مبدأ الثبات التشريعي بين التكريس القانوني وحماية مصالح الدولة المضيفة للاستثمار

والي نادية [1]

[1] أستاذة محاضرة قسم "أ"، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 10000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: n.ouali@univ-bouira.dz

الملخص:

تتنافس الدول على اختلاف المستويات الاقتصادية وتوجهاتها السياسية إلى جلب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها، ولأج لذلك تسعى جاهدة لتوفير الأمن القانوني للمستثمر الأجنبي قصد إقناعه لاتخاذ قرار إنجاز مشروعها لاستثماري على إقليمه، يشكل تجميد النص التشريعي إحدى أهم الضمانات الاستثمارية التي يطالب بها المستثمر الأجنبي، و لا يكتفي بتكريسها في القانون الداخلي، بل يحرص على وضع شرط الثبات التشريعي في العقود الاستثمارية. كرست الجزائر، مع توجهاتها نحو التنويع الاقتصادي، المبدأ في التشريعي الداخلي إلى جانب الاتفاقيات الدولية.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الأجنبي، الثبات التشريعي، الضمانات القانونية، حق الشفعة، الأمن القانوني.

تاريخ إرسال المقال:2021/01/29، **تاريخ قبول المقال:**2021/06/22، **تاريخ نشر المقال:** 2021/10/10.

لتهميش المقال: والي نادية، "مبدأ الثبات التشريعي بين التكريس القانوني وحماية مصالح الدولة المضيفة للاستثمار"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، 2021، ص ص. 506-519.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: والي نادية n.ouali@univ-bouira.dz

The principle of fixed legislations between legal reinforcement and protecting the interests of the hosting investment country

Summary :

Countries with different economic levels and political orientations compete to attract foreign investments to its territory. for this purpose, they strive to offer the legal safety to the foreign investor in order to convince him to take the decision of carrying out his investment project on their territory. Freezing legislative texts is one of the most important investment guaranties that the foreign investor requests and he isn't just satisfied by the fact that this guaranty is backed the rules but insists on adding the condition of fixed legislations in the investment contracts. Moving towards the trend of economic diversification, Algeria has reinforced this principle in the legislation, in addition to the international agreements.

Keywords:

Foreign investment, fixed legislations, pre-emption, legal guaranties, legal safety.

Le principe de la stabilisation législative entre la consécration juridique et la protection des intérêts du pays d'accueil de l'investissement

Résumé :

Des pays à différents niveaux d'orientations économiques et politiques se font concurrence pour attirer des investissements étrangers sur leur territoire, et pour cette raison, ils s'efforcent d'assurer la sécurité juridique de l'investisseur étranger, dans le but de le convaincre de prendre la décision d''y installer son projet d'investissement.

La stabilisation de la législation interne figure parmi les garanties les plus importantes réclamées par les investisseurs étrangers, ces derniers exigent non seulement la consécration de la stabilisation de la législation dans le droit interne, mais aussi la stipulation de cette stabilisation comme clause contractuelle dans les contrats d'investissement. De même, l'Algérie, avec ses orientations vers la diversification économique, a inscrit le principe dans la législation interne ainsi que dans les accords internationaux.

Mots-clés:

Investissement étranger, stabilisation législative, garanties légales, droit de préemption, sécurité juridique.

مقدمة:

يلعب الاستثمار الأجنبي دورا رئيسيا في الإسراع بوتيرة عجلة التنمية الاقتصادية ، في حال توفير مناخ أعمال ملائم له، و حسن استغلاله و تأطيره قانونيا ، بما يحقق طفرة نوعية في الرفع من حجم الإنتاجية والاستفادة من الخبرات الفنية و التكنولوجية، والرفع من حجم الصادرات وخلق فرص عمل ....الخ كل هاته المؤثرات دفعت الدول الى الرهان على جلب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها بتوفير المناخ القانوني الملائم لها.

يعد تكريس الضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي أحد أهم المطالب التي يطالب بها ، يتشدد في تكرسيها أكثر من منح المزايا الضريبية والجمركية ، إذ تشكل المحور الرئيسي الذي تدور حوله المفاوضات بين المستثمر والدولة المضيفة له ، خاصة إذا تعلق الأمر بالضمانات القانونية التي كرستها هاته الأخيرة في قانونها الداخلي، والذي يمكن أن تكون محل إلغاء أو تعديل و مراجعة مما يهدد الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي الذي يبقى تحت رحمة الحق السيادي للدولة المضيفة له في إدراج التعديلات القانونية التي تراها مناسبة على قوانينها.

فالدولة له الحق في إصدار القوانين وتنفيذها، وتمتعها بالسلطة يتيح لها معاقبة كل مخالف لتلك القوانين، تضمن الدستور الجزائري في مادته 13 أنه: << تمارس سيادة الدولة في مجالها البري ومجالها الجوي، وعلى مياهها كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحر الذي ترجع إليها>>.[1]

يعد الحق في إصدار القوانين سيادة للدولة، لا تنازعها فيه أية جهة فلها الحق في إصدار التشريعات التي تراها مناسبة وفي أي قطاع تشاء، كما لها الحق أما في التعديل أو الإلغاء، وتبعا لهذا الحق المعترف فيه، وفقا لأحكام القانون الدولي ، فإن المستثمرين الأجانب يطالبون في كل مرة بتكريس الاستقرار التشريعي، كما ينفرون من التعديلات المتكررة للنصوص وخاصة التي تتم بصفة عشوائية وبشكل غير مدروس، والتي تضر باستثماراتهم، وأمام هذه المطالبة لم تجد الدول إلا الاستجابة لهم بالتنازل عن جزء من سيادتها عن طريق توفير الحماية القانونية لهم عن أي تغيرات قد تطرأ مستقبلا، وذلك بتكريس مبدأ الاستقرار التشريعي سواء في إطار التشريعات الداخلية، أو إطار الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها أو صادقت عليها.

تثير هاته المسألة إشكاليات قانونية ، حول الطبيعة القانونية لمبدأ الاستقرار التشريعي ؟ و ماهو الدور الذي يلعبه في جلب الاستثمار الأجنبي ؟ و مدى إلتزام الجزائر بتطبيق المبدأ ؟.

لتسليط الضوء حول موضوع الورقة البحثية حريا بنا تقسيمها إلى مبحثين تناول من خلال (المبحث الأول)الطبيعة القانونية لمبدأ الاستقرار التشريعي في حين نخصص (المبحث الثاني) حول مدى التزام الجزائر بالمبدأ.

---

[1] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن تعديل الدستور.ر.ع 14، صادر في 07 مارس 2016.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمبدأ الاستقرار التشريعي

يعرف مبدأ الاستقرار التشريعي على أنه وسيلة تجعل التعديلات بالنسبة للمستثمر الأجنبي غير متناقضة، ومطبقة بالتوافق مع البلد المستضيف وكل الشروط الخاصة، والتي خولتها لها الدول عند حدوث الاستثمار، كما يعرف: <<إن الدولة تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التنظيمي والتشريعي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات فهو بمثابة "تعطيل" مؤقت معتمد لحق الدول ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصه التشريعي والتنظيمي وحتى الدستوري في بعض الأحيان>>.[2]

يندرج تكريس المبدأ ضمن الحماية القانونية التي تتعهد بها الدولة المستقبلة للاستثمار الأجنبي، وعليه يتوجب علينا تعريف المبدأ (المطلب الأول)، إلى جانب التطرق إلى تطبيقات المبدأ في التشريع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مبدأ تجميد النص التشريعي

لا يهتم أغلب المستثمرين الأجانب بالزيادة في المزايا الاستثمارية و التحفيزات الجبائية بقدراهتمامهمبتكريس الحماية القانونية اللازمة لاستثماراتهم ، حيث يطالبون في كل مرة بتكريس مبدأ الاستقرار التشريعي لتحقيق الغاية المنتظرة من تطبيق المبدأ(الفرع الأول) ، و هو الأمر الذي يفسر حرصهم على وضع شرط الاستقرار التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الغاية من تكريس المبدأ

إنّ الغاية من تكريس هذا المبدأ وكفالته في إطار النصوص القانونية المتعلقة بالاستثمار، هو تحقيق الاستقرار التشريعي الذي يمنح للمستثمر ممارسة النشاط وانجاز مشروعه الاستثماري، بموجب الحقوق والتسهيلات والنظام الجبائي الذي استفاد منه وقت توقيع العقد الاستثماري مع الدولة المستقبلة له، ويمكن لهذه الأخيرة أن تقدم على تجميد القانون المطبق، وهذا الأمر قد يعود بال

فائدة على المستثمر الأجنبي، كما يعتبر تعديلا او تقنيا جديدا للاستثمار ومحتواه هو حماية للحقوق كذلك، وإذا عدنا للتشريعات التونسية والمغربية المتعلقة بالاستثمارات لا نجد إجراءً ضامنا له يتعلق بالسياق التعاقدي[3]

---

[2] محمد يوسفي، مضمون أحكام الأمر رقم 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة إدارة، العدد 23، سنة 2002، ص 30.

[3] IMAN Sesar et MOHAMED Anis Batayeb, « L'investissement international au Maghreb » où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherché d'équilibre, actés du colloque organisé à Tunis, le 03 et 04 mars 2006, p. 160.

نفس الحال بالنسبة للجزائر لكون النص التشريعي الذي يمنح هذه الحماية بحيث ينص بأن هذه المراجعات أو التشريعات،التي ستدخل مستقبلا لا تنطبق على الاستثمارات المنجزة في حدود أطر الأمر القانوني الحالي ،إلا في حالة طلب المستثمر ذلك.

فالمستثمر الأجنبي يتمتع بمزايا قانونية يمنحها له القانون الساري المفعول وقت توقيعه العقد الاستثماري، وفي حال إذا ما ادخل المشرع تعديلات جديدة وطالب المستثمرين بتطبيقها عليهم، فيتم تطبيقها عليهم بصفة تلقائية وإرادية، وهذا يعتبر حماية مضاعفة لهم، فمهما كانت الإرادة السياسية جادة من طرف الدولة والنوايا الحسنة من طرف المستثمر الأجنبي لكن هذا لا يمنع من وجود الخلافات يتطلب الأمر حلها بنص قانوني مستقر، وذلك أن انعدام الاستقرار في التشريعات المنظمة للاستثمار يولد عدم الثقة وحالة عدم الاطمئنان لدى المستثمر على استثماراته فيجد نفسه مشتت بين أكثر من تشريع بسبب كثرة التعديلات والاجتهادات وعدم ثباتها.

يشكل شرط الثبات والاستقرار حصانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة المستقبلة له، من سلطات بوصفها سلطة تشريعية وفي نفس الوقت يشكل للدولة المضيفة تقييدا لحريتها، في ممارسة صلاحياتها، وبمقتضى هذا الشرط الدولة في هذه الحالة تضع على عاتقها التزام وتعهد، بعدم إجراء أي تعديل يمس العقد بإرادتها وسلطاتها المنفردة.

الفرع الثاني:المقصود بشرط الاستقرار التشريعي

هو الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها النظام القانوني الذي ينظم العملية الاستثمارية[4]، ويعرف كذلك بأنه ذلك الشرط الذي يتم التوقيع عليه من الطرفين، الدولة من جهة، والطرف الأجنبي المتعاقد معها ، بموجبه يلتزم الأول في مواجهة الثاني، بعدم تعديل التشريع عندما يكون هذا الأخير يطبق على العقد، أو أن لا يفرض على الطرف المتعاقد الآخر التعديلات التشريعية أو التنظيمية التي تؤدي إلى خلق عدم المساواة في الالتزامات المالية.

أولا: مبدأ الاستقرار التشريعي تكريس الأمن القانوني في عقود الاستثمار

قام الأستاذ Pierre Lalive بتعريف شرط الاستقرار من خلال القول: 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.

يتضمن مبدأ تثبيت النظام القانوني، تعهد الدولة المضيفة للاستثمار، بعدم إجراء أي تعديل أو تغيير في الإطار التشريعي الذي يحكم الاستثمارات، والذي قد يتم في ظله إبرام عقود استثمارية، أو اتفاقيات متعلقة

[4] محمد عبد المجيد اسماعيلي، عقود الاشتعال الدولية، القاهرة، بدون دار نشر، 2000، ص 80.

بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، بمعنى تجميد أو تعطيل مؤقت لحق الدولة في ممارسة سيادتها القانونية، المعترف بها على مستوى أحكام القانون الدولي، والهدف من هذا التنازل تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة من جهه، ومن جهة أخرى ضمان سريان الإطار القانوني الذي اتخذت وفقا له الالتزامات التعاقدية.[5]

تجميد النص الساري المفعول قد يمس بصورة خاصة الأحكام الجنائية الواردة في القوانين المطبقة على المؤسسات الاقتصادية، وكذلك تلك المنصوص عليها في بعض العقود الاستثمارية، واتفاقيات الاستثمار، بحيث لا تكون لها آثار سلبية على الاستثمارات التي تم الشروع في انجازها، يشكل التجميد التشريعي ضمان مضاعف يمنح للمستثمر الأجنبي، حتى ينجز مشروعه الاستثماري وفق أرضية قانونية مستقرة بعيدا عن التغييرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمارات، الذي غالبا ما يضيع على المستثمرين الأجانب فرص الربح، فهو التزام بعدم تغيير التشريع الساري المفعول إلا إذا اعتبر المستثمرون أن الأحكام الجديدة التي تبنتها الدولة أكثر تلاؤما مع سياستهم الاستثمارية التي تخدم مصالحهم.

مثل هذا الشرط العام بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يطمح في العمل في إطار استقرار تشريعي، يسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية، لأنه يمثل حماية إضافية للحقوق والامتيازات التي استفاد منها[6]، كما أن لجوء الدولة إلى فرض التزامات على عاتقها هي في غنى عنها خاصة وأنها لا تدري ما قد يحدث في المستقبل من تغييرات فجائية دليلا على رغبتها في كسب رضى المستثمر الأجنبي عن طريق التنازل عن جزء من سيادتها.

يحقق شرط الثبات القانوني على العموم، فائدة عملية للمستثمر الأجنبي ذلك أنه يجعله بعيدا عن التعديلات أو التغييرات التي قد تطرأ على النظام القانوني الاستثمار في الدولة المستقبلة له، بيد أن هذا الشرط يرتب آثارا سلبية عديدة على عاتق الدولة المستقطبة للاستثمار إذ أنه يتعارض في الواقع مع سيادة الدولة، وقد يؤدي من جانب آخر إلى بعض المساوئ السياسية فيها، كما أنه قد يلحق الضرر بالمصالح الاقتصادية لتلك الدولة.

ثانيا : الاستقرار التشريعي استثناءا لمبدأ الأثر الفوري لسريان القوانين

أيا كان الأمر فإن شرط الثبات، يعتبر في الواقع استثناءًا عن القاعدة العامة التي تقضي بخضوع المستثمر الأجنبي، لقانون الدولة المنجز مشروعه الاستثماري على إقليمها، إلى جانب خضوعه إلى كل التعديلات القانونية التي تطرأ على ذلك القانون خلال مدة نفاذ العقد، وهو بمثابة تعهد من طرف الدولة

---

[5] معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص 288.

[6] عيبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، العدد 01 جانفي 2006 ن ص 70.

المستقبلة للاستثمار بموجب سلطتها العامة بعدم تطبيق التعديلات أو المراجعات التي قد تطرأ على القوانين المنظمة للاستثمار على المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وذلك بغية كسب ثقته وتحقيق له الاستقرار النفسي وتشجيعه على اتخاذ قرار الاستثمار على إقليمها.

المطلب الثاني: تطبيقات تجميد النص التشريعي

بغية تبديد كل المخاوف التي قد تتولد لدى المستثمرين الأجانب وتحقيق نوع من الأمن القانوني لهما ، تلجأ الدولة إلى تثبيت القانون بحيث لا يسري على العقد إلا القانون الساري وقت إبرام العقد مع استبعاد كل التعديلات التي تطرأ مستقبلا على الاستثمار، كما يهدف من هذا الشرط إلى الحد من دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت من القيام بإصدار تشريعات جديدة تطبق على العقد، تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها[7]، يشكل هذا المبدأ أحد أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمرين الأمر الذي يفسر لنا لجوء الدولة الجزائرية إلى تكريسه في تشريعها الداخلي (الفرع الأول) ، و ضمن اتفاقيات و عقود الاستثمار المبرمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس المبدأ في التشريع الداخلي

أكد المشرع الجزائري على مبدأ تجميد النص التشريعي بموجب المادة 22 من قانون رقم[8]16- 09، يفهم من نصها أن الدولة قد تعهدت للمستثمر المتعاقد معها بعدم تطبيق القوانين الجديدة التي شرع في انجازها على الرغم من حق الدولة في إدخال التعديلات الضرورية على نظامه القانوني خدمة لأهدافها الاقتصادية باعتباره من الحقوق السيادية للدولة.

تكون بذلك أن الدولة الجزائرية قيدت من مجال تدخلها التشريعي، وهو ما ينجر عنه تقليص في السيادة التشريعية للدولة، لكن على ما يبدو أن المشرع الجزائري كرس هذا المبدأ لكسب ثقة المستثمر الأجنبي، فشرط الاستقرار ضروري خاصة بالنسبة للدولة التي تعمل على جذب الاستثمارات الأجنبية، لكن لا يفهم من هذا الدعوة إلى تجميد التشريعات بل إلى تطويرها ومراجعتها بحيث لا تمس السيادة الوطنية وتحفظ للمستثمر حقوقه.[9]

إن المادة المذكورة أعلاه، تحمي المستثمرين من أية تعديلات قد تطرأ في المستقبل على التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار وهذا التجميد في حد ذاته يعتبر حماية إضافية تتيح للمستثمر العمل وفق مناخ قانوني

---

[7] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص 322.

[8] قانون رقم 16- 09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ع 46 صادر في 03 أوت 2016.

[9] أمال يوسفي، الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل التشريعات الحالة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1999، ص ص 66- 69.

مستقر معروفا مسبقا بعيدا عن المفاجآت التي قد تحدثها التغيرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمارات، وهو ما قد يفوت فرصا لتحقيق الربح من جانب المستثمر.

ووفقا لهذه الاعتبارات التزمت الدولة الجزائرية بموجب المادة السابقة الذكر بعدم التطبيق التشريع الجديد على الاستثمارات التي شرع في انجازها قبل إصدار التشريع الجديد، إلا إذا اعتبر المستثمرون أن الأحكام الجديدة والتي تبنتها الدولة أكثر تلائما وخدمة لمصالحهما، في هذه الحالة تمنح الدولة للمستثمر إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن ضمانات أكبر وحماية أوسع، فإذا كانت الدولة تحتفظ بالسلطة في تعديل أو إلغاء أي قانون مسايرة للتطورات الاقتصادية وحاجيات اقتصادها.

فإن المستثمر يتمتع بحق مكتسب في الخضوع لتشريع الساري المفعول عند إنجاز مشروعه الاستثماري، كما يستطيع الاستفادة من الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة إذا كانت تتضمن امتيازات إضافية[10]

الفرع الثاني: شرط الاستقرار في إطار العقود الاستثمارية

يقصد بعقود الدولة تلك العقود المبرمة من قبل الدولة عن طريق من يمثلها، لكن باسمها ولحسابها، كما أنها تنص على موضوع ذو طابع استثنائي يخرج عن الشروط العادية والمألوفة في العقود الدولية المعتادة الأخرى.[11]

فرغم ان الأصل في العقود التي تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي تخضع لمختلف التغييرات التي قد تحدث نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية أو السياسية أو تغير مستجدات جديدة، لكن مثل هذه الأمور مرفوضة وغير مستحبة من طرف المستثمرين، لذلك يسعون للحد من امتصاص الدور التشريعي للدولة بأن تقوم بتغيير أو تعديل قانونها الوطني الواجب التطبيق على العقد أو تمس هذا الأخير بإرادتها المنفردة، وهذا ما يعرف بشروط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالعقد.[12]

وهذا يعني أن الدولة تلزم نفسها في مواجهة المستثمر الأجنبي دون الأخذ بعين الاعتبار ما يخبئه المستقبل لها من تغييرات في مختلف الأصعدة والمستويات وهذا ما قد يضعها أمام مسؤولية دولية هي في غنى عنها، فبتوقيعها على هذا البند تغل يدها عن إصدار أي قانون أو لائحة أو اتخاذ أي إجراء أو تدبير من شأنه المساس بمصلحة المستثمر الأجنبي.

---

[10] TERKI Nour Eddine, la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, RASIEP N° 2, 2001, pp. 19- 20.

[11] اقلولي محمد، العقود بين الدول ورعايا الدول الأخرى وتطور القانون الدولي للاستثمارات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، عدد 01 سنة 2010، ص 94، عدد الصفحات من 81 إلى 99.

[12] اقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، جانفي 2006، ص 67.

أقرت الجزائر هذا الشرط في بعض العقود التي أبرمتها مع مستثمرين أجانب مثل اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم حيث نصت المادة 1/06 على أنه: << إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية >>.[13]

كذلك تم إقرار هذا الشرط بموجب المادة 06 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت حيث نصت: << طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01- 03 المؤرخة في 20 أوت 2001 فإن المراجعات أو الإجراءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أي تأثير لعلى الامتيازات المحددة في الاتفاقية التالية>>.[14]

المبحث الثاني: مدى التزام الجزائر بمبدأ الاستقرار التشريعي

يعتبر الاستقرار التشريعي للاستثمارات الأجنبية واحد من أهم العوامل، المؤثرة بشكل كبير في قرار المستثمر بالاستثمار في دولة معينة، والذي وإن كان فعلا يعتمد على اعتبارات مادية، إلا أن هذا لا ينف الدور الذي تلعبه الاعتبارات النفسية، فرأس المال يميل حيث يوجد مناخ اقتصادي وسياسي وقانوني ملائم للاستثمارات.[15]

بالنسبة للجزائر نسجل عدم استقرار قانوني في مجال القوانين المتعلقة بالجانب الاقتصادي منذ الألفية الثالثة ،إذ شهدت الجزائر لا استقرار قانوني واضح (المطلب الأول) و هو الأمر الذي تجسد في إدراج تعديلات قانونية على قانون الاستثمار و محاولة التزام شركات استثمارية بها كتكريس حق الشفعة لصالح الدولة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تملص الدولة من التزامها بمبدأ الاستقرار التشريعي:

يجد المستثمر الأجنبي اختيارات متاحة أمامه، ففي لحظة اتخاذه لقرار الاستثمار في دولة معينة، يراعي مدى مساهمة النظام القانوني السائد بها في تحقيق أهداف الاستثمار في الربح والأمان معا، ومما لا شك فيه أن هذا الأمان لن يتولد بمحضى الصدفة بل يتعزز كلما كان التشريع نافذا ومطبقا، أما إذا كانت الدولة في كل مرة

---

[13] اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة الترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة وبين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر، موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01- 416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، عدد 80، الصادر بتاريخ 2001/12/26.

[14] اتفاقية الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائم لحساب الدولة الجزائرية، والشركة الجزائرية للإسمنت مؤرخة في 2003/10/30، ج.ر.ع 72، الصادر بتاريخ 2003/11/13.

[15] أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، 1993، ص 17.

تطل علينا بقانون جديد فهذا يعني أن الدولة في حد ذاتها لا تحترم قوانينها وما بالك أن تطلب الثقة من المتعامل الأجنبي (الفرع الأول) فضلا عن غموض النصوص القانونية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: كثرة التعديلات القانونية غير المدروسة

في الوقت الذي كان ينتظر فيه من سن القوانين المتعلقة بالاستثمار انسيابها وارتفاع حجمها في الجزائر إلا أن النتائج كانت مخيبة للآمال، فثمة أمور ترتبط في مجموعها بالأوضاع القانونية في الدولة، وتؤدي بحكم هذا الارتباط، إلى جعل نظامها القانوني معوق للاستثمار على إقليمها، وتتعلق هذه الأمور أولا بصفات هذا النظام القانوني، وثانيا بالطريقة التي يعمل بها، وقد اثبت الواقع العملي عجز هذه القوانين عن جذب الاستثمارات الأجنبية في مستوى حجم وقدرات المنطقة.

إن كثرة وتنوع النصوص القانونية المتعلقة بالنشاط الاستثماري والتي تغطي الجانب الهام للقطاعات النشاط الاقتصادي، مرورا بالتطبيق الموازي للنصوص السارية المفعول، والتي بدون شك يعد أمر غاية في التعقيد للمستثمر الأجنبي على وجه الخصوص،الأمر الذي يدفعه الى النفور من اتخاذ قرار الاستثمار في دولة معينة حتى و لو تم تكريس مبدأ تجميد النص التشريعي .

الفرع الثاني: غموض النصوص القانونية المتعلقة الاستثمار و تشتتها

ان عدم فهم النصوص القانونية نظرا لعدم دقتها، يؤدي إلى تأويل خاطئ بالتالي النتيجة بطبيعتها تكون سيئة، وفي هذه الحقيقة هذا التنوع في النصوص القانونية التي تتوالى الواحدة تلوى الأخرى يعكس نوعا ما عدم الاستقرار في سياسة الاستثمار التي تنجم على شك في السلطة السياسية حيال الاستراتيجية الواجب اتباعها في هذا المجال[16]، فعدم وجود إرادة سياسية فعلية جادة و نظرة استشرافية لمستقبل الاستثمارات تعكس التخبط العشوائي في إصدار النصوص .

نجد بالجزائر أن النصوص المتعلقة بالاستثمار متشتة فضلا عن أمر رقم 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتم بموجب الأمر رقم 06- 08، توجد نصوص منظمة المجال الاستثمار بموجب قوانين المالية التكميلية مثل قانون المالية التكميلي لسنة 2009، و2011 أيضا كذلك التعديلات المتتالية لقانون المحروقات، نفس الشيء بالنسبة للقانون الذي ينظم مجال العقار كذلك قانون الخوصصة ... إلخ[17]، و بعدها

[16] أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 09.

[17] كل هاته القوانين قام المشرع الجزائري بإدخال تعديلات عليها فمثلا قانون رقم 05- 07 المتعلق بالمحروقات عدل بموجب أمر رقم 06- 10 ثم عدل سنة 2013، أما الأمر رقم 06- 11 المتعلق بالعقار عدل بموجب الأمر رقم 08- 04، ج.ر.ع 49، صادر بتاريخ 2008/09/03، ثم عدل بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011... إلخ.

تم إلغاء الأمر المذكور أعلاه بعد إصدار قانون رقم 16-09 أدرج تعديل عليه سنتين بعد صدوره بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2018.

ومثل هذا التعدد والتشعب في النصوص القانونية يؤدي أحيانا إلى التضارب في مضامينها، مما يؤدي إلى تعقيد العلاقة الاستثمارية، وتأثيرها السلبي سواء تعلق بالمستثمر أو حتى على العلاقة الاستثمارية ككل .

المطلب الثاني: تأثير تكريس حق الشفعة على مبدأ الاستقرار التشريعي:

نص قانون المالية التكميلي لسنة 2009، بموجب المادة 59 مكرر المعدل لنص المادة 4 من الأمر رقم 01-03 الملغى على تكريس حق الشفعة في قيد تمييزي واضح في حق المستثمر الأجنبي بالتنازل عن مشروعه الاستثماري المكرس بموجب المادة 30 من الأمر ذاته ، فبموجب نص المادة 4 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 و التي تنص على مايلي:

تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب >>.

نصت المادة المذكورة أعلاه على حق الدولة الجزائرية في اللجوء إلى استعمال حق الشفعة مع الزام تنفيذها باثر فوري على عقود استثمارية انشئت في ظل قوانين سابقة و هو في الواقع خرقا للالتزام دوليا و عليه حريا بنا التطرق إلى تعريفها (الفرع الأول)، و إجراءات ممارسة هذا الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف حق الشفعة

الشفعة هو من الشفع خلاف الوتر، وهو الروح، وشفعة الوتر من العدد شفعا صيره زوجان وإن كلمة الشفعة مشتقة من الزيادة أو الضم[18]، أي عبارة عن ضم شيء واحد إلى آخر فيكونان اثنين.

أما المعنى الاصطلاحي للشفعة هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من انتقلت إليه.

تجوز الشفعة فقط في العقارات وفقا لأحاكم الشريعة الاسلامية وأحكام القانون المدني الجزائري، ووفقا لنص المادة 794 من القانون المدني الجزائري[19]، التي تنص: " الشفع رخص تجيز الحول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية... ".

إنّ المشرع الجزائري نص على إمكانية لجوء الدولة لممارسة حقها في الشفعة، على نطاق واسع في قوانين المالية التكميلي لسنة 2009 و2010، بموجب المادة 62 أمر رقم 09- 01 ثم تمّ تعديلها بموجب

---

[18] أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية القانون المدني، على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008، ص 13.

[19] قانون رقم 75- 58 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

المادة 46 من أمر رقم 10- 01[20]، التي تعدل أحكام المادة 04 مكرر 3 من الأمر رقم 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمار والتي تنص على ما يلي: << تتمتع الدولة وكذا المؤسسات وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب...>>، و بعد إلغاء الأمر رقم 01-03 ، بموجب قانون رقم 16-09 تم التأكيد على ممارسة الدولة لحق الشفعة ، تم النص بموجب المادة 30 منه عن : << تمتع الدولة بحق الشفعة عن كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة ..... >>، و تم الإحالة إلى كيفية تطبيق المادة إلى التنظيم و لكن لحد الآن لم يتم صدور أي نص تنظيمي للأجل ذلك.

الفرع الثاني: إجراءات ممارسة حق الشفعة

عند مزاولة حق الشفعة، يشترط تقديم شهادة التنازل حيث تمنح من طرف المصالح المعنية التابعة للوزير المكلف بترقية الاستثمار[21]، وفي حالة ممارسة حق الشفعة، يتم تحديد السعر على أساس شهادة الخبرة، ويتم منح شهادة التنازل من طرف موثق مكلف بكتابة عقد التنازل في آجال لا تتجاوز شهر، بدءا من تاريخ إيداعه الطلب، وفي حالة منح الشهادة تحتفظ الدولة لمدة سنة، بحق ممارسة حق الشفعة، كما هو محدد من طرف قانون التسجيل[22]

من الناحية التطبيقية، فحق الشفعة قد يشبه إجراء نزع الملكية، وهذا لعدة أسباب، فالاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار التي صادقت عليها الجزائر، لا تكتف بالتعامل مع التأميم أو المصادرة فهي تكرس حماية الاستثمارات ضد الإجراءات المشابهة لها .

وبالرجوع إلى المادة 46 من أمر رقم 10- 01 ، يقصد بالشفع الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث تمارس هذا الحق إذا كان المتنازل لها شخص أجنبي، أما إذا كان التنازل لفائدة شخص وطني فلا يمكن ممارسة حق الشفعة في هذه الحالة.[23]

أورد المشرع بموجب 47 من أمر رقم 10- 01 [24]،حق الشفعة على المنقولات والعقارات، وهو ما يخالف أحكام نص المادة 794 ق.م التي حددت نطاق الشفعة في إطار العقارات فقط، فالأصل نظام الشفعة،

---

[20] أمر رقم 10-01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ع 49 صادر بتاريخ 29 أوت سنة 2010.

[21] أنظر المادة 2/46 من أمر رقم 10- 01، مرجع سابق.

[22] ZOUAÏMIA Rachid, le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'étet dirigiste en Algérienne N° 2/2011 pp. 5- 38.

[23] عينوش عائشة، في ممارسة الدولة لحقها في الشفعة تقييد تمييزي لحرية المستثمر في التنازل عن مشروعه الاستثماري، مداخلة الملتقى الوطني حول التشريع وواقع الاستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة بومرداس من 03- 04/ 12/ 2012.

[24] أنظر: المادة 47 من أمر رقم 10- 01، مرجع سابق.

أنه استثنائي يستوجب تصنيف نطاق وتشديد إجراءاته لكن المشرع الجزائري وسع من نطاق خارقا بذلك مبدأ المعاملة بالمثل بين المستثمر الوطني والأجنبي، فإذا كان المتنازل له وطني لا تكون في هذه الحالة ممارسة لحق الشفعة، لكن بمجرد توافر العنصر الأجنبي يكون مطية لإقرار هذا الحق، وهو يناقض أيضا مبدأ الحق في عن المشروع الاستثماري التنازل المكرس في المادة 29 من أمر رقم 16- 09 المعدل والمتمم.

وعلى غرار أن آثار حق الشفعة، يشبه آثار التأميم لأنها سبب من أسباب نزع الملكية تؤدي بالدولة إلى بسط سيادتها وفرض سيطرتها على المشاريع الاستثمارية، المنجزة على مستوى إقليمها، فهي ذات تأثير مشابه مع المصادرة أو التأميم تهدف إلى ما يسمى بالتأميمات الزاحفة، وهي إجراءات تخضع لشروط صارمة، وتشكل تهديدا حقيقيا للحقوق الاقتصادية و تمس المراكز المالية للمستثمر .

يعد لجوء الدولة الجزائرية في ممارسة حق الشفعة ، على نسبة من رأس المال الموافق لرأس مال محل التنازل في الخارج ، لكن دون أن تتجاوز الحصة التي يحوزها المتنازل في الرأسمال الاجتماعي للشركة الخاضعة للقانون الجزائري ، و وفقا لنص المادة 31 من قانون الاستثمار ، نظم المشرع حالتين يمكن من خلالهما للدولة اللجوء إلى ممارسة حق الشفعة ، يتعلق الأمر في الحالة الأولى أن يكون التنازل غير مباشر عن أسهم او حصص اجتماعية نسبة 10 % او أكثر لشركة أجنبية، مساهمة مع شركة وطنية و تخضع للقانون الجزائري و استفادت من مزايا الاستثمار عند إنشائها.

أما الحالة الثانية ، في حالة تقديم إخطار لمجلس مساهمات الدولة في اجل شهر من تاريخ استلام الأخطار.

يعد تكريس حق الشفعة للأول مرة بموجب تعديل قانون الاستثمار من خلال قانون المالية التكميلي لسنة2009 ، خرقا واضحا للالتزام الدولي بإقرار بمبدأ تجميد النص التشريعي سواء في الإطار التشريعي الداخلي أو الاتفاقيات الدولية و العقود الاستثمارية كما حدث في قضية جيزي بين الدولة الجزائرية وشركة اوراسكوم المصرية ، الذي تم فيه خرق مبدأ مكرس قانونا مما عرض الدولة إلى خسارة أموال ضخمة بعد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي .

خاتمة:

يعد تكريس الثبات التشريعي حماية حقيقية للمستثمرين الأجانب، مما يدفعهم لاتخاذ قرار الاستثمار في الدول التي توفر هذه الحماية،إذ تبدد كل أوجه المخاوف من مخاطر التعديلات التشريعية المفاجئة، خاصة وأن العقود الاستثمارية عادة ما تكون طويلة الأمد، الأمر الذي لا يخلو من ظهور مستجدات جديدة، يتطلب تأطيرها قانونيا مع الحفاظ على المراكز القانونية المنشأة وقت إبرام عقود الاستثمار.

ورغم تكريس المشرع الجزائري لمبدأ الاستقرار التشريعي، إلا أنه تم خرق التزام به ، خاصة في قضية جيزي وقضية أنداركو، مما يؤثر سلبا في ثقة المستثمر الأجنبي في القوانين الجزائرية ، إذ تتزعزع

ثقته في مدى التزام الدولة الجزائرية بالسهر على التطبيق الصارم للقانون، وليس من السهل كسب ثقته من جديد، فلن يرضى إلا بالملموس لا النصوص التي يتم خرقها في كل مرة، وعلى الجزائر أن تتدارك الأمر قبل أن تتعرض إلى قضايا أخرى مماثلة، ثم أن لجوء المستثمرين الأجانب إلى التحكيم الدولي لن يكون أبدا في صالح الجزائر، وقد أثبتت التجارب العملية ذلك.