مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 716-730

تفعيل شرط الثبات التشريعي كضمانة حمائية لصالح المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري

Activation of the requirement of legislative stability as a protective guarantee for the foreign investor in the Algerian law

محمد أمين طوطاوي [1*]، جامعة عنابة ، (الجزائر)، mohamedaminetoutaoui@gmail.com

عمارة بلغيث [2]، جامعة عنابة، (الجزائر) ،Belghitamara@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/18. تاريخ قبول المقال: 01-10-2021

الملخص:

سعيا من الدولة الجزائرية و في سبيل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية تعمل هذه الأخيرة على إدراج جملة من الضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي، لعل أبرزها ما يعرف بشرط الثبات التشريعي باعتباره أهم ضمانة موضوعية تحمي المستثمر الأجنبي عن طريق استقرار القانون الذي أبرم في ظله العقد حماية له من سلطة الدولة المضيفة، و في نفس الوقت توفير الحرية و الأمان القانونيين لممارسة نشاطه الاستثماري داخل أراضيها.

الكلمات المفتاحية: رؤوس الأموال الأجنبية ، شرط الثبات التشريعي ، ضمانة موضوعية .

Abstract:

As part of the efforts to attract foreign capital the Algerian Stateis is endeveavouring to incorporate a number of legal guarantees for foreign investors, the most prominent of which is the so-called Legislative stability requirement as the most important objective guarantee that protects foreign investors by establishing a legal framework within which to protect them from the authority of the host State, in the same time provide The legal freedom and security to pursue his investment activity within in its territory.

Key words : Foreign capital, Legislative stability requirement, Objective guarantee.

* طوطاوي محمد امين.

مجلة طبنـــة للدراسات العلمية الأكاديمية ISSN 2661-7633 / EISSN 2716-8883

السنة: 2021 المجلد: 04 العدد: 03 ص.ص: 716-730

مقدمة :

تسعى غالبية الدول لجذب واستقطاب الاستثمارات الأجنبية عن طريق منح المستثمرين الأجانب العديد من الضمانات والحوافز التي تكفل الحماية الكافية لهم ، والجزائر كغيرها من الدول قد سايرت هذا النهج عن طريق تكريسها لمجموعة من الضمانات على اختلافها، ونظرا لما تملكه هذه الأخيرة من سلطة سيادية الأمر الذي يجعل من المستثمر الأجنبي متخوفا من ممارسة نشاطه الاستثماري على إقليمها لاختلاف المراكز القانونية بينهما باعتبارها دولة ذات سيادة أما المستثمر الأجنبي لا يغدو أن يكون فردا طبيعيا أو معنويا لهذا يصعب تحقيق التكافؤ بينهما ، وعليه حرصت الجزائر على إدراج ما يسمى بشرط الثبات التشريعي أي استقرار القانون الذي أنشأ العقد في ظله كما عملت على تكريسه من خلال القوانين الداخلية "قانون الاستثمار" جاء ذلك تحديدا في نص المادة 22 منه أو من خلال عقود الاستثمار و كذا من خلال تبني نظام الاتفاقيات الدولية بنوعيها على اعتباره ضمانة هامة تحمي المستثمر الأجنبي ومن جهة أخرى تكفل له جو من الأمان القانوني لممارسة نشاطه الاستثماري بأريحية داخل إقليمها.

وعليه تكمن أهمية هذه الدراسة في الإلمام بموضوع شرط الثبات التشريعي في مجال الاستثمار باعتباره يشكل ضمانة حمائية إن صح القول خاصة مع تزايد استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية حيث أصبح لزاما على الدولة الجزائرية العمل على تجسيده وتبيان أهميته في تحقيق الأمان والاستقرار القانونيين لهذا المستثمر داخل أراضيها ، أما الهدف من الدارسة فيتجلى في تحديد الدور الذي يلعبه هذا الأخير في حماية المستثمر الأجنبي باعتبار أنه يقضي بتطبيق القانون الذي كان ساريا وقت إبرام العقد و فقط وكذا العمل على تجنب الإشكالات الراهنة و معرفة الضوابط التي يقوم عليها عند عدم التزام الدول المضيفة بتكريسه أو التغاضي عنه .

انطلاقا من هذه يطرح الإشكال التالي : ما مدى مساهمة شرط الثبات التشريعي في تفعيل الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي وما مدى تطبيقاته في دولة الجزائر ؟

وقد تم الاعتماد في دراستنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل لبعض النصوص القانونية سواء في القوانين الداخلية أو من خلال نظام الاتفاقيات الدولية ، مع إعطاء نماذج تطبيقية لتفعيل هذا الشرط حماية للمستثمر الأجنبي داخل دولة الجزائر وقد اعتمدنا في تقسيم موضوعنا هذا الى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي، أما المبحث الثاني فخصصناه لتطبيقات شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري .

المبحث الأول : النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي

إن التطرق لشرط الثبات التشريعي كضمانة حمائية للمستثمر الأجنبي في الدولة الجزائرية يطرح العديد من المسائل والإشكالات القانونية بين الطرفين ، ثم إن هذا الأخير كضمانة استثمارية يرتب جملة من الآثار القانونية لذلك وجب التطرق لطبيعة هذا الأخير بصفة عامة " كمطلب أول " ثم التطرق للآثار المترتبة على شرط الثبات التشريعي بالنسبة لأطرافه " مطلب ثاني " وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

إن دراسة شرط الثبات التشريعي كضمانة قانونية لصالح المستثمر في التشريع الجزائري يقتضي بنا البحث حول طبيعته القانونية و لا يتسنى لنا ذلك الا من خلال وجوبية تعريفه "فرع أول " وصولا لمضمونه في مجال منازعات الاستثمار "فرع ثاني".

الفرع الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي

يقصد به ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها [1].

كما يعرف على أنه ذلك الشرط الذي يتم بموجبه تجميد القانون الواجب للعقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه، كما يعد الأكثر شيوعا في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية [2].

بينما نجد الأستاذ pierre lalive قد عرفه حيث أطلق عليه مصطلح "شرط الاستقرار" بقوله[3]" ذلك الشرط الذي يهدف إلى منع الطرف المضيف من التعديل ولصالحه المحيط القانوني، أي بمعنى آخر القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يتولى معادلة المفاهيم التعاقدية."

---

[1]- بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر ، 2005 ، ص293.

[2]- عدلي محمد عبد الكريم ، النظام لقانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان 2010 ، ص 144.

[3]- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية "عقود المفتاح والإنتاج في اليد " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر، 1998 ، ص286.

كما يعد مفهوم شرط الثبات التشريعي الأداة القانونية لإخضاع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى قانون ثابت محدد [1] ومعروف لدى الأطراف المتعاقدة منذ لحظة إبرامه حتى انقضائه.

الفرع الثاني : مضمون شرط الثبات التشريعي

يتضمن شرط الثبات التشريعي تثبيت القانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد بين الدولة والطرف الأجنبي[2] ، إن النص على هذا التعهد من قبل الدول يشترط تطبيقه على كل القواعد المتعلقة بعقود الاستثمار فالدولة في هذه الحالة تتعهد بقصر التعهد على بعضها فقط دون الآخر كقصر مثلا نظام ضريبي لمشروع استثماري معين ومن هنا يمنع عليها تعديل القواعد المتعلقة بوعاء الضريبة وكذا تحصيلها بعد الانتقال برأس المال [3] ، كما يشكل هذا الأخير إن صح القول حصانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة المضيفة من سلطات بوصفها سلطة تشريعية كما يعد قيدا يحد من حريتها بحيث تكون هنا قد وضعت التزاما بعدم إجراء أي تعديل يمس العقد بإرادتها المخولة لها .

فشرط الثبات التشريعي إن أمكن القول استثناءا من القاعدة العامة التي تقضي بخضوع المستثمر لسيادة الدولة التي يمارس فيها نشاطه الاستثماري وخضوعه للتعديلات القانونية التي تطرأ على قوانينها خلال مدة نفاذ العقد[4] فهو ينصب على تثبيت النظام القانوني بعدم إجراء أي تعديل أو تغيير للإطار التشريعي الذي يحكم الاستثمارات والذي يتم في ظله إبرام العقود، هذا بمعنى تجميد مؤقت لحق الدولة في ممارسة سيادتها القانونية.

إن الهدف من وراء هذا التنازل صراحة هو تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة وتحصين سريان الإطار القانوني الذي أنشأ في ظله العقد .

---

[1]- حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ص56.

[2]- احمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43، مجلد 43 ، 1987، ص 125.

[3]- – بن عميور أمينة ، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة ، عام 2017 – 2018، ص93.

[4]- دريد محمد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2006، ص 241.

المطلب الثاني : الأثر المترتب على شرط الثبات التشريعي بالنسبة لأطرافه

بعد دراسة الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي تعد مسألة تحديد الآثار القانونية الناتجة عن نفاذ شرط الثبات التشريعي من بين أكثر المسائل جدلا لاختلاف الآراء فيها بين مؤيد للأخذ بها باعتبارها صحيحة ومنتجة لآثارها " فرع أول" ومعارض لها باعتبارها لا تمس بسيادة الدولة المضيفة " فرع ثاني" وبين حتمية المزج بين الرأيين أي التوفيق بين الحق السيادي للدولة والحرية التعاقدية "فرع ثالث" وهذا ما نتناوله .

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي صحيحا ومنتجا لآثاره :

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على صحة شرط الثبات التشريعي باعتباره شرطا صحيحا ومنتجا لآثاره من قبل طرفي العقد أو الاتفاق[1] فهو يتجسد بصفة أساسية في عدم قيام الدولة بأي تعديل أو إلغاء من شأنه المساس بشروط العقد دون موافقة الطرف الخاص المتعاقد معه ، كما يستندون على فكرة أن هذا الشرط يخضع لأحكام القانون الدولي لا قانون الدولة المتعاقدة ، فأي انتهاك لمثل هذا سوف يرتقي الى مصف الانتهاك المنصوص عليه في القانون الدولي[2] حيث ينتج الشرط آثاره فيما بين الأطراف المتعاقدة، كما شرط الثبات المدرج في العقد المبرم بين الدولة والمتعاقد الأجنبي شرطا مقبولا و محققا لآثاره القانونية، بينما يرى البعض الآخر أنه لا يمكن للعقد في هذه الحالة أن يبقى حبيس نزاع قانوني بين تعديل وإلغاء بصدور قانون جديد فهذا سوف يؤثر حتما على مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هذا ما تم تدعيمه من قبل هيئة التحكيم وإقراره تحديدا في قضية أرامكو الشهيرة[3].

الفرع الثاني: شرط الثبات لا يشكل أي قيد على قرار الدولة المضيفة أو المساس بسيادتها

على غرار الاتجاه الأول يرى أنصار هذا الاتجاه أن شرط الثبات التشريعي لا يشكل أية قيود على الدولة المضيفة أو المساس بسيادتها فلها مطلق الحرية في تعديل العقد بالإرادة المنفردة إذا ما تعلق

---

[1].- بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ،الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية بيروت ، لبنان 2010 ص210.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق، ص171.

[3]- جاء في هيئة التحكيم في قضية أرامكو وهو نزاع قائم بين شركة أرامكو ودولة السعودية حيث نص الحكم على" إنه لمن المؤكد بان أي عقد لا يمكن أن يوجد من فراغ وإنما يجب ان يستند الى قانون ...فمن الضروري ان يتعلق بقانون وضعي يقر بالآثار القانونية لإرادة الأطراف المتعاقدة .....إن الإرادة لا يمكن ان تولد اتفاقية الا اذا كان القانون الذي ترتكز عليه هذه الإرادة يعطيها مسبقا هذه القدرة " راجع معاشو عمار ، مرجع سابق . ص115.

بالمصلحة العامة مع إلزامية مراعاة عنصر التعويض طبعا للطرف الأجنبي المتعاقد[1] معها نتيجة إخلالها بالعقد أو أحد بنوده ، و يستند هذا الرأي إلى أن حق الدولة في تأميم و مراجعة العقود حق مستمد من سيادتها على مصادر الثروة الطبيعية على إقليمها ، وفقا لقرارات الأمم المتحدة حيث كان أولها قرار الجمعية العامة رقم1803 لسنة 1962 [2] وعليه إن صح القول هو شرط يستوي مثله مثل باقي الشروط الأخرى المدرجة في العقد، كما لا يقيد إرادة الدولة و لا يعرقل ممارسة سيادتها في تعديل العقود[3]حيث يبقى لها مطلق الحق والحرية في إصدار تشريعات جديدة ، هذا ما تم تأكيده في بعض القرارات الصادرة عن جمعية الأمم المتحدة لاسيما ما تعلق منها بالثروات الطبيعية[4] .

كما لم يسلم هذا الاتجاه من النقد على أساس أن الأخذ به سيسمح للأطراف في هذه الحالة من التحلل من الالتزامات بكل حرية مطلقة، ومنه تتحول الرابطة العقدية لرابطة خضوع و تبعية [5] ستؤثر حتما على نشاطات المستثمر الأجنبي وتقيدها .

الفرع الثالث : ضرورة التوفيق بين الحرية التعاقدية والحق السيادي للدولة

يذهب أنصار هذا الاتجاه الى المزج بين الرأيين السابقين أي العمل على التوفيق بين الحرية التعاقدية وفي نفس الوقت منح الحق السيادي للدولة ، و عليه إذا كان العقد يرتكز على النظام القانوني الوطني فإن هذا الأخير هو الذي يحكم جميع المسائل المتعلقة بالشروط الواردة في العقد بما فيها شرط الاستقرار التشريعي بحيث يكون وحده المختص بتحديد القيمة القانونية لهذه الشروط ومدى صحتها .

أما في حال ما إذا كان العقد يرتكز على النظام القانوني الدولي فهو بذلك سيخضع له[6] وهنا يعتبر شرط الاستقرار صحيحا ومنتجا لأثاره دون تعدي للحقوق السيادية للدولة[7] .

---

[1]- عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص153.

[2] -عدلي محمد عبد الكريم، مرجع نفسه ، ص153.

[3] -Mebroukine Ali » quelques réflexions a propos des clouses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes » revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques volume xix. N01. 1982. p311 .

[4]- اقلولي محمد ، شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2006 ص 113-114.

[5]- بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص173 .

[6]- معيفي لعزيز ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 2015 ، ص324.

[7] – قد وجد هذا الاتجاه تطبيقا له إن صح القول وتحديدا في قضية Texaco ، حيث أقر المحكم Dupuy أن قرارات التأميم المتخذة من قبل الحكومة الليبية واستناد إلى نص المادة 16 من عقد الامتياز المبرم بينها وبين الشركة Texaco التي تحتوي

كما نميل برأينا لهذا الاتجاه لما فيه صراحة من خلق نوع من التوازن والتوفيق بين الإقرار السيادي للدولة المضيفة والحرية التعاقدية هذا من جهة ، كما يجب تدعيم هذا المبدأ صراحة بشروط أخرى كشرط إعادة التفاوض [1] وشرط التعويض باعتبارها تعد شروطا تحمي المستثمر الأجنبي في حال ما تم خرق شرط الثبات التشريعي .

المبحث الثاني : تطبيقات شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري

رغم النص على ضمانة شرط الثبات التشريعي من قبل الدولة الجزائرية عمدت هذه الأخيرة على تكريسه في تشريعها الداخلي وتطبيقه ميدانيا في العديد من القضايا ، من خلال هذا سوف نتطرق في هذا المبحث لدراسة تطبيقات هذا الأخير "مطلب أول" كما أن العمل بهذا الشرط من قبل الدولة الجزائرية لا يفهم منه دائما استقراره حيث نجدها في بعض الحالات قد أخلت بهذا المبدأ "مطلب ثاني".

المطلب لأول : تطبيقات شرط الثبات على المستوى الداخلي و الاتفاقي

لم تكتفي الدولة الجزائرية بالنص على شرط الثبات التشريعي بل قامت بتكريسه من خلال نصوصها الداخلية ونخص بالذكر قانون الاستثمار الجزائري" فرع أول" وكذا جملة العقود المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي "فرع ثاني" أو من خلال تبني نظام الاتفاقيات الدولية بنوعيها في مجال حماية الاستثمارات " فرع ثالث" وهذا ما نتطرق إليه على النحو التالي .

الفرع الأول: تطبيقات شرط الثبات التشريعي بموجب قانون الاستثمار الجزائري

حظي المشرع الجزائري بتكريس شرط الثبات من خلال قانون استثماره ، بدءا من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بقانون الاستثمار الملغى وصولا للقانون الأخير رقم 16-09 [2]المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم ، حيث تطرق لهذا الشرط مع تغيير طفيف في الصياغة حيث نصت المادة 22 منه على " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة " .

على شروط الثبات بأنه.."هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي الخاص بالبترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لا يمس بسيادة الدولة الليبية....

[1] ومن أجل التوفيق بين الحق السيادي للدولة وحماية حقوق المستثمرين الأجانب يقترح غالبية الفقه اللجوء لشرط إعادة التفاوض، حيث يذهب الأستاذ "عيبوط محند" في هذا الصدد للقول بأنه: "إذا كانت شروط الثبات التشريعي تندرج في إطار سيادة الدولة التشريعية، يمكن للدولة الاعتماد عليها كضمانة إضافية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية للتنمية الاقتصادية، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، يمكن للدولة في مجال العلاقة العقدية اشتراط إعادة التفاوض حول بعض بنود العقد، وذلك بإدراج "شرط إعادة التفاوض".

[2]- المرسوم رقم 16-09 ، المؤرخ في 29 شوال عام 1437، الموافق ل3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد46 ، عام 2016.

ما يستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري قد عمل على عدم تطبيق أي تعديلات للقوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار وعليه يبقى القانون الذي أنشأ العقد في ظله هو الساري المفعول .

كما يفهم من نص المادة 22 أنها جاءت بصياغة عامة من حيث الأشخاص المستفيدين وهنا يدخل تحت نطاق هذا الشرط جميع المستثمرين كانوا وطنيين أو أجانب، كما ذهب قانون الاستثمار لأبعد من ذلك في شق المادة الثاني التي جاءت كاستثناء من مبدأ استقرار القانون المطبق وبهذا يمكن تطبيق القانون الجديد في حال ما تضمن مزايا وضمانات أفضل مما هو عليه في القانون القديم مع منح حرية الاختيار للمستثمر الأجنبي هذا ما يسمى عند البعض بشرط التدعيم التشريعي[1].

الفرع الثاني: تطبيقات شرط الثبات التشريعي بموجب عقد الاستثمار

من تطبيقات شرط الثبات للدولة الجزائرية في مجال عقود الاستثمار نجد الاتفاق المبرم بين الدولة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار وبين شركة اوراسكوم تيليكوم لعام 2001 [2] حيث جاء في الاتفاق المبرم بينهما على" تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية " كما نجدها أكدت أيضا على شرط التجميد التشريعي من خلال نص المادة السادسة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للاسمنت بتاريخ 30-10-2003[3]وعليه يستشف من هدين العقدين أن الدولة الجزائرية عملت على تكريس شرط الثبات التشريعي في كلتا الحالتين باعتبارها طرف متعاقد وبالتالي يفهم منها عدم المساس بالعقد المدرج بينهما[4]. إلا أن البعض يرى في إدراج هذا الشرط الحد صراحة من حرية الدولة في إصدار القوانين التي تتماشى مع الأوضاع الاقتصادية و السياسات التنموية في المستقبل[5] ، كما يرى بعض المختصين أن

---

[1] Sadoudi ahmed « les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie annales de l'institut –maghrébine d'économie douanière et fiscale 1994 p

[2]- انظر اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية ممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وبين شركة اوراسكوم تليكوم الجزائر 05-08- 2001 ، الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، جريدة رسمية ، عدد 80 لسنة 2006.

[3]– اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائم لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للاسمنت C.C.A)المؤرخة في 2003/10/30 جريدة رسمية ، عدد 72 ، صادر بتاريخ 13/11/ 2003.

[4] -Bentoumi Mohamed « le droit de l'investissement étranger en Algérie et le droit au développement » ; thèse de doctorat et droit université de Nice Sophia Antipolis ; 2002 p 91.

[5] – Bentoumi Mohamed .op- cit. p91

إعمال يخلق ما يسمى " بقانون ميت "[1] خاصة إذا كان الأمر يتعلق باستثمارات طويلة المدى ، إلا أننا نرى أنه لا غنى عن تضمين هذا الشرط في عقود الاستثمار .

الفرع الثالث : تطبيقات شرط الثبات التشريعي على ضوء الاتفاقيات الدولية

لم تكتفي الجزائر بالنص على شرط الثبات داخليا فقط بل عملت على تجسيده على ضوء الاتفاقيات الدولية بنوعيها ما يسمى عند البعض بشرط الثبات الدولي[2] وفي هذا الصدد نصت المادة الواحد والعشرون من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي[3]على " يستمر نفاذ مفعول الاتفاقية لمدة عشر سنوات بالنسبة للحقوق المكتسبة والالتزامات المترتبة في ظلها وفي حال حدوث أي نزاعات بين دول اتحاد المغرب العربي وعند انتهاء العمل بهذه الاتفاقية وفي حال وجود عقود في مرحلة التنفيذ اتفق عليها أثناء سريان مفعول الاتفاقية ، أو وجود مدفوعات تتعلق بتلك العقود وتستحق التسديد فإن تلك العقود والمدفوعات تخضع لأحكام هذه الاتفاقية وتتمتع بما تضمنه من حقوق وما ترتبه من التزامات " .

نفس المبدأ تم تكريسه من خلال نص المادة الثامنة من اتفاقية توحيد رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[4]هذا من جهة ، بينما نصت الاتفاقيات الثنائية المصادق عليها من طرف دولة الجزائر على تضمين هذا الشرط كالاتفاق المبرم بين دولة تونس والجزائر وتحديدا في نص المادة العاشرة فقرة الأولى منها "[5]

---

[1]– قادري عبد المجيد ، الاستثمارات الدولية " التحكيم التجاري الدولي . ضمان الاستثمارات " دار هومه للطباعة والنشر ، الجزائر، 2004، ص133.

[2]– بن عميور أمينة ، مرجع سابق ، ص 117.

[3]– صادقت الجزائر على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90–420 ، المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.

[4]-نصت المادة الثامنة من اتفاقية توحيد رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على "1...و لا يخضع المستثمر العربي في تصرفه لأي قيود أو تنظيمات إدارية او قانونية تمييزية تتعلق بمراقبة النقد والتحويل الخارجي".

[5]– نصت الاتفاقية المبرمة بين دولة تونس والجزائر وتحديدا في نص المادة العاشرة فقرة الأولى منها على " إذا تضمنت القوانين الوطنية للطرفين المتعاقدين أو الاتفاقيات الدولية القائمة حاليا او التي قد توضع في المستقبل بين الطرفين المتعاقدين إضافة لهذا الاتفاق أحكاما تمنح الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة أكثر رعاية من تلك التي يمنحها هذا الاتفاق، فإن هذه القوانين والاتفاقيات تصبح سائرة طالما أنها أكثر رعاية من هذا الاتفاق بالنسبة للمستثمر".

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية لحالات إخلال الدولة لشرط الثبات التشريعي

رغم تكريس شرط الثبات كما رأينا إلا أنه لا يمنع الدولة المضيفة من تعديل قوانينها كلما اقتضت بذلك مصلحتها العامة وكذا سريان هذه التعديلات في مواجهة المستثمر الأجنبي[1]، و رغم تبني الجزائر لهذا الشرط إلا أنها قد قامت بخرقه هذا ما لمسناه في بعض حالات عقود الاستثمار المبرمة بينها وبين المستثمرين الأجانب كالحالة المتعلقة بحق الشفعة "فرع أول " والحالة المتعلقة بالرسم على الأرباح الاستثنائية " فرع ثان " هذا ما نتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: الحالة المتعلقة بحق الشفعة

نجد المشرع الجزائري قد كرس حق الشفعة طبقا لقانون المالية التكميلي لعام 2009 وعليه يخول للدولة وكل المؤسسات العمومية الاقتصادية استعمال حق الشفعة عن كل التنازلات لحصص المساهمين الأجانب او لفائدتهم طبقا لأحكام التسجيل مثل ما جاء في نص المادة 62 من الأمر 09 -01 المتعلق بالتسجيل[2] وعليه أصبح يحد من حرية الاستثمار التي تضمنها قانون الاستثمار لعام 2001[3] هذا بعد أن قامت شركة اوراسكوم تليكوم بالتنازل عن جزء من أسهمها لفائدة متعامل أجنبي و الانسحاب من السوق الجزائرية ، حيث أفاد وزير المالية آنذاك أن التشريع الساري المفعول يمنح لدولة الجزائر حق الشفعة في شراء جميع الأسهم والتنازلات التي تقوم بها الشركات الأجنبية العاملة في الإقليم الجزائري ومن تم وقف مفاوضات البيع مع أي طرف أجنبي باعتبارها خطوة غير قانونية .

في الجانب المقابل اعتبرت شركة اوراسكوم تليكوم موقف الجزائر جاء تعسفيا و لا يستند لأي أساس قانوني فاستعمال حق الشفعة من شأنه المساس بشرط الثبات الوارد في العقد ، بعدها لجأت الجزائر إلى تعديل نص المادة 62 من قانون المالية التكميلي لعام 2010 بموجب نص المادة 46 منه حيث يخول لدولة الجزائر والمؤسسات العمومية الاقتصادية **أن** تتمتع بحق الشفعة عن جميع التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدتهم ، طبقا لقانون المالية 2014 وتحديدا في نص المادة 57[4]

---

[1]- لبيك شوقي ، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الاستثمار، مجلة دراسات قانونية ، العدد14 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر قايد ، تلمسان، 2017، ص63.

[2]- نص المادة 62 من الأمر رقم 09-01 ، مؤرخ في 22 جويلية 2009 ، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 جريدة رسمية، عدد44 صادر في 26 جويلية 2009.

[3]- الأمر رقم 01-03 الصادر بتاريخ 20 أوت 2001 ، يتعلق بتطوير الاستثمار ، جريدة رسمية ، عدد 47 الصادر بتاريخ 22-08 -2001.

[4]- انظر نص المادة 57 من قانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، جريدة رسمية ، العدد 68 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2013.

منه ، كما نجده قد أبقى على الحق في تكريسه شأنه في ذلك شأن قانون الاستثمار 16-09 المعدل والمتمم[1] و ما أكدته كذلك وزارة الصناعة و المناجم .

الفرع الثاني: الحالة المتعلقة بالرسم على الأرباح الاستثنائية

نجد في هذا الصدد الحالة المتمثلة في الرسم على الأرباح الاستثنائية المكرسة من قبل الدولة الجزائرية وذلك في النزاع القائم بين شركة سنطريك وبعض الشركات البترولية العاملة في الجزائر في إطار ما يسمى "بعقود الشراكة" خاصة شركة "انادارکو وسيرسك "، حيث احتجت هذه الشركات على اثر فرض الدولة الجزائرية رسما على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم ، كما اعتبرت الجزائر أن حقها في تطبيق الرسم على الأرباح الاستثنائية يخص العقود الموقعة في إطار قانون المحروقات السابق لعام 2006[2].

بعدها عرفت الأسعار ارتفاعا كبيرا نتج عنه تحقيق الشركات الأجنبية العاملة في الجزائر لأرباح استثنائية وباعتبار الجزائر صاحبة السيادة فلها مطلق الحق في تحديد هذه الأرباح [3].

من جهتها طالبت الشركات الأجنبية بأحقيتها في التعويض باللجوء للتحكيم الدولي مبررة أسبابها على أساس خرق الدولة الجزائرية لشرط الثبات التشريعي بفرضها لضريبة تسري بأثر رجعي خلافا لما تم الاتفاق عليه فالعقد ، وعليه تم التوصل أخيرا إلى اتفاق يقضي بتعويض هذه الشركة من طرف الجزائر تعويضا عينيا يتمثل بتزويدها بكميات إضافية من البترول بقيمة 18 مليار دولار في فترة 12 شهرا حسب بيان أصدرته الشركة[4].

---

[1]- نصت المادة 30 من قانون 16-09 المتعلق بالاستثمار على " تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم او الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل او لفائدة الأجانب".

[2]- أمر رقم 06-10 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 لعام 28 افريل 2005 ، المتعلق بالمحروقات ، جريدة رسمية ،عدد48 ، الصادر، عام 2006.

[3]- في هذا الصدد اتفقت كل من شركتي ميرسك و انادارکو مع شركة سونطراك بخصوص تسوية الخلاف حول الرسم على الأرباح الاستثنائية بالتراضي بعد فشل الإجراءات الأخرى ، وذلك باستفادة الشركتين من تعويض حيث أشار بيان صادر على أن الاتفاق تضمن ما يسمى بتعديل عقد تقاسم الإنتاج ، راجع مقال ، عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، المركز الجامعي عين تموشنت 2016، ص93.

[4]- كما أسفرت القضية عن اتفاق الطرفان كذلك على تعديل ما يسمى بعقد تقاسم الإنتاج مع تمديد عقد الشراكة الذي يجمع الشركة بشركة سنطريك مقابل التزام شركة انادارکو بمواصلة دفع الرسم على الأرباح الاستثنائية مع الإشارة الى أن هذا الاتفاق تم إبرامه بتاريخ 9مارس 2012 يمتد الى شركات ميرسك وشركة أتي اوتيل راجع :

المرسوم الرئاسي رقم 12-147 مؤرخ غي 22 مارس 2012 ، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 04 بالعدد المؤرخ في 23 أكتوبر 1989 للبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها ، جريدة رسمية . عدد 17 ، الصادرة بتاريخ 25 مارس 2012.

من وجهة نظرنا نجد الجزائر لم تحترم صراحة التزامها بتجميد النص التشريعي الذي أنشأ في ظله العقد وهذا سيؤثر سلبا على استقرار الأمن القانوني بالنسبة للمستثمر الأجنبي و في هذا الصدد يرى الأستاذ محند اسعاد أنه لا يمكن إنشاء قوانين لتسيير الماضي فقط مضيفا على أنه وجب معاملة الشخص تبعا للتشريع الذي جاء من أجله للاستقرار في بلد ما [1].

خاتمة :

نخلص من خلال دراستنا أن شرط الثبات التشريعي باعتباره ضمانة موضوعية كرستها الدولة الجزائرية لجذب واستقطاب المستثمرين الأجانب مرده تعهد هذه الأخيرة بعدم تطبيق القوانين الجديدة على المشاريع التي أنجزت في ظل القانون القديم، إلا في حال ما إذا طلبها المستثمر صراحة ، كما ارتأينا الى أن هذا الضابط ترد عليه بعض الحالات التي تحد من إعماله ، ومنه خلصنا لمجموعة من النتائج التالية:

1- تراءى لنا أن تكريس شرط الثبات التشريعي و إن يفهم منه الحد نوعا ما من سيادة الدولة المضيفة إلا أنه يعد أهم ضمانة يمكن المستثمر الأجنبي أن يحظى بها وبالتالي لا غنى للجزائر عن تكريسه في سبيل استقطاب رأس المال وجلب المستثمرين الأجانب .

2- شرط الثبات التشريعي الوارد في العقد لا يفهم منه دائما تجميد القانون بجعله لا يواكب التطورات والمستجدات ، و إنما هو إلزام الدولة في حال إصدار أي قانون جديد يمس القانون الذي اتفق عليه الأطراف وقت إبرام العقد وبالتالي فهو لا يشمل باقي التعديلات الأخرى .

3- بالرغم من تكريس الدولة الجزائرية لشرط الثبات التشريعي إلا أنها عمليا أوردت عليه مجموعة من الضوابط التي تحد من إعماله في بعض الحالات ، كحق الشفعة مثلا والقيد المتعلق بالرسم على الأرباح الاستثنائية .

كما خلصنا لجملة من التوصيات:

1 –ضرورة تكريس شرط الثبات التشريعي من قبل الدولة الجزائرية في جل القوانين و الأنشطة الاقتصادية الأخرى التي لها علاقة بالاستثمار وليس قصره فقط في قانون الاستثمار.

[1] –Issad Mohamed droit international privé. éd pulisud .paris1986 .cité par kacher Abdelkader « pour une gouvernance politiquement correcte dans un projet d'état de droit Juste et équitable » revue critique de droit et sciences politiques. n01. 2006 p25-43

2- تفادي إدراج شرط الثبات التشريعي متى كان الهدف منه التهرب من القانون الواجب التطبيق للدولة .

3- لا يتحقق الاستقرار عن طريق شرط الثبات التشريعي فقط بل يستحسن على الدولة الجزائرية السعي لتدعيمه بضمانات أخرى كشرط إعادة التفاوض الذي يمكن الأطراف من إعادة النظر في بعض المسائل المتغيرة بما يتناسب مع مصالح و أهداف كل منهما.

قائمة المصادر و المراجع :

النصوص القانونية

1-المراسيم الرئاسية

1- الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي ، الموقعة بالجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 ،جريدة رسمية عدد 06..مؤرخة في6 فيفري 1990 الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 1990.

2-الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ،الموقعة في تونس بتاريخ 16 افريل 2006 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 ، مؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ، جريدة رسمية ، عدد 73 صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2006.

2-المراسيم التنفيذية

1-المرسوم التنفيذي رقم 01- 416،المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها و اوراسكوم تيليكوم الجزائر المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ،جريدة رسمية ، عدد 80 الصادر بتاريخ 2006.

2- النصوص التشريعية

1-الأمر رقم 01-03 الصادر بتاريخ 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار ، جريدة رسمية ، عدد 47 الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.

2-الأمر رقم 16-09 ، 1437، الموافق ل3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية، العدد46 ، الصادر بتاريخ 3اوت 2016.

3-الأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 جويلية 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، جريدة رسمية، عدد44 صادر في 26 جويلية 2009.

4-الأمر رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر2013 يتضمن قانون المالية لسنة 2014 جريدة رسمية ،العدد 68 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2013.

5- الأمر رقم 06-10 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 لعام 28 افريل 2005 المتعلق بالمحروقات ، جريدة رسمية ،عدد48 ، الصادر بتاريخ 30 جويلية عام 2006.

5-مرسوم رقم 12-147 مؤرخ غي 22 مارس 2012 يتضمن الموافقة على الملحق رقم 04 بالعدد المؤرخ في 23 أكتوبر 1989 للبحث عن المحروقات السائلة واستغلالها جريدة رسمية ، عدد 17 ،الصادرة بتاريخ 25 مارس 2012.

الكتب :

1- محمد الأسعد بشار ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2005 .

2- نوفل حسان ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010

3- دريد محمد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، الطبعة الأولى 2006.

4-الأسعد بشار محمد ، عقود الدولة في القانون الدولي ،الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية بيروت ، لبنان 2010 .

4-قادري عبد المجيد الاستثمارات الدولية " التحكيم التجاري الدولي .ضمان الاستثمارات " دار هومه للطباعة والنشر ، الجزائر، 2004.

المذكرات :

1-عدلي محمد عبد الكريم ،النظام لقانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان 2010.

2- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية "عقود المفتاح والإنتاج في اليد " أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر، 1998.

3-بن عميور أمينة ، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة ، عام 2017 – 2018.

4- معيفي لعزيز ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو ، 2015.

المقالات :

1-أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد43 المجلد43، 1989.

2-اقلولي محمد ، شرط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الأول ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2006.

3- عبد اللاوي خديجة، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، العدد الثاني ، المركز الجامعي ، عين تموشنت 2016.

4-لبيك شوقي ، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الاستثمار، مجلة دراسات قانونية ، العدد14، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر قايد ، تلمسان، 2017.

المراجع باللغة الأجنبية :

1- Bentoumi Mohamed « le droit de l'investissement étranger en Algérie et le droit au développement » ; thèse de doctorat et droit université de Nice Sophia Antipolis . 2002

2- Sadoudi ahmed « les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie » annales de l'institut –maghrébine d'économie douanière et fiscale 1994.

-3- Mebroukine Ali » quelques réflexions a propos des clouses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes » revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques volume. xix n01. 1982 .

-4 Issad Mohamed droit international privé. éd pulisud .paris1986 .cité par kacher Abdelkader « pour une gouvernance politiquement correcte dans un projet d'état de droit Juste et équitable » revue critique de droit et sciences politiques. n01. 2006 .