الدولة فيصفنها أو تمس ملكية رعاياها بموجب إجراءات النزع أو التأميم أو غيرها[3]... ومن أهم الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت المسؤولية الدولية عن الإجراءات التي قامت بها الدولة وسببت بها أضرارا لرعايا دولة أخرى في دعوى الحماية الدبلوماسية هي الحصول على التعويض بالشكل الذي يجعله مناسبا لمقدار الضرر ويشترط على الدولة قبل مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، أن يكون الشخص الذي تريد حمايته قد استنفذ كلّ طرق الطعن الداخلية المتاحة له في إطار القانون الداخلي للدولة المضيفة له باعتباره مبدأً مقاربه فقها وقضاء، فيمارس كلّ الوسائل القانونية للطعن بما فيها الطعن الإداري، والقضائي العادي والاستئناف والنقض ...تحت سقوط الحقّ في اللجوء إلى القضاء الدولي بموجب الحماية الدبلوماسية وقد نصت دول أمريكا اللاتينية في المعاهدة التي وقعت عليها عام 1949 على هذا

(1)-انظر:حسين حنفي عمر: دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص35 .

(2)-انظر: أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في قضية امتيازات "Macro Matis" عام 1964 كما يلي **إن الدولة في تبنيها دعوى أحد رعاياها ولجوئها إلى العمل الدبلوماسي أو إجراءات التقاضي الدولية نيابة عنه، فإن** الدولة تؤكد في الواقع حقها الخاص في ضمان احترام قواعد القانون الدولي في شخص رعاياها أكدت كذلك ذلك في قضية برشلونة تراكشن لسنة 1970 كما يلي **يتمتع على الصعيد الدولي بأي** حق شخصي في الحماية الدبلوماسية ... حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص. 37

(3)-انظر:صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،..2004 ، ص ص.12 -11

الشرط في المادة السابعة منها كما يلي:"**إن الأطراف المتعاقدة تلتزم بعدم ممارسة الحماية الدبلوماسية بغرض حماية مواطنيها، وتمتنع عن إحالة أي نزاع للاختصاص الدولي لذلك الغرض، طالما أن المواطنين المعنيين لديهم الوسائل لعرض النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة في الدولة**". [1]

وفي كلّ الأحوال، لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو أن ترفع دعوى مطالبتها دوليا بخصوص أي نزاع يتعلق برعاياها، متى اتفق بشأنه هذا الأخير مع الدولة التي استضافته باعتبارها طرفا في النزاع على طرحه على التحكيم الدولي، أو تم طرحه فعلاً على التحكيم في إطار ما تم الاتفاق عليه في بنود عقد الاستثمار الدولي، وذلك إلا إذا رفضت الدولة المتعاقدة المعنية تنفيذ الحكم الصادر في النزاع .

الفرع الثالث: ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة:

تقوم المسؤولية الدولية للدولة تجاه دولة أخرى عندما تنتهك الأولى قاعدة من القواعد الدولية بموجب فعل غير مشروع [2]تأتيه بموجب عمل معين أو الامتناع عن فعل تكون بذلك مخالفة للالتزامات المقررة في القانون الدولي [3] لحماية الأشخاص أو أموالهم، فيستوي الفعل إيجابيا كان أم سلبيا ما دام يشكل خروجا عن القاعدة الدولية أيا كان مصدرها اتفاقًا أو عرفًا أو مبدأً من مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.[4]

إن إخلال الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي ببنود عقد الاستثمار الأجنبي يعد تصرفًا غير مشروع دوليا إذا كان محميا بمعاهدة دولية، يترتب عن ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يجعل من المسؤولية الدولية ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي من شأنها تحقيق الاستقرار في العلاقة العقدية.

ويترتب عن الإخلال بالالتزام الدولي إثارة المسؤولية الدولية للمخل من جهة ونشوء رابطة قانونية بين الشخص القانوني الدولي المخل والشخص القانوني الذي أصابه الضرر أو الذي حدث الإخلال في مواجهته ليصبح التزاما جديدا على عاتق الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع، بحيث يتخذ شكل الالتزام بإزالة ما ترتب عن فعلها من نتائج سواء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو بالتعويض .فالالتزام الدولي يرتبط بالضرورة بالمسؤولية الدولية وفق مبادئ القانون الدولي والأحكام القانونية العامة وعليه يترتب عن إخلال الدولة بتعهداتها لالتزام بالتعويض عنه على نحو كاف ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقية التي تنشأ عن انتهاكها المسؤولية .

---

(1)-انظر:صالح محمد محمود: المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ص ص 11-12.

(2)-انظر: نبيل بشير،المسؤولية الدولية في عالم متغير ،مطبع عبير ،مصر،1994، ص 122

(3)-انظر:يعرف مجمع القانون الدولي الفعل غير المشروع بأنه : "**كلّ فعل أو امتناع يتنافى مع الالتزامات الدولية للدولة، أيا كانت السلطة التي تأتيه تأسيسية كانت أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية**" ، المرجع نفسه ،ص122.

المبحث الثاني :الشروط التي تجعل من الممتلكات الأجنبية أموال استثمار.

كرس الدستور الجزائري مبدأ حرية الاستثمار كمبدأ دستوري لأول مرة منذ استقلال الجزائر سنة 1962 ،حيث نصت المادة 43 في الفقرة الأولى حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون غير أن المادة الثالثة 03 ن القانون 16 -09 المتعلق بترقية الاستثمار لم تذكر بصريح العبارة حرية الاستثمار، وهو ما يفهم منها أن هذه الحرية أصبحت أم ا ر بديهيا ومسلم به ، لأنه لا يمكننا أن نجد القانون يخالف الدستور وإلا أعتبر هذا القانون لاغيا، وهو أمر لا يمكن تصوره.

كما جاء في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بمجموعة من الضوابط التي تقيد حرية الاستثمار، وتجعلها غير مطابقة،وعليها بمراعاة التشريعات والتنظيمات القانونية، وعلى رأسها مراعاة شروط قبول الاستثمار المطلب الأول وكذا ألزم المشرع الجزائري المستثمر الأجنبي بعدم مخالفة قوانين الدولة المضيفة المطلب الثاني واشترط لقبول الاستثمار إن تكون لأموال المستثمر الأجنبي قيمة مالية واقتصادية المطلب الثالث حقيقية من أجل المساهمة في نمو الاقتصاد الوطني وأن تكون للاستثمارات أثر حقيقي في هذا النمو .

المطلب الأول شروط قبول الاستثمار.

ألزم المشرع الجزائري إنشاء الاستثمار الأجنبية في الجزائر بجملة من الشروط والإجراءات يستوجب على المستثمر الأجنبي استيفائها حتى يمكن له إنجاز مشروع استثماري في الجزائر، وهذا بمقتضى أحكام الأمر رقم 01-03 والتعديلات الهامة التي لحقت به في قوانين المالية لسنة 2009-2010 والتي تندرج ضمن سياسة الدولة الرمية لحماية الاقتصاد الوطني وتوجيه الاستثمارات الأجنبية لخدمة أهداف التنمية غير أنّ هذه التعديلات اعتبرها المستثمرين بمثابة قيود تعجيزية منفرة للاستثمار[1] والمتمثلة في:

- إنجاز الاستثمارات الأجنبية في إطارا لشراكة مع الطرف الجزائري[2]
- تكريس حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية[3]
- ضرورة ضخ فائض العملة لصالح الجزائر.

لكن بالرجوع للقانون رقم 16-09 فقد ألغى شرط أرصادفائض العملة الصعبة لفائدة الجزائر، أما الشرطين الآخرين فقد أحالهما إلى قانون المالية لسنة 2015 لكي تتماشىمع ما **هو**معمول به في العالم وتطبيقها في حالات مرتبطة بمصلحة الاقتصاد الوطنيكما أبقى هذا القانون على شرط وحيد مفروض على المستثمر الأجنبي وهو إلزامية التسجيل، ولكن طالما لم تصدرا لمراسيم المطبقة لمه النصوص فإنه يبقى العمل بالأحكام. السابقة الخاصة بالتصريح

(1)-انظر: والي نادية، مرجع سابق، ص ص 41-42

(2)-انظر: المادة 66 قانون رقم15 -18 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ج ر ع 72 الصادرة 31 ديسمبر 2015 .

(3)-انظر:. المادة 30 قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج ر ع رقم 46 الصادر في 3 أوت 2016

بالاستثمار، وهذا وفقا للمادة 38 من القانون 16-09 لذا سنتطرق للتصريح ومدى الزاميته **الفرع الأول** وشكله الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدى الزاميته التصريح التسجيل .

سنّ القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار شرطا وحيدا للقيام بالاستثمار في الجزائر وهو الزاميته التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وهذا في المادة 4 منه التي نصت على" **تخضع الاستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المذكورة في مادة 26 أدناه وتحديد كيفيات تسجيل الاستثمارات عن طريق التنظيم."**

إلا أنه لم يصدر التنظيم الخاص بالتسجيل وفي انتظار ذلك يتم العمل بالتنظيمات السابقة الخاصة بالتصريح وهذا وفقا للمادة 38 من القانون 16-09 ، وبالتالي يتم تطبيق إجراء التصريح على الاستثمارات المنجزة في الجزائر.

حيث أحدث نظام أو إجراء التصريح بالاستثمار المتعاملين الأجانب من خلال المرسوم التشريعي رقم 12/93 في المادة 3 منه غي أن المشرع الجزائري لم يفصح على الطابع الإلزامي لهاذ الإجراء خاصة وأنه لم يتعرض لبطلان الاستثمارات الغير مصرح بها , فعدم التصريح لا يبطل الاستثمار وإنما يحرمه فقط من الاستفادة من الامتيازات وبعض الضمانات , وإنما يعتبر باطلا الاستثمار الذي لم يصرح به والمرتبط بالنشاطات المخصصة للدولة أ لفروعها .

لكن بالرجوع لأحكام الأمر 01-03 الملغى في المادة 4/3 التي نصت على "وتخضع الاستثمارات التي استفادت من المزايا قبل انجازها للتصريح للاستثمار ولدى الوكالة المذكورة أدناه فمن خلال هادا النص نستنتج أن التصريح إلزامي في حالة طلب الحصول على مزايا ,حيث للتصريح دور إعلامي يتم بموجبه إعلام الإدارة بالمشروع الاستثماري قبل بداية النشاط ويعتبر من الواجبات التي تقع على عاتق المستثمر , كما يمكن للسلطات المعنية التي تشرف على عملية الاستثمار بمتابعة المشاريع المنجزة من حيث العدد والكم .[1]

الفرع الثاني : شكل ومضمون التصريح .

لم يتعرض الأمر رقم 01-03 الملغى للبيانات التي يجب إن يتضمنها التصريح , وهذا على عكس ما جاء به المرسوم التشريع رقم 12/93 الملغى , حيث ترك الأمر للتنظيم , لكن بالرجوع للمادة 50 من الأمر رقم 01-03 فقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 08-98 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب مقرر منح المزايا وكيفيات ذلك .[2]

(1)-انظر: عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2012، ، ص3 19

(2)-انظر: مرسوم تنفيذي رقم 08 -98 المؤرخ في 24 مارس 2008 يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب منح المزايا وكيفيات ذلك ،ج ر ع 16 ،الصادرة بتاريخ 26مارس 2008 .

وبالاستناد للملحق رقم "أ" من المرسوم التنفيذي السالف الذكر فإن وثيقة التصريح بالاستثمار باعتبارها وثيقة إحصائية وإعلامية يستوجب إن تتوفر على مجموعة من العناصر والمعلومات يقيدها المستثمر , وتتمكن الوكالة من خلالها من معرفة شاملة و دقيقة لطبيعة المشروع الاستثماري [1] , وتتمثل هذه البيانات في :

1- **التعريف بالمستثمر** : من خلال ذكر اسم ولقب المستثمر والشكل القانوني للمؤسسة , مصدر رأس المال , وكذا الطبيعة القانونية للاستثمار , رقم السجل التجاري ورقم التسجيل الجبائي والمقر الاجتماعي .

2- **التعريف بالممثل القانوني** : من خلال كل المعلومات المختلفة عن الممثل القانوني .

3- **المزايا السابقة المتحصل عليها** : كما نصت المادة 4 من هذا المرسوم يودع التصريح من طرف المستثمر نفسه أو ممثله بموجب وكالة مصادق عليها تكون وفقا للنموذج المحدد في الملحق الثاني من هذا المرسوم لدى الشباك الوحيد اللامركزية المختص إقليميا والذي يمنح شهادة الإيداع للمستثمر سواءا طلبها أم لا , وفي حالة عدم قبول التصريح يتم تبليغ المستثمر كتابيا بعدم قبول الذي يكون معلل ومؤرخ من طرفها .

4-**نوع الاستثمار** : حيث يجب على المستثمر الذي يقدم التصريح أن يوضح فما إذا كان استثماره متعلق باستحداث قطاعات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة أو استعادة النشاطات الجزئية أو الكلية .

5- **طبيعة ومحتوى المشروع** : يتحدد ذلك بوصف طبيعة النشاط الذي يرغب الاستثمار في , مكان التوطين , مدة الانجاز المحتملة , تركيبة الاستثمار القابلة للاستفادة من المزايا , التكلفة الإجمالية للاستثمار و المعطيات المالية للمشروع .

المطلب الثاني :الشرط عدم مخالفة المستثمر الأجنبي لقوانين الدولة المضيفة.

كما قام الأمر رقم 01-03 المذكور أعلاه بتعزيز مبدأ حرية الاستثمار من خلال توسيعه لمجالات تطبيق هذا المبدأ، ليصبح القانون الجزائري الأكثر تشجيعا لكل المبادرات، حيث لم يعد المستثمر الأجنبي يبحث عن إمكانية الاستثمار،وإنّما أصبح يبحث عن تطوير استثماراته [2] ليتم فيما بعد تعديل الأمر رقم 01-03 بموجب الأمر رقم06-08[3] الذي كان أكثر تحريرا للاستثمار عن سابقه وهذا بإقراره لمجموعة من المزايا والضمانات التي كانت الأكثر إغراءا عن سابقتها .

غير أنه بالرجوع للقانون رقم 16-09 المتضمن قانون ترقية الاستثمار ،والذي ألغى الأمر رقم 01-03 فقد حذف المشرع الجزائري عبارة **حرية تامة**، وذلك في المادة 03 منه بنصها على" **تنجز الاستثمارات**

(1)-انظر: والي نادية، مرجع سابق، ص76 .

(2)-انظر:أوباية مليكة ، مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فالقانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004ص 20 .

(3)-انظر:أمر رقم 06 -08 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 مؤرخ في 20أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر ع 47 ،الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006 .

المذكورة في أحكام هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها،لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة الفرع الأول وبالنشاطات والمهن المقننة"الفرع الثاني، وكيفية التسجيل الفرع الثالث.

الفرع الأول:حماية البيئة عرفت فترة السبعينات والثمانينات إنشاء العديد من المصانع والتي كانت تشتغل بصفة عشوائية ممّا أدى إلى إضرار كبير للبيئة، والذي انعكس سلبا على حياة المواطنين، وكذا تهديد الأجيال المستقبلية، الأمر الذي حتم على المشرع الجزائري بإعادة النظر في قوانين الاستثمار إذ قام بإدراج البعد البيئي فيها، حيث قيدت حرية الاستثمار البيئة وهذا في المادة 04 من الأمر 01 -03 المتعلق بتطوير الاستثمار والملغى، والمادة رقم 03 من القانون 16-09 وهذا التقييد جاء نتيجة تضارب وجهات النظر بين أنصار حرية الاستثمار وحماية البيئة، والذي توج بتكريس فكرة التنمية المستدامة [1] والذي تم التأكيد عليه بوضع نص قانوني خاص ينظمها فأصدر المشرع الجزائري سنة 2003 القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة [2] والهدف من هذا القيد هو أنّ الاستثمار في بعض الأنشطة والصناعات ملوثة للبيئة كالصناعات النفطية والغاز الطبيعي، كذلك الصناعات البتر وكيماوية، كما أنّ المشرع لم يحدد لنا الأنشطة التي تأثر سلبا على البيئة تاركا المجال للسلطة التنفيذية كما أن الهدف من اعتبار حماية البيئة ضابطا من ضوابط حرية الاستثمار هو خلق التوازن بين حرية المستثمر وحق المجتمع في تحقيق التنمية .وبالإضافة إلى قانون البيئة الذي يعتبر الإطار العام لحماية البيئة، نجد كذلك عدّة قوانين عالجت موضوع حماية البيئة، كقانون الغابات، قانون المياه، قانون المناجم، قانون الصيد وغيرها.

وقد يتطلب التنظيم ألضبطي لنشاط الأفراد أو المؤسسات التي لنشاطها تأثير بيئي ضرورة الحصول إمّا على ترخيص أو إذن مسبق قبل ممارسة النشاط من السلطات المختصة، إذا كانت هذه النشاطات تمس المصالح المتمثلة في الصحة العمومية، النظافة، الأمن، الفلاحة الموارد الطبيعية، المواقع والمعالم، أو تقديم تصريح أو إخطار مسبق للجهات المختصة بإعلامها بما ي ا رد ممارسته من نشاط وماله من أضرار على البيئة وهذا لأخذ الاحتياطات[3] .

الفرع الثاني:النشطات المقننة .

لم يعرّف لنا قانون الاستثمار النشاط المقنن، وإنّ ما تطرق له في المجال التجاري وذلك في القانون رقم 90-22 المتعلق بالسجل التجاري[4]، فقد عرفه في المادة 05 منه على أنه " مهنة منظمة بقوانين خاصة تحدد زيادة على ذلك الشروط المختلفة لتطبيق هذا القانون أو بعض منه، كما يقصد بالمهنة المنظمة وفقا لهذا القانون بأنّها جميع المهن التي

(1)-انظر:بركان عبد الغاني، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010 ، ص 04

(2)-انظر:القانون رقم 03 /10 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ،يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة،ج ر ع 13 ،الصادر بتاريخ 20 جويلية 2003 .

(3)-انظر: والي نادية، مرجع سابق، ص 37

(4)-انظر:أويابة مليكة، مرجع سابق، ص 20

يتوقف ممارستها عل امتلاك شهادات أو مؤهلات تسلمها مؤسسات يخولها القانون ذلك ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضع للقيد في السجل التجاري [1] إذ عرفتالمادة 02

منه النشاط المقنن بأنه" :يعتبر في مفهوم هذا المرسوم كنشاط أو مهنة مقننة كل نشاط أو مهنة تخضع للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما توافر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما كما أن المادة 03 منه قامت بتقديم التأطير القانوني الخاص بالنشاطات المقننة، وبالتالي فالنشاطات المقننة هي تلك النشاطات الاقتصادية التي يحتاج المستثمر لممارستها ضرورة الحصول على رخصة أو مؤهلات تسلمها الجهات المختصة للدولة، إلا أنّ المشرع لم يحدد لنا طبيعة هذه النشاطات المقننة، كما يصعب حصرها أو إحصائها لعدم وجود نص قانوني محدد لها كما حدد المرسوم رقم 07- 40 السالف الذكر مجالات النشاطات المقننة، والتي تشمل النظام العام، أمن الممتلكات والأشخاص، حماية الصحة العمومية، حماية حقوق الخواص ومصالحهم المشروعة، حماية الخلق والآداب، حماية الثروات الطبيعية والممتلكات العمومية التي تكوّن الثروة الطبيعية، احترام البيئة والمواقع المحمية، والإطار المعني للسكان وحمايةالاقتصاد الوطني ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أدرج النشاطات المخصصة كقيد لحرية الاستثمار في المرسوم التشريعي رقم 39-12 وجعل منها ضابطا لحرية الاستثمار، ولكن قام بإلغائه في المرحلة اللاحقة بإصداره للأمر 01-03 رغم ملاحظتها أن هناك بعض الأنشطة لا تزال مخصصة بصفة صريحة للدولة و تنظمها قوانين خاصة.

الفرع الثالث:سجيل الاستثمار

لدراسة إجراءات تسجيل الاستثمار، والذي جاء في القانون الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، يستلزم منا القيام بتعريف تسجيل الاستثمار ثم شكل شهادة التسجيل بالإضافة لآثار التسجيل.

تعريف التسجيل بالاستثمار

حسب المادة الرابعة 04 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تنص : تخضع الاستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المذكور في المادة 26 أدناه. تحدد كيفيات تسجيل الاستثمار عن طريق التنظيم يفهم من نص هذه المادة 04 أن الاستثمارات قبل إنجازها، تكون موضوع تسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار من أجل الاستفادة من

(1)-انظر: مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18جانفي 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة والخاضع للقيد في السجل التجاري وتأطيرها ج ر ع 05 الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1997 ،معدل ومتمم .

الامتيازات المقررة في أحكام القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، وهذه المادة لم تعط لنا تعريف التسجيل بالاستثمار، أو القانون ككل، لكن اكتفت فقط بالإشارة إليه. وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 17-102 الذي يحدد كيفية تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به [1]حيث ورد تعريف إجراء تسجيل الاستثمار من خلال المادة الثانية منه :" تسجيل الاستثمار هو الإجراء المكتوب الذي يعبر من خلاله المستثمر عن إرادته في إنجاز الاستثمار في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع أو الخدمات، يدخل ضمن مجال تطبيق القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت سنة 2016 المذكور أعلاه .

وعليه فاشتراط تسجيل الاستثمار يعرف على أنه عبارة عن إجراء مكتوب يقوم به المستثمر يعبر من خلاله عن أرادته والذي تكون لديه رغبة في إنجاز مشروع استثماري في الجزائر ، في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع أو الخدمات التي تضمنها قانون الاستثمار فاشتراط إجراء تسجيل الاستثمار أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أو إحدى الشبابيك التابعة لها، يعتبر إجراء شكلي على أساسه تتمكن السلطات من إعداد إحصائيات[2] ، وتمكينها من متابعة المشاريع المنجزة من حيث عددها ونوعيتها وتقييم سياسة الاستثمار وآثارها الاقتصادية فالتسجيل ما هو إلا مجرد إجراء إعلامي يقوم به المستثمر بهدف إعلام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، بميلاد مشروع جديد دون انتظار منها قبول أو رفض هذا المشروع[3].

✍ شكل شهادة تسجيل الاستثمار .

حدد المرسوم التنفيذي رقم 17-102 كيفيات تسجيل وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به أهم البيانات والعناصر التي تتضمنها شهادة التسجيل المقدمة من طرف المستثمر والراغب في الحصول على المزايا ، حتى تتمكن الوكالة من معرفة شاملة ودقيقة لطبيعة المشروع الاستثماري المزمع إنجازه، إلى جانب خصائصه التقنية...الخ.

وعلى العموم فإن استمارة أو شهادة التسجيل للاستثمار تستوجب استيفاء مجموعة من العناصر المتعلقة أساسا بتعريف المستثمر ثم التعريف بالممثل القانوني،نوع الاستثمار ،وكذا تعيين ووصف المشروع .

✍ آثار تسجيل الاستثمار.

(1)-انظر:مرسوم تنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به ج ر عدد 16 الصادر بتاريخ 08 ما رس2017.

(2) - Haroun Mehdi, le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, litec paris, 2000

(3)-انظر: أوباية مليكة، المرجع السابق ص 346 .

بعد استيفاء إجراءات التسجيل الاستثمار المقدمة من طرف المستثمر بواسطة استمارة أو شهادة التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أو إحدى وكالاتها المحلية، جميع البيانات أو العناصر ومطابقتها للنشاط المراد الاستثمار فيه وأنه غير مستثنى من ا لم ا زيا طبقا للتشريع والتنظيم المتعلق بها.

يترتب على عملية تسجيل الاستثمار مجموعة من الآثار نوجزها فيما يلي:

-يخول إجراء تسجيل الاستثمار بقوة القانون ودون أي إجراءات أخرى، الاستفادة من مزايا الانجاز المحددة في المواد من 12 إلى 15 ، من قانون رقم 16-09 المذكور أعلاه وتدون هذه المزايا في شهادة التسجيل مع الإشارة إلى المواد التي أنشأتها [1]

- تخضع للموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار كل من:
- المزايا التي تمنحالاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايير دينار 5.000.000.000دج.
- المزايا الاستثنائية التي من شأنها أن تمنح الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني[2].

المطلب الثالث :أن تكون لأموال المستثمر قيمة مالية واقتصادية .

إن المستثمر الأجنبي بعد إبرامه لعقد الاستثمار مع الدولة المضيفة يقع على عاتقه مجموعة من التزامات، التي تكاد تكون هي السبب الرئيسي الذي يدفع الدولة للتعاقد معه،وتختلف هذه التزامات حسب الشكل القانوني للعقد ونوعية الأعمال المطلوب تنفيذها سواء كانت إنشاء أو استغلالا، و تنص العقود دائما على الجزاءات التي تفرضها الدولة عند إخلال الطرف الأجنبي بهذه الالتزامات[3] يتمثل حق الدولة في الحصول على التعويض أو التنفيذ العيني أو إنهاء العلاقة التعاقدية وقد نظرت محاكم التحكيم العديد من هذه القضايا التي كان فيها الطرف الأجنبي مخلا بالتزاماته العقدية، وكان للدولة الحق في التعويض أو إنهاء العلاقة ومن هذه الالتزامات نذكر الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال موضوع التعاقد (الفرع الأول) , الالتزام بالتجهيز واستعمال تكنولوجيا عالية (الفرع الثاني) , الالتزام بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار (الفرع الثالث) .

(1)-انظر:المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 17 /102 المرجع السابق.

(2)-انظر:..مرسوم تنفيذي رقم17-102 المرجع السابق، المادة 14 منه

(3)-انظر: المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 102/17، المرجع نفسه

الفرع الأول : الالتزام بإحرام القواعد الفنية في المجال موضوع التعاقد.

تشترك أغلبية العقود الدولية في الالتزام الواقع على احترام المستثمر الأجنبي للقواعد الفنية والممارسات التجارية في المجال المعني بالتعاقد فمهما كان موضوع هذه العقود، يكون على الطرف الأجنبي احترام تلك القواعد العالمية على المستوى الدولي .

ونظرا للمحل الذي تقع عليه عقود الدولة في مجال الاستثمار، تركز الدولة المتعاقدة على هذا الالتزام عندما يتعلق الأمر بمشروع هام يقتضي استعمال تكنولوجيا عالية وخدمات رفيعة وهذا ما يميزها عن عقود التجارة الدولية الأخرى، على اعتبار أنه يتفرع عن الالتزام الرئيسي المتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة[1] ، وإذا كانت القواعد الفنية تختلف من مجال لأخر، فإن الطرف الأجنبي في مجال الثروات الطبيعية يلتزم بالاستغلال والإنتاج، كما يلتزم بالقيام بكل الأعمال الضرورية لضمان تطوير حسن للعقود حسب قواعد الصناعة البترولية وأن احترام هذه القواعد يقتضي من الشركة القائمة بالاستغلال القيام بالدراسات الضرورية واستعمال تكنولوجيا عالية للحصول على مردود جيد.

ولقد أشار القانون رقم 10/01 المتعلق بالمناجم إلى القواعد الفنية، حيث جاء في المادة 56 منه على أنه :" **بهدف ضمان الاستخراج الأفضل للمواد المعدنية القابلة للاستغلال الاقتصادي، تسهر الوكالة الوطنية للجيولوجيا و المراقبة المنجمية على احترام القواعد الفنية المنجمية، وكذا القواعد المتعلقة باستعمال المواد المتفجرة والمفرقعات، من قبل صاحب السند أو الرخصة** ".

الفرع الثاني : الالتزام بالتجهيز واستعمال تكنولوجيا عالية .

عندما يتعلق الأمر بمشروع استثماري يكتسب أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني فإن مسألة تقديم المستثمر الأجنبي تجهيزات وتقنيات متطورة تطرح نفسها في العقد، فإذا كانت

تدخل ضمن اهتمامات الدولة المضيفة، فإنها تمثل بالنسبة له التزاما رئيسيا للمستثمر الأجنبي بتقديم أفضل المواد وأفضل التقنيات بالنسبة للمشرع [2].

ولقد أثبتت الممارسة بأن كثيرا ما تكون هذه المسألة محل خلاف بين الأطراف المتعاقدة لذلك يطلب منهم توضيح بدقة التصور العام والخاص للمشروع، كما يجب إبرام العقد بحذر كبير لتجنب أي نزاع محتمل.

---

(1)-انظر: المرجع نفسه، المادة 14 .

(2)-انظر: نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وز 2006.ص 64 .

ففي إحدى القضايا بين شركة Holiday Innis occidental pétroleur et autres ضد الحكومة المغربية والتي عرضت على المركز الدولي لحل النزاعات CIRDIبتاريخ 13 جانفي 1972 ، تضمنت التزام الشركة بإقامة مجموعة من الفنادق طبقا للمواصفات من صنف 5 نجوم بالمغرب[1] .

وحسب المادة الأولى من العقد المبرم بتاريخ 5 ديسمبر 1966 ، تلتزم الشركات الأمريكية ببناء 4 فنادق، تتولى تجهيزها وتسييرها في المغرب، وبنص العقد كذلك على أن نوعية تلك الفنادق يجب أن تكون مطابقة لمواصفات وخصوصيات الفنادق ذات 5 نجوم المعروفة والموجودة في المغرب.

ولقد تم طرح السؤال التالي : هل المقصود هو تلك النوعية المعروفة عالميا والموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية، أو المقصود بذلك هو مستوى الفنادق ذات 5 نجوم الموجودة في المغرب وذلك حسب ما ورد في الإضافة الأخيرة التي تضمنها نص المادة الأولى، ولقد توصلت محكمة التحكيم في حكمها إلى أن الشركات الأمريكية تعهدت بإقامة فنادق وفقا للمواصفات الأساسية التي تجعل من هذه الفنادق فنادق مصنفة وفقا لفنادق من 5 نجوم، ووفقا لما هو سائد في ظل القانون والعادات المغربية عند إبرام العقد الأساسي.

ومن خلال هذا الالتزام ، يتبين بأن هناك إمكانية أن يكون مستوى الفنادق ذات خمسة العادية، حسب ما جاء في الجزء الأخير من Holiday Innis نجوم أعلى من مستوى فنادق المادة الأولى، وهذا التفسير أكدته العبارة الأخيرة من المادة السادسة من العقد الأساسي، فنص العبارة التي وردت باللغة الانجليزية توحي بأنه صادر عن الشركات الأمريكية، على أساس أن ما يتطلبه المدعى عليه في الحكومة المغربية من جودة المستوى في الفناء لا يمكن أن يفوق ذلك الموجود بالنسبة للفنادق Holiday Innis المقامة في الولايات المتحدة الأمريكية النص السابق تم تعديله على النحو الأتي" :شريطة أن يكون هذا المستوى متفقا مع المتطلبات المحددة في المادة الأولى، وتلك الإضافة التي وردت في المادة السادسة من العقد تبين الأهمية التي أولتها الحكومة المغربية في ضرورة أن تكون الفنادق محل التعاقد تتماشى مع مواصفات الفنادق ذات الخمس نجوم الموجودة في المغرب.[2] "

(1)–انظر:إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2006 ص 251 .

(2)–انظر:أنظر ما ورد في ملحق اتفاقية الاستثمار الموقع بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها، ومتابعتها أورسكوم تيليكوم مبرمة ، بتاريخ 26 ديسمبر 2001 ج.ر ع 80 ، الصادر في 26 ديسمبر 2001 .

الفرع الثالث : **التزام المستثمر الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار.**

يلتزم المستثمر الأجنبي في عقد الدولة بالقيام بالحد الأدنى على الأقل من الأعمال واستثمار مبلغ محدد من المال تحقيقا لفعالية الاستثمار الذي يقوم به، وإذا كانت عقود الدولة تختلف في تصنيفاتها، فإن الالتزامات الناجمة عنها تختلف هي الأخرى بحسب محل أو موضوع العقد، ففي العقود البترولية المتعلقة بتقسيم الإنتاج، يلتزم المستثمر أثناء فترة التنقيب القيام بالأشغال الضرورية، على أن يقوم بعملية البحث في مساحة معينة يتم تحديدها في العقد حددت هذه المساحة في العقد المبرم بين NIO وشركة ERAP ب 24400 كلم2[1]ففي العقد المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول ERAPوNIOC الفرنسية بتاريخ 3 مارس 1969 التزمت الشركة بإنفاق 10 ملايين دولار في السنوات الخمسة الأولى و2 مليون دولار أثناء الثلاثة سنوات التالية، على أن يكون تجديد مرحلة البحث تنفق 2مليون دولار في السنة، ولا يكون التجديد إلا إذا وصلت النفقات إلى 24 مليار دولار أثناء الثماني سنوات الأولى[2] وفي اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية .

وإذا كانت الالتزامات المالية التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي ضمانا إضافيا بالنسبة للدولة المضيفة، إلا أنها في نظر المستثمر الأجنبي تحمل الكثير من الأخطار والأعباء المالية[3] .

المبحث الثالث: الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل التشريعين الداخلي والدولي.

يعرف القانون صورا مختلفة لتدخل الدولة في تنظيم الملكية عن طريق تجريدا لأشخاص الخواص من سلطتهم على مشاريعهم الاستثمارية بمقتضى سلطتها العامة،و يطلق الفقه على جميع صور هذا التدخل إصطلاح " نزع الملكي " ولضمان جذب الاستثمارات وإرساء الطمأنينة في نفس المستثمر وضمان عدم تعسف الدولة في حقها السيادي في نزع الملكية قام المشرع الجزائري في قانون الاستثمار بإقرار حصانة الملكية الأجنبية (المطلب الأول) , الر جانب الحصانة التي أقرها المجتمع الدولي لأموال المستثمر الأجنبي في ظل القانون الدولي العرفي و المبادئ العامة للقانون (المطلب الثاني) ,وكذلك توفير ضمان أكبر لملكية المستثمر الأجنبي من خلال مصادقة الجزائر على مجموعة من الاتفاقيات والمواثيق الدولية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول :الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل تشريعات الاستثمار .

إن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي من الدولة المضيفة هو استيلاؤها على أمواله دون تعويض عادل، أو الإساءة إليه بحيث يصبح معها مواصلة مشروعاته مخاطرة كبيرة، وتختلف الأساليب التي تعتمدها الدول المضيفة للاستثمار فيا

(1)-انظر:اقلولي محمد، مرجع سابق، ص 253 ؛ حفيظة السيد حداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ، ص ص 20 -207.

(2)-انظر: إقلولي محمد ، مرجع سابق، ص 254 ؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 20

(3)-انظر: إقلولي محمد، مرجع سابق، ص .256

إجراء يتم بالإرادة المنفردة للدولة تشترك جميعها في كون الاستيلاء على المصالح الأجنبية، إلا أو يطلق الفقه على صور الاستيلاء بنزع الملكية بحيث يصبح المستثمر الأجنبي محروما حرمانا كليا أو جزئيا من استثمار أمواله أو من السيطرة على مشروعه الاستثماري .

أعطى المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات للمستثمر الأجنبي إزاء نزع ملكيته (الفرع الأول) مع وجوب التعويض وتتعدد صور نزع الملكية (الفرع الثاني) من تأميم و مصادرة وغيرها , كما أن المجتمع الدولي أقر مجموعة من المبادئ في ظل القانون الدولي من خلال الاتفاقيات و المعاهدات الدولية (الفرع الثالث) من أجل حماية ملكية الأجنبي وضمان عدم نزعها إلا بشروط وتعديل عادل ومنصف .

الفرع الأول : صور نزع ملكية المشروع الاستثماري.

أولا :نزع الملكية للمنفعة العامة.

نزع الملكية: هو الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات،مقابل تعويض يمنح لمالكها.

أو هو: تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة، أو هو حرمان مالك العقار من ملكه جبرا منه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان[1]من خلال التعريفات السابقة يتبين أن نزع الملكية لها خصائص عدة منها:

-إجراء يتم بواسطة الجهة المختصة قانونا عن طريق قرار إداري ينطبق على كل من الأشخاص الوطنية والأجنبية وهي إجراء سيادي تباشره السلطة العامة؛

-المحل الذي يرد عليه هذا القرار هو العقارات؛

-يصاحب قرار نزع الملكية تعويض على النحو الذي حدده التشريع، على أن يكون هذا التعويض كاملا جابرا لكل الضرر الناشئ حيث يستطيع معه المستثمر الأجنبي أو من نزعت ملكيته أن يقتضي مالا مماثلا للمال الذي نزع منه[2].

ولقد نصت العديد من الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار على الضمانات الخاصة بنزع ملكية الأموال المستثمرة كما نصت المادة18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن نزع الملكية من الأخطار التي تضمنتها المؤسسة.

(1)- انظر: إبراهيم متولي حسن المغربي، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011 ، ص 315

(2)-انظر: نفس المرجع، ص 315

ثانيا :التأميم.

رغم المحاولات العديدة لم يتمكن الفقه من تقديم تعريف دقيق ومحدد للتأميم فعرفه الفقيه الفرنسي delaubadere بأنه: " عملية تتصل بالسيادة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية بضمها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمة[1]

كما عرفه د .هشام صادق بأنه: " إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون مشروعا إلى الأمة إما يهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال الشامل (التأميم العقائدي أو الأيديولوجي) أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني (علاجي أو إصلاحي) [2] ،يمكن القول إن التأميم يقوم على مجموعة من العناصر هي:

- تحويل ملكية خاصة إلى ملكية عامة
- تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي في ميادين ذات أهمية وطنية
- يترتب عنها دفع تعويض
- تحقيق المصلحة العمومية.

ثالثا :المصادرة .

هي عبارة عن إجراء تقوم به السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية أو جزء من الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل.أو هي إجراء وقائي بوليسي تقتضيها اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة والآداب، أو هي إجراء جنائي كجزء من العقاب الموقع على الجريمة [3]، ومن الواضح أن المصادرة إما أن تكون مصادرة إدارية أو مصادرة قضائية على أنه في كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني يخول للسلطة القضائية أو التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانونا.

والمصادرة القضائية مثالها تورط المستثمر الأجنبي في قضايا وأعمال تمس بأمن وسلامة الدولة المضيفة بغرض زعزعة نظامها الاقتصادي أو السياسي أو الاجتماعي أو قيامه بأعمال تخريبية. أما المصادرة الإدارية فهي إجراء تنفذه الدولة بناءا على قرارات إدارية كعقوبة للأشخاص المعارضين لنظام الحكم، دون الحاجة إلى إصدار أحكام قضائية.

الفرع الثاني :ضمان عدم نزع الملكية في التشريع الجزائري.

لا يتضمن الأمر (01-03) المتعلق بتطوير الاستثمار أية إشارة إلى التأميم بل ذكر مصطلح" المصادرة الإدارية "في المادة 16 منه لذلك يجب العودة إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني حيث ميز القانون المدني بين

(1)-انظر: عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص ص 264-265

(2)-انظر: نفس المرجع، ص 265

(3)- انظر:إبراهيم متولي حسن المغربي، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011 ص 339 .

نزع الملكية والتأميم، فطبقا للمادة 677 منه فإن إجراءات نزع الملكية تخضع لمبدأ الشرعية بحيث لا يمكن أن يتم نزع ملكية أحد إلا بتعويض عادل ومنصف وأن يكون نزع الملكية للمصلحة العمومية ووفق الشروط المحددة قانونا، على أن يكون الخلاف حول التعويض خاضعا للرقابة القضائية. ونظم المشروع الجزائري نزع الملكية بموجب القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالقواعد العامة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية[1] .

ومن أجل إضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية حدد المشرع لها شروطا هي:

1. التصريح بالمنفعة العمومية
2. تحديد الأملاك والحقوق المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المعنيين
3. تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها
4. قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها

وقبل الشروع في نزع الملكية يجب التحقق من توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض المسبق[2] ،مع إمكانية الطعن لدى الجهة القضائية المختصة في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار[3] ، على أن يفصل في الطعن في مدة شهر[4]، وأي نزع للملكية خارج الحالات المنصوص عليها في القانون يكون باطلا.

والغريب أن المشرع استعمل عبارة مصادرة إدارية في الأمر (01-03) لكن في مجال الاستثمار من الأحسن استعمال عبارة نزع الملكية بدلا من المصادرة الإدارية لأن الغموض في بعض المصطلحات أو النصوص القانونية مثل المصادرة لا يساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، أما القانون الجديد 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار فقد نصت [5]المادة 23/3 على أنه :" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف". وهنا أيضا كان على المشرع الجزائري ألا يستعمل كلمة الاستيلاء ويكتفي بنزع الملكية، حيث أن الاستيلاء يوجس في نفس المستثمر خيفة فيحجم عن القدوم للاستثمار .

---

(1)- انظر: المادة 2 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ,ج ر ع21 ، الصادرة بتاريخ 1991/05/08

(2)-انظر:عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 298

(3)-انظر:المادة 03 من القانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27, نفس المرجع.

المادة 14 من القانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27,نفس المرجع . (4)-انظر:

(5)-انظر:جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير ، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري(وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11 ، جوان 2017 ، ص 99 .

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه المادة منحت للمستثمر الأجنبي أكبر الضمانات حيث وجب على الدولة المضيفة أن تقدم تعويضا عادلا ومنصفا في حالة نزع الملكية، فالقانون الجديد جاء بضمانات أوفر من القوانين السابقة لجذب الاستثمار الأجنبي.

الفرع الثالث : ضمان عدم نزع الملكية في الاتفاقيات الدولية .

حرصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية على وضع إطار لتنظيم الحماية اللازمة لهذه الاستثمارات، عن طريق تحديد مضمون هذه الحماية و تحديد عناصر التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي عند نزع ملكيته منه، و كذا تحديد أوصاف هذا التعويض عند استحقاقه و ذلك من حيث شموليته و فعاليته و سرعة أدائه. فإذا كانت الاتفاقيات الثنائية قد أجمعت على أن ترفق تدابير نزع الملكية بدفع تعويض فإنها اختلفت في كيفية تحديدها لهذا التعويض، حيث نصت بعض هذه الاتفاقيات على وجوب أن يكون التعويض

مناسبا و فعالا، كالاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع كل من الاتحاد البلجيكي- اللكسمبورغي ، إيطاليا ، فرنسا، موزمبيق، كوريا، الدانمارك، و النمسا. في حين إكتفت الاتفاقية الجزائرية الإسبانية بأن يكون التعويض مناسبا. بينما نصت الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع رومانيا على أن يكون التعويض حقيقيا. و ذهبت إتفاقيات أخرى إلى إعتماد أن يكون التعويض ملائما و عادلا كالاتفاقية الجزائرية النيجيرية. و إتفاقيات الآخر استلزمت تعويضا كافٍ و فعال كاتفاقية الجزائر مع كل من سلطنة عمان [1] و الكويت [2] و من جانب آخر أجمعت كل الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمار على أنيتم التعويض على أساس القيمة الفعلية أو القيمة الحقيقية للاستثمارات المتعامل بها عشية اليوم الذي وقع فيه إجراء من الإجراءات الموجبة للتعويض أو أعلن عنه، و يجب أن يتم الدفع بدون تأخير، و إن كانت هذه الاتفاقيات قد إختلفت في معالجة تأخر الدفع بين تعويض فوري كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع كل من البحرين [3]، الكويت و سلطنة عمان، أو تعويض سريع كما هو الحال بالنسبة للاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع كل من السويد، نيجيريا، النمسا، كوريا، و موزنبيق.

(1)-انظر: مرسوم رئاسي رقم 223/02مؤرخ في 22 جوان 2002 ، متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع سلطنة عمان و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2002 .

(2)-انظر: مرسوم رئاسي رقم 370/03مؤرخ في 23 أكتوبر 2003 ، متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع الكويت و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، جريدة رسمية عدد 66 لسنة 2003 .

(3)-انظر:مرسوم رئاسي رقم 65/03 مؤرخ في 05 فيفري 2003 متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع البحرين . و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المبادلة للاستثمارات، جريدة رسمية عدد 10 لسنة 2003 .

المطلب الثاني:حصانة أموال المستثمر الأجنبي في القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون .

تضمن قواعد القانون الدولي في إطار النظام الدولي للاستثمارات الأجنبية إعمالا حقيقيا لمجموعة من المبادئ الدولية التي تدخل في نطاق الحماية الدولية تحت ما يسمى بالحد الأدنى للحماية والمعاملة الدولية للمال الأجنبي بعد أن كانت المسائل المتعلقة بالمعاملة مكرسة بصفة عامة ضمن القواعد الداخلية للدولة، باعتبارها وسيلة فعالة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية[1] لأنها ترمي إلى توحيد المعاملة بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية على إقليم الدولة المضيفة لها[2]، حيث تلعب هذه المبادئ دورا فعالاً في تعزيز الحماية عند تطبيقها في الحالات التي لم ترد الإشارة إليها في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية.

بموجب الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي يؤكده Charles Lebon فيما يلي:

« ***la notion du standard international de justice concernant le traitement des étrangers énonce qu'il s'agit du standard exigé par les principes applicables du droit international, tels qu'ils sont établis par la coutume internationale…*** »(**1**)

علما أن حماية المستثمر بموجب الحد الأدنى لحقوق الأجانب يحيلنا إلى إعمال مجموعة من مبادئ القانون الدولي[3] التي يضمن امتداد إعمالها على الأموال التابعة له، فتحظى في إطار حمايتها بالحماية نفسها التي تحظى بها الأموال الوطنية أو الأموال الأجنبية الأخرى إذا كانت أفضل، وتتمثّل هذه المبادئ في مبدأ المعاملة الوطنية (الفرع الأول) ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (الفرع الثاني) ومبدأ الدولة الأكثر رعاية (الفرع الثالث).

---

(1)- انظر: هشام علي صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية،1977 ص ص13-14 .

(2)-انظر: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 275.

-(3) ***un standard international minimum de traitement dont la conformité, mesurée par***

rapport aux principes de droit international, … le traitement juste et équitable, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée… ».

- Horchani Ferhat, le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, j.d.i., n° 2. 131ème année, 2004, p. 388.

الفرع الأول: مبدأ المعاملة الوطنية:

يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية تشبيه الأجانب بالوطنيين، وقد نشأ في ظل المذهب الفردي الذي يدعو إلى تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري على الجميع دون تفرقة ما بين الوطنيين والأجانب حيث وجد هذا المبدأ تطبيقًا له عندما اقتنعت الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بمدى أهميته في جذب وتحفيز رؤوس الأموال الأجنبية .تطبقه بعض الدول امتثالاً لبعض القواعد العامة المعتمدة لتنظيم المجتمع الدولي، والتي تقضي بتشبيه وتسوية الأجانب بالوطنيين في مجال الحقوق والالتزامات التي يستلزمها وجوده الإنساني والقانوني، حيث إنّه وضع هذا المبدأ لأول مرة من الدول لتحديد المركز القانوني للأجانب مهما كانت صفتهم، لأنه عنصر هام من عناصر حماية الإنسان بصفة عامة[1].

من بينها القانون السويسري الصادر سنة 1921 الذي ينص في مادته الأولى على أنه: "**لكل شخص التمتع بكافة الحقوق المدنية بصفته إنسانًا دون الاعتداد بصفته الأجنبية**"وهو المبدأ نفسه المعتمد في المادة 122 من القانون السوفيتي الصادر عام1961 وقد لاقى هذا المبدأ صدى فيما بين الدول العربية، حيث تبنته في تشريعاتها الداخلية وفي الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية [2] إن إعمال مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي وإن كان تحفيز لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية[3] تحت شرط المقاييس الدولية في المعاملة التي لا يجدر أن تنزل تحت طائلة المسؤولية الدولية عن الحد الأدنى في معاملة الأجانب [4] تعتبر تنازلاً منحته الدولة المضيفة لرعايا الدولة الأجنبية ليس إ لا من باب ضمان تمتع رعاياها بدورهم بالمعاملة نفسها على الإقليم الأجنبي، هذه المعاملة التي تستدرج دون شك الحماية نفسها وتكون المعاملة قد بلغت أقصى الحدود عندما تنطبق على المعاملة الوطنية التي تضمنها الدولة لرعاياها شخصيا، فتخضع الاستثمارات الأجنبية للقواعد والإجراءات نفسها التي تخضع لها استثمارات الوطنيين وفق مبدأ المساواة[5]، فلا يمكن تعرضهم لإجراءات تمس ملكيتهم لا مباشرة ولا بالتدابير المماثلة المقنعة إلاّ إذا كانت تلك الإجراءات مبررة ودون

-(1)-Horchani Ferhat, l'investissement interarabe…, op.cit., p. 171.

(2)-انظر:هشام علي صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

(3)-"**رغم أهمية هذه القاعدة في توفير الجو المناسب للاستثمار، بقيت محل خلاف بين الدول المصنعة التي تتمسك بها من أجل تحقيق حماية لمواطنيها وأملاكهم في الخارج من خلال ضمان مساواة تنافسية، والدول *النامية التي تحاول وضع حدود لها*"**

.انظر: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص274

-(4)-**Grégoire marc hach**, "un aperçu du cadre juridique des investissements étranges dans les pays de l'est", droit et pratique du commerce international les faillite internationales, articles et chroniques droit français étranger et international, paris, vol. 20, n° 4, 1994, pp.

(5)-"**مؤدى إعمال مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين ...هو أن تتعهد دولة متعاقدة بأن تقرر لأموال مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى وكذلك لأموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هذه *الأخيرة نفس الحماية المقررة لأموال مواطني الدولة الأولى وشركاتها بمقتضى التشريعات الداخلية*"**

-.انظر: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص258

تمييز، الأمر الذي يجعل الاختلاف في المعاملة بين الوطنيين والأجانب تمييزا إذا كان قائما على أسباب غير مشروعة أو يكون دافعها الأساسي هو جنسية المستثمر الأجنبي،لأنه إذا كانت مبررة فلا تش كل تمييزا ما دام أنه يبقى من حق الدولة منح الامتيازات للوطنيين دون الأجانب في إطار سلطاتها المانعة التي لا تش كل أي صورة من صور التمييز كما أ ن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية لا تكتفي بتكريس مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين الأجانب، بل تسهر حتّى على التأكد من مدى تطبيقه وإعماله من طرف السلطات العمومية المختصة بذلك، وتراقب مدى احترامها للقواعد والالتزامات المتبادلة والمبرمة مع المستثمر الأجنبي وذلك عبر كل مراحل الاستثمار

إلا أن هذا المبدأ لاق عدة انتقادات من حيث المضمون[1]، فرغم أن مفاده حماية الاستثمارات الأجنبية بضمان المعاملة الوطنية للاستثمارات الأجنبية، إلا أنه يجعل الحماية القانونية المراد كفالتها للأجانب بصفة عامة غير محدودة المضمون دائما، لأنها معرضة للزيادة والنقصان، وتتوقف على إرادة المشرع في الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره ذا سلطة تجعله يغير من نطاق الحماية بتغيير مضمون القواعد التي تخاطب الوطنين بالزيادة أو النقصان.[2]

الفرع الثاني: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

يعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة[3] من أهم مبادئ القانون الدولي الذي يقتضي تمتع المستثمر الأجنبي بأمن وحماية بصفة مستمرة بعيدا كلّ البعد عن الإجراءات التعسفية غير المبررة أو التمييزية التي من شأنها عرقلة تسيير وضمان استعمال أمواله بصفة قانونيةوفعلية[4]، وبالقدر المضمون في إطار القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية باعتباره مبدأ لا يقل أهمية عن تلك المبادئ المستقرة في القانون الدولي بهدف حماية الاستثمارات الأجنبية، ينتج آثاره حّتى وإن تم إعماله بصفة مستقلة عن باقي المبادئ الاتفاقية أو الدولية، ويقول عيبوط محند وعلي في ذلك ما يلي :

"[5]يجب النظر إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بصفة مستقلة عن العلاقة الاتفاقية الموجودة بين الطرفين المتعاقدين، بحيث له مضمون موضوعي واضح من شأنه توفير حماية كاملة للاستثمار الأجنبي "

وقد أكده الأستاذ **Charles Leben** كما يلي:

---

(1)- يخل المبدأ بالمنافسة ويعاكس ترجمة الإستراتيجية الاقتصادية الوطنية، لكن بالنسبة للدول التي ترى في الاستثمار الأجنبي حلاً للأزمة الاقتصادية تتبنى هذا المبدأ معتبرة الاستثمار الأجنبي في حد ذاته عملية تؤدي للتنمية، وعلى المؤسسات المحلية الدخول إلى حلبة المنافسة

-انظر : عليوش كربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر ،ديوان المطبوعات الجزائرية ،الجزائر 1999،ص 108

(2)- انظر:"لا ينبغي الالتجاء إلى هذه الوسيلة إ لا بين دول تتقارب فيها الحقوق الممنوحة للوطنيين ".

-انظر: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 213

(3)-"يكتسي مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة أهمية قصوى إذا ما نشب نزاع ما دام يوفر للقاضي أو المحكم وسيلة لتوقيع الجزاء على سلوك دولة، يعتبر في محيط معين غير عادل أو غير منصف "

-انظر:عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص107

(4)-انظر: عليوش كربوع كمال، نفس المرجع ، ص 107.

(5)–انظر : عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 269

"**Le traitement juste et équitable doit être considéré comme renvoyant au standard minimum de traitement des étrangers, tel que ce standard es conçu par le droit international coutumier d'où la précision en conformité avec le droit international**[1]

وهو مبدأ يجد أساسه وأصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضمان الحد الأدنى للمعاملة والحماية الشخصية والاقتصادية والإجرائية للأجانب فالمبدأ من حيث التطبيق ترجمة لمبدأ حسن النية المعروف في القوانين الداخلية وعلى المستوى الدولي، لأن المعاملة العادلة والمنصفة مرتبطة بالوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة وقد تبنته المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE في مشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف حول حماية الأملاك الأجنبية عام 1967 كما يلي:

« l'expression traitement juste et équitable qui figure habituellement dans les instruments bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque état doit normalement réserver d'après le droit international aux biens des ressortissants étrangers … la norme exigée et conforme aux standard minimum du droit international »[2]

وورد كذلك هذا المبدأ في مشروع ميثاق هافانا حول المنظمة الدولية للتجارة لعام 1948 في المادة 2/11 كما يلي :

« **l'organisation… en faisant appel, s'il y a bien à la collaboration d'autres organisations intergouvernementales… à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise**… »[3]

كما أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة التزام ذو طابع ثقافي يفسر مضمونه على الأقل جزئيا عن طريق الاتفاق نفسه، وعلى هذا الأساس فالمحتوى الملموس للمبدأ يتغير حسب تأثير نوع المعاملة المختارة أي المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأكثر رعاية، الأمر الذي يجعلها معاملة منقحة[4] والتي في كلّ الأحوال لا تنزل عن الحد الأدنى الذي يحدد قياسه قواعد دولية ويؤكد هذه الفكرة HORCHANI Ferhat كما يلي:

---

(1)- Lebon Charles, l'évolution du droit international des investissements. octobre 2000 p3 www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal.

(2)-Cf.-OCDE, Projet de convention sur la protection des biens étrangers 1967: in:http://www.olis.org/horizontal/oecdqcts.nsf/display/9C77f53a30381e04 c1257089002b74fo? open document

(3)-La charte de la Havane de 1984, in: http://www.La documentation française.fr/dossiers/OMC/PDF/doc la Havane PDF.

(4)-انظر:عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 106

« **Le traitement juste et équitable permet d'accorder à l'investisseur étranger un traitement préférentiel commun dont la substance sera mesuré non pas par rapport au droit interne mais par rapport à des principes mondialement reconnus** »[1]

الفرع الثالث: معاملة الدولة الأكثر رعاية.

لقد كان شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية موضوع عدة مناقشات وتقارير دولية وخصوصا في المبادلات التجارية[2] حيث عرف ممارسة مكثفة على الصعيد ألاتفاقي منذ عدة قرون[3]، ومع ذلك لم يعمم إلا في القرن 18 الموافق لظهور وانتشار تعبير "الدولة الأولى بالرعاية"، وقد كان هذا المبدأ عمود الاتفاقات الخاصة بالملاحة والتجارة والإقامة ومعاملة الأشخاص[4]، خلق نوعا من الانسجام في محتوى الاتفاقيات الاقتصادية الثنائية، وسمح بتجاوز الإطار الثنائي إلى الجماعي وذلك عن طريق الإحالة، باعتبارها التقنية الأساسية المعتمدة في شرط الدولة الأكثر رعاية، حيث إن المعاملة الممنوحة لدولة معينة تنسحب بالضرورة إعمالاً للمبدأ على جميع المستفيدين من الشرط إن شرط الدولة الأكثر رعاية من أهم مقتضيات الاتفاقيات الدولية[5]، إذ تضمن الدول على سبيل التبادل فيما بينها في إطار المعاملة بالمثل معاملة الدولة الأولى بالرعاية ضمانًا للمعاملة غير التمييزية بين المواطنين والأجانب من جهة، وعدم التمييز بين الأجانب فيما بينهم من جهة ثانية[6]. وذلك لأن المبدأ يضمن رعاية ذات نطاق متسع وعام ويطبق من خلال سريان سريان حرية التجارة الدولية، خصوصا بالنسبة للعلاقات التي تنشأ في إطار الاستثمار الأجنبي، وإذا وجد أي استثناء على هذا المبدأ فإنه لا بد أن يصدر بموجب نص أو اتفاق يقضي بذلك.

(1)-HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements…, op.cit., p. 388

(2)-SBAÏ Larbi, Le Maroc et la clause de la nation la plus favorisée, Thèse de doctorat, 3ème cycle, Université de Grenoble II, 1982, p. 611.

(3)-انظر: هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 77

(4) -Ustor André, premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, annuaire de l'institut du droit international, vol. 2, 1969, p. 165.

(5)-انظر:تبنت هذا الشرط دول السوق الأوروبية المشتركة أثناء إبرام المعاهدة الجماعية للتشجيع والحماية المتبادل للاستثمارات العربية-الأوروبية، وتبنته المنظمة الدولية للتجارة في المادة الأولى من الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية والتجارة لعام 1947 ، وورد في قرار لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة

-(6)khalilian khalil, Investissements privés étrangers et souveraineté économique, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Paris II, 1976, p. 159.

المطلب الثالث:حصانة الملكية الأجنبية في ظل الاتفاقيات والمواثيق الدولية .

وردت على حق الدولة في نزع الملكية قيود عامة[1] نشأت من أعراف ومواثيق دولية تبنتها بعد ذلك القوانين والتشريعات الوطنية للدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية في إطار النظم القانونية لحماية وأمن الاستثمارات الأجنبية، لحمايتها من كلّ أشكال وأنواع الإجراءات التي تمس بحق الملكية العقارية المباشرة وغير المباشر[2]حيث تدخل هذه القيود ضمن مجموعة القواعد والمبادئ التي استقر عليها القانون الدولي ضمانًا للحد الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية ومن بينها الالتزام بعدم معاملة هذه الأموال بمعاملة تمييزية[3] غير متساوية مع تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني أو أقل عن الحد المعترف به في العرف الدولي والالتزام بعدم مباشرة هذه الإجراءات من طرف هذه الدولة إذا سبق لها أن أبرمت أي اتفاق أو عقد التزمت بموجبه بصفة صريحة ومباشرة بالامتناع عن مباشرة أي إجراء يمس بالملكية كالتأميم أو التسخير أو نزع الملكية ، حيث صادقت الجزائر في هذا الإطار على مجموعة من المعاهدات الدولية وأبرمت عدة اتفاقيات دولية مثل اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي (الفرع الأول) وكذلك صادقت على الاتفاقيات الدولية المنظمة للتأميم ونزع الملكية (الفرع الثاني) وأقرت حصانة الملكية الأجنبية في ظل الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الدولية (الفرع الثالث) وفق مبادئ و قوانين تتضمن عدم تعسف الدولة المضيفة للاستثمار في حقها السيادي في الاستيلاء على الأموال الأجنبية .

الفرع الأول: اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي:

لقد عبر أطراف معاهدة اتحاد المغرب العربي عن إرادتهم السياسية الصريحة لدعم التوجه الوحدوي على المستوى الجهوي 117 ، و جاءت اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الاتحاد تتويجا أوليا لهذا التوجه، ذلك أنه و بعد سنة و نصف بعد دخول معاهدة الاتحاد حيز التنفيذ لجأت دول المغرب العربي إلى إبرام اتفاقية تتعلق بالاستثمار .و قد جاء في ديباجة الاتفاقية " أنه و اقتناعا منها بأن تشجيع و ضمان الاستثمارات بمقتضى اتفاقية منشأته تدعيم التنمية و تعزيز التبادل التجاري و المنافع المشتركة بين بلدان اتحاد المغرب العربي في مختلف اللات، و

(1)- مهما كانت طبيعة القيد فهدفه الأساسي هو إضفاء الشرعية الدولية على الإجراء، لأن اللجوء إليه يبقى حقًا من حقوق الدولة .

-« Le problème est donc celui de l'existence ou de l'inexistence des conditions de la licéité oud l'illicéité internationales des mesures d'expropriation ou de nationalisation… ».

- Carreau ,dominique, patrick julliard, op.cit., p. 526.

(2)-Salem mahmoud, op.cit., pp 6-12.

(3) - « ***A l'instar de plusieurs instruments internationaux, dont le projet préparé dans le cadre de l'OCDE en 1967, La convention de 1980, reprend l'idée selon laquelle l'éventualité démesures de dépossession n'est pas et ne peut pas être exclue … l'expropriation devra pas avoir un caractère discriminatoire***… ».

- HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 239.

شعورا منها بضرورة منح رؤوس الأموال و الاستثمارات التابعة لكل من بلدان اتحاد المغرب العربي في البلد الآخر معاملة أكثر أفضلية .... ".

و قد جاءت الاتفاقية في شكل 5 فصول تضمنت ما يأتي : تعار يف ، معاملة الاستثمار ، الضمانات المالية ، الضمانات القانونية ، الضمانات القضائية و تسوية النزاعات.الملاحظة الأولى التي تسترعي الانتباه ، هو إن انضمام الجزائر إلى اتفاقية جهوية تعنى بتشجيع و ضمانا لاستثمار، في الوقت الذي نجدها تفتقر إلى تشريعي وطني منظم للموضوع بالمفهوم الدولي للاستثمارات،ذلك أن أول تشريع – كما رأينا – يعود إلى سنة 1993 و يمكننا القول بتالي أن سنة 1993 هي سنة نفاذ بعض مقتضيات الاتفاقية المغاربية في مواجهة الجمهورية الجزائرية ، و لو على المستوى الشكلي خاصة بالنسبة للأحكام التي تعيد الأطراف إلى نصوص تشريعات الوطنية من مثل ميدان تدخل الاستثمارات.من جهة أخرى ،استلهام الدول الأطراف في إعدادهم للاتفاقية من حيث الشكل و مضمون بعضا لأحكام بنود الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية التي تبنتها الدول العربية خلال القمة الحادية 27 نوفمبر 1980 ، إضافة إلى اتفاقية الدول الأعضاء في المؤتمر الإسلامي حول ترقية و – عشر ما بين 25حماية الاستثمارات الموافق عليها من طرف وزراء الشؤون الخارجية في 1981لقد خصصت الاتفاقية الفصل الأول لتناول تعريف الأشخاص القانونية المخاطبة، أين أخذت بمعيار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين و معياري الجنسية و مقر الإنشاء بالنسبة للشركات و تضمنت تحديد مفهوم الاستثمار مرادفا لمصطلح رأس المال الذي جاء على سبيل المثال لا الحصر.نصت الاتفاقية على كيفية معاملة الاستثمار في بعض من أحكامها ، حيث تتمثل معاملة الاستثمار في توفير الإمكانيات من أجل إنجاز المشروع ذلك ما ورد في نص المادة 2 حيث نصت على أنه "يعود للطرف المتعاقد أن يعمل على توفير الإمكانيات اللازمة ،بما لا يقل عما يقدم للمستثمر الوطني و تكمن هذه التسهيلات فيما يلي:

-1 إصدار التراخيص و الموافقات اللازمة لقيام الاستثمار و استيراد المعدات و المواد اللازمة للمشروع.

-2 الحصول على الأراضي اللازمة للمشروع بالبيع أو الإيجار.

-3 عدم تحميل الاستثمار للرسوم التأسيسية المختلفة ورسوم و أجور الخدمات أكثر مما يتحمله الاستثمار الوطني

الفرع الثاني: التأميم و نزع الملكية في الاتفاقيات الثنائية .

تعمل الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار في ميدان الحماية القانونية على تلافي القصور الذي يشوب التشريعات الوطنية من ناحية إمكانية تعديل نصوصها - 72 التي لا تجيز التأميم مثلا لتجعل الأمر منظما في إطار اتفاقية دولية .—إن مسألة سيادة الدولة على إقليمها كانت من بين أهم الأسباب المساعدة على تطور أداة الاتفاقيات

الثنائية 73 في هذا المجال و بإيعاز من الدول المصدرة لرؤوس الأموال عاملة على تكريس ما استقر عليه القانون الدولي في مجال الحماية القانونية ضد المخاطر غير التجارية المرتبطة بالممارسات السيادية بشكل عام للدولة المضيفة تنص المادة 4 ف 2 و ف 3 من اتفاقية الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين الجزائر و إيطاليا على انه لا

يمكن لأي من الدولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية التأميم، الحجز أو أي إجراء يترتب عليه نزع أو منعا للملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...إلا إذا كانت مقتضيات المنفعة العامة، الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر الخروج عن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة فإنه يجب توفر الشروط التالية:

أ –أن تتخذ التدابير وفقا لإجراء قانوني.

ب –أن لا تكون تمييزية.

ج –أن تكون مصحوبة بأحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب و فعلي.

يكون المبلغ المناسب للتعويض معادلا للقيمة الفعلية للاستثمارات المعنية في السوق عشية اليوم الذي اتخذت في التدابير أو أعلن فيه عنها و يتم تحديده على أساس قواعد أو ممارسات دولية ، كما يتم تسديد التعويض بعملة قابلة للتحويل يتفق عليها سويا و إذا تعذر ذلك فتسدد بالعملة التي تم الاستثمار بواسطتها، و فور تحديد مبلغه يسددا لتعويض بسرعة أو يسمح بتحويله ، و في حالة التأخر في الدفع ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر بتاريخ التطبيق الفعلي للتدابير المشار إليها في الفقرتين 2 و 3 من هذه المادة" تنص المادة 4 – إجراءات مانعة أو مقيدة – من الاتفاق الموقع بين الجمهورية الجزائرية و الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الخاص بتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات.

1-يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو لتأميمها، أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه و ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

2-إذا كانت ضرورة المنفعة العامة و الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر تجاوز أحكام الفقرة 1 لهذه المادة يجب مراعاة الشروط التالية:

أ- يجب أن تتخذ الإجراءات طبقا لأحكام قانونية.

.ب- يجب ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية و لا مخالفة لالتزام خاص 74

ج- يجب أن تكون مقرونة بالتدابير التي تنص على دفع التعويض المناسب و الفعلي.

3-يساوي مبلغ التعويضات القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية عشية اليوم الذي تتخذ فيه الإجراءات أو يعلن عنها فيه.

تنص المادة 5/ف 2 من اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلين للاستثمارات الموقعة بين الجزائر و جمهورية فرنسا في 13 .فبراير 1993

-لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مواطني الطرف الآخر استثمارا التي يمتلكوا على إقليمهم و على منطقتهم البحرية ، إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية و أن لا تكون تمييزية أو مخالفة لالتزام خاص.

-يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب و فعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية و التي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عليه يبدو مما تقدم .

الفرع الثالث :حصانة الملكية الأجنبية في ظل الاتفاقيات المتعددة الأطراف .

خلال السنوات الأخيرة يبدو أن أداة تسيير الاستثمار الدولي من حيث المعاملة وقواعد الحماية أخد تتطور لتضم إليها أشكال" جديدة " من مثل اتفاقيات التبادل الحر الثنائية - والتي أصبح جانب من الفقه الغربي ينعتها بالاتفاقيات التبادل الحر للاستثمارات [1]كتلك التي تربط عدد من الدول النامية مع الإتحاد الأوربي، وهذا les accords d'association واتفاقيات الشراكة. بالنظر إلى عدد الأحكام التي تنص عليها والمتعلقة بتقرير حرية التبادل الاستثماري ، وهي من هذا المنظور تتعدى الاتفاقيات الثنائية التقليدية [2] المنظمة للاستثمار الدولي تحديدا.

أما عن الاتفاقيات الجهوية – المتعددة الأطراف – المنظمة للاستثمار الدولي بصورة مباشرة أو تلك الاتفاقيات الجهوية المتناولة جانبا من الأحكام الخاصة بالتواجد الاستثماري الأجنبي [3] ، فإنا لبست من الناحية الكمية بنفس

(1) - Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine désinvestissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct- note du secrétaire de la CNUCED 2002 PAGE 8.

(2)- يمكن القول أن الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف وأن اختلفت من حيث الموضوع إلا أنها تجتمع بخصوص بعض الأحكام المنظمة لموضوع الاستثمار الدولي راجع.

-Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct OP
CIT PAGE 12.

(3)-Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine désinvestissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct OP CIT page 14.

غزارة الاتفاقيات الثنائية [1] على الرغم من تعدد وتنوع أشكالها وهي تأخذ في الغالب صورة اتفاقيات التبادل الحر أو تندرج ضمن إطار الاندماجات الجهوية . خلال سنة 2000 أحصى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أكثر من 170 اتفاقية جهوية للتبادل الحر أو الاندماج الاقتصادي الجهوي CNUCED [2] أما على المستوى الدولي فإننا نجد أن كلا من انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية حظيا باهتمام كبير ومر بمراحل مختلفة ، لقد تمركز في البداية اهتمام الدول على تأكيد حق الشعوب في استعمال واستغلال ثرواتها ومصادرها الطبيعية بحرية ، وان هذا الحق مرتبط بسيادتها ا ومتفق مع أهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة – قرار الجمعية العامة رقم 626 العام 1952 – إضافة إلى السيادة الدائمة للشعوب على مصادر ثرواتها ا الطبيعية – قرار الجمعية رقم 1803 لعام 1962 - والذي نص على " أن التأميم و الاستيلاء والمصادرة يجب أن تؤسس على أسباب ودوافع المنفعة العامة والأمن والمصالح الوطنية المعترف.." ، وكذا ميثاق -12/1974/ الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول- و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 3281 بتاريخ 12 الذي نصت مادته الثانية -أن لكل دولة الحق في تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية ، و في كل حالة يجب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها و لوائحها- هذا النص الذي حظي بمناقشات واسعة على مستوى الفقه بين مناصري مبادئ القانون الدولي العرفي الخاصة بحماية المراكز القانونية للمستثمر الأجنبي ، و فقهاء الدول النامية الساعية إلى تكريس قواعد جديدة أكثر عدالة بشأن حماية حق الدول في تقرير مصيرها التنموي و الاقتصادي و حماية ثرواتها ا الطبيعية . إن نص المادة الثانية من الميثاق تأكد و بشكل صريح حق الدول في التأميم و نزع الملكية للأموال المستثمرة باعتباره من الحقوق التي تدخل تحت طائلة مبدأ السيادة الدائمة للدول على المصادر الطبيعية و هو المبدأ الذي أصبح يقره القانون الدولي، لقد كان إذن للجمعية العامة للأمم المتحدة الدور الأكبر في تكريس مبدأ حق الدول في التأميم و استطاعت غالبية أعضائها إخراج هذه الممارسة من زمرة المحرمات المرتبة للمسائلة الدولية و تكريس ممارسته ضمن الأعمال الدولية المشروعة بعد تأكيد مبدأ التأميم و نزع الملكية و بعد موجة التأمينات التي عرفها العالم النامي خلال عشريتي الستينات والسبعينات ، اهتمت أعمال الأمم المتحدة بمسألة التعويض وكيفيات تحديد قيمته و فض المنازعات المترتبة عنه عبر اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى التي أعدها البنك الدولي للإنشاء و التعمير و الموقعة في 1965 و هي اتفاقية تقتصر على المعاملة الإجرائية تحديدا. و قد أكد مبدأ حق الدول في

(1)-أقرتها الجمعية العامة بقرارها رقم 3281 بتاريخ 12/12 1974 ووافقت على المادة 2 منه 104 دولة مع اعتراض 16 وامتناع 6 دول فقط و كانت جميع الدول المعارضة من الدول الغربية المصدرة لرؤوس الأموال أنظر د/ عبد العزيز سعد يحي لنعماني مرجع سابق ص 122 .

la doctrine propre aux pays exportateurs de capitaux considérés l'expropriation comme étant .." (2)« une

attente à l'investissement mettant en danger son existence sa consistance sa rentabilité financière et constitue

à ce titre une mesure spoliatrice ou dépossédant »

-» Manuel Doit International Economique op cit page 155

التأميم عبر القواعد الإرشادية الصادرة عن البنك العالمي [1] ، حيث تضمنت المادة الرابعة منها و عنوان ''نزع الملكية و التعديل الانفرادي للعقود أو فسخها'' ما نصه – لا يجوز للدولة أن تترع ملكية، أو تحصل بشكل إنفرادي آخر ، على ملكية مستثمر أجنبي بصورة كلية أو جزئية في إقليمها أو أن تتخذ إجراءات لها نتائج مماثلة إلا حيث يتم ذلك طبقا لإجراءات قانونية سليمة و استهدافا بحسن نية لغرض عام و دون تمييز على أساس الجنسية و مقابل تعويض مناسب.

(1)- dolzer – indirect expropriations: new développements? article du colloque sur l'expropriation vertu de la règlementation, organisé par l'université de new York du 25 au 27 avril 2002 cité par « l'expropriation indirect » et le droit de règlementer dans le droit international de l'investissement » document de travail sur l'investissement international ocde 2004 page4

الفصل الثاني : أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في مواجهة المستثمر الأجنبي

تبنت الدولة الجزائرية منهج محفزا لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على كلّ المستويات المالية، الجباية، الضريبية ومنحت تسهيلات مغرية في إطار النظام القانوني الخاص بالاستثمارات الأجنبية، وأزالت كافة القيود والعراقيل التي تحول دون تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لكّنها لم تحقق القدر الكافي من النتائج المنتظرة لأن استقبال الاستثمارات الأجنبية يبقى رهبن الحماية القانونية الممنوحة على كل المستويات الداخلية والدولية للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبي،[1] الأمر الذي يجعلها تستكمله بتكريس كلّ الآليات القانونية اللازمة لضمان الحماية الفعالة للاستثمارات في كل جوانبها، وخاصة تلك المتعلقة بالكيان الاقتصادي والقانوني للاستثمار في حد ذاته والمتمثّل في الملكية العقارية حيث يكرس المشروع الجزائري لضمان فعالية الحماية[2] للاستثمارات الأجنبية حماية دولية على ضوء مبادئ القانون الدولي[3].التي تمثل أساس قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار **المبحث الأول**، من جهة وحماية داخلية في إطار النصوص التشريعية والتنظيمية والاتفاقية لحماية المستثمر الأجنبي من جميع المخاطر السياسة والإدارية التي من شأنها التأثير على استثماره ومن جميع أفعال الدولة المضيفة للاستثمار اتجاه المستثمر التي تستوجب قيام المسؤولية الدولية **المبحث الثاني**،وكذلك تحمل الدولة لمسؤوليتها عن أعمالها التشريعية والتزاماتها العقدية **المبحث الثالث** ،وعدم الإخلال بالاستقرار التشريعي والحفاظ على الحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي .[4]

(1)-انظر:هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، الحماية القانونية للاستثمارات العربية،مؤسسات الشباب العربية الجامعية ،مصر ،1988 ،ص09

(2)-villas pierre, droit de propriété ,investissements étrangers et nouvel ordre économique international, j .d .i ,106eme annees, éditions techniques A ,N1,paris ,1979. p. 21.

(3)- ترتبط فعالية الحماية بقيمة الالتزامات الدولية الناشئة عن المعاهدات الدولية والأعراف والقواعد الدولية الخاصة بحماية الأشخاص وإرساء مراكزهم القانونية ...وبالحماية الداخلية

- انظر:عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي حقوق الإنسان ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1993 ،ص 25

(4)- من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، تتضمن بعض الاتفاقيات *الدولية إشارة صريحة إلى مبادئ القانون الدولي رغم خضوع الاستثمارات الأجنبية للنظام القانوني* الداخلي للدولة المضيفة

-انظر:عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 284.

المبحث الأول : أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في القانون الدولي .

لقد كانت ولا تزال مشكلة حماية المستثمرين الأجانب قضية مهمة تزاحم أهم المسائل التي تهتم بها الدولة عند إرسائها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية،حيث يتمتع المستثمر الأجنبي بمركز قانوني لا باس به بالمقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتع به باقي الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم،[1]وبحماية لا تقل أهمية عن ذلك، إلاّ أ ن هذه الحماية لم تعد تتماشى مع ما كانت تقتضيه قواعد القانون الدولي التقليدي الذي كان يحمي المستثمر الأجنبي حماية لا تخرج عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب[2] لتتطور مع تطور القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية الذي يتطلب إعمالاً جديدا[3]وفق المبادئ الجديدة التي تتطلب تبديد الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار الدول الأشخاص الوحيدة للقانون الدولي، وارتقائها إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي للسماح له بالوقوف كخصم للدولة المضيفة له أمام القضاء الدولي لفض منازعاته المتعلقة بالاستثمار الأجنبي شخصيا، بعد أن كانت منازعاتهم لا تُفض إ لا في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية.

حيث تبنى المجتمع الدولي مجموعة من المبادئ القانونية كأساس لقيام المسؤولية الدولية للدول المضيفة للاستثمار **المطلب الأول** ،من أجل حماية وضمان قيام مسؤولية الدولة عن جميع أعمالها التي تمس بالملكية الأجنبية وضبط حق الدول في الاستيلاء على الأموال الأجنبية **المطلب الثاني**، فلا يكون إلا بتعويض عادل ومنصف تلتزم به الدولة المضيفة اتجاه المستثمر الأجنبي طبقا للقانون الدولي **المطلب الثالث** .

المطلب الأول:التأصيل النظري والقانوني لأساس المسؤولية الدولية للدولة المضيفة في مجال الاستثمار .

لقد أصبحت أهم الضمانات الدولية التي يكفلها إعمال الحماية الدولية هي ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له عن الحد الأدنى في المعاملة والحماية **الفرع الأول**، واحتفاظه بحقه في الحماية الدبلوماسية **الفرع الثاني**، وإثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة له عند تعرضه لأي إجراء يمس بملكيته **الفرع الثالث** .

(1)-انظر: صفوت أحمد عبد الحفيظ،دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى،السكندرية،2000، ، ص ص432 -433.

(2)-انظر: عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1990 ، ص ص 85-93 .

(3) انظر: على كريمي، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية،الطبعة الأولى،مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت،1990 ص64 .

الفرع الأول :ضمان الحد الأدنى من الحماية .

تقضي قواعد القانون الدولي بأن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ليست مطلقة الحرية في معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها، لأنها ملزمة باحترام المعاهدات التي أبرمتها بخصوص معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية، كما أنها ملزمة بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب باعتبارها جوهر الحماية التي يثيرها القانون الدولي، والتي لا يجوز لها النزول عنها في معاملة الأجانب وإن كانت تقل عن الحد المضمون في معاملة المواطنين حيث يثير مفهوم" الحد الأدنى لحماية الأجانب ومعاملتهم "خلافًا من حيث مضمون الحد والحقوق التي يشملها .فرغم أن القانون الدولي قد أقر المبدأ وإلزامية احترامه من الجماعة الدولية، إلاّ أن مضمونه يبقى نسبيا وإطاره محددا وفق وجهة نظر الدولة التي تقوم بإعماله أي الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية وقد حاولت إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في شأن تحديد مفهوم الحد الأدنى للمعاملة والحماية تعريفه كما يلي : إن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر، سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى والذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب بما في ذلك حقوقهم المالية. [1]

ومعنى ذلك أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يقضي بتوفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، بما في ذلك معاملة وحماية ممتلكاتهم بصفة عادلة ومنصفة[2]فلا تتعرض لأي إجراء كان كالتأميم أو نزع الملكية أو أي تدبير آخر مماثل سواء كان تشريعيا أو قضائيا أو إداريا قد يحد من حق المستثمر الأجنبي في استعمال أمواله بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بصفة مؤقتة إ لا في حدود العدل والإنصاف [3] لكن تعرض هذا التعريف لانتقادات فقهية عنيفة بسبب أ ن الحد الأدنى التقليدي بالمفهوم السابق أصبح غير كاف لحماية وصيانة ملكية وأموال المستثمر الأجنبي خصوصا مع تطور المركز القانوني للأجانب بصفة عامة، وللمستثمر الأجنبي بصفة خاصة هذا من جهة . وعلى أساس أن الالتزامات التي تضمنها الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير الحد الأدنى إذا كان مضمونه ينطبق أصلاً على مضمون التعريف،وتجعله في حالات كثيرة يستغني عن الحماية التي يضمنها القانون الدولي بموجب" الحد الأدنى "من جهة ثانية .إلا أن ذلك لا ينقص من أهمية حماية المستثمر الأجنبي بموجب مبدأ" الحد الأدنى للحماية والمعاملة "وفق القانون الدولي وبالخصوص في الحالات التي لا يضمن فيها المستثمر الأجنبي الحصول على هذا الحق بموجب الاتفاقيات الدولية أو في حالة الرجوع إلى حدود الحد الأدنى لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة عن التقصير في الحماية والمعاملة بالمقارنة مع تلك الحماية والمعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني .

(1)- تعرضت نظرية الحماية الدبلوماسية لنقد شديد بسبب الشك في أهميتها وجدواها وخطورتها على سيادة الدول من جهة، ولكونها أداة للتدخل الأجنبي في شؤونها الداخلية. فلتجنب التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية للدول لم تنص أمريكا اللاتينية على حظر الحماية الدبلوماسية واستبعادها فحسب، بل نصت على القضاء على مقدماتها ومسبباتها فحظرت على الأجانب تملك الأراضي والعقارات.

(2)-انظر: حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 17.، 2005 ، ص ص15

(3)-انظر:نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر، 1994 ، ص 122 .

الفرع الثاني : ضمان الحماية الدبلوماسية.

لعبت الحماية الدبلوماسية دورا فعالاً في تطوير قواعد القانون الدولي، استعملته الدول لحماية رعاياها المتواجدين على إقليم الدول الأجنبية من كلّ الأضرار التي تمسهم شخصيا أو تمس أموالهم المستثمرة وهي ضمانة للاستثمار من جهة ووسيلة لازدهار الاقتصاد العالمي، حيث يقول د .حسين حنفي عمر عن الحماية الدبلوماسية ما يلي: يستحق الفرد والمال الأجنبي الحماية ...من مخاطر الاعتداء عليه أو تأميمه أو مصادرته وخاصة إذا ت م ذلك بواسطة الدولة التي يتم الاستثمار على أراضيها .ولا شك أن الوسيلة المثلى للحماية هي في تبني دولة المستثمر المطالبة بإجراء الحماية الدبلوماسية .

لقد كان مصدر حق الرعايا في الحماية الدبلوماسية في الفقه التقليدي هو القانون الداخلي وليس القانون الدولي لأنها مظهر من مظاهر السيادة الوطنية وهو حق خالص للدولة يخضع لصميم سلطتها التقديرية وليس حقًا للمواطنين[1] .أما في الفقه الدولي الحديث فأصبحت الحماية الدبلوماسية من واجبات الدولة التي تلتزم بها تجاه رعاياها كنتيجة حتمية لرابطة الجنسية، وكحق من حقوقهم، التي تمارسها الدولة باعتبارها إجراء من إجراءات القانون الدولي العام للحصول على التعويض المناسب من الدولة الأجنبية التي تتسبب بإجراءاتها أو تصرفاتها أو أفعالها غير المشروعة بضرر لرعاياها .إلاّ أنّه لا يترتب عن كلّ الأفعال التي تنتج عن الدولة والتي تسبب بها أضرارا المسؤولية الدولية ولا الحق في الحماية الدبلوماسية إ لا إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي وتمس بمصلحة شخصية.

فحالة اللامشروعية في حد ذاتها لا تشكل ضررا بل الضرر ينتج عن المساس بمصلحة شخصية قانونية تحميها قواعد القانون الدولي[2] كالأفعال التي تمس الدولة في صفتها أو تمس ملكية رعاياها بموجب إجراءات النزع أو التأميم أو غيرها [3]ومن أهم الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت المسؤولية الدولية عن الإجراءات التي قامت بها الدولة وسببت بها أضرارا لرعايا دولة أخرى في دعوى الحماية الدبلوماسية هي الحصول على التعويض بالشكل الذي يجعله مناسبا لمقدار الضرر [4]ويشترط على الدولة قبل مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، أن يكون الشخص الذي تريد حمايته قد استنفذ كلّ طرق الطعن الداخلية المتاحة له في إطار القانون الداخلي للدولة المضيفة له باعتباره مبدأً مقررا به فقها وقضاء، فيمارس كلّ الوسائل القانونية للطعن بما فيها الطعن الإداري، والقضائي العادي و الاستئنائي والنقض ...تحت سقوط الحقّ في اللجوء إلى القضاء الدولي بموجب الحماية الدبلوماسية .وقد نصت دول أمريكا اللاتينية في المعاهدة التي وقعت عليها عام1949على هذا الشرط في المادة السابعة منها كما يلي «إنالأطراف المتعاقدة تلتزم بعدم

(1)-انظر:حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية،القاهرة ،2005 ، ص 35 .

(2)-انظر:حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص 30

(3)-انظر:حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية الموقعة عام 2.، 1965 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ، ص ص 1،2 .

(4)-انظر:صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص. 469

ممارسة الحماية الدبلوماسية بغرض حماية مواطنيها، وتمتنع عن إحالة أي نزاع للاختصاص الدولي لذلك الغرض، طالما أن المواطنين المعنيين لديهم الوسائل لعرض النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة في الدولة ويقول د .حسين أحمد الجندي في هذا الصدد ما يلي الدول المضيفة للاستثمار تتعامل بحذر مع الاستثمارات الأجنبية، بسبب الحماية الدبلوماسية التي قد يلجأ إليها المستثمر سعيا إلى حماية الدولة التي ينتمي إليها في مواجهتها، والتي قد يترتب عليها مقاضاتها دوليا، لذا يشترط جانب من هذه الدول على المستثمرين الأجانب التنازل عن طلب الحماية الدبلوماسية من دولهم، على أن تتم تسوية المنازعات التي قد تثور بينهم أمام المحاكم الوطنية وفي كلّ الأحوال، لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو أن ترفع دعوى مطالبتها دوليا بخصوص أي نزاع يتعلق برعاياها، متى اتفق بشأنه هذا الأخير مع الدولة التي استضافته باعتبارها طرفا في النزاع على طرحه على التحكيم الدولي، أو تم طرحه فعلاً على التحكيم في إطار ما تم الاتفاق عليه في بنود عقد الاستثمار الدولي، وذلك إ لا إذا رفضت الدولة المتعاقدة المعنية تنفيذ الحكم الصادر في النزاع

الفرع الثالث: ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة:

تقوم المسؤولية الدولية للدولة تجاه دولة أخرى عندما تنتهك الأولى قاعدة من القواعد الدولية بموجب فعل غير مشروع تأتيه بموجب عمل معين أو الامتناع عن فعل تكون بذلك مخالفة للالتزامات المقررة في القانون الدولي لحماية الأشخاص أو أموالهم، فيستوي الفعل إيجابيا كان أم سلبيا ما دام يشكل خروجا عن القاعدة الدولية أيا كان مصدرها اتفاقًا أو عرفًا أو مبدأً من مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة .

إن إخلال الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي ببنود عقد الاستثمار الأجنبي يعد تصرفًا غير مشروع دوليا إذا كان محميا بمعاهدة دولية، يترتب عن ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يجعل من المسؤولية الدولية ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي من شأنها تحقيق الاستقرار في العلاقة العقدية [1] ويترتب عن الإخلال بالالتزام الدولي إثارة المسؤولية الدولية للمخل [2] من جهة ونشوء رابطة قانونية بين الشخص القانوني الدولي المخل والشخص القانوني الذي أصابه الضرر أو الذي حدث الإخلال في مواجهته ليصبح التزاما جديدا على عاتق الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع، بحيث يتخذ شكل الالتزام بإزالة ما ترتب عن فعلها من نتائج سواء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو بالتعويض .فالالتزام الدولي يرتبط بالضرورة بالمسؤولية الدولية وفق مبادئ القانون الدولي والأحكام القانونية العامة وعليه يترتب عن إخلال الدولة بتعهداتها الالتزام بالتعويض عنه على نحو كاف ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقية التي تنشأ عن انتهاكها المسؤولية .[3]

(1)-انظر:صالح محمد محمود،مرجع سابق،ص ص 11 12.

(2)-انظر:نبيل بشير، مرجع سابق، ص 122

(3)- يعرف مجمع القانون الدولي الفعل غير المشروع بأنه :كلّ فعل أو امتناع يتنافى مع الالتزامات **الدولية** للدولة، أيا كانت السلطة التي تأتيه تأسيسية كانت أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية ، انظر:صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص13

المطلب الثاني :الأساس القانوني لحق الدولة في الاستيلاء على الأموال الأجنبية

يعتبر الاستيلاء أحد طرق نزع الملكية التي تمارسها الدولة في حق المستثمر الأجنبي،فما هو مفهوم الاستيلاء **الفرع الأول**،وما أساسه القانوني **الفرع الثاني**،وكيفية حماية المستثمر من مخاطره وأثاره **الفرع الثالث** .

الفرع الأول : مفهوم الاستيلاء.

يعد الاستيلاء عملا من أعمال السيادة ، يتمثل في إجراء مؤقت تباشره السلطة الإدارية لأجل الانتفاع بالمال المستولى عليه ، دون أن تنتقل إلى ملكيتها، الأموال المعنية بالاستيلاء لم يحددها مجالها بالأملاك الوطنية ، بل إن ممتلكات الأجانب بدورها تكون محل اعتبار في هذا الإجراء ويختلف الاستيلاء عل المصادرة والتأميم ونزع الملكية من عدة نواحي، فيختلف الاستيلاء عن المصادرة فالأول يتم بموجل قرار صادر من الجهة الإدارية المختصة بينما تتم المصادرة الجنائية بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة والاستيلاء قد يرد على عقار أو منقول بينما ترد المصادرة على المنقول.

ويختلف الاستيلاء عن التأميم من عدة أوجه، فالاستيلاء يتم بموجب قرار إداري بينما يتم التأميم بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية في الدولة المعنية ، ويهدف الاستيلاء إلى انتفاع السلطة الإدارية بالمال المستولى عليه لمدة محددة، بينما يهدف التأميم إلى تملك الدولة للمال المؤمم، والدولة تقوم بتعويض من استولت على ماله، ولكنها لا تعوض بالضرورة من أممت ملكيته لان المقابل ليس شرطا لصحة التأميم ويختلف الاستيلاء على نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يرد الاستيلاء على منقول أو عقار بينما يرد قرار نزع الملكية على العقارات والاستيلاء إجراء مؤقت بمدة معينة يعود بعده المال إلى حيازة صاحبه، بينما نزع الملكية إجراء دائم ينقل الملكية إلى الدولة ويزيلها عن صاحبها الأصلي، وفي الاتفاقيات الثنائية المنظمة قلما يتحدث فيها المتعاقدان عن الاستيلاء، بل جل الاهتمام ينصب على التأميم ونزع الملكية، ومن أجل التوسيع من نطاق المنازعات التي قد تعرض على التحكيم، كما يحاول الأطراف الإحالة على تدابير تعادل أي إجراء من شأنه حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته .

ومن خلال البحث في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها في العالم العربي وخارجه اتضح أن الإشارة إلى الاستيلاء ذكرت مرة واحدة في الاتفاقية الثنائية التي جمعت الجزائر مع دولة الكويت [1] .

(1)-انظر:الأمر 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات الخاصة، ج ر ع ،80 لسنة 1966.

الفرع الثاني:الأساس القانوني للاستيلاء.

لقد جاء في نص الفقرة الأولى للمادة 677 من القانون المدني ..."للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل[1] وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 679 من نفس القانون بتصريحها بجواز الحصول على[2] الأموال والخدمات الضرورية لضمان سير المرافق العمومية إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها قانونا، وبناء على ذلك يكون نزع الملكية في إطار التشريعات صريحا وواضحا ومؤكدا عليه في القواعد العامة لكنه مقيد بشروط حددها القانون.[3]

الفرع الثالث :الحماية من مخاطر الاستيلاء على الملكية الأجنبية .

نص المشرع الجزائري صراحة على عدم إمكانية أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع أي استيلاء على الملكية إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا والتي يترتب عليه تعويضا عادلا ومنصفا كما كرسته المادة 20 من الدستور الجزائري لسنة 1996 حيث نص صراحة على أنه لا يمكن أن يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عن هذا المشرع تعويضا قبليا عادلا ومنصفا، كما نصت المادة 23 من القانون رقم16 -09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف" .

حيث جاء نص المادة صريح فلا يمكن أن يتعرض المستثمر إلى استيلاء على ملكيته (مشروعه الاستثماري) إلا إذا نص القانون بخلاف ذلك على أن يكون مقابل هذا الاستيلاء تعويض عادل ومنصف ويكون متناسب مع الملكية المنزوعة. وصور الاستيلاء على أملاك المستثمر الأجنبي قد تشمل كلا من نزع الملكية:

- ❖ إما عن طريق قرار إداري فردي تنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- ❖ إما عن طريق قرار إداري جماعي بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو ما يسمى بالتأميم.

(1)-انظر.: الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 80المؤرخ في 9 غشت 1980 ،القانون رقم 01 - 83 المؤرخ في 29 يناير 1983 ،القانون رقم 19 - 87 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 ، القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 ، القانون رقم89 -01 المؤرخ في 07 فبراير 1989 ، القانون رقم 05-10المؤرخ في 20 يونيو 2005والقانون رقم 07-05 المؤرخ في مايو سنة. 2007 .

(2)-انظر:القانون رقم 11 - 91 مؤرخ في 21 أفريل سنة 1991 ،يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر 21 ، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 21 - 04 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004 ، المتضمن قانون المالية لسنة 05، ج ر85

(3)-انظر:أمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ،ص 180 .

وفي كلتا الحالتين يكون نزع الملكية مقابل تعويض كما قد يكون نزع الملكية في شكل مصادرة ودون أداء مقابل، بالإضافة للتخيير وعليه المشرع الجزائري قد ضمن للمشرع الأجنبي عدم حصول أي نزع للملكية إلا في إطار ما نص عليه القانون رقم 91 -11 المؤرخ في 27 أفريل 1993 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة.

المطلب الثالث:مدى التزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي طبقا للقانون الدولي

لقد اكتسبت مشكلة التعويض أهمية كبيرة جدا في مختلف التحليلات التي تع رضت لها قرارات المنظمات الدولية المتعّلقة بالسيادة الدائمة، وبعض التجارب التي تمت في العالم الثالث كتجربة التأمينات الجزائرية والشيلية، حيث يعتبر الحق في التعويض مسّلمة من المسلمات وهو[1] شرط أساسي من شروط مشروعية إجراءات نزع الملكية وأثر مباشر لفقدان المستثمر الأجنبي لأملاكه على إقليم الدولة المضيفة.

يترّتب التعويض عن إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العمومية، كأهم آثار الإجراء المعترف به في كل التوصيات والمواثيق الدولية الصادرة عن الهيئات والمنظمات الدولية[2] من جهة، وشرط إجرائي جوهري لإضفاء المشروعية الدولية على الإجراءات، يجد أساسا له في قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، الأمر الذي يجعل تصرف الدولة بحق الملكية غير مشروع لمخالفة قواعد القانون الدولي ومرتبة للمسؤولية الدولية إذا لم تستتبع بالتعويض المناسب والفوري للمستثمر المجرد من ملكيته حيث ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحضرة التي سادت القانون الدولي، والتي تجد مصدرها في قوانين تلك الأمم الداخلية (**الفرع الأول**) بشكل رئيسي، بموجبها يقوم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصة .حيث تتمثّل هذه الأسانيد في مجموعة من المبادئ هي، مبدأ الحقوق المكتسبة (**الفرع الثاني**) ومبدأ الإثراء بلا سبب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأسانيد القانونية للتعويض.

لقد اتّفقت كل القوانين الوطنية والدولية والاتّفاقية على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على مقابل لتعرضه لإجراءات نزع الملكية أو التأميم تعويضا له عن الأضرار والخسائر التي لحقت به جبرا لها وإزالة لكل آثارها إذ في الوقت الذي يعد فيه اعتداء صارخا على العلاقة القانونية التي تربط المستثمر. الأجنبي بالدولة المضيفة له وعلى ملكية المستثمر الأجنبي باعتبارها حق مقدس يحاول أطراف العلاقة البحث لإيجاد مبررات قانونية لإضفاء المشروعية على الإجراءات وعلى الحق في التعويض حيث ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحضرة التي سادت

(1)-انظر:محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعّلقه بالنظام العام، دار النهضة ، العربية، القاهرة،1994 ص ص8-9

(2)-انظر: المادة 2/5 من الآتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا على أنّه يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا ،آتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي ونصت أيضا على ذلك على سبيل المثال2/4 من الآتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد اللكسمبورغي ، مرجع سابق.

القانون الدولي، والتي تجد مصدرها في قوانين تلك الأمم الداخلية بشكل رئيسي، بموجبها يقوم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصة حيث تتمثّل هذه الأسانيد في مجموعة من المبادئ هي، مبدأ الحقوق المكتسبة ومبدأ الإثراء بلا سبب.

الفرع الثاني مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

يقضي مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي بأن الدولة المضيفة للأجانب لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، شرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم[1] وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون استمد جذوره من القانون الداخلي[2]، اعترفت به كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين[3]، الأمر الذي يجعل إخلال الدولة بمضمونه خرقا لقاعدة دولية ثابتة تتح مل عنها مسؤوليتها الدولية، حيث تلتزم بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر المترتّبة عن الإخلال بالحقوق المكتسبة وذلك بناء على هذا المبدأ، إلا أن هذا المبدأ قد لاقى معارضات كثيرة خاصة بسبب تعرضه للكثير من التحفظات التي أفقدته مكانته، وذلك من قبل ممّثلي الدول أثناء مؤتمر صياغة قواعد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحدثها بالأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها، والذي كان تحت رعاية عصبة الأمم .فالحقوق المكتسبة إذن بحكم الظروف التي اكتسبت فيها في حد ذاتها غير مشروعة، والنظرية التي تعمل على حمايتها بعيدة عن الواقع الجائر الذي نشأت فيه أو على الأقل الذي تداولت فيه نتيجة القوة، فالمراكز القانونية كمبدأ عام في القانون تنشأ لكنّها قابلة للتغيير بغض النظر عن الشخص الذي يتمّتع بهذا المركز، لذلك يصبح المضمون الذي يوحي به اصطلاح الحقوق المكتسبة بعيد عن الصحة لأنّه يقضي بنشوء المراكز القانونية ويرفض تغييرها .فحّتى في حالة الحقوق المكتسبة في ظل الدول القديمة الموجودة في وضعية الاستعمار تكون الحقوق والالتزامات الاقتصادية أو المالية المكتسبة متوقّفة على قبولها وإقرارها من الدولة الجديدة وهذا ما يبرر موقف الدول الجزائرية عند رفضها دفع التعويضات عن تأميم المشاريع التي أقيمت بدون رضائها، والالتزام بالقواعد المقررة في القانون الدولي في مرحلة الاستقلال وما بعدها.

(1)-Mario battait, souveraineté et succession, la souveraineté au 20ème siècle, édition a colin, 1971, pp 58-59.

(2)-Mario bettait, op.cit, pp 58-59.

(3)- لقد قدمت الدولة الجزائري اقتراح بتعديل مشروع الإعلان رقم 1803 الذي يعتبر عقود الامتياز حقوقا مكتسبة بالنظر إلى التزامات القانون الدولي على العقود لا يمكن أن : « طبقا للقانون الدولي الكلاسيكي تضمن ما يلي تطبق على الحقوق المزعومة التي اكتسبت قبل صعود البلدان المستعمرة قديما إلى السيادة الوطنية الكاملة، فإن هذه الحقوق المكتسبة المزعومة يجب بالنتيجة أن تكون محل مراجعة بين دول متساوية السيادة – انظر:الأمين شريط، مرجع سابق، ص 227 .

فالدولة الجديدة هي التي تقدر بنفسها مدى مشروعية الحقوق المكتسبة في ظل الدولة السابقة مستعمرة كانت أم لا، لأن الحقوق المكتسبة لا تكون مكتسبة في نظر دولة ما إلا وفقا لتشريعاتها حصرا وفيما عدا ذلك فهي غير موجودة إطلاقا. وعليه، فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة الممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي أو تأميمها إنّما يدلّ على أنّه في حالة لجوء الدولة لمثل *هذه الإجراءات* تلتزم بأداء مقابلا لذلك، لأن حق التعويض يبقى مضمونا ومبررا قانونا.

الفرع الثالث: مبدأ الإثراء بلا سبب.

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا ذو أهمية بالغة في إنشاء الالتزام وترتيب المسؤولية قوامه وجوب قيام مسؤولية[1] من أثرى إيجابا أو سلبا بفعله أو فعل غيره على حساب شخص آخر دون أي سبب [2]يترتّب عنه تعويض عما لحقه من ضرر أو خسارة في حدود ما تحّقق للمثري من إثراء، فنظرية الإثراء بلا سبب لا تقوم إلا إذا توفر شرط جوهري وهو انعدام سبب الإثراء، نصت عليه معظم التشريعات في القواعد العامة[3]، ثم أدرجته في إطار القانون الدولي في مجال" الاستخلاف الدولي "للاعتماد عليه كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية لتعويض الأجانب المنزوع ملكياتهم وبالمفهوم السابق، تكون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد حققت إثراء بلا سبب على حساب المستثمر الأجنبي من جراء تعرضه للتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو التدابير المماثلة كرفع نسبة الضرائب وسعر الصرف ...الأمر الذي جعله انتهاكا لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك هو مصدر مبرر للالتزام بالتعويض.

كما أكّدت كذلك لجنة التحكيم في قضية شركة ديسكون لعجل السيارات الأمريكية ضد شركة السكك الحديدة المكسيكية في حكمها الصادر سنة 1931 على أن نظرية الإثراء بلا سبب وإن كانت – وبلا أدنى شك – من النظريات المعترف بها والمطبقة في مختلف دولا لعالم، إلاّ أنّها لم تنتقل بعد إلى الإطار الخاص للقانون الدولي العام كنظام قانوني يتميز عن النظم القانونية الداخلية، كما

(1)-أّ كدت العديد من السوابق القضائية على أخذ القضاة والمحكمين بالمبدأ بعين الاعتبار عند الفصل في النزاعات المتعّلقة بذلك ومنها القضاء الإنجليزي في الحكم التالي ولما كان الثابت أيضا ن الفقه الإنجليزي الحديث قد آتجه إلى ...بردها إلى فكرة الإثراء بلا سبب معتبرا إياها من قبيل المبادئ العامة في القانون الإنجليزي كما طبق المبدأ من طرف لجنة التحكيم الأمريكية – المكسيكية في قضية بوتيجيبات بتاريخ 2 أوت 1871 كما يلي إن عدم تعويض مالك البضاعة عن هلاكها بالرغم من تدميرها لتحقيق نفع عام تمّثل حرمان الثوار من الاستفادة منها، أمر من شأنه إفقار المالك دون سبب مشروع، إفقارا يقابله إثراء الجماعة بلا سبب أيضا،الأمر الذي يؤدي إلى الالتزام بالتعويض حتى لا يتحقق إثراء بلا سبب للجماعة على حساب مالك البضاعة دون سبب مشروع.

-انظر: محمدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء2 ، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص ص318 -319 .

(2)-انظر:المرجع نفسه، ص 319

(3)-انظر: المادة 141 من الأمر رقم 75-58 على أّنه كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.

انتهت بعد استعراض العناصر الأساسية لدعوى الإثراءبلا سبب. إلى أنّه لا مجال لتطبيق هذه النظرية بصدد الواقعة موضوع النزاع بالنظر إلى عدم توافر كافة العناصر التي بينتها.

وعليه عند إسناد عملية نقل الملكية العقارية الأجنبية الناتجة عن الإثراء بلا سبب يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويضات المستحقّة مقابل ما لحقه من أضرار وخسائر، فالخطأ المنسوب للدولة وما يترّتب عنه من إثراء بلا سبب هو أساس المسؤولية والحق في التعويض.

المبحث الثاني :قيام الدولة المضيفة بالأفعال اتجاه المستثمر الأجنبي توجب المسؤولية الدولية قيام الدولة

على التفتح وبين وممارستها، السيادة فكرة بين ما القائم التعارض المضيفة بالأفعال اتجاه المستثمر الأجنبي توجب المسؤولية الدولية إن عنصرا باعتبارها الاستثمارات الأجنبية

فعالاً لتطور الدولة وتنمية اقتصادها، أمر مفروغ منه[1]، خاصة عندما تكون إجراءات نزع الملكية واسترجاعها من أيدي المستثمرين الأجانب تدخل مباشرة في صميم السيادة .إذ يستدعي الاختيار بين مسار الاقتصاد الليبرالي واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية تنازلَ الدولة عن حقها في ممارسة سيادتها في استرجاع ممتلكاتها التي أصبحت ملكية للأجانب حماية لهم من جهة، وتشجيعا لنفوذهم من جهة أخرى[2]، خاصة وقد أصبح قرار الاستثمار في أي دولة كانت مرهونًا بقدر الحماية التي تتعهد الدولة المضيفة بتوفيرها للمستثمر الأجنبي، بما في ذلك تلك التي تتعلق بحماية الملكية العقارية من الإجراءات التي[3] تتخذها الدولة بهدف حرمان ملاكها منها بصفة نهائية ولدواعي الصالح العام.

(1)-لا يمكن أن يكون النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية مشجعا للاستثمار الدولي، إذا كان من جهة يفتح الباب على مصراعيه لاستقطابها وينتهي في الأخير بتأميمها ونزع ملكيتها أو مصادرتها.ولتفادي هذا التعارض عدلت المادة 6 من اتفاقية استثمار الأمم العربية المبرمة في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية الموقعة بدمشق في 29 أوت 1970 ، التي كانت تنص على حق الدول العربية في **تلتزم** : « المصادرة والتأميم بهدف مسايرة التطورات الطارئة على حركة التكامل الاقتصادي العربي كما يليا الدولة المضيفة للاستثمار بعدم التأميم أو مصادرة الاستثمارات"

-انظر:علي كريمي، مرجع سابق، ص19 .

(2)-انظر:خيرت أحمد سعيد، التأميم وملكية الأجانب،المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد 19،مصر 1963 ، ص 8

(3)-Traoré tsagao ,LA GARENTIE DE INVESTISEMENT EYRANGER EN AFRIQUE ,DROIT INTERNATIONAL ,THESE DOCTORAT,UNIVERSITY DE LILLE ,2001,., p. 24.

فحماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي هي في الأصل تصدي للإجراءات التي تباشر الدولة لحرمانه منها بالتأميم والمصادرة والتسخير والاستيلاء، ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة باعتبارها إجراءات معهودة في كلّ من القانون الدولي والاتفاقية، اللذين يضمنان مجموعة من الوسائل والآليات لردعها، والتي تمنح على أساس أنها جزء هام من عناصر المناخ الملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية ما دام المستثمر الأجنبي سيحسب الأمان والحرية في ممارسة نشاطه الاستثماري، وباستبعاد التعرض لمثل هذه الإجراءات يتعرض الاستثمار الأجنبي بالعديد من المخاطر وهذا راجع لعدم استقرار السياسي في الدول النامية ما يثير المسؤولية الدولية للدولة المضيفة اتجاه المستثمر(المطلب الأول) وكذلك أخطار تهدد الملكية الأجنبية كخطر التأميم(المطلب الثاني)، وخطر الرقابة على الصرف وعدم القدرة على التحويل (المطلب الثالث)،لذلك حاول المجتمع الدولي وضع مبادئ وقوانين دولية من شأنها تنظيم وضبط والتخفيف من هذه القيود والإجراءات عن طريق المعاهدات والاتفاقيات الدولية .

المطلب الأول:المخاطر السياسية المثيرة لمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار.

تباشر الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي إجراءات أخذ الملكية، بأحد الأساليب المألوفة في القانون الدولي حسب الحالة، وذلك بالنظر إلى الملكية التي لا تكون في كالمشاريع وفق نمط واحد فقط، فقد تكون مملوكة من طرف المستثمر الأجنبي ملكية كاملة، أو مملوكة بالمشاركة بينه وبين أحد أشخاص الدولة المضيفة للاستثمار طبيعيا كان أو معنويا، أو بالمشاركة بينه وبين أجهزة الدولة الحكومية، أو بالنظر إلى موضوع المشروع الذي قد يتعلق بثروة من الثروات الطبيعية كالنفط والغاز الطبيعي، أو يتعلق بالخدمات المالية كالبنوك وشركات التأمين.

إن إجراء نزع الملكية بكل صوره هو إجراء يتصف بأّنه جزافي وانفرادي يقع من طرف السلطة المالكة تمارسه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهو من أخطر أعمالا لإدارة[1]التي تمس بالملكية الفردية الخاصة بحرمان المالك من جزء خاص من أملاكه أو كلها جبرا بموجب الإجراءات المألوفة والمعروفة في التشريعات الداخلية والقوانين الدولية أو بموجب الإجراءات المشابهة لها من حيث الهدف المرجو تحقيقه منها[2]وهو تجريد المالك من ملكيته دون أن يكون للإجراء صدى في القوانين، لأنها مقنَّعة ومجهولة والتي ظهرت بسبب التغير الجوهري في الفلسفة السياسية الاقتصادية المعاصرة.

(1)-انظر:هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 165

(2)- Anaïs agbo, la gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, panthéon- Sorbonne, paris, 2003 - 2004, p. 18.

تعتبر الحراسة أحد المخاطر السياسية التي تهدد الملكية الأجنبية فما مفهوم الحراسة (الفرع الأول) وما أنواعها(الفرع الثاني) وما موقف المشرع الجزائري منها(الفرع الثالث).

الفرع الأول :مفهوم الحراسة .

يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يفرض الحراسة[1]ورده بفوائده إلى من يثبت له الحق فيه نظمها المشرع الجزائري في القواعد العامة بموجب المواد 602 إلى 611من القانون المدني، على أنها إيداع الشيء المتنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين أيدي شخص آخر مختص في مجال إدارته، يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة أو بعد انتهاء الظرف الذي أدى إلى وضعه تحت الحراسة إلى الشخص الذي يثبت له الحق فيه .وتقع على المنقولات والعقارات،لذا تمس الحراسة كلّ موجودات المشروع الاستثماري المنقولة منها والعقارية، وذلك في الحالات التي تخشى فيها السلطات المختصة بتوقيع الحراسة خطرا عاجلاً عند بقاء المال تحت يد حائزه، وتلتزم الإدارة الحارسة برده بعد انتهاء المدة المقررة للحراسة.نظمها أيضا بموجب الاتفاقيات الدولية الثنائية دون أن تكون إشارة بصريح العبارة للحراسة في معظمها، حيث اكتفت بالإشارة إلى أنه تمنع أطراف الاتفاقية من التعرض لحق الملكية بموجب إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو تدابير أخرى يترتب عليها نزع استثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .ويفهم منضمون ذلك أن الحراسة إجراء يدخل في قائمة الإجراءات التي تمتنع الدولة المضيفة من مباشرتها وإلا قامت مسؤوليتها تجاهها لأنها صورة من صور نزع الملكية.

أما في الاتفاقيات الجماعية، خاصة التي تتضمن إنشاء هيئات الضمان الدولية فقد تم التطرق للحراسة بصريح العبارة، بهدف شمول نظام الضمان الحراسة باعتبارها إجراء سياسي غير تجاري وتغطيته، لأنه يقضي بوضع المشروع الاستثماري تحت حراسة الدولة المضيفة لحفظ الأمن وحماية المصالح الوطنية للبلاد والمحافظة على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً خطيرة من شأنها الإضرار بمصالح العمال الذين يعملون فيه وذلك دون أن يكون لهم الحق في التعويض وقد نصت المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنّه تتم تغطية الإجراءات التي تتخذ من السلطات العامة بالقطر المضيف والتي تؤدي إلى حرمان المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وخصوصا تلك الناتجة عن فرض الحراسة نصت أيضا على الحراسة اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار في الماد ة 11 وضمتها لصور نزع الملكية القابلة للتغطية وتجدر الإشارة هنا إلى أن الحراسة تشبه إلى حد بعيد المصادرة وخاصة في كونهما إجراءين وقائيين، لكن يختلفان من حيث الآثار الناتجة عنهما، فالحراسة الإدارية إجراء مؤقت تنتهي آثارها بمجرد تسوية الوضعية ونهاية المدة المحددة لها، بينما المصادرة تؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكيته بصفة نهائية.

(1)-انظر:عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، بيروت، 1964 ، ص 781 .

الفرع الثاني : أنواع الحراسة .

الحراسة إجراء تتبناه الدولة في ظروف يتعرض فيها المشروع الاستثماري للخطر لسوء الإدارة والتسيير، لذا تكون ممكنة بعدة طرق فتكون الحراسة قضائية تصدر بموجب حكم قضائي باعتبارها عملاً تحفظيا استثنائيا، الغرض منه المحافظة على حقوق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق عينية، ولا يحكم بها إلا عند الضرورة والخطر الداهم[1] .وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 603 كما يلي: يجوز للقاضي أن يأمر بالحراسة ...إذ لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة، إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه أو الحراسة الاتفاقية التي تنعقد بموجب اتفاق بين شخصين أو أكثر .وقد نص أيضا عليها المشرع الجزائري في المادة 602 من القانون المدني كما يلي الحراسة الاتفاقية هو إيداع شيء[2] كما يمكن أن تكون الحراسة قانونية عندما تفرض بقوة القانون وقد نص عليها المشرع في المادة 603 فقرة أخيرة كما يلي: في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون .أو حراسة إدارية وذلك لما تلجأ إليها السلطة الإدارية بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المختصة بهدف تسيير المرافق العامة عند إخلال الملتزم بإدارتها طبقا للأحكام الواردة في وثيقة الالتزام أو في العقد، أو بهدف حماية البلاد من نشاط بعض الفئات الخطيرة على الأمن، أو بهدف التحفظ على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً من شأنها إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال أو المساس بمصالح الدولة العليا.

ويترتب على الحراسة الإدارية منع صاحب المال من إدارة أمواله ليقوم بذلك الحارس الذي تعينه الإدارة، حيث غالبا ما تنتهي الأمور بالدولة إلى تأميم الأموال محل الحراسة[3] لأن القرار الصادر لغرض الحراسة من أعمال الدولة السيادية أو من أعمال السيادة غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، إلا إذا تعلق النزاع بالإجراءات الشكلية أو بالظروف التي تمت فيها المسألة، وهي إجراء يختلف عن غيره من الإجراءات النازعة للملكية في كونه يبقي الملكية في يد صاحبها وينقل فقط إدارتها وتسييرها للحارس دون أن يكون ذلك مقابل تعويض، لأن الشخص الذي تم حراسة أمواله يعتبر شخصا خطيرا على الأمن ومناهضا للمصالح الوطنية [4].

---

(1)-انظر:مرسوم رئاسي رقم 230/98مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموّقع في القاهرة ، ، بتاريخ 29 مارس 1997 ، ج ر عدد 76 ، مؤرخة 11 أكتوبر1998 المؤرخ ،ونظر المادة 5 من مرسوم رئاسي رقم52/94 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13 فيفري 1993 ، ج ر عدد01 .، المؤرخة 2 جانفي1994.

(2)-انظر:هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 186

(3)-انظر:هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 187

(4)-انظر: رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .2007،ص ص 45-49.

ومهما كانت صورة الحراسة قضائية أو إدارية أو اتفاقية فهي إجراءات لا تتطلب التعويض من الدولة التي تباشرها ، لأن أساس اتخاذها يرجع لسبب للمستثمر يد فيه .وهو أنّه أخلّ بكلّ أو بعض التزاماته بشكل يجبر الإدارة على تعيين حارس يتولى المهمة بدلاً عنه للمحافظة على الأموال من جهة، ولحفظ الأمن ومصالح الدولة الوطنية من جهة ثانية.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري من الحراسة .

وقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الاستثمار القديم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12بالحراسة الإدارية، حيث نصت المادة 40 على أنه :لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة، ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به، ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف لكنه عدل عن موقفه بإلغاء القانون وتبني قانون جديد للاستثمار في الأمر رقم 01-03[1] الذي لم يشر فيه إلى الحراسة، بمفهوم آخر لا يمكن أن تتعرض الاستثمارات في الجزائر للحراسة، مادام النص الساري العمل به هو الأمر رقم 01-03 ومادام لم يصدر نص يقضي بخلاف ذلك .لكن بالرجوع إلى بعض النصوص الخاصة المتعلقة بالاستثمار الأجنبي كقانون النقد والقرض،نجد أن المشرع الجزائري يسمح للجنة المصرفية في إطار مهامها بصلاحية تعيين متصرف إداري يحل محل المسيرين القانونيين تخول له كلّ السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر بصفة مؤقتة من أجل إعادة توازن البنك أو المؤسسة المالية حيث تنص المادة 113 على أنّه يمكن للجنة تعيين قائم بالإدارة مؤقتًا تنقل له كل السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر وتسييرها ويحق له إعلان التوقف عن الدفع وتضيف المادة 114 أنه: إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه ...يمكن للجنة ...التوقيف المؤقت للمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا [2].ويسمح كذلك للجنة الإشراف على التأمينات بممارسة المهام نفسها، حيث تنص المادة31 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006على أنّه : إذا تبين أن تسيير شركة تأمين ما يعرض مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين للخطر، يمكن لجنة ا لإشراف على التأمينات ...تعيين متصرف مؤقّت يحلّ محلّ هيئات تسيير الشركة قصد الحفاظ على أملاك الشركة وتصحيح وضعيتها[3]

المطلب الثاني :خطر التأميم وأثره في القانون الدولي

يعتبر التأميم من أخطر الإجراءات السياسية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في أقاليم الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، المكيفة على أنها غير تجارية من الدرجة بصفة مطلقة في العالم، والتي "Sacré" الأولى، لأنه

(1)-انظر:أمر رقم 01-03 الملغي للمرسوم التشريعي رقم 93-12 مرجع سابق.

(2)-انظر: أمر رقم 03- 11 المتعلق بالنقد والقرض،المؤرخ في ،26 اوت 2003.

(3)-انظر:قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر .عدد 15 ، الصادرة في2006 .

يمس بالحقوق الأكثر أهمية والمكرسة تتمثل في" حق الإنسان في الملكية الخاصة "بصفة عامة وفي حق المستثمر الأجنبي بصفة خاصة[1]، لأنه ينحدر منها بصفة مباشرة،فماهية التأمين (الفرع الأول) وما مدى مشروعيته في القانون الدولي (الفرع الثاني)وما هي الضوابط والقيود الوارد عليه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التأميم .

التأميم هو الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة، مقابل تعويض مناسب وعادل، وذلك إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال الكامل لموارد الدولة، وهو ما يسمى بالتأميم العقائدي أو الإيديولوجي، أو بمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني، وهو ما يسمى بالتأميم العلاجي أو الإصلاحي للوضعية [2]

كما أ ن التأميم يتم بموجب قرارات عمديه مقصودة وقانونية مدروسة مسبقًا، تنتج عنه نتائج ذات طابع سياسي اقتصادي تمس بحق المستثمر الأجنبي في ملكيته بحرمانه منها[3]وذلك دون أن يكون للمستثمر الحق في التدخل، لأنها غير قابلة للمناقشة أو إعادة النظر، أو حتى الإلغاء لأنها من أعمال السيادة، وتمس بسيادة الدولة على إقليمها، ويدخل مباشرة في اختصاصها المانع في تنظيم كلّ ميادين النشاط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، بما في ذلك الحق في الملكي فرغم شبه الإجماع الدولي حول إقرار الحق في التأميم، لا يزال الاختلاف قائما حول شروط صحته، حيث يتمسك أصحاب النظرية الكلاسيكية بمجموعة من الشروط اللازمة لأخذ الملكية عن طريق التأميم وأهمها شرط التعويض على أساس أنه وسيلة فعالة لجبر الضرر، واحترام القانون لإضفاء المشروعية على إجراءاته وصحتها.[4]

فالتأميم يكون بذلك إجراء سياديا، وليس مجرد وضع يد أو تسخير من طرف الإدارة للمشروع الاستثماري في وضعية الحرب أو بصفة مؤقتة لأهداف أمنية داخلية وخارجية،وليس أيضا نزعا للملكية الخاصة بدافع المصلحة العامة بمفهوم النزع، بل هو تحويل كلي وحال للملكية دون إتباع الإجراءات الطويلة المعقدة المتبعة عند اللجوء إلى إجراء نزعا لملكية الخاصة[5]، إلا أنه بالنظر إلى أسبابه وأهدافه المتمّثلة في تحقيق المنفعة العامة يصبح التأميم صورة من صور نزع الملكية، وقد عرفه بعض الدارسين على أنه قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري، وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة وقد انصبت معظم التعريفات الأخرى على المضمون نفسه، حيث نجد أن معظم الهيئات

-(1)-Hosni el Gamal, l'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés, contre les risques non commerciaux – (pays arabes) – thèse de doctorat, fac. de droit et des sciences économiques, université, paris i, 1970, p. 31

(2)-انظر:هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 19

(3)-Zehaf Saleh, la protection des investissements étrangers dans les pays arabes, DEA, faculté de droit et des sciences économiques, université paris i, panthéon – Sorbonne, 1984, p. 15.

(4)-انظر:عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 111

(5)-انظر:عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 115

القضائية ومنها محكمة النقض المصرية قد عرفت التأميم تقريبا بنفس المعنى، كما يلي :التأميم هو الإجراء الذي يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكًا للجماعة تحقيقًا لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة ،[1] وهو يشمل حرمان المالك من كلّ أمواله أو عقاراته، بحيث يمتد إلى كلّ موجودات المنشأة أو المشروع وعناصره المعنوية ويصدر بموجب قانون لما يمثله من خطورة على مصالح المستثمر الاقتصادية والتجارية والمعنوية، لذلك نجده يفلت دائما من الرقابة القضائية ما دام أنه يدخل في إطار أعمال السيادة، عكس إجراءات نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة الذي يصدر بقرار قابل للإبطال أو الإلغاء أمام القضاء .

فرع الثاني :أثر التأميم في القانون الدولي.

لقد تم تكريس التأميم لأول مرة في التوصية رقم 626 المؤرخة في 21 ديسمبر، 1952 ، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة وفي اللائحة رقم 3281 لسنة1974 ، في إطار حق الدولة في استغلال الثروات الطبيعية واللائحة رقم 1803 لسنة1962 مؤكدة على أنها إجراءات تؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن والمصالح الوطنية،إذ تعترف بحق الدولة في التأميم لأنه من أعمال السيادة، وهي كّلها قرارات وتوصيات تتطلب إعادة النظر فيها وإعادة صياغتها بالشكل الذي يتماشى مع النظام الاقتصادي الدولي الجديد المتطور، الذي يعيش في رحاب العولمة والتدويل على كلّ المستويات، فالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صدرت فيها كلّ هذه التوصيات في فترة الستينيات والسبعينيات واكبت الثورة التحررية للدول المستعمرة وحصول معظم الدول فيها على استقلالها، حيث صدرت هذه النصوص ذات الطابع الدولي لتزيل المسؤولية الدولية لهذه الدول عند تأميمها للاستثمارات الأجنبية، دون أن تمس بحق المستثمر في الحصول على التعويض المناسب لجبر الضرر الذي لحقه. أما حاليا وقد أصبحت الاستثمارات الأجنبية العصب الأساسي لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، والحلّ الوحيد للخروج من الأزمة الاقتصادية للدول انقلبت الموازين خاصة بتوحيد قواعد التجارة الدولية وتعزيز الاستثمارات الأجنبية بالاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية الاستثمار والتجارة، دخلت كلّ من الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية والمستوردة لها في صراع حاد، حول عناصر الحماية التي تشكل أهم عنصر من عناصر مناخ الاستثمارات الأجنبية، وخاصة بتقييد حقّ هذه الأخيرة في اتخاذ الإجراءات التي تمس بالملكية بكلّ جوانبها، فاستبعدت ورفضت الحق في التأميم[2]، لأنها كيفته بأّنه مخالف لقواعد القانون الدولي الحديث، الذي تفترض معالمه المعاصرة الرجوع إلى المفهوم الكلاسيكي للحق في الملكية، وهي" الحقوق المكتسبة هذه الحقوق التي يتمتّع بها

(1)- لقد كانت موجة الحملات التحررية التي عرفتها الدول النامية بعد استقلالها بهدف استرجاع سيادتها الوطنية،منصبة على التأميم لنقل ملكية المشروعات الخاصة التي كانت تحت سيطرة الأجانب للجماعة، ومن بينها الجزائر التي انطلقت فيها حملة التأمينات بعد 1971 ، مصدرا للمواقف التي تبنتها المحاكم والهيئات القضائية عند تعريفها للإجراء وتبرير مشروعيته.،انظر عليوش كربوع كمال ،مرجع سابق،ص115.

(2)-انظر:علي كريمي، مرجع سابق، ص 19

الأجانب المستثمرون على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، وجعله أساس الضمان الذي يمنح لحماية الملكية الخاصة الأجنبية.

كما أن التأميم باعتباره إجراء عرف في إطار الدول التي تتبنى مبادئ الاشتراكية لتسترجع ممتلكاتها ومشاريعها الاقتصادية لتجعل تسييرها وطنيا، أمر مستبعد حاليا، بلوم ستحيل لأن الدولة الجزائرية قد تبنت قواعد السوق ومبادئ الاقتصاد الليبرالي، الأمر الذي جعلها تتراجع عن عدة مواقف، حيث تقوم في إطار محاولتها خلق المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية توضيح موقفها وسياستها الجديدة، فيما يخص إجراءات التأميم باستبعاده والتخلي عن ممارسته كليا، مثلها مثل كلّ دول العالم الثالث التي تنتظر من خلال هذه التضحيات الجسيمة التنافسية استقطاب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية[1] ولا تظهر حسن نية الدول النامية في تخليها عن التأميم في إطار القواعد العامة فحسب، بل وحّتى في قوانين الاستثمار الخاصة بوضع النظام القانوني لحماية الاستثمارات الأجنبية من كلّ الإجراءات وخصوصا التأميم، وقد نصا لمشرع المصري على سبيل المثال بصريح العبارة في القانون رقم 8 لسنة 1997في المادة الثامنة منه على أنّه :لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها [2] وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد تراجعا واضحا عن موقف الدولة وتنازلاً حقيقيا عن حقها في أخذ ملكية المستثمرين الخاصة، بموجب التأميم لأنه ينص على التأميم في أحكام القانون المدني، الذي صدرت أحكامه في ظل النظام الاشتراكي، حيث تنص المادة 678 على أنه:لا يجوز إصدار حكم التأميم إلاّ بنص قانوني[3] إلا أّنه في إطار قوانين الاستثمار الأجنبي فهو لم ينص إلاّ على التسخير في المرسوم التشريعي رقم 93- 12 [4] الملغى، وعن المصادرة الإدارية في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وقوانين الاستثمار هي قوانين خاصة بممارسة النشاط الاستثماري الاقتصادي، فهي إذن تقيد أحكام القانون المدني باعتبارها القواعد العامة، فيما يخص التأميم، وتستبعده على أساس قاعدة "الخاص يقيد العام."

الفرع الثالث:القيود الواردة على التأميم .

كرس المشرع الحماية القانونية في إطار القوانين الداخلية بتبني مبدأ الحماية للملكية الخاصة في إطار الدستور والقوانين التشريعية من جهة، وفي إطار القوانين الاتفاقية لتنويع وتعزيزا لحماية السابقة بإبرام الاتفاقيات الدولية مع

(1) - El-gamal Hosni, op.cit., p. 268.

(2)-لكن يرى الفقه المصري أن تنازل المش رع المصري عن سيادة الدولة بتنازلها عن حقها في التأميم بصريح العبارة لا ينبغي أن يكون ثمنًا لتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في مصر، خاصة وأنه صدر نص تشريعي يمنع التأميم، ويتعارض مع نص المادة 35 من الدستور المصري، التي تقضي باتخاذ إجراءات التأميم لاعتبارات الصالح العام، وهو ما لا يترك مجالا للتردد للقضاء بعدم دستوريته.

-انظر: .صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 485

(3)-انظر:أمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق

(4)-انظر:مرسوم تشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار،المؤرخ في 5 اكتوبر 1993.

كل الدول التي تربطها بها شراكات اقتصادية أو عقود استثمار أجنبية من جهة ثانية، لكن ذلك مع إبقاء حق الدولة في استرجاع ممتلكاتها، كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بشرط التعويض العادل والمنصف.

بل لم تكتف الدولة بضمان الحماية اللازمة للملكية الخاصة، فنجدها من خلال النصوص القانونية الجديدة قد كرست كثيرا من الجهد من أجل ترقية الاستثمار، خاصة في مجال توفير وعرض المواقع العقارية الصناعية والتجارية داخل المنطقة الحضر وخارجها، وذلك ما بموجب قطع الأراضي الفردية أو في إطار المنطقة الصناعية.[1]

فإذا منحت الدولة للمستثمرين الأجانب على سبيل المساواة مع المواطنين الموافقة على تلبية الحاجات العقارية للمتعاملين الاقتصاديين الخواص الوطنيين والأجانب دون تمييز تكون قد خطت خطوة لا بأس بها في جذب الاستثمارات الأجنبية حيث تسمح معظم الدول المضيفة للاستثمارات حاليا، للمستثمرين الأجانب – على سبيل التنافس – بإمكانية اكتسابا لعقارات، إذا كانت لازمة لممارسة النشاط الاستثماري، وذلك خارج عن نطاق الملكية التي يمكن اكتسابها من خلال عمليات الخوصصة ، وذلك برخصة حكومية مثل ما هو معتمد في القانون البلغاري أو برخصة من وزير الشؤون الداخلية مثلما هو معتمد في القانونين البولوني والروماني أو بموجب عقود الإيجار التي تطول مدتها إلى 99 سنة.[2]

المطلب الثالث:خطر الرقابة على الصرف وعدم القدرة على التحويل .

إن الهدف الأول والأساسي لأي رأس مال أجنبي هو العودة بأقصى قدر ممكن من الربح الوافر الناتج عن استغلال تلك الأموال في البلد المضيف للاستثمار، وتحرص الدول الجاذبة للاستثمارات على توفير مناخ الحرية والاطمئنان لجني تلك الأرباح، ولهذا فقد نظمت تشريعات الاستثمار هذه المسألة بحسب ما ت ا ره يحقق مصلحة المستثمر وتخدم مصالحها الاقتصادية في آن واحد، وبذلك نجد أن التنظيم لا يستقر من تشريع إلى آخر أو يتفق من دولة إلى أخرى و إن كان السائد في تشريعات نهاية القرن الماضي إعطاء أكبر قدر من الحرية والضمان سواء من حيث الإجراءات أو النسبة المصرح بتحويلها أو سعر الصرف المحدد لذلك التحويل.[3]

لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم حركة الأموال الناتجة عن أرباح الاستثمار ووضع شروط لتحويلها (الفرع الأول) كما حدد عناصر الاستثمار القابلة للتحويل (الفرع الثاني) وكذا وضع آجال التحويل وحدد عملته (الفرع الثالث) من أجل تنظيم وتسهيل وضبط عملة الصرف و التحويل .

---

(1)-انظر:نعيمي فوزي" :إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر،(**دراسة ميدانية**)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 37رقم 04 ،1999 ،ص151.

(2)-Grégoire marc hach, un aperçu du cadre juridique des investissements étrangers dans les pays de l'est, droit et pratique du commerce international, les faillites internationales, articles et chroniques droit français étranger et international, paris, vol. 20, n° 4, 1994, p. 11.

(3)-انظر:عبد العزيز سعد يحي لنعماني ،المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر ،دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية،القاهرة ،2002 ، ص 21 .

الفرع الأول: شروط التحويل في التشريع الجزائري.

يضمن القانون الجزائري الحق في التحويل في إطار الشروط الخاصة بالصرف وحركة رؤوس الأموال، فمن أجل الاستفادة من نظام التحويل الإجراءات رأس المال المستثمر وصافي الناتج الحقيقي للتنازل عن القضية، يشترط أن يكون الاستثمار قد أنجز عن طريق مساهمات خارجية[1] ، كما يقوم مجلس النقد والقرض بوضع شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج وتسليم الرخص الضرورية لذلك، ويتولى بنك الجزائر تنفيذ سياسة الصرف المحددة من قبل المجلس وذلك في إطار الاحترام التام للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر في هذا المجال.

الفرع الثاني:عناصر الاستثمار لقابلة للتحويل

من أجل تشجيع الاستثمار لا تكتفي الدول المضيفة بتكريس حرية التحويل في قوانينها الداخلية وإنما تحاول تحديد مضمون هذا الحق الذي يشمل عادة رأس المال المستثمر، والفوائد المترتبة عنه.تتضمن قوانين الاستثمار عادة تحويل رأس المال المستثمر سواء نقدا أو عينا إلى الخارج، ويتم هذا التحويل حسب سعر الصرف الرسمي المعمول به يوم إجراء التحويل[2] ، ولقد أكد المشرع الجزائري على ضمان تحويل رأس المال المستثمر والشرط الوحيد يتمثل في التأكد من أن الاستثمار قد تم بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي المحدد من قبل بنك الجزائر.

تشمل عملية التحويل إلى جانب رأس المال المستثمر، الفوائد والأرباح المترتبة عنها في كل عملية استثمار، وهذه الفوائد القابلة للتحويل تشمل الفوائد عن عملية الاستثمار والفوائد الناتجة عن الحقوق المعنوية والفوائد المترتبة عن القروض، وتتم عملية تحويل الفوائد والأرباح بعد دفع الضرائب المستحقة للدولة أو الاستفادة من الإعفاءات الضريبية طبقا للقانون وطبقا للقانون الخاص بتطوير الاستثمار ومختلف الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار، تشمل حرية التحويل المداخيل الناتجة عن التنازل والتصفية سواء كان ذلك بصفة كلية أو جزئية .نص الأمر 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 25/ "يتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه، كذلك المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأس المال المستثمر في البداية .

الفرع الثالث : آجال التحويل وعملته

إن الدولة المضيفة بصفة عامة لا تكتفي بضمان حرية التحويل ولكنها تنظم كيفية ممارسة هذا الحق نظرا للآثار المترتبة عنه، فقد نص قانون رقم 16-09 المتعلق بالاستثمار في المادة 25/ 1"كما تقبل كحصص خارجية إعادة الاستثمار فيرأس المال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بها."فلا تشترط قواعد القانون الدولي دفع تعويض في الحال بحيث توجد عادة فترة ما بين إجراء نزع الملكية ووقت تسديد التعويض،

(1)-انظر: المادة 25 من قانون رقم 09/16 ،المرجع السابق

(2)-أنظر:المادة 31 من الأمر01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 ،يتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر ع 47 ،الصادر بتاريخ 22 أوت2001 المعدل ومتمم.

والمبدأ في هذا المجال أن تكون الآجال معقولة Raisonnable [1] من أجل تحديد ميعاد التحويل، تستعمل بعض الاتفاقيات الثنائية عبارات غير محددة مثل "بدون تأخير"[2] وبدون تأخير غير مبرر، وبعض الاتفاقيات تحاول تفسير عبارة "بدون تأخير "كما يلي : إذا أنجزت في الوقت اللازم عادة لاستعمال الإجراءات الخاصة به في حين نجد بأن اتفاقيات أخرى تتضمن تحديد دقيق لمدة التحويل بحيث لا تتجاوز ثلاثة أشهر، أو ستة أشهر ، أو شهرين على الأكثر ، في غالب الأحيان تكتفي الاتفاقيات الثنائية بتحديد المهلة القانونية للتحويل دون الإشارة إلى ميعاد بدء سريانها والقاعدة المعمول بها في هذا المجال، أن يبدأ ميعاد التحويل ابتداء من تاريخ إيداع طلب التحويل[3].

تضمنت الاتفاقيات الثنائية عدة حلول في هذا المجال قد يتم التحويل بالعملة التي تم بها الاستثمار الأولي أو باتفاق الطرفين وأحيانا نجد عدة حلول في نفس الوقت ، ولقد تبنتا لاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر حلولا مختلفة في هذا المجال، بحيث أكدت على أن التحويل يتم بعملة قابلة للتحويل أو العملة التي تم بها الاستثمار، أو العملة المتفق عليها بين الطرفين الطرفين أو عدة حلول في نفس الوقت .

المبحث الثالث : مدى مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والتزاماتها العقدية وعن شرط الثبات التشريعي .

لا يقتصر تشجيع الاستثمارات على مجرد زيادة المزايا الممنوحة للمستثمر، بل يتطلب أيضا التقليل من احتمالات المخاطر، وذلك بتوفير عنصري الثقة والأمان في العلاقة الاستثمارية، فإن كانت الغاية التي ينشدها المستثمر الأجنبي بطبيعة الحال هو تحقيق الربح فإنه يأمل بل يشترط أيضا أن يتم ذلك في بيئة يسودها الأمان والضمان، وذلك أنه مهما أعطيت للمستثمر الأجنبي إعفاءات ومزايا تبقى عديمة الفائدة طالما أنه لا توجد هناك ضمانات حقيقية قادرة على طمأنة المستثمر الأجنبي [4]،لذلك خص المشرع الجزائري المستثمرين بجملة من الضمانات تضمنها الفصل الرابع من القانون 09/16 المنصوص عليها من المادة 21 إلى المادة 25 تحت عنوان" الضمانات الممنوحة للاستثمارات"، والملاحظ أن هذه الضمانات بقيت على حالها حيث لم يعدل فيها الأمر16 /09 وكأن المشرع الجزائري اقتنع بكافة الضمانات التي منحها للمستثمر الأجنبي وهي فعلا ضمانات هامة من شأنها أن تحقق للمستثمر ثقة وطمأنينة لاستثمار أمواله في الجزائر ,تضمن مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية (المطلب الأول) ,وضمان الاستقرار

(1)-انظر:عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 364

(2)-انظر:المادة2/6 من الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا والمادة 3/05 من الاتفاق المبرم الح الج والحكومة الرومانية،المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ,المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم328/94 مؤرخ في 22 أكتوبر 1994, ج ر ع 69,الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1994.

(3)-انظر: هذا ما أكدته المادة 4/6 من الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا ونفس العبارات نجدها في الاتفاقيات الأخرى بصفة عامة .

(4)-انظر:هفال صديق إسماعيل المركز القانوني للمستثمر الأجنبي،دراسة تحليلية ،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية2014 ،ص54 .

التشريعي وكذلك مجموعة من المبادئ التي تحكم الالتزامات العقدية وقيام مسؤولية الدولة المضيفة في حالة الإخلال بهذه المبادئ التي تحكم الالتزامات العقدية (المطلب الثاني) , ووضع المشرع مجموعة من الشروط لحماية العقد وقيام مسؤولية الدولة في حالة الإخلال بشروط الثبات العقدي (المطلب الثالث) .

المطلب الأول : مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية .

يعطي المستثمر الأجنبي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي تخضع له استثماراته في الدولة المضيفة، يبقى دائما متخوفا من النظام القانوني الذي أنجز الاستثمار في ظله، ولإزالة هذه المخاوف استلزم الأمر إعطاء المستثمر حق استقرارا القانون المتعلق بالاستثمار.يقوم هذا المبدأ على فكرة تثبيت النظام القانوني للاستثمارات، حيث تتعهد الدولة المضيفة بعدم تغيير قانونها الذي يحكم الاستثمار، والذي يتم وفقه إبرام عقود واتفاقيات الاستثمار،حيث سيتطرق هذا المطلب إلى مفهوم الثبات التشريعي (الفرع الأول) وكيفية الاستفادة من هذا الاستقرار (الفرع الثاني) والمسؤولية التي تترتب على الدولة الجزائرية عند الإخلال بمبدأ الاستقرار التشريعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول:مفهوم الثبات التشريعي.

يعرف على أنه الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرف في العقد، وفي تعديل القواعد القانونية النافذة بينها و بين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية .

و يعرف أيضا على أنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة التعديل بين تشريع جديد، و هذه الحماية تتم بواسطة تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها بالمستثمر الأجنبي[1].

و المقصود به أيضا "أن الدولة تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي و التنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات "[2]، و يعرف كذلك بوصفه "تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان و إبقائه على الحالة التي كانت عليها لحظة إبرام العقد"[3].

(1)-انظر: غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، مج1 ، العدد 02 ، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2009 ، ص 172

(2)-انظر:عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص ص . 83 - 82

(3)-انظر:حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003 ، ص . 140

من خلال التعريفات نجد أن هناك اختلاف فقهي حول تعريف هذا الشرط،» فمنهم من يعرفه من الزاوية التشريعية و منهم من يعرفه من الناحية العقدية[1].

و التعريف المناسب لهذا الشرط هو:

الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية و التشريعات الوطنية للدولة المتعاقدة،و يقضي لالتزام بعدم إصدار قوانين جديدة أو تعديلات جوهرية تمس قانون العقد و التي من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد و الإضرار بمصلحة المستثمر.[2]

في الحقيقة إن شرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من الدولة المضيفة للاستثمار بتثبيت الأحكام القانونية في عقد الاستثمار بمعنى أن يكون المستثمر(الطرف في عقد الاستثمار)بعيدا أن أي تعديلات من الممكن أن تجريها تلك الدولة فيما يتعلق بالاستثمار مستقبلا.

الفرع الثاني:الاستفادة من الاستقرار التشريعي.

للدولة عن طريق السلطة التشريعية كامل الحرية في سن قوانين وأنظمة جديدة أو تعديل أو إلغاء القوانين القديمة، وهو حق لا يمكن تصور الدولة تتخلى عنه، وبالمقابل فإن المستثمرين الأجانب يولون الأهمية الكبيرة للنظام القانوني في الدولة المضيفة للاستثمار وأن تكون الدولة المضيفة للاستثمار قادرة على منح المستثمر الأجنبي أمنا قانونيا يسمح له بالمحافظة على استثماره، وهو ما يعرف مبدأ استقرار التشريع. [3]

يجد هذا المبدأ مرجعه في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الحقوق المكتسبة، وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين، هذا الأخير يعني أن التشريع لا يسري على الماضي، ولا يمكن تطبيقه بأثر رجعي على الوقائع إلا ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي"، وهو ما يعرف بالضمانات ضد المخاطر التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي كذلك نصت عليه المادة 39 من المرسوم التشريعي 93 /12 المتعلق بترقية الاستثمار،" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر صراحة ذلك، وما يلاحظ على هذا المبدأ أنه يمس بشكل مباشر مبدأ السيادة للدول، حيث أن هذه الأخيرة منا الداخلية متى رأت مصلحة في ذلك دونما أن تنتظر موافقة أي طرف آخر، لكن حقها أن تعدل أو تلغي تشريعا هذا الأمر قد يمس

(1)-انظر:ينظر أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، 1987، ص66

(2)-انظر:طالب براهيم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2016 ، ص 417 .

(3)-انظر: أمر رقم 58/75المؤرخ في 26سبتمبر1975 والمتضمن القانون المدني ج ر رقم 78 .

بمصالح المستثمر الأجنبي، لذلك يسعى دائما إلى المطالبة بعدم تغيير القانون الساري وقت إنجاز استثماره، خاصة إذا كانت هذه القوانين الجديدة تضر بمصالحه أو تزيد من أعبائه[1]، وهو ما جعل الدول المستضيفة تستجيب لهذه المطالب حتى يطمئن المستثمر الأجنبي بأنه حتى في حالة تعديل أو إلغاء القانون الخاص بالاستثمار فإن المقتضيات الجديدة لن تطبق عليه إذا لم تكن في صالحه، لذلك يعد مبدأ استقرار التشريع تعهدا من طرف الدولة المضيفة بتثبيت النظام القانوني الذي يحكم المشروع الاستثماري الأجنبي. والمشرع الجزائري أكد على مبدأ استقرار التشريع ومن خلال المادة 15 من الأمر 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمار بقولها" :لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة وهي نفسها المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93 , وبالتالي إذا ألغى أو عدل المشرع نصا قانونيا وكان لصالح المستثمر الأجنبي جاز له أن يستفيد من أحكام النص الجديد إذا طلب ذلك صراحة من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار طبقا لما جاء به الأمر 03-01 .

أما المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار فقد أكدت على هذا المبدأ، والذي يقصد به عدم إدخال أي تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستشارات المنجزة عند إلغاء أو تعديل القوانين الخاصة بالاستثمار[2]،حيث تضمنت المادة 22 من القانون السالف الذكر أعلاه على عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة على الاستثمارات المنجزة إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة .

الفرع الثالث : مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع.

إذا قامت الدولة الجزائرية بإحداث تعديلات أو تغييرات تمس بشكل مباشر مبدأ استقرار التشريع الذي تعهدت بتوفيره للمستثمر الأجنبي فهل يؤدي ذلك إلى قيام مسؤوليتها الدولية .بداية ينبغي التعرض لموقف الفقه الذي انقسم بداية ينبغي التعرض لموقف الفقه الذي انقسم إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية حول مسؤولية الدولة عند إخلالها بالتزاماتها الناجمة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي.

الاتجاه الأول :وهو اتجاه متشدد يرى أن القانون الدولي يجب احترامه بشكل مطلق وكامل، بحيث أن أي مساس بالعقد مهما كانت الدوافع والأسباب يعد سببا في انعقاد مسؤولية الدولة، هذا الموقف تعرض إلى انتقادات في القانون الدولي، بالإضافة إلى أن مبدأ العقد شريعة على أساس أن الحصانة المطلقة للعقود غير معترف المتعاقدين لا يمكن إعماله على العقود الناشئة بين الدول والأشخاص الخاصة نظرا لخصوصية هذه العقود.

(1)-انظر:عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006 ، ص 601.

(2)-انظر:المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار ،مرجع سابق.

أما **الاتجاه الثاني** :فذهب إلى أن الدولة لا تسأل إلا إذا كانت مخالفتها للعقود تشكل فعلا دوليا غير مشروع، وبالتالي فإن خضوع العقود بين الدول والأشخاص الأجنبية يخضع إلى قوانين الدول الداخلية.

و**الاتجاه الثالث** :يقر كقاعدة عامة أن المساس بالعقد لا يعد عملا غير مشروع دوليا، إلا أن المسؤولية الدولية تنعقد نتيجة التعسف الذي لحق بالمستثمر الأجنبي على اعتبار أن القانون الدولي يتضمن تنفيذ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية [1] رغم أن هذه العقود يحكمها القانون الداخلي. ورغم الاختلاف الفقهي حول مدى انعقاد المسؤولية الدولية للدولة التي تحدث تغييرات أو تعديلات في العقود المبرمة مع المستثمر الأجنبي، إلا أن المتعارف عليه أن القانون الدولي العام لا يكرس مبدأ قدسية العقد بصورة مطلقة وعليه فإن الدولة الجزائرية بمالها من امتيازات سيادية الحق في إحداث تغييرات في كل أو جزء من الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقها في مواجهة المستثمر الأجنبي متى كان هذا التعديل للمصلحة العامة وكان مصحوبا بالتعويض العادل.

المطلب الثاني :مسؤولية الدولة عن الإخلال بالتزاماتها العقدية .

إن أي إخلال بعقد الاستثمار من قبل الدولة المضيفة يترتب عنه آثار تمس بالذمة المالية للمستثمر و تعمل على اختلال التوازن العقدي، لذا سنتناول المبادئ التي تمنع الدولة من المساس بعقد الاستثمار بتعديله أو إنهائه بصفة منفردة و الجزاءات المترتبة عن ذلك حيث سنتطرق في (الفرع الأول)،لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أما (الفرع الثاني)، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة وأي إخلال بهذه المبدأ من الدولة المضيفة للاستثمار يوجب جزاءات على عاتقها (الفرع الثالث).

الفرع الأول:مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

يقصد به عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين، أي لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، و لا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون[2] ، مما يترتب عنه عدم جواز المصادرة أو تأميم أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي بصفة انفرادية ، و المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين نتيجة لمبدأ سلطات الإرادة، على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساسا أخلاقيا و اقتصاديا، فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، و الأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد [3] ، و عليه فإن انتهاك هذا المبدأ يعد إخلالا بالقانون الدولي.

وقد نص المشرع على هذا المبدأ في نص المادة 106 من ق م ج بقولها "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لقضية تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"

(1)-انظر:سالم ليلى، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران ،2012ص 106

(2)-انظر:محمد صبري لسعدي، الواضح في القانون المدني، ط4 ، دار الهدى، 2009 ، الجزائر،ص 298 .

(3)-انظر: لسعدي صبري محمد، المرجع نفسه، ص 298 .

بمقتضى هذه المادة :لا يجوز إنهاء العقد أو تعديله من قبل الأطراف المتعاقدة بصفة انفرادية، لأن العقد وليد إرادتين، و ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

وبالرجوع إلى تعاليم ديننا الحنيف نجد أن الشرع أمر بتوثيق المعاملات وكتابة العقود واحترامها في قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾"[1]ففيه حث على احترام بنود العقود وعدم مخالفتها.

الفرع الثاني : مبدأ احترام الحقوق المكتسبة .

يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العرفي، و لقد اعتمدت عليه البلدان المصنعة لمواجهة إجراءات التأميم و نزع الملكية التي قامت بها البلدان النامية في إطار ممارستها للسيادة على ثرواتها الطبيعية [2] ، و تعرف بصفة عامة :بأنها تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين، و التي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد ،[3] و ظهر هذا المبدأ تطبيقا لمبدأ "عدم رجعية القوانين « و خلاصة هذه النظرية» إن عدم الرجعية يعني عدم جواز المساس التشريعي الجديد بالحق المكتسب و إلا كان ذا أثر رجعي، فيمتنع تطبيقه و يظل التشريع القديم مطبقا"

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية .

يذهب جانب من الفقه إلى مسؤولية الدولة عن التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار إنما هي مسؤولية أخلاقية، و ليست مسؤولية قانونية [4] ، و ذلك لأنها تمارس سلطتها على إقليمها كمظهر من مظاهر السيادة.

و يرى البعض الآخر أن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية و المساس بحقوق الطرف الأجنبي يعد تصرفا غير مشروعا، و يترتب عن ذلك جزاءات ضد تصرفاتها المخلة، لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية، و كذا احترام مبادئ القانون الدولي[5].

و يذهب الرأي الراجح فقها إلى أن الدولة تلتزم بما يتضمنه عقد الاستثمار عموما من التزامات و إن مخالفة تلك الالتزامات تؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية في مواجهة المستثمر[6].

(1) –انظر: الآية الاولى من سورة المائدة .

(2)–انظر: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 147

(3)–انظر: عيبوط محند وعلي، مرجع نفسه، ص 21

(4)–انظر: محمود دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي ،المعوقات و الضمانات القانونية،مركز الدراسات العربية،الطبعة الاولى،،بيروت ،2006، ص 253.

(5)–انظر:هشام علي صادق، الحماية الدولية لعمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002 ، ص 90

(6)–انظر:محمود دريد السامرائي، مرجع سابق، ص 253

و مهما اختلفت الآراء الفقهية و موقف القضاء حول مدى ترتيب المسؤولية الدولية للدولة المضيفة المخلة بالالتزامات ها التعاقدية، فإن الراجح أن القضاء الدولي مستقر على عدم اختصاصه بحل المنازعات المترتبة على العقود المبرمة بين الدولة و شخص أجنبي ومنها عقود الاستثمار إذ أن تلك العقود تخضع في الواقع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، كما تخضع المنازعات الناجمة عنها من حيث الأصل للقضاء الداخلي لتلك الدولة.[1]

فيما يتعلق بالجزائر فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على عقود الاستثمار المبرمة مع المستثمر الأجنبي و تخضع أي منازعة تثار للقضاء الوطني كقاعدة عامة. وهذا لم يمنعها بأن أخذت بالمسؤولية الدولية في الكثير من الاتفاقيات الدولية، خاصة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث اعتبرتها كضمانة للمستثمر الأجنبي لتحقيق استقرار العلاقة التعاقدية[2] .نصت المادة 23 الفقرة الأخيرة من القانون 09 - 16 على مايلي :يترتب على هذا الاستيلاء، و نزع الملكية تعويض عادل و منصف ، ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة أن المشرع أجاز نزع ملكية المستثمر الأجنبي و ربطها بوجود مصلحة عمومية ، ولا يتم هذا النزع إلا بشروط وفقا للقانون مع وجوب تقديم تعويض عادل و منصف للمستثمر الأجنبي. و المستثمر إن غبن في قيمة التعويض ، أعطى له المشرع إمكانية اللجوء للقضاء الوطني للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المستحق، وهذا ما نصت عليه المادة 24 منه، وهذه كقاعدة عامة و في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية يتعلق بالمصالحة و التحكيم و في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

المطلب الثالث :مسؤولية الدولة عن شروط الثبات العقدي

إن المعمول به في جميع التشريعات المنظمة للاستثمارات لدى عديد الدول طمأنة الوافدين الاقتصاديين الأجانب إلى الاستقرار القانوني في البلد المضيف، فدراسة الجدوى من الاستثمار الذي قام به المستثمر الأجنبي قبل حلوله ضيفا موظفا لأمواله كان بعد استقرائه للوضع التشريعي في هذا البلد ووضعية الإجراءات والتدابير التحفيزية الميسرة لنشاطه، فمتى انجذب لهذه الأسباب استثمر فيها بعد استقرار عوامل الانجذاب.[3]

من حيث المضمون فإنه يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، وقد تكون هذه الشروط شروطا خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (**كالتشريعات الخاصة بالضرائب والجمارك**) التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية

(1)-انظر:محمود دريد السامرائي، مرجع نفسه، ص 253

(2)-انظر:شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 139

(3)-انظر:روديريك إيليا أبي خليل، موسوعة العولمة والقانون الدولي الحديث بين الواقعية السياسية والحاكمية العالمية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013 ، ص. 540

[1]، تقاس مصلحة كل من الدولة والمستثمر الأجنبي على المدى البعيد تستفيد الدولة من تكوين مناخ استثماري راقي لاجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية، سيما متى كانت تشريعاتها لا تخلو من المحفزات الجباية المغرية[2]، مشروعية هذا النوع من الشروط المتعلقة بتجميد الأحكام القانونية التي تحكم الاستثمارات وقت نشوئها لا يختلف فيها اثنان ومعترف به، حيث قرر مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا سنة 1979 وذلك في مناقشته موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الأجنبية من رعايا دولة أخرى في المادة 3 من القرار، أنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد وقد أكد المجمع على إمكانية التثبيت الزمني لقانون العقد وذلك في دورة انعقاده في(بال في سويسرا) سنة 1991 عند بحثه مشكلة قانون الإرادة في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة حيث نصت المادة الثامنة على أنه إذا اتفق الأطراف على إن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد، فتطبق إحكامه كشروط مادية مندمجة في العقد ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو آمر العقود السارية وجب تطبيق تلك القواعد .[3]

مع ذلك يجب الإشارة إلى أن سلطان الدولة طغى في كثير من الأحيان على هذا الشرط رغم تثبيته نصيا على وجه الخصوص في النزاعات المتعلقة بالتأميم، ويبقى لهذا الشرط دور أصيل في المطالبة بالتعويض في حالة خرقه ، مازال المشككون بفاعلية شروط الثبات لتجنب المنازعات يرون أن التغييرات الاقتصادية الديناميكية على المستويين الدولي والوطني ومبادئ قدسية العقد والتي تؤكد عليها وسائل كثيرة من بينها شروط الثبات ، كل هذا يصبح بلا فاعلية أمام التطورات العالمية وكذلك الأوضاع سريعة التغيير في الدول النامية[4]، ولقد تبنى المجتمع الدولي مجموعة من الشروط لضمان عدم المساس بالعقد (الفرع الأول)، وكذلك وجوب مراجعة العقود لتجنب المنازعات (الفرع الثاني) ،وإقصاء الدور القانون في العقد عند اختياره (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : شروط عدم المساس بالعقد

يتحصن المستثمر الأجنبي في تعاقده مع الدولة ضد استخدام إرادتها المنفردة لإدخال أي تعديل أو تغيير في العقد دون رضاه، فينخلع ثوب السلطة والسلطان من حيث المبدأ وتمتنع الدولة عن أي تصرف تستغل فيه ما تتمتع به من مزايا يمنحها لها القانون الداخلي[5] .يختلف شرط الثبات التشريعي عن التزام .بعدم المساس بالعقد في كون الأول تمتنع

(1)-انظر: أحمد أبو الروس، موسوعة الشركات التجارية، د ط، دار الهناء للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2002 ،ص 9

(2)-انظر:المرجع نفسه، ص 392 .

(3)-انظر:بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان، ص 2.

(4)-انظر:كامل علاوي الفتلاوي و عاطف لافي مرزوق، العولمة ومستقبل الصراع الاقتصادي، الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 54

(5)-انظر: كامل علاوي الفتلاوي المرجع السابق، ص 55

فيه الدولة وتتخلى عن أي تدبير من شانه إدخال تعديل على التشريع الذي نشأ في ظله العقد، بينما تلتزم في المبدأ الثاني بعدم استغلال مركز القوة الذي تتصف به لإدراج تغييرات على مضمون العقد في حد ذاته[1].

رغم أن الشروط التي تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وتجميد القانون من حيث الزمان تختلف من الناحية النظرية عن الشروط التي تهدف إلى المساس بالعقد، فإن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي قد يتضمن كلا النوعين في آن واحد.

الفرع الثاني : مراجعة العقود لتجنب المنازعات .

عقود الاستثمار من العقود الطويلة أو المستمرة لاسيما تلك المتعلقة بالمحروقات وإنشاء المصانع والجسور وإقامة المطارات وإعادة البنية التحتية، وهي الاستثمارات التي تكون عرضة للتأثر بتغير الظروف السياسية والاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها .وأمام هذه الوقائع قد تلجأ الدولة إلى استغلال نفوذها وسلطاتها لحماية المصلحة العامة والمشرع قادر على تسيير الأمور لمصلحته من خلال إصدار قانون أو اتخاذ إجراء يكون من شأنه التأثير على التوازن العقدي بين الأطراف ،كإصدار قانون يمنع الاستيراد أو التصدير أو خروج العملة الصعبة، وهو ما قد يصبح معه تنفيذ الالتزامات التعاقدية مرهقا للطرف الآخر ويظهر الحاجة الأكيدة لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية[2] أدى الشك المحيط بالفاعلية القانونية لشروط الثبات التشريعي إلى تضمين عقود الاستثمار طويلة المدة شروطا لإعادة التفاوض كبديل لشروط الثبات التشريعي، حيث يمكن لهذه الشروط أن تكفل الحماية لكافية ضد الإلغاء أو التعديل الذي تقوم به الدولة في العقد كنتيجة لسلطاتها العامة، فمن خلال التزام أو التعهد بإعادة التفاوض عند ظهور ظروف طارئة بما في ذلك حدوث تغيير في سياسة الحكومة .

تلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها كبديل عن تغيير شروط العقد من طرفها فقط، وعدم نجاح تلك المفاوضات قد يؤدي إلى تدخل التحكيم الدولي بهدف استعادة التوازن بين الطرفين بند إعادة التفاوض مبدأ ثابت في كثير من الاتفاقيات الثنائية على وجه الخصوص، لأنه على خلاف شروط الثبات التي تلزم الدولة بعدم تطبيق أي قوانين جديدة أو مستقبلية تضر بمصالح المستثمر الأجنبي، فإن شرط إعادة التفاوض لا يجد من الميزات السيادية للدولة التي تظل متحررة من كل القيود، ولكنها رغم ذلك تفتح الطريق أمام إعادة التفاوض على بنود معينة من الاتفاقية، حيث تنص هذه الشروط على التزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي عن أي أضرار اقتصادية تحدث لأي سبب ناتج عن أي قوانين أو لوائح تؤثر على بنود أو شروط اتفاقية.

الفرع الثالث:إقصاء دور القانون في العقد عند اختياره

لا يكاد نظام قانوني يخلو من وجود عدد من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، منها القواعد الضامنة لمعاملات الاستثمارات الأجنبية إلا أن هذه القواعد لم تلقى قبولا من قبل البعض

(1)-انظر: كامل علاوي الفتلاوي و عاطف لافي مرزوق، المرجع نفسه ،ص 55

(2)-انظر:بشار محمد الأسعد، عقد الاستثمار الأجنبي عقود الاستثمار النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 304 .

كونها ضمن النظام القانوني لقاضي الموضوع الذي يعد وطنيا بالنسبة للطرف الآخر في النزاع المعروض أمامه، وهو ما من شأنه إحداث إخلال بالأمان القانوني لدى ممارسي التجارة الدولية، حيث سيتوقف تحديد هذا القانون على تحديد المحكمة التي انعقد لها الاختصاص بالنظر فيذ النزاع، الأمر الذي دعا البعض إلى ربط تطبيق القواعد سالفة الذكر بمنهج الإسناد [1] استبعاد دور القانون في العقد، نتج عن تدويل القواعد المنظمة للعلاقات الاقتصادية والتجارية من قبل الجماعات الدولية، والسبب الثاني مناطه الكفاية الذاتية للعقود، فتنوع العقود يكرس مبدأ سلطان الإرادة، فلا يستغاث بالقانون إلا إذا وقفت العقود عاجزة عن تقديم الحل المرغوب فيه، أي لا تحقق الكفاية الذاتية لشروط العقد الدولي [2].

(1)-انظر:صفوة أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،مصر، ص 23

(2)-انظر: المرجع نفسه، ص 236:

الـــــخاتمـــــة

إن الاستثمارات الأجنبية التي رفضتها الدولة النامية عامة ،والجزائر خاصة خلال فترة الستينات والسبعينات باعتبارها شكلا من أشكال الهيمنة والاستغلال والمساس بالسيادة الاقتصادية ،أعيد لها الاعتبار فأصبحت الوسيلة الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ،كما إن الخلاف بين الدول المصنعة والبلدان النامية المستقبلة لرؤوس الأموال حول مسالة"الحماية"زالت، وحلت محلها النية في التعاون من اجل تحقيق المصالح المشتركة ،بحيث انتقلت العلاقات بينها من مرحلة تمتاز بالصراع بسبب الاختلاف في الأهداف ،إلى مرحلة تمتاز بالتعاون نظرا للتطابق في المصالح،وان كان من الطبيعي أن يحاول المستثمر الأجنبي ضمان حماية قانونية تسمح له بتحقيق اكبر قدر ممكن من الأرباح ،فمن حق الدولة المستوردة لرؤوس الأموال البحث عن أفضل الوسائل للاستفادة منها وتوجيهها لخدمة أهدافها و اولوياتها في التنمية .

فبعدما اقتنعت الجزائر بمزايا الاستثمارات الأجنبية وأهميتها في التنمية الاقتصادية ومسايرة التطورات الاقتصادية الدولية،قامت بإعادة النظر في القوانين الداخلية من اجل تسهيل إجراءات الاستثمار ،ومنح حماية قانونية مطابقة لمبادئ وقواعد القانون الدولي في هذا المجال حيث قام المشرع بتكريس المبادئ الأساسية المتفق عليها دوليا مثل حرية الاستثمار ،وحرية المنافسة ، حرية التعاقد ،ومبدأ المساواة[192].

وفي مجال عقود الاستثمار فقد وافق المشرع على تنازلات هامة شملت بعض الحقوق التي تمارسها الدولة بصفتها سلطة عمومية ،وتلك التي تندرج في إطار سلطتها التشريعية ،وذلك من خلال التأكيد على مبدأ تجميد التشريع ،والالتزام بمبادئ القانون الدولي والأعراف التجارية عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية .

فإجابة إشكالية الدراسة حول دور الدولة المضيفة اتجاه المستثمر الأجنبي نجد أن المشرع الجزائري من خلال القانون 09/16 وقوانين أخرى قد منح المستثمر مجموعة من المزايا والضمانات القانونية والقضائية وقام بخلق أرضية قانونية ملائمة لتوفير مناخ استثماري ملائم ومحفز لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية .

من هنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج هي :

1/-يشكل الاستثمار الأجنبي أفضل ما هو متاح من مصادر التمويل الخارجي بالنسبة إلى الدول النامية .

2/-إن نظرة المستثمر الأجنبي للبلد المضيف للاستثمار لا تبنى فقط على الضمانات والحوافز والمزايا التي يوفرها ذلك البلد للاستثمار الأجنبي ،وإنما أيضا على حجم العوائق والحواجز التي قد يواجهها ومدى الجهود المبذولة من طرف الدولة للتقليل منها أو إزالتها ، وبالتالي فسياسة جذب الاستثمار الأجنبي يجب أن يؤسس على إقرار الضمانات وإزالة الحواجز.

3/-إن المشرع الجزائري وحماية للملكية العقارية العائدة للمستثمرين الأجانب قد تصدى للإجراءات التي تعطي الدولة باعتبارها ذات سلطة وسيادة ،باتخاذها لقرار نزع الملكية الخاصة للمستثمر أهمها وجوب تقديم تعويض عادل ومنصف

(1)-انظر : مصطفاوي ليندة ،محفزات الاستثمار الأجنبي في الجزائر في ظل قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،جامعة المسيلة ،2017،ص 61

4/-إن انضمام الجزائر للعديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي تتضمن في نصوصها جملة التحفيزات والضمانات ،يعد مؤشرا جاذبا للاستثمارات الأجنبية كونها تحظى بحمايتها ودعمها .

5-/كشفت الدراسة كذلك أن الاستثمارات الأجنبية أصبحت محل جذب وتنافس من قبل الدول باختلاف أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة وخصوصا من جانب الدول النامية لسد العجز في مدخراتها الوطنية، ولتفادي الاستعانة بمصادر التمويل الخارجية الأخرى لكلفتها السياسية والاقتصادية.

6-/أما فيما يخص مركز المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، فقد لحقه الكثير من التطور نتيجة لتبني الجزائر سياسة جاذبة للاستثمارات الأجنبية من خلال تشريعات الاستثمار المتعاقبة لعل أهمها بالطبع المرسوم التشريعي رقم 12/93 وأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار و التعديلات اللاحقة له، حيث وفر هذين القانونيين الكثير من الضمانات الموضوعية والإجرائية للمستثمر الأجنبي، كما وفر الكثير من الحوافز المالية المغرية والتسهيلات الإدارية المشجعة وكذلك قانون الاستثمار لسنة 2016.

7-/يظهر من خلال هذه الدراسة كيف تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي على حساب الدولة المضيفة، بداية من تمتعه بمجموعة من الحقوق كانت في البداية تشكل ما يسمى بالحد الأدنى من الحقوق للأجانب، إلى ما هو عليه الوضع الآن.

8-/ أصبح المستثمر الأجنبي يمتع بمركز أقوى قانونا ويظهر ذلك جليا في جانب التحكيم والابتعاد عن القضاء الوطني الذي لا يثق فيه، أين يظهر للدولة المضيفة أن هذا المستثمر يتمتع بشخصية دولية محدودة في مواجهة الدولة المضيفة على مستوى التحكيم المؤسساتي.

9-/كما تطور مركز المستثمر من خلال تمتعه بمجموعة من الضمانات خاصة المالية، إذ بمصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بضمان الاستثمار، أصبح يمكن للمستثمر أن يبرم عقد ضمان مع هيئة ضمان متخصصة ليحصل في الأخير على التعويض المناسب أفضل مما كان ينادي به الفقه الغربي التقليدي بأنه تعويض عادل ومنصف وفوري.

وحتى تتمكن الجزائر من تفعيل إمكانياتها الكامنة وفرص الاستثمار المتاحة غير المشغلة ،وتخطي العقبات التي تقف عائقا دون انسياب الاستثمارات الأجنبية ، نقدم مجموعة من الاقتراحات وهي :

1/-العمل على إنشاء منظومة قانونية تخدم تحديات العصر و الواقع المعاش وتتماشى معه .

2/-دعم الاستقرار الاقتصادي والقانوني والاجتماعي وترسيخ المناخ الأمن للاستثمارات .

3/-توفير البيئة الإدارية المناسبة من خلال القضاء على البيروقراطية وشتى صور الفساد التي تعرقل سرعة إتمام الإجراءات المتعلقة بالاستثمار .

4/-ينبغي العمل على وضع قاعدة بيانات شاملة ومتجددة بصفة دورية تحتوي على جميع الفرص الاستثمارية المتاحة ،حسب القطاعات والضمانات والحوافز المرتبطة بها بحيث يتمكن جميع المستثمرين الأجانب من الاطلاع عليها .

5/-العمل على زيادة الحرية الاقتصادية وتشجيع القطاع الخاص عن طريق التخفيف من القيود المصرفية والجمركية وقيود تحويل رؤوس الأموال ،وتخفيف الإجراءات القانونية التي تثقل كاهل المستثمر الأجنبي ماديا ومعنويا وتهدر وقته .

6/-الاهتمام بتأهيل الموارد البشرية والتي تمثلا عنصرا مهما في المساعدة على جذب الاستثمارات الأجنبية.

7 /ضرورة تحديد بدقة قائمة النشاطات والمهن المقننة، كما فعل المشرع الفرنسي بتحديده النشاطات والمهن المقننة، حتى تسهل على المستثمرين التعرف عليها والتي تخضع للتشريع والتنظيم المعمول به، بالإضافة إلى أن حماية البيئة لا يجب أن تقف عائقا أمام لاستثمارات الأجنبية باعتبارها أصبحت ضمن الضرورات للتنمية المستدامة التي يجب أن يتقيد بها المستثمر، وفي العديد من الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر مع العديد من الدول.

8-/التخفيف من شرط إلزامية تسجيل الاستثمار الأجنبي قبل إنجازه، لذا لا يلزم المستثمر الأجنبي التسجيل بالاستثمار إلا في حالة طلب الحصول على المزايا، وهو ما يضمن احترام مبدأ المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب.

9-/المحافظة على استقرار النصوص القانونية المنظمة للاستثمار، والتوقف عن تعديل قانون الاستثمار بنصوص قوانين مالية تكميلية مؤقتة، باعتبارها عامل غير مساعد على جلب المستثمرين الأجانب، ويضر بمناخ الاستثمار عموما.

10-/استغلال تجارب الاستثمارات الناجحة في الجزائر بهدف الترويج للبيئة الاستثمارية للبلدان ذلك يعطي إشارة للمستثمرين المحتملين على السوق الداخلية.

11-/إثراء مكتبتنا بمزيد من الأبحاث والمراجع القانونية في هذا المجال.

-12-/ضرورة الفصل التام بين القوانين المؤطرة لعملية الاستثمار في الجزائر بين قوانين المالية وقانون ترقية الاستثمار وحصرها في قانون ترقية الاستثمار.

13-/تبسيط الإجراءات والوثائق المطلوبة لإنشاء المشروع الاستثمار ي.

-14-/تكوين خبراء على أعلى مستوى لتكليفهم بصياغة وإمضاء عقود الاستثمار، حيث أن الجزائر خسرت أغلب القضايا التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

قائمة المصادر

والمراجع

.– باللغة العربية

–المصادر .

– أولا : القرآن الكريم.

–سورة المائدة ،الآية الأولى.

–ثانيا : الدستور :

أ– الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل .

–ثالثا :الاتفاقيات الدولية :

–اتفاقية إنشاء المؤسسة العربي لضمان الاستثمار ،الأمر رقم (16/27) مؤرخ في 7 جوان 1972،المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية،جريدة رسمية عدد 53 لسنة 1972.

–اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين اتحاد دول المغرب العربي ،مرسوم رئاسي رقم (90–420) مؤرخ في 22 ديسمبر 1999،متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية ،جريدة رسمية عدد 6 لسنة 1991.

– إتفاقية دولية مبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي–اللكسمبورغي متعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات ، مرسوم رئاسي رقم (345/91) مؤرخ في 5 أكتوبر 1991،المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية،الجريدة الرسمية العدد46 لسنة 1991.

–الاتفاقية الدولية المبرمة بين الجزائر وفرنسا ،المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة وتبادل الرسائل المتعلقة بهما ،مرسوم رئاسي رقم (01/94) مؤرخ في 2 فيفري 1994،متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية ،الجريدة الرسمية العدد 1 لسنة 1994.

–اتفاقية دولية مبرمة بين الجزائر ورومانيا متعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، مرسوم رئاسي رقم (328/94) مؤرخ في 22اكتوبر1994،متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية ،جريدة رسمية عدد 69 لسنة 1994.

-رابعا :الأوامر الرئاسية ، والقوانين العادية .

–الأمر 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات الخاصة، ج ر ع ،80 لسنة 1966 .

– الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني..

– الأمر01–03 مؤرخ في 20 أوت 2001 ،يتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر ع 47 ،الصادر بتاريخ 22 أوت2001 المعدل والمتمم.

–أمر رقم 06 –08 المؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 01–03 مؤرخ في 20أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر ع 47 ،الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006 .

–الأمر رقم 03/10 المؤرخ في 26 اوت 2010 ، يعدل ويتمم الأمر رقم 22/96 المؤرخ في 9 جويلية 1996 المتعلق بمخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من والى الخارج ،الجريدة الرسمية العدد50 ،المؤرخ في 1 سبتمبر 2010.

– الأمر رقم 16–09 مؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج ر ع رقم 46 الصادر في 3 أوت 2016.

–القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ,ج ر ع21 ، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

– القانون رقم 03 /10 مؤرخ في 19 جويلية 2003 ،يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة،ج ر ع 13 ،الصادر بتاريخ 20 جويلية 2003.

- قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر .عدد 15 ، الصادرة في2006 .

– قانون رقم15 -18 مؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يتضمن قانون المالية لسنة 2016 ج ر ع 72 الصادرة 31 ديسمبر2015.

- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار ،ج ر ع رقم 46 الصادر في 3 أوت 2016.

–خامسا :المراسيم التشريعية :

-مرسوم تشريعي رقم 12/93 ،المتعلق بترقية الاستثمار ،المؤرخ في 5اكتوبر 1993.

–سادسا :النصوص التنظيمية :

ا–المراسيم الرئاسية :

– مرسوم رئاسي رقم52/94 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13فيفري 1993 ، ج ر عدد01 .، المؤرخة 2 جانفي1994.

- مرسوم رئاسي رقم 230/98مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموّقع في القاهرة ، ، بتاريخ 29 مارس 1997، ج ر عدد 76 ، مؤرخة 11 أكتوبر1998 .

- مرسوم رئاسي رقم 223/02مؤرخ في 22 جوان 2002 ، متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع سلطنة عمان و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2002 .

-: مرسوم رئاسي رقم 370/03مؤرخ في 23 أكتوبر 2003 ، متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع الكويت و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، جريدة رسمية عدد 66 لسنة 2003 .

- مرسوم رئاسي رقم 65/03 مؤرخ في 05 فيفري 2003 متضمن مصادقة الجزائر على الإتفاقية المبرمة مع البحرين . و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المبادلة للاستثمارات ، جريدة رسمية عدد 10 لسنة 2003 .

ب–المراسيم التنفيذية :

– مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18جانفي 1997 يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة والخاضع للقيد في السجل التجاري وتأطيرها ج ر ع 05 الصادرة بتاريخ 19 جانفي 1997 ،معدل ومتمم .

- مرسوم تنفيذي رقم 08 -98 المؤرخ في 24 مارس 2008 يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب منح المزايا وكيفيات ذلك ،ج ر ع 16 ،الصادرة بتاريخ 26مارس 2008.

- مرسوم تنفيذي رقم 17-102 مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به ج ر عدد 16 الصادر بتاريخ 08 ما رس 2017.

–سابعا :الأنظمة:

- نظام في بنك الجزائر رقم 90-03 مؤرخ 08 سبتمبر 1990 ، نظام رقم 90/ 03 ، مؤرخ 08 سبتمبر 1990، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخلها ،ج ر ع 45 الصادرة بتاريخ 1990/10/24.

–ثامنا :المراجع.

1–المراجع العامة :

–أمين شريط حق السيادة الدائمة على الثروات ألطبيعية الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر ،بدون سنة.

- أحمد أبو الروس موسوعة الشركات التجارية، دار الهناء للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2002.

- حسين حنفي عمر: دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

– موحد إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ،القواعد المادية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1989.

-حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت،2003.

-خيرت أحمد سعيد، التأميم وملكية الأجانب،المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد 19،مصر 1963.

-روديريك إيليا أبي خليل، موسوعة العولمة والقانون الدولي الحديث بين الواقعية السياسية والحاكمية العالمية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان،2013.

- صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.2004 .

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

- عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي حقوق الإنسان ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1993.

-كامل علاوي الفتلاوي و عاطف لافي مرزوق، العولمة ومستقبل الصراع ألاقتصادي الطبعة الأولى، دار صفاء للنشر والتوزيع عمان،الأردن ،بدون سنة.

- محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلّقه بالنظام العام، دار النهضة ، العربية، القاهرة،1994.

- محمدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء2 ، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1995.

- محمد صبري لسعدي، الواضح في القانون المدني، ط4 ، دار الهدى، 2009 ، الجزائر

- نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر،1994.

2 –المراجع المتخصصة.

-إبراهيم متولي حسن المغربي دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

-بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،لبنان،بدون سنة.

-حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية الموقعة عام 2.، 1965 ، دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

-صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

-طالب براهيم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة،2016.

-عليوش كربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر ،ديوان المطبوعات الجزائرية ،الجزائر 1999.

-عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،2006.

-على كريمي، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية،الطبعة الأولى،مركز دراسات الوحدة العربية ،بيروت،1990.

-عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية ،مصر ،1990.

-عبد العزيز سعد يحي النعماني ،المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر ،دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية،القاهرة،2002.

-عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2012.

-موحد إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ،القواعد المادية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1989.

- محمود دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي ،المعوقات و الضمانات القانونية،مركز الدراسات العربية،الطبعة الأولى،،بيروت ،2006،

- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2015.

- هشام الصادق،الحماية الدولية للمال الأجنبي ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ، بدون سنة.

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، الحماية القانونية للاستثمارات العربية،مؤسسات الشباب العربية الجامعية ،مصر

- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2015.

- هشام الصادق،الحماية الدولية للمال الأجنبي ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ، بدون سنة.

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، الحماية القانونية للاستثمارات العربية،مؤسسات الشباب العربية الجامعية ،مصر ،1988.

- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية الموقعة عام 2.، 1965 ، دار النهضة العربية،القاهرة،2005.

-تاسعا :الأطروحات والرسائل الجامعية.

1-أطروحات الدكتوراه .

- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار" التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية ،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2006.

- والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2015.

2-مذكرات الماجستير.

- بركان عبد الغاني، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010.

سالم ليلى، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران ،2012.

شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2009.

نزليوي صليحة، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2006.

-عاشرا :المقالات والمجلات .

-أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي،1987.

-جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري(وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11 ، جوان2017 .

-غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دور التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، مج1 ، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق،2009.

- نعيمي فوزي ،إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر،(**دراسة ميدانية**)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،37رقم 04 ،1999.

2-باللغة الفرنسية :

Les ouvrages :

-Carreau Dominique, investissements., droit international économique ;3eme edition ; p. 17.

- Horchani ferhat,le droit des investissement ;a heure de modalisation.1ere annee,2004 p184.

-Haroun Mehdi, le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, litec paris, 2000.

-Mario battait, souveraineté et succession, la souveraineté au 20ème siècle, édition a colin, 1971, pp 58-59.-

Thèse et mémoire :

-Anaïs agbo, la gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, panthéon- Sorbonne, paris, 2003 - 2004, p. 18.

-Hosni el Gamal, l'assurance des investissements étrangers dans les pays sous

développés, contre les risques non commerciaux – (pays arabes) – thèse de doctorat, fac. de droit et des sciences économiques, université, paris i, 1970, p. 31.

-Khalilian Khalil, investissements privés étrangers et souveraineté économique, thèse de doctorat d'état, université de paris ii, 1976, p. 159.

-Sbaï larbi, le Maroc et la clause de la nation la plus favorisée, thèse de doctorat, 3ème cycle, université de Grenoble ii, 1982, p. 611.

-Traore tsagao,la garantie de investissement étranger en Afrique ,droit international ,thèse doctorat, université de Lille ,2001,., p. 24.

- Zehaf Saleh, la protection des investissements étrangers dans les pays arabes, DEA, faculté de droit et des sciences économiques, université paris i, panthéon – Sorbonne, 1984, p. 15.

.**Articles** :

- Dolzer – indirect expropriations: new développements? article du colloque sur l'expropriation en vertu de la règlementation, organisé par l'université de new York du 25 au 27 avril 2002 cité par « l'expropriation indirect » et le droit de règlementer dans le droit international de l'investissement » document de travail sur l'investissement international OCDE 2004 page4.

-Grégoire marc hach, un aperçu du cadre juridique des investissements étrangers dans les pays de l'est, droit et pratique du commerce international, les faillites internationales, articles et chroniques droit français étranger et international, paris, vol. 20, n° 4, 1994, p. 11.

- Salem Mahmoud, "le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers", j. d. i, n° 3, clunet, 1986, pp. 579 – 626.

- Villas pierre ,droit de propriété ,investissements étrangers et nouvel ordre économique international, j .d .i ,106eme années , éditions techniques A ,N1,paris ,1979.

- Ustor andré, premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, annuaire de l'institut du droit international, vol. 2, 1969, p. 165.

, **Sites** :

-CF.-OCDE, projet de convention sur la protection des biens étrangers 1967: in:http://www.olis.org/horizontal/oecdqcts.nsf/display/9c77f53a30381e04 c1257089002b74fo? open document.

- Lebon Charles, l'évolution du droit international des investissements. octobre 2000 p3 www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal.

-CF.-OCDE, projet de convention sur la protection des biens étrangers 1967: in:http://www.olis.org/horizontal/oecdqcts.nsf/display/9c77f53a30381e04 c1257089002b74fo? open document.

-la charte de la havane de 1984, in:
http://www.la documentation française.fr/dossiers/OMC/PDF/doc la havane PDF.

الفهرس

المحتويات	الصفحة
مقدمة	07-01
الفصل الأول:التكييف القانوني للحماية المقررة للمستثمر الأجنبي في ظل التشريعين الداخلي والخارجي	
المبحث الأول :ضرورة توافر صفة الأجنبية في المستثمر الأجنبي كأساس لقيام المسؤولية الدولية .02	09
المطلب الأول:شرط الجنسية في تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر	09
الفرع الأول:تعريف المشرع الجزائري للاستثمار الأجنبي02	09
الفرع الثاني:المقصود بالمستثمر الأجنبي02	09
الفرع الثالث:معايير تحديد جنسية المستثمر الأجنبي03	10
المطلب الثاني :معيار جنسية رأس المال كأساس لقيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة05	12
الفرع الأول :المعايير التشريعية الداخلية لجنسية رأس المال كأساس لقيام المسؤولية الدولية 05	12
الفرع الثاني:المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري 06	13
الفرع الثالث:الرابطة الاقتصادية كأساس لقيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة06	13
المطلب الثالث :مدى الاعتداد بالصفة الدولية للمستثمر الأجنبي في قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة07	14
الفرع الأول :ضمان الحد الأدنى في الحماية08	15
الفرع الثاني:ضمان الحماية الدبلوماسية 09	16
الفرع الثالث:ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة10	17
المبحث الثاني :الشروط التي تجعل من الممتلكات الأجنبية أموال استثمار11	18
المطلب الأول:شروط قبول الاستثمار	18

الفرع الأول :التصريح ومدى إلزاميته12 19

الفرع الثاني:شكل ومضمون التصريح12 19

المطلب الثاني:شرط عدم مخالفة المستثمر الأجنبي لقوانين الدولة المضيفة13 20

الفرعالأول:حمايةالبيئة14 21

الفرع الثاني: النشطات المقننة 21

الفرع الثالث : تسجيل الاستثمار15 22

المطلب الثالث : أن تكون لأموال المستثمر قيمة مالية واقتصادية17 24

الفرع الأول: الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال موضوع التعاقد17 24

الفرع الثاني: الالتزام بالتجهيز واستعمال تكنولوجيا عالية18 25

الفرع الثالث: التزام المستثمر الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار19 26

المبحث الثالث : الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل التشريعين الداخلي والدولي19. 26

المطلب الأول: الحصانة المقررة للملكية الأجنبية في ظل تشريعات الاستثمار20 27

الفرع الأول : صور نزع ملكية المشروع الاستثماري20 27

الفرع الثاني: ضمان عدم نزع الملكية في التشريع الجزائري21

الفرع الثالث: ضمان عدم نزع الملكية في الاتفاقيات الدولية22

المطلب الثاني: حصانة أموال المستثمر الأجنبي في القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون 23

الفرع الأول: مبدأ المعاملة الوطنية24

الفرع الثاني: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة25

الفرع الثالث: معاملة الدولة الأكثر رعاية27

المطلب الثالث: حصانة الملكية الأجنبية في ظل الاتفاقيات والمواثيق الدولية27

الفرع الأول : اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي28

الفرع الثاني : التأميم و نزع الملكية في الاتفاقيات الثنائية29
الفرع الثالث: حصانة الملكية الأجنبية في ظل الاتفاقيات المتعددة الأطراف 30
الفصل الثاني : أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في مواجهة المستثمر الأجنبي .
المبحث الأول : أساس قيام مسؤولية الدولة المضيفة في القانون الدولي37
المطلب الأول : التأصيل النظري والقانوني لأساس المسؤولية الدولية للدولة المضيفة في مجال الاستثمار37
الفرع الأول : ضمان الحد الأدنى من الحماية38
الفرع الثاني : ضمان الحماية الدبلوماسية 40
الفرع الثالث : ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة40
المطلب الثاني : الأساس القانوني لحق الدولة في الاستيلاء على الأموال الأجنبية 40
الفرع الأول : مفهوم الاستيلاء41
الفرع الثاني : الأساس القانوني للاستيلاء41
الفرع الثالث : الحماية من مخاطر الاستيلاء على الملكية الأجنبية42
المطلب الثالث: مدى التزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي طبقا للقانون الدولي43
الفرع الأول : الأسانيد القانونية للتعويض 43
الفرع الثاني : مبدأ احترام الحقوق المكتسبة 44
الفرع الثالث : مبدأ الإثراء بلا سبب 45
المبحث الثاني : قيام الدولة المضيفة بالأفعال اتجاه المستثمر الأجنبي توجب المسؤولية الدولية 45
المطلب الأول : :المخاطر السياسية المثيرة لمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار46
الفرع الأول : مفهوم الحراسة 47
الفرع الثاني : أنواع الحراسة 48
الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من الحراسة 49
المطلب الثاني : خطر التأميم وأثره في القانون الدولي 49
الفرع الأول : مفهوم التأميم 50
الفرع الثاني : أثر التأميم في القانون الدولي 51

الفرع الثالث : القيود الواردة على التأميم 52
المطلب الثالث : خطر الرقابة على الصرف وعدم القدرة على التحويل 52
الفرع الأول : شروط التحويل في التشريع الجزائري53
الفرع الثاني : عناصر الاستثمار لقابلة للتحويل . 53
الفرع الثالث : آجال التحويل وعملته 54
المبحث الثالث : مدى مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والتزاماتها العقدية وعن شرط الثبات التشريعي 54
المطلب الأول : مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية 55
الفرع الأول : مفهوم الثبات التشريعي56
الفرع الثاني : الاستفادة من الاستقرار التشريعي57
الفرع الثالث : مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع 57
المطلب الثاني : مسؤولية الدولة عن الإخلال بالتزاماتها العقدية 58
الفرع الأول : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين 58
الفرع الثاني : مبدأ احترام الحقوق المكتسبة 58
الفرع الثالث : الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية59
المطلب الثالث : مسؤولية الدولة عن شروط الثبات العقدي 60
الفرع الأول : شروط عدم المساس بالعقد 60
الفرع الثاني : مراجعة العقود لتجنب المنازعات 61
الفرع الثالث : إقصاء دور القانون في العقد عند اختياره 61
خاتمة 6568
قائمة المصادر و المراجع