التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي

د/ بلاق محمد؛ أستاذ محاضر "أ"؛ جامعة ابن خلدون/ تيارت

الملخص:

يسعى المستثمر الأجنبي في إطار عقوده الاستثمارية للإحاطة بكافة الضمانات التي تحميه من الممارسات التي قد يتعرض لها من قبل الدولة المستضيفة لاستثماراته ، و في سبيل ذلك تحرص الدول على تضمين قوانينها للاستثمار بقواعد قانونية تكفل حماية مصالح المستثمرين و الدولة على حد سواء استجابة لاعتبارات الاستقرار التي تتطلبها الروابط العقدية الدولية

الكلمات المفتاحية : عقود الاستثمار الأجنبي – التجميد الزمني للقانون – شرط الثبات التشريعي – قانون الإرادة

Summary :

The foreign investor seeks in the framework of his investment contracts to be aware of all the guarantees that protect him from the practices that may be exposed by the host country for his investments. For this purpose, countries are keen to include in their laws to invest in legal rules that protect the interests of investors and the state alike in response to the stability considerations required by them International Stochastic Links key words: Foreign Investment Contracts - Time Freeze of Law - Legislative Stability Condition - Will Law

مقدمة:

يعد الاستثمار في وقتنا الحالي أحد أهم آليات التنمية الاقتصادية في معظم الدول لاسيما النامية منها، الأمر الذي دعا هذه الأخيرة للاعتماد على برامج و سياسات اقتصادية تعتمد على استقطاب المستثمرين المحليين منهم و الأجانب.

و من بين الإجراءات التي اعتمدتها الدولة الجزائرية للخروج من أزماتها الاقتصادية المتتالية ، هي توفير مناخ استثماري ملائم ووضع إطار تنظيمي و اقتصادي للاستثمار الأجنبي المباشر، و العمل على تسهيل الخطوات الخاصة بمشروعات الاستثمار من أجل تحقيق تنمية دائمة و مستمرة للاقتصاد، و هو المسعى الذي تجلى في قانون الاستثمار رقم 09/16 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الاستثمار، و الذي تضمن تسهيلات جبائية و جمركية و عقارية لفائدة المستثمرين بغض النظر عن جنسيتهم، فضلا عن الضمانات التي أقرها لفائدتهم في مسعى منه لتذليل كل الصعوبات و العراقيل التي تعترض فتح مجالات أوسع للاستثمار.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

ومما لا شك فيه أن حركة رؤوس الأموال مرتبطة ارتباطا جوهريا بمدى الحماية والضمانات المقدمة من الدول المضيفة لهذه الأموال، لأن المستثمرين الأجانب عموما يبحثون حيث يوجد القدر الكافي من الحماية والضمان والاستقرار.

لهذا فإن الدول التي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية تعمل على جعل المناخ الاستثماري أكثر استقرارا وملائمة من خلال توفير الضمان والحماية الكافيين، وذلك من أجل استقطاب المستثمر الأجنبي وزيادة ثقته للاستثمار في هذه الدول، وهذا ما تم العمل عليه في الجزائر على عدة مستويات، أو بعدة وسائل سواء عن طريق التشريع الداخلي أو ما يسمى الضمانات التشريعية، أو عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والجماعية في مجال الاستثمار وهي ما يسمى الضمانات الاتفاقية.

و من جانبنا سنحاول في هذه المداخلة أن نسلط الضوء على ضمانة من الضمانات المهمة التي كانت محل تخوف و ريبة بالنسبة للمستثمرين، ألا و هي التعديلات التشريعية المتلاحقة التي تطرأ على القوانين الخاصة بالاستثمار ، و التي من الممكن أن تؤثر على الأهداف التي يبتغيها المستثمر من وراء استثماره ، لذلك ركزنا إشكالية البحث في التساؤل حول :

- مدى نجاعة شرط الثبات التشريعي كضمانة لتوفير بيئة آمنة للاستثمار بالجزائر؟ و هو الإشكال الرئيسي- الذي سنجيب عنه من خلال المحورين التاليين:

المبحث الأول : ماهية شروط الثبات التشريعي و تطبيقاتها في عقود الاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: تقييم دور شروط الثبات التشريعي في تعزيز الاستثمار بالجزائر.

المبحث الأول: ماهية شروط الثبات التشريعي و تطبيقاتها في عقود لاستثمار الأجنبي

يحاول الفقه منذ زمن بعيد أن يقيم التوازن المرغوب بين الإرادة الفردية و إرادة القانون، بل و يسعى إلى تأكيد هيمنة الثانية على الأولى، لما تقود إليه إرادة القانون من تحقيق الأمان و الاستقرار للروابط القانونية.

و يبدو أن تلك المحاولات قد خانها تطور الفكر القانوني المعاصر الذي أطلق العنان لإرادة الأطراف، ليس فقط في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد بل أيضا في ممارسة بعض السلطات[1]، التي تخرج هذا القانون عن مضمونه على نحو يجعل قانون الإرادة لغوا لا قيمة له.

وإذا كان الأصل أن القانون كظاهرة اجتماعية يولد في المجتمع ليحكم جوانب الحياة المتطورة فيه، فإنه من الواجب أن يتماشى مع ما يطرأ على هذه الأخيرة من مستجدات و يرسم للأفراد السلوك المستقبلي الذي يتعين أن يلتزموه، إلا أنه مع ذلك هناك اتجاه للخروج عن تلك المعطية البديهية في مجال عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي.

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب س، ص 304.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

إن تحري الواقع العملي يفيد بأن المهتمين بمثل هذه العقود يحاولون عزلها عادة عن القانون الذي يحكمها كمظهر للحياة الاجتماعية و أداة للحياة الاقتصادية ، و ذلك بتجميد القانون في الزمان بحيث لا تسري أحكامه على العقد إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرامه، مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل، مما قد يؤدي إلى جعل عقد الاستثمار الدولي بدون قانون يحكمه أو كما يسميه بعض الفقه بالعقد الطليق أو الحر.

المطلب الأول : مفهوم شروط الثبات التشريعي

عادة ما تتضمن عقود الاستثمار شروط الثبات التشريعي و التي تعني أنَّ العقد يظل دائما وأبدا خاضعا للقانون الذي أبرم في ظله، و الذي لا يمكن تعديله، أو بمعنى آخر أن أي تشريع سيصدر مستقبلاً لن يسري على هذا العقد ما دامت الدولة تتعهد بأن لا تمس هذا العقد أو تعدل من شروطه إلاَّ باتفاق مع الطرف الآخر[1] .

و من المتفق عليه أن الأسباب الرئيسية التي تدفع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى إدراج شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس في العقد يكمن في أن الدولة المتعاقدة تتمتع بجانب صفتها كطرف في العقد، بقدرتها على الهيمنة باعتبارها سلطة تنفيذ، لذلك فإنَّ الهدف من هذه الشروط هو تحجيم الحد من سلطة الدولة على الصعيد التشريعي من جهة.

و من جهة ثانية فإنَّ هذه الشروط تحاول أن تحجم من سلطة الدولة كسلطة تنفيذية، على اعتبار أن أغلبية عقود الدولة لها طابع إداري يمنح للدولة الحق بفسخ العقد متى شاءت، لذلك يدرج شرط عدم التعديل في العقد إلا بالاتفاق.

كما أنَّ لهذه الشروط أهداف أخرى تتمثل في احترام التوقعات المشروعة للأفراد وتحقيق الأمان القانوني باعتبار أن هذه الأمور من المسائل الرئيسية في العقود ذات الطابع الدولي.

أولا -التعريف :

إن المقصود بشرط الثبات هو ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي ، و يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها مع الطرف الأجنبي المتعاقد معه على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقود بغية حماية هذا الطرف من المخاطر التشريعية الممثلة في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقود وذلك من خلال تغيير تشريعها الواجب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقود أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري.

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة .شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية القانون الدولي ،عدد رقم 43، مصر، 1987 ، ص66

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

لهذا عرّف بعض الفقه شرط الثبات التشريعي بأنه "تجميد القانون الذي يحكم عقد الاستثمار وقت العقد أو وقت تنفيذه و شل إرادة الدولة عن إجراء أي تغير لصالحها"[1]، أي الحيلولة دون إقدام الدولة المتعاقدة على تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، ومن ثمّ تحقيق الحماية والأمان القانوني للطرف الأجنبي المتعاقد، من حيث رضائه بالخضوع إلى قانون ثابت ومحدد ومعروف منذ إبرام العقد لحين انقضائه.

هذا و تأخذ شروط الثبات أشكالا متنوعة، فقد تكون هذه الشروط شروط عامة ترمي إلى تجميد كل القواعد القانونية النافذة في الدولة المتعاقدة وإلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقود، وقد تكون شروطاً خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات النافذة أو المستقبلية في الدولة المتعاقدة كالتشريعات المتعلقة بالجمارك أو الضرائب.

كما قد تكون هذه الشروط مطلقة عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد صادر عنها على هذه العقود، و قد تكون نسبية عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنها الإضرار بالمتعاقد الخاص الأجنبي[2].

كما يرى جانب من الفقه أن شرط الثبات التشريعي مثله مثل شرط التحكيم يجبر الدولة على التنازل عن سلطتها العامة، حيث نجد تصارعا بين مبدأ "قدسية العقد" وعدم المساس به، مع فكرة "سيادة الدولة "وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى إذ اقتضى الصالح العام ذلك التعديل، وعليه فإنَّ قبول الدولة التعاقد مع المستثمر الأجنبي يفيد وفقا لهذا التوجه تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة فتكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها[3].

ثانيا- مبررات تجميد قانون العقد من حيث الزمان:

إن الغاية من تثبيت القانون الواجب التطبيق وفق الحالة التي كان عليها وقت إبرام عقد الاستثمار هي استقرار الرابطة العقدية و حفظ توقعات الأطراف، ذلك أن الأحكام الجديدة التي قد تطرأ على قانون العقد قد تؤدي حال تطبيقها إلى قلب التوازن العقدي و توجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق ضررا بالطرف الآخر[4].

و من بين أهم المبررات التي تدعم فكرة تثبيت العقد من حيث الزمان في عقود الاستثمار، هي تماشي و تطابق هذه الفكرة مع فلسفة قواعد التنازع في مجال العقود الدولية، حيث نجد الأساس المباشر

[1]- لما أحمد كوجان ،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ، 2002، ص93

[2]- سراج حسين أبو زيد ،التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000 ، ص 111 و 112

[3]- حسان نوفل ،التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومه للطباعة ،الجزائر ص 56و 57

[4] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 317.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

لتطبيق هذا القانون أو ذاك هو إرادة الأطراف ، مما يفيد بأن القواعد التي تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد لم يردها الأطراف و لم تنصرف إليها نيتهم.

كما أن الواقع يقتضي بأن القانون الذي اختاره الأطراف لكي يحكم عقدهم يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين أو كقانون قاعدي، و يعتبر مجرد شرط تعاقدي ، بحيث يندمج في العقد الذي اختير له.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ جيرو دي لا براديل G.de la pradelle بأن " العقد الدولي يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف ... و هنا يندمج هذا القانون في العقد[1]. "

المطلب الثاني: أهداف شروط الثبات التشريعي.

إن حق الأطراف في إدراج شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار نابع من مبدأ سلطان الإرادة وحريتهم في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ونظرا لاختلاف ظروف التعاقد في كل عقد فان ذلك سيؤثر على شروط الثبات التشريعي من حيث مضمونها والحالات التي يتم فيها اختيارها.

أولا -دور شروط الثبات :

تهدف شروط الثبات إلي منع تطبيق النصوص التشريعية و التنظيمية الجديدة علي العقد المبرم باعتبار أن الشركات الأجنبية تفضل العمل في إطار قانوني قار و مستقر نوعا ما، ويعرف أيضا بأنه ضمان عادي لتمكين المستثمر من العمل فوق أرضية قانونية معروفة ومحددة المعالم[2]، كما أنها تهدف إلي تثبيت القواعد التشريعية للدولة المضيفة بتاريخ إبرام العقد، وإعاقة أي تعديل أحادي للعقد من طرف الدولة لحماية المستثمر من الاحتمالات الإدارية للدولة.

وحسب رأى الأستاذ GEIGer فإنَّ الحكومات المتعاقبة لا يمكن أن تقوم بتعديل العقد نظرا لما يمثله من أهمية بالنسبة للمحاصيل الضريبية[3]، وليتم التعاقد علي هذه الشروط يتم الرجوع إلى الصيغ التالية:

* الحالة الأولى: تمتنع الدولة عن إصدار نصوص تمس حقوق المستثمر مثل الاشتراطات التالية: أن الدولة لا تبطل العقد عن طريق تشريع و لا عن طريق إجراءات إدارية، فلا يتم تعديل العقد من الدولة ولا من المؤسسة ماعدا في حالة اتفاق الدولة والمؤسسة وبناء علي رغبتها لما يحققه من صالح لها.

[1] - G.de la pradelle , Les conflits de lois en matiere de nullitt és, these, paris, éd dalloz, 1967, p 157 .
نقلا عن : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق، ص 319.

[2] - يوسفي محمد ، اتجاهات الاستثمار الدولي وأثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي لبلدان المغاربية ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية والاقتصادية ، العدد الأول، 1992 ، ص 280

[3] -**Philippe KAHN,** « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », J.D.I., n° 02, 1989

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

*وفي شروط أخري يمكن أن تطبق النصوص الجديدة إذا كانت أصلح للمستثمر كالاشتراط التالي: أن إصدار أي تعديلات لقانون أو تنظيم جديد والذي سيطبق على المؤسسة لا يعد خرقا لهذا العقد في حالة إن هذا القانون أو التنظيم لا يقف عائقا علي تطبيق الاتفاق أو الاتفاقات الملحقة به.

*أحيانا ينص على أن قانون الدولة الطرف يمكن أن يدرج في العقد و يجمد في تاريخ محدد مثل الشرط الذي ينص علي أن :كل المحاكم التحكيمية تطبق قانون الدولة الطرف الموجود بتاريخ معين في تفسير وتطبيق النصوص و التشريع والأوامر و كل الوسائل المتعلقة بالخلاف و التي تطبق علي العقد دون الأخذ في الاعتبار التشريعات و الوسائل و الأوامر و الأحكام التي تكون لها قوة القانون قبل هذا التاريخ.

ثانيا- مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي:

إنَّ بند الثبات يطبق بصفة مطلقة عند تعهد الدولة بعدم تطبيق أية قوانين جديدة على العقد، أو بصفة نسبية عند تعهدها بعدم تطبيق أي قانون من شأنه الزيادة من أعباء الطرف الأجنبي، و عادة ما يتعلق ذلك بالقوانين الجبائية علي وجه الخصوص [1].

كما قد يكون الشرط خاصا بنظام قانوني ما كالقانون العام لاسيما في الضرائب، الجمارك أو القوانين التي تطبق علي المؤسسة، و هذا ما يبرر وجود عدة تطبيقات تتعلق بمثل هذه الشروط نذكر منها:

- شروط استقرار الأموال و الممتلكات: و بمقتضاها لا تسترجع الإدارة أو لا تنزع الملكية ولا تسمح باسترجاع أو نزع ملكية الأصول (المنقولة أو غيرها) للمؤسسة المستخدمة في العملية وفقا لنصوص العقد، ولا أعمال و مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها أشخاص من المؤسسة ...،مثل الاشتراط الذي كان بين جمهورية غانا وشركة أجنبية سنة 1962
- شرط استقرار النظام الضريبي: بمقتضاع يمكن للأطراف أن يتفقوا على تطبيق قانون الدولة الطرف المتعلق بالضرائب و الرسوم، وقد يتفقون علي وضع نظام خاص بهما يطبق علي هذا الاستثمار إذا سمح القانون بذلك.

و في كلتا الحالتين يتم الاتفاق على استقرار الوضعية الضريبية مثل جاء في أحد الاشتراطات من أن: أي زيادة علي ما هو مفروض حالياً،كل ضريبة جديدة لا تطبق، غير أنه إذا كانت الزيادة المذكورة أو الضريبة الجديدة لابد أن تطبق بصفة عامة ووحيدة الشكل فإن"الأعباء الجديدة يجب أن تتحمل من المقاول [2]...

[1]- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة ، مجلة الإدارة، مجلد 7 ، عدد 1، 1997، ص 335.

[2] -François DIESSE, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Etat », R.D.A.I., n°08, 1998., p 878 et s

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

المبحث الثاني : : تقييم دور شروط الثبات التشريعي في تعزيز الاستثمار بالجزائر

إن أغلب عمليات الاستثمار التي تكون بين الدولة والمستثمرين الأجانب تشكل أهمية اقتصادية، ويطلق عليها عادة تسمية عقود التنمية، التي تدرج فيها شروط الثبات التشريعي، وتتمثل هذه الشروط في مجموعة القواعد والمبادئ الموجودة في القانون الداخلي والقانون الدولي، والتي تهدف إلى منع أي تعد أو قمع من طرف السلطات العمومية.

والملاحظ أنه في ظل الأنظمة التي تعترف بأن لعقود الاستثمار نظاما خاصا، فإن خصوصية الأطراف وضرورات المصلحة العامة وحماية الأفراد و ممتلكاتهم قد تؤدي بالدولة إلى القيام بإجراءات وتصرفات تصل إلى حد استخدام صلاحيات السلطة العامة، كالقيام بنزع الملكية والتأميم رغم وجود اتفاق مع المستثمر الأجنبي متضمنا لشروط الثبات.

ومن أجل إبراز مدى نجاعة مثل هذه الشروط في تحفيز المستثمرين و دفع عجلة التنمية بالجزائر، وجب علينا تقييم مدى فعالية هذه الشروط و أثرها في تحقيق التوازن بين مصالح المستثمر الأجنبي و مصالح الدولة في نفس الوقت.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.

مما لا شك فيه أن حركة رؤوس الأموال مرتبطة ارتباطا جوهريا بمدى الحماية والضمانات المقدمة من الدول المضيفة لهذه الأموال، لأن المستثمرين الأجانب عموما يبحثون حيث يوجد القدر الكافي من الحماية والضمان والاستقرار.

لهذا فإن الدول التي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية تعمل على جعل المناخ الاستثماري أكثر استقرارا وملائمة من خلال توفير الضمان والحماية الكافيتين، وذلك من أجل استقطاب المستثمر الأجنبي وزيادة ثقته للاستثمار في هذه الدول، وهذا ما تم العمل عليه في الجزائر على عدة مستويات، أو بعدة وسائل سواء عن طريق التشريع الداخلي أو ما يسمى الضمانات التشريعية.

إن الجزائر تعتبر من بين الدول التي تسعى جاهدة إلى تحفيز المستثمر الأجنبي للاستثمار فيها بشتى الطرق، من خلال تقديم مختلف الضمانات والامتيازات التي تشجع على ذلك ، حيث عمدت منذ الاستقلال- خصوصا بعد تبنيها لسياسة الاقتصاد الحر- إلى إصدار العديد من النصوص القانونية المشجعة على الاستثمار، و ضمنتها العديد من الحوافز والمزايا للمستثمر الأجنبي[1] ، و مع تزايد حركة الاستثمارات بين الدول تزايدت أهمية الضمانات المقررة لصالح هاته الفئة، بالنظر لما لها من دور فعال في حماية المشاريع الاستثمارية من المخاطر غير

[1] - صدر عن المشرع الجزائري العديد من النصوص التشريعية المتعلقة بمجالات الاستثمار ،كانت البداية فيها بقانون الاستثمارات رقم 177/63 ثم الأمر رقم 284/66 مرورا بالمرسوم التشريعي رقم 12/93 الملغى بموجب الأمر 03/01 ، هذا الأخير عدل و تمم بموجب الأمر 08/06 ليأتي بعده التعديل المتضمن في الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، و صولا إلى القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

المتوقعة، و كذا ضمان الاستثمار في إطار قانوني آمن يحقق الأهداف المنشودة من قبل المستثمرين و يكفل لهم التعويض عما يلحقهم من ضرر جراء تصرفات الدولة المضيفة.

و في هذا السياق نصت المادة 22 من القانون 09/16 التعلق بترقية الاستثمار على أنه " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

إذن فالمبدأ المكرس في هذه المادة هو عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون الحالي، أي يبقى القانون الذي أنشأت في إطاره هو الساري المفعول إلا إذا طلب المستثمر خلاف ذلك.

إن هذا الضمان من شأنه أن يساهم في الحد من سلطة الدولة على الصعيدي التشريعي و من سلطتها كجهاز تنفيذي، كما أنَّ لهذه الضمانة أهداف أخرى تتمثل في احترام التوقعات المشروعة للأفراد وتحقيق الأمان القانوني باعتبار أن هذه الأمور من المسائل الرئيسية في عقود الاستثمار الأجنبي[1].

و بناءا على ما تقدم فإن أي مراجعة أو إلغاء يمكن إجراؤهما مستقبلا على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون 09/16 لا تسري آثارهما في حق المستثمر إلا إذا طلب هذا الأخير ذلك صراحة ، و هو ما يفيد بأن التسهيلات التشريعية التي تكون في صالح المستثمر الأجنبي يمكن أن تمتد إليه إذا طلب هو ذلك .

المطلب الثاني: مزايا و عيوب إدراج شرط الثبات التشريعي.

لا خلاف في أن التجميد الزمني لقانون العقد بوسائله المختلفة من شروط تعاقدية أو تشريعية، يبغى تحقيق الاستقرار للروابط التعاقدية التي تتم عبر الحدود ، بتحييد التعديلات التشريعية التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق مستقبلا.

إن فكرة أن مبدأ استقرار التشريع الخاص بالاستثمار يتيح للمستثمر الأجنبي العمل على أرضية قانونية ثابتة هو ما يبرر تبنيها من قبل غالبية التشريعات، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود جدل فقهي كبير حول شرعيته و فعاليته في نفس الوقت[2]، حيث أقر بعض الفقهاء[3] بصحة هذا المبدأ لحماية مصالح المستثمرين الأجانب، بينما ذهب

[1] - لعاري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2011 ، ص 19.

[2] - من بينهم الاستاذ" Geiger" الذي قال انه: «باعتبار أن مدة هذه المزايا طويلة جدا فمن الخطأ الاعتقاد أن الحكومات المتعاقبة لا يمكن لها تعديل عقد نص على جزء مهم من سلطاتها الضريبية ». و كذلك الأستاذ "WALDE" الذي رأى أن: «التطبيق المستمر لشروط الاستقرار يمكن أن يترتب عنه انعكاس سلبي يتمثل في ضعف سلطة الدولة في التفاوض، و التي تحاول أن تجذب الاستثمار بكل ثمن» . و نس الإتجاه اتخذه الاستاذ "FABER" الذي انتقد شروط الثبات للقانون الضريبي و الجمركي، و نادى بضرورة تكييف العقد مع الظروف الاقتصادية.

[3] - Dominique Berlin ; Le régime juridique international des accords entre états et ressortissant d'autre etats ; These de doctorat ; paris 1981 p 212.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

البعض الآخر إلى عدم الاعتداد بهذا المبدأ ، بحسبان أن إصدار التشريعات الداخلية هو حق لكل دولة دون منازع و هو مظهر من مظاهر سيادتها، إذن فمن البديهي – حسب هذا الرأي – أن يشمل هذا الحق مسألة التعديل و الإلغاء بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة، مادام هذا التصرف لا يمثل إخلالا بتعهداتها الدولية و غير مخالف لقواعد القانون الدولي[1] ، و بالتالي لا يمكن تقييد سلطة المشرع في إصدار تشريعات جديدة.

كما أن هذا المبدأ قد يرتب آثارا سلبية على الدول المضيفة من خلال المساس بمصالحها الاقتصادية ، على اعتبار أن التعهد الذي تقدمه الدولة بعدم تعديل تشريعها الداخلي بالنسبة لمشروع استثماري معين يحظى بأهمية خاصة لتنمية اقتصاد البلد يمكن أن يمتد إلى مشاريع أخرى قد لا تحظى بنفس الأهمية، و هو ما من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي قد تتضمنه الإتفاقيات الدولية .

و هناك كذلك من يرى بأن إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار مرجعه في أغلب الأحيان عدم الاستقرار السياسي الذي تعاني منه معظم البلدان النامية التي تعاني من عدم استقرار تشريعاتها الداخلية[2].

بالإضافة إلى المآخذ السالف ذكرها هناك ملاحظات أخرى يرجعها فقه القانون الدولي الخاص إلى التطبيقات التي تتعارض مع الأصول المعروفة في حلول هذا الفرع القانوني ، كمخالفة هذا المبدأ للأصول الفنية لحلول تنازع القوانين من حيث الزمان، من حيث أن الذي يملك سلطة تحديد القانون الذي يحكم العقد هو المشرع و ليس الأطراف ، و القول بخلاف ذلك يعتبر تعديا على سيادة الدولة التي اختير قانونها لحكم العقد[3]، وقد استند هذا أنصار هذا الرأي في تبرير موقفهم إلى أنه و في ظل قواعد التنازع يوجد مبدأين الأول هو حرية اختيار القانون الذي يطبق، و الثاني هو إعمال القانون الواجب التطبيق، هذه العملية الأخيرة هي من اختصاص القاضي الذي يعرض عليه النزاع دون أن يكون للأطراف دورا فيها، فحسب الأستاذ " NIBOYET" فإن إرادة الأطراف تكون فقط في اختيار القانون ثم لا يكون لها أي دور بعد ذلك، و منه نستنتج أن شروط الثبات تؤدي إلى الخلط بين العمليتين السابقتين، الاختيار و التطبيق

كما أن هذه الشروط تتنافى مع قواعد التنازع عندما تؤدي إلى الإحالة إلى قانون ما يكون ملزما للأطراف و الذين يمكن لهم استبعاد قوانينه المكملة دون الآمرة ، لكن هنا يمكن الدفع بالنظام العام، نظرا لأن القانون لا يكون له اثر رجعي على أوضاع سابقة إلا أنه يرد على هذا أن الدولة يمكنها أن تصدر قانونا ذا اثر رجعي حماية المصلحة العامة.

[1] - سالم ليلى، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام الاقتصادي، جامعة وهران، 2012، ص 98.

[2] - سالم ليلى، المرجع السابق ، ص 99.

[3] - لمزيد من التفصيل حول هذه الملاحظات الانتقادية يراجع : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق، ص 324 و مايليها

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

إن القضاء أدان بدوره في العديد من الأحكام فكرة ثبات القانون الواجب التطبيق، ففي أحكام صدرت في كل من فرنسا و بلجيكا و ألمانيا نصت على ضرورة الخضوع الكامل للقانون المختار، و أن العمل بشرط الثبات يؤدي إلى عدم تحقق هذا الهدف.

كما يؤدي إعمال شروط الثبات إلى فكرة العقد بدون قانون، لذلك كان من المفترض أن الخضوع لقانون يكون أسمى من العقد في حين أن شرط الثبات يترتب عليه غير هذا، إذ أن العقد هو الذي يحدد آثار القانون[1].

هذا و قد نادى بعض الفقه باستبدال شروط الثبات التشريعي بشروط أخرى لتحقيق نتائج أفضل لكلا الطرفين و تتمثل هذه الاقتراحات فيما يلي:

1- إدراج شرط إعادة التفاوض عوض شرط الثبات التشريعي : تهدف هذه الشروط إلى إعادة التفاوض على المسائل التي تطرأ على العقد، فهي تعد وسيلة لينة و سهلة و لكن في نفس الوقت لها سلبياتها من حيث أنها تعد مصدر للنزاع في حالة استمرار تغير الظروف لمدة و تم التفاوض دون الوصول إلى اتفاق، الأمر الذي قد يؤدي إلى فسخ العقد[2].

2- إدراج الشرط الجزائي عوض شرط الثبات التشريعي:

يتمثل الشرط الجزائي في أن الأطراف لهم أن يتفقوا مسبقا على مقابل يدفعه أحد الأطراف للآخر عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فالشرط الجزائي و إن كان حسب التشريع الفرنسي- القديم لا يمكن رقابته استنادا إلى مبدأ القوة الإلزامية للعقود، فإن القانون المدني استلهم من تشريعات أخرى تنظيم مراجعة الشرط الجزائي من طرف القاضي و استبعاد قاعدة عدم تحول العقد[3].

رغم فشل شروط الثبات في الحد من تصرفات الدولة، وخاصة المتعلقة بالتأميم، إلا أن من ناحية الوظيفة المالية يقدم تعويض للمستثمر الأجنبي في حالة فسخ العقد أو إنهائه بإرادة منفردة، و يبدو أن الأستاذ"jimeney"أول من عبر عن هذا بقوله:"لا يمكن القول أنه ليس لشروط الثبات أي دور، إذ عند قيام الدولة بفسخ العقد فإنه ينشأ للمستثمر الأجنبي حق خالص في التعويض، تكون قيمته في حالة تواجد شرط الثبات أكثر من حالة عدم وجوده، لذا فإن وجود الشرط يشكل ظرفا خاصا لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض الملائم لصالح الطرف المتعاقد مع الدولة من خلال تعويضه عن الخسارة التي لحقت به و الكسب الذي فاته". وبالتالي يكون لهذا الشرط دور في جلب الاستثمار و تشجيعه من خلال ضمان التعويض، و الحصول على الأرباح حتى في حالة فسخ العقد و عدم تمام المشروع، و هي السياسة التي

[1]- مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41، مصر .1985، ص 98.

[2] Ali Mezghani . « préface de philippe fouchard . le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie .p. 285

[3] Ramande zerguine . « le code civile et l´adaptation juridique du contrat »R.A.S.J.P.E.N°02-1982.P298

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

تهدف الدول النامية الوصول إليها لجلب الاستثمار، و منه ما دام لشرط الثبات وظيفة مالية فمن الممكن الوصول إلى هذه النتيجة من خلال الشرط الجزائي[1].

خاتمة:

إن استقطاب الجزائر للاستثمار الأجنبي له دوافع جمة تستدعي تقديم الدولة لجملة من الحوافز والتسهيلات والضمانات قصد الخروج من التبعية لقطاع المحروقات و فتح مجالات أوسع لقطاعات أخرى من أجل تنويع اقتصاد البلد.

رغم ذلك لا يمكننا بأي حال أن ننكر سعي المشرع الجزائري نحو تشجيع الاستثمار الأجنبي الوافد بشتى الوسائل القانونية المتوفرة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي عن طريق توفير الضمان والحماية والتشجيع المالي والإجرائي، كل ذلك من أجل استقطاب حجم أكبر من الاستثمارات، لأن الوضع الراهن يعكس عدم كفاية تقرير ضمانات الاستثمارات في القوانين لوحدها ، بل يجب تأطيرها بسياسة اقتصادية متكاملة تدعم هذه الضمانات .

قائمة المراجع:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب س، ص 304.
2. أحمد عبد الكريم سلامة .شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية القانون الدولي ،عدد رقم 43، مصر، 1987 ، ص66
3. لما أحمد كوجان ،التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة و المستثمر الأجنبي ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ، 2002، ص93
4. سراج حسين أبو زيد ،التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000 ، ص 111 و 112
5. حسان نوفل ،التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومه للطباعة ،الجزائر ص 56و 57
6. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 317.
7. [1] - G.de la pradelle , Les conflits de lois en matiere de nullitt és, these, paris, éd dalloz, 1967, p 157 .
8. نقلا عن : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق، ص 319.

[1] حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية . 2001، ص 400.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

9. يوسفي محمد ، اتجاهات الاستثمار الدولي وأثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي لبلدان المغاربية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية والاقتصادية ، العدد الأول، 1992 ، ص 280

10. **Philippe KAHN,** « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », J.D.I., n° 02, 1989

11. قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية عقد الدولة ، مجلة الإدارة، مجلد 7 ، عدد 1، 1997، ص 335.

12. [1] -François DIESSE**,** « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Etat », R.D.A.I., n°08, 1998., p 878 et s

13. صدر عن المشرع الجزائري العديد من النصوص التشريعية المتعلقة بمجالات الاستثمار ،كانت البداية فيها بقانون الاستثمارات رقم 177/63 ثم الأمر رقم 284/66 مرورا بالمرسوم التشريعي رقم 12/93 الملغى بموجب الأمر 03/01 ، هذا الأخير عدل و تمم بموجب الأمر 08/06 ليأتي بعده التعديل المتضمن في الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، و صولا إلى القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

14. لعاري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2011 ، ص 19.

15. من بينهم الأستاذ" Geiger" الذي قال انه: «باعتبار أن مدة هذه المزايا طويلة جدا فمن الخطأ الاعتقاد أن الحكومات المتعاقبة لا يمكن لها تعديل عقد نص على جزء مهم من سلطاتها الضريبية ». و كذلك الأستاذ "WALDE" الذي رأى أن: «التطبيق المستمر لشروط الاستقرار يمكن أن يترتب عنه انعكاس سلبي يتمثل في ضعف سلطة الدولة في التفاوض، و التي تحاول أن تجذب الاستثمار بكل ثمن» . و نس الاتجاه اتخذه الأستاذ "FABER" الذي انتقد شروط الثبات للقانون الضريبي و الجمركي، و نادى بضرورة تكييف العقد مع الظروف الاقتصادية.

16. Dominique Berlin ; Le régime juridique international des accords entre états et ressortissant d'autre etats ; These de doctorat ; paris 1981 p 212.

17. سالم ليلى، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام الاقتصادي، جامعة وهران، 2012، ص 98.

18. سالم ليلى، المرجع السابق ، ص 99.

19. لمزيد من التفصيل حول هذه الملاحظات الانتقادية يراجع : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق، ص 324 و مايليها

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04

20. مفيد شهاب، التحكيم التجاري الدولي في العالم العربي، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41، مصر .1985، ص 98.

21. Ali Mezghani . « préface de philippe fouchard . le cadre juridique des relations commerciales internationales de la Tunisie .p. 285
22. Ramande zerguine . « le code civile et l'adaptation juridique du contrat »R.A.S.J.P.E.N°02-1982.P298

23. حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية . 2001، ص 400.

تاريخ الإرسال: 2018/02/06 تاريخ القبول: 2018/03/06 تاريخ النشر: 2018/06/04