جامعة أحمد دراية أدرار

جامعة أحمد دراية أدرار-الجزائر
Université Ahmed DRAIA. Adrar-Algérie

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري

**من إعداد الطالبين:**

لروي لطفي

أرجيلوس عماد الدين

**تحت إشراف:**

د. كامل سمية.

**لجنة المناقشة:**

**د/ يامة إبراهيم ..... أستاذ التعليم العالي..... جامعة أدرار..... رئيسا**

**د/ كامل سمية ..... ..... أستاذ التعليم العالي ..... جامعة أدرار.....مشرفاً ومقرراً**

**د/ العجال منيرة ..... أستاذ التعليم العالي ..... جامعة أدرار..... مناقشاً**

**السنة الجامعية:** 2018 م // 2019 م

# كلمة الشكر و التقدير

نشكر الله عز و جل على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل

كما نوجه جزيل الشكر و العرفان إلى الأستاذة المشرفة المحترمة الدكتورة

**"كامل سمية"**

على تفضلها بالإشراف على هذا العمل و تعهدها بالمراجعة و التصويب و على سعة صدرها و رحابة قلبها، حتى إتمام هذا العمل.

كما يتسنى لنا أن نتقدم بالشكر و العرفان إلى كل طاقم قسم الحقوق بجامعة العقيد أحمد دراية و نخص بالشكر أساتذته الأفاضل الذين لهم منا فائق التقدير و الاحترام و الشكر لما بدلوه من جهد في سبيل تكويننا.

كما نوجه جزيل الشكر و التقدير إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد و ندعو الله أن يجعلها في ميزان حسناتهم و جزاهم الله عنا خير الجزاء.

فنرجو من الله التوفيق لنا جميعا إنه ولي ذلك و القادر عليه.

# المقدمة

## 1-التعريف بموضوع البحث

يعتبر الاستثمار الأجنبي من اكثر الموضوعات إثارة للاهتمام و الجدل في الواقع العملي وعلى المستوى الفقهي و التشريعي و ذلك راجع إلى الدور الكبير الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في عملية التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و باعتباره مصدرا أساسيا للأموال و التكنولوجيا و المهارات الفنية و تسريع وتيرة النمو و الإسهام في رفع مستوى الدخل و المعيشة و الحد من نسبة البطالة من خلال خلق فرص العمل في الدول المضيفة له و التي تواجه مشاكل عديدة و متنوعة تحول دون تحقيق أهدافها في مختلف المجالات بسبب قلة الموارد المحلية لتمويل نشاطاتها الاقتصادية، ما أدى إلى سعي العديد من دول العالم إلى استقطابه و ذلك بغض النظر عن عقيدتها السياسية و الاقتصادية سواء الدول المتقدمة أو النامية، هذا بالإضافة إلى حاجة الاقتصاديات المتقدمة إلى أسواق تستثمر فيها أموالها و تحقق الأرباح منها.

بيد أن الاستثمار الأجنبي لاستقطابه و ضمانه يتطلب وجود مناخ استثماري خصب يوفر له الضمانات و الحماية و المساحة الكافية التي تمكنه من ممارسة هذا النشاط الاستثماري بكل أريحية و دون تضيق أو تعقيد على أراضي الدول المضيفة له، و نضرا لحاجة الدول و خاصة الدول النامية لرأس المال الأجنبي لتمويل مشاريعها و تحقيق تنميتها الاقتصادية عمدت على توفير مجموعة من الضمانات التي تستلزمها الاستثمارات الأجنبية و من بين اهم هذه الضمانات هو ما يتعلق بالمناخ القانوني الذي يحكم و ينظم العلاقة الاستثمارية بين الدولة و المستثمر الأجنبي و الذي يعد من بين اهم الأولويات التي يعول عليها المستثمر الأجنبي قبل أن يقبل على استثمار أمواله في دولة ما، و ذلك مراعات لما يتضمنه من مزايا و تسهيلات وحقوق و التزامات و مدى استقراره، لأن عدم استقرار التشريع المتعلق بالاستثمار يعد من اكبر المعوقات التي تحد من جذب رؤوس الأموال الأجنبية .

و بما أن الاستثمار الأجنبي يعد رأس مال خارجي وافد إلى الدولة المضيفة و التي تعتبر صاحبة السيادة و احد أشخاص القانون العام فإنه يخضع للقواعد القانونية السارية فيها فقد تقوم الدولة بإصدار قوانين تتضمن تأميم بعض المشروعات الأجنبية

أو نزع ملكيتها للمصلحة العامة أو مصادرتها و الذي قد يؤدي بدوره إلى التأثير على مركز المستثمر الأجنبي و الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص، لدا وجب عليه أن يضمن لنفسه حماية ضد المخاطر التشريعية و ذلك بطلبه من الدولة المتعاقدة ضرورة استقرار قانونها الذي يحكم العقد في اللحظة التي تم إبرام العقد فيها، و هذا عن طريق غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي بإرادتها المنفردة و عدم سريان التعديلات الجديدة التي قد تطرأ على القانون الذي يحكم العقد، و هو ما جعل الكثير من الدول تمنحهم ضمانا قويا بان التشريع الذي يحكم العلاقة الاستثمارية لن يتغير و إنما يبقى ثابتا و ذلك من خلال النص إما في التشريع الداخلي لدولة أو في العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي على شرط يسمى شرط الثبات أو الاستقرار التشريعي – و هو محل دارستنا– و الذي يقضي بان القانون الذي يحكم العقد يبقى ثابتا إلى غاية انقضاء العقد. إلا انه و إذا ما تم الإخلال بهذا الشرط من طرف الدولة المتعاقدة تحت أي ظرف، فان ذلك سيرتب حتما آثارا في غير صالح الدولة.

و الجزائر على غرار الدول التي تسعى إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية فهي تعمل على تضمين هذه الآلية في قوانينها الداخلية و عقودها الاستثمارية والمصادقة على العديد من الاتفاقيات المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار و ذلك لضمان الاستثمارات الأجنبية على أراضيها و من ثم الاستفادة من الشراكة الأجنبية القادرة على ضمان تحويل التكنولوجيا و الخبرة الفنية للطرف الجزائري.

و قد بدء القضاء في تطبيق مبدأ الثبات التشريعي فعليا قبل ظهوره حيث أن هذا الشرط قد ظهر في بداية الستينيات من القرن العشرين، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1935 الذي يؤيد تثبيت النظام القانوني للعقد ففي قضية تتلخص وقائعها في أن عقدا قد عقد بين مشتري فرنسي و احدى الشركات الصناعية في الألزاس، عندما كانت هذه الأخيرة تابعة لألمانيا قبل الحرب العالمية الأولى، و بعد انتهاء الحرب طالبت الشركة المشتري بفوائد المبالغ المستحقة خلال فترة الحرب و ذلك بموجب القانون الذي يحكم العقد و هو القانون الألماني و قد دفع المشتري بأن الشركة البائعة لم توجه له إنذار وفقا لما يتطلبه المرسوم الفرنسي الصادر في 25 أذار 1919 الذي اضحى ساريا في الألزاس و حل محل القانون الألماني بعد

انضمامها إلى فرنسا، بيد أن محكمة النقض أيدت قرار محكمة الموضوع الذي يقضي باستحقاق الشركة البائعة للفوائد المطالب بها، ذلك أن هذه الفوائد لا تخضع للمرسوم الفرنسي الصادر في 25 أذار 1919 (لان العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع إلا لقانون المكان و الزمان الذي انعقد فيه)[1]

**2-أهمية الدراسة**

تبرز أهمية دراستنا لشرط الثبات التشريعي من خلال الوزن و المكانة التي يحوزها في مجال الاستثمار عموما و الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص ذلك أن عدم استقرار التشريع المنظم للمجال الاستثماري في أي دولة ما قد يكون تصرف منفر لرؤوس الأموال الأجنبية مما يؤثر سلبا على مصالح المستثمر و استقرار أوضاعه و يولد لديه شعور بعدم الثقة و الاطمئنان على مشروعه الاستثماري بسبب كثرة التعديلات التشريعية و عدم استقرار الأسس القانونية التي بنى عليها قراره الاستثماري، ذلك لأنه يقوم باستثمار و ضخ أموال ضخمة في هذا المشروع فمن غير المنطقي أن يخاطر بهذه الأموال في دولة يقوم مناخها القانوني المتعلق بالاستثمار على عدم الاستقرار، فضلا عن اعتبار هذا الشرط يوفر الحماية و الحصانة للمستثمر الأجنبي ضد تصرفات الدولة المتعاقدة معه و التي تعتبر الطرف الأقوى في هذه العلاقة باعتبارها صاحبة السيادة وتمتعها بمزايا استثنائية مقارنة بالمستثمر الأجنبي، مما يؤدي إلى عدم استقطاب و ضمان وجود استثمارات أجنبية بما لها من مزايا على اقتصاد الدول المضيفة.

[1] ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.

## 3-أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة معرفة مدى أهمية و دور شرط الثبات التشريعي في استقطاب و ضمان الاستثمارات الأجنبية، و من اجل ذلك لا بد من الإحاطة بكل ما يمكن أن يتعلق به و من ثم إعطاء النتائج و التوصيات المتعلقة بشأنه.

## 4-أسباب اختيار الموضوع

### أ- الأسباب الذاتية

تعود الأسباب الذاتية لاختيارنا لهذا الموضوع هو الميل و الاهتمام نوعا ما لهذه الموضوعات المتعلقة بالمجال الاقتصادي لما لهاذا المجال من أهمية بالغة في التنمية و تحسين ظروف المعيشة على اعتبار أن المال هو عصب الحياة و انه ضرورة لا بد منها.

### ب-الأسباب الموضوعية

أما الأسباب الموضوعية التي أدت إلى اختيارنا هذا الموضوع تتمثل أساسا في ملاحظة أن الجزائر بما لها من نقص في مجال الاستثمار و الأعمال خارج قطاع المحروقات و كذا النقص في التكنولوجيا و الخبرة الفنية و التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ورداءة المنشآت العمومية خاصة المتعلقة بالبنى التحتية و غيرها، و أن الجزائر و التي تعد من البلدان السائرة في طريق النمو و بطبيعة الحال فان ذلك يجعلها بحاجة إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية و التي قد تكون من بين احد اهم الحلول للمشاكل التي تتخبط فيها و هذا من خلال توفير الضمانات اللازمة لذلك.

## 5-صعوبات الدراسة

تتمثل الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه الدراسة المتواضعة في الصعوبة في حصر محتوى هذا الموضوع في خطة متوازية و ذلك راجع إلى كمية المادة العلمية المتعلقة به.

## 6-الدراسات السابقة

لقد تم دراسة هذا الموضوع في السابق من خلال بعض مذكرات الماستر أولها جاءت تحت عنوان شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، و دراسة أخرى جاءت تحت عنوان شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، و أخرى أيضا جاءت تحت عنوان شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، و قد تناولت هذه الدراسات بعض العناصر التي تناولناها في دراستنا هذه مثل ما يتعلق بالإطار المفاهيمي و الاطار العملي له و مسالة الإخلال به من طرف الدولة و كل حسب نتائجه فيها، أما ما تم إغفاله في هذه الدراسات و تطرقنا له في دراستنا هو ما يتعلق بتعريف بالاستثمار الأجنبي و كذا بيان الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي و أيضا اهم معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي و الوظيفة التي يقوم عليها و غيرها من العناصر.

## 7-إشكالية الدراسة

تتمحور دراستنا حول الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن أن يساهم شرط الثبات التشريعي كضمان قانوني في جلب الاستثمارات الأجنبية للجزائر؟

و في اطار هذه الإشكالية نناقش التساؤلات التالية:

- ما هي علاقة الاستثمار الأجنبي بشرط الثبات التشريعي؟
- ماذا يقصد بشرط الثبات التشريعي؟ هل يقصد به عدم إصدار أي قانون متعلق بمجال الاستثمار في المستقبل و بالتالي الحد من سيادة الدولة من خلال الحد من سلطتها التشريعية؟ أم أن القوانين و التعديلات الجديدة لن تسري باثر رجعي على الاستثمارات القديمة؟
- ما هو تأثير دور شرط الثبات التشريعي في العلاقة ما بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي؟

- ما هي القيمة القانونية المترتبة عن شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي؟

## 8- المناهج المتبعة في الدراسة

و قد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهجين الوصفي و التحليلي

و قد تم استعمال المنهج الوصفي في التعريفات و المفاهيم و تبيان بعض الحقائق الثابتة، في حين تم استعمال المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية و بعض الأحكام و تحليل آراء بعض الفقهاء والباحثين و من ثم الوصول إلى مجموعة من النتائج.

## 9-عرض موجز الخطة

و في سبيل الإجابة عن إشكالية بحثنا ارتأينا إلى تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين:

جاء الفصل الأول تحت عنوان شرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية قراءة في الماهية و تم تقسيمه إلى مبحثين، جاء المبحث الأول تحت عنوان التعريف بالاستثمار الأجنبي و قسم إلى مطلبين، أما المبحث الثاني فتعرضنا من خلاله إلى الاطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي و تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب.

أما الفصل الثاني لهذه الدراسة فقد عنون بواقع شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي و قد قسم هو الآخر إلى مبحثين، جاء المبحث الأول منه تحت عنوان موقف الفقه و المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي و تقييم دوره في عقود الاستثمار و قسم إلى مطلبين، في حين تطرقنا في المبحث الثاني من هذا الفصل إلى مسألة الإخلال بشرط الثبات التشريعي و الجزاء المترتب عليه و تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب.

## الفصل الأول

# شرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية قراءة في الماهية

نظرا لأهمية الاستثمار بصفة عامة و الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، تعمل العديد من الدول و تحديدا الدول النامية منها و من بينها الجزائر على جلب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها، و ذلك من خلال توفير المناخ الاستثماري الملائم لهذه العملية بتحسين الأوضاع و الظروف التي تتطلبها المشاريع الاستثمارية، و على وجه الخصوص الأوضاع القانونية مما يمكن المستثمرين من تحقيق الأهداف حسب ما تم التخطيط له عند اتخاذ قرار الاستثمار دون التخوف من أي تعديلات أو إجراءات قد تضر بمصالحهم، ذلك لأن المستثمرين عموما دائما ما يبحثون عن الأمان حتى يطمئنون على أموالهم و مشاريعهم الاستثمارية، و هذا الأمان لا يكاد يتحقق إلا من خلال توفير مناخ قانوني مستقر و ثابت يتلاءم و ما ينشده المستثمر الأجنبي، لان عدم الاستقرار في التشريع المتعلق بالاستثمار و التغيير المستمر لنصوص القانونية يكون عامل منفر لرؤوس الأموال الأجنبية و التي تسعى الدولة إلى ضمانها.

و بناء على ذلك و لان الدولة تعتبر شخص عام تتمتع بامتيازات السلطة العامة و التي لها الحق بموجب هذه السلطة إجراء بعض التعديلات التي قد تلحق بالقانون المختار للعقد الاستثماري، اذا كان قانونها هو الذي تم اختياره من طرف الدولة و المتعاقد معها ليطبق على العقد المبرم بينهما، و في كثير من الأحيان ترفض الدولة تطبيق قانون آخر غير قانونها ذلك باعتبارها صاحبة السيادة و باعتبار أن هذا المشروع الاستثماري يتم على إقليمها. و نظرا لأن المستثمر الأجنبي يعتبر نفسه الطرف الضعيف في هذه العلاقة حيث تعتبر الدولة الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية باعتبارها سلطة تشريعية، و بهذا يكون الحل الأفضل للمستثمر الأجنبي هو أن يشترط على الدولة عدم تغيير العقد بإرادتها المنفردة و ذلك عن طريق التأكد من عدم سريان أي تعديلات تقوم بها الدولة في قانونها الوطني.[1]

[1] ليندا جابر، المرجع السابق، ص 50.

لذلك يسعى المستثمر للإحاطة بكافة الضمانات التي تحميه من الممارسات التي قد يتعرض لها من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، و في سبيل ذلك تسعى العديد من الدول على تضمين تشريعاتها الاستثمارية بقواعد قانونية تكفل حماية مصالح المستثمرين و الدولة على حد سواء استجابة لاعتبارات الاستقرار التي تتطلبها الروابط العقدية الدولية، و من الآليات القانونية التي تكفل الحماية والضمان للمستثمر تقوم الدولة بإدراج شرط يسمى شرط الثبات التشريعي إما في قانونها الداخلي أو في العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي، و ذلك حتى يضمن هذا الأخير استقرار العلاقة التعاقدية و عدم المساس بالعقد إلا بإرادة الطرفين، و بالتالي بحقوقه المكتسبة الناتجة عن هذا الاستثمار.

و للتعرف اكثر على هذا الشرط –شرط الثبات التشريعي– سنتطرق في هذا الفصل إلى الإحاطة بماهيته و ذلك باعتباره آلية لضمان الاستثمارات الأجنبية وهذا من خلال مبحثين نعالج في (المبحث الأول) التعريف بالاستثمار الأجنبي و في (المبحث الثاني) الاطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي.

## المبحث الأول: التعريف بالاستثمار الأجنبي

للاستثمار الأجنبي دور أساسي في عملية تنمية الدول المضيفة له، فهو يمكنها من استغلال مواردها الطبيعية كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية و تطوير صناعاتها من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة من رأس المال و التكنولوجيا و القدرات و المهارات الفنية و الإدارية بذلك أضحى من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة لتوجهات الدول المعاصرة و لا سيما النامية منها هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى جذب الاستثمارات الأجنبية إليها و هذا مرهون بتهيئة بيئة استثمارية مستقرة تتجسد في ضرورة تشييد بنية قانونية قادرة على وضع اطار قانوني مناسب تجري بظله و بداخله الاستثمارات المختلفة.[1]

[1] رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 09.

لذلك سنسلط الضوء في هذا المبحث على التعريف بالاستثمار الأجنبي و ذلك من خلال مطلبين نتطرق إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي في (المطلب الأول) ثم إلى الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي

يعد الاستثمار الأجنبي من أهم أوجه النشاط التجاري في الواقع المعاصر، و هذا لما له من فوائد جمة بالنسبة للدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي على حد سواء، و لما له من أنواع متعددة تتناسب مع ما تحتاجه و تتحمله الدولة المضيفة و ما يطمح إليه المستثمر الأجنبي.

و للإحاطة بمفهوم الاستثمار الأجنبي في هذا المطلب سنتطرق إلى بيان المقصود بالاستثمار الأجنبي (الفرع الأول) و إلى أنواعه (الفرع الثاني) ثم إلى أهميته (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: المقصود بالاستثمار الأجنبي

لتعريف الاستثمار الأجنبي لابد من تعريفه لغة، و بما أن الاستثمار الأجنبي يعد ظاهرة قانونية و اقتصادية فسنتناول تعريفه في الفقه القانوني و الاقتصادي ثم بيان تعريفه التشريعي.

#### -أولا: تعريف الاستثمار الأجنبي لغة

1-الاستثمار لغة: و هي كلمة عربية مشتقة من الثمر، أي حمل الشجر، و اثمر الشجر خرج ثمره، و أثمر الرجل: كثر ماله، و الثمر بمعنى المال. و (استثمار) مصدر الفعل استثمر. و استثمر المال نماه[1]، و هو ما يستفاد من قوله تعالى {وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا}[2]

[1] شيراز حميد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء و التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2018، ص21.

[2] سورة الكهف، (الآية 34).

و قد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه (استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء آلات و المواد الأولية و إما بطريق غير مباشر كشراء الأسهم و السندات).[1]

2-أما الأجنبي لغة: فهو من فعل جنب، يقال جار جنب و الصاحب بالجنب و هو الذي يقرب منك فيكون إلى جانبك، و جنب أي غريب و الجمع أجانب، و في الغرباء، جمع جنب و هو الغريب.[2]

**ثانيا: تعريف الفقه للاستثمار الأجنبي**

لقد تعددت تعريفات فقهاء القانون و فقهاء الاقتصاد للاستثمار الأجنبي و كذلك هناك اختلاف بينهم و ذلك كون الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر قانونية و أخرى اقتصادية.

1- يعرف الفقه القانوني الاستثمار الأجنبي بأنه: "انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدول المضيفة بغية تحقيق الربح من المستثمر الأجنبي و بما يكفل زيادة الإنتاج و التنمية في الدول المضيفة"[3]

و قد عرفه معهد القانون الدولي بأنه: "توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي، أو سياسي و يمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية."

و قدمت اللجنة التي شكلها اتحاد القانون الدولي تعريفا للاستثمار الأجنبي بأنه: "تحركات رؤوس الأموال في البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر."[4]

2- يعرف الفقه الاقتصادي الاستثمار الأجنبي من خلال فصل كلمة الاستثمار لتعني توظيف الأموال في موجودات مادية و مالية متنوعة لغرض تحقيق عائد معين من

---

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 33.

[2] أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، ط1، دار الأيام، عمان-الأردن، 2018، ص 20.

[3] سلامي ميلود، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، الجزائر، 2015، ص 68.

[4] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص20.

وراء ذلك أما مصطلح الأجنبي يقصد به كل ما هو غير وطني فبالرغم من أنه استثمار مقيم في دولة مضيفة إلا أن ملكيته أجنبية و تؤول لفرد أجنبي أو لشركة أجنبية غير وطنية.[1]

و قد عرف البعض الآخر الاستثمار الأجنبي استنادا إلى أساس مالي مفاده ربط الاستثمار بالادخار بأنه: "توجيه المدخرات لزيادة القاعدة الاقتصادية و من ثم رفع المستوى الاقتصادي العام." يبدو جليا أن الاقتصاديين نظرا لطبيعتهم العملية أبرزوا في تعريفاتهم للاستثمار الأجنبي الهدف منه دون التوقف عند عملية الاستثمار من حيث أشكالها و عناصرها و أدواتها.[2]

**ثالثا: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري**

نصت المادة 02 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، و توسيع قدرات الإنتاج و/ أو إعادة التأهيل.

2-المساهمة في رأس مال شركة."[3]

نستخلص من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف خاص بالاستثمار الأجنبي و إنما أعطى عناصر محددة تفسر العملية الاستثمارية ككل في مفهوم القانون 16-09.

و بناء على ما تقدم يمكن القول أنه يصعب وضع تعريف محدد جامع مانع للاستثمار الأجنبي فضلا عن أن الاستثمار ليس مجرد واقعة اقتصادية أو قانونية محددة، بل إنه يمثل في الواقع مفهوما متغيرا و متطورا يتأثر بالظروف و الأوضاع

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 35.

[2] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 36.

[3] القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 03 غشت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 2016/08/03.

الاقتصادية على مستوى الدولي، فهو مفهوم عام قد يضيق و قد يتسع حسب الظروف الاقتصادية و السياسية لكل دولة و توجهاتها.

و في هذا الإطار يمكن إعطاء تعريف للاستثمار الأجنبي بأنه: "إشراك الأجنبي بالتنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على أرباح مجزية، و طبقا للقانون".[1]

**الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي**

لقد ساير الاستثمار الدولي التطورات في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.[2] لذلك فإن الاستثمار الأجنبي يقسم إلى أنواع عدة تختلف باختلاف المعيار الذي يستخدم في تقسيمها و تؤثر عوامل كثيرة في أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث فلسفة النظام السياسي و درجة التطور الاقتصادي، و الأهداف التي تسعى البلدان إلى تحقيقها من خلال الاستثمار الأجنبي من حيث كونه استثمارا أجنبيا مباشرا و غير مباشر.

أما التقسيم الثاني للاستثمار الأجنبي يعتمد على عنصر الزمن من حيث كونه استثمارا أجنبيا طويل الأجل و قصير الأجل.[3]

لذلك سنتناول في هذا الفرع أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث الطبيعة (أولا) ثم أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث المدة (ثانيا).

**أولا-أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث الطبيعة**

جرى العرف الدولي على تقسيم الاستثمار الأجنبي من حيث الطبيعة إلى استثمار أجنبي مباشر و غير مباشر.

**1- الاستثمار الأجنبي المباشر**

[1] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 21.

[2] عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 149.

[3] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 28.

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: "التعبير عن ممارسة المستثمر الأجنبي نشاط اقتصادي في الدولة المضيفة مع احتفاظه بالسيطرة على أنشطة المشروع سواء من خلال الملكية الكاملة أو الجزئية لرأس مال المشروع."

و من ثم فإن الاستثمار الأجنبي المباشر هو قيام المستثمر الأجنبي بممارسة نشاطه في الدولة المضيفة للاستثمار بحيث يخضع هذا النشاط لسيطرته و توجيهه من خلال صورتين الأولى عن طريق ملكيته الكاملة لرأس مال المشروع الاستثماري و الثانية عن طريق المساهمة مع رأس المال الوطني بنسبة معينة تكفل له المشاركة في إدارة المشروع.[1]

و من خلال هذا التعريف يمكن القول أن الاستثمار الأجنبي المباشر يدور حول أمرين أولهما وجود نشاط تجاري يزاوله المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار و ثانيهما سيطرة المستثمر الأجنبي على هذا النشاط من خلال ملكيته الكاملة أو الجزئية للمشروع.

و أيا كان الأمر فإن المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يفضل أسلوب الاستثمار المباشر، و السبب في ذلك أن هذا النمط من الاستثمار يخوله حق الرقابة و الإشراف على أمواله و إدارتها مما يبعث في نفسه شعورا بالراحة و الاطمئنان.

و يتبلور الاستثمار الأجنبي المباشر في شكلين هما الشركات المتعددة الجنسيات (أ) و المشروعات المشتركة (ب).

**أ- <u>الشركات المتعددة الجنسيات</u>**

تعتبر هذه الشركات من أهم الأشكال التي يأخذها الاستثمار المباشر إذ أنها مسؤولة عن أكثر من 80% من الاستثمارات الأجنبية المباشرة حول العالم.

و هي الشركات التي تملك مشاريع كثيرة في دول مختلفة من العالم و تتميز هذه الشركات بضمانة أعمالها و أنشطتها و أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة لا تتم إلا

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 68،69.

من خلال شركات كبيرة متعددة الانتشار في أنحاء العالم و لها العديد من الفروع و يطلق عليها الشركات العابرة للقارات و أغلب الفقه يطلق عليها الشركات المتعددة الجنسيات و هي تملك أو تدير بصورة مباشرة نشاطا استثماريا خارج الدولة الأم. و هناك من يستند في تعريفه إلى عدد من الدول التي تمارس فيها تلك الشركات نشاطها لكي تسمى شركات متعددة الجنسيات.

و لا تنقل هذه الشركات نشاطها إلى البلدان الأخرى إلا بعد توفير البيئة السياسية و الاقتصادية المناسبة فضلا عن الاستقرار المالي و النقدي و حجم السوق و طبيعة القوانين التي تنظم و تراقب و تشجع الاستثمار في البلد المضيف.[1]

**ب- <u>المشروعات المشتركة</u>**

و تعرف على أنها: "أحد مشروعات الأعمال التي يمتلكها أو يشارك فيها طرفان أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة –المستثمر الأجنبي و رأس المال المحلي أو الوطني – و المشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال بل تمتد إلى الإدارة و الخبرة و براعة الاختراع و العلامات التجارية. و في جميع الأحوال ينبغي أن يكون لأطراف المشروع الحق في المشاركة في إدارته. [2]

و في هذا الإطار يمكن القول بأن المشروع المشترك يقوم على الشراكة بين المستثمر الأجنبي (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا) و المستثمر الوطني، و يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

و تعد المشروعات المشتركة الشكل الأمثل الذي يمكن الدول المضيفة من فرض رقابة فعلية على الاستثمار الأجنبي، و ذلك من خلال مشاركة ممثليها في إدارة المشروع فضلا عن اكتساب الكادر الوطني الإداري و الفني الخبرة و الكفاءة و المهارة لإدارة و تشغيل المشروعات الاستثمارية. [3]

---

[1] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 30،31.

[2] محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2005، ص 38.

[3] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 35.

**2- الاستثمار الأجنبي غير المباشر**

في هذا النوع من الاستثمار يساهم الأجنبي في رأس مال المؤسسة دون أن يكون له أي نفوذ على إدارتها و تسييرها و هو ما يميزه عن الاستثمار الأجنبي المباشر، و هذه المساهمة الجزئية في رأس مال المؤسسة تكون في شكل شراء أسهم أو منح قروض على المدى المتوسط.[1]

و يطلق على هذا النوع باستثمار المحفظة نظرا لتعلق هذا النوع من الاستثمار بشراء الأسهم و السندات أي أن هذا الاستثمار يتركز في الأسواق المالية بتملك الأجانب أفرادا و شركات للأسهم و السندات الخاصة و الحكومية و التداول بها قصد الربح.[2]

و يعرف بأنه: "الاستثمار الذي لا يقوم المستثمر بإنشاء أو تملك شركات أو منشآت أو أعمال تجارية في دولة أجنبية و إنما يستثمر أمواله في منح القروض التي تعطي عائدات ثابتة في صورة فوائد أو في شراء أسهم في شركة ما أو المضاربة على شراء الأسهم و السندات و غيرها من الأوراق المالية المطروحة في البورصة."

و بهذا يتبين بأن الاستثمار الغير مباشر يتمثل بمساهمة المستثمر الأجنبي بأمواله في مشروع ما دون أن يكون له الحق في تملك جزء أو كل من المشروع الاستثماري و بالنتيجة لا تثبت له سلطة إدارة المشروع.[3]

**ثانيا: أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث المدة**

تنقسم الاستثمارات الأجنبية من حيث المدة التي تستغرقها إلى قسمين: استثمارات قصيرة الأجل، و هي التي تعقد لمدة سنة فأقل، و استثمارات طويلة الأجل و هي التي تزيد مدتها عن سنة.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 149.

[2] ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 20.

[3] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 72.

و تعرف الاستثمارات قصيرة الأجل بأنها الاستثمارات التي تتضمن تحركا في رأس المال لمدة تقل عن سنة واحدة، و يمثلها الأوراق المالية و الكمبيالات و تنتج الاعتمادات، و هذه الاستثمارات غالبا ما تؤدي إلى دعم العجز في ميزان المدفوعات للدول المضيفة.[1]

أما الاستثمارات الطويلة الأجل فتتمثل بشكل عقود التي تزيد مدتها عن سنة واحدة و التي تنصب على أصول ثابتة كإقامة فروع لمشروعات أجنبية داخل الدولة المستقطبة للاستثمار.

و إذا ما أردنا التمييز بين هذين النوعين من الاستثمار فبالإضافة إلى الزمن و الذي يعد العنصر الرئيسي في التفريق بين هذين النوعين من الاستثمارات فإن هناك اختلافات جوهرية بينهما، فالاستثمار قصير الأجل يمكن تحويله إلى مقابل نقدي خلال مدة قصيرة نسبيا في حين أن الاستثمارات طويلة الأجل تحتاج فترة طويلة ليتمكن من التصرف بها و تحويلها إلى مقابل نقدي، كما أن الدور الاقتصادي الذي يلعبه الاستثمار طويل الأجل في الدول المضيفة إذ عادة ما تساهم من خلال إنشائها أو تحويلها لمشروعات إنتاجية في الدول التي تنتقل إليها، و هو ما لا تستطيع الاستثمارات قصيرة الأجل القيام به كما قد يكون الغرض من إرسال المال الأجنبي لمدة قصيرة هو تجنب بعض المخاطر التي تعترضه في موطنه الأصلي مثل مصادرته أو خطر خضوعه لضرائب كبيرة.

و بناء على ما تقدم يتبين أن الاستثمارات طويلة الأجل تساهم بشكل أكبر في تنمية اقتصاديات الدول المستضيفة لهذا النوع من الاستثمار مما يدعو إلى تشجيع هذه الاستثمارات و تفضيلها على الاستثمارات قصيرة الأجل.[2]

**الفرع الثالث: أهمية الاستثمار الأجنبي**

مما لا شك فيه أن البلدان النامية بحاجة إلى الاستثمارات الأجنبية لمواجهة المشاكل و الصعوبات التي تواجهها في المجال الاقتصادي إذ يعتبرها البعض شرطا

[1] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 42.

[2] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 66.

أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية،[1] فالاستثمار الأجنبي ينقل خبرات تقنية و أموالا لازمة تعد من الأهمية فيما يتعلق بالدولة وضيفة الاستثمار، بما يحقق مع ذلك خفضا لمعدلات البطالة و استغلالا أمثل لمواردها، و استفادة أعظم من التقنية المتاحة.

و لتبيان أهمية الاستثمار الأجنبي سنقوم في هذا الفرع ببحث أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة (أولا) و بالنسبة للمستثمر الأجنبي (ثانيا).

**أولا: أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة**

تعد منافع الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة المستضيفة متعددة و من أهمها:

**1-يساهم الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية الاقتصادية[2]**

تسعى البلدان المضيفة للاستثمار إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية و زيادة معدل النمو الاقتصادي فيها، و ما يحتاج إلى استثمارات ضخمة، و بالتالي فهي تتطلب رؤوس أموال طائلة قد تعجز عن توفيرها بمواردها الذاتية وحدها، و أمام هذا العجز فإنها تلجأ إلى الاستثمارات الأجنبية باعتبارها الطريق الوحيد للخروج من المأزق و تسهيل إنجاز عملية التنمية الاقتصادية.

إن فسح المجال أمام الاستثمار الأجنبي قد يؤدي إلى تحسين الخدمات المقدمة للمواطنين مثل الخدمات الصحية و خدمات البني التحتية و غيرها من الخدمات الأساسية، بل إن اللجوء إلى رأس مال الأجنبي قد يصبح ضرورة لابد منها إذا كان الادخار المحلي ضئيلا، بحيث لا يمكن أن يفي بمتطلبات التنمية المنشودة.[3]

**2-دور الاستثمار الأجنبي في نقل التكنولوجيا**

تسعى البلدان المضيفة للاستثمار إلى التقليل من العجز التكنولوجي و التقني و ذلك بالاستفادة من خبرات الشريك الأجنبي في التحكم في التكنولوجيا الحديثة و

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 152.

[2] تعرف التنمية الاقتصادية بأنها عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي للاقتصاد خلال فترة زمنية طويلة، أو هي تلك الإجراءات و الجهود التي تبذل في سبيل رفع معدل نمو الدخل القومي و الفردي الحقيقي، أنظر أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 64.

[3] أحمد هليل الشمري، المرجع أعلاه، ص 64.

المتطورة[1]، إذ يساهم الاستثمار الأجنبي في نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية إذا ما أحسنت وضع القواعد القانونية الضابطة له و إقامة علاقات علمية بين الشركات الأجنبية المصدرة للتكنولوجيا و بين مراكز البحث و التطوير المحلية التابعة لها للتعرف على أحدث ما توصلت إليه الشركات العالمية من تكنولوجيا و أساليب بحثية، و التكنولوجيا بمفهومها الواسع لا تقتصر على سلسلة للعمليات الإنتاجية الفنية فقط، بل تمتد لتشمل المهارات و القدرات التنظيمية و الإدارية و التسويقية و عملية نقل التكنولوجيا قد تتم من خلال وسائل مختلفة مثل بيع التكنولوجيا و اتفاقيات منح التراخيص و عقود المساعدة الفنية و غيرها، و إن سرعة نقل التكنولوجيا إلى الدول المضيفة قد تعتمد على عدة عوامل منها نمط الاستثمار (أجنبي تماما، مشترك)، و كذا القدرة الاستيعابية للعمالة الوطنية.[2]

### 3-يساهم الاستثمار الأجنبي في تقليص مستويات البطالة

إن معظم دول العالم سواء الدول المتقدمة أو الدول النامية تعاني من مشكلة البطالة، لذا فإنها تسعى جاهدة للقضاء على هذه المشكلة أو الحد منها و لتحقيق ذلك عملت الدول المضيفة على جذب و تحفيز و تشجيع الاستثمارات الأجنبية على أمل إيجاد فرص عمل جديدة و ذلك عن طريق رفع مستويات التشغيل و توفير فرص عمل من خلال إقامة المشاريع التي تحتاج إلى أيدي عاملة، و هذا بدوره يشجع على إقامة برامج لتطوير مهارات الأيدي العاملة مما يكسبها مهارة فنية و تنظيمية تخدم تطوير رأس المال البشري المتاح للاستخدام، و بتنوع و تعدد مجالات الاستثمار الأجنبي في مختلف القطاعات الاقتصادية كالزراعة و الصناعة وخدمات البني التحتية و التحتية و المشاريع الخدمية الأخرى السياسية و الترفيهية مما يؤدي إلى تكوين قاعدة عريضة من العمالة تؤدي إلى امتصاص البطالة و خلق فرص عمل جديدة و التي تؤدي بدورها إلى تحقيق الاستقرار الاجتماعي، و التقليل من حدة الفقر.[3]

---

[1] قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ط1، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 58.

[2] احمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 66.

[3] احمد هليل الشمري، المرجع أعلاه، ص 68.

### 4-الاندماج في الاقتصاد العالمي

مما لا شك فيه، أن الاستثمارات الأجنبية تقوم بدورها في تعزيز التبادلات التجارية في مجال السلع و الخدمات، كما تساهم في زيادة الصادرات و بالتالي المساهمة في خلق الشروط الملائمة لسياسة اقتصادية موجهة نحو الأسواق الخارجية و التقليل من الواردات و تحسين الأوضاع المالية للدولة المضيفة، و كذا تسهيل الدخول في الاقتصاد العالمي بفضل علاقاتها المتميزة مع البنوك الخارجية و أسواق رأس المال، خاصة بالنظر إلى الدور الهام الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسيات في الاقتصاد العالمي.[1]

## ثانيا: أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للمستثمر

تتباين دوافع و أهمية عملية الاستثمار بالنسبة للمستثمر على وفق الإمكانيات المالية المتاحة للمستثمر و إلى أي حد تمتد طموحاته بالحصول على الأرباح فضلا عما يتوفر لديه من معلومات بشأن المصادر و التسهيلات الائتمانية و فرص الاستثمار المختلفة و المناخ الاستثماري الذي يحيط بنشاطه.[2]

و تبرز أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للمستثمر من عدة نواحي:

- الحصول على أقصى الأرباح التي تعتبر الهدف الرئيسي الذي يسعى المستثمر إلى تحقيقه و للوصول إلى هذا الهدف فإن المستثمر يبحث عن السبل المختلفة التي تؤدي إلى زيادة أرباحه فمن هذا المنطلق يتجه المستثمرين إلى الاستثمار في دول أخرى سعيا وراء تحقيق الأرباح مستندين على اختلاف درجات نمو الاقتصاديات الوطنية المتنوعة و على اختلاف تكاليف الإنتاج في الدول الأخرى.[3]

- فتح أمام المستثمرين الأجانب أسواق جديدة لتصريف منتجاتهم.

- انخفاض عناصر التكلفة في الدول المضيفة كرخص أجور الأيادي العاملة إذا ما قورنت بأجور الأيادي العاملة في الدول المتقدمة.

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 168.

[2] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 51.

[3] احمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 58.

– الاستفادة من قوانين تشجيع الاستثمار و الإعفاءات الضريبية التي تمنحها معظم الدول المستثمر فيها بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية إليها و في مقدمتها تقديم الحوافز الضريبية و توفير فرص استثمارية دائمة و إعطاء ضمانات كبيرة للمستثمرين.[1]

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي

إن الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي تختلف باختلاف موقف الدولة المتعاقدة من حيث أنها تبقى محتفظة بصفتها السيادية أم أنها تتنازل عنها و تعامل معاملة الشخص الطبيعي، و أن أثر هذه التفرقة على طبيعة عقد الاستثمار يمكن بيانه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتناول في (الفرع الأول) عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون العام، و في (الفرع الثاني) نتناول عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون الخاص، أما في (الفرع الثالث) فنتطرق إلى الطبيعة المزدوجة لعقد الاستثمار الأجنبي.

### الفرع الأول: عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون العام

ذهب جانب من الفقه في تحديده للطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي إلى القول بأنه من عقود القانون العام و ذلك باعتباره أن الدولة صاحبة و باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي في عقد الاستثمار و بذلك يأخذ طبيعة العقود الإدارية ولأن الدولة أو أحد هيئاتها أو مؤسساتها شخص عام في محيط القانون العام داخل الدولة و تتمتع بشخصية دولية في محيط علاقات القانون الدولي في الخارج.[2]

فمن أطلق صفة العقود الإدارية على عقد الاستثمار الأجنبي استند على جملة اعتبارات و في مقدمتها أن في العقود الإدارية تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا فيه في حين أن الطرف الآخر هو أحد أشخاص القانون الخاص.

---

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع أعلاه، ص 52.

[2] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 48.

لذلك عرف الفقه العقد الإداري بأنه: " العقد الإداري هو العقد الذي يكون طرفه شخصا عاما (الدولة أو أحد المؤسسات المعنوية العامة) و يتصل بمرفق عام، و يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص."[1]

و بذلك اعتمد الفقه الإداري على ثلاثة معايير في تحديده للطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار:

1-أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما، و بذلك تكون العقود التي يتم إبرامها من قبل الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد عقودا إدارية.

2-أن يكون محل العقد مرفقا عاما.

3-أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقد في إتباع أسلوب القانون العام و إخضاع العقد لقواعده و أحكامه.[2]

و يمكن أن نتبين من ذلك أن العقود التي لا تكون الإدارة طرفا فيها لا تعد عقودا إدارية. و هنا يثار التساؤل الآتي، هل تنطبق هذه المعايير على عقد الاستثمار الأجنبي لكي نستطيع أن نصفه بالعقد الإداري؟ بالرجوع إلى المعيار الأول فيمكن أن يتحقق في أحد طرفي عقد الاستثمار يمكن أن يكون الدولة أو أحد هيئاتها العامة، أما المعيار الثاني و المتعلق باتصال العقد بالمرفق العام نجده متحققا أيضا في معظم الفرص الاستثمارية التي تحتاجها الدولة المضيفة للاستثمار، و ذلك لأجل تحقيق التنمية الاقتصادية و المصلحة العامة للمجتمع، أما المعيار الثالث الذي أشرنا إليه من حيث استعمال الإدارة أساليب القانون العام عن طريق تمتعها بامتيازات السلطة العامة و ذلك بتعديل العقد وفقا للمصلحة العامة و في توقيع الجزاء على الطرف الآخر في العقد، و بذلك يخرج العقد من مبدأ المساواة بين الطرفين المتعاقدين التي يستلزمها القانون الخاص بوصفه أن (العقد شريعة المتعاقدين).[3]

**الفرع الثاني: عقد الاستثمار من عقود القانون الخاص**

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 82.

[2] حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2017، ص 29.

[3] احمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 50.

ظهر هذا الموقف ردا على الاتجاه السابق الذي يرى أن عقود الاستثمار الأجنبية هي عقود القانون العام، إذ يعتبرونها من قبيل عقود القانون الخاص و استندوا في ذلك إلى أحكام التحكيم التجاري الدولي و التي ذهبت إلى أن عقود الاستثمار الأجنبي لم تعد ترتبط بالمرافق العامة و تقديم الخدمات إنما أصبحت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الخاص و التي تستند على مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات العقود المشتق من مبدأ سلطان الإرادة المتعارف عليه في القانون الخاص. [1]

و ذلك لأن هذه العقود تختلف في صفاتها عن الصفات المميزة للعقود الإدارية، فهي لا تقبل بطبيعتها أن تتضمن شروطا استثنائية فمتطلبات التجارة الدولية تلزم أن يكون شأن الدولة شأن الأفراد العاديين في التعاقد معهم، و لان وجود طرف أجنبي في العلاقة التعاقدية يمنع الإدارة من تضمين عقودها مع هذا الطرف الأجنبي شروطا استثنائية، على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي.

و يقوم هذا الرأي على أساس أن هناك حقوقا و التزامات متوازنة بين طرفي العقد، إذ أن المستثمر الأجنبي غالبا ما يكون من القوة بحيث يفرض شروطه و يكون ندا للدولة، و عليه يسود مبدا العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص و لا يحتاج المستثمر في ظل طبيعة كون الاستثمار من عقود القانون الخاص إلى ضمانات، لأنه يشعر بأمان و اطمئنان إذ يقف على حد السواء مع الدولة.[2]

**الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة لعقد الاستثمار الأجنبي**

يذهب بعض الفقه إلى أن الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي ذو طبيعة مختلطة، ذلك لأنه يشترط في تكوين عقود الاستثمار جملة قواعد بعضها ينتمي للقانون الخاص و بعضها ينتمي للقانون العام، إذ يشير الفقه بأن الدولة إذا دخلت كطرف في عقود الاستثمار فهي تتمتع بشخصية مزدوجة و تظهر بوصفها صاحبة

[1] إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد السابع، مصر، دون سنة النشر، ص 303.

[2] احمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 52.

السلطة و السيادة باتخاذ الإجراءات و المتطلبات ذات الصلة بالقانون العام، في حين تغادر هذا الوصف إذا كانت إزاء علاقة ذات صلة بقواعد القانون الخاص.[1]

و يبرر أصحاب هذا الرأي الطبيعة المزدوجة لعقد الاستثمار بأنه تصرف له طبيعة العمل المنفرد فيما يتعلق باعتماده على إجازة أو ترخيص الاستثمار من قبل الدولة، و كما أن له طبيعة العقد لأنه يتطلب اتفاق لالتزامات متبادلة لكل من الدولة و الطرف الأجنبي، و على الرغم من أن الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار لا تعتبر إلا حلا جزئيا للمشكلة.

و يصطلح البعض على مثل هذه الأوضاع التي تختلط فيها الطبيعة العامة بالطبيعة الخاصة لبعض العلاقات القانونية ما يسمى بالمنطقة الرمادية التي تفصل بين قواعد القانون العام و الخاص.[2]

و بعد تسليط الضوء على الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي و في ظل هذا الخلاف الفقهي نرى أن الرأي الأول و الذي يقرر بأن الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي أنه من عقود القانون العام هو الرأي الجدير بالتأييد و ذلك استنادا على عدة اعتبارات:

1- أن أحد أطراف عقد الاستثمار الأجنبي هو أحد أشخاص القانون العام و المتمثل في الدولة أو أحد مؤسساتها.

2- أن عقد الاستثمار الأجنبي يتعلق بنشاط مرفق عام إذ تبرمه الدولة لغرض إنشاء و تنظيم و تسيير مرفق عام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فهل أن أحدا يستطيع أن ينكر أن عقد استغلال الموارد الطبيعية و عقود إقامة الطرق و الجسور و عقود إقامة مشاريع توليد الطاقة الكهربائية و عقود إقامة مشاريع المياه و السدود و الخزانات

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 83.

[2] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 55.

عقود تتعلق بنشاط مرفق عام؟ فهي عقود تهدف الدولة من إبرامها إلى تحقيق الصالح العام.[1]

3- احتواء عقود الاستثمار على الشروط الاستثنائية غير المألوفة[2] في عقود القانون الخاص و هي العنصر الحاسم في تمييز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص حيث أن من شأن انطواء العقد على تلك الشروط التضحية بمصلحة المتعاقد مع الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولهذا فإن هذه الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص التي تقوم على إعمال مبدأ المساوات و التوازن بين طرفيها.[3]

و هذه الشروط الاستثنائية لا يشترط بها أن تكون مقررة جميعا لصالح جهة الإدارة إذ يمكن أن تقرر للمتعاقد مع الإدارة مادام في ذلك تحقيق المصلحة العامة و لو كانت مقررة في مواجهة الإدارة نفسها طالما لا يترتب عليها الإخلال بمركز الإدارة المتميز في العقد.

و على هذا الأساس يجب النظر إلى مجمل شروط العقد بحيث إذا كان العقد يمنح للمتعاقد مع الإدارة بعض الامتيازات، و يمنح في القت نفسه عدة امتيازات للإدارة تفوق تلك التي يقررها العقد للمتعاقد معها، مما يجعلها في مركز أفضل من مركز المتعاقد معها، فالعقد مع ذلك يبقى عقدا إداريا، فإذا كانت الامتيازات التي يقررها العقد للإدارة في مواجهة المتعاقد معها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإنه يمكن للإدارة أن تمنح بعض هذه الامتيازات و لو كانت في مواجهتها للمتعاقد معها طالما تهدف في ذلك تحقيق المصلحة العامة.[4]

## المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي

[1] عالية يونس الدباغ و وسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد02، العراق، 2009، ص 329.

[2] هي تلك الشروط التي لا نجدها عادة في عقود الأفراد لأنها ستكون باطلة بسبب مخالفتها للنظام العام، لأنها أدرجت في العقد من قبل السلطة الإدارية لاعتبارات الصالح العام و التي هي غريبة عند إبرام عقودها. أنظر حسان نوفل، المرجع السابق، ص 37.

[3] حسان نوفل، المرجع السابق، ص 37.

[4] عالية يونس الدباغ و وسن مقداد، المرجع السابق، ص 329.

إن من اهم العوامل التي يراعيها المستثمر الأجنبي حين قيامه بالبحث عن الدولة التي يستثمر فيها أمواله هو ما يتعلق بالبيئة التشريعية للاستثمار و ذلك بالنظر إلى المزايا و التسهيلات و الحماية التي تتضمنها هذه التشريعات و مدى ثباتها و استقرارها على هذه الوضعية و ذلك من اجل تحقيق الاستقرار في العلاقة التعاقدية بينه و بين الدولة المتعاقدة و كذا ضمان الحماية لوضعيته تجاه استثماره.

و في هذا المبحث سنعمل على تحديد الاطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي و ذلك من خلال مفهومه (المطلب الأول) و الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

إن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي متغير وفي تطور مستمر، لذلك يبحث المستثمر عن وسيلة لتفادي آثار التغيير المستقبلي لهذا القانون، و التي عادة ما تكون في غير صالحه، لذلك يعمل على إدراج شرط الثبات التشريعي لضمان استقرار القانون الواجب التطبيق على العلاقة الاستثمارية بينه و بين الدولة المضيفة.

و لتحديد مفهوم شرط الثبات التشريعي سنتطرق إلى تعريفه و تحديد مبرراته (الفرع الأول) و إلى صوره (الفرع الثاني) ثم إلى معايير تقسيمه (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي و تحديد مبرراته

لقد تعددت تعريفات شرط الثبات التشريعي غير أن جلها تتفق على عناصر محددة في تعريفها له (أولا) كما أن مبررات إدراج شرط الثبات التشريعي قد تباينت فيما يعود بالنفع إلى المستثمر و إلى الدولة المضيفة (ثانيا)

#### أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الاستقرار أو الثبات التشريعي بأنه "أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة في التشريع و الذي يحد من سلطاتها التشريعية و لكن لا يجردها منها".[1]

كما يعرفه جانب من الفقه بأنه " تلك الشروط التي تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، بمعنى أن الدولة باعتبارها طرف في عقد الاستثمار و مسؤولة عن تشجيع الاستثمار الأجنبي ملزمة بحسب هذه الشروط بالتعهد بعدم تغيير بنود العقد و بتجميد القواعد التشريعية طيلة امتداد علاقتها بالمستثمر الأجنبي."[2]

كما يقصد بشرط الثبات التشريعي بأنه "تجميد القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الزمان و إيقافه على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد خاصة في مجال عقود الاستثمار و التنمية المحلية."[3]

و يعرف شرط الثبات التشريعي أيضا بأنه " ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها مما يغير من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفيين."

ومن أمثلة ذلك تعديل النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء مرحلة تنفيذ العقد لا سميا و أن هذا العقد من العقود طويلة المدة فيأتي شرط الثبات

---

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 322.

[2] قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010، ص 191.

[3] خباش دليلة و العرابي سهيلة، شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013/2012، ص 14.

التشريعي ليعفي الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة.

حيث أن الدولة المتعاقدة تتعهد بموجب هذه الشروط بوصفها تملك سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد.[1]

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

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

---

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

[2] بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد الثاني، تيارت، الجزائر، ص 04.

و أن هذا الثبات في التشريع نقصد منه ثباته من حيث الزمان على أساس أن القانون المطبق على عقد الاستثمار من حيث المكان متفق عليه بين الطرفين و معروف و لا يطرح إشكال كقانون الدولة المضيفة للاستثمار مثلا.[1]

و يعتبر الأستاذ "prosper weil" أول من ابرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي و شرط عدم المساس بالعقد، بحيث أن شرط الثبات التشريعي يهدف إلى حماية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية على وجه التحديد أي ما ينجم عنها بوصفها "سلطة تشريعية"

أما شرط عدم المساس بالعقد فينصرف نحو تعهد الدولة بعدم تعديل العقد أو المساس بالعقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية" مما يعطي لطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناتج عن هذه الصفة الإدارية.

و على الرغم من أن شرط الثبات التشريعي يختلف نظريا عن شرط عدم المساس بالعقد فان التفرقة بينهما تكاد تتلاشى عمليا فشروط الثبات تهدف في النهاية إلى عدم المساس بالعقد مادامت تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد كما أن شروط الثبات ذاتها لا تحقق الأمن القانوني إلا اذا كان من غير الممكن المساس بها، لهذا فان المشاكل التي تثور بالنسبة لنوعين واحدة.[2]

**ثانيا: مبررات وضع شرط الثبات التشريعي**

إن من مبررات وضع شرط الثبات التشريعي كونه يؤدي إلى استقرار الرابطة العقدية بين المستثمر و الدولة المضيفة فهو يساعد المستثمر على اتخاذ قراره الاستثماري و هو على بينة من أمره فضلا عن دخوله في مشروعه الاستثماري وفق دراسة الجدوى التي اعدها مسبقا، و تعليل ذلك انه بعد توقيعه و أثناء تنفيذه قد يؤدي

[1] وليد العماري، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، الجزائر، 2016، ص 340.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 189.

إلى إحداث ضرر بالمستثمر فقط ،لأنه لا يتصور أن يترتب عليه إحداث ضرر للدولة المضيفة، إذ أنها هي التي قامت بالتعديل أو الإلغاء و لا تقبل هذه الأخيرة على هذا الإجراء إلا أن يكون في مصلحتها، و من هنا يكتسب هذا الشرط أهمية لحماية حقوق المستثمر في علاقته بالدولة المضيفة للاستثمار.[1]

كما يرى جانب من الفقه أنه إلى جانب تجميد التشريع الوطني للدولة المضيفة يعتبر هذا الشرط وسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية. فقد كانت الدول النامية تتمسك بالمرونة في النظام العقدي ليتسنى لها مواجهة التغييرات المحتملة في الظروف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية، و كانت ترفض إدراج هذا الشرط في العقود للأسباب التالية:

- سيادة الدولة تمنع وضع حد لحق الدولة في التنظيم و الإشراف على نشاطها الاقتصادي.
- يقتضي تحقيق المصلحة العامة تدخل الدولة كلما اقتضى الأمر ذلك.
- أن الدولة ليست مجبرة لتحمل ما التزمت به الهيئات التابعة لها عند إبرامها عقود الاستثمار.

لكن نظرا لحاجيات الدول النامية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، و نزولا عند رغبة المستثمرين الأجانب، وافقت الدول على إدراج شرط الثبات التشريعي في التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الثنائية و الجماعية و كذلك العقود الخاصة بالاستثمار.[2]

**الفرع الثاني: صور شرط الثبات التشريعي**

[1] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 119.

[2] كسال سامية (زايدي)، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق و الحريات، العدد الثالث، تيزي وزو–الجزائر، 2016، ص 180،181.

إن تثبيت القانون من حيث الزمان يقوم على فكرة أن المتعاقدين عندما اختاروا قانونا محددا ليحكم عقدهم، فإن اختيارهم كان لهذا القانون الساري وقت إبرام العقد[1] و من أجل استقرار هذا الاختيار يعمل المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على فرض شروط تضمن له استقرار هذا الاختيار و بالتالي استقرار علاقته التعاقدية و حمايته من مخاطر التعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون في المستقبل خصوصا و أن الطرف المتعاقد معه هو دولة تتمتع ببعض الامتيازات المستمدة من سيادتها الإقليمية و الدولية كما أن تنفيذ العقد يتم في إطار نظامها القانوني.

و تسمى هذه الشروط بشروط الثبات أو الاستقرار التشريعي و هي ثلاثة صور شرط الثبات التشريعي الاتفاقي أو التعاقدي (أولا) و شرط الثبات التشريعي القانوني (ثانيا) و شرط الثبات التشريعي الدولي(ثالثا).

**أولا: شرط الثبات التشريعي التعاقدي**

يعتبر هذا النوع من شرط الثبات التشريعي الأكثر تواجدا في عقود الدولة و يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي المتعاقد معها[2] و ينص صراحة على أن القانون المطبق لا يسري على العقد المبرم بينهما إلا بحالاته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل و بالتالي يتعين على الدولة احترام هذا الشرط في إطار تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية[3] و بموجب هذا الشرط التعاقدي لا يمكن للدولة أن تتهرب منه إلا بعد نهاية مدة العقد و إذا لم توفي بالتزاماتها التعاقدية ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها، كما أن هذا الشرط التعاقدي يلزم المستثمر الأجنبي حتى ولو كان القانون الجديد أصلح له[4] و ذلك في إطار ما تم الاتفاق عليه.

---

[1] ليندا جابر، المرجع السابق، ص 52.

[2] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 118.

[3] وليد العماري، المرجع السابق، ص 339.

[4] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص 15.

و كمثال على شرط الثبات التشريعي التعاقدي أو الاتفاقي هو ما جاء في أحد العقود المبرمة بين تونس و إحدى شركات البترول الأمريكية عام 1978 أين تضمن العقد شرط أن يكون القانون الواجب تطبيقه على العقد هو القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي.[1]

و بالنسبة للجزائر نصت المادة 06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر و شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة المبرمة في 05 أوت 2001 على مما يلي: "تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق و الامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية.

إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية."[2]

كل هذا يؤكدان شرط الثبات التشريعي المطبق على العقد لا يقصد منه عدم القيام باي تعديلات في الأحكام القانونية الخاصة بالاستثمار، و إنما تعني عدم تطبيق هذه التعديلات على الاستثمار محل الاتفاق المبرم مع الدولة المضيفة قبل صدورها إلا اذا وافق على ذلك المستثمر.[3] و ذلك حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد.

و ما يميز شرط الثبات التشريعي التعاقدي أن مصدره ناتج عن إرادة الطرفين المتعاقدين بموجب العقد، كما يتميز بطابعه المؤقت أي أن فعاليته تنتهي بانتهاء المدة المحددة في العقد، إضافة إلى خصوصيته بمعنى أن آثاره لا تتصرف إلا للأطراف

---

[1] قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب – شروط الثبات التشريعي–، مجلة الإحياء، العدد 14، الجزائر–خنشلة، دون سنة النشر، ص 564.

[2] المادة 06 من ملحق المرسوم التنفيذي رقم 01–416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية، العدد 80، الصادرة في 2001/12/26.

[3] وليد العماري، المرجع السابق، ص 340.

المتعاقدة دون أي طرف آخر عكس ما يكون عليه شرط الثبات التشريعي المدرج في قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

**ثانيا: شرط الثبات التشريعي القانوني**

و تسمى بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي، فهي نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة التي ستكون طرفا في عقد مع المستثمر الأجنبي، بمقتضاها تتعهد في مواجهة هذا الأخير بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق.[1] أي بأن تمنح المستثمر كافة المزايا و الضمانات المنصوص عليها في القانون وقت إبرام العقد حتى و إن قامت بتعديل هذا القانون في وقت لاحق على إبرامه و ذلك في إطار السياسة التي تتتبعها تلك الدول[2] و عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الاستثمار في البلد المضيف و قد يدرج أيضا في القوانين الخاصة الناظمة لقطاع محل الاستثمار.[3]

و قد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 الذي نص على أنّ: "أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات و الظروف المحددة و المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي مدد تجديده، لا تطبق على ذلك العقد لا من خلال مدته الأولى، و لا من خلال مدد تجديده."[4]

---

[1] حيدة صوفيان و جلول سليم، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013/2012، ص 48.

[2] ليندا جابر، المرجع السابق، ص 53،54.

[3] بن براهيم جمال، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2017/2016، ص 27.

[4] غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، كربلاء، 2009، ص 173.

كما ورد شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري و ذلك في نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بقولها: " 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".[1]

و يعتبر شرط الثبات التشريعي القانوني المدرج في القانون الداخلي للدولة المتعاقدة اكثر ضمانا و حماية للمستثمر الأجنبي باعتبار أن مصدره تشريعي مقارنة بشرط الثبات التشريعي التعاقدي الذي يكون مصدره إرادة الأطراف المتعاقدة بالإضافة إلى انه يمكن للقضاء الحكم بعدم دستوريته لمخالفته قواعد آمرة لاحقة قد يقرها المشرع الوطني، كما إن شرط الثبات التشريعي القانوني يعتبر ضمانة عامة لكافة المستثمرين و ذلك بغض النظر عن الأطراف المتعاقدة التي تدرجه في العقد.

**ثالثا: شرط الثبات التشريعي الدولي**

يثبت هذا الشرط بموجب اتفاقية دولية (ثنائية أو متعددة الأطراف) تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية أو اتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملون في أراضيها.[2]

و يمكن القول أن اتفاقيات الاستثمار الأجنبي هي اتفاقيات تضم أحكاما قانونية مشابهة لتلك المنصوص عليها في قانون الاستثمار الوطني، مع توضيح و دقة أكثر، و تتميز عنه في أنها تنشئ حقوقا و التزامات اتفاقية على عاتق الدول المستضيفة و المصدرة، بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغائها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، و هذا ما يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانا و حماية أكبر خاصة ضد عدم استقرار التشريعات و

[1] المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[2] محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 حول الطاقة بين القانون و الاقتصاد، يومي 20-21 ماي 2013، الإمارات العربية المتحدة، ص 622،623.

التنظيمات المتعلقة بالاستثمار.[1] و قد نصت المادة 150 من الدستور على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية و حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون."[2]

و في هذا الإطار أولت الحكومة الجزائرية اهتماما كبيرا بالاتفاقيات لدورها في تشجيع الاستثمار الأجنبي و يتجلى ذلك من خلال إبرام الحكومة و تصديق رئيس الجمهورية على العديد من الاتفاقيات الدولية لتشجيع الاستثمار الأجنبي الجماعية منها و الثنائية.

و من بين الاتفاقيات الجماعية التي جاءت في هذا الصدد الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، و التي صادقت عليها الجزائر بتاريخ 07 أكتوبر 1995 بحيث جاء في المادة الثانية منها: "تسمح الدول الأطراف في هذه الاتفاقية –وفي إطار أحكامها–بانتقال رؤوس الأموال العربية فيما بينها بحرية و تشجع و تسهل استثمارها. و ذلك وفقا لخطط و برامج التنمية الاقتصادية في الدول الأطراف و بما يعود بالنفع على الدول المضيفة و المستثمر، و تتعهد بأن تحمي المستثمر و تصون له الاستثمار و عوائده و حقوقه و أن توفر له بقدر الإمكان استقرار الأحكام القانونية."[3]

و من بين الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر في هذا الإطار هو الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة

---

[1] محمد منير حساني، مداخلة بعنوان اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الاستثمار، ورقة بحثية مقدمة ضمن الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، دون سنة النشر، ورقلة، ص 03.

[2] المادة 150 من القانون رقم 16–01 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1437 الموافق 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

[3] المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 95–306 المؤرخ في 12 جمادي الأول عام 1416 الموافق 07 أكتوبر 1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية، العدد 59، الصادرة بتاريخ 1995/10/11.

الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار التي جاء في الفقرة الأولى من المادة الرابعة منها تحت الفصل الثالث المعنون بحماية الاستثمارات: " تستفيد الاستثمارات التي يقوم بها المواطنون أو الأشخاص المعنويون لإحدى الدولتين المتعاقدتين على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى، من حماية و أمن ثابتين تامين و كاملين بعيدا عن كل إجراء غير مبرر أو تمييز يمكن أن يعرقل قانونا أو فعليا، تسييرها، صيانتها، استعمالها، الانتفاع بها أو تصفيتها، دون الإخلال بالإجراءات الضرورية للحفاظ على النظام العام."[1]

يتضح من خلال ما تقدم أن شرط الثبات التشريعي هنا يتأتى من اتفاقية ثنائية أو جماعية و لو بشكل ضمني في نصوصها ترقى إلى مستوى التشريع تكون معها سلطات الدولة المتفاوضة محل تقييد و تغل يد الدولة من إصدار أية لائحة أو تشريع من شأنه التأثير على العلاقة العقدية، و كما هو معروف أن الدول تتباين في التعاطي مع العلاقة الاتفاقية بالتشريع الداخلي، و لكن في الأعم الأغلب فإن الاتفاقيات لها قوة ملزمة و دور فعال فهي محل احترام لدى أطرافها إذ أن عدم احترامها يمكن أن يثير مسؤولية الطرف المخل بأحكامها.[2] و في هذه الحالة ستنشئ حماية قانونية دولية للعقد الموقع بين الطرفين إضافة إلى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد.[3]

**الفرع الثالث: معايير تقسيم شرط الثبات التشريعي**

يسعى المستثمر من خلال حرصه على ضمان وجود شرط الثبات التشريعي في تعاقداته مع الدول المضيفة للاستثمار إلى إخضاع هذه التعاقدات إلى قانون ثابت منذ لحظة إبرام العقد و إلى غاية انقضائه و ذلك بالنظر للأهمية التي يلعبها هذا الشرط

---

[1] المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 26 ربيع الأول 1412 الموافق 05 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الدمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 1991/10/06.

[2] غسان محمد عبيد المعموري، المرجع السابق، ص 172.

[3] محمود فياض، المرجع السابق، ص 683.

خاصتا بالنسبة للمستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار. و من اجل تقسيم شرط الثبات التشريعي فان الفقه يقوم بالتفرقة بين معيارين لتقسيم شرط الثبات التشريعي و ذلك من خلال التفرقة بين المعيار الشكلي (أولا) و المعيار الوظيفي (ثانيا).

**أولا: التقسيم شرط الثبات التشريعي حسب المعيار الشكلي**

يميز الفقه طبقا للمعيار الشكلي الذي يرتكز على المظهر الخارجي لشرط الثبات التشريعي لأجل تقسيمه من حيث المصدر و من حيث المضمون و من حيث نطاقه الفعلي و من حيث الفئات المستفيدة منه.

1-فمن حيث المصدر الذي يستند إليه شرط الثبات التشريعي يقسم إلى شرط الثبات التشريعي الاتفاقي أو التعاقدي أي انه يجد مصدره من العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد معها، و إلى شرط الثبات التشريعي القانوني أي ذلك الذي مصدره من نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق و التي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديل أو إلغاء هذا القانون.[1]

2-و من ناحية مضمون شرط الثبات التشريعي فانه يمكن تقسيمه إلى شرط عام يهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق و ذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، و قد يكون شرطا خاصا ينص على عدم سريان التعديلات على بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالضرائب و بالجمارك).[2]

3-و من ناحية تقسيم شرط الثبات التشريعي من حيث النطاق الفعلي فيقسمها الفقه من خلال الربط بين اشتراط عدم سريان القانون الجديد و مصلحة المتعاقد إلى شروط تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد تصدره الدولة المتعاقدة، أم أن الحضر في عدم

[1] عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، المرجع السابق، ص 190.

[2] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص 32.

سريان القانون الجديد لا يأخذ به في حالة ما اذا كان القانون الجديد اصلح للمتعاقد من القانون القديم.[1]

4-ومن ناحية الأشخاص المستفيدين من شرط الثبات فإنه يمكن أن ينقسم إلى شرط مطلق لا يحدد الأشخاص المستفيدين منه وهل هو المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط؟ أو أيضا الأشخاص العاملين فيه؟، وشرط نسبي يقتصر على الطرف المتعاقد مع الدولة وأن كافة الإعفاءات والامتيازات لا يستفيد منها سواه ولا تسري على الأشخاص العاملين والمتعاقدين في المجال الاستثماري.[2]

**ثانيا: تقسيم شرط الثبات التشريعي حسب المعيار الوظيفي**

تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة هي إخضاع عقد الدولة إلى قانون ثابت و محدد منذ لحظة إبرام العقد و حتى انقضائه و لتحقيق هذه الغاية فإن الأطراف تلجئ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أو لا، و إما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على لقانون الواجب التطبيق على العقد.[3]

و من خلال الوظيفة التي يؤديها شرط الثبات التشريعي فانه يمكن تقسيمه على النحو التالي:

**1-شرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد دون اندماجه في العقد**

و يتحقق هذا الشرط بان ينص في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها على أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقد،

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، المرجع السابق، ص 191.

[2] بن براهيم جمال، المرجع أعلاه، ص 32.

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 331.

على النحو الذي يكون عليه هذا القانون لحظة إبرام العقد و تهدف هذه الشروط إلى منع الدولة من استخدام سلطتها التشريعية لتعديل العقد و المساس به لمصلحتها.[1]

و يتضح أن هذا التقسيم يهدف إلى قطع الصلة بين القواعد و الأحكام القانونية التي تم تثبيتها و القانون الوطني الذي اشتقت منه، و ذلك بعد مرور فترة زمنية معينة، و لاسيما اذا تغير هذا القانون.[2]

**2-شرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد مع اندماج القانون في العقد**

وقد تذهب هذه الشروط إلى إدماجه في ذلك العقد ليصبح شرطا تعاقديا فيه ليس إلا مثال ذلك ما جاء في المادة 41 في عقد الامتياز المبرم بين شركة equateur و شركة texaco petroleum و الموقع في 21 فبراير 1964 تنص على أن:" تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها".[3]

وشروط الثبات التي تتخذ شكل تعهد من الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي وتحصينه ضد أي تعديلات تشريعية تطرأ مستقبلا، والنص على عدم سريانها في العقد. من بينها ما جاء في العقد المبرم بين الكاميرون وإحدى شركات الأبحاث والاستغلال حيث قضت المادة 15 من العقد:" لا يكمن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد مدة الاتفاق."[4]

**المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي**

---

[1] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص 33.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 332.

[3] بن براهيم جمال، المرجع أعلاه، ص 34.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، المرجع السابق، ص 192.

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

**الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة قانون العقد**

يرى أصحاب هذا الرأي أن شرط الثبات التشريعي هو شرط تحويلي لطبيعة القانون الواجب التطبيق على العقد ذلك لأن التعديلات التي قد تطرأ على هذا القانون لا تسري عليه لأنه يندمج في العقد و يصبح عبارة عن شرط تعاقدي كباقي شروط العقد أو بنوده يعبر عن إرادة الأطراف لا المشرع.[1] و بالتالي فإن هذا القانون يفقد صفته القاعدية كقانون و لا يبقى له من صفات القانون إلا اسمه فقط، فالهدف من إدراج هذا الشرط هو طمأنة المستثمر الأجنبي أن التعديلات التي تقوم بها الدولة في وقت لاحق على إبرامها العقد معه لا تطبق عليه و لكي نصل إلى هذه الغاية، فإن القانون المختار يتم إدماجه في العقد بصورة تجمده لحظة إبرام العقد، و من هنا يمكننا القول أن شرط التجميد الزمني للقانون يمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون و أن هذا التحويل هو تعبير عن سلطان الإرادة و الحرية الدولية للعقود و تستطيع هذه الإرادة أن تستبعد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد، و كذلك صهر هذه القوانين في العقد نفسه، بحيث لا تملك القوة إلا تلك التي تمنحها لها الأطراف أنفسهم.

إلا أن فكرة الاندماج لا تتوفر في حالة غياب الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و تحديد ذلك القانون من قبل القاضي و بالتالي هنا لا تتوفر الطبيعة التحويلية للقانون المختار إلا في حالة اختيار الأطراف صراحة للقانون و إدماجه في العقد.

فالأطراف المتعاقدة نظرا لما تتمتع به من حرية و استقلال في الإرادة، يكون لها الحق في أن تدمج في اتفاقها القواعد التي تراها ملائمة و منظمة لعلاقتها و المأخوذة

[1] كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي، المرجع السابق، ص 182.

من القانون الوطني و يسمى اندماجا سواء تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني بعض القواعد منه.[1]

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

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

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن شرط الثبات التشريعي أنه استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد ذلك المبدأ السائد و المستقر في إطار القانون الداخلي، سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو القانون الإداري، طالما كان هذا القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام، فمن المعلوم أن القانون الجديد الآمر يسري باثر فوري و مباشر على كافة العقود حتى تلك التي ابرمه في ظل القانون القديم قبل صدور القانون الجديد، و لا يعتبر في سريان القانون الجديد على هذه العقود أية رجعية .[3]

و بهذه المثابة فان شرط الثبات التشريعي الذي يهدف إلى استمرار سريان القانون الذي تم للأطراف اختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد تعد استثناء على مبدا السريان الفوري للقانون الجديد أو يسمى بانه شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد و الذي يحول دون إعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان.[4]

---

[1] ليندا جابر، المرجع السابق، ص 58.

[2] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 125.

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 336.

[4] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص 39.

و يستند أصحاب هذا الراي على عدة اعتبارات:

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

و من ناحية أخرى فإن القاضي، إذ يطبق القانون المختص فهو يطبقه باعتباره قانونا و ليس شرطا تعاقديا، و هو يوقع الجزاء الذي يتضمنه و لا يصح التحدي هنا بانه من غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون، فالغالب أن شرط الثبات التشريعي الذي يكون له هذا الأثر التوقيفي هو شرط تشريعي موجود بالقانون الواجب التطبيق خصوصا قانون دولة معينة طرف في العقد، و ليس ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها فهي مشرعه.[1]

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

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

و قد أكد هذا الاتجاه أحد قرارات التحكيم الشهيرة، إذ قضى بأنه: " من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني، و لكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها القانون ذلك مسبقا، و إذا كان

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 149،150.

العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها".

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

و بناء عليه فإن شرط الثبات التشريعي ليس إلا استثناء على مبدأ معروف لدى الأنظمة القانونية و الفقه و القضاء على حد سواء هو مبدأ الأثر المباشر و الفوري للقانون الجديد بما يستتبع بقاء المستثمر محتفظا بجميع الامتيازات و الضمانات التي منحت له بموجب نص صريح أقره المشرع نفسه.[1]

## المطلب الثالث: مقتضيات شرط الثبات التشريعي و معوقات تكريسه

نظرا لأهمية شرط الثبات التشريعي بالنسبة للمستثمرين الأجانب و ذلك من خلال إبعاد تخوفهم من فقدان الامتيازات التي تحصلوا عليها بتعديل القوانين أو إلغائها فإن العديد من الدول التي تسعى إلى جذب الاستثمارات الأجنبية تعمل على ضمانه.

لذلك سنتناول في هذا المطلب مقتضيات شرط الثبات التشريعي في (الفرع الأول) و معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مقتضيات شرط الثبات التشريعي

لتحديد مقتضيات شرط الثبات التشريعي سنتطرق لدوره في عقود الاستثمار (أولا) ثم إلى مجالات تطبيقه (ثانيا).

#### أولا: دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

إن الهدف من وراء إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو ضمان تحقيق التوازن العقدي و استقرار التعاملات و تجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين

[1] بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، العدد 05، سعيدة، 2017، الصفحة 535،536.

الأجانب، و ذلك بمنع الدولة من استغلال سلطتها التشريعية في فرض قواعد تحقق مصالحها على حساب الحقوق الاقتصادية للمستثمرين الأجانب، و هذا ما يحقق نوعا من الأمان التشريعي الذي يعتبر ضمانا إضافيا للاستثمار الطرف الآخر الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص في مواجهة الدولة بصفتها شخص عام و ما تتمتع به من مزايا استثنائية.

و الواقع أنه يمكن رصد ثلاث آليات قانونية يتم إتباعها من قبل الأطراف في عقود الاستثمار لتحقيق هدف الثبات و هي كالآتي:

1-أن لا تسود في بنود العقد أي بنود صدرت لاحقا إما بتشريع أو تنظيم أو لائحة إدارية و يتحقق ذلك من خلال اشتراط أن يصبح العقد ملزما بحيث تصبح كل بنوده غير قابلة لأي تغيير جديد قد يطرأ.

2-أن لا يتم أي تعديل على العقد بأي طريقة كانت إلا إذا كان هناك قبول من طرف الدولة و المستثمر الأجنبي على ذلك التغيير و يكون في صالح المستثمر.

3-أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة و المطبق وقت إبرام العقد و هو ما يعني استبعاد تطبيق أي قوانين أو لوائح مستقبلية تصدرها الدولة المضيفة للاستثمار.

إن تثبيت النظام القانوني المطبق الذي يحكم العلاقة التعاقدية يحدث بفعل إعمال شروط الثبات و الذي يعتبره البعض من الباحثين الطريقة القانونية الأكثر تأثيرا من أجل ضمان استقرار النظام القانوني الذي تعمله بنود عقد الاستثمار و في نفس الوقت يمكن الأطراف المتعاقدة من تجنب المنازعات التي ستحدث في المستقبل نتيجة التعديلات الواردة على القانون الذي يحكم هذا العقد الذي يكون عرضة له لأنه من العقود الطويلة المدة.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن وجود شرط الثبات لا يزود المستثمرين للحماية القانونية الكافية من مخاطر تعديل القانون الناظم لعقدهم، و أن هذه الشروط لا تمنع الدولة المضيفة من ممارسة سيادتها و إصدار أحكام تشريعية جديدة لفائدة الصالح العام و هو ما تبرهنه المنازعات القائمة نتيجة التأمين.

و في هذا الصدد نذكر ما جاء في تحكيم قضية AMINOIL "أن حالة التأميم لا تحضرها بالضرورة شروط الثبات التشريعي." لذلك يعتبر هذا الحكم الصادر في هذه القضية أن التأميم الذي قامت به الحكومة الكويتية سنة 1977 يعتبر ممارسة شرعية من قبل الدولة رغم وجود شرط الثبات التشريعي في عقد الامتياز المبرم بين الطرفين.

إلا أن ما سبق ذكره لا يعني أن شرط الثبات التشريعي ليس له دور فعال في مجال عقود الاستثمار، حيث أن فعاليتها تبرز من ناحية أنها تقوي مركز المستثمر عند عرض النزاع على هيئة التحكيم أو القضاء حيث يمكن لشرط الثبات التشريعي أن تكمن قوته القانونية في كونه بندا مدرجا من قبل الأطراف برضاهم و هو ما لا يمكن معه بسهولة قبول تجاهله من أحد الأطراف و هو ما قد يعد باعثا للوصول إلى الحلول القانونية و التسوية الودية.[1]

**ثانيا: مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي**

إن شرط الثبات التشريعي قد يطبق بصفة مطلقة عندم تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قوانين جديدة على العقد أو بصفة نسبية عندما تتعهد بعدم تطبيق بعض القوانين التي تزيد من أعباء الطرف الأجنبي وعادة ما يتعلق شرط الثبات التشريعي بالقوانين الجبائية على وجه الخصوص.

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

**1-شرط استقرار الأموال و الممتلكات:** بمقتضاه لا تسترجع الإدارة أو لا تنزع الملكية و لا تسمح باسترجاع أو نزع ملكية الأصول (المنقولة أو غيرها) للمؤسسة المستخدمة في العملية وفق نصوص العقد، و لا مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها

[1] بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 16، ورقلة، 2017، ص 189.

الأشخاص من المؤسسة مثل الاشتراط الذي كان بين جمهورية غانا و إحدى الشركات الأجنبية سنة 1962.[1]

**2-شرط ثبات النظام الضريبي:** بالنسبة لهذا الشرط فإن الأطراف يتفقون على تطبيق قانون الدولة المضيفة المتعلق بالضرائب و الرسوم، و قد يطبقون على هذا الاستثمار نظام خاص بالضرائب و الرسوم إذا سمح القانون بذلك، و يتم في هاتان الحالتان الاتفاق على استقرار الوظيفة الضريبية مثلا الاشتراط الذي يتضمن: " أن أي زيادة على ما هو مفروض حاليا، كل ضريبة جديدة لا تطبق، غير أنه إذا كانت الزيادة المذكورة أو الضريبة الجديدة لابد أن تطبق بصفة عامة وواحدة الشكل فإن الأعباء الجديدة يجب أن تتحمل من المقاول."

و إضافة إلى هذه الأنواع توجد مجالات أخرى تتعلق بتشريعات العمل، أو بنصوص الاستيراد و التصدير و كذلك تلك التي تتعلق بالإعفاءات الجمركية سواء المؤقتة أو النهائية، أو ما يتعلق بحرية تحويل الأموال، بحيث يتم فيها الاتفاق على أن تبقى سارية النصوص التي كان يعمل بها وقت الاتفاق.[2]

**الفرع الثاني: معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي**

يعد تكريس شرط الثبات التشريعي في مجال الاستثمار من طرف الدولة آلية مهمة في ظل السياسة الاقتصادية التي تطمح إليها، غير أن الدولة و في سبيل تكريسها لهذه الآلية تصطدم بمجموعة من المعوقات والتي تحول دون إعمالها له ومن ثم الوفاء به.

و قد تعددت معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي غير أن أهمها انحصرت ما بين عدم الاستقرار السياسي و الإيديولوجي (أولا) و كثرت القوانين و التنظيمات المتعلقة بالاستثمار (ثانيا).

**أولا: عدم الاستقرار السياسي و الإيديولوجي**

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 07.

[2] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص 21.

إن الاستقرار السياسي ينعكس على الاستقرار القانوني فكلما مرت الدولة بأزمات سياسية حادة أو عميقة، فسوف يقابلها حتما تحولات جذرية في الإيديولوجية السياسية، و التجربة الجزائرية تشهد على ذلك، فقد تحول الاقتصادي في الجزائر من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي أو نظام اقتصاد السوق، و تحول النظام السياسي من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية الحزبية، مما تحتم على الجزائر إعادة النظر في الكثير من النصوص القانونية.

فاعتناق المذهب الرأسمالي كأساس للنظام الاقتصادي هو تحول إيديولوجي يتبعه تغيير جذري في النصوص القانونية المنظمة للاقتصاد ككل ابتداء من التعديل الدستوري.

فالنظام الاقتصادي للدولة يعكس استراتيجيتها وبرامجها الاقتصادية المعلنة للمجتمع الداخلي وللعالم ككل، ففي مجال الاستثمار تعكس النصوص القانونية المنظمة لها استراتيجية الدولة ومدى تشجيعها للاستثمار الوطني والأجنبي وضمانته، كما أن التغيير الإيديولوجي و السياسي ينعكس على جميع القوانين بما فيها القوانين المتعلقة بالاستثمار.[1]

**ثانيا : كثرة القوانين و التنظيمات المتعلقة بالإستثمار**

إن التعدد في الأنظمة القانونية المنظمة للاستثمار الذي ينفرد فيه المستثمر الأجنبي بوضع خاص، قد يكون سببا لتعقيد العلاقة الاستثمارية و عدم استقرارها في غير مصلحة المستثمر الأجنبي بل و الدولة المضيفة للاستثمار.[2]

كما تؤدي كثرة النصوص القانونية إلى الحشو أي إيراد جزئ من نص قانوني لا حاجة له أو إضافة عبارات في للنص القانوني رغم وضوح المعنى المعبر فيه، أو إيراد نصوص في غير موضعها الملائم.[3] إذ نجد المستثمر نفسه إزاء هذا التعدد في

[1] كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، العدد الثاني، تيزي وزو–الجزائر، 2018، ص 444.445.

[2] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 143.

[3] كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 445.

التشريعات المنظمة للاستثمار، و الذي يتعين عليه أن يلتزم بأحكامها المتعددة مما يضطره إلى التعامل مع أجهزة متعددة تختلف في الصلاحيات و القرارات.[1]

إضافة إلى ما سبق عدم وجود تقنين خاص يجمع قوانين الاستثمار في كتاب موحد يسمح بسهولة الوصول إلى القاعدة القانونية من قبل المستثمر و من ثم ثباتها و استقرارها، بدلا من تنوع القوانين المنظمة للاستثمار مثل قوانين المالية و قانون الضرائب و قانون الجمارك.[2]

[1] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 143.

[2] كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، المرجع أعلاه، ص 445.

## الفصل الثاني

# واقع شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي

إذا كان الأصل أن القانون كظاهرة اجتماعية يولد في المجتمع ليحكم جوانب الحياة المتطورة فيه، فان من الواجب أن يتماش مع ما يطرأ على هذه الأخيرة من مستجدات و يرسم للأفراد السلوك المستقبلي الذي يتعين أن يلتزمونه، إلا انه مع ذلك هناك اتجاه للخروج عن تلك المعطية البديهية في مجال عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي و التي عادة ما تتضمن شروط الثبات التشريعي والتي تعني أن العقد يضل دائما وأبدا خاضعا للقانون الذي ابرم في ظله، و الذي لا يمكن تعديله أو بمعنى أخر أن أي تشريع سيصدر مستقبلا لن يسري على هذا العقد ما دامت الدولة تتعهد بأن لا تلمس هذا العقد أو تعدل من شروطه إلا باتفاق مع الطرف الأخر.[1]

وقد لقي شرط الثبات التشريعي في الواقع العملي تجاذبات فقهية وتشريعية فضلا عن صدور عديد من أحكام التحكيم[2] والقضاء بشأنه وهذا راجع إلى وجهات النظر المختلفة في مدى صحته وقبوله في إطار الممارسات التعاقدية والتشريعية.

ذلك أن شرط الثبات أو الاستقرار التشريعي يعتبر كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة و حرية الأطراف في التعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر من بين الوسائل التي تفيد حرية الدولة وسلطتها ويحد من سيادتها لأنه يتطلب تعهد من الدولة يعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد المبرم مع الطرف الأجنبي وهذا التعهد يعد بمثابة حصانة لهذا الأخير ضد السلطة التشريعية لدولة[3] دون أن ننسى الهدف من إدراجه الذي يبرز من خلال حفظ التوقعات الاقتصادية و المحافظة على التوازن العقدي.

---

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 02

[2] التحكيم: هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة، لأنه بمقتضى التحكيم يتنازل الخصوم عن حقهم في الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح نزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم.، أنظر شيراز أحمد هروري، المرجع السابق، ص 54.

[3] بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلت تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، جامعة ابن خلدون بتيارت، 2015، ص15.

و بما أن الدولة تعتبر صاحبة السيادة و الطرف الأقوى في هذه العلاقة و بما أن عقود الاستثمار الأجنبي عادة ما تكون عقود طويلة المدى و هو ما يؤدي إلى تأثرها بالظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية للدولة المتعاقدة فقد تضطر إلى إخلالها بالتزاماتها التعاقدية و ذلك مسايرة لهذه التطورات و تحقيقا للمصلحة العامة و من ثم إخلالها بشرط الثبات التشريعي الذي تعهدت به اتجاه المستثمر الأجنبي و هو ما قد يرتب عن هذا الإخلال جزاءات تتحملها الدولة المتعاقدة.

وستتناول في هذا الفصل واقع شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وذلك من خلال معرفة موقف الفقه والمشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي وتقييم دوره في عقود الاستثمار في (المبحث الأول) ثم الإخلال بشرط الثبات التشريعي و الجزاء المترتب عليه في (المبحث الثاني).

## ***المبحث الأول: موقف الفقه والمشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي وتقييم دوره في عقود الاستثمار***

إن اغلب 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.[1]

وفي هذا الإطار سنتناول في هذا المبحث موقف الفقه والمشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى التقييم العملي لدور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في (المطلب الثاني).

### ***المطلب الأول: موقف الفقه والمشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي***

على الرغم من أهمية شرط الثبات التشريعي في المجال الاستثماري فان موقف الفقه قد اختلف في التعاطي معه بين مؤيد ومعارض، كما تباينت أيضا نظرة

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص07

التشريعات بشأنه لذلك سنقوم في هذا المطلب بعرض موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي في (الفرع الأول) ثم موقف المشرع الجزائري في (الفرع الثاني).

## ***الفرع الأول: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي***

يتم إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار من اجل محاولة الحد من سلطة الدولة التشريعية في مواجهة المستثمر الأجنبي وإبقاء العقد خاضع لنظام قانوني ثابت طوال مدة العقد.

إذ يبرر البعض شرعية هذا الشرط إلى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة[1] ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هناك اختلافا فقهيا في إمكانية تفسير هذه الشروط على أنها سلب لحق الدولة في تعديل تشريعاتها لأجل المصلحة العامة.

وقد أثارت شروط الثبات التشريعي جدلا كبيرا أمام الفقه وقد انقسم الفقه بشأن تفسيرها إلى ثلاثة اتجاهات إذ يراها البعض أنها تتوافق مع الحرية التعاقدية للأطراف (أولا) ويرى اتجاه أخر أن شروط الثبات لا تشمل أي قيد على سيادة الدولة بحيث أنها ليس لها قيمة قانونية (ثانيا) في حين ذهب اتجاه ثالث إلى التوفيق بين الآراء المتعارضة وذلك بالتوفيق بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة (ثالثا).

### ***أولا: شرط الثبات التشريعي يتوافق مع الحرية التعاقدية للأطراف***

يرى هذا الاتجاه أن شرط الثبات التشريعي يعد أثرا لما أراده الأطراف، ومن ثم يرتب على هذه الإرادة حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في إجراء أي تعديل في قانون العقد، والذي يكون في شأنه المساس بشروط العقد دون موافقة الطرف المتعاقد معها. فالحق في التأميم وفقا لهذا الاتجاه لم يعد نقطة خلاف إلا أن

[1] يقصد بمبدأ الحقوق المكتسبة أن الحق الذي يكتسبه الشخص في ظل وضع قانوني معين ينبغي عدم المساس به إذا ما تغيرت الأوضاع القانونية إذ أن هذه النظرية على الصعيد الدولي تمنح الدولة المضيفة للاستثمار الحرية الكاملة في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم، أنظر أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص127.

هذا الحق سيقع باطلا إذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لأجل مصلحة عامة[1]

وبهذا فان شرط الثبات التشريعي يجعل العقد ثابتا ومستقلا عن أي نظام قانوني أخر وأصبحت مثل مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[2]

و ينحاز هذا الرأي إلى المبادئ المستقرة في القانون و لا سيما مبدأ قدسية العقود و عدم المساس بها، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال العقود مع فكرة سيادة الدولة و حقها كسلطة عامة في تعديل عقد الدولة بينها و بين الأشخاص الأخرى إذا اقتضى الصالح العام ذلك التعديل ، فقبول الدولة التعاقد مع الطرف الأجنبي يفيد وفقا لهذا النظر تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة و هو ما يستكشف من وجود شرط الثبات التشريعي و بالتالي تكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها، و التي تغل يد الدولة في المساس بالعقد سواء بالتعديل أو بالإلغاء أو بسط سلطان القانون الجديد عليه.[3]

بينما يرى البعض في معرض تبريره لهذه الشروط ، و دون أن يجعل عقود الدولة اتفاقيات دولية، أن أي إلغاء أو تعديل انفرادي للعقد يشكل حسبهم عملا غير مشروع دوليا، لأن هذه العقود يحكمها القانون الدولي و ليس القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و أي خرق لهذه الشروط يرتب المسؤولية الدولية للدولة، لذا فإن عدد كبير من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمارات الدولية و حمايتها تؤكد صحة شروط الاستقرار في هذه العقود، و تمثل اعترافا و تكريسا للممارسة الاتفاقية في القانون الاتفاقي و بالتالي فإن صحتها كانت تدخل ضمن القواعد العرفية للقانون الدولي للعقود.[4]

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص151.

[2] ليندا جابر، المرجع السابق، ص60.

[3] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص47.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع أعلاه، ص152.

وكما هو ديدن الفقه إذ يناقش وينتقد ويحلل وهذه هي مهمته إذ وجه سهام الانتقاد إلى أصحاب الاتجاه أعلاه وذلك من خلال عدة أوجه فتبني هذا الاتجاه يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع لأي قانون مكتفيا بالتنظيم الذاتي للعقد.[1]

فلا يمكن للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتحرير العقد من الخضوع لأي قانون، فقد انتهت هيئة التحكيم في قضية Aramco إلى أنه: "من الواضح أنه لا يوجد عقد في فراغ، فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي ما يعطي لإرادة الأطراف المتبادلة والمتطابقة في شأن التعديل، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني وفقا له يتم تكوينه".[2]

كما أن هذا الرأي يقوم على افتراض يحتاج إلى إثبات فهو يقيس ذاتية شروط الثبات و استقلاليتها على ذاتية بعض الشروط الأخرى المعتاد إدراجها في العقود و لا سيما شرط التحكيم فتقرير ذاتية و استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقود الدولية الهدف منه التمييز بين التصرفات الصادرة عن الدولة بصفتها متعاقدة و بين الدولة كسلطة عامة و التي لا يمكنها من خلال اتخاذ إجراءات سيادية ، بينما تقرير ذاتية و استقلالية شروط الثبات يؤدي إلى المساس باختصاص سيادي للدولة بصفتها شخص عام[3] كما أن شروط الثبات اذا أخذناها بعين الاعتبار فإن من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية أنها تستلزم سنوات عديدة تلزم الدولة بالإبقاء طوال سنوات العقد لمجموعة من النظم الغريبة ليس لها أدنى صلة بتشريعها العادي و قد تؤدي إلى جمود القانون.[4]

كما أن القول بتدويل العقد بموجب شروط الثبات قول يكذبه الواقع العملي الذي لا نجد فيه إلا حالات نادرة يتم فيها تدويل العقد، وخضوعه للقانون الدولي وهذا لا يعني الاستبعاد الكلي لقانون الدولة المتعاقدة، فإخضاع العقد للنظام القانوني الدولي لا يمكنه

---

[1] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 147.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص152.

[3] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص50.

[4] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع أعلاه، ص174.

تجريد الدولة من الامتيازات التي تتمتع بها ومنحها للطرف الأجنبي، ذلك أن شروط الثبات لن تعلو بالعقد إلى مرتبة أعلى من القانون الحاكم له.[1]

**ثانيا: شرط الثبات التشريعي ليس له إي قيمة قانونية ولا يشكل أي قيد على سيادة الدولة**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف بحق الدولة في المساس بالعقد إذا كانت المصلحة العامة للدولة تقتضي تدخل الدولة أما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة وأما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي، وذلك بغض النظر عن تضمن هذا لشرط الثبات التشريعي[2] فهذا الشرط حسب هذا الاتجاه ليس له إي قيمة قانونية ولا يترتب عليه أي أثر.[3]

كما انه لا يشكل أي قيد على الدولة وسيادتها فهي تملك الحق في تعديل العقد بالإرادة المنفردة مع تعويض الطرف الأجنبي عن الإخلال بتوازن العقد[4] فهذه الشروط عبارة عن شروط تعاقدية ليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد نفسه الذي يتضمنها وبالتالي فان شرط الثبات يخضع بدوره للسلطة السيادية مثله في ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد هذا بالإضافة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي لا غنى عنها للقيام بالمهام المكلفة بها.[5]

فعقود الاستثمار على خلاف العقود الدولية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة لا يمكن إبقائها جامدة وثابتة زمنيا وعليه يتعين هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود والذي

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص153.

[2] طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، كربلاء، 2011، ص09.

[3] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص174.

[4] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع أعلاه، ص153.

[5] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع أعلاه، ص174.

يخول لاحد أطراف العقد بعد الانتفاع من آثار هذا الأخير رفض التفاوض مع الطرف الآخر على بنود العقد[1] وبنظرات كون طبيعة عقود الدولة عقود طويلة الأجل سيطيل في مدة هذه الضمانات فمن الخطأ نحل يد الحكومات المتعاقدة عن مراجعة أحكامها تحسبا لتغير الظروف التي قد تطرأ أثناء سنوات التنفيذ الطويلة.[2]

غير أن هذا الاتجاه هو الآخر لم يسلم من النقد ، إذ أن السماح لأحد الأطراف أن يتحلل من التزاماته بحرية مطلقة ستحول الرابطة العقدية إلى رابطة خضوع و تبعية، يذهب ضحيتها الطرف الأضعف، أيا كان هذا الطرف[3] كما لا يمكن رفض كل قيمة قانونية لتعهد صادر عن الدولة بعدم المساس بحقوق و التزامات الطرف المتعاقد معها فإذا كان الأطراف قد أدرجوا عبارة شرط الثبات التشريعي في تعاقداتهم فذلك لأنهم يقدرون أن هذه الشروط تعد صحيحة و فعالة و لا يعدونها عديمة الجدوى، بالإضافة إلى أن الدولة التي توافق على إدراج شرط الثبات التشريعي في عقودها مع الأشخاص الأجنبية مع إيمانها بأن هذه الشروط لن يكون لها أدنى أثر على ممارسة سلطتها السيادية تخالف بكل وضوح مبدأ حسن النية.

كما أن الادعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطتها السيادية فإن ذلك ربما يكون صحيحا بالنظر إلى القانون الداخلي لهذه الدولة وليس كذلك بالنسبة للقانون الدولي فالدولة يمكن أن تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها بطريق المعاهدة وكذلك عن طريق العقد.[4]

**ثالثا: الاتجاه التوفيقي بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة**

يذهب هذا الاتجاه إلى أن شروط الثبات تعتبر صحيحة وجائزة قانونا من حيث المبدأ، حيث يجوز للدولة بما لها من سيادة إدراجها في العقد، وأن تأخذ في الاعتبار

[1] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص59.60.

[2] جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 09، خنشلة الجزائر، 2018، ص265

[3] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص154.

[4] غسان محمد المعموري، المرجع السابق، ص175.

تعهداتها والتزاماتها بما فيها شروط الثبات وهي تمارس تلك السيادة، وإذا اقتضت المصلحة العامة أو تغيرت الظروف مراجعة العقد فيجب عليها أن تدعو الطرف المتعاقد معها للتفاوض، ولا يحق للأخير أن يرفض ذلك بحسن نية، بحجة أن هذه الشروط تحصن العقد من أي تدخل من قبل الدولة، فإذا رفض الطرف المتعاقد معها التفاوض، كان للدولة أن تمارس سلطاتها السيادية من أجل تحقيق التوازن العقدي أو إنهاء العقد بطريق التأميم، ولا يكون أمام الطرف الآخر سوى الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به.[1]

و في هذا الاطار فإننا نرجح هذا الاتجاه الأخير، لان تجميد سلطة الدولة التشريعية حسب ما جاء في الاتجاه الأول يجعلها و المستثمر الأجنبي متساوية، حتى و إذ رفضنا العمل بهذه الشروط بشكل مطلق حسب ما جاء في الاتجاه الثاني فلماذا نص عليها المتعاقدين في العقد طالما هي مجردة من أي قيمة، كما و يستحيل مع إنكار كل قيمة لتلك الشروط إقناع المستثمر الأجنبي بالتعاقد مع الدولة التي تسعى لجذب الاستثمارات.

**الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي**

كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في مختلف التشريعات التي تنظم موضوع الاستثمار وعليه فقد تضمنت قوانين الاستثمار في بداية التسعينات هذا الشرط[2] حيث جاء في المرسوم التشريعي 93-12 في المادة 39 منه على أنه: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."[3]

---

[1] فتحي عوض حسين أبو رضوان، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، رسالة ماجيستير، الأزهر-غزة، 2017م، ص78.

[2] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص21.

[3] المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادرة بتاريخ 1993/10/10.

كما جاء في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ليدرج شرط الثبات التشريعي كآلية لجلب الاستثمارات وهذا ما نصت عليه المادة 15 منه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."[1]

أما بخصوص القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الحالي فقد ورد في نص المادة 22 منه 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."[2]

و الواضح أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل واضح شرط الثبات التشريعي للقانون، مما يوحي بصحة هذا الشرط و أن له قيمة قانونية في إطار القانون الجزائري ، فلا تطبق التعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون على الاستثمارات المنجزة في ظله، على أنه يجوز للمستثمر أن يطلب سريان التعديلات الجديدة التي تطرأ على هذا القانون بشكل صريح، و طبيعي أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها المستثمر بأن مصلحته تكمن في سريان هذه التعديلات الجديدة على مشروعه بدلا من القانون القديم، و هذا يعني أن عدم إدلاء المستثمر برغبته الصريحة المتضمنة طلب انطباق التعديلات أو المراجعات بشأن العقد الذي أبرمه مع الدولة يفيد قبوله الضمني بذلك الشرط.

و بهذه المثابة فإن مصدر شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في قانون الاستثمار نفسه، حيث ورد صراحة تعهد من قبل الدولة بموجب قانون الاستثمار بعدم المساس بجميع المزايا التي قد يتحصل عليها المستثمر، و هو في هذه الحالة ليس شرط تعاقدي يجد مصدره في العقود المبرمة بين الدولة و المستثمرين مما يجعله نسبيا و خاصا بكل عقد على حدى، بل هو شرط قانوني يجد مصدره في التشريع

[1] المادة 15 من الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة بتاريخ 2001/08/22.

[2] المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

بحيث يكون هذا الشرط مطلقا يسري على كافة العقود التي تبرمها الدولة في مجال الاستثمار، و لكن مع استثناء الحالات التي يطلب فيها المستثمر صراحة رغبته في التنازل عن الضمان الذي منحه إياه المشرع و المتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد.[1]

وإذا كانت شروط الثبات التشريعي تنقسم من حيث موضوعها إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني لكافة التشريعات المتعلقة بموضوع الاستثمار، وشروط خاصة بتشريع محدد وخاص[2] فإن المشرع الجزائري أخذ بالنوع الثاني حيث أعتبره شرطا خاصا بقانون الاستثمار فقط بحيث لا تسري التعديلات أو الإلغاءات المتعلقة بهذا القانون فقط، وهذا ما نص عليه قانون الاستثمار صراحة في نص المادة 22 السالف الذكر من خلال عبارة " الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون."

وعليه فإن كل القوانين الأخرى والمتعلقة بالمجال الاستثماري مثل قانون الصفقات العمومية[3] وقوانين الضرائب والقانون الجمركي وغيرها من القوانين التي تدخل في مجال الاستثمار غير معنية بقاعدة التجميد الزمني وتطبق على المستثمر الذي لا يجوز له الاحتجاج بها لكونها نسبية وتخص قانون ترقية الاستثمار فقط.

ومن حيث الأشخاص الذين بإمكانهم الاستفادة من شرط الثبات التشريعي فقد نص المشرع على وجه التحديد من هم المستفيدون منه، فالأمر يتعلق بالمستثمر سواء كان وطنيا أم أجنبيا، حيث جاءت العبارة عامة دون تفرقة بين المشروعات الاستثمارية، علما أن عقد الاستثمار قد يكون دوليا على الرغم من أن المستثمر وطني إذ لا تلازم بين دولية العقد وجنسية المستثمر وما يهم هو تحقيق المعيار الاقتصادي المتمثل في حركة رؤوس الأموال وانتقالها عبر حدود الدول ليكون العقد متصفا بصفة الدولية.

---

[1] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 532.

[2] محمود فياض، المرجع السابق، ص606.

[3] مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

وبهذا فإن أي مشروع استثماري منجز سيبقى خاضعا لقانون ثابت (قانون الاستثمار فقط) منذ لحظة إبرام العقد وإلى غاية انقضائه إلا في الحالة التي يطلب فيها المستثمر بشكل صريح خضوعه للتعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون، وطبيعي أن المستثمر لن يطلب ذلك إلا في الحالات التي تتحقق فيها مصلحته مقارنة بالمنفعة التي كان من الممكن أن يحققها إذا بقي محكوما بالقانون الذي ابرم عقد الاستثمار في ظله.[1]

## المطلب الثاني: التقييم العملي لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي

لا شك أن دور شرط الثبات التشريعي يتمثل أساسا في إخضاع العقد لقانون ثابت ومستقر منذ لحظة إبرامه وإلى غاية انقضائه، وقد كرست الممارسات التشريعية والتعاقدية هذا الشرط بشكل واضح وصريح، وقد تباينت أحكام التحكيم والقضاء في التعاطي معه في أكثر من مناسبة، وهو ما يدفعنا في هذا المطلب إلى محاولة التقييم العلمي لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وذلك من خلال معرفة مزايا و عيوب تكريس شرط الثبات التشريعي في (الفرع الأول) ثم الانتهاء باستنتاج الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مزايا و عيوب تكريس شرط الثبات التشريعي

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

#### أولا: مزايا تكريس شرط الثبات التشريعي

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

[1] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص533.

و لقد جاءت عقود الدولة في مجال الاستثمار و التي تعتبر المجال الخصب لظهور شروط الثبات التشريعي و تطورها حيث جاءت لتحقق ضمانا من بين الضمانات التي يحاول الطرف الأجنبي حماية نفسه بموجبها من مخاطر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة خشية أن تضيع حقوقه، فالدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية، و المستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا و الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص يحاول أن يدر اختلال التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة بإصدار قواعد تشريعية جديدة خاصة بما له علاقة مباشرة بميدان الاستثمار كتعديل القانون الجبائي أو التعريفات الجمركية مما يؤثر على مردودية هذه الشركات الأجنبية.[1]

وبهذا فقط يتحقق الأمان و الاستقرار في مجال المعاملات الاقتصادية، علما أن الهدف الذي سعى اليه المشرع أصلا من وراء ادراجه لقاعدة الثبات التشريعي جاء بعد اعتقاده الجازم أن مناخ الاستثمار لن يكون قادرا على جذب المستثمرين اذا شعر هؤلاء بأن القانون الذي يحاولون تجسيد استثماراتهم على أساسه بما يمنحه لهم من امتيازات قد يعدل أو يلغى، فيجد هؤلاء أنفسهم أمام قانون لا يتماشى ومصالحهم ولو كان ساريا وقت إبرام العقد لما اقر على المغامرة برؤوس أموالهم في دولة يقوم مناخها الاستثماري على عدم الاستقرار التشريعي.[2]

وقد كان الحرص على تثبيت القانون الذي يحكم العقد على الحالة التي كان عليها وقت الإبرام ناتج عن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار المبرمة مع الدول و تميزها بطول مدة سريان التعاقد، واحتياجاتها إلى الدراسات الأولية و الخبرات ورأس المال الوافر الذي غالبا ما تسعى إلى توفيره من المؤسسات المالية ،كما أن هذه الشركات عند إعدادها الدراسات في مقابل مرحلة التعاقد تضع في حسبانها الرسوم و

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص161،162.

[2] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص537.

الضرائب المفروضة عليها وفقا للقانون الساري في الدولة المضيفة عند التعاقد[1] وهو ما يبرز أهمية شرط الثبات التشريعي في هذا الوضع.

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

هذا بالإضافة إلى مساهمتها في توفير مناخ ملائم للاستثمار في حال احترام الدولة لها من حيث ضمانها لحقوق المستثمر والأوضاع التي جرى في ظلها الاستثمار بما يؤذي إلى نجاح المشروع ومحافظة الدولة على مصالحها ومؤسساتها السيادية.[2]

وفي هذا الإطار نجد لبعض الممارسات المتعلقة بشرط الثبات التشريعي على عدة مستويات فعلى يستوي الممارسات التعاقدية نجد في العقد المبرم بين الحكومة الأندونيسية وشركة Freeport Indonesia في 07 أفريل 1967 والذي جاء في المادة 14 منه على انه: " تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الأندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الأندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع أعلاه، ص 161.

[2] جبايلي صبرينة، المرجع السابق، ص267.

و سير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك."

أما على مستوى التحكيم نجد الحكم صادر في 12 أفريل 1977 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة "ليامكو" البترولية، حيث نص الحكم على أن" شرط التجميد الزمني لقانون العقد له معصومية –أو عدم جواز خرق– العقود المعترف بها عموما في القانون الداخلي أو في القانون الدولي كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين."[1]

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

**ثانيا: عيوب تكريس شرط الثبات التشريعي**

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

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 162،163.

[2] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص537.

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

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

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

فالقانون الدولي العام إذن يقرر إمكانية تعديل المعاهدات المبرمة بين الدول طالما لم تعد الأشياء على حالتها التي كانت عليها لحظة توقيع المعاهدة وتقدير تغير الظروف لا يعتمد على معيار شخصي وهو توقعات الأطراف بل يعتمد على معيار موضوعي.[1] وهو ما يتنافى مع تكريس شرط الثبات التشريعي وأعماله في هذه الحالات.

ناهيك على انه ما يعاب على شرط الثبات التشريعي هو انه قد يعد تدخلا أو تقليصا في سيادة الدولة وحدا من سلطتها التشريعية كما يجرد الدولة من مزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي باعتبار أن شرط الثبات يخدم مصلحة المستثمر أكثر بما يخدم مصلحة الدولة فكلاهما لا يقبل ترجيح المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، و لا يجعل الدولة في مرتبة ادنى من الطرف الخاص في الوقت الذي لا يتمتع به ذلك الطرف بذات المرتبة في علاقته بدولته الأصلية[2].

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

---

[1] طارق كظيم عجيل، المرجع السابق، ص 10.

[2] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص 72.

**1-ادانة أحكام القضاء و التحكيم لشروط الثبات التشريعي**

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

فقد قضت محكمة استئناف بروكسل في قضية Ville d'Amour بحكمها الصادر في 04 فيفري 1936 أن: "الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضا لكل تعديل له." كما قررت المحكمة العليا الألمانية في 27 ماي 1936 أنه: "من المستحيل أن يقرر الأطراف عند إخضاع عقدهم لتشريع دولة معينة استثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون ساريا، أو أن الأطراف يخشون بدء سريانه لاحقا، هذا ما لم يتعلق الأمر بقانون مكمل، و لا يكون استبعاده بالتالي مخالفا لخضوع الأطراف لنظام التشريع في تلك الدولة، ففي الواقع إن الخضوع غير المحدود لتشريع معين هو فقط الذي يضمن تنظيم الرابطة القانونية."[1]

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

**2-مخالفة شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية في علم القانون**

إن جوهر شرط الثبات التشريعي هو منح الأطراف المتعاقدة سلطة تحديد حالات سريان التعديلات التشريعية التي طرأت على قانون الإرادة على عقدهم من عدمه، و هذا الأمر يشكل تعديا على سيادة الدولة التي اختير قانونها لحكم العقد، كما و يتنافى

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، 159.

[2] بن براهيم جمال، المرجع السابق، ص83.

مع صحيح القانون، ذلك أن الذي يملك حق إجراء التعديلات هو مشرع الدولة التي ينتمي إليها و الصادر عنها القانون الواجب التطبيق، فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقتضي احترام كل النطاقات التي يقررها مشرعه فخضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل، سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك الخضوع أم لا، على أنه احترام كامل لهذا القانون بما فيه قواعده الانتقالية.

بل إن شروط الثبات التشريعي تتنافى مع معطيات أساسية أخرى في القانون الدولي الخاص و هي أن العلاقة محل النزاع في العقد الدولي بعد تحديد القانون واجب التطبيق عليها تصبح كالعقد الداخلي البحث، و عليه يجب معاملة العقود الدولية معاملة العقود الداخلية من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة، و لما كان من الثابت في القانون الداخلي أنه لا يسمح للأطراف المتعاقدة إلا باستبعاد القواعد الجديدة المكملة أو الاختيارية بنص صريح فإن ذات الأمر يجب أن يكون في مجال العقود الدولية.[1]

بحيث يمكن الأطراف من استبعاد الأحكام المكملة فقط و على أن يتم ذلك عن طريق إرادة صريحة وواضحة، و أن يبقى دافع النظام العام هو السبيل الوحيد لاستبعاد الأحكام الجديدة و ليس إرادة الأطراف، كما لا يعد الأثر الرجعي للقانون الجديد مخالفا للنظام العام استنادا إلى حق المشرع في حماية مصالحه بإصدار مثل تلك القوانين بأثر رجعي.[2]

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

---

[1] فتحي عوض حسين أبو رضوان، المرجع السابق، ص80.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص154.

و حتى لو افترضنا إمكانية تجزئة القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار بحيث يخضع فقط للأحكام السارية وقت إبرامه دون الأحكام الجديدة التي طرأت على هذا القانون، فإن هذا سيجعل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكاما متصفة بالطبيعة بعد إلغائها لقد أضحت بمعنى آخر نصوصا ميتة في نظر مشرعها، و هذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد و تحول عن طبيعته، و هذا يعد في حد ذاته أمرا مرفوضا فقها و قضاء.[1]

**الفرع الثاني: الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي**

إن اختلاف الفقهاء و أحكام التحكيم حول الآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي يعد مؤشرا عن إخفاق هذه الشروط في تحقيق الوظيفة المنوطة بها، ألا و هي تقييد إرادة الدولة و غل يدها عن المساس بالعقد سواء تمثل هذا المساس في صورة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة أو تعديله أو سريان القواعد الجديدة عليه و التي يحظر شرط الثبات سريانها على العقد.

إن هذا الإخفاق الذي قابل شروط الثبات التشريعي في أداء الوظيفة التي وضعت هذه الشروط لتحقيقها، دفع البعض إلى طرح تكييف جديد يتمثل بتحويل وضيفتها من شروط تهدف لتجميد دور الدولة في التشريع إلى شروط تلعب نفس الدور الذي تؤديه فكرة الشرط الجزائي في القانون المدني.[2]

و بما أنه لم يعد بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط و الذي أضحى في العديد من تشريعات الاستثمار الوطنية ضمانا من ضمانات الاستثمار، ذلك أن مصلحة المستثمر وطنيا كان أم أجنبيا تتحقق في ثبات العقد و استقرار و عدم المساس به لارتباط ذلك بالتوازن الاقتصادي له، مما يعني أن القول ببطلانه لا يتماشى مع مصالح الدول التي تسعى جاهدة لاستقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات.

و مع ذلك فإن مبدأ الثبات التشريعي لقانون العقد مبدأ غير مطلق، حيث لا يجوز وضع الدولة على الرغم كونها شخصا سياديا من أشخاص القانون العام على

---

[1] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 538.

[2] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 12.

قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة تهدف تلك الدولة لتحقيقها و التي يتعين تغليبها على المصلحة الخاصة.

و لكن و إذا كانت الدولة طرفا سياديا يتمتع بامتيازات استثنائية بالنظر إلى المسؤوليات الواقعة على عاتقها، فإن هذا لا يحول دون نفي مسؤوليتها في حالة لجوئها إلى المساس ببنود العقد عند إعادة النظر في قوانينها ذات الصلة به، لأن هذا يعني تحميل المستثمر الأجنبي تبعات مالية ناتجة عن استخدام المزايا التي تتمتع بها الدولة و التي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه مقارنة بالمخاطر التي اعتاد على تحملها، و هو ما يجب أن يقابله تعويض عادل عن الضرر الذي لحق بالمستثمر، و هذا تماما مثلما يحدث عند لجوء الدولة إلى تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها.[1]

فحق الدولة في التأميم أو نزع الملكية كما هو معروف حق معترف به للدولة وفقا للقرار رقم 1803 الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1962/12/14 باعتباره تعبير عن سيادتها الإقليمية و ميزة أساسية من مزايا السيادة الإقليمية، على الرغم من وجود تعهد من قبل الدولة بعدم القيام بالتأميم حيث يبقى هذا التعهد صحيحا و يكون عاملا من العوامل التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في تقدير قيمة التعويض الذي يتعين على الدولة المؤممة دفعه للمستثمر الأجنبي.[2]

و بإسقاط هذا التوجه في مجال التأميم على شروط الثبات التشريعي، فإنه يمكن القول بأنه أصبح لهذه الأخيرة وظيفة مالية خاصة بعدما ثبت واقعيا فشل تلك الشروط في غل يد الدولة و منعها من استعمال سلطتها.[3]

و يبدو أن Eduardo Jiménez de Aréchaga هو أول من عبر عن الوظيفة المالية لشروط الثبات التشريعي في محاضراته المنشورة في لاهاي، ذلك أن شروط الثبات

---

[1] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 339.

[2] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 12.

[3] بن أحمد الحاج، المرجع أعلاه، ص540.

ليس من شأنها حرمان الدولة من سلطانها القانوني إلا أن ذلك لا يعني أن هذه الشروط عديمة الفائدة و لا ترتب آثارا قانونية.[1]

و تتمثل الآثار القانونية الناجمة عن عدم التزام الدولة بقاعدة الثبات التشريعي في التزامها بتعويض المستثمر الأجنبي تعويضا عادلا يختلف من حيث المقدار عن التعويض الذي تلتزم به في حالة عدم وجود تلك القاعدة في قانونها أو شرطا في العقد المبرم مع ذلك المستثمر، حيث تكون قيمة أكبر في حالة وجود هذا الشرط مقارنة بعدم وجوده[2] فعلى سبيل المثال، يؤدي وجود شرط الثبات إلى إمكانية تعويض المستثمر الأجنبي ليس فقط عما لحقة من خسارة بل أيضا عما فاته من كسب كان يمكن أن يتحقق في الفترة التي كان من المتوقع أن يضل فيها المشروع الذي تم إنهائه قائما.

و بهذا فقط يساعد شرط الثبات التشريعي في تحقيق الدور الهام الذي يلعبه بوصفها عاملا من عوامل جذب الاستثمار الأجنبي، فإغفال كل أثر قانوني لهذه الشروط قد تكون عاقبته وخيمة، بالنسبة للسياسة التي تتبعها الدول النامية التي تهدف إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، فإعطاء شرط الثبات التشريعي دور في تحقيق قيمة التعويض المستحق للمستثمر، يساعد على تحقيق هذه السياسة، و كقاعدة عامة فإنه يمكن ربط قيمة التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي بالوقت الذي تم فيه التأميم، و لذلك آثار هامة فإذا كان هذا التأميم قد تحقق في بداية قيام المشروع الأجنبي على إقليم الدولة المتعاقدة، فإن ضخامة قيمة التعويض التي تستحق للطرف في هذا الغرض قد تجعل الدولة تفكر أكثر من مرة قبل اتخاذها لإجراءات التأميم أما إذا كان التأميم قد تم بعد فترة معقولة من قيام المشروع الأجنبي في إقليم الدولة المتعاقدة على نحو يمكنه من تحقيق أرباح كافية فإن قيمة التعويض في هذه الحالة تكون أقل بكثير من الغرض السابق.[3]

## المبحث الثاني: الإخلال بشرط الثبات التشريعي و الجزاء المترتب عليه

[1] طارق كاظم عجيل، المرجع أعلاه، ص 12.

[2] بن أحمد الحاج، المرجع أعلاه، ص 540.

[3] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص13.

باعتبار الدولة تتمتع بالسيادة فهي تمارس سلطتها على الاستثمارات الأجنبية المنجزة على إقليمها لتحقيق أهداف التنمية الوطنية، وعليه تضطر الدولة لاتخاذ بعض الإجراءات الانفرادية في اطار سلطتها و سيادتها و حسب ما تراه مناسبا، وهو ما يؤدي بالدولة في اغلب الأحيان إلى المساس بالعقد سواء بالتعديل أو الإلغاء ومن ثم إخلالها بالتزاماتها التعاقدية في مواجهة المستثمر الأجنبي والتي سترتب آثار سلبية من جهته و من بين اهم هذه الالتزامات والتي يعول عليها المستثمر الأجنبي هو شرط استقرار التشريع الذي يحكم العقد.

لذلك سنعالج في هذا المبحث مسألة الإخلال بشرط الثبات التشريعي و الجزاء المترتب عليه وهذا من خلال تبيان أحقية الدولة في تأميم ونزع ملكية المستثمر الأجنبي كإجراء يخل بشرط الثبات التشريعي في (المطلب الأول) ثم المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار و تدعم شرط الثبات التشريعي في (المطلب الثاني) ثم نتطرق إلى الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي وذلك في (المطلب الثالث).

## المطلب الأول: حق الدولة في تأميم ونزع ملكية المستثمر الأجنبي كإجراء يخل بشرط الثبات التشريعي

إن التزام الدولة المضيفة بمعاملة الاستثمار الأجنبي بمنطق الحماية و التشجيع لا يعني تنازل الدولة عن حقها في بسط سلطتها و سيادتها على هذه المشروعات الأجنبية، فحق الدولة في التأميم ونزع الملكية قد استقر في القانون الدولي، لذلك فان من مظاهر سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية بسط سلطتها على إقليمها وعلى كل الرعايا الموجودين عليه، وتطبق أنظمتها عليهم جميعا دون استثناء، فلها الحق في تأميم ونزع ملكية المتواجدين على إقليمها، مواطنيها كانوا أو أجانب.[1]

[1] حديدي عنتر و عكروم عادل، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد الثامن، البليدة–الجزائر، 2017، ص 664.

وعليه سنتناول في هذا المطلب اللجوء إلى التأميم ونزع الملكية في (الفرع الأول) ثم موقف المشرع الجزائري من نزع الملكية و التأميم في (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: مفهوم التأميم ونزع الملكية

### أولا: مفهوم التأميم

إن اشد إجراء ضد المستثمر الأجنبي هو إمكانية استيلاء الدولة المضيفة على مشروعه الاستثماري، وبعد خطر التأميم من ابرز الصور لهذا الاستيلاء، وهو من بين الإجراءات الانفرادية التي تتخذها حكومة الدولة المضيفة أو الهيئات التابعة لها، يترتب عنها حرمان المستثمر من ممارسة حقه في الملكية، ويعد التأميم وسيلة مهمة لتحقيق غايات عدة، تختلف من بلد إلى آخر باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة في ذلك البلد حيث صار وسيلة بيد الدول النامية للتخلص من التبعية الاقتصادية و ترسيخ الاستقلال السياسي و الاقتصادي.[1]

**1-تعريف التأميم:**

يذهب بعض الفقه إلى تعريفه أنه: "تحويل مال معين أو نشاط ما مملوك للخواص إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد استغلال هذه الملكية أو هذا النشاط بهدف تحقيق المصلحة العامة و ليس بهدف تحقيق المصلحة الفردية."[2]

ويعرفه البعض بأنه: "نزع ملكية ذات نطاق واسع ووزن مالي خاص حيث ينصب على قطاعات كاملة من الاقتصاد القومي و ينقلها من القطاع الخاص إلى القطاع العام."[3]

و قد عرفه معهد القانون الدولي بأنه: "عملية تتوافق مع السياسة العليا، تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي، تغييرا كليا أو جزئيا، بحيث تغل يد القطاع

---

[1] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع السابق، ص 661.

[2] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص 47.

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص265.

الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لتضمها إلى القطاع العام، و ذلك خدمة لمصالح الأمة."[1]

و نستطيع القول بأن التأميم يقوم على مجموعة من العناصر الأساسية التي تميزه عن باقي الإجراءات الأخرى الهادفة إلى الحرمان من الملكية هي:

- عبارة عن عملية تحويل للملكية الخاصة إلى ملكية عامة.
- تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي في ميادين ذات أهمية وطنية.
- يترتب عنها دفع تعويض.
- الهدف منه تحقيق المصلحة العامة.[2]

## 2-خصائص التأميم:

### أ- حق غير قابل للتنازل

إن حق الدولة في تأميم الأملاك الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة لممارسة سيادتها على ثرواتها و مواردها الطبيعية، هذا الحق الذي دافعت عنه البلدان النامية بعد حصولها على استقلالها، غير قابل للتنازل لأنه مرتبط بسيادة الدولة و اختصاصها المانع في تنظيم كل ميادين النشاط الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي بما في ذلك الحق في الملكية.

لقد تمسكت الجزائر بذلك عند تأميم الشركات الفرنسية عام 1971 بحيث اعتبرت حق التأميم غير قابل للتنازل و يندرج في إطار "صلاحيتها كسلطة ذات سيادة" و "حق كل بلد في التصرف الحر في ثرواته الطبيعية من أجل تحقيق تنمية خاصة" و أكدت على أن "الحكومة الجزائرية عازمة على ممارسة هذا الحق و هذه الصلاحيات دون مسبقات و دون شرط و لا عرقلة أو قيد من أي نوع كان."

---

[1] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع أعلاه، ص47.

[2] عيبوط محند وعلي، المرجع أعلاه، ص 266.

**ب-سلطة تقديرية للدولة**

تمارس الدولة سلطة تقديرية في مجال التأميم، هذه السلطة تخضع لأحكام القانون الداخلي و ممارستها غير محددة بأي شرط بحيث يمكن أن تكون شاملة لكل الأملاك الأجنبية كما يمكن أن تخص مجموعة من الأملاك و ذلك بصفة كاملة أو جزئية حسب أهداف الدولة الاقتصادية و استراتيجيتها في التنمية، و هذا التمييز مشروع طالما لا توجد سوء نية لدى الدولة في الإضرار بفئة معينة من الأجانب.[1]

**ثانيا: مفهوم نزع الملكية**

**1-تعريف نزع الملكية**

يعتبر إجراء يهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي، من مشروعه الاستثماري جبرا لأجل الصالح العام أو المنفعة العامة، مقابل تعويضه نقدا أو عينا عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، وهو إجراء إداري استثنائي تقوم به الدولة لاكتساب حقوق و أملاك عقارية تضمها إلى ولايتها و أملاكها.[2]

ويقصد ينزع الملكية الإجراء الذي تقوم به الدولة المضيفة للاستثمار أو احدى سلطاتها العامة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، حيث ينصب هذا الإجراء على العقارات وتكون أموالا محددة بالذات.

ويعرفه البعض الآخر بانه: "إجراء قانوني تلجأ اليه الدولة و المؤسسات العامة الأخرى لإجبار الخواص على التخلي عن ممتلكاتهم العقارية من اجل المنفعة العامة مقابل تعويض مناسب."

ويعرف أيضا انه: "حرمان مالك عقار من ملكه جبرا لتحقيق المنفعة العامة نضير تعويض عن ما يناله من ضرر."[3]

ونستطيع القول أن نزع الملكية يضم ثلاثة عناصر أساسية هي:

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 270.

[2] حديدي عنترو عكروم عادل، المرجع السابق، ص 664.

[3] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، 56،55.

- إجراء تتخذه أجهزة الدولة.
- يتم بموجبه نقل أو تحويل حق الملكية إلى ملكية عامة.
- شرط التعويض لأن نزع الملكية بدون تعويض يعتبر "مصادرة".

لذلك يمكن تعريف الملكية لأنها: "إجراء تتخذه أجهزة الدولة يتم بموجبه نق الملكية الخاصة إلى ملكية عمومية مقابل تعويض".[1]

**2-خصائص نزع الملكية**

**أ- الطابع الاستثنائي لنزع الملكية**

إن معظم الدول تعترف بالحق في الملكية بغض النظر عن نظامها السياسي و الاقتصادي و تؤكده مختلف قوانينها الأساسية و في هذا السياق هو ما جاء في نص المادة 64 من الدستور الجزائري "الملكية الخاصة مضمونة"[2] لذلك إذا كان للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية من أجل تحقيق المنفعة العامة، يجب أن يتم ذلك بصفة استثنائية و في إطار الشروط المحددة قانونا في هذا المجال[3] بحيث أن بعض التشريعات تلزم الإدارة بالتفاوض مع الملاك المعنين من أجل الحصول على الأموال الضرورية بالوسائل الرضائية.

**ب-ارتباط نزع الملكية بامتيازات السلطة العامة**

إن الحق في نزع الملكية مرتبط بامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مختلف المجالات، مما يسمح لها بوضع حدود للملكية الخاصة و تحويلها إلى ملكية عامة كلما اقتضت المصلحة العمومية ذلك. لكن المشرع وضع حدودا لسلطات

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 267.

[2] المادة 64 من القانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق.

[3] راجع القانون 91-11 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

الإدارة باحترامها عند قيامها بمثل هذه الإجراءات و ذلك حماية للأفراد من تصرفات الإدارة غير المشروعة و إساءتها في استعمال السلطة.[1]

**ثالثا: الفرق بين التأميم و نزع الملكية**

إن الاختلاف بين التأميم و نزع الملكية يبرز من خلال عدة أوجه أهمها:

– فمن حيث الموضوع فإن التأميم يرد على الأموال خاصة سواء كانت عقارية أو منقولة[2] إذ يتم التأميم عادة على مشاريع ذات أهمية وطنية من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية في حين يخص نزع الملكية أملاك خاصة منفردة استدعت الضرورة و المصلحة العامة نزعها.

– أما من حيث الإجراءات فيعتبر قرار التأميم من الأعمال السيادية التي لا تخضع للرقابة القضائية، أما قرار نزع الملكية فإنه يعتبر قرارا إداريا تصدره السلطات الإدارية طبقا للشروط المحددة قانونا و بالتالي فإنه يخضع للرقابة القضائية.[3]

– و من حيث الغاية و الأهداف فإن الدافع لنزع الملكية يكون لتحقيق أغراض إجتماعية و يتم أيضا لأسباب اقتصادية يحددها القانون[4] و عادة ما يكون يهدف إلى تحقيق مصلحة عمومية على المستوى المحلي، في حين أن قرار التأميم يندرج في إطار السياسة العليا للدولة و الهدف منه تغيير البنيان الاقتصادي و الاجتماعي في الدولة لصالح الأمة جمعاء.

– أما من حيث الآثار المترتبة منهما فبالنسبة لنزع الملكية تلتزم الإدارة بالتعويض عند إجراء هذه العملية باعتباره جزءا من العملية القانونية و يجب أن يكون كاملا و مناسبا للضرر الملحق بالمستثمر، أما التأميم فلا يؤدي إلى تعويض إلا في حدود ظروف معينة و لا يعتبر التعويض شرطا لصحة إجراءات التأميم و إنما اثر من الآثار المترتبة عنه. أما تحديده فيتم في غالب الأحيان بموجب اتفاق بين الحكومتين حول

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص270،271.

[2] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص69.

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع أعلاه، ص272.

[4] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص69.

التعويض الشامل و الجزافي، و يتم عادة الأخذ بعين الاعتبار الحقوق المتناقضة و المتمثلة في الحق في التأميم الذي تتمتع به الدولة ذات السيادة و احترام الملكية الخاصة الأجنبية.[1]

**الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التأميم و نزع الملكية**

إن موقف المشرع الجزائري من التأميم و نزع الملكية لم يكن واضحا و ثابتا و هذا من خلال مختلف مراحل التي مر بها قانون الاستثمار الجزائري منذ سنة 1993 إلى غاية سنة 2016.

فنجد المرسوم التشريعي 93-12 لم يدرج فيه المشرع مصطلح التأميم و نزع الملكية، و نص فقط على "التسخير" في المادة 40 منه بقولها: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة، ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به."[2]

و سلك نفس المسلك في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار فلم ينص على التأميم و لا على مصطلح نزع الملكية بل نص على: "المصادرة الإدارية"[3] و هو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 16 بقولها: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به."[4]

أما في القانون الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار فنص صراحة في المادة 23 منه أنه: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف."[5]

---

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص273.

[2] المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[3] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع السابق، ص665.

[4] الفقرة الأولى من المادة 16 من الأمر 01-03 يتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

[5] المادة 23 من القانون 16-09 يتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

فمن خلال هذه المادة يتبين أن المشرع قد أورد بشكل صريح أنه في حالة نزع الملكية حسب الشروط القانونية[1] يترتب عليها تعويض عادل و نصف.

و من خلال تتبع موقف المشرع الجزائري من عملية نزع الملكية بكل صورها يلاحظ التصادم بين شرط الاستقرار التشريعي المكرس كضمانة للمستثمر الأجنبي، و ممارسة الدولة لإجراءات استثنائية كنزع الملكية و الاستيلاء كإجراء انفرادي.

أما بخصوص التأميم فإن المشرع لم يدرج التأميم القوانين المتعلقة بالاستثمار و هذا بالرغم من تبني الجزائر عملية التأميم لما تستدعيه المصلحة العامة و السبب في ذلك قد يكون تجنبا من حصول رد فعل سلبي من طرف الاستثمار.[2]

## المطلب الثاني: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار و تدعم شرط الثبات التشريعي

إن لجوء الدولة المستقبلة للاستثمار إلى التأميم أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي يعد كما أشرنا سابقا من الإجراءات التي تخل بشرط الثبات التشريعي و من ثم إخلالا بالعلاقة التعاقدية و يترتب عنه عدة آثار سلبية على المستثمر الأجنبي و ذلك نتيجة إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين كما يمكن أن يمس هذا الإخلال بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة، لذلك سنتعرض في هذا المطلب إلى المبادئ التي قد تمنع الدولة من تعديل أو إنهاء عقد الاستثمار و من ثم تدعم شرط الثبات التشريعي و هذا من خلال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في (الفرع الأول) و مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

[1] راجع القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية، المرجع السابق.

[2] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع أعلاه، ص 665.

يعتبر هذا المبدأ أساس القوة الملزمة لكل التزام تعاقدي و يعد أيضا مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقات التعاقدية، و يقصد به عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين دون موافقة الآخر، و هو يدعم شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، و الذي يهدف إلى غل يد الدولة المضيفة من استعمال سلطتها التشريعية لتعديل و إنهاء عقد الاستثمار مع الطرف الأجنبي.[1]

و المبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساسا أخلاقيا و اقتصاديا، فالأساس الأخلاقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، و الأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد.[2]

و يترتب عن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بنزع الملكية و بالإجراءات الأخرى ذات الطبيعة المماثلة له إخلال بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم كلا الطرفين باحترامه و الالتزام الملقى على عاتق الدولة هنا هو التزام ضمني يقضي بعدم اعتدائها على التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار، و القول بغير ذلك يخل بالثقة و حسن النية اللازمين لتعاقدهما يؤثر على توازن العقد[3] و قد نص المشرع على هذا المبدأ في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."[4] و بمقتضى هذه المادة لا يجوز إنهاء العقد أو تعديله من قبل المتعاقدين بصفة انفرادية لأن العقد وليد إرادتين، و ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.[5]

**الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة**

---

[1] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص 72.

[2] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع السابق، ص 666.

[3] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع السابق، ص 72.

[4] المادة 106 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1995/09/30.

[5] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع السابق، ص 666.

لقد اعتمدت البلدان المصنعة على هذا المبدأ لمواجهة إجراءات التأميم و نزع الملكية التي قامت بها البلدان النامية في إطار ممارستها للسيادة على ثرواتها الطبيعية، و ذلك من أجل طرح مسؤوليتها بسبب عدم التزاماتها.[1]

يقصد بمبدأ الحقوق المكتسبة تلك الحقوق المالية التي تم الحصول عليها بموجب قانون معين، و التي لا يمكن المساس بها عن طريق تعديل لاحق بالقانون دون تعويض.

و يعرفها جانب آخر أنها تلك الحقوق العينية و الشخصية، التي استقرت و أصبحت ثابتة مكتسبة بطريقة قانونية صحيحة طبقا للقانون الوطني لدولة ما، و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها.

بحيث يهدف هذا المبدأ إلى احترام الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب هذا من جهة، و من جهة أخرى يهدف إلى ضمان تحقيق نوع من الثبات لهذه الحقوق التي اكتسبت.[2]

و بصفة عامة نستطيع القول بأن الحقوق المكتسبة هي تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين و التي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد.[3]

## المطلب الثالث: الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي

إن العلاقة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي تعتبر علاقة تعاقدية بين طرفين غير متساوين و ذلك بالنظر إلى مكانة الدولة مقارنة بالمستثمر الأجنبي و الذي يعد أحد أشخاص القانون الخاص، و كما هو معروف أن الدولة هي صاحبة السيادة و بما أن المشروع الاستثماري سيقام على إقليمها فمن البديهي أنها ستمارس سلطتها و سيادتها عليه سواء بالتأميم أو نزع الملكية كما أشرنا سابقا أو بتعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد، و هذا بغض النظر عن تعهداتها التعاقدية و

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 210

[2] خباش دليلة و العرابي سهيلة، المرجع أعلاه، ص 73.

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 211.

بغض النظر عن وجود شرط الثبات التشريعي و ذلك متى اقتضت المصلحة العامة للدولة ذلك، و في حالة إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية و من بينها شرط الثبات التشريعي فإن ذلك سيرتب جزاء من جهتها و هو ما سنتناوله في هذا المطلب و ذلك من خلال فرعين نتناول تعويض المستثمر الأجنبي حسب –نظرية فعل الأمير– في (الفرع الأول) ثم موقف المشرع الجزائري من التعويض في (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: تعويض المستثمر الأجنبي حسب –نظرية فعل الأمير–**

تمتلك الدولة سلطة على المشروع الاستثماري المنجز على إقليمها، و هذه السلطة تعتبر من مظاهر السيادة، و هذا ما يعطي للدولة الحق في تعديل العقد أو القانون أو إلغائه أو أي إجراء آخر.[1]

و القاعدة العامة في فقه القانون الإداري أن الدولة غير مسؤولة عما تسببه القوانين الجديدة أو تعديلها من أضرار لبعض الأشخاص، لأن المشرع يجب أن تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع عن طريق وضع القواعد العامة و إذا ترتب من جراء ذلك أضرار لبعض الأشخاص، فإنها أعباء عليهم تحملها في سبيل المصلحة العامة و لو سمحنا بمبدأ المسؤولية عن القوانين، فقد يخشى أن تشل يد المشرع، فيصاب المجتمع بالجمود و عدم التطور، و قد استند أنصار هذا المبدأ على مجموعة من الحجج أهمها:

1–مبدأ سيادة الدولة.

2–الضرر التي تيبيه القوانين من حيث المبدأ لا يعوض عنه، لأنه لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للحكم بالتعويض لأن القوانين و هي قواعد عامة و مجردة يقتصر أثرها على تغيير المراكز العامة.

3–أن أساس المسؤولية هو الخطأ، و لا يمكن نسبة الخطأ إلى المشرع.

و لكن بالرغم من التسليم بالاعتبارات السابقة، فإن هناك حالات جديرة بالرعاية رتب فيها الفقه و القضاء مسؤولية الدولة عن القوانين و لكن وفق شروط معينة و في حالات خاصة، منها إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة

[1] حيدة صوفيان و جلول سليم، المرجع السابق، ص 63.

تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد، فإن المسؤولية في هذه الحالة مقررة في نطاق نظرية (فعل الأمير).

و يقصد بفعل الأمير كل فعل يصدر من السلطة التي أبرمت العقد و ينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، و يرتب له الحق في التعويض، و قد يظهر فعل الأمير في إجراء فردي يصدر بتعديل شروط العقد، كما قد يكون إجراءا عاما و لكنه يؤثر في موضوع العقد بتعديل الظروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه، و ذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد أو زيادة الضرائب.

و لكي تطبق نظرية فعل الأمير، يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1-يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية بمعناها المتفق عليه، فالنظرية لا تطبق على عقود القانون الخاص.

2-أن يكون العمل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.

3-يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد. و لا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة في الضرر فقد يكون هذا الضرر جسيما أو يسيرا.

4-يفترض "فعل الأمير" أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، فالإدارة تسأل في نطاق نظرية فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها، ذلك أن المسؤولية في نطاق هذه النظرية و إن كانت مسؤولية عقدية، فهي مسؤولية عقدية بدون خطأ.

و واضح من شروط هذه النظرية أنها تصلح أساسا لمساءلة الدولة أمام القضاء عن إخلالها بشرط الثبات التشريعي، حيث يترتب عن الأخذ بنظرية فعل الأمير نتيجة رئيسية هامة، و هي منح المستثمر الأجنبي المضار من جراء إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي تعويضا كاملا و يشمل ما يلحق المتعاقد من خسارة بسبب فعل الأمير كالنفقات الإضافية، أو الرسوم و الضرائب الجديدة، و ما فاته من كسب

كالمبالغ المعقولة التي كان من حق المستثمر الأجنبي أن يعول عليها لو لم يختل توازن عقد الاستثمار نتيجة لفعل الأمير.[1]

**الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعويض**

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

و قد نصت المادة 23 في فقرتها الأخيرة من القانون 16-09 على ما يلي: "يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف."[3] و ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة أن المشرع أجاز الاستيلاء و نزع ملكية المستثمر الأجنبي و ربطها بوجود مصلحة عمومية و لا يتم ذلك إلا بشروط وفقا للقانون مع وجوب تقديم تعويض عادل و منصف للمستثمر.[4]

و هذا التعويض الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 23 يخص فقط حالة الاستيلاء و نزع الملكية، إلا أنه في حالة إخلال الدولة بأحد التزاماتها التعاقدية و من بينها شرط الثبات التشريعي فلم يشر إليها المشرع لذلك كان من الأفضل أن يبين أنه في حالة الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية إما من طرف الدولة الجزائرية أو من الطرف الآخر المتعاقد أن يتم تداركها بتعويض عادل و منصف و هكذا تصبح مضلة حماية تشريعية تبين نية الدولة و تحدد أهدافها النبيلة.

أما و في هذه الحالة فإنه في حالة إخلال الدولة بأحد التزاماتها التعاقدية و من بينها شرط الثبات التشريعي أو في حالة إخلال المستثمر الأجنبي بأحد التزاماته تجاه الدولة الجزائرية فإن المشرع قد نص في المادة 24 من القانون 16-09 بأنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون

---

[1] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص13،14.

[2] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع السابق، ص 667.

[3] المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[4] حديدي عنتر و عكروم عادل، المرجع أعلاه، ص667.

بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص."[1]

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

[1] المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

# الخاتمة

و في ختام هذه الدراسة يتضح أن شرط الثبات التشريعي يعدّ احد اهم الضمانات التي توليها الاستثمارات الأجنبية الواردة على الدول المضيفة اهتمام و حرص اكبر مقارنة بغيره من الضمانات و هذا لما يوفره للمستثمر من حماية و ثقة و اطمئنان و نضرة مستقبلية واضحة على مشروعه الاستثماري، و من خلال دراستنا التي انصبت على هذا الشرط كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية يمكننا إيراد جملة من النتائج و التوصيات كما يلي:

**1-النتائج**

- تكمن أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة لدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية و نقل التكنولوجيا بالإضافة إلى تقليص مستوى البطالة و اندماج الدولة المضيفة في الاقتصاد العالمي، أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فتكمن أهميته في تحقيق الربح بالإضافة إلى الاستفادة من تحفيزات و تسهيلات الدول المضيفة التي تسعى من خلالها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية.
- إن الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي تكمن في انه يعد عقد من عقود القانون العام.
- شرط الثبات التشريعي لا يقصد منه تجريد سلطة الدولة التشريعية في مجال الاستثمار، كما لا يهدف إلى تجميد القانون و جعله لا يساير التطورات و المستجدات، و إنما يقصد منه عدم تطبيق التعديلات و القوانين الجديدة على الاستثمار محل الاتفاق المبرم مع الدولة قبل صدورها، ذلك أن القانون الذي يحكم العقد وقت الإبرام لا يسري إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرامه مع استبعاد أي تعديل أو إلغاء لهذا القانون الذي يحكم العقد.

- علاقة شرط الثبات التشريعي بالاستثمار الأجنبي تعد علاقة تلازم فلا يمكن للمستثمر الأجنبي أبدا أن يغامر بمشروعه و رأس ماله إلى دولة لا تضمن له استقرار التشريع الذي يحكم العقد لأن التشريع هو من يعطي الرغبة للمستثمر في الإقبال لدولة ما على غيرها من الدول إذ يبين له حقوقه و التزاماته و كل ما يمكن أن يتعلق بمشروعه كما يمكنه من اتخاذ قراره الاستثماري و هو على بينة من أمره و على دراية بمستقبل مشروعه، في حين لا يمكن للدولة التي تسعى إلى جذب الاستثمار الأجنبي و التي هي بحاجة للعملة الصعبة و الخبرة الفنية و التكنولوجيا وتغطية عجزها الاقتصادي و تقليص مستوى البطالة دون عملها على تثبيت القانون الذي ينظم المجال الاستثماري حتى و إن كان هذا القانون يزخر بالمزايا و التسهيلات و التي لن تكون لها قيمة معتبرة اذا لم تكن هذه المزايا مستقرة و ثابتة.
- الهدف من وراء شرط الثبات التشريعي هو تحقيق التوازن العقدي و استقرار التعاملات و تجنب إلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه يقوي مركز المستثمر عند عرض النزاع على هيئة التحكيم و القضاء كونه بندا مدرج من قبل الأطراف برضاهم و هو ما لا يمكن معه بسهولة قبول تجاهله من أحد الأطراف.
- تبني الدولة لشرط الثبات التشريعي لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة و لا يؤثر على مركز الدولة السيادي، إذ تظل محتفظة بكافة امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه مناسبا لتحقيق الصالح العام.

- يختلف شرط الثبات التشريعي القانوني عن شرط الثبات التعاقدي من حيث الحماية التي يوفرها للمستثمر باعتبار أن مصدره تشريعي مقارنتا بشرط الثبات التعاقدي الذي يجد مصدره من إرادة الأطراف و التي يمكن للدولة كطرف في العقد أن تستعمل سلطتها في التعديل الانفرادي، إضافتا إلى أن شرط الثبات التشريعي القانوني يختلف

عن التعاقدي من حيث انه يعد ضمانة عامة لكافة المستثمرين و هذا بغض النظر عن الأطراف المتعاقدة التي تدرجه في العقد.

- شرط الثبات التشريعي في صورته الدولية و الذي يكون بموجب اتفاقية دولية يعد ضمان أقوى لمركز المستثمر الأجنبي مقارنتا بصوره الأخرى، ذلك لأن المعاهدات الدولية تعد مصدرا من مصادر القانون و بالتالي فان إدراج شرط الثبات التشريعي في الاتفاقية الدولية يجعل الدول المصادقة على هذه الاتفاقية ملزمة بإدراج هذا الضمان في قوانينها الداخلية فضلا عن ادراجه في العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب و هكذا يحصل المستثمر على حماية متعددة، حماية دولية من خلال الاتفاقية الدولية و حماية تشريعية من خلال القانون الداخلي للدولة المضيفة فضلا عن الالتزام التعاقدي الذي تقطعه الدولة في العقد بتجميدها للقانون الواجب التطبيق على العقد.
- الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي تكمن في انه شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد ذلك باعتباره استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد.
- إن من اهم معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي تظهر من خلال عدم الاستقرار السياسي و الأيديولوجي، ذلك لأن الكثير من الدول النامية تشهد صراعات و تذبذبات سياسية على السلطة و التي من شانها أن تؤثر على المناخ التشريعي عموما والمتعلق بالاستثمار خصوصا هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن تبني الدولة توجهات إيديولوجية اقتصادية متعددة فلا هي رأس مالية و لا هي اشتراكية و هو ما ينعكس حتما على مناخها التشريعي الذي يؤدي بدوره إلى عدم الاستقرار في التشريعات التي تنظم المجال الاقتصادي.

هذا بالإضافة إلى تعدد القوانين التي تنظم و تحكم مجال الاستثمار و بالتالي تؤثر و تصعب من عملية تكريس شرط الاستقرار التشريعي.

- موقف الفقه القانوني من شرط الثبات التشريعي شهد نوع من التعارض بحيث ذهب بعض الفقه إلى القول بأن شرط الثبات التشريعي يتفق مع حرية الأطراف في التعاقد

وبالتالي فهو منتج لآثاره التي أرادها المتعاقدان من حيث انه يقيد من سلطة الدولة من تغيير القانون الذي يحكم العقد و ذلك باعتبارها متعاقدة و ليس شخص سيادي.

في حين ذهب رأي آخر على النقيض من ذلك بالقول أن شرط الثبات التشريعي ليس له قيمة قانونية و لا يشكل أي قيد على سيادة الدولة بحيث يرى هذا الاتجاه أن سيادة الدولة فوق كل اعتبار و بالتالي بإمكانها أن تعدل من العقد بإرادتها المنفردة و أن تطبق عليه القوانين أو التعديلات الجديدة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مع تعويض المستثمر عن الإخلال بتوازن العقد.

غير انه قد ظهر اتجاه ثالث و جمع بين الاتجاهين المتعارضين و اعتبر شرط الثبات شرط صحيح و منتج لآثاره إلا انه اذا تغيرت الظروف و اقتضت المصلحة العامة الإخلال بشرط الثبات فانه يمكن للدولة أن تدعو المتعاقد لإعادة توازن العقد و لا يجوز للمتعاقد أن يرفض إعادة التفاوض و اذا رفض هذا الأخير ذلك فانه يمكن لدولة بما لها من سيادة و سلطة أن تنهي العقد عن طريق التأميم أو عن طريق آلية أخرى تراها مناسبة لتحقيق الصالح العام ومن ثم تعويض المستثمر المتعاقد عن تصرفها.

و قد رجحنا هذا الرأي الأخير ذلك باعتباره يخدم المصلحة العامة فضلا على انه من غير الممكن مساواة الدولة بالمستثمر كما لا يمكن رفض أي قيمة قانونية لشرط الثبات على اعتبار انه ضمانة أساسية لجذب الاستثمار الأجنبي و حمايته.

- لقد كان موقف المشرع الجزائري بالنسبة لشرط الثبات التشريعي إيجابي في كل من المرسوم التشريعي رقم 93-12 في المادة 39 منه، و الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 15 منه، و إلى غاية القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار و ذلك في المادة 22 منه.
- تقييم شرط الثبات التشريعي من الناحية العملية يبين عدم فعاليته بشكل نسبي و هذا من خلال العيوب التي تشوبه و من خلال اختلاف موقف أحكام التحكيم و القضاء بشأنه في أكثر من مناسبة، كما انه ثبت عدم إمكانية غل يد الدولة من عدم المساس

بالعقد أو عدم إصدار تشريعات جديدة قد تسري على العقد متى استدعت المصلحة العامة للدولة ذلك و هذا باعتبارها صاحبة السيادة و الطرف الأقوى في هذه العلاقة كما انه من غير المعقول أن يضحى بالمصلحة العامة في سبيل المصلحة الخاصة.

و مع هذا كله فان هناك من يرى بأنه و إن كان لا يمكن لشروط الثبات غل يد الدولة من المساس بالعقد، و بما أن شروط الثبات التشريعي أضحت ضمانة بالغة الأهمية بالنسبة للمستثمر الأجنبي بحيث من غير الممكن للدول التي تسعى إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية الاستغناء عنها، فانه يمكن إعطائها تكيف جديد يتمثل في تحويل وظيفتها من وظيفة تهدف إلى غل يد الدولة من المساس بالعقد إلى وظيفة مالية تلعب نفس الدور الذي يلعبه الشرط الجزائي في القانون المدني حيث يصبح إدراج شرط الثبات التشريعي يرتب حقا خاصا بالتعويض في حالة المساس به دون موافقة الطرف الآخر مقارنة بعدم ادراجه في العقد أو التشريع، كأن يتم تعويض المستثمر الأجنبي على ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة.

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

**2-التوصيات**

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

- لابد من توسيع مجال شرط الثبات التشريعي بحيث يشمل ليس قانون الاستثمار فقط بل أيضا القوانين المتعلقة به (كقانون الصفقات العمومية و القانون الجمركي و قانون الضرائب...).
- يمكن اتباع تحفيزات أخرى في مجال الاستثمار على غرار شرط الثبات التشريعي مثل شرط إعادة التفاوض و الذي يمكن كل من الدولة المتعاقدة و المستثمر من إعطاء نفس جديد للعلاقة الاستثمارية و مواكبة التطورات التي قد تطرأ.
- يجب على الدولة أن تحترم تعهداتها و التزاماتها التعاقدية لأن زرع الثقة في نفس المستثمر الأجنبي يقوم على مصداقية الدولة و حسن نيتها.
- في حالة إخلال أحد الأطراف بالتزاماته تجاه الطرف الآخر أو في حالة إخلال الدولة الجزائرية بشرط الثبات التشريعي يمكن للمشرع أن ينص على ذلك في نص قانوني صريح بأنه يترتب عن هذا الإخلال تعويض عادل و منصف.

# قائمة المصادر و المراجع

## قائمة المصادر و المراجع

### أولا: القرآن الكريم

- سورة الكهف.

### ثانيا: القوانين و التنظيمات

#### 1-القوانين


- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.
- القانون 91-11 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أفريل سنة 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.
- المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 64، الصادرة بتاريخ 1993/10/10.
- الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة بتاريخ 2001/08/22.
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1437 الموافق 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.
- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق 03 غشت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 2016/08/03.


#### 2-التنظيمات

- المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المؤرخ في 26 ربيع الأول 1412 الموافق 05 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الدمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 1991/10/06.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 12 جمادي الأول عام 1416 الموافق 07 أكتوبر 1995 يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية، العدد 59، الصادرة بتاريخ 1995/10/11.

- المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية، العدد 80، الصادرة في 2001/12/26.
- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

**ثالثا: الكتب**

- أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار الأيام، عمان-الأردن، ط1، 2018.
- ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته، دار الكتب القانونية، د.ط، مصر، 2011.
- حسان نوفل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار هومه، د.ط، الجزائر، 2017.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2001.
- رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2012.

- شيراز أحمد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء و التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، ط1، 2018.
- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2014.
- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومه، الجزائر، ط1، 2006.
- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، ط1، الأردن، 2005.

**رابعا: الرسائل و المذكرات الجامعية**

**1-الرسائل**

- قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010.
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
- فتحي عوض حسين أبو رضوان، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، رسالة ماجيستير، الأزهر-غزة، 2017.

- **المذكرات**

- خباش دليلة و العرابي سهيلة، شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013/2012.

- حيدة صوفيان و جلول سليم، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013/2012.
- بن براهيم جمال، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2017/2016.

**خامسا: المقالات العلمية**

- سلامي ميلود، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، الجزائر، 2015.
- إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد السابع، مصر، دون سنة النشر.
- عالية يونس الدباغ و وسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد02، العراق، 2009.
- عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، مجلة الحقيقة، العدد 18، الجلفة.
- بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد الثاني، تيارت، الجزائر.
- وليد العماري، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، الجزائر، 2016.
- كسال سامية (زايدي)، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق و الحريات، العدد الثالث، تيزي وزو– الجزائر، 2016.

- قصوري رفيقة، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب – شروط الثبات التشريعي–، مجلة الإحياء، العدد 14، الجزائر–خنشلة، دون سنة النشر.
- غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، كربلاء، 2009.
- بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، العدد 05، سعيدة، 2017، الصفحة.
- بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 16، ورقلة، 2017.
- كسال سامية، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، مجلة صوت القانون، العدد الثاني، تيزي وزو–الجزائر، 2018.
- بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلت تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، جامعة ابن خلدون بتيارت، 2015.
- طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، كربلاء، 2011.
- جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 09، خنشلة الجزائر، 2018.
- حديدي عنتر و عكروم عادل، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد الثامن، البليدة–الجزائر، 2017.

**سادسا: المؤتمرات**

- محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي 21 حول الطاقة بين القانون و الاقتصاد، يومي 20-21 ماي 2013، الإمارات العربية المتحدة.
- محمد منير حساني، مداخلة بعنوان اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الاستثمار، ورقة بحثية مقدمة ضمن الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، دون سنة النشر، ورقلة.

# فهرس المحتويات

## فهرس المحتويات

**المقدمة**.....01

**الفصل الأول: شرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية قراءة في الماهية**.....07

**المبحث الأول: التعريف بالاستثمار الأجنبي**.....08

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي.....09

الفرع الأول: المقصود بالاستثمار الأجنبي.....09

أولا: تعريف الاستثمار الأجنبي لغة.....09

ثانيا: تعريف الفقه للاستثمار الأجنبي.....10

ثالثا: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري.....11

الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي.....12

أولا: أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث الطبيعة.....12

ثانيا: أنواع الاستثمار الأجنبي من حيث المدة.....15

الفرع الثالث: أهمية الاستثمار الأجنبي.....16

أولا: أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة المضيفة.....17

ثانيا: أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للمستثمر الأجنبي.....19

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي.....20

الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي من عقود القانون العام.....21

الفرع الثاني: الاستثمار الأجنبي من عقود القانون الخاص.....21

الفرع الثالث: الطبيعة المزدوجة لعقد الاستثمار.....22

**المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي**.....24

المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي.....25

الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي و تحديد مبرراته.....25

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي.....25
ثانيا: مبررات شرط الثبات التشريعي.....28
الفرع الثاني: صور شرط الثبات التشريعي.....29
أولا: شرط الثبات التعاقدي أو الاتفاقي.....29
ثانيا: شرط الثبات التشريعي القانوني.....31
ثالثا: شرط الثبات التشريعي الدولي.....32
الفرع الثالث: معايير تقسيم شرط الثبات التشريعي.....35
أولا: تقسيم شرط الثبات التشريعي حسب المعيار الشكلي.....35
ثانيا: تقسيم شرط الثبات التشريعي حسب المعيار الوظيفي.....36
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.....38
الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لقانون العقد.....38
الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان القانون الجديد.....39
المطلب الثالث: مقتضيات شرط الثبات التشريعي و معوقات تكريسه.....41
الفرع الأول: مقتضيات شرط الثبات التشريعي.....42
أولا: دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.....42
ثانيا: مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي.....43
الفرع الثاني: معوقات تكريس شرط الثبات التشريعي.....44
أولا: عدم الاستقرار السياسي و الإيديولوجي.....45
ثانيا: كثرة القوانين المتعلقة بالاستثمار.....45

**الفصل الثاني: واقع شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي**.....47

**المبحث الأول: موقف الفقه و المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي و تقييم دوره في عقود الاستثمار**.....48

المطلب الأول: موقف الفقه و المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.....48

الفرع الأول: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي.....49

أولا: شرط الثبات التشريعي يتفق مع الحرية التعاقدية للأطراف.....49

ثانيا: شرط الثبات التشريعي ليس له قيمة قانونية و لا يشكل قيد على سيادة الدولة....52

ثالثا: الاتجاه التوفيقي بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة.....53

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.....45

المطلب الثاني: التقييم العملي لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.....57

الفرع الأول: مدى فعالية تكريس شرط الثبات التشريعي.....57

أولا: مزايا تكريس شرط الثبات التشريعي.....57

ثانيا: عيوب تكريس شرط الثبات التشريعي.....60

الفرع الثاني: الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي.....63

**المبحث الثاني: الإخلال بشرط الثبات التشريعي و الجزاء المترتب عليه**.....66

المطلب الأول: حق الدولة في تأميم و نزع ملكية المستثمر الأجنبي كإجراء يخل بشرط الثبات التشريعي..... 67

الفرع الأول: مفهوم التأميم و نزع الملكية.....67

أولا: مفهوم التأميم.....67

ثانيا: مفهوم نزع الملكية.....69

ثالثا: الفرق بين التأميم و نزع الملكية.....71

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التأميم و نزع الملكية.....72

المطلب الثاني: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار و تدعم شرط الثبات التشريعي..... 74
الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....74
الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.....75
المطلب الثالث: الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي.....76
الفرع الأول: تعويض المستثمر الأجنبي حسب (نظرية فعل الأمير).....76
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعويض.....78
الخاتمة.....80
قائمة المصادر و المراجع.....86
فهرس المحتويات.....92

**ملخص:**

يعتبر استقرار القانون المطبق على الاستثمار من أهم الضمانات التي يسعى المستثمر الأجنبي للحصول عليها في الدول المضيفة لاستثماره خصوصا النامية منها، بما يحققه له من حماية وأمان، ويمكنه من تحقيق أهدافه حسب ما خطط له عند اتخاذ قرار الاستثمار، دون التخوف من أي تعديلات و إجراءات جديدة قد تضر بمصالحه، لذلك سنوضح من خلال هذه الدراسة كيف تلجئ الدول المضيفة بهدف جلب وتشجيع الاستثمار الأجنبي الوافد، إلى منح هذا الضمان للمستثمر الأجنبي، ويكون ذلك إما بإدراج شرط يضمن الاستقرار في عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب، خصوصا الاستثمارات ذات الأهمية للاقتصاد الوطني، وإما بالنص على هذا الضمان في قانونها الداخلي و بالتالي يصبح ضمان عام لجميع الاستثمارات.

**الكلمات المفتاحية:** شرط الثبات التشريعي، الاستثمارات الأجنبية ، المستثمر الأجنبي، قانون الاستثمار، التحكيم، جلب الاستثمارات الأجنبية

**Résumé** :

La stabilité de la loi applicable sur l'investissement est considérée comme étant une des importantes garanties que l'investisseur étranger essaye de l'avoir dans les pays qui accueillent son investissement, et plus spécialement, les pays en développement, avec ce que cet élément peut accomplir sur le plan de la protection, la sécurité et la réalisation des objectifs fixés par l'investisseur, selon sa planification lors de la prise de sa décision d'investissement, sans être inquiété par les modifications et les nouvelles procédures qui peuvent nuire à ses intérêts. Pour cela, je vais éclaircir, à partir de cette étude comment les pays hôtes peuvent recourir à offrir cette garantie à l'investisseur, afin de faire emmener et encourager l'investissement étranger. A cette fin, il pourrait soit: intégrer une clause qui garantit la stabilité dans les contrats d'investissement conclus avec les investisseurs étrangers, spécialement qui présentant un intérêt pour l'économie national, ou bien rédiger un texte qui contient les prescriptions de cette garantie dans leur droit interne, afin d'être une garantie générale de toutes les investissements.