

حماية الاستثمارات الأجنبية عن طريق ضمان عدم التعرض لنزع الملكية (على ضوء تشريعات الاستثمار المغربية)

Protecting foreign investment by ensuring that there is no
(In light of Maghreb investment legislation) expropriation



د. سميشة ثلجون^{*1}

¹كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر

^{1*}.Choumissa TELDJOUNE

¹Faculty of Law and Political Science, University of Boumardas, Algeria

تاريخ الاستلام: 2022/05/15 تاريخ القبول للنشر: 2022/09/25 تاريخ النشر: 2022/12/30



ملخص:

أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي هو فقدان ملكيته للمشروع الاستثماري في أي لحظة، نتيجة لأي إجراء قد تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار بدافع المنفعة العامة، إذ تقتضي سياسة تشجيع الاستثمار في هذا الإطار، وجود نصوص قانونية واضحة تؤطر وتنظم العلاقة بين المستثمر الحامل لرؤوس الأموال والدولة المضيفة لها، وعلى غرار المزايا والتسهيلات، تشكل الضمانات القانونية في مقدمتها ضمان عدم التعرض لنزع الملكية، حافزا كبيرا للمستثمرين الأجانب في أخذ قرار الاستثمار من عدمه في أي بلد، نظرا لما يبعثه في نفس المستثمر من ثقة واطمئنان على رؤوس أمواله التي يكون قد غامر بها في حالة عدم كفاية هذه الضمانات، بل وعدم نجاعتها على أرض الواقع.

الكلمات المفتاحية: نزع الملكية، المنفعة العامة، تعويض عادل، حق الدولة، قوانين الاستثمار المغربية.

Abstract :

What the foreign investor fears the most is losing his ownership of the investment project at any moment, as a result of any action that the host country may take to invest out of public interest.

The policy of encouraging investment in this context requires the existence of clear legal texts that frame and regulate the relationship between the investor bearing capital and the host country. Similar to the advantages and facilities, legal guarantees, foremost of which is the guarantee of not being subjected to expropriation, constitute a great incentive for foreign investors to decide whether or not to invest in this



country, given the confidence and reassurance that it inspires in the same investor over his capital that he has ventured into in the event of insufficiency. These guarantees, and even the lack of efficacy on the ground.

Keywords: non-expropriation, public interest, the right of the state, Maghreb investment laws.

مقدمة:

على إثر تبنيها نظام اقتصاد السوق وتفتحها على التجارة الخارجية، شرعت دول المغرب العربي في تكريس جملة من المبادئ الأساسية في مجال الاستثمار، محاولة بذلك التعايش مع متطلبات النظام العالمي الجديد، القائم أساسا على حماية حرية المبادرة الخاصة. فعملت على وضع نظام قانوني كفيل بتحفيز و تشجيع الاستثمار الأجنبي الخاص من خلال ما يحمله من مزايا وتسهيلات ويوجد به من حماية وضمانات. إذ يعد مبدأ الحرية في معاملة الاستثمارات الأجنبية قاسم مشترك بين دول المغرب العربي الثلاث (الجزائر، تونس والمغرب)، التي شهدت تنافس وتسابق على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية الوافدة للمنطقة.

ولم تكتفي تشريعات الاستثمار المغربية بتكريس مبدأ الحرية كأساس في معاملة هذه الاستثمارات، بل دعمته وعززته بمبادئ أخرى أساسية تشكل أهم التدابير القانونية لضمان أمن وحماية الاستثمار، نظرا للقيمة الدولية لهذه المبادئ في التنظيم الدولي. فتحفيز الاستثمار يمر حتما عبر توفير ضمانات قانونية كمبدأ الاستقرار التشريعي مثلا، وأخرى قضائية كضمان التحكيم التجاري الدولي، التي تبعث في نفس المستثمر الأجنبي الراحة والطمأنينة وتجعله يثق في النظام القانوني الذي تتبعه الدولة المضيفة في مجال معاملة الاستثمارات الأجنبية، سواء ما تعلق منها بإجراءات إنشاء الاستثمار وحتى تسوية المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة. علما أن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي هو تلك التدابير والإجراءات المفاجئة والغير منتظرة التي قد تتخذها الدولة المضيفة للاستيلاء على مشروعه الاستثماري، فتقوم بنزع ملكيته دون تعويض يراه عادل ومناسب لما خسر من رؤوس أموال. وفي المقابل استقر القانون الدولي والتشريعات الداخلية على منح الدولة المضيفة للاستثمار وتخويلها حق اتخاذ إجراءات وتدابير من شأنها المماس بملكية المستثمر الخاصة بما لها من حق السيادة على إقليمها.

من هذا المنطلق، يعد موضوع نزع الملكية من المسائل المهمة التي تفرق المستثمرين ومن المواضيع التي تثير الجدل والنقاش الدائمين لدى الباحثين والمهتمين بالمجال القانوني وحتى الاقتصادي، نظرا لتداعيات هذا الموضوع وانعكاساته على تشجيع الاستثمارات الأجنبية وتحقيق التنمية الاقتصادية. الأمر الذي يطرح الإشكالية التالية: هل ضمانات نزع الملكية التي كرستها تشريعات الاستثمار المغربية كافية لحماية أمن الاستثمارات الأجنبية؟

لدراسة الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة، ارتأينا إبراز مدى كفاية الضمانات القانونية المكرسة في قوانين الاستثمار في الدول الثلاث لصالح ملكية المستثمر الأجنبي ومدى نجاعتها في حماية الاستثمار. بناء عليه تتمركز دراستنا هذه في مبحثين أساسيين هما: التزام الدولة المضيفة بضمان عدم التعرض لنزع الملكية (مبحث أول)، تقييد حق الدولة المضيفة في انتزاع ملكية المستثمر (مبحث ثان)، وقد استعنا بالمنهج الوصفي في تحليل أبعاد الدراسة في حدود النصوص القانونية وكذا الكتابات الفقهية، كما تم

الاستعانة أيضا بالمنهج التحليلي بهدف تقديم دراسة نقدية تحليلية لمحتوى هذه النصوص والكتابات. وعلى اعتبار أن الإطار القانوني لدراستنا محصور في الأنظمة القانونية الثلاث للجزائر، تونس والمغرب، تم الاستعانة بالمنهج المقارن لتحديد أوجه التقارب والاختلاف فيما بينها.

المبحث الأول

ضمان عدم التعرض لنزع الملكية مبدأ دولي والتزام داخلي

إذا كان الأصل أن المستثمر سواء كان محلي أو أجنبي يحق له التصرف في ملكية مشروع الاستثماري بنقل ملكيته أو التعديل فيه مثلا، حيث تجمع كل القوانين الداخلية على احترام حق الملكية الخاصة، فإن الدولة التي يقام على أرضها المشروع الاستثماري يجوز لها هي الأخرى أن تقدم على نزع ملكية المشروع من صاحبه والتصرف فيه إذا دعت لذلك المصلحة العامة. انطلاقا من هذه المفارقة، نسلط الضوء من خلال هذا المبحث على تكريس ضمان عدم التعرض لنزع الملكية في القانون الاتفاقي للدولة الثلاث: الجزائر، تونس والمغرب (مطلب أول) يليها في القانون الداخلي لكل دولة (مطلب ثان).

المطلب الثاني: تكريس ضمان عدم التعرض لنزع الملكية في القانون الاتفاقي

تأكيدا منها على اهتمامها وحرصها الكبيرين على تشجيع الاستثمارات الأجنبية وحمايتها، وفي إطار تنافسها على جلب واستقطاب هذه الاستثمارات، عملت كل من الجزائر، تونس والمغرب على تكريس ضمان عدم التعرض لنزع ملكية المستثمر الأجنبي في جميع الاتفاقيات التي أبرمتها في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، فالاستثمارات الأجنبية لا تكتفي بالتشريعات الوطنية بل لها أيضا مصادر دولية تستمد منها شرعيتها، منها الاتفاقيات الثنائية (فرع أول) والمتعددة الأطراف (فرع ثان).

الفرع الأول: ضمان عدم التعرض لنزع الملكية في الاتفاقيات الثنائية

تعتبر الاتفاقيات الثنائية الإطار القانوني الفعال لتكريس أي حماية أو ضمان للاستثمارات المتبادلة، وقد أولته الدول المغاربية الثلاث دون استثناء أهمية قصوى، استكمالا لسياسة تشجيع وتحفيز الاستثمار التي شهدت تنافس كبير فيما بينها لاستقطاب واستدراج رؤوس الأموال الوافدة للمنطقة، فلم تغفل أي اتفاقية ثنائية أبرمتها عن تكريس حق المستثمر في حماية ملكيته الخاصة لمشروع الاستثمار، بل أنها لم تكتفي بالمفهوم الضيق لنزع الملكية، حيث أضاف أشكالا أخرى مماثلة لإجراء نزع الملكية، تتمثل في جميع الإجراءات والتدابير القانونية المرتبة لنفس الأثر المترتب عن نزع الملكية، يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال:

❖ **الاتفاق الجزائري- التونسي:** الذي نص صراحة على عدم التعرض لملكية المستثمر بالتأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء آخر مماثل، إلا لغرض المنفعة العامة وطبقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها و شريطة أن لا تكون هذه الإجراءات تمييزية، إذ تنص المادة الخامسة (5) منه على أنه:

" يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفق الظروف الاقتصادية".

والملاحظ من خلال هذه الاتفاق أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح نزع الملكية على وجه التحديد، مع العلم أنه لم يكن يستعمله بصورة صريحة في القانون الداخلي (قانون الاستثمار 01-03)، كما اتجه المشرع التونسي إلى إقرار هذا الضمان بعد أن سكت عنه في مجلة تشجيع الاستثمارات ونصوصها التطبيقية لسنة 1993 (منقحة). كذلك نص الاتفاق على ضمانات أخرى في مجال الاستثمارات المتبادلة منها، مبدأ المساواة في معاملة الاستثمارات، واللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار¹.

❖ **الاتفاق المغربي- البلغاري:** بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، إذ أقرت المادة الرابعة (4) منه، أن إجراءات التأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء آخر له نفس الأثر أو نفس الصيغة، والذي يمكن أن يتخذ من طرف سلطات الطرفين المتعاقدين اتجاه استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، لا ينبغي أن تكون تمييزية أو مبررة بدواعي غير المنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل ومنصف².

الفرع الثاني: ضمان عدم التعرض لنزع الملكية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف

أما فيما يخص الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الجماعية، خير ما نستدل به في هذا الشأن: اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي³، وبالتحديد الفصل الرابع، المادة 15، التي تنص على أنه:

" لا يمكن تأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة ولا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة متشابهة على تراب الأطراف المتعاقدة".

¹ - أنظر: الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بتونس في 16 أبريل 2006، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404، مؤرخ في 14 ديسمبر 2006، ج ر ج، عدد 73، الصادر في 19 نوفمبر 2006.

² - أنظر: الاتفاق المبرم بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية بلغاريا، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل، الموقع بصوفيا في 22 ماي 1996، المصادق عليه بموجب ظهير شريف رقم 1.97.29، صادر في 3 ماي 2000، ج ر ج، عدد 4808، الصادر في 26 يونيو 2002.

³ - اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420، مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج، عدد 05.

إذ مددت الاتفاقية من مجال أو نطاق ضمان الملكية ليشمل حتى العائدات المتأتية من الاستثمار، وهذا ضمان إضافي لا نجده في القوانين الداخلية لدول المغرب العربي الثلاث.

المطلب الثاني: تعزيز ضمان عدم التعرض لنزع الملكية في القانون الداخلي

بعد تكريسها لمبدأ عدم التعرض لنزع الملكية في قانونها الاتفاقي، عملت كل من الجزائر، تونس والمغرب على تعزيز هذا المبدأ في قوانينها الداخلية، سواء على مستوى دساتيرها أو قوانين الاستثمار وحتى القوانين ذات الصلة بالاستثمار، حيث تتفق الدول الثلاث من هذا المنطلق على أن ملكية المستثمر سواء كان محلي أو أجنبي هي ملكية معترف بها وتضمنها الدولة بل وتحميها في دساتيرها من أي ممارسات قد تضر بها أو تفقدها (فرع أول). وهو مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الحرية الاقتصادية بصفة عامة وحرية الاستثمار على وجه الخصوص (فرع ثان).

الفرع الأول: حماية الملكية الخاصة مبدأ دستوري

نظرا لأهمية وقيمة الحماية القانونية للملكية الخاصة، كرستها دساتير الدول المغاربية محل الدراسة، واعتبرتها من المبادئ الدستورية للدولة، وبالنسبة للدولة المغربية، جمع المؤسس الدستوري بين حماية حق الملكية وحرية التجارة في الفصل 15 من دستور 1996 (المعدل والمتمم) سنة 2011، بنصها على أن:

" حق الملكية وحرية المبادرة الخاصة مضمونان

للقانون أن يحد من مداها وممارستها إذا دعت ذلك ضرورة النمو الاقتصادي والاجتماعي للبلاد."

كذلك تضمن الدستور التونسي الجديد لسنة 2014 حماية حق الملكية من خلال نص المادة 41 على أن: " حق الملكية مضمون، (...) ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون".

نفس الاتجاه سار فيه المؤسس الدستوري الوطني في كل الدساتير التي كرست حرية التجارة والصناعة ثم حرية الاستثمار والمنافسة، بدأ بدستور 1989 الذي عكس في محتواه التوجه الجديد للدولة الجزائرية نحو اقتصاد السوق وتحرير التجارة والصناعة وحماية المبادرة الخاصة، فكرس بصورة واضحة وصريحة الحماية المطلوبة لحق الملكية في المادة 49 التي نصت على أن: " الملكية الفردية مضمونة"

هذا التوجه تم تأكيده مرة أخرى في دستور 1996 (المادة 52)¹ ودستور 2016 (المادة 22)² وأخيرا في المادة 60 من دستور 2020، بنصها:

¹ - تنص المادة 52 من دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل على أن: " الملكية الخاصة مضمونة (...)"

² - تنص المادة 22 من دستور الجزائر لسنة 2016 على أن: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف." وتضيف المادة 64 مايلي: " الملكية الخاصة مضمونة (...)"

" الملكية الخاصة مضمونة

لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون، وبتعويض عادل ومنصف(....) ".

من خلال مضمون هذه النصوص القانونية، يتضح أن الدول المغربية الثلاث قد أولت أهمية خاصة لمسألة حماية حق الملكية في دساتيرها التي اختارت من خلالها التفتح على التجارة الخارجية والاستثمارات الأجنبية المباشرة في إطار تحقيق التنمية الاقتصادية المطلوبة. فأولت بذلك حماية قانونية لحق الملكية الخاصة للأشخاص بصفة عامة، وهو ما عكسته بوضوح قوانينها النازمة للاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: حماية الملكية الخاصة ضماناً قانونية لتشجيع الاستثمار

استكمالاً لما تضمنته الدساتير المغربية من حماية لحق الملكية الفردية، وبالعودة إلى تشريعاتها النازمة للاستثمار، نجد أن المشرع المغربي قد عزز هذه الحماية بتقييد حق الدولة في مصادرة وتأميم الاستثمارات الأجنبية المتواجدة على أراضيها، فتتم هذه العملية وفقاً للقوانين وتنفيذاً لأحكام قضائية، كما يترتب على ذلك تعويض عادل ومنصف.

وإذا كان المشرع المغربي وحتى التونسي لم ينص صراحة على هذا الأمر في قانون الاستثمار، فإن المشرع الجزائري قد فصل بشكل صريح و واضح في هذه المسألة، من خلال نص المادة 16 من الأمر رقم 01-03¹، والمادة 23 من قانون الاستثمار رقم 16-09 معدل ومتمم، (التي ألغت المادة 16 من الأمر 01-03)، إذ تنص المادة 23 على أنه:

"زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف."

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل بوضوح مصطلح نزع الملكية الذي يترتب على استيلاء الدولة على ملكية المستثمر، مع العلم أنه لم يكن يستعمل هذا المصطلح (نزع الملكية) بصورة صريحة في قانون الاستثمار 01-03، بل اكتفى ظاهرياً باستعمال مصطلح المصادرة الإدارية² رغم أن نيته الباطنية كانت

¹ - تنص المادة على أنه: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها القانون والتشريع المعمول به."

- ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف."

² - المصادرة الإدارية إجراء تتخذه الدولة ممثلة في سلطاتها العامة، لمصادرة أموال وطنية وأجنبية دون تعويض، وتعد المصادرة نوع من العقوبة يقع على المستثمر في حالة مخالفته أحكام القانون المعمول به. ويلاحظ من خلال الصياغات المستخدمة لوصف الأشكال غير المباشرة للحرمان من الملكية أنها عامة وفضفاضة تدوب فيها جميع أشكال التدابير المتخذة من طرف الدولة، مما

تتجه إلى إجراء نزع الملكية. في نفس السياق، نص القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون (...) "¹.

في نفس الإطار دائما، وبالرجوع إلى القانون المغربي رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة، يؤكد في الفصل الأول منه أن نزع ملكية العقارات كلا أو بعضا أو ملكية الحقوق العينية العقارية، لا يجوز الحكم به إلا إذا أعلنت المنفعة العامة.² كذلك تضمن قانون 11.91 المتعلق بنزع الملكية في الجزائر شرط أن يتضمن قرار التصريح بالمنفعة العامة وتحت طائلة البطلان، أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه، كذلك منح القانون بموجب مادته 13 حق الطعن لكل صاحب مصلحة على قرار نزع الملكية في أجل شهر أمام القضاء.³

بهذا تكون الدول المغاربية محل الدراسة، قد أقرت مبدأ حماية الاستثمار عن طريق ضمان عدم التعرض لنزع ملكية المستثمر الأجنبي في قانونها الاتفاقي والداخلي المنظم للاستثمارات، لكن هذا الضمان ليس مطلق بل يرد عليه استثناء، إذ يتضح من خلال نفس النصوص القانونية التي كرست مبدأ عدم تعرض الدولة لملكية المستثمر، أنها سمحت للدولة وأجازت لها نزع ملكية المستثمر الأجنبي ومصادرتها إذا استدعت ذلك المنفعة العامة للدولة، وتتوقف هذه الإجازة أو الاستثناء على شروط وإجراءات قانونية معينة، مما يستبعد اعتبارها إخلال بالتزام الدولة المضيفة بضمان عدم التعرض لملكية المستثمر.

يسمح بتوسيع نطاق الحماية الاتفاقية نظرا لصعوبة تغطية الإجراءات غير المباشرة لسلطات المستثمر على استثماره. للتفصيل أكثر راجع: طيب قبايلي، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، (ص ص) 203-302.

¹ - المادة 11 من الأمر رقم 58-75، مؤرخ في 2 سبتمبر 1957، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² - ظهير شريف رقم 1.81.254، صادر في 6 مايو 1982، بتنفيذ القانون رقم 7.81، المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، قانون نزع الملكية على ضوء العمل القضائي، نصوص قانونية معينة، إعداد محمد الفروجي، الطبعة الأولى 2013.

³ - قانون رقم 11.91، مؤرخ في 27/7/1991، يتضمن القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، جريدة رسمية عدد 21، معدل ومتمم، بالقانون رقم 04.21، المتضمن قانون المالية لسنة 2005.

المبحث الثاني

التقييد الدولي والداخلي لحق الدولة في انتزاع ملكية المستثمر

يعرف نزع الملكية بأنه إجراء تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام، وذلك بموجب قرار إداري يصدر من الجهة المختصة.¹ وتمارس الدولة حقها في نزع الملكية، سواء تعلق الأمر بملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية من أجل تحقيق المنفعة العامة بصفة استثنائية وفي إطار الشروط المحددة في القانون.²

انطلاقاً مما تضمنته قوانين الاستثمار في كل من الجزائر، تونس والمغرب وكذا الاتفاقيات التي أبرمتها في هذا المجال، يتضح لنا أن إجراء نزع الملكية المشروع الذي قد تتخذه الدولة المضيفة بدافع المصلحة العامة، التي غالباً ما تبررها متطلبات تحقيق التنمية الاقتصادية، إنما هو إجراء مشروط ومقيد على المستويين الدولي والداخلي، إذ تدعمه مبادئ دولية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة من جهة (مطلب أول)، كما يخضع لشروط وإجراءات قانونية خاصة تضبطه من جهة أخرى (مطلب ثان).

المطلب الأول: تدعيم مبدأ عدم التعرض لنزع الملكية بمبادئ دولية

نظراً لأهمية وحساسية مسألة نزع ملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي خاصة، وحرصاً من الدولة المضيفة على عدم نفور المستثمر الأجنبي من نظامها القانوني للاستثمار، تم تدعيم مبدأ عدم التعرض لنزع الملكية بمبادئ دولية، كرسها معظم اتفاقيات الاستثمار سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف، تتمثل في: مبدأ عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق (فرع أول)، مبدأ عدم التفرقة أو التمييز (فرع ثان) وأخيراً مبدأ التحكيم التجاري الدولي (فرع ثالث).

الفرع الأول: مبدأ عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق

ينصب هذا الشرط على التزام الدولة مسبقاً من خلال عقد بينها وبين المستثمر على عدم التعرض لنزع ملكيته إلا بشروط، فالكثير من الدول تلجأ إلى إدراج هذا الشرط أو القيد ضمن الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة، وفي حالة إخلالها بهذا الالتزام تترتب مسؤولية دولية للدولة التي أخلت بالتزامها، ومثال ذلك الاتفاقية بين الجزائر وإيطاليا، التي نصت في مادتها العاشرة فقرة أولى على أن:

¹ - إبراهيم متولي حسن، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2011، ص 315.
² - محند واعلي عيوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، 2006، ص 168.

" الاستثمارات التي كانت محل التزام خاص من إحدى الدولتين حيال المواطنين والأشخاص المعنويين لدولة أخرى، تخضع لمضمون هذا الالتزام خاصة ما إذا كان هذا الأخير يحتوي على أحكام أكثر امتياز من تلك المشار إليها في القانون".

الفرع الثاني: مبدأ عدم التفرقة أو التمييز

يعكس شرط عدم التمييز مبدأ المساواة في المعاملة بين جميع المستثمرين بغض النظر عن جنسياتهم. ويقتضي هذا الشرط، على الدولة المضيفة إذا أرادت التأميم أو المصادرة أن تقوم بذلك في مواجهة جميع المشروعات الاستثمارية ذات الطبيعة الواحدة ولا تستثنى أحد المشروعات أو مجموعة من المشروعات بسبب جنسية مالكيها¹، وقد أشارت لهذا الشرط بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية، حيث اشترطت أن لا تكون هذه الإجراءات تمييزية. كما يذهب معظم الفقه والقضاء إلى أن قواعد القانون الدولي توجب على الدولة عند التعرض لملكية المستثمر الأجنبي احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز، وإلا قامت مسؤوليتها الدولية.

نظرا للقيمة الدولية لهذا المبدأ في مجال تقوية العلاقات الاقتصادية والمبادلات التجارية²، كرسه المشرع الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016، من خلال نص المادة 43 فقرة ثانية التي تنص على أن: " تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية"³. وإن كان قانون الاستثمار الأخير رقم 16-09 لم ينص عليه صراحة، غير أنه يفهم من إقراره للمعاملة العادلة والمنصفة في المادة 21، بنصها على أنه: " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

¹ - خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، (الطرق المشروعة - الشروط)، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، جامعة الكويت، سبتمبر 1999، ص 100.

² - يعتبر مبدأ المساواة من بين قواعد المعاملة المنتشرة في الفقه والقضاء التحكيمي. للتفصيل راجع:

AZOULAI Loïc et BEN HAMIDA Walid ; la protections des investissements par le droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire ; étude comparée des régimes et des et des approches in :le droit européen et l'investissement sous la direction de KESSEDJIN Catherine et LEBEN Charles ; LJDJ ;paris 2009,

³ - للإشارة ، تم إلغاء هذه المادة في دستور 2020، مما يعكس تراجع المؤسس الدستوري عن دسترة هذا المبدأ والاكتفاء به كمبدأ قانوني واتفاقي، حيث نصت المادة 61 من دستور 2020 (التي ألغت المادة 43 أعلاه) على أن: " حرية التجارة ---

--- والاستثمار والمقاول مضمونة وتمارس في إطار القانون". ج ر ج ج العدد 82، مؤرخ في 15 جمادي الأولى عام 1442 هـ الموافق ل 30 ديسمبر 2020 م.

يتضح من نص المادة أن المساواة وعدم التمييز يكون بين المستثمرين الوطنيين والأجانب وبين المستثمرين الأجانب أنفسهم، مما يحيلنا إلى مبدئين آخرين من المبادئ الدولية في المساواة وعدم التمييز، هما مبدأ المعاملة الوطنية (بين المستثمر الوطني والأجنبي) ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية (بين المستثمرين الأجانب)¹، التي تعد كضوابط أو معايير لتحقيق المساواة في معاملة الاستثمارات الأجنبية في التنظيم الدولي².

كما أن مضمون الفصل الأول من مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية لسنة 1993 المنقحة، يشير ضمناً لمبدأ المساواة وعدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي. لأن المشرع التونسي أخضع الاستثمارات الأجنبية لنفس النظام القانوني الذي ينظم ويضبط الاستثمارات الوطنية³.

وهو ما يفهم ضمناً كذلك من نص المادة 16 من قانون الاستثمار المغربي. فلا يمكن إذن أن يكون إجراء نزع الملكية مشروعاً إذا كان موجهاً ضد المستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني، أو ضد مستثمر أجنبي دون مستثمر أجنبي آخر يتواجدان في نفس الظروف ويخضعان لنفس الشروط.

كما كرس مبدأ المساواة وعدم التمييز بصورة واسعة وصريحة في القانون الاتفاقي للدول الثلاث، نكتفي بذكر نص الفصل الثاني من الاتفاقية المغربية -الفرنسية لسنة 1975، الذي جاء فيه: " يضمن كل طرف متعاقد في ترابه معاملة عادلة وسديدة للاستثمارات التي ينجزها رعايا الطرف المتعاقد الآخر".

لا بد للإشارة أن اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي، التي تهدف إلى توطيد العلاقات الاقتصادية وتكثيف التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي، قد نصت على عدم التمييز بين المستثمرين المغاربة، من خلال نص المادة الثالثة على أن: " يعمل الطرف المتعاقد على توفير الإمكانات اللازمة والملائمة لاستثمار رأس المال وفقاً لطبيعة الاستثمار، بما لا يقل عما تقدم للمستثمر الوطني وبما يتيح له بدأ النشاط خلال فترة معقولة (...)"⁴.

¹ - راجع: بقة حسان، دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، مجلد 16، عدد 2017/02، ص 102.

² - للتفصيل أكثر، راجع: سميشة ثلجون، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي في دول المغرب العربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، (ص ص) 251-253.

³ - ينص الفصل الأول على أن: "تضبط هذه المجلة نظام بعث المشاريع وتشجع الاستثمارات في البلاد التونسية من قبل باعثن تونسيين أو أجانب مقيمين أو غير مقيمين (...)" مجلة تشجيع الاستثمارات ونصوصها التطبيقية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، مارس 2003.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 90-420، مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية لتشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي، ج ر ج ج عدد 06، الصادر بتاريخ 6 فيفري 1991.

الفرع الثالث: مبدأ التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم ضماناً قضائية في مجال التجارة الخارجية، والطريقة المفضلة لدى المستثمر الأجنبي لتسوية أي منازعة قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة، وقد أدرك المشرع المغربي هذه الأهمية خاصة بعد تبني نظام اقتصاد السوق، فكرس التحكيم في قوانينه الداخلية، منها مجلة التحكيم التونسية الصادرة سنة 1993¹، التي تعد من أهم التقنيات الحديثة في مجال التحكيم التجاري الدولي، ومجلة تشجيع الاستثمار التونسية، التي أجازت بشكل موسع اللجوء إلى التحكيم في كل خلاف يطرأ بين الدولة التونسية والمستثمر الأجنبي، حيث تضمن الفصل 67 منها ما يلي:

" تختص المحاكم التونسية بالنظر في كل خلاف يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية إلا في حالة اتفاق ينص عليه شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين اللجوء إلى التحكيم عن طريق إجراءات تحكيم خاصة أو تطبيقاً للإجراءات الصلحية أو التحكيمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:

-الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر،

-الاتفاقية الدولية المتعلقة بالرصد المالية الناشئة بين الدول وتابعي دول أخرى المصادق عليها بالقانون عدد 33 لسنة 1966 المؤرخ في 3 ماي 1966،

-الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والمصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرخة في 17 أكتوبر 1972 والمصادق عليها بالقانون عدد 71 لسنة 1972 المؤرخ في 11 يونيو 1972،

-أو أي اتفاقية دولية لأخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية ويصادق عليها بصفة قانونية.²

كما نظم المشرع المغربي التحكيم التجاري الدولي في القانون رقم 05-08، المعدل لقانون المسطرة المدنية لسنة 1974، الذي لم يكن يعترف بالتحكيم الدولي. أما قانون الاستثمار المغربي فقد كرس التحكيم واقتصره على بعض النشاطات التي تكتسي أهمية اقتصادية كبرى.³

بالنسبة للمشرع الوطني الذي كان موقفه متذبذب وغير مستقر في تبني نظام التحكيم الدولي إلى غاية إصدار القانون رقم 09/93، المعدل لقانون الإجراءات المدنية، ثم عزز التحكيم من خلال القانون رقم

¹ - قانون عدد 42 لسنة 1993، مؤرخ في 26 أبريل 1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

² - قانون عدد 120 لسنة 1993، مؤرخ في 27 ديسمبر 1993، يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمار ونصوصها التطبيقية (منقحة) منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2003.

³ - أنظر نص المادة 17 فقرة ثانية من قانون الاستثمار المغربي. مرجع سابق.

09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، كذلك كرس المشرع الجزائري نظام التحكيم الدولي في كل القوانين النازمة للاستثمار، بدأ بالمرسوم التشريعي رقم 12/93 الملغي وصولاً إلى القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، من خلال نص المادة 24 على أن: "يخضع كل خلاف بين المستثمر والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء تتخذه الدولة الجزائرية في حقه (...)" إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم (...)."

كذلك عزز المشرع المغربي نظام التحكيم التجاري الدولي من خلال القانون الاتفاقي سواء الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف. فكان لهذه الاتفاقيات دور كبير في وضع نظام للتحكيم يحتوى على كل الإجراءات من إبرام الاتفاق على التحكيم إلى غاية صدور حكم التحكيم².

عموما استقر التحكيم الدولي على أن نزع الملكية الواقعي أو الفعلي يجب أن يترتب عليه تعويض للمستثمر، حتى وإن كانت حرية تقدير المصلحة العامة للدولة حال اتخاذها إجراء من الإجراءات الماسة بحق الملكية، فإن قضاء التحكيم يبسط رقابة محدودة على هذا الشرط، خاصة إذا ادعى المستثمر أسباباً أخرى لا صلة لها بالمصلحة العامة. حيث يرى الدكتور "الطيب قبائلي" بهذا الخصوص، أنه من الصعب لمحكمة تحكيم دولية التأكد من أن تصرف ما يحقق المصلحة العامة وفقاً لادعاء الدولة، فلا بد من افتراض توافر هذا الشرط في الإجراء ما لم يثبت عكس ذلك، تأكد الأخذ بهذه الفرضية من خلال ما قضت به محكمة المطالبات الأمريكية الإيرانية في قضية **American international group** ضد إيران عام 1983، حيث اعتبرت هيئة التحكيم المدعوة للفصل في النزاع أن إجراء الحكومة الإيرانية كان هدفه الأساسي تحقيق المصلحة العامة ما لم يثبت عكس ذلك بالدليل³.

كما تمتد الضمانات القضائية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في القوانين المغربية الثلاث لتشمل الحكم التحكيمي، من خلال اعتراف الدولة بالأحكام التحكيمية وتنفيذها الجبري على إقليمها.

المطلب الثاني: ضبط إجراء نزع الملكية في القوانين الداخلية

يجوز للدولة المضيفة للاستثمار أن تقوم بانتزاع ملكية المشروع الاستثماري في حالة إنهاؤها للعقد أو الاتفاقية التي تربطها بالمستثمر سواء كان وطني أو أجنبي، وحتى لا يكون الإجراء تعسفياً في حق المستثمر، يضبط قانون الدولة المضيفة هذا التصرف القانوني، بتحديد الشروط والإجراءات الواجب إتباعها في حالة ما إذا

¹ - تنص المادة 1039، من قانون إ م و إدارية رقم 09/08 على أن: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، ج ر ج ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

² - TERKI Nouredine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O .P.U, Alger, 1999, p 11 et 15.

³ - للتفصيل أكثر، راجع: قبائلي الطيب، مرجع سابق، (ص ص) 306 - 308.

قررت فعلا نزع ملكية المشروع وسحبها من المستثمر، وتتفق في هذا الإطار أغلب القوانين والتشريعات النازمة للاستثمار الأجنبي على شروط أساسية تضبط إجراء نزع الملكية وتضفي عليه الشرعية، منها: المصلحة العامة (فرع أول) التعويض (فرع ثان) والإجراءات السليمة (فرع ثالث).

الفرع الأول: شرط المصلحة العامة

استقرت قواعد القانون الدولي في مجال حماية المال الأجنبي على ضرورة أن يكون نزع الملكية لغرض المنفعة العامة فحسب، ويتحقق غرض المنفعة العامة إذا كان هدفه الأساسي تحقيق مصلحة الدولة ككيان سياسي، أو إحدى الهيئات الحكومية، أما إذا كان الهدف منه تحقيق فائدة لشخص معين سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، فلا يتحقق غرض المنفعة العامة ويترتب عليه عدم مشروعية الإجراء وقد عبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة على اعترافها بهذا القيد من خلال القرار رقم 1503، الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية¹.

فقد أكدت النقطة الرابعة من الفقرة الأولى من هذا القرار على أن: "التأميم، الاستيلاء، المصادرة، يجب أن تبنى على أسس وأسباب تتعلق بالمنفعة العامة، أو الأمن العمومي أو المصالح الوطنية، التي تعتبر ذات أهمية بالنسبة للمصالح الخاصة، أو الشخصية، سواء كانت محلية أو أجنبية".

يقصد بشرط المصلحة العامة إذن، أن تأميم المشروع الاستثماري أو مصادرته يجب أن يكون لمصلحة الدولة وليس لمصلحة فردية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوطنيين². وقد اعتبر المشرع الجزائري نزع الملكية حسب المادة 2 من قانون 91-11، المتعلق بنزع الملكية (معدل ومتمم) أنه إجراء استثنائي، تمارسه الإدارة المختصة بصفتها سلطة عامة وفي إطار المنفعة العامة، إذ تنص على أن:

"يعد نزع الملكية للمنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية.

زيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا للعمليات الناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة".

¹ - كاشير عبد القادر، نحو تنظيم اقتصادي دولي جديد من منظور الدول النامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 102.

² - خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 92.

كذلك أشار الفصل الخامس من قانون نزع الملكية المغربي رقم 81-7، لشرط المنفعة العامة¹ بنصه على أن: " يباشر طبق الشروط المقررة في هذا القانون إعلان المنفعة العامة والحكم بنقل الملكية إلى نازعها و تحديد التعويض عن نزع الملكية."

الفرع الثاني: شرط التعويض

يعد التعويض عن نزع الملكية من أكثر المسائل التي عرفت جدالا وتناقض بين منكر ومؤيد بسبب تعارض المصالح الاقتصادية للدول، بالنسبة للدول المغاربية وحتى العربية، وكغيرها من الدول النامية لطالما اعتبرت أن إجراء نزع الملكية أو الاستيلاء إنما يدخل في صميم حقها في ممارسة سيادتها الكاملة على ثرواتها الطبيعية، وأنه إجراء من حيث كونه يمس بالملكية الخاصة فهولا يشكل أي التزام معين في أوصاف التعويض ما عدا في التزامها بالتعويض من حيث المبدأ على أساس جبر الضرر².

فالدول النامية تطالب دائما أن يكون التعويض مناسبا لقدراتها المالية والاقتصادية، نظرا للخلاف الذي كان سائدا بين الفقه والقضاء حول مفهوم التعويض العادل. قبل أن يستقر الأمر حول معيار التعويض العادل الذي يوازن بين حق الدولة المضيفة للاستثمار في إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة وبين حق المستثمر الذي فقد ملكيته وخسر رؤوس أمواله.

ويعد شرط دفع التعويض أهم الشروط المقيدة لحق الدولة المضيفة في نزع ملكية المستثمر حتى ولو كان في إطار المنفعة العامة، كونه يمكنه من استرجاع رؤوس أمواله التي دفعها كتعويض له عن ملكيته التي فقدها، فالنصوص الدستورية التي أجازت للدولة نزع ملكية المستثمر أو مصادرتها أو الاستيلاء عليها، ألزمتها بدفع تعويض للمستثمر صاحب الملكية المصادرة أو المنتزعة من باب جبر الضرر. منها الدستور الجزائري والمغربي والتونسي، إذ تنص المادة 60 من دستور الجزائر الأخير لسنة 2020 على أن: " الملكية الخاصة مضمونة لا تنتزع الملكية إلا في إطار القانون، وبتعويض عادل ومنصف (...)".

كما جاء في الفصل 35 من الدستور المغربي لسنة 2011، ما يلي: " يضمن القانون الملكية ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات و وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون". كذلك تضمن الدستور التونسي

¹ - قانون رقم 81-07، المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، قانون نزع الملكية في العمل القضائي، نصوص قانونية محينه، من إعداد محمد الفروجي، الطبعة الأولى 2013.

² - للتفصيل أكثر راجع، حسين نواره، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، عدد 01، 2009، ص 57.

الجديد لسنة 2014، حماية حق الملكية من خلال نص المادة 41 على أن: "حق الملكية مضمون، (...) ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون".

يبدو جليا أن المؤسس الدستوري الوطني كان واضحا أكثر من نظيره المغربي والتونسي بالإشارة صراحة إلى شرط التعويض عن نزع الملكية، بل أنه حدد حتى أوصافه بأن يكون عادل ومنصف¹. أي يتناسب مع قيمة الملكية المنتزعة، وهو نصت عليه المادة 16 من الأمر رقم 01-03، المتعلق بتشجيع الاستثمار في الجزائر (المعدل والمتمم) على أن: "يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف"، وأكدت المادة 23 فقرة ثانية من قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار على أن: "يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

ويتضح هذا أكثر من خلال نص المادة 21 من القانون رقم 91-11، المتعلق بنزع الملكية التي تنص على أن: "يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية". وهو ما نصت عليه أيضا المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186².

علما أن المشرعين المغربي والتونسي قد أغفلا مرة ثانية الإشارة إلى هذا الأمر في قوانينها النازمة للاستثمار، غير أن الفصل 35 من قانون نزع الملكية المغربي رقم 81-07 السالف الذكر، نص على أن يضمن القانون حق الملكية ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات و وفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض عادل، ويبيّن في الفصل الأول منه الأموال التي تمسها إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، كما وضح في الفصل الثالث الأشخاص اللذين يحق لهم القيام بهذه الإجراءات.

كذلك الشأن بالنسبة للمشرع التونسي الذي اعترف بحق الملكية وضمن عدم المساس بها إلا بشروط وفي إطار القانون، وذلك ما يتضح من خلال القانون عدد 53 لسنة 2016، المؤرخ في 11 جويلية 2016،

¹ -تجدر الإشارة هنا، إلى أن المشرع الجزائري كان قد نص في دستور 1996 (المعدل والمتمم) في المادة 20 على التعويض القبلي العادل والمنصف، ربما من باب الحرص الشديد على ضمان حماية ملكية المستثمر وبالتالي تشجيع أكثر للاستثمار الأجنبي، لكن وبعد أن اكتشف استحالة تطبيق فكرة التعويض المسبق في الواقع، تراجع عنها في دستور 2016، ليكتفي بالتعويض العادل والمنصف متمشيا بذلك مع ما ورد في قانون الاستثمار لتلك الفترة (الأمر 01-03 الملغى).

² - تنص المادة 32 على أن: "يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية ويحدد استنادا إلى القيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها أو أوجه استعمالها الفعلي من مالها (...)".

المتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية¹، فرغم أنه لم يتضمن تعريف صريح للانتزاع، إلا أنه أقر بعدم انتزاع العقارات للمصلحة العمومية إلا بصورة استثنائية بعد استيفاء كافة التدابير التوفيقية تحقيقاً للأمن العقاري وحق الملكية المكفول دستورياً. وقد نص القانون الاتفاقي للدول الثلاث على إلزامية التعويض عن نزع الملكية أو أي إجراء مماثل لها، وقد استقر أغلبية القانون الاتفاقي، ومنها الجزائري على الأخذ بمعيار القيمة السوقية للأموال محل التأميم أو نزع الملكية.

بالنسبة للقانون الاتفاقي الجزائري والمغربي والتونسي، يلاحظ اختلافه في وصف وتقدير قيمة التعويض، مثلاً: استعملت الاتفاقية الجزائرية-الكويتية، عبارة (التعويض الكافي والفوري والفعال)، بينما استعملت الاتفاقية الجزائرية-التونسية عبارة (التعويض الفوري الملائم)، في حين ذهبت الاتفاقية المغربية-البلغارية إلى استعمال عبارة (التعويض العادل والمنصف). يفهم منه أن مسألة التعويض شرط اتفاقي يخضع للسلطة التقديرية للطرفين المتعاقدين، فيحددان التعويض الذي يريانه مناسباً أو مساوياً للقيمة الفعلية للاستثمار محل نزع الملكية.²

الفرع الثالث: شرط أن تكون الإجراءات قانونية وسليمة

يتوقف هذا الشرط على مدى مراعاة مصلحة المستثمر التي تضمنها سلامة الإجراءات المتبعة في عملية نزع الملكية منه، التي يحددها القانون الداخلي للدولة المضيفة. حيث نظمها القانون المغربي بموجب الظهير الشريف رقم 1.81.254، صادر في 6 مايو 1982، بتنفيذ القانون رقم 7.81، المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت (معدل ومتمم)، والقانون التونسي بموجب القانون عدد 53 لسنة 2016، المؤرخ في 11 جويلية 2016، المتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية (منقحة)، أما المشرع الوطني فمن خلال القانون رقم 11.91، مؤرخ في 27/7/1991، يتضمن القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، معدل ومتمم بالقانون رقم 04.21، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، المتمم بموجب القانون رقم 02-07، المتضمن قانون المالية لسنة 2008.

ومهما اختلف المشرع الجزائري ونظيره المغربي والتونسي حول بعض التفاصيل بشأن هذه الإجراءات، فإن الإجماع بينهم قائم حول الإجراءات العامة المتبعة في عملية انتزاع أو الاستيلاء أو مصادرة ملكية المستثمر

¹- قانون عدد 53 لسنة 2016، المؤرخ في 11 جويلية 2016، المتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

²- سميشة ثلجون، مرجع سابق، ص 245.

الأجنبي و التي تبدأ بوجود إثبات المصلحة العامة، وقد تناولت هذا الشرط عدد من الاتفاقيات الثنائية والإقليمية والتنظيمات الدولية والمحلية، ويطلق عليه الإجراء القانوني السليم¹.

الخاتمة:

يتضح من خلال دراستنا أنظم الاستثمار المغاربية الثلاث (الجزائر، تونس والمغرب) تتميز بكونها جاذبة ومحفزة للاستثمارات الأجنبية، كما تعد من الأنظمة الحمائية لأنها صادقت على العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال حماية الاستثمار. في هذا الإطار اتفق المشرع المغربي على إقرار نوعين من الحماية، حماية تشريعية وحماية دستورية بالنسبة للملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي.

لكن ما يؤخذ على هذه الأنظمة فيما يخص مسألة ضمان عدم التعرض لنزع الملكية، كواحدة من بين الضمانات القانونية التي كرستها لتشجيع وحماية أمن الاستثمارات الأجنبية، يمكن تلخيص أهمها كنتائج وتوصيات لهذه الدراسة فيما يلي:

- أن المبادئ الدستورية عادة ما تقرر أحكام عامة غير محددة وغير مضبوطة المعالم فتحيل إلى نصوص تشريعية تضبطها، مما قد يسلبها جوهرها وقيمتها الحقيقية كمبدأ دستوري. كما أن هذه الأحكام الدستورية غير ثابتة بل متغيرة باستمرار، إذ يجوز للدولة أن تعدلها أو تلغيها بإرادتها المنفردة، خاصة إذا كان دستور الدولة مرنا كما هو الحال بالنسبة للجزائر، تونس والمغرب (وهو ما تم ذكره بالنسبة لمبدأ عدم التفرقة أو التمييز في الصفحة 10 من هذه الدراسة).
- من الواضح أيضا أن الدول المغاربية الثلاث ومن خلال قوانينها النازمة للاستثمار، تعمل بل تحرص على حماية الاستثمار الأجنبي من خلال ضمان عدم التعرض لنزع ملكية المستثمر إلا بشروط. غير أن قوانين الاستثمار هي الأخرى عرضة للتعديل أو الإلغاء في أي لحظة ترى فيها الدولة ضرورة لذلك، وهو ما يشار إليه بانعدام الأمن القانوني أو الاستقرار التشريعي في مجال الاستثمار والمعاملات التجارية الدولية بصفة عامة، مما يجعل الملكية الخاصة للمستثمر رهينة هذه التغيرات والتقلبات التشريعية في هذه الدول.
- ورغم تكريسها لنظام التحكيم التجاري الدولي في مجال تسوية منازعات الاستثمار، إلا أن القضاء التحكيمي في منازعات نزع الملكية، يبسط رقابة محدودة على هذا الشرط، لأن المنفعة العامة كأساس ومبرر لنزع الملكية والاستيلاء عليها، تبقى مسألة تقديرية خاصة تتحكم فيها متطلبات السياسة التنموية الاقتصادية

¹ - محمد أحمد عبد الرحمان الحميقاتي، التنظيم الدولي لتسوية وحماية منازعات الاستثمارات الأجنبية - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، 2010/2011، ص 151.

- والاجتماعية للدولة، مما يجعل من مبدأ عدم التعرض مبدأ نسبي ومحدود لا يشكل ضمانا قانونية كافية لحماية أمن الاستثمارات بصفة عامة والاستثمار الأجنبي بصفة خاصة.
- كما أن يد الدولة تبقى مطلقة في اتخاذ الإجراءات التي تراها مناسبة وضرورية لتحقيق المنفعة أو المصلحة العامة التي تقدرها هي لوحدها، مما يستدعي أن لا يكون هناك تمييز بين المستثمرين فيما يخص إجراء نزع الملكية وكل الإجراءات الأخرى المماثلة له. وضرورة وضع تعريف موحد لنزع الملكية، مع التمييز بينه وبين الإجراءات الأخرى المماثلة لها، سواء في إطار القانون الاتفاقي والقانون الداخلي للدولة المضيفة.
- يبقى حسب رأينا، أن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة في إطار الاستثمار، من أهم بل من أخطر امتيازات السلطة العامة الممنوحة للإدارة، نظرا لصعوبة التوفيق فيه بين مصلحتين متكاملتين ومتعارضتين في نفس الوقت، هما المصلحة العامة للدولة المضيفة للاستثمار والمصلحة الخاصة للمستثمر صاحب رؤوس الأموال، هذا الأمر يحتم على أي دولة مهتمة باستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على غرار الدول المغاربية محل الدراسة، أن تتعامل بخبرة قانونية وحذر مع ملكية المستثمر الأجنبي، خاصة ما يتعلق بمسألة تقدير المنفعة العامة وقيمة التعويض، حتى تبعث نوع من الثقة والطمأنينة لدى المستثمرين الأجانب.
- أخيرا نؤكد ونركز على أنه يستوجب على المشرع المغربي دون استثناء، تدعيم مبدأ عدم التعرض لملكية المستثمر الأجنبي فعليا وقدر الإمكان بمبادئ أخرى لبلوغ أهداف قانون الاستثمار، وأهمها تحقيق التنمية الاقتصادية، منها مبدأ الأمن القانوني¹، الذي يعد المطلب الأول والأساسي لأي مستثمر وطني أو أجنبي.

¹ - تعرف الجزائر حاليا ميلاد قانون جديد للاستثمار، يعدل ويتمم قانون 09-16، المتعلق بترقية الاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

1. إبراهيم متولي حسن، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2011.
2. عبد القادر كاشير، نحو تنظيم اقتصادي دولي جديد من منظور الدول النامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
3. محمد الفروجي، قانون نزع الملكية في العمل القضائي، نصوص قانونية محينه، المغرب 2013.

ثانياً: المقالات:

1. حسان بقة، "دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 16، عدد 02/2017، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر (ص ص 95-108).
2. طيب قبائلي، "حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019 (ص ص 298-317).
3. نواره حسين، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، سنة 2009، جامعة تيزي وزو، الجزائر (ص ص 55-105).
4. خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي"، (الطرق المشروعة - الشروط)، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، جامعة الكويت، سبتمبر 1999، (ص ص 85-110).

ثالثاً: الأطروحات:

1. محند واعلي عيوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق تيزي وزو، 2006.
2. محمد أحمد عبد الرحمان الحميقاتي، التنظيم الدولي لتسوية وحماية منازعات الاستثمارات الأجنبية - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، المملكة المغربية، 2010/2011.

3. سميشة ثلجون، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي في دول المغرب العربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.

رابعاً: النصوص القانونية:

أ. الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2016 معدل ومتمم سنة 2020.
2. دستور المملكة المغربية لسنة 1996، معدل ومتمم سنة 2011.
3. دستور الجمهورية التونسية الصادر في 27 جانفي 2014.

ب. الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420، مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج ج عدد 06، صادر بتاريخ 6 فيفري 1991.
2. الاتفاق المبرم بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية بلغاريا، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات على وجه التبادل، الموقع بصوفيا في 22 ماي 1996، المصادق عليه بموجب ظهير شريف رقم 1.97.29، صادر في 3 ماي 2000، جريدة رسمية عدد 4808، صادرة في 26 يونيو 2002.
3. الاتفاق بين الحكومة الجزائرية والحكومة التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بتونس في 16 أفريل 2006، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404، مؤرخ في 14 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 73، صادر في 19 نوفمبر 2006.

ج. النصوص التشريعية:

1. ظهير شريف رقم 1.81.254، صادر في 6 مايو 1982، بتنفيذ القانون رقم 7.81، المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت (للقانون المغربي).
2. قانون عدد 42 لسنة 1993، مؤرخ في 26 أفريل 1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2003.
3. قانون عدد 120 لسنة 1993، مؤرخ في 27 ديسمبر 1993، يتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات ونصوصها التطبيقية (منقحة) منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2003.

4. قانون رقم 11.91، مؤرخ في 27/7/1991، يتضمن القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر ج ج عدد 21، معدل ومتمم بالقانون رقم 04.21، المتضمن قانون المالية لسنة 2005. والمتمم بموجب القانون رقم 07-02، المتضمن قانون المالية لسنة 2008..
5. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.
6. قانون عدد 53 لسنة 2016، المؤرخ في 11 جويلية 2016، المتعلق بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
7. قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، الصادرة سنة 2016 (معدل ومتمم).

Ouvrages

1. TERKI Nouredine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O .P.U, Alger, 1999.
2. AZOULAI Loïc et BEN HAMIDA Walid ; La protection des investissements par le droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire ; étude comparée des régimes et des et des approches in :Le droit européen et l'investissement sous la direction de KESSEDJIN Catherine et LEBEN Charles ; LJDJ ; paris 2009.