جـــامـــــعة عبد الرحمن ميرة - بجـــــــــاية -

كليـــــة الحقوق و العلوم السياسية

قســـم قانون الأعمال

مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون العام الإقتصادي

تخصص: القانـــون العـــام للأعمـــال

من إعداد الطالبتين :

- رمداني سيلية
- معافة دانية

الأستاذ المشرف:

د. معيفي لعزيز

لجنـــــــة المناقشـــــــــــة

- الأستاذ : بقة حسان ..... رئيسا.
- الأستاذ : معيفي لعزيز ..... مشرفا.
- الأستاذ: بركان عبد الغاني ..... ممتحنا.

السنة الجامعية

2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

"اقرأ باسم ربّك الذي خلق (1) خلق الإنسان من علق (2)

اقرأ و ربّك الأكرم (3) الذي علّم بالقلم (4) علّم الإنسان ما لم

يعلم (5) ..."

سورة العلق

صدق الله العظيم

شكـــــــــــر و تقديـــــــــــــر

الحمد لله الذي هدانا على نور العلم و ميزنا بالعقل الذي يسيّره الحمد لله الذي أعطانا من موجبات رحمته الإرادة و العزيمة على إتمام هذا العمل ، الحمد لله كثيرا.

نتقدم بالشكر الخالص:

إلى الذي لم يبخل علينا بنصائحه القيمة و إرشاداته الوجيهة الأستاذ الفاضل "الدكتور معيفي لعزيز" إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد إلى كل أستاذ الحقوق.

شكـــــــــرا لـــــــــــكم

سيلية و دانية

إهـــــــــــــــــــــــــــــداء

أهدي ثمرة جهدي و عملي الى من قال فيه الله عزّ و جلّ" و قضى ربّك ألاّ تعبدوا إلاّ إيّاه و بالوالدين إحسانا". سورة الإسراء – الآية 23.

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما .

إلى إخوتي نسيمة، نسيم، دليلة، ليندة، يوبا.

إلى أبناء أخواتي لينة،ياسمين،عبد الرحمان، عبد الرؤوف، ديليا، نديج.

إلى جدي أطال الله في عمره.

إلى أعمامي المانع،صيفاكس، سيلية.

إلى براعم العائلة لويزة و كوسيلة.

إلى كل صديقاتي.

إلى كل الذين وسعتهم ذاكرتي و لم أكتبهم في مذكرتي...

أهدي لهم ثمرة جهدي.

دانية

إهـــــــــــــــــــــــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

- إلى ذكرى جدي رحمه الله.
- إلى منبع الأمل الصافي الحنون ... و الأمل المشرق الذي لا يغيب ضوءه كالشمس و القمر ، إليك أهدي عباراتي و أزكى تمنياتي ..... أمي أطال الله في عمرها التي تشجعني دوما لإنجاز هذا البحث.
- إلى أعظم رجل في الوجود ..... *أبي الغالي الذي شجّعني في دربي ورفع بطموحي إلى العلا.*
- إلى توأم روحي و بستان حبّي و سندي الوحيد..... زوجي أطال الله في مشوارانا و إلى كل عائلته الكريمة.
- إلى أختي العزيزة ليدية و أخي المحبوب بلال و إلى أعز و أغلى ما في قلبي ... خالتي ديدا و نعيمة.
- إلى كل أصدقائي و زملائي ... نسيمة، سلوى، فاروق، أمال ... و إلى كل الكتاكيت الذين أدرسهم رؤوف، لينا، ميليسا ، إيمان، إليسا ، رانية ، تنهينان، يانيس ، صارة ، ياني، ...
- إلى كل من ذكرهم قلبي و نساهم قلمي ...

سـيـلـــــــة

قائمة المختصرات

Liste des abréviations

أولا : باللغة العربية

ج ر ج ج : جريدة رسمية جمهورية جزائرية.

ص: صفحة.

ص ص : من صفحة إلى صفحة.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ط: الطبعة.

ثانيا : باللغة الفرنسية.

C.I.J : Cour International de Justice.

C.I.R.D.I : Centre International pour le Règlement des différents relatifs aux Investissements.

O.T.A : Orascom Télécom Algérie.

O.P.U : Office des Publications Universitaire.

P : Page.

مقدمة

شهدت الجزائر وضعية اقتصادية جدّ صعبة خاصة بعد الأزمة الإقتصادية التي عرفتها مع نهاية الثمانيينات نتيجة انهيار أسعار البترول، الأمر الذي أدّى إلى هشاشة نظامها الإقتصادي وارتفاع ديونها، نتيجة وجود عجز في ميزان مدفوعاتها، على أساس أنها تعتمد على صادرات المحروقات التي تعدّ المصدر الوحيد لتمويل مختلف المشاريع، ممّا جعلها رهينة التقلبات التي تخضع لها الأسواق العالمية، هذا ما أدى بها إلى التفكير في إيجاد طرق جديدة لتسيير اقتصادها و استعادة توازنها الكلي، الذي لا يتم إلاّ عن طريق تبنّي سياسة التوجه نحو اقتصاد السوق الذي يرتكز على تحرير التجارة الخارجية و تشجيع الإستثمار الأجنبي[1].

ويعرف الإستثمار الأجنبي على أنه " انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الإستغلال الإقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز"[2]، ومنه يعتبر وسيلة تمويلية في غاية الأهمية خاصة بالنسبة للدول المتقدمة والنامية وهذا راجع للمزايا والآثار التي يتركها على المستوى الإجتماعي والإقتصادي كرفع معدّلات النمو، استغلال الطاقات الإقتصادية الكامنة وامتصاص اليد العاملة العاطلة، ونقل التكنولوجيا للدول النامية من أجل الوصول إلى صفّ الدول المتقدمة[3].

[1] - صبيات كريمة،المعاملة القانونية للإستثمار الأجنبي في ظل الأمر 06- 08، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء،2006،ص01.

[2]- محمد غانم، الإستثمار في الإقتصاد السياسي و الإسلامي و التشريعات و اتفاقيات الإستثمار، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2001، ص41.

[3]- شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،فرع القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008، ص 01.

كما أنّه يسعى إلى تحقيق التنمية الإقتصادية والنهوض بالسوق المالية على وجه الخصوص والإقتصاد الوطني عموما[4] .

ولتفعيل عملية الإستثمار وجب على كلّ الدول القيام بتهيئة المناخ الملائم لاستقطاب أكبر قدر ممكن من الإستثمارات الأجنبية، من خلال وضعها لمختلف التشريعات التي تضمن ذلك[5] بالإضافة إلى إبرام اتفاقيات دولية متضمنة لبنود مفادها تجسيد المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب مع منح مجموعة من الضمانات المحفّزة لهم كالإقرار بمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي له دور كبير في تكثيف العلاقات الإقتصادية، وتجسيد المساواة الفعالة فيما بين المتعاملين عن طريق تمديده للنظام القانوني القائم بين الدولة المانحة للشرط ودولة الغير الأكثر رعاية الذي يسري في الأخير على جميع الدول المستفيدة منه[6].

لابد على الدول القيام بتكريس هذا الشرط باعتباره يسعى إلى تمكين مستثمري الدول المختلفة من الحصول على نفس المعاملة التي يحضى بها أيّ مستثمر أجنبي آخر، مما يؤدي بالنتيجة إلى تدفق الإستثمارات على مستوى أقاليم هذه الدول [7].

وسعت الجزائر في مجال قواعد معاملة الإستثمارات الأجنبية إلى تبني سياسية اقتصادية استثمارية تشجيعية تعمل على استقطاب الإستثمارات الأجنبية من خلال إبرامها للعديد من الإتفاقيات الدولية التي ترتبط فعاليتها بمجموعة من المبادئ والقواعد المعترف بها في القانون

---

[4]- بن أوديع نعيمة ، النظام القانوني لحركة رؤوس الأموال من و إلى الجزائر في مجال الإستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو ،2010،ص01.

[5]- معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات الأجنبية في الجزائر،أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة تيزي وزو، 2015 ، ص 01.

[6] - براهيمي جمال ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات التجارية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2001، ص ص 1 و 2.

[7] - قبايلي طيّب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الإخرى على ضوء اتفاقية واشنطن ، رسالة لنيل درجة دكتوراه ، ص 183.

الدولي[8] ، ألا وهو مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، مبدأ المعاملة الوطنية، بالإضافة إلى مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي هو موضوع بحثنا.

تكمن أهمية هذا الموضوع في البحث عن الدور الذي يلعبه مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في مجال تشجيع الإستثمارات الأجنبية و مدى مساهمته في تحقيق العدالة و المساواة الكافية فيما بين المستثمرين الأجانب، لكن نلاحظ أنّ هذه الغاية لن تتحقق إلّا بتكريس هذا المبدأ مع تضمينه لضمانات مختلفة تصون كافة حقوق المستثمرين الأجانب مقابل تدفق رؤوس الأموال الأجنبية و الدفع بعجلة التنمية الإقتصادية.

هذا ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع من أجل إبراز أهمية هذا المبدأ في جذب المستثمرين الأجانب على مستوى الأقاليم الجزائرية بتسليط الضوء على تكريس هذا المبدأ والضمانات الناتجة عنه، محاولين في ذلك الإجابة عن الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في تحقيق المساواة بين مستثمري الدول الأجنبية ؟

لهذا اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي الذي أبرزنا من خلاله الإطار المفاهيمي لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية (الفصل الأول) مع الإشارة إلى تكريس مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية و الضمانات الناتجة عنه (الفصل الثاني) لننهي بحثنا إلى خاتمة والتي نعتبرها كتقييم وحوصلة لمختلف النتائج المتوصّل إليها.

---

[8]- طيوان سفيان وعرفي نصيرة، مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة للاستثمارات الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماستر،فرع قانون الأعمال ، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية، 2012 ، ص01.

الفصـــــــل الأول

الإطار المفاهيمي لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

نشأ مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في فترة القرون الوسطى، حيث أدرج هذا الشرط في الإتفاقيات التجارية التي كانت تبرم بين المدن الإيطالية، كما عمل به أمراء العرب في شمال إفريقيا في إطار العقود التي سيبرمونها مع الأوروبيين بغرض منح الموانئ الفرنسية المزايا التجارية ذاتها المعطاة للمدن الإيطالية،[9] ثم أخذ ينتشر في المعاهدات الثنائية سواء تلك المتعلقة بالتجارة أو بالملاحة أو بالمسائل الأخرى، خاصة تلك التي عقدتها الدول الأوروبية منذ القرن السابع عشر، ليصبح فيما بعد بمنزلة قاعدة ارتكاز في المعاهدات التجارية على وجه الخصوص.

لهذا يمكن القول أنّ هذا الشرط سابق على القانون الدولي باعتباره ناتج من العلاقات الدولية وهي أقدم من ولادة القانون الدولي.[10]

كما أنّ الترسيخ الحقيقي لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية و تعميمه على العلاقات الدولية الإقتصادية كان من خلال اتفاقية الجات (GATT) لسنة 1949، إذ أصبح هذا المبدأ بموجب الإتفاقية المذكورة آنفا يُطبّق تلقائيا تُجاه أيّ طرف في الإتفاقية، إذا ما قدم أيّ طرف في الإتفاقية أيّ ميزة أو تفضيل أو امتياز أو إعفاء لأيّ طرف ثالث سواء كان طرفا متعاقدا في الجات أم لا.

زيادة على هذا، فقد نصّت على هذا المبدأ الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول الأخرى في مجال حماية و ترقية الإستثمارات سواء كانت مع الدول العربية أو الأوروبية أو الإفريقية[11].

9- كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للإستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 197.

10- كعباش عبد الله،مرجع نفسه، ص 198.

11- أوديع نادية، حماية الإستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2004 ، ص ص 23 و 24.

وهذا ما دفعنا إلى البحث عن ماهية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية (المبحث الأول)، ومن ثم نتطرق إلى دراسة أهمية وأبعاد المبدأ (المبحث الثاني) مع الإشارة في الأخير إلى علاقة هذا المبدأ بالمبادئ الأخرى التي لها صلة بالإستثمار (المبحث الثالث).

المبحث الأول

ماهية مبدأ شرط الدولة الأولي بالرعاية

يعدّ مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الأساسية التي تنظم العلاقات والمبادلات الإقتصادية الدولية، إضافة إلى هذا يعتبر ركنا أساسيا من أركان النظام التجاري متعدد الأطراف، وتكريسه كذلك في الإتفاقيات بموجبه تتعهد الأطراف المتعاقدة بعدم اللجوء إلى ممارسات تمييزية فيما بينها وهي بدورها ملزمة بمنح بعضها البعض امتيازات لا تقل عن تلك التي تكون قد منحتها أو يمكن أن تمنحها لدولة الغير.[12]

مؤدّى هذا المبدأ عموما أن تتعهّد الدولة الطرف في المعاهدة والملتزمة بأداء الشرط بمعاملة الإستثمارات التابعة لدولة الطرف الثاني في المعاهدة أفضل معاملة لا تقل رعاية في تلك التي تتلقاها استثمارات أجنبية أخرى في نفس الظروف.[13]

ولتبيان الإطار المفاهيمي لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية تمّ التطرق إلى مفهوم هذا المبدأ (المطلب الأول) بالإضافة إلى ذكر صوره (المطلب الثاني).

[12]- FREDIRIC Jappont; "La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation", Revue Internationale de Droit Economique, N 02, 2006, p 152.

[13]- قصوري رفيقة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 129.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من بين المبادئ الأساسية في مجال تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية من جهة، ومن بين الإمتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب من جهة أخرى.[14]

إذا قمنا بتفحّص الألفاظ المكونة لمصطلح مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية يتبين لنا أنّ لفظ "شرط" هو شرط تعاقدي يكون الإحتجاج به من الناحية القانونية ، أما لفظ " دولة" فهو عبارة عن علاقة تربط بين الدول و فقط باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام ، أما لفظ "أولى بالرعاية" معناه منح الأطراف بعضهم البعض أفضلية في المعاملات مقارنة بالشخص الآخر.[15]

لكن يلاحظ أن المستثمر الأجنبي ليس له أيّة ثقة في التشريعات الداخلية للدول نظرا لإمكانية تعديلها في أيّ وقت، وهذا ما استدعى إلى إدراج هذا المبدأ في اتفاقيات ثنائية باعتبارها تقوم على أساس بعض المبادئ المعترف بها في القانون الدولي من بينها مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي نصت عليه معظم الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار.[16]

[14]- زياني مريم، زياني كريمة، الحماية المقررة للإستثمارات الأجنبية في ظل الإتفاقيات الثنائية، الجزائر نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 48.

[15]- براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 09.

[16]- عيبوط محند وعلي، " شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للإستثمارات" ، المجلة النقدية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 04، 2012، ص85.

الفرع الأول

تعريف مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

مقتضى هذا المبدأ هو أن تتعهد الدولة المستقطبة للإستثمار بموجب اتفاقية دولية تبرم بينها وبين دولة مصدّرة للإستثمار بمنح معاملة أفضل للإستثمار التابع لهذه الدولة،[17] معناه أن تتعهد الدولة الملتزمة بهذا المبدأ (Etat concédant) بموجب اتفاقية دولية لتمكين رعايا الدولة المستفيدة (Etat bénéficiaire) من الحصول على كافة المزايا والحقوق التي منحتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى هي الدولة الأولى بالرعاية (Etat favorisé)[18] .

ويتطلب هذا المبدأ توفر ثلاثة أطراف رئيسية تتمثل في : الدولة المانحة و التي تعتبر الطرف الذي يتعهد بمنح معاملة الدولة الأكثر رعاية طبقا للشرط الإتفاقي ، والدولة المستفيدة تتمثل في الطرف الذي يتلقى هذه المعاملة، وأخيرا نجد الغير المفضل الذي يتمثل في الدولة الأخرى غير الدولة المانحة أو الدولة المستفيدة، بالتالي فبموجب هذا الشرط نجد الدولة المضيفة ملزمة بمنح رعايا الدولة المتعاقدة معها كل المزايا والحقوق التي قد منحتها أو التي ستمنحها مستقبلا لرعايا دولة أخرى بموجب اتفاقية ثنائية.[19]

[17]- دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي:المعوقات والضمانات القانونية، بيروت،2006، ص 213.
[18]- كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص ص 197 و 198.
[19]- أوديع نادية، مرجع سابق، ص ص 198 و199 .

الفرع الثاني

الأساس القانوني لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

اختلف فقهاء القانون التجاري الدولي في مسألة تحديد الأساس القانوني لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، إذ حاول أنصار المذهب الطبيعي تأسيس هذا الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية استنادا إلى مبدأ حرية التجارة، لكون التجارة أصلا تعتمد على الحرية في المعاملات التجارية، ممّا يفرض على الدول معاملة بعضها البعض بالمساواة وعدم التمييز أو تفضيل إحداها على الأخرى.

لكن هذا الإتجاه لقي عدّة انتقادات على أساس أنّ مبدأ حرية التجارة هو مبدأ اختياري بذاته، بالتالي فالإختيارية تجعل الأساس المأخوذ به في هذه الحالة غير صحيح لأنّه قائم على تعريف خاطئ لمبدأ حرية التجارة.

بمقابل هذا الاتجاه نجد اتجاه آخر يُقرّ بأنّ وجود مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية مستمدّ من مبدأ الرضائية،[20] الذي يقصد به أن يُمنح هذا الشرط بالإرادة المنفردة الصحيحة للدّول وفق القانون الدّولي.

لكن في حقيقة الأمر أساس هذا المبدأ مرتبط أساسا بنوعه وبطبيعة العلاقات التي تربط الدولة المانحة للشرط والدّولة المستفيدة منه.

[20]- براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 11.

من جهة أخرى يمكن أن ينطوي هذا المبدأ أحيانا على مطالب سياسية، إذ يتبيّن وكأنه قائم على المساواة، لكن في حقيقة الأمر فهو يمس بالسياسة الداخلية لأحد الأطراف وكأنه تدخل في الشؤون الداخلية، بالتالي في هذه الحالة يصعب الحديث عن أساس قانوني مجرّد لهذا الشرط دون ربطه بأساس سياسي.[21]

المطلب الثاني

صور مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

ينقسم مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى ثلاث صور و التي تتمثل في الشرط المشروط الذي ظهر مع استقلال أمريكا ويعد الأكثر استعمالا في المبادلات التجارية إذ يستعمل لحماية الإقتصاد الحديث من المنافسة الخارجية(فرع أول)، أما الصورة الثانية للمبدأ تتمثل في الشرط غير المشروط الذي يسود مجمل الإتفاقيات الدولية الحديثة في شتى المجالات(فرع ثاني)، والصورة الثالثة والأخيرة تتمثل في شرط الدولة الأولى بالرعاية المتعدد الأطراف الذي يرجع بروزه إلى الإتفاقيات الدولية التي تبرم بين أكثر من دولتين(فرع ثالث).

[21]- براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 12.

الفرع الأول

شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط

يقوم مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط على تكريس المعاملة بالمثل بين أطرافه الذي يظهر من خلال منح الدولة المستفيدة حق التمتع بكافة المزايا والحقوق التي تحررها الدولة المانحة للدولة الغير مجانا، أما إذا قدمت الدولة المانحة لإحدى الدول الغير مزايا وحقوق نظير مقابل معين، لابد على الدولة المستفيدة تقديم نفس المقابل الذي قدمته دولة الغير،[22] بالتالي في هذه الحالة إذا ما قدمت الدولة المانحة للشرط نفس المزايا والحقوق للدولة المستفيدة دون أن تقدم نفس المقابل، حينها ستجد الدولة المستفيدة نفسها في وضع أفضل بكثير من الدولة الغير(المفضلة)، وهذا يضر بمبدأ المساواة فيما بينهما.

وعلى هذا الأساس يعتبر الشرط المشروط الوسيلة المجسدة للمساواة الفعالة في المعاملة بين أطراف الاتفاقية.[23]

الفرع الثاني

شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط

بمقتضى شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط تكون الدولة المانحة ملزمة بتقديم للدولة المستفيدة كافة المزايا والإعفاءات التي تقدمها للدولة الثالثة، إضافة إلى هذا الدولة المستفيدة

[22] -SAUVIGNON Edouard,"La clause de la nation la plus favorisée", presse universitaire Grenoble,1972, p 24.

[23] عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 91.

من الشرط غير ملزمة بتقديم أيّ مقابل معين أو تعويض من أجل الإستفادة من المزايا التي تقررها الدولة الملتزمة بالشرط للدولة الثالثة،[24] وعلى هذا الأساس فالدولة المستفيدة من هذا الشرط تتمتع بهذه الإمتيازات والمزايا بمجرد إبرام الدولة المانحة اتفاقية تقرر من خلالها مزايا وحقوق إضافية للدولة الثالثة، بغض النظر فيما إذا كانت هذه المزايا والحقوق قد منحت بالمجان أم بمقابل.[25]

مؤدى هذا الوضع غير المشروط هو امتداد المزايا المتبادلة التي تتضمنها المعاهدات الحديثة التي أبرمت في إطار التعاون الإقتصادي والإجتماعي بين الدول المتجاورة أو التي تربطها روابط اقتصادية وثيقة إلى كافة الدول الأجنبية المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية المدرج في هذه المعاهدة.[26]

الفرع الثالث

شرط الدولة الأولى بالرعاية المتعدد الأطراف

يقصد بشرط الدولة الأولى بالرعاية المتعدد الأطراف وجود اتفاقية دولية متعددة الأطراف التي تتضمن لهذا الشرط الذي يستفيد من خلاله جميع أطراف الإتفاقية أين يكون في هذه الحالة مانحا للشرط ومستفيدا في نفس الوقت.

[24]- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سايق، ص 91.
[25]- عبيد محمد محمود محمد، منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية اقتصاديات الدول النامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 55.
[26]- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 91.

وقد ظهر شكل المتعدد الأطراف بالنسبة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية لأول مرة مع إبرام اتفاقية الجات سنة 30 أكتوبر 1947، بعدها تمّ تطبيقه على معظم المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف بالإعتماد على طريقتين هما :

الطريقة الأولى تتمثل في تطبيقه على المفاوضات السارية على المنهج الثنائي و الذي يتم من خلاله التفاوض أولا على التخفيضات أو التنازلات الجمركية بصورة ثنائية ثمّ اللجوء إلى تدوينها في قوائم التنازلات الجمركية، أمّا الطريقة الثانية فتتمثل في تطبيقه على المفاوضات المؤسسة على المنهج الخطّي والذي يقصد به تطبيق نسبة مئوية موحدة بين التخفيضات على الرسوم الجمركية لجميع الدول المشاركة في المفاوضات،والهدف من هذا المنهج هو نقل المفاوضات المباشرة من الإطار الثنائي إلى الإطار المتعدد الأطراف.

وهنا نخلص إلى القول أن تطبيق هذا الشرط على هذه المفاوضات يسعى إلى تعميم التنازلات الجمركية المتبادلة على جميع أطراف الجات بما فيهم الغير المشاركين.[27]

المبحث الثاني

أهمية و أبعاد مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

بالرغم من تكريس مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في مختلف الإتفاقيات الدولية سواء ثنائية أو متعددة الأطراف، إلا أن الأمر استدعى تكريسه في مختلف التشريعات الداخلية للدولة الذي يعتبر كضمانة هامة بالنسبة للمستثمرين الأجانب باعتباره يجسد المساواة والحماية والأفضلية بالنسبة لهم.

[27] براهيمي جمال، مرجع سابق، ص ص 20 و 21.

وهنا نلاحظ أن هذا المبدأ له أهمية خاصة في مجال الإستثمار يسعى إلى تحقيقها من أجل تدفق الاستثمارات الأجنبية، زيادة على هذا فهو يتضمن أبعاد في مختلف الجوانب.

و هذا ما جعلنا نتطرق إلى تبيان أهمية هذا المبدأ (المطلب الأول) مع إبراز أبعاده المختلفة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أهمية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم مقتضيات الإتفاقيات الدولية باعتبار أن الدول المكرسة له تسعى من خلاله إلى ضمان المعاملة غير التمييزية بين الأجانب من جهة وبين المواطنين و الأجانب من جهة أخرى و هذا ما سندرسه فيما يلي:

الفرع الأول

تحقيق الشرط لمبدأ المساواة في المعاملة

تتمثل أهمية هذا الشرط في سعيه لتحقيق المساواة فيما بين المستثمرين الأجانب والمواطنين من جهة وبين المستثمرين الأجانب من جهة أخرى[28] وذلك بالنظر إلى الحقوق

[28] -عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، 2005، ص 277.

الإلتزامات التي لها صلة بالإستثمار التي تعتبر كنتيجة حتمية بالنسبة للدولة الجزائرية نحو استقطاب الإستثمارات الأجنبية و تسهيله في مختلف القطاعات الإقتصادية عامة[29].

بالتالي يعتبر هذا الشرط الضامن الأساسي لزيادة تدفق الإستثمارات الأجنبية لكونه يسعى إلى تعميم كل الإمتيازات و الحقوق و الأفضليات الممنوحة لأحد أطرافه على باقي الأطراف الآخرين التي استفادت من هذا الشرط وهذا ما يجعل الدولة المستفيدة من هذا الشرط تطور مركزها القانوني تجاه الدولة المانحة لهذه المزايا[30].

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن مبدأ المساواة في المعاملة

من الآثار المترتبة عن مبدأ المساواة في المعاملة هو تساوي المستثمرين الأجانب فيما بينهم من جهة وفيما بين الأجانب والمواطنين من جهة أخرى في جميع حقوقهم و التزاماتهم، كما يساهم أيضا في منع التمييز فيما بين المستثمرين الأجانب سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ، باعتبار أنّ الدول المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية تسعى دائما إلى توفير ضمانات محفزة بالنسبة للمستثمرين الأجانب[31]، إضافة إلى هذا فهو يهتم كذلك هذا بتوفير الحد

[29] حنافي آسيا ، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الاجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 26.
[30] براهيمي جمال، مرجع سابق، ص 12.
[31] - حنافي آسيا، مرجع سابق، ص 27.

الأدنى الأكثر رعاية للتجارة الخارجية قصد تشجيع التحرير الواسع للمبادلات التجارية الإقتصادية الدولية[32].

إذن يعتبر مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الضامن الكافي والفعال،[33] لتوحيد الفضاءات الإستثمارية على المستوى الدولي، باعتباره الوسيلة الفعلية المجسدة لمبدأ عدم التمييز في العلاقات الدولية[34].

المطلب الثاني

أبعاد شرط الدولة الأولى بالرعاية

بالنظر إلى مختلف الأسباب المؤدية إلى تكريس مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في العديد من الإتفاقيات الدولية التي تعتبر كتنظيم قانوني يعمل على خلق إطار قانوني بالنسبة للإستثمارات الأجنبية والتي يصبغها الطابع الشرعي، إلا أنه بقي محل خلاف من حيث مجال تطبيقه، لكن مقابل ذلك قامت بعض هيئات التحكيم على توسيع مجالات تطبيقه ليشمل التحكيم الدولي كوسيلة بديلة لتسوية النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الدول و المستثمرين .

[32]- BENCHIKH Madjid, *Droit International de sous développement* : nouvel ordre de la dependance , O.P.U, Algérie, 1983, P 35.

[33] - حنافي آسيا، مرجع سابق، ص 28.

[34] - BENCHIKH Madjid, OP cit, P 35.

الفرع الاول

الخلافات المترتبة حول مجال تطبيق مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

يغطي مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في مجال الإستثمار كل ما له صلة بالمعاملات الخاصة للإستثمارات الأجنبية في الدول المستقطبة لها، إلا أنه استثناء في بعض الحالات نجده يتعلق بمجالات محددة مثل تحويل الفوائد وشروط التأمين أو نزع الملكية.

أما فيما يخص المرحلة التي يغطيها هذا الشرط فقد أكدت لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في تقريرها الصادر في 1978 أنّ شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل المرحلة قبل وبعد دخول الإتفاقية حيز التنفيذ، كما أضافت على أنه من حق الأطراف المتعاقدة في الإتفاق تطبيق هذه القاعدة في المرحلة بعد دخولها حيز التنفيذ وفقط.[35]

ولتكريس معاملة موضوعية للمستثمرين الأجانب، يجب ذكر محتوى وأبعاد هذا الشرط بصفة صريحة إذ يمكن أن يستفيد منها المستثمر دون أيّ شروط مسبقة في كل ما يتعلق بالإستثمار، وبمقابل ذلك نجد عادة الإتفاقيات الثنائية تضع قيودا فيما يتعلق تطبيق هذا الشرط.

لكن بالرغم من احتفاظ الدولة بالسلطة التقديرية في مجال تنظيم دخول الإستثمارات الأجنبية وفقا لمبادئ القانون الدولي العرفي وأحكام الإتفاقيات الثنائية والجهوية، إلا أن مجال تطبيق هذا الشرط من حيث الزمان بقي محل خلاف بين الدول، فنجد مثلا الدول الأوروبية تقوم

[35] - عيبوط محند وعلي، شرط الدولة الأولى بالرعاية، مرجع سابق، ص 89.

بتطبيق هذا الشرط في مرحلة بعد إنجاز الإستثمارات، أما الدول الأخرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية فهي تطبق هذا الشرط قبل وبعد إنجاز الإستثمار[36].

الفرع الثاني

محاولات توسيع مجال تطبيق مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

لقد اعتبرت بعض هيئات التحكيم الدولي شرط الدولة الأولى بالرعاية كوسيلة لإخطار المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية (CIRDI) ، بالرغم من عدم وجود اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ولقد اعتمدته الشركة الأجنبية (MAFFEZZENI) ضد اسبانيا، إذ قامت الشركة الأرجنتينية بإخطار مركز الدولي لتسوية المنازعات التي لها صلة بالإستثمارات و ذلك بتقرير مسؤوليتها نتيجة الأضرار اللاحقة بها جراء تصرفات شركة (SODIGA) [37]على أساس هذا الشرط وذلك اعتمادا على وجود اتفاقية أخرى قائمة بين إسبانيا و الشيلي التي تقر بعرض النزاع المتعلق بالإستثمارات على التحكيم الدولي.

إذ دعّمت الشركة الأرجنتينية رأيها بأسانيد قانونية وذلك من خلال إقرارها بأن نوايا واضعي هذا الشرط يتمثل في الاعتراف للمستثمر بكل الحقوق والمزايا بما فيها حق اللجوء إلى التحكيم الدولي.

[36] - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 89.
[37] - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 69.

وهذا ما يدل على أنّ نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية جاء واسعا وشاملا لكل الضمانات التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي تجاه الدولة المضيفة ، لكون التحكيم الدولي هو الضامن الوحيد للمستثمر الأجنبي تجاه السلطات التي تتمتع بها الدولة المستقطبة للإستثمار.

لكن كنتيجة يجب دائما مراعاة إرادة الأطراف في اختيارهم للوسيلة الأنسب لتسوية منازعاتهم لأن أساليب تسوية المنازعات هي من المسائل المتفق عليها من قبل أطراف اتفاقية الإستثمار[38].

المبحث الثالث

علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بالمبادئ التي لها صلة بالإستثمار

يعدّ مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الواردة في قواعد القانون الدولي الذي يسعى إلى تجسيد المساواة في المعاملة حماية بين الأجانب إلا أن هذه المساواة يصعب تحقيقها من خلال هذا المبدأ لوحده،لذا يجب اقترانه بالمبادئ الاخرى التي لها صلة بالإستثمار باعتبارها تمثل من بين الأسس الهامة والمكملة له التي أثارت عدة نقاشات متعلقة بمعاملة هذه الإستثمارات.

تتمحور أساسا هذه المبادئ في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (المطلب الأول) بالإضافة إلى مبدأ المعاملة الوطنية (المطلب الثاني)[39].

[34]-عيبوط محند وعلي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للإستثمارات، مرجع سابق ، ص ص 89 إلى 94.
[39] - أوديع نادية، مرجع سابق ، ص 18.

المطلب الأول

علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة

يعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من أهم المبادئ التي تسعى إلى حماية الإستثمارات الأجنبية لخلق جو مناسب للإستثمار، حيث أن هذا المبدأ عرف انتشارا واسعا على الصعيد الدولي، وذلك من خلال تكريسه وإقراره في العديد من الإتفاقيات الثنائية، بعدما كان منصوص عليه على المستوى الداخلي خاصة من خلال إقراره في مختلف القوانين الداخلية المتعلقة بالإستثمار،[40] مثل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار حيث ينص في المادة 14 : "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنيون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالإستثمار. ويعامل جميع الأشخاص الطبيعين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة مع مراعاة أحكام الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية".[41]

الفرع الأول

المقصود بمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة

يقصد بهذا المبدأ أن تتم معاملة الإستثمار الأجنبي في إطار العدل والمساواة من خلال نبذ كل أشكال التمييز وأنواعه، وبمقابل ذلك يفترض على الدولة القيام باحترام الإستثمار الأجنبي عبر

[40] - العايب عبد العزيز، النظام الإتفاقي في مجال الإستثمار، نموذج اتفاقية أوراسكوم تيليكوم الجزائر -OTA- ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة ، بجاية ، 2009، ص 12.

[41] - الأمر رقم 01- 03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 22 أوت2001، معدل و متمم بموجب الأمر 06 – 08 مؤرخ في 15 جويلية 2006،يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47 ، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006، معدل و متمم بموجب الامر 09 – 01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر عدد 44 ، الصادر في 26 جويلية 2009.

قوانينها الوطنية، ذلك عن طريق تجنب المساس بهذا الإستثمار، ففي حالة ما إذا تم الإخلال به فيجب إقرار تعويض فعال ومناسب يدفع مباشرة للمستثمر، كما تم كذلك النص على إجراءات التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات المترتبة عن ذلك [42].

وقد تمت الإشارة إلى هذا المبدأ في ميثاق هافانا المتعلق بالمنظمة الدولية للتجارة لعام 1948 في المادة 02/11 كالتالي :

« L'organisation……en faisant appel, s'il y a lieu la collaboration d'autres organisation inter gouvernementales …….à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise les compétences techniques, les capitaux ……. »[43] .

الفرع الثاني

تفسير مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة

رغم تكريس هذا المبدأ في العديد من الإتفاقيات المتعلقة بتشجيع و حماية الإستثمارات إلا أنه وردت بخصوصه تفسيرات مختلفة، حيث نجد الإتجاه الأول يقر بأن هذا المبدأ ما هو إلا تعبير عن المعيار التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى لمعاملة الإستثمارات الأجنبية.

[42] - العايب عبد العزيز، مرجع سابق، ص 12.

[43] - حسين نوارة، الأمن القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2003، ص 74.

أما الإتجاه الثاني فيعتبر هذا المبدأ بمثابة التزام ذو طابع اتفاقي الذي يفسر مضمونه على الأقل جزئيا بواسطة الإتفاق نفسه، بالتالي فإن محتوى هذا المبدأ يتغير حسب تأثير نوع المعاملة المختارة.

في حين نجد الإتجاه الآخر يرى أنّ هذا المبدأ له معنى ووظيفة مستقلة بالتالي ليس هنالك حاجة لتعيين ما ينص على اختيار المعاملة كونها لا تضيف أي شيء لهذا المبدأ، و هذا ما يدل على موضوعية هذا المبدأ .

لكن حتى هذا التفسير لم يسلم من الإنتقادات الموجهة إليه باعتبار أنه لا يمكن تقبل أن لهذا المبدأ معنى واحد ووظيفة مستقلة بالتالي لا يمكن تلقي تدابير أو حلول عملية من الدولة المضيفة للإستثمار من أجل تدابير وإجراءات يوميّة[44].

الفرع الثالث

أهداف مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة

يهدف مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة إلى حماية الإستثمار الأجنبي من بعض المخاطر خاصة تلك المتعلقة بنزع الملكية، المصادرة أو التأميم و غيرها، بالتالي فنجد هذه الإجراءات تتمحور حول الإستثمار الأجنبي دون سواه[45] .

ويعتبر هذا المبدأ المعيار الذي تستند إليه الدول المتقدمة من أجل دراسة و تقييم المناخ الملائم للإستثمار في الدول المستقطبة له [46].

[44] - زياني مريم وزياني كريمة، مرجع سابق، ص ص 45 و 46.
[45] - العايب عبد العزيز، مرجع سابق، ص 12.

إضافة إلى ذلك، فإن هذا المبدأ له وجهان إيجابيان، فالوجه الأول يتعلق بالمستثمر من خلال الحماية التي يوفرها هذا المبدأ لاستثماره في الدولة المضيفة، أما الوجه الثاني فهو متعلق بالدولة المستقطبة للإستثمارات الأجنبية إذ تعمل على جلب مختلف المستثمرين للإستثمار في أقاليمها من خلال منحها لضمانات مختلفة [47].

كما عملت الدول المصنعة بهذا المبدأ من أجل رفع مستوى الحماية و ربطها بالحد الأدنى المضمون في القانون العرفي و هذا ما يؤدي إلى توفير الشروط الملائمة للإستثمار[48].

وبالتالي يعتبر هذا المبدأ كآلية تساعد على تقييم القواعد الإتفاقية وتفسير الأحكام الواردة فيها في مجال معاملة الإستثمارات الأجنبية وهذا من شأنه ضمان أفضل وأحسن معاملة

المطلب الثاني

علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بمبدأ المعاملة الوطنية

لقد تمّ تكريس مبدأ المعاملة الوطنية في القوانين الداخلية للدولة بموجب الأمر رقم 01-03 وكذلك في الإتفاقيات الدولية كالإتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار، حيث تنص المادة 3 الفقرة 1 على أنه: " يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لإستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته أو لمواطني وشركات بلد ثالث"[49].

---

46 - عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الإدارة و الإستثمار، الدار الجامعية، الإسكندرية ، 1993، ص 177.
47 - العايب عبد العزيز، مرجع سابق، ص 13.
48 - عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 49.
49-- أوديع نادية، مرجع سابق ص 26.

الفرع الأول

المقصود بمبدأ المعاملة الوطنية

يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية في مجال الإستثمارات الأجنبية التساوي في الضمانات و الحقوق و المزايا التي يتمتع بها الإستثمار الوطني لدى الدول المضيفة للإستثمار[50].

كما يقصد به كذلك أن يحظى المستثمرين الأجانب بنفس المعاملة و الحماية المقررة للمواطنين، و هذا بغية تشجيع الأجانب على الإستثمار في الدولة المستقطبة لها.[51]

الفرع الثاني

أهمية مبدأ المعاملة الوطنية

تكمن أهمية هذا المبدأ من خلال سعيه إلى تحقيق المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين فيما يتعلق بإجراءات الإستثمار خاصة فيما يتعلق بالإعفاءات والإمتيازات والضمانات، كما يؤدي إلى نبذ كل أشكال السياسة التمييزية في العلاقات الدولية.[52]

وتظهر أهميته كذلك من خلال الإستجابة للأصول المثالية التي تنظم المجتمع الدولي التي مفادها المساواة وعدم التمييز في حقوق و التزامات المستثمرين سواء كانوا أجانب أو وطنيين. [53]

[50]- دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 212.
[51]- الإتفاق و البروتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع و الحماية المتبادلين للإستثمارات، المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية و جمهورية ألمانيا الإتحادية، الموقعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 1996، ج رج ج عدد 58 الصادرة في 8 أكتوبر 2000.
[52] - أزاد شكور صالح، قوانين تشجيع الإستثمار و تطبيقاتها في مجال الإستثمار السياحي، دار الكتب القانونية ، 2013، ص 56.
[53] - طيوان سفيان وعرفي نصيرة، مرجع سابق، ص 23.

الفصل الثاني

تكريس مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية و الضمانات الناتجة عنه

يعد مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الذي يسعى إلى تنظيم العلاقات والمبادلات التجارية الدولية على مستوى الإتفاقيات الدولية، باعتبار أنّ هذه الأخيرة تمثل الإطار الملائم لتهيئة المناخ المناسب للإتفاق حول قواعد قانونية دولية في مجال الإستثمار الدولي، كما أنها تمثل التقنية المناسبة للتوفيق بين مصالح الدول المصدرة لرأس المال والدول المضيفة له[54](مبحث أول).

زيادة على هذا، نلاحظ أن هذا المبدأ يسعى كذلك إلى توفير ضمانات مختلفة تتمثل أساسا في حق المستثمر الأجنبي بالحصول على التعويض الذي يعتبر كضمانة هامة لحماية رؤوس أمواله من المخاطر المختلفة التي يمكن أن يتعرض لها في الدولة المضيفة لاستثماره، بالإضافة إلى حقه في تحويل رؤوس أمواله التي تعتبر كحماية أساسية له[55](مبحث ثاني).

[54] - براهيمي جمال ، مرجع سابق، ص 6.
[55] - عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص ص 306 و 307.

المبحث الأول

مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الإتفاقي

تسعى الدول المصدرة للإستثمار عموما إلى توفير الحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج، ولكون الضمانات التشريعية المقررة في قانون الإستثمار المتعلق بالدول المستقطبة للإستثمار لا تحقق وحدها الحماية الكافية، نجد أنها تستند إلى وسائل قانونية أخرى تتميز بقوة و ضمان أكثر فعالية، تتمثل أساسا في عقد اتفاقيات دولية سواء كانت ثنائية أو جماعية تسعى لاستقطاب المستثمرين الأجانب من أجل تحقيق التنمية الشاملة.

لهذا نلاحظ أنّ هذه الإتفاقيات مختلفة تماما عن قانون الإستثمار الوطني، كونها تنشئ حقوق و التزامات تعاقدية على الدول المضيفة للإستثمار تجاه الدول المصدرة للأموال، كما أنها لا يمكن المساس بها سواء ما تعلق بالتعديل أو الإلغاء بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، وهذا ما يجعل المستثمر الأجنبي في حماية أفضل و أكبر خصوصا مع التعديلات التي تمس قوانين الإستثمار.

إضافة إلى هذا، نجد المشرع الجزائري قد صادق على العديد من الإتفاقيات الدولية المتعلقة بترقية و تشجيع الإستثمار و حمايته سواء كانت هذه الإتفاقيات ثنائية أو جماعية و هو ما يعرف لدى فقهاء القانون "بالقانون الإتفاقي للإستثمار"و هذا ما يشجع على تدفق المستثمرين من مختلف الدول الأجنبية[56].

[56]- لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2011، ص ص 26 و 27.

هذا ما دفعنا بالتطرق إلى تبيان مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في الإتفاقيات الثنائية (مطلب أول) مع الإشارة إلى مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في الإتفاقيات المتعددة الأطراف (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار الإتفاقيات الثنائية

تعتبر الإتفاقيات الثنائية خاصة تلك المتضمنة في بنودها لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أبرز الوسائل القانونية المعتمدة من طرف الدول المضيفة، لاستقطاب أكبر عدد ممكن من المستثمرين الأجانب إليها نظرا للحماية التي تقدمها للإستثمارات الأجنبية.

كما تعتبر كتنظيم قانوني يعمل على خلق إطار قانوني للإستثمارات الدولية، لما لها من دور فعال في الوصول إلى خلق التوافق بين المصالح و منع حدوث أي ضرر بالنسبة للطرفين معا[57].

زيادة على هذا، فإن الجزائر قد اهتمت كثيرا بهذا الشكل من الإتفاقيات المتضمنة لهذا الشرط و التي تعتبر كشكل من أشكال التنظيم للإستثمار الأجنبي، وهذا ما يساهم بالنتيجة في تحقيق التنمية الإقتصادية.

لهذا ارتأينا إلى إدراج بعض النماذج المتعلقة بالإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها من الدول الأخرى وهي كالتالي:

[57]- شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 172.

الفرع الأول

الإتفاق الجزائري مع الإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي

تم التوقيع على هذه الإتفاقية في الجزائر في تاريخ 24 أفريل 1991، التي تتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات.

إذ كرست هذه الإتفاقية مجموعة من الضمانات القانونية للإستثمارات الأجنبية التي تتم من طرف مستثمري أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر[58] منها ما نصت عليه المادة 03 الفقرة 03 من الإتفاق الضامن لمبدأ المعاملة الأكثر امتيازا بنصها على ما يلي:" أن المعاملة و الحماية المعرفتان في الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة تكونان على الأقل مساويتين بالنسبة لما يتمتع به مستثمرو دولة ثالثة أخرى و لا تكونان بأي حال من الأحوال أقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي".

كما نصت عليه المادة 10 من نفس الإتفاق على أنه: " يستفيد مستثمرو كل الأطراف المتعاقدة بالنسبة لكل المسائل المتعلقة بمعاملة الإستثمارات القائمة على إقليم الطرف الآخر بمعاملة الدولة الأكثر رعاية"[59].

تبعا لهذا نستنتج أن أيّ امتيازات وضمانات تمنح لمستثمري دولة ثالثة بموجب اتفاقية أخرى نتيجة وجود اتفاقية بين هذه الأخيرة وأحد الدول الأخرى سواء كانت الجزائرية أو الإتحاد

[58] - لعماري وليد، مرجع سابق، ص ص 36 إلى 41.

[59] - الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع في 24 أفريل 1991، ج رج ج عدد 46 صادر في 06 أكتوبر1991.

اللوكسمبورغي فإنه يمتد استفادة مستثمري الدولتين المتعاقدتين من هذه الضمانات.[60]

الفرع الثاني

الإتفاق الجزائري مع حكومة جمهوية الصين

تم التوقيع على هذه الإتفاقية في الجزائر في تاريخ 30 أكتوبر 1999 المتعلقة باتفاق التعاون التجاري، و قد عملت هذه الإتفاقية على تقوية روابط الصداقة بين البلدين بالإضاقة إلى تنمية التعاون الإقتصادي و التجاري بينهما على أساس المساواة و المصالح المتبادلة و هذا ما يتبين لنا من خلال المادة 03 التي نصت على ما يلي : " لترقية المبادلات التجارية بين البلدين ، اتفق الطرفان المتعاقدين على منح بعضهما البعض، معاملة الدولة الأكثر رعاية في عمليات الاستيراد و التصدير للمنتوجات.

غير أن هذا الحكم لا يطبق على:

1- الإمتيازات والتسهيلات الممنوحة أو التي يمكن أن يمنحها كل من الطرفين المتعاقدين للبلدان المجاورة بغية تسهيل التجارة الحدودية.

2- الإمتيازات والتسهيلات التي يحمل عليها كل من الطرفين المتعاقدين بصفته عضوا أو يمكن أن يصبح عضوا في أيّ اتحاد جمركي أو منطقة التبادل الحر، أو أيّ اتفاقات أخرى مماثلة".[61]

60- لعماري وليد، مرجع سابق، ص 42 .

61- اتفاق التعاون التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية الصين الشعبية، الموقع في الجزائر في 30 أكتوبر 1999، ج ر ج ج عدد 58، صادرة بتاريخ 08 أكتوبر 2000.

الفرع الثالث

الإتفاق الجزائري مع حكومة الجمهورية الإيطالية

تمّ التوقيع على هذه الإتفاقية في الجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للإستثمار، ومن خلال استقراء الإتفاقية نجد أنها سعت إلى تدعيم التعاون الإقتصادي بين الدولتين وخلق الشروط الملائمة للإستثمار من قبل الأشخاص الطبيعية والمعنوية لدولة متعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى.

وهذا ما نستخلصه من خلال المادة 3 التي تنص على أنه: " تمنح كل من الدولتين المتعاقدتين على إقليمها، للإستثمار و المداخيل التابعة لها التي تمت من قبل المواطنين المعنويين للدولة المتعاقدة الأخرى، معاملة لا تقل امتيازا من تلك التي تمنح للإستثمار والمداخيل المتعلقة بها التي يقوم بها مواطنوها أو أشخاصها المعنويون أنفسهم أو تلك التي يقوم بها بلد آخر مستفيد من بند الدولة الأكثر رعاية، إذا كانت هذه المعاملة هي الأكثر امتيازا.

على أن هذه المعاملة لا تمتد إلى الإمتيازات التي تقدمها الدولة المتعاقدة لمواطنين وأشخاص معنويين من دولة ثالثة بموجب مشاركتها أو مساهمتها في منطقة للتبادل الحر،وفي اتحاد جمركي،أو اقتصادي،أو في سوق مشتركة أو أي شكل آخر من أشكال التنظيم الإقتصادي الجهوي،أو على أساس اتفاقات مبرمة بهدف تجنب الإزدواج الضريبي أو من أجل تسهيل التجارة .[62]

[62] - الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر ج ج عدد 46، صادر بتاريخ 6 أكتوبر 1991.

الحدودية، شريطة أن لا تكون أحكام هذه المادة مخالفة لأحكام اتفاقات ثنائية أخرى ما بين الدولتين المتعاقدتين".[63]

بالتالي يفهم من هذا النص أنه بالرغم من منح الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية أفضل معاملة بما في ذلك المعاملة الوطنية، إلاّ أنّ هذه المعاملة لا تمتد إلى المعاملات التفضيلية التي تمنحها الدولة الملتزمة لاستثمارات دولة ما في إطار تنظيمات اقتصادية وإقليمية، كالإتحادات الجمركية، أو الأسواق المشتركة، أم مناطق التبادل الحر.

المطلب الثاني

مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف

لقد اتخذت الحماية الإتفاقية المتعددة الأطراف أشكالا وتنظيمات مختلفة ومتعددة، وهذا نتيجة امتدادها الجغرافي و طبيعة نظامها القانوني.

ويمكن تصنيف هذه الإتفاقيات المتعددة الأطراف من نطاقها وامتدادها الإقليمي إلى اتفاقيات عالمية، وإقليمية، أما من حيث نطاق وطبيعة موضوعها قد تكون تنظيمية أو عقدية، ومن حيث شكلها قد تصدر في شكل معاهدة أو ميثاق أو تقنين دولي.[64]

ونظرا لتعدد الإتفاقيات المتعددة الأطراف ارتأينا إلى ذكر أهم هذه الإتفاقيات التي تتعلق غالبيتها بالحماية والتشجيع للإستثمار منها:

63 - الإتفاق بين الجزائر وحكومة الجمهورية الإيطالية، المرجع نفسه.
64 - كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 200.

اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي(فرع أول)، بالإضافة إلى الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية(فرع ثاني).

الفرع الأول

اتفاقية تشجيع وضمان الإستثمار بين الجزائر ودول المغرب العربي

تعتبر منظمة المغرب العربي منظمة هامة لاستقطاب الإستثمارات المختلفة، وقد تم إبرام هذه الإتفاقية انطلاقا من معاهدة إنشاء إتحاد المغرب العربي[65]، وقد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90–420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، و تتمثل الدول الموقعة على هذه الإتفاقية في كل من الجزائر، تونس ، ليبيا، المغرب، موريتانيا.[66]

إذ كان هدف هذه الإتفاقية هو تعزيز التعاون بين دول الإتحاد ومحاولة إنشاء منطقة تبادل حر وسوق مشتركة عن طريق تشجيع الإستثمارات ومنحها ضمانات ومعاملة أكثر أفضلية فيما بينها[67].

تضمنت هذه الإتفاقية مجموعة من المبادئ المتعلقة بمعاملة الإستثمارات المتبادلة بين دول الإتحاد المغاربي، ولعلّ أهم هذه المبادئ هو"مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية" الذي يسعى إلى تحقيق المساواة فيما بين رعايا الدول الأخرى، حيث جاء في المادة 06 من الإتفاقية : " يتمتع الإستثمار المنجز من قبل مستثمري بلدان إتحاد المغرب العربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد

65 - لعماري وليد ، مرجع سابق، ص 31.
66 - صغير لامية، الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2008، ص53.
67 - لعماري وليد، مرجع سابق، ص 31.

لمواطني أية دولة أخرى " بالتالي فهو شرط تلتزم به دولتان أو أكثر في معاهدة نافذة بينهما على الإستفادة من أية منافع أو مزايا تمنحها إحداهما إلى طرف ثالث بموجب معاهدة تعقد معه لاحقا.

تتمثل هذه المنافع في الإمتيازات التي تقرها المعاهدات التجارية والملاحية والقنصلية كالإعفاء من الضرائب الجمركية أو تخفيضها، والإمتيازات التي يتمتع بها الأجانب الذين يحصلون على حقوق عمل وإقامة، وشرط الدولة الأكثر رعاية هنا يتعلق بالإستثمارات المنجزة من طرف المغاربة في بلدان إتحاد المغرب العربي.

أما في التعامل الدولي هذا الشرط يسري بين الدول المتشابهة في مصالحها الإقتصادية مما يجعله من الصعب تعميمه في مختلف العلاقات الأخرى خاصة المعاهدات المتعددة الأطراف.

وما نستنتجه من خلال ما سبق هو أنّ إدراج هذا الشرط في الإتفاقية المغاربية كان بهدف توطيد التعاون فيما بينها من أجل تحقيق التنمية و زيادة تدفق المستثمرين من مختلف الدول الأجنبية[68].

الفرع الثاني

الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

تم التوقيع على هذه الإتفاقية سنة 1980 من طرف الدول الأعضاء في جميع الدول العربية، وترمي هذه الإتفاقية إلى منح الحرية للمستثمرين العرب في مجال الإستثمار وهذا ما ورد

[68] - عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، د م ج، الجزائر،1999،ص 80.

في نص المادة 02 منها[69]، كما لهم أيضا الحرية في القيام بالإستثمار في إقليم أية دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة وغير المقصورة عليهم مع احترام حدود النسب المقررة في تشريعاتها الداخلية، إضافة إلى تمتعه بحق اختيار أية معاملة أخرى يحصل عليها مستثمر غير عربي في مجال مماثل وتكون قد قررتها الدولة المضيفة للإستثمار بموجب القانون الإتفاقي الدولي تطبيقا لمبدأ شرط الدولة الأكثر رعاية الذي يسعى دائما إلى تحقيق المساواة الفعالة والكافية دون أدنى تمييز فيما بين المستثمرين الأجانب.

كما نصت هذه الإتفاقية على حق الدولة الطرف في تطبيق معاملة تفضيلية على هذا الإستثمار و يكون ذلك عن طريق منح مزايا إضافية تتجاوز الحد الأدنى من الحقوق.[70]

المبحث الثاني

الضمانات الناتجة عن مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية

لا شك أنه من حق المستثمر الأجنبي أن يحصل على ضمانات في الدولة التي يرغب استثمار أمواله فيها[71]، لهذا نجد معظم البلدان تقر بهذه الضمانات في قوانينها الداخلية بالإضافة إلى الإتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الإستثمارات الأجنبية التي تعترف للمستثمر الأجنبي بهذه الضمانات،[72] التي تساهم في تحصين أمواله ضد إجراءات أخذ الملكية كالتأميم والمصادرة وغيرها من الإجراءات المماثلة لها إلاّ إذا توفرت شروط معينة ومقابل دفع التعويض الحال والكافي والفعال

69 - لعماري وليد، مرجع سابق، ص 28.

70 - علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص ص 273 و 274، 276.

71- طيوان سفيان، عرفي نصيرة، مرجع سابق، ص 37.

72- عيبوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للإستثمارات الأجنبية، "مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة للإستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010، ص ص 116 ، 120.

عن الأضرار التي تلحق بالإستثمار(المطلب الأول)[73] إضافة إلى مجموعة من الضمانات الأخرى المتمثلة في حرية المستثمر الأجنبي في التحويل (المطلب الثاني).[74]

المطلب الأول

الحق في التعويض

تعدّ مسألة ملكية المستثمر الأجنبي من المسائل التي عرفت عدة تطورات سواء كان على المستوى المحلي أو الدولي، وكان ذلك نتيجة للتطورات التي طرأت على مستوى النظم السياسية والإقتصادية للدول، مما أدى إلى ظهور عدة اتجاهات تنادي بحرية تملّك المستثمر الدول المصدرة، ومقابل هذا الإتجاه نجد اتجاه آخر يطالب وينادي بحق الدول النامية المضيفة في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي استنادا إلى ظروف معينة، وتتمثل هذه الأفكار في مطالبة الدول بتكريس حق الدولة في التأميم أو نزع الملكية مقابل دفع التعويض الكافي والفعال المكرس في القوانين الداخلية والدولية،[75] مما يحقق التوازن بين مصلحة المستثمر الأجنبي ومصلحة الدولة المضيفة.[76]

وتبعا لهذا يعتبر التعويض التزاما دوليا يقع عل عاتق كل دولة وذلك من أجل تكريس الحماية لحقوق المستثمر الأجنبي على مستوى إقليمها.[77]

73- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 94.
74- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 82.
75- شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 251.
76- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 94.
77- طيوان سفيان وعرفي نصيرة، مرجع سابق، ص 38.

الفرع الأول

مفهوم التعويض

يعد مفهوم التعويض المستحق مفهوم موحد بين الدول المستوردة لرأس المال وبين الدول المصدرة له، ولا يزال كل واحد يحاول أن يفرض مفهوم التعويض. [78]

حسب الدول المتقدمة خاصة تلك المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، ترى أن قاعدة التعويض التي يتطلبها العرف الدولي عن تحويل ملكية المستثمر الأجنبي إلى الملكية العامة هي تقديم تعويضا كاملا الذي يجب أن يكون فوريا، عادلا وفعالا.

ويقصد بالتعويض "الفوري" وجوب أداءه للمستثمر الأجنبي بمجرد حرمانه من مشروعه الإستثماري أو خلال فترة وجيزة بعدها[79]، إلاّ أنّ هذا لا يعني أن يتم الدفع الفعلي لمبلغ التعويض في نفس تاريخ الإستيلاء، باعتبار أن عملية تقدير التعويض المستحق يتطلب إجراءات إدارية أو قضائية قد تستغرق بعض الوقت، غير أنه لا يجب على الدولة أن تتأخر في دفع هذا التعويض فمتى انتهت من الإجراءات الشكلية فهي ملزمة بدفعه، وإلا يعدّ ذلك مماطلة غير مقبولة منها في دفع التعويض[80].

أما التعويض "الفعال" فهو مرتبط بالعملة المدفوع بها التعويض إضافة إلى قابلية تحويله سواءا إلى دولة جنسية المستثمر أو إلى أي دولة أخرى[81].

---

[78] - عمر هاشم محمد صدقة،مرجع سابق، ص 62.
[79] - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص ص 274 و275.
[80] - مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2002، ص 127.
[81] - قبايلي طيب ، مرجع سابق، ص 275.

أما التعويض "العادل" فيقصد به حصول المالك على تعويض يعادل كل قيمة الممتلكات التي فقدها أو يجب أن يوضع في نفس المركز الذي كان يتمتع به جراء نزع ملكيته أو يتم دفع مبلغ السعر السوقي الجاري لملكيته وقت الإستيلاء عليها.[82]

في حين تبنت الدول النامية موقفا وسطا بشأن قاعدة التعويض، من جهة لم تنكر مبدأ التعويض ومن جهة أخرى لم تأخذ في نفس الوقت بقاعدة التعويض الفوري والكافي والفعال، بل أقرت بقاعدة دولية جديدة تتطلب التعويض المناسب وفقط، هةذا يفهم أنه جاءت هذه القاعدة لدعم حق الدولة في تاميم الأموال الأجنبية ووَضع قاعدة أكثر فعالية للتعويض خاصة في حالة ما إذا تعلقت بالمصلحة العامة أو الوطنية مقابل حصول المالة على تعويض مناسب وفقا للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقا للقانون الدولي.[83]

الفرع الثاني

التعويض المكرّس على المستوى الداخلي

لقد عملت الدولة الجزائرية على غرار البلدان الأخرى المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية على منح المستثمر الأجنبي الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحق بهم في حالة المساس بحقوقهم.

[82] - مصطفى خالد مصطفى النظامي، مرجع سابق، ص 130.
[83] - عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص ص 63 و64.

ونجد أنها قد كرّست هذه الحماية في مختلف قوانين الإستثمار بداية نذكر نص القانون رقم 63-277 الذي ينص على منح هذه الضمانة الرئيسية للمستثمر، حيث أن كل إجراء لنزع الملكية لا يمكن اتخاذه إلاّ في إطار القانون.[84]

وهذا ما ورد أيضا في نص المادة 678 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلاّ بنص قانوني غير أن شروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".[85]

كما نجد المشرع الجزائري قد كرس هذه القاعدة في المادة 20 من دستور1989، وهذا من أجل توفير الحماية الكافية للملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي، إذ وضع القواعد المتعلقة بأخذ الملكية من أجل المنفعة العامة مقابل التعويض الفعال والمناسب.

كما كرسها أيضا في دستور 1996 الذي ينص في المادة 20 منه على أنه:"لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي، عادل ومنصف" وهو ما أكد عليه دائما دستور 2016 في المادة 64 منه، [86] في هذه الحالة لابد من دفع التعويض قبل نزع الملكية.[87]

أما من خلال الأمر 66-284 فنجد المادة 08 منه تنص على ما يلي: في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات تنتفي من أحكام هذا القانون لا يمكن

84- بكتاش عبد الحفيظ، عطوش يوليفان ، تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الإستثمارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون العام للأعمال ، جامعة بجاية، ص ص41 ، 51.

85- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 28 سبتمبر 1975،معدل ومتمم.

86- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002،ج ر عدد 25 صادر في 14 أفريل 2002، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 صادر في 16 نوفمبر2008، معدل و متمم،بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016،يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

87- عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر،2012، ص ص 341 و 342.

إقرار تدبير كهذا إلا بموجب نص ذي صيغة تشريعية، ويشمل ذلك التدبير دفع التعويض المادي للقيمة الصافية المحددة بواسطة الخبراء والعناصر الوطنية التي تسترجعها الدولة وذلك في مهلة أقصاها 09 أشهر.[88]

أما فيما يتعلق الأمر رقم01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم، فنجد في المادة 16 منه ينص على أنه:"لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب عن المصادرة تعويض عادل و منصف"[89]، وهذا ما يشجع أكثر المستثمرين الأجانب على استثمار أموالهم في الجزائر دون الإحساس بأيّ خوف من ذلك، إضافة إلى هذا تطبيقا لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية المكرس في مختلف قوانين الدول الأخرى يعتبر التعويض من أهم الضمانات التي تقدمه هذه الدول من أجل تحفيز وجذب الإستثمارات الأجنبية[90]

الفرع الرابع

التعويض المكرس على المستوى الإتفاقي

يعتبر التعويض من أهم القواعد التي قامت الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالإستثمار بدراستها خاصة الإتفاقيات المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، كونها تعتبر من المسائل الهامة بالنسبة للطرف الأجنبي ما دام أن مشروعه الإستثماري معرض دائما لمخاطر مختلفة قد تكون الدولة المضيفة لاستثماره سببا فيها، ولهذا عملت معظم الإتفاقيات الدولية بدراسة هذه القاعدة من

88- أمر رقم66-284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الإستثمارات، ج ر عدد 80، صادر بتاريخ 17 سبتمبر 1966، ملغى .
89 - أمر رقم 01-03 ، مرجع سابق.
90- قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 219.

أجل تقدير التعويض، باعتبارها تعتبر الوسيلة التي يستند إليها المستثمر الأجنبي لكونها مؤسّسة على أهم مبدأ ألا وهو مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يجسّد المساواة الكافية بالنسبة للمستثمرين الأجانب فيما بينهم.[91]

وعلى سبيل المثال نذكر:

الإتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للإستثمار حيث تنص المادة 04 منها على أنه:"يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو لتأميمها، أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الإستثمارات التي يمتلكها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

إذا كانت ضرورة المنفعة العامة والأمن أو المصلحة الوطنية تبرر تجاوز أحكام الفقرة الأولى لهذه المادة يجب مراعاة الشروط التالية:

أ) يجب أن تتخذ الإجراءات طبقا لأحكام قانونية.

ب) يجب أن لا تكون هذه الإجراءات تمييزية ولا مخالفة لالتزام خاص.

ج) يجب أن تكون مقرونة بالتدابير التي تنص على دفع التعويض المناسب والفعلي.

د) يساوي مبلغ التعويضات القيمة الحقيقية للإستثمارات المعنية عشية اليوم الذي يتخذ فيه الإجراءات أو يعلن عنها فيه.

[91]- بكتاش عبد الحفيظ، عطوش بوليفان، مرجع سابق، ص63.

–تسوى التعويضات بعملة قابلة للتحويل يتم الإتفاق عليها، ويفضل أن تكون عملة الدولة التي ينتمي إليها المستثمر".[92]

نستنتج من هذه الإتفاقية أنه يجب أن يكون التعويض مساويا لمجموع الإستثمارات القائمة في ذلك الإقليم، إضافة إلى ذلك نجد أن الإتفاقية أوردت شرط وهو وجوب أن يكون مبلغ التعويض قابلا للتحويل، وهو الشيء الذي يجعل المستثمر الأجنبي مطمئنا من هذه الناحية ويسعى إلى استثمار أمواله فيها، لهذا يعتبر التعويض ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي ومحفزا له.

زيادة على هذا، ولتشجيع الإستثمار قامت الجزائر بإصلاحات اقتصادية، من خلال إبرامها لاتفاقيات مختلفة التي ترتكز أساسا على مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، الذي يعتبر كحصانة لضمان قدر كاف من المساواة فيما بين المستثمرين الأجانب مقابل تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على أقاليمها[93] مثل اتفاق الحكومة الجزائرية مع المجلس الفيدرالي السويسري المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة الإستثمارات التي تنص في مادتها السادسة الفقرة الأولى على:" لا يتخذ أيّ من الطرفين المتعاقدين، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إجراءات نزع الملكية والتأميم أو إجراء آخر له نفس الصبغة أو نفس الأثر، اتجاه الإستثمارات المنجزة من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، إلا لأغراض المنفعة العامة وبشرط أن لا تكون تمييزية وتكون مطابقة للتشريع ومقابل دفع تعويض فعلي ومناسب، وينبغي أن يكون هذا التعويض مساويا للقيمة السوقية للإستثمار المنزوع ملكيته وهذا مباشرة قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية أو قبل أن تكون معروفة لدى العامة، أول هذه الإجراءات

[92]- الإتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي، مرجع سابق.
[93] - بكتاش عبد الحفيظ ، عطوش بوليفان ، مرجع سايق ، ص 64.

يكون جازما، ويدفع التعويض بعملة البلد مصدر الإستثمار، أو بأي عملة مقبولة من طرف المستثمر.

ويدفع كذلك بدون آجال ويكون قابلا للتحويل بحرية، وفي حالة التأخير يتضمن التسديد فائدة موضوعة على أساس السوق ابتداءا من تاريخ نزع الملكية إلى غاية تاريخ الدفع"[94].

بالتالي من خلال الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر المتعلقة بمبدأ شرط الدولة بالرعاية نلاحظ أنّ أغلبها تنصّ على ضمان التعويض عن كل ما يتعلق بالخسائر الناجمة عن الحروب أو حالات الطوارئ أو ما شبه ذلك...، والتي تؤدي مباشرة إلى إلحاق أضرار بممتلكات المستثمرين الأجانب، ويكون ضمان تعويضها تطبيقا لهذا الشرط لا يقل امتيازا عما يستفيد منه مواطنو الدولة المضيفة للإستثمار أو الدولة الأكثر رعاية، وهذا ما نستخلصه كذلك من الإتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية مع جمهورية نيجيريا التي نصت على مايلي : " إنّ تعرّض مستثمرو أي من الطرفين المتعاقدين لأضرار خلال الأحداث المشار إليها ...، تكون ناجمة عن مصادرة ملكيتهم أو الإضرار بها من قبل سلطات هدا الأخير، فينبغي منحهم تعويضا عادلا و ملائما عن الخسائر التي لحقت بهم... يمثل هذا التعويض القيمة الجارية للإستثمار المعني و يشمل الفوائد التي ستحتسب بالسعر التجاري... يسدد التعويض ويحول بدون تأخير بالعملة التي أنجز بها الإستثمار... أو بأي عملة أخرى قابلة للتحويل الحر يوافق عليها المستفيد"[95].

[94] - الإتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، ج ر ج ج عدد 45 ، صادر بتاريخ 29 جوان 2005.

[95]- حنافي آسيا ، مرجع سابق ، ص ص 73 و 74.

ومن خلال كل ما سبق، نستنتج أنه على خلاف القوانين الداخلية نجد الإتفاقيات الدولية تعتبر الوسيلة الأكثر فعالية لحماية رؤوس الأموال الأجنبية لإحتوائها على مختلف التفاصيل المعتمدة في تجسيد خاصية التعويض المستحق و المناسب قبل اتخاذ أي إجراءات متعلقة بملكية المستثمر الأجنبي[96].

ضف إلى ذلك يعتبر هذا التعويض حق لا خلاف حول مشروعيته، وذلك بسبب مبرراته وأسانيده القانونية التي ترفعه من درجة التصرفات غير المشروعة إلى التصرفات المشروعة[97].

المطلب الثاني

الحق في التحويل

تطبيقا لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية يعتبر تحويل رأس المال والأرباح من بين أهم الضمانات القانونية التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي، حيث كان من المتفق عليه أن أحسن حماية في هذا المجال هو ضمان الحق في التحويل بدون شروط.[98]

لذلك قامت الجزائر بفتح أبوابها السوقية للإستثمارات الأجنبية عن طريق منح مجموعة من الضمانات المالية التي تعتبر حافزا أساسيا لجلب رؤوس الأموال على مستوى أقاليمها.[99]

96- حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية،عدد1، 2009، ص 93.
97- حسين نوارة ،الأمن القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 206.
98 - عيبوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للإستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 121.
99 - بوشيلاون سفيان، بيرم عمر، تأثير حركة رؤوس الأموال على الإستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014، ص 41.

كما كرّس المشّرع الجزائري حق تحويل الأرباح المحققة من عملية الإستثمار بالإضافة إلى إعادة تصدير رأس المال بنص صريح في القانون المتعلق بالإستثمار، وبالتالي نستخلص من هذا القانون أنّ حق التحويل في الجزائر يكون حرّا ومضمونا.[100]

الفرع الأول

شروط القيام بإعادة التحويل

تعدّ مسألة تحويل الأموال إلى الخارج من أهم وأكبر انشغالات المستثمر الذي ينوي تحويل أمواله وفوائدها بالإضافة إلى الأموال الناتجة عن تصفية الشركة بكل حرية.

وهذا ما تعترف به مختلف الإتفاقيات الثنائية المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية على غرار الإتفاقيات الأخرى كالإتفاقية السويسرية مثلا التي تقوم بوضع قائمة لأنواع المداخيل المستفيدة من ذلك الضمان، كما نجد أيضا الإتفاقية الألمانية قد تطرقت إلى إجراءات وتفاصيل التحويل بدقة أكثر.[101]

لكن بمقابل ذلك نجد المشّرع الجزائري أخضع الحق في التحويل لمجموعة من القواعد العامة والمتمثلة في ضرورة وجود مساهمات خارجية في الإستثمار (أولا) مع ذكر أصحاب الحق في القيام بعملية إعادة التحويل (ثانيا) إضافة إلى إبراز الأموال القابلة لإعادة تحويلها إلى الخارج (ثالثا).

---

[100] - المادة 31 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، معدل و متمم، مرجع سابق، التي تنص على أنّ " تنفيذ الإستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسيرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا، من ضمان تحويل رأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه، كما يشمل هذا الضمان المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية".

[101] قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية – التحكيم التجاري الدولي لضمان الإستثمارات، دار هومة، الجزائر، 2004، ص ص 189و190.

أولا : ضرورة وجود مساهمات خارجية في الإستثمار

تتمثل هذه المساهمات الخارجية في مساهمات نقدية التي يقصد بها أن تكون الأموال النقدية المستخدمة في إقامة الإستثمار مستوردة من خارج الجزائر، و نكون بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يستعرها بنك الجزائر.

بالإضافة إلى المساهمات العينية التي يشترط أن تكون محل استيراد من الخارج التي تثبت عن طريق المستندات التجارية والجمركية الضرورية، وتكون هذه المساهمات العينية معفية من عملية التوطين التي هي إجبارية فيما يتعلق بعمليات إستيراد السلع والخدمات.[102]

ثانيا: أصحاب الحق في القيام بعملية إعادة التحويل

بالعودة إلى المادة 31 من الأمر 01-03 وكذلك نصوص قانون النقد والقرض والنظام 05-03 المتعلق بالإستثمارات الأجنبية يتضح لنا أن الأشخاص المتمتعين بحق إعادة تحويل رؤوس أموالهم إلى الخارج هم الأشخاص غير المقيمين عل التراب الجزائري وفقط.[103]

لكن قد يتحول المستثمر الأجنبي غير المقيم إذا قضت سنتين عن استيراد أمواله إلى مستثمر مقيم استنادا إلى معيار مكان تواجد المركز الرئيسي لنشاطه، وهذا ما يفرض عليه الخضوع للشروط المفروضة على المقيمين على التراب الجزائري أي أنه ينتقل من شخص غير

[102] - بن أوديع نعيمة، مرجع سابق، ص 68 .
[103] - بن أوديع نعيمة، المرجع نفسه، ص 87.

مقيم إلى شخص مقيم، وباكتسابه هذه الصفة يواجه عدة صعوبات عند الإقرار بتحويل رؤوس أمواله إلى الخارج وهذا ما يضر بمصالحه الخاصة.[104]

وبالرجوع إلى الإتفاقيات الثنائية المكرسة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية التي صادقت عليها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الإستثمارات، نجد أنها أقرت بحق إعادة تحويل الأموال المستثمرة في الجزائر إلى الخارج بناءا على معيار الجنسية، وهذا ما يشكل أهم ضمانة وحماية في نظر المستثمرين الأجانب بالنسبة لمشروعهم الإستثماري.

لكن بالمقارنة بين القانون الداخلي والقانون الإتفاقي نجد أن هناك تناقض فادح بينهما حيث أن القوانين الداخلية تمنح هذا الحق للمستثمرين غير المقيمين بغض النظر عن جنسيتهم، أي الإعتماد على معيار الإقامة وفقط دون سواها على خلاف القانون الإتفاقي الذي يأخذ بمعيار الجنسية.

نستخلص أنّ أخذ المشّرع الجزائري بمعيار الإقامة يشكل ضمانة هامة أيضا لاستقطاب المستثمرين المغتربين الذين لهم أصول جزائرية من أجل استثمار رؤوس أموالهم في الجزائر.[105]

ثالثا: الأموال القابلة لإعادة تحويلها إلى الخارج

بالعودة إلى بعض التشريعات نلاحظ أنها حددت بصفة عامة الأموال القابلة للتحويل، أما المشرع الجزائري لم يفصل فيها إذ اكتفى بذكر ضمان إعادة تحويل رأس المال المستثمر والنواتج الناجمة عنه وفقط.

104- بوشيلاون سفيان و بيرم عمر، مرجع سابق، ص 43.

105 - و يقصد بمعيار الجنسية في هذه الحالة الأشخاص الذين يحملون جنسية غير الجنسية الجزائرية أي جنسية الدولة الأخرى الطرف في الإتفاقية للإستفادة من حق إعادة تحويل الأموال،راجع في هذا الإطار: بن أوديع نعيمة، مرجع سابق، ص 69.

ومن خلال الإتفاقيات المتضمنة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وترقية الإستثمار نلاحظ أنها فصلت أكثر على عكس المشرع الجزائري، كما نجدها في بعض الحالات تقر وتتفق على نفس الأموال القابلة لإعادة التحويل.[106]

لكن في هذه الحالة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة إعادة استثمار ونواتج وفوائد هذه الإستثمارات في الجزائر فيما يتعلق بإعادة تحويلها إلى الخارج أم لا، على خلاف الإتفاقيات التي قامت بإبرامها الدولة الجزائرية في مجال تشجيع وحماية الإستثمارات المتضمنة لهذا الشرط نجدها قد تداركت هذا الأمر، ويظهر ذلك من خلال الإتفاق المبرم بين الجزائر وتونس التي تبين وتقر بأن الأرباح والنواتج المعاد استثمارها تتمتع بنفس الحماية والضمانات التي تتمتع بها الأموال المستثمرة في المرة الأولى و هذا ما يشجع المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله في الجزائر بكل حرية و أمان [107] .

الفرع الثاني

الإجراءات الواجب اتخاذها لإعادة تحويل الأموال إلى الخارج

لقيام المستثمر الأجنبي بإعادة تحويل رأس ماله إلى الخارج لا بد منه من اتباع مجموعة من الإجراءات القانونية المتمثلة في تقديم طلب إعادة التحويل (أولا) بالإضافة إلى آجال القيام بعملية إعادة التحويل (ثانيا) مع إبراز العملة القابلة للتحويل (ثالثا).

[106] - بوشيلاون سفيان، بيرم سفيان ، مرجع سابق، ص 43.
[107] - بوشيلاون سفيان وبيرم سفيان، مرجع سابق، ص ص 44 و45.

أولا: تقديم طلب إعادة التحويل

استنادا إلى مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية يعتبر تقديم طلب إعادة التحويل كأوّل إجراء إداري يقوم به المستثمر غير المقيم، من أجل طلب حقه القانوني المتمثل في إبداء رغبته في تصدير أمواله وكل ما يتعلق بالفوائد والأرباح الناتجة عن استثماره في الدولة المستضيفة إلى دولته الأصلية ويودعه لدى المصلحة المختصة في البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة لدراسته ومنح التأشيرة عليه من عدمه خلال مدة شهرين، تبدأ من تاريخ تقديم الطلب مع العلم أنه يجب إرفاق الطلب بملف قانوني تحت طائلة رفض الطلب شكلا.

أما فيما يتعلق بمحتويات ملف إعادة تحويل أرباح الإستثمار قد أقرتها التعليمية رقم 09-01 المتعلقة بملف طلب إعادة التحويل.

أما بالنسبة لطلبات إعادة تحويل ناتج تصفية الإستثمار فقد نصت عليه المادة الرابعة من التعليمة السالفة الذكر.[108]

ثانيا : آجال القيام بعملية إعادة التحويل

لقد تعرضت كل القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى والمتضمنة لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى تحديد آجال التحويل، إلاّ أنّها اختلفت في ذلك، ففيما يتعلق بالقوانين الداخلية فلقد حددت آجاله في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بتشجيع وترقية الإستثمار، وهي 60 يوما فقط، أما بخصوص الأمر رقم 05-03 المتعلق

[108] - زوبيري سفيان، حرية الإستثمار و الرقابة على الصرف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012،ص ص 78 إلى 82.

بالإستثمارات الأجنبية نستخلص في مادته الثالثة أنّ عمليات التحويل إلى الخارج تتم بدون آجال، بمعنى أنه في حالة ما إذا قدم المستثمر طلب إعادة التحويل للبنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة يعتبر مجرد إجراء للتصريح به فقط وليس من أجل السماح بإنجاز هذه العملية المتمثلة في إعادة التحويل.

بمقابل هذه القوانين نجد أنّ الإتفاقيات الدوليّة المكرسة لهذا الشرط قد اختلفت هي الأخرى في تحديد هذه الآجال، وعلى سبيل المثال نجد الإتفاق المبرم بين الجزائر و إيطاليا قد حددت هذه المدة بستة أشهر.

أمّا الإتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الإسبانية نجد أنها محددة بثلاثة أشهر والإتفاق المبرم بين ألمانيا و رومانيا و فرنسا قد حددتها بشهرين.

في حين اكتفت بعض الإتفاقيات الأخرى بالقول " بدون تأخير" دون تحديد هذه المدة مثل الإتفاق المبرم مع فيدرالية روسيا.

واختلاف القوانين الداخلية عن الإتفاقيات الدولية السالفة الذكر فيما يتعلق بهذه العملية فإنه من المنطقي أن يأخذ المستثمر الأجنبي بالقانون الداخلي الذي يمثل له أكثر أفضلية[109].

ثالثا: العملة القابلة للتحويل

إنّ المشّرع الجزائري لم يتطرق إلى تحديد نوع العملة الصعبة القابلة لإعادة التحويل، بالتالي فبالعودة إلى الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع نظيرتها من الدول الأخرى خاصة تلك

[109] - بن أوديع نعيمة، مرجع سابق ، ص ص 75 إلى 77.

المكرسة في بنودها لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية نجدها قد اختلفت بخصوص هذه المسألة إذ نجد الإتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمار قد حددت العملة الخاصة لعملية إعادة التحويل وهي العملة التي تمّ بها الإستثمار.

أمّا الإتفاق المبرم بين الجزائر ودول اتحاد المغرب العربي المتعلق بتشجيع وضمان الإستثمار نجد أنها أشارت إلى إمكانية إعادة التحويل بأيّ عملة قابلة لذلك، حيث يتم الإتفاق عليها بسعر الصرف المعمول به في تاريخ إعادة التحويل، وهناك اتفاقيات أخرى قامت بمنح الإختيار بين العملة التي أنجز بها الإستثمار أو أيّ عملة أخرى قابلة لإعادة التحويل التي تم الإتفاق عليها بسعر الصرف المعمول به في تاريخ إعادة التحويل مثل الإتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا.

بالإضافة إلى هذه الإتفاقيات نجد اتفاقيات أخرى مثل اتفاقية الجزائر و فرنسا المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الإستثمارات التي قد ألزمت الصمت بخصوص ذلك أي أنّه في هذه الحالة يتم الإتفاق مع المستثمر الأجنبي على تحديد العملة التي ستجري بها إعادة التحويل[110].

وعلى هذا الأساس، يعتبر حق التعويض والتحويل من أهم الضمانات التي يغطيها مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، لكونهما يمثلان حجر الأساس لجلب رؤوس الأموال الأجنبية وحمايتها[111].

[110] - بوشيلاون سفيان وبيرم عمر، مرجع السابق، ص ص47الى84.
[111] - حنافي آسيا، مرجع سابق، ص 64.

خاتمـــة

خاتمـــــــــة

في نهاية بحثنا نخلص إلى القول أنه بالرغم من أهمية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يسعى إلى تحقيق المساواة فيما بين المستثمرين الأجانب، إلاّ أنه لا يجسّد المساواة الفعلية على أرض الواقع إلا بارتباطه بمجموعة من المبادئ الأخرى المشابهة له والتي لها صلة بالإستثمار كمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إضافة إلى مبدأ المعاملة الوطنية.

إلاّ أنه بمقابل ذلك يلاحَظ أنّ الوسيلة الأنسب لاستقطاب الإستثمار هو تكريس هذا المبدأ في القانون الإتفاقي الذي يعدّ القاعدة الأساسية لحماية و تطوير الإستثمارات الأجنبية، و هذا ما ارتأينا إليه في هذا البحث أين قامت الجزائر بإبرام العديد من الإتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، التي تعتبر الوسيلة المثلى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها في الجزائر.

وكمثال لهذه الإتفاقيات نذكر على سبيل المثال الإتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة جمهورية الصين من خلال المادة الثالثة منه.

كما حرصت أيضا هذه الإتفاقيات على إيراد ضمانات أخرى تتمثل في حق المستثمر الأجنبي بالحصول على التعويض في حالة نزع ملكيته أو أيّ إجراءات مشابهة له، بالإضافة إلى حريته في تحويل رؤوس أمواله من وإلى الجزائر التي تعتبر حاليا ذات أهمية خاصة في الإقتصاد الدولي ككل.

لكن بمقابل هذا، نستنتج في الأخير أنه بالرغم من الإصلاحات الإقتصادية التي قامت بها الجزائر من أجل بناء سياسة اقتصادية استثمارية تشجيعية من خلال منحها لمختلف الضمانات والمزايا المحفزة على استقطاب أكبر عدد ممكن من المستثمرين الأجانب إلاّ أنها عادت وقامت بفرض مجموعة من القيود فيما يتعلق بالمعاملة فيما بين المستثمرين الأجانب من جهة وبين المستثمرين الأجانب والوطنيين من جهة أخرى وهذا ما يستخلص خاصة في قانون المالية التكميلي لسنة2009.

قائمـــــة المراجـــع

باللغة العربية

أولا : الكتب

1- أزاد شكور صالح، قوانين تشجيع الإستثمار وتطبيقاتها في مجال الإستثمار السياحي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

2- دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي: المعوقات والضمانات القانونية، بيروت، 2006.

3- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الإدارة والإستثمار، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993.

4- عبيد محمد محمود محمد، منظمة التجارة العالمية و دورها في تنمية اقتصاديات الدول النامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

5- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

6- عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، د م ج، الجزائر، 1999.

7- عيبوط محند و علي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.

8- قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية ، التحيكم التجاري الدولي لضمان الإستثمار، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2000.

9- محمد خالد محمد النظامي، الحماية الإجرائية للإستثمار الأجنبية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

10- محمد غانم، الإستثمار في الإقتصاد السياسي والإسلامي والتشريعات واتفاقيات الإستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

1- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.

2- عيبوط محند و علي، الحماية القانونية للإستثمار الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية لحقوق، جامعة تيزي وزو، 2005.

3- قبايلي طيّب، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.

4- قصوري رفيقة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011.

5-معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الإستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

ب- المذكرات الجامعية

1-مذكرات الماجستير

1-العايب عبد العزيز، النظام الإتفاقي في مجال الإستثمار، نموذج اتفاقي أوراسكوم تيليكوم الجزائر- OTA -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بجاية، 2009.

2-أوديع نادية، حماية الإستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة الماجستير، فرع القانون الأعمال ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004.

3-براهيمي جمال، شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.

4-بن أوديع نعيمة، النظام القانوني لحركة رؤوس الأموال من وإلى الجزائر في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010.

5-حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

6-حسين نوارة، الأمن القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.

7-زوبيري سفيان، حرية الإستثمار والرقابة على الصرف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.

8-شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

9-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

10- لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011.

2-مذكرات الماستر

1-بكتاش عبد الحفيظ وعطوش بوليفان، تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الإستثمارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2015.

2-بوشيلاون سفيان وبيرم عمر، تأثير حركة رؤوس الأموال على الإستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014.

3-زياني مريم وزياني كريمة، الحماية المقررة للإستثمار الأجنبية في ظل الإتفاقيات الثنائية، الجزائر نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2013.

4-طيوان سفيان وعرفي نصيرة، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للإستثمار الاجنبية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون العام الإقتصادي، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

ج- مذكرات التخرج

1- صغير لامية، الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

2-صبيات كريمة، المعاملة القانونية للإستثمار الأجنبي في ضل الأمر 06-08، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006.

ثالثا : المقالات

1- حسين نوارة، "الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، 2009، ص ص 55 إلى 105.

2- عيبوط محند وعلي ، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للإستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص ص 100 إلى 127.

3- _____ ، "شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للإستثمارات"، المجلة النقدية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، عدد 04، 2012، ص ص 77 إلى 99.

رابعا: النصوص القانونية

أ- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 -438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر، عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 02 – 03 المؤرخ في 10 أفريل 2002 ، ج ر عدد رقم 25 صادر في 14 أفريل2002 ، معدل و متمم بموجب قانون رقم 08 – 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، مؤرخة في 07 مارس 2016.

ب- الإتفاقيات الدولية:

1-الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي، حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمار، الموقع في 24 أفريل 1991، ج ر ج ج عدد 46 الصادر في 06 اكتوبر 1991.

2- الإتفاق المبرم بين الحكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الايطالية، حول الترقية و الحماية المبادلة للإستثمار، الموقع في الجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر ج ج عدد 46، الصادرة بتاريخ 6 أكتوبر 1991.

3- اتفاق التعاون التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الصين الشعبية، الموقع في الجزائر في 30 أكتوبر 1999، ج ر ج ج عدد 58، الصادرة بتاريخ 08 أكتوبر 2000.

4- الإتفاق والبروتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلين للإستثمارات، المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الإتحادية، الموقعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 1996، ج ر ج ج عدد 58 الصادر في 08 أكتوبر 2000.

5- الإتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجلس الفيديرالي السويسري، حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، ج ر ج ج عدد 45، الصادر بتاريخ 29 جوان 2005.

6- الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة فيديرالية روسيا، حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات ، الموقع في الجزائر في 10 مارس 2006، ج ر ج ج عدد21، الصادر في 05 أفريل 2006.

ج- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75 – 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر بتاريخ 28 سبتمبر1975، معدل ومتمم.

2-الأمر رقم 01- 03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 22 أوت2001، معدل و متمم بموجب الأمر 06 – 08 مؤرخ في 15 جويلية 2006،يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر عدد 47 ، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006، معدل و متمم بموجب الامر 09 – 01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر عدد 44 ، الصادر في 26 جويلية 2009.

باللغة الفرنسية

OUVRAGES

BENCHIKH Madjid, Droit International de sous développement : nouvel ordre de la dépendance, O.P.U, Alégérie, 1983.

SAUVIGNON Edouard,La clause de la nation la plus favorisée presses universitaire de Grenoble, 1972.

ARTICLE

FREDERIC Jappont, "La dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation", Revue International de droit économique, N°02, 2006.

فهرس المحتويات

مقدمة 6

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 10

المبحث الأول : ماهية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 13

المطلب الأول: مفهوم مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 14

الفرع الأول: تعريف مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 15

الفرع الثاني : الأساس القانوني لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 16

المطلب الثاني : صور مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 17

الفرع الأول: شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط.....18

الفرع الثاني: شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط.....18

الفرع الثالث: شرط الدولة الأولى بالرعاية المتعدد الأطراف 19

المبحث الثاني: أهمية وأبعاد مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 20

المطلب الأول: أهمية مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية.....21

الفرع الأول: تحقيق الشرط للمساواة في المعاملة 21

الفرع الثاني:الآثار المترتبة عن مبدأ المساواة في المعاملة 22

المطلب الثاني: أبعاد شرط الدولة الأولى بالرعاية 23

الفرع الأول: الخلافات المترتبة حول مجال تطبيق مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية.....24

الفرع الثاني: محاولات توسيع مجال تطبيق مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 25

المبحث الثالث: علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بالمبادئ التي لها صلة بالاستثمار..26

المطلب الأول: علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة ...27

الفرع الأول : المقصود بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة 27

الفرع الثاني: تفسير مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة 28

الفرع الثالث: أهداف مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.....29

المطلب الثاني: علاقة مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية بمبدأ المعاملة الوطنية 30

الفرع الأول : المقصود بمبدأ المعاملة الوطنية 31

الفرع الثاني: أهمية مبدأ المعاملة الوطنية.....31

الفصل الثاني

تكريس مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية و الضمانات الناتجة عنه ... 32

المبحث الأول: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الإتفاقي.....34

المطلب الأول: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار الاتفاقيات الثنائية 35

الفرع الأول: الإتفاق الجزائري مع الإتحاد الإقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي 36

الفرع الثاني: الإتفاق الجزائري مع حكومة جمهورية الصين 37

الفرع الثالث: الإتفاق الجزائري مع الحكومة الجمهورية الإيطالية 38

المطلب الثاني: مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار الإتفاقيات المتعددة الأطراف 39

الفرع الأول: اتفاقية تشجيع و ضمان الإستثمار بين دول المغرب العربي.....40

الفرع الثاني: الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية 41

المبحث الثاني: الضمانات الناتجة عن مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية 42

المطلب الأول : الحق في التعويض 43

الفرع الأول : مفهوم التعويض 44

الفرع الثاني: التعويض المكرس على المستوى الداخلي 45

الفرع الثالث: التعويض المكرس على المستوى الإتفاقي.....47

المطلب الثاني: الحق في التحويل.....51

الفرع الأول: شروط القيام بإعادة التحويل.....52

أولا: ضرورة وجود مساهمات خارجية في الإستثمار.....53

ثانيا: أصحاب الحق في القيام بعملية إعادة التحويل 53

ثالثا: الأموال القابلة لإعادة تحويلها إلى الخارج..... 54

الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتخاذها لإعادة تحويل الأموال إلى الخارج.....55

أولا : تقديم طلب إعادة التحويل.....56

ثانيا: آجال القيام بعملية إعادة التحويل 56

ثالثا: العملة القابلة للتحويل..... 57

خاتمـــــــــــــة.....59

قائمة المراجع 68

فهرس المحتويات 78

ملـــــخـــــــــص

يهدف شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى تحقيق المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب، إلا أنها تبقى مجرد مساواة قانونية شكلية بفعل القيود الواردة عليها.

وبعد أن كان مجال تطبيقه محدود، ومع تغير الظروف الإقتصادية أصبح هذا المبدأ يتجاوب و يتماشى مع الإتفاقيات لاسيما الثنائية منها، إلا أنّ اتساع مجال تطبيقه أدّى امتداده إلى الإتفاقيات المتعددة الأطراف، وهذا ما جعله محلا لعدة خلافات بسبب تعدد التفسيرات المقدمة له.

لهذا يجب على الدول المضيفة للإستثمارات الأجنبية القيام بتكريسه من أجل توحيد نظامه القانوني مع منح ضمانات للمستثمرين الأجانب بهدف توفير المناخ الملائم للإستثمار.

Résumé

La clause de la nation la plus favorisée vise à assurer l'égalité de traitement entre investisseurs étrangers. Elle ne présente cependant qu'une égalité juridique formelle jalonnée de beaucoup de restrictions.

Après un champ d'application limité, la clause convient désormais à la philosophie des conventions bilatérales et multilatérales. Toutefois, son adaptation à l'économie mondiale pose un certain nombre de questions, surtout celles liées à son interprétation.

De ce fait, il incombe aux pays récipiendaires de consacrer la clause dans le but d'unifier son système juridique et d'accorder un maximum de garanties aux investisseurs et asseoir un climat adéquat.