



جامعة الحاج لخضر - باتنة 1

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: القانون الاقتصادي

إشراف الأستاذ الدكتور:

❖ الهادي خضراوي

إعداد الطالب:

❖ عمر زغودي

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الدرجة العلمية	الإسم و اللقب
رئيسا	جامعة باتنة 1	أستاذ التعليم العالي	أ. د زارة صالحى الواسعة
مشرفا و مقررا	جامعة الأغواط	أستاذ التعليم العالي	أ.د الهادي خضراوي
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	أ.د بلقنيشي حبيب
مناقشا	جامعة بسكرة	أستاذ محاضر أ	د. قروف موسى
مناقشا	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر أ	د.سليمي ميلود
مناقشا	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر أ	د. العربي باي يزيد

السنة الجامعية : 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

من حملتني وهنا على وهن وسهرت علي الليالي، إلى التي ضحت بالكثير
من أجل أن أحيا أُمي رمز الحنان أطال الله في عمرها.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى الشمعة التي ذابت من أجل أن تنير
دربي أبي رمز العطاء، أمد الله في عمره

فجازاكما الله عن خير الجزاء.

إلى من عاشت ميلاد هذا العمل: آلامه وآماله زوجتي الفاضلة.

وإلى إخوتي رمز المحبة، وإلى أصدقائي الذين أمدوا لي يد العون من أجل

اتمام هذا العمل

وإلى أرض الجزائر رمز الكفاح والنور.



شكر وتقدير



اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانك.

بعد شكر الله على ما وهبنا من عقل وحسن تدبير، أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم

الامتنان لفضيلة الأستاذ الدكتور خضراوي الهادي لقبوله الاشراف على هذا

العمل، وتأكيد السهر على أن يخرج في هذه الحلة من بدايته إلى نهايته، كما

أسأل الله له دوام الصحة والعافية، وأن يثبت له الأجر.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لتكبدهم عنا

مناقشة هذا العمل، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

أسأل الله أن يكون هذا العمل خالصا، وأسأل العفو عن كل خطأ، والله المستعان

على كل خير.

قائمة أهم المختصرات:

ش.م.م : شركة ذات مسؤولية محدودة.

الجات: الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات الجمركية.

ج.ر: جريدة رسمية.

ف: فقرة.

ب.ط: بدون طبعة

د.س.ط: بدون سنة طبعة.

د.س: بدون سنة.

ص: صفحة.



مقدمة

مقدمة

النشاط الاستثماري بنوعيه الانتاجي والخدماتي بات اليوم قاطرة التنمية المستدامة ومصدر التطور والحدثة في مجتمع الرفاه، لهذا سارعت الدول النامية في البحث عن أهم مصدر من مصادر التمويل المتمثل في الاستثمار الأجنبي، حيث يعتمد عليه لتغطية العجز المسجل بين الاستثمار والمدخرات المحلية، وكذا نقل التكنولوجيا والمهارات الفنية وتسريع وتيرة النمو والإسهام في رفع مستوى الدخل والمعشية، والحد من نسبة البطالة من خلال خلق المزيد من فرص العمل، ومن ثم الارتقاء بالأداء الاقتصادي وتحقيق التنمية المستدامة.

لذا تطمح الدول النامية وفي مقدمتها الجزائر إلى توفير ظروف مشجعة لجذب الاستثمارات الأجنبية، ولا يكون ذلك إلا في إطار نظام قانوني يعرف بعقود الاستثمار الدولية، التي تتطلب توافق إرادتين لإحداث آثار قانونية معينة.

إلا انه في المقابل يوجد المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، الذي يسعى إلى تقادي اختيار قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد، وذلك درءاً للمخاطر الناجمة عن هذا الاختيار، والتي تتمثل في ضرورة خضوع العقد لكافة التغييرات والتعديلات التي قد تلحق هذا القانون، ولاسيما تلك التي قد تعمد الدولة إلى إجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدى بينها وبين الطرف الأجنبي، وأيضاً لتقادي إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة¹.

وكما هو معروف فإن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي، حقها في التشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها، والمنظمة للعلاقات بين الأفراد في المجتمع، ومن حق الدولة أن تجري التعديلات والتغييرات على هذه القوانين،

¹ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ما هيتهما والنظام القانوني الحاكم لها) منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 320.

مقدمة

إذا كان التغيير يهدف إلى الصالح العام، ولا يشكل ذلك أية مسؤولية دولية على الدولة المرخصة طالما إنها لم تخالف قواعد القانون الدولي والاتفاقيات الدولية¹.

وعليه فإن وجود شروط الثبات التشريعي في العقد يكمن في أن الدولة المتعاقدة، تتمتع بصفاتها كطرف في العقد، بقدرتها على الهيمنة على الصعيد التشريعي وأيضاً بقدرتها على الهيمنة باعتبارها سلطة تنفيذية، لكن في الكثير من الحالات يشكل وجود هذه الشروط ضمانات وأدوات للمستثمر الأجنبي الهدف منها تحجيم الحد من سلطة الدولة على الصعيد التشريعي، وإبعاد دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد، وبالتالي غل يد الدولة عن أي تغييرات تمس العقد، وهذا ما يعرف بشروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي.

خصوصاً وأن التطورات الدولية على مستوى الاقتصادي والسياسي تنعكس على الضمانات الأجنبية والمناخ السياسي في جذب الاستثمار الذي يتأثر بأي تغيير طارئ في عقد الاستثمار، إلا أن الأمر لا يقتصر على توفير مناخ سياسي واجتماعي واقتصادي لينجح الاستثمار حيث يبحث المستثمر في دراسته لنظم الاستثمار عن المعايير التي يعمل في إطارها والحوافز التي يتمتع بها ومدى مرونة نظام فض المنازعات.

فبالنظر لطول مدة تنفيذ عقود الاستثمار، كعقود البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المقاوله... الخ وما يترتب على ذلك من تغير للظروف التي أبرم فيها العقد ولارتباطها بشكل أساسي بكيان الدولة، لا يجد المستثمر أمامه من خيار سوى أن يضمن العقد المبرم بينه وبين الدولة بشرط الثبات التشريعي، والذي بمقتضاه تتعهد

¹ - ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم، دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 61.

مقدمة

الدولة المضيفة للاستثمار باستمرار هذه العقود حتى في حالة تعديل هذا القانون، وكذلك شرط إعادة التفاوض والذي تلتزم به الدولة المتعاقدة بإعادة التفاوض عند ظهور ظروف طارئة أو قوة قاهرة قد تخل بالتوازن العقدي¹.

وفي حالة فشل هذا الحل بعد تبنيه، يظهر التحكيم باعتباره وسيلة قانونية يلجأ إليها طرفا عقد الاستثمار أي الدولة أو إحدى هيئاتها العامة والمستثمر الأجنبي، لتسوية النزاعات الحالية أو المستقبلية ذات الطابع القانوني، الناشئة عن عملية الاستثمار بالنظر إلى الحقوق أو الالتزامات المرتبطة بها، ويعتبر هذا النظام القضائي أهم الوسائل المفضلة نظرا لما توفره من مزايا سواء بالنسبة للمستثمر أو الدولة المضيفة بحيث يطمئن الطرفان من أن النزاع سيفصل فيه محكم أو محكمين مختارين بمعرفتهما وضمن الثقة التي تقوم عليها العلاقات الاقتصادية لما يضمنه التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناجمة عنها من سرية².

وفي هذا المجال يمكن للطرفين اللجوء إلى التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي، وإن كانت الغالبية الكبرى من النزاعات تطرح في الوقت الراهن أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار المنشأ في إطار اتفاقية واشنطن، مع الإشارة لكون منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من قبيل منازعات القانون الدولي الاقتصادي، والتي تتميز عن باقي المنازعات الدولية من عدة نواحي على النحو التالي:

¹ - بوخالفة عبد الكريم، خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقية في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 16، جانفي 2017، ص 186.

² - قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 21 جوان 2012، ص 07.

مقدمة

- في النزاع الدولي العام يكون الأطراف دائما من أشخاص القانون الدولي العام، أما النزاع الدولي الاقتصادي فقد يكون أطرافه أشخاصا خاصة طبيعية أو معنوية مثل النزاع بين الدولة وشركة أجنبية أو مستثمر أجنبي.
- موضوع النزاع الاقتصادي الدولي يكون دائما نقدي مالي، وينتهي الحكم في النزاع غالبا إلى تسوية من هذا النوع أو لتوقيع جزاءات ذات طابع خاص تتفق وموضوع النزاع.
- حجم النزاع الدولي الاقتصادي عادة ما يكون كبير حيث يتنازع أطرافه على قيمة مالية كبيرة، لذلك تبدوا أهميته ملموسة وعاجلة وتبحث عن تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها.
- مع أن مسألة حسم المنازعات في عقد الاستثمار لا تكون بالتأكيد أول ما يفكر فيه أطراف عقد الاستثمار عند إبرامهم له، إلا أن مبدأ الاستقرار في المعاملات الاقتصادية يفرض عليهم تضمين عقود الاستثمار ببعض البنود التي تؤمن حل كل خلاف يقع أثناء تنفيذ هذه العقود بالاعتماد على قانون العقد بالدرجة الأولى بعيدا عن السلطة المطلقة للدولة المضيفة للاستثمار، وكذلك بالالتزام بالنصوص القانونية السارية وقت إبرام العقد وهنا نكون أمام شرط الثبات التشريعي والذي يعمل على تجميد العقد من الناحية الزمنية حتى لا يسري على العقد إلا القوانين التي كانت سارية وقت إبرام العقد.

عموما تكمن أهمية الدراسة من ناحيتين:

- من الناحية الأولى لما تعكسه هذه الشروط من خطورة على الدولة المضيفة للاستثمار بوصفها تمثل غالبا قيادا على سلطاتها التشريعية من جهة وعلى سيادتها من جهة أخرى.

مقدمة

ومن الناحية الثانية في كون أنه انطلاقا من الدور الذي يلعبه البترول في الجزائر، والذي لا يمكن تجاهله بالنظر لما ساهمت فيه العوائد النفطية في إخراج الجزائر في كل مرة من أزماتها، إلا أن الحديث عما فعله النفط بالاقتصاد الجزائري يحاول أن يظهر المفارقات المتعلقة بهذا المورد، فقد تسبب الاعتماد المفرط على البترول في تكوين اقتصاد وطني أحادي الجانب والمورد، مما جعله عرضة للصدمات الخارجية، وهو ما حدث سنة 1986 حين انخفضت أسعار النفط إلى أدنى مستوياتها، فخلفت بذلك اختلالات هيكلية بارزة وعجز موازين الدولة الخارجية منها والداخلية، فأصبح الاقتصاد الجزائري يتصف بالاقتصاد البترولي، الشيء الذي تسبب في عدم تنمية الجانب الآخر وهو الأهم للدولة والمتمثل في القطاعات الإنتاجية، فأنحصرت التمويلات والاستثمارات الأجنبية والمحلية في قطاع المحروقات.

بالتالي فإن أهم العقود الاستثمارية التي تبرمها الجزائر تتعلق بالعقود البترولية، وبالضرورة يجب أن تشمل عقود البترول العديد من الشروط التي تنتوع حسب المسائل التي تتناولها، ومن هذه الشروط ما يُعنى بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ومنها ما يُعنى بكيفية تسوية المنازعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف بمناسبة العقد المبرم بينهم، ومنها ما يُعنى بتوفير بعض الضمانات لصالح الشركة الأجنبية ويسمى بشرط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد.

حيث تسعى معظم الدول بما فيها الجزائر على تطبيق قوانينها الوطنية على عقد الاستثمار، وفي نفس الوقت تنص على إدراج شرط الاستقرار التشريعي في قوانينها الذي يطلبه المستثمر الأجنبي حفاظا على مصالحه، والأهداف التي سطرها عند إبرام هذا العقد، والهدف من كل هذا هو تحقيق الاستقرار التشريعي لتنفيذ الالتزامات المتفق

مقدمة

عليها من قبل الأطراف، وهو ضمانة إضافية للمتعاقد مع الدولة للعمل على أرضية قانونية معروفة مسبقاً.

وإن كانت مسألة الثبات التشريعي لاتزال محل خلاف فقهي بسبب تجاذب مصالح الأطراف بينها، فهو من جهة إقرار لمصالح الطرف الأجنبي عند الاعتداد به، ومن جهة أخرى يحق لكل دولة تعديل أو إلغاء تشريعها بإرادتها المنفردة مادام هذا التصرف لا يمثل إخلالاً بتعهد دولي، لذا تحرص الدول على تشجيع الاستثمار للمساهمة في تحقيق تنميتها ما يدفعها للتعهد الصريح في تشريعها الداخلي بعدم تعديل أو إلغاء قوانينها السارية عند إبرام العقد، رغم أن لها الحق في تعديل أنظمتها القانونية لتحقيق تنميتها الاقتصادية التي هي صميم حقوقها السيادية¹.

كما أن الهدف الأساسي من هذه الدراسة يتمثل في البحث عن كيفية إعمال شروط الثبات التشريعي بالشكل الذي يضمن الحفاظ على التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستثمار إلى جانب تحقيق الاستقرار والأمان القانونيين وحفظ توقعات المستثمر المتعاقد مع الدولة.

أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع، لعل اختيارنا الخوض في موضوع شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار تبرره الاعتبارات التالية:

- كونه موضوع مثير للاهتمام يجمع بين الدراسات القانونية والدراسات الاقتصادية من جهة.

¹ - سمية صخري، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، أطروحة دكتوراه، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية 2017/2018، ص195.

مقدمة

- المسار التحولي الذي يشهده قانون الاستثمار والنظام الاقتصادي، إذ يحاول موضوع هذه الدراسة تحليل مسار التحولي الذي يشهده النظام الاقتصادي في الجزائر وتقدير مدى استطاعة قانون الاستثمار ملاحقة تبعات هذا التحول- النظام الرأسمالي- خدمة للاقتصاد الوطني.

- تباين نظرة فقهاء القانون حول شرط الثبات التشريعي، بين مؤيد لهذه الشروط ورافض لها، وصولاً إلى موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط .
- الرغبة في إثراء مكتبة الجامعة الجزائرية بمثل هذه المواضيع العملية الهادفة لإيجاد حلول قانونية لازمة اقتصادية تمر بها الجزائر.

إن أهم إضافة ينوي الباحث تقديمها من خلال هذه الأطروحة تتمثل في:

-تكملة ودعم ما توصلت إليه الدراسات السابقة للموضوع، خاصة في ظل ندرة التراكمات العلمية المتناولة لموضوع شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار سواء في الفقه الجزائري أو الفقه العربي.

-فبينما اتجهت أغلب الدراسات السابقة في الجزائر، نحو دراسة الموضوع إما من باب النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ككل، وإما من باب الضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي.

وانطلاقاً مما أنجز من بحوث وأطروحات في الفقه الجزائري أو العربي، ينوي الباحث من لمسته الخاصة دعماً لدراسات السابقة، وذلك من خلال الخوض في تحليل الاستجابات التي يقدمها شرط الثبات التشريعي في القانون الاستثمار على عدة مستويات أهمها:

- اعطاء مدلول لشروط الثبات التشريعي من رؤية الفقه والنصوص القانونية الجزائرية والمقارن، للوصول في الأخير إلى مدى صحة هذه الشروط.

مقدمة

- تحقيق الموازنة بين المستثمر والدولة، بالرغم من ضرورة وإدراج مختلف الشروط الخادمة لمصالح المستثمر من جهة، ومن جهة أخرى الدولة التي تعتبر ذات صاحبة السيادة التشريعية، هذه الأخير التي تمنحها سلطات انفرادية استثنائية .

فبعد انخفاض عائدات البترول وتزايد النفقات العمومية، تبنت الجزائر سياسة تنمية جديدة بفتح الأسواق للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ومنح الامتيازات والتسهيلات والحماية اللازمة لها، ومن بين الضمانات والتحفيزات القانونية نذكر إدراج شرط "الثبات التشريعي" أو ما يعرف بشرط "الاستقرار التشريعي" أو "شرط تجميد التشريع"، في عقود الاستثمارات التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي.

أما فيما يخص الصعوبات والعراقيل التي صادفت إعداد هذه الدراسة فتمحورت في:

- الضيق الشديد لحيز الدراسة وذلك لارتباط عنوان البحث بقانون الاستثمار الجزائري وبمعنى أصح المادة 22 من قانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، الأمر الذي جعل من المستحيل الاعتماد عليها لوحدها دون الرجوع إلى القوانين المقارنة والدراسات الفقهية و الحلول القضائية بهذا الخصوص.

- العناية في تجميع المراجع المتعلقة ببعض المواضيع والأفكار التي تطرحها الدراسة خصوصا الجزئية منها والمرتبطة بالشروحات التفصيلية والمتسلسلة.

- تطلب الأمر تتبع أهم القضايا التحكيمية في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار التي اندرجت ضمن بنودها شروط الثبات التشريعي.

ولكون شروط الثبات التشريعي تعد كأصل عام شروطا غير معتادة في عقود الاستثمارات التي تكون الدولة طرفا فيها، ولعل ذلك هو ما يفسر عدم اهتمام الفقه في مجموعه بالتعرض لدراسة هذه الشروط وطبيعتها وصحتها، وآثارها على حدود سيادة الدولة وسلطتها في إصدار أو تعديل وإنهاء تشريعاتها الداخلية بشكل انفرادي، الأمر

مقدمة

الذي يدفع لمحاولة دراستها وتحديد مختلف الجوانب المتعلقة بها والإجابة عن الإشكالية الجوهرية لهذه الدراسة والمتمثلة في:

ما مدى فعالية ونجاعة شروط الثبات التشريعي المعترف بها ضمن قانون الاستثمار الجزائري، وماهي تبعاتها في مواجهة سيادة الدولة ؟

وتنبثق عن هذه الإشكالية عدة أسئلة فرعية أهمها:

- ما المقصود من شرط الثبات التشريعي؟.
- ماهي طبيعة شروط الثبات التشريعي وما مدى صحتها؟.
- ما مصير العقود التي تبرمها الدولة والتي تتضمن بنودها شروط الثبات التشريعي وأثر التغييرات التشريعية عليها؟.

وللإجابة عن الأسئلة المطروحة تم الاعتماد على المنهج التحليلي لتحليل توجهات المشرع الجزائري نحو تبني هذا النوع من الشروط في ظل القانون المتعلق بتزقية الاستثمار 09-16 وكذا المحافظة على تعهدات الدولة الجزائرية في ظل عقود الاستثمار المتضمنة لهذا النوع من الشروط.

إلى جانب المنهج المقارن من خلال الاطلاع على تجارب الدول الأجنبية التي تبنت هذا النوع من الشروط في قوانينها الداخلية، أو كيفية تعاملها معها عندما كانت طرفا في قضايا تحكيمية تمحورت حول عقود استثمار اشتملت على شرط الثبات التشريعي.

وتبعا للإشكالية المسطرة، سيتم معالجة الموضوع وفقا لتقسيم ثنائي الأبواب، نعالج في الباب الأول عرض مفصل للإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي، وذلك من خلال إعطاء مدلول لشروط الثبات التشريعي، وأنواع هذه الشروط وصولا إلى تحليل رؤى كل من القانون المقارن والقانون الوطني في مدى صحة شروط الثبات التشريعي.

مقدمة

ليتم الخوض في باب ثان من هذا الموضوع، في مسألة تقدير مدى فعالية أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار، من خلال استجابة وخضوع الدولة لهذه الشروط في ظل نظام المسؤولية الدولية للدولة.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار.



الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

تمهيد:

في ظل عولمة الاقتصاد وتوحيد القواعد الدولية المطبقة على الاستثمارات وبالخصوص في مجال الحماية والضمانات، شاع إدراج شرط "الثبات التشريعي" في أغلب عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

فالشركات الكبرى المستثمرة التي تبرم عقوداً زمنية طويلة، وخاصة تلك الشركات المستثمرة في مجال البترول¹، تبحث عن ما يؤمن نشاطها الاستثماري طوال مدة أطويلة من المخاطر غير التجارية²، ولعل أبرزها المخاطر التشريعية والتأمين والمصادرة، فغالبا ما تكون البيئة القانونية في البلدان المضيفة غير مستقرة وتحاول البلدان التي تبحث عن جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها أن تبدي بعض التسهيلات والتحفيزات والمزايا والضمانات لتشجع الاستثمار الأجنبي، ومن أبرز هذه التحفيزات إدراج "شرط الثبات التشريعي".

ويعتبر تطبيق شرط "الثبات التشريعي" من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار، وخاصة في الدول التي هي بحاجة لجذب الرأسمال الأجنبي، فالثبات التشريعي وسيلة بيد المستثمر لدرء المخاطر الناتجة عن عدم الاستقرار التشريعي في تلك الدولة، وبالتالي تلجأ الدول إلى هذا الشرط من أجل طمأنة المستثمرين المتعاقدين معها من خلال إدراجه في بنود عقد الاستثمار.

¹ - هذه الأخيرة تلتزم بالبحث والتنقيب واستغلال وإنتاج البترول خلال مدة زمنية معينة، مقابل حصول الدولة على مقابل مالي معين واحتفاظها بملكيتهما للثروة البترولية.

² - يشار إلى أن المخاطر غير التجارية يقصد بها مخاطر الاستثمار الناتجة عن عوامل غير تجارية مثل: الحرب والاضطرابات الداخلية والتدخلات الحكومية علما بأن في العالم عددا من الهيئات الدولية ترغب في تقديم ضمانات ضد هذه المخاطر إلى المستثمرين الأجانب .

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

فتعمل سلطة المتعاقدين على تثبيت قانون العقد، فلا يسري على العقد إلا أحكامه النافذة وقت انعقاده دون أن يطرأ عليه أي تغيير في المستقبل¹.

والجزائر على غرار مختلف الدول النامية التي تتنافس بجلب الاستثمارات الأجنبية، سعت جاهدة لإصدار العديد من القوانين المحفزة على الاستثمار والمصادقة على سلسلة من الاتفاقيات المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار لإزالة كل العقبات والمخاوف التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر، ومن بينها تكريس مبدأ استقرار التشريع، حيث تهدف من وراء تكريس هذه الضمانة إلى جذب المستثمرين الأجانب وهذا من أجل الاستفادة من الشراكة الأجنبية القادرة على ضمان تحويل التكنولوجيا والمعرفة للطرف الجزائري.

وبالنظر لأهمية هذا النوع من الشروط في عقود الاستثمار، وخاصة تلك العقود طويلة المدة، يتحتم دراسة ماهية شروط الثبات التشريعي (الفصل الأول)، ثم علاقة شرط الثبات التشريعي بغيره من الشروط الأخرى المدرجة في عقود الاستثمار (الفصل الثاني).

¹ - كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي - عقود البترول نموذجاً - ، الملتقى الدولي السادس عشر حول: الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي: 22 و23 فيفري 2016، ص 176.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشروط الثبات التشريعي

الفصل الأول: التكيف القانوني لشروط الثبات التشريعي

التشريع هو الأداة التي تعبر بها الدولة عن سياستها الاقتصادية بصفة عامة والاستثمارية بصفة خاصة، وتوجيه هذه الأداة من حيث التعديل أو الإلغاء لا يكون كمبدأ عام إلا للدولة، انطلاقاً من الاعتراف الدولي بالحق لكل دولة ذات سيادة وسلطة في التصرف والتحكم بحرية في تشريعاتها بما يضمن تحقيق مصلحتها وأهدافها، وهو الأمر الذي يمكن أن يشكل لدى المستثمر بعض المخاوف والتردد من استثمار أمواله في دولة تمتاز سياستها التشريعية بالتغيير وعدم الاستقرار، وهو ما سيؤدي بالضرورة إلى زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة في الدولة المضيفة، مما أدى ببعض التشريعات إلى الاعتراف بسلطة التجميد الزمني للنصوص التي أبرم عقد الاستثمار في ظلها، وهو ما قد يفسر على أن الدولة التي تتقيد بهذا الشرط في التزاماتها التعاقدية تكون قد تنازلت عن سيادتها وحققها في التصرف في قوانينها، بالتعديل أو الإلغاء كما تشاء ووقت ما تشاء، بمعنى أن الدولة بهذا التصرف تكون قد تنازلت عن أحد مظاهر السيادة المقررة لها وفقاً لقواعد القانون الدولي على إقليمها¹.

وقد كان للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة أثر كبير في العمليات التعاقدية، بحيث ظهرت الكثير من العقود المركبة والمعقدة ترد على مشروعات عملاقة تقدر قيمتها بأموال طائلة وتنطوي على كثير من التعقيدات الفنية والقانونية والمالية، ومن خلال هذه التطورات برز دور العقد باعتباره الأداة الفنية للقيام بهذه المهمة، وقد عبر الأستاذ "محمّد إسعاد" عن ذلك بقوله: "إن فكرة العقد على المستوى الدولي تتمتع

¹ - قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب، شروط الثبات التشريعي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، المجلد 12، العدد 01، سنة 2010، ص 561.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

بوزن حقيقي وواقعي يفوق بالضرورة وزن النصوص ذات الطابع الرسمي"¹.

وبناء على ذلك، يعد شرط الثبات التشريعي من أخطر الضمانات التي تقدمها الدولة بغية استقطاب الاستثمارات وإرضاء المستثمرين، لما فيه من تنازل عن حقها في مسايرة الظروف المستحدثة خاصة في عقود المدة، كما يعد من أهم الضمانات التشريعية حيث يقيد الدولة في مواجهة المستثمر عن طريق حظر التعديلات اللاحقة التي تطرأ على الاستثمار والتي تؤدي إلى الانتقاص من الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي وقت إبرام العقد فبوجود شرط الثبات التشريعي يتحقق التوازن بين الدولة و المستثمر.

وفقا لما تقدم، تتم دراسة هذا الفصل في إطار مفهوم شروط الثبات التشريعي(المبحث الأول) فشرط الثبات التشريعي في التشريع الجزائري (المبحث الثاني).

¹ - مروت أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2014/2015، ص 02.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المبحث الأول: مفهوم شروط الثبات التشريعي

ظهر هذا النوع من الشروط أول مرة من خلال الاتفاقية البترولية في الاتفاق المبرم بين شيخ البحرين و شركة بابكو سنة 1920 إذ نصت المادة 08 منها بأنه: «لا يجوز للشيخ إلغاء الاتفاقية بتشريع عام أو خاص أو أي إجراء إداري أو أي طرق أخرى مهما كان نوعها».

واستمر بعد ذلك في عقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الانجليزية Rnglofrom عام 1933 في المادة 21 منه إذ نصت على أنه: «لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية»، وبعد أن ثار النزاع بين الشركة المذكورة وإيران سنة 1951 تبلور بشكل واضح في موقف أحكام التحكيم، بالتالي ما يمكن قوله نسبة لولادة هذا الشرط هو أنه من أصل اتفاقي وتدرج ليكون تشريعيا فيما بعد. إذ تباينت الدول في التعاطي معه حسب معطياتها الاقتصادية والسياسية والتشريعية¹.

وعموما، لدراسة مفهوم شروط الثبات التشريعي، يتطلب بداية التطرق لكل ما يتعلق بها من تعريف (المطلب الأول) وأنواع (المطلب الثاني) وطبيعة قانونية (المطلب الثالث) وصولا للتفصيل في مدى صحة هذا النوع من الشروط (المطلب الرابع).

¹ - غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلد الأول، العدد 02، سنة 2009، ص174.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي

عند البحث عن تعريف لشرط الثبات التشريعي في التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار¹، يلاحظ بأن المشرع الجزائري تناول النص بموجب المادة 22 منه على مبدأ أو ضمانة الاستقرار التشريعي لحماية المستثمر الأجنبي من الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، والتي تطراً مستقبلاً على الاستثمارات المنجزة في إطاره إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة، لكن المشرع لم ينص على شرط الثبات التشريعي أو تعريفه، إنما اكتفى بالإشارة إليه ضمناً من خلال آثاره، حيث أنه يمكن للمستثمر الأجنبي وبغية ضمان حقوقه ومصالحه ضد مخاطر التقلبات التشريعية أن يدرج هذا النوع من الشروط².

لكن فقهما تعددت التعاريف التي تطرقت لهذه الشروط ومن بينها: ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها مما يغير من الوضع القانوني، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين³.

- تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها، إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، ويترتب

¹ - القانون رقم 09-16 المؤرخ في: 29 شوال عام 1437، الموافق 03 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت سنة 2016.

² - شرط الثبات التشريعي من بين الشروط التي اجتهد الأطراف في التعامل معها وخصوصاً في عقود الاستغلال واستثمار الثروات الطبيعية التي من أبرزها البترول.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد 4، العدد 43، سنة 1987، ص 68.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها¹.

- أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد، حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها الناظمة بهذا المستثمر الأجنبي².

- خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة والساري لحظة إبرامها، بمعنى آخر هو التزام الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية بعدم القيام بإدخال تغييرات أو تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكمها وقت إبرام العقد.

وبالتالي، يعتبر الاتفاق على هذا الشرط بمثابة تنازل من الدول لصالح المستثمر الأجنبي على جزء من سيادتها في مجال التشريع، من خلال تعهدتها بتحصينه من الخضوع لتطبيق أية تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تمس بمركزه الاقتصادي³.

الشرط الذي تتعهد بموجبه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة في علاقتها مع الأجنبي، وإبقائها على نفس الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، بهدف حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد⁴.

إلا أن النص في العقد على تثبيت النظام القانوني للاستثمار وعدم خضوعه للتعديلات التشريعية اللاحقة لإبرامه، إنما يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي

¹ - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 172.

² - حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 332.

³ - محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات، يومي 20 و 21 ماي سنة 2013، ص 203.

⁴ - ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، المرجع السابق، ص 62.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

بقابلية التشريع للتعديل والتغيير لمواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية، وهو استثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره¹.

ومن ثم فإن هذا المبدأ قد استمد من تجربة المؤسسات العمومية في مجال العقود الدولية، بهدف التقليل من صلاحيات الدولة في مجال التشريع المتعلق بالاستثمارات بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرامه مع استبعاد التعديلات اللاحقة له².

من خلال قراءة وتحليل التعاريف السابقة يتضح أن تفعيل هذا الشرط يتأتى من اتفاقية ثنائية أو إقليمية، ترقى إلى مستوى التشريع تكون معها سلطة الدولة المتفاوضة محل تقييد من إصدار أي تشريع أو لائحة من شأنها التأثير على العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني: أنواع شروط الثبات التشريعي

بالاستناد إلى مصدر شروط الثبات التشريعي كأصل عام، يتم فقها التمييز بين الشروط التي مصدرها الاتفاق أو التعاقد من جهة وتلك التي يكون مصدرها القانون؛ إضافة إلى العديد من التقسيمات الأخرى الفرعية³.

¹ - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 01، بيروت، سنة 2006، ص 244.

² - دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الاستثمار في الجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تسييمسيلات الجزائر، المجلد(03) ، العدد (01)، جوان 2018، ص 176.

3 - وجاءت الدكتورة حفيظة السيد حداد بتقسيمات فرعية جديدة للشروط الثبات التشريعي: أولاً- من حيث المضمون:

فإنه يمكن تقسيمها إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد، وقد تكون هذه الشروط شروط خاصة فقط على عدم سريان

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

فقد يتخذ شرط الثبات التشريعي عدة صور باختلاف المعيار المعتمد في التصنيف إما من ناحية الغاية أو الوظيفة المتوخاة منه (الفرع الأول)، أو من الناحية الفنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الثبات بالنظر إلى الغاية أو الوظيفة المتوخاة منها

لتحقيق غاية شروط الثبات التشريعي، فإن الأطراف المتعاقدة تلجأ إلى صباغتها على نحو من شأنه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا، أو عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي.

بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالجمارك والضرائب... إلخ) سواء كانت هذه التشريعات تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

ثانياً- من حيث الأشخاص المستفيدين:

فإن هذه الشروط يمكن أن تقسم إلى شروط مطلقة، لا تحدد على وجه التحديد من هو المستفيد منها وهل هو المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط أم أيضاً أشخاص العاملين فيه.

وشروط نسبية محددة لمن هو المستفيد منها، فتتص على أن المستفيد من هذه الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة وإن كافة الامتيازات والإعفاءات الخاصة به لا يستفيد منها سواه ولا تسرى على الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

ثالثاً- من حيث نطاقها الفعلي:

تقسم إلى شروط تنطبق في كل الأحوال، وشروط تنطبق فقط في حالة صلاحيتها للمستثمر الأجنبي.

رابعاً- من حيث المصدر الذي تستند إليه هذه الشروط:

فإنه يمكن أن نفرق بين شروط الثبات ذات الأصل التعاقدية أو الإتفاقي أي تلك التي تجد مصدرها في العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها، وبين شروط الثبات ذات الأصل التشريعي، أي تلك التي تستند إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد والتي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون. ينظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 330.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

واستناداً إلى الغاية أو الوظيفة التي تؤديها شروط الثبات التشريعي فإنه يمكن تصنيفها على نحو يتماشى مع دورها ويتفق أيضاً مع الأساليب القانونية المستخدمة في صياغتها على النحو التالي:

أولاً- شروط الثبات التشريعي الهادفة إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد

إن تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، يعني عزل العقود التي تعد كمظهر للحياة الاجتماعية أو أداة للحياة الاقتصادية عن القانون، وذلك بتجميد القانون في الزمان بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام ذلك العقد، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل¹.

ومن الأمثلة لشروط الثبات التشريعي الهادفة إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد ما جاء في المادة 47 من الاتفاق المبرم بين حكومة غانا وشركة فولتا ألمنيوم ش.م.م، حيث نصت على أنه: «الاتفاق المعني وكذلك كافة الوثائق الملحقة به قد تم إبرامها وترتيب جميع أثارها وفقاً للقانون الغاني الساري بتاريخ 22 يناير سنة 1962 إلا إذا نص صراحة على خلاف ذلك».

كذلك بالرجوع للمادة 04 من الاتفاق المبرم بين شركة **Oil and Planet Corporation Mineral** وحكومة موريتانيا فإنها تنص على أن قانون التعديل الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي يلحق بالنصوص المدرجة في الملحق للاتفاق

¹ - عبد الكريم أحمد سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 108.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الحالي وبعد جزء لا يتجزأ منه¹.

كذلك فإن المادة 4 من الاتفاق المبرم بين موريتانيا وشركة **Texaco Mauritanie Inc** تنص على أنه: "تضمن الحكومة الموريتانية للشركة ثبات الشروط العامة والقانونية والاقتصادية والضرائبية، وتلك الشروط الناجمة عن القانون واللوائح السارية في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق وكذلك نصوص الاتفاقية، وذلك طوال مدة سريان هذا الاتفاق.

* يعتبر قانون التعدين الذي تم تشييته طوال مدة سريان هذا الاتفاق ملحقاً بالنصوص المدرجة بالاتفاق الحالي وبعد جزء لا يتجزأ منه."

علاوة على ذلك، فإن المادة 41 من عقد الامتياز المبرم بين الإكوادور (**Equateur**) وشركة **Texas petroleum** والموقع في 21 فبراير 1964 تنص على أن "تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد، تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها².

وقد انقسم الفقه إلى ثلاثة فرق في تكييف شرط الثبات التشريعي: فريق يذهب إلى القول بأن شرط الثبات من شأنه أن يدمج القانون واجب التطبيق في العقد، بحيث يصبح قانون الدولة المضيفة وقت إبرام العقد شرطا تعاقديا يحكم دون غيره علاقات

¹ - تهاني عنيزان صالح الرشيد، الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية طبقاً للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة مع القانون المصري، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، القاهرة، سنة 2015، ص 124.

² - حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 333.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

طرفي عقد الاستثمار، ويفقد القانون صفته في التعبير عن إرادة المشرع¹.

يتبن لنا في الحالة المتقدمة أنه يتم عزل العقد عن التعديلات التشريعية التي يجريها المشرع في تاريخ لاحق على إبرام العقد، أي يجعل العقد محصن عن أية تشريع مستقبلي.

بينما يذهب جانب إخر من الفقه إلى أن شروط الثبات إنما توقف قوة سريان القانون عند التاريخ الذي يحدده أطرافها، فلا تسري التعديلات اللاحقة على العقد لأن أطراف العقد نصوا فيه على توقيف قوة سريان العقد².

وإذ نتحفظ على الرأيين السابقين، لأنهما ينطلقان من فكرة قوامها المساواة بين إرادة طرفي العقد وإرادة المشرع، بحيث يجيز للأولى أن تلغي الثانية كلياً، ودون تمييز بين القواعد الآمرة وغيرها من قواعد القانون التي يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على خلافها، إذ أنه من الملاحظ أن شروط التجميد تنصب على القواعد القانونية التي لا يجيز قانون الدولة المضيفة للخاضعين له الاتفاق على ما يخالفها.

أما الفريق الثالث فقد اتجه إلى تكييف شرط الثبات في عقد الاستثمار باعتباره "استثناء من القاعدة العامة" التي تقضي بخضوع المستثمر لقانون الدولة المضيفة، وكذلك خضوعه للتعديلات التي تجريها الدولة على تشريعاتها المنظمة للنشاط الاقتصادي³.

إلا أن هذا الرأي أيضاً منتقد، لأنه لم يذكر سند الاستثناء من القاعدة العامة، ولم يفرق بين الصور المختلفة لشروط الثبات التشريعي.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص 67.

² - دريد السمراي، المرجع السابق، ص 141 .

³ - المرجع نفسه، ص 141.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

فاندماج قانون الدولة في العقد نفسه يؤدي إلى عدم إمكانية تفسير هذا القانون كقانون وضعي، وإنما يتم تفسيره على اعتبار أنه مجرد شرط تعاقدى مختار من قبل الأطراف المتعاقدة من أجل حكم علاقاتهم المتبادلة، وهكذا يصبح محصنا ضد أي تعديلات تشريعية تطراً مستقبلاً.

ومع ذلك، وعلى الرغم من أن القواعد القانونية المختارة من قانون الدولة المتعاقدة لكي تصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد لا يمكن أن تكون محلاً للتعديل أو للتغيير (على الأقل دون اتفاق الأطراف)، وذلك احتراماً لشرط الثبات التشريعي الذي أدى إلى اندماج القانون في العقد، فإن الدولة المتعاقدة يمكنها دائماً بوصفها سلطة عامة أن تضع قواعد قانونية أو لائحية تبطل أو تفسخ العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي¹.

ثانياً - شرط الثبات وعدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد

إن المبدأ الذي تقوم عليه شروط الثبات التشريعي ونتيجته قد أقرها القضاء في منازعات العقود الدولية منذ الثلاثينات، وذلك إعمالاً لمبدأ آخر هو الحرية الدولية للاتفاقات والعقود أو مبدأ سلطان الإرادة.

وطبقاً لهذه الشروط تتعهد الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحسين العقد ضد أية تغييرات تشريعية أو لائحية تطراً في المستقبل والنص على عدم سريانها في العقد، فمن غير المتعذر أن ندرك غاية تثبيت القانون واجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد وهي استقرار الرابطة التعاقدية وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطراً على قانون العقد مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 334.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

التعاقدية وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر¹.

فالشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة تحرص دائما على ثبات واستقرار الحقوق والالتزامات العقدية، وقد كان هذا الحرص نتيجة للطبيعة الخاصة للعقود المبرمة مع الدولة لتمييزها بطول مدة سريان التعاقد، و إحتياجات العقد إلى الدراسات الأولية والخبرات ورأس المال الوافر الذي غالبا ما تسعى إلى توفيره من المؤسسات المالية، فهي بذلك ترتبط بخطط تنفيذ هذه المشروعات في الأجل المحدد، أضف إلى ذلك أن هذه الشركات عند إعدادها الدراسات في ما قبل مرحلة التعاقد تضع في حساباتها الرسوم والضرائب المفروضة عليها وفقا للقانون الساري في الدولة المضيفة عند التعاقد².

فكان من أبرز هذه الضمانات تضمين المتعاقد الأجنبي في عقده مع الدولة المتعاقدة شرط الثبات التشريعي بهدف الحيلولة بين الدولة كطرف في العقد وبين استخدامها بوصفها سلطة تشريعية قادرة على سن التشريع وإعماله على العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأجنبي، فهذه الشروط تستجيب لاعتبارات الاستقرار للرابطة العقدية وهو ما يشكل نوعا من الاستقرار والأمان الذي تبحث عنه بصفة خاصة الشركات الأجنبية.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص70.

² - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص161.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعي من الناحية الفنية

قد حاول الفقه منذ القدم أن يقيم التوازن بين الإرادة الفردية والإرادة القانونية بل وسعى إلى تأكيد هيمنة الأولى على الثانية لما تقود إليه إرادة القانون من تحقيق الأمان والاستقرار للروابط القانونية، إلا أن تطور الفكر القانوني أعطى لإرادة الأطراف العديد من السلطات على غرار تحديد القانون الواجب التطبيق، وقد بدأ ذلك في الاعتراف من القضاء بسلطة الأطراف في تجميد قانون العقد من حيث الزمان بحيث لا يسري عليهم أحكامه النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك.

وعليه، تبدو شروط الثبات والتي يتم بمقتضاها تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد أكثر شيوعاً في عقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وإن التحليل الفني لهذه الشروط يجعلها عادة تتخذ إحدى الشكلين إما شروط تعاقدية أو اتفاقية وأخرى تشريعية¹.

أولاً: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

إن الشروط التعاقدية هي تلك التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته وتتص على أن القانون الذي يسري على العقود عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام، مع استبعاد أي تعديلات لاحقة قد تطرأ عليه².

¹ - ينظر كلا من: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته- دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 305 / شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص تحولات دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2009/06/11، ص 93.

² - والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/12/16، ص 230.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ومثال عن الشروط التعاقدية: العقد المبرم بين الغابون وشركة **France ville** لمناجم اليورانيوم أين تعهدت دولة الغابون بموجب نص المادة 19 من العقد على استعادة الشركة من القانون الساري المفعول أثناء إبرام العقد، ولا يطبق عليها القانون الجديد إلا إذا طلبت الشركة ذلك¹.

كذلك قد ورد النص على مثل هذه الشروط² في العقد المبرم بين الحكومة الإندونيسية وشركة **Freeport Indonesia Inc** في 07 أبريل 1967 حين نصت المادة 14 منه على أنه: «تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الإندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الإندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طوال مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك»³.

كما أكدت المادة 21 من العقد المبرم بين حكومة ليبيريا وشركة الحديد والصلب الليبيرية على هذه الشروط عندما نصت بأنه: «اتفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا ويتم تأويلها وتفسيرها بموجبها، إنما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتفاقية أو بعده، ويكون غير متوافق أو مناقض لنصوصها».

¹ - معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص190.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته - المرجع السابق، ص 307.

³ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص162.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

بالإضافة إلى ذلك، نذكر نص المادة 15 من الاتفاق والعقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله، الذي جاء فيه أنه: "لا يمكن أن تطبق على الشركة، بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد، خلال مدة الاتفاق).

وأيضاً، نص المادة 14 من العقد المبرم بين دولة طوغو، وشركة مناجم Benin الذي قرر أنه في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية طوغو المستقلة، فإن تلك الأخيرة تعهد بأن تضمن باستثناء خاص، لصالح شركة مناجم Benin الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة (التصريح بالبحث، الامتيازات) الممنوحة للشركة، هذا ما لم تسلك تلك الأخيرة الأحكام الجديدة.

كما جاء أيضاً بأحد العقود المبرمة في سنة 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية أنه يكون واجب التطبيق على العقد "القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحال.. ويفصل المحكمون- في النزاع- على أساس العدالة والقانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي".

بالرجوع للجزائر، فقد أبرمت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار العديد من الاتفاقيات كرسست من خلالها شرط الثبات التشريعي ومن أمثلة ذلك:

-الاتفاقية المبرمة مع شركة الدار الدولية سيدار حيث نصت المادة 05 من الاتفاقية على أنه: «طبقاً للمادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه فإن المراجعات والتي تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية».

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

-الاتفاقية المبرمة مع الشركة الجزائرية للإسمنت ACC حيث نصت المادة 06 من الاتفاقية على أنه: « طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه، فإن المراجعات والتي تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية»¹.

ثانيا: الشروط التشريعية

يطلق عليها كذلك شروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي، ويقصد منها النصوص التشريعية التي وردت في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفا في عقد أو اتفاق دولي مع شخص خاص أجنبي، بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة الأخير بأنها لن تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق، وقد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد لقانون العقد قانون البترول الإيراني الصادر سنة 1957 الذي نص على أن: « أي تغيير مخالف للشروط والامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي وقت بصدده تجديده لا تطبق على ذلك العقد إلا في خلال مدته الأولى، لا في خلال مدة تجديده»².

وهناك أيضا قانون الاستثمار للكاميرون لعام 1960، حيث نصت المادة 18 منه وبصفة عامة على أن " اتفاق الإقامة يحدد خصوصا.. ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية، كما في مجال التحويل المالي وتسويق المنتجات".

¹ - بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، نوقشت بتاريخ: 25 أبريل سنة 2016 ص 267.

² - ينظر كل من: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته- المرجع السابق، ص 308/ غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 173.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

كذلك نصت المادة 24 من قانون البترول الليبي رقم 52 لعام 1955 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره، فضلا على أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المبرمة قبل العمل بها¹.

المطلب الثالث: طبيعة شروط الثبات التشريعي

تباينت آراء الفقهاء في النظر لطبيعة هذه الشروط حول ما إذا كانت شروط تحويلية لطبيعة القانون (الفرع الأول)، أو باعتبارها استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد بما لها من أثر واقف للتشريعات اللاحقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تحويلية لطبيعة القانون

يرى فريق من الفقه أن التعديلات التي تطرأ على القانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد لا تسري عليه، بالنظر إلى أن ذلك القانون يندمج وينصهر في العقد، ويصبح عبارة عن شرط تعاقدى كباقي شروط العقد أو بنوده، وهنا لا يكون لذلك القانون إلا اسمه فقط ويفقد صفته القاعدية.

حيث لا تسري التعديلات الجديدة على العقد بالنظر إلى أن القانون أصبح بمثابة شرط عقدي يعبر عن إرادة الأطراف لا إرادة مشرعه، وبمعنى أن شروط التجميد الزمى أو الثبات التشريعي تمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الدولية للاتفاقات والعقود².

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص129.

² - حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق، ص. 339 - 342.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وهنا يمكن أن نستخلص أن شروط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي تمارس أثراً تحويلياً **effet transformateur** لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد، إن ذلك التحويل **transformation** يأتي من مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود، فاستناداً إلى هذا المبدأ، يستطيع الأطراف المتعاقدة ليس فقط استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي، بل أيضاً صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها لها الأطراف أنفسهم، أو كما يعبر عن ذلك البعض بقوله "أن قانون الاستقلال (الإرادة) قد أضحي ملكاً للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة إبطال تعهدهم، ولا سلطة تعديله دون رضائهم"¹.

وبخصوص شروط الثبات التشريعي وإدماج القانون في العقد، فيرى جانب من الفقه أن الغاية التي تهدف شروط الثبات إلى تحقيقها هي طمأننة الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بأن القوانين واللوائح التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام العقد لن تطبق عليه².

وبالتالي فإن المتعاقد الأجنبي يجد نفسه محصناً ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من سلطان تشريعي يجعله في مركز تعاقدية غير متكافئ، وللوصول إلى هذه الغاية فإن قانون الدولة المتعاقدة يتم إدماجه في العقد، على نحو يؤدي إلى تجميد القانون لحظة إبرام العقد أو لحظة بدء تنفيذه.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص141.

² - هذا التوجه تبناه المشرع الجزائري في المادة 22 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بقولها: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمرين ذلك صراحة."

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وبالتالي فإن الهدف المحدد أعلاه قد تم تحقيقه من خلال معرفة الطرف المتعاقد مع الدول بقانونها الوطني وتجميده وأصبح القانون المختار بمثابة شروط تعاقدية شأنه في ذلك شأن الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد¹.

ففرضا لو أخذ بهذا الرأي الذي مفاده أن المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لهما القدرة على إبرام عقد له نظامه الخاص به، وما على القاضي سوى تطبيق بنود هذا العقد والذي يعتبر شبه عقد دولي لا يخضع للسيادة التشريعية أو القضائية للدولة المضيفة، ليعيب عليه أن هذه الفرضية لا تكفي بتجريد الدولة المضيفة من سيادتها وإنما أيضا تحرم العقد ذاته من الحماية الدولية التي يوفرها له القانون الدولي². وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الرأي لا يصلح إلا بصدد الشروط التعاقدية أو الاتفاقية للثبات أو التجميد الزمني للقانون، حيث أن الأطراف المتعاقدة، تقوم باختيار القانون واجب التطبيق وإدماجه في العقد بل ويزيد الأمر دقة أنه لا يصلح إلا في الحالة التي يكون هناك اختيارا صريحا لقانون العقد من قبل الأطراف، أما لو تم تحديد ذلك القانون، من قبل القاضي، حال غياب إرادة الأطراف فإن فكرة الاندماج ذاتها وبالتالي الطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر³.

ونحن بدورنا ومن خلال ما سبق نرى في هذه الحالة أن هناك اعتراف بشروط الثبات بنوعيه سواء إذا تعلق الأمر بشروط الثبات التشريعية أو الاتفاقية، فإن مبدأ وجودها يبدو مشروعاً.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 339.

² - عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2006، ص 208.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص 142.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع الثاني: استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن شروط الثبات التشريعي تعد استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، ذلك المبدأ السائد والمستقر في القوانين الداخلية سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو القانون الإداري¹، طالما أن هذا القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة أو تلك المتعلقة بالنظام العام. وعليه فإذا اتفق الأطراف المتعاقدة على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد، فيتوقف سريان القواعد القانونية الجديدة التي تصدر بعد انعقاده².

وتجب الإشارة هنا إلا أن الأثر التوفيقي لشروط الثبات لا يكون إلا في الشروط ذات الطبيعة التشريعية، فالدولة لها الحرية في أن توقف سريان قانون لها بتشريع صادر عنها، ولذلك القاضي يكون ملزماً بتطبيقه باعتباره قانوناً وليس شرطاً تعاقدياً.

¹ - الأصل أن القاعدة القانونية سواء كانت قانوناً أم لائحة أم قراراً فردية توضع لتنظيم شؤون الأفراد على نحو يمكنهم من اكتساب الحقوق عن طريق التواجد في مراكز قانونية عامة، أو مراكز ذاتية لا يجوز التعرض لها إلا بالطريق الذي يحده القانون، وهذا التنظيم يقتضي تطبيق القاعدة القانونية على كل الروابط القانونية القائمة وقت نفاذها، وإن كانت قد نشأت قبل هذا التاريخ.

إلا أنه في بعض الأحيان قد تعمل السلطة المختصة القاعدة القانونية وهي متسلحة بوجود مصلحة عامة، على روابط وقعت قبل نفاذها بقصد تعديل أو محو النتائج القانونية التي تولدت عنها. في هذا الغرض يتجاوز القانون نطاقه الزمني، ويفقد بالتبعية دوره في ضمان الاستقرار وحماية ثقة الأفراد في النظام القانوني الذي يحكمهم، من خلال ما تحدثه القواعد ذات الأثر الرجعي من اضطراب في الروابط القانونية القائمة بين الأشخاص، فإذا جاز تطبيق القاعدة القانونية على الماضي لما اطمأن الناس على حقوقهم، وليس من العدل في شيء إبطال تصرفات الأفراد التي تمت وفقاً لأحكام قاعدة قانونية قديمة، بل من الظلم أن تنهار المراكز القانونية التي نشأت صحيحة واستقرت بطريقة مشروعة بتطبيق قاعدة جديدة تعدل عن نتائجها أو يبطلها، وهذا هو جوهر مبدأ الأمن القانوني. ينظر: رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني - دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري - دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998، ص 17.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، ص 143.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وبهذه المثابة فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى استمرار سريان القانون الذي تم للأطراف اختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد، تعد استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد وتحول دون إعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان¹.

وترى الدكتورة **حفيظة السيد حداد** أن شروط الثبات التشريعي تعد بمثابة استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، يتطلب لتحقيقه ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يقال أن في استمرارية سريان القانون المختار على الرغم من نفاذ هذه القواعد استثناء على مبدأ السريان الفوري².

أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة، فإن هذه القواعد لا تسرى كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، وبالتالي لا يعد تجميد القانون المختار من قبل الأطراف استثناء لمبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للقانون الجديد بل هو محض إعمال له هذا من ناحية³، ومن ناحية أخرى فإن هناك اختلاف حول مدى سريان القانون الجديد بأثر مباشر وفوري على العقود التي تم إبرامها في ظل قانون قديم حتى لو كانت قواعد القانون الجديد تتصل بالنظام العام أو قواعد آمرة⁴.

ويلاحظ أيضا أن مبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية لا ينطبق على العقود الإدارية، وهو تكييف ينطبق في نظر البعض على عقود الدولة ويتلاءم مع طبيعتها، والسبب في ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع عن مبدأ

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 336.

² - المرجع نفسه، ص 336.

³ - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974، ص 293.

⁴ - سمير عبد السيد تناغو، ص 293-294.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

سلطان الإرادة، وبالتالي لا يكون له محل حيث لا يكون مبدأ سلطان الإرادة ذاته موضوع تطبيق. ومن المعروف أن إرادة الأفراد لا تلعب دورا كبيرا في نطاق العقود الإدارية، بل تظل هذه العقود محكومة بفكرة المصلحة العامة التي تؤدي أحيانا إلى حلول لا يمكن التوفيق بينها وبين أبسط المبادئ العقدية¹.

ولذلك فإن القانون القديم الذي أبرمت العقود الإدارية في ظله لا يمتد سريانه بعد إغائه على الآثار الجارية لهذه العقود بل تخضع هذه الآثار لحكم القانون الجديد الذي ينطبق عليها بما له من أثر فوري مباشر.

ولذا فإن الرأي المتقدم بصدد تحديد طبيعة وشروط الثبات على اعتبار أنها بمثابة استثناء من مبدأ التطبيق المباشر والفوري للقانون الجديد لا يخلو من نقد²، لأنه من غير المتصور أن يترك الأفراد بلا حماية في مواجهة القواعد ذات الأثر الرجعي ولها هذا التأثير وتلك الخطورة، من هنا تم إقرار قاعدة عدم انسحاب القاعدة القانونية على الماضي كحق وضمانة للأفراد من ناحية، وكواجب على الدولة حال قيامها بإصدار القواعد المنظمة لشؤون الأفراد أو حال تطبيقها لهذه القواعد على منازعات المنظورة أمامها من ناحية أخرى³.

المطلب الرابع: مدى صحة شروط الثبات التشريعي

تعتبر مسألة صحة شروط الثبات التشريعي من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا في الأوساط الفقهية، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين الاتجاهات الرئيسية التالية:

¹ - سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 298.

² - المرجع نفسه، ص 299.

³ - رفعت عيد سيد، المرجع السابق، ص 18.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

اتجاه أول يدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق (الفرع الأول)، واتجاه ثان ينكر على شروط الثبات التشريعي صحتها وقدرتها على ترتيب أي أثر قانوني يحد من سلطان الدولة (الفرع الثاني)، واتجاه أخير وهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي

وفقا لهذا الرأي تعتبر شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي شروطا صحيحة بما يترتب على ذلك من تحقق الأثر القانوني الناجم عنها، وهو عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة بتعديل العقد ذاته أو بتغيير القانون الحاكم للعقد بإرادتها المنفردة إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يقرر هذا الأثر.

وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه على العديد من الحجج لتأييد توجههم هذا (أولا) على الرغم من الانتقادات التي وجهت إليهم (ثانيا).

أولا- حجج أنصار الاتجاه المؤيد لشرط الثبات التشريعي

يستند هذا الرأي المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق إما إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني يقرر هذه الصحة، وإما إلى اعتبار هذه الشروط صحيحة نظرا لأنها تعد من قواعد القانون الدولي الخاص المادي أو لأنها من القواعد المادية ذات التطبيق المباشر¹.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 344.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وفقا لهذا الرأي يمكن القول بأن تثبيت قانون العقد عند لحظة الإبرام يتماشى مع فلسفة قاعدة تنازع القوانين في العقود الدولية، فجوهر تلك القاعدة أن تطبيق ذلك القانون يجد مصدره وأساسه المباشر في إرادة الأطراف، فالقانون المختص هو ذلك الذي يريده الأطراف ويرغبونه، وهنا يلاحظ أن القواعد التي تطرأ على القانون المذكور بعد إبرام العقد لم يريدها الأطراف ولم تتصرف إليها نيتهم وتطبيقها عليهم رغم ذلك يعني تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة، وهذا يكون غير مقبول في مجال العقود الدولية حيث أن ما يجب اعتباره دائما هو إرادة الأطراف وما أرادوه فقط¹.

ويترتب على صحة شروط الثبات التشريعي المستمدة من القاعدة القانونية التي تقرر ذاتية هذا الشرط وصحته، عدم إمكانية قيام الدولة بتعديل شروط العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي وأيضا عدم إمكانية سريان أية تعديلات جديدة في القانون على القانون الذي يحكم العقد.

كما أن أنصار هذا الاتجاه يعتمدون على المبادئ القانونية ولاسيما مبدأ قدسية العقد وعدم المساس به²، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحققها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى إذ اقتضى الصالح العام ذلك التعديل، فقبول الدولة المتعاقدة مع طرف أجنبي يفيد وفقا لأنصار هذا الاتجاه تنازلا عنها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة، وهو ما يستشف من وجود شرط الثبات التشريعي، وبذلك تكون الغلبة لمبدأ القوة

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد الخامس، سنة 1989، ص 137.

² - كما يبرر البعض شرعية مثل هذه العقود بالرجوع لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة، الذي يقصد به أن الدولة المضيفة للاستثمار لها مطلق الحرية في تغيير أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل شرط ألا يشكل هذا التغيير أي مساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم. ينظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 150.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها والتي تغل يد الدولة في المساس بالعقد سواء بالتعديل أو الإلغاء أو بسط سلطان القانون الجديد عليه¹.

وقد تبنى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة 1979 إمكانية إدراج شرط الثبات في هذه العقود في المادة 03 من القرار الذي جاء فيه أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"².

وهنا نجد موقف الفقه يؤكد الاحترام المطلق للعقد، فهو اتجاه متشدد حيث يرى أن القانون الدولي يتطلب الاحترام الكامل والمطلق للعقود على نحو يعد معه أي مساس بالعقد أيا كانت أسبابه ودوافعه سببا في انعقاد العقد³.

ثانيا- الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه

لقي التوجه المؤيد لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار العديد من الانتقادات ولعل من أهمها:

إن إلزام الدولة بإتباع سياسة الجمود أو التجميد القانوني يتنافى مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يتلاءم مع الظروف الجديدة لتحقيق الغرض الاقتصادي من التشريع وخاصة في ظل ما تتميز به قوانين الاستثمار⁴.

¹ - تهاني عنيزان صالح الرشيد، المرجع السابق، ص150.

² - معاشو عمار، المرجع السابق، ص 290.

³ - Cavare Louis, La protection des droits contractuels reconnus par les Etats étrangers à l'exception des emprunts, Valladolid, 1956, p.27.

⁴ - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 174.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

هذا الاتجاه يجعل العقد يفلت من الخضوع لأي قانون، فلا يمكن للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتحرير العقد من أي قانون، فقد انتهت هيئة التحكيم في قضية **Aramco** إلى أنه:

«من الواضح أنه لا يوجد عقد من فراغ، فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي ما يعطي أثرا قانونيا لإرادات الأطراف المتبادلة والمتطابقة في شأن التعديل، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني وفقا له يتم تكوينه»¹.

هذا الرأي يقوم على افتراض غير حقيقي، وهو أن سيادة الدولة وأهليتها التعاقدية مسألتان لا يمكن التوفيق بينهما، لأن الدولة تتعاقد بوصفها شخص يتمتع بالسيادة والقول بعكس ذلك يعني إنكار الحرية التعاقدية للدولة، وهو أمر يتعارض مع الحقائق النظرية ويكذبه الواقع، وأن المصلحة العامة تقضي بعكس ذلك مما يتطلب تجاهل مثل تلك الشروط وترجيح الصالح العام².

فحق الدولة في التعاقد مع الأشخاص الأجنبية ليس إلا أحد المزايا التي تتمتع بها الدولة والناجمة عن تمتعها بالسيادة والتي تمنحها الأهلية في إبرام التصرفات القانونية فالدولة تتعاقد مع الشركات الأجنبية لأنها شخص يتمتع بالسيادة.

كذلك فإن هذا الرأي يعيبه أنه يقوم على افتراض يحتاج إلى إثبات، باعتباره يقيس ذاتية شروط الثبات واستقلاليتها على ذاتية بعض الشروط الأخرى المعتاد

¹ - اقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، جانفي سنة 2006، ص 111.

² - سعد الدين أحمد، المرجع السابق، ص 59.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

إدراجها في العقود ولاسيما شرط التحكيم، وإذا كانت استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه تعد مبدأ ومعترف به في غالبية الأنظمة القانونية¹.

وبدورنا نرى أن هذا الاتجاه تعرض للعديد من الانتقادات على أساس أن الحصانة المطلقة المزعومة للعقود غير معترف بها في القانون الدولي، كما أن القضاء الدولي بدوره لم يبين فكرة الحصانة المطلقة للعقود، ولم يقرر في أي منازعة من المنازعات المعروضة عليه أن أي مساس بالعقد يعد عملاً غير مشروع ومن شأنه إثارة المسؤولية الدولية للدولة المعنية.

الفرع الثاني: الاتجاه الرافض لشرط الثبات التشريعي

على عكس الاتجاه الأول الذي أعطى الأولوية لضرورة احترام مبدأ سلطان الإرادة واحترام مبدأ قدسية العقود وثباتها وعدم المساس بها للوصول إلى صحة شروط الثبات وذاتيتها واستقلاليتها، فإن الاتجاه الثاني استند إلى طبيعة العقود محل الدراسة.

أولاً - حجج أنصار الاتجاه الرافض لشرط الثبات التشريعي

يميل أنصار هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات السيادة، وبالتالي حق الدولة في المساس بالعقد إذا كانت المصلحة العامة تقتضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وإما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي².

كما استند هذا الاتجاه على ما تتمتع به عقود الدولة المستمدة من أحد أطرافها وهي الدولة، وأيضاً من كونها عقود طويلة الأمد على نحو يجعلها تمتاز بعدم ثباتها

¹ - سامية رائد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة 1984، ص 75.

² - تهاني عيزان صالح الرشيد، المرجع السابق، ص 144.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الكامن فيها والذي لا يقبل معه غل يد الدولة عن تعديل أحكامها وتقييد سيادتها بعدم سريان القوانين الجديدة التي تصدرها هذه العقود، ليصل أصحاب هذا الاتجاه في نهاية تحليلهم إلى عدم صحة شروط الثبات¹.

و يستند أيضا هذا الاتجاه إلى أسس متنوعة سياسية واقتصادية وقانونية، والنقطة الأساسية التي ينطلق منها هذا الاتجاه هو أن هدف الدول الآخذة في النمو في تحقيق التنمية السريعة لاقتصادياتها من خلال السيطرة الكاملة على مواردها الاقتصادية والطبيعية، وأيضا من خلال الاستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي في حوزة الدولة الغنية لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها وإحلال نظريات أخرى جديدة بدلا منها تحقق المساواة بين الأطراف المتعاقدة، تلك المساواة التي تهدف النظريات القانونية التقليدية إلى احترامها تحقيقا لمصالح الدول الغربية الغنية².

ويرى أيضا -**asante Samuel**- إن الإجابة عن السؤال المطروح تقتضي معرفة كيفية إعمال القواعد التقليدية على هذه العقود، فعقود الدولة مجالا خصبا تتصارع فيه الأفكار المتضادة، فبينما يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة تأسيسا للمبادئ السائدة في النظرية التقليدية إلى ضرورة المحافظة على قدسية العقد وعدم المساس به وثباته منذ لحظة إبرامه وحتى انتهاء تنفيذه، فإن الدولة النامية

¹ -Samuel K.B. Asante : Stability of Contractuel relation in the transnational Investment precess" Inter .Comp.L.Q.,1979,P410

² -سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه والقوانين والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول، وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 112.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الطرف الآخر في العقد ترى ضرورة الانحياز عن هذه المبادئ التقليدية من أجل أن يتمتع العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي بمرونة أكبر¹.

ولذا، ولتفادي هذا الأثر المترتب على القوة الملزمة للعقود فإن عقود الدولة يجب أن تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس للقانون الدولي وذلك حتى تسرى عليها كافة التعديلات والتغيرات السارية في القانون الوطني ويكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة، وإخضاع العقد للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يعني الرفض المطلق لشرط الثبات التشريعي للعقد أو عدم المساس به وأيضا لأي شرط يؤدي إلى تجميد القانون الوطني، فعقود الدولة بطبيعتها ونظرا لأنها عقود طويلة المدة تستعصي على إعمال أية قواعد تؤدي إلى عدم تغييرها تبعا للظروف فهي عقود قابلة للتغيير والتبديل بطبيعتها².

ونظرا لطابع عدم الثبات الذي يميز هذه العقود فإنها يجب أن تتضمن شروطا تدعو أطرافها إلى مراجعتها ومواءمتها تحسبا لتغير الظروف، ولقد أبرز الأستاذ Samuel asante أن عددا من العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية تتضمن شروطا تدعو إلى إعادة المفاوضات بشأنها، ومن هذا القبيل العقد المبرم بين حكومة غينيا الجديدة وشركة Copper Ltd Bougainville عام 1984 إذ نص في هذا العقد على أن تجتمع الأطراف فيما بينها كل سبع سنوات من أجل أن تبحث بحسن نية ما إذا كان الاتفاق المبرم بينها قد حقق المرجو منه بالنسبة لكليهما على نحو

¹ -Samuel K.B.Asante : Op.cit, p 406 .

² -حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 358.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

مقبول، وفي حالة إخفاق الاتفاق في تحقيق ذلك الهدف، فإن الأطراف تبذل العناية الكافية على إجراء التعديلات اللازمة على الاتفاق¹.

ثانيا - الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه

وفقا لتقدير الاتجاه المدافع عن عدم صحة شروط الثبات، تعرضت نظريته الراضية لشروط الثبات التشريعي أيضا لانتقاد شديد من جانب من الفقه الغربي وعلى وجه الأخص من قبل الأستاذ **Jean-flavien lalive**.

فمن ناحية ذهب الأستاذ **Jean-flavien lalive** إلى القول بأن النظام الذي يسمح لأحد الأطراف من أن يتصل بحرية كاملة من الالتزامات الواقعة على عاتقه يؤدي في نهاية الأمر إلى أن تحل بدلا من الرابطة التعاقدية رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الأضعف في العلاقة سواء كان هذا الطرف هو الدولة أو المتعاقد معها، وهو ما يؤدي إلى نوع جديد من أشكال النظام الإقطاعي، ومن هنا فإن النظريات الجديدة، تعد نظريات هدامة، إذ أنها تؤدي في نهاية المطاف إلى تعطيل ازدهار التجارة الدولية وتضر بالتنمية².

كما أنه من بين الأسباب التي بنى هذا الاتجاه انتقاداته على أساسها:

¹ -Samuel K.B.Asante : Op.cit, p 408 .

²-Jean-Flavien Lalive:"contrats entre états personnes privées «réc.des cours.la Haye.1983,p13,et s,spéc.p189.

"Un système permettant à une partie de s'affranchir librement de ses obligations aboutirait à remplacer le rapport contractuel par rapport de sujétion dont les plus faibles qu'ils soient états ou sociétés-feraient les frais. Ce serait une nouvelle forme de féodalisme dans les cas de cette espèce, les théories nouvelles sont contre-productives elles ont pour effet, en fin de compte, de freiner du commerce international et de suivre le développement".

نقلا عن: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 366.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

- إن من الصعوبة بمكان رفض كل قيمة قانونية لتعهد صادر من الدولة بعدم المساس بحقوق والتزامات الطرف المتعاقد معها، فإذا كان الأطراف يدرجون عبارة شرط الثبات التشريعي في العقود التي يبرمونها فإن ذلك بكل وضوح لأنهم يقدرون أن هذه الشروط تعد صحيحة وفعالة في أن واحد ولا يعدونها عديمة الجدوى.

- إن الدولة التي توافق على إدراج شرط الثبات التشريعي في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية مع إيمانها بأن هذه الشروط لن يكون لها أدنى أثر على ممارسة سلطتها السيادية تخالف بكل وضوح مبدأ حسن النية، كما أن القول بأن هذه الشروط لا يكون لها قوة ملزمة أكثر من ذات العقد الواردة فيه يعد تلاعباً في الألفاظ، فشرط الثبات التشريعي يعد من الشروط الأساسية التي لا يجوز للدولة المساس بها شأنها في ذلك شأن شروط التحكيم.

وفي معظم الأحيان فإن المتعاقد الأجنبي عندما يصر على إدراج هذا الشرط، فيكون له ذلك لأن الحق في التعويض المقرر له في حالة ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية لا يبدو له كافياً وإنما يطمح في المزيد من الحماية¹.

وتجب الإشارة هنا إلى صدور العديد من القرارات والأحكام القضائية التي رفضت شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، ومن بينها ما قضت به محكمة استئناف بروكسل في قضية **Ville d'Anvers** بتاريخ 04 فبراير سنة 1936 على أن: «الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئياً الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضاً لكل تعديل له». كما قررت المحكمة العليا الألمانية في 27 ماي سنة 1936 بأنه: «من المستحيل أن يقرر الأطراف عند إخضاع عقدهم لتشريع دولة معينة استثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون سارياً، أو أن الأطراف

¹ - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 175.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

يخشون بدء سريانه لاحقاً، هذا ما لم يتعلق الأمر بقانون مكمّل ولا يكون استبعاده بالتالي مخالفاً لخضوع الأطراف لنظام التشريع في تلك الدولة، ففي الواقع أن الخضوع غير المحدود لتشريع معين هو فقط الذي يضمن تنظيم الرابطة القانونية»¹.

وعلى الرغم من هذا الانتقاد الحاد للاتجاه القائل بحق الدولة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الطرف المتعاقد معها على الرغم من وجود شروط الثبات التي لا ترتب أثراً يقيد من سيادة الدولة وحريتها في التصرف، فإن هذا الانتقاد محل نظر، حيث أن الاتجاه القائل بحق الدولة في تعديل العقد لا يجعل من هذا الحق حقاً مطلقاً تمارسه الدولة كسيف مسلط على الطرف الأجنبي المتعاقد معها، ولكن تلجأ الدولة إليه إذا كانت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة بها قد تغيرت. وفي جميع الأحوال التي استخدمت الدول حقها في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الشركات الأجنبية كان استعمالها لهذا الحق مرتبطاً بتغييرات جوهرية، علاوة على أن الدولة في جميع هذه الحالات لجأت أولاً إلى طريق المفاوضات من أجل الوصول إلى تعديل الشروط التعاقدية للاتفاق المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي، وإزاء الفشل في الوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف لجأت الدول إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة أو اتخاذ إجراءات التأميم. فعلى سبيل المثال لا الحصر لم تقم الحكومة الكويتية بتأميم الأموال المملوكة لشركة **aminoil** إلا بعد فشل المفاوضات بينهما، تلك المفاوضات التي استمرت لمدة طويلة ولم تسفر عن أية نتائج مقبولة من الطرفين².

ويبدو أن حق الدولة في المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد في حالة إذا كان هذا المساس قد تم من أجل تحقيق مصلحة عامة، أصبح

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الخارجية، المرجع السابق، ص 158.

² - للاستزادة حول حكم تحكيم Aminoil لسنة 1982 ينظر ص 176 من هذه الرسالة.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

أمراً مقبولاً وذلك على الرغم من وجود شرط من شروط الثبات ينص على عدم قدرة الدولة على المساس بالعقد وتعديل أحكامه، ولعل ذلك هو ما يستشف من تحكيم aminoil إذ أن هذا الحكم حاول التوفيق بين المصالح المتعارضة بين كل من الدول والأطراف الأجنبية المتعاقدة معها على نحو يبتسم بالمعقولية.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقي لشرط الثبات التشريعي

يعود الفضل في محاولة إيجاد توفيق بين القواعد المتعارضة التي تحكم كل من فكرتي العقد والسيادة إلى الأستاذ Prosper Weil¹ الذي يعتبر أول من أبرز التفرقة بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، ووفقاً له يتوقف الفصل في صحة شروط الثبات التشريعي أو في عدم صحتها على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة، ولا يقصد بهذا النظام القانوني القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته، ولكن يقصد بذلك النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له، والذي يستمد منه العقد صحته والذي يحدد أيضاً القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع العقد، وهذا النظام القانوني إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وإما أن يكون القانون الدولي².

ولقد لاقت هذه النظرية التي أرسى دعائمها الأستاذ Prosper Weil تطبيقاً هاماً بصدد أحد أحكام التحكيم الشهيرة وهو حكم Texaco-calassiatic ضد ليبيا والذي أصدره المحكم الوحيد الأستاذ René-jean Dupuy .

¹ - سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية: 2018/2019، ص84.

² - حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 368.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وبناء على ما تقدم، حاول أنصار هذا الفقيه التوفيق بين فكرة الحرية التعاقدية التي تبناها المؤيدون وفكرة سيادة الدولة التي استند إليها المعارضون والتي تخول لها بعض الامتيازات والصلاحيات، فميزوا بين فرضيتين بناء عليهما تتبين صحة وفعالية شروط الثبات التشريعي وهي تحديد النظام القانوني كإطار للعقد.

لكن على الرغم مما يتميز به هذا الاتجاه من محاولة إيجاد حل وسط لمشكلة القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عنها ومحاولته التوفيق بين الاتجاهين المتعارضين المشار إليهما أعلاه وذلك لربط المشكلة بالنظام القانوني الذي يحكم العقد، إلا أن هذا الاتجاه لم يكن في منأى عن النقد، فهذا الاتجاه يستند إلى إقامة التفرقة بين النظام القانوني الذي يستند إليه العقد ويستمد صحته وقوته الملزمة والقانون الواجب التطبيق على العقد، وهذه التفرقة مصنوعة وعديمة الفائدة من الناحية العملية¹.

¹ - فلو أن العقد بين الدولة والشخص الأجنبي أشار إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا العقد لا يخضع فقط من حيث الموضوع للقواعد القانونية التي يتضمنها هذا القانون بل يندرج كلياً تحت سلطان هذا القانون، إذ أن كل تغيير أو تعديل لهذا القانون يكون واجب التطبيق عليه بشكل تلقائي، ومن ثم يتعين الرجوع في هذا الفرض إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة لتحديد ما إذا كان شرط الثبات الوارد في العقد صحيحاً من عدمه. و لا يختلف هذا الحل بالضرورة في حالة العقد المدول، فقبول الدولة المتعاقدة بخضوع العقد الذي تكون طرفاً فيه للقانون الدولي على فرض تضمينه قواعد قانونية تنظم هذه العقود، أو للمبادئ العامة للقانون لا يعني مطلقاً أن قانونها الوطني أصبح مستبعداً على نحو كامل، فمن ناحية الواقع العملي فإنه لا يمدنا إلا بحالات نادرة يتم فيها تدويل العقد على نحو كامل. ومن ناحية أخرى فإن إخضاع العقد للنظام القانوني الدولي ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات التي تتمتع بها كدولة لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها، فشرط الثبات التشريعي لا يؤدي إلى انتزاع العقد كلياً من السياق الطبيعي، فتثبيت نصوص القانون واجب التطبيق على العقد لا يرفع العقد إلى مرتبة أعلى من القانون الذي يحكمه، ينظر: غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 176.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ويعبر الأستاذ **موحد إسعاد**¹ عن رأيه بشأن مدى صحة هذه الشروط بقوله: "مهما يكن من أمر فإن شروط الثبات تدرج بصورة متواترة في العقود، وسواء قبلنا بها برضانا أو تحملنا وجودها، فإنه لا جدوى من مناقشة شرعيتها القانونية لأنها تتبع مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية ومن موازين القوى، ولعله من الممكن الحد من نتائجها عن طريق القول بأنه لا بد من تطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذه الشروط، غير أنه يجب في هذه الحالة السهر على بقاء توازن المصالح على حاله، لأنه إذا تبين نتيجة لتعديلات تشريعية أو تنظيمية بأن التزامات أحد الأطراف أصبحت مرهقة جدا، فإنه يحق للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة تطبيقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري".

وبالرجوع للمادة 107 من القانون المدني الجزائري نجد أنها تنص على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

¹ - موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص ص 368-369.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المبحث الثاني: مدى تكريس شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري

للاستثمار

بادرت مختلف الدول المستضيفة للاستثمار بالتعهد من خلال تشريعاتها الحاكمة للاستثمار بتثبيت النظام القانوني لقانون العقد، حتى يكون المستثمر الأجنبي بمنأى عن الإنقاص من حقوقه أو زيادة في التزاماته نتيجة أي تعديل تشريعي لاحق قد يطرأ على القواعد القانونية المنظمة للاستثمار بحيث يظل متمتعاً بالحقوق الممنوحة له وفقاً لأحكام التشريع الذي أسس استثماره في ظلّه، ومن بين النصوص التشريعية العربية المؤكدة لهذا الشرط نجد المادة 35 من قانون الاستثمار الأردني¹، المادة 16 من قانون الاستثمار السعودي، المادة 18 من قانون الاستثمار العراقي والمادة 25 من نفس القانون².

وبالرجوع للجزائر، فإنه لا بد من تتبع وضعية شرط الثبات التشريعي من خلال مختلف القوانين الوطنية المتعاقبة التي لها صلة مباشرة أو غير مباشرة بموضوع الاستثمار، وذلك لاكتشاف ما إذا كان موقف المشرع الجزائري ثابت أم تغير بقبول أو رفض هذا النوع من الشروط (المطلب الأول)، وما هي توجهات الفقه الجزائري بالموازاة مع الموقف التشريعي من هذه الشروط (المطلب الثاني) على جانب بحث مسألة مدى التزام الجزائر بمبدأ الاستقرار التشريعي (المطلب الثالث).

¹ - حيث تنص المادة 35 من قانون الاستثمار للمملكة الأردنية على أنه: « يستمر أي مشروع جرت الموافقة عليه بمقتضى أحكام قانون تشجيع الاستثمار رقم 11 لسنة 1987 والتعديلات التي طرأت عليه بالاستفادة من جميع الإعفاءات التي منحت له بموجب ذلك القانون حتى آخر مدة الإعفاء وبشروطه».

ينظر الموقع: www.assecaa.org/.../investment_law/.../Investment_low_Jordan.pdf

² - تهاني عنيزان صالح الرشيد، المرجع السابق، ص 152.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المطلب الأول: شرط الثبات التشريعي في القوانين الوطنية

يلاحظ أن قوانين الاستثمار التي تلت فترة التسعينات قد تضمنت التأكيد على جواز شروط الثبات التشريعي¹، في ظل المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار²، وكذا في سياق المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار³ التي نصت على أنه: «لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك»، كما نصت المادة 16 من نفس الأمر على أنه: «لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف».

ويستنتج من عبارة إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة أن المشرع الجزائري على الرغم من إقراره لمبدأ الثبات التشريعي إلا أنه منح المستثمرين الاختيار بين القانون الذي تم في ظله إبرام العقد والقانون الجديد، وذلك بغية منحهم الاستفادة من الأحكام التي تضمن لهم مزايا لاسيما في بعض المجالات الحساسة مثل المجال الضريبي والجبائي.

¹ - حصايم سميرة، عقود ال BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2011/04/12، ص 102.

² - فقد نصت المادة 39 منه على أنه: «لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».

المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة في 10 أكتوبر 1993. الملغى بموجب الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

³ - أمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001. الملغى بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ومع ذلك، فإن اعتراف المشرع بموجب المادة 15 من الأمر رقم 01-03 بشرط الثبات التشريعي لم يمنع من وجود بعض التعديلات على هذا الشرط، خاصة في التعديلات التشريعية التي طرأت على قانون الاستثمار بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹ وقانون المالية التكميلي لسنة 2010²، فبالرجوع لقانون المالية التكميلي لسنة 2009 في المادة 58 منه فقرات 04 (أ) و 05 (ب)³ و 06 (ج)⁴ والتي تقابلها المادة 04 مكرر من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار يلاحظ ما يلي:

تنص المادة 04 من المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنه: « يجب أن يخضع كل مشروع استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه».

إن استعمال المشرع لعبارة كل مشروع استثمار أجنبي مباشر يعني بأن نص هذه الفقرة سيطبق بأثر رجعي لأنه بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2009 استبعد

¹ - الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يوليو سنة 2009.

² - الأمر رقم 01-10 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 29 غشت سنة 2010.

³ - الفقرة 05 من المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بأنه: « يتعين على الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال كل مدة قيام المشروع، ويحدد نص من السلطة النقدية كيفية تطبيق هذه الفقرة».

⁴ - الفقرة 06 من المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بأنه: « توضع ماعدا في حالة خاصة، التمويلات الضرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة باللجوء إلى التمويل المحلي، باستثناء تشكيل رأس المال ويحدد نص تنظيمي عند الحاجة كيفية تطبيق هذه الأحكام».

وبالتالي فإنه من خلال هذه المادة تلزم الاستثمارات الأجنبية بضرورة الاستعانة بالتمويل المحلي، مما يمنعها من اللجوء إلى التمويل الخارجي في الدول الأجنبية، ما قد يؤثر سلبا على السياسة المالية لهاته الاستثمارات خاصة إذا كانت قد دخلت في وقت سابق في مفاوضات مع البنوك للدول الأجنبية للحصول على قروض مالية.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المشرع الجزائري إمكانية انجاز مشروع استثماري مملوك 100% للطرف الأجنبي، لأنه بالعودة إلى الفقرة 02 من المادة 58 سألغة الذكر نجد بأن المستثمر الأجنبي ملزم بتبني آلية الشراكة الدنيا أين تمثل المساهمة الوطنية نسبة 51% على الأقل من الرأسمال الاجتماعي للشركة.

ونفس الفكرة تطبق على الفقرتين 05(ب) و 06(ج) على أساس أن مضمون هذه الفقرات يسري حتى على الاستثمارات المنجزة قبل صدور قانون المالية لسنة 2009، وهو ما يعد مساساً بمبدأ عدم رجعية القوانين، لأن هذا الشرط التمييزي استحدث بموجب قانون المالية لسنة 2009، أما الاستثمارات الأجنبية فهي موجودة قبل صدور هذا القانون الذي قام بتكريس آلية الشراكة كأسلوب وحيد لاستثمار الأجنبي في الجزائر¹.

أما بالنسبة لقانون المالية التكميلي لسنة 2010، فقد قام المشرع الجزائري باستحداث قيد جديد ذو طابع تمييزي يتمثل في ضرورة خضوع المشاريع الاستثمارية الجديدة في حالة تعديل السجل التجاري إلى ضرورة تكريس قاعدة الشراكة الدنيا أي قاعدة 51%-49% في ما يخص توزيع الأسهم، وذهب المشرع إلى أبعد من ذلك بتطبيق هذه القاعدة بأثر رجعي من خلال ما يفهم من نص المادة 45 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 والتي تقابلها المادة 04 مكرر من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

ومع صدور القانون رقم 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار فالملاحظ كما سبق الإشارة إليه دعمه لشرط الثبات التشريعي بموجب المادة 22، وعموماً من خلال تتبع

¹ - زغودي عمر، الاستثمار الأجنبي في الجزائر كقطاع بديل لتشجيع الصادرات خارج قطاع المحروقات، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر، العدد 11، جوان 2017، ص 09.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

موقف المشرع الجزائري من خلال قوانين الاستثمار، يلاحظ أنه يؤيد مثل هذه الشروط وذلك راجع لحرصه الشديد على توفير المناخ الاستثماري الآمن للمستثمرين الأجانب بغية الاستفادة من خبراتهم التكنولوجية والاقتصادية.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الجزائري من شروط الثبات التشريعي

يرى الفقه الجزائري أن الاتفاق على مثل هذه البنود يعتبر مساسا مؤكدا لسيادة الدولة، زيادة على هذا إذا كانت هذه البنود مدرجة في عقود الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص فإنها لا تظهر غير شرعية فقط، بل تعتبر كأنها لم تكن، ذلك أن الشركات الخاضعة للقانون الخاص لا يمكنها أن تستعمل سلطة لا تملكها، إذ لا يمكن التوفيق بين هذه البنود وسيادة الدولة وعمومية القانون.

ويذهب الأستاذ علي بن شنب إلى القول بأن التثبيت يشكل تعسفا في استعمال السلطة، لأنه لا يسمح لقواعد تنازع القوانين أن تلعب دورها العادي. إن قواعد تنازع القوانين هي التي تحدد لوحدها متى يكون القانون الجديد قابل للتطبيق أو غير قابل للتطبيق في العلاقات التعاقدية والتجارية، وبالتالي فإن حرية الأطراف مقيدة بمضمون قاعدة التنازع نفسه¹.

كما لاحظ الأستاذ علي بن شنب أن المادة 29 من قانون الاستثمارات لسنة 1966 أنها نصت على ما يلي: "إن التعديلات التي تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منفعة أدنى"².

¹ -Ben chnebAli, les mécanismes juridiques des relations commercial internationale de l'algerie, OPU,Alger 1948, P293.

² -Ben chnebAli,Ibid,.... p290.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وفي ذات المنحى نص المشرع الجزائري في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم: 93-12 الملغى على أنه: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك بصراحة".

ولعل مسألة التثبيت في عقود الاستثمار مراعاة لمصلحة المستثمر الأجنبي لم تكن فقط محلا للاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، بل جاءت في صلب النصوص الوطنية التشجيع الاستثمار لتؤكد وبشكل عام أن هذا المبدأ أضحى مبدأ عاما ليس بحاجة إلى اتفاق بشأنه وصار حقا مكفولا يضمن له على الدوام مصالحه المهددة بهذا التعديل أو ذلك¹.

ولقد جاء تأكيد هذا المبدأ في المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، وإذ تبين المواد أعلاه أن الدولة يمكنها أن تقيد نفسها وهي في الحقيقة مرتكزة على سيادتها حتى وإن كانت هذه السيادة منتقصة، من أن تحصل على مقابل، وهو في هذه الحالة جلب المستثمرين الأجانب، غير أنه لا ننسى أنه باسم نفس السيادة يمكن للدولة أن تتخلص من هذه الالتزامات، فيمكن للدولة أن تدرج بندا في اتفاقية الاستثمار ينص على تجميد التشريع من أجل حماية المستثمر الأجنبي من الخطر التشريعي، وفي حالة ما إذا كان إخلال باتفاقيات الاستثمار تنجر عن ذلك المسؤولية التعاقدية.

¹ – Terki Noureddine, la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algerie, Revue Algerienne de sciences juridiques et économiques et politiques volume 06 n 02,2001,pp18-19.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وتجنبنا للإشكال الذي قد يطرح أمام القاضي الجزائري، توصل المتعاقد الأجنبي إلى إقناع المتعاقد الجزائري بقبول اختصاص التحكيم الدولي، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ "علي مبروكين" أن 50 عقدا ما بين 1987-1990 نصت على تطبيق القانون الجزائري اشتملت على اختصاص التحكيم الدولي، و10% منها تشمل على اختصاص القانون الجزائري وبند تجميد العقد وشرط التحكيم، بالفعل أن المحكم لا يأخذ في الاعتبار مسألة التشريع المجدد أو ساري المفعول، إذ أنه لا يفصل في النزاع باسم دولة معينة، هو ليس ملزم باحترام سلطة محددة أو باحترام نظام قانوني معين، هو يحترم نظام قانون دولي خاص به، ليس بنظام قانوني داخلي ولا بنظام قانوني دولي، على هذا الأساس فالمحكم يطبق القانون الذي يختاره الأطراف ولا يبالي إذا كان هذا القانون وقت الفصل في النزاع ساري المفعول أم لا¹.

إن هدف شروط الثبات التشريعي هو إيجاد نوع من التسوية بين امتيازات السيادة وحاجة الشخص أو الفرد إلى الاستقرار وإقرار الأوضاع الثابتة بالإضافة إلى قضاء عملي مستقر².

المطلب الثالث: مدى التزام الجزائر بشرط الثبات التشريعي

ما قد يعاب على شرط الثبات التشريعي أنه يعد تدخلا أو تقليصا في سيادة الدولة ويحد من سلطتها التشريعية، وحسب بعض فقهاء القانون فإن هذا المبدأ لا يطرح إشكالا بشأن سيادة الدولة لأن هذه الأخيرة تبقى محتفظة بكامل صلاحياتها التشريعية في إصدار القوانين وتعديلها وإلغائها باستثناء الاستثمارات التي تم إنشاؤها

¹ - Mebroukine Ali : Quelques réflexions a propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XIX , N 01 , 1982, pp 309, 310.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص70.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

في ظل قانون ما، حيث يبقى هذا القانون ساري المفعول عليها كاستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقوانين في حدود هذه الاستثمارات، وهذا لا يعد تنازلاً من الدولة عن جزء من سيادتها بهدف جذب المستثمر الأجنبي، بل قد تلجأ الدولة لممارسة حق الشفعة (الفرع الأول) و فرض الرسم على الأرباح الاستثنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الشفعة

يعتبر حق الشفعة من التدابير التي تبرز بشكل واضح الطابع الداخلي للسلطة في مجال الاستثمار الأجنبي بغرض فرض رقابة على أموال الشركات الأجنبية، حيث تطرقت الجزائر إلى حق الشفعة الذي أصبح له أهمية بالغة في المجال الاقتصادي وخاصة الاستثمار لكونه يرمي إلى منع تجزئة العقارات والاستثمارات إلى قطع صغيرة لدرجة يصعب معها مواصلة العمل فيها وهو ما ينعكس سلباً بدوره على تطور الاستثمارات، كما أن حق الشفعة يهدف إلى استغلال الاستثمار بطريقة أفضل تعود بالنفع على الاستثمار.

يعتبر حق الشفعة إجراء ذو طابع مدني امتد تطبيقاته إلى بعض المجالات الأخرى مثل مجال الاستثمار الأجنبي، ولما كان ذلك فإنه لا بد من تحديد تعريفه (أولاً) وتطبيقاته في مجال الاستثمار في الجزائر (ثانياً).

أولاً: تعريف حق الشفعة

قصد الإمام أكثر بمضمون حق الشفعة يستوجب الأمر تعريفه من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

1-تعريف حق الشفعة لغة:

الشفعة اسم مصاغ من اللاتينية Prae أي قبل، Empotio أي شراء، ومن كلمة Emere التي تعني اشترى، كما يشتق لفظ الشفعة من عدة مصادر في اللغة العربية أهمها الضم والزيادة والإضافة فيقال "شفع الشيء شفع"، من هنا نلاحظ أن هذه المعاني اللغوية هي أصل معنى الشفعة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو ضم ملكيه العقار المشروع فيه إلى أملاك الشفيع جبرا على مشتريه ومالكه معا¹.

2-تعريف حق الشفعة اصطلاحا

عرف المشرع الجزائري حق الشفعة في القواعد العامة في المادة 794 من القانون المدني² في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية على أنها " رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها..."³.

بناء على ما تقدم، تعد الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية يستعملها طالب الشفعة لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، ولا يمكن تطبيقها حسب المادة 794

¹ - حسايني لامية، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تميزي اتجاه المستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 12، العدد 02، ص 534.

² - وهوما يقابل نص القانون المدني الفرنسي في المادة 4-815:

droit de préemption Le droit de préemption « est l'avantage qui donné à quelqu'un, soit par la loi, soit par une disposition contractuelle, de pouvoir se substituer a l'aquérem d'un droit ou d'un bien pour en faire l'acquisition à sa place et dans les mêmes conditions par ce dernier » - Article 815-14 Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 2 JORF 24 juin 2006 envigueur 1er janvier 2007 .

³ - الامر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

من القانون المدني إلا في بيع العقار. وفي تحديد معنى الشفعة اختلف الفقهاء، فمنهم من يعتبر الشفعة حقا شخصيا، أي أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني وإنما يباشر دعوى شخصية لحماية حق شخصي لصيق به، وهو حقه في أن يصير مشتريا بالأفضلية. وهناك من اعتبر الشفعة طريق من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي رخصة استثنائية تؤدي الى تقييد حرية التصرف والتعاقد بحيث ليست حقا عينيا أو شخصيا إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العين يسمى ذاته حقا عينيا.، الشفعة من الحقوق الترخيفية أو المنشئة تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري¹.

ويستخلص من التعريفات السابقة أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية إذا ما استعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع الذي يحل محل هذا المشتري.

ثانيا: تكريس حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري والقوانين الأخرى ذات الصلة

يرى بعض الباحثين في المجال القانوني والاقتصادي أن الشفعة مفهوم غريب وغير معروف في الحقل الاقتصادي والأعمال اقتبسه المشرع الجزائري وأسقطه على قانون الاستثمار، فكرس حق الشفعة للدولة ولمؤسساتها العمومية على الاستثمارات الأجنبية التي يتم التنازل عنها في الجزائر. فمبررات فرض حق الشفعة في القانون المدني الجزائري هي خلق آلية من آليات اكتساب الملكية في العقارات والحفاظ عليها من التجزئة، كما امتد تكريسه إلى قانون الإجراءات الجبائية بهدف محاربة التهرب الضريبي ولوضع حدا للتهرب المتعاقدان من التصريح بالقيمة الحقيقية للمبيع قصد

¹ - نوارة حسين، ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 56، العدد 2، 2019، ص351.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

تملصهم من دفع الرسوم العالية، لكن تكريسه في قانون الاستثمار كان لأسباب أخرى جمعت بين السياسية والاقتصادية¹.

تم تكريس حق الشفعة طبقا لقانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث تتمتع الدولة وكل المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، ويمارس حق الشفعة طبقا لأحكام قانون التسجيل حسب المادة 62 من الأمر 09-01 المتعلق بالتسجيل، وهذا الأخير أصبح يحد من حرية التنازل التي تضمنها قانون الاستثمار لسنة 2001 حيث تنص المادة 30 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "يمكن أن تكون الاستثمارات التي تستفيد من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر موضوع نقل للملكية أو تنازل، يلتزم المالك الجديد لدى الوكالة بالوفاء بكل الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأول والتي سمحت بمنح تلك المزايا، وإلا ألغيت تلك المزايا".

وحق الشفعة قد يشبه إجراء نزع الملكية وهذا لعدة أسباب ، فالاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار التي صادقت عليها الجزائر لا تكتفي بالتعامل مع التأميم أو المصادرة فهي تركز حماية الاستثمارات ضد الإجراءات المشابهة².

وقد تم تكريس حق الشفعة وتقنينه في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بعد التصرف الذي قامت به شركة أوراسكوم تيليكوم، حيث لم تكن الجزائر تنص على أي شرط لهذا التنازل، مما أدى إلى إثارة أزمة بين السلطات الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الحاصلة على رخصة تسويق خدمات الهاتف النقال في الجزائر باسم شركة جيزي، عندما أرادت هذه الشركة التنازل عن أسهمها لفائدة متعامل أجنبي والانسحاب

¹ - المرجع نفسه، ص 352.

² - والي نادية، المرجع السابق، ص 240.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

من السوق الجزائرية، إذ قررت الحكومة منع الشركة من بيع أسهمها إلى شركاء أجنب، وهنا أفاد بيان وزير المالية أن التشريع الساري يمنح للدولة الجزائرية حق الشفعة والأولوية في شراء كل الأسهم والتنازلات التي تقوم بها الشركات الأجنبية العاملة في الجزائر، ومن ثم وُقِفَ مفاوضات البيع مع أي طرف أجنبي لأنها في نظرها تعد خطوة غير قانونية¹.

وفي المقابل اعتبرت شركة أوراسكوم تيليكوم موقف الجزائر تعسفا وغير قانوني لتمسكها بحق الشفعة، باعتباره حقا يمس بمبدأ استقرار التشريع وهذا يعتبر تناقضا مع ما تعهدت به في قوانينها السابقة واتفاقياتها الدولية، على أساس أن العقد المبرم بينهما يوفر للشركة الطرف في النزاع الاستقرار القانوني على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، حيث نصت المادة 06 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم² على مايلي: «تضع الدولة الجزائرية نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة أو غير مباشرة في الحقوق و الامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية إلا إذا طلب المستثمر صراحة ذلك».

وفي نفس السياق، نصت المادة 05 من نفس الاتفاقية على استعادة الشركة من الامتيازات والضمانات الممنوحة في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-12 وعند الاقتضاء من الضمانات والحقوق المعترف بها بموجب اتفاقية تشجيع الاستثمار

¹ - ينظر: دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، المرجع السابق، ص ص 179-180.

² - إن استثمار أوراسكوم في الجزائر قد بدأ بتوقيع اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة وبين شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة ش.م.م المتصرفة باسم ولحساب شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر-شركة ذات أسهم- من جهة أخرى (المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001 المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر).

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وحمايتها المبرمة بين الدولة التي ينتمي إليها وبين الدولة الجزائرية، حيث أبرمت الجزائر في هذا الصدد اتفاقية ثنائية مع مصر تضمنت التزام دولي على منح الحماية والضمانات الكافية لمستثمري الدوليتين بما في ذلك ضمانة الثبات التشريعي.

إلا أنه من الناحية القانونية، فإن المشرع الجزائري قام بخرق المبدأ بمطالبتة باستعمال حق الشفعة الذي تم إقراره في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 رغم أن شركة جيزي أنشأت استثمارها في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، والذي تضمنت المادة 39 منه التأكيد على عدم تطبيق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ على الاستثمار، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة. وبموجب ذلك من المفروض أن يتمكن المستثمر الأجنبي من التنازل عن مشروعة الاستثمار دون تقييده بضرورة أن يكون المتنازل له طرف جزائري سواء تعلق الأمر بالتنازل للدولة أو للمستثمر الوطني الخاص¹.

وإن تبرير ما قامت به الجزائر من التعديلات كان من أجل حماية اقتصادها الوطني من أي تحويل لأصول شركات أجنبية عامة على إقليمها لفائدة مستثمرين أجانب في الوقت الذي تكون هي الأولى بهذا التحويل تعزيزا لاقتصادها².

وفي الأخير، أبدت شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة استعدادها لبيع فرعها أوراسكوم تيليكوم الجزائر للدولة الجزائرية، فوق الصندوق الوطني للاستثمار بباريس

¹ - والي نادية، المرجع السابق، ص 241.

² - عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد يحيى الونشريسي، تيسميسلت، العدد 02، ديسمبر 2016، ص95.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

على عقد شراء أسهم لاقتناء مساهمة بنسبة 51 % من رأسمال شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر بقيمة 2,66 مليار دولار¹.

عموما تم التأكيد على حق الشفعة في كل من:

- قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الذي قام بتعديل المادة 62 من قانون المالية التكميلي 2009 المتعلق بقانون الشفعة بموجب المادة 46 منه². فتتوفر الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب ويخضع كل تنازل، تحت طائلة البطلان، إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة.

يقدم الموثق المكلف بتحرير عقد التنازل طلب الشهادة إلى المصالح المختصة ويحدد فيه سعر التنازل وشروطه، ويحدد السعر في حالة ممارسة حق الشفعة على أساس الخبرة، وتقدم شهادة التخلي إلى الموثق المكلف بتحرير عقد التنازل في أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، وتحتفظ الدولة خلال مدة سنة عند تسلم الشهادة، بحق ممارسة الشفعة كما هو منصوص عليه في قانون التسجيل في حالة نقص في السعر.

¹ - منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.oran-aps.dz/spip.php?article 12622>. تمت زيارة الموقع بتاريخ: 2017/07/28.

2 - تم إلغائهما بموجب المادة 53 من قانون المالية التكميلي لسنة 2020، حيث نصت على مايلي: "تلغى أحكام المادة 46 من الأمر 10-01 من القانون المالية التكميلي لسنة 2010..". قانون رقم: 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي 2020، ج.ر عدد 33 لسنة 2020.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

يعد عدم الرد من طرف المصالح المختصة خلال أجل شهر بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة ما عدا في حالة ما إذا تعدى مبلغ المعاملة المقدار المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالاستثمار، وعندما يتعلق موضوع هذه المعاملة بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في نفس القرار. ويحدد نفس القرار طرق اللجوء إلى الخبرة وكذا نموذج الشهادة المذكورة أعلاه.

- قانون المالية لسنة 2014 حيث نص المشرع في المادة 157¹ منه على أنه تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة، وتسلم شهادة التخلي

¹ - المادة 57 قانون رقم 08-13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، حيث تم تعديل وإتمام أحكام المادة 4 مكرر 3 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم. رحب وزير التنمية الصناعية وترقية الاستثمار آنذاك " عمارة بن يونس " بقرارات الحكومة والجهود المبذولة فيما يتعلق بحماية الاقتصاد الوطني ومرافقة المؤسسات الصناعية على كافة الأصعدة عقب تفعيل ومراجعة أهم الأحكام المنظمة للمناخ الاقتصادي والبيئة الاستثمارية المحلية في مقدمتها ما تضمنه قانون المالية 2014 فيما يتعلق بتمديد حق الشفعة، من شهر واحد إلى 3 أشهر قصد الإلزام بجل النقائص واستدراك الأخطاء وفق ما تمليه خطة العمل الرامية بدورها لتفعيل شعب النشاط الصناعي للحد من التبعية الطاقوية، كما كشف عن صدور 5 مراسيم تنفيذية مقرررة ضمن تطبيقات الحكومة لحق الشفعة تتعلق بقضايا عالقة وملفات خاصة بمؤسسات صناعية صغيرة ومتوسطة.

منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.al-fadjr.com/ar/economie/260141.html> ، تمت زيارة الموقع بتاريخ: 2016/07/29.

ومن أمثلة ممارسة الدولة الجزائرية لحق الشفعة استرجاع الحكومة وحدة انتاج العجلات المطاطية "ميشلان الجزائر" الكائن مقرها بباش جراح العاصمة والذي كان محل مفاوضات مع "مجمع سيفيتال" لشرائه مؤخرا بعد أن قررت الشركة الأم غلقه إضافة إلى وحدتين في كل من فرنسا وكولومبيا، حيث قررت الحكومة المحافظة على هذا النشاط مهما كان الثمن. وأوضح الوزير الأول بالمجلس الشعبي الوطني أن الدولة لا تمارس حق الشفعة عندما يتعلق الأمر ببيع أسهم بين شركاء المؤسسات، بل تتدخل عندما تكون الأسعار منخفضة أو بصدد زوال نشاط صناعي ما، كما أضاف الوزير "بأن الرهان يتعلق بالعقار حيث سنقوم بممارسة حق الشفعة لاسترجاع الأراضي ومن ثمة القيام بعدد من الاستثمارات عليها"، مبرزا بأن " من حق الدولة ممارسة حق الشفعة بالنظر لسعر البيع المنخفض جدا الذي تمت به الصفقة بين مجمع "سيفيتال" وشركة " ميشلان". منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.djazair.com/elbilad/205729> تمت زيارة الموقع بتاريخ: 2016/08/01.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

للموثق المكلف بتحرير عقد التنازل في أجل أقصاه ثلاثة سنوات بعدما كانت في أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، وعليه زاد المشرع في هذه المدة.

في حالة تسليم الشهادة، تحتفظ الدولة لمدة سنة واحدة بحق ممارسة حق الشفعة كما هو منصوص عليه بموجب قانون التسجيل وذلك في حالة تدني السعر.

وعليه، يعتبر عدم الرد من المصالح المختصة خلال أجل ثلاثة أشهر، بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة.

وفي إطار القانون الجديد رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، فقد جددت وزارة الصناعة والمناجم التأكيد بأن قانون الشفعة تم الإبقاء عليه وتم تعزيزه في هذا القانون¹ وذلك بمقتضى المادتين 30 و 31 منه².

وأضافت الوزارة أنه علاوة على الإبقاء الصريح على حق الشفعة في هذا القانون، فإنه قد تم تعزيزه سيما فيما يخص التنازلات التي تتم في الخارج والتي تترجم إلى تنازل غير مباشر لمؤسسة خاضعة لقانون جزائري واستفادت من تسهيلات أو امتيازات

¹ - أوضح بيان للوزارة أن وزارة الصناعة والمناجم وردا على سلسلة من المقالات الصحفية ولرفع كل لبس توضح أن حق الشفعة منصوص عليه بشكل واضح في القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار الذي صادق عليه مؤخرا كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

ومن بين المقالات والمواقع التي تطرقت إلى إخراج حق الشفعة من مشروع قانون الاستثمار الجديد

<http://aljazairalyoum.com/%D8%A5%D8%AE%D8%B1>

[.http://sawtalahrara.net/index.php/component/K2/%D8](http://sawtalahrara.net/index.php/component/K2/%D8)

تم الاطلاع على الموقعين بتاريخ 2017/07/28.

² - إلا أن المادتين 30-31 من قانون 19-09 المتعلق بالاستثمار تم إلغاءهما بموجب نص المادة 53 من قانون المالية التكميلي لسنة 2020: "تلغى أحكام المادة... وأحكام المادتين 30 و 31 من قانون رقم 16-09 المؤرخ في 30 غشت سنة 2019". قانون رقم: 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي 2020، ج.ر عدد 33 لسنة 2020.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

خلال إنشائها، فإن الدولة لا تتوفر إلا على حق شراء صغير رغم التحويل غير المباشر لملكية المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري التي تنتج عن مثل هذه العمليات، وأن هذا الحق في الشراء لا يخول للدولة أي حق في أولوية الشراء لأنه مصنف في ذات المستوى مع أي مشتري آخر معني بشراء حصص اجتماعية أو أسهم الشركة موضوع التنازل غير المباشر".

وتابعت الوزارة في بيانها أن "حق الشفعة في القانون الجديد لم يخضع لأي تغيير بينما تم تكييفه مع ما يتم في جميع بلدان العالم"، كما أشارت إلى أن حق الشفعة "خضع لإدماج جزئي في قانون الإجراءات الجبائية من أجل معالجة التقييم المنخفض لقيمة الأسهم والحصص الاجتماعية التي هي غائبة حتى الآن من الأحكام التي تعالج هذه الظاهرة".

وأصبحت الدولة تتوفر الآن "على أجل سنة كاملة ابتداء من إتمام المعاملة للاعتراض على هذه الأخيرة في حالة ما إذا لاحظت أن سعر التنازل كان دون السعر الحقيقي وبالتالي بإمكانها ممارسة حق الشفعة لاستعادة مجموع الأسهم أو الحصص الاجتماعية المتنازل عنها مقابل دفع السعر المصرح به زائد 10 %".

كما تم "الإبقاء على حق الشفعة على حالته فيما يخص منح الفرصة للدولة للتموقع كشريك يحظى بالأولوية بالنسبة للتنازلات عن أسهم أو حصص اجتماعية من/ أو لفائدة أجنب، وتمت الإشارة إليه أن القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار "يصحح حق الشراء على عدة مستويات".

ويوضح في هذا السياق أن هذا القانون الجديد "يحول حق الشراء إلى حق الشفعة الذي يخول للدولة أولوية حق الشراء"، ويرسي أيضا "ممارسة حق الشفعة حول مفهوم التنازل غير المباشر (التنازل عن أسهم بالخارج يؤدي إلى تنازل غير

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

مباشر عن مجموع أو جزء من المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري موضوع مساهمة المؤسسة المتنازلة)".

ولقد يحدد القانون الجديد "نسبة 10 % (النسبة التي تخول حق مراقبة) رأس مال الشركة الأجنبية وأكثر، والتنازل بالخارج على أسهم أو حصص اجتماعية يؤدي إلى حدوث حالة تنازل غير مباشر".

وأعطى هذا القانون للدولة الحق في ممارسة الشفعة في الشركة الخاضعة للقانون الجزائري موضوع تنازل غير مباشر لعدد من الأسهم والحصص الاجتماعية المساوية للأسهم والحصص الاجتماعية المتنازل عنها في الخارج من قبل المؤسسة المالكة للمساهمات في الشركة الخاضعة للقانون الجزائري دون أن تتجاوز مبلغ الحصص المتحصل عليها في هذه الأخيرة¹.

وإلى غاية اليوم لم تتراجع الدولة عن حق الشفعة الذي تراه من أعمال السيادة التي تتمتع بها الدولة، رغم أنها أعادت تكييفه مؤخرا في قانون المالية التكميلي لسنة 2020²، فحولته إلى ترخيص وهذا يعني أنها لم تتخلى عنه نهائيا، وإنما وضعت آلية أخرى وهي إجراء موجود حتى في الدول الليبرالية.

الفرع الثاني: الرسم على الأرباح الاستثنائية

لما كان الرسم على الأرباح الاستثنائية ليس بالعملية الجديدة، وجب إعطاء لمحة وجيزة عن تعريف الربح.

¹ - الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، المجلة الصحفية الصادرة بتاريخ 21 جويلية 2016.

<http://www.andi.dz/index.php/ar/presse/1321-le-droit>.

² - قانون رقم: 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي 2020، ج.ر عدد 33 لسنة 2020.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

يبدو التعريف سهلا لكنه يكشف عن تعقيد كبير، فتعريف الربح دائما يفتح مناقشات ومرافعات نظرية وفقهية وعملية، تجعله مفهوم لظاهرة تاريخية أكثر من عمل اقتصادي ضروري في البداية، نكتفي باعتبار الربح كدخل متعدد العناصر وملموس، صمم كجزء متكامل لنشاط مؤسسة.

أما عبارة الربح الاستثنائي، هي فكرة توجد في قاعدة مفهوم الربح البترولي أين الدخل البترولي الصافي، بمعنى آخر الفائض البترولي يكون خارج مستوى المردودية المناسبة للأجر العادي للمجهودات الحقيقية التي قام بها المستثمر¹.

وفي هذا الصدد، لابد من الإشارة لقضية شركة سوناطراك الجزائرية وشركة أناداركو الأمريكية² لمحاولة فهم التوجه التشريعي نحو تبني شرط الثبات التشريعي من جهة وتطبيقاته العملية وما يثيره من صعوبات من جهة أخرى، حيث تنشط شركة أناداركو الأمريكية في الجزائر منذ سنة 1989³، وقد بدأ النزاع القائم بين الشركة الجزائرية للبترول سوناطراك والشركتان الأمريكيتان "أناداركو" و"ميرسك" بسبب

¹ IKAMA Jean-Jacqueq, Comment partager la rentepétrolière ? : Les engagements d'une expérience africaine, Editions TECHNIP, France, 2013, p 5.

² - تنشط شركة أناداركو الأمريكية في الجزائر منذ سنة 1989، مرسوم التنفيذي رقم 90-08 مؤرخ في 4 جمادى الثانية 1410 الموافق 4 يناير 1990 المتضمن الموافقة على اتفاق البحث عن الوقود السائل واستغلاله في الجزائر، المبرم بالجزائر العاصمة في 12 أكتوبر سنة 1989 بين المؤسسة الوطنية "سوناطراك" وشركة "أناداركو الجيريا كوربوريشن"، وعلى البروتوكول المتعلق بأنشطة البحث عن الوقود السائل واستغلاله التي تقوم بها الشركة "أناداركو الجيريا كوربوريشن" بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية "سوناطراك" المبرم بين الدولة وشركة "أناداركو الجيريا كوربوريشن" في 23 أكتوبر 1989 بالجزائر العاصمة، ج.ر العدد 2 الصادرة بتاريخ 10 يناير 1990.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 90-08 المؤرخ في 04 جمادى الثانية عام 1410 الموافق أول يناير 1990 يتضمن الموافقة على اتفاق البحث عن الوقود السائل واستغلاله في الجزائر المبرم بالجزائر العاصمة في 23 أكتوبر سنة 1989 بين المؤسسة الوطنية سوناطراك وشركة أناداركو الجيريا كوربوريشن بالاشتراك مع المؤسسة الوطنية سوناطراك المبرم بين الدولة و شركة أناداركو الجيريا كوربوريشن في 23 أكتوبر 1989 بالجزائر العاصمة، الجريدة الرسمية العدد: 02 لسنة 1990.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

التعديلات التشريعية التي أصدرتها الجزائر بموجب تعديل قانون المحروقات سنة 2006¹ الذي تضمن النص على دفع رسوم إضافية عن الأرباح التي حققتها الشركات البترولية، وقد تزامن ذلك مع الارتفاع الكبير في أسعار النفط منذ سنة 2005 مما دفع بالحكومة إلى فرض رسوم جديدة على الأرباح الاستثنائية للشركات البترولية الأجنبية كلما تجاوزت أسعار النفط 30 دولار أمريكي عندما نصت المادة 101 مكرر منه على أنه: "يُطبق رسم غير قابل للخصم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار بترول البرنت يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المبرمة في سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون رقم 86 / 14 المؤرخ في 19 غشت 1986.

يطبق هذا الرسم بداية من أول غشت سنة 2006، وتبلغ نسبة هذا الرسم المطبق على الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء الأجانب 05 بالمائة كحد أدنى و50 بالمائة كحد أقصى. وتقوم سونطراك من أجل سداد هذا الرسم لدى الخزينة العامة، بخصم كمية المحروقات الموافقة لمبلغ هذا الرسم من حصة الإنتاج الذي يعود إلى الشركاء المعنيين الأجانب. تحدد إجراءات وشروط تطبيق هذا الرسم، مع الأخذ بعين الاعتبار مستوى الإنتاج وكذا منهجية حسابها عن طريق التنظيم. وتعتبر كل اتفاقية مخالفة للأحكام المذكورة أعلاه لاغية "

¹ - أمر رقم 06-10 مؤرخ في 3 رجب 1427 الموافق 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر. العدد 48 الصادرة بتاريخ 30 يوليو 2006. والجدير بالذكر أن هذا القانون عدل بموجب قانون رقم 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الأول 1434 الموافق 20 فبراير 2013، ج.ر. 11 الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وقد أغفلت شركة سوناطراك إدراج هذه الرسوم الإضافية على الأرباح التي حققتها شركة أناداركو في محتوى العقد الأخير الذي أبرمته معها سنة 2004، وبسبب هذا احتدم النزاع بين الشريكين منذ سنة 2007، حيث طالبت شركة أناداركو بتعويض قدره 03 ملايين دولار أمريكي كانت قد دفعته في إطار الرسوم على الفوائد الإضافية معتبرة أن هذا الرسم لا يطبق عليها بأثر رجعي لكون عقد الشراكة تم في تاريخ سبق صدوره هذا القانون منذ سنة 1988.¹

وكان من المفروض أن يعرض النزاع على غرفة التجارة الدولية بباريس يوم 19 نوفمبر سنة 2011 غير أن الجانبان فضلا اللجوء إلى المفاوضات لحل النزاع وديا دون الحاجة لقرار قضائي، وقد فصل في النزاع بالتسوية الودية لتقادي اللجوء للتحكيم الدولي بدفع الجزائر ل4.4 مليار دولار للشركة أناداركو و920 مليون دولار لشركة ميرسك علما بأن الجزائر كانت ستخسر القضية لامحالة مادامت الشركة الأمريكية متمسكة بحجج قانونية تعتمد على شرط الثبات الضريبي الذي تضمنه العقد القائم بينها وبين سوناطراك وهو الشرط الذي لم تحترمه الجزائر عند فرضها للرسوم الإضافية الاستثنائية وتطبيقها فوراً وبأثر رجعي على عقود البترول.

هذا، واتفق الطرفان على تعديل عقد تقاسم الإنتاج مع تمديد عقد الشراكة الذي يجمع هذه الشركة مع شركة سوناطراك إلى 25 سنة تحسب من تاريخ إبرام العقد في 23 أكتوبر 1989 مقابل التزام شركة أناداركو بمواصلة دفع الرسم على الأرباح الاستثنائية، مع الإشارة إلى أن هذا الاتفاق الذي تم إبرامه بتاريخ 9 مارس 2012 يمتد إلى كل الشركات المتمثلة في شركة مايرسك وشركة اتي أوتيل. وما تجب الإشارة إليه أنه إذا كان من حق الجزائر فرض الرسوم الجبائية التي تراها مناسبة، فإن إقرارها

¹ - كسال سامية، المرجع السابق، ص195.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

للأثر الرجعي لهذه الرسوم يعد إجراء غير مقبول لمساسه بمبدأ استقرار التشريع، خاصة وأنه تم تضمين هذا الشرط في العقد ما يعد تجاوزا من الدولة¹.

ويتضح أن الجزائر كانت تسعى لتدارك الموقف الصعب الذي أوجدته تدابير غير مدروسة وخاصة فرض الرسم على الأرباح الاستثنائية بأثر رجعي، وتوقع صدور قرار في غير صالحها بتكاليف أعلى مما دفع إلى اتخاذ قرار يحد من الخسارة، خاصة وأن الجزائر أيضا بحاجة إلى الشركاء الأجانب لتطوير الاستكشاف الذي عرف تباطؤا، وبالتالي كان يتعين إعطاء مؤشرات حسن النية و ضمانات لهذه الشركات لكي تعود للاستثمار في الجزائر بصورة أكبر².

ويرى الخبير الاقتصادي في مجال البترول Francis Perrin أنه لو تلجأ سوناطراك إلى التحكيم الدولي سوف تحكم محكمة التحكيم لا محالة لصالح أناداركو لأنها أسست حججها على أسانيد قانونية صحيحة وسليمة، حيث تدافع عن شرط الثبات الضريبي الذي يتضمنه العقد القائم بينها وبين سوناطراك، وهو الشرط الذي لم تحترمه الجزائر عند فرضها رسوم إضافية استثنائية بموجب قانون المحروقات في سنة 2006 وتطبيقه تطبيقا فوريا وبأثر رجعي على عقود البترول³.

وفي الأخير، إذا كان من حق الجزائر فرض الرسوم الجبائية التي تراها مناسبة، فإن إقرارها للأثر الرجعي لهذه الرسوم يعد تصرفا غير مقبول نظرا لمساسه بمبدأ استقرار التشريع، وهو ما يطرح مسألة مدى فعالية العقد المبرم بين الدولة والمستثمر

¹ - دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، المرجع السابق، ص 180.

² - سمية يوسف، حفيظ صواليلي، الجزائر مجبرة عن مراجعة الرسم على الأرباح الاستثنائية بعد تعويض "أناداركو"، جريدة الخبر يوم 11-03-2012. <http://www.djazairss.com/elkhabar/282986> تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2016/07/31.

³ - كسال سامية، دور شرط سبب تشريعي الاستثمارات حماية المستثمر الاجنبي عقود البترول نموذجا، مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث فيفري 2016، بسكره، ص 192.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الأجنبي في حماية هذا الأخير من عدم الاستقرار القانوني خاصة مع تضمين شرط الاستقرار في العقد. فإذا كان بإمكان الدولة المضيفة تجاوز هذا الشرط في أي وقت، فما جدوى عقد الاستثمار في ضمان الاستقرار القانوني للمستثمر الأجنبي¹.

وعلى الرغم مما سبق، فإنه يمكن القول أن متطلبات الحياة الاقتصادية وضرورة مواكبة الجزائر لما يخدم مصالحها الاقتصادية يعطي لها الحق في استخدام ما تتمتع به من امتيازات سيادية على نحو يخولها التصرف في كل أو جزء من الالتزامات الواقعة على عاتقها في مواجهة المستثمر الأجنبي، متى كان ذلك التصرف للمصلحة العامة وكان مصحوبا بالتعويض العادل إذا تطلب الأمر.

¹ - سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، وهران، الجزائر، السنة الدراسية: 2011-2012، ص 104.

الفصل الثاني: تمييز شرط الثبات التشريعي عن بعض المفاهيم

المشابهة

كما سبقت الإشارة إليه، يعتبر شرط الثبات التشريعي من أهم الضمانات التي تستهدف حماية المستثمر ضد التقلبات التشريعية، التي يمكن أن تحرمه من حقوقه وممتلكاته، وتوجد بعض المفاهيم والمصطلحات التي تتشابه مع مصطلح شرط الثبات التشريعي باعتبارها تؤدي بعض المهام المشتركة إلى جانبه، لكن رغم ذلك تختلف عنه من عدة نواحي ومن بين هذه المصطلحات يوجد مصطلح الأمن القانوني (المبحث الأول)، إلى جانب غيره من الشروط الأخرى التي يمكن إدراجها في عقود الاستثمار والتي تعتبر كضمانات إضافية للمستثمر الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شرط الثبات التشريعي و مبدأ الأمن القانوني للاستثمار

في البداية لابد من ضبط تعريف مبدأ الأمن القانوني (المطلب الأول) ثم إعطاء لمحة عن نشأة هذا المبدأ (المطلب الثاني)، وبعدها إدراج أبعاد مبدأ الأمن القانوني (المطلب الثالث)، ثم الانتقال إلى تحديد العلاقة التي تربطه بشرط الثبات التشريعي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني

رغم الاستعمال المتكرر لمبدأ الأمن القانوني فإنه قلما يتم الاهتمام بتعريفه من قبل الفقه، إذ غالبا ما يقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به أو كغاية محورية لكل نظام قانوني ومطلبا أساسيا لدولة القانون، فمن الصعب الوصول إلى تعريفه لأسباب ترجع لكونه متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات وكثير

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الأبعاد، فضلا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات¹. وقد ترسخ كمبدأ في ألمانيا منذ سنة 1961 حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية بدستورية المبدأ وهو ما يتم التفصيل فيه ضمن المطلب الموالي عند تبيان نشأة هذا المبدأ.

وقبل ذلك لابدّ من تسليط الضوء على تعريف مبدأ الأمن القانوني لغة (الفرع الأول) واصطلاحا (الفرع الأول).

الفرع الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني لغة

الأمن القانوني مصطلح مركب من مفردتين هما: (الأمن، القانوني).

الأمن لغة: بمعنى إيماننا، أمنّ به، وثق به وصدقه أمن، واثق، أمن، مطمئن، أمن "بل أمن" مستقر لا اضطراب فيه ولا فوضى، أمن بالله أسلم له وانقاد وأدنى قال تعالى: "كلّ أمن بالله وملائكته وكتبه ورسله"²، وقال تعالى "وما أنت بمؤمن لنا"³.

فالأمن في المعنى اللغوي ضد الخوف، وأمن المستجير ليأمن على نفسه، والأمانة ضد الخيانة، وأمن به صدّقه.

أما كلمة القانوني: فهي تعني كلمة (قانون)، وكلمة القانون معربة يرجع أصلها إلى اللغة اليونانية فهي مأخوذة من الكلمة اليونانية "kanun"، ومنها العصا المستقيمة أي النظام أو المبدأ أو الاستقامة في القواعد القانونيّة، وقد انتقلت هذه الكلمة إلى عدة لغات منها الفرنسية "Droit"، والإيطالية "Diricto"، واللاتينية "Directus"، والإنجليزية "Law"؛ لأن القانون ضرورة حتمية لأي مجتمع إنشائي، فلا يمكن أن يسود الأمن

¹ - رقية عواشيرة، الأمن القانوني وأثره على التنمية، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة، العدد الأول، جانفي 2016، ص 25.

² - ابن منظور، لسان العرب، مادة (أمن)، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ. الآية 285 من سورة البقرة.

³ - المرجع نفسه، الآية 17 من سورة يوسف.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

والاستقرار إلا إذا ارتضى أفراده أن يتبعوا قواعد معينة، تحقق أهدافهم وآمالهم، ومنذ أن خلق الإنسان، فإنه يميل بطبعه للألفة والاندماج مع الآخرين شأنه شأن أي مخلوق آخر¹.

الفرع الثاني: تعريف مبدأ الأمن القانوني اصطلاحاً

يعرف البعض² الأمن القانوني بأنه "فكرة تستوجب ضمان حداً أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية، سواء كانت هذه العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض أو بينهم وبين الدولة، والتي تلتزم بذلك السلطات العامة"³.

وبالرغم من أهمية الأمن القانوني، وفي إطار المقارنة، فإن مفهومه لم يرد لا في نص الدستور الفرنسي لسنة 1958، ولا في مقدمة دستور سنة 1946، ولا حتى في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، إلا أنه أشار -الدستور- إلى مفهومين متميزين على الرغم من قربهما من مفهوم الأمن القانوني: الأول هو مفهوم الأمن **la sécurité** الذي يعد بموجب نص المادة الثانية أحد حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقبل التنازل، وهي الحرية والملكية ومقاومة الظلم، أما المفهوم الثاني: هو **ضمانة الحقوق** الواردة بالمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، حين أشارت إلى أن كل مجتمع لا تكون فيه ضمانة الحقوق مؤمنة وفصل السلطات محد، لا يكون فيه دستور⁴.

¹ - علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، أثر تحوّل أحكام القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، المجلد الثالث - العدد الأول، جوان 2019، ص 19.

² - أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية:

<http://kenonaonline.com/users/law/posts>.

³ - علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - رفعت عيد سيد، المرجع السابق، ص 15.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

فإذا ربط الأمن القانوني بمدلول الضمان فيعني ذلك "كل ضمان، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون، أي أن الأمن القانوني يعمل على زيادة الثقة في القانون الصادر، وهو تعريف يفيد أنه لا يمكن القضاء تماما على الريبة وعدم الوثوق في تنفيذ القانون، وأن كل ما يمكن تحقيقه هو خفض ذلك إلى نسبة مقبولة، بمقتضى قوانين جيدة، وبعبارة أخرى فإن غاية الأمن القانون تحقيق الثقة المشروعة¹.

ومن ثم يمكن اعتبار الأمن القانوني شرطا من شروط جودة القانون، التي تضمن القدرة على التحقيق الفعلي والدائم لأهداف المعنيين بالقانون، أي أن الأمن القانون هو جودة نظام قانوني، الوقاية من أي خطر، أي الحماية الوقائية من المخاطر، حيث يعني "الأمن" حالة الفرد الواثق الهادئ الذي يعتقد أنه في مأمن من الخطر، ويضمن للأفراد فهما وثقة في القانون في وقت معين، والذي سيكون _مع كامل الاحتمال_ هو قانون المستقبل وبذلك فإن الأمن القانوني يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابلية التوقع².

من هنا فإن للأمن القانوني مدلولين هما: قابلية القانون للتوقع ووضوح القاعدة القانونية المطبقة، ولكن رغم هذين المدلولين فالتركيز يقع غالبا على قابلية التوقع في القانون باعتبار التوقع شرطا للأمن القانوني، حيث يعرف الأفراد مسبقا كيف ينظمون علاقاتهم بشكل مقبول من الناحية القانونية، وكذا المعرفة مسبقا بما هو مسموح به وما هو ممنوع، أما في حالة العكس فيصبح مصدر عدم الثقة والإكراه والجور، ونظرا

¹ - بركات فؤاد، إصدار القوانين-دراسة مقارنة-، دار الكتاب، القاهرة، سنة 1989، ص29.

² -Eric Carpano,Etat de droitdroitseuropéens, Collection logiqueJuridiques, 2005, p231.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

لأهمية قابلية التوقع في القانون، فقد اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن القانون يتطلب أن يكون ممكن الولوج والتوقع¹.

ونلاحظ بهذه المناسبة أن مفهوم الأمن القانوني لم يرد أيضا بصفته تلك في قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، حيث أعلن الأخير في كثير من أحكامه عن رفضه الدائم لتكريس مفهوم الأمن القانوني كمبدأ دستوري، ومع ذلك فإن ضرورة الأمن القانوني تبدو كمرجع ضمني لرقابة دستورية القوانين، حيث يستعمل المجلس الدستوري مفهوم الأمن القانوني بطريقتين: فمن جهة أولى يستعمل المجلس مقتضى الأمن القانوني من أجل الحد من إمكانيات الأثر الرجعي للقانون، ومن جهة أخرى، يستعمل هذا المقتضى لمحاولة حماية نوعية القانون².

وتم الاعتراف به دوليا من قبل محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها لسنة 1962 وضمن قرارات أخرى فيما يخص الثقة المشروعة التي تقترب كثيرا من مبدأ الأمن القانوني، كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومنذ سنة 1981 أكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني³.

وعموم، فإنه من بين التعاريف التي وجدت لهذا المبدأ تلك التي ترى بأنه: تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدى

¹ -ibid,P 29.

² - رفعت عيد سيد، المرجع السابق، ص 15.

³ - عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 مارس 2008، ص 03.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة والعصف بهذا الاستقرار¹.

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "أن تكون القاعدة واضحة ومفهومة وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة، وذلك للوصول إلى نتيجة أن يكون المواطنون دون عناء كبير في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق"².

انطلاقاً مما سبق، يمكن إعطاء مقاربة لتعريف الأمن القانوني للاستثمار بأنه عبارة عن: "مجموعة من النصوص القانونية التي تضبط وتنظم المحيط العام للاستثمار، بحيث يسمح هذا المحيط العام بجذب الاستثمارات الأجنبية، خاصة وأن المستثمر يبحث عن الدولة التي توفر له أفضل الضمانات والاطمئنان على أمواله"³.

المطلب الثاني: نشأة مبدأ الأمن القانوني

بلغ الاهتمام بفكرة الأمن القانوني درجة القول باستقلال بعض الحقوق عن القانون، وسبقها عليه، وعدم قدرة القانون على المساس بها أو الانتقاص منها، وأطلق عليها اسم "حقوق الإنسان والحريات العامة"، ونظر إليها على أنها التعبير المثالي

¹ - رفعت عيد سيد، المرجع السابق، ص 11.

² - رقية عواشيرة، المرجع السابق، ص 26.

³ - بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون تخصص علم الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الدراسية 2010/2009، ص 16.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

لقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدل، بحيث يكون هدف القانون الوضعي هو حمايتها بما يؤدي إلى حماية كل إنسان، بحيث لا يستطيع المساس بهذه الحقوق الناشئة مباشرة عن القانون الطبيعي، أو عن مبادئ العدل والفضيلة أو الإنتقاص منها¹. وعليه نقسم هذا المطلب إلى مرحلتين تاريخيتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: المرحلة الأولى للتطور مبدأ الأمن القانوني

الأمن القانوني، وإن كان مصطلحا حديثا نسبيا، إلا أن تطبيقاته الواقعية لها جذورها التاريخية وامتداداتها الفلسفية التي تلتقي في مجموعها حول مراعاة القواعد القانونية لحد أدنى من الحقوق والمراكز القانونية التي تجعل المواطن في أمن اتجاه مصالحه وحقوقه، مما يدفعه إلى التفاعل الإيجابي داخل مجتمعه، لذلك فإن الأمن القانوني له مفاهيم متعددة وأبعاد متنوعة منها حفظ الحقوق، التوقع المشروع، الحق المكتسب إلى غير ذلك².

فلو رجعنا للمرحلة الأولى للتطور التاريخي لفكرة الأمن القانوني، نجد أن مفهوم القانون في المجتمعات البدائية والجماعات السياسية القديمة التي تحتل في مجموعها الجزء الأكبر من تاريخ البشرية، كان يشكل مجموعة من الأوامر التي تُحدد ما هو مسموح وما هو غير مسموح به من تصرفات، وفي ظل هذا المفهوم لم يكن هناك أي مجال لوجود فكرة "الأمن القانوني" وذلك بسبب الاستبداد السياسي الذي كان يمارسه

¹ - موفق طيب شريف، تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني، ملتقى وطني حول "الأمن القانوني" جامعة

قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 5 و6 ديسمبر 2012، ص 4.

² - علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، المرجع السابق، ص 20.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الحكام على المحكومين، واحتكارهم لمختلف السلطات بما فيها سلطة التشريع التي لم تكن مقيدة بأية مراكز تجب مراعاتها عند استصدار القوانين¹.

وهكذا، فإن مبدأ الأمن القانوني كمفهوم لم يكن له وجود طوال هذه الفترة، لأن القوانين لم تكن سوى تعبير عن إرادة الملوك والحكام وأوامر الغالب على المغلوب.

وابتداءً من عصر النهضة الأوروبية، تمكن شراح القانون من إبراز فكرة الحق في مقابل القانون، وفي ذلك يقول دُونُو²: "أنه ينبغي النظر إلى القانون باعتباره نظاماً للحقوق وليس نظاماً للدعاوى، كما كان يفعل الرومان"، فالدعوى القضائية ليست سوى الوسيلة القانونية التي تعطي للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به³.

وهكذا بدأت تظهر بجانب القانون فكرة أخرى هي فكرة الحق، مما أدى إلى ظهور النظرية الثنائية للنظام القانوني الذي أصبح يتكوّن من شطرين: أولهما القانون، وهو مجموعة من القواعد العامة، وثانيهما الحقوق التي يجب أن توفر لها قواعد القانون الحماية اللازمة .

وقد بلغ الاهتمام بفكرة الأمن القانوني درجة القول باستقلال بعض الحقوق عن القانون وسبقها عليه وعدم قدرة القانون على المساس بها أو الانتقاص منها، وأُطلق عليها اسم "حقوق الإنسان والحريات العامة"، ونُظر إليها على أنها التعبير المثالي لقواعد القانون الطبيعي ومبادئ العدل، بحيث يكون هدف القانون الوضعي هو حمايتها بما يؤدي إلى حماية كل إنسان، بحيث لا يستطيع المساس بهذه الحقوق الناشئة مباشرة عن القانون الطبيعي، أو عن مبادئ العدل والفضيلة أو الانتقاص منها.

¹ - موفق طيب شريف، المرجع السابق، ص 36.

² - فقيه روماني ساهم في وضع قانون جوستينيان

³ - موفق طيب شريف، نفس المرجع، ص 37.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وبهذا يكون الفقه القانوني قد انتهى إلى فكرة ازدواج النظام القانوني، فهناك من ناحية القانون وهو مجموعة من القواعد العامة المجردة، وهناك من ناحية أخرى المراكز القانونية الخاصة، وهي أثر تطبيق لقواعد القانون العامة، وهذه المراكز منها ما هو مبني على فكرة الحق وتسمى بالمراكز الشخصية، ومنها ما هو مبني على فكرة الواجب وتسمى بالمراكز الموضوعية¹.

وبهذا تكون قد ارتسمت معالم نظرية الأمن القانوني الذي من خلاله يستلزم على المشرع مراعاة هذه المراكز القانونية في عمله التشريعي.

الفرع الثاني: المرحلة الثانية للتطور مبدأ الأمن القانوني

كما ذكرنا سابقاً، فإن ظهور هذا المبدأ كان في ألمانيا منذ عام 1961، حيث أكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية في ألمانيا هذا المبدأ، وتم الاعتراف به دولياً من طرف محكمة دول المجموعة الأوروبية ابتداءً من القرار الصادر عام 1962، والذي أشارت إليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1981 من خلال تأكيدها على ضرورة احترام التوقع القانوني كأساس للأمن القانوني². فلا يمكن أن ينجح أي قانون في توفير الأمان والاستقرار القانوني داخل الجماعة إلا من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية³.

واعتبر القاضي الأوروبي أن الأمن القانوني مبدأ من المبادئ الأساسية التي يجب أن تتوفر في القانون الأوروبي، ورغم أن قانون المجموعة الأوروبية والاتفاقية الأوروبية

¹ - موفق طيب شريف، المرجع السابق، ص 38.

² - محمد بن عزّاب، مفيدة جعفري، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية، جامعة قاصدي مرياح، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، سلسلة خاصّة بالملتقيات والندوات، 2016، ص 197.

³ - علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، المرجع السابق، ص 20.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

لحقوق الإنسان لم يرد فيهما ما يفيد النص على مبدأ الأمن القانوني كمبدأ ملزم لدول الاتحاد الأوروبي في تشريعاتها¹، الأمر الذي ذهب بالقول بأن القضاء الأوروبي ركز على أهمية قيام هذا المبدأ في التشريعات الوطنية الأوروبية لكي لا يكون هنالك تجاوز على حقوق الأفراد ومراكزهم من قبل الأنظمة والتشريعات التي تصدرها الدولة بحقهم، لذلك فإن القانون الألماني كان له السبق في اعتناق هذا المبدأ، وعدت ألمانيا أول الدول التي طبقت مبدأ الأمن القانوني قبل العمل به من قبل الاتحاد الأوروبي مثل سويسرا، وهولندا، وفرنسا، لكن هنالك بعض الدول اعتنقت هذا المبدأ -أي مبدأ الأمن القانوني- وعدته مبدأ دستوريا من المبادئ الدستورية التي نصت عليها صراحة، ومثال ذلك دستور إسبانيا لعام 1978 في الفصل (9) فقرة (3) والتي أشارت بأن "يضمن الدستور، مبدأ الشرعية وقواعد التدرج وعمومية القواعد، وتطبيق القانون الأفضل دون أثر رجعي، والأمن القانوني، ومنع تعسفية السلطات العمومية"².

المطلب الثالث: أبعاد مبدأ الأمن القانوني

إذا كان مبدأ الأمن القانوني يعبر عنه مبدئياً بتعبيرات تتمحور حول مبادئ محددة مثل³:

- واجب القاضي بالبت طبق القوانين يوم تقديم الطلب،

- عدم رجعية القواعد القانونية،

- الآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف،

¹- مصطفى بن شريف وفريد بنته، الأمن القانون والأمن القضائي، بحث منشور على موقع العلوم القانونية، المغرب، <http://ift.tt.-IPEIs2Q>.

²- دستور إسبانيا لعام 1978 المعدل، أنظر: <http://ift.tt.-IPEIs2Q>.

³- عبد المجيد غميحة، المرجع السابق، ص 04.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

- حماية مبدأ الثقة المشروعة،

إلا أن كل هذه المبادئ تختصر أبعاد مبدأ الأمن القانوني، سواء البعد الموضوعي أو البعد الذاتي.

الفرع الأول: البعد الموضوعي لمبدأ الأمن القانوني

في تعليقه على نوعية القوانين، يرى مجلس الدولة الفرنسي أن: "القانون إنما وجد ليأمر، ليمنع، ليعاقب، و لم يوجد ليثير، ليخلق الأوهام، أو لينشأ الغموض وخيبات الأمل. فالقانون يجب أن يكون معياريا: باعتبار أن التشريعات غير المعيارية، تضعف التشريعات اللازمة، من خلال خلق شك حول التأثير الحقيقي لأحكامها"، بالتالي تقاس نوعية القانون عادة بمدى إتاحتها لإمكانية: الوصول إليه، وسهولة فهمه.

الفرع الثاني: البعد الذاتي لمبدأ الأمن القانوني

ومن خلاله يفترض أن يكون القانون متوقعا وأن تكون المراكز القانونية ثابتة نسبيا، وهو ما يتأتى من خلال عدم رجعية القوانين (أولا)، ومن خلال حماية الحقوق المكتسبة (ثانيا).

أولا- عدم رجعية القوانين

تأبى فكرة الأمن القانوني أن تسري قواعد التشريع الجديد على وقائع أو تصرفات تمت في فترة زمنية سابقة على نفاذه، ذلك أن الأفراد تصرفوا على أساس التشريع الذي كان نافذا حينئذ والذي كان يفترض علمهم به. فإذا صدر هذا التشريع وطبق عليهم بأثر رجعي فمعنى ذلك أنه تم إخضاعهم إلى تشريع كان يستحيل عليهم العلم به،

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

فليس من العدل مثلا أن يأتي شخصا فعلا مباحا في ظل التشريع القائم ثم يصدر تشريع جديد يحظر هذا الفعل فيعاقب من أتاه مع أن الفعل كان مباحا حين إتيانه¹.

ثانيا - حماية الحقوق المكتسبة

الحق المكتسب هو وضع شرعي بموجبه تتحصن المنفعة التي حصل عليها الشخص جراء قانون أو قرار إداري من الإلغاء أو التعديل، تعتبر حماية الحق المكتسب محل تنازع بين كل من مبدئي: الأمن القانوني والمشروعية، حيث يقضي الأول بعدم اضطراب وتحصين الحقوق التي يحصل عليها الأشخاص، بينما يرمي المبدأ الثاني إلى سحب كل قرار غير مشروع مهما رتب من حقوق.

المطلب الرابع: علاقة شروط الثبات التشريعي بالأمن القانوني

بالنظر لما تتضمنه مسألة ضمان وحماية الاستثمارات الأجنبية من أهمية خاصة للمستثمرين الأجانب على المستوى الدولي والداخلي، باعتبارها آلية حديثة من آليات دعم الأمن القانوني للاستثمار، وهو ما دفع بالدول على حدّ السواء المصدرة منها والمستوردة لرؤوس الأموال إلى العمل على إيجاد قواعد قانونية فعّالة تضيء نوعا من الأمن على الاستثمارات الأجنبية، خاصة في ظل غياب قانون موحد يحكم وينظم الآليات التي تضبط مصطلح الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية، وأيضا حادثة وقلة الدراسات في هذا الموضوع خاصة في الدول النامية التي منها الجزائر التي قامت بسنّ مجموعة من قوانين الاستثمار والتي من خلالها قدّمت ضمانات واسعة للمستثمرين الأجانب أو المحليين على حد سواء.

¹ - شول بن شهرة، أيت عودية بلخير محمد، الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز الجامعي البيض، مجلد:03، العدد:02، 2018 ص 04.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ورغم كل هذا كان على الدولة أن تعمل قبل كل شيء على توفير المناخ الاستثماري الملائم بدلا من التماذي في منح الإعفاءات والتسهيلات المختلفة وإلا فإن جهودها في مجال جذب الاستثمار الأجنبي ستظل محدودة الفعالية¹.

فالجزائر انتهجت ابتداء من سنة 1988 برنامجا إصلاحيا واسعا بهدف الانتقال من اقتصاد موجه إلى اقتصاد السوق، وقد ركّز هذا البرنامج على إصلاح المنظومة التشريعية بحيث حظيت الاستثمارات الأجنبية بمكانة هامة، لم تقتصر على هذا فقط بل تعدت كذلك إلى إصلاح المنظومة المصرفية. وهذا يترجم نية الدولة الفعلية في جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال تكريس مفاهيم جديدة في تنظيم الاستثمار في إطار بناء اقتصاد السوق².

ونظرا لذلك، يعتبر شرط الثبات التشريعي أحد عناصر الأمن القانوني الذي يهدف ضمان الاستقرار التشريعي في البلدان المستضيفة للاستثمارات، خاصة وأنه يلاحظ تميّز الإطار القانوني للاستثمار في الجزائر منذ تبني الاقتصاد الحر بعدم الاستقرار التشريعي، فأصبحت بيئة الاستثمار في الجزائر تتميز بعدم الأمن القانوني في ظل التغيير المستمر لقوانين الاستثمار.

فضلا عن تدخل العديد من القوانين في هذا المجال، لاسيما قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي وضع قاعدة 49/51 إلى جانب عدم الاستقرار التشريعي

¹ - محدثات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://econhathat.com>

80.jeuneblog.com تاريخ الولوج 12 جانفي 2009.

² - بقّة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون تخصص علم الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، موسم 2009/2010، ص 17.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

في مجال العقار الصناعي¹، حيث تم استبعاد أسلوب التنازل بعد إلغاء القانون 06-11 الصادر في 30 أوت 2006² والاعتماد على أسلوب الامتياز لتسيير العقار الصناعي وكذلك الفلاحي والسياحي بموجب الأمر رقم 04-08 الصادر في أول سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية³.

فعدم استقرار النص القانوني في مجال منح المشاريع الاستثمارية، ترتب عنه اختلال وتذبذب في تحديد الصيغة المناسبة لمنح هذه المشاريع، وإن كان المشرع قد اعتمد على آلية وحيدة لمنح العقار الاقتصادي وهي عقد الامتياز، إلا أن الطريقة لمنح هذا العقار خلال مرحلة ما قبل التعاقد أو ما يعرف بقرار المنح عرفت الكثير من التعديلات والتقلبات حيث كانت البداية بصيغة الامتياز القابل للتنازل، ثم الامتياز الغير قابل للتنازل أين برزت إشكالية جعل قرار منح المشاريع على المستوى المركزي (مجلس الوزراء، المجلس الوطني للاستثمار الوزراء...) أو على المستوى المحلي (الوالي، اللجان والمديريات الولائية)، كما انتقل المشرع من الازدواجية في منح المشاريع

¹ - بن حملة سامي، معوقات تطوير الصادرات خارج مجال المحروقات في الجزائر، الملتقى الوطني حول ترقية الصادرات خارج المحروقات في الجزائر، يومي 11 و12 مارس سنة 2014، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص 02.

² - القانون 06-11 المؤرخ في 06 شعبان عام 1427 الموافق 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط و كيفيات التنازل و منح الامتياز الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية. الجريدة الرسمية العدد 53 الصادرة بتاريخ 30 غشت سنة 2006.

³ - الأمر 04-08 المؤرخ في أول رمضان عام 1429 الموافق أول سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط و كيفيات منح الأراضي الخاصة التابعة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر سنة 2008.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

عن طريق اللجوء إلى المنافسة (المزاد العلني) أو عن طريق التراضي إلى تبني صيغة واحدة وهي التراضي¹.

كذلك فإن مشكلة تعدد التشريعات والقوانين المنظمة للقطاع الاستثماري والتعديلات المتتالية لها، سببت العجز لدى المختصين من الإلمام بها وفهمها إلى جانب تعدد الإجراءات الإدارية وتعقيدها إلى حد تداخل الاختصاصات ما أدى بكل إدارة إلى رفض القيام بعملها بدفع عدم الاختصاص تهربا من المسؤولية².

بالتالي يتضح الفرق بين مصطلحي الأمن القانوني وشرط الثبات التشريعي على أساس أنه يعتبر مبدأ الثبات التشريعي أو مبدأ تجميد التشريع المطلوب ضمانه من الناحية القانونية³، من بين الضمانات الأساسية التي تركز الأمن القانوني للاستثمار في بلد ما والتي يحرص عليها المستثمر الأجنبي لما يمنحه هذا المبدأ من ثقة واطمئنان⁴.

وعموما، للتوفيق بين شرط الثبات التشريعي والأمن القانوني للاستثمار ذهب بعض الفقه للقول بتحميل الدولة المتعاقدة الفروقات المالية التي قد يتحملها المتعاقد معها نتيجة لتطبيق التغيرات التشريعية لتكون تلك المتغيرات بمثابة زيادة في قيمة

¹ - مخلوف لكحل، الاستقرار القانوني ودوره في تعزيز الاستثمار في العقار الاقتصادي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 08، جانفي، سنة 2016، ص384.

² - لأكثر شرح و تفصيل حول مسألة تداخل الاختصاصات ينظر:

Arezki Nabila : l'interrégulation entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielle. Revue académique de la recherche juridique, université de Béjaia, vol 06, n°02, 2012. P 06.

³ -ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », paru In: Revue académique de la recherche juridique, Faculté de droit, Université de Béjaia, Janvier 2010/n°00, p.06.

⁴ - حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008، ص 29.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

العقد على عاتق الدولة المتعاقدة وهذا الأمر من شأنه حل العديد من الإشكاليات بشكل فعلي وعملي بين الطرفين المتعاقدين¹، ذلك لأن القاضي أو المحكم سيكونا في مأزق عندما يتبين لهما حسن النية من جانب الدولة المتعاقدة، وعندها لن يستطيعا التوصل من تطبيق التشريعات الجديدة، ويصبح شرط الثبات المقرر بلا قيمة. كما أنه من غير المتصور أن يغلب القاضي الوطني نصوص العقد على تشريعات بلاده النافذة.

في الختام، يجب التنويه بأن الأمن القانوني مبدأ لا يفترض جمود القوانين فهذه الأخيرة تعبر عن حاجات المجتمع وتتطور بتطورها لهذا يفترض أن يكون تطور القوانين معروف المعالم، بحيث نجد أن المشرع عند تعديله للقوانين لا يقيم كمائن كما لا يصدر قوانين بأحكام غير متوقعة أو فجائية.

والأمن القانوني أو الاستقرار القانوني لا يعني فقط حماية المراكز القانونية القائمة واحترام حقوق الأفراد وضمانها في الحاضر والمستقبل، ولكنه يعني أيضا وبنفس القوة احترام التوقعات والآمال المشروعة للأفراد. والمشرع الجزائري عندما كرس العديد من القوانين لتنظيم الاستثمار اكتسب خبرة لا يستهان بها في ميدان تشريع وتنظيم الاستثمارات.

¹ - خالد منصور إسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، دراسة معمقة وفقا للتشريعات الوطنية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة 2015، ص312.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المبحث الثاني: شرط الثبات التشريعي وغيره من الشروط المدرجة في

عقود الاستثمار

يجد شرط الثبات التشريعي إلى جانبه العديد من الشروط المدرجة ضمن عقود الاستثمار والخادمة لمصلحة المستثمر الأجنبي والتي من بينها شرط عدم المساس بالعقد (المطلب الأول)، شرط إعادة التفاوض (المطلب الثاني)، وشرط التحكيم (المطلب الثالث) هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن شرط الثبات التشريعي يشابه بعض الشروط مثل شرط التوازن الاقتصادي، وشرط التدعيم التشريعي، وكذا شرط الثبات الدولي (المطلب الرابع).

المطلب الأول: شرط عدم المساس بالعقد

تمثل شروط عدم المساس بالعقد أكثر الشروط شبها بشروط الثبات التشريعي مما يفرض تحديد تعريفها (الفرع الأول) وأثارها (الفرع الثاني) وموقف الفقه منها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف شرط عدم المساس بالعقد

يعد الأستاذ "prosperweil" أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد¹، بحيث ينصرف معنى شرط عدم المساس بالعقد إلى تعهد

¹ حيث يرى الأستاذ: Philippe le boulange

"les clauses de stabilisation et d'intangibilité tendent ainsi à assurer une double protection des contractants étrangers face à leur partenaire étatique en lui faisant renoncer par avance à l'exercice de sa souveraineté et de ses prérogatives de puissance publique. Cette renonciation n'a pas la même signification dans les deux types de clauses. Dans les clauses de stabilisation l'état ne renonce pas à son pouvoir de légiférer: il s'engage seulement à ne pas appliquer une nouvelle législation

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية مما يعطي الطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن هذه الصفة الإدارية¹، بينما يهدف شرط الثبات التشريعي إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية أي ما ينجم عنها بوصفها سلطة تشريعية².

وعادة ما ترد شروط الثبات التشريعي ضمن شروط العقد المنظم لعقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، سواء كان عقد مشاركة بالإنتاج أو عقد امتياز³، وهنا سنجد اتفاق طرفي الرابطة العقدية على تقييد حق الدولة في تعديل حقوق والتزامات العقد بالإرادة المنفردة، كما قد يرد هذا الشرط من خلال اتفاقيات دولية ثنائية أو إقليمية تلتزم بمقتضاها الدول المتعاقدة بمنح أفضلية الحماية لمستثمري الدولة أو الدول الأخرى من خلال عدم تطبيق تشريعات أو إجراءات لاحقة على اتفاقيات العقود التي تبرم مع هؤلاء المستثمرين وتضر بمركزهم القانوني أو الاقتصادي⁴.

ou une nouvelle réglementation au contrat qu'il a conclu avec une entreprise étrangère et à ce contrat seulement. Il accorde à celle-ci une protection contre ce que l'on a appelé l'adéa législatif.

¹ - قادي عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة، مجلة الإدارة، مجلد7، عدد1، سنة1997، ص58.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص145.

³ - يعرف عقد الامتياز بكونه: ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار، أو هو عبارة عن عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها استغلال المرفق لفترة معينة من

الزمن، ينظر: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 108.

⁴ - محمود فياض، المرجع السابق، ص 205.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع الثاني: الفرق بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد من حيث

الآثار

كل من شروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد تهدف في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد من خلال عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، إلا أن التفرقة تظهر في حالة ما إذا كان شرط الاستقرار قد تمحور بصفة خاصة لحكم تنظيم معين كقانون الضرائب وقانون نزع الملكية أي يكون عندها شرط الاستقرار خاصا بهذا القانون فقط، على عكس شرط ثبات العقد الذي يكون في الغالب بصفة عامة¹.

وعلى الرغم من أن الشروط التي تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وتجميد القانون من حيث الزمان تختلف من الناحية النظرية عن الشروط التي تهدف إلى عدم المساس بالعقد، فإن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي قد يتضمن النوعين من الشروط في آن واحد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن التفرقة بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد قد تبدو أقل وضوحا عند إعمال كل من هاذين الشرطين، فشروط الثبات التشريعي تهدف في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد، إذ أنها تسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، كما أن شرط الثبات نفسه لا يحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس به، ولذا فإن المشكلة التي تصادف كلا من النوعين من الشروط تظل واحدة وتتخلص في مدى التزام الدولة بعدم تغيير العقد المبرم بينها وبين طرف آخر سواء تعلق الأمر بعدم تغيير العقد بطريق مباشر أو طريق غير مباشر عن طريق تعديل القانون الذي يحكم العقد².

¹ - شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون سنة 2008، ص 83.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 327-328.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وتتضمن عقود البترول غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالعقد التي تشبه من حيث أثارها إلى حد بعيد شروط الثبات التشريعي ومن ذلك يمكن أن نذكر على سبيل المثال المادة 41 من العقد المبرم بين إيران ومجموعة الشركات المكونة للكونسرتيوم " في أول أكتوبر من سنة 1954 عندما نصت على أنه: "لا يمكن لأي إجراء تشريعي عام أو خاص أو أي إجراء إداري أو أي تصرف آخر أيا كان نوعه صادر عن إيران أو أي سلطة حكومية في إيران سواء مركزية أو محلية أن يلغي هذا الاتفاق أو يعدل نصوصه أو يمنع أو يحول دون التنفيذ الضروري والفعال لبنوده إلغاء الاتفاق أو تعديله لا يتم إلا برضاء الأطراف"¹.

ومن ذلك أيضا المادة 21 من العقد المبرم في 21 ديسمبر سنة 1967 بين المؤسسة السعودية العامة " بترومين " وشركة "أجيب" الإيطالية حيث نصت على أنه: "يكون هذا العقد اتفاقا باتا وملزما فيما بين الطرفين وذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه ولا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطيا بالتراضي فيما بينهما".

وفي نفس الإطار، نصت المادة 30 من العقد المبرم بتاريخ 23 أكتوبر سنة 1963 بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للبترول وشركة " بان أمريكيان " على أنه: " حقوق والتزامات المؤسسة بان أمريكيان والحكومة الواردة في هذه الاتفاقية والسارية طوال أجلها، تكون خاضعة لأحكام هذه الاتفاقية وطبقا لها ولا يمكن تعديلها أو تغييرها إلا باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة"².

¹ - سميحة صخري، المرجع السابق، ص 203.

² - المرجع نفسه، ص 203.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ومع ذلك، فحتى في ظل الفروض التي تلجأ فيها الأطراف المتعاقدة إلى تجميد القانون المختار الواجب على العقد في الحالات التي لا تكون الدولة طرفاً فيها "عقود التجارة الدولية العادية" فإن الفلسفة الكامنة وراء تجميد هذا القانون والأسباب الداعية إليه تختلف كلية عن الأسباب الداعية إلى الثبات التشريعي في عقود الدولة والفلسفة التي يبتغ منها هذا الثبات.

فحق الأطراف في تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان، بالنسبة لعقود التجارة الدولية المعتادة، يستمد من قاعدة القانون الدولي الخاص التي أعطت للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم وبين الأهداف التي تسعى هذه القاعدة إلى تحقيقها.

ولعل فكرة عدم المساواة بين الأطراف في عقود الدولة هي أيضاً الكامنة وراء النوع الآخر من الشروط، التي تعالج دائماً مقترنة بشروط الثبات التشريعي وتتلائم معها مثل شروط عدم المساس بالعقد، فهذه الشروط الأخيرة تهدف إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطاتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة¹.

الفرع الثالث: موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد

بالنظر للتشابه بين شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد فقد انقسم الفقه حول الآثار المترتبة عن شروط الثبات وعدم المساس بالعقد في نفس الوقت إلى ثلاث اتجاهات فقهية، ذهب أولها إلى أن شروط الثبات التشريعي صحيحة

¹ - لعله من الجدير بالذكر أن هذا النوع الأخير من الشروط لا يمكن تصور وجوده في عقود التجارة الدولية العادية، إذ أنه نظراً للمساواة القانونية بين أطراف هذه العقود فإن أحد منهم لا يملك القدرة على تعديل العقد بإرادته المنفردة.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

منتجة لأثار قانونية، والثاني يذهب إلى إخضاعها للسلطة السيادية للدولة، أما الثالث والأخير فيخضعها للنظام القانوني الذي يحكم العقد¹.

وفي حالة اللجوء إلى التحكيم-خاصة تحكيم الاستثمار-يكون إخلال الدولة بشرط عدم المساس أحد دعائم الادعاء أمام الهيئة التحكيمية، وأحيانا يضاف إليه الادعاء بأن رفع الضرائب والرسوم أو أي تغير آخر في بنية القوانين واللوائح يشكل مصادرة مستترة لأموال المستثمر².

المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض

بعيدا عما قيل عن شرط الثبات التشريعي، فإنه انطلاقا من أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل وأن الالتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، فبالنظر لحاجة الأفراد المتزايدة للأمن التعاقدى الذي يجعل من العقد وسيلة لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد وتحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات، وبالنظر لكون عقود الاستثمار غالبا ما تكون طويلة المدة، فإن طول مدة تنفيذ هذه العقود والالتزامات الواردة فيها تجعلها عرضة لعدة تغيرات قد تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد أو ترهق كاهل أحد أطرافه وهو ما ينجر عنه نزاعات ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي والتي بمقتضاها تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إعادة التفاوض حول منشأ النزاع وتسويته لاستمرار تنفيذ العقد وما له من فائدة عملية وعلمية.

وتتجسد الأهمية العلمية له من خلال ارتباطه بعقود تزداد يوما بعد يوم في حياة الدول جميعا، ويعد هذا الشرط كضمانة عقدية أو تقنية وليدة ممارسات عقدية وهذا

¹ - صخري سميحة، المرجع السابق، ص 203.

² - هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2016، ص 156.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

يثبت أن عقد الاستثمار يتسم بالمرونة، كما يثبت أنه يمكن ابتداء ضمانات أخرى من أجل مصلحة المستثمرين¹.

وقد ظهر هذا الشرط إلى الوجود كنتيجة لرغبة المتعاملين في عقود التجارة الدولية للإبقاء على عقودهم قائمة بالرغم مما قد يحدث من إخلال التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك لارتباط هذه العقود بتنفيذ عقود اقتصادية ضخمة، ومرتبطة بعملية التنمية في كثير من الدول. كما في عقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية.

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض

يلجأ لاستخدام هذا الشرط حالياً بصياغات مختلفة في عقود التجارة الدولية وفق المصطلح الانجليزي «Hard ship»، والذي يعني المشقة العقدية أو الأزمة التي يمر بها العقد، ويعد مصطلح "Hard ship" من المصطلحات التي ظهرت في كنف التجارة الدولية مما يصعب إيجاد تنظيم موحد له، فالفقه الفرنسي مثلاً يعبر عنه بعدة تسميات كشرط الظرف الطارئ "Claused'imprevision" أو شرط المراجعة "Clause de revision" أو شرط العدالة والإنصاف "Clause d'equite" أو شرط المحافظة "Clause de sauvegarde" أو شرط الصعوبة "Clause de durrete".

أما الفقه الانجليزي فيطلق عليه تسمية "Clause de hard ship"، ويسميه الفقه الأمريكي شرط الاختلال الكبير "clause indequitty Gross" أما الألماني فيستعمل عبارة "Geschäftsgundlagen"، بينما يعبر عنه الفقه الجزائري بشرط

¹ - بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر 2018، ص 177.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

المشقة وكذا اشتراطات الهارد شيب، وأيضاً مصطلح شرط إعادة التفاوض وذلك بالنظر إلى النتيجة التي تترتب عنه وهي إعادة التفاوض¹.

ومهما اختلفت التسميات، فقد حظي شرط إعادة التفاوض بالعديد من التعاريف من بينها:

- "شرط يدرجه الأفراد في العقد، ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد سواء في نفس الشرط الوارد بالعقد أو في اتفاق منفصل وتكون الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد. وتكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح"².
- الشرط الذي يسمح للأطراف بإعادة تنظيم العقد الذي يربطهما، إذا حدث تغير في المعطيات الأولية للعقد، والتي تم الاتفاق على أساسها، فتغير توازن هذا العقد إلى حد يجعل أحد الأطراف يلحق به إفسار غير عادل.
- "الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معينة وفقاً لإجراءات محددة، من قبل الأطراف نفسها، أو من طرف الغير".

- شروط تنظم مراجعة العقد عندما تطرأ ظروف خطيرة تغير التوازن الاقتصادي للعقد، مقتضاه التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة

¹ - مروك أحمد، المرجع السابق، ص 134.

² - عبد الحق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، دار الأفاق المغربية، سنة 2015، المغرب، ص 198.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

التي حدثت بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف.¹

ومن خلال إمعان النظر في التعريفات السابقة يتضح ما يلي:

- شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي، إذ أن مضمونه يتوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد، وعادة ما يتم تنظيم الشرط بشكل مفصل، حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي يواجهها وأثرها على العقد، والحلول التي سيتم اللجوء إليها من قبل الأطراف في حالة وقوع تلك الأحداث.

- شرط خاص تختلف صورته باختلاف العقود والظروف، وبعبارة أخرى فإن مضمونه ليس واحدا في كل العقود، بل إنه يتنوع وفقا لرغبات الأطراف وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام العقد وتنفيذه، لذا تتغير صورة الشرط من عقد إلى آخر، فقد يواجه الشرط في عقد ما ظروف اقتصادية، بينما يواجه في عقد آخر ظروفًا سياسية أو مالية كما قد يتفق الأطراف على تطبيق الشرط لمجرد حدوث ضرر لأحدهم أيا كان مقدار ذلك الضرر، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى المتخصصين من قانونيين أو إلى قضاء التحكيم للإشراف على عملية التفاوض.²

وعليه، فإن بند إعادة التفاوض ثابت في كثير من الاتفاقيات الثنائية على وجه الخصوص لأنه على العكس من شروط الثبات التي تلزم الدولة بعدم تطبيق أي قوانين جديدة أو مستقبلية تضر بمصالح المستثمر الأجنبي، فإن شرط إعادة التفاوض لا تحد

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص 67.

² - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص 405.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

من الامتيازات السيادية للدولة التي تضمن تحرره من كل القيود، و لكنها رغم ذلك تفتح الطريق أمام إعادة التفاوض على بنود معينة من الاتفاقية، حيث تنص هذه الشروط على التزام الدولة أو الجهة الحكومية بتعويض المستثمر الأجنبي عن أي أضرار اقتصادية تحدث لأي سبب ناتج عن أي قوانين أو لوائح جديدة تؤثر على بنود أو شروط اتفاقية¹.

الفرع الثاني: متطلبات أعمال شرط إعادة التفاوض

وفقا للتعريف السابقة المتعلقة بشرط إعادة التفاوض، وبالاطلاع على ما جاء في المادة 6-2/2 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية² "Unidroit" التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص عام 1994 حول شرط إعادة التفاوض بنصها: "تتوافر حالة " Hardship " إذا طرأت حوادث استثنائية تؤدي إلى اختلال جسيم في الالتزامات التي ينشئها العقد سواء بالنظر إلى الارتفاع في تنفيذ أحد الالتزامات التعاقدية، أو بالنظر إلى الانخفاض الكبير في تكلفة الأداءات المقابلة، وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

- 1- أن يطرأ الحادث الاستثنائي بعد إبرام العقد.
- 2- أن يكون الحادث الاستثنائي مما لا يمكن أن يدخل في دائرة التوقع المشروع للطرف المضرور منه وقت إبرام العقد.
- 3- ألا يكون الحادث الاستثنائي معروفا للطرف المضرور منه إلا بعد إبرام العقد.
- 4- أن يكون الحادث الاستثنائي خارجا عن إرادة الطرف المضرور منه.

¹- زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء الأول، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 525.

²- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

5- يتعين أن يكون الحادث الاستثنائي شديد الإرهاق بالنسبة للطرف المضرور منه بحيث يهدده بخسارة فادحة.

فإنه لكي يتم إعمال شرط إعادة التفاوض باعتباره شرطا تعاقديا لابد من توافر شرطين وهما: أن تحدث ظروف استثنائية وغير متوقعة، وأن تؤدي هذه الظروف إلى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد.

أولاً- حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة

باعتبار شرط إعادة التفاوض يتعامل مع العقود الاقتصادية الضخمة، والتي يستمر تنفيذها لمدة طويلة، ونظرا لتراخي التنفيذ فقد تحدث ظروف استثنائية تؤثر على توازن العقد وهذه الظروف قد تكون اقتصادية أو مالية أو تجارية أو تكنولوجية، أو سياسية ويعتبر بعض الفقه حدوث الظروف الاستثنائية بمثابة الشرط العام لإعمال شرط إعادة التفاوض.

وهذه الظروف يجب أن لا تكون متوقعة، فإذا كانت متوقعة وتسبب عنها اختلال التوازن الاقتصادي للعقد فلا يتم إعمال شرط إعادة التفاوض، لأنه بتوقعها يستطيع الطرف المرور أن يتوخاها، وهذا الحكم أخذ به عقد الفيديك **Fedic** في الكتاب الفضي، فوفقا لنص المادة 12/4 منه يتحمل المقاول الصعوبات والظروف غير المتوقعة، متى كان المقاول يتصور وقوعها وأخذها في اعتباره عند وضع الثمن حتى ولو كانت هذه الصعوبات بطبيعتها غير متوقعة¹.

وإذا كان الطرف الطارئ يقترب من القوة القاهرة باعتباره وضعاً جديداً لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه، وإنما يكون مصدره أجنبياً عنهما، ولا يختص مطلقاً

¹ - عبد الحق الدحمانى، المرجع السابق، ص ص 200 - 201.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

بتصرفاتهما أو سلوكهما المرافق لتنفيذ التزاماتهما، غير أنه يلزم التأكيد في هذا الإطار على أن هناك فرقا بين القوة القاهرة والظرف الطارئ الذي يعد ذلك الحادث الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، إلا أن تنفيذه بالشروط التي جاءت بها مقتضيات العقد تحمل المدين أعباء مالية وخسارة جسيمة وربما باهظة النتائج، إذ ينتج عنه تغيير جذري في وضع المتعاقد بفعل الظروف المحيطة بتنفيذ العقد سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية ينتج عنها أثر مباشر على التوازن الاقتصادي للعقد.

ومن أهم العقود التي تؤثر فيها هذه الظروف، عقود الاستثمار بشكل عام، كونها قد تكون عقوداً إدارية ناتجة عن اتفاق الإدارة مع متعاقد يخضع للقانون الخاص من أجل خدمة المرفق العام، فضلاً عن كونها من العقود المتراخية والتي تمتد عبر الزمن مما يجعلها عرضة لحالات الظروف الطارئة التي قد تحدث أثناء سريان العقد، والتي لا تحول دون الاستمرار في تنفيذها ولكنها تعرض المتعاقد لخسارة فادحة ومحقة ترهق كاهله¹.

ثانياً - انهيار التوازن الاقتصادي للعقد

لا يكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض أن تحدث ظروف استثنائية غير متوقعة، ولكن لا بد أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، فإذا كان ما يترتب على حدوث الظروف غير المتوقعة مجرد أن يصبح الالتزام أكثر تكلفة لا يطبق شرط إعادة التفاوض، وهذا ما أشارت إليه المادة 1-6/2 من مبادئ Unidroit حيث نصت على

¹ - فيصل يجي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، بحث منشور على موقع: <https://www.droitentreprise.com> تاريخ الاطلاع: 2019/09/02 .

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ما يلي: "تقرر التزام أطراف العقد القيام بالتزاماتهم حتى ولو أضحى التنفيذ أشد كلفة"¹.

إذا يلزم أن يحدث انهيار للتوازن الاقتصادي للعقد لإعمال هذا الشرط، ويكون ذلك عندما تقوم الظروف غير المتوقعة بهدم أساس التوازن العقدي، أي يحدث تغير جذري للظروف تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، وبالتالي إذا ما قام الطرف المدني بتنفيذ التزاماته سوف يلحقه خسارة فادحة لا يستطيع تحملها.

وبالتالي لا بد أن تتسم الظروف بالجسامة، بحيث تجعل تنفيذ المدين للالتزاماته وإن لم تكن مستحيلة إلا أنه مرهقة إرهاباً شديداً، وهذا ما أخذ به فقهاء التحكيم في الحكم الصادر عن غرفة التجارة بباريس رقم 8873 لسنة 1997 حيث تعلق النزاع بعقد إنشاء مبرم بين شركة إسبانية وشركة فرنسية لتنفيذ مشروع في إحدى دول العالم الثالث وقت تطبيق المواد 3-2-6، 2-6 من المبادئ لكون الظروف غير المتوقعة بالغة الشدة².

وللإشارة، فإن الحادث المكون لشرط إعادة التفاوض " **Hard Ship** " يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين أو يصيبه بضرر فادح إذا ما نفذ بالشكل المنصوص عليه في العقد، بينما تؤدي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام التعاقدية، فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ ما التزم به تجاه المتعاقد الآخر.

إن الأثر الطبيعي الذي تخلفه هذه الاستحالة هو وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة وانفساخه في حالة كونها نهائية، ويعبر الفقيه "Fontaine" عن

¹ - ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية (اتفاقية فيينا لبيع 1980)، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، 1995، ص 363.

² - عبد الحق الدحماني، المرجع السابق، ص 202.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ذلك بقوله: "يقترَب شرط إعادة التفاوض من القوة القاهرة في الأحداث من جانب أو من آخر، فيجب من حيث المبدأ أن تكون غير متوقعة وألا يمكن تجنبها. ولكن إذا كانت القوة القاهرة في صورتها العادية تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً فإن حدث الـ " Hardship يجعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة لأحد المتعاقدين فقط، حيث يختل الأساس الاقتصادي ولكن العقد يبقى ممكن التنفيذ."

وقد حرصت مبادئ "Unitdroit" على إبراز هذا الفرق بين استحالة التنفيذ واختلال توازن العقد، حيث نصت المادة 2-6/2 منها على أن الأحداث المشكّلة لشرط الـ " Hardship " التي يجب أن يختل فيها توازن الأداءات بشكل أساسي، بينما المادة: 7/1/7 اشترطت لعدم قيام مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه أن يرجع ذلك لعائق غير متوقع عند إبرام العقد وأنه لم يستطع تجنب وقوعه أو منعه أو التغلب على نتائجه¹.

المطلب الثالث: شرط التحكيم

لقد استقر كل من الفقه والقضاء على ألا يخرج اتفاق التحكيم عن إحدى الصورتين: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ولهذا سنقسم هذا المطلب إلى تعريف شرط التحكيم وبيان أشكاله (الفرع الأول)، ثم نقوم بعرض مشاركة التحكيم وهي أحد الوسائل البديلة لحل النزاع والتي يلجأ إليها الأطراف عند عدم تضمين العقد شرط التحكيم (الفرع الثاني).

¹ - مروك أحمد، المرجع السابق، ص 155-156.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع لأول: تعريف شرط التحكيم وأشكاله

أولاً: تعريف شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم *compromissoires clause* ذلك البند الذي يرد ضمن عقد الاستثمار الأصلي المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي، بمقتضاه يتعهد الأطراف قبل نشوء المنازعات التي قد تقع بينهم في المستقبل والتي تتعلق بتنفيذ العقد أو تفسيره إلى التحكيم بواسطة محكمين يختارهم أطراف العقد للقيام بوظيفة الفصل في النزاع دون أن يكون هناك أي داع إلى اللجوء إلى القضاء الوطني على أن يقوم حكمهم مكان حكم القضاء. ويأخذ شرط التحكيم صورتين: فإما أن يكون في شكل شرط تحكيم عام، الذي مفاده أن الشرط أو البند أو النص القانوني الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف على إحالة ما يحتمل أن يقع بينهما من خلافات في كل مضمونه والمسائل التي تتضمنها المعاهدة المبرمة بينهما دون استثناء على حلها عن طريق آلية التحكيم التجاري الدولي المختارة¹.

بينما شرط التحكيم الخاص فهو بخلاف سابقه، إذ هو ذلك البند الذي يقضي بتعهد الأطراف المتعاقدة على إحالة نزاعاتهم المستقبلية للتسوية عن طريق التحكيم، لكن يقتصر الحل هنا فقط على مسائل معينة ومحددة بدقة ضمن ذلك العقد، أي أن اختصاص التحكيم هنا لا يشمل كل مضمون الاتفاقية المبرمة بين الأطراف عقد الاستثمار².

¹ - زغودي عمر، شعبان صوفيان، التحكيم كضمانة قانونية لاستقطاب استثمار أجنبي دراسة حالة مركز الدولي

CIRDI وتطورات، ملتقى دولي حول الإطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر -

الفرص والتحديات-، 30-31 جانفي 2018، جامعة أدرار، ص 4.

² - زغودي عمر، شعبان صوفيان، المرجع السابق، ص 4.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ثانيا: الأشكال التي يرد عليها شرط التحكيم

قد يكون شرط التحكيم في صورة بند من بنود عقود الاستثمارات ويوقع عليه الطرفان مع التوقيع على العقد الأصلي، وقد يأتي في صورة محرر مستقل سواء كان الاستقلال لاحقا على العقد الأصلي أو يبرم مع العقد الأصلي. أي يرد شرط التحكيم في ورقة مستقلة عن العقد كملحق من الملاحق مثلا ، وقد يكون هذا الشرط عاما أو خاصا، فيكون عاما عندما يحيل إلى التحكيم كل المنازعات الناتجة عن العقد، ويكون الشرط خاصا إذا أحال إلى التحكيم بعض المنازعات دون البعض الآخر¹.

الفرع الثاني: مشارطه التحكيم²

قد يحدث ألا يتفق الأطراف على التحكيم في البداية إما لعدم توقعهم حدوث نزاع بينهم في المستقبل وأما لنسيانهم هذا الأمر وانشغالهم بموضوع العقد، ثم يبدؤوا في

¹ - رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية-النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود

الاستثمارات البترولية، ط1، ج2، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2017، ص 46.

² - لقد أقر القضاء الفرنسي واعترف بصحة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع وهو مشارطة التحكيم، إذ تم تعريفه تعريفا مقاربا لنص المادة 1447 من قانون المرافعات الفرنسي بأنها: " عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختيارهم دون قضاء الدولة.

« Le convention de compromis est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que leur différend sera porté ; non devant les juridiction ordinaires, mais devant un ou plusieurs arbitres de leur choix ».

أنظر: خديجة عبد اللاوي، المرجع السابق، ص 411.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

تنفيذ العقد ويقوم بينهم نزاع، هنا أباح لهم المشرع إبرام مشاركة يكون لهم بمقتضاها اللجوء إلى التحكيم.

أولاً: تعريف المشاركة

هي اتفاق مستقل بعد حدوث المنازعة يتفق فيه الأطراف على إحالة النزاع الذي يقع بينهم للتحكيم والتخلي عن اللجوء للقضاء صاحب الاختصاص بهذه المنازعة، حيث يُضمن الأطراف المشاركة بيان بالنزاع وبيان بالمحكّمين الذين يتولون الفصل في النزاع¹.

وتتضمن المشاركة بيان بكل المسائل التي يجب أن يقوم على أساسها التحكيم، بمعنى أن تتضمن المسائل التي يجب عرضها على التحكيم، وكيفية اختيار الهيئة وعدد المحكّمين واللغة التي يجري على أساسها تطبيق وكيفية تنفيذ الحكم، وبما أن مشاركة التحكيم تكون بعد حدوث النزاع، فإنها دائماً ما تكون مستقلة عن العقد الأصلي موضوع النزاع، فهي بطبيعتها تبرم بعد أن يدخل العقد موضوع النزاع حيز

التنفيذ، لذلك فهي مستقلة بخلاف الشرط الذي قد يكون جزءاً من العقد².

ولقد عرف المشرع الجزائري مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". ومن هنا، فإن مشاركة التحكيم تقترب من عريضة الدعوى، حيث تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف.

1 - رائد أحمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 47

2 - رائد أحمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 48.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

ثانيا: تحديد موضوع النزاع المشاركة

يشترط لصحة مشاركة التحكيم أن يتم تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم، والسبب في ذلك أن المشاركة تبرم بعد وقوع النزاع فهي خاصة بهذا النزاع وحده، أما الشرط فيبرم قبل حدوث النزاع، فلا يمكن معرفة النزاع مقدما ولا يمكن للطرفين التنبؤ به، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، حيث أوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم وإلا كانت المشاركة باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد، ويترتب على ذلك أن شرط التحكيم يكون عاما فيشمل جميع المنازعات، أما مشاركة التحكيم فتكون خاصة بالنزاع المحدد في المشاركة، وهذا هو السبب الذي من أجله ستلزم المشرع تحديد موضوع النزاع على وجه الدقة في المشاركة، وعدم تحديد المسائل موضوع النزاع في حالة المشاركة يجعل هذه الأخيرة باطلة².

المطلب الرابع: شرط الثبات التشريعي والشروط الأخرى المشابهة له

يتشابه شرط الثبات التشريعي بدرجة كبيرة مع شرطي عدم المساس بالعقد وإعادة التفاوض، إلا أنه قد يرد إلى جانب شروط أخرى تدعم دوره كضمانة للمستثمر الأجنبي مع اختلافها معه في بعض الخصوصيات، كشرط التوازن الاقتصادي (الفرع الأول) وشرط التدعيم التشريعي (الفرع الثاني) وكذا شرط الثبات الدولي (الفرع الثالث).

¹ - تنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم. إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة".

² - تنص المادة 1012 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع الأول: شرط التوازن الاقتصادي

قد يواجه الأطراف أخطر حالات عدم التوازن للعقد، بسبب الأحداث غير الإرادية والتي غالبا ما تتركز حول القوة القاهرة والظروف الطارئة، فقد تقع أحداث غير متوقعة تمنع استمرارية تنفيذ العقد وتؤدي إلى الإخلال في الأداء المقابل وتعرض العقد للإلغاء من أحد الطرفين، في هذا الفرض تظهر أهمية الشروط التعاقدية التي يدرجها الأطراف في عقد الاستثمار، وتحدد الحالات التي يمكن بمقتضاها وضع ضوابط للأحداث غير المتوقعة، وتحديد الآثار المترتبة عنها، الأمر الذي يخفف من حدة الخلاف حول تفسير القانون الواجب التطبيق ويقيد سلطة المحكم في التفسير، وهو ما يشكل استقرار للعلاقة التعاقدية ولا يخرج الدور الوظيفي لهذه الشروط في هذا الفرض عن دور تكميلي أو مساعد للتشريع الوطني الواجب التطبيق باعتباره الأساس لإعادة التوازن الاقتصادي¹.

ويختلف شرط الثبات التشريعي عن شرط التوازن الاقتصادي في كون أن الأخير لا يعفي المستثمر الأجنبي من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق، بل على العكس من ذلك سيؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة، في المقابل ينص هذا الشرط على التزام الدولة المضيفة بتعويض هذا المستثمر عن الخسائر المالية التي لحقت به جراء هذه التعديلات².

¹ - يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة الوادي، الجزائر، مجلد 9، العدد 1، 2018، ص 789.

² - قد يكون التعويض كليا فنكون أمام ما يسمى بشرط التوازن الاقتصادي الكلي، وقد يكون جزئيا وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد فنكون أمام شرط التوازن الاقتصادي الجزئي. أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 235.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

الفرع الثاني: شرط التدعيم التشريعي

لا يكتمل شرط الاستقرار التشريعي بمجرد توافر شرط تجميد التشريع إذ يجب توافر شرط آخر يعرف بشرط التدعيم التشريعي، ويراد به حق المستثمر في الاستفادة من الأحكام الجديدة الواردة في اتفاقيات وعقود الاستثمار، وهذا إن كان النص الجديد أكثر تحفيزاً بالنسبة للمستثمر¹.

وبالرجوع للمشرع الجزائري بموجب المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، فإنه قد اعتمد إلى جانب شرط الثبات التشريعي الضمني النص على شرط التدعيم التشريعي من خلال نصه على عبارة «...إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة». كما تم تضمين شرط التدعيم التشريعي في العديد من اتفاقات الاستثمار التي أبرمتها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع المستثمرين الأجانب، من بينها على سبيل المثال الاتفاق المبرم مع قوس دو سكيكدة **ADS** أين تضمنت المادة 06 فقرة 02 منه الإشارة إلى شرط التدعيم التشريعي بنصها على أنه: «كما أنه يمكن لشركة المشروع وبطلب صريح منها أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ»².

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية من المبادئ التي تركز شرط التدعيم التشريعي حيث من خلال هذا المبدأ تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضى الاتفاقية المبرمة في هذا الشأن بمعاملة الرعايا الأجانب للدولة التي تربطها علاقات مع الدولة الجزائرية

¹ - عيوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون دولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الدراسية 2005/2006، ص 222.

² - بن هلال ندير، المرجع السابق، ص 259.

الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

بأفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات الأجنبية فيها، أي منح رعايا الدولة المستفيدة من هذا المبدأ جميع المزايا والضمانات التي تقدمها أو تقررها الدولة المضيفة (الجزائر) للاستثمار إلى مستثمري دولة ثالثة.

الفرع الثالث: شرط الثبات الدولي

يثبت هذا الشرط بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية أو اتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري تلك الدول الأعضاء العاملين في أراضيها. وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة والحامية لاستقرار الاستثمارات الأجنبية الناشطة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية، ولا يعني هذا انطباق نصوص شروط الثبات المتفق عليها في الاتفاقية الدولية تلقائياً على العقد الموقع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، بل يجب لتطبيق هذه الشروط تمسك المستثمر الأجنبي بهذه النصوص وتضمينها في العقد تأسيساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه الحالة تنشئ مظلة من الحماية القانونية الدولية للعقد الموقع بين

الطرفين، إضافة إلى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد¹.

¹ - بمعنى فرض قواعد قانونية دولية احتياطية تحمي المستثمر الأجنبي متى لم تنجح القواعد الوطنية في تأمين هذه الحماية. أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 263.



**الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود
السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار**

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

تمهيد:

تبرم الدولة عند سعيها إلى تحقيق التنمية الاقتصادية العديد من العقود مع المستثمرين وتتصب معظم هذه العقود على الثروات الطبيعية، ويكون الهدف منها استخراج ما تحتويه الأرض في باطنها من معادن وذلك بغية دفع عجلة الاستثمار والتنمية. وقد تبرم هذه العقود بطريق مباشر وذلك عبر مسلك الدولة أو أحد ممثليها، أو بطريق غير مباشرة عبر مسلك إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها.

لكن في المقابل، يجب التأكيد بداية حقيقة مسلم بها في إطار القواعد الدولية التقليدية تتمثل في أن أي دولة من دول العالم وإن كانت تتمتع بحرية تامة في تنظيم معاملة الأجانب الموجودين على إقليمها بما يراعي مصالحها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، تبقى ملزمة في الوقت نفسه بما يفرضه العرف الدولي والمبادئ المتعلقة باحترام الحد الأدنى من الحقوق التي يعترف بها للأجنبي على أراضيها بما في ذلك عقود الدولة في مجال الاستثمار.

ومن جهة أخرى، نجد أن حق الدولة في إصدار القوانين هو حق سيادي لها لا تتازعها فيه أية جهة، وعلى هذا الأساس يمكن للدولة تحت أهداف المصلحة العامة أن تتخذ بعض الإجراءات لتعديل أو إنهاء عقود الاستثمار بصفة انفرادية مثل التأميم أو أن تنزع الملكية أو مصادرة... على الرغم من وجود بعض القرارات التحكيمية التي تدين تلك الإجراءات بحجة توافر شروط الثبات التشريعي خاصة إذا ثبت أنه كانت وراء ذلك معاملات تمييزية بين المواطنين والأجانب. ونتيجة ظهرت مجموعة من المبادئ تقيد وتمنع الدولة من تعديل إنهاء عقود الاستثمار بصفة انفرادية، فما على الدولة لتحافظ على استثماراتها وتواصل في سياسة تشجيع الاستثمار إلا أن تتقيد بهذه المبادئ والضمانات لتحمي استثماراتها، بل وأكثر من ذلك أن تتبنى مبدأ الثبات التشريعي

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كأساس لبناء مناخ استثماري قوي، وتعزيزه بحتمية الانتقال من الثبات التشريعي إلى اليقين التشريعي.

ولهذا كان من الضروري وضع خطة تتوافق والنسق أعلاه من خلال يلي: دراسة موضوع السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار (الفصل الأول)، ثم التطرق إلى موضوع المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه (الفصل الثاني).

الفصل الأول: السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الصيغة المعروفة في التعاقد بالنسبة لعقود الاستثمارات هي المشاركة بين المستثمر وأحد الشركاء الوطنية، وفي الجزائر غالبا ما تكون شركة سوناطراك هي المخول لها إبرام مثل هذه العقود أو ما يطلق عليها عقود الاستثمارات البترولية، بغرض تنفيذ سياسة الاستثمار مع المستثمرين الأجانب، لذا كان واجب على الدولة وضع نظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ذات صبغة مشجعة للاستثمار من شأنه أن يجذب أكبر عدد من المستثمرين الأجانب، وبالتالي يأخذ شرط الثبات التشريعي مكانته بين النصوص التشريعية الاستثمارية في الجزائر هذا من جهة، ومن جهة أخرى إبراز السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار بصفقتها صاحبة الأرض وذات السيادة التشريعية.

بين هاذين المتغيرين بات من الضروري تحديد السيادة التشريعية للدول من خلال تحديد مفهوم عقود الاستثمارات الأجنبية التي تبرمها الدولة (المبحث الأول)، وكذا الإجراءات الانفرادية التي تتمتع بها الدولة بصفقتها صاحبة السيادة التشريعية والماسة بمضمون عقد الاستثمار (المبحث الثاني).

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمارات الأجنبية

على الرغم من اهتمام فقهاء الاقتصاد والقانون بمفهوم عقود الاستثمار إلا أن أغلب التعريفات تقترب من المفهوم الاقتصادي منه إلى القانوني، وقد يبدو للبعض أن مشكلة عقود الاستثمار أقرب لفقهاء الاقتصاد منها لفقهاء القانون، إلا أن العكس هو الصحيح. لأن القانون هو الذي يحمي العلاقات الاقتصادية ويضمن تطويرها ويكفل لها الاستقرار والأمان. وترجع مشكلة تعريف عقود الاستثمار لوجود تشابك بين الجوانب الاقتصادية والقانونية والسياسية التي تفرض نفسها عند وضع أي تعريف وقد كان الاقتصاديون أكثر سرعة في وضع تعريف الاستثمار¹.

إن الحديث عن عقود الاستثمار يحيلنا مباشرة لبحث مسألة المقصود من الاستثمار كنشاط حيوي تستهدف من خلاله الدولة تنشيط اقتصادها من جهة، وخلق قطاعات بديلة من جهة أخرى، وعليه يستلزم الأمر هنا التطرق لمفهوم الاستثمار بداية (المطلب الأول)، ثم مفهوم عقود الاستثمار (المطلب الثاني)، وأطرافها (المطلب الثالث)، وصولاً إلى نتائج وأثار شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار

من بين الإصلاحات التي بادرت بها الجزائر والتي تدل على انفتاحها الخارجي وتوجهها نحو اقتصاد السوق والسير في درب العولمة الاقتصادية هي السعي نحو اجتذاب التدفقات الرأسمالية والاستثمار الأجنبي المباشر، والذي يشكل قطاعاً بديلاً قد يساهم في الزيادة في الدخل الوطني للبلد المستقبل للمستثمر الأجنبي. وبالتالي لا بد

¹ - خالد منصور إسماعيل، المرجع السابق، ص 27.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

من التطرق لتعريف الاستثمار (الفرع الأول)، وأنواع الاستثمار (الفرع الثاني)، ثم أهمية الاستثمار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الاستثمار

بعد الاستقلال، وبالتحديد في الفترة الممتدة من سنة 1962 إلى سنة 2000، لم يعط المشرع الجزائري تعريفا خاصا للاستثمار لا في القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26/07/1963 المتضمن قانون الاستثمارات¹، ولا في الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15/09/1966 المتضمن قانون الاستثمارات²؛ غير أنه في سنة 2001 تعرض إلى تعريف الاستثمار في المادة الثانية من الأمر رقم 01-03 الصادر سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار³ (الملغى). وقام بتوضيح هذا التعريف مؤخرا في القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار⁴.

وقد تعددت تعاريف الاستثمار تبعا لأنواعه، وباختلاف المجالات والبيئات الموجه إليها، فلا يوجد مفهوم موحد له لدى الفقهاء الاقتصاديين والقانونيين، وكذا ضمن التشريعات الداخلية لغالبية الدول (أولا) والاتفاقيات الدولية (ثانيا).

¹ - الجريدة الرسمية الصادرة في: 02 أوت 1963.

² - الجريدة الرسمية العدد 80 الصادرة في: 17 سبتمبر 1966.

³ - الجريدة الرسمية العدد 47 الصادر بتاريخ: 2001/08/22.

⁴ - الجريدة الرسمية العدد 46 الصادر بتاريخ: 2016/08/03.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أولاً- تعريف الاستثمار الأجنبي في التشريعات الداخلية

عند محاولة إعطاء تعريف قانوني يلاحظ أن التعريفات حوله تكاد تتعدم، ولربما يرجع السبب إلى كون الاستثمار موضوع تشترك فيه الدراسات الاقتصادية والقانونية معا.

ومن الوجهة الاقتصادية، يقصد بالاستثمار الأجنبي معنى اكتساب الموجودات المادية في الخارج أو لفروعها أو لشخص معنوي معين، ولذلك ينظر الاقتصاديون إلى التوظيف أو التثمين للأموال على أنه مساهمة في الإنتاج، والإنتاج هو ما يضيف منفعة أو يخلق منفعة تكون على شكل سلع أو خدمات، هذا الإنتاج الذي لا بد أن تتوفر له عناصر مادية وبشرية ومالية، وبالتالي إذا كان المال عنصر إنتاج فلا بد أن يكون على شكل خلق طاقة إنتاجية جديدة أو توسيع طاقة إنتاجية موجودة¹.

كما يعرف الاستثمار الأجنبي بكونه كل نوع من أنواع الأصول ويشمل بصفة خاصة الأموال والممتلكات المنقولة والثابتة (العقارية) والأنصبه في الشركات (الأسهم والسندات) والحقوق التعاقدية، مثل اتفاقات الخدمات وحقوق الملكية الفكرية والامتيازات التجارية².

هذا، ويعرف الاستثمار الأجنبي من طرف المحاسبين بأنه: تدفق القروض لشركة أجنبية أو الامتلاكات الجديدة للحصص أو للأسهم في شركة أجنبية للحصص، بشرط أن يمتلك المقيمون من البلد المستثمر جزء من أملاك هذه الشركة. وبصفة عامة تنجز الاستثمارات الأجنبية في شكل حصص رأس مال أو حصص عينية يقدمها أي شخص

¹ - عبد المجيد أونيس، مناخ الاستثمار، الملتقى الوطني الأول حول المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، يومي 22 و23 أفريل سنة 2003، ص 10.

² - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 55.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

معنوي أو طبيعي، ويؤكد "جيل بارتن" أنّ الاستثمار الأجنبي هو: "كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان الذي يترتب عن العملية المالية أرباحا للمستثمر"، وحسب ما سبق يمكن القول أنّ الاستثمار الأجنبي هو كل استغلال لموارد أو أصول مادية أو مالية التي تكون بمثابة مغامرة مدروسة من المستثمر في بلد أجنبي عنه وهذا بغية الحصول على أرباح مستقبلية تسودها المغامرة¹.

وبالاطلاع على القوانين الوطنية المنظمة للاستثمار يلاحظ أنها بصفة عامة الأكثر تحفظا في مجال تعريف الاستثمار، إذ تكتفي عادة بتعريف الاستثمار التقليدي المباشر كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري.

حين اكتفي المشرع الجزائري في القانون رقم 63-277 بذكر عبارة " استثمار رؤوس الأموال"²، هذه الأخيرة كانت موجهة للاستثمار المباشر، أما بالنسبة للأشكال الأخرى للاستثمار فكانت غير معروفة في ذلك الوقت، إلا أن شموله لرؤوس الأموال الإنتاجية يعد دليلا على وجود أشكال أخرى للاستثمار على الرغم من عدم تحديدها.

كما لم يرد المشرع في الأمر رقم 66-284³ أي تعريف للاستثمار، فالهدف من هذا الأمر هو تنظيم رأس المال الأجنبي في الاقتصاد الوطني.

وفي نفس الإطار، فإن المرسوم التشريعي رقم 93-12⁴ لم يأت بأي تعريف محدد للاستثمار على الرغم من أن هذا القانون كرس توجيهات جديدة في مجال

¹ - عبد المجيد أونيس، المرجع السابق، ص 11.

² - المادة الأولى والثانية من القانون رقم 63-277 المذكور سابقا.

³ - الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر رقم 80.

⁴ - مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر العدد 64 الصادرة في 10 أكتوبر 1993.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الاستثمار الأجنبي، وعليه فقد أشارت المادة الأولى من هذا المرسوم إلى الاستثمارات المنتجة للسلع¹ والخدمات التي يجب أن تنجز في شكل "حصص من رأس المال". وإذا كان هذا المرسوم يعترف بوجود أشكال أخرى للاستثمار إلا أنه اقتصر على الاستثمار الحر المنجز بواسطة رأس المال أو حصص عينية، حيث استبعد الأشكال الجديدة للاستثمار والتي تتم في شكل خدمات وبدون رأس مال.

بالإضافة إلى ذلك، وجه المشرع الامتيازات الجمركية والضريبية للاستثمارات التي تساهم في تنمية الاقتصاد الوطني، ليرى من ذلك احتفاظ المشرع بالمفهوم الكلاسيكي للاستثمار الأجنبي، كما تفادى توسيع مجال تطبيق هذا القانون بالنسبة للعمليات الخاصة بالتعاون الاقتصادي الدولي نظرا للصعوبات التي كانت تواجه الاقتصاد الجزائري².

ولكن بخلاف القوانين السابقة حدد المشرع الجزائري مفهوم الاستثمار في المادة الثانية من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم³، ليستدرك بذلك النقص الملحوظ في قانون الاستثمار، حيث نصت على ما يلي: "يقصد بالاستثمارات في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

- اقتناء أصول تتدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة.

¹ - تشمل بصفة عامة إنتاج أي شيء مادي في الجزائر.

² - عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 56.

³ - أمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بالأمر رقم 08-05 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج.ر العدد 47، الصادرة بتاريخ 2006/07/19. الملغى بموجب القانون رقم 16-09.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

- استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية".

من خلال استقراء هذه المادة يمكن استخلاص ما يلي:

1- أن الاستثمار يمكن أن يأخذ أشكالاً مختلفة وهي:

- توسيع نشاط المؤسسة بالمساهمة في استحداث نشاطات جديدة أو المساهمة في تحسين قدرات الإنتاج وذلك بجعل هذه المؤسسات أكثر فاعلية.

- إعادة التأهيل باسترجاع بعض المؤسسات التي تعاني من صعوبات في التسيير والتنظيم والمعرضة للزوال.

- إعادة الهيكلة حيث تشمل المؤسسات التي تعاني من عدم الفاعلية في التسيير والتنظيم والتي تحتاج إلى إعادة الهيكلة، وذلك بمراجعة قواعد تسييرها وتنظيمها.

- المساهمة في رأسمال مؤسسة: ويكون عن طريق المساهمة الجزئية في تحسين الوضعية المالية للمؤسسة من خلال الرفع من رأسمالها.

- اكتساب المؤسسات بشكل جزئي في إطار عملية الخوصصة.

2- يمكن أن تكون المساهمات نقدية أو عينية.

3- وسع المشرع في مجال النشاط، فشمّل كل القطاعات الاقتصادية بما فيها تلك التي تعتبر حيوية للاقتصاد الوطني، ولكن اشترط المشرع الحصول على رخصة من السلطات المعنية.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

4- وضع المشرع مجموعة من القيود الهدف منها الاحتفاظ بالأساليب التقليدية للاستثمار وكذلك استبعاد الأشكال الجديدة للاستثمار¹.

لو رجعنا لنص المادة الثانية من القانون المتعلق بترقية الاستثمار رقم 16-09 فإننا نجد يقصد بالاستثمار:

«1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات إنتاج و/أو إعادة التأهيل.

2- المساهمة في رأس مال الشركة».

وبالنتيجة فقد يتخذ الاستثمار المباشر أحد الأشكال التالية:

- استثمارات منشئة يترتب عليها تأسيس شركة في الجزائر.
- استثمارات منمية للقدرات يترتب عليها المساهمة في رفع وتحسين نوعية الإنتاج.
- استثمارات معيدة للتأهيل أي المساهمة بحصص نقدية أو عينية لإعادة تشغيل المؤسسة.

- استثمارات مرتبطة بإعادة الهيكلة والمتعلقة بخصوصية المؤسسات العمومية.
وعلى سبيل المقارنة، عرف المشرع المصري في ظل القانون رقم 72 لسنة 2017 الاستثمار بصفة صريحة في المادة الأولى منه بكونه: "استخدام المال لإنشاء مشروع استثمار أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد."

¹ - عيوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، سنة 2013، ص 144-

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أما المشرع الفرنسي، في سنة 1967، عرف الاستثمار المباشر بأنه¹:

- شراء (achats)، أو إنشاء (création) أو توسيع محل تجاري (extension de fonds de commerce)، أو فروع الشركة أو كل مؤسسة ذات طابع شخصي.
- كل عملية أخرى لها واحد أو أكثر من المرافق أو الفروع، يراقبها شخص أو أكثر، و شركة تمارس نشاط صناعي، فلاح، تجاري، مالي أو عقاري، كيفما كان الشكل، الخ...

ومع ذلك، قد يتجاوز رأسمال شركة 20%، أين تتداول الأوراق المالية أو السندات علنيا أو بالبورصة².

وفي سنة 1980، وفقا للمادة 2 (3) من مرسوم رقم 67-78 المؤرخ في 1967/01/21، يقصد باستثمار مباشر³:

* شراء، إنشاء أو توسيع المحل التجاري (fonds de commerce)، الفروع (succursales) أو كل مؤسسة ذات طابع شخصي.

* كل عملية أخرى عندها، أحد أو عدة مرافقين (concomitantes) أو متوالين (successives)، لهم أثر يؤدي لشخص أو عدة أشخاص لأخذ أو زيادة مراقبة شركة تمارس نشاط صناعي، فلاح، تجاري، مالي أو عقاري، كيفما كان الشكل أو ضمان توسيع تلك الشركة التي هي تحت المراقبة.

¹– Article 2 alinéa 3 du décret n° 67-78 du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, JO du 29 janvier 1967, p. 1073.

² – Article 2 du décret n° 67-78 du 27 janvier 1967.

³– Voir 111 du chapitre 11, titre 1^{er} de la circulaire du 6 août....._à relative aux investissements directs étrangers en France.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

والمقصود بتوسيع المحل التجاري، الفروع أو كل مؤسسة ذات طابع شخصي، وخاصة توسيع نشاط المؤسسة أكثر ما هو منصوص عليه في قرار الإدارة المتعلق بإنشاء أو الاستيلاء على مراقبة هذه المؤسسة¹.

ثانيا - تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية

نظر لأهمية دور الاستثمار الأجنبي في انتقال رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتقنية بين الدول المختلفة، عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف لضمان الاستثمار الأجنبي وفض المنازعات الناجمة عنه، وتتضمن تلك الاتفاقيات في الغالب تعريفا للاستثمار، غير أنها لم تضع تعريفا جامعاً مانعاً لمفهوم الاستثمار وركزت فقط على بيان العناصر المكونة للمال المستثمر.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في إطار الحماية والتشجيع المتبادلان للاستثمارات الأجنبية، فقد تضمنت معظمها تعريفاً للاستثمار، هذا الأخير اشتمل على نفس عناصر التعريف الواردة وعلى سبيل المثال لا الحصر، حيث رأت هذه الاتفاقيات الثنائية أن كلمة "استثمارات" تدل على الأموال كالأموال والسلع والحقوق باختلاف أنواعها وكل عنصر من الأصول مهما كان نوعه²، أو عنصر من

¹- عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص 58 .

²- تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير 1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، ج.ر، العدد 1، الصادرة في 2 يناير 1994، على أنه:
"عبارة استثمار تشير إلى الأموال كالأموال والحقوق باختلاف أنواعها إلى جانب كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه والمرتبطة بنشاط اقتصادي والمتمثلة على سبيل الخصوص لا الحصر فيما يلي:
أ- الأموال المنقولة والعقارية... الخ."

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأصول وسلع أو حقوق مرتبطة بالاستثمار مهما كانت طبيعته¹ أو عنصر من الأصول وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات²، أو كل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات³، مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه.

كما أن بعض الاتفاقيات أضافت عبارة "عمليات إعادة الاستثمار" بالنص على ما يلي: "... مستثمر أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه"⁴.

¹ - تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج.ر، العدد 23، الصادرة في 26 أكتوبر 1995، على أنه: "عبارة "استثمارات" تدل على كل عنصر من الأصول، سلع أو حقوق مرتبطة بالاستثمار مهما كانت طبيعته والمستثمر طبقاً لتشريع البلد المستقبل للاستثمار، وهي على وجه الخصوص لا الإطلاق: أ- الأسهم وكل صيغة أخرى للمشاركة في الشركات.....".

² - تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، ج.ر، العدد 46، الصادرة في 6 أكتوبر 1991، على أنه: "1- عبارة "استثمارات" تشير إلى كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها، في كل قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه.... الخ.

³ - تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 5 أبريل 1997 المتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 غشت 1996، ج.ر، العدد 20، على أنه: " تشير عبارة "استثمار" إلى الأموال كالأموال والحقوق باختلاف أنواعها إلى جانب كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه والمتمثلة على سبيل الخصوص لا الحصر فيما يأتي:

أ- الحقوق المنقولة وغير المنقولة وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري والرهن الحيازي وحق الانتفاع والكفالات والحقوق المماثلة.... الخ."

⁴ - تنص المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 5 أبريل 1997 المتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 غشت 1996، ج.ر العدد 20 على أنه: " تشير عبارة

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أضف إلى ذلك، تشترط الاتفاقيات عادة من أجل تحديد مجال النشاط الاقتصادي وجود علاقة أو رابطة مع نشاط اقتصادي حيث تم استعمال العبارات التالية: المرتبطة بنشاط اقتصادي¹، أو في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه²، أو كل قطاع نشاط اقتصادي³.

وتجدر الإشارة إلى أنه من أجل تقادي التناقضات بين كل من القانون الداخلي للدولة التي تم الاستثمار فيها وأحكام الاتفاقية، تؤكد هذه الأخيرة على أن تنفيذها يتم طبقاً للقوانين وأنظمة الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال⁴.

كما أن معظم الاتفاقيات الثنائية تبنت مفهوماً واسعاً للاستثمار وهو يشمل كافة الأموال والأصول التي يمتلكها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمارات

استثمار إلى الأموال كالأموال والحقوق باختلاف أنواعها إلى جانب كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أم خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه والمتمثلة على سبيل الخصوص لا الحصر فيما يأتي:....."، كما أن هذه العبارة واردة أيضاً في كل من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وقطر في المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 97-229 المؤرخ في 23 يونيو 1997 المتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 24 أكتوبر 1996، ج.ر. العدد 43، وكذا الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر في المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998 المتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، ج.ر. العدد 76.

¹ - المادة الأولى فقرة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا، المرجع السابق.

² - المادة الأولى فقرة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والأردن، نفس المرجع.

³ - المادة الأولى فقرة الأولى من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا، المرجع السابق.

⁴ - عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا - دراسة مقارنة -، المرجع السابق،

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأجنبية، وذلك على غرار الاتفاقيات الجماعية في ميدان الاستثمار بهدف مجال تحقيق التكامل الاقتصادي العالمي والإقليمي العربي والأوروبي¹.

ومن قبيل الاتفاقيات الجماعية والمتعددة الأطراف نذكر في هذا الإطار كذلك وعلى سبيل المثال:

1- الاتفاق المبرم مع جمهورية ألمانيا الاتحادية والأرجنتين لأنه في غالبته يعتمد نفس الصياغة.

فطبقاً لنص المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا يعرف الاستثمار على أنه: "1) كلمة "استثمارات" تشير إلى كل عنصر من الأصول المستثمرة من طرف مواطني وشركات أحد الطرفين المتعاقدين على إقليم وطبقاً لتشريعات الطرف المتعاقد الآخر، وخاصة:

أ) حقوق الملكية على الأملاك المنقولة والعقارية وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري والرهن الحيازي.

ب) حقوق المساهمة في شركات وكل شكل من الأشكال الأخرى للمشاركة في شركات.

ج) الديون التي تتعلق برؤوس الأموال التي استثمرت لخلق قيمة اقتصادية أو الديون المتعلقة بخدمات لها قيمة اقتصادية.

د) حقوق الملكية الفكرية، وخاصة حقوق المؤلف، براءة الاختراع، نموذج استعمال، التصاميم والنماذج الصناعية، العلامات، الأسماء التجارية، أسرار المؤسسة والأعمال، الأساليب التقنية، المهارة والكود ويل (GOOD WILL).

¹ - سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 29.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

هـ) الحقوق المرتبطة بامتيازات القانون العام، بما في ذلك الامتيازات المتعلقة بالتنقيب والاستغلال. أي تعديل في الاستثمار لعناصر الأصول المبينة في الجزء الأول من هذه الفقرة، لا يمس صفتها كاستثمار¹.

2-الاتفاق المبرم بين الجزائر والأرجنتين

حيث عرفت المادة الأولى الاستثمار على وجه الخصوص لا الحصر بأنه: "تشير عبارة "استثمار" حسب قوانين ونظم الطرف المتعاقد الذي ينجز على إقليمه الاستثمار، كل نوع من الأصول المستثمرة من قبل مستثمري طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بموجب تشريع هذا الأخير وتشير على وجه الخصوص لا الحصر:

-الأموال المنقولة والعقارية وكل الحقوق العينية الأخرى، كالرهون العقارية والامتيازات والرهون الحيازية والضمانات وحقوق الانتفاع وحقوق مماثلة.
-الأسهم والحصص الاجتماعية والسندات والالتزامات وكل شكل آخر من أشكال المساهمة في شركات.

- الديون والحقوق المترتبة عن خدمات تعاقدية ذات قيمة اقتصادية.
- القروض المحصل عليها بصفة نظامية من أجل انجاز استثمار منتج.
-حقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية مثل براءات الاختراع والإجازات والعلامات

¹ - مرسوم رئاسي رقم 2000-280 المؤرخ في 7 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المرقيين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 2000، ج.ر العدد 58، الصادرة بتاريخ 8 أكتوبر 2000.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المسجلة والنماذج والمجسمات الصناعية والأساليب التقنية والمهارة والأسماء المودعة والزبائن.

- الامتيازات الاقتصادية الممنوحة بموجب القانون أو بموجب عقد لاسيما الامتيازات المتعلقة بالبحث والزراعة واستخراج أو استغلال الثروات الطبيعية.

أي تغيير في شكل الاستثمار لا يؤثر في وصفه كاستثمار بشرط أن لا يكون هذا الاستثمار مخالفا لتشريع الطرف المتعاقد المضيف".¹

ومن أجل تفادي الغموض في بعض العبارات التي لها صلة بعملية الاستثمار، فإن معظم الاتفاقيات تتضمن تعاريف لأهم العبارات مثلا: المواطنين، الشركات، المداخل المستثمر، عائدات الاستثمار، إقليم...².

3-الاتفاقية الجماعية لتشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية الموقعة في 2000/01/07

تعرضت لتعريف الاستثمار بالقول: " يقصد باصطلاح الاستثمار أو المال المستثمر، كافة أنواع الأصول المستثمرة والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية، ويقوم بها مستثمر تابع لإحدى الدول العربية المتعاقدة في أراضي دولة متعاقدة أخرى، والتي تقام وفق القوانين والأنظمة الخاصة بالدول المتعاقدة الأخرى، ويشمل على وجه الخصوص وليس الحصر (...)".

¹ - مرسوم رئاسي رقم 01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلتين

للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 4 أكتوبر سنة 2000، ج.ر العدد 69، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.

² - عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص64.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

4-الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة

1980

صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306¹ المؤرخ في 1995/10/07، وقد عرفت الاستثمار في مادتها السادسة بقولها: " هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

والجدير بالذكر كذلك أن بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية لم تتضمن أي تعريف للاستثمار، كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1910 بالإضافة إلى اتفاقية الشراكة الأورو- جزائرية التي اكتفت فقط بوضع الآليات التي يمكن من خلالها خلق مناخ مناسب للاستثمار.

من خلال هذا العرض الموجز لموقف القانون الجزائري من مفهوم الاستثمار، سواء على المستوى الداخلي أو في ظل الاتفاقيات المبرمة ما بين الجزائر ودول أخرى²، فإنه يمكن القول أن معظم هذه التعاريف لا تعطي تأصيلاً قانونياً له، وإن كانت تشير إلى كون الاستثمار هو استخدام رأس المال في أحد المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي³، أما بالنسبة للمستثمر فهو المواطن الذي يملك

¹ - مرسوم رئاسي رقم 95-306 الممضي في 07 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية العدد 59 لسنة 1995.

² - المادة 1 ف 1 من اتفاق الجزائر وبلجيكا سالف الذكر.

³ - المادة 1 ف 5 من اتفاقية لتشجيع وضمن الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، المصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادى الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990. ج.ر العدد 69.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

رأسمال ويقوم باستثماره في أحد بلدان المغرب العربي¹.

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار

في غياب اجتهاد فقهي قانوني في تعريف موضوع الاستثمار انصب اهتمام رجال القانون على جانبه الشكلي فحسب، فمن الناحية العملية يوجد شكلان قانونيان من أشكال الاستثمار هما الاستثمار المباشر (أولا) والاستثمار غير المباشر² (ثانيا) اللذان يمكن التفرقة بينهما ببعض المعايير (ثالثا).

أولا- الاستثمار الأجنبي المباشر

لابد من إعطاء تعريف للاستثمار الأجنبي المباشر بشكل عام (أولا)، ثم تحديد أهم أشكاله (ثانيا).

1- تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر

يعرف بأنه تلك المشاريع التي يقدمها أو يمتلكها أو يديرها المستثمر الأجنبي، إما بسبب الملكية الكاملة لمشروع أو نتيجة لاشتراكه في رأس مال المشروع بجزء يبرر له حق الإدارة، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر فردا أو شركة أو فرعا لإحدى الشركات الأجنبية.

ومن هنا، يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: " إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجنب، أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات، أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة، ويقوم المستثمرون

¹ - المادة 1 ف 5 من اتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين الدول اتحاد المغرب العربي سالفه الذكر.

² - محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، موسم 2010/2009، ص 01.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأجانب بهذا النوع من الاستثمار من خلال إيجاد فروع للشركات الأجنبية الأصلية أو شركات تابعة أو مشروعات مشتركة¹.

إن فالاستثمار الأجنبي المباشر هو نشاط استثماري طويل الأجل يقدم به مستثمر غير مقيم في بلد مضيف، بقصد المشاركة الفعلية، أو الاستقلال بالإدارة والقرار².

كما يعرف بأنه ذلك الاستثمار الذي يقام في دولة مضييفة، إلا أن ملكيته أجنبية وتقول لفرد أجنبي أو شركة غير وطنية فيعتبر استثمار أجنبي مباشر، وتختلف أنواعه ومداه حسب نوع الاستثمار الأجنبي المباشر³. وقد عرف الاستثمار الأجنبي المباشر كذلك على أنه: "عملية تدفق القروض من قبل الشركة الأم إلى الشركة التابعة لها في الخارج، أو شركة ملكيتها في شركة أخرى على أن لا تقل نسبة التملك في الخارج عن 10%"⁴.

علاوة على ذلك، فقد حاولت المدارس والتوجهات الاقتصادية إعطاء عديد من التعاريف العلمية لمفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر، وكانت البداية عندما عرفه صندوق النقد الدولي على أنه: "الاستثمار الذي يتم للحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في إطار اقتصادي".

¹ - عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 6.

² - صيام أحمد زكريا، مبادئ الاستثمار، الطبعة الثانية، دار المناهج، عمان، 2003، ص 19.

³ - سليمان عمر عبد الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 23.

⁴ - سليمان عمر عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 23.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وحسب تعريف صندوق النقد الدولي¹ : فيعرف الاستثمار الأجنبي على أنها "الاستثمارات الموجهة لإنشاء أو زيادة منفعة في مؤسسة تقوم بنشاطات في الإقليم الاقتصادي لبلد آخر غير بلد المستثمر، والذي يؤدي بدوره بنوع من المراقبة الفعالة في تسيير المؤسسة، ومحركها الأساسي هو تحويل حجم معين من رأس المال ومؤهلات الإدارة والمعرفة التقنية للبلد المستقبل. كما يعتبر صندوق النقد الدولي أن الاستثمار يكون مباشرا عندما يمتلك الأجنبي أكثر من 25% من أسهم رأسمال إحدى المؤسسات ومن عدد من الأصوات فيها تكون هذه الحصة كافية لإعطاء المستثمر رأيا في إدارة المؤسسة.

ويعرف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية² الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه: " ذلك الاستثمار الذي ينطوي على علاقة طويلة المدى، تعكس مصالح دائمة ومقدرة على التحكم الإداري بين شركة في القطر الأم (القطر الذي تنتمي إليه الشركة المستثمرة) وشركة أو وحدة إنتاجية في قطر آخر (القطر المستقبل للاستثمار)"³.

أما المنظمة العالمية للتجارة فقد عرفت على أنه: " ذلك النشاط الذي يقوم به المستثمر المقيم في بلد ما (البلد الأصلي) والذي من خلاله يستعمل أصوله في بلدان

¹ - نوارا حسين، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2003، ص 24.

² - UNCTAD en Français CNUCED, Voir STONE Frank, Le Canada, le GATT et le système commercial internationala, Editions IRPP, Canada, 1988, p.109.

³ - علي عبد القادر علي، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، قضايا التنمية في الأقطار العربية، 2004، العدد 31، ص 4.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أخرى (دول مضيفة) وذلك مع نية تسييرها"¹.

ويضيف إلى ذلك "جيل برتن" على أن الاستثمار الأجنبي المباشر على: "يستلزم السيطرة (الإشراف) على المشروع بحيث يأخذ هذا الاستثمار شكل إنشاء مؤسسة من قبل المستثمر وحده أو بالمشاركة المتساوية أو غير المتساوية، كما أنه يأخذ شكل إعادة شراء كلي أو جزئي لمشروع قائم"²، كما يرى "ريموند برنارد" الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه: "يعبر عن مساهمة رأسمال مؤسسة في مؤسسة أخرى، يتم ذلك بإنشاء فرع لها في الخارج أو الرفع من رأسمالها، أو قيام مؤسسة أجنبية رفقة شركاء أجنب، أو هو وسيلة تحويل الموارد الحقيقية ورؤوس الأموال من دولة إلى دولة أخرى، وخاصة عند الابتدائية أي عند إنشاء المؤسسة"³.

وبالتالي، يمكن القول أن الاستثمار الأجنبي المباشر أصبح الشكل السائد والذي تسعى الدول النامية إلى اجتذابه بكافة الوسائل، كما أن حجمه يتزايد باستمرار على حساب الأشكال الأخرى للاستثمار بسبب ارتباطه بالتكنولوجيا الحديثة والخبرة الفنية العالية التي تفتقر إليها البلدان النامية.

زيادة على ذلك، فإن الاستثمار الأجنبي المباشر يتميز بطابع مزدوج، يتمثل الأول في وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الأجنبي في البلد المضيف، بينما

¹ - بلال بوجمعة، تحليل واقع الاستثمارات الأجنبية المباشرة وآفاقها في ظل اتفاقية الشراكة الأوروبية المتوسطية، دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير، تلمسان 2007، ص 19.

² - جيل برتن، ترجمة مقلد علي، الاستثمار الدولي، الطبعة الثانية، منشورات عويدات، بيروت، 1982، ص 04.

³ - BERNARD Raymond, Economie Financiere Internationale, Editions PUF, France, 1997.p.91.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

يتمثل الثاني في ملكيته الكلية أو الجزئية للمشروع¹.

ويعتبر هذا النوع من الاستثمار الشكل المفضل للمستثمرين الأجانب الذين يستثمرون أموالهم في الخارج، إذ يتيح لهم السيطرة الفعلية على المشروعات الاستثمارية، كما يمكن لهم توجيهها نحو أغراض الإنتاج التي تخدم بالدرجة الأولى مصالحهم، كما لهم حق تحويل الأرباح والفوائد إلى الخارج بناء على ملكيتهم للمشروعات، كما يمكنهم التحكم في خطط الإنتاج والتسويق الخاصة بهذه المشروعات. كما أن هذا النوع من الاستثمار اعتمده عدد كبير من الدول في عمليات التنمية، واشتملت هذه الدول على دول كبيرة مثل الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها من الدول المتقدمة.

خلاصة لما سبق فإن الاستثمار الأجنبي هو رأس مال الوافد إلى دولة ما من الخارج لتوظيفه اقتصاديا، إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ولقد أصبحت اليوم جميع الدول النامية في حاجة ماسة إلى رؤوس الأموال الأجنبية لتحقيق تنميتها الاقتصادية، وهذا ما جعل طلبها على الاستثمار الأجنبي يتزايد نظرا لفعاليتها في المساعدة في تطوير وتنمية اقتصادياتها².

2- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر

إن أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر تختلف باختلاف ملكية المستثمر للمشروع والغرض الذي تسعى إليه هذه الاستثمارات.

¹ - نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص31.

² - ثلجون شوميسة، الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، سنة 2006، ص11.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

2-1- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر حسب ملكية المستثمر للمشروع

تأخذ الاستثمارات الأجنبية المباشرة بحسب ملكية المستثمر للمشروع أحد الأشكال

الثلاثة الآتية:

- الاستثمارات الأجنبية المباشرة الخاصة.
- الاستثمارات الأجنبية المباشرة الثنائية.
- الاستثمارات الأجنبية المباشرة عابرة القارات أو الشركات المتعددة الجنسيات.

2-1-1- الاستثمارات الأجنبية المباشرة الخاصة.

إن هذا النوع من الاستثمار يعني احتفاظ المستثمر الأجنبي بحق ملكية المشروع الاستثماري، واحتفاظه كذلك بحق إدارته والتحكم في كل عملياته¹.

في الماضي هذا النوع من الاستثمارات كانت الدول النامية تنفر منه وتتنظر إليه نظرة الشك والريبة².

ويكاد هذا النوع من الاستثمارات يقتصر على الدول الأعضاء في لجنة مساعدة التنمية³، والتي تشمل كلا من الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، فرنسا، هولندا

¹ - نزيه عبد المقصود مبروك، المرجع السابق، ص 34.

² - كانت الدول النامية ترى أن هذا النوع من الاستثمارات تسبب في ربط اقتصادياتها باقتصاديات الدول المتقدمة مما أدى إلى تبعيتها لها، وكان ذلك سببا في تخلفها، وعلى الرغم من صحة ذلك إلا أن الملاحظ حاليا هو اتجاه تدفقات هذه الاستثمارات إلى التزايد بشكل واضح.

³ - Development assistance committee en français Comité d'aide au développement (CAD) a été créé par l'OCDE pour rassembler les donateurs de l'aide. Pour plus d'information voir FABRE Pascale et BABRE Danièle, Histoire de l'Europe au XXe siècle, Editions Complexe, France, 1995, Tome IV de 1945 à 1975, 2^e partie du début des années soixante à la crise, pp.122 et 123.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كندا، ألمانيا الاتحادية، اليابان، إيطاليا، بلجيكا، سويسرا، استراليا، النمسا، الدانمارك النرويج، البرتغال والسويد، وتأتي الولايات المتحدة الأمريكية¹ واليابان² على قمة هذه المجموعة من حيث نصيبها النسبي في جملة تدفقات رؤوس الأموال من دول هذه اللجنة في صورة استثمارات مباشرة خاصة إلى الدول النامية.

كما أن هذا النوع من الاستثمارات لا يقتصر تدفقه من الدول الأعضاء في لجنة مساعدات التنمية إلى البلدان النامية، فهذه التدفقات نجدها تتجه نحو الدول الأعضاء في هذه اللجنة، لأن الباعث الأساسي لهذه الاستثمارات سواء من حيث التدفق جغرافيا أو التركيز في صناعة أو نشاط بعينه هو تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح.

وعليه، فمن الممكن أن تتجه هذه الاستثمارات إلى الكثير من البلدان المتقدمة على الرغم من أنها ليست بحاجة إلى هذا النوع من الاستثمار، لأنها في حقيقة الأمر هي في نفس الوقت تصدر هذا النوع من الاستثمارات³.

ومهما يكن، يهدف فإن الاستثمار المباشر الخاص بالدرجة الأولى إلى تحقيق أقصى ربح ممكن كما سبق ذكره، فعند انتقاله إلى البلدان النامية فحتمًا سيتجه إلى

¹ - زادت الاستثمارات الأجنبية المباشرة للولايات المتحدة الأمريكية في الصناعات التمويلية فقط، في البلدان النامية وصلت في سنة 1993 إلى 3 مليارات دولار سنويا ما يقارب 22% من إجمالي تدفقات رؤوس الأموال من البلدان الصناعية إلى البلدان النامية، هذه الاستثمارات تركزت في أمريكا اللاتينية بنسبة 60%، وشرق آسيا بنسبة 30%، بالإضافة إلى ذلك فإن البرازيل والمكسيك تستأثر بأكثر من نصف إجمالي هذه الاستثمارات.

² - ارتفعت الاستثمارات الأجنبية المباشرة في اليابان خارج الحدود من 2.5% إلى 3% في الفترة بين 1982 و 1993 أما في سنة 1993 وصل مجموع الاستثمار الأجنبي المباشر في الخارج إلى 422.5 مليار دولار وهو ما يعادل نحو 15 مرة من إجمالي الاستثمار الأجنبي المباشر الذي تلقته اليابان حيث بلغ 29.9 مليار دولار.

³ - إن مجموع الاستثمار الأجنبي المباشر الذي تلقته اليابان سنة 1993 بلغ 29.9 مليار دولار بالرغم من أنها من أكبر الدول المصدرة لهذا النوع من الاستثمار.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأنشطة الأكثر ربحية والتي تتميز بارتفاع معدل العائد على الاستثمار بها مثل البترول، الأنشطة الاستخراجية وأنشطة التجارة.

2-1-2- الاستثمارات الأجنبية المباشرة الثنائية¹ (المشروعات المشتركة)

هي تلك الاستثمارات التي تتوزع فيها ملكية المشروع وإدارته بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني العام أو الخاص²، فيقوم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني، وتحدد نسبة المشاركة في رأس مال المشروع في ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة، وغالبا ما يأخذ المشروع المشترك شكلا قانونيا معينا، كما أنه يحقق فائدة كبيرة لأطرافه³. وتكون المشاركة سالفة الذكر تكون إما عن طريق رأس المال الوطني الحكومي، أو عن طريق رأس المال الوطني الخاص أو أن تكون موزعة بين رأس المال الوطني العام والخاص.

وفي الأخير، يمكن القول بأن مبدأ المشاركة يفترض أن المشروع الاستثماري يتقاسم ملكيته رأس المال الأجنبي والوطني على السواء وبالتالي ينشأ ما يسمى بالمشروع المشترك.

¹-Joint ventures en français La coentreprise qui est un accord contractuel en vertu duquel deux parties au moins conviennent de mener à bien une activité économique et d'en partager les bénéfices et les pertes ainsi que la formation de capital et les moyens et coûts d'exploitation. OECD, Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, Editions OCDE, France, 4^e édition, p.52.

²- نزيه عبد المقصود مبروك، المرجع السابق، ص 37.

³- أشرف السيد حامد قبال، الاستثمار الأجنبي المباشر " دراسة تحليلية لأهم ملامحه واتجاهاته في الاقتصاد العالمي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013، ص 34.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

3-1-3- الشركات متعددة الجنسيات (الشركات العابرة للقارات)¹:

تعتبر الشركات متعددة الجنسيات بمثابة القاطرة التي تجر وراءها الاستثمار الأجنبي المباشر نحو أقاليم العالم المختلفة، وقد تعددت التعاريف الخاصة بها حيث أن التسميات العديدة التي تطلق على هذه الشركات ناجم بالأساس عن اختلاف وجهة النظر بخصوصها وحتى بخصوص تعريفها².

فقد كان يطلق عليها في بداية ظهورها الشركات المتعددة الجنسيات، حيث كانت ملكيتها تخضع لسيطرة جنسيات متعددة، كما يتولى إدارتها أشخاص من جنسيات متعددة، وفي مرحلة لاحقة رأت لجنة العشرين والتي شكلتها اللجنة الاقتصادية والاجتماعية للأمم المتحدة في تقريرها الخاص بنشاط هذا النوع من *entreprise*. بدلا من *corporation* وكلمة *multinational* بدلا *transnational* حيث أن هذه الشركات تتعدى القوميات، ذلك لأنها تتمتع بقدر كبير من حرية تحريك ونقل الموارد والمزايا بين الدول³.

وقد عرفت منظمة الأونكتاد هذه الشركات على أنها تلك المؤسسات ذات المسؤولية المحدودة أو غير المحدودة التي تتألف من الشركة الأم وفروعها الأجنبية، فالشركة الأم هي المالكة للأصول المستخدمة في الإنتاج في الخارج، أما الفرع

¹-Multinational corporations en français les entreprises multinationales comprennent des entreprises que leur capital soit public, mixte ou privé, qui possèdent ou contrôlent la production, les services et autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Bureau International du Travail, déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Editions Organisation internationale du Travail, Suisse, 4^e édition, p.2.

²- فليح حسن خلف، اقتصاد المعرفة، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2007، ص 188.

³- عثمان أبو حرب، الاقتصاد الدولي، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر، عمان، 2008، ص 278.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأجنبي المملوك كلياً أو جزئياً، فهو المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة أو غير المحدودة التي مقرها الدولة المضيفة والتي تملك حق المشاركة في الإدارة¹.

وتتصف هذه الشركات بالعديد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الشركات الأخرى مثل الحجم الكبير، التفوق التكنولوجي، الانتماء إلى دول اقتصاديات السوق المتقدمة صناعياً، زيادة درجة التنوع و التكامل.

2-2- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر حسب الغرض

يمكن تصنيف أنواع الاستثمار الأجنبي المباشر وفق المحددات التالية:

2-2-1- الاستثمار الباحث عن الثروات الطبيعية

إن الهدف الأساسي للشركات متعددة الجنسية هو الاستفادة من الموارد الطبيعية والمواد الخام التي تتمتع بها العديد من الدول النامية خاصة في مجالات البترول والغاز والعديد من الصناعات الإستراتيجية الأخرى.

2-2-2- الاستثمار الباحث عن الأسواق

ساد هذا النوع من الاستثمار قطاع الصناعات التحويلية في الدول النامية خلال الستينات والسبعينات من القرن العشرين أثناء تطبيق سياسة إحلال الواردات. ومن ثم، فوجود هذا النوع من الاستثمار في البلد المضيف سببه القيود المفروضة على الواردات. كما أن هناك أسباباً أخرى للقيام بهذا النوع من الاستثمار منها ارتفاع تكلفة النقل في الدولة المضيفة مما يجعل الاستثمار فيها أكثر جدوى من التصدير إليها.

¹ - حسين عبد المطلب الأسرج، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر الى الدول العربية، رسائل بنك الكويت الصناعي، العدد 83، ديسمبر 2005، ص 11.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ففي هذه الحالة، فإن هذا النوع من الاستثمار لا يؤثر على الإنتاج لأنه يحل محل الصادرات، وإنما له آثار ايجابية غير مباشرة على التجارة، حيث يساهم في ارتفاع معدلات النمو في الدولة المضيفة للاستثمار عن طريق زيادة رأس المال فيها. كما أن له آثارا توسعية على التجارة في مجال الإنتاج والاستهلاك وذلك بزيادة صادرات الدولة المضيفة وزيادة وارداتها من مدخلات الإنتاج والسلع الواردة إليها من الدول المصدرة للاستثمار.¹

2-2-3- الاستثمار الباحث عن الكفاءة في الأداء²

هذا النوع من الاستثمار يتم عندما تقوم الشركات متعددة الجنسيات بتركيز جزء من أنشطتها في الدول المضيفة بهدف زيادة الربحية، فقد دفع ارتفاع مستويات الأجور في الدول الصناعية بعض هذه الشركات إلى الاستثمار في العديد من الدول النامية³. ويحدث هذا النوع من الاستثمار فيما بين الدول المتقدمة والأسواق الإقليمية المتكاملة كالسوق الأوروبية أو شمال القارة الأمريكية.

2-2-4- الاستثمار الباحث عن الأصول الاستراتيجية

يتعلق هذا النوع بقيام الشركات بعمليات تملك أو شراكة لخدمة أهدافها الإستراتيجية، كما تقوم هذه الشركات بالاستثمار في مجال البحوث والتطوير في إحدى الدول النامية

¹- أشرف السيد حامد قبيل، المرجع السابق، ص 25.

²- يأخذ الاستثمار الأجنبي المباشر الباحث عن الكفاءة في الأداء أشكالاً عدة منها: -تحويل الشركات متعددة الجنسية جزء من عملياتها الإنتاجية كثيفة العمالة إلى الدولة المضيفة لتقوم بها شركات وطنية وفقاً لتعاقد ثنائي، وبهذه الوسيلة تتمكن الشركة بالبلد المضيف من الدخول للأسواق الأجنبية التي لم يكن متاحاً لها النفاذ إليها بمفردها نسبة لافتقارها إلى شبكات التوزيع والمعلومات والتقنيات التي تتوفر لدى الشركات متعددة الجنسية. - تصنيع بعض المكونات في الخارج بسبب ارتفاع الأجور في البلد الأم وارتفاع صرف عملته، إلا أن هذه العملية تتطلب إنتاجية ومهارة تقنية عاليتين في الدولة المضيفة للاستثمار.

³- حسين عبد المطلب الأسرج، المرجع السابق، ص 12.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أو المتقدمة مدفوعة برغبتها في تعظيم الربحية¹.

2-3- أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر من حيث طبيعة النشاط الاقتصادي

يقصد بطبيعة النشاط الاقتصادي كل من القطاع الاقتصادي الفلاحي أو الصناعي أو الخدمي الذي ينتمي إليه مشروع الاستثمار الأجنبي المباشر.

2-3-1- الاستثمار الأجنبي المباشر الفلاحي:

يكون الاستثمار في القطاع الفلاحي من خلال تربية الحيوانات وإنتاج المحاصيل الزراعية، ويتم من خلال الاستثمار الذي يمتلكه المستثمر الأجنبي أو يشارك في ملكيته.

2-3-2- الاستثمار الأجنبي المباشر الصناعي:

يتمثل في إقامة وحدات إنتاجية من طرف مستثمرين أجنبى مهمتها إنتاج السلع الاستهلاكية و/أو الرأسمالية الموجهة للسوق المحلي و/أو الخارجي كمصانع السيارات والآلات والملابس والمواد الغذائية... الخ.

2-3-3- الاستثمار الأجنبي المباشر الخدمي:

وهو شبيه بالاستثمار الأجنبي الصناعي، غير أن منتجات هذا النوع من الاستثمار لا تكون في شكل سلع مادية وإنما في شكل خدمات مثل اتصالات والنقل والبنوك والتأمين ومكاتب الدراسات والفنادق... الخ².

¹ - كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 23.

² - عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 53.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثانيا - الاستثمار الأجنبي غير المباشر¹

هو الذي يعرف باسم استثمار المحفظة، أي استثمار في الأوراق المالية عن طريق شراء السندات الخاصة لأسهم الحصص أو سندات الدين أو سندات الدولة من الأسواق المالية، كما يمكن أيضا أن يكون في شكل قروض تقدم للدول من أجل مساعدتها من أجل اقتناء السلع وخدمات، أو تقدم كذلك على شكل تسهيلات مصرفية لتغطية العجز في النقد الأجنبي ومنها أيضا الإقتراضات الدولية التي يحولها المقترض إلى عملات محلية لتغطية أعباء التسيير. وفي هذا النوع يمتلك الأفراد أو الهيئات أو الشركات بعض الأوراق المالية دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع، كما يعتبر هذا الاستثمار قصير الأجل مقارنة بالاستثمار المباشر².

كما تتخذ الاستثمارات غير المباشرة صورة: شراء السندات الدولية وشهادات الإيداع المصرفية الدولية المقدمة بالعملات الأجنبية وشهادات الإيداع في سوق العملات الدولية... الخ. وعموما تظهر الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة في شكلين رئيسيين هما:

- القروض المقدمة من الهيئات الخاصة أو الأفراد.

- الاكتتاب في السندات والأسهم التي تصدر من الدول أو المشروعات التي تتأسس فيه "الاستثمار المحفظي".

عموما يتضح من خلال التعريفين السابقين أن المفهوم الذي يشمل قانون الاستثمار في الجزائر هو الاستثمار الأجنبي المباشر فقط، على أساس أن

¹ - يطلق عليه أيضا اسم الاستثمار الأجنبي المالي أو المحفظي.

² - عبد السلام أبو قحف، السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مصر، سنة 1999، ص38.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة أو كما يعبر عنها باستثمارات المالية يكون الهدف من ورائها تحقيق الأرباح فقط، والقانون الجزائري وضع في الأساس لتشجيع وتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر نظرا لأن الجزائر من الدول النامية التي تحتاج لمثل هذه الاستثمارات التي تعود عليها بالنفع وتساهم في التنمية الاقتصادية من خلال انتقال رؤوس الأموال والمعارف الفنية والتكنولوجيا وتوفير مناصب العمل... الخ¹.

ثالثا - معيار التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر

على الرغم من أن هناك عدة تعريفات للاستثمار الأجنبي، إلا أن هذه التعريفات لم تتبنى معيارا محددًا للتفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر، ورغم ذلك فإن معيار التفرقة بينهما قائم على ما يلي:

- الاستثمار الأجنبي المباشر يكون عن طريق إقامة المشروعات وتملكها كليًا أو جزئيًا، أما الاستثمار غير المباشر يكون عن طريق شراء أسهم في المشروعات القائمة.

- إن الاستثمارات غير المباشرة² أكثر عرضة للهزات الاقتصادية أو النقدية وأقل استقرارًا من الاستثمارات المباشرة والتي تهدف إلى إقامة علاقات مستمرة مع الاقتصاد المضيف.

- الاستثمارات غير المباشرة تتميز بعنصر المضاربة والرغبة في تحقيق ربح سريع

¹ - لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون "فرع قانون الأعمال"، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 08.

² - تسمى بالاستثمارات الحافظة أو بالأموال الساخنة.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

سواء من الفائدة في السندات أو الأرباح الناتجة عن الأسهم وكل من الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر يكون في أسواق المال العالمية أو البورصات.

- إن معيار التمييز بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر يكمن في مسألة السيطرة على المشروع الأجنبي المستثمر فيه، فإذا كان المستثمر الأجنبي يسيطر على مشروعه في الخارج فإن استثماره يعد استثمارا مباشرا، وإذا كان لا يملك السيطرة على المشروع فإن استثماره يسمى استثمارا غير مباشر.

- أيضا يختلف الاستثمار الأجنبي غير المباشر عن الاستثمار الأجنبي المباشر بما يأتي ببيئة نظامية مشجعة للاستثمار، رقابة حكومية على الأوراق المالية وعمليات التداول، إمكانية التنوع الاستثماري، وكلفة منخفضة نسبيا.

- يختلف الاستثمار الأجنبي المباشر عن الاستثمار غير المباشر في إدارة أنشطة المستثمر فيها ونقل التكنولوجيا والمهارات والخبرات الإدارية والفنية التي يعجز عن تقديمها الاستثمار غير المباشر.

- الهدف النهائي الذي يسعى المستثمر إلى تحقيقه سواء كان الاستثمار عاما أو خاصا، فإذا كان الاستثمار الخاص هدفه الأساسي هو الربح، فإن الاستثمار العام تكون أهدافه اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية.

- قدرة المستثمر على السيطرة والرقابة على المشروع الاستثماري واتخاذ القرارات في الإدارة. ففي الاستثمار المباشر يملك المستثمر الأجنبي الرقابة على المشروع والسيطرة عليه، كما له وحدة الحق في اتخاذ القرار في الإدارة، سواء كان يملك المشروع كاملا

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أو جزءاً منه، أما الاستثمار غير المباشر، فيقتصر دور المستثمر فيه على تقديم رأس المال إلى جهة معينة دون أن يكون له أي سيطرة على المشروع¹.

المطلب الثاني: مفهوم عقود الاستثمار

يتم من خلال هذا الجزء التطرق لتعريف عقود الاستثمار (الفرع الأول)، ثم تمييز عقود الاستثمار عن المفاهيم المشابهة لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار

يعرف عقد الاستثمار بكونه: العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد².

وقد عرفته لجنة مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادية والخمسون بكونه: «تركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير انتظام مباشر. بالتالي يمكن أن يعرف عقد الاستثمار بكونه اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيعة لرؤوس الأموال ومستثمر أجنبي يلتزم ويتعهد بالقيام بانجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وينقل القيم الاقتصادية إليها، من أجل خلق نشاط اقتصادي محدد، مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بمزايا و ضمانات تؤدي إلى حمايته وتحقيق أرباح المؤسسة»³.

¹ - عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 9.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 45.

³ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 27.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كما يمكن تعريفه أيضا بكونه: قيام مشروع أجنبي يكون غالبا شركة متعددة الجنسيات بممارسة نشاط اقتصادي بصفة دائمة ومستقرة في بلد ما، قد يتم النشاط بواسطة شركة فرعية تابعة للشركة الأم، كما يتم في إطار ما يعرف بالمشروع المشترك، وذلك باشتراك الشركة مع الرأسمال العام أو الخاص في الدول المصنعة، كما أن أهداف الشركات المتعددة الجنسيات في عمليات الاستثمار تعد ضمانا للحصول على الموارد الطبيعية والدخول في الأسواق الوطنية للدول النامية والسيطرة على مشروعاتها وتوجيه نشاطها¹.

ووفقا لعقود الاستثمار، يلزم المستثمر الأجنبي بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدمية أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة، ويقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات².

الفرع الثاني: تمييز عقود الاستثمار عن المفاهيم المشابهة

تدخل الدولة في علاقة مع مختلف الشركاء من المستثمرين سواء من القطاع العام أو القطاع الخاص عبر إبرام العديد من العقود التي قد تتخذ شكل عقد استثمار أو اتفاقية استثمار (أولا) أو بموجب عقد دولي (ثانيا) أو حتى بإبرام عقود الـ B.O.T (ثالثا). وعموما لا بد في هذا المجال من تحديد ومعرفة أوجه الاختلاف بين هذه الأشكال وعقد الاستثمار باعتباره الشكل الغالب لإيراد شروط الثبات التشريعي.

¹ - شنوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 27.

² - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 45.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أولاً: عقود الاستثمار واتفاقية الاستثمار

لابد من عدم الخلط بين كل من عقد الاستثمار واتفاقية الاستثمار، حيث أن عقد الاستثمار يخضع للأحكام الواردة في الاتفاقية الثنائية، وإن كانت هذه التصرفات قائمة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن التمييز يكمن من حيث المراكز القانونية، ذلك أن الاتفاقية تتم بين دولتين ذات سيادة، أما في عقد الاستثمار فيتم بين دولة و فرد إما شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويتمثل موضوع العقد في إلزام الطرف الأجنبي الخاص بتقديم مشروع أو إقامة أو إنشاء مشروع استثماري في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار، أما العلاقة الموجودة بينهما أن اتفاقية الاستثمار تعتبر الإطار العام الذي يتم فيه إبرام عقود الاستثمار، ولئن كان الاختلاف بينهما ينصب حول الأطراف، فإن هدفهم واحد¹.

ثانياً: عقود الاستثمار والعقود الدولية

قد يحدث خلط بين مصطلحي كل من عقود الاستثمار والعقود الدولية نظراً لعدم وجود مسمى يمكن أن يطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة، خاصة إذا علمنا أن التعاريف بين كل من عقد الاستثمار والعقد الدولي تتقاطع، حيث تشير عقود الاستثمار عبر الدولية إلى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة والتي غالباً ما تكون من أقطار العالم الثالث، مع مستثمر أجنبي عادة ما يكون شركة عبر دولية من أجل إقامة مشروع استثماري.

¹ - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 246.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

بيدا أنه بدأ وبشكل دقيق بمناسبة عقود الاستثمار تطور مفهوم عقد الدولة، حتى ولو أن التعبير اتضح بأنه بهذا الصدد يضاف إلى صنف آخر من العقود كالقروض الدولية (قروض الدولة من قبل دائنين بالخارج) وهذا ما جعل عقود الدولة تمثل مصطلحا بمثابة المصطلح العائلي بالنسبة لعقود الاستثمار¹.

ففي إطار العقود الدولية والتي من بينها عقود البترول، فإن أطراف العلاقة العقدية يجتهدون في تضمين العقد العديد من الشروط، وتدفعهم إلى ذلك العديد من الأسباب تتنوع مع تنوع هذه الشروط، ولعل من بين هذه الأسباب هو أن العقود الدولية والتي يعتبر أهمها عقود الطاقة والبترول عقودا طويلة المدة وأن الطرف الأجنبي فيها يحاول تأمين نفسه ضد الكثير من المخاطر التشريعية أو المشاكل التي تستجد من خلال التنفيذ الذي يستمر لمدة طويلة. أما عن أنواع هذه الشروط فمنها ما يتعلق بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، ومنها ما يتعلق بكيفية تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف بمناسبة تنفيذ العقد المبرم بينهم، ولعل شرط الثبات التشريعي من بين الشروط التي يجتهد الأطراف في التعامل معها خصوصا في عقود استغلال واستثمار الثروات الطبيعية².

وشرط الثبات التشريعي كثيرا ما يعمل به في العقود الدولية الطويلة الأجل بين الشركات الأجنبية ومؤسسات الدول السائرة في طريق النمو، حيث يلجأ المتعاقدان إلى وضع بند استقرار القانون المطبق لتفادي التغييرات والتعديلات التي يمكن أن تغير وضعية المستثمر الأجنبي، وعلى سبيل المثال:

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 21.

² - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 172.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

- العقد المبرم بين الكاميرون وإحدى الشركات المكلفة بالبحث عن النفط واستغلاله الذي نص على أنه: « لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق ».

كذلك العقد المبرم بين دولة الطوغو وشركة مناجم بينين الذي قرر بأنه: «في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية الطوغو المستقبلية تتعهد باستثناء خاص لصالح شركة مناجم بينين الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام الموارد المنجمية وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة، هذا ما لم تتمسك تلك بالأحكام الجديدة»¹.

ثالثاً - عقود الاستثمار و عقود الـ B.O.T

إن رمز BOT² هو اختصار لثلاث كلمات وهي: **Build** وتعني البناء والإشادة و **Operator** وتعني التشغيل أو الاستثمار، و **Transfer** وتعني هنا: الإعادة أو التحويل أو التسليم، أي تتولى شركة أو شركات (التي تمثل القطاع الخاص) بناء المشروع المتفق عليه على أرض الحكومة، وتشغيل المشروع واستثماره من قبل الشركة خلال مدة معينة ثم تؤول الأرض وما عليها من المشاريع إلى الحكومة (والتي تمثل القطاع العام، بعد انتهاء المدة وبدون مقابل)³.

¹ - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص - ص 241-242.

² - يرجع الفضل في استخدام تعبير BOT لأول مرة، سنة 1980م. لرئيس وزراء تركيا وقتئذ (تورجوت أوزال) Turgot Ozal عند دعوته لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية التحتية في تركيا.

ينظر: عكرمة سعيد صبري، عقد البناء والتشغيل والإعادة BOT في تكمير الأوقاف والمرافق العامة، الدورة التاسعة عشر، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، 24 تشرين الأول سنة 2008، ص 02.

³ - المرجع نفسه، ص 02.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO) عقود الـ B.O.T بأنها: اتفاق تعاقدى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق... لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة¹.

وتعد عقود الـ BOT في الوقت الحاضر الوسيلة الأهم التي تستعين بها الدولة لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، فأمام القصور الذي أظهره نظام الخصخصة من جهة، وانتشار ظاهرة العجز في ميزانية الكثير من الدول من جهو أخرى، فضلا عن نقص الخبرة و الإمكانيات الفنية، أضحت عقود الـ BOT تلقى رواجاً في مختلف الدول المتقدمة منها والنامية. ويتميز عقد الـ BOT بمجموعة من الخصائص باعتباره نموذجاً جديداً وتطبيقاً متطوراً لعقود التزام المرافق العامة، وفي نفس الوقت صورة من صور عقود الاستثمار².

وتتميز عقود الـ BOT عن عقود الاستثمار بأن الأخيرة يتم الاتفاق بشأنها بين الدولة والمستثمر على اقتسام عوائد الاستثمارات التي يتم ممارستها. بينما في عقود

¹ - خالد بن سعود بن عبد الله الرشود، عقد البناء والتشغيل وإعادة BOT في تعميم المرافق العامة و الأوقاف، الدورة التاسعة عشر، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة ، 24 تشرين الأول سنة 2008، ص 03.

² - فيصل شطاوي، النظام القانوني لعقد الـ BOT وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية ، المجلد 41، العدد1، سنة 2014، ص ص290-291.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

BOT يتم اتفاق المالك أو ممول شركة المشروع على إقامة منشأة وإدارتها وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها¹.

كذلك ما يمكن أن يميز عقود الاستثمار عن عقود الـBOT أن هذه الأخيرة تتميز بكبر حجم الاستثمارات المطلوبة فيها، ويترتب على هذه الخاصية عدم قدرة المستثمر الفرد على تمويل الكثير من هذه المشروعات الأمر الذي دعا المستثمرين في هذه المشروعات إلى ضرورة تكوين اتحاد مالي (كونستوتيوم) مكون من القطاع الخاص، البنوك، ومؤسسات مالية أخرى لتمويل هذه المشروعات²، كذلك فإن عقد الـBOT يتم بين طرفين أحدهما مالك المشروع قد يكون الدولة أو أحد وحداتها، والثاني مستثمر من القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي³. بينما عقد الاستثمار يتطلب أن يكون المستثمر شخص خاص أجنبي.

كذلك بالإضافة إلى المزايا و الضمانات التي تتطلبها عقود الاستثمار عموماً، فإن مشاريع الـBOT تتطلب ضمانات أخرى تتلاءم وطبيعتها الخاصة تتمثل أهمها في:
-التزام الدولة بتقديم ضمان في مشاريع الطرق، على أن لا تقل نسبة المرور عن نسبة معينة، وذلك لوجود بدائل أخرى للتنقل، وقد يطلب من الدولة بأن تساهم شركة المرور بنسبة معينة من حقوق الملكية.

¹ - من القرار رقم 186، الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، الدورة الـ19، 24 تشرين الأول سنة 2008.

ينظر الموقع: www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=171859

² - خالد بن سعود بن عبد الله الرشود، المرجع السابق، ص 05.

³ - فيصل شنطاوي، المرجع السابق، ص 291.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

-تحفيز المستثمر والسماح له ببناء مرافق مجاورة للمشروع، مثل الاستراحات والفنادق، محطات الوقود، وغيرها.

- تحمل الحكومة لمخاطر القوة القاهرة¹.

وعموماً، فإن الفروقات السابقة لا تنفي وجد خلاف فقهي حول تكييف عقود BOT فيما إذا كانت عقود استثمار أو عقود ذات صبغة إدارية، لكن تفاقداً للدخول في الخلافات الفقهية، نكتفي لتوضيح العلاقة بين عقود الـBOT وعقود الاستثمار بالرأي القائل باعتبارها من عقود الاستثمار الأجنبي، ويعتمد أصحاب هذا الرأي على عدة حجج من بينها:

- على أساس أن اعتبارها من العقود الإدارية من شأنه أن يؤدي إلى تخويف المستثمرين وترددهم في استثمار أموالهم في الدول التي تعتقد هذا التكييف، ومن ثم يرون أن الدولة حتى يتسنى لها جذب المستثمرين والحفاظ على العلاقة الاقتصادية القوية في الخارج يجب عليها أن تتبعد عن أساليب القانون العام وتلجأ إلى العقود المدنية والتجارية، وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية و التعامل الدولي².

- أن هذه العقود تقوم في الأساس على وجود اتفاق والتزامات متوازنة بين طرفي العقد، بحكم أن شركة المشروع غالباً ما تكون في مركز قوي، بحيث تفرض شروطها وتكون نداً للدولة خاصة إذا ما كانت تلك الشركة أجنبية.

¹ - حصابم سميرة، المرجع السابق، ص96.

² - محمد الروبي، عقود التشييد و الاستغلال التسليم، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص79.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المطلب الثالث: أطراف عقد الاستثمار

قبل التطرق لمسألة النزاعات التي قد تقوم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي نتيجة الإخلال بالتعهدات الناتجة عن تطبيق شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، فإنه من باب أولى تحديد من هم أطراف عقد الاستثمار باعتبارهم يشكلون في نزاعات الاستثمار الطرفين المدعى والمدعى عليه.

وإن كانت عقود الاستثمار تقوم على تطابق إرادتين كغيرها من عقود القانون العام إلا أن ما يميزها هو خاصية التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، ذلك أنها تضم طرفين أحدهما الدولة التي تمثل الطرف السيادي الذي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو القانون الدولي العام. في حين يظهر الطرف الثاني المستثمر الأجنبي كطرف خالي من أي امتياز أو سيادة مقارنة بالطرف الآخر رغم ما يتمتع به هذا الأخير من قوة اقتصادية ومالية، فهذا الاختلاف والتباعد في المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار يطرح تساؤلات تستوجب الوقوف عليها¹:

- هل يجب أن تظهر الدولة كطرف في هذا العقد بمفهومها المعروف في قواعد القانون الدولي حتى ينصرف هذا العقد بآثاره إلى الدولة؟ أم أن الأمر يستوجب أن تظهر الدولة كطرف في العقد من خلال إحدى مؤسساتها العامة التابعة لها؟

- ماهي الشروط التي يجب أن يظهر بها الشخص الأجنبي كطرف ثاني في هذه العقود؟ بمعنى هل يشترط أن يكون الطرف الأجنبي بصورة شخص اعتباري كما هو

¹ - قصوري رفيقة، عيواج طالب، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 05 جانفي سنة 2016، ص184.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

متعارف عليه في أغلب الحالات أم أنه يمكن أن يكون شخصا طبيعيا، وما هو المعيار الذي يمكن من خلاله ضبط الصفة الأجنبية بالنسبة لهذا الشخص؟.

الفرع الأول: الدولة كطرف في عقود الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار كأية عقود أخرى على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، يبدأ أنها تتميز بحقيقة هامة وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها والناجم عن حقيقة أن أحد الأطراف الذين يشملهم العقد هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو القانون الدولي وهو ما يتمثل في الدولة، في حين أن الطرف الثاني هو شخص خاص أجنبي لا يتمتع على الرغم من حقوقه الاقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة وهو ما يتمثل في المستثمر الأجنبي.¹

انقسمت الآراء في هذا الصدد بين اتجاهين، أحدهما يضيق من سعة عقود الاستثمار، بمعنى أن خصوصية عقود الاستثمار تكون قاصرة على العقود التي تكون الدولة طرفا فيها بشكل مباشر) وهذه الحالة عادة لا تثير أي إشكال أو صعوبة باعتبار الدولة ذات سيادة وسلطة وبوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، وبالتالي فوضعها كطرف في العقد لا يحتاج إلى تفسير كون أثر العقد المبرم ينصرف بطريقة مباشرة إليها، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى تمديد خصوصية عقود الاستثمار إلى العقود التي تبرمها الدولة بواسطة الأجهزة والمؤسسات العامة التابعة لها، وقد عبر البعض المؤيد لهذا الاتجاه بالقول أن قيام الدولة بالتعاقد مباشرة أمرا يكاد يكون نادرا ذلك أن هذه الأخيرة أنشأت وحدات اقتصادية لها شخصية مستقلة عن الدولة تقوم بتنفيذ أعمال الخطة الاقتصادية وفقا للبرنامج المرسوم.

¹ - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 15.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أما البعض الآخر من الفقه، ومن أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لنطاق عقود الاستثمار اعتمدوا الاستدلال على نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار¹، التي تلزم لصحة اللجوء إلى تحكيم هذا المركز ابتداءً أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي من الدول المتعاقدة في الاتفاقية، أي طرفان فيها، وبالنتيجة إذا كانت الدولة غير متعاقدة أي غير طرف في اتفاقية واشنطن فلا يجوز لها أن تصبح طرفاً في إجراءات التحكيم، تحت إشراف المركز. ولكن هل معنى ذلك ألا تستفيد كذلك من استعمالات التسهيلات التي يقدمها المركز بصفة مؤقتة؟ هذه المسألة كانت محل خلاف واستقر العمل على منح الدول غير المتعاقدة هذه الرخصة دون إعطائها الحق في الوقوف كطرف في تحكيم المركز، والتساؤل الذي يثار هنا هو: متى تعتبر الدولة طرفاً متعاقداً في هذه الاتفاقية ومن أي تاريخ تعتبر كذلك؟².

في هذا الخصوص، تنص المادة 28 من الاتفاقية على دخولها حيز النفاذ لكل دولة تقوم بإيداع وثائق تصديقها وقبولها للاتفاقية بعد ثلاثين يوماً من هذا الإيداع، ولكن البعض يرى أن التاريخ المقرر لاعتبار الدولة طرفاً في الاتفاقية هو وقت ملئ طلب التحكيم لدى السكرتير العام، بمعنى أن تكون الدولة قد جسدت انضمامها للاتفاقية فعلاً بتقديمها طلب التحكيم إلى المركز.³

¹ -أنظر: نص الاتفاقية منشور على شبكة الانترنت:

<http://www.jus.vio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.andnationals.of.other.states.conveention.washington.1965/doc> . تاريخ الولوج: 2018/09/05 .

² - عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، دار الأفاق المغربية، سنة 2015 المغرب، ص 121.

³ - عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 121.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ولقد ساندت هذا الاتجاه وعززته مجموعة من الأحكام القضائية التي اعتمدت في قضائها على معيار الشخصية القانونية كأساس في منح الحصانة القضائية أو منعها على طالبيها.

الفرع الثاني: الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار

بصورة عامة يعرف "المستثمر الأجنبي" على أنه الشخص القائم بالعمليّة الاستثمارية والذي يحمل جنسيّة تختلف عن جنسيّة الدولة المضيفة للاستثمار.

ومن المستقر عليه أن هذا المستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، فقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 انعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتما لدولة أجنبية أخرى طرفا في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر، شخصا طبيعيا أو معنويا، إذ نصت المادة 25 فقرة 02 من اتفاقية واشنطن على أنه: "يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي :

أ_ كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

ب_ كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع.¹

بذلك يكتسب عنصر "الجنسيّة" أهميّة بالغة في تحديد مفهوم "المستثمر الأجنبي"، إذ إنه يحدّد من جهة مدى انتماء "المستثمر" لنظام قانوني معيّن، وهو يتمتع من جهة

¹ - عبد الحق دحماني، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية ، مجله العلوم القانونية العدد الأول ماي 2013، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع، الرباط المغرب، ص 100.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أخرى بقواعد المعاملة والحماية التي نصت عليها الاتفاقية الدولية، إضافة إلى تحديد اختصاص الجهة القضائية في حال نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار.

أولاً: الشخص الطبيعي الأجنبي

لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً، طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالشخصية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطويرها، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك العقد الذي أبرمته حكومة هايتي مع السيد " تشارل فالنتين " 22 نوفمبر 1962، وذلك بغرض البحث عن البترول وإنشاء مصافي بترول ومصانع بتروكيماويات في هايتي¹. ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام 1956 في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي:

1- أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب...².

وهكذا فإن الشخص الطبيعي الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً ومن ثم لا يمكن أن يخضع لاختصاص المركز.

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، المغرب، يناير 2000، ص 129.

² - أنظر المادة 25 فقره 01 من الاتفاقية.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثانيا: الشخص الاعتباري الأجنبي

يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار في الغالب شكل الشركة، وقد تأخذ هذه الشركة الأجنبية التي تتعاقد معها الدولة للاستثمار في أراضيها بهدف تحقيق تنميتها الاقتصادية أكثر من صورة أو شكل، فقد تكون شركة متعددة الجنسيات أو مشروعاً مشتركاً.

والشركات الأجنبية التي تقوم بإبرام عقود مع الدولة، إما أن تكون شركات خاصة أو شركات عامة، وقد نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1956 في تحديدها لاختصاص المركز على أنه:

" 1_ يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع بطرحها على المركز...

2- ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي: " كل شخص طبيعي يحمل الجنسية ..أو كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقة على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم...".

لقد أوضحت الاتفاقية عن تعريف جنسية الأشخاص الاعتبارية إلا أن الممارسة العلمية للمركز تظهر قبوله للمعايير التقليدية في تحديد جنسيات الشركات وعلى وجه الخصوص معيار مركز الإدارة الرئيسي أو معيار مكان التأسيس، ففي قضية Amco ضد الحكومة الأندونيسية ذهبت هيئة التحكيم إلى أن شركة Indonesia P.t. Amco

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

هي شخصية اعتبارية تتمتع بالجنسية الأندونيسية، إذ أنه قد نشأت في ظل القوانين الإندونيسية وفي إقليمها¹.

المطلب الرابع: نتائج و آثار شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

تتميز حقيقة شرط الثبات التشريعي بخاصية ضمان الثقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها ضد المخاطر التشريعية التي قد تلحق بهذا الأخير أضرار مختلفة، إلا أن هذا لا يمنع من تواجد بعض الآثار السلبية لمثل هذا النوع من الشروط، وبالتالي لابد من تحديد الآثار الإيجابية لشروط الثبات التشريعي (الفرع الأول) وصولاً لمحاولة معرفة الآثار السلبية لها (الفرع الثاني) بغية تقييم دور مثل هذه الشروط ومدى فعاليتها.

الفرع الأول: الآثار الإيجابية لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

يعد عدم الاستقرار القانوني أحد أهم العوائق والحواجز التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي وتجعله يتردد في الاستثمار في الجزائر خصوصاً إذا كان التغيير جذرياً، فكثرة القوانين المنظمة للاستثمار وكثرة التعديلات والتغييرات التي تجري عليها وفي فترات متقاربة، إنما يدل على عدم الاستقرار في النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار².

إن أغلب الباحثين غايتهم الأهم في إدراج نظام الثبات التشريعي هو تحقيق الاستقرار والأمان القانونيان وحفظ توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة، ذلك أن تطبيق

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص

33.

² - لعماري وليد، المرجع السابق، ص 91.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أية تعديلات أو إلغاءات على القانون الساري وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدية وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح الدولة وإلحاق الضرر بالطرف الآخر¹.

فيلاحظ أن نظام الاستثمار في الجزائر قد شهد تغييرات وتعديلات كثيرة حيث نظم لأول مرة بموجب قانون سنة 1963، ثم عدل عدة مرات، مرة بموجب قانون 1966 ثم قانون 1982، ثم صدور قانون النقد والقرض لسنة 1990 الذي جاء بإصلاحات في مجال الاستثمار وصولاً لسنة 1993 حيث صدر المرسوم التشريعي رقم 93-12 الخاص بالاستثمار الذي جمع المواد الموجودة في عدة نصوص في قانون واحد، والذي تم تعديله بدوره سنة 1994 ثم سنة 1995 إلى أن تم إلغاؤه سنة 200، بصدور قانون الاستثمار رقم 01-03 الذي عدل هو الآخر وتم بموجب القانون رقم 06-08، إضافة إلى تعديله بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي جاء بعدة تغييرات أدت لتغيير منحى الاستثمار في الجزائر إلى غاية صدور القانون المتعلق بترقية الاستثمار رقم 16-09 الذي ألغى الأمر رقم 01-03 .

وبالتالي، فإن هذه التغييرات للأنظمة وتنوعها لا تخدم شروط الثبات التشريعي، حيث أن الهدف من هذه الأخيرة هو إيجاد نوع من التسوية بين امتيازات الدولة وحاجة الشخص أو الفرد إلى الاستقرار وإقرار الأوضاع الثابتة، بالإضافة إلى قضاء عملي مستقر .

كما يجد شرط الثبات التشريعي أهميته إلى جانب باقي الضمانات الممنوحة لمستثمرين في ظل التشريع الجزائري¹ في كونه عامل من عوامل جذب المستثمرين

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 319.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأجانب، لأن المستثمر يولي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في البلد المضيف وما إذا كان يتماشى مع مصالحه ومدى استقراره. حيث يندرج تنفيذ عقود الاستثمار في إطار النظام القانوني الذي تم وضعه من قبل الدولة المضيفة، لذلك يعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي عامل ثبات واستقرار النصوص العقدية ذات الأهمية القصوى لحماية حقوقه².

الفرع الثاني: آثار سلبيات شرط الثبات التشريعي في مجال عقود الاستثمار

إن شروط الثبات التشريعي لم تعد تؤثر في العقود المدرجة فيها وأصبحت تبيث الشك وعدم الثقة بين أطرافها، كما تؤدي إلى الاعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعاتها بما يتفق مع مصالحها ولو كان ذلك على حساب مصلحة الطرف الأجنبي، وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراء التحكيم³.

وقد أثبت التطور المعاصر للعقود الدولية عدم ملاءمة شروط الثبات التشريعي لقانون العقد، فلم تعد تلك العقود أداة لغزو الأسواق، بل أصبحت أداة للتعاون بين

¹ - ومن بين هاته الضمانات المنصوص عليها في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار نجد:

- مبدأ حرية الاستثمار

مبدأ عدم التمييز (مبدأ المساواة): الذي يقصد به عدم التمييز بين المستثمرين، أي أن يعامل المستثمر الأجنبي كالوطني دون تمييز ويتلقى معاملة منصفة وعادلة وفقا لنص المادة 21.

حق اللجوء للتحكيم، في حالة حصول خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية، في حالات حددتها المادة 24 .

ضمان حق المستثمر في تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، وفقا لنص المادة 25 .

التعويض العادل والمنصف عن الاستيلاء على الاستثمارات في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وفقا لنص المادة 23. وسنفضل أكثر في محور المبادئ في الباب الثاني من هذه الأطروحة احتراما لمنهجية الطرح وتسلسل الأفكار .

² - عيبوط محند وعلي، ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 130.

³ - اقلولي محمد، المرجع السابق، ص117.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المتعاقدين ولنمو التجارة الدولية، وأدى ذلك إلى ظهور عقود ذات مضمون متحرك بفعل شروط المراجعة أو التوافق مع الظروف الاقتصادية، ذلك أن وجود مثل هذه الشروط يؤكد الشك مع عدم الثقة في نوايا الدولة باللجوء إلى تعديل تشريعاتها لقلب التوازن العقدي لصالحها، مما قد يعكر مناخ النزاهة وحسن النية المفترضة بين المتعاملين على هذا الصعيد¹.

وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعي إجراء لا يرغب فيه المتعاقد الأجنبي، إلا أنها تبقى إجراء استثنائيا يظل قبوله متوقفا على المصلحة العامة للدولة، مع حفظ حق المتعاقد الآخر في إثارة مسؤوليته العقدية، على اعتبار أن شرط ثبات هو مجرد شرط عقدي تتوقف فعاليته على القانون الواجب التطبيق، ويمكن عند محاولة تحديد مسؤولية الدولة الاعتماد على النية الحقيقية للدولة. وكما هو معروف فإن مبدأ حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس، كما لو تستهدف -الدولة- من خلال إخلالها بشرط تحقيق غرض عام، أو تستهدف مركزا تعاقديا خاصا بذاته دون غيره من المراكز القانونية².

كما أن شروط الثبات لم تحقق الهدف المنشود منها وهو عدم المساس بالعقد، وهذا في نظر ما يمثل المتعاقد الأجنبي في مواجهة الدولة النامية، وهو يلعب في أحسن الأحوال دورا مشابها للدور الذي يلعبه الشرط الجزائي في قانون المدني، إذ له وظيفة مالية حيث يترتب على وجوده قيام ظرف خاص أو عامل من العوامل المحددة لقيمة التعويض المستحق للطرف الأجنبي، بحيث ترتفع مع وجوده قيمة التعويض على خلاف عدم النص عليه، كما تشمل ما لحق العاقد من خسارة إضافة إلى ما فاتته من

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 164.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع السابق، 95.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كسب، فإن تم العقد في بدايته وقبل تنفيذ المتعاقد الجزء مهم من التزامه، فإن قيمة التعويض سنقل مقارنة بما لو كان الجزء الأعظم من الالتزامات الاستثمارية قد تم تنفيذه، مما يجعل الدولة أكثر حذرا عند محاولة المساس بالعقد وتعويض المتعاقد الأجنبي الذي سيفضل طبعا ترتيب ذلك الأثر عوض السير في طريق منع الدولة من اتخاذ تدابير سياسية كتعديل القوانين أو إصدار القرارات وفق مقتضيات المصلحة العامة¹.

كما يتفق هذا التكييف مع القواعد التقليدية في إطار المسؤولية العقدية للدولة، خاصة من جهة عدم اعتبار مجرد المساس بالعقد عملا غير مشروع أو كافي لقيام مسؤوليتها الدولية.

ويذهب الاستاذ أحمد محيو إلى أن شروط الثبات التشريعي لم تعد مؤثرة في العقود المدرجة فيها، ولعلها تبعث الشك وعدم الثقة بين أطرافها، كما تؤدي إلى الاعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعاتها بما يتفق مع مصالحها، ولو كان ذلك على الحساب مصلحة الطرف الأجنبي، وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراءات التحكيم².

وعموما، تظهر في حقيقة الأمر عدم فعالية شروط الثبات التشريعي لأنه من غير المنطقي استقرار التشريع في حقبة زمنية معينة دون الأخذ بعين الاعتبار التحولات الدولية المستمرة، لذلك يمكن للدولة في مجال العلاقة العقدية وحفاظا على مصالح الطرفين، اشتراط إعادة التفاوض حول بعض البنود من أجل الحفاظ على المصلحة العمومية وضمان استقرار العلاقة التعاقدية خاصة في العقود طويلة الأمد،

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 166.

² - إقولي محمد، المرجع السابق، ص 777.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ومن أجل منح المستثمرين الأجانب ضمانات في إطار العلاقة العقدية يمكن الاتفاق حول احترام المبادئ العامة عند تنفيذ التزام إعادة التفاوض.

كما يمكن الاستفادة من الشروط المعمول بها في مجال القوة القاهرة التي تعتبر شرطا لإعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية مما يسمح للأطراف من تحقيق تطابق بين العقد والمعطيات الجديدة، وبالتالي تسهيل عملية تنفيذ العقد، وهذا في إطار مختلف الضمانات التي تمنحها الدولة لجلب الاستثمارات الأجنبية¹.

¹ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 129.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المبحث الثاني: الإجراءات الانفرادية للدولة الماسة بمضمون عقد

الاستثمار

من المعلوم أنه لا يمكن أن تتساوى فكرة تشجيع الاستثمارات وتخلي المشرع عن سيادة الدولة أي كانت الأسباب والظروف، ولو كان ذلك تحت حجة شروط الثبات التشريعي. حيث عرفت النظم القانونية المختلفة منذ القدم صوراً لتدخل السلطة في مسائل الملكية عن طريق تجريد بعض الأشخاص من حقوقهم على الأشياء بمقتضى سلطتها العامة والتي يطلق عليها نزع الملكية، ولكن تبقى محلاً للاعتبار التفرقة بين نزع الملكية التي يدفع عنها تعويض كامل والمصادرة التي هي أخذ الملكية دون تعويض أو تعويض غير كافي، كما ظهرت في النظم القانونية ظاهرة التأميم مع انتشار الأفكار الاشتراكية، وتعد ظاهرة التأميم من الظواهر الحديثة التي يرجع أول تطبيقاتها إلى سنة 1917 عندما اهتزت الملكية الفردية في المكسيك وروسيا.

ولعل صناعة البترول في الدول النامية هي أكثر الصناعات التي صادفت تطبيقاً واسعاً لنظام التأميم، حيث يعتبر وسيلة للتخلص من التبعية الاقتصادية التي يتميز بها الاستعمار الجديد وبين اعتبارات التخلص من التبعية الاقتصادية والحاجة للاستثمارات الأجنبية والمعونة الفنية¹.

وعلى هذا الأساس، يمكن للدولة تحت أهداف المصلحة العامة أن تتخذ بعض الإجراءات لتعديل أو إنهاء عقود الاستثمار بصفة انفرادية مثل التأميم (المطلب الأول)، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة (المطلب الثاني)، وصولاً إلى المصادرة (المطلب الثالث)، أو الاستيلاء (المطلب الرابع)، على الرغم من وجود بعض القرارات

¹ - سميحة صخري، المرجع السابق، ص 210.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

التحكيمية التي تدين تلك الإجراءات بحجة توافر شروط الثبات التشريعي، خاصة إذا ثبت أنه كانت وراء ذلك معاملات تمييزية بين المواطنين والأجانب، أو في حالة غياب التعويض العادل والمنصف.

المطلب الأول: التأميم

تتعدد الأساليب التي تتبعها الدول وخاصة منها حديثة الاستقلال في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودين على إقليمها، إلا أنها قد تتشابه جميعها في كونها إجراءات يمكن نسبتها إلى الدولة وتؤدي أو تهدف بصفة أساسية إلى حرمان الأجنبي من أملاكه بصفة مباشرة أو بطريق غير مباشر وخاصة في شكل تأميم . وبالتالي لابد من تحديد تعريف التأميم (الفرع الأول)، ثم القيمة القانونية لقرارات التأميم (الفرع الثاني)، وصولاً لإيراد تطبيقات حول التأميم في قرارات التحكيم الدولي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التأميم

لم يحظى التأميم بأي اهتمام في إطار القانون الدولي الكلاسيكي، لأن مبادئ هذا القانون قد وضعت من قبل بلدان الرأسمالية التي تقدر الملكية الفردية، بحيث اهتمت بحماية حق الملكية الفردية كإحدى واجبات الدولة، لذلك أحيط التأميم ونزع الملكية بكافة الاحتياطات لضمان عدم المساس بالملكية الخاصة وذلك بالرغم من الاختلافات الجوهرية بينهما من حيث الغاية والموضوع والإجراءات¹.

¹ - الأمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 189 .

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويعتبر التأميم أشمل وأوسع من نزع الملكية، إذ يهدف إلى إصلاح النظام الاقتصادي بشكل واسع استنادا إلى الحق السيادي غير القابل للتنازل في اختيار النظام الاقتصادي، في حين أن نزع الملكية عبارة عن إجراء انفرادي. فرغم المحاولات العديدة، لم يتمكن الفقه من وضع تعريف محدد للتأميم، بحيث يعتمد البعض على الغاية من هذا الإجراء مثل الفقيه الفرنسي DELAUBADERE الذي يعتبر التأميم بأنه عملية تتصل بالسيادة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بناءها الاقتصادي تغيرا كليا أو جزئيا بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية بضمها خدمة لمصالح الأمة¹.

بينما ذهب الدكتور هاشم خالد إلى أن التأميم هو اكتساب الدولة أو أحد الأشخاص الخاصة لملكية مشروع كان مملوكا للأفراد تحقيقا للإصلاح الاقتصادي في دولة معينة².

ويرى الفقيه FRANCIONI بأنه قيام بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري وذلك بغرض قيامها بإرادته بصفته مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنيين خاصة بدافع تحقيق مصلحة عامة³.

وبالتالي يعرف التأميم بكونه الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة مقابل تعويض مناسب وعادل، وهذا إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل

¹ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 264.

² - أورده، معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص 118.

³ - المرجع نفسه، ص 265.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

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 الإصلاحية¹.

ويعتبر التأميم من التصرفات المعترف بها على المستوى الدولي باعتباره يشكل مفتاح التنمية، وأيا كان نوع التأميم وشكله فإنه يشكل عقبة مهمة في طريق تدفق الاستثمار الأجنبي سواء كان هذا التأميم تأميما إيديولوجيا أو تأميما إصلاحيا، وكذا تأميمات النمو الاقتصادي.

1- التأميم الإيديولوجي: هو ذلك التأميم الموجه والذي يقصد به نقل ملكية مجموعة الأموال التي تكون مشروعا إلى الأمة بهدف القضاء الكامل على مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال².

2- التأميم الإصلاحي: وهذا التأميم تقوم به الدولة لبعض جوانب النشاط الاقتصادي مع الاحتفاظ بمبدأ الملكية الفردية وذلك تحقيقا للإصلاح في تلك الدولة، على أن هذا النوع لم يثر أية إشكالية قانونية، ويتضمن على عكس التأميم الإيديولوجي تقديم تعويضا للملاك السابقين عن الأموال المؤممة ومثال هذا التأميم، التأميمات التي تمت في دول أوروبا الغربية كفرنسا، حيث صدرت فيها قوانين ومراسيم متعددة حول النشاطات التجارية المختلفة التي يشملها التأميم³.

3- التأميم الاقتصادي: هي تلك التأميمات التي تتم في دول العالم الثالث، وذلك استجابة لمقتضيات وطنية وقومية، و تقوم به الدولة لمحاولة إحلال القيم السامية

¹ - نوارة حسين، المرجع السابق، ص 39.

² - عيوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

³ - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص ص 119-120.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

والدوافع الإنسانية. وهذا النوع من التأمين لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية كالتأمين الإيديولوجي كما أنه يتضمن تعويض المالكين السابقين ومثاله، التأمينات التي تمت في معظم الدول النامية بمناسبة تحقيق استقلالها السياسي وإعادة الإعمار بعد الحرب، كما هو الحال في مصر والعراق¹.

الفرع الثاني: خصائص التأمين

تقوم الدولة بإجراء التأمين استناداً إلى سيادتها الإقليمية، ويعتبر حقا غير قابل للتنازل (أولاً) يندرج في إطار السلطات التقديرية للدولة (ثانياً).

أولاً - التأمين حق غير قابل للتنازل

إن حق الدولة في تأمين الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة لممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية، هذا الحق الذي دافعت عنه البلدان النامية بعد حصولها على استقلالها يعتبر غير قابل للتنازل لأنه مرتبط بسيادتها واختصاصها المانع في تنظيم كل ميادين النشاط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي بما في ذلك حق في الملكية².

لقد تمسكت الجزائر بذلك عند تأمين الشركات الفرنسية عام 1971، بحيث اعتبرت حق التأمين غير قابل للتنازل ويندرج في إطار صلاحياتها كسلطة ذات سيادة، وحق كل بلد في التصرف الحر في ثرواته الوطنية من أجل تحقيق تنميته الخاصة،

¹ - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 113.

² - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وأكدت على أن الحكومة الجزائرية عازمة على ممارسة هذا الحق وهذه الصلاحيات دون مسبقات ودون شروط ولا عرقلة أو قيد من أي نوع كان¹.

ثانيا - قرار التأميم سلطة تقديرية للدولة

تمارس الدولة سلطة تقديرية في مجال التأميم، هذه السلطة تخضع لأحكام القانون الداخلي وممارستها غير محدودة بأية شروط، بحيث يمكن أن تكون شاملة لكل الأملاك الأجنبية كما يمكن أن تخص مجموعة من الأملاك وذلك بصفة كاملة أو جزئية حسب أهداف الدولة الاقتصادية وإستراتيجيتها بالتنمية، وهذا التميز مشروع طالما لا توجد سوء نية لدى الدولة في الإضرار بفئة معينة من الأجانب.

وفي المقابل، نجد النظرية التقليدية التي تحاول وضع حدود لصلاحيات الدولة في هذا المجال أو تلك التي تعتبر التأميم مخالف لأحكام ومبادئ القانون الدولي، أصبحت كل دولة تعترف بسلطة الدولة في تأميم الأملاك الأجنبية من حيث المبدأ، وإن كانت الخلافات قائمة حول تقدير التعويض وأساليب دفعه، أي الآثار المالية المترتبة عن إجراءات التأميم².

الفرع الثالث: القيمة القانونية لقرارات التأميم

اختلف الفقه حول تحديد القيمة القانونية لقرارات التأميم، وفي هذا الصدد ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية متباينة، ونتيجة لذلك يستلزم الأمر التعرض لموقف المشرع الجزائري من التأميم.

¹ - الأمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، المرجع السابق، ص215.

² - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص270.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أولاً- الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ليس له أثر قانوني

رأى بعض الفقهاء أن قرار التأميم لا يرتب أية آثار قانونية سواء من الناحية الإقليمية أو الدولية وذلك بسبب مخالفته للمبادئ المعترف بها في الدول المتقدمة، وقد تطور هذا الاتجاه في معرض إجراءات التأميم السوفياتية حيث اتخذت الدول الغربية موقفاً مناقضاً لتلك الإجراءات، و اعتبرته تصرفاً باطلاً من الناحية القانونية ولا يرتب أية آثار قانونية و قد سار القضاء في الدول الغربية على نفس الاتجاه، و قد قررت أحكامه أن التأميم يعد خروجاً عن النظم القانونية المتواجدة في البلدان المتقدمة، ومن ثم لا يتصور أن يتم بشأنه تنازع القوانين، أو أن تقوم محكمة أجنبية بالاعتداء عليه أو بآثاره القانونية.

ومن أهم التطبيقات القضائية لهذا المبدأ هو ما قامت به محكمة السين المدنية في فرنسا في قضية معروضة عليها، إذ قامت هذه المحكمة بوصف قرارات التأميم بأنها «عمل من أعمال الاغتصاب والعنف استكملت كافة عناصر جريمة السرقة..». و لكن هذا الاتجاه لم يدم طويلاً لاسيما بعد اعتراف الدول الغربية بالحكومة السوفياتية، وبالتالي هذا الاعتراف يتناقض مع استبعاد أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة والمتمثل في حقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي.

ثانياً- الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ذو أثر قانوني إقليمي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قرار التأميم له أثر قانوني إقليمي، أي أن آثاره تنتج فقط في مواجهة الأموال والأموال الموجودة داخل إقليم الدولة التي صدر فيها هذا القرار، وقد استند بعضهم إلى «نظرية القوانين السياسية» ورأوا أن قرار التأميم هو

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

قرار ذو طبيعة سياسية وبالتالي لا يمكن أن ينتج أية آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى.

بينما استند البعض الآخر إلى «نظرية قرار الدولة» والتي تقوم على أساس ضرورة الاعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات، باعتبار ذلك واجب قانوني تمليه مقتضيات الحياة الدولية، وهذه القرارات بحكم طبيعتها عاجزة عن ترتيب آثار قانونية تتفق مع أموال موجودة في الخارج¹.

ولكن في واقع الأمر أن كلا من النظريتين قد ثبت عجزهما في تأصيل فكرة الأثر القانوني السليم لقرار التأميم، فنظرية «القوانين السياسية» انتقدت على أساس أنه تقريبا جميع القوانين في حقيقتها قوانين سياسية ما دامت أنها تسعى إلى التوفيق بين الصالح العام والمصالح الخاصة، وبالتالي انتهت هذه النظرية بمناسبة معهد القانون الدولي المنعقد سنة 1954 وذلك عندما رفض هذا الأخير المشروع الذي تقدم به الفقيه "Arminjon" لتقنين الفكرة التي قد نادى بها منذ عام 1980، ونفس الشيء بالنسبة لنظرية «قرار الدولة» والتي انتقدت أيضا على اعتبار أن دورها غير قائم على أساس المنطق القانوني السليم لأن الفقه بعد هذا الحكم استقر على حق القضاء في رقابة قرارات التأميم الأجنبية للتأكد من عدم مخالفتها لقواعد القانون الدولي، وبالتالي يجوز للقاضي رفض الاعتراف بتأميم تم في دولة معينة إذا كان مخالفا لأحكام القانون الدولي، ومن ثم فليس هناك ما يمنع الاعتراف بآثار التأميم خارج حدود الدولة إذا تأكد للقضاء أن هذا الأخير مطابق لقواعد القانون الدولي².

¹ -دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص118.

² - هاشم علي صادق، المرجع السابق، ص37.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثالثاً - الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ذو أثر قانوني دولي

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحق للدولة تأميم الأموال التي توجد خارج حدودها الإقليمية، ويستند رأيهم إلى نظرية «حصانة ممتلكات وأموال الدول» المستقرة في القانون الدولي. وهناك أيضاً من الفقهاء من يبرر هذا الرأي استناداً إلى «نظرية الاعتراف بالدولة» والذي يشمل الاعتراف بالنظام القانوني للدولة، وكذلك الاعتراف بالتشريعات التي تصدرها هذه الأخيرة، غير أن الاتجاه المعارض يرى أن كلا من النظريتين لا تتسجمان مع المنطق القانوني السليم، فالنظرية القائمة على «حصانة ممتلكات و أموال الدول» انتقدت بالاعتبار أن هذه الحصانة هي حصانة مقيدة وذلك وفقاً للرأي الراجح في الفقه، إضافة إلى أن الأعمال التجارية التي تمارسها الدولة لا تتمتع بهذه الحصانة.

أما بالنسبة إلى «نظرية الاعتراف بالدولة»، فيرى الاتجاه المعارض أن الاعتراف بالدولة لا يمنح لها الحق في إصدار تشريعات تتنافى مع التزاماتها الدولية والتي تشمل الاعتراف بسيادة الدول الأخرى وسلامة أقاليمها واختصاصها الداخلي ومبدأ المساواة في السيادة¹.

وفي الأخير، تجب الإشارة إلى أنه في عام 1962 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم 1803 الذي أقر سيادة الدول على مواردها الطبيعية ومصادرها الوطنية، حيث نصت المادة الرابعة من هذا القرار صراحة على حق الدول في تأميم المشروعات التجارية الوطنية والأجنبية المقامة على أراضيها وحققها في إقرار التعديلات التشريعية التي تضمن تحقيق مصالحها على الرغم من إنكار العديد من

¹ - دريد محمود السمراي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، بيروت، 2006، ص 219.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

فقهاء القانون التجاري الدولي للتوسع في أعمال هذا الحق، ونادوا بضرورة قصر العمل به على مشروعات الاستثمار في المصادر الطبيعية للدول ومنها عقود التنقيب على موارد الطاقة واستخراجها، على أساس أن عنوان هذا القرار جاء فيه صراحة سيادة الدول على مواردها الطبيعية¹.

فيعتبر التأميم من الحقوق السيادية للدولة، وهو معترف به دولياً باعتبار أنه كإجراء تقوم به الدولة يتضمن تحويل أموال المؤسسة التي تقوم بالنشاط للدولة حتى في حالة وجود وعد بعدم التأميم، إذ تقوم به بعد مشاورات مع الطرف الآخر على أن يتم تقديم تعويض مناسب في حالة وجود وعد بعدم التأميم من قبل الدولة، فتقوم المسؤولية العقدية للدولة في حالة خرق العقد ويجب عليها تقديم تعويض عن كل ضرر².

وهنا تجب الإشارة إلى انقسام الفقه بشأن التعويض المستحق للأجنبي المؤممة أمواله بين الرفض والتأييد، فرفض الفقه السائد في روسيا ودول أوروبا الشرقية والدول المتأثرة بالفكر الاشتراكي عموماً، مبدأ إلزام الدولة بالتعويض عن قوانين التأميم، لينتهي لنفي وجود أي التزام دولي يفرض على الدولة أداء أي تعويض في مقابل التأميم، ويضيف بعض أنصار هذا الرأي قولهم: أن القيد الوحيد على سلطان الدولة في التأميم هو التزامها بمبدأ المساواة وعدم التمييز ويستندون في رأيهم على أن القانون الدولي لا يعطي للأجنبي إلا حق المساواة بين المواطنين، وقد سبق لروسيا أن رفضت أداء أي تعويض للرعايا الأجانب الذين شملتهم إجراءات التأميم في عام 1917.

¹ - محمود فياض، المرجع السابق، ص 262.

² - Pierre Mayer - La Neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matières de contrats d'état J_D_I N°01.1986.P35.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كما اتخذت المكسيك نفس الموقف سنة 1938، كما يؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم انطلاقاً من حق الدولة في التأميم باعتباره ترجمة لحق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي فالملكية ليست من أصول القانون الدولي المعاصر¹.

والتأميم يكون بموجب قرارات عمدية مقصودة وقانونية مدروسة مسبقاً، تنتج عنه نتائج ذات طابع سياسي اقتصادي تمس بحق المستثمر الأجنبي في ملكيته بحرمانه منها، وذلك دون أن يكون للمستثمر الحق في التدخل لأنها غير قابلة للمناقشة أو إعادة النظر، أو حتى الإلغاء لأنها من أعمال السيادة، ويدخل في الاختصاص المباشر والمانع في تنظيم كل ميادين النشاط الاقتصادي والاجتماعي والثقافي بما في ذلك الحق في الملكية.

رابعاً - موقف المشرع الجزائري من التأميم

قامت الجزائر بتأميم مواردها البترولية سنة 1971 واتخذت تدابير التأميم الأولى بالنسبة للشركات غير الفرنسية:

" AMIP et Elwerath,Newmont,Mobil-Philips,Shell " ومن ثم شملت تدابير التأميم الجديدة الشركات الفرنسية فاعترضت فرنسا على هذا التأميم مستندة إلى الحجج التالية:

-التأميمات هي تدابير متخذة بشكل أحادي الجانب من قبل الحكومة الجزائرية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليها لتبرير اعتراض فرنسا على التأميم، حيث أن إجراء التأميم لا يمكن أن يكون إلا انفرادي لأنه يتعلق بسيادة الدولة المؤممة، كما أن الاتفاق

¹ - خالد منصور اسماعيل، المرجع السابق، ص ص 184-185.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المبرم سنة 1965 يحيل في شأن كل تفسير متعلق بالتشريع البترولي إلى القانون الإداري الفرنسي الذي يشدد على الصفة الإدارية للامتيازات البترولية.

-التأميمات تشكل مخالفة للمعاهدات المبرمة بين الجزائر وفرنسا سنة 1962 وسنة 1965، وهذه الحجة ليست صحيحة لأن كل تأميم سببه المصلحة العامة هو شرعي على الصعيد الدولي وبالتالي يعتبر مخالفا للمعاهدات المبرمة بين الجزائر وفرنسا سنتي 1962 و1965، و على أية حال لا يمكن الحد من سيادة الدولة الجزائرية في ممارسة حقها المتعلق بالتنظيم القانوني للملكية على مواردها الطبيعية.

-التأميمات تمس بالحقوق المكتسبة، فالدولة الجزائرية وافقت على التعويض وحددت أسس حسابه وعقدت اتفاقات بين الجزائر والشركات البترولية الفرنسية كان من شأنها وضع حد للنزاع الفرنسي الجزائري، وهذه الاتفاقات تضمنت ما ينص على قبول التعويض المقترح من قبل الدولة الجزائرية الذي اتفق على تسديده في مدة ست سنوات ابتداء من سنة 1972، فضلا عن ذلك نص الاتفاق المبرم مع الشركة الفرنسية للبترول سنة 1971 على ما يلي:

-تأسيس شركة بين الفريقين "P.F.C" و"سوناطراك تعطي للدولة الجزائرية نسبة 51 بالمائة من الإنتاج البترولي، على أن يرجع دور العامل إلى الشركة الجزائرية.

-نقل الاستثمار الكامل للغاز من قبل الشركة الفرنسية للبترول " P.F.C " إلى شركة سوناطراك الجزائرية.

-خضوع الشركة للتشريع البترولي الجديد والتشريع الضريبي الجزائري لسنة 1971.

-خضوع كل النزاعات القابلة للنشوء بين الفريقين في موضوع هذا الاتفاق للمحاكم الجزائرية.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

-تعهد الشركة الفرنسية للبترول بتوظيف 100 مليون دولار في الخمس سنوات الأولى من الاتفاق .

-مدة هذا الاتفاق هي خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، في حال عدم التجديد

يتم نقل أموال الشركة المختلطة إلى شركة سوناطراك الجزائرية¹.

وقد تراجع المشرع الجزائري فيما بعد عن استخدام هذا الحق السيادي فاستبعد إمكانية التأميم وأشار فقط إلى «التسخير» وذلك في المادة 90 من المرسوم التشريعي رقم: 02-81 المتعلق بترقية الاستثمار بحيث نصت على أنه: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع"، وهذا طباعم ضرورة أن يكون التأميم وفق الشروط التي نص عليها القانون.

كما لم يتضمن الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار أية إشارة إلى التأميم بل اكتفى بالإشارة إلى ما يسمى بالمصادرة الإدارية بموجب المادة 16 منه بنصها على أنه: «لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف».

بينما بالرجوع للقانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتضمن الإشارة لكل من إجرائي التأميم أو المصادرة، ولعل ذلك راجع إلى محاولته منح المستثمرين نوعا من الثقة طالما لم يخالفوا الالتزامات المفروضة عليهم، ولكونه أشار بموجب المادة 24 من نفس القانون إلى إمكانية سحب

¹-سميحة صخري، المرجع السابق، ص217.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الامتيازات أو التجريد من الحقوق عن المستثمرين دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع في حالة مخالفتهم للالتزامات المفروضة عليهم. وقد يكون ذلك عن طريق المصادرة كعقوبة منصوص عليها في المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري¹، عندما يتعدى المستثمر الأجنبي على القانون بموجب جنائية حيث يتم حرمانه من ملكيته العقارية أو منقول بصفة جبرية لإتمام العقوبة المفروضة عليه، حيث إن المصادرة تكون عقوبة تكميلية في كل الحالات التي يرتكب فيها صاحب المشروع جنائية في المجال الجبائي أو المصرفي... تكيف على أنها مخالفات لقواعد القانون الاقتصادي، إذ يؤول كل المال المملوك له أو جزء منه وحتى الأشياء المستعملة في تنفيذ تلك الجريمة إلى الدولة².

الفرع الثالث: التأميم في قرارات التحكيم الدولي

لا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن القرارات التحكيمية في كل من قضية **Aminoil** لسنة 1982 وقضية **Texaco** وقضية **AGIP** كانت من أهم المسائل التي تعرضت لشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد والآثار المترتبة عليه، وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

أولاً- حكم تحكيم Aminoil

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا الحكم في أنه في عام 1948 أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية **Aminoil** حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 11 يونيو سنة 1966.

² - نوارة حسين، المرجع السابق، ص 50.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

عن النفط واستغلاله في دولة الكويت لمدة سنتين، ولقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريان العقد، ولكن عندما رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية بتعديل العقد طبقا للاتفاقيات التي أبرمت بين الدول المصدرة للنفط والتي تم التوقيع عليها في طهران عام 1971 وفي جنيف عام 1972 و 1973 قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد وتأميم الشركة بموجب القرار رقم 124 لسنة 1988.¹

وجراء ذلك، تمسكت الشركة باللجوء إلى التحكيم وتم إبرام اتفاق التحكيم بين الطرفين في يوليو سنة 1979، وتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة من كبار فقهاء القانون الدولي وهم: الأستاذ P. Reuter بصفته رئيسا والأستاذ G.Fitzmaurice والأستاذ حامد السلطان بصفتهما عضوين².

¹ - بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 143.

² - وقد علقت الدكتورة حفيظة السيد الحداد على قرار حكم التحكيم كالتالي: "... وكان من بين المسائل التي عرضت على محكمة التحكيم محل البحث وهي مدى صحة شروط الثبات وعدم المساس والآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في إجراءات التأميم. وفي هذا الخصوص أكدت محكمة التحكيم على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم ليس محل نقاش، وإن شروط الثبات وعدم المساس المدرج في العقد قد قصد الأطراف من ورائها الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها فيها بطابع المصادرة، ولما كان التأميم لا يعد من قبيل أعمال المصادرة إذ أنه يخضع وفق للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب، فإن شروط الثبات الواردة في العقد موضوع النزاع لا تستهدف إجراءات التأميم .

ولقد رفضت محكمة التحكيم وجهه النظر التي تمسكت بها الشركة والتي مفادها أن شروط الثبات الواردة في العقد قد تم صياغتها بعبارات مطلقة وفضفاضة بحيث تكفي بذاتها لحظر اللجوء إلى التأميم وأكدت على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأميم تعد جائزة قانونا، بيذا أن مثل هذا التعهد الخطير بعدم التأميم يجب أن يكون محل نص صريح وأن يكون لفترة زمنية محددة، ومن تم فإن هذا التعاهد بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من شروط الثبات التي وردت في العقد بعبارات عامة، ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة سنتين... هذا ولقد أبرزت المحكمة أن شروط الثبات المعتادة لا تعد شروطا باطلة في حد

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ففي هذا النزاع كانت من أهم المسائل التي عرضت على المحكمة هي شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد والآثار المترتبة عليه، وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

حيث أكدت محكمة التحكيم على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم ليس محل نقاش، وإن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس المدرجة في العقد قد قصد الأطراف من ورائها الإجراءات التي يمكن أن تسبب ضررا ماليا جسيما بمصالح الشركة نظرا لاتصافها بطابع المصادرة، ولما كان التأميم لا يعد من قبيل أعمال المصادرة إذ أنه يخضع وفقا للقانون الدولي لعدة شروط من بينها دفع التعويض المناسب فإن شرط الثبات التشريعي الوارد في العقد موضوع النزاع لا يستهدف التأميم¹.

كذلك فإن محكمة التحكيم قد رفضت وجهة النظر التي تمسكت بها الشركة والتي مفادها أن شرط الثبات الوارد في العقد قد تم صياغته بعبارات مطلقة وفضفاضة إذ تكفي بحد ذاتها لحظر اللجوء إلى التحكيم، وأكدت المحكمة على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأميم تعد جائزة

ذاتها على اعتبار أنها تشكل اعتداء على سيادة الدولة المتعاقدة، وعلى الرغم من أنها تعيد بطريقة ملحوظة حرية الدولة في اتخاذ القرارات إلا أنها لا تشكل اعتداء على النظام العام الدولي.

كما أشارت المحكمة إلى أن ممارسة الدولة لسيادتها قد يصل إلى الحد الذي تتنازل فيه عن حقها في التأميم، إلا أن مثل ذلك التنازل، أي تعهد الدولة بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من مجرد وجود شرط ثبات عادي في العقد المبرم بينها وبين الطرف المتعاقد معها، فكأن محكمة التأميم قد لجأت إلى التفسير المضيق لهذه الشروط، ويبدو هذا أمرا طبيعيا إذ أن المصالح محل الحماية على درجة كبيرة من الأهمية على نحو لا بد من التأكد معه من أن تعهد الدولة بعد التأميم تعهد مؤكد وقاطع ولا يثير أي لبس ويفسر الشك دائما لصالح الدولة المتعاقدة....."

للتفصيل أكثر أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 385-387 .

¹ - بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص 144.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

قانوناً، بيد أن مثل هذا التعهد الخطير بعدم التأميم يجب أن يكون محل نص صريح وأن يكون لفترة زمنية محدودة، ومن ثم فإن التعهد بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من شرط الثبات الذي ورد في العقد بعبارة عامة ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة ستين عاماً¹.

وقد أعطي لهذا الشرط تفسير موسع بحيث يترتب عليه تدويل العقد والدولة باعتبار أنها التزمت، فإن أي إجراء تقوم به يمس بالعقد هو غير مشروع رغم اعتراف الدولة به قانوناً، وبوجود شرط الثبات التشريعي تلتزم الدولة بعدم التأميم².

كما حرصت محكمة التحكيم على إبراز أن شروط الثبات تتميز بأنها تضع قيوداً مؤقتة من حيث الزمان على عاتق الدولة ولصالح الشركة المتعاقدة معها، فهي لا تمنح هذه الأخيرة الحماية المترتبة على هذه الشروط إلا في غضون فترة زمنية مقيدة نسبياً، ومن هنا فإذا كانت فترة الحماية المنصوص عليها في العقد فترة طويلة كما هو الشأن بالنسبة للعقد محل المنازعة، فإن هذه الحماية تتعارض مع الحقوق السيادية للدولة المتعاقدة، ويتعين عدم إعمال شرط الثبات التشريعي³.

¹ - غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص ص 181-182.

² - Jean_Michel Jacquet « LéEtatOperaateur de commerce international » J.D.I.N⁰03. 1989.P 652.

³ - Aminoil:1982 - أنظر النص الفرنسي لتحكيم

"lecas de la nationalisation n'est certainement pas visé expressément par les clauses de stabilisation de la concession. Mais il est soutenu par X que malgré cette lacune, les clauses des stabilisation de la concession (art,17 et 11 révisé) sont rédigées dans des termes si absolus et si large, qu'elles se suffisent à elles-mêmes - de façon inconditionnelle et dans toutes les circonstances pour prohiber la nationalisation. Ceci constitue une interprétation sur un plan purement formel. Mais pour les raisons suivantes, elle n'est pas adaptée par le tribunal.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وفي المقابل من جهتنا لا بد أن نشير أن الدولة المستقبلية للاستثمار تتمتع بأحد الامتيازات وهي ضرورة التمسك بالقرارات الدولية¹ على حق الدولة في سيادتها الدائمة على الثروات الطبيعية، ويمكن لهذه الدول ممارسة هذه السيادة بصور مختلفة، فيمكنها التعبير عن هذه السيادة عن طريق تمسكها أن يكون قانونها الوطني هو القانون واجب التطبيق، وتأميم المشروعات الأجنبية، وتقدير التعويض المناسب في حالة التأميم وفقا لقوانينها الوطنية.

Sans aucun doute, les limitations contractuelles du droit de l'état de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devait se conformer aux règles régissant la conclusion des contrats avec un état et en règle générale, elle ne devraient concerner qu'une période relativement limitée. Cependant, dans le cas présent, l'existence d'une telle stipulation devrait être présumé comme concernant toute le durée d'une concession particulièrement longue, puisque s'entendant sur une période de soixante ans, une limitation des droits souverains de l'état doit d'autant moins se présumer quelle concessionnaire possède, en tout état de cause, des garanties importantes relatives à des intérêts essentiels sous la forme d'un droit à une indemnité éventuelle.

Tel est le cas ici, car si le tribunal affirme ainsi qu'il ne peut interpréter les articles 17 et 7(g)-l'article 11 révisé-comme mettant un obstacle absolu à la nationalisation, il est néanmoins vrai que ces dispositions sont loin d'avoir perdu toute leur valeur efficacité sur ce point puisque, en exigeant implicitement que la nationalisation n'ait pas un caractère de confixation,elles renforcent la nécessité d'une indemnité adéquate comme condition de la nationalisation".

¹ - ذلك وفقا لما أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة، القرار رقم (1803) الصادر في 14 ديسمبر 1962.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثانيا - قضية Texaco

على عكس ما ذهب إليه التحكيم في دعوى Aminoil فإنه في دعوى Texaco ضد ليبيا¹ أعطي لشرط الثبات التشريعي تفسيراً موسعاً بحيث يترتب على وجوده تدويل العقد، والدولة باعتبارها أنها التزمت بأن أي إجراء تقوم به يمس بالعقد هو غير مشروع، وبالرغم من اعتراف الدولة به قانوناً وبوجود شرط الثبات التشريعي فإنها تلتزم بعدم التأميم².

وتعود وقائع تحكيم قضية Texaco إلى أن الحكومات الليبية المتعاقبة في الفترة ما بين سبتمبر سنة 1955 وحتى أبريل سنة 1971 أبرمت مجموعة من عقود الامتياز لصالح الشركتين الأمريكيتين **Texaco - Calassiat** وتتماثل نصوص هذه العقود جميعاً مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي لعام 1955، ومن بين نصوص هذا العقد النموذجي الذي أدمج في نصوص العقود المذكورة يتعين الإشارة إلى نص المادة 16³.

ولقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة، وفي كل مرة كان هذا التعديل يقابله تعديلاً في الشروط التعاقدية للعقود بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين،

¹ - تهاني عنيزان صالح الرشيد، المرجع السابق، هامش الصفحة 141.

² - Jean_Michel Jacquet «L'Etat Opérateur de commerce international»

J.D.I.N⁰03.1989.P 652.

³ - حيث تنص المادة 16 على أن: « تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها هذا الاتفاق، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف، ويتم تفسير هذا الاتفاق وفقاً للقانون الحاكم للبترول واللوائح السارية لحظة التوقيع على الاتفاق الذي تبني التعديل، والذي بناءً عليه أدرجت المادة 121 في عقد الامتياز، وأي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقررت للشركة بمقتضاه طالما تمت دون رضاها».

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وكانت كافة التعديلات التشريعية أو التعاقدية محل اتفاق بين الأطراف المتعاقدة، احتراماً لنص المادة 16 المذكورة سابقاً وذلك قبل دخول التعديلات محل النفاذ، إلا أنه في عام 1973 قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم 1973/66 بتاريخ 01 سبتمبر وأعلنت بمقتضاه تأميم ليس فقط كل الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود الامتياز في مجال البترول، وإنما فقط الشركتين الأمريكيتين وبعض الشركات الأجنبية الأخرى.

ولقد أمم هذا القانون 51% من كل الأموال والحقوق التي تتمتع بها هذه الشركات بمقتضى عقود الامتياز، ولقد نص القانون على تعويض هذه الشركات بموجب لجنة تتشكل من 03 شخص تقوم الحكومة الليبية بتعيينهم. كذلك نص القانون على إنشاء لجنة تقوم بحصر أموال هاتين الشركتين تمهيدا لنقل ملكيتها إلى الهيئة الوطنية للبترول.

وبتاريخ 11 فبراير سنة 1974 أصدرت الحكومة الليبية القرار رقم 11 لسنة 1974 بمقتضاه أممت كل الأموال والأصول المملوكة للشركتين الأمريكيتين والناجمة عن تمتعها بعقد الامتياز البترولي، ولقد أخطرت الشركتان الأمريكيتان الحكومة الليبية باللجوء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما وذلك إعمالاً لنص المادة 1/20 من القانون الحاكم للبترول.

ولما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها، ورفضت اللجوء للتحكيم توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية، وقام بتعيين محكم وحيد وهو المحكم الفرنسي Dupuy وقد تعرض هذا المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة من بينها مسألة صحة شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، والآثار المترتبة

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

عليها خصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذا الشرط في العقد محل البحث وعلى حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم¹.

وقد ذهب المحكم Dupuy عند النظر في الحجة المقدمة من قبل الحكومة الليبية وتمسكها بهذا القرار، بين إن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها قيمة قانونية متساوية، فهذه القيمة يجب تقديرها وفقا للمعيارين :

المعيار الأول: هو نسبة التصويت على كل قرار، وتبين له أن القرار رقم (1803) هو وحده الذي يتمتع بصفة القانون الدولي الوضعي، فهذا القرار صدر بأغلبية سبعة وثمانين دولة ومعارضة دولتين فقط، وامتناع اثنتي عشرة دولة عن التصويت، كما صوتت إلى جانبه دول غربية رأسمالية عديدة على رأسها الولايات

¹ - وقد خُص هذا الاجراء إلى ما يلي: "إن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم حق سيادي وتعبير عن سيادة الدولة لكنه مقيد بعدم الإخلال بالالتزامات الدولية التي تعهدت بها في إطار هذه السيادة. - إن القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعد بمثابة ممارسة لاختصاصها من القانون الداخلي، إلا أنه يتضمن أثارا دولية منذ اللحظة التي تمس فيها إجراءات التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي التي تعد الدولة المؤممة طرفا فيها.

- لا يمكن للدولة التمسك بسيادتها من أجل خرق التعهدات التي وافقت عليها بحرية في إطار السيادة ذاتها، ولا يمكنها الإستناد الى إجراءات خاضعة لقانونها الداخلي وحده لإهدار حقوق الطرف المتعاقد معها، والذي قام بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد.

- إن الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولي لا يكفي لتحويل الدولة الحق في أن تتجاهل تعهداتها إذ أن القانون الدولي ذاته يعترف أيضا للدولة بالقدرة على أن تتعهد دوليا بعدم مباشرة حقا من حقوقها وذلك بقبول إدراج شرط الثبات التشريعي عقد مبرم مع شخص خاص أجنبي.

- إن الدولة الليبية قد التزمت بكل حرية بشرط الثبات كما أن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي في مجال البترول منذ تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية للحكومة الليبية، وينحصر تطبيق المادة 16 السالفة الذكر فقط في عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية في

مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد. أنظر: كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجاً"، مجلة الحقوق و الحريات ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد 03، ديسمبر سنة

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المتحدة الأمريكية، ويعزى سبب تصويت هذه الدول على هذا القرار هو نصه على تطبيق القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي في معاملة الاستثمارات الأجنبية، بينما القرارات الأخرى (3171 . 3201 . 3281) فهي لا تمتع بصفة القانون الدولي الوضعي، إذ رفضت هذه القرارات من أغلبية الدول الكبرى الصناعية لكونها نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فقط دون القانون الدولي .

أما المعيار الثاني: فهو تحليل النصوص التي تم التصويت عليها، حيث اعتبر المحكم Dupuy القرارات (3171 . 3201 . 3281) المتعلقة بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول تشكل إعلاناً سياسياً أكثر مما هو قانونياً، وتدخل هذه القرارات في إطار إستراتيجية التنمية وتمت الموافقة عليه بواسطة الدول غير الصناعية وحدها، وكذلك الأمر في القضايا الأخرى¹.

يتضح مما سبق، أن ما توصل إليه المحكم Dupuy في قضية تكساسكو لم يقتصر على معيارين إنما استند إلى معايير أخرى تمثلت في مصالح الدول الصناعية الكبرى التي تمثلها الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدول النامية والتي هي غالباً ما تكون منتجة للثروات الطبيعية، وماهية الدول المصوتة على هذه القرارات، وكذلك وضع أساس لتطبيق القانون الدولي العام، حيث جاءت موافقة الدول الصناعية الكبرى على أحد هذه القرارات وخصوصاً القرار (1803) لكونه ينص على تطبيق القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني، أو تطبيق القانون الدولي فقط وخصوصاً عندما يتم استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحجج مختلفة² .

¹ - رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي دراسة مقارنة، البصرة، العراق، 2000، ص 84.

² - المرجع نفسه، ص 85.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثالثاً - حكم تحكيم AGIP

أبرمت الشركة الإيطالية AGIP مع حكومة الكونغو في عام 1962 عقدا لاستغلال الثروة البترولية على أن يكون العقد خاضعا للقانون الكونغولي، وكانت شركة AGIP تملك 90 % من أسهمها بينما تملك الشركة السويسرية 10 % المتبقية، كما كانت الشركة تمارس نشاط توزيع البترول، وفي سنة 1974 أمتت حكومة الكونغو قطاع توزيع المنتجات البترولية وقد شمل التأميم كل الشركات العاملة في القطاع باستثناء شركة AGIP لأنها أبرمت اتفاقا مع الحكومة تعهدت فيه الشركة بأن تتنازل عن 50% من رأسمالها، كما تعهدت الحكومة بتبني النصوص المناسبة من أجل تفادي تطبيق التعديلات المستقبلية في قانون الشركات على شركة AGIP، لكن في سنة 1975 أصدر رئيس جمهورية الكونغو قرارا بتأميم الشركة¹.

ولما ثار النزاع بين الطرفين تم اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إعمالا لشرط التحكيم الوارد في الاتفاق المبرم بينهما، وتم تشكيل محكمة تحكيم للفصل في النزاع مكونة من الأستاذ Trolle رئيسا والأستاذ Dupuy والأستاذ Rouhani كمحكمين. وتعرضت المحكمة للعديد من المسائل أهمها شرط الثبات التشريعي وفي هذا الصدد، لاحظت المحكمة أن الحكومة قد تعهدت بموجب نص المادة 04 من الاتفاق المبرم بينها وبين الشركة سنة 1975 بأن تظل الشركة محتفظة بطابعها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص، كما أنها تعهدت وفقا للمادة 11 من نفس الاتفاق بعدم تعديل النظام القانوني للشركة حتى في حالة إدخال تعديلات جديدة على قانون الشركات.

¹ - بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص 141.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ونتيجة لذلك، ذهبت محكمة التحكيم إلى أن فسخ العقد من جانب واحد بموجب قرار التأميم الصادر سنة 1975 يتجاهل وبوضوح شروط الثبات التشريعي التي تستمد تطبيقها ليس من سيادة الدولة المتعاقدة بل من الإرادة المشتركة للأطراف¹.

المطلب الثاني: نزع الملكية

بالإضافة إلى ما قيل أعلاه، فإنه من بين الآليات التي تؤدي إلى حرمان المستثمر من أمواله وممتلكاته متى تحققت بعض الشروط والأهداف الموضوعية من قبل الدولة نزع الملكية. وفي هذا الإطار لابد من تحديد المقصود من نزع الملكية (الفرع الأول)، و كذا شروط نزع ملكية المستثمر الأجنبي (الفرع الثاني)، وصولاً لتحديد الإطار العام لنزع الملكية في التشريع الجزائري (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تعريف نزع الملكية

المخادعة الكبرى التي قد تصيب المستثمرين الأجانب اعتقادهم بثبات القوانين الداخلية للبلدان المضيفة التي استقدموا أموالهم فيها، لسبب جاذبية الأوضاع الاقتصادية والتشريعية داخلها، لتتعطل كل هذه الآمال أمام ما يطلق عليه بنزع الملكية بصورها وأشكالها المتعددة والإجراءات الحكومية ذات الطبيعة المماثلة التي تشكل عائقاً هاماً وخطيراً للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الراغبة في النمو.

يعرف نزع الملكية بأنه إجراء إداري يتم في إطار القانون وفي حدود الحالات المنصوص عليها، بقصد حرمان الشخص من ملكه العقاري، لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع له.

¹ - بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، المرجع السابق، ص142.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويميز الفقه الدولي بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة، الأول هو نزع الملكية الفردي ويقصد به الإجراءات التي تتخذها الدولة في مواجهة فرد أو عدد محدود من الأفراد، بحيث لا تشمل هذه الإجراءات باقي أفراد المجتمع، و الثاني هو نزع الملكية العام فيقصد به إجراء تغييرات اقتصادية أو اجتماعية في هيكل المجتمع وبالتالي فإن هذا النوع يتشابه مع التأميم ويشترك معه في نفس الأحكام.

وتظهر أهمية التفرقة بين النوعين من نزع الملكية عند تقدير التعويض، ويمكن القول بأن فقه الدولة أخذ بمفهوم واسع لتعبير الملكية، بحيث يشمل كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، سواء أكانت الإجراءات التي تلجأ إليها الدولة المضيفة في صورة ضرائب أو بيع جبري أو الحد من سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو حرمانه منها أو التصرف فيها أو منعه من إنشاء المشروع أو تشغيله¹.

وعموماً، أياً كان النظام القانوني الذي يتم بمقتضاه نزع الملكية، تأمياً أو مصادرة أو نزع ملكية للمنفعة العامة، فإنه يمثل في نظر فقهاء القانون عائقاً في وجه الاستثمار الأجنبي ذلك أنه يؤدي بالنتيجة إلى حرمان المستثمر حرماناً كلياً من الاستثمار بطريق مباشر أو غير مباشر².

كما كان للقضاء دور هام في موضوع نزع الملكية ذلك لتعدد القرارات الواردة في هذا المجال ومن أهمها قضية **BANCO NATIONAL DE CUBA** حيث قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بأن: «أخذ الدول لأموال الشخص الأجنبي الخاص وحقوقه العقدية يعد عملاً غير مشروع طبقاً للقانون الدولي إذا لم يكن

¹ - سماح صخري، المرجع السابق، ص 224.

² - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 109.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

لمنفعة العامة أو إذا كان يتصف بالتمييز أو لم ينص على تعويض عن الأموال المستولى عليها ويكون حال وفعال وكاف...وحيث أن قرار نزع الملكية الكوبي لم يقتصر فقط على منح التعويض المناسب إنما تضمن غرضاً ثانياً وتمييزاً ضد مواطني الولايات المتحدة الأمريكية¹.

هذا، وتجب الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن القانون الدولي يعترف لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها واستثمارها في القطاعات الاقتصادية المختلفة داخل إقليمها، و بحق الدولة في منع الأجانب منعا كلياً أو جزئياً من ممارسة هذه الحقوق داخل مجال اختصاصها؛ إلا أن الدولة التي تسمح للأجانب باكتساب الأموال بطريق قانوني داخل إقليمها يجب ألا تحرمهم من أموالهم بطريقة تعسفية وهو ما يعرف بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

إلا أن حق احترام الحقوق المكتسبة لا يمثل حقاً مطلقاً، فالتمتع بالحقوق المكتسبة مسموح به فقط طبقاً للقانون الداخلي لكل دولة، فيجوز للدولة طبقاً لقواعد القانون الدولي أن تحدد بحرية هيكلها الاجتماعي والاقتصادي وأن تتخذ من الإجراءات ما يحقق منفعتها العامة ومصالحها الوطنية².

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها لنزع ملكية المشروع الاستثماري

يعتبر نزع الملكية إجراء استثنائياً يرد على العقارات عموماً³ ولا يجوز اللجوء إليه إلا إذا أجازته القانون، ويتصفح مختلف النصوص القانونية المتضمنة لحماية الملكية الخاصة نجد أن الخروج عن هذا المبدأ مقيد بشروط لحق الدولة في اتخاذ قرار

¹ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 55.

² - زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 540.

³ - لعماري وليد، المرجع السابق، ص 88.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المصادرة أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي لكي يكون هذا الإجراء مشروعاً، وهذه الشروط تتمثل في مقتضيات المصلحة العامة، مع تعويض عادل ومنصف للأشخاص المنزوعة ملكيتهم¹.

إن المستثمر يبحث بطبيعة الحال عن ضمان وحماية ممتلكاته في النظام الذي يحكم استثماراته في الدول المضيفة لها وهذا ما يخفف من حدة خطورة هذا الشكل من أشكال نزع الملكية ما يعني أن المستثمر يكون على علم مسبق بإمكانية حدوث هذا الإجراء وحالاته².

وبالتالي فإن أهم شروط نزع ملكية المستثمر الأجنبي تتمحور في:

أولاً- شرط المصلحة العامة

كي تتمكن الدولة من اتخاذ الإجراء القانوني للاستيلاء على المشروع الأجنبي يجب أن يهدف هذا الإجراء إلى تحقيق مصلحة عامة بصفة أساسية، أو تحقيق الغرض العام للدولة أو إحدى هيئاتها، أما أن تتخذ الدولة هذا الإجراء إذا كان يقتصر هدفه على تحقيق أهداف خارج مقتضيات المصلحة العامة، فلا يعد هنا عاملاً من

¹ - فبالرجوع للمادة 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بالاستثمار نجد أنها تؤكد على مثل هاته الشروط بالنص على أنه: «زيادة على القواعد التي تحكم نوع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف».

كذلك تضمنت المادة 677 من القانون المدني التأكيد على مثل هذه الضمانات بالنص على أنه: «لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل».

² - NADJI Mohamed Salah, Analyse du code des investissements: 93/12 du 05

Octobre 1993, thèse pour l'obtention de magister en Droit, institut de Droit et des sciences Administratives de Ben Aknoun, Université d'Alger, 1996, p. 43.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

عوامل اللجوء إلى نزع الملكية، ولا يمكن للدولة أن تتخذ هذا الإجراء كونه يستبعد تحقيق الغرض العام¹.

وقد عبرت محكمة المطالبات الأمريكية الإيرانية في قضية أماكو سنة 1987 بقولها: "التعريف الدقيق لشروط المصلحة العامة الذي يعد من خلاله إجراء التأميم مشروعاً غير متفق عليه في القانون الدولي"، وعلى الرغم من إقرار معظم القوانين المقارنة والتنظيمات الدولية له كشرط واقف على صحة ومشروعية نزع ملكية المستثمر الأجنبي ومشروعاته الاستثمارية إلا أن البعض منها قد خلت منه واقتصرت على باقي الشروط².

ثانياً - شرط عدم التمييز

مبدأ متعارف عليه في القانون الداخلي للدول المضيفة وعلى مستوى القانون الدولي العام، ويعتبر تجسيدا حقيقيا للمساواة بين المستثمرين وضمانا لعدم التفرقة بينهم، حيث يلزم الدولة المضيفة بالامتناع عن اتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي تمس بملكية المستثمر الأجنبي كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير الأخرى المماثلة على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحدها هي المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات³.

¹ - دريد محمود السمراي، المرجع السابق، ص 152.

² - بلحطاب بن حرز الله، الضمانات المكفولة ضد نزع الملكية والإجراءات المشابهة لها، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، العدد 01، جانفي 2016، ص 239.

³ - بلحطاب بن حرز الله، المرجع السابق، ص 241.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثالثا - شرط مراعاة أحكام القانون

من المعروف أن على الدولة أن تحترم تعهداتها الدولية التي التزمت بها بإرادتها والمتمثلة بمبدأ حسن النية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سمو الالتزامات الدولية، بالإضافة إلى احترام الإجراءات التي تنص عليها قوانينها، وعليه فإن الدولة عندما تقدم على نزع ملكية المستثمر الأجنبي مخالفة بذلك معاهدة سبق وأن صادقت عليها فإن ذلك معناه اغتصاب الممتلكات والحقوق إلا إذا كان ذلك بسبب القوة القاهرة أو تغير الظروف وقد أقر ذلك من قبل معهد القانون الدولي في دورته عام 1952.¹

رابعا - شرط أداء التعويض

كما سبقت الإشارة إليه، فإنه تعتبر ملكية المشروع الاستثماري من الأمور المقدسة لدى المستثمر الأجنبي ويظهر ذلك بوضوح عند اتخاذه لقرار الاستثمار، أين نجده يأخذ دائماً في عين الاعتبار حجم الضمانات التي توفرها الدولة المضيفة للاستثمار للملكية وعلى هذا الأساس، نجد أن معظم الدول تولي أهمية بالغة للملكية في إطار سياساتها القانونية المنتهجة في مجال تشجيع الاستثمارات الأجنبية، بحيث تؤكد على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض عادل ومنصف نتيجة تعرض مشروعه لإجراءات نزع الملكية بمختلف صورها.

وبناء على ذلك، يشكل التعويض على هذا النحو، إحدى أهم الضمانات القانونية الهامة للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، هذه الأخيرة حتى وإن كان لها الحق في الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية الأجنبية التي تمارس نشاطاً على إقليمها

¹ - إبراهيم اسماعيل إبراهيم، عدم المساس بحق الملكية أداة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد 13، سنة 2012، ص 96.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كاستخدام أدوات قانونية مختلفة، إلا أنها بمقتضى قواعد القانون الداخلي ومبادئ القانون الدولي تجد نفسها مجبرة على التعويض عن الضرر الذي يلحق المستثمر الأجنبي نتيجة تحييده من أمواله المستثمرة لديها وخاصة متى تعلق الأمر بإجراء نزع الملكية¹.

الفرع الثالث: نزع الملكية في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى الجزائر فقد كرس الدستور حماية للمستثمر الأجنبي بضمان عدم نزع الملكية حيث نصت المادة 20 دستور سنة 1996 على: لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف، و هو ما تم الإبقاء عليه ضمن تعديل هذا النص بموجب التعديل الدستوري الصادر بالقانون رقم 16-01² في المادة 22 منه، كما تنص المادة 81 من نفس الدستور على أنه: "يتمتع كل أجنبي يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا، بحماية شخصه وأملاكه طبقا للقانون".

كما أعطى المشرع الجزائري في القانون المدني الحماية القانونية اللازمة للملكية في الباب الأول بعنوان حق الملكية المدرج تحت الكتاب الثالث بعنوان الحقوق العينية الأصلية حيث نصت المادة 674 على أن: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، كما نصت المادة 677 على أن: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط

¹ - معيني لعزيز، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري، الية لتفعيل العملية الاستثمارية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 17، العدد 01، سنة 2018، ص 461.

² - القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد: 14 لسنة 2016.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل....". كذلك يعد القانون رقم 11-19 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 الإطار القانوني من حيث الشروط والإجراءات الذي بموجبه يتم نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة في إطار القانون.

وهكذا يتضح لنا أن حق الدولة في نزع الملكية ليس حقا مطلقا، وإنما يتعين عليها أن تراعي أحكام الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية بمقتضى الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات والقانون الداخلي، وعليها أن تلتزم بالقيود الواردة على حقها في نزع الملكية.

المطلب الثالث: المصادرة

كذلك فإنه من الإجراءات الأصلية المرتبطة بسيادة الدولة المهددة لملكية المستثمر الأجنبي إجراء المصادرة. وتطور هذا الإجراء في مجال عقود الاستثمار وأصبح يطلق عليه المصادرة المستترة، ولما كان ذلك، فإن دراسة هذا المطلب تقتضي منا تعريف إجراء المصادرة (الفرع الأول)، ثم نبين ماهي المصادرة المستترة (الفرع الثاني)، فنعرض إلى الفرق بين المصادرة المستترة والإجراءات الأخرى مثل "التأميم ونزع الملكية" في عقود الاستثمار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف التقليدي لإجراء المصادرة

يعرف إجراء المصادرة على أنه عقوبة جزائية تتخذها السلطة القضائية أو التنفيذية للدولة لكل أو بعض حقوق المعني بالاستثمار، على أن يتم ذلك في الحدود المرسومة قانونا وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر اتخاذها.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

والمصادرة باعتبارها عقوبة جزائية تسلط لارتكاب جرائم خاصة بالأموال أو جرائم سياسية تستدعي تجريد الأشخاص من حقوقهم المالية، ولهذا فإن للطابع الجزائي أهمية في التمييز بينه وبين إجرائي الاستيلاء ونزع الملكية، والذي يؤدي إلى أحقية المستثمر في المطالبة بالتعويض على عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري¹.

وفي السياق عينه، تعرف المصادرة على أنها عقوبة توقع في مواجهة شخص أو عدة أشخاص معينين، وبمقتضاها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهؤلاء الأشخاص دون أداء أي تعويض²، وقد تكون المصادرة إدارية أو قضائية، وفي كلا الحالتين ينبغي أن تستند إلى نص قانوني يخول للسلطة القضائية أو التنفيذية حق المصادرة في الحدود و الحالات التي يقرها القانون³.

الفرع الثاني: تعريف المصادرة المستترة

لا يوجد تعريف محل اتفاق بين الفقه لما يعرف بالمصادرة غير المباشرة، والتي يطلق عليها بالمصادرة المستترة أو المصادر الزاحفة أو المصادرة بحكم الواقع.

على الرغم من عدم وجود تعريف متفق عليه لأي من تلك المصطلحات فإنها تستخدم بصفة عامة للإشارة إلى الأفعال والقرارات التي لا يكون الهدف المعلن من وراء تطبيقها حرمان المستثمر من حقوقه إلا أنها لها الأثر ذاته، إذ يتركز البحث في الأثر المترتب على تلك القرارات في مجموعها دون النظر للهدف من إصدارها⁴.

¹ - زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 542.

² - كما عرفت المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري المصادرة بكونها: « الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة... ».

³ - دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 266.

⁴ - استخدمت هيئات التحكيم هذا المصطلح في قضية Siemens v Argentina أنظر:

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

لا يشترط أن تكون القرارات التي تشكل المصادرة المستترة اتخذت بشكل تدريجي أو امتدت على فترات زمنية، فقد تكون القرارات محل الدراسة قد صدرت متوالية أو متعاقبة، وقد يكون قرارا منفردا قائما بذاته، فالبحث دائما يركز على تأثير القرار الإداري على الاستثمار. وتتمثل المصادر المستترة في كل صور تدخل الدولة المضيفة لحرمان المستثمر من الإفادة من أمواله ومشروعه الاستثماري دون اشتراط نقل ملكية المشروع إلى الدولة أو إلى طرف ثالث¹.

الفرع الثالث: الفرق بين المصادرة المستترة والإجراءات الأخرى

المصادرة المستترة تتخذ عدت أشكال مختلفة، فقد تتمثل في قرار بسحب التراخيص الذي منح للمستثمر، أو قرار إعادة تخصيص الأراضي لأغراض النفع العام، أو إنشاء محميات طبيعية، أو حظر استيراد مواد معينة، أو تحديد جنسيات المساهمين في مشروعات معينة أو بنسب معينة.

وتختلف المصادرة المستترة عن التأميم في أن الأخير يعتبر قرارا سياديا، في حين أن المصادرة المستترة لا يستلزم صدورهما شكلا قانونيا معيناً ولا تختص بها جهة دون أخرى. وتشارك المصادرة المستترة مع التأميم في أن كلاهما حق للدولة وكلاهما يستهدف المصلحة العامة، وأن كلاهما استصحبه تعويض المستثمر عما صدر منه².

<http://ita.lwa.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>.

¹ - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 289.

² - أحمد محمد مصطفى نصير، دور الدولة ازاء الاستثمار التطور التاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 704.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويختلف التأميم عن المصادرة المستترة، في أن المصادرة المستترة تخضع لتفسيرات متضاربة من هيئات التحكيم التي تنظم نزاعات الاستثمار، ذلك فيما يتعلق بأي القرارات تشكل مصادرة غير مشروعة وأيها لا يشكل سوى حق للدولة في التنظيم واستخدام سلطاتها في ضبط والتشريع.

كما تختلف المصادرة المستترة عن نزع الملكية، في أن الأخير لا بد أن يسبقها قرار تخصيص للمنفعة العامة من رئيس الجمهورية، ثم يعقبه إصدار جهة الإدارة قرار فرديا بنزع الملكية¹.

المطلب الرابع: الاستيلاء

هو عمل من أعمال السيادة، يتمثل في إجراء مؤقت مباشر فيه السلطة الإدارية حق الانتفاع بالمال المستولى عليه دون أن تنتقل إلى ملكيتها الأموال المعنية بالاستيلاء لم يحدد مجالها بالملك الوطني، وكذلك فإن ممتلكات الأجانب بدورها تكون محل اعتبار في هذا الإجراء.

ويختلف الاستيلاء عن المصادرة والتأميم ونزع الملكية من عدة نواحي، إذ يختلف الاستيلاء عن المصادرة في كون الأول يتم بموجب قرار صادر من الجهة الإدارية المختصة بينما تتم المصادرة الجنائية بموجب حكم صادر من المحكمة الجنائية المختصة، والاستيلاء قد يرد على عقار أو منقول بينما ترد المصادرة دائما على منقول.

كما يختلف الاستيلاء عن التأميم من عدة أوجه، فالاستيلاء يتم بموجب قرار إداري بينما يتم التأميم بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية في الدولة المعنية،

¹ - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 299.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويهدف الاستيلاء إلى انتفاع السلطة الإدارية بالمال المستولى عليه لمدة محددة، بينما يهدف التأميم إلى تملك الدولة للمال المؤمم.

والدولة تقوم بتعويض من استولت على ماله، و لكنها لا تعوض بالضرورة من أمت ملكيته، لأن المقابل ليس شرطا لصحة التأميم.

ويختلف الاستيلاء عن نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث يرد الاستيلاء على منقول أو عقار بينما يرد قرار نزع الملكية على عقار دائما. والإستيلاء إجراء مؤقت بمدة معينة يعود بعده المال إلى حيازة صاحبه، بينما نزع الملكية إجراء دائم ينقل الملكية إلى الدولة ويزيلها عن صاحبها الأصلي.

وفي الاتفاقيات الثنائية المنظمة قلما يتحدث المتعاقدان عن الإستيلاء، بل جل الاهتمام ينصب على التأميم ونزع الملكية، ومن أجل التوسيع من نطاق المنازعات التي قد تعرض على التحكيم ينوهون إلى أي تدبير يعادلها، أي إجراء من شأنه حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته¹.

ومن خلال البحث الذي أجرته على الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع نظيراتها العربية وغير العربية، لاحظت أن الإشارة إلى الإستيلاء ذكرت مرة واحدا في الاتفاقية الثنائية التي جمعت الجزائر مع دولة الكويت².

¹- زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 541.

²- المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 03-370.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الفصل الثاني: المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه

لا يقتصر بحث التوازن في عقود الاستثمار على العقد ونصوصه الداخلية، بل يتعداه إلى بحث الالتزامات الدولية المضيفة للاستثمار تجاه المتعاقد باعتباره مواطناً متمتعاً بجنسية الدولة الطرف الثاني في اتفاقيه تشجيع وحماية الاستثمار.

وقد يكون النزاع مستنداً إلى نصوص تعاقدية بحتة، إلا أن ذلك لا يمنع أن يمثل إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية في ذات الوقت إخلالاً بالتزاماتها في تشجيع وحماية الاستثمار وذلك في حالات ثلاث:

1- إذا كان الإخلال بالعقد يشكل في الوقت نفسه إخلالاً بالضمانات الموضوعية للاستثمار.

2- إذا كان الإخلال بالعقد ناشئاً عن أفعال منبئة الصلة بالعقد، وليست صادرة عن الجهة المتعاقدة (مثل التشريعات أو الأحكام القضائية)، إلا أنها تؤثر على توازنه، وتنسب للدولة وفقاً لقواعد المسؤولية في القانون الدولي.

3- إذا استند المستثمر إلى نص الـ Umbrella Clause، وهو نص تتضمنه بعض الاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمار، ينص على " أن الدولة تلتزم بأن تنفذ تعهداتها"، وهو النص الذي يراه البعض يبسط نطاق الحماية التي توفرها الـ BIT على الالتزامات الدولية التعاقدية أو الالتزامات الجهات التي تتصرف باعتبارها تؤدي وظائف حكومية، أو تلك التي تتصرف بأوامر أو تخضع لسيطرة الدولة في عقودها مع

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

مستثمرين أجنب¹.

وبالتالي، فإنه لفهم علاقة شرط الثبات التشريعي بموضوع التوازن العقدي لابد من تحديد المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار (المبحث الأول) وكذا ضمانات إعادة التوازن في عقود الاستثمار (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار

يترتب عن قيام الدولة بتعديل أو إنهاء عقد الاستثمار عدة آثار سلبية على المستثمر الأجنبي وذلك نتيجة إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم الطرفين باحترام ما تم الاتفاق عليه في العقد، وبالتالي يجب على الدولة المضيفة للاستثمار احترام التزاماتها التعاقدية، بحيث لا يجوز لها ممارسة التأمين أو مصادرة أموال الأجانب خاصة إذا كان ذلك بصفة انفرادية، لأن هذه الإجراءات تستند على عدة مبادئ قانونية وأساسية²، منها ما هو متعارف عليه في القانون الدولي (المطلب الأول)، ومنها ما هو منصوص عليه في قوانين الاستثمار الجزائرية (المطلب الثاني) ، دون إغفال الإشارة إلى مبدأ أو نظرية الحيلولة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المبادئ المتعارف عليها في القانون الدولي

من بين هذه المبادئ يوجد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين (الفرع الأول)، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة (الفرع الأول)، ومبدأ الإثراء غير القانوني (الفرع الثالث).

¹ - وقد تباينت أحكام هيئات التحكيم في موقفها من حقيقة شرط الـ Umbrella Clause ودوره في نسبة المسؤولية عن الإخلال بالعقد للدولة الطرف في تحكيم الاستثمار، أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 141.

² - هاشم علي الصادق، المرجع السابق، ص 90.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يعتبر هذا المبدأ أساس القوة الملزمة لكل التزام تعاقدي ويعد أيضا مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية، ويعني أنه إذا أبرم العقد صحيحا بين طرفيه صار ملزما لهما وأنتج أثره الموضوعية، والالتزام كل منهما بالتزامات الناشئة عنه، وهذه هي القوة الملزمة للعقد، والتي يعبر عنها بأن العقد شريعة متعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون¹.

ويقصد به أيضا عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين دون موافقة الآخر، وهو يشبه نوعا ما شرط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار، والذي يهدف إلى غل يد الدولة المضيفة من استعمال سلطتها التشريعية لتعديل وإنهاء اتفاقيات الاستثمار مع الطرف الأجنبي².

ويترتب عن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بنزع الملكية مثلا، أو القيام بالإجراءات الأخرى ذات الطبيعة المماثلة له إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم الكل باحترامه. ويجد هذا المبدأ أساسه في العرف الدولي وعليه فإن انتهاكه يعد إخلالا بأحكام القانون الدولي³.

ويعتبر الالتزام الملقى على عاتق الدولة هنا التزام ضمني يقضي بعدم اعتدائها على التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار، والقول بغير ذلك يخل بالنقطة وحسن النية اللازمين للتعاقد مما يؤثر على توازن العقد. ولقد طبق هذا المبدأ في

¹ - محمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص 227.

² - للاستزادة، أنظر: مبدأ عدم المساس بالعقد، الباب الأول من هذه الأطروحة، ص 107.

³ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، 197.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

بعض السوابق القضائية الدولية حيث ساد في النصف الأول من القرن العشرين، حيث اتخذت سويسرا هذا المبدأ في قضية *Losinger* أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي بقولها:

« **Le Principe PACTA Sunt servanda... , S'impose Non Seulement A Propos D'accord Directement Conclue Entre Etat, Maisaussi Pour Ceux Passé Entre Un Etat Et Une Etrangers.**»

وفي المجال نفسه، اعتبر المحكم "*Dupuy*" في قضية *Texaco* أن شرط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار هو مظهر من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها¹.

وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية شركة "*دي لاغوباي*" والتي تتلخص أحداثها في قيام السلطة العامة في البرتغال بإنهاء عقد امتياز سكة الحديد المبرم مع الشركة المذكورة والاستيلاء على ممتلكاتها، فقضت بذلك المحكمة بتعويض هذه الشركة مما لحقها من خسائر وما فاتها من كسب بسبب إنهاء العقد، وقد جاء في قرار المحكمة "أن قيام الدولة بإنهاء عقد الإمتياز، بمقتضى قرار سلطوي وحرمان الأشخاص من حقوقهم وانتفاعهم بأموالهم الخاصة، يترتب على عاتقها إلتزاماً بأداء التعويضات عن كل الخسائر التي تسببت فيها"².

الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة

يذهب الرأي الراجح فقها إلى القول أن الدولة تلتزم بما يتضمنه عقد الاستثمار عموماً من الإلتزامات والتي تؤدي مخالفتها إلى الإخلال بمبادئ الاستثمار والتي بينها

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص564.

² - دريد محمود السمراي، المرجع السابق، ص245.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الذي تم تكريسه في القانون الدولي المتعلق بمعاملة الأجانب.

وعليه، نتولى في هذا الفرع تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة (أولاً)، ثم نبين موقف الفقه والقضاء من هذا المبدأ (ثانياً).

أولاً- تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة

يقصد بمبدأ الحقوق المكتسبة تلك الحقوق المالية التي تم الحصول عليها بموجب قانون معين، والتي لا يمكن المساس بها عن طريق تعديل قانون لاحق بقانون دون تعويض.

ويعرفها جانب آخر أنها تلك الحقوق العينية والشخصية التي استقرت وأصبحت ثابتة مكتسبة بطريقة قانونية صحيحة طبقاً للقانون الوطني لدولة ما، والتي لها قيمة نقدية يمكن حسابها¹.

كما نستطيع القول بأن الحقوق المكتسبة هي تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد. ولقد أولى بعض الفقهاء مثل PILLET أهمية خاصة لمبدأ الحقوق المكتسبة من أجل إيجاد حلول لمشكلة تنازع القوانين التي تطرح بسبب تطبيق قوانين تابعة لإقليمين مختلفين على نفس العلاقة العقدية، بحيث لا يمكن فقدان الحقوق المكتسبة في إقليم ما بمجرد عبور الحدود الإقليمية².

¹ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، 76.

² - عيبوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 211.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويهدف هذا المبدأ إلى احترام الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب، هذا ومن جهة، ومن جهة أخرى يهدف إلى ضمان تحقيق نوع من الثبات لهذه الحقوق التي اكتسبت، وبالتالي فهذا المبدأ هو سيلة دفاع فردية تخلق نوعاً من الاستقرار الاجتماعي، ولقد تم تأكيده بصفة صريحة من طرف العديد من المحاكم الدولية لأنه من أهم المبادئ¹.

ثانياً - موقف الفقه والقضاء من مبدأ الحقوق المكتسبة

ظهر مبدأ الحقوق المكتسبة في القانون الداخلي لتطبيقاً لمبدأ "عدم رجعية القوانين" ثم أدرج في إطار القانون الدولي، لكن الفقه اختلف حول وجود هذا المبدأ في القانون الدولي وقيمتة القانونية، وقد اعتبره الأستاذ Rousseau بأنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون بسبب أن جذور ظهوره ترجع إلى القانون الداخلي:

« Un Principe Général Qui Fait Partie Non Seulement Du Droit International, Mais Encore Du Droit Tout Contrat »².

وهناك جانب آخر من الفقه من ينفي وجود مبدأ الحقوق المكتسبة في أحكام القانون الدولي، أما بالنسبة للدولة النامية فإن هذا المبدأ هو تعبير عن إرادة الدولة السيادية وبالتالي ليس التزاماً يفرض عليها، وقد تضمنت الفقرة الرابعة من القرار رقم 1803 الصادر عن الأمم المتحدة 1962/12/14 مبدأ احترام الحقوق المكتسبة وكذا الاعتراف بالحق في التعويض عند التأميم³.

¹ - حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، 807.

² - عيبوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 212.

³ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، 77.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

إن مبدأ الحقوق المكتسبة في مجال القانون الدولي العام لم يكتسب " قوة القاعدة العرفية الدولية " خاصة وإن اتفاقات الاستثمار لا تتم بين دولتين وإنما بين دولة ومستثمر أجنبي، في مثل هذه الحالة فإن احترام الحقوق المكتسبة يتطلب إبرام معاهدة بين الدول يترتب عنها تكوين قاعدة قانونية ذات قوة إلزامية، وفي إطار سيادتها الإقليمية تتخذ الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال بعض الإجراءات من أجل تحقيق المصلحة العمومية، وإذا كانت تمس بمصالح الأجانب، فإنها لا تؤثر على العلاقات بين الدول إلا في حالة وجود اتفاقية حول حماية الاستثمارات الأجنبية¹.

أما القضاء، فقد استند إلى التزام اتفاقي وليس إلى قواعد عرفية في القانون الدولي، وهذا ما يتجسد في حكم التحكيم في نزاع بين السعودية وشركة Aramco ، حيث قامت السعودية بإبرام عقد معها لاستغلال البترول و التنقيب واستخراج وإنتاج وتصدير البترول في الأراضي السعودية، غير أنه وفي نفس السياق قامت بإبرام عقد مع شركة أخرى تختص بنقل البترول من وإلى خارج السعودية، وعلى إثر ذلك طلبت السعودية من الشركة نقل البترول المنتج في إقليمها على ناقلات الشركة، فرفضت هذه الأخيرة بحجة أن السعودية اتفقت مع شركة أخرى (أوتاسيس) حيث ينقص من حقوق الشركة Aramco بمقتضى امتياز 1933، ولهذا تم اللجوء إلى التحكيم فقضت المحكمة بأن شركة Aramco باعتبارها صاحبة امتياز تتمتع بحقوق مطلقة لها صفات الحقوق المكتسبة ولا يمكن للحكومة المساس بحقوقها المطلقة ومنحها لشركة أخرى وهذا تجسيدا لمبدأ الحقوق المكتسبة².

¹ - عيبوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 213.

² - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، 79.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

كما أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة يعاني في العصر الراهن بعدم القبول الإداري الكامل لكل الدول المكونة للجماعة الدولية أو على الأقل للغالبية منها، إضافة أنه لا يتمتع بذات القوة التي كانت له من قبل، وإنه لا يتحقق إلا في حالة واحدة فقط وهي مواجهة الآثار المالية الناجمة عن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي .

الفرع الثالث: مبدأ الإثراء غير القانوني

يستمد هذا المبدأ وجوده من من القانون المدني ويقصد به "إثراء شخص على حساب شخص آخر بدون أي سبب قانوني مشروع" لئلا ذلك تعتبر القاعدة التي تمنع الإثراء بلا سبب من المبادئ العامة للقانون، هذا المبدأ أدرج في إطار القانون الدولي في مجال الاستخلاف الدولي الذي اعتمد عليه البعض كأساس لالزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية بتعويض الأجانب الذين تضرروا بسبب هذا الإجراء، وذلك على أساس القواعد الكلاسيكية في مجال التعويض المبنية على أساس التعويض المناسب والحالي¹.

ويتضح إذن أن مضمون هذا المبدأ، هو أن أحد شروط إعماله يتطلب أساساً عدم وجود التزامات تعاقدية من أصله، إلا أن هذا المبدأ لقي صعوبات في تحديده وتطبيقه². وقد تم نقده لسببين أساسيين: الأول يقضي بأن قبول هذا المبدأ يعني قبول

¹ - عيبوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 214.

² - لا يمكن نقل مبدأ الإثراء بلا سبب من القانون المدني إلى القانون الدولي لاختلاف الأنظمة القانونية كما أن الدولة عند قيامها بإجراءات التأميم تسعى إلى تحقيق المصالح الأساسية لشعبها، فهي تحاول استرجاع ثروتها الطبيعية من أجل مصلحة عمومية فضلاً عن ذلك، يجب الأخذ بعين الاعتبار الفوائد التي عادت للمستثمرين الأجانب والناجئة عن استغلال الثروات الطبيعية للبلدان النامية تلك الفوائد التي يتم عادة استثمارها في الدول الأخرى على حساب المصالح الاقتصادية لهذه الدول. أنظر: عيبوط محمد وعلي، المرجع نفسه، ص 215.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

التعويض، أي قبول حق مالي دون النظر ما إذا كان الحق مسموح به في النظام الداخلي من عدمه، وهذا الرأي قد أيدته الدول الاشتراكية بشدة.

المطلب الثاني: المبادئ المكرسة في قوانين الاستثمار الوطنية

أقر المشرع الجزائري في الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم مجموعة من المبادئ والضمانات ووسع فيها وذلك في الباب الثالث منه تحت عنوان " الضمانات الممنوحة للمستثمرين "، كما نص على هذه الضمانات قانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار في الفصل الرابع منه تحت عنوان " الضمانات الممنوحة للاستثمارات".

وتتمثل هذه الضمانات في: ضمان مبدأ حرية الاستثمار (الفرع الأول)، وضمان عدم التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ حرية الاستثمار

يعد هذا الضمان من المبادئ التي تبناها المشرع الجزائري في جميع القوانين المتعلقة بالاستثمار ابتداء من قانون الاستثمار لسنة 1963 إلى غاية قانون الاستثمار لسنة 2016.

فبالنسبة لقانون الاستثمار لسنة 1963، نص المشرع الجزائري على حرية الاستثمار للأشخاص المعنوية والطبيعية الأجنبية في إطار احترام النظام العام وقواعد الإقامة المنصوص عليها في القوانين والأنظمة والاتفاقيات المبرمة في هذا المجال بين

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الجزائر والدول الأخرى¹، كما نص على حرية التنقل والإقامة بالنسبة لمستخدمي ومسيري هذه المؤسسات².

أما بالنسبة لقانون الاستثمار لسنة 1966، فقد أخضع مبادرة الاستثمار في القطاعات الحيوية إلى الدولة أو الهيئات التابعة لها وذلك في شكل شركات مختلطة الاقتصاد تكون الدولة المساهم الأول فيها³.

كما فتح هذا القانون مجال الاستثمار خارج القطاعات الحيوية التابعة للدولة أمام القطاع الخاص وأوقفها على شرط الحصول على الاعتماد من طرف السلطات الإدارية المختصة، أما في فترة السبعينات، فكانت معظم الاستثمارات من اختصاص الدولة وذلك لتبنيها النظام الاشتراكي، غير أن المشرع قد منح في فترة الثمانينات مجموعة من الضمانات من أجل تحفيز الاستثمار الأجنبي وذلك في صورة الشركات المختلطة الاقتصاد⁴.

¹ - المادة 03 من قانون 63-277

² - المادة 04 من قانون 63-277.

³ - في حالة إنشاء شركة مختلطة الاقتصاد طبقا لقانون الاستثمار لسنة 1966 يصادق على قانونها الأساسي بمرسوم يتضمن إمكانية استرجاع الحصص والأسهم التي لا تملكها.

⁴ - أما في فرنسا، فإن حرية الاستثمار مضمونة في القانون الفرنسي بعد عملية طويلة من تحرير المبادلات والمراقبة الإدارية، إذ أن القانون المتضمن للاستثمارات الأجنبية، شهد عدة إصلاحات في القرن العشرين وذلك باتخاذ تدابير تتمثل في إصدار كومة من النصوص تتكون من 14 نصا قانونيا ذات طبيعة مختلفة (قوانين، مراسيم، أوامر، الخ) بسبب النزاعين العالميين اللذان شهدها هذا القرن، وخاصة تلك المتعلقة بالعلاقات المالية مع الخارج. هذه المجموعة من القوانين لها غاية مشتركة هي إخضاع كل العلاقات المالية مع الخارج إلى ترخيص. وبالتالي، بدأ هذا النظام يرى الليونة تدريجيا بسبب التحسن الاقتصادي لفرنسا وانفتاحها للمبادلات الخارجية مما أدى إلى استعادة الاستثمارات الأجنبية من هذه التطورات. هكذا، أعاد قانون 12 فبراير 1948 حرية التجارة. كما أنشأ أيضا نظام أكثر تحررا للاستثمارات الأجنبية في فرنسا بتاريخ 25 جانفي 1959. أضف إلى ذلك، فإن قانون 1966 أيد مبدأ حرية الاستثمارات في فرنسا. فالهدف من ذلك هو رفع الحواجز غير الجمركية (non tarifaires)

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وعملت الجزائر في إطار إصلاح النظام النقدي على وضع القانون 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض كنقطة البداية لتدعيم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. وبالرغم من أنه ليس بقانون استثمار، إلا أنه يؤكد ترخيص المشرع الجزائري للمقيمين وغير المقيمين بالحرية الكاملة للقيام بالشراكة أو بالاستثمار المباشر وتحويل الأموال بين الجزائر والخارج لتمويل مشاريع اقتصادية¹.

ولئن اكن القانون 90-10 سالف الذكر نص على حرية الاستثمار فإنه ترك قطاعات مخصصة للدولة والهيئات التابعة لها، على أن يتم تحديد ذلك بنص تشريعي، كما أن هذا القانون أيضا حدد شروط تدخل الرأسمال الخاص².

إن مبدأ حرية الاستثمار في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-12 يضمن الحرية الكاملة للمتعاملين الأجانب للاستثمار في الجزائر مع مراعاة التشريع المعمول به لإقامة الاستثمارات في شتى النشاطات الاقتصادية المختلفة ما عدا التي هي مخصصة للدولة، كالصحة العمومية، التربية، التعليم، وكذا عدة أنماط وصيغ كتمية

للاستثمارات الأجنبية، ووضع توافق القانون والممارسة وفقا لقاعدة "الحرية من الآن فصاعدا هي القاعدة والترخيص هو المخالفة". (la liberté est la règle et l'autorisation la dérogation).

إذا، فالعلاقات المالية بين فرنسا والخارج هي حرة منذ سنة 1966، فالمادة 1 من القانون رقم 66-1008 المؤرخ في 25 ديسمبر 1966 المقنن في المادة 1-151.L من قانون النقد والمال نصت على أنه "تمارس هذه الحرية حسب الشروط المنصوص عليها في احترام الالتزامات الدولية الموقعة من طرف فرنسا".

أنظر: عبد اللاوي خديجة، المرجع السابق، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا، المرجع السابق، ص 137.

¹ - بن حمودة محبوب، بن قانة إسماعيل، أثر العقار في الجزائر ودوره في تنمية الاستثمار الأجنبي، مجلة الباحث، العدد 05، 2007، ص 65.

² - نصت المادة 183 من قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض على أنه: "يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو للمؤسسات المنقرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني....."، هذا ما جاء أيضا في قانون 1966.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

القدرات أو الطاقات أو تلك التي تعيد التأهيل أو الهيكلة، والتي تنجز في شكل حصص من رأسمال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي¹.

بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يضمن حرية إقامة استثمارات إما عن طريق المساهمة أو عن طريق الشراكة، كما يسمح بإنشاء الاستثمار في شكل شركة ذات مسؤولية محدودة أو في شكل شركة باسم جماعي أو في شكل شركة ذات أسهم، على أن تكون هذه الاستثمارات قبل الانجاز موضوع تصريح بالاستثمار لدى الوكالة من طرف المستثمر مرفقا بالوثائق التي تشرطها التشريعات والتنظيمات المعمول بها².

كما جاء مبدأ حرية الاستثمار³ صراحة في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم من خلال المادة الرابعة منه بقولها: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة. وتستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها.....". كما أكدت المادة الأولى منه على مبدأ حرية الاستثمار حيث نصت على أنه: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة".

¹ - المادة الأولى والثانية والثالثة من المرسوم التشريعي 93-12.

² - المادة 3 و4 من المرسوم التشريعي 93-12.

³ - إن مبدأ حرية الاستثمار يجد مصدره في دستور 1996 من خلال مبدأ حرية التجارة والصناعة فكرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في إطار سعيه إلى التفتح على نظام اقتصادي جديد، فنص على ذلك صراحة في نص المادة 37 منه على أنه: " حرية الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون". ولقد استبدلت المادة 43 بعد التعديل الدستوري لسنة 2016 عبارة حرية التجارة والصناعة بحرية الاستثمار والتجارة.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وإنفاذاً لذلك، وسع الأمر 03-01 من نطاق النشاطات الاقتصادية التي تعتبر استثماراً فأصبحت تشمل العمليات المتصلة بالخصوصة، حيث نصت المادة الثانية منه في فقرتها الثالثة على أنه يقصد بالاستثمار أيضاً: "استعادة النشاطات في إطار خصوصية جزئية أو كلية".

وعليه، فإن من أهم المزايا والمنافع التي جاء بها الأمر 03-01 سالف الذكر ما يلي:

- فتح كل القطاعات الاقتصادية للاستثمار الأجنبي:

أكدت الجزائر على تجسيد مبدأ حرية الاستثمار الأجنبي في المادة 4 من الأمر 03-01 سالف الذكر، والتي جاءت متماشية مع ما كان منصوص عليه في المادة 3¹ من المرسوم التشريعي 93-12 والتي جاءت هي الأخرى متوافقة ومتماشية مع ما نصت عليه المادة 183² من قانون النقد والقرض 1990 سالف الذكر، بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا المبدأ مكرس دستورياً³.

ومن هنا، تجسد هذا المبدأ في الأمر بفتح كل القطاعات الاقتصادية للاستثمار الأجنبي بدون استثناء. كما مدد المشرع الجزائري من خلال المادة 1 من الأمر 01-03 سالف الذكر العمل فيما يتعلق بنوع النشاطات الاقتصادية فأكد على النشاطات

¹ - تنص المادة 3 من المرسوم التشريعي 93-12 على أنه: "تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة".

وتكون هذه الاستثمارات قيل إنجازها، موضوع تصريح بالاستثمار لدى الوكالة المذكورة أدناه".

² - تنص المادة 183 فقرة 1 من قانون النقد والقرض لسنة 1990 على أنه: "يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو للمؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني".

³ - تنص المادة 37 من دستور 1996 على أنه: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المنتجة للسلع والخدمات، وكذا التي تنجز في إطار منح الامتياز والرخصة¹، ولكنه لم يذكر التخصيص الذي كان مكرسا في المادة 1 من المرسوم التشريعي 93-12.² ومن ثم، يمكن تفسير موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة على أنه اتجاه يمنح حرية أكبر للمستثمر الأجنبي من خلال توسيع نطاق تدخله في مختلف فروع الاقتصاد الوطني والسماح له بتأسيس شركات تابعة له بصفة كلية وبدون مشاركة، أو مساهمة من المؤسسات الجزائرية العمومية منها أو الخاصة³.

هذا الموقف يعتبر بمثابة تعبير عن اقتناعه بعدم جدوى التحديد التحكيمي لبعض القطاعات الاقتصادية التي كانت تعتبر في الماضي قطاعات استراتيجية حيوية يمنع على المؤسسات الخاصة الاستثمار فيها⁴. يظهر هذا جليا من خلال القوانين الاقتصادية الجديدة التي فتحت الباب على مصريه أمام الاستثمارات الخاصة، فمن بين هذه القوانين:

¹ - تنص المادة 1 من الأمر 03-01 على أنه: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة ".

² - تنص المادة 1 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، على أنه: " يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها، أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي ".

³ - سواء كانت هذه المساهمات في شكل مساهمة في رأسمال المؤسسة في صورة مساهمة نقدية أو عينية.

⁴ - يندرج إلغاء مفهوم القطاعات الإستراتيجية من قانون الاستثمار لسنة 2001 كترجمة للسياسة الاقتصادية المنتهجة حاليا، والتي تهدف إلى إزالة كل الاحتكارات التي كانت ممنوحة للمؤسسات العمومية سواء كانت ذات طابع صناعي وتجاري.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

- فتح قطاع المناجم بموجب قانون رقم 01-10 المؤرخ في 10/07/2001 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-07 المؤرخ في 1 مارس 2007¹.

- النقل الجوي بموجب القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998 المتعلق بالطيران المدني المعدل بقانون 2000-05.

- الاتصالات السلكية واللاسلكية بموجب قانون رقم 2000-03 المؤرخ في

05-08-2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية².

وفي الأخير، فإن مبدأ فتح الاستثمار في القطاعات الاقتصادية لا يطبق على إطلاقه، إنما جعلت ممارسته مشروطة بمراعاة التشريع الذي يتكفل بمهمة سير وتنظيم ممارسة هذا المبدأ.

1- إحداث أجهزة استثمار جديدة

أنشأ المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 01-03 هيئتين فقط لتولي تطوير الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وتتمثل هاتين الهيئتين في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمجلس الوطني للاستثمار، وقد تم تعديل وإتمام الأمر 01-03 بالأمر 06

¹- قانون رقم 01-10 المؤرخ في 3 يوليو 2001 المتضمن قانون المناجم، ج.ر العدد 35 المؤرخ في 04 يوليو 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-07 المؤرخ في 01 مارس 2007، ج.ر العدد 16 الصادرة في 07 مارس 2007. والذي تم الغاءه بموجب القانون رقم 14-05 مؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر العدد 18، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014.

²- قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر العدد 48، الصادرة بتاريخ 6 أوت 2000.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

08- المؤرخ في 15 جويلية 2006¹.

2- القيود الواردة على مبدأ حرية الاستثمار

إذا كان الأمر 03-01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار قد ساهم في تعزيز مبدأ حرية الاستثمار بشكل عملي من خلال إلغائه لقيود النشاطات المخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها إلا أنه لم يرفع القيد الثاني وهو ما تضمنته المادة الرابعة بقولها: " تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة".

ومن أجل الاستفادة من الاستثمارات الأجنبية في الاقتصاد الوطني، أضاف المشرع بعض القيود لحرية الاستثمار في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تتمثل في نظام الشراكة وحق الشفعة بالإضافة إلى النظام التصريح لدى الوكالة الوطنية للتطوير الاستثمار² والدراسة المسبقة من قبل مجلس الوطني للاستثمار³، وبعض القيود المتعلقة بالصرف وحركه رؤوس الأموال... . وتعتبر هذه شروط قيودا من شأنها التقليل من حرية الاستثمار المنصوص عليها في العديد من القوانين الصادرة منذ عام 1990⁴. ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع قد ربط مبدأ حرية الاستثمار بوجوب مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، حيث

¹ - الأمر رقم 08-06 المؤرخ 15 يوليو 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار.

² - تنص المادة 4 مكرر على ما يلي: " تخضع الاستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات قبل انجازها إلى تصريح بالاستثمارات لدى الوكالة المذكورة في المادة 6 أدناه".

³ - "... يجب أن يخضع كل استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه". أنظر: الأمر 08-06 الصادر في 15 يوليو 2006 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار.

⁴ - عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، المرجع السابق، 2014، ص78.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

يقلص هذا الربط من مجال الحرية الممنوحة للمستثمر ويضفي على النص غموضاً والتباساً يوحيان باحتوائه على فكرتين متناقضتين:

- الأولى تكمن في إقرار المشرع الصريح لمبدأ حرية المستثمر في مباشرة النشاطات الاقتصادية التي يعتمزم القيام بها.

- الثانية تتمثل في ضرورة تقيده بأحكام التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة¹.

فضلا عن ذلك كله، فإن مبدأ حرية الاستثمار تم نص عليه صراحة من خلال القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار وترجم ذلك من خلال إزالة كل العراقيل التي تقف في وجه الاستثمار الأجنبي وهذا المبدأ مكرس في نص المادة 43 من دستور 2016².

الفرع الثاني: عدم التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي

يقصد بمبدأ عدم التمييز أن تعامل الدولة المضيفة المستثمر الأجنبي المنتمي إلى جنسية الدولة المتعاقد، بنفس المعاملة التي يستفيد منها المستثمر الوطني، ويترتب على هذا المبدأ أن تكون هذه المعاملة منصفة وعادلة³، أي تقتضي التمتع بنفس

¹ - محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 2002، ص23، ص22.

² - قانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14 الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

³ - عجة الجبالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار - الأنشطة العادية وقطاع المحروقات -، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص455.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الحقوق وتحمل نفس الالتزامات وهذا ما نحاول أن نبينه من خلال القوانين المعتمدة من طرف المشرع الجزائري.

يعد هذا الضمان مبدأ عام مكرس في معظم الاتفاقيات الدولية المشجعة للاستثمار الأجنبي، وقد انتهج المشرع الجزائري مسلك هذه الأخيرة وعمل جاهدا من أجل تكريس هذا المبدأ في القوانين الوطنية¹.

ففي ظل قانون الاستثمار لسنة 1963 تم التأكد على هذا المبدأ أمام القانون ولاسيما المساواة الجبائية²، كما تبني قانون الاستثمار لسنة 1966 هو الآخر المساواة أمام القانون ولاسيما المساواة الجبائية، هذه الأخيرة مضمونة للشركات الأجنبية³.

على الرغم من أن المشرع الجزائري نص على هذا المبدأ من خلال القانونين سالفين الذكر، إلا أن البداية الفعلية لإلغاء التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي كانت من خلال صدور قانون النقد والقرض لسنة 1993 الذي أصبح يعتمد على المقيم وغير المقيم بعدما كان يعتمد على معيار الجنسية. ومن هنا، بالرجوع إلى المادة 2 من النظام رقم 90-03 نرى أن هذا القانون أخذ بجنسية رأس المال لا بجنسية الأشخاص.

بعد ذلك جاء المرسوم التشريعي رقم 93-12 ليكرس فعليا هذا المبدأ من خلال الامتيازات المتعلقة بالمستثمرين والاستثمارات، إذ تضمنت المادة 38 منه هذا المبدأ

¹ - تنص المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات على ما يلي: "يطبق كل طرف متعاقد... في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر... المعاملة الممنوحة للمواطنين وشركاته أو المعاملة الممنوحة للمواطنين وشركات الدولة الأكثر رعاية... "مرسوم رئاسي رقم: 94 / 01 مؤرخ في 2 جانفي 1994 ج. ر. عدد الأول. الصادرة بتاريخ 1694.

² - المادة 05 من قانون 63-277.

³ - المادة 10 الأمر رقم 66-284.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ونصت على ما يلي: "يحظى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون بنفس المعاملة التي يحظى بها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتصل بالاستثمار.

ويحظى جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة مع الاحتفاظ بأحكام الاتفاقيات المبرمة بين الدولة الجزائرية والدول التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها"، ومن هنا، قررت هذه المادة عدم التمييز فيما يخص المستثمرين والاستثمارات، وبالتالي الحفاظ والحرص على تطبيق الاتفاقيات الدولية المبرمة والمتعلقة بضمان حماية الاستثمار في إطار متبادل.

بالإضافة إلى ذلك كله، أكد الأمر رقم 01-03 المعدل والمتمم على هذا المبدأ من خلال المادة 14 التي تضمنت ما 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 مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية".

من خلال استقراء نص المادة 14 من الأمر رقم 01-03 نستنتج أن ضمان عدم التمييز في المعاملة يحتوي على شقين:

الشق الأول: ضمان عدم التمييز في المعاملة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، إذ نصت على هذا الأخير الفقرة الأولى من المادة 14 من الأمر رقم: 01-03، فيكون الضمان يتمتع المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي بنفس الحقوق وتحمل نفس الالتزامات، أي تضمن هذه المادة للمستثمر الأجنبي نفس مكانة المستثمر

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الوطني عند ممارسة نشاطه، تحت شكل المساواة أمام القانون وأمام التنظيمات المحلية (القرارات الإدارية). مثلاً: يخضع المستثمر الأجنبي لتحمل نفس الأعباء المالية، كما يخضع لنفس الإجراءات الإدارية عند اعتماد استثماره أو منحه الامتيازات، وكما له نفس الوسائل القانونية التي يحوزها المستثمر الوطني عند الطعن في القرارات الإدارية التي تمس استثماره. كما يستفيد من نفس الحماية المقررة للمستثمرين الوطنيين ولأموالهم، كما يستفيد من المساواة أمام القضاء الوطني¹.

الشق الثاني: ضمان عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم عدا الأحكام التي تنص عليها الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 14 سالفه الذكر، حيث يمكن أن يتم إبرام اتفاقيات تمنح امتيازات أفضل لرعايا الدول المتعاقدة، وبالتالي تطبق هذه الاتفاقيات استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بعدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب².

إلى جانب هذه المادة التي نصت بصفة صريحة على ضمان عدم التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، نجد المادة الأولى من نفس القانون أكدت على هذا المبدأ بشكل أكثر وضوحاً وأكثر تفصيلاً حين أقرت أن نفس النظام القانوني يطبق

¹ - زعموش فوزية، دور عقد الامتياز للعقار الصناعي في تشجيع الاستثمار الصناعي الأجنبي، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و19 نوفمبر 2015 جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص11.

² - لعماري وليد، المرجع السابق، ص 17.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

على الاستثمارات الوطنية والأجنبية وليس هناك نظام خاص بكل استثمار على حد¹.
ومن جهتنا نرى أن المشرع الجزائري حتى بعد إلغاء الأمر 03-01 المتعلق
بتطوير الاستثمار بموجب القانون رقم 16-09 أبقى صراحة على مبدأ المساواة وعدم
التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي ولكن ليس كما كان سابقا بشيء من التفصيل،
حيث نص في المادة 21 منه على أنه: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية
والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص
الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق
والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

كما نجد أن المشرع الجزائري كرس أيضا هذا المبدأ بطريقة غير مباشرة في
المادة الأولى من نفس القانون حينما حدد نطاق تطبيقه لكل من الاستثمارات الأجنبية
والاستثمارات الوطنية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات، ويفهم
منها أن النوعين من الاستثمارات يخضعان لنفس النظام القانوني.

المطلب الثالث: مبدأ نظرية الحيلولة

تشكل المبادئ العامة للقانون طريق النجاة للمستثمر الأجنبي من سلطوية الدولة
المضيفة للاستثمار، وهذه المبادئ تمد ضمانات للمستثمر الأجنبي بعد إخلال الدولة
بالالتزامات التعاقدية المتفق عليها، وتشكل نظرية الحيلولة وسيلة فنية أساسية تقوم

¹ - نصت المادة الأولى من الأمر 03-01 المعدل والمتمم، على أنه: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على
الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي
تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة".

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

على مبدأ حسن النية، ولهذا سنبين مبدأ نظرية الحيلولة (الفرع الأول) ثم موقف القضاء من نظرية الحيلولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون نظرية مبدأ الحيلولة

استخدمت نظرية الحيلولة أو مبدأ Estoppel في القانون الإنجليزي وشاع استعماله في النظم القانونية، ويعرف بأنه تصرف يتعلق بالامتناع الواقع على عاتق الشخص الذي بتصريحاته أو بتصرفاته أو بمسلكه أو بالمظهر الذي أعطاه لحالة واقعية، بأن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به، والذي أدى بشخص آخر إلى تعديل مواقفه بما يضره، ويقوم هذا المبدأ على فكرة حسن النية التي تحرم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص، أي أن يدعي المرء الشيء ونقيضه في نفس الوقت، أن يؤكد الأمر من جهة وينكره من جهة أخرى¹.

ولتطبيق هذا المذهب يجيب أن يحدث تغيرا في مواقف أحد الأطراف بالنسبة للعلاقة التعاقدية، وأن يترتب على هذا التغيير إحداث ضرر بالطرف نتيجة اعتماده على موقف السابق للطرف الأول، وتطبيق هذا المبدأ على قوانين الاستثمار، فذلك يدل أن الدولة بإصدارها قانون الاستثمار الذي بدوره يضمن الضمانات والاعفاءات تكون قد أوجدت الثقة لدى المستثمرين الأجانب، وبالتالي فهي ملزمة بموجب هذا المبدأ بعدم إلغاء هذه الضمانات والمزايا أو تعديلها بشكل يتعارض مع ما يتضمنه قانون الاستثمار، وبموجب هذا المبدأ تتعدّد مسؤولية الدولة كأثر للتصرف الصادر عنها بصفة منفردة في شكل قوانين الاستثمار².

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 776.

² - Mehdi Haroun, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Fraca-Algérienne, Litec, Paris. 2000. P619.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الفرع الثاني: موقف القضاء من نظرية مبدأ الحيلولة

لقد وجدت نظرية الحيلولة تطبيقاً لها في المحاكم الدولية، ومن أهم القضايا التي تصب في هذا المبدأ: دعوى ShuFeldt أين أيد المحكم دفاع الولايات المتحدة الأمريكية بأن حكومة "غواتيمالا" قد اعترفت بشرعية وصلاحيات عقدها مع ShuFeldt لفترة ستة سنوات، كما أخذت كافة الأرباح لهذا العقد، بل أيضاً قد سمحت ShuFeldt بالمضي في استثمار أمواله، وعليه لا يمكن لحكومة "غواتيمالا" أن تتكر شرعية هذا العقد وصلاحيته وهذا استناداً لمبدأ من مبادئ القانون الدولي¹.

كما استندت أيضاً محكمة العدل الدولية لهذا المبدأ في دعوى Nottebohm، حيث خلص إلى أن الإجراءات الصادرة عن هذه الحكومة، لا تعد اعترافاً بجنسية Liechtenstein للمواطن Nottebohm وهي لا تكون ولا تعد إجراءات رقابية على الأجانب في غواتيمالا، وليس خاصة بممارسة الحماية الدبلوماسية، وبالتالي فلا يوجد من الوقائع ما يبين أن هذه الحكومة اعترفت بحق Liechtenstein في ممارسة الحماية لحساب Nottebohm وعليه لا يستطيع إنكارها بهذا الحق.

وفي قضية عرضت على المركز الدولي لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار، طبق مبدأ الحيلولة في دعوى Aramco ضد أندونيسيا المدعى عليها، من أجل تأييد رفضها بعدم الاختصاص بالتناقضات التي وقعت الشركات المدعية، والتي تمسكت بها أمام جهات الاختصاص الوطنية الأندونيسية المختصة بالمنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ عقد الإيجار المبرم بين الشركة الوطنية Aramco والمؤجر Aisma وقد

¹ - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، 80.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

تعرضت هيئة التحكيم بإيجاز للمقصود بفكرة مبدأ الحيلولة قائلة بأن لهذه النظريات العديد من التعويضات التي يجب تطبيقها على المنازعات ذات الطابع الدولي¹.

المبحث الثاني: ضمانات إعادة التوازن في عقود الاستثمار

لكي يتحقق الجذب الأكبر للاستثمارات الأجنبية لابد من تمكين المستثمر الأجنبي من إدراج العديد من الشروط الخادمة لمصالحه في عقد الاستثمار والتي من بينها شرط الثبات التشريعي بطبيعة الحال، إلى جانب منحه مجموعة من الضمانات المدعمة لفعالية هذه الشروط في حال نشوء خلاف بينه وبين الدولة المستضيفة للاستثمار، وكذلك في حال خرق هذه الأخير لتعهداتها التعاقدية.

ومن بين ضمانات إعادة التوازن في عقود الاستثمار يوجد التحكيم الدولي (المطلب الأول)، ثم إقامة المسؤولية الدولية للدولة المستضيفة (المطلب الثاني)، وصولاً إلى توقيع الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية (المطلب الثالث).

¹ - ومن بين هذه التعريفات ذكرت المحكمة في المقام الأول ذلك التعريف المتعلق بنظريات مبدأ الحيلولة، والتي يمكن التعبير عنها على النحو التالي: "إذا سلك شخص مسلك تجاه شخص خاص سواء اتخذ هذا المسلك شكل الأفعال أو الأفعال أو التصرفات، أو إذا كان هذا الشخص الأول المعني عليه التزام بالإخبار أو التصرف، ولكن بسكوته أو بعدم تصرفه مع تحقق سوء نيته سواء الحقيقية أو المفترضة، مستهدفاً إلى أن يقود الطرف الآخر حسن النية إلى تعديل موقفه ضد مصلحته، فإن الطرف الأول المعني في جميع الإجراءات التي يمكن أن تجعل منه خصماً في مواجهة الطرف الآخر، يتمتع عليه أن يثبت أي فعل يختلف على نحو جوهري مع مسلكه السابق، إذا اعترض الطرف الآخر في الوقت المحدد وفق للأشكال المناسبة لذلك. أنظر: غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تدور بصدها، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق، جامعة عين شمس 2013-2014، ص 82.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المطلب الأول: التحكيم الدولي

إن شرط التحكيم الوارد ضمن عقود الاستثمار يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع أعمال هذا الشرط، وبالتالي فإن التحكيم كالنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم، يستحق أن تتوفر له الإمكانية ليوضع موضع التنفيذ، فالتحكيم في هذه الحالة ليس فقط وسيلة لفض منازعات الاستثمار، وإنما هو ضمان إضافية تقدمها الدولة للمستثمر، وبالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت تشريعية أو اقتصادية أو سياسية، خصوصا وأن التحكيم عبر الزمن بدأ مع المستجدات الاقتصادية الحاصلة بشكل يسعى من خلاله إلى التوفيق ما بين المصالح القائمة والحصول على ثقة أطراف التجارة جميعهم¹.

لا تكاد تخلو الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر على بند التحكيم كوسيلة يتم اللجوء إليها في النزاعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والجزائر، فقد تثور منازعات الاستثمارية بسبب الإجراءات التي تقوم بها الدولة الجزائرية في مواجهة المستثمر الأجنبي أو بإخلالها بالتزاماتها، كمساسها بالملكية دون أن يقابل ذلك تعويض مناسب وفعلي، كما يستطيع المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم بمجرد تراجع الدولة عن المزايا والمنافع التي منحتها إياه²، كما حدث مع قضية الشركة البترولية الأمريكية أنداركو، والتي تحملت فيها الجزائر خسائر كبيرة حيث اضطرت إلى دفع أربعة مليارات دولار للشركة مقابل تنازلها عن الدعوى أمام

¹ - لما أحمد كوجان و غسان رياح، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي، بيروت، ، ب. س. ن، ص 97.

² -والي نادية، المرجع السابق، ص298.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث تحصلت على هذا المبلغ في شكل كميات من البترول الجزائري، الأمر الذي اعتبره الخبراء منحي خطير لأن الشركات الاستثمارية الأخرى سوف تنحو منحى شركة أنداركو¹.

كذلك قضية أوراسكوم تليكوم التي لجأت إلى التحكيم الدولي بسبب ممارسة الجزائر لحق الشفعة، وتكبدت فيها الجزائر خسائر مالية فادحة.

تعد هذه القضايا المذكورة أعلاه عينة تعرضت فيها الجزائر للاستنزاف لثرواتها ودفعها لأموال ضخمة نتيجة لإخلالها بالشروط التشريعية المضمنة في عقود الاستثمار.

وعلى هدي ما تقدم، فإن التحكيم الدولي قد يكون في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار (الفرع الأول)، أو في إطار الاتفاقيات الثنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار

قصد تحسين مناخ الاستثمار على الصعيد الدولي وتوفير الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، وكذلك من أجل توفير مجموعة من الضمانات القضائية التي من بينها التحكيم الدولي، تمت صياغة وإبرام اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير سنة 1965² وهي الاتفاقية المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة وأحد رعايا دولة أجنبية متعاقدة أخرى. وقد أسفر هذا المسعى عن إعداد اتفاقية دولية متعددة الأطراف في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من 14 أكتوبر

¹ - للتفصيل أكثر أنظر الصفحات 68، إلى 71 من الأطروحة.

² - صادقت الجزائر على اتفاقية البنك الدولي للإنشاء و التعمير لسنة 1965 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 346-95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1955، ج.ر. عدد 66 لسنة 1955.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

1966، حيث نصت هذه الاتفاقية على إنشاء مركز دولي لتسوية نزاعات الاستثمار عن طريق التوفيق أو التحكيم¹.

ومن خلال هذه الخدمات التي يوفرها هذا المركز من وسائل بديلة لحل النزاعات كالتوفيق والتحكيم التجاري الدولي للنظر فيما قد ينشأ مستقبلا من خلافات ناجمة عن هذه العقود الاستثمارية كان لزاما علينا أن ندرس هذا الفرع من خلال التعرض لموضوع خصوصيات المركز الدولي للتسوية منازعات عقود الاستثمار (أولا)، ثم طرق تسوية منازعات الاستثمار عن طرق التحكيم الاتفاقي والتحكيم غير الاتفاقي (ثانيا).

أولا - خصوصيات المركز الدولي للتسوية منازعات عقود الاستثمار

نظرا لأهمية المركز، فإن هناك ما يزيد عن سبعمائة اتفاقية ثنائية من أصل ألفي اتفاقية تحيل النزاعات إليه. ومما يستحق الذكر أن هناك ثلاث عشرة دولة عربية صادقت على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 من بينها الأردن، الجزائر، البحرين، مصر، الكويت، المملكة العربية السعودية، السودان، تونس، والإمارات العربية المتحدة².

وإن للمتفحص في سجل القضايا لدى هذه المؤسسة الدولية يظهر أن الإقبال الواسع للأطراف المتخاصمة يكون على خدمة التحكيم التجاري الدولي أكثر من خدمة التوفيق، وهذا راجع أساسا إلى تميز وخصوصية هذا المركز عن باقي مراكز التحكيم

¹ - عبد الله عبد الكريم عبد الله، تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي - دراسة في اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار ونطاق أعمالها، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، العدد 134، ص ص 14-15.

² - عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا - دراسة مقارنة - المرجع السابق، ص 414.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الدولية الأخرى، وذلك من حيث الاختصاص الشخصي والموضوعي لهذه الهيئة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن أحكام اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أضفت نوع من المرونة والسهولة للشق الإجرائي لعملية التحكيم، تحت إدارة هذا المركز إلى جانب فعالية ونجاعة محتوى هذه الاتفاقية فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة عنها، كل هذه النقاط تبين نية واضعي الاتفاقية في إرساء جو حيادي وضمادات كثيفة ترمي لحماية مصالح أطراف هذه العلاقة العقدية الاستثمارية على قدم المساواة¹.

ثانيا - طرق تسوية منازعات الاستثمار في مركز الدولي للتحكيم

أ- عن طريق التحكيم الإتفاقي

يعتبر المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى من بين الهيئات التي أولت للطابع الإتفاقي اهتماما كبيرا، حيث جعلت من موافقة الأطراف على طرح النزاع أمام هيئة التحكيم للمركز الركيزة الأساسية لاختصاص المركز.

وعلى هذا الأساس فإن التحكيم الذي يجرى في ظل المركز هو تحكيم رضائي وذو طابع اختياري، وقد تتجسد هذه السمة الاختيارية إما في شكل شرط تحكيم مدرج في عقد الاستثمار، أو في صورة عقد تحكيم مستقل بإحالة نزاع نشأ فعلا على المركز.

وبالتالي لا يكفي تصديق الدولة على الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، حتى يكون لهيئة التحكيم الصلاحية الكاملة للبت في النزاع بل يجب أن

¹ - شعبان صوفيان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون عام، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص 241.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

تكون هناك موافقة كتابية¹ قبل عرض النزاع على المركز بين كل من الدولة والمستثمر الأجنبي².

وعليه، الموافقة المطلوبة هي الموافقة المزدوجة للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وكذا المستثمر، حيث تتمثل الموافقة الأولى في المصادقة على الاتفاقية من طرف الدولة الطرف في النزاع وكذا دولة المستثمر، أما الموافقة الثانية فتتمثل في الموافقة الكتابية الخاصة بأطراف النزاع على عرض النزاع على التحكيم، فاجتماع هذين الشرطين أساسي لاختصاص هيئات التحكيم التي تتشكل في إطار المركز الدولي.

أما عن الوقت الذي يتعين فيه صدور هذه الموافقة، فإن الاتفاقية لم تتضمن الإشارة إليه، إلا أنه حسب الفقرة 24 من تقرير مديري البنك الدولي حول الاتفاقية فإن الموافقة يجب أن تصدر قبل إخطار المركز³.

¹ - تنص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفاً النزاع موافقتهم المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

² - أنظر، البشير أصوفي، خصوصيات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المملكة المغربية، 2016، ص 35.

³ - أنظر، حسيني يمينية، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 11.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ب- عن طريق التحكيم غير الاتفاقي

إذا كان انعقاد الاختصاص لهيئات التحكيم يتوقف على اتفاق أطراف العلاقة التجارية الدولية على ذلك، بموجب شرط تحكيم أو مشاركة التحكيم، فإن الاتجاه الحديث في عقود الاستثمار الدولي لم يعد يشترط حصول ذلك الاتفاق، حيث بات يتفي بأن يتضمن النص القانوني معاهدة كانت أو تشريع داخلي والمنظم للاستثمار الدولي اختصاص هيئات التحكيم بالنزاعات التي تثور بين أطراف العلاقة¹.

فالتحكيم غير الاتفاقي إجراء يعمل على تحقيق التوازن بين سيادة الدولة المضيفة للاستثمارات وتحقيق الحماية للاستثمارات الأجنبية، وذلك كفيل بأن يساهم في تطوير العلاقات التجارية في ظل مراعاة مبدأ المساواة في السيادة بين الدول².

الفرع الثاني: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية

هناك عدت اتفاقيات ثنائية للتحكيم في هذا الإطار قامت الجزائر بإبرامها (أولاً) وكماذا توقيعها لبعض الاتفاقيات الدولية (ثانياً).

أولاً - التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية

أبرمت الجزائر حوالي 76 اتفاقية ثنائية مع الدول العربية والدول الأفريقية والدول الأوروبية والأمريكية والآسيوية³، من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية التحكيم الجزائرية الفرنسية الموقعة في 27 مارس 1982 خاصة بالعلاقات الاقتصادية جعلت من

¹ - بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص134.

² - بن علي بن سهلة ثاني، المرجع السابق، ص141.

³ - انظر الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار:

<http://www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions>

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

التحكيم مرجعا لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود تجارية بين البلدين، كما حددت نظاما تحكيميا متكاملًا من أجل ذلك، كما عملت على تكريس المبادئ القانونية للتحكيم الموجودة لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة الدائمة خاصة قواعد الغرفة التجارية الدولية L.C.I والأنظمة الصادرة عن المؤتمر الدولي والتنمية C.N.U.D.C.I، ولكن رغم ذلك فإن هذا النظام لم ينشر في الجريدة الرسمية¹.

بالإضافة إلى مجموعة من المراسيم الرئاسية الصادرة لتتويجا لجملة من الاتفاقيات الخاصة بحماية وتطوير الاستثمارات الأجنبية الموقعة من طرف الجزائر، منها: المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر وإيطاليا سألغة الذكر²، إلى جانب مراسيم أخرى كثيرة.

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقيات قد أحدثت تقدما في مجال اللجوء إلى التحكيم الدولي، إلا أنها وحسب الأستاذ " نور الدين تركي " تتميز بأنها أحدثت إجراءات معقدة نوعا ما، لأنها فضلت أن تتم العملية أولا بالطرق الدبلوماسية، وبعدها يتم تعيين المحكمين الممثلين لكل دولة، بالإضافة إلى حكم يمثل دولة ثالثة يتفق عليه الطرفان تعود إليه رئاسة المحكمة الدولية، أما بخصوص القانون الواجب التطبيق فإن معظم هذه الاتفاقيات تحيل إلى تطبيق أحكام القانون الدولي أو الأحكام الاتفاقية المبرمة³.

¹ - كمال سمية، المرجع السابق، ص 174، 175.

² - مرسوم رئاسي رقم 91-346.

³ - TERKI Nour-eddine, l'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999, p.13.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثانيا - توقيع الجزائر لبعض الاتفاقيات الثنائية

وقعت الجزائر بتحفظ على مجموعة من الاتفاقيات من بينها: اتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958 المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها¹، حيث جاء انضمام الجزائر إلى هذه الاتفاقية مع إبدائها لتحفظ طبقا لما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذه الاتفاقية، حيث أقرت بأنها لن تطبق أحكام هذه الاتفاقية إلا بشأن الأحكام الصادرة في دولة أخرى تكون طرفا فيها، وعلى النزاعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي كما يقضي بذلك القانون الجزائري².

المصادقة على اتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 يناير 1995 وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346³.

ومن هنا، فإن الموقف الرسمي يوضح بشكل نهائي بفتح الباب على اعتماد التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بانضمام الجزائر إلى الاتفاقيات سالفة الذكر، حيث قام بتعديل وتتميم قانون الإجراءات المدنية من خلال إدراج فصل خاص بالتحكيم بسبب الأوضاع الاقتصادية التي ميزتها المنافسة القوية بين الدول من

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر العدد 48.

² - بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، العدد 4، ص 189.

³ - مرسوم رئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر العدد 66 الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر 1995.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أجل استقطاب المستثمرين الأجانب، فمنحت التحكيم الدولي مكاسب جديدة حتى ولو كان ذلك على حساب المحاكم الوطنية¹.

وبالتالي حسم المرسوم التشريعي رقم 93-09 الجدول القائم حول منع التحكيم، إلا أنه أدرج شرطا للجوء للتحكيم نصت عليه المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية².

كما أن المرسوم التشريعي رقم 93-12 هو الآخر نص في المادة 41 منه على أن أي نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يطرح مبدئيا على المحاكم المختصة، إلا إذا كان هناك اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر تتعلق بالتحكيم، وتم تدعيم أحكامه وإجراءات اللجوء إليه بشكل موسع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

وبالرجوع إلى القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، نجد أن المشرع الجزائري أقر مبدأ التحكيم الدولي بدليل انضمامه إلى عدة اتفاقيات سواء ثنائية أو متعددة الأطراف، أو في حالة وجود اتفاق خاص يسمح للأطراف اللجوء إلى تحكيم خاص، وفي هذه الحالة تتم تسوية المنازعات الاستثمارية بناء عليها، وهي الوسيلة

¹- مرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر العدد 27 الصادرة بتاريخ 5 ذي القعدة 1413.

²- نصت المادة 458 مكرر من مرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية على أنه: "يعتبر دوليا، بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

³- نظم المشرع الجزائري التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الثالث من الكتاب الخامس منه في المواد من 1006 إلى 1061.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأكثر تفضيلاً بالنسبة للمستثمر الأجنبي وفي نفس الوقت الأكثر طمأنة وتحفيزاً له بهدف إنشاء استثماره في الجزائر وهو ما نصت عليه صراحة المادة 24¹.

وفي الإطار نفسه، نجد أن المشرع ذهب في نفس الاتجاه حين أدرج ضمن قانون المحروقات شرط التحكيم إذا نشب خلاف في مجال عقود المحروقات، إلا أنه جعل اللجوء إلى التحكيم إستثناء من القاعدة التي تنص في المادة 54 من قانون المحروقات على أنه: "تخضع عقود المحروقات للقانون الجزائري، وتتضمن بنداً ينص على اللجوء إلى طريقة تسوية النزاعات بالتراضي قبل عرضها على المحاكم المختصة، ويمكن أن تتضمن بنداً للتحكيم يسمح، عند الاقتضاء، بتسوية النزاعات عن طريق التحكيم الدولي"².

المطلب الثاني: المسؤولية الدولية للدولة

تستند قيام المسؤولية الدولية للدولة إلى التصرف المنسوب لها وذلك في إطار العلاقات بين الدول، فالدولة المضيفة مسؤولة مسؤولية دولية في حالة إخلالها بالالتزامات الناجمة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي وهذا استناداً إلى مبادئ القانون الدولي متى توفرت شروط قيام مسؤوليه الدولية.

¹ - تنص المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم ..."

² - قانون رقم 19-13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاطات المحروقات، ج.ر عدد 79 لسنة 2019.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وعليه، يستلزم الأمر منا تبيان خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة (الفرع الأول)، ثم موقف القضاء من قيام مسؤولية الدولية (الفرع الثاني)، مع ضرورة الأخذ في الحسبان حالات دفع مسؤولية الدولة عن الاختلال التوازن العقدي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة

لقد استقر القانون الدولي على أن الدولة لا تكون مسؤولة مسؤولية دولية إلا إذا أخلت بالتزاماتها الدولية، كما تقوم أيضا بمسئوليتها العقدية في حالة عدم احترام التزاماتها التعاقدية، وبالتالي فإن هذا من شأنه أن يؤدي إلى تحريك المسؤولية الدولية للدولة مباشرة، وحسب رأي النظرية التقليدية فإن من شروط قيام المسؤولية الدولية للدولة وجود خطأ ينسب للدولة، لأن المساس بالعقد أو عدم تنفيذه أو القيام بإجراءات التأمين وغيرها لا يعد تصرفا محظورا إلا إذا أدى إلى خرق معاهدة دولية أو عدم تقديم تعويض مناسب¹.

فضلا عن ذلك، يجب أن يسود الاحترام المطلق للعقد لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر الأجنبي، وأي مساس بالعقد يعد إخلالا بالتزام دولي، وذلك استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المستقر عليها دوليا².

ويؤيد بعض الفقهاء شرط الاحترام المطلق للعقد بالقول أنه من غير المنطقي أن تقوم الدولة بإرادتها المنفردة بسحب ما سبق لها أن تعهدت به، لأنه لا معنى ولا قيمة قانونية للعقد إذا كان يمنح لأحد الأطراف سلطة إلغائه بإرادته المنفردة³.

¹ - شنتوفي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 134.

² - شنتوفي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 137.

³ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 562.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الفرع الثاني: موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية للدولة

تتشرط بعض هيئات التحكيم لقيام مسؤولية الدولة العقدية إصدار تصرف غير مشروع، إلا أن بعض السوابق القضائية الأخرى لا تشترط عدم المشروعية لقيام مسؤولية الدولة عن تصرفاتها¹، وهذا ما عبرت عنه مذكرة الدفاع المقدمة من سويسرا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية *Losinger* إذ ذكرت الحكومة السويسرية أن مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ يعمل به ليس فقط بصدد العقود المبرمة بين الدول، ولكن أيضا بشأن العقود المبرمة بين الدول والأجانب، وذلك نظرا للطابع الذي تتمتع به هذه العقود والتي يمكن أن تكون محلا للنزاع تحل فيه دولة الطرف الأجنبي مع الدولة المضيفة، وذلك لتحقيق احترام التعهدات التعاقدية الواقعة على الدولة المضيفة تجاه الطرف الأجنبي.

وفي السياق نفسه، فإن ممثل الحكومة الفرنسية تمسك أمام المحكمة الدائمة للعهد الدولي في قضية القروض النرويجية بعدم إمكانية تنصل الدولة المضيفة من العقد المبرم مع الشخص الخاص الأجنبي سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، دون التعرض للمسؤولية أمام الدولة التي تحمي الطرف الأجنبي. ويعد حكم التحكيم *Saphir* من أبرز الأحكام التي يشار إليها عادة، للإشارة لمبدأ القوة الملزمة للعقود واعتبره رابطة عقديّة².

كما أكدت لجنة التحكيم في قضية *Valentine Petroleum* بأن قيام الدولة المضيفة بإلغاء عقد الامتياز يعتبر إجراء تعسفيا، لأنه تم دون إخطار المستثمر بذلك

¹ - شنتوفي عبد المجيد، نفس المرجع، ص 137.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 564.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ولم تهتم المحكمة بمدى مشروعية هذا الإجراء، كما أن تطور قضاء التحكيم أدى إلى تأكيد المسؤولية الدولية للدولة من خلال عدة قضايا خاصة قضايا الاتفاقات الثنائية.

وقد أخذت الجزائر بالمسؤولية الدولية للدولة في كثير من الاتفاقيات الدولية خاصة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث اعتبرتها كضمانة للمستثمر الأجنبي لتحقيق استقرار العلاقة التعاقدية¹.

الفرع الثالث: دفع مسؤولية الدولة عن اختلال التوازن العقدي

عصفت بالعالم العديد من الأزمات الاقتصادية ولا زالت إلى يومنا هذا تظهر الأزمات بشتى أنواعها وتؤثر على الاقتصاد العالمي، فقد سجل التاريخ المعاصر العديد من الأزمات الاقتصادية غيرت من اقتصاديات الدول ومناطق اقتصادية بأكملها². فقد أسفرت تلك الأزمات الاقتصادية إلى تغيير في سياسات الدول تجاه المستثمرين بصفة عامة، مما أجبر هذه الدول على إصدار قرارات إدارية أو إصدار تشريعات تؤثر على حقوق المستثمرين، مما أدى إلى الكثير من المنازعات التحكيمية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، نجد أن الدول المضيفة للاستثمار تبحث عن إمكانية لدفع مسؤوليتها أمام الهيئات التحكيمية تأسيسا على نظرية الظروف الطارئة (أولا) مع تعزيز وسيلة أخرى لدفع مسؤوليتها وهي الأزمة الاقتصادية (ثانيا).

¹ - شنتوفي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 139.

² - مثل الأزمة الروسية في منتصف التسعينيات من القرن الماضي، والأزمة الآسيوية عام 1997، وتخفيض عملة البرازيل، وأزمة الأرجنتين عام 2000، وحاليا (سنة 2020) أزمة وباء كورونا الذي نقشى في جميع أنحاء العالم وأثر على الاقتصاد العالمي.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أولاً- دفع مسؤولية الدولة على أساس الظروف الطارئة

في هذه الجزئية نشير إلى إمكانية استخدام الدولة إلى نظرية الظروف الطارئة أو شروط الhardship التعاقدية لدفع مسؤوليتها عن تعويض المستثمر في الأزمات الاقتصادية، فالدولة قد تتعرض هي الأخرى في الأزمات الاقتصادية إلى صعوبات تحد من قدرتها على مواجهة ما يترتب على تلك الأزمات والوفاء بالتزاماتها العقدية بشروطها الأصلية في الوقت ذاته.

ومن المعلوم أن الأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالة القوة القاهرة، إلا أنها تجعل تنفيذ الموجب للعقد مرهقا وليس مستحيلا لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة¹.

وبناء على ذلك، فعلى الدولة أن تثبت للهيئة التحكيمية أن الأزمة التي تمر بها لم تكن متوقعة، ولم تكن لها مؤشرات في الفترة السابقة على التعاقد لكي يقبل دفعها للمسؤولية وفقا لنظرية الظروف الطارئة، وتطبيقا لذلك رفضت هيئة التحكيم المختلفة اعتبار الأزمات الاقتصادية غير متوقعة، لأن الدولة أخفقت في إثبات أن الأزمات الاقتصادية غير متوقعة².

¹ - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1984، ص122.

² - أحمد محمد مصطفى نصير، المرجع السابق، ص 512 513.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ففي قضية himpurna رفضت هيئة التحكيم قبول الدفع المقدم من الشركة الإندونيسية المملوكة للدولة بعدم وفائها لالتزاماتها التعاقدية، وإن كان مرده للظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد، إلا أن توقف الشركة عن الوفاء بما عليها للمستثمر الأجنبي (مشغل محطة الطاقة) ثم إلغاء العقد من قبل الحكومة، لا يمكن من الدفع على أساس نظرية الظروف الطارئة، لأن الظروف الاقتصادية في وقت قريب التي تمر بها إندونيسيا لا يمكن أن توصف بأنها مفاجئة أو غير متوقعة نظرا لأن إندونيسيا مرت بعدد من الأزمات الاقتصادية، وأنه كان على المتعاقدين في عقد دولي طويل الأجل مدته 30 عاما أن يتوقعوا تكرار هذه الأزمات، لذلك فإن الهيئة لا ترى في الأزمة الاقتصادية وما ترتب عليها ظرفا استثنائيا لم يكن من الممكن توقعه¹.

وبالمثل، وفي خصوص الأحكام الصادرة في قضايا الأرجنتين، فإن الهيئات التحكيمية، باستثناء الهيئة المشكلة للنظر في نزاع LG&E رفضت أن تعدد بدفع الأرجنتين بأن الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها تشكل مانعا من مساءلتها عن

¹- على الرغم من أن معظم حكومات آسيا كانت لديها سياسات مالية سليمة على ما يبدو، فإن صندوق النقد الدولي تدخل لبدء برنامج بقيمة 40 مليار دولار لتثبيت عملات كوريا الجنوبية وتايوان وإندونيسيا، وهي اقتصادات تضررت بشدة من الأزمة. إن الجهود المبذولة لوقف الأزمة الاقتصادية العالمية لم تفعل سوى القليل لتحقيق الاستقرار في الوضع المحلي في إندونيسيا. بعد 30 عامًا من الحكم، أُجبر الرئيس سوهارتو على التنحي في 21 مايو 1998 في أعقاب أعمال شغب واسعة النطاق أعقبت زيادات حادة في الأسعار نجمت عن انخفاض حاد في قيمة الروبية. استمرت آثار الأزمة خلال عام 1998 وفي عام 1998. انخفض النمو في الفلبين إلى الصفر تقريبًا. أثبتت سنغافورة وتايوان فقط عزلتهما نسبيًا عن الصدمة، لكن كلاهما عان من إصابات خطيرة في المرة الأولى بسبب حجمها وموقعها الجغرافي بين ماليزيا وإندونيسيا. بحلول عام 1999، ومع ذلك، رأى المحللون علامات على أن اقتصادات آسيا بدأت في الانتعاش. بعد الأزمة المالية الآسيوية عام 1997، عملت الاقتصادات في المنطقة على الاستقرار المالي وتحسين الرقابة المالية. للتفصيل أكثر أنظر الموقع الأتي:

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الإخلال بالتزاماتها في عقود نقل الغاز وكذلك بالتزاماتها في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار¹.

وفي قضية CMS قررت هيئة التحكيم أن الظروف الاقتصادية للأرجنتين لا تشكل ظرفا استثنائيا لا يمكن توقعه نظرا للمؤشرات التي سبقت الأزمة بعد سنوات، فرفضت الهيئة إعفاء الأرجنتين من التزاماتها في العقود على أساس الظروف الطارئة، وأقامت الهيئات المختلفة مسؤولية الأرجنتين عن الإخلال بتوازن عقودها².

ثانيا - دفع مسؤولية الدولة على أساس الأزمات الاقتصادية

جاء في لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة " Commission Du Droit International " من خلال اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار ضمن المادة 25 منها أنه يجب أن تتوفر شروطا لإعفاء الدولة من مسؤوليتها عن الأفعال الصادرة عنها بالمخالفة للقانون الدولي لمواجهة خطر جسيم ومحدد يتهدد النظام العام والسلام والأمن الدولي ومصالح الدولة العليا، وقد استقر الفقه على أن شروط إعفاء الدولة من مسؤوليتها في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار وفقا للمادة 25 هي:

- 1- أن يكون الإجراء الصادر بالمخالفة للالتزامات الدولة في القانون الدولي الوسيلة الوحيدة لحماية المصالح الأساسية للدولة في مواجهة خطر جسيم ومحدد.
- 2- أن هذا الإجراء ليس من شأنه أن يضر بمصالح أساسية للدول الأخرى أو المجتمع الدولي ككل.

¹-LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1.

²-CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine, affaire CIRDI n ° ARB / 1/8.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

3- لا يجوز للدولة أن تحتج بحالة الضرورة إذا:

- كان الالتزام الدولي الذي يخالفه إجراء الضرورة يمنع الاحتجاج بحاله الضرورة كسبب لإعفاء منه.

- أن تكون الدولة قد تسببت في خلق حالة الضرورة.

وقد دفعت الأرجنتين أمام هيئات التحكيم المختلفة- المشكلة للنظر في القضايا التي ترتبت على الإجراءات التي اتخذتها الحكومة لوقف تدهور الاقتصاد الأرجنتيني، وما ترتب عليه من آثار اجتماعية وأمنية - بأنها كانت هي الطريق الوحيد أمام الأرجنتين لحماية مصالحها الأساسية. وقد اختلفت هيئات التحكيم في تقييمها لانطباق شروط نظرية الضرورة وفق المادة 25 نظرا لأن المادة تضيق من نطاق تطبيقها، حيث تستلزم أن يكون الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة الخطر الجسيم والمحدد، ولم تصل هيئة واحدة - تلك التي نظرت في نزاع LG&E - لإعفاء الأرجنتين من المسؤولية تجاه المستثمر الأجنبي تأسيسا على نظرية الضرورة وفق المادة 25 من نصوص لجنة القانون الدولي.

إن الأزمة الاقتصادية للأرجنتين لم تتوقف على اهتزاز ثقة المستثمرين في الاقتصاد أو سقوط العملة، بل تخطتها لأخطار اجتماعية تهدد أمن الدولة ككل، مثل غلق شبكة المواصلات العمومية، وانهيار التأمين الصحي، عدم قدرة ربع سكان الأرجنتين الحصول على الحد الأدنى من الطعام، وارتفاع البطالة والفقر وكذلك انهيار

أمني متمثل في جرائم سرقات واسعة النطاق وأحداث شغب متكرر¹.

¹- LG&E Energy.Op.cit.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

على الرغم من ذلك كله، فإن بعض هيئات التحكيم الأخرى مثل هيئة CMS طبقت نص المادة 11 من الاتفاقية الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لتصل إلى أن الإجراءات التي اتخذتها الأرجنتين لا تشكل إخلالا بالالتزاماتها في حماية المستثمرين الأجانب في ظل ظروف الأزمة التي مرت بها¹. ونفس الحالة عرفها حكم صدر في قضية رفعتها شركة فرنسية ضد هيئة الطاقة النووية الإيرانية في أعقاب الثورة الإيرانية، مفاده بأن الطرف المضروب والذي منعه الظروف الطارئة من أن يؤدي التزامه على النحو الذي حدده العقد لابد أن يبذل جهدا في سبيل إبقاء العقد قائما²، وبالتالي يكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالات الأحداث الاستثنائية الطارئة عوضا عن إلغاءه، فيتخذ تعديل العقد في حالة الضرورة صورا متعددة، فهو قد يحصل عن طريق وقف تنفيذ العقد مؤقتا أو منح المتعاقد المرهق مهلة لهذا التنفيذ، أو تعديل مقدار الالتزام الذي اعتراه الخلل، أو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

لقد جرى العرف في التعامل التجاري الدولي على وضع شروط في عقود الاستثمار، بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خلافا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين³، ولهذا يمكن القول بأن نظرية الضرورة - وفقا للقانون الدولي العرفي - والتي يرى الفقه في المادة 25 من

¹-CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine, affaire CIRDI n ° ARB / 1/8.

² -ICC awrad n ° 3896 du 30 mai 1982, Framatome v AEOI JDI 1984.37, note B.Oppetit, ICC awrd du 16 fév.1983, SPP v.RAE.Rev.Arb.1986.105, ICC awrd n ° 5314/1988, Annuaire , 1995.35.

³ - خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص123.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

نصوص ILC تجسيدا لها- لن تعفى الدولة من مسؤوليتها في القانون الدولي إلا في أضيق الحدود¹.

المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية

إن التصرفات غير المشروعة الصادرة عن الدولة في إطار ممارستها لسلطتها السيادية في مجال الاستثمار بهدف تحقيق منفعة وطنية، قد يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية للدولة، وبقيام هذه الأخيرة تم قصر وجوب التعويض في مواجهة الطرف المتعاقد معها، تشترط أحكام القانون الدولي من الدولة المضيفة التي قامت باستيلاء أو بتأمين المشروع الاستثماري الأجنبي لأهدافها الاقتصادية، ضرورة الالتزام بدفع التعويض إلى الطرف الأجنبي، وإلا اعتبر هذا التصرف محظورا ويترتب عنه قيام المسؤولية الدولية².

والتعويض هو مبلغ مالي يدفع بعد التفاوض بشأنه بين الحكومتين، وهو تعويض عن السلوك غير المشروع، كما اعتبرته محكمة العدل الدولية كجزاء عن الإخلال بمبدأ من المبادئ، وقد نصت المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على التعويض واشترطت أن كون تعويضا عادلا³.

ونلاحظ من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى سواء الدول الاشتراكية أو الرأسمالية، أنه تضمنت أنواع أخرى من التعويضات، فالاتفاق المبرم بين الجزائر وقطر تضمن تكريس التعويض المناسب والفعلي وذلك في نص المادة 15 الفقرة 2 التي تنص: " كما يجب أن تؤدي تدابير نزع الملكية إذا

¹ - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 358.

² - المرجع نفسه، ص 142.

³ - شنتوفي عبد المجيد، المرجع السابق، ص 143.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

اتخذت... إلى دفع تعويض مناسب وفعلي"، والاتفاق المبرم بين الدول الاتحاد المغرب العربي المتعلق بتشجيع وضمان الاستثمار، الموقع في الجزائر في 23 / 07 / 1990 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 90 / 240، المؤرخ في 1999/12/22.

أما بالنسبة لظرية الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي للاستثمار، حيث أنه من المبادئ المستقرة في العرف الدولي، أنه من حق الدولة أن تتفضل لحماية مواطنيها فيما لو لحقهم ضرر بفعل تصرف دوله أخرى، وتتخذ هذه الحماية عدة صور منها المطالبات الرسمية بالطرق الدبلوماسية، وكذلك حق اللجوء إلى القضاء الدولي، وهذا الأخير النحو قاصر على أشخاص القانون الدولي، ولذلك لا يجوز للأشخاص الخاصة اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية الاستثنائية المحددة بمقتضى الاتفاقيات الدولية.

ويقوم حق الدولة في الحماية الدبلوماسية لمواطنيها على أساس أن الضرر الذي لحق بأحد رعاياها هو ضرر واقع على المجتمع الوطني، مما يخولها الصلاحية لمقاضاة الدولة التي أحدثت ضرر أمام المحاكم الدولية، ومطالبتها بالتعويض المترتب على مسؤوليتها مخالفة للمبادئ الدولية¹.

كما أن تمتع المستثمر الأجنبي بالحق في ممارسته الحماية الدبلوماسية من الدولة المستقبل له والتي أخذت ملكيته، يمكن للطرف الأجنبي مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء تصرفاته التعسفية².

¹ - هاشم علي الصادق، المرجع السابق، ص 101.

² - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 149.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وعموماً، لا بد من تحليل الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة عن نزع الملكية (الفرع الأول)، ثم مسؤولية الدولة عن التعويض بسبب القرارات السيادية (الفرع الثاني)، وصولاً لبحث مسألة مسؤولية الدولة عما يصدر عن السلطة التشريعية في هذا الشأن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة عن نزع الملكية

باعتبار الدولة صاحبة سيادة على إقليمها يمكن لها اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهه المال الأجنبي، وفي الكثير من الأحيان تقوم الدولة بهذا التصرف دون مراعاة قيد أو أكثر من القيود التي يستلزمها الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي العام، ولا شك أن إجراءات نزع الملكية في مثل هذه الحالات تتسم بعدم المشروعية لمخالفتها لمبادئ القانون الدولي، لهذا ذهب فريق من الفقه إلى القول بضرورة الحكم ببطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة، ثم التزام الدولة بالتعويض الشامل.

أولاً- بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة

يرى الفقه الغربي أن إجراءات نزع الملكية التي تتمتع دون دفع أي تعويض تعد باطلة من وجهه نظر القانون الدولي، وعليه يستحيل أن يرتب أي أثر قانوني، وأساس ذلك أن الدولة التي لجأت إلى إجراء التأميم إنما تسعى إلى الحصول على مجرد سند للملكية بمقتضى قانونها الوطني، ولكن في مواجهه الدول الأخرى لا يمكن الاحتجاج بذلك السند للملكية إلا إذا كان قد تم اكتسابه بوسيلة مشروعة دولياً. وقد توصل الفكر الغربي إلى الحكم ببطلان قرارات التأميم الإيرانية والأندونيسية والكويتية لعدم دفع

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

التعويض الشامل، وهو ما يعد في تقديره مخالفة للقانون الدولي العام الذي يقضي ضرورة أداء تعويضات كامله¹.

ومن جانب آخر، لقي هذا الرأي معارضة من طرف الفقه المعاصر، فيرى هذا الأخير أن إجراءات نزع الملكية هي إجراءات سيادة، يجوز أن ترتب آثارا حتى ولو خالفت في بعض الأحيان الأحكام الخاصة بحماية المال الأجنبي، والمقرر في القانون الدولي أنه لا يجوز تجاهل أثر التأمين كسند ناقل للملكية في شأن الأموال المتواجدة في الدولة التي اتخذت هذا الإجراء، ويرى جانب آخر أن الدولة التي تتخذ إجراء التأمين ونزع الملكية فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس بطلان هذا الإجراء وإنما مجرد التزامها بالتعويض الشامل².

ثانيا - التزام الدولة بالتعويض الشامل³

يشمل نطاق التعويض الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف الآخر الذي أحدث الإخلال بالالتزامات التفاوض في مواجهته، ويشمل الضرر الناتج عن ضياع الوقت والنفقات على الاستعداد للمفاوضات، وكافة النفقات التي صرفت من أجل إبرام العقد. وقد يشمل التعويض أيضا مصاريف التنقلات والإقامة والدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات، والسمعة التجارية وأي ضرر آخر نشأ عن الإخلال بالالتزامات المرتبطة بالعقد محل التفاوض، أما من ناحية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فيجب التفرقة بين فرضين:

¹ - هاشم علي الصادق، المرجع السابق، ص 91.

² - المرجع نفسه، ص 93.

³ - المقصود بالتعويض الشامل هو ضرورة التعويض الكامل للطرف الأجنبي المضرور، حيث يشمل هذا التعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب. أنظر: حفيظه السيد الحداد، المرجع السابق، ص 795.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أ- تقويت فرصة إبرام العقد النهائي، حيث اتجهت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة هنا، وتستند في ذلك إلى أن ذلك يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض، فهو عقد تمهيدي وتحضيري فقط لإبرام العقد النهائي، فاحتمال اتمام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتمالها، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد وبالتالي لا يجب التعويض عنه¹.

ب- تقويت فرصة إبرام عقد بديل، وهنا إذا كان من الممكن التعويض عنها إلا أن هناك العديد من الصعوبات ستثور بخصوص إثبات أن المفاوضات المتضرر كان سيبرم بنحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون سبب معقول، كما أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلا لو كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات كان يسيرا، كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسببت في ذلك وانتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدم فيها².

فقد حكمت محكمه العدل الدولية في قضية (سيليزيا العليا) أن تأميم بولندا لبعض الممتلكات الألمانية يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية بمقتضى معاهدة جنيف

¹ - وفي هذا المعنى قضت محكمة بروكسيل التجارية عام 1988 في قضية تتلخص وقائعها في أن مفاوضات كانت قد جرت بين شركة بلجيكية Pasquasy وبين شركتين إحداهما فرنسية oral 'لوالأخرى أمريكية Cosmair حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميل في بلجيكا وفي دولة لوكسمبورغ. وقد قررت المحكمة أن العلاقات التجارية بين الطرفين كانت جيدة حيث أبرمت صفقات تجارية خلال عشرة أشهر فقط لحوالي 14 مليون من الفرنكات البلجيكية عن وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، وضياع المزايا التي كان سيحققها العقد لو كان قد أبرم، وهو ما يجب الحكم بتعويضه. أنظر: محمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته- المرجع السابق، ص 120.

² - محمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته- المرجع السابق، ص

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

المبرمة في 15 ماي 1922، وجعلت من هذا التأميم إجراء غير مشروعاً وقضت بذلك بالتعويض الشامل¹.

وعلى النحو السابق ذكره، فإن الجزاء الوحيد عن عدم مراعاة الدولة لأحكام القانون الدولي هو المطالبة بالتعويض النقدي.

ويرى الفقه الحديث أن التأميم المشروع يترتب التزاماً بالتعويض، أما التأميم غير المشروع فهو يترتب التزاماً على الدولة بأداء التعويض الكامل والشامل، أي التعويض الذي يتضمن تغطية ما لاحق المستثمر الأجنبي من ضرر حقيقي وما فاتته من كسب، كما إذا اتخذت الدولة إجراءات التأميم في مواجهته مال الأجنبي على إقليمها بمخالفة لأحكام معاهدة دوليه سابقه تلزمها بعدم تأميم هذه الأموال، فإن هذا الإجراء في هذه الحالة يعد غير مشروع من وجهه نظر القانون، ويترتب على ذلك التزام الدولة بالتعويض الكامل وليس بمجرد التعويض الجزئي².

الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن التعويض بسبب القرارات السيادية

نتعرض لدراسة نشأة نظرية أعمال السيادة وأساسها القانوني، ثم نستعرض ما استقرت عليه هيئات التحكيم في الشأن التعويضي عن أعمال السيادة في تحكيم الاستثمار.

أولاً: نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة في سياقها المفاهيمي

تعد أعمال السيادة من أهم المفاهيم في العالم المعاصر التي تتناقض إلى حد كبير مع مبدأ المشروعية أو خضوع الدولة للقانون، حيث نجد مع هذا المصطلح

¹ - هاشم علي الصادق، المرجع السابق، ص 96.

² - هاشم علي الصادق، المرجع السابق، ص 97.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

تراجع خضوع الدولة لرقابة القضاء من خلال نزع صلاحيته أو اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، ومن ثم فهي تعمل من خلاله فوق كل المؤسسات، وقد تلغي الحريات والحريات الفردية والجماعية أو تقيدها.

انطلاقاً من ذلك، نتعرض في هذه الجزئية لمفهوم أعمال السيادة كونها تعد قيوداً على اختصاص الجهات القضائية وبالذات جهات القضاء الإداري، ثم ظهور نظرية أعمال السيادة في الفكر القانوني.

1- تعريف أعمال السيادة

يعد تعريف أعمال السيادة من المسائل المختلف فيها بالنسبة للفقهاء القانونيين، حيث يضيق هذا التعريف في الدول ذات الأنظمة العريقة في الديمقراطية التي ترسخ فيها مبدأ سيادة القانون، ويتسع في دول أخرى حتى يكاد يشمل العديد من تصرفات الإدارة، ورغم أن الكثير من شؤون الدولة تكون محل نزاع جدي بين أجهزة الحكم وسلطات الدولة إلا أنها كثيراً ما تأخذ طابعاً سياسياً مبتعداً عن رقابة القضاء¹.

عرف الأستاذ: سليمان محمد الطماوي الأعمال السيادية بأنها "عمل يصدر من السلطة التنفيذية وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل ويخرج عن رقابة المحاكم، متى قرر له القضاء هذه الصفة"، ويرى أيضاً أن هذه

¹ - مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية-دراسة مقارنة- مجلة القانون، مجلد 02، العدد 03، المركز الجامعي غليزان، جوان 2012، ص 123.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الأعمال تتعلق بكيان الدولة الداخلي والخارجي، وبأنها تشكل ثغرة خطيرة في مبدأ الشرعية وذلك لخروجها عن دائرة الرقابة القضائية¹.

وتعرف نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة على أنها طائفة من الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدول من أجل الحفاظ على كيان الدولة من أرض وشعب وسلطة بمواجهة أخطار خارجية أو مواجهات داخلية عامة، كتتظيم السلطات في الدولة، وتحديد نظام الحكم والعلاقات بين السلطات².

2- ظهور نظرية أعمال السيادة

الحقيقة أن نظريه أعمال السيادة شأنها في ذلك شأن معظم نظريات القانون الإداري هي من صنع القضاء، وبالذات مجلس الدولة الفرنسي، وكانت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل، حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهميه خاصة، ومن مصلحة الوطن ألا تعرض هذه القضايا على القضاء.

بدأت فكرة أعمال السيادة في الظهور لأول مرة في فرنسا في ظل ملكية يوليو 1830 1848، إذ كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار المجلس الفرنسي الصادر في أول ماي 1822 في قضية لافيت Laffitte، ثم تطورت هذه الفكرة إلى أن أصبحت تشكل عدة ميادين تحكمها معايير غير قارة³.

¹ - قرناج (قرناش) جمال قلو ش الطيب، تأملات في أعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي تيسي، تبسة، المجلد 05، عدد 01، مارس 2020، ص 96.

² - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 124.

³ - BENJAMIN CONSTAN . Recueil d'articles (1820-1824) . Volumes 1 à 2 : Librairie Droz .GENEVE .1981 . P : 152 ; 153 . (12/03/2016)

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ويرى الكثير من الفقه أن فكره أعمال السيادة هي مجرد حيل ابتدعها القضاء في فرنسا لتجنب التصادم مع السلطة الحاكمة، خاصة في المرحلة التي كان فيها مجلس الدولة تابعا للملك ومجرد هيئة استشارية له.

ويرى البعض الآخر من الفقه أن العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل للسلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان عملا إداريا خاضع للرقابة القضائية أو عملا من أعمال السيادة خارج عن نطاق هذه الرقابة، هي بطبيعة العمل ذاته، فلا تنقيد المحكمة أو الجهة القضائية الإدارية المختصة، وهي بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات، بالوصف الذي يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتتطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور¹.

ويرى القضاء في نظرية أعمال السيادة لا سيما في الدول الآخذة بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين على استبعاد الأعمال السياسية من نطاق ولاياتها وخروجها بالتالي من مجال رقابتها على دستوريه التشريع. وهذا استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحه العليا، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية، سلطه تقديرية أوسع مداً وأبعد نطاقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطه التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد².

¹ - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 124.

² - يرى الاستاذ: Duguít بأن خروج مثل هذه الأعمال من نطاق رقابة القضاء يرجع للطبيعة السياسية لهذه الأعمال، وكونها تصدر عن رقابة السلطة التنفيذية باعتبارها هيئة سياسية وبالتالي فهي أعمال لا تخضع لرقابة القضاء. أنظر: سامي جمال الدين، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة حروس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص 22.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

وقد تختلف أعمال السيادة من حيث المصلحة العليا التي يتعين حمايتها، فقد تكون موجهة للحفاظ على اقتصاد أمن الوطن من تهديدات داخلية أو خارجية، مثل قرار إعلان الحرب، غلق الحدود، وقطع العلاقات، إعلان حالة الطوارئ، فرض حظر التجول، أو تكون موجهة للحفاظ على اقتصاد الدولة من الانهيار مثل قرارات فك ارتباط العملة أو تعويمها، قرارات خفض السعر العملة، رفع سعر الفائدة أو خفضها، رفع الدعم عن السلع الاستراتيجية¹.

ثانيا - التعويض عن أعمال السيادة في تحكيم الاستثمار

ظهرت في مجال تحكيم الاستثمار بعض القضايا التي رتب فيها هيئة التحكيم مسؤولية الدولة عن التعويض عن المصادرة المستترة نتيجة لما ترتب على قرار سيادي من حرمان المستثمر من أمواله، ويختلف معيار التعويض في حالات قرارات السيادة ذات الطابع العام عن التعويض عن المصادرة المستترة نتيجة لقرارات إدارية، أو لوائح أو قوانين لا تتصل اتصالا مباشرا بالقرار السيادي².

ففي حالة المصادر المستترة التي لا تتصل بقرار سيادي، استقر فقه وأحكام التحكيم الدولي على أن التعويض الكامل والعادل والسريع يقاس بالقيمة السوقية العادلة للاستثمار قبل المصادرة غير المشروعة، أما عن حالة القرار السيادي وما يترتب عليه من قرارات ولوائح وقوانين، فوجب أن يكون التعويض معياره أقل من القيمة السوقية العادلة لأن الظروف التي اقتضت إصدار القرار السيادي، وإن كانت لا يجب أن

¹ - وهو الأمر الذي اتخذته الحكومة الجزائرية عند استفحال خطر وباء كورونا الذي اجتاح العالم وخلف ضحايا من البشر وانهيار اقتصادي عالمي، فباشرت الحكومة بغلق الحدود والمطارات وفرض حظر التجول وغلق الشركات حفاظا على المصلحة العامة للوطن.

² - محمد ماهر، التعويض عن أعمال السلطة العامة (التنفيذية التشريعية والقضائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 895.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

تخضع لتقييم هيئة التحكيم، إلا أنها بشكل أو بآخر لا بد أن تدخل في تقدير الهيئة للتعويض المستحق للمستثمر من باب العدالة في توزيع الأعباء¹.

وفي المقابل، نجد أن هيئة تحكيم أخرى ترفض من حيث المبدأ تعويض المستثمر عن قرارات سيادية صدرت لتعالج ضرورة اقتصادية واتسمت بالطابع العام، ولم يقصد من تطبيقها حرمان المستثمر من الاستفادة بأمواله .

أما في مجال التحكيم العقدي، فإن التوصيف الصحيح القانوني لقرارات السيادة بالنسبة للعقد تعقده إحدى الجهات التنفيذية والمستثمر، لأنها تشكل قوة قاهرة، أو ظروفًا طارئة لأنها- وبغض النظر عن درجه تأثيرها على التزامات الطرفين- تخرج بالضرورة عن سيطرتهم وعليه فإن المنطق القانوني يقتضي أن لا يتحمل طرف دون آخر عبء الظرف الطارئ أو القوة القاهرة إلا إذا نظم العقد بينهما المسؤولية عن تحمل أعباء القوة القاهرة أو أعمال السيادة، فينبغي على المحكم أو القاضي تطبيق تلك النصوص التعاقدية في توزيع الأعباء، فمثلا نجد في اتفاقية البترول بين حكومة جمهورية مصر العربية نصا متواتر على أنه إذا كان الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة سببه فعل منسوب لحكومة جمهورية مصر العربية (كالأوامر واللوائح أو توجيهه) فإن ذلك لا يعفي الحكومة المصرية من تحمل المسؤولية التعاقدية الناشئة عن ذلك الحادث المفاجئ والقوة القاهرة لمواجهة المستثمر الأجنبي والهيئة العامة للبترول².

¹ - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 314.

² - المادة 22(ج) من اتفاقية أرامكو للتقيب عن البترول الصادرة بالقانون 1992 والمواد 18 و19 و23 من اتفاقية جاز دي فرانس للتقيب عن الغاز والبترول الصادرة بموجب القانون رقم 166 لسنة 2005.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

الفرع الثالث: مسؤولية الدولة عما يصدر عن السلطة التشريعية

استقرت هيئه التحكيم على ترتيب مسؤولية الدولة عن ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين يترتب عليها الإضرار بمركز المستثمر، وتؤسس المسؤولية في هذه الحالات على إخلال الدولة بضمانات الاستثمار الموضوعي، وتتقسم الدراسة إلى بحث مخالفات ضمانات الاستثمار الموضوعية كمعيار وحيد لمسؤولية الدولة عما يصدر من السلطة التشريعية، ثم البحث في مسؤولية الدولة عن تشريعات الضرائب لما تتميز به من أهمية وأثرها البالغ على رؤوس أموال المستثمر.

أولاً: معيار مسؤولية الدولة عن التشريع المخالف لضمانات الاستثمار

أرست الهيئات التحكيمية في مجال الاستثمار المبادئ الآتية في شأن مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية:

- اعتبار التشريع الذي يترتب على إعماله حرمان المستثمر من أمواله مخالفاً لالتزام الدولة بالتعهد بعدم تأميم الاستثمار الأجنبي أو مصادرته بشكل مباشر أو غير مباشر.

- اعتبار التشريع الذي يفرق بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني مخالفاً لمبدأ المساواة والمعاملة الوطنية¹.

¹ - إلا أننا نجد قانون المالية التكميلي لسنة 2009 قد خرق هذا المبدأ، حيث ألزم المستثمر الأجنبي بقبول شروط تمييزية من بينها التصريح بالاستثمار أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وإخضاع الاستثمار الأجنبي للدراسة المسبقة أمام المجلس الوطني للاستثمار. أنظر المادة 58 فقرة 2 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، يتم الأمر رقم: 03-01 بالمادة 4 مكرر 1.

- الالتزام بانجاز المشروع في إطار شراكة 49/51 بالمائة، بحيث تكون المساهمة الوطنية هي 51 بالمائة على الأقل من رأس المال الاجتماعي. أنظر: المادة 58 فقرة 5 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، يتم الأمر رقم: 03-01 بالمادة 4 مكرر 1.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

- اعتبار التشريع الذي - وإن لم يشكل مصادرة لأموال المستثمر، وإنما أثر بالسلب على توقعاته المشروعة- مخالفاً للالتزام الدولة بالمعاملة العادلة والمنصفة.

وهذا الاتجاه نراه يقترب في بعض النواحي من الرقابة الدستورية على القوانين في النظم الداخلية.

بالنسبة لركن الخطأ، يتم تقرير مسؤولية الدولة_ أمام هيئات تحكيم الاستثمار_ عما تصدره من تشريعات لمخالفتها الضمانات الموضوعية للاستثمار، بمجرد إثبات مخالفته التشريع أو اللائحة للمبدأ القانوني المقرر في الاتفاقية، وهذا في ذاته يشكل ركن الخطأ، ولا تبحث الهيئة في نوايا المشرع، ومدى حسن النية من وراء التشريع، فيكفي أن تتحقق الهيئة من إخلال الدولة بالتزاماتها في الاتفاقية، كما أنه لا مجال للاحتجاج أمام هيئات التحكيم بحسن نية المشرع أو اتساق التشريع مع القواعد الدستورية الوطنية أو استهدافه للمصلحة العامة، فقد ذهبت هيئات التحكيم على التغاضي عن تلك الدفوع تأسيساً على قواعد لجنة القانون الدولي¹.

وبالنسبة لركن الضرر، فإنه لا يشترط في مجال تحكيم الاستثمار أن يكون الضرر مباشراً (وهو ما نراه واضحاً في التعويض عن المصادرة المستترة)، كما أن التعويض عن الضرر الاحتمالي قائم على تعويض المستثمر عما فاتته من كسب، فمعيار التعويض في تحكيم الاستثمار هو التعويض الكامل والعاقل والسريع، خاصة في حالات التأميم والمصادرة، وفي الحالات الأخرى تنص الاتفاقيات على معيار القيمة السوقية العادلة في حالات التعويض عن إخلال الدولة بالتزاماتها الأخرى².

¹ - محمد ماهر، المرجع السابق، ص 930.

² -Sapphire International Petroleum Ltd. v National Iranian Oil Company.

https://www.trans-lex.org/261600/_/sapphire-award-ilr-1963-at-136-et-seq/ أنظر:

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

أما عن خصوصية الضرر، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يشترط في الضرر الذي يبرر تعويض المواطن عن عدم دستورية القانون أن يكون ضررا خاصا واستثنائيا، إلا أنه في مجال تحكيم الاستثمار فإن الهيئة لا تشترط أن يكون التشريع الذي يشكل أساس التعويض خاصا، فقد يتقرر التعويض بناء على تشريع عام واسع النطاق، بل وقد يتقرر للمستثمر الأجنبي تعويض عما أصابه جراء تطبيق القانون عليه، بينما يحرم المستثمر الوطني من التعويض بناء على القوانين الوطنية السائدة في مسؤولية الدولة في التعويض عن التشريع¹.

وتعد القضايا التي رفعت على الأرجنتين في أعقاب أزمتها التي عصفت باقتصادها في سنة 2000 من الملامح الرئيسية في قانون الاستثمار الدولي، وترجع وقائع تلك القضايا إلى إصدار البرلمان الأرجنتيني لقانون الطوارئ العامة وإصلاح نظام الصرف في سنة 2002، والذي ينص على أن الالتزامات الدولارية للدولة المستحقة للمتعاقدین معها تدفع لهم بالعملة المحلية بمعدل 1 بيسو=1 دولار أمريكي، وعلى إثر ذلك رفعت خمس شركات كبرى وهي: CMS.LGAE.Sempra و Enron.BG Grop. بصفتها مالكة لبعض الأسهم في شركة أرجنتينية أبرمت عقودا مع الدولة لنقل الغاز وتوزيعه، وقد حكمت هيئات التحكيم المختلفة، بأن قانون الطوارئ العامة وإصلاح نظام الصرف يشكل بالفعل إخلالا بشرط الثبات الوارد في العقود محل النزاع، إلا أن الهيئات التحكيمية رفضت دفع بأن إقرار هذا القانون يشكل مصادرة غير مباشرة للأموال المستثمر، وذلك لغياب عنصر الحرمان الكامل من أمواله².

¹ - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 320.

² - المرجع نفسه، ص 321.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

ثانيا: مسؤولية الدولة عن تشريعات الضرائب

الأصل أن التشريع الضريبي حق أصيل للدولة، وأداة من أدوات توزيع الدخل والثروة في أي مجتمع، فتشريعات الضرائب بطبيعتها تحرم الفرد من جزء مقدر من عوائد نشاطه الاقتصادي، وفي المقابل نجد أن الدولة تستخدم الإعفاءات الضريبية، وفترات السماح الضريبية، وسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيع تدفقات رؤوس الأموال بصفة عامة، أو لنشاط اقتصادي ذي أهميه خاصة.

وأغلب المبادئ الدستورية في معظم الدول ومنها الجزائر تقيد سلطة الدولة في فرض الضرائب وجبايتها بمبادئ: عمومية الضريبة، الأثر الفوري، وأن فرض الضرائب لا يكون إلا من خلال قانون¹.

والأصل أن التشريع الضريبي ذا الصبغة العامة لا يشكل مصادرة للمشروع أو أرباحه، وتطبيقا لذلك حكم بأنه ليس للمستثمر الحق في أن يدعي أن له توقعاً مشروعاً بأن النظام الضريبي للدولة المضيفة لن يتغير _ وذلك بأن يصبح أكثر ضرراً به _ أثناء تنفيذ مشروعه، فالضرائب بطبيعتها تقلل من الفائدة الاقتصادية التي يجنيها المستثمر من مشروعه².

وتكتسب تشريعات الضرائب أثراً مهم في مجال توزيع عقود الدولة وحماية الاستثمارات الأجنبية، فنجد أن سلطة الدولة في إصدار تشريعات ضريبية مقيدة _

¹ - تنص المادة 78 من الدستور على " كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ويجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية لا يجوز أن تُحدَث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون. ولا يجوز أن تُحدَث بأثر رجعي، أية ضريبة، أو جباية، أو رسم، أو أي حق كيفما كان نوعه. كل عمل يهدف إلى التحايل في المساواة بين المواطنين والأشخاص المعنويين في أداء الضريبة يعتبر مساساً بمصالح المجموعة الوطنية ويقمعه القانون. يعاقب القانون على التهرب الجبائي وتهريب رؤوس الأموال."

² - هبة هزاع، المرجع السابق، ص 324.

الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار

بالإضافة للمبادئ الملزمة في دستورها_ بمعايير حماية المستثمر في القانون الدولي،
فتسأل الدولة أمام هيئات التحكيم_ وفقا للقانون الدولي_ عن استعمال سلطتها في
فرض الضرائب إذا كان:

_التشريع الضريبي المستحدث بعد تاريخ إبرام العقد يخالف ما سبق أن تعهدت
به الدولة صراحة في العقد مع المستثمر من تثبيت النظام الضريبي للمشروع
الاستثماري أو منح إجازات ضريبية.

_التشريع الضريبي في نصوصه قائم على أساس تمييزي أو تعسفي ضد
مستثمر أجنبي بعينه.

_التشريع الضريبي يخفي تأميما أو مصادرة لأموال المستثمر بحيث تنقل
الضريبة كاهل المستثمر إلى حد الذي يجبره على التخلي عن المشروع بالكامل.

-التشريع الضريبي صدر من سلطة وطنية غير مختصة أو على خلاف
الإجراءات المتبعة في إصدار التشريعات الضريبية.

ومن الملاحظ أن القيود السابقة الواردة على سلطة الدولة في إصدار التشريعات
الضريبية تدور في مجال الضمانات الموضوعية لحماية الاستثمار، والتي ترد في
اتفاقيات تشجيع حمايه الاستثمار، وتناولتها أحكام الهيئات المشكلة وفقا لهذه
الاتفاقيات بالتفسير¹.

¹ - هناك حكما وحيدا لهيئة تحكيم مشكلة وفق اتفاقية NAFATA إذ قررت تلك الهيئة أن تطبيق قانون الضرائب
المكسيكي_ الذي كان ساريا و مطبقا على جميع الخاضعين لنطاق الضريبة قبل انشاء المشروع الاستثماري_ على
المستثمر الأجنبي بصورة صحيحة، بحيث امتنعت السلطات الوطنية عن رد جزء من الضرائب المستحقة على
المستثمر، لا يشكل مصادرة غير مباشرة لأمواله ولا يرتب حقا في التعويض. أنظر: هبة هزاع المرجع السابق،
ص325.



خاتمة

خاتمة

من خلال هذه الدراسة كانت لنا الفرصة للخوض في موضوع متشعب يشكل جزئية مهمة يعرف بشرط الثبات التشريعي، الذي يمثل أحد أهم الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي، هذه الضمانة القانونية - شرط الثبات التشريعي - التي يظهر تطبيقها أكثر في عقود الدولة، بحيث نجد ذلك الصراع الخفي بين الدولة المستضيفة للاستثمار والطرف الأجنبي المستثمر، فتحاول الدولة تأمين العقد، بينما يسعى المستثمر إلى تدويل العقد من خلال إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد وهذا من أجل إخضاع العقد للقانون الوضعي للدولة المتعاقدة، من أجل أن لا تقوم هذه الأخيرة في المستقبل بأي تعديل على هذا العقد بإرادتها المنفردة إلا في إطار التراضي.

وإنفاذا لذلك، عرضنا في بداية هذه الأطروحة تصورا كاملا للشرط الثبات التشريعي من حيث إطاره المفاهيمي والقانوني، لنحيط به من كل الجوانب من حيث النشأة والتأصيل والتعريف، ولم نتضح لنا الصورة إلا بعد إدراج قضايا الاستثمار الدولي التي ساهمت في توضيح دور شرط الثبات التشريعي في مجال الاستثمار. وفي السياق نفسه بينا الشروط المشابهة لشرط الثبات التشريعي مثل شرط عدم المساس بالعقد، وشرط إعادة التفاوض، وشرط التحكيم، ولمسنا تقاربا كبيرا بين شرط الثبات التشريعي والأمن القانوني الذي يعد الأساس الذي اتخذ منه شرط الثبات التشريعي مصدرا له.

وفي محطات هذه الدراسة، أبرزنا موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي من خلال قانون الاستثمار والقوانين ذات الصلة، سواء في التشريعات التي

خاتمة

صدرت في فترة ما بعد الاستقلال، مثل قانون الاستثمارات لسنة 1966 أين رأينا غياب مثل هذا الشروط في تلك الفترة، حيث كانت تنص المادة 29 منه على أنه: "إن التعديلات التي تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منفعة أدنى"، أو التشريعات التي ظهرت في فترات الإصلاحات الاقتصادية بدءاً من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى إلى غاية قانون 16-09 الذي كرس مبدأ الشرط الثبات التشريعي، حيث نصت المادة 22 منه على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمرين ذلك صراحة"، وكان الهدف من ذلك مراعاة مصلحة المستثمر الأجنبي وتوجه السياسة الوطنية نحو تشجيع الاستثمار.

وقد عرضنا في القسم الثاني من الأطروحة لكيفية تأثير شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار، وذلك من خلال إبراز المسائل السيادية للدولة في مجال الاستثمار والتي تهم الاقتصاد الوطني، مثل مسألة التأمين، وإصدار تشريعات ضريبية، واستعمال حق الشفعة، ونتيجة لذلك لا يمكن القول بأن شرط الثبات التشريعي من الممكن أن يحد من سيادة الدولة في الإجراءات الانفرادية التي تتخذها لأنها تلجأ إلى تعويض المستثمر خاصة في مسألة التأمين.

وتبقى هيئات التحكيم المختلفة على ضوء نصوص الاتفاقيات الثنائية وقواعد مركز التحكيم (وبخاصة الـ ICSD) الهيئة الوحيدة التي تعيد الحقوق لأطراف عقد الاستثمار، فقد لعبت دوراً كبيراً في مجال التحكيم، لأن المستثمر دائماً ما يلجأ إلى التحكيم لأنه لا يثق في القضاء الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، هذا بالإضافة إلى ضرورة الملحة للدولة المضيفة للاستثمار باستخدام التحكيم لتستجيب لتغطية المخاطر التي قد تنشأ من تصرفاتها الانفرادية، وإلا توسع مدار المساءلة بناء على

خاتمة

عدت معايير دولية مثل مسؤولية الدولة عن ما يصدر بسبب قراراتها السيادية أو عن ما يصدر من سلطتها التشريعية من تشريعات ضريبية.

وتوصلنا من خلال تحليل الإطار القانوني للاستثمارات إلى أن الوضعية الجزائرية تشهد تدهورا كبيرا في مجال الأمن القانوني الذي يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة به، رغم ما تبذله الدولة الجزائرية جاهدة من أجل تحسين المناخ القانوني للاستثمار وتكريس الاستقرار التشريعي بدأ من ضبط قواعد قوانين الاستثمار، مثل قاعدة 51%، حق شفعة، الضريبة على الأرباح.

وفي إطار الأحداث المصاحبة لعملية ترقية الاستثمار، تم إصدار القانون رقم: 20-07 المؤرخ في 4 يوليو 2020 المتضمن لقانون المالية التكميلي لسنة 2020 ليخفف ولو بنسبة قليلة من حدة قاعدة 51% التي تعد من بين الحواجز التي تعيق الاستثمار، حيث نصت المادة 49 منه على أنه: "باستثناء أنشطة شراء وبيع المنتجات وتلك التي تكتسب طابعا استراتيجيا، التابعة للقطاعات المحددة في المادة 50 أدناه، التي تظل خاضعة لمشاركة المساهمين الوطنيين المقيمين بنسبة تبلغ 51%، فإن أي نشاط آخر لإنتاج السلاح والخدمات مفتوح للاستثمار الأجنبي دون الالتزام بالشراكة مع طرف محلي".

وعلى هدي ذلك، تم إلغاء قاعدة الشراكة في معظم القطاعات، باستثناء القطاعات الاستراتيجية للدولة -والتي تعد على رؤوس الأصابع والمحددة ضمن المادة 50 من قانون المالية- لأنها تعرقل الاستثمار في الجزائر .

أما عن حق الشفعة فقد حولها المشرع بموجب ترخيص، وهذا يعني أنه لم يتخلى عنها نهائيا، وإنما وضع آلية أخرى وهي إجراء موجود حتى في الدول الليبرالية وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون المالية التكميلي لسنة 2020، كما ألغى حق الشفعة

خاتمة

الذي كان مقررا في قانون الاستثمار بموجب نص المادة 53: " تلغى أحكام المادة... وأحكام المادتين 30 و 31 من قانون رقم 16-09 المؤرخ في 30 غشت سنة 2019".

لقد تبين لنا في نهاية هذه الأطروحة التكريس المستمر لشرط الثبات التشريعي خاصة في عقود التنقيب عن الغاز والبتترول والتي تصدر في صورة قوانين لترفع النصوص الاتفاقية التعاقدية إلى مصاف النصوص القانونية. حيث أصبح يشكل هذا الشرط القلب النابض لعدة سياسات استثمارية ذات الطابع تشريعي والقضائي، وبالتالي أصبح من الضروري اعتباره كمبدأ دستوري لكل دولة مستقطبة للاستثمار الأجنبي.

وسعيا منا إلى اقتراح حلول لمشاكل تتعلق بمحل الدراسة، ارتأينا أن نتحد أطراف عقد الاستثمار والتمثلة في الدولة المستضيفة من جهة، والمستثمر من جهة أخرى، أي بين السيادة التشريعية للدولة وشرط الثبات التشريعي الذي يمثل ضمانا للمستثمر في حماية مشروعه الاستثماري، بغية الوصول إلى نتيجة ترضي الطرفين وهي تحقيق التوازن الاقتصادي.

وبناء على ذلك كله، فإنه لتكريس مبدأ شرط الثبات التشريعي في العقود، يفرض على الدولة توفير محيط قانوني مستقر للمستثمر الأجنبي، ولا يتأتى ذلك إلا بالخروج من مرحلة الأمن القانوني والدخول في مرحلة اليقين القانوني، وفي هذا السياق تقدم التوصيات التالية:

- تجنب التضخم التشريعي من خلال وضع تشريعات نموذجية لتنظيم قانون الاستثمار بما في ذلك القوانين ذات الصلة به، وتكون تشريعات ملائمة غير ظرفية قادرة على جعل القطاع أكثر تفتحا للمستثمرين الأجانب، مع مراعات حق الدولة في التشريع للمصلحة العامة دون ترتيب مسؤوليتها القانونية على صعيد تحكيم الاستثمار.

خاتمة

-
- النص على خروج العقود والاستثمارات التي يشوبها غش أو تدليس، أو تنشأ أو تدار خلافا للقوانين واللوائح الجوهرية في الدولة المضيفة من الحماية الموضوعية للاتفاقية، يضاف إلى ذلك أن أي استثمار يتم الحصول عليه عن طريق فساد الموظفين العمومي لن يتمتع بالحماية الاتفاقية.
 - تدعيم النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وإبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالمصالحة والتحكيم، إذ أن المادة 24 من قانون الاستثمار لا تغطي وحدها جميع نزاعات الاستثمار، لا سيما أن التحكيم الوسيلة المفضلة للمستثمر للانتصاف في النزاعات.
 - العمل على إنشاء قطاع مصرفي مستقر وآمن يخضع لرقابة صارمة من قبل البنك المركزي يمكن من إعادة الأرباح بحرية، حقوق 0% جمارك تصدير، قابلية تحويل عملات مجانية، مما يسهل عمل المستثمرين الأجانب والمحليين.
 - تفعيل دور الجزائر كعضو في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وطرف في العديد من الاتفاقيات التي تحمي حقوق المستثمرين.
 - العمل على ضمان الأمن التعاقدية في جميع مراحلها (قبل التعاقد، الإبرام، التنفيذ).
 - إنشاء موقع على الإنترنت مخصص لاستقرار وشفافية التشريعات في الاستثمارات، بما في ذلك تاريخ الإصلاحات التشريعية، مع استلزام نشر الأحكام والتسويات التي تصل إليها الدولة المضيفة في نزاعاتها مع المستثمر الأجنبي.
 - ضرورة نشر الأحكام النهائية الصادرة في شأن منازعات عقود الاستثمار، والتسويات الودية التي تصل إليها الدولة مع المستثمر باللغتين العربية والإنجليزية.

خاتمة

- ضرورة إنشاء قانون يقوم أكثر فأكثر على العقد، وعلى المعيار المتفاوض عليه، وذلك بتوفير الإطار الضروري للقاعدة التي تحمي مصالح المستثمر، حيث يعمل الأخير وفق جاذبية الاقتصاد الوطني وجودة ضمانات الحفاظ على حصصه.

وفي الأخير فإننا إن كنا قد أدركنا بعض جوانب هذا الموضوع الواسع، فلا ريب أننا قد أغفلنا جوانب أخرى نأمل أن تكون نقطة انطلاق لبحوث جديدة، وحسبنا أننا بذلنا الوسع والجهد.

* الحمد لله رب العالمين *



قائمة المراجع

فهرست المحتويات

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية

○ المعاجم

1- ابن منظور، لسان العرب، مادة (أمن)، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.

○ المؤلفات العامة

1. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته- دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، ط، 3 دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
4. أحمد محمد مصطفى نصير، دور الدولة إزاء الاستثمار والتطور التاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
5. أشرف السيد حامد قبال، الاستثمار الأجنبي المباشر " دراسة تحليلية لأهم ملامحه واتجاهاته في الاقتصاد العالمي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013.
6. الأمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
7. بركات فؤاد، إصدار القوانين-دراسة مقارنة-، دار الكتاب، القاهرة، سنة 1989.

فهرست المحتويات

8. بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، 2014.
9. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
10. ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيد، تسوية منازعات عقد ترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم، دراسة تحليلية، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2018.
11. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية (اتفاقية فيينا لبيع 1980)، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، القاهرة، 1995.
12. جيل برتن، ترجمة مقلد علي، الاستثمار الدولي، الطبعة الثانية، منشورات عويدات، بيروت، 1982.
13. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ما هيئتها والنظام القانوني الحاكم لها) منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2003.
14. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1984.
15. خالد منصور إسماعيل، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط، دراسة معمقة وفقا للتشريعات الوطنية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة 2015.

فهرست المحتويات

16. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة 01، بيروت، سنة 2006.
17. رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية- النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، ج2، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2017.
18. رائد صيوان عطوان، ميادة صباح حسن، مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، البصرة، العراق، 2000.
19. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني- دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري- دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998.
20. سامي جمال الدين، القضاء الاداري، دراسة مقارنة، د.ط، مؤسسة حروس الدولية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2003.
21. سامية رائد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة 1984.
22. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
23. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1999.
24. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الإسكندرية، سنة 1974.
25. صيام أحمد زكريا، مبادئ الاستثمار، الطبعة الثانية، دار المناهج ، عمان، 2003.

فهرست المحتويات

26. عبد الحق الدحمانى، ضمان التوازن المالى لعقود الاستثمار فى إطار التحكيم الدولى، دار الأفاق المغربية، سنة 2015، المغرب.
27. عبد السلام أبو قحف، السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مصر، سنة 1999.
28. عثمان أبو حرب، الاقتصاد الدولى، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر، عمان، 2008.
29. عجة الجيلالى، الكامل فى القانون الجزائرى للاستثمار - الأنشطة العادية وقطاع المحروقات-، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
30. علي عبد القادر علي، محددات الاستثمار الأجنبى المباشر، قضايا التنمية فى الأقطار العربية، 2004.
31. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية فى القانون الجزائرى، دار هومة، الجزائر، 2014.
32. فليح حسن خلف، اقتصاد المعرفة، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2007.
33. لما أحمد كوجان و غسان رياح، التحكيم فى عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبى، بيروت، ب.ط، ب.س.
34. محمد الروبى، عقود التشييد والاستغلال التسليم، دار النهضة العربية، سنة 2006.
35. محمد عصام الدين بسيم، النظام القانونى للاستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول الآخذة فى النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
36. محمد ماهر، التعويض عن أعمال السلطة العامة (التنفيذية التشريعية والقضائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

فهرست المحتويات

37. محند إسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء الأول، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
38. معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
39. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
40. هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان 2016.
41. سليمان عمر عبد الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
42. نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
43. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.

○ الرسائل والمذكرات الجامعية

○ الرسائل الجامعية

1. بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2016.

فهرست المحتويات

2. بن علي بن سهلة ثاني، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء نظام التحكيم غير الاتفاقي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.
3. تهاني عنيزان صالح الرشيد، الضمانات القانونية للاستثمارات الأجنبية في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية طبقا للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة مع القانون المصري، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، سنة 2015.
4. زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء الأول، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.
5. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988.
6. سمية صخري، النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية، أطروحة دكتوراه، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية 2018/2017.
7. سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، سنة 2019/2018.
8. شعبان صوفيان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، جامعة تلمسان، 2019-2018.

فهرست المحتويات

9. عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفرنسا- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.
10. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011.
11. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون دولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، موسم 2006/2005.
12. قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 21 جوان 2012.
13. مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر-1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعي: 2015/2014.
14. معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، في عقود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1998.
15. والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2017 .

فهرست المحتويات

16. عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008.

○ المذكرات الجامعية

1. البشير أصوفي، خصوصيات التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المملكة المغربية، 2016.
2. بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في القانون تخصص علم الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، موسم 2009/2010.
3. بلال بوجمعة، تحليل واقع الاستثمارات الأجنبية المباشرة وآفاقها في ظل اتفاقية الشراكة الأوروبية المتوسطية، دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير، تلمسان 2007.
4. ثلجون شوميصة، الشراكة كوسيلة قانونية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون أعمال، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، سنة 2006.
5. حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

فهرست المحتويات

6. حصايم سميرة، عقود ال BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
7. حناني آسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2008.
8. شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص تحولات دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2009/06/11.
9. شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون سنة 2008.
10. كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان، 2010-2011.
11. لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، موسم 2011/2010.
12. محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، دراسة حالة أوراسكوم، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، موسم 2010/2009.

فهرست المحتويات

13. نورة حسين، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2003.
14. سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، وهران، الجزائر، 2011-2012.

○ المدخلات

1. بن حملة سامي، معوقات تطوير الصادرات خارج مجال المحروقات في الجزائر، الملتقى الوطني حول ترقية الصادرات خارج المحروقات في الجزائر، يومي 11 و 12 مارس سنة 2014، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو.
2. زعموش فوزية، دور عقد الامتياز للعقار الصناعي في تشجيع الاستثمار الصناعي الأجنبي، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و 19 نوفمبر 2015 جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
3. زغودي عمر، شعبان صوفيان، التحكيم كضمانة قانونية لاستقطاب استثمار أجنبي دراسة حالة مركز الدولي CIRDI وتطورات، ملتقى دولي حول الاطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر- الفرص والتحديات-، 30-31 جانفي 2018، جامعة أدرار.
4. عبد المجيد أونيس، مناخ الاستثمار، الملتقى الوطني الأول حول المؤسسة الاقتصادية الجزائرية وتحديات المناخ الاقتصادي الجديد، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، يومي 22 و 23 أبريل سنة 2003.

فهرست المحتويات

5. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 28 مارس 2008.
6. كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي - عقود البترول نموذجاً - ، الملتقى الدولي السادس عشر حول: الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي: 22 و23 فيفري 2016.
7. محمد بن عزّاب، مفيدة جعفري، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية، جامعة قاصدي مرياح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، 2016.
8. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات، يومي 20 و 21 ماي سنة 2013 .
9. موفق طيب شريف، تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني، ملتقى وطني حول "الأمن القانوني" جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، يومي 5 و6 ديسمبر 2012.

○ المقالات

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، بعض المشاكل العلمية التي واجهها التحكيم العربي من واقع ملفات القضايا التحكيمية، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، المغرب، يناير 2000.

فهرست المحتويات

2. إبراهيم إسماعيل إبراهيم، عدم المساس بحق الملكية أداة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد 13، سنة 2012.
3. أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية: <http://kenonaonline.com/users/law/posts>
4. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد الخامس، سنة 1989.
5. إقولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، جانفي سنة 2006.
6. بلاق محمد، التجميد الزمني للقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، مجلد: 03، العدد: 02، 2018.
7. بلحطاب بن حرز الله، الضمانات المكفولة ضد نزع الملكية والاجراءات المشابهة لها، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاغواط، العدد 01، جانفي 2016.
8. بن حمودة محبوب، بن قانة إسماعيل، أثر العقار في الجزائر ودوره في تنمية الاستثمار الأجنبي، مجلة الباحث، 2007، العدد 05.
9. بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية اتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 4، 2007.

فهرست المحتويات

10. بوخالفة عبد الكريم، خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقية في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد16، جانفي 2017.
11. بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المجلد01، العدد03، ديسمبر 2018.
12. حسايني لامية، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02. جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.
13. حسين عبد المطلب الأسرج، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر الى الدول العربية، مجلة رسائل بنك الكويت الصناعي، العدد 83، ديسمبر 2005.
14. خالد بن سعود بن عبد الله الرشود، عقد البناء والتشغيل وإعادة BOT في تعميم المرافق العامة و الأوقاف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 19، دولة الإمارات العربية المتحدة، 24 تشرين الأول سنة 2008.
15. دعاس حميدة، بوقطوشة وردة، مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الاستثمار في الجزائر، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريس، تيسمسيلت الجزائر، المجلد (03) ، العدد (01) جوان 2018.
16. رقية عواشيرية، الأمن القانوني وأثره على التنمية، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة، العدد الأول، جانفي 2016.

فهرست المحتويات

17. زغودي عمر، الإستثمار الأجنبي في الجزائر كقطاع بديل لتشجيع الصادرات خارج قطاع المحروقات، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، الجزائر.
18. عبد الحق دحماني، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية، مجله العلوم القانونية العدد الأول ماي 2013، دار السلام للنشر والطباعة والتوزيع، الرباط المغرب.
19. عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 02، ديسمبر 2016.
20. عبد الله عبد الكريم عبد الله، تسوية نزاعات الاستثمار الأجنبي - دراسة في اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار ونطاق أعمالها، الطبعة الأولى، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، العدد 134.
21. عصام بن الشيخ، قرار تأميم نفط الجزائري 27 فيفري 1971 دراسة للسياق والمضامين والدلالات، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 06 جانفي 2012.
22. عكرمة سعيد صبري، عقد البناء والتشغيل والإعادة BOT في تعميم الأوقاف والمرافق العامة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة 19، دولة الإمارات العربية المتحدة، 24 تشرين الأول سنة 2008.
23. علي مجيد العكيلي، لمى علي الظاهري، أثر تحوّل أحكام القضاء الدستوري على مبدأ الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث - العدد الأول، جامعة الأغواط، جوان 2019.

فهرست المحتويات

24. غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلد الأول، العدد 02، سنة 2009.
25. فيصل شنطاوي، النظام القانوني لعقد الـBOT وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 1، سنة 2014.
26. فيصل يجي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، مقال منشور على موقع: <https://www.droitentreprise.com>
27. قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة، مجلة الإدارة، مجلد 7، عدد 1، سنة 1997.
28. قرناش جمال، قلوش الطيب، تأملات في اعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي تبسي تبسة، المجلد 05، عدد 01، مارس 2020.
29. قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب، شروط الثبات التشريعي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، المجلد 12، العدد 01، سنة 2010.
30. قصوري رفيقة، عيواج طالب، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 05 جانفي سنة 2016.
31. كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجاً"، مجلة الحقوق و الحريات ،

فهرست المحتويات

- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد03، ديسمبر
سن2016.
32. محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار
المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية
والأجنبية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 12، العدد 2002، 23.
33. مخلوف لكحل، الاستقرار القانوني ودوره في تعزيز الاستثمار في العقار
الاقتصادي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق و العلوم السياسية،
جامعة باتنة، العدد 08، جانفي سنة 2016.
34. مصطفى بن شريف وفريد بنته، الأمن القانون والأمن القضائي، مقال
منشور على موقع العلوم القانونية، المغرب، [http- ift.tt.-IPEIs2Q](http://ift.tt.-IPEIs2Q).
35. معيني لعزیز، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري،
الية لتفعيل العملية الاستثمارية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد17، العدد01، سنة
2018.
36. مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء
وتطبيقاتها في مواد الجنسية-دراسة مقارنة-مجلة القانون، مجلد 02، العدد 03،
المركز الجامعي غليزان، جوان 2012.
37. نورة حسين، ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الأجنبي في
الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 56، العدد 2،
2019.

فهرست المحتويات

38. يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 9، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة الوادي، الجزائر، 2018.

39. شول بن شهرة، أيت عودية بلخير محمد، الأمن القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز الجامعي البيض، مجلد:03، العدد:02، 2018.

○ النصوص القانونية

○ 1-القوانين الوطنية

○ القوانين

○ دستور الجزائر المعدل سنة 2016.

1. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 11 يونيو سنة 1966.

2. الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر رقم 80.

3. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .

4. القانون رقم 90-10 مؤرخ في 19 رمضان عام 1410 موافق 14 ابريل سنة 1990 يتعلق بالنقد والقرض (الملغى).

5. مرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون

الاجراءات المدنية، ج.ر العدد 27 الصادرة بتاريخ 5 ذي القعدة 1413.

فهرست المحتويات

6. المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 64، الصادرة في 10 أكتوبر 1993. الملغى بموجب الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.
7. قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر العدد 48، الصادرة بتاريخ 6 أوت 2000.
8. أمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47 الصادرة في 22 أوت 2001. الملغى بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.
9. قانون رقم 01-10 المؤرخ في 3 يوليو 2001 المتضمن قانون المناجم، ج.ر العدد 35 المؤرخ في 04 يوليو 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-02 المؤرخ في 01 مارس 2007، ج.ر العدد 16 الصادرة في 07 مارس 2007. الملغى بموجب قانون رقم 14-05 مؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر العدد 18، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014.
10. أمر رقم 06-10 مؤرخ في 3 رجب 1427 الموافق 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتمم القانون رقم 05-07 المؤرخ في 19 ربيع الأول 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر. العدد 48 الصادرة بتاريخ 30 يوليو 2006.
11. القانون 06-11 المؤرخ في 06 شعبان عام 1427 الموافق 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط و كفايات التنازل و منح الامتياز الأراضي

فهرست المحتويات

- الخاصة التابعة للدولة و الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية. الجريدة الرسمية العدد 53 الصادرة بتاريخ 30 غشت سنة 2006.
12. الأمر 04-08 المؤرخ في أول رمضان عام 1429 الموافق أول سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر سنة 2008.
13. الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يوليو سنة 2009.
14. الأمر رقم 01-10 المؤرخ في 16 رمضان علم 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة بتاريخ 29 غشت سنة 2010.
15. قانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014. (الجريدة الرسمية العدد: 68 المؤرخة في 31 ديسمبر 2013).
16. القانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد: 14 لسنة 2016.
17. القانون رقم 09-16 المؤرخ في: 29 شوال عام 1437، الموافق 03 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 03 غشت سنة 2016.

فهرست المحتويات

18. قانون رقم 19-13 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ينظم نشاطات المحروقات، ج.ر عدد 79 لسنة 2019.

19. قانون رقم 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي 2020، ج.ر عدد 33 لسنة 2020.

النصوص التنظيمية

1. المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 5 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990. ج.ر العدد 69.

2. المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، ج.ر، العدد 46، الصادرة في 6 أكتوبر 1991.

3. المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 2 يناير 1994 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، ج.ر، العدد 1، الصادرة في 2 يناير 1994 .

4. المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25 مارس 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج.ر، العدد 23، الصادرة في 26 أكتوبر 1995.

فهرست المحتويات

5. المرسوم الرئاسي الرقم 95-306 الممضي في 07 أكتوبر 1995 ، يتضمن المصادقة مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية العدد 59 لسنة 1995.
6. المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الأجنبية المباشرة، ج.ر عدد 66.
7. المرسوم رئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر العدد 66 الصادرة بتاريخ 5 نوفمبر 1995.
8. المرسوم الرئاسي رقم 97-103 المؤرخ في 5 أبريل 1997 المتضمن المصادقة على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في عمان بتاريخ 1 غشت 1996، ج.ر، العدد 20.
9. المرسوم الرئاسي رقم 97-229 المؤرخ في 23 يونيو 1997 المتضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 24 أكتوبر 1996، ج.ر العدد 43.
10. المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998 المتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة

فهرست المحتويات

- للاستثمارات الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، ج.ر، العدد 76.
11. المرسوم الرئاسي رقم 280-2000 المؤرخ في 7 أكتوبر 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق والبروتوكول الإضافي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية ألمانيا الاتحادية يتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المرقعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس 2000، ج.ر. العدد 58، الصادرة بتاريخ 8 أكتوبر 2000.
12. المرسوم الرئاسي رقم 366-01 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 4 أكتوبر سنة 2000، ج.ر. العدد 69، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2001.
13. المرسوم التنفيذي رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 الموافق 5 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج.ر. العدد 48.
14. المرسوم التنفيذي رقم 90-08 مؤرخ في 4 جمادى الثانية 1410 الموافق 4 يناير 1990 المتضمن الموافقة على اتفاق البحث عن الوقود السائل واستغلاله في الجزائر، المبرم بالجزائر العاصمة في 12 أكتوبر سنة 1989 بين المؤسسة الوطنية "سوناطراك" وشركة "أناداركو الجيريا كوربوريشن". في 23 أكتوبر 1989 بالجزائر العاصمة، ج.ر. العدد 2 الصادرة بتاريخ 10 يناير 1990.

فهرست المحتويات

○ -2- القوانين الأجنبية

1. دستور إسبانيا لعام 1978 المعدل .
2. قانون البترول الإيراني الصادر 1958.
3. قانون الاستثمار الكاميروني الصادر 1970.
4. قانون البترول الليبي الصادر 1955.
5. قانون الاستثمار للمملكة الأردنية رقم 11 لسنة 1987
6. قانون المالية التكميلي لسنة 2009
7. القانون المدني الفرنسي 1804.
8. décret n° 67-78 du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, JO du 29 janvier 1967, p. 1073.

○ ثانيا - المراجع باللغة الأجنبية

1-Les ouvrages :

1. Ben chnebAli, les mécanismes juridiques des relations commercial internationale de l'algerie, OPU,Alger 1948.
2. BENJAMIN CONSTAN . Recueil d'articles (1820-1824) . Volumes 1 à 2 : Librairie Droz .GENEVE .1981 . P : 152 ; 153 . (12/03/2016)
3. BERNARD Raymond, Economie Financiare Internationale, Editions PUF, France, 1997.
4. Bureau International du Travail, déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politiquesociale, Editions Organisation internationale du Travail, Suisse, 4^eédition, p.2.

فهرست المحتويات

5. Cavare Louis, La protection des droits contractuels reconnus par les Etatsétrangers à l'exception des emprunts, Valladolid,1956,.
6. Eric Carpano,Etat de droitetdroitseuropéens, Collection logiqueJuridiques, 2005.
7. FABRE Pascale et BABRE Daniéle, Histoire de l'Europe au XXe siècle, Editions Complexe, France, 1995, Tome IV de 1945 à 1975, 2^e partie du début des annéessoixante à la crise,.
8. IKAMA Jean-Jacqueq, Comment partager la rentepétrolière?: Les engagements d'une expérience africaine, Editions TECHNIP, France, 2013.
-Jean_Michel Jacquet « LéEtatOperaateur de commerce international » J.D.I.N⁰03.1989.
-Jean_Michel Jacquet « LéEtatOperaateur de commerce international » J.D.I.N⁰03.1989.
9. jean-flavien lalive:"contrats entre états personnes privées «réc.des cours.la Haye.1983.
- 10.Joint ventures Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, Editions OCDE, France, 4^e édition, p.52.
- 11.Pierre Mayer, La Neutralisation du pouvoir normatif de létat en matières de contrats détat J_D_I N⁰01.1986.
- 12.Samuel K.B. Asante : Stability of Contractuel relation in the transnational Investment precess" Inter .Comp.L.Q.,1979.
- 13.STONE Frank, Le Canada, le GATT et le système commercial internationala, Editions IRPP, Canada, 1988.
- 14.TERKI Nour-eddine, l'arbitrage commercial international en Algérie,OPU,Alger, 1999.

2-Les thèses:

- 1- NADJI Mohamed Salah, Analyse du code des investissements: 93/12 du 05 Octobre 1993, thèse pour l'obtention de magister en Droit, institut de Droit et des

فهرست المحتويات

sciences Administratives de Ben Aknoun, Université d'Alger, 1996.

3-Les Articles:

1. Arezki Nabila : l'interrégulation entre le conseil de la concurrence et
2. les autorités de régulation sectorielle. Revue académique de la recherche juridique, université de Béjaia, vol 06, n°02, 2012.
3. Mebroukine Ali : Quelques réflexions a propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XIX , N 01 , 1982.
4. Terki Nouredine, la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algerie, Revue Algerienne de sciences juridiques et économiques et politiques volume 06 n 02,2001.
5. ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », paru In: Revue académique de la recherche juridique, Faculté de droit, Université de Béjaia, Janvier 2010/n°01.

○ مواقع الانترنت:

1. <http://www.al-fadjr.com/ar/economie/260141.html>.
2. <http://www.djazairess.com/elbilad/205729>
3. <http://aljazairalyoum.com/%D8%A5%D8%AE%D8%B1>
4. <http://sawtalahrara.net/index.php/component/K2/%D8>.
5. <http://www.andi.dz/index.php/ar/presse/1321-le-droit>
6. <http://www.djazairess.com/elkhabar/28298>
7. [http://www.oran-aps.dz/spip.php?article 12622](http://www.oran-aps.dz/spip.php?article%2012622).
8. www.assecaa.org/.../investment_law/.../Investment_low_Jordan.pdf

فهرست المحتويات

9. <http://www.jus.vio.no/Im/icsid.settlement.of.disputes.between.states.andnationals.of.other.states.conveenition.washington.1965/doc>.
10. <http://ita.lwa.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>.
11. <https://www.italaw.com/cases/717>
12. showthread.php?t=171859
13. www.ahlalhdeeth.com/vb/
14. <http://www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions>
15. <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>.
16. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
17. <https://mimirbook.com/ar/6d2ad031b65>
18. https://www.trans-lex.org/261600/_/saphire-award-ilr-1963-at-136-et-seq/
19. <http://econhathat-80.jeuneblog.com>.



فهرست المحتويات

فهرست المحتويات

فهرست المحتويات

اهداء

شكر و تقدير

قائمة اهم المختصرات

1.....	مقدمة.....
12.....	الباب الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي.....
15.....	الفصل الأول: التكيف القانوني لشرط الثبات التشريعي.....
17.....	المبحث الأول: مفهوم شروط الثبات التشريعي.....
18.....	المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي.....
20.....	المطلب الثاني: أنواع شروط الثبات التشريعي.....
21.....	الفرع الأول: شروط الثبات بالنظر إلى الغاية أو الوظيفة المتوخاة منها.....
22.....	- شروط الثبات التشريعي الهادفة إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد.....
25.....	- شرط الثبات وعدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد.....
27.....	الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعي من الناحية الفنية.....
27.....	أولاً: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية.....
30.....	ثانياً: الشروط التشريعية.....
31.....	المطلب الثالث: طبيعة شروط الثبات التشريعي.....
31.....	الفرع الأول: شروط تحويلية لطبيعة القانون.....
34.....	الفرع الثاني: استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد.....
36.....	المطلب الرابع: مدى صحة شروط الثبات التشريعي.....
37.....	الفرع الأول: الاتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي.....
37.....	أولاً- حجج أنصار الاتجاه المؤيد لشرط الثبات التشريعي.....

فهرست المحتويات

- ثانيا- الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه 39
- الفرع الثاني: الاتجاه الرافض لشروط الثبات التشريعي 41
- أولاً- حجج أنصار الاتجاه الرافض لشروط الثبات التشريعي 41
- ثانيا- الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه 44
- الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقى لشروط الثبات التشريعي 47
- المبحث الثاني: مدى تكريس شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري للاستثمار 50
- المطلب الأول: شرط الثبات التشريعي في القوانين الوطنية 51
- المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الجزائري من شروط الثبات التشريعي 54
- المطلب الثالث: مدى التزام الجزائر بشرط الثبات التشريعي 56
- الفرع الأول: حق الشفعة 57
- أولاً: تعريف حق الشفعة 57
- ثانيا: تكريس حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري والقوانين الأخرى ذات الصلة 59
- الفرع الثاني: الرسم على الأرباح الاستثنائية 67
- الفصل الثاني: تمييز شرط الثبات التشريعي عن بعض المفاهيم المشابهة 73
- المبحث الأول: شرط الثبات التشريعي و مبدأ الأمن القانوني للاستثمار 73
- المطلب الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني 73
- الفرع الأول: تعريف مبدأ الأمن القانوني لغة 74
- الفرع الثاني: تعريف مبدأ الأمن القانوني اصطلاحاً 75
- المطلب الثاني: نشأة مبدأ الأمن القانوني 78
- الفرع الأول: المرحلة الأولى للتطور مبدأ الأمن القانوني 79
- الفرع الثاني: المرحلة الثانية للتطور مبدأ الأمن القانوني 81
- المطلب الثالث: أبعاد مبدأ الأمن القانوني 82
- الفرع الأول: البعد الموضوعي لمبدأ الأمن القانوني 83
- الفرع الثاني: البعد الذاتي لمبدأ الأمن القانوني 83
- أولاً- عدم رجعية القوانين 83

فهرست المحتويات

84.....	ثانيا- حماية الحقوق المكتسبة.....
84.....	المطلب الرابع: علاقة شروط الثبات التشريعي بالأمن القانوني.....
89.....	المبحث الثاني: شرط الثبات التشريعي وغيره من الشروط المدرجة في عقود الاستثمار.....
89.....	المطلب الأول: شرط عدم المساس بالعقد.....
89.....	الفرع الأول: تعريف شرط عدم المساس بالعقد.....
91.....	الفرع الثاني: الفرق بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد من حيث الآثار.....
93.....	الفرع الثالث: موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد.....
94.....	المطلب الثاني: شرط إعادة التفاوض.....
95.....	الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض.....
98.....	الفرع الثاني: متطلبات إعمال شرط إعادة التفاوض.....
99.....	أولا- حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة.....
100.....	ثانيا- انهيار التوازن الاقتصادي للعقد.....
102.....	المطلب الثالث: شرط التحكيم.....
103.....	الفرع لأول: تعريف شرط التحكيم وأشكاله.....
103.....	أولا: تعريف شرط التحكيم.....
104.....	ثانيا: الأشكال التي يرد عليها شرط التحكيم.....
104.....	الفرع الثاني: مشارطة التحكيم.....
105.....	أولا: تعريف المشارطة.....
106.....	ثانيا: تحديد موضوع النزاع المشارطة.....
106.....	المطلب الرابع: شرط الثبات التشريعي والشروط الأخرى المشابهة له.....
107.....	الفرع الأول: شرط التوازن الاقتصادي.....
108.....	الفرع الثاني: شرط التدعيم التشريعي.....
109.....	الفرع الثالث: شرط الثبات الدولي.....
110.....	الباب الثاني: أثر شرط الثبات التشريعي على حدود السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار.....
112.....	الفصل الأول: السيادة التشريعية للدولة في عقود الاستثمار.....

فهرست المحتويات

المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمارات الأجنبية.....	113
المطلب الأول: مفهوم الاستثمار.....	113
الفرع الأول: تعريف الاستثمار.....	114
أولاً- تعريف الاستثمار الأجنبي في التشريعات الداخلية.....	115
ثانياً- تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية.....	121
الفرع الثاني: أنواع الاستثمار.....	128
أولاً- الاستثمار الأجنبي المباشر.....	128
ثانياً- الاستثمار الأجنبي غير المباشر.....	140
ثالثاً- معيار التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر.....	141
المطلب الثاني: مفهوم عقود الاستثمار.....	143
الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار.....	143
الفرع الثاني: تمييز عقود الاستثمار عن المفاهيم المشابهة.....	144
أولاً: عقود الاستثمار واتفاقية الاستثمار.....	145
ثانياً: عقود الاستثمار والعقود الدولية.....	145
ثالثاً- عقود الاستثمار و عقود الـ B.O.T.....	147
المطلب الثالث: أطراف عقد الاستثمار.....	151
الفرع الأول: الدولة كطرف في عقود الاستثمار.....	152
الفرع الثاني: الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار.....	154
أولاً: الشخص الطبيعي الأجنبي.....	155
ثانياً: الشخص الاعتباري الأجنبي.....	156
المطلب الرابع: نتائج و آثار شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.....	157
الفرع الأول: الآثار الإيجابية لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.....	157
الفرع الثاني: آثار سلبيات شرط الثبات التشريعي في مجال عقود الاستثمار.....	159
المبحث الثاني: الإجراءات الانفرادية للدولة الماسة بمضمون عقد الاستثمار.....	163
المطلب الأول: التأميم.....	164
الفرع الأول: تعريف التأميم.....	164

فهرست المحتويات

167	الفرع الثاني: خصائص التأميم.....
167	أولاً- التأميم حق غير قابل للتنازل.....
168	ثانياً- قرار التأميم سلطة تقديرية للدولة
168	الفرع الثالث: القيمة القانونية لقرارات التأميم
169	أولاً- الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ليس له أثر قانوني.....
169	ثانياً- الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ذو أثر قانوني إقليمي
171	ثالثاً- الاتجاه القائل بأن قرار التأميم ذو أثر قانوني دولي.....
173	رابعاً- موقف المشرع الجزائري من التأميم.....
176	الفرع الثالث: التأميم في قرارات التحكيم الدولي
176	أولاً- حكم تحكيم Aminoil
181	ثانياً- قضية Texaco
185	ثالثاً- حكم تحكيم AGIP
186	المطلب الثاني: نزع الملكية
186	الفرع الأول: تعريف نزع الملكية
188	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها لنزع ملكية المشروع الاستثماري
189	أولاً- شرط المصلحة العامة
190	ثانياً- شرط عدم التمييز
191	ثالثاً- شرط مراعاة أحكام القانون
191	رابعاً- شرط أداء التعويض
192	الفرع الثالث: نزع الملكية في التشريع الجزائري
193	المطلب الثالث: المصادرة
193	الفرع الأول: التعريف التقليدي لإجراء المصادرة
194	الفرع الثاني: تعريف المصادرة المستترة
195	الفرع الثالث: الفرق بين المصادرة المستترة والإجراءات الأخرى
196	المطلب الرابع: الاستيلاء
198	الفصل الثاني: المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه.....

فهرست المحتويات

- المبحث الأول: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار.....199
- المطلب الأول: المبادئ المتعارف عليها في القانون الدولي 199
- الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين 200
- الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة 201
- أولاً- تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة 202
- ثانياً- موقف الفقه والقضاء من مبدأ الحقوق المكتسبة 203
- الفرع الثالث: مبدأ الإثراء غير القانوني 205
- المطلب الثاني: المبادئ المكرسة في قوانين الاستثمار الوطنية..... 206
- الفرع الأول: مبدأ حرية الاستثمار 206
- الفرع الثاني: عدم التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي 214
- المطلب الثالث: مبدأ نظرية الحيلولة 218
- الفرع الأول: مضمون نظرية مبدأ الحيلولة 219
- الفرع الثاني: موقف القضاء من نظرية مبدأ الحيلولة..... 220
- المبحث الثاني: ضمانات إعادة التوازن في عقود الاستثمار 221
- المطلب الأول: التحكيم الدولي 222
- الفرع الأول: التحكيم أمام المركز الدولي للتسوية منازعات عقود الاستثمار 223
- أولاً- خصوصيات المركز الدولي للتسوية منازعات عقود الاستثمار 224
- ثانياً- طرق تسوية منازعات الاستثمار في مركز الدولي للتحكيم 225
- الفرع الثاني: تكريس التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية 227
- أولاً - التحكيم في إطار الاتفاقيات الثنائية 227
- ثانياً- توقيع الجزائر لبعض الاتفاقيات الثنائية 229
- المطلب الثاني: المسؤولية الدولية للدولة 231
- الفرع الأول: خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة..... 232
- الفرع الثاني: موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية للدولة 233
- الفرع الثالث: دفع مسؤولية الدولة عن اختلال التوازن العقدي 234
- أولاً- دفع مسؤولية الدولة على أساس الظروف الطارئة 235

فهرست المحتويات

237	ثانيا- دفع مسؤولية الدولة على أساس الأزمات الاقتصادية
240	المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية.....
242	الفرع الأول: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة عن نزع الملكية
242	أولا- بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة.....
243	ثانيا- التزام الدولة بالتعويض الشامل
245	الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن التعويض بسبب القرارات السيادية
245	أولا: نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة في سياقها المفاهيمي.....
246	1- تعريف أعمال السيادة
247	2- ظهور نظرية أعمال السيادة
249	ثانيا- التعويض عن أعمال السيادة في تحكيم الاستثمار
251	الفرع الثالث: مسؤولية الدولة عما يصدر عن السلطة التشريعية.....
251	أولا: معيار مسؤولية الدولة عن التشريع المخالف ل ضمانات الاستثمار.....
254	ثانيا: مسؤولية الدولة عن تشريعات الضرائب.....
257	خاتمة
264	قائمة المراجع.....
291	فهرست المحتويات.....