

## الحماية القانونية لملكية

### المستثمر الأجنبي في الجزائر

حسين نواره

أستاذة مساعدة مكلفة بالدروس

كلية الحقوق جامعة مولود معمري-تيزي وزو

#### مقدمة

كرّست الدولة الجزائرية كل الجهود في سبيل خلق المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على كلّ المستويات المالية، الجبائية، الجمركية، الإجرائية، القانونية... لكن ذلك يبقى غير كاف، فالضمانات الممنوحة فتحت الباب للاستثمار الأجنبي نظرياً، لأنه لم يتم تحقيق الحجم المرغوب فيه اللازم لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية بصفة فعلية. خاصة وأنّ رغبة المستثمر الأجنبي بدخول عصر العولمة والتحرر الاقتصادي الشمولي في تطور مستمر، وهي لا تقف عند حدّ الضمانات التقليدية، لتصل إلى حدّ المطالبة بالمشاركة في مشروعات الاستثمار والاحتفاظ بحق الإدارة والرقابة، وهذا ما أدى ببعض الدول بالسماح للمستثمر الأجنبي بالحصول على حق التملك المطلق للمشروع الاستثماري ووضعة جانباً قضايا الاستقلال السياسي أو الاقتصادي التي أصبحت من الإيديولوجيات الكلاسيكية الجامدة التي لا مكان لها في هذا

العصر<sup>(1)</sup>، الذي يعتبر الملكية مظهرًا جديدًا من مظاهر الألفية الجديدة، إذ بذكر العولمة والاقتصاد كمرادفين للتحويلات الدولية تطرح تحديات جديدة مشروطة، بإضافة عامل الملكية بكل أصنافها الفكرية والعقارية، هذه الأخيرة التي تفرض بموجبها الشركات الأجنبية سيطرتها على أقاليم الدول المضيفة.

فالملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تشريعات الاستثمار الحالية مرادفة للاستثمار، وما دام أن إنشاء الاستثمار الأجنبي يعني بالضرورة خلق ملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري فتكون حتمًا العلاقة بين الحماية القانونية للملكية العقارية للمستثمر الأجنبي، وبين الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي طردية ما دامت الحماية الأولى كافية لضمان الحماية الثانية<sup>(2)</sup>.

وعليه يعتبر العقار أهم الثروات وأهم الأسس التي يقوم عليها الاستثمار والنهضة الاقتصادية والعمرانية، لذا نوّعت الجزائر في نظم الحماية القانونية التي أولتها لحماية الملكية العقارية للمستثمر أيًا كانت جنسيته ووطنياً كان أو أجنبياً، وذلك لتبديد مخاوفه وشكوكه بخصوص المخاطر غير

---

<sup>1</sup> - نور الدين الشيخ عبيد: الملكية وتوليد القيمة - التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد، مكتبة العبيكات، دمشق، 2002، ص 17.

<sup>2</sup> - VELLAS Pierre, Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international, J.D.I, 106<sup>ème</sup> année, Editions Techniques, SA, N° 1, Janvier-Février-Mars, Paris, 1979, p. 23.

التجارية<sup>(1)</sup>، بما فيها مخاطر نزع الملكية، التأميم، التسخير، أو أي إجراء آخر مشابه لها.

وفي هذا البحث نتساءل عن النظام القانوني لحماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي في الجزائر.

**المبحث الأول: تكريس الحماية القانونية للملكية العقارية بين حق الدولة في نزع الملكية والقيود الواردة عليه**

لقد أصبحت الملكية بصفة عامة مظهرًا هامًا وجديدًا من مظاهر الألفية الجديدة، بسبب تأثيرها المباشر على توجيه حركة الشركات الاستثمارية الاقتصادية العالمية، وبالتالي على حركة رؤوس الأموال الأجنبية التي أصبحت المخرج الوحيد من الأزمات الاقتصادية التي تتخطط فيها دول العالم الثالث، لذا أصبح من الضروري على الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية العمل على تعزيز وظيفة الملكية وحمايتها لتوليد قيمتها الأساسية في الحاضر والمستقبل، لكن لا يتم ذلك إلا بضمانها والتصدي لكل الإجراءات التي تمس بها.

لكن رغم تقديس الملكية الفردية بوصفها حقًا طبيعيًا يتمتع به الفرد بصفة عامة، سواء كان مستثمرًا أو غيره، أجنبيًا أو وطنيًا كمبدأ دولي مكرس في التشريعات الداخلية وفي الأعراف الدولية أو الاتفاقيات الدولية، لم يقف

---

<sup>1</sup> - نعيم فوزي: "إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر"، (دراسة ميدانية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 04، 1999، ص 149.

حاجزاً أمام حق الاعتراف للدولة كمالكة أصلية في استرجاع هذه الممتلكات والقدرة على نزعها بصفة نهائية في حالات معينة وبأساليب مختلفة لدواعي الصالح العام<sup>(1)</sup>. وعليه نتناول مبدأ حق الدولة في نزع الملكية في (المطلب الأول)، ثم القيود الواردة عليه في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حق الدولة في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي

يعتبر حق الملكية العقارية من الحقوق الأساسية التي اهتمت بها كل التشريعات منذ القديم، خاصة بتنظيمه وضبط نطاقه وكيفية استعماله وحمايته ممن يتعدى عليه. وهذا الاهتمام يبرره الارتباط الوثيق بالنظام السياسي والاقتصادي السائد في دولة ما بحق الملكية، الأمر الذي يجعلها من أهم الثروات التي يركز عليها النظام الاقتصادي. ونظراً لأهميتها في تحقيق النمو والازدهار فإن المنازعات حولها تكثر وتتنوع، ونخص بالذكر تلك التي تنشأ في إطار الاستثمار الأجنبي، خاصة إذا كانت الأحكام القانونية التي تضبطها غير دقيقة ومبعثرة في عدة نصوص كما هو الحال بالنسبة للجزائر، فضلاً عن التذبذب الذي عرفته التوجهات السياسية والاقتصادية للبلاد في تحولها من نظام يركز على الملكية الجماعية إلى نظام يضمن الملكية الفردية، ويحميها من كل الإجراءات التي تمسها وخاصة تلك التي يقصد منها أخذ ملكية المستثمر وحرمانه منها.

<sup>1</sup> - خيرت أحمد سعيد: "التأميم وملكيات الأجانب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 19، مصر، 1993، ص 8.



لكن رغم تبني مبدأ قدسية الملكية الخاصة وحمايتها على مستوى التشريع الداخلي حماية للملكية الفردية الخاصة بالوطنيين والأجانب معاً، وعلى مستوى القوانين الدولية والاتفاقية حماية للملكية الخاصة للأجانب وفق مبدأ المساواة والمعاملة بالمثل، فإنّ هذه الحماية نسبية إن لم نقل عاجزة أمام حق الدولة في أخذ الملكية، خاصة وأنّ الدول النامية أصبحت واعية بأن سيادتها لن تكتمل إلا بعد الحصول على استقلالها الاقتصادي، وأنّ السيادة الحقيقية مرتبطة بالملكية الوطنية للإقليم بمفهومه الكامل.

ومن أجل فرض سيادتها الاقتصادية وحققها في الرقابة على النشاط الاقتصادي، أي على الاستثمارات وتوجيهها لخدمة أهدافها ومصالحها الاقتصادية بصفة كاملة وشاملة، نجد معظم القوانين الداخلية والدولية والاتفاقية تقر مبدأ حق الدولة في نزع الملكية الخاصة بالمستثمرين.

### الفرع الأول: مبدأ حق الدولة في نزع الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي

لقد أقرت معظم التشريعات على اعتبار إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حقاً مقررًا للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية مساواة ما بين المستثمر الأجنبي والوطني الذي يتعرض في إقليم دولته لمتل هذه الإجراءات دون أن يكون في ذلك أي إجحاف بحق الأجنبي ما دام أنه يتعرض لنفس ما يتعرض له المستثمر الوطني إذا كانا في نفس الوضعية. فحتّى الأفكار الرأسمالية التقليدية القائمة على تقديس الملكية الخاصة باعتبارها حقاً طبيعياً لم تتصدّ للاعتراف بحق الدولة في نزع الملكية بصفة نهائية للصالح العام تحقيقاً للمنفعة العامة تكريساً لسيادتها الدائمة مقابل تعويض.

ويعتبر إجراء نزع الملكية إجراءً تعسفياً جزافياً انفرادياً من طرف السلطة العامة للدولة المالكة المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحيث تقوم بنزع الملكية واسترجاعها وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها رغم كل هذا التطور الذي عرفه قانون الاستثمار في مجال المعاملة والحماية والضمانات على كل المستويات تحفيزاً للاستثمارات الأجنبية، بحيث يبقى للمستثمر المنزوعة ملكيته حق إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار الذي يقضي بأخذ الملكية لأنه يدخل في صميم مظاهر السيادة.

#### أولاً - إقرار المبدأ في القوانين الوطنية:

لقد توالى إرادة المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية الجزائرية على موقف واحد في مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، كرّس من خلاله مبدأ حق الملكية الخاصة وحمايتها في كل من الدستور والتشريع، فالقاعدة العامة أنّ الملكية الفردية محترمة ومُعترف بها دستورياً. وبالتالي لا يجوز حرمان أصحابها منها، أما الاستثناء فيتمثل في حالات خاصة تجبر الإدارة على الخروج عن القاعدة العامة للمنفعة العامة وفق شروط تحددها النصوص القانونية فتسمح للإدارة بموجب قرارات إدارية أو غيرها أخذ الملكية، الأمر الذي يجعل حق الملكية بهذه الصورة حقاً نسبياً يحرم منه صاحبه إما جزئياً أو كلياً حسب متطلبات الحالة.

إلا أنه لما كانت إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض قيّداً خطيراً على حريتهم في التملك للأموال العقارية وتجاوزاً صارخاً على الحقوق العينية الأخرى نصت معظم الدساتير على هذين المبدأين، فأصبحت الملكية الخاصة محمية ومكرّسة خدمة للمصلحة الخاصة، مقابل السماح للدولة بالحق في

استرجاعها خدمة للمصلحة العامة، ويكون بذلك الدافع الأساسي للموازاة بين المبدأين المتناقضين هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. بل ولا يجوز النظر إلى هذين المبدأين على أنهما متعارضين، لأنّ الزمن الذي تتدخل فيه الدولة لاسترجاع ممتلكاتها بالحدّ من الحق الفردي يركز على مبررات قوية أهمها المصلحة العامة.

وقد نصّت المادة 17 من دستور 1976 الذي صدر بموجب الأمر رقم 97-76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 على ما يلي: « لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه أداء تعويض منصف »<sup>(1)</sup>.

فحق الدولة في نزع الملكية من خلال هذا النصّ واضح وصريح لكنه مشروط، فالدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي تحتفظ بحقها في استرجاع ملكية الاستثمارات الأجنبية، ما دامت تحترم وتستجيب للشروط المنصوص عليها، وهي أن تتم عملية النزع في حدود القانون من جهة، ومقابل تعويض منصف من جهة ثانية، بل وقد نصّ المؤسس في الفقرة الثانية من المادة 17 السابقة على أنه « لا يجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية » ليمنع أي محاولة يقوم بها المستثمر الأجنبي أو دولته من أجل طلب إبرام اتفاقيات دولية لحماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية تهدف إلى معارضة أو منع الدولة المضيفة للاستثمارات بصفة مطلقة من استرجاع ملكية المشاريع الاستثمارية مهما كانت الظروف الملحة لذلك.

<sup>1</sup> - أمر رقم 97-76 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر. عدد 94، لسنة 1976.

فالدستور في إطار هذه الفقرة جمّد كلّ بند يدرج في الاتفاقيات الدولية سواء الجماعية أو الثنائية، بهدف معارضة إجراء نزع الملكية ما دام أنّه حق سيادي تمارسه عند الضرورة.

كما جاءت نفس الأحكام في دستور 1989<sup>(1)</sup> ودستور 1996<sup>(2)</sup>، بموجب نص نفس المادة 20 والتي تقضي بأنه: « لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف ».

لكنّ نتساءل عن القيمة القانونية للحماية التي يمنحها المشرّع للملاك المستثمرين الأجانب كضمان لمليكتهم للمشروع الاستثماري ما دام الدستور وهو أسمى القوانين يقرّ بمبدأ نزع الملكية.

الأصل في هذه الحالة أنّ المبدأ الذي تقرّه الدساتير مفاده حماية المالك بصفة عامة، والمستثمر الأجنبي باعتباره مالكاً للمشروع الاستثماري بصفة خاصة، أو أي مالك آخر من إجراءات نزع الملكية التعسفية والتحكّمية وليس حرمان الدولة من ممارسة حقها السيادي أي حقها في نزع أو تأميم الملكية. والتعسف المقصود هنا يشمل عدّة جوانب، أهمها التعسف في مباشرة إجراءات نزع الملكية في غير الحدود القانونية، أو في نزع الملكية دون التقدير الفعلي للمنفعة العامة أو التعسف في تقدير التعويض من حيث القيمة والفعالية والإنصاف.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر نصّ تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر، عدد 09.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر عدد 76، لسنة 1996.

وبالتالي فالحماية المضمونة والمقررة تكون في عدم نزع الملكية في الحالات التي لا تقتضيها المصلحة العامة أو في حسن تقدير التعويض ودفعه في الآجال القانونية بصفة حالة ومنصفة متى توافرت المنفعة العامة، حيث نصّت المادة 677 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: «... للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة...»<sup>(1)</sup>.

ونصّت أيضا المادة 1/679 من نفس القانون على ما يلي: «يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد، إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون».

وعليه فحق الدولة في نزع الملكية يكون بذلك في إطار التشريعات صريحا وواضحا ومشروعا ومؤكداً عليه في القواعد العامة، لكنه مقيد بشروط يحددها القانون المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة رقم 91-11 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991<sup>(2)</sup>، الذي نص في المادة 2 منه على أنه: «يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية».

<sup>1</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. عدد 44.

<sup>2</sup> - قانون رقم 91-11، مؤرخ في 21 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر. عدد 21، لسنة 1991.

وردت نصوص أخرى تخاطب الملاك المستثمرين بأحكام مشابهة تقرّ بحق الملكية الخاصة من جهة، وحق الدولة المضيفة للمستثمرين في نزع الملكية الخاصة للمستثمرين من جهة أخرى، وهي قوانين الاستثمار، حيث نصّت المادة 16 من الأمر رقم 01-03 التي تقضي بأنه: « لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ».

### ثانيا - إقرار المبدأ في القانون الدولي:

تمّ إدراج هذا المبدأ في الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي أبرمتها الجزائر لأن إدراج مثل هذه المبادئ في مضمون الاتفاقيات الدولية، يجعل الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية على علم باحتمال لجوء الدول المضيفة لرعاياها لبعض الإجراءات التي قد تمس بالملكية العقارية للاستثمارات الأجنبية، وتجعل التزاماتها مقتصرة على الالتزام بضمان حماية الملكية من تعسف هذه الدول في استعمالها الحق في استرجاع هذه الممتلكات، ما دام حق الدولة في أخذ الملكية العقارية في أيّ يد كانت مهما كانت جنسية صاحبها يبقى مبدأً معترفاً به دولياً لا تجهله الدول الأجنبية التي أبرمت مع الجزائر هذه الاتفاقيات من جهة أولى، والالتزام بتقديم التعويض في كلّ الحالات التي يجرّد فيها المستثمر الأجنبي من ملكيته من جهة ثانية.

كما يضع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي بما فيهم المستثمر الأجنبي باعتباره صاحب المشروع، والدولة المصدرة للاستثمار باعتبارها دولة المستثمر وطرفاً في الاتفاقية الدولية، والدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي

باعتبارها المالكة الأصلية للملكية، أمام وضعية قانونية مشروعة على المستوى الدولي.

كما أن هذا المبدأ معترف به في المواثيق الدولية ومنها اللائحة رقم 1803 التي اعتمدها الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1962<sup>(1)</sup>، بعنوان "السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية" التي تنص في الفقرة الرابعة منها على أنه:

*« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique... le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'état qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité au droit international ».*

ورد كذلك في التوصية رقم 3281 التي تبنتها بتاريخ 12 ديسمبر 1974، في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية ما يلي:

*« Chaque Etat a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers auquel cas, il devrait verser une indemnité adéquate compte tenu des ses lois et règlements et de toute circonstances qu'il juge pertinentes... »<sup>(2)</sup>.*

<sup>1</sup> – Résolution N° 1803 (XXVII) du 14 Décembre 1962, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U.

<http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

<sup>2</sup> – Résolution N° 3281 (XXIX), la charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le 12 Décembre 1974.

<http://www.un.org/french/documents/resga.htm>



## الفرع الثاني: صور إجراءات نزع ملكية المستثمر الأجنبي

تمتد اتفاقية الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والبلد المضيف للاستثمار عادة سنوات طويلة، وأثناء سريانها قد تقوم الدولة المضيفة بإنهاء الاتفاقية بإرادتها المنفردة وبالإستيلاء على المشروع الاستثماري أو تأميمه أو تسخيره أو مصادرته... وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها، مما يدفع بالمستثمر الأجنبي في بعض الحالات التي تكون فيها الإجراءات تعسفية إلى إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار، لأنه إجراء مشروع ويدخل في صميم مظاهر السيادة، ومحتمل الوقوع في كل وقت، لأنه من المخاطر السياسية ومن أخطر أعمال الإدارة، التي تمارسها السلطات العامة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، تمس بالملكية الفردية الخاصة بحرمان المالك من جزء خاص من أملاكه أو كلها جبراً بموجب الإجراءات المألوفة والمعروفة في التشريعات الداخلية والقوانين الدولية، أو بموجب الإجراءات المشابهة لها من حيث الهدف المرجو تحقيقه منها، وهو تجريد المالك من ملكيته دون أن يكون لتلك الإجراءات صدى في القوانين، لأنها مقنعة ومجهولة، وقد ظهرت بسبب التغير الجوهري في الفلسفة السياسية الاقتصادية المعاصرة.

### أولاً - الصور المألوفة لنزع الملكية:

#### 1 - التأميم:

تم تعريف التأميم على أنه الإجراء الذي يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكاً للجماعة تحقيقاً لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة، وهو يشمل حرمان المالك من كل أمواله أو عقاراته، بحيث يمتد إلى كل



موجودات المنشأة أو المشروع وعناصره المعنوية. ويصدر بموجب قانون لما يمثله من خطورة<sup>(1)</sup> على مصالح المستثمر الاقتصادية والتجارية والمعنوية، لذلك نجده يفلت دائماً من الرقابة القضائية ما دام أنه يدخل في إطار أعمال السيادة.

تمّ تكريسه لأول مرة في التوصية رقم 626 المؤرخة في 21 ديسمبر 1952، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة وفي اللائحة رقم 3281 لسنة 1974، واللائحة رقم 1803 لسنة 1962 للجمعية العامة للأمم المتحدة<sup>(2)</sup>، في إطار حق الدولة في استغلال الثروات الطبيعية مؤكدة على أنها إجراءات تؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن والمصالح الوطنية، إذ تعترف بحق الدولة في التأمين لأنه من أعمال السيادة، وهي كلّها 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، خاصة وقد أصبحت الاستثمارات الأجنبية العصب الأساسي لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، والحلّ الوحيد للخروج من الأزمة الاقتصادية.

<sup>1</sup> - تنص المادة 678 من الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني على أنه: « لا يجوز إصدار حكم التأمين إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون ».

<sup>2</sup> - <http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

## 2 - نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة:

يعتبر نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقاً لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة. وهو إجراء يدخل في الاختصاصات الإقليمية التي تمارسها الدولة على ملكيات الأجانب والوطنيين على حد سواء. وتلتزم الإدارة النازعة للملكية مقابل ذلك بأداء تعويض في كل الحالات.

وقد نصّ الدستور الجزائري على إجراءات نزع الملكية ونظمها القانون، لتمكين الإدارة من اللجوء إليها بصفة استثنائية لتلبية احتياجات المرافق العامة، وذلك بموجب القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة تكريساً للمبادئ التي تبناها دستور 1989 في المادتين 20 و 49 منه، ودستور 1996 في المادتين 20 و 52، وقد جاء بأحكام تضمن حماية أشمل للأفراد وممتلكاتهم، بتقييد سلطة الإدارة في استعمال الطرق الجبرية لإرغامهم على التنازل عن ممتلكاتهم خارج نطاق المنفعة العامة، بمفهومها الضيق والتقليدي طبقاً لمبادئ النظرية الليبرالية بموجب مجموعة من الإجراءات، التي نصّ عليها القانون تحت طائلة البطلان<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة 677 من القانون المدني على أن: «... للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية

<sup>1</sup> - زروقي ليلي: "دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية"، مجلة مجلس الدولة، عدد 3، 2003، ص 13.

**للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل**». لذا لا تستطيع السلطات الإدارية المختصة اللجوء إلى نزع الملكية الخاصة في غير الشروط القانونية التي تفرضها القوانين وأهمها إلزامية اللجوء إلى اقتناء الأملاك بالطرق الرضائية أو الودية قبل اللجوء إلى الطرق الجبرية.

### 3 - المصادرة:

تعتبر المصادرة الإجراء الذي تمارسه الدولة أو تتخذه عن طريق سلطاتها العامة، لتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق العينية المملوكة لأحد الأشخاص، ومنهم المستثمر الأجنبي، حيث تبناها المشرع الجزائري في قانون الاستثمار كإجراء تلجأ إليه الدولة، فنصت المادة 16 من الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 20 أوت 2003 على أنه: « لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به »<sup>(1)</sup>. عرّفها أيضاً المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 8 جوان 1966 كما يلي: « المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة ... ».

فالمصادرة هي إجراء تمارسه الدولة بموجب السلطة العامة في الحالات التي يتعدى فيها المستثمر، سواء كان وطنياً أو أجنبياً على القانون بموجب جنائية، حيث يتم حرمانه من ملكيته لعقار أو منقول بصفة جبرية لإتمام العقوبة المفروضة عليه، فالمصادرة تكون عقوبة تكميلية في كل الحالات التي

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بقانون الاستثمار، ج.ر عدد 16، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15/07/2006، ج.ر عدد 47، لسنة 2006.

يرتكب فيها صاحب المشروع جناية في المجال الجبائي أو المصرفي... تكيف على أنها كمخالفات لقواعد القانون الاقتصادي، إذ يؤول كل المال المملوك له أو جزء منه وحتى الأشياء المستعملة في تنفيذ تلك الجريمة إلى الدولة. والسلطة المختصة بإجراءات المصادرة هي السلطة الإدارية في حالة المصادرات الإدارية أو السلطة القضائية بالنسبة للمصادرات القضائية، إذ تكون في كلتا الحالتين إجراءات مستندة إلى نص قانوني يخول هاتين السلطتين الحق في مباشرتها.

#### 4 - الاستيلاء:

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

فالاستيلاء إجراء مشروع تمارسه السلطات العامة المختصة في حالات استعجالية استثنائية بصفة جبرية لضمان حاجات البلاد لضمان سير المرافق العامة، أو في حالات الحروب والفتن الأهلية وغيرها. بحيث يصبح الإجراء غير مشروع في الحالات المخالفة التي لا تكون فيها ظروف اضطرارية أو استعجالية، لأنّ المشرّع في مثل هذه الحالة يفرض على الإدارة اللجوء إلى الأسلوب الرضائي، الذي يتم بمحاولة اقتناء الأملاك عن طريق إبرام العقود كعقد البيع أو الإيجار مع الأشخاص المالكين أو بتقديم عروض لتبادل هذه الأملاك بأملاك أخرى مشابهة أو ذات نفس القيمة. وهو نفس الشرط الموضوع

للإدارة في حالة محاولة اقتناء الأموال عند اللجوء إلى نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

## 5 - الحراسة:

يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكة أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يفرض الحراسة، ورده بفوائده إلى من يثبت له الحق فيه. نظمها المشرع الجزائري في القواعد العامة بموجب المواد 602 إلى 611 من القانون المدني، على أنها إيداع الشيء المتنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين أيدي شخص آخر مختص في مجال إدارته، يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة أو بعد انتهاء الظرف الذي أدى إلى وضعه تحت الحراسة إلى الشخص الذي يثبت له الحق فيه. وتقع على المنقولات والعقارات، لذا تمس الحراسة كل موجودات المشروع الاستثماري المنقولة منها والعقارية، وذلك في الحالات التي تخشى فيها السلطات المختصة بتوقيع الحراسة خطراً عاجلاً عند بقاء المال تحت يد حائزه، وتلتزم الإدارة الحارسة برده بعد انتهاء المدّة المقررة للحراسة.

نصّت عليها بعض الاتفاقيات الدولية ومنها المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تقضي بأنه تتمّ تغطية الإجراءات التي تتخذ من السلطات العامة بالقطر المضيف التي تؤدي إلى حرمان المستثمر المؤمن له من أملاكه وخصوصاً تلك الناتجة عن فرض الحراسة، تضمنتها أيضاً بعض القوانين الخاصة كقانون التأمينات - على سبيل المثال - الذي يسمح للجنة الإشراف على التأمينات بممارسة الحراسة، حيث تنصّ المادة 31 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006: « إذا تبين أنّ تسيير

شركة تأمين ما يُعرض مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين للخطر، يمكن لجنة الإشراف على التأمينات... تعيين متصرف مؤقت يحل محل هيئات تسيير الشركة قصد الحفاظ على أملاك الشركة وتصحيح وضعيتها»<sup>(1)</sup>.

### ثانيا - الصور المماثلة لإجراءات نزع الملكية:

يعتبر التدخل الحكومي أحد أبرز محددات البيئة الأجنبية، التي تضطر مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر التعامل معها تعاملًا خاصًا، للحد من تأثيرها في توجيهها بعيدًا عن تحقيق أهدافها، خاصة عندما تكون إجراءات التدخل تمس بحقوق المستثمر الأجنبي بطريقة غير مباشرة، أو على مدى معين من الزمن.

فتظهر بذلك صور جديدة متنوعة وذات عدة أبعاد، تكون في شكل إجراءات تشريعية أو إدارية، تتخذها الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية أو السياسية أو حتى القضائية بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تؤثر بصفة دائمة أو مؤقتة على الوضعية المالية والاقتصادية للمستثمر الأجنبي رغم بقاءه مالكًا للمشروع، وهي تشمل كل الإجراءات التي تهدف إلى فرض القيود التي تحد من قدرة المستثمر الأجنبي في التصرف في أملاكه وأمواله، أو حتى في تقييد حريته في استغلال مشروعه مؤقتًا أو نهائيًا. فالإجراءات المماثلة هي كل الإجراءات الحكومية المقننة الإدارية منها أو التشريعية التي تتخذها الدولة،

<sup>1</sup> - قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 15، الصادرة في 2006.

بهدف حرمان أو منع المستثمر الأجنبي من ممارسة حقوقه على ملكية استثماره أو حتى الانتفاع به واستغلاله بحرية، ومن بين هذه الإجراءات نذكر ما يلي:

1 - التدخل الحكومي والرقابة التعسفية على إجراءات الاستثمار في كلّ مرحله.

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

3 - الفرض المبالغ فيه والتمييزي للضرائب والرسوم والجبايات وسعر الصرف.

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

5 - إجراءات حرمان المستثمر من أصل استثماره أو عوائده بقرار إداري أو قضائي.

6 - رفض تحويل أو إعادة تحويل عوائد الاستثمار من وإلى الخارج.

7 - إلغاء الدولة المضيفة لرخصة استيراد سلع أو بضائع ضرورية قد تمّ التأمين عليها وشحنها.

8 - إلغاء أحد العقود المتفرعة عن عقد الاستثمار كعقد الامتياز أو الترخيص أو الاستغلال.

9 - رفض الترخيص بدخول مواد أولية هامة إلى إقليمها، مهمة لتسيير المشروع الاستثماري.

10 - رفض الدولة دفع ضمانات التنفيذ أو الضمانات البنكية المتفق عليها.



11 - تدخل الدولة في العلاقات التي تربط المستثمر بعماله بطريقة تمنعه من استعمال أمواله.

### المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية

استقرّ كل من الفقه والقضاء الدوليين من جهة، وتشريعات الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية من جهة ثانية، على وجود مبادئ دولية ملزمة للدول في معاملتها للاستثمارات الأجنبية باعتبارها جزءاً هاماً من النظام القانوني الذي يخضع له الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة التي يمارس النشاط الاستثماري فيها، من تاريخ نشأة الاستثمار إلى تاريخ نهاية مدة العقد، على أساس أنّ هذه المبادئ تشكّل حماية فعلية للمستثمر الأجنبي بفرض مجموعة من القيود على حق الدولة في نزع الملكية المكرسة في كلّ الأعراف الدولية تجسيدا لمبدأ حق الملكية الخاصة ضماناً للتوازن بين المبدئين. كما أنّها شروط تفرضها القوانين لممارسة الدولة المستضيفة لحقها في استرجاع ممتلكاتها من المستثمرين الأجانب في الإطار الشرعي، ضماناً للحق الأدنى لحقوق الأجانب الذي استقر عليه القانون الدولي، تتمثل هذه القيود في القيود العامة والخاصة نتناولها فيما يلي:

#### الفرع الأول: القيود الخاصة بنزع الملكية

نظراً لكون المالك بغض النظر عن جنسيته وطنياً كان أو أجنبياً يضطلع بحكم ملكيته للمال برسالة اجتماعية اقتصادية يلتزم بأدائها، يحظى بموجبها بحماية قانونية إذا أحسن أدائها، ويفقدها إذا كانت للدولة أو إحدى سلطاتها مبررات داخلية خاصة تبرر حقها في استرجاعها، لتستند عليها

للمحافظة على التوازن الضروري القائم بين الحقوق التي يجدر بالقانون حمايتها، هذا التوازن الذي يفترض تحقيق المنفعة العمومية مقابل الحق في التعويض.

### أولاً - المنفعة العمومية:

لقد أقرت معظم القوانين والتشريعات الوطنية الجزائرية<sup>(1)</sup>، بناءً على ما ورد في المواثيق الدولية<sup>(2)</sup> والاتفاقية<sup>(3)</sup>، أن المصلحة العمومية شرط وقيّد يرد على حق الدولة في نزع الملكية تلتزم به الدولة النازعة لملكية الاستثمارات الأجنبية تحت طائلة بطلان قراراتها في أخذ الملكية الخاصة بالأجانب، وعلى العموم تعتبر المنفعة العمومية إجراءً قانونياً ذا عدّة أبعاد، لذا يقول الأستاذ HOSTIOU René ما يلي:

« L'expropriation pour cause d'utilité publique est une procédure administrative et judiciaire par la quelle l'administration utilise son pouvoir de

<sup>1</sup> - انظر: المادة 17 من دستور 1976، والمادة 20 من دستور 1989 والمادة 20 من دستور 1996، والمادة 2 من القانون رقم 91-11، مرجع سابق، والمادة 154 من قانون رقم 01-02 المؤرخ في 5 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر عدد 80 لسنة 2002.

<sup>2</sup> - نصت التوصية رقم 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة على حق الدولة في التأميم وربطته بقيد المنفعة العمومية أو الحاجة الأمنية أو المصلحة الوطنية.

<sup>3</sup> - انظر م 1/15 أ من الاتفاق المبرم مع دول اتحاد المغرب العربي، وم 3/4 من الاتفاق المبرم مع إيطاليا.

contrainte pour obtenir la propriété d'un bien, en règle générale immobilier, en vue de la réalisation d'un objet d'intérêt général »<sup>(1)</sup>.

فالدولة لا تستطيع اللجوء إلى هذه الإجراءات في غير الإطار القانوني المرسوم لها، وخصوصاً في مطابقتها للإجراءات القانونية وحسن النية في تقدير المنفعة العمومية، الأمر الذي يجعل المصلحة العمومية ومسائل تقديرها قيداً في مواجهة الدولة، وحقاً لحماية الملكية في مواجهة المستثمر الأجنبي، وشرطاً ضرورياً لصحة باقي الإجراءات.

وما دامت الدولة هي صاحبة الحق في تقدير المنفعة العمومية، لا يجوز لها أن تعتد إلا بالمصلحة الحقيقية المرتبطة بالمصلحة الوطنية للدولة، وقد نصّت المادة 2/2 من القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة على أنه: « ... لا يكون نزع الملكية ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، وتتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة ».

نصّت كذلك بعض القوانين الخاصة التي تقضي بإمكانية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية على بعض الحالات التي تكيف على أنها متوفرة على المنفعة العمومية كسبب كاف لنزع الملكية، خاصة إذا كانت ترمي إلى استغلال الثروات الطبيعية المنصوص عليها في نصّ المادة 17 من الدستور باعتبارها

<sup>1</sup> - HOSTIOU René, Code de l'expropriation, Librairies Techniques, Paris, 1986, p. 3.

من الأملاك الوطنية العمومية، بحيث تعتبر كلّ عملية تهدف إلى استرجاع ممتلكات الدولة بهدف استغلال الثروات الطبيعية منفعة عمومية، ومنها قانون المياه رقم 05-12<sup>(1)</sup> المؤرخ في 4 أوت 2005 في المادة 13 التي تنص: «يجوز للإدارة المكلفة بالموارد المائية أن تقوم بكلّ عمل يهدف إلى اقتناء الأراضي اللازمة في حالة ما إذا كان... حتّى عن طريق نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طبقاً للتشريع المعمول به».

### ثانيًا - التعويض:

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار بسبب التأميم الذي تجريه على المشروع الاقتصادي الاستثماري أو بسبب نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية أو بسبب أي إجراء آخر ذي نفس النتائج بالتعويض المادي للمستثمر الأجنبي لإضفاء الشرعية على إجراءاتها باعتبارها إجراءات تدخل في صميم اختصاصاتها تستمدّها من صلب سيادتها الاقتصادية والسياسية، حيث تصبح كلّ القرارات التي تقضي بحرمان صاحب الملكية من ملكيته بغض النظر عن جنسية صاحبها باطلة - إلا التأميم منها لأنه يفلت من الرقابة لصدوره بموجب قانون - وعديم الأثر لأنه تجاوز صريح عن حق الملكية الذي تكرسه معظم الدساتير وكلّ المواثيق الدولية، إذا لم يتمّ دفع التعويض. وعليه يصبح التعويض بالمفهوم التقليدي الصورة العادية لإصلاح الضرر بحيث يجب بقدر الإمكان أن يكون قادرًا على أن يزيل كلّ النتائج

<sup>1</sup> - قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج.ر عدد 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005.

المتربة عنه باعتباره فعلاً غير مشروع إذا باشرت به الدولة بعيداً عن القيود الواردة على حقها في اللجوء إليه باعتباره من الحقوق المقرّ بها دولياً. فلا يعتبر التعويض التزاماً جديداً من الالتزامات الدولية التابعة لمشروع الاستثمار الذي نشأ على إقليمها، بل هو تنفيذ للالتزام أصلي، هو الالتزام بعدم اللجوء إلى إجراءات التأميم أو نزع الملكية. ويكون التعويض دائماً عن الأضرار المادية الملموسة والواقعية أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة، وعليه يجب تقدير قيمتها والتعويض عنها، أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة أو الكسب الفائت غير المؤكدة أي المستقبلية فلا تلتزم الدولة بالتعويض عنها في أصل الحكم.

كما أنّ للتعويض قيمة مادية ومعنوية حقيقية مرتبطة بقيمته الاقتصادية، فيكون التعويض فعلياً إذا أدته الدولة الملتزمة بدفعه بالعملة المناسبة سواء كانت عملة المستثمر الأجنبي أو عملة الدولة المؤممة أو حتى أي عملة أجنبية أخرى بشرط أن لا تسبب خسارة واقعية للمستثمر الأجنبي بسبب عدم قابليتها للتحويل إلى الخارج.

### الفرع الثاني: القيود العامة الواردة على حق الدولة في نزع الملكية

تدخل هذه القيود ضمن القواعد والمبادئ التي استقر عليها القانون الدولي ضماناً للحد الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية ومن بينها الالتزام بعدم معاملة هذه الأموال بمعاملة تمييزية مقارنة مع ما يتمتع به المستثمر الوطني، والالتزام بعدم مباشرة هذه الإجراءات من طرف هذه الدولة إذا سبق لها أن أبرمت أي اتفاق أو عقد يمنعها من مباشرة إجراءات تمس بالملكية كالتأميم أو التسخير أو نزع الملكية.

## أولاً - مبدأ عدم التمييز:

تدخل فكرة المعاملة غير التمييزية على أساس مبدأ المساواة بين المستثمرين ضمن المبادئ الأساسية التي تحاول الدولة بموجبها استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية باعتبارها عنصراً هاماً من العناصر الأساسية التشجيعية للاستثمارات الأجنبية في كونها تزيد في أمن المستثمرين لأنها تضمن لهم نفس المعاملة الممنوحة للاستثمارات الوطنية دون أي تمييز.

حيث يقضي هذا المبدأ ويلزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تمس بملكية المستثمر الأجنبي أي التأميم ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير الأخرى المماثلة على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحدها المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات، وذلك مهما كانت أنواع وأشكال التمييز التي تتبناها الدولة في معاملة المستثمر الأجنبي.

وقد كرّست قواعد القانون الدولي مبدأ عدم التمييز حماية لأموال المستثمرين الأجانب وشروط إقامتهم من المعاملة التمييزية بالمقارنة مع المستثمر الوطني باعتبارها من أهم المبادئ الأساسية التي تقضي بضمان الحد الأدنى في مجال معاملة الاستثمارات الأجنبية، حيث نصت الجمعية العامة للأمم المتحدة في اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية المؤرخة في 16 ديسمبر 1966 في المادة 1/2 على ما يلي: «تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية احترام وتأمين الحقوق المقررة فيها لكافة مواطنيها دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو غيره». وتضيف في المادة 26 أنه: «جميع الأشخاص متساوون أمام القانون ومن حقهم التمتع بحمايته دون أي تمييز وبالتساوي، ويحرم القانون في هذا

المجال أي تمييز ويكفل لجميع الأشخاص حماية متساوية فعالة ضد أي تمييز سواء كان ذلك على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي».

كما أن المشرع الجزائري يضمن معاملة المستثمر الأجنبي على أساس المساواة وعدم التمييز بينه وبين المستثمرين الأجانب الآخرين أو الوطنيين في إطار الاتفاقيات الدولية، ومنها المادة 2/3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي-اللكسومبورغي كما يلي: «مع مراعاة الإجراءات الضرورية على النظام العام، تتمتع هذه الاستثمارات دوماً بأمن وحماية بعيداً عن كل إجراء غير مبرر أو تمييزي يمكن أن يعرقل قانونياً أو فعلياً تسييرها وصيانتها واستعمالها والتمتع بها أو تصفيتها».

ثانياً - مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة:

#### 1 - مضمون المبدأ وقوته الإلزامية:

يعتبر التزام الدولة بمبدأ احترام وعدم مخالفة التزاماتها الخاصة التي أبرمتها قبل أو بعد إبرام عقد الاستثمار الأجنبي من أهم مبادئ القانون الدولي العام، الذي يضمن حسن سير واستمرار التعاملات الدولية، مفاده أن تنقيد الدولة بما تعهدت به من التزام حيال الدول بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو المعاهدات الدولية لتنظيم وترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، أو بموجب أي اتفاق خاص أو عقد له رابطة أو علاقة بالعقد الخاص بالاستثمار أو بالاتفاقية الدولية من أجل الحدّ أو المنع الكلي من حقها في استرجاع ممتلكاتها التي تحصل عليها المستثمر الأجنبي طيلة مرحلة استثماره على إقليمها وذلك ما لم تطرأ ظروف جديدة تجيز لها التحلل والتصل من التزاماتها الدولية أو العقدية



رغمًا عن الدولة المتعاقدة الأخرى المتضررة من جراء الإخلال بهذا الالتزام شخصيًا، أو تضرر أحد رعاياها المستثمرين، سواء مباشرة أو بعد عرضه على القضاء أو التحكيم الدولي، ويعرّف كل من أحمد القشيري وهشام علي صادق التزام الدولة بأنه: «الالتزام الذي يخضع للأحكام القانونية المنظمة لحق الملكية بوصفها أحد الحقوق التي تتصل بمركز الأجانب وبالحد الأدنى لمعاملتهم على ضوء مبادئ القانون الدولي إذا ما يشمل التأميم أشخاصًا غير وطنيين».

فالالتزام الخاص الذي تتحمله الدولة كقيد على حقها في اللجوء إلى التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العمومية متعدد المصادر، فيكون التزامًا اتفاقيًا عندما يكون مصدره الاتفاقيات الدولية، أو التزامًا عقديًا عندما يكون مصدره بندًا يدرج ضمن عقد الاستثمار الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي، أو التزامًا خاصًا تصدره بموجب الوعود التي تؤكد فيها على هذه الالتزامات في تصريحاتها الرسمية.

### المبحث الثاني: فعالية الحماية القانونية للملكية العقارية للمستثمر الأجنبي

يتعرض المستثمر الأجنبي لإنهاء الدولة المضيفة لعقد الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار بأسلوب معين يحرمه من استثماره كمشروع اقتصادي يشمل رأس ماله وعقاره وعلامته التجارية وبراءة اختراعه، في ضوء قواعد قانونية تقضي بالحماية القانونية التي تجدر أن تتصدى لمثل هذه الإجراءات، بصفة فعلية وفعالة، فالحماية التي يكيفها المستثمر الأجنبي بالفعالة هي تلك الحماية التي تخلق توازنًا في المراكز القانونية لأطراف عقد الاستثمار، المتمثلة في الدولة من جهة باعتبارها صاحبة سيادة تمارس من خلالها حقها في استرجاع

أموالها وعقاراتها مهما كانت جنسية الشخص الذي يشغلها، والمستثمر الأجنبي الذي يستحق مقابلاً مناسباً وعادلاً للأموال التي يفقدها تعويضاً له. فالفعالية الحقيقية للحماية القانونية لأموال المستثمر الأجنبي، تظهر من خلال الحق في الحصول على تعويض عادل يتم تقديره وفق قواعد قانونية تبنتها الدولة المضيفة للاستثمار (المطلب الأول)، وتمتد إلى التأكيد على فعالية دفع هذا التعويض، وضمان أدائه في كل الأحوال بالأسلوب التعاقدي بموجب عقود الضمان الدولية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ضمان فعالية الحماية بموجب التعويض

لقد اكتسبت مشكلة التعويض أهمية كبيرة جداً في مختلف التحليلات التي تعرّضت لها قرارات المنظمات الدولية المتعلقة بالسيادة الدائمة، وبعض التجارب التي تمت في العالم الثالث كتجربة التأميمات الجزائرية والشيلية، حيث يعتبر الحق في التعويض مسلّمة من المسلمات. وهو شرط أساسي من شروط مشروعية إجراءات نزع الملكية وأثر مباشر لفقدان المستثمر الأجنبي لأمواله على إقليم الدولة المضيفة.

فالتعويض من حيث المبدأ حق لا خلاف حول مشروعيته، وذلك بسبب مبرراته وأسانيده القانونية التي ترفعه من درجة التصرفات غير المشروعة إلى التصرفات المشروعة<sup>(1)</sup>، لكن من حيث التقدير والتقييم فقواعد القانون الدولي

<sup>1</sup> - الأصل أنّ الدولة تلتزم بالتنفيذ العيني أو بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، لكن إذا تعذّر ذلك أو كان مستحيلاً يتمّ الالتزام بالتعويض النقدي.

غير واضحة وغير محدّدة<sup>(1)</sup>، لأنّها اكتفت بالتأكيد على الحق في التعويض بالمواصفات المتفق عليها من حال وفعال ومناسب وكامل دون التطرّق للتفاصيل المتعلقة بمقداره، لذلك سنتطرّق لطرق تقديرية قيمة التعويض، حيث أنّه كلّما كانت قيمة التعويض قادرة على تغطية الخسائر وجبر الضرر كانت الحماية القانونية فعالة.

### الفرع الأوّل: الأسانيد القانونية للتعويض

يعتبر التعويض من بين الحقوق المتفق على منحها للمستثمر الأجنبي عند تعرضه لإجراءات نزع الملكية جبراً للضرر الذي يتعرض له ومزيلاً لكل آثاره، وفي هذا الصدد، يحاول أطراف العلاقة البحث لإيجاد مبررات قانونية لإضفاء المشروعية على الإجراءات وعلى الحق في التعويض. بحيث ترجع الدّول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحضّرة أي إلى مبادئ القانون الدولي، التي تقضي بأنه يقوم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصة.

ويقوم الحق في التعويض على بعض الأسانيد القانونية تتمثّل في مجموعة من المبادئ هي، مبدأ الحقوق المكتسبة، ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ المسؤولية العقدية الذي استمدّ جذوره من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

<sup>1</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلّقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص ص 8-9.

## أولاً - 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، وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون استمد جذوره من القانون الداخلي، اعترفت به كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين، الأمر الذي يجعل إخلال الدولة بمضمونه خرقاً لقاعدة دولية ثابتة تتحمل عنها مسؤوليتها الدولية، حيث تلتزم بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر المترتبة عن الإخلال بالحقوق المكتسبة وذلك بناءً على هذا المبدأ<sup>(1)</sup>. إلا أن هذا المبدأ قد لاقى معارضة كثيرة<sup>(2)</sup> خاصة بسبب تعرضه للكثير من التحفظات التي أفقدته مكانته.

فالمراكز القانونية كمبدأ عام في القانون تنشأ لكنها قابلة للتغيير بغض النظر عن الشخص الذي يتمتع بهذا المركز، لذلك يصبح المضمون الذي يوحى به اصطلاح الحقوق المكتسبة بعيد عن الصحة لأنه يقضي بنشوء المراكز

<sup>1</sup> - إن حق التأمين ليس عملاً غير شرعي في حد ذاته، ولكن ممارسته تتعارض مع قاعدة دولية تلزم باحترام حقوق الأجانب.

<sup>2</sup> - إن القضاء والتحكيم الدوليين لم يجدوا أساساً في القانون الدولي يبرر الاستناد على المبدأ، حيث في الحالات القليلة التي تم فيها الإشارة إلى الحقوق المكتسبة في بعض النزاعات كان على أساس وجود التزام اتفاقي سابق بين الدولة المضيفة والدولة المصدرة للاستثمار يكرس احترام الحقوق المكتسبة.

القانونية ويرفض تغييرها<sup>(1)</sup>. فحتّى في حالة الحقوق المكتسبة في ظلّ الدول القديمة الموجودة في وضعية الاستعمار تكون الحقوق والالتزامات الاقتصادية أو المالية المكتسبة متوقّفة على قبولها وإقرارها من الدولة الجديدة، التي تقدر بنفسها مدى مشروعية الحقوق المكتسبة في ظلّ الدولة السابقة مستعمرة كانت أم لا، لأنّ الحقوق المكتسبة لا تكون مكتسبة في نظر دولة ما إلّا وفقا لتشريعاتها حصريا 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، لأنّ حقّ التعويض يبقى مضمونا ومبررا قانونا.

## ثانيا - مبدأ الإثراء بلا سبب:

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا ذو أهميّة بالغة في إنشاء الالتزام وترتيب المسؤولية<sup>(2)</sup>، قوامه وجوب قيام مسؤولية من أثر إيجابا أو سلبا بفعله أو فعل غيره على حساب شخص آخر دون أي سبب، يترتب عنه تعويض عمّا

<sup>1</sup> - MARIO Bettati, Souveraineté et succession, La souveraineté au 20<sup>ème</sup> siècle, Acolin, 1971, pp 58-59.

<sup>2</sup> - أكدت العديد من السوابق القضائية على أخذ القضاة والمحكمين بالمبدأ بعين الاعتبار عند الفصل في النزاعات المتعلّقة بذلك ومنها القضاء الإنجليزي في الحكم التالي: « ولما كان الثابت أيضا أنّ الفقه الإنجليزي الحديث قد اتّجه إلى... بردها إلى فكرة الإثراء بلا سبب معتبرا إياها من قبيل المبادئ العامة في القانون الإنجليزي ».

- محدّت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء 2، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص ص 318 - 319.

لحقه من ضرر أو خسارة في حدود ما تحقق 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<sup>(1)</sup>، 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 إثراءً 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 انتهاكاً لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك هو مصدر مبرر للالتزام بالتعويض.

### ثالثاً - التعويض على أساس المسؤولية العقدية:

تتضمن معظم اتفاقات أو عقود الاستثمار الدولية التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على بند يحظر قيام أحد الطرفين بإنهاء اتفاقية الاستثمار دون موافقة الطرف الآخر، تحت ما يعرف بشرط الاستقرار في اتفاقية الاستثمار الذي يهدف إلى منع الدولة المضيفة من اللجوء إلى سلطاتها

<sup>1</sup> - نصت المادة 141 من الأمر رقم 58-75 على أنه: « 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 ».

التشريعية لتغيير أو إلغاء اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي طالما لم يصرح هذا الأخير بموافقة كتابيا<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فمصادرة المشاريع وتأميمها يعد إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأنّ عقد الاستثمار يلزم أطرافه على احترام محتواه والتقيّد بالتزاماتهم إلى حين انتهاء مدّته، خاصة وأنّ معظم علماء القانون الدولي يرون أنّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ مستقر في القانون الدولي، وأنّ الالتزام به مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية، ممّا يؤدي إلى اعتبار الإخلال به إخلالا بمبادئ القانون الدولي<sup>(2)</sup> وسببا في إثارة المسؤولية الدولية العقدية، لتتحمل الدولة المضيضة تبعة هذا الإخلال بالتعويض على أساس العقد.

### الفرع الثاني: طرق تقدير التعويض

تعتبر مسألة تقدير التعويض ذات أهميّة بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لذلك يعدّ حسن تقديره بالطريقة التي تضمن المصالح الاقتصادية

---

<sup>1</sup> - وقد نصّت بعض اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر على هذا الشرط ومنها اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM) في المادة 3/13 و4 كما يلي: « يعد تنازل أحد الطرفين عن تنفيذ أحد أحكام هذه الاتفاقية لا أثر له إلا بعد الموافقة الصريحة والموقع عليها من قبل الطرف الآخر. كل تعديل للاتفاقية الحالية يتطلب الموافقة الكتابية والصريحة، الموقعة من الطرفين»، ج ر عدد 7 مؤرخة في 28 جانفي 2007.

<sup>2</sup> - ومن بينها مبدأ عدم تعديل شروط العقد، لأنّه في حالة وجود أي اتفاق صريح في مجال حماية الاستثمار الأجنبي أو التعويضي بسبب المساس بمصالح الأجانب، تتحمل الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية مسؤولية النتائج المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها طبقا لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، خاصة لوجود تصرف قانوني ذي قيمة دولية.



والمالية للطرفين المتعاقدين من العناصر الجوهرية التي تساهم في زيادة نسبة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لكن أمام غياب قاعدة قانونية تفصيلية حول مسألة تقدير التعويض عن الإجراءات التي تباشرها الدولة من نزع الملكية للمنفعة العامة أو تأميم أو مصادرة أو التدابير المماثلة، تضاربت الاجتهادات القضائية على المستوى الدولي مع الاجتهادات الفقهية منذ بداية العشرينيات.

فمن جملة العوامل التي يجب أن تراعيها كل دولة مضيضة إثر مباشرة إجراءات أخذ الملكية في تقديرها لقيمة التعويض عملاً بالفقرة ج من المادة 2 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية هي وضعيتها المالية التي تشمل كل من حالة ميزانها التجاري، ديونها الدولية، مدى توافرها على العملات الصعبة، حاجاتها لرؤوس الأموال... الخ، وذلك بسبب كون طريقة تقدير التعويض قد تعرقل عملياً أهداف نزع الملكية الاقتصادية والتنمية إذا كانت من حيث القيمة تشكل عبئاً للدولة المضيفة، ولا يتفق مع مبدأ السيادة الدائمة.

### أولاً - الطرق المعتمدة في تقدير التعويض:

هناك عدة طرق يعتمد عليها في تقدير التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أو تأميمها، بعضها يخدم مصلحة الدولة المضيفة كونها تأخذ بعين الاعتبار الإمكانات الاقتصادية والمالية التي تعاني منها عند عجزها عن سداد مستحقات المستثمر الأجنبي، والبعض الآخر يخدم مصلحة هذا الأخير باعتباره المتضرر الأول من هذه الإجراءات، نتناول هذه الطرق فيما يلي:

## 1 - القيمة الحالية أو « Les flux nets actualisés »:

عند تقدير التعويض حسب هذه الطريقة يتمّ تعويض كافة مبالغ الاستثمارات وأرباح التي كانت متوقعة مع خصم مبالغ الاهتلاك المحققة Amortissement، وهي طريقة تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض من خلال الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأمين أو نزع الملكية، والملاحظ أنّ هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدولة النازعة للملكية أو المؤمّمة، لأنها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح.

## 2 - القيمة الحسابية الصافية La valeur nette comptable des actifs:

وتسمى كذلك بطريقة الحصيلة (bilan) لأنها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة الواردة في حصيلة الشركة المؤمّمة أو المسخّرة، مقارنة مع معدل الأرباح التي تحقّقها شركة أخرى شبيهة، في نفس المدّة لكن في بلدان أخرى. وهي طريقة تعرّضت للرفض من طرف المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية، لأنها تقلّل من قيمة التعويض، وخصوصاً لأنها مبنية في جانب منها على فكرة المقارنة الأمر الذي يفقدها نوعاً ما الموضوعية.

## 3 - القيمة السوقية La valeur du marché:

تأخذ قيمة تقدير التعويض حسب قيمة المشروع في السوق بعين الاعتبار الفوائد المحتملة استناداً إلى معطيات السوق، الأمر الذي يجعلها تحقق نوعاً من العدل بالنسبة للطرفين، لأنّه تقدير فعلي للقيمة الحقيقية للأموال

المنزوعة أو المؤمّمة. فحسب هذه الطريقة يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض ملائم يغطي كافة الأضرار التي لحقت به.

#### 4 - طريقة المقاصة La compensation:

ترتكز عملية تقدير التعويض في طريقة المقاصة على الموازنة بين الأرباح التي تحقّقها المؤسسة وقيمة رأس المال المستثمر في الدولة المضيفة، وبين الأضرار التي تلحقها بالاقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو نتيجة التسرّع في إعادة تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحقّقة إلى الخارج بشكل لا يحقّق للدولة الأهداف الأساسية المتوقّعة من تشجيع الاستثمار الدولي أي الإنعاش الاقتصادي والمساهمة في التنمية. فأهمّ ما يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الطريقة هي الأرباح التي تحقّقها المؤسسة بشكل غير متناسب مع قيمة الاستثمارات المنجزة، مقارنة مع أرباح تحقّقها نفس المؤسسة في بلد آخر، وهو ما يجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة.

#### 5 - القيمة في البورصة La valeur Boursière:

تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة الأسهم في البورصة في الحالات التي تكون فيها لتلك الشركات الاستثمارية قيمة في البورصة. وقد اعتمدت هذه الطريقة عند تأمين قناة السويس، وهي طريقة تعرّض الأطراف المعنيين بالإجراء إلى نوع من المخاطرة نظرا للتقلبات السريعة التي تتعرّض لها قيمة الأسهم في البورصة من نزول وصعود مستمر، الأمر الذي يجعلها نادرة الاستعمال.

#### ثانيا - طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري:

## 1 - حسب التشريعات الوطنية:

لم تركز القوانين الوطنية اهتماما بالغا لمسألة تقدير وتقييم مبلغ التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي عن حرمانه من أملاكه المادية والمعنوية، حيث أشارت في بعض النصوص إلى اعتماد طرف معيّنة في التقدير أو إضافة عناصر معيّنة في الحساب عند التقييم ليقدر الضرر تقديرا دقيقا، وذلك مع ترك مسائل كثيرة لاختصاص القاضي ضمن سلطاته التقديرية.

لقد نصّ المشرّع الجزائري على أنه تبني أسلوب تقييم التعويض على أساس القيمة الحسابية الصافية وذلك في نص المادة 8 من الأمر رقم 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات كما يلي: « في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات... وقد يشمل ذلك التدبير بحكم القانون استنادا لهذا الأمر دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحددة بمواجهة الخبراء والعناصر الوطنية التي تسترجعها الدولة وذلك في مهلة أقصاها تسعة أشهر ويزاد على هذا التعويض.

- المبلغ غير المستهلك من نفقات التأسيس أو القيم الأخرى غير المادية المطابقة للمصاريف الفعلية غير المأخوذ بها في حساب ذلك التعويض.
- الفوائد المحسوبة على حسب النسب المئوية القانونية عن مدة سنتين على مبالغ ذلك التعويض.

ويكون ذلك التعويض قابلا للتحويل للخارج إذا كان المستفيد نفسه أجنبيا أو إذا كان الاستثمار محققا بواسطة مبالغ مستوردة من الخارج»<sup>(1)</sup>.

أمّا في القانون رقم 82-13 الذي يحدّد النظام الخاص بشركات الاقتصاد المختلط، فقد تبني المشرّع أسلوب تقدير التعويض حسب القيمة الحسابية للأسهم التي يمتلكها الطرف الأجنبي في رأس مال المؤسسة، وذلك في نصّ المادة 48 التي تضمنت ما يلي: « في حالة ما إذا اقتضت المصلحة العامة استعادة الدولة لأسهم الطرف الأجنبي يترتب قانونا عن هذا الإجراء دفع تعويض مساو للقيمة الحسابية لهذه الأسهم وذلك في أجل أقصاه سنة واحدة »<sup>(2)</sup>.

لكن بدخول الدولة الجزائرية في حملة الإصلاحات الاقتصادية وتبنيها للاستثمار الأجنبي كأسلوب لتحريك عجلة التنمية واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، تبنت أسلوبا جديدا للتعويض يقترب أكثر من القيمة الفعلية للمشروع ويشمل حتّى الكسب الضائع، وذلك في القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية حيث نصّ المشرع في المادة 21 على أنه: « يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية ».

<sup>1</sup> - أمر رقم 66-284، المؤرخ في 05/09/1966 يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر. عدد 80، لسنة 1966.

<sup>2</sup> - قانون رقم 82-13، المؤرخ في 28/08/1982 يتضمن تأسيس الشركات المختلطة بالاقتصاد وسيرها، ج.ر. عدد 35، لسنة 1982.

حيث يحدّد مبلغ هذا التعويض حسب القيمة الحقيقية للأموال أو المشروع تبعا لما ينتج عن تقييم طبيعتها ومشتملاتها أو عن استعمالها الفعلي من قبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الأخرى عليها، أو من قبل التجار والصناع والحرفيين، وتقديم هذه القيمة الحقيقية يتم في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم.

وقد نصّت كذلك بعض اتفاقيات الاستثمار على التعويض الذي يجدر أن يأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع، ومنها الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water desalination التي نصّت في المادة 2/1/7 على ما يلي: « غير أنه في حالة نزع الملكية، ستمنح الدولة الجزائرية لشركة المشروع تعويضا مسبقا وعادلا ومنصفا ويأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع يوما واحدا قبل تاريخ نزع الملكية »<sup>(1)</sup>.

## 2 - حسب الاتفاقيات الدولية:

لقد تضمّنت الاتفاقيات الدولية نوعا من التفصيل عند التطرق للطرق المعتمدة في تقدير التعويض المستحق من الأجنبي بالمقارنة مع التشريعات الوطنية، وقد اختلفت فيما بينها في تبني الأسلوب المعتمد عليه في تقدير التعويض، حيث بعضها اعتمدت على التقييم على أساس القيمة الفعلية للمشروع

<sup>1</sup> - الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water Desalination، ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

الاستثماري والبعض الآخر على أساس القيمة الحقيقية أو القيمة السوقية. وفي كل الحالات يتم التقييم عشية اليوم الذي تتخذ فيه التدابير أو يعلن فيه عنها.

وقد نصت على التقييم على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية بالنزع الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في نص المادة 2/5 كما يلي: « يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية ... ».

وبالمقابل، نصت اتفاقيات أخرى على تقييم التعويض على أساس القيمة الفعلية للاستثمار في السوق أو قيمته السوقية، ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصت في المادة 2/4 على أنه: « إن مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية للاستثمار المعني مباشرة، قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأول »، حيث يتم تقدير مقدار التعويض وفق هذا الأسلوب حسب القيمة السوقية المتعارف عليها. وفي حالة عدم إمكانية ذلك بسبب التقلبات التي يعرفها السوق أو التقلبات التي تتعرض لها قيمة الأسهم في البورصة يتم تقدير قيمة التعويض بمراعاة القواعد والممارسات المعترف بها دوليا وخصوصا المبادئ العادلة التي تأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالاستثمارات والأرباح والخسائر المحتملة واسم الشهرة وغيرها من العناصر المرتبطة بالمشروع الاستثماري.



أما أسلوب التقييم على أساس القيمة الاقتصادية للمشروع، نصّت عليه الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر التي تقضي بأنه يشمل تقدير التعويض حسب هذا الأسلوب كل العناصر ذات القيمة الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار من رأس مال وفوائد وخسائر محتملة واسم الشهرة وغيرها، وهي إلى حدّ بعيد شبيهة بالقيمة السوقية للمشروع. كما أنّه يجب أن يتمّ تسديد التعويض بلا تأخير وإلاّ ينتج عنه حتى تاريخ الدفع فوائد، تحسب بإحدى الطرق التالية:

- تحديد الفوائد حسب المعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة<sup>(1)</sup>.
- تحديد الفوائد حسب سعر البنك المعمول به<sup>(2)</sup>، أو بالمعدل المعمول به بين البنوك<sup>(3)</sup>.
- تحديد التعويض بالنسبة التجارية المعمول بها عند الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على إقليمه من تاريخ تحديدها إلى غاية التسديد<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - نصّت عليه المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا كما يلي: « ينتج هذا المبلغ حتى تاريخ دفعه فوائد تحسب بمعدل الفائدة الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد من طرف صندوق النقد الدولي ... ».

<sup>2</sup> - نصّت على ذلك المادة 2/4 ج من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا كما يلي: « يتمّ تسديد التعويض بلا تأخير، وينتج في تاريخ الدفع فوائد تحسب بسعر البنك المعمول به ... ».

<sup>3</sup> - نصّت على ذلك المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا كما يلي: « ... وفور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله، وفي حالة التأخر في الدفع، ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر ... ».

## المطلب الثاني: زيادة فعالية الحماية بإبرام عقود الضمان

يقترن الاستثمار الأجنبي كمشروع ينشأ ويسير في إقليم الدولة المضيفة له بالمخاطر غير التجارية، ترجع في شق منها للإرادة المنفردة للدولة إذا تعلقت المخاطر بالإجراءات التي تمس بالملكية كالتأمين ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير المماثلة التي ترمي بصفة غير مباشرة إلى نتائج مماثلة، في حرمان المالك من استغلال أملاكه ولو بصفة مؤقتة كرفض إعادة تحويل رؤوس أمواله أو منع استيراد المواد الأولية أو التأخير في ذلك وتأجيل دفع ضمانات التنفيذ... أو إجراءات أخرى خارجة عن نطاق إرادة الدولة المضيفة الناتجة عن الاضطرابات المدنية والحروب والفتن والقوة القاهرة... التي يتعذر فيها على الدولة مواجهتها والوقاية منها الأمر الذي يجعل الدولة والمستثمر الأجنبي يلجأان إلى وسائل أخرى أكثر نجاعة للتأمين على هذه المخاطر بموجب عقود الضمان، تأميناً للاستثمار الأجنبي ضد المخاطر وتأكيداً على حصوله على مقابل للضرر الذي يصيبه كتعويض لجبره ومحو آثاره وتغطية له في كل الأحوال، ما دام أنها إجراءات لا يمكن في كل الحالات الاتفاق على استبعادها.

<sup>1</sup> - نصت على ذلك المادة 3/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا كما يلي: « تجري التحويلات بدون تأخير بالعملة التي أنجز بها الاستثمار أو أية عملة قابلة للتحويل، يتم الاتفاق عليها بسعر العرف المعمول به في تاريخ التحويل وبدون أية أعباء أخرى غير الرسوم والمصاريف المألوفة ».

## الفرع الأول: مفهوم عقود ضمان الاستثمار الدولي

تعتبر عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية عقوداً دولية تبرمها الهيئة المتخصصة في الضمان مع المستثمر الأجنبي، ترمي إلى تجسيد تأمين خاص للمستثمر وملكيته ضد كل أنواع المخاطر غير التجارية كالتأمين ونزع الملكية... أو التدابير المماثلة، أقل ما يقال عنه أنه عقد يضمن التأكيد على حصول المستثمر الأجنبي على مبلغ التعويض كمقابل لتعرضه لهذه المخاطر في آجال قانونية قصيرة، اقتصاراً للوقت بأسلوب الحلول لترجع بعد ذلك بدورها على الدولة المضيفة التي باشرت الإجراءات والتي سببت الضرر للحصول على المبلغ الذي تلتزم بدفعه بموجب عقد الضمان، فعملية التأمين والضمان تتم في إطار ثلاثي الأطراف، مما يجعل فعاليتها تجد أساساً لها في الحصول على التعويض من الهيئة حتى وإن كانت الدولة الملتزمة معسرة أو مقصرة في التزامها بجبر الضرر، لتنشأ العلاقة بين هاتين الأخيرتين عند تحقق الضرر بحدوث الخطر لدفع التعويض.

### أولاً - تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي:

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي<sup>(1)</sup> ذلك العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي، تلتزم بمقتضاه الهيئة المعنية بالضمان بتعويضه عن الأضرار التي يمكن أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري،

<sup>1</sup> - يعتبر عقد الضمان الدولي عقداً رضائياً من عقود المعاوضة، ملزم للجانبين، احتمالي تعويضي وزمني ومن عقود الإذعان المبنية على حسن النية.

بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم.

فالضمان عملية فنية تزاولها هيئات منظمة تتولى إثرها تجميع أكبر قدر ممكن من المخاطر المتشابهة في إطار عقد قانوني، يمنح للمؤمن له ضماناً من حيث تحمل المخاطر وتغطية الأضرار عن طريق دفع مبلغ التأمين لذا يَكيفه البعض بالتأمين التعويضي باعتبار التعويض هو أثره الرئيسي، حيث تأخذ الهيئة المؤمنة الضامنة على عاتقها مهمة تجميع المخاطر وإجراء المقاصة بينها وبين الدولة التي تباشر بالإجراء الذي سبب الخطر وفقاً لقوانين الإحصاء. وعليه فعقد الضمان هو الأساس القانوني للعلاقة الثلاثية التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان التي تتكفل بمهمة تعويضه عند تحقق الضرر من جهة أولى، وبين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له عند تحملها مسؤوليتها عن الإجراءات التي تباشرها مشروعة كانت أو غير مشروعة، ما دام سببت بها ضرراً<sup>(1)</sup> ومذكورة ضمن قائمة المخاطر المغطاة من طرف الهيئة في عقد الضمان من جهة ثانية. وعلاقة أخرى تنشأ بين هيئة الضمان والدولة المضيفة

---

١ - اتفقت كل النظم التي تبنت عقد الضمان لحماية الاستثمار على ضمانات التأمين ضد المخاطر غير التجارية أو السياسية، أما المخاطر التجارية فضمانها يتوقف على طبيعة الهيئة التي تبرم مع المستثمر العقد ومدى تخصصها في ذلك.

استنادًا إلى نظرية الرجوع والحلول كآلية قانونية مبررة للتواجد الثلاثي في العلاقة العقدية من جهة<sup>(1)</sup> ثالثة.

### ثانيًا - الهيئات المتخصصة في تغطية الاستثمارات الأجنبية في الجزائر

لم تقم الدولة الجزائرية بإنشاء هيئة وطنية<sup>(2)</sup> لضمان وتأمين الاستثمارات الجزائرية في الخارج ضد المخاطر غير التجارية المختلفة المحتملة على إقليم الدولة المضيفة، إلا أنها ونظرًا للضرورة الملحة للتنويع في أساليب حماية الاستثمارات الأجنبية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، ارتأت في سبيل الاستفادة من نظم الضمان الدولية لتمكين أكبر قدر من المستثمرين الأجانب في إطار عقود الضمان المبرمة مع الهيئات المتخصصة في ذلك من الحصول على الضمانات المالية، كتغطية للمخاطر غير التجارية المحتملة على إقليمها بالانضمام إلى مجموعة من الهيئات المتخصصة في الضمان والائتمان لإنشاء برنامجًا وطنيًا كاملاً للضمان تحت إدارة هذه الهيئات.

---

<sup>1</sup> - أشخاص التأمين هم المؤمن والمؤمن له والمستفيد وعناصره هي الخطر والقسط ومبلغ التأمين.

<sup>2</sup> - علمًا أن هيئات الضمان الوطنية تتكفل بحماية وضمان الاستثمارات الوطنية الموجودة في الخارج، فالجزائر لم تهتم بالمشاريع الاستثمارية الجزائرية الموجودة في الخارج، على خلاف اهتمامها بالمشاريع الأجنبية الموجودة في الجزائر لما لهذه الأخيرة من فوائد وعوائد لصالح التنمية الوطنية.

## 1 - المؤسسة العربية لضمان الاستثمار CIAGI:

نشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سنة 1971 بموجب اتفاقية دولية دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 أفريل 1974<sup>(1)</sup>، وهي هيئة مستقلة إداريًا وماليًا وذات شخصية معنوية للقانون الدولي، تتمتع بكافة الحقوق والصلاحيات اللازمة لممارسة اختصاصاتها على إقليم كل دولة عضوة، أخذت الكويت مقرًا لها ابتداءً من جانفي 1975.

وهي المؤسسة الوحيدة من نوعها في العالم العربي، بل وأول نموذج عملي لهيئات الضمان الدولي في العالم المعاصر. هدفها الوحيد هو التأمين على الاستثمار العربي ضد المخاطر غير التجارية.

## 2 - الوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات آخر المنظمات الدولية المتخصصة في الضمان نشأة، متخصصة في مجال ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية أو غير التجارية على ضوء تجربة المؤسسة العربية، لكن في حيز أوسع بحيث تحاول عولمة نظام الضمان، نشأت بموجب اتفاقية سيول الدولية بتاريخ 11 أكتوبر 1985<sup>(2)</sup> بتبني من البنك الدولي للإنشاء والتعمير. دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 12 أفريل 1988 مقرها بواشنطن وهي

---

<sup>1</sup> - انضمت الجزائر إلى المؤسسة بموجب الأمر رقم 72-16 مؤرخ في 07/06/1972، ج.ر. عدد 53، لسنة 1972.

<sup>2</sup> - GIGLIONE Renaud, "Commentaire de la convention de Séoul du 11 Octobre 1985 Portant création de l'agence Multilatérale de garantie des investissements" 1997 in :

[www.MIGA.org](http://www.MIGA.org). Ou <http://www.izf.net>

هيئة دولية مستقلة عن الدول الأعضاء، تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345<sup>(1)</sup>، من بين أهدافها تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية لأغراض إنتاجية تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير وشركة التمويل الدولية ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى، وتغطية هذه الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية فقط.

### 3 - المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادات SIGICE

نشأت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادات وفقاً للاتفاقية المؤرخة في 19 فيفري 1995<sup>(2)</sup>، بناءً على قرار مجلس محافظي البنك الإسلامي للتنمية رقم 05-412 المؤرخ في 19 فيفري 1992 خلال دورته (16) السادسة عشر المنعقدة بطرابلس<sup>(3)</sup>، وهي مؤسسة دولية فرعية للبنك الإسلامي للتنمية مقرها بمدينة جدة بالمملكة العربية السعودية، تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة والاستقلالية الإدارية والمالية. من أهدافها توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء وتأمينها وإعادة تأمينها من المخاطر غير التجارية مع ائتمان الصادات من السلع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية. وهي تضمن خلافاً للهيئات السابقة حيزاً

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر. عدد 66، لسنة 1995.

<sup>2</sup> - انظر موقع المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادات: <http://www.iciec.org>

<sup>3</sup> - صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أبريل 1996، ج.ر. عدد 26، لسنة 1996.



واسعاً من الحماية يشمل التغطية ضدّ كلّ أنواع المخاطر التجارية منها وغير التجارية.

### الفرع الثاني: الالتزامات التي تفرضها عملية الضمان

تفرض عملية الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي مجموعة من الالتزامات في مواجهة أطرافها الثلاثة، بعضها ذات طابع تعاقدى والأخرى اتفاقي، حيث تلتزم هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي بمجموعة من الالتزامات في حدود ما تمّ الاتفاق عليه في عقد الضمان بصفة تبادلية<sup>(1)</sup>، باعتباره عقد ذو قوة ملزمة بالنسبة لأطرافه، والالتزامات أخرى تقع على عاتق الدولة المضيفة باعتبارها الطرف المسبب في الضرر أو الخطر المضمون من جهة، والطرف الملتزم بدفع التعويض للمستثمر الأجنبي من جهة ثانية، بعضها في مواجهة المستثمر الأجنبي وذلك على أساس عقد الاستثمار، والأخرى في مواجهة هيئة الضمان على أساس اتفاق يبرم بينهما. بحيث يلتزم المستثمر الأجنبي في إطارها من جهته بتنفيذ مضمون العقد والتقيّد بشروط استحقاق التعويض، وتلتزم الدولة المضيفة في المقابل بتحمل تبعه الإجراءات التي تتخذها إذا سبّبت نتائج مضرّة بالمستثمر المضمون، وذلك تجاه الهيئة الضامنة التي تحل محلها

<sup>1</sup> - عندما تبرم هيئة الضمان مع المستثمر الأجنبي عقد الضمان، تتفق معه على التزامات وواجبات كلّ منهما ليلتزم بها طيلة مدّة سريان العقد، ويقول السنهوري في هذا الصدد ما يلي: « إذا نشأ عقد الضمان صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ووجب على المستثمر المضمون والمؤسسة تنفيذ ما التزم به ».

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المجلد 1، 1952، ص 540.

في تعويض المستثمر الأجنبي بعد موافقتها على مبدأ الحلول في قبول الرجوع ودفع مستحقات الهيئة الضامنة عند الطلب.

### أولاً - التزامات المستثمر الأجنبي:

يلتزم المستثمر الأجنبي بعد إبرامه لعقد ضمان المخاطر غير التجارية التي يتوقع التعرض لها على إقليم الدولة المضيفة بمجموعة من الالتزامات تحت طائلة احتمال عدم حصوله على التعويض في حالة إغفال تنفيذ إحدى التزاماته. حيث أنّ هيئة الضمان لا تتكفل بصفة تلقائية ومباشرة بالآثار المالية بمجرد إبرام العقد، بل بعد استيفاء المستثمر الأجنبي لالتزاماته كشروط هامة لاستحقاق مبلغ التعويض، ومن بين هذه الالتزامات:

- 1 - التزام المستثمر بتقديم تقرير دقيق ببياناته.
- 2 - الالتزام ببذل الجهود لتفادي حدوث الخطر.
- 3 - الالتزام بأداء أقساط الضمان.
- 4 - الالتزام بالتنازل عن حقوقه لهيئة الضمان.

### ثانياً - التزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

تلتزم هيئات الضمان بتعويض المستثمر الأجنبي المضمون إذا ما توافرت فيه كل الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض، عند تحقق أحد المخاطر المغطاة بموجب عقد الضمان لتستنفذ واجباتها تجاه المستثمر وتنقضي العلاقة

بينهما باستلام المستثمر التعويض المستحق له<sup>(1)</sup>. فالثابت أن العلاقة التي تربط هيئة الضمان بالمستثمر تنقضي بالتعويض، لتبدأ العلاقة التي تربطها بالدولة المضيفة له، والتي تلتزم بدورها عند انعقاد عقد الضمان بما يلي:

- 1 - قبول حلول هيئة الضمان محلها في تعويض المستثمر الأجنبي.
- 2 - التزامها بالرجوع عليها في ما له من حقوق وما عليه من التزامات.
- 3 - الالتزام بدفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان.

### ثالثاً - التزامات هيئة الضمان:

بعد أن تتفق كل الأطراف التي تتدخل في عملية الضمان على قبول الالتزام باحترام حقوقها وواجباتها التي يفرضها الضمان، وقبل أن تقوم هيئة الضمان بإبرام عقد الضمان مع المستثمر الأجنبي<sup>(2)</sup>، تلتزم بدورها بمجموعة من الالتزامات التي تحددها عادة الاتفاقية المنشئة لها، والتي تساعد بصفة مباشرة في تكوين العقد، وتشمل هذه الالتزامات ما يلي:

---

<sup>1</sup> - تنص القواعد المنظمة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه إذا لم تدفع المؤسسة التعويض في مدة أقصاها 30 يوماً من تاريخ إتمام الحوالات لإنهاء علاقتها بالمستثمر نشأت في حقها التزامات بدفع فوائد تأخيرية.

<sup>2</sup> - يتم إبرام عقد الضمان بناءً على طلب المستثمر الأجنبي، يتضمن البيانات التالية:

- جنسية المستثمر.

- طبيعته القانونية شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

- نوع الاستثمار وقيمه أو قيمة رأس المال.

- الدولة المضيفة للاستثمار.

- اسم وعنوان المشروع المستفيد من الضمان في الدولة المضيفة.

- 1 - الالتزام بتقييم المشروع والتأكد من مدى صلاحيته للضمان.
- 2 - الالتزام بتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار.
- 3 - الالتزام بتحديد نطاق الضمان.
- 4 - الالتزام بتعويض المستثمر الأجنبي.

### خاتمة:

من خلال ما سبق، المشرع الجزائري كرّس نظاماً قانونياً حمائياً تحفيزياً شاملاً للاستثمارات الأجنبية، بحيث قدّم كلّ الضمانات القانونية التي يطلبها المستثمر الأجنبي وبالأخصّ في المجال المتعلّق بالملكية العقارية باعتبارها كيان الاستثمار، وذلك رغبة منه في استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتدفق رؤوس الأموال بالشكل الفعلي الذي يحرك عجلة التنمية الاقتصادية.