جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

شرط الثبات كضمانة تشريعية للمستثمر الأجنبي

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

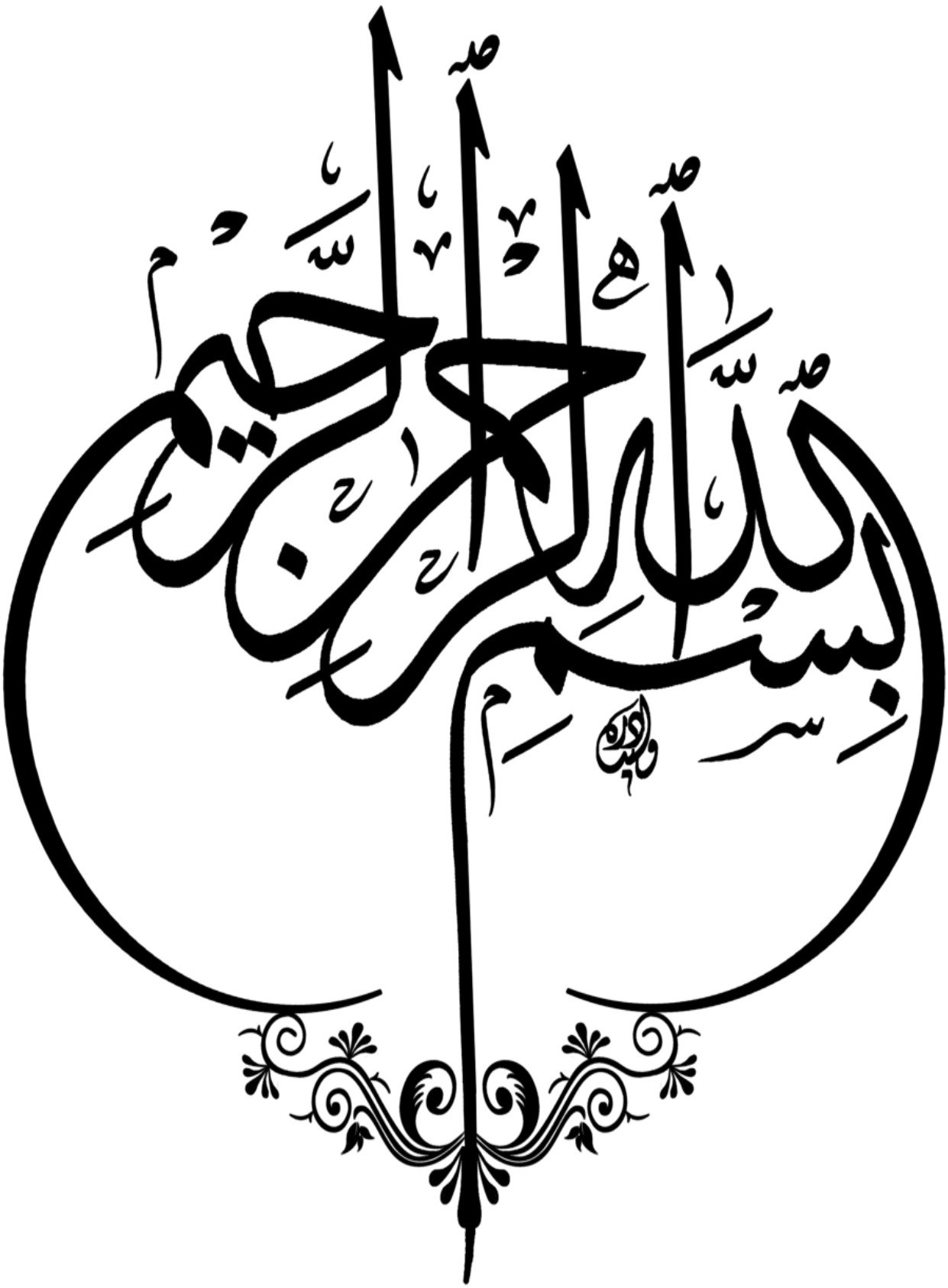
إعداد الطالب :
- نور الدين يونسي
- سعدي محمد لمين

إشراف الأستاذ:
-د. داود منصور

لجنة المناقشة

-د/أ. بن حفاف سماعيل	رئيسا
-د/أ. داود منصور	مقررا
-د/أ. بن مسعود احمد	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنعم علينا بنعمة العلم، ووفقنا لإنجاز هذا العمل واتمامه، نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الخالص والاحترام الفائق الى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل المتواضع، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور: داود منصور.

الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث منذ أن كان مجرد فكرة حتى اكتمل في صورته النهائية، ولم يدخر جهدا في مساعدتنا بما قدمه من توجيهات ونصائح ثمينة زادت من قيمة الدراسة.

كما نتقدم باسم معاني الشكر والعرفان الى الأساتذة الذين درسونا طيلة مشوارنا الدراسي، وكل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على قبولهم مناقشة موضوع المذكرة، والمشاركة في اثراء جوانبه.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر الخالص وتقديرينا واحترامنا الى كل من ساهم من قريب أو بعيد.

" جزاكم الله عنا كل خير "

إهـداء

وجد الانسان على وجه البساطة و لم يعش بمعزل عن باقي البشر وفي جميع مراحل الحياة يوجد اناس يستحقون منا الشكر، و أولى الناس بالشكر هما الأبوان أمي وأبي لما لهما من الفضل ما يبلغ عنان السماء و أخواتي و سارة لي ما لهم من فضل عليا و الى أستاذي و قدوتي في المسار العلمي ذو الأخلاق الفاضلة و مربي الأجيال الأستاذ داود منصور و كل أساتذة الحقوق في جامعة زيان عاشور أهديكم بحثي المتواضع المتمثل في مذكرة التخرج

إهـداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى واهله ومن وفى اما بعد: الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة الى الوالدين الكريمين حفظهما الله وادامهما نورا لدربي.

لكل عائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال من اخوة واخوات

الى رفقائي المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته رعاهم الله ووفقهم.

الى كل قسم الحقوق وعلوم السياسية وجميع دفعة 2021

جامعة زيان عاشور، الجلفة.

قائمة المختصرات

- **ج ر**: الجريدة الرسمية
- **ط**: طبعة
- **ص**: صفحة
- **د س ن**: دون سنة نشر

مقدمـــــــة

مقدمـــة:

إن الاستثمارات الأجنبية مسألة هامة في الاقتصاد الدولي، ومحل خلاف بين الدول المصنعة والدول النامية، بسبب الاختلاف في المصالح والأهداف المرجوة، فالدول المصنعة تسعى إلى تحقيق المزيد من الأرباح، والدول النامية تحاول الاحتفاظ بسيادتها وتحقيق أهدافها التنموية.

يعتبر الاستثمار الأجنبي من أهم مصادر تمويل الدول النامية، حيث يعتمد عليه لتغطية العجز المسجل بين الاستثمار والمدخرات المحلية، وكذا نقل التكنولوجيا والمهارات الفنية وتسريع وتيرة النمو والإسهام في رفع مستوى الدخل والمعيشة والحد من نسبة البطالة من خلال خلق المزيد من فرص العمل، ومن ثم الارتقاء بالأداء الاقتصادي وتحقيق التنمية المستدامة. لذا سعت الدول لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وذلك بتحسين البيئة الاستثمارية واستحداث القوانين الجاذبة للاستثمار، فضمنت تشريعاتها العديد من الضمانات الموضوعية وكذا الإجرائية التي تسعى في مجملها لتحقيق هذا الهدف.

ومن المسلم به في العرف الدولي بأن للدولة كامل الصلاحيات في إلغاء أو تعديل أو إنهاء تشريعاتها الداخلية لم تتمتع بها من سلطة و سيادة، بما يخدم مصلحتها العامة، لكن بالمقابل نجد المستثمر كطرف ثان في العقد يحرص دائما على البحث عن حصانة عقدية مستندة على شرط الثبات التشريعي ضمانا لاستثماراته و تدعيما لمركزه القانوني لأي تغيير قد يطرأ مستقبلا في تشريعات الدولة يمس بمصالحه و يهدد استقرار المعاملات و يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

ويعد تطبيق شرط "الثبات التشريعي" من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار، وخاصة في الدول التي هي بحاجة لجذب الرأسمال الأجنبي، فهي 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، فتعمل

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

ويقصد من شرط الثبات التشريعي ("تجميد التشريع" أو "ثباته واستقراره")، التزام الدولة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات. فالثبات التشريعي يسمح للمستثمر الأجنبي العمل في إطار الحقوق والامتيازات المتفق عليها والنظام التفضيلي الذي استفاد منه، فهو حماية إضافية للحقوق والامتيازات.

ويعد تطبيق شرط "الثبات التشريعي" من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار ،وخاصة في الدول التي هي بحاجة لجذب الرأسمال الأجنبي، فهي 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، فتعمل سلطة المتعاقدين على تثبيت قانون العقد، فلا يسري على العقد إلا أحكامه النافذة وقت انعقاده دون أن يطرأ عليه أي تغيير في المستقبل

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 و تشجيع الاستثمار، لإزالة كل العقبات والمخاوف التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر و من بينها تكريس مبدأ شرط الثبات التشريعي في مختلف القوانين المتعلقة بالاستثمار.

حيث تهدف من وراء تكريس هذه الضمانة إلى جذب المستثمرين الأجانب و هذا من أجل الاستفادة من الشراكة الأجنبية القادرة على ضمان تحويل التكنولوجيا و المعرفة للطرف الجزائري.

وقد شاع إدراج شرط "الثبات التشريعي" في أغلب عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، غير أن احتدام الصراع وتباين المصالح بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، وفي ظل عولمة الاقتصاد وتوحيد القواعد الدولية المطبقة على الاستثمارات، وبالخصوص في مجال الحماية والضمانات، وما ينتج عنه من تدويل عقود الدولة ومحاولة إخضاعها لقواعد القانون الدولي، على الرغم من أن أحد أطرافها لا ينتمي مبدئيا إلى هذا القانون، كل ذلك يؤدي بنا إلى دراسة شرط الثبات التشريعي.

1-أهداف الموضوع

-تقديم عمل علمي لفائدة الباحثين والمختصين في مجال القانون و الاقتصاد والطلاب.

-تسليط الضوء على مدى جدوى تكريس شرط الثبات التشريعي في جذب المستمر الاجنبي و غرس الثقة المتبادلة بين طرفي العقد .

-إعطاء نظرة شاملة على الموضوع ومحاولة فهم كل الإشكالات والعقبات المتعلقة به.

-محاولة الوصول الى اهم النتائج المتعلقة بالموضوع، و إعطاء بعض التوصيات المتعلقة بشأنه.

2-أهمية الموضوع

-ابراز أهمية شرط الثبات التشريعي في ضمان الثقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار.

-ابراز أهمية شرط الثبات التشريعي في تحقيق الأهداف الاقتصادية من خلال جذب الاستثمارات الخارجية.

-دور شرط الثبات التشريعي في استقرار العقدي بين المستثمر والدولة وتجنب حدوث النزاعات بين طرفي العقد.

- يمثل الاستثمار الأجنبي وجذب رؤوس الاموال محل اهتمام الدولة الجزائرية، لذلك تقدم ضمانات وتسهيلات للمستثمر الأجنبي قصد تحقيق التنمية الاقتصادية.

-يحظى الموضوع بأهمية في كونه محل أبحاث ودراسات قانونية واقتصادية.

-اهتمام الواسع النطاق من قبل الدول وخاصة الدولة الجزائرية بهذا الموضوع.

3-أسباب اختيار الموضوع

يعود اختيارنا لموضوع " شرط الثبات كضمانة تشريعية للمستثمر الأجنبي" الى ما يلي:

- **أسباب موضوعية**

باعتبار أن الجزائر تعاني من نقص في مجال الاستثمار و الأعمال خارج قطاع المحروقات وكذا ضعف في التكنولوجيا و الخبرة الفنية و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و غيرها، و أن الجزائر و التي تعد من البلدان السائرة في طريق النمو وبالتالي فان ذلك يجعلها بحاجة إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية و التي قد تكون من بين احد اهم الحلول للمشاكل التي تتخبط فيها و هذا من خلال توفير الضمانات اللازمة لذلك.

- **أسباب ذاتيـــة**

-الرغبة في البحث في هذا الموضوع ودراسته لقلة الأبحاث القانونية والمساهمة ولو بجزء بسيط في اثراء المكتبة القانونية.

-الميل و الاهتمام نوعا ما لهذه الموضوعات المتعلقة بالمجال الاقتصادي لما لهاذا المجال من أهمية بالغة في التنمية و تحسين ظروف المعيشة.

4-الدراسات السابقة

وموضوعنا تتطرّق له عدة دراسات سابقة هي:

- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان. " شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري " ، تخصص قانون اقتصادي، لصاحبها عمر زغودي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 01 ، سنة 2019-2020.
- مذكرة لنيل شهاد الماستر تخصص قانون اداري بعنوان: " شرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر "، للطالبين لروى لطفي و أرجيلوس عماد الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2018-2019.

5-منهج الدراسة

اعتمدنا على المنهجين الوصفي والتحليلي لدراسة موضوع شرط الثبات التشريعي كضمانة تشريعية للمستثمر الاجنبي، بحيث تم استعمال المنهج الوصفي في التعريفات والمفاهيم و تبيان بعض الحقائق الثابتة، في حين تم استعمال المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية و تحليل آراء بعض الفقهاء وصولا الى النتائج.

6- صعوبات الـدراسة:

تتمثل الصعوبات التي واجهتنا في الحصـول على المـراجع والمصادر نظرا لموضوع الدراسة، حيث يصعب دراسته وافراغه في محتوى وفق خطة متوازنة.

7- إشكالية الدراسة

يتمحور موضوع دراستنا حول الإشكالية التالية:

ما هو شرط الثبات التشريعي، وما دوره في حماية المستثمر؟

8-خطة الدراسة

انطلاقا من الاعتبارات السابقة ومحاولة لتحليل الاشكالية المطروحة، قمنا بتقسيم الموضوع الى فصلين: الفصل الأول خصصناه للإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي ، الذي بدوره قسم لمبحثين، أما الأول فكان مفهوم شرط الاثبات التشريعي ، والثاني الطبيعة القانونية لشرط الاثبات التشريعي وعلاقته بالشروط الأخرى ، أما الفصل الثاني فعنوانه دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر فقسم بدوره الى مبحثين، فكان الأول بعنوان تقييم دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر ، والثاني الآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي.

الفصـل الأول:

الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

تمهيد

تعتبر الاستثمارات الأجنبية مسألة هامة في الاقتصاد الدولي، ومن بين العوامل الأكثر أهمية استقرار التشريعات والقوانين في مجال الاستثمار وبالخصوص في الدول النامية التي تطمح الى تحقيق التنمية ، لذلك من بين اهم الاهتمامات التي يراعيها المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا أو شركة حين قيامه بالبحث عن الدولة التي يستثمر فيها أمواله هو ما يتعلق بالبيئة التشريعية للاستثمار وذلك بالنظر إلى المزايا والتسهيلات و الحماية التي تتضمنها هذه التشريعات و مدى تباتها و استقرارها على هذه الوضعية و ذلك من اجل تحقيق الاستقرار في العلاقة التعاقدية بينه و بين الدولة المتعاقدة و كذا ضمان الحماية لوضعيته تجاه استثماره.

يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي لتفادي التعديلات التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، و التي تقوم بها الدول تحقيقا لأهدافها الاقتصادية و مسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات و للإلمام بشرط الاستقرار التشريعي نتطرق – بداية – إلى ماهيته و كذا دوره في تدعيم ثقة المستثمر.

و في هذا الفصل سنقوم بتحديد الاطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي و ذلك من خلال مفهومه (المبحث الأول) و التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي وعلاقته بالشروط الأخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

إن القانون المتعلق بالاستثمار الذي يطبق على عقود الاستثمار الأجنبي متغير وفي تطور مستمر قد يجد المستثمر الأجنبي نفسه مهددا في مصالحه وعلى هذا الأساس يبحث المستثمر عن وسيلة لتفادي آثار التغيير المستقبلي لهذا القانون؛ و التي عادة ما تكون في غير صالحه؛ لذلك فإنه يعمد الى إدراج شرط الثبات التشريعي لضمان استقرار القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاستثمارية بينه و بين الدولة المضيفة.

و لتحديد مفهوم شرط الثبات التشريعي سنتطرق إلى تعريفه (المطلب الأول) و إلى صوره (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي

يعرف على أنه « الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرف في العقد، وفي تعديل القواعد القانونية النافذة بينها و بين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية.»[1]

و المقصود به أيضا «أن الدولة تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي و التنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات».[2]

ويعرف كذلك بوصفه «تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان و إبقائه على الحالة التي كانت عليها لحظة إبرام العقد».

[1] حديدي عنتر ، عادل كروم، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 08، المجلد 02، الجزائر، ديسمبر 2017 ، ص 290.

[2] المرجع نفسه، ص 291

و يعرف شرط الثبات التشريعي أيضا بأنه : " 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 الطرفين " ومن أمثلة ذلك تعديل النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء التشريعي ليعفي الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة.[1]

و قد عرف بعض الفقه شرط الثبات التشريعي بأنه:" تجميد القانون الذي يحكم عقد الاستثمار وقت العقد أو وقت تنفيذه و شل إرادة الدولة عن إجراء أي تعديل لصالحها أي الحيلولة دون إقدام الدولة المتعاقدة على تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة و من ثم تحقيق الحماية و الأمان القانوني لطرف الأجنبي المتعاقد من حيث رضائه بالخضوع إلى قانون ثابت و محدد منذ إبرام العقد لحين انقضائه".[2]

و في التشريع الجزائري عند البحث عن تعريف لشرط الثبات التشريعي و بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمارات[3]. 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 تطرأ تقبلا 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 ضمنيا من خلال أثاره حيث أنه يمكن للمستثمر الأجنبي و بغية ضمان حقوقه ومصالحه ضد مخاطر التقلبات التشريعية أن يدرج هذا النوع من الشروط.[4]

---

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار –الجزائر–، 20182019، ص 26.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، مجلة الحقيقة، العدد 18، الجلفة، ص 189.

3 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.

[4] عمر زغودي، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بتنة 01، 2019-2020 ، ص 18.

و من خلال ما تقدم يتبين أن شرط التبات التشريعي بتفعيله يقيد من سلطة الدولة في التشريع ولكن لا يجردها منها أي انه لا يقصد منها عدم القيام بأي تعديلات في الأحكام القانونية الخاصة بالاستثمار و إنما تعني عدم تطبيق هذه التعديلات على الاستثمار محل الاتفاق المبرم مع الدولة المضيفة قبل صدورها ذلك بأن القانون الذي يحكم العقد وقت الإبرام لا يسري إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرامه مع استبعاد أي تعديل أو إلغاء لهذا التشريع الذي يحكم العقد و ذلك بهدف استقرار العلاقة التعاقدية بين الدولة و المستثمر الأجنبي و حماية هذا الأخير من المخاطر التشريعية التي تؤدي إلى الإضرار بمصالحه.[1]

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.

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 27.

المطلب الثاني: صور شرط الثبات التشريعي

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

الفرع الأول: 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.[1]

أولا: 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 المستقبل.[2]

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 طرفي عقد الاستثمار وبفقد القانون صفته في التعبير عن إرادة المشرع.

---

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 21

[2] 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.

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 اخر 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 العقد.

وإذ نتحفظ على الرأيين السابقين لأنهما ينطلقان من فكرة قوامها المساواة بين إرادة طرفي العقد وإرادة المشرع، بحيث يجيز للأولى أن تلغي الثانية كلياء 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 الاقتصادي.[1]

إلا أن هذا الرأي أيضا منتقد لأنه لم يذكر سند الاستثناء من القاعدة العامة» ولم يفرق بين الصور المختلفة لشروط 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 تعاقدي مختار من قبل الأطراف المتعاقدة من أجل حكم علاقاتهم المتبادلة وهكذا يصبح محصنا ضد أي تعديلات تشريعية تطرأ مستقبلا.

[1] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 01، بيروت، 2006، ص 244.

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

ثانيا- 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 إعمالا لمبدأ آخر هو الحرية الدولية للاتفاقات والعقود أو مبدأ سلطان الإرادة.

وطبقا لهذه الشروط تتعهد الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحصين العقد ضد أية تغييرات تشريعية تطرأ 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 تطرأ على قانون العقد مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر.[1]

فالشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة تحرص دائما على ثبات واستقرار الحقوق والالتزمات العقدية» وقد كان هذا الحرص نتيجة للطبيعة الخاصة للعقود المبرمة مع الدولة لتميزها 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

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 26.

قبل مرحلة التعاقد تضع في حسبانها الرسوم والضرائب المفروضة عليها وفقا للقانون الساري في الدولة المضيفة عند التعاقد.

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 شيوعا 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 تشريعية.[1]

أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

إن الشروط التعاقدية هي تلك التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد الدولي ذاته وتنص على أن القانون الذي يسري على العقود عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام، مع استبعاد أي تعديلات لاحقة قد تطرأ عليه.[2]

فالجزائر قد أبرمت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار العديد من الاتفاقيات كرست من خلالها شرط الثبات التشريعي ومن أمثلة ذلك:

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي –مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وأزمته–، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 305.

[2] والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015 ،ص230.

-الاتفاقية المبرمة مع شركة الدار الدولية سيدار حيث نصت المادة 05 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]

-الاتفاقية المبرمة مع الشركة الجزائرية للإسمنت ACC حيث نصت المادة 06 من الاتفاقية على أنه:« طبقا للمادة15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20غشت سنة2001 والمذكور أعلاه فإن المراجعات والتي تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية».

ثانيا: الشروط التشريعية

وتسمى 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 بصدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد إلا في خلال مدته الأولى؛ لا في خلال مدة تجديده».[2]

1 الامر 01-03 المؤرخ في 20-08-2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، العدد 47، مؤرخة في 22-08-2001، الملغى بموجب قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

[2] 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، 2016 ،ص 267.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي وعلاقته بالشروط الأخرى

يعتبر 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 سنتطرق الى الطبيعة القانونية للشرط الثبات التشريعي مع التعرض الى العلاقة مع مختلف الشروط الأخرى، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي، حيث اعتبره البعض بأنه شرط تحويلي لطبيعة القانون باعتباره يندمج في العقد و يصبح شرطا تعاقديا و يفقد بالتالي على هذا النحو صفته كقاعدة قانونية (الفرع الأول) في حين اعتبرها البعض الآخر بأنها شروط توقيفية لقوة سريان القانون الجديد (الفرع الثاني)، اما (الفرع الثالث) فخصص شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة قانون العقد

يرى أصحاب هذا الرأي أن شرط التبات التشريعي هو شرط تحويلي لطبيعة القانون الواجب التطبيق على العقد ذلك لأن التعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون لا تسري عليه لأنه يندمج في العقد ويصبح عبارة عن شرط تعاقدي كباقي شروط العقد أو بنوده يعبر عن إرادة الأطراف لا المشرع.[1] و بالتالي فإن هذا القانون يفقد صفته القاعدية كقانون و لا يبقى له من صفات القانون إلا اسمه فقط، فالهدف من إدراج هذا الشرط هو طمأنة المستثمر الأجنبي أن التعديلات التي تقوم بها الدولة في وقت لاحق على إبرامها العقد معه لا تطبق عليه و لكي نصل إلى هذه الغاية، فإن القانون المختار يتم إدماجه في العقد بصورة تجمده لحظة إبرام العقد، و من هنا يمكننا القول أن

[1] كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، العدد03، تيزو وزو، الجزائر، 2016، ص 182.

شرط التجميد الزمني للقانون يمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون و أن هذا التحويل هو تعبير عن سلطان الإرادة و الحرية الدولية للعقود و تستطيع هذه الإرادة أن تستبعد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد، و كذلك صهر هذه القوانين في العقد نفسه, بحيث لا تملك القوة إلا تلك التي تمنحها لها الأطراف أنفسهم إلا أن فكرة الاندماج لا تتوفر في حالة غياب الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و تحديد ذلك القانون من قبل القاضي و بالتالي هنا لا تتوفر الطبيعة التحويلية للقانون المختار إلا في حالة اختيار الأطراف صراحة للقانون و إدماجه في العقد.[1]

فالأطراف المتعاقدة نظرا لما تتمتع به من حرية و استقلال في الإرادة، يكون لها الحق في أن تدمج في اتفاقها القواعد التي تراها ملائمة و منظمة لعلاقتها و المأخوذة من القانون الوطني و يسمى اندماجا سواء تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني بعض القواعد منه.

و قد وجهت إلى هذا الاتجاه سهام النقد لأنه عاجز عن تفسير ظاهرة عدم سريان أحكام القانون الجديد إذا كانت شروط الثبات تشريعية وضعها المشرع ذاته تشجيعا للاستثمار هذا من جانب، أما من الجانب الآخر فإن النظر إلى شرط الثبات على أنه شرطا تحويليا يؤدي إلى فقدان القانون لطبيعته القاعدية و تحوله إلى مجرد شرط تعاقدي تجعل من هذا الشرط وسيلة للإفلات من خضوع العقد لأي قانون و بالتالي يصبح العقد بلا قانون يحكمه.[2]

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 39.

[2] أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار الأيام، عمان الأردن، ط1، 2011، ص 125

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن شرط الثبات التشريعي أنه استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد ذلك المبدأ السائد و المستقر في إطار القانون الداخلي، سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو القانون الإداري، طالما كان هذا القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام، فمن المعلوم أن القانون الجديد الآمر يسري باتر فوري و مباشر على كافة العقود حتى تلك التي ابرمه في ظل القانون القديم قبل صدور القانون الجديد» و لا يعتبر في سريان القانون الجديد على هذه العقود أية رجعية .[1]

و بهذه المثابة فان شرط الثبات التشريعي الذي يهدف إلى استمرار سريان القانون الذي تم للأطراف اختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد تعد استثناء على مبدا السريان الفوري للقانون الجديد أو يسمى بانه شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد و الذي يحول دون إعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان.[2]

و يستند أصحاب هذا الراي على عدة اعتبارات:

فمن ناحية نجد أن قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف؛ بل هو صادر عن سلطة تشريعية» يفرض على هؤلاء فهم المخاطبون بأحكامه، ذلك أن إرادة الأطراف تتدخل في مرحلة معينة لتحديد و اختيار القانون المختص لحكم العقد، و هنا ينتهي سلطان إرادة الأطراف. فلا تستطيع هذه الأخيرة أن تدمج القانون في العقد بل يتم اختياره ليسري على العقد.

و من ناحية أخرى فإن القاضي، إذ يطبق القانون المختص فهو يطبقه باعتباره قانونا و ليس شرطا تعاقديا، و هو يوقع الجزاء الذي يتضمنه و لا يصح التحدي هنا بانه من غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون» فالغالب أن شرط التبات التشريعي الذي يكون له هذا الأثر

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 336.

[2] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 40.

التوقيفي هو شرط تشريعي موجود بالقانون الواجب التطبيق خصوصا قانون دولة معينة طرف في العقد، و ليس ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها فهي مشرعه.[1]

وبذلك يبدو الرأي القائل بأن شرط الثبات التشريعي هو شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد، إي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد أكثر ملائمة في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.

هذا على خلاف الاتجاه الذي جعل العقد طليقا حرا بدون قانون، و هذا يشكل مخالفة لحقيقة دور الإرادة التي تستطيع اختيار القانون و ليس تجريده من طابع ملزم علما أن نظرية الاندماج التي نادى بها الفقه قد هجرها القضاء نتيجة مآخذها التي تمس بطبيعة القانون و وظيفته.

و قد أكد هذا الاتجاه أحد قرارات التحكيم الشهيرة، إذ قضى بأنه: من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني و لكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها القانون ذلك مسبقا، و إذا كان العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها.

و إلى جانب كل هذا يؤدي القول بنظرية الاندماج إلى سمو الإرادة الفردية على القانون كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد استقلالا عن القانون، و هذا يبدو غير معقول في المنطق القانوني ذلك أنه لا قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من أجل ترتيب الأثر المراد.

و بناء عليه فإن شرط الثبات التشريعي ليس إلا استثناء على مبدأ معروف لدى الأنظمة القانونية و الفقه و القضاء على حد سواء هو مبدأ الأثر المباشر و الفوري للقانون الجديد بما يستتبع بقاء المستثمر محتفظا بجميع الامتيازات و الضمانات التي منحت له بموجب نص صريح أقره المشرع نفسه.[2]

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 41.

[2] بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، سعيدة، 2017، ص ص 535-536.

الفرع الثالث: شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري

من خلال قوانين الاستثمار التي تلت فترة التسعينات يلاحظ أنها تضمنت التأكيد على جواز شروط الثبات التشريعي، في ظل المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار،[1] 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 وبترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف».[2]

أكد بصراحة المشرع الجزائري وعلى 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.

جاءت بعض المواد من الامر 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009،[3] ومنها المادة 58 والتي تنص 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».

وفي قانون المالية لسنة 2010 ، حيث قام المشرع الجزائري باستحداث قيد جديد يتمثل في خضوع المشاريع الاستثمارية الجديدة في حالة تعديل السجل التجاري لقاعدة 49-51 % فيما يخص توزيع الأسهم.

[1] المادة 15 من الامر 01-03 السالف الذكر

[2] المادة 16 من الامر 01-03 السالف الذكر

[3] الامر 09-01 المؤرخ في 22-07-2009 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر، صادرة بتاريخ 26-07-2009.

صدور القانون رقم 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار،[1] والذي دعم شرط الثبات التشريعي بموجب المادة 22 منه و أكد حرص المشرع الجزائري على توفير مناخ الاستثمار الآمن للأجانب بغية الاستفادة من خبراتهم ونقل التكنولوجيا وغيرها.... .

المطلب الثاني: علاقة الشرط الثبات التشريعي وبعض الشروط الأخرى

يجد شرط الثبات التشريعي إلى جانبه العديد من الشروط المدرجة ضمن عقود الاستثمار والخادمة لمصلحة المستثمر الأجنبي والتي من بينها شرط عدم المساس بالعقد، شرط إعادة التفاوض، وشرط التحكيم .

الفرع الأول: شرط عدم المساس بالعقد

أولا: تعريف شرط عدم المساس بالعقد

الأستاذ " **prosperweil**" أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، بحيث ينصرف معنى شرط عدم المساس بالعقد إلى تعهد 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 الإدارية، بينما يهدف شرط الثبات التشريعي إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية أي ما ينجم عنها بوصفها سلطة تشريعية.[2]

وعادة ما ترد شروط الثبات التشريعي ضمن شروط العقد المنظم لعقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، سواء كان عقد مشاركة بالإنتاج أو عقد امتياز 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

[1] القانون رقم 16-09 المؤرخ، في 03- 08-2016، يتعلق بترقية وتطوير الاستثمار، ج ر ،العدد 46، الصادرة بتاريخ 03-08-2016

[2] قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة، مجلة الإدارة، مجلد 07، عدد 01، 1997، ص 58

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 الاقتصادي.[1]

– **يعرف عقد الامتياز بكونه:** ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف أخر 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 ودين فرد أو شركة يعهد إليها استغلال المرفق لفترة معينة من الزمن.

ثانيا: 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 عامة.[2]

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، فان 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 وتتلخص في مدى التزام

[1] محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون جامعة الامارات، 20–21 ماي 2003 ، ص 205.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 91.

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 العقد.[1]

وتتضمن عقود البترول غالبا شرطا من شروط عدم المساس بالعقد التي تشبه من حيث أثارها إلى حد بعيد شروط 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 طرفا 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 أيضا الكامنة وراء النوع الآخر من الشروط التي تعالج دائما مقترنة بشروط الثبات التشريعي وتتلازم معها مثل شروط عدم المساس بالعقد» فهذه الشروط الأخيرة تهدف إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطاتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 ، ص ص 327-328.

ثالثا: موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد

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

منتجه لأثار قانونية، والثاني يذهب إلى إخضاعها للسلطة السيادية للدولة» أما الثالث والأخير فيخضعها للنظام القانوني الذي يحكم العقد.

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 المستمر.[1]

الفرع الثاني: شرط إعادة التفاوض

بعيدا عما قيل عن شرط الثبات التشريعي، فإنه انطلاقا من أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل وأن الالتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، فبالنظر لحاجة الأفراد المتزايدة للأمن التعاقدي 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.

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

وتتجسد الأهمية العلمية له من خلال ارتباطه بعقود تزداد يوما بعد يوم في حياة الدول جميعا وبعد هذا الشرط كضمانة عقدية أو تقنية وليدة ممارسات عقدية وهذا يثبت أن عقد الاستثمار يتسم بالمرونة، كما يثبت أنه يمكن ابتداع ضمانات أخرى من أجل مصلحة المستثمرين.[1]

وقد ظهر هذا الشرط إلى الوجود كنتيجة لرغبة المتعاملين في عقود التجارة الدولية للإبقاء على عقودهم قائمة بالرغم ما 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.

أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض

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

أما الفقه الانجليزي فيطلق عليه تسمية" **Clause de hard ship** " وسميه الفقه الأمريكي شرط الاختلال الكبير" **clause indequitty Gross** " أما الألماني فيستعمل عبارة" **Geschaftsgundlagen**", بينما يعبر عنه الفقه الجزائري بشرط المشقة وكذا اشتراطات الهارد شيب، وأيضا مصطلح شرط إعادة التفاوض وذلك بالنظر إلى النتيجة التي تترتب عنه وهي إعادة التفاوض.[2]

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

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 96.

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.[1]

– 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 إعسار غير عادل.

– "الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معينة وفقا إجراءات 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 التي حدثت بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء تلك الظروف.

– 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 صوره 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

[1] عبد الحق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في اطار التحكيم الدولي، دار الافاق المغربية، سنة 2015، المغرب، ص 198.

يواجه في عقد آخر ظروفا 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.

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 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 اتفاقية.[1]

ثانيا: متطلبات إعمال شرط إعادة التفاوض

وفقا للتعاريف السابقة المتعلقة بشرط إعادة التفاوض، وبالاطلاع على ما جاء في المادة 6-2/2 من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية " **Unidroit**" التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص عام1994 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:[2]

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.

[1] زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء 01، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 525.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 98.

3- ألا يكون الحادث الاستثنائي معروفا للطرف المضرور منه إلا بعد إبرام العقد.

4- أن يكون الحادث الاستثنائي خارجا عن إرادة الطرف المضرور منه.

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.

1- حدوث ظروف استثنائية غير متوقعة[1]

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 العصوبات والظروف غير المتوقعة» متى كان المقاول يتصور وقوعها وأخذها في اعتباره عند وضع الثمن حتى ولو كانت هذه الصعوبات بطبيعتها غير متوقعة.

[1] عبد الحق الدحماني، الرجع السابق، ص ص 200-201.

وإذا كان الظرف الطارئ يقترب من القوة القاهرة باعتباره وضعا جديدا لا دخل لإرادة طرفي العقد في إنشائه، وإنما يكون مصدره أجنبيا عنهما ولا يختص مطلقا 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 وريما 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 ومحققة ترهق كاهله.[1]

2- انهيار التوازن الاقتصادي للعقد

لا يكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض أن تحدث ظروف استثنائية غير متوقعة» ولكن لابد 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 لا حيث نصت على ما يلي: "تقرر التزام أطراف العقد القيام بالتزاماتهم حتى ولو أضحى التنفيذ أشد كلفة".[2]

[1] فيصل يجي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، بحث منشور ، بتاريخ 25-05-2021 على موقع: www.droitetentreprise.com

[2] ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية (اتفاقية فيينا لبيوع 1980)، ط 02، مكتبة الجلاء المنصورة، 1995، ص363.

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 لالتزاماته وإن لم تكن مستحيلة إلا أنه مرهقة إرهاقا شديدا، 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 الشدة.[1]

وللإشارة، فإن الحادث المكون لشرط إعادة التفاوض " **Hard Ship** " يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد المتعاقدين أو يصيبه بضرر فادح إذا ما نفذه بالشكل المنصوص عليه في العقد، بينما تؤدي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام التعاقدي، 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 ذلك بقوله: يقترب 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 مستحيلا فإن حدث ال " Hardship " يجعل تنفيذ العقد أكثر تكلفة لأحد المتعاقدين فقط، حيث يختل الأساس الاقتصادي ولكن العقد يبقى ممكن التنفيذ.

[1] عبد الحق الدحماني، المرجع السابق، ص 202.

وقد حرصت مبادئ" **Unitdroit** "على إبراز هذا الفرق بين استحالة التنفيذ واختلال توازن العقد، حيث نصت المادة 6/2-2 منها على أن الأحداث المشكلة لشرطا لـ" Hardship " التي يجب أن يختل فيها توازن الأداءات بشكل أساسيء 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 نتائجه.[1]

الفرع الثالث: شرط التحكيم

أولا: تعريف شرط التحكيم وأشكاله

1- تعريف شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم 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. وبأخذ 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 المختارة.[2]

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 الاستثمار.

[1] مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2014-2015، ص ص 155-156.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 103.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه:[1] "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.[2]

2- الأشكال التي يرد عليها شرط التحكيم

قد يكون شرط التحكيم في صورة بند من بنود عقود الاستثمارات وبوقع 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 الآخر.[3]

ثانيا: مشارطه التحكيم

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 تنفيذ العقد وبقوم بينهم نزاع، هنا أباح لهم المشرع إبرام مشارطة يكون لهم بمقتضاها اللجوء إلى التحكيم.[4]

1- تعريف المشارطة

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 المشارطة بيان بالنزاع وبيان بالمحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع.[5]

---

[1] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] المادة 1006 و1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

[3] رائد أحمد رائد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية – النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، ط01، ج02، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص 46.

[4] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 104.

[5] رائد أحمد رائد، المرجع السابق، ص 47.

وتتضمن المشارطة بيان بكل المسائل التي يجب أن يقوم على أساسها التحكيم بمعنى أن تتضمن المسائل التي يجب عرضها على التحكيم، وكيفية اختيار الهيئة وعدد المحكمين واللغة التي يجري على أساسها تطبيق وكيفيه تنفيذ الحكم، ويما أن مشارطة التحكيم تكون بعد حدوث النزاع، فإنها دائما 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 جزءا من العقد.

ولقد عرف المشرع الجزائري مشارطة 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".[1]

ومن هناء فإن مشارطة التحكيم تقترب من عريضة الدعوى، حيث تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف.

2- تحديد موضوع النزاع المشارطة

يشترط لصحة مشارطة التحكيم أن يتم تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم؛ والسبب في ذلك أن المشارطة 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 والإدارية،[2] حيث أوجب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم وإلا كانت المشارطة 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 مشارطة التحكيم فتكون خاصة بالنزاع المحدد في المشارطة، وهذا هو السبب الذي من أجله ستلزم المشرع تحديد موضوع النزاع على وجه الدقة في المشارطة، وعدم تحديد المسائل موضوع النزاع في حالة المشارطة يجعل هذه الأخيرة باطلة.[3]

[1] المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والادارية السالف الذكر.

[2] المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والادارية السالف الذكر.

[3] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 106.

المطلب الثالث: 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).

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 حدت 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 للإعادة التوازن الاقتصادي.[1]

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 لحقته جراء هذه التعديلات.[2]

[1] يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مجلد 09، العدد 01، 2018، ص 789.

[2] محمود فياض، المرجع السابق، ص 235.

الفرع الثاني: شرط التدعيم التشريعي

لا يكتمل شرط الاستقرار التشريعي بمجرد توافر شرط تجميد التشريع إذ يجب توافر شرط أخر يعرف بشرط التدعيم التشريعي، ويراد به حق المستثمر في الاستفادة من الأحكام الجديدة الواردة في اتفاقيات وعقود الاستثمار، وهذا إن كان النص الجديد أكثر تحفيزا بالنسبة للمستثمر.[1]

وبالرجوع للمشرع الجزائري بموجب المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار،[2] 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 فقرة2 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».[3]

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية من المبادئ التي تكرس 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 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 الى مستثمري دولة ثالثة.

[1] عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون دولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص 222.

[2] المادة 22 من القانون 16-09 السالف الذكر.

[3] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 108.

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 تلقائيا على العقد الموقع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، بل يجب لتطبيق هذه الشروط تمسك المستثمر الأجنبي بهذه النصوص وتضمينها في العقد تأسيسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه الحالة تنشئ مظلة من الحماية القانونية الدولية للعقد الموقع بين الطرفين» إضافة إلى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد.[1]

[1] محمود فياض، المرجع السابق، ص 263.

الفصل الثاني:

دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر

تمهيد

نظرا لأهمية شرط الثبات التشريعي بالنسبة للمستثمرين الأجانب و ذلك من خلال تكريسه من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، يهدف الى إبعاد تخوفهم من فقدان الامتيازات التي تحصلوا عليها وبالتالي فشرط الثبات التشريعي يلعب دورا هاما في اطمئنان المستثمر الأجنبي على استثماره مما ينعس إيجابا على الدولة المستضيفة للاستثمار من خلال تحقيق القيمة الاقتصادية للاستثمار، ولكن قد تضطر الدولة الى التدخل و احداث تغيير في العقد و المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه يترتب عنه تعديل أو إنهاء عقد الاستثمار ونتيجة لذلك ينتج عنه عدة آثار سلبية سواء تعلق الامر بالمستثمر الأجنبي أو بالاستثمار أو الدولة في حد ذاتها.

الغالب في عقود الاستثمار أنها طويلة المدة ، كما تتسم بالسمة الدولية إذا كان المستثمر أجنبياً، وهذا يعني ضرورة التوفيق بين أهداف كلا الطرفين لكي يؤدي العقد أهدافه المشروعة، لذلك فإن هذه العقود تثير مجموعة من المنازعات التي تنشأ نتيجة لتغير الظروف التي عاصرت مرحلة إبرام العقد، ويرجع ذلك لأسباب متنوعة منها تعود إلى الدولة المضيفة ومنها تعود إلى المستثمر، وقد يكون النزاع مستندا إلى نصوص تعاقدية بحتة، إلا أن ذلك لا يمنع أن يمثل إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية في ذات الوقت إخلالا بالتزاماتها في تشجيع وحماية الاستثمار.

وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين، وكل مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: تقييم دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي

المبحث الأول: تقييم دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر

للنظر في مدى فعالية شرط الثبات التشريعي يتعين علينا الوقوف على المزايا التي يقوم عليها (المطلب الاول) ثم التطرق إلى عيوبه الناتجة عنه (المطلب الثاني) وذلك من خلال الممارسات العملية لشرط الثبات والآراء الفقهية المتضاربة بشأنه.

المطلب الأول: مزايا تطبيق شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر

إن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد هي استقرار الرابطة العقدية، وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد، مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي، و توجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر.[1]

و لقد جاءت عقود الدولة في مجال الاستثمار و التي تعتبر المجال الخصب لظهور شروط الثبات التشريعي و تطورها حيث جاءت لتحقق ضمانا من بين الضمانات التي يحاول الطرف الأجنبي حماية نفسه بموجبها من مخاطر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة خشية أن تضيع حقوقه، فالدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية، و المستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا و الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص يحاول أن يدر اختلال التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة بإصدار قواعد تشريعية جديدة خاصة بما له علاقة مباشرة بميدان الاستثمار كتعديل القانون الجبائي أو التعريفات الجمركية مما يؤثر على مردودية هذه الشركات الأجنبية.[2]

وبهذا فقط يتحقق الأمان والاستقرار في مجال المعاملات الاقتصادية، علما أن الهدف الذي سعى اليه المشرع أصلا من وراء ادراجه لقاعدة الثبات التشريعي جاء بعد اعتقاده الجازم أن مناخ الاستثمار لن يكون قادرا على جذب المستثمرين إذا شعر هؤلاء بأن القانون الذي يحاولون تجسيد استثماراتهم على أساسه بما يمنحه لهم من امتيازات قد يعدل أو يلغى، فيجد هؤلاء أنفسهم

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص57

[2] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 161-162.

أمام قانون لا يتماشى ومصالحهم ولو كان ساريا وقت إبرام العقد لما اقر على المغامرة برؤوس أموالهم في دولة يقوم مناخها الاستثماري على عدم الاستقرار التشريعي.

وقد كان الحرص على تثبيت القانون الذي يحكم العقد على الحالة التي كان عليها وقت الإبرام ناتج عن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار المبرمة مع الدول و تميزها بطول مدة سريان التعاقد، واحتياجاتها إلى الدراسات الأولية و الخبرات ورأس المال الوافر الذي غالبا ما تسعى إلى توفيره من المؤسسات المالية، كما أن هذه الشركات عند إعدادها الدراسات في مقابل مرحلة التعاقد تضع في حسبانها الرسوم و عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، الضرائب المفروضة عليها وفقا للقانون الساري في الدولة المضيفة عند التعاقد وهو ما يبرز أهمية شرط التبات التشريعي في هذا الوضع.[1]

واضافة إلى ذلك فأن فعالية وأهمية شرط الثبات التشريعي تنبع من عدة نواحي فهي تؤذي دور كبير في عملية جذب الاستثمار إذ تسعى إلى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الأجنبي طيلة مدة العقد وتكون هذه الشروط دوما لصالح الشريك الأجنبي أكثر من الدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها صاحبة السيادة الطرف الأقوى في هذه العلاقة، كمالا ينتهي دورها في الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي بحيث تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند إحالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة ما أو هيئة تحكيم معينة حيث يمكن لهذه الشروط أن تمارس قوتها القانونية من حيث كونها باعثا هاما في الوصول إلى حلول وسطية أو تسوية ودية، وتشكل أيضا معيارا حاسما لحسن تنفيذ العقد لما نقرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك احد بنوده إذ أن مخالفة هذه الشروط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض.[2]

[1] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 161.

[2] جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، خنشلة الجزائر، 2018، ص 267

هذا بالإضافة إلى مساهمتها في توفير مناخ ملائم للاستثمار في حال احترام الدولة لها من حيث ضمانها لحقوق المستثمر والأوضاع التي جرى في ظلها الاستثمار بما يؤذي إلى نجاح المشروع ومحافظة الدولة على مصالحها ومؤسساتها السيادية.

و علاوة على ذلك فقد سمحت أيضا العديد من تشريعات الدول النامية بإدراج شرط الثبات التشريعي في قوانينها الداخلية، وهي عديدة ومتعددة ولا يتسع المجال لعرضها، وذلك في اطار سياسة التي تتبعها هذه الدول من اجل جذب الاستثمارات الأجنبية لما يحققه هذا الشرط من طمأنة للمستثمرين في عقودهم مع الدولة.[1]

المطلب الثاني: عيوب تطبيق شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر

إن هدف الدولة بإبرامها لعقود الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية، فهي ليست عقود تقليدية لأطراف سلطة تحصينها ضد سريان أية قواعد قانونية جديدة ،كما أنها ليست نظام تابت يحدد حقوق والتزامات الأطراف على نحو نهائي طوال مدة تنفيذها، بل هي عقود لها طبيعتها الخاصة »وهي طبيعة لها علاقة بالاعتبارات السياسية والاقتصادية، خاصة وانها تتراخى في الزمن مما يجعلها عرضة للتقلبات» أنها عقود قابلة للتغير والتبديل بطبيعتها، وهو ما يحول دون إعمال أية قواعد تتنافى مع هذه الطبيعة، ومن تلك القواعد قاعدة الثبات الزمني للقانون الواجب التطبيق على مشروع الاستثمار.[2]

كما أن القانون الدولي العام والذي يشير اليه الفقه دائما من اجل الحيلولة دون إمكانية تعديل العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي يقبل تغير العقد نتيجة تغير الظروف، بل أن معاهدة فيينا المنظمة للمعاهدات الدولية تنص في المادة 62 منها على انه لا يجوز الاستناد إلى التغير الجوهري غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند أبرام المعاهدة كسبب لأنهاء المعاهدة أو الانسحاب منها إلا عند توافر الشرطيين التاليين:

1-إذا كان وجود هذه الظروف قد اعتبر أساسا هاما لإرتضاء أطراف الالتزام بالمعاهدة.

[1] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 60.

[2] بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص 537.

2- إذا ترتب على التغير تعديل جذري في نطاق الالتزامات التي يجب أن تنفذ مستقبلا طبقا للمعاهدة.

فالقانون الدولي العام إذن يقرر إمكانية تعديل المعاهدات المبرمة بين الدول طالما لم تعد الأشياء على حالتها التي كانت عليها لحظة توقيع المعاهدة وتقدير تغير الظروف لا يعتمد على معيار شخصي وهو توقعات الأطراف بل يعتمد على معيار موضوعي. وهو ما يتنافى مع تكريس شرط الثبات التشريعي وأعماله في هذه الحالات.

ناهيك على انه ما يعاب على شرط الثبات التشريعي هو انه قد يعد تدخلا أو تقليصا في سيادة الدولة وحدا من سلطتها التشريعية كما يجرد الدولة من مزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي باعتبار أن شرط الثبات يخدم مصلحة المستثمر أكثر بما يخدم مصلحة الدولة فكلاهما لا يقبل ترجيح المصلحة في الوقت الذي لا يتمتع به ذلك الطرف بذات المرتبة في علاقته بدولته الأصلية.[1]

وبالإضافة إلا ما تم ذكره فانه يمكن أن نلمس عيوب شرط الثبات من عدة نواحي وهذا من خلال:

1-ادانة أحكام القضاء و التحكيم لشروط الثبات التشريعي

لقد أدان أحكام هذه الشروط في أكثر من مناسبة» وعلى الرغم من أنصار هذه الشروط قد استندوا على أحكام القضاء إلا أن كثير من الأحكام تدين هذه الشروط وتدعو لهجرها.

فقد قضت محكمة استئناف بروكسل في قضية امس بحكمها الصادر في 04 فيفري 1936 أن: "الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضا لكل تعديل له." كما قررت المحكمة العليا الألمانية في 27 ماي 1936 أنه: "من المستحيل أن يقرر الأطراف عند إخضاع عقدهم لتشريع دولة معينة استثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون ساريا، أو أن الأطراف يخشون بدء سريانه لاحقا، هذا ما لم يتعلق الأمر بقانون مكمل، و

[1] طارق كاظم عجيل،القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، كربلاء، 2011 ، ص 10.

لا يكون استبعاده بالتالي مخالفا لخضوع الأطراف لنظام التشريع في تلك الدولة» ففي الواقع إن الخضوع غير المحدود لتشريع معين هو فقط الذي يضمن تنظيم الرابطة القانونية.[1]

و لقد أقر قضاء التحكيم فعلا حق الدولة في تعديل أو إلغاء قانونها و سريانه على العقود التي تبرمها حتى في حالة وجود شرط التبات التشريعي ففي نزاع بين مؤسسة الاستثمار البيروفية و دولة البيرو قضت هيئة التحكيم بحق هذه الأخيرة في تعديل قوانينها الضريبية نظرا لحاجة اقتصادها إلى تنمية موارده المحلية وفقا لمعيار المصلحة الاقتصادية العامة و ذلك على الرغم من وجود تشريع سابق نص على أن قيمة الضرائب المفروضة هي تلك القيمة الثابتة وقت نفاده.[2]

2-مخالفة شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية في علم القانون

إن جوهر شرط الثبات التشريعي هو منح الأطراف المتعاقدة سلطة تحديد حالات سريان التعديلات التشريعية التي طرأت على قانون الإرادة على عقدهم من عدمه؛ و هذا الأمر يشكل تعديا على سيادة الدولة التي اختير قانونها لحكم العقد، كما و يتنافى مع صحيح القانون، ذلك أن الذي يملك حق إجراء التعديلات هو مشرع الدولة التي ينتمي إليها و الصادر عنها القانون الواجب التطبيق» فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقتضي احترام كل النطاقات التي يقررها مشرعه فخضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل، سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك الخضوع أم لاء على أنه احترام كامل لهذا القانون بما فيه قواعده الانتقالية.[3]

بل إن شروط الثبات التشريعي تتنافى مع معطيات أساسية أخرى في القانون الدولي الخاص و هي أن العلاقة محل النزاع في العقد الدولي بعد تحديد القانون واجب التطبيق عليها تصبح كالعقد الداخلي البحث. و عليه يجب معاملة العقود الدولية معاملة العقود الداخلية من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة، و لما كان من الثابت في القانون الداخلي أنه لا يسمح

[1] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 159.

[2] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 62.

[3] مرجع نفسه، ص 63.

للأطراف المتعاقدة إلا باستبعاد القواعد الجديدة المكملة أو الاختيارية بنص صريح فإن ذات الأمر يجب أن يكون في مجال العقود الدولية.

بحيث يمكن الأطراف من استبعاد الأحكام المكملة فقط و على أن يتم ذلك عن طريق إرادة صريحة وواضحة، و أن يبقى دافع النظام العام هو السبيل الوحيد لاستبعاد الأحكام الجديدة و ليس إرادة الأطراف، كما لا يعد الأثر الرجعي للقانون الجديد مخالفا للنظام العام استنادا إلى حق المشرع في حماية مصالحه بإصدار مثل تلك القوانين بأثر رجعي.[1]

كما أن قواعد التنازع بين القوانين تصطدم مع شرط الثبات التشريعي، لأنها ستؤدي إلى تجزئة القانون وهذا يتناقض مع فكرة الإسناد الإجمالي للقانون و التي تقضي بأن الإحالة لقانون معين معناها الإحالة إليه في جملته بحيث يتعين على القاضي في حالة وقوع نزاع أن يطبق القانون المسند إليه بكامل أحكامه بحيث لا يجوز له استبعاد بعضه و إعمال البعض الآخر.

و حتى لو افترضنا إمكانية تجزئة القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار بحيث يخضع فقط للأحكام السارية وقت إبرامه دون الأحكام الجديدة التي طرأت على هذا القانون» فإن هذا سيجعل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكاما متصفة بالطبيعة بعد إلغائها لقد أضحت بمعنى آخر نصوصا ميتة في نظر مشرعها، و هذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد و تحول عن طبيعته و هذا يعد في حد ذاته أمرا مرفوضا فقها و قضاء.[2]

[1] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 154.

[2] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 64.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي

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 متمتعا بالحقوق الممنوحة له وفقا لأحكام التشريع الذي أسس استثماره في ظله .

وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، اما الأول فكان بعنوان نفاذ شرط الثبات التشريعي في مواجهة الدولة، والمطلب الثاني جزاء الإخلال بشرط الثبات التشريعي.

المطلب الأول: نفاذ شرط الثبات التشريعي في مواجهة الدولة

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 والغائها باستثناء الاستثمارات التي تم إنشاؤها في ظل قانون ما، حيث يبقى هذا القانون ساري المفعول عليها كاستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقوانين في حدود هذه الاستثمارات، وهذا لا يعد تنازلا 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 سلبا بدوره على تطور الاستثمارات، كما أن حق الشفعة يهدف إلى استغلال الاستثمار بطريقة أفضل تعود بالنفع على الاستثمار.[1]

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

أولا: تعريف حق الشفعة

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

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 معا.[2]

2–تعريف حق الشفعة اصطلاحا

عرف المشرع الجزائري حق الشفعة في القواعد العامة في المادة 794 من القانون المدني[3]، 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...".

مما سبق. تعد الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية يستعملها طالب الشفعة لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، ولا يمكن تطبيقها حسب المادة 794 من القانون المدني إلا في بيع

[1] عمر زغودي، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، مرجع سابق، ص 57.

[2] حسايني لامية، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تميزي اتجاه المستثمر الأجنبي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 12، العدد 02، ص 534.

[3] الامر رقم 75–58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، صادرة بتاريخ 1975/09/30.

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 الترخيصية أو المنشئة تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري.[1]

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 تملصهم من دفع الرسوم العالية» لكن تكريسه في قانون الاستثمار كان لأسباب أخرى جمعت بين السياسية والاقتصادية.[2]

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 الأمر09-01 ،[3] وهذا الأخير أصبح يحد من حرية التنازل التي تضمنها قانون الاستثمار

[1] نوارة حسين، ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 56، العدد 02، 2019، ص 351.

[2] نوارة حسين، مرجع سابق، ص 352.

[3] المادة 82 من الامر 09-01 السالف الذكر.

لسنة2001 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 تكرس حماية الاستثمارات ضد الإجراءات المشابهة.[1]

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 من السوق الجزائرية، إذ قررت الحكومة منع الشركة من بيع أسهمها إلى شركاء أجانب، 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 وَقف مفاوضات البيع مع أي طرف أجنبي لأنها في نظرها تعد خطوة غير قانونية.[2]

وفي المقابل اعتبرت شركة أوراسكوم تيليكوم موقف الجزائر تعسفيا 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 اوراسكوم تيليكوم على مايلي:« تضع الدولة الجزائربة نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 60.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق.، ص 61.

الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة او 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 استفادة الشركة من الامتيازات والضمانات الممنوحة في إطار المرسوم التشريعي رقم 39-12،[1] وعند الاقتضاء من الضمانات والحقوق المعترف بها بموجب اتفاقية تشجيع الاستثمار 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 بمطالبته 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 الاستثماري دون تقييده بضرورة أن يكون المتنازل له طرف جزائري سواء تعلق الأمر بالتنازل للدولة أو للمستثمر الوطني الخاص.

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 لاقتصاده.

وفي الأخير، أبدت شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة استعدادها لبيع فرعها أوراسكوم تيليكوم الجزائر للدولة الجزائرية. فوقع الصندوق الوطني للاستثمار بباريس على عقد شراء أسهم لاقتناء مساهمة بنسبة 51 % من رأسمال شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر بقيمة 2,66 مليار دولار.

1 المرسوم التشريعي رقم ،12-93المؤرخ في 05أكتوبر 1993يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد 64 ،الصادرة بتاريخ 10-10-1993.

عموما تم التأكيد على حق الشفعة في كل من:

الامر 10-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010،[1] الذي قام بتعديل المادة 62 من قانون المالية التكميلي 2009 المتعلق بقانون الشفعة بموجب المادة 46 منه. 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.

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.

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 الأخيرة.

[1] الامر 10-01 المؤرخ في 26-03-2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر، عدد 49، صادرة بتاريخ 29-08-2010.

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 20-07 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020 [1]: 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.

يبدو التعريف سهلا لكنه يكشف عن تعقيد كبير، فتعريف الربح دائما يفتح مناقشات ومرافعات نظرية وفقهية وعملية، تجعله مفهوم لظاهرة تاريخية أكثر من عمل أما عبارة الربح الاستثنائي، هي فكرة توجد في قاعدة مفهوم الريع البترولي أين الدخل البترولي الصافي، بمعنى آخر الفائض البترولي يكون خارج مستوى المردودية المناسبة للأجر العادي للمجهودات الحقيقية التي قام بها المستثمر.

وتعد قضية شركة سوناطراك الجزائرية وشركة أناداركو الأمريكية لمحاولة فهم التوجه التشريعي نحو تبني شرط الثبات التشريعي من جهة وتطبيقاته العملية وما يثيره من صعوبات من جهة أخرى، حيث تنشط شركة أناداركوا الأمريكية في الجزائر منذ سنة 1989، وقد بدأ النزاع القائم بين الشركة الجزائرية للبترول سوناطراك والشركتان الأمريكيتان 'أناداركو" و'ميرسك" بسبب التعديلات التشريعية التي أصدرتها الجزائر بموجب تعديل قانون المحروقات سنة2006 الذي تضمن النص على دفع رسوم إضافية عن الأرباح التي حققتها الشركات البترولية» وقد تزامن ذلك مع الارتفاع الكبير في أسعار النفط منذ سنة2005 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":يطبق رسم غير قابل للخصم على الأرباح

[1] القانون رقم 20-07 المؤرخ في 04-07-2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر ، العدد 33، سنة 2020

الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة النتاج 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 الأجانب05 بالمائة كحد ادني 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 .

وقد أغفلت شركة سوناطراك إدراج هذه الرسوم الإضافية على الأرياح 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 ملايير 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 لتفادي 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

[1] كسال سامية، مرجع سابق، ص 195.

الضريبي الذي تضمنه العقد القائم بينها وبين سوناطراك وهو الشرط الذي لم تحترمه الجزائر عند فرضها للرسوم الإضافية الاستثنائية وتطبيقها فوريا وبأثر رجعي على عقود البترول.[1]

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 في3 أكتوبر 1989 مقابل التزام شركة أناداركو بمواصلة دفع الرسم على الأرياح 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 للأثر الرجعي لهذه الرسوم يعد إجراء غير مقبول لمساسه بمبدأ استقرار التشريع خاصة وأنه تم تضمين هذا الشرط في العقد ما يعد تجاوزا من الدولة.[2]

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 وضمانات لهذه الشركات لكي تعود للاستثمار في الجزائر بصورة أكبر.[3]

و اخيرا 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 الأجنبي في حماية هذا الأخير من عدم الاستقرار القانوني خاصة مع تضمين شرط الاستقرار في العقد. فإذا كان بإمكان الدولة

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 70

[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 يحي الونشريس، تيسمسيلت الجزائر، المجلد 03، العدد 01، جوان 2018 ، ص 180.

[3] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 71.

المضيفة تجاوز هذا الشرط في أي وقت، فما جدوى عقد الاستثمار في ضمان الاستقرار القانوني للمستثمر الأجنبي.[1]

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي

العلاقة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي تعتبر علاقة تعاقدية بين طرفين غير متساوين و ذلك بالنظر إلى مكانة الدولة مقارنة بالمستثمر الأجنبي و الذي يعد أحد أشخاص القانون الخاص، و كما هو معروف أن الدولة هي صاحبة السيادة و بما أن المشروع الاستثماري سيقام على إقليمها فمن البديهي أنها ستمارس سلطتها و سيادتها عليه سواء بالتأميم أو نزع الملكية كما أشرنا سابقا أو بتعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد، و هذا بغض النظر عن تعهداتها التعاقدية و بغض النظر عن وجود شرط الثبات التشريعي و ذلك متى اقتضت المصلحة العامة للدولة ذلك. و في حالة إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية و من بينها شرط الثبات التشريعي فإن ذلك سيرتب جزاء من جهتها .

حيث أن التصرفات غير المشروعة الصادرة عن الدولة في إطار ممارساتها 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 الدولية.[2]

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 الدولية.[3]

---

[1] مرجع نفسه، ص 72.

[2] هبة هزاع، مرجع سابق، ص 358.

[3] عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.، ص 101.

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 التعسفية.[1]

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.[2]

أولا- بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة

يرى الفقه الغربي ان 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 دوليا. وقد توصل الفكر الغربي إلى الحكم ببطلان قرارات التأميم الإيرانية والأندونيسية والكويتية لعدم دفع التعويض الشامل، وهو ما يعد في تقديره مخالفة للقانون الدولي العام الذي يقضي ضرورة أداء تعويضات كامله.[3]

---

[1] شنوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار – دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستر ، تخصص تحولات دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009 ، ص 149.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 243.

[3] مرجع نفسه، ص 243.

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 التأميم كسند ناقل للملكية في شأن الأموال المتواجدة في الدولة التي اتخذت هذا الإجراء، ويرى جانب آخر أن الدولة التي تتخذ إجراء التأميم ونزع الملكية فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس بطلان هذا الاجراء وإنما مجرد التزامها بالتعويض الشامل.

ثانيا- التزام الدولة بالتعويض الشامل

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]

أ- تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، حيث اتجهت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة هناء وتستند في ذلك إلى أن ذلك النهائي، فاحتمال اتمام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتماله، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد وبالتالي لا يجب التعويض عنه.

ب- تفويت فرصة إبرام عقد بديل، وهنا إذا كان من الممكن التعويض عنها إلا أن هناك العديد من الصعوبات ستثور بخصوص إثبات أن المفاوض 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

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 795.

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 فيها.

فقد حكمت محكمه العدل الدولية في قضية (سيليزيا العليا) أن تأميم بولندا لبعض الممتلكات الألمانية يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية بمقتضى معاهدة جنيف المبرمة في 15-05-1922، وجعلت من هذا التأميم اجراء غير مشروع وقضت بذلك التعويض الشامل.[1]

وعلى النحو السابق ذكره فإن الجزاء الوحيد عن عدم مراعاة الدولة لأحكام القانون الدولي هو المطالبة بالتعويض النقدي.

وبرى الفقه الحديث أن التأميم المشروع يرتب التزاما بالتعويض أما التأميم غير المشروع فهو يرتب التزاما على الدولة بأداء التعويض الكامل والشامل، أي التعويض الذي يتضمن تغطية ما لاحق المستثمر الأجنبي من ضرر حقيقي وما فاته من كسب، كما إذا اتخذت الدولة إجراءات التأميم في مواجهه 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 الجزئي. [2]

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 التعويض عن أعمال السيادة في تحكيم.

أولا: 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 تراجع خضوع الدولة لرقابة

[1] عمر هاشم محمد صدقة ، مرجع سابق، ص 96.

[2] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 245.

القضاء من خلال نزع صلاحيته أو اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بهاء ومن ثم فهي تعمل من خلاله فوق كل المؤسسات وقد تلغي الحريات والحريات الفردية والجماعية أو تقييدها.[1] انطلاقا من ذلك؛ نتعرض في هذه الجزئية لمفهوم أعمال السيادة كونها تعد قيدا 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 للفقه القانوني، 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 كثيرا ما تأخذ طابعا سياسيا مبتعدا عن رقابة القضاء.[2]

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، كتنظيم السلطات في الدولة، وتحديد نظام الحكم والعلاقات بين السلطات.[3]

2- ظهور نظرية أعمال السيادة

الحقيقة أن نظريه أعمال السيادة شأنها في ذلك شان معظم نظريات القانون ومقتضيات العمل، حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهميه خاصة، ومن مصلحة الوطن ألا تعرض هذه القضايا على القضاء.

---

[1] مرجع نفسه ، ص 245.

[2] 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.

[3] قرناش جمال، قلوش الطيب، تأملات في أعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 05، العدد 01، مارس 2020، ص 96.

بدأت فكرة أعمال السيادة في الظهور لأول مرة في فرنسا في ظل ملكية يوليو1830-1848, 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 قارة. [1]

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 ويري 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 تتقيد 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 وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور.

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 العلياء مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية» سلطه تقديرية أوسع مدا وأبعد نطاقا لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطه التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد.[2]

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

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 247.

[2] سامي جمال الدين، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دون طبعة، مؤسسة حروس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص 22.

اقتصاد الدولة من الانهيار مثل قرارات فك ارتباط العملة أو تعويمها قرارات خفض السعر العملة، رفع سعر الفائدة أو خفضها رفع الدعم عن السلع الاستراتيجية.[1]

ثانيا- التعويض عن أعمال السيادة في تحكيم الاستثمار

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 السيادي.[2]

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 تخضع لتقيم هيئة التحكيم، إلا أنها بشكل أو بآخر لابد أن تدخل في تقدير الهيئة للتعويض المستحق للمستثمر من باب العدالة في توزيع الأعباء.[3]

وفي المقابل، نجد أن هيئه 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 ظروفا طارئة ،لأنها وبغض النظر عن درجه تأثيرها على التزامات الطرفين- تخرج بالضرورة عن سيطرتهما وعليه فإن

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 249.

[2] محمد ماهر، التعويض عن أعمال السلطة العامة (التنفيذية والتشريعية والقضائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 395.

[3] هبة هزاع، مرجع سابق، ص 314.

المنطق القانوني يقتضي أن لا يتحمل طرف دون أخر 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 القوه القاهرة سببه فعل منسوب لحكومة جمهورية مصر العربية (كالأوامر واللوائح أو توجيه) فإن ذلك لا يعفي الحكومة المصرية من تحمل المسؤولية التعاقدية الناشئة عن ذلك الحادث المفاجئ والقوة القاهرة لمواجهة المستثمر الأجنبي والهيئة العامة للبترول.[1]

الفرع الثالث: الجزاء المقرر في التشريع الجزائري

فيما يتعلق بالجزائر فإن القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار المبرمة مع المستثمر الأجنبي و تخضع أي منازعة تثار للقضاء الوطني كقاعدة عامة.[2]

و قد نصت المادة 23 في فقرتها الأخيرة من القانون 16-09 على ما يلي: 'يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف." و ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة أن المشرع أجاز الاستيلاء و نزع ملكية المستثمر الأجنبي و ربطها بوجود مصلحة حيوية و لا يتم ذلك إلا بشروط وفقا للقانون مع وجوب تقديم تعويض عادل و منصف للمستثمر.

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 عادلا.[3]

[1] عمر زغودي، مرجع سابق، ص 250.

[2] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 79.

[3] شنوفي عبد المجيد، مرجع سابق، ص 143.

و 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 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 22-12-1999. [1]

أما بالنسبة لنظرية 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.

وهذا التعويض الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 23 يخص فقط حالة الاستيلاء ونزع الملكية، إلا أنه في حالة إخلال الدولة بأحد التزاماتها التعاقدية ومن بينها شرط التبات التشريعي فلم يشر إليها المشرع لذلك كان من الأفضل أن يبين أنه في حالة الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية إما من طرف الدولة الجزائرية أو من الطرف الآخر المتعاقد أن يتم تداركها بتعويض عادل ومنصف وهكذا تصبح مضلة حماية تشريعية تبين نية الدولة وتحدد أهدافها النبيلة.[2]

أما و في هذه الحالة فإنه في حالة إخلال الدولة بأحد التزاماتها التعاقدية و من بينها شرط الثبات التشريعي أو في حالة إخلال المستثمر الأجنبي بأحد التزاماته تجاه الدولة الجزائرية فإن

[1] المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22 ، المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في 1990/07/23، ج ر، العدد 06.

[2] لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، مرجع سابق، ص 79.

المشرع قد نص في المادة 24 من القانون 16-09 بأنه:[1] "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص."

و من خلال نص هذه المادة يتبين أنه في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية فإن ذلك يخضع للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين يسمح لهما باللجوء إلى تحكيم خاص و في هذه الحالة فإن ما يصدر عن هذه الجهات هو ما يقرر الجزاء المترتب عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي.

[1] المادة 24 من قانون 16-09 السالف الذكر

الخاتمـــة

الخـاتمة

يتبين من خلال دراستنا لهذا الموضوع أن كانت لنا الفرصة للخوض في موضوع مهم يعرف بشرط الثبات التشريعي، الذي يمثل أحد أهم الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي، حيث أن شرط الثبات التشريعي شرط تعاقدي يتم الاتفاق عليه بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وبموجبه يتفق الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق للتعاقد على العلاقة العقدية أو تعويض هذا المستثمر الأجنبي متى تسبب التعديل في حدوث أضرار اقتصادية له، فالدولة باعتبارها ذات سيادة إن تنازلت عن اختصاصاتها في تعديل تشريعاتها في وقت معين، فإن تنازلها عن ذلك ليس أبديا، فيمكنها أن تصدر تشريعات جديدة إذا كانت ترتبط بالمصلحة العامة وتؤكد فيه سيادتها، وهو الأمر الذي يعترف به القانون الدولي العام وقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ومن خلال دراستنا لموضوعنا توصلنا إلى النتائج التالية :

1- العلاقة التي تربط بين شرط الثبات التشريعي بالاستثمار الأجنبي تعد علاقة تلازم فلا يمكن للمستثمر الأجنبي أبدا أن يغامر برأس ماله وفكرة المشروع إلى دولة لا تضمن له استقرار التشريع الذي يحكم العقد لأن التشريع هو من يعطي الرغبة للمستثمر في الإقبال لدولة ما على غيرها من الدول إذ يبين له حقوقه و التزاماته و كل ما يمكن أن يتعلق بمشروعه كما يمكنه من اتخاذ قراره الاستثماري و هو على بينة من أمره و على دراية بمستقبل مشروعه، في حين لا يمكن للدولة التي تسعى إلى جذب الاستثمار الأجنبي و التي هي بحاجة للعملة الصعبة و الخبرة الفنية و التكنولوجيا وتغطية عجزها الاقتصادي و تقليص مستوى البطالة دون عملها على تثبيت القانون الذي ينظم المجال الاستثماري حتى و إن كان هذا القانون يزخر بالمزايا و التسهيلات و التي لن تكون لها قيمة معتبرة اذا لم تكن هذه المزايا مستقرة و ثابتة.

2- يعد شرط الثبات التشريعي وسيلة مهمة لتجنب المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار ،حيث تهدف الى حماية المستثمرين من التعديلات التشريعية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار ، والتي من شأنها المساس بالحقوق والمزايا التي كان يتمتع

بها المستثمر في ظل التشريعات السابقة ، كما تهدف الى تقييد سلطة الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ومن ثم حمايته من الأضرار التي تنجم عن تعديل العقد.

3-تعتبر الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي في انه شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد ذلك باعتباره استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد.

4-إيجابية موقف المشرع الجزائري اتجاه شرط الثبات التشريعي ويتجلى ذلك من خلال اصدار كل من المرسوم التشريعي رقم 12-93 و الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار و إلى غاية القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار .

5-ان تقييم دور شرط الثبات التشريعي من الناحية العملية يبين عدم فعاليته بشكل نسبي و هذا من خلال العيوب التي تشوبه و من خلال اختلاف موقف أحكام التحكيم و القضاء بشأنه في أكثر من مناسبة، كما انه ثبت عدم إمكانية كبح يد الدولة من عدم المساس بالعقد أو عدم إصدار تشريعات جديدة قد تسري على العقد متى استدعت المصلحة العامة للدولة ذلك و هذا باعتبارها صاحبة السيادة و الطرف الأقوى في هذه العلاقة كما انه من غير المعقول أن يضحى بالمصلحة العامة في سبيل المصلحة الخاصة.

6-المشرع الجزائري في قانون الاستثمار لم ينص على التعويض إلا فيما يتعلق بنزع الملكية و الاستيلاء أما اذا تم الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية من قبل احد الطرفين فإن ذلك يعود إلى الجهات القضاتية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقية تنص على المصالحة و التحكيم أو في حالة اتفاق الدولة الجزائرية مع المستثمر على بند تسوية يسمح بالاتفاق على تحكيم خاص و في هذه الحالة فان ما يصدر عن هذه الجهات هو من يقرر ما ينتج عن هذا الإخلال.

7-إلغاء قاعدة الشراكة في معظم القطاعات باستثناء القطاعات الاستراتيجية للدولة، وكذاك يتعلق الامر بحق الشفعة تم الغائها من طرف المشرع الجزائري إلا بمقتضى 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 الذي كان مقررا في قانون الاستثمار رقم 09-16 المؤرخ في 30 غشت سنة 2019.

8-من بين اهم معوقات التي تعترض تكريس شرط الثبات التشريعي تظهر من خلال عدم الاستقرار السياسي الذي يمس بالدولة المضيفة للاستثمار على اعتبار أن الكثير من الدول النامية تشهد صراعات سياسية على السلطة والتي من شانها أن تؤثر على المناخ التشريعي عموما والمتعلق بالاستثمار خصوصا هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن تبني الدولة توجهات إيديولوجية اقتصادية متعددة فلا هي رأس مالية و لا هي اشتراكية و هو ما ينعكس حتما على مناخها التشريعي الذي يؤدي بدوره إلى عدم الاستقرار في التشريعات التي تنظم المجال الاقتصادي.

9-عدم استقرار المنظومة التشريعية للاستثمار انعكس سلبا على مناخ الاستثمار وعلى نظرة المستثمر الأجنبي لواقع الاستثمار كما أنه فتح المجال للدول المجاورة لاحتضان هذه المشاريع، فوضع قوانين استثمار ثم التراجع عنها في فترة وجيزة أمر يضع الجزائر ومصداقيتها دوليا على المحك، خاصة وأن البيئة القانونية تشكل أكبر ضمان للإنفتاح على الاستثمار الأجنبي من اجل إعطائه ديناميكية أكبر.

مما سبق ومن النتائج المحصل عليها نتقدم ببعض التوصيات:

1-يجب على الدولة أن تحترم تعهداتها و التزاماتها التعاقدية لأن زرع الثقة في نفس المستثمر الأجنبي يقوم على مصداقية الدولة و حسن نيتها.

2-استقرار القانون الذي ينظم مجال الاستثمار له دور كبير في جلب و ضمان الاستثمارات الأجنبية لذلك نرى انه لا بد للدولة الجزائرية أن تعمل على اتباع سياسات واضحة و مستقرة قائمة على دراسات اقتصادية و قانونية على المدى الطويل تنظم من خلالها القوانين المتعلقة بالاستثمار حتى لا تكون عرضة للتغيير المستمر و التي عادتا ما تتغير كلما تغيرت الحكومات المتعاقبة.

3-على الجزائر تجنب التضخم التشريعي من خلال وضع تشريعات نموذجية وحديثة تتلاءم مع العصر 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.

4-توسيع مجال شرط الثبات التشريعي بحيث يشمل ليس فقط قانون الاستثمار بل يتعداه أيضا الى القوانين المتعلقة به (كقانون الصفقات العمومية و القانون الجمركي و قانون الضرائب...).

5- ضرورة اجراء إصلاحات جذرية في الأنظمة المتعلقة بالاستثمار وجعلها أنظمة مرنة تتسم بالدقة والشفافية تتماشى مع متطلبات العصر، مع إزالة كافة العوائق والعقبات التي تؤثر على عملية جذب الاستثمارات الخارجية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي –مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وأزمته–، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
2. أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار الأيام، عمان الأردن، ط1، 2011.
3. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية (اتفاقية فيينا لبيوع 1980)، ط 02، مكتبة الجلاء المنصورة، 1995.
4. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 .
5. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 01، بيروت، 2006.
6. رائد أحمد رائد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية – النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية، ط01، ج02، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
7. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دون طبعة، مؤسسة حروس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003.
8. عبد الحق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في اطار التحكيم الدولي، دار الافاق المغربية، المغرب، 2015.
9. 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.
10. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
11. محمد ماهر، التعويض عن أعمال السلطة العامة (التنفيذية والتشريعية والقضائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

12. هبة هزاع، توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016.

ثانيا: الرسائل والأطروحات 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، 2016 .
2. زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، الجزء 01، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
3. شنوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار – دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستر ، تخصص تحولات دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009 .
4. عمر زغودي، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بتنة 01، 2019-2020.
5. لروى لطفي، أرجيلوس عماد الدين، شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار -الجزائر-، 2018-2019.
6. مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، 2014-2015.
7. والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

ثالثا : المقالات والمحاضرات

1. بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 05، سعيدة، 2017.

2. بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر 2018.
3. جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، خنشلة الجزائر، 2018.
4. حديدي عنتر ، عادل كروم، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 08، المجلد 02، الجزائر، ديسمبر 2017 .
5. حساييني لامية، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تميزي اتجاه المستثمر الأجنبي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، المجلد 12، العدد 02.
6. 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 يحي الونشريس، تيسمسيلت الجزائر، المجلد 03، العدد 01، جوان 2018 .
7. طارق كاظم عجيل،القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، العدد 03، كربلاء، 2011 .
8. عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، مجلة الحقيقة، العدد 18، الجلفة. د س ن.
9. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون دولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.
10. فيصل يجي، إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغير الظروف، بحث منشور ، بتاريخ 25-05-2021 على موقع: www.droitetentreprise.com
11. قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة، مجلة الإدارة، مجلد 07، عدد 01، 1997.

12. قرناش جمال، قلوش الطيب، تأملات في أعمال السيادة على ضوء محطات القضاء الإداري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 05، العدد 01، مارس 2020.
13. كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، العدد03، تيزو وزو، الجزائر، 2016، ص 182.
14. 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.
15. نوارة حسين، ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، المجلد 56، العدد 02، 2019، ص 351.
16. يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، مجلد 09، العدد 01، 2018.

المؤتمرات والملتقيات

1. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون جامعة الامارات، 20–21 ماي 2003.

رابعا: نصوص قانونية والاوامر والمراسيم

1. الأمر 01–03 المؤرخ في 20–08–2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، العدد 47، مؤرخة في 22–08–2001، الملغى بموجب قانون رقم 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار.
2. الأمر 09–01 المؤرخ في 22–07–2009 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر، صادرة بتاريخ 26–07–2009.
3. الأمر 10–01 المؤرخ في 26–03–2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر، عدد 49، صادرة بتاريخ 29–08–2010.

4. الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، صادرة بتاريخ 1975/09/30.
5. القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
6. 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
7. القانون رقم 16-09 المؤرخ، في 03- 08-2016، يتعلق بترقية وتطوير الاستثمار، ج ر، العدد 46، الصادرة بتاريخ 03-08-2016
8. القانون رقم 20-07 المؤرخ في 04-07-2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر، العدد 33، سنة 2020
9. المرسوم التشريعي رقم ،12-93المؤرخ في 05أكتوبر 1993يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، العدد 64، الصادرة بتاريخ 10-10-1993.
10. المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22، المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في 1990/07/23، ج ر، العدد 06.

الفهرس

الفـهـرس

العنـــوان	رقم الصفحة
البسملة	/
شكر وتقدير	/
اهداء	/
مـقدمة	أ–هـ
الفصـل الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي	
تمهيد	06
المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي	07
المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي	07
المطلب الثاني: صور شرط الثبات التشريعي	10
الفرع الأول: بالنظر إلى الغاية أو الوظيفة المتوخاة منها	10
أولا: الهادفة إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد	10
ثانيا– شرط الثبات وعدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد	12
الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعي من الناحية الفنية	13
أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية	13

ثانيا: الشروط التشريعية	14
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي وعلاقته بالشروط الأخرى	15
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي	15
الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة قانون العقد	15
الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد	17
الفرع الثالث: شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري	19
المطلب الثاني: علاقة الشرط الثبات التشريعي وبعض الشروط الأخرى	20
الفرع الأول: شرط عدم المساس بالعقد	20
أولا: تعريف شرط عدم المساس بالعقد	20
ثانيا: الفرق بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد من حيث الآثار	21
ثالثا: موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد	23
الفرع الثاني: شرط إعادة التفاوض	23
أولا: تعريف شرط إعادة التفاوض	24
ثانيا: متطلبات إعمال شرط إعادة التفاوض	26
الفرع الثالث: شرط التحكيم	30
أولا: تعريف شرط التحكيم وأشكاله	30
ثانيا: مشارطه التحكيم	31
المطلب الثالث: شرط الثبات التشريعي والشروط الأخرى المشابهة له	33
الفرع الأول: شرط التوازن الاقتصادي	33
الفرع الثاني: شرط التدعيم التشريعي	34
الفرع الثالث: شرط الثبات الدولي	35

الفصل الثاني: دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر	
تمهيد	36
المبحث الأول: تقييم دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر	37
المطلب الأول: مزايا تطبيق شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر	37
المطلب الثاني: عيوب تطبيق شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر	39
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي	43
المطلب الأول: نفاذ شرط الثبات التشريعي في مواجهة الدولة	43
الفرع الأول: حق الشفعة	43
أولا: تعريف حق الشفعة	44
ثانيا: تكريس حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري والقوانين الأخرى ذات الصلة	45
الفرع الثاني: الرسم على الأرباح الاستثنائية	49
المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي	52
الفرع الأول: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة عن نزع الملكية	53
أولا- بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة	53
ثانيا- التزام الدولة بالتعويض الشامل	54
الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن التعويض بسبب القرارات السيادية	55
أولا: نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة في سياقها المفاهيمي	55

ثانيا– التعويض عن أعمال السيادة في تحكيم الاستثمار	58
الفرع الثالث: الجزاء المقرر في التشريع الجزائري	59
الخاتمة	62
قائمة المصادر والمراجع	66

الملخص

الملخـص

ان شرط ثبات التشريع يعد ضمانة ذات أهمية كبيرة للمستثمر الأجنبي ،التي تعمل على تشجيعه لتوظيف أمواله ومشاريعه الاستثمارية، غير أن عقود الاستثمار التي تبرم بين الطرفين غير المتساويين (الدولة المضيفة ،المستثمر الأجنبي)،أما الدولة فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام وبالتالي تتمتع بالسلطة والسيادة التي تخولها التعديل أو الالغاء بتشريعاتها الداخلية بصفة انفرادية ،وذلك تحقيقا للمنفعة العامة .في حين يمثل المستثمر الأجنبي شخصا خاصا يخضع للقانون الداخلي ،فهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، مما يؤدي الى بالطرفين من أجل حل النزاع الى التحكيم الدولي أو عقد صلح ...، وفي ظل عولمة الاقتصاد وتوحيد القواعد الدولية المطبقة على الاستثمارات، وبالخصوص في مجال الحماية والضمانات تسعى الدول ومن بينها الجزائر الى تكريس شرط الثبات التشريعي على اعتباره ضمانة قوية من أجل جلب الاستثمارات الخارجية ورؤوس الأموال من أجل تحقيق التنمية ونقل التكنولوجيا والخبرات.

الكلمات المفتاحية : شرط الثبات التشريعي ،عقود الاستثمار ،الحماية والضمانات ،الاستثمارات الخارجية، تحقيق التنمية.

Summary

The condition of the stability of the legislation is a guarantee of great importance for the foreign investor, which encourages him to invest his money and investment projects, but the investment contracts that are concluded between the two unequal parties (the host country, the foreign investor), while the state is a person of public international law and therefore enjoys The authority and sovereignty conferred upon it the amendment or cancellation of its internal legislation unilaterally, in order to achieve the public interest. While the foreign investor represents a private person subject to internal law, it is the weak party in the contractual relationship, which leads to the two parties to resolve the dispute to international arbitration or a reconciliation contract. .., and in light of the globalization of the economy and the unification of international rules applicable to investments, especially in the field of protection and guarantees, countries, including Algeria, seek to devote the requirement of legislative stability as a strong guarantee in order to attract foreign investments and capital in order to achieve development and transfer technology and expertise.

Keywords: Legislative stability condition, investment contracts, protection and guarantees, foreign investments, achieving development.

Résumé

La condition de stabilité de la législation est une garantie de grande importance pour l'investisseur étranger, qui l'incite à investir son argent et ses projets d'investissement, mais les contrats d'investissement qui sont conclus entre les deux parties inégales (le pays d'accueil, l'investisseur étranger), alors que l'État est une personne de droit international public et jouit donc de l'autorité et de la souveraineté qui lui ont été conférées unilatéralement la modification ou l'annulation de sa législation interne, afin de réaliser l'intérêt général. Alors que l'investisseur étranger représente une personne privée soumise à en droit interne, c'est la partie faible dans la relation contractuelle, ce qui amène les deux parties à résoudre le litige à l'arbitrage international ou à un contrat de conciliation..., et compte tenu de la mondialisation de l'économie et de l'unification des règles internationales applicables Aux investissements, notamment dans le domaine de la protection et des garanties, les pays, dont l'Algérie, cherchent à consacrer l'exigence de stabilité législative comme une garantie forte afin d'attirer les investissements et capitaux étrangers afin de réaliser le développement et le transfert de technologie et d'expertise.

Mots clés : Condition de stabilité législative, contrats d'investissement, protection et garanties, investissements étrangers, réalisation du développement.