المبادئ المكرسة لحماية الاستثمار الأجنبي

Principles devoted to the protection of foreign investment

د.يوسفات علي هاشم . جامعة أحمد دراية – أدرار

ط /د. حمادي محمد رضا . جامعة أحمد دراية – أدرار

ط/د. مقران سماح . جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

الملخص :

نتيجة الإصلاحات الاقتصادية التي تبناها المشرع الجزائري بدأً من تخليه على المنهج الاشتراكي وإتباعه للمنهج الليبرالي وكذا التعديلات المستمرة لقوانين الاستثمار ، حاول من خلالها تكريس مبادئ حماية الاستثمار الأجنبي لتنفيذ استراتيجياته التنموية .

فإلى جانب اهتمامه بمعاملة الاستثمارات سواء من الجانب الإداري أو الجانب الاقتصادي فإنه سعى أيضا إلى حمايتها من خلال وسائل قانونية وكذا تقديم ضمانات مختلفة إلى هذه الاستثمارات .

و من أجل توفير مناخ مناسب للاستثمارات عمل المشرع على وضع ضمانات قصد حماية المستثمرين تهدف إلى ضمان ضد المخاطر التي من شأنها الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد أو الأجنبي ، ولتفادي هذا الأضرار كرس قانون الاستثمار هذه المبادئ .

الكلمات المفتاحية : الاستثمار الأجنبي ، ضمانات الحماية ، الثبات التشريعي ، حرية الاستثمار .

Abstract:

As a result of the economic reforms adopted by the Algerian legislator, he began to abandon the socialist approach and follow the liberal approach, as well as the continuous amendments to the investment laws, in which he tried to devote the principles of protecting foreign investment to the implementation of his development strategies.

Apart from his interest in treating investments both from the administrative side and the economic side, he also sought to protect them through legal means as well as provide various guarantees to these investments.

In order to provide a favorable environment for investments, the legislator has worked to put in place guarantees to protect investors aimed at guaranteeing against risks that would harm the interests of the contracting or foreign client.

Key words: foreign investment, protection guarantees, legislative stability, freedom of investment.

مقدمة :

بعد فشل النظام الاقتصادي الاشتراكي القائم على احتكار الدولة لمعظم النشاطات الاقتصادية وانعدام المبادرة الفردية ، تخلت الدولة عن تدخلها في العديد من النشاطات سواء عن طريق تراجعها التلقائي في تسيير ورقابة تلك النشاطات أو عن طريق إلغائها احتكار بعض النشاطات ، مما أدى إلى رسوخ سياسة تحرير الاستثمار التي تمثل الدعامة الأساسية للنشاط الاقتصادي الحر.

ومن أجل تحقيق ذلك و جب توفير مناخ استثماري ملائما للمستثمرين الأجانب و ذلك بتوفير و تقديم كل التسهيلات والضمانات التي تدفع المستثمر الأجنبي لاستثمار رأس ماله في أراضيها.

وقد كانت الدولة الجزائرية من بين الدول التي أولت اهتماما بمجال معاملة وتنظيم الاستثمار وطنيا كان أم أجنبيا إلى جانب الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها ، حيث نجدها أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف لجذب الاستثمارات الأجنبية ، كما قامت بوضع الركائز القانونية والتشريعية لتحفيز المستثمرين في مختلف القوانين الوطنية فقرار الاستثمار لا يأتي إلا بعد الدراسة الدقيقة للمناخ الاستثماري للدولة المضيفة .

وللحصول على مناخ مشجع للاستثمار يجب الجمع بين الهيئات المكلفة بمختلف العوامل المشكلة له في جهاز واحد ، ينصب اختصاصه في أعلى تركيز على اتخاذ كل التدابير الضرورية للحصول على المناخ الاستثماري المناسب والذي يتماشى مع المتغيرات الإقليمية و الدولية ، ويكون في مستوى التنافس مع الدول الأخرى لجلب واستقطاب الاستثمارات الأجنبية .

وهذا ما يظهر من خلال اعتراف المشرع الجزائري بالمبادئ التي تكرس الحماية للاستثمارات الأجنبية في مختلف القوانين المتعلقة بتطوير الاستثمار كمظهر من مظاهر للانفتاح على الاستثمارات الأجنبية .

ومن خلال ما تقدم نطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى كرس المشرع الجزائري مبادئ حماية الاستثمار الأجنبي بدأً من المرسوم التشريعي 93-12 إلى غاية القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ؟.

و للإجابة على هذه الإشكالية اقترحنا الخطة التالية :

وعلى هذا الأساس سنتناول مبدأ حرية الاستثمار (**المبحث الأول**) ، ثم نتناول تقييم شرط الثبات التشريعي (**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول : مبدأ حرية الاستثمار

من أجل تحرير الاقتصاد الوطني قام المشرع الجزائري بإرساء قواعد اقتصاد السوق والانتقال من سياسة مناهضة للاستثمار المباشر إلى سياسة ترمي إلى فتح الباب أمام رأس المال الخاص الوطني و الاجنبي .

ومن خلال الاطلاع على مختلف القوانين والأنظمة المتعلقة بالاستثمار نلاحظ أن مبدأ حرية الاستثمار تجسد بصفة تدريجية إلى أن بلغ معناه الحقيقي والكامل بإقراره دستوريا ، وذلك بإبقاء الأحكام التي تتماشى مع المبدأ وإلغاء كل ما من شأنه أن يكون مساسا به .

يترتب على مبدأ حرية الاستثمار حق كل شخص في مزاولة النشاط الاقتصادي بحرية غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل يجب أن تمارس في إطار القانون وتخضع له ، فيكون للخواص ممارسة الاستثمار والتجارة دون تدخل من السلطة العامة .

ومنه سنتناول إلغاء قيد القطاعات الاستراتيجية (**المطلب الأول**) ، ثم توسيع مجالات الاستثمار (**المطلب ثاني**) .

المطلب الأول : إلغاء قيد القطاعات الاستراتيجية

حاول المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي 93-12 [1] النص على السبل الأنجع لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية نحو القطاعات الاقتصادية المنتجة ، وفي نفس الوقت سعى إلى التضييق من استحواذ المستثمر الأجنبي على القطاعات الهامة وفي هذا الإطار نصت المادة الأولى منه على أن الاستثمار الخاص غير ممكن في الأنشطة الاقتصادية المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بنص تشريعي .

وبهذه المادة فإن المشرع الجزائري قد جعل من مبدأ حرية الاستثمار مبدأً مقيدا ، لأنه ترك مجالا للدولة أن تتدخل كمستثمر وليس هناك ما يمنعها أن تتدخل في القطاعات الغير مخصصة لها ، في حين يبقى نشاط المستثمرين الخواص ممكنا في الميادين الغير مخصصة للدولة.

بعدها أصدر الأمر 01-03 [2] الذي نص على أن الاستثمارات تنجز بحرية تامة دون أن يشير إلى ما يعرف بالقطاعات الاستراتيجية وهذا تكريسا للمبدأ الدستوري " حرية الصناعة والتجارة ".

فغاية المشرع من إصدار القانون الجديد هي بلا شك العمل على تعميق الإصلاحات الاقتصادية التي انتهجتها الدولة وكذلك بتعزيز مبدأ حرية الاستثمار وتوسيع مجال تطبيقه ومواكبة التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في هذا المجال وبعث الأداة الاقتصادية وتوفير المناخ الملائم لدفع وتنشيط الاستثمارات الأجنبية والوطنية[3].

فمن أهداف هذا الأمر تشجيع قدوم المستثمرين الأجانب وذلك بتوفير النظام القانوني الجبائي والمالي المناسب الذي يمنح لهم الحوافز والضمانات .

وفي آخر تعديل لقانون الاستثمار بموجب القانون 16-09 [4] المتعلق بترقية الاستثمار الذي جاء بعد الأزمة الاقتصادية الحالية والهدف منه هو جلب الاستثمارات الأجنبية و إيجاد بديل لتنويع المداخيل خارج إطار

المحروقات ومنح هذا القانون المزيد من الضمانات والامتيازات للمستثمرين الأجانب ودعم الاستثمار عن طريق أجهزة الاستثمار المتمثلة في المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشباك الوحيد.

إذ يعتبر هذا القانون نتيجة مباشرة للوضع السياسي والاقتصادي الذي تمر به البلاد ، التي فتحت الأبواب على مصراعيها للاستثمار ، خاصة الأجنبي منه باعتبار الاستثمار أصبح ضرورة اقتصادية ملحة من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني.

ويمكن تفسير موقف المشرع الجزائري على أن اتجاهه واضح لمنح حرية اكبر للمستثمر وتوسيع نقاط تدخله في مختلف فروع الاقتصاد الوطني ، وتعبر على اقتناعه بعدم فاعلية التحديد لبعض القطاعات الاقتصادية.

وحسنا فعل المشرع حينما حذف مسألة القطاعات الاستراتيجية المخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها أو لشخص معنوي معين صراحة بموجب نص قانوني ، لأن ذلك من شأنه إثارة اهتمام كبير لدى المستثمرين الوطنيين و الأجانب لكونه يستجيب لضرورة تكييف وملائمة التشريعات المتعلقة بالاستثمار وتلك المتعلقة بالعلاقات التجارية والمالية .

إن تعزيز حرية الاستثمار لم تترجم بفتح القطاعات أمام الاستثمار الخاص فحسب ، وذلك من خلال إلغاء قيد القطاعات الاستراتيجية وإنما وسع القانون الجديد 16-09 من مجالات الاستثمار وهذا ما سنتناوله في العنصر الثاني .

المطلب الثاني : توسيع مجالات الاستثمار

يقصد بمجالات الاستثمار ، تحديد النشاطات الاقتصادية التي تعتبر استثمارا ، وفي هذا الاطار نجد أن المشرع الجزائري من خلال تدخله لتحديد مجالات الاستثمار اكتنفه الغموض وذلك راجع إلى عدم وضوح فكرة القطاعات الاستراتيجية ، أما من حيث القطاعات التي يطبق عليها هذا النص التشريعي فإننا نجد نص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 والتي كانت تنص صراحة على أن : " يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الاستثمارات الأجنبية ... " ، فهي تشير صراحة إلى عدم استفادة الاستثمارات العمومية من أحكام هذا المرسوم .

أما فيما يتعلق بنوع النشاطات الاقتصادية فإن المرسوم التشريعي 93-12 أكد على النشاطات المنتجة للسلع والخدمات ، إذ أن الهدف من تشجيع الاستثمارات الأجنبية هو بالضرورة زيادة حجم الاستثمارات المنتجة وزيادة الصادرات من السلع و الخدمات مع عدم اقتصارها على عمليات المضاربة[5] .

ويشترط لإنجاز هذه الاستثمارات سواء كانت لإنتاج سلع أو لتقديم خدمات أن تتخذ شكل مساهمة في رأس مال في صورة مساهمات نقدية أو عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي .

أما في الأمر 01-03 الذي ألغى الفكرة الغامضة " القطاعات الاستراتيجية " هذا من جهة ، أما من جهة أخرى فوسع من مفهوم الاستثمار ، حيث جاءت صياغة أحكامه عامة مما يفيد احتوائه للاستثمار العمومي والخاص وكذا الاستثمار الذي ينجز في إطار نظام الامتياز و الرخص، فنصت المادة الأولى منه : " يحدد هذا

الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات ، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخص " [6].

ومن خلال نص المادة السابق نجد أنها لا تنص بصريح العبارة على إدخال الاستثمارات العمومية ضمن نطاق هذا القانون إلا أنها لم تستبعدها صراحة كما فعل التشريع السابق الذي يستشف منه أن الاستثمار ينحصر فقط في الاستثمار الخاص دون الاستثمار العمومي .

أما فيما يتعلق بنوع النشاطات الاقتصادية في الأمر 01-03 فنجد المشرع قد مدد العمل بنص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 الذي أكد على إنتاج السلع و الخدمات .

كذلك ما يلاحظ على الأمر 01-03 أنه اعتمد إغفال ذكر طبيعة الشخص التي يقدم تلك المساهمات خلافا لما ورد في نص المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 التي أضافت عبارة " يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي " ، مما يعني أن المشرع لم يولي اهتماما لطبيعة الشخص المساهم أو المساهم لديه مقتصرا في ذلك على إبراز شكل المساهمة مما يبين أنه يركز على صفة المال ليس على صفة مالكيه وذلك أن القانون الجديد ينصب على المال ليس على الأشخاص .

أما القانون 16-09 الجديد فنجده يتطابق بصفة كلية تقريبا مع الأمر 01-03 ما عدا فيما يتعلق بالاستثمارات التي تنجز بنظام الامتياز و/أو الرخصة والتي لم ينص عليها في هذا القانون ، وكذلك لم يقم بذكر طبيعة المساهمات ولا الأشخاص المقدمين لها فقد اكتفى بالنص في المادة الثانية منه : " يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ، ما يلي : ... المساهمات في رأس مال شركة " .

وبهذا فإن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة قد عزز مبدأ حرية الاستثمار وفتحه على مصراعيه وذلك لإلغائه لكافة القيود التي وردت في مختلف القوانين السابقة له .

المبحث الثاني : شرط الثبات التشريعي

لقد حاول الفقه إعطاء تكييف قانوني لشرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية ، فالدول تلجأ إلى هذا الشرط من أجل طمأنة المستثمرين المتعاقدين معها من خلال إدراجه في بنود عقد الاستثمار فلا يسري على العقد إلا الأحكام النافذة وقت إبرامه دون أن يطرأ عليه أي تغيير في المستقبل .

و لغرض الإلمام بهذا الموضوع سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في (**المطلب الأول**) مفهوم شرط الثبات التشريعي وفي (**المطلب الثاني**) طبيعة شرط الثبات التشريعي .

المطلب الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي

يقوم شرط الثبات التشريعي على تجميد أو تثبيت دور الدولة كسلطة تشريعية و كطرف في العقد بحيث تتعهد الدولة بالعمل ببنود العقد دون أي تغيير أو تعديل بإرادتها المنفردة في القانون الواجب التطبيق أي الالتزام بشرط الثبات التشريعي (**الفرع الأول**) ، و الأنواع التي يتخذها شرط الثبات التشريعي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية ".

ويعرف أيضا بأنه " الشرط الذي يرد عقد الاستثمار والذي يؤدي إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية التي كانت سارية وقت إبرام العقد ويعتبر ذلك الشرط ملزماً للطرفين استناداً إلى العقد شريعة المتعاقدين "[7].

فهو يهدف إلى الضمان ضد المخاطر التشريعية و المتمثلة في الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد أو الأجنبي، ولتفادي هذا الضرر كرس قانون الاستثمار شرط الثبات التشريعي في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار و التي نصت على أنه : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ". وهذا ما أكد عليه المشرع صراحة في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بموجب المادة 22 بنصه 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 ".

يتبين أن هذا المبدأ الذي استمد من تجربة المؤسسات العمومية في مجال العقود الدولية يهدف إلى التقليص من صلاحيات الدولة في مجال التشريع المتعلق بالاستثمارات ، بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد التعديلات اللاحقة له [8] .

يؤدي تغيير الدولة لبنود التشريع في بعض الحالات إلى الإضرار بالطرف الأجنبي والمساس بأهدافه ومصالحه و يؤدي أيضا إلى الإخلال بالتوازن العقدي بينها و بين الطرف الأجنبي ، لذلك يسهر هذا الأخير على المطالبة بعدم تغيير التشريع الساري وقت إبرام عقد الاستثمار ، و تستجيب السلطة المختصة لهذا الطلب بتعهدها بعدم تغيير أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة بصفتها صاحبة السيادة [9].

و تجدر الإشارة إلى أن الفقيه " Weil " ميز بين بند الثبات و بين عدم تغيير أو تعديل العقد و يرى : « أن بنود الاستقرار ناجمة عن صلاحية عامة تستمدها الدولة من سيادتها ، أما بنود عدم التغيير فتتعلق بسلطة لا تتحرك إلا في مجال تعاقدي » .

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في العبارة الأخيرة من المادة 22 من القانون 16-09 ، ويهدف هذا المبدأ إلى تطبيق القانون الأصلح للمستثمر[10]، لأن حق الأطراف في تثبيت القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الزمان يستمد من قاعدة القانون الدولي الخاص ، حيث منحت هذه الأخيرة للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بينهم ، لأنه باختيار الأفراد للقانون بأنفسهم يحقق لهم الأمن و الحماية القانونية و أيضا تهربا من عدم الاستقرار التشريعي [11].

الفرع الثاني : الأنواع التي يتخذها شرط الثبات التشريعي

على نحو ما أشرنا سابقا فإن شرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، و ينقسم شرط الثبات التشريعي عادة إلى قسمين أساسيين و يتمثلان في: شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي (**أولا**)، و كذا شرط الثبات التشريعي (**ثانيا**) .

أولا : شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي

هو الشرط الذي يتفق عليه كل من الدولة و المستثمر الأجنبي المتعاقد معها عند إبرام عقد الاستثمار بحيث يشير هذا الشرط على أن القانون واجب التطبيق في حالة إثارة نزاع بينهما هو القانون المتفق عليه بأحكامه المطبقة وقت إبرام العقد محل النزاع بشرط أن تستبعد أي تعديل أو تغيير في هذا العقد. و يستند هذا الشرط إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة و تنص على منح المتعامل التعاقد الأجنبي جميع الضمانات الاستثنائية الواردة في هذا القانون[12].

و يهدف شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي إلى تثبيت القانون المتفق عليه بأحكامه وقواعده التي كانت مطبقة وقت إبرام العقد، حتى في حالة حدوث منازعة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار مع استبعاد أي تعديل الحق يطرأ على هذا العقد[13] .

و بالتالي فبموجب هذا الشرط لا يمكن للدولة أن تتهرب منه ، إلا بعد نهاية مدة العقد ، وإذا لم توفي بالتزاماتها ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها ،كما أن هذا شرط لا يلزم المستثمر الأجنبي حتى و لو كان القانون الجديد أصلح له ، و بالتالي فهذا الشرط ملزم لكلا الطرفين [14].

ثانيا : شرط الثبات التشريعي

هو ذلك الشرط الذي يرد في النصوص التشريعية للدولة حيث يتضمن هذا تقييد سلطتها في عدم تطبيقها للتشريعات اللاحقة على العقد إلا تلك التي كانت وقت إبرام العقد و هذا بالضرورة يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الجديد [15] .

ويشكل شرط الثبات التشريعي أكبر حماية للطرف الأجنبي ضد احتمال أي تعديل أو إلغاء للقانون الذي يحكم الاستثمار،و لكن ما يمكن أن ينقص و يقلل من دور هذا الأخير هو أن الدولة تحتفظ بحقها و سلطتها بالانفراد في تعديل القانون في أي وقت ، وقد تدارك القانون هذا الأمر وذلك في الماد ة 35 من الأمر رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أن المستثمرون يحتفظون بالحقوق التي يكتسبونها فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير لتشجيع الاستثمارات و تبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة و بالشروط التي منحت على أساسه .

و يفهم من هذه المادة أنه عند إلغاء القانون تبقى الاستثمارات التي أنجزت قبل إلغائه مستفيدا بالمزايا التي كانت موجودة سلفا ، و إذا كانت للمستثمر مصلحة في تطبيق القانون الجديد فيطبق بذلك القانون الأصلح له، و هذا ما ورد في نص المادة 22 من الأمر السالف الذكر بنصها " إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة " .

المطلب الثاني : طبيعة شرط الثبات التشريعي

لم يتعرض الفقه بشكل صريح أو مباشر لتحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات أو تجميد قانون العقد على حالته التي كانت عليها وقت إبرام العقد .وقد تباينت آراء الفقه في النظر إلى هذه الشروط على أنها شروط تحويلية لطبيعة القانون (**فرع أول**) ، شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد بما لها من أثر واقف للتشريعات اللاحقة (**فرع ثاني**) .

الفرع الأول : شروط تحويلية لطبيعة القانون

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

حيث لا تسري التعديلات الجديدة على العقد نظرا لأن القانون قد أصبح بمثابة شرط عقدي يعبر عن إرادة الأطراف لا إرادة مشرعه [16].

وهنا يمكن أن نستخلص أن شرط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي تمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد.

ولا يخفى على أحد أن ذلك التحويل انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الدولية للعقود ، فاستنادا إلى هذا المبدأ ، تستطيع الأطراف المتعاقدة ليس فقط استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي ، بل أيضا صهر تلك القوانين في العقد ذاته لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها لها الأطراف أنفسهم ، أو كما يجعل البعض قانون الإرادة المستقلة قد أضحى ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد منه لاسلطة إبطال تعددهم ، ولا سلطة تعديله دون رضائهم [17].

ويجدر التنويه هنا إلى أن هذا الرأي لا يصلح إلا بصدد الشروط التعاقدية أو الاتفاقية للثبات أو التجميد الزمني للقانون ،حيث أن الأطراف المتعاقدة تقوم باختبار القانون واجب التطبيق و إدماجه في العقد بل بشكل أدق يمكننا القول أنه لا يصلح إلا في الحال التي يكون هناك اختيار صريح لقانون ، أما في حال غياب إرادة الأطراف فإن فكرة الاندماج والطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر .

أما شروط الثبات أو التجميد الزمني لقانون العقد ذات الطابع التشريعي فإن علم المتعاقد مع الدولة بوجود ذلك الشرط في تشريعاتها يعد أحد دوافعه الرئيسية للتعاقد مما يستوجب إقرار أثره كاملا استنادا لإرادتها في إعماله ، وكل ما في الأمر أن الدولة وفرت عليه التفاوض معها بشأنه [18].

الفرع الثاني : شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري

والمباشر للقانون الجديد بما لها من أثر واقف للتشريعات اللاحقة

إذا اتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك ، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه بل فقط يتوقف سريان القواعد

الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد فهي تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني وعلى هذا الأساس يمكننا القول أن لشروط التجميد أو الثبات أثر توقيفي لقوة سريان قانون العقد في تعديلاته اللاحقة على العقد .

و يستند هذا الرأي إلى عدة اعتبارات[19]:

فمن ناحية نجد أن قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف ، بل هو صادر عن سلطة تشريعية ، يفرض على هؤلاء فهم المخاطبون بأحكامه ، حقيقة أن إرادة الأطرف تتدخل في مرحلة معينة لتحديد واختيار القانون المختص بحكم العقد وهنا تنتهي سلطان إرادة الأطراف ، فلا تستطيع تلك الأخيرة أن تدمج القانون في العقد ، بل عند اختياره ليسري على العقد ، تحدد حالته التي يطبق بها على هذا العقد .

و من ناحية أخرى فإن القاضي إذ يطبق القانون المختص ، فهو يطبقه باعتباره قانونا وليس شرطا تعاقديا، و هو الجزء الذي يتضمنه ولا يصح هنا بأنه من غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون ، فالغالب أن شروط الثبات أو التجميد التي يكون لها الأثر التوفيقي هي شروط تشريعية موجودة بالقانون الواجب التطبيق خصوصا قانون دولة معينة طرف في عقد دولي خاص أو عام ، وليس في هذا الفرض ثمة ما يمنع فينا تجميد الدولة لقانونها فهي مشرعة.

على أن البعض قد ارتأى إمكان تحقق الأثر التوفيقي حتى في خصوص شروط التجميد أو الثبات التعاقدية وهنا يكون ذلك الأثر من عمل الأطراف في العقد و يستند هؤلاء إلى أن : " قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض إسنادا زمنيا إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد " ، و هي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائما أخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار .

الخاتمة :

و في ختام دراستنا هذه توصلنا إلى جملة من النتائج :

- اعترف المشرع بالقيمة الدستورية لهذا المبدأ نظرا لأهميته في جذب الاستثمارات الأجنبية للتنمية الاقتصادية .
- حرية مبدأ الاستثمار ليست مطلقة وإنما تمارس في إطار القانون لهذا وضع المشرع مجموعة من القيود والاستثناءات القانونية التي تتعلق ببعض القطاعات والنشاطات منها ما هو مقنن أي اجبارية الحصول على تراخيص مسبقة ومنها ما هو مخصص للدولة أو أحد فروعها .
- شرط الثبات التشريعي يدخل ضمن الشروط التي ترد في عقد الاستثمار و تحقق الحماية للمستثمر الأجنبي ، و بالنظر لأهمية هذا الشرط فقد تم النص عليه في كثير من القوانين باعتباره يعمل على خلق نوع من التوازن بين كل من مصالح الدولة ومصالح الطرف الأجنبي .
- إن عقد الاستثمار يقوم أساسا على فكرة تضارب المصالح ،وهذا ما يؤدي إلى إحداث خلل في التزامات الطرفين أثناء تنفيذ هذا العقد ،فالدولة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية في حين أن المستثمر يهدف إلى تحقيق الربح ، و للتوفيق بين سيادة الدولة في تعديل أو إنهاء العقد من جهة وصحة شرط الثبات كان لا بد من إحداث نوع من التوازن بين المصلحتين المتناقضتين .

قائمة المصادر والمراجع :

أولا : النصوص القانونية

- مرسوم تشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، صادر في 05 أكتوبر 1993 ، جريدة رسمية عدد 64، الملغى بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، جريدة رسمية عدد 47 صادرة بتاريخ 22 أوت 2001.
- قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، المؤرخ في 03 أوت 2016 ، جريدة رسمية عدد 46 ، الصادرة في 03 أوت 2016 .

ثانيا : الكتب

- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية " تحيد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها " ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003 .
- صفوت أحمد عبد الحفيظ ،دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 32 .
- عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار " الأنشطة العادية و قطاع المحروقات " ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006، ص 602 .

ثالثا : المذكرات و المقالات

- إدريس مهان ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 ، سنة 2002 .
- شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 ، سنة 2008/2007 .
- شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ، دراسة تطبيقية لبعض عقود الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2009 .
- عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، رسالة مقدمة لننيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2011/2010 .
- غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثاني ، 2009 ، كلية القانون ، جامعة كربلاء .
- غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004 .
- كريمة صبيات ، مدى المستجدات في قانون الاستثمار لسنة 2001 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر ، 2006/2005 .
- محمد يوسفي ، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد الثاني ، المجلد 09 ، 1999 .

الهوامش:

[1] المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار ، ج .ر عدد 64 ، الصادرة بتاريخ 1993/10/10 .

[2] الأمر 01-03 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج . ر عدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2001/08/22 .

[3] صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 32 .

[4] الأمر 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ، ج .ر عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016 .

[5] محمد يوسفي ، مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد الثاني ، المجلد 09 ، 1999 ، ص 85 .

[6] كريمة صبيات ، مدى المستجدات في قانون الاستثمار لسنة 2001 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر ، 2006/2005 ، ص 21 .

[7] غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثاني ، 2009 ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ص 172 .

[8] إدريس مهان ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 ، سنة 2002 ، ص 101 .

[9] شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01،سنة 2008/2007 ، ص 79 .

[10] عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار " الأنشطة العادية و قطاع المحروقات " ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006، ص 602.

[11] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية " تحيد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها " ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2003 ، ص 322 -323 .

[12] شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ، دراسة تطبيقية لبعض عقود الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2009 ، ص 94 .

[13] غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس ، 2004 ، ص 137 .

[14] شوشو عاشور ، مرجع سابق ،ص 81 .

[15] المرجع نفسه ، ص 138 .

[16] حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص 339 ، 342 .

[17] عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، رسالة مقدمة لننيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2011/2010 ، ص 148 .

[18] عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع سابق ، ص 148 .

[19] المرجع نفسه ، ص 149 .