جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق

الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
التخصص: القانون

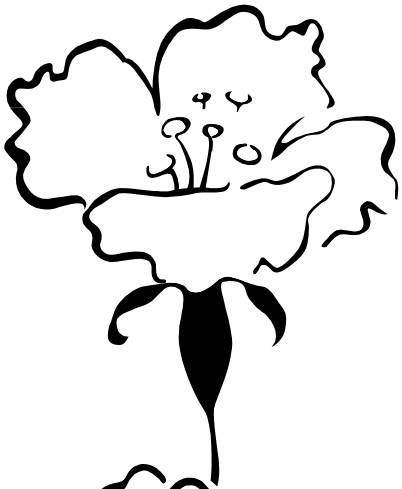
إعداد الطالبة
حسين نوارة

إشراف الأستاذ
أ. د. زروايميه رشيد

لجنة المناقشة

د. طالب كانون نصيرة ،أستاذة، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.....رئيسًا
د. زروايميه رشيد ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية.....مشرفا ومقررًا
د. بوغزالة محمد ناصر، أستاذ ، جامعة الجزائر.....ممتحنًا
د. حداد العيد، أستاذ ، جامعة البليدة..... ممتحنًا
د. عيبوط محند وعلي ، أستاذ محاضر"أ"، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.... ممتحنًا

تاريخ المناقشة 16 ماي 2013.



الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع لكلّ من:

- روح والدي الطاهرة في عليين تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنانه.

- إلى أمي نور العين ونبض القلب ونبع الحنان أطال الله في عمرها.

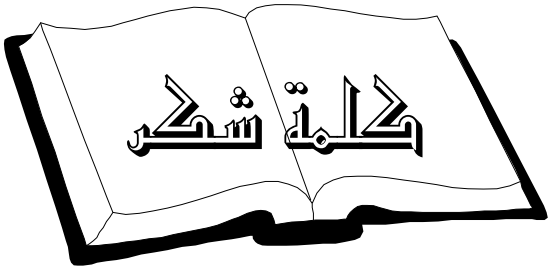
- إلى زوجي سند ظهري وبستان حبي ورفيق دربي أطال الله مشوارنا.

- إلى أعزّ الناس إلى قلبي وأقربهم إلى نفسي إخوتي وأخواتي.

- إلى كلّ الأقارب والأصدقاء والزملاء والأحبة.

- إلى كلّ طالب علم ومُقدِرٍ له.

حسين نوارة



اعترافًا بالفضل والجميل أتوجّه بعميق الشّكر و التقدير

والامتنان إلى الأستاذ

الدكتور زوايميه رشيد

الذي أشرف على هذا العمل، وتعهّده بالتصويب في جميع مراحل إنجازه، وزوّدني بالنصائح والإرشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث، فجزاه الله عنّي كلّ خير.

حسين نوارة

مقدمة:

لقد أثرت التطورات الكبرى التي حصلت في عقد التسعينيات على حكم التجارة الدولية بصفة جوهرية، حيث إنّ زيادة الحماية في دول الشمال وما رافقها من تردي الحماية في دول الجنوب، والارتفاع المفرط في حجم الاستثمارات الأجنبية، والصراعات المتزايدة فكريًا وماديًا وخدميًا، وزيادة الارتباط بين التجارة الدولية والبيئة، والتكتلات الاقتصادية الدولية والشراكات، كالشراكة الأورومتوسطية، واتساع نطاق الاتحادات التجارية الدولية، والاهتمام بالمواصفات والمقاييس المتعلقة بالسلع والخدمات في الإطار الدولي وبقوانين التراخيص وبراءات الاختراع ونقل التكنولوجيا والتنبؤ بمستقبل النظام التجاري والنقدي والمالي وبمستقبل المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف بشكل يزيد في الاتجاه المفرط نحو تحرير التجارة الدولية وإلغاء القيود الجمركية وغير الجمركية، وانتشار ظاهرة العولمة والتدويل، باعتبارها أهم سمات العصر[1]، كلّها تحولات هامة وضرورية مسّت اقتصاديات الدّول، مما أدى بها إلى إجراء تحولات هامة في قوانينها ومنهاجها الاقتصادي[2].

وقد برز الاستثمار الأجنبي المباشر كأحد أهم ركائز الاقتصاد التي يعتمد عليها لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية من جهة[3]، وأهم أوجه العلاقات الاقتصادية الدولية، التي تمت وتتم بين الدول المتقدمة والنامية من جهة أخرى[4].

فالاستثمار الأجنبي الذي كان في السبعينيات شيئًا غير مرغوب فيه في معظم الدول النامية وبعض الدول المتقدّمة، أصبح الآن أهم سمات العصر. وقد تغير الوضع وأصبحت العلاقات الاقتصادية بين الدول في تطور، وبوقع سريع، بسبب انخفاض دور الحدود

1 – رعد حسن الصرن: أساسيات التجارة الدولية المعاصرة، مدخل تنظيمي تكاملي تحليلي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الرضا للنشر، سوريا، 2001، ص 25.

2 – أحمد بوراس: العولمة والأسواق المالية في الدول العربية، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 17، جوان 2002، ص 25.

3 – RIAN EOKKER Novid, La cinquième réunion ministérielle de L'OMC se tiendra a Cancum, 4 Juillet 2003.
Voir : http://www.novib.nl/content/?type=article fid=4663

4 – وحسب تقرير صندوق النقد الدولي حول آفاق الاقتصاد العالمي لسنة 1997، بلغ تدفق حجم الاستثمار الأجنبي للدول الصناعية لسنة 1990 أكثر من أربع مرات عمّا كان عليه سنة 1984.

السياسية في رحاب العولمة، كعوائق في انتقال الأموال والسلع والخدمات، إذ إنّ الدول كلّها في تسابق حقيقي من أجل استقطاب الاستثمارات الأجنبية الخاصّة، وهذا بسبب التغيير الجوهري في المفاهيم السياسية السائدة، بل للزيادة الكبيرة في حاجة الدول إلى التمويل الخارجي في وقت تتناقص فيه معدلات الادخار على مستوى العالم وتتناقص فيه مصادر التمويل الأخرى[1].

إنّ فتح البلدان أسواقها المحلية أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة إجراء مقصود تهدف من ورائه تعظيم مكاسبها وإيراداتها الاقتصادية، فشركات الاستثمار العالمية توفر بقدومها للدولة المضيفة ما يلزمها لإعادة الانطلاقة الاقتصادية[2]، من رؤوس أموال وتكنولوجيا وعمالة ومهارات في الإنتاج والتسويق وخبرات في الإدارة والتسيير وإمكانيات للتصدير والاستيراد والبيع والتوزيع... الخ[3]، لكن كل ذلك مقابل تكلفة.

فرغم الجدل الدائر حول جدوى الاستثمارات الأجنبية بتقييم التكلفة، لا يمكن لأحد تجاهل أهميتها الاقتصادية والاجتماعية في الدول النامية[4]، فالأدلة التطبيقية للاستثمارات الأجنبية أشارت إلى أنّ الشركات المتعددة الجنسيات لها أهداف ودوافع تسعى إلى تحقيقها من وراء تدويل استثماراتها في الدول المضيفة تصطدم في الكثير من الأحيان مع مصالح هذه الأخيرة، التي تعمل على تنظيم وتوجيه سلوك مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر ومراقبة نشاطاتها، وهذا دون تجاهل ما تسعى الحكومة الأم إلى تحقيقه من أهداف سياسية

1 – إبراهيم حسن العيسوي: مدى واقعية الآمال المعقودة على تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومساهمتها في التنمية في مصر، التنمية والعلاقات الاقتصادية الدولية بحوث ومناقشات المؤتمر العلمي السنوي للاقتصاديين المصريين، القاهرة، 25 – 27 مارس 1976، ص ص 118 – 119.

2 – GOEL BERGSMAN–XIAFANG SHEN, "l'investissement direct étranger dans les pays en développement, progrès et obstacles", Revue finances et développement, N° 1, Vol. 32, Mars 1995, p. 6.

3 – كمال مرداوي: "مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 17، 2002، ص 55.

4 – عبد السلام أبو قحف: نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1989، ص 107.

كما أنه تمّ تشجيع الاستثمارات الأجنبية في التصريح الصادر عن مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI المنعقد بليما في 28 مارس 1975.

واقتصادية عند تشجيعها لشركاتها الوطنية لتدويل نشاطاتها[1]، لأنّ استقبال الدولة للمستثمر الأجنبي يعني خلق كيان متشابك مركب من العلاقات القانونية، فممارسة النشاط الاستثماري يقتضي إدراج الأموال المتدفقة من الخارج في شكل من أشكال الاستثمار المباشر، الذي يترتب عليه إبرام مجموعة من العقود بين المستثمر الأجنبي والدولة أو إحدى هيئاتها ومؤسساتها العامة من جهة، وإبرام عقود كثيرة مع المستخدمين الأجانب أو الوطنيين من جهة ثانية، وعقود أخرى لاستيراد معدات المشروع ومستلزمات الإنتاج، وعقود التصدير، وعقود تملك العقارات اللازمة لإقامة المشروع... الخ، وهذا ما يدفع إلى الاهتمام بمنح المستثمر الأجنبي مركزًا قانونيًا وتنظيمًا خاصًا على المستويين المحلي والدولي، وخاصّة فيما يخص حماية الملكية القانونية بشكل يضمن المصالح والحقوق المشتركة لكلّ الأطراف[2].

فأمام هذه المساعي ثلاثية الأطراف لعقد الاستثمار أصبح من الضروري وضع ضوابط معينة لتحقيق الاستفادة القصوى من هذه الاستثمارات، كما أنه من الضروري الاعتراف بوجود مصالح مشتركة لكلّ من الدولة المضيفة – الدولة الأم – والشركات المتعددة الجنسيات وتقبل فكرة أنّ كلّ طرف يسعى لتحقيق أهدافه في ضوء أهداف الطرف الآخر. وعليه نشير إلى أن الأهداف المرجوة من المستثمر الأجنبي وإن كانت أهمها تحقيق أعلى معدلات الربح، فهي تصطدم بشروط الاستثمار أو المطالب التي تتوقف عليها قرارات الاستثمار، فما لا شكّ فيه أنّ شركات الاستثمار الأجنبي توظف أموالها في الدول التي تحصل فيها على أكبر قدر من الضمانات، حيث إنه حتّى وإن اعتبرت الدول المضيفة أنّ النظام المالي والجبائي اللذين يدخلان في إطار التسهيلات والمزايا الممنوحة، كنظام امتيازي، تعتبرها الدول المصدرة كشروط لا يمكن التنازل عنها[3]، بل وغير كافية لتكون منجحة لمشروع الاستثمار[4].

---

1 – عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق، ص 108.

2 – صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص ص 438 – 439.

3 – يوسفي محمد: "اتجاهات الاستثمار الدولي وآثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادي والسياسية، رقم 1 و2، 1992، ص 288.

4 – ونتيجة للتنافس بين الدول لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، ظهر ما يسمى بـ"تنافس النظم الضريبية" الذي أدى إلى انخفاض الضرائب على الشركات على المستوى عالمي، حيث انطلقت عملية خفض الضرائب لأوّل مرّة عام 1986 بمبادرة من الولايات المتحدة الأمريكية على عوائد شركات المساهمة من 46% إلى 34%.
– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 444.

حيث إنّ عزوف المستثمرين الأجانب عن الاستثمار في الدول النامية كان ولا يزال سببه ترددهم وشعورهم بالخوف وعدم الاطمئنان ونقص الثقة فيها، نظرًا لاحتمال تعرضهم للمخاطر غير التجارية مثل نزع الملكية والتأميم والمصادرة والحروب... الخ، ولاسيما أنّ الضمانات القانونية التي كرست للتصدي لها ولتغطيتها لم تكن قادرة في نظرهم على حمايتهم من هذه الأخطار[1]. وهذا ما ينطبق على الاستثمار في التشريع الجزائري.

وبالتالي فإنّ عوامل جذب الاستثمار الأجنبي تتنوع بخضوع الاستثمار لاعتبارات سياسية واستراتيجية أكثر مما هي قانونية[2].

إنّ نقص الاستثمارات الأجنبية في الجزائر بعد تقييم التجربة لمدة تتجاوز عشرية كاملة يرجع لأسباب سياسية أكثر منها اقتصادية ما دامت الدولة تمنح أسواقًا واسعة جدًا قادرة على استيعاب وامتصاص استثمارات ضخمة من جهة، وتفتح الأبواب على مصراعيها لاختيار المجال الاقتصادي أو طبيعة النشاط الذي يرغب المستثمر التدخل فيه بكلّ حرية من جهة ثانية. وتوفر مناخًا ملائمًا يمنح ضمانات جبائية ومالية وقانونية ومعاملة تمييزية للاستثمار الأجنبي بسن قانون جديد لكلّ من الاستثمار والمنافسة يتميزان بالاستقرار والحرية والشفافية من جهة ثالثة[3].

من خلال ما سبق، كرّست الدولة الجزائرية كل الجهود في سبيل خلق المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على كلّ المستويات[4] المالية، الجبائية، الجمركية، الإجرائية، القانونية... لكن ذلك يبقى غير كاف، فالضمانات الممنوحة فتحت الباب للاستثمار الأجنبي نظريًا، لأنه لم يتم تحقيق الحجم المرغوب فيه اللازم لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية بصفة فعلية.

---

1 – TRAORE-TSAGAO, La garantie des investissements étrangers en Afrique et droit international, Thèse de doctorat, A.N.R.T, Université de Lille III, 2001, p. 24.

2 – OUSIDHOUM Youcef, La politique Algérienne d'incitation a l'investissement étranger, Gazette du palais, Dimanche 11 – Mardi 13 Avril 1999, N° 101 – 103, p. 22.

3 – جبار محفوظ: "فرص الاستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 1، 2001، ص 108.

4 – DIF Mohamed, "Conditions de mise en place d'un climat favorable a la protection des investissements étrangers en Algérie", Revue l'économie, N° 10, Décembre 1993, p. 24.

إنّ رغبة المستثمر الأجنبي بدخول عصر العولمة والتحرر الاقتصادي الشمولي في تطور مستمر، وهي لا تقف عند حدّ الضمانات التقليدية، لتصل إلى حدّ المطالبة بالمشاركة في مشروعات الاستثمار والاحتفاظ بحق الإدارة والرقابة، وهذا ما أدى ببعض الدول بالسماح للمستثمر الأجنبي بالحصول على حق التملك المطلق للمشروع الاستثماري واضعة جانبًا قضايا الاستقلال السياسي أو الاقتصادي التي أصبحت من الإيديولوجيات الكلاسيكية الجامدة التي لا مكان لها في هذا العصر[1].

هذا العصر الذي يعتبر الملكية مظهرًا جديدًا من مظاهر الألفية الجديدة، إذ بذكر العولمة والاقتصاد كمرادفين للتحولات الدولية تطرح تحديات جديدة مشروطة، بإضافة عامل الملكية بكلّ أصنافها الفكرية والعقارية، هذه الأخيرة التي تفرض بموجبها الشركات الأجنبية سيطرتها على أقاليم الدول المضيفة[2].

فالملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تشريعات الاستثمار الحالية مرادفة للاستثمار، لأنه إذا كان إنشاء الاستثمار الأجنبي يعني بالضرورة خلق لملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري فتكون حتمًا العلاقة بين الحماية القانونية للملكية العقارية أو الفكرية للمستثمر الأجنبي، وبين الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي طردية ما دامت الحماية الأولى كافية لضمان الحماية الثانية[3].

إنّ الاتجاه الحديث الذي تبنّته التشريعات والفقه والعرف الدولي لحماية الاستثمارات يقوم على تبني المفهوم الموّسع للاستثمار الأجنبي، فلا يقتصر على الأموال المادية والأموال العينية التي يمكن أن يرد عليها حق الملكية، وإنّما يشمل كلّ مظاهر السيطرة المباشرة وغير المباشرة على عناصر الاستثمار ذات القيمة الاقتصادية مثل مختلف عقود الخدمات، مما يعني اتساع نطاق الحماية التي تتمتع بها أموال المستثمر بما فيها الأموال العقارية

1 – نور الدين الشيخ عبيد: الملكية وتوليد القيمة – التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد، مكتبة العبيكات، دمشق، 2002، ص 17.

– رعد حسن الصرن، مرجع سابق، ص 112.

2 – نور الدين الشيخ عبيد، مرجع سابق، ص 13.

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

والصناعية، ليشمل أكبر جانب من النشاط الاقتصادي[1].

وأحسن دليل على العلاقة الوطيدة بين الاستثمار والملكية، نجده في التعاريف التي قُدمت للاستثمار الأجنبي الذي ارتبط في كلّ مرّة بالملكية بكلّ عناصرها باعتبارها حقًّا محميًا.

وقد عرفت فرنسا في اتفاق Panama المؤرخ في 25 نوفمبر 1982 في المادة الأولى الاستثمار على أنه:

« ***Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et plus particulièrement :***

a – les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, gages, usufruits, cautionnements ou autres garanties, créances privilégiées et droits analogues.

b – Les action, primes d'émission et autres formes de participation même minoritaires ou indirectes aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des parties.

c – Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique.

d – Les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle.

(Tels que brevets d'inventions, licences, marques déposés, modèles et maquettes industrielles). Les procédés techniques et le savoir faire, les noms déposés et la clientèle.

e – Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles y compris celles qui se situent dans les zones maritimes des parties contractantes… »[2] .

كما أشارت كلمة "الاستثمار" الواردة في كلّ الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر تقريبًا إلى تعريف واحد يهدف إلى اعتبار كلّ الأموال كالأملاك والحقوق باختلاف أنواعها

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 462.

2 – انظر اتفاق "Panama" الذي أبرمته فرنسا بتاريخ 25 نوفمبر 1982، والإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان وحقـوق المـواطن المؤرخ في 1789/8/26 الذي نصّ في المادة 17 على أنه "حق محمي ومكرّس" « Un droit inviolable et sacré ».

- BEGIN Jaques, Droit du commerce international, Edition Litec, Paris, 2005, p. 161.

إلى جانب كلّ عنصر من الأصول مهما كان نوعها يرتبط بنشاط اقتصادي والمتمثلة على سبيل الخصوص لا الحصر فيما يلي:

أ – الأملاك المنقولة والعقارية، وكذلك الحقوق العينية الأخرى، كالرهن العقاري والامتيازات وحق الانتفاع والرهن الحيازي والكفالة والحقوق المماثلة.

ب – الأسهم وعلاوات الإصدار والحصص الاجتماعية وكلّ شكل من الأشكال الأخرى للمساهمة، حتّى وإن كانت تشكل أقلية مباشرة وغير مباشرة، في الشركات المشكلة على الإقليم والمنطقة البحرية لأحد الطرفين المتعاقدين.

جـ – الالتزامات والديون والحقوق في كلّ الخدمات ذات القيمة الاقتصادية.

د – حقوق الملكية الفكرية وخاصّة حقوق المؤلف، البراءات، نماذج المنفعة، التصاميم والنماذج الصناعية، العلامات والأسماء التجارية، الأساليب التقنية، المهارة.

هـ – الامتيازات الممنوحة بموجب قانون أو عقد، وخاصّة تلك المتعلقة بالتنقيب والزراعة واستخراج أو استغلال الثروات الطبيعية، بما فيها تلك المتواجدة في المنطقة البحرية للطرفين المتعاقدين[1].

فالملكية بالمفهومين السابقين هي عناصر الاستثمار المادية والمعنوية. وقد استقر القانون الدولي على اعتبار الممتلكات تتضمن الممتلكات المادية وغير المادية، أمّا القضاء الدولي فقد عرفها أيضا في عدّة سوابق قضائية وتحكيمية دولية بالتعريف نفسه، حيث عرّفتها لجنة التحكيم اليونانية–التركية في قضية رينت ضد تركيا سنة 1928 كما يلي: « **مفهوم**

1 – ومن بين الاتفاقيات التي عرفت الاستثمار بربطه بالملكية على سبيل المثال نذكر الاتفاقيات المصادق عليها بموجب المراسيم التالية:

– مرسوم رئاسي رقم 2000–245 مؤرخ في 22 أوت 2000 يتضمن التصديق على الاتفاق التجاري المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية الموقع بدمشق بتاريخ 14 سبتمبر 1997، ج.ر عدد 52، مؤرخة في 23 أوت 2000.

– مرسوم رئاسي رقم 91–346 مؤرخ 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج.ر عدد 46، مؤرخة 6 أكتوبر 1991.

الممتلكات يستخدم كلّ الأشياء التي تقبل أن تكون محلا للملكية الخاصّة وقادرة على أن توفر للشخص ميزة معينة »[1].

أما المحكمة الدائمة للعدل الدولية فقد عرفتها في دعوى (Oscarchin) أنها الممتلكات غير المادية كقوة الشراء من المشروع الاستثماري ظرفاً مؤقتاً يخضع للزيادة والنقصان لعدّة عوامل منها حدوث أزمة اقتصادية.

وعليه، فبالمفهوم الحالي للملكية في الاستثمار الأجنبي يدخل ضمن الملكية كلّ من الملكية العقارية، والتي تشمل المال العقاري والحقوق العينية الأخرى والملكية الصناعية، التي تدخل فيها كلّ حقوق الكمبيوتر الخاصّة بالمشروع الاستثماري والخرائط والمعلومات والإحصائيات، وكلّ ما يدخل في إطار عملية البحث والاكتشاف، كما يدخل ضمنها كلّ الحقوق الناتجة عن العقود مثل عقد الامتياز والتراخيص... [2].

أما في التشريع الجزائري، فلا نجد تعريفاً جامعًا مانعًا لمصطلح الملكية لكون حقّ الملكية والتشريعات المنظمة له ليست مقننة، بحيث نجد التعاريف مشتّتة في قوانين كثيرة بعضها يتعلق بحق الملكية العقارية والأخرى بحق الملكية الصناعية، وهي تنصب كلّها في إطار واحد يفهم منه أنها عناصر منشئة لحق الاستثمار.

وعليه نقول إنّ نظام الحماية الذي تبنته الدولة الجزائرية مثلها مثل كلّ الدول المضيفة في سبيل استقطاب حجم كبير من رؤوس الأموال الأجنبية يبقى غير كافٍ[3]، بحيث بعد الحصول على أقصى الضمانات المالية التجارية الجبائية والضريبية، يأمل حاليًا في الحصول على حماية فعالة للمشروع من كلّ أنواع المخاطر غير التجارية، أي الحصول على الحماية الفعالة المناسبة للملكية بكلّ أنواعها.

---

1 – خالد محمد الجمعة: "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص ص 71 – 72.

2 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 73.

3 – إنّ معظم القضايا والنزاعات المطروحة للتسوية أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي، يكون فيها الأساس القانوني للطلبات حول الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية.

- GAILLARD Emmanuel, "Chronique des sentences arbitrales centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I)", J.D.I, N° 1, Janvier-Février-Mars 2005, p. 135.

ومن أجل استكمال كلّ جوانب المناخ الاستثماري وكلّ عناصر الحماية القانونية كرّس المشرّع الجزائري نظامًا حمائيًا لملكية المشروع الاستثماري بما فيها الملكية المادية التي تتعلق بالعقار من كلّ المخاطر غير التجارية، والمعنوية لحماية الملكية الصناعية في الوقت الذي أصبح فيه الابتكار والمنافسة قرينتين للتقدّم الاقتصادي عن طريق الاستثمارات الأجنبية، وذلك بفرض إجراءات حمائية ردعية ضد كلّ مخاطر السطو والتعدي عليها.

وأمام الأهمية البالغة التي أنيطت بالملكية العقارية والصناعية باعتبارهما من أهم عناصر الضمانات، التي يطالب بها المستمر الأجنبي قبل اتخاذ قرارات الاستثمار،ارتأيت أن أتناول في هذه الرسالة الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر .

و ما تجدر الإشارة إليه بصدد اختيار الموضوع ، هو أنه وإن كان موضوع الاستثمار الأجنبي بصفة عامة من المواضيع التي سال عليها الحبر لكثرة الباحثين الذين تناولوه ، خصوصا في العشريتين الأخيرتين إلا أنه يبقى من المواضيع التي لا بد من تجديد تسليط الضوء عليها من خلال دراسة و تمحيص التشريعات الحالية و البحث عن أسباب عدم جدوى الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ما دام أنها لا تزال المخرج الوحيد من الأزمة الاقتصادية و المحرك الأساسي لعجلة التنمية إلى حد بعيد، و ذلك أمام تراخي الدولة في إعادة إحياء القطاعات الأخرى المهمشة ، مثل قطاع الخدمات كالسياحة و البنوك ،و قطاع الزراعة ، و الصناعة ...و غيره .

كما تم تناول هذا الموضوع بسبب ما أراه من غموض و فراغات تشريعية في القوانين الجزائرية التي تتضمن تنظيم الملكية العقارية ، و من تعقيدات كثيرة تكتنف إجراءات حمايتها من جهة ، مع نقص القوانين التي تنظم حقوق الملكية الصناعية ، و إن وجدت عدم كفايتها من جهة ثانية . و هو الأمر الذي من أجله أردت أن أسلط الضوء على كل من هذه العناصر أي البحث عن الجدوى في شقها المرتبط بالملكية بكل أصنافها ، من خلال الاقتراب من الإجابة الشافية و الوافية و المتكاملة للإشكالية المطروحة في هذه الرسالة .

حيث نتساءل عن: **ما مدى فعالية الإجراءات التي تبناها المشرّع الجزائري ، الذي يعمل جاهدًا على تبديد كلّ مخاوف المستثمر وتلبية كلّ طلباته في ترسيخ وتكريس الحماية**

القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، فما هي المجالات التي حظيت بالحماية وما هي الوسائل المعتمدة لردع كلّ التصرفات الماسة بها ؟

و للاقتراب من الإشكالية تم دراسة الموضوع بالتفصيل في بابين ، حيث تناولنا حماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي في (**الباب الأول**)، ثم حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي في (**الباب الثاني**) ، و أتينا على نهاية بحثنا في **الخاتمة** التي تضمنت مجموعة من النتائج و التوصيات ، ناشدنا من خلالها المشرع الجزائري و كل السلطات المعنية بالعمل على مجاراة تشريعية سريعة و متطورة للأوضاع الاقتصادية للبلاد لتلافي السلبيات الحتمية على الاقتصاد الوطني و التي ستأتي بالتفصيل لاحقا .

و قد تم ذلك على ضوء القوانين و التشريعات الوطنية و الأحكام الدولية ، و دون التقيد أثناء البحث و الدراسة بإطار معين سوى الاعتماد على الحياد و الموضوعية وفق أسلوب علمي ودقيق ، مع الاعتماد على دراسات سابقة للاستثمار الأجنبي في مجال القانون الدولي للأعمال و أخرى في القانون الدولي الاقتصادي.

الباب الأوّل

حماية الملكية العقارية

للمستثمر الأجنبي

من المسلم به أنّ رأس المال الأجنبي الذي تسعى الدولة الجزائرية بكلّ الوسائل لاستقطابه هو الدعامة الأساسية لعملية النمو والتنمية الاقتصادية، لأنه الحلّ الوحيد في الوقت الراهن للخروج من الأزمة الاقتصادية الخانقة التي تعيشها الجزائر، إلاّ أنه رغم المحاولات المتتالية الإصلاحية للقوانين في كلّ المجالات لجعل النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية أكثر جذبًا للمستثمرين الأجانب فهي غير كافية، بل وتبقى رهينة للحماية القانونية الممنوحة على المستويين الدولي والداخلي للدولة المضيفة وبالخصوص فيما يخص حماية الملكية العقارية[1].

فلا يختلف اثنان حول الحقيقة التي تقضي بكون العقار أهم الثروات وأهم الأسس التي يقوم عليها الاستثمار والنهضة الاقتصادية والعمرانية، لذا نوّعت الجزائر في نظم الحماية القانونية التي أولتها لحماية الملكية العقارية للمستثمر أيًا كانت جنسيته وطنيًا كان أو أجنبيًا، وذلك لتبديد مخاوفه وشكوكه بخصوص المخاطر غير التجارية[2]، بما فيها مخاطر نزع الملكية، التأميم، التسخير، أو أي إجراء آخر مشابه لها.

فكرّس الحماية القانونية في إطار القوانين الداخلية بتبني مبدأ الحماية للملكية الخاصّة في إطار الدستور والقوانين التشريعية من جهة، وفي إطار القوانين الاتفاقية لتنويع وتعزيز الحماية السابقة بإبرام الاتفاقيات الدولية مع كل الدول التي تربطها بها شراكات اقتصادية أو عقود استثمار أجنبية من جهة ثانية، لكن ذلك مع إبقاء حق الدولة في استرجاع ممتلكاتها، كلّما استدعت المصلحة العامة ذلك، بشرط التعويض العادل والمنصف.

بل لم تكتف الدولة بضمان الحماية اللازمة للملكية الخاصّة، فنجدها من خلال النصوص القانونية الجديدة قد كرّست كثيرًا من الجهد من أجل ترقية الاستثمار، خاصّة في مجال توفير وعرض المواقع العقارية الصناعية والتجارية داخل المنطقة الحضرية وخارجها، وذلك إمّا بموجب قطع الأراضي الفردية أو في إطار المنطقة الصناعية[3].

فإذا منحت الدولة للمستثمرين الأجانب على سبيل المساواة مع المواطنين الموافقة على تلبية الحاجات العقارية للمتعاملين الاقتصاديين الخواص الوطنيين والأجانب دون تمييز تكون

---

1 – هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشـــأنه، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 9.

2 – نعيمي فوزي: "إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر"، (دراسة ميدانية)، المجلـــة الجزائريـــة للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 04، 1999، ص 149.

3 – المرجع نفسه، ص 151.

قد خطت خطوة لا بأس بها في جذب الاستثمارات الأجنبية[1]، حيث تسمح معظم الدول المضيفة للاستثمارات حاليًا، للمستثمرين الأجانب – على سبيل التنافس – بإمكانية اكتساب العقارات، إذا كانت لازمة لممارسة النشاط الاستثماري، وذلك خارج عن نطاق الملكية التي يمكن اكتسابها من خلال عمليات الخوصصة، وذلك برخصة حكومية مثل ما هو معتمد في القانون البلغاري أو برخصة من وزير الشؤون الداخلية مثلما هو معتمد في القانونين البولوني والروماني أو بموجب عقود الإيجار التي تطول مدتها إلى 99 سنة[2].

أمّا في القانون الجزائري، ففي إطار التحولات الاقتصادية الكبرى التي عرفتها البلاد بموجب قانون النقد والقرض سنة 1990[3]، بما يحتويه من قواعد قانونية متعلقة بتشجيع وتسهيل عملية الاستثمار اقترحت السلطات العمومية صيغة جديدة لاستعمال الأراضي، التي تدخل في إطار الأملاك الخاصّة للدولة، وذلك بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الذي يستثمرون في مشاريع صناعية لها تأثير إيجابي على الاقتصاد الوطني[4]. حيث جاء في نصّ المادة 161 من قانون المالية لسنة 1992 ولأوّل مرّة أحكام سمحت بإمكانية شراء العقارات الصناعية لفائدة الاستثمار على أساس دفتر الأعباء مصادق عليه بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 فيفري 1992.

هذه الأحكام عوّضت بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-12[5]، وأحكام المرسوم التنفيذي رقم 94-321[6]، المتضمن الاستثمار في المناطق الخاصّة التي تحتوي على مناطق النشاط ومناطق التوسع الاقتصادي، وكذلك بموجب المادة 117 المعدلة والمكملة لقانون

1 – نعيمي فوزي، مرجع سابق، ص 151.

2 – GREGOIRE Marc Hac, Un aperçu du cadre juridique des investissements étrangers dans les pays de l'est, droit et pratique du commerce international, les faillites internationales, articles et chroniques droit français étranger et international, Paris, Vol. 20, N° 4, 1994, p. 11.

3 – قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتضمن قانون النقد والقرض، ج ر عدد 16، مؤرخة 18 أفريل 1990، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27 فيفري 2001، ج ر عدد 14، ثمّ الملغى بالأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، مؤرخة 27 أوت 2003.

4 – نعيمي فوزي، مرجع سابق، ص 153.

5 – مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، متعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، لسنة 1993، ملغى.

6 – مرسوم تنفيذي رقم 94-321، مؤرخ في 17 أكتوبر 1994، يتضمن تطبيق أحكام المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، والمتعلق بترقية الاستثمار، ويحدد شروط تعيين المناطق الخاصّة وضبط حدودها، ج ر عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1994.

المالية لسنة 1994، التي طرحت صيغة الامتياز على أن ينقلب في الأخير إلى ملكية بعد الانتهاء أي بتجسيد المشروع[1].

وبصدور الأمر رقم 01-03[2] تمّ إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تعويضًا للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ومتابعته على المستوى الوطني، وCALPI على المستوى المحلي أي على مستوى الولايات لتوحيد واختصار الإجراءات واستفادة المستثمر بذلك من العقار الصناعي بعد الحصول على نسخة من التصريح بالاستثمار من الوكالة، وتقديم طلب يوضح المساحة الضرورية للاستثمار، إذ تمنح هذه العقارات في عدّة أشكال أهمها التنازل Cession أو الإيجار Location، أو حق الامتياز Concession[3]، إذ يتم اختيار أحد هذه الأشكال من طرف اللجنة أو المستثمر نفسه.

والمستثمر الأجنبي يفضل دائمًا الحصول على العقار الذي يلزمه لمشروعه في شكل تنازل ضمانًا لاستثماره أو لملكيته[4]. دون أن يقع على عاتقه أي التزام بدفع حقوق نقل الملكية أو الرسوم الأخرى[5].

لكن رغم كلّ هذه الإجراءات الإمتيازية المقدمة من طرف السلطات العمومية، إلاّ أنها تفتقد إلى أدنى الضمانات لتحقيقها ميدانيًا، فعملية الاستثمار ما زالت تكتنفها الكثير من التعقيدات غير المؤسّسة وغير المبرّرة في كل مراحلها بداية من المشروع كفكرة إلى نهايتها كمنشأة مهيأة للانطلاق، وهو الأمر الذي يثير التخوف لدى كلّ المستثمرين وخاصّة الأجانب.

---

1 – قانون رقم 22-03، مؤرخ في 28 ديسمبر 2003، يتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج ر عدد 83، مؤرخة في 29 ديسمبر 2003.

2 – أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006.

3 – دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتياز أراضي أملاك الدولة لإنجاز الاستثمارات في المناطق الخاصّة، ج ر عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1984.

4 – نعيمي فوزي، مرجع سابق، ص 157.

5 – المادة 1/11 من الأمر رقم 01-03، مرجع سابق.

فكلّ الضمانات والامتيازات التي كرّستها الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي في مجال السماح للأجانب باكتساب العقارات لإنشاء مشاريع الاستثمار من جهة، والضمانات الممنوحة في إطار المعاملة والحماية المكرّسة في إطار مبدأ حقّ الملكية الخاصّة المضمونة، تبقى عاجزة أمام حقّ الدولة في أخذ الملكية الخاصّة، استرجاعًا لممتلكاتها، مما يضفي على الحماية الصفة التقصيرية، لذا يجدر بنا دراسة مجال الحماية المكرّسة في القوانين الجزائرية للملكية العقارية (فصل أول)، ثمّ الآليات المسخرة لضمان فعالية حماية هذه الملكية (فصل ثانٍ).

الفصل الأول

تكريس الحماية القانونية للملكية العقارية بين

حق الدولة في نزع الملكية والقيود الواردة عليه

لقد أصبحت الملكية بصفة عامة مظهرًا هامًا وجديدًا من مظاهر الألفية الجديدة، بسبب تأثيرها المباشر على توجيه حركة الشركات الاستثمارية الاقتصادية العالمية، وبالتالي على حركة رؤوس الأموال الأجنبية التي أصبحت المخرج الوحيد من الأزمات الاقتصادية التي تتخبط فيها دول العالم الثالث، لذا أصبح من الضروري على الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية العمل على تعزيز وظيفة الملكية وحمايتها لتوليد قيمتها الأساسيّة في الحاضر والمستقبل، لكن لا يتم ذلك إلاّ بضمانها والتصدي لكلّ الإجراءات التي تمس بها. فنجد الكثير من مالكي المشاريع الاستثمارية، رغم حصولهم على حقّ الملكية بموجب عقود الامتياز أو التنازل بالمفهوم السابق غير مكتفين، بل ويطالبون بوضع المالكين في مواقع القيادة والتسيير داخل مشاريع الاستثمار لتكون الإدارة والسلطة التنفيذية للشركات عرضة للمساءلة أمامهم، هذا إن لم تكن تحت سيطرتهم[1]، إلا أنه بالرغم من جعل القرار أو سلطة التسيير في يد المستثمر الأجنبي فهذا لا ينفي عنه كون ملكية المشروع الاستثماري عرضة للأخطار أو لمخاطر متعددة ذات عدّة أبعاد[2]، لأنها تؤدي أوّلاً وقبل كلّ شيء في إطار أي دولة كانت وظيفة اجتماعية مقيدة بخدمة المصلحة العامة. فالمخاطر كثيرة ومتنوعة قد تحدث بموجب واقعة قانونية أو تصرف قانوني يصدر عن الدولة أو إحدى سلطاتها[3] بعيدًا عن عقد الاستثمار بموجب قانون أو لائحة أو قرار إداري يمس بالمستثمر الأجنبي[4] بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مثل قرارات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية... أو بسبب وقائع مادية تصدر في إطار إقليم الدولة المضيفة، وتمس مباشرة بالمستثمر مثل الحروب والاضطرابات المدنية كالحرائق وأعمال العنف والشغب...

---

1 – نور الدين الشيخ عبيد، مرجع سابق، ص 17.

2 – المرجع نفسه، ص 315.

3 – النجار سعيد: سياسات الاستثمار في البلاد العربية، مؤسسة دار الهلال للطباعة والتوزيع، الكويت، 1989، ص 184.

4 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 75، 76.

وعليه، فرغم تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيًا يتمتع به الفرد بصفة عامة، سواء كان مستثمرًا أو غيره، أجنبيًا أو وطنيًا كمبدأ دولي مكرّس في التشريعات الداخلية وفي الأعراف الدولية أو الاتفاقيات الدولية، لم يقف حاجزًا أمام حق الاعتراف للدولة كمالكة أصلية في استرجاع هذه الممتلكات والقدرة على نزعها بصفة نهائية في حالات معينة وبأساليب مختلفة لدواعي الصالح العام[1]. وبالتالي يمكن القول إنّ أهم وأخطر المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية هي المخاطر غير التجارية التي تمس بالملكية [2]، فتجريد المستثمر الأجنبي من أملاكه يعدّ من أخطر الأعمال الإدارية التي تصطدم بنظام الحماية القانونية للملكية المكرّسة تطبيقًا لسيادتها، مما يدفع بنا إلى التطرق أوّلاً وقبل كلّ شيء إلى فكرة كون حق الدولة في أخذ واسترجاع المال من المستثمر الأجنبي احتمال وارد ومحمي، لأنه مبدأ مقر به على المستوى الداخلي والدولي (مبحث أوّل)، مدروس ومحدد الأبعاد، إذ لا يتم بصفة عشوائية، بل تلتزم الدولة النازعة للملكية عند مباشرة إجراءات أخذ الملكية بمجموعة من القيود لتتم العملية بصفة قانونية (مبحث ثانٍ).

1 – خيرت أحمد سعيد: "التأميم وملكية الأجانب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 19، مصر، 1993، ص 8.

2 – مصطفى عبد الله الكفيري: الإصلاح الاقتصادي والتنمية البشرية في الجمهورية العربية السورية، حسب المحافظات لعام 2002، دراسة تحليلية، منشورات اتحاد الكتاب العرب، دمشق، 2004، ص 64.

المبحث الأوّل

حق الدولة في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي

يعتبر حقّ الملكية العقارية من الحقوق الأساسية التي اهتمت به كلّ التشريعات منذ القديم، خاصّة بتنظيمه وضبط نطاقه وكيفية استعماله وحمايته ممن يتعدى عليه. وهذا الاهتمام يبرّره الارتباط الوثيق بالنظام السياسي والاقتصادي السائد في دولة ما بحق الملكية.

وفي هذا الإطار تعتبر الملكية العقارية من أهم الثروات التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي، ونظرًا لأهميتها في تحقيق النمو والازدهار، فإنّ المنازعات حولها تكثر وتتنوع، ونخص بالذكر تلك التي تنشأ في إطار الاستثمار الأجنبي، خاصّة إذا كانت الأحكام القانونية التي تضبطها غير دقيقة ومبعثرة في عدّة نصوص كما هو الحال بالنسبة للجزائر، فضلا عن التذبذب الذي عرفته التوجهات السياسية والاقتصادية للبلاد في تحولها من نظام يرتكز على الملكية الجماعية إلى نظام يضمن الملكية الفردية[1]، ويحميها من كلّ الإجراءات التي تمسّها وخاصّة تلك التي يقصد منها أخذ ملكية المستثمر وحرمانه منها.

حيث يعتبر أسلوب نزع الملكية الخاصّة لصالح المنفعة العامة مفهومًا قديم النشأة، أخذ يتطور عبر العصور على أنه إجراء عرفته كافة الأنظمة بصرف النظر عن العقائد والإيديولوجيات السائدة اشتراكية كانت أو رأسمالية[2]. ورغم أنّ النظام الاشتراكي من حيث التطبيق كان يفضل اللجوء إلى التأميم أكثر منه إلى نزع الملكية لسرعة الإجراءات عند كسب المال لصالح الدولة بأسلوب التأميم ولقلّة النفقات أولاً، ولكون نزع الملكية إجراءً يخضع لأحكام استثنائية محضة تحرص على إبراز قدسية الملكية الخاصّة عند الحرص على تعويض المنزوع ملكيته وعند إخضاع الإجراء للرقابة، ثانيًا.

---

1 – زروقي ليلى، حمدي باشا عمر: المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000،ص 11.

– كما تجدر الإشارة هنا إلى أنّ التحول السريع للنظام الاقتصادي من اشتراكي إلى ليبرالي رأسمالي لم يتبعه تعديل وإصلاح سريع للمنظومة القانونية لتتماشى والوضعية الجديدة للملكية، مما أدّى إلى خلق عدّة تناقضات على مستوى التشريع.

2 – العربي منور: مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 93.

فرغم تبني مبدأ قدسية الملكية الخاصّة وحمايتها على مستوى التشريع الداخلي حماية للملكية الفردية الخاصّة بالوطنيين والأجانب معًا، وعلى مستوى القوانين الدولية والاتفاقية حماية للملكية الخاصّة للأجانب وفق مبدأ المساواة والمعاملة بالمثل، فإنّ هذه الحماية نسبية إن لم نقل عاجزة أمام حق الدولة في أخذ الملكية، خاصّة وأنّ الدول النامية أصبحت واعية بأن سيادتها لن تكتمل إلا بعد الحصول على استقلالها الاقتصادي، وأنّ السيادة الحقيقية مرتبطة بالملكية الوطنية للإقليم بمفهومه الكامل[1].

ومن أجل فرض سيادتها الاقتصادية وحقها في الرقابة على النشاط الاقتصادي، أي على الاستثمارات وتوجيهها لخدمة أهدافها ومصالحها الاقتصادية بصفة كاملة وشاملة، نجد معظم القوانين الداخلية والدولية والاتفاقية تقر مبدأ حق الدولة في نزع الملكية الخاصّة بالمستثمرين (مطلب أوّل)، حيث يتجسد هذا الحق بموجب عدّة إجراءات تهدف إلى استرجاع الملكية من يد المستثمر الأجنبي بعدّة أساليب أو صور (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل

مبدأ حق الدولة في نزع الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي

لقد أقرت معظم التشريعات على اعتبار إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حقًا مقررًا للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية مساواةً ما بين المستثمر الأجنبي والوطني الذي يتعرض في إقليم دولته لمثل هذه الإجراءات دون أن يكون في ذلك أي إجحاف بحق الأجنبي ما دام أنه يتعرض لنفس ما يتعرض له المستثمر الوطني إذا كانا في الوضعية نفسها[2].

فحتّى الأفكار الرأسمالية التقليدية القائمة على تقديس الملكية الخاصّة باعتبارها حقًا طبيعيًا لم تتصدَّ للاعتراف بحق الدولة في نزع الملكية بصفة نهائية للصالح العام تحقيقًا للمنفعة العامة تكريسًا لسيادتها الدائمة مقابل تعويض[3].

---

1 – خيرت أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 8.

– العربي منور، مرجع سابق، ص 93 وما بعدها.

2 – أعمر يحياوي: الوجيز في الأموال الخاصّة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص ص 68، 69.

3 – خيرت أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 8.

ويعتبر إجراء نزع الملكية إجراءً تعسفيًا جزافيًا انفراديًا من طرف السلطة العامة للدولة المالكة المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحيث تقوم بنزع الملكية واسترجاعها وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها رغم كلّ هذا التطور الذي عرفه قانون الاستثمار في مجال المعاملة والحماية والضمانات على كلّ المستويات تحفيزًا للاستثمارات الأجنبية، بحيث يبقى للمستثمر المنزوعة ملكيته حق إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار الذي يقضي بأخذ الملكية لأنه يدخل في صميم مظاهر السيادة[1].

فحقّ الدولة في نزع الملكية مبدأ معترف به في القوانين الداخلية (فرع أول)، وفي القوانين الاتفاقية (فرع ثانٍ) ثم في القوانين الدولية (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

إقرار المبدأ في القوانين الداخلية

لقد توالت إرادة المشرّع الجزائري في مختلف النصوص القانونية الجزائرية على موقف واحد في مجال نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة، حيث كرّس مبدأ حق الملكية الخاصّة وحمايتها في كلّ من الدستور والتشريع، فالقاعدة العامة أنّ الملكية الفردية محترمة ومعترف بها دستوريًا. وبالتالي لا يجوز حرمان أصحابها منها، أما الاستثناء فيتمثّل في حالات خاصّة تجبر الإدارة على الخروج عن القاعدة العامة للمنفعة العامة وفق شروط تحددها النصوص القانونية فتسمح للإدارة بموجب قرارات إدارية أو غيرها أخذ الملكية، فحق الملكية بهذه الصورة يصبح حقًا نسبيًا يحرم منه صاحبه إما جزئيًا أو كليًا حسب متطلبات الحالة.

وقد تمّ إقرار مبدأ حقّ الدولة في نزع الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي في كلّ من الدستور (أولاً)، والتشريع (ثانيًا).

أوّلاً – إقرار المبدأ في الدستور:

يعتبر مبدأ حق الملكية الخاصّة ومبدأ حق الدولة في استرجاع الملكية الخاصّة من المبادئ المعتمدة في القوانين العربية، ومنها القانون الجزائري والمستمدة من أحكام ومبادئ الشريعة

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 67.

الإسلامية، التي أقامت التوازن بين الحقوق الذاتية للأفراد والحقوق العامة للجماعة، إلاّ أنه لما كانت إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض قيدًا خطيرًا على حريتهم في التملك للأموال العقارية وتجاوزًا صارخًا على الحقوق العينية الأخرى نصت معظم الدساتير على هذين المبدأين، فأصبحت الملكية الخاصّة محمية ومكرّسة خدمة للمصلحة الخاصّة، مقابل السماح للدولة بالحق في استرجاعها خدمة للمصلحة العامة، ويكون بذلك الدافع الأساسي للموازاة بين المبدأين المتناقضين هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصّة[1]. بل ولا يجوز النظر إلى هذين الاعتبارين أو المبدأين على أنهما متعارضين، لأنّ الزمن الذي تتدخل فيه الدولة لاسترجاع ممتلكاتها بالحدّ من الحق الفردي يرتكز على مبرّرات قوية أهمها المصلحة العامة[2].

وقد نصّت المادة 17 من دستور 1976 الذي صدر بموجب الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 على ما يلي: « ***لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون ويترتب عنه أداء تعويض منصف*** »[3].

فحق الدولة في نزع الملكية من خلال هذا النصّ واضح وصريح لكنه مشروط، فالدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي تحتفظ بحقها في استرجاع ملكية الاستثمارات الأجنبية، ما دامت تحترم وتستجيب للشروط المنصوص عليها، وهي أن تتم عملية النزع في حدود القانون من جهة، ومقابل تعويض منصف من جهة ثانية، حيث تتم عملية نزع الملكية في الحدود المسطرة من القانون باحترام الإجراءات القانونية اللازمة لنزع الملكية، والتي تنطلق بقيام الدولة أو إحدى سلطاتها المعنية بمحاولة اقتناء هذه العقارات بكلّ الوسائل المشروعة الأخرى والتي تتمثّل في:

- محاولة اقتناء العقارات بموجب عقد بيع باعتباره أكثر الوسائل شيوعًا لاكتساب الأموال العقارية، حيث يتم فيها التفاوض على ثمن البيع.
- عرض عقارات أخرى تابعة للدولة على سبيل التبادل.
- طلب الترخيص من شخص عام آخر[4].

---

1 – منذر عبد الحسين الفضل: الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصّة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 1988، ص 195.

2 – شاكر ناصر حيدر: الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة أسعد، بغداد، 1971، ص 102.

3 – أمر رقم 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94 لسنة 1976.

4 – أعمر يحياوي، مرجع سابق، ص 69.

وما دام نزع الملكية من أخطر الأعمال الإدارية التي تمس بالملكية لحرمانها المالك من عقاره جبرًا يشترط أن لا يتبع المسار الجبري للحصول على العقار، إلاّ بعد استنفاذ كلّ الطرق الفردية الودية والرضائية وتحقيقها لنتائج سلبية[1]، هذا من جهة.

أما المقصود بالنزع في حدود القانون من جهة ثانية، فهو احترام الجانب الإجرائي العملي لنزع الملكية[2]، والمتمثل في التصريح بالمنفعة العمومية، التصريح والتحديد الدقيق للأملاك المراد نزعها، التحقيق الجزئي، توفير الاعتمادات المالية اللازمة للتعويض... وغيرها[3]. بل وقد نصّ المؤسس في الفقرة الثانية من المادة 17 السابقة على أنه « ***لا يجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أي اتفاقية دولية*** » ليمنع أي محاولة من طرف المستثمر الأجنبي أو دولته لطلب إبرام اتفاقيات دولية لحماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية تهدف إلى معارضة أو منع الدولة المضيفة للاستثمارات بصفة مطلقة من استرجاع ملكية المشاريع الاستثمارية مهما كانت الظروف الملّحة لذلك[4].

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

كما جاءت الأحكام نفسها في دستور 1989[5] ودستور 1996[6]، بموجب نص نفس المادة 20 والتي تقضي بأنه: « ***لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف*** ». ويدخل هنا عنصر جديد يتعلق بالتعويض الذي يتحصل

1 – أعمر يحياوي، مرجع سابق، ص 69.

2 – وعلي جمال: "تزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، تلمسان، العدد 2، 2005، ص 65.

3 – أحمد رحماني: "تزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، مجلّة إدارة، العدد 2، 1994، ص ص 18، 40.

4 – وقد قضت هيئة التحكيم في قضية الكويت ضد شركة "إمانويل" بتاريخ 1982/3/24 بأن بنود العقد، التي تقضي بمنع التأميم لعناصر الشركة هي اعتداء صارخ على مبدأ دولي هو حق الدولة في التأميم، ولا يؤخذ عنه إلاّ حق المستثمر الأجنبي في طلب التعويض المناسب من الدولة المضيفة، نقلاً عن: قادري عبد العزيز: "دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة"، مجلة إدارة، المجلد 7، العدد الأوّل، الجزائر، 1997، ص 63.

5 – مرسوم رئاسي رقم 89–18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر نصّ تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر عدد 09، مؤرخة في 01 مارس 1989.

6 – مرسوم رئاسي رقم 96–438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج ر عدد 76، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

عليه المستثمر الأجنبي والذي يجدر أن يكون مناسبًا لجبر الضرر الذي أصابه، حيث فصّل المشرّع نوعًا ما في شروط التعويض أو في أوصافه، إذ يجب أن يكون قبليًا وعادلا ومنصفًا.

كما تجدر الإشارة هنا إلى كون مبدأ حق الدولة في نزع الملكية مكرّس في كلّ الدساتير ومن بينها نذكر الدستور العراقي في المادة 16/ب وجـــ التي نصّت على أنه:

م 16/ب: « ***الملكية الخاصّة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الاقتصادي العام*** ».

م 16/جـــ: « ***لا تنزع الملكية الخاصّة إلّا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون*** ».

كما نصّت المادة 29 من الدستور المصري لسنة 1971 على نفس الأحكام وأقرّت بنفس المبدأ حيث جاء فيها: «***تخضع الملكية لرقابة الشعب وتحميها الدولة...*** » وأضافت المادة 34 ما يلي: « ***الملكية الخاصّة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلّا في الأحوال المبيّنة في القانون وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلّا للمنفعة العامة ومقابل تعويض...*** »[1]. ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ حرية التملك من المبادئ الدستورية الأساسية التي تعترف بها معظم الأنظمة الاقتصادية في العالم وتحميها بصفة عامة لكن بتحفظ، لأنّها تسمح للدولة ولجماعاتها المحلية بالحق في استرجاعها واستملاكها في سبيل تحقيق المصلحة العامة مقابل تعويض.

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

الأصل في هذه الحالة أنّ المبدأ الذي تقرّه الدساتير مفاده حماية المالك بصفة عامة، والمستثمر الأجنبي باعتباره مالكًا للمشروع الاستثماري بصفة خاصّة، أو أي مالك آخر من إجراءات نزع الملكية التعسفية والتحكّميّة وليس حرمان الدولة من ممارسة حقها السيادي أي حقها في نزع أو تأميم الملكية[2].

1 – منذر عبد الحسين الفضل، مرجع سابق، ص 195.

2 – V. BELHIMER A., La dette Extérieure de l'Algérie, Edition Casbah, Alger, 1998, p. 271.

والتعسف المقصود هنا يشمل عدّة جوانب، أهمها التعسف في مباشرة إجراءات نزع الملكية في غير الحدود القانونية، أو في نزع الملكية دون التقدير الفعلي للمنفعة العامة أو التعسف في تقدير التعويض من حيث القيمة والفعالية والإنصاف.

وبالتالي فالحماية المضمونة والمقررة تكون في عدم نزع الملكية في الحالات التي لا تقتضيها المصلحة العامة أو في حسن تقدير التعويض ودفعه في الآجال القانونية بصفة حالة ومنصفة متى توافرت المنفعة العامة.

ثانيًا – إقرار المبدأ في التشريع:

أمام دسترة حماية حق الملكية الخاصّة وإقرار حق الدولة في نزع الملكية لدواعي المصلحة العامة تدخل المشرّع بمجموعة من النصوص التشريعية لإدخال المبدأ إلى ميدان التطبيق، وذلك بموجب مراسيم تنفيذية وتشريعية وأوامر تتعلق بالملكية[1]، أو في القوانين المتعلقة مباشرة بمسائل نزع الملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي كقانون الاستثمار.

وفي هذا الصدد أصدر المشرّع الجزائري الأمر رقم 66-284 المؤرخ 1966/9/15 الذي ينص في المادة 8 منه على أنه: « ***لا يمكن إقرار تدبير استرجاع الدولة لممتلكاتها إلّا بنصّ ذي صفة تشريعية مقابل دفع تعويض*** »[2].

فيكون بالتالي للدولة الحقّ في نزع الملكية الخاصّة للمستثمرين استرجاعًا لممتلكاتها بموجب نصّ تشريعي، لتتم العملية في إطار مشروع يضمن الحماية الفعّالة للمستثمر الأجنبي وحصوله على تعويض عادل ومناسب وقابل للتحويل إلى الخارج[3].

كما جاء في نصّ المادة 677 من التقنين المدني الجزائري ما يلي: « ... ***للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة...*** »[4].

---

1 – قدوج بشير: النظام القانوني للملكية العقارية، من خلال النصوص الصادرة منذ سنة 1962 إلى 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 7.

2 – أمر رقم 66-284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج ر عدد 80، مؤرخة في 17 سبتمبر 1966.

3 – هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية،مؤسسات الشباب العربية الجامعية، مصر،1988،ص ص 45،47.

4 – أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

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

وعليه فحق الدولة في نزع الملكية يكون بذلك في إطار التشريعات صريحًا وواضحًا ومشروعًا ومؤكدًا عليه في القواعد العامة، لكنّه مقيد بشروط يحددها القانون.

والقانون المقصود هنا هو القانون المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة رقم 91-11 الصادر بتاريخ 27 أفريل 1991[1]، الذي نص في المادة 2 منه على أنه: « ***يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلّا إذا أدى انتهاج كلّ الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية*** ».

فإلى جانب النصوص القانونية التي تخاطب أصحاب الملكية العقارية بصفة عامة أجانب أو وطنيين، وردت نصوص أخرى تخاطب الملاك المستثمرين بأحكام مشابهة لهذه التي تقرّ بحق الملكية الخاصّة من جهة، وحق الدولة المضيفة للمستثمرين في نزع الملكية الخاصّة للمستثمرين من جهة أخرى، وهي قوانين الاستثمار، حيث نصت المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، على أنه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به*** »[2] فتصبح الأملاك العقارية للمستثمر الأجنبي قابلة للنزع وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع، أي في القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية.

وقد استبدلت أحكام هذه المادة بموجب أحكام المادة 16 من الأمر رقم 01-03 التي تقضي بأنه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلّا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به*** »[3].

---

1 – قانون رقم 91-11، مؤرخ في 21 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، لسنة 1991، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج ر عدد 85، مؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

2 – مرسوم تشريعي رقم 93-12، مرجع سابق.

3 – أمر رقم 01-03، مرجع سابق.

من خلال النصين نلاحظ تردد المشرّع الجزائري في الأسلوب الذي يتبناه كطريقة لأخذ الملكية ما بين التسخير في القانون القديم، ثمّ المصادرة الإدارية في قانون الاستثمار الجديد، ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في القانون رقم 91-11 أوّلاً، ويتردد في التفصيل في المسائل التفصيلية إذ يحيل المعنيين بالأمر في كلّ نصّ لأحكام القوانين المعمول بها أي إلى التنظيم ثانيًا.

لكن تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد استعمل الحيلة بتفادي التفصيل في هذه المسائل الحساسة واكتفائه بالإحالة إلى نصوص التشريع المعمول به، ليداري رغبته الصارخة في احتفاظه بحقه في استرداد هذه الملكية، كلما استدعت ذلك المصلحة العامة هذا من جهة، ولعدم تخليه بصفة مطلقة عن فكرة ارتباط سيادته الإقليمية والاقتصادية بحقوقه في التأميم ونزع الملكية والمصادر من جهة أخرى.

كما أنّه بمجرد التمعن في النصوص القانونية خاصّة الفرنسية وترجمتها إلى العربية، نكتشف أنّ المشرّع الجزائري إضافة إلى ما سبق، قد ارتكب خطأ في نقل النصّ المذكور بالفرنسية، إن لم يكن خطأ في فهم المصطلحات والتمييز بينها فهو خطأ في الترجمة، حين استعمل مصطلح الاستيلاء Réquisition المنصوص عليه في التقنين المدني، بحيث إنّه في المرسوم التشريعي رقم 93-12 قيد حق الدولة في نزع الملكية وفقًا لأحكام القانون المدني، لكن في مضمون هذا الأخير نجده ينص على التسخير وهو مصطلح مختلف كلّ الاختلاف عن الاستيلاء، لا من حيث الموضوع، أي معنى المصطلح، ولا من حيث الطبيعة والإجراءات والآثار.

ويرتكب الخطأ نفسه الذي علّه حاول تصحيحه في الأمر رقم 01-03 بتغيير وسيلة أخذ الملكية وتعويضها بالمصادرة الإدارية، وهو خطأ ثانٍ، إذ لا علاقة بين ما ذكر من إجراء في القانون المدني وما ذكر في قانون الاستثمار الجديد.

كما أنه لا معنى لمصطلح المصادرة إذا ما قارنّاه بمصطلح Réquisition المنصوص عليه بالنص الفرنسي، فالمصطلحان لا يشكلان مرادفين، لأنّ المصادرة بالفرنسية هي "Confiscation" وهي إجراء إداري تصدره السلطة العامة في شكل حكم قضائي أو عقوبة إدارية.

ويمكن استنتاج مما سبق، أنّ المشرّع الجزائري المتردد في وسيلة نزع الملكية التي تستعملها السلطات العامة المعنية لاسترجاع الممتلكات الضرورية لخدمة المصلحة العامة، لم يتردد في إبقاء حق الدولة في نزع الملكية في كلّ النصوص القانونية، لكنه يبحث عن الوسيلة التي تحدث نفس النتائج دون أن يكون لها أثر وتأثير في النظام القانوني لحماية الملكية العقارية، سواء بإضعافه أو الإنقاص من قيمته القانونية، وهذا ما جعله يلغي أيضا من كل إجراءاته التأميم ويتراجع عنه.

الفرع الثاني

إقرار المبدأ في إطار الاتفاقيات الدولية

أدى تطور العلاقات الاقتصادية الدولية إلى زيادة مرونة التعاملات الاتفاقية بين الدول، وإلى تبني الاتفاقيات الدولية التي تتضمن حماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية لما لها من قوة في مجال الالتزامات على المستوى الدولي[1].

فبعد أن تقبلت الدولة الجزائرية فكرة ضمان الاستثمارات الأجنبية بحماية الملكية العقارية واقتناعها بأن هذه الأخيرة عنصر هام من العناصر التي يطالب المستثمر الأجنبي بحمايتها تقبّلت حتّى الأفكار المسايرة لها من تفتّحها على العلاقات التجاريّة الدوليّة وخاصّة في الإطار الاتفاقي. حيث إنّه إلى جانب إدراج الحماية القانونية للملكية العقارية في القوانين الداخلية، ثمّ إدراجها في الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي أبرمتها الجزائر مع الدول التي تربطها مع رعاياها عقود استثمار أجنبية لتحديد حالة الأشخاص الأجنبية ومراكزهم القانونية أو لتحديد آليات معاملة وضمان استثماراتهم[2]، بتحديد الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها كلّ من الطرفين مع القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم في حالة اللجوء إلى التحكيم وآلياته[3].

إنّ إقرار المشرّع الجزائري لحق الملكية الخاصّة وحمايتها مع إبقاء حق الدولة المضيفة له في استرجاع هذه الملكية لدواعي الصالح العام في القوانين الداخلية قد اعتمد

1 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 28.

2 – PRESWERK (R). La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, Editions Polygraphiques, Zurich, 1963, pp. 100 - 155.

3 – VOISIN-FRADIN, Gabriel: Droit international des investissements étrangers en Afrique de l'ouest dans les conventions bilatérales d'investissements, DEA en Droit économiques internationales et communautaires, Université Paris X, 1998 - 1999, p. 12.

الفكرة نفسها في إطار القوانين الاتفاقية، بل وأكثر تفصيلاً في إطار هذه الأخيرة، بحيث نجد كلّ الاتفاقيات الدولية تقرّ بحق الملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب وإلزامية حمايتها على إقليم الدولة المضيفة لهم دون حرمان هذه الأخيرة من حقها في نزع ملكياتهم في حالات خاصّة، تكون فيها المصلحة العامة مغلّبة على المصلحة الخاصّة للمستثمرين مقابل تعويض.

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

فالاتفاقيات الدولية في هذه الحالة تعزز مكانة نظام الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية وتكملّها[1]، وذلك بسبب المركز القانوني أو القيمة القانونية التي تتمتع بها الاتفاقيات الدولية بالمقارنة مع التشريع الداخلي، الذي هو عرضة للتعديلات والإصلاحات في أي وقت لعدم استقرار القاعدة القانونية الداخلية بصفة مطلقة في التشريعات الداخلية[2].

ولارتقاء القاعدة القانونية الاتفاقية لدرجة القاعدة القانونية الوطنية من تاريخ المصادقة على الاتفاقية الدولية التي تتضمنها ودخولها حيّز النفاذ، بل ولأنها تسمو عليها في حالة وجود اختلافات أو تناقضات فيما بينها[3].

وعليه يصبح إقرار مبدأ حق الدولة في أخذ الملكية العقارية في إطار حدود القانون بشرط المصلحة العامة في الاتفاقيات الدولية، شرطًا يضع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي بما فيهم المستثمر الأجنبي باعتباره صاحب المشروع، والدولة المصدرة للاستثمار باعتبارها

---

1 – تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أنّ الاتفاقيات الدولية العامة والخاصّة مصدر من مصادر القانون.

2 – براق محمد: "بورصة الجزائر والشروط الأساسية لنجاحها"، مجلة إدارة، العدد 21، المجلد 11، 2001، ص 100.
- SADOUDI Ahmed : Les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie, RARI, N° 25, 1994, p. 42.

3 – تنص المادة 132 من دستور 1996 على أنّ: « ***المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون*** ».

دولة المستثمر وطرفًا في الاتفاقية الدولية، والدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي باعتبارها المالكة الأصلية للملكية، أمام وضعية قانونية مشروعة على المستوى الدولي.

لأنّ الحماية المضمونة للملكية التي وردت في الاتفاقيات الدولية، والتي صادقت عليها الجزائر تجسّد اعترافها بضمان حماية الملكية الخاصّة للمستثمر الأجنبي على كلّ المستويات[1]، دون أن تحرم الدولة من حقها في نزع الملكية بكلّ صورها، فهي تضمن فقط الحماية الكافية من الإجراءات التعسفية عند النزع[2].

ممّا سبق، نرى أنّ إدراج مثل هذه الأحكام والمبادئ[3] في بنود الاتفاقيات الدولية لا يمنع الجزائر كدولة مضيفة للاستثمارات الأجنبية باعتبارها المالكة الأصلية، من نزع الملكية العقارية للمشروع الاستثماري، وكلّ الحقوق الأخرى التابعة لهذا الاستثمار، وبالتالي لا يضيف الأمر شيئًا للحماية المدرجة في القوانين الداخلية ما دام أنه لا توجد أية قوة أو إلزام يقع على عاتقها يمنعها من ممارسة حقوقها السيادية، إلاّ في مجال حماية المستثمر الأجنبي الذي يتعرض لمثل هذه الإجراءات، إذا كانت تعسفية لضمان حقه في التعويض المناسب.

إلاّ أنّ الموقف مختلف في نظر المستثمر الأجنبي الذي يطالب بنظام الحماية الاتفاقية لتكملة وتعزيز الحماية الداخلية، رغم إدراج الأحكام نفسها في حالات كثيرة دون إضافات[4]، لأنّ أساس المطلب ليس للزيادة في عناصر الضمان، بل للزيادة في آليات الضمان من جهة، ولسبب الثقة التي يحسّ بها تجاه الاتفاقيات الدولية التي تبرمها دولته مع الدولة التي تستضيفه باعتبارها مصدرًا للالتزام الدولي، وخصوصًا عندما تكون الدولة المضيفة دولة كالجزائر، تقرّ بأولوية قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي من جهة أخرى.

---

1 – يرجع تاريخ ظهور أوّل اتفاقية في هذا المجال إلى نهاية الخمسينيات، حيث أبرمت اتفاقية بين ألمانيا الاتحادية وباكستان في 1959.

– عليوش قربوع كمال: قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص 91، 92.

- SALEM Mahmoud : Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, JDI, N° 3, 1986, p. 582.

2 – BELHIMER A., op.cit., p. 271.

3 – فالاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية، قد كرّست كلّها المبادئ والقواعد المعترف بها على المستوى الدولي.

4 – أمّا القوانين الداخلية فلا تعاب لافتقارها النصّ على الإجراءات الخاصّة بالتصدي لحماية الملكية بكلّ أشكالها أو لافتقارها دسترة مبدأ حقّ الملكية الخاصة، وحمايتها لدرجة محاولة إدراج تلك المبادئ في القوانين الاتفاقية، بل لانعدام الثقة تجاه هذه القوانين من طرف المستثمر الأجنبي الذي يحكم عليها بالتناقض عند إقرار مبدأ حق الملكية الخاصّة الذي يصطدم بحق الدولة في نزع هذه الملكية لدواعي الصالح العام.

الفرع الثالث

إقرار المبدأ في القانون الدولي

استقر كلّ من القانون والعرف الدوليين على إقرار حقّ الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية في أخذ ملكية المال الأجنبي بوصفه إجراءً يدخل في صميم اختصاصاتها الإقليمية النابعة من السيادة[1]، وهذا بالموازاة مع إقرارهم لحق كلّ فرد في التملك[2]، وعدم حرمانهم من أملاكهم بطريقة تعسفية، لأنّ حق الملكية من الحقوق التي تساهم في تحقيق الأهداف العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول[3]، وفكرة التعسف تنطبق على أسباب نزع الملكية وإجراءاتها التي تحددها القوانين الداخلية للدولة النازعة والتي لا تتناقض مع قواعد القانون الدولي. على أنّ الحدّ الأدنى لحقوق الأجانب الذي استقر عليه العرف الدولي قد وضع قيودًا متعددة على حقّ الدولة وأهمها الالتزام بعدم مخالفة أيّ التزام تعاقدي سابق وعدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز[4]، حيث تنص قواعد القانون الدولي بإجماع المواثيق الدولية على إمكانية تعرض الاستثمارات الأجنبية لإجراءات التأميم ونزع الملكية والمصادرة... شريطة احترام مبادئ القانون الدولي، وخاصّة عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي وإخضاعهم من حيث الإجراءات والشروط لنفس الأحكام وفقًا لمبدأ المساواة[5]. لكن ما هو الأساس القانوني للمبدأ الذي يقر بحق الدولة في نزع الملكية وما هي القوة الإلزامية التي يتمتع بها على الساحة الدولية؟

---

1 – شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص 102.

2 – نصّ على حق التملك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 232/41، المؤرخ في 4 ديسمبر 1986، والمادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعتمدة من الجمعية العامّة للأمم المتحدة بالقرار رقم 34–180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، والمادة 5 من الاتفاقية الدولية الخاصّة بالقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

3 – عمر سعد الله: مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص ص 143، 144.

4 – هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن، ص 14.

5 – SALEM Mahmoud, op.cit., pp 6 – 12.

انظر أيضًا: فؤاد رياض: الوسيط في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة والجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأوّل، دار النهضة العربية، مصر، 1962، ص 433.

– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 7.

أوّلاً – الأساس القانوني للمبدأ:

إنّ تبني مبدأ حق الدولة في أخذ الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي في القانون الدولي يعني اللجوء إلى ممارسة حقها في استرجاع ممتلكات الأجانب، مستثمرين كانوا أو غيرهم بموجب التأميم والمصادرة ونزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة... حسب الحالة ولدواعي الصالح العام مقابل تعويض مناسب، بشرط عدم الإخلال بمبادئ القانون الدولي المتمثلة في المساواة وعدم التمييز والذي يتخذ أساسه القانوني من المبدأ الذي تبنته الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة لأوّل مرّة في التوصية رقم 626، المؤرخة في 21 ديسمبر 1952 بعنوان "الحق في استغلال الثروات والموارد الطبيعية بكلّ حرية"، حيث اعترفت بسيادة الشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية مؤكدة أنّ الإجراءات التي تباشرها الدول لاسترجاع ممتلكاتها بالتأميم أو غيره يجب أن تؤسس على اعتبارات المصلحة العمومية والأمن والمصالح الوطنية[1]، ثمّ في اللائحة رقم 1803 التي اعتمدتها في 14 ديسمبر 1962[2]، بعنوان "السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية" التي تنصّ في الفقرة الرابعة منها على أنه:

« ***La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique… le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'état qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité au droit international*** »[3] .

نصت كذلك في التوصية رقم 3281 التي تبنتها بتاريخ 12 ديسمبر 1974، في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية على أنه:

« ***Chaque Etat a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers auquel cas, il devrait verser une indemnité***

---

1 – عيبوط محند وعلي: الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص ص 177، 178.

2 – Résolution N° 1803 (XXVII) du 14 Décembre 1962, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U. http://www.un.org/french/documents/resga.htm

3 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ هذا النصّ لم يميز بين إجراءات أخذ الملكية، حيث يخضع كلاً من التأميم والمصادرة والإجراءات الأخرى لنفس الإجراءات والقواعد القانونية، ويكتفي بتقييدها وتأسيسها على المنفعة العامة ومقابل تعويض.
عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 171.

adéquate compte tenu des ses lois et règlements et de toute circonstances qu'il juge pertinentes... »[1] .

وتكتفي هذه المادة بفرض الالتزام بأداء التعويض المناسب للمستثمر الذي يجرّد من ملكيته بعملة قابلة للتحويل تتناسب مع مقدار وقيمة الاستثمار المؤمم[2]، فما دامت تكيف إجراءات نزع الملكية بالمشروعة وأنّ كلّ صورها كالتأميم والمصادرة والتسخير تتعلق مباشرة بنقل سيادة الأملاك الاقتصادية من دولة لأخرى، فالقانون الدولي يكون بذلك قد انتقل من افتراض غير شرعي إلى افتراض شرعي[3]، حيث لا نجد في قواعد القانون الدولي قيودًا مانعة لحرية الدول في مجال أخذ ملكية الأجانب دون أن نقصد بذلك عدم حمايتها، ما دامت معظم المواثيق الدولية تعترف لها صراحة بالحرية في تنظيم نشاطاتها الاقتصادية داخل حدودها الإقليمية بالطريقة التي تراها مناسبة، وفي الزمن الذي تعتبره مناسبًا تحقيقًا للمنفعة العامة، التي تعتبر أساس الشرعية الدولية لكلّ إجراء من هذه الإجراءات[4].

فالدولة رغم انسحابها من المجال الاقتصادي تحتفظ بدورها الرقابي، لتوجيه النشاطات الاقتصادية على إقليمها من أجل ضمان تحقيق أهدافها في مختلف المجالات، لذلك تكتفي معظم المواثيق الدولية والاتفاقيات، وحتّى القوانين الداخلية بالنصّ على الشروط اللازمة لصحتها دون منعها، فشرعية[5] ومشروعية[6] هذه الإجراءات جعلتها حقًا مكرّسًا على

---

1 − Résolution N° 3281 (XXIX) , la charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le 12 Décembre 1974. http://www.un.org/french/documents/resga.htm

2 − GREGOIRE Marc-Hac, op.cit., p. 11.

3 − ZOUAÏMIA Rachid, Le régime de l'investissement international en Algérie, RASJEP, N° 3, 1991, p. 426.

4 – حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 142.

5 – تكتسب إجراءات أخذ الملكية كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية الخاصّة المنفعة العامة المعترف بها دوليًا الشرعية الدولية من خلال الشروط الواجب الالتزام بها والتي تمثّل معايير تأخذ بعين الاعتبار مصالح المستثمر الأجنبي. عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 178.

6 – طرحت مشروعية إجراءات التأميم والمصادرة عدّة اختلافات فقهية، فالذين يعارضون مشروعية هذه الإجراءات يستندون على نظرية الإثراء بلا سبب ونظرية الحقوق المكتسبة، أمّا الذين يبررون حقّ الدولة في القيام بهذه الإجراءات لأنها مشروعة، فيستندون على نظرية القرار ونظرية السيادة وكلّ ما يترتب عنها من سلطة في تنظيم النشاط الاقتصادي خدمة لأهدافها وأولوياتها في التنمية.

المستوى الداخلي في كلّ القوانين الداخلية والاتفاقية للدولة المضيفة والمصدر للاستثمار الأجنبي، وعلى المستوى الدولي بموجب قاعدة قانونية ذات طابع دولي مستقرة في القانون الدولي الوضعي[1].

ثانيًا – القوة الإلزامية للمبدأ:

لا تثار مشكلة الحماية الدولية للأموال، إلاّ إذا كانت مملوكة للأجانب، لأنّ الملكية الخاصّة للمواطنين التابعين للدولة لا تصلح أن تكون محلا للحماية المقررة في القانون الدولي العام بهذا المفهوم، فعلاقة الوطني بدولته مسألة داخلية لا شأن لها بالقانون الدولي العام، إذ يختلف الأمر لو كانت الأموال محل النزاع مملوكة للمستثمر الأجنبي، لأنّ الأصل أنّ مسألة الحماية الدولية للأموال تُطرح وتُطالب، إذا كانت الأموال تابعة للأجنبي وتنشئ مسؤولية دولية تجاه دولة هذا الأجنبي. لذلك عارضت معظم الدول المصدرة للاستثمار الأجنبي مبدأ حقّ الدولة في نزع الملكية أو تأميمها، وذلك دون النظر إلى الصورة المستعملة في ذلك مباشرة كانت أو لا، بقرار إداري أو قانون أو غيره ما دام المشكل مطروحًا حول حرمان الأجنبي من أملاكه، لأنها كيّفته بإجراء ممنوع[2]، على أساس أنه يؤدي إلى إفقار الدولة المصدر للاستثمار الأجنبي مقابل إثراء الدولة المستضيفة له، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى نتائج سلبية وآثار دولية متفاوتة الخطورة.

كما تستند على المفهوم الكلاسيكي للحق في التأميم، فتعتبره مخالفًا لقواعد القانون الدولي بناءً على فكرة "الحقوق المكتسبة" التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة المضيفة باعتبارها وسيلة لحماية الملكية الخاصّة الأجنبية[3]، لكن معارضة مبدأ حق الدولة في استرجاع ممتلكاتها من المستثمرين الأجانب لم تلقَ صدى، ولم تصمد أمام تدويل المبدأ والاعتراف به من معظم المعاهدات والمواثيق الدولية وذلك لعدّة أسباب، فالأوّل يتمثّل في أنّ

---

1 – حسن عطية الله، مرجع سابق، ص 142.

2 – يفضل استعمال مصطلح غير مشروع عن مصطلح ممنوع، لأنه لا توجد أي قاعدة دولية أو قوة دولية تمنع أو تحول دون قيام الدول بالإجراءات التي تناسبها لتسيير نشاطها وتحقيق المصلحة العامة للدولة وإن كانت غير مشروعة، فمنع الدولة لا يجد أساسه دوليًا، لذا يستعمل مصطلح غير مشروع لقيام المسؤولية الدولية للدولة.
« ***L'expropriation ou la nationalisation des biens étrangers était illicite*** ».
CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4ème édition, LGDG, Paris, 1998, p. 524.

3 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 89.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 177.

اعتماد الدول المعارضة للمبدأ على أساس احترام الحقوق المكتسبة لم يمنع هذه الدول من اللجوء إلى حقها في التأميم ونزع الملكية لما لقيه هذا الأساس من معارضة شديدة وصلت إلى حدّ التشكيك في مدى وجوده كمبدأ مستقر من مبادئ القانون الدولي[1].

أما الثاني فيرجع لكون هذا الحق مستمدًا من حق الدولة في إقليمها، واستنادًا إلى امتيازاتها وسلطاتها العامة الواسعة التي تتمتع بها في مختلف المجالات الاقتصادية السياسية والاجتماعية... بمفهوم السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، بحيث حق الدولة في التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية مشروع، ويقضي بإلزام الدولة التي تقوم بهذه الإجراءات بمراعاة أحكام الحماية المقررة للأموال الأجنبية، بمقتضى قواعد القانون الدولي، وإلاّ انعقدت مسؤوليتها الدولية[2].

أما الثالث فيبرّر حق الدولة في التأميم أو نزع الملكية والمصادرة... باعتبارها إجراءات تُتخذ بموجب القرارات مستندًا على نظرية "قرار الدولة"[3]، أي على أساس مبدأ حق الدولة في اتخاذ القرارات أو سلطتها في تبني قراراتها بكلّ حرية ودون قيود، لكن في حدود الشرعية الدولية، أي في الإطار الذي تبنيه لها القواعد القانونية الداخلية والدولية معًا[4].

أما السبب الرابع فيتمثّل في كون المستثمر الأجنبي عندما يستثمر أمواله بهدف ممارسة نشاطه الاقتصادي التجاري خارج حدود إقليم دولته على إقليم الدولة المضيفة له، إنّما يجازف ويخاطر برؤوس أمواله وعليه أن يتحمل مثله مثل المستثمر الوطني ويلتزم بمواجهة نتائج استثماره ربحًا وخسارة. وما دامت إجراءات نزع الملكية من أخطر الاحتمالات التي

---

1 – إنّ التطور الحديث للقانون الدولي لا يعترف بالمفهوم الواسع للحقوق، بحيث لم يرد هذا المبدأ في أهم القضايا المطروحة على محكمة العدل الدولية (C.I.J)، بل وقد تمّ استبعاد فكرة "الحقوق المكتسبة" في العديد من المناسبات، نظرًا للخلافات القائمة حولها بين الدول الغربية والدول النامية، فضلا عن ذلك، لا توجد أية اتفاقية استثمار تشير إلى فكرة "الحقوق المكتسبة".

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 178.

2 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 13.

3 – يترتب على نظرية قرار الدولة استبعاد حق القاضي في مناقشة قرارات نزع الملكية والتأميم والمصادرة، التي تتخذها الدولة في حدود اختصاصاتها الإقليمية.

– عبد الواحد محمد الفار: أحكام القانون الدولي للتنمية في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، مصر، د.س، ص 122.

4 – CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, Droit international économique, op.cit., p. 524.

يتوقعها المستثمر الأجنبي خسارة مقابل معدلات الربح والفوائد التي يحققها، فيجدر به الامتناع عن معارضتها والالتزام بتحمل عواقبها.

أمّا السبب الأخير في إرساء الشرعية للمبدأ والقوة الإلزامية لحق الدولة في استرجاع الممتلكات من المستثمرين الأجانب، نشأ من موقف الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، عند محاولتها الدفاع عن المبدأ، حيث كيّفت نفسها أو وضعيتها بالضحية عند استقبالها للمستثمرين الأجانب لتعرضها لعمليات الاستنزاف المفرط لثرواتها الطبيعية الباطنية وغيرها من الثروات[1]، وتعتبر استرجاعها لممتلكاتها أمرًا ضروريًا حماية لثرواتها، يمس بسيادتها الوطنية الاقتصادية، إذ لا مجال للتصدي لعمليات الاستنزاف إلاّ بموجب التأميم أو الإجراءات الأخرى المشابهة له[2].

وبالتالي تصبح مسألة أخذ الملكية التي تكون تحت سيطرة المستثمر الأجنبي مشروعة دوليًا، ولا تقضي إلاّ بإلزام الدولة المضيفة النازعة باحترام الحد الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية، أي باحترام الجانب الإجرائي للعملية بمباشرتها في الحدود القانونية المرسومة لها وبشرط تحقق المنفعة العامة ومقابل تعويض، بمقتضى قواعد القانون الدولي[3]، تحت طائلة قيام مسؤوليتها الدولية[4].

ممّا سبق، تجدر الإشارة إلى الدور التكميلي الذي تلعبه القاعدة الدولية العرفية في نظام الحماية المكرسة للملكية بصفة عامة، وخاصّة دورها في إقامة المسؤولية الدولية، حيث إنه في الحالات التي تربط الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بدول المستثمرين الأجانب اتفاقيات دولية، فالمسؤولية التي تثار مصدرها الاتفاق الدولي، أي أنّ مسؤولية الدولة النازعة للملكية

---

1 – Résolution N° 2158 (XXI) la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le 14 Décembre 1962. http://www.un.org/french/documents/resga.htm

2 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 22.

3 – يقصد بقواعد القانون الدولي كلّ القواعد المختلفة التي نجدها في الفروع المختلفة له من قواعد القانون التجاري الدولي، وقواعد القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، والتي نجدها في مصادره المختلفة من معاهدات دولية وأعراف دولية وأحكام المحاكم الدولية ومواقف الفقهاء البارزين.

– هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 369، 370.

– محمد علي إسماعيل: "طبيعة القاعدة القانونية الدولية وعلاقتها بفكرة الجزاء"، دراسة فقهية، مجلة القانون الدولي، المجلد السادس، 1980، ص 77.

4 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 13.

تكون في مواجهة الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي المجرّد من ملكيته بجنسيته، والتي أبرمت معها الدولة المضيفة اتفاقًا معيّنًا[1]، هذه الأخيرة التي تتصدى لحماية رعاياها دبلوماسيًا، خصوصًا عند محاولة ردع الدولة النازعة باللجوء إلى القضاء الدولي ومتابعتها لإقامة مسؤوليتها وجبرها على التعويض المناسب[2].

كما تقوم المسؤولية الدولية للدولة التي تقوم بتأميم المشاريع الاستثمارية أو مصادرتها، حتّى في غياب أي اتفاق دولي بين الدولة النازعة ودولة المستثمر الأجنبي الذي انتزعت ملكيته، لأنّ انتفاء وجود اتفاقيات دولية لا يعني انتفاء المسؤولية الدولية[3]، بل يستلزم على الدولة التي تباشر مثل هذه الإجراءات لاسترجاع ممتلكاتها وفق مبدأ السيادة الدولية، أن تقوم بذلك بمراعاة الأحكام المقررة في القانون الدولي والالتزام بالقيود التي يفرضها العرف الدولي، والتي تدخل فيما يسمى في فقه القانون الدولي العام بالحدّ الأدنى لحقوق الأجانب[4].

كما أكدت مبدأ حق الدولة في أخذ الملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب بعض السوابق الدولية القضائية والتحكيمية، عندما أقرّت بأنّه مشروع، وغير قابل للنقاش والمعارضة، ومن بينها لجنة التحكيم في قضية "TOPCO" التي قضت بما يلي:

« ***Le droit d'un Etat de procéder à des mesures d'expropriation ou de nationalisation n'est pas aujourd'hui contestable, il résulte du droit international coutumier, établi a la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant de droit, l'exercice de cette compétence étatique est considérée aujourd'hui comme l'expression de sa souveraineté territoriale*** »[5] .

---

1 – علي كريمي: النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية، ط 1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1990، ص 16.

2 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 13.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 13.

4 – ترى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) بأن مبدأ الشرعية الدولية لإجراءات نزع الملكية والتأميم والمصادرة يتجاوز الإحالة إلى القانون الداخلي للأطراف المعنية، بحيث يجب أن يكون مطابقًا "للحد الأدنى" المضمون في القانون الدولي.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 183.

5 – CARREAU Dominique, FLORY Thiebaut, JUIUARD Patrick, Droit international économique, 3ème édition, LGDG, Paris, 1990, p. 695.

ولم تسلم فكرة البحث عن أساس الشرعية الدولية لإجراءات نزع الملكية والتأميم من النقد، حيث عارضها الكثير بالقول أنه لا تستدعي المسألة البحث عن الأساس اللازم لإضفاء صفة الشرعية في قواعد القانون الدولي، لأن حق الدولة في استرجاع ممتلكاتها ذو طابع داخلي، يحقق آثاره القانونية داخل إقليم الدولة النازعة للملكية ويرتبط مباشرة بسيادتها الاقتصادية والسياسية[1]، ويستمد قوته الإلزامية من القوانين الداخلية. يقول الأستاذ سالم محمود بهذا الخصوص ما يلي:

« ***La nationalisation est une mesure d'ordre interne dictée bien souvent par des raisons plus politiques qu'économiques envisagé dans son principe, sa légitimité ne relève d'aucun critère international*** »[2] .

المطلب الثاني

صور إجراءات نزع ملكية المستثمر الأجنبي

تمتد اتفاقية الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والبلد المضيف للاستثمار عادة سنوات طويلة، وأثناء سريانها قد تقوم الدولة المضيفة بإنهاء الاتفاقية بإرادتها المنفردة وبالاستيلاء على المشروع الاستثماري أو تأميمه أو تسخيره أو مصادرته... وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها، مما يدفع بالمستثمر الأجنبي في بعض الحالات التي تكون فيها الإجراءات تعسفية إلى إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار، لأنه إجراء مشروع ويدخل في صميم مظاهر السيادة[3]، ومحتمل الوقوع في كلّ وقت، لأنه من المخاطر السياسية.

والمخاطر السياسية هي كلّ المخاطر غير التجارية التي يمكن للمستثمر الأجنبي التعرض لها، ومن بينها المخاطر الناتجة عن الحروب والاضطرابات السياسية التي قد تمس المشروع الاستثماري في كلّ جوانبه وخاصّة الاقتصادية، إذ يتعرض في مثل هذه الحالات لعمليات التخريب والحرق... وغيرها، أو المخاطر الأخرى الناتجة مباشرة من إجراءات تمارسها الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية أو السياسية[4]، بهدف الحرمان المباشر للمستثمر

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 182.

2 – SALEM (M), op.cit., p. 612.

3 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 67.

4 – CHEVALIER Alain, HIRCH Géorges, "Le choix de l'investissement a l'étranger", Revue française de gestion, Mai-Juin-Juillet-Août 1981, pp 16 - 17.

من أمواله. وقد كيّفت إجراءات نزع الملكية بكلّ صورها، على أنها من المخاطر السياسية غير التجارية الأكثر خطورة التي تتعرّض لها شركات الاستثمار الأجنبية[1]، في الدول المضيفة والتي يحاول أطراف عقد الاستثمار الحدّ من خطورتها، وليس منعها ما دامت من المبادئ التي يقرّ بها القانون الدولي، بل ويحاول حماية المستثمر الأجنبي منها[2].

ورغم الاختلاف الفقهي حول تحديد مفهوم المخاطر السياسية، فهناك شبه اتفاق على أنّها: « ***تغيير فجائي يمس بالاستثمار بسبب حدث سياسي*** »[3]، والأخطار السياسية هي كلّ الأحداث والإجراءات السياسية، التي تقوم بها الدولة أو سلطاتها بهدف حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره[4]، دون أن يكون بإمكانه التنبؤ بها[5] أو الاتفاق على وقت حدوثها ولا حتّى على الحصول على وسيلة معيّنة للتصدي لها أو مواجهتها لمنعها[6]، سوى فيما يخص مواجهة قرار التعويض ومدى استجابته للأوصاف القانونية للتعويض كالعدل والإنصاف.

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

---

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 165.

2 – ANAIS Agbo, La gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, Panthéon- Sorbonne, Paris, 2003 - 2004, p. 18.

3 – عبيوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 106.

4 – CHEVALIER Alain, op.cit., p. 17.

5 – « ***Le risque politique dans les affaires internationales existe quand il y'à une discontinuité dans le climat des affaires quand cette discontinuité est difficile à prévenir, quand elle a pour cause un changement politique pour constituer un risque*** ».
- HANNA (R), La nature des investissements et le risque politique, thèse de doctorat, 3ème cycle en finances des entreprises, Université de Paris I, Juin 1984, p. 9

6 – النجار سعيد، مرجع سابق، ص 184.

إنّ إجراء نزع الملكية بكل صوره هو إجراء يتصف بأنّه جزافي وانفرادي يقع من طرف السلطة المالكة تمارسه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهو من أخطر أعمال الإدارة[1]، التي تمس بالملكية الفردية الخاصّة بحرمان المالك من جزء خاص من أملاكه أو كلها جبرًا بموجب الإجراءات المألوفة والمعروفة في التشريعات الداخلية والقوانين الدولية (الفرع الأوّل)، أو بموجب الإجراءات المشابهة لها من حيث الهدف المرجو تحقيقه منها[2]، وهو تجريد المالك من ملكيته دون أن يكون للإجراء صدى في القوانين، لأنها مقنَّعة ومجهولة (الفرع الثاني)، والتي ظهرت بسبب التغيّر الجوهري في الفلسفة السياسية الاقتصادية المعاصرة.

الفرع الأوّل

الصور المألوفة لنزع الملكية

إنّ التعارض القائم ما بين فكرة السيادة وممارستها، وبين التفتح على الاستثمارات الأجنبية باعتبارها عنصرًا فعالاً لتطور الدولة وتنمية اقتصادها، أمرٌ مفروغ منه[3]، خاصّة عندما تكون إجراءات نزع الملكية واسترجاعها من أيدي المستثمرين الأجانب تدخل مباشرة في صميم السيادة. إذ يستدعي الاختيار بين مسار الاقتصاد الليبرالي واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية تنازلَ الدولة عن حقها في ممارسة سيادتها في استرجاع ممتلكاتها التي أصبحت ملكية للأجانب حماية لهم من جهة، وتشجيعًا لنفوذهم من جهة أخرى[4]، خاصّة وقد

---

1 – « ***Les risques politiques… est la survenance probable d'un événement d'ordre extra économique résultant de l'exercice légitime ou non de la souveraineté de l'état hôte ou de l'impossibilité pour cet Etat de faire respecter le droit sur son territoire et pouvant changer les perspectives de profitabilité de l'investissement de manière sensible*** ».
- BRAVI (A), La garantie des investissements français à l'étranger, thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1989, p. 19.

2 – HANNA (R), op.cit., p. 9.

3 – لا يمكن أن يكون النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية مشجعًا للاستثمار الدولي، إذا كان من جهة يفتح الباب على مصراعيه لاستقطابها وينتهي في الأخير بتأميمها ونزع ملكيتها أو مصادرتها.
ولتفادي هذا التعارض عدّلت المادة 6 من اتفاقية استثمار الأمم العربية المبرمة في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية الموقعة بدمشق في 29 أوت 1970، التي كانت تنص على حق الدول العربية في المصادرة والتأميم بهدف مسايرة التطورات الطارئة على حركة التكامل الاقتصادي العربي كما يلي: « ***تلتزم الدولة المضيفة للاستثمار بعدم التأميم أو مصادرة الاستثمارات...*** ».
– علي كريمي، مرجع سابق، ص 19.

4 – خيرت أحمد سعيد، مرجع سابق، ص 8.

أصبح قرار الاستثمار في أي دولة كانت مرهوناً بقدر الحماية التي تتعهد الدولة المضيفة بتوفيرها للمستثمر الأجنبي، بما في ذلك تلك التي تتعلق بحماية الملكية العقارية من الإجراءات التي تتخذها الدولة بهدف حرمان ملاكها منها بصفة نهائية ولدواعي الصالح العام[1].

فحماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي هي في الأصل تصدي للإجراءات التي تباشرها الدولة لحرمانه منها بالتأميم والمصادرة والتسخير والاستيلاء، ونزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة باعتبارها إجراءات معهودة في كلّ من القانون الدولي والاتفاقي، اللذين يضمنان مجموعة من الوسائل والآليات لردعها، والتي تمنح على أساس أنها جزء هام من عناصر المناخ الملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبيّة ما دام المستثمر الأجنبي سيحسّ بالأمان والحرية في ممارسة نشاطه الاستثماري، وباستبعاد التعرض لمثل هذه الإجراءات[2].

فما هي هذه الإجراءات وما هو نظامها القانوني؟

أوّلاً – التأمـــيم:

يعتبر التأميم من أخطر الإجراءات السياسية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في أقاليم الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، المكيّفة على أنها غير تجارية من الدرجة الأولى، لأنه يمس بالحقوق الأكثر أهمية والمكرّسة "Sacré" بصفة مطلقة في العالم، والتي تتمثل في "حق الإنسان في الملكية الخاصّة" بصفة عامة وفي حق المستثمر الأجنبي بصفة خاصّة[3]، لأنه ينحدر منها بصفة مباشرة.

1 – تعريفـــه:

التأميم هو الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسسة خاصّة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة، مقابل تعويض مناسب وعادل، وذلك إمّا بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال الكامل لموارد الدولة، وهو ما يسمى بالتأميم العقائدي أو الإيديولوجي، أو بمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني، وهو ما يسمى بالتأميم العلاجي أو الإصلاحي للوضعية[4].

---

1 – CHEVALIER Alain, op.cit., p. 16.

2 – TRAORE Tsagao, op.cit., p. 24.

3 – HOSNI EL–GAMAL, L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés, contre les risques non commerciaux – (Pays arabes) – thèse de doctorat, Fac. de Droit et des Sciences Economiques, Université, Paris I, 1970, p. 311.

4 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 19.

كما أنّ التأميم يتم بموجب قرارات عمدية مقصودة وقانونية مدروسة مسبقًا، تنتج عنه نتائج ذات طابع سياسي اقتصادي تمس بحقّ المستثمر الأجنبي في ملكيته بحرمانه منها[1].

وذلك دون أن يكون للمستثمر الحق في التدخل، لأنها غير قابلة للمناقشة[2] أو إعادة النظر، أو حتّى الإلغاء لأنها من أعمال السيادة، وتمس بسيادة الدولة على إقليمها، ويدخل مباشرة في اختصاصها المانع في تنظيم كلّ ميادين النشاط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي[3]، بما في ذلك الحق في الملكية[4].

فرغم شبه الإجماع الدولي حول إقرار الحق في التأميم، لا يزال الاختلاف قائمًا حول شروط صحته، حيث يتمسك أصحاب النظرية الكلاسيكية بمجموعة من الشروط اللازمة لأخذ الملكية عن طريق التأميم وأهمها شرط التعويض على أساس أنه وسيلة فعالة لجبر الضرر، واحترام القانون لإضفاء المشروعية على إجراءاته وصحتها[5].

فالتأميم يكون بذلك إجراءً سياديًا، وليس مجرّد وضع يد أو تسخير من طرف الإدارة للمشروع الاستثماري في وضعية الحرب أو بصفة مؤقتة لأهداف أمنية داخلية وخارجية، وليس أيضا نزعًا للملكية الخاصّة بدافع المصلحة العامة بمفهوم النزع، بل هو تحويل كلي وحال للملكية دون اتباع الإجراءات الطويلة المعقدة المتبعة عند اللجوء إلى إجراء نزع الملكية الخاصّة[6]، إلا أنه بالنظر إلى أسبابه وأهدافه المتمثّلة في تحقيق المنفعة العامة يصبح التأميم صورة من صور نزع الملكية، وقد عرّفه بعض الدارسين على أنه: « ***قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرًا عن طريق تشريع أو قرار إداري، وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة*** »[7].

---

1 – ZEHAF Saleh, La protection des investissements étrangers dans les pays arabes, DEA, Fac de Droit et des Sceinces Economiques, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, 1984, p. 15.

2 – يقتصر دور القاضي في الدعاوى المتعلقة بالتأميم على مناقشة صحة الإجراءات ومقدار التعويض، دون مناقشة القرار ومدى حقّ الدولة في اتخاذه، لأنه يدخل في صميم السيادة السياسية والاقتصادية وتصدره بموجب نص تشريعي.

– عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 102.

3 – شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص 102.

4 – EL-GAMAL HOSNI, op.cit., p. 312.

5 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 111.

6 – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 115.

7 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 166.

وقد انصبت معظم التعريفات الأخرى على المضمون نفسه، حيث نجد أنّ معظم الهيئات القضائية ومنها محكمة النقض المصرية قد عرّفت التأميم تقريبًا بنفس المعنى، كما يلي: « ***التأميم هو الإجراء الذي يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصّة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكًا للجماعة تحقيقًا لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة*** »[1].

وهو يشمل حرمان المالك من كلّ أمواله أو عقاراته، بحيث يمتد إلى كلّ موجودات المنشأة أو المشروع وعناصره المعنوية[2].

ويصدر بموجب قانون لما يمثله من خطورة[3] على مصالح المستثمر الاقتصادية والتجارية والمعنوية، لذلك نجده يفلت دائمًا من الرقابة القضائية ما دام أنه يدخل في إطار أعمال السيادة، عكس إجراءات نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة الذي يصدر بقرار قابل للإبطال أو الإلغاء أمام القضاء[4].

2 – استبعاد الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية للتأميم:

لقد تمّ تكريس التأميم لأوّل مرّة في التوصية رقم 626 المؤرخة في 21 ديسمبر 1952، من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة وفي اللائحة رقم 3281 لسنة 1974، واللائحة رقم 1803 لسنة 1962[5]، في إطار حق الدولة في استغلال الثروات الطبيعية مؤكدة على أنها إجراءات تؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن والمصالح الوطنية، إذ تعترف بحق الدولة في التأميم لأنه من أعمال السيادة، وهي كلّها قرارات وتوصيات تتطلب إعادة النظر فيها وإعادة صياغتها بالشكل الذي يتماشى مع النظام الاقتصادي الدولي الجديد المتطور، الذي يعيش في رحاب العولمة والتدويل على كلّ المستويات، فالظروف

---

1 – لقد كانت موجة الحملات التحررية التي عرفتها الدول النامية بعد استقلالها بهدف استرجاع سيادتها الوطنية، منصبة على التأميم لنقل ملكية المشروعات الخاصّة التي كانت تحت سيطرة الأجانب للجماعة، ومن بينها الجزائر التي انطلقت فيها حملة التأميمات بعد 1971، مصدرًا للمواقف التي تبنتها المحاكم والهيئات القضائية عند تعريفها للإجراء وتبرير مشروعيته.

2 – ينص المنشور الوزاري رقم 07، المؤرخ في 11 ماي 1994، على أنه: « ***ينطبق نزع الملكية أساسًا على العقارات التابعة للملكية الخاصة وعلى الحقوق العينية العقارية...*** ».

3 – تنص المادة 678 من الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني على أنه: « ***لا يجوز إصدار حكم التأميم إلّا بنص قانوني على أنّ الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون*** ».

4 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 176.

5 – http://www.un.org/french/documents/resga.htm

السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي صدرت فيها كلّ هذه التوصيات في فترة الستينيات والسبعينيات واكبت الثورة التحررية للدول المستعمرة وحصول معظم الدول فيها على استقلالها، حيث صدرت هذه النصوص ذات الطابع الدولي لتزيل المسؤولية الدولية لهذه الدول عند تأميمها للاستثمارات الأجنبية، دون أن تمس بحق المستثمر في الحصول على التعويض المناسب لجبر الضرر الذي لحقه.

أمّا حاليًا وقد أصبحت الاستثمارات الأجنبية العصب الأساسي لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، والحلّ الوحيد للخروج من الأزمة الاقتصادية للدول انقلبت الموازين خاصّة بتوحيد قواعد التجارة الدولية وتعزيز الاستثمارات الأجنبية بالاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية الاستثمار والتجارة، دخلت كلّ من الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية والمستوردة لها في صراع حاد، حول عناصر الحماية التي تشكّل أهم عنصر من عناصر مناخ الاستثمارات الأجنبية، وخاصّة بتقييد حقّ هذه الأخيرة في اتخاذ الإجراءات التي تمس بالملكية بكلّ جوانبها، فاستبعدت ورفضت الحق في التأميم[1]، لأنها كيّفته بأنّه مخالف لقواعد القانون الدولي الحديث، الذي تفترض معالمه المعاصرة الرجوع إلى المفهوم الكلاسيكي للحق في الملكية، وهي "الحقوق المكتسبة"[2] هذه الحقوق التي يتمتّع بها الأجانبُ المستثمرون على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، وجعله أساس الضمان الذي يمنح لحماية الملكية الخاصّة الأجنبية.

هذه الحقوق المكتسبة التي اعتمد القضاء الدولي عليها لتبرير مخالفة التأميم للقواعد العامة للقانون الدولي، ولتدعيم مبدأ حماية الملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب في العديد من القضايا التحكيمية[3]. وأهمها قضية أرامكو "ARAMCO" كما يلي:

« ... ***C'est ce qui ressort du principe du respect des droit acquis, principe qui, ainsi que la cour a eu- l'occasion de le constater a maintes reprises fait parties du droit international commun***... »[4] .

هذا الإجراء الذي أصبح جامدًا في إطار العصر الجديد الذي شهد ثورة عالمية لتدويل العقود الدولية، والذي كيّف فكرة اللجوء إلى التأميم كإخلال بالعقد الذي يبرمه المستثمر

1 – علي كريمي، مرجع سابق، ص 19.

2 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 89.

3 – EL-GAMAL HOSNI, op.cit., p. 268.

4 – Idem.

الأجنبي مع الدولة المضيفة له أي "عقد الاستثمار الدولي"، مما يفترض استبعاده لاحترام بنود العقد وشروطه لعدم قيام المسؤولية الدولية للدولة التي تخل بالتزاماتها التعاقدية[1].

كما أنّ التأميم باعتباره إجراء عرف في إطار الدول التي تتبنى مبادئ الاشتراكية لتسترجع ممتلكاتها ومشاريعها الاقتصادية لتجعل تسييرها وطنيًا، أمر مستبعد حاليًا، بل ومستحيل لأنّ الدولة الجزائرية قد تبنت قواعد السوق ومبادئ الاقتصاد الليبرالي، الأمر الذي جعلها تتراجع عن عدّة مواقف، حيث تقوم في إطار محاولتها خلق المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية توضيح موقفها وسياستها الجديدة، فيما يخص إجراءات التأميم باستبعاده والتخلي عن ممارسته كليًا، مثلها مثل كلّ دول العالم الثالث التي تنتظر من خلال هذه التضحيات الجسيمة التنافسية استقطاب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية[2].

ولا تظهر حسن نية الدول النامية في تخليها عن التأميم في إطار القواعد العامة فحسب، بل وحتّى في قوانين الاستثمار الخاصّة بوضع النظام القانوني لحماية الاستثمارات الأجنبية من كلّ الإجراءات وخصوصًا التأميم، وقد نصّ المشرّع المصري على سبيل المثال بصريح العبارة في القانون رقم 8 لسنة 1997 في المادة الثامنة منه على أنّه: « ***لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها*** »[3]، كما نصّ القانون الأثيوبي على ما يشابه ذلك فيما يلي:

« ***Nul ne peut être privé de sa propriété si ce n'est par arrêté ministériel pris dans les conditions prévues par une loi spéciale sur les expropriation et moyennant paiement d'une indemnité équitable déterminée a défaut d'accord amiable*** »[4] .

---

1 – لم تحقق فكرة ترتيب المسؤولية الدولية عند اللجوء للتأميم لسبب اعتباره إجراء يخل بالالتزامات التعاقدية الواردة في عقد الاستثمار الدولي، استنادًا إلى نظرية تدويل العقد، أي صدى في الساحة الدولية، كما لم تحقق الإجماع لا في الفقه ولا في القضاء الدوليين.

SALEM Mahmoud, op.cit., pp 613 – 614.

2 – EL-GAMAL HOSNI, op.cit., p. 268.

3 – لكن يرى الفقه المصري أنّ تنازل المشرّع المصري عن سيادة الدولة بتنازلها عن حقها في التأميم بصريح العبارة لا ينبغي أن يكون ثمنًا لتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في مصر، خاصّة وأنه صدر نص تشريعي يمنع التأميم، ويتعارض مع نصّ المادة 35 من الدستور المصري، التي تقضي باتخاذ إجراءات التأميم لاعتبارات الصالح العام، وهو ما لا يترك مجالا للتردّد للقضاء بعدم دستوريته.

صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 485.

4 – EL-GAMAL HOSNI, op.cit., p. 268 .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد تراجعًا واضحًا عن موقف الدولة وتنازلاً حقيقيًا عن حقها في أخذ ملكية المستثمرين الخاصّة، بموجب التأميم لأنه ينص على التأميم في أحكام القانون المدني، الذي صدرت أحكامه في ظل النظام الاشتراكي، حيث تنص المادة 678 على أنه « ***لا يجوز إصدار حكم التأميم إلّا بنص قانوني...*** »[1]، إلا أنّه في إطار قوانين الاستثمار الأجنبي فهو لم ينص إلاّ على التسخير في المرسوم التشريعي رقم 93-12[2] الملغى، وعن المصادرة الإدارية في الأمر رقم 01-03[3] المتعلق بتطوير الاستثمار، وقوانين الاستثمار هي قوانين خاصّة بممارسة النشاط الاستثماري الاقتصادي، فهي إذن تقيّد أحكام القانون المدني باعتبارها القواعد العامة، فيما يخص التأميم، وتستبعده على أساس قاعدة "الخاص يقيّد العام".

ثانيًا – نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة:

تتمتّع السلطات الإدارية للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي بعدّة امتيازات تمكنها من تحقيق المنفعة العامة للدولة، حيث منحها المشرّع جانبًا من هذه الامتيازات وأقر الفقه والقضاء بالجانب الآخر، إذ تملك سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصاتها، لتتمّ على أفضل وجه وبأحسن أسلوب، وهي تتمتع بحق التنفيذ المباشر في مواجهة الأفراد وأشخاص القانون الخاص مهما كانت جنسياتهم، إذ إنّها تتعامل معهم كسلطة عامة لها امتياز الاستيلاء المؤقت على العقارات، أو الاستيلاء النهائي بنزع ملكياتهم بطريقة مباشرة جبرية لدواعي الصالح العام[4].

1 – تعريف نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة:

تعتبر إجراءات نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة امتيازًا ممنوحًا للإدارة لحرمان مالك العقار من ملكه جبرًا من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض، وهو اعتداء صارخ وصريح على الملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب، السبب الذي يجعله استثناء، يجد أساسه في تحقيق المنفعة العامة[5]، وهو يرد على العقارات المادية فقط، مما يجعل العقارات

1 – أمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

2 – مرسوم تشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

3 – أمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

4 – عبد الغني بسيوني عبد الله: القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص 259.

5 – المرجع نفسه، ص 258.

الحكمية كالحقوق العينية التبعية مثل حقوق الارتفاق غير قابلة لأن تكون موضوع نزع الملكية بهذا المفهوم[1].

وقد تمّ تعريف نزع الملكية على أنه: « ***تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصّة تحقيقًا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة*** ».

عرّفته أيضا محكمة النقض المصرية على أنه: « ***حرمان مالك العقار من ملكه جبرًا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويضه عما ناله من الضرر بسبب هذا الحرمان...*** »[2].

فنزع الملكية إجراء يهدف إلى تمليك الدولة بموجب قرار إداري لدواعي الصالح العام، أي لإنشاء المرافق العامة كالمدارس والمستشفيات أو الطرق أو... فيمنع القانون عليها اللجوء لمثل هذه الإجراءات بهدف المضاربة أو لمنع إنجاز مشروع معيّن أو إتمامه من طرف المستثمر الأجنبي[3]، فلا يكون نزع الملكية بهذا المفهوم ممكنًا، إلا إذا جاء تنفيذًا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التهيئة العمرانية والتخطيط، وإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت للأعمال الكبرى ذات المنفعة العمومية[4].

وهو إجراء يدخل في الاختصاصات الإقليمية التي تمارسها الدولة على ملكيات الأجانب والوطنيين على حدّ سواء[5]. وتلتزم الإدارة النازعة للملكية مقابل ذلك بأداء تعويض في كلّ الحالات[6].

وقد نصّ الدستور الجزائري على إجراءات نزع الملكية ونظمها القانون[7]، لتمكين الإدارة من اللجوء إليها بصفة استثنائية لتلبية احتياجات المرافق العامة، وذلك بموجب القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة تكريسًا

---

1 – سعد محمد خليل: نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1993، ص ص 88، 89.

– عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 559.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 173.

3 – كروغلي مقداد، "نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص 34.

4 – المادة 2/2 من القانون رقم 91-11، مرجع سابق.

5 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 21.

6 – عبد الباقي نعمة الله، مرجع سابق، ص 178.

7 – Examen de la politique de l'investissement en Algérie, conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Nations Unies, New York, Genève, 2004, p. 32.

للمبادئ التي تبناها دستور 1989 في المادتين 20 و49 منه، ودستور 1996 في المادتين 20 و52، وقد جاء بأحكام تضمن حماية أشمل للأفراد وممتلكاتهم، بتقييد سلطة الإدارة في استعمال الطرق الجبرية لإرغامهم على التنازل عن ممتلكاتهم خارج نطاق المنفعة العامة، بمفهومها الضيق والتقليدي طبقًا لمبادئ النظرية الليبرالية بموجب مجموعة من الإجراءات، التي نصّ عليها القانون تحت طائلة البطلان[1].

حيث أضفى المشرّع الجزائري على إجراءات نزع الملكية الطابع الاستعجالي بإخراجها من القواعد العامّة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لضمان حسن سير المرافق العامة وعدم عرقلة عمل الإدارة النازعة للملكية، ما دام الدافع لهذه الإجراءات هو تحقيق المنفعة العامة، إلاّ أنه ولضمان احترام هذه الإجراءات أخضعها للرقابة القضائية في كلّ مراحلها، وإلا تعرضت للإبطال مقابل قيام مسؤوليتها في التعويض، لأن المشرّع الجزائري قد منح القاضي سلطات واسعة يمكنه استعمالها لفرض سيادة القانون حماية للملكية الخاصّة المحمية دستوريًا[2].

وقد نصت المادة 677 من القانون المدني على أنّ: « ... ***للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل*** »[3]. لذا لا تستطيع السلطات الإدارية المختصة اللجوء إلى نزع الملكية الخاصّة في غير الشروط القانونية التي تفرضها القوانين وأهمها إلزامية اللجوء إلى اقتناء الأملاك بالطرق الرضائية أو الودية قبل اللجوء إلى الطرق الجبرية[4]، أي على الإدارة محاولة الحصول على المال بالطرق العادية، مثل محاولة الحصول على المال بموجب عقد البيع أو الإيجار[5]، أو عن طريق عرض عقار آخر مشابه له على سبيل التبادل[6]، وذلك

---

1 – زروقي ليلى: "دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية"، مجلة مجلس الدولة، عدد 3، 2003، ص 13.

2 – زروقي ليلى، المرجع السابق، ص 13.

3 – الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

4 – أحمد رحماني، "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، مجلة إدارة، العدد 2، 1994، ص 8.

5 – سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص ص 228، 229.

6 – تنص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 91–454، المؤرخ في 23 نوفمبر 1991، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصّة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك على أنه: «***يتم تبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصّة بالدولة، مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص...*** »، ج ر عدد 60، المؤرخة في 24 نوفمبر 1991.

– نجد الحكم نفسه في المادة 92 من قانون رقم 90–30، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.

تحت طائلة البطلان[1]، وهو شرط جوهري يتعلق بالمسائل المرتبطة بالنظام العام، التي يمكن أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه[2]، حيث تصبح الإجراءات المتبعة للحصول على الأموال بالطرق العادية أي الرضائية هي القاعدة العامة واللجوء إلى الطرق الجبرية هي الاستثناء.

فيختلف الأوّل عن الثاني، أي التأميم عن نزع الملكية للمنفعة العامة في كون نزع الملكية يتم بموجب قرار إداري وإجراءات طويلة ومعقدة، لتكتسي الطابع القانوني ولتسير العملية في إطارها الشرعي، وهي قابلة للطعن فيها أمام القضاء، أما التأميم فهو إجراء يصدر عن السلطة العليا للدولة غير قابل للطعن فيه، لذا يفلت عن الرقابة، ومحلّه هو المشاريع الاستثمارية بالمفهوم الاقتصادي[3].

2 – إجراءات نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة:

تفرض القوانين الوطنية والدولية على الإدارة النازعة للملكية الخاصّة للمنفعة العامة احترام سلسلة من الإجراءات التي نص عليها القانون المختص تحت طائلة البطلان حماية للأشخاص الذين يتعرضون لعمليات التجريد من ممتلكاتهم، حيث يُخضع هذه الإجراءات عبر كلّ مراحلها للرقابة القضائية لتعريضها للبطلان وترتيب المسؤولية الإدارية في التعويض في حالات تجاوز هذه الإجراءات أو التعسف فيها، بل ولا يسمح بوضع اليد على الأملاك المراد نزعها حتّى في حالة الضرورة، إلاّ بإذن من القاضي، وتمر هذه الإجراءات بما يلي[4]:

أ – الإعلان عن المنفعة العامة: وتتم في إجراءين فرعيين:

1 – تحقيق المنفعة العامة: حيث يُفتح التحقيق للتأكّد من تحقق المنفعة العامة بقرار من الوالي المختص إقليميًا، يعين في الوقت نفسه لجنة التحقيق مشكّلة من أعضاء يختارون

---

1 – أحمد رحماني، مرجع سابق، ص 8.

2 – انظر المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 93–186، المؤرخ 27 جويلية 1993، المحدد لكيفيات تطبيق قانون رقم 91–11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر عدد 51 لسنة 1993.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 175.

4 – انظر المواد: 3 – 4 – 15 من قانون رقم 91–11، مرجع سابق. والمواد 3 – 6 – 9 – 10 – 11 من المرسوم التنفيذي رقم 93–186، مرجع سابق.

من قائمة وطنية توضع سنويًا عن طريق التنظيم بقرار من وزير الداخلية والجماعات المحلية.

– يشهر القرار في الأماكن المعتادة على مستوى البلدية ويتضمن تحت طائلة البطلان تاريخ بداية ونهاية التحقيق وبيان هدف العملية ومكان إقامة المشروع.

2 – قرار الإعلان عن المنفعة العامة: يعلن عنه بقرار وزاري مشترك (وزير الداخلية – وزير المالية) بالنسبة للأملاك الواقعة في إقليم أكثر من ولاية، أو بقرار الوالي بالنسبة للأملاك الواقعة في إقليم ولاية واحدة.

ويتضمن الإعلان تحت طائلة البطلان: هدف نزع الملكية وموقع العقار ومساحته وحصيلة الأشغال التي سيشرع فيها، مع قائمة بالنفقات التي تغطي العملية، بحيث ينشر القرار في الجريدة الرسمية، إذا كان قرارًا وزاريًا أو في مجموعة القرارات الإدارية للولاية إذا كان ولائيًا. مع تبليغه للمعني بالأمر ونشره في مقر البلدية التي يقع فيها العقار المنزوع لمدّة شهر[1].

ب – تعيين الحقوق العقارية وتشخيص أصحابها:

خلال 15 يومًا من نشر القرار المعلن عن المنفعة العمومية يعيّن الوالي، خبيرًا عقاريًا للتحقيق حول الأملاك المراد نزعها مع بيان ملاكها، وذلك بإعداد مخطط قطع الأراضي وقائمة الملاك أي أصحاب الحقوق.

جـ – تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها:

يتم ذلك استنادًا للقيمة الحقيقية للأملاك حسب طبيعتها وموقعها وقوامها، أو وجه استعمالها الفعلي من طرف هيئة مصالح أملاك الدولة.

د – صدور القرار بقابلية التنازل:

يتضمن هذا القرار بصفة نهائية قائمة العقارات المعنية بالنزع بالاستناد إلى المخطط الجزئي، وقائمة المالكين أصحاب الحقوق ومبلغ التعويض، حيث يودع مبلغ التعويض لدى خزينة الولاية في الوقت نفسه الذي يتم فيه تبليغ هذا القرار.

1 – حيث أنه في حالة تخلف أي إجراء شكلي أو إحدى البيانات الإلزامية يجوز لأصحاب المصلحة رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره.

هـ – صدور قرار نزع الملكية[1]:

تنص المادة 29 من القانون رقم 91-11 على أنه: « ***يحرّر قرار إداري لإتمام صيغة نقل الملكية...*** »[2]، حيث تتم صيغة نقل الملكية النهائية في ثلاث حالات:

- إذا حصل تراضي بين الأطراف.
- إذا حصل قبول من المالك للمبلغ المقدر للتعويض.
- إذا صدر قرار نهائي عن المجلس القضائي أو عن المحكمة العليا في حالة الاستئناف يقر بنقل الملكية.

ثالثًا – المصادرة:

تعتبر المصادرة من بين المخاطر غير التجارية التي ترمي إلى حرمان المالك من ملكيته، دون أن يكون مقابل لذلك أي تعويض[3]، لذا تحاول الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية حماية المستثمرين المعنيين، بالمصادرة بالتخفيف من حدّة آثارها لما تشكّله من عقاب عن نتائج أعمالهم.

وقد تبنى المشرّع الجزائري في قانون الاستثمار المصادرة كإجراء تلجأ إليه الدولة، فنصت المادة 16 من الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2003 على أنه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلّا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به*** »[4]، لكن ما المقصود بالمصادرة وما هي الطبيعة القانونية للمصادرة التي تبناها المشرّع الجزائري عندما أقر إلزامية التعويض عنها؟

1 – تعريف المصادرة:

تعتبر المصادرة الإجراء الذي تمارسه الدولة أو تتخذه عن طريق سلطاتها العامة، لتستولي بمقتضاه على ملكية كلّ أو بعض الأموال أو الحقوق العينية المملوكة لأحد الأشخاص، وذلك دون أداء أي مقابل[5].

---

1 – تجدر الإشارة إلى أنه تختلف إجراءات نقل الملكية في القانون الجزائري عن القانون الفرنسي، حيث في الأول تتم إجراءات نزع الملكية عبر كلّ مراحلها بقرارات إدارية، أما في الثاني فتتم نقل الملكية بموجب أمر صادر عن القاضي العادي.
– زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 26.

2 – قانون رقم 91-11، مرجع سابق.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 21.

4 – أمر رقم 01-03 المتعلق بقانون الاستثمار، مرجع سابق.

5 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 22.
– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 74، 75.

وقد عرفتها المادة 15 من قانون العقوبات، المؤرخ في 8 جوان 1966، كما يلي: « ***المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، غير أنه لا يكون قابلاً للمصادرة محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى المحكوم عليه إن كانوا يشغلونه فعلاً عند معاينة الجريمة، بشرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبًا بطريق غير مشروع، المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه، إن كانوا يشغلونه فعلاً عند معاينة الجريمة، بشرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبًا بطريق غير مشروع، المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه، وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته...*** »[1].

فالمصادرة هي إجراء تمارسه الدولة بموجب السلطة العامة في الحالات التي يتعدى فيها المستثمر، سواء كان وطنيًا أو أجنبيًا على القانون بموجب جناية، حيث يتم حرمانه من ملكيته لعقار أو منقول بصفة جبرية لإتمام العقوبة المفروضة عليه[2]، فالمصادرة تكون عقوبة تكميلية في كلّ الحالات التي يرتكب فيها صاحب المشروع جناية في المجال الجبائي أو المصرفي...تكيّف على أنها كمخالفات لقواعد القانون الاقتصادي، إذ يؤول كلّ المال المملوك له أو جزء منه وحتّى الأشياء المستعملة في تنفيذ تلك الجريمة إلى الدولة[3].

والسلطة العامة المقصودة هي السلطة الإدارية في حالة المصادرات الإدارية أو السلطة القضائية بالنسبة للمصادرات القضائية، إذ تكون في كلتا الحالتين إجراءات المصادرة مستندة إلى نصّ قانوني يخوّل هاتين السلطتين الحق في مباشرتها، وذلك في الحدود المرسومة لها قانونًا وإلاّ كانت باطلة[4]، وتكون المصادرة قضائية عندما تصدر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم المنصوص عليها قانونًا، أو عن المحاكم الإدارية لمواجهة ظروف سياسية، قد تستدعي تجريد أعضاء النظام الحاكم من أموالهم لمنعهم من استخدامها لأهداف قلب النظام، ويؤول المال للدولة بعد أن يصبح الحكم نهائيًا.

1 – أمر رقم 66–156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر عدد 49، مؤرخة 11 يونيو 1966.

2 – أعمر يحياوي، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

3 – بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 237.

4 – CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, op.cit., p. 523.

أمّا المصادرة الإدارية فهي التي تتم بموجب قرار إداري، وهي إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة، حيث تباشره الإدارة تحت سلطة القانون، أي وفق الشروط القانونية المحددة في القانون دون الحاجة إلى صدور قرار أو حكم قضائي يقضي بها[1].

وتمارسها عادة الإدارة المختصة في أعقاب الحروب والثورات، وذلك بهدف تصفية بعض الطبقات أو توقيع الجزاء على من تعاونوا مع الأعداء[2]. وهي تختلف عن التأميم في كونها إجراء يهدف إلى أخذ الملكية التابعة للمستثمر الأجنبي، ولا تتعلق بالمشروع الاستثماري باعتباره مصدرًا من مصادر الثروة الطبيعية[3].

ويسمح القانون للإدارة مصادرة كلّ الأشياء المستعملة في الجريمة مصادرة وجوبية، بينما الأموال الأخرى التي يملكها الجاني، والتي لم تستعمل في الجناية فلا تكون مصادرتها إلا بصفة جوازية[4].

وإذا كان التصرف الذي يرتكبه المستثمر الأجنبي مجرّد مخالفة أو جنحة، فلا يجوز الأمر بالمصادرة، إلا إذا كان نصّ صريح بخصوصه يقضي بذلك[5].

وقد نصت كلّ الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر على المصادرة باعتبارها من الأساليب التي تلجأ إليها الدولة لنزع الملكية، نذكر من بينها اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في نصّ المادة 1/18: « ***يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة... الخسائر المترتبة على... اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة...*** »[6].

---

1 – محمد يوسف المعداوي: مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص ص 50، 51.

2 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 22.

3 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 75.

4 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 178.
- CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, op.cit., p. 523.

5 – انظر قرار محكمة الجنايات المؤرخ في 9 نوفمبر 1983، التي قضت بما يلي: « ***لا يجوز الأمر بالمصادرة في حالة الحكم بجنحة أو مخالفة إلّا إذا نص القانون صراحة على ذلك... فإنّ القرار المتخذ خلافًا لذلك يتعرض للنقض*** »، المجلة القضائية، رقم 2، 1983.

6 – انظر المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، نقلاً عن الملحق الوارد بـ: هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1988.
– أمر رقم 72–16، مؤرخ في 7 جوان 1972، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 53، مؤرخة في 04 جويلية 1972.

2 – الطبيعة القانونية للمصادرة:

تعتبر المصادرة في معظم التشريعات الداخلية عقوبة توقع على الشخص وطنيًا كان أم أجنبيًا، الذي يمارس نشاطه الاستثماري الاقتصادي في الحالات التي يحددها القانون الذي يقضي بأن أعماله أو تصرفاته هي جريمة، وهذا يقصد به أنّ المصادرة إجراء وقائي بوليسي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة والنظام العام والآداب، أو هي بمثابة إجراء جزائي مترتب عن النظم القانونية العقابية التي تنص على أنّ المصادرة جزء من العقاب الموقع على الجريمة[1]. وهي تكميلية[2] للعقوبة الأصلية، غير قابلة للتعويض، لأنّ المستثمر الأجنبي في هذه الحالة، قد ارتكب عملاً يكيَّف في القوانين الداخلية للدولة المضيفة، أي قانون العقوبات رقم 66–156 المعدل والمتمم، على أنها جناية يدعو لعدم اعتبارها خطرًا قابلاً للحماية والضمان أو موجبًا للتعويض[3]. لذا تستوجب قواعد القانون الدولي عدم مباشرة المصادرة بصفة تحكمية غير مشروعة، وإلاّ التزمت الدولة المصدّرة للأموال بتعويض المستثمر الأجنبي لقيام مسؤوليتها الدولية[4].

وعليه يصبح انتفاء عنصر التعويض الذي يعتبر من حقوق المستثمر الأجنبي الذي يتعرض لأي إجراء يمسّ بملكيته في كلّ صور نزع الملكية السابقة، في حالة المصادرة سواءً المباشرة، أي التي تلحق بمشروع الاستثمار أو غير المباشرة، التي تمس الأموال التي استعملت لإنجاز الجريمة المعاقب عليها مؤسس على أساسين مبررين.

الأوّل يتمثّل في الطابع الجزائي الردعي للمصادرة التي تتبع المستثمر الأجنبي الجاني، سواء في المجال الضريبي أو الجمركي أو المصرفي... بمقارنتها مع الإجراءات الأخرى لنزع الملكية كالتأميم والتسخير ونزع الملكية الخاصّة التي تتخذ لدواعي الصالح العام.

والثاني في انتفاء التعويض عن مصادرة أملاك المستثمرين الأجانب الموجودة في إقليم الدولة المضيفة، على أساس انتفاء المسؤولية الدولية تجاه دولة المستثمر الأجنبي، الذي يُنتزع منه المال الذي فقد الحماية الدولية، التي تسري على الأموال الموجودة في الخارج بسبب إرادي للمستثمر الذي ارتكب الجناية[5].

---

1 – عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 115.

2 – بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 237.

3 – هشام خالد، مرجع سابق، ص 181.

4 – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

5 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 22.

وبالرجوع إلى نصّ المادة 16 من الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2003، المتعلق بتطوير الاستثمار نجد المشرّع الجزائري، قد أخذ بالمصادرة الإدارية كإجراء لنزع الملكية التابعة للمستثمر الأجنبي مقابل تعويض عادل ومنصف، ويكون بذلك قد ارتكب خطأ فادحًا ما بين تبنيه المصادرة التي تعرّف بأنها إجراء جزائي يتخذ كعقوبة للمستثمر الأجنبي، تحرمه من الحق في التعويض، وبين تبنيه التعويض كمقابل لحرمانه من ملكيته، إلا أنّه باستعمال مصطلح "إدارية" إلى جانب المصادرة جعل للإجراء طابعًا إداريًا مبرّرًا للتعويض نافيًا للطابع الجزائي، كما أنّه خطأ ناتج عن خلفيات تاريخية ومبرّرة ناتجة في الأصل عن الخلط ما بين المصطلحات المتداولة دوليًا، وعدم التمييز ما بين مفهومي التأميم والمصادرة اللذين كان يقصد بهما المعنى نفسه، رغم الاختلاف العميق بينهما[1]. هذا إلى جانب خطئه في استعمال المصطلح المقصود وهو الاستيلاء أو التسخير.

رابعًا – الاستيلاء:

تسمح التشريعات والقوانين للسلطة العامة للدولة وفي الحالات الضرورية لضمان حاجات البلاد الحصول على الأموال والخدمات الضرورية أو لضمان استمرارية المرافق العامة[2]، بطريق الاستيلاء إن لم يتسنَّ لها الحصول عليها بالطرق الرضائية، لذا يتعرض المستثمر الأجنبي مثله مثل المستثمر الوطني في كلّ مرحلة من مراحل استثماره لمخاطر الاستيلاء على مشروعه. فما هو المقصود بالاستيلاء وما هي أنواعه.

1 – تعريف الاستيلاء:

نصت المادة 676 من القانون المدني على أنّه: « ***يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون...*** »[3].

فالاستيلاء إجراء مشروع تمارسه السلطات العامة المختصة في حالات استعجالية استثنائية بصفة جبرية لضمان حاجات البلاد لضمان سير المرافق العامة، أو في حالات الحروب والفتن الأهلية وغيرها. بحيث يصبح الإجراء غير مشروع في الحالات المخالفة

1 – محمد يوسفي: "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، المجلد 12، العدد 23، 2002، ص 47.

2 – أعمر يحياوي، مرجع سابق، ص 77.

3 – أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

التي لا تكون فيها ظروف اضطرارية أو استعجالية، لأنّ المشرّع في مثل هذه الحالة يفرض على الإدارة اللجوء إلى الأسلوب الرضائي، الذي يتم بمحاولة اقتناء الأملاك عن طريق إبرام العقود كعقد البيع أو الإيجار مع الأشخاص المالكين أو بتقديم عروض لتبادل هذه الأملاك بأملاك أخرى مشابهة أو ذات نفس القيمة. وهو الشرط نفسه الموضوع للإدارة في حالة محاولة اقتناء الأموال عند اللجوء إلى نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة.

كما يمكن أن يكون هدف الاستيلاء هو الانتفاع ببعض الأموال الخاصّة لهدف المصلحة العامة[1]. مقابل تعويض لاحق تؤديه الإدارة لمالكيها. ولا يتم الاستيلاء على المحلات المعدة للسكن، ومن ثمّ فإنّ كلّ القرارات الإدارية المتضمنة الاستيلاء على المحلات السكنية التابعة للمستثمر الأجنبي تكون باطلة، لأنها مشوبة بعيب خرق القانون[2].

كما أنّ الاستيلاء هو إجراء تتخذه الجهة المختصة، وفقًا للقانون بموجب قرار إداري يهدف إلى الانتفاع بالمال المستولى عليه دون انتقال ملكيته للدولة، لأنه إجراء لا تنتقل بموجبه الملكية، بل تبقى على ذمة المستثمر الأجنبي، حتّى تنتهي المدّة المحددة للاستيلاء[3].

وهو يختلف عن باقي الإجراءات الهادفة لنزع الملكية في كونه يهدف إلى انتفاع الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بهذه الأخيرة، إذا تمّ الاستيلاء عليها لمدة مؤقتة محددة مقابل الحصول على التعويض العادل والمناسب ليرجع في الأخير لصاحبه بمجرّد نهاية المدّة[4].

2 – أنواع الاستيلاء:

تلجأ الإدارة المختصة عادة للاستيلاء في حالات محددة، بهدف الحصول على حيازة عقار خاص للأفراد أو مشروع معين للانتفاع به واستغلاله بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة، وفقًا للقانون مقابل تعويض، وهو نوعان، الأوّل هو الاستيلاء المؤقت بطريق التنفيذ المباشر على العقارات اللازمة للمنفعة العامة، حيث يتم الاستيلاء هنا بصفة مؤقتة غير دائمة، وإلاّ كيفت الإجراءات على أنها نزع للملكية الخاصّة للمنفعة العامة[5]. والاستيلاء الثاني هو الذي تلجأ إليه الإدارة في الحالات الطارئة ولظروف مستعجلة ومن بينها قطع جسر أو الترميم... وفي

1 – سماعين شامة، مرجع سابق، ص 228.

2 – القرار رقم 38213 مؤرخ في 1984/10/20، المجلة القضائية، عدد 1، 1990، ص 200.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 183.

4 – المرجع نفسه، ص 185.

5 – عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 291.

كلتا الحالتين يحصل الاستيلاء على الأملاك بمجرّد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها، دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات أخرى.

وقد أقرّ التشريع لذوي الملك المستولى عليه الحق في التعويض مقابل عدم انتفاعهم بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي عليه إلى حين دفع التعويض المستحق عن أخذ الملكية[1].

كما تلتزم الإدارة النازعة للملكية أو المسؤولة على العقار بإعادة العقار إلى الملاك بمجرّد انتهاء المدة المحددة للاستيلاء المؤقت، والتي تقدر بمدّة الغرض المستولى عليه من أجله، أو بثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي، وهنا يؤخذ بالمدة الأقل على شرط أن تلتزم الإدارة بالتعويض على كلّ تلف يصيب العقار أو نقص في قيمته عند ردّه. وفي كلّ الحالات تلتزم الجهة المختصة بالمسؤولية على العقار وإعادته إلى حالته الأولى أو بدفع تعويض عادل للمالك صاحب الحق، إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال نتيجة الاستيلاء المؤقت المتعسّف.

ويمكن للإدارة إذا استدعت الضرورة تمديد مدّة الاستيلاء لأكثر من ثلاث سنوات، لكن بموجب اتفاق يبرم مع الملاك، وإذا تعذر الاتفاق على ذلك وجب عليها اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية الخاصّة لوجود ضرورة تُكيّف على أنها مرتبطة بالمصلحة العامة. وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت إجراء الاستيلاء، وطبقًا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية[2]. أمّا عن موقف المشرّع الجزائري فقد أخذ بالاستيلاء وفقًا للحالات التي يحددها القانون، أي التي تكون فيها الضرورة متوفرة، وباتباع إجراءات شكلية تحت طائلة البطلان في إطار القواعد العامة أي القانون المدني[3]، لكنه استبعده تمامًا في القوانين الخاصّة بالاستثمار وما دام الخاص يقيد العام، تصبح الأحكام الواردة في القانون المدني حكرًا على الأفراد العاديين دون المستثمرين.

خامسًا – الحراسة:

تُعتبر الحراسة بكلّ أنواعها إجراءً خطيرًا تلجأ إليه الإدارة في حالات معينة حددها القانون، وهي ذات طابع سياسي غير تجاري، يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة

1 – عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 292.

2 – المرجع نفسه، ص 293.

3 – أمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

المضيفة للاستثمار الأجنبي لدواعي حفظ الأمن والمصالح الوطنية للبلاد لأسباب ترجع لإخلال المستثمر بالتزاماته المتعلقة بالتسيير والإدارة السليمين للمشروع الاستثماري.

1 – تعريف الحراسة:

يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يفرض الحراسة[1]، ورده بفوائده إلى من يثبت له الحقّ فيه[2] نظمها المشرّع الجزائري في القواعد العامة بموجب المواد 602 إلى 611 من القانون المدني، على أنها إيداع الشيء المتنازع فيه من طرف شخص أو عدّة أشخاص بين أيدي شخص آخر مختص في مجال إدارته، يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة أو بعد انتهاء الظرف الذي أدى إلى وضعه تحت الحراسة إلى الشخص الذي يثبت له الحقّ فيه. وتقع على المنقولات والعقارات، لذا تمس الحراسة كلّ موجودات المشروع الاستثماري المنقولة منها والعقارية، وذلك في الحالات التي تخشى فيها السلطات المختصة بتوقيع الحراسة خطرًا عاجلاً عند بقاء المال تحت يد حائزه، وتلتزم الإدارة الحارسة بردّه بعد انتهاء المدّة المقررة للحراسة.

نظمها أيضًا بموجب الاتفاقيات الدولية الثنائية دون أن تكون إشارة بصريح العبارة للحراسة في معظمها، حيث اكتفت بالإشارة إلى أنه تمنع أطراف الاتفاقية من التعرض لحقّ الملكية بموجب إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو تدابير أخرى يترتب عليها نزع استثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ويُفهم من مضمون ذلك أنّ الحراسة إجراء يدخل في قائمة الإجراءات التي تمتنع الدولة المضيفة من مباشرتها وإلاّ قامت مسؤوليتها تجاهها لأنها صورة من صور نزع الملكية[3].

---

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأوّل، بيروت، 1964، ص 781.

2 – رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 119.

3 – انظر على سبيل المثال:

– المادة 2/5 من مرسوم رئاسي رقم 98–320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقّع في القاهرة، بتاريخ 29 مارس 1997، ج ر عدد 76، مؤرخة 11 أكتوبر 1998.

– المادة 2/5 من مرسوم رئاسي رقم 94–01 المؤرخ 2 جانفي 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13 فيفري 1993، ج ر عدد 01، المؤرخة 2 جانفي 1994.

أمّا في الاتفاقيات الجماعية، خاصّة التي تتضمن إنشاء هيئات الضمان الدولية فقد تـمّ التطرق للحراسة بصريح العبارة، بهدف شمول نظام الضمان الحراسة باعتبارهـا إجـراء سياسي غير تجاري وتغطيته، لأنه يقضي بوضع المشروع الاستثماري تحت حراسة الدولة المضيفة لحفظ الأمن وحماية المصالح الوطنية للبلاد والمحافظة على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً خطيرة من شأنها الإضرار بمصالح العمال الذين يعملون فيه وذلك دون أن يكون لهم الحق في التعويض[1].

وقد نصّت المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنّه تتمّ تغطية الإجراءات التي تتخذ من السلطات العامة بالقطر المضيف والتي تؤدي إلى حرمان المـؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وخصوصًا تلك الناتجة عن فرض الحراسة[2].

نصت أيضًا على الحراسة اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار في المـادة 11 وضـمّنتها لصور نزع الملكية القابلة للتغطية[3].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الحراسة تشبه إلى حدّ بعيد المصادرة وخاصّة في كونهمـا إجراءين وقائيين، لكن يختلفان من حيث الآثار الناتجة عنهما، فالحراسة الإداريـة إجـراء مؤقت تنتهي آثارها بمجرّد تسوية الوضعية ونهاية المدة المحددة لها، بينما المصادرة تـؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكيته بصفة نهائية[4].

2 – أنواع الحراسة وموقف المشرّع الجزائري منها:

الحراسة إجراء تتبناه الدولة في ظروف يتعرّض فيها المشروع الاسـتثماري للخطـر لسوء الإدارة والتسيير، لذا تكون ممكنة بعدّة طرق فتكون الحراسة قضائية تصدر بموجـب حكم قضائي باعتبارها عملاً تحفظيًا استثنائيًا، الغرض منه المحافظة على حقوق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق عينية، ولا يحكم بها إلاّ عند الضرورة والخطر الداهم[5]. وقد نـصّ

1 – بسيوني عبد الله عبد الغني، مرجع سابق، ص 269.

2 – انظر الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

– هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

3 – مرسوم رئاسي رقم 95–345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشـاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر. عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

4 – كروغلي مقداد، مرجع سابق، ص 30.

5 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 186.

عليها المشرّع الجزائري في المادة 603 كما يلي: « ***يجوز للقاضي أن يأمر بالحراسة... إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة، إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرًا عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه*** ». أو الحراسة الاتفاقية التي تنعقد بموجب اتفاق بين شخصين أو أكثر. وقد نصّ أيضًا عليها المشرّع الجزائري في المادة 602 من القانون المدني كما يلي: « ***الحراسة الاتفاقية هو إيداع شيء...*** »[1].

كما يمكن أن تكون الحراسة قانونية عندما تفرض بقوة القانون وقد نصّ عليها المشرّع في المادة 603 فقرة أخيرة كما يلي: « ... ***في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون*** ».

أو حراسة إدارية وذلك لما تلجأ إليها السلطة الإدارية بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المختصّة بهدف تسيير المرافق العامة عند إخلال الملتزم بإدارتها طبقا للأحكام الواردة في وثيقة الالتزام أو في العقد، أو بهدف حماية البلاد من نشاط بعض الفئات الخطيرة على الأمن، أو بهدف التحفظ على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً من شأنها إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال أو المساس بمصالح الدولة العليا.

ويترتب على الحراسة الإدارية منع صاحب المال من إدارة أمواله ليقوم بذلك الحارس الذي تعينه الإدارة، حيث غالبًا ما تنتهي الأمور بالدولة إلى تأميم الأموال محل الحراسة[2]، لأن القرار الصادر لغرض الحراسة من أعمال الدولة السيادية أو من أعمال السيادة غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، إلاّ إذا تعلق النزاع بالإجراءات الشكلية أو بالظروف التي تمت فيها المسألة، وهي إجراء يختلف عن غيره من الإجراءات النازعة للملكية في كونه يُبقي الملكية في يدّ صاحبها وينقل فقط إدارتها وتسييرها للحارس دون أن يكون ذلك مقابل تعويض، لأنّ الشخص الذي تم حراسة أمواله يعتبر شخصًا خطيرًا على الأمن ومناهضًا للمصالح الوطنية[3].

---

1 – أمر رقم 75–58 المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

– رضا محمد عبد السلام، مرجع سابق، ص 15.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 187.

3 – رضا محمد عبد السلام، مرجع سابق، ص ص 45، 49.

ومهما كانت صورة الحراسة قضائية أو إدارية أو اتفاقية فهي إجـراءات لا تتطلـب التعويض من الدولة التي تباشرها، لأنّ أساس اتخاذها يرجع لسبب للمستثمر يدّ فيه. وهو أنّه أخلّ بكلّ أو بعض التزاماته بشكل يجبر الإدارة على تعيين حارس يتولى المهمة بدلاً عنـه للمحافظة على الأموال من جهة، ولحفظ الأمن ومصالح الدولة الوطنية من جهة ثانية[1].

وقد أخذ المشرّع الجزائري في قانون الاستثمار القديم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 بالحراسة الإدارية، حيث نصّت المـادة 40 علـى أنـه: « ***لا يمكـن أن تكـون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة، ما عدا الحالات التي نصّ عليها التشريع المعمول به، ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف*** » لكنه عدل عن موقفه، بإلغاء القانون وتبني قانون جديد للاستثمار في الأمر رقم 01-03 الذي لم يشر فيـه إلـى الحراسة، بمفهوم آخر لا يمكن أن تتعرض الاستثمارات في الجزائر للحراسة، مادام الـنصّ الساري العمل به هو الأمر رقم 01-03[2]، ومادام لم يصدر نصّ يقضي بخلاف ذلك. لكن بالرجوع إلى بعض النصوص الخاصّة المتعلقة بالاستثمار الأجنبي كقانون النقد والقـرض، نجد أنّ المشرّع الجزائري يسمح للجنة المصرفية في إطار مهامها بصلاحية تعيين متصرف إداري يحل محل المسيرين القانونيين تخوّل له كلّ السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر بصفة مؤقتة من أجل إعادة توازن البنك أو المؤسسة المالية، حيث تنص المادة 113 على أنّه: « ***يمكن للجنة تعيين قائم بالإدارة مؤقتًا تنقـل لـه كـلّ السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر وتسييرها ويحـق له إعلان التوقف عن الدفع*** »، وتضيف المادة 114 أنه: « ***إذا أخل بنك أو مؤسسة ماليـة بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه... يمكن للجنة... التوقيف المؤقـت للمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتًا...*** »[3].

ويسمح كذلك للجنة الإشراف على التأمينات بممارسة المهام نفسها، حيث تنصّ المادّة 31 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006 على أنّه: « ***إذا تبيّن أنّ تسيير شـركة تأمين ما يُعرّض مصالح المؤمّن لهم والمستفيدين من عقود التأمين للخطـر، يمكـن لجنـة***

1 – كروغلي مقداد، مرجع سابق، ص 30.

2 – أمر رقم 01-03 الملغي للمرسوم التشريعي رقم 93-12، مرجع سابق.

3 – أمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

الإشراف على التأمينات... تعيين متصرّف مؤقّت يحلّ محلّ هيئات تسيير الشركة قصد الحفاظ على أملاك الشركة وتصحيح وضعيّتها »[1]، الأمر الذي يدلّ على أنّ القانون الجزائري يعرّض شركات الاستثمار إلى نوع من أنواع الحراسة بموجب بعض القوانين الخاصّة.

الفرع الثاني

الصور المماثلة لإجراءات نزع الملكية

لم تعد المخاطر التقليدية المهددة لحق الملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي مخاطر حقيقية في العالم المعاصر، الذي شهد تحولا جذريًا في الفلسفة السياسية الاقتصادية، وظهورَ أنماط جديدة وعديدة من الإجراءات الماسة بالملكية بطريقة غير مباشرة، تحد من حقّ المستثمر الأجنبي في استغلال ملكية استثماره ولو بصفة مؤقتة، وخاصّة تلك التي تنشأ من تدخل الدولة في النشاط الاستثماري.

فيعتبر التدخل الحكومي أحد ابرز محددات البيئة الأجنبية، التي تضطر مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر التعامل معها تعاملاً خاصًا، للحدّ من تأثيرها في توجيهها بعيدًا عن تحقيق أهدافها، خاصّة عندما تكون إجراءات التدخل تمس بحقوق المستثمر الأجنبي بطريقة غير مباشرة، أو على مدى معين من الزمن.

فالدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، تهدف من خلال فتح أسواقها المحلية أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعظيم مكاسبها وإيراداتها الاقتصادية، لهذا تحرص حكوماتها على تنظيم وتوجيه سلوك مؤسّسات الاستثمار الأجنبي بمراقبة نشاطها، لتضمن بذلك مشاركتها في المكاسب والفوائد. وتتحقّق عملية رقابة الدولة المفرطة والمتعسفة على نشاطات المستثمر الأجنبي في تنظيم وتوجيه نشاط وسلوك مؤسسات الاستثمار في نوعين أساسيين من الإجراءات، الأوّل يضم مجموع الأدوات المستخدمة في التأثير على البيئة الاقتصادية الكلية، انطلاقًا من التأثير على بعض العناصر الأساسية كالضرائب والرسوم والجمارك ومعدل الصرف... والثاني يضم مجموع الآليات المؤثرة على البيئة الاقتصادية الخاصّة بمؤسسة الاستثمار الأجنبي، انطلاقًا من اعتماد أسلوب التدخل في إنهاء نشاطها أو

1 – قانون رقم 06–04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدّل ويتمّم الأمر رقم 95–07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر. عدد 15، الصادرة في 2006.

في أدائها له بطريقة سيئة، بسنّ القوانين وإصدار التشريعات الخاصّة بتنظيم الملكية وتوجيه وتوزيع الثروة وتخصيص الموارد[1]. وقد يكون التدخل مرتبطًا ببيئة الاستثمار من خلال إلزام مؤسّسات الاستثمار الأجنبية العاملة في أسواقها قبول مشاركين محليين في إطار أحد أشكال الشراكة القائمة لزيادة مساهمة رأس المال الوطني في الصناعات. وبالتالي الحصول على بعض الأسهم في ملكية المشروع الاستثماري، وهي طريقة غير مباشرة لأخذ ملكية المال الأجنبي، إن لم يكن بصفة كلية فهو بصفة جزئية[2].

فتظهر بذلك صور جديدة متنوعة وذات عدّة أبعاد، تكون في شكل إجراءات تشريعية أو إدارية، تتخذها الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية أو السياسية أو حتّى القضائية[3] بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تؤثر بصفة دائمة أو مؤقتة على الوضعية المالية والاقتصادية للمستثمر الأجنبي رغم بقائه مالكًا للمشروع، وهي تشمل كلّ الإجراءات التي تهدف إلى فرض القيود التي تحد من قدرة المستثمر الأجنبي في التصرف في أملاكه وأمواله، أو حتّى في تقييد حريته في استغلال مشروعه مؤقتًا أو نهائيًا[4]. فما هي هذه الإجراءات المماثلة لنزع الملكية والتي تؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من أملاكه، وكيف نشأت وتطورت في إطار كلّ من الفقه والقضاء الدوليين (أوّلاً)، ثمّ في إطار الاتفاقيات الدولية (ثانيًا).

أوّلاً – نشأة وتطور الإجراءات المماثلة ما بين الفقه والقضاء الدوليين:

تعتبر الطبيعة القانونية للمخاطر التي تواجهها الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، نقطة ضعف نظام الحماية القانونية المكرسة للملكية، فلو كانت احتمالات تعرضها للإجراءات

---

1 – كمال مرداوي، مرجع سابق، ص 55.

2 – المرجع نفسه، ص 56.

3 – تدخل في إطار المخاطر السياسية غير التجارية تلك التي تصدر عن السلطة الإدارية أو السلطة السياسية أو السلطة القضائية، التي تهدد التوازن المالي والاقتصادي للمستثمر الأجنبي، والتي تستند في التسبيب فيها على القوانين والتنظيمات الخاصّة بالدولة المضيفة، لتقضي على ملكية المستثمر الأجنبي بطريقة تدريجية.

- SEROUSSI (R), PLANTIN (J), L'exportation, 7ème édition, Dalloz, Paris, 1966, p. 186.
- SALEM Mahmoudi, op.cit., p. 611.

– قررت لجنة التحكيم في قضية (Salvador commercial company) عام 1901 ما يلي: « ***الدولة مسؤولة عن أعمال قادتها سواء كانوا من الهيئة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية في الحكومة طالما أن الأعمال قد اتخذت ضمن سلطاتهم الرسمية*** ». نقلاً عن: خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 78.

4 – EL-GAMAL Hosni, op.cit., p. 312.

القانونية التي تمس بالمشروع الاستثماري بصفة كلية أو جزئية في إطار ما يسمى بالمخاطر السياسية المألوفة والمعهودة في كلّ القوانين كالتأميم ونزع الملكية الخاصّة والمصادرة... لكان الأمر هيّنًا ومتوقعًا من المستثمر الأجنبي ودولته معًا، لكن الأمر يصبح معقدًا لتخوفه من التعرض للأنواع الأخرى من الإجراءات التي تمس بالملكية، والتي تكيّف على أنها ذات طابع سياسي غير تجاري وأقل خطورة من الأولى، وتحقق النتائج والآثار نفسها على الملكية سواء بالحدّ من استغلالها أو الحرمان منها[1].

فالإجراءات المماثلة هي كلّ الإجراءات الحكومية المقنَّعة الإدارية منها أو التشريعية التي تتخذها الدولة، بهدف حرمان أو منع المستثمر الأجنبي من ممارسة حقوقه على ملكية استثماره أو حتّى الانتفاع به واستغلاله بحرية.

فالدولة التي تريد الاستيلاء على الملكية أو نزعها بطريقة غير مباشرة، هي الدولة الليبرالية التي كرّست نظامًا تشريعيًا تحفيزيًا وتشجيعيًا، لأجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لتخفي نواياها في نزع الملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي بالطرق المعهودة وتعويضها بالإجراءات التي تؤدي في الأخير إلى نفس النتيجة، أي حرمان المالك من أملاكه، لذا يسميها البعض بالمقنّعة أو الزاحفة أو التدريجية[2]، لأنها إجراءات تحول دون قدرة المستثمر الأجنبي في الصمود أمام تلك الإجراءات بطريقة غير مباشرة، وبالتالي تخلّيه أو تنازله عن مشروعه بمقابل تعويض. وقد عرّف حسني الجمال الإجراءات المماثلة لنزع الملكية كما يلي:

« ***Si la portée de l'assurance se limitait restrictivement aux risques politiques commun tels que la nationalisation et l'expropriation, les investissements ne trouvaient pas suffisamment de garanties et démarreraient par suite de cette délimitation restreinte, toujours dans le malaise et dans l'impossibilité de prendre une décision judicieuse d'investir dans un pays donné de crainte de voir les autres variétés de ce risque et qui sont moins graves se réaliser. Ces variétés sont les :***

1 – EL-GAMAL Hosni, op.cit., p. 312.

2 – SALEM Mahmoud, op.cit., p. 611.

– محمد خالد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 83، 84.

– عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص ص 116، 115.

La séquestration, le contrôle abusif, l'interférence dans la gestion, la taxation discriminatoire, les allocations discriminatoires de licences »[1] .

بحيث تعتبر الإجراءات المماثلة بهذه الصورة إجراءات من نوع آخر أقل خطورة من نزع الملكية والتأميم باعتبارها غير مباشرة وتدريجية. ويعرّفها أيضًا الأستاذ Walid BENHAMIDA كما يلي:

« ***Les instruments internationaux sur l'investissement étranger interdisent non seulement l'expropriation mais également toutes les mesures d'effet équivalent, il s'agit de mesures ordinaires qui aboutissent au même effet qu'une véritable expropriation. L'ambiguïté de cette notion et l'absence de directives permettant de tracer les frontières entre d'une part, les mesures de polices et les mesures normatives qu'un Etat adopte pour maintenir l'ordre public et sauvegarde de la santé, et d'autre par les expropriations déguisées , ont banalisé le contentieux des expropriations, souvent les investisseurs étrangers qualifient les législations nationales interdisant la production ou l'importation de certains produits de mesures d'expropriation*** »[2] .

يعرّفها أيضا Ferhat HORCHANI على أنها:

« ***Des mesures au demeurant licites, sont appliquées de façon telle, qu'elles aboutissent en définitive à priver l'étranger de la Jouissance, ou de la propriété de son bien sans qu'un acte spécifique puisse être identifier comme une véritables privation*** »[3] .

عرّفت كذلك منظمة "OCDE" الإجراءات المماثلة لنزع الملكية التي تمس بالملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي، حينما تبنّت في مشروع الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات الأجنبية مفهومًا موسعًا لكل أساليب وصور أخذ الملكية التقليدية منها والجديدة غير المألوفة كما يلي:

« ***Toutes les mesures adoptées par l'Etat directs ou indirects qui ont pour effet de déposséder l'investisseur de son investissement devaient être considérées comme une expropriation. Entrent notamment dans cette***

1 − EL-GAMAL HOSNI, op.cit., p. 312.

2 − BENHAMIDA Walid, L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents, JDI, N° 2, 131ème Année, 2004, p. 430.

3 − HORCHANI Ferhat, L'investissement inter-Arab Centre d'études de recherches et de publications, CERP, Tunis, 1992, p. 235.

catégorie de mesures les confiscations, saisies, interventions, prises temporaires, modalité d'utilisation et de liquidation de l'investissement, interférence, administration par l'état même si elle n'affecte pas directement le titre de propriété de l'investissement et les ventes forcées »[1] .

ومن خلال هذه التعاريف التي قدمت للإجراءات المماثلة لنزع الملكية للمستثمر الأجنبي، يمكن اعتبار كلّ الإجراءات التالية إجراءات تؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكية استثماره، أو الحدّ من حريته في استغلالها دون أن يكون ذلك على سبيل الحصر[2].

1 – التدخل الحكومي والرقابة التعسفية على إجراءات الاستثمار في كلّ مراحله.

2 – التدخل في تسيير وإدارة الاستثمار بكلّ أشكالها وخاصّة تغيير أعضاء مجلس الإدارة.

3 – الفرض المبالغ فيه والتميزي للضرائب والرسوم والجبايات وسعر الصرف، والمغالاة في ذلك بشكل يخل بحقوق المستثمر الأجنبي بطريقة تحكمية.

4 – إجبار المستثمر على بيع المشروع الاستثماري أو التنازل عنه أو عن بعض الأسهم للوطنيين[3] أو للإدارة.

5 – الإجراءات التي تهدف إلى حرمان المستثمر من مستحقاته من أصل الاستثمار أو عوائده سواء بقرار إداري أو قضائي[4].

---

1 – CF. documents OCDE, "Vers les règles unilatérales sur la protection des investissements" rapport du group "C", p. 148.

2 – HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 236.

3 – انظر قرار هيئة التحكيم في قضية "Grower and copland" ضد فنزويلا الصادر سنة 1885، والذي قضت فيه أنه يعتبر إجبار المستثمر الأجنبي على بيع المشروع الاستثماري هو بمثابة حرمانه من ممتلكاته بصورة غير مباشرة. نقلا عن: محمد خالد الجمعة، مرجع سابق، ص 83.

غير أنه إذا كانت عملية التنازل أو نقل الملكية لصالح مستثمر آخر في الحالة التي يكون فيها المستثمر الأول في وضعية إعسار، فالعملية ممكنة ومشروعة، حيث تنص المادة 30 من الأمر رقم 01-03 على أنه: « ***يمكن أن تكون الاستثمارات التي تستفيد من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر موضوع نقل ملكيته أو تنازل، يلتزم المالك الجديد لدى الوكالة بالوفاء بكلّ الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأوّل...*** ».

4 – انظر قرار المحكمة التحكيمية في قضية إيران ضد أمريكا عندما اعتبرت قرار المحكمة، الذي يهدف إلى تجريد المستثمر الأجنبي من أملاكه بمثابة تأميم، كما يلي: « ***إنّه من المقرر في القانون الدولي أنّ قرار المحكمة بتجريد المالك من استعمال ممتلكاته أو عوائد ما يملكه يمكن أن يعادل مصادرة هذه الملكية وتعزو إلى دولة تلك المحكمة*** ». نقلا عن: محمد خالد الجمعة، مرجع سابق، ص 84.

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

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

8 – إلغاء عقد من العقود المتفرعة عن عقد الاستثمار كعقد الامتياز[1] أو الترخيص أو الاستغلال...

9 – رفض الدولة الترخيص بدخول سلع أو مواد أولية هامة إلى إقليمها، تؤثر في تسيير المشروع الاستثماري.

10 – رفض الدولة أو إحدى سلطاتها العامة تقديم الموافقة على التحويل في فترة معقولة استعمالاً للبيروقراطية أو لأسباب أخرى...

11 – رفض الدولة دفع المبالغ المتفق عليها في عقد الاستثمار[2].

12 – رفض الدولة دفع ضمانات التنفيذ أو الضمانات البنكية المتفق عليها[3]، أو كلّ أنواع الديون الأخرى من الأموال.

---

1 – قضت هيئة التحكيم في قضية "Valantine" سنة 1967 أنّ إلغاء حكومة هايتي لعقد الامتياز الممنوح للسيد فالنتين، يعد إخلالا بالحقوق الممنوحة له ومنعا للشركة من ممارسة نشاطها ومن السيطرة في استخدام أموالها والتصرف فيها، مما يستوجب التعويض.

JACQUET Jean michel et GAILLARD Emmanuel, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), chronique des sentences arbitrables, JDI, Paris, Janvier-Février-Mars, 2006, p. 221.

2 – يقول البروفسور PROSPER Weil مدرس في أكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة 1969 أنه:

« … ***comment prétendre, en effet que les refus de l'état débiteur de payer le prix convenu est extérieur au contrat, sous prétexte qu'il s'agirait de la confiscation de ce prix ou des biens qu'il représente***… ».

من خلال هذا الرأي لقد سبق للدول التي رفضت دفع المبالغ المستحقة للمستثمرين الأجانب والمتفقة عليها في بنود العقد، تكييف إجراءاتها بنفسها على أنها مصادرة للمبالغ المستحقة للتهرب من المسؤولية التعاقدية الدولية.

JACQUET Jean michel et GAILLARD Emmanuel, op.cit., p. 172.

3 – إنّ رفض دفع مبالغ الضمانات البنكية وإن لم تكن مصادرة للمبالغ المستحقة للمؤسسة بالمفهوم السابق، فهو إجراء يؤدي إلى حرمان المالك من أملاكه، لأنه يحقق نفس النتائج المنتظرة من الدولة الرافضة للدفع.

انظر قرار المحكمة التحكيمية في قضية مؤسسة Joy Mining machinery limited الأمريكية، ضد جمهورية مصر العربية سنة 2003، عندما اعتبرت الضمانات البنكية وكل أنواع الديون جزء من الاستثمار قابلة للحماية، ومنع دفعها هو عبارة عن إجراء يكيّف بأنه نزع للملكية أو حرمان منها، كما يلي:

« ***… Les créances et les droits à toutes prestations en vertu d'un contrat ayant une valeur économique et quelle pouvaient également être considérée comme portant sur une sûreté au sens de l'article 1/a (i) du traité est inclut au rang des investissements*** ».

JACQUET Jean michel et GAILLARD Emmanuel, op.cit., p. 166.

13 – إجراءات التنفيذ على أموال المستثمر الأجنبي أو الحجز على المشروع[1].

14 – تدخل الدولة أو إحدى سلطاتها العامة في العلاقات التي تربط بين المستثمر الأجنبي وعملائه بطريقة تمنعه من استعمال أمواله.

15 – منع المستثمر من نقل معدات مصنعه وكلّ البضائع الموجودة فيه لأي سبب كان[2].

وبالمفهوم السابق للإجراءات المماثلة، لا تعتبر الإجراءات غير الإرادية أو الخارجة عن نطاق الدولة أو إحدى سلطاتها العامة كإجراءات مماثلة، حتّى وإن كانت تمس بملكية المستثمر الأجنبي بصفة كلية بسبب تدميرها في القوة القاهرة، أو بسبب مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية وأعمال العنف والانقلابات العسكرية والتمرد والعصيان... الخ[3]، لأنها تنتج عن قوة اجتماعية واقتصادية خارجة عن نطاق سلطة تحكم الدولة من خلال ممارستها للجهد المعتاد[4]، أو لعجزها عن رقابتها بطريقة تنفي مسؤوليتها، لأنّ الوضع خارج إمكانياتها في الحماية والسيطرة ويتعذر عليها في أجوائها الالتزام والوفاء بتعهداتها تجاه المستثمرين[5]، ومحتملة الوقوع في الأقاليم المضيفة للاستثمارات الأجنبية لما لها من علاقة بالأمن والاستقرار السياسي[6]. وذلك دون أن يكون لها صفة المخاطر السياسية غير التجارية[7] القابلة للتعويض من الدولة. إلاّ أنه تبقى مسألة التعويض قائمة وممكنة، إذا قام

1 – انظر قرار المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية مصنع شورزو ضد بولندا التي اعتبرت احتلال بولندا وحيازتها لمصنع NITRAT، في شورزو الذي كانت تديره شركة ألمانية بموجب عقود تجارية وبراءة اختراع بمثابة مصادرة العقود وبراءة الاختراع وتأميم للمشروع. نقلا عن: محمد خالد الجمعة، مرجع سابق، ص 83.

2 – انظر قرار هيئة التحكيم في دعوى Computer sciences co-operation/ إيران التي اعتبرت دخول أعضاء اللجنة الثورية إلى المكتب أو الشركة وأمرهم للموظفين بإخلاء الموقع دون أخذ أي شيء من الموجودات في المصنع بمثابة استيلاء عليها ما دام هو حرمان من الاستعمال.
– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 74.

3 – HAROUN Mehdi, Le régime des investissements étrangers en Algérie, a la lumière des conventions Franco–Algériennes, édition Litec, Paris, 2000, p. 11.

4 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 85.

5 – سامي عفيفي حاتم، التأمين الدولي، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، مصر، 1986، ص 285.

6 – جين كارل: "الانعكاسات السياسية والأمنية للعولمة"، مجلة الجيش، عدد 740، سبتمبر 2002، ص 32.

7 – بوعلام (ب)، "المصادقة على مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب"، (جبهة ضد الإرهاب)، مجلة الجيش، العدد 13، فيفري 1998، ص 13.
– كارل جين، مرجع سابق، ص 51.
– يوسفي محمد، اتجاه الاستثمار الدولي وآثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية، مرجع سابق، ص 55.

المستثمر الأجنبي بتغطية استثماره بعقود الضمان التي تتحمل بموجبها هيئات الضمان تبعة تعرضه لمثل هذا النوع من المخاطر مقابل ما دفعه من مبالغ للتأمين.

ثانيًا – نشأة وتطور الإجراءات المماثلة في الاتفاقيات الدولية:

لقد تمكنت الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية خلال عملية تنظيم الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة للاستثمارات في الإطار الاتفاقي تجسيدًا لإمكانياتها وسلطتها التفاوضية، من إرساء حماية معتبرة للملكية العقارية للمستثمر الأجنبي من كلّ الإجراءات التي يمكن أن تتعدى عليها مؤقتًا أو دائمًا تشريعيًا أو قضائيًا أو إداريًا[1]، مقارنةً بالحماية التي حظيت بها في إطار التشريعات الوطنية[2]، وذلك بموجب الاتفاقيات الثنائية والجماعية لما تلعبه من دور هام وفعّال في تسهيل عملية تنفيذ الالتزامات التعاقدية ما بين الدول تحت طائلة قيام مسؤوليتها الدولية، وقد كان لهذه الاتفاقيات الدولية صدى في شموليتها، لأنها لم تترك أي مجال دون تغطيته خصوصًا عند نصّها على إلزامية ضمان حماية تامة وأمن كاملين، فنصت على كلّ الإجراءات المماثلة المحتملة الوقوع بدرجات متفاوتة، لذا تجدر الإشارة إلى ميزة التنويع التي تتميز بها هذه الاتفاقيات حيث بعضها تحاول تعريف الإجراءات المماثلة وذكر بعض أنواعها، بينما تكتفي الأخرى بالنصّ عليها، وجعل كلّ الإجراءات التي تؤدي بالنتيجة إلى حرمان المستثمر المالك من أملاكه كليًا أو جزئيًا، مؤقتًا أو نهائيًا، قابلةً لأن تكون إجراءً مماثلاً قابلاً للحماية.

1 – تنظيم الإجراءات المماثلة في الاتفاقيات الثنائية:

نصت كلّ الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول التي لها رعايا مستثمرين أجانب على أقاليمها على الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، ومن بينها الاتفاق المبرم بين

1 – ويذهب البعض إلى التوسيع في الهيئات التي يمكن أن يصدر عنها هذا الإجراء سواءً القضائية أو الإدارية أو التشريعية وحتّى العسكرية.

انظر قرار هيئة التحكيم في دعوى "Salvador commercial company" الذي قضت فيه أنّ الدولة مسؤولة عن أعمال قادتها، سواء كانوا من الهيئة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية في الحكومة، طالما أنّ الأعمال قد اتخذت ضمن سلطاتها الرسمية.

انظر أيضًا: قرار هيئة التحكيم في قضية "William PEREIRA associates" ضد إيران، عندما اعتبرت تجريد المستثمر الأجنبي من قبل حرس الثورة مصادرة من قبل الجمهورية الإيرانية وفقًا للقانون الدولي.

نقلا عن: خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 78.

2 – VOISIN FARDIN Gabriel, op.cit., p. 11.

الجزائر والنيجر الذي نصّ في المادة 4 على الإجراءات المماثلة، وسمّاها بالتدابير الأخرى التي يترتب عليها تجريد المستثمر من أملاكه حيث جاء فيها: « ***لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها تجريد، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين للطرف المتعاقد الآخر من الاستثمارات التي يمتلكونها على إقليمه*** »[1].

أمّا الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا فقد نصّ في المادة 2/4 منه على أنّــه: « ***لا يمكنُ أيًا من الدولتين المتعاقدتين القيامُ بتدابير نزع الملكية، التأميم، الحجز، أو أي إجراء آخر يترتب عليه نزع أو منع من الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...*** »[2].

أما الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وحكومة المملكة الأردنية فقد نصّت أيضا على التدابير المماثلة في المادة 2/5 كما يلي: « ***لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مستثمري الطرف الآخر...*** »[3].

نصّ أيضا الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا في المادة 2/4 على أنّه: « ***لا يمكن أن تخضع استثمارات مواطني وشركات طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى... أي إجراء آخر تكون آثاره مماثلة لآثار نزع الملكية أو التأميم...*** »[4].

سمّتها أيضا المادة 1/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا بالإجراءات المشابهة للتأميم ونزع الملكية، كما يلي: « ***لا يمكن أن تخضع استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى إجراء تأميم أو نزع الملكية أو أي***

---

1 – مرسوم رئاسي رقم 2000–247 مؤرخ في 22 أوت 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة جمهورية النيجر، المتعلق بالتشجيع والحمايــة المتبــادلين للاستثمارات الموقع في الجزائر يوم 16 مارس 1998، ج ر عدد 52، مؤرخة 23 أوت 2000.

2 – مرسوم رئاسي رقم 91–346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومــة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقيــة والحمايــة المتبادلــة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر عدد 76 مؤرخة في 6 أكتوبر 1991.

3 – مرسوم رئاسي رقم 97–103 مؤرخ في 15 أفريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية حكومة الجمهوريــة الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 أوت 1996، ج ر عدد 20، مؤرخة 6 أفريل 1996.

4 – مرسوم رئاسي رقم 2000–280 مؤرخ في 7 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية، يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلــة للاستثمارات الموقعين في الجزائر، بتاريخ 11 مارس 1996، ج ر عدد 58، مؤرخة 8 أكتوبر 2000.

إجراء آخر مشابه مشار إليه مثل نزع الملكية... »[1].

أما في الاتفاق المبرم مع المملكة الإسبانية فقد سمّيت بالتدابير ذات الخصائص والآثار المشابهة، والتي يمكن أن تتخذها سلطات الدولة[2].

من خلال كلّ هذه النصوص الواردة على سبيل الاستثناء، نشير إلى أنّ الاتفاقيات الدولية الثنائية، قد نصّت بصريح العبارة وبكل وضوح ودون استثناء على الإجراءات المشابهة أو المماثلة لنزع الملكية أو التأميم، باعتبارها إجراءات لها الآثار والنتائج نفسها أي حرمان المالك من أملاكه بطريقة غير مباشرة، فمهما كان الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى مؤسّساتها بهدف حرمان المالك من جزء أو كلّ أملاكه يكون قابلاً للحماية ولو كان مؤقتاً، وقابلا للتعويض لأن أحكام نزع الملكية منطبقة عليه.

وتطبيقًا لمضمون الاتفاقيات الدولية الثنائية، فيما يخصّ الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، أكدت الهيئات القضائية الدولية أو التحكيمية الدولية فكرة التدابير المماثلة، واعتبرتها إجراءات مشابهة لنزع الملكية أو المصادرة في عدّة مناسبات[3].

2 – تنظيم الإجراءات المماثلة في الاتفاقيات الجماعية:

نصّت الاتفاقيات الجماعية دون استثناء على الإجراءات التي تمس بالمستثمر الأجنبي في كلّ جوانب استثماره، وتصدت لكلّ المخاطر غير التجارية بكلّ آليات الحماية خاصّة لجبر الضرر، وذلك بضمان حقه في التعويض العادل والمنصف والحال، حيث وردت فكرة

---

1 – مرسوم رئاسي رقم 94–328 مؤرخ في 22 أكتوبر 1994، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر يوم 28 جوان 1994، ج ر عدد 69 مؤرخة في 26 أكتوبر 1994.

2 – مرسوم رئاسي رقم 95–88 مؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج ر عدد 23، المؤرخة في 26 أفريل 1995.

3 – انظر قرار محكمة التحكيم للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI الصادر بتاريخ 30 أوت 2000 في قضية Metalclad-corporation ضد Guadalcazar المكسيكية، الذي تضمن إشارة صريحة للإجراءات المماثلة كما يلي:

« … ***Le tribunal constate que le Mexique à indirectement exproprié Metalclad de son investissement sans lui accorder une indemnité d'expropriation… et considère que l'application de l'arrêté écologique constitue en soi, un acte équivalent à une expropriation***… ».
- Emmanuel GAILLARD, La jurisprudence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Edition (A) Pédone, Paris, 2004, pp 669 – 679.

حماية الملكية من الإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم بصفة واضحة، خاصّة في الاتفاقيات المتخصصة في تقديم الضمان بموجب عقود الضمان، والتي حاولت إزالة اللبس على مصطلح المماثلة أو المشابهة لنزع الملكية، لمنع التأويل فيها من جهة، ولجعل طائفة الإجراءات المماثلة القابلة للضمان محصورة، من جهة ثانية، ولكي لا تكون مسألة السلطة التقديرية في متناول الجميع.

ونذكر من بين هذه الاتفاقيات، الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات التي نصّت على منع الإجراءات المماثلة وتغطيتها في نصّ المادة 19 كما يلي: « ***يجوز للمؤسسة أن تغطي... الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على... نزع الملكية والإجراءات المماثلة*** »[1].

حيث نصت على بعض هذه الإجراءات التي كيّفتها بالمماثلة على سبيل المثال في المادة 2/19أ وب كما يلي:

1 – إلغاء الدولة المضيفة لرخصة استيراد السلع موضع ائتمان صادرات تابعة للمستثمر، والتي تمّ التأمين عليها من طرف المؤسسة، وذلك إذا تمّ شحن السلعة.

2 – رفض الدولة المضيفة إدخال السلعة إلى إقليمها.

3 – منع مرور البضاعة أو حجزها أو مصادرتها بواسطة قطر عبور عضو في المؤسسة.

4 – رفض حكومة الدولة المضيفة الردّ على طلب التحويل المقدم من المؤمن له خلال فترة معقولة، أو تراخيها في ذلك.

5 – فرض السلطات العامة للدولة المضيفة على المستثمر الأجنبي عند التحويل سعر الصرف الذي يشكّل في حدّ ذاته غبناً له.

6 – اتخاذ السلطات المختصة لإجراء تشريعي أو إداري أو حتّى عدم اتخاذه له بشكل يترتب عنه حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته لاستثماره أو من السيطرة عليه.

أما الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فقد تضمنت أحكامًا مشابهة للسابقة في مجال حماية المستثمر من الإجراءات المماثلة، إذ نصّت في المادة

1 – مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 23 أفريل 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضـــمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج ر عدد 26، المؤرخة في 1996/4/24.

2/11 منها على أنه: « ... ***يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضدّ الخسارة المترتبة على... التأميم والإجراءات المماثلة*** ».

وأضافت في الفقرة 3 منها على أنه: « ***يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر التالية... اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ إجراء إداري، مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو منافع جوهرية لاستثماره...*** »[1]. وتكون بذلك المسألة شبه واضحة عندما نصت على إلزامية امتناع الدولة عن اتخاذ الإجراءات التشريعية أو الإدارية التي تُنتج آثارًا سلبية على حقّ المستثمر الأجنبي في ملكيته بمنعه من استغلال مشروعه وعوائد استثماره أو حقه في التصرف بشكل يؤثر سلبًا على التوازن المالي والاقتصادي لاستثماره ولو بصفة مؤقتة، أو عن حالة إلزامية اتخاذ هذه الإجراءات عندما تكون في صالحهم والامتناع عن اتخاذها هو الذي يؤدي إلى حرمانه من عوائد استثماره، وتكيّف هذه الإجراءات كلّها بغير التجارية القابلة للضمان.

ورغم الوضوح الذي يظهر في الاتفاقية السابقة، تبقى المسألة صعبة وغامضة في بعض الحالات التي لا تكون الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة فيها تستجيب للمواصفات التي وردت كشروط لجعل الإجراء إجراءً مماثلاً غير تجاري قابلاً للضمان أو قابلاً للتعويض من الدولة نفسها التي تتخذه، خاصّة إذا كان الإجراء يمس بالحقوق الجوهرية للمستثمر الأجنبي.

لكن بالرجوع إلى الاتفاقية الدولية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار نجد توضيحًا موسعًا وحلاً لهذه الإشكالية[2]، حيث نصّت على الإجراءات المماثلة لأخذ الملكية في المادة 1/18 كما يلي: « ***يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة لكل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:***

- اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره، وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة

1 - مرسوم رئاسي رقم 95-345، مرجع سابق.

2 - هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء دينه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول ».

وعليه تصبح الإجراءات التالية بمفهوم النصّ السابق إجراءات مماثلة:

- كلّ الإجراءات المتخذة من الدولة أو إحدى سلطاتها العامة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لتحرم المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية.
- كلّ إجراء يمنعه إذا كان دائناً من استيفاء حقه أو التصرف فيه.
- كلّ إجراء يقصد منه تأجيل الوفاء بالدين إلى اجل غير معقول.

فالمقصود بما سبق، هو اعتبار كلّ إجراء يحول دون إمكانية المستثمر الأجنبي من استغلال حقوقه الجوهرية المرتبطة بالاستثمار، إجراءات قابلة للضمان والتعويض، سواء إجراءات تقليدية لنزع الملكية أو مماثلة لها، والأمثلة الواردة بصريح العبارة في النصّ وردت على سبيل المثال، حيث إنّ الإجراءات التي تتخذها الدولة والتي من شأنها حرمان المالك من أملاكه بالمفهوم السابق كثيرة ومتنوعة، ويكون بذلك المجال مفتوحًا لتدخل الهيئات القضائية والتحكيمية بسلطتها التقديرية عند النظر في النزاعات القائمة على أحد الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة، والتي تحرم المستثمر الأجنبي من عنصر معين من حقوقه في استثماره ومدى تكييفها لتحديد طبيعتها، ومن ثمّ إدخالها في الإجراءات غير التجارية المماثلة أم لا، لتغطيتها بعقد الضمان أم لا.

وقد وجدت هذه المسألة الغامضة حلاً أكثر تفصيلاً في التفسير الذي قدمه مجلس إدارة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لمصطلح الحقوق الجوهرية سنة 1976[1]، عندما حاول تفادي اللبس والفهم الخطأ للمصطلح من جهة، وتفادي توسيع مجال التكييف والتأويل من جهة أخرى، وبالتالي تمّ حصر هذه الإجراءات فيما يلي[2]:

- كلّ الإجراءات التي من جرائها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه في استلام مستحقاته من أصل استثماره وعوائده.

1 – عصام الدين مصطفى بسيم: "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"، دراسة تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الرابعة، الكويت، 1980، ص 154.

2 – عصام الدين مصطفى بسيم، مرجع سابق، ص 154.

- كلّ الإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من تحويل عوائد استثماره إلى الخارج، والمقصود هنا هو إعادة التحويل لأصول استثماره.
- كلّ الإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من الاستعمال أو الاستغلال لكل أو لجزء أساسي من استثماره.

ثالثًا – موقف المشرّع الجزائري من الإجراءات المماثلة:

إنّ لجوء الدولة للإجراءات المماثلة لنزع الملكية بالمفهوم السابق، يظهر جليًا وقريبًا من الواقع، ويؤكد على أنّ اللجوء إليها ليس إلاّ لإخفاء نواياها في نزع الملكية بالطرق المباشرة التقليدية، لعدم خلق التناقض ما بين تكريس كلّ الآليات المعتمدة لحماية الملكية العقارية، وخلق مناخ كامل تشجيعي للاستثمارات الأجنبية وبين محاولتها – بطرق تحايلية غير مباشرة – استرجاع بعض أو كلّ الأموال التابعة للمستثمر الأجنبي، خاصّة إذا كانت كلّ النصوص القانونية الخاصّة بالاستثمار أو العامة، التي لها علاقة مباشرة بنظام الاستثمارات لم تُشِر بتاتًا إلى مثل هذه الإجراءات التي تسمى بالتدابير المماثلة التي قد تؤثر في ملكية المستثمر الأجنبي، تأثيرًا مؤقتًا أو نهائيًا بمنع استغلاله لعناصر استثماره أو الحدّ من حريته في ذلك، سواء كانت ذات صبغة إدارية أو تشريعية[1].

لكن بتحليل الوضعية، ناهيك عن أنّ المشرّع الجزائري قد نظمها بموجب الاتفاقيات الجماعية والثنائية التي نصّ عليها بصريح العبارة، نجد أنّ كلّ الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر قد نصت على ضمان الحماية التامة والأمن الكاملين، وبذلك تصبح المشكلة أيضًا محلولة، إذ الحماية والأمن الكاملين يقتضيان الحماية من كلّ الإجراءات المباشرة أو غير المباشرة بغض النظر عن الجهة المصدرة للإجراء إدارية كانت أو سياسية أو عسكرية أو

1 – وهذا خلافًا لبعض المشرّعين للدول التي تحاول استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، الذين حاولوا تنظيم الإجراءات المماثلة في قوانينها الوطنية مثل المشرّع المصري.

حيث تنص المادة 10 من القانون رقم 8 لسنة 1997 المصري على أنه: « ***يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات والمنشآت أو تحديد ربحها*** ». وتنص المادة 11 على أنه: « ***لا يجوز لأية جهة إدارية إلغاء أو إيقاف الترخيص بالعقارات التي رخص بالانتفاع بها للشركة أو المنشأة كلّها أو بعضها إلاّ في حالة مخالفة شروط الترخيص، ويصدر قرار الإلغاء أو الإيقاف من رئيس مجلس الوزراء، بناءً على عرض الجهة الإدارية المختصة ولصاحب الشأن الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري خلال 30 يومًا من تاريخ إعلانه أو العلم به*** ».

– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 488.

تشريعية، والتي تهدف إلى نزع الملكية بالصور التقليدية كالتأميم أو المصادرة أو التسخير... أو بالصور الجديدة التي تتماشى مع السياسة الاقتصادية الليبرالية التشجيعية للاستثمارات الأجنبية، والتي تسمى بالتدابير المماثلة التي تؤدي إلى حرمان المالك من كلّ أو جزء من أمواله، فالمصطلحان "التامة" و"الكاملين" يجعلان كلّ الإجراءات قابلة لأن تكون موضوع حماية وداخلة في نطاقها، حتّى وإن لم تنص عليها القوانين الداخلية بصفة رسمية أو صريحة، لأنّ هذه الأحكام التي صادقت عليها الدولة هي جزء من التشريع.

كما أنّ مسألة عدم تنظيم هذه الإجراءات في قوانين الاستثمار مسألة ثانوية، لأنه حتّى في الحالات التي نصت فيها القوانين على منع الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، لا يعني بالضرورة حرمان الدولة من حقها أو منعها من اللجوء للإجراءات المماثلة التي تراها مناسبة وحتّى ضرورية لتنظيم شؤونها الاقتصادية كالتعديل الضريبي أو تخفيض الحدّ الأدنى للأرباح أو رفع نسبة الصرف...، حيث لا يوجد أي قاعدة في القانون الدولي أو الاتفاقي تحرم أو ترمي إلى الحدّ من حرية الدولة في إلزام الأجانب بتحمل الأعباء المالية لاستثمارهم، أو للحفاظ على مصالحها الاقتصادية عند تنفيذها البرامج والمخططات التنموية، لكن كل ما في الأمر أنّ القانون الدولي يتصدى للإجراءات التي تباشرها الدولة المضيفة عند فرضها الأعباء المالية على المستثمرين الأجانب بطريقة تمييزية، أو تفوق الأعباء التي يتحملها مستثمروها الوطنيون إذا كانوا في نفس الوضعية[1]، بهدف تجريد هؤلاء الأجانب من ملكيتهم بشكل غير مباشر لتخفي نيتها في أخذ الملكية. وهذا سواء كانت نصوص مباشرة في قوانين الدولة تقضي بمنع هذه الإجراءات أم لم تكن.

ورغم عدم إشارة الدولة الجزائرية بطريقة مباشرة في نصوصها إلى الإجراءات المماثلة، إلاّ أنه وفي نصوص مبعثرة تتعلق بتنظيم النشاطات الاقتصادية تشير إليها لكن بدون وضوح، ومن بينها ما جاء في المادتين 10 و11 من الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع

1 – « ***La règle de protection présente tout d'abord un aspect préventif, l'état d'accueil ne doit pas, par des mesures arbitraires ou discriminatoires porter atteinte a l'exploitation, la gestion, le contrôle ou a la liquidation de l'investissement international. Mais n'empêche pas bien entendu l'état d'accueil d'adopter des mesures fiscales, douanière, de change, du travail qui rendront l'investissement international moins rentable voir déficitaire, mais ces lois ou règlements devront s'appliquer également – en droit comme en fait – à tous les opérateurs économiques dans les situations similaires*** ».
Dominique Carreau, Investissements…, op.cit., p. 19.

وتصديرها[1]، التي تقضي أنه بهدف حماية الإنتاج الوطني يمكن وضع تدابير الدفاع التجارية عن طريق التنظيم للتوقيف الجزئي أو الكلي للامتيازات و/أو الالتزامات، وتأخذ شكل تقييدات كمية عند الاستيراد أو رفع لنسب الحقوق الجمركية، الأمر الذي يؤدي إلى منع المستثمر الأجنبي، من إدخال سلع ومواد أولية إلى إقليم الدولة الجزائرية (وذلك مقابل حق تعويضي على سبيل المقاصة) وتعطيل مصالحه الاقتصادية.

ولتفادي مثل هذه القيود نجد المستثمر الأجنبي عند إبرامه لعقود استثمار في الجزائر يشير إلى تجميد القيود والرسوم الجمركية، التي تطبق بعد إبرام العقد، مثلما جاء في المادة 15/3 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم التي تنصّ على أن: « ... ***تخضع الشركة لكلّ الضرائب والرسوم أو الحقوق وفقًا للقوانين والتنظيمات المعمول بها في ذلك الحين، مع الإقرار صراحة أن كلّ ضريبة جديدة أو رسم جديد أو حق جديد مهما كانت التسمية أو الوعاء أو النسبة، وكلّ تعديل في الضريبة أو الرسم أو الحق يجري العمل به عند تاريخ التوقيع على هذه الاتفاقية، لا تطبق على الشركة...*** »[2]. وبالتالي كلّ التعديلات المطبقة على الضريبة العقارية أو سعر الصرف أو الرسوم الجمركية أو الحقوق الجبائية أو الفوائد البنكية تجمد في مواجهة هذا الاستثمار بحكم هذا النص، في حين نجد بعض النصوص تقيد هذه التدابير المماثلة، مثل قانون النقد والقرض الذي ينص على أنه يرخص للمقيمين ولغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر، ويمكن إعادة تحويلها مع تحويل كلّ النتائج والمداخيل والفوائد، وغيرها من الأموال المتصلة بالتمويل، فلا تعرقل الشروط الجديدة بعد الرأي بالمطابقة إجراءات تحويل التمويل المرخص به[3]، لكي لا يتم عرقلة حقّ المستثمر الأجنبي في استغلال أمواله بصفة مؤقتة، عند منعه من تحويلها لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو لمؤسساتها، أو لتمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاته المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات.

---

1 – أمر رقم 03–04 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر عدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.

2 – مرسوم تنفيذي رقم 01–416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم، ج ر عدد 80، مؤرخة في 2001/12/26.

3 – المواد 182، 184، 186 من القانون رقم 90–10، مرجع سابق.

كما وردت بعض الأحكام في قانون المنافسة رقم 03-03[1] تمنع بعض أنواع التدابير المماثلة، ومنها تلك التي تقضي بالتدخل أو الحدّ من حرية المستثمرين كأعوان اقتصاديين في تحديد الأسعار بكلّ حرية، وفق قواعد المنافسة وقواعد السوق[2]. فتمنع بذلك كلّ الإجراءات التي تحول دون صمود المستثمر الأجنبي في السوق، ودفعه للانسحاب بطريقة غير مباشرة متطورة، أو إجراءات أخرى تتعلق بالرقابة المفرطة على حقوق الملكية، أو حقوق الانتفاع على ممتلكات المؤسسة أو على جزء منها الناتجة عن نفوذ أو سلطة يتمتع بها شخص أو عدة أشخاص طبيعية، بسبب حصولهم على بعض أسهم في رأس مال شركة الاستثمار الأجنبي[3]، أو بموجب عقود البيع أو بأي وسيلة أخرى، بصفة مباشرة أو غير مباشرة. وكلّ إجراء من هذه الإجراءات محظور وفق قواعد قانون المنافسة، لأنه يحدّ بصفة حقيقية من حريته في المنافسة الحرة.

1 – قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003، يلغي القانون رقم 95-06، ج ر عدد 09، مؤرخة في 22 فيفري 1995.

2 – المادتان 4 و7 من القانون رقم 03-03، مرجع سابق.

3 – المادتان 15 و 16 من القانون رقم 03-03، مرجع سابق.

المبحث الثاني

القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية

استقرّ كل من الفقه والقضاء الدوليين من جهة، وتشريعات الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية من جهة ثانية، على وجود مبادئ دولية ملزمة للدول في معاملتها للاستثمارات الأجنبية باعتبارها جزءًا هامًا من النظام القانوني الذي يخضع له الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة التي يمارس النشاط الاستثماري فيها، من تاريخ نشأة الاستثمار إلى تاريخ نهاية مدّة العقد، على أساس أنّ هذه المبادئ تشكّل حماية فعلية للمستثمر الأجنبي بفرض مجموعة من القيود على حقّ الدولة في نزع الملكية المكرسة في كلّ الأعراف الدولية تجسيدًا لمبدأ حق الملكية الخاصّة ضمانًا للتوازن بين المبدأين[1]. كما أنّها شروط تفرضها القوانين لممارسة الدولة المستضيفة لحقها في استرجاع ممتلكاتها من المستثمرين الأجانب في الإطار الشرعي[2]، ضمانا للحق الأدنى لحقوق الأجانب الذي استقر عليه القانون الدولي[3].

وللوقوف عند هذه المبادئ يمكن فحص كلّ من التشريعات الوطنية للدولة المضيفة والقوانين الاتفاقية والدولية لاستخراج القاسم المشترك بينها واستظهار القيود التي تقف حاجزا أمام الدولة النازعة للملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي وتحمي ملكياتهم الخاصّة[4] من الإجراءات التعسفية والتحكمية التي يمكن للدولة أن تباشرها في حقهم.

فالشرعية الدولية لحق الدولة في التأميم ونزع الملكية للمنفعة الخاصّة والمصادرة وغيرها من التدابير المماثلة التي ترمي إلى حرمان المالك من الاستغلال والاستعمال والتصرف في ملكيته الخاصّة تجد أساسها القانوني في القيود الواردة على حق الدولة كالتزام يجب احترامه والتقيّد به عند ممارستها لحقها المستمد من سيادتها الوطنية الاقتصادية[5]. وعلى أساس أنها إجراءات تدخل في طائفة التوقعات المشروعة لافتراض تعرض المستثمر الأجنبي لها في كلّ وقت وعبر مختلف مراحل استثماره وعلمه بذلك[6].

---

1 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 57.

2 – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 115.

3 – Salem Mahmoud, op.cit., pp. 6 - 12.

4 – عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 123.

– شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص 102.

5 – عبد البارئ أحمد عبد البارئ: التأميم وآثاره في القانون الدولي، مطابع محرم الصناعية، القاهرة، 1972، ص 83.

6 – عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص 123.

فالمشرّع في الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد منح بموجب القانون للإدارة أو السلطات العامة المختصة مراكز متميزة تستخدم من خلالها امتيازات السلطة العامة وخوّلها سلطة تقديرية في اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية أو مصادرتها أو تأميمها لتحقيق المنفعة العمومية مقابل تعويض وفي إطار القانون حماية للمستثمر الأجنبي تجسيدًا لمبدأ قدسية الملكية الخاصّة، وذلك تحت طائلة بطلان هذه الإجراءات متى تجاوزتها أو أهملت احترامها[1]، أو إذا كانت تعسفية وتحكمية.

أما قواعد القانون الدولي فقد نصت وبإجماع المواثيق الدولية على شروط إضافية حماية للحدّ الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية إلى جانب القيود السابقة والمتمثلة في عدم التمييز من حيث إخضاع المستثمرين الأجانب عند تعرضهم لعمليات التجريد من أملاكهم لنفس الإجراءات الشكلية ونفس الشروط الموضوعية وفق مبدأ المساواة وعدم التمييز، وعلى أن لا يكون ذلك الإجراء المتخذ مخالفا لأي التزام تعاقدي سابق على أساس مبدأ احترام الالتزامات التعاقدية[2]، تحت طائلة قيام المسؤولية الدولية للدولة التي تخل بالتزاماتها العقدية.

أما الفقه الدولي فيرى بأنّ القيود الواردة على حقّ الدولة في نزع ملكية الأجانب هي مجموعة كاملة من الشروط غير القابلة للتجزئة تتمحور في احترام الإجراءات الشكلية القانونية المتبعة عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية[3] وتحقيق المنفعة العمومية، دفع التعويض الملائم للمستثمر الأجنبي والتقيّد بعدم مخالفة أي التزام تعاقدي سابق إذا وجد، وعدم مخالفة مبدأ عدم التمييز والمساواة[4].

---

1 – جمال وعلي، مرجع سابق، ص 89.

2 – Salem Mahmoud, op.cit., pp 8 - 12.

3 – لقد ورد هذا القيد في كلّ القوانين والتشريعات والمواثيق الدولية، لكنه من حيث المضمون يحدّد في إطار القوانين الداخلية للدولة النازعة للملكية. في القانون الجزائري ورد في نصّ المادة 20 من الدستور أنه: « ***لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون...*** »، ولا يكون القرار المتعلق بنزع الملكية في حدود القانون إلاّ إذا استوفى الشروط الشكلية اللازمة ومنها:

– عدم نزع الملكية إلاّ بعد فشل المحاولات الرضائية للحصول على العقار.

– صدور القرار من الجهة المختصة.

– تبليغه ونشره.

وقد نصت المادة 33 من القانون رقم 91–11 على أنه: « ***كلّ نزع للملكية يتم خارج الحالات والشروط التي حددها القانون، يكون باطلا وعديم الأثر*** »، مرجع سابق.

4 – CARREAU Dominique, Juillard Patrick, op.cit., p. 493.

– HORCHANI Ferhat, op.cit., pp 242 - 243.

بينما تبنّت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في المادة الثالثة من مشروع حماية أمـــلاك الأجانب لسنة 1967 مجموعة من الشروط المعتمدة في القواعد الكلاسيكية للقانون الدولي وهي المصلحة العمومية وشرعية الإجراءات[1] وعدم التمييز والتعويض[2].

على العموم، ترد على حق الدولة في نزع الملكية من خلال كلّ ما سبق، قيود خاصّة لنزع الملكية أو التأميم تتمثّل في تحقيق المنفعة العمومية مقابل دفع تعويض ملائم (المطلب الأوّل) ، وقيود أخرى عامة تتمثّل في احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز والالتـــزام بعـــدم مخالفة أي التزام تعاقدي سابق يقضي بعدم اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية أو التـــأميم[3] (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

القيود الخاصّة بنـزع الملكية

نظرًا لكون المالك بغض النظر عن جنسيته وطنيًا كان أو أجنبيًا يضطلع بحكم ملكيتـــه للمال برسالة اجتماعية اقتصادية يلتزم بأدائها، يحظى بموجبها بحماية قانونيـــة إذا أحســـن أداءها، ويفقدها إذا كانت للدولة أو إحدى سلطاتها مبررات داخلية خاصّة تبررّ حقهـــا فـــي استرجاعها[4]، لتستند عليها للمحافظة على التوازن الضروري القائم بين الحقوق التي يجدر بالقانون حمايتها، هذا التوازن الذي يربط بين المنفعة العمومية والحق في التعويض من جهة، وبين الحريات الفردية والملكية الخاصّة ومدى حمايتها من جهة ثانية[5]. فامتيازات الســـلطة العامة التي تستند عليها الإدارة للجوء إلى إجراءات نزع الملكية بالأسلوب الجبري بغـــض

1 – تعتبر الإجراءات الشكلية شرط مهم لشرعية العملية، لأنها تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي يثيرهـــا القاضي من تلقاء نفسه لإبطال قرارات نزع الملكية وترتيب مسؤولية السلطة النازعة للملكية.
هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 115.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 180.

3 – ترى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) أنّ مبدأ الشرعية الدولية للإجراءات المتعلقة بأخذ الملكيـــة بكلّ صورها يتجاوز الإحالة إلى قواعد القانون الداخلي، التي تقضي بالقيود الخاصّـــة أي التعـــويض والمنفعـــة العمومية واحترام الجانب الإجرائي الشكلي، لأنه يجب مراعاة مبادئ القانون الدولي التي تقضي بالقيود العامـــة وهي مبدأ المساواة وعدم التمييز ومبدأ احترام الالتزامات التعاقدية السابقة.

4 – حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصّة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 75.

5 – تقضي قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان على أنه يجوز فرض تحديدات على حق التملّك لأســـباب تتعلـــق بالمنفعة العمومية والنظام العام والأمن الوطني مقابل تعويض.
– عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 23.

النظر عن المركز القانوني للطرف المخاطب بالقرار مقيّد بشروط تقضي بحماية الملكية الخاصّة لقدسية حق التملك[1]. وهي المنفعة العمومية (الفرع الأوّل) ثمّ الالتزام بدفع التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

المنفعة العموميّة

لقد أقرت معظم القوانين والتشريعات الوطنية[2] والدولية[3] والاتفاقية[4]، أنّ المصلحة العمومية شرط وقيد يرد على حق الدولة في نزع الملكية تلتزم به الدولة النازعة لملكية الاستثمارات الأجنبية تحت طائلة بطلان قراراتها في أخذ الملكية الخاصّة بالأجانب، وعلى العموم تعتبر المنفعة العمومية إجراءً قانونيًا ذا عدّة أبعاد، لذا يقول الأستاذ HOSTIOU René ما يلي:

« ***L'expropriation pour cause d'utilité publique est une procédure administrative et judiciaire par la quelle l'administration utilise son pouvoir de contrainte pour obtenir la propriété d'un bien, en règle générale immobilier, en vue de la réalisation d'un objet d'intérêt général*** »[5].

لأنها إجراءات إدارية تتبع من السيادة الاقتصادية للدولة وتخضع للرقابة القضائية[6].

---

1 – جمال وعلي، مرجع سابق، ص 89.

2 – انظر: المادة 17 من دستور 1976، والمادّة 20 من دستور 1989 والمادّة 20 من دستور 1996. والمادة 2 من القانون رقم 91–11، مرجع سابق. والمادّة 8 من الأمر رقم 66–284 المتضمّن قانون الاستثمارات، مرجع سابق. والمادة 154 من قانون رقم 02–01 المؤرخ في 5 فيفري 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08، مؤرخة في 06 فيفري 2002. والمادة 677 من الأمر رقم 75–58، مرجع سابق.

3 – تسمح المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية للدولة باتخاذ كلّ الإجراءات الضرورية لحفظ الأمن العام وحماية الصحة والأخلاق والنظام العام.

Voir : CNUCED "Traitement de la nation la plus favorisée", Nations Unies, New York - Genève, 2001, p. 16.

– ونصت التوصية رقم 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة على حقّ الدولة في التأميم وربطته بقيد المنفعة العمومية أو الحاجة الأمنية أو المصلحة الوطنية.

4 – نصت معظم الاتفاقيات الدولية على هذا الشرط لحماية المستثمرين الأجانب، منها: المادة 1/15/أ من الاتفاق المبرم مع دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق. والمادة 3/4 من الاتفاق المبرم مع إيطاليا، مرجع سابق.

5 – HOSTIOU René, Code de l'expropriation, Librairies Techniques, Paris, 1986, p. 3.

6 – حيث إنّ كلّ الإجراءات التي تمس بالملكية والتجريد منها تأخذ هذا الحكم إلاّ إجراءات التأميم، لأنها عمل تشريعي لا يخضع للرقابة.

فالدولة لا تستطيع اللجوء إلى هذه الإجراءات في غير الإطار القانوني المرسوم لها، وخصوصًا في مطابقتها للإجراءات القانونية وحسن النية في تقدير المنفعة العمومية[1]، الأمر الذي يجعل المصلحة العمومية ومسائل تقديرها قيدًا في مواجهة الدولة، وحقًّا لحماية الملكية في مواجهة المستثمر الأجنبي[2]، وشرطًا ضروريًا لصحة باقي الإجراءات[3]. فما المقصود بالمنفعة العمومية؟ وما هي الحالات التي تكيف فيها المنفعة على أنها عمومية؟ (أوّلاً) ثمّ ما هو تقدير الوضعية فيما يخص السلطات المخولة الاختصاص بتقدير وتحقيق المنفعة العمومية (ثانيًا).

أوّلاً – تعريف المنفعة العمومية وصورها:

إنّ مفهوم المنفعة العامة قديم النشأة، نصّ عليه الإعلان العالمي للحقوق الصادر سنة 1798، والذي عبّر عنها بفكرة "الحاجات العامة" ليتطور ويتوسع ويصبح مفهوما متداولاً لدى الكثير من التشريعات، وهي فكرة مرنة تتغيّر وفق متطلبات المجتمع واحتياجاته[4]. وهي مرادفة للمصلحة العامة ومناقضة تمامًا للمنفعة الخاصّة[5]، لذا جعلته أغلب الدساتير في العالم مبدأً دستوريًا حمايةً للملكية الخاصّة[6].

وهو مصطلح غامض يصعب جدا تحديد مضمونه ومعالمه[7]، وذلك خصوصا في بعض الحالات التي يتعذّر فيها على بعض الهيئات الدولية للتحكيم التجاري الدولي النطق بعدم تحقق المنفعة العمومية كسبب لنزع الملكية الخاصّة بالمستثمرين الأجانب لوجود صعوبات في مجال

---

1 – « ***Un Etat ne peut prendre de mesures d'expropriation si ce n'est… pour but d'utilité publique***… ».
- CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 493.

2 – رغم وجود اتجاه فقهي قوي يسير نحو المطالبة بهجرة هذا القيد واستبعاده لغياب ضوابطه الموضوعية وتوقفه على حسن النية، إلاّ أنه قيد قائم وقابل للإعمال، ويبقى قيدًا يحول دون الخروج عن المبادئ الأساسية للمنفعة العمومية التي تتمثّل في المنفعة الوطنية للدولة.

3 – جمال وعلي، مرجع سابق، ص 71.

4 – عبد الحكم فودة: نزع الملكية الخاصّة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 55.

5 – حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصّة، مرجع سابق، ص 114.

6 – محمد أنس قاسم جعفر: النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الدار الجامعية، ط 3، الجزائر، 1993، ص 90.

7 – نظرا لهذا الغموض تستبعده بعض الهيئات التحكيمية وترفض الاعتماد عليه كشرط ضروري لنزع الملكية أو التأميم، منها لجنة التحكيم في قضية "LIAMCO" والتي تقضي بما يلي:
« ***Le principe d'utilité publique n'est pas une condition nécessaire pour la légalité d'une nationalisation***… ».
– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 182.

إثبات ذلك. ومن بين هذه الهيئات، نذكر لجنة التحكيم الدولية في قضية: Groupe American international/Iranوالتي قضت بما يلي: « ... ***لا يمكن الحكم بأن تأميم شركة إيران كان بذاته غير قانوني سواء طبقا للقانون الدولي العرفي أو معاهدة إمتي... نظرًا لأنّه لا يوجد دليل كاف أمام اللجنة يدل على أنّ التأميم لم يتخذ للمصلحة العامة كجزء من برنامج الإصلاح الكبير أو كان عنصريًا*** » [1].

1 – تعريف المنفعة العمومية:

تعتبر المنفعة العمومية مجموع العمليات التي تستجيب لحاجات البلاد التي تتعلق بالصالح العام وبالاقتصاد الوطني بصفة عامة[2]، بغرض تنفيذ المخططات الوطنية والمحلية المسطرة من الدولة أو إحدى سلطاتها العمومية، فلا تكون ممكنة إلاّ إذا كانت أهدافها لتنفيذ العمليات الناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية.

ويرى البعض أنها ترمي إلى القيام بالإجراءات مهما كانت صفتها، بشرط أن تكون ملائمة وضرورية لمعالجة المواقف التي اتخذت هذه الإجراءات لمواجهتها تأمينا للصالح العام، وهي الوسيلة القانونية اللازمة للحفاظ على النظام العام[3]. وإلاّ كيفت كلّ هذه الإجراءات والتصرفات بالتعسفية لأنها تدخل في إطار ما يسمى بـ"التعسف في استعمال الحقّ"، الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء للحكم بإلغائها وجبر الضرر عن طريق دفع التعويض[4].

والمشرّع الجزائري لم يضع ضوابط محددة لحصر مفهوم المنفعة العمومية وتحديد المقصود منها، بل ترك مسألة تقديرها للإدارة في إطار السلطة التقديرية للدولة، عند تقديرها للأراضي القابلة للنزع ومساحتها وتحديد المشروع الذي تنطبق عليه عمليات التأميم أو

---

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 99.

2 – أكدت ذلك محكمة طوكيو اليابانية بمناسبة النظر في قضية شركة البترول الأنجلو–إيرانية ضد الشركة اليابانية التي قامت بشراء بترولها المؤمم من قبل إيران كما يلي: « ***إنّ قانون التأميم الإيراني قد أملته المصالح الوطنية وجاء متفقًا مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة...*** ».

– أحمد عبد الحميد عشوش: التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص 360.

3 – نبيل عبد الرحمن نصر الدين: ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقا للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 166.

4 – سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 83.

التسخير أو المصادرة استعمالا لامتيازاتها حسب مصلحتها أي المصلحة العمومية[1]، الأمر الذي يفتح المجال للتعسف في استعمال السلطة[2].

وتؤيد معظم الدول فكرة أنّ المصلحة العمومية هي المصلحة الخاصّة بالدولة[3]، والتي تباشر بتقديرها والبحث في تحقيقها بعض سلطاتها العامة المختصة بذلك، ومن بينها دولة المكسيك التي قامت بتأميم صناعات البترول والتي أقرت في قرار لها بتاريخ 12 أفريل 1937 ما يلي: « ***المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدرها الدولة حسبما تراه*** »[4].

نصت كذلك على المنفعة العمومية قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، على أنه يجوز فرض تحديدات على الحقوق المقررة للتملك لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة وهي المنفعة التي تمس بالنظام العام للدولة وأمنها الوطني[5]، وأنّ حق الملكية الخاصّة المجسد في مبدأ حق التملك يتصدى له حقّ الجماعة أو بالأحرى مصلحة الجماعة أي المنفعة العمومية للدولة.

كما أكدت معظم الاتفاقيات الدولية على أن المنفعة العمومية قيد على حق الدولة في نزع الملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب دون التطرق إلى عملية تعريفها أو توضيح مضمونها، إلاّ أنه نجد البعض منها يتوسع قليلا ويؤكد على أنّ الأمن والمصلحة الوطنية من أهم صور المنفعة العمومية[6].

ورغم الغموض الواضح في موقف الهيئات الدولية من تحقيق المنفعة العمومية بسبب جهلها للحالات التي تراها الدولة كمنفعة عمومية حقيقية، ورغم تعذّر إمكانيتها عن النطق بعدم مشروعية إجراءات التأميم بسبب عدم فِعلية المنفعة العمومية، لا يخفى عن أحد أن شرط المنفعة العمومية هو حماية حقيقية للحقوق المعنية بالنزع من جهة، وشرط يبعث

---

1 – جمال وعلي، مرجع سابق، ص 72.

2 – عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 572.

3 – « ***Chaque Etat étant libre de juger par soi-même, ce qu'il considère comme utile ou nécessaire au bien public*** ».
-TORTORICI Antoine, La Tunisie et le droit international des investissements, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1992, p. 259.

4 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 37.

5 – عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 23.

6 – المادّة 3/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

الطمأنينة في نفوس الملاك المعنيين بالنزع عند تأكدهم أن سلطات الإدارة مقيدة في الأخذ ببعض صور المنفعة العمومية التي يقرها القانون، وتقول بهذا الخصوص القاضية KADI Hanifi ما يلي:

« ***L'enquête d'utilité publique…est non seulement une garantie de protection des droits des expropriés mais elle est également un gage de cohésion sociale en ce qu'elle facilité l'acceptabilité de la décision administrative***… »[1].

وقد ذهب بعض فقهاء القانون الدولي منهم "HERZE" و"DUMAKE" إلى اعتبار تمسك الدولة بحجة المصلحة العمومية لتبرير التأميم للمشاريع الاستثمارية أو مصادرتها أو الاستيلاء عليها يكون من الصعب دحضها ومواجهتها والتصدي لعدم فعليتها، إلاّ إذا كانت هذه المنفعة العمومية خارج حدود المعقول، كأن يكون قرار التأميم مجرّد قرار ذي طبيعة سياسية أو بسبب أحداث سياسية وليس لأسباب اقتصادية[2].

2 – صور المنفعة العمومية:

نظرًا لكون المصلحة العمومية هي المصلحة الخاصّة بالدولة أو المصلحة التي تقدرها حسبما تراه، فلم تأت صور أو أنواع المنفعة العمومية التي تؤمم أو تنزع الملكية من أجلها على سبيل الحصر، بل يتحدد طابع المصلحة العامة بالظروف المحيطة بالعملية[3].

وما دامت الدولة هي صاحبة الحقّ في تقدير المنفعة العمومية، فلا يجوز لها أن تعتد إلاّ بالمصلحة الحقيقية المرتبطة بالمصلحة الوطنية للدولة وأن تستبعد كلّ صور المنفعة الصورية.

وقد نصّت المادة 2/2 من القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة على أنه:

« ***... لا يكون نزع الملكية ممكنا إلاّ إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، وتتعلق بإنشاء تجهيزات***

---

1 – Kadi Hanifi Mokhtaria, "Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation", Revue Idara, vol. 15, N° 29, 2005, p. 85.

2 – وهذا ما تمسكت به بريطانيا في مواجهة تأميم ليبيا BP عام 1971، وما قضت به محكمة التحكيم في قضية "LIAMCO": « ***أما بخصوص الادعاء أنّ الإجراءات السالفة الذكر كانت لأغراض سياسية وفقا لغرض مصلحة قانونية...*** ».

خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 88، 97.

3 – عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 571.

جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة »[1].

نصّت كذلك بعض القوانين الخاصّة التي تقضي بإمكانية نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية على بعض الحالات التي تكيف على أنها متوفرة على المنفعة العمومية كسبب كاف لنزع الملكية[2]، خاصّة إذا كانت ترمي إلى استغلال الثروات الطبيعية المنصوص عليها في نصّ المادة 17 من الدستور باعتبارها من الأملاك الوطنية العمومية، بحيث تعتبر كلّ عملية تهدف إلى استرجاع ممتلكات الدولة بهدف استغلال الثروات الطبيعية منفعة عمومية[3].

وقد نصّ قانون المياه رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية 1983 على إمكانية نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة، فتنص المادة 33 على أنه « ***يجوز للإدارة إذا رأت أنّ الارتفاقات المشار إليها في المادة 31 أعلاه غير كافية وأرادت إقامة ممر في المناطق المحاذية للملكية العامة للمياه، في ظروف مهيَّأة وثابتة عند غياب موافقة صريحة من قبل المحاذين، أن تكتسب قطعة الأرض الضرورية لإقامة الممر عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة طبقا للتشريع المعمول به*** »[4]. وهي أحكام تواجه كلّ الملكيات بغض النظر عن جنسية ملاكها وطنيين كانوا أم أجانب لأنها تواجه مجال النشاط الاقتصادي[5] الذي له علاقة بالاقتصاد الوطني[6].

---

1 – تطبيقا لنصّ المادة 2/2 من القانون رقم 91-11، جاء في منطوق القرار رقم 157362 المؤرخ في 1998/04/13 أنه « ***من المقرر قانونا أن نزع الملكية لا يكون ممكنا إلّا إذا جاء تنفيذًا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط ويتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية...*** ». المجلة القضائية، رقم 1، 1998، ص 188.

2 – زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 17.

3 – « ***Les nationalisations réalisées par les Etats pour sauvegarder leurs ressources naturelles en tant qu'expression de leurs souveraineté impliquent qu'il appartient à chaque Etat de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout conflit soulevé droit être réglé conformément aux lois nationales de chaque Etat*** ».
- Couli Baley, Baba Kank, Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo, Approche Juridique, thèse de doctorat en droit, Université de Lille II, 1989, p. 155.

4 – قانون رقم 83-17 مؤرخ في 16 جويلية 1983 يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30، المؤرخة في 19 جويلية 1983، معدّل ومتمم.

5 – « ***La mesure de nationalisation touche une activité, et donc les entreprises qui l'exercent peu importe qu'elle soient algériennes où étrangères***... ».
- ZOUAÏMIA Rachid, op.cit., p. 594.

6 – تنص المادة 679 من القانون المدني على أنّه: « ***يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد...*** ». بحيث تصبح للسلطات العامة السلطة التقديرية في تحديد الأموال والخدمات اللازمة التي تكون الدولة في أمس الحاجة إليها لتسيير وضمان الاقتصاد الوطني.

وتنص أيضًا المادة 1/35 من القانون نفسه على أنه: « ***يمكن أن تكون منطقة الاستيلاء موضوع نزع الملكية للمنفعة العامة أو شغل مؤقت، وفي هذه الحالة الأخيرة تخوّل للمحاذين المعنيين الحقّ في تعويض كامل على الأضرار المتسبب فيها*** »[1].

أما قانون المياه رقم 05-12[2] المؤرخ في 4 أوت 2005 فينص في المادة 13 على أنه: « ***يجوز للإدارة المكلّفة بالموارد المائية أن تقوم بكلّ عمل يهدف إلى اقتناء الأراضي اللازمة في حالة ما إذا كان... حتّى عن طريق نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طبقا للتشريع المعمول به*** ».

تنص أيضًا المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 94-41 على أنّه: « ***تنزع ملكية الأراضي الواقعة داخل حدود نطاقي الحماية المحدّدين أعلاه والتي يملكها شخص تابع للقانون الخاص، بسبب المنفعة العمومية وفقا للتشريع المعمول به وتقتنيها الدولة*** »[3].

لكن لا يتم ذلك إلاّ إذا حاولت الجهات المختصة الحصول على الأملاك بالأساليب الرضائية الأخرى بدون جدوى، حيث تنص المادة 31 من المرسوم التنفيذي نفسه على أنه: « ***إذا رفض مالك الأرض التي تفجرت فيها مياه الحمامات المعدنية إيجارًا لها أو تنازلا عنها، فإنّه يمكن نزع ملكيتها وفقا لأحكام القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 والمذكورة أعلاه بعد إعذاره لمدّة سنة واحدة عن طريق الوالي المختص إقليميًا*** ».

كما نصّت المادة 134 من القانون رقم 01-01 المتعلق باستغلال المناجم على إمكانية نزع ملكية سطح الأرض لاستغلال الثروات الباطنية أو لإنشاء ارتفاقات عليها[4].

نصّت كذلك على المنفعة نفسها المادة 154 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 5 فيفري 2002 الذي يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات[5].

ونصّت أيضًا المادة 53 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 على أنه: « ***يمكن للدولة استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة***

1 - قانون رقم 83-17، مرجع سابق.
2 - قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005.
3 - مرسوم تنفيذي رقم 94-41 مؤرخ في 29 جانفي 1994 يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7، مؤرخة في 6 فيفري 1994.
4 - قانون رقم 01-10 مؤرخ في 3 جويلية 2001 المتعلق بالأنشطة المنجمية، ج ر عدد 35، 2001.
5 - قانون رقم 02-01، مؤرخ في 5 فيفري 2002، مرجع سابق.

للأملاك الوطنية الممنوحة في إطار القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 إذا كانت هذه الأراضي مدمجة في قطاع عمراني بموجب أدوات التعمير... »[1].

وعليه تصبح صور المنفعة العمومية بمفهوم القوانين الخاصّة التي تقرّ بحق الدولة في نزع الملكية الخاصّة هي كلّ منفعة تدخل في إطار إنشاء واستغلال الأملاك الوطنية العامة أو تسييرها[2]، لأنه مبدئيا لم يعد مسموحًا للإدارة بنزع الملكية الخاصّة لدمجها ضمن الأملاك الوطنية الخاصّة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية[3].

ويؤكد البروفسور زوايميه رشيد هذه الفكرة كما يلي:

« ***La mesure de nationalisation n'a pas été prévue de manière explicite par la constitution… comprend un ensemble de biens : Ressources naturelles, eaux, forêts, transports ferroviaires, maritimes, aériens, poste télécommunications…Le législateur peut ainsi décider en fonction des nécessités économiques du moment, soit l'incorporation d'une universalité de biens dans le domaine de l'Etat, soit, l'institution d'un monopole sur une activité économique donnée, devenue stratégique pour les besoins de l'économie nationale*** »[4].

أما أنور طلبة فيقول إنّه تعد من أعمال المنفعة العامة الأعمال التالية:

- إنشاء الطرق والشوارع والميادين وتوسيعها أو تعديلها أو تمديدها.
- إنشاء المشاريع المتعلقة بالمياه والصرف الصحي والري.
- إنشاء مشاريع الطاقة والكهرباء والنقل والبريد والمواصلات.
- إنشاء مشاريع التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة[5].

ثانيًا – تقدير الوضعية في تحقيق المنفعة العمومية:

تتمتع الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بسلطة تقديرية واسعة وكاملة وشاملة في تقدير وتحديد مدى تحقق المنفعة العامة[6] في المجالات التي يسمح لها القانون بذلك،

1 – قانون رقم 97–02، مؤرخ في 31 ديسمبر 1997، يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89، مؤرخة في 31 ديسمبر 1997.

2 – سعد محمد خليل، مرجع سابق، ص ص 100، 101.

3 – أكدت التعليمة الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 11 ماي 1994 المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية المفهوم الضيق للمنفعة العمومية الذي تبنته النظرية التقليدية في النظام الليبرالي.

4 – ZOUAÏMIA Rachid, op.cit., p. 594.

5 – أنور طلبة: نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002، ص ص 46، 53.

6 – محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 90.

باعتبارها شرطًا مستلزمًا لاسترجاع ممتلكاتها الموجودة تحت يد المستثمر الأجنبي من أملاك وعقارات ومشاريع اكتسبها طيلة فترة ممارسة نشاطه الاستثماري، لأنها في الأصل صاحبة الحق، لكن شرط أن لا تتعسف في استعماله، إذ لا يجوز لها أن تعتد إلاّ بالمصلحة الحقيقية، الأمر الذي خلق إشكالاً في المسألة وخصوصًا فيما يتعلق بتحديد المصلحة العمومية وإثبات مدى تحققها من السلطة المختصّة التي تقرّ بالحقّ في نزع الملكية، ممّا دفع الدول المعنية إلى الاعتماد على تقدير المصلحة العامة بحس نية[1] دون تحديد المقصود بالمصطلح باعتباره واسع المفهوم وصعب التحديد لا من حيث إثبات مضمونه ولا من حيث تحققه[2].

وعلى العموم، فالمصلحة العمومية من أهم القيود التي ترمي إلى حماية الملكية الخاصّة[3] من الإجراءات التحكمية التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق بعض مصالحها الاقتصادية والاجتماعية، وذلك دون دراسة، أي دون إجراء التحقيقات المسبقة أو من الإجراءات التعسفية عند انحرافها بالسلطة المخولة لها[4]، لذلك تؤخذ بعين الاعتبار النوايا الحقيقية للدول والمتمثلة في ضرورة تحقيق الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي عند تعرضها للأملاك الخاصّة بالمستثمرين الأجانب، وفي كلّ الحالات التي تلجأ فيها الدول لنزع أو تأميم الملكيات، تلعب سلطاتها العامة دورًا تقريريًا في تقدير المنفعة العامة (1)، ويلعب القاضي إلى جانبها دورًا رقابيًا على إجراءاتها (2).

1 – دور السلطات العامة في تقدير المنفعة العامة:

إذا كانت النصوص القانونية الداخلية والاتفاقية والدولية بإجماع قد اتفقت على أنّ نزع ملكية الاستثمار الأجنبي يتوقف على شرط المصلحة العامة، فإنّ القوانين والقواعد التي تحدد إجراءات وطرق تحديدها وتقريرها وردت في القوانين الداخلية للدولة المضيفة فقط، بحيث خوّلتها للسلطات العامة للدولة دون تقييد، حيث تدخل هذه الصلاحيات في إطار سلطاتها التقديرية.

---

1 – « ***Un Etat ne peut prendre de mesures d'expropriation si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique***… ».
- CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 493.

2 – عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 571.

3 – حمدي باشا عمر: مبادئ القضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 304.
– أحمد رحماني، مرجع سابق، ص 16.

4 – Kadi Hanifi Mokhtaria, op.cit., pp 74-75

وقد حدّد المشرّع الجزائري وبدقة[1] الإجراءات الواجب اتباعها من طرف الإدارة قبل إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية، إذ وردت أغلب النصوص المتضمنة هذه الإجراءات بصيغة الوجوب لإلزام الإدارة على احترامها[2]، الأمر الذي يجعلها تقوم بإصدار عدّة قرارات وتنفيذ عدّة تدابير قبل اتخاذ قرار التصريح بالمنفعة العمومية[3]، تحت طائلة البطلان[4].

أما عدم تحديد وتحقيق أركان المنفعة العامة وعدم وضع شروط لممارسة الدولة لحقها في السلطة التقديرية يبقى أمرًا تستوجبه طبيعة إجراء نزع الملكية في حدّ ذاته بمختلف دواعيه تبعًا لاختلاف الظروف والأحوال، الأمر الذي يصعب معه منع الإدارة في الحالات الاستعجالية من التدخل بقرارات تمليها الضرورة، وذلك دون المساس بالجانب الإجرائي والشكلي الذي يحدده المشرّع للإدارة كشرط لممارسة اختصاصها.

فالسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة بمعناها الواسع[5] هي تمتعها بقسط من الحرية في التصرف عند ممارسة مختلف اختصاصاتها القانونية، ولا يمكن أن يظهر بهذا المعنى إلاّ في ظل الدول التي تأخذ بنظام دولة القانون ومبدأ سيادة القانون[6].

والسلطة التقديرية في مجال النزع غير مقيدة[7]، وتمس بالجانب الموضوعي، لا الإجرائي الشكلي الذي يرتب على عملية نزع الملكية البطلان كلّما تمّ الإخلال بها. والتقيد مفاده ضمان عدم تعسفها إذا لم يترك المشرّع لها مجالاً للاختيار أو التقدير بالنسبة لجميع

---

1 – القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 93-186 المحدد لكيفيات تطبيقه، مرجع سابق.

2 – يصدر القرار الذي يتضمن التصريح بالمنفعة العمومية بعد إثبات هذه المنفعة بإجراء تحقيق بواسطة لجنة محايدة تقدم تقريرًا ظرفيا مستعرضة فيه استنتاجاتها بفعلية المنفعة العمومية وتوافرها.
المواد 4، 5، 6 و9 من القانون رقم 91-11، مرجع سابق.

3 – ليلى زروقي، مرجع سابق، ص 14.

4 – انظر حكم الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية رقم 80812، المؤرخ في 18 فيفري 1987، الملغي لقرار نزع الملكية لعدم تبليغ المحافظ المحقق في مدى فعالية المنفعة العمومية بقراره المعني بالنزع.

5 – لقد تطورت فكرة السلطة التقديرية في ضوء تطوّر الرقابة القضائية في مجال دعوى الإلغاء حتّى استقر الفقه والقضاء على المفهوم الحالي للسلطة التقديرية التي يستطيع من خلالها أداء مهامها المنوطة بها.
– عصام عبد الوهاب البزرنجي: السلطة التقديرية والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص ص 1، 10.

6 – نبيل عبد الرحمن نصر الدين، مرجع سابق، ص 163.

7 – عصام عبد الوهاب البزرنجي، مرجع سابق، ص 442.

أركان العمل الإداري[1] وذلك سواءً بالنسبة لسببه أو محله أو شكله أو غايته. وتنطبق هذه الفكرة على إجراءات نزع الملكية بكلّ صورها أي المصادرة والتأميم بغض النظر عن أوجه الاختلاف الموجودة بين كلّ منهما.

ويقيّد المشرّع السلطة النازعة للملكية من حيث الهدف أو الغاية، إذ تلتزم الإدارة وتتوخى في كلّ عمل تأتيه لحرمان المستثمر من أملاكه بأن لا تنحرف عن هذه الغاية وهي المنفعة العمومية وإلاّ كانت أعمالها مشوبة بعيب استعمال السلطة وبالتالي بطلانها. وسواء كانت السلطة تقديرية واسعة أو مقيدة فإنّ المشرّع حدّد لها اختصاصاتها تحديدًا دقيقًا يحول دون التعسف في استعمال حقّها، ومن ثمّ فإنّ هذه السلطة تجسّد أكبر قدر من الحماية وأحسن ضمان للأفراد المنزوع ملكياتهم من حيث إمكانية الطعن في الإجراءات التي لا تكون لغاية المنفعة العمومية أمام القضاء.

2 – دور القضاء في تقدير المنفعة العمومية:

يتمتع القاضي الإداري[2] بسلطات واسعة في التعقيب على تجاوز الإدارة أو السلطات العامة المختصة بنزع الملكية الخاصّة لحدود سلطاتها في حالة خرقها للقانون المنظم لإجراءات نزع الملكية وانحرافها بسلطتها[3]. فالقاضي يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية[4]، بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق المكلفة بالتحقيق في مدى فاعلية المنفعة العمومية[5].

وهنا يكيّف الدور الذي يضطلع به القاضي في هذا النوع من المنازعات بأنه يمتاز بالطابع الاستقصائي بالنظر إلى عدم المساواة بين أطراف المنازعة الماثلة أمامه من حيث

---

1 – سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 164.

2 – المادة 7 من الأمر رقم 66–154، المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، ج ر عدد 47، مؤرخة 1966/06/09.

3 – دور القاضي لا يمتد إلى قرارات التأميم لذا يقول الأستاذ زوايميه رشيد ما يلي:
« ***l'expropriation administrative est ainsi une mesure administrative dont la légalité peut être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir, tandis que la nationalisation est mise en œuvre par un texte de loi qui ne peut faire l'objet d'une action contentieuse*** ». Op.cit., p. 593.
غير أنّ بعض الاتفاقيات الدولية نصت على أنه يجوز للقاضي الوطني مراقبة مدى شرعية إجراءات التأميم لتقييد سلطة الدولة في اتخاذ هذا الإجراء، الأمر الذي يثير تناقضًا وإشكالاتٍ قانونية على أساس أنّ تدبير التأميم يتم بموجب نصّ تشريعي يتمتع بحصانة أمام القاضي، ومن بينها الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا.

4 – « ***إنّ نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية محققة طالما كانت العملية مقررة لصالح جماعة محلية ولإشباع حاجيات مرفق عام...*** ». قرار رقم 63595، مؤرخ في 26 ماي 1984، المجلّة القضائية، عدد 1، 1984، ص 192.

5 – زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 18.

المراكز القانونية[1] أو من حيث جنسياتهم وطنيين كانوا أم أجانب، خاصّة أنّ القانون قد منح الشخص المجرّد من ملكيته بصفة عامة في حالة الطعن القضائي في قرار التصريح بالمنفعة العمومية الحقّ في توقيف تنفيذ القرار وإيقاف الإجراءات اللاحقة له إلى حين الفصل في الدعوى[2]، حيث يؤدي خرق الإدارة للقواعد القانونية التي تحدد الإجراءات المتبعة لتحقيق المنفعة العمومية تدخّل القاضي الإداري[3] لإبطال قراراتها وكلّ التصرفات الأخرى اللاحقة لها، ويترتب على كلّ ذلك قيام مسؤوليتها في التعويض[4] الأمر الذي يجعل من أعمال الرقابة القضائية حماية فعلية وحيوية لحقوق المستثمرين الأجانب[5]، إلاّ أنه وإن كانت وظيفة الرقابة القضائية واسعة من حيث المظهر فإنّها ضئيلة من حيث الجوهر، فهناك بعض القيود التي تقلل من فعالية دور القاضي الإداري الناظر في الدعوى[6]، لأن هذه الرقابة تنحصر في مراقبة مدى تمسك الإدارة بإجراءات نزع الملكية بما فيها الإجراءات المتعلقة بالمنفعة العمومية ومدى احترامها، للأمر ببطلانها إذا كانت خارجة عن نطاق القانون. فالسلطة التقديرية الإدارية واسعة وتتسع أكثر في حالة الاستعجال بشكل يضيّق من قدرات القاضي في الرقابة في مثل هذه الحالات[7].

ولا يجوز في كلّ الأحوال للقاضي التصريح بعدم الاختصاص، إذ يكون بذلك قد خالف نصّ المادة 171 مكرر فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية[8]، مهما كانت مبررات المنفعة العمومية[9].

---

1 – حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصّة، مرجع سابق، ص 113.

2 – المادّة 13 من القانون رقم 91–11، مرجع سابق.

3 – وتجدر الإشارة هنا إلى أن دور القاضي الإداري يقتصر على مراقبة المشروعية ولا يمتد إلى الملاءمة. قرار رقم 66960، مؤرخ في 1990/04/21، مجلة قضائية، عدد 2، 1992، ص 158.

4 – زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 19.

5 – نبيل عبد الرحمن نصر الدين، مرجع سابق، ص 156.

6 – وتتمثّل أهم القيود في عجزه في بعض الحالات عن حسن التكييف والتقدير والفهم للنصوص القانونية التي تمنح للإدارة سلطات واسعة بشكل لا يستطيع القاضي التدخل للحدّ منها، لأنها نصوص تتصف بالعموم ومثلها نص الدستور الفرنسية لسنة 1946 التالي:

« ***Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert des caractères de service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité*** ».
- ZOUAÏMIA Rachid, op.cit., p. 593.

7 – حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 306.
– جمال وعلي، مرجع سابق، ص ص 89، 90.

8 – أمر رقم 66–154، مرجع سابق.

9 – جمال وعلي، مرجع سابق، ص ص 89، 90.

وما دامت الرقابة القضائيّة تكيّف في كلّ الحالات على أنها تقتصر على رقابة أعمال الإدارة من الناحية الشكلية حسب النظرية التقييمية للمشاريع، حيث يقوم القاضي بتقييم المشروع المراد إنجازه وتقييم الممتلكات التي يراد نزعها والتحقق من مدى فِعليّة المنفعة العمومية[1]، فالأمر يدفعنا للتساؤل عن دور القاضي في البحث عن إيجاد التوازن الحقيقي بين المصلحة العامة والحقوق الخاصّة للأفراد، وخاصّة المستثمرين منهم، في الحالات التي تحدث فيها الإدارة – بأعمالها وإجراءاتها – خللاً بين المصلحتين التي يحميهما القانون معًا.

بل وهل القاضي عند الأخذ بالنظرية التقييمية يتحقّق فعلا بموجبها من أنّ المشروع المراد إنجازه باعتباره للمنفعة العامة يستلزم نزع الملكية الخاصّة وسيرتب فعلا منافع عامة بالمفهوم السابق للمنفعة العمومية. وأن هذه المنفعة العمومية تفوق مساوئه بالمقارنة مع المساس بالملكية الفردية المحمية والمكرسة دستوريًا من جهة، وأنّ قيمة الإنجاز الاقتصادية تفوق الأضرار الاجتماعية المترتبة عنه؟

تعتبر هذه المسألة من أهم نقاط الضعف التي تمس بمسائل الحماية التي يرجو المستثمر الأجنبي الحصول عليها، خاصّة وأنّ القاضي لا يتدخل في الملاءمة[2]، ولا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة[3] هذا من جهة، كما أنه لا يحق للإدارة أن تتمسك بالسلطة التقديرية وانفرادها بالملاءمة[4] للخروج عن المبادئ العامة التي تحميها، أو لتبرير استعمال صلاحيات السلطة العامة فقط لتسيير المرافق العامة وتحقيق المنفعة العمومية من جهة أخرى. وإنّ نقطة الالتقاء هنا تفتح المجال للقاضي في هذا المجال بالذات للرقابة ومراقبة مدى احترام هذه المبادئ الخاصّة[5]. فالأعمال الإدارية كلّها بما فيها قرارات

---

1 – زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 19.

2 – لقد قررت المحكمة العليا في عدّة قرارات امتناعها عن التدخل في مراقبة مدى مطابقة عمليات الإدارة للأهداف المصرح بها عن المنفعة العمومية.

– حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 307.

3 – إنّ لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني في مثل هذه المسائل ليس لأن قراراته تتصف بالعدالة والإنصاف، بل لأن استنفاذ الطرق الوطنية للتقاضي إجراء شكلي إجباري للجوء إلى التقاضي وفق وسائل التحكيم التجاري الدولي.

4 – للإدارة سلطة تقديرية في تقدير مناسبة القرار الإداري بنزع الملكية ومدى ملاءمته لدواعي حسن سير الإدارة ومدى تحقيق المنفعة العمومية، في حين السلطة التقديرية للقاضي تقتصر على فرض التزامات قانونية تستوجب وضع الإدارة لنفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير بكلّ موضوعية مثلما هو معمول به في القضاء الإداري الفرنسي.

– نبيل عبد الرحمن نصر الدين، مرجع سابق، ص 164.

5 – زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 18.

التسخير ونزع الملكية والمصادرة داخلة في ولاية القضاء إلغاءً وتعويضًا إذا خرجت عن مبادئ وقواعد الشرعية، دون التأميم لأنّه عمل حكومي يخرج عن ولاية القاضي الذي يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بمشروعيته[1].

الفرع الثاني

التعويض

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار بسبب التأميم الذي تجريه على المشروع الاقتصادي الاستثماري أو بسبب نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية أو بسبب أي إجراء آخر ذي نفس النتائج بالتعويض المادي للمستثمر الأجنبي لإضفاء الشرعية على إجراءاتها[2] باعتبارها إجراءات تدخل في صميم اختصاصاتها تستمدها من صلب سيادتها الاقتصادية والسياسية، حيث تصبح كلّ القرارات التي تقضي بحرمان صاحب الملكية من ملكيته بغض النظر عن جنسية صاحبها باطلة – إلا التأميم منها لأنه يفلت من الرقابة لصدوره بموجب قانون – وعديم الأثر لأنّه تجاوز صريح عن حق الملكية الذي تكرسه معظم الدساتير وكلّ المواثيق الدولية، إذا لم يتم دفع التعويض.

وعليه يصبح التعويض بالمفهوم التقليدي الصورة العادية لإصلاح الضرر بحيث يجب بقدر الإمكان أن يكون قادرًا على أن يزيل كلّ النتائج المترتبة عنه باعتباره فعلاً غير مشروع إذا باشرت به الدولة بعيدًا عن القيود الواردة على حقها في اللجوء إليه باعتباره من الحقوق المُقرّ بها دوليًا[3].

فلا يعتبر التعويض التزامًا جديدًا من الالتزامات الدولية التابعة لمشروع الاستثمار الذي نشأ على إقليمها، بل هو تنفيذ لالتزام أصلي[4]، هو الالتزام بعدم اللجوء إلى إجراءات التأميم أو نزع الملكية[5].

---

1 – سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ص 131، 134.
– نبيل عبد الرحمن نصر الدين، مرجع سابق، ص 170.

2 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 102.

3 – عمر حسن عدس، مرجع سابق، ص 580.

4 – محمد عبد الظاهر حسن: رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 15.

5 – في الكثير من الحالات، يكون التعويض جزاءً عن عدم احترام أطراف العقد لمضمون التزاماتهم التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار في إطار ما يسمى بـ"الشرط الجزائي" يثيره أحد الطرفين في حالة إخلال الثاني بالتزاماته.
– محمد عبد الظاهر حسن، مرجع سابق، ص 18.

وللتعويض مفهوم كلاسيكي تقليدي نشأ من رسالة بعثها وزير الخارجية الأمريكي "Cordell Hull" إلى الحكومة المكسيكية عندما رفضت تعويض المواطنين الأمريكيين عن ممتلكاتهم التي صادرتها عام 1939 ليطالب بحقهم في التعويض الفوري والفعال وفقا للقانون الدولي، بذلك يسمى مبدأ التعويض بـ "مبدأ Hull"[1].

ويقول الدكتور سعد محمد خليل في هذا أنّ: « ***المصلحة العمومية والمصلحة الخاصّة لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة، بل يجب أن تعلو المصلحة العمومية في هذا المجال، الأمر الذي يتعلق أساسًا بتسيير مرفق عام، وإنّما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إنّ كان له أساس من القانون*** »[2].

فالتعويض وفق ما سبق التزام يقع على عاتق الدولة النازعة للملكية، وهو من أهم المظاهر التي تقترن بالمشروعية التي تلحق بالقرار لا الحقّ، فعدم دفع التعويض لا ينتج عنه بطلان الحقّ في استرجاع ما تمّ نزعه عن المالك، لأنّ التعويض يضمن للمعنيين ولو جزءًا من حقّهم في الحرمان بتغطية الضرر الذي لحقهم إذا تعذر على الدولة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه[3].

وبناء على المفهوم السابق للتعويض الذي يعتبر التزامًا يقع على عاتق الدولة لحماية حق الملكية الذي تعرّض لإجراءات النزع المختلفة وقيدًا يواجه الدولة للحدّ من مباشرتها إلاّ تحت طائلة دفع التعويض، لاقى مبدأ التعويض وواجه آراء متناقضة ومختلفة فيما بين الدول سواء لأنها تلتزم بدفعه إذا باشرت شخصيا هذه الإجراءات أو لأنها هي دولة المستثمر الأجنبي المستحق للتعويض، مقابل إجماع كلّ من القانون والقضاء الدوليين والاتفاقيات الدولية، وحتّى القانون الجزائري على موقف واحد يقضي بالحق بالتعويض كمبدأ (أوّلاً)، وذلك بمواصفات وخصائص معينة[4]، ليكون للتعويض نوع من الجدوى باعتباره جبر للضرر من جهة وتغطية للخسائر من جهة ثانية (ثانيًا).

---

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 106.

2 – سعد محمد خليل، مرجع سابق، ص 201.

3 – قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية Chorzou factory ما يلي: « ***التعويض يجب قدر المستطاع أن يمحي جميع آثار التأميم، ويعيد الحالة إلى ما سوف تكون عليه، على جميع الاحتمالات...*** ».

– خالد محمد جمعة، مرجع سابق، ص 110.

4 – CARREAU Dominique, FLORY Thiebaut, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 703.

– صفوت أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 460.

أوّلاً – إرساء مبدأ التعويض ومدى إلزاميته:

من المستقر عليه في القواعد العامة المعمولة، أن يلتزم كلّ شخص يتسبب بضرر معين بغض النظر عن طبيعته القانونية أو مركزه القانوني بإعادة الحال إلى ما كان عليه[1]، أو التزامه بدفع التعويض إذا تعذر عليه ذلك، وذلك لتغطية الضرر أو خسائره أو لإصلاح آثاره[2].

ولتستقر قواعد التعويض ما بين الدول المستوردة للاستثمارات الأجنبية والدول المصدرة لها بالمفهوم الحالي للتعويض وأوصافه، واقتناع كلّ الأطراف بأنه التزام من حيث المبدأ غير قابل للنقاش أو التنازل عنه أو المساومة بالمقارنة بالالتزامات الأخرى المتبادلة ما بين الأطراف المعنية، اختلفت المواقف فيما يخص مميزاته وأوصافه مقابل إجماعها على إلزامية حصول المستثمر الأجنبي عليه (التعويض) عندما يتعرض للإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من أمواله التي تحظى بالحماية الدولية المقررة للأموال الأجنبية بصفة عامة، وبالحماية الوطنية التي يحصل عليها كضمان مقابل استثماره في الدولة المستضيفة له، وحماية دولته الدبلوماسية في حالة التعرض له لإثارة مسألة المسؤولية الدولية للدولة التي تستضيفه، ويتمّ التعويض عن كلّ الخسائر والفوائد الضائعة عنه أو الكسب الفائت تعويضا ملائمًا ومناسبًا.

لذا سنتناول المواقف المختلفة للدول (1) ثم موقف كلّ من القانون الدولي (2) والقضاء الدولي (3) وحتّى القانون الاتفاقي (4) من مبدأ التعويض ومدى مساهمتها في إرسائه.

1 – موقف الدول من مبدأ التعويض:

لقد نشأت مواقف مختلفة ومتباينة للدول حول حقّ المستثمر الأجنبي في الحصول على التعويض اللازم مقابل تجريده من أملاكه من اختلاف الإيديولوجيات التي اتبعتها كلّ واحدة منها سواء الرأسمالية والاشتراكية الماركسية من جهة، أو لاختلاف مراكزها القانونية أمام

---

1 – أكدت لجنة التحكيم في دعوى تكساكو ضد ليبيا سبب التعويض كما يلي: « ... ***للأسباب العامة المذكورة أعلاه، هذه اللجنة تعتبر إعادة الحال إلى ما كان عليه وفقا للمبادئ العامة في القانون الليبي والقانون الدولي، هو الجزاء الطبيعي لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وهي غير ملائمة فقط عندما تكون إعادة الحالة إلى ما كانت عليه مستحيلة*** ».

– خالد محمد جمعة، مرجع سابق، ص 103.

2 – وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1988، ص ص 87، 88.

إجراءات نزع الملكية بين مستضيفة ونازعة للملكية مما يجعلها مؤيدة لمشروعية الإجـــراء، والدولة المصدرة للاستثمار المعارضة لذلك لتعرّض رعاياها في إطار الاستثمار للحرمـــان من أملاكهم بسبب هذه الإجراءات في إقليم الدولة التي تستضيفهم من جهة ثانية.

أ – موقف الدول الماركسية:

تعتبر الدول الماركسية الاشتراكية أن إجراء التـــأميم ونـــزع الملكيـــة وغيـــره مـــن الإجراءات التي تمس بالملكية أهم وسيلة لاسترجاع الدولة لأملاكها التـــي اســـتحوذ عليهـــا الخواص الوطنيون أو الأجانب والتي تعتبر ملكيةً للدولة في الأصل، وما دامت هذه الأخيرة دولة ذات سيادة على إقليمها وكاملة الحرية في محاولة إعادة النظر في بنائهـــا الاقتصـــادي والاجتماعي بالشكل الذي تراه مناسبًا ويخدم مصالحها دون أي تدخل من أيّة دولـــة مهمـــا كانت صفتها حتّى الدول التي يكون رعاياها هم المستثمرين المعنيين بالإجراءات الرامية إلى التأميم أو نزع الملكية، وأنها تدخل في صميم حقّها في تقرير مصيرها الاقتصادي[1] الـــذي يرتبط كلّ الارتباط بفكرة السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية[2]، وأنّ ممارستها لمثل هذا الحق يدخل في صميم صلاحياتها باعتباره وسيلة مشروعة لتدعيم كيان الدولة[3] دون أن يقع على عاتقها أي التزام بدفع التعويض.

وهذا هو المسار أو الموقف الذي تبنته أقطار أوروبا الشرقية التي اعتمـــدت النظريـــة الماركسية الاشتراكية، حيث أقرّت كلّها بعدم وجود قاعدة قانونية دولية تلزمهـــا باعتبارهـــا دولاً ذات سيادة بدفع التعويض عند قيامها بأي إجراء يؤدي إلى حرمان أي شـــخص مـــن ممتلكاته[4] في حدود أقاليمها.

---

1 – تنص الفقرة السابعة من الإعلان الاقتصادي لمؤتمر القمة الرابع لرؤساء دول عدم الانحياز المنعقد بـــالجزائر سنة 1973 على ما يلي: « ... ***إن أي مساس بحق كلّ دولة في الرقابة الفعليـــة علـــى مواردهـــا الطبيعيـــة واستغلالها بالوسائل الملائمة لظروفها الخاصّة... بما في ذلك التأميم وانتقال الملكية إلى رعايا تلك الدولة، يعتبر مخالفة لأهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة وعرقلة لتنمية التعاون الدولي...*** ».

2 – عمر سعد الله: "التعريف بحق تقرير المصير الاقتصادي للشـــعوب"، مجلـــة العلـــوم القانونيـــة والاقتصـــادية والسياسية، عدد 2، 1994، ص 430.

3 – أحمد عبد الحميد عشوش: أضواء على الجوانب القانونية في تأميم صناعات البترول، مؤتمر البترول العربي الثامن، الجزائر، 1972، ص 355.

4 – وأحسن دليل على قناعة هذه الدول بعدم وجود التزام قانوني دولي هو امتناعها عن تأكيد قرار الجمعية العامـــة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر بتاريخ 1962/12/14 في شأن السيادة الدائمـــة علـــى مواردهـــا وثرواتهـــا الطبيعية والذي ينص على دفع التعويض.

– عبد البارئ أحمد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 598.

ب – موقف الدول الرأسمالية:

ترى الدول الماركسية الغربية أنّ التعويض الناتج عن مباشرة أيّة دولة لإجراءات نزع الملكية أو التأميم أو المصادرة شرط أساسي لقيام حقها في استرجاع ممتلكاتها ولشرعية هذا الحق، حيث ترى – من حيث المبدأ – أنّ الحق في التعويض أمر منطقي يقتضيه مبدأ العدالة والإنصاف، الذي يقضي بإعطاء كلّ شخص بغض النظر عن جنسيته الحق في الحصول على مقابل ما تمّ حرمانه منه، بل وتتمسك بفكرة أن التعويض لا يجب أن يدفع إلا كافيًا وفوريًا وفعالاً[1] وفق النظرية التقليدية للتعويض التي ينص عليها القانون الدولي. حيث تقترن أسس التعويض في هذه النظرية بخصائص التعويض أو بالأوصاف الثلاثة التي ذكرت من جهة، وتقترن في وجهة نظر هذه الدول بإلزامية دفعه بشكل يتجاوز مجرد النص على إلزامية التعويض كشرط لقيام المشروعية الدولية للإجراء، بل إنّ اقترانه بأوصافه هدفه تغطية أخطر إجراء يمس بأهم عنصر من العناصر التي تقوم عليها النظرية الماركسية الرأسمالية وهو حقّ الملكية.

وقد أيّد هذا الموقف القاضي البريطاني "Campbell" عند نظره قضية "Rose Marie" بمحكمة عدن، خلال بحثه مدى مطابقة قوانين التأميم الإيرانية لأحكام القانون الدولي المتعلقة بالتعويض ومدى استجابتها لمواصفات التعويض التي جاءت في قواعد القانون الدولي.

أكدّ أيضًا الفقه الغربي إلزامية التعويض، وإلزامية المواصفات السابقة ومن أبرزهم "Wortly" الإنجليزي و"Domke" الأمريكي اللذين كيّفا مسألة التعويض بأنها قاعدة إلزامية مصدرها العرف الدولي، والفقيه "Vordross" النمساوي و"Jossup" الأمريكي اللذان يعتبرانها قاعدة إلزامية مصدرها الالتزام التعاقدي الدولي.

جـ – التعويض حسب مفهوم دول العالم الثالث:

كانت الدول التي تنتمي إلى العالم الثالث تنظر إلى إجراءات نزع الملكية والتأميم والتسخير بصفة عامة على أنها إجراءات شرعية تشكّل وسيلة قانونية لاستعادة السيطرة على مواردها وثرواتها الطبيعية لتحقيق تنميتها، وأنّه إجراء من حيث كونه يمس بالملكية الخاصّة لا يشكّل أي التزام معيّن في أوصاف التعويض، ما عدا في التزامها بالتعويض من حيث المبدأ على أساس جبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي على إقليمها مثله مثل المستثمر

1 – أحمد عبد الحميد عشوش، أضواء على الجوانب القانونية في تأميم صناعات البترول، مرجع سابق، ص 363.

الوطني[1]، ما دام أنه يستند إلى قواعد عدم التمييز في المعاملة بين الوطنيين والأجانب التي تفرضها قواعد القانون الدولي.

ومن ثمة فهي تستبعد الأوصاف الثلاثة السابقة للتعويض، الواردة في النظرية الرأسمالية الغربية، والتي تكيفها كقيد على سيادتها الاقتصادية.

أمّا في ظل الأوضاع الاقتصادية المعاصرة، وقد أصبحت هذه الدول في صراع مستمر في إطار محاولاتها المستمرة على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، فهي تؤكد على موقفها في اعتبار التعويض شرطًا على حقها في استرجاع ممتلكاتها لدواعي الصالح العام، ولكن بأوصاف جديدة، لأنها ترى أنّ القاعدة الكلاسيكية التقليدية للتعويض السابقة ذات المصدر الرأسمالي الغربي تتصف بالجمود، قد أثرّ على وجودها وإعمالها السلوك الدولي الجديد ومن ثمّ وجوب استبدالها بقاعدة التعويض المناسب الملائم التي تراعي القدرة المالية والاقتصادية للدولة المؤممة.

2 – موقف القانون الدولي من التعويض:

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إثر تأميمها أو استيلائها أو نزعها للملكية الخاصة للمنفعة العمومية لاسترجاعها الممتلكات الموجودة لدى المستثمرين الأجانب وكلّ الحقوق التابعة لها دفع تعويض مقابل الحرمان الذي يتعرض له هذا المستثمر الأجنبي باعتباره حقًّا من الحقوق الدولية[2]، الذي اعترفت به كلّ المواثيق والهيئات الدولية، لإضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية من جهة، ولجبر الضرر الذي لحقه من جهة ثانية. فطبقًا للنظرية التقليدية للتعويض تكيف هذه الإجراءات بمثابة انتهاكٍ للحقوق المكتسبة، حيث تقضي بتطبيق القواعد العادية للمسؤولية الدولية عن الفعل غير المشروع[3]، والتي تؤدي إلى ضمان الوفاء بهذا الالتزام عن طريق التعويض العادل الذي يكون مساويا لقيمة المشروع المؤمم أو المنزوع مضافًا إليه تعويض عن الخسائر الأخرى كالكسب الفائت والفوائد، وذلك وفق قيمة المشروع السوقية المحتملة في الظروف العادية[4].

---

1 – هذا مع العلم أنه ثمة من ينادي بعدم دفع التعويض على الإطلاق منها دول أمريكا اللاتينية التي اعتنقت مبدأ كالفو "La doctrine de Calvo" الذي أيدته طائفة من الفقهاء الغربيين مثل "Duguit" و"Lavares" و"Strupp".

2 – « ***C'est un principe de droit international… qui entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate*** ». Affaire De l'usine de Chorzou, Demande d'indemnité. Allemagne/Pologne, 13 Septembre 1928, CPJI. http://www.icj-cij.org/cijww/cdecesions/ccpji.

3 – محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 63.

4 – حسن عمر عدس، مرجع سابق، ص 582.

وفي هذا الصدد ترى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بهذا الشأن ما يلي:

« ***Chaque Etat a le droit nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devait verser une indemnité adéquate compte tenue de ses lois***... »[1].

نصّت عليه أيضًا الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 1803 الصادر في 18 سبتمبر 1962 المتعلق بالسيادة الدائمة للدول على مواردها وثرواتها الطبيعية في المادة 4 كما يلي: « ***يراعى إسناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس وأسباب المنفعة العامة والأمن والمصلحة الوطنية والتي تعتبر ذات أهمية تفوق المصالح الفردية أو الخاصّة البحتة المحلية والأجنبية، ويدفع للمالك في هذه الحالات التعويض المناسب وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ تلك الإجراءات ممارسة منها لسيادتها وفقا للقانون الدولي*** ».

فالدولة عند مباشرتها لهذه الإجراءات باعتبارها حقًّا من حقوقها السيادية تلتزم بحدود القانون فتهدف لتحقيق المنفعة العمومية وتدفع تعويضًا ملائمًا يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المستثمر الأجنبي والظروف التي تعرض فيها للنزع وإمكانيات الدولة النازعة اقتصاديًا.

أما التوصية رقم 3171، تقر بالمبدأ نفسه والشروط نفسها وتفتح المجال للدولة النازعة للملكية في تحديد مقدار التعويض الملائم وطريقة أدائه ما دام أنه من ضمن اختصاصاتها وسلطاتها السيادية[2]، هذا ورغم الإجماع الدولي العام حول إلزامية أداء التعويض باعتباره قيدًا هامًا يرد على حقّ الدولة في نزع الملكية وتأميمها استعمالا لسيادتها الاقتصادية، تبقى مسألة تحديد مقداره وطرق أدائه للمستثمر الأجنبي مسألة نسبية تتوقف على القدرات المالية والاقتصادية للدولة من جهة، وعلى اعتبارات سياسية وقانونية من جهة ثانية[3]، وقد أكّده كذلك التصريح الفرنسي لحقوق الإنسان الصادر في 26 أوت 1798 في المادة 17 كما يلي:

---

1 – Article 2/paragraphe C de la charte des devoirs économiques des Etats, Résolution, N° 3202 et N° 3261 du 5 au 16 Mai 1974. http://www.un.org/french/docuements/resga.htm.

2 – حسن عطية الله، مرجع سابق، ص 190.

– عمر حسن عدس، مرجع سابق، ص 581.

3 – أكدت محكمة العدل الدولية ذلك كما يلي:« ***إنّ الممارسات تأثرت كثيرًا باعتبارات الظروف السياسية في الحالات المختلفة بدرجة لا يمكن لها بوضوح رؤية نشوء عرف قائم ومستقر يكون مقبولا كقانون*** ».

حسن عطية الله، مرجع سابق، ص 197.

« ***La propriété étant un droit inviolable est sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*** »[1].

3 – موقف القضاء الدولي من التعويض:

يعتبر التعويض من الجانب القضائي الدولي وسيلة لجبر الضرر عن فعل غير مشروع طبقا للقانون الدولي[2] الذي تترتب عليه مسؤولية دولية للدولة التي ارتكبته بحيث يصبح هذا التعويض الوسيلة الوحيدة التي تحمل الفعل غير المشروع إلى طائفة الأفعال المشروعة بإضفاء صفة المشروعية عليه.

وقد قضت لجنة المطالبات الأمريكية المكسيكية سنة 1926 بأنّ: « ... ***الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من حقها الثابت اللجوء إلى وسائل التعويض الدولي عما وقع من إخلال بقواعد القانون الدولي أدّى إلى الإضرار به، فهذه الحكومة لها دائمًا مصلحة في ضمان المحافظة على احترام قواعد القانون الدولي، تفوق حصولها على تعويض لأحد رعاياها في قضية معينة...*** »[3].

فالقضاء الدولي قد أقرّ بأن الدولة تمارس حقها في مواجهة الدولة التي تعرضت بموجب إجراءات نزع الملكية أو المصادرة أو التأميم للأموال والأملاك التابعة لرعاياها المستثمرين في أراضيها، للمطالبة بمسؤوليتها الدولية في دفع التعويض اللازم لهم لأنهم متضررين.

أمّا محكمة العدل الدولية فقد أقرّت بمبدأ التزام الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بدفع التعويض، محددة بذلك المبادئ الأساسية التي تحكم إصلاح الضرر، بحيث يجب أن يزيل آثار الضرر ويصلح كلّ النتائج المترتبة عنه باعتباره فعلاً غير مشروع، ويعيد الوضع إلى ما كان عليه أو ما كان يجب أن يكون عليه هذا الفعل[4]. في حين يكون نقدًا مساويًا

---

1 – تطبيقًا لنص المادة 17 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان، أكدته المادة 545 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 كما يلي:

« ***Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité*** ».

AUBY Jean Marie et BON pierre, Droit administratif de biens, Dalloz, Paris, 1991, p. 297.

2 – « ***C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même*** ».

3 – عمر حسن عدس، مرجع سابق، ص 578.

4 – تؤكد على التنفيذ العيني هيئات تحكيمية كثيرة منها لجنة التحكيم في دعوى Texaco ضد ليبيا: « ... ***هذه اللجنة تعتبر إعادة إلى ما كان عليه وفقا للمبادئ العامة في القانون الليبي والقانون الدولي...*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 103.

لقيمة تكاليف التعويض العيني إنّ لم يكن ذلك ممكناً[1].

وتضيف محكمة العدل الدولية ما يلي:

« ***La réparation dû à un Etat par un autre Etat ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par le particulier fournira la mesure, les règles de droit qui détermineront la réparation sont des règles de droit international en vigueur entre deux Etats en question et non pas le droit qui régit les rapports entre l'Etat qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi de dommage*** ».

أما محكمة التحكيم في قضية LIAMCO فقد أكدت على التعويض وضرورية دفعه لأنه نتيجة ضرورية لممارسة حق التأميم كما يلي:

« ***وفقا للقواعد المشتركة المقبولة في القانون الداخلي والدولي فإنّ التعويض امتياز قد تأمم، هو نتيجة ضرورية لحق التأميم*** »[2]. أكدته كذلك محكمة الاستئناف الفرنسية "Amiene" في مسألة التأميمات الجزائرية في فيفري 1971[3] كما يلي:

« ... ***التأميمات تُعدّ معارضة للنظام العام الدولي الفرنسي ولأحكام اتفاقية إيفيان الفرنسية الجزائرية، ومن ثمة فهي ترخص للحكومة الفرنسية الجزائرية أن تخصم التعويض عن هذه التأميمات من ميزان التعاون بين الدولتين المذكورتين*** ».

أكد أيضًا مبدأ التعويض قضاء الاتحاد الأوروبي في دعوى Lithgow/U.K بخصوص تأميم سفينة وصناعة بناء السفن من قبل حكومة المملكة المتحدة، حيث جاء في حكم المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1986 ما يلي: « ***إنّ مقدار التعويض المطلوب في حالة التأميم ربما يكون مختلفًا عن المطلوب بالنسبة للحالات الأخرى من الحرمان من الممتلكات*** ». أكدت أيضًا في دعوى "James/U.K" ما يلي: « ***إنّ الأهداف الشرعية للغاية العامة مثل تمثيلها في إجراء إصلاح اقتصادي أو إجراءات وضعت للوصول إلى اكبر عدالة اجتماعية يمكن أن تتطلب التعويض...*** »[4].

---

1 – يمكن أن يكون التنفيذ بأسلوب آخر مثلما قضت الاتفاقية المبرمة بين الحكومة البوليفية وشركة نفط خلـــيج بوليفيـــا عام 1971، أي أن يتم التعويض بدفع بوليفيا كمية من الغاز للشركة يعادل قيمة أصولها المؤممة في بوليفيا.
– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 109.

2 – المرجع نفسه، ص 105.

3 – WOODIE Francis, Nationalisation, indemnisation et développement, colloque international d'Alger, 1976, p. 165

4 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 125.

أما فيما يخص شكل التعويض فمعظم الاتفاقيات المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بموجب التحكيم التجاري الدولي تمنح للمحكمين حرية اختيار شكل التعويض المناسب لإصلاح الضرر، حيث تضع المحكمة في اعتبارها عند الحكم بالتعويض الصعوبات العملية والمشاكل أو العقبات التي قد يؤديها الحكم بالتعويض. وقد منحت محكمة العدل الدولية هذه السلطة الاختيارية بمقتضى نصّ المادة 2/36 من نظامها الأساسي[1].

4 – موقف الاتفاقيات الدولية من التعويض:

تؤيّد كلّ الاتفاقيات الدولية الثنائية[2] والجماعية[3] فكرة الالتزام بدفع التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم التي تؤدي إلى حرمان المالك من حقوقه العقارية والمادية والمعنوية، وتكيّفه كقيد أساسي يقف أمام تعسف الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية عند استرجاعها لممتلكاتها وتذرعها بممارسة الحق السيادي الذي تقرّه كلّ القوانين الدولية للتنصل من التزاماتها الدولية الناشئة من الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع دول المستثمرين الأجانب المعنيين بالنزع.

إنّ تدّخل هذه الاتفاقيات الدولية في مجال فرض إلزام الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي مفاده تعزيز نظام الضمان بصفة عامة، ولتأكيد هذا الالتزام بصفة خاصّة. لأنها ترمي إلى ضمان تغطية الأضرار التي لحقت بهم من جراء مثل هذه الإجراءات التي تمس أهم عنصر من عناصر الاستثمار وهو كيانه أو وجوده بغض النظر عن الأسلوب أو الوسيلة المستعملة في ذلك، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، بالإجراءات المعهودة للنزع أو بالتدابير المماثلة. فالأصل في الحماية الاتفاقية هو تغطية الثغرات التي أغفل الإشارة إليها القانون الوطني. وذلك لوضع الاستثمار الأجنبي في مناخ استثماري شامل الضمانات، وخاصّة تلك التي تتعلق بضمان الإجراءات المتخذة من الدولة بسوء نية لكن بأسلوب متحضر في صورة مستحدثة.

---

1 – حسن عمر عدس، مرجع سابق، ص 580.

2 – المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا، مرجع سابق.

المادّة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي–اللوكسمبورغي، مرجع سابق.

المادّة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

المادّة 1/4/ج من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا، مرجع سابق.

3 – المادّة 10 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق.

المادّة 1/15/ج من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

فالحماية الاتفاقية وإن لم تكن بعيدة كلّ البعد عن الحماية الوطنية من حيث المضمون، في كون الاثنتين تقران بمبدأ التعويض وإلزاميته، أو من حيث الآثار التي تكون دائمًا متعلقة بفعلية وعدالة وفورية قيمة التعويض من حيث أوصافه أو مقداره، فهي ذات أبعاد أخرى، حيث مفادها حماية المستثمر الأجنبي في الحالات التي تتنصل فيها الدولة النازعة من الالتزام أصلا لأسباب قد لا تكون ذات أساس بديهي في وجهة نظر القوانين وذلك لحمايتها بموجب الحماية الدبلوماسية[1] أو بتحريك مسؤوليتها الدولية لأنّها بهذه الطريقة تكون قد أخلت حتّى بمضمون التزاماتها التعاقدية التي مصدرها الاتفاقية الدولية المصادق عليها[2].

ثانيًا – خصائص التعويض:

يعتبر التعويض من خلال ما سبق مبدأ تلتزم به كلّ الدول، معترف به دوليًا وبمدى إلزاميته ما دام هو الصورة البسيطة والمباشرة لإصلاح الدولة للضرر الذي تسبّبه للمستثمر الأجنبي من جرّاء تعرضه لإجراءات نزع الملكية، على أن يشمل هذا الإلزام كلّ عناصر التعويض، مع مراعاة الخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي والمترتبة عن النزع، فيكون مقداره قادرًا على إزالة كلّ النتائج السلبية للإجراء بقدر المستطاع[3]، ويتحقق ذلك إذا قامت الدولة بدفع التعويض الملائم[4] الذي يكون مساويا لقيمة المشروع المنزوع أو المؤمم وكلّ الخسائر اللاحقة لها، كالكسب الفائت والفوائد، والتي يحدد مقدارها حسب القيمة الفعلية للمشروع في السوق في الظروف العادية في آجال لا تطول بشكل تفقد المستثمر المعني مصالح أخرى اقتصادية ومالية، وذلك بحصوله على المبلغ اللازم بمجرّد وضع الدولة اليد

---

1 – لا يلجأ المستثمر الأجنبي المجرّد من أمواله لطلب حقّه في التعويض بالحماية الدبلوماسية إلاّ بعد استنفاذ كلّ طرق التقاضي الداخلية أمام القضاء الوطني، وإلاّ كان ذلك سببا في جعله يستغل النفوذ السياسي وطرح مسألة الحماية الدبلوماسية في كلّ مرّة يتعرض فيها لإجراء وإن كان بسيطا، وإثارته دوليا.

نصّت على ذلك محكمة العدل الدولية في قضية International Case لسنة 1959 كما يلي: «... ***يتيح للدولة التي ينتسب إليها الفعل الضار الفرصة لعلاج الضرر بوسائلها الخاصّة في نطاق نظامها القانوني الوطني...*** ».

– عمر حسن عدس، مرجع سابق، ص 574.

2 – انظر ديباجة اتفاقية فينا، مرجع سابق.

3 – عمر حسن عدس، مرجع سابق، ص ص 580، 582.

4 – نصّت عليه هيئة التحكيم في قضية: Chase Manhattan C/Banco National de Cuba

« ***يمكن أن يكون إجماع الأمم على التعويض الكامل لا يحتاج أن يدفع في جميع الظروف... لكن يتطلب من الدولة المؤممة أن تدفع تعويضًا ملائمًا حتّى مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود تعريف واضح له...*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 124، 125.

على المشروع، ثمّ أن تراعي المسائل الجانبية لعملية التعويض التي تجدر بها تغطية وإصلاح الضرر ومحو كلّ آثاره ليكون التعويض فعليًا[1]. فالمواصفات العامة التي تجعل من التعويض قانونيًا بالمفهوم المعاصر[2] هي تلك التي تجعله تعويضا ملائما أو مناسبا، سريعا أو فوريا.

وقد نصّت على ذلك بعض هيئات القضاء الداخلية ومنها القضاء الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية في دعوى: Chase Manhatan Bank/Banco National de Cuba وذلك لمّا قررت محكمة الاستئناف ما يلي: « ***إنّه يمكن أن يكون إجماع الأمم على أنّ التعويض الكامل لا يحتاج أن يدفع في جميع الظروف... وهذا يتطلب من الدولة المؤممة أن تدفع تعويضًا ملائمًا – حتّى مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود تعريف واضح له – سوف يأتي قريبًا ليعكس ما يتطلبه القانون الدولي*** »[3].

من خلال هذا الموقف، نقول إنّ معظم الهيئات القضائية من الناحية العملية حاولت هجران هذه الخاصية لصعوبة إعمالها وتحقيقها، وتعويضها بخاصية جديدة وهي التعويض الملائم لسهولة تحديد التعويض بهذه الصفة، وخصوصًا لأنه يأخذ بعين الاعتبار عدّة جوانب وأهمها الإمكانيات المادية للدولة النازعة للملكية والقيمة الحقيقية للمال المنزوع[4]. وقد أكدت على ذلك بعض الهيئات التحكيمية[5] والمبادئ التوجيهية للبنك العالمي[6]، الأمر الذي جعلها خصائصَ تسير في تبنيها كلّ التشريعات، لأنها تستجيب للحدّ الأدنى للحماية المقررة لحماية

---

1 – سعد محمد خليل، مرجع سابق، ص 201.

2 – CARREAU Dominique, FLORY Thiebaut, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 703.

3 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 125.

4 – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 100.

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 69.

5 – أكدت هذه المواصفات أو الخصائص محكمة المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار في دعوى Costa Rica/Compania del sesarolla de santa Elena بتاريخ 17 فيفري 2000 عندما تعرضت لمسألة كيفية تقدير التعويض عن إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية كما يلي: « ***يجب على كلّ بلد يقوم بنزع الملكية سواء في القانون الدولي أو في قانون كوستاريكا دفع تعويض حتّى ولو كان نزع الملكية مسموح به قانونًا ... تعويضًا كاملاً وملائمًا وعادلا وعقلانيا...*** ».

- JUILLARD Emmanuel, Chronique des sentence…, JDI, N° 1, 2001, op.cit., pp. 150-151.

6 – « ***L'indemnisation d'une dépossession spécifique par un Etat sera réputée appropriée au sens des dispositions qui suivent, si elle est adéquate, effective et prompte*** ».

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 215.

الأجانب وأملاكهم والتي يفترضها العرف الدولي. فتحديد هذه المواصفات بهذا الشكل أصبح حاليًا يضمن أحسن حماية من حيث فعلية المبدأ (1)، ثمّ ما هو موقف المشرّع الجزائر من هذه الخصائص؟ وما هي الخصائص التي يتبناها عن تقديره التعويض (2).

1 – تحديد مواصفات أو خصائص التعويض:

بعد أن أصبحت النظرية التقليدية للتعويض التي كانت تشترط أن يكون التعويض « كاملاً – حالاً – فوريًا » مقصرة وجامدة، ولم تلق قبولا في التطبيق الدولي وعديمة الأثر والفائدة لعدم حصول المستثمرين المجردين من ملكياتهم بصفة واقعية على التعويض الذي يستجيب لهذه المواصفات وخاصّة الكامل[1]، لأن معظمهم تحصلوا على تعويضات بصفة جزئية أو على أقساط وليست كاملة بتاتًا[2]، قرار الفقه الحديث[3] تبني مواصفات جديدة في التعويض، اعتنقها أيضًا القضاء في كافة الدول، هذه المواصفات تتمثّل في « ملائمًا وحالاً وفوريًا ».

أ – التعويض الملائم:

يعتبر التعويض الملائم ذلك التعويض الذي يحدّد وفق قاعدتين أساسيتين[4]: أولهما – أن يكون التعويض مساويًا للضرر ولا يزيد عنه بحيث يعتمد في قياسه على الضرر المباشر الذي يشتمل على عنصرين جوهريين وهما الخسارة التي لحقت المضرور أي المستثمر الأجنبي من الإجراء والكسب الذي فاته[5]، دون مراعاة جسامة الخطأ ولا المركز القانوني أو المالي لفاعله أو مدى تأمينه على مسؤوليته، والثانية تراعى في تقدير التعويض الظروف الملابسة لإجراء نزع الملكية أو التأميم، وبهذا تصبح قيمة التعويض مناسبة ومتوقفة على جسامة الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي، أما عن مسألة تقدير هذا الضرر ومدى جسامته تدخل في صميم السلطات التقديرية الموضوعية للقاضي[6].

---

1 – انتقد هذا الوصف بسبب اعتبار بعض الدول التعويض الكامل ذلك الذي يغطي الأرباح المستقبلة، الأمر الـــذي جعل في الكثير من الحالات مسألة تقدير هذه الأرباح وهمية وتعسفية وغير حقيقية.

2 – صفوت أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 448.

3 – L'indemnisation n'est pas juste mais adéquate, elle n'est pas préalable mais prompte et effective.
CARREAU Dominique, FLORY Thiebaut, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 703.

4 – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 100.

5 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 69.

6 – « ***Est adéquate une indemnisation qui est seulement calculée selon des méthodes dont l'objectivité ne peut être contestée*** ».
– نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 213.

بينما وقت تقديره فيكون عادة وقت وقوع الضرر، لأن هذا الضرر قد نشأ عن الإجراء وهو الذي أنشأ الحق في التعويض. إلاّ أنه يوجد جانب من الفقه يرى أنّه ليكون التعويض ملائمًا يجدر أن يتم تقدير قيمته وقت صيرورة الحكم القضائي أي وقت رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض لا وقت مباشرة الإجراء بالنزع، ومن الرأيين المتناقضين نشأ رأي وسط مؤداه إلزامية التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر، وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الإلزام بدفع التعويض وذلك يتحقق بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم[1].

ويكون التعويض دائمًا عن الأضرار المادية الملموسة والواقعية أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكدًا فهي في حكم الواقعة، وعليه يجب تقدير قيمتها والتعويض عنها، أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة أو الكسب الفائت غير المؤكدة أي المستقبلية فلا تلتزم الدولة بالتعويض عنها في أصل الحكم[2].

ومع ذلك تبقى المسألة من صميم السلطة التقديرية للقاضي الذي يستطيع أن يجد مستندًا أو أساسًا قانونيا للتعويض عن تلك الأضرار[3]، أما من وجهة نظر القانون الدولي[4]، فالتعويض الملائم هو التعويض الذي يكون قادرًا بما فيه الكفاية على تغطية القيمة التجارية أو الحقيقية للاستثمار الأجنبي مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار والخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي فعلا دون الأرباح المحتملة.

أما مسألة تحديد الملاءمة فإلى جانب الدور الذي يلعبه القاضي أو المحكم في تحديدها، فهي تحدد وفق القوانين الوطنية للدولة النازعة للملكية مع العلم انّه كلّما كان التعويض ملائمًا

---

1 – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 101.

– سعد محمد خليل، مرجع سابق، ص 191.

2 – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 96.

3 – وقد قررت محكمة التحكيم الدائمة في دعوى السفن النرويجية في سنة 1922 إلزامية دفع الأرباح المستقبلية.

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 110.

4 – نصّ ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية في المادة 2 جزء 3 من القرار رقم 3281 للأمم المتحدة المؤرخ في 12 ديسمبر 1974، على أنه: « ***من حقّ أي دولة تأميم أو مصادرة أملاك أجنبية، لكن يجب أن يكون التعويض ملائمًا*** ».

– يكرس أيضًا الفكرة نفسها الفقه الدولي بحيث قال الفقيه White في ذلك:

« ***Est adéquate une indemnité qui possède une relation raisonnable avec la valeur du bien transférée*** ».

– نقلا عن: عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص 212.

زاد في تنشيط العلاقات الاقتصادية الدولية بسبب قبول مقداره من المستثمر الأجنبي[1]، ما دامت قيمته تتناسب مع القيمة الحقيقية للمؤسسة في حدّ ذاتها[2].

ب – التعويض الحال أو الفوري:

يقصد بالتعويض الحال ذلك التعويض الذي تؤديه الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية عند مباشرتها لإجراءات التأميم أو نزع الملكية بعد تقديره بصفة ملائمة بمجرّد وضع اليد على ممتلكاته أو فور نقل ملكية المشروع الاستثماري لصالح الدولة النازعة للملكية[3] وذلك دون مهلة[4]، بحيث يفترض في حالة التأخر في دفع مبلغ التعويض أن يكون مصحوبا بفائدة تناسب مدّة التأخر[5]، ما دام الهدف من التعويض الفوري هو كسب الوقت بالنسبة للمستثمر الأجنبي وليس تضييعه وتضييع مصالحه.

ولم ينعقد أي اتفاق حول مسألة التزام الدولة بدفع مقابل التأخير كفوائد إضافية على المبلغ الأصلي اللازم لجبر الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي[6]، بحيث يبرّر بعض الفقهاء ذلك على أساس انعدام أي قاعدة قانونية تلزم الدولة الممتنعة عن دفع التعويض بالالتزام بأدائه، فكيف يمكن إلزامها بدفع غرامات أو التعويض عن التأخير[7].

ويذهب جانب كبير من الفقه إلى اعتبار التعويض فوريًا عندما يكون مسبقا ليكون ضامنًا لحق المستثمر الأجنبي من تملص الدولة النازعة للملكية من الوفاء بالتزاماتها في

---

1 – « ***Le caractère adéquat devait permettre au propriétaire dépossédé de se procurer à nouveau des biens équivalents à ceux dont il a été dépossédé rétablissant ainsi l'équilibre entre son patrimoine avant et après l'expropriation*** ».
BEN ABLIA (F), Les aspects actuels des problèmes d'indemnisation en droit international, thèse de doctorat, Université Paris I, 1980, p. 142.

2 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 121.

– عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 117.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 68.

4 – HAROUN Mahdi, op.cit., p. 517.

5 – يمكن أن تتحلل الدولة النازعة من هذه المبالغ الناتجة عن التأخر بموجب اتفاق مسبق، وتنص اتفاقية الاستثمار المبرمة بين فرنسا والصين عام 1984 في المادة 4 على أنه: « ***يجوز التأخير في دفع مبلغ التعويض*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 108.

6 – « ***Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme a titre de dommages intérêts, il ne peut être alloue a l'autre partie une somme plus forte, ni moindre*** ».
KRAFFT (O), Contrôle des clauses pénales, Gazette du palais, 1986, p. 12.

7 – محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 75.

جبر الضرر[1]، والمقصود بالتعويض الفوري المسبق هو التعويض الموازي لميعاد اتخاذ قرار التأميم أو نزع الملكية والسابق لإجراء نقل الملكية.

كما أنّ الفورية تمتد إلى كلّ عناصر التعويض، حيث تلتزم الدولة على أساس هذه الخاصية بدفع مقدار التعويض كاملاً، أي قيمة المشروع المقدرة وفق قيمته السوقية وكلّ فوائده والكسب الفائت ليدفع للمستثمر الأجنبي دفعة واحدة[2] في الوقت نفسه وفور تعرضه للإجراء[3].

أما من حيث فعلية وإلزامية هذه الخاصية، فلا توجد أي قاعدة دولية تلزم الدولة عند نزع الملكية أو التأميم بدفع مبلغ التعويض إلى المستثمر الأجنبي في وقت محدد، لأن عملية الدفع الفوري تتوقف على الإمكانيات المادية والاقتصادية للدولة النازعة[4].

كما أنّ السوابق العملية وما جرى العمل به دوليًا تثبت أنه لم يتم دفع التعويض للمستثمر الأجنبي من الدولة المضيفة له في الآجال المعقولة[5]، بل حتّى أنّ التعويض القائم على شرط الفورية لم يلق صدًى، بحيث أدّت الظروف المحيطة بالدولة المضيفة للاستثمار إلى صيرورة هذا الشرط فضفاضًا أو دون جدوى[6].

فالظروف الاقتصادية والاجتماعية المزرية لبعض الدول تحول دائمًا دون قدرتها على دفع هذه المبالغ في الآجال اللازمة، الأمر الذي يدفع بالأطراف المعنية إلى إمكانية الاتفاق

---

1 – أوصى على التعويض المسبق المعهد الأمريكي للقانون الدولي في المشروع الذي أعده عام 1925. وأوصت جمعية القانون الدولي بفينا بذلك عام 1926.
– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 106.

2 – غير أنه يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك، وهذا ما فعلته الولايات المتحدة الأمريكية وإثيوبيا في الاتفاقية المبرمة سنة 1986، في المادّة االثالثة حيث اتفقتا على أن تدفع إثيوبيا 5,5 مليون دولار على أقساط لمدة 10 سنوات.
– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 108.

3 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 66.

4 – تضمن القوانين الحق في التعويض وفقًا للقواعد العامة، فالتعويض في حدّ ذاته يظل قائمًا طيلة مدة التقادم الطويل المدى المنصوص عليها في المادة 829 من القانون المدني والتي تقدر بـ 33 سنة.

5 – عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 127.

6 – لم تدفع الحكومة المكسيكية عند تأميمها للشركات النفطية الأجنبية عام 1928 التعويض إلى المستثمرين الأجانب إلاّ بعد مرور 9 سنوات من إجراء التأميم وعلى أقساط، ودفعت منغاريا تعويضًا إلى بلجيكا على مدى 10 سنوات ودفعت بولندا إلى فرنسا تعويضًا على مدى 15 سنة وإلى السويد على مدى 17 سنة.

لتمديد المهلة بمدة لا يجوز أن تتجاوز في كلّ الأحوال 5 سنوات[1]، وإلاّ أصبحت المسألة ذات آثار سلبية على مصالح المستثمر الأجنبي.

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية بعض الأحكام التي تقضي بإلزامية دفع التعويض بالشكل الفوري ودون تأخير ونذكر منها المادة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين كما يلي: « ***يجب أن يكون التعويض مساويًا لقيمة الاستثمار الذي تمّ نزعه عشية اليوم الذي صرّح فيه علانية بنزع الملكية أو التأميم وبإجراء مماثل أو بالقرار الصادر في هذا الشأن، يتم تسديد التعويض بلا تأخير، وينتج حتّى تاريخ الدفع فوائد تحسب بسعر البنك المعمول به...*** »[2].

جـ – التعويض الفعلي:

إنّ للتعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو المصادرة التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي قيمة مادية ومعنوية حقيقية مرتبطة بقيمته الاقتصادية، فيكون التعويض فعليًا إذا أدته الدولة الملتزمة بدفعه بالعملة المناسبة سواء كانت عملة المستثمر الأجنبي أو عملة الدولة المؤممة أو حتّى أي عملة أجنبية أخرى بشرط أن لا تسبب خسارة واقعية للمستثمر الأجنبي بسبب عدم قابليتها للتحويل إلى الخارج[3]، أو لأنها عملة لا تتمتع بأية قيمة في السوق[4]. فالفعالية تتحقق إذا دفع التعويض بالعملة القابلة للتحويل وذلك حسب سوق الصرف الرسمي المعمول به في السوق في التاريخ الموافق لإجراءات نزع الملكية، وذلك حتّى وإن لم يتفق الأطراف صراحة على ذلك في بنود العقد المتعلق بالاستثمار[5]. الأمر

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 211.

2 – نصت على مثل هذه الأحكام معظم الاتفاقيات منها:

المادّة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 69.

4 – أكدت التعويض الفعلي محكمة العدل الدائمة في قضية "Winblodone" عندما قضت بإلزامية دفع مقدار التعويض بالفرنك الفرنسي وليس بالمارك الألماني المتدهور في السوق، خاصّة وأن الفرنك الفرنسي هو عملة المدعي أي المستثمر الأجنبي الذي تمّت حساباته بها، لما يجعله العملة الفعالة الكفيلة بتقدير حقيقي للخسائر.

– عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 128.

5 – HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 252.

الذي يدفع في العمل الدولي للاستبعاد الكلي لكل العملات غير القابلة للتحويل حماية لحقّ المستثمر الأجنبي من الحصول على التعويض دون فعالية، لعدم تمكنه من التصرف فيه.

فالتعويض الفعلي من حيث المضمون يتطلب الحصول على التعويض نقدًا بعملة معينة قابلة للتحويل[1]، غير أنه يجوز للدولة النازعة والدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي الاتفاق على غير ذلك أو الاتفاق على سداد مبلغ التعويض بأسلوب آخر أو بمقابل آخر يساوي مقدار التعويض[2].

حيث نصّ الاتفاق المبرم بين ليبيا وشركة "تكساكو" من جهة ومع شركة "كلاستيك" من جهة ثانية لسنة 1977 على أنّ تدفع الحكومة الليبية لكلّ منهما كميّة من النفط الخام تعادل قيمته المقدرة بـــ 76 مليون دولار عن الممتلكات المؤممة، ونصت كذلك الاتفاقية المبرمة بين حكومة بوليفيا وشركة نفط خليج برليفيا لسنة 1971 على أن تلتزم حكومة بوليفيا بإعطاء كمية من الغاز للشركة تعادل قيمة ما تمّ تأميمه في بوليفيا[3]. واتفقت الجزائر مع فرنسا على خصم مقدار التعويض المستحق عن التأميمات الجزائرية من ميزان التعاون بين الدولتين[4].

2 – موقف المشرّع الجزائري من خصائص التعويض:

لم يعتمد المشرّع الجزائري موقفًا واحدًا فيما يخص خصائص التعويض عبر مختلف النصوص القانونية التي تقضي بمبدأ التعويض كقيد على حق الدولة في نزع الملكية أو التأميم أو تسخير المشاريع الاستثمارية الأجنبية والذي مفاده جبر الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي تطبيقًا لنصّ المادة 124 من القانون المدني، ولم يستقر على وضع تعريف واحد للتعويض بأوصافٍ ثابتة، فما هو موقفه في إطار القوانين الوطنية؟ (أ)، وما هو موقفه في إطار القوانين الاتفاقية؟ (ب).

---

1 – « ***Deux éléments confèrent à d'indemnisation l'effectivité nécessaire, son caractère monétaire d'abord, et son caractère transférable ensuite*** ». HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 252.

2 – « ***Il importe peu que l'indemnité ne soit pas versée en espèces, paiement en bon publics, en valeurs mobilières, en papier commercial voir en nature, l'essentiel est que ce paiement puisse être effectivement négocié en espèces et que les produits de la négociation puissent être librement convertis et librement transférés*** ».
- Horchani Ferhat, op.cit., p. 165.

3 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 109.

4 – WOODIE Francis, op.cit., p. 165.

أ – خصائص التعويض في القوانين الوطنية:

لقد نصّ دستور سنة 1996 على التزام الدولة بدفع تعويض قبلي أو مسبق وعادل ومنصف عن كلّ الإجراءات التي تباشرها بهدف استرجاع ممتلكاتها لضمان حماية الملكية العقارية الخاصّة بغض النظر عن جنسية صاحبها وطنيا كان أو أجنبيًا، حيث تنص المادة 20 منه على أنه: « ***لا يتم نزع الملكية إلّا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي عادل ومنصف*** » وهو نفس ما جاء في دستور سنة 1989.

فيكون التعويض قبليًا أو مسبقًا عندما تقوم الدولة بوضع قائمة المبالغ المستحقة عن نزع الملكية أو التأميم قبل دخول الإجراءات التي تقضي بنزع الملكية حيز التنفيذ[1]، أو قبل وضع اليد على الأملاك المنزوعة أو المؤممة[2]. إلاّ أنّه من حيث الجانب العملي تكتفي الدول التي تعرضت رعاياها لهذه الإجراءات بالحصول على التزام قانوني من الدولة النازعة ووعدٍ بدفع التعويضات رسميًا دون اشتراط دفع المبالغ قبل دخول الإجراءات حيز النفاذ أو وضعها اليد بصفة رسمية[3] على هذه الأموال.

ويكون عادلاً عندما يكون شاملاً وكاملاً ويغطي كلّ الآثار والنتائج التي تترتب عنه، أي يساوي القيمة الحقيقية للمشروع الاستثماري الذي تمّ تجريد المستثمر الأجنبي منه، بحيث يعتمد في تقديره على أساليب موضوعية[4]. أما الإنصاف في التعويض فيتحقق عند التقدير الحقيقي للمبلغ الذي يستجيب للرغبة في جبر الضرر أخذًا بعين الاعتبار حقوق والتزامات أطراف عقد الاستثمار.

يتم حساب القيمة العادلة للتعويض من جهة أولى وفق قيمة المشروع في السوق ووفق ما فات المستثمر الأجنبي من فوائد وكسب، ومن جهة ثانية دون إهمال حقوق الدولة

---

1 – « ***La fixation de l'indemnisation sur le principe de la quelle s'est engagé le gouvernement algérien droit être préalable a la prise d'effet des nationalisations*** ».
– نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 216.

2 – انظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 4 فيفري 1978 الذي يقضي بأن الاستلام مقيّد بإيداع المبلغ لدى الخزينة العمومية وهذا لأنّ تصرفات الإدارة أصبحت تشكّل خطورة على الملكية الفردية.
– أحمد رحماني، نزع الملكية من أجل المنفعة العموميّة، مرجع سابق، ص 52.

3 – HAROUN Mahdi, op.cit., p. 541.

4 – تنص المادة 21 من القانون رقم 91–11 المؤرخ في 27 أفريل1991 المتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية على ما يلي: « ***يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفًا بحيث يغطي كلّ ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية...*** »، مرجع سابق.

المستضيفة للاستثمار الأجنبي بتحديد المبلغ في حدود مستحقاتها من ديون ضريبية وفوائد بنكية وغيرها[1]، أمّا في إطار قانون الاستثمار فقد نصّ المشرّع في المادة 16 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على التعويض العادل والمنصف دون الإشارة إلى التعويض القبلي، لاستبعاد مسؤوليتها في الحالات التي يتعذر فيها عليها إمكانية دفع التعويض قبل وضع اليد أو قبل دخول القرار حيز النفاذ ويكتفي في المادة بالنص على ما يلي: « ***يترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف*** »[2].

ب – خصائص التعويض في القوانين الاتفاقية:

على خلاف المواصفات التي تبناها المشرّع الجزائري في القوانين الوطنية والتي تتمثل في القَبلي، العادل والمنصف فهو في إطار الاتفاقيات التي صادق عليها تبنى مواصفات أو خصائص أخرى تتراوح ما بين التعويض المناسب والفعلي ومن بينها ما جاء في نصّ المادة 2/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر كما يلي: « ... ***يجب أن تصاحب إجراءات نزع الملكية إذا اتخذت تدابير دفع تعويض مناسب وفعلي...*** ».

ونصّت المادة 2/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر على ما يلي: « ... ***كما يجب أن تؤدي تدابير نزع الملكية إذا اتخذت إلى دفع تعويض مناسب وفعلي...*** »[3].

---

1 – في بعض التأميمات إثر القيام بالعملية الحسابية لتقدير التعويض المستحق تأكد أن مقداره يساوي الصفر مثل عملية تقدير الفوائد والأرباح المستحقة من الدولة والتي حققتها الشركات الأجنبية في تأميمات الشيلي ما بين سنتي 1955 – 1971.

وثبت في التأميمات الأخرى أنّ قيمة الديون تفوق قيمة التعويض المستحق مثل تأميمات الشركات الفرنسية من الجزائر، والتي تأكّد فيها أنّ الديون الضريبية تقدّر بـ 300 مليون دولار وقيمة التعويض تقدر بـ 100 دولار.

2 – وقد نصّت المادة 25 من القانون رقم 86-13 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط ، المعدل للقانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، على: « ***دفع تعويض عادل ومنصف...*** »، ج ر عدد 35، مؤرخة في 1986/8/27، ونصت المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بتشجيع الاستثمار وترقيته على أنه: « ... ***يترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف*** »، مرجع سابق.

3 – نصت على مثل هذه الأحكام معظم الاتفاقيات منها:

المادّة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي–اللكسمبورغي، مرجع سابق.

المادّة 4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

المادّة 5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ومصر، مرجع سابق.

المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والأردن، مرجع سابق.

أو التعويض الحقيقي والملائم المنصوص عليه في اتفاقيات أخرى مثل ما جاء في نصّ المادة 1/4/ج من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا كما يلي: « ... ***تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم وكذلك طرق دفع هذا التعويض*** »[1].

أو التعويض العاجل والعادل والفعلي المنصوص عليه في بعض الاتفاقيات الأخرى كما هو منصوص عليه في الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي في المادّة 1/5/ج كما يلي: « ... ***تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل وفعلي...*** »[2].

أمّا باقي الاتفاقيات الدولية فلا تشير إلى الخصائص السابقة وتكتفي بتحديد طريقة حسابه، وتشترط أن يكون مساويًا لقيمة المشروع الحقيقة والفعلية[3]. وتجدر الإشارة في هذه المسألة إلى أنّ تردد المشرّع الجزائري في تبني خصائص مستقرة وموّحدة ما بين مختلف القوانين بما فيها الاتفاقية[4] ناتج عن امتناعه عن وضع قاعدة داخلية تحدد له مجال التزامه تجاه المستثمر الأجنبي في مسائل التعويض ومواصفاته من جهة[5]. ولعدم وجود قاعدة قانونية عرفية دولية موحدّة يستعان بها في هذا المجال من جهة ثانية[6].

---

1 – المادّة 4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا، مرجع سابق.
المادّة 5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا، مرجع سابق.

2 – المادّة 1/5/ج من الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

3 – المادّة 2/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والبرتغال، مرجع سابق.

4 – لكن رغم هذا الاختلاف ففي المنازعات والدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الإجراءات التي لحقت بالمستثمر الأجنبي، يؤخذ بعين الاعتبار مضمون الخصائص الواردة في إطار الاتفاقيات الدولية، إذا كانت مخالفة لما جاء في مضمون القوانين الداخلية، لسموّها عليها.

5 – بهذا أصبحت التزامات الجزائر أبعد بكثير من ما هو منصوص عليه في القانون والعرف الدوليين، لذا كان من اللازم عليها الاكتفاء بمضمون التوصية الخاصّة بميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية في القرار رقم 3281 للأمم المتحدة المؤرخ في 12 ديسمبر 1974 والتي تنصّ على أنّه: « ***من حق أي دولة تأميم أو مصادرة أملاك أجنبية لكن يجب أن يكون دفع التعويض ملائمًا*** ». خاصّة لأن الملاءمة تحدد وفق قوانين الدولة التي تباشر الإجراء، الأمر الذي يجعل مسألة تقديره أقل عبئًا على الدولة ويتماشى وقدراتها وإمكانياتها الاقتصادية.

6 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 88.

المطلب الثاني

القيود العامة الواردة على حق الدولة في نزع الملكية

وردت على حق الدولة في نزع الملكية قيود عامة[1] نشأت من أعراف ومواثيق دولية تبنتها بعد ذلك القوانين والتشريعات الوطنية للدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية في إطار النظم القانونية لحماية وأمن الاستثمارات الأجنبية، لحمايتها من كلّ أشكال وأنواع الإجراءات التي تمس بحق الملكية العقارية المباشرة وغير المباشرة[2].

حيث تدخل هذه القيود ضمن مجموعة القواعد والمبادئ التي استقر عليها القانون الدولي ضماناً للحدّ الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية ومن بينها الالتزام بعدم معاملة هذه الأموال بمعاملة تمييزية[3] غير متساوية مع تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني[4] أو أقل عن الحدّ المعترف به في العرف الدولي[5] (الفرع الأوّل)، والالتزام بعدم مباشرة هذه الإجراءات من طرف هذه الدولة إذا سبق لها أن أبرمت أي اتفاق أو عقد التزمت بموجبه بصفة صريحة ومباشرة بالامتناع عن مباشرة أي إجراء يمس بالملكية كالتأميم أو التسخير أو نزع الملكية (الفرع الثاني).

لأنّ مبدأ عدم التمييز والمساواة ومبدأ احترام الالتزامات السابقة تسري على الأجانب وأملاكهم[6] ويقومان على عنصر حسن النية والقصد في الإضرار بالأجنبي[7].

---

1 – مهما كانت طبيعة القيد فهدفه الأساسي هو إضفاء الشرعية الدولية على الإجراء، لأن اللجوء إليه يبقى حقًا من حقوق الدولة:

« Le problème est donc celui de l'existence ou de l'inexistence des conditions de la licéité ou de l'illicéité internationales des mesures d'expropriation ou de nationalisation… ».
- CARREAU Dominique, PATRICK Juillard, op.cit., p. 526.

2 – شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص 102.

3 – SALEM Mahmoud, op.cit., pp 6-12.

4 – « ***A l'instar de plusieurs instruments internationaux, dont le projet préparé dans le cadre de l'OCDE en 1967, La convention de 1980, reprend l'idée selon laquelle l'éventualité de mesures de dépossession n'est pas et ne peut pas être exclue … l'expropriation devra pas avoir un caractère discriminatoire***… ».
- HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 239.

5 – AGBO Anaïs, op.cit., p. 17.

6 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 14.
– عبد البارئ أحمد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 83.
- AGBO Anaïs, op.cit., p. 17 et s.

7 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 180.

الفرع الأوّل

مبدأ عدم التمييز والمساواة

تدخل فكرة المعاملة غير التمييزية على أساس مبدأ المساواة[1] بين المستثمرين ضمن المبادئ الأساسية التي تحاول الدولة بموجبها استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية باعتبارها عنصرًا هامًا من العناصر الأساسية التشجيعية للاستثمارات الأجنبية في كونها تزيد في أمن المستثمرين لأنها تضمن لهم المعاملة نفسها الممنوحة للاستثمارات الوطنية دون أي تمييز[2].

إن مبدأ عدم التمييز المطبق ما بين المستثمرين مبدأ معروف[3] ومقرّ به في كلّ من القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية من جهة، وفي القانون الدولي العرفي والاتفاقي من جهة ثانية، ويعتبر تجسيدًا حقيقيًا للمساواة بين المستثمرين وضمانًا لعدم التفريق بينهم[4]، حيث يقضي هذا المبدأ ويلزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تمس بملكية المستثمر الأجنبي أي التأميم ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير الأخرى المماثلة على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحدها المبرّر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات[5]، وذلك مهما كانت أنواع وأشكال التمييز التي تتبناها الدولة في معاملة المستثمر الأجنبي[6].

---

1 – إنّ إعمال مبدأ عدم التمييز يؤدي بالضرورة إلى إعمال مبدأ المساواة.
- GREGOIRE Marc Hac, op.cit., p. 6.
- El-GAMEL Hosni, op.cit., p. 279.

2 – TRAORE Tsagao, op.cit., p. 19.

3 – تطبيقا لهذا المبدأ اعترض وزير الخارجية السويسري "Petit Pierre" عام 1947، على التأميمات التي أجرتها تشيكوسلوفاكيا ضد الأموال المملوكة للسويسريين لكونها تتضمن تمييزًا ضدهم، واعترضت الولايات المتحدة الأمريكية عام 1948 على التأميمات الرومانية للمشروعات الصناعية المملوكة للأجانب ومن بينهم الأمريكيون لكونها استثنت من هذه الإجراءات الممتلكات السوفياتية، لأنها تتضمن إخلالاً بقاعدة المساواة وعدم التمييز.
– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 54.

4 – « ***إنّ تحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين وغير المواطنين داخل إقليم الدولة أمام القانون وأمام القضاء وفي كافة الظروف المتماثلة والمتشابهة، وأن التمييز بينهما يجافي العدالة والمثل ويتناقض مع الهدف الأسمى لمبدأ المساواة*** ».
– محمد علي سالم، مبدأ المساواة في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمّان، 2002، ص 175.

5 – المرجع نفسه، ص 52.

6 – GREGOIRE Marc Hac, op.cit., p. 6.

وأمام هذه الأهمية البالغة التي حظي بها المبدأ في كونه ضماناً لحماية حقّ المستثمر الأجنبي وقيدًا أمام حقّ الدولة في نزع الملكية نتناول مضمون المبدأ (أوّلاً). ثمّ الأساس القانوني أو المصدر القانوني للالتزام به (ثانيًا)، ثم الاستثناءات الواردة على تطبيقه (ثالثًا).

أوّلاً – مضمون المبدأ:

يعتبر مبدأ عدم التمييز أهم صورة من صور المساواة الحقيقية بين المستثمرين[1]، وتجسيدًا حقيقيًا للحماية التي تضمنها كلّ النصوص القانونية من المعاملة التعسفية أو التحكمية أو التقصيرية بالمقارنة مع المستثمر الوطني[2]، وهو حقّ لحماية المستثمر الأجنبي وقيد يقع كحاجز على حقّ الدولة في اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية والتأميم أو التدابير المماثلة عند ممارستها لسلطاتها السيادية في مواجهة الأملاك بكل أصنافها المادية والمعنوية. وهو مبدأ مستقر في القانون الدولي، لأنه يدخل في مضمون الحدّ الأدنى لمعاملة الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم[3]، إذ لا يمكن التأكد من تطبيقه الصحيح إلاّ بالنظر إلى الظروف المحيطة بالاستثمار الأجنبي وبملابسات الإجراءات المتخذة في حدّ ذاتها.

يشمل مبدأ عدم التمييز، كلّ أشكال التمييز بين المستثمرين بغض النظر عن جنسياتهم[4] وطنيين كانوا أو أجانب لتمتع الدولة المستضيفة للاستثمار الأجنبي في كلّ

---

1 – تكون إجراءات نزع الملكية والتأميم غير تمييزية عندما تكون متخذة بموجب قرارات تتميز بدرجات متفاوتة من العمومية والتجريد والشمول وبهدف تحقيق المنفعة العمومية.

– عبد البارئ أحمد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 9.

2 – وهذا ما أكدته هيئة التحكيم في قضية "British Petroleum" بتاريخ 1973/10/10، حيث استند المحكم السويدي LAGARGREN على مبدأ السيادة الدائمة ليخلص إلى عدم شرعية التأميم الذي تمّ على شركة " British Petroleum "، وإنّ قرار ليبيا بالتأميم يرتكز على اعتبارات سياسية نتيجة الرغبة الانتقامية ضد بريطانيا تواطؤاً مع إيران وأنّ القرار يتسم بكونه تعسفيًا وتمييزيًا منتهكاً بذلك القانون الدولي العام، وقد جاء في منطوقه ما يلي:

« ***La loi libyenne déterminée par raisons purement politiques et étrangères aux relations contractuelles a donc caractère arbitraire et discriminatoire et viol clairement le droit international public*** ».

3 – HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 241.

4 – لقد أكدت بعض الهيئات الدولية التحكيمية على شرط عدم التمييز بين المستثمرين بسبب الجنسية ومنها لجنة التحكيم في دعوى "Oscar chin case" عندما قررت محكمة العدل الدولية ما يلي: « ***صورة التفرقة الممنوعة القائمة على أساس الجنسية تتضمن معاملة مختلفة بسبب الجنسية بين أشخاص ينتمون إلى مجموعات وطنية مختلفة*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 100.

الأحوال عن التمييز بين المستثمرين الوطنيين والأجانب من جهة، وبين المستثمرين الأجانب فيما بينهم من جهة ثانية[1].

كما يقضي هذا المبدأ بعدم التفريق في المعاملة، أي منح المعاملة نفسها على أساس مبدأ المساواة بغض النظر عن معالم العرق والجنس واللّغة والدين والميول السياسي أو الأصل القومي والاجتماعي[2]، باعتبارها حقوقاً متساوية وغير قابلة للتصرف خاصّة وقد أصبح العالم كقرية صغيرة في رحاب العولمة، وفي الانتقال إلى أسلوب التدويل والعالمية[3].

وتلتزم الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية على أساس مبدأ عدم التمييز إعمالا لمبدأ المساواة بضمان القدر الكاف للمعاملة بتوفير الظروف المالية نفسها لمختلف الاستثمارات الأجنبية والوطنية ذات الطبيعة نفسها[4] وإخضاعها لنفس القواعد والمبادئ والإجراءات إذا كانت تنشط في القطاع نفسه [5] وتفادي معاملتها معاملة تفضيلية مهما كان نوعها[6].

وقد عرّفت محكمة العدل الأردنية المبدأين كما يلي: « ***يتلخص مبدأ المساواة بعدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم*** »[7].

أمّا الفقه الغربي فيرى أنّ الإجراءات التمييزية هي تلك التي لا تستند على مبررات معقولة سواء كان هذا التمييز بين الوطنيين أو بين الأجانب أو فيما بينهم[8]، لأن مسألة

---

1 – « ***يجب على الدولة أن تمتنع عن اتخاذ إجراءات على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحدها المبرّر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات*** ».
– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 52.

2 – عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 17.

3 – « ***من مقاصد الأمم المتحدة تحقيق التعاون الدولي وتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعًا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء، وهي حقوق متساوية وغير قابلة للتصرف، منحت تعهدات لضمانها والدفاع عنها*** ».
– الحملة العالمية لحقوق الإنسان، لجنة القضاء على التمييز العنصري، صحيفة الوقائع رقم 12، الأمم المتحدة، جنيف، جويلية، 1991، ص 1.

4 – عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 123.

5 – محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 159.
- EL-GAMAL Hosni, op.cit., p. 279.

6 – « ***A coté des obligations d'abstention, les Etat devaient adopter également des mesures spéciales en vue de promouvoir une égalité des chances, voire de garantir une égalité effective dans la jouissance des droits***… ».
LIMOS-Alexandre Sicilianos, Droits de l'homme, Revue Trimestrielle, 16ème Année, N° 64, 1 Octobre 2005, p. 886.

7 – محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 159.

8 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 258.

اللجوء إلى إعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز مفاده منح الأموال الأجنبية أمنًا وحماية تامة كتلك التي تمنح للأموال الوطنية[1].

وفي كلّ الأحوال، لا يجوز للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بناءً على إعمالها لهذا المبدأ التمسك بمعاملة الاستثمارات الأجنبية عند مباشرتها إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو غيرهما نفس معاملة الاستثمارات الوطنية لتبرير هذه الإجراءات، لأنها تمت دون أي تمييز وفي إطار المساواة التامة بالمقارنة مع الاستثمار الوطني، أو لاستبعادها مسؤوليتها الدولية إذا كانت هذه المعاملة في الأصل تقل عن المعاملة المحددة في القانون الدولي العرفي أي "الحدّ الأدنى للمعاملة المقررة للأموال الأجنبية"[2].

ثانيًا – مصادر إلزامية المبدأ:

تنوعت المصادر القانونية التي تبنت مبدأ عدم التمييز والمساواة في معاملة الاستثمارات الأجنبية كقيد في مواجهة حقّ الدولة في اللجوء إلى الإجراءات التي تمس بالملكية الخاصّة للمستثمرين الأجانب، استرجاعًا لممتلكاتها لدواعي الصالح العام، وذلك كضمان لإضفاء الصفة الإلزامية للمبدأ في المعاملة الحسنة ضدّ كلّ أشكال التمييز المبنية على عدم المساواة، ولتفادي مباشرة أي إجراء مهما كانت نوعيته على أساس الصفة الأجنبية كمبرّر وحيد.

ومن بين هذه المصادر نذكر المصادر الدولية (أ) ثمّ المصادر الداخلية (ب).

أ – المصادر الدولية:

كرّست قواعد القانون الدولي مبدأ عدم التمييز لحماية أملاك المستثمرين الأجانب وشروط إقامتهم من المعاملة التمييزية[3] بالمقارنة مع المستثمر الوطني، باعتبارها من أهم المبادئ الأساسية التي تقضي بضمان الحدّ الأدنى في مجال معاملة الاستثمارات الأجنبية[4] فوردت إشارة إلى مبدأ عدم التمييز في المبادئ العامة للقانون الدولي لحقوق الإنسان باعتباره جزءًا هامًا من القانون الدولي العام الذي يتضمن طائفة من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

1 – محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 174.
– عبد البارئ أحمد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 264.
2 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 58.
3 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 180.
4 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 13.
- HORCHONI Ferhat, op.cit., p. 241.

والسياسية التي ينحدر منها حق الملكية، والتي ترمي إلى حماية حقّ ملكية كـلّ الأشـخاص المتواجدين على إقليم الدولة دون أي تمييز بينهم بسبب الجنسية أو الدين أو اللغة...[1].

فنصت المادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسـمبر 1948 على أنه: « ***لكلّ إنسان حقّ التمتع بكلّ الحقوق والحريات الواردة فـي الإعـلان دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو رأي آخر أو الأصل الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أية تفرقة بـين الرجال أو النساء*** ». ويؤكد في المادة 7 ما يلي: « ***كلّ الناس سواسية أمام القانون ولهـم الحقّ في التمتع بحماية متساوية متكافئة دون تمييز*** »[2].

ونصت الجمعية العامة للأمم المتحدة في اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية المؤرخة في 16 ديسمبر 1966 في المادة 1/2 على ما يلي: « ***تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية احترام وتأمين الحقوق المقررة فيها لكافة مواطنيها دون تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو غيره*** ».

وتضيف في المادة 26 أنّه: « ***جميع الأشخاص متساوون أمام القانون ومـن حقّهـم التمتّع بحمايته دون أيّ تمييز وبالتساوي، ويحرم القانون في هذا المجال أي تمييز ويكفل لجميع الأشخاص حماية متساوية فعالة ضدّ أي تمييز سواء كان ذلك على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي*** ».

وتنص أيضًا في إعلان الأمم المتحدة للقضاء على التمييز العنصري في القرار رقـم 1904 المؤرخ في 20 نوفمبر 1963 في المادة 1/2 على ما يلي: « ***يحظر على أية دولـة أو مؤسسة إجراء تمييز في معاملة الأشخاص*** »[3]. أما في المادة 3/2 فينص على أنه: « ***يجب اتخاذ التدابير الخاصّة لحماية الأفراد الذين يتعرضون للتمييز العنصري*** ». وفي المادة 1/7 « ***لكل إنسان حق المساواة أمام القانون والعدالة دون تمييز وحق الحماية والأمن*** ». ليؤكد في الأخير في المادّة 2/7 أنّ الشخص الذي يتعرض لهذه الإجراءات التميزية يستحقّ تعويضًا كما يلي: « ***لكلّ شخص الحقّ في التعويض على كلّ تمييز يتعرض له*** ».

---

1 – عمر سعد الله، مرجع سابق، ص ص 15، 17.

2 – محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 140.

3 – المرجع نفسه، ص ص 142، 146.

فحق الملكية من خلال ما سبق حق مضمون بموجب كلّ هذه النصوص التي تنص على حماية حقوق الإنسان بصفة عامة، في إطار معاملة متساوية ودون أي نوع من أنواع التمييز.

كذلك، نصّت مصادر أخرى مثل قواعد المنظمة العالمية للتجارة على المبدأ نفسه، لأنّها تؤكد على أهمية ضمان المعاملة المتساوية للمستثمرين الأجانب دون أي شكل من أشكال التمييز ما داموا يعيشون في نفس الظروف المماثلة، دون أن يكون القصد من ذلك الذهاب إلى حدّ منح معاملة تزيد عن تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني[1] مع استبعاد كلّ أنواع الإجراءات أو منح الامتيازات والإعفاءات بناءً على ميزة معينة كالجنسية[2]، لحماية الملكية الخاصّة للمستثمر الأجنبي بكلّ صورها المادية والمعنوية دون تمييز[3].

نصت كذلك عدّة هيئات تحكيمية دولية على المبدأ باعتباره شرطًا إلزاميًا لحماية أموال المستثمرين الأجانب، لأنه إلزامي لإضفاء الشرعية الدولية[4] على إجراءات نزع الملكية أو التأميم، ومن بينها نذكر لجنة التحكيم في دعوى "Liamco" التي جاء في منطوق حكمها ما يلي:

« ***Il est clair et incontesté que la non-discrimination est une condition requise pour la validité d'une nationalisation licite, cette règle est bien établie dans la théorie et la pratique juridiques et international par conséquent , une nationalisation purement discriminatoire est illégale*** »[5].

لكن رغم اعتبار مضمون مبدأ عدم التمييز هو تفادي معاملة استثمار معين بمعاملة معينة دون الاستثمارات الأخرى، وأنّ إخضاعه لإجراءات نزع الملكية أو التأميم رغم وجود استثمارات أخرى تمارس نشاطها في الظروف نفسها هو سبب للقول بوجود إخلال بالمبدأ، فهذا وحده لا

---

1 – تنص المادة 3/1 منها على ما يلي: « ***وعلى ذلك فإنّ هذه القواعد لا تقترح أن يتلقى المستثمرون الأجانب معاملة تمييزية لا يحصل عليها المستثمرون الوطنيون في الظروف المماثلة*** ».

نقلا عن: صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 165.

2 – إنّ الحماية المقررة لأموال المستثمرين لا تتأثر بالجنسية لأنها حماية مقررة بموجب قوانين وضعت النظام القانوني لحماية الأموال الأجنبية والوطنية معًا.

- CAREAU Dominique, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 489.

3 – صفوت أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ص 466، 467.

4 – « Le principe de non discrimination est de nature à faciliter ou du moins à compléter du caractère licite, ou non de la mesure et du but poursuivi par l'Etat qui nationalise, ici rigoureuse qui puise être prise par un Etat a l'égard d'un investissement ».
HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 241.

5 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص ص 180، 181.

يؤدي بالضرورة في كلّ الحالات إلى تكييف مثل هذه الإجراءات بالتمييزية[1]، إذ يجب على الهيئات القضائية والتحكيمية التي تفصل في هذه المسائل أن تأخذ بعين الاعتبار قصد أو نية الدولة التي تباشر هذه الإجراءات ومدى رغبتها في اللجوء إلى هذه الإجراءات للإضرار بالاستثمار الأجنبي بصفة تمييزية دون مساواة بالمقارنة مع الاستثمارات الأخرى خاصّة الوطنية.

وقد أكدت هذه الفكرة لجنة التحكيم في قضية "Aminiol" عندما اعتبرت إجراءات التأميم التي باشرتها دولة الكويت في إطار سياستها العامة لتحقيق المنفعة العامة وإن لم تمس سوى شركة "Aminiol" بالمقارنة مع باقي الشركات الأجنبية والوطنية التي تمارس نشاطاتها في الكويت كإجراءات غير تمييزية، حيث أنها استبعدت الإدعاء بأنه تأميم تميزي لغياب عنصر القصد في الإضرار والتمييز لدى الدولة النازعة للملكية.

وفي إطار أحكام منظمة "OCDE" فقد ورد شرط عدم التمييز سنة 1978 كما يلي:

« ***L'interdiction de la discrimination et conforme aux principes fixés par la cour permanente de justice internationale dans le cas de certains intérêts allemands en haute-Silésie polonaise et dans le cas du traitement des nationaux polonais à DANTZIG*** »[2].

ب – المصادر الداخلية:

نظرًا لكون مبدأ عدم التمييز والمساواة من أهم الأسس التي ترتكز عليها كلّ الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأشخاص على إقليم الدولة بغض النظر عن جنسياتهم وصفاتهم ومراكزهم القانونية والتي تمتد بموجبها الحماية التي يحظى بها الأشخاص إلى أموالهم وملكياتهم التي لا تتعرض إلى أي إجراء مبني على عدم المساواة والتمييز لسبب وحيد يتعلق بصفات موجودة في مالكيها، قام المؤسس الجزائري بتبنيها كمبادئ أساسية في إطار أسمى القوانين وهو الدستور[3] الذي يتضمن مجموعة من القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية

---

1 – HARPENTIER Jean dit que : « ***Pour qu'une mesure de nationalisation discriminatoire soit illicite, il ne suffit pas qu'elle défavorise un étranger a raison de sa nationalité, il faut en outre qu'elle soit inspirée par un sentiment de malveillance à l'égard de cette nationalité (discrimination dolosive) car l'argument tiré de la nationalité se révèle insuffisant lorsque la mesure frappe une entreprise en situation monopoliste*** ».

نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 182.

2 – HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 241.

3 – « ***مبدأ عدم التمييز والمساواة من المبادئ الأساسية التي يجب إلزام السلطات التنفيذية على كفالتها والمحافظة على كفالتها والمحافظة عليها وتضمينها في الدساتير*** ».

– محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 8.

والتنظيم السياسي، تقريرًا للضمانات الأساسية لحقوق الأشخاص وحرياتهم، ليكـــون هـــذان الحقّان من بين المبادئ الدستورية المضمونة للأشخاص[1].

حيث نصّ دستور 96 على ما يلي: « ***كلّ المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي*** »[2].

إلاّ أنّ هذا النص الدستوري يواجه بصفة خاصّة المواطنين الجزائريين[3]، الأمـــر الـــذي يخلق بعض الغموض في مواجهة الأجانب إلاّ أنه بالرجوع إلى المادة 1/32 التي تنص على أنه « ***الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة*** » يصبح بصفة غير مباشرة، مبـــدأ المساواة وعدم التمييز من بين الحقوق للإنسان المضمونة دستوريًا سواء كان المتمتع بها وطنيًـــا أو أجنبيًا. لأنّ الاختلافات المذكورة في النصّ الأوّل المتعلّقة بالمولد والعرق والجنس والـــرأي والظروف الاجتماعيّة توحي بأنّ المقصود بها هم أشخاص ينتمون إلى جنسيات مختلفـــة أو دول مختلفة، بالإضافة إلى الوطنيّين.

كما يؤكد هذا كون المؤسس عند اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية أو التـــأميم يواجـــه النشاط الاقتصادي الاستثماري لا صاحب الملكية، ولا جنسية المالك مهما كانت.

ويقول بهذا الخصوص البروفسور زوايميه ما يلي:

« ... ***Le constituant a entendu rejeter toute forme de discrimination entre les personnes visées par la nationalisation du fait que la mesure touche une activité***... »[4] .

---

1 – ينص أيضًا في الديباجة على ما يلي: « ***إنّ الشعب الجزائري ناضل ويناضل دومًـــا فـــي ســـبيل الحريـــة والديمقراطية... والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحرية لكلّ فرد*** ».

2 – تنص كلّ الدساتير على هذين المبدأين من بينها: المادّة 29 من الدستور الكويتي التي تنصّ على أنّ: « ***النـــاس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين*** ». والمادّة 28 من الدستور السوداني والمادّة 2/25 من الدستور السوري والمادّة 40 من الدستور المصري.

– محمد علي سالم، مرجع سابق، ص 134.

3 – تستعمل بعض الدساتير مصطلح كلّ إنسان أو كلّ فرد لتواجه كلّ من يعيش على إقليم الدولة وطنيًـــا كـــان أو أجنبيًا، وبعض الدساتير تستعمل مصطلح كلّ المواطنين لتخاطب فقط من يتمتع بجنسية هذه الدولة.

– محمد علي سالم، مرجع سابق، ص ص 134، 135.

4 – ZOUAÏMIA Rachid, op.cit., p. 594.

فيخضع إذن الكلّ بما فيهم المستثمرون الذين يمارسون نشاطاتهم الاستثمارية التجارية والاقتصادية في إقليم الدولة الجزائرية للمبدأين على أنهما من الحقوق الدستورية المكرسة بصفة عامة، ويخضعون كذلك للأحكام نفسها في إطار قانون الاستثمارات الذي يتولى تأطير النشاط الاستثماري وحمايته من كلّ الإجراءات التمييزية، فتنص المادة 1 من الأمر رقم 01-03 على أنه تخضع كلّ الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة للأحكام والإجراءات نفسها ويطبق عليها النظام نفسه، ويؤكد في المادة 14 على مبدأ المعاملة دون تمييز على أساس المساواة كما يلي: « ***يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار.***

ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة... »[1].

فالمقصود بمعاملة المستثمرين الأجانب بمثل ما يعامل به الجزائريون في مجال الحقوق ذات الصلة بالاستثمار هو خضوعهم في كلّ المجالات بما فيها مجال حماية الملكية العقارية من إجراءات نزع الملكية أو التأميم لنفس الحماية الممنوحة للأملاك الوطنية، فلا يتم تجريد ملاكها منها إلاّ لصالح المنفعة العمومية بعيدًا كلّ البعد عن الاعتبارات الأخرى سابقة الذكر وخصوصًا تلك المتعلقة بالجنسية، التي يمكن أن تكون عاملاً مباشرًا في خلق نية أو قصد التفريق أو التمييز بين المستثمرين[2].

كما أنّ المشرّع الجزائري يضمن حماية أكثر للمستثمر الأجنبي بموجب معاملته معاملة على أساس المساواة وعدم التمييز بينه وبين المستثمرين الأجانب الآخرين أو الوطنيين في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وهي معاملة تدخل في الكثير من هذه الاتفاقيات ضمن عناصر المعاملة بالمثل، وقد نصّت على ذلك على سبيل المثال المادة 2/3

---

1 – وردت أحكام مشابهة في المادة 38 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، مرجع سابق.

2 – وقد وردت المبادئ السابقة في كلّ التشريعات التي تهدف إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبيّة، ومن بينها التشريع المصري، وقد أكّد ذلك مجلس الدولة المصري في بعض فتاواه بشأن نطاق التمتّع بالمزايا المنصوص عليها في قانون الاستثمارات كما يلي: « ***... كما وأنّه من غير المقبول التفرقة بين المشروعات الاستثماريّة المقامة بأموال عربيّة وأجنبيّة بحيث تمنح مزايا وإعفاءات تجاوز المزايا والإعفاءات الممنوحة للمشروعات الوطنيّة المنشأة بأموال مصرية مملوكة لمصريين وإقامة هذه التفرقة على أساس جنسية مالكي المشروعات، فضلاً عن أنّ هذا القول لا يجد أساس سليم له في قانون الاستثمار، فإنّ تطبيقه يؤدي إلى وضع المستثمر المصري في مرتبة أدنى من المستثمر الوطني وهي نتيجة مقبولة...*** ». ملف مجلس الدولة المصري، عدد 257/2/38 جلسة 1983/2/1.

– عبد الفتاح مراد، شرح قوانين الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1990، ص ص 65، 72.

من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي–اللكسومبورغي كما يلي: « ***مع مراعاة الإجراءات الضرورية على النظام العام، تتمتع هذه الاستثمارات دومًا بأمن وحماية بعيدًا عن كلّ إجراء غير مبرّر أو تمييزي يمكن أن يعرقل قانونيًا أو فعليًا تسييرها وصيانتها واستعمالها والتمتع بها أو تصفيتها*** ».

وتضيف في المادة 4 تحت عنوان "الإجراءات المانعة والمقيدة" على أن لا تقوم كلّ دولة طرف في الاتفاقية بإجراءات نزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يملكها مستثمر الطرف الآخر، إلاّ إذا كانت ضرورة المنفعة العامة والأمن أو المصلحة الوطنية تبرّر ذلك وبشرط عدم التمييز، حيث تقضي الفقرة (ب) بما يلي: « ***يجب ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية...*** »[1].

ثالثًا – الاستثناءات الواردة على تطبيق المبدأ:

كغيره من المبادئ القانونية المطبقة، يرد على مبدأ المساواة وعدم التمييز المطبقين على إقليم الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية حماية للاستثمار الأجنبي من خضوعه لمعاملة معينة مبنية على أسس لا قيمة قانونية لها ولا مبرر يؤسسها إلاّ التمييز والتفريق بالمفهوم السابق للمبدأ، تحت ما يسمى بالحدّ الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية[2]، الاستثناء الذي يقضي بإمكانية النزول عن تطبيقه من طرف الدولة في مواجهة بعض الاستثمارات الأجنبية، السبب الذي يجعل تطبيقه نسبيًا غير مطلق[3].

يتحقّق ذلك عندما تقوم الدولة بفرض بعض القيود على بعض الأنواع المعيّنة من الاستثمارات الأجنبية التي تنشط في بعض القطاعات الاقتصادية دون الأخرى، أو عند منحها بعض الامتيازات الخاصّة للاستثمارات المنجزة في بعض القطاعات الهامة بالنسبة للاقتصاد الوطني دون الأخرى، مستندًا في ذلك على شرعية مثل هذه الإجراءات المنصوص عليها في

---

1 – المادّة 1/ب من الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة الجمهورية الإيطالية، مرجع سابق.
المادّة 2/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة الجمهورية الفرنسية، مرجع سابق.
المادّة 1/4/ب من الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة رومانيا، مرجع سابق.
المادّة 1/5 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة إسبانيا، مرجع سابق.

2 – « ***Le principe de non discrimination… constitue un des fondements essentiels du droit international en matière de nationalisation, elle apparaît en définitive comme une conséquence particulière du principe du standard minimum*** ».
HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 241.

3 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 259.

القانون، لأنّها استثناءات ترِد كجزء هام من نظام المعاملة الممنوحة في إطار النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية تحفيزًا لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية في هذه القطاعات بالذات.

هذه الاستثناءات التي قد تؤدّي إلى تعزيز الحماية بالنسبة لبعض الاستثمارات الأجنبية وضمان عدم خضوعها لهذه الإجراءات بصفة تتجاوز تلك الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأخرى، الأمر الذي يخلق نوع من التمييز بينها، أو قد تؤدي إلى نزول الدولة عن قدر الحماية التي تضمنها لبعض الاستثمارات بسبب فرضها قيودًا أكثر مما هو مفروض على الاستثمارات الأخرى.

كما تمّت الإشارة إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التمييز في المشروع الخاص بحماية الأملاك الأجنبية لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في المادة 1 كما يلي:

« ... ***Accorder à certains ressortissants d'un Etat un traitement plus favorable que celui que prévoit la présente convention ne sera pas considéré comme une discrimination contre les ressortissants d'une partie pour la seule raison que le traitement ne leurs ai pas accordé*** »[1].

كما يمكن أن تكون المعاملة التمييزية مبرّرة في بعض الحالات التي تكون فيها المصلحة العمومية أو المنفعة الوطنية هي الدافع الوحيد إليها، وهذا ما أخذت به لجنة التحكيم في قضية إيران ضدّ الولايات المتحدة الأمريكية، عندما صادرت إيران ممتلكات شركة "Khimco" الأمريكية في حين تركت شركة يابانية تمارس نشاطاتها في نفس المجال الاستثماري كما يلي: « ***من الصعب على المحكمة على ضوء غياب دليل آخر، الاستنتاج بأن المصادرة كانت تفرقة فقط لأن هناك شركة أخرى في المجال الاقتصادي نفسه لم تصادر... أضف إلى ذلك أنّ السياسية العامة للتأميم يمكن أن تطبق في مراحل متتالية، إنّ اللجنة ترفض أن تقرر بأن مصادرة شركة "Khimco" كانت تفرقة*** »[2].

وقد أقرّ الفقه أيضًا إمكانية تبرير جوازية التفرقة أو التمييز بين بعض الاستثمارات الأجنبية فيما بينها، أو الأجنبية والوطنية إذا كانت هذه الإجراءات التي تباشرها الدولة النازعة للملكية مؤسسة على مبررات المصلحة العمومية ومن بينهم نذكر الفقيه "White" الذي قال ما

1 – Cf-OCDE, Projet de convention sur la protection des biens étrangers 1967: in:http://www.olis.org/horizontal/oecdqcts.nsf/display/9C77f53a30381e04c1257089002b74fo?opendocument

2 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 101.

يلي: « ***إنّ حرمان مستثمر أجنبي وترك مستثمر وطني يعتبر إجراءً قانونيًا إذا كان الهدف ليس الإضرار بالمستثمر الأجنبي وإنّما هو المحافظة على مصلحة العمل...*** »[1].

أما "Horchani" فيقول ما يلي:

« ***La discrimination peut être dans certains cas inévitable, tout traitement différentiel n'est pas discriminatoire en matière de nationalisation… de mesures prises dans le but de satisfaire des intérêts liés a la souveraineté national et aux besoins du développement interne…*** »[2].

ففي كلّ الأحوال تبقى مسألة تبرير الإجراءات التميزية مسألة تقديرية تدخل في اختصاص القاضي أو المحكم الذي يبحث في جدية المنفعة العمومية أو الوطنية التي تمّت على أساسها هذه الإجراءات، أو عن نية وقصد الدولة النازعة للملكية ومدى رغبتها في مباشرة هذه الإجراءات التمييزية لمجرّد الإضرار هذا من جهة، ولأنه يقوم بقياس درجة هذه المعاملة ومدى تناسبها مع تلك الممنوحة للمستثمرين الآخرين الوطنيين والأجانب الذين يمارسون نشاطاتهم في الظروف نفسها للقول بأن الإجراء تميزي أم لا، من جهة أخرى.

الفرع الثاني

مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصّة

قد تلجأ الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية في بعض الحالات إلى تقييد نفسها بنفسها بموجب بعض الالتزامات الخاصّة التي تصرّح بالتقيّد بها والحرص على تنفيذها، الأمر الذي يجعل هذا الالتزام السابق قيدًا إضافيًا يحدّ من حريتها في ممارسة حقها السيادي في نزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة أو التأميم أو أي إجراء آخر مماثل يهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه في استغلال أو استعمال استثماره ولو لمدّة مؤقتة[3]. وقد أكدت

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 102.

2 – HORCHANI Ferhat, op.cit., p. 241.

3 – لم يتفق الفقه والقضاء الدوليين حول المبدأ، وخصوصًا فيما يخص القيمة القانونية الدولية لالتزامات الدولة ومدى ترتيب المسؤولية الدولية في حقها، حيث يوسّع الفقه مفهوم التزامات الدولة ويرتب على عدم احترامها مسؤولية دولية، بينما ينكر القضاء الدولي الصفة الدولية عليها خاصّة إذا كانت مترتبة عن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة وأشخاص القانون الخاص.

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 48.

هذا المبدأ عدّة اتفاقيات دولية وكيّفته على أنّه قيد مؤكد لحماية أملاك الأجانب[1]، ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا في نصّ المادة 1/10 كما يلي: « ***الاستثمارات التي كانت محل التزام خاص من إحدى الدولتين حيال المواطنين والأشخاص المعنويين للدولة الأخرى، تخضع لمضمون هذا الالتزام في خاصّة ما إذا كان هذا الأخير يحتوي على أحكام أكثر امتيازًا من تلك المشار إليها في هذا الاتفاق*** »[2].

وسواء كان الالتزام حاليًا أو سابقًا تلتزم الدولة به وتتقيد بمضمونه عبر مختلف مراحل الاستثمار الأجنبي وتلتزم بالتعويض عند مخالفته. كما يستوي في العرف والفقه الدوليين أن يكون مصدر الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة لمنعها من اللجوء لإجراءات نزع الملكية أو التأميم أن تكون الاتفاقية الدولية أو الميثاق أو النظام أو البروتوكول أو الترتيب المؤقت أو الوعد بالالتزام أو العقد أو أي اتفاق خاص... إذ في كلّ الأحوال يرتقي هذا الالتزام إلى مرتبة الالتزام الدولي ما دامت الدولة مقرة ومعترفة بمضمونه[3].

وعليه نتناول مضمون المبدأ ومدى قوته الإلزامية (أوّلاً)، ثمّ المصادر المختلفة للمبدأ أو أنواع الالتزامات الخاصّة للدولة (ثانيًا)، ثمّ الاستثناءات الواردة على تطبيقاته[4] (ثالثًا).

أوّلاً – مضمون المبدأ وقوته الإلزامية:

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أنّ الدولة تتقيد بكلّ ما تعهدت به من التزامات تجاه الدول أو الأشخاص كالمستثمرين الأجانب، إلاّ أنّ فكرة جعل التزامات الدولة الخاصّة مبدأ يقف كقيد أمام حقّ الدولة في ممارسة أسمى حقوقها السيادية والمتمثل في استرجاع ممتلكاتها من أي يدّ كانت فيها بغض النظر عن جنسيتها واجه صراعات حادة في وجهات النظر لا من حيث مضمونه كمبدأ (أ) ولا من حيث قوته الإلزامية على مستوى القانون الدولي (ب).

---

1 – يرى هشام علي صادق أنّه « ... ***هي قيود واجبة الاحترام ولا يصح للدولة أن تتحلل منها وإلاّ اعتبرت مخالفة لالتزاماتها التعاقدية مما يعقد مسؤوليتها الدولية وفقًا للمبادئ العامة*** ». المرجع نفسه، ص 46.

2 – الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

3 – محمدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 172.

4 – تتحكم في ضمان الدولة لتنفيذ التزاماتها العقدية أو الاتفاقية عدّة عناصر وعوامل تنشئ في بعض الحالات استثناءات على المبدأ.

Voir : CHEVALIER Alain, HIRSH Georges, op.cit., p. 21.

أ – مضمون المبدأ:

يعتبر التزام الدولة[1] بمبدأ عدم مخالفة واحترام التزاماتها الخاصّة التي أبرمتها قبل أو بعد إبرام عقد الاستثمار الأجنبي من أهم مبادئ القانون الدولي العام، الذي يضمن حسن سير واستمرار التعاملات الدولية، مفاده أن تتقيد الدولة بما تعهدت به من التزام حيال الدول بمقتضى الاتفاقيات الدولية أو المعاهدات الدولية لتنظيم وترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، أو بموجب أي اتفاق خاص أو عقد له رابطة أو علاقة بالعقد الخاص بالاستثمار[2] أو بالاتفاقية الدولية[3] من أجل الحدّ أو المنع الكلي من حقها في استرجاع ممتلكاتها التي تحصّل عليها المستثمر الأجنبي طيلة مرحلة استثماره على إقليمها، وذلك ما لم تطرأ ظروف جديدة تجيز لها التحلل والتنصل من التزاماتها الدولية أو العقدية رغمًا عن الدولة المتعاقدة الأخرى المتضررة من جراء الإخلال بهذا الالتزام شخصيًا، أو تضرر أحد رعاياها المستثمرين، سواء مباشرة أو بعد عرضه على القضاء أو التحكيم الدولي، ويعرّف كلّ من أحمد القشيري وهشام علي صادق التزام الدولة بأنه: « ***الالتزام الذي يخضع للأحكام القانونية المنظمة لحق الملكية بوصفها أحد الحقوق التي تتصل بمركز الأجانب وبالحدّ الأدنى لمعاملتهم على ضوء مبادئ القانون الدولي إذا ما يشمل التأميم أشخاصًا غير وطنيين*** »[4].

يضمن تطبيق هذا المبدأ للمستثمر الأجنبي حماية فعلية من مخاطر الإخلال بالالتزامات التي تقع على عاتق الدولة المستضيفة له[5]، الأمر الذي يفتح المجال للدولة التي ينتمي إليها

---

1 – تخضع هذه الالتزامات من حيث القانون الواجب التطبيق عليها، حسب نص المادة 53 من الأمر رقم 75–58 المتضمّن القانون المدني، للنصوص القانونية التي قرّرتها.

2 – تعتبر كذلك الأحكام والقرارات ذات الطابع القضائي أو التحكيمي الصادرة والتي لها علاقة مباشرة بعقد الاستثمار الأجنبي مصدرًا للالتزام، لذا عندما تخل الدولة المضيفة بتنفيذها أو ترفض تمامًا تنفيذها تقوم مسؤوليتها الدولية.

فتنص المادة 12/ج من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي على ما يلي: « ***يستحق المستثمر تعويضًا عما يصيب استثماره من ضرر نتيجة... الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صفة مباشرة بالاستثمار*** »، مرجع سابق.

3 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 172.

4 – أحمد القشيري، "التأميم في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، العدد الأوّل، جانفي 1969، ص 300.

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 87.

5 – تدخل المخاطر الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية الخاصّة ضمن المخاطر غير التجارية التي تغطيها معظم هيئات الضمان منها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المادة 11 التي تنص على أنه: « ... ***يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على... الإخلال بالعقد*** »، مرجع سابق.

بجنسيته للتدخل وحمايته وضمان حقوقه في التعويض[1] عمّا أصابه من ضرر ولإثارة مسؤوليتها الدولية[2].

ب – القوة الإلزامية للمبدأ:

إنّ التزامات الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية المتعلقة بعدم التعرض لملكية المستثمر الأجنبي بكلّ صوّرها مهما كانت الإجراءات المتبعة لذلك والواردة في الاتفاقيات الدولية أو عقد الاستثمار أو التصريحات والإعلانات الرسمية للسلطات العليا للدولة هي التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرّد التزام ببذل عناية، الأمر الذي يجعل مسألة الإخلال بها وعدم الانصياع لها يرتب مسؤوليتها الدولية، هذا من جهة، ويواجه الدولة وكل سلطاتها المعنية بالإجراء سواء كانت التشريعية أو التنفيذية أو الإدارية أو القضائية متى باشرته بحيث لا يجوز للدولة في كلّ الأحوال التنصل من تنفيذ التزاماتها بحجّة أنها قد اتخذت من إحدى سلطاتها أو بتعارض مضمونها الوارد في الاتفاقيات أو العقود مع قوانينها الداخلية[3]، من جهة ثانية. فهي التزامات تتمتع بالقوة الإلزامية وواجبة التنفيذ ما دامت قد صدرت عن الدولة بمحض إرادتها إذا كانت ناتجة عن الإرادة المنفردة للدولة في تصريحاتها الرسمية، وصادقت عليها إذا كانت واردة في إطار العقود.

وقد نصّت المادة 26 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات على أنه كلّ معاهدة نافذة تلزم أطرافها، بتنفيذها بحسن نية وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[4].

وقد وردت هذه الالتزامات الخاصّة في شكل أحكام صريحة ومباشرة لا تتضمّن أية إشارة إلى القانون الداخلي الذي يختص بتحديد مفهومها وبيان مدى إلزاميتها، وقد نصت المادة 2 من مشروع اتفاقية المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية الخاص بحماية الأملاك الأجنبية والتي تمّ الاعتماد عليها في صياغة العديد من الاتفاقيات الدولية على أنه

1 – أحمد القشيري، مرجع سابق، ص 300.

2 – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 17.

3 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص ص 237، 238.

4 – مرسوم رقم 87–222، مرجع سابق.

Voir Résolution N° 1803 paragraphe 8 du 18 Décembre 1962 de l'Assemblé Générale des Nations Unies qui stipule: « ***Les accords des investissements étrangers conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi*** ».
http://www.un.org/french/documents.htm. op.cit.

يوجد مفهوم مستقل في القانون الاتفاقي[1] يغطي في نفس الوقت العلاقات العقدية والتصرفات الانفرادية للدولة[2]، وما يكتنفها من قوة إلزامية في مواجهة مُصْدِرِها[3].

وقد أيد بعض القضاء في عدّة مناسبات إلزامية احترام المتعاقدين لالتزاماتهم، وخصوصًا حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الرسائل البحرية في 1909/01/25، والذي علّق على مضمونه مفوض الحكومة الفرنسي كما يلي: « ... ***من حق المحاكم الإدارية أن تشدد في تقرير سلوك المتعلق وأن تطلب منه بذل مجهودات تزيد عما قد تتطلبه المحاكم القضائية من المتعاقد في نطاق روابط القانون الخاص... لأداء التزاماتهم...*** »[4].

ثانيًا – المصادر المختلفة لالتزامات الدولة:

يتمتع كلّ أشخاص القانون الدولي وخاصّة الدولة بحق إبرام الاتفاقات والاتفاقيات الدولية وإبرام عقود التجارة الدولية مثل عقد الاستثمار، لما لها من قوة إلزامية لكونها مصدرًا معترفًا به للحقوق والالتزامات فيما يتعلق بالعلاقات القائمة بين أطرافها[5] بصفة عامة، أو أن تنشئ بعض الالتزامات في حقها بموجب بعض الوعود التي تقدمها من خلال بعض التصريحات الرسمية والخطابات السياسية العلنية، أو عن طريق معاهدات تبرمها مع بعض الدول.

---

1 – تنص المادة 2/10 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسويسرا على أنه: « ***يطبق كلّ طرف متعاقد كلّ التزاماته تجاه الاستثمارات المنجزة على إقليمه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر*** ». وعليه الاتفاقيات الدولية تلزم أطرافها بتنفيذ كلّ التزاماتهم دون تحديد مصدرها لتشمل وتغطي كلّ الالتزامات الأخرى العقدية والصادرة عن الإرادة المنفردة.

مرسوم رئاسي رقم 05–235 مؤرخ في 23 جوان 2005، ج ر عدد 45، المؤرخة في 29 جوان 2005.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 262.

3 – تستمد هذه الالتزامات قوتها الإلزامية من العرف والفقه الدوليين. ويقول هشام علي صادق في ذلك ما يلي: « ***لم ينازع أحد من الفقه القيمة القانونية لما تضمنته هذه المعاهدات من قيود على حرية الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي، فهي قيود واجبة الاحترام ولا يصح للدولة أن تتحلّل منها وإلّا اعتبرت مخالفة لالتزاماتها التعاقدية مما يعقد مسؤوليتها الدولية وفقا للمبادئ العامة*** ».

أمّا القضاء الدولي فلم يجمع على موقف مؤيد للقوة الإلزامية لهذه الالتزامات إذا كانت ناتجة عن العقود المبرمة بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص.

هشام صادق علي، مرجع سابق، ص ص 48، 49.

- SALEM Mohmoud, op.cit., pp 613, 614.

4 – معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه دولة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1998، ص 271.

5 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 168.

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

أ – الالتزام الخاص بموجب الاتفاقيات الدولية:

يكون الالتزام الخاص الذي يقيّد حقّ الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي حماية للملكية العقارية اتفاقيًا عندما يكون مصدره إحدى الاتفاقيات الدولية الثنائية أو الجماعية التي صادقت عليها الجزائر[1] حيث تنص المادة 2/10 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وسويسرا على أنه: « ***يطبق كلّ من طرف متعاقد التزاماته اتجاه الاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمري الطرف المتعاقد الآخر*** »[2]. وكلّ إخلال بهذا الالتزام يرتب مسؤوليتها الدولية[3] والتزامها بالتعويض، وقد نصت على ذلك المادة 12 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي كما يلي: « ***يستحق المستثمر تعويضًا عما يصيب استثماره من ضرر نتيجة قيام الطرف المتعاقد أو إحدى سلطاته العامة أو المحلية أو مؤسساته... الإخلال بأي من الالتزامات والتعهدات الدولية المفروضة على عاتق الطرف المتعاقد والناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر المغاربي أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء كان عن عمد أو إهمال*** »[4].

وعليه فالاتفاقيات الدولية بالمفهوم السابق، تتضمن أحكامًا تهدف الدول من خلالها ضمان احترام التزاماتها، في إطار شرط الالتزام الخاص على مستوى القانون الدولي

1 – تعتبر الاتفاقيات الدولية مصدرًا للالتزام عند اعتراف الدولة بأهمية الاتفاقية كمصدر للقانون، كما أنّ المصادقة عليها يجب أن يتم بكلّ حسن نية وفق مبدأ الموافقة الحرة والعقد شريعة المتعاقدين المعترف به عالميًا. انظر ديباجة اتفاقية فينا، مرسوم رئاسي رقم 87–222، مرجع سابق. وتنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المشكلة عام 1945 على أنّ الاتفاقيات الدولية مصدر للقانون الدولي.

2 – وردت إشارة إلى هذا المبدأ في بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى مثل الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا في نصّ المادة 1/10 كما يلي: « ***الاستثمارات التي كانت محل التزام خاص من إحدى الدولتين حيال المواطنين والأشخاص المعنويين للدولة الأخرى، تخضع لمضمون هذا الالتزام...*** »، مرجع سابق.

3 – « ***La convention d'investissement transforme la nature des obligations résultant de la législation et de la réglementation qu'édictent les parties contractantes en les projetant du droit interne vers le droit international*** ». JUILLARD Patrick, Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France, J.D.I, N° 2, 1979, p. 276.

4 – مرسوم رئاسي رقم 90–420، مرجع سابق.

– وردت أيضًا المادة نفسها في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق.

الاتفاقي[1]. لذا نجد بعض الفقه مثل البروفسور Weil يؤكد على أن الاتفاقيات الدولية لا تضمن احترام الدولة لالتزاماتها الواردة في الاتفاقيات فقط، بل وتسمح بتحويل الالتزامات التعاقدية الأخرى التي تربط الدولة بالمستثمر الأجنبي إلى التزامات دولية بمفهوم القانون الدولي العام[2].

ب – الالتزام الخاص بموجب العقد:

تتقيد الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بموجب بعض الالتزامات الخاصّة الواردة في إطار بنود تدرجها في عقد الاستثمار[3] الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي[4]، بهدف الحدّ من حريتها في اللجوء إلى أي إجراء كان مباشرًا أو غير مباشر يرمي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من استغلال واستعمال استثماره ولو بصفة مؤقتة. وهو التزام أو قيد يدخل في طائفة المخاطر غير التجارية القابلة للضمان، والتي ترتب مسؤولية الدولة في التعويض كلّما أخلت بما التزمت به.

إلاّ أنه بسبب كون المستثمر الأجنبي شخصًا من أشخاص القانون الخاص فمن الثابت في القضاء الدولي أنّ مثل هذه العقود لا تعتبر معاهدة أو اتفاقًا دوليًا، بل مجرّد عقد خاضع لأحكام القانون الداخلي، الأمر الذي يجعل مسألة الإخلال بها وبالالتزامات الواردة فيها لا

---

1 – يؤكد القضاء الدولي على أنّ الدولة التي تتعهد بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن تأميم المشروعات الأجنبية تكون قد أخلت بالتزاماتها الدولية إذا قامت بالتأميم. انظر حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية المصالح الألمانية بسيليزيا العليا الصادر عام 1926، وحكمها الصادر في قضية مصنع شورزو.
هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 44.

2 – « ***L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi… L'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité toute inexécution du contrat serait elle-même régulière au regard du droit interne de l'Etat contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers L'Etat national du contractant*** ».
نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 292.

3 – تنص المادة 54 من الأمر رقم 75–58 على أنّ العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، لذا يصبح التزام الدولة بمفهوم هذا النص بموجب بند في عقد الاستثمار أو في عقد آخر له علاقة بالاستثمار، بالامتناع عن اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية أو التأميم في بنود العقد إجراءً مشروعًا، خصوصًا وأنّ المواد 677، 678، 680 تنص على اللجوء إلى التأميم والاستيلاء بالأسلوب الجوازي، دون أن تمنع الدولة من الإخلال بهذا الالتزام العقدي في حالات الضرورة والظروف الطارئة أو القوة القاهرة أو المنفعة العمومية لأنه إجراء أصلاً يدخل في صلاحياتها الاقتصادية والسيادية.

4 – تنص المادة 1/6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها، ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم بتاريخ 2001/12/26 على أنه: « ***تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية*** ». مرسوم تنفيذي رقم 01–416، مرجع سابق.

ترتقي إلى درجة الإخلال بالالتزام الدولي[1].

لكن هذه المسألة المطروحة وجدت لها مخرجًا وحلاً عند ظهور نظرية تدويل العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي وفق مجموعة من المبادئ الهامة ومنها مبدأ حسن النية[2] والتراضي، وتشبيهها بالاتفاقيات الدولية، ورفع مرتبتها إلى الدرجة نفسها لجعل الالتزامات التي تتضمنها ذات طابع دولي لترتب المسؤولية الدولية[3] للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية عند تجاوزها أو تعديلها بالإرادة المنفردة أو الإخلال بها مع الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي[4].

وتبقى نظرية تدويل العقود قابلة للإعمال في قواعد القانون الدولي ما دامت تحمي المستثمر الأجنبي من إجراءات التأميم ونزع الملكية في حالات كثيرة، ويقول أحمد القشيري في هذا ما يلي: « ***إنّ نظرية تدويل العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص تقلب الالتزامات الناشئة عنها إلى التزامات دولية بالمعنى الصحيح يترتب على الإخلال بها قيام مسؤولية دولية تجعل قرار التأميم مشوبًا بعيب المخالفة لأحكام القانون الدولي العام*** »[5].

---

1 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 47.

2 – تنص المادة 107 من الأمر رقم 75–58 على أنه: «***يجب تنفيذ العقد لما اشتمل وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام*** ».

إنّ مبدأ حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كلّ من المتعاقدين للتأكد من مدى موافقة سلوكهما لسلوك الرجل العادي.

– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 97.

3 – لم تطرح مسألة التزام الدولة المتعاقدة بمضمون التزاماتها أي إشكال فالمبدأ معترف به كما هو منصوص عليه في قرار هيئة التحكيم في قضية Klŏckner ضد حكومة الكامرون سنة 1984 كما يلي:

« ***Nous présumons que le principe suivant lequel une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide, est un principe de base du droit civil français, comme il l'est en fait des codes des nations…à cet égard, nous décidons que Klŏckner a violé ses obligations fondamentales dans le cadre des accords contractuels***… ».

نقلا عن: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1996، ص ص 227، 228.

إلاّ أنّ نظرية تدويل العقود وجعلها تتضمن التزامات دولية هي التي لم تحقق الإجماع لا في الفقه ولا في القضاء الدوليين.

SALEM Mahmoud, op.cit., p. 613.

4 – تنص المادة 106 من الأمر رقم 75–58 على أنّ: « ***العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون*** ».

5 – أحمد القشيري، مرجع سابق، ص 302.

– أقرت الجمعية الدولية للمحامين في المؤتمر السابع المنعقد بكولومبيا في جويلية 1958 مبدأ تدويل العقود. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 50.

وقد قضت هيئة التحكيم في دعوى الأمينيول "Aminiol" بأن تعهد الدولة بعدم القيام بالتأميم هو تعهد صحيح في حدّ ذاته إلاّ أنه لا يمكن استنتاجه من مجرد وجود شرط الثبات المضاد والمدرج في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، لكن إذا وجد شرط الثبات قد يكون عاملاً من العوامل المحددة لقيمة التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي[1].

جـ – التزام الدولة بالوعود الرسمية:

لا تقتصر التزامات الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية بموجب الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الدولية أو العقود التي تبرمها مع المستثمر الأجنبي فقط، بل تمتد إلى بعض التزاماتها الواردة في مصادر أخرى معترف بها كالالتزام بالامتناع عن القيام بالتأميم أو نزع الملكية الذي تصرح به عن طريق الوعد[2] الذي تنطق به في تصريحاتها الرسمية وخطاباتها السياسية، وهو التزام يصدر عن الإرادة المنفردة للدولة يرتب مسؤوليتها تجاه الموعود له عند نزولها عن مضمونه، وهو يستمد قوته الإلزامية من قاعدة التزام الواعد بما يصدر عن إرادته الحرّة بنفس ما يتمتع به الاتفاق من إلزامية، هذا من جهة، ولاعتبارات الطمأنينة القانونية من جهة ثانية[3].

وقد اتجهت محكمة العدل الدولية في قضية التجارب النووية الفرنسية إلى تأسيس القوة الملزمة للوعود الصادرة عن الإرادة المنفردة[4] على أساس مبدأ حسن النية[5].

---

1 – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 397.

2 – هناك من تمييز بين الوعد كتصرف قانوني ملزم وبين الوعد السياسي الذي يتوقف أساسًا على طبيعة إرادة الواعد ونيته في الالتزام بمضمونه.

REUTER Paul, Les organisations internationales, Problèmes choisis, thèse de doctorat, Paris, 1954, p. 279.

3 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 283.

4 – ومن أشهر الأمثلة للوعود المؤكدة للالتزامات الصادرة عن الإرادة المنفردة المنشئة للالتزامات الدولية التصريح الصادر عن ممثل اتحاد جنوب إفريقيا في الجمعية العامة لعصبة الأمم المتحدة في 9 أفريل 1946، والتصريح الصادر عن ممثل بريطانيا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية مافروماتيس والمتضمن تعهد حكومته بتنفيذ كافة ما قد ترى المحكمة أنّ بروتوكول لوزان قد أنشأه على عاتقها من التزامات، وهي وعود يجب على الدولة الالتزام بها لأنها وردت في تصريحات ذات صفة إلزامية لأنّ المصرحين ناطقين رسميين للدولة يتصرفون باسمها ولصالحها. محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 279.

5 – Affaire des essais nucléaires français, dans le pacifique, CIJ, Arrêt du 20 Décembre 1974, Recueil 1974.

إنّ التزام الدولة بعدم مباشرة إجراءات نزع الملكية أو التأميم بهدف استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية بموجب التصريحات الرسمية لرئيس الجمهورية أو وزير الخارجية... أو غيرهم من الناطقين الرسميين للدولة في إطار الخطابات السياسية لم تُكيّف على أنها مجرّد تأكيد على التزامات سابقة للدولة في هذا المجال كما هو منصوص عليه في الاتفاقيات الدولية فحسب، بل هو التزام جديد إضافي يتعيّن على الدولة تنفيذ مضمونه والالتزام به وتحمل مسؤوليتها عنه وفقًا لقواعد المسؤولية الدولية كلّما أخلت به[1]. ويبقى الالتزام الذي مَصدره الوعد قائمًا في مواجهة الدولة التي أصدرته، حيث إنّه بالمقارنة مع الالتزام الاتفاقي الناشئ عن التقاء إرادتين والذي ينتهي بمجرّد تغير الظروف بالنسبة لإحدى الإرادتين التي أدت إلى إنشائه حال تمسك الإرادة الأخرى به، فإنّ الالتزام الذي يتضمنه الوعد الصادر عن الإرادة المنفردة فمصيره يتوقف على ما قد يلحق هذه الإرادة مستقبلاً من تغير جوهري وغير متوقع في السبب الذي دفعها إلى خلق هذا الالتزام[2].

ثالثًا – الاستثناءات الواردة على المبدأ:

تتمتع الدولة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة داخل حدودها الإقليمية، وذلك في كلّ مراحل الاستثمار بهدف توجيهها لتحقيق أهدافها التنموية والمصلحة العمومية، لذلك تضطر الدولة إلى اللجوء إلى بعض الإجراءات التي من شأنها المساس بمصالح المستثمر الأجنبي، نظرًا للآثار السلبية المترتبة عنها، وهذه التصرفات قد يترتب عنها الإخلال بالتزاماتها العقدية أو الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الدولية، مما يرتب مسؤوليتها الدولية، لأنه تصرف غير مشروع وفق قواعد القانون الدولي، فإدراج هذا الشرط أو قيد عدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية هو تأكيد على مسؤولياتها تجاه المستثمر الأجنبي ودولته من جهة، وتجاه القوانين الدولية التي تقر بمبدأ عدم مخالفة الالتزامات التعاقدية من جهة ثانية، إلاّ في بعض الحالات التي تستطيع فيها الدولة تبرير مشروعية تصرفاتها التي أخلّت بموجبها بالتزاماتها على أساس نظرية تغيير الظروف (أ)، فضلاً عن أنّ قوانين الاستثمار واتفاقيات الاستثمار وحتّى عقود الاستثمار لا تخلق حقوقًا مكتسبة للأجانب بل تضعهم في مركز تنظيمي عام يجوز تعديله حتّى وإن كان ذا نتائج سلبية على الالتزامات التعاقدية السابقة التي تمس بهذه الحقوق[3]، حيث تكيف هذه الوضعية « ***بالإخلال***

1 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 284.

2 – المرجع نفسه، ص 286.

3 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 59.

بالتوقعات المشروعة »[1]، أو في حالات توفر القوة القاهرة (ب)، أو الخطر (ج)، أو في حالة الضرورة (د) [2]. وهي على العموم من أهم صور السبب الأجنبي التي تعفي الأطراف من المسؤولية بوجه عام، انتقل استعمالها من العقود المدنية إلى العقود الإدارية ثمّ إلى العقود الاقتصادية الدولية، لما تحققه من وسائل قانونية لإيجاد الحلول الملائمة لتبرير الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ الالتزام[3].

أ – الظروف الطارئة:

يصطدم تطبيق مبدأ عدم مخالفة الالتزامات الخاصّة للدولة بمبادئ أخرى تجمده وتستبعد مسؤولية الدولة عن الإخلال بها وأهمها مبدأ "تغير الظروف أو مبدأ الظروف الطارئة" الذي مؤداه أنّ أحكام الاتفاقيات الدولية أو العقود الدولية تظل محترمة ما دامت الظروف التي قامت في ظلها لم تتغيّر، لأنه إذا تغيرت هذه الظروف أصبح من حق المتضرر من الظروف الجديدة تعديل أحكام الاتفاقية أو العقد بما يتلاءم ومصالحه في ظل الظروف الجديدة.

وقد تبنى المشرّع الجزائري نظرية تغير الظروف[4] في المادة 3/107 من القانون المدني، إذ نصّ على ما يلي: « ***غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعًا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أنّ يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك*** »[5].

---

1 – عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص 123.

– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 400.

2 – حددت لجنة القانون الدولي (C.D.I) التابعة للأمم المتحدة حالات استبعاد مسؤولية الدولة بسبب الإخلال بالتزاماتها الدولية في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دوليًا المصادق عليه في الدورة 53 المنعقدة بجنيف عام 2001، وهي: القوة القاهرة، الخطر، حالة الضرورة.

- C.D.I projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté à la 53ème session, Genève, 23 Avril, 1er Juin, 2 Juillet, 10 Août 2001. Voir articles 24, 25, 26.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 153.

3 – معاشو عمّار، مرجع سابق، ص 267.

4 – استمدت نظرية الظروف الطارئة من القانون البولوني والقانون المدني الإيطالي الجديد، وهي معروفة في القانون الدولي العام بتسمية "Rebus sie stantibus" والتي تسمح بتغير شروط المعاهدات كلما تغيرت الظروف.

– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 98.

5 – أمر رقم 75–58، مرجع سابق.

وقد نصّت بعض الهيئات التحكيمية على حالة تغير الظروف الطارئة ومنها هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 2758 لسنة 1976 كما يلي: « ***إنّ خشية تغير الظروف في المجال التجاري بصفة خاصّة هو الذي يحث الأطراف على إبرام العقود تحقيقًا لمصلحتهم الاقتصادية، وكلّ طرف متعاقد يستفيد من التغيرات التي تحدث، لذلك يقبل بشكل ضمني تحمل مخاطر هذا التغير التي قد تكون غير ملائمة أو مفيدة بالنسبة له...*** »[1].

وقد تمّ تقييد تطبيق النظرية بشروط موضوعية ليضفي عليها صيغة مادية يضمن لها نوعًا من الاستقرار[2] وهي:

- أن يكون مصدر الالتزام تعاقديًا.
- أن يكون الظرف الطارئ ناشئًا عن حادث استثنائي غير متوقع.
- أن يصبح التنفيذ مرهقًا بحيث يهدد الملتزم بخسارة فادحة.

وتطبق هذه النظرية إذا كانت أسباب الإخلال بالالتزامات ناتجة عن تغير موضوعي في الظروف، دون أي تدخل من الأطراف، ودون إرادتهم، ولا علم لهم به[3] أو بتوقعه[4]، فالمقصود بالنظرية هي أنه إذا طرأت على العقد أو خلال تنفيذه ظروف استثنائية عامة[5] لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقًا أو مستحيلا[6] ويهدده بخسارة فادحة يتمّ استبعاد مسؤولية الطرف المخل بالتزاماته بسبب الإرهاق أو أُنقصَت التزاماته إلى حدّ معقول[7] لضمان مبدأ التوازن في التزامات المتعاقدين الذي يقتضيه مبدأ العدالة[8].

---

1 – شريف محمد غانم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ص 175، 176.

2 – عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1997، ص 273.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 45.

4 – « ***يدخل عدم التوقع في اشتراطات الهاردشيب، وهو حدوث تقلب في اقتصاديات العقد بشكل يجعل تنفيذه مرهقًا لأحد الأطراف الأمر الذي يتطلب إعادة التفاوض من جديدة لإعادة التوازن الأولي لالتزاماتهم*** ».
معاشو عمّار، مرجع سابق، ص 308.

5 – وأحسن مثال عن الإخلال بالالتزامات الخاصّة السابقة بسبب تغير الظروف حالة الدولة الحديثة بالاستقلال التي تقوم بإجراءات التأميم لتصفية الميراث الاستعماري والتخلص من آثاره الاقتصادية. أحمد القشيري، مرجع سابق، ص 303.

6 – حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 401.

7 – عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 294.

8 – « ***إنّ غاية نظرية الظروف الطارئة تحقيق العدالة الذي يقضي رفع الإرهاق عن الملتزم***... »، المرجع نفسه، ص 284.

وقد استندت هيئة التحكيم الإيرانية الأمريكية في قضية "Ouest-Inc" على نظرية تغير الظروف من أجل تبرير فسخ الحكومة الإيرانية للعقد المبرم بينها وبين المدعي، ومن بين التغيرات التي مست بالظروف المحيطة بالعقد والتي أعتدّت بها هيئة التحكيم تلك التغيرات التي طرأت على الوضع السياسي في إيران بسبب قيام الثورة الخمينية[1]. ولا يعتدّ بالظرف الطارئ لتبرير الإخلال بالالتزام التعاقدي أو الاتفاقي إلا إذا كان التغير جوهريًا ومتوفرًا على شرطين هما:

- أن يكون الظرف المتغير هو العنصر الأساسي لإبرام العقد أو الاتفاقية.
- أن يرتب التغير أثرًا جوهريًا في نطاق الالتزامات الواجبة التنفيذ.

ب – القوة القاهرة:

تعتبر القوة القاهرة سببًا مسلّمًا به لانتفاء مسؤولية الملتزم[2]، وهي حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة المتعاقدين، يطرأ بعد إبرام العقد، ويجعل تنفيذه مستحيلاً[3]، لكن لا يمكن تكييف أي حدث بأنه قوة قاهرة إلا إذا توافرت فيه هذه الشروط:

- أن يكون غير متوقع.
- أن يستحيل دفعه.
- لا علاقة لإرادة الملتزم بحدوثه ولا علم له به أو بوقت حدوثه.

عرّفها الأستاذ معاشو على أنها: « ***القوة القاهرة هي حدوث ظروف تمنع على الإطلاق تنفيذ العقد بصورة مطلقة أو مؤقتة، مما يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد لاستحالة مؤقتة أو إنهائه لاستحالة دائمة*** »[4].

وقد تبنـــت عدّة هيئات تحكيمية فكرة القــوة القاهرة كسبب لانتفاء المسؤولية الدولية عــن بعض الإجراءات التي خالفت بها الدولة بعض التزاماتها ومن بينها هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2478 لسنة 1974 بين شركة رومانية وشركة فرنسية كما يلي:

---

1 – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 364.

- REUTER Paul, op.cit., p. 279 et s.

2 – أكدت فكرة القوة القاهرة قاعدة عامة معروفة هي "لا التزام بمستحيل"، أي: "à l'impossible nul n'est tenu".

3 – شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص ص 20، 21.

- KAHN Philippe, Force majeure et contrats internationaux de langue durée, J.D.I, 1975, p. 470 et s.

4 – معاشو عمّار، مرجع سابق، ص 307.

« ... ***إنّ إلغاء رخصة التصدير من الحكومة الرومانية يشكّل بشكل مسلم به حالة قوة قاهرة على أساس المبادئ العامة للقانون والمادة التاسعة للعقد...*** »[1].

إنّ إعمال نظرية القوة القاهرة كسبب لانتفاء المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية قد طرح مشكلاً مهما فيما يخص الحالات التي تشكل قوة قاهرة، الأمر الذي دفع بفقهاء التجارة الدولية إلى الاتفاق على أنه يجوز لأطراف العقد أو الاتفاقية تنظيم شروط انتفاء المسؤولية وحالات الإعفاء منها بسبب القوة القاهرة لتسهيل مهمة المحكمين في تقدير الوضعية وتحديد المسؤولية[2] الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات ومدى تعلقها بالقوة القاهرة[3].

وهذا هو السبب الذي دفع بالمشرّع الجزائري للتطرق لفكرة السماح للمتعاقدين بإدراج حالات القوة القاهرة ضمن بنود العقد، حيث تنص المادة 50 من المرسوم رقم 82-145 على أنه: « ***يجب أن ينص في كلّ صفقة بناءً على التشريع المعمول به وعلى هذا المرسوم، كما يجب أن تتضمن البيانات التالية: كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة*** »[4].

كما وردت في بعض القرارات التحكيمية بعض حالات القوة القاهرة، ومن بينها قرار التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية سنة 1984 في قضية BS Contracts and design/Victor Green publications LTD الذي ورد فيه ما يلي: « ***يجب أن يبذل الأطراف كلّ المجهودات المطلوبة لتنفيذ التزاماتهم... ويعفى المدين من التعويض إذا لم ينفذ التزامه بسبب الحرب، الإضراب، التهديدات المدنية...*** »[5].

---

1 – حددت كذلك هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية المقصود بالقوة القاهرة في القرار رقم 2142 لسنة 1974 كما يلي: « ***التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية تتوافر فيها شروط القوة القاهرة، وذلك لغياب شرطي عدم التوقع واستحالة الدفع...*** ». شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 28.

2 – المرجع نفسه، ص ص 173، 175.

3 – تختلف القوة القاهرة عن الظرف الطارئ في الأثر المترتب عن كلّ منهما على التنفيذ، فالأوّل يجعل التنفيذ مستحيلا وغير قابل للتنفيذ، أما الثاني فيجعله مرهقًا لا مستحيلا لكن يسبب خسارة عند تنفيذه.

– عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 290.

– معاشو عمار، مرجع سابق، ص ص 267، 268.

4 – مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15، مؤرخة في 13 أفريل 1982.

5 – شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 184.

وعلى العموم، فحالات القوة القاهرة هي: « ***الحرب، الثورة، الغزو، التمرد، الشغب، المظاهرات المدنية، العنف الشديد، التخريب الانفجار، الحريق، العاصفة، حظر التصدير، أعمال الحكومة...*** »[1]. وعليه إذا أخلت الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية بأحد التزاماتها الواردة في عقد الاستثمار أو اتفاق خاص أو في اتفاقية دولية معينة والتي تقضي بمنعها من اللجوء إلى التأميم أو نزع الملكية لكن بسبب القوة القاهرة بالمفهوم السابق انتفت مسؤوليتها الدولية[2]، والتزمت بالتعويض عن نزع الملكية دون التعويض عن الإخلال بالالتزام[3].

جـــ - الخطر:

تنتفي أيضًا المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية عن الإخلال بمضمون التزاماتها الدولية الناتجة عن عقد الاستثمار أو الاتفاقية الدولية بسبب حالة الخطر[4] التي قد تواجهها في بعض الحالات والتي تحول دون إمكانياتها إيجاد حلولاً أو وسائل أخرى قانونية لإتمام تنفيذ التزامها[5]، وذلك لانتفاء الشروط العامة المرتبة للمسؤولية الدولية، وخصوصًا انتفاء القصد في تسبيب الضرر للمستثمر الأجنبي أو في الإخلال بالالتزامات. ويقول الأستاذ BACHAND Remi ما يلي:

---

1 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 357.

- شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 216.

- KAHN Philipe, op.cit., p. 470.

2 - « ***وجدير بالذكر أنّ مصادرة ممتلكات المستثمر الأجنبي أو تدميرها في حالة القوة القاهرة لا يرتّب على الدولة المضيفة للاستثمار دفع تعويض للمستثمر الأجنبي، فالقوة القاهرة هي قوى اجتماعية أو اقتصادية خارج سلطة تحكم الدولة من خلال ممارسة الجهد المعتاد*** ». خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 85.

3 - أيدت ذلك لجنة تحكيم غرفة التجارة الدولية في القرار رقم 3100/3093 لسنة 1979 مستندة على بند وارد في العقد كما يلي: « ***لا يسأل الأطراف عن الخسائر والأضرار أيًا كانت طبيعتها الناتجة عن كلّ تأخير أو عيب في تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد والتي تسببها قوة قاهرة دون أن يكون هناك خطأ أو إهمال من جانب الطرف المتمسك بالقوة القاهرة*** ». شريف محمد غانم، مرجع سابق، ص 224.

4 - Selon l'article 25 paragraphe 1 du projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite adopté lors de la 53ème session, Genève 23 Avril, 1 Juin, 2 Juillet, 10 Août 2001, CDI, « ***L'illicéité du fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou de personnes qu'il a la charge de protéger*** ».

5 - صدوق عمر، محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003، ص 35.

« ***Les tribunaux considèrent ces mesures comme étant des expropriations, afin que la responsabilité de l'Argentine ne soit pas engagée Il s'agirait d'évoquer l'etat de détresse*** »[1].

وعليه فهو يؤكد على ضوء أحكام مشروع مسؤولية الدول عن تصرفاتها غير المشروعة دوليًا أنه على الدولة في مثل هذه الحالات التي تتعرض فيها للخطر، أن تبرّر كون الخطر هو السبب المانع لإتمام التزاماتها، لتنتفي مسؤوليتها الدولية حتّى وإن كانت هذه الالتزامات منظمة بموجب الاتفاقيات الدولية من جهة، وتستبعد مسؤوليتها في دفع التعويض المناسب عن الإجراءات التي سببت بها أضرارًا للمستثمر الأجنبي، حتّى وإن كانت هذه الإجراءات قد أدت إلى حرمانه من ممتلكاته ما دام أنه لم يتمكن بكلّ الوسائل حمايتها أو دفع الضرر عنها[2]، من جهة ثانية.

إلاّ أنه، يبقى انتفاء المسؤولية الدولية عن الإخلال بالالتزامات التي تتعهد الدولة بالقيام بها حسبما سبق ذكره بالنسبة لحالة الخطر محدودًا من حيث التطبيق إذا تزامن حدوث حالة الخطر بشروط أخرى تؤدي إلى تجميد حق الدفع بها كسبب لانتفاء المسؤولية، أو تبقى هذه الأخيرة قائمة إذا ارتبط وقوع الخطر بعوامل أو مسبّبات أخرى غير مبررة قانونيًا، وهذا ما نصّت عليه المادة 2/25 من مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول عن تصرفاتها غير المشروعة دوليًا كما يلي:

« ***Le paragraphe 1 ne s'applique pas :***

A – Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'Etat qui l'invoque.

B – Si le fait en question est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave ».

وقد أشارت بعض الهيئات التحكيميّة إلى فكرة انتفاء المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات حتّى وإن كانت اتفاقية، ومنها هيئة التحكيم الدوليّة في قضيّة CMS Caz transmission company/Argentine republic، التي قضت بتاريخ 12 ماي 2005 بما يلي:

« ***Advenant que ces tribunaux considèrent ces mesures comme étant des expropriations, au moins cinq stratégies pourraient être utilisées afin***

1 – BACHAND Remi, Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers. www.er.uqam.ca./nobel/ieim/IMG/Pdf/Cahier_de recherche continentalisation/ Juillet 2005, p. 9.

2 – « ***Même si les mesures violaient les règles énoncées dans les traités bilatéraux, la responsabilité internationale… ne serait pas engagée et cet Etat n'aurait pas à verser de compensation aux investisseurs plaignants*** ». BACHAND Remi, op.cit., p. 8.

que la responsabilité de l'Argentine ne soit pas engagée… Il s'agirait d'évoquer l'état de détresse »[1].

د – الضرورة:

لقد أدرجت لجنة القانون الدولي في مشروعها حول مسؤولية الدولية عن تصرفاتها غير المشروعة دوليًا حالة الضرورة[2] ضمن الحالات الاستثنائية الواردة على تطبيق مبدأ احترام الدول لالتزاماتها التعاقدية[3] عند اللجوء إلى أي إجراء في مواجهة الأجانب أو أموالهم.

وقد نصّت المادة 26 من المشروع على ما يلي:

« ***Un Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :***

A – Constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent.

B – Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble »[4].

وبالتالي يؤسّس انتفاء مسؤولية الدولة عن الإجراءات التي تقوم بها حتّى وإن سبق لها أن اتفقت مع المستثمر الأجنبي في بنود العقد عن استبعادها، أو مع دولة جنسيته في الاتفاقيات الدولية المبرمة بينهما على عدم اللجوء إليها صراحة، وذلك بشرط أن تشكّل حالة الضرورة دافعًا أو سببًا مبررًا لذلك الإجراء[5]، بحيث يصبح ذلك الإجراء الذي اتخذته هو الحلّ أو المخرج الوحيد من الخطر، والوسيلة الوحيدة لضمان (مصلحتها العامة) وحمايتها من الأخطار المحدقة بها أو التي تترصدها من جهة.

---

1 – BACHAND Remi, op.cit., p. 9.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص .

3 – لقد أكد الفقه تلك الفكرة كما يلي:

« ***C'est l'état de nécessité qui prévalait à cause de la crise qui a dégagé l'Argentine de son obligation de respecter ses engagements internationaux*** ».

- BACHAND Remi, Les poursuites CIRDI contre l'Argentine…, op.cit., p. 8.

4 – Projet du CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, op.cit.

5 – « ***Sa responsabilité internationale n'a pas été engagée par les mesures prises au moment de la crise à cause de l'état de nécessité dans lequel elle se trouvait***… ».
BACHAND Remi, CMS contre Argentine : Premières Réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre, Juillet 2005, p. 6. www.er.uqam.co./nobel/ieim/IMG.

وأن لا يكون ذلك الإجراء الذي تأتيه لدفع الأخطار التي تعرضت لها في حالة الضرورة من الإجراءات التي تسبب في المقابل أضرارًا وأخطارًا بالدرجة نفسها التي قد تعرضت هي لها، سواء لدولة أخرى أو لعدّة دوّل أو لرعاياها من جهة أخرى.

إلا أنّ المشكل المطروح في مثل هذه الحالات هو صعوبة إثبات الدولة المعنية مدى تلازم الخطر المحدق بمصالحها العامة ومدى دفعه بذلك الإجراء الذي اتخذته وإن كان على حساب التزاماتها التي تمنعها من اللجوء إلى ذلك الإجراء[1]. لأنه في الأصل يرجع تحديد طبيعة الإجراء اللازم اتخاذه للسلطة التقديرية للدولة التي تعيش في حالة الضرورة. كما أنّ طابع السلطة التقديرية الذي يتمتع به دفع الدولة بحالة الضرورة لاستبعاد مسؤوليتها عن هذا الإخلال بالالتزامات هو الذي دفع بعض الهيئات التحكيمية إلى استبعاد بعض الدفوع المؤسسة على حالة الضرورة كسبب لانتفاء المسؤولية، ومن بينها دفوع الأرجنتين في قضية CMS Gaz transmission company/Argentine Republic، لتبرير مخالفة التزاماتها الدولية الاتفاقية الواردة في الاتفاقية الثنائية التي وقعتها مع الولايات المتحدة الأمريكية والخاصّة بحماية الاستثمارات الأجنبية، والتي رفضتها لجنة التحكيم كما يلي:

« ***Les effets relatifs qui peuvent être raisonnablement attribués à la crise, ne nous permettant pas de statuer sur une exclusion de l'illicéité*** »[2].

1 – « ***Puisque, les éléments requis doivent tous être présents pour que la responsabilité de l'Etat soit exclue, l'Argentine devait convaincre le tribunal***… ».
- BACHAND Remi, CMS contre Argentine…, op.cit., p. 7.

2 – « ***Concernant les conclusions du tribunal… les différents experts s'étant prononcés sur la gravité de la crise et sur la question de savoir si d'autres mesures étaient disponibles ont donné des opinions totalement diverses, le tribunal a dans les deux cas pris position en faveur de la partie demanderesse, statuant que la crise n'était pas assez grave pour que les intérêts essentiels, soient en jeu et que d'autres mesures étaient disponibles*** ».
- BACHAND Remi, CMS contre Argentine…, op.cit., p. 6.

الفصل الثاني

الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية

تبنت الدولة الجزائرية منهجًا محفزًا لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية على كلّ المستويات المالية، الجبائية، الضريبية ومنحت تسهيلات مغرية في إطار النظام القانوني الخاص بالاستثمارات الأجنبية، وأزالت كافة القيود والعراقيل التي تحول دون تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لكنّها لم تحقق القدر الكافي من النتائج المنتظرة لأن استقبال الاستثمارات الأجنبية يبقى رهين الحماية القانونية الممنوحة على كل المستويات الداخلية والدولية للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية[1]، الأمر الذي يجعلها تستكمله بتكريس كلّ الآليات القانونية اللازمة لضمان الحماية الفعالة للاستثمارات في كل جوانبها، وخاصّة تلك المتعلقة بالكيان الاقتصادي والقانوني للاستثمار في حدّ ذاته والمتمثّل في الملكية العقارية[2].

حيث يكرّس المشرّع الجزائري لضمان فعالية الحماية[3] للاستثمارات الأجنبية حماية دولية على ضوء مبادئ القانون الدولي[4] من جهة، وحماية داخلية في إطار النصوص التشريعية والتنظيمية والاتفاقية من جهة ثانية، ويعززها بالحماية القضائية، حيث يمنح للقاضي الوطني كقاضي أصل، ولهيئات التحكيم الدولي دورًا فعالا من جهة ثالثة، الأمر

---

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 9.

2 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 21 et s.

3 – « ... ***ترتبط فعالية الحماية بقيمة الالتزامات الدولية الناشئة عن المعاهدات الدولية والأعراف والقواعد الدولية الخاصّة بحماية الأشخاص وإرساء مراكزهم القانونية... وبالحماية الداخلية...*** ».

– عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 25.

4 – « ... ***من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، تتضمن بعض الاتفاقيات الدولية إشارة صريحة إلى مبادئ القانون الدولي رغم خضوع الاستثمارات الأجنبية للنظام القانوني الداخلي للدولة المضيفة...*** ». عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 284.

الذي يجعلنا نكيفها بحماية شاملة ومتنوعة[1] لأنها تتضمن كلّ أشكال الحماية[2] القانونية التي تتطلبها الملكية العقارية (المبحث الأوّل).

هذا من جهة، ويسعى إلى تبديد المخاوف من كون هذه الحماية شكلية بضمان فعاليتها[3] عند التقدير الصحيح لمبلغ التعويض المستحق وبالتأكيد على حصول المستثمر الأجنبي على قيمة التعويض حتّى وإن كانت الدولة معسرة أو مقصرة بحلول هيئات الضمان محلها عند الدفع[4] واستبعاد كلّ احتمالات تعطيل مشاريعه المستقبلية عند تعرضه لإجراءات التأميم أو نزع الملكية بسبب عدم تعويضه بالأسلوب الفعال (المبحث الثاني).

1 – يشكل نظام حماية الاستثمار الأجنبي نظامًا مفتوحًا تتفاعل فيه كافة العناصر الأساسية المتعلقة بالحماية.

– عبد المطلب عبد الحميد، دراسات الجدوى الاقتصادية لاتخاذ القرارات الاستثمارية، الدار الجامعية، جامعة عين شمس، مصر، 2000، ص 68.

2 – « ***La protection des investissements est l'ensemble des principes et des règles de droit international comme de droit interne qui ont pour objet où pour effet d'empêcher ou de réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance de l'investissement international*** ». CARREAU Dominique, JUILLARED Patrick, op.cit., p. 483.

3 – « ***إنّ الدول المصدرة لرؤوس الأموال تسعى إلى توفير ضمان خاص وفعال لأموالها المستثمرة في الخارج وذلك بإنشاء جهاز متخصص توكل إليه مهمة التأمين...*** ».

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 15.

4 – إنّ مكمن ضعف النظام القانوني لحماية ملكية الاستثمارات الأجنبية فيما سبق لم يجد نقائصه في ضمان الحصول على التعويض عن إجراءات التجريد من الملكية، لكن في افتقاره لآليات الضمان الدولية والداخلية.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 84.

– سامي حاتم عفيفي، التأمين الدولي، الدار المصرية اللبنانية، مصر، 1986، ص 231.

المبحث الأوّل

أشكال الحماية القانونية للملكية العقارية

تسعى الدولة الجزائرية بإرادتها المنفردة إلى رفع الحدّ الأدنى لحماية رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة على إقليمها[1] بعد اقتناعها بأنها الحل الوحيد والمخرج الأساسي للأزمة الاقتصادية التي تتخبط فيها من جهة أولى، ورعاية لاعتبارات سياسية واقتصادية تجاه الدول التي ينتمي إليها المستثمرون بجنسياتهم[2] من جهة ثانية، فتكرّس عدّة وسائل لضمان الحماية القانونية للملكية العقارية للمستثمر الأجنبي وتتصدى بكلّ الوسائل لكل المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها خلال فترة الاستثمار[3]. وذلك مهما كانت طبيعة الإجراءات المتبعة في ذلك مباشرة أو غير مباشرة، تشريعية أو إدارية أو قضائية. وقد نظم المشرّع الجزائري كلّ أشكال الحماية الواردة في كلّ من العرف والقوانين الدولية، أو وفق ما جرى عليه العمل في التشريعات والاتفاقيات الدولية[4]، وذلك من أجل ضمان الحماية على المستويين الدولي والداخلي، الشكلي والموضوعي بطريقة غير قابلة للتجزئة.

وعليه، يضمن المشرّع الجزائري للمستثمر الأجنبي الحماية الدولية بتكريس مجموعة من الضمانات الدولية وبإعمال مبادئ القانون الدولي (المطلب الأوّل)، ثمّ الحماية الداخلية عن طريق الحماية الوطنية والحماية الاتفاقية التي إذا تزاحمت ارتقت إلى درجة الحماية الكاملة (المطلب الثاني).

---

1 – إنّ أصل هذا المسعى هو محاولات المستثمر الأجنبي البحث عن الوسائل القانونية التي تضمن له الحماية اللازمة بالتقليل من الأخطار المترتبة عن عدم المساواة في المراكز القانونية بينه وبين الدولة المتعاقدة معه، تحت ما يسمى بشروط اتخاذ القرار بالاستثمار.

2 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 202.

3 – نصّت عدّة قرارات تحكيمية على إلزامية ضمان حماية ملكية الاستثمار الأجنبي بمجرد نشأة الاستثمار، ومنها ما قضت به محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن سنة 1970 كما يلي:

« ***Des lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi, et assume certaines obligations quand à leur traitement*** ».

– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 3، 4.

4 – عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 163.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص ص 56، 57.

المطلب الأوّل

الحماية الدوليّة

بقيت مسألة تحديد قواعد المعاملة والحماية المكرسة للمستثمر الأجنبي محلا للخلاف في القانون الدولي العرفي خاصّة خلال فترة الستينيات والسبعينيات بسبب الظروف الاقتصادية والسياسية السائدة في تلك الفترة والتي يميزها الصراع الحاد بين الدول المتقدمة التي تتمسك بحقها في حماية مواطنيها وأملاكهم في الخارج[1] من جهة، والدول النامية التي تتمسك بسيادتها الاقتصادية وحقها في فرض القيود على الاستثمارات الأجنبية لضمان مصالحها الاقتصادية من جهة ثانية.

وقد كان من الضروري خدمةً لمصالح الطرفين محاولة تحقيق التكامل بين رأس المال والخبرة الفنية والتكنولوجيا التي يتوفر عليها المستثمر الأجنبي وما يقابل ذلك من يد عاملة وأسواق وموارد طبيعية لدى الدول المستوردة لرأس المال، خاصة وقد اشتد الصراع عند البحث عن الوسائل القانونية اللازمة لتوفير حماية الملكية التي تعتبر بالنسبة للدول النامية رمزًا للاستيلاء ومساسًا بالسيادة الاقتصادية للدولة وسلطاتها في اتخاذ القرار[2]. وأمام كلّ ذلك أصبح كلّ من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له أمام وضعية حساسة تتطلب لضمان التوازن بين الطرفين، تمسك كلّ منهما بالقواعد القانونية التي تضمن لهم الحقوق التي يطالبون بها، وخاصّة قواعد القانون الدولي التي ترسي وتقر بمعاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبادئ دولية لا يمكن التنازل عنها، خاصّة وقد أصبح الاهتمام في الوقت الراهن مُنصبًّا على مسألة "الحماية الدولية" في العلاقات الاقتصادية الدولية على حساب "التعاون الاقتصادي"، لأنها نشأت مع ظهور فكرة الاستثمار الدولي وتطورت بتطور العلاقات الدولية (الفرع الأوّل)، وذلك لما تشمله من ضمانات دولية للمستثمر الأجنبي ترسخ في نفسيته نوعًا من الاطمئنان والراحة (الفرع الثاني)، وتؤكد له إعمال مبادئ القانون الدولي التي أصبحت مستقرة دوليًا (الفرع الثالث).

---

1 – CARREAU Dominique, Investissements, répertoire international, Dalloz, Paris, 1998, p. 3.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 3.

الفرع الأوّل

نشأة الحماية الدولية

لقد نشأت فكرة حماية المستثمرين باعتبارهم أشخاصًا طبيعية أو معنوية في القرن XIX^{e} عندما تمّ إدماج القانون الاقتصادي في إطار القانون الدولي، حيث أضيف إلى مجال الحماية التي كانت تقتصر على حماية الأشخاص عنصر جديد هو حماية ملكيتهم من طرف الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم[1]. فرغم كون الاستثمار في تلك الحقبة غير معروف بالمفهوم الحالي، إلاّ أنّ إشكالاته والاهتمام به قد ظهر من تطبيقات قواعد القانون الدولي عند محاولة إلزام الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية احترام وحماية ملكيات الأجانب بمنحهم معاملة عادلة ومنصفة من جهة، وأمن وحماية مستقرة وثابتة من جهة ثانية، وتفادي أو الامتناع عن اتخاذ إجراءات غير مبررة أو تمييزية، خاصّة وقد أصبحت فكرة حماية ملكية الأجانب مصدرًا للعديد من المنازعات الدولية[2].

إنّ فكرة الحماية القانونية لملكية الأجانب لها جذور تاريخية، حيث تعرضت لعدّة سنوات لرفض ومعارضة من الدول المضيفة للأجانب سواء المستثمرين أو غيرهم، وذلك لمنع ارتقاء الفكرة لقاعدة دولية أو عرف دولي ملزم للدول دون استثناء، مما أدى إلى تعطيل تطور القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية بصفة عامة[3].

ورغم ذلك شهدت الساحة الدولية عدّة محاولات من أجل إرساء تقنين شامل للقواعد التي تنظم حقوق وواجبات الاستثمارات على المستوى العالمي وضمان الحماية والمعاملة اللازمة على أقاليم الدولة المستضيفة لها بشكل لا يقل أهمية عن تلك التي تحظى بها الأموال الوطنية، أو على الأقل لا تقل عن الحدّ الأدنى الذي يقرّه العرف الدولي. وكانت أوّل بداية

---

1 – « … ***Lorsque le droit international a commencé à pénétrer la sphère économique, il l'a fait en annexe de la protection des nationaux pris en tant que personnes physiques ou morales… s'est ajoutée la protection de leurs biens***… ».
- CARREAU Dominique, Investissements, op.cit., p. 3.

2 – Ibid, p. 9.

3 – Ibid, p. 3.

عام 1929 عندما انعقد المؤتمر الدولي لدراسة مسألة "معاملة الأجانب" تحت إشراف عصبة الأمم المتحدة والذي فشل في محاولاته للتوصل إلى اتفاق عام في الموضوع[1].

ثمّ انعقد مؤتمر الأمم المتحدة "للتجارة والعمل" سنة 1948 الذي انتهى بإقرار "ميثاق هافانا" لتنظيم التجارة الدولية، لكنه لم ينفذ بسبب انتقاده من رجال الأعمال الأمريكيين بحجة أنّ قواعده المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية لا تكفل حماية فعالة لهذه الاستثمارات بالشكل الذي يضفي عليه الصفة الدولية.

ثمّ حاولت الدول وضع مشروع اتفاقية "حماية الاستثمارات في الخارج" في سنة 1959 أو ما يعرف بـــ (Abs-Showcross) لكنه لم يحقق نجاحًا كبيرًا، أتبِعَ بمشروع اتفاقية "حماية الملكية الأجنبية" الصادر عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE) لسنة 1967 والذي لم يحظ بالتأييد الدولي المطلوب لأنه لم يتجاوز حدود المنظمة التي وضعته[2]، وبعد ذلك بموجب ميثاق "حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية" الذي يعبر بجلاء عن وجهة نظر الدول النامية التي وإن كانت رافضة لقواعد العرف الدولي التقليدي المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية أصبحت تشارك في تنظيم الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الأجنبية وتساهم في خلق قواعده الجديدة التي تحقق مصالحها الاقتصادية[3]. لكن على غرار المحاولات السابقة، لاقى هذا الميثاق أيضًا انتقادات عنيفة من جانب الدول الغنية بسبب المادة 2/2 التي وردت فيه والتي تنص على أنه: « ***... حق كلّ دولة في تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها وطبقًا لأهدافها وأولويتها، ولا تكره أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية*** »[4].

كما ظهرت محاولات أخرى لوضع نظام خاص لحماية المستثمرين الأجانب وملكياتهم لكنها لم تتخذ صفة العالمية، مثل اتفاق "بوجاتا" الاقتصادي بين بعض دول أمريكا اللاتينية

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 450.

2 – المرجع نفسه، ص ص 450، 451.

3 – SALEM Mahmoud, Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, Clunet, 1986, p. 592.

4 – نقلا عن: صفوت عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 451.

لسنة 1948، وتقنين غرفة التجارة الدولية حول "معاملة الاستثمار الأجنبي" لسنة 1949[1]، ومشروع مدرسة هارفارد للقانون الدولي حول "مسؤولية الدول عن الأضرار التي تصيب مصالح الأجانب الاقتصادية" لسنة 1961، وقرار معهد القانون الدولي حول "المركز القانوني لاستثمار رؤوس الأموال في الدول النامية والاتفاقات المرتبطة بها" لعام 1967[2].

ومن خلال ما سبق نقول إنّ المجتمع الدولي قد فشل في وضع اتفاقية دولية جماعية لتنظيم الاستثمارات الأجنبية الخاصّة على أقاليم الدول المستضيفة لها، لصعوبة التوفيق بين ضرورة توفير معاملة عادلة وضمان فعاليتها بالنسبة للاستثمارات الأجنبية من جهة، وبين احترام سيادة الدول المستضيفة لها خصوصًا النامية منها من جهة أخرى[3] وذلك بسبب اصطدام المصالح[4] ما بين الدول النامية المستقبلة للاستثمارات الأجنبية التي توافق على وضع اتفاق دولي لمعاملة وتنظيم الاستثمارات الأجنبية على أقاليمها وتشجيع تدفق رؤوس الأموال إليها دون أن يكون ذلك على حساب ما تفرضه الدولة وما تقتضيه من ضوابط لتحقيق أهدافها الوطنية في إطار الخطة الاقتصادية للدولة، والدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية التي تعترض محاولات الدول الأولى في إخضاع الاستثمارات الأجنبية للرقابة والقيود المفروضة عليها[5].

لكن كلّ هذه الصعوبات التي لاقتها نشأة الحماية الدولية[6] لم تقف حاجزًا أمام تدويل الحماية وإرساء قواعدها واستقرار مبادئها باعتبارها من أهم الضمانات المكرسة لحماية الاستثمار الدولي بصفة عامة.

---

1 – CCI, Brouchure N° 120, 1949.

2 – حوليات معهد القانون الدولي، المركز القانوني لاستثمار رؤوس الأموال في الدول النامية، العدد 52، الجزء 11، ص ص 400 – 463. نقلا عن: صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 451.

3 – المرجع نفسه، ص 451.

4 – SALEM Mohmoud, op.cit., p. 592.

5 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 451، 452.

6 – « ***Le droit international de la protection des biens étrangers se trouve ici nettement situé sur le plan historique. Ce qui n'a pas manqué d'entraîner sa contestation de la part des pays d'accueil… un tel début était de mauvais augure pour le développement d'un véritable droit international des investissements étrangers*** ».
- CARREAU Dominique, Investissements, op.cit., pp 3, 4.

الفرع الثاني

ضمانات الحماية الدولية

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

وعليه أصبحت أهم الضمانات الدولية التي يكفلها إعمال الحماية الدولية هي ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له عن الحدّ الأدنى في المعاملة والحماية (أوّلاً)، واحتفاظه بحقه في الحماية الدبلوماسية (ثانيًا)، وإثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة له عند تعرضه لأي إجراء يمسّ بملكيته (ثالثًا)، وفتح المجال أمامه ليكون طرفًا في النزاعات المتعلقة بالاستثمار أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي (رابعًا).

---

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 432، 433.

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

3 – أصبحت ظاهرة النشاطات الاقتصادية في رحاب الاستثمارات الأجنبية العصب الأساسي للتطور الاقتصادي والاجتماعي داخل الدولة الشيء الذي جعل التنظيم التقليدي للأجانب فيما يخص مركز الأجانب، والأموال والنشاطات جامد ولا يستوعب العملية بكاملها، لذا تخلت الدول عن تنظيمها بموجب الأساليب التقليدية مثل اتفاقات واتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة والتعاون واتفاقيات الإقامة التي كانت سائدة في القرون الماضية.
- KHALILIAN Khalil, op.cit., p. 75.
– علي كريمي، مرجع سابق، ص 64.

أوّلاً – ضمان الحدّ الأدنى في الحماية:

تقضي قواعد القانون الدولي بأن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ليست مطلقة الحرية في معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها، لأنها ملزمة باحترام المعاهدات التي أبرمتها بخصوص معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية، كما أنها ملزمة بمراعاة الحدّ الأدنى لحقوق الأجانب باعتبارها جوهر الحماية التي يثيرها القانون الدولي، والتي لا يجوز لها النزول عنها في معاملة الأجانب وإن كانت تقل عن الحدّ المضمون في معاملة المواطنين[1].

حيث يثير مفهوم "الحدّ الأدنى لحماية الأجانب ومعاملتهم" خلافًا من حيث مضمون الحدّ والحقوق التي يشملها[2]. فرغم أنّ القانون الدولي قد أقر المبدأ وإلزامية احترامه من الجماعة الدولية، إلاّ أنّ مضمونه يبقى نسبيًا وإطاره محددًا وفق وجهة نظر الدولة التي تقوم بإعماله أي الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية[3]، وقد حاولت إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في شأن تحديد مفهوم الحدّ الأدنى للمعاملة والحماية تعريفه كما يلي: « ***إنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر، سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحدّ الأدنى والذي يكفل حدًا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب بما في ذلك حقوقهم المالية*** »[4].

ومعنى ذلك أنّ الحدّ الأدنى لمعاملة الأجانب يقضي بتوفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، بما في ذلك معاملة وحماية ممتلكاتهم بصفة عادلة ومنصفة[5]، فلا تتعرض لأي إجراء كان كالتأميم أو نزع الملكية أو أي تدبير آخر مماثل سواء كان تشريعيًا أو قضائيًا أو إداريًا قد يحدّ من حق المستثمر الأجنبي في استعمال أمواله

---

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 479.

2 – SALEM Mahmoud, op.cit., p. 607.

3 – « ***Le standard minimum est la norme minimum exigée en matière de protection et de traitement des investissements étrangers par les règles du droit international ou à défaut par les principe généraux du droit communs aux notion civilisées*** ».
Horchani Ferhat, op.cit., p. 184.

4 – Annuaire suisse de droit international, 1980, p. 172.

5 – « ***Le traitement juste et équitable constitue bien une norme minimale de l'ordre international dont les investisseurs internationaux doivent toujours être bénéficiaires quel que soit le régime juridique posé par le droit interne des investissements*** ».
- CARREAU Dominique, Investissements, op.cit., p. 17.

بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بصفة مؤقتة إلاّ في حدود العدل والإنصاف[1].

لكن تعرض هذا التعريف لانتقادات فقهية عنيفة بسبب أنّ الحدّ الأدنى التقليدي بالمفهوم السابق أصبح غير كاف لحماية وصيانة ملكية وأموال المستثمر الأجنبي خصوصًا مع تطور المركز القانوني للأجانب بصفة عامة، وللمستثمر الأجنبي بصفة خاصّة هذا من جهة. وعلى أساس أنّ الالتزامات التي تضمنها الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية لحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير الحدّ الأدنى إذا كان مضمونه ينطبق أصلاً على مضمون التعريف[2]، وتجعله في حالات كثيرة يستغني عن الحماية التي يضمنها القانون الدولي بموجب "الحدّ الأدنى" من جهة ثانية. إلاّ أن ذلك لا ينقص من أهمية حماية المستثمر الأجنبي بموجب مبدأ "الحدّ الأدنى للحماية والمعاملة" وفق القانون الدولي وبالخصوص في الحالات التي لا يضمن فيها المستثمر الأجنبي الحصول على هذا الحق بموجب الاتفاقيات الدولية[3]، أو في حالة الرجوع إلى حدود الحدّ الأدنى لإثارة مسؤولية الدولة المضيفة عن التقصير في الحماية والمعاملة بالمقارنة مع تلك الحماية والمعاملة التي يحظى بها المستثمر الوطني[4].

ويقول البرفسور Patrick JUILLARD في ذلك ما يلي:

« ***Si le standard n'est pas autre chose qu'un principe général du droit international, il est un étalon de mesure qui sert à évaluer le degré de conformité du droit interne au droit international*** »[5] .

وقد قضت عدّة هيئات تحكيميّة بإلزاميّة مراعاة مبدأ الحدّ الأدنى للحماية والمعاملة المكرّسة للأجانب، ومنه ما قضت به الهيئة التحكيميّة في قضيّة: Myers c/Canada

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 482.

2 – تتضمن بعض الاتفاقيات الدولية حماية ومعاملة الاستثمارات الأجنبية وفق مبادئ القانون الدولي وهي: مبـــدأ المعاملة العادلة والمنصفة، المعاملة الوطنية، ومعاملة الدولة الأكثر رعاية.

– عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 138.

3 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 482.

4 – « ***Il faudrait partir des principes du droit international en matière de traitement des investissements étrangers en l'absence de convention internationale… du standard minimum qui confère à l'investisseur un minimum de droits à cet égard*** ».

- HORCHANI Ferhat, op.cit., pp 183, 184.

5 – CARREAU Dominique, Investissements, op.cit., p. 17.

« ***L'incorporation de la clause du standard minimum de traitement est nécessaire afin d'éviter ce qui pourrait autrement constituer un écart. Un gouvernement pourrait traiter un investisseur de manière sévère injurieuse et injuste, mais le fait de manière qui ne diffère pas de traitement infligé à ses propres nationaux. Le standard minimum de traitement est un seuil en dessous duquel le traitement des investisseurs étrangers ne peut descendre, même si le gouvernement n'a pas agi de manière discriminatoire*** »[1] .

ثانيًا – ضمان الحماية الدبلوماسية:

لعبت الحماية الدبلوماسية دورًا فعالاً في تطوير قواعد القانون الدولي[2]، استعملتها الدول لحماية رعاياها المتواجدين على إقليم الدول الأجنبية[3] من كلّ الأضرار التي تمسهم شخصيًا أو تمس أموالهم المستثمرة وهي ضمانة للاستثمار من جهة ووسيلة لازدهار الاقتصاد العالمي، حيث يقول د. حسين حنفي عمر عن الحماية الدبلوماسية ما يلي: « ***يستحق الفرد والمال الأجنبي الحماية... من مخاطر الاعتداء عليه أو تأميمه أو مصادرته وخاصّة إذا تمّ ذلك بواسطة الدولة التي يتم الاستثمار على أراضيها. ولا شك أنّ الوسيلة المثلى للحماية هي في تبني دولة المستثمر المطالبة بإجراء الحماية الدبلوماسية*** »[4].

لقد كان مصدر حق الرعايا في الحماية الدبلوماسية في الفقه التقليدي هو القانون الداخلي وليس القانون الدولي لأنها مظهر من مظاهر السيادة الوطنية وهو حق خالص للدولة

---

1 – Voir : http://www.naf-teclaims.com paragraphe 259.

2 – تعرضت نظرية الحماية الدبلوماسية لنقد شديد بسبب الشك في أهميتها وجدواها وخطورتها على سيادة الدول من جهة، ولكونها أداة للتدخل الأجنبي في شؤونها الداخلية.

– فلتجنب التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية للدول لم تنص أمريكا اللاتينية على حظر الحماية الدبلوماسية واستبعادها فحسب، بل نصت على القضاء على مقدماتها ومسبباتها فحظرت على الأجانب تملك الأراضي والعقارات.

– حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص 15، 17.

3 – نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر، 1994، ص 122.

4 – حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص 35.

يخضع لصميم سلطتها التقديرية وليس حقًا للمواطنين[1]. أما في الفقه الدولي الحديث فأصبحت الحماية الدبلوماسية من واجبات الدولة التي تلتزم بها تجاه رعاياها[2] كنتيجة حتمية لرابطة الجنسية، وكحق من حقوقهم[3]، التي تمارسها الدولة باعتبارها إجراء من إجراءات القانون الدولي العام للحصول على التعويض المناسب من الدولة الأجنبية التي تتسبّب بإجراءاتها أو تصرفاتها أو أفعالها غير المشروعة بضرر لرعاياها[4]. إلاّ أنّه لا يترتب عن كلّ الأفعال التي تنتج عن الدولة والتي تسبب بها أضرارًا المسؤولية الدولية ولا الحقّ في الحماية الدبلوماسية إلاّ إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي وتمس بمصلحة شخصية.

فحالة اللا مشروعية في حدّ ذاتها لا تشكّل ضررًا بل الضرر ينتج عن المساس بمصلحة شخصية قانونية تحميها قواعد القانون الدولي[5] كالأفعال التي تمس الدولة في صفتها أو تمس ملكية رعاياها بموجب إجراءات النزع أو التأميم أو غيرها...[6].

ومن أهم الآثار القانونية المترتبة عن ثبوت المسؤولية الدولية عن الإجراءات التي قامت بها الدولة وسببت بها أضرارًا لرعايا دولة أخرى في دعوى الحماية الدبلوماسية هي الحصول على التعويض بالشكل الذي يجعله مناسبًا لمقدار الضرر[7].

---

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

2 – حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص 115.

3 – « ***L'institution de la protection diplomatique impose au gouvernement intéressé l'obligation juridique d'exercer sa compétence… Son but unique étant de garantir à l'individu les facultés que lui reconnaît le droit commun international***… » ;
George Scelle, Règles générales du droit et de la paix, R.C.A.D.I de La Haye, 1935, tome IV, pp 659 – 663.

4 – DE VISSCHER Paul, protection diplomatique des personnes Morales, R.C.A.D.I de La Haye, 1961, tome I, p. 427.

5 – عصام زناتي، مفهوم الضرر في دعوى المسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 16.

6 – صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص 11، 12.

7 – DE VISSCHER Paul, op.cit., p. 427.

– حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص ص 31، 32.

ويشترط على الدولة قبل مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، أن يكون الشخص الذي تريد حمايته قد استنفذ كلّ طرق الطعن الداخلية المتاحة له في إطار القانون الداخلي للدولة المضيفة له باعتباره مبدأً مقرًّا به فقهًا وقضاءً، فيمارس كلّ الوسائل القانونية للطعن بما فيها الطعن الإداري، والقضائي العادي والاستئنافي والنقض... تحت سقوط الحقّ في اللجوء إلى القضاء الدولي بموجب الحماية الدبلوماسية[1]. وقد نصت دول أمريكا اللاتينية في المعاهدة التي وقعت عليها عام 1949 على هذا الشرط في المادة السابعة منها كما يلي: « ***إنّ الأطراف المتعاقدة تلتزم بعدم ممارسة الحماية الدبلوماسية بغرض حماية مواطنيها، وتمتنع عن إحالة أي نزاع للاختصاص الدولي لذلك الغرض، طالما أنّ المواطنين المعنيين لديهم الوسائل لعرض النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة في الدولة*** »[2].

ويقول د. حسين أحمد الجندي في هذا الصدد ما يلي: « ***الدول المضيفة للاستثمار تتعامل بحذر مع الاستثمارات الأجنبية، بسبب الحماية الدبلوماسية التي قد يلجأ إليها المستثمر سعيًا إلى حماية الدولة التي ينتمي إليها في مواجهتها، والتي قد يترتب عليها مقاضاتها دوليًا، لذا يشترط جانب من هذه الدول على المستثمرين الأجانب التنازل عن طلب الحماية الدبلوماسية من دولهم، على أن تتم تسوية المنازعات التي قد تثور بينهم أمام المحاكم الوطنية*** »[3].

وفي كلّ الأحوال، لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو أن ترفع دعوى مطالبتها دوليًا بخصوص أي نزاع يتعلق برعاياها، متى اتفق بشأنه هذا الأخير مع الدولة التي استضافته باعتبارها طرفا في النزاع على طرحه على التحكيم الدولي، أو تمّ طرحه فعلاً على التحكيم في إطار ما تمّ الاتفاق عليه في بنود عقد الاستثمار الدولي، وذلك إلاّ إذا رفضت الدولة المتعاقدة المعنية تنفيذ الحكم الصادر في النزاع[4].

---

1 – حسين حنفي عمر، مرجع سابق، ص 30.

2 – المرجع نفسه، ص 19.

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

4 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 469.

ثالثًا – ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة:

تقوم المسؤولية الدولية للدولة تجاه دولة أخرى عندما تنتهك الأولى قاعدة من القواعد الدولية بموجب فعل غير مشروع[1] تأتيه بموجب عمل معين أو الامتناع عن فعل تكون بذلك مخالفة للالتزامات المقررة في القانون الدولي[2] لحماية الأشخاص أو أموالهم، فيستوي الفعل إيجابيًا كان أم سلبيًا ما دام يشكل خروجًا عن القاعدة الدولية أيًا كان مصدرها اتفاقًا أو عرفًا أو مبدأً من مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة[3].

إنّ إخلال الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي ببنود عقد الاستثمار الأجنبي يعد تصرفًا غير مشروع دوليًا إذا كان محميًا بمعاهدة دولية، يترتب عن ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يجعل من المسؤولية الدولية ضمانة أساسية للمستثمر الأجنبي من شأنها تحقيق الاستقرار في العلاقة العقدية[4].

ويترتب عن الإخلال بالالتزام الدولي إثارة المسؤولية الدولية للمخل[5] من جهة ونشوء رابطة قانونية بين الشخص القانوني الدولي المخل والشخص القانوني الذي أصابه الضرر أو الذي حدث الإخلال في مواجهته ليصبح التزامًا جديدًا على عاتق الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع، بحيث يتخذ شكل الالتزام بإزالة ما ترتب عن فعلها من نتائج سواء بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو بالتعويض. فالالتزام الدولي يرتبط بالضرورة بالمسؤولية الدولية وفق مبادئ القانون الدولي والأحكام القانونية العامة وعليه يترتب عن إخلال الدولة بتعهداتها الالتزام بالتعويض عنه على نحو كافٍ ولو لم ينص على ذلك في الاتفاقية التي تنشأ عن انتهاكها المسؤولية[6].

---

1 – صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص ص 11، 12.

2 – نبيل بشير، مرجع سابق، ص 122.

3 – يعرّف مجمع القانون الدولي الفعل غير المشروع بأنه: « ***كلّ فعل أو امتناع يتنافى مع الالتزامات الدولية للدولة، أيًا كانت السلطة التي تأتيه تأسيسية كانت أم تشريعية أم قضائية أم تنفيذية*** ».

– صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 13.

4 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 158.

5 – قررت المادة الأولى من مشروع الدول المقرر من لجنة القانون الدولي على انه « ***كلّ فعل غير مشروع دوليًا يستتبع مسؤولية الدولة الدولية*** ». عصام زناتي، مرجع سابق، ص ص 15، 16.

6 – نبيل بشير، مرجع سابق، ص 127.

فالتعويض[1] وإن كان هو الشكل المألوف كجزاء عن المسؤولية فإنّ المفهوم الصحيح للالتزام بإزالة ما يترتب عن الإخلال من نتائج هو الذي يجعل من التعويض الأسلوب الأمثل والفعال أو الصورة المعتادة لجبر الضرر وتغطية آثاره[2].

يقول الأنزيلوتي في هذا الصدد أنه: « ***تظهر في أعقاب تصرف غير مشروع بوجه عام كانتهاك لالتزام دولي علاقة قانونية جديدة بين الدولة صاحبة التصرف والدولة التي وقع الإخلال في مواجهتها، فتلتزم الأولى بالتعويض، والثانية باقتضائه كنتيجة عن القواعد الدولية المعبرة عن الالتزامات المتبادلة بين الدول*** »[3].

وللمسؤولية الدولية ثلاثة شروط[4] أساسية:

الأوّل يتمثل في شرط وقوع الفعل غير المشروع دوليًا بالنسبة للعلاقة التي تربط بين دولتين، حتّى يكون للمسؤولية الدولية أساس قانوني في مواجهة قواعد القانون الدولي، وليكون لهيئات القضاء أو التحكيم الدوليين الفاصلة في النزاع أساس لإسناد المسؤولية الدولية، حيث قضت بذلك هيئة التحكيم الدولية المشتركة بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك التي أُنشئت عام 1923 في دعوى: "Dic Ksan car whell company" كما يلي: « ***إنّ إسناد المسؤولية الدولية لدولة ما يكون بسبب فعل دولي غير مشروع يؤدي إلى انتهاك التزام تفرضه قاعدة قانونية دولية*** »[5].

---

1 – حدد المؤتمر الثالث للجنة تقنين القانون الدولي بلاهاي لسنة 1930 المسؤولية الدولية من منطلق أنّ كلّ دولة باعتبارها شخصًا دوليًا تلتزم بالوفاء بواجباتها القانونية الدولية، وتلتزم بدفع تعويضٍ كامل عن الأضرار والخسائر المترتبة على مخالفة قانون دولي عام أو خاص.
– نبيل بشير، مرجع سابق، ص 124.

2 – ولا تأخذ المطالبة بإصلاح الضرر سوى طابع الضمان تجاه المستثمر الأجنبي إذا كان هو المتضرر، لأن هذا الالتزام الدولي الجديد بالتعويض لا يتخذ طبيعة الجزاء ضد الدولة المخطئة.
– صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 17.

3 – المرجع نفسه، ص 17.

4 – ليلى بن حمودة، المسؤولية الدولية للدولة في حالة الأضرار التي تصيب الأجانب، بحث الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1977، ص 50.

5 – صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 20.

فتصبح بذلك الحالات التي تشكل فيها إجراءات الدولة التي تمس بملكية المستثمر الأجنبي في إطار العلاقة الدولية التي تربط الدولة المضيفة بالمصدرة للاستثمار الأجنبي مبررة ومرتبة للمسؤولية الدولية إذا كانت أفعالا غير مشروعة[1] لأنها تنتهك بصفة صريحة قواعد القانون الدولي التي تمنع ذلك. أمّا تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة في إطار العلاقة العقدية التي تربطها بصفة مباشرة بالمستثمر الأجنبي والتي ترتب أضرارًا في حقه دون أن تكون أفعالاً غير مشروعة تبقى خارج نطاق الشرط الأوّل – لأنه تمّ وضعها في إطار القانون الدولي التقليدي – الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن طبيعتها القانونية ومدى إمكانية إثارة المسؤولية الدولية في مواجهة الدول التي تباشرها.

إنّ أهم العناصر التي تأثرت بتطور قواعد القانون الدولي للاستثمار الأجنبي هي إمكانية طرح المسؤولية الدولية للدولة عن الإجراءات التي تسبب بها أضرارًا للمستثمر الأجنبي[2] دوليًا حتّى وإن كانت تلك الأفعال مشروعة بشرط أن تترتب عنها أضرار، السبب الذي يحملها على الالتزام بجبرها بالتعويض.

وقد قضت بذلك هيئة تحكيم المركز الدولي CIRDI بتاريخ 17 فيفري 2000 في قضيـــة Compania de Desarrollo de Santa Eléna / République de Costa Rica كما يلي:

« ***Le tribunal arbitral aborde ensuite la question de l'indemnisation… L'Etat qui procède à une expropriation a l'obligation, tout en droit du Costa Rica qu'en droit international, de payer une indemnisation même pour une expropriation licite*** »[3] .

كما قررت كذلك لجنة التحكيم في قضية "Iran/American International Group" في سنة 1955 ما يلي: « ***من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أنه حتّى عند تأميم***

1 – ليلى بن حمودة، مرجع سابق، ص 60.

2 – هذه العلاقة تتمتع بنوع من الخصوصية في القانون الدولي لأنها تربط بين الدولة كشخص مـــن أشـــخاص القانون الدولي، والمستثمر الأجنبي كشخص طبيعي أو اعتباري.

3 – GAILLARD Emmanuel, Chronique des sentences Arbitrales, op.cit., p. 153.

ممتلكات المستثمر الأجنبي تأميمًا قانونيًا فإنّ الدولة المضيفة للاستثمار تلتزم بدفع تعويض عن الممتلكات المؤممة »[1].

فالوضعية القانونية التي تجد الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية نفسها فيها إثر مباشر إجراءات التأميم أو نزع الملكية باعتبارها إجراءات تدخل في صميم سيادتها الاقتصادية والسياسية لا تنفي مسؤوليتها الدولية عن الأضرار التي تلحقها بالأجانب وإن كانت بسبب أفعال مشروعة دوليًا، فرغم عدم وجود معيار واضح ومتفق عليه في القانون الدولي حول أساس المسؤولية الدولية إذا كانت العلاقة تربط المستثمر بالدولة المضيفة له أو تربط دولته التي ينتمي إليها بجنسيته بهذه الأخيرة، عن الأضرار الناتجة عن الأفعال المشروعة أو غير المشروعة لمجرّد وقوع الضرر الذي يتطلب التعويض، يحاول الفقهاء المختصون إيجاد الأسس المبررة للمسؤولية الدولية، فيشترط بعضهم توفر عنصر الخطأ والبعض الآخر يقرّ بقيام المسؤولية عن الضرر حتّى دون خطأ[2]، وذلك بتأييدٍ من القضاء الدولي[3].

وفي هذا الصدد يقول د. محمد سامي عبد الحميد ما يلي: « ***إنّ أساس المسؤولية الدولية كقاعدة عامة هو الفعل غير المشروع، لكنه يمكن أن تقوم المسؤولية الدولية إذا ما صدر من الدولة فعل يمثل خطورة استثنائية ترتب الأضرار بدولة أخرى ولو كان الفعل ذاته مشروعًا وذلك على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة*** »[4]، حيث يستوي أن يكون الإجراء الذي تأتيه الدولة المضيفة للاستثمارات مشروعًا أو غير مشروع إذا كان مسببًا

---

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 117، 118.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 154.

– صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 46.

3 – إذا كانت القاعدة العامة تتطلب لقيام المسؤولية الدولية ارتكاب الدولة لفعل غير مشروع فإنّ التحكيم الدولي رتب المسؤولية الدولية حتّى في الحالات التي لم يشكّل فيها التصرف فعلاً غير مشروع لاكتفائه بالطابع "التحكمي" كأساس لقيام المسؤولية ومنها الحكم الصادر في قضية "Valentine Petroleum" والذي أكدت فيه لجنة التحكيم أنّ إجراء إلغاء الامتياز الذي اتخذته الدولة يعتبر إجراءً تحكميًا لأنه تمّ بدون إخطار أو اتصال مسبق بالمستثمر الأجنبي، الأمر الذي يثير مسؤوليتها الدولية.

نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 157.

4 – محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج 2، القاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 367.

للأضرار للدولة أو أحد رعاياها من المستثمرين، لأن المسؤولية الدولية في الأفعال غير المشروعة تتبع الضرر وتؤسس على أساس نظرية المخاطر وتحمل التبعة[1].

أما الشرط الثاني فيتمثل في انتساب الفعل للدولة المسؤولة أو إحدى هيئاتها أو سلطاتها العامة، فتتحمل الدولة في كلّ الأحوال مسؤوليتها الدولية عن التصرفات التي تباشرها سلطاتها ضد الأجانب والتي تمس بممتلكاتهم سواء بموجب إجراءات التأميم أو الاستيلاء أو غيرها، أو بالتمييز في معاملتهم بطريقة تحد من حقهم في استعمال واستغلال ممتلكاتهم[2]، وهذا لتفادي تنصل الدولة من مسؤوليتها الدولية بحجة أن تلك الأفعال أو التصرفات قد أتتها هيئات إدارية أو سياسية[3].

وقد نصت المادة 6 من مشروع لجنة القانون الدولي المعتمد حول المسؤولية الدولية سنة 1978 على ما يلي: « ***يعتبر تصرف عضو من أعضاء الدولة فعلا صادرا من هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي سواء كان هذا العضو ينتمي إلى السلطة التأسيسية أو التنفيذية أو غيرها من السلطات، سواء كانت وظائف ذات طابع دولي أو داخلي وسواء كان مركزه من جهاز الدولة مركز الرئيس أو المرؤوس*** »[4].

وقد قررت لجنة التحكيم في دعوى "Salvador Commercial Company" أنّ: « ***الدولة مسؤولة عن أعمال قادتها سواء كانوا من الهيئة التشريعية أم التنفيذية أم القضائية في الحكومة، طالما أن الأعمال قد اتخذت ضمن سلطاتهم الرسمية*** »[5]، وتلتزم

---

1 – صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 46.

2 – نبيل بشير، مرجع سابق، ص ص 163، 164.

3 – « ***أي خطأ تقوم به الأجهزة التي تدخل مباشرة ضمن سلطات الدولة قِبل المستثمر الأجنبي تكون الدولة مسؤولة عنه تجاه دولة المستثمر الأجنبي، ويترتب على ذلك دفع تعويض من اجل إزالة الضرر الذي نتج عن الخطأ*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 79، 80.

4 – تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثلاثون، 28 ماي 1978.

نقلا عن: نبيل بشير، مرجع سابق، ص 157.

5 – وهو المبدأ نفسه الذي تبنته محكمة العدل الدولية في تبرير المسؤولية الدولية عن أعمال أجهزة الدولة كما يلي: « ***ومن وجهة نظر القانون الدولي وهذه المحكمة...إنّ القوانين الداخلية هي مجرّد حقائق تعبر عن نية وتؤلف أعمال الدولة، وذلك مثل القرارات القانونية والإجراءات الإدارية*** ».

– خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 78.

أيضًا الدولة تحت طائلة هذا الشرط بالمسؤولية الدولية عن أفعال رعاياها لأنها مسؤولة عن حماية الرعايا الأجانب بالخصوص المستثمرون من الأعمال التي تقع من رعاياها على إقليمها، إلاّ في الحالات الطارئة كالقوة القاهرة، أمّا في حالات الاضطرابات وأعمال العنف فتبقى مسؤوليتها قائمة إذا لم تبذل المجهود الكافي لمنعها أو لم تتخذ الإجراءات الوقائية أو التدابير القمعية أو العلاجية[1].

وقد قضت لجنة التحكيم المختلطة التي شكلتها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية في قضية "Home Missionary Society" بما يلي: « ***من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أنّ الحكومات لا تسأل عن أفعال المتظاهرين ما لم يثبت قبلها أي إخلال بواجباتها أو تقصير في قمع الفتنة، ولا تلتزم الدولة البريطانية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت رعايا الولايات المتحدة الأمريكية خلال المظاهرات*** »[2].

فالدولة في حالة الفوضى[3] تكون غير مسؤولة إذا كان الوضع خارجًا عن إمكانياتها في السيطرة من أجل إضفاء الحماية على الأجانب وممتلكاتهم[4].

أما الشرط الثالث فيتمثل في كون الفعل غير المشروع يسبب ضررًا يقع بالضرورة على الدولة الأخرى أو أحد رعاياها، وهذا يتحقق إمّا بكون الفعل غير المشروع يمس بقاعدة دولية مصدرها المعاهدات أو الاتفاقيات التي تبرمها الدولتان معًا، لتصبح الدولة المصدرة للاستثمار هي المتضررة بصفة مباشرة، أو أن يكون الفعل مخلاً بالالتزامات العقدية المنبثقة من عقد الاستثمار الأجنبي باعتباره عقدًا دوليًا، فيصبح المستثمر الأجنبي هنا هو الطرف

---

1 – صالح محمد محمود، مرجع سابق، ص 15.

– نبيل بشير، مرجع سابق، ص 167.

2 – نبيل بشير، المرجع السابق، ص 167.

3 – « ***Face à la protection de l'investisseur et a sa sécurité notamment dans un conteste de troubles civils il ne sont certes pas astreints à une obligation de résultat, mais sont tenus d'assurer une protection pleine et entière qui selon une jurisprudence constante ne devrait pas être inférieur au niveau minimum de vigilance et prudence exige par le droit international*** ».

- HORCHANI Ferhat, Le droit international, op.cit., p. 395.

4 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 85.

المتضرر بصفة مباشرة[1]. فالمسؤولية الدولية التي تنشئ حقوقًا للمستثمر الأجنبي بسب الأضرار التي لحقت به تختلف فيما إذا كانت ناتجة عن فعل مشروع أو غير مشروع، وذلك باختلاف مصدر المسؤولية الدولية، فالأولى تكون عادة في إطار علاقة اقتصادية مؤطّرة بموجب عقد الاستثمار، أمّا الثانية ففي إطار علاقة القانون الدولي ومؤطرة بموجب الاتفاقيات الدولية أو قواعد القانون الدولي.

وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية "Chorzow" كما يلي:

« ***Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'Etat auquels le même acte peut également porter atteinte : Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'Etat subira il ne peut que fournir une mesure convenable à la réparation dû à l'Etat*** »[2] .

رابعًا – ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي:

أدّت الظّروف المحيطة بالوسائل الداخلية لفضّ المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة وضعف ثقة المستثمرين الأجانب فيها وما قد يترتب عنها من أثر في حركة رؤوس الأموال الأجنبية الخاصّة [3] إلى اقتناع الدول بمدى فائدة التحكيم كوسيلة فعالة بديلة [4] لفضّ المنازعات الاستثمارية أمام المحاكم الوطنية[5].

---

1 – « ***لكن تحديد مسؤولية الدول المتعاقدة يقتضي الأخذ بعين الاعتبار واقع العلاقات الاقتصادية والأحكام الاتفاقية والقواعد المكرسة في مجال معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية والمبادئ العامة في القانون الدولي، مما يسمح بتوسيع مجال هذه المسؤولية لتشمل كلّ ما له صلة بعملية الاستثمار*** ».

– عبيوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 158.

2 – نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص ص 194، 195.

3 – حسين نوارة، التحكيم التجاري الدولي في إطار الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 15 – 14 ماي 2006، بجاية، ص 2.

4 – « ***يرى جانب من الفقه أنّ الهدف الحقيقي وغير المعلن عنه لنظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة الطرف في النزاع...*** ».

– حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة في 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 5.

5 – التحكيم التجاري الدولي نظام قضاء عادي يحيل النزاع القائم حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أم لا تشمل كلّ المسائل التي تدخل في الاستثمار إلى أشخاص عاديين بدلاً من اختصاص المحاكم الوطنية للدولة المضيفة. =

حيث يقول الفقيه كارلستون بخصوص أهمية التحكيم بالنسبة للاستثمار الأجنبي أنه: « ***قد يحجم المستثمرون عن استثمار أموالهم في دولة يعلمون أنّ اللجوء إلى القضاء فيها هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها الضرر من جراء تصرف تأتيه هذه الدولة، ذلك يعني أنّ الدولة المضيفة تصبح خصمًا وحكمًا في آن واحد، إذ يؤدي هذا الأمر إلى ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدولة، ويشكّل عائقًا لنمو النشاط التجاري والصناعي فيها، وعلى خلاف ذلك فإنّ الأخذ بنظام التحكيم يخلق مناخًا استثماريًا مفضلاً لدى المستثمرين الأجانب حتّى يتمتع الأطراف بحرية اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة والخبرة والمعرفة الفنية اللازمة لموضوع النزاع...*** »[1].

فبالتطوّر الأخير لقانون الاستثمار الدولي، حدث تغير ملحوظ في المركز القانوني للمستثمرين الأجانب على ضوء اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، من أبرزها منح المستثمر الأجنبي شخصًا طبيعيًا أو معنويًا الحق في رفع الدعوى مباشرة ضدّ الدولة المضيفة له[2] أو ضد مؤسساتها العامة أو هيئاتها أمام المحاكم الدولية بصفته الشخصية[3]، وذلك دون الحاجة إلى تدخل دولة جنسيته، الأمر الذي جعله يستغني في عدّة حالات عن الحماية الدبلوماسية التي تمارسها دولته لحمايته أو لحماية أملاكه من الإجراءات التحكمية أو التعسفية[4].

= – سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصّة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 1984، ص 13.

1 – عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم لفضّ المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص 7.

2 – « ***للمستثمر حق الالتجاء المباشر للقضاء الدولي على خلاف الأصل المقرر في القانون الدولي التقليدي والذي لا يسمح للأفراد بالالتجاء إلى القضاء الدولي بصفتهم هذه، وهو ما يشكّل ضمانة إجرائية هامة للمستثمر تحقق له الأمان الذي ينشده في القطر المضيف لاستثماره...*** ».

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 275.

3 – « ***La procédure arbitrale ne peut être initiée que par la personne privée en cause, c'est –à-dire par l'investisseur, de plus, cet arbitrage est souvent destiné à la protection des droits substantiels unilatéraux conférés par le traité international ou la loi nationale aux investisseurs étrangers*** ».

- BEN HAMIDA Walid, L'arbitrage Etat-investisseur étranger, Regard sur les traités et projets récents, JDI, N° 2, 131ème Année, 2004, p. 421.

4 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 468.

فأوّل الإشكالات التي نطرحها في مسألة التحكيم الدولي هي النزاعات المتعلقة بالاستثمار والقابلة للتسوية بأسلوب التحكيم، لنقول إنه أصبحت تتسع لتشمل كلّ المنازعات المنصبّة على كلّ جوانب الاستثمار الأجنبي[1]، وبالخصوص تلك المنازعات المتعلقة بالملكية بكلّ جوانبها وعناصرها المعنوية والمادية.

حيث يقول الأستاذ وليد بن حميدة في هذا الموضوع ما يلي:

« ***Cet arbitrage vise souvent tout litige relatif aux investissements, or, la notion d'investissement est définie largement dans les traités d'investissement… tous les biens meubles et immeubles, les participations dans des groupements, les créances monétaires, tous les droits à toute prestation économique, les droits de propriété…*** »[2] .

لذا أصبح إصرار المستثمر الأجنبي على إخضاع المنازعة الاستثمارية للتحكيم التجاري الدولي ضماناً في حدّ ذاته لحماية نفسه وأمواله من تعسف المحاكم الوطنية للدولة المضيفة، وتفاديًا للتعقيدات التي تتصف بها الإجراءات المتبعة أمامها من جهة[3]، وللميزة الهامة التي يتمتع بها التحكيم[4] والمتمثلة في حرية الأطراف[5] في تحديد القانون الواجب

---

1 – « ***أصبح التحكيم الدولي في الوقت الحالي أهم وسيلة يرغب المتعاملون في الاستثمار الدولي والتجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم…*** ».

– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 346.

ويؤكّد سيف الدين محمد البلعاوي ذلك كما يلي: « ***التحكيم… أهم الضمانات المكرسة للمستثمر الأجنبي*** ».

– سيف الدين محمد البلعاوي، "التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق"، المجلة الجزائرية القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 2، مارس 1989، ص 425.

2 – BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 425.

3 – جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 9.

4 – يحتل التحكيم رغم وجوده في القانون الداخلي مرتبة ثانوية، لإلزامية اللجوء للقضاء الوطني قبل مباشرة إجراءاته، بديلاً إراديًا بالنسبة للقضاء الدولي في حالة تعذر القضاء الإلزامي، لتمتعه بالصيغة التعاقدية الناتجة عن حرية الأطراف في الاتفاق على الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق.

– سيف الدين محمد البلعاوي، مرجع سابق، ص 426.

5 – قضت محكمة العدل الدولية في قضية كارليا الشرقية في جويلية 1963 بأنّ: « ***التسوية بطريق التحكيم لأيّ خلاف دولي إنّما يتأتى على أثر عمل إرادي لأطراف الخلاف…*** ».

– سيف الدين محمد البلعاوي، المرجع السابق، ص 425.

التطبيق على المنازعة[1] في جانبها الموضوعي والإجرائي، وفي اختيار أعضاء الهيئة التحكيميّة التي تفصل في المنازعة بكلّ حياديّة وموضوعيّة. وفي القواعد المعتمدة من الدولة المضيفة لتنفيذ أحكام التحكيم لأجل ضمان حقّ المستثمر المحكوم له من تقاعس الأطراف الرافضة للتنفيذ[2].

فأهم الضمانات القضائية التي يكرسها التحكيم التجاري الدولي لحماية ملكية الاستثمار الأجنبي هي الحرية الواسعة[3] للمستثمر الأجنبي في اختيار القانون الواجب التطبيق[4] على موضوع النزاع وإجراءاته[5]، وذلك لمنح المستثمر الأجنبي فرصة إخضاع أملاكه المتنازعة للقانون الأصلح واستبعاد إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين التي تحيل النزاع لقانون مكان تواجد المال[6]، إذا كان نظام الحماية التي يكرسها هذا الأخير غير كافٍ[7] هذا من جهة، ومن جهة ثانية الحرية الواسعة من خلال حقهم في تحديد أعضاء الهيئة التحكيمية ضماناً

---

1 – مع تكريس دور الهيئة التحكيمية احتياطيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق إذا لم يتفق الأطراف على ذلك.
– حسين نوارة، مرجع سابق، ص 13.

2 – المرجع نفسه، ص 11.

3 – HAROUN Mehdi, op.cit., p. 633.
– عشوش أحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 79.

4 – تنص المادة 458 مكرر 2/16 من تقنين الإجراءات المدنية بعد التعديل الوارد بموجب المرسوم التشريعي رقم 93–09 مؤرخ في 1993/04/25، ج.ر عدد 27، لسنة 1993 على أنه: « ***يمكن لاتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم اتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي، كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف*** ».

5 – ميزت مختلف التشريعات بين القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالإجراءات والمسائل المتعلقة بالموضوع فلا تجبر المتنازعين على إخضاعها لقانون واحد لانفصال كلّ منهما عن الآخر، ولا تمنع ذلك.

6 – وفي القوانين الحالية حتّى عند إحالة أطراف العقد لقواعد التنازع نجدها في المادة 18 تنص على أنه: « ***يسري على الالتزامات التعاقدية المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد***... ». قانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، المتضمن تعديل القانون المدني، ج.ر عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

7 – تخضع عقود الاستثمار الدولي من حيث القانون الواجب التطبيق لنفس المبادئ المطبقة على العقود الاقتصادية الدولية، التي تنص بعضها على إعمال قواعد تنازع القوانين والبعض الآخر على اختصاص قانون مكان إبرام العقد وذلك إذا كانت أصلح لها.
– معاشو عمار، مرجع سابق، ص 337.

للحياد الفعلي في الفصل في النزاع، فرغم كون الدولة طرفًا متعاقدًا في عقد الاستثمار الدولي موضوع المنازعة، إلاّ أنها مع ذلك طرف غير عادي من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكّنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الإخلال أيضًا بالحياد الذي يجب أن يتوافر لدى السلطة القضائية الوطنية لو كانت هي المختصة في النظر في النزاع، وتقول حفيظة السيد الحداد في ذلك ما يلي: « ***فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة وأيًا ما كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها، فإنّه في النهاية قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفًا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة*** »[1].

كما تمتد الضمانات إلى المركز القانوني المكرّس لحكم التحكيم الدولي[2] الذي لا يحقّق جدواه ولا يجد أساسًا له إذا استحال على الطرف المتنازع المحكوم لصالحه إجبار خصمه على تنفيذ منطوق القرار التحكيمي[3]، الشيء الذي لا يتأتّى إلاّ باعتراف الدولة بالأحكام التحكيمية[4] لرفعها لدرجة الأحكام القضائية الوطنية الصادرة عن المحاكم الوطنية لخلق الإحساس لدى أطرافها بمدى الزاميتها[5]، وإقرار حجيتها في تشريعاتها الوطنية المستقبلة

---

1 – حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص ص 6، 7.

2 – « ***لا يشكّل اعتناق الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية نزاعات الاستثمار بتنظيمه حسبما تراه ملائمًا لظروفها الخاصّة ضمانًا بحدّ ذاته... بل بكيفية استقبال حكم التحكيم ومدى الاستعداد لتنفيذه، لأن العبرة ليست في تكريس التحكيم بل في القواعد التي تعتمدها الدولة لتمكين المستثمر صاحب الحق في حماية مصالحه*** ».

– حسين نوارة، مرجع سابق، ص 17.

3 – يرى البعض أن التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات تسهل عملية التنفيذ، وهذا ما يؤكّده فوزي محمد سامي فيما يلي: « ***أطراف النزاع الاستثماري أو التجاري على ثقة من أنّ نزاعهم سوف يتم تسويته بشكل عادل وقانوني، الأمر الذي يجعل تنفيذ قرار التحكيم يتم في الغالب بشكل طوعي...*** ».

– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 12.

4 – حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص 13.

5 – جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 68.

لإجراء التحكيم التجاري الدولي[1] كدلالة على مصداقيتها في الاعتراف بالتحكيم كضمانة إجرائية للاستثمار[2]. وقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 458 مكرر 16 من تقنين الإجراءات المدنية على ما يلي: « ***إنّ القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة التحكيم، ويكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه والمتعلق بالنزاع الذي فصل فيه*** »[3].

الفرع الثالث

تطبيق مبادئ القانون الدولي

تضمن قواعد القانون الدولي في إطار النظام الدولي للاستثمارات الأجنبية إعمالاً حقيقيا لمجموعة من المبادئ الدولية التي تدخل في نطاق الحماية الدولية تحت ما يسمى بالحدّ الأدنى للحماية والمعاملة الدولية للمال الأجنبي بعد أن كانت المسائل المتعلقة بالمعاملة مكرسة بصفة عامة ضمن القواعد الداخلية للدولة، باعتبارها وسيلة فعالة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية[4]، لأنها ترمي إلى توحيد المعاملة بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية على إقليم الدولة المضيفة لها[5]، حيث تلعب هذه المبادئ دورًا فعالاً في تعزيز الحماية عند تطبيقها في الحالات التي لم ترد الإشارة إليها في الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية.

فالدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية تلتزم بالقيود التي تفرضها قواعد القانون الداخلي والدولي عند مباشرة الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية ضماناً لحق المستثمر الأجنبي المكرّس

---

1 – آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، مصر، 1983، ص 78.

2 – « ***على صعيد المبادئ العامة، لا يتعين النظر إلى نظام التحكيم على أنه مجرّد ضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط بل يجب أيضًا أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكل من طرفي العقد من خلال مصداقيتها في الاعتراف بالتحكيم كضمانة إجرائية*** ».

– حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، مرجع سابق، ص ص 13، 14.

3 – انظر التعديل الوارد في المرسوم التشريعي رقم 93–09، مرجع سابق.

4 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 13، 14.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 275.

5 – BEGIN Jacques, op.cit., p. 159.

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

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

علمًا أنّ حماية المستثمر بموجب الحد الأدنى لحقوق الأجانب يحيلنا إلى إعمال مجموعة من مبادئ القانون الدولي[2] التي يضمن امتداد إعمالها على الأموال التابعة له، فتحظى في إطار حمايتها بالحماية نفسها التي تحظى بها الأموال الوطنية أو الأموال الأجنبيّة الأخرى إذا كانت أفضل، وتتمثّل هذه المبادئ في مبدأ المعاملة الوطنية (أولاً)، ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (ثانيًا)، ومبدأ الدولة الأكثر رعاية (ثالثًا).

أوّلاً – مبدأ المعاملة الوطنية:

يقصد بمبدأ المعاملة الوطنية تشبيه الأجانب بالوطنيين، وقد نشأ في ظل المذهب الفردي الذي يدعو إلى تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري على الجميع دون تفرقة ما بين الوطنيين والأجانب[3]، حيث وجد هذا المبدأ تطبيقًا له عندما اقتنعت الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بمدى أهميته في جذب وتحفيز رؤوس الأموال الأجنبية[4]. تطبقه بعض الدول امتثالاً لبعض القواعد العامة المعتمدة لتنظيم المجتمع الدولي، والتي تقضي بتشبيه وتسوية الأجانب بالوطنيين في مجال الحقوق والالتزامات التي يستلزمها وجوده الإنساني والقانوني، حيث إنّه وُضع هذا المبدأ لأوّل مرّة من الدول لتحديد المركز القانوني للأجانب مهما كانت صفتهم، لأنه عنصر هام من عناصر حماية الإنسان بصفة عامة[5] ومن بينها

---

1 – L'évolution du droit international des investissements, Octobre 2000. www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal, p. 10.

2 – « ***Un standard international minimum de traitement dont la conformité, mesurée par rapport aux principes de droit international, … Le traitement juste et équitable, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée…*** ».
HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, J.D.I., N° 2. 131ème Année, 2004, p. 388.

3 – فؤاد رياض، الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربيـــة، مصـــر، 1966، ص 332.

4 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 74.

5 – HORCHANI Ferhat, L'investissement inter-arabe…, op.cit., p. 171.

القانون السويسري الصادر سنة 1921 الذي ينصّ في مادته الأولى على أنه: « ***لكل شخص التمتع بكافة الحقوق المدنية بصفته إنسانًا دون الاعتداد بصفته الأجنبية*** ». وهو المبدأ نفسه المعتمد في المادة 122 من القانون السوفياتي الصادر عام 1961.

وقد لاقى هذا المبدأ صدى فيما بين الدول العربية، حيث تبنته في تشريعاتها الداخلية وفي الاتفاقيات الدولية[1] الثنائية والجماعية[2].

إنّ إعمال مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي وإن كان تحفيزًا لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية[3] تحت شرط المقاييس الدولية في المعاملة التي لا يجدر أن تنزل تحت طائلة المسؤولية الدولية عن الحدّ الأدنى في معاملة الأجانب[4]، تعتبر تنازلاً منحته الدولة المضيفة لرعايا الدولة الأجنبية ليس إلاّ من باب ضمان تمتع رعاياها بدورهم بالمعاملة نفسها على الإقليم الأجنبي، هذه المعاملة التي تستدرج دون شك الحماية نفسها[5].

وتكون المعاملة قد بلغت أقصى الحدود عندما تنطبق على المعاملة الوطنية التي تضمنها الدولة لرعاياها شخصيًا، فتخضع الاستثمارات الأجنبية للقواعد والإجراءات نفسها التي تخضع لها استثمارات الوطنيين وفق مبدأ المساواة[6]، فلا يمكن تعرضهم لإجراءات

---

1 – تنص المادة 1/6 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على أنــه: « ... ***يعامل رأس المال العربي المستثمر في الدولة الطرف التي يقع فيها الاستثمار معاملة رأس المال المملوك لمواطني تلك الدولة بلا تمييز، ويكون له تلقائيًا نفس المركز القانوني من حيــث الحقــوق والالتزامــات والقواعد والإجراءات...*** »، مرجع سابق.

2 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 58.

3 – « ***رغم أهمية هذه القاعدة في توفير الجوّ المناسب للاستثمار، بقيت محل خلاف بين الدول المصنعة التي تتمسك بها من أجل تحقيق حماية لمواطنيها وأملاكهم في الخارج من خلال ضمان مساواة تنافسية، والدول النامية التي تحاول وضع حدود لها...*** ».

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 274.

4 – GREGOIRE Marc Hac, op.cit., p. 6.

5 – « ***L'application pure et simple du droit national satisfait aux exigences du droit international telles qu'ils les conçoivent, par suite investissements nationaux et investissements internationaux bénéficient de la même protection*** ».
- ZOUAÏMIA Rachid, op.cit., p. 592.

6 – « ***مؤدى إعمال مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين... هو أن تتعهد دولة متعاقدة بأن تقرّر لأمــوال مــواطني الدولة المتعاقدة الأخرى وكذلك لأموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هــذه الأخيــرة نفس الحماية المقررة لأموال مواطني الدولة الأولى وشركاتها بمقتضى التشريعات الداخلية*** ».

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 258.

تمس ملكيتهم لا مباشرة ولا بالتدابير المماثلة المقنعة إلاّ إذا كانت تلك الإجراءات مبررة ودون تمييز[1]، الأمر الذي يجعل الاختلاف في المعاملة بين الوطنيين والأجانب تمييزًا إذا كان قائمًا على أسباب غير مشروعة أو يكون دافعها الأساسي هو جنسية المستثمر الأجنبي، لأنه إذا كانت مبررة فلا تشكّل تمييزًا ما دام أنه يبقى من حق الدولة منح الامتيازات للوطنيين دون الأجانب في إطار سلطاتها المانعة التي لا تشكّل أي صورة من صور التمييز[2].

كما أنّ الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية لا تكتفي بتكريس مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين الأجانب، بل تسهر حتّى على التأكد من مدى تطبيقه وإعماله من طرف السلطات العمومية المختصة بذلك، وتراقب مدى احترامها للقواعد والالتزامات المتبادلة والمبرمة مع المستثمر الأجنبي وذلك عبر كل مراحل الاستثمار[3].

---

1 – يحظر التفضيل ما بين الوطنيين والأجانب في مجال المعاملة بصفة قطعية وإلاّ فمثل هذه المعاملات قد تجعل المستثمر الوطني في وضعية منافسة غير مشروعة.

Voir: Examen de la politique de l'investissement en Algérie, conférence des Nations Unies, op.cit,p.23.

- Dominique CARREAU, Investissements, op.cit., p. 17.

2 – تجدر الإشارة إلى أنّ تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية في التشريع الجزائري الحالي لا جدوى منه، لأن المستثمرين الأجانب يحظوا بمعاملة أحسن وأفضل من تلك الممنوحة للوطنيين في إطار النظام التحفيزي والتشجيعي للاستثمارات الأجنبية وخاصّة تلك المستثمرة في المناطق الصناعية الخاصّة.

- HORCHANI Ferhat, L'investissement inter-arabe…, op.cit., p. 185.

3 – تنص المادة 2/30 من المرسوم التنفيذي رقم 94–319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها على أنّه: « ***تتمثّل متابعة الاستثمارات... التأكد من مدى احترام القواعد والالتزامات المتبادلة والمبرمة مع المستثمر...*** ».

وتضيف المادة 22 من المرسوم نفسه أنه: « ***يتم التأكد من احترام القواعد والالتزامات المتبادلة من طرف مكاتب إدارات الجمارك، وبنك الجزائر والسجل التجاري والأملاك الوطنية والضرائب والتهيئة العمرانية والبيئة والتشغيل ومأمور المجلس الشعبي البلدي...*** » ج.ر عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1994.

... وهي الأحكام نفسها التي وردت في المرسوم التنفيذي رقم 01–282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها. في نصّ المادة 32 كما يلي: « ***تتكفل الوكالة في مجال متابعة الاستثمارات... التأكد من احترام القواعد والالتزامات المتبادلة، المتفق عليها مع المستثمر...*** » ج.ر عدد 55، الصادرة في 25 سبتمبر 2001.

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

أما من حيث التطبيق، فانتقد المبدأ لأنه يواجه عدّة صعوبات بسبب عدم توازن المراكز القانونية للدولتين التي تمتاز عادة بعدم المساواة[2].

ثانيًا – مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة:

يعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة[3] من أهم مبادئ القانون الدولي[4] الذي يقتضي تمتع المستثمر الأجنبي بأمن وحماية بصفة مستمرة[5] بعيدًا كلّ البعد عن الإجراءات التعسفية

---

1 – يخل المبدأ بالمنافسة ويعاكس ترجمة الاستراتيجية الاقتصادية الوطنية، لكن بالنسبة للدول التي ترى في الاستثمار الأجنبي حلاً للأزمة الاقتصادية تتبنى هذا المبدأ معتبرة الاستثمار الأجنبي في حدّ ذاته عملية تؤدي للتنمية، وعلى المؤسسات المحلية الدخول إلى حلبة المنافسة.

– عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 108.

2 – « ***لا ينبغي الالتجاء إلى هذه الوسيلة إلّا بين دول تتقارب فيها الحقوق الممنوحة للوطنيين*** ».

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 213.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 275.

– عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص ص 107، 108.

3 – « ***يكتسي مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة أهمية قصوى إذا ما نشب نزاع ما دام يوفر للقاضي أو المحكم وسيلة لتوقيع الجزاء على سلوك دولة، يعتبر في محيط معين غير عادل أو غير منصف*** ».

– عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 107.

4 – « ***Le traitement juste et équitable exige de l'Etat le respect de toutes les règles conventionnelles et coutumières du droit international applicables à l'investissement étranger*** ».

- BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 428.

5 – « ***Les dispositions les plus nombreuses énoncent l'obligation pour l'Etat d'accueil de traiter l'investissement étranger de façon juste ou loyale et équitable, de lui garantir la sécurité et la protection la plus complète***… ».

- LEBEN Charles, L'évolution du droit international des investissements, op. cit., p. 10.

غير المبررة أو التمييزية التي من شأنها عرقلة تسيير وضمان استعمال أمواله بصفة قانونية وفعلية[1]، وبالقدر المضمون في إطار القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية باعتباره مبدأ لا يقل أهمية عن تلك المبادئ المستقرة في القانون الدولي بهدف حماية الاستثمارات الأجنبية، ينتج آثاره حتّى وإن تمّ إعماله بصفة مستقلة عن باقي المبادئ الاتفاقية أو الدولية، ويقول عيبوط محند وعلي في ذلك ما يلي: « ***يجب النظر إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بصفة مستقلة عن العلاقة الاتفاقية الموجودة بين الطرفين المتعاقدين، بحيث له مضمون موضوعي واضح من شأنه توفير حماية كاملة للاستثمار الأجنبي*** »[2].

وقد أكده الأستاذ Charles Leben كما يلي:

« ***Le traitement juste et équitable doit être considéré comme renvoyant au standard minimum de traitement des étrangers, tel que ce standard est conçu par le droit international coutumier d'où la précision en conformité avec le droit international*** »[3] .

وهو مبدأ يجد أساسه وأصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضمان الحدّ الأدنى[4] للمعاملة[5] والحماية الشخصية والاقتصادية والإجرائية للأجانب[6].

فالمبدأ من حيث التطبيق ترجمة لمبدأ حسن النية المعروف في القوانين الداخلية وعلى المستوى الدولي، لأنّ المعاملة العادلة والمنصفة مرتبطة بالوضع السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة[7].

---

1 – عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 107.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 269.

3 – LEBEN Charles, op.cit., p. 3.

4 – « ***La règle relative au traitement juste et équitable n'est que l'expression de la règle coutumière du standard minimum que l'Etat doit accorder aux étrangers, un minimum de droits personnels procéduraux et économiques*** ».
- BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 428.

5 – Dans la sentence "Pope and Talbot c/Canada" rendue le 10/4/2001: « ***Le tribunal arbitral a considéré que le traitement juste et équitable s'ajoutait au traitement conforme au droit international qui devient ainsi un standard supplémentaire que les Etats doivent accorder*** ». www.naftaclains.com

6 – عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 106.
- BEN HAMIDA Walid, op.cit., p. 428.

7 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص ص267، 268.

وقد تبنته المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE في مشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف حول حماية الأملاك الأجنبية عام 1967 كما يلي:

« ***L'expression traitement juste et équitable qui figure habituellement dans les instruments bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver d'après le droit international aux biens des ressortissants étrangers … La norme exigée et conforme aux standard minimum du droit international*** »(1) .

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

« ***L'organisation… en faisant appel, s'il y a bien à la collaboration d'autres organisations inter-gouvernementales… à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise***… »(2) .

ورد أيضًا في اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات في الفقرة د/4 من المادة 12 كما يلي:

« ***على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي… ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفير المعاملة العادلة والحماية القانونية*** »(3).

أما من جانب القضاء الدولي، فقد قضت محكمة العدل الدولية في أحد قراراتها بأهمية تطبيق قواعد القانون التي تحيلنا إلى مبادئ الإنصاف كما يلي:

« ***Il ne s'agit pas d'appliquer l'équité simplement comme une représentation de la justice abstraite mais d'appliquer une règle de droit prescrivant le recours à des principes équitables*** »(4) .

وتبنّته أيضًا لجنة التحكيم في دعوى "Pope and Talbot c/Canada" في 2001 على

1 − Projet de convention sur la protection des biens étrangers, op.cit.

2 − La charte de la Havane de 1984, in:
http://www.La documentation française.fr/dossiers/omc/pdf/doc la Havane pdf.

3 – الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

4 – نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 270.

أنه مبدأ يشكّل حدًا إضافيًا للحدّ الأدنى الدولي الذي يجب على كلّ الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية تبنيه في معاملتها للمستثمرين الأجانب[1].

وأكدته أيضًا لجنة التحكيم في دعوى: "Metalclad c/Mexique" في 30 أوت 2000 كما يلي:

« ***Le traitement juste et équitable impose à l'Etat d'accueil de fournir a l'investisseur un cadre transparent et prévisible*** ».

وهو الأمر نفسه بالنسبة للجنة تحكيم المركز الدولي CIRDI التي قررت في 29 ماي 2003 في دعوى "Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A" بين مستثمر إسباني ودولة المكسيك ما يلي:

« ***Un traitement juste et équitable impose aux Etats parties à un APPI d'observer un comportement qui ne déjoue pas les expectatives pour lesquelles l'investisseurs étranger a décidé de réaliser son investissement. L'Etat d'accueil devra se comporter de manière cohérente, dépourvue de toutes ambiguïtés et transparente***… »[2] .

كما أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة التزام ذو طابع ثقافي يفسّر مضمونه على الأقل جزئيًا عن طريق الاتفاق نفسه، وعلى هذا الأساس فالمحتوى الملموس للمبدأ يتغير حسب تأثير نوع المعاملة المختارة أي المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأكثر رعاية، الأمر الذي يجعلها معاملة منقحة[3] والتي في كلّ الأحوال لا تنزل عن الحدّ الأدنى الذي يحدد قياسه وفق قواعد دولية ويؤكد هذه الفكرة HORCHANI Ferhat كما يلي:

« ***Le traitement juste et équitable permet d'accorder à l'investisseur étranger un traitement préférentiel commun dont la substance sera mesurée non pas par rapport au droit interne mais par rapport à des principes mondialement reconnus*** »[4] .

---

1 – www.naftaclains.com. op.cit

2 – HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements…, op.cit., p p. 396, 397.

3 – عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 106.

4 – HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements…, op.cit., p. 388.

ثالثًا – معاملة الدولة الأكثر رعاية:

لقد كان شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية موضوع عدّة مناقشات وتقارير دولية وخصوصًا في المبادلات التجارية[1]، حيث عرف ممارسة مكثفة على الصعيد الاتفاقي منذ عدّة قرون[2]، ومع ذلك لم يعمّم إلاّ في القرن 18 الموافق لظهور وانتشار تعبير "الدولة الأولى بالرعاية"، وقد كان هذا المبدأ عمود الاتفاقات الخاصّة بالملاحة والتجارة والإقامة ومعاملة الأشخاص[3]، خلق نوعًا من الانسجام في محتوى الاتفاقيات الاقتصادية الثنائية، وسمح بتجاوز الإطار الثنائي إلى الجماعي وذلك عن طريق الإحالة، باعتبارها التقنية الأساسية المعتمدة في شرط الدولة الأكثر رعاية، حيث إنّ المعاملة الممنوحة لدولة معينة تنسحب بالضرورة إعمالاً للمبدأ على جميع المستفيدين من الشرط[4].

إنّ شرط الدولة الأكثر رعاية من أهم مقتضيات الاتفاقيات الدولية[5]، إذ تضمن الدول على سبيل التبادل فيما بينها في إطار المعاملة بالمثل معاملة الدولة الأولى بالرعاية ضماناً للمعاملة غير التمييزية بين المواطنين والأجانب من جهة، وعدم التمييز بين الأجانب فيما بينهم من جهة ثانية[6]. وذلك لأنّ المبدأ يضمن رعاية ذات نطاق متسع وعام ويطبق من خلال سريان حرية التجارة الدولية، خصوصًا بالنسبة للعلاقات التي تنشأ في إطار الاستثمار الأجنبي، وإذا وجد أي استثناء على هذا المبدأ فإنّه لا بدّ أن يصدر بموجب نصّ أو اتفاق يقضي بذلك[7].

---

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

2 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 77.

3 – USTOR André, Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, Annuaire de l'institut du droit international, Vol. 2, 1969, p. 165.

4 – علي كريمي، مرجع سابق، ص 47.

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

6 – KHALILIAN Khalil, Investissements privés étrangers et souveraineté économique, Thèse de doctorat d'Etat,Université de Paris II, 1976, p. 159.

7 – مصطفى سلامة، قواعد الجات، الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية، منظمة التجارة العالمية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص ص 16، 17.

يعتبر مبدأ معاملة الدولة الأكثر رعاية من الوسائل الفنية المألوفة لرفع الحدّ الأدنى لحقوق الأجانب في الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية[1]، مؤداه أن تتعهد الدولة الملتزمة به "Etat concédant" بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على كافة المزايا التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أخرى أجنبية هي الدولة الأكثر رعاية "Etat Favorisé"[2].

عرّفه هشام خالد بأنه: « ***مبدأ تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاه في إطار الاتفاقية المبرمة ما بين الدولتين، بأن تعطي رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى للدول الغير، حيث يترتب على الأخذ بالمبدأ أو تطبيقه تشابه مواطني الدولة المستفيدة مع مواطني الدولة الملتزمة، وقد يؤدي ذلك إلى سمو مركزهم على الوطنيين...*** »[3].

أما مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED فقد عرّفه كما يلي:

« ***Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) qui est un élément essentiel des accords internationaux concernant l'investissement signifie qu'un pays d'accueil accorde aux investissements d'un pays étranger un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ceux de tout autre pays étranger*** »[4] .

إنّ شرط الدولة الأكثر رعاية نشأ عند بداية فرض الحماية الجمركية على المنتوجات، لذلك فالاتفاقيات المتعلقة بالشؤون الاقتصادية المبرمة على أساس هذا الشرط هي اتفاقيات عادية تعمل على تنظيم التجارة والشؤون الاقتصادية بشكل عام بما فيها انتقال رؤوس الأموال في إطار الاستثمارات الأجنبية بناءً على مبدأ المعاملة بالمثل، الأمر الذي يؤدي بهذا المبدأ إلى تحقيق نوع من المساواة[5] الحسابية بين رعايا الدول الأجنبية المختلفة داخل إقليم

---

1 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 234.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 76.

2 – LEVEL Patrice, "Clause de la nation la plus favorisée", Revue de droit international, Tome I, Dalloz, 1968, pp. 332, 333.

3 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 77.

4 – CNUCED,Traitement de la nation la plus favorisée,Nations Unies,New York-Genève,2001.

5 – وقد أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في قضية حقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب كما يلي:
« ***La clause de la nation la plus favorisée avait pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés*** ». =

الدولة المضيفة الملتزمة بالشرط[1]، حيث يتم منح الامتياز للدولة الأكثر رعاية بمجرد منحه لدولة معينة أخرى[2] عن طريق الإحالة.

ومن حيث مجال تطبيق مبدأ المعاملة وفق شرط الدولة الأكثر رعاية، فالأمر يمتد إلى كلّ عناصر الاستثمار الأجنبي سواء ما تعلق منها بتسوية المنازعات، بالضمانات، التسهيلات، الامتيازات بكلّ أشكالها، وحتّى كلّ الضمانات التي تمس بكيان الاستثمار الأجنبي سواء الجوانب المادية منه أو المعنوية كالتأميم ونزع الملكية[3]، فإذا التزمت الدولة المضيفة بصفة مباشرة بالامتناع عن أحد التدابير المماثلة امتد الالتزام إلى الدولة الأكثر رعاية إعمالا لهذا المبدأ.

ويقول الأستاذ HORCHANI Ferhat في ذلك ما يلي:

« ***Par le jeu croisé de la clause de la nation la plus favorisée… Les investissements des différents pays peuvent accéder pratiquement au même type de traitement accordé à n'importe quel investisseur étranger, ainsi sur la base de cette clause, l'investisseur peut accéder s'il le souhaite, à d'autres normes de traitement s'ils sont plus favorables non seulement relativement aux dispositions matérielles du régime normal de l'investissement mais aussi celles portant sur l'administration de la justice*** »[4] .

أما من حيث مدة ووقت سريان إعمال شرط الدولة الأكثر رعاية فقد ثار نوع من الخلاف فيما إذا كانت ستنطلق من دخول المعاهدة المتضمنة للحقوق والمزايا التي تخضع

= وذلك أثناء التعرض لشرط الدولة الأكثر رعاية الوارد في الاتفاق المبرم بين الدولتين في 1836 الوارد في نص المادة 14 منه كما يلي:

« ***Le commerce avec les Etats- Unis sera sur le même pied que le commerce avec la nation actuellement la plus favorisée***… ».

- JUILLARD Emmanuel, Chronique des sentences arbitrales…, 2005, op.cit., p. 148.
Voir aussi: http://www.icj-cij.org/cij www/c decision.htm

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 280.

2 – Voir l'affaire: E.A. Maffezini c/Espagne, Sentence rendue le 25/01/2000.
- HARCHANI Ferhat, Le droit international des investissements, op.cit., p. 389.
Voir aussi: L'affaire Tecmed c/Mexique Rendu le 29 Mai 2003.
Et l'affaire Salini c/Jordanie, Sentence rendue le 29 Novembre 2004.
JUILLARD Emmanuel, Chronique des sentences arbitrales…, 2005, op.cit., p. 160.

3 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 280.

4 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ص 220، 224.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 280.

للمبدأ حيز النفاذ، أو من دخول المعاهدة المقررة للشرط بالنسبة للدولة الملتزمة والمستفيدة معًا، وقد فصل القضاء الدولي في المسألة مقررًا أنّ المبدأ يدخل حيز النفاذ ما بين الدولتين من تاريخ نفاذ المعاهدة المتضمنة لشرط الدولة الأولى بالرعاية[1]، وذلك دون ارتداد بأثر رجعي إلى وقت نفاذ المعاهدة المقررة للحقوق والمزايا الممنوحة. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ 12 أكتوبر 1960[2].

وأكدت كذلك لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في تقريرها الصادر عام 1978 بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل من حيث التطبيق ومدة سريانه مرحلة ما قبل وبعد دخول الاتفاقية المقرة بالمبدأ حيز التنفيذ[3]، لكن مع استبقاء حق الأطراف في الاتفاق على ما يخالف ذلك لجعل سريانها يبدأ بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ لا غير[4].

المطلب الثاني

الحماية الداخلية

ترتبط فعالية الحماية القانونية للأجانب وأموالهم بصفة عامة بقيمة وقوة الالتزامات الدولية الناشئة عن الاتفاقيات الدولية والأعراف والقواعد الدولية الخاصّة بحماية الأشخاص وإرساء مراكزهم القانونية في إطار الضمانات الدولية ومبادئ القانون الدولي بالمفهوم السابق[5]، والتي تعتبر في الواقع حقوقًا مستمدة من القوانين الداخلية للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية علمًا أنّها لا تصبح نافذة إلاّ إذا أقرّتها الدولة وتضمنتها تشريعاتها[6].

---

1 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ص 220، 224.
– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 280.

2 – LEVEL Patrice, op.cit., p. 232, 233.

3 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 280.

4 – « ***Qualifié par la CNUCED de révolution, pour de nombreux pays, le traitement NPF accorde de plein droit et bénéfice du…, à la phase antérieure à l'établissement de l'investissement, étant entendu que le traitement le plus favorable sera retenu*** ».
- HORCHANI Ferhat, Le droit international des investissements, op.cit., p. 391.

5 – عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 25.

6 – لقد أيدت هذه الفكرة بعض السوابق القضائية ومنها قرار محكمة التحكيم La cour des finances du richt في حكمها الصادر بتاريخ 7 ديسمبر 1926 التالي: « ***القانون الدولي لا ينشئ حقوقًا ولا التزامات إلا بين الدول، وأنه يخاطب الدول وحدها...لأن الأفراد يخضعون للقانون الداخلي، وإنّ المعاهدات الدولية لا تكون لها القوة الإلزامية بالنسبة للمحاكم والمواطنين إلاّ بعد دخولها إلى القانون الداخلي*** ». المرجع نفسه، ص 25. =

فتصبح بذلك الحماية الداخلية التي تكرسها الدولة المضيفة بموجب القوانين الاتفاقية[1] والوطنية هي مركز اهتمام المستثمر الأجنبي[2]، وأهم العوامل التي يعتمد عليها عند اتخاذ قرار الاستثمار في دولة دون أخرى.

فما هي الحماية المكرسة في ظل الاتفاقيات الدولية لحماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي (الفرع الأوّل)، وما هي الحماية المكرسة في ظل القوانين الوطنية (الفرع الثاني)، ثمّ كيف أنّ المزج بين نظامي الحماية الاتفاقية والوطنية يرتقي إلى درجة المثالية والكمال.

الفرع الأوّل

الحماية الاتفاقية

لم تعد حاليًا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية ومعاملة الاستثمار الأجنبي[3] تهتم بدخول الأجانب كأشخاص طبيعيين إلى إقليم الدولة المضيفة كما كان الأمر يسري في اتفاقيات الإقامة السابقة[4]، بسبب المكانة المرموقة التي حظي بها المستثمر الأجنبي في ظل التنافس الشديد على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، حيث أصبح النظام المطبق على المستثمر الأجنبي يقتضي إخضاع أمواله لحماية قانونية وفق مبدأ الحصانة التي يتمتع بها المال الأجنبي[5]، علما أنه في الوقت الحالي أصبحت المسألة مطروحة ومركزة حول حماية

=- « ***La recherche par l'Etat de la reconnaissance internationale et leur souci permanent du paraître en qualité d'Etat respectueux des droits de l'homme et des standards internationaux en ce domaine ont poussée de nombreux pays, africains notamment, à adhérer aux conventions internationales… à faire évoluer leur positions quand a la place des traités internationaux dans leurs ordonnancement juridique national*** ».

1 – تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنّ الاتفاقيات العامة والخاصّة مصدر من مصادر القانون، تصبح جزء من التشريع الداخلي بعد المصادقة عليها.

2 – SCHONARD Pascal, La protection internationale des investissements étrangers, quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueils?, Master en administration publique, Paris X, Nanterre, 2005, p. 7.

3 – لم تعد أيضًا صفة الأجنبية لصيقة بالأشخاص المستثمرة بل برأس المال الأمر الذي جعل الدولة تمنح التسهيلات لرؤوس الأموال بدلاً من منحها للأشخاص الأجانب، والمبرر الوارد على ذلك هو التمييز الوارد بين الاستثمارات في إطار المناطق الحرة أو الخاصّة...

– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 472.

4 – عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 102.

5 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 470.

ومعاملة الأموال الأجنبية، خصوصًا وأنّ فعالية الحماية الدولية مرتبطة بقيمة الالتزامات الدولية الناشئة في ظل الاتفاقيات الدولية[1]، لأنها تصطدم إلى حد بعيد بالأفكار التقليدية التي تقضي بأن الأفراد وأموالهم يضمن حمايتها ويحكمها القانون الداخلي لا الدولي.

فالمركز القانوني للدولة المضيفة كطرف ذات سيادة قد يترتب عنه صعوبات في تنظيم العلاقات العقدية مع المستثمرين الأجانب، ممّا يؤثر سلبًا على المصالح الاقتصادية للدولتين المصدرة لرأس المال والمستقطبة له على حدّ سواء، وخصوصًا عند إخضاع عقود الاستثمار للقانون الداخلي الوطني الذي يسمح في إطاره للدولة المضيفة بإمكانية إعادة النظر في العناصر التي تمّ الاتفاق عليها وتعديلها بصفة انفرادية ضماناً لمصالحها وأهدافها الاقتصادية بشكل مؤثر بصفة مباشرة وسلبية على التوازنات المالية والمصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي[2].

أمام هذه الوضعية التي جعلت المستثمر الأجنبي في تخوف مستمر من الحماية الوطنية ومدى فعاليتها وفي تردد حقيقي في اتخاذ قرار الاستثمار على حساب اتخاذ الدولة للقرار في الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية بصفة عامة[3]، وإبرام اتفاقيات ثنائية مع دولته بصفة خاصّة، اكتسبت الاتفاقيات الدولية مكانة مرموقة من خلال دورها الفعال في تحفيز المستثمر الأجنبي على الاستثمار بكلّ ثقة.

لذلك نشأت[4] وتطورت الحماية الاتفاقية مع تفتح الدولة على الاستثمارات الأجنبية وأصبحت من أهم مصادر النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية (أوّلاً)، تضمّنت وكرست

---

1 – « ***فإزاء قصور القانون الدولي العرفي في تحقيق الحماية الكافية للاستثمارات الأجنبية الخاصّة، قام القانون الدولي الاتفاقي بتكملة هذا النقص*** ».

– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 19.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 236.

3 – أكدت الدول في الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار في الديباجة حاجتها الماسة لتعضيد التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ودعم ومساهمة الاستثمار الأجنبي ومدى توقفه على رفع المخاوف المتعلقة بالمخاطر غير التجارية بالأسلوب الاتفاقي.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 236.

4 – لقد ظهرت لأوّل مرّة الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية في الدول النامية في التوصية رقم 824 (د 9) للجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخة في 1954/12/11 وفي أشغال لجنة الاستثمارات الدولية والتنمية لغرفة التجارة الدولية.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 239.

مبادئ القانون الدولي تأكيدًا على إعمالها على إقليم الدولة المضيفة دون النزول عن الحدّ الأدنى لحماية المستثمر في القانون الدولي، وكرّست ضمانات اتفاقية إضافية في إطار الحماية والمعاملة على أساس مبدأ التبادلية ومبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين (ثانيًا).

أوّلاً – نشأة الحماية الاتفاقية لأملاك المستثمر الأجنبي:

لقد عرفت نشأة الحماية الاتفاقية لأملاك المستثمر الأجنبي عدة صعوبات من حيث إرساء المبادئ والقواعد القانونية التي تضمن الحماية المنتظرة من المستثمر الأجنبي ودولته التي تتمسك بمبدأ الحرية الاقتصادية لإزالة كل القيود والعراقيل التي تواجه الاستثمار بصفة عامة وتبدد مخاوف رعاياها من كل الإجراءات التحكمية والتمييزية والتعسفية بكل أشكالها تجسيدا للمعاملة والحماية التامة والشاملة، يتجاوز من حيث الرغبات الحد الذي تم تكريسه للمستثمر الوطني من جهة[1]، والدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي التي تؤكد على حقها في ممارسة سيادتها الاقتصادية بغرض الرقابة على الاستثمار وتوجيهه بالأسلوب الذي يضمن لها تحقيق أهدافها الاقتصادية المسطرة ضمن الخطة الوطنية من جهة ثانية. هذه الصعوبات أدت إلى فشل عدّة محاولات دولية[2] في إعداد اتفاقية متعددة الأطراف لتدويل الحماية الاتفاقية وتحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة وضمان خضوع الجميع للقواعد القانونية نفسها وتغطية التباين الشاسع في المستوى الاقتصادي بين الدول المصنعة والدول النامية،

---

1 – « ***لا شكّ أنّ اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية كوسيلة لضمان الاستثمارات الأجنبيّة إنّما يرجع إلى عدم ثقة كثير من الدول المصدّرة لرأس المال في القوانين الداخليّة في الدول المستوردة لرأس المال من جانب إمكان ثباتها، لا سيما تلك القوانين الخاصّة بحماية الاستثمارات الأجنبيّة، ولا شكّ أنّ تقرير الضمانات في الاتفاقيات الدولية يزيد شعور الدولة المضيفة بالمسؤوليّة تجاه الدولة الأخرى المتفقة عند معاملتها للمستثمرين الأجانب*** ».

– هشام خالد، "نحو نظرية عامّة لضمان الاستثمارات الأجنبيّة"، مجلّة نقابة المحامين، عدد 1 و 2، مصر، جانفي–فيفري، 1991، ص ص 113، 114.

2 – وأهم هذه المحاولات نذكر فشل الدول في إعداد مشروع متعدد الأطراف حول الاستثمارات أي Accord Multilatéral sur les Investissements (AMI)، الذي لاقى رفض شديد من الدول الصناعية مثل فرنسا وكندا.

W. WALDE Thomas, Nouveaux horizon pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, Cours et Travaux, N° 2, Edition A. Pedone, Paris, 2004, p. 50.

وفي الأهداف والمصالح[1].

أ – نشأة الحماية الاتفاقية في ظل الاتفاقيات الجماعية:

تمثّل الاتفاقيات الجماعية أو المتعددة الأطراف مصدرًا هامًا لحماية المستثمر الأجنبي وأملاكه ومعاملته على إقليم الدولة المضيفة[2]، وهي حل وسط للفشل الدولي في التوصل إلى اتفاقية دولية عالمية تضم معظم دول العالم بشأن وضع الإطار القانوني العام والشامل لتنظيم ومعاملة الاستثمارات الأجنبية وحمايتها[3].

حيث إنّه ورغبة من الدول التي تتمتع بقدر كبير من التجانس من حيث الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية في تسهيل حركة رؤوس الأموال فيما بينها ومن أجل خدمة مصالحها المشتركة في تعزيز تكاملها الاقتصادي نشأت اتفاقيات دولية إقليمية أو جهوية ومن بينها:

– اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة لسنة 1956 ومنظمة التجارة الحرة الأوروبية لسنة 1960 على مستوى الدول الأوروبية.

– اتفاقية التكامل الاقتصادي لسنة 1969 بين دول أمريكا اللاتينية أو ما يعرف بمجموعة الأندين.

– اتفاقية معاملة الاستثمارات بين دول وسط إفريقيا سنة 1965.

---

1 – إنّ السبب الرئيسي في عدم التوصل إلى وضع اتفاقية دولية متعددة الأطراف يرجع في الأصل للصراع الحاد بين الأنظمة القانونية الوطنية والدولية.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 240.

– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 23.

2 – « ***L'adhésion aux traités multilatéraux est une étiquette de qualité visible et importante pour les politiques gouvernementales, celle-ci indique en effet le désir et la volonté de pendre des mesures officielles pour joindre le club des Etats civilisés*** ».
W. WALDE Thomas, op.cit., p. 50.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 240.

3 – « ***Les années 1990 ont vu émerger des traités véritablement multilatéraux relatifs aux investissements après l'échec de plusieurs tentatives, (Convention ABS-Shawcross des années 1950 – code de conduite des sociétés transnationales de l'ONU dans les années 1970. Principes directeurs non obligatoires sur les sociétés multinationales et les principes directeurs de la banque mondiale sur l'investissement étranger de 1992*** ».
W. WALDE Thomas, op.cit., p. 46.

– اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي لسنة 1981.

– اتفاقية الوحدة الاقتصادية بين الدول العربية لسنة 1957 والتي نصت في المادة الأولى منها على: « ***ضمان حرية انتقال الأشخاص ورؤوس الأموال وحرية الإقامة والعمل وممارسة النشاط الاقتصادي*** ».

– اتفاقية حماية الاستثمارات العربية وتشجيعها على الانتقال فيما بين الأقطار العربية واتفاقية تسديد مدخولات المعاملات التجارية وانتقال رؤوس الأموال بين دول الجامعة العربية لسنة 1953[1].

– اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين الدول العربية لسنة 1970 وهي أكثرها أهمية لأنها ساهمت بدرجة كبيرة في تهيئة مناخ الاستثمار للأموال العربية، إذ إنّها تقضي بمعاملة المستثمر العربي دون تمييز، بما لا يقل عن معاملة الاستثمارات الوطنية وتسويته بالمستثمر الأجنبي، وتقضي كذلك بحماية ملكية الاستثمار العربي وعدم التعرض له بالتأميم أو نزع الملكية أو المصادرة... وما يؤخذ على هذه الاتفاقية عدم الإشارة إلى كلّ أنواع الإجراءات الماسة بالملكية العقارية أو التدابير المماثلة كتجميد الأموال وغيرها على خلاف الاتفاقيات الثنائية التي ركزت على ذلك.

– تليها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية سنة 1980 والتي حاولت تدارك القصور الذي يعتري الاتفاقيات السابقة فجاءت شاملة نوعًا ما وأكثر تفصيلاً وضمانًا[2]، حيث اعترفت للمستثمر العربي بالحدّ الأدنى من المعاملة، مع إمكانية منح معاملة تفضيلية بصفة جوازية، تتجاوز إثرها الحدّ الأدنى لاعتبارات معينة كأهمية المشروع بالنسبة للاقتصاد الوطني للدولة المضيفة. كما تضمن له حماية فعالة من الإجراءات التي تمس بالملكية بكلّ صورها في المادة 1/9 منها. وهي بمثابة حصانة قانونية للأموال، حيث تفرض في حالات استثنائية اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات للحصول على مقابل النزع جبرًا للضرر، فضلا عن الضمانات المتعلقة بإحالة المستثمر على المؤسسة

1 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 457 وما بعدها.

2 – صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–306، مرجع سابق.

العربية لضمان الاستثمار لضمان حقه في التعويض[1].

كما تمّ إبرام اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمارات بين دول اتحاد المغرب العربي بتاريخ 23 جويلية 1990، لتضافر الجهود في منح الاستثمارات المغاربية ضمانات كافية وحماية قانونية شاملة تهدف إلى تدفق رؤوس الأموال ما بين دول المغرب العربي[2].

هذا إلى جانب مجموعة أخرى من الاتفاقيات المتعددة الأطراف الأكثر عالمية من السابقة، ومن بينها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى المؤرخة في 8 مارس 1965 والتي تمّ على إثرها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الذي يهدف إلى تقديم خدمات التوفيق والتحكيم والمساهمة في تحسين مناخ الاستثمار وحماية الملكية من خلال السوابق القضائية التي أقرّ من خلالها المركز في عدّة مناسبات حق المستثمر الأجنبي في حماية ملكيته من كلّ الإجراءات التحكمية والتعسفية مهما كان نوعها.

ثمّ الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 1985 والتي تهتم بتقديم ضمانات مالية من خلال عقود الضمان الدولية ضد كلّ المخاطر غير التجارية التي تتعرض لها أموال المستثمرين في إقليم الدولة المضيفة.

ثمّ منظمة التجارة الدولية لسنة 1994 التي خصصت اتفاقًا لتنظيم إجراءات الاستثمار المرتبطة بتجارة السلع والتي تعلّق مسألة الانضمام إليها على المفاوضات التجارية متعددة الأطراف والخاصّة بالإجراءات المرتبطة بالاستثمار والتجارة، منها تحرير الاستثمار ومعاملة الأجانب وحماية ملكياتهم... حيث تعتبر قواعد هذه المنظمة من أهم الجهود المبذولة على المستوى الدولي في مسألة تطوير الإطار القانوني الشامل لمعاملة الاستثمارات الأجنبية وخصوصًا الملكية[3].

---

1 – صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 72–16، مرجع سابق.

2 – صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90–420، مرجع سابق.

3 – حيث جاء في ديباجة هذه الاتفاقية ما يلي:

« ***إنّ هذه القواعد... تكون خطوة أخرى في عملية التطور التي تستهدف فيها عدّة جهود دولية إقامة مناخ مشجع للاستثمار، ومتحرر من المخاطر غير التجارية في الدول كلّها من أجل تقوية ثقة المستثمرين الدوليين*** ».

– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 465.

ب – الحماية في ظل الاتفاقيات الثنائية:

لم تُثر حماية الاستثمارات الأجنبية وخصوصًا فيما يتعلق بالملكية العقارية للمستثمرين الأجانب في الماضي حاجة قانونية لإبرام المعاهدات الثنائية الخاصّة بالاستثمار، نظرًا لكون النظام القانوني لها مرتبطًا في نشأته التاريخية بالنظام القانوني للأجانب، حيث إنّ حماية الأجانب تشمل بالضرورة حماية المستثمرين باعتبارهم فئة معتبرة. وكانت المصادر القانونية التي تحميهم هي القواعد نفسها التي تنظم الوضع القانوني للأجانب عمومًا، ومن بينها التشريعات الوطنية والعرف الدولي والاتفاقيات الثنائية التي كانت تبرمها الدول المضيفة مثل معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة، ومعاهدات الإقامة واتفاقيات التعاون العامة[1].

وما كان مأخوذًا على هذه الاتفاقيات التقليدية هو أنها تتضمن قواعد تتميز بالعموم وعدم التحديد لأنها لم تواجه المستثمرين الأجانب بصفة خاصّة، فضلا عن أنها كانت تستهدف بصفة خاصّة تطبيق مبدأ حرية التجارة على الاستثمارات الأجنبية الخاصّة[2] من جهة، وعدم استيعابها للتطور السريع للعلاقات التجارية الدولية في ظل الاستثمارات الأجنبية بسبب عجزها عن مواجهة الإشكالات الجديدة التي تطرحها النشاطات الاقتصادية الاستثمارية المعاصرة، من جهة أخرى، الأمر الذي أدى بالدول إلى التخلي عن هذا النوع من الاتفاقيات والدخول في نوع جديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية في بداية الخمسينيات بصفة مكثفة[3]، على حساب الاتفاقيات الجماعية باعتبارها أكثر نجاعة منها[4].

---

1 – علي كريمي، مرجع سابق، ص 24.

2 – SALEM Mahmoud, op.cit., p. 594.
- KHALILIAN Khalil, op.cit., p. 75.

3 – بدأت الدول تبرم هذه الاتفاقيات في بداية الخمسينيات وأوّل اتفاق تمّ بين ألمانيا الغربية وباكستان عام 1959، تمّ بين سويسرا وتونس عام 1961.
– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 453.

4 – « ***إنّ الثابت من العمل الدولي أنّ الاتفاقيات الدولية الثنائية لحماية الاستثمارات الأجنبيّة كانت أكثر نجاعة من الاتفاقيات الجماعية، لأنّ تحقيق الاتفاق بين عدد من الدول حول مسألة معيّنة ليس بالأمر السهل تحقّقه الآن*** ».
– هشام خالد، نحو نظرية عامّة لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 114.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الدول المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية خصوصًا الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية قد قامت بإعداد نماذج لاتفاقيات ثنائية دولية لحماية وتشجيع الاستثمارات فيما بين الدول المتعاقدة لتكون أساسًا للتفاوض مع الدول المستضيفة للاستثمارات الأجنبية[1]. وقد تأكد ذلك في وثيقة منظمة OCDE المؤرخة في 12 أفريل 1967، التي جاء فيها ما يلي:

« ***Il est en effet possible d'évoquer certains points communs généralement contenus dans les textes car ils reposent tous sur un "modèle" de convention très fortement utilisé dans les négociations par les Etats exportateurs et élaboré au niveau de l'OCDE*** »[2] .

وهو الأمر الذي نلحظه من خلال تصفحنا لمعظم الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر ومختلف الدول الأجنبية، حيث شدة التشابه تصل إلى درجة إمكانية اعتبار بعضها البعض نسخة طبق الأصل من حيث المضمون.

فعمومًا، تضمنت الاتفاقيات الثنائية الحماية العامة والضمان الشامل لأشخاص وأموال المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة، ومن الإجراءات التي يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة أو أحد رعاياها أو سلطاتها مهما كانت طبيعتها، لذلك سميت بمعاهدات الغطاء أو الاتفاقيات المظلة. وأهم ما يمس الاتفاقيات الثنائية أنها تضمن إرساء القواعد القانونية التي تنص على كافة الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي وكلّ الامتيازات الممنوحة له في إقليم الدولة التي تستضيفه تكملة للحقوق والالتزامات والامتيازات المنصوص عليها في بنود عقد الاستثمار الذي أبرمته إحدى الدول الطرف في الاتفاقية مع المستثمر الذي ينتمي بجنسيته للدولة المتعاقدة الأخرى، ومعززة لمركز المستثمر الأجنبي وأملاكه.

بحيث تصبح الاتفاقيات بهذا الشكل بمثابة غطاء تتحول بمقتضاها الالتزامات الواردة

---

1 – SCHONARD Pascale, op.cit., p. 7.

2 – استمدت الاتفاقيات الدولية مضمونها من مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية الذي عقدته منظمة التعـــاون الاقتصادي والتنمية سنة 1967.

Voir : Document OCDE N° 23081 du 12 Avril 1967.

نقلا عن: صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 455.

في عقد الاستثمار إلى التزامات دولية[1]، يترتب على الدولة، بمجرّد المساس بمضمونها بتعديلها أو إلغائها بالقانون الداخلي، تحريك مسؤوليتها الدولية.

كما تتميز الاتفاقيات الدولية الثنائية بنوع من المرونة والسهولة في الالتزام بمضمونها لأنها تستجيب لحماية رعايا وأموال الطرفين المتعاقدين وتراعي ظروفهما المشتركة، وذلك بسبب سهولة عملية التفاوض في إرساء قواعدها وبنودها[2].

أما من حيث موقف الفقه، فرغم إقراره أنّ الاتفاقيات الثنائية ترسي وتحدد بدقة حماية قانونية للمستثمر الأجنبي وخصوصًا فيما يتعلّق بالحماية القانونية للملكية بكلّ أصنافها، إلاّ أنه ينكر البعض أنها تساهم في إرساء قواعد قانونية عامة بشأن الاستثمارات الأجنبية، ومن بينهم صفوت أحمد عبد الحفيظ الذي يقول ما يلي: « ***إنّ الضمانات الخاصّة التي تقرّرها هذه الاتفاقيات الثنائية تمثّل في الحقيقة معاملة تفضيلية، من جانب الدولة المضيفة، تعبّر عن حاجتها الملحة لرأس المال الأجنبي، وتقتصر آثارها العملية على الإطار الاتفاقي ولا تتعداه إلى إرساء قواعد قانونية عامة جديدة بشأن معاملة الاستثمارات الخاصّة*** ».

ثانيًا – ضمانات الحماية الاتفاقية:

لعبت الاتفاقيات الدولية دورًا فعالاً في تعزيز الحماية الدولية التي كرستها المجموعة الدولية لحماية المستثمر الأجنبي وأمواله على إقليم الدولة المضيفة، وهي جزء لا يتجزأ من المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لأنها تتضمن مجموعة من الالتزامات التي تتعهد من خلالها الدول المتعاقدة باحترامها من أجل تشجيع وترقية الاستثمار تحقيقًا للتنمية الاقتصادية للدول المتعاقدة[3]، حيث كرّست بالإضافة إلى تبنّيها لمبادئ القانون الدولي

---

1 – « … ***Seuls les traités inter-étatiques sur la protection des investissements peuvent assurer à l'investissement la sécurité à la quelle tout naturellement il aspire que ce soit dans le cadre de contrats conclus entre un investisseur personne privée et un Etat ou dans le cadre d'un contrat entre deux personnes privées*** ».

نقلا عن: عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 247.

2 – لكن رغم الدور الأساسي الذي تلعبه الاتفاقيات الثنائية في إرساء نظام تحفيزي لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية لكمالية وشمولية نظام الحماية الذي تضمنه للاستثمارات الأجنبية، تبقى الجزائر في مرتبة متأخرة بالنسبة للعدد الضئيل للاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها بالمقارنة مع الدول الأخرى مثل تونس والمغرب.

3 – علي كريمي، مرجع سابق، ص 46.

- SALEM Mahmoud, op.cit., pp. 618, 619.

ضمانات جديدة اتفاقية لسدّ الثغرات والنقائص التي مسّت نظام المعاملة والحماية[1]، تتمثّل في ضمان حماية ملكية المستثمر الأجنبي بناءً على مبدأ المعاملة بالمثل إعمالاً لمبدأ التبادلية (أ)، وبموجب مبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين باعتباره مبدأً ذا نشأة اتفاقية (ب).

أ – ضمان الحماية الاتفاقية على اساس مبدأ التبادل:

يعتبر مبدأ التبادل أو المعاملة بالمثل الركيزة الأساسية التي تبنى عليها أسس المعاملة بين الأطراف المتعاقدة في إطار الاتفاقيات الدولية[2]، تسعى إثرها الأطراف المتعاقدة بناءً على أسلوبها التفاوضي إلى منح رعاياها المقيمين على إقليم الدولة الأجنبية أكبر قدر من الحقوق والضمانات والحماية المقررة في قواعد القانون الدولي[3] تؤدي في الكثير من الحالات إلى منح تنازلات ذات أهمية بالغة بالنسبة لحماية الملكية العقارية والصناعية الأجنبية، لضمان خضوع رعاياها بدورهم للحماية نفسها بناءً على مبدأ التبادل، ويقول هشام خالد في هذا الصدد ما يلي:

« ***إنّ تقرير الدولة لمبدأ التبادل في معاملة الأجانب من شأنه في الواقع حث الدول الأجنبية على زيادة الحقوق التي تمنحها لرعايا هذه الدول حتّى تكفل هذه الدول لرعاياها نفس الحقوق*** »[4].

وينقسم التبادل من حيث المضمون إلى عدّة أنواع، قد يكون تبادلاً تطابقيًا أي "الحق بالحق" بمفهوم "Droit pour droit"، والذي مفاده أن يتمتع المستثمر الأجنبي التابع للدولة الأولى بحقوق وضمانات مطابقة لتلك التي يتمتع بها مستثمرو الدولة الثانية، أن يكون الأداء الذي تلتزم به إحدى الدول مماثلاً لأداء الدولة الأخرى ضمن إطار الاتفاقية، كأن تلتزم

---

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 266.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 72.

2 – يعد مبدأ التبادلية من المبادئ الأساسية للعلاقات الدولية يسمح بتجسيد فكرة المساواة بين الدول كأشخاص القانون الدولي، ويساعد على تطبيق مضمون الاتفاقيات الدولية، لأنه يحقق نوعًا من العدل والتوازن في العلاقة العقدية.

3 – « ***مبدأ التبادل أهم الوسائل المستخدمة لرفع الحدّ الأدنى من الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة، فنطاق العمل بالتبادل يتحدد في القدر الزائد عن الحدّ الأدنى الذي تفرضه مبادئ القانون الدولي*** ».

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 237.

4 – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 78.

الأولى في مواجهة إجراءات نزع الملكية بمنح ضمان دفع تعويض مسبق لمستثمر الدولة الثانية، إذا التزمت هذه الأخيرة بمنحه لرعايا الأولى[1].

كما يمكن أن يكون التبادل بين الدولتين المتعاقدتين تعادليًا، والمقصود به " La réciprocité par équivalence" والذي يدفع بالدولتين المتعاقدتين اللتين تمنحان ضمانات في الحماية والمعاملة قد تذهب إلى حدّ منح الحقوق حقًا بحق، بشكل يحقّق توازنًا حسابيًا من حيث عدد الحقوق المتبادلة، وهنا لا يمكن أن تتمتع رعايا الدولة المتعاقدة الثانية بحقوق لا يتمتع بها رعايا الدولة المتعاقدة الأولى على إقليمها، الأمر الذي يستبعد تمامًا فكرة الغبن في التمتع بالحقوق بالنسبة لكلّ رعايا الدولتين[2]، لأنه في التبادل على أساس التعادل تعلق الدولة مسألة تمتع المستثمر الأجنبي الموجود على إقليمها بحقوق معينة يتم الاتفاق عليها مع دولته على مدى حصول رعاياها المقيمين في إقليم هذه الأخيرة على الحقوق نفسها، إلاّ أنه تجدر الإشارة إلى أنّ المقصود بالتعادل في تبادل الحقوق ليس منح الحقوق نفسها بمعنى الكلمة، بل التعادل في الأهمية حتّى وإن كانت تلك الحقوق غير متطابقة[3].

كما يمكن أن يكون التبادل بتعداد الحقوق، حيث تحمل الاتفاقية المبرمة على عاتقها الالتزام بذكر كلّ الحقوق محل التبادل بصريح العبارة، وترك مسألة ممارستها وكيفية تحديدها للقوانين الداخلية للدول الأطراف، لكن بالتمعن في كيفية تنظيم هذه الحقوق في القوانين الداخلية وحدود ممارستها يوجد اختلال فعلي في التوازن بين هذه الحقوق من دولة لأخرى يفرضه الاختلاف الموجود في المستوى الاقتصادي للدول من جهة، والاختلاف في القوانين الداخلية من جهة ثانية، الأمر الذي يدفع بالدول المتعاقدة حاليًا إلى التفصيل في مسألة تعداد الحقوق وحدود كلّ حق من الناحية الموضوعية وطرق ممارستها في إطار الاتفاقية المبرمة.

---

1 – فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأوّل في النظرية العامة والجنسية ومركز الأجانب، القاهرة، 1962، ص ص 288، 289.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 79.

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 242.

2 – « ***إنّ تبادل الحق بالحق يفترض توازنًا محكما بين ما تأخذه الدولة وما تعطيه*** ».

– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 242.

3 – فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 536.

وقد تمتد أيضًا المعاملة بالمثل إلى التبادل على أساس تشبيه الأجانب بالوطنيين[1] باعتباره من أهم المبادئ المستقرة في القانون الدولي لأنه يشجع كثيرًا وبشكل فعلي في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية باعتباره الهدف الأوّل والأخير لكلّ هذه التنازلات، لخضوع الاستثمارات من حيث المعاملة والحماية والضمانات لما يخضع له المستثمر الوطني[2]، أو قد تمتد هذه المعاملة التبادلية إلى إعمال مبدأ الدولة الأولى بالرعاية رغم أنّ الدولة المستفيدة لم تكن هي المقصودة، لأنه مبدأ يضطر الدولة الملتزمة به بمنح الدولة المستفيدة كافة المزايا التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية[3]، من حماية ومعاملة وضمانات.

ورغم انتقاد الحماية الاتفاقية في مجال المبدأ الذي تبنى عليه وهو "التبادلية" الذي يعني حماية وتشجيع الاستثمارات بصفة متبادلة ما بين الدولتين المتعاقدتين، لأنها فكرة وإن كانت صحيحة من الناحية القانونية والعملية إذا كانت الدولتان المتفقتان من المستوى الاقتصادي نفسه، فهي مستحيلة بالنسبة لدولتين الأولى متطورة ومتقدمة والأخرى من دول العالم الثالث[4]، لأنّ استفادة هذه الأخيرة تصبح محدودة أو عديمة مقابل التنازلات التي تقدّمها لرعايا وأموال مستثمري الدولة الأخرى[5].

غير أنه نصت معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر على الطابع التبادلي لقواعد ومبادئ المعاملة والحماية الاتفاقية لرؤوس أموال كلّ دولة على إقليم الدولة الأخرى[6]. ونذكر من بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وألمانيا، التي نصّت في ديباجتها على أنّ التشجيع والحماية بين الدولتين يكون متبادلاً، والاتفاق المبرم بين الجزائر وسويسرا

---

1 – فضمان المعاملة الوطنية المقررة في القانون الدولي لا تمنع الدولة من منح حماية تفضيلية لمواطنيها لخدمة المصلحة العامة للوطن، أما ضمانها بموجب الاتفاقيات فيعني التأكيد على القوة الإلزامية للمبدأ وثبات المسؤولية عن عدم الالتزام به على أساس أنه التزام اتفاقي تعاقدي.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 264.

3 – هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 247.

هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 79.

4 – صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 455.

5 – SCHONARD Pascale, op.cit., pp. 18, 19.

6 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 264.

الذي يؤكد إعمال المبدأ نفسه في ديباجته، ويؤكد كذلك على أن الطرفين يلتزمان بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية لترقية الازدهار الاقتصادي للدولتين بصفة متبادلة[1].

ب – ضمان مبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين:

تضمنت معظم الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع الدول في إطار التشجيع والحماية والمعاملة الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية مبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين، مفاده حماية الاستثمارات الأجنبية حماية كاملة وتامة وتأمينًا كاملاً وتامًا من كلّ الإجراءات التي يحتمل أن يتعرض لها على إقليم الدولة المضيفة سواء التعسفية أو التحكمية من جهة، أو المشروعة كنزع الملكية والتأميم باعتبارها إجراءات تدخل في صميم اختصاصاتها السيادية المعترف بها دوليًا تحت طائلة بطلانها – كقاعدة عامة – إن لم تستوف الإجراءات الشكلية والموضوعية المكرّسة لاستكمال فكرة الحماية والأمن التامين والكاملين، والمتمثلة في شرط النزع لتحقيق المنفعة العمومية دون أي تمييز بين المستثمرين، مقابل دفع تعويض عادل ومناسب وفعلي جبرًا للضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي المجرّد من أملاكه، دون أن يكون ذلك منعًا مطلقًا كاستثناء على القاعدة العامة في الحالات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، يعرّفه SCHONARD Pascale على أنه:

« ***La sécurité pleine et entière des investissements étrangers signifie que l'Etat hôte a l'obligation de prendre toute mesure utile et nécessaire pour protéger l'investissement de la destruction et de la spoliation, même par des tiers. Cela ne requiert certes pas, une garantie de sécurité absolue, l'inaction totale des autorités face à un danger imminent pour l'investissement ou l'absence de poursuites lors d'infractions commises à son encontre seraient cependant sans doute incompatibles avec l'obligation*** »[2] .

---

1 – وقد نصّت تقريبًا معظم الاتفاقيات الثنائية على فكرة التبادلية والمعاملة والضمانات والتحفيزات تشجيعًا وحماية لهذه الاستثمارات ومن بينها نذكر:

ما ورد في ديباجة الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا كما يلي: « ... ***واقتناعًا بأن التشجيع والحماية المتبادلة لهذه الاستثمارات تساهم في تحفيز عمليات تحويل رؤوس الأموال والتكنولوجيا بين الدولتين في إطار المصلحة المشتركة لتنميتها الاقتصادية*** ».

وما ورد في ديباجة الاتفاق المبرم بين رومانيا والجزائر كما يلي: « ***رغبة منهما في تدعيم التعاون الاقتصادي بينهما... اعترافًا بضرورة التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لحق تحويل التكنولوجيا، رؤوس الأموال وخلق مناصب الشغل للمصلحة المشتركة للطرفين المتعاقدين*** ».

2 – SCHONARD Pascale, op.cit., p. 10.

فالحماية الاتفاقية بموجب هذا المبدأ تمتد إلى كلّ المخاطر التي يتخوف منها المستثمر الأجنبي، إلاّ تلك التي تخرج عن نطاق رقابة الدولة المضيفة كحالات القوة القاهرة أو العصيان المدني.

ويختلف مبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين عن باقي المبادئ المكرسة في القانون الدولي والمعتمدة في القانون الاتفاقي كمبدأ المعاملة الوطنية والمعاملة العادلة والمنصفة ومعاملة الدولة الأكثر رعاية، لأنه مبدأ اتفاقي يتم تحديد مضمونه في إطار الاتفاقيات الدولية الأمر الذي يجعله قابلاً للتغيير بالزيادة أو النقصان، وذلك حسب إرادة ومصالح الأطراف المتعاقدة، في حين المبادئ سابقة الذكر هي مبادئ إلزامية في المعاملة في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمارات ساهمت في منع الدولة من النزول عن الحدّ الأدنى للحماية الدولية المكرسة للأجانب وأموالهم باعتبارها معيارًا لقياس درجة الحماية الممنوحة.

كما أنه، حتّى وإن كان المبدأ من حيث التسمية[1] مختلفًا عن باقي المبادئ المكرسة لحماية وأمن الاستثمارات الأجنبية فهو لا يستبعدها، لأنه جاء بصيغة العموم، بحيث تضمن الدول الأطراف من خلاله أكبر قدر من الضمانات في المعاملة والتحفيز... لكي تكون كاملة وتامة، فتستدرج حتّى إلزامية إعمال المبادئ الثلاثة للقانون الدولي.

بل إنّ الصيغة العامة للمبدأ تطرح نوعًا من المشاكل فيما يخص حدوده التي لا يجدر بالدولة المضيفة النزول عنها حتّى لا تكون مخالفة لمضمونه من حيث الكمال والتمام، وهنا إحالة أخرى للحماية المقررة في إطار القانون الدولي للاستثمار فيما يعرف بالحدّ الأدنى للحماية والمعاملة المكرسة للمال الأجنبي Standard minimum، الأمر الذي يجعل الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية في ارتباط مستمر بالحماية الدولية التي أقرّت أهم ضمان للمال الأجنبي وهي الحدّ الأدنى للحماية.

وقد ورد مبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين في كلّ الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، ومنها الاتفاق المبرم مع المجلس الفيدرالي السويسري في نصّ المادة 1/4 كما يلي: « ***تمنح في كلّ وقت الاستثمارات وعائدات مستثمري كلّ طرف متعاقد، معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بحماية وأمن تامين وكاملين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر...*** ». وورد

1 – يختلفان أيضًا من حيث المصدر، فمبدأ الحماية والأمن التامين والكاملين لم يرد في قواعد القانون الدولي ولا في العرف الدولي، وهو من أصل اتفاقي.

أيضًا في الاتفاق المبرم بين الجزائر ومصر في نصّ المادة 1/5 التي نصّت على أنه: « ***تتمتع استثمارات مواطني أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين إلى جانب عوائد هذه الاستثمارات المنجزة على الإقليم أو المنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر بحماية وأمن كاملين*** »[1].

الفرع الثاني

الحماية الوطنية

لقد نشأت الحماية الوطنية للاستثمارات الأجنبية وتطورت بتطور موقف المشرّع الجزائري من الاستثمارات الأجنبية[2]، وذلك في ظل كلّ القوانين المتعلقة بالاستثمار الأجنبي والتي تتضمن أحكامًا قانونية تؤطر النشاط الاستثماري بصفة خاصّة أو عامة. فرغم الحواجز النظرية والإيديولوجية التي وقفت حاجزًا أمام نظام الحماية المكرسة للملكية العقارية في الدول التي تمجد الملكية الجماعية على حساب الملكية الخاصّة، وتجعلها مظهرًا من مظاهر السيادة الاقتصادية واتخاذ القرار[3]، كالدولة الجزائرية سابقا، حدث تغير جوهري وسريع في أقل من عشرية في صلب التشريعات الوطنية حملتها من حماية نظرية إلى حماية فعالة، في إطار ما يسمى بالمناخ الاستثماري التحفيزي للأجانب[4]. وقد تجسدت الحماية الوطنية في إطار النصوص القانونية الدستورية والتشريعية (أوّلا). وفي إطار الحماية القضائية من خلال دور القاضي في الرقابة على أعمال الإدارة (ثانيًا) لكن أمام الأشكال

---

1 – ورد هذا المبدأ أيضًا في الاتفاقيات التالية:

المادة 1/4 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

المادة 1/4 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والصين الشعبية، مرجع سابق.

المادة 2/2 الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال، مرجع سابق.

المادة 1/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية، مرجع سابق.

2 – إنّ تطور حماية الاستثمارات الأجنبية يعني بالضرورة تطور حماية الملكية العقارية لأن الملكية هي الكيان الاقتصادي للمشروع الاستثماري.

Voir: VELLAS Pierre, op.cit., p. 23.

3 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 23.

4 – « ***Il s'agit ici de privilégier le développement économique par l'appel à l'investissement international. Pour ce faire, le droit interne doit encourager, et non déccourager l'investisseur international: Il doit donc instaurer ou restaurer un climat favorable***… ».
- CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, droit international économique, op.cit., p. 474.

الأخرى للحماية أي الحماية الدولية والاتفاقية، نتساءل عن الطبيعة القانونية للالتزامات المتعلقة بالحماية الواردة في النصوص الوطنية، أو عن القيمة القانونية الدولية لنصوص التشريع الداخلي التي تقرر حماية للاستثمارات الأجنبية (ثالثاً).

أوّلا – الحماية القانونية:

لقد كرّس المشرّع الجزائري حماية قانونية دستورية وتشريعية لملكية المستثمر الأجنبي العقارية منذ صدور أوّل قانون للاستثمارات الأجنبية، وذلك بسبب تبنيه لمبادئ القانون الدولي التي يضمن الحدّ الأدنى من الحماية والمعاملة للأموال الأجنبية على إقليم الدولة المضيفة، هذا من جهة، وتجسيدًا لدسترة مبدأ حماية الملكية الخاصّة من جهة ثانية[1].

وقد نص أوّل دستور صدر سنة 1976[2] على أنّه: « ***لا يتم نزع الملكية إلّا في إطار القانون ويترتب عنه أداء تعويضي منصف*** ». وذلك من أجل مباشرة السلطات الإدارية المختصة إجراءات نزع الملكية أو مصادرتها بصفة قانونية حماية للملكية الخاصّة من تعسفها في استعمال صلاحيتها أو سلطتها في استرجاع الممتلكات لدواعي الصالح العام، أو في اللجوء لهذه الإجراءات بأسلوب غير مشروع أو غير قانوني، مع فرض أداء التعويض كطريقة لجبر الضرر ومحو كلّ آثاره.

غير أنها حماية مقتصرة على الملكية الخاصّة غير المستغلة لأن المؤسس أو المشرّع الدستوري قد ميز بين الملكية المستغلة والملكية غير المستغلة، والقواعد الخاصّة بحماية الملكية لم يتم ضمانها سوى لفائدة الملكية الخاصّة غير المستغلة " Propriété privée non exploiteuse"، هذا إلى جانب كون الأحكام الخاصّة بالملكية قد تمّ إدراجها ضمن الفصل الخاص بالاشتراكية وليس ضمن الأحكام الخاصّة بالحقوق، وذلك لارتباط المواقف المتعلقة بحماية الأملاك الخاصّة وخاصّة الأجنبية منها بالإيديولوجيات السائدة في تلك الفترة، الأمر الذي يجعلنا نكيف الحماية المكرسة للملكية الخاصّة بأنها حماية ضعيفة في المرحلة السابقة لحملة الإصلاحات.

---

1 – « ***النصوص الدستورية تحظر نزع الملكية دون دفع تعويض عادل، ولا شك أنّ أخذ التعويض العادل عن هذه الملكية... يعد ضمانة مطلوبة من المستثمر الأجنبي*** ».

– هشام خالد، نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 118.

2 – أمر رقم 76–97، مرجع سابق.

تأكدت هذه الحماية بعد ذلك في كلّ من الدستورين الصادرين في 1989 و1996 بموجب المادة 20 الواردة فيهما بنفس المضمون كما يلي: « ***لا يتم نزع الملكية إلّا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف*** ».

لكن من خلال هذا النصّ الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي لا تشمل فقط إلزامية قيام السلطات المعنية بالإجراءات في إطار القانون، بل تمتد إلى ما بعد مباشرة الإجراءات من خلال فرضه وجوبًا أداء التعويض للمستثمر الأجنبي عن كلّ ما فقده من أموال بالمواصفات المعتمدة دوليًا، وهي المناسب القبلي والعادل والمنصف، لتكون قيمة التعويض قادرة على تغطية الخسائر وكلّ آثارها وجبر الضرر.

أما في إطار قوانين الاستثمار الأولى فقد وردت أحكامًا كثيرة تقضي بحماية ملكية المستثمر الأجنبي، وقد نصت المادة 6 من القانون رقم 63-277[1] المتضمن قانون الاستثمارات على ما يلي: « ***لا يتم نزع الملكية إلّا في إطار الأحكام القانونية، وعندما يكون مقدار الفوائد الصافية قد وصل إلى مبلغ رأس المال المستورد والمستثمر، وكلّ نزع للملكية يترتب عنه منح تعويض عادل*** ».

يضمن المشرّع من خلال هذا النصّ حماية إجرائية، من خلال التأكيد على أنه لا تتم إجراءات نزع الملكية إلاّ لتحقيق المنفعة العمومية ووفق الإجراءات القانونية ومقابل تعويض عادل عن حرمان المستثمر من أملاكه، هذا إلى جانب منع الإدارة من اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية إلاّ بعد أن يحقق المستثمر مقدارًا من الفوائد والأرباح مساويًا لمقدار رأس المال المستَثمَر وهي من أهم الضمانات التي كرسها لحماية المستثمر الأجنبي في تلك المرحلة.

أما في الأمر رقم 66-284[2]، فقد نصّ المشرّع في المادة 8 على ما يلي: « ***في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات تنتفع من أحكام هذا القانون، فلا يمكن إقرار تدبير كهذا إلّا بموجب نصّ ذا صبغة تشريعية وقد يشمل ذلك التدبير بحكم القانون استثناءً لهذا الأمر دفع تعويض...*** ». والتدبير المقصود في هذا النص هو التأميم لأنه الإجراء الوحيد الذي يصدر بموجب نصّ تشريعي.

1 – قانون رقم 63-277، مرجع سابق.

2 – أمر رقم 66-284، مرجع سابق.

أما في إطار القانون المدني، فقد وردت بعض النصوص التي تقضي بحماية الملكية الخاصّة بصفة عامة من الإجراءات التي تمس بها، حيث نصّت المادة 1/677 على أنه: « ***لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلاّ في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون*** ». وهي أحكام عامة ومجرّدة تواجه كلّ الملاك الخواص الوطنين والأجانب لتصبح الحماية القانونية للملكية الخاصّة قاعدة عامة، بغض النظر عن جنسية صاحب الملكية[1].

وبعد مرحلة الإصلاحات الاقتصادية التي تبنت فيها الجزائر الاستثمار الأجنبي كحلّ لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية وكوسيلة لاستقطاب رؤوس الأموال[2]، تواصلت المساعي الحميدة للدولة في تبني وتكريس مبادئ القانون الدولي[3]، فيما يتعلق بالحماية والمعاملة والضمانات[4]، حيث نصّ القانون الخاص المتعلق بنزع الملكية الخاصّة للمنفعة العامة رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 في المادة 2 على أنه: « ***يعد نزع الملكية من أجل***

---

1 – هشام خالد، نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 119.

2 – « ***لقد سعت كلّ الدول العربية تحت ضغط الحاجة إلى موارد التمويل إلى إصدار تشريعات وطنية تهدف في عمقها إلى طمأنة رأس المال العربي المستورد بالنسبة إلى المخاطر السياسية المرافقة لسياسات التنمية، ومنحه امتيازات مغرية***... ».

– علي كريمي، مرجع سابق، ص 73.

3 – « ***إنّ التشريع الجزائري في مجال التأميم ونزع الملكية يكرس المبادئ العامة للقانون الدولي في هذا المجال والمتمثلة في شرط المصلحة العمومية واحترام مبدأ شرعية الإجراءات إلى جانب شرط عدم التمييز، وإذا كانت بعض المسائل التي لها صلة بحماية الملكية الخاصّة الأجنبية غير واضحة في الدستور والنصوص التشريعية والتنظيمية، فإنّ القواعد الواردة في الاتفاقيات الخاصّة بحماية الاستثمارات تتضمن كلّ التفاصيل وكلّ الشروط الضرورية لحماية المستثمرين الأجانب*** ».

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 180.

4 – تجدر الإشارة إلى أنّ القوانين الجزائرية التي صدرت بعد التعديلات والإصلاحات لم تشر بتاتاً إلى التأميم، بسبب تبني سياسة الانفتاح الاقتصادي ومبادئ النظام الليبرالي المبني على الحرية الاقتصادية والملكية الخاصّة. غير أن بعض اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الوكالة الوطنية الجزائرية قد أشارت إلى إجراء التأميم. بناءً على طلب من المستثمر الأجنبي أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام هذه الاتفاقيات ومنها نذكر اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) وشركة أقواس دو سكيكدة (ADS)، التي نصّت في المادة 3/7 منها بعنوان التأميم على أنه: « ***لا يكون تأميم شركة المشروع إلاّ بمقتضى نصّ قانوني طبقًا للمادة 678 من القانون المدني*** ». ج.ر عدد 07، مؤرخة في 28 جانفي 2007.

المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلّا إذا أدى انتهاج كلّ الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية ».

من خلال النصّ، أصبحت إجراءات نزع الملكية استثنائية تلجأ إليها الدولة عند تعذّر الحصول على الأموال بالأساليب الرضائية كالبيع أو الإيجار أو التبادل[1]، وأن لا يتم ذلك إلاّ لتحقيق المنفعة العمومية ومقابل دفع تعويضي ودون أي تمييز.

كما نصّ كذلك المشرّع في الأمر رقم 01-03[2] الملغي للمرسوم التشريعي رقم 93-12[3] المتعلق بالاستثمار، على أنه لا يجوز الاستيلاء المؤقت على أملاك المستثمر الأجنبي إلا باتباع الإجراءات القانونية ومقابل تعويض عادل.

وعليه يمكن أن نقول أنّ المشرّع الجزائري يحاول إحاطة الملكية الخاصّة بصفة عامة بالحماية الإجرائية والموضوعية لضمان عدم تعسف السلطات المختصة عند استرجاعها لدواعي الصالح العام، حيث فرض عليها أن تكون المنفعة العمومية محققة وفعلية وأن يتم تقديرها حسب المصلحة الوطنية، وأن تصدر بموجب قرار يبلغ وينشر وقابل للطعن فيه أمام القضاء الإداري، ثمّ فرض على الهيئة المعنية بالنزع عدم وضع اليد على المشروع قبل إيداع مقابل التعويض لدى الخزينة العمومية كضمان لاستيفاء الشخص المجرّد من ملكيته لحقوقه في التعويض لحمايته من تراخي الدولة في دفعها له أو تأخيرها في ذلك حماية لمصالحه الاقتصادية[4].

---

1 – وقد أكدت زروقي ليلى في هذا الصدد ما يلي: « ***القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية جاء تكريسًا للمبادئ التي تبناها الدستور... وللأحكام التي تضمن أكثر حماية للأفراد ولممتلكاتهم وتقيد سلطة الإدارة في استعمال الطرق الجبرية لإرغامهم على التنازل عن ممتلكاتهم خارج نطاق المنفعة العمومية بمفهومها التقليدي طبقًا لمبادئ النظرية الليبرالية وبعد اتباع سلسلة من الإجراءات التي نصّ عليها القانون تحت طائلة البطلان*** ».

– زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 13.

2 – نصّت المادة 16 من الأمر رقم 01-03 على أنه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلّا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به*** »، مرجع سابق.

3 – نصّت المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 على أنه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة إلّا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به*** »، مرجع سابق.

4 – وقد نصت المادة 33 من القانون رقم 91-11 على أنه: « ***كلّ نزع للملكية يتم خارج الحالات والشروط التي حددها هذا القانون، يكون باطلاً وعديم الأثر ويعد تجاوزًا يترتب عنه التعويض المحدد عن طريق القضاء فضلاً عن العقوبات التي ينص عليها التشريع المعمول به*** ».

ثانيا – الحماية القضائية:

تلزم كلّ القوانين المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني واستنفاذ كلّ طرق الطعن أمامه قبل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي[1]، ما لم يكن نص قانوني أو اتفاق آخر يخالف ذلك بينه وبين أي شخص متعامل معه[2]، لذا يكرّس المشرّع الجزائري سلطات واسعة للقاضي للرقابة على الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة لاسترجاع ممتلكات الدولة الموجودة تحت سيطرة المستثمر الأجنبي باعتبارها المالكة الأصلية، حيث يتدخل القاضي على عدّة مستويات[3]، للرقابة على مدى احترام الإدارة للشروط والقيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية أو المصادرة[4]، عبر مختلف درجات التقاضي[5].

---

1 – قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 21 ماي 1959 في قضية: "Inter habdel" أنّ شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العرفي.

Voir : Affaire interhabdel du 21 Mai 1959, in recueil C.P.J.I, 1959, p. 27.

غير أنه يجوز لأطراف الاتفاق الدولي استبعاد مبدأ استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية لاستبعاد دور القاضي الوطني وذلك بموجب اتفاق خاص أو في شرط أو اتفاق التحكيم. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 158.

2 – ومن بين هذه النصوص القانونية التي تخالف ذلك المبدأ نذكر نص المادة 58 من الأمر رقم 06–10 المؤرخ في 29 جويلية 2006 والتي تقضي بأنه: « ***يسوى كلّ خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، وفي حالة عدم التوصل إلى حلّ، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد*** ... ».

أمر رقم 06–10 مؤرخ في 29 جويلية 2006 يعدل ويتمم القانون رقم 05–07 مؤرخ في 28 أفريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد 48، مؤرخة في 30 جويلية 2006.

ونصّت أيضًا المادة 17 من الأمر رقم 01–03 على الأحكام نفسها، مرجع سابق.

3 – يتدخل القاضي للرقابة على مدى احترام الإجراءات الجوهرية كالاختصاص والآجال وتحقق المنفعة العمومية ومسائل التبليغ وحسن تقدير قيمة التعويض.

4 – يجدر الإشارة هنا إلى أنّ قرارات التأميم تصدر بموجب نصّ تشريعي، يجعلها تفلت من الرقابة القضائية، لكن بالمقابل هي قرارات قابلة للطعن أمام المجلس الدستوري، وهو أمر يطرح إشكال من حيث الطرف المخول له الحق في إحالتها على المجلس الدستوري، مع العلم أنّ المستثمر الأجنبي باعتباره صاحب مصلحة في ذلك ممنوع من ممارسة هذا الإجراء.

5 – وقد قضت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 4 أفريل 1939 في قضية شركة الكهرباء Sofia على أنه يتعين لكفاية الوسائل القضائية الداخلية اعتناق التشريع الوطني للدولة التي سببت الأضرار مبدأ تعدد درجات التقاضي، بحيث يسمح للأجنبي المضرور أن يطعن في حكم أول درجة أمام محكمة أعلى.

Voir : Recueil de C.P.I.J. – Serie A/B, N° 77, 1939, p. 79.

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 91-11 والمرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993، نجد المشرّع الجزائري قد نظم الإجراءات الواجب اتباعها من طرف الإدارة المعنية باتخاذ قرار نزع الملكية قبل إصدار قرارها بشكل تفصيلي وبصيغة الوجوب، لإجبارها على الالتزام باحترامها حماية للملاك الخواص من تعسفها أو تجاوزها لحدود سلطتها. وقد نصت عدّة مواد على سلطة القاضي في التدخل لفرض رقابته من خلال الدعاوى التي ترفع إليه للطعن في شرعية قرار نزع الملكية[1].

وتدخل ضمن اختصاصات القاضي الوطني في الرقابة على شرعية إجراءات نزع الملكية تحققه من مدى احترام السلطات المعنية قبل اللجوء إلى ذلك من مدى محاولة الإدارة اللجوء إلى الوسائل الودية القانونية الأخرى قبل الجبرية، باعتبارها إجراء استثنائي تباشره بعد الحصول على نتائج سلبية في اقتناء المال المراد نزعه، وتحققه من صدور قرار التصريح بالمنفعة العمومية حسب الشروط القانونية ثمّ تبليغه ونشره للمعني بالأمر حسب ما جاء في النصوص الجديدة[2]. وخلافًا لما كان معمول به في ظل الأمر السابق رقم 76-48 المؤرخ في 25 ماي 1976، والذي لم يكن يلزم الإدارة بتبليغ القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية لاكتفائه بتبليغ قرار نزع الملكية[3].

أمّا بالنسبة للإجراءات اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية المتعلقة بالتحقيق الجزئي وتقييم الأملاك والحقوق المراد نزعها، فهي غير قابلة للطعن فيها أمام القضاء، لأنها

---

1 – ومن بين هذه المواد نذكر نص المادة 13 من قانون رقم 91-11 التي تقضي بأنه: « ***يحق لكلّ ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية*** ».

ونصّت المادة 2/677 من القانون المدني على أنه: « ***وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي...*** ».

2 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ إجراء التبليغ كرّسه المشرّع الجزائري في القوانين الجديدة كضمانة لحماية الملاك، وهي غير معمول بها في التشريع الفرنسي لأن القضاء الجاري لمجلس الدولة الفرنسي لا يلزم الإدارة بتبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية، إذ يكتفي بالنشر باعتباره قرار لا يمس بحقوق الأطراف ويمكن للإدارة في أي وقت التراجع عنه.

زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 15.

3 – حتّى قرار نزع الملكية لم يكن تبليغه للمعني بالأمر إجراءً إجباريًا، لأن إغفاله لم يكن يؤدي إلى بطلانه.

زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 15.

تتضمن اتخاذ قرارات تحضيرية غير قابلة للطعن والهدف منها تحديد الأملاك والحقوق المراد نزعها وتقدير قيمة التعويض المستحق. وما دامت هذه المرحلة تنتهي بصدور قرار القابلية للتنازل، فالمشرّع فتح المجال للجوء إلى القضاء في حدود الطعن في هذا القرار، دون أن يمنع الطرف المعني من إثارة الدفوع المتعلقة بالإجراءات السابقة لصدور القرار. وقد نصّت المادة 17 من القانون رقم 91-11 والمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 على أنّ القاضي يراقب مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بالتحقيق الجزئي، لأنها وردت تحت طائلة البطلان سواء بالنسبة لآجال تنفيذ مهمة التحقيق، مقر عمل المحقق، قرار تعيينه، أو بالنسبة لتقدير قيمة التعويض وإيداعها لدى الخزينة العمومية... الخ[1].

كما اضطلع القاضي في إطار القوانين الجديدة بدور مهم جدًا يتعلق بسلطاته في السماح للإدارة بوضع اليد على الأموال المراد نزعها قبل إتمام الإجراءات حتّى في حالة الضرورة، وذلك من باب الضمانات المكرسة للملكية الخاصّة، حيث نصّت المادة 29 على أنّ قرار نزع الملكية لا يتم تحريره إلاّ إذا:

- حصل اتفاق بالتراضي، والمقصود منه أنّ الإجراءات كانت قانونية، أرضت كلّ الأطراف.
- إذا لم يقدّم أي طعن خلال شهر من تاريخ التبليغ، والمقصود منه سقوط الحق في التقاضي بعد مدة شهر من تاريخ تبليغ القرار.
- صدور قرار قضائي نهائي لصالح الإدارة النازعة للملكية[2].

وفي كلّ الأحوال، الطعن القضائي له أثر موقف للإجراءات وللتنفيذ على مستوى كلّ مراحل إجراءات نزع الملكية، وهي أيضًا من أهم الضمانات الإجرائية التي يكفلها المشرّع

1 - زروقي ليلى، مرجع سابق، ص 24.

2 - تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرّع قد كرّس حماية قضائية مهمة للمستثمر الذي يكون طرف في النزاع من خلال الآجال المعقولة للفصل في النزاع نهائيا، والتي تحدد بشهر كأجل لرفع الدعوى ينطلق من تاريخ التبليغ، ثم شهر على الأقصى تمنح للقاضي المختص بالنظر في الدعوى للنطق بالحكم تحسب من تاريخ رفع الدعوى، ثمّ شهرين كأقصى حدّ للفصل في الطعون ضد الحكم الابتدائي، انظر المادة 14 من القانون رقم 91-11، مرجع سابق.

الجزائري للملاك حماية لحقوقهم[1].

ثالثا – القيمة القانونية للالتزام بالحماية في القوانين الوطنية:

أمام الحماية الدولية والاتفاقية التي تلتزم بها الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية، والتي تتمتع بقيمة قانونية ذات طابع دولي لكون المصدر الذي تستمد منه قوتها دولي، يثور التساؤل حول القيمة القانونية الدولية لنصوص التشريع الداخلي التي تقرر حماية للاستثمارات الأجنبية بصفة عامة، ولأموال المستثمرين بصفة خاصّة، فهل هذه الحماية تدخل في إطار التعهدات الدولية التي تلقي على عاتق الدولة التي أصدرتها مسؤولية دولية، كلّما خالفتها وأصدرت تشريعات جديدة تعدلها أو تقلّل من نطاقها في مجال الحماية، لتلتزم إثر ذلك بالتعويض عن الضرر الذي تلحقه بالأشخاص المخاطبين بالحماية؟

لقد تباينت المواقف في طبيعة وقيمة التزامات الدولة المتعلقة بالحماية التشريعية ما بين علماء الفقه، حيث ذهب فريق من الفقه للقول بأن التشريعات الداخلية لا تمثل في الظروف العادية تعهدًا دوليًا إلى درجة التزام الدولة بإبقائه على حاله للأبد ما لم توافق الدولة الأخرى على تعديله أو إلغائه، ويستوي في ذلك أن يكون ذلك التشريع مخاطبًا للوطنيين أو للأجانب لأن القاعدة المطبقة في هذه الحالة عامة ومجرّدة[2].

---

1 – وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون رقم 91–11 فيما يلي: « ***يحق لكلّ ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية... وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العمومية*** » غير أنه إذا كانت إجراءات نزع الملكية الخاصّة من أجل إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة وذات بعد وطني واستراتيجي فيتم تجميد أحكام هذه المادة، وهذا ما نصّت عليه المادة 12 مكرر 1 من القانون رقم 04–21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2005 فيما يلي:

« ***يمكن للإدارة نازعة الملكية أن تقوم بالحيازة الفورية بالنسبة لعمليات إنجاز البنى التحتية ذات منفعة عامة وذات بعد وطني واستراتيجي، بعد القيام بتسجيل مبلغ التعويضات الممنوحة لفائدة المعنيين لدى الخزينة العمومية.***

لا يمكن الطعون التي يقدمها المعنيون للعدالة أن توقف، بأي حال من الأحوال، تنفيذ إجراء الحيازة الفورية ».

ج ر عدد 85، المؤرخ في 30 ديسمبر 2004.

2 – « ***يؤخذ على النصوص المتقدمة أنها تقرر مبادئ عامة وتحيل في تحديدها إلى التشريعات العادية، الأمر الذي قد يسلبها قيمتها الحقيقية... وهي عرضة للتغيير، حيث يجوز للدولة التي أصدرتها أن تلغيها بإرادتها المنفردة، ولن تصادفها في ذلك أي صعوبة...*** ».

هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 43.

كما أنه حتّى وإن سلّمنا بكون الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام الدولي في بعض الحدود، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي، وهو الأمر الذي لا يتحقق في إطار التشريعات الوطنية.

وعليه فالتشريعات الوطنية التي تقضي بمنح حماية قانونية للاستثمارات الأجنبية لا يمكن أن تكون في حدّ ذاتها التزامًا دوليًا يقع على عاتق الدولة التي أصدرتها، ولا يعتبر تعديلها أو إلغائها خروجًا عن أحكام القانون الدولي المتعلق باحترام التعهدات الدولية[1]، ما دامت تلجأ لتعديل نصوصها القانونية لمواجهة التغيرات الجذرية التي تطرأ على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة في مرحلة معينة، ولاستنفاذ كلّ حريتها وسلطاتها السيادية في التنظيم والإشراف على نشاطاتها الاقتصادية[2].

كما أنّ تعديل هذه القوانين والتشريعات لا يمس أصلاً بحقوق الأجانب، لأنها لم تمنح لهم حقوقًا مكتسبة بل وضعتهم في مراكز تنظيمية عامة يجوز تعديلها بذات الأداة التشريعية التي صدرت بها، هذا مع علمهم وتوقعهم تغييرها من وقت لآخر منذ نشأة الاستثمار[3].

أما الفريق الثاني من الفقه، فيرى بأن القيمة القانونية لنصوص التشريع الداخلي التي تتضمن حماية قانونية لملكية المستثمر الأجنبي لها طابع دولي، لأنها من حيث المضمون

---

1 – هشام خالد، نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 120.

2 – رغم أنّ التعديل التشريعي الذي تباشره الدولة المضيفة إجراء مشروع تنازلت عنه في إطار ما يسمى بشرط التجميد التشريعي أو "La clause de stabilisation législative" المنصوص عليها في قانون الاستثمار في المادة 15 من الأمر رقم 01-03 كما يلي: « ***لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر...*** ».

كما لا يجوز للدولة أو أحد سلطاتها المساس بمضمون العقد وشروطه بناءً على شرط عدم المساس بالعقد "Clause d'intangibilité" وهذا ما ورد في بعض اتفاقات الاستثمار منها في المادة 1/6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمار APSI وشركة أوراسكوم تيليكوم كما يلي: « ***تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية*** » مرجع سابق.

وقد أكدت الشرط نفسه المادة 6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI وشركة الإسمنت ACC الموقعة بتاريخ 2003/10/30، ج ر عدد 72 صادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.

3 – هشام خالد، نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 121.

وحتّى الصياغة مستمدة من مبادئ وقواعد دولية وأعراف دولية، ومن حيث التطبيق يتم إعمالها على ضوء مبادئ القانون الدولي[1]، وهي على العموم حتّى وإن لم يتم التفصيل في تأطيرها تشكّل بالنسبة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي عرفًا دوليًا جاري العمل به من جهة أولى، كما أنها حماية قانونية تضمنها التشريعات الوطنية لأطراف عقد الاستثمار الدولي الذي يتصف بالطابع الدولي من جهة ثانية.

1 – « ***l'investissement étranger étant soumis au droit commun dans le domaine de la sécurité juridique, il convient de prendre l'exacte mesure des mécanismes de protection que met en œuvre le droit Algérien en les confrontant au droit international de la protection des investissements*** ».
ZOUAïMIA Rachid, op.cit., p. 593.

المبحث الثاني

فعالية حماية ملكية المستثمر الأجنبي

يترصد المستثمر الأجنبي من خلال استثمار أمواله على إقليم الدولة المضيفة تحقيق أرباح باهظة على كلّ المستويات، نظرًا لكونها دولة تحتاج إلى رؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا، وتتوافر على أسواق ذات قدرة عالية على استيعاب كلّ أنواع الإنتاج والخدمات، لكنه بالمقابل يتخوف من إنهاء الدولة المضيفة لعقد الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار بأسلوب معين يحرمه من استثماره كمشروع اقتصادي يشمل رأس ماله وعقاره وعلامته التجارية وبراءة اختراعه، في ضوء قواعد قانونية تقضي بالحماية الشكلية التي في الأخير تقف عاجزة عن حمايته أو التصدي لكلّ إجراءات التعدي عليه.

إنّ صلب الحماية التي يكيفها المستثمر الأجنبي بالفعالة هي تلك الحماية التي تخلق توازنًا في المراكز القانونية لأطراف عقد الاستثمار، والمتمثلة في الدولة من جهتها باعتبارها صاحبة سيادة تمارس من خلالها حقها في استرجاع أملاكها وعقاراتها مهما كانت جنسية الشخص الذي يشغلها، والمستثمر الأجنبي الذي يستحق مقابلاً مناسبًا وعادلاً للأموال التي يفقدها تعويضًا له.

فالفعالية الحقيقية للحماية القانونية لأملاك المستثمر الأجنبي، تظهر من خلال الحق في الحصول على تعويض عادل يتم تقديره وفق قواعد قانونية تبنتها الدولة المضيفة للاستثمار، باعتباره الأسلوب الوحيد لتغطية الخسائر الناتجة عن حرمان المستثمر الأجنبي من أملاكه ولتجنب آثاره السلبية على اقتصادياته (المطلب الأوّل).

كما لا تقتصر فعالية الحماية على مجرّد إقرار حق المستثمر في الحصول على التعويض، بل يمتد إلى التأكيد على فعلية دفع هذا التعويض[1]، وضمان أدائه في كلّ الأحوال بالأسلوب التعاقدي بموجب عقود الضمان الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

1 – « ***Les garanties apportées ne contribuent pas, en fait a assurer la protection que l'investisseur en espérait… pour pallier ces carences, de nombreux Etats industrialisés apportent depuis long temps à leurs investisseurs des garanties unilatérales fondées sur un principe général d'assurance, c'est-à-dire d'évaluation des risques politiques de nationalisation, dès lors, il couvrent d'autant mieux l'investisseur que les risques subis par l'opération réalisée son faibles. Garantie, par conséquent satisfaisante, pour des pays à faibles risques, mais garantie limitée, aléatoire ou inexistante pour des pays à hauts risques politiques*** ».
VELLA Pierre, op.cit., pp. 22 – 23.

ضمان فعالية الحماية بموجب التعويض

لقد اكتسبت مشكلة التعويض أهمّية كبيرة جدّا في مختلف التحليلات التي تعرّضت لها قرارات المنظمات الدّولية المتعلّقة بالسيادة الدّائمة، وبعض التجارب التي تمّت في العالم الثالث كتجربة التأميمات الجزائرية والشيلية، حيث يعتبر الحق في التعويض مسلّمة من المسلمات[1]. وهو شرط أساسي من شروط مشروعية إجراءات نزع الملكية وأثر مباشر لفقدان المستثمر الأجنبي لأملاكه على إقليم الدّولة المضيفة.

يترتّب التعويض عن إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدّولة من أجل تحقيق المصلحة العمومية، كأهم آثار الإجراء المعترف به في كل التوصيات والمواثيق الدّولية الصادرة عن الهيئات والمنظمات الدولية[2] من جهة، وشرط إجرائي جوهري لإضفاء المشروعية الدولية على الإجراءات، يجد أساسا له في قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، الأمر الذي يجعل تصرف الدّولة بحق الملكية غير مشروع لمخالفة قواعد القانون الدّولي ومرتبة للمسؤولية الدّولية[3]، إذا لم تستتبع بالتعويض المناسب والفوري للمستثمر المجرد من ملكيته[4].

فالتعويض من حيث المبدأ حق لا خلاف حول مشروعيته، وذلك بسبب مبرراته وأسانيده القانونية التي ترفعه من درجة التصرفات غير المشروعة إلى التصرفات المشروعة[5] (الفرع الأوّل)، لكن من حيث التقدير والتقييم فقواعد القانون الدّولي غير

---

1 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 219.

2 – Selon l'article 2 paragraphe C de la charte des devoirs économiques des Etats : « ***tout Etat a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas, il devait verser une indemnité adéquate***… ». Résolution N° 3261 et 3202 du 5 Mai et 16 Mai 1974. op.cit, http://www.Un.Org/french/documents/resgahtm.

3 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 192.

4 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 220.

– عليوش كربوع كمال، مرجع سابق، ص 117.

5 – الأصل أنّ الدّولة تلتزم بالتنفيذ العيني أو بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، لكن إذا تعذّر ذلك أو كان مستحيلا يتمّ الالتزام بالتعويض النقدي.

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

الفرع الأوّل

الأسانيد القانونية للتعويض

لقد اتّفقت كل القوانين الوطنية والدولية والاتّفاقية[2] على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على مقابل لتعرضه لإجراءات نزع الملكية أو التأميم تعويضا له عن الأضرار والخسائر التي لحقت به جبرا لها وإزالة لكل آثارها[3].

إذ في الوقت الذي يعدّ فيه اعتداء صارخا على العلاقة القانونية التي تربط المستثمر الأجنبي بالدّولة المضيفة له وعلى ملكية المستثمر الأجنبي باعتبارها حق مقدّس يحاول أطراف العلاقة البحث لإيجاد مبررات قانونية لإضفاء المشروعية على الإجراءات وعلى

---

1 – محمّد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلّقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص ص 8، 9.

2 – في التشريع الجزائري نص دستور 96 على الحق في التعويض في المادة 20 كما يلي: « ***لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون ويترتّب عليه تعويض...***».

– ونصّت المادة 16 من الأمر رقم 01–03 المتعلّق بتطوير الاستثمار على أنّه: « ***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتّب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف***»

– ونصّت المادة 2/5 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا على أنّه: « ***يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتّخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي...*** »، مرجع سابق.

– ونصّت أيضًا على ذلك على سبيل المثال:

– م 2/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد اللكسمبورغي، مرجع سابق.

– م 2/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

– م 2/5 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا، مرجع سابق.

3 – هشام علي صادق، الحماية الدّولية...، مرجع سابق، ص 75.

الحق في التعويض[1].

حيث ترجع الدّول عند التعويض إلى المبادئ العامة للأمم المتحضّرة التي سادت القانون الدّولي، والتي تجد مصدرها في قوانين تلك الأمم الداخلية بشكل رئيسي، بموجبها يقوم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصّة[2]. حيث تتمثّل هذه الأسانيد في مجموعة من المبادئ هي، مبدأ الحقوق المكتسبة (أوّلا)، ومبدأ الإثراء بلا سبب (ثانيا) ومبدأ المسؤولية العقدية الذي استمدّ جذوره من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (ثالثا).

أوّلا – مبدأ احترام الحقوق المكتسبة:

يقضي مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدّولي بأنّ الدّولة المضيفة للأجانب لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل، شرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم[3]، وهو مبدأ من المبادئ العامة للقانون استمدّ جذوره من القانون الداخلي[4]، اعترفت به كل من التشريعات والقضاء والتحكيم الدوليين[5]، الأمر الذي يجعل إخلال الدّولة بمضمونه خرقا لقاعدة دولية ثابتة تتحمّل عنها مسؤوليتها الدولية، حيث تلتزم بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر المترتّبة عن الإخلال بالحقوق المكتسبة وذلك بناءً على هذا المبدأ[6].

---

1 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 87، 88.

– الأمين شريط، مرجع سابق، ص 220.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 195.

2 – أحمد رحماني، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مرجع سابق، ص ص 52، 53.

3 – لم يتمكّن الفقه من وضع تعريف محدّد للحقوق المكتسبة، فقد عرّفها "MERLIN" على أنّها:

« ***Les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans votre patrimoine, qui en fort partie et que ne peut nous ôter celui de qui nous les tenons*** »

– أمّا "PILLET" فيعتبر مبدأ الحقوق المكتسبة ذا أهمّية بالغة في إيجاد القانون الواجب التطبيق في حالة اختصاص أكثر من قانون على نفس العلاقة العقدية.

– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 130.

4 – خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 90.

5 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 220.

6 – « ***إنّ حق التأميم ليس عملا غير شرعي في حدّ ذاته، ولكن ممارسته تتعارض مع قاعدة دولية تلزم باحترام حقوق الأجانب***»، المرجع نفسه، ص 220.

إلاّ أنّ هذا المبدأ قد لاقى معارضات كثيرة[1] خاصة بسبب تعرضه للكثير من التحفظات التي أفقدته مكانته، وذلك من قبل ممثّلي الدّول أثناء مؤتمر صياغة قواعد مسؤولية الدّولة عن الأضرار التي تحدثها بالأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها، والذي كان تحت رعاية عصبة الأمم. فالحقوق المكتسبة إذن بحكم الظروف التي اكتسبت فيها في حدّ ذاتها غير مشروعة، والنظرية التي تعمل على حمايتها بعيدة عن الواقع الجائر الذي نشأت فيه أو على الأقل الذي تداولت فيه نتيجة القوّة[2].

فالمراكز القانونية كمبدأ عام في القانون تنشأ لكنّها قابلة للتغيير بغض النظر عن الشخص الذي يتمتّع بهذا المركز، لذلك يصبح المضمون الذي يوحي به اصطلاح الحقوق المكتسبة بعيد عن الصحّة لأنّه يقضي بنشوء المراكز القانونية ويرفض تغييرها[3]. فحتّى في حالة الحقوق المكتسبة في ظل الدوّل القديمة الموجودة في وضعية الاستعمار تكون الحقوق والالتزامات الاقتصادية أو المالية المكتسبة متوقّفة على قبولها وإقرارها من الدولة الجديدة[4].

وهذا ما يبرّر موقف الدّول الجزائرية عند رفضها دفع التعويضات عن تأميم المشاريع التي أقيمت بدون رضائها[5]، والالتزام بالقواعد المقرّرة في القانون الدّولي في مرحلة الاستقلال وما بعدها.

---

1 – حتى القضاء والتحكيم الدّوليين لم يجدا أساسا في القانون الدولي يبرر الاستناد على هذا المبدأ، حيث في الحالات القليلة التي تمّ فيها الإشارة إلى الحقوق المكتسبة في بعض النزاعات كان على أساس وجود التزام اتّفاقي سابق بين الدّولة المضيفة والدّولة المصدّرة للاستثمار يكرّس احترام الحقوق المكتسبة.
KHALILIAN, Khalil, op.cit, p 116.

2 – لم يكتسب مبدأ الحقوق المكتسبة في مجال القانون الدّولي العام « ***قوّة القاعدة العرفية الدولية*** » وخاصة أنّ اتّفاقيات الاستثمار لم تبرم بين دولتين وإنّما بين الدّولة المضيفة والمستثمر الأجنبي. لذا يقول الأستاذ الأمين شريط ما يلي: « ***لا وجود في القانون الدّولي ولا يمكن أن توجد قانونا... قاعدة دولية تسمّى بالحقوق المكتسبة، وهي إن وجدت في الماضي فقد تمّ ذلك بحكم القوّة***».
– الأمين شريط، مرجع سابق، ص 224.

3 – MARIO Bettati, Souveraineté et succession, La souveraineté au 20ème siècle, édition Acolin, 1971, pp 58-59.

4 – MARIO Bettati, op.cit, pp 58-59.

5 – لقد قدّمت الدّولة الجزائري اقتراح بتعديل مشروع الإعلان رقم 1803 الذي يعتبر عقود الامتياز حقوقا مكتسبة طبقا للقانون الدّولي الكلاسيكي تضمن ما يلي: « ***بالنظر إلى التزامات القانون الدّولي على العقود لا يمكن أن تطبّق على الحقوق المزعومة التي اكتسبت قبل صعود البلدان المستعمرة قديما إلى السيادة الوطنية الكاملة، فإنّ هذه الحقوق المكتسبة المزعومة يجب بالنتيجة أن تكون محل مراجعة بين دول متساوية السيادة***».
– الأمين شريط، مرجع سابق، ص 227.

فالدّولة الجديدة هي التي تقدر بنفسها مدى مشروعية الحقوق المكتسبة في ظل الدّولة السابقة مستعمرة كانت أم لا، لأنّ الحقوق المكتسبة لا تكون مكتسبة في نظر دولة ما إلاّ وفقا لتشريعاتها حصريا وفيما عدا ذلك فهي غير موجودة إطلاقا.

وعليه، فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة الممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي أو تأميمها إنّما يدلّ على أنّه في حالة لجوء الدّولة لمثل هذه الإجراءات تلتزم بأداء مقابلا لذلك، لأنّ حق التعويض يبقى مضمونا ومبررا قانونا[1].

ثانيا – مبدأ الإثراء بلا سبب:

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا ذو أهمّية بالغة في إنشاء الالتزام وترتيب المسؤولية[2]، قوامه وجوب قيام مسؤولية من أثرى إيجابا أو سلبا بفعله أو فعل غيره على حساب شخص آخر دون أي سبب[3]، يترتّب عنه تعويض عمّا لحقه من ضرر أو خسارة في حدود ما تحقّق للمثري من إثراء[4]، فنظرية الإثراء بلا سبب لا تقوم إلاّ إذا توفر شرط جوهري وهو انعدام

---

1 – خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 90.

2 – أكّدت العديد من السوابق القضائية على أخذ القضاة والمحكمين بالمبدأ بعين الاعتبار عند الفصل في النزاعات المتعلّقة بذلك ومنها القضاء الإنجليزي في الحكم التالي: « ***ولما كان الثابت أيضا أنّ الفقه الإنجليزي الحديث قد اتّجه إلى... بردّها إلى فكرة الإثراء بلا سبب معتبرا إيّاها من قبيل المبادئ العامة في القانون الإنجليزي*** ».

– كما طبّق المبدأ من طرف لجنة التحكيم الأمريكية – المكسيكية في قضية بوتيجيبات بتاريخ 2 أوت 1871 كما يلي: « ***إنّ عدم تعويض مالك البضاعة عن هلاكها بالرغم من تدميرها لتحقيق نفع عام تمثّل حرمان الثوار من الإفادة منها، أمر من شأنه إفقار المالك دون سبب مشروع، إفقارا يقابله إثراء الجماعة بلا سبب أيضا، الأمر الذي يؤدّي إلى الالتزام بالتعويض حتى لا يتحقق إثراء بلا سبب للجماعة على حساب مالك البضاعة دون سبب مشروع*** ».

– محمّدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدّولي العام، القاعدة الدّولية، الجزء 2، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص ص 318 – 319.

3 – المرجع نفسه، ص 319.

4 – لا يمكن تحقق واقعة الإثراء في ذاتها لالتزام الدّولة المثرية بالتعويض لمن تحقّق الإثراء على حسابه، بل يجب تحقق الخسارة فعلا في حق من تمّ الإثراء على حسابه أي إفقاره كما لو تمّ نزع الملكية بسبب الاستنزاف اللامتناهي للثروات الطبيعية بشكل لا يؤدّي إلى إفقار الشخص المجرّد من أملاكه.

– سليمان مرقص، محاضرات في الإثراء على حساب الغير، تقنينات البلاد العربية، معهد الدّراسات العربية العالمية، القاهرة، 1961، ص 26.

– محمّدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 327.

سبب الإثراء[1]، نصّت عليه معظم التشريعات في القواعد العامة[2]، ثمّ أدرجته في إطار القانون الدّولي في مجال "الاستخلاف الدّولي" للاعتماد عليه كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية لتعويض الأجانب المنزوع ملكياتهم[3].

وبالمفهوم السّابق، تكون الدّولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد حققت إثراء بلا سبب على حساب المستثمر الأجنبي من جراء تعرّضه للتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو التدابير المماثلة كرفع نسبة الضرائب وسعر الصرف... الأمر الذي جعله انتهاكا لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك هو مصدر مبرّر للالتزام بالتعويض[4].

وقد أخذت به الكثير من الهيئات التحكيمية، ومنها لجنة التحكيم في قضية " LINA GOLD FILDZ" في حكمها المؤرخ في 2 سبتمبر 1930 والذي أكدّت فيه إلزامية الأخذ بمبدأ الإثراء بلا سبب عند الاستيلاء على أموال المستثمرين كما يلي:

« ... ***وقد انتهت المحكمة إلى الحكم للشركة بمبلغ 125.965.000 جنيه إسترليني كمقابل نقدي لما حققته الحكومة السوفيتية من إثراء على حساب الشركة لا سبب له، تمثّل في استيلائها على استثمارات الشركة في الإقليم السوفياتي وحرمانه لها من الاستفادة من هذه الاستثمارات المتصلة بعقد الامتياز...*** » [5].

كما أكّدت كذلك لجنة التحكيم في قضية شركة ديسكون لعجل السيارات الأمريكية ضدّ شركة السكك الحديدة المكسيكية في حكمها الصادر سنة 1931 على أنّ نظرية الإثراء بلا سبب وإن كانت – وبلا أدنى شك – من النظريات المعترف بها والمطبّقة في مختلف دول العالم، إلاّ أنّها لم تنتقل بعد إلى الإطار الخاص للقانون الدّولي العام كنظام قانوني يتميّز عن النظم القانونية الداخلية، كما انتهت بعد استعراض العناصر الأساسية لدعوى الإثراء بلا سبب

---

1 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 228.

2 – نصّت المادة 141 من الأمر رقم 75–58 على أنّه: « ***كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبرّرها يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء*** »، مرجع سابق.

3 – KHALILIAN Khalil, op.cit, p 118.

4 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 220.

5 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 337.

إلى أنّه لا مجال لتطبيق هذه النظرية بصدد الواقعة موضوع النزاع بالنظر إلى عدم توافر كافة العناصر التي بينتها[1].

وعليه عند إسناد عملية نقل الملكية العقارية الأجنبية الناتجة عن الإثراء بلا سبب يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويضات المستحقّة مقابل ما لحقه من أضرار وخسائر، فالخطأ المنسوب للدّولة وما يترتّب عنه من إثراء بلا سبب هو أساس المسؤولية والحق في التعويض[2].

ثالثا – التعويض على أساس المسؤولية العقدية:

تتضمّن معظم اتّفاقات أو عقود الاستثمار الدّولية التي تبرم بين الدّولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على بند يحظر قيام أحد الطرفين بإنهاء اتّفاقية الاستثمار دون موافقة الطرف الآخر[3]، تحت ما يعرف بشرط الاستقرار في اتّفاقية الاستثمار الذي يهدف إلى منع الدّولة المضيفة من اللّجوء إلى سلطاتها التشريعية لتغيير أو إلغاء اتّفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي[4] طالما لم يصرح هذا الأخير بموافقته كتابيا[5].

---

1 – محمدت مي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 339.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 196.

3 – « ***إنّ المستثمر الأجنبي يحرص على ضمان مستقبل استثماراته بالاتّفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال فترة قيام المشروع... فتربط المتعاقدين شروطا عقدية غير قابلة للمساس بها باسم السيادة أو المصلحة العامة... والمستثمر الأجنبي الذي يتجنب لجوء الدّولة إلى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة*** ».

– إقلولي محمّد، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدّولة في مجال الاستثمار"، المجلّة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، عدد 1، جانفي 2006، ص ص 95–97.

4 – المرجع نفسه، ص 97.

5 – وقد نصّت بعض اتّفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر على هذا الشرط ومنها اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM) في المادة 3/13 و4 كما يلي: « ***يعد تنازل أحد الطرفين عن تنفيذ أحد أحكام هذه الاتّفاقية لا أثر له إلاّ بعد الموافقة الصريحة والموقع عليها من قبل الطرف الآخر.***

كل تعديل للاتّفاقية الحالية يتطلب الموافقة الكتابية والصريحة، الموقّعة من الطرفين».

– ج ر عدد 7 مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

– نصّت عليه أيضا اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار) في المادة 15 كما يلي: « ***كل تعديل للاتّفاقية الحالية يقتضي الموافقة الصريحة للطرفين، ويؤدّي إلى إعداد ملحق تتمّ الموافقة عليه في نفس الأشكال التي تمّت فيها الاتّفاقية*** ».

– ج ر عدد 7 مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

وبالتالي فمصادرة المشاريع وتأميمها يعد إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأنّ عقد الاستثمار يلزم أطرافه على احترام محتواه والتقيّد بالتزاماتهم إلى حين انتهاء مدّته، خاصة وأنّ معظم علماء القانون الدّولي يرون أنّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ مستقر في القانون الدّولي[1]، وأنّ الالتزام به مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتّفاقيات الدولية، ممّا يؤدّي إلى اعتبار الإخلال به إخلالا بمبادئ القانون الدّولي[2] وسببا في إثارة المسؤولية الدولية العقدية، لتتحمّل الدّولة المضيفة تبعة هذا الإخلال بالتعويض على أساس العقد[3].

إلاّ أنّه تعرض هذا المبدأ للنقد بسبب إلزامية الأخذ بفكرة تدويل عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة له لإثارة المسؤولية العقدية الدولية، في حين الطابع العقدي لهذه الالتزامات لا يسمح بتحويلها إلى التزامات دولية من جهة.

وإنّ السيادة الاقتصادية والسياسية للدّولة على ثرواتها الطبيعية تسمح لها باتّخاذ الإجراءات الضرورية لتحقيق المنفعة العمومية للدّولة، حتى وإن كانت تمس بالملكية من جهة ثانية[4].

وإن ما يترتب عن التأميم هو نتيجة طبيعية ومشروعة قانونا ولا تشكّل سندا للتعويض، وقد أكّدت هذا الاتّجاه محكمة العدل الدّولية في قضية برشلونة تراكشن في الحكم المؤرّخ في 1970/02/05، والذي جاء فيه أنّ الدّولة ليست مؤمنة للاستثمارات الأجنبية على إقليمها، وبأنّ الأجانب إذ يستثمرون في الخارج على أمل تحقيق أرباحا هامّة يتعرضون لمجازفة محسوبة عليهم أن يتحمّلوا نتائجها[5]، لكن رغم ذلك فإنّ مقتضيات التعاون الدّولي في الوقت

---

1 – KHALILIAN Khalil, op.cit, p 112.

2 – ومن بينها مبدأ عدم تعديل شروط العقد، لأنّه في حالة وجود أي اتّفاق صريح في مجال حماية الاستثمار الأجنبي يقضي بالتعويض بسبب المساس بمصالح الأجانب، تتحمّل الدّولة المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية مسؤولية النتائج المترتّبة عن إخلالها بالتزاماتها طبقا لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، خاصة لوجود تصرف قانوني ذي قيمة دولية.

3 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 221.

4 – تتمتّع الدّول بسلطة تعديل شروط العقد أو سلطة الفسخ الانفرادي استنادا إلى امتياز السلطة العامة في إطار ممارسة الدّولة لسلطاتها التشريعية، الأمر الذي يدفع بالمستثمر الأجنبي إلى إدراج بند التجميد التشريعي أو شرط الاستقرار أو عدم التعديل لتتحمّل الدّولة المضيفة التعويض كتبعة عن الإخلال بذلك.

5 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 230.

الحاضر هي التي تدفع بالدّول المستقطبة لرؤوس الأموال الأجنبية إلى الاعتراف بالحق في التعويض بسبب إجراءات التأميم ونزع الملكية، ويؤكّد عليه في قوانينها الداخلية والاتّفاقيات الدّولية المتعلّقة بحماية الاستثمارات الأجنبية[1].

الفرع الثاني

طرق تقدير التعويض

تعتبر مسألة تقدير التعويض ذات أهمّية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لذلك يعدّ حسن تقديره بالطريقة التي تضمن المصالح الاقتصادية والمالية للطرفين المتعاقدين من العناصر الجوهرية التي تساهم في زيادة نسبة تدفّق رؤوس الأموال الأجنبية، لكن أمام غياب قاعدة قانونية تفصيلية حول مسألة تقدير التعويض عن الإجراءات التي تباشرها الدّولة من نزع الملكية للمنفعة العامة أو تأميم أو مصادرة أو التدابير المماثلة، تضاربت الاجتهادات القضائية على المستوى الدّولي مع الاجتهادات الفقهية منذ بداية العشرينيات[2]

فمن جملة العوامل التي يجب أن تراعيها كل دولة مضيفة إثر مباشرة إجراءات أخذ الملكية في تقديرها لقيمة التعويض عملا بالفقرة ج من المادة 2 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية هي وضعيتها المالية التي تشمل كل من حالة ميزانها التجاري، ديونها الدّولية، مدى توافرها على العملات الصعبة، حاجاتها لرؤوس الأموال... الخ[3]، وذلك بسبب كون طريقة تقدير التعويض قد تعرقل عمليا أهداف نزع الملكية الاقتصادية والتنموية إذا كانت من حيث القيمة تشكّل غبنا للدّولة المضيفة، ولا يتّفق مع مبدأ السيادة الدائمة[4].

ومن خلال هذه المفاوضات كان من الصعب التوصّل إلى إيجاد طريقة معيّنة موحّدة تعتمد كقاعدة دولية متّفق عليها في مسألة تقدير التعويض، بحيث تحاول كل دولة فرض الطريقة التي تخدم مصالحها، من بينها الدّول المصدّرة لرأس المال التي تسعى بكل ما في وسعها إلى رفع قيمة التعويض لتغطية كل الأضرار والخسائر التي لحقت برعاياها

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 197.

2 – خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 106.

3 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 239.

4 – المرجع نفسه، ص 239.

المستثمرين، والدّول المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية التي تعمل على التخفيض من مقدار التعويض لتخفيف آثاره السلبية على اقتصادها[1]، وقد ظهرت من ذلك عدّة طرق لتقدير التعويض[2]، فنتناول الطرق المعتمدة في تقدير التعويض (أوّلا) ثمّ موقف المشرّع الجزائري منها أو الأسلوب الذي تبناه المشرّع الجزائري (ثانيا).

أوّلا – الطرق المعتمدة في تقدير التعويض:

هناك عدّة طرق يعتمد عليها في تقدير التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية أو تأميمها، بعضها يخدم مصلحة الدّولة المضيفة كونها تأخذ بعين الاعتبار الإمكانيات الاقتصادية والمالية التي تعاني منها عند عجزها عن سداد مستحقات المستثمر الأجنبي، والبعض الآخر يخدم مصلحة هذا الأخير باعتباره المتضرر الأوّل من هذه الإجراءات، الأمر الذي يجعله يستحقّ مبلغا من التعويض كافي لجبر الضرر ومحو آثاره، لأنّه تعويض عادل ومنصف ومناسب، ومن بين هذه الطرق نذكر تقدير التعويض حسب القيمة الحالية للمشروع (1) ثمّ حسب القيمة الحسابية الصافية (2) ثمّ حسب القيمة السّوقية (3)، وأخيرا حسب طريقة المقاصة (4)، أو حسب قيمة المشروع في البورصة (5).

1 – القيمة الحالية – Les flux nets actualisés:

عند تقدير التعويض حسب هذه الطريقة يتمّ تعويض كافة مبالغ الاستثمارات والأرباح التي كانت متوقّعة مع خصم مبالغ الاهتلاك المحققة Amortissement[3]، وهي طريقة تقوم

---

1 – « ***إنّ مفهوم التعويض المستحق ليس مفهوما موحّدا بين الدّول ولا حتّى بين لجان التحكيم الدّولية التي تنظر منازعات الاستثمار بين الدّول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فللدّولة الغربية المصدّرة لرأس المال مفهوم للتعويض يختلف عن مفهوم التعويض لدى الدّول النامية...*** ».

– خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 106.

2 – إنّ اعتماد طرق مختلفة في تقدير التعويض لم يكن متّبعا ما بين مختلف الهيئات التحكيمية لكن في حالات كثيرة نجد الهيئة الواحدة تتبنّى عدّة طرق، ومنها ما حدث في دعوى LIAMCO حيث قدّر المحكم التعويض بالنسبة إلى الأصول المادية عن 70 بئر نفطي على أساس تكلفتها بما فيها تكلفة الإنشاء المذكورة في دفاتر الشركة، وقد قيّم قيمة أصول المشروع على أساس سعر السّوق بعد خصم نسبة الاستهلاك وخفّض من مبلغ التعويض نسبة الضرائب حسب طريقة القيمة الصافية، أمّا بالنسبة للكسب الفائت فقدّره حسب كمّية النفط المتوقع استخراجها من هذه الشركة وفق سعره في تاريخ التأميم.

– خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص ص 127 – 128.

3 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 240.

على أساس الرفع من قيمة التعويض من خلال الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية[1]، والملاحظ أنّ هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدّولة النازعة للملكية أو المؤمّمة، لأنّها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح[2].

وقد تبنّت هذه الطريقة لجنة التحكيم في قضية "Aminiol" عندما قضت بإلزامية التعويض على أساس هذه الطريقة عن كل الفوائد المحتمل تحقيقها من المؤسسة، استنادا إلى القيمة الجارية للمشروع مع تخفيض الضرائب المستحقّة ونسبة الاستهلاك للقيمة البديلة للأصول الثابتة[3]. وقد تبنتها الجزائر في حملة التأميمات التي تمّت على الشركات الإنجليزية والأمريكية.

2 – القيمة الحسابية الصافية – La valeur nette comptable des actifs:

وتسمى كذلك بطريقة الحصيلة (bilan) لأنّها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققّة الواردة في حصيلة الشركة المؤمّمة أو المسخّرة، مقارنة مع معدّل الأرباح التي تحقّقها شركة أخرى شبيهة، في المدّة نفسها لكن في بلدان أخرى[4]. وهي طريقة تعرّضت للرفض من طرف المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية[5]، لأنّها تقلّل من قيمة التعويض[6]، وخصوصا لأنّها مبنية في

---

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 206.

2 – لقد قضت لجنة التحكيم في دعوى Saphire intrnational petroleum LTD/ national Iranian oil company سنة 1963 بما يلي: « ... ***هذا التعويض يتضمّن الخسارة التي وقعت مثل النفقات التي تتحمّلها لتنفيذ العقد، والكسب الفائت، مثل الأرباح الصافية التي يمكن أن تنتج من العقد. إنّ التعويض عن الكسب الفائت أو خسارة الأرباح المتوقّعة يطبّق كثيرا من قبل لجان التحكيم الدّولية...*** ».

– خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 117.

3 – المرجع نفسه، ص 128.

4 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 240.

5 – رغم رفض هذه الطريقة من المستثمر الأجنبي ودولته إلاّ أنّها قد طبّقت من عدّة هيئات تحكيمية ومنها هيئة التحكيم في قضية "CABOT" التي كان جهاز الأوبيك "OPIC" الأمريكي لضمان الاستثمارات طرفا فيها، والتي قضت بإلزامية أخذ جهاز الأوبيك بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض المستحق، انخفاض قيمة صافي الاستثمار المضمون بسبب سلسلة الإجراءات الحكومية التي تمّ التعرض لها، وعليه وجوب تحديد قيمته حسب قيمة صافي الاستثمار والتي كانت عليه قبل الإجراءات التي أثّرت عليه.

– أحمد السعيد شرف الدين، "نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي"، مجلّة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأوّل والثاني، السنة 26، مصر، 1984، ص ص 32–34.

6 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 206.

جانب منها على فكرة المقارنة الأمر الذي يفقدها نوعا ما الموضوعية[1].

3 – القيمة السّوقية – La valeur du marché:

تأخذ قيمة التعويض عندما تحدد حسب قيمة المشروع في السّوق بعين الاعتبار الفوائد المحتملة استنادا إلى معطيات السّوق[2]، الأمر الذي يجعلها تحقّق نوعا من العدل بالنسبة للطرفين، لأنّه تقدير فعلي للقيمة الحقيقية للأموال المنزوعة أو المؤمّمة.

لذلك يقول خالد محمّد الجمعة في ذلك ما يلي: « ***يشترط حتّى يعتبر التعويض عادلا أن يكون تقييم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدّولة المضيفة للاستثمار وفقا لقيمتها السّوقية في الدّولة المضيفة للاستثمار في يوم المصادرة*** »[3].

فحسب هذه الطريقة يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض ملائم يغطي كافة الأضرار التي لحقت به وقد تبنت هذه الطريقة لجنة التحكيم الإيرانية – الأمريكية في دعوى "Phillips Petrolum Company"[4].

وقضت بها محكمة النقض المصرية في القضية رقم 557 لسنة 35 المؤرّخة في 1980/10/26، حيث أنّه حسب قانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التموين، والذي يحدّد القواعد الخاصة بتقدير التعويض عن إجراءات الاستيلاء يتمّ تقدير قيمة التعويض على أساس فائدة رأس المال المستثمر وفقا للسعر العادي الجاري بالسّوق في تاريخ حصول الاستيلاء مضافا إليه مصروفات الاستيلاء وصيانة المباني[5].

4 – طريقة المقاصة – La compensation:

ترتكز عملية تقدير التعويض في طريقة المقاصة على الموازاة بين الأرباح التي تحققها المؤسسة وقيمة رأس المال المستثمر في الدّولة المضيفة، وبين الأضرار التي تلحقها بالاقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو نتيجة التسرّع في إعادة

---

1 – ورغم كل هذه النقائص والانتقادات تبنتها العديد من الاتّفاقيات الدّولية.
HAROUN Mahdi, op.cit, p 526.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 207.

3 – خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 110.

4 – خالد محمّد الجمعة، مرجع سابق، ص 126.

5 – سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1994، ص 362.

تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحقّقة إلى الخارج بشكل لا يحقّق للدّولة الأهداف الأساسية المتوقّعة من تشجيع الاستثمار الدّولي أي الإنعاش الاقتصادي والمساهمة في التنمية.

فأهمّ ما يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الطريقة هي الأرباح التي تحققها المؤسّسة بشكل غير متناسب مع قيمة الاستثمارات المنجزة، مقارنة مع أرباح تحقّقها المؤسّسة نفسها في بلد آخر، وهو ما يجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة[1].

5 – القيمة في البورصة La valeur Boursière:

تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة الأسهم في البورصة في الحالات التي تكون فيها لتلك الشركات الاستثمارية قيمة في البورصة[2].

وقد اعتمدت هذه الطريقة عند تأميم قناة السويس، وهي طريقة تعرّض الأطراف المعنيين بالإجراء إلى نوع من المخاطرة نظرا للتقلبات السريعة التي تتعرّض لها قيمة الأسهم في البورصة من نزول وصعود مستمر، الأمر الذي يجعلها نادرة الاستعمال.

ثانيا – طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري:

لقد حاول المشرّع الجزائري من خلال بعض النصوص القانونية اختيار الطريقة الأمثل في تقدير قيمة التعويض عن الإجراءات المتبعة في نزع الملكية أو التأميم بالشكل الذي يتماشى مع الأوصاف المنصوص عليها في كل من الدستور والتشريع والتي تتمثّل في العدل والإنصاف والكمال[3]، وذلك من خلال النصوص التشريعية الوطنية (1) ومن خلال النصوص الاتّفاقية (2).

1 – تقدير التعويض حسب التشريعات الوطنية:

لم تكرس القوانين الوطنية اهتماما بالغا لمسألة تقدير وتقييم مبلغ التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي عن حرمانه من أملاكه المادية والمعنوية[4]، حيث أشارت في بعض

---

1 – الأمين شريط، مرجع سابق، ص 240.

2 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 207.

3 – تعوض الأضرار المادية القابلة للإثبات بالمستندات المتضمّنة حق الملكية بشرط وجود علاقة سببية بين الضرر ونزع الملكية. أمّا الأضرار المعنوية فتعوّض إذا تمّ إثبات الضرر أمام الجهات القضائية المختصة.
– أحمد رحماني، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مرجع سابق، ص ص 52–53.

4 – وقد عرفت طرق تقدير التعويض وأساليب تقييمه في التشريع الجزائري تطوّرا ملحوظا، ويقول في ذلك الأستاذ زواييمه ما يلي: =

النصوص إلى اعتماد طرق معيّنة في التقدير أو إضافة عناصر معيّنة في الحسبان عند التقييم ليقدّر الضرر تقديرا دقيقا، وذلك مع ترك مسائل كثيرة لتقدير القاضي ضمن سلطاته التقديرية[1].

لقد نصّ المشرّع الجزائري سنة 1966 على أنّه تبنى أسلوب تقييم التعويض على أساس القيمة الحسابية الصافية التي تحدّد طبقا لعناصر رأس المال الذي تسترجعه الدّولة المضيفة، وذلك في نص المادة 8 من الأمر رقم 66-284 المتضمّن قانون الاستثمارات كما يلي: « ***في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدّولة لمؤسسات... وقد يشمل ذلك التدبير بحكم القانون استنادا لهذا الأمر دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحدّدة بمواجهة الخبراء والعناصر الوطنية التي تسترجعها الدّولة وذلك في مهلة أقصاها تسعة أشهر ويزاد على هذا التعويض***

= « ***Le régime de l'indemnisation a subi une nette évolution, si l'on accepte les modalités de règlement de l'indemnité dont on peut mesurer la constance, une telle évolution peut être aisément décelée à travers la définition des caractères comme des modes de calcul de l'indemnité*** ». ZOUAIMIA Rachid, op.cit, p 595.

1 – الأصل أنّ تقدير التعويض وتقييم الأملاك والحقوق العينية العقارية المنزوعة تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية بعد إخطارها بواسطة ملف يشمل على قرار التصريح بالمنفعة العمومية والتصميم الجزئي المرفق بقائمة المالكين وذوي الحقوق، حسب نص المادة 20 من القانون رقم 91-11. لكن في حالة النزاع يرجع الاختصاص في ذلك للقاضي، الذي يعتمد على الخبراء المختصّين. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في القضية رقم 370 لسنة 97 المؤرّخة في 1963/01/17 كما يلي: « ***إنّ المشرّع في سبيل توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وصيانة حقوق ذوي الشأن قد حرص على أن يتمّ الاتّفاق على التعويضات المستحقّة عن نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أو تقديرها بمعرفة أهل الخبرة في حالة عدم حصول الاتّفاق وإيداع هذه التعويضات على ذمّة مستحقيها في ميعاد قصير عقب نزع الملكية وقبل الاستيلاء الفعلي*** ». سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، ص 366.

– وقد نصّ المشرّع الجزائري في القواعد العامة على اختصاص القاضي في حالة عدم الاتّفاق على قيمة التعويض، حيث تنص المادة 182 من الأمر رقم 75-58 على ما يلي: « ***إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره...*** ». لكن إذا كان الإجراء تأميما فإنّه يصدر بموجب نصّ تشريعي، يتضمّن شكل التعويض وشروط وإجراءات نقل الملكية، وهذا ما نصّت عليه اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دوسكيكة (ADS) في المادة 2/4/7 كما يلي: « ***في حالة التأميم، يتمّ تحديد شروط وكيفيات التحويل وشكل التعويض بمقتضى القانون طبقا للمادة 678 من القانون المدني*** ».

– ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

- المبلغ غير المستهلك من نفقات التأسيس أو القيم الأخرى غير المادية المطابقة للمصاريف الفعلية غير المأخوذ بها في حساب ذلك التعويض

- الفوائد المحسوبة على حسب النسب المئوية القانونية عن مدّة سنتين على مبالغ ذلك التعويض

ويكون ذلك التعويض قابلا للتحويل للخارج إذا كان المستفيد نفسه أجنبيّا أو إذا كان الاستثمار محقّقا بواسطة مبالغ مستوردة من الخارج »[1].

أمّا في القانون رقم 82-13 الذي يحدّد النظام الخاص بشركات الاقتصاد المختلط، فقد تبنى المشرّع أسلوب تقدير التعويض حسب القيمة الحسابية للأسهم التي يمتلكها الطرف الأجنبي في رأس مال المؤسّسة، وذلك في نصّ المادة 48 التي تضمّنت ما يلي: « ***في حالة ما إذا اقتضت المصلحة العامة استعادة الدّولة لأسهم الطرف الأجنبي يترتّب قانونا عن هذا الإجراء دفع تعويض مساو للقيمة الحسابية لهذه الأسهم وذلك في أجل أقصاه سنة واحدة*** »[2].

ومن خلال هذه النّصوص نلاحظ أنّ تقدير التعويض مرتبط كل الارتباط بمعطيات الفترة التي تمّ فيها مباشرة تلك الإجراءات وبالإيديولوجيات السلبية والاقتصادية للدّولة اشتراكية كانت أو رأسمالية هذا من جهة، ومن جهة ثانية بالقدرات المالية والاقتصادية للدّولة ومدى إمكانياتها في دفع مقدار التعويض الذي يغطي القيمة الحقيقية للمشروع والكسب الفائت أو الفرص الضائعة على المستثمر الأجنبي المجرّد من أملاكه. الأمر الذي يجعلها في تلك المرحلة لا تدفع إلاّ القيمة الحقيقية للمشروع.

ويقول الأستاذ ZOUAIMIA في هذا الصدد ما يلي:

« ... ***La loi sur les sociétés d'économie mixte, qui traite de la reprise par l'Etat des actions détenues par le partenaire étrangers exige dans sa rédaction initiale, le paiement d'une indemnité juste et équitable. On peut penser qu'une telle disposition renvoie au droit interne, et que les caractères ne peuvent être appréciés qu'en fonction des données de l'époque… L'Etat qui édicte une mesure de nationalisation doit certes verser une indemnité adéquate, mais ce caractère est apprécié non par***

1 - أمر رقم 66-284، مرجع سابق.

2 - قانون رقم 82-13، مرجع سابق.

rapport au droit international mais compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes »[1]

ويضيف كذلك أنّ التعويض يقدر حسب القيمة الحقيقية للمشروع مع الأخذ بعين الاعتبار عدّة عوامل محيطة بالإجراء كما يلي:

L'indemnisation « ***Vise certes la valeur de l'entreprise en soi, mais tempérée en fonction du contexte général historique, économique de l'entreprise envergure des nationalisations, capacité d'indemnisation du pays expropriant*** »

لكن بدخول الدّولة الجزائرية في حملة الإصلاحات الاقتصادية وتبنيها للاستثمار الأجنبي كأسلوب لتحريك عجلة التنمية واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، تبنت أسلوبا جديدا للتعويض يقترب أكثر من القيمة الفعلية للمشروع ويشمل حتّى الكسب الضائع، وذلك في القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلّقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية حيث نصّ المشرع في المادة 21 على أنّه: « ***يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطّي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية***»[2]. حيث يحدّد مبلغ هذا التعويض حسب القيمة الحقيقية للأملاك أو المشروع تبعا لما ينتج عن تقييم طبيعتها ومشتملاتها أو عن استعمالها الفعلي من قبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الأخرى عليها، أو من قبل التجار والصناع والحرفيين، وتقديم هذه القيمة الحقيقية يتمّ في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم.

أمّا المرسوم التنفيذي رقم 93-186 فقد نصّ في المادة 31 على أنّه: « ***يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطّي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدّد استنادا إلى القيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها أو قوامها وأوجه استعمالها الفعلي من مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية فيها.***

تقدّر هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم إجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية.

---

1 – ZOUAIMIA Rachid, op.cit, p 595.

2 – قانون رقم 91-11، مرجع سابق.

تحدّد طبيعة الممتلكات أو قوامها في تاريخ نقل الملكية، ويؤخذ بوجه استعمالها ما كانت تستعمل فيه قبل عام من فتح التحقيق الذي يسبق التصريح بالمنفعة العمومية »[1].

كما تضيف المادة 33 من المرسوم نفسه بعض العناصر التي يجدر بمصالح إدارة الأملاك الوطنية أخذها بعين الاعتبار عند تقييم التعويض وفق القيمة الحقيقية للمشروع كما يلي: « ***تراعي القيمة الناجمة عن التصريحات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة والتقديرات الإدارية التي تعدو نهائية بموجب القوانين الجبائية وفقا للتنظيم الخاص بالأملاك الوطنية المعمول به وذلك لتقدير التعويضات المخصّصة للمالكين والتجار والصناعيين والحرفيين*** ».

ونصّت كذلك اتّفاقية الاستثمار على التعويض الذي يجدر أن يأخذ بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع، ومنها الاتّفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water desalination التي نصّت في المادة 2/1/7 على ما يلي: « ***غير أنّه في حالة نزع الملكية، ستمنح الدّولة الجزائرية لشركة المشروع تعويضا مسبّقا وعادلا ومنصفا ويأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع يوما واحدا قبل تاريخ نزع الملكية*** »[2].

وحدّدت بعض النصوص الخاصة ببعض حالات التدابير المماثلة لنزع الملكية عناصر التعويض، ومنها في حالة فسخ الدّولة لعقد الامتياز أو التنازل بسبب إخلال المستفيد منها بالالتزامات التي يتضمّنها دفتر الأعباء – باعتبار حالة الفسخ هنا تدبير مماثل لإجراءات نزع الملكية – حيث نصّت المادة 9 من الأمر رقم 06–11 المؤرّخ في 30 أوت 2006 على أنّه: « ***يترتّب عن كل تقصير من المستفيد من الامتياز أو التنازل... فسخ عقد منح الامتياز أو التنازل... تدفع الدّولة نتيجة الفسخ تعويضا مستحقّا بعنوان القيمة المضافة المحتملة إلى أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة قانونا دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة، تحدّد مصالح الأملاك***

1 – مرسوم تنفيذي رقم 93–186، مرجع سابق.

2 – الاتّفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water Desalination، ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

الوطنية المختصّة إقليميا القيمة المضافة المحتملة »[1].

2 – تقدير التعويض حسب الاتّفاقيات الدّولية:

لقد تضمّنت الاتّفاقيات الدّولية نوعا من التفصيل عند التطرق للطرق المعتمدة في تقدير التعويض المستحق من الأجنبي بالمقارنة مع التشريعات الوطنية، وقد اختلفت فيما بينها في تبني الأسلوب المعتمد عليه في تقدير التعويض، حيث بعضها اعتمدت على التقييم على أساس القيمة الفعلية للمشروع الاستثماري والبعض الآخر على أساس القيمة الحقيقية أو القيمة السوقية. وفي كل الحالات يتمّ التقييم عشية اليوم الذي تتّخذ فيه التدابير أو يعلن فيه عنها.

وقد نصّت على التقييم على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية بالنزع الاتّفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في نص المادة 2/5 كما يلي: « ***يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتّخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تمّ تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية...*** ».

ونصّت كذلك الاتّفاقية المبرمة بين الجزائر وإسبانيا على الأسلوب نفسه في التقييم في نص المادة 2/5 كما يلي: « ... ***يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتّخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه وعلى أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تمّ تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السّارية عشية اليوم الذي اتّخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها...*** » [2].

---

1 – أمر رقم 06-11 مؤرّخ في 30 أوت 2006 يتعلّق بتحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدّولة والموجّهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، مؤرّخة في 30 أوت 2006.

2 – وقد نصّت كذلك كل من الاتّفاقيات التالية على هذا الأسلوب في:

– م 4/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر ومالي.

– م 4/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر والنيجر.

– م 3/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر والاتّحاد اللكسومبرغي.

– م 2/5 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر ومصر.

وتشمل القيمة المضافة الحقيقية إلى جانب القيمة الحسابية الصافية للمؤسّسة، الفوائد التي تحصّلت عليها وكذا الفوائد والخسائر المحتملة التي يمكن أن تترتّب عن أي مشروع استثماري، وهذه القيمة تقضي بأن يأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالمشروع من رأس مال أصلي وفوائد وخسائر وغيرها[1].

بالمقابل، نصّت اتّفاقيات أخرى على تقييم التعويض على أساس القيمة الفعلية للاستثمار في السّوق أو قيمته السّوقية، ومن بينها الاتّفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصّت في المادة 2/4 على أنّه: « ***إنّ مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السّوقية للاستثمار المعني مباشرة، قبل اتّخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأوّل*** »[2]، حيث يتمّ تقدير مقدار التعويض وفق هذا الأسلوب حسب القيمة السّوقية المتعارف عليها. وفي حالة عدم إمكانية ذلك بسبب التقلبات التي يعرفها السّوق أو التقلبات التي تتعرّض لها قيمة الأسهم في البورصة يتمّ تقدير قيمة التعويض بمراعاة القواعد والممارسات المعترف بها دوليا وخصوصا المبادئ العادلة التي تأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالاستثمارات والأرباح والخسائر المحتملة واسم الشهرة وغيرها من العناصر المرتبطة بالمشروع الاستثماري.

ونصّت بعض الاتّفاقيات الأخرى على أسلوب التقييم على أساس القيمة الاقتصادية للمشروع، ومن بينها الاتّفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر في المادة 2/5 التي قضت بأنه يشمل تقدير التعويض حسب هذا الأسلوب كل العناصر ذات القيمة الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار من رأس مال وفوائد وخسائر محتملة واسم الشهرة وغيرها، وهي إلى حدّ بعيد شبيهة بالقيمة السّوقية للمشروع. كما أنّه يجب أن يتمّ تسديد التعويض بلا تأخير وإلاّ ينتج عنه حتى تاريخ الدفع فوائدا[3]، تحسب بإحدى الطرق التالية:

---

1 – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 209.

2 – نصّت على هذا الأسلوب اتّفاقيات أخرى منها:

– م 3/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وسوريا.

– م 4/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا.

3 – « ***يرى بعض الفقه أنّ فوائد التأخير عن التعويض الناشئ عن عمل غير مشروع تسري وفق الحكم بهذا التعويض ودون حاجة إلى حصول مطالبة قضائية بها...*** ».

– محمّد عبد الطاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض في التقنين المدني، مرجع سابق، ص 34.

– تحديد الفوائد حسب المعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة[1].

– تحديد الفوائد حسب سعر البنك المعمول به[2]، أو بالمعدّل المعمول به بين البنوك[3].

– تحديد التعويض بالنسبة التجارية المعمول بها عند الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على إقليمه من تاريخ تحديدها إلى غاية التسديد[4]. أمّا بالنسبة للمشاريع الاستثمارية التي تشملها عقود الضمان فنصّت الاتّفاقيات الدّولية المتعلّقة بضمان الاستثمار أنّه لا يجوز للتعويض الذي يبرئ ذمّة الدّولة أن يغطي كل الخسائر التي لحقت بالمستثمر الأجنبي[5]. لأنّ التعويض وفق الهيئات الدّولية المتخصّصة في إبرام عقود الضمان لا يشترط أن يكون كاملا وشاملا لكل الأضرار التي تلحق بالمستثمر المضمون[6]، بل يكون جزئيا

---

1 – نصّت المادة 2/5 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا كما يلي: « ***ينتج هذا المبلغ حتّى تاريخ دفعه فوائد تحسب بمعدّل الفائدة الرسمي لحق السحب الخاص كما هو محدّد من طرف صندوق النقد الدّولي...*** ».

– ونصّت عليه كذلك المادة 3/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد اللكسمبورغي كما يلي: « ***يتمّ تسديد هذه التعويضات بلا تأخير وتحوّل بكل حرّية، وفي كل حالة تأخر الدفع تنتج فوائد بالمعدل الرسمي لحقوق السحب الخاصة وقت الاستحقاق مثلما حدّدها صندوق النقد الدّولي*** ».

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

3 – نصّت على ذلك المادة 4/4 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا كما يلي: « ... ***وفور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله، وفي حالة التأخّر في الدفع، ينتج التعويض فائدة بالمعدّل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر...*** ».

4 – نصتّ على ذلك المادة 3/5 من الاتّفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا كما يلي: « ***تجري التحويلات بدون تأخير بالعملة التي أنجز بها الاستثمار أو أيّة عملة قابلة للتحويل، يتمّ الاتّفاق عليها بسعر الصرف المعمول به في تاريخ التحويل وبدون أيّة أعباء أخرى غير الرسوم والمصاريف المألوفة*** ».

5 – نصّت على ذلك المادة 16 من اتّفاقية الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار AMGI كما يلي: « ... ***لا يجوز للوكالة أن تغطّي جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر*** » وأكدته المادة 20 من اتّفاقية المؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات كما يلي: « ***تعد المؤسّسة عقود التأمين... على أنّه لا يجوز للمؤسّسة أن تغطي جميع الخسائر المؤمّن عليها...*** ».

6 – « ***من المستقر عليه لدى الفقه المعاصر أنّ التعويض العادل لا يعني في هذا الصدد المساواة التامة بين مبلغ التعويض وقيمة المشروع الذي تناوله التأميم*** ».

– علي هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 20.

يشمل فقط الأضرار التي ترتّب خطرا غير تجاري مضمون، وتستبعد الأضرار غير المباشرة كالفرص الضائعة والربح المستقبلي أو الاحتمالي.

أمّا بالنسبة لأسلوب التقييم فيتمّ على أساس أقل القيمتين التاليتين[1]:

- قيمة الخسارة التي أصابت المستثمر نتيجة تحقق الخطر المضمون.
- قيمة المبلغ الأقصى للضمان المحدّد في العقد.

وعليه، يكون تقييم مبلغ التعويض بالنسبة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار مقدّرا بنسبة 90% بالنسبة للأضرار الناتجة عن مخاطر عدم التحويل، وبنسبة 85% بالنسبة للمخاطر الأخرى كالتأميم ونزع الملكية. أمّا بالنسبة للوكالة الدّولية لضمان الاستثمار فيقدّر بنسبة تغطية الخطر المضمون بحوالي 70% إلى 90% من المبلغ المستحق. وبالتالي يصبح التعويض غير مساويا لنسبة الضرر الذي تعرّض له المستثمر الأجنبي، لأنّه تبقى دائما نسبة حوالي 10% إلى 15% من الخسائر دون تعويض لأنّها غير مضمونة وغير مغطاة، يحتاج لأجل تغطيتها إلى اللّجوء إلى هيئات الضمان الدّولية الأخرى أو إلى هيئات وطنية متخصّصة في الضمان، والتي تتكفّل بتغطية نسبة معيّنة من المخاطر والأضرار قد تصل إلى قرابة 90% أو 95% من قيمة الاستثمار[2].

وفي كل الأحوال يجدر بالدّول المضيفة مراعاة مصلحة المستثمر الأجنبي قبل تقدير قيمة التعويض، بحيث عليها اعتماد الأسلوب الذي يأخذ مصلحته بعين الاعتبار وخاصة الخسائر والأضرار التي تصيبه عندما تقع دون خطأ منه أو عندما لا تكون من المخاطر المشمولة بالضمان، بحيث لا يجوز أن يقتصر في تقدير التعويض على أثر الخطر فقط بل يجب الاعتداد أيضا بطبيعته المميّزة والمركبة[3].

1 – المادة 20 من اتّفاقية المؤسّسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2 – SEROUSSI (R) et PLANTIN (J), l'expropriation, 7ème édition, DALLOZ, Paris, 1996, p 186.
Voir aussi : http://www.iaigc.org,1999-2000.

3 – أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 32.

المطلب الثاني

حماية ملكية المستثمر الأجنبي بموجب عقود الضمان

يقترن الاستثمار الأجنبي كمشروع ينشأ ويسيّر في إقليم الدولة المضيفة له بالمخاطر غير التجارية، ترجع في شق منها للإرادة المنفردة للدولة إذا تعلقت المخاطر بالإجراءات التي تمس بالملكية كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير المماثلة التي ترمي بصفة غير مباشرة إلى نتائج مماثلة، في حرمان المالك من استغلال أملاكه ولو بصفة مؤقتة كرفض إعادة تحويل رؤوس أمواله أو منع استيراد المواد الأوّلية أو التأخير في ذلك وتأجيل دفع ضمانات التنفيذ... أو إجراءات أخرى خارجة عن نطاق إرادة الدولة المضيفة الناتجة عن الاضطرابات المدنية والحروب والفتن والقوة القاهرة... التي يتعذر فيها على الدولة مواجهتها والوقاية منها الأمر الذي يجعل الدولة والمستثمر الأجنبي يلجأن إلى وسائل أخرى أكثر نجاعة للتأمين على هذه المخاطر بموجب عقود الضمان[1]، تأمينًا للاستثمار الأجنبي ضد المخاطر[2] وتأكيدًا على حصوله على مقابل للضرر الذي يصيبه كتعويض لجبره ومحو آثاره وتغطيته في كلّ الأحوال[3]، ما دام أنها إجراءات لا يمكن في كلّ الحالات الاتفاق على استبعادها[4].

---

1 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 23.

2 – « ***يسبب الخطر حالة عدم ضمان اقتصادي "Une insécurité économique" تتمثل في تهديد المركز المالي والاقتصادي، والتأمين هو الذي يحقق من الناحية المادية الضمان لهذا المركز الاقتصادي المهدد*** ».

– إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأوّل، الأحكام العامة طبقًا لقانون التأمين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 19.

3 – « ***التأمين هو نظام للحماية من الأخطار المحتملة الوقوع في المستقبل، وهو لا يحقق هذه الحماية إلّا إذا كان الهدف منه إصلاح الضرر الذي يسببه الخطر ويصيب الذمة المالية، وعلى ذلك فإنّ الضرر والتعويض أساسيين للتأمين*** ».

– إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص ص 21، 24.

4 – فالإجراءات المتعلقة بالتأميم ونزع الملكية تدخل في صميم اختصاصاتها السيادية الأمر الذي يمنع استبعادها في حالات الضرورة، والمخاطر الناتجة عن الحرب والفتن والاضطرابات المدنية غير متوقعة الأمر الذي يجعل استبعادها غير مشروع.

وترتكز نظرية الضمان على فكرة بسيطة مؤداها توزيع النتائج الضارة لحادثة أو إجراء معيّن، ومواجهة الخسائر المالية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة له، على المستوى الدولي بالأسلوب نفسه الذي كان معتمدا في النظم الداخلية[1] تغطيها هيئات متخصصة[2] عن طريق التعويض المالي في شكل مبلغ التأمين على أساس علاقة تعاقدية سابقة بين المستثمر والهيئة، بموجب عقد الضمان[3].

وللتوضيح أكثر نتناول مفهوم عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية في (الفرع الأوّل)، ثمّ الالتزامات المتبادلة لكل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له لتكريس الحماية من خلال العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

مفهوم عقد الضمان الدولي للاستثمارات

تعتبر عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية عقودًا دولية تبرمها الهيئة المتخصصة في الضمان مع المستثمر الأجنبي، ترمي إلى تجسيد تأمين خاص للمستثمر وملكيته ضد كلّ أنواع المخاطر غير التجارية كالتأميم ونزع الملكية... أو التدابير المماثلة، أقل ما يقال عنه أنه عقد يضمن التأكيد على حصول المستثمر الأجنبي على مبلغ التعويض كمقابل لتعرضه لهذه المخاطر في آجال قانونية قصيرة[4]، اقتصارًا للوقت بأسلوب الحلول لترجع بعد ذلك بدورها على الدولة المضيفة التي باشرت الإجراءات والتي سببت الضرر للحصول على المبلغ الذي تلتزم بدفعه بموجب عقد الضمان، فعملية التأمين والضمان تتم في إطار ثلاثي الأطراف، مما يجعل فعاليته تجد أساسًا لها في الحصول على التعويض من الهيئة حتّى وإن كانت الدولة الملتزمة معسرة أو مقصرة في التزامها بجبر الضرر، لتنشأ العلاقة بين هاتين

1 – « ***فلا شك فيه أن دواعي الائتمان على المستوى الدولي هو الذي أدى إلى انتقال فكرة الكفالة من النظم القانونية الداخلية إلى القانون الدولي...*** » هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 9.

2 – SCHONARD Pascal, op.cit., p. 19.

3 – أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، نادي القضاة، القاهرة، 1991، ص 7.

4 – VELLAS Pierre, op.cit., p. 23.

الأخيرتين عند تحقق الضرر بحدوث الخطر لدفع التعويض[1].

حيث نشأت فكرة حماية ملكية الاستثمارات الأجنبية بموجب الضمان وتطورت حتّى تبنتها كلّ القوانين ومنها القانون الجزائري (أوّلاً). وذلك من خلال تدويل فكرة التأمين الداخلي للمخاطر غير التجارية والتي أصبحت هي بنية عقد الضمان الدولي وأساسًا لتعريفه (ثانيًا).

أوّلاً – نشأة فكرة الضمان لحماية ملكية المستثمر الأجنبي:

بادرت الدول الصناعية المتقدمة منذ فترة طويلة[2] إلى إنشاء النظم الخاصّة بضمان الاستثمارات الأجنبية ضدّ المخاطر غير التجارية لخدمة مصالحها وتشجيع مواطنيها على زيادة حجم استثماراتهم في الخارج وفتح الأسواق الجديدة لمنتجاتهم الصناعية في بلدان العالم الثالث، العملية التي لم يكن لها إمكانية تحقيقها بنتائج مضمونة وإيجابية دون إزالة المخاوف النابعة من المخاطر غير التجارية التي تتعرض لها هذه الاستثمارات على إقليم الدولة المضيفة[3]، وخصوصًا لعدم كفاية الحد الأدنى المقرر للحماية في العرف الدولي أو القوانين الوطنية وحتّى الاتفاقية بمعزل عن الضمانات المالية التي تتكفلها هيئات الضمان المتخصصة عند منحها تأمينات للمستثمر من نوع خاص ضد كلّ أنواع المخاطر[4]، على أن يتم الاتفاق على تحديدها مسبقًا في عقد الضمان[5]، فنشأت مؤسسات كثيرة لضمان الاستثمار الأجنبي

---

1 – « ***إنّ الضمان الذي توفره فكرة التأمين على الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية يحقق للمستثمر الأجنبي حماية أكبر من تلك التي تحققها مجرّد الاتفاقيات الدولية، فهو ضمان يجنب المستثمر الأجنبي مخاطر مطالبة القطر المضيف بتعهداته الدولية والتي قد يعجز عن الوفاء بها نتيجة أوضاعه الاقتصادية*** ».

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 296.

2 – « ***L'idée d'assurer ou de garantir les investissements internationaux contre les risques économiques ou politiques est apparue il y a plusieurs décennies, depuis, le marché du risque s'est développé*** », BEGIN Jacques, op.cit., p. 6.

3 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 130.

4 – CHAWIN Robert, L'investissement international et le droit au développement, Edition L'harmattan, Paris, 2002, pp. 151 – 152.

5 – « ***إنّ القدر المتقدم من الحماية لا يشجع على انتقال رؤوس الأموال الأجنبية... وهو سبب كافي للتفكير في إيجاد وسيلة قانونية جديدة من شأنها أن تزيد من قدر الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في ظل النظم التقليدية*** ». هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 23.

عبر مختلف القوانين (أ) تبنتها أيضًا الدولة الجزائرية في إطار قوانينها كجزء من نظامها القانوني لتأمين الاستثمار الأجنبي (ب).

أ – نشأة فكرة الضمان في القوانين المقارنة

ظهرت الفكرة الأولى لإنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات الأجنبية عام 1957، عندما دعت لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا إلى إنشاء صندوق خاص للضمان والمعونة المالية، والذي يصبو إلى التأمين على الاستثمارات الأوروبية في الدول الإفريقية ضدّ المخاطر غير التجارية، وذلك في الوقت نفسه الذي نادى فيه رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بإنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمار الأجنبي من مخاطر التأميم وتخفيض العملة وما شابه ذلك من أخطار[1]، وفي السنة نفسها اقترح أحد أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي إلى لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية في الاتحاد البرلماني الدولي إنشاء نفس الجهاز لضمان الاستثمارات، انتهى بإقرار اللجنة بضرورة إنشاء صندوق دولي تحت إشراف الأمم المتحدة لضمان الاستثمارات الأجنبية.

وفي 1958 اقترحت العصبة الأوروبية للتعاون والاقتصاد إنشاء نظام الضمان ضدّ المخاطر السياسية في الخارج تتكفل بتنفيذه هيئات وطنية بشرط أن يتم إعادة التأمين على الاستثمارات الأجنبية لدى وكالة الضمان الأوروبية.

وفي سنة 1959 وافقت الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا على إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمارات في مجال التعاون بين الدول الأوروبية والإفريقية في سبيل تنمية إفريقيا.

وفي 1960 قدمت العديد من الدراسات إلى منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي لإنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات، أما في 1961 قدمت لها اقتراحات أحالتها بدورها إلى البنك الدولي حول مسألة الضمان الدولي.

أما في 1965 قررت منظمة OCDE بصفة نهائية إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية[2].

---

1 – إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 13.

– هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 300.

2 – إبراهيم شحاتة، مرجع سابق، ص ص 22 – 23.

في 1972 قام مجلس الوحدة الأوروبية بإعداد مشروع التنظيم الجماعي لضمان الاستثمارات الأوروبية التابعة للجماعة الاقتصادية الأوروبية[1]، لتغطيتها ضد المخاطر المحتملة في الدول غير الأعضاء ولاسيما دول العالم الثالث. وحاليا تتضمن معظم الدول المتقدمة نظامًا خاصًا للتأمين على استثمارات رعاياها[2] في الخارج وضمانها من طرف هيئات متخصصة[3]، ومن بينها الصندوق المركزي (Caisse centrale) والبنك الفرنسي للتجارة الخارجية BECE اللذان يتوليان تنفيذ برامج ضمان الاستثمارات الفرنسية المباشرة، وهيئة Treuabert التي تتولى ضمان الاستثمارات الألمانية في الخارج ضد المخاطر غير التجارية، وهيئة OPIC التي تتولى التأمين على الاستثمارات في الولايات المتحدة الأمريكية.

إنّ كلّ أنظمة الضمان السابقة الذكر، تسعى بكلّ الآليات إلى تبديد مخاوف المستثمرين في الخارج بضمان مصالحهم من قبل دولهم، وذلك لتعظيم المكاسب المنتظرة من خلال تدويل هذه الاستثمارات، ومن خلال تدفق رؤوس الأموال الأجنبية من وإلى الخارج، الأمر الذي يجعل الدول المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية تنشئ نظامًا كاملاً وشاملاً للضمان يغطي أكبر قدر من المخاطر وتتكفل بتجسيدها من خلال تأسيس هيئات خاصّة تابعة للدولة.

ويجدر الإشارة إلى أنّ الجهود المبذولة لتحقيق فكرة الضمان لتغطية المخاطر المحتملة على إقليم الدولة المضيفة تعممت فقد انتهت على المستوى الداخلي في إطار القوانين الوطنية للدول بإنشاء هيئات الضمان في الدول المصنعة تختص بضمان استثمارات رعايا هذه الدول في بلدان العالم الثالث، وعلى المستوى الدولي بإنشاء هيئات الضمان المتخصصة في ضمان استثمارات رعايا الدول المتقدمة في البلدان النامية.

---

1 – BEGIN Jaques, op.cit., p. 163.

2 – قبل الدخول في مرحلة التأمين على الاستثمارات الأجنبية، كانت هذه الدولة تقوم بضمان ائتمان الصادرات منذ فترة بعيدة، تنصب على ضمان القروض التي تمنح لمستوردين أجانب لتمويل شراء البضائع الوطنية للتأمين ضد خطر إعسار المدين المستورد، وهي ضمانات ضد المخاطر التجارية، امتدت بتطور نظام الاستثمارات الأجنبية إلى ضمان حتّى المخاطر غير التجارية المتعلقة بالتأميم والحروب والاضطرابات لحماية ملكية المستثمر الأجنبي.

هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 293.

3 – SCHONARD Pascale, op.cit., p. 19.

ب – تبني فكرة الضمان في القانون الجزائري

لم تقم الدولة الجزائرية بإنشاء هيئة وطنية[1] لضمان وتأمين الاستثمارات الجزائرية في الخارج ضدّ المخاطر غير التجارية المختلفة المحتملة على إقليم الدولة المضيفة، إلاّ أنها ونظرًا للضرورة الملحة للتنويع في أساليب حماية الاستثمارات الأجنبية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، ارتأت في سبيل الاستفادة من نظم الضمان الدولية لتمكين أكبر قدر من المستثمرين الأجانب في إطار عقود الضمان المبرمة مع الهيئات المتخصصة في ذلك من الحصول على الضمانات المالية، كتغطية للمخاطر غير التجارية المحتملة على إقليمها بالانضمام إلى مجموعة من الهيئات المتخصصة في الضمان والائتمان لإنشاء برنامجًا وطنيًا كاملاً للضمان تحت إدارة هذه الهيئات، منها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار (1)، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار (2) والمؤسسة الإسلامية لتأمين وائتمان الصادرات (3).

1 – المؤسسة العربية لضمان الاستثمار CIAGI:

نشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سنة 1971 بموجب اتفاقية دولية دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 أفريل 1974[2]، وهي هيئة مستقلة إداريًا وماليًا وذات شخصية معنوية للقانون الدولي، تتمتع بكافة الحقوق والصلاحيات اللازمة لممارسة اختصاصاتها على إقليم كلّ دولة عضوة، أخذت الكويت مقرًا لها ابتداءً من جانفي 1975[3].

وهي المؤسسة الوحيدة من نوعها في العالم العربي، بل وأوّل نموذج عملي لهيئات الضمان الدولي في العالم المعاصر[4].

هدفها الوحيد هو التأمين على الاستثمار العربي ضدّ المخاطر غير التجارية التالية[5]:

---

1 – علمًا أنّ هيئات الضمان الوطنية تتكفل بحماية وضمان الاستثمارات الوطنية الموجودة في الخارج، فالجزائر لم تهتم بالمشاريع الاستثمارية الجزائرية الموجودة في الخارج، على خلاف اهتمامها بالمشاريع الأجنبية الموجودة في الجزائر لما لهذه الأخيرة من فوائد وعوائد لصالح التنمية الوطنية.

2 – هشام خالد، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 16.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 37. وانظر كذلك:
ZOUAÏMIA Rachid, Les mécanismes de garantie des investissements étranger, op. cit., p. 6.

4 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 305.

5 – إبراهيم شحاتة، الملحق رقم 1 المتضمن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 113، 136. انظر أيضًا: http:www.iaigc.org.

- كلّ أو بعض الخسائر المترتبة عن تحقق نزع الملكية أو المصادرة أو فرض الحراسة أو الاستيلاء الجبري أو منع الدائن من استيفاء دينه أو التصرف فيه.
- تقييد حرية المستثمر في تحويل أصول استثماره.
- التأمين على كلّ عمل عسكري أو اضطرابات سياسية أو أعمال العنف... الصادرة عن جهة أجنبية أو عن الدولة المضيفة.

كما أنها أوّل هيئة انضمت إليها الجزائر، وذلك بموجب الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 1972/06/07.[1]

حيث تكون بذلك قد انطلقت فكرة إبرام عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.

2 – الوكالة الدولية لضمان الاستثمار AMGI

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات آخر المنظمات الدولية المتخصصة في الضمان نشأة، متخصصة في مجال ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية أو غير التجارية على ضوء تجربة المؤسسة العربية، لكن في حيز أوسع بحيث تحاول عولمة نظام الضمان، نشأت بموجب اتفاقية سيول الدولية بتاريخ 11 أكتوبر 1985[2] بتبنٍ من البنك الدولي للإنشاء والتعمير. دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 12 أفريل 1988 مقرها بواشنطن[3] وهي هيئة دولية مستقلة عن الدول الأعضاء، تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345[4]، من بين أهدافها تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية لأغراض إنتاجية تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير وشركة

---

1 – أمر رقم 72-16 مؤرخ في 7 جوان 1972، ج ر عدد 53، المؤرخة في 1972/07/04.
وقد أكدت كذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على اللجوء إلى المؤسسة بهدف التأمين في المادة 22 كما يلي: « ***تقوم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالتأمين على الأموال المستثمرة بموجب هذه الاتفاقية*** » مرجع سابق.

2 – GIGLIONE Renaud, "Commentaire de la convention de Séoul du 11 Octobre 1985 Portant création de l'agence Multilatérale de garantie des investissements" 1997 in : www.MIGA.org. Ou http//:www.izf.net

3 – CARREAU Dominique – JUILLARD Patrick, op.cit., p. 513.

4 – مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

التمويل الدولية ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى[1]، وتغطية هذه الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية الناتجة عن:

- تصرف قانوني أو عمل مادي صادر عن الدولة المضيفة كنزع الملكية والتأميم والمصادرة[2].
- تغطية كلّ الحقوق المتعلقة بالملكية والقروض المتوسطة الطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني بالحماية.

3 – المؤسسة الإسلامية لتامين الاستثمارات وائتمان الصادرات SIGICE

نشأت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات وفقًا للاتفاقية المؤرخة في 19 فيفري 1995[3]، بناءً على قرار مجلس محافظي البنك الإسلامي للتنمية رقم 05-412 المؤرخ في 19 فيفري 1992 خلال دورته (16) السادسة عشر المنعقدة بطرابلس[4]، وهي مؤسسة دولية فرعية للبنك الإسلامي للتنمية مقرها بمدينة جدّة بالمملكة العربية السعودية، تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة والاستقلالية الإدارية والمالية.

من أهدافها توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء وتأمينها وإعادة تأمينها من المخاطر غير التجارية مع ائتمان الصادرات من السلع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية[5].

من حيث الضمان تشمل المؤسسة خلافًا للوكالة الدولية (AMGI) والمؤسسة العربية (CIAGI) حيزًا واسعًا من الحماية يشمل التغطية ضدّ كلّ أنواع المخاطر التجارية منها وغير التجارية والمنصوص عليها في نصّ المادة 19 من الاتفاقية كما يلي:

- إعسار أو إفلاس المشتري.
- فسخ أو إنهاء المشتري لعقد الشراء أو رخص تسليم البضاعة أو عجزه عن ذلك.
- رفض المشتري الوفاء بالثمن.

---

1 – BEGIN Jacques, op.cit., p. 163.

2 – سامي عفيفي حاتم، مرجع سابق، ص 231.

3 – انظر موقع المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات: http://www.iciec.org

4 – صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أفريل 1996، مرجع سابق.

5 – مادة 3 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

- المخاطر الناتجة عن إجراءات تحويل العملة بسبب فرض القيود على حرية تحويل رؤوس الأموال.
- الأضرار الناتجة عن إجراءات نزع الملكية أو الإجراءات المماثلة لها.
- الأضرار الناتجة عن فسخ الدولة المضيفة للعقد أو الإخلال بالتزاماتها.
- الأضرار الناتجة في حالات الحروب والاضطرابات المدنية... في إقليم الدولة المضيفة.

ومن خلال التنويع في مجال الضمان بالتأمين على كلّ المخاطر الأكثر احتمالاً وخصوصًا التدابير المماثلة تكون المؤسسة قد غطت كلّ المخاطر التي تمس بالملكية، وكرّست نظامًا شاملاً للحماية والضمان.

ثانيًا – تعريف عقد ضمان الاستثمارات الأجنبية:

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي[1] ذلك العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي، تلتزم بمقتضاه الهيئة المعنية بالضمان بتعويضه عن الأضرار التي يمكن أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري، بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم[2]. عرّفه الأستاذ Bégin Jacques[3] كما يلي:

« ***La garantie est l'ensemble des mécanismes qui ont pour objet, de transférer de l'investissement à un organisme spécialisé, l'organisme de garantie, les conséquences financières qui résultent pour cet investisseur de la survenance d'un sinistre politique… il n'a donc pas pour objectif de couvrir la totalité des risques entourant l'opération d'investissement à l'étranger*** ».

أما الأستاذ زوايمية فقد عرّف تقنية الضمان كما يلي:

---

1 – يعتبر عقد الضمان الدولي عقدًا رضائيًا من عقود المعاوضة، ملزم للجانبين، احتمالي تعويضي وزمني ومن عقود الإذعان المبنية على حسن النية. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 72.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 69.

– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 133.

3 – Dans cette définition Jacques BEGIN s'est inspiré de la définition de Dominique CARREAU. Voir BEGIN Jacques, op.cit., p. 162.

« ***On entend par mécanismes de garantie l'ensemble des mécanismes qui ont pour objet de transférer… les conséquences financières qui résultent pour cet investisseur de la survenance d'un sinistre politique*** »[1] .

فالضمان عملية فنية تزاولها هيئات منظمة تتولى إثرها تجميع أكبر قدر ممكن من المخاطر المتشابهة[2] في إطار عقد قانوني، يمنح للمؤمن له ضماناً من حيث تحمل المخاطر وتغطية الأضرار عن طريق دفع مبلغ التأمين لذا يكيفه البعض بالتأمين التعويضي باعتبار التعويض هو أثره الرئيسي، حيث تأخذ الهيئة المؤمنة الضامنة على عاتقها مهمة تجميع المخاطر وإجراء المقاصة بينها وبين الدولة التي تباشر بالإجراء الذي سبب الخطر وفقا لقوانين الإحصاء[3].

وعليه فعقد الضمان هو الأساس القانوني للعلاقة الثلاثية التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان التي تتكفل بمهمة تعويضه عند تحقق الضرر من جهة أولى، وبين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له[4] عند تحملها مسؤوليتها عن الإجراءات التي تباشرها مشروعة كانت أو غير مشروعة، ما دام سببت بها ضرراً[5] ومذكورة ضمن قائمة المخاطر المغطاة من طرف الهيئة في عقد الضمان من جهة ثانية.

وعلاقة أخرى تنشأ بين هيئة الضمان والدولة المضيفة استنادًا إلى نظرية الرجوع والحلول كآلية قانونية مبررة للتواجد الثلاثي في العلاقة العقدية من جهة ثالثة[6].

---

1 – ZOUAÏMIA Rachid, Les mécanismes de garantie des investissements étranger, op. cit., p. 2.

2 – « ***Les mécanismes de garantie… n'ont pas pour objet de couvrir l'ensemble des risques, qu'en court l'investisseur tel que les risques économique qui résulte des aléas économique, et le risque politique qui résulte d'une mesure politique portant atteinte aux droits fondamentaux de l'investisseur sur son investissement*** ».
CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, op.cit., p. 502.

3 – أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 14 – 16.
إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 45.

4 – « ***Chaque pays développé a mis au point des mécanismes assurantiels… couvrant tous risques que peuvent courir les investisseurs, les plus imprévisible tel le risque politique*** ».
CHARVIN Robert, op.cit., pp. 151 – 154.

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

6 – أشخاص التأمين هم المؤمن والمؤمن له والمستفيد وعناصره هي الخطر والقسط ومبلغ التأمين.

ولا تنشأ هذه العلاقة إلاّ إذا وافقت الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على إبرام عقد الضمان بين الهيئة المختصة بالضمان والمستثمر الأجنبي، لإنشاء الالتزام القانوني برجوع هذه الهيئة عليها لاستيفاء المقابل الذي تمّ دفعه للمستثمر كتعويض عن الضرر. وقد نصّت المادة 15 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه: « ***لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدًا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضدّ المخاطر المطلوب تغطيتها*** »[1].

وهنا تنشأ أوجه التشابه بين عقد التأمين وعقد الضمان[2]، لأنهما عقدان من حيث المبدأ يهدفان إلى تحقيق الهدف نفسه[3]، وهو تغطية المخاطر، دون أن تكون علاقة قانونية بينهما لأنهما مختلفان[4]، وهنا يقول الأستاذ زوايميه رشيد:

« ***Au point de vue de l'intérêt poursuivi, tandis que les compagnies d'assurance visent la satisfaction d'un intérêt purement commercial en ce qu'elles tendent à réaliser des profits, les organismes de garantie de l'investissement poursuivent un intérêt public en ce qu'ils ont a charge de réaliser une politique gouvernementale d'incitation ou de promotion de l'investissement national à l'étranger, il s'agit aussi d'orienter l'investissement des nationaux en direction de certain pays ou de certaines***

---

1 – الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2 – « ***Il n'est guère aisé de distinguer le système d'assurance de celui de garantie car les deux peuvent effectivement représenter un mécanisme de lute contre la survenance d'un risque politique ou autre*** ». BEGIN Jacques, op.cit., p. 162.

3 – بالرجوع إلى نصّ المادة 619 من القانون المدني الجزائري نجد التأمين من خلال تعريفه قريب من الضمان كما يلي: « ***التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيّن بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن*** ». أمر رقم 75–58، مرجع سابق.

4 – « ***La garantie se distingue de l'assurance à plusieurs égards certes, il existe des systèmes privés qui permettent d'assurer l'investissement international contre le survenance du risque politique, Mais ces systèmes d'assurance ne doivent pas être confondus avec les mécanismes de garantie*** ». CARREAU Dominique – JUILLARD Patrick, op.cit., p. 502.
Nous ajoute TRAORE TSAGAO ce qui suit : « ***La garantie se distingue d'abord de l'assurance à plus d'un titre, même s'il existe des systèmes privés permettant d'assurer efficacement L'IDE contre les risques politiques. Premièrement, la garantie est généralement alimentée par des fonds publics alors que les systèmes d'assurance s'appuient sur des fonds privés***… » TRAORE TSAGAO, op.cit., p. 23.

zones et ce, sur la base de considérations essentiellement politiques, voire géographiques »[1] .

فالأوّل عقد داخلي يتم إبرامه بين هيئة التأمين والوطنيين، أما الثاني عقد دولي تبرمه هيئات الضمان الدولية[2] مع المستثمر الأجنبي[3].

كما أنّ نظام الضمان الدولي يستلزم الضرر باعتباره الشرط الجوهري لاستحقاق التعويض عند التعرض للخطر، الأمر الذي يجعل وقوع الخطر إذا لم يسبب ضررًا مستبعدًا للحق في التعويض[4]، وذلك لكون مسألة تقدير التعويض متوقفة أساسًا على درجة الضرر الذي لحق بالمؤمن له[5].

وهذا ما نصت عليه اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات في نصّ المادة 19، على أنه يشكّل تأمين الاستثمار غطاءً تأمينيًا تقدمه المؤسسة ضدّ الخسارة الناجمة عن تحقق أي نوع من أنواع المخاطر المتفق عليها[6].

الفرع الثاني

الالتزامات التي تفرضها عملية الضمان

تفرض عملية الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي مجموعة من الالتزامات في مواجهة أطرافها الثلاثة[7]، بعضها ذات طابع تعاقدي والأخرى اتفاقي، حيث تلتزم هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي بمجموعة من الالتزامات في حدود ما تمّ الإنفاق عليه في عقد الضمان

1 – ZOUAÏMIA Rachid, Les mécanismes de garantie des investissements étranger, op. cit., p. 3.

2 – « … ***La garantie est délivrée aux seuls nationaux personnes morales ou physiques ressortissantes de l'Etat garant, le contrat qui va unir l'organisme de garantie délégataire de la puissance publique et l'investisseur et donc un contrat de droit interne*** ».
BEGIN Jacques, op.cit., p. 162.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 72.

4 – أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 14.

5 – تعتبر قاعدة تناسب مبلغ التأمين بمقدار الضرر ونسبة حدوثه قاعدة عامة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

6 – اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

7 – « ***La délivrance de le garantie ne présente pas un caractère d'automaticité, elle demeure subordonnée au respect de certaines conditions de forme et de fond*** ».
CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 512.

بصفة تبادلية[1]، باعتباره عقد ذو قوة ملزمة بالنسبة لأطرافه[2]، تحدد القواعد التي تؤطره في القواعد العامة للالتزام، وفي أحكام الاتفاقية المنشئة للهيئة الضامنة، أو حتّى في بنود العقد حسب اتفاق الأطراف[3]. والتزامات أخرى تقع على عاتق الدولة المضيفة باعتبارها الطرف المسبب في الضرر أو الخطر المضمون من جهة، والطرف الملتزم بدفع التعويض للمستثمر الأجنبي من جهة ثانية، بعضها في مواجهة المستثمر الأجنبي وذلك على أساس عقد الاستثمار، والأخرى في مواجهة هيئة الضمان على أساس اتفاق يبرم بينهما. وهي التزامات متبادلة[4]، يلتزم المستثمر الأجنبي في إطارها من جهته بتنفيذ مضمون العقد والتقيّد بشروط استحقاق التعويض تحت طائلة فقدان حقه في الحصول على مقابل الضرر الذي لحقه من الخطر المحقق (أوّلاً)، وتلتزم الدولة المضيفة في المقابل بتحمل تبعة الإجراءات التي تتخذها إذا سبّبت نتائج مضرة بالمستثمر المضمون، وذلك تجاه الهيئة الضامنة التي تحل محلها في تعويض المستثمر الأجنبي بعد موافقتها على مبدأ الحلول في قبول الرجوع ودفع مستحقات الهيئة الضامنة عند الطلب (ثانيًا)، وتلتزم هيئة الضمان من جهتها بمجموعة من الالتزامات في حدود ما تمّ الاتفاق عليه (ثالثًا).

أوّلاً – التزامات المستثمر الأجنبي:

يلتزم المستثمر الأجنبي بعد إبرامه لعقد ضمان المخاطر غير التجارية التي يتوقع التعرض لها على إقليم الدولة المضيفة بمجموعة من الالتزامات تحت طائلة احتمال عدم حصوله على التعويض في حالة إغفال تنفيذ إحدى التزاماته. حيث أنّ هيئة الضمان لا تتكفل

---

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

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

2 – وقد أكدت عدّة أحكام قضائية مبدأ القوة الملزمة لعقد الضمان ومنها حكم محكمة التعقيب التونسية في القرار رقم 5934 بتاريخ 1959/07/01، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4، أفريل 1960، ص 25.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 239.

4 – تنص المادة 20/ب من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية على أنه: « ***تحدد عقود إعادة التأمين الحقوق والالتزامات المتبادلة للوكالة وللعضو...*** ». كما تنص المادة 16 من نفس الاتفاقية على أنه: « ***تحدد الوكالة أحكام وشروط عقود الضمان طبقًا للقواعد واللوائح الصادرة عن مجلس الإدارة...*** ».

بصفة تلقائية ومباشرة بالآثار المالية بمجرّد إبرام العقد، بل بعد استنفاذ المستثمر الأجنبي لالتزاماته كشروط هامة لاستحقاق مبلغ التعويض ومن بينها تقديم تقرير دقيق عن كلّ بياناته (1) وبذل المجهود المعقول لتفادي حدوث الضرر أو الخطر واستبعاد كلّ حالات تدخله في حدوثه (2) والالتزام بأداء أقساط الضمان (3) والتنازل عن حقوقه لصالح هيئة الضمان (4).

1 – التزام المستثمر بتقديم تقرير دقيق ببياناته:

يشمل التزام المستثمر الأجنبي بتقديم تقرير دقيق لهيئة الضمان عن بياناته الالتزام بإخطارها بكلّ المعلومات التي يكون من شأنها تمكين الهيئة من تقدير الخطر المضمون أو التي تؤثر في مضمون التزاماتها في العقد، وهو التزام ذو أهمية بالغة في عقد الضمان، لأن هدفه هو تغطية الأخطار غير التجارية السابق بيانها، فيحق للهيئة الضامنة أن تحيط إحاطة تامة بجميع البيانات اللازمة لتقدير الخطر المضمون، والتي تساعد في العلم بجميع الظروف التي يكون من شأنها زيادة هذا الخطر[1].

ومن ثمة، فلا يكون المستثمر الأجنبي ملزمًا بالإدلاء بالمعلومات التي من شأنها تغيير محل الخطر أو الانتقاص من تقدير المؤسسة لجسامته[2] وهو من الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية[3].

يدخل في نطاقه الالتزام بتقديم تقرير عن كلّ بياناته الشخصية، وتقرير عن البيانات الخاصّة بالاستثمار المضمون، وتقرير آخر لإخطار المؤسسة عن الخطر ومدى تحققه.

وفي كلّ الحالات يلتزم المستثمر المضمون بتقديم هذه التقارير بكلّ البيانات والظروف المعلومة لديه وقت إبرام العقد[4]، وخاصّة المعلومات التي من شأنها التأثير على موقف

---

1 – « ***L'investisseur doit informer l'organisme de garanti, pendant toute la durée de la police, de toute circonstance qui serait de matière a aggraver le risque politique pesant sur l'investissement*** ».
- CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, op.cit., p. 506.

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1249.

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 240.

4 – لا يقصد بالبيانات المعلومة لديه، العلم الفعلي للمستثمر طالب الضمان بكلّ البيانات علمًا يقينًا، بل العلم وفقا للمجرى العادي للأمور، لذا يقع على عاتقه الالتزام ببذل القدر المعقول من العناية من العلم بالخطر والظروف والملابسات المحيطة به، وجهله لأمر جوهري عن الخطر لا يعفيه من الالتزام ويترتب عنه مسؤولية.
– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1253.

المؤسسة من الضمان[1]، وأن يلحقها بتقارير جديدة كلّما ظهرت بيانات جديدة.

ولا تدخل ضمن هذه البيانات تلك المتعلقة بمعتقداته الخاصّة أو وجهة نظره في الخطر المضمون، أو حتّى الشائعات التي تحوم حوله، وهذا ما قضت به هيئة التحكيم في قضية "Durrel/Bederly" سنة 1816 عندما قررت أنّ طالب التأمين غير ملزم بالإفضاء بمعتقداته الخاصّة حول الخطر، حتّى لا تكون من قبيل المعلومات الواجب الإعلان عنها[2]. كما يلتزم المستثمر بكشف كافة الترتيبات والاتفاقات التي يكون طرفًا فيها أو على العلم بها للهيئة والتي تؤثر بطريقة مباشرة على طبيعة التزامها بمقتضى عقد الضمان. كما يقوم بإخطارها عن حدوث أي ظرف قد يترتب عنه انعقاد مسؤوليتها، وذلك خلال مدة لا تتجاوز 30 يومًا من تاريخ العلم بتلك المعلومات أو الظروف.

ويلتزم المستثمر الأجنبي أيضًا، في إطار واجباته بإعلام هيئة الضمان بكلّ البيانات المتعلقة بالاستثمار المضمون، حيث يقدّم لها عند انتهاء كلّ سنة مالية تقريرا يبيّن فيه قيمة الاستثمار، وكلّ تغير في البيانات المقدمة سابقًا، على أن يشمل التقرير الفترة الواقعة ما بين تاريخ تنفيذ الاستثمار وتاريخ نفاذ عقد الضمان.

كما يلتزم المستثمر بتقديم كلّ البيانات التي تطلبها هيئة الضمان، وبصفة خاصّة التقارير الدورية والسجلات ودفاتر الحسابات، والسجلات الأخرى المعدّة طبقا لأصول المحاسبة، والتي تتضمن معلومات كافية عن قيمة صافي الاستثمار وعوائده، بالإضافة إلى مصروفاته ومدفوعاته وتداول حصصه وأسهمه التي يشملها الضمان، ويتعين عليه أن تكون كلّ هذه البيانات معتمدة من محاسب قانوني مستقل[3] والفكرة الأساسية من التزام المستثمر المضمون بتقديم البيانات المتقدمة هي تسهيل مهمة الهيئة في الرقابة على الاستثمار المضمون، والتأكد من سلامة تقدير صافي الاستثمار والمبلغ الجاري للضمان والذي يحتسب على أساسهما التعويض الذي قد تلتزم هيئة الضمان بأدائه عند تحقق الخطر[4].

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 241.

2 – المرجع نفسه، ص 243.

3 – المرجع نفسه، ص 248.

4 – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 216.

2 – الالتزام ببذل الجهود لتفادي حدوث الخطر:

يفرض عقد الضمان على المستثمر المضمون ببذل الجهد المعقول لتفادي حدوث الضرر واستبعاد كلّ الحالات التي تثير الشك في أنه المتسبب فيه أو حتّى له علاقة ولو غير مباشرة في حدوثه، فيمنع على هذا الأساس من القيام بأي عمل استفزازي أو عدائي ضدّ السلطة العامة للدولة المضيفة[1]، وأن لا يطالب بحقوقه إلاّ بالأسلوب الإداري أو القضائي[2]، لتفادي حمل الدولة المضيفة على مباشرة أي إجراء يكون من قبيل المخاطر المضمونة التي تسبب أضرارًا للمستثمر.

ويقصد بالالتزام ببذل المجهود لتفادي حدوث الخطر، أن لا يكون لطالب التعويض أية علاقة بحدوث الخطر المضمون أو أن يقع الخطر خارجًا عن إرادته، أو أن لا يكون الفعل قد وقع بموافقة منه[3].

وقد نصّت معظم الاتفاقيات الدولية المتضمنة إنشاء هيئات الضمان على استبعاد التعويض في الحالات التي يتحقق فيها الخطر ويحدث فيها الضرر لأسباب يكون للمستفيد من الضمان علاقة بحدوثها.

حيث نصّت المادة 2/18/ب من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه: « ***لا يجوز في جميع الأحوال أن يغطي عقد التأمين الخسارة الناجمة عن إجراء تتخذه السلطات العامة في القطر المضيف ويتوافر فيه... أن يكون المؤمن له قد وافق على اتخاذ الإجراء أو كان مسؤولاً عنه مسؤولية مباشرة*** ».

ونصّت أيضًا على ذلك المادة 4/19/ب من اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات كما يلي: « ***لا تجوز في جميع الأحوال تغطية الخسائر الناجمة عن... اتخاذ***

---

1 – إلاّ أنّ التكييف القانوني لتصرفات المستثمر ومدى اعتبارها من الأعمال الاستفزازية أو العدائية للدولة المضيفة تدخل في صميم السلطات التقديرية لسلطة الدولة المعنية، الأمر الذي يشكك في نزاهتها وشفافيتها ولا يستبعد تعسفها ما دامت تخضع للعوامل السياسية والبيروقراطية والإدارية للدولة المضيفة.
هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 244.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 244.

3 – وتدخل في هذه الحالات صورة إهمال المستثمر الأجنبي المضمون، اتخاذ التدابير اللازمة والإجراءات القانونية المعقولة لتجنب حدوث الخطر كتراخيه في اتخاذ إجراءات تحويل العملة في الآجال القانونية المعمول بها في الدولة المضيفة وسقوط حقه في التحويل بسبب الإهمال.

سلطات الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له أو امتناعهما عن اتخاذ أي إجراء إذا كان المؤمن له قد وافق على هذا الإجراء أو كان مسؤولا عن اتخاذه ».

وفي كلّ الأحوال لا يعتد إلاّ بالأخطار التي تحققت في فترة نفاذ عقد الضمان أو سريانه، حيث تستبعد المخاطر التي تسبب الأضرار والتي تنتج عن إجراءات تتخذها الدولة المضيفة في مرحلة ما قبل إبرام عقد الضمان، وهذا ما نصّت عليه المادة 4/19/ج من الاتفاقية نفسها كما يلي: « ***لا يجوز في جميع الأحوال تغطية الخسائر الناتجة عن... أي إجراء تتخذه الدولة المضيفة أو قطر المؤمن له، أم تمتنع عن اتخاذه قبل إبرام عقد التأمين أو أي حدث وقع قبل إبرام هذا العقد*** »[1].

3 – الالتزام بأداء أقساط الضمان:

إنّ التزام المستثمر الأجنبي المضمون بأداء أقساط الضمان شرط أساسي في عقد الضمان[2]، حيث لا يقوم بدونه التزام المؤسسة بالتعويض[3]، فالالتزامين متقابلين، لأنه عندما يقوم المستثمر بسداد أقسام الضمان في الآجال المحددة في العقد إنّما يحمل هيئة الضمان على تحمل تبعة المخاطر المتفق عليها طوال مدّة العقد.

وتحدد هيئات الضمان أقساط الضمان وكلّ الرسوم والتكاليف الأخرى بصفة دورية[4]، حسب طبيعة الأخطار المطلوب تغطيتها[5]. وذلك بسبب وجود علاقة بين القسط والخطر المؤمن منه، فإذا تغير الخطر تغير القسط وفقا لمبدأ عام مسلم به في التأمين وهو مبدأ نسبية القسط مع الخطر "Proportionnalité de la prime au risque" والتي تقتضي تحديد سعر القسط ونسبته من خلال دراسة احتمالات وقوع الخطر ومدى جسامته[6].

---

1 – الحكم نفسه ورد في المادة 2/11/ج من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

وفي المادة 1/18/ب من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2 – ZEHAF Saleh, op.cit., p. 16.

3 – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 217.

4 – المادة 26 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

5 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 250.

6 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1145.

وتحدد أيضا هيئة الضمان القسط حسب طبيعة الاستثمار سواء كان في شكل مساهمة في ملكية مشروع أو في شكل قرض أو استثمار مباشر، لأن احتمالات تأثر القروض بالمخاطر السياسية كالتأميم ونزع الملكية أقل عادة من تأثر الاستثمارات الأجنبية بها، وقد نصت المادة 25 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية للضمان على أنه: « ***يتم تحديد القسط السنوي للضمان بالنسبة لكل مجموعة على حدة من المجموعات المشمولة بالضمان عن طريق نسبة 0,666 من 1% من المبلغ الجاري للضمان في بداية السنة العقدية*** »[1].

وهي أقساط مرتفعة جدا بالمقارنة مع الأقساط التي حددتها المؤسسة للمستثمر كتغطية عن مخاطر العجز عن تحويل القروض في عقد ضمان القروض، والمحددة بنسبة سنوية تقدر بـ 0,5 من 1% مضروبة في 90% من مجموع قيمة أصل القروض غير المسددة والفوائد المستحقة وغير المدفوعة قبل بداية السنة العقدية وأثناء سريانها[2].

وفي كل الأحوال لا تلتزم هيئة الضمان بأداء التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي إذا تحققت المخاطر المغطاة بعقد الضمان قبل استلامها الأقساط[3] المستحقة لها فضلا عن الجزاء التأخيري.

4 – الالتزام بالتنازل عن حقوقه لهيئة الضمان:

يشمل هذا الالتزام مبدأ وجوب حلول المؤمن محل المؤمن له في حقوقه في مواجهة المتسبب بالضرر[4]، حيث يتعين على المستثمر الأجنبي المضمون في حالة التقدم بطلب التعويض عن الأضرار المترتبة عن تحقق أحد المخاطر المغطاة، أن يتنازل عن حقوقه ويحولها لهيئة الضمان أو لأي شخص آخر أو هيئة أخرى تعيّنها الهيئة الضامنة خلال مدة محددة، تحسب على سبيل المثال بالنسبة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار بـ 180 يوما

1 – الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 252.

3 – وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ التزام المستثمر المضمون بدفع الأقساط محقق وينفذ في الآجال المحددة في العقد، بينما التزام الهيئة بالتعويض التزام غير محقق واحتمالي يتوقف على تحقق الخطر المضمون، لأنّ تحقق الخطر ركن قانوني في الالتزام وليس مجرّد شرط عارض.

– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، 1139. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 85.

4 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1623.

على الأكثر من تاريخ إخطاره كتابة بقرارها بالموافقة على أداء التعويض وتحديد مقداره وعن كافة حقوقه المقررة له على الاستثمار المشمول بالضمان وعوائده. أو ما ينشأ له من حقوق نتيجة تحقق الضرر، وبصفة خاصة حقوقه في التعويضات التي تم أدائها له بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مصادر أخرى غير هيئة الضمان على نفس الضرر، والتي لم يستطع إخراجها من القطر المضيف[1].

ويشمل هذا الالتزام وجوبا تسليم المستثمر الأجنبي المضمون كافة الأسهم والسندات المتنازل عنها لها والتي تمّ تحويلها إليها، والقيام بكل الإجراءات التي تطلبها هيئة الضمان للتأكد من سلامة التنازل وصحة الحوالة الواردة على الحقوق المقررة بمقتضى عقد الضمان هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، الامتناع عن اتخاذ أي إجراء أو تصرف من شأنه إضعاف أي حق أو ضمان أو تأمين واجب الحوالة إلى هيئة الضمان، أو وضع عوائق وعراقيل تحول دون قابلية هذه الحقوق للتنازل أو الحوالة في الآجال القانونية المنصوص عليها في العقد[2].

ثانيًا – التزامات الدولة المضيفة للاستثمار:

تلتزم هيئات الضمان بتعويض المستثمر الأجنبي المضمون إذا ما توافرت فيه كلّ الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض، عند تحقق أحد المخاطر المغطاة بموجب عقد الضمان لتستنفذ واجباتها تجاه المستثمر وتنقضي العلاقة بينهما باستلام المستثمر التعويض المستحق له[3].

فالثابت أن العلاقة التي تربط هيئة الضمان بالمستثمر تنقضي بالتعويض، لتبدأ العلاقة التي تربطها بالدولة المضيفة له[4]، والتي تلتزم بدورها عند انعقاد عقد الضمان بالاعتراف

---

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 256 – 257.

2 – المرجع نفسه، ص 260.

– هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 207.

3 – تنص القواعد المنظمة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه إذا لم تدفع المؤسسة التعويض في مدة أقصاها 30 يومًا من تاريخ إتمام الحوالات لإنهاء علاقتها بالمستثمر نشأت في حقها التزامات بدفع فوائد تأخيرية.

4 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 269.

وقبول حلول هيئة الضمان محلها في تعويض المستثمر الأجنبي والرجوع عليها في ما له من حقوق وما عليه من التزامات (1)، ثمّ الالتزام بدفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان بمجرّد طلبه (2).

1 – التزام الدولة بقبول فكرة الرجوع والحلول:

قد يتحقق الخطر المؤمن منه بفعل الغير فتنعقد مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية قبل المؤمن له. وبمقتضاه يكون لهذا الأخير حق مطالبة المسؤول بما أصابه من ضرر وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية[1]، وبتحقق الضرر الناتج عن الخطر المؤمن منه يلتزم المؤمن بأن يؤدي للمؤمن له مبلغ التعويض. والأصل أنه لا يجوز للمؤمن أن يتحلل من التزاماته بعذر إمكانية رجوع المؤمن له إلى الغير المسؤول عن الخطر، لكن إذا دفع مبلغ التعويض باعتباره مقدار التأمين، كان له حقّ الرجوع على الغير المسؤول عن وقوع الخطر للمطالبة بأداء المبلغ الذي دفعه للمضرور[2]، إلاّ أنه لا يؤسس رجوعه قانونًا بناءً على قواعد المسؤولية العقدية لعدم وجود عقد يربط بينهما – وهو الأمر بالنسبة لرجوع هيئة الضمان على الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي – بل يكون رجوع المؤمن على الغير المسؤول على أساس دعوى الحلول تطبيقًا لقواعد الحلول القانوني أو الاتفاقي[3]. وفي عقد ضمان المخاطر غير التجارية المحتملة على إقليم الدولة المضيفة يتحقق الحلول والرجوع على الدولة المضيفة التي قامت بتصرفات سببت بها خسائر وأضرار للمستثمر المضمون، بشرط موافقتها على المبدأ وعدم تصديها لطلبات هيئات الضمان في الحصول على مقابل ما أدته للمستثمر المتضرر من الخسائر[4].

---

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1627.

2 – أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 329.

3 – « ***شرط الحلول سواء ورد في وثيقة التأمين أو في اتفاق لاحق يتضمن... تنازل المؤمن له للمؤمن عن دعواه بالتعويض ضد الغير المسؤول عن الحادث... فإنّه يجوز للمؤمن عند رجوعه على الغير المسؤول أن يتمسك ضده بكلّ ما كان يستطيع المؤمن له أن يتمسك به قبله*** ».

أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ص 334، 335.

4 – يشكّل قبول الدولة المضيفة لفكرة الحلول أهم الضمانات المكرّسة بصفة إضافية لحماية حقوق المستثمر الأجنبي المضمون بموجب عقد الضمان، لأنه يستبعد حالات تتصل الدولة المضيفة من التزاماتها في التعويض بعذر كونها طرف أجنبي عن عقد الضمان.

وقد تبنت مبدأ الحلول كلّ الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر ومنها الاتفاقية المبرمة مع مصر في نصّ المادة 8 كما يلي:

« ***إذا كان أحد الطرفين المتعاقدين أو إحدى هيئاته قد دفعت تعويضات لأحد المستثمرين على إقليم الطرف المتعاقد أو على منطقته البحرية بموجب الضمان لأحد الاستثمارات، فعلى الطرف المتعاقد الآخر أن يعترف بانتقال حقوق المستثمر الحاصل على التعويض إلى هذا الطرف المتعاقد أو إلى هيئته بصفته ضامنا.***

يحق للضامن بنفس صفة المستثمر، وفي حدود الحقوق المنقولة له أن يحل محل المستثمر في ممارسة حقوق هذا الأخير والمطالبات المرتبطة بها »[1].

ونصت كذلك المادة 18/أ من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه: « ***تحل الوكالة محل المستفيد من الضمان الذي تعوضه أو توافق على تعويضه فيما إذا كان له من حقوق أو مطالبات تتعلق باستثماره المضمون في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدينين...*** » ولكن ذلك مشروط بموافقة الدولة المضيفة على الحلول والرجوع والمنصوص عليه في نص المادة 15 من الاتفاقية نفسها كما يلي: « ***لا يجوز للوكالة أن تبرم عقد للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها*** »[2] أما المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات فتشترط أكثر من ذلك في نصّ المادة 24، حيث تقضي بإلزامية موافقة واعتراف جميع أعضاء المؤسسة بالحلول. كما يلي: « ***تحل محل المؤمن له الذي تعوضه أو توافق على تعويضه عن الخسارة المؤمن عليها وذلك فيما يكون للمؤمن له من حقوق على***

---

1 – نصّت عليه أيضًا:

– المادة 3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وأمريكا، مرجع سابق.

– المادة 9 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

– المادة 6 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي، مرجع سابق.

– المادة 9 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيران، مرجع سابق.

– المادة 17 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

2 – نصّت على ذلك أيضًا المادة 6/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كما يلي:

« ***يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقًا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف، على تنفيذ الاستثمار والتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها*** ».

المشتري أو حقوق متعلقة بالاستثمار المؤمن عليه، وفي كافة ما ينشأ للمؤمن له من حقوقه نتيجة لتحقق الخطر المعيّن. وتبيّن عقود التأمين على نحو منفصل الحدود التي يتم فيها حلول المؤسسة محل المؤمن له.

يعترف جميع الأعضاء بحقوق المؤسسة طبقًا للفقرة 1 من هذه المادة... ».

وفي كلّ الأحوال يتعيّن على الدولة المضيفة بعد الموافقة على مبدأ الحلول أن لا تقلّل من شأن معاملاتها لهيئة الضمان بخصوص العملات التي تتحصل عليها الهيئة كخلف للمستفيد من الضمان حسب ما نصّت عليه المادة 18/ج من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي نصّت على ما يلي: « ***تعامل الدولة المضيفة مبالغ العملة المحلية التي تحصل عليها الوكالة كخلف للمستفيد من الضمان... معاملة تماثل المعاملة الواجبة لهذه المبالغ فيما يتعلق بالاستخدام والتحويل فيما لو ظلت في حوزة المستفيد من الضمان... وتسعى الوكالة أيضًا إلى الاتفاق مع الدول المضيفة على الترتيبات المتعلقة بالاستخدامات الأخرى لهذه العملات إذا كانت غير قابلة للاستخدام الحر*** ».

2 – التزام الدولة المضيفة بدفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان:

يعتبر التزام الدولة المضيفة بأداء مبلغ التعويض لهيئة الضمان أهم أثر من آثار إعمال مبدأ الحلول، لأنه يقابل التزام هيئة الضمان بأداء مبلغ التعويض للمستثمر الأجنبي المستفيد من العقد.

كما أن عقد الضمان يفرض على الدولة التي قبلت بانتقال حقوق المستثمر الحاصل على التعويض لصالح هيئة الضمان، بنقل حتى حقوقه في المطالبة بهذا الحق في مواجهة الدولة المضيفة لصالح هيئة الضمان التي ترجع به على الدولة في الآجال المحددة في عقد الضمان[1].

فاللجوء إلى عقود الضمان لم يكن لاستبعاد التزام الدولة المضيفة النازعة للملكية أو المؤممة في تعويض المستثمر الأجنبي المجرّد من ملكيته كليا، بل بصفة مؤقتة ولتفادي حالات عجزها عن دفع المبالغ المستحقة للمستثمر الأجنبي بسبب عدم استعدادها المالي والاقتصادي للوفاء بتعهداتها الدولية، بحيث تتولى هيئات الضمان هذه المهمة حفاظا على

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 261.

– هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 211.

مصالح المستثمر الأجنبي الاقتصادية، لترجع بعد ذلك على الدولة المضيفة المسؤولة عن الخطر المحقق بالمبالغ المدفوعة مقابل فوائد معتبرة محددة وفقا لقواعد حسابية محددة في نظام الهيئة.

وإذا التزمت الدولة بواجبها في دفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان وتحصلت هذه الأخيرة على حقوق المستثمر المضمون، فيجب عليها أن ترد إليه أي مبلغ إضافي تكون قد تحصلت عليه إذا ما كان زائدا عن مبلغ التعويض السابق لها دفعه إليه، مضافا إليه كافة المصروفات التي أنفقتها في هذا الصدد[1].

بينما إذا قصّرت الدولة المضيفة في الاستجابة لطلبات هيئة الضمان في الحصول على مستحقاتها التي سبق لها دفعها للمستثمر الأجنبي، فإن هذا الوضع لا يعطيها الحق في استعادة قيمة التعويض السابق لها أدائه للمستثمر، كما أن هذا الوضع لا يعفيها أيضا من كافة الالتزامات التي يرتبها عقد الضمان في حقها، وهو ضمان جديد لحماية المستثمر الأجنبي من مشاكل تقاعس الدولة المضيفة عن التزاماتها. كما أنه، ما دام الحلول يمتد إلى كل حقوق المستثمر المضمون، فيحق لهيئة الضمان بصفة المستثمر وفي حدود الحقوق المنقولة لها أن تحل محل المستثمر الأجنبي في ممارسة حقوقه وطلباته المؤكدة في عقد الضمان في مواجهة الدولة المضيفة، وحتى حق اللجوء إلى وسائل حل الخلافات وتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار كالخلافات المتعلقة بدفع التعويض، فيبقى لهيئة الضمان في مواجهة الدولة المضيفة الرافضة لدفع مقابل ما سببته من أضرار للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي للمطالبة باقتضاء مستحقاتها، لأنه حق مضمون في عقد الضمان، وفي الاتفاقيات الدولية التي تتضمن بند يؤكد اعتراف الدولة المضيفة بانتقال الحقوق من المستثمر الأجنبي لصالح هيئة الضمان، كما سبق الإشارة إليه.

ويحق للدولة المضيفة من جهتها، في إطار هذا الالتزام التمسك تجاه هيئة الضمان التي حلت محل المستثمر الأجنبي في طلب التعويض بكلّ الدفوع والالتزامات القانونية والعقدية المفروض أنها توجهها للمستثمر الأجنبي على أساس نفس المبدأ، وهذا ما أكدته بعض الاتفاقيات الدولية، ومنها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللكسومبروغي في

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1628.

المادة 4/6 التي نصت على أنه: « ***فيما يخص الحقوق المحولة يستطيع الطرف المتعاقد الآخر، التمسك تجاه المؤمن الذي حل محل المستثمرين الذين تم تعويضهم بالالتزامات القانونية والتعاقدية التي تقع على هؤلاء المستثمرين*** ».

ثالثًا – التزامات هيئة الضمان:

بعد أن تتفق كل الأطراف التي تتدخل في عملية الضمان على قبول الالتزام باحترام حقوقها وواجباتها التي يفرضها الضمان، وقبل أن تقوم هيئة الضمان بإبرام عقد الضمان مع المستثمر الأجنبي[1]، تلتزم بدورها بمجموعة من الالتزامات التي تحددها عادة الاتفاقية المنشئة لها، والتي تساعد بصفة مباشرة في تكوين العقد، وتشمل هذه الالتزامات قيامها بإجراءات التحقيق لتقييم المشروع المراد ضمانه ومدى صلاحياته للضمان (1). وتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار للتأكد من مدى تأثيرها في تحقق المخاطر المضمونة على إقليم الدولة المضيفة (2)، تمّ تحديد نطاق الضمان وقائمة المخاطر بكل دقة (3)، ثمّ الالتزام بدفع التعويض للمستثمر الأجنبي عند تحقق أحد المخاطر (4).

1 – الالتزام بتقييم المشروع ومدى صلاحيته للضمان:

يشمل التزام الهيئة الضامنة بتقييم المشروع ومدى صلاحيته للضمان التأكد والتحقق من جدواه وقدرته على المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ومدى حداثته، حيث تنص المادة 12/د من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أن الوكالة ملزمة بإتباع كل الإجراءات اللازمة لتستوثق قبل ضمان الاستثمار من ما يلي:

– السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدولة المضيفة.

– تماشي الاستثمار مع قوانين ولوائح الدولة المضيفة.

---

1 – يتم إبرام عقد الضمان بناءً على طلب المستثمر الأجنبي، يتضمن البيانات التالية:

– جنسية المستثمر.

– طبيعته القانونية شخصًا طبيعيًا أو معنويًا.

– نوع الاستثمار وقيمته أو قيمة رأس المال.

– الدولة المضيفة للاستثمار.

– اسم وعنوان المشروع المستفيد من الضمان في الدولة المضيفة.

Voir : http://www.iaigc.org, op.cit.

- مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة للدولة المضيفة، ونصت أيضا المادة 1/16/ب من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان على أنه « ***تغطي المؤسسة... الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقات الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيفة*** ».

وهي معلومات تساعد هيئة الضمان على التحقق من مكان الاستثمار الأجنبي في الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة، ونسبة الفوائد والأرباح المحتمل تحقيقها خلال مدة عقد الضمان[1]، وفي كل الأحوال تعتبر المشاريع التي لا تعود بمنفعة عامة على الدولة المضيفة غير صالحة للضمان، وذلك لاحتمال رفض الدولة المضيفة مبدأ الحلول والرجوع، أو رفض فكرة الضمان نهائيا[2]، والسلطة التقديرية في تقدير صلاحية المشاريع للضمان ومدى جدواها تبقى من اختصاصات هيئة الضمان، التي تستبعد المشاريع التالية من الضمان:

- الاستثمارات القائمة قبل طلب الضمان.
- الاستثمارات التي تنشط في مجالات غير مشروعة.
- الاستثمارات التي لا تحقق منفعة عامة للدولة المضيفة.
- الاستثمارات التي تعمل على أسس تجارية.

2 – الالتزام بتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار:

نصت المادة 12/د/4 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه: « ***على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمار مما يأتي... ظروف الاستثمار في الدولة***

---

1 – تمتنع هيئة الضمان عن تغطية المخاطر بالنسبة للاستثمارات التي سبقت من حيث النشأة طلب الضمان لأنها غير صالحة للضمان، وقد نصّت المادة 2/17 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات على ذلك فيما يلي: « ... ***تقتصر التأمينات على الاستثمارات التي يلي تنفيذها تسجيل طلب التأمين من قبل المؤسسة...*** ».
ونصّت عليه أيضًا المادة 12/ج من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فيما يلي:
« ***تقتصر الضمانات على الاستثمارات التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان...*** ».
ونصت المادة 4/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على ذلك كما يلي:
« ***لا تقبل محلاً للتأمين إلا استثمارات جديدة يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين*** ».

2 – ترفض الدول المضيفة أساسًا التأمين على المشاريع ذات الطابع العسكري، وكلّ المشاريع التي تنشط في الممنوعات كالمخدرات.

المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار » من خلال نص المادة السابقة تؤكد الاتفاقية على أن هيئة الضمان ملزمة بالتأكد من النظام القانوني المعمول به في معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة، لارتباطه كل الارتباط باحتمالات تحقق المخاطر المراد تغطيتها أو ضمانها، ودراسة سياسة الاستثمار فيها للتحقق من مدى تهديد مركزها المالي من خلال إبرامها لعقود الضمان؛ على هذه الاستثمارات من جهة، والتحقق من نسبة احتمال تحقق المخاطر المغطاة بالمقارنة مع الظروف المحيطة بالاستثمار ومسبباتها من جهة ثانية. إن المقصود بتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار هو تقييم عوامل وأسباب تحقق المخاطر في بيئة الاستثمار، لأن هذه الأخيرة تشتمل على مجموعة من المؤشرات، قد تكون إيجابية تساهم في تحقق جدوى الاستثمار في كلّ جوانبه الفنية والمالية والإدارية والتسويقية من جهة، وتتوافر على كلّ عوامل الاستقرار بالنسبة للاستثمار، الأمر الذي يجعل نسبة تحقق المخاطر المحتملة ضئيلة. وقد تكون سلبية، تؤثر سلبًا وتنقص من فرص نجاح المشروع الاستثماري مقابل زيادة احتمالات تعرضه للإجراءات التحكمية والتعسفية أو الإجراءات التي تمس بالملكية والقابلة للضمان، والتي تعود على هيئة الضمان بالخسارة لتحوّل مسألة احتمالية تحقق الخطر إلى مسألة مؤكدة في هذه الحالة. وعليه، إنّ العلاقة الموجودة بين اشتراط هيئة الضمان لإبرام العقد لزومًا منح الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي الطالب للضمان المعاملة العادلة والحماية القانونية الفعالة على إقليمها يهدف إلى تحسين الظروف المحيطة بالاستثمار[1]، وهي في الأصل ناتجة عن علاقة طردية قائمة بين نظام المعاملة وطبيعة الحماية المكرسة للاستثمار من جهة، ومدى إمكانية تعرض هذا الأخير للمخاطر السياسية غير التجارية على إقليم الدولة المضيفة من جهة ثانية. وهو شرط هدفه ضمان التقليل والإنقاص من احتمالات تحقق الخطر.

---

1 – من أجل ضمان ذلك، نصّت المادة 41 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان على أنه: « ***تعمل المؤسسة على الدخول مع الأقطار المتعاقدة في اتفاقيات تتعلق بمبادئ أو قواعد معاملة الاستثمارات المؤمن عليها في إقليم كلّ منها، كما تشجع عقد مثل هذه الاتفاقيات فيما بين هذه الأقطار*** ». وقد أكدت ذلك المادة 23/ب/2 من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان كما يلي: « ***تكفل الوكالة في شأن الاستثمارات التي تضمنها معاملة لا تقل تمييزًا عن أفضل معاملة وافق العضو المعني على إضفائها على هيئة لضمان الاستثمار، أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار...*** ».

3 – الالتزام بتحديد نطاق الضمان:

حددت كلّ الاتفاقيات المتضمنة إنشاء هيئات الضمان المخاطر القابلة للضمان على سبيل الحصر[1]، حيث نصّت المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية على أنّ المخاطر الصالحة للضمان هي: « ***يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كلّ أو بعض الخسائر المترتبة عن تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:***

- ***اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص، المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول.***
- ***اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيّد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج.***

ويشمل ذلك، التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تميزًا واضحًا.

- ***كلّ عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضًا مباشراً وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر*** ».

أما في إطار الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فالمخاطر المغطاة هي تلك الواردة في نص المادة 11 والتي تشمل:

- تحويل العملة .
- التأميم والإجراءات المماثلة.
- الإخلال بالعقد.
- الحرب والاضطرابات المدنية.

1 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 163، 205.

نصت أيضا المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات على المخاطر القابلة للضمان على سبيل الحصر في المادة 19 وهي تشمل:

- إعسار أو إفلاس المشتري.
- فسخ المشتري للعقد أو إنهائه أو رفضه لتسليم البضاعة أو تسليم الثمن.
- تحويل العملة.
- نزع الملكية والإجراءات المماثلة.
- الإخلال بالعقد.
- الحرب والاضطرابات المدنية.

وأمام هذه المخاطر المتعددة القابلة للضمان بصفة انفرادية أو بتجميع أكثر من خطر[1]، يشمل التزام الهيئة بتحديد نطاق الضمان الإشارة في صلب العقد إلى المخاطر التي سيتم تغطيتها بصفة مفصلة ودقيقة، وذلك لتفادي أي نزاع أو خلاف حول حدود الضمان ونطاقه، ولاستبعاد الهيئة لمسؤوليتها حول الالتزام بالتعويض عن أي ضرر، إلاّ في حدود المخاطر المتفق على تغطيتها والواردة في القائمة السابقة الذكر.

إنّ معظم الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان السابقة، تفتح المجال للمستثمر الأجنبي في إطار المفاوضات مع هيئة الضمان على إدراج المخاطر المراد تغطيتها واختيارها من قائمة المخاطر المذكورة، لأنها تمس بحقوقه الجوهرية على استثماره ولو لمدّة معينة من الزمن[2].

4 – الالتزام بتعويض المستثمر الأجنبي:

تلتزم هيئة الضمان في حدود العقد الذي أبرمته مع المستثمر الأجنبي، بدفع التعويض المستحق منه إذا تحقق الخطر الذي تمّ تغطيته بموجب عقد الضمان[3]، حيث تقوم الهيئة بمجرّد تعرض المستثمر للخطر بعملية تقييم مقدار التعويض بالاعتماد على عدّة اعتبارات

---

1 – عبد البارئ أحمد عبد البارئ، مرجع سابق، ص 732.

2 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 265.

3 – « ***تلتزم المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتعويض المستثمر المضمون إذا ما توافرت الشروط اللازمة لذلك بموجب العقد، لكنها لا تقوم بأداء ذلك التعويض إلّا بعد أن يتقدّم لها المستثمر المضمون طالبًا منها ذلك، وبعد أن تكون قد حددت مقداره*** ».

هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 269.

وعدّة شروط أهمها قيمة المشروع المؤمن، طبيعة الخطر المحقق، مقدار الأقساط المدفوعة...

ويقول الأستاذ زوايمية[1] في هذا الصدد ما يلي:

« ***En cas de réalisation des risques politiques garantis, l'organisme de garantie est tenu d'indemniser l'investisseur conformément aux stipulations du contrat qui lie les deux parties, il reste toute fois que la réparation du dommage subi n'est pas automatique en ce qu'elle est généralement soumise à certaines conditions*** ».

ويجدر أن يشمل الالتزام بالتعويض كلّ الأضرار المباشرة التي تترتب عن وقوع الخطر المضمون والمحقق، لأنّ الهيئة تستبعد الأضرار الاحتمالية وغير المباشرة كالكسب الفائت والفرص الضائعة[2]، وهي سهلة التقدير والتقييم على هذا الأساس.

تتم عملية التقييم وتحديد الخطر المحقق بعد إجراء التحقيقات من طرف هيئة الضمان، فمثلا بالنسبة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مدّة التحقيقات تتراوح ما بين 30 إلى 90 يوما بالنسبة لخطر التحويل والحروب، وما بين 60 إلى 365 يوما بالنسبة لمخاطر الاستيلاء على الملكية والإخلال بالعقد.

لكن في حالة ما إذا تعذّر على هيئة الضمان تقدير قيمة التعويض لصعوبة تحديد الأضرار الفعلية التي أصابت المستثمر الأجنبي المضمون، تلتزم بأداء تعويض مؤقت للمستثمر، وذلك بشرط إعادة النظر فيه في أجل معين يكون قد تمّ الاتفاق عليه وتحديده في عقد الضمان، بهدف إعادة تقييم ما زاد أو قل عن التعويض الحقيقي، ليكون التعويض نهائيًا[3].

---

1 – ZOUAMIA Rachid, Les mécanismes de garantie des investissements étrangers,op.cit.,p. 17.

2 – لا يجوز لهيئة الضمان أن تعوض إلاّ عن المخاطر المنصوص عليها في الاتفاقيات وهذا ما نصّت عليه المادة 1/2 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فيما يلي: « ***تأمين المؤمن له العربي بتعويضه تعويضًا مناسبًا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية...*** »، كما نصّت على ذلك المادة 2/5 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات كما يلي: « ***تقوم المؤسسة... بتعويض المؤمن له تعويضًا مناسبًا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر الواردة في المادتين 1/19 و2/19 من الاتفاقية...*** ».

3 – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 282.

أما إذا تبيّن للمؤسسة بعد أدائها للتعويض، تخلف شرط من شروط استحقاق المستثمر الأجنبي للتعويض، أو إخلاله بأحد التزاماته العقدية، فيجوز لها أن تطالب المستثمر بردّ المبالغ التي تقاضاها بغير حق، هذا من جهة. واللجوء إلى ممارستها لحقها في فسخ العقد أو إنهائه من جهة ثانية. على أن تلتزم في حالة استردادها لمبلغ التعويض، بردّ قيمة الأقساط التي سبق لها استلامها من المستثمر الأجنبي وكذا كلّ الحقوق التي سبق حوالتها أو حلولها فيه[1].

بينما إذا اقتضت هيئة الضمان بعد الرجوع على الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المسببة الأصلية للضرر المضمون، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذي أدته للمستثمر الأجنبي، التزمت بدفع المبلغ الفارق للمستثمر الأجنبي لتنقضي تمامًا التزاماتها[2].

1 – وفي كلّ الأحوال يسقط حق الهيئة في استرداد مبلغ التعويض بمرور 3 سنوات من تاريخ علمها بالحق في الاسترداد أو بمرور 15 سنة من تاريخ أداء التعويض للمستثمر الأجنبي، وذلك حسبما يقرره القانون المدني.

– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1226.

– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 284 – 285.

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1628.

الباب الثاني

حماية الملكية الصناعية

للمستثمر الأجنبي

تعتبر عناصر الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة والاستثمار المتمثلة في الملكية الصناعية عنصرًا هامًا من عناصر الملكية القانونية للاستثمار الأجنبي[1]، يملكها المستثمر الأجنبي عند إنشائه المشروع الاستثماري، وهي من الضروريات اللازمة لممارسة النشاط الاستثماري تنتج من ما يحمله معه عند اتخاذ قرار الاستثمار من تكنولوجيا وعلامة تجارية واختراع ومميزات خاصّة بالسلع والخدمات وقيمة معنوية تلازم الملكية العقارية للمشروع الذي ينشئه على إقليم الدولة المضيفة[2].

ولما كانت عناصر الملكية الصناعية قرينة لامتلاك المشروع الاستثماري على إقليم الدولة المضيفة، والابتكار والمنافسة المشروعة قرينة للتقدم الصناعي والاقتصادي، فإنّ المستثمر الأجنبي يدرج الضمانات القانونية لحماية حقوقه الفكرية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي في المراتب الأولى ويوليها أهمية قصوى. وهذا ما يجبر الدولة المضيفة قبل إبرام عقد الاستثمار على وضع نظام قانوني قوي ومتكامل يكفل الحماية القانونية الكافية للمشاريع الاستثمارية التنافسية من خطر التقليد والسطو على عناصر الملكية الصناعية بصفة عامة[3]، خصوصًا وقد أصبح الاستثمار والإنتاج في عصرنا الحديث يرتكز إلى حدّ بعيد على الإبداع والابتكار والمعرفة الفنية والصناعية[4].

لقد كانت عملية تحرير التجارة الخارجية خطوة نحو محاولة اندماج الجزائر في وتيرة التجارة العالمية، الأمر الذي وضع الاقتصاد الجزائري أمام رهانات متعددة مرتبطة في شق

---

1 – الملكية الفكرية ثمرة العقل البشري والجهد الفكري والتطور التكنولوجي، تتسم بالعالمية لكون الإبداع الفكري لا يعرف الحدود، تساعد في استمرار المؤسسات الاقتصادية بقوة، وحمايتها تشجع الاستثمار الأجنبي، لأنها تهيئ الظروف الملائمة للمنافسة المشروعة.

ربا طاهر القيلوبي، حقوق الملكية الفكرية، تشريعات، أحكام قضائية، اتفاقيات دولية ومصطلحات قانونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 9.

2 – « ***الحقوق المعنوية ليست إلّا صورة من صور الملكية*** ».

جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، د.د.ن، القاهرة، 1971، ص 272.

3 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 9.

4 – كلّ هذه العوامل جعلت الاهتمام يزداد شيئًا فشيء في العالم العربي بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، والصناعية بصفة خاصّة لتحريك عجلة التنمية في المجال الصناعي ولضمان التقدم والتطور.

– ربا طاهر القيلوبي، مرجع سابق، ص 8.

منها بتحديد الخيارات الاستراتيجية المتعلقة بمناهج التفتح بالشكل الذي يضمن تنظيم السوق وضمان المنافسة المشروعة بين الأعوان الاقتصاديين وخاصّة في مواجهة الأجانب، وفي شق آخر في تبني آليات الحماية الدولية المكرّسة للملكية الصناعية التي تضم عناصر كثيرة أهمها الاختراعات الجديدة، العلامات التجارية وعلامات الخدمة والرسوم والنماذج الصناعية والبيانات الجغرافية والأسماء التجارية[1].

وعليه وفي إطار الحماية القانونية المكرسة بصفة عامة لحماية أموال المستثمر الأجنبي، حظيت الأموال المعنوية أي الملكية الصناعية بجانب من الحماية تحت ضغط من المستثمر الأجنبي ودولته[2].

فنتناول عناصر الملكية الصناعية والمصادر القانونية التي تنص على حمايتها. (الفصل الأول)، ثمّ الآليات القانونية أو الوسائل المعتمدة لتكريس هذه الحماية ومدى فعاليتها (الفصل الثاني).

1 – « ***La réalité de l'industrialisation algérienne fondée sur le transfert de technologie provenant des pays développés à économie de marché ne peut ignorer les problèmes posés par le système international de protection de la propriété industrielle… qui est considéré comme un processus accompagnant le mouvement du capital*** ».

- HAMIDI Hamid, Réforme économique et propriété industrielle, OPU, Alger, 1993, p. 3.

2 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 5.

الفصل الأول

عناصر الملكية الصناعية ومصادر حمايتها

ظهرت بوادر الملكية الصناعية خلال العصور الوسطى بظهور العلاقات التجارية، غير أنه لم يتأكد كيانها ونظامها القانوني إلا في منتصف القرن 19، الذي بدأ به عصر التكنولوجيا الحديثة بسبب الثورة الصناعية والاختراعات[1]، والتي تأكدت حاليا بدخول العالم في وتيرة الثورة التكنولوجية الثانية وفي رحاب العولمة والاستثمار الأجنبي وحركة رؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا[2].

وقد ترتب على هذه الثورة التكنولوجية ثورة اقتصادية ذات مظاهر صناعية وتجارية وزراعية سميت بالثورة الصناعية لتعلق هذه المكتشفات في الدرجة الأولى بالتطابق الصناعي، كما أنه نتيجة لظهور هذه الاختراعات الحديثة ظهرت منتجات ووسائل إنتاج جديدة لم تكن معروفة من قبل.

ونتيجة للتطور الذي شهدته وسائل النقل البرية والبحرية والجوية ازدادت حركة الثورة الصناعية بسبب نشاطات الاستيراد والتصدير المكثف للمواد الأولية وتصريف المنتوجات في أسواق كثيرة[3]، أدت إلى ظهور مصالح اقتصادية جديدة وعلاقات اقتصادية متشعبة تطلبت سن

---

1 – محمد إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص ص 5 – 6.

2 – انقسم العالم في هذه المرحلة إلى قسمين، الدول المتقدمة التي تمثل 24% من سكان العالم، تملك أسرار الاختراعات والأبحاث والابتكارات وتحصل على 80% من دخل العالم، والدول النامية والمتخلفة التي تشكّل 75% من سكان العالم ولا تملك إلاّ نسبة قليلة من الاختراعات وتحصل على 25% من الدخل العالمي، أمّا حاليًا وقد أصبحت التكنولوجيات في حركية سريعة، أصبحت تشارك فيها كلّ الدول بصفة متفاوتة.

– محمود إبراهيم الوالي، المرجع نفسه، ص 6.

3 – في الجزائر ظهرت بوادر حماية عناصر الملكية الصناعية عندما أكد ميثاق الجزائر توصيات هيئة الأمم المتحدة سنة 1964 بناءً على قرارها رقم 1737 الصادر بتاريخ 1961/12/19 بعنوان « ***دور براءات الاختراع في نقل التكنولوجيات إلى الدول النامية*** ». والتي تشمل تشجيع استغلال براءات الاختراع باعتبارها أهم عناصر الملكية الصناعية. لدى الدول النامية بشروط مناسبة أهمها سن التشريعات الحمائية التي تقتضيها عملية نقل التكنولوجيا.

وقد ازدادت مسألة حماية الملكية الصناعية في الجزائر في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية حيث حاولت الدولة دفع عجلة التنمية الاقتصادية. =

تشريعات وإبرام اتفاقيات دولية في إطار حقوق اقتصادية من طبيعة جديدة تشمل الملكية الصناعية بكلّ عناصرها (المبحث الأوّل)، تتطلب التنظيم بصفة قانونية خصوصًا وقد أصبح الابتكار والاختراع والإبداع محلاً خصبًا للاستثمار الدولي[1]، فترد حمايتها في مصادر متنوعة ذات طابع وطني ودولي (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل

عناصر الملكية الصناعية

تعتبر فكرة حماية الملكية الصناعية بصفة عامة، وبالنسبة للمستثمر الأجنبي بصفة خاصة حديثة، نشأت بدخول معظم الدول المضيفة للاستثمار في علاقات التجارة الدولية وفي شركات اقتصادية وبإبرامها عقود الاستثمار الدولي من جهة، وبدخولها في حملة المفاوضات مع المنظمة العالمية للتجارة التي تشرف على التجارة العالمية وتحريرها وتحقيق المنافسة المشروعة بين المشاريع الاستثمارية والاقتصادية على المستوى الدولي من جهة أخرى[2].

فالحقوق الصناعية مجموعة من الحقوق المعنوية[3] المتعلقة بمبتكرات جديدة أو علاقات وأسماء مميزة تمنح صاحبها الحق في استغلالها واستعمالها[4] الأمر الذي يجعلها حقوقًا للاستئثار الصناعي[5]، بعضها يتعلق بابتكارات جديدة، وبعضها الآخر للتمييز بين

= « ***Dans l'actuelle période de transition de l'économie algérienne vers l'économie de marché, le domaine de la propriété intellectuelle mérite par ses multiples implications sur les échanges extérieurs, une appréhension correcte et une organisation efficace*** ».
Amor Zahi, "L'évolution du droit de propriété intellectuelle", RASJEP, N° 4, 1997, p. 1282.

1 – نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 9.

2 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية...، مرجع سابق، ص 13.

3 – الملكية الصناعية هي الحقوق الذهنية وتتمثل في: « ***ملكية حقيقية كالملكية التي ترد على أشياء مادية أو الملكية المادية، محلها دائمًا من إنتاج ذهن صاحبها فهي ملكية حقيقية، غير أنها ترد على أشياء غير مادية، ... وهي نوع جديد من أنواع الملكية*** ».
محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 10.

4 – سائد أحمد الخولي، حقوق الملكية الصناعية، مفهومها، خصائصها، إجراءات تسجيلها وفقا لأحدث التشريعات والمبادئ القانونية، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 22.

5 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 9.

المنتوجات فيما بينها.

يعرّفها TAFFOREAU Patrick كما يلي:

« ***La propriété industrielle est l'ensemble des règles juridiques relatives aux dessins et modèles industriels, aux brevets d'inventions, aux marques et aux appellations d'origine et indications de provenance*** »[1].

وتتفرع حقوق الملكية الصناعية والتجارية بصفة عامة إلى قسمين رئيسيين[2]. الأول يشمل الحقوق الواردة على المنشآت الجديدة للتمييز بين الاختراعات التي تقوم عليها الاستثمارات لأنها ذات قيمة نفعية (المطلب الأول)، والثاني يشمل الحقوق الواردة على البيانات المميزة، تتعلق بالشكل وتأخذ طابعا جماليا لأنها ذات قيمة فنية[3]، (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

عناصر الملكية الصناعية ذات القيمة النفعية

تعتبر الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية ذات القيمة النفعية بالنسبة للمستثمر الأجنبي حقوقًا لاستئثار مشروعه الصناعي التجاري، تشمل براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية[4]، وذلك في مواجهة كلّ المستثمرين والأعوان الاقتصاديين المتواجدين في السوق

---

1 – TAFFOREAU Patrick, droit de la propriété intellectuelle GUALINO Editeur, EJA, Paris, 2004, p. 268.

2 – نصت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883 في المادة 1/2 على أنّ حماية الملكية الصناعية تشمل: « ***براءة الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة*** ».

صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66–48 المؤرخ في 25 فيفري 1966، ج ر عدد 16، مؤرخة في 1966/02/25، أعيد التصديق عليها بموجب الأمر رقم 02/75 المؤرخ في 1975/01/9 بعد التعديل الذي أجري عليها بستوكهولم في 1967/07/14، ج ر عدد 13، لسنة 1975.

3 – فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الثاني، ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 5.

4 – « ***تمثل براءة الاختراع والرسوم والنماذج العمود الفقري للملكية الصناعية، ... تحتل مكانًا مرموقًا في الحياة الاقتصادية خاصّة في البلدان المتقدمة نظرًا للآثار المختلفة الناجمة عن استغلالها*** ».

فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 3.

وطنيين كانوا أو أجانب، تمنحه حقًا مطلقًا في استغلال كلّ الحقوق المعنوية الواردة على مشروعه[1]، والحق في الاستفادة منها ماليًا[2].

وتشمل العناصر ذات القيمة النفعية كلّ الابتكارات الجديدة "Créations nouvelles" التي يأتي بها المستثمر الأجنبي برفقة رأس المال الأجنبي، وهي تضم المبتكرات الموضوعية "Les créations de fond" التي اصطلح على تسميتها ببراءة الاختراع (الفرع الأوّل)، والمبتكرات الشكلية "Les créations de forme" والتي اصطلح على تسميتها بالرسوم والنماذج الصناعية (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

براءة الاختراع Le brevet d'invention

إنّ رغبة الدولة الجزائرية في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وضعتها أمام التزام قانوني مقترن بحاجتها في السعي نحو التقدم الصناعي والتكنولوجي يتمثل في بذل المجهودات الكافية لحماية اختراعات المستثمر الأجنبي والسرّ التكنولوجي لابتكاراته مثله مثل المستثمر الوطني[3]، ومنحه امتيازًا خاصًا لاستغلال واستعمال اختراعه صناعيًا تحت حماية القانون[4]، وليتحقق تنظيم وحماية حقوق المخترع الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة يجدر أن يكون ذلك الاختراع أو الابتكار قابلا لحل مشكلة صناعية أو لإحداث تغيير جوهري في الفن الصناعي القائم[5]، ومستحقًا بذلك البراءة، لذلك نتناول تعريف براءة الاختراع (أوّلاً)، ثمّ الشروط التي يجب توافرها في الاختراع الذي يؤسس المستثمر الأجنبي مشروعه الاستثماري عليه لاستحقاقه البراءة (ثانيًا)، ثمّ حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي صاحب براءة الاختراع في مواجهة التشريع الجزائري (ثالثًا).

---

1 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 9.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 123.

3 – « ***يظهر من الضروري منح المخترع حقوقًا على اختراعه حتّى يتمكن من استغلاله بصورة إيجابية لنفسه وللمجتمع ككلّ، ويجب أن يكون الاستثمار إيجابيًا... فمن الثابت أن استغلال الاختراعات تؤدي إلى تحسين الحياة والاقتصاد الوطني، فالعلاقة الضيقة الموجودة بين الاختراع والإنتاج تؤثر على الاقتصاد الوطني*** ».

فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 14.

4 – سمير جميل حسين الفتلاوي، استغلال براءة الاختراع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 11.

5 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 16.

أولا – تعريف براءة الاختراع

براءة الاختراع هي الوثيقة التي تمنحها الدولة للمخترع وطنيًا كان أو أجنبيا، تخول له حق استغلال اختراعه ماليًا والتمتع بالحماية القانونية المقررة للملكية المعنوية وذلك لمدة محدودة وبشروط معينة، وهو حق مطلق ومانع[1]، "Un droit exclusif et privatif"، غير أنه مؤقت وغير كامل، الأمر الذي يجعله أقرب إلى الاحتكار منه إلى حق الملكية، وهو من الحقوق المعنوية التي يجوز للدولة الاستيلاء عليها إذا اقتضت المصلحة العامة.

وقد عرفها صلاح زين الدين على أنها: « ***شهادة رسمية تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع أو الاكتشاف، يستطيع هذا الأخير بمقتضى هذه الشهادة احتكار استغلال اختراعه أو اكتشافه زراعيا أو تجاريا أو صناعيا لمدة محدودة وبقيود معينة*** »[2]، فمنح صاحب البراءة هذا الحق الاستئثاري هو في الأصل كمقابل للجهود المعينة والنفقات الكبيرة التي تحمّلها في سبيل الوصول إلى اختراعه[3]. أما محمود إبراهيم الوالي فقد عرفها على أنها: « ***شهادة تمنحها الإدارة لشخص ما يستطيع بواسطتها أن يتمسك بالحماية التي يضفيها القانون على الاختراعات ما دام قد استوفى الشروط المحددة قانونًا لمنح براءة اختراع صحيحة*** »[4].

وقد نظم المشرع الجزائري لأوّل مرّة براءة الاختراع في الأمر رقم 66-54، المؤرخ في 3 مارس 1966 يتعلق بشهادة الاختراع وإجازة المخترعين[5]، حيث نصت المادة 12 منه على أنه: « ***يكون الحق في الإجازة خاصًا للمخترع الأجنبي أو لخلفه الأجنبي*** »[6].

---

1 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 127.

2 – صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2000، ص 24.

3 – محمد أنور حماده، مرجع سابق، ص 14.

4 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 30.

5 – أمر رقم 66-54 مؤرخ في 3 مارس 1966 يتعلق بشهادة الاختراع وإجازة المخترعين، ج ر عدد 19، المؤرخة في 08 مارس 1966.

6 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرع الجزائري قد ميّز في هذا الأمر بين الاختراع الوطني والاختراع الأجنبي، حيث تمنح للأول شهادة المخترع"certificat d'inventeur" أما بالنسبة للثاني فتمنح براءة الاختراع "Brevet d'invention"، وذلك رغم أن الشروط الموضوعية المتعلقة بالاختراعات في حدّ ذاتها كانت نفسها.

وقد كان الحق في الحصول على براءة الاختراع من خلال النص السابق حكرًا على الأجانب، إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات[1]، والذي ألغى فيه المشرع التمييز بين المخترعين من حيث الجنسية، حيث أصبح حق الحصول على براءة الاختراع حقا للوطني والأجنبي على حدّ سواء[2].

وقد نصت المادة 3 منه في القسم المتعلق بقابلية استحقاق شهادة البراءة على أنه: « ***يمكن أن تقع تحت حماية براءة الاختراع، الاختراعات الجديدة الناتجة عن نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق صناعيًا*** ».

أما حاليا، ومسايرةً للإصلاحات التي انطلقت فيها الدولة في إطار المفاوضات مع المنظمة العالمية للتجارة صدر الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع[3]، مؤكدًا حق كل مخترع وطنيا كان أو أجنبيا في الحصول على براءة الاختراع كلّما استوفى الشروط القانونية اللازمة، حيث نصت المادة 10 على أنه: « ***الحق في براءة الاختراع ملك لصاحب الاختراع كما هو محدد في المواد من 3 إلى 8 أعلاه، أو ملك لخلفه*** ».

ومن خلال ما سبق تمنح الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي إذا تقدم بطلب الحصول على براءة الاختراع سندا قانونيا في شكل قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة[4]، تؤكد

---

1 – مرسوم تشريعي رقم 93-17 مؤرخ في 07 ديسمبر 1993 يتعلق بحماية الاختراعات، ج ر عدد 81، المؤرخة في 08 ديسمبر 1993.

2 – ألغى المشرع الجزائري شهادة المخترع التي كانت تجد مصدرها في النظام الاشتراكي في مرحلة الإصلاحات، لأنها لا تشكل إلاّ سندًا شرفيا تمنحه الدولة للمخترع الجزائري مقابل استغلال اختراعه.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 18 – 19.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 129.

3 – أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق ببراءة الاختراع، ج ر عدد 44، المؤرخة في 23 جويلية 2003.

4 – هناك جانب كبير من الفقه يرى بأن البراءة عقد يبرم بين المخترع والإدارة، يلتزم بموجبه الأول بكشف أسرار اختراعه والثاني بمنحه الحماية وضمان حقه في احتكار استغلاله والاستفادة منه لمدة معينة.

– سمير جميل حسن الفتلاوي، مرجع سابق، ص 21.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 20.

فيه أن الاختراع يشكل براءة وتتعهد بموجبه بمنحه الحماية القانونية، ويشمل هذا السند كل أنواع البراءات، كبراءة الاستيراد وبراءة التحسين وشهادة الإضافة.

ثانيا – شروط حماية اختراعات المستثمر الأجنبي:

تتطلب حماية اختراعات المستثمر الأجنبي مثله مثل أي صاحب اختراع آخر قيام مجموعة من الشروط الموضوعية، تشمل الاعتراف بجهد المخترع وبأن عمله يشكل اختراعا يستحق البراءة (أولا)، وشروطًا أخرى شكلية تتعلق بالاعتراف الرسمي للدولة المضيفة باستحقاق اختراع المستثمر الأجنبي للحماية بعد منحه براءة الاختراع (ثانيا).

1 – الشروط الموضوعية:

لقد اختلف الفقه في تحديد الشروط الموضوعية التي تفرضها التشريعات المتعلقة بحماية براءة الاختراع، حيث يوجد جانب منهم يذهب إلى التضييق من نطاق الشروط فيقسمها[1] إلى ثلاثة شروط تتمثل في:

- شرط الجدة.
- شرط الصفة الصناعية.
- شرط النشاط الابتكاري.

أما الجانب الثاني فيحاول التوسيع من نطاق الشروط الموضوعية المتعلقة بأهلية الاختراع للحماية، على ضوء بعض النصوص التشريعية[2]، كما هو منصوص عليه في المادة 3 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع[3]، والمتمثلة في:

- أن يكون ثمة عنصر الابتكار.
- أن يكون جديدًا.
- أن يكون قابلاً للاستغلال الصناعي.
- أن لا يكون فيه إخلال بالآداب والنظام العام[4].

1 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 21.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 131.

3 – تم النص عليها أيضا في الأمر رقم 66-54، مرجع سابق.

4 – ورد هذا الشرط في المادة 8 من الأمر رقم 03-07 ويقصد منه أن لا يكون الاختراع ممنوعًا من الحماية.

فالشرط الأوّل مفاده أن أساس حماية حق المخترع هو توافر عنصر الابتكار والأصالة (Originalité)، أو أن يكون نشاطا اختراعيا أي (Activité inventive)، بحيث يمثل تقدمًا في الفن الصناعي وتطورًا غير عادي في الصناعة ويتجاوز ما قد وصل إليه التطور العادي المألوف[1].

والابتكار يأخذ عدّة صور أهمها[2]:

– أن يأخذ الاختراع صورة إنتاج صناعي جديد، ذو خصائص ذاتية تميزه عن غيره من المنتجات الصناعية.

– أو صورة لطريقة صناعية جديدة تتعلق بوسائل مستحدثة وجديدة للإنتاج.

– أو يكون تطبيق جديد لوسائل أو طرق معروفة أو ابتكار جديد لتركيب وسائل معروفة[3].

غير أنه ظهر اتجاه فقهي يرى أن فكرة الابتكار داخل دائرة هذه الصور الثلاثة جامدة، قد تستبعد صورة معينة من نطاقها، لذا يجب تحديد الفكرة الابتكارية في حدّ ذاتها دون النظر إلى الموضوع الذي تتجسد فيه وبالتالي يكون اختراعًا كل فكرة أصيلة تؤدي إلى تحقيق نتائج متطورة غير متوقعة في الفن الصناعي بالقياس مع المستوى السابق له[4].

والشرط الثاني يتمثل في عنصر الجدة (La nouveauté)، بحيث لا يمنح الاختراع البراءة ولا يكون قابلا للحماية القانونية إلاّ إذا كان جديدًا لم يسبق عرضه على الجمهور[5]، ولم يسبق استغلاله في مشروع استثماري سابق ببراءة اختراع منحت للغير، لأن البراءة تعطي صاحبها حق احتكار استغلال الفكرة المبتكرة مقابل الكشف عنها، فإذا كانت معروفة من قبل انتفت أسباب منح البراءة[6].

---

1 – لقد عرّف معهد القانون المقارن بميلانو الابتكار كما يلي: « ***تكون موضوعًا لبراءة الاختراع، الاختراعات التي لا تعتبر نتيجة واضحة لما وصلت إليه الحالة السابقة للفن الصناعي*** »، نقلا عن: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 132.

2 – لقد نصت المادة 3 من الأمر رقم 03–07 على أنّ الاختراعات تشمل المنتوج أو الطريقة، مرجع سابق.

3 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 86.

4 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 17.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 56.

6 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 41.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 134.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 4 من الأمر رقم 03-07 كما يلي: « ***يعتبر الاختراع جديدًا، إذا لم يكن مدرجًا في حالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي، استعمال أي وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية*** ».

وإذا حصل الاختراع على البراءة في الخارج فيفقد جدّته، بحيث لا يجوز أن يمنح براءة ثانية، لأنه يتعين أن يكون الاختراع المطلوب للحماية ببراءة جديدًا في إقليم الدولة المضيفة وفي الخارج معًا. لأن مبدأ الجدّة يأخذ تطبيقه من حيث الزمان والمكان معًا[1].

ومع ذلك يجوز للمستثمر الأجنبي إذ طلب الحصول على البراءة في الخارج أن يقدم طلبًا لحماية اختراعه في الجزائر خلال سنة من تاريخ تقديم أوّل طلب في البلد الأجنبي تبعًا لمبدأ الأولوية الذي قررته اتفاقية باريس وإلا سقط حقه في طلب حماية اختراعه في الجزائر، ومن ثمة يحق للمشروعات الصناعية الجزائرية استغلال ذلك الاختراع دون مقابل[2].

أما الشرط الثالث، يتمثل في إلزامية أن يكون الاختراع قابلاً للاستغلال الصناعي، (Susceptible d'application)، وذلك لاستبعاد الاختراعات غير الصناعية مثل الاكتشافات العلمية لأنها تخضع للحماية بأساليب أخرى دون البراءة[3]، ولتحديد الطابع التقني القابل للاستغلال المميّز للاختراع والذي يجعله قابلاً للتطبيق العلمي والتنفيذ الصناعي[4]، وبمفهوم هذا الشرط لا يمكن الحصول على براءات اختراع في الحالات التالية:

- الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نباتات أو حيوانات.
- الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مضر بالصحة وحياة الأشخاص أو الحيوانات[5].

---

1 - محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 19.

2 - هذا المبدأ تبنته معظم التشريعات مثل الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي ومصر، وذلك لحماية الاقتصاد الوطني. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 137.

3 - محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 22.

4 - PAULLAND DULLIAN Frédéric, Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, Paris, 1999, p. 89.

5 - المادة 8 من الأمر رقم 03-07، مرجع سابق.

- الأعمال المؤداة لأغراض البحث العلمي فقط[1].

إنّ المشرع الجزائري من خلال هذا الشرط قد ركز على ضرورة وجود علاقة بين الاختراع والصناعة لإمكانية منحه الحماية بموجب البراءة، فقابلية الاختراع للتطبيق الصناعي وكونه ذا أثر تقني كافية لمنحه البراءة بغض النظر عن قيمته التجارية[2].

أمّا الشرط الرابع، فيقضي بعدم منح البراءة لأي اختراع يسبب من خلال نشره أو استعماله إخلالاً بالآداب والنظام العام، أو الاختراعات التي تكون بحكم طبيعتها مستعملة لأغراض غير مشروعة[3]، وذلك لمراعاة المصلحة العامة والاعتبارات الاجتماعية[4].

2 – الشروط الشكلية:

يقدم المستثمر الأجنبي باعتباره صاحب الاختراع طلبًا للحصول على براءة الاختراع لإضفاء الحماية القانونية على اختراعه عبر كامل إقليم الدولة المضيفة لدى مصلحة براءة الاختراع[5]، الموجودة على مستوى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بالنسبة للدولة الجزائرية[6]، مرفقا بملف يتضمن مجموعة من الوثائق المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 المؤرخ في 2 أوت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها[7]، وهي الوثائق المطلوبة نفسها في القانون القديم والمنصوص

1 – المادة 12 من الأمر رقم 03-07، مرجع سابق.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 78.

3 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 87.

4 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 23.

5 – كانت أول مصلحة مختصة بمنح براءة الاختراع في الجزائر، المكتب الوطني للملكية الصناعية الذي أنشئ بموجب المرسوم رقم 63-248 المؤرخ في 10 جويلية 1963، ج ر عدد 49 لسنة 1963، ثم أحيلت المهمة للمعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية الذي تم إحداثه بموجب الأمر رقم 62/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، ج ر عدد 95 لسنة 1973، ثم أصبحت من اختصاص وزير التخطيط بعد صدور المرسوم رقم 86-248 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986 الذي يتضمن نقل الوصاية على المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، ج ر عدد 40 لسنة 1986.

6 – مرسوم تنفيذي رقم 98-68 مؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11، مؤرخة في 1 مارس 1998.

7 – مرسوم تنفيذي رقم 05-275 مؤرخ في 2 أوت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج ر عدد 54، مؤرخة في 7 أوت 2005.

عليها في المرسوم رقم 66-60 المؤرخ في 19 مارس 1966، المتعلق بتطبيق الأمر رقم 66-54 المتعلق بشهادة المخترعين وإجازة الاختراع[1].

ويكون تاريخ الإيداع هو التاريخ الذي تم فيه استلام استمارة طلب الحصول على البراءة ووصف الاختراع من طرف المعهد.

أما إذا كان الطلب قد حصل على تاريخ إيداع دولي بموجب اتفاق التعاون بشأن البراءات والذي يشمل الجزائر كبلد معني بالحصول على البراءة فتاريخ الإيداع هو تاريخ الإيداع الأول حسب ما جاء في نص المادة 21 من الأمر رقم 03-07 التالية: « ... ***يعتبر تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع هو تاريخ استلام المصلحة المختصة على الأقل بما يأتي:***

أ – استمارة طلب كتابي تسمح بالتعرف على الطالب وعلى رغبته في الحصول على براءة اختراع.

ب – وصف الاختراع مرفوقا بمطلب واحد على الأقل.

غير أنّ الطلب الدولي الذي حصل على تاريخ إيداع دولي بموجب اتفاق التعاون بشأن البراءات والذي يشمل الجزائر كبلد معني للحصول على براءة، يعد كأنه طلب براءة مودع بتاريخ إيداعه الدولي »[2].

ويتعين إجباريا على المستثمر بيان عنوان المخترع وتحديده بصفة دقيقة ضمن البيانات الإجبارية الموجودة في الملف، ويمنع عليه في ذلك استعمال تسمية مبتكرة، أو الأسماء الشخصية، أو كل تسمية قابلة لأن تكون علامة مصنع[3]، لأن تحديد عنوان الاختراع هدفه تسهيل تصنيفه في قائمة الاختراعات الأخرى[4]، وهي شروط إلزامية بالنسبة لطلب إيداع البراءة الأصلية أو الشهادة الإضافية.

---

1 – مرسوم رقم 66-60 مؤرخ في 19 مارس 1966، متعلق بتطبيق الأمر رقم 66-54 متعلق بشهادات المخترعين وإجازة الاختراع، ج ر عدد 26 مؤرخة في 1 أفريل 1966.

2 – وردت الإشارة إلى هذه الوثائق في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275، مرجع سابق.

3 – وقد نصت على ذلك المادة 4/ج من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 كما يلي: « ***يتضمن طلب التسليم...عنوان الاختراع أي تسميته المدققة والموجزة على أن لا تكون تسمية مستعارة أو اسم شخص أو أي تسمية قد تشكل علامة صنع أو علامة تجارية قد تحدث لبسًا مع أي علامة*** »، مرجع سابق.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 108.

ويلتزم كذلك صاحب الاختراع في كل الحالات، بدفع رسوم الإيداع والإشهار[1]، تحت طائلة بطلان طلب الإيداع[2]، بالإضافة إلى رسوم التسجيل والإبقاء[3]، على أنّ هذه الأخيرة سنوية تصاعدية تزداد مع مرور السنوات إلى غاية انتهاء مدة البراءة كمقابل للحماية التي يضمنها القانون للاختراع.

وقد وردت الأقساط السنوية الواجبة الدفع في المادة 181 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996[4]، المعدلة للمادة 124 من المرسوم التشريعي رقم 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1993[5].

من خلال ذلك، أراد المشرع الجزائري ربط استمرار البراءة بدفع الرسوم التنظيمية، حيث نصّ على هذا الالتزام في المادة التي تحدد مدّة الحماية القانونية، وقرر أنّ ملكية البراءة تسقط في حالة امتناع صاحبها عن دفع الرسوم التنظيمية السنوية في المدّة المحددة قانوناً[6].

وعليه إذا لم تتوافر الشروط القانونية اللازمة لمنح براءة الاختراع، يجوز لمدير المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية رفض طلب منح البراءة[7]، وهو قرار نهائي غير قابل للطعن بالتظلم ولا بالطعن القضائي.

---

1 – وقد نصت المادة 3/3 من القانون نفسه على أنه: « ***يتضمن طلب براءة الاختراع... وصل دفع أو سند دفع رسوم الإيداع والنشر*** ».

2 – فرحة زراوي، مرجع سابق، ص 112.

3 – تنص المادة 54 من الأمر رقم 03-07 على أنه: « ***تسقط براءة الاختراع عند عدم تسديد رسوم الإبقاء على سريان المفعول السنوية الموافقة لتاريخ الإيداع والمنصوص عليها في المادة 9 أعلاه...*** ».

4 – أمر رقم 95-27 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82 صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1995.

5 – مرسوم تشريعي رقم 93-01 مؤرخ في 19 جانفي 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1993، ج ر عدد 40، صادرة بتاريخ 20 جانفي 1993.

6 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 140.

7 – خولت كل التشريعات للمصالح المكلفة بالملكية الصناعية حق رفض الطلب لتخلف الشروط القانونية.

– محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 41.

ثالثا – حقوق وواجبات المستثمر الأجنبي صاحب براءة الاختراع:

يجيز القانون الجزائري لصاحب البراءة سواء كان وطنيا أو أجنبيا[1] بما له من حق في مواجهة الكافة، أن يرد على حقه المانع في حالة الاعتداء ولو كان غير مصحوب بسوء نية، حماية قانونية بموجب دعوى الاعتداء على الحق بمجرّد وجود الحق وتكامل عناصره حسب أحكام الملكية الصناعية[2]، أو حتى بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة أو "L'action en concurrence déloyale" باعتبارها أهم الدعاوى التي ترمي إلى حماية الملكية الصناعية عن طريق قمع المنافسة غير المشروعة[3].

كما أنّ الحماية الممنوحة للمستثمر الأجنبي بموجب البراءة وإن كانت مسجلة ومودعة لدى عدة دول مختلفة تعتبر مستقلة بعضها عن البعض، حيث تخضع كل منها لقانون الدولة التي صدرت فيها[4]، ولو كانت قد منحت الأسبقية[5]، وتطبيقا لذلك تخضع براءة المستثمر

---

1 – إن الأشخاص المخول لهم قانونا الحق في طلب براءة الاختراع في الجزائر هم:
– الجزائريين.
– الأجانب الذين يقيمون في الجزائر أو الذين لهم فيها مؤسسات صناعية أو تجارية.
– الأجانب لذين ينتمون إلى دولة تعامل الجزائر معاملة بالمثل، أو يقيمون في تلك الدولة أو يكون لهم فيها محل حقيقي.
– الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو جماعة أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار أو العمال التي تؤسَّس في الجزائر أو دولة تعامل الجزائر معاملة بالمثل متى كانت تتمتع بالشخصية المعنوية.

2 – تعتبر هذه الحماية خاصة مدنية وجنائية معًا شبيهة بدعوى الاستحقاق العينية التي تحمي حق الملكية على الأشياء المادية.

3 – وقد حددت المادة 27 من القانون رقم 04–02 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيهة، ج ر عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004.

4 – تجدر الإشارة هنا إلى بيان صلاحيات المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية في دراسة ملف إيداع البراءة والتي تتوقف على طبيعة النظام الجزائري الذي يتضمن أحكامًا ترمي إلى مراقبة شروط قبول الطلب بالإيداع، المنصوص عليها في المواد 26–31–34 من الأمر رقم 66–54، ورفض الطلبات التي لا تتوافر على الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها قانونا، والذي تؤكده المادة 27 من الأمر رقم 03–07 المتعلق براءات الاختراع كما يلي: « ***تقوم المصلحة المختصة بعد الإيداع بالتأكد من أنّ الشروط المتعلقة بإجراءات الإيداع المحددة في القسم الأوّل من الباب الثالث أعلاه، وفي النصوص المتخذة لتطبيقه متوفرة*** »، مرجع سابق، هذا مقابل ما تعرفه التشريعات الأجنبية بصفة عامة من نظامين مختلفين، الأوّل هو نظام التسليم المراقب أو نظام الفحص الدقيق المسبق "Système de délivrance contrôlée" أو نظام التسليم الأوتوماتيكي أو نظام حرية منح البراءة "Système de délivrance automatique".

5 – « ***قرار منح البراءة يكسب المخترع حقوقًا كاملة على اختراعه وله أن يستغلها وفقا للقانون...*** ».
– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 81.

الأجنبي بعد الإيداع والتسجيل في إقليم الدولة الجزائرية للقانون الوطني من حيث مدة الحماية وسقوط الحق وسائر الشروط الموضوعية، هذا من جهة، كما يكون له الحقوق والواجبات نفسها التي تمنح للمخترع الوطني من حيث المسائل المتعلقة بالحماية أو النظم أو الطعون القضائية[1]، وهي مسألة مشروطة بتحديد مجال المطالبات بكيفية واضحة ودقيقة[2]، إذ يجب أن تتضمن المطالبات موضوع الاختراع محل البراءة وميزّته التقنية، مع إبراز عناصره الخاصة والجديدة قصد تحديد الحماية المطلوبة[3].

وهذا ما أكدته المادة 1/28 من المرسوم التشريعي رقم 93-17 عندما منحت للهيئة القضائية سلطة الحكم ببطلان المطالبات إذا لم تكن واضحة ولم تبيّن الحماية المطلوبة[4].

والحماية المقصودة هنا هي جوهر الحقوق التي يتمتع بها مالك البراءة والتي تخوله كل صلاحيات المالك من استغلال لاختراعه تحت حماية القانون[5].

كما تنجر عن إجراءات إيداع براءة الاختراع اكتساب المستثمر الأجنبي حقًا معنويًا أو المسمى بالحق الأدبي الممنوح للمخترعين عامة، على اختراعاتهم لاكتسابهم صفة

---

1 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 182.

2 – عرفت المادة 1/2 من معاهدة التعاون بشأن البراءات المبرمة في واشنطن بتاريخ 9 يونيو 1970 المطالبات كما يلي:

« ***يقصد بتعبير "الطلب" طلب حماية اختراع، وتفسّر كل إشارة إلى أي طلب على أنها إشارة إلى طلبات براءة الاختراع وشهادة المخترعين وشهادة المنفعة ونماذج المنفعة والبراءات أو الشهادات الإضافية وشهادة المخترعين الإضافية وشهادة المنفعة الإضافية*** ».

صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-92 مؤرخ في 15 أفريل 1999، يتضمن المصادقة بتحفظ على معاهدة التعاون بشأن البراءات المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979 وفي فبراير 1984 وعلى لائحتها التنفيذية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 19 أفريل 1999.

3 – Perot Morel, Incidence sur le droit français de la convention de Strasbourg unifiant certaines règles des brevets d'inventions J. C. P., Tome I, 1965, p. 1905.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 114.

5 – تقول فرحة زراوي صالح في هذا الصدد ما يلي:

« ***تخول ملكية البراءة صاحبها حق استثمار اختراعه بجميع الطرق القانونية التي يراها مناسبة، كما تضع على عاتقه التزامات معينة لا يمكن التهرب منها*** »، المرجع نفسه، ص 122.

المخترع[1]، وحقوقا أخرى مادية ناتجة من حمايته[2]، تشمل على وجه الخصوص الحق في صنع المنتوج موضوع البراءة أو استعماله وتسويقه أو استعمال طريقة الصنع موضوع الإيداع وتسويقها، وكذلك منع أي شخص من استغلال اختراعه دون رخصة[3] وتبعا لهذا، يحق لصاحب البراءة متابعة كل من يتصرف تصرفا يشكل جنحة التقليد قضائيًا، مثل محاولته صناعة المنتوج المحمي بالبراءة أو استعمال وسائل تكون موضوع البراءة[4].

وقد نصت على هذه الأحكام المادة 56 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع، عندما قضت بأنه يعتبر مساسًا بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع كل عمل يقوم به أي شخص دون الحصول على موافقة من صاحب البراءة والتي تدخل في الأعمال التالية:

- في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجًا يمنع الغير من القيام بصناعة المنتوج واستعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون موافقة من صاحب البراءة.

- إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال طريقة الصنع واستعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو ببيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه[5].

---

1 - وقد نصت المادة 10 من الأمر رقم 03-07 على أنه: « ***الحق في براءة الاختراع ملك لصاحب الاختراع*** »، انظر أيضا المادة 3/10 من المرسوم التشريعي رقم 93-17 والمادة 8 من الأمر رقم 66-54، مرجع سابق.

2 - « ***يحقق المخترع حماية اختراعه بالقانون الخاص الذي يعترف له بحقوق مادية ومعنوية ويحميها بقواعد مميزة عن القواعد العامة في القانون المدني والتجاري والجنائي...*** ».

- نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 82.

3 - غير أنه يجوز له أو يحق له منح التراخيص وقد نصت المادة 1/37 من الأمر رقم 03-07 على ما يلي: « ***يمكن صاحب براءة الاختراع أو طالبها أن يمنح لشخص أخر رخصة استغلال اختراعه بموجب عقد*** »، مرجع سابق.

4 - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 133.

5 - ويكون التصرف تقليدًا إذا قام المقلّد بتقليد علامة رمزية أو باستعمال علامة أو اختراع أو نموذج أو رسم دون ترخيص من المالك الأصلي أي الحقيقي.

Voir : BRUNOT (p), La contrefaçon, revue de droit et économie, A. N. D. D. 1986 N° 51, p. 5.

الفرع الثاني

الرسوم والنماذج الصناعية

تعتبر الرسوم والنماذج عنصرًا هامًا من عناصر الملكية الصناعية[1]، ينقلها المستثمر الأجنبي إلى الدولة المضيفة التي يستثمر على إقليمها[2]، لكن التطور الكبير الذي عرفته الاستثمارات الأجنبية في السنوات الأخيرة في المجال التقني طرح عدة إشكالات متعلقة بحماية هذه التقنيات، الأمر الذي جعل أصحاب المشاريع الاستثمارية والصناعية تعتمد على الرسوم والنماذج الصناعية واستعمالها كصورة أصلية في صنع الوحدات الإنتاجية مهما كان نوعها وتمييزها عن النماذج المشابهة لها بشكلها الخارجي[3]، فالرسم الصناعي هو كل تنسيق جديد على سطح المنتوجات تكسبها ذاتية مميزة، ومظهرًا خاصًا، أما النموذج الصناعي فهو القالب الخارجي الجديد الذي تتخذه حجم المنتوجات ليعطيها حجمًا مبتكرًا[4].

وللتفصيل نتناول تعريف الرسوم والنماذج الصناعية (أولا)، ثم الشروط القانونية اللازمة في كل من الرسوم والنماذج الصناعية لقابليتها للاستغلال الصناعي والحماية

---

1 – تحتل الرسوم والنماذج الصناعية أهمية خاصة في نطاق الملكية الصناعية لثلاث أسباب:

أولا – لاشتراكها مع المصنفات الأدبية والفنية في عنصر محاكاة الجمهور من خلال مظهر خارجي تستحسنه العين، وهو السبب الذي أقرت لأجله بعض التشريعات مبدأ وحدة الفن "Unite d'art" بين المصنفات والرسوم والنماذج، ويترتب عليه مبدأ الحماية المزدوجة للرسوم والنماذج بقواعدها الخاصة وبقواعد قانون المؤلف.

ثانيا – لاشتراك الرسوم والنماذج مع العلامة التجارية في وظيفة تمييز المنتوجات الصناعية الحديثة بعضها عن البعض.

ثالثا –يتعلق بالأهمية التجارية التي تمنحها الرسوم والنماذج للمنتوجات باعتبارها عامل أساسي في اقتناء السلعة.

– صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 209.

- Voir aussi : Greffe (F), Dessins et modèles, domaines d'application des différentes lois, FASC, 3110, 1993, p1.

2 – أوردت اتفاقية تريبس "TRIPS" الرسوم والنماذج الصناعية تحت تسمية "التصميمات الصناعية" في المادة 25 منها.

– جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 98.

3 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 90.

4 – تجدر الإشارة هنا إلى أنه تتوفر في الرسوم والنماذج الصناعية نفس العناصر الموضوعية التي تتوفر في الاختراعات، غير أنهما مختلفان، لأنّ السند المثبت للحق في حماية الرسوم والنماذج هو شهادة تسجيل الرسم والنموذج الصناعي ويسمى "ببراءة الرسم أو النموذج الصناعي" أما السند المثبت للحق في حماية الاختراع هو "براءة الاختراع".

– جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية...، مرجع سابق، ص 99.

القانونية (ثانيا)، ثم الإجراءات اللازمة الاتباع لاكتساب المستثمر الأجنبي لملكية الرسم والنموذج الصناعي (ثالثا).

أولا – تعريف الرسوم والنماذج الصناعية:

لقد وردت تعريفات دقيقة لكل من الرسوم والنماذج الصناعية باعتبارها متعلقة بالمظهر الخارجي للسلعة ومتميزة بعنصري الابتكار والجدة في التشريع الجزائري، حيث نصت المادة الأولى من الأمر رقم 66–86 المتعلق بالرسوم والنماذج على تعريف الرسم بما يلي: « ***يعتبر رسمًا كل تركيب خطوط وألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية "Objet artisanal"*** »[1].

وهو مستعمل لإعطاء السلع أو المنتوجات شكلاً جذابًا يميزها عن غيرها من السلع، سواء ارتبط بخطوط أو ألوان أو لم يرتبط، يستخدم لأغراض صناعية أو حرفية[2].

أما النموذج فقد تم تعريفه كما يلي:

« ***يعتبر نموذجا كل شكل قابل للتشكيل ومركب بألوان أو بدونها "Toute forme plastique associée ou non à des couleurs" أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله كصورة أصلية"Type" لصنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي"Par sa configuration"*** ».

والنموذج مختلف عن الرسم لكونه لا يشتمل على مساحة مسطحة، بل أنها تتضمن بصفة إلزامية حجمًا "Un volume"، لأنّ النموذج هو القالب المستعمل لصنع السلعة[3].

وبصفة عامة، الرسم والنموذج هما كل ابتكار يضفي شكلاً خارجيًا أصيلاً ومميزًا لمنتج صناعي[4]، يمنحانه فنًا وجمالاً[5]، وهما عاملان أساسيان في جذب الجمهور لاقتناء

1 – أمر رقم 66–86 مؤرخ في 28 أفريل 1966، يتعلق بالرسوم والنماذج، ج ر عدد 35، المؤرخة في 3 ماي 1966.

2 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص ص 115 – 116.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 285.

4 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 158.

5 – Greffe (F), op. cit, p. 20.

السلعة دون تردد[1] وقد نصت عليها اتفاقية تريبس "Trips" المتضمنة حماية الملكية الصناعية في المادة 5، التي تنص على أنه تحمى الرسوم والنماذج الصناعية في جميع دول الإتحاد.

من خلال النصوص السابقة، الرسوم والنماذج الصناعية القابلة للحماية بموجب البراءة هي تلك التي تكون إنجازًا ملموسًا تحت شكل غرض معين[2]، لأنّ المشرع يهتم بالنتائج التي وصل إليها المخترع أو صاحب الرسم والنموذج، وليس بالوسائل المعتمدة في ذلك[3].

لكن في الحالة التي تكون فيها النتائج والوسائل المستعملة متوفرة على ميزة الابتكار فيتم حماية الأولى ببراءة الرسم والنموذج الصناعي، أما الثانية ببراءة الاختراع[4].

وعلى العموم لا تعتبر الرسوم والنماذج ملكية صناعية منعزلة لأنها تتسم بصفة فنية تجعلها قريبة من المصنفات الفنية أي من حقوق المؤلف من جهة، وتكتسب وظيفة منفعية تجعلها مشابهة للاختراعات من جهة ثانية.

إنّ الرسوم والنماذج من خلال مميزاتها السابقة الذكر تتواجد في ملتقى الفن والصناعة، وخاصة في مجال المنشآت المسمّاة "Design" والتي تحتوي شكلها على ثلاث صفات:

- أن تسمح بالقيام بوظيفة معينة.
- أن تؤدي إلى التوفير في حالة صنعها بتسلسل.
- أن تكون جميلة للنظر[5].

---

1 – صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 209.

2 – لا يعتد أيضا في التشريع الفرنسي بالفكرة الفنية "L'idée artistique" بل يطبق النص القانوني فقط على النموذج والرسم المنجز.

- Voir : DESBOIS (H), et Françon (A), Dessins et modèles, Encyclopédie de droit commercial, 1973, p. 21.

3 – « ***إذا توافرت في الرسوم والنماذج الصناعية الشروط الواجب وجودها في الاختراع، وكانت العناصر الأساسية "للجدة" غير منفصلة عن عناصر الاختراع، فإن القواعد التي تسري على براءة الاختراع تصبح قابلة للتطبيق على هذه الرسوم أو هذه النماذج*** ».

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 3.

4 – PEROT MOREL, "L'application respective du régime de protection des dessins et modèles industriels et des inventions brevetables", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1976, p. 23.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 286 – 291.

إنّ هذه المميزات التي تتميز بها كل من الرسوم والنماذج الصناعية والتي تنطبق على فكرة حقوق المؤلف تثير عدّة إشكالات أو تساؤلات حول النظام المطبق عليها أو القوانين التي تتكفل بحمايتها[1]، مع العلم أن المشرع الجزائري قد أخضع الملكية الفنية والأدبية لأحكام الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003[2]، فضلاً عن وجود نصّ خاص ينظم الرسوم والنماذج الصناعية.

بالرجوع إلى النصوص الفرنسية، نجد أن المشرع الفرنسي قد فضل تطبيق التشريع الخاص بحقوق المؤلف على المنشآت "Design" لصعوبة تحديد أجزاء الشيء الواجب حمايته بقانون الرسوم والنماذج[3]، ولصعوبة تحديد العلاقات الموجودة بين فن البحث أي الفن المجرد "L'art pur" والفنون التطبيقية (Les Arts appliqués) غير أنه حماية الرسوم والنماذج الصناعية تتوقف على إتمام الإجراءات المتعلقة بالإيداع باعتباره شرطًا أساسيا وجوهريًا لاستغلال الحقوق الناجمة عنه[4]، على عكس حقوق المؤلف التي تنشئ حق ملكية المصنفات الفنية بمجرد الابتكار[5]، ومن جهة ثانية يمنح قانون حقوق المؤلف لصاحب الرسم أو النموذج مدة حماية تسري طول حياته[6].

لكن هل يحق للمستثمر الأجنبي اختيار القانون الأصلح الذي يحمي حقوقه بدلاً من قانون الرسوم والنماذج؟

---

1 – هناك عدّة اتفاقيات دولية أجازت حماية الرسم والنموذج بموجب قانون المؤلف منها:
– المادة 5 من اتفاقية باريس للملكية الصناعية.
– المادة 2/25 من اتفاقية تريبس Trips.
– المادة 7/2 من اتفاقية برن.

2 – أمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 مؤرخة في 23 جويلية 2003، ملغي للأمر رقم 97-10 مؤرخ في 6 مارس 1997، ج ر عدد 13 المؤرخة في 12 مارس 1997.

3 – يمكن كذلك في التشريع الجزائري حماية بعض المبتكرات بموجب قانون حقوق المؤلف، حسب نص المادة 4 من الأمر رقم 03-05، مرجع سابق.

4 – تنص المادة 1/25 من الأمر رقم 66-86 على أنه: « ***إنّ الأعمال السابقة للإيداع لا تخول أي حق في إقامة دعوى جزائية أو مدنية تتفرع من هذا الأمر...*** ».

5 – « ***L'octroi de la protection spécifique et subordonné à la formalité du dépôt en l'absence de dépôt, le dessin ou modèle original pourra toutefois bénéficier de la protection par le droit d'auteur, c'est pourquoi, en droit français le dépôt est déclaratif de droit***… ».
- Michel Vivant, les créations immatérielles et le droit, édition Ellipses, Paris, 1997, p. 66.

6 – المادة 54 من الأمر رقم 03-05، مرجع سابق.

لقد حدد المشرع الجزائري إطار تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بحقوق المؤلف والمتعلقة بالرسوم والنماذج، حيث نصت المادة 1/2 من الأمر رقم 66-86 على أنه: « ***يكون لكل صاحب رسم أو نموذج الحق في استغلال رسمه أو نموذجه وذلك ضمن الشروط المحددة في هذا الأمر*** ».

هذا النص لا يمنع من الرجوع إلى التشريع الخاص بحقوق المؤلف، حيث نص الأمر رقم 03-05 في المادة 2/3 منه على أنه: « ***تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تغييره ودرجة استحقاقه ووجهته، بمجرد إيداع المصنف...*** ».

وهو نص، لا يستبعد كذلك تطبيق أحكامه على الرسوم والنماذج على أساس إخضاعها للقانون الخاص بها، بل هي أحكام قابلة للتطبيق على الرسوم والنماذج حتّى وإن كانت محمية بالقانون الخاص. وهنا يرى بعض الفقهاء أن جواز الجمع بين الحماية المقررة للرسوم والنماذج الصناعية والحماية المقررة لحق المؤلف، هي فتح المجال أمام صاحب الرسم والنموذج للتمسك بالمدّة المقررة للحماية في قانون حق المؤلف متى انتهت المدّة المقررة للحماية عن إيداع الرسم أو النموذج[1].

ثانيا – شروط حماية الرسوم والنماذج الصناعية:

تحظى الرسوم والنماذج الصناعية التي يملكها المستثمر الأجنبي بحماية قانونية على غرار كل الحقوق المعنوية الأخرى بهدف منحه حق احتكار استغلالها في مشروعه الاستثماري، والتصدي لكل أعمال التقليد غير المشروعة[2]، وذلك بتوافر شروط قانونية نصّ عليها المشرع كقيود على حقه في الاستغلال والحماية.

وقد تنقسم إلى شروط قانونية موضوعية (أولاً)، وشروط قانونية شكلية (ثانيا).

1 – الشروط الموضوعية للرسوم والنماذج:

تعتبر الرسوم والنماذج الصناعية التي تقبل التسجيل والحماية تلك التي أعدت للتطبيق على المنتجات الصناعية، بحيث لا تكون لها قيمة ذاتية متى فصلت على المنتجات الصناعية

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 295.

2 – « ***Comme pour l'ensemble des créations immatérielles, l'intérêt de la protection des dessins et modèles industriels et de conférer un monopole d'exploitation et de permettre la mise en œuvre de l'action en contrefaçon en cas d'atteinte à ce monopole*** ».
- Michel Vivant, op. cit, p. 67.

التي تنتجها المنشآت والمشروعات الصناعية أو التجارية[1].

وفي كل الأحوال يكون شكلها الخارجي الجمالي وحده هو القابل للتسجيل كنموذج أو رسم صناعي منفصلا عن تشكيل المنتجات التي تفرضها صناعتها لأداء وظيفتها[2]، كما يجب أن يتجرد من كل علاقة مع المنتج الصناعي[3]، وإلاّ أصبح غير قابل للحماية لا بموجب قانون الرسوم والنماذج ولا بموجب قانون المؤلف، وذلك لانعدام الأسلوب التعبيري فيه[4].

ورغم كون الشكل الخارجي للرسم أو النموذج الصناعي شرطًا موضوعيًا لقابليتها للاستغلال والحماية فهذا لا يكفي، إذ يجب أن يتجرد من كل فائدة صناعية يشترك فيها المنتج الذي يزينه حتى إذا كانت بعيدة عن صفة الاختراع[5].

كما يشترط كذلك في الرسوم والنماذج الابتكار والجدة، حيث ينطوي الابتكار على الاختراع وعلى الرسوم والنماذج الصناعية في آن واحد، ويقتصر طلب الحماية على إصدار براءة الاختراع لأنّ الصفة الأصلية للابتكار تكون من الناحية الموضوعية لا الشكلية.

ولا يجوز في كل الأحوال اعتبار الرسم أو النموذج جديدا إذا كان موجودًا من قبل حتى ولو كان غير مستغل في الصناعة، أو كان مستغلا بصورة أخرى، لأنّ الجدّة تنطبق على كل ما لم يتم ابتكاره من قبل بصفة مطلقة زمانًا ومكانًا، داخل التراب الوطني وخارجه[6].

---

1 – الرسوم والنماذج التي يأتي بها المستثمر الأجنبي عادة ما تكون من أجل استغلال مشروعه صناعيا وتجاريًا الأمر الذي يجعلها قابلة دائمًا للتسجيل والحماية إذا استوفت باقي الشروط القانونية.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 189.

3 – Greffe (F), op. cit, p. 9.

4 – هذا لا يمنع حمايتها بقواعد الملكية الفكرية، فإذا كان الرسم والنموذج جديدا وساهم في وظيفة صناعية حسب شروط حماية الاختراعات اعتبر اختراعا محميا.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 161.

5 – انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1970 المتعلق بتصميم قبضة الحقيبة الغير قابل للحماية بقواعد الرسوم والنماذج الصناعية لأن شكل القبضة مرتبط بأداء وظيفي أي مسك الحقيبة.

- Bulletin Civil, Vol 1, N°270, 1970.

6 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 302.

فلا يجوز للمستثمر الأجنبي طلب تسجيل رسم أو نموذج صناعي في الجزائر إذا كان مستغلا من غيره في الخارج.

كما يشترط في الرسوم والنماذج الصناعية أن تكون ذو تطبيق صناعي، حسب ما أكدت عليه المادة الأولى من الأمر رقم 66-86، عندما نصت على أنه يعتبر رسمًا كل تركيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نموذجًا كل شيء قابل للتشكيل ومركب بالألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، يمكن استعماله كصورة أصلية لصنع وحدات أخرى، يمتاز عن النماذج المشابهة له بشكله الخارجي، وذلك لاستبعاد كل الرسوم والنماذج التي لا تتعلق بالمجال الصناعي[1].

كما لا تحظى الرسوم والنماذج بالحماية إذا كانت مخالفة للآداب العامة والأخلاق الحسنة أو للنظام العام بصفة مطلقة، حيث نصّ المشرع صراحة في المادة 7 من الأمر رقم 66-86 على أنه: « ***يرفض كل طلب يتضمن أشياء لا تحتوي على طابع رسم أو نموذج مطابق للمعنى الوارد في هذا الأمر أو تمس بالآداب العامة*** ». وذلك مع الحكم ببطلان الرسوم والنماذج التي لم تستوف الشروط القانونية السابقة الذكر من طرف الهيئة القضائية المختصة بذلك قانوناً[2].

2 – الشروط الشكلية للرسوم والنماذج:

يفرض المشرع الجزائري على صاحب الرسم أو النموذج الذي يطالب بحقه في حمايتها على الإقليم الجزائري وطنيًا كان أو أجنبيا أن يقوم بإجراءات الإيداع والتسجيل والنشر[3]، لأنها أهم الإجراءات الشكلية التي يجب الالتزام بها، ولأنها ركن أساسي للضمانات المنصوص عليها قانوناً.

وفي إطار هذا الالتزام يقوم المستثمر الأجنبي مثله مثل باقي المبتكرين للرسوم والنماذج الصناعية بتقديم طلب الإيداع إلى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية،

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 305.

2 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 119.

3 – رغم أن الإيداع في بعض التشريعات كالتشريع اللبناني، لا ينشئ حق ملكية الرسم أو النموذج باعتبارها تنشئ عن الابتكار والجدّة، غير أنه يسمح للمودع بالاستفادة من قرينة ملكية الرسم أو النموذج المبتكر، وإن كانت قرينة قابلة للإثبات العكسي.

بتسليم الرسم أو النموذج مباشرة أو بإرساله عن طريق البريد برسالة موصى عليها مع طلب الإشعار بالتسليم.

حيث تنص المادة 9 من الأمر رقم 66-86 على أنه « ***يتم كل إيداع رسم أو نموذج بتسليم هذا الرسم أو النموذج أو بتوجيهه داخل ظرف موصى عليه مع طلب الإشعار بالاستلام إلى السلطة المختصة*** ».

ويجوز أن يتم إيداع الرسم إما في شكل تخطيطي "Graphique" أو مصور "Photographique" أو في شكل عينة "Specimen".

أمّا بالنسبة للنموذج، نظرًا لكون حجمه في الكثير من الأحيان مصدرًا للصعوبة في الإجراءات المتعلقة بالإيداع، يسمح المشرع أن يتمّ إيداعها في شكل تمثيل للشيء "Représentation de l'objet"، والتمثيل يتم في شكل رسم أو صورة شمسية وموضوعة في شكل باسط أو ملفوف في الصندوق الذي يتضمنها.

وأثناء الإيداع يقوم صاحب الرسم أو النموذج بدفع ضريبة ثابتة ومستقلة عن الرسوم والنماذج المودعة، وضريبة عن كل رسم أو نموذج وضريبة النشر، ثم يضاف إلى ملف الإيداع وصل بدفع كل الرسوم التي تم أداؤها، وذلك تحت طائلة بطلان إجراءات الإيداع.

ولا يجوز للإدارة المختصة في طلبات الإيداع رفض تسجيله ونقله في دفتر الرسوم والنماذج إلاّ إذا لم يستكمل الطالب كافة الإجراءات والشكليات المنصوص عليها قانونًا، لأنه لا يدخل ضمن اختصاصاتها البحث عن الجدّة في النموذج أو الرسم أو عن صفة الإيداع[1].

لأن الإيداع لا يعتبر مكونًا أو منشأ للحقوق "Constitutif de droit" وإنما مصرحًا لها فقط "Déclaratif de droit".

ويقول في هذا الصدد Michel Vivant ما يلي:

« ***Le dépôt est un passage obligé…***

- Entraîne une présentation de propriété au profit du déposant.

- Donne date certaine à la création.

- Permet d'apposer la mention "Modèle déposé" sur la création, et a donc un effet dissuasif sur les éventuels contrefacteurs.

- Permet de recourir a la procédure spéciale de saisie et poursuite en contrefaçon.

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 312.

- Confère au déposant le bénéfice du délai de priorité de six mois pour l'enregistrement de son dessin ou modèle dans les autres pays de l'union de Paris »[1] .

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه تعتبر إجراءات الإيداع والتسجيل شروطًا شكلية لحماية الرسوم والنماذج بقواعد قانون الرسوم والنماذج، فإذا أغفل الملتزم بأدائها، أو إذا مضت مدّة الحماية، استفاد من حقه في حمايتها بموجب قانون المؤلف[2].

ويضيف كذلك Michel Vivant فيما يلي الفكرة التالية:

« ***En Consacrant la théorie de l'unité de l'Art en 1902, le législateur consacre par la même, un autre principe celui du cumul absolu de protection des dessins et modèles industriels par la loi sur la propriété littéraire et artistique et par la loi spécifique sur les dessins et modèles industriels.***

…en accordant expressément à tout créateur de dessins et modèles la faculté de se prévaloir des droits qu'il tiendrait d'autres dispositions légales, notamment de la loi sur la propriété littéraire et artistique »[3] .

ثالثا – آثار اكتساب المستثمر الأجنبي لملكية الرسم أو النموذج:

يكتسب المستثمر الأجنبي الذي يقوم بإيداع وتسجيل ونشر رسم أو نموذج صناعي، ملكيته إذا كان أوّل مودع له، وقد نصت المادة 2 من الأمر رقم 66-86 المتعلق بالرسوم والنماذج على أنه:

« ***يكون لكل صاحب رسم أو نموذج الحق في استغلال رسمه أو نموذجه وذلك ضمن الشروط المحددة في هذا الأمر.***

يختص بملكية الرسم أو النموذج أوّل من أجرى إيداعه وذلك مع التحفظات المعتادة »[4].

ونصت أيضا المادة 1/20 من الأمر نفسه على أنه: « ***يجوز لصاحب رسم أو نموذج أن يحوّل لغيره، بواسطة عقد كل أو بعض حقوقه*** ».

---

1 – Michel Vivant, op. cit, p. 66.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 183.

3 – Michel Vivant, op. cit, p. 59.

4 – يقصد بالتحفظات المعتادة، كون الملكية التي نشأت من الإيداع قرينة قانونية قابلة للإثبات العكسي وخصوصًا في الحالات التي يرفع فيها المبتكر الحقيقي دعوى إبطال الإيداع.

– محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 79.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 321.

ومن خلال النصين، يتمتع المستثمر الأجنبي من خلال مباشرة إجراءات إيداع رسمه أو نموذجه الصناعي بكلّ الحقوق التي تمنحها حق الملكية[1]، من تصرف واستغلال بصفته الشخصية[2].

كما يجوز له أن يتنازل عنهما كليًا أو جزئيًا، أو أن يرهنهما أو أن يمنح ترخيصًا لاستغلالهما، وقد نصت المادة 21 من الأمر رقم 66-86 على أنه: « ***إنّ العقود المشتملة إما على نقل الملكية وإما على منح حق امتياز الاستغلال أو التنازل عن هذا الحق إما على الرهن أو رفع اليد عن الرهن، يجب أن يتم تثبيتها كتابيًا وتسجيلها في الدفتر الخاص بالرسوم والنماذج وإلا سقط الحق*** »[3].

وما دام المستثمر الأجنبي بعد الإيداع، يصبح صاحب الملكية على الرسم أو النموذج في مواجهة الغير، يجوز للسلطة المختصة عند الضرورة أن تمنح للغير حق امتياز لاستغلال كل من الرسم أو النموذج.

حيث تنص المادة 2/20 من الأمر رقم 66-86 على أنه:

« ***وإذا اقتضت المصلحة العامة، يسوغ للسلطة المختصة أن تمنح بعوض، حق استعمال رسم أو نموذج لكل مؤسسة تطلب ذلك*** ».

وتعتبر هذه الإجراءات ترخيصًا جبريًا[4]، الأمر الذي يجعلها تدبيرًا مماثلاً لإجراءات نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة[5] بصفة مؤقتة، مقابل التزام المؤسسة المستفيدة من

---

1 – وهي الحقوق نفسها المنصوص عليها في القواعد العامة، حيث تنص المادة 674 من التقنين المدني على أنه: « ***الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء...*** ». وهو أمر يؤكد على أنّ حقوق الملكية الصناعية نوع من أنواع الملكية.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ص 190 – 191.

3 – على أن يتم إدراج كل العمليات التي تسري على حقوق الملكية الصناعية والتجارية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية حسب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 92-70 المؤرخ في 18 فيفري 1992 المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر عدد 14 مؤرخة في 23 فيفري 1992.

4 – نصت على الترخيص الجبري المادة 2/26 من اتفاقية Trips عندما أجازت للدول استثناءات محدودة من حماية التصميمات الصناعية شريطة أن لا تلحق ضررًا بصاحب الحق على الرسم أو النموذج.

5 – والمصلحة العامة هي رفض صاحب الرسم أو النموذج استغلاله دون أسباب أو استغلاله بطريقة تؤثر سلبًا على الاقتصاد الوطني.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 331 – 332.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 197.

الترخيص بتقديم تعويض مالي مناسب لصاحب شهادة التسجيل، وتسجيلها للترخيص لدى المصلحة المختصة مقابل دفع الرسوم.

وفي كل الحالات، بعد إيداع الرسم أو النموذج، يكرس المشرع الجزائري لها حماية قانونية تمتد لمدة عشرة (10) سنوات تحسب من تاريخ الإيداع تنقسم إلى فترتين الأولى تحدد بمدّة سنة والثانية لمدة تسعة (09) سنوات[1]. تخضع لأداء رسم لحفظ المدة Taxe de maintien، حيث يبقى الرسم أو النموذج المودع سريًا خلال الفترة الأولى إذا لم يطلب المودع نشره، وتتوقف الحماية بعد نهايتها إذا لم يطلب مداد المدّة ولم يدفع الرسم خلال ستة (06) أشهر من نهاية السنة الأولى[2].

وعليه تستفيد الرسوم والنماذج الصناعية طيلة مدّة الحماية من الحماية ضد كل أنواع الاعتداءات غير القانونية التي قد تمس المستثمر الأجنبي على إقليم الدولة المستغل أو المودع على إقليمها الرسم أو النموذج، سواءً كانت اعتداءات باستنساخ الرسم أو النموذج أو تقليده أو التصرف فيه ماديًا أو قانونيًا دون موافقة صاحب الحق فيه أي المستثمر الأجنبي.

المطلب الثاني

العناصر ذات القيمة الفنية

تعتبر عناصر الملكية الصناعية ذات القيمة الفنية تلك المبتكرات التي تشمل الشكل الخارجي، وتسمى بالمبتكرات الجمالية "Créations ornementales"وهي الحقوق المعنوية الصناعية التي ترد على العلامات والشارات المميزة التي تستخدم في تمييز المنتجات والخدمات والمنشآت والمحال التجارية[3]، وتسمى"Signes distinctifs"[4].

1 – تجدر الإشارة هنا إلى أنه، بعد الإيداع تمنح الحماية للرسم والنموذج لمدة سنة بقوة القانون حتى دون طلب صاحب الإيداع ذلك صراحة، أمّا الحماية خلال المدّة الثانية المقدرة بـــ تسعة (09) سنوات فلا تمنح إلاّ بناءً على طلب المودع.

2 – المادة 14 من المرسوم رقم 66–86، مرجع سابق.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 3.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 123.

4 – « ***La sphère des signes distinctifs n'est pas réservée aux seules marques, elle couvre un certain nombre d'autres éléments dont il faut la distinguer. C'est ainsi que sont compris dans les signes distinctifs les applications d'origine et indications de provenance qui bénéficient d'une protection spécifique, et d'autre part les dénominations sociales, les noms commerciaux, les enseignes qui elle ne bénéficient que d'une protection par le droit commun***… ».
- Michel Vivant, op. cit, pp 97, 98.

وتمكن عادة حقوق الملكية الصناعية التي ترد على العلامات المميزة صاحبها من احتكارها لتمييز منتجاته عن مثيلاتها دون حرمان الغير من استعمال نفس العلامة لتمييز منتجات أخرى غير مماثلة أو من نوع آخر، لأنّ الحق في تمييز المنتجات حق نسبي يقتصر على تمييز المنتجات المماثلة لها، وليس حقا مطلقا في مواجهة الكافة.

حيث تنص المادة الأولى، فقرة ثانية من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية على أنه تشمل حماية الملكية الصناعية بالإضافة إلى براءة الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية، العلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة[1].

للتفصيل أكثر، نتناول أهم العناصر التي تهتم بالشكل الجمالي الخارجي والفني المتمثلة في العلامات (فرع أول)، ثم تسميات المنشأ أو المؤشر الجغرافي (فرع ثاني)، ثم الرسوم والدوائر (فرع ثالث).

الفرع الأوّل

العلامات

العلامة التجارية أو الصناعية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المستثمرين أو المنتجين أو الصناعيين، تتخذ لتمييز بضاعة أو منتوج أو خدمة معينة عن غيرها[2]. يقول فيهاMichel Vivant ما يلي:

« ***La marque qui est une dénomination de fantaisie doit nécessairement dans son rapport au produit ou service marqué présenter un caractère de "distinctivité" qui s'oppose à la banalité et suppose par le fait même créativité*** »[3] .

1 – تعتبر هذه الاتفاقية جزء من التشريع الجزائري في مجال الملكية الفكرية صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66–48 مؤرخ في 25 فيفري 1966، أعيد التصديق عليها بموجب الأمر رقم 75–2 المؤرخ في 9 جانفي 1975 بعد التعديل الذي أجري عليها في إستوكهولم بتاريخ 14 جويلية 1967.

2 – محمد حسين إسماعيل، الحماية الدولية للعلامة التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1978، ص 46.

3 – Michel Vivant, op. cit, p. 97.

حيث بمجرد استخدامها من أحد المستثمرين أو المنتجين امتنع غيرهم عن استخدامها، لأنه بمجرد تسجيلها وإيداعها تتمتع بالحماية المقررة لحقوق الملكية الصناعية[1].

يقصد بها السمة المميزة التي يضعها التاجر على منتجات محله التجاري وهي بذلك علامة تجارية "Marque de commerce"، أو الصانع على المنتجات التي يقوم بصنعها وهي بذلك علامة مصنع "Marque de fabrique"، تميزًا لها عن المنتجات المشابهة لها والمعروضة في السوق، كما يمكن أن تكون كذلك السمة التي تستعملها مؤسسة متخصصة في تقديم الخدمات لتشخيصها وتمييزها[2] عن غيرها من الخدمات المشابهة، وهي بذلك علامة خدمة "Marque de service".

ولدراسة العلامات[3]، نتناول تعريفها (أولاً)، ثم شروطها (ثانيا) ثم إجراءات اكتسابها وحالات انقضائها ليتبيّن لنا كيفية اكتساب ملكية العلامة على المنتوجات والخدمات وحالات انقضائها وسقوط الحماية عنها (ثالثا).

أولاً – تعريف العلامة:

يرجع مفهوم العلامة في نشأته إلى زمن بعيد[4]، تطور خلاله هذا المفهوم وتطورت نتيجة لذلك التشريعات التي عنيت بحمايتها[5].

---

1 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 197.

2 – « ***La marque ne se justifie qu'a travers sa fonction d'identification…elle n'a d'existence juridique et de signification qu'en tant que signe distinctif*** ».
- Voir, Mélanges, D. Bastin, droit de la propriété industrielle, Tome 2, librairies Techniques, 1974, p. 49.

3 – تجدر الإشارة هنا إلى أنه توجد علامة المطابقة marque de conformité توضع على المنتوج للإشهاد على أنه مطابق لمواصفات معينة، وهي تندرج في نظام التقييس La normalisation، الذي يرمي أساسًا إلى حماية المستهلك والمصلحة العامة وتوجد كذلك علامة مصدر البضاعة تبين مصدر البضاعة l'indication de provenance أو تسميتها الأصلية l'appellation d'origine توضع على جميع المنتجات المعدّة للتصدير فضلاً عن علامة المصنع، وهي علامات مستبعدة من دراستنا.

4 – « ***La fonction de la marque a largement évolué au travers les âges, simple signature sous l'antiquité visant à éviter le vol des produits marqués…mesure de police permettant une garantie de la qualité et de l'origine des produits désignes*** ».
- Michel Vivant, op. cit, p. 96.

5 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 39.

عرّفت فقهًا من طرف عدّة دارسين من بينهم "محمد حسنين إسماعيل" الذي عرفها بأنها: « ***أداة مميزة تخص تاجرًا أو صانعًا لتمييز خدمته عما يشابهها، وقد تكون رمزًا، رسمًا، حرفًا... الخ.***

تستهدف التدليل على أصل السلعة وضمان مزايا معينة فيها فتقيم بذلك علاقة بين مالك العلامة وعملائه وتمكنه من الاستئثار بثقتهم »[1].

وعرّفها "أحمد طه السنوسي" على أنها: « ***العلامة التجارية تتخذ لتمييز السلعة المادية، كما تتخذ لتمييز الخدمة المعنوية، ولذلك فإنها أي صورة أو إشارة تستخدم للتعريف بالمادة، "Article" أو الخدمة "Service" وهي من القوة بحيث تتخذ لفصل إنتاج شخص أو خدمة عن إنتاج أو خدمة الأشخاص الآخرين*** »[2].

أما "سميحة القيلوبي" فقد عرّفتها على أنها: « ***كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة*** »[3].

أما قانونًا، فقد عرّفها المشرع الجزائري في المادة 2 من الأمر رقم 66-57[4] على أنها: « ***تعتبر علامة المصنع أو علامة تجارية أو علامة خدمة الأسماء العائلية أو الأسماء المستعارة أو التسميات الخاصة أو الاختيارية أو المبتكرة والشكل المميّز للمنتجات أو شكلها الظاهر والبطاقات والأغشية والرموز والبصمات والطوابع والأختام وطوابع الرسوم المميزة والأشرطة والحواشي وتركيبات أو ترتيبات الألوان والرسوم والصور أو النقوش الناتئة والحروف والأرقام والشعارات وبصفة عامة جميع السمات المادية التي تصلح***

---

1 – محمد حسين صالح، مرجع سابق، ص 76.

2 – السنوسي أحمد طه، "الحماية القانونية لعلامات الخدمة التجارية والتطور الاقتصادي للملكية الصناعية في التشريع المقارن"، مجلة مصر المعاصرة، العدد 282، أكتوبر 1955، ص 33.

3 – سميحة القيلوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، حقوق الملكية الصناعية، الجزء الثاني، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1976، ص 220.

4 – أمر رقم 66-57 مؤرخ في 19 مارس 1966 متعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية، ج ر عدد 23 مؤرخة 22 مارس 1966 معدل بموجب الأمر رقم 66-308 المؤرخ في 14 أكتوبر 1966، ج ر عدد 91 مؤرخة في 25 أكتوبر 1966.

لتمييز المنتجات أو الأشياء أو الخدمات لكل مؤسسة، ويجوز اعتبار شعار الإعلان علامة إذا وقع تسجيله لهذه الغاية »[1].

عرّفت كذلك في الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات في المادة 1/2 كما يلي: « ***العلامات: كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبها والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره*** ».

فعلى العموم، المشرع الجزائري من خلال هذا النص الأخير قد أكدّ على أنّ الأشكال التي تتخذ كعلامة تجارية في تطور مستمر ودائم، الأمر الذي جعله يسردها على سبيل المثال لا الحصر، لترك المجال مفتوح لتتخذ العلامة التجارية أشكالاً حتى إن لم يتم النص عليها صراحة[2] فالمهم في العلامة أن يقصد من استخدامها تمييز سلعة أو خدمة شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره[3].

---

1 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرع المصري عرّف العلامة التجارية بمثل ما عرفها المشرع الجزائري، بحيث جعلا التعريف مفتوحا يشمل كل أنواع العلامات الجديدة لأنها في تطور مستمر، وقد ورد هذا التعريف في القانون المصري رقم 57 لسنة 1939 المتعلق بالعلامات والبيانات التجارية كما يلي: « ***تعتبر علامات تجارية الأسماء المتخذة شكلا مميزًا والإمضاءات والكلمات والحروف والأرقام والرسوم والرموز وعنوانات المحال والدمغات والأختام والتصاوير والنقوش البارزة وأية علامة أخرى أو أي مجموع منها إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض أو أية بضاعة للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات*** »، قانون رقم 57 لسنة 1939 المتعلق بالبيانات والعلامات التجارية، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 69 المؤرخة 13 جويلية 1939.

2 – جعل هذا التعديل العلامة التجارية المنصوص عليها في القانون الجزائري متماشية مع كل الأشكال الجديدة للعلامات التي تستخدم مثل العلامات الصوتية.

- VERKADE (D. W. F), De nouveaux types des marques, une contribution des pays des Benelux, éditions PIBD, 2001, N°715, p. 41.

3 – « ***Il est nécessaire que la marque présente un caractère distinctif…elle à une fonction technique qui permet au consommateur de différencier les produits ou services marqués de ceux identiques ou similaires des concurrents, et ce afin de le mettre en mesure d'établir son choix***… ».

- Michel Vivant, op. cit, p. 97.

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى التعريف الوارد في اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس، باعتبار أنّ كل الدول المنظمة والسائرة في طريق الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة ملتزمة بأحكام هذه الاتفاقية، وعلى الخصوص أحكام المادة 1/15 التي نصت على تعريف العلامة كما يلي: « ***تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية، وتكون هذه العلامات، لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفًا وأرقاما وأشكالا ومجموعة ألوان وأي مزيج من هذه العلامات، مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية...*** »[1].

فالعلامات إذن، بصفة عامة تأخذ عدّة أشكال، سواء كانت للمصنع أو تجارية أو علامات خدمة، منها الأسماء العائلية، الأسماء المستعارة، التسميات المبتكرة، الرموز، الرسوم، الشعارات، الألفاظ، الحروف، الصور، الأرقام، الألوان بمفردها أو مركبة... وبصفة عامة جميع السمات المادية التي تصلح لتمييز المنتجات أو الأشياء أو الخدمات لكل مؤسسة عن الأخرى[2]، دون أن يكون الهدف من ذلك محاولة تضليل الجمهور[3].

لأنه في الحالات التي تكون فيها الرموز أو الأشكال المستعملة من المنتج أو الصانع كعلامة قادرة على تضليل الجمهور أو الأوساط التجارية، فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع والخدمات والخصائص الأخرى المتصلة بها يُرفض تسجيلها[4].

ثانيا – شروط العلامة

نصت المادة الثالثة من اتفاقية باريس على أنه تؤخذ عبارة الملكية الصناعية بأوسع معانيها فلا يقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بالمعنى الضيّق بل تشمل الشؤون المتعلقة بالصناعة الزراعية والاستخراجية وجميع المنتجات المصنوعة أو الطبيعية، بحيث في كل حالة من هذه الحالات يحتاج الصانع أو التاجر أو المستثمر بمفهوم المشروع على استخدام

1 – انظر محتوى اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية Trips كاملة في:
– منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 77.
2 – سائد احمد الخولي، مرجع سابق، ص 43.
3 – صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2003، ص 120.
4 – المادة 6/7 من أمر رقم 03-06 يتعلق بالعلامات، مرجع سابق.

العلامة كشعار لبضاعته أو منتوجاته أو خدماته لتمييزها عن غيرها، لكن لا تكون قابلة للتسجيل والإيداع إلاّ إذا استوفت الشروط القانونية التي نصت عليها القوانين المؤطرة لحقوق الملكية الصناعية في الدولة المراد طلب حماية العلامة على إقليمها[1]، وعلى ذلك يجب أن تكون العلامة مميزة (1)، جديدة غير مستخدمة من قبل (2)، وأن تكون مشروعة ولا تخالف النظام العام والآداب العامة أو الأخلاق الحسنة (3).

1 – أن تكون العلامة ذات طابع مميّز

نصت المادة 1/2 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على أنّ العلامة هي كل من الرموز والأسماء والكلمات والأحرف والأرقام... التي تستعمل لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره، فجميع السمات المادية التي تصلح لتمييز المنتجات والخدمات فيما بينها وتمنح لها شكلاً معيناً مميزاً[2]، أو تدل على مصدرها أو نوعها أو رتبتها أو طريقة صنعها وتحضيرها أو يدل على تأدية خدمة ما تكون قابلة للاستخدام كعلامة مسجلة وتستفيد من حماية القانون[3].

فالطابع المميز المشروط في العلامة هو الطابع الذي يجعل للعلامة ذاتية خاصة "Marque spéciale et originale"[4]، وتميزها عن غيرها من العلامات الموضوعة على سلع أخرى مماثلة أو للدلالة على خدمات مشابهة[5].

وتستبعد من العلامات المقصودة كل العلامات النوعية"Les marques génériques" أو العلامات الضرورية "Les marques nécessaires"[6]، باعتبارها علامات مكونة من سمة

---

1 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. p 350 – 357.

2 – « ***Pour constituer une marque valable, le signe choisi doit être distinctif…ce caractère distinctif s'apprécie relativement à l'objet auquel s'applique la marque*** ».
- TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 350.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 222.
– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 199.

4 – لتقدير مدى قدرة العلامة على التمييز ينظر إليها من حيث أنّها تعبير جمالي خاص إذ يمكن أن تكون العلامة مركبة من عدّة عناصر، ويكفي أن يكون عنصر أو عنصران مخالفين للعناصر المكونة لعلامة أخرى مشابهة لتكون مميزة.

5 – سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 231.

6 – « ***Sont dépourvus de caractère distinctif les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou visuelle du produit ou du service*** », Voir, Article L.711-2 alinéa 2 (a) du code français de la propriété intellectuelle.

من السمات التي يتطلبها بصورة طبيعة المنتوج أو الخدمة المراد تمييزها[1].

وقد نصت المادة 2/7 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على أنه: « ***تستثنى من التسجيل: الرموز التي تمثل شكل السلع أو غلافها إذا كانت طبيعة أو وظيفة السلع أو التغليف تفرضها*** ».

بالإضافة للتسميات النوعية أو الضرورية أو العادية للمنتوج أو الخدمة تستبعد من التسجيل كذلك كل العلامات أو كافة التسميات التي يمكن استعمالها لبيان ميزة المنتوج أو الخدمة[2] كالصفة، الكمية، القيمة، المكان الجغرافي وكذلك التسميات المكونة أساسًا من الشكل الذي تفرضه طبيعة المنتوج أو وظيفته، أو الذي يمكن أن يمنح للمنتوج أو الخدمة القيمة الجوهرية والمسمّاة بالعلامات النوعية أو الوصفية[3].

2 – أن تكون العلامة جديدة

لقد فرض المشرّع على طالبي تسجيل العلامة سواء كانت علامة تجارية أو علامة مصنع أو علامة خدمة لتمييز منتوجاتهم أو خدماتهم عن غيرها شرطًا موضوعيًا يتعلق بالطابع الجديد للسمة المادية المستعملة اسمًا كان أو لفظًا أو إشارة أو رمز أو رسم...، بحيث تكون جديدة وغير مستعملة من قبل أو غير مسجلة من غيرهم[4].

بحيث إذا سبق تسجيل وإيداع علامة من قبل مستثمر أجنبي امتنع غيره عن استعمالها أو طلب تسجيلها لتمييز منتجات أو خدمات مماثلة[5]، كما يمنع عليه تحت طائلة بطلان علامته أو

---

1 – ربا طاهر القليوبي، مرجع سابق، ص 122.

2 – « ***La marque devant permettre de distinguer le produit ou service marqué, cette fonction ne pourra être remplie que si la marque n'est ni générique, ni descriptive…en revanche les signes seulement évocateurs, allusifs, desdites qualités peuvent valablement constituer une marque*** ».
- Michel Vivant, op. cit, p. 100.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 124 – 125.

4 – « ***من العلامات التي لا يجوز تسجيلها لحماية العلامات المسجلة وأصحابها، العلامة التي تطابق علامة تخص شخصًا آخر سبق تسجيلها لنفس البضائع التي يراد تسجيل العلامة من أجلها أو لصنف منها، أو العلامة التي تشابه تلك العلامة إلى درجة قد تؤدي إلى غش الغير*** ».
– سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 59.

5 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 285.

رفض تسجيلها كل محاولات تقليد أي علامة أخرى[1]، مثل نقل أو تقليد شعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى أو أسماء، منعًا للبس أو تضليل الجمهور[2].

وقد نصت المادة 5/7 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على أنه: « ***تستثنى من التسجيل الرموز التي تحمل من بين عناصرها نقلاً أو تقليدًا لشعارات رسمية أو إعلام أو شعارات أخرى أو اسم...*** ».

وأضافت المادة نفسها في الفقرة 9 منها ما يلي:

« ***تستثني من التسجيل الرموز المطابقة أو المشابهة لعلامة كانت محل طلب تسجيل أو تسجيل يشمل سلعًا أو خدمات مطابقة أو مشابهة لذلك التي سجلت من أجلها علامة الصنع أو العلامة التجارية إذا كان هذا الاستعمال يحدث لبسًا*** »[3].

ويقول Michel Vivant في هذا الصدد ما يلي:

« ***Le terme de nouveauté est parfois utilisé…dire que celui de disponibilité convient mieux …est disponible le signe qui, à un titre ou un autre, ne fait pas l'objet d'un droit antérieur, privatif ou non mais en tout cas susceptible d'en assurer la réservation au profit de son titulaire*** »[4].

وعلى هذا الأساس الجدّة المقصودة في العلامات، ليست الجدّة المطلقة في خلق وابتكار العلامة"Nouveauté de création"، وإنما الجدّة في التطبيق على ذات السلع أو الخدمة "Nouveauté d'application"[5]، لأنّه لا يفترض في العلامة توافر شرط الابتكار كما هو

---

1 – نصت المادة 1/16 من اتفاقية تريبس على أنه: « ***يتمتع صاحب العلامة التجارية المسجلة بالحق المطلق في منع جميع الأطراف التي لم تحصل على موافقة صاحب العلامة من استخدام العلامة ذاتها أو علامة مماثلة في أعمالها التجارية بالنسبة للسلع والخدمات ذاتها أو المماثلة لتلك التي سجلت بشأنها العلامة التجارية، حين يسفر ذلك الاستخدام عن احتمال حدوث لبس...*** ».

– نقلاً عن: منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 86.

2 – L'Article L. 711-3 du code de la propriété intellectuelle française déclare en effet nulles les marques : « ***de nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service*** ».

- TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 356.

3 – أمر رقم 03-06 متعلق بالعلامات، مرجع سابق.

4 – Michel Vivant, op. cit, p. 101.

5 – القيلوبي سميحة، مرجع سابق، ص 234.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 201.

مطلوب بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية، فالطابع المميز يختلف فيها حيث يكفي استعمال تسمية بسيطة كعلامة طالما تسمح بتمييز المنتوج أو الخدمة عن غيره من المنتوجات أو الخدمات المشابهة[1].

فعلى العموم، إذا كانت علامة أجنبية موضوع تسجيل وإيداع في الجزائر فتمنح الحماية القانونية عبر كامل التراب الوطني من محاولات التقليد أو استعمال علامة مشابهة يقصد منها خلق اللّبس عند المستهلك للمنتوج أو الخدمة من جهة، ويمنع غيره من الصناعيين أو التجار من استعمالها أو تسجيلها من جهة ثانية[2].

3 – أن تكون العلامة مشروعة

لقد أكدّ المشرّع الجزائري في القانون المتعلق بالعلامات على أنه يشترط على المستثمر منتجًا كان أو صانعا أو تاجرًا قبل طلب إيداع أو تسجيل علامته أن تكون مستوفية لكل الشروط الموضوعية[3]، ومنها أن تكون مشروعة أي غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة والأخلاق الحسنة[4].

حيث نصت المادة 4/7 من الأمر رقم 03-06 على أنه: « ***تستثني من التسجيل الرموز المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة والرموز التي يحظر استعمالها بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفًا فيها*** ».

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 223.

2 – « ***لا يجوز أن تقتبس العلامة من اسم تجاري سابق أو شعار سواء كان مسجلا أو غير مسجّل، فإن المساس به يؤدي إلى الإضرار بصاحبه أولاً، ويؤدي إلى لبس لدى الجمهور في تمييز البضاعة أو الخدمة عن غيرها ثانيا*** ».
– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 285.

3 – تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2 أوت 2005 والذي يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على أنه: « ***إذا تبين من الفحص الشكلي أنّ الإيداع استوفى الشروط المطلوبة في المواد من 4 إلى 7 أعلاه، تبحث المصلحة المختصة عما إذا لم تكن العلامة المودعة مستثناة من التسجيل لسبب أو عدّة أسباب من أسباب الرفض...*** ».
– ج ر عدد 54 مؤرخة في 7 أوت 2005.

4 – ينطبق هذا الشرط على كل العناصر المتفرعة عن الملكية الصناعية بصفة عامة تحت طائلة بطلان إجراءات تسجيلها وإيداعها، فلا يجب أن تكون الاختراعات، الرسوم والنماذج الصناعية، تسميات المنشأ والعلامات مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

والمنع يشمل كل العلامات التي لا يجوز تسجيلها لأسباب دينية أو أخلاقية[1]، أو لاعتبارات وطنية سيادية ودولية[2]، سواء بموجب نصّ وطني أو اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف لتشمل فكرة عدم المشروعية المحتملة في العلامة كل الشارات والأسماء والألفاظ والرسوم والصوّر... التي تشكل تجاوزًا أو تعديا على النظام العام والآداب العامة أو الأخلاق الحسنة.

وتأسيسًا على هذا يمكن أن يتعرض المستثمر الأجنبي الذي يقدم طلب تسجيل علامة معينة لرفض إيداع علامته وتسجيلها إذا كيّفت على أنها غير مشروعة في الجزائر، وحتّى إن كانت التسمية المختارة كعلامة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة في بلاده[3]، أو إذا كانت تلك العلامة غير مشروعة بناءًا على اتفاق مسبق منصوص عليه في اتفاقية دولية مبرمة ما بين الدولة الجزائرية ودولة جنسية المستثمر الأجنبي.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه لا يوجد معيار ثابت لتحديد النظام العام والآداب العامة، فهو يختلف من دولة إلى أخرى، فالعلامة التي تمس بعض الجوانب الدينية في دولة ما قد لا تكون كذلك في دولة أخرى.

لكن ذلك بشرط أن ينصب عدم المشروعية على العلامة ذاتها دون موضوعها، لأنه في الحالة التي تكون فيها العلامة من حيث موضوعها مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة أو كان موضوعها غير مشروع التداول فيه فلا يترتب بطلان العلامة[4].

ولإزالة الغموض على فكرة النظام العام والآداب العامة، وخصوصًا لكون دولة الحماية لا تتقيد بالنظام العام والآداب العامة للدولة التي تم فيها تسجيل العلامة لأنها ملزمة فقط

---

1 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 58.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 295.

3 – نستشهد بقضية العطور المسماة "OPIUM" التي رفعت أمام المحاكم الفرنسية في 1979، والتي اعتبرت بعلامة مشروعة بعدما رفضها قضاة الدرجة الأولى لكون استخدامها يشجع المستهلك على تعاطي المخدرات.
نقلا عن: فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 229.

4 – وقد نصت المادة 7 من اتفاقية باريس على أنه: « ***لا يجوز بأي حال رفض تسجيل العلامة بسبب يرجع إلى نوع المنتجات التي توضع عليها العلامة التجارية أو الصناعية*** ».
– نقلا عن: منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 68.

باتباع نظامها العام وآدابها العامة[1]، توجد قائمة رسمية بالشعارات الرسمية مودعة لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية تعممها على الدّول والمنظمات الدولية لمنع تسجيل أية علامة تحمل هذه الشعارات والأوسمة والرايات الوطنية، فإذا سجلت تعد باطلة بحكم القانون[2].

على العموم، لا تقبل كعلامة أو جزء من علامة، علائم الشرف، الرايات والرموز الأخرى لإحدى الدول، الصلبان الحمراء والأهلة الحمراء، الدمغات الرسمية لمراجعة وضمان المعادن الثمينة وكذلك كل تقليد للعلامات المتعلقة بشعارات الأشراف[3].

كما أنّ المشرع الجزائري، لم يكتف بمنع استغلال المستثمر أو الصناعي أو التاجر لأشكال العلامة المكيفة فيما سبق بغير المشروعة، بل ويعاقب كذلك على استغلالها بسبب كونها جريمة منصوص عليها في المادة 32 من الأمر رقم 03-06 من قانون العلامات.

ثالثا – إجراءات اكتساب العلامة وحالات انقضائها:

قيّد المشرع الجزائري اكتساب صاحب العلامة لملكية علامته من جهة، وحق تمسكه بحقوق المالك التي تحميها النصوص القانونية[4] من جهة ثانية بمجموعة من الشروط الإجرائية الإدارية التي تشمل كل من الإيداع والتسجيل والنشر، وخصها عناية كبيرة جدًّا لكونها الركن الأساسي في اكتساب ملكية العلامة[5]، الأمر الذي يجعل أسباب انقضائها تكاد

---

1 – لكن نصت المادة 3/6 من اتفاقية باريس على أنه: « ... ***يجوز لدول الاتحاد في الأحوال المبينة فيما بعد أن تبطل أو ترفض تسجيل العلامات المخالفة للآداب أو للنظام العام وعلى الأخصّ العلامات التي من شأنها أن تضلل الجمهور*** ». المرجع السابق.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 296.

3 – نصت عليها المادة 4 من الأمر رقم 66-57، مرجع سابق.

4 – « ***Les marques bénéficient d'une protection particulière pour une durée de 10 ans indéfiniment renouvelable…mais cette protection suppose l'enregistrement de la marque lequel va conférer les droits à protection*** ». Amor Zahi, op. cit, p. 1279.

5 – نصت على ذلك المادة 5 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات كما يلي: « ***يكتسب الحق في العلامة بتسجيلها لدى المصلحة المختصة*** »، ونصت أيضا المادة 9 من نفس القانون على أنه: « ***يخول تسجيل العلامة لصاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها*** »، مرجع سابق.

– ونصت كذلك قوانين أخرى على الأحكام نفسها منها المادة 3 من قانون العلامات التجارية المصري بحيث تعتبر من قام بتسجيل العلامة التجارية مالكًا لها دون سواه، وقد أخذ بتلك الفكرة معهد القانون التجاري والصناعي المقارن بجامعة ميلانو سنة 1967.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 204.

تجد مصدرها في إرادة صاحبها، إذ يمكن أن يتخلى عنها أو يترك استعمالها بمحض إرادته أو لأسباب أخرى خارجة عن نطاق إرادته، وعليه نتناول إجراءات اكتساب العلامة (1) ثم حالات انقضائها أو حالات انقضاء حمايتها (2).

1 – إجراءات اكتساب العلامة

لقد نصت المادة 4 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على أنه:

« ***لا يمكن استعمال أي علامة لسلع أو خدمات عبر الإقليم الوطني إلّا بعد تسجيلها أو إيداع طلب تسجيل بشأنها عند المصلحة المختصة*** ».

من خلال النّص، لا يمكن لصاحب العلامة على خدمة أو سلعة أو منتوج استعمالها أو استغلالها عبر إقليم التراب الوطني الجزائري سواء كانت علامة وطنية أو أجنبية، قبل استكمال الإجراءات الإدارية أمام السلطة الإدارية المختصة[1]، والمتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية[2] باعتباره الجهاز الرسمي المكلف بالاختصاصات المرتبطة بالملكية الصناعية.

أ – الإيداع:

تنطلق عمليّة تسجيل العلامة المراد حمايتها بتسليم أو إرسال الصّانع أو المستثمر الأجنبي صاحب العلامة لملفّ يتضمّن نموذج العلامة وتعداد لكافة المنتجات أو الخدمات التي تنطبق عليها العلامة[3]، بصفته الشّخصية أو عن طريق وكيل عنه. وإذا كان المودع شخصا طبيعيّا أو معنويّا مقيم في الخارج أي مستثمر أجنبي غير مقيم في الجزائر وجب عليه لزوما تعيين نائب جزائري مقيم في الجزائر ليباشر إجراءات الإيداع ويتكلّف بعمليّة تسجيل العلامة[4]، حيث يقدّم طلب إيداع العلامة إلى المصالح المختصّة بذلك أي المعهد

---

1 – لا يعتبر الاستعمال والاستغلال شرطًا مسبقا لقبول إجراءات إيداع وتسجيل العلامة، بل شرطًا لاستمرارية حماية العلامة بعد تسجيلها.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 304.

2 – مرسوم تنفيذي رقم 98-68 مؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11 مؤرخة في 1 مارس 1998.

3 – « ***Le dépôt de la demande d'enregistrement, doit être accompagner du modèle de la marque et de l'énumération des produits ou services aux quels elle s'applique*** ».

– Tafforeau Patrick, op.cit, p. 360.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 234.

الوطني الجزائري بموجب رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول، بعد أن يحرّر الطّلب على النّموذج المسلّم من المعهد ليودع في خمس نسخ تشمل إجباريا على البيانات التّالية:

- بيان المنتجات أو الخدمات التي تنطبق عليها العلامة.
- الشّكل المميّز الخاص بالمنتوج أو شكله الظّاهر.

كما يجب أن يكون مرفوقا بالوثائق التّالية:

- الوكالة إذا كان صاحب العلامة أجنبي مقيم في الخارج ويتعذّر عليه الحضور شخصيّا.
- المستندات المتعلّقة بالأولويّة.
- السّندات المثبّتة لدفع الرّسوم.

وفي كلّ الحالات يقوم صاحب العلامة لزوما بمباشرة إجراءات تجديد الإيداع كلّ 10 سنوات لضمان استمرارية الحماية القانونيّة للعلامة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ المعهد الوطني الجزائري للملكيّة الصّناعية لا يقبل طلبات الإيداع تلقائيّا، بل يخضع الملف للدراسة والفحص شكلا وموضوعا ينتهي بتحرير محضر الإيداع الذي يدوّن فيه تاريخه ويثبت فيه رقم التّسجيل ودفع الرّسوم.

وقد نصّت المادة 10 من المرسوم التّنفيذي رقم 05-277 المتعلّق بكيفية إيداع العلامات التّجارية وتسجيلها على أنّه:

« ***تفحص المصلحة المختصّة ما إذا كان الإيداع يستوفي الشّروط المحدّدة في المواد من 4 إلى 7 أعلاه.***

عند عدم استيفاء الإيداع لهذه الشّروط... ترفض المصلحة المختصّة طلب التّسجيل ».

ب – التّسجيل:

يقدّم صاحب الحق في العلامة لزوما طلب تسجيل علامته لدى المعهد الوطني للملكيّة الصّناعية[1] بصفته الشّخصية أو بتوكيل غيره، إذ يجب أن يتضمّن الطّلب كلّ العناصر الجوهريّة والأساسيّة لعمليّة التّسجيل من اسم صاحب الحقّ وجنسيّته ومهنته ونوع العلامة وشكلها ونوع

1 – يتمّ التّسجيل في فرنسا لدى المركز الوطني للملكيّة الصّناعية، علما أنّه يجوز كذلك لصاحب الحقّ تقديم طلب التسجيل إلى قلم محكمة مقرّ إقامته، ليحوّلها بدوره للمركز الوطني للملكيّة الصّناعية، على أن يثبت تاريخ الطّلب ومكانه ورقمه وذلك في حالة رغبة المعني بالطلب في التسريع بالإجراءات.

البضائع أو الخدمات المراد تسجيلها بالعلامة، لإمكانية احتجاج صاحبها بها في مواجهة الغير[1]، كما يجوز للهيئة المكلّفة بالتّسجيل طلب أي معلومات أو وثائق وملحقات أخرى[2].

وتأسيسا على ذلك يجوز لأيّ شخص تقديم طلب للمعهد للحصول على معلومات متعلّقة بالعلامات والحقوق الأخرى المراد حمايتها[3].

والتّسجيل أصلا هو القرار الذي يصدره مدير المعهد الوطني والذي يؤدّي إلى قيد العلامة في فهرس خاص، أي في الدّفتر العمومي[4] الذي يمسكه المعهد والذي تدوّن فيه كافة العلامات التّجارية أو الصّناعية أو الخدمات، والرّسوم والنّماذج الصّناعية والاختراعات وتسميات المنشأ التي تمّ تسجيلها حسب الأصول.

ويتمتّع المعهد الوطني من خلال اختصاصه في اتخاذ قرار التّسجيل بسلطة واسعة في الفحص المسبق للتّأكد من مشروعيّة العلامة المطلوب تسجيلها وحمايتها ومن الصّفة المميّزة للمنتوج أو الخدمة عن باقي المنتوجات والخدمات المماثلة، مع التحقق من عدم مطابقتها لأيّ علامة أخرى مسجلّة أو قدم بخصوصها طلب التّسجيل في إطار ما يسمّى بالشّروط الموضوعيّة للتّسجيل إلى جانب الشّروط الإجرائيّة، التي يكون بصدد نظر مدى توافرها لقبول التّسجيل أو رفضه[5].

ولم تفرض القوانين في مجملها، شرطا مسبقا للتّسجيل بل قضت بأنّه لكلّ من يستعمل علامة معيّنة أو يريد استعمالها في المستقبل الحقّ في تقديم طلب تسجيلها، خصوصا وأنّ الاستعمال يبقى شرطا لاستمرارية حماية العلامة بعد تسجيلها[6].

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 238.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 307.

3 – تنص على ذلك المادة 4 من المرسوم التّنفيذي رقم 92–69 المؤرّخ في 1992/02/18 المتضمّن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للتّسجيل التّجاري، ج ر، عدد 14 مؤرّخة في 1992/02/23.

4 – L'enregistrement est « ***une procédure de l'inscription de la marque sur un registre spécifique de L'INPI. L'enregistrement est donc constitutif du droit sur la marque*** », Michel Vivant, op.cit, p. 103.

5 – وقد نصّت المواد 10 – 11 – 12 من المرسوم التّنفيذي رقم 05–277 الذي يحدّد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على أنّه إذا لم تتوافر إحدى الشّروط الشّكلية والموضوعيّة جاز للهيئة المختصّة رفض التّسجيل.

6 – نصّت المادة 3/15 من اتّفاقية تريبس صراحة على أنّه لا يجوز للدّول الأعضاء فرض الاستعمال كشرط مسبق لتقديم طلب التّسجيل.

كما أنّه بمجرّد تمام إجراءات التّسجيل صحيحة، يصبح صاحب العلامة مالكا لها من تاريخ تقديم طلب التّسجيل.

جـ – النّشر:

بعد دراسة المعهد الوطني الجزائري للملكيّة الصّناعية ملفّ طلب إيداع وتسجيل العلامة على المنتوج أو الخدمة، والتّأكد من استيفاء الإجراءات القانونيّة وصحّة كلّ من الإيداع والتّسجيل شكلا وموضوعا يصدر قرار نشرها، ليتمّ إعلام الجمهور أو حتّى الصّناعيين والتّجار بالعلامة المسجلّة، واحتكارها من مستغلّها الذي يحظى بحماية قانونيّة بعد تسجيلها وتأكيد ملكيّته لها.

حيث يتمّ إثر ذلك وضع على كلّ نسخة من النّسخ الخمسة رقم التّسجيل وطابع المصلحة وتأشيرة مدير المعهد أو ممثّله، ثمّ توجّه إلى المودع أو وكيله نسخة تكون بمثابة شهادة تسجيل.

وقد نصّت المادة 30 من المرسوم التّنفيذي رقم 05-277 السّالف الذّكر على أنّه: « ***تنشر في النّشرة الرّسمية تسجيلات وتجديدات العلامات إضافة إلى إبطالها وإلغائها...*** ».

ويتمّ النّشر في النّشرة الرّسمية[1] للمعهد الوطني على نفقة صاحب العلامة.

2 – حالات انقضاء العلامة:

تثبت ملكيّة العلامة لصاحبها بمجرّد استكماله لإجراءات الإيداع والتّسجيل والنّشر، وتحظى بناءً على النّصوص القانونيّة والاتّفاقيات الدولية المتعلّقة بحماية حقوق الملكيّة الصّناعية بحماية قانونيّة مؤكّدة لمدّة 10 سنوات[2]، تبدأ سريانها من تاريخ تسجيلها قابلة للتّحديد لمدّة مماثلة[3]، غير أنّه ولأسباب مختلفة، تبقى هذه العلامة مهدّدة بالفقدان، حيث

---

1 – تتضمّن هذه النّشرة الرّسمية 4 أقسام من بينها قسم خاص بحقوق الملكيّة الصّناعية والتّجارية، يذكر فيه مختلف النّشرات التّنظيمية المتعلّقة بالعمليّات التي تؤثّر على الحقوق كتسجيلها.

– انظر: م 1/3 من المرسوم التّنفيذي رقم 92-70 المتعلّق بالنّشرة الرّسمية للإعلانات القانونيّة، ج ر، عدد 14 مؤرّخة في 1992/02/23.

2 – نصّت المادة 5 من الأمر رقم 03-06 على ما يلي: « ... ***تحدّد مدّة تسجيل العلامة بعشر (10) سنوات تسري بأثر رجعي ابتداءً، من تاريخ إيداع الطّلب...*** »، مرجع سابق.

3 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 80.

يسقط الحقّ في حمايتها بسبب عدم تجديد التّسجيل، أو لشطبها، أو تركها، أو عدم استعمالها.

أ – عدم تجديد التّسجيل:

لقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 5 من الأمر رقم 03-06 المتعلّق بالعلامات على أنّه يكتسب الحقّ في العلامة بتسجيلها وتحظى بالحماية لمدّة 10 سنوات تسري بأثر رجعي ابتداءً من تاريخ إيداع طلب التّسجيل، قابلة للتّجديد لفترات متتالية تقدّر بـــ 10 سنوات[1]، تسري ابتداءً من اليوم الذي يلي تاريخ انقضاء التّسجيل، وذلك تحت طائلة بطلان حقّه في حماية علامته لسبب فقدان وانقضاء علامته بإرادته المنفردة.

غير أنّه تبقى مصالحه محميّة رغم عدم إتمام إجراءات تجديد التّسجيل لمدّة 6 أشهر الموالية لتاريخ انقضاء التّسجيل[2].

وعليه يظهر جليّا أنّ صاحب العلامة يستفيد من مدّة 6 أشهر كأقصى مدّة للحماية، بحيث لا يفقد حقوقه نهائيّا ولا تسقط حماية علامته إلاّ بعد انقضائها دون مباشرة إجراءات التّسجيل، وتبعا لذلك يحقّ لغيره تسجيلها واستغلالها[3].

ب – التّخلي والتّرك:

يسقط حقّ صاحب العلامة في حمايتها عادة بتخلّي مالكها عنها أو تركها بصفة صريحة أو ضمنيّة بحيث يأخذ كلّ من التّصرفين الحكم نفسه في الفقدان لترتيبهما النتيجة نفسها.

ويكون الصّانع أو التّاجر في وضعية ترك للعلامة "abandon de la marque" في حالة التّنازل الصّريح عن التّمسك بعلامته وعدم الاعتراض عن استعمالها من الغير أي

---

1 – « ***une fois enregistrée, la marque est alors protégée pour une durée de dix ans, et l'enregistrement est indéfiniment renouvelable. Le renouvellement éventuel est une simple formalité qui n'est soumise ni a la vérification de conformité, ni à la procédure d'opposition*** ».

- Voir : Michel Vivant, op.cit, p. 104.

2 – لقد نصّت المادة 20 من الأمر رقم 66-57 على أنّه: « ***لا يمكن لأحد أن يودع بصفة مشروعة علامة في الستة أشهر الموالية لتاريخ انقضاء آثار العلامة باستثناء صاحبها السابق أو ذوي حقوقه*** »، مرجع سابق.

أمّا المرسوم التّنفيذي رقم 05-277 فلم ينصّ سوى على أنّه يجب على صاحب العلامة تجديد التّسجيل في مدّة 6 أشهر السّابقة لتاريخ انقضاء التّسجيل أو الستّة أشهر اللاّحقة له على الأكثر، في نصّ المادة 18، مرجع سابق.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 244.

المتنافسين أو في حالة عدم الدّفاع عن حقوقه في حالة تقليد علامته. ولا يكون الترك تخليّا عن الحقوق المتعلّقة بالعلامة بهذا المفهوم بل سماحا بها[1].

أمّا التّخلي عن العلامة "la renonciation a la marque"، سواء بالنسبة لكلّ المنتجات التي تنطبق عليها أو لجزء منها، فيتمّ بموجب تصريح يقدّم إلى المعهد الوطني الجزائري للملكيّة الصّناعية ضمن ظرف بريدي مضمون مع طلب إشعار الوصول أو التّسليم، يسجّل في دفتر العلامات وينشر لإعلام الغير به[2].

جـ – عدم استغلال العلامة:

يسقط الحقّ في حماية العلامة بقوّة القانون بمجرّد عدم استعمالها من صاحبها[3]، وهو حكم مقرّر لاعتبار مالك العلامة في غير حاجة للعلامة التي كان يستعملها لتمييز منتجاته عن غيرها أو خدماته عن الخدمات الأخرى، أو لأنّها لا تحقّق الغرض المرجو من وجودها[4].

وتنصّ المادة 1/11 من الأمر رقم 03-06 على أنّه:

« ***أنّ ممارسة الحقّ المخوّل عن تسجيل العلامة مرتبط بالاستعمال الجدّي للعلامة على السّلع أو توضيبها أو على صلة مع الخدمات المعرفة بالعلامة*** »[5].

وقد نصّ القانون على بعض الحالات التي يعفى فيها صاحب العلامة من سقوط حقّه في حماية علامته في المادة 2/11 كما يلي:

« ***يترتّب على عدم استعمال العلامة إبطالها ماعدا في الحالات الآتية:***

1 – إذا لم يستغرق عدم الاستعمال أكثر من ثلاث سنوات دون انقطاع.

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 244.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 315.

3 – وهذا تطبيقا للنّص القانوني، غير أنّه جانب من الفقه الجزائري يرى بأنّه ليس من صلاحيات النّيابة العامة طلب سقوط الحقوق المتعلّقة بالعلامة غير المستعملة، كما أنّه لا يجوز للمصالح المختصّة أخذ هذا القرار بصورة تلقائيّة.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 249.

4 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 317.

5 – نصّت المادة 5 من الأمر رقم 66-57 على أنّه: « ***يجب على المودع أن يستعمل علامته في السّنة الموالية للإيداع، ماعدا في حالة استثنائيّة وعند وجود مبرّر، وفي حالة عدم استعمال العلامة بعد انقضاء المدّة أعلاه يصبح الإيداع عديم الأثر*** »، مرجع سابق.

2 – إذا لم يقم مالك العلامة قبل انتهاء هذا الأجل بتقديم الحجّة بانّ ظروفا عسيرة حالت دون استعمالها، ففي هذه الحالة يسمح بتمديد الأجل إلى سنتين على الأكثر ».

من خلال النّص، أصبحت المدّة المقرّرة كأجل مسقط للعلامة ومفقد لحقوق المالك عليها 3 سنوات. يبدأ سريانها من تاريخ إيداع طلب التّسجيل، ماعدا في الحالات الاستثنائيّة وعند وجود مبرّرات قويّة وجدّية لعدم الاستعمال، حيث تمتدّ في هذه الحالة المدّة لتصبح 5 سنوات على الأكثر.

الفرع الثّاني

تسميات المنشأ

تعتبر تسميات المنشأ من العناصر الأساسيّة لحقوق الملكيّة الصّناعية[1] ترمي إلى تمييز المنتجات أو المنشآت عن غيرها، يستعملها المنتجين لتشخيص البضائع وتمييزها عن البضائع المشابهة لها ومنحها شهرة وطنيّة أو دوليّة وذلك بناءً على بيانات المصدّر[2] أو الموقّع أو المؤشّر الجغرافي للمنتوج.

وهي ذات أهميّة قصوى[3] مرتبطة بما تمنحه من ضمانات للمستهلك فيما يخص

---

1 – ألزمت اتفاقية باريس واتّفاقية تريبس المتعلقتين بالملكيّة الصّناعية الدّول الأعضاء على إدراج تسمية المنشأ والمؤشّر الجغرافي ضمن قواعد الملكيّة الفكرية لصلتها الكبيرة بالعلامة التّجارية، ولدورها المهمّ في تمييز البضائع والخدمات من حيث مصدر الإنتاج ونوعيّته.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 367.

2 – « ***Les appellations d'origine et les indications de provenance sont des dénominations géographiques données à des produits pour les différencier d'autres produits… sont donc des signes distinctifs*** ».

– CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, droit de propriété industrielle, 5 ème èdition, Dalloz, Delta, Paris, 1998, p. 851.

3 – هذه لمصطلحات مترادفات تستعمل للدّلالة على المعنى نفسه رغم أنّ البعض حاول التّمييز بينها باعتبار أنّ بيان المصدر (indication de provenance) مستعمل لتحديد مصدر المنتجات، وتسمية المنشأ (Appellation d'origine) مستعمل لتحديد مكان النّشأة.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 362.

كما يظهر كذلك الاختلاف في القانون رقم 98–10 المتضمّن تعديل قانون الجمارك الذي يميّز بين بلد المصدر وبلد المنشأ، حيث تنصّ المادة 14 على أنّه: « ***يعتبر منشأ بضاعة ما، البلد الذي استخرجت من باطن أرضه هذه البضاعة أو جنيت أو صنعت فيه…*** ».

وتنص المادة 15 على أنّه: « ***يعتبر بلد المصدر البلد الذي ترسل منه البضاعة بصفة مباشرة إلى الإقليم الجمركي*** ». قانون رقم 98–10 مؤرّخ في 1998/08/22 يتضمّن تعديل قانون الجمارك، ج ر عدد 61 مؤرّخة في 1998/08/23، معدّل ومتمّم للقانون رقم 97–07، ج ر، عدد 30 مؤرّخة في 24 جويلية 1997.

الصّفات المميّزة للمنتوجات والتي لها علاقة مباشرة بمكان إنشائها[1].

وقد نظّم المشرّع الجزائري تسميات المنشأ[2] بموجب القانون المتعلّق بكيفيات تسجيل وإشهار تسميات المنشأ وتحديد الرّسوم المتعلّقة بها[3].

وللتّفصيل في المسألة، نتناول تعريف تسميات المنشأ (أوّلا) ثمّ شروط حمايتها (ثانيا).

أوّلا – تعريف تسميات المنشأ:

تسميات المنشأ أو المؤشّرات الجغرافية[4]، فرع من فروع الحقوق الصّناعية، وبالخصوص فرع من البيانات التّجارية، وهي خليط بين البيان التّجاري والاسم التّجاري والعلامة التّجارية، والمعيار المميّز لها أنّها تتّخذ من اسم المكان الذي أنتجت فيه علامة معيّنة، حيث يرتبط المنتوج بالبلد أو الإقليم أو المكان الجغرافي، كما يرتبط بمواصفات وجودة السّلعة أو خصائصها التي ترجع أساسا إلى هذه البيئة الجغرافية بما فيها من عوامل طبيعيّة وبشريّة[5].

وقد عرّفت اتفاقية تريبس تسميات المنشأ في المادة 1/22 كما يلي:

«... ***تعتبر المؤشّرات الجغرافية، المؤشّرات التي تحدّد منشأ سلعة ما في أراضي بلد***

---

1 – « ***Le droit de faire usage d'une appellation d'origine appartient de façon exclusive aux producteurs qui appartenant à l'aire géographique considérée, se conformément à certaines régles liées à la qualité des produits, c'est pourquoi les appellations d'origine sont protégées civilement et pénalement*** ».

– TAFFOREAU Patrick, op.cit, p. 387.

2 – « ***عَنيّ المشرّع الجزائري بهذه البيانات فأوجب ضرورة أن تحمل المنتجات المتخصّصة للتّصدير، بالإضافة إلى علامة المصنع، علامة تحدّد تسمية المصدّر الأصلي أو بيانات المصدّر الذي صدرت منه*** ».

– محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 132.

3 – أمر رقم 76–65 مؤرّخ في 16 يوليو 1976، يتعلّق بكيفيات تسجيل وإشهار تسميات المنشأ وتحديد الرّسوم المتعلّقة بها، ج ر، عدد 59 مؤرّخة في 23 جويلية 1976.

وما يجدر الإشارة إليه، هنا، أنّ قانون تسميات المنشأ لم يتمّ تعديله في آخر تعديلات حقوق الملكيّة الصّناعية لكون أحكام القانون الصّادر في 76 متطابقة إلى حدّ بعيد مع أحكام اتّفاقية باريس.

4 – « ***L'appellation d'origine est une dénomination constituée par le nom d'un lieu dont les produits jouissent d'une longue réputation, elle constitue pour celui qui l'utilise un véritable signe distinctif et pour le consommateur une garantie de qualité*** ».

– CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op.cit, p. 851.

5 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 131.

عضو، أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضي، حيث تكون النّوعية أو السّمعة أو السّمات الأخرى لهذه السّلعة راجعة بصورة أساسيّة التي منشأها الجغرافي »[1].

وبتعريف مشابه للتّعريف السّابق، يعتبر المشرّع الجزائري تسمية المنشأ في المادة الأولى من الأمر رقم 76-65 كما يلي: « ***تعني تسمية المنشأ الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمّى، ومن شأنه أن يعيّن منتجا ناشئا فيه، وتكون جودة هذا المنتج أو مميّزاته منسوبة حصرا أو أساسا لبيئة جغرافيّة تشتمل على العوامل الطّبيعية والبشريّة*** ».

من خلال هذا النّص، يؤكّد المشرّع الجزائري على وجود علاقة بين المنتجات ومكان نشأتها، أي أنّ جودة المنتوجات أو مميّزاتها تنسب لبيئة جغرافية معيّنة تشمل على عوامل طبيعية وبشريّة، تضفي على المنتجات طابعا خاصا وتجعلها تشمل على صفات تنفرد بها.

أو بمفهوم آخر أن تكون جودة المنتجات التي تحمل البيان مرتبطة أصلا بالمكان الجغرافي المشار إليه في البيان[2].

وقد أكّدت ذلك المادة 2/1 من الأمر رقم 76-65 كما يلي:

« ***يعد كذلك كاسم جغرافي الاسم الذي دون أن يكون تابعا لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمّى يكون متعلّقا بمساحة جغرافيّة معيّنة لأغراض بعض المنتجات*** »[3].

وتضمن تسمية المنشأ جودة ونوعية المنتوج المعروض على المستهلك بشكل يجعله على يقين من أنّ هذه المنتجات تتضمّن مميّزات معيّنة غير موجودة في منتجات مماثلة أصلها الموقع الجغرافي الذي أنشأ فيه، وهي على هذا الأساس تحتاج إلى حماية قانونيّة من النّظام العام[4].

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ تسميات المنشأ تخلق علاقة مادية قانونيّة بين المنتجات والمكان الجغرافي الذي نشأت فيه مادام تسهّل عمليّة تمييزها أثناء استعمالها أو اقتنائها من

---

1 – نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 88.

2 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op.cit, p. 853.

3 – أمر رقم 76-65، مرجع سابق.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 353.

الأسواق التّجارية الوطنيّة أو الأجنبيّة، بسبب بروز الصّفات أو المميّزات النّاجمة حصريّا وأساسا عن وسط الإنتاج سواء كانت المنتوجات طبيعيّة أو تقليديّة أو صناعيّة أو زراعيّة[1]، هذا من جهة أولى.

وفي هذا الصّدد يقول TAFFOREAU ما يلي:

« ***Il s'agit en effet de défendre les produits originaux issus d'un terroir (produits agricoles) ou d'une tradition locale (produits industriels ou manufacturés)*** »[2].

كما أنّ تسمية المنشأ أو المؤشّر الجغرافي تمنح صاحبها حقّ الاحتكار في مواجهة الغير بالاشتراك مع غيره في ذات المنطقة الجغرافيّة، من جهة ثانية.

ثانيا – شروط حماية تسميات المنشأ:

لقد نظم المشرع الجزائري تسميات المنشأ ونصّ على قواعد حمايتها بالنسبة لجميع المنتجات سواء كانت طبيعية أو مصنعة مقابل توافر مجموعة من الشروط القانونية الموضوعية والإجرائية، وخصّها أهمية بالغة، لما تلعبه تسميات المنشأ أو المؤشرات الجغرافية من دور أساسي في المنتجات التي تتمتع بجودة ومواصفات منسوبة حصرا وأساسا لبيئة جغرافية تشمل على العوامل الطبيعية والبشرية التي لا نجدها في مناطق أخرى.

وللتفصيل أكثر، نتناول الشروط الموضوعية التي يجب توافرها في التسميات (1)، ثم الشروط الشكلية التي تشمل الإجراءات التي يجب استكمالها لتستفيد هذه التسميات من الحماية القانونية (2).

1 – الشروط الموضوعية:

تتمثل الشروط الموضوعية لتسميات المنشأ في الشروط التي تميزها عن غيرها من التسميات الأخرى[3]، فلا تتمتع التسميات أو المؤشرات الجغرافية بصفة عامة بالحماية

---

1 – selon l'article L 115-8 alinéa 1 du code de la consommation français l'appellation d'origine est un nom géographique recouvrant une aire plus ou moins étendue : pays, région, localité, dans laquelle est cultivé ou fabriqué un produits, le plus souvent agricole, alimentaire ou non, parfois industriel ou manufacturé.

– Voir : TAFFOREAU Patrick, op.cit, p. 388.

2 – Ibid, p. 388.

3 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 320.

القانونية إذا لم ينفرد بلد معيّن أو منطقة معينة أو الموقع بصناعة المنتوج المقصود بالحماية بنوعية متميّزة مقارنة بالمنتوجات الأخرى المماثلة، الأمر الذي يجعل المنتوجات المصنعة في أكثر من منطقة أو بلد بنفس الكفاءة والنوعية غير قابلة للحماية[1]، ومن هنا تكون التّسميات موضوع الحماية قابلة للحماية إذا اقترنت باسم جغرافي، لتُعيِّن منتجا ذو مميزات خاصة منسوبة لبيئة جغرافية معينة، غير مشتقة من أجناس المنتجات أو أنواعها، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

أ – اقتران التسمية باسم جغرافي:

نصّت القوانين عامّة على أنه لا تصلح أن تكون الأسماء تسمية للمنشأ إلاّ إذا كانت أساسا مرتبطة أو مقترنة بالاسم الجغرافي، وذلك بسبب كون تعيين المنتجات لا يتم إلاّ بتسمية تثبت مكان نشأتها. وهو الأمر الذي يميز تسمية المنشأ عن العلامة التجارية أو الاسم التجاري اللذان يمكن تعيينهما بتسمية خيالية أو اسم عائلي أو إشعار... أو غيرها من الأسماء التي لا علاقة لها بمكان صنع البضائع[2].

ولا يمكن اعتبار الاسم الجغرافي المختار كتسمية منشأ إلاّ إذا كان مطابقا للمعنى الوارد في النّص القانوني، وعلى ذلك الأساس يمكن أن يدلّ الاسم الجغرافي على بلد أو منطقة أو ناحية أو مكان مسمّى. ولم يشر المشرّع أو لم يربط في متن المادة الأولى من القانون المتعلّق بتسميات المنشأ[3] المناطق المذكورة بمسافة أو بمساحة معيّنة، غير أنّه لا يجوز أن يكون الاسم متعلّقا بمنطقة هي ذاتها تابعة لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمّى، ولكنّ أوجب القانون أن يكون الاسم متعلّقا بمساحة جغرافيّة معيّنة لأغراض بعض المنتجات دون أن يحدّد تلك المساحة أو يعيّنها بمقياس معيّن غير تحديد المنتجات.

كما يجدر أن تقترن هذه التّسمية بتسمية الإنتاج أيضا دون أن تختلط بتسمية مسجّلة سابقا أو موضوع تسجيل، وهذا حتى ولو كان هناك إنتاج مماثل في ذات المنطقة.

---

1 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 368.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 370.

3 – أمر رقم 76–65، مرجع سابق.

وفي الحالة التي يصنع فيها إنتاج مماثل في ذات المنطقة استلزم القانون تسمية الإنتاج الأخير بتسمية مميّزة ومختلفة عن الأولى بإضافة كلمة معيّنة تميّز بينهما بصورة واضحة[1]، وذلك لأنّه يجب أن تكون تسميات المنشأ مطابقة لمميزات المكان الجغرافي الذي نشأت فيه المنتجات موضوع الحماية القانونيّة[2].

ب – تسميات المنشأ تعيّن منتجا:

لقد أكّد المشرّع الجزائري على أنّ فكرة استعمال تسميات المنشأ وجدت بالإضافة إلى وجود العلامة التّجارية والاسم التّجاري لتعيين منتجات خاصة بمنطقة جغرافية معيّنة، لتسهيل عمليّة تمييزها عن المنتجات الأخرى المشابهة لها والموجودة في الأسواق الوطنيّة وحتى الدّولية، بحيث تكون العناصر المعتمد عليها في تمييز هذا المنتوج لها علاقة وطيدة بالرّقعة الجغرافيّة التي ينشأ فيها المنتوج[3].

وتجدر الإشارة هنا إلى انّه توجد رابطة ماديّة بين المنتوج والمنطقة الجغرافيّة التي نشأ فيها المنتوج، الأمر الذي يجعل مميّزات المنتوج مستمدّة أصلا ومرتبطة أساسا بالمكان الجغرافي ومستعملة لتعيينه ولضمان نوعيّته وجودته على المستوى الوطني أو الدّولي.

جـــ – أن تكون للمنتوجات مميّزات خاصة:

لقد نصّت معظم التّشريعات على أنّه لا يكفي أن يكون المنتوج المعيّن بموجب تسمية منشأ مصنوعا في منطقة معيّنة ليكون محميّا عن طريق هذه التّسمية، وإنّما لابدّ أن يكون ذو مميّزات معيّنة، تكون هي الأساس في تمييزه من جهة أولى، ومنسوبة حصرا وأساسا للبيئة التي نشأ فيها من جهة ثانية.

ولتمييز تسمية المنشأ عن غيرها من تسميات المنشأ الأخرى، يجدر النّظر في المميّزات الخاصة بالمنتوج، وهذا لا يتمّ إلاّ بالبحث في عناصر التّشابه، شأنه في ذلك شأن

---

1 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 320.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 374.

3 – عادة ما تكون هذه المنطقة مميّزة عن غيرها بسبب العوامل الطّبيعية أو العوامل البشريّة، وحتّى اختلاف التّقنيات المستعملة والخبرة العمليّة المعتمد عليها بالمقارنة مع مناطق أخرى.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 372.

– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 324.

العلامة، حيث يجب أن تكون هذه المميّزات تسميات خاصة غير موجودة في منتجات أخرى وهي مرتبطة بالذّات بالمنطقة التي تمّ صنعها فيها، وغير موجودة أو نادرة الوجود في المناطق الأخرى.

كما يجب أن تكون هذه المنتجات قد نتجت بفعل العوامل الطّبيعية إضافة إلى العوامل البشرية، حتى يتمّ استبعاد المنتجات التي لا تنحصر صناعتها إلاّ في طرق العمل المستعملة والتي لا تتمتّع بالحماية القانونيّة، لانعدام وجود أي علاقة بين المنطقة أي العوامل الطّبيعية والطّرق المستعملة التي يمكن أن تتوافر في كلّ المناطق[1].

د – تسمية المنشأ غير ممنوعة أو مخالفة للنّظام العام أو الآداب:

لقد نصّ المشرّع الجزائري على غرار المشرّعين الآخرين، على عدم قبول السّلطات المختصّة بتسجيل تسميات المنشأ – أي المعهد الوطني الجزائري للملكيّة الصّناعية – وعدم منحها الحماية القانونية إذا كانت التّسميات مخالفة للنّظام العام والآداب العامة أو الأخلاق الحسنة، أو إذا كانت غير نظاميّة لعدم استجابتها أو توافرها على الشّروط الموضوعيّة والشّكلية المنصوص عليها قانونا.

وقد نصّت المادة 4 من الأمر رقم 76–65 المتعلّق بتسميات المنشأ على أنّه:

« ***لا يمكن أن تحمى تسميات المنشأ التّالية:***

أ – التّسميات غير المنطبقة على التّعاريف المدرجة في المادة الأولى.

ب – التّسميات غير النّظامية.

جـ – التّسميات المشتقّة من أجناس المنتجات. ومن المعلوم أنّ الاسم يكون مخصّصا له عرفا ومعتبرا على هذا الشّكل من أهل الخبرة في هذا الشأن ومن الجمهور.

د – التّسميات المنافية للأخلاق الحسنة والآداب أو النّظام العام ».

وتعتبر كذلك من التّسميات الممنوعة تلك التي تستعمل من صاحب المنتوج وتوحي بأنّ السّلعة المعنيّة قد نشأت في منطقة جغرافيّة غير المنشأ الحقيقي، يقول الأستاذ Albert Chavanne والأستاذ Jean Jacques Burst في هذا الصّدد ما يلي:

« ***La tromperie à l'aide d'une fausse appellation d'origine constitue à la fois une tromperie, sur l'origine du produit et tromperie sur les qualités***

1 – هذا النّوع من المنتجات يُرفض قانونا منحها تسمية المنشأ، لأنّها لا تتوافر على الشّروط الموضوعيّة، ولا تخلق أي علاقة ماديّة بينها وبين بلد المنشأ.

substantielles, c'est – à – dire déterminantes du consentement, car le produit n'a pas les qualités que l'appellation d'origine fait supposer »[1].

وتعتبر كذلك من التّسميات الممنوعة تلك التي تستعمل من صاحب المنتوج وتوحي بأنّ السّلعة المعينة قد نشأت في منطقة جغرافيّة غير المنشأ الحقيقي، أو التي استعملت بأسلوب يضلّل الجمهور فيما يخص المنشأ الجغرافي للسّلعة.

وقد أكّدت ذلك المادة 3/22 من اتّفاقية الجوانب المتصلّة بالتّجارة من حقوق الملكيّة الفكريّة TRIPS كما يلي:

« ***تلتزم البلدان الأعضاء من تلقاء نفسها إن كانت تشريعاتها تسمح بذلك أو بناءً، على طلب من طرف من له مصلحة في ذلك، برفض أو إلغاء تسجيل علامة تجاريّة تشمل أو تتألّف من مؤشّر جغرافي فيما يتعلّق بسلع لم تنشأ في الأراضي المشار إليها، إن كان استخدام المؤشّر في العلامة التّجارية بالنّسبة لهذه السّلع في البلد العضو ذات طبيعة تضلّل الجمهور فيما يتعلّق بالمنشأ الحقيقي للسّلع*** »[2].

2 – الشّروط الإجرائيّة:

نظرا لكون تسميات المنشأ هي الاسم الجغرافي لبلد أو منطقة أو جزء من منطقة أو مكان مسمّى، يعيّن منتجا قد نشأ فيها أو تمّ صنعه فيها، فيجدر بنا قبل تحديد القواعد والشّروط الإجرائيّة اللاّزمة لحماية تسميات المنشأ أن نتساءل حول الطّبيعة القانونيّة للحق الذي يسمح للمنتج أو الصّانع في إطار منطقة معيّنة بوضع على منتوجاتهم اسم المنطقة التي نشأت فيها والتي أخذت منها خصائصها المميّزة، وذلك لأنّه من خلال هذا التساؤل نحدّد الطّبيعة القانونيّة لقانون تسمية المنشأ المطبّق على كلّ من تسمية المنشأ الوطنيّة وتسمية المنشأ الأجنبيّة.

فخصوصيّات تسمية المنشأ تجعلها من حيث القانون الذي يمنحها حقّ الحماية تختلف عن باقي حقوق الملكيّة الفكريّة كبراءة الاختراع والعلامة التّجارية وغيرها، لأنّ هذه الأخيرة لا تحتاج في كلّ مرّة للرّجوع إلى بلد المنشأ، بل من أجل حمايتها نطبّق قانون البـــلد

1 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op.cit, p. 863.

2 – نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 88.

المطلــوب فيها الحماية، وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف بـــ " Principe des localisations multiples".

وفي هذا الصّدد تقول: Truchon Isabelle ما يلي:

« ***Le droit d'appellation d'origine s'analyse comme un droit de monopole concédé collectivement aux producteurs ou aux fabricants d'une zone géographique délimitée.***

La relation étroite qui existe entre les produits objets de l'appellation et le lieu géographique dont ils sont issus, rend l'appellation dépendante de la loi de son pays d'origine, celle ci est seule compétente pour décider de l'existence du droit »[1].

وعليه فتسمية المنشأ من حيث طبيعتها حقّ من حقوق الملكيّة الفكريّة الذي ترتبط مسألة حمايته بقانون بلد المنشأ الأمر الذي يثير إشكال في احتمال استبعاد حمايته على المستوى الدّولي، إلاّ أنّه نظرا لكون كلّ المنتوجات والسّلع في عصر العولمة وإلغاء الحدود الجمركيّة قد أصبحت قابلة للحركيّة والانتقال عبر الحدود إلى دول أجنبيّة، فإنّ بلد المنشأ يفرض مسألة حمايتها في الخارج. غير أنّه بسبب استحالة حماية تسمية المنشأ بناءً على ذلك وفق قانون بلد المنشأ لأنّ القانون الوحيد المختص الذي يطبّق في كلّ دولة ينتقل إليها المنتوج هو قانون تلك الدّولة، فإنّ شروط حماية أي تسمية منشأ أجنبيّة يكون بتوافر الشّروط الشّكلية المفروضة للتّسمية في بلد المنشأ[2]، هذا من جهة.

ويتمّ ذلك تطبيقا لمبدأ المعاملة الوطنيّة بالنّسبة لرعايا الدّول الاتحادية المنظّمة إلى اتّفاقية باريس، التي تقضي بإلزامية حماية تسمية المنشأ الأجنبيّة كحقّ من حقوق الملكيّة الفكريّة في كلّ دول إتّحاد باريس بمجرّد تسجيلها دوليّا أو بمجرّد طلب الحماية في إحدى دول الاتّحاد، من جهة ثانية.

---

1 − Truchon Isabelle, la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, heurs et malheurs d'une convention à vocation universelle, Tome II, Thèse doctorat d'Etat en droit Privé, Université Panthéon - Assas, Paris II, 1995, p. 250.

2 − « ***Pour être protégée en France, l'appellation d'origine étrangère doit donc être reconnue comme telle dans son Etat d'origine, Mais il faut encore que les étrangers qui sont titulaires du droit d'appellation dans leurs pays puissent faire valoir ce droit en France*** ».

− Truchon Isabelle, op.cit, p. 253.

فالمشرّع الفرنسي على سبيل المثال لا يميّز بين تسمية المنشأ الوطنيّة والأجنبيّة[1]، ويجعل مسألة حمايتها خاضعة للقوانين الفرنسيّة على أساس مبدأ المعاملة بالمثل.

أمّا بالنّسبة للتّشريع الجزائري فالمسألة مختلفة لأنّ المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادة 5 من الأمر رقم 76-65 يقصي المستثمر الأجنبي من الاستفادة من أحكام هذا الأمر وخصوصا من كلّ المسائل الإجرائيّة كالإيداع والتسجيل والنّشر، لأنه جعلها حكرا على تسميات المنشأ الوطنيّة.

وقد نصّت المادة 5 على ما يلي: « ***لا تودع تسميات المنشأ الوطنيّة بقصد التّسجيل إلّا من المواطنين*** ».

والمقصود من ذلك أنّ المشرّع الجزائري الذي يفتح المجال للمستثمر الأجنبي للاستثمار والإنتاج على الإقليم الجزائري يقصيه ويحرّمه من حقّ استعمال وتسجيل تسمية منشأ وطنيّة حتى وإن كان المنتوج قد نشأ على إقليم أو في رقعة جغرافية جزائريّة ذات خصائص ومميّزات معيّنة يمكن الإشارة إليها بموجب التّسمية على المنتوج، وذلك خلافا للمستثمر الوطني.

وهنا يظهر مكمن ضعف النّظام القانوني لتّسميات المنشأ، وتتبيّن ضرورة الحاجة إلى تعويض أو تعديل هذا النّص بنصّ آخر يتماشى وسياسة الانفتاح وتشجيع الاستثمار الأجنبي.

أمّا المنتوجات التي نشأت في رقعة جغرافيّة خارج الإقليم الجزائري وتحمل تسمية منشأ أجنبيّة فتخضع للتّسجيل الدّولي وتمنح الحماية القانونيّة الواردة في إطار الاتّفاقيات الدّولية التي صادقت عليها الجزائر.

وقد نصّت المادة 6 من الأمر رقم 76-75 على أنّه تسمية المنشأ الأجنبية: « ***لا يجوز تسجيلها إلّا في إطار تطبيق الاتّفاقيات الدّولية التي صادقت عليها الجزائر وانضمّت إليها*** ».

---

1 − Selon l'arrêté du 23 Juin 1927 rendu à propos des appellations d'origine étrangères « Porto » et « Malaga » la cour de cassation a décidé que : « ***L'article 8 de la loi de 1919, est conçu en termes les plus généraux et a pour but de maintenir et de protéger la loyauté du commerce, que ladite loi ne distingue pas entre les appellations d'origine Françaises ou étrangères. La fraude pouvant porter préjudice dans l'un et l'autre cas au commerce et aux ressortissants Français*** ».

− Voir : Cassation Civil, 23 Juin 1927, Gazette du palais, 1927, N° 2, p. 822.

الفرع الثّالث

التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة

دخل العالم حاليا في عصر جديد بظهور عصر المعلوماتيّة والاتّصالات النّاجمة عن تطوّر الإلكترونيات وذلك بعد اختراع التّرانزيستور والحاسوب.

حيث بتلاقي تقنية الحاسبات والإلكترونيات تمّ اختصار الزمن في مجال تبادل المعلومات في العالم[1]، وذلك باستعمال الإلكترونيات الصّغيرة "Micro électronique" التي ترتكز على عنصر إلكتروني دقيق أبتكر في أوائل الخمسينيات يسمّى بالتّرانزيستور[2]، حيث يعمل هذا الأخير كموصل كهربائي يركّب في دائرة، يطلق عليها الدّائرة المتكاملة " le circuit intégré" أو كما تسمى أيضًا الأشكال البرغوثية "Configuration des puces"، وهي عبارة عن بلّورة صغيرة من السليكون "silicone" تدعى رقاقة "chip"، حيث تركّب هذه الدّائرة على معدن أو صندوق بلاستيكي، بواسطة مثبّتات خارجيّة تسمّى بالأرجل "exteralpins" مكوّنةً بذلك دائرة متكاملة ثابتة، وقد يركّب التّرانزيستور على دوائر متكاملة متعدّدة تؤلّف دائرة كهربائيّة واحدة[3].

وتقسّم الدّوائر المتكاملة من حيث طريقة عملها إلى قسمين أساسيّين:

دوائر متكاملة خطيّة، ودوائر متكاملة رقميّة، تشمل الأولى دوائر التّكبير في نقل الشّحنات الإلكترونيّة، في حين تشمل الثّانية دوائر التّحويل، وتمتاز الأخيرة بأنّها تعمل على تشغيل وتخزين المعلومات في الدائرة الرّقمية مثل الحاسبات الكبيرة، وحاسبات الجيب ونظم التّحكم الصّناعي، وهي وثيقة الصّلة بالحاسوب، خاصة في برامجه التي تعمل بموجب النّظام الرّقمي.

وتخصّص مثل هذه الدّوائر للقيام بوظائف منطقيّة لأغراض البرمجة منها عمل الذّاكرة الثّابتة (Rom)، أو الذّاكرة التي تعمل بنفس كفاءة الذّاكرة السّابقة، إلاّ أنّه يمكن مسحها بالأشعّة فوق البنفسجيّة (Eprom)[4].

---

1 – Truchon Isabelle, op.cit, p. 9.

2 – رياض القاضي، سامي سرحان، الإلكترونيات، دار الفكر للنّشر والتّوزيع، عمّان، 1991، ص 3.

3 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 206.

4 – المرجع نفسه، ص 207.

وهي كلّها تقنيات جديدة يستعملها بكثرة المستثمرين الأجانب نظرا لأنّهم في الأصل من دول في درجة متقدّمة من التّطور في المجال الإلكتروني والرّقمي، وهي حديثة الاستعمال في الجزائر، نظّمها المشرّع لأوّل مرّة بموجب الأمر رقم 03-08 المؤرّخ في 19 جويلية 2003[1] الذي يتعلّق بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة[2].

وقد تزامن سنّ هذا القانون مع المفاوضات التي تمّت بين الجزائر والمنظّمة العالمية للتّجارة سنة 2003، عندما فُرض عليها باعتبارها من بين الدّول المستوردة بالدّرجة الأولى للتّكنولوجيا والمعرفة الفنيّة وضع نظام قانوني لحماية كلّ عناصر الملكيّة الفكريّة وخاصة المتعلّقة بالتّصاميم الشّكلية والدّوائر المتكاملة لتحفيز المستثمرين الأجانب على الاستثمار في الجزائر وعلى نقل كلّ اختراعاتهم الإلكترونية والرّقمية بكلّ طمأنينة لأنّها ذات قيمة اقتصادية عالميّة.

وللتّفصيل أكثر نتناول تعريفها (أوّلا)، ثمّ الحقوق المخوّلة لأصحاب التّصاميم الشّكلية والرّسوم المتكاملة في إطار هذا الأمر (ثانيا)، ثمّ الشّروط اللاّزمة لضمان حمايتها في الجزائر (ثالثا).

أولا – تعريف التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة:

تعتبر الدّوائر المتكاملة كلّ منتج يؤدّي وظيفة إلكترونية ويتكوّن من مجموعة من العناصر المتصل بعضها ببعض، إحداها على الأقّل عنصر نشط، بحيث تتشكّل هذه العناصر مع ما بينها من وصلات ضمن جسم مادي معيّن أو عليه سواء كان المنتج مكتملا أو في أي مرحلة من مراحل إنتاجه[3].

---

1 – أمر رقم 03-08، مؤرخ في 19 جويلية 2003، ج ر عدد 44، مؤرّخة في 23 يوليو 2003.

2 – يمكن حماية الدّوائر المتكاملة بموجب القانون الذي ينظّم براءة الاختراع بمنحها البراءة عندما تكون متوفرة على شرط الجدّة وقابلة للاستغلال الصّناعي، وفي هذا الإطار المنتج يستطيع أن يضمن توسيع نطاق حماية حقوقه في الحالة التي تكون فيها اختراعاته متعلّقة بالطّريقة المستعملة لا في النّتيجة المتوصّل إليها. كما يمكن كذلك حمايتها بموجب القانون الذي ينظّم الرّسوم والنّماذج لأنّ شروط هذه الأخيرة تنطبق عليها، أي تتوافر على شروط الجدّة وقابلة للتّصنيع الصّناعي.

– Voir : Truchon Isabelle, op.cit, pp 47-48.

3 – هذا التّعريف مستمد من المادة الثّانية من اتّفاقية واشنطن للمنظّمة العالميّة للملكيّة الفكرية الخاصة بحماية الدّوائر المتكاملة.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 207.

عرّفها المشرّع الجزائري في المادة 1/2 من الأمر رقم 03-08 المتعلّق بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة كما يلي:

« ***الدّائرة المتكاملة: منتوج في شكله النّهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقّل عنصرا نشيطا وكلّ الارتباطات أو جزءً منها هي جزء متكامل من جسم و/أو سطح لقطعة من مادة، ويكون مخصّصا لأداء وظيفة إلكترونية*** »[1].

أمّا التّصميم (الخطوط) فهو تركيب ثلاثي الأبعاد للعناصر المكوّنة للدّوائر المتكاملة أو المعدّ خصّيصا لإنتاج دائرة متكاملة بغرض التّصنيع.

عرّفها أيضا المشرّع الجزائري في نفس الأمر في المادة 2/2 كما يلي:

« ***التّصميم، نظير الطبوغرافية: كلّ ترتيب ثلاثي الأبعاد، مهما كانت الصّيغة التي يظهر فيها، لعناصر يكون أحدها على الأقلّ عنصرا نشيطا ولكلّ وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك التّرتيب الثّلاثي الأبعاد المعدّ لدائرة متكاملة بغرض التّصنيع*** ».

ويكون التّصميم الشّكلي أصليّا إذا كان ثمرة مجهود فكري لمبتكره، ولم يكن متداولا لدى مبتكري التّصاميم الشّكلية وصانعي الدوائر المتكاملة.

من خلال التّعريفين السّابقين، نلاحظ أنّه، من جهة قام المشرّع الجزائري بتعريف كلّ من الدّوائر المتكاملة والتّصاميم أو الخطوط بصفة منفردة وكأنّهما منفصلان عن بعضهما، في حين الدّوائر ذاتها تتكوّن من التّصاميم مرسومة على شكل ثلاثي الأبعاد مربوطة مع بعضها بعض لتكوّن مجموعة عناصر إلكترونية تعمل بنظام أشباه الموصلات " Semi Conducteur" مثل السّيليزيوم والجرانيوم التي توصل الشّحنات الإلكترونية عندما تكون درجة حرارتها أعلى من الصّفر وتتوقّف تلقائيّا إذا كانت درجة الحرارة تساوي الصّفر أو أقلّ[2].

ومن جهة أخرى، جاءت التّعاريف السّابقة بأسلوب فنّي بعيدة كلّ البعد عن التّعاريف القانونيّة التي يتحدد بها الحماية القانونيّة، وذلك لأنّها عناصر ذات طابع فنّي تقني وحديث تحتاج للجانب القانوني فقط لضمان حمايتها من التّقليد والمنافسة غير المشروعة.

---

1 – أمر رقم 03-08، مرجع سابق.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 207.

وللتّوضيح أكثر نعتمد على التّعريف الذي قدّمه Lecterc Pascal للتّصاميم الشّكلية والدّوائر المتكاملة والذي جاء فيه ما يلي:

« ***Circuit intégré, microplaquette, puce, chip, semi-conducteur microprocesseur, micro chip… et plusieurs dénominations sont indifféremment utilisées pour désigner ce petit objet… il ont généralement des fonctions et/ou une topographie uniques pour un utilisateur unique des produits aussi divers que la carte a puce, les lecteurs de code barres*** »[1].

ويضيف كذلك:

« ***Un circuit intégré est un dispositif électronique dans lequel les différents composants (transistor, résistances, condensateurs…) sont diffusés ou implantés, puis interconnectés au sein d'un mince substrat semi-conducteur tel que le silicium et permettant la création de circuits électroniques complexes réalisant des fonctions complètes*** »[2].

ثانيا – الحقوق المخوّلة لأصحاب التّصاميم الشّكلية والرّسوم المتكاملة:

تحتاج التّصاميم الشّكلية والرّسوم المتكاملة إلى نصوص قانونية صارمة وفعّالة[3]، لأنّ الحماية المطلوبة بالنّسبة لها يجدر أن تكون قادرة على مكافحة ومنع التّقليد والمنافسة غير المشروعة التي تؤدّي دائما إلى إنتاج السّلعة نفسها وعرضها في السّوق بقيمة أرخص بكثير من قيمة السّلعة الحقيقيّة أو الأصليّة، الأمر الذي يجعل الفائدة التي تعود بعد ذلك للمقلّد أفضل بكثير من الفائدة المحصّلة من المخترع.

لكنّ ذلك دون أن تتجاوز مدّة الحماية التي تقرّر لها المدّة المعقولة، التي تحدّدها القوانين الدّاخلية[4]، لأنّ السّرية الطّويلة المدى في مجال الاختراعات الإلكترونية والرّقمية

---

1 – LECTERC Pascal, La protection des circuits intégrés en Europe, édition collection scientifique de la faculté de doit liège, B, 1395, p. 17.

2 – Ibid, p. 19.

3 – نصّت المادة 45 من اتّفاقية واشنطن المتعلّقة بالدّوائر المتكاملة على أنّه يمكن للدّولة الطّرف اختيار الأسلوب المناسب للحماية سواء عن طريق قانون خاص بشأن التّصميمات الطّبوغرافيّة أو عن طريق حقّ المؤلّف أو البراءة أو النّماذج الصّناعية أو المنافسة غير المشروعة أو أي قانون آخر، أو عن طريق المزج بينهما.
– مصطفى سلامة، منظّمة التّجارة العالمية، النّظام الدّولي للتّجارة الدّولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2006، ص 274.

4 – تنصّ المادة 7 من الأمر رقم 03–08 على أنّه: « ***يبدأ سريان مفعول الحماية الممنوحة لتصميم شكلي بموجب هذا الأمر ابتداءً من تاريخ إيداع طلب تسجيله أو من تاريخ أوّل استغلال تجاري له في أي مكان من العالم… وتنتهي هذه الحماية عند نهاية السّنة العاشرة (10) المدنيّة التي تلي تاريخ بداية سريان المفعول*** ».

تبقى حاجزا أمام التّقدم والتّطور في إقليم الدّولة النّامية[1].

وعليه تعطي الحماية الممنوحة بموجب الأمر رقم 03-08 المتعلّق بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة لصاحبها سواء كان وطنيّا أو أجنبيّا حقّ احتكار اختراعه ومنع الغير من القيام بالأعمال التّالية دون رضاه:

- نسخ التّصميم الشّكلي المحمي للدّائرة المتكاملة بشكل جزئي أو كلّي بالإدماج في دائرة متكاملة أو بطريقة أخرى، إلاّ إذا تعلّق الأمر بنسخ جزء لا يستجيب لشروط الأصالة كما هي محدّدة في المادة 3 من الأمر نفسه.

- استيراد، أو بيع أو توزيع، بأي شكل آخر لأغراض تجاريّة تصميم شكلي محمي أو دائرة متكاملة يكون تصميمها الشّكلي المحمي يتضمّن هذه الدّائرة بحيث يظلّ يحتوي على التّصميم الشّكلي المنسوخ بطريقة غير شرعيّة[2].

هذا إلى جانب حقّه في التّنازل عن تصميمه الشّكلي[3]، أو تحويله عن طريق الإرث[4]، أو إبرام عقود التّراخيص[5]، لكنّ مع بقاء حقّ مبدع أو مخترع التصاميم الشّكلية والدّوائر المتكاملة في نسبة اختراعه إليه حتى لو تنازل عنه إلى غيره لأنّه حقّ طبيعي لصيق بشخص الإنسان لا يجوز المساس به[6].

كما تكون حقوقه على تصاميمه الشّكلية محميّة قانونا من تاريخ إيداع تصميمه وتسجيله بطريقة ردعية، بحيث كلّ مساس بهذه الحقوق يكيّف على أنّه جنحة تقليد تترتّب عليه مسؤوليّة مدنيّة وجزائيّة يعاقب عليها بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين، وبغرامة من مليونين

---

1 - « ***une protection trop forte aurait l'effet pervers de retarder l'industrie nationale par rapport à la concurrence étrangère*** ».

- Voir : LECTERC Pascal, op.cit, p. 40.

2 - أمر رقم 03-08، مرجع سابق.

3 - تنصّ المادة 23 من الأمر رقم 03-08 على أنّه: « ***يمكن أن يتنازل مالك تصميم شكلي جزئيّا أو كليّا عن تصميمه الشّكلي وذلك بطلب ممضي يرسل إلى المصلحة المختصّة*** ».

4 - تنصّ المادة 29 من الأمر رقم 03-08 في الفصل المتعلّق بالتّحويل على أنّه: « ***تكون الحقوق المرتبطة بتصميم شكلي مودع قابلة للانتقال كليّا أو جزئيّا*** ».

5 - تنصّ المادة 30 من الأمر رقم 03-08 على أنّه: « ***يمكن أن يمنح صاحب تصميم شكلي بموجب عقد شخصا آخر رخصة استغلال تصميمه الشّكلي*** ».

6 - نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 225.

وخمسة مئة ألف دينار إلى عشرة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، مع إمكانيّة إتلاف المنتوجات محلّ الجريمة أو وضعها خارج التّداول التّجاري ومصادرة الأدوات التي استخدمت في صنعها في حالة الإدانة، بناءً على أمر المحكمة[1].

ثالثا – شروط حماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة:

نصّ المشرّع الجزائري في المادة الأولى من الأمر رقم 03-08 الذي يتعلّق بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة، على أنّه يهدف هذا الأمر إلى تحديد القواعد المتعلّقة بحماية التّصاميم، وأهم هذه القواعد تلك التي تنص على الشّروط الموضوعيّة والشّكلية التي يتوقف على احترامها منح القانون الحماية المطلوبة من صاحبها على الإقليم الجزائري[2].

وقد جاءت هذه القواعد في مجملها خليطا بين قواعد الحماية الممنوحة لحق المؤلّف وقواعد حماية الاختراعات، وذلك لما للتّصاميم الشّكلية والدّوائر المتكاملة من مميّزات خاصة تجعلها قابلة للحماية سواء بقانون المخترع أو المؤلف، وذلك على أساس أنّها إنتاج فكري إبداعي قابل للإنتاج الصّناعي[3].

وللتّفصيل أكثر نتناول الشّروط الموضوعيّة (1) ثمّ الشّروط الشّكلية للحماية (2).

1 – الشّروط الموضوعيّة:

نصّت المادة الثّالثة من الأمر رقم 03-08 على أنّه: « ***يمكن بموجب هذا الأمر حماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة الأصليّة.***

يعتبر التّصميم الشّكلي أصليّا إذا كان ثمرة مجهود فكري لمبتكرهن ولم يكن متداولا لدى مبتكري التّصاميم الشّكلية وصانعي الدّوائر المتكاملة ».

---

1 – انظر: المواد 35-36-37 من الأمر رقم 03-08، مرجع سابق.

2 – Lecterc Pascal, op.cit, p. 47.

3 – يعتبر التّشريع الجزائري من بين القوانين التي نظّمت التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة باعتبارها أحدث المجالات التي تتعلّق بحقوق الملكيّة الفكريّة، وأحدث المواضيع التي تناولتها الاتّفاقيات الدّولية بالتّنظيم، بحيث تناولتها معاهدة واشنطن المتعلّقة بالدّوائر المتكاملة سنة 1989، واتّفاقية تريبس في 1995، لأنّها نتجت عن التّقدم المذهل لتكنولوجيا شبه الموصلة، التي أدّت إلى إدماج عدد كبير من الوظائف الكهربائيّة التي تتميّز بكونها اختراعات لكون ابتكارها يتطلّب جهد وكفاءة عالية وإمكانيات كبيرة.

– مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 274.

وعليه فلا يمكن حماية التّصاميم باعتبارها إنتاج فكري لمبتكرها أو اختراع إلاّ إذا كانت أصليّة (أ)، وغير مألوفة أو غير شائعة لدى مبتكري التّصاميم الشّكلية وصانعي الدّوائر المتكاملة عند ابتكارها (ب).

أ – شرط الأصالة:

يطبّق شرط الأصالة "originalité" في قانون حماية حقوق المؤلّف، وهي معرّفة في المفهوم التّقليدي الذي يأخذ بالمعيار الشّخصي بأنّها مجموعة من العناصر التي تعكس الطّابع الشّخصي للمؤلّف في مصنّفه من خلال الأسلوب التّعبيري أي الصّوت، الصّورة، الرّسم، النّحت... الخ، بحيث يجب أن يكون هذا المصنّف غير مستنسخ وذو أسلوب تعبيري مميّز يعكس الطّابع الشّخصي للمؤلّف[1].

لكنّ بظهور مصنّفات جديدة، تطوّرت فكرة الأصالة وتوسّعت لتشمل حتى الأسلوب التّعبيري وتنسيقه واختيار طريقة عرضه[2].

ومع اختراع الحاسوب وبرامجه أصبحت الأصالة تشمل أداء البرنامج الوظيفي، وأصبحت بذلك تعرف بالجهد الإبداعي "Effort intellectuel"[3]. وعليه فالأصالة بمفهومها الموضوعي لا تختلف كثيرا عن مفهوم الجدّة في الاختراع بحيث لا يفصلهما سوى موضوع السّرية وشرط التّطبيق الصّناعي.

وعليه فالمقصود بالأصالة في التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة هي الأصالة بالمفهوم الموضوعي، بحيث كي تتحقّق في التّصميم يجب أن يكون جديدا في أدائه الوظيفي قياسا بالتّصاميم السّابقة[4]. وهذا يعني أنّه لا يمكن البحث عن الأصالة في الأسلوب التّعبيري للتّصاميم لأنّها تفتقر إليه، فهي مجرّد خطوط سلكيّة مركّبة بعضها فوق بعض غير مخصّصة

---

1 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 210.

2 – تنطبق هذه الفكرة على التّصاميم حيث نصّت المادة 4 من الأمر رقم 03-08 على أنّه: « ***لا تطبّق الحماية الممنوحة للتّصميم الشّكلي إلاّ على التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة ذاتها، باستثناء كلّ تصوّر أو طريقة أو منظومة أو تقنيّة أو معلومة مصغرة في هذا التّصميم الشّكلي*** ».

3 – عرّف القضاء الفرنسي الأصالة في الحاسوب بالجهد الإبداعي في قضيّة "Pachot" بتاريخ 6 مارس 1986.

4 – إنّ الأصالة المعروفة في القانون الأمريكي لحماية التّصاميم، تعني أن يكون التّصميم غير مستنسخ من تصميم آخر قياسا إلى نظام "copyright" الذي لا يحمي إلاّ المصنّفات غير المستنسخة.

لمخاطبة الجمهور، بل هي مخصّصة لعمل وظيفي معيّن، ولا يعني تركيبها أي شيء للجمهور حتى المختصّين منهم[1].

ب – عدم شيوع التّصميم:

يقصد بشرط عدم شيوع التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة أن تكون غير مألوفة لدى مبتكري التّصاميم، وهو مشابه لشرط الجدّة المطبّق في الاختراعات[2]، والذي يقضي بأن يكون التصميم جديدًا، بحيث لا يمكن لأهل المهنة التّوصل إليه ببذل الجهد المعقول، وبالمقابل بالنّسبة للتّصاميم يقصد المشرّع من عدم الشّيوع عدم إطّلاع أهل الخبرة من المبدعين على هذا التّصميم أو إضافة التّصميم إلى معرفتهم شيئا جديدا أو تحسين أداء وظيفي للتّصاميم السّابقة.

وقد نصّت المادة 3/3 من الأمر رقم 03-08 على أنّه:

« ***عندما يكون التّصميم الشّكلي مكوّنا من تركيب لعناصر ووصلات معروفة، فإنّ حمايته لا تكون ممكنة إلّا إذا استجاب للشّروط المذكورة في الفترتين السّابقتين*** »[3].

وعليه نقول عدم الشّيوع في التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة لا يعني أنّ التّصميم جديدا، بل هو وارد في ذهن المبدعين لكنّ غير ثابت على اليقين في أذهانهم، ويمكن التّوصل إليه ببذل جهد معقول. فلا يشترط في التّصميم أن يكون جديدا، ولا يشترط فيه أن يكون أصيلا بأسلوبه التّعبيري، بل أصيلا في أدائه الوظيفي وعدم شيوعه بين أهل الخبرة[4].

2 – الشّروط الشّكلية لحماية التصاميم الشكلية:

لقد نصت القوانين على أنّ صاحب الحقّ في ملكية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة يتمتع بحماية قانونية من كلّ الإجراءات التي تشكّل اعتداءً عليها كالمنافسة غير المشروعة والتقليد وغيره، غير أنّ هذه الحماية مقترنة بشروط شكلية إجرائية حدد مبادئها القانون وترك تفاصيلها للتنظيم[5]، وهي حماية مقترنة بإجراءات الإيداع والتسجيل، على أنها

---

1 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 212.

2 – حتى وإن كان المصطلحين متشابهين، فلا يمكن استعمال شرط الجدّة في التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة لتفادي استبعاد بعض التّصاميم المتميزة وغير المألوفة بحجّة أنّه يمكن التّوصل إليها من أهل الخبرة.

3 – أمر رقم 03-08، مرجع سابق.

4 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 214.

5 – المرجع نفسه، ص 216.

إجراءات جوهرية يؤدي عدم القيام بها إلى سقوط الحق في الحماية بموجب قانون التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ليستفيد صاحبها من الحماية بموجب قانون آخر يحدده القانون، بسبب كون التصميم في هذه الحالة غير مسجّل[1].

1 – إجراءات الإيداع والتسجيل:

يتمّ إيداع طلب تسجيل التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية[2]، من طرف المستثمر الأجنبي باعتباره مبدعه أو مستغله في إطار شركة الاستثمار الأجنبي[3]، بصفة مباشرة أو بإرسال الطلب عن طريق البريد مع إشعار بوصل الاستلام أو بأية وسيلة أخرى مناسبة تثبت الوصول والاستلام[4].

ويتضمن طلب حماية التصاميم الشكلية حسب نصّ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 05-276، الوثائق التالية:

– طلب تسجيل التصميم الشكلي، وكذا المواصفات التي تحدد الوظيفة الإلكترونية للدائرة المتكاملة، غير أنه يمكن للمودع أن يستثني الأجزاء ذات العلاقة بكيفية صنع الدائرة المتكاملة من النسخة أو الرسم، شريطة أن تكون الأجزاء المقدمة كافية للتعريف بالتصميم الشكلي.

– العناصر المثبتة لهوية الشخص الطالب للحماية، ومدى حقه في طلب الإيداع والتسجيل.

– وثيقة إثبات دفع الرسوم المنصوص عليها.

---

1 – نظرا لكونها ذات طابع صناعي، فإنّه وإن لم يكن ممكن حمايتها بقانون خاص بها فحمايتها تبقى دائمًا ممكنة ومضمونة بموجب قانون الملكية الصناعية ما دامت عنصر منها لأنها تتوافر على عنصر الجدة وقابلة للتصنيع الصناعي. وهذا ما يجعل الدولة المطلوب الحماية فيها غير قادرة على رفض منح الحماية إذا كانت قد صادقت على اتفاقية باريس، كما أنه بسبب كونها إنتاج ذهني "Une oeuvre" فهي قابلة للحماية بموجب اتفاقية برن واتفاقية جنيف. انظر:
LECTREC Pascale, op. cit., pp. 47 -48

2 – المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-276، مرجع سابق.

3 – نصّت المادة 20 من الأمر رقم 03-08 على أنه: « ***إذا تمّ إنجاز تصميم شكلي في إطار أداء عقد مؤسسة أو عقد عمل، فإنّ الحق في الإيداع يعود إلى صاحب المشروع أو الهيئة المستخدمة، إلّا إذا نصّت أحكام تعاقدية مخالفة على غير ذلك*** ».

4 – بالنسبة للمستثمرين الأجانب المقيمين في الخارج يباشرون إجراءات الإيداع بانتداب شخص يمثلهم لدى المعهد الجزائري للملكية الصناعية، عدا في حالة وجود اتفاق المعاملة بالمثل، وذلك حسب نصّ 12 من الأمر رقم 03-08.

– وكالة الوكيل، في حالة ما إذا كان المودع ممثلا من طرف وكيل، مؤرخة وممضاة من طرف صاحب الطلب.

هذا إلى جانب كون هذا الطلب يتضمن إجباريا مجموعة من البيانات تتمثّل في:

– اسم المودع ولقبه وعنوانه وجنسيته، وإذا كان الأمر يتعلّق بشخص معنوي اسم الشركة وعنوانها ومقرّها كشركة الاستثمار الأجنبي.

– اسم وعنوان الوكيل إن وجد.

– وصف مختصر ودقيق للتصميم الشكلي، ويمكن أن يتمثّل هذا الوصف في تحديد اسم التصميم الشكلي أو تعيين المنتوج الملحق به وكذا مجال استعمال هذا المنتوج.

– تاريخ أوّل استغلال تجاري للتصميم الشكلي أو أي مكان من العالم إذا كان هذا التاريخ سابق لتاريخ طلب التسجيل.

– قائمة المستندات المودعة، تبيّن عدد صفحات الوصف وعدد لوحات الرسم، وكذا الوثيقة الملحقة بها.

وفي كلّ الأحوال إذا لم يستوف الطلب الشروط اللازمة أو إذا كانت فيه نقائص تتعلق بالوثائق التي يجدر على صاحب الطلب تسليمها أو البيانات السابق ذكرها، فتبلغ المصلحة المختصة المودع المعني بالأمر بذلك، حيث تطلب منه إتمام ملفه في أجل شهرين قابلة للتمديد لمدة شهر واحد في حالة الضرورة، بحيث إنّه إذا لم يستجيب للطلب ولم يصحح النقائص في الأجل المحدد له اعتبر الطلب مسحوبا منه.

ويعد تاريخ إيداع طلب حماية التصميم الشكلي هو التاريخ الذي تتلقى فيه المصلحة المختصة على الأقل طلبًا يمكّن من التعرف به على المودع وعلى نيته في الحصول على تسجيل تصميم شكلي ونسخة أو رسما للتصميم الشكلي.

وإذا كانت كلّ الشروط متوفرة وكلّ الإجراءات صحيحة تقوم المصلحة المختصة بتسجيل التصميم الشكلي في سجل التصاميم الشكلية، وينشر في النشرة الرسمية للملكية الصناعية.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ المشرّع الجزائري قد جعل الحق في حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة محددًا بمدة مسقطة للحماية ومتوقفة على مباشرة إجراءات الإيداع والتسجيل، وذلك من خلال المادة 8 من الأمر رقم 03-08 التي نصّت على أنه: « **يمكن**

إيداع طلب التسجيل قبل أي استغلال تجاري للتصميم الشكلي، أو في أجل أقصاه سنتان (2) على الأكثر ابتداءً من التاريخ الذي بدأ فيه الاستغلال »[1].

بحيث بمجرّد مرور هذه المدة دون أن يقوم صاحب الحق بمباشرة إجراءات التسجيل والإيداع، يبطل ويسقط الحق في الحماية المقررة للتصاميم الشكلية[2]، وقد نصت المادة 26 من الأمر رقم 03-08 على ما يلي: « ***يبطل التصميم الشكلي بموجب قرار قضائي... إذا لم يتم الإيداع في الأجل المحدد في المادة 8 أعلاه*** ».

2 – الآثار المترتبة عن عدم التسجيل:

يؤدي عدم التسجيل مبدئيا إلى سقوط الحماية القانونية المقررة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة لتخلف شرط الشكل، ولكن ذلك لم يكن واضحًا في القانون الجزائري من خلال فحص نصي المادتين 1/11 و7 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وذلك لما تضمنته من تناقض يظهر من خلال المادة 1/11 التي نصت على أنه: « ***على كلّ من يريد الحصول على الحماية القانونية لتصميم شكلي أن يقوم بطلب ذلك صراحة لدى السلطة المختصة*** » بحيث جعلت الحماية القانونية على أساسها، متوقفة على إيداع طلب التسجيل بصفة مطلقة، غير أنه بالرجوع إلى نصّ المادة 7 من القانون نفسه نجدها تنص على أنه: « ***يبدأ سريان مفعول الحماية الممنوحة لتصميم شكلي بموجب هذا الأمر ابتداءً من تاريخ إيداع طلب تسجيله، أو من تاريخ أوّل استغلال تجاري له في أي مكان من العالم من طرف صاحب الحق أو برضاه إذا كان هذا الاستغلال سابق لتاريخ الإيداع...*** ».

وعليه، ومن خلال النصّ تصبح الحماية القانونية من حقّ الشخص صاحب التصميم الشكلي في حالتين هما:

1 – حالة الحماية بالنسبة للتصاميم المسجلة من تاريخ إيداع طلب التسجيل.

2 – حالة الحماية بالنسبة للتصاميم غير المسجلة تحسب من تاريخ أوّل استغلال تجاري له في أي مكان من العالم.

---

1 – يقصد من الاستغلال التجاري للتصميم الشكلي للدوائر المتكاملة الوارد في نصّ المادة هو إما تسويق التصميم الشكلي أو مجرّد التنازل عنه لغرض تسويقه.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 216.

وبهذا الشكل يكون المشرّع قد ارتكب خطأ في تناقضه حيث أقرّ بأن التسجيل إجراء جوهري لمنح الحماية القانونية بموجب قانون التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة من جهة، وسماحه بإمكانية حمايتها بالقانون نفسه حتّى وإن لم يتم التسجيل لمجرّد أنها تصاميم مستغلة تجاريا.

وبالتمعن في النصّ، نقول أنه كان الأولى بالمشرّع أن يجعل من تاريخ تقديم الطلب للتسجيل شرطًا لاحتساب مدّة الحماية، ومن الاستغلال التجاري شرطًا لتقديم الطلب بالحماية، وذلك لتفادي الاعتقاد بأن المشرّع الجزائري يحمي التصاميم غير المسجلة بقانون التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. والتأكيد من جانب آخر أن المشرّع الجزائري يحيل أصحاب التصاميم الشكلية غير المسجلة على غرار التشريعات الأخرى، في ما يخص الحماية إلى قانون المؤلف، لأنه يبقى القانون الأنسب في هذه الحالة[1]، وذلك للأسباب التالية:

1 – على الرغم من أنه لا يقوم في التصميم الشكلي شرط الأسلوب التعبيري الأصيل لأنه عبارة عن دوائر ثلاثية متصلة بعضها ببعض ومركبة منطقيًا، بحيث على كلّ مصمم لها أن يتبع ذات الخطوات، إلاّ أنه يمكن حماية التصميم بموجب قانون المؤلف[2]، لأن هناك ابتكارات أدخلت في قانون المؤلف، ولا تتمتع بأسلوب تعبيري يدركه الجمهور كبرامج الحاسوب الذي هو عبارة عن خطوات منطقية يحرّر بموجب لغة برمجة معينة ويترجم إلى لغة الحاسوب[3]، إلى جانب أنه على كلّ مبرمج إتباع ذات الخطوات المنطقية اللازمة لإعداد البرنامج. وبما أن الأسلوب التعبيري في الحاسوب غير موجود فإنّ مسالة البحث عن

---

1 – « ***لا يوجد مانع من التوجه إلى قانون حماية حق المؤلف لحماية الرسوم والنماذج الصناعية والتصاميم للدوائر المتكاملة عند غياب شرط التسجيل، وذلك عندما يتمتع الحق بالمزايا التي ينص عليها قانون حق المؤلف*** ».

عبد الكريم حسين، مرجع سابق، ص 336.

2 – نصّت المادة 1/2 من اتفاقية برن على أنه:

« ***Les termes œuvres littéraires et artistiques comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression*** ».

ونصت أيضًا اتفاقية جنيف على أنه:

« ***Chaque Etat contractant s'engage à prendre toutes dispositions nécessaires pour assurer la protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques*** ».

Voir : LECTERC Pascale, op. cit., p. 47.

3 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 335.

الأصالة بالمعنى التقليدي صعبة، يجعلنا نبحث عنها في أداء البرنامج الوظيفي لجهاز الحاسوب[1]، وهذه الفكرة تنطبق على التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة التي يتم إعدادها بموجب النظام الرقمي، الذي يجعل الدائرة المتكاملة مثبتة في ذاكرة الحاسوب وتدار بواسطة الحاسوب. والمقصود هو كون التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة ملحقة بالبرنامج الأمر الذي يجعلها قابلة للحماية بالقانون الذي يحميه.

2 – اعتراف بعض التشريعات المتعلقة بقانون المؤلف بأن المنتجات ذات الطابع الصناعي التي تقوم من خلال أدائها الوظيفي وليس من خلال أسلوبها التعبيري، هي مصنفات قابلة للحماية بموجب هذا القانون[2].

1 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 222.

2 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة بموجب قانون المؤلف يخدم مصلحة الدولة أكثر من مصلحة صاحب التصميم أو مستغله، وهو حكم يشمل المستثمر الأجنبي المستغل للتصميم، وذلك لأن هذا القانون يسمح بمنح تراخيص واسعة لاستغلال المصنف أي التصميم دون الرجوع إلى صاحبه أو خلفه.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني لحقوق الملكية الصناعية

تعتبر حقوق الملكية الصناعية بكل عناصرها حقوقا ذات طبيعة مختلطة تستمد المبادئ القانونية والقواعد التي تنظمها من القانون العام الإداري والجزائي، ومن القانون الخاص المدني والتجاري، ومن القانون الوطني والدولي أي التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف[1].

حيث أنه يجب الرجوع إلى القانون المدني للتعرف على طبيعة الحق الفكري باعتباره قسم من أقسام الحقوق التي تستحق الحماية المدنية[2]، كما أنه يجب الرجوع إلى القانون التجاري للقول أن استثمار واستغلال الحقوق الفكرية الصناعية نشاط تجاري[3]، ولابد الرجوع إلى القانون الإداري لتكييف طبيعة تسجيل الحق الفكري وطرق الطعن والاعتراض على اكتسابه للقول بأنها إدارية[4]، كما يجب الرجوع إلى أحكام القانون الجزائي للبحث عن طرق حماية الحق الفكري بالأسلوب الردعي باعتباره حقا محميًا جزائيًا[5]، هذا إلى جانب كونها حقوقًا ذات طابع دولي لتنظيمها ومنحها الحماية في إطار الاتفاقيات الدولية بالنسبة للحقوق المسجلة في أكثر من دولة.

ولما كانت مسألة الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية أصلاً لا يتجاوز الحدود الإقليمية للدولة التي تم طلب الحماية فيها بموجب التسجيل الإداري للحق المراد حمايته ولا

1 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مطبعة دار الثقافة، عمان، 2004، ص 101.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 257.

3 – نصت المادة 2 من القانون التجاري على أنه: « ***يعد عملا تجاريا حسب موضوعه...الإنتاج الفكري*** ».

4 – على سبيل المثال لا يجوز لأي شخص التنازل أو التصرف في علامته التجارية دون الحصول على موافقة مسبقة من السلطة الإدارية المختصة التي تكون تحت وصاية وزير الصناعة وإعادة الهيكلة، انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، مرجع سابق.

5 – انظر الحماية الجنائية للعلامة التجارية والحماية الجنائية للرسوم والنماذج الصناعية: فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 259 – 333.

تتعداه بناءً على مبدأ السيادة الإقليمية[1]، وعملاً بقاعدة عدم سريان أثر الحق في العلامة والنموذج الصناعي والرسوم وبراءة الاختراع في الخارج وحصره في الإقليم الجغرافي للدولة التي تم التسجيل فيها، أصبحت الحقوق بغض النظر عن صاحبها، أجنبيا كان أم وطنيًا، قابلة للتسجيل الدولي للاستفادة من الحماية الدولية[2].

وعليه نظرًا للأهمية المتزايدة لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة الصناعية منها بصفة خاصة، فإن التشريعات الوطنية قد عنيت بمسألة تنظيم أحكامها وحمايتها (المطلب الأوّل)، لكن دون أن تبقى مسألة حمايتها حكرًا على التشريعات الوطنية، حيث شهدت الساحة الدولية غزارة في إبرام الاتفاقيات الدولية المتضمنة حماية خاصة أو عامة لحقوق الملكية الفكرية على المستوى الدولي[3]، وتنظيما فعالا بالمقارنة مع التشريع الوطني (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

التنظيم الوطني لحقوق الملكية الصناعية

لقد ظلت معظم الدول النامية مثل الجزائر تعتقد ولعدّة سنوات أنّ الدول المتقدمة تسعى بكلّ ما في وسعها إلى إرساء نظام حمائي تقييدي يمنع التعدي على حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، وأنّ هذه النظم القانونية التي تنظّم وتحمي الحقوق المعنوية ما هي إلاّ مجرد أنظمة قانونية تهدف إلى تدعيم وإرساء الاحتكارات التي كانت تمارس على الاختراعات في الدول النامية من أجل استمرار استغلالها والهيمنة عليها من طرف الدول الصناعية القوية التي تسيطر على مسار التجارة والصناعة والاقتصاد في العالم[4].

---

1 – « ***Le principe dominant en matière de propriété intellectuelle, et qui vaut pour toutes la propriétés intellectuelles, est celui de la territorialité il consiste à tenir pour compétente sur un territoire donné la seule loi de ce pays*** ».
- VIVANT Michel, op. cit, p. 109.

2 – « ***Chaque Etat a mis en place une législation nationale de la propriété industrielle, la protection à l'étranger suppose, en principe, d'accomplir les formalités prescrites dans chacun des pays*** ».
- MARX Bernard, op. cit, p. 21.

3 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 124.

4 – « ***حماية الملكية الصناعية هي ضرب من ضروب الاحتكارات التي تقوم بها الدول الكبرى من أجل استغلال الدول النامية*** ».
– نبيل حشاد، أبحاث وانعكاساتها على اقتصاديات الدول العربية، سلسلة رسائل البنك الصناعي، الكويت، العدد 42، 1996، ص 78.

ومن خلال هذه الأفكار المتطرّفة، نستطيع تفسير عزوف معظم الدول النامية في الماضي عن الانضمام إلى الاتّفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية والفكرية عامة بالرغم من غزارتها، وتفسير تقاعس البعض الآخر عن إصدار التشريعات الوطنية التي تنظم وتحمي حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالإيداع والإنتاج الفكري الذي يتم استغلاله في إقليم هذه الدول، والتهرب عن فرض أي التزام في مواجهتها يتعلق باتخاذ الإجراءات الحمائية للاستثمارات وخاصة الأجنبية منها، وذلك عندما ترتبط بالاختراعات أو بالتكنولوجيا المتطورة، أو حتى للتهرب من التزامهم بأداء المقابل للمبدعين أو لأصحاب الحق الأصلي في حالة استغلال واستخدام حقوقهم وابتكاراتهم[1].

لكن أمام الخسائر الباهظة التي لحقت بالاستثمارات أو المشروعات المالكة للتكنولوجيا والتي يتم استغلالها في إطار شركات الاستثمار الدولي في الجوانب المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية بسبب الغش والتقليد والقرصنة، ومدى تأثيرها على حجم التجارة الدولية، قام المجتمع الدولي في سبيل كفالة حماية هذه الحقوق[2]، بمحاولة إنشاء نظام عالمي جديد لحماية حقوق الملكية الفكرية، يجمع بين الدول الصناعية المتقدمة والدول النامية[3].

وبهذا أثّر النظام العالمي الجديد لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة على حجم وطبيعة المعاملات التجارية الدولية ما بين الدول، حيث أصبحت كثافة هذه الأخيرة متوقّفة على طبيعة ونظام حقوق الملكية الفكرية للدول التي يتداول أصحاب الحقوق سلعهم ومبتكراتهم واختراعاتهم وخدماتهم فيها، وهو الأمر الذي خلق الحاجة الماسة للتنظيم الوطني لحقوق الملكية الصناعية لكلّ الدول السابق الإشارة إليها، ومن بينها الجزائر بصفة خاصة، وللتفصيل أكثر نتناول نشأة وتطوّر حقوق الملكية الفكرية في الجزائر ومدى تنظيمها في القوانين الوطنية في (الفرع الأوّل) ثمّ نشير بعد ذلك للهيئة المتخصصة في مجال الحقوق الصناعية في (الفرع الثاني).

---

1 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 11.

2 – « ***مهما كان الوضع الداخلي لكلّ دولة، إنّ المجتمع الدولي إدراكا منه بالمصالح المشتركة لحماية حقوق الملكية الفكرية ولحل إشكالات تنازع القوانين بشأنها، تبنى ترسانة متكاملة من الاتّفاقيات الدولية*** ».

– الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 1.

3 – جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 12.

الفرع الأول

نشأة وتطور تنظيم الملكية الصناعية في الجزائر

لقد نشأ أقدم قانون لحماية حقوق الملكية الصناعية سنة 1472 بمدينة فينيسيا الإيطالية، سمي بقانون براءة الاختراع لأنّه متخصّص في حماية المخترعين[1]، وقد تأثّرت به أوروبا حتى صدر في انجلترا قانون يتضمّن نظام الامتيازات في سنة 1610[2]، تبنّت مبادئه السلطات الفرنسية عندما أصدرت قانون الملكية الصناعية سنة 1791[3]، وقد كان ذات القانون الذي طبّقته فرنسا في الجزائر المستعمرة سنة 1844[4].

كما طُبّق كذلك في الجزائر في المرحلة التي كانت فيها مستعمرة قانون العلامات التجارية الفرنسي لسنة 1857، وقانون حماية الرسوم والنماذج الصناعية الفرنسي لسنة 1909[5]، حيث ظلّت كلّ هذه القوانين نافذة المفعول ومطبّقة إلى أن استقلّت الجزائر، ومع ذلك لم تلغى مباشرة بل تمّ مواصلة العمل بها إلى حين صدور قوانين الملكية الصناعية الجزائرية في سنة 1966 باعتبارها سنة الانطلاقة في تنظيم حقوق الملكية الصناعية.

وقد مرّت عملية إرساء قوانين الملكية الصناعية في الجزائر منذ نشأتها بعدة مراحل جوهرية، تتمحور في مرحلة إرساء القوانين الوطنية الأولى لِما بعد الاستقلال والموافقة للمرحلة الممتدّة ما بين 1966 و1975 (أوّلا)، ثمّ بالقوانين التي صدرت في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية المتزامنة مع المفاوضات القائمة ما بين الجزائر والمنظمة العالمية للتجارة بخصوص الانضمام إلى المنظمة (ثانيا).

---

1 – الخصوصية المقصودة هنا، هي الحاجة الماسة لرؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا وللمعرفة الفنية.

2 – « ***كان حق المخترع في فرنسا في تلك المرحلة يستند إلى امتيازات ملكية يجوز إلغائها في أي وقت، حتى اعترف مشرّع الثورة الفرنسية بحق المخترع عندما أصدر قانون 7 جانفي 1971، معتبرا إياه من قبل الملكية*** ».

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 18.

3 – تمّ إلغاء قانون الملكية الصناعية الفرنسي لسنة 1844 بموجب قانون رقم 01-68 لسنة 1968.

4 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 24.

5 – فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 187.

أوّلا – قوانين الملكية الصناعية الصادرة في الفترة ما بين 1966 – 1975:

نظّم المشرّع الجزائري لأوّل مرة حقوق الملكية الصناعية في سنة 1966 بعد أن كانت القوانين الفرنسية قبل ذلك هي المطبّقة في المرحلة الموالية للاستقلال، حيث تمّ المواصلة في تطبيقها لتفادي الفراغ التشريعي عند تنظيم أي مسألة من المسائل المتعلقة بالحقوق الصناعية ولضمان حماية الاختراعات والإبداعات المبتكرة في تلك المرحلة.

وقد كان القانون رقم 66-54 المؤرّخ في 8 مارس 1966 المتضمن شهادات المخترعين وبراءات الاختراع[1]، أوّل قانون وطني جزائري يهدف إلى حماية المبتكرات، لما لها من أهمية بالغة وآثار قانونية واقتصادية وسياسية واجتماعية على الدولة، قد تفقد أهميتها بل وتصبح في الكثير من الحالات عبئا عند عدم استغلالها صناعيا[2].

غير أنّ المشرّع الجزائري في هذا القانون وإن كان يفرض على كلّ أنواع الاختراعات الوطنية منها والأجنبية نفس الشروط الشكلية والموضوعية ميّز بين شهادة المخترع "Certificat d'invention" باعتبارها السّند الذي يمنح للمخترع الجزائري[3]، وبراءة الاختراع "Brevet d'invention" باعتبارها السّند الذي يسلّم للمخترع الأجنبي[4].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنّ شهادة المخترع التي كانت تمنح للمخترع الجزائري دون المخترع الأجنبي كانت تسبّب له أضرارا مادية كثيرة، لأنّها لا تشكّل سوى سندا شرفيا تمنحه الدولة للمخترع في ظلّ النظام الاشتراكي المعمول به في تلك الفترة، مقابل استغلال إنجازه لصالح الجميع[5]، وبهذا كان القانون الذي ينظم الاختراعات لا يحفز الجزائريين على الاختراع بل ويعوق عمليات الإبداع والابتكار.

وكان ثاني قانون أصدره المشرّع الجزائري يتضمّن علامات المصنع والعلامات التجارية، أي الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966[6]، والذي تمّ تطبيقه بموجب

---

1 – قانون رقم 66-54، مرجع سابق.

2 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 2.

3 – انظر المادة 1/7 من الأمر رقم 66-54، مرجع سابق.

4 – انظر المادة 1/21 من الأمر نفسه.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 18.

6 – الأمر رقم 66-57، مرجع سابق.

الأمر رقم 66-63 المؤرخ في 26 مارس 1966[1]، بالمقارنة بالضمانات التي كان يمنحها للمخترع الأجنبي.

وقد تعرّض الأمر رقم 66-57 للتّعديل عدّة مرات، وذلك بموجب الأمر رقم 66-128 المؤرخ في 21 جوان 1966[2]، ثمّ بموجب الأمر رقم 66-308 المؤرخ في 14 أكتوبر 1966[3]، كما تمّ إتمامه مرة واحدة بموجب الأمر رقم 67-223 المؤرخ في 19 أكتوبر 1967[4]، وكانت هذه التعديلات المتكررة دلالة على اهتمام المشرع الجزائري بالحقوق الملكية الصناعية وبمكانة المخترعين في القانون الجزائري، وكانت بالمقابل علامة المصنع إلزامية في التشريع الجزائري لكلّ المنتجين والمستثمرين، أمّا علامة الخدمة أو العلامة التجارية فكانت اختياريه بالنسبة لكلّ أنواع المنتوجات، إلاّ البعض منها الذي يستلزم ذلك فيكون تقريرها لها إجباريا[5].

كما أصدر المشرّع الجزائري في المرحلة نفسها الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 أفريل 1966 والمتضمّن قانون الرّسوم والنماذج الصناعية[6]. غير أنّه نص في ذات الأمر على أحكام انتقالية في المادة 29، تتعلق بحقوق الناتجة عن إيداع الرسوم والنماذج الصناعية، والتي كانت صالحة في الجزائر في تاريخ 8 جوان 1962، حيث نص على أنّها تبقى نافذة المفعول إلى نهاية فترة الحماية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 13، والتي تقدّر بـــ 10 سنوات تحسب ابتداءً من تاريخ الإيداع. وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد تبنّى أحكام القانون الفرنسي المؤرّخ في 14 جوان 1909 والمتعلّق بالرسوم والنماذج الصناعية أو بالأحرى واصل العمل بالقوانين التي كانت مطبّقة على الرسوم والنماذج في مرحلة الاستعمار[7].

1 – ج ر عدد 26 المؤرخة في 1 أفريل 1966.
2 – ج ر عدد 54 مؤرخة في 24 جوان 1966.
3 – ج ر عدد 91 مؤرخة في 28 أكتوبر 1966.
4 – ج ر عدد 89 مؤرخة في 31 أكتوبر 1967.
5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 210.
6 – أمر رقم 66-86، مرجع سابق.
7 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 283.

وتجدر الإشارة في هذا الموضوع إلى أنّه نظرا للعلاقة المتينة التي تربط بين الفن والمنفعة الصناعية[1]، قام المشرّع الجزائري في المادة الأولى من الأمر رقم 66-86 بتحديد الأشياء التي تعد رسوما ونماذجا تخضع لهذا القانون واستبعد المنشآت الخاصة بالشكل والتي تخضع لنظام براءات الاختراع[2].

أمّا آخر النصوص الجزائرية المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية في هذه المرحلة فيتعلق بالأمر رقم 76-65 المؤرخ في 16 جويلية 1975 والذي يتضمن تسميات المنشأ[3]، حيث صدر هذا القانون بعد عشرية كاملة بالمقارنة مع القوانين السابقة الذكر، غير أنّه لم يكن هذا التأخير محسوبا سوى على المنتجين الذين كانوا يرغبون في حماية تسميات المنشأ التي يستعملونها لتشخيص البضائع ومنحها شهرة وطنية أو دولية، والتي تمّ ابتكارها أو اختراعها في المرحلة السابقة لصدوره.

ورغم التأخير الواضح في تنظيم الحقوق المتعلقة بتسميات المنشأ، لم يعان المستثمر الأجنبي من حقوقه في الجزائر، لأنّها كانت تخضع للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر[4]، ومنها اتّفاقية باريس التي تطبّق على حقوق الملكية الصناعية بكلّ أنواعها، واتفاقية لشبونة المؤرخة في 31 أكتوبر 1958، واتفاقية مدريد المبرمة في 14 أفريل 1981 والمتعلقة بقمع بيانات المصدر أو المنشأ المزوّرة أو غير القانونية والتي تهدف إلى الائتمان في التجارة الدولية وحماية بيانات المصدر بصفة عامة[5].

إذ بناءً على أحكام هذه الاتفاقيات كانت الجزائر تمنح الحماية القانونية لتسميات المنشأ الأجنبية التي تمّ تسجيلها تسجيلا دوليا إعمالا لمبادئ اتفاقية باريس، لاسيما مبدأ المعاملة الوطنية، مادامت الجزائر من بين دول الاتّحاد.

---

1 – كانت القوانين الجزائرية تفرض في الرسوم والنماذج الصناعية الجدة المطلقة في الزمان والمكان، بالرغم من أنّه في القوانين الأخرى تقبل الرسوم والنماذج حتى إن لم تكن جديدة كليّا، أو إذا كانت بعض عناصرها مستعارة أو موجودة من قبل.

2 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 349.

3 – أمر رقم 76-65، مرجع سابق.

4 – انظر الأمر رقم 72-10 المؤرخ في 22 مارس 1972، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية مدريد واتفاقية لشبونة، ج ر عدد 32، مؤرخة في 21 أفريل 1972.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 411، 412.

ثانيا – قوانين الملكية الصناعية في مرحلة الإصلاحات:

بقيت القوانين المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية السابق الإشارة إليها والصادرة في مرحلة ما بين سنة 1966 وسنة 1975 سارية المفعول في ذات المجال إلى غاية سنة 1993، حيث استوجب التطور الاقتصادي والانتقال من النظام الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق[1] إعادة النظر فيها خصوصا بدخول الدولة الجزائرية في صراعات جديدة تتعلق في جزء منها بتقرير التجارة والتفتح على الاستثمارات الأجنبية، وفي الجزء الآخر بالمفاوضات التي انطلقت فيها الدولة مع منظمة التجارة العالمية التي كانت تفرض عليها إعادة النظر بصفة جوهرية في قوانينها جملة واحدة بما فيها تلك المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية هذا من جهة أولى، مع ما تضمنته معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة من قواعد موضوعية تتعلق بتنظيم وحماية هذه الحقوق باعتبارها من أهم مصادر القانون بالنسبة لكلّ دولة[2]، من جهة أخرى.

وقد كانت هذه القواعد صريحة بحيث توجب على كلّ الدول الخيار بين تجسيد احترامها وإعمالها أو تطبيق مضمونها في التعاملات المرتبطة بذات الحقوق وذلك بتطبيقها بصفة مباشرة، أو بدمجها ضمن قوانينها الداخلية.

وبالمناسبة نصت المادة 4/16 من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية لسنة 1994 على أنّه: « ***يعمل كلّ عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه وإجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقيات الملحقة*** »[3].

وعليه أصبحت الجزائر في تلك المرحلة التي كثفت فيها المفاوضات مع المنظمة العالمية للتجارة لأجل الانضمام إليها، ملزمة بإعادة النظر في قوانينها بالأسلوب الذي يجعلها تستجيب لمبادئ المنظمة من جهة، مع تبنّي واحترام مضمون الاتفاقيات الملحقة لها في إطار

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 10، 11.

2 – لكنّ هذا دون إلزام هذه الدول بضرورة تطابق تشريعاتها الداخلية في كافة أحكامها لأنّ الالتزام يكون بالأحكام الجوهرية للاتفاقية، تطبيقا لنظرية الهامش التقديري الذي مفاده منح الدول حرّية وسلطة تقديرية في تنفيذ التزاماتها التي تترتّب عليها بموجب الاتفاقيات الدولية وفق تنوّع أنظمتها الداخلية.

– عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 181.

3 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 86.

قوانينها الوطنية ولوائحها وإجراءاتها وتوفيق أوضاعها القانونية بتعديل كلّ تشريعاتها بشكل لا يتناقض مع واقع التجارة الدولية من جهة أخرى[1].

ويقول صلاح زين الدين في هذا الصدد ما يلي:

« ***إنّ نظام الحماية للحقوق الفكرية في الدول النامية مسألة ضرورية، وأنّ قواعد الحماية الدولية الحالية للحقوق الفكرية ضارة بالدول النامية، ولذلك لا بدّ من تطوير وتعديل قواعد تلك الحماية لتحقق الحدّ الأدنى من المصلحة للدول النامية، بما ييسّر ويؤدّي بالتبعية إلى انتقالها إلى عصر التكنولوجيا لتلحق بركب الدول المتقدّمة*** »[2].

وعليه صدر في هذه المرحلة المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 7 ديسمبر 1993، كأوّل قانون جديد يتعلّق بحقوق الملكية الصناعية يتعلق بحماية الاختراعات[3]، أزال بموجبه المشرع الجزائري النظام السابق الذي كان يطبّق على المخترعين، حيث ألغى من خلاله التمييز الذي كان قائما على أساس الجنسية بين المخترعين، وجعل الحق في الحصول على براءة الاختراع وحمايتها ممنوحا للمخترع الوطني والأجنبي في الوقت نفسه وبالإجراءات نفسها[4]، وجعل الحق في هذه الحماية مطلقة لا تتوقّف سوى على توافر الشروط الموضوعية والشكلية للاختراع في حدّ ذاته، لتحفيز الابتكار والإنتاج والإبداع ولتحريك عجلة التنمية.

واستمرّت الوضعية على هذا الحال إلى غاية 2003، حيث شهدت حقوق الملكية الصناعية قفزة حقيقية في مجال الحقوق المكرّسة في القوانين الجزائرية بصفة عامة للحقوق الفكرية، إذ مسايرة للإصلاحات التي واصلتها الدولة في إطار المفاوضات المكثّفة للإسراع في مسألة انضمامها إلى المنظمة العالمية للتجارة، حاولت الجزائر استكمال التّرسانة القانونية التي أصدرتها من أجل تعزيز مكانة حقوق الملكية الفكرية مقارنة مع الحقوق الأخرى.

---

1 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 159.

2 – صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 69.

3 – مرسوم تشريعي رقم 93-17، مرجع سابق.

4 – تمّ إلغاء شهادة المخترعين التي كانت تمنح للمخترع الجزائري لأنّها عرقلة حقيقية للإبداع والابتكار، لأنّ أصحابها لا يتمتّعون بنفس الحقوق المادية الممنوحة للمخترعين الأجانب الذين كانوا يحصلون على براءة الاختراع.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 10.

وعليه، ومن أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا المتطوّرة أصدر المشرّع الجزائري مجموعة من القوانين بالتاريخ نفسه، أوّلها الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية يتعلق بالعلامات[1]، تبنت من خلاله الدولة حماية حقيقية للعلامة التجارية والصناعية وعلامة الخدمة، لأنّها وسيلة فعّالة في المنافسة المشروعة بين التّجار والصناعيين والمستثمرين وآلية حقيقية للرّفع من مستوى الإنتاج وجودته، بحيث يمنح الحماية القانونية لمالك العلامة بغض النظر عن جنسيته ما دامت العلامة قادرة على تمييز المنتوج المعني عن المنتوجات الأخرى. صدر كذلك الأمر رقم 03-07 المتعلّق بالاختراعات[2]، من أجل تنظيم كلّ المسائل المتعلقة بالاختراعات من شروط منحها البراءة وشروط منحها الحماية وإجراءات تسجيلها، ثمّ صدر كذلك بالتاريخ نفسه الأمر رقم 03-08 المتعلّق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة[3]، باعتباره بالنسبة لأصحاب الابتكارات والاختراعات والتكنولوجيا الرقمية المتطورة نجاح حقيقي، فبموجبه أصبحت هذه الابتكارات الحديثة من نوعها قابلة للحماية على الإقليم الجزائري، وإن كانت غير مصنّعة في الجزائر. وقد كان صدور هذا القانون حتمي لمواكبة ما تمّ استحداثه في التكنولوجيا التي أصبحت لا تستغني عن الدوائر المتكاملة[4].

غير أنّه من خلال هذه الإصلاحات لم يُعِدْ المشرّع الجزائري النظر في موقفه من تسميات المنشأ، بحيث لا يسمح بتسجيل تسمية المنشأ الجزائرية لأي مستثمر أجنبي حتى وإن كانت السّلع والمنتوجات قابلة لأن تحمل تسمية منشأ معيّنة لمنطقة جزائرية تمّ إنتاج هذه السّلع فيها، لأنّ هذا الحق يقتصر على الوطنيين، حيث نصت المادة 5 من الأمر رقم 76-65 الذي يتعلق بكيفيات تسجيل وإشهار تسميات المنشأ وتحديد الرسوم المتعلقة بها على أنّه: « ***لا تودع تسميات المنشأ الوطنية بقصد التسجيل إلّا من المواطنين*** ». وما دام هذا النص ساري المفعول إلى غاية هذا التاريخ، فإنّ النظام القانوني الجزائري للاستثمارات الأجنبية، رغم محاولاته استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، فإنّه فيما يخص الاستثمارات التي تحتاج إلى الحصول على حقّها في إضافة وتسجيل تسمية المنشأ الجزائرية تبقى مقصّرة، بل وغير

1 – أمر رقم 03-06، مرجع سابق.

2 – أمر رقم 03-07، مرجع سابق.

3 – أمر رقم 03-08، مرجع سابق.

4 – انظر التفاصيل المتعلقة بهذا الموضوع في المبحث الأوّل من هذا الباب.

محفزة. الأمر الذي يجعلنا نشدّد على الحاجة إلى إعادة النظر في النص القانوني الذي ينظم تسميات المنشأ رقم 76-65، لأنّه يتضمّن بعض الأحكام التي تضعف الحماية القانونية للملكية الصناعية عامة، رغم أنّه يقضي بمنح الحماية لتسميات المنشأ الأجنبية التي خضعت لإجراءات التسجيل الدولي، إعمالا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

ولمّا كانت النصوص القانونية التي صدرت بخصوص حقوق الملكية الصناعية سنة 2003 ناقصة في الجوانب الإجرائية، تمّ استكمالها بموجب النصوص التطبيقية التي صدرت بتاريخ 2 أوت 2005، حيث صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-275 الذي يحدّد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، والمرسوم التنفيذي رقم 05-276 يحدّد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها والمرسوم التنفيذي رقم 05-277 يحدّد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، وذلك لأجل وضع الأحكام التّطبيقية للنصوص التي صدرت بتاريخ 19 جويلية 2003.

الفرع الثاني

الجهاز المكلّف بتنظيم حقوق الملكية الصناعية في الجزائر

نصّت المادة 12 من اتّفاقية باريس على أنّه تتعهّد كلّ دولة من دول اتّحاد باريس بإنشاء مصلحة وطنية تختص بالملكية الصناعية ومكتب مركزي لإطلاع الجمهور على براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية والتجارية، يخوّل لها صلاحيات واسعة في مجال حقوق الملكية الصناعية[1]، أهمّها إعداد نشرة دورية رسمية تنشر فيها بصورة انتظامية ومستمرّة أسماء مالكي البراءات الممنوحة وبيان موجز للاختراعات التي منحت عنها البراءات وصور طبق الأصل للعلامات المسجلة[2]، وإدراج في النشرة أي معلومة تخص أي حق من حقوق الملكية الصناعية الأخرى كالرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ وغيرها.

وقد مرّت عملية إنشاء وتأسيس المصلحة المنصوص عليها في المادة السابقة الذكر، لتكون الجهاز المكلّف بحقوق الملكية الصناعية في الجزائر بعدّة مراحل منذ الاستقلال،

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 71.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 164.

تطوّرت فيها مهامها، إلى أن أصبحت بالصورة التي هي عليه حاليا[1].

ومن خلال هذا الفرع نتناول نشأة وتطوّر الهيئة المختصّة بحقوق الملكية الصناعية في الجزائر (أولا)، لنحدّد بعد ذلك مهامها والاختصاصات التي خوّلها إيّاها المشرّع الجزائري في مجال الحقوق الصناعية (ثانيا).

أوّلا – نشأة وتطوّر الهيئة المختصة بحقوق الملكية الصناعية:

نظرا للإصلاحات المتكرّرة التي أجراها المشرّع الجزائري في كلّ مرة على الهيئة المختصة بحقوق الملكية الصناعية والتي انتهت بإنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، نقسم هذه الدراسة إلى مرحلتين، الأولى توافق مرحلة ما قبل استقرار جهاز الملكية الصناعية والتي انطلقت من مرحلة ما بعد الاستقلال إلى سنة 1998 (1)، ثمّ المرحلة الثانية التي انطلقت سنة 1998 إلى يومنا هذا والموافقة لإنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية (2).

1 – مرحلة عدم استقرار الهيئة المختصة بالملكية الصناعية:

لقد أنشا المشرّع الجزائري في المرحلة التي أعقبت استقلال البلاد جهازا إداريا مختصا في مجال حقوق الملكية الصناعية وهو المكتب الوطني للملكية الصناعية " Office National de la Propriété Industrielle"، وذلك بموجب المرسوم رقم 63–248 المؤرخ في 10 جويلية 1963[2]، حيث خُوِّلَتْ له صلاحيات مزدوجة، بعضها يتعلق بالمسائل المرتبطة بالسّجل التجاري والبعض الآخر مرتبط بمسائل الملكية الصناعية والتجارية وبكلّ حق من حقوقها بوجه عام[3].

غير أنّه بصدور الأمر رقم 73–62 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973[4]، تمّ نقل الاختصاصات المتعلقة بالملكية الصناعية من المكتب الوطني للملكية الصناعية لأوّل مرة لصالح المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية الذي يسمى بـــ: " Institut Algérien de Normalisation et de Propriété Industrielle"، إلى جانب الاختصاص

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 105، 106.

2 – ج ر عدد 49 مؤرخة في 19 جويلية 1963.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 96.

4 – ج ر عدد 95 مؤرخة في 27 نوفمبر 1973.

الآخر المتعلق بالتقييس أو التوحيد الصناعي "La normalisation"[1] وقد تمّ إثر ذلك، نقل أيضا كلّ الأموال والحقوق والالتزامات الملازمة لانتقال الصلاحيات من المكتب الوطني للملكية الصناعية إلى المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، إلاّ ما كان يتعلق منها بالصلاحيات المرتبطة بالسّجل التجاري لأنّها أبقيت للمكتب، لكنّ تمّ ذلك بعد تغيير تسميته بالتاريخ نفسه، ليصبح إلى يومنا هذا المركز الوطني للسّجل التجاري[2] أي " le Centre National du Registre de Commerce".

وقد كان المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، يتمتّع بالشخصية المعنوية والذمة المالية والاستقلالية، ويباشر اختصاصاته كجهاز متخصص في مجال حقوق الملكية الصناعية[3].

كان المعهد يمارس عدّة نشاطات نذكرها بصفة عامة فيما يلي:

- تطبيق أحكام النصوص المتعلقة بالتوحيد الصناعي والملكية الصناعية.
- تطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون الجزائر طرفا فيها.
- الاشتراك في المنظمات الدولية للملكية الصناعية وتمثيلها عند الاقتضاء.
- إنشاء وثائق الملكية الصناعية والمحافظة عليها ووضعها تحت تصرف المصالح الحكومية والأفراد المعنيين بها.
- استلام وفحص طلبات شهادات المخترعين وبراءة الاختراع ونشرها.
- استلام وفحص طلبات تسجيل ونشر كلّ من الرسوم والنماذج الصناعية، تسميات المنشأ والعلامات التجارية والصناعية، مع استلام وتسجيل كلّ أنواع العقود التي لها علاقة بحقوق الملكية الصناعية.
- تطبيق الأحكام المتعلّقة بالملكية الصناعية وحمايتها، وتعيين المنشأ والبيانات الخاصة بالجهة المستوردة.

---

1 – المادتين 3 و9 من الأمر رقم 73–62، مرجع سابق.

2 – مرسوم رقم 73–188 مؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن تبديل تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسّجل التجاري، ج ر عدد 95، مؤرخة في 27 نوفمبر 1973.

3 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 146.

إنّ وصاية المعهد التي كان يمارسها وزير الصناعة والطاقة قد عرفت كذلك عدم استقرار حيث انتقلت إلى وزير الصناعة الخفيفة بموجب المرسوم رقم 86-128 المؤرخ في 28 ماي 1984[1]، ثمّ إلى وزير التخطيط بعد صدور المرسوم رقم 86-248 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986[2]، ثمّ إلى وزير الصناعة الثقيلة بموجب المرسوم رقم 87-256 المؤرخ في 24 نوفمبر 1987[3].

وبالمقابل كانت مسائل توزيع الاختصاصات المتعلقة بتنظيم وتسيير حقوق الملكية الصناعية حسب التّشريع الجزائري في تلك المرحلة تعاني من سوء اعتمادها حيث كانت كافة الأنشطة الرئيسية والثانوية المتعلقة بالعلامات والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ الواردة في الأمر رقم 73-62 السابق الذكر مخوّلة للمركز الوطني للسّجل التجاري[4]، في حين بقيت للمعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في المجالات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية والاختصاصات المرتبطة ببراءة الاختراع فقط، مع احتفاظه بالصلاحيات المتعلقة بالتقييس[5].

وقد اتّصفت هذه المرحلة بعدم استقرار الهيئة المتخصصة في مجال حقوق الملكية الصناعية للتّردد المتكرر من المشرّع الجزائري في مسائل توزيع الاختصاصات ما بين الهيئات المختلفة السابق الإشارة إليها، هذا التّردد الذي تُرجم في التعديلات التشريعية

---

1 - ج ر عدد 21 مؤرخة في 22 ماي 1984.

2 - ج ر عدد 40 مؤرخة في 1 أكتوبر 1986.

3 - ج ر عدد 50 مؤرخة في 9 ديسمبر 1987.

4 - انظر المادة 3 من المرسوم رقم 86-248، والمادة 1 من المرسوم رقم 86-249 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986، يتضمن تحويل إلى المركز الوطني للسّجل التجاري للهياكل والوسائل والأملاك والأعمال والمستخدمين الذي كان يحوزهم أو يسيّرهم المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية فيما يخص علامات المصنع والرسوم والنماذج وتسميات المنشأ، مرجع سابق.

5 - « ***يلاحظ أنّ المشرع الجزائري وصل بهذين المرسومين رقم 96-248 و 86-249 إلى جمع كافة الصلاحيات المتعلقة بالسّجل التجاري والملكية الصناعية - ما عدا إجراءات الاختراع والتقييس - في يدّ هيئة واحدة هي المركز الوطني للسّجل التجاري، ومن هنا وصل تقريبا إلى نفس الوضعية التي كانت موجودة تحت ظلّ المرسوم رقم 63-248 المؤرخ في 10 يوليو 1963*** ».

- فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 99.

المتكرّرة إلى أن صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-68 [1]، المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ الوضعية التي عاشتها البلاد في هذه المرحلة في إطار النظام الاشتراكي من جهة، وتجربتها الناقصة في مجال الاختراعات والإبداعات من جهة ثانية، وكون حقوق الملكية الصناعية أصلا فرع جديد من فروع القانون من جهة ثالثة، هو التفسير الوحيد للإصلاحات المتكرّرة التي انتهت باستقرار المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية كجهاز متخصّص في الحقوق الصناعية.

2 – مرحلة استقرار الهيئة المتخصصة في مجال الملكية الصناعية:

لقد أدّى التوزيع الغير مؤسس للصلاحيات المرتبطة بحقوق الملكية الصناعية إلى طرح عدّة تساؤلات حول الأسباب التي أدّت بالمشرّع الجزائري إلى منح المركز الوطني للسّجل التجاري كافة الصلاحيات مع سلطة شاملة على مجموعة الحقوق الصناعية المرتبطة بالرسوم والنماذج الصناعية والعلامات وتسميات المنشأ، والتي كان يجدر به جمعها لدى هيئة واحدة أكثر اختصاصا وأهلية وهو المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، الذي خُوِّلَتْ له الصلاحيات المتعلقة بالاختراعات، لأنّها مواضيع من صنف واحد، ومرتبطة فيما بينها في أسلوب حمايتها وتسييرها وإجراءات إيداعها وتسجيلها ونشرها[2]، وقياسا بتجارب الدول الأخرى، تمّ إعادة النظر في الجهاز المتخصص في مجال حقوق الملكية الصناعية حيث بصدور المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فيفري 1998[3]، تمّ إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية والمسمّى " Institut National Algérien de la Propriété Industrielle"، وتمّ تحديد قانونه الأساسي حيث حلّ محلّ المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في أنشطته المتعلّقة بالاختراعات، ومحلّ

1 – مرسوم تنفيذي رقم 98-68 مؤرّخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدّد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11 مؤرخة في 1 مارس 1998.

2 – « ... ***هذه التعديلات تثير التساؤل عن الأسباب التي أدّت بالمشرّع إلى وضع نظام شبيه – نوعا ما – بالنظام الذي كان معمول به تحت سريان المرسوم رقم 63-248... وعن فعّالية هذه التعديلات ؟*** ».

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 99.

3 – المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-68، مرجع سابق.

المركز الوطني للسّجل التجاري في أنشطته المتعلقة بالعلامات والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ[1].

كما انتقلت إلى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية كلّ الأملاك والحقوق والحصص والالتزامات والوسائل والهياكل المرتبطة بالأعمال التي حُوِّلَتْ إليه، حيث نصت المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 98-68 السالف الذكر على أنّه:

« ... ***تحول إلى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية:***

أ – الأنشطة الرئيسية والثانوية المرتبطة بالاختراعات التي يحوزها أو يسيّرها المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية.

ب – الأنشطة الرئيسية والثانوية المرتبطة بالعلامات والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ التي يحوزها أو يسيرها المركز الوطني للسجل التجاري.

جـ – الأملاك والحقوق والحصص والالتزامات والوسائل والهياكل المرتبطة بالأعمال المذكورة أعلاه.

د – المستخدمون المرتبطون بسير وتسيير الأنشطة والهياكل والوسائل والأملاك المذكورة أعلاه »[2].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنّ الصلاحيات المتعلقة بالتقييس، قد تمّ تحويلها للمعهد الجزائري للتقييس الذي تمّ استحداثه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-69 المؤرخ في 21 فيفري 1998، والمسمّى "Institut Algérien de la Normalisation"[3].

---

1 – وقد نصت المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 98-68 على أنّه: « ***يحل المعهد الجزائري للملكية الصناعية محل المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في أنشطته المتعلقة بالاختراعات ومحل المركز الوطني للسّجل التجاري في أنشطته المتعلقة بالعلامات والرسوم والنماذج الصناعية والتسميات*** ».

2 – من خلال هذا النص يمكن أن نقول أنّ المشرّع الجزائري قد اهتدى إلى الحل الأنسب فيما يخص تنظيم حقوق الملكية الصناعية، بحيث جعل كلّ الاختصاصات المرتبطة بها لدى هيئة واحدة مثله مثل باقي التشريعات المقارنة الأخرى.

3 – النشاطات المتعلقة بالتقييس منحت للمعهد الجزائري للتقييس بموجب المرسوم التنفيذي 98-69، ج ر عدد 11 مؤرخة في 1 مارس 1998، أمّا مسائل تنظيمه فتخضع للقانون رقم 89-23 المؤرخ في 19 ديسمبر 1989، ج ر عدد 54، مؤرخة في 20 ديسمبر 1989.

في حين خُوِّلت الصلاحيات المتعلقة بالسّجل التجاري للمركز الوطني للسّجل التجاري (C.N.R.C)، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-68 السابق الذكر[1]، وبهذا أصبح مشكل الاختصاصات ومدى توزيعها محلول، ونهائي ومنطقي[2].

وبذلك أصبح المعهد الوطني للملكية الصناعية هو الهيئة المختصة في كلّ المسائل بالنسبة لكلّ حقّ من حقوق الملكية الصناعية، وقد تأكّد ذلك في معظم النصوص القانونية، ومنها في المادة 6/2 من الأمر رقم 03-06 التي جاء فيها أنّه بالنسبة للعلامات: « ***المصلحة المختصة: المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية*** »، ونصت المادة 3/2 من الأمر رقم 03-07 على أنّه بالنسبة لبراءات الاختراع: « ***المصلحة المختصة: المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية*** ».

ونصت أيضا المادة 4/2 من الأمر رقم 03-08 أنّه بالنسبة للتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة تكون: « ***المصلحة المختصة: المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية*** ». وعليه يصبح هو المختص بالنسبة لكلّ الحقوق الأخرى كتسميات المنشأ، والرسوم والنماذج.

ثانيا – صلاحيات المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية:

يعتبر المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري موضوعة تحت إشراف وزارة الصناعة وإعادة الهيكلة[3]، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ومقرّه بمدينة الجزائر.

يمارس مهامه المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية، بطريقة تجعلها خدمات ذات طابع عمومي، حيث نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 98-68 على أنّه: « ***يؤدّي المعهد مهمّة الخدمة العمومية ويمارس صلاحيات الدولة فيما يتعلق بالملكية الصناعية*** »، وهو

---

1 – هكذا يكون المركز الوطني للسّجل التجاري قد استرجع الصلاحيات التقليدية التي كان يتمتع بها في ظلّ الأمر رقم 73-62 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، مرجع سابق.

2 – « ***أصاب المشرّع الجزائري بإصدار مؤخّرا المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فبراير 1998، الذي يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية... لأنّ التّوزيع الجديد يعد أكثر حكمة ويسمح بتخفيف المشاكل العديدة*** ».

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 100.

3 – انظر المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 98-68، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 96-319 المؤرخ في 28 سبتمبر 1996، ج ر عدد 57 مؤرخة في 2 أكتوبر 1996.

السبب الذي يجعل حقوقه وحقوق الدولة والتزاماتها التي تقتضيها مهمّة الخدمة العمومية تخضع لدفتر الشروط العامة، يصادق عليها وفق التّشريع المعمول به.

كما تعتبر اختصاصاته ذات طابع مهم، لأنّه يحلّ محلّ الدولة عند تنفيذ السياسة الوطنية في ميدان حقوق الملكية الصناعية[1]، حيث تنص المادة 7 من القانون نفسه على أنّه: « ***يقوم المعهد بتنفيذ السياسة الوطنية في الملكية الصناعية خصوصا السهر على حماية الحقوق المعنوية للمبدعين في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها*** ».

من خلال ما سبق، يقوم المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إعمالا للقوانين والتّطبيقات المعمول بها بالصّلاحيات التّالية:

- توفير حماية لحقوق الملكية الصناعية على كلّ المستويات[2].
- تحفيز وتدعيم القدرة الإبداعية والابتكارية عن طريق اتخاذ الإجراءات المادية والمعنوية.
- تسهيل الوصول إلى المعلومات التقنية الموجودة في وثائق البراءات بانتقائها وتوفيرها، لأنّها تمثّل حلولا بديلة لتقنية معيّنة يبحث عنها المستعملون من المواطنين والصناعيين ومؤسّسات البحث والتطوير والجامعات... الخ.
- يمسك سجل خاص تقيّد فيه كلّ العلامات والبراءات والرسوم والنماذج المسجلّة[3].

---

1 – يتأكّد ذلك من خلال تشكيلة مجلس إدارة المعهد المتكوّن من:

أ – ممثّل الوزير المكلّف بالدّفاع الوطني.

ب – ممثل الوزير المكلف بالشّؤون الخارجية.

جـ – ممثل الوزير المكلف بالبحث العلمي.

د – ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

هـ – ممثل الوزير المكلف بالصّحة العمومية.

و – ممثل الوزير المكلف بالفلاحة.

ز – ممثل الوزير المكلف بالمالية.

2 – المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 98–68، مرجع سابق.

3 – تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05–275 المتعلق بكيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، على سبيل المثال، على أنّه يتم إيداع طلب براءة الاختراع لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية لدراسته، شخصيا أو يرسل إليها عن طريق البريد مع طلب إشعار بالاستلام أو بأيّة وسيلة أخرى مناسبة تثبت الاستلام.

– تحسين ظروف استيراد التقنيات الأجنبية إلى الجزائر بالتحليل والرقابة وتحديد مسار اقتناء التقنيات الأجنبية مع مراعاة حقوق الملكية الصناعية ودفع أتاوى هذه الحقوق في الخارج.

– ترقية وتنمية قدرة المؤسسات الجزائرية لتسهيل العلاقات التجارية البعيدة عن المنافسة غير المشروعة مع حماية وإعلام الجمهور ضدّ الملابسات حول مصدر السلع والخدمات والمؤسسات المتاجرة التي من شأنها توقيعه في المغالطة[1].

– دراسة طلبات حماية الاختراعات وتسجيلها وعند الاقتضاء نشرها ومنح سندات الحماية طبقا للتنظيم.

– دراسة طلبات إيداع العلامات والرسوم والنماذج الصناعية وتسميات المنشأ[2]، ثمّ نشرها.

– تسجيل العقود الخاصة بحقوق الملكية الصناعية، وعقود التّراخيص وعقود بيع[3] أو رهن هذه الحقوق.

– المشاركة في تطوير الإبداع ودعمه عن طريق تنمية نشاط الابتكار.

– تنفيذ أي إجراء يهدف إلى تحقيق الرقابة على تحوّل التقنيات وإدماجها في جوانبها المتعلقة بالملكية الصناعية.

– تطبيق أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في ميدان الملكية الصناعية التي تكون الجزائر طرفا فيها، وعند الاقتضاء المشاركة في أشغالها.

– وضع الوثائق والمعلومات المتّصلة بميدان اختصاصه في متناول الجمهور[4]، لذلك هو يؤسس بنكا للمعلومات وينظّم دورات وفترات تدريسية[5].

---

1 – مع العلم أنّ المعهد الوطني الجزائري يحتفظ بنسخة من هذه العقود ويعيد إلى صاحب الطلب نسخة من العريضة بعد وضع عبارة التسجيل عليها.

2 – على سبيل المثال تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05–276 المتعلق بكيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنّه: « ***يتم إيداع طلب حماية التصاميم الشكلية... مباشرة لدى المصلحة المختصة*** »، أي لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، مرجع سابق.

3 – تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 05–277 المتعلق بكيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على أنّه: « ***تمسك المصلحة المختصة سجلاّ خاصا تقيّد فيه العلامات التي تبيّن بعد الفحص أنّها مطابقة شكلا ومضمونا، كما تقيّد فيه كلّ العقود...*** ».

4 – المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 98–68، مرجع سابق.

5 – المادة 9 من المرجع نفسه.

– كما يقوم بإجراء كلّ المعاملات المنقولة والعقارية أو المالية أو التجارية أو الصناعية المتّصلة بذات الحقوق.

– إبرام كلّ الصفقات أو العقود أو الاتفاقيات المتّصلة بهدفه مع الهيئات الوطنية أو الأجنبية[1].

– كما يقوم بتلقّي طلبات التسجيل الدولي من طرف المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الذي مقرّه بـــ جنيف[2]، وذلك لمنح الحماية القانونية لحقوق الملكية الصناعية على إقليم الدولة الجزائرية. وهو الشأن بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية التابعة للمستثمر الأجنبي الذي يمارس استثماراته على الإقليم الجزائري.

– ويقوم بالمقابل بتلقّي طلبات التسجيل الوطنية من الأشخاص الذين يطالبون بحمايتها خارج الإقليم الجزائري، لإتمام إجراءات تسجيل حقوقهم دوليا، حيث يحيلها إلى المكتب الدولي للويبو، ليقوم بقيد الحق في السّجل الدولي المخصص لذلك، وإخطار كلّ الدول المتعاقدة المطلوب الحماية على إقليمها من مودع الطلب الذي باشر قبل ذلك كلّ إجراءات التسجيل في بلده الأصلي[3].

– القيام بإجراءات الفحص بالنسبة لطلبات التسجيل الدولية، غير انّه مجرّد فحص تلقائي، وقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المتعلق بكيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على أنّه:

---

1 – انظر المادة 3 و5 من اتفاقية لاهـــاي في شأن الإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية المبرم في لنـــدن سنة 1925 والمعدّلة بتاريخ 1934/06/02، مرجع سابق.

2 – على سبيل المثال نذكر ما جاء في نص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 التالية: « ***يمكن كلّ شخص أن يحصل بطلب منه، إمّا على نسخة مصادق عليها من التسجيلات المدوّنة في سجلّ البراءات وإمّا على نسخة من التّقييدات التي لا تزال مسجّلة على البراءات المسلّمة على سبيل الرّهن، وإمّا على شهادة تثبت عدم وجود أي تقييد.***

تسلّم المصلحة المختصة أيضا مستخرجات تتعلّق إمّا بعنوان أصحاب البراءات أو المتنازلين عن حقوقهم أو ذوي الامتيازات للحقوق وإمّا بيان دفع الرسوم السنوية ».

3 – حول إجراءات التسجيل الدولي انظر كلّ من:

– عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 18.

– TRUCHON Isabelle, op.cit, p. 428.

« تخضع التسجيلات الدولية للعلامات الممتدّة حمايتها إلى الجزائر، في إطار الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، إلى الفحص التلقائي بهدف التحقّق من أنّها غير مستثناة من التسجيل لسبب أو لعدّة أسباب الرفض المذكورة في المادة 7 من الأمر رقم 03-06... »[1].

المطلب الثاني

استقبال التنظيم الدولي

لقد كانت المشكلة الرئيسية التي تواجه الشعوب النامية أمام وضعية عدم التناسب الحاد في مستوى الاختراعات لدى الدول الصناعية هو التقليل من سلبيات الفوارق عن طريق اكتساب ما وصل إليه العالم المتقدم من أسرار التكنولوجيا والارتقاء إلى المستوى التكنولوجي والصناعي والابتكاري. وأمام هذه الوضعية، كان لهيئة الأمم المتحدة ردّ فعل إيجابي، حيث أصدرت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة قرارها رقم 1737 المؤرخ في 1961/12/19، يقضي بتكليف الأمين العام للهيئة بتقديم تقرير مفصّل عن الموضوع.

وعلى إثر ذلك قدم الأمين العام تقريره سنة 1964 بعنوان "دور براءات الاختراع في نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية" أصدرت من خلاله الأمم المتحدة توصيات تهدف إلى تشجيع استغلال براءات الاختراع لدى الدول النامية بشروط مناسبة، مقابل قيام الدول النامية بسن التشريعات التي تقتضيها عملية نقل التكنولوجيا مع تنظيم الجهاز الإداري المتخصص في مجال التكنولوجيا، في إطار ما يسمى بالتشريعات الحمائية لحقوق الملكية الفكرية[2]... وبذلك أصبحت من الأولويات أو المهمات الأساسية للدولة مقابل حاجتها لاستقبال التكنولوجيا من خلال الاستثمارات الأجنبية هو التفتح على الحماية الدولية التي يتم تنظيمها دوليا وذلك باستقبال التنظيم الدولي لحقوق الملكية الفكرية بكلّ أصنافها وخاصة تلك المتعلقة بالتجارة، وقد تمّ ذلك من خلال مصادقتها على الاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الملكية الفكرية.

لكن رغم محاولاتها المتكاثفة في تبنيها الحماية الدولية، فإنّ استقبالها للتنظيم الدولي يبقى إلى حدّ بعيد محدود بسبب التماطل في المصادقة أو الانضمام إلى بعض هذه الاتفاقيات والتي تعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي أو صاحب حق الملكية الفكرية في بالغ الأهمية،

1 – مرسوم تنفيذي رقم 05-277، مرجع سابق.

2 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 7.

كالاتفاق المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة تريبس (الفرع الأوّل)، كما تمّ ذلك من خلال تبنيها لإجراءات الإيداع والتسجيل الدوليين لضمان الحصول على الحماية الدولية (الفرع الثاني).

هذا مع تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي يكون موضوعها تجاوزًا لحق من حقوق الملكية الفكرية التابعة للمستثمر الأجنبي باعتباره عنصرًا أجنبيًا في النزاع (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لحماية الملكية الصناعية

نظرًا للأهمية المتزايدة لحقوق الملكية الفكرية، فإنّ مسألة تنظيم أحكامها وحمايتها لم تبق حكرًا على التشريعات الوطنية[1]، لأن هذه الأخيرة يبقى نطاق الحماية بموجبها مقتصرًا على إقليم الدولة المطلوب التسجيل والحماية فيها تبعًا لمبدأ إقليمية القوانين من جهة[2]، ولمبدأ سيادة الدول من جهة ثانية[3]، حيث أنه امتدت فكرة حماية حقوق الملكية الصناعية إلى خارج حدود الدولة[4].

وفي هذا الصدد تضافرت الجهود وازداد التعاون الدولي في مجال الحماية[5]، بإبرام

1 – يرى الكثير من الدارسين أنّ تنظيم حقوق الملكية الفكرية دوليًا كان سباقا عن تنظيمها في إطار التشريعات الوطنية، بل وقد تأثرت كثيرًا هذه الأخيرة بمضمون الحماية الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية.
– عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 14.

2 – لقد تبنت قوانين الملكية الفكرية مبدأ إقليمية الحقوق الذي أقرّته اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، واستنادًا إليه يترتب مبدأ آخر هو إقليمية الحماية الذي يعني أن الدولة التي تمنح حقًا معينًا تجعل أثره القانوني ينحصر في إقليمها، ولا يمكن حمايته في دولة أخرى إلاّ إذا اعترفت به هذه الأخيرة وقبلت بطلب تسجيله وحمايته.
– عبد الكريم محسن، المرجع نفسه، ص 93.

3 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 124.

4 – GAUMONT-PRAT Hèléne, op.cit., p. 11.

5 – لقد ثار جدل كبير على المستوى العالمي حول مسألة التنظيم الدولي لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، انتهى بالتسليم بأن نظام الحماية مسألة ضرورية لضمان حقوق المخترعين والمبتكرين، ولضمان التوازن ما بين الدول النامية والمتقدمة، فما على الدول النامية ألاّ تعديل قوانينها وقواعد تلك الحماية بالأسلوب الذي يضمن الحدّ الأدنى من حقوقها ويسمح بانتقالها إلى عصر التكنولوجيا.
– جلال أحمد خليل: النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، دار النهضة العربية، طبعة أولى، القاهرة، 1983، ص 244.

غزير للمعاهدات والاتفاقيات الدولية[1]، جعلت الحماية الدولية تغطي وتعلو عن الحماية الوطنية.

ورغم كون الدول ومن بينها الجزائر قد غطت حقوق الملكية الفكرية إلى حدّ بعيد بإبرامها عدّة اتفاقيات دولية، فهذا لم يخلق أي مشكل فيما يتعلّق بالأحكام الملزمة والواجبة التطبيق الواردة في مختلف هذه الاتفاقيات، بسبب خضوعها كلّها لمعاهدة فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 من جهة، ولكون اتفاقية تريبس باعتبارها أحدثها قد نظمت مختلف حقوق الملكية الفكرية وبنت روابط قانونية مع الاتفاقيات الدولية الأخرى بشكل لا يخلق أي نزاع أو إشكال في مسائل القانون الواجب التطبيق فيما بين أحكام مختلف الاتفاقيات[2]، فهذه الاتفاقية قد وفقت بين أحكامها والأحكام الواردة في الاتفاقيات الأخرى.

وقد تميزت الاتفاقيات المبرمة لتنظيم وحماية حقوق الملكية الفكرية أو الصناعية، باختلاف طبيعتها ومضمونها[3]، حيث جاءت بعضها عامة لحماية كلّ عناصر الملكية الفكرية، أمّا الاتفاقيات الأخرى وجهت خصيصًا لحماية أحد الحقوق بصفة خاصّة.

وقد صادقت الجزائر على اتفاقيات دولية كثيرة تجعل منها من الدول المستقبلة للتنظيم الدولي للحقوق الفكرية (أولا) غير أنه استقبال محدود يظهر من خلال بعض الاتفاقيات غير المصادق عليها (ثانيا).

أولا – الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر في مجال حقوق الملكية الفكرية:

1 – اتفاقية باريس المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية:

تعتبر اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية التي وضعت بتاريخ 20 مارس 1883 أوّل اتفاقية دولية تنظم حقوق الملكية الصناعية والتجارية على المستوى الدولي، دخلت حيز النفاذ بتاريخ 7 جوان 1884، وقد كانت في تلك الفترة بمثابة المظلة الدولية

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح، محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 7.

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 172.

3 – إن الاختلاف المقصود يمس الحق المحمي سواء كان العلامة أو الرسوم أو النماذج الصناعية أو براءة الاختراع أو تسمية المنشأ دون أن يمس مضمون الحماية، لأن معظم الاتفاقيات تبنت نظامًا قانونيًا دوليًا، ووحدت مبادئ الحماية لدرجة انعكاس أثرها على القوانين الداخلية.

– عبد الكريم محسن، المرجع نفسه، ص 161.

لحماية الحقوق الفكرية على وجه العموم والحقوق الصناعية على وجه الخصوص[1]، حيث تطبق أحكامها على كلّ عناصر الملكية الصناعية والتجارية بأوسع معانيها، بما في ذلك الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية ونماذج المنفعة والعلامات الصناعية والتجارية وعلامات الخدمة والأسماء والبيانات الجغرافية وقمع المنافسة غير المشروعة[2]، كما لا يقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بمعناها الحرفي، وإنّما تطبق كذلك على الصناعات الزراعية والاستخراجية وعلى جميع المنتجات[3].

وقد استكملت هذه الاتفاقية بموجب بروتوكول تفسيري أبرم في مدريد سنة 1891، وأعيد النظر فيها في بروكسل سنة 1900 ثمّ في واشنطن سنة 1911 وفي لاهاي عام 1925 وفي لندن سنة 1934 وفي لشبونة سنة 1958، وفي استوكهولم سنة 1967، وتمّ تعديلها سنة 1979.

وهي الركيزة الأساسية لحماية حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة[4]، بحيث وضعت الأسس القانونية لتوحيد المعاملة بين رعايا الدول المختلفة في شأن التعامل على الحقوق الفكرية[5]، وقد جاءت اتفاقية تريبس على نهجها، بحيث أحالت في عدّة حالات إلى أحكام اتفاقية باريس[6]. وقد كانت أولى اهتماماتها إنشاء اتحاد لحماية الملكية الصناعية مشكلا من الدول التي تسري عليها هذه الاتفاقية[7].

انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66-48 المؤرخ في 25 فيفري 1966[8]، ثمّ بموجب الأمر رقم 75-02 المؤرخ في 9 جانفي 1975 وذلك بعد تعديلها[9].

---

1 - صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 133.

2 - TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 429.

3 - المادة 3/1 من اتفاقية باريس، مرجع سابق.

4 - « ***La convention de Paris de 1883, comporte deux types de règles, celle du droit international privé résoluant les problèmes de conflits de lois ou de juridiction et la condition des étrangers et celles dites matérielles constituant le droit conventionnel*** ».
-TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 429.

5 - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 193.

6 - عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 14.

7 - الطيب زيروتي، مرجع سابق، ص 46.

8 - أمر رقم 66-48 مؤرخ في 25 فيفري 1966، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883، ج ر عدد 16، مؤرخة في 1966/02/25.

9 - أمر رقم 75-02 مؤرخ في 9 جانفي 1975، يتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 (المعدلة)، مرجع سابق.

2 – الاتفاقيات المصادق عليها في مجال براءة الاختراع:

أ – اتفاقية واشنطن المتعلقة بالبراءات :

أبرمت اتفاقية واشنطن المتعلقة بالبراءات بتاريخ 19 جوان 1970 ، من أجل التعاون الدولي في كلّ المسائل المتعلقة بالبراءات[1]، وتسمى : " Patent cooperation treaty P.C.T" وقد أبرمت هذه الاتفاقية لسببين رئيسيين الأوّل يتعلّق برغبة الدول في تفادي التسجيلات المتعددة في الدول المختلفة في الوقت نفسه للاختراع نفسه المراد تحصينه بموجب البراءة وحمايته في أكثر من دولة دون دولة المنشأ[2]. والثاني كان من أجل تقديم المساعدة التقنية والفنية المتخصصة للدول النامية التي لا تملك الإمكانيات والقدرات اللازمة لقيامها شخصيًا بالفحص المسبق لطلبات تسجيل الاختراعات المقدمة من مخترعين تابعين للدول الصناعية المتقدمة[3]. وخصوصًا إذا كانت المسألة تدخل في إطار شركات الاستثمار الدولية.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ هذه الاتفاقية جاءت مكملة لاتفاقية اتحاد باريس[4]، لأنها تحاول إعطاء المخترعين حماية واسعة النطاق وخصوصًا بخلق فكرة مركزية الإيداعات والتي تتحقق بجعل الإيداع الدولي كافي ومستبعد للإيداعات الفردية التي يقدمها صاحب الاختراع في الدول المختلفة التي يرغب في حماية اختراعه فيها، وهي في هذا الصدد اتفاقية بالغة الأهمية من وجهة نظر الاقتصاديين والمستثمرين الأجانب أصحاب المشاريع التي لها فروع في أكثر من دولة.

كما تسمح الاتفاقية بإجراء عملية واحدة يتمّ فيها البحث الدولي[5] من أجل إعداد "الإشعار الوثائقي" أو "L'avis documentaire" الخاص بشرط الجدة وشرط النشاط

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 199.

2 – « ***Les Etats ont voulu éviter les examens multiples dans plusieurs pays à la fois, En effet sans le traité, chacun des organismes de propriété industrielle doit recevoir un dépôt et effectuer en parallèle un examen de la brevetabilité plus ou moins approfondi d'ailleurs*** ».
- TRAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 441.

3 – Idem.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 200.

5 – تقوم بعملية البحث الدولي إدارة واشنطن أو طوكيو أو موسكو أو لاهاي، وعلى الصعيد الأوروبي الهيئة المكلفة بالبحث الدولي هو الديوان الأوروبي للبراءات الذي له مكتب في مدينة لاهاي.
– فرحة زراوي صالح، المرجع نفسه، ص 201.

ألاختراعي قصد إرساله إلى الدول المعنية بالأمر[1]. وقد تمّ تعديلها مرتين، في سنة 1979 وفي سنة 1984، و قد صادقت عليها الجزائر بتاريخ 15 أفريل 1999 [2].

ب – اتفاقية سترازبرج المتعلقة بوضع نظام دولي لتصنيف براءات:

تضمنت اتفاقية سترازبرج المؤرخة في 24 مارس 1971 على غرار الاتفاقيات السابقة لها في نفس المجال[3]، وضع نظام دولي لتصنيف براءات الاختراع المسماة بـــ "Classification Internationale des Brevets" أو C.I.B.وترتكز هذه الاتفاقية بالدرجة الأولى على المزايا التي يمنحها التصنيف الدولي، حيث يساهم بصورة إيجابية على الصعيد الدولي في تحقيق البحوث التي تثبت أسبقية الاختراع.

وبانضمام الدول إلى هذه الاتفاقية وتطبيقًا لأحكامها تشارك في تحسين التصنيف الدولي لبراءات الاختراع، وذلك عن طريق فرض واجب تطبيق رموز هذا التصنيف على كافة الوثائق الخاصّة بالبراءة ونشرها حسب الأصول.

جـــ – اتفاقية ميونيخ المتعلقة بإنشاء البراءة الأوروبية:

لقد تضمنت اتفاقية ميونيخ المؤرخة في 15 أكتوبر 1973 محاولات إيجابية بالمقارنة مع السابقة لها بحيث تهدف إلى جعل براءة الاختراع ما فوق الوطنية[4]. وذلك بإنشاء براءة أوروبية "Brevet européen" تسلم من هيئة واحدة تسمى بالديوان الأوروبي للبراءات أي " Office des Brevets Européens" الذي مقرّه بميونيخ ومكتبه في مدينة لاهاي.

---

1 – للمزيد من التفاصيل، انظر:

TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 442.

2 – صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99–92 المؤرخ في 15 أفريل 1999، المتضمن المصادقة على اتفاق التعاون بشأن البراءات الموقعة في واشنطن بتاريخ 19 جوان 1970، والمعدلة في 28 سبتمبر 1979 وفي 3 فيفري 1984، مرجع سابق.

3 – أبرمت ثلاث اتفاقات دولية تحت مظلة المجلس الأوروبي، وهي:

– اتفاقية سترازبورج الأولى المبرمة في 11 ديسمبر 1953 المتعلقة بتبسيط وتوحيد إجراءات الإيداع.

– اتفاقية سترازبورج الثانية المبرمة في 19 ديسمبر 1954 المتعلقة بالتصنيف الدولي لبراءات الاختراع.

– اتفاقية سترازبورج الثالثة المبرمة في 27 نوفمبر 1963 المتعلقة بتوحيد قانون براءة الاختراع.

فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 195.

4 – المرجع نفسه، ص196.

وتنص هذه الاتفاقية على نظام مركزي لطلب براءات الاختراع، بحيث يكون الحق في إيداع هذه الطلبات محتكر من دول الجماعة الأوروبية، وقد استمدت شروط قابلية الاختراع للبراءة من اتفاقية ستراسبورغ المؤرخة في 27 نوفمبر 1963، أما إجراءات الطلب والتسليم مستمدة من معاهدة واشنطن[1].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنّ الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي هي دول أعضاء في اتفاقية ميونيخ الموجهة لدول الجماعة الأوروبية بصورة تلقائية، وما دامت الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على علاقات وطيدة تجارية اقتصادية وصناعية من بينها الجزائر التي تربطها بالاتحاد الأوروبي علاقات اقتصادية في إطار اتفاق الشراكة الأورو-جزائري، فهي في حاجة إلى تأطير العلاقات التي تجمع بينها وبين هذه الدول في المجالات المتعلقة ببراءات الاختراع وخصوصًا بتوحيد البراءة وإجراءات منحها في إطار هذه الاتفاقية.

3 – الاتفاقيات المصادق عليها في مجال العلامات التجارية:

أ – اتفاق مدريد المتضمن التسجيل الدولي للعلامات:

يتضمن اتفاق مدريد المبرم في 14 أفريل 1891 التسجيل الدولي للعلامات، أهدافه لا تعلو أن تكون مجرّد الرغبة في تسهيل إجراءات التسجيل للعلامات على المستوى الدولي أو خارج نطاق دولة المنشأ، دون أن يكون له أي تأثير في طابع العلامة بحيث لا تصبح العلامة من خلال هذا الاتفاق علامة دولية، ولا يكيّف التسجيل من خلاله كتسجيل ما فوق الوطني[2].

وقد تمّ تعديل هذه الاتفاقية في بروكسل عام 1900، في واشنطن عام 1911، وفي لاهاي عام 1925، وفي لندن عام 1934، وفي نيس عام 1957، وفي ستوكهولم عام 1967 ثمّ في عام 1979[3].

---

1 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 443.

2 – ***« l'intitulé de l'arrangement est un peu trompeur car il n'y a pas véritablement un enregistrement supranational. Les Etats peuvent en effet refuser dans une certaine mesures, de donner effet à l'enregistrement international. L'arrangement de Madrid ne crée pas une marque international*** ».

- TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 436.
- Voir aussi : MARX Bernard, op. cit., p. 22.

3 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 125.

ومن خلال هذا الاتفاق يتم التسجيل الدولي على مستوى المكتب الدولي للويبو الذي يقع مقرّه بجنيف[1].

وقد انضمت إليه الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرخ في 22 مارس 1972[2].

ب – برتوكول اتفاق مدريد المتعلق بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية:

وقد تضمن هذا البرتوكول المؤرخ في 28 جوان 1989 تعديل لاتفاق مدريد المتعلق بالتسجيل الدولي للعلامات التجارية [3]، وقد تمّ اعتماده بهدف حلّ الصعوبات التي واجهت عملية التسجيل الدولي للعلامات الواردة في اتفاق مدريد من جهة، وللتوسيع من نطاق الحماية الدولية للعلامات التجارية، لأنها تمتد إلى الدول الموقعة عليه، حتّى وإن لم تكن عضوة في اتفاق مدريد لاعتبارها أعضاءً في الاتحاد بمجرد التوقيع على البرتوكول[4] من جهة ثانية. والجزائر عضوة في هذه الاتفاقية لأنها عضوة في اتفاق مدريد الأصلي.

جـــ – اتفاق نيس المتضمن التصنيف الدولي للبضائع والخدمات:

يتضمن اتفاق نيس المبرم في 15 جوان 1957 التصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات، أو الذي يعتبره البعض اتفاق التصنيف الدولي للعلامات[5].

وهو اتفاق يشبه إلى حد بعيد اتفاق مدريد من حيث الخصوصية، حيث يتضمن تحقيقا لأهدافه المتمثلة في تصنيف العلامات دوليًا، قائمة من أصناف السلع ذات 34 صنف وقائمة أخرى لأصناف الخدمات ذات 8 أصناف، وقائمة بالترتيب الأبجدي " Une liste par ordre alphabétique" لهذه السلع والخدمات. غير أنه ترك التفاصيل المتعلقة بالتصنيف للتشريعات الوطنية للدولة المطلوب فيها الحماية. حيث أنه يتم اختيار صنف السلعة أو الخدمة من طرف

---

1 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 19.

2 – أمر رقم 72-10 مؤرخ في 22 مارس 1972 يتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية المبرمة في مدريد بتاريخ 14 أفريل 1891 والمتعلقة بالتسجيل الدولي للعلامات والتي أعيد النظر فيها في استوكهولم، بتاريخ 14 جويلية 1967، ج ر عدد 32، مؤرخة في 21 أفريل 1972.

3 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 22.

4 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 436.

- Voir aussi: MARX Bernard, op. cit, p. 22.

5 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 22.

– صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 125.

الهيئات المختصة بالملكية الصناعية[1]. وقد انضمت إليه الجزائر سنة 1972 بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرخ في 22 مارس 1972[2].

د – اتفاق فينا المتضمن التصنيف الدولي للعناصر المميزة للعلامات :

يتضمن اتفاق فيّنا المبرم في 12 جوان 1973 التصنيف الدولي للعناصر المميزة للعلامات، وهو اتفاق ذو خصوصية بالنظر إلى مضمونه وأهدافه، بحيث قام بوضع طابع جديد للتصنيف حدد فيه قرابة 23 فئة : Catégories، و144 قسم: Divisions، وحوالي 1569 : Sections---.

وقد تمّ إبرامه بالتاريخ نفسه الذي تمّ فيه إبرام اتفاقية فيّنا للتسجيل الدولي للعلامات المسمى بـــ Trademark Registration Treaty (T.R.T)، الذي يقضي بوضع نظام دولي ذو طابع خاص في ما يخص التسجيل، حيث يسمح بالقيام بالتسجيل الدولي مباشرة أمام جهاز دولي وسيط دون إلزامية مباشرة ذلك التسجيل على المستوى الوطني[3]. وقد تمّ تعديله مرّة واحدة عام 1985.

هـــ – التوصية المشتركة لحماية العلامات الشائعة الشهرة:

لقد تمّ اعتماد التوصية المشتركة بشأن الأحكام المتعلقة بحماية العلامات الشائعة الشهرة من طرف جمعية اتحاد باريس لحماية الملكية الصناعية، والجمعية العامة للمنظمة العامة للملكية الفكرية في الفترة ما بين 20-29 سبتمبر 1999.

تتضمن هذه التوصية تحديد العلامات الشائعة الشهرة ونطاق حمايتها دوليًا. وتنص بصرامة على الآليات القانونية المكرسة لحمايتها ضد كلّ المنازعات وخصوصًا تلك المتعلقة بسوء النية[4]. والجزائر عضوة في التوصية ما دامت عضوة في اتحاد باريس من جهة، وفي الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية من جهة ثانية.

---

1 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 438.

2 – أمر رقم 72-10، مرجع سابق.

3 – « ***Le T.R.T Met en place un système d'enregistrement international directement effectué auprès d'un organisme d'enregistrement ad-hoc, sans obligation de dépôt national préalable*** ».
- TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 439.

4 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 23.

و – معاهدة النيروبي بشأن حماية الرمز الأولمبي:

أبرمت معاهدة النيروبي بتاريخ 26 سبتمبر 1981، بهدف منح الحماية القانونية للرمز الأولمبي على المستوى الدولي وذلك من كلّ استعمال لأغراض تجارية دون الحصول على التصريح أو السماح من طرف اللجنة الدولية الأولمبية، وقد نصّت الاتفاقية في المادة الأولى منها على أنه: « ***تلتزم كلّ دولة طرف في هذه المعاهدة برفض أي إشارة تتكون من الرمز الأولمبي أو تتضمن ذلك الرمز كما هو محدد في ميثاق اللجنة الدولية الأولمبية، أو تلزم بإلغاء تسجيل تلك الإشارة كعلامة وتتخذ التدابير المناسبة لحظر استعمالها كعلامة أو إشارة أخرى للأغراض التجارية، إلّا بتصريح من اللجنة الدولية الأولمبية*** ».

حيث يتكوّن الرمز الأولمبي وفق اتفاقية نيروبي من خمس حلقات متشابكة زرقاء وصفراء وسوداء وحمراء وموضوعة حسب هذا الترتيب من اليسار إلى اليمين.

انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 84–85 المؤرخ في 21 أفريل 1984[1]، وبذلك أصبحت ملزمة بمنح هذا الرمز الحماية القانونية حسب الشروط والقواعد المحددة في الاتفاقية.

4 – الاتفاقيات المصادق عليها في مجال النماذج الصناعية:

أ – اتفاق لاهاي المتضمن الإيداع الدولي للنماذج الصناعية:

لقد تمّ إبرام الاتفاق المتضمن الإيداع الدولي للنماذج الصناعية بتاريخ 6 نوفمبر 1925 بمدينة لاهاي، وعدّل عدّة مرات، في لندن سنة 1934 في لاهاي سنة 1960.

وقد استكمل بملحق موناكو لسنة 1962 وبصيغة ستوكهولم التكميلية سنة 1967 وببرتوكول جنيف لعام 1975، ثمّ عدّل عام 1979.

ومن بين أهدافه تبسيط وتسهيل كلّ الإجراءات المتبعة للقيام بعملية التسجيل الدولي للنماذج الصناعية، وخصوصًا تلك المتعلقة بتوحيد الإيداع، على أساس أنّ الإيداع الدولي يكفي ويعوض الإيداعات المتعددة الوطنية على مستوى كلّ دولة يراد طلب الحماية فيها[2].

1 – مرسوم رقم 84–85 مؤرخ في 21 أفريل 1984، يتعلق بانضمام الجزائر إلى معاهدة نيروبي بشأن حماية الرمز الأولمبي المعتمدة في النيروبي في 26 سبتمبر 1981، ج.ر عدد 17، مؤرخة في 24 أفريل 1984.

2 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 439.

ولما كان هذا الاتفاق مجرّد تعديل لاتفاقية باريس المبرمة سنة 1883، فإنّ الجزائر أيضًا عضوة فيه[1].

ب – اتفاق لوكارنو المنشئ للتصنيف الدولي للنماذج الصناعية:

لقد تمّ إبرام اتفاق لوكارنو المنشئ للتصنيف الدولي للنماذج الصناعية بتاريخ 8 أكتوبر 1968، عدّل مرّة واحدة سنة 1979.

تكريسا لأهدافه وضع أصناف كثيرة للنماذج الصناعية، مقسمة بدورها إلى أقسام فرعية، يعتمد عليها عند تسجيل كلّ نموذج صناعي أمام المكتب الدولي للتسجيل.

وقد كيّف على أنه اتفاق ذو خصوصية بمفهوم اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 1883.

جـ – صياغة جنيف لاتفاق لاهاي المتضمن الإيداع الدولي للنماذج الصناعية:

لقد تمّ إدراج صياغة لاتفاق لاهاي المتضمن الإيداع الدولي للنماذج الصناعية المبرمة سنة 1925 بجنيف في سنة 1999 يتضمن التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية. هدفه وضع القواعد التفصيلية لمسألة التسجيل الدولي لكلّ من الرسوم والنماذج الصناعية، على إقليم كلّ دولة من دول الاتحاد، والجزائر باعتبارها دولة من دول الاتحاد بحكم عضويتها في اتفاقية باريس وباعتبارها عضوة في اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 1925/11/06، فهي بذلك عضوة في صياغة جنيف المبرمة سنة 1999.

5 – الاتفاقيات المصادق عليها في مجال دلالات المنشأ والمصدر:

أ – اتفاق مدريد المتضمن تجريم وقمع البيانات الخاطئة أو المضلّلة عن منشأ:

لقد تمّ إبرام اتفاق مدريد بتاريخ 15 جويلية 1891 لتجريم وقمع البيانات الخاطئة أو المضلّلة عن منشأ أو مصدر البضائع. وقد تمّ مراجعته في واشنطن سنة 1911، ثمّ في لاهاي عام 1925، ثمّ بلندن عام 1934 وعليه في لشبونة عام 1958. وقد ألحقت به وثيقة ستوكهولم سنة 1967.

وقد انضمت إليه الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10 المؤرخ في 22 مارس 1972 الذي يتضمن الانضمام إلى اتفاقية مدريد المؤرخة في 14 أفريل 1891 والمتعلقة بقمع

1 – تقول فرحة زراوي صالح في هذا الصدد ما يلي: « ***إنّ الجزائر انضمت إلى كافة هذه الاتفاقيات التي تعد تعديلات لاتفاقية باريس الدولية*** »، مرجع سابق، ص 412.

البيانات الكاذبة للمنشأ أو المزورة على المنتجات، وكذلك العقد الإضافي المبرم في استوكهولم بتاريخ 14 جويلية 1967[1].

وتهدف هذه الاتفاقية من خلال القواعد التي تضمنتها إلى تحقيق الائتمان في التجارة الدولية وحماية بيانات المصدر[2].

ب – اتفاقية لشبونة المتضمنة الاعتراف بمفهوم تسميات المنشأ:

تهدف اتفاقية لشبونة المبرمة بتاريخ 31 أكتوبر 1958 إلى الاعتراف بمفهوم تسميات المنشأ على الصعيد الدولي، باعتباره مصطلح مختلف وفق هذه الاتفاقية عن مصطلح بيانات المصدر.

وقد أبرمت هذه الاتفاقية لضمان منح الحماية القانونية الدولية للتسميات الأصلية للمنشأ وللتأكيد على الحق في مباشرة إجراءات تسجيلها دوليا.

تبنت هذه الاتفاقية بصفة خاصّة بعض المبادئ العامّة التي من شأنها تحقيق التوحيد الدولي، وقد نصّت المادة 2/1 منها على أنّ الدول المتعاقدة تتعهد بأن تحمي فوق ترابها الوطني تسميات المنشأ لمنتجات دول الاتحاد الخاص، إذا كانت معترف بها في بلاد المنشأ وكانت على هذا الأساس محمية فيه، بالإضافة إلى أنه يجب أن يتم تسجيلها لدى مكتب الاتحاد لحماية الملكية الصناعية مشروطًا بحصولها على الحماية على الصعيد الوطني[3].

وقد انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 72–10 المؤرخ في 22 مارس 1972[4].

ثانيا – الاتفاقيات الدولية التي لم تصادق الجزائر عليها:

يتلخص ويرتكز التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية بكلّ أصنافها في الأساس، على المعاهدات والاتفاقيات الدولية ومدى انضمام الدول إليها ومدى قبول تنفيذها دون تراخي[5]، بحيث يتوقف الاستقبال الدولي لأي دولة كانت للتنظيم الدولي للحماية

1 – أمر رقم 72–10، مرجع سابق.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 411.

3 – المرجع نفسه، ص 414.

4 – انضمت الجزائر إلى الاتفاقية المبرمة في لشبونة والمتعلقة بحماية التسميات الأصلية والتسجيل الدولي لها بتاريخ 14 جويلية 1967، بموجب الأمر رقم 72–10، مرجع سابق.

5 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 8.

القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية على مدى انضمامها إلى كلّ هذه الاتفاقيات مادامت تشكّل كلاً متكاملاً، وأهمها اتفاقية باريس باعتبارها الركيزة الأساسية لحقوق الملكية الفكرية ومصدر نشأة الحماية أصلا، واتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة أي تريبس باعتبارها أحدث الاتفاقيات واشملها من خلال تضمنها أحكامًا وعناصر جديدة لحماية الحقوق الفكرية لم ترد قبل نشأة المنظمة العالمية للملكية الفكرية، واتفاقيات أخرى ذات أهمية بالغة، تناولت كل منها حقا معينا وأدرجت ضمنها تنظيمه بصفة تفصيلية.

إنّ تأخر الدولة الجزائرية عن الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة والاتفاق المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية على وجه الخصوص، جعل الكثير من المستثمرين الأجانب والمهتمين بحماية حقوقهم المعنوية على الإقليم الجزائري ينتقدون النظام القانوني المكرّس لحماية هذه الحقوق بالناقص والمقصّر وغير الكامل[1]، ويعتبرون استقبالها للنظام الدولي محدودًا وغير محفّز لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية التي تطمح إليها الجزائر، فلا شك أن تطبيق اتفاقية تريبس مع استمرار ونفاذ الاتفاقيات الدولية السابقة لها في مجال الملكية الفكرية بصفة عامة والصناعية بصفة خاصّة هو الذي يجعل الدولة تمنح وضعية مريحة للمستثمر الأجنبي، لأنها قانونيًا ستكون قد استقبلت النظام القانوني الدولي للحقوق الفكرية كاملا[2].

1 – اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية:

يشكّل اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "Trips" الملحق رقم (1 – جـــ) من اتفاقية المنظمة العالمية للتجارة، وقد وقّع عليها بمراكش بتاريخ 15 أفريل 1994، بدأ سريانها في 1 جانفي 1995، وهو اتفاق يتسم بالطابع الإلزامي بحيث يرفض للدول عند الانضمام إليه تقديم أي نوع من أنواع التحفظات[3].

---

1 – إنّ انضمام الجزائر إلى اتفاقية باريس واتفاقية واشنطن واتفاقية برن للمصنفات الأدبية واتفاقية روما لحماية منتجي التسجيلات الصوتية والهيئات الإذاعية ومعاهدة الملكية الفكرية للدوائر المتكاملة لا يغني عن الانضمام إلى اتفاقية تريبس، لأن هذه الأخيرة لا تلغي أحكام هذه الاتفاقيات ولا تحل محلها بل تكمل وتعزز وجودها.
– جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 15.

2 – تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ الجزائر لم تصادق على اتفاقيات كثيرة مهمة على وجه العموم، وإن لم تكن لها علاقة بموضوع البحث، منها الاتفاقية المبرمة في بروكسل سنة 1974 الخاصّة بتوزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر الأقمار الصناعية، واتفاقية فيّنا لسنة 1973 والمعدلة سنة 1985 الخاصّة بالتصنيف الدولي للعناصر التصويرية للعلامات.
– انظر: طيب زروتي، مرجع سابق، ص 5.

3 – غير أنه تستطيع الدول النامية أو الأقل نموّا، طلب الإعفاء من الالتزامات التي تثقل كاهلها استنادًا إلى المادة 9 من اتفاق إنشاء المنظمة العالمية للتجارة.

هدفها حماية حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، وأهم ما تضمنته هو منح الدول الأعضاء الحقّ في وضع القوانين واتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة بمواجهة التعسف في مجال الحقوق المتعلقة بالملكية الصناعية بكلّ عناصرها[1]. وقد تضمنت هذه الاتفاقيات عدّة عناصر جديدة للحماية باعتبارها أحدث الاتفاقيات في مجال الحقوق الفكرية، بحيث حاولت الإلمام نوعًا ما بالجوانب الأكثر أهمية لضمان عدم تأثير سوء تنظيم حقوق الملكية الصناعية على التجارة الدولية. لم تنضم إليها الجزائر لحدّ الآن، بسبب عدم استجابتها للمطالب المتعلقة بتعديل التشريع الوطني بما يساير مبادئ الاتفاقية وقواعدها.

ولم يتعلق امتناع الدولة الجزائرية عن الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة الدولية في بداية الأمر بتخوفها من مضمون اتفاقية تريبس أو اتفاق حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بجوانب التجارة، بل من الآثار السلبية المتوقعة عن الاتفاقيات الأخرى على تجارتها واقتصادها الوطني كالاتفاق المتعلق بالسلع والخدمات[2]، والقواعد الدولية المنظمة لحركية التجارة الدولية التي يتم السيطرة عليها من الدول المتقدمة الصناعية على حساب الدول النامية كالجزائر[3].

أمّا حاليا وقد أصبح انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة حتمية لا خيار، بسبب الضغوط الممارسة عليها من شركات الاستثمار الدولية بالدرجة الأولى، فالانضمام يجد عقبات ويؤجّل في كلّ مرّة لعدم استكمال الدولة للترتيبات اللازمة ولعدم إتمام إصدار الترسانة القانونية المطلوبة، والتي فرضت عليها كشروط يتوقف عليها الانضمام من جهة أولى، وبسبب ضعف إمكانيات الدولة في مجال المفاوضات لكونها الطرف الضعيف من جهة ثانية[4]. غير أنّنا نتوقع انضمامها إلى المنظمة في وقت قريب جدًا.

---

1 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 163.

2 – عاطف السيد، مرجع سابق، ص 253.

3 – إنّ الآثار السلبية التي تنجم عن الانضمام تتمثل في ضعف العائد الاقتصادي خصوصًا بسبب ما تطلبه منظمة التجارة الدولية من إجراءات لتحرير التجارة والقيود التي تفرضها في ذلك، كانتهاج السياسات التي ترمي إلى إلغاء كلّ أشكال التمييز في التجارة الدولية، بالأسلوب الإلزامي لا الاختياري.

4 – المنظمة اختارت أسلوب المفاوضات الأحادي، حيث تتفاوض مع كلّ دولة على حدى، لإفقادها القوة في مجال المفاوضات للسيطرة على زمام القرارات.

– صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 159.

2 – اتفاقية بودابست المبرمة للإعتراف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة:

لقد تضمنت اتفاقية بودابست المبرمة في 28 أفريل 1977 الاعتراف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة لأغراض تقديم البراءات[1]، وذلك بعد أن أصبحت مسألة إدراج تجارب وأبحاث العلماء في ميدان الأجناس المتعلقة بالحيوانات والنباتات وكذا العضويات المجهرية "Les micro-organismes"، وحتّى الإنسان على وجه الخصوص، في مجال الجينات ضمن الاختراعات التي يجدر أن تكون محمية بالبراءة.

إنّ حماية الحاصلات النباتية "Les obtentions végétales" تحققت بناءً على اتفاقية باريس المؤرخة في 02 ديسمبر 1961، والتي سمحت بإنشاء اتحاد خاص مركزه بجنيف تتكلّف بتسييره المنظمة العالمية للملكية الفكرية[2].

لم تصادق عليها الجزائر، بل ونصت على أحكام تخالف مضمونها، من خلال نصّ المادة 1/8 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع، حيث نصّت على أنه: « ***لا يمكن الحصول على براءات اختراع بموجب هذا الأمر لما يأتي:***

1 – الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نباتات أو حيوانات »[3].

وما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنّه إذا انضمت الجزائر إلى اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بجوانب التجارة، فستكون مجبرة على الانضمام كذلك إلى اتفاقية بودابست، لأن أحكام اتفاقية تريبس تفرض على الدول الأعضاء في إطار التزاماتها، الالتزام بمنح أصناف النباتات على سبيل المثال الحماية القانونية بموجب قانون خاص بها أو بموجب قانون البراءات أو حتّى بموجب قانون يمزج بين أحكام الاثنين[4].

3 – اتفاقية لكسمبورغ المتضمنة إنشاء بـــراءة أوروبيـــة وحيدة:

أبرمـــت اتفاقية لكسومبورغ بتاريـــخ 15 ديسمبر 1975 تهدف إلى إنشاء بـــراءة وحيدة لصالح دول الجماعة الاقتصادية الأوروبيـــة، أي الاتحاد الأوروبي حاليًا، والمسمى

1 – صادقت عليها بعض الدول، مثل فرنسا بموجب القانون رقم 67-1184 المؤرخ في 28 ديسمبر 1967.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 202.

3 – أمر رقم 03-07، مرجع سابق.

4 – هذا ما نصت عليه المادة 3/27 من اتفاقية تريبس.

"Le brevet communautaire"، ومما لاشك فيه أنّ هذه البراءة الأوروبية خاضعة لنفس النظام القانوني في كافة دول الجماعة الأوروبية.

وتتميز اتفاقية لكسمبورغ عن اتفاقية ميونيخ بكون هذه الأخيرة تنص على تسليم براءة ذات فعالية في كافة الدول المنظمة إليها شريطة أن تكون القوانين الوطنية التابعة لهذه الدول قد احترمت[1]، والمقصود من هذه الدول كلّ الدول المشكلة للاتحاد الأوروبي، بينما اتفاقية لوكسمبورغ فتقضي بواجب إخضاع "براءة الجماعة الأوروبية" لنظام مشترك.

وفي إطار هذه الاتفاقية تكون الهيئة المكلفة بتسليم براءات الاختراع هي الديوان الأوروبي للبراءات[2].

وقد تمّ تعديل وتكميل هذه الاتفاقية بناءً على الاتفاق المبرم بتاريخ 15 ديسمبر 1989.

كما تمّ إنشاء محكمة استئناف مشتركة للبت في القضايا المتعلقة "ببراءة الجماعة" وهي:" Common patent appeal court" أو " La cour d'appel communautaire" غير أنه ولأسباب عديد لم تدخل هذه الاتفاقية حيز النفاذ، الأمر الذي يجعل مسألة انضمام الدول إليها غير مستعجلة، وعليه أصبح على عاتق كلّ الدول المعنية بالاتفاقية من الدول الأوروبية أو الدول المشكلة للاتحاد الأوروبي كالجزائر، الالتزام بتعديل تشريعاتها الوطنية وتكييفها حسب أحكام هذه الاتفاقية، وكلّ الدول التي تتعامل مع دول الاتحاد الأوروبي، لتكون التعاملات التي لها علاقة بحقوق الملكية الفكرية مؤطرة من خلال هذه الاتفاقية.

الفرع الثاني

تبني إجراءات التسجيل الدولي

يتحصل المستثمر الأجنبي وكلّ شخص صاحب حقّ معنوي على الحماية الدولية منتجًا كان أو صانعًا أو مخترعًا، تطبيقًا لأحكام اتفاقية باريس التي صادقت عليها الجزائر، والتي تحولت بموجبها إلى دولة اتحادية "Etat unioniste"، وبموجب الاتفاقيات الدولية الأخرى المتصلة بحقوق الملكية الفكرية، وتمتد هذه الحماية إلى كلّ دولة من الدول المشكلة للاتحاد بصفة تلقائية أو إلى أي دولة أخرى يطلب صاحب الحق الحماية على إقليمها.

---

1 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 443.

2 – للمزيد من التفاصيل حول البراءة الأوروبية انظر:

- COHEN Denis, Le droit des dessins et modèles, 2ème édition, Economica, Paris, 2004, pp. 346 – 351.

وقد نصّت القواعد والأحكام الواردة في معاهدة لاهاي ولائحتها التنفيذية المتعلقة بالإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية المبرمة في لندن سنة 1925 والمعدلة في جوان 1934، في المادة الأولى منها على وجه الخصوص، على أنه أجازت لرعايا كلّ دولة من الدول المتعاقدة أن يكفلوا لدى الدول الأخرى المتعاقدة حماية رسومهم ونماذجهم الصناعية بإيداع دولي لدى المكتب الدولي لحماية الملكية الصناعية المتواجد في برن بسويسرا[1].

حيث يعتبر هذا المكتب أمانة المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو"[2]، وأمانة كلّ الاتحادات[3] التي أسستها اتفاقية باريس وبرن وباقي الاتفاقيات الخاصّة كمعاهدة التعاون بشأن البراءات واتفاق مدريد ولشبونة ولاهاي وسترازبورغ المتعلق بالتصنيف الدولي للبراءات، واتفاق نيس ولوكارنو واتفاق فيّنا ومعاهدة بودابست[4]، وذلك تحت إشراف الدول الأعضاء مجتمعة. حيث يتمتع المكتب الدولي في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية وباقي الاتفاقيات المتصلة بحقوق الملكية الفكرية بصلاحيات واسعة (أوّلاً)، تشمل دورها في مباشرة إجراءات التسجيل الدولي لضمان منح الحماية الدولية في الدول المطلوب الحماية فيها بكلّ فعالية (ثانيا).

أولا – اختصاصات المكتب الدولي في مجال حقوق الملكية الصناعية:

نظرًا لكون المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية أمانة مختلف الهيئات الرئاسية للويبو وللاتحادات الأخرى، يقوم بناءً على هذا المركز القانوني الذي يتمتع به بإعداد كلّ اجتماعات الهيئات الرئاسية وتنظيمها، مع تحضير كلّ التقارير والوثائق اللازمة لذلك، كما يسهر على تبليغ القرارات الصادرة عنها لكل من يعنيه الأمر، وعلى تنفيذها إذا

---

1 – نصّت المادة 15/1/أ من اتفاقية باريس على أنه: « ***يمارس المكتب الدولي المهام الإدارية الخاصّة بالاتحاد، ويعتبر المكتب الدولي امتدادًا لمكتب الاتحاد المتحد مع مكتب الاتحاد الذي أنشأته الاتفاقية الدولية لحماية المصنفات الأدبية والفنية*** ».

– نقلا عن محمد حسنين، مرجع سابق، ص 414.

2 – المادة 9 من الاتفاقية المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.

3 – تجدر الإشارة إلى أنّ المستثمر الأجنبي يجد ضمانات واسعة من خلال تدخل المكتب الدولي في الإجراءات الإدارية المتعلقة بحقه في الحصول على الحماية الدولية لحقوقه المعنوية.

4 – « ***إنّ الحماية الدولية للملكية الفكرية ازداد قدمها رسوخًا بإنشاء هذه المنظمة العالمية التي جمعت بين الاتحادات*** ».

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 24.

كانت مرتبطة بأعماله. وعلى هذا الأساس يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على أي قرار يتعلق بالحقوق المعنوية مباشرة من المكتب الدولي.

كما يقوم المكتب الدولي بفضل الاتصالات القائمة مع الهيئات الرئاسية المختصة للوبيو وللاتحادات الأخرى وتحت إشرافها، على إعداد المشاريع الجديدة وتنفيذ المشاريع الجارية من أجل تعزيز التعاون الدولي فيما بين الدول الأعضاء في مجال حقوق الملكية الصناعية[1].

كما يضطلع المكتب الدولي بمهمة تجميع مختلف المعلومات المتعلقة بحماية الملكية الفكرية، ويعمل على التنسيق بين معظم طرق الحماية ويبلغها للدول مباشرة مع نشرها في مجلة يصدرها شهريًا بعنوان: "الملكية الصناعية وحق المؤلف"، وأهم ما تتضمنه هذه المجلة هي النصوص القانونية والمعاهدات المبرمة بشأن الملكية الصناعية وحقوق المؤلف[2].

ومن أهم ما يقوم به المكتب الدولي، هو إدارة أربع دوائر للتسجيل الدولي في مجال حقوق الملكية الصناعية بمختلف عناصرها، لضمان حصول الحقوق المطلوب تسجيلها دوليًا على حماية في بلد المنشأ وفي كلّ الدول الأعضاء في الاتحاد. وتتمثل هذه الدوائر فيما يلي:

1 – في مجال البراءات:

تأسست إدارة معاهد التعاون الدولي بشأن البراءات في 1 جوان 1978، تعمل كمكتب يختص بتسلّم ما يودع من طلبات دولية لتسجيل البراءات المسجلة في بلدها الأصلي. تحتفظ في ملفاتها بنسخ رسمية عن كلّ الطلبات الدولية، وتنشرها في كتيبات مطبوعة وفي اسطوانات متراصة ذات ذاكرة للقراءة فقط (CD-Rom).

كما تصدر مجلة أسبوعية عنوانها "PCT Gazette"، وتتكفل بالاتصالات مع مودعي الطلبات الدولية مثل المستثمرين الأجانب ومكاتب البراءات الوطنية والإقليمية التي تودع الطلبات الدولية لديها لتحال إليها في نهاية الأمر من جهة، واتصالات مع الإدارات الدولية

---

1 – تتكون الموارد المالية الرئيسية لميزانية المكتب الدولي من الرسوم التي يدفعها المنتفعون من خدمات دوائر التسجيل الدولي، وتشمل الموارد التي يتمّ تحصيلها من القطاع الخاص بنسبة 80% مثل المساهمات التي يدفعها المستثمرين الأجانب، ومن الاشتراكات التي تدفعها الدول الأعضاء بنسبة 14%، ومن مبيعات منشورات الوبيو والفوائد المحصل عليها بنسبة 6%.

– صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 181.

2 – المرجع نفسه، ص 182.

التي تجري البحث الدولي أو الفحص التمهيدي الدولي للبراءات التي يراد تسجيلها تسجيلا دوليًا.

كما يسهر المكتب الدولي بالتنسيق مع إدارة معاهد التعاون المتعلقة بالبراءات على إعداد وتنظيم اجتماعات اللجان الدولية الحكومية التي تكفل التعاون والتنسيق الفعلي بين مكاتب البراءات والإدارات الدولية لدى تطبيق معاهدة التعاون بشأن البراءات.

2 – في مجال العلامات التجارية:

تأسست دائرة التسجيل الدولي للعلامات التجارية في 1 جانفي 1893، يصدر عنها نشرة رسمية كلّ أسبوعين بعنوان: "Gazette OMPI des marques internationales"، تنشر فيها كلّ المعلومات المتعلقة بكلّ ما يستجد من علامات مسجلة وتجديدات وتعديلات مدخلة على التسجيلات السابقة للعلامات، مثل حوالة العلامة وشطبها والانتقاص من قائمة السلع والخدمات بناءً على نظام مدريد.

ويقوم أيضا بنشر البيانات البيوغرافية والعناصر التصويرية الخاصّة بكلّ التسجيلات الدولية النافذة في أسطوانة متراصة ذات ذاكرة للقراءة فقط.

وتسلم الدائرة المختصة في مجال تسجيل العلامات التجارية عند الطلب مستخرجات من السجل الدولي للعلامات[1].

3 – في مجال الرسوم والنماذج الصناعية:

تأسست دائرة الإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية في 1 جوان 1928، يصدر عنها نشرة شهرية بعنوان "Bulletin des dessins et modèles internationaux" ينشر فيها كلّ الإيداعات الجديدة للرسوم والنماذج الصناعية المراد تسجيلها دوليًا، وكلّ المعلومات والتغيرات المدخلة على الإيداعات السابقة[2].

4 – في مجال تسميات المنشأ:

تأسست دائرة التسجيل الدولي لتسميات المنشأ في 25 سبتمبر 1966، يصدر عن هذه الدائرة نشرة بعنوان: "Les appellations d'origine"، تنشر فيها كل التسجيلات الجديدة

1 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 182.

2 – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

وكلّ المعلومات والمستجدات المحدثة على التسجيلات السابقة لتسميات المنشأ المسجلة دوليًا، تعمل على المحافظة على الوثائق اللازمة للبراءات، وتحسين الانتفاع بمحتوياتها.

كما تتمثل أنشطة الويبو التعاونية أساسًا في إسداء النصح والمشورة وتنظيم التدريب، وتوفير الوثائق والأجهزة والمعدات[1]، عن طريق خبرائها أو في نطاق الاجتماعات الدولية التي ينظمها المكتب الدولي.

ويتم الإشراف على أنشطة التعاون الإنمائي بصفة رسمية من طرف لجنة الويبو الدائمة للتعاون الإنمائي المرتبط بالملكية الصناعية.

ثانيا – إجراءات التسجيل الدولي:

نصّت اتفاقية باريس على أنه يجوز لكلّ دولة عضوة في الاتحاد الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية المشاركة في عضوية اتفاق مدريد الذي أقرّ النظام العام للإيداع الدولي للعلامات التجارية، ومن هنا يجوز لكلّ شخص تابع لإحدى الدول المتعاقدة أو المقيم فيها أو له عمل بها أن يضمن حماية علامته التجارية المسجلة في بلده الأصلي في جميع هذه الدول[2]، وهو إجراء معمّم يطبق على كلّ حق من حقوق الملكية الصناعية كحق ملكية الرسوم والنماذج الصناعية والبراءة والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

حيث يتمّ الإيداع الدولي عن طريق قيام صاحب الحق بتقديم طلب التسجيل الدولي من نسختين على نموذج خاص وضعه المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الذي مقرّه بجنيف، والمتوافر، لدى السلطات الإدارية الوطنية المختصة بمسألة التسجيل على مستوى البلد الذي سبق لمقدم الطلب تسجيل حقه فيه.

بالنسبة للحقوق المراد حمايتها خارج إقليم الجزائر مثلا، فالطلب يقدّم من المعني بالأمر إلى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، والذي يحيله بدوره إلى المكتب الدولي للويبو، ليقوم بقيد العلامة في السجل الدولي المخصص لذلك، وإخطار الدول المتعاقدة التي يرغب مودع الطلب في حماية حقه المسجل في بلده الأصلي حمايته لديها. ويتم نشر

1 – يتم تمويل هذه الأنشطة من ميزانية الويبو أو من المساهمات التي تقدمها البلدان الصناعية أو النامية أو بعض المنظمات الدولية مثل المكتب الأوروبي للبراءات.

2 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 18.

الحق المسجل في النشرة الشهرية بالفرنسية عن المكتب المذكور[1]، تتضمن كافة المعلومات اللازمة عن هذا الحق، كشطب وتجديد قائمة السلع والخدمات المراد حمايتها[2].

كما يقوم المكتب الدولي في بداية كلّ سنة، بنشر جداول تتضمن التسجيلات التي كانت محل نشر في السنة السابقة، وذلك حسب الترتيب الهجائي لمالكي هذه العلامات.

ويهدف التسجيل الدولي إلى منح الطالب الحماية القانونية للملكية الصناعية بكلّ عناصرها في دول مختلفة في الوقت نفسه بموجب طلب واحد للتسجيل الدولي المودع لدى المكتب الدولي[3]، وذلك دون خلق أي خلل في الحقوق المحمية على المستوى الوطني[4]، فطلب الحصول على التسجيل الدولي لحق معين كحق الاختراع على سبيل المثال لا يعني الحصول على براءة اختراع دولية أو ما فوق الوطنية، وإنّما يقصد منه امتداد الحماية إلى إقليم الدولة المحددة في الطلب.

ويقول في هذا الصدد Albert CHAVANNE ما يلي:

« ***La convention d'union n'a pas institué un brevet international ou supranational, les pays unionistes délivrent toujours des brevets nationaux émanant de leur souveraineté respective*** »[5] .

وقد نصّت اتفاقية لاهاي فيما يخص التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية على أنه، يحل إيداع طلب التسجيل الدولي لأي رسم أو نموذج صناعي محل مجموعة الإيداعات الوطنية التي كان صاحبها ملزم بأدائها أمام المراكز الوطنية للملكية الصناعية للدول المختلفة من جهة أولى[6]، ويشكّل سببًا للحصول على الحماية الدولية في مجموعة من الدول التي

---

1 – TRUCHON Isabelle, op. cit, p. 428.

2 – وقد نصّت المادة 3 من اتفاقية لاهاي في شأن الإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية المبرمة في لندن سنة 1925 والمعدلة في 1934/06/02 والمادة 5 من لائحتها التنفيذية على أنه، يقوم المكتب بعد الإيداع بإعلان ذلك في نشرته الدورية التي ترسل إلى مصالح الملكية الصناعية في الدول المتعاقدة.

3 – COHEN Denis, op. cit., p. 247.

4 – حسب المادة الرابعة من اتفاق مدريد الدولي، متى تمّ التسجيل الدولي للعلامة، فإنّها تتمتع بهذه الحماية في كل الدول المنضمة للاتفاق، كما لو كانت قد سجلت في كلّ منها تسجيلا محليا ابتداءً من تاريخ تسجيلها لدى المكتب الدولي.

– سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 568.

5 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 300.

6 – COHEN Denis, op. cit, p. 247.

يقوم بتعيينها على طلب التسجيل الدولي من جهة ثانية. حيث أنّ المكتب الدولي لا يعين هذه الدول التي يتم الحماية على إقليمها إلاّ بناءً على طلب من المعني بالأمر[1].

إنّ الضمانات التي يجسّدها إجراء التسجيل الدولي لدى المكتب الدولي للويبو، ذات عدّة أبعاد[2]، أهمّها التوفير في نفقات التسجيل، وتبسيط الإجراءات الشكلية بتفادي الأنظمة المعقدة لكلّ دولة في مجال شكليات التسجيل الوطني.

ويقول في هذا الصدد "COHEN Denis" ما يلي:

« ***La protection est obtenue à moindres fais et en accomplissant un minimum de formalités. En particulier la procédure internationale leur permet d'éviter les complications inhérentes à des procédures nationales qui varient d'un pays à l'autre*** »[3].

وعليه يستفيد صاحب طلب التسجيل الدولي من عدّة ضمانات، وخصوصًا بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يستفيد إضافة إلى ضمان ربح الوقت واقتصاد بعض النفقات والإسراع في الحصول على الحماية في أقرب وقت لعدم تعطيل نشاطاته الاستثمارية الاقتصادية، من ضمانات أخرى أهمها:

- تفادي دفع نفقات التسجيل بعملات أجنبية مختلفة.
- تفادي كتابة الطلب بلغات أجنبية مختلفة.
- تفادي الاتصال الإلزامي بأجهزة التسجيل الوطنية المختلفة المتواجدة على مستوى الدول المراد الحماية فيها.

---

1 - « ***تشرع المصلحة المختصة قانونًا في إجراءات الإيداع الدولي لتسميات المنشأ الوطنية بناءً على طلب المعنيين*** ».

- سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 457.

كما تجدر الإشارة كذلك إلى أنّ هذه الإجراءات يتحمل عليها صاحب المصلحة نفقات ومصاريف، لذا لا تباشرها السلطة المختصة بذلك إلاّ بناءً على طلبه.

2 - يكون للإيداع الدولي في الدول المتعاقدة نفس الآثار المترتبة فيما لو أودعت الرسوم والنماذج الصناعية في هذه الدول بتاريخ الإيداع الدولي.

- محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 96.

3 - COHEN Denis, op. cit, p. 247.

إلاّ أنه لا يسمح بحق مباشرة إجراءات التسجيل الدولي على ضوء الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر كاتفاقية مدريد مثلا، إلاّ للأشخاص التالية:

1 – الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية إحدى الدول الأعضاء.

2 – الأشخاص الذين يملكون سكن في إحدى الدول الأعضاء.

3 – الأشخاص الذين يملكون مقر إقامة معتادة في إحدى الدول الأعضاء.

4 – الأشخاص الذين يملكون مؤسسة صناعية أو تجارية فعلية وحقيقية على إقليم إحدى الدول الأعضاء.

وفي كلّ الحالات تسمى دولة كلّ شخص من هذه الأشخاص "ببلد المنشأ" أي " Etat d'origine"[1].

أما عن محتوى طلب التسجيل الدولي، فيجدر الإشارة إلى أنه يتمّ تحريره على محررات رسمية يتم إعدادها من طرف المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، لتسلم من طرف المعهد الوطني للملكية الصناعية لكلّ دولة إلى المعني بالطلب، وتتضمن هذه الوثائق بيانات إلزامية يلتزم بتقديمها صاحب الطلب.

على سبيل المثال نجد أن الطلب المتعلق بتسجيل العلامة التجارية يتضمن حسب نصّ المادة الثالثة من اتفاقية مدريد على البيانات التالية:

1 – اسم موضوع الطلب وعنوانه.

2 – تواريخ وأرقام إيداع وتسجيل العلامة في بلد المنشأ.

3 – صورة العلامة باللونين الأبيض والأسود وصورة عنها بالألوان.

4 – التأشير بعبارة "علامة مسجّلة" إذا كانت العلامة تتضمن شكلا مجسّمًا.

5 – تحديد السلع والخدمات التي تنطبق عليها العلامة.

6 – تاريخ تسليم الإدارة الوطنية لطلب التسجيل الدولي.

7 – شهادة من إدارة بلد المنشأ تقر فيها أنّ العلامة مقيدة في السجّل الوطني باسم المودع وتشير فيها للسلع والخدمات التي تنطبق عليها العلامة[2].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنّه، أثناء مباشرة إجراءات التسجيل الدولي يحق لصاحب الطلب بمطالبة حقّه في الأولوية المنصوص عليها في اتفاقية باريس.

---

1 – COHEN Denis, op. cit, p. 250.

2 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 18.

وأثناء إيداع طلب التسجيل الدولي يقوم المكتب الدولي بفحص مدى توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها، والتأكد من نوعية وجودة المنتوجات المراد تسجيلها وحمايتها بموجب الرسوم أو النماذج أو العلامة أو البراءة، وكذا من دفع الرسوم المتعلقة بتسجيلها. ولا ينظر المكتب الدولي إطلاقًا في مدى توافر شرط الجدّة، الأمر الذي لا يسمح بالحق في رفض الطلب لهذا السبب، أو حتّى لأي سبب آخر يتعلق بالشروط الموضوعية[1].

ويقول في هذا الصدد سمير جميل حسين الفتلاوي ما يلي:

« ***قد تتطلب بعض الدول فحص موضوعي لعناصر حقوق الملكية الصناعية لتسجيلها، فلا بدّ من الخضوع لهذه القوانين وبالتالي يمكن رفض أو عدم رفض هذه الحقوق من قبل تلك الدولة وفق قوانينها. إلّا أن هذه الاتفاقية لا تقبل رفض هذا التسجيل أو رفض البراءات استنادًا للقوانين الوطنية*** »[2].

وفي كلّ الأحوال، يحق للدول التي يحيل إليها المكتب الدولي الطلب رفض التسجيل ورفض منح الحماية الوطنية للحقوق الواردة في الطلب على إقليمها[3]، متى كانت الشروط الشكلية غير متوفرة، أو متى كانت تشريعاتها لا تسمح بتسجيل سوى عدد محدود من الفئات أو عدد محدود من السلع والخدمات.

ومهما كانت أسباب الرفض يجب إخطار المكتب الدولي في مدّة أقصاها 6 أشهر من تاريخ نشر التسجيل الدولي إلى المكتب الوطني والذي يباشر بدوره إجراءات تبليغ المعني بالأمر[4].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فإذا قدم المستثمر الأجنبي طلبًا للتسجيل الدولي وذلك للحصول على الحماية القانونية في الجزائر لحقه في إحدى العناصر المتعلقة بالملكية الصناعية أو تقدم شخصيًا بطلب التسجيل أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، فإنّ هذا الأخير مخول له صلاحيات الفحص التلقائي للتأكد من توافر شروط التسجيل، والتأكّد من أنّها غير مستثناة من التسجيل وفق القوانين الجزائرية.

---

1 – COHEN Denis, op. cit, p. 252.

2 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 458.

3 – « ***L'office de chaque pays désigné a le droit de refuser, sur son terrtoire la protection d'un dessin ou modèle qui fait l'objet d'un enregistement international*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 253.

4 – عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص 21.

وقد نصّت المادة 1/13 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277 والذي يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على أنه:

« ***تخضع التسجيلات الدولية للعلامات الممتدة حمايتها إلى الجزائر، في إطار الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، إلى الفحص التلقائي بهدف التحقق من أنها غير مستثناة من التسجيل لسبب أو عدّة أسباب من أسباب الرفض المذكورة في المادة 7 من الأمر رقم 03-06...*** »[1].

أما إذا كان الطلب مشوبًا بالنقائص، يبلغ المكتب للمعني بالأمر هذه النقائص ويمنحه مدّة أقصاها 3 أشهر لتصحيحها، وفي حالة عدم استجابته يكون قد تخلى عن طلبه.

غير أنه إذا كان الطلب مستوفيًا لكلّ الشروط الشكلية والموضوعية، فيقوم المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية بمباشرة إجراءات التسجيل والنشر، حيث تبدأ مدّة منح الحماية للحق المسجل في كلّ دولة من الدول المعينة في الطلب من تاريخ التسجيل، حسب تشريعاتها الوطنية. ويشمل تطبيق هذه التشريعات تحديد نطاق الحماية الممنوحة وتحديد السلطات المختصة بها والعقوبات المكرّسة في حالات المنافسة غير المشروعة[2].

وأخيرًا نشير إلى أنه حتّى وإن تمت إجراءات التسجيل الدولي، ووافقت الدول على منح الحماية القانونية للحق الذي تمّ تسجيله بناءً على قوانينها الداخلية، فإنّه لا يحق لصاحب الحق في التمسك كليًا أو جزئيًا بالحماية المترتبة عن التسجيل الدولي، إذا فقد هذا الحق المسجّل في بلده الأصلي حمايته القانونية خلال الخمس (5) سنوات الأولى للتسجيل الوطني، أو في حالة شطب تسجيل الحق إداريًا في بلد المنشأ.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على عناصر الملكية الفكرية

يحتل تنازع القوانين مكانًا هامًا في قواعد الملكية الفكرية، وخصوصًا من خلال الاتفاقيات الدولية التي تمّ المصادقة عليها من طرف كلّ دولة استقبالا للتنظيم الدولي لحقوق الملكية الفكرية.

1 – وفي حالة الرفض يسمح المشرّع الجزائري للمعني بالأمر تقديم ملاحظاته حول ذلك في مدّة شهرين حسب نصّ المادة 2/13 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277، مرجع سابق.

2 – COHEN Denis, op. cit, p. 254.

فمن خلال معالجة أهم المشاكل المتعلقة بتنازع القوانين في حماية حقوق المبدع الأجنبي في دولة الحماية، وخاصّة إذا تعلّق الأمر بالمستثمر الأجنبي، سواء كان مبدعًا أو مستغلا للحق المحمي، نجد الحماية القانونية لحقوقه المعنوية معززة ومهمة.

ونظرًا لكون هذه الحقوق ذات طابع عالمي بسبب قابليتها للانتشار والاستغلال في دول مختلفة في آن واحد، طرح مشكل حمايتها وتنظيمها على جانب تطبيقي مثلما هو الأمر بالنسبة لاستغلال الاختراعات ذات الأهمية، أو نقل المصنفات عبر الأقراص المرنة، أو طرح علامات تجارية أو صناعية بشكل غير شرعي عبر شبكة الإنترنت وغيره[1]، هذا من جهة، كما طرح مشكل القانون الواجب التطبيق عليها إذا تعلق النزاع بأحد عناصرها، من جهة أخرى.

ولم يستقر لا الفقه ولا القضاء على قانون واحد يحكم حقوق الملكية الفكرية، إذ تنازعت أكثر من نظرية على حكم ذلك، وكان لكلّ نظرية منها حجج تؤيدها مع وجود بعض الانتقادات التي تعتريها، وقد رادت بين هذه النظريات نظرية قانون بلد الأصل وقانون بلد الحماية، والنظرية الجامعة بينهما وذلك في إطار التطبيق العام (أوّلاً)، مقابل ما جاءت به الاتفاقيات الدولية من قواعد للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق بالأسلوب الاتفاقي (ثانيًا)، إلى جانب قواعد الإسناد الوطنية التي تدخل في إطار قواعد القانون الدولي الخاص لكلّ دولة (ثالثًا).

أولا – القوانين القابلة للتطبيق على الملكية الفكرية:

1 – قانون بلد الأصل:

يعتبر قانون بلد الأصل من أهم الخيارات المتاحة أمام التشريعات المختلفة ليكون القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية، وذلك على أساس أنّ هذه الحقوق تدخل في نطاق نظام الأموال، الأمر الذي أدّى إلى إلزامية مدّ قاعدة الإسناد المتعلقة بالأموال إليها. إذ يجب اللجوء بالنسبة لها إلى قانون يتفق مع طبيعة تلك الحقوق والذي يتمثل في قانون دولة الموقع باعتباره ضابط يربط بين دولة الموقع والحق الفكري[2].

يطبق قانون بلد الأصل على حقوق الملكية الصناعية بطريقة تطبيقه نفسها على حق

1 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 34.

2 – المرجع نفسه، ص 35.

المؤلف، وذلك إعمالا للمبررات المعتمدة نفسها في تطبيقه على حق المؤلف[1]، إلاّ أنّ المشكل المطروح بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية الصناعية هو الاختلاف في تحديد المقصود من بلد الأصل لكلّ حق من تلك الحقوق على حدى[2]، مع العلم أنه لتحديد بلد الأصل، نبحث عن موقع افتراضي تحكمي لتعذر وجود موقع مادي لمثل هذه الحقوق[3]. ويعتبر بالنسبة لبراءة الاختراع قانون بلد الأصل هو قانون الذي يمنح البراءة. غير أنه إذا منحت للحق نفسه أكثر من براءة، كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أوّل بلد منح البراءة[4].

أمّا بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية، فقانون بلد الأصل هو قانون الدولة التي تمّ فيها إيداع وتسجيل الرسم أو النموذج الصناعي لأوّل مرّة.

وبالنسبة للعلامات التجارية والصناعية، فقانون بلد الأصل هو قانون بلد الاستعمال الأوّل، وذلك لأن تسجيل العلامة هو إجراء كاشف لحق ملكية العلامة التي ثبت لصاحبها حقّ الاستعمال. ليطبق عليها بعد ذلك قانون بلد التسجيل[5] وما تجدر الإشارة إليه في تطبيق

---

1 – هذه النظرية تجد تطبيقاتها أكثر في مجال حقوق الملكية الأدبية وقد طبّقها القضاء الفرنسي في عدد من القضايا أهمها قضية "Ricoroli".

– إبراهيم أحمد إبراهيم، الحماية الدولية لحق المؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص ص 219، 220.

2 – حاولت اتفاقية باريس تحديد المقصود ببلد الأصل، فمثلا بالنسبة للعلامة التجارية، نصّت المادة 6/جـــ على ما يلي: « ***يعتبر بلدًا أصليًا للعلامة كلّ دولة من دول الاتحاد يكون فيها للمودع مؤسسة حقيقية وجدية سواء كانت صناعية أو تجارية، أو يكون له فيها محل إقامة في حالة عدم وجود مؤسسة، أو التي يكون من رعاياها إذا لم يكن له محل إقامة وكان تابعًا لإحدى دول الاتحاد*** ».

نقلا عن: منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 65.

3 – عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، تنازع القوانين والاختصاص الدوليين، الطبعة السابعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 403.

4 – الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 42.

5 – وقد نصّت المادة 17 مكرر من القانون رقم 05–10 المتضمن تعديل القانون المدني إشارة إلى القانون الواجب التطبيق على كلّ حق من حقوق الملكية الصناعية كما يلي: « ***يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقيق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق الأخرى أو فقدها.***

– ***يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأوّل للمصنف أو إنجازه.***

– ***ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها.***

– ***ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه.***

– ***ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال.***

– ***ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري*** ».

قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005.

قانون بلد الأصل، هو أنه في الكثير من الحالات يصعب تطبيق قانون بلد معيّن على حق من حقوق الملكية الصناعية[1] الذي لم يتم تسجيله لدى السلطات المختصة للبلد ذاته، لأنه في هذه الحالة لا يعترف أصلا بحق لم يتم تسجيله[2].

2 – قانون بلد طلب الحماية:

تقوم فكرة تطبيق قانون بلد الحماية على حقوق الملكية الصناعية على أسس عملية تتجاوز المشاكل التي تواجهها تطبيقات قانون بلد الأصل، وأهمها الإحالة عند التطبيق إلى إعمال بعض المبادئ الدولية مثل مبدأ المعاملة الوطنية.

وقد نشأ الحق في الحصول على الحماية بناءً على تطبيق قانون بلد طلب الحماية من إجراءات التسجيل الدولي الموافق عليه من طرف كلّ الاتحادات، لأنه يفتح المجال لصاحب الحق في ملكية البراءة أو العلامة أو التصاميم المسجلة دوليًا لدى دول مختلفة يحددها صاحب الحق شخصيًا. بالمقابل تمنح هذه الدول التي تمّ تحديدها والتي وافقت على الطلب، الحماية المطلوبة بناءً على مبدأ المعاملة الوطنية الذي يتضمن منح نفس الحماية المكرسة لمواطنيها بالنسبة للحق نفسه.

وقد لاقى هذا الاتجاه ترحيبًا واسعًا، حيث تبنته معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم وحماية حقوق الملكية الفكرية، الأمر الذي جعل هذا القانون هو الواجب التطبيق[3].

وقد تمّ الإشارة إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية في نص المادة 10 مكرر 3 من اتفاقية باريس كما يلي: « ***تتعهد الدول... بوضع الإجراءات لتمكين النقابات والجمعيات التي تمثّل أصحاب الشأن من الصناع أو المنتجين أو التجار والتي لا يعتبر وجودها مخالفًا لقوانين بلادها من الالتجاء إلى السلطات القضائية أو الإدارية لقمع الأعمال المنصوص***

---

1 – وقد نصّت المادة 6/ب/3 على أنه: « ***لا يجوز رفض تسجيل العلامات التجارية أو الصناعية في الدول الأخرى للاتحاد لمجرّد أنها تختلف عن العلامات التي تتمتع بالحماية في بلدها الأصلي بعناصر لا تغير في الصفة المميزة لها ولا تمس ذاتية العلامات بالشكل الذي سجلت فيه في البلد الأصلي*** ».

وهو حكم يطبق كذلك في التشريع الجزائري لأنها عضوة في الاتحاد.

2 – على هذا الأساس تفضل معظم الاتفاقيات جعل هذا المبدأ كاستثناء على القاعدة العامة التي تقر بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد طلب الحماية.

– عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 59.

3 – المرجع نفسه، ص 61.

عليها في المواد 9 و10 و10 (مكرر 2) في الحدود التي يسمح بها قانون الدولة التي تطلب فيها الحماية... »[1]. حيث يمتد أيضا تطبيق هذا النص إلى المستثمرين الأجانب باعتبارهم أصحاب الحق في ملكية الحق المعنوي أو في استغلاله.

3 – الجمع بين قانون بلد الأصل وقانون بلد طلب الحماية:

ينتج عن تطبيق قانون بلد طلب الحماية إهدار بعض الحقوق المكتسبة لصاحب حق الملكية الفكرية بمجرّد نقل الحق من بلد إلى آخر، فالأصل أنه يترتب على مبدأ النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة على مال في دولة أولى، ثمّ نقلت بعد ذلك إلى دولة ثانية، أن يخضع هذا المال لقانون الدولة الأخيرة دون فقدان الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ما دامت لا تخالف النظام العام للدولة الجديدة، إلاّ أنه وتطبيقًا لقانون بلد الحماية يتمّ إهدار الحقوق المكتسبة في دولة الأصل، وذلك لأنه لا يؤدي إلى النفاذ الدولي للحقوق. وأمام تقصير كلّ من القانونين إثر تطبيقهما بصفة انفرادية، ظهر اتجاه جديد يرمي إلى الأخذ أثناء التطبيق بالقانونين، أي بقانون بلد الأصل وقانون بلد طلب الحماية.

ورغم أنّ الواقع يدل على أن تطبيق قانون بلد طلب الحماية لوحده يعد الأفضل من حيث الحماية التي يكرّسها لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامّة. فذلك لا يستبعد الاعتداد بقانون بلد الأصل، مهما كانت مبررات الأخذ بقانون بلد طلب الحماية، بسبب الرابطة الوثيقة الموجودة بين الحق المعنوي ودولة الأصل.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ الجمع بين القانونين وجد أساسه في عدّة عوامل توجب الاستفادة بالقانونين في آن واحد، فقانون بلد طلب الحماية واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بتوقيع الجزاءات على الاعتداءات الواقعة على الحق، لأنها قواعد إقليمية بحتة تُطبق بعد أن يتم تطبيق قانون بلد الأصل المعتمد للاعتراف بالحق وتسجيله وتحديد شروطه[2].

وقد وردت إشارة إلى حالات إعمال المبدأين معًا في اتفاقية باريس بالنسبة للعلامة التجارية على سبيل المثال في نصّ المادة 7 مكرر/3 كما يلي: « ... ***لا يجوز رفض حماية هذه العلامات لأي هيئة لا يكون وجودها مخالف لقانون بلدها الأصلي بسبب أنها غير مؤسسة في***

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 70.

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 73.

الدولة التي تطلب فيها الحماية أو أنها غير مؤسسة طبقًا لتشريع هذه الدولة »[1]، أي طبقا لدولة طلب الحماية.

ثانيًا – تحديد القانون الواجب التطبيق في الاتفاقيات الدولية:

لقد وردت في الاتفاقيات الدولية عدّة قواعد إسناد تقضي بتطبيق قانون آخر غير قانون بلد طلب حماية، وذلك عند تعذر تطبيق هذا الأخير على العناصر المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وعلى كلّ المسائل المتفرعة عنها وفي حالات كثيرة، ومنها قانون بلد المنشأ وقانون الدولة[2] المستوردة. بحيث يتمّ في مرحلة لاحقة على تطبيق قانون بلد طلب الحماية الاستناد على أحد هذين القانونين لتقييد أو لتقليل الحماية التي يقدمها قانون بلد طلب الحماية لأصحاب حقوق الملكية الصناعية على وجه الخصوص.

1 – قانون بلد المنشأ:

يؤدي تطبيق قانون بلد المنشأ إلى جانب قانون بلد الحماية دورًا هامًا في تنظيم حقوق الملكية الفكرية على الساحة الدولية، ويتمّ العمل أو الإسناد إلى هذا القانون في مرحلة لاحقة على الأخذ بقانون بلد طلب الحماية، كاستثناء عليه يهدف إلى التضيّيق من مستوى الحماية التي ينتجها قانون بلد طلب الحماية، حيث استندت بعض الاتفاقيات الدولية إليه لتنظيم بعض الأمور المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية ومدى ممارستها، ومنها مدّة الحماية، مبدأ عدم الفحص، وتسجيل العلامات[3]، بحيث يحقق هذا القانون حماية بالمقابل للدولة المانحة للحماية ويتدخل ليجعل ما تسمح بمنحه من حماية في حدود قدراتها.

وقد نصّت اتفاقية باريس على إعمال هذا المبدأ في المادة السادسة منها كما يلي: « ***يُقبل إيداع كلّ علامة تجارية أو صناعية مسجلة طبقًا للقانون في دولة المنشأ، كما يتمّ حمايتها بالحالة التي هي عليها في الدول الأخرى للاتحاد، وذلك مع مراعاة التحفظات الواردة في هذه المادة، ويجوز لتلك الدول أن تطلب قبل إجراءات التسجيل النهائي تقديم***

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 68.

2 – تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه نصّت الاتفاقيات على قوانين أخرى مثل قانون المقر أو قانون محل الإقامة، وقانون الجنسية، لكنهما يجدان مجالا للتطبيق في إطار الحقوق الأدبية أي حق المؤلف، وقد تمّ الإشارة إليهما في اتفاقية برن في المادة 14 والمادة 15.

3 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص ص 300، 301.

شهادة بتسجيل العلامة في دولة المنشأ صادرة من السلطة المختصة بها، ولا يشترط أي تصديق بالنسبة لهذه الشهادات »[1]. وهذا ما يسمى بمبدأ عدم الفحص السابق على التسجيل، أي قبول تسجيل جميع العلامات الأجنبية ومنها تلك التابعة للمستثمر الأجنبي في بلد المنشأ في دول الاتحاد الأخرى دون أي شروط[2]، وهي من أهم الضمانات التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي علمًا أنّ أحكام هذه المادة تنطبق على التشريع الجزائري، لأن الاتفاقية جزء منه بعد مصادقة الدولة عليها.

2 – قانون الدولة المستوردة:

يعتمد على قانون الدولة المستوردة أثناء التطبيق لتنظيم بعض المسائل المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية بصفة ضيقة جدًا، بحيث يتمّ إعماله في حالات محددة جدًا، مثل حالة تحديد حقوق مالك براءة المنتج المستورد. حيث نصّت المادة 5 من اتفاقية باريس على أنه إذا تمّ استيراد منتج في دولة من دول الاتحاد توجد فيها براءة تحمي طريقة تصنيع هذا المنتج، فيكون لمالك البراءة بالنسبة للمنتج المستورد كلّ الحقوق التي خولها له قانون تشريع الدولة المستوردة بالنسبة للمنتجات المصنعة في تلك الدولة نفسها على أساس البراءة الخاصّة بالطريقة[3].

إنّ هذا الحكم يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المستوردة استنادًا لضابط استيراد المنتج، حيث يكون لمالك البراءة كافة الحقوق التي يخولها له قانون الدولة المستوردة، وذلك فيما يخص المنتجات المصنعة في تلك الدولة على أساس البراءة الخاصّة بالطريقة، أي أنّ الحقوق التي يمنحها قانون الدولة المستوردة لمالك البراءة الخاصّة بالطريقة – بالنسبة للمنتجات المصنعة فيها – يتمّ منحها لمالك البراءة التي تحمي طريقة تصنيع منتج مستورد من إحدى الدول الاتحادية الأخرى[4]، وفي ذلك نوع من المعاملة الوطنية. وهذا الحكم المتعلق بالحماية الخاصّة، ينطبق على الموارد والسلع التي يتمّ استيرادها من طرف المستثمر الأجنبي بمناسبة ممارسة نشاطه الاستثماري.

---

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 64.

2 – يعتبر بلد المنشأ بالنسبة للمستثمر الأجنبي مكان وجود شركته الاستثمارية الحقيقية والفعالة والتي يستغل فيها ما يملك من حقوق صناعية، وإذا تعذر تحديد بلد المنشأ على هذا الأساس يتمّ تحديده على أساس مكان الإقامة.
– عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 198.

3 – المرجع نفسه، ص 303.

4 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 304.

كما يتم تطبيق قانون الدولة المستوردة في حالة تعريف السلع التي يقع عليها الاعتداء، وهنا ميّزت اتفاقية تريبس في تعريف السلع بين السلع التي تحمل علامات تجارية مقلدة، والسلع التي تمثّل حقوق طبع منتحلة. وقد أشارت المادة 51 إلى أنه يتم إيقاف الإفراج عن السلع من طرف السلطات الجمركية عند الشك بأن السلع المستوردة تحمل علامات تجارية مقلدة أو حقوق مؤلف منتحلة، بحيث يتمّ الاستعانة بقانون الدولة المستوردة لتحديد المقصود من كلا الصنفين من السلع، على أساس أنّ الضابط الأساسي في التعريف هو الاستيراد[1].

ثالثا – القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية:

لقد تضمنت التشريعات الوطنية مجموعة من القوانين التي يتم الاحتكام إليها لتنظيم وحماية حقوق الملكية الصناعية، حيث أصدر المشرّع الجزائري بصفة تفصيلية ترسانة من القوانين موجهة أساسًا لمجال الحقوق المعنوية ومنها الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، والأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع والأمر رقم 03-08 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة... وغيرها، إلى جانب سن عدّة مراسيم تنفيذية تحدد بصفة مُفصلة الإجراءات الواجبة الإتباع، لتدخل هذه الأوامر حيز النفاذ، ومنها المرسوم التنفيذي رقم 05-275 يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، والمرسوم التنفيذي رقم 05-276 المحدد لكيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها، والمرسوم التنفيذي رقم 05-277 المحدد لكيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، وغيرها من النصوص السابق ذكرها، إلى جانب مجموعة القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية الخاصّة بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة[2]، الأمر الذي يدفع بنا للقول أنّ النظام القانوني المكرّس لحماية حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة والحقوق المعنوية للمستثمر الأجنبي بصفة خاصّة شاملة وكاملة إلى حدّ بعيد، إلاّ أنه ترتبط الملكية الفكرية أو تستند إلى علاقات كالعقد أو المنافسة غير المشروعة فتخرج من إطار كلّ هذه القوانين الخاصّة، لتخضع لقوانين أخرى، تجعل القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية بغض النظر عن صفتها، هو القانون المحدد بالعقد من جهة، أو تحيل صاحب الحق إلى القواعد العامة أو قواعد المنافسة غير

1 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 110.

2 – يقول الطيب زروتي في هذا الصدد أنه علينا أن نميز هنا بين حالة وجود اتفاقية دولية تخص مجالا من مجالات الملكية الصناعية، إذ يتعيّن حينئذٍ تطبيقها، وبين حالة عدم وجود اتفاقية، وبالتالي تحل الإشكالات القانونية محل البحث طبقًا لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 41.

المشروعة من جهة أخرى، باعتبارها الحل الوحيد للحصول على الحماية وذلك لأسباب كثيرة نحددها فيما يلي:

1 – الحماية بموجب القانون المحدد في العقد المرتبط بالملكية الفكرية:

يقصد بالعقود المرتبطة بالملكية الفكرية في هذا الموضوع كلّ العقود التي يبرمها المستثمر الأجنبي أثناء ممارسة نشاطه الاستثماري أو حتّى عقد الاستثمار الدولي في حدّ ذاته، إذا كان قد تضمن أحكامًا وبنودًا لتنظيم الحقوق المعنوية المرتبطة بالاستثمار. بحيث تميل معظم التشريعات إلى إعطاء المستثمر الأجنبي صاحب الحق الفكري عند إبرام عقوده هامشًا واسعًا من الحرية في تنظيم المسائل المرتبطة بهذا الحق سواء على العلامة التجارية أو البراءة أو الرسوم والنماذج الصناعية أو التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. وهذا الحق تؤكده كلّ الاتفاقيات الدولية المنظمة للحقوق بصفة خاصّة أو الاتفاقيات الأخرى بصفة عامة[1]، وذلك احترامًا له وتقديرًا منها للرابطة التي تجمع بينه وبين حقوقه المعنوية.

وقد جعل القانون القاعدة العامة الأصل في تنظيم هذه الحقوق وفي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها خاضعة لحرية الأطراف في العقد الذي يربط بين المستثمر الأجنبي، والدولة المضيفة له أو أحد سلطاتها المختصة في ذلك[2]، والذي يكون موضوعه متعلق بصفة مباشرة أو غير مباشرة بأحد حقوق الملكية الصناعية[3].

ويعتبر هذا العقد دوليا متصلا بأكثر من نظام قانوني واحد بالنظر إلى طبيعة الحق المعنوي، الذي يتميز في هذه الحالة بالعالمية لقابليته للانتشار والاستغلال في أكثر من دولة، وبسبب كون المستثمر الأجنبي طرفًا فيه.

---

1 – للتفصيل أكثر عن حرية الأطراف في تحديد قانون العقد، انظر: حسين نوارة، التحكيم التجاري الدولي في مجال الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 11، 15.

2 – تجدر الإشارة هنا إلى أنّ العقد هو الوسيلة المثلى بالنسبة للمستثمر الأجنبي لضمان حقه على أمواله المعنوية، بحيث يعتبر الخروج عن نطاق العقد تجاوزًا لها، كعقود الاستغلال وعقود التراخيص وعقود نقل المعرفة والتكنولوجيا... وغيرها.

3 – يقول الطيب زروتي في هذا الصدد ما يلي:

« ***إنّ التصرفات الواردة على أصناف الملكية الصناعية، هي غالبًا تصرفات دولية تخضع للأحكام القانونية الخاصّة بتنازع القوانين في القوانين الدولية ولاسيما أحكام العقود الدولية عملا بقاعدة قانون الإرادة*** ».

مرجع سابق، ص ص 41 – 42.

ومن خلال ربط قضية الملكية بالعقد، سيتمّ الخروج عن القاعدة العامة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق والتي تقضي بأن القانون المختص هو قانون دولة طلب الحماية، ليتم تطبيق قانون العقد. وبذلك تصبح كلّ المسائل المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية والواردة في العقد تخضع للقانون نفسه المطبق على العقد نفسه[1]. وفي هذه الحالة يتمّ الرجوع إلى قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني، لأن العقد في هذه الحالة ينطوي تحت لواء تنازع القوانين لاحتوائه على عنصر أجنبي جعله عقدًا دوليًا بغض النظر عن موضوعه سواء كان لنقل التكنولوجيا أو الترخيص أو الاستغلال أو غيره.

وقد نصّت المادة 1/18 من القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني في الشق المتعلق فيه بقواعد التنازع على أنه:

« ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد*** »[2].

وعليه تصبح إرادة الأطراف بالنسبة لعقود الاستثمار الأجنبي في الجوانب المتعلقة بالملكية الفكرية هي المحدّد الوحيد للقانون الواجب التطبيق على العقد[3].

وما دامت معظم النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي يتمّ تسويتها بموجب التحكيم التجاري الدولي، فإنّ المادة 458 مكرر 2/16 من المرسوم التشريعي رقم 93-09 نصّت على أنه: « ***يمكن لاتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناءً على نظام تحكيمي، كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي تحددها الأطراف فيه*** ».

---

1 - « ***لقد اختلفت وجهات النظر فيما يخص التنظيم القانوني لمختلف أجزاء العقد الواحد لاسيما فيما يخص بعض الشروط التي تشكّل مجال خلاف في التكييف القانوني من نظام وطني لآخر، وكذلك موقف قضاء التحكيم الدولي بشأن تكييفها وإسنادها، وهذا بشأن ما يعرف تحديدًا بالشروط التقييدية التي ترد عادة في عقود ترخيص البراءات ونقل المعرفة الفنية*** ».

- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 43.

2 - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

3 - « ***إنّ القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعة الاستثمار هي إرادة الأطراف التي تندرج في إطار حرية واسعة في اختيار القانون المناسب*** ».

- حسين نوارة، مرجع سابق، ص 12.

وعليه يخضع العقد شكلا وموضوعًا لقانون الإرادة طالما اتفق الأطراف على تحديده.

2 – حماية الملكية الفكرية بقانون المنافسة غير المشروعة:

تمنح القوانين الخاصّة لحقوق الملكية الصناعية الحماية القانونية لكلّ حق من التقليد والمنافسة غير المشروعة بشرط تسجيلها على إقليم الدولة التي تضمن هذه الحماية، إضافة إلى توافر شروط موضوعية تحدد في القانون، غير أنه بالرجوع إلى الطبيعة القانونية للتسجيل فنجد أنه شرط مسقط للحق في الحماية، الأمر الذي يثير إشكال في القانون الواجب التطبيق لفرض الحماية على هذه الحقوق في مثل هذه الحالات. وهنا يتمّ الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بأن تخلف أحد شروط الحماية لا يمنع الحق من التمتع بالحماية بشكلها المطلق، حيث يتمّ الاستناد على قواعد المنافسة غير المشروعة التي يمكن الاستعانة بها لحماية حقوق الملكية الفكرية[1]، إذا كان في استغلالها نشاطًا تجاريًا فيه تجاوز على حرية التجارة[2]. والحماية التي تقدمها هذه القواعد تعد أوسع نطاقًا من الحماية المكرسة بموجب قواعد الملكية الفكرية التي لا يجوز اللجوء إليها، إلاّ إذا كانت أفعال الاعتداء واقعة على حق مكتمل بجميع عناصره القانونية[3]، وبالخصوص إيداعه وتسجيله[4].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنّ قواعد المنافسة غير المشروعة لا تعد بذاتها عنصرًا من عناصر الملكية الفكرية بل هي وسيلة لحماية هذه الحقوق من استخدام وسائل غير مشروعة موضوعها الحق الفكري الذي يؤدي استخدامه إلى إحداث لبس لدى الجمهور. وقد وردت الأعمال المعتبرة كمنافسة غير مشروعة في قانون المنافسة إلى جانب ما ورد من تحديد لها في اتفاقية باريس، ونخص بالذكر ما ورد في المادة 2/10 عن الممارسات التي تنال من شهرة السلع أو تحدث لبس فيما يتعلق بمظهرها الخارجي.

---

1 – كل عناصر الملكية الفكرية قابلة للحماية بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة ومنها حقوق الملكية الصناعية وحق المؤلف.

– الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 40.

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 337.

3 – يلجأ الطرف المتضرر أي صاحب الملكية الصناعية إلى دعوى المنافسة غير المشروعة في حالات التعدي على حقوقه عند عدم توافر عناصر جنحة التقليد المعاقب عليها جزائيًا.

4 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 395.

مما سبق، يمكننا القول أنّ القانون الجزائري يحتفظ للمستثمر الأجنبي بحقوقه عندما لا يجد أساسًا قانونيًا للجوء إلى القضاء بناءً على القواعد القانونية الواردة في القوانين الخاصّة بحقوق الملكية الصناعية والسابق الإشارة إليها، أو بناءً على أحكام الاتفاقيات الدولية المنظمة لذات الحقوق لمجرد أنّ الحق الذي يكون موضوع النزاع سواء كان يتعلق بالعلامة التجارية أو الرسوم والنماذج الصناعية أو براءة الاختراع وغيرها، غير مكتمل لتخلف شرط جوهري هو الإيداع والتسجيل. وذلك من خلال منحه الحماية المدنية التي يتمّ تأسيسها على مجرّد الضرر الذي يلحقه من الخطأ الذي يرتكبه المنافس الذي يتعدى على هذه الحقوق، بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة المؤسسة على المسؤولية المدنية، ومن هنا يكون المشرّع الجزائري قد منح ضمانات إضافية لتعزيز الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي في الجوانب المتعلقة بملكيته الصناعية[1].

1 – هذا مع العلم أنه يتم إعمال القواعد الخاصّة بوضعية الأجانب، إذ غالبًا ما يعترف بحقوق الملكية الصناعية للأجانب على اعتبار موطنهم في الإقليم الوطني أو لوجود منشآتهم الاقتصادية أو التجارية فيه، وفي حالة انعدام ذلك فيعامل الأجنبي معاملة الوطني شريطة أن يكون مواطني الدولة الجزائرية متمتعين بنفس الحماية على إقليم دولة المستثمر الأجنبي بناءً على مبدأ المعاملة الوطنية المقرر لحقوق الملكية الفكرية.

الفصل الثاني

آليـــــــات حمايـــــــة حقـــــــوق الملكية الصناعية

لقد اتفقت معظم التشريعات على أن حماية حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة من خلال تنظيمها والتصدي لكل الإجراءات والتصرفات التي تشكل تعديا وتجاوزا عليها وعلى مالكها، هي التي تؤدي إلى إطلاق ملكات الإبداع والإنتاج الفكري لما تحققه من بعث الطمأنينة لدى أصحاب الحقوق في مسألة استثثارهم واحتكارهم بمنتوجاتهم مهما كانت طبيعتها من جهة، وإلى دفع عجلة التقدم والتطور عن طريق تشجيع تدفق رؤوس الأموال في إطار الاستثمارات الأجنبية بموجب المشروعات الصناعية والتجارية والزراعية[1] وعليه المزيد من الإنتاج والتطور والتحسين والتقدم[2].

فثورة الإبداع والإنتاج الحالية، والتقدم السريع في مجالات الصناعة والزراعة والمعلوماتية... الخ التي تتواجد في رحاب العولمة وفي إطار المنظمة العالمية للتجارة التي تقضي بجعل دول العالم رقعة جغرافية محدودة المعالم، قد خلق تحديات قانونية جدية[3]، في مواجهة جرائم التقليد والغش والتزوير للمنتوجات الوطنية وحتى الأجنبية على مستوى الأسواق الوطنية والأجنبية[4] من جهة أولى، وأدى إلى إنشاء آثار اقتصادية خطيرة ذات عدّة

---

1 – « ***إذا كان الإبداع والاستثمار يدفعان نحو التقدم والتنمية، فإن إقامة نظام حماية الملكية الفكرية يشكل الشرارة التي لابد من إطلاقها للوصول إلى ذلك*** ».

– صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 202.

يؤكد جمال محمود الكردي الفكرة نفسها فيما يلي: « ***قد باتت قدرة مجتمع من المجتمعات النامية على جذب الاستثمارات الأجنبية وما يصاحب ذلك من نقل التكنولوجيا بصفة عامة متوقفة بدرجة كبيرة على مدى توافر الحماية الملائمة لحقوق الملكية الفكرية*** ».

– جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 159.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 49.

3 – رافقت الثورة التكنولوجية ثورة قانونية برزت منذ نهاية القرن التاسع عشر.

– حسني عباس، الملكية الصناعية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 1، سنة 39، مارس 1969، ص ص 1، 15.

4 – « ***L'internationalisation des marchés a entraîné un mouvement général de protection internationale par les droits de propriété industrielle car il est nécessaire que le plus grand nombre de pays dispose d'une législation permettant de protéger les investissements et d'éviter le piratage et la contrefaçon*** ».

- Hélène Gaumont – prat, op. cit, p. 11.

أبعاد على الاقتصاد الوطني من جهة ثانية[1].

ولمواجهة هذه الإشكالات، نشأت عدة نظم قانونية وطنية [2]ودولية وحتى اتفاقية لحماية حقوق الملكية الصناعية بكل عناصرها[3].

ومن أجل منح حقوق الملكية الصناعية الحماية القانونية على إقليم الدولة الجزائرية قام المشرع الجزائري بتكريس الحماية الدولية من خلال تبنيه للمبادئ الدولية التي اتفقت معظم الاتفاقيات الدولية على جعلها أساس تنظيم ومعاملة الحقوق الفكرية بصفة عامة وبانضمامه إلى معظم الاتحادات ليتمكن أصحاب الحقوق من مباشرة إجراءات التسجيل الدولي (المبحث الأول).

ومن خلال الحماية الوطنية التي تبنتها التشريعات الوطنية التي هي في الأصل أحكام تشجيعية للمخترعين وللمستثمرين الأجانب أصحاب براءات الاختراع الدولية، لأنها تتصدى للمنافسة الغير المشروعة، وتردع كل محاولات التقليد والغش في مواجهة حقوق الملكية الصناعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تكريس الحماية الدولية

لقد أدت عولمة الاقتصاد وإلغاء الحدود الجمركية إلى زيادة حركة السلع والخدمات والتكنولوجيا والاختراعات عبر مختلف دول العالم ، بشكل يساعد على تحويل الاقتصاد والصناعة، وبسبب مخاطر اتساع التجارة الدولية [4] أصبحت الحماية الوطنية أو الداخلية لحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة غير كافية أو مقصرة، الأمر الذي استلزم الحاجة إلى

1 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 58.

2 – نجد جميع دول العالم قد سارعت إلى سن القوانين المنظمة لحقوق الملكية الفكرية، وهي من أحدث فروع العلوم القانونية كونها تعالج من الزاوية القانونية، الحديث في العلوم والتكنولوجيا باعتبارها العمود الفقري لأي تطور وتقدم إيجابي تنشده الدولة.

3 – Hélène Gaumont – prat, op. cit, p. 11.

4 – أشارت ديباجة اتفاقية تريبس إلى العلاقة القائمة بين إزالة العراقيل التي تعوق التجارة الدولية وبين ضرورة تشجيع الحماية الفعالة لحقوق الملكية الفكرية، وتقدير الاتفاقية انه لا يجب أن تصبح المغالاة في حماية الملكية الفكرية أو انعدامها عائقا أمام التجارة المشروعة بشأنها.

– جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 179.

حماية دولية للاختراعات أو للسلع والخدمات التي ترتبط بها بعض حقوق الملكية كحق العلامة أو الرسوم والنماذج الصناعية أو البراءة أو تسميات المنشأ وبيانات المصدر، باعتبارها ذات مميزات خاصة تميّزها عن باقي السلع والخدمات المعروضة في الأسواق الدولية، ومن ثمة نشأت قوانين دولية تميل لتكون قوانين ما فوق الوطنية " Un droit supranational"[1]، تشمل كل الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تنظيم وحماية حقوق الملكية الفكرية على الصعيد الدولي[2].

ومن الناحية الكرونولوجية تعتبر القوانين الدولية التي تتضمن الحماية الدولية للحقوق الفكرية هي السباقة من حيث النشأة بالمقارنة مع القوانين الوطنية، بل وأنّ الحماية الوطنية تأثرت كثيرا بالمبادئ الدولية والأحكام الاتفاقية التي تنظم وتهتم بحماية حقوق الملكية الفكرية، وخصوصا حاليا وقد أصبحت اتفاقية تريبس نموذجا للحماية تسري حسبها معظم التشريعات الداخلية للدول.

وعليه نتناول مضمون الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية (المطلب الأول) ثم الاتجاه الجديد للدولة الجزائرية نحو استقبال الحماية القانونية المكرسة في إطار المنظمة العالمية للتجارة باعتبارها أتت بأحدث الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية أي "اتفاقية تريبس"، وذلك في سبيل تعزيز مناخ الاستثمار الأجنبي الذي تتدفق من خلاله التكنولوجيا ورؤوس الأموال الأجنبية (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

مضمون الحماية الدولية

لقد شهدت حقبة الثمانينات لهذا القرن اهتماما متزايدا بالحماية القانونية للملكية الفكرية وخاصة في الدول المتقدمة التي وضعت نظم للحماية على مدى أكثر من قرن من خلال ظهور التكنولوجيا الحديثة ونمو السوق العالمية الجديدة ، حيث ساهم التقدم التكنولوجي في

1 – « ***L'internationalisation du commerce et de l'industrie impliquent la nécessité d'une protection internationale des inventions. ce souci s'est traduit par l'élaboration d'un droit supranational*** ».
- CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 298.
- Voir aussi : Hélène Gaumont – prat, op.cit., p. 11.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 131.

زيادة انتهاك حقوق الملكية الفكرية بسبب تطور أساليب النسخ والتقليد والتزييف بقيمة غير مكلفة وبطريقة يصعب كشفها عمليا، وأثر بإحداث خسائر هائلة في الأسواق بوجه عام، الأمر الذي يشدد على الرجوع إلى أساليب الحماية الدولية المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية أو المجسدة من خلال الرغبة الشديدة في الحماية من خلال التنظيم الدولي لحقوق الملكية الفكرية، والتي يرجع تاريخ نشأتها إلى أول معرض عالمي عقدته الدول في سنة 1873 في فينا، استعرضت فيه الدول الأسباب الضرورية الملزمة لتكريس حماية حقوق الملكية الفكرية (الفرع الأول)، هذه الحماية التي تجسدت بصفة فعلية من خلال تبني مجموعة من المبادئ الدولية الملزمة في إطار اتحادات يتم إنشائها بموجب الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، ولتفرض على السلع والخدمات التي يتم انتقالها في أكثر من دولة أو عبر الحدود داخل الدول المشكلة للاتحادات (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

نشأة الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية

نشأت فكرة الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية لأول مرة من خلال المعرض العالمي الذي تم في فينا سنة 1873 حيث تأكدت معظم الدول من الحاجة الماسة لقانون دولي يتعلق بحماية الملكية الصناعية خاصة وأنّ الأمريكيين الصناعيين والمخترعين قد رفضوا المشاركة في هذا المعرض الدولي بحجة الخوف من تقليد ونقل غير مشروع للآلات والسلع التي قد يتم عرضها في المعرض.

وفي هذا الصدد تقول TRUCHON ما يلي:

« ***C'est lors de l'exposition universelle de vienne en 1783 que le besoin d'une législation internationale concernant la propriété industrielle se fit sentir pour la première fois, …il fut décidé qu'un congrès se tiendrait dans le cadre de l'exposition qui jetterait les bases d'une protection internationale en matière de brevet*** »[1] .

ونظرا لوجود أشخاص ذوي اختصاصات متعددة خواص وصناع ومستثمرين و منتجين في المعرض كانت فكرة وضع نظام قانوني عالمي متجهة نحو توحيد التشريعات

1 – TRUCHON Isabelle, op. cit, p. 3.

الوطنية للدول المختلفة[1] من جهة، وتبسيط الإجراءات الشكلية المتعلقة بمنح صاحب حق الملكية الحماية القانونية اللازمة على إقليم الدولة التي يتم التسجيل فيها من جهة ثانية، من أهم أهداف المؤتمر لكن كل هذه المحاولات لم تذهب إلى حد بعيد، الأمر الذي دفع بفرنسا سنة 1878 إلى برمجة معرض عالمي مشابه للذي تم إعداده بفينا وذلك برعاية الحكومة الفرنسية، غير أنها لم تهدف من خلاله إلى وضع قانون موّحد أو كما يسمى "التشريع ما فوق الوطني" في مجال الاختراعات فقط بل امتدت إلى العلامات التي كانت في تلك المرحلة معرضة لعدة إشكالات خلال عملية تصدير السلع والمنتوجات، ومن هنا تميّز مؤتمر باريس عن مؤتمر فينا بكونه يهدف إلى حماية وضمان كل عناصر الملكية الفكرية، رغم أن الاثنين كانا سببا في وضع الخطوط العريضة لاتفاقية باريس التي انعقدت في 1883، وجعلا فكرة الحماية الدولية لحقوق الملكية الفكرية الصناعية منها مجسدة وواقعية[2]، رغم كلّ ما قوبلت به من معارضة (أولاً) فيما بين الدول وذلك لجدية الأسباب التي سارت في اتجاه جعل الحماية القانونية لحقوق الملكية الصناعية حتمية في وقت معين (ثانيا).

أوّلاً – نشأة الحماية الدولية بين المعارضة والتأييد:

تشكّل حقوق الملكية الفكرية الحقوق الناتجة عن الدراية العلمية بالإنتاج والتسويق والتوزيع والاستثمار، لأنها حجر الزاوية في التطور الاقتصادي زراعيا وصناعيا وتجاريا وخدماتيا، الأمر الذي يجعلها تقود عجلة التطور والتقدم والتحديث المستمر في الدول، وهي حاليا المقياس المعتمد لتحديد درجة قوة الدول ومدى تقدمها بعد أن كانت الثروات الطبيعية من معادن ومواد خام هي المقياس الوحيد[3].

وقد ظهرت البوادر الأولى لهذه الحقوق خلال العصور الوسطى على شكل حماية قانونية للعلامات التجارية، كما ظهرت تلك الحقوق في مستهل القرن الخامس عشر في قانون البندقية الصادر عام 1474، إلاّ أن هذه الحقوق لم يتأكد وجودها ولم تبرز نظمها القانونية إلاّ في منتصف القرن 19[4]، فبعد قيام الثورة التكنولوجية تحركت المدينة وتطور

1 – جودي واينجار، مرجع سابق، ص 15.

2 – TRUCHON Isabelle, op. cit, p. 4.

3 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 45.

4 – محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 5.

العالم تطورا يفوق بكثير أضعاف ما بلغته دول العالم فيما سبق، حيث أدى اكتشاف طرق ومصادر جديدة للطاقة إلى الثورة التكنولوجية، التي ترتب عنها ثورة اقتصادية ذات مظاهر صناعية وتجارية وزراعية سميت بالثورة الصناعية نظرا لتعلق هذه المكتشفات بالدرجة الأولى بالتطبيق الصناعي، فنتيجة ظهور هذه المخترعات الحديثة ظهرت منتجات ووسائل إنتاج جديدة لم تكن معروفة من قبل[1].

ونتيجة للتطور الذي شهدته وسائل النقل البحري والجوي ازدادت الاختراعات وازدادت حركة الثورة الصناعية بسبب سهولة عملية الاستيراد والتصدير للمواد الأولية، وتصريف المنتوجات واتساع الأسواق.

وقد أدت كذلك الثورة التكنولوجية وما أعقبها من ثورة صناعية إلى ظهور مصالح اقتصادية جديدة وعلاقات اقتصادية متشعبة تطلبت سن تشريعات برزت في إطارها حقوق اقتصادية من طبيعة جديدة ألاّ وهي حقوق الملكية الصناعية[2].

لكن أمام التفاوت الكبير في المستوى المادي الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي والإبداعي للدول، ثار جدل كبير وحاد على المستوى العالمي حول مسألة تنظيم الحقوق الفكرية بكل أصنافها الأدبية والصناعية من جهة[3]، وآليات ونطاق حمايتها من جهة ثانية.

وقد نادى الاتجاه الأول بضرورة تنظيم حقوق الملكية الفكرية دوليا وإلزامية حمايتها احتراما لقواعد العدالة وضمانا للمنافسة المشروعة ما بين أصحاب الحقوق على المستوى الداخلي وبالتالي على المستوى الدولي[4]، وكل ما يترتب عن ذلك من تقدم وجلب لرأس المال وتشجيع الاستثمار الدولي لتحريك عجلة التنمية والاقتصاد في الدول ومن ثمة في العالم.

وقد أهمل أصحاب هذا الاتجاه مراعاة عدم المساواة القائمة ما بين الدول وخصوصا النامية، باعتبار المساواة التي ترمي الاتفاقيات الدولية كاتفاقية باريس إلى تحقيقها تبقى

1 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 28.

2 – المرجع نفسه، ص 30.

3 – ياسر محمد جاد الله، الملكية الفكرية، دار المعارف للنشر، القاهرة، 2004، ص 21.

4 – رافقت الثورة التكنولوجية ثورة قانونية برزت معالمها منذ بداية القرن 19، ومن أهم آثارها اتجاه طبيعي نحو البحث عن حماية حقوق الملكية الفكرية الصناعية على نطاق دولي.

– حسني عباس، مرجع سابق، ص ص 1، 15.

قانونية بعيدة عن المساواة الواقعية[1]، وهو السبب الذي عرّض هذا الاتجاه إلى النقد، ليظهر الاتجاه الثاني المعارض لفكرة تدويل تنظيم حقوق الملكية الفكرية، وحتى حمايتها رغم اقتناع الجميع بأن الحماية الممنوحة هنا هي آلية قانونية لتشجيع الاختراع والابتكار والاستثمار خارج حدود الدولة

.وقد استند المعارضين في ذلك على أن تنظيم حقوق الملكية الصناعية وحمايتها يشكل حتما عقبة في سبيل تطوير الصناعات الوطنية، وارتفاع أسعار السلع والمنتوجات والخدمات، وأنّ فرض شروط تعسفية في عقود التراخيص والاستغلال خلق الاحتكارات سواء على المستوى الوطني أو الدولي مما يلحق أضرارا جسيمة على الدول النامية أو السائرة في طريق النمو وخصوصا في الجانب الاقتصادي.

كما أنّ أصحاب هذا الاتجاه يعتبرون النظام الدولي لحماية حقوق الملكية الفكرية وخصوصا قانون براءات الاختراع من المعوقات التي تقيد حق المشرّع الوطني في الدول النامية في اتخاذ[2] الإجراءات، التي يراها كفيلة لمواجهة الآثار الضارة التي تترتب على إساءة حق احتكار الاستغلال[3].

ولما كانت مسألة تنظيم الحقوق الفكرية وحمايتها تتسع وتضيق في دائرة الاقتصاد الرأسمالي[4]، مقابل تضييقها في دائرة الاقتصاد الاشتراكي بسبب اختلاف القيود التي يمكن أن توضع على الحقوق الفكرية من حيث الشدة والمرونة ومن حيث القوة والضعف تبعا لفلسفة النظام الذي تتبعه كل دولة، ظهر الاتجاه المرجح بين الاتجاهين السابقين، والذي ينادي بإلزامية التسليم بأن نظام الحماية القانونية للحقوق الفكرية في الدول النامية مسألة

---

1 – « ***L'égalité n'est salutaire que dans la mesure ou tous les partenaires sont de force égale*** ».
- CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 302.

2 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 31.

3 – يبرر أصحاب الموقف أفكارهم ببعض البيانات المادية كنسبة براءات الاختراع المملوكة للأجانب أو لشركات الاستثمار الدولية المسجلة في الدول النامية في تلك المرحلة، وعلى سبيل المثال نذكر في سنة 1970 بلغت نسبة البراءة المملوكة للأجانب في الأرجنتين 78% وفي التشيلي 94% وفي الأكوادور 96% وفي كولومبيا 95%.
– صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 70.

4 – « ***نشأت فكرة حماية الملكية الفكرية في ظل المبدأ الرأسمالي*** ».
– منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 7.

ضرورية[1]، وأنّ فكرة كون قواعد الحماية الدولية الحالية للحقوق الفكرية ضارة بالدول النامية قابلة للزوال بمجرد تعديل وتطوير قواعد هذه الحماية بالأسلوب الذي يحقق الحدّ الأدنى من المصلحة الجماعية لهذه الدول النامية بالموازاة مع انتقالها إلى عصر التكنولوجيا لتلتحق بركب الدول المتقدمة[2].

وفي هذا الصدد يقول سائد أحمد الخولي ما يلي: « ***لابد من التأكيد على ضرورة حماية الملكية الصناعية، بل وإعطاء هذه الحقوق اهتماما كبيرا، فلا يمكن قبول فكرة أنّ منح صاحبها حق الاستئثار باستعمالها واستغلالها يؤدي إلى عرقلة التقدم التكنولوجي ونقل هذه التكنولوجيا بل على العكس تماما فإن تولد الشعور لدى أي شخص بأن ما سيتوصل إليه من ابتكارات أو اختراعات سيحظى بالحماية القانونية اللازمة سيؤدي بالتأكيد إلى تشجيع روح الإبداع والابتكار...*** » [3].

ومن هنا بدأ الحديث عن ضرورة تقييد حق الشركات الأجنبية التي تدخل إلى الدول النامية للاستثمار، والتي تكون عادة محتكرة لنشاط معين أو علامة معينة، من أجل القضاء على عيوب نظام التكتلات الرأسمالية، وذلك عن طريق تشجيع المخترعين على منح تراخيص استغلال اختراعاتهم لعدة مشروعات، أو التوسع في تطبيق نظام التراخيص الإجبارية لاستغلال الاختراعات الحديثة، إذا ما كان احتكار استغلالها يضر بمصالح الدولة بصفة عامة هذا من جهة، أو باعتبار الاختراع حقا للجميع يجوز استغلاله بشرط تعويض المالك عن ذلك بنسبة معينة من أرباح الاستغلال من جهة ثانية[4].

ثانيا – أسباب نشأة الحماية الدولية

تقف الحماية القانونية الوطنية المنصوص عليها في التشريعات الداخلية لحقوق الملكية الفكرية في الأصل عند الحدود الإقليمية للدّول التي سجلت فيها تلك الحقوق[5]، بحيث لا

1 – ياسر محمد جاد الله، مرجع سابق، ص 21.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 69.

3 – سائد أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 31.

4 – براءة الاختراع في النظام الرأسمالي عقد بين المخترع والإدارة يقدم بمقتضاه الأول سر اختراعه إلى الجمهور ليصبح بالإمكان الاستفادة منه صناعيا، مقابل حقه في احتكار استغلاله والاستفادة منه خلال فترة معينة في إطار وثيقة البراءة التي تمنح بعد التسجيل.

– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 21.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 190.

تتعدى تلك الحدود بناءً وعملاً بمبدأ السيادة الإقليمية التي تقضي كقاعدة عامة في القانون الدولي بعدم سريان أثر أي حق من الحقوق الفكرية كحق براءة الاختراع أو الرسوم والنماذج الصناعية أو العلامات التجارية أو حقوق التأليف إلاّ في الدولة التي تم التسجيل فيها لطلب الحصول على الحماية القانونية على إقليمها[1]. فينحصر أثر تلك الحقوق في ذلك الإقليم ولا يتجاوزه إلى أية دولة أخرى، حتى وإن جمعت الدولتين اتفاقيات دولية معينة في مجال الحقوق الفكرية، الأمر الذي يفرض على صاحب الحق الفكري تسجيل حقه في كل دولة يرغب حمايته فيها.

وأمام الصعوبات العملية التي واجهها أصحاب الحقوق الفكرية اجتمعت مجموعة من العوامل والأسباب التي جعلت من تبني فكرة الحماية الدولية للاختراعات ولحقوق الملكية الفكرية الأخرى بصفة عامة ضرورة ملحة لا مفر منها، ومن بينها نذكر ما يلي:

– التباين الكبير في نطاق الحماية القانونية التي توفرها الدول المختلفة للحقوق الصناعية بسبب اختلاف القوانين من دولة إلى أخرى، أدى إلى نشأة الحماية الدولية لتوحيد مبادئ وعناصر الحماية على المستوى الدولي وذلك في إطار الاتفاقيات الدولية أو الاتحادات[2].

– فقدان الاختراع عند تسجيله في دولة معينة لشرط الجدّة بالنسبة إلى الدول الأخرى، مما يحول دون تسجيله في تلك الدول، كونه قد أصبح معلوما لسبق نشره في الدولة التي سجل فيها.

– المشقة التي تقع على صاحب الاختراع الذي يرغب في الحصول على حماية قانونية لاختراعه في أكثر من دولة، إذ يجب عليه أن يقدم طلبات تسجيله في كل دولة من الدّول التي يرغب في حمايته على إقليمها في آن واحد، لتجنب فقدان شرط الجدّة في اختراعه والمحافظة على سرّيته.

– التطور التقني المتسارع عالميا أدى إلى سرعة تداول المنتجات الصناعية بين الدول عبر التجارة الدولية[3].

---

1 – VIVANT Michel, op. cit, p. 109.

2 – إن انضمام هذه الدول إلى الاتفاقيات الدولية، يجعل منها جزء من التشريع الداخلي لها، الأمر الذي يسمح بالقول أنها من خلال تكريسها للمبادئ نفسها والحماية الدولية قد حققت إلى حد بعيد توحيدا في العناصر المشكلة للحماية المكرسة داخليا.

3 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص ص 131، 132.

– عزوف الدول عن المشاركة في معرض الاختراعات الذي عقد في فيّنا سنة 1873 بدعوة من حكومة الإمبراطورية النمساوية الهنغارية، بسبب ضعف الحماية القانونية للاختراعات الأجنبية، وعدم ملاءمتها لمن لديهم الرغبة في عرض اختراعاتهم، خوفا من التقليد والتعدي عليها لقصور الحماية الموفرة لها.

كما أنه، من استعراض الحقوق الفكرية على المستوى الاقتصادي والعلمي والاجتماعي والقانوني والسياسي، فإن فكرة الحماية الدولية للملكية الصناعية يؤدي بالضرورة إلى تدويل آليات التصدي لمحاولات التعدي عليها في السوق الوطنية أو الأجنبية بمختلف طرق المنافسة غير المشروعة أو الغش والتقليد في صنعها وإنتاجها لسلع مماثلة أو تقديمها لخدمات في القطاع نفسه على حدّ سواء[1].

ويؤدي كل ذلك إلى ضمان ما يلي دوليا:

– تشجيع المنافسة المشروعة على المستوى الدولي.

– منع سائر أنواع الغش.

– محاربة التقليد والتزوير.

– تشجيع الابتكار والإبداع.

– تحفيز الدول على الأخذ بأسباب التطور والتقدم عن طريق الابتكار لا عن طريق التقليد[2].

أدت كل هذه الاعتبارات، إلى التفكير في وضع إطار دولي لحماية براءات الاختراع تتعدى إقليم كل دولة، وتمتد لحماية حقوق الملكية الفكرية الأخرى كأوّل مبادرة بعقد مؤتمر فيّنا لتأهيل البراءات المبرم سنة 1873، والذي تم الاتفاق فيه على عدد من المبادئ التي أسست للحماية الدولية للاختراعات بصورة فعالة ومفيدة، بالإضافة إلى حثّ الدول إلى إحداث تفاهم عالمي حول حماية براءات الاختراع على المستوى الدولي بأسرع وقت ممكن، وقد تحقق ذلك من خلال المؤتمر الدولي الموالي الذي انعقد بباريس سنة 1878 حول الملكية الصناعية، والذي تمخض عنه الدعوة إلى عقد مؤتمر دولي دبلوماسي بهدف تحديد قواعد الإطار التشريعي لتنظيم حقوق الملكية الصناعية[3].

1 – ياسر محمد جاد الله، مرجع سابق، ص 21.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص ص 58، 57.

3 – المرجع نفسه، ص 132.

وعلى إثر ذلك قامت حكومة فرنسا سنة 1880 بتحضير المسودة النهائية التي تقترح فيها إنشاء اتحادًا عالميا لحماية الملكية الصناعية، صادقت عليها وتبنتها كل الدول التي حضرت اللقاء في باريس.

وقد حوت المسودة في جوهرها المواد الأساسية التي ما زالت تشكل الخطوط العريضة لما يسمى اليوم باتفاقية باريس[1]، أو بالأحرى دستور الملكية الصناعية[2].

الفرع الثاني

المبادئ المكرسة لحماية حقوق الملكية الصناعية

لقد تم تكريس النظام القانوني الدولي لحماية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بكلّ من الملكية الصناعية وحق المؤلف والحقوق المجاورة على حد سواء في ظل الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف[3]، كاتفاقية باريس واتفاقية برن واتفاقية لشبونة واتفاقية مدريد واتفاقية تريبس، أو الاتفاقيات الثنائية التي تمّ إبرامها بين الدولة الجزائرية والدول التي تربطها معها علاقات اقتصادية سياسية وتجارية[4].

وهي تتضمن نظامين، الأوّل يتعلق بالتوفيق بين قوانين دول الاتحاد أمّا الثاني بإنشاء المساواة بين رعايا دول الاتحاد[5].

---

1 – هذا مع الإشارة إلى أنه خضعت هذه الاتفاقية لعدة تعديلات، مما جعلها قادرة على مواكبة مستجدات وتطورات حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 19.

3 – « ***التعاون الدولي في مجال حق الملكية الفكرية يتلخص ويرتكز في الأساس على المعاهدات والاتفاقيات الدولية ومدى انضمام الدول إليها ومدى قيامها بتنفيذها دون أي تراخي*** ».

– منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 8.

4 – من بين هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال الاتفاق التجاري المبرم بين حكومة الجزائر وحكومة سوريا، الذي نص في المادة 14 على أنه: « ***تتعاون الهيئات والمؤسسات باعتماد القياسات والمواصفات التقنية وحماية الملكية الفكرية والصناعية والتجارية في كلا البلدين بالتنسيق فيما بينها قصد إيجاد الصيغ العلمية الملائمة لتسهيل تبادل المنتجات ذات المنشأ بين البلدين. كما تعمل هذه الهيئات والمؤسسات على انسجام القوانين والأنظمة والمواصفات والمقاييس المطبقة في كلا البلدين*** ». مرسوم رئاسي رقم 2000-245 مؤرخ في 22 أوت 2000 يتضمن التصديق على الاتفاق التجاري بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية الموقع في دمشق بتاريخ 14 سبتمبر 1997، ج ر عدد 52، مؤرخة في 23 أوت 2000.

5 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 148.

ولتحقيق هذه الحماية وتجسيدها اجتمعت الدول على وضع قواعد دولية إلزامية تتعهد الدول الأعضاء على مراعاتها والالتزام باحترامها لضمان الحماية الحقيقية والفعلية والفعالة لحقوق الملكية الفكرية على الصعيد الدولي[1]، وتتمثل في مجموعة المبادئ الدولية[2] التالية:

أوّلا – مبدأ المعاملة الوطنية:

أخذت اتفاقيات الملكية الفكرية بمبدأ المعاملة الوطنية، باعتباره أحد الأركان الأساسية لنظام الحماية الدولية لحقوق الملكية بكل عناصرها، فبموجبه لا تضمن هذه الاتفاقيات الحماية للأجانب فقط بل تمنع أيضا أي نوع من أنواع التمييز بينهم وبين المواطنين ولولا ذلك لكان من الصعب الحصول على الحماية المناسبة في البلدان الأجنبية بشأن هذه الحقوق[3].

ونشأ تطبيق هذا المبدأ في اتفاقيات الملكية الفكرية عندما أوجبت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية بأن يتمتع رعايا الدول الاتحادية في جميع دول الاتحاد الأخرى بالمزايا التي تمنحها حاليا أو مستقبلا قوانين تلك الدول للمواطنين في مجال حماية الملكية الصناعية، وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، ويكون لهم بذلك الحماية نفسها وطرق الطعن القانونية التي تمنح للمواطنين ضد أي إخلال بحقوقهم على أن يتم إتباع الشروط والإجراءات المفروضة على مواطني تلك الدول أنفسهم[4].

ووفقا لذلك يتساوى رعايا الدول الاتحادية مع المواطنين في أية دولة عضوة تطلب فيها الحماية في اكتساب الحق على البراءة أو العلامة التجارية أو النموذج أو الرسم[5]، وفي مدى هذا الحق والالتزامات التي تنشأ عنه[6]، وفي العقوبات المدنية أو الجزائية التي يفرضها قانون بلد طلب الحماية[7].

---

1 – نصت اتفاقية تريبس في ديباجتها في الفقرة "أ" على أن الدول بحاجة إلى وضع قواعد وأنظمة بشأن إمكان تطبيق المبادئ الأساسية لاتفاقية الجات لعام 1994، وكل الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية.

– منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 77.

2 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 443.

3 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 115.

4 – صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، د س، ص 39.

5 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 94.

6 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 299.

7 – محمد حسين إسماعيل، الحماية الدولية للعلامة التجارية، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، كلية الحقوق، القاهرة، 1978، ص 72.

كما أنه يعتبر هذا المبدأ من أهم الأسس التي تقوم عليها اتفاقية برن، لأنه يؤدي وظيفة أساسية ومهمة في حماية المصنفات سواء في دولة المنشأ أو في دولة طلب الحماية[1].

واعتمدت كذلك اتفاقية تريبس مبدأ المعاملة الوطنية عندما ألزمت البلدان الأعضاء بمنح مواطني البلدان الأخرى الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة معاملة لا تقل عن المعاملة التي تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية[2]، بل وجاء في نص صريح أنه يجوز للدول الأعضاء منح الأجانب في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالجوانب المتعلقة بالتجارة، حقوقا تتجاوز الحقوق التي تمنحها لمواطنيها[3].

وتشمل أحكام هذا المبدأ كل المسائل والأمور التي تؤثر في توفير حقوق الملكية الفكرية[4]، من اكتسابها ونطاقها ونفاذها وكذلك العناصر التي تؤثر في استخدامها أو استعمالها[5].

كما يعد المبدأ بالمفهوم السابق، منطلقا حقيقيا يؤدي إلى تحقيق مفهوم قانون بلد طلب الحماية باعتباره واجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، لأنه يمنح قوانين الملكية الفكرية صفة أحادية بوجوب تطبيقها على جميع النزاعات والعلاقات التي تنشب أو تعرض في الدولة، فهو يعتمد على هذا القانون في حل مسائل تنازع القوانين لأنه الأكثر صلاحية لجعل الأجانب يتمتعون بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها المواطنون[6].

كما يشمل تطبيق المبدأ وينتج آثاره القانونية حتى في المسائل المتعلقة بالجوانب الإجرائية، لأنه يقضي بالضرورة على كل أصحاب حقوق الملكية الفكرية، الوطنين منهم

---

1 – تنص المادة 5 من الاتفاقية على أنه: « ***يتمتع المؤلفون في دول الاتحاد غير دولة منشأ المصنف بالحقوق التي تخولها قوانين تلك الدول حاليا، أو قد تحولها مستقبلا لرعاياها بالإضافة إلى الحقوق المقررة بصفة خاصة في هذه الاتفاقية، وذلك بالنسبة للمصنفات التي يتمتعون على أساسها بالحماية بمقتضى هذه الاتفاقية*** ».

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 116.

– جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية...، مرجع سابق، ص 13.

3 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 30.

4 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 152.

5 – ولا يطبق هذا المبدأ إلاّ إذا كان المنتوج أو الخدمة أو العنصر المتعلق بحقوق الملكية الفكرية قد تم دخوله إلى السوق الوطنية.

6 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 118.

والأجانب مراعاة الإجراءات الشكلية المتعلقة بتسجيل الحقوق المطلوب حمايتها في دولة الحماية[1]، ونصت عليه اتفاقية باريس باعتباره قيد للحصول على الحماية في نص المادة 1/2 كما يلي: « ***يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع الدول الأخرى للاتحاد فيما يتعلق بحماية الملكية الصناعية بالمزايا الممنوحة أو التي تمنحها في المستقبل قوانين تلك الدول لمواطنيها وذلك مع عدم الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية، وبذلك يكون لهم ما لهؤلاء المواطنين من حق في الحماية أو التظلم من كل مساس بحقوقهم بشرط إتباع الشروط والأوضاع المفروضة على المواطنين*** »[2].

كما أنّ الأثر الموحد المقصود من الاتحاد لا يمكن أن يظهر، إذا كان القاضي الذي ينظر في النزاع المتعلق بأي حق من حقوق الملكية الصناعية أو أي ميزة أخرى يقوم في كلّ مرّة بالموازنة ما بين المزايا التي يمنحها قانونه، وتلك التي يوفرها قانون بلد الشخص الأجنبي صاحب الحق في مجال الحماية[3]، لأن هذه الوضعية تتعارض مع مضمون مبدأ المعاملة الوطنية، الذي مؤداه أن الحماية تمنح وفقا لما يراه قانون الدولة المطلوب فيها الحماية دون الإشارة أو الاهتمام بنوع الحماية الممنوحة في دولة طالبها[4].

وهذا المبدأ مطبق في كل أصناف حقوق الملكية الفكرية كحق المؤلف، حيث نجد اتفاقية برن تقضي بأن حماية المصنفات في دولة المنشأ يحكمها التشريع الوطني، ومع ذلك إذا كان المؤلف من غير رعايا دولة منشأ المصنف الذي يتمتع على أساسه بالحماية بمقتضى هذه الاتفاقية يتمتع في تلك الدولة بالحقوق ذاتها المقررة لمواطنيها[5].

---

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 205.

2 – نقلا عن منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 59.

3 – محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص 74.

4 – لقد قدمت عدة اقتراحات في مؤتمر لاهاي لسنة 1925 لتعديل مبدأ المعاملة الوطنية إلى المعاملة بالمثل، وأهمها اقتراح الولايات المتحدة الأمريكية بإضافة العبارة التالية إلى نص المادة 1/2 السابقة الذكر:
« ***غير أنه من المفهوم أن تحتفظ كل دولة بحق أن تفرض – في حالة الملكية الصناعية – على رعايا كلّ دولة متعاقدة استكمال بعض أو كلّ الشروط المفروضة في هذه الحالة على رعاياها من قبل هذه الدول الأخرى*** ».
– محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 75.

5 – تنص المادة 3/5 من اتفاقية برن على أنه: « ***الحماية في دولة المنشأ يحكمها التشريع الوطني، ومع ذلك إذا كان المؤلف من رعايا دولة منشأ المصنف الذي يتمتع على أساسه بالحماية بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يتمتع في تلك الدولة بذات الحقوق المقررة لرعاياها*** ».
– نقلا عن: منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 14.

وينتج كذلك من تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية أثر لا يقل أهمية، يقضي باعتبار كل الدول اتحادا، أي إقليما واحدا، يتمتع كل شخص[1] في إطاره بذات الحقوق ويخضع لنفس الإجراءات[2].

أما بالنسبة لاتفاقية تريبس، فإن تطبيق المبدأ بالنسبة لها يؤدي إلى تطبيق قانون بلد طلب الحماية، وبالضرورة تمتع الأجانب بالحقوق نفسها التي يتمتع بها المواطنون في دولهم.

ومن هنا وبناءً على ما جاء في معظم الاتفاقيات تصبح القاعدة العامة في القانون الذي يطبق على الحق المتنازع فيه هو قانون بلد طلب الحماية.

كما تجدر الإشارة إلى أنه خلقت بعض الاتفاقيات المتضمنة تنظيم وحماية حقوق الملكية الفكرية مقابل المساواة التي يضمنها مبدأ المعاملة الوطنية بعض الاستثناءات التي تخرج من نطاق إعمال المبدأ، وأهمها يؤدي إلى وجود تمييز إجرائي بين المواطنين والأجانب[3]، يتعلق بالإجراءات القضائية والإدارية والاختصاص وتحديد محل مختار أو تعيين وكيل، إذ يطبق بشأن هذه المسائل قانون بلد طلب الحماية كما هو دون إعمال مساواة الأجانب بالمواطنين[4].

---

1 – من الأشخاص المستفيدين من مبدأ المعاملة الوطنية نذكر:

1 – الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية إحدى الدول الأعضاء في اتفاقية باريس.

2 – الأشخاص الذين يقيمون في دولة عضو في هذه الاتفاقية.

3 – الأشخاص الذين يملكون مؤسسة صناعية أو تجارية في دولة عضو في هذه الاتفاقية.

– صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 136.

كما يمكن اعتبار المستفيدين من إعمال مبدأ المعاملة الوطنية هم المستحقين لحماية حقوقهم القانونية.

– محمد مصطفى عبد الصادق، الحماية القانونية للعلامات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 341.

وفي كل الحالات يمكن أن يكون الشخص المعني بمبدأ المعاملة الوطنية هو المستثمر الأجنبي صاحب العلامة أو براءة الاختراع في الدولة المضيفة لاستثماره.

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 122.

3 – إنّ الأجانب المعنيين هم كل الأجانب الذين يملكون حق ملكية فكرية يطالبون بحمايتها، أو المستثمرون الذين يملكون استثمار أو نقلوا معهم أثناء إنشاء شركات استثمارية أجنبية أسرار تكنولوجية وخبرات فنية إلى دولة طلب الحماية أو إلى أي دولة من دول الاتحاد.

4 – غير أنه لا يجوز إخضاع المخترع الأجنبي من رعايا دول الاتحاد لأي شرط خاص بالإقامة أو بوجود منشأة في الدولة التي يطلب المخترع حماية اختراعه فيها.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 205.

– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 443.

وقد تبنت هذا الاستثناء كل من اتفاقية باريس وتريبس واتفاقية واشنطن.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن اتفاقية تريبس قد حكمت بعدم نفاذ ذلك حين تكون هذه الاستثناءات ضرورية لضمان الالتزام بمراعاة أحكام القوانين واللوائح التنظيمية التي تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية، وشرط أن لا يكون في اللجوء إلى هذه الممارسات أي تقييد مستتر للتجارة[1].

ثانيًا – مبدأ حق الأسبقية:

نصت المادة الرابعة من اتفاقية باريس على مبدأ حق الأسبقية الدولية[2]، عندما قضت بأنه كل من أودع طلبا للحصول على براءة اختراع في إحدى الدول الأخرى في إحدى الدول التابعة للاتحاد أن يتمتع هو وخلفه فيما يختص بالإيداع في الدول الأخرى بحق الأسبقية في خلال مدة 12 شهر من تاريخ إيداع الطلب الأوّل[3].

كما نصت على حق الأسبقية فيما يتعلق بحقوقهم في الرسوم والنماذج الصناعية وذلك خلال مدة 6 أشهر من تاريخ تقديم طلب الإيداع في البلد الأصلي والغاية من هذه الأسبقية هو دفع الخطر الذي ينتقص من الحماية الدولية للعلامات أو الرسوم أو النماذج الصناعية واعتبار كل الدول المنضمة إلى الاتفاقية دولة واحدة، وأنّ تاريخ تقديم الطلب في أي منها يسري عليها جميعا[4].

ولا يجوز من خلال ذلك، لأي شخص آخر أن يحتج قبله بالأسبقية في الاستعمال أو التسجيل لذات العلامة خلال هذه المدة في أي دولة من دول الاتحاد[5]، واشترط النص أن يقدم طلب براءة الاختراع خلال مدة الأسبقية وهي 12 شهر من تاريخ تقديم الطلب، أما

1 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 136.

2 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 59.

3 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 95.

4 – وقد نصت المادة 1/41 على سبيل المثال من قانون العلامات التجاري الأردني على مبدأ حق الأسبقية، بحيث أجازت لأي شخص وطني أو أجنبي أن يطلب حماية علامته المسجلة في دولة أجنبية مرتبطة مع الأردن باتفاقية لحماية العلامات التجارية المتبادلة ويكون له تسجيل تلك العلامة في الأردن وفق حق الأولوية أو الأسبقية.
نقلا عن: عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 125.

5 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص 16.
– سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 564.

بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية، فالمدة تقدر بـــ 6 أشهر من تاريخ تقديم طلب الإيداع في البلد الأصلي[1].

ويقضي مبدأ الأسبقية بأن الإيداع الأول في دولة اتحادية ينشئ لصاحب الطلب حقا بالأولوية في تقديم طلبات متتالية في دول اتحادية أخرى خلال مدة معينة[2]، بحيث لا يجوز لأي شخص آخر أن يتقدم بطلب إيداع ذلك الحق في تلك الدولة[3]، فكل من قام بطلب إيداع في دولة معينة للحصول عل براءة اختراع أو تسجيل نموذج منفعة أو رسم أو نموذج صناعي أو علامة تجارية أو صناعية يتمتع هو وخلفه بمهلة معينة فيما يتعلق بالإيداع في الدول الأخرى[4]. وهو استثناء على مبدأ المعاملة الوطنية من حيث أن مدة الحماية وفق مبدأ الأولوية تحسب اعتبارا من تاريخ التسجيل في الدول الأجنبية، في حين أنها تحسب من تاريخ أول إيداع يتم في أي دولة من دول الاتحاد[5] لمجرد تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية.

كما أن تسجيل الاختراع في دولة من الدول الأعضاء في اتفاقية باريس يجعل ذلك الاختراع غير فاقد لشرط الجدّة في الدول الأخرى[6] لمدة 12 شهر تبدأ من تاريخ التسجيل[7]، وذلك لتمكين صاحب ذلك الاختراع خلال المدة المذكورة من تسجيل اختراعه في الدول التي يرغب في حماية اختراعه فيها[8]، والقيام بالتدابير الضرورية بهذا الخصوص خلال تلك المدة[9]، وإلا سقط حقه في حماية اختراعه في تلك الدول إذا ما مضت تلك المدة

1 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 95.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 137.

3 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 125.

4 – المرجع نفسه، ص 125.

5 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 206.

6 – GAUMONT – PRAT Hélène, op. cit, p. 15.

7 – TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 430.

8 – CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 300.

9 – إن صاحب الأسبقية يتمتع بفائدة مزدوجة تتمثل في:

– شرط السرية التي تتطلبه كافة القوانين لا يسري في حقه عند قيامه بإيداع طلب البراءة الأوّل، لأن هذا الإيداع لا يعتبر إفشاءً لسرّ اختراعه.

– لا يعتد بأي إيداع يقوم به الغير إذا كان لاحقا للإيداع الأوّل الذي قام به صاحب الأسبقية.

منى جمال الدين، الحماية الدولية لبراءة الاختراع، رسالة دكتوراه (غير منشورة)، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2002، ص 116.

دون أن يقوم بتسجيل اختراعه فيها وفق الأصول المقررة بهذا الشأن[1].

كما أن ممارسة حق الأسبقية يفترض أن يكون موضوع الإيداع الأوّل مشابها لموضوع الإيداعات التابعة، ولكن دون اشتراط أن يكون الوصف الوارد في الإيداع الأول محررا بنفس الكلمات والألفاظ تبعا لهذا لا يجوز رفض حق الأسبقية على أساس أن بعض عناصر الاختراع المطالب لها الأسبقية لا ترد ضمن المطالب التي تضمنها الطلب المقدم في دولة المنشأ[2]. فيكفي أن تسمح مستندات الطلب في مجموعها بالكشف عن تلك العناصر على وجه التحديد[3].

وإذا كان الطلب يتضمن إيداع رسم أو نموذج صناعي له مرتبة الاختراع، فيجوز طلب ذلك في الدولة الأخرى التي تقر منح براءة الاختراع أو شهادة مخترع عن الرسم أو النموذج الصناعي، ومدة الأسبقية هي 6 أشهر.

كذلك لو طلب شهادة تسجيل رسم أو نموذج صناعي في دولة من دول الاتحاد ثم تقدم بطلب براءة الاختراع في دولة أخرى تقبل منحها عن النموذج أو الرسم الصناعي الذي يرتقي إلى مستوى الاختراع، فإن مدة الأسبقية تبقى 6 أشهر أيضا[4].

إنّ ممارسة الشخص لحقه في الأسبقية ينصب على أي عنصر من عناصر حقوق الملكية الصناعية المذكورة في الاتفاقيات والمتمثلة في الاختراعات والنماذج الصناعية والرسوم والعلامات وتسميات المنشأ[5]، ويتطلب احترام شروط شكلية إلزامية، أهمها أنه لا يتم الاستفادة من هذا الحق إلا إذا تم إجباريا التصريح بطلب ذلك[6]، ويكون ذلك في آجال قانونية يتم تحديدها وفقا للقواعد القانونية الوطنية للدولة التي يتم طلب التسجيل فيها[7].

---

1 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 138.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 206.

3 – انظر المادة 4/ج من اتفاقية اتحاد باريس، مرجع سابق.

4 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 448.

5 – المرجع نفسه، ص 446.

6 – « ***La priorité doit être revendiquée dans une déclaration faite par le demandeur du titre correspondant*** ».
- CHAVANNE Albert, BURST Jean Jacques, op. cit, p. 300.

7 – يبدأ سريان حساب المدة اعتبارا من تاريخ الإيداع الأول، أو من تاريخ العرض في المعارض الدولية الرسمية أو المعترف بها دوليا.
– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 447.

وبمجرد الموافقة على منح الحق في الأسبقية لطالبها يتم نشرها، أما إذا أهمل المعني بالأمر إحدى هذه الشروط الشكلية يفقد حقه في طلب الأسبقية.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأولوية أي الأسبقية في التشريعات الوطنية حيث نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها كما يلي: « ... ***في حالة ما إذا تضمن الإيداع المطالبة بالأولوية المتعلقة بإيداع واحد أو بعدة إيداعات سابقة ينبغي التصريح بذلك الطلب.***

وفي هذه الحالة تقدم نسخة طبق الأصل للطلب الأصلي تسلمها الإدارة الملكفة بالبراءات للبلد الأصلي في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب.

وكذلك الأمر في حالة ما إذا كانت الأولوية المطلوبة مؤسسة على معرض سابق، وفي هذه الحالة تقدم شهادة يمنحها منظم المعرض تبين تاريخ ابتداء ونهاية عرض الاختراع وكذا خصائصه الأساسية بالإضافة إلى اسم المخترع »[1].

وقد نصت كذلك المادة 5 من المرسوم رقم 05-277 الذي يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها على نفس المبدأ كما يلي:

« ***يلزم كل شخص يطالب بالأولوية إيداع سابق، بأن يصرح بذلك عند طلب التسجيل مع إرفاقه نسخة رسمية لهذا الإيداع في أجل أقصاه ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إيداع طلب التسجيل*** »[2].

ثالثًا – مبدأ الاستقلال:

يقضي مبدأ الاستقلال بتمتع صاحب الحق في البراءة أو الرسم الصناعي أو النموذج الصناعي أو تسمية المنشأ أو العلامة التجارية على السلع أو الخدمات بمجموعة من الأنظمة القانونية للحماية أو للحقوق العامة في كل دولة يطلب فيها الحماية[3] بصفة مستقلة، حيث يوجب هذا المبدأ معاملة الحق باعتباره مستقلا عن الحق نفسه الممنوح في دول أخرى سواء كانت أعضاء في الاتفاقية أم لم تكن.

---

1 – مرسوم تنفيذي رقم 05-275، مرجع سابق.

2 – مرسوم تنفيذي رقم 05-277، مرجع سابق.

3 – لقد أدخل المبدأ لأوّل مرّة إلى اتفاقية باريس في تعديل بروكسل لسنة 1900.

– سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 200.

وإنّ النظام القانوني الذي يحكم ذلك الحق لا يتأثر بالنظام الـذي يحكـم الحـق ذاتـه الموازي في دولة أخرى، وهذا يؤكد أن القوانين الوطنية تطبق في أقاليمها فقط و لا يمكـن أن تتعدى حدودها[1].

وقد تبنت اتفاقية باريس مبدأ استقلال العلامات في المادة 3/6، ويقصد منه اسـتقلال كل علامة مسجلة في أكثر من دولة تمام الاستقلال بظروفها في كـل دولـة عـن الدولـة الأخرى[2]، ويستتبع ذلك أنه لا يترتب على إنهاء مدة التسجيل للعلامة التي تمّ تسجيلها فـي دولة ما حسب نظامها القانوني، انتهاء مدة التسجيل في بقية الدول. كما أن تجديد التسـجيل في إحدى الدول لا يترتب عليه حتما تجديد التسجيل في جميع البلاد المسجلة فيها[3]. والسبب في ذلك أن تسجيل العلامة في بلد غير بلدها الأصلي يدخلها حياة جديدة، وبعيدة عن مؤثرات البلد الأصلي، بل ويخضعها لنظام قانوني جديد من حيث البقاء والاستمرار، ألاّ وهو النظام القائم في البلد الذي استوطنته[4]. وبمعنى آخر فإنه بتمام تسـجيل العلامـة خـارج بلـدها الأصلي، فإنها تندمج بنظام قانوني خاص بها يكتسب بموجبه مالكها الأصلي حقا لا يجـوز تجريده منه تبعا لأسباب خارجة عن ظروف البلد الذي استوطنته[5].

ويترتب عن ذلك أن إلغاء أو شطب تسجيل أي علامة في دولة متعاقدة لا يؤثر علـى سلامة تسجيلها في الدولة المتعاقدة الأخرى[6]، لأن الاستقلالية تمتد إلـى أسـباب الـبطلان وأسباب سقوط الحق أو مدة الحماية العادية[7].

كما يمتد تطبيق مبدأ الاستقلالية إلى براءة الاختراع، حيث أنّ البراءات التي تمنح عن الاختراع ذاته في مختلف الدول المتعاقدة هي براءات مستقلة الواحدة عن الأخرى[8]، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 4 مكرر 2 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.

---

1 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 125.

2 – تكون كذلك المطالبات القضائية والدعاوى الناجمة عن هذه البراءات مستقلة.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 207.

3 – سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 567.

4 – وهي الوضعية نفسها بالنسبة لكل الأصناف الأخرى لحقوق الملكية الصناعية سواء براءات الاختراع أو الرسوم والنماذج الصناعية.

5 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 18.

6 – محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 96.

7 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 450.

8 – منى جمال الدين، مرجع سابق، ص 121.

لكن هذا لا يعني بالضرورة أنّ منح براءة اختراع في دولة متعاقدة يكون سببا يجعل الدول الأخرى ملتزمة بمنح البراءة هي الأخرى[1]، من جهة أولى. ولا يجوز كذلك رفض منح البراءة عن الاختراعات أو إلغائها أو شطبها في أي دولة متعاقدة بحجة أنها رفضت أو ألغيت أو شطبت في إحدى الدول المتعاقدة الأخرى من جهة ثانية[2].

كما لا يجوز رفض منح أي براءة اختراع أو إبطالها على أساس أن بيع السلعة المشمولة بالبراءة أو السلعة المنتجة بطريقة صنع مشمولة ببراءة اختراع يخضع لقيود أو شروط يفرضها القانون الداخلي للدول المعنية.

ومفاد مبدأ الاستقلالية، هو منح البراءات كل واحدة بالمقارنة مع الثانية معاملة مستقلة إذا منحت من عدة دول للاختراع نفسه، سواء من حيث بطلان البراءة أو سقوطها، أو من حيث مدة الحماية المقررة لها، وبمفهوم آخر إذ بطلت البراءة أو سقطت أو انتهت مدّة حمايتها في الدولة التي سجلت فيها فلا أثر لذلك على البراءة التي منحت في الدول الأخرى[3]، لأن البراءات تحيا حياتها القانونية الخاصة وفقا لأحكام قانون الدولة التي منحت تلك البراءة، حتى ولو لم تكن تلك الدولة عضوا في اتفاقية باريس[4].

وتتمتع على أثر ذلك براءات الاختراع التي يحصل عليها صاحبها مع حق الأسبقية في مختلف دول الاتحاد بمدة دوام تساوي المدة التي كانت ستقرر لها لو أنها طلبت أو منحت دون الأسبقية، ولا يختلف هذا النص عن نص المادة 5 بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية والمادة 6 من ذات الاتفاقية بالنسبة للعلامات.

ومن هذه النصوص يتبين بأن شهادة التسجيل النموذجية الممنوحة في دولة معينة كدولة الجزائر، عن أحد عناصر الملكية الصناعية مماثل لعنصر منح شهادة التسجيل في دولة يوغوسلافيا على سبيل المثال، فلا ترتبط الشهادة الأولى بالشهادة الثانية، فلكل منها شروطها ومدتها، وإذا سقطت إحداها لا يعني سقوط الثانية، فقد تستمر لأن شروط ومدة كل منها

1 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 138.

2 – المرجع نفسه، ص 138.

3 – « ***La règle de l'indépendance des droits implique que la perte du droit dans le pays d'origine ne rend pas caduques les titres enregistrés dans les autres états de l'unions*** ».
- TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 430.

4 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 139.

تختلف في كل من الدولتين ولا علاقة لسقوط إحداها بوجود الأخرى[1].

رابعا – مبادئ عامّة أخرى:

لقد نصت كذلك الاتفاقيات الدولية وخصوصا اتفاقية باريس على مبادئ عامة أخرى لتسهيل إعمال المبادئ السابقة، وللتخفيف من الاختلافات الجوهرية للتشريعات الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، ومن أهمها مبدأ قبول تسجيل الحقوق الفكرية الأجنبية المسجلة في بلدها الأصلي (1)، ومبدأ منح التراخيص الإجبارية (2).

1 – مبدأ قبول تسجيل الحقوق الفكرية الأجنبية المسجلة في بلدها الأصلي

لقد نصت المادة 6 من اتفاقية باريس على أنه يجب على كل دولة من دول الاتحاد أن تقبل إيداع كل علامة سبق تسجيلها في بلدها الأصلي بشكل قانوني وبالحالة التي هي عليها، بمعنى الاستغناء عن مبدأ الفحص السابق للتسجيل[2].

ويقصد بالبلد الأصلي في نطاق الاتفاقية كل بلد من بلدان الاتحاد أو كل دولة منظمة للاتفاقية يكون فيها لطالب التسجيل مؤسسة تجارية أو صناعية جدية تمارس نشاطها فعليًا، أو البلد الذي يوجد فيه لطالب التسجيل موطن، أو البلد الذي ينتمي إلى الاتحاد ويكون طالب التسجيل حاملا لجنسيته[3].

إنّ تبني الدول في إطار الاتفاقيات الدولية لهذا المبدأ كقاعدة عامة هدفه ضمان وتأكيد إمكانية استفادة أي حق من الحقوق الصناعية التي يتم تسجيلها من طرف صاحب المصلحة في دولته من الحماية في إطار الدول الأخرى التي صادقت على الاتفاقيات والتي تشكّل اتحادا، وذلك لتفادي رفض التسجيل لأسباب شكلية أو موضوعية عامة قد تم في البلد الأصلي دراستها وفحصها والتأكد من توافرها لاستحقاق الحق المطلوب تسجيله للحماية، غير أنه مبدأ عام وردت عليه بعض الاستثناءات المحددة[4] في نص المادة 6/ب من اتفاقية باريس والتي تتمثل فيما يلي:

---

1 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 451.

2 – سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 565.

3 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ص 16 – 17.

4 – ينص اتفاق مدريد المبرم في 14 أفريل 1891 على أنه يجوز لدول الاتحاد رفض الاستجابة لطلبات التسجيل الدولي.

- Voir : TAFFOREAU Patrick, op. cit, p. 436.

1 – إذا كان من شأن تسجيل العلامة الإخلال بالحقوق المكتسبة للغير في الدولة التي تطلب فيها الحماية، كما لو ثبتت أن هناك علامة مماثلة أو مشابهة للعلامة المشهورة استعملها صاحبها مدة طويلة قبل اكتساب العلامة للشهرة في البلد المعني[1].

2 – إذا كانت العلامة مجردة من أي صفة مميزة أو كان تكوينها مقتصرا على إشارات أو بيانات يمكن أن تستعمل في التجارة للدلالة على نوع المنتجات وجودتها أو كميتها أو الغرض منها أو قيمتها أو محل منشأ المنتجات أو زمن الإنتاج أو إذا كانت قد أصبحت شائعة في العادات التجارية المشروعة والمستقرة في الدولة التي تطلب الحماية[2].

3 – العلامات المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة خاصة العلامات التي من شأنها أن تضلل الجمهور، ويرى جانب كبير من الفقه أنه لا يجوز اعتبار العلامة مخالفة للنظام العام بسبب عدم مطابقتها لبعض أحكام التشريع الخاص بالعلامات، إلا إذا كانت هذه الأحكام تتعلق بالنظام العام[3].

3 – مبدأ منح التراخيص الإجبارية:

يقصد بالتراخيص الإجبارية الإدارية[4]، تلك التراخيص التي يتم منحها حين يسمح القانون في أية دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقيات الدولية المبرمة والمشكّلة لاتحاد معيّن، باستخدامات أخرى للاختراع موضوع البراءة التي حصل عليها المستثمر الأجنبي، والمسجلة تسجيلا دوليًا دون الحصول على الموافقة منه باعتباره صاحب ملكية الحق في الاختراع، بما في ذلك الاستخدام الذي يتم من طرف الحكومة شخصيًا[5]، أو من طرف ثالث يحدد من

1 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 17.

2 – سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 566.

3 – عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 18.
سميحة القيلوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 566.

4 – عرّف رضا عبد السلام التراخيص الإجبارية على أنها: « ***استخدام لبراءة الاختراع دون الحصول على موافقة من صاحب الحق*** »، منظمة التجارة العالمية، دليل للإطار العام للتجارة الدولية، دار المريخ للنشر، الرياض، 2006، ص 408.

5 – لم يتمّ تحديد بواعث التراخيص الإجبارية أو التدخل الحكومي المباشر، إلاّ أنه تمّ وضع شروط تقييدية عليه. بحيث أثناء اللجوء إليه تستطيع الحكومة الاستناد إلى الأهداف والمبادئ الإرشادية المتعلقة بالحاجة إلى حماية الصحة العامة أو التغذية، أو إلى تعزيز المصلحة العامة في إطار التطور الاقتصادي والتكنولوجي ومنع سوء استخدام حقوق الملكية الفكرية.
– رضا عبد السلام، مرجع سابق، ص 408.

طرف الحكومة أو يخوّل له الحق ذاته، من طرف الحكومة[1].

إنّ اللجوء إلى التراخيص الإدارية الإجبارية مسألة مقيدة بحيث لا يجوز فرض التراخيص، إلاّ إذا توافرت مجموعة من الشروط الإلزامية التي تتمثل وفق نصّ المادة 31 من اتفاقية تريبس[2] فيما يلي:

- دراسة كل ترخيص بالاستخدام في ضوء جدارته الذاتية.
- لا يجوز السماح بهذا الترخيص إلاّ إذا كان الشخص الذي يريد استخدامه قد بذل جهودًا للحصول على ترخيص صاحب الحق في البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة.
- أن يكون نطاق ومدّة هذا الاستخدام محدودين بخدمة الغرض الذي أجيز من أجله هذا الاستخدام.
- لا يجوز أن يكون هذا الاستخدام مطلق أو قابل للتنازل للغير.
- أن يكون الهدف من الاستخدام هو الاستعمال في الأسواق المحلية. وما يجدر الإشارة إليه هنا أنه يمكن أن يكون المستفيد من التراخيص الإجبارية هو المستثمر الأجنبي أو المستثمر الوطني على حدّ سواء. لأن المفروض على المؤسسة الطالبة للاستفادة من الترخيص أن تثبت أنه يتوافر فيها الضمانات اللازمة لاستغلال الرسم أو النموذج أو براءة الاختراع لمعالجة النقص الذي كان سببًا في منح التراخيص، وأنها مستعدة وقادرة على دفع التعويضات المالية لصاحب شهادة التسجيل[3].

كما يضاف إلى ما تقدّم من شروط، قابلية التراخيص للإنهاء مقابل دفع التعويضات الكافية لصاحب الحق فيها، بحيث يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار الظروف المحيطة بتقرير الترخيص والقيمة الاقتصادية للترخيص من جهة، ومجال الاستخدام فيما إذا كانت التراخيص مقترحة لمواجهة الحاجة الاجتماعية أو لأغراض تجارية وصناعية، من جهة ثانية[4].

وما يجدر الإشارة إليه هنا، أنّه إذا تقرر من هيئة إدارية أو قضائية وجود ممارسة مضادة للمنافسة المشروعة من طرف منتج أو مستثمر أجنبي على الخصوص، فيمكن علاج

1 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 271.

2 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 96.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 332.

4 – رضا عبد السلام، مرجع سابق، ص 410.

ذلك الوضع بمنح ترخيص إجباري دون مراعاة شرطين قد تمّ ذكرهما سابقًا وهما:

- بذل الجهود السابقة لمن ينوي الاستخدام.
- أن يكون الترخيص الإجباري لإمداد السوق المحلية.

كما نشير إلى أنه تستثنى من التراخيص الإجبارية كلّ ما يتعلق بتكنولوجيا أشباه الموصلات أو ما يسمى "Les semi conducteurs"، لأنه لا يمكن إخضاعها للاستخدام الحكومي بهذا الأسلوب، إلاّ إذا كان الاستخدام لأغراض غير تجارية أو لتصحيح أي ممارسات مضادة للمنافسة تمّ تحديدها باتباع إجراءات قضائية وإدارية[1].

وقد أخذ المشرّع الجزائري بالتراخيص الإجبارية، بحيث يسوغ للسلطة المختصة أن تمنح بعوض حق استعمال الرسوم والنماذج الصناعية أو التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة أو براءة الاختراع لكلّ مؤسسة تطلب ذلك[2]، بحيث تخضع الحالات التي يجوز منح التراخيص فيها للمصلحة العامة[3].

وفي اغلب الحالات يكون عدم استغلال هذه الحقوق كالرسم أو براءة الاختراع أو حتّى استغلالها بصورة غير كافية سببًا يجوز لأجله منح التراخيص الإجبارية، لأن عدم الاستغلال أو عدم تزويد السوق المحلية بسلع ومنتوجات أو اختراعات معينة كمًا وكيفًا يؤثر على التطور الاقتصادي والمصلحة العامة[4].

---

1 – رضا عبد السلام، مرجع سابق، ص 412.

2 – نصت على سبيل المثال المادة 38 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع في القسم الخاص بالرخص الإجبارية على حالة عدم استغلال الاختراع أو لنقص في استغلاله على أنه: « ***يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء أربع سنوات ابتداءً من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث سنوات ابتداءً من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال اختراعه أو نقص فيه*** ».

ونصّت المادة 31 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنه: « ***يمكن الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن يقرر، ولو بدون موافقة المالك بأن هيئة عمومية للغير الذي يعينه يمكنها استغلال التصميم الشكلي...*** ».

3 – انظر بعض هذه الحالات في المادة 2/31 من الأمر رقم 03-08، والمادة 3/38 من الأمر رقم 03-07.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 332.

المطلب الثاني

الاتجاه نحو استقبال الحماية المكرّسة في إطار المنظمة العالمية للتجارة

تتمتع حقوق الملكية الفكرية بكلّ عناصرها في إطار العلاقات الدولية التجارية بأهمية بالغة، فالابتكار والمنافسة قرينتان للتقدم الاقتصادي في أي مجتمع، لذا لا ريب في أنه من أهم العوامل المساعدة على الازدهار والنمو الاقتصادي للدولة وجود نظام قانوني قوي متكامل يكفل الحماية الفعالة للمبتكرين على اختراعاتهم، وللمؤلفين على مصنفاتهم[1]، مع حماية المشروعات والاستثمارات الوطنية والأجنبية في ظل انتقال التكنولوجيا من خطر التقليد أو السطو على عناصر الملكية الفكرية بوجه عام.

إنّ تعدد حقوق الملكية الفكرية وعلاقتها الوطيدة بالتجارة الدولية من خلال تدويلها في إطار الاستثمارات الأجنبية والعقود الاقتصادية الدولية لنقل التكنولوجيا من جهة[2]، وتأكيد المستثمرين الأجانب والصناع والمبتكرين على اهتمامهم بعناصر الملكية ومدى تأثيرها على حجم التجارة الدولية سلبًا أو إيجابًا حسب نظام الحماية المكرّسة في الدولة المضيفة من جهة أخرى، ولأسباب أخرى حفّزت واضعي اتفاقيات التجارة العالمية على أن يؤسسوا نظامًا قانونيًا دوليًا[3]، يهدف في إطار تخفيض التشوهات والعراقيل التي تعوق التجارة الدولية للعمل على تشجيع الحماية الفعالة والملائمة لهذه الحقوق[4]. لكن دون المغالاة في ذلك من أجل ضمان ألا تصبح التدابير والإجراءات المتخذة لإنفاذ هذه الحقوق حواجز في حدّ ذاتها أمام التجارة المشروعة[5].

ولدوافع كثيرة أخرى تمّ تنظيم حقوق الملكية الفكرية في إطار المنظمة العالمية للتجارة من خلال إبرام اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (فرع أوّل)،

1 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 9.

2 – تعتمد الدول النامية في تطوير صناعاتها الوطنية على التكنولوجيا المستوردة من الدول الصناعية، في إطار عقود نقل التكنولوجيا أو في إطار الاستثمارات الأجنبية.

3 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 252.

4 – رغم ضمان الحماية القانونية الدولية بموجب باريس، إلاّ أنّ هذه الأخيرة أصبحت في وقت معين مقصرة في تغطية وحماية كلّ عناصر الحقوق الصناعية المستحدثة والمتعلقة بالتكنولوجيا الرقمية والإلكترونية.

5 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 15.

باعتبار أن المستجدات التي ستضاف إلى الحماية القانونية التقليدية المكرّسة للحقوق المعنوية هي أهم الضمانات التي تحفز حركية التجارة الدولية وتشجع الاستثمار الدولي أكثر فأكثر[1]، الآن وقد ظهرت أنواع جديدة من الاختراعات الإلكترونية التي تحتاج إلى إدراجها ضمن هذه الحقوق (فرع ثانٍ).

الفرع الأوّل

إقحام حقوق الملكية الفكرية في نظام التجارة الدولية

رغم معارضة عدد كبير من الدول التي شاركت في مفاوضات الأوروجواي مسألة إدراج حقوق الملكية الفكرية في المفاوضات على أساس أنه موضوع تغطيه منظمة أخرى هي المنظمة العالمية للملكية الفكرية من جهة أولى[2]، وأنّه موضوع لا يدخل في نطاق اختصاصات الجات التي لا تمتد ولايته إلاّ إلى التجارة من جهة ثانية، تمّ التوصل إلى حل وسط لإقناع المعارضين، وذلك من خلال تسمية موضوع التفاوض بالجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية[3].

إنّ رغبة الدول المتقدمة في إدراج حقوق الملكية الفكرية في مفاوضات الجات كان بالدرجة الأولى لمدّ نطاق الالتزام بالحماية أثناء المفاوضات التجارية متعددة الأطراف، عندما يتمّ تقويتها بإدراجها مع الالتزامات المتعلقة بالتجارة الدولية، وتعزيز معايير الحماية بالنسبة لبراءة الاختراع في الدول النامية، والتي تضمن نفاذها الفعال بالشكل الذي يحقق فوائد لحائزيها في الحاضر والمستقبل[4].

---

1 – الجزائر من بين الدول التي تعمل على قدم وساق من أجل جعل نظامها القانوني لحماية الاستثمار الأجنبي وحقوق الملكية الفكرية متماشيًا مع متطلبات وشروط الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.

2 – رضا عبد السلام، مرجع سابق، ص 393.

3 – المرجع نفسه، ص 395.

4 – تؤثر مسألة حماية حقوق الملكية الفكرية على حجم الاستثمارات الأجنبية وحجم التجارة الدولية سلبًا أو إيجابًا حسب درجة الحماية، حيث تعرضت المشروعات المالكة للتكنولوجيا ولعناصر الملكية الفكرية والصناعية بسبب التقليد والغش والقرصنة لخسائر قدّرت بمليارات الدولارات أو بـ 6% من حجم التجارة العالمية.

– جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 11.

هذا إلى جانب وجود دوافع كثيرة أدت إلى تنظيم حقوق الملكية الفكرية[1] بشكل مستحدث في إطار المنظمة العالمية للتجارة (أوّلا)، بحيث يتم الانتقال من خلال ذلك من المعالجة الجزئية لحقوق الملكية الفكرية إلى المعالجة الشاملة والكاملة (ثانيا).

أولا – دوافع تنظيم حقوق الملكية الفكرية في منظمة الـ OMC:

لا تعود جذور حماية حقوق الملكية الفكرية إلى المنظمة العالمية للتجارة التي تأسست في 1995، بل وكما أسلفنا إلى اتفاقية باريس لسنة 1883 الخاصّة بحقوق الملكية الصناعية واتفاقية برن لسنة 1886 الخاصّة بحقوق المؤلف. لكن لكون إطار هاتين الاتفاقيتين والمنظمة التي ترعاهما وترعى بقية الاتفاقيات ذات الصلة، والمتمثلة في المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو" لم تتح تفعيل حماية تلك الحقوق بالقدر الذي تريده الدول المتقدمة التي تسعى للسيطرة على قدراتها الإبداعية والفكرية، ومنع كلّ ما يعيق فعالية تجارتها العالمية، خاصّة تلك التي تتحقق في إطار شركات الاستثمار العالمية، التي تنشئ علاقات مركبة قانونية صناعية، فنية وتجارية.

وطبيعي أن لا يحقق نظام "الويبو" مثل هذا الهدف لأنه يركز بالأساس على الجوانب الفنية البحتة وعلى الحقوق القانونية ولا يشمل علاقة هذه الحقوق بالتجارة العالمية أو بالاستثمار الأجنبي أو العالمي. وتحت ضغط الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي ورغم معارضة غالبية البلدان النامية انتقلت أحكام الاتفاقيتين مع بعض التعديلات إلى جولة الأوروجواي فظهر الاتفاق متعدد الأطراف حول حقوق الملكية الفكرية ذات العلاقة بالتجارة والمسماة باتفاقية تريبس[2].

حيث تقرر هذه الاتفاقية في المادة الثالثة والرابعة منها المبادئ العامة المطبقة على التجارة الدولية للسلع والخدمات والمتمثلة في مبدأ المعاملة الوطنية والدولة الأولى

---

1 – « ***إنّ الهدف المعلن من وراء اتفاق تريبس... هو أنّ الحماية القوية لهذه الحقوق على المستوى العالمي تؤدّي إلى دعم أنشطة البحث والتطوير وتحفيز الابتكار وتزايد معدلاته، وتؤدي في الوقت نفسه إلى تزايد تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر، وتدفقات التجارة الدولية والنقل الدولي للتكنولوجيا وتؤدي من ثمة إلى تزايد معدلات النمو الاقتصادي وإلى تحقيق مستويات أعلى من الرفاهية بالنسبة لجميع الدول أطراف التبادل الدولي في السوق العالمية*** ».

– حازم السيد حلمي، حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق التريبس والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية، إشارة خاصة لمصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق–جامعة القاهرة، 2004، ص 127.

2 – يوسف عرب، النظام القانوني للملكية الفكرية، ص 9.

Voir : http://doc.abhatoo.net.ma/IMC/doc/dro23.doc

بالرعاية[1]، وتضع الحدود الدنيا للحماية التي يتعين على الدول الأعضاء في المنظمة عدم النزول عنها وإدراجها في قوانينها الداخلية، ومن بين هذه الحدود مدّة الحماية التي ينبغي أن لا تقل فيما يخص براءة الاختراع على سبيل المثال عن 20 سنة، وحقوق الطبع عن 50 سنة.

وبالمقابل، كان على القوانين الوطنية الداخلية وضع الأحكام الكفيلة باحترام هذه الحقوق، وترتيب عقوبات مالية وبدنية فاعلة ضدّ من يخالفها، شريطة أن توقع هذه العقوبات من طرف السلطات القضائية[2].

وحسب الاتفاقية يتعيّن اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحماية الملكية الفكرية خلال سنة واحدة في الدول الصناعية، وخمس سنوات في البلدان النامية و11 سنة في الدول الأقل نموًا اعتبارًا من بداية عام 1995.

ولا بدّ من الإشارة كذلك وبكلّ حيادية وموضوعية، إلى أنّ إصرار الدول الصناعية أثناء جولة الأوروجواي على إدراج هذه الحقوق ضمن الاتفاقيات متعددة الأطراف كان بدافع الضغوط التي مارستها شركات الأدوية والملابس الجاهزة التي تباشر استثماراتها في عدد كبير من دول العالم، منطلقة من مبدأ معلن قد لا يختلف عليه أحد وهو عدالة حماية الحقوق المعنوية ووجوب احترامها، رغم أنّ ذلك الاحترام يعرض صناعة وتجارة الدول النامية للتردي والخطر. وعلى سبيل المثال ما هو معروف في صناعة الأدوية في العالم العربي، التي هي في الأصل تعتمد على تكنولوجيا ومنتوجات الدول الأجنبية. ففي ظل التنظيم الجديد للمبادلات العالمية ستكون الدول العربية الأعضاء في المنظمة أمام أحد الخيارين، إما أن تدفع التعويضات للشركات صاحبة براءة الاختراع أو أن تتوقف عن الإنتاج، فيقودنا الحل الأوّل إلى ارتفاع الأسعار والتكلفة عند الاستهلاك، ويقضي الحل الثاني إلى تبعية العالم العربي شبه الكلي للسوق الخارجية[3]. ولهذا فإنّ اتفاقية تريبس من حيث آثارها، رغم حتمية

---

1 – رضا عبد السلام، مرجع سابق، ص 395.

2 – « ***يتضمن اتفاق "تريبس" إجراءات فعالة لدعم وتقوية حماية حقوق الملكية الفكرية على المستوى الدولي تلتزم بها جميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية عن طريق تضمينها في تشريعاتها الوطنية وهو الأمر الذي سترتب عليه إحداث تغيرات هامة في طبيعة وفعالية النظام الدولي والاقتصاد السياسي العالمي الذي يقوم بتنظيمه*** ».

– حازم السيد حلمي، مرجع سابق، ص 127.

3 – يوسف عرب، مرجع سابق، ص 10.

الانضمام إليها ودورها الفعال في تحفيز استقطاب الاستثمارات الأجنبية ورؤوس الأموال الأجنبية، تبقى الاتفاقية الأكثر خطورة بالمقارنة مع الاتفاقيات الدولية السابقة لها، من زاوية تأثيرها السلبي على اقتصاديات الدول النامية ومن بينها الدول العربية[1].

ثانيا – الانتقال من المعالجة الجزئية إلى المعالجة الشاملة للحقوق:

إنّ انضمام الدول إلى المنظمة العالمية للتجارة يلعب دورا إيجابي ومهم في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية بكلّ عناصرها، لأنها من خلال ذلك تنتقل في مجال تنظيمها لهذه الحقوق من معالجة جزئية للعناصر إلى المعالجة الكلية والشاملة[2].

فرغم وجود اتفاقيات دولية سباقة لتنظيم حقوق الملكية الفكرية أو محددة للأسس والمبادئ العامة لمعالجة هذه الحقوق كاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ومعاهدة برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية واتفاقية واشنطن للملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة وغيرها، إلاّ أنه في النهاية، هو تنظيم جزئي للتعامل مع حقوق الملكية الفكرية بسبب اهتمامها بالدرجة الأولى بالتنظيم فقط[3] هذا من جهة، وأن المجالات التي تمّ تنظيمها تبقى ناقصة ولا تشمل كلّ الحقوق وخصوصًا حاليًا وقد أصبحت التكنولوجيا الرقمية والإلكترونية في تطور مذهل يؤدي إلى ظهور عناصر جديدة واستحداث حقوق من نوع جديد مثل التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وبرامج الحاسوب وأشباه الموصلات... الخ من جهة أخرى.

وعليه، نقول أن وجود معالجة شاملة وكاملة لحقوق الملكية الفكرية لم يكن قائمًا قبل سنة 1994 الموافق لإنشاء اتفاقية تريبس، التي تكفلت بتوفير هذه المعالجة المنشودة من كلّ أصحاب حقوق الملكية الفكرية ودولهم، لأنّ هذه الاتفاقية قد حددت كل القواعد المتعلقة بشأن كلّ حقّ من هذه الحقوق بتبنيها قواعد عامة تسري على كلّ حقّ دون استثناء[4]. ولم يقتصر الأمر على هذا التحديد بل تعداه إلى وضع ضمانات متعددة تكفل الحماية الفعالة لهذه الحقوق

1 – تصبح إذن الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف المبرمة في مجال حقوق الملكية الفكرية الأسلوب الوحيد الأفضل لحماية اقتصاد الدول النامية لأنها تعمل على تخفيف حدة سلبيات اتفاقية تريبس.

2 – يوسف عرب، مرجع سابق، ص 11.

3 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 253.

4 – المرجع نفسه، ص 259.

جميعها بما فيها الحقوق المستحدثة[1].

ولما كانت المعالجة والتنظيم الواردين في التشريعات الوطنية للدول التي لم تنضم إلى المنظمة العالمية للتجارة ذات طابع جزئي وناقص، مثلما هو الأمر بالنسبة للتشريع الجزائري، فهي في حاجة ماسة من جهة لاستقبال الحماية والتنظيم المكرسين لحقوق الملكية الفكرية للانتقال من المعالجة الجزئية إلى المعالجة الشاملة. ومن جهة ثانية، هي في وضعية تجعلها ملزمة على القيام بذلك لجعل نظام الاستثمارات الأجنبية الذي أصبح حاليًا ذو علاقة وطيدة بنظام حقوق الملكية الفكرية أكثر تحفيزًا، ما دام المستثمر الأجنبي في الآونة الأخيرة يجعل شروط استثماره في الدول النامية أو السائرة في طريق النمو متوقف على طبيعة الحماية القانونية المكرسة لعناصر حقوقه الفكرية، والتي يجدر أن تكون مطابقة للحماية المكرّسة في نطاق المنظمة العالمية للتجارة.

فمن منظور قانوني، يمكن القول أن ما أتت به اتفاقية تريبس من قواعد مستحدثة تتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية، أحد أهم مظاهر تطور العلاقات الدولية التجارية، لأنها تتضمن مدّ سريان مبدأي المعاملة الوطنية والدولة الأكثر رعاية في مجال هذه الحقوق الأمر الذي يؤدي إلى تعميم تطبيق مبادئ التجارة الدولية في مختلف قطاعاتها[2]. وعلى الأخص الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.

كما أنه، يتم ذلك إلى جانب تبنيها للمبادئ العامة التي تضمنتها اتفاقية باريس والسابق الإشارة إليها، باعتبارها من التطبيقات المستجدة في مجال حقوق الملكية الصناعية.

---

1 – تضمنت اتفاقية تريبس معالجة لسبع أنواع من حقوق الملكية الفكرية تتمثّل في:

1 – براءة الاختراع.

2 – حقوق المؤلف.

3 – العلامات التجارية.

4 – المؤشرات الجغرافية.

5 – التصميمات الصناعية.

6 – التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة.

7 – المعلومات غير المفصح عنها.

2 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 253.

ثالثا – تطبيق مبادئ المنظمة على حقوق الملكيّة الفكريّة:

لقد كان في تطبيق مبادئ المنظمة العالمية للتجارة على حقوق الملكية الفكرية الصناعية منها، حماية حقيقية لحقوق الملكية المنحدرة من اكتساب الاستثمار الأجنبي في أيّ دولة كانت، لأنّه يضمن توحيد المبادئ والقواعد المطبقة على الاستثمارات الأجنبية في الجوانب المتعلقة بالملكية سواء العقارية أو الصناعية. ويؤدي إلى تفعيل الحماية التي تمنحها الدولة المستقبلة، لأنها تلتزم في إطار هذه المبادئ تجاه دولة جنسية المستثمر الأجنبي، بحيث في إطار كلّ هذه المستجدات بتمديد إعمال مبدأ الدولة الأولى بالرّعاية (1) ومبدأ استنفاذ الحقوق الفكرية (2).

1 – مبدأ الدّولة الأولى بالرّعاية:

تعتبر اتّفاقية تريبس الاتّفاقية الوحيدة من بين اتفاقيات الملكيّة الفكرية التي أخذت بمبدأ الدّولة الأولى بالرعاية، وهي أوّل اتّفاقية تعتمد على هذا المبدأ في تنظيم حقوق الملكيّة الفكرية، بحيث يعتبر هذا المبدأ أحد الأسباب التي أضفت على هذه الاتّفاقية أهميّة وفعّالية على المستوى الدّولي، لأنّه يلعب دورا في إعطاء الأهميّة لمبدأ المعاملة الوطنيّة من جهة[1]، ومكمّلا له من جهة ثانية، خصوصا وأنّ اتّفاقية تريبس أجازت للدّول الأعضاء عقد اتّفاقيات خاصة فيما بينها، لأنّه كلّما قلّ عدد الدّول الأطراف وتشابهت مختلف ظروفها سينعكس إيجابيّا على مستوى تنظيم تلك الاتّفاقيات، الأمر الذي يخلق درجات متفاوتة من الحماية القانونيّة لحقوق الملكيّة الفكريّة بغض النّظر عن جنسيّة صاحبها وطنيّا كان أو أجنبيّا، مبدعا للحقّ المحمي أو مستغلا له، ومنه يحدث خلل في حماية هذه الحقوق بين الدّول الأعضاء في اتّفاقية تريبس، وذلك حتى وإن نصّت هذه الأخيرة على أنّ الحماية لا تقلّ عن الحدّ الأدنى[2]، هذا ولا يستبعد أنّه يمكن أن يكون التّنظيم الاتّفاقي متجاوزا للحدّ الأدنى المنصوص عليه في اتّفاقية تريبس.

ومن خلال تبني اتّفاقية تريبس لمبدأ الدّولة الأولى بالرّعاية في مجال حقوق الملكيّة الفكرية، نجدها قد قرّرت أنّ أية ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة يمنحها أي بلد عضو لمواطني بلد آخر يجب أن يمنح على الفور وبدون أيّة شروط لمواطني جميع البلدان

1 – يقول جلال وفاء محمدين في هذا الصّدد ما يلي: « ***إنّ هذا المبدأ أساسي، إذ بدون تقريره سيكون مبدأ المعاملة الوطنيّة، الذي سبق أن أقرّته الاتّفاقية، مفرغا من محتواه*** »، مرجع سابق، ص 25.

2 – عبد الكريم محسن، مرجع سابق، ص 232.

الأعضاء الأخرى[1]. وبهذا المبدأ يتمّ تحقيق المساواة بين جميع الدّول الأعضاء فيما يخصّ كلّ المسائل المتعلّقة بحقوق الملكيّة الفكريّة[2]، من إجراءات الإيداع والتّسجيل وضمانات الحماية ومدّتها وغيره.

كما يترتب على إعمال هذا المبدأ، أنه إذا أبرمت أي دولة اتّفاقية مع دولة ثانية تتضمّن حماية معينة لحقوق الملكيّة الصّناعية تتجاوز من حيث المستوى الحماية المكرسة في اتفاقية تريبس، فإنّها ستمتد إلى جميع الدّول الأعضاء في اتّفاقية تريبس رغم أنها ليست طرفا في الاتفاقية المانحة لتلك الحماية، ومن ثمّة يظهر أنّ هذا المبدأ يساهم إلى حدّ بعيد في زيادة القواعد الموضوعيّة التي تشكّل الحدّ الأدنى من الحماية[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّ التزام الدّول بمبدأ الدّولة الأولى بالرّعاية يواجهه كغيره من المبادئ العامة بعض الاستثناءات، تشمل أية ميزة أو حصانة جرى منحها بواسطة العضو في الحالات التّالية:

– عندما تكون مستمدة من الاتّفاقيات الدّولية المبرمة للتعاون القضائي وتطبيق القانون بصفة عامة، وليست مقصورة على الملكيّة الفكريّة بصفة خاصة.

– عند منحها وفقا لنصوص معاهدة برن لسنة 1971 ومعاهدة روما.

– عندما تكون الميزة خاصة بحقوق المبدعين ومنتجي التّسجيلات الصّوتية والهيئات الإذاعية التي لم ينص عليها في هذه الاتّفاقية.

– عندما تكون الميزة مستمدة من الاتّفاقيات الدّولية المتعلّقة بحماية حقوق الملكيّة الصّناعية والتي جرى إبرامها قبل سريان اتّفاقية تربيس، شريطة إخطار مجلس الجوانب

---

1 – نصّت المادة الرّابعة من اتّفاقية تريبس على أنّه: « ***فيما يتعلّق بحماية الملكيّة الفكريّة، فإنّ أي ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو لمواطني أي بلد آخر يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط لمواطني جميع البلدان الأعضاء الأخرى***... ».

نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 80.

2 – غير أنّ هذا المبدأ لا يمنع الدول من القيام بفرض بعض القيود لتنظيم التجارة الدّولية إذا تمّ ذلك بموجب قيود عامة وموضوعيّة ومجرّدة ودون أن تحقّق مزايا للبعض دون الآخرين.

– سميحة القيلوبي، الملكيّة الصّناعية، مرجع سابق، ص 18.

3 – على هذا الأساس يمكن القول أنّه بتطبيق هذا المبدأ على حقوق الملكيّة الفكريّة، يكون قد تمّ تعميم إعماله على كلّ جوانب الاستثمار الأجنبي، الأمر الذي يجعله من أهم المبادئ القانونيّة المكرّسة في السياسة التّحفيزيّة للاستثمارات الأجنبيّة.

المتّصلة بالتّجارة من حقوق الملكيّة الفكريّة بهذه الاتّفاقيات وبشرط أن لا تكون تمييزا عشوائيّا أو غير مبرر ضدّ مواطني البلدان الأعضاء الأخرى[1].

2 – مبدأ استنفاذ حقوق الملكيّة الفكريّة:

لقد كانت أهم نقاط ضعف النظام القانوني لحماية حقوق الملكيّة الفكريّة، والصّناعية على وجه الخصوص، في المرحلة السابقة لوجود اتّفاقية تريبس هو افتقاره لمبدأ استنفاذ حقوق الملكية الفكريّة، الذي يقضي كقاعدة عامة أن تُدخل الدّول الأعضاء في الاتّفاقية قوانينها وتشريعاتها الوطنيّة الضوابط والقواعد التي جاءت بها اتّفاقية تريبس[2]، وذلك لضمان حماية أصحاب الحقوق المسجلة. كالإجراءات التّحفظية والوقائيّة والجزاءات، وتسهيل اتّخاذ التّدابير الفعّالة ضد أي تعدّي على الحقوق الفكريّة المشمولة بالحماية[3]، وذلك دون أن تكون أي عرقلة لحرية التجارة أو الحيلولة دون ممارسة المنافسة المشروعة، وشرط أن تكون هذه الإجراءات عادلة ومنصفة وغير معقّدة أو باهظة التّكاليف بصورة غير ضروريّة، ودون حدوث أي تأخير في تبنيها[4]، هذا من جهة.

وأن لا يؤدّي ذلك الالتزام بالحماية إلى الإخلال بسلطات تلك الدّول في تنفيذ قوانينها الدّاخلية بصفة عامة، من جهة ثانية.

وعلى هذا الأساس ألزمت اتّفاقية تريبس الدّول الأعضاء بتطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائيّة في حالات التّقليد المتعمّد للعلامات التّجارية المسجّلة بما في ذلك عقوبة الحبس والغرامات الماليّة وحجز السّلع المخالفة أو أية مواد أو معدّات تستخدم بصورة رئيسيّة في

---

1 – جلال وفاء محمّدين، الحماية القانونيّة للملكيّة الصّناعية، مرجع سابق، ص 26.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 153.

3 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونيّة للملكيّة الصّناعية، مرجع سابق، ص 39.

4 – تنصّ المادة 41 من اتّفاقية تريبس على أنّه: « ***تلتزم البلدان الأعضاء بضمان اشتمال قوانينها لإجراءات الإنفاذ المنصوص عليها في هذا الجزء لتسهيل اتّخاذ تدابير فعّالة ضدّ أي تعدٍّ على حقوق الملكيّة الفكريّة التي تغطيها هذه الاتفاقية، بما في ذلك الجزاءات السّريعة لمنع التّعديات والجزاءات التي تشكّل رادعا لأي تعديات أخرى، وتطبّق هذه الإجراءات بالأسلوب الذي يضمن تجنب إقامة حواجز أمام التّجارة المشروعة ويوفر ضمانات ضدّ إساءة استعمالها*** ».

– نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 103.

ارتكاب الجريمة ومصادرتها أو إتلافها[1].

وتحقيقا لذلك، الاتّفاقية تلزم الدول على خلاف الاتّفاقيات السّابقة لها والمتعلّقة بحقوق الملكيّة الفكريّة، على تعديل قوانينها الوطنيّة تماشيا مع متطلّبات الاتّفاقية، وتضمينها قواعد الاتفاقية ومبادئها مع إدخالها حيّز النّفاذ، وإعمال العقوبات والجزاءات الجنائيّة المكرسة للاعتداءات الممارسة على حقوق الملكيّة الفكريّة بصفة فعلية، وذلك دون تحديد مدى هذه العقوبات، لأنّها مسألة متروكة للتّشريعات الدّاخلية لكلّ دولة[2].

رابعا – استقبال الحماية في إطار المنظمة يخلق تكاملا مع الحماية الاتّفاقية والتّشريعيّة:

لقد تضمّنت اتّفاقية تريبس، ثلاثة أنواع من قواعد الحماية المكرّسة لحقوق الملكيّة الفكريّة، فمن ناحية تضمّنت قواعد الحماية التّقليديّة وقواعد الحماية الجديدة التي استحدثها واضعو الاتّفاقية. يسريان بصفة تلقائيّة على حقوق الملكيّة الصّناعية إلى جانب النوع الثالث من القواعد والتي تتعلّق بكلّ حق من هذه الحقوق[3]، وفق خصوصيّته وحاجته لتنظيم معيّن أو حماية خاصة.

إنّ أوجه الحماية العامة التّقليدية والمستحدثة التي أتت بها اتّفاقية تريبس تتمحور وتهدف إلى تدعيم وتنسيق حماية حقوق الملكيّة الفكريّة بين الدّول الأعضاء من أجل تفادي ومواجهة عدم كفاية وفعّالية الحماية المعتمدة لدى بعض الدّول، والتي من شأنها تعطيل وإعاقة انسياب التجارة الدّولية للسّلع والخدمات المرتبطة بهذه الحقوق[4].

---

1 – نصّت المادة 61 من اتّفاقية تريبس على أنّه: « ***تلزم البلدان الأعضاء بغرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائيّة على الأقّل في حالات التّقليد المتعمّد للعلامات التجارية المسجّلة أو انتقال حقوق المؤلّف على نطاق تجاري، وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس أو الغرامات الماليّة بما يكفي لتوفير رادع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبّقة فيما يتعلّق بالجرائم ذات الخطورة المماثلة*** ».

– منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 113.

2 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكيّة الصّناعية، مرجع سابق، ص 43.

3 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 259.

4 – « ***إنّ اتّفاقية التريبس بجانب أحكامها الخاصة باحترام نصوصها قد منحت القواعد والإجراءات الدّاخلية دورا هاما في مجال حقوق الملكيّة الفكريّة وخصوصا بيان ما يجب الالتزام به في هذا المجال*** ».

– مصطفى سلامة، المرجع نفسه، ص 254.

فقواعد الحماية التّقليديّة هي تلك التي تتكفّل بها التّشريعات الوطنيّة للدول والتي تتضمّن حماية أوسع من الحماية التي تتطلبها اتّفاقية تريبس والمنصوص عليها في المادة 1/1، بحيث لا تكون الحماية تقليديّة إلاّ إذا كان المعمول عليه هو توفير حماية في أعلى مستوياتها، فإذا جاء تشريع دولة معينة بحماية أشدّ لحقوق الملكيّة الفكريّة، كانت قواعده الأولى من حيث التّطبيق، لأنّ كلّ من اتّفاقية تريبس والاتّفاقيات الأخرى ذات الصّلة، تمثّل بالمقارنة مع التّشريعات الوطنيّة الحدّ الأدنى للحماية المقرّرة في القانون الدّولي بصفة عامة، تُمنح لصاحب حقّ الملكيّة الفكرية الأجنبي مستثمرا كان أو منتجا أو غيره.

أمّا إذا اتّخذت الدولة المستضيفة تدابير معيّنة نزولا على مقتضيات النظام العام وما في حكمه من حماية لحقوق الملكيّة الفكرية بكلّ عناصرها، فإن نظامها الدّاخلي لحقوق الملكيّة الفكرية بالرّغم من التّوسع في مضمون الحماية التي يقررها يجب أن يكون متناسقا مع أحكام اتّفاقية تريبس لضمان عدم النزول عن الحدّ الأدنى الذي يقرره في مجال الحماية (م 1/8).

ومن هنا يظهر جليّا، أنّ اتّجاه الدّول النّامية كالجزائر نحو استقبال الحماية المكرسة في إطار المنظّمة العالميّة للتّجارة، يعزّز الحماية القانونيّة التي تتضمّنها التّشريعات الدّاخلية الجزائريّة للملكيّة الفكريّة، بحيث تلعب الحماية في إطار المنظّمة دورا تكامليّا، يتجسّد في عدم السّماح بالنّزول عن الحدّ الأدنى للحماية المقررة دوليّا[1]، ومن هنا يظهر جانب التّأثير الإيجابي للانضمام إلى المنظّمة العالميّة للتّجارة على النّظام القانوني للاستثمارات الأجنبيّة باعتبارها إطار عام لنقل التّكنولوجيا والحقوق المعنويّة المرتبطة، هذا إلى جانب كون القواعد الواردة في اتفاقية تريبس جاءت من أجل تأكيد وتدعيم القواعد السّارية بمقتضى الاتّفاقيات الدّولية ذات الصّلة بحقوق الملكيّة الفكريّة من جهة، ومن أجل إضافة عناصر جديدة للحماية السّارية قبل دخول هذه الاتّفاقية حيّز النّفاذ[2]، من جهة أخرى.

فاتّفاقية تريبس قد تضمّنت مختلف الحقوق المتعلّقة بالملكيّة الفكرية وبنت الرّوابط مع الاتّفاقيات الدّولية الأخرى بشكل لا يثير أي نزاع أو إشكال في القانون الواجب التّطبيق فيما بين أحكام مختلف الاتّفاقيات، خصوصا وأنّها قد اعتمدت على أسلوب الإحالة في بعض

1 – رضا عبد السّلام، مرجع سابق، ص 395.

2 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 262.

المسائل التّفصيلية إلى الاتّفاقيات الدّولية المتخصّصة مثل اتّفاقية باريس[1]، ومعاهدة برن ومعاهدة روما.

وقد نصّت المادة 2 من اتّفاقية تريبس على أنّه: « ***لا ينتقص أي من الأحكام المنصوص عليها في الأجزاء الأوّل حتى الرّابع من هذه الاتّفاقية من أي من الالتزامات الحالية، التي قد تترتّب على البلدان الأعضاء بعضها تجاه الأخرى بموجب معاهدة باريس ومعاهدة برن ومعاهدة روما ومعاهدة الملكيّة الفكريّة فيما يتّصل بالدّوائر المتكاملة*** »[2].

ومن ذلك نستنتج أنّ قواعد الاتّفاقيات الدّولية تعمل بشكل منسّق وتكاملي، بحيث مضمون الحماية الواردة في كل منها يعزّز ويرتقي لمنح هذه الحقوق أحسن حماية قانونيّة، الأمر الذي يجعل من مسألة عدم الانضمام إلى المنظّمة العالميّة للتّجارة عامل سلبي في نظام الاستثمارات الأجنبيّة ككلّ[3].

فالهدف من إبرام اتّفاقية تريبس هو منح الحماية لأصحاب حقوق الملكيّة الفكرية لدى الاتصال بنشاطات تجاريّة ومنها الاستثمارات الأجنبيّة، وذلك دون أن تتضمّن انتقاصا أو إلغاءً لأوجه الحماية التي تكفّلت بها الاتّفاقيات السّارية الأخرى[4]، فإنّ ثمّة تكاملا بين كلّ المصادر القائمة، ولا تصبح الحماية الواردة في اتّفاقية تريبس واجبة السّريان إلاّ إذا لم تمنح الحماية لحقّ معيّن من الحقوق الفكريّة على الإطلاق، أو إذا كانت أقلّ من الحماية المكرّسة في اتّفاقية تريبس.

وأخيرا نشير إلى أنّه، من أجل تطبيق اتّفاقية تريبس مع استمرار بقاء نفاذ الاتّفاقيات الدّولية الكبرى السّابقة لها يجب التّنسيق والتّعاون فيما بين المنظمات المتعلّقة بها أي منظّمة التّجارة العالميّة والمنظّمة العالميّة للملكيّة الفكريّة باعتبارها الهيئات التي تسهر على تطبيق

---

1 – « ***L'accord ADPIC entretient également d'étroits rapports avec la convention de l'union de Paris, dont il s'inspire assez nettement sans pour autant s'y substituer ni y imposer l'adhésion aux signataires*** ».

– PASSA Jérôme, Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, Tome 1, édition LGDJ, Paris, 2006, p. 563.

2 – منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 79.

3 – « ***إنّ تقاعس الدولة وترددها أو عدم إسراعها في الانضمام للمنظمة يؤخر مسألة استفادة الاستثمارات الأجنبية من المزايا والفوائد أنها تكرسها المنظمة خاصة في مجال الحماية الجنائية لذات الحقوق*** ».

– محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 21.

4 – مصطفى سلامة، مرجع سابق، ص 253.

مضامينها، وتحقيقا لذلك انعقد اتّفاق بين المنظّمتين بتاريخ 22 ديسمبر 1995 لإيجاد نوع من التّعاون بينها فيما يتعلّق بتطبيق اتّفاقية تريبس والاتّفاقيات الأخرى المتّصلة بحقوق الملكيّة الفكريّة[1].

الفرع الثّاني

الاستفادة من مستجدّات الحماية في إطار المنظّمة العالميّة للتّجارة

كان الهدف الأساسي الذي تمّ الاتّفاق عليه في جولة الأوروجواي فيما يخصّ حقوق الملكيّة الفكريّة المرتبطة بالتّجارة هو التوصّل إلى حماية دوليّة فعّالة لحقوق الملكيّة الفكريّة، من خلال وضع وتطوير القواعد والمعايير اللاّزمة لهذه الحماية[2]، وسن وتعديل التّشريعات الوطنيّة بما يتّفق مع المعايير وخصوصا مستجدات الحماية التي أتت بها الاتّفاقية.

وعلى هذا الأساس أصبح من أهمّ التزامات الدّول في إطار رغبتها في استقبال الحماية القانونيّة المكرسة لحقوق الملكيّة الصناعية في ظلّ المنظّمة العالميّة للتّجارة هو العمل على توفير وسائل ناجحة للحفاظ على هذه الحقوق الجديدة وضمان عدم إساءة استخدامها، وخاصة إدراجها في القوانين الدّاخلية بشكل لا يؤدّي إلى عرقلة أو إعاقة التّجارة، بالإضافة إلى توفير الإجراءات السّريعة والفعّالة لإدخال هذه الحماية بكلّ عناصرها المستجدّة في حيز النفاذ، خصوصا وأنّ اتّفاقية تريبس بمجرّد الانضمام إليها تمنح لأصحاب حقوق الملكيّة الصّناعية بصفة عامة، وللمستثمر الأجنبي عندما يكون في إطار شركات الاستثمار الدّولية بصفة خاصة، مستوى أعلى من الحماية القانونيّة، وتضع الدّول الأعضاء التي تكون في مواجهتهم في مستوى أعلى من الالتزامات القانونيّة الموجودة في التشريعات الوطنيّة، وتوفّر بالمقابل مرونة ومزايا إضافية لقدرات هذه الدّول، وأهمّها الرّفع من مستوى الحماية المقرّرة لحقوق

1 – جلال وفاء محمدين، الحماية القانونيّة للملكيّة الصّناعية، مرجع سابق، ص 16.

2 – اتّفاقية التّنظيم التّجاري الدّولي لحقوق الملكيّة الفكرية وضعت الحدّ الأدنى من المقاييس الدّولية لحماية المعرفة العلميّة وحماية حقوق الطّبع والنّشر والعلامات التّجارية والبيانات الجغرافيّة والتّصاميم الصّناعية، وحقوق براءة الاختراع.

– فضل علي مثنى، الآثار المحتملة لمنظّمة التّجارة العالمية على التّجارة الخارجيّة والدّول النّامية، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2000، ص 99.

الملكيّة الفكريّة بتحديد الوسائل التي تضمن الحصول على هذه الحقوق في المجالات التي تنتجها الدّول النّامية[1].

فمن خلال المعطيات الجديدة التي شغلت القانون الدّولي في مجال حقوق الملكيّة الفكريّة ثمّ اعتماد معايير دوليّة موحّدة لفئاتها المختلفة وإقرار وسائل أكثر فعّالية وشفافية للحماية في إطار سوق دولي جديد أعيد تنظيمه مؤخرا، يعمل على التّركيز على الجانب المادي لحقوق الملكيّة الفكريّة بصفة عامة ومن ثمّ اعتبارها سلعا ماديّة قابلة للتّداول عبر الحدود وفرض حمايتها في الدول المستهلكة.

وللتّجاوب مع الأوضاع الجديدة كان أوّل أمر هام باشرته الدّول المتواجدة على رأس محاولات حماية حقوق الملكيّة الفكريّة هو إعادة النّظر في الاتّفاقيات المتعلّقة بهذه الحقوق التي أصبحت قديمة رغم أنّها اتفاقيات مرجعيّة[2].

وعليه تضمّنت الاتّفاقيات الدّولية المتعلقة بحقوق الملكيّة الفكريّة بكلّ أصنافها، على أساس ما سبق قوله، عدد كبير من التّعديلات والإضافات في إطار اتفاقية تريبس اللاّحقة لها، ومنها اتّفاقية باريس لسنة 1983، واتّفاقية واشنطن لحماية الدّوائر المتكاملة وطبوغرافيتها، واتّفاقية برن، بحيث وضعت بسبب ذلك الدّول الأعضاء أو السّائرة في طريق الانضمام إلى المنظّمة العالميّة للتجارة أمام تحديات كبيرة أهمها فرض وإلزام التّطبيق الجدّي والفعلي لمضمون الاتّفاقيات السّابقة لها، من خلال الإحالة إليها من جهة، وإدراج التّعديلات المستجدّة في الاتّفاقية ضمن القوانين الوطنيّة لكلّ دولة من جهة ثانية، وتتمثل هذه المستجدّات فيما يلي:

أوّلا – فيما يتعلّق باتّفاقية باريس:

نظرا لكون اتّفاقية باريس موجّهة لتنظيم وحماية كلّ عناصر الملكيّة الصّناعية على وجه العموم، فقد تضمّنت اتّفاقية تريبس تعديلات وإضافات لكلّ مجال من مجالات حقوق الملكية الصّناعية[3]، بحيث تعزّز وترفع من مستوى الحماية التي كانت مكرسة منذ نشأة اتّفاقية باريس، وتجعلها تستجيب لمتطلّبات العصر فيما يخص العناصر الجديدة التي نشأت

1 – عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 136.

2 – الطّيب زروتي، القانون الدّولي للملكيّة الفكريّة، تحاليل ووثائق، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004، ص 1.

3 – فضل على مثنى، مرجع سابق، ص 67.

بعد الثّورة الصّناعية الإلكترونيّة والرّقمية.

1 – في مجال العلامات التّجارية:

نصّت المادة 15 من اتّفاقية تريبس على أنّه أية علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السّلع والخدمات التي تنتجها منشأة عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى تصلح بأن تكون علامة تجاريّة، وتكون هذه العلامات مؤهلة للتّسجيل كعلامات تجاريّة. وعندما تكون هذه العلامات غير متوافرة على عناصر تسمح بتمييز السّلع والخدمات ذات الصّلة فيجوز للدّول الأعضاء أن تجعل الصّلاحية للتّسجيل مشروطة بالتّمييز المكتسب من خلال الاستخدام، ومن ذلك تصبح العلامات التّجارية السّمة المميّزة للمنتوج دون غيره[1]، وبالتّالي ومن خلال ذلك، الاتّفاقية تلزم الدّول على تبنّي تعريفا للإشارات التي من شأنها أن تشكّل علامة وذلك من أجل إزالة الغموض أو اللّبس في تحديد الإشارات التي تستعمل كعلامة[2].

ونصّت كذلك الاتفاقية على ما يلي:

- اشتراط قابلية العلامة للتّسجيل مع منح حقّ الأسبقيّة بشأن السّلع والخدمات.
- جواز اشتراط الدّول الأعضاء سبق الاستعمال للتّقدم بطلب تسجيل العلامة.
- جواز اشتراط الدّول الأعضاء سبق الاستعمال لتسجيل العلامة على ألاّ يعد عدم الاستعمال لمدّة الثلاث (3) سنوات السابقة لتاريخ التّسجيل سببا أساسيّا لرفض التّسجيل.
- عدم اعتبار طبيعة السّلعة أو الخدمة المقدّم عنها العلامة عقبة في سبيل تسجيلها.
- إجازة نشر العلامة قبل التّسجيل أو بمجرّد تمامه.
- إلزام الدّولة العضو بإتاحة الفرصة للتّظلمات عند إلغاء تسجيل العلامة[3].
- منح الحقّ للدّولة العضو في تضمين قوانينها الوطنيّة ما يسمح بالمعارضة في تسجيل العلامات.
- منح حقّ استئثار مالك العلامة بالاستعمال أو إتاحة هذا الحقّ له، دون فرض التسجيل.

1 – عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 81.

2 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 165.

3 – انظر المادة 15 من اتّفاقية تريبس في: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 85.

– حماية العلامات المشهورة سواء في مجال السّلع أو الخدمات، وعدم الاكتفاء باعتبار العلامة مشهورة بناءً على ما تقرّره السّلطة المختصّة في بلد التّسجيل أو الاستعمال، لأنّه يجب مراعاة مدى معرفة الجمهور للعلامة في المجال المعني بما في ذلك ما ترتّب على الدّعاية للعلامة في البلد المعني، إلى جانب إلزام الاتّفاقية الدّول على عدم اشتراط التّماثل أو التّطابق في السّلع أو الخدمات لحماية العلامات المشهورة[1].

– إمكانية ترتيب استثناءات في حدود معيّنة على الحقوق الممنوحة لمالك العلامة.

– جعل مدّة حماية العلامة أو تجديدها سبع سنوات على الأقّل، وذلك بالنّسبة للتسجيل الابتدائي[2].

– جواز اشتراط الاستعمال مع إمكانية شطب العلامة بعد التّسجيل لعدم الاستعمال وذلك لمدة لا تقلّ عن ثلاثة سنوات مستمرّة.

– حظر منح الرّخص الإجباريّة[3]، وحظر فرض أية متطلّبات من شأنها إعاقة استخدام العلامة.

– جواز التّنازل عن العلامة التّجارية دون المنشأة أو المحلّ التّجاري.

2 – في مجال المؤشّرات الجغرافيّة:

– لقد تضمّنت اتّفاقية تريبس على خلاف اتّفاقية باريس تعريفا قانونيّا للمؤشرات الجغرافيّة[4] بحيث تعتبر المؤشّرات الجغرافية كلّ المؤشّرات التي تحدّد منشأ سلعة ما في أراضي بلد عضو، أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضي، وذلك عندما تكون النّوعية أو السّمعة أو السّمات الأخرى لهذه السّلعة راجعة بصورة أساسيّة إلى منشئها الجغرافي[5]، ونصّت على أنّ الدّول الأعضاء ملزمة بتوفير الوسائل القانونيّة اللازمة للقيام بما يلي:

– منع استعمال أية وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توحي بأنّ السّلعة المعنيّة نشأت في منطقة جغرافيّة غير المنشأ الحقيقي بأسلوب يضلّل الجمهور بشأن المنشأ الجغرافي للسّلعة[6].

---

1 – المادة 16 من اتفاقية تريبس، في: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 86.

2 – عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 82.

3 – يستفيد المستثمر من هذا الشّرط بصفة خاصة، ويعد من أهمّ الضّمانات الحمائيّة لحقّه في حماية علامته، لأنّه يستبعد حالات حرمانه ولو بصفة مؤقتة من استغلالها بشكل قد يعرقل نشاطه الاستثماري.

4 – صلاح زين الدّين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 167.

5 – عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 82.

6 – فضل علي مثنى، مرجع سابق، ص 67.

– منع استعمال أي استخدام للمؤشّرات إذا كان يشكّل عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة، المنصوص عليها في نصّ المادة 10 مكرّر من اتّفاقية باريس.

– إلزام الدّول الأعضاء على رفض أو إلغاء تسجيل علامة تجاريّة تشمل أو تتألّف من مؤشّر جغرافي فيما يتعلّق بسلع لم تنشأ في الأراضي المشار إليها. إذا رأت أنّه من شأنها تضليل المستهلك فيما يتصل بمنشأ البضاعة.

ونصّت كذلك الاتّفاقية على إمكانية حماية المؤشّرات الجغرافيّة بموجب قواعد المنافسة غير المشروعة ووضع نظام دولي متعدّد الأطراف لتسجيل المؤشّرات الجغرافيّة.

3 – في مجال براءة الاختراع:

نصّت اتّفاقية تريبس على أنّه يجب أن تمنح حقوق براءات الاختراع لأي مخترعات سواء كانت في صورة منتجات أو تجهيزات في جميع المجالات التّقنية للحماية القانونيّة، بشرط أن تكون جديدة وتتضمّن خطوات إبداعيّة بالإضافة إلى كونها قابلة للاستغلال والتّطبيق الصّناعي، باستثناء ما يلي:

– الاختراعات المحظور استعمالها تجاريّا لأسباب تتعلّق بالأخلاق والنّظام العام.

– الأساليب الجراحيّة أو العلاجية أو التّشخيصية لعلاج الإنسان والحيوان.

– العمليات البيولوجيّة الضّرورية لإنتاج النّباتات والحيوان بخلاف العمليّات الدّقيقة، وفي هذا الصّدد هي تجبر على حماية أصناف النّباتات بإحدى الوسائل الثّلاثة التالية: نظام خاص، نظام البراءات، أو المزج بين النّظامين[1].

وفي المقابل تفرض الاتفاقية على الأطراف ما يلي:

– تحديد الحقوق الممنوحة لصاحب البراءة، والاستثناءات الواردة عليها.

– انتقال ملكية البراءة بالتّنازل عنها أو بالتّرخيص أو بالميراث، مع جواز إصدار التّراخيص الإجباريّة في حدود معينة[2].

– فرض حماية للمؤشّرات الجغرافيّة لمدّة دنيا لا تقل عن 20 سنة من تاريخ التّقدم بالطّلب للحصول على البراءة.

---

1 – صلاح زين الدّين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 169.

2 – لكنّ يجوز للمعني بالأمر أي المستثمر الأجنبي، منع أي طرف لم يحصل على موافقته من الاستفادة بأحد أو كلّ هذه الحقوق التي تشمل الصّناعة والاستخدام والبيع والاستيراد للمنتجات والتّجهيزات محلّ براءة الاختراع.

– إجازة الحقّ في اللّجوء إلى القضاء لإعادة النّظر في أي قرار يتعلق بإلغاء أو مصادرة الحق في البراءة[1].

4 – في مجال النّماذج الصّناعية:

وضعت اتّفاقية تريبس في المادة 1/25 شروط لحماية النّماذج الصّناعية تقوم أساسا على الجدّة والابتكار[2]، وهي على هذا الأساس تمنح الدّول الأعضاء الحق في الاختيار عند إرساء القواعد القانونيّة المتعلّقة بالحماية ما بين أسلوبين في الحماية، إما الحماية بموجب قانون خاص للنّماذج الصّناعية أو الحماية بموجب قانون حقّ المؤلّف. والجدير بالذّكر في هذا الصّدد، أنّ السّند المثبّت للحقّ في الحماية يعرف بشهادة تسجيل الرّسم أو النّموذج الصّناعي أو بالبراءة، على أنّه يتعيّن ملاحظة أنّ الشّهادة التي يطلق عليها البراءة في هذه الحالة هي براءة رسم أو نموذج صناعي وليست براءة اختراع[3].

وقد نصّت الاتّفاقية على أنّه يجوز للدّول الأعضاء الامتناع عن منح الحماية للتّصميمات التي تمليها عادة الاعتبارات الفنّية أو الوظيفة العملية. لكنّ إذا منحت هذه الحماية، فلا يجب أن تقلّ عن 10 سنوات[4].

ثانيا – فيما يتعلّق باتّفاقية واشنطن لحماية الدّوائر المتكاملة:

رغم أنّ التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة عبارة عن تصميمات إلاّ أنّه لا يتمّ ولا يمكن حمايتها بموجب قانون الرّسوم أو النّماذج الصّناعية ومنها الأحكام المتعلّقة بها والواردة في اتفاقية باريس، لأنّ مسألة حمايتها لا ترجع إلى مظهرها الخارجي وإنّما إلى الموقع الطبيعي لكلّ عنصر في الدّائرة المتكاملة والذي تكون له فيها وظيفة إلكترونيّة.

وعليه، بالرّجوع إلى اتّفاقية تريبس نجدها تنصّ على أنّه تلزم الدّول الأعضاء في كلّ المسائل المتعلّقة بحماية التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة بأحكام معاهدة واشنطن بشأن

1 – عاطف السيد، مرجع سابق، ص 80.

2 – يشترط لإضفاء الحماية على التّصميمات الصناعية أن تكون أصلية أو جديدة بحيث تختلف عن التصميمات المعروفة أو عن الخصائص المعروفة للتّصميم.

3 – جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 99.

4 – عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 83.

حماية الدّوائر المتكاملة، بالإضافة إلى بعض الأحكام الجديدة التي نصّت عليها اتّفاقية تريبس في القسم السّادس منها في المواد من 35 إلى 38[1].

وعليه، نصّت اتّفاقية تريبس في نصّ المادة 36، على أنّه يعتبر عملا غير مشروع القيام باستيراد أو بيع أو توزيع هذه التّصميمات المشمولة بالحماية لأغراض تجاريّة دون الحصول على ترخيص من صاحب الحق عليها، أو أي سلعة تتضمّن هذه الدّوائر المتكاملة إذا كانت متضمّنة تصميما تخطيطيّا منسوخا بصورة غير قانونيّة. ولكنّ لا يعد فعلا غير مشروعا وفق هذه الاتّفاقية القيام بأحد الأفعال السّابقة، وذلك إذا كان الشّخص الذي يقوم به لا يعلم أو ليس لديه أسباب معقولة للعلم عند حصوله على التّصميم الطّبوغرافي أو السّلعة المتضمّنة للدّائرة المتكاملة بأنّها تتضمّن تصميما منسوخا بصورة غير قانونيّة[2].

ونصّت كذلك الاتّفاقية على حقّ الدّول الأعضاء في إصدار التّراخيص الإجباريّة لأغراض الاستخدام العلمي غير التّجاري أو لمواجهة ممارسة ضارة بالمنافسة المشروعة. أو عندما يكون اتخاذها ضروريّا لحماية أغراض وطنيّة تعد حيويّة بالنسبة للسّلطة المنوط بها منحها، أو بهدف ضمان حريّة المنافسة ومنع التّعسف من صاحب الحق[3].

ونصّت كذلك اتّفاقية تريبس بالنّسبة للتصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة على إلزاميّة حمايتها لمدّة لا تقل عن 10 سنوات كحد أدنى تحسب من تاريخ إيداع التّصميم الطّوبوغرافي، أو من تاريخ أوّل استغلال تجاري لهذه التّصاميم في أي بلد من العالم، غير أنّه يجوز في كل الأحوال لأي دولة عضوة في الاتّفاقية أن تنص في قوانينها الوطنيّة على انقضاء مدّة الحماية بعد فوات 15 سنة على وضع التّصميمات التخطيطية[4].

ثالثا – فيما يتعلّق باتّفاقية برن:

لقد كان من أهمّ أولويات الدّول المنشئة لاتّفاقية حماية حقوق الملكيّة الفكرية المرتبطة بالجوانب المتصلة بالتّجارة هي وضع قواعد صارمة لمكافحة الغش الصّناعي ومكافحة

1 – منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص ص 99 – 100.

2 – جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 95.

3 – صلاح زين الدين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 165.

– عاطف السّيد، مرجع سابق، ص 83.

4 – منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 101.

عمليّة سرقة التّكنولوجيا والتقليد وتحديد مقاييس ومواصفات دقيقة لحماية هذه الحقوق وآلية تّطبيقها[1].

غير أنّه توجد بعض عناصر الملكيّة الفكرية الصّناعية التي كانت غير مغطّاة بالحماية لأنّها من أحدث الاختراعات أو الإبداعات كبرامج الحاسوب، والبعض الآخر يفقد الحماية لأسباب معيّنة تتعلّق بعدم استكمال إجراءات إيداعها وتسجيلها، تولّتها اتّفاقية تريبس بالتّنظيم والحماية، بحيث حاولت استبعاد مثل هذه الوضعيات بالنسبة لأصحاب الحقوق وذلك عن طريق اعتبار برامج الحاسوب أو الكمبيوتر مصنفات أدبيّة[2]، حسب نصّ المادة 1/10 من الاتّفاقية والتي جاء فيها ما يلي:

« ***تتمتّع برامج الحاسب الآلي (الكمبيوتر)، سواء كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، بالحماية باعتبارها أعمالا أدبيّة بموجب معاهدة برن لسنة 1971*** »[3].

وقياسا على برامج الحاسوب[4]، تخضع كذلك التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة للحماية وفق اتّفاقية برن، باعتبارها مصنفات أدبيّة، قابلة للحماية بموجب قانون المؤلّف.

كما أضافت كذلك اتّفاقية تريبس للحماية المقررة بموجب قانون المؤلّف تجميع البيانات أو أية مواد أخرى تشكّل في حدّ ذاتها مصنّفا محميّا[5]، وذلك في نصّ المادة 2/10 منها كما يلي:

« ***تتمتّع بالحماية البيانات المجمّعة أو المواد الأخرى، سواء كانت في شكل مقروء آليّا أو أي شكل آخر، إذا كانت تشكل خلقا فكريّا نتيجة انتقاء أو ترتيب محتوياتها. وهذه الحماية لا تشمل البيانات أو المواد في حدّ ذاتها، ولا تخل بحقوق المؤلّف المتعلّقة بهذه البيانات أو المواد ذاتها*** »[6].

---

1 – فضل علي مثنى، مرجع سابق، ص 67.

2 – صلاح زين الدّين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 164.

3 – نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 82.

4 – هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ شرط الأصالة المطلوبة في برامج الحاسوب والمتمثّلة في أداء البرنامج الوظيفي متوفّرة كذلك في التّصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 222.

5 – صلاح زين الدّين، مدخل إلى الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص 164.

6 – منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 82.

المبحث الثّاني

الحماية الوطنية

تشترك حقوق الملكية الصّناعية باعتبارها حقوقًا معنوية فكرية ناتجة عن قدرات الشّخص الإبداعية، بصفة عامة في طبيعة واحدة، الأمر الذي يجعلها تتطلّب شروطا متقاربة وتترتّب عليها نتائج متشابهة من جهة، وتتعرّض بالعادة لاعتداءات تكاد تكون متشابهة أو حتّى نفسها من جهة ثانية[1].

وقد نظّمها المشرّع الجزائري في عدّة مواد قانونية، لاسيما ما يتعلّق منها بتقليد واستعمال واستغلال حقوق الملكية الصّناعية بكلّ أصنافها، بحيث يُحاول ردع ومعاقبة كلّ ما يتم منها بغير وجه حقّ أو بطريقة غير مشروعة[2].

غير أنّه على غرار كلّ التّشريعات المقارنة، ميّز بين حقوق الملكية الصّناعية التي خضعت لإجراءات التّسجيل الدّولي أو التّسجيل الوطني[3] والحقوق التي لم يتم تسجيلها، وهنا نخصّ بالذّكر إجراءات تسجيل حقوق الملكية الصّناعية للمستثمر الأجنبي[4]، باعتبارها إجراءات إجبارية لازمة لثبوت الحقّ في الحماية بموجب القوانين الخاصة بالملكية الصناعية.

إنّ الحماية القانونية التي نصّ عليها المشرّع الجزائري تفترض توقيع عقوبات مدنية وأخرى جزائية في حالة الاعتداء على حقوق الملكية الصّناعية[5]، فتتحقّق الحماية المدنية

---

1 – سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 395.

2 – تتجسّد الحماية القانونية عندما تبدأ الحماية القضائية التي تُطبّق وتُدخل حيّز النّفاذ فكرة الرّدع، لأنّ الحماية القضائية من مقوّمات القانون، ولأنّ المشرّع لا يعترف بحقّ لشخص معيّن دون أن يزوّده الوسيلة القانونية اللاّزمة للحصول عليه، فلا قانون بلا قاضي، ولا حقّ أو واجب قانوني بلا قضاء يفرضه، ولا خصومة تكون أداة له في حمايته.

3 – تشترك حقوق الملكية الصناعية المسجلة وغير المسجلة في الحماية المدنية، بحيث يجوز تأسيسها على دعوى المنافسة غير المشروعة.

– مصطفى محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 266.

4 - COHEN Denis, op. cit., p. 408.

5 – الحماية (الجنائية أو المدنية) الوطنية تتم وفق القوانين الجزائرية، لكن الحماية الدولية تتم وفق الاتفاقيات الدولية والمعاهدات التي صادقت عليها الدولة.

– مصطفى محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 266.

عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 المتضمّن القواعد المُطبّقة على الممارسات التّجارية غير النّزيهة[1]، وذلك في حالة عدم توافر عناصر جنحة التّقليد المعاقب عليها جزائيا[2]، لأن دعوى التقليد هي الأصل من حيث الحماية ودعوى المنافسة غير المشروعة هي الاستثناء عليه. لكن رغم كونها دعوى مدنية فقد قرّر لها المشرّع الجزائري عقوبات مختلطة مدنية وجزائية الأمر الذي يؤكّد ازدواجية الحماية الجنائية التي كرّسها المشرّع لحقوق الملكية الصّناعية[3].

أمّا الحماية الجنائية فتتحقق عن طريق دعوى التقليد لوجود أفعال التقليد أو الغش أو التّزييف أو الاستنساخ غير المشروع لحقوق الملكية الصّناعية أو حتّى صنعها أو بيعها أو توزيعها دون موافقة صاحبها[4]، وهي تختلف عند إثارتها عن ما هو مقرّر لحالة المنافسة غير المشروعة[5]، بحيث الأفعال السّابقة الذّكر تُشكّل تعدي على ذات الحقوق المسجّلة، وهي واردة في القوانين الخاصة بحماية الحقوق الصّناعية، وهي مكيّفة على أنّها جنحة في القانون الجزائري، تخضع لعقوبات جنائية صارمة وفق مبدأ الشّرعية الجنائية.

وللتّفصيل أكثر نتناول الحماية القانونية لحقوق الملكية الصّناعية بموجب دعوى التقليد في (المطلب الأوّل)، ثمّ بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة في (المطلب الثّاني).

---

1 – دعوى المنافسة غير المشروعة وإن كانت دعوى مدنية ذات طابع خاص فهي دعوى عينية حقيقية تهدف إلى الدّفاع عن ملكية المال.

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 179.

2 - « ***Pour obtenir une condamnation au titre de la concurrence déloyale, le titulaire d'un dessin ou modèle protégé devra ainsi fonder son action en concurrence déloyale sur des faits distincts de ceux invoqués au titre de l'action en contre façon*** ».

- COHEN Denis, op. cit., p. 236.

3 - Ibid, p. 174.

4 – تتحقق الحماية الجنائية بدعوى التزوير والتقليد والإجراءات التحفظية.

– مصطفى محمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص 395.

5 - « ***La concurrence déloyale se distingue de la contrefaçon qui est une atteinte à un monopole que le commerçant tient d'un droit de propriété industrielle (brevet, marque…), Elle nécessite seulement la preuve que le droit privatif à été violé, et n'a donc pas le même fondement que la concurrence déloyale*** ».

Voir : BOY Laurence, Droit de la concurrence approfondi, université de Nice, Sofia - Antipolis, 2006, p. 01.

المطلب الأوّل

حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي بدعوى التقليد

يعد الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية الصناعية ظاهرة بارزة في الوسط التجاري والاقتصادي، تعاني منها معظم شركات الاستثمار الأجنبي[1]، لذا تحاول معظم التشريعات وضع قواعد وضوابط صارمة ضدّها لكنها تبقى مقصرة أمام انتشار العلامات التجارية والاختراعات الصناعية دوليا، إذ تحتاج عملية تفعيل قواعد الحماية القانونية على المستوى الدولي بذل مجهودات جبارة من طرف الدول المطلوب الحماية على إقليمها[2]، وذلك من خلال تبني ضوابط إجرائية فعالة لحماية حقوق الملكية الفكرية بكل أصنافها، مصحوبة بقواعد ردعية تتضمن عقوبات صارمة لقمع التقليد والقرصنة والغش في إنتاج السلع أو تقديم الخدمات[3]، وهي القواعد نفسها التي تحمي المستثمر الأجنبي الذي يعاني من المساس بحقوقه الصناعية في الجزائر.

تعتبر حقوق الملكية الصناعية حقوقا عينية تمنح لصاحبها حق احتكار الاستغلال والاستعمال والتصرف، بحيث لا يجوز لغيره ممارسة أي حق من هذه الحقوق دون موافقة المالك الأصلي أو دون ترخيص منه[4]، وكل ما يخالف ذلك هو اعتداء على الحق، يكيّف على أنه جنحة تقليد يترتب عنه مسؤولية جنائية في مواجهة فاعلها[5]، وقد حدد المشرع

---

1 – أدى تقليد العلامات التجارية المشهورة إلى خسارة تجارية لشركات الاستثمار الدولي بلغت 7 مليار دولار وإلى فقدان 130 ألف عامل لعمله في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها وذلك حسب إحصائيات 1998.
– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 334.

2 – نصت المادة 61 من اتفاقية تريبس على إلزام الدول الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد للعلامات التجارية أو انتحال حقوق المؤلف على نطاق تجاري، على أن تشمل الجزاءات الحبس و/أو الغرامات المالية بما يكفي لتوفير ردع يتناسب مع مستوى العقوبات المطبقة في الجرائم ذات الخطورة المماثلة.
– محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص 297.

3 – « ***Les dispositions légales réprimant la contrefaçon se révèlent extrêmement protectrices des intérêts du créateur et les sanctions prévues sont d'une sévérité exemplaire*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 174.

4 – نصت المادة 56 من الأمر رقم 03–07 المتعلق ببراءة الاختراع على أنه: « ***يعتبر مساسًا بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع كل عمل يتم بدون موافقة صاحب البراءة*** »، مرجع سابق.

5 – نصت المادة 2/26 من الأمر رقم 03–06 المتعلق بالعلامات على أنه: « ***يعد التقليد جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المحددة في المواد 27 إلى 33 أدناه*** »، مرجع سابق.

الجزائري بدقة الأفعال التي تعتبر اعتداءً مباشرا أو غير مباشر على الحقوق الصناعية بصفة عامة، سواء كانت لدى مالكها أو مستغلها[1]، كما حدّد العقوبات والجزاءات المترتبة عن قيام المسؤولية الجنائية في مواجهة المتعدي عليها.

وللتفصيل أكثر نتناول الصور المختلفة للاعتداء على حقوق الملكية الصناعية (الفرع الأول)، ثم الجزاءات المترتبة عن كل اعتداء منها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية

يعتبر الاعتداء بمفهوم التقليد جنحة معاقب عليها في كل القوانين الخاصة المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية، إذ بتوافر رُكنها المادي المتمثل في وقوع الفعل المشكل للتعدي أو المساس بحقوق المالك أو المستغل للحقوق المعنوية من جهة، مقترنا بتوافر الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي بمفهوم القانون الجنائي أو النية الإجرامية[2]، التي تشمل علم الفاعل الذي يمس بأفعاله حقوق المالك الأصلي للحق المقلد[3] من جهة أخرى، يثبت لصاحب المصلحة الحق في رفع دعوى التقليد للحصول على حقه في الحماية الجنائية.

غير أنه بمجرد ثبوت الفعل المشكل لجنحة التقليد يثبت معه الحق للمتضرر في رفع

---

1 – مع العلم أنّ الحق في رفع دعوى التقليد غير مرخص به سوى للمالك الأصلي دون المستغل، انظر حكم المحكمة التجارية بباريس المؤرخ في 12 جويلية 1993 والذي جاء فيه ما يلي:

« ***Que pour accueillir la demande en contrefaçon de la société, l'arrêt retient que celle – ci bénéficiait d'une concession exclusive d'exploitation du modèle litigieux, qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait que la société n'était pas propriétaire des droits patrimoniaux sur le modèle litigieux*** ».

– COHEN Denis, op. cit, p. 193.

2 – الأصل أنه في كل الجرائم يشترط الركن المعنوي، وعليه يلزم المشرع في حالة التقليد الشخص المتضرر من أفعال التقليد إثبات تضرره لقيام الجنحة حتى في حالة عدم وجود قصد أو نية إجرامية لدى المتهم بالأفعال، فممارسة فعل التقليد قرينة كافية.

3 – « ***القصد الجنائي في جريمة التقليد هو قصد عام أي قصد فعل أعمال التقليد دون اشتراط قصد الإساءة والإضرار بالمجني عليه صاحب البراءة، فلا يشترط سوء النية في التقليد ومن ثم لا يقبل من المتهم في جريمة التقليد إثبات عدم علمه بصدور براءة الاختراع*** ».

– محمد حسنين، مرجع سابق، ص 177.

دعواه، وإن لم يكن للفاعل أية نية سيئة[1] أو إجرامية في المسائل المتعلقة بالتعدي على حقوق الملكية الصناعية، لأن المشرّع قد افترض سوء نية المقلد كقرينة قانونية قاطعة من وجوب تسجيل البراءات والعلامات والرسوم والنماذج... الخ، وإتمام الشهر عنها لتكون تحت علم الجمهور وكافة المتنافسين، لذلك لا نجد أي إشارة إلى شرط يفيد القصد بما في ذلك "التدليس" في النصوص الخاصة بالملكية الصناعية [2].

وما دامت لحقوق الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي عدّة عناصر منها الرسوم والنماذج الصناعية، براءة الاختراع، العلامات، تسميات المنشأ، والتصاميم الشكلية للداوئر المتكاملة فإن التعدي عليها كذلك يظهر في عدّة صور[3] نتناولها فيما يلي:

أولاً – الاعتداء على براءة الاختراع:

يشكّل الاعتداء على حق صاحب الاختراع في احتكار استغلال اختراعه جنحة تقليد، وذلك بشرط أن يكون الاختراع مشمولا ببراءة يضمن من خلالها المالك الأصلي الحماية القانونية لاختراعه من كل أشكال التعدي، وقد نصت المادة 57 من الأمر رقم 03-07 على أنه:

« ***لا تعتبر الوقائع السابقة لتسجيل طلب براءة الاختراع ماسة بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع ولا تستدعي الإدانة حتى ولو كانت إدانة مدنية باستثناء الوقائع التي تحدث بعد تبليغ المقلد المشتبه به بواسطة نسخة رسمية لوصف البراءة تلحق بطلب براءة الاختراع*** ».

حيث يقع الاعتداء أو التقليد لصور متعددة لا تقتصر على المفهوم الحرفي للتقليد بل يمتد ليشمل كل مساس بحق من حقوق المخترع[4]، وتصبح الأفعال التي تمس بحقوق ملكية براءة الاختراع تقليدا إذا كانت تمس بصنع المنتوج المحمي بالبراءة أو استعماله أو تسويقه

---

1 – يرى بعض القضاة أنه حتى وإن لم يشترط سوء النية في جنحة التقليد، فيمكن أن يثبت الفاعل عدم وجود القصد الجنائي، مثلما جاء في حكم محكمة نقض Dijon المؤرخ في 12 جانفي 1990، كما يلي:

« ***En matière de dessins et modèles, l'élément intentionnel résulte de l'existence même du fait matériel sauf pour le prévu qui à rapporter la preuve contraire*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 183.

2 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 261.

3 – محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 267.

4 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 135.

أو حيازته لهذا الغرض، واستعمال طريقة الصنع المحمية بالبراءة أو تسويقها، وكذلك إخفاء شيء مقلد أو بيعه أو عرضه للبيع أو إدخاله للتراب الوطني[1]، وقد نصت المادة 76 من الأمر رقم 03-07 السابق الذكر على أنّ الأعمال التي تشكّل مساسًا بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع هي الأعمال التي تصدر عن شخص دون موافقة صاحب البراءة، وهي واردة في نص المادة 11 من الأمر نفسه، والتي جاءت تتضمن ما يلي: « ...***1 – في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا يمنع الغير من القيام بصناعة المنتوج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.***

2 – إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه ».

وعليه من خلال هذا النص تعتبر الأعمال التالية أعمالاً معاقب عليها لتعديها على حقوق ملكية البراءة:

1 – صناعة أو استعمال منتوج موضوع اختراع محمي:

تعد حسب معظم التشريعات كل الأعمال التي تشمل صناعة منتوج يحمل اختراع أو استعمال وسائل تشكّل اختراعا دون موافقة صاحبها تقليدا معاقب عليه جنائيا.

وتشمل هذه العقوبة أي شخص يقوم بهذه الأفعال بناءً على طلب من غيره، لأن المسؤولية في تصنيع واستعمال الاختراعات المحمية تقع على المنفذ فقط، وفي هذه الحالة ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بانتفاء مسؤولية طالب التصنيع إلاّ إذا وجد شرط في الاتفاق المبرم بينه وبين المنفذ يحمّله المسؤولية أو إذا كان المنفذ تابعًا له. ولا يشترط في المنفذ سوء النية ما دام أنه ارتكب الفعل إلاّ إذا كان التنفيذ بناءً على طلب صاحب براءة الاختراع أو خلفه[2].

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 176.

2 – انظر: في مسؤولية المنفذ وطالب التصنيع، حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 24 أفريل 1986، وفي شرط توافر سوء النية حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 19 ديسمبر 1973.

– نقلا عن: نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 135.

والمقصود من تصنيع المنتوج موضوع البراءة هو تحقيقه ماديا بغض النظر عن مسألة استعماله، وهنا تقوم المسؤولية على عاتق الفاعل بمجرد مباشرة الفعل المعاقب عليه حتى وإن لم يتم بعد تصنيع الاختراع وبيعه[1]، وبالمقابل فإن قام الفاعل بمجرد تصليح المنتوج موضوع البراءة فلا يعد هذا العمل تقليدا[2]، كما يمكن متابعة الفاعل على مجرد استعماله للمنتوج دون تصنيعه إذا تم ذلك دون موافقة صاحب الاختراع[3].

2 – بيع أو استيراد المنتوج المحمي بالبراءة:

تعتبر حيازة المنتوج محل الاختراع المحمي بالبراءة لغرض بيعه أو تسويقه تجاريا أو استيراده للأغراض ذاتها تقليدا، كما تكيف على أنها تقليد حتى أفعال الشخص الذي يقوم بإخفاء الأشياء المقلدة أو محاولة إدخالها إلى التراب الوطني، فالمشرع الجزائري في هذه المسائل لا يميّز بين صنع المنتوج المقلد أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع بحيث يخضعها للعقوبة نفسها، فهو يكتفي عند تكييفه للفعل بأنه جنحة تقليد بعلم الفاعل بأن الأشياء والمنتوجات التي يقوم ببيعها أو إدخالها إلى التراب الوطني أو استيرادها مقلدة.

3 – استعمال طريقة صنع محمية بالبراءة:

يمنع قانونا على كل شخص القيام باستعمال طريقة صنع اختراع معين يكون محمي ببراءة اختراع، ويشمل المنع كذلك استعمال المنتوج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة. حيث يقصد من اختراع الطريقة أو اختراع الوسيلة مجموعة العناصر الكيمياوية أو الميكانيكية المستعملة للحصول على شيء مادي يسمى المنتوج، أو أثر غير مادي يسمى النتيجة.

وعليه يحق لأي شخص أن يصنع المنتوج نفسه أو الحصول على النتيجة نفسها بشرط أن تكون الوسيلة والطريقة المستعملة مختلفة عن طريقة صنع الاختراع المحمي بالبراءة، ما دام أن البراءة في هذه الحالة تحمي الطريقة ولا تحمي المنتوج[4]، وكل فعل يقوم به الشخص يخالف ذلك يعد تقليدا للطريقة ويعاقب عليه جزائيا.

---

1 – انظر: حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 135.

2 – هذا العمل لا يعد تقليدًا، لأنه لا يرتقي إلى درجة القول بأنه إعادة بناء الاختراع أو تصنيعه.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 135.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 177.

4 – المرجع نفسه، ص 179.

4 – بيع أو استيراد المنتوج الناتج مباشرة عن طريقة صنع محمية:

تمتد حماية الاختراع المتعلق بطريقة صنع منتوج معين بالبراءة، إلى منع أي شخص من بيع أو استيراد المنتوج[1] الناتج مباشرة عن طريقة الصنع المحمية أو طرحه في السوق أو في المعارض الدولية أو مجرد الإعلان عنه لاستعماله لغرض الدعاية[2]، أو لأغراض تجارية أو صناعية أخرى، حتى ولو تم ذلك مرّة واحدة، ولا يهم أن يكون البيع الممنوع أو التصدير أو التسويق قد تم داخل دولة الحماية مكان الاعتداء، وحتى وإن اقتصر العرض على نشر الاختراع في مجلة معينة فإن الفعل يكيّف أيضا على أنه تقليد.

5 – منح أو عرض معدات تستعمل لتصنيع الاختراع المحمي:

يعتبر قيام أي شخص بتزويد الغير بمعدات محضرة خصيصا لغرض إنتاج أو تصنيع اختراع محمي بموجب البراءة دون علم مالكه أو دون موافقته تقليدا[3] وذلك بعلم المجهز.

ولا يشترط في ذلك أن تكون المعدات محمية هي أيضا ما دام أنها تستخدم في صناعة اختراع محمي.

وعليه تكون عمليات استيراد منتوجات من الخارج خصيصا لصناعة أو إنتاج اختراع محمي داخل دولة الحماية دون علم المالك غير قانونية ويجعل من فعل الاستيراد تقليدا في حدّ ذاته[4].

ثانيا – الاعتداء على الرسوم والنماذج الصناعية:

تحمى الرسوم والنماذج الصناعية المودعة بفضل الجزاءات التي نص عليها المشرع الجزائري في مجال جنحة التقليد القائمة عند المساس بحقوق مالك الرسم أو النموذج، حيث

---

1 – يرى القضاء الفرنسي أنّ الاستيراد لوحده يعد تقليدًا، بغض النظر عن الدولة أو الجهة التي تم الاستيراد منها ما دام المصدر يعلم جيدًا جهة تصدير المنتوج، ويعلم المستورد أنه استورد منتوجا مقلدًا.

– انظر: حكم محكمة نقض Nancy المؤرخ في 19 جوان 1988.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 138.

2 – لقد شددت اتفاقية تريبس في حماية الوسيلة الصناعية التي تحصّل بموجبها المخترع على براءة ضدّ التقليد في نص المادة 34، وفي هذا الصدد ألزمت الدول على اعتبار عرض الوسيلة كاستخدام لها وعليه كجنحة تقليد.

3 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 137.

4 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 07 فيفري 1996 والذي جاء فيه ما يلي:

« ***Qu'en fournissant les éléments intellectuels et matériels qui ont permis de procéder à la fabrication de meubles contrefaisants, bel a commis des actes de contrefaçon*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 175.

أشار المشرع في ما يخص الصور المختلفة للاعتداء على الرسوم والنماذج الصناعية إلى بعض حالات الاعتداء على سبيل المثال وترك تقدير غيرها للقضاء الذي يعتمد في تحديد حالات الاعتداء وتكييفها على أنها تقليد بمفهومه الواسع، ما دام الفعل محقق ويشتمل على عنصريه المادي والمعنوي.

وعليه لا ينحصر التقليد في استنساخ الرسم أو النموذج جزئيا أو كليا بل بأي طريقة يتم فيها استغلاله دون موافقة صاحب الحق الصريحة فاستخدام الرسم أو النموذج في إعلان معيّن أو في عرضه أو بيعه أو توزيعه أو استيراده إلى داخل البلاد، كلها أفعالا تشكّل تعدٍّ على حقوق الملكية الصناعية للرسم أو النموذج مكيفة على أنها تقليد وذلك دون اشتراط قيام الضرر في التقليد، فبمجرد المساس بحقوق المصمم أو خلفه كان الفعل تقليدا.

إنّ الأساس الذي تقوم عليه جنحة تقليد الرسوم والنماذج الصناعية تتمثل في مجرد الاعتداء على الرسم أو النموذج، ويتم التحقق من ذلك من خلال البحث عن عناصر التشابه بين الرسم والنموذج الأصلي والرسم والنموذج المقلد غير المحمي، دون النظر في أوجه الخلاف، ومن هنا يكون التشابه الثانوي مستبعد من التقليد.

وعليه يمكن أن نعتبر كاعتداء على الرسم أو النموذج أو تقليدا لهم الأفعال التالية:

- إنتاج أو استنساخ الرسم أو النموذج دون موافقة صاحبه[1].
- استخدام الرسم أو النموذج في الإعلان دون موافقة صاحبه.
- عرض النموذج أو الرسم للبيع أو بيعه دون موافقة صاحبه.
- توزيع النماذج والرسوم المقلدة.
- استيراد رسوم أو نماذج مقلدة[2].
- كل عمليات التحريض على استنساخ الرسوم والنماذج الصناعية[3].

---

1 – انظر: حكم محكمة (T.G.I) بباريس المؤرخ في 25 جوان 2002 والذي جاء فيه:

« ***La société Pellegrin, en fabricant un modèle de bague reproduisant les caractéristiques du modèle original…a commis des actes de contrefaçon*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 175.

2 – انظر: حكم محكمة (T.G.I) بباريس المؤرخ في 01 ديسمبر 1995، والذي جاء فيه:

« ***Que la société For–Nord en important les sacs contrefaits a commis des actes de contrefaçon du modèle*** ». Ibid, p. 176.

3 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 07 فيفري 1996 والذي جاء فيه:

« ***Qu'en faisant fabriquer par Marcelly, des meubles reproduisant les caractéristiques du mobilier…s'est également rendue coupables des actes de contrefaçon*** ». Ibid, p. 175.

– توزيع رسوم ونماذج مقلدة تم استيرادها[1].

وما تجدر الإشارة إليه عند تكييف الفعل على أنه اعتداء على الرسم أو النموذج الصناعي، هو أنه يجب أن يكون غرض هذا الاعتداء تجاريا، بحيث يجوز في حالات معينة استغلال الرسم أو النموذج لأغراض علمية أو لأغراض أكاديمية أو لأغراض المصلحة العامة، شريطة أن لا يؤثر هذا الاستغلال على حقوق المالك المالية، وفي هذه الحالة أي حالة المساس بهذه الحقوق يسمح للمالك مسائلة المعتدي على حقوقه على أساس القواعد العامة للمسؤولية[2].

ثالثا – الاعتداء على العلامة:

نصت المادة 26 من الأمر رقم 03–06 المتعلق بالعلامات على أنه: « ***مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه، يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة، يعد التقليد جريمة يعاقب عليها...*** » غير أنه تنطبق هذه الأحكام على الأفعال السابقة لنشر تسجيل العلامة المخلة بالحقوق المرتبطة بها[3].

ويمكن أن يكتسي الاعتداء على العلامة أشكالاً مختلفة، البعض منها يتمثل في الاعتداء على الحق في العلامة "Atteinte au droit a la Marque" باعتباره اعتداء مباشر لأنه يمس موضوع الحماية القانونية، والبعض الآخر يتمثل في الاعتداء على قيمة العلامة أي "Atteinte a la valeur de la marque" باعتباره اعتداء غير مباشر[4].

وعلى العموم تعتبر الأفعال التي يرتكبها المتنافس تعديًا على حقوق الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي إذا كانت على سبيل المثال من الأعمال التالية:

1 – تقليد العلامة:

نصت المادة 28 من الأمر رقم 03–06 على أنه: « ***لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضدّ كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليداً للعلامة المسجلة، ويستعمل***

1 – انظر: حكم محكمة باريس المؤرخ في 23 جانفي 1995، جاء فيه:
« ***Que la société Jesmar sur le territoire français des modèles contrefaisants a participé activement à l'importation en France des modèles contrefaisants*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 176.

2 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 201.

3 – المادة 27 من الأمر رقم 03–06، مرجع سابق.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 258.

نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالاً توحي بأن تقليدًا سيرتكب ».

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم التقليد، غير أنه يعني اصطناع علامة مطابقة تطابقا تاما للعلامة الأصلية، أو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية بإعادة اصطناع جانبها الأساسي والمميز، بشكل يجعل العلامة الجديدة قادرة على تضليل الجمهور وجذب المستهلك[1].

حيث يعتبر نقل العلامة عنصر كاف لوجود التقليد بغض النظر عن كل استعمال لها، لأن التقليد قائم بموجب التصنيع المادي للعلامة.

2 – تشبيه العلامة:

يقصد بتشبيه العلامة اصطناع علامة بصفة تقريبية للعلامة الأصلية، ويسمى هذا الفعل بالمحاكاة التدليسية[2]، أو التشبيه التدليسي حيث تختلف عن جنحة التقليد في كونها تفترض الركن المادي الذي يرتكز على تشبيه ذي طابع جوهري من شأنه أن يؤدي إلى الخلط لدى الجمهور بين العلامتين، والركن المعنوي الذي يتمثل في القصد الجنائي أو قصد المحاكي خداع المستهلك، لأن الجريمة لا تقوم إلاّ إذا كانت المحاكاة كفيلة بخداع المستهلك[3].

وهنا يأخذ القاضي أثناء النظر في جنحة تشبيه العلامة بعين الاعتبار التشبيهات الإجمالية التي تؤدي بالمشتري العادي إلى الخلط بين العلامتين، وليست التميزات الجزئية، لذا تجدر بنا الإشارة أو التمييز بين التشبيه بالقياس أي "Imitation par analogie" الذي يتحقق عند استعمال علامة تشبه العلامة الأصلية من حيث النطق، والتشبيه بجمع الأفكار "Imitation par association d'idées" بحيث العلامة الجديدة تُذكّر بالعلامة الأصلية وتؤدي إلى الخلط بينهما، وهنا قد يكون التشبيه بالترادف أي "Imitation par synonyms"، وذلك عند استعمال تسمية مترادفة أو تشبيه بالتعارض "Imitation par contraste" وذلك عند استعمال تسمية متعارضة[4].

---

1 – بيوت نذير، "مساهمة القضاء في حماية العلامات التجارية"، المجلة القضائية، عدد 2، 2002، ص 61.

2 – « ***إنّ التقليد يفترض تقدير الاصطناع شبه الكامل لبعض العناصر الأساسية، في حين تفترض المحاكاة التدليسية تقدير اللبس الممكن حدوثه لدى الجمهور العريض*** »، المرجع نفسه، ص 64.

3 – المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 264.

3 – استعمال علامة مقلدة أو مشبهة:

تدخل كذلك ضمن الأفعال المعاقب عليها قيام أي عون اقتصادي أو منافس باستعمال علامة مقلدة أو علامة قد تم محاكاتها بطريق التدليس.

ولا يهم أن يكون الشخص الذي قام باستعمال العلامة المقلدة هو الشخص نفسه الذي قام بتقليدها أو تزويرها لأن المشرع الجزائري يميز بين الجنحتين، بحيث يعاقب عليهما في كل الأحوال، لأن كلا من الفعلين جنحة مستقلة، كما لا يشترط لقيام جنحة استعمال العلامة المقلدة توافر عنصر القصد الأمر الذي لا يسمح للمقلد أن يتمسك بحسن النية، وذلك خلافا لجنحة استعمال العلامة المشبهة التي لا يعاقب عليها الفاعل جنائيا إلاّ إذا ثبت القصد التدليسي[1].

4 – بيع المنتجات التي تحمل علامة مقلدة أو مشبهة:

لقد اعتبر المشرع الجزائري كل الأفعال المرتبطة بالعلامة المقلدة أو المشبهة جنحا، من صنعها واستعمالها وبيعها أو عرضها للبيع أو ترويجها في السوق أو عرضها في المعارض أو بواسطة الدعاية لكونها أفعالاً تمس بحق ملكية العلامة الأصلية.

ويستوي أن يكون الشخص الذي يبيع أو يعرض للبيع منتجا واحدا أو عدة منتجات مقلدة أو مصنوعة بطريقة التدليس قد ساهم في صنعها أم لم يساهم، ما دام أنه يقوم بالفعل بقصد خداع المشتري.

وتكون الجنحة في هذه الحالة قائمة وكاملة الأركان سواء تحقق البيع أم لم يتحقق لأنه يكفي أن تكون المنتجات معروضة للبيع.

رابعا – الاعتداء على التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة:

نصت المادة 35 من الأمر رقم 03-08 على أنه: « ***يعد كل مساس بحقوق مالك إيداع تصميم شكلي كما هو محدد في المادتين 5 و6 أعلاه، جنحة تقليد وتترتب عليه المسؤولية المدنية والجزائية*** ».

وعليه يعاقب المشرع الجزائري على كل الأفعال التي تشكل تعدى على حقوق مالك التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة المسجلة، باستثناء كل تصور أو طريقة أو منظومة أو

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 268.

تقنية أو معلومة مشفرة في هذا التصميم الشكلي، ولا تستلزم الأعمال السابقة للإيداع أو الأعمال اللاحقة له والسابقة للنشر أي دعوى مدنية أو جزائية، إلاّ إذا قام الطرف المتضرر بإثبات سوء نية الفاعل[1].

وعلى العموم تعتبر الأفعال تعديا على حق مالك التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة إذا كانت من الأفعال التالية.

1 – نسخ التصميم الشكلي المحمي للدائرة المتكاملة:

نصت المادة 1/5 من الأمر رقم 03-08 على أنه تعطي الحماية الممنوحة بموجب هذا الأمر لصاحب التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة حق منع الغير من القيام بنسخ التصميم الشكلي للدائرة المتكاملة بشكل جزئي أو كلي، بالإدماج في دائرة متكاملة أو بطريقة أخرى.

ولا تعاقب الأفعال التي تتعلق بنسخ جزء من الدائرة المتكاملة أو من التصميم إذا كان لا يستجيب لشروط الأصالة كما هو محدد في نص المادة 3 من الأمر نفسه.

كما أنه لا تشمل الحماية الممنوحة للتصاميم الأعمال المتعلقة بنسخ التصميم الشكلي المحمي إذا كانت لأغراض خاصة أو لأغراض بحثه هدفها التقييم أو التحليل أو البحث أو التعليم[2]، وقد أراد المشرع من خلال هذا السماح تشجيع البحث العلمي لتطوير تقنية أشباه الموصلات والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة[3]، كما أجاز كذلك الاستنساخ أو الإطلاع الداخلي على التصميم إذا كان الغرض هو إعداد تصميم مستقل أصيل[4].

2 – استعمال أو استغلال التصميم المحمي:

يمنع المشرع الجزائري على كل شخص الاعتداء على التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة بالاستعمال أو الاستغلال لأغراض تجارية دون الحصول على التراخيص أو الموافقة من صاحب التصميم، أو من الوزير المختص إذا كان الاستعمال لأغراض علمية[5].

---

1 – المادة 38 من الأمر رقم 03-08، مرجع سابق.

2 – المادة 6 من الأمر رقم 03-08، المرجع نفسه.

3 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 232.

4 – نصت المادة 2/6 على أنه: « ***لا تشمل الحماية الممنوحة بموجب هذا الأمر... إدماج تصميم شكلي مبتكر داخل دائرة متكاملة، انطلاقا من هذا التحليل أو التقييم بحيث يمثل هذا التصميم في حدّ ذاته أصالة...*** ».

5 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 232.

غير أنه لا يعاقب هذا الشخص عن هذه الأفعال، إذا قام باستغلال أو استعمال تصميم شكلي لدائرة متكاملة منسوخة بطريقة غير مشروعة إذا كان حسن النية أو لا يعلم أن التصميم قد نسخ بطريقة غير مشروعة وذلك حسب نصّ المادة 4/6 التي جاء فيها أنه: « ***لا تشمل الحماية الممنوحة...عندما يكون الشخص القائم بهذه الأفعال، على غير علم أو ليس له حجة كافية للعلم عند شراء الدائرة أو المادة المتضمنة مثل هذه الدائرة بأن هذه المادة تتضمن تصميما شكليا نسخ بطريقة غير مشروعة*** ».

3 – استيراد أو بيع أو توزيع التصميم المنسوخ:

نصت المادة 2/5 على أنه: « ***تعطي الحماية الممنوحة بموجب هذا الأمر لصاحبها حق منع الغير من القيام...باستيراد، أو بيع أو توزيع، بأي شكل آخر لأغراض تجارية، تصميم شكلي محمي أو دائرة متكاملة يكون تصميمها الشكلي المحمي يتضمن هذه الدائرة بحيث يظل يحتوي على التصميم الشكلي المنسوخ بطريقة غير شرعية*** ».

وعليه لا يكتفي المشرع بمعاقبة أفعال الاستنساخ بل يعاقب كذلك على أي فعل مرتبط بالتصميم المنسوخ بطريقة غير مشروعة من استيراده وبيعه وعرضه للبيع أو توزيعه شريطة أن يكون ذلك عن قصد ومع علمه بأنها موضوعه بطريقة غير مشروعة.

غير أنه تكون هذه الأفعال غير معاقبة حسب نص المادة 5/6 عندما تكون منجزة على تصميم شكلي أصلي مماثل لكن تمّ ابتكاره من الغير بطريقة مستقلة.

خامسا – الاعتداء على تسميات المنشأ:

نص الأمر رقم 76-65 المتعلق بحماية تسميات المنشأ على أنه لا تشمل حماية تسميات المنشأ إلاّ تلك التي تم تسجيلها لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية حيث تسري الحماية طيلة مدّة فعالية التسجيل المقدرة بـــ 10سنوات قابلة للتجديد ما دامت تسمية المنشأ مطابقة لأحكام وشروط القانون السابق الذكر[1].

فتسجيل تسمية المنشأ يسمح لمستغل التسمية أو مالكها الأصلي بمتابعة كل شخص يقوم بالتعدي على حقوقه، بحيث لا يحق لأحد أن يستغل تسمية منشأ مسجلة إذا لم يرخص له بذلك صاحبها، حتى ولو ذكر المنشأ الحقيقي للمنتج، أو كانت التسمية موضوع ترجمة أو نقل

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 405، 406.

حرفي أو كانت مرفقة بالألفاظ التالية "الجنس" أو "النموذج" أو "الشكل" أو "التقليد" أو بألفاظ مماثلة[1].

وفي هذا النطاق يمكن للمحكمة المختصة وفق نص المادة 23 من الأمر رقم 76-65 وبناء على طلب أي شخص له مصلحة مشروعة أو أي سلطة مختصة، أن تأمر بما يلي:

1 – شطب التسجيل لتسمية المنشأ بناء على السببين التاليين:

– استبعاد التسمية من الحماية تطبيقا لأحكام المادة 4.

– زوال الظروف والأسباب الداعية لتسجيل التسمية.

2 – تعديل التسجيل لتسمية المنشأ بناء على احد الأسباب التالية:

– لعدم تغطيتها تمام المساحة الجغرافية.

– لأن مميزات المنتجات المذكورة في الطلب لم تعد كافية.

– لأن المنتجات المعينة في الطلب لم تعد جميعها مغطاة بالتسمية[2].

كما لا يجوز لكل سلطة مختصة أو شخص معني أن يطلب من المصلحة المختصة قانونا أن تتولى طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، مراقبة جودة المنتجات الموضوعة لتداول تحت تسمية المنشأ، وكذلك التأكد من عدم استعمال تسمية المنشأ بالنسبة لمنتجات ذات جودة أدنى من الجودة المحددة بموجب نصوص قانونية متعلقة بها، مع مراعاة التسهيلات الاحتمالية المقررة[3].

وهي كلها إجراءات سابقة لأي فعل غير مشروع لأنه إذا تضرر العون الاقتصادي بما فيهم المستثمر الأجنبي من أفعال غير مشروعة في مجال استغلالهم لتسميات المنشأ منح له القضاء الحق في رفع دعوى تقليد لردع هذه الممارسات بتوقيع العقوبة المناسبة للفعل[4].

وقد حدد المشرع الجزائري الأفعال التي تعتبر تعديًا على حقوق مالك تسمية المنشأ، حيث نصت المادة 28 من الأمر رقم 76-65 على أنه: « ***يعد غير مشروع الاستعمال***

1 – تنص المادة 19 من الأمر رقم 76-65 على أنه: « ***كل تسمية للمنشأ، يجب أن تستعمل طبقا لنظام الاستعمال لتلك التسمية، وذلك دون المساس بأحكام هذا الأمر، والنصوص المتخذة لتطبيقه*** »، مرجع سابق.

2 – المادة 23 من الأمر رقم 76-65، مرجع سابق.

3 – المادة 22 من الأمر رقم 76-65، المرجع نفسه.

4 – كان المشرع الجزائري ولا يزال يخلط في المصطلحات حيث أنه في نص الأمر رقم 76-65 بالعربية استعمل مصطلح تقليد "Contrefaçon" بينما في النص بالفرنسية استعمل مصطلح "تشبيه" "imitation".

المباشر لتسمية منشأ مزورة أو منطوية على الغش، أو تقليد تسمية منشأ كما ورد بيانها في المادة 21 ».

وعليه مما سبق يمكن القول أن أفعال التعدي على الحقوق المتعلقة بتسمية المنشأ تدخل في الأفعال التالية على سبيل المثال:

- الاستعمال المباشر لتسمية منشأ مزورة أو منطوية على الغش.
- الاستعمال غير المباشر لتسمية منشأ مزورة أو منطوية على الغش.
- استعمال تسميات المنشأ المسجلة دون ترخيص من مالكها.
- استعمال تسمية منشأ مسجلة بعد ترجمتها أو حتى نقلها حرفيا.
- استعمالها وهي مرفقة ببعض المصطلحات للإيحاء أنها ليست نفسها مثل تسميات المنشأ المرفقة بألفاظ "الجنس"، "النموذج"، "الشكل" "التقليد"،...أو غيرها.
- استعمال تسميات منشأ لمنتوجات ذات جودة أدنى من الجودة المحددة بموجب نصوص قانونية متعلقة بها.
- استعمال تسمية منشأ على منتجات لم يتم تصنيعها في تلك المنطقة الجغرافية، كاستعمال تسمية منشأ جزائرية على منتوجات أجنبية، والمقصود هنا تزييف البيانات المكتوبة على المنتوجات نفسها أو أغلفتها للإيحاء أنها ذات منشأ جزائري.
- استيراد سلع ومنتوجات ذات تسمية منشأ مزورة[1].
- بيع منتوجات ذات تسمية منشأ مزورة وعرضها للبيع إذا كان الفاعل يعلم أنها مزورة[2].

الفرع الثاني

العقوبات المقررة لجنحة تقليد حقوق الملكية الصناعية

يترتب عن أفعال الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي المسؤولية الجزائية التي تترتب بالعادة على الاعتداء على ذات الحقوق لأي صاحب اختراع أو علامة أو تصميم... وغيرها وذلك إذا توافر القصد أو نية الاعتداء على نفس الحق إذ يأخذ الفعل

1 – انظر المادة 22 من القانون الجمركي الجزائري، مرجع سابق.

2 – يعاقب من طرح للبيع أو باع منتجات تحمل تسمية منشأ مزورة عمدًا بنفس عقوبة من قام بتزويرها حسب نص المادة 30/ب من الأمر رقم 76-65، مرجع سابق.

في هذه الحالات مساراً آخر، بحيث يكيّفه المشرع على أنه جنحة يعاقب عليها القانون في إطار ما يسمى بالحماية الجنائية[1].

وما دامت الجنح أكثر انتشارا في مجال حقوق الملكية الصناعية تتراوح ما بين جنحة التقليد والاستعمال والاستنساخ غير المشروع لهذه الحقوق أو بيع واستيراد وتوزيع المنتوجات المقلدة فإن العقوبات التي تطبق عليها تتراوح كذلك ما بين الحبس، والغرامات المالية، والمصادرة، وبعض العقوبات الأخرى كالحجز على المنتوجات أو إتلافها أو غلق المحل التجاري المستعمل في تصنيع أو تسويق المنتوجات المقلدة أو الحكم بتعليق ولصق الحكم بالإدانة هذا إلى جانب الحق في التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تمس بالمستثمر الأجنبي المتضرر[2]، بحيث يحكم بها القاضي المختص بناءً على القوانين الخاصة المنظمة لحقوق الملكية الصناعية لكن هذا إذا كانت هذه الحقوق مودعة ومسجلة، أما إذا كانت الحقوق التي تعرضت لذات الأفعال والتعدي غير مسجلة، أو وقعت هذه الأفعال قبل نشر تسجيلها فإن المشرع الجزائري خلافا للتشريعات المقارنة[3] يضمن دائما حمايتها جنائيا وإن لم يتم تسجيلها، بموجب القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية النزيهة، الأمر الذي يخلق ازدواجية في الحماية الجنائية المكرسة لحقوق الملكية الصناعية بصفة عامة، لحقوق المستثمر الأجنبي بصفة خاصة.

وعليه يستطيع القاضي الجنائي الذي ينظر في دعوى التقليد، وحسب الظروف الحكم بالعقوبات الأصلية (أولاً)، والعقوبات التكميلية (ثانيا)، والتدابير التحفظية (ثالثا)، وبالتعويض المدني أي عن الأضرار المادية والمعنوية التي يتعرض لها المتضرر من التقليد (رابعا)، لتكون آخر العقوبات هي التدابير الأمنية التي يمكن للقاضي النطق بها لكن في حالة الأضرار الاحتمالية عندما تكون أكيدة الوقوع (خامسا).

---

1 – سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 182.

2 – « ***يدفع المعتدي لصاحب الحق تعويضات ملائمة عن الضرر الذي يتكبده بالإضافة إلى النفقات التي يجوز أن تشمل أتعاب المحامي أو استرداد الأرباح المكتسبة عن غير وجه حق*** ».

– محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 334.

3 – على سبيل المثال انظر: حكم محكمة استئناف "Orléans" المؤرخ في 18 أفريل 2002 جاء فيه:

« ***Que les appelants ne sont pas fondés à reconstituer, par la voie d'une action en concurrence déloyale, un monopole sur un objet non déposé*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 237.

أولاً – العقوبات الأصلية:

رغم الخصوصيات التي تنفرد بها الحماية القانونية للملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي في إطار النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية، يظل التقسيم الأساسي للعقوبات هو التقسيم القائم على ضرورة التمييز بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية والتكملية، بحيث يكفل هذا التقسيم بيان الأحكام القانونية المختلفة لكل نوع منها.

ونظرا لكون الأفعال التي تمس بحقوق الملكية الصناعية أقصاها يُكيّف على أنه جنحة فإن العقوبات الأصلية التي نظمها المشرع الجزائري لردعها بها هي الحبس (أولا)، والغرامات المالية (ثانيا)، وذلك حسب القوانين الخاصة بحماية حقوق الملكية الصناعية من جهة، وقانون العقوبات الجزائري من جهة ثانية.

1 – الحبس:

يعتبر الحبس عقوبة مقررة في مادة الجنح كعقوبة أصلية، تقوم على سلب الحرية للمحكوم عليه لمدّة تتراوح ما بين شهرين كحد أدنى وخمس سنوات كحدّ أقصى[1]، وهي من أخطر ما يمكن أن يتعرض له العون الاقتصادي[2] عند ممارسته للنشاط التجاري والاقتصادي، وذلك عندما يقوم بارتكاب جنحة تقليد أو تزوير أو استعمال غير مشروع لأي حق من حقوق الملكية الصناعية عمدًا[3]، يوقعها القاضي الجزائي باعتباره المختص[4].

وتطبيقا لمبدأ شرعية العقوبة الذي يقضي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص، فإن المشرع الجزائري قد حددّ نوع التقليد الذي يقع عليه عقوبة الحبس بالنسبة لكل حق من

---

1 – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 447.

2 – يعتبر الحبس من بين العقوبات التي نصت اتفاقية تريبس على تبنيها لردع كل الأفعال التي تمس بحقوق الملكية الصناعية وذلك في نص المادة 61.

– محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص 297.

3 – لا توقع هذه العقوبة إلاّ إذا ثبت القصد الجنائي في فعل التقليد المكون للجنحة.

– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 348.

4 – « ***En droit Français le délit de contrefaçon et passible de deux ans d'emprisonnement…, elle ne peut être prononcé que par la juridiction répressive, ce qui suppose que le demandeur ait saisi le tribunal correctionnel*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. p 226 – 227.

حقوق الملكية الصناعية وهي تتمثل في تزوير أو تقليد علامة أو براءة اختراع أو استنساخ نموذج أو رسم أو تصميم شكلي بطريقة تضلل الجمهور، أو بيعه واستغلاله واستيراده أو تداوله مع العلم أنه مقلد، أو استعماله واستغلاله دون موافقة صاحبه.

غير أنه تباينت القوانين الخاصة المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية في تحديد درجة العقوبة المقررة لجنحة التقليد حيث نصّ الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة في المادة 36 على أنه يعاقب كل من قام بالمساس عمدًا بحقوق مالك إيداع التصميم الشكلي بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02).

ونص كذلك الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات في المادة 32 على أنه كل شخص ارتكب جنحة التقليد يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين، علماً أنها تبقى العقوبة نفسها سواء كان التقليد يشمل على أعمال تصنيع العلامة المقلدة أو مجرد عرضها للبيع أو تداولها في الأسواق أو توزيعها أو استيرادها، على أن يقوم القاضي المختص بالنظر في قيمتها حسب طبيعة الفعل فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن ستة (06) أشهر كحد أدنى، أو يزيد عن سنتين كحد أقصى[1].

ونصّت كذلك المادة 61 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءة الاختراع على العقوبة نفسها [2].

بينما نصت المادة 30 من الأمر رقم 76-65 المتعلق بحماية تسميات المنشأ على أنه يعاقب كل من يتعدى على تسمية منشأ مسجلة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات[3].

أما فيما يخص جنحة تقليد الرسوم والنماذج الصناعية فقد نصت المادة 23 من الأمر رقم 66-86 على أنه توقع عقوبة الحبس في حالة العود إلى ارتكاب جنحة التقليد وليس عند ارتكابها[4]، أو إذا كان مرتكب الجنحة شخصا كان قد اشتغل عند الطرف المتضرر من

1 – القاضي يتقيد بحدود القانون ما لم يحدد القانون حدودًا أخرى.
– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 447.
2 – أمر رقم 03-07، مرجع سابق.
3 – أمر رقم 76-65، مرجع سابق.
4 – في حالة ارتكاب جنحة التقليد لأول مرة يعاقب الفاعل بعقوبات أخرى لكن في حالة العود أي عند ارتكابها للمرة الثانية فالعقوبة تصل إلى حدّ الحبس، وهنا المشرع خالف الحكم المقرر بالنسبة لجنحة التقليد المرتكبة في حقوق الملكية الصناعية الأخرى.

التقليد بحيث تقدر العقوبة بشهر (01) إلى ستة (06) أشهر سجناً.

وقد كان مصدر عقوبة الحبس هو نص المادة 209 من قانون العقوبات الجزائري، التي نصّ على أنه إذا ارتكب شخص جريمة تقليد علامة يعاقب بما يلي:

« ***يعاقب بالسجن من خمس سنوات وبغرامة من 500 د ج إلى 10.000 د ج كل من:***

1 – قلد العلامات المعدة لوضعها باسم الحكومة أو أي مرفق عام على مختلف السلع أو البضائع أو استعمال هذه العلامة المزورة.

2 – قلد خاتما أو طابعا أو علامة لأية سلطة أو استعمل الخاتم أو الطابع أو العلامة المقلدة.

3 – قلد الأوراق المعنوية أو المطبوعات الرسمية في الأجهزة الرئيسية للدولة أو في الإدارات العمومية أو في مختلف جهات القضاء أو باعها أو روّجها أو وزعها أو استعمل هذه الأوراق أو المطبوعات المقلدة.

4 – قلد أو زور طوابع البريد وبصمات التخليص أو قسائم الرّد التي تصدرها إدارة البريد أو الطوابع المالية المنفصلة أو الأوراق أو النماذج المَدْمُوغة أو باع أو روج أو وزع أو استعمل الطوابع أو العلامات أو قسائم الرد أو الأوراق أو النماذج المَدْمُوغة المذكورة وهي مقلدة أو مزورة مع علمه بذلك ».

ويعاقب كذلك بالعقوبة نفسها استعمال العلامات المقلدة للشعارات والدمغات الخاصة بالدول الأجنبية، حسب نص المادة 208 من القانون نفسه.

2 – الغرامات:

تعتبر الغرامة عقوبة أصلية في مواد الجنح والمخالفات، يقصد من فرضها إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ للخزينة العمومية للدولة يتم تقديره من القاضي الجنائي[1]، أثناء النطق بالحكم، تخضع لمبدأ شرعية العقوبة وعدم رجعية القانون إلاّ ما كان أقل شدة من جهة أولى، ولمبدأ الشخصية من جهة ثانية.

1 – COHEN Denis, op. cit, p. 226.

وهي تختلف عن الغرامة الجمركية والجبائية لأن هذه الأخيرة قريبة من حيث الطبيعة إلى التعويضات المدنية[1].

وقد وردت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر توقيع عقوبات مالية وغرامات على كل شخص يقوم بالتعدي بأفعاله على حقوق الملكية الصناعية في كل النصوص الخاصة بهذه الحقوق. حيث نصت المادة 36 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنه يعاقب كل من يقوم بالمساس عمدًا بالحقوق المتعلقة بالتصميم الشكلي بغرامة تتراوح ما بين مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000د ج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000د ج).

ونصت على الغرامة نفسها المادة 61 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع[2]، والمادة 32 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات.

أما بالنسبة لجنحة تقليد واستنساخ الرسوم والنماذج الصناعية فقد نصت المادة 23 من الأمر رقم 66-86 على أنه يعاقب الفاعل بغرامة تقدر بـــ 500 د ج إلى 1500د ج، في حين الغرامة الموقعة في حالة تقليد تسمية المنشأ تم تحديدها في المادة 30 من الأمر رقم 76-65، والتي تنص على أنه تقدر الغرامة المالية بالنسبة للمقلد الأصلي بـــ 2.000د ج إلى 20.000د ج، وبالنسبة للشريك في أفعال التقليد تقدر بـــ 1.000د ج إلى 15.000د ج. وهي مبالغ ضئيلة مقارنة بدرجة خطورة جنحة التقليد ومدى آثارها على المالك الأصلي للمنتوج المقلد، الأمر الذي يحتم على المشرع الجزائري إعادة النظر في القوانين الخاصة بحماية حقوق الملكية الصناعية وعلى الأخص تلك المتعلقة بتسمية المنشأ والرسوم والنماذج الصناعية، لجعل الغرامات التي تتضمنها تتناسب مع وقت وقوع الفعل ودرجة خطورته.

وتجدر الإشارة هنا أنّ هذه الغرامات توقع بصرف النظر عن الغرامات المقررة لذات الفعل في القوانين والأنظمة الخاصة بقمع الغش والقانون الجبائي وقانون العقوبات من جهة[3]، وبالتنسيق مع العقوبات الجنائية المقررة للأفعال ذاتها إذا كانت الحقوق المتضررة

1 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص ص 462 – 463.

2 – توقع العقوبة نفسها على الأشخاص الذين يقومون بإخفاء المنتوجات المقلدة.

3 – قانون العقوبات على سبيل المثال، نصّ على الغرامة في نصّ المادة 209، وهي تقدر من 500 د ج.

منها غير مودعة ومسجلة، لأنه في هذه الحالة الأخيرة تطبق العقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 السابق الذكر.

ثانيا – العقوبات التكميلية:

ترتبط العقوبات التكميلية بالعقوبات الأصلية في جميع المواد وحتى في المسائل المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية والدعاوى المرتبطة بها، حيث يجوز للمحكمة أن تحكم بعقوبات تكميلية للعقوبات الأصلية في بعض الجرائم التي حدّدها القانون[1].

فالعقوبات التكميلية لا تلحق تلقائيا العقوبات الأصلية لأنها تخضع لمبدأ الشرعية فلا يمكن النطق بها إلاّ بناءً على نصّ، كما يجب النطق بها من القاضي للقول بوجودها[2]. وقد نصّ قانون العقوبات في المادة 9 على مجمل العقوبات التكميلية وما يهمنا منها نظرا لقابليتها الإعمال في جنحة التقليد هي المصادرة، حلّ الشخص الاعتباري أو غلق المؤسسة ثم نشر الحكم.

1 – المصادرة:

تعتبر المصادرة العقوبة التي توقعها الدولة بموجب السلطة القضائية في الحالات التي يتعدى فيها أي عون اقتصادي على حقوق الملكية الصناعية وذلك عندما يقوم بتصنيع أو استعمال منتوجات دون موافقة صاحبها، أو عند تقليد أو استنساخ منتوجات غير مشروعة وحتى بيع أو عرض منتوجات للبيع[3]، بحيث من خلال هذه العقوبة يتم استرجاع هذه المواد والمنتوجات من الفاعل[4]، أو حتى وقفه عن تقديم خدمة معينة إذا كانت تمس بالحقوق

---

1 – يستند القضاء في تطبيق هذه العقوبة على القانون الذي يحدد مقدار العقوبات كعمل تشريعي يسبق العمل القضائي ويكون أساسًا له، بحيث يكون معيار القانون في تحديد مقدار العقوبة هو جسامة الجريمة ودرجة خطورتها.

2 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 478.

3 – توقع هذه العقوبة حتى في حالة استيراد المواد المقلدة، حيث تنص المادة 170 من قانون العقوبات على أنه: « ***كل إخلال بالنظم المتعلقة بالمنتجات المعدة للتصدير التي من شأنها ضمان جودة صنفها ونوعها وأحجامها يعاقب بغرامة من 500 إلى 20.000 د ج وبمصادرة البضائع*** »، مرجع سابق.

4 – Selon Cohen Denis la confiscation peut porter sur :

« - ***Les objets contrefaisants.***
- Le matériel ayant servi à la contrefaçon tels que clichés, planches, moules, matrices…
- Tout ou partie des recettes procurées par l'infraction ». op. cit, p. 233.

المعنوية لصاحبها[1].

فالمصادرة عقوبة تكميلية مالية ترد على مال مملوك للجاني، توقع في مواد الجنايات دون الجنح والمخالفات إلاّ إذا كان نص صريح يقضي بذلك، وقد نصت المادة 15 في الفترة الأخيرة على أنه: « ***لا يجوز الأمر بمصادرة الأشياء المشار إليها في الفقرة السابقة في حالة الحكم في جنحة أو مخالفة إلاّ إذا نصّ القانون صراحة على ذلك*** »[2].

وهي بناء على ما سبق في جنحة التقليد مقررة يحكم بها القاضي الجنائي حسب الظروف[3]، وقد نصّ الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات في المادة 32 على إمكانية الأمر بمصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة كعقوبة إضافية للعقوبة الأصلية المتمثلة في الحبس والغرامة السابق الإشارة إليهما[4]، وذلك على كل شخص ارتكب جنحة تقليد علامة تجارية[5] أو صناعية تابعة للمستثمر الأجنبي.

كما نصت المادة 37 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنه: « ***يمكن أن تأمر المحكمة في حالة الإدانة... بمصادرة الأدوات التي استخدمت لصنعها*** »[6].

---

1 – عرّفت المادة 15 من قانون العقوبات المصادرة على أنها: « ***الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معنية***...»، مرجع سابق.

2 – انظر قرار محكمة الجنايات المؤرخ في 09 نوفمبر 1983 الذي قضت فيه بأنه: « ***لا يجوز الأمر بالمصادرة في حالة الحكم بجنحة أو مخالفة إلاّ إذا نص القانون صراحة على ذلك... فإن القرار المتخذ خلافا لذلك يتعرض للنقض*** ». المجلة القضائية، عدد 2، لسنة 1983.

3 – انظر حكم محكمة استئناف باريس المؤرخ في 17 جوان 2003، والذي جاء فيه:

« ***La cour d'appel a pu, sans accorder une double réparation, prononcer la confiscation des produits contrefaits, cette mesure, qui ne tend qu'a faire cesser les faits, n'ayant pas le même objet*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 233.

4 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 484.

5 – انظر حكم محكمة الجزائر، القسم الجزائي الصادر بتاريخ 1967/07/17 الذي يتضمن أمر القاضي بمصادرة منتجات "BANITA" لأنها تشمل على علامة مقلدة.

– بيوت نذير، مرجع سابق، ص 74.

6 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 338.

أما فيما يخص الرسوم والنماذج الصناعية، فقد نص المشرع كذلك على إمكانية الحكم بعقوبة المصادرة في نصّ المادة 2/24 من الأمر رقم 66-86. غير أنه في هذه الحالة ميّز بين مصادرة الأشياء التي تمس بحقوق صاحب الرسم أو النموذج والتي توقع حتى في حالة التبرئة[1]، لأن المصادرة في هذه الحالة تأخذ صفة التدابير الأمنية[2]، لأن هدفها الوقاية من خطر محتمل[3]، يكون للقاضي السلطة التقديرية في تحديده، من جهة ومصادرة الأدوات التي استعملت خصيصا لصناعة الأشياء والمنتوجات المقلدة والتي لا توقع إلاّ في حالة الإدانة[4]، وهنا تكون المصادرة كعقوبة جنائية[5].

كما وردت الإشارة إلى توقيع عقوبة المصادرة في حالة ارتكاب جنحة التقليد أو التزييف في المنتوجات التي تحمل تسمية منشأ كاذبة أو مزيفة في القسم المتعلق بحماية الملكية الفكرية من قانون الجمارك الجزائري، حيث نصت المادة 22 منه على أنه: « ***تحظر عند الاستيراد كل البضائع التي تحمل بيانات مكتوبة على المنتوجات نفسها أو على الأغلفة أو الصناديق أو الأحزمة أو الأظرفة أو الأشرطة أو الملصقات والتي من شأنها أن توحي بأن البضاعة الآتية من الخارج هي ذات منشأ جزائري.***

وتحظر عند الاستيراد، مهما كان النظام الجمركي الذي وضعت فيه وتخضع إلى المصادرة البضائع الجزائرية أو الأجنبية المزيفة »[6].

2 – غلق المؤسسة:

بغض النظر عن الجدل الفقهي القائم حول مدى قيام المسؤولية الجنائية أو عدمها عند الشخص المعنوي أو مؤسسات وشركات الاستثمار الوطنية أو الدولية فإنه من المؤكد أن

---

1 – أمر رقم 03-08، مرجع سابق.

2 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 581.

3 – نصت المادة 25 من قانون العقوبات على أنه: « ***يجوز أن يؤمر بمصادرة الأشياء المضبوطة كتدبير من تدابير الأمن إذا كانت صناعتها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها يعتبر جريمة ومع ذلك يجوز الأمر بردها إلى الغير حسن النية*** ».

4 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 339.

5 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 483.

6 – قانون الجمارك الجزائري، مرجع سابق.

العقوبات السابقة لا يمكن توقيعها كلها عليه، لكنه يبقى عرضة للخضوع للجزاءات الجنائية الملائمة لطبيعته كالمصادرة والحل والغلق المؤقت أو النهائي[1].

إنّ عقوبة الحل أو غلق المؤسسة التي تم ارتكاب جريمة التقليد داخلها أو التي أسست خصيصا لممارسة مثل هذه الأفعال قد كيفت في بعض التشريعات على أنها عقوبات تكميلية وفي بعض القوانين الأخرى على أنها تدابير أمن، إلاّ أنها تميل لتكون أكثر تكميلية للعقوبات الأصلية مثلما هو الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نص في قانون العقوبات في المادة 17 على أنه: « ***منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كان تحت اسم آخر أو مع مديرين وأعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين ويترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية*** »[2].

ونصت كذلك المادة 26 من قانون العقوبات على أنه: « ***يجوز أن يؤمر بإغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا في الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون*** ».

وفحوى هاتين العقوبتين أن المؤسسة كشخص اعتباري تساعد وتهيئ الظروف الملائمة للجاني من أجل اقتراف جريمة التقليد والغش في إنتاج المواد والسلع، وإنّ استمرار العمل بالمؤسسة يعمل على زيادة احتمال وقوع جرائم أخرى جديدة مشابهة[3]، ولذا فإن توقيع عقوبة الغلق المؤقت أو النهائي يبقى أمر ضروري لقطع الظروف المسهلة التي تساعد في ممارسة نشاطات غير مشروعة[4]، من تقليد وتوزيع وبيع واستنساخ لمنتوجات مسجلة ومودعة باسم شخص آخر، على أن تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد أي العقوبتين عليه توقيعها، وذلك بالنظر إلى درجة خطورة الفعل المعاقب سواء كان فعل يبلغ من الخطورة درجة الغلق النهائي للمؤسسة أو الغلق المؤقت[5].

وقد نصت المادة 392 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يجوز الحكم بإغلاق المؤسسات التي يستغلها مرتكب التقليد وشركائه إغلاقا مؤقتا أو نهائيا.

---

1 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 488.

2 – قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

3 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 584.

4 – COHEN Denis, Op. cit, p. 225.

5 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 586.

كما نصت المادة 32 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على هذه العقوبة كما يلي: « ***مع مراعاة الأحكام الانتقالية لهذا الأمر ودون الإخلال بأحكام الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، فإن كل شخص ارتكب جنحة تقليد يعاقب... مع الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة...*** » [1].

3 – نشر الحكم:

حاول المشرع الجزائري في سبيل جعل الحماية القانونية المقررة للملكية الصناعية ذات فعالية وفعلية، وذلك بالاهتمام بالعقوبات التي يجدر أن تكون رادعة لمحاولات الغش والتقليد والتزييف لهذه الحقوق ذات القيمة المالية والاقتصادية[2]. وقد تبنى في سبيل ذلك بعض العقوبات الإضافية التكميلية كنشر الحكم والإعلان عنه[3]، بحيث يسمح المشرع بتوقيع هذه العقوبة باعتبارها ذات طابع خاص يحكم بها تبعا للظروف تمس بالجانب المعنوي للمنافس الاقتصادي المخالف للقواعد لأنها تؤثر على سمعته وعلاقته بالغير[4]، وذلك على سبيل التعويض للمتضرر[5].

وهنا يجوز للمحكمة الأمر بنشر الحكم في بعض الجرائد والصحف الوطنية التي يتم تحديدها من المحكمة[6]، وذلك بنصه الكامل أو ملخصا عنه، أو بلصقه في بعض الأماكن

---

1 – أمر رقم 03-06، مرجع سابق.

2 – « ***إنّ الأحكام القضائية الصادرة في مجال العلامات كثيراً ما تنص على نوع من الإشهار الذي يمكن أن يتم إما بواسطة الإلصاق وإمّا بالنشر في الجرائد، وهذا التدبير مناسب تمامًا وملائم، ما دام المقصود منه هو إعلام الزبائن أو المستهلك بصورة عامة بخصوص أصالة العلامة*** ».

– بيوت نذير، مرجع سابق، ص 74.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 277.

4 – « ***يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم الذي قضى بإدانة المدعي عليه في الصحف، ويعتبر النشر تعويض غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي*** ».

– محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 162.

5 – قد يجد المستثمر الأجنبي باعتباره المدعي المتضرر في النشر الأسلوب الوحيد لرد الاعتبار لعلامته التي تأثرت من التقليد أو لمنتوجاته المشابهة للمنتوجات المقلدة والمغشوشة، والطريقة الوحيدة لإعلام التجار والعملاء أو الأعوان الاقتصاديين الآخرين بمضمون الحكم وبمصدر المنتوجات الأصلية.

6 – انظر حكم محكمة قضاء الجزائر الصادر عن القسم المدني بتاريخ 23 أفريل 1971 يقضي بإلصاق القرار ونشره في الجرائد اليومية المتمثلة في: المجاهد، الجمهورية، النصر، وذلك على نفقة المستأنفين.

– بيوت نذير، مرجع سابق، ص 408.

البارزة المعروفة، والتي تحدد كذلك من القاضي[1]، وعادة ما تكون هذه الأماكن أما ساحة المحكمة أو جدران مركز السجل التجاري، وذلك على نفقة المحكوم عليه نهائيا[2]، أي بعد أن يصبح الحكم المراد نشره نهائيا ومستنفذا لكل طرق الطعن القضائية، ليصبح مكتسبا لحجية الشيء المقضي فيه.

إنّ مصدر هذه العقوبة هو قانون العقوبات الجزائري الذي نص في المادة 18 منه على أنه: « ***للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها أو بتعليقه في الأماكن التي بينها وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على أن لا تجاوز مع ذلك مصاريف النشر، المبلغ الذي يحدده الحكم لهذا الغرض ولا أن تجاوز مدة التعليق شهرا واحدًا*** ».

كرست هذه العقوبة في القوانين الخاصة بحماية حقوق الملكية الصناعية، حيث نصت المادة 30/ب/2 من الأمر رقم 76-65 على أنه: « ***فضلا عن ذلك يمكن أن تأمر المحكمة بلصق الحكم في الأماكن التي تعينها ونشر نصه الكامل أو الجزئي في الجرائد التي تعينها، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه*** ».

وردت كذلك العقوبة نفسها في المادة 2/36 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للداوئر المتكاملة حيث جاء فيها أنه: « ***يمكن أن تأمر المحكمة زيادة على ذلك بتعليق الحكم في الأماكن التي تراها مناسبة، وتنشره كاملا أو ملخصا منه في الجرائد التي تعينها وذلك على حساب المحكوم عليه*** ».

ثالثا – التدابير الأمنية والتحفظية:

تواجه تدابير الأمن والإجراءات التحفظية خطورة إجرامية كامنة لدى الجاني بحيث تدوم بدوامها وتزول بزوالها، وهي قابلة للمراجعة أثناء التنفيذ وذلك بقصد دوام ملائمة التدبير المتخذ من القاضي لتطور الحالة أو الخطورة الإجرامية التي يواجهها، فمن الصعب على المشرع أو القاضي أن يحدد سلفا نوع التدبير اللازم وأن يقطعا بأنه قادر على القضاء على حالة الخطورة لدى الشخص المرتكب للجريمة[3].

1 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 408.

2 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 489.

3 – المرجع نفسه، ص 540.

ولما كانت الجرائم المتعلقة بحماية حقوق الملكية الصناعية بكل أصنافها كثيرة ومتنوعة فإن كذلك التدابير التحفظية والأمنية التي يجب النطق بها من القاضي كثيرة ومتنوعة[1]، هذا إلى جانب أنه توجد تدابير يحكم بها القاضي كعقوبة إضافية أمنية في حالة وقوع أفعال معاقب عليها جنائيا[2]، كالحجز على البضائع المقلدة (أولا) وإتلافها (ثانيا)، وتدابير أمنية أخرى يحكم بها القاضي المختص لكن في حالة الأضرار الاحتمالية لتجنب وقوعها إذا كانت أكيدة ومحققة الوقوع (ثالثا).

1 – حجز التقليد:

يتحمل المدعي في دعوى التقليد عبئ إثبات عملية التقليد أو حتى وجوده أصلاً، ولتسهيل المهمة عليه تنص القوانين على إجراء خاص قانوني يسمى بحجز التقليـــد "La Saisie – Contrefaçon"، وعلى ذلك يجوز لصاحب البراءة، على غرار صاحب الرسم أو النموذج وصاحب العلامة التجارية القيام بالإجراءات التحفظية قبل رفع دعوى التقليد، الغرض منها حفظ حقوقهم والحصول على الأدلة اللازمة لإثبات الاعتداء على حقهم في احتكار استغلال الاختراع أو العلامة أو التصميم[3]، غير أنّ إجراء حجز التقليد ليس إجراءً إجباريا لدعوى التقليد، لكنه كثير الاستعمال بسبب فعاليته في دعاوي تقليد حقوق الملكية الصناعية بحيث يتم مباشرته من طرف صاحب الحق الذي يقدم طلب لرئيس المحكمة المختصة، الذي يأمر بدوره بإجراء التعيين والوصف المفصلين للأشياء المعتبرة مقلدة مع حجزها أو بدونه[4]، بحيث يقوم بهذا الإجراء عون محلف بمساعدة خبير يعيّن من القاضي عند الاقتضاء.

---

1 – تعتبر التدابير بهذا المفهوم حسب عبد الله سليمان: « ***جزاء تتوافر فيه جميع عناصر الجزاء وخصائصه ولو انفرد ببعض الصفات الذاتية التي تمليها وظيفته في محاربة الإجرام، وهو عمل قضائي ينص عليه القانون وتطبقه السلطات العامة*** ».

– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 537.

2 – تتمتع المحكمة التي تنظر في دعوى التقليد بسلطة واسعة في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع المقلد من مواصلة استغلال الاختراع أو التصميم أو العلامة، قد تصل إلى فرض تهديدات مالية "Astreintes pécuniaires" حتى يتأكد من تنفيذ قراره، أو توقع كلما عمل تقليدا جديدا وهي ذات طابع تهديدي "Comminatoire".

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 189.

3 – المرجع نفسه، ص 186.

4 – وذلك في انتظار رفع الدعوى القضائية، حيث تنص المادة 35 من الأمر رقم 03–06، على أنه: « ***يعد الوصف أو الحجز باطلا بقوة القانون إذا لم يلتمس المدعي الطريق المدني أو الجزائي في خلال أجل شهر وذلك بصرف النظر عن تعويضات الأضرار التي يمكن طلبها*** »، مرجع سابق.

وقد نصت المادة 34 من الأمر رقم 03-06 السالف الذكر على أنه: « ***يمكن مالك العلامة بموجب أمر من رئيس المحكمة، الاستعانة عند الاقتضاء، بخبير للقيام بوصف دقيق للسلع التي يزعم أنّ وضع العلامة عليها قد يلحق به ضررًا وذلك بالحجز أو بدونه... وعندما يتأكد الحجز يمكن أن يأمر القاضي المدعى بدفع كفالة*** ».

كما نصت كذلك المادة 39 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على التدبير نفسه كما يلي: « ***يمكن أن يقوم الطرف المتضرر وحتى قبل إشهار التسجيل بواسطة محضر قضائي، بوصف مفصّل بالحجز أو بعدم الحجز للأشياء محل الجريمة، بموجب أمر من رئيس المحكمة المختصة بناءًا على عريضة وتقديم شهادة تسجيل*** »، وهذا في حالة حقوق الملكية الصناعية المسجلة أو التي تم إيداع طلب تسجيلها لكن لم ينشر بعد، أمّا بالنسبة للحقوق التي لم يتم إيداع طلب تسجيلها بعد، فيتم حمايتها وإقرار إجراءات الحجز عليها في حالة وجود تقليد على البضائع موضوع المخالفة بناءًا على نصّ المادة 39 من القانون رقم 04-02 التي سوف نتناولها لاحقا[1].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه في حالة ثبوت الضرر ووقوع الفعل والتأكد من ثبوت المخالفات ضد مرتكبيها، وفي الحالات التي تكون فيها السلع المحجوزة عبارة عن مواد قابلة للاستهلاك وسريعة التلف أو لظروف خاصة قد تقتضيها حالة السوق مثلا، فيجوز للوالي المختص إقليميا بناءً على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة ودون المرور بالإجراءات القضائية اللازمة في مثل هذه التصرفات، أن يقرر البيع الفوري للمواد المحجوزة من طرف محافظ البيع بالمزاد العلني[2]، أو تحويلها مجانا للهيئات والمؤسسات ذات الطابع الاجتماعي.

2 – إتلاف المنتوجات:

تنص معظم التشريعات القانونية عند تقريرها للعقوبات اللازمة عند المساس بحقوق الملكية الصناعية على أنه يجوز للمحكمة التي تفصل في النزاع أن تأمر بإتلاف المنتوجات

1 – كل النصوص القانونية الواردة لحماية حقوق الملكية الصناعية تدل على وجود ازدواجية في الحماية الجنائية، بحيث أنّ المشرع يكرس تقريبا العقوبات الجنائية نفسها في حالة دعوى المنافسة غير المشروعة، وفي حالة دعوى التقليد.

2 – في حالة بيع السلع المحجوزة، يودع المبلغ الناتج عن البيع لدى أمين الخزينة العمومية التابعة للولاية ليحفظ إلى غاية صدور قرار العدالة والفصل في الدعوى.

والسلع المقلدة والمزيفة أو المغشوشة[1] وحتى إتلاف كل الأدوات والمسائل التي لها علاقة بإنتاج وتصنيع هذه المنتوجات[2] أو المستعملة في ذلك.

غير أنه لا يرد الإتلاف على البضاعة نفسها والأدوات المستعملة في صنعها إلاّ إذا كانت ملحقة بالعلامة أو الرسم أو النموذج أو التصميم الذي تم تقليده[3].

وفي هذا الصدد نصت المادة 37 من الأمر رقم 03-08 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة على أنه: « ***يمكن أن تأمر المحكمة في حالة الإدانة، بإتلاف المنتوجات محل الجريمة أو بوضعها خارج التداول التجاري*** ».

كما نصت كذلك على التدبير نفسه المادة 32 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات كما يلي: «... ***كل شخص ارتكب جنحة التقليد يعاقب... بإتلاف الأشياء محل المخالفة*** ».

غير أنه إذا كانت المواد والبضائع صحية وقابلة للاستهلاك أو الاستعمال فلا يتم إتلافها، بل يتم تحويلها إلى المراكز الاستشفائية أو دار العجزة أو أي هيئات عمومية خيرية وإنسانية، أو للمدارس والجامعات لاستغلالها بالأسلوب المناسب، وذلك حسب الظروف وحسب طبيعة المنتوج[4].

رابعا – تعويض المتضرر من التقليد:

يتثبت للعون الاقتصادي أو للمستثمر الأجنبي حقه في التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء التعدي على حقوقه المادية والمعنوية لأي حق من حقوق الملكية الصناعية

---

1 – كثيرا ما تنطق المحاكم بهذا التدبير بعد النطق بالمصادرة حيث يبدو أنه في نظر المحاكم تكملة ضرورية له.
– بيوت نذير، مرجع سابق، ص 74.

2 – يؤكد ذلك حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 22 نوفمبر 2002 والذي جاء فيه:
« ***Il y a lieu d'ordonner la destruction des moules ayant permis la fabrications des modèles contrefaisants, ainsi que tout matériel s'y rapportant*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 233.

3 – على سبيل المثال، بالنسبة للعلامة المقلدة، يجوز للمحكمة الأمر بإتلاف الأختام والكليشات ونماذج العلامة لما لها من علاقة مع المنتوج المقلد، حيث لا يمكن استعمالها في غير ذلك.
– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 277.

4 – نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 348.

التي قام بتسجيلها واستئثار أو احتكار استغلالها واستعمالها بمجرد وقوع فعل التقليد[1]، فالتعويض الذي ينطق به القاضي الجنائي في دعوى التقليد "Les Dommages et Intérêts" هو تكريس حقيقي للحماية الجنائية للملكية الصناعية[2]، إذا يعتبر الوسيلة الوحيدة لجبر الضرر الذي لحق بالمالك الأصلي للحقوق المعتدى عليها، إلى جانب العقوبات السابقة الذكر والتي تهدف إلى ردع الفعل وتجنب تكراره.

وعلى هذا الأساس يتم تعويض الأضرار المؤكدة التي وقعت فعلاً والقابلة للإثبات من المتضرر، على أن يكون مقداره كاملاً ومتناسبا مع درجة الضرر الذي تعرض له العون الاقتصادي[3].

وفي هذا النطاق، يتمتع القاضي الجنائي بسلطات واسعة في تقدير قيمة هذا التعويض[4]، على أن يراعي عند ذلك خصوصيات الأفعال المختلفة التي تشكل جنحة التقليد في مجال حقوق الملكية الصناعية، وفي هذه الحالات يستطيع الاعتماد على الخبراء والمختصين الذين يعتمدون على عدة عوامل ومعايير للتدقيق في الضرر الناتج عن الفعل الذي تم تكييفه بأنه جنحة، وهنا يأخذ الخبراء بعين الاعتبار حجم التقليد أو التشبيه، سمعة

---

1 – « ***Dans le cas d'un dessin ou modèle nom enregistré l'action en contrefaçon peut être engagée dés que les actes délictueux ont été commis, sous réserve bien entendu d'en rapporter la preuve*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 409.

2 – التعويضات يمكن أن ينطق بها القاضي الجنائي في إطار الدعوى العمومية مباشرة أو القاضي المدني في إطار الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية، ويقول COHEN في هذا الصدد ما يلي:
« ***L'indemnisation de la victime de la contrefaçon par l'allocation de dommages et intérêts peut être prononcée aussi bien par la juridiction pénale que par la juridiction civile*** », Ibid, p. 228.

3 – انظر حكم محكمة استئناف باريس المؤرخ في 2001/11/11 جاء فيه ما يلي:
« ***La victime d'une contrefaçon doit obtenir réparation de la totalité de son préjudice effectivement causé par la contrefaçon et rien de plus*** », Idem.

4 – انظر حكم محكمة استئناف باريس المؤرخ في 17 جوان 2003، والذي جاء فيه ما يلي:
« ***La cour d'appel a souverainement apprécié l'étendue et les modalités de réparation du préjudice attaché à la contrefaçon*** ».
– وانظر أيضا حكم محكمة الاستئناف التجارية بباريس المؤرخ في 13 جانفي 1971 والذي جاء فيه:
« ***Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour évaluer l'étendue du préjudice et ils ne sont pas astreints de suivre l'avis des experts, et il ne sont pas tenus de préciser les éléments ayant servi a déterminer le montant des dommages et intérêts qu'ils allouent*** », Ibid, p. 231.

العلامة أو الاختراع أو التصميم المقلد[1]، جودة المنتوجات التي تحمل العلامة الأصلية، عالمية وشهرة الاختراع المقلد، الأرباح التي لم يحققها صاحب العلامة الأصلية بسبب ترويج المنتجات المقلدة في السوق والمعارض[2]، الضرر الناتج عن استعمال العلامة الأصلية أو الرسم أو النموذج عن منتجات دون أية قيمة، وكذلك فقدان الزبائن المتعلقين بالعلامة الأصلية...وغيره[3]، هذا ويؤخذ بعين الاعتبار كل التكاليف الناتجة عن الإجراءات القضائية التي ألزم صاحب العلامة الأصلية على مباشرتها لأجل استرجاع حقوقه والتصدي للأفعال التي تمس بملكيته[4].

وعليه، تدفع للعون المتضرر من أفعال التقليد في إطار التعويضات التي يحكم بها القاضي الخسائر والأرباح الضائعة والفرص أو الكسب الفائت، وهنا يؤخذ بعين الاعتبار الأرباح والكسب الفائت وقت وقوع أفعال التقليد[5]، أو التي تضيع في أوقات لاحقة، أي الأرباح التي كان قادر على تحقيقها في المستقبل، لكن تعذر تحقيقها بسبب أفعال التقليد التي وقعت. وفي هذا الصدد يقول COHEN Denis ما يلي:

« ***Ces gains manqués doivent être appréciés non seulement au jour du litige, mais également pour l'avenir, ils se composent ainsi :***

---

1 – « ***La victime a également le droit à réparation de son préjudice moral, celui – ci peut revêtir des formes très variées, telles que l'atteinte à la réputation du dessin ou modèle du fait de la banalisation*** ».
- Voir affaire de la société. Mauboussin c/ph. Marineche, du 5 avril 1995, T G I, Paris. in COHEN Denis, op. cit, p. 230.

2 – لا يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض الأرباح التي يحققها مرتكب جريمة التقليد من جراء ترويج المنتجات المقلدة.

– انظر في ذلك حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 25 أكتوبر 1990 و الذي جاء فيه ما يلي:
« ***La victime d'une contrefaçon doit être indemnisée en fonction du préjudice qu'elle a subi et non en fonction des bénéfices réalisés par le contrefacteur*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 228.

3 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرخ في 20 سبتمبر 1995 والذي جاء فيه:
« ***Que le dommage résulte non seulement de la perte des ventes mais également de la vulgarisation qui frappe les modèles, et de la perte de leur pouvoir attractif dés lors que les produits contrefaisants se trouvent diffusés dans une moindre qualité*** », Ibid, p. 230.

4 – محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 334.

5 – « ***Le grain manquée ou la perte des parts de marché est constitué des bénéfices perdus sur les ventes manquées, ces dernière étant celles que le titulaire du dessin ou modèle aurait pu réaliser à la place du contrefacteur*** ».
- COHEN Denis, op. cit, p. 229.

- Des pertes effectives, passées et présentes subies de la contrefaçon.
- Des pertes qu'a engendré pour l'avenir, la contrefaçon et notamment la perte d'une chance de développement »[1] .

خامسا – التدابير الأمنية في حالة الأضرار الاحتمالية:

ترمي بعض التدابير الأمنية إلى حماية المجتمع من الجريمة، وذلك لمواجهة الخطورة الإجرامية، أي للحيلولة دون تحقيق هذه الجريمة المحتملة التي تنذر بها خطورة هؤلاء الأعوان الاقتصاديين وخطورة أفعالهم[2]، فالتدابير العلاجية التي يتخذها القاضي لمواجهة الخطورة الإجرامية كثيرة ومتنوعة حسب ظروف الحالة وطبيعة ونوع الفعل المجرّم، غير أنها تهدف كلها إلى تحقيق الردع الخاص من خلال الوقاية والحماية من التعرض لأفعال محتملة[3].

وتعتبر التدابير الأمنية التي يتخذها القاضي لحماية حقوق الملكية الصناعية بكل أصنافها تدابير علاجية تهدف إلى مواجهة الأفعال التي تشكل تعدي على حقوق المالك والتي يأتيها أي عون اقتصادي أثناء ممارسة نشاطاته الصناعية والتجارية سواء حالاً أو مستقبلا وسواءُ واقعا أو احتماليا ما دام أنّ هذا الضرر محقق الوقوع[4].

والمقصود من اعتبار التدابير الأمنية علاجية، نابع من الاختصاص المخول للمحكمة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الضرر حتى في المستقبل، لأن تدخلها في حالات الأضرار التي لم تقع بعد والتي يحتمل حدوثها بصفة مؤكدة لا يمكن أن يتحقق من خلال فرض عقوبة دفع التعويض ، بل بموجب الأمر بالإجراءات والتدابير الكفيلة بتفادي ومنع وقوع الضرر، وقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري، على أنه: « ... ***يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم، وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع*** »[5].

---

1 – COHEN Denis, op. cit, p. 229.

2 – عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 541.

3 – تنص المادة 4 من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة الأخيرة على أنه:
« ***إنّ لتدابير الأمن هدف وقائي وهي إمّا شخصية أو عينية*** »، مرجع سابق.

4 – العكيلي عزيز، مرجع سابق، ص 158.

5 – تقابلها نصّ المادة 2/171 من التقنين المدني المصري.
– محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 162.

ولم يذكر المشرع الجزائري الإجراءات والتدابير الكفيلة بمنع وقوع الضرر المراد دفعه أو تفاديه على سبيل الحصر، لأنها إجراءات تتخذ من طرف القاضي تبعا للظروف المحيطة بالأفعال التي ستتسبب أضرارا في المستقبل أو التي توحي بأنه تقليدا سيرتكب[1].

وقد نصت المادة 28 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات على أنه: « ***لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسجلة ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالاً توحي بأن تقليدا سيرتكب*** ».

وتضيف المادة 2/29 من الأمر نفسه ما يلي: « ***إذا أثبت صاحب تسجيل العلامة بأن مساسًا بحقوقه أصبح وشيكا، فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع المساس بالحقوق...*** ».

كما نصت المادة 29 من الأمر رقم 76-65 المتعلق بتسميات المنشأ على أنه: « ***يمكن لكل شخص ذي مصلحة مشروعة أن يطلب من القضاء إصدار الأمر بالتدابير الضرورية للكف عن الاستعمال غير المشروع لتسمية منشأ مسجلة أو لمنع ذلك الاستعمال إذا كان وشيك الوقوع*** ».

فمن حيث المبدأ في مجال الجرائم المتعلقة بتقليد واستنساخ منتوجات دون موافقة صاحب ملكية العلامة المقلدة أو التصميم أو الرسم أو النموذج، التدابير الأمنية من العقوبات المقررة التي يسمح للقاضي الأمر باتخاذها وذلك حسب الظروف المحيطة بالجريمة، غير أنه يمكن أن تكون إحدى هذه الإجراءات التي ترمي إلى إيقاف الفعل الغير مشروع أو منع وقوعه كإتلاف الأختام والكليشات، غلق المصانع إذا كانت معدة أساسا لتسويق وإنتاج سلع ومنتوجات ذات علامة مقلدة، الأمر بتعديل الأغلفة أو الصور أو الإعلانات التي تستعمل في التوزيع والإنتاج إذا كانت مشابهة لتلك المستعملة من المستثمر الأجنبي إلى درجة عدم إمكانية التمييز بينها واعتبارها نفسها، حظر استيراد منتوجات إذا كانت مزورة ومنعها من الدخول إلى التراب الوطني... وغيرها.

1 – هذه التدابير بالعادة قد تكون تدابير شخصية أو تدابير عينية، بحسب المحل الذي يقع عليه التدبير.

– عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 542.

المطلب الثاني

حماية الملكية الصناعية للمستثمر بدعوى المنافسة غير المشروعة

يتمتّع المستثمر الأجنبي بحماية مدنية لحقوقه وأملاكه الصّناعية في إطار الاستثمار الأجنبي على إقليم الدّولة المضيفة له، شأنه في ذلك شأن أيّ مواطن يتمتّع بالحماية المدنية المكرّسة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية الممنوحة لكلّ أنواع الحقوق الأخرى، على أساس أنّ الحماية المدنية تبقى المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق أيّا كان نوعها، والتي تكفلها أغلب التشريعات المقارنة[1]، بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة[2].

وقد ظهرت فكرة حماية الحقوق الفكرية للصّانع أو التاجر بالدعوى المدنية مع بداية الثّورة التجارية خلال منتصف القرن التاسع عشر، عندما ثار الغضب العام في معظم الدّول الأوروبية بسبب سوء الحال الذي آل إليه بيع الأغذية والعقاقير الطبية وسلع أخرى مقلّدة، خصوصا بالنّسبة للمنافسين الذين تأثّروا سلبا من عمليات التّقليد واستيراد السّلع دون الإعلان عن مصدرها، اقتصاديا بانخفاض عوائدهم، وتجاريا بتحسّس سمعتهم التجارية التي تمّت الإساءة إليها، ومنها على سبيل المثال تأثّر البريطانيين من قيام تجّار من روسيا وأمريكا بترويج منتوجات من قطاع النّسيج على أنّها من منتجات "منشيستر" وسكاكين على أنّها من إنتاج مصانع "شيفلد" في مختلف أنحاء العالم، والذين تصدوا لهذه الأعمال غير المشروعة بموجب طلب الحماية القضائية التي توفّرها المحاكم والتي تقوم على أساس المسؤولية المدنية ودعاوى المنافسة غير المشروعة[3].

وقد نصّت اتفاقية باريس عن الحماية المدنية لحقوق الملكية الصّناعية في المادة 10 مكرر 2 كما يلي: « ***تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا الاتحاد حماية فعّالة ضدّ المنافسة غير المشروعة...*** »[4].

---

1 – محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص 280.

2 – « ***إنّ حقوق الملكية الصناعية المسجلة وغير المسجلة تشترك في الحماية المدنية، وعليه يجوز تأسيس طلب الحماية المدنية على دعوى المنافسة غير المشروعة*** ».

– محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 267.

3 – محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص 281.

4 – منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 70.

أكّدت كذلك اتفاقية تريبس هذا النّوع من الحماية عن طريق الإحالة إلى ما هو مقرّر في المادة 10 مكرر 2 السابقة الذّكر، مع إلزام الدّول الأعضاء بمراعاة الأحكام الواردة فيها عند وضع التشريعات الوطنية.

وقد نصّ المشرّع الجزائري في هذا الصّدد على منح المستثمر الأجنبي الحقّ في الحماية المدنية لملكيته الصّناعية بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة للحصول على التّعويض الذي يجبر الضّرر الذي لحقه من جرّاء التّقليد أو المساس بأيّ حقّ من حقوقه الفكرية التي لم يتم إيداعها أو المودعة لكن لم يتم بعد تسجيلها[1].

غير أنّه، وبالمقارنة مع التّشريعات الأخرى كالتّشريع المصري، يختلف الأساس القانوني الذي يعتمد عليه المشرّع الجزائري لتبرير وتأسيس هذا الحقّ في الحماية بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة، لأنّ الأوّل يؤسّس الحماية المدنية بناءً على نصّ المادة 163 من التقنين المدني المصري اعتبارا أنّ الخطأ المرتكب منتج للمسؤولية التقصيرية التي تتطلّب التّعويض لجبر الضّرر، أمّا الثّاني فيؤسّس الخطأ في الحماية المدنية على أحكام القانون الذي يُحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية رقم 04-02[2] والذي تمّ اقتباسه من الاجتهادات القضائية الفرنسية التي كانت المصدر المرجعي لتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق الملكية الصّناعية باعتبارها نشاطات تجارية يقوم بها المستثمر الأجنبي أثناء ممارسة استثماره.

وللتفصيل أكثر، نتناول النّظام القانوني للحماية القانونية المكرّسة لحقوق الملكية الصّناعية للمستثمر الأجنبي بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة في (الفرع الأوّل)، ثمّ

---

1 – تختلف الحماية الممنوحة للشّخص الذي قام بتسجيل علامته عن الحماية الممنوحة للشّخص الذي لم يقم بإيداعها وتسجيلها في القانون المصري بحيث يحقّ للأوّل الحصول على الحماية الجنائية في حالة التقليد، بينما الثّاني لا يجوز له سوى مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة للحصول على الحماية المدنية.

– سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 395.

أمّا في القانون الجزائري، فتمنح للاثنين حماية جزائية، غير أنّه الأوّل يتحصّل على الحماية الجنائية الواردة في القوانين الخاصة بالملكية الصناعية، والثّاني يتحصّل على الحماية الجنائية وفق القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.

2 – قانون رقم 04-02، مرجع سابق.

الخصوصيات التي تتمتّع بها دعوى المنافسة غير المشروعة في هذه الحالة من تحديد للجهة القضائية المختصة والجزاءات التي تترتّب عن رفعها (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

نظام حماية ملكية المستثمر الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة

نصّت المادتان الأولى والعاشرة من اتفاقية باريس على أنّ حماية الملكية الصّناعية بكلّ عناصرها تشمل قمع المنافسة غير المشروعة، الأمر الذي جعل القانون الدّاخلي يتبنى حماية الحقوق الواردة على البراءة والرّسوم والنماذج الصّناعية والعلامة التجارية والتّصاميم الشّكلية للدوائر المتكاملة وتسميات المنشأ بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة[1]، وقد نشأت هذه الدعوى مدنية بعيدة عن الطابع الجنائي واستقرت أحكامها كدعوى مسؤولية قوامها الخطأ المدني أو الفعل الضّار لتضع المنافسة في حدودها المشروعة لمصلحة من يتضرر من حدوث انحراف في ممارستها[2]، حيث يجوز رفعها ممن أصابه الضّرر من أعمال المنافسة غير المشروعة باعتباره صاحب الملكية على هذه الأموال الفكرية أو مُستغلها. وفي هذه الحالة، قد يكون المستثمر الأجنبي هو الشّخص المتضرّر من هذه الأعمال. وكلّ ما يلزم لرفعها هو مجرّد توافر ركن الخطأ المدني وركن الضّرر الذي يلحق بالمدعي، مع قيام علاقة السببية بين الخطأ والضّرر باعتبارها الشّروط العامة الواردة في القواعد العامة، بشرط وقوع ذلك الخطأ أثناء المنافسة الفعلية للطرفين اللّذين يزاولان النشاط الاستثماري الصّناعي ذاته أو يستغلان الحقّ نفسه الذي نشأت عنه منافسة غير مشروعة.

إنّ دعوى المنافسة غير المشروعة تجد تطبيقا أوسع لها في مجال حماية حقوق الملكية الصّناعية بالمقارنة بمجال تطبيق دعوى الحقّ، لأنّ صور الخطأ أو الاعتداء، في دعوى

---

1 – « ***يُعتبر منافسة غير مشروعة كلّ فعل يُخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حقّ استثمارها...*** ».

– المعتصم بالله الغرياني، القانون التجاري، النّظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 221.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 180.

المنافسة غير المشروعة عديدة وغير محدّدة حصرا[1]، بحيث يُمكن للقضاء الاعتداد بها ولو كانت معروضة عليه لأوّل مرّة، وذلك قياسا بالحالات الأخرى المُشابهة لها، لأنّ الحماية المضمونة في هذه الدعوى تبقى حماية عامة، خلافا لتطبيقات دعوى حماية الحقّ التي تتطلّب شروطا خاصة موضوعية وشكلية. وتوافر عناصر حماية الحقّ تجعل الاستفادة من الحماية القانونية مقيّدة بتوافرها، لأنّ الحماية فيها ذات طابع جنائي لا تُمنح إلاّ إذا وقع الاعتداء أو التقليد على أحد عناصر الملكية الصّناعية.

غير أنّه بصدور القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المُطبّقة على الممارسات التّجارية، تم استبعاد حماية حقوق الملكية الصّناعية للمُستثمر الأجنبي وفق القواعد العامة التي تقضي بتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على نصّ المادة 124 من التقنين المدني التي تشترط لإقامة الدّعوى، توافر شروطها الثّلاثة من خطأ وضرر وعلاقة السّببية، لتبقى أحكام هذا القانون المرجع الوحيد لتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة، بحيث ينظر إلى الطبيعة التّجارية للأفعال التي تُشكّل تجاوزا أو تعديا على حقوق الملكية الصّناعية للمُستثمر الأجنبي، فإذا كانت مخالفة للقواعد المنظّمة للممارسات التّجارية كانت أفعالا غير مشروعة.

على العموم، تتقرّر دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية حقوق المستثمر الأجنبي الصّناعية عند الإخلال بأيّ التزام قانوني يفرضه إتباع الأساليب الشّريفة والمشروعة في المنافسة والتي تجد أساسها في مدى مخالفة أحكام القانون رقم 04-02 المتعلّق بالممارسات التجارية، وذلك في الحالات التي لا يستطيع فيها المستثمر الأجنبي اللّجوء للحماية بموجب القوانين الخاصة بحماية الملكية الصّناعية والتجارية، سواء كانت العلامة أو البراءة أو التّصاميم أو تسميات المنشأ... المقرّرة عند الاعتداء على ذات الحقّ لعدم اكتمال عناصره أي لعدم تسجيله[2].

1 - « ***Les procédés susceptible de faire naître une confusion dans l'esprit de la clientèle sont des procédés déloyaux*** ».
- BOY Laurence, op. cit., p. 01.

2 - « ***Si la qualité de licencié ne confère pas le droit d'agir en contrefaçon, elle permet cependant de réclamer réparation des actes incriminés sur le fondement de la concurrence déloyale. L'action en concurrence déloyale peut en effet être exercée par toute personne victime d'agissements déloyaux, même si elle ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif*** ».
- COHEN Denis, op. cit., p. 236.

لدراسة الموضوع، نتناول أسس حماية حقوق الملكية الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة (أوّلا)، ثمّ الأفعال المُشكّلة للمنافسة غير المشروعة في القانون رقم 04-02 (ثانيا).

أوّلا – أسس حماية الملكية الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة:

يُباشر المُستثمر الأجنبي نشاطه الاستثماري على إقليم الدّولة المضيفة له مثله مثل أيّ عون اقتصادي آخر أجنبي أو وطني، بحيث تحكم الممارسات التجارية التي يُباشرها كلّ واحد منهم إثر ممارسة النّشاط الاستثماري قواعد الممارسة المشروعة المُنظّمة بأحكام القانون والعادات التّجارية والاتفاقيات الخاصة[1].

ولما كانت المنافسة غير المشروعة هي استخدام التاجر أو الصّانع لأساليب مُخالفة للقوانين ومُنافية للأعراف والعادات أو لمبادئ الشّرف والاستقامة والأمانة في المعاملات[2]، فهي لم ترد على سبيل الحصر[3]، غير أنّه كلّما كانت هذه الأفعال مُسبّبة لضرر لأيّ منافس، كانت فعلا غير مشروع استلزم على فاعله التعويض بصفة عامة، لكن في التّشريع الجزائري، مرّت فكرة حماية حقوق الملكية الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة بمرحلتين، حيث كانت في السّابق مبنية على أساس المادة 124 من القانون المدني لاعتبار الحماية ناتجة عن تحمّل الفاعل للمسؤولية التقصيرية التي تقتضي التّعويض، لتتغيّر في المرحلة الثّانية الموافقة لصدور القانون رقم 04-02 المتعلّق بالممارسات التجارية والتي تقضي بأنّ حماية حقوق الملكية الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة مؤسَّسة على كون هذه الأفعال مخالفة للممارسات الشّريفة مادامت أعمالا تجارية.

وعليه، نتناول أسس حماية الملكية الصّناعية قبل صدور القانون رقم 04-02 (1)، ثمّ أسس حمايتها بعد صدوره (2).

1 – أسس حماية الملكية الصّناعية قبل صدور القانون رقم 04-02 :

كان الأساس العام لحماية حقوق الملكية الصّناعية للمُستثمر الأجنبي في معظم التشريعات المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة (أ)، وذلك لتبرير الحماية القانونية ذات الطابع

1 – تأخذ المنافسة التجارية كامل أبعادها في الدول التي تأخذ بمبدأ حرية التجارة والصّناعة.
– محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 277.
2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 180.
3 – شاذلي نور الدّين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003، ص 145.

المدني المُكرّسة للأموال المعنوية الفكرية، واشترط لقبول هذه الدّعوى توافر الشروط العامة لدعوى المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة السّببية (ب).

أ – الحماية على أساس المسؤولية التقصيرية:

لقد أسّس غالبية الفقه والقضاء فكرة حماية حقوق الملكية الصّناعية باعتبارها أموالا معنوية بدعوى المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية تطبيقا لفكرة الخطأ المرتكب من أيّ شخص يأتي بأعماله ضررا لصاحب الحقّ عليها لمجرّد تجاوزه أو مخالفته للقيم والأخلاق التّجارية المُنظّمة لأعمال المنافسة الشّريفة والتجارة الحرّة[1]. وفي هذا الصّدد، يُشير تاريخ القانون المقارن إلى أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة وجدت أساسها في الأمانة والأخلاق[2].

ولمّا كانت نظرية المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية ذات مبرّر قوي، اعتمدها القضاء الفرنسي سنة 1852 فيما يلي: « ***إذا كانت الحرية التجارية تندرج تحت مبدأ مقدّس فإنّه يجب تجنّب الأضرار، فهذه الحرية لا تلائم استخدام وسائل غير معترف بها ولا تُشكّل جزءا من العادات، وإنّه على التجّار أن يسترشدوا بحسن النّية والأمانة*** »[3].

وفي إطار التّشريع الجزائري، تجد فكرة تأسيس حق صاحب حقوق الملكية الصّناعية في الحماية القانونية بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة، بناءً على أساس المسؤولية

---

1 – رغم كون الأعمال التجارية منظّمة بموجب القانون التجاري، إلاّ أنّ المسؤولية التي يتحمّلها المنافس في هذا الصّدد، لاعتباره قد تجاوز قواعد المنافسة الحرّة، هي مسؤولية مدنية يلتزم على أساسها بدفع تعويضات.

– سلمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 181.

2 – نذكر على سبيل المثال القانون الألماني لسنة 1919 الذي قرّر مبدأ المسؤولية العام على أساس أنّ: « ***كلّ من أتى في تجارته بقصد المنافسة أفعالا مخالفة للأمانة توقف أعماله ويتعرض للتعويض*** ».

وكذلك تبنى الفقه السويسري المبدأ نفسه عندما أسّس فكرة المنافسة غير المشروعة سنة 1943 في قانون الالتزامات على أنّه تُشكّل أفعالا غير مشروعة كلّ الأفعال المنافية للأخلاق.

– نقلا عن: محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص 228.

3 – قضت كذلك محكمة النقض المصرية، بناءً على الأساس نفسه، بجعل بعض الأفعال منافسة غير مشروعة كما يلي: « ***لمّا كانت المنافسة التجارية غير المشروعة تُعدّ فعلا تقصيريا يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضّرر المرتكب عملا بالمادة 163 من القانون المدني*** »، نقلا عن: المرجع نفسه، ص 229.

التقصيرية الواردة في نصّ المادة 124 من القانون المدني التي مفادها: « ***كلّ فعل، أيّا كان، يرتكبه الشّخص بخطئه، ويُسبّب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض*** »[1].

وبناءً على هذا النصّ لم يُسند المُشرّع الضّرر إلى خطأ معيّن يؤدي إلى ترتيب المسؤولية لمجرّد حدوث الضّرر سواء كان الفعل الذي سبّبه مشروعا أم غير مشروع، عمديا أو غير عمدي، ناتج عن إهمال أو عدم حيطة، بل اعتبر الفعل الذي ينجرّ عنه الضّرر عموما قابلا للإصلاح بالتعويض، بحيث إذا كان الخطأ عمديا كانت المنافسة غير مشروعة بسبب تحقّق قصد الإضرار وسوء النّية، بينما إذا كان الخطأ غير عمدي وناتج عن مجرّد الإهمال وعدم الحيطة، كانت المنافسة غير شريفة رغم توافر حُسن النية[2]. وعليه، بالنسبة لكلّ هذه الأعمال، تكون منافسة غير مشروعة سواء بتحقّق سوء النية وقصد الإضرار أم لا[3].

وبذلك كان المشرّع الجزائري قد تبنى موقف القضاء الذي توسّع في تطبيق فكرة الخطأ على أيّ عمل يؤدي إلى خلق منافسة غير مشروعة، لكن بالتمعنّ في القواعد العامة المُكمّلة للمبدأ نجد أنّ المشرّع لم يقصد إمكانية إقامة المسؤولية عن الضّرر دون التّمييز بين الضّرر الذي سببه الفعل المشروع والضّرر الذي سببه الفعل الخاطئ مادام أنّ الضّرر المترتّب عن الفعل المسؤول لا مسؤولية عليه مهما بلغت جسامته[4]، وأنّ الأصل في تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة هي الخطأ التقصيري.

---

1 – قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدّل ويُتمّم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدّل والمُتمم، ج ر عدد 44 مؤرخة في 26 جوان 2005.

2 – وردت عدّة أحكام قضائية تؤيّد هذا الموقف ومنها ما جاء في حُكم محكمة استئناف بيروت المؤرخ في 1966/12/15 في قضية شراء علامة تجارية من شخص سُجّلت على اسمه في لبنان دون التحري منه عن الشّركة الأجنبية صاحبة العلامة وعن كيفية انتقالها إليه كما يلي: « ***للمزاحمة غير المشروعة وجوه عدّة لا تستلزم كلّها اقتران الفعل بسوء النية وإنّما تتراوح بين حدود سوء النية والخطأ المقصود، وبين حدود مجرّد الخطأ العفوي وقلة الاحتراز أثناء ممارسة أعمال التجارة بشكل ينجم عنه ضرر للآخرين. وإنّ مخالفة موجبات التروي التي تسود النشاطات التجارية السليمة هي وجه من وجوه المزاحمة غير المشروعة*** ».

– نقلا عن: سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 181.

3 – المرجع نفسه، ص 180.

4 – محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص 230.

ب – شروط حماية الملكية الصّناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة:

يُؤسّس حق المُستثمر الأجنبي في الحماية المدنية لحقوقه الفكرية الصّناعية غير المسجّلة بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة على قواعد المسؤولية التقصيرية بناءً على نصّ المادة 124 من القانون المدني[1].

أي إنّ عدم مشروعية المنافسة التي تواجه المستثمر الأجنبي يكون أساسها الخطأ الذي يتسبّب في الضّرر الذي يلحقه من جراء المساس أو التعدي على أحد عناصر ملكيته الصّناعية كعلامته التجارية، أو براءته أو تصاميمه أو نماذجه باعتبارهما ركنين أساسيان في الدعوى تربط بينهما علاقة السببية ليتحقّق التعويض.

إلاّ أنّ ركني الضّرر والسببية لا يثيران أهمية خاصة في هذا الصّدد، إذ تنطبق عليهما القواعد العامة، على عكس عنصر الخطأ الذي يُشكّل الركن المميّز لدعوى المنافسة غير المشروعة. فالضّرر الذي يمسّ بحقوق الملكية الصّناعية في إطار الاستثمار الأجنبي قد يُصيب عنصر الاتصال بالعملاء بالشّكل الذي يُسيء إلى سُمعة المُستثمر الأجنبي، أو يؤدي إلى تدني رقم أعماله، وقد يُصيبه شخصيا بالرّغم من أنّ الفعل كان موجّها أصلا للنشاط الاستثماري ذاته[2].

وفي كلّ الأحوال يتصدى القانون للضّرر بجبره كلّ ما كان ناتجا عن الخطأ الذي يرتكبه المنافس في حقّ المستثمر الأجنبي في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة التي تكون شروطها الخطأ (1) والضّرر (2) وعلاقة السببية التي تربط بينهما (3).

1 – الخطأ:

يُعتبر الخطأ الأساس القانوني لمسؤولية العون الاقتصادي أو التّاجر أو الصّناعي عن أفعاله، والمبرّر الوحيد للتعويضات التي يلتزم بدفعها للمتضرّر عن الخطأ باعتباره انحراف في السّلوك عن سلوك أيّ عون اقتصادي عادي والموجود في السّوق في الظّروف نفسها مع إدراكه بهذا الانحراف، بحيث ينشأ الخطأ في المسؤولية التقصيرية في القواعد العامة بتوافر

1 – تُستمد شروط المنافسة غير المشروعة من القواعد العامة لأنّ المشرّع الجزائري لم يُنظمها في القانون الخاص بالمنافسة رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، ولا في الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة الذي عوّض القانون رقم 05-06، مرجع سابق.

2 – المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 230.

ركنين أساسيين هما الانحراف والتمييز، الأمر الذي يجعل الخطأ بكلّ صوره سببا في قيام المسؤولية، سواء كان عمديا أو غير عمدي، لأنّ القانون قد أقام التزام عام على العون إثر ممارسته لنشاطه التّجاري أو الصّناعي في إطار قواعد المنافسة المشروعة الحرّة يتمثّل في وجوب اليقظة في التصرّفات وبذل العناية لتفادي الإضرار بالغير من الأعوان[1]، وذلك بالتقيّد بالأخلاق والأعراف المطبّقة في المهنة وبمقتضيات التعامل الشّريف والنّزيه من جهة[2]، وباحترام الأحكام والقوانين المنظّمة للأعمال التجارية من جهة ثانية[3].

ولا يعتد إثر تأسيس المنافسة غير المشروعة إلاّ بالخطأ النّاتج عن المنافسة الفعلية غير المشروعة التي يكون فيها مرتكب الفعل والمتضرّر منه في وضعية تنافس ناتجة عن مزاولة كلاهما لتجارة أو صناعة من نوع واحد أو متماثلة[4]، بحيث يُعتبر التماثل بهذا المفهوم شرطا لقيام المنافسة[5]، لكن لا يُشترط فيه أن يكون مطلقا بين النشاطين[6] لأنّه يكفي أن يكون بينهما صلة بحيث يكون للعمل غير المشروع تأثير على نشاط المدّعي[7].

كما يجب أن يكون الخطأ الذي يقتضي التعويض ناتج عن أفعال يأتيها أحد الأعوان الاقتصاديين باستخدام وسائل مخالفة للقوانين ومنافية للأعراف والعادات ومقتضيات التّعامل الشّريف والنّزيه، بحيث في هذه الحالة تستوي الأفعال الصادرة من المنافس عن قصد وسوء نيّة أو عدم احتياط أو إهمال ما دام أنّه استخدم فيها وسائل مخالفة للقوانين ومخالفة للأعراف التجارية[8].

---

1 – جبالي واعمر، المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصاديين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 91.

2 – سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 180.

3 – محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص 239.

4 – يتحقّق التماثل عندما يعرض المتنافسان على الجمهور نفس الخدمات أو المنتوجات أو على الأقل متشابهة لأنّ التشابه قد يحدث معه خلط في ذهن الجمهور أو المستهلك.

5 – سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 180.

6 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 267.

7 – محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص 234.

8 – وقد قضت محكمة النّقض المصرية في هذا الصدد بتاريخ 1959/06/25 بما يلي:

« ***تُعدّ المنافسة غير المشروعة فعلا تقصيريا يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضّرر المترتّب عليه عملا بالمادة 163 من القانون المدني، ويُعدّ تجاوزا لحدود المنافسة غير المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشّرف والأمانة في المعاملات تهدف إلى إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بإحداهما متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها*** ».

– نقلا عن: محمد حسنين، مرجع سابق، ص 267.

وعليه، لا يمكن للمتضرر رفع دعوى المنافسة غير المشروعة عن الأفعال التي أدّت إلى إحداث أضرار لم يستعمل الفاعل المتنافس عند ارتكابها أيّ خطأ يمسّ بالقواعد التي تحكم المنافسة والتّجارة الحرّة، بل عليه أن يبحث عن أساليب قانونية أخرى لاقتضاء حقّه[1].

ولما كانت دعوى المنافسة غير المشروعة متوقّفة أساسا على طبيعة الخطأ الذي يؤدّي إلى إحداث الضّرر، فإنّ مسألة تقديره تدخل في صميم السّلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

2 – الضّرر:

كما سبق القول، دعوى المنافسة غير المشروعة وفقا للرّأي المرجع في الفقه والقضاء لا تخرج عن أنّها دعوى مسؤولية عادية أساسها الفعل غير المشروع، بحيث يحقّ لكلّ من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع دعوى المسؤولية ويُطالب بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر[2]، ومن بينهم المستثمر الأجنبي. فلا محلّ للمسؤولية إلاّ إذا ترتّب عن المنافسة غير المشروعة ضررا، سواء كان هذا الضّرر ماديّا ينال المتضرر في أمواله أو أدبيّا يمسّ بسمعته واعتباره المالي[3]، وسواء كان الضّرر صغيرا أو كبيرا، محتملا أو مستقبلا[4]، بحيث يكون المبلغ الذي يقضي به القاضي مساويا للضّرر وهذا يقتضي أن يكون هذا الضّرر محقّق الوقوع[5].

غير أنّه مع اعتبار دعوى المنافسة غير المشروعة التي يرفعها المستثمر الأجنبي دعوى مسؤولية، فهذا لا يعني أنّنا نطبّق عليها جميع القواعد العامة التي تحكم دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، وإنّما تقتضي طبيعة المصالح الخاصّة التي تهدف إلى حمايتها دعوى المنافسة غير المشروعة، في هذه الحالة تقرير بعض الاستثناءات لها على حكم بعض القواعد العامّة.

---

1 – المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 223.

2 – العكيلي عزيز، الأعمال التجارية والتّجار والمتجر، الشّركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثّقافة للنشّر والتّوزيع، الأردن، 1995، ص 157.

3 – شاذلي نور الدّين، مرجع سابق، ص 144.

4 – سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 181.

5 – جبالي واعمر، مرجع سابق، ص 99.

فهدف دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع يتجاوز تعويض الضّرر لأنّها دعوى علاجية، في حين أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة لا تتصدى للضّرر بالتعويض فقط، بل تتجاوز ذلك بحيث تهدف إلى منع وقوعه بكلّ الوسائل لأنّها دعوى وقائية وعلاجية في الوقت نفسه[1].

وعليه، لا يُشترط في الضّرر الذي تُؤسّس عليه المنافسة غير المشروعة أن يكون محقّقا بحيث يكون وقع فعلا أو سيقع حتما، وإنّما يكفي مجرّد احتمال وقوعه لتأمر المحكمة المختصة باتخاذ الإجراءات اللاّزمة لمنع وقوع هذا الضّرر في المستقبل[2].

وهنا، تظهر فكرة كون دعوى المنافسة غير المشروعة تُشكّل أهمّ الضمانات المكرّسة للمستثمر الأجنبي في إطار القواعد العامة، لأنّ حماية أحد عناصر الملكية الصّناعية غير المسجّلة تكون فعلية وفعّالة عند إمكانية لجوئه للقضاء لتجنّب حتّى الأضرار المستقبلية.

فقبول فكرة رفع الدعوى في حالة المنافسة غير المشروعة على كلّ أنواع الضّرر يجد أساسه في كون المحكمة التي تنظر في الدعوى تقضي بإلزامية التّعويض إذا كان الضّرر محقّقا، بينما إذا كان الضّرر محتملا فالمحكمة لا تحكم بالتعويض، وإنّما تحكم باتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنع وقوع هذا الضّرر، أو أن تحكم بالأمرين معا إذا كان تحقّق الضّرر المحتمل فعلي وأنّ منع استمرار وقوع هذا الضّرر في المستقبل يقتضي اتخاذ الإجراءات الكفيلة بذلك[3]. وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصّدد هو أنّه في بعض صور المنافسة غير المشروعة التي تواجه المستثمر الأجنبي، يصعب كثيرا أو يكاد يكون مستحيلا عليه تحديد عناصر الضّرر الذي حدث على وجه الدّقة بالنّظر لطبيعة عنصر الاتصال بالعملاء الذي يقع عليه الاعتداء بفعل المنافسة غير المشروعة، في حين أنّ الأصل في القواعد العامة أن يكون التعويض بقدر الضّرر الذي حدث، لذا قد تكتفي المحكمة في دعوى المنافسة غير المشروعة بالحكم بمبلغ جزافي لتعويض الضّرر لا تُراعي في تقديره أن يكون مساويا لقيمة الضّرر بل

1 – العكيلي عزيز، مرجع سابق، ص 158.

2 – يُعتبر الضّرر الاحتمالي في الحقيقة ضررا واقعا، لأنّ التهديد بالضّرر يعتبر في ذاته ضررا يُمكن أن يعوّض عينا بإزالة هذا التهديد عن طريق الأمر بالإجراءات الكفيلة لمنع تحقّق الضّرر المهدّد به.

3 – العكيلي عزيز، مرجع سابق، ص 158.

تراه كافيا لجبره[1].

3 – علاقة السّببية بين فعل المنافسة والضّرر:

نظرا لاستناد دعوى المنافسة غير المشروعة على ذات الأساس القانوني الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، وأنّ القواعد العامة التي تحكم هذه الدعوى الأخيرة تشترط للحكم بالتعويض على الضّرر إثبات علاقة السببية بين العمل غير المشروع الصادر من المدعى عليه والضّرر الذي أصاب المدعي أي المستثمر الأجنبي، فإنّه يشترط على هذا الأخير أن يُثبت كذلك في دعوى المنافسة غير المشروعة التي يرفعها أنّ الضّرر الذي أصابه كان سببه فعل غير مشروع وقع إثر ممارسة الفاعل لنشاطه التجاري الاستثماري في المجال نفسه الذي يتدخّل فيه المستثمر المضرور. أمّا إذا انتفت علاقة السببية بين الفعل الذي يُشكل الخطأ المعاقب والضّرر، كما لو كان الضّرر بسبب المنافسة المشروعة أو فعل الغير أو خطأ المضرور نفسه، انتفت المسؤولية عن الضّرر بالنسبة للمدعى عليه.

وفي الواقع، إنّ إثبات علاقة السببية بين فعل المنافسة غير المشروعة والضّرر ليس بالأمر اليسير في جميع صور المنافسة غير المشروعة. فإذا كان من الممكن إثبات وجود هذه العلاقة عند تحقّق الضّرر فعلا، فإنّه يكون من الصّعب إثبات ذلك عندما يكون الضّرر محتملا، بحيث يكون المقصود في دعوى المنافسة غير المشروعة الحكم بما يؤمّن منع وقوع الضّرر في المستقبل كما تقدّم، ومثلها الأفعال التي يقوم بها المنافس والموجّهة ضدّ مجموعة المنافسين الآخرين الذين يزاولون نشاطا تجاريا أو صناعيا أو استثماريا مماثلا كالمستثمر الأجنبي والتي ينشأ عنها ضرر محقّق أو محتمل يتعذّر أو يستحيل إثباته وإثبات علاقة

1 – يقول العكيلي عزيز في هذا الصّدد ما يلي: « ***إذا صحّ أنّ للضرورات العملية حكمها في هذا النّطاق، فصحيح أيضا أنّ تراخي الرابطة بين التعويض والضّرر سواء من حيث التساهل في إثبات الضّرر أو من حيث قبول مبدأ التعويض الجزافي، يكاد يُخرجنا من دائرة المسؤولية المدنية لينقلنا إلى نطاق العقوبة المدنية التي لا يرتبط فيها الجزاء بقيام الضّرر ولا بمقداره، ويزيد هذا الطابع العقابي وضوحا في حالة المنافسة غير المشروعة التي تُصيب منافسا بعينه بل تُلحق الضّرر بمجموع السوق ومجموع ممارسي حرفة تجارية معيّنة*** »، مرجع سابق، ص 160.

السببية بين الفعل ذاته والضّرر الذي قد مسّ أو يمسّ أحد المنافسين[1] الذين قد يكون المستثمر الأجنبي هو المتضرّر منهم.

وفي مثل هذه الحالات، يكون تحديد فكرة الرابطة السببية بين الخطأ والضّرر من المسائل الدّقيقة، ويرجع ذلك إلى سببين أساسيين، يتمثّل الأوّل في احتمال وقوع عدّة أخطاء تُساهم في إحداث الضّرر فنكون أمام حالة تعدّد الأسباب ووحدة الضّرر؛ والثّاني يرجع لوجود خطأ وحيد يكون سببا في إحداث عدّة أضرار متتالية بحيث نكون في حالة وحدة السّبب وتسلسل الأضرار. على العموم، حدّد المشرّع الجزائري طبيعة الخطأ الواجب التعويض في نصّ المادة 182 من القانون المدني والتي تنصّ على أنّ الشّخص يسأل فقط عن الضّرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي ارتكبه[2].

2 – أساس الحماية بدعوى المنافسة غير المشروعة بعد صدور القانون رقم 04-02:

لقد عرفت فكرة حماية الحقوق الصّناعية للمستثمر الأجنبي في التّشريع الجزائري في الحالة التي تكون فيها هذه الحقوق غير مسجّلة تطوّرا مبهرا من خلال صدور القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، وذلك فيما يخصّ الأسس المعتمد عليها لإقامة دعوى المنافسة غير المشروعة المتعلقة بالحماية المدنية.

فنظرا لكون دعوى المنافسة غير المشروعة دعوى وقائية تهدف إلى أكثر من إصلاح الضّرر الذي تعرّض له العون الاقتصادي لتشمل حتّى هدف منع وقوع الضّرر الذي يُحتمل وقوعه في المستقبل وحماية حقّ ملكية المؤسسة من كلّ أنواع الأضرار المحتملة الوقوع حالا أو مستقبلا[3]، اتجه جانب كبير من الفقه إلى تأسيس فكرة حماية حقوق الملكية الصّناعية باعتبارها جزءا من ملكية المؤسّسة بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة أخذا بعين الاعتبار طبيعة ومركز المنافس المتضرّر من الفعل غير المشروع وخصوصا إذا كانت المسألة تتعلّق بالمستثمر الأجنبي الذي تدخل مسألة حمايته وحماية أمواله في نظام قانوني

1 – العكيلي عزيز، مرجع سابق، ص 161.

2 – يُعتبر التعويض عن الضّرر المباشر والعلاقة السببية في فعل المدعى عليه والضّرر غير المباشر والعلاقة السببية ركنا في المسؤولية غير التقصيرية.

– جبالي واعمر، مرجع سابق، ص 103.

3 – سلمان بوذياب، مرجع سابق، ص 179.

شامل تمّ تحديده في إطار تحفيزي لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من جهة أولى، وأخذا بعين الاعتبار طبيعة النشاط الذي يُمارسه باعتباره من النشاطات التجارية من جهة ثانية، وذلك بمساندة من القضاء وعلى رأسهم القضاء الفرنسي الذي جعل الاجتهادات هو المصدر الأساسي المعتمد لتأسيس الحقّ في دفع الضّرر بدعوى المنافسة غير المشروعة والتي اقتبس منها المشرّع الجزائري أحكام نصّ القانون رقم 04-02 السابق الذكر.

وعليه، أصبح المشرّع الجزائري، في الحالات التي تكون الأفعال المُشكّلة للمنافسة غير المشروعة وفق القانون رقم 04-02، يتخطّى شرط الإثبات بالنسبة للخطأ المُسبّب للضّرر، بل ويتجاوز شروط دعوى المنافسة غير المشروعة المُلازمة في دعوى المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية لقبول الدعوى، وذلك توسيعا لفكرة الخطأ في حدّ ذاتها وأخذا بفكرة الخطأ المفترض أو المحتمل وحتّى بمسؤولية المنافس دون خطأ. إذا كانت الأفعال تتجاوز أحكام نصّ القانون رقم 04-02، وقد نصّت المادة 26 منه على أنّه: « ***تمنع كلّ الممارسات التجارية غير النزيهة المُخالفة للأعراف التجارية النّظيفة والنّزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدّة أعوان اقتصاديين آخرين*** ». ففي السّابق مثلا، كان المتضرّر يفقد دعواه المتعلّقة بالحماية المدنية لمجرّد عدم إمكانية إثبات سوء النيّة لدى المتنافس الآخر[1]، غير أنّه بناءً على هذا الأساس وما سبق قوله، تراجع القضاء تدريجيا عن اشتراط إثبات سوء النية لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة لأنّ الإضرار بالغير أمر حتمي وملازم لأفعال التنافس مشروعة كانت أم غير مشروعة، والأمر الذي جعله يكتفي بوقوع الخطأ عمديا كان أم لا، بحيث يكفي أن يكون الفعل مبعثه الإهمال أو الجهل بحقيقة نشاط المنافس انسجاما مع طبيعة الدعوى[2]، وعلى الخصوص إذا كان المنافس مستثمرا أجنبيا.

وقد أكّد أكثم الخولي أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى مسؤولية ذات طابع خاص من خلال ما يلي: « ***إنّ دعوى المنافسة غير المشروعة هي في طبيعتها دعوى مسؤولية من نوع خاص، حيث يتجه الرأي الحديث إلى إقرار هذا المبدأ الذي جرى عليه***

1 – كانت سوء النيّة مطابقة لمجرّد العلم بالضّرر الحاصل ثمّ تطوّر معناها وأصبح المقصود منها نيّة الإضرار وليس مجرّد العلم بالضّرر.

2 – محمد حسين إسماعيل، مرجع سابق، ص ص 238 – 239.

القضاء وهو تأسيس دعوى على مبادئ المسؤولية ولكن مع تحفظ مقتضاه أنّ هذه الدعوى بحُكم طبيعتها تُمثّل نوعا خاصا من دعاوى المسؤولية، ذلك أنّ إثبات الضّرر لا يكاد يُعدّ شرطا ضروريا لقيام مسؤولية المنافس، ثمّ إنّ هناك اختلافا في الأساس من جهة، وهذه الدعوى من جهة أخرى، فنظرية المسؤولية المدنية تقوم كلّها على منع إلحاق الضّرر بالغير قصدا، بينما تتضمّن المنافسة بطبيعتها إلحاق الضّرر قصدا بالغير، ولمّا كانت أعمال المنافسة في الأصل مشروعة رغم طابعها الضّار بالغير، فإنّ الإسراف في استعمال هذه الحرية هو وحده الذي يحرّمه القانون »[1].

كما أنه بالنّظر إلى خصوصية هذه الدّعوى، يظهر أنّها أقرب إلى دعاوى الملكيّة منها إلى دعاوى المسؤولية المدنية، وشأنها في ذلك شأن دعاوى وضع اليد أو الاستحقاق التي تحمي الملكية المادية لأنّها ذات وظيفة وقائية بالنسبة للمستقبل، والغرض منها هو تأكيد الحقّ وحمايته من كلّ اعتداء جرى في الماضي أو الحاضر أو المستقبل[2].

ثانيا – الأفعال المنافية للمنافسة المشروعة الّتي تمسّ بالملكية الصّناعية:

لقد نصّت معظم التشريعات على أنّ دعوى المنافسة غير المشروعة تُرفع في حالة ما إذا تضرّر العون الاقتصادي الّذي يمارس النشاطات التجارية من أفعال غير مشروعة يتمّ تحديدها في القانون الدّاخلي لكلّ دولة، الأمر الّذي يجعل أفعال المنافسة غير المشروعة بالنسبة للمستثمر الأجنبي هي نفسها أفعال المنافسة غير المشروعة للعون الاقتصادي الوطني[3].

ولمّا كانت المنافسة غير المشروعة هي استخدام التّاجر أو الصانع لأساليب مخالفة للقوانين ومنافية للأعراف والعادات أو لمبادئ الشّرف والاستقامة والأمانة في المعاملات

---

1 – الخولي أكثم أمين، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الأموال التجارية، الملكية الصّناعية والمتجر، القاهرة، 1964، ص 401.

2 – محمد حسنين، مرجع سابق، ص 264.

3 - « ***Le point de savoir si un licencié d'un dessin ou modèle communautaire non enregistré peut valablement engager une action en contrefaçon est une question qui est renvoyée aux droits nationaux*** ».
- COHEN Denis, op. cit., p. 418.

الحكم نفسه ينطبق على الدّول الاتحادية في اتّحاد باريس مثل الجزائر.

بصفة عامّة، فهي لم ترد على سبيل الحصر[1]، فقد اتّفق الفقه على ردّها إلى ثلاث مجموعات أساسية تشمل الأفعال التالية:

- إحداث اللّبس أو الخلط بين المؤسّسات أو بين منتوجات المؤسّسات، كالاعتماد على شعار مماثل لشعار المؤسّسة، أو استعمال علامة مشابهة لعلامة المؤسّسة[2]، أو تقليد الاختراعات والرّسوم والنّماذج الصّناعية أو وضع بيانات غير صحيحة على المنتجات[3] وحتّى تقليد الإعلانات والدّعاية الّتي يقوم بها المنافس[4].
- الادعاءات غير الصّحيحة أو غير المطابقة للحقيقة والتي من شأنها الحطّ من قيمة ونوعية المنتوجات أو الخدمات الّتي يُقدّمها العون الاقتصادي التّجاري.
- بثّ الاضطراب في مؤسّسة الاستثمار الأجنبي أو في السّوق التّجاري الّذي يمارس نشاطه فيه كبيع المنتوج نفسه أو تقديم الخدمة نفسها بأثمان أقل من قيمة التكلفة أو البيع بالتخفيض[5].

وفي هذا الصّدد، تضمّنت اتفاقية باريس بعض التفاصيل حول الأفعال المشكّلة لمنافسة غير مشروعة وتمسّ بحقوق الملكيّة الصّناعية وتتمثّل في الأفعال المنصوص عليها في المادة 10 مكرّر 2/2:

« ***يُعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كلّ منافسة تتعارض مع العادات الشّريفة للشّؤون الصّناعية والتّجارية*** ».

وتُضيف المادة 10 مكرّر 3/2 ما يلي:

« ***يجب أن يمنع على الأخص ما يلي:***

1 – شاذلي نور الدّين، مرجع سابق، ص 145.

2 – يكون التعدّي على العلامة سواء بالإساءة إلى سمعتها أو إلى المنتجات الّتي تمثّلها أو عن طريق أي فعل قد يُثير الالتباس فيها أو الخلط بينها وبين العلامة المزيّفة بشكل يُضلّل المستهلك أو المشتري أو حتّى موزّع المنتوج.

– فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 275.

3 – ويستوي إذا كانت البيانات الخاطئة تتعلّق بطبيعة السّلع أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو صلاحيتها للاستعمال أو كميّتها.

4 – سلمان أبوذياب، مرجع سابق، ص 178.

5 – شاذلي نور الدّين، مرجع سابق، ص 146.

أ – جميع الأعمال من شأنها أن تحدث لبسًا بأيّة وسيلة كانت بالنّسبة للمحل التّجاري الخاصّ بأحد المنافسين أو بالنّسبة لمنتجاته أو نشاطه الصناعي أو التّجاري.

ب – الادّعاءات غير المطابقة للحقيقة في مزاولة التّجارة الّتي من شأنها إبعاد الثّقة عن المحلّ التّجاري الخاص بأحد المنافسين أو إبعاده عن منتجاته أو نشاطه الصّناعي أو التّجاري »[1].

وبالرّجوع إلى التّشريع الجزائري، نجد المشرّع الجزائري قد اقتبس من الاجتهاد الفرنسي الذي كان مصدره في تقنين القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية من جهة، ومن أحكام اتّفاقية باريس المتعلّقة بحماية الملكيّة الصّناعية، أي من نص المادة 10/ مكرّر 2 السّابقة الذّكر من جهة ثانية، لتكون الأفعال الّتي يسمح للمستثمر الأجنبي رفع دعوى المنافسة غير المشروعة كلّما يتعرّض لها[2]، أو يمسّه من جرّائها ضرر عندما يُباشرها أيّ عون اقتصادي قد جاءت على سبيل المثال في نصّ المادة 27 من القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية كما يلي:

« ***تُعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم هذا القانون، لاسيما الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:***

1 – تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمسّ بشخصه أوبمنتوجاته أو خدماته... »[3].

وعليه، يعتبر عملا غير مشروع كلّ محاولات المسّ بالسّمعة التّجارية للمستثمر الأجنبي أو بمنتوجاته أو خدماته، بتشويهها أو إفساد الائتمان تجاهها أو التحقير بجدّيتها ونوعيّتها أو مميزاتها، وذلك لدى المتعاملين الاقتصاديين الآخرين أو المستهلكين للمنتوج أو

---

1 – نقلا عن: منير محمّد الجنبيهي، ممدوح محمّد الجنبيهي، مرجع سابق، ص 70.

2 - « ***Pour obtenir réparation sur le terrain de la concurrence déloyale, le tribunal doit pouvoir reprocher à son adversaire des fait distincts de ceux qu'il évoque dans le cadre de la contrefaçon. En d'autres termes, il doit établir que cet adversaire a commis des agissements fautifs, autres que ceux qui ont été retenus pour caractériser la contrefaçon*** ».

- COHEN Denis, op. cit., pp. 236 – 237.

3 – انظر حكم محكمة استئناف « Nîmes » المؤرّخ في 08 مارس 2001 والذي جاء فيه ما يلي:

« ***Les faits distincts de la contrefaçon et constitutifs de concurrence déloyale peuvent revêtir des formes très variées, telle que le dénigrement de l'entreprise*** », Ibid, p. 237.

حتّى الجمهور[1]، بإدّعاء وجود العيوب فيها أو الإنقاص من جودتها أو أنّها غير صالحة ومضرّة بالصّحة. ويستوي أن يكون الأسلوب المستعمل في ذلك كتابيا أو شفهيا لأنّ المهم هو أن يكون علنيا.

وأضافت كذلك المادة 27 ما يلي:

« ***2 – تقليد العلامات المميّزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الّذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك*** ».

وهنا، تُشكّل أعمالا غير مشروعة كلّ الأفعال الّتي يقوم بها المنافس لتسويق أو توزيع منتوج أو تقديم خدمات مقلّدة لمنتوجات وخدمات مميّزة للعون الاقتصادي الّذي يرفع دعوى المنافسة غير المشروعة، أو حتّى الإشهار بذلك، بهدف تحويل زبائن هذا المتضرّر، سواء كان ذلك بأسلوب مباشر أو غير مباشر مادام يُحاول زرع الشّكوك والأوهام في ذهن المستهلك فيما يخصّ هذه المنتوجات والخدمات المقلّدة[2].

والتقليد المقصود في هذا النصّ يشمل تقليد العلامة التجارية أو الصّناعية أو تقليد رسم أو نموذج صناعي أو دائرة متكاملة أو تسمية منشأ أو اختراع معيّن، كما يمكن كذلك أن يشمل تقليد شكل المنتوج[3] أو لونه[4]، بشكل يجعل التقليد في اللّون أو الشّكل هو سبب المنافسة غير المشروعة أي سببا في زرع الشّكوك في ذهن المستهلك حول المنتوج الأصلي

---

1 - COHEN Denis, op. cit., p. 238.

2 – انظر حكم محكمة النقض بباريس المؤرّخ في 10 أكتوبر 2003 والذي جاء فيه:

« ***est constitutif de concurrence déloyale une commercialisation des produits contrefaits simultanée à celle des produits originaux*** », Voir : Ibid, p. 237.

3 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 05 أكتوبر 2001 في قضية Hôtellerie de la porte de sèvre c/ Sofitel International والذي جاء فيه ما يلي:

« ***Qu'est en cause non pas une reproduction des caractéristiques de ce modèle de bureau, mais une imitation de son style pour des meubles au genre différent… Cette imitation de produits est en conséquence bien constitutive de concurrence déloyale*** », Ibid, p. 239.

4 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 15 سبتمبر 1999 والذي جاء فيه:

« ***Qu'en vendant auprès de magasins s'adressant à la même clientèle la même gamme de sacs dans des coloris au surplus identiques, les sociétés « Li Yi » et « Seven Star » ont manifestement cherché à détourner une partie de la clientèle… Ces sociétés avaient commis des actes de concurrence déloyale*** », Voir : Ibid, p. 240.

بالمقارنة مع المنتوج المقلّد[1].

وقد أشار المشرّع الجزائري سنة 1990 قبل صدور القانون رقم 04-02 إلى بعض الممارسات الّتي لا يجب على المنافس القيام بها لإدخال الشكّ أو لتضليل المستهلك أو المتعاملين الاقتصاديين الآخرين بهدف الإضرار بمنتوجات منافسة أخرى، وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المؤرخ في 10 أكتوبر 1990 في المادة 08 على أنّه: « ***يُمنع، طبقا للمادة 03 من القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 والمذكور أعلاه، استعمال أيّ إشارة أو أيّ علامة، وأيّ تسمية خيالية أو طريقة للتقويم أو الوسم أو أيّ أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تُدخل لُبسا في ذهن المستهلك ولاسيما حول طبيعة المنتوج وتركيبه ونوعيته الأساسية ومقدار العناصر الضّرورية فيه وطريقة تناوله، وتاريخ صناعته والأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه، ومقداره وأصله، كما يُمنع ذكر أيّ بيانات بهدف التمييز بشكل تعسفي بين منتوج معيّن ومنتوجات أخرى مماثلة*** »[2].

ويعتبر كذلك حسب نصّ المادة 27 كعمل يشكّل ممارسة غير نزيهة أو ممارسة غير مشروعة:

« ***3 – استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميّزة دون ترخيص من صاحبها*** »، بحيث في هذه الحالة تكون كلّ الأعمال الّتي تنشأ عن استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميّزة تتعلّق ببراءة الاختراع والتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة والرّسوم والنماذج الصّناعية بموجب ترخيص يمنحه المالك الأصلي للحقّ الفكري خارجة عن نطاق الممارسات التجارية غير النّزيهة، ولا تُشكّل أيّ وجه من أوجه المنافسة غير المشروعة، وأنّ قيام المنافسة غير المشروعة تكون في الاستعمال غير المرخّص به من صاحب الحقّ.

---

1 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 21 جوان 2000 والذي جاء فيه:

« ***Qu'ils ressort des documents versés aux débats que les sociétés appelantes ont reproduit le dessin litigieux une gamme de produits identiques… Cette déclinaison du dessin contrefaisant sur le même support est de nature à induire en erreur sur l'origine des produits et constitue bien des actes de concurrence déloyale*** ».

Voir: COHEN Denis, op. cit., p. 239.

2 – مرسوم تنفيذي رقم 90-366 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلّق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، ج ر عدد 05، مؤرخة في 1990/11/21.

وتشمل كذلك المنافسة غير المشروعة كلّ الأفعال الّتي يُباشرها المنافس المرخّص له استعمال مهارة تقنية أو تجارية مميّزة إذا كانت تتجاوز حدود الرّخصة[1].

كما تُضاف إلى الممارسات غير الشّريفة، حسب المادة 27، ما يلي:

« ***الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرّف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشّريك القديم*** »، بحيث تشمل هذه الحالة كلّ الأفعال الّتي يقوم بها شخص له علاقة مع صاحب الملكية بموجب عقد عمل أو غيره تجعله، من خلال ذلك، يحصل على معلومات وأسرار مهنية، تقنية أو صناعية يستغلّها بأسلوب معيّن يؤدي إلى الإضرار بالمالك الأصلي[2].

الفرع الثّاني

خصوصيات دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية الملكية الصّناعية

لقد كانت ولا تزال دعوى المنافسة غير المشروعة هي الوسيلة المعتمدة من قِبل المستثمر الأجنبي أو أيّ عون اقتصادي آخر يمارس نشاطه التجاري أو الصّناعي الاستثماري للمُطالبة بالحماية القانونية المكرّسة في القوانين الجزائرية إذا كانت حقوقه المعنوية الصّناعية غير مسجّلة وموضوع اعتداء من الغير. غير أنّه تعرّضت أحكام هذه الدعوى في التّشريع الجزائري إلى تطوّرات هائلة في مجال الحقوق والعقوبات الّتي يُقرّرها المشرّع للمتضرّر من أفعال المنافسة غير المشروعة بناءً على محاولات المشرّع في القيام بتبني الأحكام القضائية الفرنسية في القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المُطبّقة على الممارسات التجارية النّزيهة.

---

1 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 03 ديسمبر 1997 والذي جاء فيه:

« ***Que la société « Replex » peut valablement reprocher à la société « Eugène Lagler » des actes de contrefaçon si elle démontre que le licencié a dépassé les droits qui lui ont été concédés*** ».

Voir : COHEN Denis, op. cit., p. 168.

2 – انظر حكم محكمة نقض Douai المؤرّخ في 04 مارس 2002 والذي جاء فيه:

« ***Il est avéré que M. Gremades a usé de sa position au sein de la société pour s'approprier divers modèles et clients, il est donc démontré un détournement de clientèle distinct de la contrefaçon et caractéristique de concurrence déloyale*** », Voir: Ibid, p. 238.

ورغم التّشابه الموجود بين دعوى المنافسة غير المشروعة وباقي الدعاوى القضائية الأخرى والمتعلقة بالإجراءات المتّبعة في رفع الدعوى وفي التقاضي بصفة عامة، فهي تتمتّع ببعض الخصائص نتناول منها الأهلية الخاصة المطلوبة لتمتع المستثمر الأجنبي بحقه في التقاضي في دعوى المنافسة غير المشروعة (أوّلا)، والجهة القضائية المختصة في النّظر في هذه الدعوى (ثانيا)، ثمّ العقوبات المقررة للمعتدي على حقوق الملكية الصناعية في دعوى المنافسة غير المشروعة (ثالثا).

أوّلا – أهلية المستثمر الأجنبي للتقاضي بدعوى المنافسة غير المشروعة:

يحقّ للمستثمر الأجنبي، مثله مثل أيّ مستثمر وطني يُمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا، الحصول على الحماية القانونية لحقوقه الفكرية الصّناعية إن حدث وتعرّضت هذه الحقوق لأفعال سبّبت ضررا له، ناتجة عن تجاوزات الأعوان الاقتصاديين الآخرين[1]، وذلك برفع دعوى قضائية للمطالبة بالتّعويض عن الضّرر الّذي لحقه مهما كانت درجة جسامته، أو لمنع وقوعه إذا كان هذا الضّرر احتماليا، غير أنّه لمّا كانت الحماية المكرّسة لحقوق الملكية الصّناعية كالعلامة التجارية أو التصاميم الشّكلية للدّوائر المتكاملة أو الرسوم والنماذج الصّناعية أو براءة الاختراع أو تسمية المنشأ لا يجوز منحها إلاّ إذا كانت مودعة ومسجّلة[2]، فكافة التشريعات الحديثة تفتح المجال لصاحب الحقّ للجوء إلى القضاء للمطالبة بالتّعويض تطبيقا للقواعد العامة[3] الّتي تقضي بعدم حرمان أيّ شخص من حقّه المدني ما دام أنّه تعرّض، بسبب خطأ ارتكبه شخص آخر، لضرر محقّق وقابل للتقييم.

وعليه، فمبدئيا، ونظرا لكون المستثمر الأجنبي عونا اقتصاديا يتدخّل بنشاطه الاستثماري في إطار الممارسات الاقتصادية التي تخضع لقواعد المنافسة ولمبادئ التجارة الحرّة، فإنّ مسألة أهليته للتقاضي وممارسة حقّه في رفع الدعوى القضائية المدنية أو في

1 – تنصّ المادة الأولى من القانون رقم 04-02 على أنّه يُطبّق هذا القانون على الأعوان الاقتصاديين الذين يمارسون نشاطات تجارية، وتنصّ المادة 03 من القانون نفسه على أنّ العون الاقتصادي هو: « ***كلّ منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدّم خدمات أيّا كانت صفته القانونية، يُمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسّس من أجلها*** »، وعليه، المستثمر الأجنبي من بين الأشخاص الذين يُطبّق عليهم هذا القانون.

2 - COHEN Denis, op. cit., p. 317.

3 – هاني دويدار، مرجع سابق، ص 217.

المطالبة بالحماية القضائية والحصول على التّعويض الوارد في القواعد العامة، في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، تبقى مؤسَّسة وقانونية.

فالمبدأ العام يقضي بأنّه كلّ شخص – بغضّ النّظر عن جنسيته – يُمارس النّشاط التجاري والصّناعي على إقليم الدّولة الجزائرية بإمكانه ممارسة كلّ حقوقه كمواطن، وخصوصا الحقّ في التقاضي برفع الدعاوى القضائية بمجرّد تضرّره من فعل أتاه شخص آخر، أو بالأحرى عون اقتصادي آخر، لأنّ الدعوى تبقى الوسيلة القانونية الّتي يسمح القانون اللّجوء إليها لاقتضاء الحقوق، بحيث تُصبح الحماية القانونية المنصوص عليها مجسّدة في الحماية القضائية.

غير أنّ هذا الحقّ مقترن بتوافر مجموعة من الشروط القانونية، أهمّها أن يكون المستثمر الأجنبي مؤهلا لرفع الدعوى القضائية لكونه صاحب المصلحة، أو تتوافر فيه الصّفة القانونية[1]. وقد نصّ قانون الإجراءات المدنية على أنّه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك.

ممّا سبق، يكون للمستثمر الأجنبي الحقّ في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة إذا كان صاحب المصلحة أو المتضرّر من الفعل غير المشروع الّذي تُؤسّس عليه الدعوى غير المشروعة، لكن يستوي في تأسيس حقّه أنّ يكون هو شخصيا صاحب الحقّ في ملكية عناصر الملكية الصّناعية موضوع النّزاع[2]، بحيث يتقاضى ويرفع الدعوى على هذا الأساس، أو أن يكون مجرّد مستغلّ لهذه الحقوق أو لأيّة مهارة تقنية أو تجارية مميّزة بموجب عقد ترخيص يمنح استغلال تلك الحقوق سواء كليا أو جزئيا، يبرم مع المالك

1 – رغم ثبوت القاعدة الأصولية التي تقضي بأنّه لا دعوى ولا دفع بغير مصلحة، إلاّ أنّه اختلف الفقه حول شرط المصلحة لقبول الدعوى التجارية أو المدنية، وذلك على أساس أنّه ليست ثمّة فائدة من هذا الشّرط لأنّ وجود الحقّ في رفع الدعوى يُعدّ مرادفا للمصلحة القانونية.

رمضان جمال كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، علما وعملا، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 1998، ص 16.

2 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 16 نوفمبر 2001 والذي جاء فيه:

« ***Que Villeroy et Bosch arts de la table… recevable à agir en concurrence déloyale, ses demandes reposant non pas sur le fondement d'un droit privatif mais sur l'allégation d'une recherche de confusion et d'agissements parasitaires*** ».

- COHEN Denis, op. cit., p. 236.

الأصلي للحقّ[1]، لأنّ العبرة في صاحب الحقّ المقصود في هذه الحالة تتعلّق بالشّخص الذي يمسه الضّرر من جرّاء أعمال المنافسة غير المشروعة.

وبما أنّ المستثمر الأجنبي المستغل لحقوق الملكية الصّناعية يتحوّل، من خلال عقد الترخيص، إلى المستفيد من امتياز الاستعمال والاستغلال. فبالمقابل هو المتضرّر من كلّ تعدّ يحصل على الحقّ ذاته المرخّص به، وهو السبب نفسه الذي يجعله صاحب المصلحة الّذي يتأسّس عليه حقّه في التقاضي.

يقول هاني دويدار في هذا الصّدد ما يلي:

« ***يترتّب على ربط الحماية المقرّرة لملكية المحل التجاري أنّه في الأحوال الّتي تنفصل فيها ملكية المحل التجاري عن استغلال هذا المحل تكون الحماية المقرّرة لمالك المحلّ دون الشّخص الّذي يقوم باستغلاله. وتطبيقا لذلك في حالة تأجير المحل التجاري، لا تتقرّر الدعوى لمستأجر المحل، وإنّما تكون مقرّرة للمالك، في حين أنّ أعمال المنافسة غير المشروعة تمسّ حُسن الاستغلال التجاري الّذي يقوم به المستأجر دون أن تمسّ مصالح مالك المحل الّذي يكتفي بتأجيره*** »[2].

تؤكّد هذه الفكرة فرحة زراوي صالح كما يلي:

« ***من المتفق عليه اليوم أنّه يجوز لضحية الاعتداء رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لطلب تعويض الضّرر اللاّحق بها. حقّا أنّ الدعوى المؤسَّسة على تقليد العلامة أو تشبيهها، لا يجوز رفعها إلاّ من صاحب العلامة ضدّ من قام بالتّقليد أو التشبيه، بينما إذا كان الأمر يتعلّق بدعوى مؤسّسة على المنافسة غير المشروعة، يجوز لكلّ من لحقه ضرر من جرّاء هذه المنافسة أن يرفع الدّعوى...*** »[3].

---

1 – انظر حكم محكمة نقض باريس المؤرّخ في 26 جوان 1996 والذي جاء فيه:

« ***Que la Société Matières en qualité de simple licenciée exclusive du modèle en cause n'a pas qualité pour agir sur le fondement de la contrefaçon, que cette contrefaçon caractérisant toutefois en ce qui la concerne un acte de concurrence déloyale, elle est bien fondée à poursuivre réparation du préjudice*** ».

- COHEN Denis, op. cit., p. 236.

2 – هاني دويدار، مرجع سابق، ص 222.

3 – فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 258.

وعليه، وبالرّبط بين فكرة حماية أملاك المستثمر الأجنبي المعنوية، باعتبارها أموالا قد تقرّرت لها الحماية قانونا من جهة أولى، وبين فكرة حماية المستثمر الأجنبي بموجب الحماية المدنية بدعوى المنافسة غير المشروعة المقرّرة في القواعد العامّة لتعرّضه لأخطار تمسّ أمواله المعنوية من جهة ثانية، نقول إنّ صفته في دعوى المنافسة غير المشروعة تجد أساسها في أنّ الحماية الممنوحة بهذه الدّعوى مقرّرة للمستثمر الأجنبي لأنّه تعرّض لفعل غير مشروع سبّب له ضررا، بغضّ النّظر عن كون الجانب الّذي تضرّر فيه المستثمر الأجنبي يمسّ بأملاكه المعنوية أو غيرها[1]، لأنّه في هذه الدّعوى استُند على أساس أنّه صاحب المصلحة وصاحب الحقّ في التعويض كأن يتعرّض لتقليد علامته التجارية أو لإفضاء أسراره الصّناعية...، وذلك إعمالا لما له من حقّ في مواجهة الكافة، بردّ كل ما يقع من فعل أو تعدٍّ على حقّه المانع على أملاكه المعنوية الفكرية ولو كان الاعتداء غير مصحوب بسوء نيّة[2].

ثانيًا – الجهة القضائية المختصّة بالدّعوى:

نصّت قواعد الاختصاص في التّشريع الجزائري على أنّه يرجع الاختصاص في دعوى المنافسة غير المشروعة لأنها دعوى مدنية للمحاكم الابتدائية[3]، باعتبارها محاكم ذات اختصاص عام في النّظر في كل المنازعات ماعدا ما استُثني منها بنصّ خاص. وقد نصّت المادة 1/32 على أنه:

« المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميًا »[4].

---

1 – « ***لا يمكن القول بأنّ دعوى المنافسة غير المشروعة تستهدف حماية الملكيّة المعنوية المتمثّلة في المحلّ التّجاري فقط*** ».

– هاني دويدار، مرجع سابق، ص 222.

2 – محمّد حسنين، مرجع سابق، ص 178.

3 – الاختصاص نفسه مخوّل للمحاكم الابتدائية في التشريع المصري.

– هاني دويدار، مرجع سابق، ص 232.

4 – قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وبالنّظر إلى طبيعة دعوى المنافسة غير المشروعة في دراستنا وإلى مواضيعها، فهي تشمل كل النزاعات التي تمسّ بحقوق الملكيّة الفكرية للمستثمر الأجنبي باعتباره عونا اقتصاديا يُمارس نشاطه التجاري الصّناعي، ومنها المنازعات الّتي تتعلّق بالإساءة إلى سمعة علامته التجارية أو الصّناعية أو تقليد وتزييف التصاميم الشّكلية للدوائر المتكاملة التي يُنتجها أو إفشاء أحد الأسرار الصّناعية أو تزييف في تسميات المنشأ... وغيرها، نجدها ذات طابع تجاري تجعل الاختصاص للقاضي التجاري.

لكن بالنّظر إلى غاية أو سبب أيّ دعوى من الدعاوى السابقة الذّكر، فنجدها كلّها ترمي إلى جبر الضّرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي الذي تضرّر من جرّاء الفعل غير المشروع، فنجدها دعاوى ذات طابع مدني يمكن رفعها أمام القاضي المدني.

مع ذلك، فهي دعاوى تُرفع أمام المحاكم الابتدائية بغضّ النّظر عن القسم المختصّ، لأنّ مسائل التقسيم الدّاخلي للمحكمة الواحدة لا يتعلّق بمسائل الاختصاص مثلما هو في إطار التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي الذي يحتكم على محاكم تجارية ومدنية وجنائية تختصّ كلّ منها في مجال معيّن لا يُمكن أن تنظر فيه غيرها، بل هو مجرّد تنظيم داخلي إعمالا لمبدأ وحدة الجهاز القضائي، وأنّ مسائل الاختصاص بالنسبة للأقسام لا تمسّ بالنّظام العام، والسّبب الّذي يؤدي إلى القول إنّه لا يجوز للقسم التجاري على سبيل المثال الدّفع بعدم الاختصاص لسبب كون النّزاع يتعلّق بالمسؤولية التقصيرية التي يرجع الاختصاص بالفصل فيها للقاضي المدني، والعكس صحيح، لأنّه يجوز لكلّ قسم الفصل في اختصاص المحكمة ما دام أنّ حكمها صحيح ومنتج لكلّ آثاره القانونية مقابل فكرة السماح لأقسام المحكمة الواحدة اللجوء إلى الإحالة الدّاخلية بين الأقسام، إذا كانت المنازعة تشتمل مسائلا تفصيلية يفضّل كلّ قاضٍ إحالتها على القاضي الآخر باعتباره أكثر اختصاصا، كأن يُحيل القاضي المدني على القاضي التجاري – على سبيل المثال – المنازعات التي تتعلّق بالأفعال المُشكّلة للمنافسة غير المشروعة والتي تُشكّل أخطاء تسبّبت بأضرار للمستثمر الأجنبي وتمسّ أحد حقوقه الصّناعية كبراءة الاختراع أو برامج الحاسوب أو الدوائر المتكاملة باعتبارها مواضيع ذات خصوصيات من جهة، وتجد أساسها القانوني في عدم احترام قواعد المنافسة الحرّة وقواعد الممارسات التجارية النزيهة والتي يكون الاختصاص في النّظر فيها للقاضي التجاري.

كما أنّه بالنّظر إلى الطبيعة القانونية للأفعال الّتي تُرفع على أساسها دعوى المنافسة غير المشروعة الّتي يأتيها المستثمر الأجنبي أو أيّ عون اقتصادي آخر يُمارس نشاطا إنتاجيا أو صناعيا، فنجدها أعمالا تجارية ويكون على ذلك التزام كلّ منهم بالتعويض عن أعماله غير المشروعة الّتي يأتيها أثناء ممارسة نشاطه مثلا عند عرضه وترويجه للمنتوجات عملا تجاريا بالتبعية، إعمالا لنصّ المادة 04 من القانون التجاري الّتي تقضي بأنّه: « ***يُعدّ عملا تجاريا بالتبعية الأعمال الّتي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره والالتزامات بين التجّار*** »، وهو الأمر الذي يجعل القسم التجاري في المحكمة هو المختصّ بالدعاوى المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة عن الأفعال الناتجة عن مزاولة النشاطات التجارية والصّناعية أو الاقتصادية.

وبالرجوع إلى القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجده ينصّ في المادة 60 على ما يلي: « ***تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية*** »، وهو نصّ عام لم يُشر فيه المشرّع سوى إلى إقرار الحقّ في التقاضي لمجرّد مخالفة القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية والمنظّمة للمنافسة الحرّة دون تحديد الجهة القضائية المختصة اعتبارا منه مسألة اختصاص القاضي الجزائي من البديهيات، وذلك بالنّظر إلى تجريم مثل هذه الأفعال التي تتطلّب توقيع عقوبات من القاضي الجزائي من جهة، وبالنظر إلى العقوبات الجنائية المقررة أصلا لهذه الأفعال من جهة ثانية، وإنّ الأصل في تقنين هذه المواد هو تأسيس الحقّ في حماية حقوق الملكية الصّناعية للمستثمر الأجنبي بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة والحالات الّتي تكون فيها الأفعال منافسة غير مشروعة إذا كانت الحقوق غير مسجّلة وغير قابلة للحماية بالقوانين الخاصة.

أمّا ما جاء في نصّ المادة 65 من القانون نفسه الّتي تتضمّن:

« ***دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية يُمكن... كلّ شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضدّ كلّ عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يُمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضّرر الّذي لحقهم*** »، فهي الحالة التي تكون فيها الأفعال مُشكّلة لجريمة التقليد

"Imitation"[1]، في الوقت نفسه مع أفعال منافسة غير مشروعة " Concurrence déloyale"، بحيث في هذه الحالة تُقدّم الطلبات المتعلقة بالتعويض إلى الجهة القضائية التي تنظر في جريمة التقليد[2]، بحيث ترفع دعوى التعويض بالتبعية للدعوى الجنائية المتعلقة بالتقليد عن طريق التأسيس في الدعوى الجنائية كطرف مدني.

وبالرجوع إلى المادة 4/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 فينعقد الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية لمحكمة مقر المجلس وقد جاء في هذه المادة ما يلي:

« ***ترفع الدعاوى... في مواد الملكية الفكرية أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه*** ».

ثالثا – عقوبات المساس بحقوق الملكية الصناعية في دعوى المنافسة غير المشروعة:

تضمنت التشريعات الجزائرية في إطار الحماية القانونية المكرسة لحقوق الملكية الصناعية نوع من الازدواجية في الحماية، ما بين الحماية الجنائية المقررة بموجب دعوى التقليد[3]، والحماية الجنائية المقررة بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة[4]، وبهذا

---

1 – تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد أخطأ في استعمال مصطلح التقليد، حيث أنّه عند الإشارة إلى جنحة التقليد في القانون الخاص بكلّ حقّ من حقوق الملكية الصّناعية، نجده يستعمل مصطلح التقليد "la contrefaçon". وعند الإشارة إلى التزييف والتشبيه المجرّم والمعاقب عليه في القانون رقم 04-02، نجده أيضا يستعمل مصطلح التقليد "la contrefaçon"، غير أنّه في إطار النصّ نفسه المقابل بالفرنسية، نجده يستعمل مصطلح "Imitation" وهو الأصحّ.

2 – Il peut y avoir, dans une même affaire, contrefaçon et concurrence déloyale, et ces deux actions peuvent être cumulativement invoquées par le créateur ou le cessionnaire.
Voir affaire : société Leblon – Delienne c/ SARL Pylônes, Cours cassasion Rouen du 05 janvier 1995 : « ***Que l'absence ou l'existence de contrefaçon ne saurait faire obstacle à ce que la société Pylônes puisse rechercher les sociétés défenderesses sur le terrain de la responsabilité civile, il est établi qu'elles ont commis des fautes constitutives de concurrence déloyale*** ».
- COHEN Denis, op. cit., pp 235 - 236.

3 – دعوى التقليد ترفع من الأعوان الاقتصاديين الذين سجلوا حقوق الملكية الصناعية موضوع الاعتداء، عندما يكون هذا الاعتداء يشكل جنحة التقليد.

4 – دعوى المنافسة غير المشروعة ترفع من الأعوان الاقتصاديين الذين لم يقوموا بتسجيل حقوقهم الصناعية بعد، أو للذين سجلوا حقوقهم لكن الأفعال الواقعة عليها لم تكتمل عناصرها لتصبح في درجة جنحة التقليد.

أصبحت الحماية من حيث مداها كاملة لكن من حيث فعليتها تتوقف على التطبيقات القانونية للنصوص وتجسيداتها في أرض الواقع[1].

فقد قرر المشرع في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، التي يكون الأساس في رفعها وجود أفعال تمس بحقوق الملكية الصناعية تكيّف على أنها تشبيه "Imitation" لا تقليد "Contrefaçon" أو تزييف[2]، عقوبات مدنية تتمثل في تعويض الأضرار التي لحقت بأصحاب الحق (1)، وعقوبات جزائية وردت في القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية النزيهة (2)، غير أنه يتم استبعاد تطبيق هذه العقوبات في حالة المصالحة ما بين السلطات المختصة والأعوان الاقتصاديين المخالفين، الأمر الذي يثير بعض التساؤلات في فعلية العقوبات الجزائية المطبقة في دعاوى المنافسة غير المشروعة (3).

1 – العقوبة المدنية:

ينتج عن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة عن الأفعال التي يأتيها أي عون اقتصادي عندما يتسبب بها أضرارًا تمس بحقوق الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي، سواء تعلق الأمر ببراءة الاختراع أو الرسوم والنماذج الصناعية أو العلامات التجارية والصناعية أو التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، الالتزام بدفع التعويض المقرر في إطار الحماية المدنية التي كرّسها المشرع الجزائري لهذه الحقوق[3].

بحيث بمجرد ثبوت الفعل غير المشروع بناءً على أحكام القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية النزيهة، ووقوع الضرر بسبب المساس بإحدى حقوق الملكية الصناعية كان للقاضي المختص السلطة الكاملة في الحكم بالتعويضات

1 – إنّ الطابع التزييني للتشريعات الوطنية في مجال حقوق الملكية الصناعية "Le caractère décoratif de la loi"، يحد من فعلية الحماية التي تتضمنها لهذه الحقوق "Non effectivité de la protection"، ويبقى حاجزا أما انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة.

2 – للتمييز بين دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى التقليد وبين الأفعال المشكلة لكل من التقليد "Contrefaçon" والتشبيه "Imitiation"، انظر:

- BOY Laurance, op. cit, p. 1.

3 – إنّ أعمال استغلال حقوق الملكية الصناعية واستعمالها، من النشاطات التجارية الأمر الذي يجعل كل خروج عن القواعد المطبقة على النشاطات التجارية بما فيها قواعد المنافسة الحرة، والأعراف التجارية في هذا المجال منافسة غير مشروعة.

المناسبة، فالتعويض يبقى إلى حدّ بعيد الصورة أو الوسيلة الأكثر شيوعا واستعمالا لجبر الضرر الذي يلحق بالشخص من جراء الأفعال غير المشروعة الواقعة على حقوق الملكية الصناعية، وخصوصا عندما يدفع للمتضرر نقدا[1]، وإن كانت التعويضات بالعادة متبوعة بعقوبات أخرى.

فالتعويض عن الأضرار أي "Les Dommages et intérêts" التي يستحقها المستثمر الأجنبي جراء المساس بحقوقه نتيجة ارتكاب أفعال منافسة غير مشروعة تبقى التجسيد الحقيقي للحماية المدنية المكرسة لحقوق الملكية الصناعية[2]، ناهيك عن أنه يتمتع بحماية جنائية مكرسة بموجب القانون رقم 04-02 في ذات الدعوى أي دعوى المنافسة غير المشروعة على خلاف المعمول به في ظل معظم القوانين المقارنة.

والتعويضات بهذا المفهوم مستحقة إذا كانت الأفعال غير المشروعة قد سببت ضررًا مؤكدًا قابل الإثبات من المتضرر، أما إذا كان الضرر احتماليا ومحقق الوقوع فإن القاضي المختص ينظر في جدية تحققه[3]، ليحكم بالإجراءات والتدابير اللازمة لمنع وقوعه أو إيقاف الاستمرار فيه حالاً أو مستقبلا.

فمبدئيا ينشأ الحق في الحصول على التعويض المالي بمجرد حدوث الفعل الضار أو المخالف لقواعد الممارسات التجارية النزيهة[4]، غير أنه لا يثبت لصاحبه سواء كان ماديا أو

---

1 – محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 159.

2 – التعويض عقوبة مقررة كحماية مدنية ضد الأضرار التي تلحق بالمستثمر الأجنبي، غير أنه يستطيع القاضي الجنائي النطق بها عندما يتأسس كطرف مدني في الدعوى الجزائية، حسب ما جاء في نص المادة 2/65 من القانون رقم 04-02 التالية: « ***كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى، للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم*** ».

3 – لا يجوز الحكم بالتعويض ما لم يكن الضرر محققا، لأنه لا يجوز افتراض الضرر لتعويضه.
– نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 349.

4 – « ***يشترط في الضرر الذي يصلح أساسا للمطالبة بالتعويض أن يصيب حقا مكتسبا للمضرور والحق هنا هو الفائدة التي يحميها القانون وتفريعا على ذلك إذا أصاب الضرر فائدة لا تتناولها الحماية القانونية فلا يصلح أساسا للمطالبة بالتعويض*** ».
– محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 75.

معنويا[1]، إلا بحكم قضائي يتضمن تحديد مقداره وطريقة أدائه، فالقاضي المختص يتمتع في مسألة تقدير الضرر وتقدير التعويض الذي يناسبه بسلطات تقديرية واسعة[2]، دون أن يكون مجبرا على تقديم المبررات التي اعتمد عليها في تقديراته ضمن الحكم، إلاّ إذا كان الموضوع يثير تساؤلات حول طبيعة الضرر الذي لا يكون قابلا للتعويض إلاّ إذا كان مباشرا ومشروعا[3].

2 – العقوبات الجزائية:

أ – الحبس:

نصت المادة 47 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد والأحكام المطبقة على الممارسات التجارية النزيهة، على أنه يحكم القاضي المختص في حالة وجود تشبيه: Imitation، في دعوى المنافسة غير المشروعة بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية التي لم يتم نشر تسجيلها أو التي لم تكتمل بالنسبة لأفعال التقليد الواقعة عليها عناصر جنحة التقليد، عقوبات جزائية تصل إلى حدّ الحبس لما لهذه الأفعال من خطورة على حقوق المخترعين والمبتكرين وعلى مستقبل التكنولوجيا بصفة عامة، وقد جاء في المادة ما يلي: « ... ***فضلا عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات عقوبة حبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنة***

---

1 – لقد أشارت عدة محاكم إلى قابلية الأضرار المعنوية للتعويض ومنها ما جاء في حكم محكمة باريس (TGI) المؤرخ في 18 أكتوبر 1995، التالي:

« ...***Dans le cadre de la commercialisation d'un Tabac - Vocation qui ne peut pas correspondre à la destination voulue par ses créations - l'œuvre litigieuse a subi une dénaturation génératrice d'un préjudice moral*** ».

- COHEN Denis, op. cit, p. 231.

2 – يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي تحديد عناصر التعويض من الخسائر والكسب الفائت، وهذا ما أكدته المحكمة المصرية في الحكم الصادر عن القسم المدني المؤرخ في 2004/06/24 كما يلي:

«... ***إن حكمهم بالتعويض يراعي في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خسارة أو فاته من كسب دون أن يعد ذلك منه قضاء بما لم يطلبه الخصوم*** ».

– محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 167.

3 – انظر حكم محكمة Douai المؤرخ في 05 فيفري 1996، جاء فيه ما يلي:

« ***Que pour être réparable, un préjudice doit être licite, certain et direct, et qu'il n'y a pas lieu de réparer un préjudice indirect, c'est – à – dire un préjudice qui n'est pas en rapport de causalité avec le fait dommageable*** ».

- COHEN denis, op. cit, p. 231.

(01) واحدة » وهذا ما لا نجده في التشريعات المقارنة الأخرى[1].

ب – الغرامة:

نصت المادة 35 من القانون رقم 04-02 على أنه في حالة الممارسة التجارية غير النزيهة أو غير الشرعية التي تمس بحقوق الملكية الصناعية يحكم القاضي بغرامة تحدد ما بين مئة ألف دينار (100.000دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000.000دج)، قد تصل إلى حدّ ما بين ثلاثمائة ألف دينار (300.000دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000دج) إذا كانت هذه الممارسات تدليسية[2].

جـ – الحجز:

نصت المادة 39 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر على عقوبة الحجز كما يلي: « ***يمكن حجز البضائع موضوع المخالفات المنصوص عليها في أحكام المواد 10 و11 و13 و14 و20 و22 و23 و24 و25 و26 و27 (2 و7) و28 من هذا القانون، كما يمكن حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية. يجب أن تكون المواد المحجوزة موضوع محضر جرد وفق الإجراءات التي تحدد عن طريق التنظيم*** ».

بحيث يكون الحجز في المخالفات التي تشكل منافسة غير مشروعة في مجال حقوق الملكية الصناعية إمّا حجزا عينيا وماديا على السلع موضوع المخالفة. أو حجزا اعتباريا في حالة كون هذه السلع معنوية لا يمكن للمخالف تقديمها كالحجز على بعض الأسرار التجارية أو الصناعية.

فإذا كان الحجز عينيا يكلف مرتكب المخالفة بحراسة المواد المحجوزة عندما يمتلك محلات للتخزين حيث تشمع المواد المحجوزة بالشمع الأحمر من طرف الأعوان المؤهلين طبقا لهذا القانون وتوضع تحت الحراسة على مسؤولية مرتكب المخالفة.

غير أنه إذا لم يكن لمرتكب المخالفة محلات للتخزين فيخول الموظفون المؤهلون طبقا للقانون نفسه، حراسة الحجز لحين تخزين المواد في مكان يحدد من طرف إدارة أملاك الدولة.

---

1 – أعتقد أنّ المشرع الجزائري من شدة ما تعرض إليه من ضغوطات من طرف المنظمة العالمية للتجارة في إطار محاولات الانضمام إليها، ومن المستثمر الأجنبي في إطار إبرام عقود الاستثمار الدولي، قدم ضمانات غير معقولة، من خلال إدراجه في دعوى المنافسة غير المشروعة المدنية عقوبات جنائية.

2 – انظر المادة 36 من القانون رقم 04-02، مرجع سابق.

وفي كلتا الحالتين تستمر عملية التخزين إلى حين صدور الحكم في المخالفة، على أن يتحمل كل تكاليف التخزين مرتكب المخالفة[1].

أما في حالة الحجز الاعتباري فتحدد قيمة المواد المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف مرتكب المخالفة أو بالرجوع إلى سعر السوق.

بحيث يدفع المبلغ المحصل عليه من البيع إلى أمين الخزينة العمومية للولاية الذي يتحفظ عليها إلى غاية صدور قرار العدالة[2].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه في حالة ثبوت الضرر ووقوع الفعل والتأكد من ثبوت المخالفات ضدّ مرتكبيها بالنسبة للسلطات الإدارية، وفي الحالات التي تكون فيها السلع المحجوزة عبارة عن مواد سريعة التلف أو لظروف خاصة قد تقتضيها حالة السوق مثلاً، فيجوز للوالي المختص إقليميا، بناءً على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقرر دون المرور بالإجراءات القضائية المسبقة[3]، البيع الفوري من طرف محافظ البيع بالمزاد العلني للمواد المحجوزة[4]، أو تحويلها مجانا إلى الهيئات والمؤسسات ذات الطابع الاجتماعي.

وعند الاقتضاء يمكن إتلاف هذه المواد المحجوزة من قبل مرتكب المخالفة بحضور المصالح المؤهلة وتحت مراقبتها وفقًا للتشريع والتنظيم المعمول به[5]، ويشمل الإتلاف المواد المقلدة التي تضرّ بالصحة أو مغشوشة بشكل يجعلها غير قابلة للاستعمال.

---

1 – المادة 41 من القانون رقم 04-02، مرجع سابق.

2 – المادة 42 من القانون رقم 04-02، المرجع نفسه.

3 – المادة 43 من القانون رقم 04-02، المرجع نفسه.

4 – في حالة بيع السلع المحجوزة يودع المبلغ الناتج عن البيع لدى أمين الخزينة العمومية التابعة للولاية ليحفظ إلى غاية صدور قرار العدالة والفصل في الدعوى.

5 – غير أنه في حالة صدور قرار عن قاضي الموضوع يقضي برفع اليد على الحجز فتعاد السلع المحجوزة إلى صاحبها وتتحمل الدولة التكاليف المرتبطة بالحجز، وبالنسبة للسلع التي تم بيعها فيستفيد صاحبها من تعويض قيمة السلع المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف صاحبها أثناء الحجز، غير أنه إذا كانت السلع قد تعرضت للإتلاف حسب المادة 43 من القانون رقم 04-02 فيحق لصاحبها طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه وذلك بناءً على نص المادة 45 من القانون نفسه.

د – المصادرة:

نصت المادة 1/44 من القانون رقم 04-02 على أنه: « ***زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن القاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة خرق القواعد المنصوص عليها في المواد 10 و11 و12 و19 و21 و22 و23 و24 و25 و27 (1 و7) و28 من هذا القانون*** ».

وفي هذه الحالة تمتد عقوبة المصادرة إلى:

- المنتوجات والسلع التي وقعت عليها عمليات التشبيه أو الغش.
- الأدوات والآلات المستعملة في عمليات التشبيه.

3 – حالات استبعاد تطبيق العقوبات الجزائية:

نصت المادة 60 من القانون رقم 04-02 على أنه تخضع المخالفات التي تمثل ممارسات غير نزيهة حسب هذا القانون للمتابعات القضائية، في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، غير أنه إن تمت المصالحة فتنقضي الدعوى العمومية وتستبعد العقوبات الجزائية المقررة لهذه المخالفات[1]، بحيث يقوم بهذه المصالحة.

- المدير الولائي المكلف بالتجارة إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار.
- الوزير المكلف بالتجارة إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار وتقل عن ثلاثة ملايين دينار.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن فكرة استبعاد العقوبات الجزائية بمجرد قبول المصالحة المقترحة من الأعوان الاقتصاديين المخالفين في الممارسات التجارية غير النزيهة، قانونية ومقبولة إذا كانت الأفعال تتعلق بعدم الفوترة[2]، أو ممارسة أسعار غير شرعية[3]، أو عدم الإعلام بشروط البيع[4]... وغيرها، لكن إذا كانت الأفعال الممارسة هي

1 – إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار فإن محضر معاينة المخالفة يرسل من المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية مباشرة، لأنه لا يجوز مباشرة إجراء المصالحة في هذه الحالة.

2 – المادة 33 من القانون رقم 04-02، مرجع سابق.

3 – المادة 36 من القانون نفسه.

4 – المادة 32 من القانون نفسه.

ما ورد في المادة 27 من القانون رقم 04-02 المتعلقة بالمساس بحقوق الملكية الصناعية مثل:

- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات تمس بشخصه أو منتوجاته أو خدماته.

- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته... وغيرها، فالمصالحة لا تجد أساسا من الصحة وغير مقبولة، لأنه لا يمكن أن نتصور قانونيا محاولات الإدارة بإجراء المصالحة مع العون الاقتصادي الذي يرتكب أفعالاً غير مشروعة يمس من خلالها بحقوق الملكية الصناعية، التي تمنح لصاحبها حقا شخصا يتمثل في استئثار استعمالها واستغلالها، لأن التنازل عن الدعوى العمومية في هذه الحالة واستبعاد تطبيق العقوبات الجزائية حتى وإن كانت المخالفة في حدود غرامة تقل عن ثلاثة ملايين دينار إذا كانت تمس بحقوق الملكية الصناعية باعتبارها حقوقا شخصية ليس من صلاحيات الإدارة ولا من حقها.

خاتمة:

من خلال ما سبق، لاشك في أنّ الاقتصاد الجزائري الذي يعتبر من أهم اقتصاديات الدول بحكم طبيعة الموارد والثروات المادية والطبيعية التي يتميز بها، وحجم الطاقات الإنسانية والكفاءات البشرية والإمكانيات التنافسية والسوق الناشئة التي يحتكم عليها يبقى في نقطة البداية لأسباب تأخذ عدّة أبعاد منطلقها أزمة المديونية التي أفرزت معاناة حادة وتراجع سريع على كلّ المستويات بسبب نقص رؤوس الأموال... والتي استدركت بتبني الدولة نظاما وسياسة اقتصادية استثمارية تشجيعية تعمل على استقطاب شركات الاستثمار الأجنبية لتحريك عجلة التنمية إلى الأمام، بحيث باشرت الدولة بإصدار ترسانة من القوانين والتنظيمات تمنح للمستثمر الأجنبي القالب المثالي لاحتواء استثماره، بحيث تكرس كلّ العوامل الأساسية لخلق المناخ المناسب باعتباره الأرضية القاعدية لنشأة الاستثمار واستمراريته.

غير أنه لم تكن هذه الحلول مجدية ولم تحقق أهدافها في استقطاب حجم رؤوس الأموال المنتظرة، لأن الدولة واجهت أزمة اللا أمن التي زعزعت أمن واستقرار الاستثمارات الأجنبية مقترنة بأسباب أخرى داخلية وخارجية، بحيث جعلت كلّ الجهود الجبارة التي تبنتها الدولة لخلق المناخ الملائم لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من جهة وجعلت كلّ الضمانات المالية، الجبائية، الجمركية، التجارية، الإجرائية والقانونية من جهة أخرى كلّها غير كافية، بل ثانوية في الوقت الذي دخلت فيه عوامل أخرى لخضوع الاستثمار ككلّ لاعتبارات سياسية وإستراتيجية وأمنية أكثر مما هي قانونية.

إنّ مختلف الأزمات الأخيرة التي واجهتها الدولة لاسيما أزمة ألا امن ، أفرزت عدّة سلبيات في مواجهة الاستثمار الأجنبي الذي أصبح مهدد في أمنه، ومن هنا نتجت معادلة جديدة في مواجهة الدولة التي أصبحت مطالبة بتكريس الحماية القانونية للملكية بكلّ عناصرها المادية والمعنوية باعتبارها جوهر الحماية من جهة، ومرادفا لحماية الاستثمار الأجنبي من جهة ثانية، فإذا كان إنشاء الاستثمار بالضرورة إنشاء لملكية مشروع استثماري جديد فبالضرورة تكون حماية الأوّل ملازمة أو هي في الأساس حماية للثاني.

وعليه وضعت الدول أمام رهانات جديدة تعمل من خلالها على استكمال النظام القانوني الحمائي للاستثمار الأجنبي على كلّ المستويات الداخلية والدولية لتبديد كلّ مخاوف المستثمر الأجنبي، لأن عوامل مناخ الاستثمار كلّ لا يتجزأ، يلعب كلّ عنصر من عناصره دورا مهما لتعزيز الطابع التشجيعي للنظام الاستثماري بصفة عامة.

وأمام الأهمية البالغة التي أنيطت بالحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، كرّس المشرّع الجزائري برنامجا شاملا وجذريا تشجيعيا وحمائيا لملكية المستثمر الأجنبي، حيث تبنى ترسانة كاملة من القوانين لضمان حماية الملكية المادية للمستثمر والتي تتمثل في العقارات التي ينشأ عنه إنشاء المشروع، والحقوق المعنوية أو الملكية الصناعية من براءة اختراع ورسوم ونماذج وعلامات صناعية والدوائر المتكاملة... التي يحتاجها لاستغلال مشروعه الاستثماري، وذلك من كلّ المخاطر المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها في الجزائر.

إنّ الحماية المكرسة للملكية العقارية تجد أساسها في أنّ العقار أهم الثروات وأهم الأسس التي يقوم عليها الاستثمار والنهضة الاقتصادية بصفة عامة أولته كلّ النظم الاقتصادية الاهتمام، بحيث نوعت في نظم حمايته أيا كانت جنسية صاحبه وطنيا أو أجنبيا، وذلك من كلّ المخاطر غير التجارية من نزع للملكية والتأميم والتسخير وأي تدبير من شأنه حرمان صاحبه من استغلاله واستعماله.

غير أنه أمام اصطدام حق الملكية الخاصّة ببعض مصالح الدولة تمّ دسترة حماية حق الملكية العقارية الخاصة مع إبقاء حق الدولة في استرجاعها كلما استدعت المصلحة العامة ذلك مقابل تعويض مناسب، لتكون الدولة بذلك قد سايرت مبادئ القانون الدولي الاقتصادي الذي أقر بحق الملكية الخاصة من جهة، وحق الدولة في استرجاعها لدوافع الصالح العام من جهة أخرى.

وقد تجسدت فكرة الحماية في كلّ أنواع الضمانات التي كرّستها الدولة ابتداءً من حق اكتسابها والامتناع عن عرقلة استعمالها واستغلالها والتعويض عن حالات الاستيلاء عليها أو نزعها للمنفعة العمومية، ووصولا إلى التأمين عليها بعقود الضمان التي تتصف بالطابع الدولي ما دامت تبرم مع هيئات الضمان الدولية، بل و من أجل توليد القيمة الحقيقية للملكية العقارية

يجب على المشرع الجزائري تسهيل عمليات اقتناء العقار الصناعي لما لا السماح باكتسابها بموجب عقود الملكية التي تجسد أهم الضمانات للمستثمر لما تشكله من وسيلة فعالة للحماية.

أما حماية الملكية الصناعية باعتبار أنّ عناصرها قرينة قانونية على امتلاك المشروع الاستثماري الذي يتم تسييره واستغلاله باستغلالها باتت من ضروريات العصر الذي دخل رحاب العولمة والاقتصاد الحر، في الوقت الذي صار فيه الابتكار والمنافسة المشروعة قرينة للتقدم الصناعي في غضون الثورة التكنولوجية والرقمية.

وقد تزايد اهتمام الجزائر بهذه الحقوق وبحمايتها عند تكثيفها لجولات المفاوضات مع المنظمة العالمية للتجارة، فالجزائر بحكم أهمية حقوق الملكية الصناعية تضمن الحماية القانونية لكلّ عناصرها من مخاطر التقليد والسطو بآليات الحماية الوطنية والدولية لكي لا تبقى مسالة حمايتها حكرا على التشريعات الوطنية أو لكي لا تبقى ناقصة لعدم تجاوزها الحدود الإقليمية للدولة المطلوب الحماية فيها، هذا من جهة أولى، كما قامت الجزائر باتخاذ كلّ الإجراءات والتدابير اللازمة لتفعيل حماية حقوق الملكية الصناعية، وسنّت كلّ القوانين الكفيلة للتصدي للأفعال التي يمكن أن تتعرض لها، مع ترتيب كافة العقوبات المالية والبدنية الفاعلة لردع كلّ من يخالفها من جهة ثانية.

كما أنها لم تبخل في اتخاذ أي إجراء يسعى إلى منع كلّ ما يعيق التجارة والاستثمار على الإقليم الجزائري أو يحجب تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إليها بصفة عامة، من جهة أخرى.

إنّ الجدوى القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر وحسب المعطيات السابق الإشارة إليها في الموضوع وبالمفهوم السابق لنظام الحماية القانونية المكرسة للملكية في القوانين الجزائرية، يظهر أنها في الأمد البعيد تسير في اتجاه التدفق الهائل لحجم الإستثمارات الأجنبية الأمر الذي يجعلها تترصد في المستقبل مقابل تنازلاتها المغرية فائضا من رؤوس الأموال الأجنبية ومستوً عاليا من التكنولوجيا، في حين تبقى على الأمد القريب أو في الوقت الراهن بسبب الطابع التزييني الكمالي الذي تتصف به القوانين ومدى قدرة الدولة على تجسيدها في أرض الواقع، قادرة على استقطاب الحجم الكافي فقط لمواجهة بعض الأزمات لا غير.

قائمة المصادر والمراجع

أولا – باللغة العربية:

1 – الكتب:

1. **إبراهيم أبو النجا:** التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأوّل، الأحكام العامة طبقًا لقانون التأمين الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
2. **إبراهيم أحمد إبراهيم:** الحماية الدولية لحق المؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
3. **إبراهيم شحاتة:** الضمان الدولي للاستثمارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
4. **أحمد شرف الدين:** أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، نادي القضاة، القاهرة، 1991.
5. **أحمد عبد الحميد عشوش:** التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990.
6. **آمال أحمد الفزايري:** دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دراسة تأصيلية مقارنة بين النظام القضائي المصري – السعودي – الفرنسي – الإيطالي، منشأة المعارف، مصر، 1983.
7. **أنور طلبة:** نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002.
8. **بوسقيعة أحسن:** الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
9. **جبالي واعمر:** المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصاديين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
10. **جلال أحمد خليل:** النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
11. **جلال وفاء محمدين:** الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقا لاتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2000.

12. ـــــــــــــــ: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
13. **جمال محمود الكردي:** حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية والنظرة العربية والإسلامية للحقوق الذهنية في منظومة الاقتصاد العالمي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
14. **جميل الشرقاوي:** دروس في أصول القانون، د.د.ن، القاهرة، 1971.
15. **حسن عطية الله:** سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
16. **حسين أحمد الجندي:** النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
17. **حسين حنفي عمر:** دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
18. **حفيظة السيد الحداد:** العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
19. ـــــــــــــــ: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
20. **حمدي باشا عمر:** مبادئ القضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
21. ـــــــــــــــ: حماية الملكية العقارية الخاصّة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
22. **الخولي أكثم أمين:** الوسيط في القانون التجاري، الجزء الثالث، الأموال التجارية، الملكية الصّناعية والمتجر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
23. **ربا طاهر القيلوبي:** حقوق الملكية الفكرية، تشريعات، أحكام قضائية، اتفاقيات دولية ومصطلحات قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

24. **رضا عبد السلام:** منظمة التجارة العالمية، دليل للإطار العام للتجارة الدولية، دار المريخ للنشر، الرياض، 2006.
25. **رضا محمد عبد السلام:** النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
26. **رعد حسن الصرن:** أساسيات التجارة الدولية المعاصرة، مدخل تنظيمي تكاملي تحليلي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الرضا للنشر، سوريا، 2001.
27. **رمضان جمال كامل:** شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية، علما وعملا، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 1998.
28. **رياض القاضي:** سامي سرحان، الإلكترونيات، دار الفكر للنّشر والتّوزيع، عمّان، 1991.
29. **زروقي ليلى، حمدي باشا عمر:** المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
30. **سائد أحمد الخولي:** حقوق الملكية الصناعية، مفهومها، خصائصها، إجراءات تسجيلها وفقا لأحدث التشريعات والمبادئ القانونية، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
31. **سامي عفيفي حاتم:** التأمين الدولي، الدار المصرية اللبنانية، مصر، 1986.
32. **سامية راشد:** التحكيم في العلاقات الدولية الخاصّة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 1984.
33. **سعد محمد خليل:** نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1993.
34. **سعيد أحمد شعلة:** قضاء النقض المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1994.
35. **سلمان بوذياب:** مبادئ القانون التجاري، التجارة والتاجر، المؤسسة التجارية، النظرية العامة للشركات، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

36. **سليمان الطماوي:** النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
37. **سليمان مرقص:** محاضرات في الإثراء على حساب الغير، تقنينات البلاد العربية، معهد الدّراسات العربية العالمية للنشر، القاهرة، 1961.
38. **سماعين شامة:** النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
39. **سميحة القيلوبي:** الوجيز في التشريعات الصناعية، حقوق الملكية الصناعية، الجزء الثاني، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1976.
40. **سمير جميل حسين الفتلاوي:** استغلال براءة الاختراع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
41. **شاذلي نور الدّين:** القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003.
42. **شاكر ناصر حيدر:** الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة أسعد، بغداد، 1971.
43. **شريف محمد غانم:** أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
44. **صالح محمد محمود:** المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
45. **صدوق عمر:** محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003.
46. **صفوت أحمد عبد الحفيظ:** دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
47. **صلاح الدين الناهي:** الوجيز في الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، د.س.ن.
48. **صلاح زين الدين:** الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2000.
49. ـــــــــــــ: شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2003.
50. ـــــــــــــ: المدخل إلى الملكية الصناعية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2004.

51. **الطّيب زروتي:** القانون الدّولي للملكيّة الفكريّة، تحاليل ووثائق، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2004.
52. **عبد البارئ أحمد عبد البارئ:** التأميم وآثاره في القانون الدولي، مطابع محرم الصناعية، القاهرة، 1972.
53. **عبد الحكم فودة:** نزع الملكية الخاصّة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
54. **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن:** المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
55. **عبد الحميد الشواربي:** فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1997.
56. **عبد الرزاق أحمد السنهوري:** الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد 1، 1952.
57. ـــــــــــــــــــ: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأوّل، بيروت، 1964.
58. **عبد السلام أبو قحف:** نظريات التدويل وجدوى الاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1989.
59. **عبد الغني بسيوني عبد الله:** القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
60. **عبد الفتاح بيومي حجازي:** مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
61. **عبد الفتاح مراد:** شرح قوانين الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1990.
62. **عبد الله سليمان:** شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، الجزاء الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
63. **عبد المطلب عبد الحميد:** دراسات الجدوى الاقتصادية لاتخاذ القرارات الاستثمارية، الدار الجامعية، جامعة عين شمس، مصر، 2000.

64. **عبد الواحد محمد الفار:** أحكام القانون الدولي للتنمية في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب، مصر، د.س.ن.

65. **العربي منور:** مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

66. **عز الدين عبد الله:** القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين والاختصاص الدوليين، الطبعة السابعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.

67. **عصام الدين مصطفى بسيم:** النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

68. **عصام زناتي:** مفهوم الضرر في دعوى المسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

69. **عصام عبد الوهاب البزرنجي:** السلطة التقديرية والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

70. **العكيلي عزيز:** الأعمال التجارية والتّجار والمتجر، الشّركات التجارية، الأوراق التجارية، مكتبة دار الثّقافة للنشّر والتّوزيع، الأردن، 1995.

71. **علي علي سليمان:** النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

72. **علي كريمي:** النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1990.

73. **عليوش قربوع كمال:** قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

74. **عمر سعد الله:** مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

75. **فؤاد رياض:** الوسيط في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة والجنسية ومركز الأجانب، الجزء الأوّل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.

76. ـــــــــــ: الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
77. **فاضلي إدريس:** المدخل إلى الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
78. **فرحة زراوي صالح:** الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الثاني، مطبعة ابن خلدون، الجزائر، 2001.
79. **فضل علي مثنى:** الآثار المحتملة لمنظّمة التّجارة العالمية على التّجارة الخارجيّة والدّول النّامية، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2000.
80. **فوزي محمد سامي:** التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1997.
81. **قدوج بشير:** النظام القانوني للملكية العقارية، من خلال النصوص الصادرة منذ سنة 1962 إلى 1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
82. **محمد إبراهيم الوالي:** حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
83. **محمد أحمد عابدين:** التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
84. **محمد أنس قاسم جعفر:** النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 1993.
85. **محمد أنور حمادة:** النظام القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
86. **محمد حسنين:** الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
87. **محمد حسين إسماعيل:** القانون التجاري، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
88. **محمد سامي عبد الحميد:** أصول القانون الدولي العام،الجزء الثاني ، القاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
89. **محمد عبد الظاهر حسين:** رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلّقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

90. **محمد علي سالم:** مبدأ المساواة في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمّان، 2002.
91. **محمد يوسف المعداوي:** مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
92. **محمدت مي عبد الحميد:** أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
93. **مصطفى سلامة:** قواعد الجات، الاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية، منظمة التجارة العالمية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.
94. ـــــــــــ: منظّمة التّجارة العالمية، النّظام الدّولي للتّجارة الدّولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2006.
95. **مصطفى عبد الله الكفيري:** الإصلاح الاقتصادي والتنمية البشرية في الجمهورية العربية السورية، حسب المحافظات لعام 2002، دراسة تحليلية، منشورات اتحاد الكتاب العرب، دمشق، 2004.
96. **المعتصم بالله الغرياني:** القانون التجاري، النّظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
97. **منذر عبد الحسين الفضل:** الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصّة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 1988.
98. **منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي:** التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
99. **نبيل بشير:** المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر، 1994.
100. **نبيل عبد الرحمن نصر الدين:** ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقا للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.
101. **النجار سعيد:** سياسات الاستثمار في البلاد العربية، مؤسسة دار الهلال للطباعة والتوزيع، الكويت، 1989.

102. **نور الدين الشيخ عبيد:** الملكية وتوليد القيمة – التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد، مكتبة العبيكات، دمشق، 2002.
103. **نوري حمد خاطر:** شرح قواعد الملكية الفكرية، الملكية الصناعية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
104. **هشام خالد:** الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسات الشباب العربية الجامعية، مصر، 1988.
105. ـــــــــ: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1988.
106. ـــــــــ: عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2000.
107. **هشام علي صادق:** النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
108. ـــــــــــــ: الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ن.
109. **وهبة الزحيلي:** نظرية الضمان، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1988.
110. **ياسر محمد جاد الله:** الملكية الفكرية، دار المعارف للنشر، القاهرة، 2004.
111. **يحياوي أعمر:** الوجيز في الأموال الخاصّة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

2 – الرسائل الجامعية:

1. **حازم السيد حلمي:** حماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاق التريبس والتنمية الاقتصادية في البلدان النامية، إشارة خاصة لمصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، (غير منشورة).
2. **عيبوط محند وعلي:** الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، (غير منشورة).

3. **ليلى بن حمودة:** المسؤولية الدولية للدولة في حالة الأضرار التي تصيب الأجانب، بحث الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1977.
4. **محمد حسين إسماعيل:** الحماية الدولية للعلامة التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1978، (غير منشورة).
5. **محمد عبد الرحمن الشمري:** حماية العلامة التّجارية في ضوء اتفاقية الجوانب المتعلّقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس"، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، (غير منشورة).
6. **محمد مصطفى عبد الصادق:** الحماية القانونية للعلامات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 2004، (غير منشورة).
7. **معاشو عمار:** الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه دولة، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1998، (غير منشورة).
8. **منى جمال الدين:** الحماية الدولية لبراءة الاختراع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق–جامعة القاهرة، 2002، (غير منشورة).

3 – المقالات:

1. **أحمد السعيد شرف الدين:** "نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي"، مجلّة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأوّل والثاني، السنة 26، مصر، 1984، ص ص 1 – 52.
2. **أحمد بوراس:** "العولمة والأسواق المالية في الدول العربية"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 17، جوان 2002، ص ص 21 – 35.
3. **أحمد رحماني:** "نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية"، مجلّة إدارة، العدد 2، 1994، ص ص 05 – 57.
4. **أحمد صادق القشيري:** "التأميم في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، العدد الأوّل، جانفي 1979، ص 233.
5. **أحمد عبد الحميد عشوش:** أضواء على الجوانب القانونية في تأميم صناعات البترول، مؤتمر البترول العربي الثامن، الجزائر، 1972، ص

6. **إقلولي محمّد:** "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدّولة في مجال الاستثمار"، المجلّة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، تيزي وزو، عدد 1، جانفي 2006، ص ص 94 – 123.

7. **براق محمد:** "بورصة الجزائر والشروط الأساسية لنجاحها"، مجلة إدارة، العدد 21، المجلد 11، 2001، ص ص 87 – 102.

8. **بوعلام (ب):** "المصادقة على مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب"، (جبهة ضد الإرهاب)، مجلة الجيش، العدد 13، فيفري 1998، ص ص 13 – 14.

9. **بيوت نذير:** "مساهمة القضاء في حماية العلامات التجارية"، المجلة القضائية، عدد 2، 2002، ص ص 57 – 77.

10. **جبار محفوظ:** "فرص الاستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 1، 2001، ص 107.

11. **جين كارل:** "الانعكاسات السياسية والأمنية للعولمة"، مجلة الجيش، عدد 740، سبتمبر 2002، ص ص 32 – 35.

12. **حسني عباس:** "الملكية الصناعية"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 1، سنة 39، مارس 1969، ص

13. **خالد محمد الجمعة:** "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)"، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص ص 67 – 135.

14. **خيرت أحمد سعيد:** "التأميم وملكية الأجانب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 19، مصر، 1963، ص ص 01 – 24.

15. **زروقي ليلى:** "دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصّة للمنفعة العمومية"، مجلة مجلس الدولة، عدد 3، 2003، ص ص 13 – 30.

16. **السنوسي أحمد طه:** "الحماية القانونية لعلامات الخدمة التجارية والتطور الاقتصادي للملكية الصناعية في التشريع المقارن"، مجلة مصر المعاصرة، العدد 282، أكتوبر 1955، ص ص 29 – 47.

17. **سيف الدين محمد البلعاوي:** "التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق"، المجلة الجزائرية القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 2، مارس 1989، ص ص 406 – 438.
18. **عصام الدين مصطفى بسيم:** "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"، دراسة تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأوّل، السنة الرابعة، الكويت، 1980، ص ص 121 – 172.
19. **عمر سعد الله:** "التعريف بحق تقرير المصير الاقتصادي للشعوب"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2، 1994، ص ص 425 – 436.
20. **قادري عبد العزيز:** "دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة"، مجلة إدارة، المجلد 7، العدد الأوّل، الجزائر، 1997، ص ص 31 – 85.
21. **كروغلي مقداد:** "نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص ص 29 – 42.
22. **كمال مرداوي:** "مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 17 2002، ص ص 51 – 67.
23. **محمد علي إسماعيل:** "طبيعة القاعدة القانونية الدولية وعلاقتها بفكرة الجزاء"، دراسة فقهية، مجلة القانون الدولي، المجلد السادس، 1980، ص
24. **نبيل حشاد:** أبحاث وانعكاساتها على اقتصاديات الدول العربية، سلسلة رسائل البنك الصناعي، الكويت، العدد 42، 1996، ص
25. **نعيمي فوزي:** "إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر"، (دراسة ميدانية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 04، 1999، ص ص 147 – 188.
26. **هشام خالد:** "نحو نظرية عامّة لضمان الاستثمارات الأجنبيّة"، مجلّة نقابة المحامين، عدد 1 و 2، مصر، جانفي–فيفري، 1991، ص ص 100 – 123.
27. **وعلي جمال:** "نزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية بين التشريع واجتهاد القضاء الإداري الجزائري"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، تلمسان، العدد 2، 2005، ص ص 65 – 90.

28. **يوسفي محمد:** "اتجاهات الاستثمار الدولي وآثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادي والسياسية، عدد 1 و2، 1992، ص ص 254 – 288.

29. ــــــــــــ: "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، المجلد 12، العدد 23، 2002، ص ص 21 – 52.

4 – النصوص القانونية:

أ – الاتفاقيات الدولية:

1. أمر رقم 66-48 مؤرخ في 25 فيفري 1966، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883، ج ر عدد 16، مؤرخة في 1966/02/25.
2. أمر رقم 72-10 مؤرخ في 22 مارس 1972 يتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية المبرمة في مدريد بتاريخ 14 أفريل 1891 والمتعلقة بالتسجيل الدولي للعلامات والتي أعيد النظر فيها في استوكهولم، بتاريخ 14 جويلية 1967، ج ر عدد 32، مؤرخة في 21 أفريل 1972.
3. أمر رقم 75-02 مؤرخ في 9 جانفي 1975، يتضمن إعادة المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 بعد تعديلها بستوكهولم بتاريخ 14 جويلية 1967.
4. مرسوم رقم 84-85 مؤرخ في 21 أفريل 1984، يتعلق بانضمام الجزائر إلى معاهدة نيروبي بشأن حماية الرمز الأولمبي المعتمدة في النيروبي في 26 سبتمبر 1981، ج ر عدد 17، مؤرخة في 24 أفريل 1984.
5. مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر عدد 46، مؤرخة 6 أكتوبر 1991.

6. مرسوم رئاسي رقم 94-01 المؤرخ 2 جانفي 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13 فيفري 1993، ج ر عدد 01، المؤرخة 2 جانفي 1994.
7. مرسوم رئاسي رقم 94-328 مؤرخ في 22 أكتوبر 1994، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر يوم 28 جوان 1994، ج ر عدد 69 مؤرخة في 26 أكتوبر 1994.
8. مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج ر عدد 23، المؤرخ في 1995.
9. مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر. عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.
10. مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 23 أفريل 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج ر عدد 26، المؤرخة في 1996/4/24.
11. مرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 15 أفريل 1997، يتضمن المصادقة على اتفاقية حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 أوت 1996، ج ر عدد 20، مؤرخة 6 أفريل 1996.
12. مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية دون التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في القاهرة، بتاريخ 29 مارس 1997، ج ر عدد 76، مؤرخة 11 أكتوبر 1998.

13. مرسوم رئاسي رقم 99-92 مؤرخ في 15 أفريل 1999، يتضمن المصادقة بتحفظ على معاهدة التعاون بشأن البراءات المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979 وفي فبراير 1984 وعلى لائحتها التنفيذية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 19 أفريل 1999.
14. مرسوم رئاسي رقم 2000-245 مؤرخ في 22 أوت 2000 يتضمن التصديق على الاتفاق التجاري المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية الموقع بدمشق بتاريخ 14 سبتمبر 1997، ج ر عدد 52، مؤرخة في 23 أوت 2000.
15. مرسوم رئاسي رقم 2000-247 مؤرخ في 22 أوت 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة جمهورية النيجر، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات الموقع في الجزائر يوم 16 مارس 1998، ج ر عدد 52، مؤرخة 23 أوت 2000.
16. مرسوم رئاسي رقم 2000-280 مؤرخ في 7 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية، يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعين في الجزائر، بتاريخ 11 مارس 1996، ج ر عدد 58، مؤرخة 8 أكتوبر 2000.
17. مرسوم رئاسي رقم 05-235 مؤرخ في 23 جوان 2005 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية والمجلس الفيدرالي-السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، ج ر عدد 45، المؤرخة في 29 جوان 2005.

ب – النصوص التشريعية:

1. مرسوم رقم 63-248 مؤرخ في 10 جويلية 1963 يتضمن إنشاء المكتب الوطني للملكية الصناعية، ج ر عدد 49 لسنة 1963.
2. أمر رقم 66-54 مؤرخ في 3 مارس 1966 يتعلق بشهادة الاختراع وإجازة المخترعين، ج ر عدد 19، المؤرخة في 08 مارس 1966.

3. أمر رقم 66-57 مؤرخ في 19 مارس 1966 متعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية، ج ر عدد 23 مؤرخة 22 مارس 1966 معدل بموجب الأمر رقم 66-308 المؤرخ في 14 أكتوبر 1966، ج ر عدد 91، مؤرخة في 25 أكتوبر 1966.
4. مرسوم رقم 66-60 مؤرخ في 19 مارس 1966، متعلق بتطبيق الأمر رقم 66-54 متعلق بشهادات المخترعين وإجازة الاختراع، ج ر عدد 26، مؤرخة في 1 أفريل 1966.
5. أمر رقم 66-86 مؤرخ في 28 أفريل 1966، يتعلق بالرسوم والنماذج، ج ر عدد 35، المؤرخة في 3 ماي 1966.
6. أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر عدد 49، مؤرخة 11 يونيو 1966.
7. أمر رقم 66-284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج ر عدد 80، مؤرخة في 17 سبتمبر 1966.
8. أمر رقم 72-16، مؤرخ في 7 جوان 1972، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 53، مؤرخة 04 جويلية 1972.
9. أمر رقم 73-62 مؤرخ في 21 نوفمبر 1973 يتضمن إنشاء المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، ج ر عدد 95، مؤرخة في 27 نوفمبر 1973.
10. مرسوم رقم 73-188 مؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن تبديل تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسّجل التجاري، ج ر عدد 95، مؤرخة في 27 نوفمبر 1973.
11. أمر رقم 76-65 مؤرّخ في 16 يوليو 1976، يتعلّق بكيفيات تسجيل وإشهار تسميات المنشأ وتحديد الرّسوم المتعلّقة بها، ج ر عدد 59، مؤرّخة في 23 جويلية 1976.
12. قانون رقم 83-17 مؤرخ في 16 جويلية 1983 يتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30، المؤرخة في 19 جويلية 1983، معدّل ومتمم.
13. القانون رقم 86-13 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط، المعدل للقانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، ج ر عدد 35، مؤرخة في 27 أوت 1986.

14. قانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتضمن قانون النقد والقرض، ج ر عدد 16، مؤرخة 18 أفريل 1990، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27 فيفري 2001، ج ر عدد 14، ثمّ الملغى بالأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، مؤرخة 27 أوت 2003.
15. قانون رقم 90-30، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.
16. قانون رقم 91-11، مؤرخ في 21 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21 مؤرخة 1991/05/08.
17. مرسوم تشريعي رقم 93-01 مؤرخ في 19 جانفي 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1993، ج ر عدد 40، صادرة بتاريخ 20 جانفي 1993.
18. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 1993/04/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27، مؤرخة في 1993/04/27.
19. مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، متعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، لسنة 1993، ملغى.
20. مرسوم تشريعي رقم 93-17 مؤرخ في 07 ديسمبر 1993 يتعلق بحماية الاختراعات ج ر عدد 81، المؤرخة في 08 ديسمبر 1993.
21. أمر رقم 95-27 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج ر عدد 82، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1995.
22. قانون رقم 97-02، مؤرخ في 31 ديسمبر 1997، يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89، مؤرخة في 31 ديسمبر 1997.
23. قانون رقم 98-10 مؤرّخ في 1998/08/22 يتضمّن تعديل قانون الجمارك، ج ر عدد 61 مؤرّخة في 1998/08/23، معدّل ومتمّم للقانون رقم 97-07، ج ر، عدد 30، مؤرّخة في 24 جويلية 1979.
24. أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، مؤرخة في 22 أوت 2001، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006.

25. قانون رقم 01-10 مؤرخ في 3 جويلية 2001 المتعلق بالأنشطة المنجمية، ج ر عدد 35، مؤرخة في 04 جويلية 2001.
26. قانون رقم 03-03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، مؤرخة في 20 جويلية 2003، يلغي القانون رقم 95-06، ج ر عدد 9، مؤرخة في 22 فيفري 1995.
27. أمر رقم 03-04 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر عدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.
28. أمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 مؤرخة في 23 جويلية 2003، ملغي للأمر رقم 97-10 مؤرخ في 6 مارس 1997، ج ر عدد 13، المؤرخة في 12 مارس 1997.
29. أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق ببراءة الاختراع، ج ر عدد 44، المؤرخة في 23 جويلية 2003.
30. قانون رقم 03-22، مؤرخ في 28 ديسمبر 2003، يتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج ر عدد 83، مؤرخة في 29 ديسمبر 2003.
31. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004.
32. القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2000 ، ج ر عدد 85، المؤرخ في 30 ديسمبر 2004.
33. قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدّل ويُتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدّل والمُتمم، ج ر عدد 44 مؤرخة في 26 جوان 2005 ثمّ معدل بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.
34. قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 أوت 2005 يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60، مؤرخة في 4 سبتمبر 2005.
35. قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدّل ويتمّم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 15، الصادرة في 2006.

36. أمر رقم 06-10 مؤرخ في 29 جويلية 2006 يعدل ويتمم القانون رقم 05-07 مؤرخ في 28 أفريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج ر عدد 48، مؤرخة في 30 جويلية 2006.
37. أمر رقم 06-11 مؤرّخ في 30 أوت 2006 يتعلّق بتحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدّولة والموجّهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، مؤرّخة في 30 أوت 2006.
38. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008، معدل للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، مؤرخة في 09 جوان 1966.

جـ - النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر نصّ تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر عدد 09.
2. مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج ر عدد 76، لسنة 1996.
3. مرسوم تنفيذي رقم 90-366 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلّق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، ج ر عدد 50، مؤرخة في 21 نوفمبر 1990.
4. مرسوم تنفيذي رقم 91-454، مؤرخ في 23 نوفمبر 1991، يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصّة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك، ج ر عدد 60، المؤرخة في 24 نوفمبر 1991.
5. المرسوم التّنفيذي رقم 92-70 المتعلّق بالنّشرة الرّسمية للإعلانات القانونيّة، ج ر، عدد 14 مؤرّخة في 1992/02/23.
6. مرسوم تنفيذي رقم 93-186، مؤرخ 27 جويلية 1993، يحدد كيفيات تطبيق قانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر عدد 51 لسنة 1993.

7. مرسوم تنفيذي رقم 94-41 مؤرخ في 29 جانفي 1994 يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 7، مؤرخة في 6 فيفري 1994.
8. المرسوم التنفيذي رقم 94-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها ، ج ر عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1994.
9. مرسوم تنفيذي رقم 94-321، مؤرخ في 17 أكتوبر 1994، يتضمن تطبيق أحكام المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، والمتعلق بترقية الاستثمار، ويحدد شروط تعيين المناطق الخاصّة وضبط حدودها، ج ر عدد 67، مؤرخة في 19 أكتوبر 1994.
10. مرسوم تنفيذي رقم 98-68 مؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر عدد 11، مؤرخة في 1 مارس 1998.
11. المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها،ج ر عدد 55، الصادرة في 25 سبتمبر 2001.
12. مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم، ج ر عدد 80، مؤرخة في 2001/12/26.
13. مرسوم تنفيذي رقم 05-275 مؤرخ في 2 أوت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج ر عدد 54، مؤرخة في 7 أوت 2005.
14. المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 2 أوت 2005 والذي يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر عدد 54 مؤرخة في 7 أوت 2005.

د – اتفاقيات الاستثمار:

1. اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها، ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم بتاريخ 2001/12/26 ، ج ر عدد 80، مؤرخة في 26 ديسمبر 2001.

2. اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال موبيليس (ATM)، ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.
3. اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دوسكيكة (ADS)، ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.
4. الاتّفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة Hamma water Desalination، ج ر عدد 7، مؤرّخة في 28 جانفي 2007.

هـ - الاجتهاد القضائي:

1. قرار محكمة الجنايات المؤرخ في 9 نوفمبر 1983، المجلة القضائية، عدد 2، 1983.
2. القرار رقم 38213 مؤرخ في 1984/10/20، المجلة القضائية، عدد 1، 1990.
3. قرار رقم 66960، مؤرخ في 1990/04/21، مجلة قضائية، عدد 2، 1992.
4. القرار رقم 157362 المؤرخ في 1998/04/13 المجلة القضائية، عدد 1، 1998.

5 – الملتقيات والمؤتمرات:

1. إبراهيم حسن العيسوي: مدى واقعية الآمال المعقودة على تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومساهمتها في التنمية في مصر، التنمية والعلاقات الاقتصادية الدولية بحوث ومناقشات المؤتمر العلمي السنوي للاقتصاديين المصريين، القاهرة، 25 – 27 مارس 1976.
2. حسين نوارة، التحكيم التجاري الدولي في إطار الاستثمارات الأجنبية، الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، يومي 15 – 14 ماي 2006، بجاية.

6 – أخرى:

1. اتفاق "Panama" الذي أبرمته فرنسا بتاريخ 25 نوفمبر 1982.
2. الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان وحقوق المواطن المؤرخ في 1789/8/26.
3. تقرير صندوق النقد الدولي حول آفاق الاقتصاد العالمي لسنة 1997.
4. تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة الثلاثون، 28 ماي 1978.

5. التصريح الصادر عن مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI المنعقد بليما في 28 مارس 1975.
6. حوليات معهد القانون الدولي، المركز القانوني لاستثمار رؤوس الأموال في الدول النامية، العدد 52، الجزء 11.
7. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 232/41، المؤرخ في 4 ديسمبر 1986، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
8. موقع المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات: http://www.iciec.org
9. قانون رقم 57 لسنة 1939 المتعلق بالبيانات والعلامات التجارية، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 69 المؤرخة 13 جويلية 1939.
10. قرار لجنة تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 3100/3093 لسنة 1979.
11. التعليمة الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 11 ماي 1994 المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية.
12. التوصية رقم 824 (د 9) للجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخة في 1954/12/11 وفي أشغال لجنة الاستثمارات الدولية والتنمية لغرفة التجارة الدولية.

ثانيا – باللغة الفرنسية:

1 - Ouvrages :

1. **AUBY Jean Marie et BON pierre,** Droit administratif de biens, Dalloz, Paris, 1991.
2. **BEGIN Jaques,** Droit du commerce international, Edition Litec, Paris, 2005.
3. **BELHIMER V.A.,** La dette Extérieure de l'Algérie, Edition Casbah, Alger, 1998.
4. **BOY Laurence**, Droit de la concurrence approfondi, université de Nice, Sofia - Antipolis, 2006.
5. **CARREAU Dominique**, FLORY Thiebaut, JUIUARD Patrick, Droit international économique, 3ème édition, LGDG, Paris, 1990.
6. _____, Investissements, répertoire international, Dalloz, Paris, 1998.
7. _____, JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4ème édition, LGDG, Paris, 1998.
8. **CHAVANNE Albert**, BURST Jean Jacques, droit de propriété industrielle, 5 ème èdition, Dalloz, Delta, Paris, 1998.
9. **CHAWIN Robert**, L'investissement international et le droit au développement, Edition L'harmattan, Paris, 2002.
10. **COHEN Denis**, Le droit des dessins et modèles, 2ème édition, Economica, Paris, 2004.
11. **DE VISSCHER Paul**, protection diplomatique des personnes Morales, R.C.A.D.I de La Haye, tome I, 1961.
12. **GAILLARD Emmanuel**, La jurisprudence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Edition (A) Pédone, Paris, 2004.
13. **GAUMONT – PRAT Hélène**, droit de la propriété industrielle, 1ere édition, Litec, paris, 2005.
14. **HAMIDI Hamid**, Réforme économique et propriété industrielle, OPU, Alger, 1993.
15. **HAROUN Mehdi**, Le régime des investissements étrangers en Algérie, a la lumière des conventions Franco−Algériennes, édition Litec, Paris, 2000.
16. **HOSTIOU René**, Code de l'expropriation, Librairies Techniques, Paris, 1986.
17. **LECTERC Pascal**, La protection des circuits intégrés en Europe, édition collection scientifique de la faculté de doit liège, 1995.

18. **MARIO Bettati**, Souveraineté et succession, La souveraineté au 20ème siècle, édition A. Colin, 1971.
19. **Mélanges Bastian (D)**, droit de la propriété industrielle, Tome 2, librairies Techniques, 1974.
20. **MOREL Perot**, Incidence sur le droit français de la convention de Strasbourg unifiant certaines règle des brevets d'inventions J. C. P. Tome I, 1965.
21. **PASSA Jérôme**, Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, Tome 1, édition LGDJ, Paris, 2006.
22. **PAULLAND DULLIAN Frédéric**, Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, Paris, 1999.
23. **PRESWERK (R)**, La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, Editions Polygraphiques, Zurich, 1963.
24. **SEROUSSI (R) et PLANTIN (J)**, l'expropriation, 7ème édition, DALLOZ, Paris, 1996.
25. **TAFFOREAU Patrick**, droit de la propriété intellectuelle, GUALINO Editeur, EJA, Paris, 2004.
26. **VERKADE (D. W. F)**, De nouveaux types des marques, une contribution des pays des Benelux, éditions PIBD, 2001.
27. **VIVANT Michel**, les créations immatérielles et le droit, édition Ellipses, Paris, 1997.
28. **W. WALDE Thomas**, Nouveaux horizon pour le droit international des investissements dans le contexte de le mondialisation de l'économie, Edition A. Pedone, Paris, 2004.

2 – Thèses et Mémoires:

1. **BRAVI (A)**, La garantie des investissements français à l'étranger, thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1989.
2. **Couli Baley Baba Kank**, Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo, Approche Juridique, thèse de doctorat en droit, Université de Lille II, 1989.
3. **HANNA (R)**, La nature des investissements et le risque politique, thèse de doctorat, 3ème cycle en finances des entreprises, Université de Paris I, Juin 1984.
4. **HOSNI EL–GAMAL**, L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés contre les risques non commerciaux – (Pays arabes) – thèse de doctorat, Fac. de Droit et des Sciences Economiques, Université de Paris I, 1970.

5. **KHALILIAN Khalil**, Investissements privés étrangers et souveraineté économique, Thèse de doctorat d'Etat,Université de Paris II, 1976.
6. **REUTER Paul**, Les organisations internationales, Problèmes choisis, thèse de doctorat, Paris, 1954.
7. **SBAÏ Larbi**, Le Maroc et la clause de la nation la plus favorisée, Thèse de doctorat, 3ème cycle, Université de Grenoble II, 1982.
8. **TORTORICI Antoine**, La Tunisie et le droit international des investissements, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1992.
9. **TRAORE-TSAGAO**, La garantie des investissements étrangers en Afrique et droit international, Thèse de doctorat, A.N.R.T, Université de Lille III, 2001.
10. **Truchon Isabelle**, la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, heurs et malheurs d'une convention à vocation universelle, Tome II, Thèse doctorat d'Etat en droit Privé, Université Panthéon - Assas, Paris II, 1995.
11. **SCHONARD Pascal**, La protection internationale des investissements étrangers, quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueils?, Master en administration publique, Paris X, Nanterre, 2005.
12. **VOISIN-FRADIN Gabriel**, Droit international des investissements étrangers en Afrique de l'ouest dans les conventions bilatérales d'investissements, DEA en Droit économiques internationales et communautaires, Université Paris X, 1998 - 1999.
13. **ANAIS Agbo**, La gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, Panthéon-Sorbonne, Paris, 2003 – 2004.
14. **ZEHAF Saleh**, La protection des investissements étrangers dans les pays arabes, DEA, Fac de Droit et des Sceinces Economiques, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, 1984.
15. **HORCHANI Ferhat**, L'investissement inter-Arab Centre d'études de recherches et de publications, CERP, Tunis, 1992.

3 - Articles :

1. **Amor Zahi**, "L'évolution du droit de propriété intellectuelle", RASJEP, N° 4, 1997, pp. 1263 – 1282.
2. **BEN HAMIDA Walid**, L'arbitrage Etat-investisseur étranger, Regard sur les traités et projets récents, JDI, N° 2, 131ème Année, 2004, pp. 419 - 441.

3. **BRUNOT (p)**, La contrefaçon, revue de droit et économie, A. N. D. D. 1986 n° 51, pp.
4. **CHEVALIER Alain**, HIRCH Géorges, "Le choix de l'investissement a l'étranger", Revue française de gestion, Mai-Juin-Juillet-Août 1981, pp. 15 – 24.
5. **DESBOIS (H)**, et Françon (A), "Dessins et modèles", Encyclopédie de droit commercial, 1973, pp.
6. **DIF Mohamed**, "Conditions de mise en place d'un climat favorable a la protection des investissements étrangers en Algérie", Revue l'économie, N° 10, Décembre 1993, pp.
7. **GAILLARD Emmanuel**, Chronique des sentences arbitrales, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I), J.D.I, N° 1, Janvier-Février-Mars 2005, pp. 135 – 213.
8. _____, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), chronique des sentences arbitrables, JDI, Paris, Janvier-Février-Mars, 2006, pp. 219 – 367.
9. **GOEL BERGSMAN–XIAFANG SHEN**, "l'investissement direct étranger dans les pays en développement, progrès et obstacles", Revue finances et développement, N° 1, Vol. 32, Mars 1995, pp. 6 – 8.
10. **GREGOIRE Marc Hac**, "Un aperçu du cadre juridique des investissements étranges dans les pays de l'est", droit et pratique du commerce international les faillites internationales, articles et chroniques droit français étranger et international, Paris, Vol. 20, N° 4, 1994, pp.
11. **GREFFE (F)**, "Dessins et modèles", domaines d'application des différentes lois, FASC, 1993, p. 3110.
12. **HORCHANI Ferhat**, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", J.D.I., N° 2, 131ème Année, 2004, pp. 367 – 441.
13. **KADI Hanifi Mokhtaria**, "Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation", Revue Idara, vol. 15, N° 29, 2005, pp. 73 – 85.
14. **KAHN Philippe**, "Force majeure et contrats internationaux de langue durée", JDI, N° 3, 1975, pp. 467 – 485.
15. **KRAFFT (O)**, "Contrôle des clauses pénales", Gazette du palais, 1986.
16. **LEVEL Patrice**, "Clause de la nation la plus favorisée", J.D.I, Tome I, Dalloz, 1968, p. 332.

17. **LIMOS-Alexandre Sicilianos**, "L'actualité et les potentialités de la convention sur l'elimination de la discrimination raciale", Droits de l'homme, Revue Trimestrielle, 16ème Année, N° 64, 1 Octobre 2005, pp. 869 – 921.
18. **OUSIDHOUM Youcef**, "La politique Algérienne d'incitation a l'investissement étranger", Gazette du palais, Dimanche 11 – Mardi 13 Avril 1999, N° 101 – 103.
19. **PEROT MOREL**, "L'application respective du régime de protection des dessins et modèles industriels et des inventions brevetables", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1976, pp.
20. **SADOUDI Ahmed**, "Les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie", RARI, N° 25, 1994, pp.
21. **SALEM Mahmoud**, "Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers", J.D.I, N° 3, Clunet, 1986, pp. 579 – 626.
22. **SCELLE George**, "Règles générales du droit et de la paix", R.C.A.D.I de La Haye, 1935, tome IV.
23. **USTOR André**, "Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée", Annuaire de l'institut du droit international, Vol. 2, 1969, p. 165.
24. **VELLAS Pierre**, "Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international", J.D.I, 106ème année, Editions Techniques, SA, N° 1, Janvier-Février-Mars, Paris, 1979, pp. 21 – 33.
25. **ZOUAÏMIA Rachid**, "Le régime de l'investissement international en Algérie", RASJEP, N° 3, 1991, pp. 403 – 432.

4 – Site d'internet :

1 - RIAN EOKKER Novid, La cinquième réunion ministérielle de L'OMC de tiendra a Cancum, 4 Juillet 2003.
http://www.novib.nl/content/?type=article fid=4663

2 - Résolution N° 1803 (XXVII) du 14 Décembre 1962, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U.
http://www.un.org/french/documents/resga.htm.

3 - Résolution N° 3281 (XXIX) , la charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le 12 Décembre 1974.
http://www.un.org/french/documents/resga.htm

4 - Résolution N° 2158 (XXI) la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U., le 14 Décembre 1962.
http://www.un.org/french/documents/resga.htm

5 - Affaire l'usine de Chorzou, Demande d'indemnité. Allemagne/Pologne, 13 Septembre 1928, CPJI.
http://www.icj-cij.org/cijww/cdecesions/ccpji.

6 - la charte des devoirs économiques des Etats, Résolution, N° 3202 et N° 3261 du 5 au 16 Mai 1974.
http://www.un.org/french/docuements/resga.htm.

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

8 - Résolution N° 1803 paragraphe 8 du 18 Décembre 1962 de l'Assemblé Générale des Nations Unies
http://www.un.org/french/documents.htm. op.cit.

9 - BACHAND Remi, Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : Quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers.
www.er.uqam.ca./nobel/ieim/IMG/Pdf/Cahier_de_recherche_continentalisation/ Juillet 2005.

10 - BACHAND Remi, CMS contre Argentine : Premières Réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre, Juillet 2005.
www.er.uqam.co./nobel/ieim/IMG.

11 - LEBON Charles, L'évolution du droit international des investissements. Octobre 2000. www.dundee.ac.uk/cepmlp/Journal.

12 - La charte de la Havane de 1984, in: http://www.Ladocumentationfrançaise.fr/dossiers/omc/pdf/doclaHavanepdf.

13 - CNUCED, Traitement de la nation la plus favorisée, Nations Unies, New York-Genève, 2001. http://www.icj-cij.org/cij www/c decision.htm

14 - Résolution N° 3261 et 3202 du 5 Mai et 16 Mai 1974. http://www.Un.Org/french/documents/resgahtm

15 - GIGLIONE Renaud, "Commentaire de la convention de Séoul du 11 Octobre 1985 Portant création de l'agence Multilatérale de garantie des investissements" 1997 in : www.MIGA.org. Ou http//: www.izf.net

5 – Autres :

1. Affaire des essais nucléaires français, dans le pacifique, CIJ, Arrêt du 20 Décembre 1974, Recueil 1974.
2. WOODIE Francis, Nationalisation, indemnisation et développement, colloque international d'Alger, 1976.
3. CNUCED "Traitement de la nation la plus favorisée", Nations Unies, New York -Genève, 2001.
4. C.D.I projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté à la 53ème session, Genève, 23 Avril, 1er Juin, 2 Juillet, 10 Août 2001.
5. Examen de la politique de l'investissement en Algérie, conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Nations Unies, New York, Genève, 2004.

فهرس

مقدمة..... 1

الباب الأوّل

حماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي 11

الفصل الأوّل

تكريس الحماية القانونية للملكية العقارية بين حق الدولة في نزع الملكية والقيود الواردة عليه

المبحث الأوّل: حق الدولة في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي..... 17
المطلب الأوّل: مبدأ حق الدولة في نزع الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي..... 18
الفرع الأوّل: إقرار المبدأ في القوانين الداخلية..... 19
أولاً: إقرار المبدأ في الدستور..... 19
ثانيًا: إقرار المبدأ في التشريع..... 23
الفرع الثاني: إقرار المبدأ في إطار الاتفاقيات الدولية..... 26
الفرع الثالث: إقرار المبدأ في القانون الدولي..... 29
أولاً: الأساس القانوني للمبدأ..... 30
ثانيًا: القوة الإلزامية للمبدأ..... 32
المطلب الثاني: صور إجراءات نزع ملكية المستثمر الأجنبي..... 36
الفرع الأوّل: الصور المألوفة لنزع الملكية..... 38
أولاً: التأميم..... 39
ثانيًا: نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة..... 44
ثالثًا: المصادرة..... 49
رابعًا: الاستيلاء..... 53
خامسا: الحراسة..... 55
الفرع الثاني: الصور المماثلة لإجراءات نزع الملكية..... 60

أولاً: نشأة وتطور الإجراءات المماثلة ما بين الفقه والقضاء الدوليين..... 61
ثانيًا: نشأة وتطور الإجراءات المماثلة في الاتفاقيات الدولية..... 67
ثالثا: موقف المشرّع الجزائري من الإجراءات المماثلة..... 73
المبحث الثاني: القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية..... 77
المطلب الأوّل: القيود الخاصة بنزع الملكية..... 79
الفرع الأوّل: المنفعة العمومية..... 80
أولاً: تعريف المنفعة العمومية وصورها..... 81
ثانيًا: تقدير الوضعية في تحقيق المنفعة العمومية..... 87
الفرع الثاني: التعويض..... 93
أولاً: إرساء مبدأ التعويض ومدى إلزاميته..... 95
ثانيًا: خصائص التعويض..... 103
المطلب الثاني: القيود العامة الواردة على حق الدولة في نزع الملكية..... 114
الفرع الأوّل: مبدأ عدم التمييز والمساواة..... 115
أولاً: مضمون المبدأ..... 116
ثانيًا: مصادر إلزامية المبدأ..... 118
ثالثًا: الاستثناءات الواردة على تطبيق المبدأ..... 124
الفرع الثاني: مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة..... 126
أولاً: مضمون المبدأ وقوته الإلزامية..... 127
ثانيًا: المصادر المختلفة لالتزامات الدولة..... 130
ثالثًا: الاستثناءات الواردة على المبدأ..... 135

الفصل الثاني

الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية 144

المبحث الأوّل: أشكال الحماية القانونية للملكية العقارية..... 146
المطلب الأوّل: الحماية الدولية..... 147
الفرع الأوّل: نشأة الحماية الدولية..... 148
الفرع الثاني: ضمانات الحماية الدولية..... 151

أولاً: ضمان الحد الأدنى في الحماية..... 152
ثانيًا: ضمان الحماية الدبلوماسية..... 154
ثالثًا: ضمان إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة..... 157
رابعا: ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي..... 163
الفرع الثالث: تطبيق مبادئ القانون الدولي..... 168
أوّلاً: مبدأ المعاملة الوطنية..... 169
ثانيًا: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة..... 172
ثالثًا: معاملة الدولة الأكثر رعاية..... 176
المطلب الثاني: الحماية الداخلية..... 179
الفرع الأوّل: الحماية الاتفاقية..... 180
أولاً: نشأة الحماية الاتفاقية لأملاك المستثمر الأجنبي..... 182
ثانيًا: ضمانات الحماية الاتفاقية..... 188
الفرع الثاني: الحماية الوطنية..... 194
أوّلاً: الحماية القانونية..... 195
ثانيًا: الحماية القضائية..... 199
ثالثًا: القيمة القانونية للالتزام بالحماية في القوانين الوطنية..... 202
المبحث الثاني: فعالية حماية ملكية المستثمر الأجنبي..... 205
المطلب الأوّل: ضمان فعالية الحماية بموجب التعويض..... 206
الفرع الأوّل: الأسانيد القانونية للتعويض..... 207
أولاً: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة..... 208
ثانيًا: مبدأ الإثراء بلا سبب..... 210
ثالثا: التعويض على أساس المسؤولية العقدية..... 212
الفرع الثاني: طرق تقدير التعويض..... 214
أولاً: الطرق المعتمدة في تقدير التعويض..... 215
ثانيًا: طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري..... 218
المطلب الثاني: حماية ملكية المستثمر الأجنبي بموجب عقود الضمان..... 227
الفرع الأوّل: مفهوم عقد الضمان الدولي للاستثمارات..... 228

أولا: نشأة فكرة الضمان لحماية ملكية المستثمر الأجنبي..... 229
ثانيا: تعريف عقد ضمان الاستثمارات الأجنبية..... 235
الفرع الثاني: الالتزامات التي تفرضها عملية الضمان..... 238
أولاً: التزامات المستثمر الأجنبي..... 239
ثانيًا: التزامات الدولة المضيفة للاستثمار..... 245
ثالثًا: التزامات هيئة الضمان..... 250

الباب الثاني

حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي 257

الفصل الأوّل

عناصر الملكية الصناعية ومصادر حمايتها 260

المبحث الأوّل: عناصر الملكية الصناعية..... 261
المطلب الأوّل: عناصر الملكية الصناعية ذات القيمة النفعية..... 262
الفرع الأوّل: براءة الاختراع..... 263
أولاً: تعريف براءة الاختراع..... 264
ثانيًا: شروط حماية اختراعات المستثمر الأجنبي..... 266
ثالثًا: حقوق وواجبات المستثمر الأجنبي صاحب براءة الاختراع..... 272
الفرع الثاني: الرسوم والنماذج الصناعية..... 275
أولاً: تعريف الرسوم والنماذج الصناعية..... 276
ثانيًا: شروط حماية الرسوم والنماذج الصناعية..... 279
ثالثًا: آثار اكتساب المستثمر الأجنبي لملكية الرسم أو النموذج..... 283
المطلب الثاني: العناصر ذات القيمة الفنية..... 285
الفرع الأوّل: العلامات..... 286
أولاً: تعريف العلامة..... 287
ثانيًا: شروط العلامة..... 290

ثالثًا: إجراءات اكتساب العلامة وحالات انقضائها..... 296
الفرع الثاني: تسميات المنشأ..... 303
أولاً: تعريف تسميات المنشأ..... 304
ثانيًا: شروط حماية تسميات المنشأ..... 306
الفرع الثالث: التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة..... 313
أولا: تعريف التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة..... 314
ثانيا: الحقوق المخولة لأصحاب التصاميم الشكلية والرسوم المتكاملة..... 316
ثالثا: شروط حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة..... 318
المبحث الثاني: التنظيم القانوني لحقوق الملكية الصناعية..... 326
المطلب الأوّل: التنظيم الوطني لحقوق الملكية الصناعية..... 327
الفرع الأوّل: نشأة وتطور تنظيم الملكية الصناعية في الجزائر..... 329
أولاً: قوانين الملكية الصناعية الصادرة في الفترة ما بين 1966 – 1975..... 330
ثانيًا: قوانين الملكية الصناعية في مرحلة الإصلاحات..... 333
الفرع الثاني: الجهاز المكلف بتنظيم حقوق الملكية الصناعية في الجزائر..... 336
أولاً: نشأة وتطور الهيئة المختصة بحقوق الملكية الصناعية..... 337
ثانيًا: صلاحيات المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية..... 342
المطلب الثاني: استقبال التنظيم الدولي..... 346
المصادقة على الاتفاقيات الدولية المبرمة لحماية الملكية الصناعية. 347
أولاً: الاتفاقيات المصادق عليها في مجال حقوق الملكية الفكرية..... 348
ثانيا: الاتفاقيات التي لم تصادق عليها الجزائر..... 357
الفرع الثاني: تبني إجراءات التسجيل الدولي..... 361
أولاً: اختصاصات المكتب الدولي في مجال حقوق الملكية الصناعية..... 362
ثانيًا: إجراءات التسجيل الدولي..... 365
الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على عناصر الملكية الفكرية..... 370
أوّلاً: القوانين القابلة للتطبيق على الملكية الفكرية..... 371
ثانيًا: تحديد القانون الواجب التطبيق في الاتفاقيات الدولية..... 375
ثالثًا: القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية..... 377

الفصل الثاني

آليات حماية حقوق الملكية الصناعية 382

المبحث الأوّل: تكريس الحماية الدولية..... 383

المطلب الأوّل: مضمون الحماية الدولية..... 384

الفرع الأوّل: نشأة الحماية الدولية لحقوق الملكية الصناعية..... 385

أولاً: نشأة الحماية الدولية بين المعارضة والتأييد..... 386

ثانيًا: أسباب نشأة الحماية الدولية..... 389

الفرع الثاني: الحقوق المكرسة لحقوق الملكية الصناعية..... 392

أولاً: مبدأ المعاملة الوطنية..... 393

ثانيًا: مبدأ حق الأسبقية..... 397

ثالثا: مبدأ الاستقلال..... 400

رابعًا: مبادئ عامّة أخرى..... 403

المطلب الثاني: الاتجاه نحو استقبال الحماية المكرسة في إطار المنظمة العالمية للتجارة.. 407

الفرع الأوّل: إقحام حقوق الملكية الفكرية في نظام التجارة الدولية..... 408

أولاً: دوافع تنظيم حقوق الملكية الفكرية في منظمة الـــ OMC..... 409

ثانيًا: الانتقال من المعالجة الجزئية إلى المعالجة الشاملة للحقوق..... 411

ثالثًا: تطبيق مبادئ المنظمة على حقوق الملكية الفكرية..... 413

رابعًا: استقبال الحماية في إطار المنظمة يخلق تكاملا مع الحماية الاتفاقية والتشريعية 416

الفرع الثاني: الاستفادة من مستجدات الحماية في إطار المنظمة العالمية للتجارة... 419

أولاً: فيما يتعلق باتفاقية باريس..... 220

ثانيًا: فيما يتعلق باتفاقية واشنطن لحماية الدوائر المتكاملة..... 424

ثالثًا: فيما يتعلق باتفاقية برن..... 425

المبحث الثاني: الحماية الوطنية..... 427

المطلب الأوّل: حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي بدعوى التقليد..... 429

الفرع الأوّل: صور الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية..... 430

أولاً: الاعتداء على براءة الاختراع..... 431

ثانيًا: الاعتداء على الرسوم والنماذج الصناعية..... 434
ثالثًا: الاعتداء على العلامة..... 436
رابعًا: الاعتداء على التصاميم الشكلية والدوائر المتكاملة..... 438
خامسًا: الاعتداء على تسميات المنشأ..... 440
الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجنحة تقليد حقوق الملكية الصناعية..... 442
أولاً: العقوبات الأصلية..... 444
ثانيًا: العقوبات التكميلية..... 448
ثالثًا: التدابير الأمنية والتحفظية..... 453
رابعًا: تعويض المتضرر من التقليد..... 456
خامسًا: التدابير الأمنية في حالة الأضرار الاحتمالية..... 459
المطلب الثاني: حماية الملكية الصناعية للمستثمر بدعوى المنافسة غير المشروعة.. 461
الفرع الأوّل: نظام حماية ملكية المستثمر الصناعية بدعوى المنافسة غير المشروعة. 463
أولاً: أسس حماية الملكية بدعوى المنافسة غير المشروعة..... 465
ثانيًا: الأفعال المنافية للمنافسة المشروعة التي تمس بالملكية الصناعية..... 475
الفرع الثاني: خصوصيات دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية الملكية الصناعية.. 480
أوّلاً: أهلية المستثمر الأجنبي للتقاضي بدعوى المنافسة غير المشروعة..... 481
ثانيا: الجهة القضائية المختصة بالدعوى..... 484
ثالثًا: عقوبات المساس بحقوق الملكية الصناعية في دعوى المنافسة غير المشروعة. 487
خاتمة..... 496
قائمة المصادر والمراجع..... 500
فهرس..... 529

ملخص الرسالة باللغة العربية

لما برز الاستثمار الأجنبي كأحد أهم ركائز الاقتصاد التي يعتمد عليها لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، فتحت الجزائر أسواقها المحلية أمام الاستثمارات الأجنبية وسنّت نظاما قانونيا شاملا وكاملا لحمايتها على كلّ الأصعدة، لضمان استقطاب أحجاما هامة من رؤوس الأموال الأجنبية، وإثر ذلك ركّز المشرّع الجزائري اهتمامه على حماية حقوق الملكية بكلّ أصنافها العقارية منها من إجراءات نزع الملكية أو الإجراءات الأخرى المشابهة، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة، تشريعية قانونية أو إدارية، ثمّ الملكية الصناعية من إجراءات السطو والتقليد غير المشروع، بتكريس حماية مدنية وجنائية للمستثمر الأجنبي من خلال سن الأحكام الردعية سواءً كانت حقوق الملكية الصناعية مسجلة أو غير مسجلة.

فالحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي جزء مهم جدا من أجزاء النظام العام للاستثمار الأجنبي ، لأنه عنصر من عناصر مناخ الاستثمار، يتوقف عليه أهم قرار هو قرار الاستثمار.

Résumé de la thèse en langue Française

Le régime juridique de la protection de la propriété des investissements étrangers en Algérie met le législateur algérien devant un ensembles d'obligations telle que la mise en place d'un climat favorable a l'exercice de l'investissement qui engendre les garanties consacrer a l'investisseur sur tous les plans de manière générale, d'une part, et la protection juridique de la propriété foncière, et intellectuelle en particulier industrielle, de toute atteinte non légitime sur le territoire de l'Etat d'accueil d'une autre part. bien entendue associer a des sanctions répressif assurant l'effectivité et l'efficacité de cette protection.

La protection de propriété en toute ces formes, est devenue ces dernière année et dans le monde de la mondialisation le moteur de la décision de l'investissement .