وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان المذكرة

شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة قانون الأعمال– تخصص قانون عام للأعمال

إعداد الطالبتين:

- خباش دليلة
- العرابي سهيلة

إشراف الأستاذ:

–بقة حسان

لجنة المناقشة

- **الأستاذة:.....دريس نسيمة.....رئيسة**
- **الأستاذ:.....بقه حسان.....مشرفا ومقررا**
- **الأستاذ:.....معيفي عبد العزيز.....ممتحنا.**

السنة الجامعية 2012–2013

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

«إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلاّ من ثلاث:

صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح

يدعو له».

إهـداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- نبع الحنان والعطف، رمز الحب والإخلاص أمي، التي بقيت تترقب بلهفة وشوق إتمام إنجازه.
- روح أبي الطاهرة رحمه الله واسكنه فسيح جنانه.
- أخواتي وإخوتي.
- إلى خطيبي الغالي وعائلته الكريمة.
- كل أفراد عائلتي المقربين.
- كل صديقاتي المقربات.
- كل من ساعدني من بعيد وقريب في إتمام مذكرتي.

دليلة.

أهدي عملي هذا:

- إلى روح أبي الطاهرة، الذي كان له الفضل في مواصلة مشوار دراستي، رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه.
- إلى أمي الحبيبة.
- إلى أخوايا" جعفر ورياض"، وأخواتي.
- إلى زوجي الغالي.
- إلى كل من ساعدني في مشوار دراستي.

سهيلة.

كلمة شكر

نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا الفاضل

الأستاذ بقة حسان

الذي أمدنا بالعون والنصح وكان له الفضل

في إتمام مذكرتنا.

قائمة لأهم المختصرات:

1- باللغة العربية:

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ج ر : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية.

ص.ص : من الصفحة إلى الصفحة .

2- باللغة الفرنسية: Liste des principales abréviations

RASJEP : revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques.

A.C.C : Algérienne compagnie de Ciments.

CPJI : Cour permanente de la justice internationale.

Op.cit.: L'ouvrage précédemment cité.

P: page.

N°:Numéro.

R. S. S: Rebus Sic Stantibus القوة الملزمة للعقود

P.p :de page a page.

مقدمة

من أهم السمات المميزة للاقتصاد العالمي، تسابق جميع الدول نحو جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك للأهمية القصوى التي تلعبها تلك الاستثمارات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، على اعتبار أنها الوسيلة الرئيسية التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال وإقامة مشاريع اقتصادية وإنتاجية ونقل التكنولوجيا، والمساهمة في رفع مستويات الدخل والمعيشة وخلق المزيد من فرص العمل، وتعزيز قواعد الإنتاج وخلق جو تنافسي بين الدول.

وبالرغم من توسع مجال الاستثمار، إلا أن الفقه لم يتفق حول مفهوم قانوني واحد للاستثمار، حيث تركزت فقط محاولاتهم في تعريف الاستثمار الأجنبي، والذي يعرفه الأستاذ "**تركي نور الدين**" بأنه: « **كل إسهام نقدي أو كيفي يقوم به شخص طبيعي، أو معنوي خاص غير تابع للدولة المضيفة، ويمكن أن يأخذ شكل إما إنشاء مؤسسة جديدة أو الإسهام في رأسمال مؤسسة قائمة كالمؤسسات العمومية المعروضة على الخوصصة**»[1].

و قد انصب اهتمام رجال القانون على الجانب الشكلي للاستثمار فحسب، فمن الناحية العملية يوجد شكلان قانونيان من أشكال الاستثمار هما الاستثمار المباشر وغير المباشر، ويميز في الاستثمار المباشر بين الاستثمار العام والخاص ونحن في دراستنا هذه نركز على الاستثمار الأجنبي الخاص.

ونظرا لتزايد حاجة الدول النامية لرأس المال الأجنبي لتمويل مشاريعها و تحقيق تنميتها الاقتصادية، لجأت هذه الدول إلى اعتماد أداة لتحقيق هذا الهدف، حيث قامت بإبرام عقود الاستثمار مع المستثمر الأجنبي[2]، لأن رأس المال الأجنبي لا ينتقل من بلده الأصلي إلى البلد المضيف، إلاّ إذا وجد مناخ استثماري يحقق له غرضه[3].

وهناك ضمانات أصلية (مباشرة)، وأخرى استثنائية أي ضمانات غير مألوفة في النظام القانوني للاستثمار. وأهم الضمانات الاستثنائية التي يتفق عليها في عقد الاستثمار نجد شرط الثبات التشريعي الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه

---

[1] TERKI Noureddine: « la protection conventionnelle des investissements étrangères en Algérie », RASJEP, n° 2, 2001, p9.

[2] شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، " دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009 ، ص 7.

[3] محمد سارة، الاستثمار الأجنبي، "دراسة حالة أوراسكوم"، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2010، ص2.

مع الشركة الأجنبية[4]، لأن المستثمرين الأجانب يبحثون عن الاستقرار لاستثماراتهم، و هذا ما جعل الكثير من الدول تمنحهم ضمانا بأن العقد لن يتغير، وإنما يبقى ثابتا عند اللحظة التي أبرم فيها.

وغاية هذا الشرط تتمثل في تجميد دور الدولة في سلطتها القاعدية في التشريع، ويكون هذا التشريع هو التشريع الخاص أو تنظيم العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها أجنبي.

وإن تفعيل هذا الشرط يأتي من اتفاقية ثنائية أو إقليمية ترقي إلى مستوى التشريع، وتكون معها سلطات الدولة المتفاوضة محل تقييد، وتغل يد الدولة من إصدار أية لائحة أو تشريع من شأنه التأثير على العلاقة العقدية[5].

إلاّ أنّ عقود الاستثمار تثير العديد من المشاكل القانونية على المستوى الداخلي والدولي، باعتبار أن هذه العقود تبرم بين طرفين غير متساويين، حيث أن الدولة تعد شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يتمتع بالمزايا التي يوفرها هذا القانون، في حين أن الطرف الخاص الأجنبي يعد شخصا خاصا يخضع للقانون الداخلي، وهذا كله من شأنه أن يؤدي إلى تضارب مصالح الطرفين، فالدولة باعتبارها شخصا سياديا تتمتع بمزايا لا يتمتع بها الطرف الأجنبي المتعاقد معها، ويتجلى ذلك في ممارستها لمظاهر السلطة العامة لتحقيق مصلحة شعبها وتحقيق المنفعة العامة. كما يظهر ذلك من خلال اتخاذها لإجراءات انفرادية لتعديل عقد الاستثمار أو إنهائه، وكذلك اتخاذ إجراء نزع الملكية والصور المشابهة لهما شريطة أن تتقيد الدولة ببعض الشروط المتضمنة في القانون الدولي وأن تحترم المبادئ العامة للقانون، كما تلتزم بتعويض الطرف الأجنبي المتضرر من جراء تعسفها أثناء القيام بتصرفاتها[6].

وفي حالة إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية بصدور تصرف غير مشروع في إطار ممارستها لسلطاتها السيادية، من خلال القيام بإجراء الرقابة والإشراف على الاستثمارات الأجنبية بهدف تحقيق منفعتها، تتحمل الدولة هنا المسؤولية جراء أعمالها غير المشروعة، وذلك من خلال قيام مسؤوليتها الدولية.

وعليه فإن موضوع البحث يطرح مشكلة أساسية تتمثل في: **مدى إمكانية الدولة في تمسكها بالتشريع المعمول به وقت إبرام العقد مع المستثمر الأجنبي، وما مدى حقها في تعديل وإنهاء العقد؟**

---

[4]غسان عبيد محمد المعموري:"شروط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول،العدد الثاني ،جامعة كربلاء، 2009،ص 172.

[5] المرجع نفسه،ص172.

[6]شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق،ص.ص9- 10.

وقد اعتمدنا في دراستنا على منهج علمي تحليلي، القائم على العرض والتحليل، فقد قمنا بتحليل التشريع الجزائري الحالي الذي جاء لصالح المستثمر الأجنبي.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في تبيان دور شرط الثبات التشريعي في الحفاظ على استقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة.

وللإجابة على هذه التساؤلات وغيرها قمنا بتقسيم خطة موضوعنا إلى فصلين أساسيين، حيث خصصنا الفصل الأول للإطار القانوني لشرط الثبات التشريعي في الجزائر، أما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه إلى حدود حق الدولة في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار.

الفصل الأول

الإطار القانوني لشرط الثبات التشريعي في الجزائر

إن الميزة الخاصة لعقود الدولة في نطاق الاستثمارات جعلتها مصدر مواجهة بين الدولة والمستثمر الأجنبي الذي يظل يبحث عن ضمان حقوقه ضد مختلف الأخطار، الأمر الذي يتطلب تطبيق المساواة بين مصالح كلا الطرفين و باعتبار الدولة صاحبة سيادة وتتمتع بامتيازات استثنائية ، يعتبر قبولها للاستثمار الأجنبي دليلا على ممارستها لعمل من أعمال السلطة العامة، بوصفها صاحبة سيادة على الإقليم الذي يتم فيه تنفيذ المشروع الاستثماري.

وللدولة كامل الاستقلالية في تعديل تشريعاتها الداخلية بشكل انفرادي وذلك تحقيقا لمصالحها وأهدافها، ولكن من ناحية أخرى فإن المستثمر يحرص دائما على ضمان مستقبل استثماراته بالاتفاق مع الدولة المضيفة على مجموعة من الشروط التعاقدية و تمنح له هذه الأخيرة (الدولة) أكبر قدر من المزايا والضمانات طوال مدة قيامه بمشروعه الاستثماري، فيصبح المستثمر الأجنبي متمتعا بحماية قانونية شاملة وكل هذا من شأنه أن يؤدي إلى توسيع مركزه القانوني[7].

ويعتبر التقدم الاقتصادي والتكنولوجي من الانشغالات الأساسية للبلدان السائرة في طريق النمو، ولتحقيق هذا الهدف عملت هذه البلدان اللجوء إلى الاستثمارات الأجنبية، وأيضا عملت على إدراج بعض الشروط الخاصة في عقود الاستثمار، ومن هذه الشروط نجد شرط الاستقرار أو الثبات التشريعي، ويكون هذا الشرط قيدا على الدولة المضيفة للاستثمارات، وذلك بتجميد القانون واجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه[8].

إذن سنحاول في هذا الفصل دراسة تكييف شرط الثبات التشريعي في المبحث الأول ثم سنتناول تحديد مدى فعالية شرط الثبات التشريعي وعلاقته بغيره من الشروط الأخرى في المبحث الثاني.

---

[7] إقلولي محمد:"شروط الاستقرار المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، جانفي 2006، ص.ص 94- 95.

[8] طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص2.

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي.

لقد حاول الفقه إعطاء تكييف قانوني لشرط الثبات التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية، وأقامه على عدة مرتكزات، ولقد استمد هذا المبدأ من تجربة المؤسسات العمومية في مجال العقود الدولية أين كانت تدرج بنود الاستقرار في العقود المبرمة بينها و بين الشركات الأجنبية[9].

ومن أجل تحقيق استقرار في النصوص العقدية و نظرا للعلاقة الموجودة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمارات، منح المستثمر الأجنبي التزاما على الدولة في التقليص من صلاحياتها في ممارسة اختصاصاتها التشريعية والتنظيمية، ويتمثل هذا الالتزام في عدم تغيير وتعديل النظام القانوني الساري المفعول لحظة إبرام العقد ويكون هذا الالتزام في صلب العقد[10].

و لمعرفة شرط الثبات التشريعي لابد من التطرق إلى التكييف الفقهي له (مطلب الأول)، وكذا التكييف العملي لشرط الثبات التشريعي (مطلب الثاني).

المطلب الأول: التكييف الفقهي لشرط الثبات التشريعي

يتمثل دور شرط الثبات التشريعي في تجميد التشريع المعمول به وعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد، وتتعهد الدولة بمقتضى هذا الشرط بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من المزايا الاستثنائية بصفتها صاحبة سيادة على إقليمها وبمقتضى هذا الشرط سيكون للمستثمر نوع من الحصانة[11]من خلال تحديد شرط الثبات التشريعي (الفرع الأول) وكذا تحديد المرتكزات التي يقوم عليها شرط الثبات التشريعي (الفرع الثاني) ثم تحديد موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تحديد شرط الثبات التشريعي.

يهدف شرط الثبات التشريعي إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وكطرف في العقد، وتتعهد الدولة بمقتضى هذا الشرط بعدم تعديل أو تغيير القانون واجب التطبيق على العقد أي الالتزام

---

[9] بسعي توفيق، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، "دراسة قانونية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص31.

[10] إقلولي محمد،المرجع السابق،ص87.

[11] شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص77.

بشرط الثبات التشريعي (أولا)، ثم الأنواع التي يتخذها شرط الثبات التشريعي (ثانيا)، وكذا مبررات شرط الثبات التشريعي (ثالثا).

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي.

يقصد بشرط الثبات التشريعي clause de la stabilité législative تجميد القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الزمان و إبقائه على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد[12]، خاصة في مجال عقود الاستثمار و التنمية المحلية[13].

يهدف شرط الثبات التشريعي إلى الضمان ضد المخاطر التشريعية والمتمثلة في الإضرار بمصلحة المتعامل المتعاقد الأجنبي، ولتفادي هذا الضرر كرس قانون الاستثمار شرط الثبات التشريعي في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم93-12 المتعلق بترقية الاستثمار[14] والتي نصت على أنه:

" **لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم،إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**".

يتبين أن هذا المبدأ الذي استمد من تجربة المؤسسات العمومية في مجال العقود الدولية يهدف إلى التقليص من صلاحيات الدولة في مجال التشريع المتعلق بالاستثمارات، بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد التعديلات اللاحقة له[15].

يؤدي تغيير الدولة لبنود التشريع في بعض الحالات إلى الإضرار بالطرف الأجنبي والمساس بأهدافه ومصالحه ويؤدي أيضا إلى الإخلال بالتوازن العقدي بينها وبين الطرف الأجنبي، لذلك يسهر هذا الأخير على المطالبة بعدم تغيير التشريع الساري وقت إبرام عقد الاستثمار، وتستجيب السلطة المختصة لهذا الطلب بتعهدها بعدم تغيير أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة بصفتها صاحبة السيادة[16].

---

[12] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، "تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص140.

[13] إقلولي محمد،المرجع السابق، ص88.

[14] مرسوم تشريعي رقم 93-12، صادر في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، صادر بتاريخ 1993/10/10 الملغى بالأمر 01-03، صادر في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، صادر بتاريخ 2001/08/22.

[15] إدريس مهنان ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص101.

[16] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص79.

ويعرف أيضا بأنه وسيلة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع من ناحية تغيير مضمون العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية، لكن لا يجردها منها.

ويعرفه أيضا بعض الفقهاء بأنه ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت، وذلك بالتزام الدولة بعدم تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها، وتتعهد بعدم إصدارها تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤثر سلبا بالتوازن الاقتصادي للعقد، ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها[17].

La stabilisation du droit applicable telle qu'elle résulte dans l'article 39 du décret législatif du 5 octobre 1993[18] n'a pas d'autre sens que de permettre à un investisseur savoir la possibilité de continuer à être régie par le droit en vigueur au moment de son établissement, en dépit de la modification ou de l'abrogation de cette législation[19].

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

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في العبارة الأخيرة من المادة 39 من المرسوم التشريعي السالف الذكر[20]، ويهدف هذا المبدأ إلى تطبيق القانون الأصلح للمستثمر[21]، وإن حق الأطراف في تثبيت القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الزمان يستمد من قاعدة القانون الدولي الخاص، حيث منحت هذه الأخيرة للأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، ولأنه باختيار الأفراد للقانون بأنفسهم يحقق لهم الأمن والحماية القانونية و أيضا تهربا من عدم الاستقرار التشريعي[22].

---

[17] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص172.

[18] أنظر المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[19] TERKI Nourddine, op- cit , p 20.

[20] أنظر المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

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

[22] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.ص 322-323.

كما أن شرط الثبات التشريعي قد يمس بصورة خاصة القانون الجبائي وكذا الجمركي والمالي وحتى المجال الاجتماعي، ويعتبر هذا كحصانة إضافية تتيح للمستثمر الأجنبي العمل على أرضية قانونية صحيحة و ثابتة[23].

ثانيا: الأنواع التي يتخذها شرط الثبات التشريعي.

على نحو ما أشرنا سابقا فإن شرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي،وينقسم شرط الثبات التشريعي عادة إلى قسمين أساسيين ويتمثلان في: شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي وكذا شرط الثبات التشريعي.

أ- شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي: Les clauses conventionnelles

هو الشرط الذي يتفق عليه كل من الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها عند إبرام عقد الاستثمار بحيث يشير هذا الشرط على أن القانون واجب التطبيق في حالة إثارة نزاع بينهما هو القانون المتفق عليه بأحكامه المطبقة وقت إبرام العقد محل النزاع بشرط أن تستبعد أي تعديل أو تغيير في هذا العقد. ويستند هذا الشرط إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة وتنص على منح المتعامل المتعاقد الأجنبي جميع الضمانات الاستثنائية الواردة في هذا القانون[24].

ويهدف شرط الثبات الإتفاقي أو التعاقدي إلى تثبيت القانون المتفق عليه بأحكامه وقواعده التي كانت مطبقة وقت إبرام العقد، حتى في حالة حدوث منازعة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ على هذا العقد[25].

وبالتالي فبموجب هذا الشرط لا يمكن للدولة أن تتهرب منه،إلا بعد نهاية مدة العقد، وإذا لم توفي بالتزاماتها ترتب على ذلك قيام مسؤوليتها، كما أن هذا الشرط يلزم المستثمر الأجنبي حتى ولو كان القانون الجديد أصلح له، وبالتالي فهذا الشرط ملزم لكلا الطرفين[26].

---

[23] يوسفي محمد:"مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93- 12 المتعلق بترقية الاستمارات"، مجلة الإدارة، مجلد التاسع، العدد الثاني، الجزائر، 1999، ص.ص 93-95.

[24] شنتوفي عبد الحميد،المرجع السابق، ص94.

[25] غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص137.

[26] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص81.

وكمثال على هذا الشرط ما نصت عليه المادة 1/16 من الاتفاق المبرم سنة 1977بين جمهورية مالي وشركة Générale des matières nucléaires التابعة لجمهورية فرنسا أنه: " **تتعهد الحكومة على أن تضمن طوال مدة العقد بتمتع الشركة بثبات الظروف العامة والقانونية والاقتصادية والمالية التي ستعمل الشركة في ظلها. وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجه خاص**".

وأيضا ما نصت عليه المادة 19 من العقد المبرم بين الغابون والشركة الفرنسية لمناجم اليورانيوم، بأن تتعهد جمهورية الغابون بأن تضمن لصالح هذه الشركة الاستفادة من القواعد السابقة استثناء إذا طلبت هذه الشركة التمسك والعمل بالقواعد الجديدة.

وكذلك ما ورد في العقد المبرم بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية عام 1978، إذ يقضي بأن القانون واجب التطبيق على العقد هو القانون المطبق وقت توقيع العقد، ويفصل في النزاع المتولد عنه على أساس العدالة والتشريع التونسي المعمول به وقت الاتفاق[27].

ولا يتسع لنا المجال لذكر جميع الأمثلة كونها كثيرة و متعددة.

ب- شرط الثبات التشريعي:Les clauses législatives

هو ذلك الشرط الذي يرد في النص التشريعي للدولة حيث يتضمن هذا الشرط تقييد سلطة الدولة على عدم تطبيقها للتشريعات اللاحقة على العقد إلا تلك التي كانت وقت إبرام العقد ويؤدي كل هذا إلى استبعاد تطبيق القانون الجديد[28].

ويشكل شرط الثبات التشريعي أكبر حماية للطرف الأجنبي ضد احتمال أي تعديل أو إلغاء للقانون الذي يحكم الاستثمار، ولكن ما يمكن أن ينقص ويقلل من دور هذا الأخير هو أن الدولة تحتفظ بحقها وسلطتها بالانفراد في تعديل القانون في أي وقت، وقد تدارك القانون هذا الأمر وذلك في المادة 29 من الأمر01-03[29]المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "**يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير لتشجيع الاستثمارات وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة وبالشروط التي منحت على أساسها**"،و يفهم من هذه

---

[27]غسان علي علي، المرجع السابق، ص138.

[28] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص138.

[29]أمر رقم 01- 03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدل ومتمم .

المادة أنه عند إلغاء القانون تبقى الاستثمارات التي أنجزت قبل إلغائه مستفيدة بالمزايا التي كانت موجودة سلفا، وإذا كانت للمستثمر مصلحة في تطبيق القانون الجديد فيطبق بذلك القانون الأصلح له، وهذا ما ورد في نص المادة 15 من الأمر السالف الذكر بنصها "**إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة.**"[30].

وما يجدر ذكره في هذا الصدد أن معظم البلدان النامية أدرجت في عقود الاستثمار التي أبرمتها مع الشركات الأجنبية بنود تثبيت التشريعات الاقتصادية، والهدف من ذلك هو تفادي المساس بسلامة هذه العقود و ضمان استمرار سريان الإطار القانوني الذي اتخذ وفقا له الالتزامات التعاقدية[31] .

ونجد بعض القوانين المنظمة للاستثمار قد تطرقت إلى شرط الثبات التشريعي، ونذكر منها قانون البترول الليبي رقم 25 الصادر في 20 نوفمبر 1955 ونصت المادة 24 منه على عدم سريانها على الامتيازات البترولية التي جرى العقد بها قبل العمل بهذا القانون.

كما أخذ بهذا الشرط قانون البترول الإيراني الصادر سنة 1957 والذي نص فيه أن أي تغيير في القانون يخالف الشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد من العقود، والتي تتحدد بالنظر إلى وقت إبرامه أو عند تجديده، لا تطبق على ذلك العقد خلال مدته الأولى ولا عند تجديده[32].

ثالثا:مبررات شرط الثبات التشريعي.

لا بد و أن الهدف من تثبيت القانون واجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد هو استقرار الرابطة التعاقدية وحفظ رغبات الأطراف،لأنه قد تؤدي القواعد الجديدة التي تطرأ على قانون العقد إلى قلب التوازن التعاقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يضر بالطرف الآخر، وهذا ما يجعل هذا الشرط له مبررات ومرتكزات على اعتبارها أنها مجرد امتداد لإرادة الأطراف ، وإنها تؤدي إلى الانتقال من الإطار القانوني إلى الإطار العقدي.

أ- شرط الثبات التشريعي امتداد لإرادة الأطراف.

إن تجميد القانون الذي يحكم العقد عند إبرامه يتطابق مع قاعدة تنازع القوانين في العقود الدولية، فأساس تلك القاعدة أن تطبيق ذلك القانون يجد أساسه مباشرة من إرادة الأطراف، فالقانون واجب

---

[30] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص79.

[31] محمد يوسفي، المرجع السابق، ص95.

[32] غسان علي علي، المرجع السابق ، ص139.

التطبيق هو ذلك الذي يرغب فيه أطراف العقد، ويعد أي تطبيق لقانون غير متفق عليه بين الأطراف و لم تتجه إليه نيتهم غير مقبول ووجب استبعاده.

كما أن قانون العقود الدولية الخاصة يشير إلى أن الأطراف هم بذاتهم الذين يختارون القانون الذي يحكم عقدهم، وهذا الاتفاق يلزم تطبيق قواعد هذا القانون على كل النزاعات الناشئة بين الأطراف حتى ولو طرأ على هذا القانون تعديلات تشريعية وقت النظر في النزاع[33]، ويصبح التعديل اللاحق للقانون واجب التطبيق حتى ولو كان رجعيا ليس له صفة لكي يفرض على المتعاقدين، لأن اختيارهم قد تم هذه المرة ليس طبقا لاختصاص مجرد لذلك القانون و إنما طبقا لمضمونه الملموس كما كان موجودا لحظة اتفاقهم.

و يؤدي شرط التجميد الزمني لقانون العقد في لحظة إبرامه إلى نتيجتين:

الأولى أنه يفقد طبيعته في النظام الدولي كما حددها القانون الداخلي ويصبح اختصاصه ذات طابع اختياري، وفي ذات السياق يرى الأستاذ "**باتيفول**" أن الاعتراف للأطراف بسلطة اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم يؤدي إلى أن الأطراف يكونون أحرارا في عدم اختيار قانون إلا تحت شرط، لاسيما استبعاد كل حكم جديد سوف يصدر ويؤثر على العقود السارية.

أما الثانية يصبح العقد كأنه غير خاضع لأي قانون، أي طليق من سلطان القانون، وذلك على الأقل ابتداء من وقت حدوث تعديل في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق عليه[34].

ب- شرط الثبات التشريعي انتقال من الإطار القانوني إلى الإطار العقدي.

يقصد بهذا المفهوم أن الأحكام التي طرأت على العقد بعد اختياره من طرف الأطراف لا تسري على العقد، لأن ذلك القانون قد فقد صفته باعتباره قانونا معبرا عن إرادة المشرع، وأصبح مجرد شرط تعاقدي، فكأن هنا شرط الثبات التشريعي قد غير من طبيعة القانون المختار وأفقده صفته كقاعدة قانونية، وجعله مجرد شرط تعاقدي[35].

---

[33] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، "المعوقات و الضمانات القانونية"، مركز الدراسات العربية، بيروت، 2006، ص24.

[34] عدلي محمد عبد الكريم:"تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة"، ص 5، مقال منشور في موقع :

http : www. Search.ask.com/Web?q شرط + التشريع + الاستقرار

etapu-dbn= et apu-dtid-1 bnd 406^yy^ dz et atb= sisyd % 3d 40.

[35] دريد محمود السامرائي،المرجع السابق، ص244.

ويرى بعض الفقهاء أن الأطراف المتعاقدة نظرا لما يمتازون به من حرية واستقلال الإرادة، لهم الحق أن يضمنوا في اتفاقهم القواعد الملائمة والمنظمة لعلاقتهم، وأيضا يمكن لهم الاقتباس من القانون الوطني وذلك إما عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني هذه القواعد[36].

وفي هذا المعنى يقول أحد الفقهاء أن:« **العقد الدولي يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف...و هنا يندمج هذا القانون في العقد**»و بتعبير آخر فإن كل شيء يتم حينئذ كما لو أن المتعاقدين، داخل إطار استقلال إرادتهم قد أدمجوا في اتفاقهم عددا معينا من القواعد المستعارة من التشريع الوطني... وغير ذي أهمية كون هذا الاندماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني القواعد المقصودة[37].

الفرع الثاني: تطبيقات شرط الثبات التشريعي.

كما أشرنا سابقا فإن الأطراف هم الذين يختارون القانون الذي يحكم العقد، و نظرا لأهمية شرط الثبات التشريعي بالنسبة للمستثمرين الأجانب فلقد أثبتت الدراسات بأن هذا الشرط أصبح من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار، وأصبح أيضا من بين أحد الانشغالات الأولى للمستثمرين وهذا من حيث أهميته ودوره في جلب الاستثمارات الأجنبية (أولا)، و كذا من حيث مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي (ثانيا).

أولا: دور شرط الثبات التشريعي في جلب الاستثمارات الأجنبية.

يهدف شرط الثبات التشريعي إلى استبعاد تطبيق النصوص التشريعية الجديدة على العقد المبرم، باعتبار الشركات الأجنبية (المستثمر الأجنبي) تفضل العمل في إطار قانوني منظم وثابت ولهذا ترغب الشركات الأجنبية في الحصول على تثبيت النظام القانوني، كما أن هذا الشرط يهدف إلى تجميد الأحكام التشريعية للدولة المضيفة في تاريخ إبرام العقد وإعاقة أي تعديل انفرادي للعقد من طرفها.

وبالتالي فإن هذا الشرط يدعم وضعية المستثمر، كما أن له أهمية حتى في حالة إخلال الدولة بالعقد، إذ من خلال هذا الشرط يمكن معرفة مدى مشروعية التصرف وتقدير التعويض الملائم له، حيث أنه في دعوى(Texaco) قرر المحكم أنه يحق للمستثمر أن يتم تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه.وفي قرار آخر تم الحكم للمستثمر بالتعويض وذلك بالرجوع لهذا الشرط، إذن فهذا الشرط يدعم

---

[36] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 323.

[37] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص6.

النظرية الفقهية التي تتضمن عدم جواز المساس بالعقد، وللتعاقد على هذا الشرط يتم النظر في الحالات التالية:

– الحالة الأولى: ويتم فيها الامتناع عن إصدار نصوص تمس بحقوق المستثمر حيث أن الدولة لا تبطل العقد عن طريق التشريع أو الإجراءات الإدارية، أو تعدله بمفردها أو من طرف المؤسسة، إلا في حالة اتفاق الدولة و المؤسسة (المستثمر).

– أما في الحالة الثانية: يتم النص فيها على إمكانية تطبيق النصوص الجديدة إذا كانت أصلح للمستثمر الأجنبي كالشرط الذي ينص أنه: « **إن إصدار أي تعديلات لقانون أو تنظيم أو إصدار قانون أو تنظيم جديد، والذي سيطبق على المؤسسة لا يعد خرقا لهذا العقد... في حالة أن هذا القانون أو التنظيم لا يقف عائقا على تطبيق الاتفاق والاتفاقات الملحقة به**».[38] .

والغاية أو الوظيفة التي يؤديها شرط الثبات التشريعي تكمن في:

– شرط الثبات يهدف إلى تجميد القانون واجب التطبيق على العقد: وفي هذه الحالة يكون الهدف من هذا الشرط هو تجميد القانون و تطبيقه كما هو وقت إبرام العقد أو وقت التنفيذ، ويهدف هنا هذا الشرط إلى منع الدولة في استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به لصالحها[39].

– وأيضا شرط الثبات توقف قوة سريان القانون الجديد: وفي هذه الحالة يهدف هذا الشرط إلى استمرار سريان القانون الذي اختاره الأطراف، بالرغم من صدور تشريع جديد بعد استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد، تحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان[40].

ثانيا: مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي.

إن الأطراف لهم أن يوردوا شرط ثبات عام يشمل كافة التشريع، أو خاص يتعلق ببعض النشاطات فقط، كما أنه قد يطبق شرط الثبات بصفة مطلقة عند تعهد الدولة بعدم تطبيق قوانين جديدة على العقد أو بصفة نسبية وذلك عندما تتعهد بعدم تطبيق أي قانون يزيد من أعباء الطرف الأجنبي، وعادة ما يتعلق شرط التجميد التشريعي بقانون الأموال والممتلكات وكذلك بالنظام الضريبي.

---

[38] شوشو عاشور، المرجع السابق،ص.ص87-88.

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

[40] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 110.

أ- شرط ثبات الأموال والممتلكات.

وكمثال على هذا الشرط الاشتراط الذي كان بين جمهورية غانا وشركة أجنبية سنة1962 الذي نص على: « **الإدارة لا تسترجع أو لا تنزع الملكية ولا تسمح باسترجاع أو نزع ملكية الأصول (المنقولة أو غيرها) للمؤسسة المستخدمة في العملية وفقا لنصوص العقد،... ولا أعمال ومشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها أشخاص من المؤسسة...**».[41]

ب- شرط ثبات النظام الضريبي.

بالنسبة لهذا الشرط فإن الأطراف يتفقون على تطبيق قانون الدولة المضيفة المتعلق بالضرائب والرسوم، وقد يطبقون على هذا الاستثمار نظام خاص بالضرائب والرسوم إذا سمح القانون بذلك، ويتم في هاتان الحالتان الاتفاق على استقرار الوظيفة الضريبية مثلا الاشتراط الذي يتضمن: « **إن أي زيادة على ما هو مفروض حاليا، ...كل ضريبة جديدة لا تطبق،... غير أنه إذا كانت الزيادة المذكورة أو الضريبة الجديدة لا بد أن تطبق بصفة عامة ووحيدة الشكل، فإن الأعباء الجديدة يجب أن تتحمل من المقاول...**»

وإضافة إلى هذه الأنواع توجد مجالات أخرى تتعلق بتشريعات العمل، أو بنصوص الاستيراد والتصدير وكذلك تلك التي تتعلق بالقواعد الخاصة بالإعفاءات الجمركية سواء مؤقتة أو نهائية، أو ما يتعلق بالأحكام الخاصة بحرية تحويل الأموال، بحيث يتم فيها الاتفاق على أن تبقى سارية النصوص التي كان يعمل بها وقت الاتفاق[42].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.

لقد أصبح شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة عامة وعقود الاستثمار خاصة، وقد عرفت الجزائر انفتاحا اقتصاديا في المجال الاستثماري، وهذا الشرط ظهر لأول مرة في عقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الإنجليزية في 1933/05/28، وكرس المشرع الجزائري هذا الشرط في مختلف التشريعات التي تنظم موضوع الاستثمار، وعليه فقد تضمنت قوانين الاستثمار في بداية التسعينات هذا الشرط[43]، حيث صدر المرسوم التشريعي 93-12، الذي نص في المادة 39 منه

---

[41] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص88

[42] المرجع نفسه،ص89.

[43] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 96.

على: "**لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[44].

كما جاء الأمر 01-03[45] المتعلق بتطوير الاستثمار ليدرج شرط الثبات كآلية لجلب الاستثمارات الأجنبية، وهذا ما نصت عليه المادة 15 منه "**لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر**".

ويفهم من هذه المادة أن المشرع نص على تثبيت التشريع المتعلق بالاستثمار وتجميد دور الدولة في مجال اختصاصاتها التشريعية، وذلك في سبيل منح حصانات أكثر للمستثمر الأجنبي في الجانب الجبائي والمالي والتي تتميز بالمرونة والبساطة في الجانب الإجرائي[46].

وأيضا قد منح المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي حرية الاختيار بين القانون القديم والجديد، وهذا من خلال منحهم تثبيتا في نظامهم القانوني وأيضا السماح له بالاستفادة من الأحكام التي تحقق له أفضل الأهداف والمزايا.

كما نصت المادة 16 من قانون الاستثمار لطمأنة المستثمرين الأجانب على ما يلي «**لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، و يترتب على المصادرة تعويض عادل و منصف.**".[47]

أما على المستوى لاتفاقي والتعاقدي فقد أدرج شرط الثبات التشريعي في اتفاقيات الاستثمار، حيث تضمنته المادة 6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية للإسمنت A.C.Cوالتي نصت على أنه: "**طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03المؤرخ في 20 أوت فإن المراجعات أو الإلغاءات التي تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية**".[48]

---

[44] أنظر المادة 39 من مرسوم تشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[45] أنظر المادة 15من أمر رقم 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

[46] حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003، ص 29.

[47] أنظر المادة 16من أمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.

[48] اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، مؤرخة في30-10-2003،ج رعدد72،ل13-11-2003.

إضافة إلى كل هذا يتضمن قانون الاستثمار الجزائري في خصوص شرط الثبات التشريعي تعهدات والتزامات صادرة عن الدولة الجزائرية، ومضمونها تشجيع وتحفيز المستثمر الأجنبي للاستثمار في الجزائر، ومنحه حصانات إضافية، وبالتالي يعتبر تعهدا من قبل الدولة تجاه المستثمر في تثبيت النظام القانوني والمالي والاقتصادي للاستثمار محل العقد.[49]

المطلب الثاني: التكييف العملي لشرط الثبات التشريعي

كما أشرنا سابقا فإن شرط الثبات التشريعي أو التجميد القانوني للعقد من حيث الزمان يهدف إلى تحقيق الاستقرار التعاقدي بين الطرفين واستقرار القواعد القانونية التي تحكمهم.

وفي معرض تكييفنا لشرط الثبات التشريعي إسقاطا على الواقع العملي،نجد أن الهدف الأساسي منه لم يتحقق مما تم الاتفاق بشأنه على تقصير شرط الثبات التشريعي في دعم استقرار العقد (الفرع الأول) في حين أن المشرع الجزائري قد كيف هذا الشرط و قيمه من خلال المعالجة التشريعية لشرط الثبات التشريعي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاق على تقصير شرط الثبات في دعم استقرار العقد.

إن تطور العقود الدولية قد أثبتت عدم ملائمة شرط الثبات التشريعي للعقد، لأن العقود قد أصبحت أداة للتعاون بين المتعاقدين ولنمو التجارة الدولية، في حين أن هدفها كان لغزو الأسواق فقط، وأيضا يرى بعض الفقهاء أن وجود هذا الشرط يؤكد الشك في عدم الثقة في نوايا الدولة في تعديل تشريعاتها لقلب التوازن العقدي لصالحها، مما يفسد حسن النية التي يفترض أن تكون بين الطرفين وكما هو معروف فإن مبدأ حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس، كما لو نستهدف من خلال عدم التزامها بالشرط تحقيق غرض عام أو تحقيق مركزا تعاقديا خاصا[50]،كأن تستهدف الدولة بتطبيقها لهذا الشرط الاستفادة من الإمكانيات التي يملكها المستثمر لمساعدتها في تنفيذ مخططاتها التنموية ومشروعاتها[51].

ويرى الأستاذ "**أحمد محيو**" بأن شرط التجميد التشريعي للعقد يبعث الشك وعدم الثقة بين أطرافه، ويؤدي أيضا إلى الاعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعها تحقيقا للمصلحة ولو على حساب المستثمر الأجنبي وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراء التحكيم. ويرى بعض الفقهاء بأن الحكم الذي يمنح لأحد الأطراف بالتخلي عن التزاماته سيؤدي في النهاية إلى حلول رابطة الخضوع

---

[49] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص97.

[50] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 6.

[51] يوسفي محمد، المرجع السابق، ص 96

والتبعية محل الرابطة التعاقدية، ويكون الضحية في هذه الحالة الطرف الضعيف، سواء كان الطرف الأجنبي أو الدولة المضيفة، وكل هذا يؤدي إلى انعدام ترقية المعاملات الاقتصادية الدولية وانعدام المساهمة في التنمية[52].

الفرع الثاني:المعالجة التشريعية لشرط الثبات التشريعي.

يعتبر شرط الثبات التشريعي من بين أهم الضمانات التي تمنحها الدولة الضيفة للمستثمر الأجنبي،خصوصا في المجالات التي تتعلق بصفة كبيرة بالاستثمار الأجنبي، مثل القوانين الخاصة بالضرائب وقانون المؤسسات والصرف وما يتعلق بتحويل الأموال والأرباح والفوائد، غير أنه في بعض الأحيان يؤدي إدراج هذا الشرط في عقود الاستثمار إلى المساس بسيادة الدولة (أولا) وأيضا فعالية القانون الداخلي في حل الجدال حول بنود الثبات التشريعي(ثانيا).

أولا: أساس التجميد مساس بسيادة الدولة.

يرى الفقه الجزائري أن الاتفاق على شرط الثبات التشريعي يعتبر مساسا بسيادة الدولة خاصة إذا كان هذا الشرط مدرجا في عقود الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص، لأنها تظهر هنا كأنها منعدمة الوجود، ذلك أن هذه الشركات لا يمكنها تطبيق سلطة لا تملكها إذ لا يمكن الربط بين هذا الشرط وسيادة الدولة وعمومية القانون[53].

ويرى أحد الأساتذة في هذا الشأن أن شرط الثبات يدرج بصورة متقلبة ومعكرة، وسواء قبلنا به أو تحملنا وجوده فإنه لا جدوى من مناقشة مشروعيته، لأنه يستمد أساسه مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية ومن موازين القوى، وأضاف أيضا الأستاذ إمكانية الحد من نتائج هذا الشرط وذلك بتطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذا الشرط، ولكن في هذه الحالة يجب السهر على بقاء توافق المصالح لأنه إذا تبين نتيجة التعديلات التشريعية أو التنظيمية أن التزامات أحد الأطراف أصبحت مرهقة فإنه يحق للقاضي أن يعيد توازن المصالح المتواجدة[54] وهذا تطبيقا للمادة 107 من ق. م.ج[55].

---

[52] إقلولي محمد،المرجع السابق، ص.ص 117-118.

[53]عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص6.

[54] المرجع نفسه ، ص7.

[55] قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78 لسنة 1975- معدل و متمم إلى غاية القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13-5-2007، ج ر عدد 31، الصادرة، 13-05-2007.

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ "**علي بن شنب**" أن التثبيت يؤدي إلى تعسف في استعمال السلطة لأنه لا يسمح لتنازع القوانين أن تلعب دورها العادي، لأن هذه الأخيرة (تنازع القوانين)هي التي تحدد لوحدها قابلية تطبيق القانون الجديد في العلاقات التعاقدية التجارية، وبالتالي فإن حرية الأطراف مقيدة بمضمون قاعدة التنازع نفسه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 39[56] من المرسوم التشريعي93-12 السالفة الذكر.

ولعل مسألة تثبيت عقود الاستثمار تحقيقا لمنفعة المستثمر الأجنبي، لم تحدد فقط في الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، بل تضمنتها أيضا النصوص الوطنية لتشجيع الاستثمار لتؤكد بشكل عام أن هذا المبدأ قد أصبح عاما وليس بحاجة إلى الاتفاق بشأنه وصار حقا مكفولا لا يضمن مصالح المستثمر الأجنبي المهددة بالتعديل.

وقد تأكد هذا المبدأ في المادة 15 من الأمر 01-03المتعلق بتطوير الاستثمار[57] أن الدولة يمكن أن تقيد نفسها وهي في الحقيقة مرتكزة على سيادتها حتى وإن كانت سيادة ناقصة من أن تحصل على مقابل وهو جلب المستثمرين الأجانب، غير أنه لا ننسى أنه باسم نفس السيادة يمكن للدولة التملص من التزاماتها، فيمكن لدولة إدراج بندا في اتفاقية الاستثمار ينص على تثبيت القانون لحماية المستثمر الأجنبي من الخطر التشريعي وتنجر عنه مسؤولية تعاقدية إذا كان هناك إخلال بهذه الاتفاقية[58].

وقد اختلف الفقه حول شرط الثبات من حيث كيفية الجمع بين مبدأ السيادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، نظرا لأنه في هذا الشرط تتنازل الدولة عن حقها في تغيير قانونها. وحسب وجهة نظر الأستاذ "Weil" يمكن أن يكون صحيحا الأمر الذي يقضي أن الدولة لا تستطيع التخلي عن ممارسة سلطتها السيادية في نظر القانون الوطني لتلك الدولة، ولكن هذه الفكرة غير فاعلة في نظر القانون الدولي، لأن الدولة تستطيع تقليص بعض صلاحياتها عن طريق المعاهدة أو عن طريق العقد[59].

ثانيا: فعالية القانون الداخلي في حل الجدال حول بنود الثبات التشريعي.

إن الإشكالية التي يمكن أن نطرحها في هذا الشأن هي: ما هو الحل الذي يمكن أن يذهب إليه كل من القاضي الجزائري والتحكيم الدولي حول مشروعية بنود شرط الثبات؟

---

[56] أنظر المادة 39 من مرسوم تشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

[57] أنظر المادة 15 من أمر رقم 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق

[58] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص8.

[59] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص93.

ففي التشريع الجزائري إذا طرح نزاع أمام القاضي الجزائري فإنه سيرجع إلى المادة 18 من ق.م.ج أي القانون الذي اختاره الأطراف، وإذا وجد القاضي أن القانون المختص قد ألغي ومع ذلك فإن الأطراف يطالبون بتطبيقه بسبب وجود بند تثبيت في العقد فإنه يجد نفسه أمام أمرين.

– إما أن يطبق القانون المختص والذي أصبح غير موجود بالنسبة له وإذا طبقه فإنه يطبق قواعد مادية.

– أو يطبق القانون الساري المفعول وقت طرح النزاع، وليس القانون المختص وقت توقيع العقد، والقاضي هنا مأمور بتطبيق القانون الساري المفعول وقت طرح النزاع ، إلا أنه إذا أصبحت التزامات الأطراف مرهقة بالنسبة لأحد الأطراف الأخرى فله سلطة النظر في المسألة وهذا ما جاء في نص المادة 107 ق.م.ج[60].

وتفاديا للإشكال الذي قد يطرح أمام القاضي الجزائري، توصل المتعاقد الأجنبي إلى إقناع المتعاقد الجزائري بقبول اختصاص التحكيم الدولي، لأن المحكم لا يأخذ في الاعتبار مسألة التشريع الثابت أو الساري المفعول، إذ أنه لا يفصل في النزاع باسم دولة معينة لأنه ليس ملزم باحترام سلطة محددة أو باحترام نظام قانوني معين.

فالمحكم يحترم نظام قانوني دولي خاص به وليس نظام داخلي ولا دولي، وعلى هذا الأساس فالمحكم يطبق القانون الذي اختاره الأطراف ولا يبالي إذا كان هذا القانون ساري المفعول أو غير ساري المفعول وقت الفصل في النزاع[61].

وأضاف الأستاذ "**إقلولي محمد**" أنه إذا كان القانون الوطني للدولة المضيفة هو النظام القانوني الذي اتخذه العقد كإطار له، فإن هذا القانون هو المختص بتحديد آثار شرط الثبات وهو الذي يحدد نفاذه أم عدم نفاذه.

أما إذا كان العقد يقع في دائرة القانون الدولي فإن مصدر القوة الملزمة لشرط الثبات تكمن في ذلك القانون، فباعتبار أن للدولة بعض الصلاحيات على مستوى القانون الدولي فإن مصدر القوة الملزمة لشرط الثبات تكمن في ذلك القانون، باعتبار أن للدولة بعض الصلاحيات على مستوى القانون الدولي للعقود وتثور هنا مسؤوليتها الدولية عند خرقها لالتزامها الدولي[62]، ويقول في ذلك الأستاذ

---

[60] أنظر المادة 107 من القانون رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[61] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص9.

[62] إقلولي محمد،المرجع السابق، ص119.

"Weil":«**إن عدم احترام الدولة لشرط الثبات يؤدي مباشرة إلى المسؤولية الدولية للدولة تجاه الشخص المتعاقد معها**»[63].

وهناك حالتين فقط يمكن من خلالها استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية واللجوء إلى الصلح والتحكيم الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية و هما:

الحالة الأولى: إذا وجدت هناك اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف والتي صادقت عليها الجزائر، والتي تكون بين الجزائر والمستثمر الأجنبي الذي يحمل جنسية الدولة التي أبرمت معها الاتفاقية، ويجب أن تتضمن إمكانية اللجوء إلى الصلح و التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار.

أما الحالة الثانية: فتتعلق بوجود اتفاق خاص بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، ويجب أن يتضمن شرط الصلح والتحكيم الدولي في حالة قيام النزاع مستقبلي مرتبط بإنجاز الاستثمارات الأجنبية، أو يسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم الخاص بعد نشوء النزاع[64].

[63]WEIL Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique, in Mélanges Rousseau, Ed pedon, Paris 2006, p231

[64] إدريس مهنان، المرجع السابق، 102.

المبحث الثاني: فعالية شرط الثبات التشريعي و تحديد علاقته بغيره من الشروط الأخرى.

يعتبر شرط الثبات التشريعي من المسائل الهامة في عقود الاستثمار، والتي تكون في الغالب ذات أهمية اقتصادية، وقد كانت هذه الأخيرة تعرف بعقود التنمية كونها تتعلق بتنمية البلاد، ويعتبر تغيير الدولة لنظامها السياسي أو الاقتصادي أمرا مؤثرا على العلاقة التعاقدية، خصوصا في ظل التشريعات التي تجيز للدولة تعديل أو فسخ العقد في أي وقت ودون أية مسؤولية تثار بشأنها[65].

وتعتبر فعالية شرط الثبات التشريعي من المفاهيم الأساسية في عقود الاستثمار، لأن الأمر يتعلق بإيجاد الفرق بين ما تتميز به الدولة من سيادة وسلطات تمنحها سلطة التعديل والتغيير، وبين التزاماتها التعاقدية تجاه المستثمر الأجنبي[66].

ولكن الكثير من الفقهاء قد صرحوا بفشل شرط الثبات التشريعي في تحقيق الفعالية وتحقيق مصالح كلا الطرفين، وذلك بتحول وظيفة هذا الشرط إلى تحقيق أهداف مالية واقتصادية، ورأى هذا الفقه أنه بفشل هذا الشرط في تحقيق الاستقرار التعاقدي وزرع الثقة بين أطراف العقد أنه يمكن لشروط أخرى أن تحل مكان هذا الشرط.

ولكن قد أفرزت تطبيقات التحكيم الدولي عدة قضايا تجاوزت فيها الدولة الالتزامات المتفق عليها مما يطرح التساؤل حول فعالية شرط الثبات التشريعي وتقييمه (مطلب الأول)، وكذا علاقة شرط الثبات التشريعي بغيره من الشروط الأخرى (مطلب الثاني).

المطلب الأول: فعالية شرط الثبات التشريعي وتقييمه.

لقد أثار شرط الثبات التشريعي نقاشا واسع النطاق على المستويات الفقهية والقضائية حول مسألة فعاليته وصحته، والتي من جانبها تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وحقها في تعديل الالتزامات الناشئة عن العقد. وهناك من الفقهاء الذين يرون أن شرط الثبات التشريعي هو من الشروط الفعالة والصحيحة في حد ذاته دون أن يقر نظام قانوني آخر هذه الفعالية[67]ويرون أن هذا الشرط قد ساهم في توفير مناخ ملائم للاستثمار، وذلك من خلال عدم إمكانية سريان التعديلات الجديدة في التشريع على القانون واجب التطبيق.

---

[65] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص97.

[66] إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 106.

[67] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.ص 343-344.

ولكن ما يمكن أن نشير إليه في هذا الشأن أن هذه الفعالية هل هي كاملة أم ناقصة؟ لأن الكثير من الفقهاء قد انتقدوا هذا الشرط و وصفوه كأنه عقد بدون قانون، وعليه ستكون دراستنا في هذا الشأن حول فعالية شرط الثبات التشريعي (الفرع الأول)، وأيضا تقييم شرط الثبات التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:فعالية شرط الثبات التشريعي.

كما أشرنا سابقا فإن شرط الثبات التشريعي يدرج عادة في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وتحقق فعالية شرط الثبات التشريعي مزايا استثمارية كبيرة للطرف الأجنبي، وعليه فإن هذا الأخير يعطي أهمية بالغة للنظام القانوني الذي منحته الدولة المستقبلة للاستثمارات، فإذا قبل المستثمر أن يستثمر في دولة ما فإن ذلك راجع للنظام القانوني الذي سيخضع له والذي يتماشى مع مصالحه، وللدولة حدود يجب أن تتقيد بها أثناء قيامها بالتزاماتها التعاقدية، إذا ما كان قانون العقد هو قانون الدولة نفسها أو هو قانون دولي، ولهذا سيكمن مجال دراستنا في مساهمة شرط الثبات التشريعي في توفير مناخ ملائم للاستثمار (أولا)، ثم قيود التزام الدولة بشرط الثبات التشريعي (ثانيا).

أولا:مساهمة شرط الثبات التشريعي في توفير مناخ ملائم للاستثمار.

أن إدراج شرط الثبات التشريعي في العقود الدولية واحترام الدولة المتعاقدة له يعطي نوعا من الطمأنينة و الثقة للشركات الأجنبية ويجعلها تقدم على التعامل معها، ومن شأنها أن تخلق بيئة ملائمة للاستثمار في جميع القطاعات الاقتصادية[68]،ويساهم أيضا شرط الثبات التشريعي في ضمان حقوق المستثمر الأجنبي ومحافظة الدولة على مصالحها و مؤسساتها وسيادتها[69].

وعليه فإن شرط الثبات التشريعي إجراء ضروري ويجب على الدول النامية القيام به إذا ما أرادت جذب الاستثمارات الأجنبية إلى بلدها، كما أن تطور العلاقات الاقتصادية الدولية يستلزم هذا النوع من الإجراءات بين الدول، لان عدم استقرار التشريعات المنظمة للاستثمار يؤثر سلبا على مصالح المستثمر ويولد لديه الإحساس بعدم الثقة والاطمئنان على استثماراته، بسبب كثرة التغييرات التشريعية وعدم استقرارها، الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي في قلق ويؤثر سلبا عليه ويجعله يقرر عدم مواصلة

---

[68]غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 182.

[69]محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، "دراسة حالة أوراسكوم"، بحث لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قسنطينة، 2010، ص 95.

مشروعه الاستثماري، فالثبات التشريعي فضلا عما يوفره من أساس مستقر لتوقعات المستثمر وحساباته، فإنه يعكس الثقة في استقرار وثبات الأوضاع العامة المحيطة بالاستثمار.

وقد أكد بعض الفقهاء أن استقرار الظروف التي جرى في ظلها الاستثمار تساعد على تحقيق توقعات المستثمر، وبالتالي تؤدي إلى نجاح المشروع حسبما خطط له[70].

ومن جهة أخرى يساهم شرط الثبات التشريعي في إقامة التوفيق في العلاقات التعاقدية، حيث لا تسري التعديلات الجديدة في القانون واجب التطبيق، وتطبق الدول هذا الشرط رغبة في تحقيق التنمية الاقتصادية من جهة، ومسايرة التطورات في مختلف المجالات من جهة أخرى، حيث يبقى المستثمر الأجنبي على معرفة بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقته مع الدولة مما يسمح بتحقيق ضمانات للمستثمر وأمن الاستثمار، الذي يبقى خاضعا للشروط التي أنجز فيها[71].

ثانيا:قيود التزام الدولة بشرط الثبات التشريعي.

لقد اختلف الفقه حول مسألة فعالية شرط الثبات التشريعي واعتبر من الأمور الهامة في مجال عقود الدولة، وبالنسبة لهذا الشرط فبمجرد إدراجه في العقد وجب على الدولة احترامه وعدم الإخلال بالتزاماتها التعاقدية، وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، غير أن هذا الالتزام يتوقف على طبيعة القانون الذي يخضع له العقد ويتخذه كإطار له، وهذا النظام القانوني إما أن يكون القانون الوطني أو الداخلي، وسيتضمن هنا حالة خضوع شرط الثبات التشريعي للقانون الداخلي، وكذا حالة خضوعه للقانون الدولي.

أ- حالة خضوع العقد للقانون الداخلي.

يترتب على خضوع العقد للقانون الداخلي التزام على الدولة بعدم استعمال سلطاتها في تغيير أو تعديل العقد المتضمن لشرط الثبات، فالدولة تحافظ على إمكانياتها بتغيير تشريعاتها الوطنية متى لزم الأمر ذلك، شريطة أن هذا التعديل لا يطبق على العقد الذي يحتوي على شرط الثبات التشريعي[72].

---

[70] يوسفي أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، بحث لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، ص.ص68- 69.

[71] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 91.

[72] MEBROUKINE Ali:« Quelques réflexions à propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes », RASJEP, n° 2, 1982, P315.

ولقد تم التأكيد على ذلك في دعوى(Aramco)وهو النزاع الذي قام بين الحكومة السعودية وشركة (Aramco)، حيث أكدت هذه القضية أن الدولة هي التي تعطي الحق للمستثمر الأجنبي وبالتالي يمنع عليها ممارسة سلطاتها وامتيازاتها، وإذا قامت بعمل مناقض لما التزمت به فإن ذلك يعد مخالفة للقانون.

ولقد تم الحكم بالمسؤولية الدولية للدولة في عدة دعاوي معروضة على قضاء التحكيم و مثال ذلك القرار الصادر في قضية (Lecto/Liberia) أين قررت المحكمة أن ليبريا قد أخلت بالتزاماتها، وكذلك في قضية (Sénégalaise/Soabi) وتم النص فيها أنه للدولة استنادا للقانون الذي يحكم العقد لها الحق في فسخه، شريطة تقديم التعويض الكامل.

وفي قضية (Aramco)اعتبر أن سحب العقد وفسخ رخصة الاستثمار هو تصرف باطل لأنه لم يتم التبليغ به، وعليه تم التأكيد أن الدولة إذا تعاقدت بحرية على شرط الثبات لا يعد مساسا بسيادتها وبسلطتها التشريعية والتنظيمية، وفي حالة صدور أية تعديلات قانونية، لا يمكن الاحتجاج بها على الطرف المتعاقد[73] ، وأضاف الأستاذ "**إقلولي محمد**" أنه لا يمكن لهذا الشرط أن يمنع الدولة من ممارسة سلطاتها السيادية وإنما يمنع فقط بعدم استعمال سلطاتها من أجل تعديل العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي، فالدولة بإمكانها تعديل وتغيير تشريعاتها الوطنية متى لزم الأمر ذلك، شرط أن هذا التعديل لا يطبق على العقد الذي يحتوي على شرط الثبات التشريعي[74].

وإذا كان المتعاقد الأجنبي يريد استخدام قانون آخر بحثا عن الأمن، أو أنه يجهل القانون الداخلي للدولة، أو عدم ملائمته له ففي هذه الحالة يكون من الصعب على الدولة إبرام علاقة عقدية لا تخضع لقانونها، وهذا لأسباب تتعلق بسيادتها. لهذا فإن عقود الاستثمار لا تخضع لإطار القانون الدولي بالنظر إلى طرفي العقد، فوجود شخص خاص في هذه العلاقة يجعلها خاضعة للقانون الداخلي و هذا ما أكدته المادة 01/42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965[75]، و التي دافعت عنها الكثير من الدول التي

---

[73] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 98.

[74] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 25.

[75] وقد نصت المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمارعلى:

« Le tribunal statue sur de différents conformément aux règles de droits adoptées par les parties, faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'état contractant partie au différend… ».

ترفض التدخل الأجنبي مهما كانت طبيعته، لأنه من الصعب التوفيق بين السيادة الكاملة، وإخراج العقد من الاختصاص الإقليمي، سواء من حيث القانون واجب التطبيق أو وسيلة تسوية المنازعات.

واستنادا إلى "**مبدأ عدم التدخل**" الوارد في ميثاق الأمم المتحدة أكدت التوصية رقم 2625 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 24 أكتوبر 1970 على:

« … aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économique, politique, ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains ou pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit ».[76]

وقد طرحت مسألة التصرف الذي يترتب عن تعديل شرط الثبات، وقد كانت الإجابة تقضي بالتمييز بين عدة جوانب، فإذا كان الشرط موجود في العقد فإن التعديل ينظر فيه إلى مسألة الأثر الرجعي وإلى مضمون العقد وإلى الإجراء الذي تم به التعديل، إذا كان عن طريق صدور تشريع أو قانون سواء كان عاما أو خاصا بالعقد ذاته، أما إذا كان التعديل عن طريق تنظيم فيكون هنا الحل مختلفا.

وإذا قامت الدولة بالإخلال بالتزاماتها بالثبات و قامت بإصدار قواعد جديدة أو قامت بأعمال تؤثر على العقد، فهنا تثار عدة مسائل تتعلق بالأثر الرجعي، والذي يتطلب بدوره معرفة الإجراءات التي تم بها التعديل إذا كانت تشريعية او تنظيمية أو تعاقدية.

فإذا تم التعديل عن طريق قانون وكان العقد مصادق عليه بقانون، فلا تثار هنا مشكلة التدرج، ويكون بأثر رجعي، وإذا كان القانون في هذه الحالة مخالفا للعقد فلا يمكن التصريح بعدم مشروعيته لأن العقد يأتي في مرتبة أدنى.أما في حالة تعديل العقد عن طريق تنظيم فهنا يكون له قوة على العقد ولا تثار فيه مسألة الرجعية، إذ لا يمكن أن يكون للتنظيم أثر رجعي ليبطل شرط الثبات، وأيضا من المستحيل أن يكون تصرف الإدارة ذو أثر رجعي.أما إذا كان التعديل عن طريق إبرام عقد جديد، فتوافق إرادة الطرفين يكون تصرفا صحيحا[77].

ولإبراز حجية شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار يتم التمييز بين الشرط المبرم مع الدولة، والشرط المبرم مع المؤسسة العمومية.

ففي الشرط المبرم مع الدولة: للوصول إلى القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي يتم الرجوع إلى عدة فرضيات:

---

[76] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.ص25-26.

[77] شوشو عاشور ، المرجع السابق، ص98.

فالفرضية الأولى: تقضي بأن شرط الثبات ذو قيمة ذاتية، ويمنع أي تعديل للعقد ومنه لا يجوز المساس بالعقد إلا في حالة وجود شرط تعديل في العقد يقضي بذلك (شرط الفسخ) أو بالرجوع إلى نظام قانوني ما (القانون الدولي– أو القانون الدولي الاقتصادي)، ويكون هذا الشرط صحيحا في كلتا الحالتين، مثلا فلشرط التحكيم قيمة ذاتية دون الخضوع للقانون الداخلي.

أما الفرضية الثانية: فقد نصت على تفضيل سيادة الدولة وعدم قابليته التنازل عن أموالها عوض تفضيل الإرادة التعاقدية، وبالتالي على الدولة القيام بأي عمل من أجل استرجاع ثرواتها.

أما الفرضية الثالثة: فتتمثل في اقتراح الأستاذ "Weil" الذي يرى أن قيمة هذا الشرط تتحدد بالنظر إلى القواعد القانونية الذي يستمد منها العقد صحته (الداخلي أو الدولي)[78].

أما بالنسبة للشرط المبرم مع المؤسسة التابعة للدولة: ففي عقود الاستثمار قد تكون الدولة هي الطرف أو المؤسسة العمومية التابعة لها، ولقد طرحت عدة تساؤلات حول إمكانية المؤسسة العمومية التذرع بالتصرف الصادر عن الدولة، من أجل عدم قيام الالتزام، وهذا ما تبين في قضية (Jordan investissement limited)في عقد مبرم بين شركة سوفياتية وشركة أجنبية، وعرض نزاع على لجنة التحكيم بتوقف الشركة الأجنبية عن تنفيذ التزاماتها، نتيجة رفض وزير التجارة تقديمها رخصة تصدير، ولقد أقرت لجنة التحكيم بأن المؤسسة تتمتع باستقلالية وتقوم بالنشاط لحسابها، وبالتالي يعتبر تصرف الوزير سببا أجنبيا يجيز لها عدم تنفيذ التزاماتها معتبرة أن هذا يشكل سببا معفيا. وهنا إعمال فكرة القوة القاهرة[79].

ب– حالة خضوع العقد للقانون الدولي.

قد يتفق الأطراف في عقود الاستثمار إلى خضوع هذا الأخير للقانون الدولي والمبادئ العامة، ويرى الأستاذ "Virally" بأن قواعد القانون الدولي التي تطبق على عقود الدولة تشكل نسبة قليلة.وكذلك الأستاذ " weil" الذي لاحظ الغموض في فكرة المبادئ العامة للقانون الدولي وفق مفهوم المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية.

وعلى المستوى الدولي فإن التزام الدولة بهذا الشرط راجع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم الدولة بالالتزام بالاتفاق، وبالرجوع إلى قاعدة (Rebus Sic Stantibus) التي تعني القوة

[78] شوشو عاشور، المرجع السابق ، ص99.

[79] المرجع نفسه، ص100.

الملزمة للعقود فترى هذه القاعدة أن تعديل العقد ممكنا نتيجة تغيير الظروف وظهور ظروف جديدة تبرز هذا استنادا إلى حسن النية ومبدأ العدالة، وبالنتيجة يترتب على هذا ألا يعمل بشرط الثبات التشريعي[80].

ومن جانب آخر يرى الأستاذ "Weil" أن العقود التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية تجد أحكامها في القانون الدولي، كون أن موضوع الاستثمار يندرج في مخطط السياسة الاقتصادية للبلاد، ولهذا وجب إخضاع هذه العقود لأحكام القانون الدولي، إلا أن هذا الرأي قد وجهت له عدة انتقادات منها: اعتبار العقد بأنه اتفاقية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية، وأيضا إظهار فكرة عدم إمكانية الدولة بإصدار تشريعات واستناد هذا الرأي على فكرة التنمية، وهذه الأخيرة غير محددة[81].

إن الدولة التي أبرمت مع المستثمر الأجنبي عقد يحتوي على شرط الثبات لا يعني أنه لا يمكن المساس بالعقد، لأنه لا يوجد مبدأ يقضي بتغليب المصالح الفردية على المصالح العامة، إضافة إلى هذا فعند تدويل عقد الدولة فإن القانون الدولي العام هو الذي يعترف بتغير المعاهدات نظرا لتغير الظروف، كما أن مبدأ عدم جواز المساس بالعقد ترد عليه استثناءات، وبالتالي ينتج عن هذا أنه يمكن للدولة المساس بالعقد، وذلك بتوفر شروط تتمثل في المصلحة العامة وضرورة تقديم تعويض للطرف المتضرر.

وبمعنى آخر فالدولة عند إبرامها لعقد استثمار مع طرف أجنبي و تضمن هذا العقد شرط الثبات فإن هذا لا يمنع الدولة من استعادة سلطاتها، وتقرر بذلك إلغاء ذلك الشرط المتعلق باستقرار قانونها الذي يطبق. وهذا ما أورده الأستاذ" Walde"بقوله: « **إن شرط التجميد لا يعد وسيلة لعزل العقد عن الأنظمة التشريعية الوطنية... إن مثل تلك الشروط لا تقتضي التنازل الضروري عن الحقوق السيادية، إنها مجرد وعود مخصوصة للثبات تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار، وإذا كان الأمر يتعلق بمجرد وعود خاصة فإنه يكون من الطبيعي ألا تستتبع شروط الثبات في هذه الحالة تنازل الدولة المضيفة عن ممارسة اختصاصها التشريعي**»[82].

بمعنى آخر إذا أصبحت التزامات الطرفين مرهقة فإن شرط الثبات لا يعفي من الالتزام بموجب المبادئ العامة للقانون، و بالتالي يتطلب التمييز بين واجب التنفيذ المدعم بشرط الثبات وحق الإعفاء من الالتزام بموجب المبادئ العامة للقانون، وهذا تطبيقا لقاعدة تغير المعاهدات التي تهدف إلى

---

[80] شوشو عاشور، المرجع السابق ، ص 101.

[81] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.ص 128-129.

[82] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص.ص 102-103.

التخفيف من حدة قاعدة القوة الإلزامية للعقود، باعتبار أن هذه الأخيرة (R.S.S) لا يمكن لها أن تنتج آثارها إلا إذا تحت تحفظ مطابقتها لمبدأ ملائمة العقد.

غير أن قيام الدولة بالمساس بالعقد يترتب عليه مسؤولية عقدية ودولية وتلتزم الدولة بذلك بالتعويض للمستثمر الأجنبي، وهذا ما أكده الأستاذ "Weil"بقوله:«**في حالة انتهاك الدولة لشرط الاستقرار فإن هذا يؤدي مباشرة إلى قيام المسؤولية الدولية للدولة اتجاه متعاقديها، وإذا تم القول بالمسؤولية العقدية فإنه لا بد أن يقدم للمستثمر الأجنبي تعويض مناسب**».

غير أنه باتخاذ الدولة لإجراءات تعيق شرط الثبات، فإنه لا يعتبر تصرفها دون فائدة، بحيث يمكن إلزام الدولة بتقديم تعويض، وهذا ما تضمنته الدعوى المرفوعة سنة 1987 أمام محكمة تحكيم خاصة بسويسرا في نزاع حول زيادة الأعباء الجبائية، فرغم وجود شرط ثبات متعلق بمادة الضرائب توصل فيها إلى اختصاص المحاكم التحكيمية في قضايا الضرائب عند وجود شرط الثبات، وتوصل أن المحكم بإمكانه تطبيق التشريع المتعلق بالضرائب استنادا إلى شرط الثبات ليس من شأنه حرمان الدولة من ممارستها لسيادتها في إصدار التشريعات، أو إدخال إجراءات التعديل على القانون القائم، ولكن يتولد على شرط الثبات زيادة أعباء الدولة المضيفة من جهة، ومن جهة أخرى يرتب حقا للمستثمر في التعويض وذلك عملا بأحكام المسؤولية العقدية[83].

الفرع الثاني:تقييم شرط الثبات التشريعي

يعتبر شرط الثبات التشريعي كما وضحنا سالفا من الشروط المألوفة في عقود الدولة، ولقد أظهرت دراسة هذا الشرط أنه رغم المزايا التي يوفرها في منح حصانات وحماية للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، إلا أنه باختلاف الفقه حول التكييف القانوني لهذا الشرط ومدى صحته و فعاليته والآثار القانونية المترتبة عليه، فقد وجهت له عدة انتقادات (أولا)، وأيضا الاقتراحات البديلة لشرط الثبات التشريعي (ثانيا).

أولا: الانتقادات الموجهة لشرط الثبات التشريعي.

لقد انتقد شرط الثبات التشريعي من طرف مجموعة من الفقهاء منهم، الأستاذ "Geiger" الذي قال: «**باعتبار أن مدة هذه المزايا طويلة جدا، فمن الخطأ الاعتقاد أن الحكومات المتعاقبة لا يمكن لها تعديل عقد نص على جزء مهم من سلطاتها الضريبية**». وأيضا الأستاذ " Walde"الذي رأى

[83] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص.ص 103- 104.

أن التطبيق المستمر لشرط الثبات التشريعي يمكن أن يولد انعكاسات سلبية تتمثل في ضعف سلطة الدولة في التفاوض والتي تحاول أن تجذب الاستثمار بكل ثمن[84].

وهناك من اعتبره أنه يرتب آثارا سلبية على عاتق الدولة المضيفة للاستثمارات، لأن هذا الشرط حسب رأيهم يتعارض مع سيادة الدولة من جهة، ويؤدي من جهة أخرى إلى خلق بعض المساوئ السياسية فيها، كما أنه قد يلحق أضرارا بالمصالح الاقتصادية لتلك الدولة، فعدم خضوع استثمار ما للتغيرات التشريعية التي تطرأ على قانون الاستثمار للدولة المضيفة، يحمل في مضمونه معنى التمييز بين الاستثمارات الوافدة، وهذا يؤثر بشكل سلبي على استقطاب رؤوس الأموال الخارجية، إضافة إلى أنه ينتج الشك وعدم الثقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، فهو يفسح المجال للظن أن الدول تعدل تشريعاتها تحقيقا لمصلحتها الخاصة ولو على حساب المستثمر الأجنبي[85].

وكذلك هناك من انتقد هذا الشرط باعتبار تثبيت التشريع الخاص بالاستثمارات، يعني اعتبار هذه الأخيرة أجنبية داخل الوطن و منفصلة عن القانون الاقتصادي الوطني، وبالتالي هذا لا يساعد على رفع معدل اندماج الاقتصاد الوطني مع فكرة ميل المستثمرين الأجانب إلى الاستثمار في النشاطات المربحة فقط، وهناك من وجه انتقادا لهذا الشرط على اعتبار أنه من نتائج هذا الشرط أن يصبح العقد بدون قانون[86] .

وهناك من يرى أنه إذا كان هذا الشرط وسيلة لحماية حقوق المستثمر ومصالحه، فهو كذلك وسيلة للتهرب من القانون واجب التطبيق على العقد والذي يكون في غالب الأحيان قانون الدولة المضيفة وإخضاعه لقانون آخر بهدف تدويله، أما بالنسبة للدولة المضيفة فإن لا زالت تقبل بهذا الشرط بالرغم من تقييدها فإن غايتها في ذلك جذب المزيد من الاستثمارات والاستفادة من رؤوس الأموال والتكنولوجيا الحديثة[87].

كما يعتبر شرط الثبات التشريعي مخالفا للأصول الفنية لحل تنازع القوانين الدولية حيث يوجد في ظله مبدأين، الأول هو حرية اختيار القانون الذي يطبق، والثاني هو إعمال القانون واجب التطبيق، وهذه العملية الأخيرة من اختصاص القاضي، فحسب الأستاذ "Miboyet" فإن إرادة الأطراف تكمن في الاتفاق على القانون، ولا يكون لها أي دور آخر، أي يؤدي هنا هذا الشرط إلى الخلط بين

---

[84] شوشو عاشور، المرجع السابق ، ص 104.

[85] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص246.

[86] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص104.

[87] إقلولي محمد ، المرجع السابق، ص 122.

الاختيار و التطبيق . وهناك أيضا من انتقده باعتباره مخالفا للأصول الفنية لحل تنازع القوانين في الزمان ويعتبرون أن اختيار الأطراف للقانون الأجنبي ثم إدراج شرط الثبات في ذلك القانون يعد تعديا على سيادة الدولة، على اعتبار هذه الأخيرة لها الحق لوحدها في إدراج شرط الثبات في تشريعاتها، لأن الأطراف إذا اختاروا القانون الأجنبي فيجب عليهم احترام هذا القانون، لأن هذا الأخير مختص بتحديد نطاقه الزماني.

ويرى أيضا هذا الاتجاه أن هذا الشرط يتنافى مع قاعدة تنازع القوانين، مما يؤدي إلى الإحالة إلى قانون ما ملزم للأطراف، والذي يمكن لهم استبعاد قوانينه المكملة دون الآمرة، وهناك أيضا من انتقده بالقول أن القضاء إذا كان قد أقر بوجوب استقرار القانون واجب التطبيق فإنه في أحكام أخرى في كل من فرنسا، بلجيكا وألمانيا، نصت على الخضوع للقانون المختار بشكل كامل، وأن العمل بشرط الثبات التشريعي يؤدي إلى عدم تحقق هذا الهدف، كما يؤدي إلى فكرة العقد بدون قانون[88].

ثانيا:الاقتراحات البديلة لشرط الثبات التشريعي.

إلى جانب الفشل وعدم الفعالية التي قال بها بعض الفقهاء حول شرط الثبات التشريعي، فقد نادى البعض الآخر بضرورة تحويل وظيفته من شرط يهدف إلى تثبيت دور الدولة إلى شرط يلعب دورا أفضل لكلا الطرفين، ومن بين هذه الاقتراحات نجد:

– إدراج شرط إعادة التفاوض مكان شرط الثبات: ويهدف هذا الشرط إلى إعادة التفاوض على المسائل التي تحدث، فهي وسيلة سهلة ولينة ولكن في نفس الوقت تعد مصدرا للنزاع في حالة استمرار تغير الظروف، ويؤدي هذا إلى فسخ العقد، ويسمح أيضا هذا الشرط بمراجعة العقد من غير الوصول إلى الفسخ.

ومن بين الفقهاء الذين أيدوا هذا الشرط نجد الأستاذ "Asante"الذي قال:«**أن الأهداف المتضررة من خلال شرط الثبات يمكن بلوغها بشرط إعادة التفاوض التي تعتبر عن ليونة تعاقدية عوض شرط الثبات الذي ينبئ عن تشدد تعاقدي**».ويكون شرط إعادة التفاوض في بعض القوانين كالضرائب، ويتوقف تقادمها من 5 إلى 10 سنوات أو من خلال تغطية الاستثمار.

إذن فالفرق بين شرط الثبات وإعادة التفاوض هو أن هذا الأخير في حالة إبرام عقد لمدة 30 سنة يسمح هذا الشرط بإعادة التفاوض في مدة معينة، مثلا بعد 5 سنوات، وهنا كلا الشرطين يهدفان إلى تحقيق ثبات العقد، ولكن بعد مدة فقط يظهر الفرق حيث أن شرط الثبات مع تغير الظروف يزيد احتمال

[88] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 105.

فسخ العقد وأيضا يتوقع فيه التعديل الانفرادي، وبالتالي يصبح فيه مستقبل التعاقد غير محدد، أما شرط إعادة التفاوض فيظهر فيه احتمال إعادة التفاوض وفق ما اتفق عليه. لكن في حالة وجود شرط الثبات وأمام قاعدة القوة الإلزامية للعقود (R.S.S) التي توجب حسن النية للأطراف أثناء تنفيذ الالتزام، فبالرجوع إلى نص المادة 107[89] من ق.م.ج يتبين أنها قد سمحت بتكييف العقد رغم مخالفته لإرادة الأطراف[90].

أما الاقتراح الثاني فيتمثل في إدراج الشرط الجزائي عوض شرط الثبات التشريعي: حيث أنه في الشرط الجزائي يمكن للأطراف الاتفاق مسبقا على دفع أحدهم مقابلا للطرف الآخر عند عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فهذا الشرط وإن كان في التشريعات القديمة لا يمكن رقابته بمبدأ القوة الإلزامية للعقود فإن القانون المدني استمد من التشريعات الأخرى نظام مراجعة الشرط الجزائي من طرف القاضي، واستبعاد قاعدة عدم تحول العقد[91].

إذن وأمام فشل شرط الثبات التشريعي في أداء وظيفته، والذي يتمتع في نظر البعض بالثبات المطلق، واحتوائه على التأميم وتحول دوره إلى مجرد وظيفة مالية، والتي هي عامل من العوامل المحددة لقيمة التعويض المستحق للطرف الأجنبي، وهي وظيفة يمكن الاستغناء عنها إذا تضمن العقد بدلا من شرط الثبات شروط تحدد قيمة التعويض المناسب لصالح الطرف الأجنبي.

وبالتالي يكون لهذا الشرط دور مهم في جلب الاستثمار وتشجيعه من خلال ضمان التعويض والحصول على الأرباح حتى في فسخ العقد أو عدم إنهاء المشروع، ومنه فما دام لشرط الثبات التشريعي وظيفة مالية، فمن الممكن الوصول إليها من خلال الشرط الجزائي[92].

---

[89] نصت المادة 107 من القانون رقم 75-58 ،يتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو مستلزماته وفقا للقانون و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[90] شوشو عاشور، المرجع السابق،ص.ص105-106.

[91] المرجع نفسه ،ص106.

[92] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص400.

المطلب الثاني: علاقة شرط الثبات بغيره من الشروط الأخرى.

كما أشرنا سابقا فإن شرط الثبات التشريعي يتم إدراجه في العقود التي تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وإنه يترتب عن تحقيق الأثر القانوني الناجم عنه عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة بتعديل العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، أو بتغيير القانون الحاكم للعقد أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك، عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو بالإشارة إلى نظام قانوني يقرر هذا الأثر[93].

لكن العقد يمكن أن يحتوي على غرار هذا الشرط شروط أخرى يكون لها كذلك أثر على العقد، مما يجعلنا نتساءل حول دور شرط الثبات التشريعي وفعاليته مع وجود مسألة التأميم من خلال علاقة شرط الثبات التشريعي بمسألة التأميم (الفرع الأول)، وعلاقة شرط الثبات التشريعي بالقوة القاهرة وإعادة التكييف (الفرع الثاني).

الفرع الأول:علاقة شرط الثبات التشريعي بمسألة التأميم.

يعتبر التأميم من الحقوق السيادية للدولة، وقد اعترف به دوليا باعتباره إجراء تقوم به الدولة، ويعرف أنه تحويل مال معين أو نشاط ما قصد المصلحة العامة إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي.

وقد عرَفه معهد القانون الدولي أنه عملية تتعلق بالسيادة العليا، تمارسه الدولة قصد تغيير مشاريعها الاقتصادية، سواء تغييرا كليا أو جزئيا، بحيث يتوقف القطاع الخاص عن النشاط في مشروعات المجال الاقتصادي والزراعي ذات الأهمية، وتضمَها بذلك الدولة إلى القطاع العام قصد تحقيق المصلحة العامة وليس المصلحة الخاصة[94].

وتقوم الدولة بالتأميم بعد مشاورات مع الطرف الآخر على أن يتم تقديم التعويض، وفي حالة وجود وعد بعدم التأميم من طرف الدولة، ففي هذه الحالة إذا أخلت هذه الأخيرة بالتزامها تترتب عنها مسؤولية عقدية والتي تتمثل في تقديم تعويض عن كل الأضرار الناتجة.

إلا أنه بورود شرط الثبات التشريعي في العقد فإن هذا لا يمنع الدولة بالقيام بالتأميم، وهذا ما تضمنه التحكيم الدولي في دعوى (Aminoil)، كما صرحت هذه الأخيرة أن التأميم حق سيادي معترف به دوليا، وأضافت أيضا بوجوب تفسير شرط الثبات بشكل ضيق لا بصفة واسعة، وأن استبعاد التأميم يتم

---

[93] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص344.

[94] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص.ص112-113.

بالنص عليه في شكل صريح في العقد، أو بتنازل الدولة عنه أثناء ممارستها لسيادتها، ولكن من غير الممكن التصريح بوجود التزام بعدم التأميم نتيجة وجود شرط الثبات[95].

على عكس ما ذهب إليه التحكيم في دعوى (Aminoil) فإنه في دعوى (Texaco) ضد ليبيا منح لهذا الشرط تفسيرا موسعا، حيث يترتب عليه تدويل العقد، وإن الدولة باعتبارها ملتزمة بالتأميم فإن أي مخالفة للعقد يعتبر إجراء غير مشروع منها ولا يمكن الاحتجاج بالقانون الداخلي، واعتبر أيضا التأميم غير مشروع رغم وجود قانون تأميم معترف به في الدولة.غير أنه في حالة ورود شرط الثبات في العقد ونص على التزام الدولة بعدم التأميم وقامت الدولة بالإخلال بالتزاماتها التعاقدية، فهنا يجب عليها تقديم التعويض استنادا إلى القانون الدولي[96].

وعليه نستنتج من خلال دعوى (Aminoil)و(Texaco)عدم استقرار القانون الدولي للعقود في مسألة شرط الثبات التشريعي.

الفرع الثاني:علاقة شرط الثبات بالقوة القاهرة وإعادة التكييف.

يترتب عن تمتع الأطراف في شرط الثبات باختيار القانون واجب التطبيق على العقد إفلات العقد من خضوعه للآثار الناجمة عن التغييرات التشريعية التي قد تطرأ على هذا القانون، إلا أنه أمام إمكانية تغير ظروف العقد بسبب القوة القاهرة وإعادة التكييف والتي تؤدي بدورها إلى هدم العلاقة التي بني عليها شرط الثبات، وعليه نبيَن علاقة شرط الثبات بالقوة القاهرة (أولا)، ثم علاقة شرط الثبات بإعادة التكييف (ثانيا).

أولا: علاقة شرط الثبات بالقوة القاهرة.

القوة القاهرة هي حدث تتوفر فيه شروط عدم التوقع، استحالة الدفع والاستقلال عن إرادة المدين و يؤدي إلى جعل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة.

وإن وجود شرط الثبات في العقد لا يعني عدم جواز المساس به، لأن ظهور بعض الظروف يؤدي إلى ضرورة إعادة النظر في توازن العقد مثل القوة القاهرة التي تؤدي إلى تعليق شرط الثبات التشريعي، سواء كان العقد يخضع للقانون الداخلي أو الدولي، لأن القوة القاهرة معترف بها على المستوى الداخلي والدولي [97].

---

[95] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص107.

[96] المرجع نفسه، ص108.

[97] غسان علي علي، المرجع السابق، ص167.

وبالنسبة لشرط القوة القاهرة التقليدي لا تثار أية مشكلة، ولكن في حالة احتجاج المؤسسات العمومية التابعة للدولة بسبب القوة القاهرة، فهنا إذا قامت الدولة بتصرف يؤدي إلى عرقلة نشاط هذه المؤسسات، فإنه هناك من يرى عدم إمكانية ذلك، باعتبار الدولة مسؤولة عن قراراتها، وهناك من يرى بضرورة البحث في مدى استقلالية نظام المؤسسة عن الدولة ودور الأنشطة التي تمارسها لتطبيق سياسة الدولة للتصريح بوجود قوة قاهرة من عدمه[98].

ثانيا:علاقة شرط الثبات التشريعي بشرط إعادة التكييف.

باعتبار عقود الاستثمار عقودا طويلة المدة، فقد يحدث أن تطرأ ظروف تجعل الأطراف يقومون بتغيير العقد وإعادة تكييفه، و يترتب على هذا تخريب القاعدة التي بني عليها شرط الثبات التشريعي، لهذا يقول الأستاذ "Khan" أن:«**شروط الثبات ذات تطبيق محدود في الحياة اليومية للعقود الدولية، فهي لا تستطيع وحدها تعطيل أو شل فعالية القرارات الجوهرية التي تتطلبها حاجات المجتمع الوطني أو الدولي، ولم يعد من الحقيقي الزعم بأن تلك الشروط تتحد في الهدف مع شروط المراجعة والتكييف، إن هذه الأخيرة سيكتب لها البقاء والحلول محل شروط التجميد الزمني**»[99].

ويتم إعادة تكييف العقد أو فسخه عادة بسبب وجود تغيير في الظروف الاقتصادية، وهذا ما هو وارد في نص المادة 54 من ق.م.ج [100] ،وقد اعترف به على المستوى الدولي والداخلي.

ويستند شرط إعادة التكييف إلى عدة مبادئ منها مبدأ حسن النية ومبدأ تغيير المعاهدات، والذي يعمل به في الاتفاقيات الدولية ، والذي يؤدي إلى إمكانية تعديل الاتفاقية في حالة تغير الظروف وبالتالي في حال القبول بهذه المبادئ والعمل بها فإن هذا يكون له أثر على شرط الثبات التشريعي.

وبالرجوع إلى القانون الداخلي، نجد أنه أشار إلى نظرية عدم التوقع في القانون المدني الجزائري والتي تجيز للقاضي تعديل العقد أثناء تغير الظروف ولكن بتوفر شرط عدم التوقع و شرط العمومية، وأن تؤدي إلى جعل الالتزامات مفرطة، وتعتبر القواعد التي تنظم هذه الحالة قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.

---

[98] شوشو عاشور،المرجع السابق،ص108.

[99]المرجع نفسه ،ص108.

[100]أنظر المادة 54 من القانون رقم 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

وبالتالي بمجرد توفر هذا الشرط يلتزم القاضي بتطبيقه، وعليه في حال اختيار القانون الجزائري ليطبق على العقد فإنه يترتب عليه تطبيق هذه النصوص في حال تغير الظروف، ما يكون له أثر على شرط الثبات أثناء وجوده [101].

في الأخير يمكن القول أن إعادة التكييف يستجيب لمتطلبات العصر، وإنه ضرورة تقتضيها اعتبارات العدالة والقانون، ويساهم في إنشاء توازن تعاقدي جديد، وأيضا تثبيت القوة الإلزامية للعقد على اعتبار أنه بعد تكييف العقد سيصبح أكثر احتراما للعقد، ويضمن تنفيذه.

[101] شوشو عاشور،المرجع السابق، ص.ص108-109.

خاتمة الفصل:

وختاما لهذا الفصل يمكن أن نقول أن شرط الثبات التشريعي الذي هو من أهم الضمانات الاستثنائية التي يتم الاتفاق عليها بمقتضى عقد الاستثمار، قد ساهم في الحد من ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية، وهذا من خلال غل يد الدولة من تعديل العقد والمساس به بإرادتها المنفردة.

وهناك من الفقهاء الذين يرون وجوب تطبيق هذا الشرط، وذلك لعدم المساس بمصالح المستثمر الأجنبي لكي يتمكن من مواصلة تنفيذ العقد دون عناء أو أية خسائر محتملة، هذا من جهة ومن جهة أخرى دور هذا الشرط في ضمان حقوق المستثمر الأجنبي ومحافظة الدولة على مصالحها و سيادتها.

وهناك أيضا من يرى بعدم ضرورة تطبيق هذا الشرط، لأن هذا الأخير قد فشل في أداء وظيفته الأصلية وتحول هذه الوظيفة من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة ومنعها من المساس بالعقد إلى مجرد وظيفة مالية، ويعتبر أنصار هذا الاتجاه أن هذا الشرط يتسم بعدم الاستقرار، لأن أحد أطرافه هو الدولة، وهي كشخص عام ملتزم بتحقيق أهداف سياسية والاقتصادية لمجتمع بأسره وقد يتطلب صالحه العام مساسها بالعقود التي تبرمها مع الغير.

ويستند أنصار هذا الاتجاه كتدعيم لرأيهم في عدم الأخذ بهذا الشرط إلى التفاوت في المراكز القانونية بين كل من الدولة والمستثمر الأجنبي.

إذن فلتفادي مشكلة تضارب المصالح بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، وذلك كون مصلحة الدولة تكمن في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومصلحة المستثمر هي تحقيق أرباحا وافرة، يجب إحداث نوع من التوفيق بين سيادة الدولة في تعديل وإنهاء تشريعاتها التي يتمسك بها المستثمر خدمة لمصلحته الخاصة، وأيضا يجب إحداث نوع من التوازن بين المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي.

الفصل الثانـي

حدود حق الدولة في تعديل وإنـهاء عقد الاستثمار

يمثل الاستثمار الأجنبي رأسمالا خارجيا وافدا إلى الدولة المستقبلة للاستثمار و من ثم فإنه يخضع للقواعد القانونية السارية فيها، لذلك فقد تقوم الدولة المضيفة بإصدار قانون يتضمن نزع الملكية للمصلحة العامة أو مصادرتها، أو بإصدار قانون يتضمن تأميم بعض مشروعاته الاستثمارية.

ولاشك في أنّ مثل هذه الإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة تمثل مظهرا من مظاهر سيادتها، وحقا مشروعا من حقوقها القانونية. وهذا الإجراء قد عرفته كافة الأنظمة منذ القديم بصرف النظر عن العقائد والإيديولوجيات السائدة.[102]

حتى الأفكار الليبرالية التقليدية التي تقوم على تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيا، لم تحل دون الاعتراف للدولة بالقدرة على نزع الملكية الخاصة بالمستثمر الأجنبي أو تأميم مشروعه الاستثماري[103].

غير أن هذه الإجراءات قد تشكل في الوقت ذاته حواجز ومعوقات أمام استقطاب الاستثمار الأجنبي، والتي قد تدفعه إلى الهروب والبحث عن أماكن أخرى ليستثمر فيها[104]، لذلك يجب عدم تطبيق هذه الإجراءات بشكل تعسفي والتي تؤدي إلى الإضرار بمصلحة المستثمر الأجنبي، ويجب أيضا مراعاة قيود وشروط شرعية الاستيلاء على المشروع الاستثماري.

وعليه سنتناول في هذا الفصل حق الدولة في اللجوء إلى التأميم و نزع ملكية المستثمر الأجنبي في المبحث الأول، ثم القيود الواردة على سلطة الدولة في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار في المبحث الثاني.

---

[102] هشام علي صادق،الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، مصر ،2002 ، ص 01.

[103] حسين نوارة، المرجع السابق، ص 89.

[104] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 103.

المبحث الأول:حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي.

باعتبار الدولة المستقبلة للاستثمارات الأجنبية صاحبة سيادة على إقليمها، لها الحق في تأميم أو نزع ملكية المستثمرين الأجانب المتواجدين على إقليمها[105].

وبالرغم من أن إجراء التأميم يعتبر من أعمال السيادة التي تصدرها السلطة العامة بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المؤممة لا تخضع لرقابة القضاء، إلا أن المشرع قد وضع قيودا على حق الدولة في اتخاذ أي إجراء بغرض التأميم أو نزع الملكية ، حيث يفرض القانون في هذه الحالة الاستجابة لمجموعة من الشروط حتى يصبح هذا الإجراء مشروعا[106].

وعليه سنقوم في هذا المبحث بإبراز لجوء الدولة إلى التأميم (مطلب الأول) ثم نزع ملكية المستثمر الأجنبي (مطلب الثاني).

المطلب الأول: لجوء الدولة إلى التأميم.

يعتبر إجراء التأميم من الاختصاصات الإقليمية للدولة وهو إجراء نابع من مظاهر السيادة التي تتمتع بها الدولة على المشاريع الاستثمارية الموجودة في إقليمها، ويعد التأميم من أهم صور التدخل في حقوق الملكية[107] .

وسنتناول في هذا الشأن تعريف التأميم وتحديد القيمة القانونية لقرار التأميم في (الفرع الأول) ثم الصور المختلفة للتأميم(الفرع الثاني) وأخيرا آثار التأميم وموقف المشرع الجزائري منه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التأميم و تحديد القيمة القانونية لقرار التأميم.

كما أشرنا سابقا، فإن التأميم يعتبر مظهرا من المظاهر السيادية للدولة، والذي يؤدي إلى إنهاء الملكية الخاصة التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي، انتقال هذه الملكية إلى الدولة بصفتها التشخيص القانوني للشعب، أما بالنسبة لقرار التأميم فقد اختلف الفقهاء حول تحديد قيمته القانونية، إذن سنتطرق إلى تعريف التأميم(أولا) ثم تحديد القيمة القانونية لقرار التأميم(ثانيا).

---

[105] إقلولي محمد ، المرجع السابق.، ص52..

[106] حسين نوارة، المرجع السابق، ص 94.

[107] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص52.

أولا: تعريف التأميم Nationalisation

يعد التأميم من النظم القانونية الحديثة، وقد ظهر في مطلع القرن العشرين، وذلك نتيجة اهتزاز الأفكار التقليدية المحددة لنطاق حق الدولة في إصدار قرارات أخذ الملكية في نطاق الأموال المتواجدة على إقليمها[108].

وترجع أول تطبيقاته إلى عام 1917 بانهيار مبدأ الملكية الفردية وفقدان هذه الأخيرة لطابعها المطلق في كل من المكسيك وروسيا، وكان ذلك في الواقع مظهرا لتطور عميق في مفهوم الملكية التي انتقلت من طور الحق المقدس المطلق، لتصبح حقا ذو وظيفة اجتماعية.

ويذهب 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 وليس بهدف تحقيق المصلحة الفردية الخاصة**».

وقد 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 الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لتضمنها إلى القطاع العام، وذلك خدمة لمصالح الأمة**»[109].

ويستهدف التأميم مالا معينا أو نشاطا محددا، ليصبح مشروعا مملوكا للمجموعة التي يمكن أن تمثلها الدولة أو البلدية أو الهيئة التعاونية، وذلك بقصد استعمالها الحالي أو المستقبلي لتحقيق مصلحة المجتمع كله. ويعد التأميم وسيلة مهمة لتحقيق غايات عدة، تختلف من بلد إلى آخر باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة في ذلك البلد[110].

ويشكل التأميم أداة للتنمية وهو مبدأ معروف في إطار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويعتبر من التصرفات المعترف بها على المستوى الدولي، ويستند على مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية. ومن الناحية التقنية يساهم التأميم في اكتساب الخبرة الحقيقية لسير الاقتصاد والمؤسسات الإنتاجية[111].

---

[108] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص35.

[109] دريد محمود السامرائي، ا لمرجع السابق، ص .ص111-113.

[110] أكرم الحوارني: « التأميم»، ص2، مقال منشور في موقع: encyclopedia www.arab-ency/index.php?modul=pn et fun Et id= 8035 et vid= sisyd%3d50.

[111] شوشو عاشور، المرجع السابق،ص.ص240-241.

ويعتبر البعض أن التأميم وسيلة ضرورية لبناء النظام الاقتصادي الاشتراكي، ولم يقتصر على كونه إجراءا اقتصاديا فحسب وإنما له طبيعة سياسية واجتماعية وأخلاقية. فهو يساعد على إزالة الفروق بين الطبقات، و به يصبح جميع المواطنين طبقة واحدة ينتفي فيها الاستغلال وتتوزع فيها الفوائد بشكل متطابق مع الحاجات والجهود المبذولة[112].

وتهدف الدولة من وراء التأميم إلى تحقيق أهداف اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية عالية، وذلك بإخراج مجموعة الأموال الموجهة للقيام بنشاط إنتاجي معين من الملكية الخاصة بالمستثمر لتصبح هذه الأموال ملكا لها (الدولة)[113] .

وتجدر الإشارة أن التأميم يتميز بأن محله مشروع في كل الحالات وفقا لمفهومه الاقتصادي، وإن الباعث إلى التأميم هو تحقيق إصلاح في المجال الاقتصادي للدولة المعنية، وبالتالي فالطبيعة القانونية للتأميم أنه مرتبط بالسيادة، باعتباره جزء من أعمال السيادة. والقانون الذي ينظم التأميم هو القانون الداخلي وهو أمر معترف به دوليا، وذلك بشرط أن يتم التأميم وفق شروط ومبادئ قانونية معينة، وألا يكون مخالفا للنظام العام، ويكون التأميم مشروعا بمجرد أن يكون موافقا للقانون الداخلي ويخضع بذلك للسلطة التقديرية للدولة.[114]

ويميز في التأميم بين عدة أنواع، منها الذي يتم عن طريق المصادرة، وهذا الأخير حسب مجلس الدولة الفرنسي ومعظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان واللوائح والقوانين الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، يعد تصرفا غير مشروعا.

وكذلك نجد التأميم المباشر وغير المباشر، ولكل نوع منه آثار خاصة. ويقصد بالتأميم غير المباشر التأميم الذي تدخل الدولة عن طريقه في ممتلكات المستثمر، أما التأميم المباشر فيكون في حالة أخذ ملكية المستثمر الأجنبي عن طريق إصدار قانون أو قرار إداري أو أمر رئاسي.

والتأميم قد يكون شاملا لكل أموال المستثمر الأجنبي أو قد يكون جزئي رغبة في تقليل تكلفة التفويض والحفاظ على التعاون الدولي، وهذا ما اعتمدت عليه الجزائر أثناء قيامها بسياسة التأميم الجزئي، وذلك بإنشائها لمؤسسة سوناطراك التي تملك أكثر من 50% من المشروع المؤمم[115].

---

[112] أكرم الحوارني، المرجع السابق، ص4.
[113] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص23.
[114] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص.ص241-244.
[115] المرجع نفسه ، ص245

ثانيا:تحديد القيمة القانونية لقرار التأميم.

يثور التساؤل بين الفقه والقضاء حول آثار قرارات التأميم المتخذة في دولة معينة، والواقع أن الفقه والقضاء لم يتفقا على تصور معين بهذا الصدد بل انقسموا إلى ثلاث اتجاهات أو آراء، فهناك من يرى أن قرار التأميم دون أي أثر قانوني، ثم قرار التأميم ذو أثر قانوني إقليمي، وكذا قرار التأميم ذو أثر قانوني دولي.

أ- قرار التأميم دون أي أثر قانوني .

يرى بعض الفقهاء أن قرار التأميم لا يرتب أي أثار قانونية سواء من الناحية الإقليمية أو الدولية، وذلك بسبب مخالفته للمبادئ المعترف بها في الدول المتمدنة، وقد تطور هذا الاتجاه في معرض إجراءات التأميم السوفياتية حيث اتخذت الدول الغربية موقفا مناقضا لتلك الإجراءات، واعتبرته تصرفا باطلا من الناحية القانونية ولا يرتب أية آثار قانونية.

وقد سار القضاء في الدول الغربية على نفس الاتجاه، وقد قررت أحكامه أن التأميم يعد خروجا عن النظم القانونية المتواجدة في البلدان المتمدنة، ومن ثم لا يتصور أن يتم بشأنه تنازع القوانين، أو أن تقوم محكمة أجنبية بالاعتداء عليه أو بآثاره القانونية[116].

ومن أهم التطبيقات القضائية لهذا المبدأ هو ما قامت به محكمة السين المدنية في قضية معروضة عليها، و قامت هذه المحكمة بوصف قرارات التأميم أنها:« **عمل من أعمال الاغتصاب والعنف استكملت كافة عناصر جريمة السرقة...**».

ولكن هذا الاتجاه لم يدم طويلا لاسيما بعد اعتراف الدول الغربية بالحكومة السوفيتية، وبالتالي هذا الاعتراف يتناقض مع استبعاد أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة والمتمثل في حقها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي[117] .

ب-قرار التأميم ذو أثر قانوني إقليمي.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قرار التأميم له أثر قانوني إقليمي، أي أن آثاره تنتج فقط في مواجهة الأموال و الأملاك الموجودة داخل إقليم الدولة التي صدر فيها هذا القرار، وقد استند بعضهم إلى «**نظرية القوانين السياسية**» ورأوا أن قرار التأميم هو قرار ذو طبيعة سياسية، وبالتالي لا يمكن أن ينتج

---

[116] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 115.

[117] المرجع نفسه، ص 115.

أية آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى. بينما استند البعض الآخر إلى «**نظرية قرار الدولة** » والتي تقوم على أساس ضرورة الاعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات، باعتبار ذلك واجب قانوني تمليه مقتضيات الحياة الدولية، وهذه القرارات بحكم طبيعتها عاجزة عن ترتيب آثار قانونية تتفق مع أموال موجودة في الخارج.

ولكن الواقع من الأمر أن كلا النظريتين قد ثبت عجزهما في تأصيل فكرة الأثر القانوني السليم لقرار التأميم. فنظرية« **القوانين السياسية**» انتقدت على أساس أنه تقريبا جميع القوانين في حقيقتها قوانين سياسية ما دامت أنها تسعى إلى التوفيق بين الصالح العام والمصالح الخاصة، وبالتالي انتهت هذه النظرية بمناسبة معهد القانون الدولي المنعقد سنة 1954 وذلك عندما رفض هذا الأخير المشروع الذي تقدم به الفقيه "Arminjon" لتقنين الفكرة التي قد نادى بها منذ عام 1940[118]، ونفس الشيء بالنسبة لنظرية« **قرار الدولة**» والتي انتقدت أيضا على اعتبار أن دورها غير قائم على أساس المنطق القانوني السليم، لأن الفقه بعد هذا الحكم استقر على حق القضاء في رقابة قرارات التأميم الأجنبية للتأكد من عدم مخالفتها لقواعد القانون الدولي، وبالتالي يجوز للقاضي رفض الاعتراف بتأميم تم في دولة معينة إذا كان مخالفا لأحكام القانون الدولي، ومن ثم فليس هناك ما يمنع الاعتراف بآثار التأميم خارج حدود الدولة، إذا تأكد للقضاء أن هذا الأخير مطابق لقواعد القانون الدولي[119].

ج- قرار التأميم ذو أثر قانوني دولي.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحق للدولة تأميم الأموال التي توجد خارج حدودها الإقليمية، ويستند رأيهم إلى نظرية« **حصانة ممتلكات وأموال الدول**» المستقرة في القانون الدولي. وهناك أيضا من الفقهاء من يبرر هذا الرأي استنادا إلى« **نظرية الاعتراف بالدولة**» و الذي يشمل الاعتراف بالنظام القانوني للدولة، وكذلك الاعتراف بالتشريعات التي تصدرها هذه الأخيرة.

غير أن الاتجاه المعارض يرى أن كلا النظريتين لا تنسجمان مع المنطلق القانوني السليم، فالنظرية القائمة على« **حصانة ممتلكات وأموال الدول**» انتقدت بالاعتبار أن هذه الحصانة هي حصانة مقيدة، وذلك وفقا للرأي الراجح في الفقه إضافة إلى أن الأعمال التجارية التي تمارسها الدولة لا تتمتع بهذه الحصانة. أما بالنسبة «**لنظرية الاعتراف بالدولة**» فيرى الاتجاه المعارض أن الاعتراف بالدولة لا

---

[118] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق ،ص.ص 116-118.

[119] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 37.

.

يمنح لها الحق في إصدار تشريعات تتنافى مع التزاماتها الدولية والتي تشمل الاعتراف بسيادة الدول الأخرى وسلامة أقاليمها واختصاصها الداخلي و مبدأ المساواة في السيادة[120].

الفرع الثاني: الصور المختلفة للتأميم.

يعتبر التأميم من التصرفات المعترف بها على المستوى الدولي باعتباره يشكل مفتاح التنمية، وأيا كان نوع التأميم وشكله فإنه يشكل عقبة مهمة في طريق تدفق الاستثمار الأجنبي سواء كان هذا التأميم تأميما إيديولوجيا(أولا)، أو تأميم إصلاحيا (ثانيا)، وكذا تأميمات النمو الاقتصادي(ثالثا).

أولا: التأميم الإيديولوجي.

هو ذلك التأميم الموجه ضد مبدأ الملكية الفردية، والذي يقوم على رفض أداء أي تعويض للملاك السابقين، ومثاله ذلك التأميم الذي تم في روسيا وفي دول شرقي أوروبا، وقد أثار هذا النوع من التأميم مشكلات قانونية كثيرة على الصعيد الدولي[121] .

ثانيا: التأميم الإصلاحي.

وهذا التأميم تقوم به الدولة لبعض جوانب النشاط الاقتصادي مع الاحتفاظ بمبدأ الملكية الفردية، وذلك تحقيقا للإصلاح في تلك الدولة[122]،على أن هذا النوع لم يثر أية إشكالية قانونية، ويتضمن على عكس التأميم الإيديولوجي تقديم تعويضا للملاك السابقين عن الأموال المؤممة.

ومثال هذا التأميم التأميمات التي تمت في دول أروبا الغربية كفرنسا، حيث صدرت فيها قوانين ومراسيم متعددة حول النشاطات التجارية المختلفة التي يشملها التأميم[123].

ثالثا: تأميمات النمو الاقتصادي.

هي تلك التأميمات التي تتم في دول العالم الثالث، وذلك استجابة لمقتضيات وطنية وقومية، وتقوم به الدولة لمحاولة إحلال القيم السامية والدوافع الإنسانية. وهذا النوع من التأميم لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية كالتأميم الإيديولوجي كما أنه يتضمن تعويض المالكين السابقين.

ومثاله التأميمات التي تمت في معظم الدول النامية، بمناسبة تحقيق استقلالها السياسي وإعادة الإعمار بعد الحرب، كما هو الحال في مصر والعراق[124].

---

[120] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص.ص119-120 .
[121] المرجع نفسه، ص 113.
[122] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 241.
[123] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص113.
[124] المرجع نفسه، ص.ص 113-114.

الفرع الثالث: آثار التأميم.

بالنظر إلى الأهداف السياسية والاقتصادية التي يحققها التأميم، فقد قامت به العديد من الدول بهدف السيطرة على المصادر الطبيعية والعمل على تسيير الثروات، وبما أن التأميم ينبع ويتأثر بالأوضاع السائدة في الدولة، وعليه قد تظهر اختلافات في أساليب تطبيقه والآثار الناتجة عنه.

يرى أغلب الفقهاء أن التأميم يمكن أن يرتب آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى ومن أهم الآثار التي ينتجها نجد:

فيما يخص آثاره بالنسبة إلى الشخصية القانونية للمشروع المؤمم، فيعد التأميم بمفهومه القانوني ذلك الإجراء الذي يرد على المشروع بوصفه وحدة قانونية متميزة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة، حيث أنه يؤدي إلى انتقال المشروع بذمته المالية وما تتضمنه من حقوق والتزامات إلى الدولة المؤممة.

وتؤدي النصوص الواردة في إجراء التأميم إلى تحديد مصير الشخصية المعنوية الأصلية من حيث بقائها أو انقضائها أو إنشاء شخص قانوني جديد يحل محلها، وتحدد أيضا هذه النصوص مصير فروع المشروع و مكاتبه الموجودة في الخارج[125] .

أما بالنسبة لآثار التأميم بالنسبة إلى الأموال الموجودة في إقليم الدولة وقت التأميم، فإنها تخضع لإجراءات التأميم و آثاره وفقا لقاعدة خضوع المال لقانون موقعه حتى ولو تم نقله إلى الخارج بعد التأميم. ولكن بعض الفقه يرى أن الأموال المؤممة تبقى في نظر القانون الدولي ملكا للمالك الأصلي، وهذا الأخير يمكن أن يستردها بمجرد خروجها من الدولة المؤممة إلى الدول الأخرى، غير أن هذا يتنافى مع المنطق القانوني، لذلك انتقده جانبا كبيرا من الفقه وأنكره القضاء المقارن في أحكامه المختلفة.

أما آثار التأميم بالنسبة للأموال الموجودة خارج إقليم الدولة وقت التأميم فالواقع من الأمر أن قانون التأميم هو قانون ذات تطبيق فوري، ويكون المشرع الذي أصدر هذا القانون هو الذي يحدد نطاق آثاره، والمشرع في استعماله لهذه السلطة قد يضع ما يقيد آثار التأميم في إطار الأموال المتواجدة داخل الدولة أو قد يقر أن التأميم يرد على كل الأموال المملوكة للمشروع المؤمم حتى ولو كانت موجودة في الخارج. وقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على حرية المشرع الوطني في تحديد نطاق آثار التأميم، ومثال ذلك اتفاقية تعويض شركة قناة السويس.

---

[125] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص120.

وتجدر الإشارة أن القضاء المقارن قد استقر على نفس الرأي، أي على إمكانية تطبيق إجراءات التأميم حتى على الأموال المملوكة خارج الدولة وقت اتخاذ تلك الإجراءات، واعتبروا هذه الإجراءات أنها ذات طابع حمائي تتخذها دولة أجنبية صديقة[126].

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من التأميم.

إن حق الدولة في التأميم ونزع الملكية والمصادرة يجد أساسه في قرارات الأمم المتحدة، والتي أشارت في نصوصها أنه ينبغي أن تكون هذه الإجراءات مطابقة لقواعد القانون الدولي، حتى يضفي عليها الشرعية الدولية[127].ولكن رغم هذا فبعض الدول النامية لم تدرج في قوانينها الداخلية أي إشارة إلى التأميم، وذلك تجنبا من حصول رد فعل سلبي من طرف المستثمرين الأجانب[128].

فالمشروع الجزائري قد استعبد إمكانية التأميم، وأشار فقط إلى « **التسخير**» وذلك في المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار بحيث نصت على أنه " **لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع**"، مع ضرورة أن يكون التأميم وفق الشروط التي نص عليها القانون[129].

ونفس الشيء بالنسبة للأمر 01-03[130] المتعلق بتطوير الاستثمار الذي لم ينص فيه المشرع عن التأميم، بل اكتفى بالإشارة إلى ما يسمى « **بالمصادرة الإدارية**» وهذا ما نصت عليه المادة 16 من القانون نفسه. وأيضا لم يحدد دستور 1996 شروط ممارسة الحق في التأميم بل حدد فقط مضمون الملكية العمومية كملك للشعب الجزائري.

وسبب عدم تحديد المشرع الجزائري لموقفه في التأميم في دستور 1996، وكذا تكريسه لمصطلح المصادرة الإدارية في الأمر 01-03 راجع إلى ظروف صدوره وهي انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي وتطبيق نظام اقتصاد السوق[131].

ولكن من جانب آخر يذهب القانون الجزائري إلى إحاطة تأميم المشروعات الأجنبية ببعض الضمانات الإجرائية، كما يهدف هذا القانون إلى عدم الإضرار بمصلحة المستثمر الأجنبي حال تأميم مشروعه الاستثماري، فالقانون الجزائري يستلزم صدور قانون ينص صراحة على حق الدولة في اللجوء

---

[126] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص.ص 121-122.
[127] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 242.
[128] شنتوقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 61.
[129] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 242.
[130] أنظر المادة 16 من أمر رقم 01- 03، المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق.
[131] شنتوقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.ص 162-164.

إلى التأميم، وأن يشتمل هذا القانون على تقدير حق مالك المشروع في التعويض، والدليل على ذلك إصداره لعناصر التعويض بكل تفاصيلها، ويقصد المشرع بذلك تعويض المستثمر عن كل ما يلحقه من ضرر وما يفوت عليه من كسب[132].

ومن أجل توفير الجو المناسب للاستثمارات قامت الجزائر في السنوات الأخيرة بإبرام عدة اتفاقيات ثنائية مع الدول العربية والأجنبية وذلك لتشجيع حماية الاستثمار وترقيته، وقد نصت هذه الاتفاقيات على وجوب الحماية في كل مرة تعمد فيها الجزائر إلى تأميم أملاك المستثمرين الأجانب، لأن هذه الحماية تقتضيها المصلحة العامة[133].

وقد أشار قانون 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها على حق الدولة في القيام بالتأميم في المادة 48 بالنص على أنه: "**إذا استوجبت المصلحة العامة أن تستبعد الدولة الأسهم التي يحوزها الطرف الأجنبي، فإنه يترتب على هذا الإجراء قانونيا وبمقتضى الدستور دفع تعويض عادل ومنصف خلال أجل أقصاه سنة واحدة**"[134].

ويمكن القول في الأخير، أن تأميم أملاك المستثمرين الأجانب هو أمر تستدعيه المصلحة العامة للدولة، غير أن هذا الإجراء يجب أن يكون موافقا لأحكام القانون الداخلي والدولي، إضافة إلى هذا يجب ألا يتم التأميم بشكل تعسفي.[135]

وإذا أبرمت الدولة عقدا مع المستثمر الأجنبي يجب عليها الالتزام بعدم المساس بالعقد، لأن الإخلال به يعد من مظاهر الإخلال بالقانون الدولي وإذا وجد في ذلك العقد شرط ثبات ينص على عدم جواز التأميم، فإن إخلال الدولة بهذا الالتزام يرتب عليها مسؤولية دولية[136].

المطلب الثاني: نزع ملكية المستثمر الأجنبي.

تعتبر مسألة الملكية من المسائل المهمة على المستوى الداخلي والدولي، ولكل دولة ذات سيادة الحق في تنظيم ملكية مستثمريها الأجانب وحيازتها واستثمارها في قطاعات مختلفة داخل إقليمها الوطني.

---

[132] هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، 1988، ص.ص 37-38.
[133] يوسفي أمال ، المرجع السابق، ص76.
[134] قانون رقم 82-13 مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1402، الموافق لـ28 أوت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها، ج ر عدد 35، لسنة 1982.
[135] يوسفي أمال ، المرجع السابق، ص76.
[136] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص248.

وإن التشريعات المختلفة منذ القديم تعترف للدولة بالحق في نزع الملكية، وهذا الإجراء يكون بموجب عمل قانوني يتمثل في إصدار قانون أو قرار أو بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع، أما فيما يتعلق بالوسائل التي يتم بها نزع الملكية فإنه ينظر إلى نتائج العمل الذي ترتب عليه هذا الإجراء[137].

وأيا كان النظام القانوني الذي يتم بمقتضاه نزع الملكية سواء كانت مصادرة أو نزع ملكية للمنفعة العامة، فإنه يمثل في تصورنا عائقا في وجه الاستثمار الأجنبي، حيث أنه يتسبب في حرمانه كلية من استثمار أمواله سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[138].

وإذا كان العرف الدولي قد استقر كما لاحظنا على تخويل الدولة الحق في نزع ملكية المال الأجنبي المتواجد في إقليمها، فليس معنى ذلك أن حق هذه الأخيرة يفلت من أي قيد، إذ تلتزم الدولة بقيامها لهذا الإجراء الالتزام بإتباع إجراءات قانونية تنظمها القوانين الداخلية لهذه الدولة[139] .

وعليه سنبيِّن تعريف نزع الملكية وتحديد صورها(الفرع الأول) ثم القيود المفروضة على نزع ملكية المستثمر الأجنبي(الفرع الثاني) ويليه موقف المشرع الجزائري من إجراء نزع الملكية(الفرع الثالث) ثم نتطرق إلى التفرقة بين التأميم ونزع الملكية(الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف نزع الملكية وتحديد الصور المشابهة لها.

يعتبر إجراء نزع الملكية وسيلة من وسائل استيلاء الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة على المصالح المالية للمستثمر الأجنبي داخل إقليمها، وتهدف الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها من وراء هذا الاستيلاء تحقيق المنفعة العامة لشعبها. ويعد نزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة من أهم صور نزع الملكية وقد عرفته مختلف الأنظمة القانونية.

إذن سنقوم بتعريف نزع الملكية(أولا) ثم تحديد صور نزع الملكية(ثانيا).

أولا: تعريف نزع الملكية.

يقصد بنزع الملكية الإجراء الذي تقوم به الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى سلطاتها العامة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، حيث ينصب هذا الإجراء على العقارات، وتكون أموالا محددة بالذات[140].

---

[137] شوشو عاشور، المرجع السابق ، ص235.
[138] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص104.
[138] المرجع نفسه ،ص104.
[139] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص38.
[140] شنتوفي عبد الحميد،المرجع السابق ،ص56.

ويعرفه البعض الآخر أنه:« **إجراء قانوني تلجأ إليه الدولة و المؤسسات العامة الأخرى لإجبار الخواص على التخلي عن ممتلكاتهم العقارية من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض مناسب** » ويعرف أيضا أنه: «**حرمان مالك عقار من ملكه جبرا لتحقيق المنفعة العامة نضير تعويض عن ما يناله من ضرر**».[141]

والأموال التي تخضع لنزع الملكية تتمثل في العقارات، وغالبا ما يكون عقارا بالطبيعة، سواء كان مملوكا للأفراد أو موضوعا تحت الحراسة، ويشمل كل العقار أو ينصب على جزء منه، ويشمل الأرض والبناء على حد السواء، ويجوز نزع ملكية باطن الأرض دون السطح أو الاثنين معا.

ولا يجوز في جميع الأحوال نزع ملكية الأموال العامة للأشخاص الإدارية اللامركزية كالمحافظات لأن هذه الملكية غير قابلة للتصرف فيها، وإن كان لها تخصص المال العام للمنفعة العامة دون حاجة إلى إجراءات نزع الملكية[142].

ويجوز أن يشمل نزع الملكية عقارا بالتخصيص طالما كان تابعا للعقار الأصلي الذي نزعت ملكيته، غير أنه لا يرد على الحقوق العينية العقارية والتبعية لأنها لا تصلح أن تكون محلا لإجراءات نزع الملكية ويتم إجراء نزع الملكية بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة طبقا لنصوص القانون.

وتجدر الإشارة أن القانون الدولي لم يكتف بالمفهوم الضيق لنزع الملكية، وإنما أدرج صورة أخرى تتمثل في نزع الملكية التدريجي، والذي يقصد به قيام الدولة بإجراءات تؤدي بطريقة تدريجية وغير مباشرة لنفس نتائج نزع الملكية، أو بمفهوم آخر حرمان وفقدان المستثمر لحقوقه الجوهرية أثناء استثماره، وكذلك حرمانه من تحقيق مكاسب متوقعة بسبب التمييز في الضرائب أو تراخيص الاستيراد، وإجباره على تشغيل يد عاملة محلية، وهذا الإجراء الأخير يترتب عنه منازعات بين الدولة المضيفة والمستثمر[143].

ثانيا: تحديد صور نزع الملكية.

على الرغم من تقديس الملكية الفردية ووصفها بأنها حق قانوني واجب الاحترام، فإن التشريعات المختلفة ومنذ القدم تعترف للدولة بالحق في نزع الملكية مقابلا تعويض يقدم للمالك، وأيا كان فإن معظم الفقه يذهب إلى الأخذ بتقسيم ثنائي لصور نزع الملكية، وهي نزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة.

---

[141] «نزع الملكية من أجل المنفعة العامة»، مجلة القانون و العلوم الإدارية، مقال منشور في موقع: www.Bobidi, Blogspot.com

[142] عبد الحميد الشواربي، أسامه عثمان، منازعات الأوقاف و الأحكام و النظام القانوني لأملاك الدولة الخاصة و نزع الملكية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع،الطبعة الثالثة، منشأة المعارف للنشر، مصر، 1997، ص270.

[143] شنتوفي عبد الحميد،المرجع السابق، ص56.

أ- نزع الملكية للمنفعة العامة.

هو إجراء إداري (Acte Administratif) و يقصد به حرمان الشخص من ملكه العقاري لتخصيصه للمنفعة العامة، مقابل تعويضه عن الأضرار الناجمة عن ذلك. فهو إجراء استثنائي يرد على العقار عموما، ولا يجوز اللجوء إليه إلا إذا أجازه القانون وبشرط أن يتم ذلك لتحقيق المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل لمالك العقار.

ويوصف القرار الإداري الذي يتم من خلاله نزع الملكية للمنفعة العامة، بأنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة وحق من حقوقها التي تباشرها في حدود اختصاصها الإقليمي، لذا فهو يسري على المواطنين والأجانب دون تمييز ويتضمن أموالهم ومصالحهم المالية والاقتصادية الموجودة في إقليم الدولة[144].

ويعرفه البعض الآخر أنه إجراء إداري لاكتساب الممتلكات الخاصة ولاسيما العقارية منها. وقد تضمنه الدستور حينما كرس مبدأ التعويض القبلي العادل والمنصف ووضعه موضع المبادئ الدستورية[145] وذلك ما تضمنته المادة 20 من دستور 1989[146].

ويعترف القانون الدولي وكذلك الفقه والقضاء للدولة بالقيام بهذا الإجراء لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية التي تغلب المصالح الخاصة أو الفردية الوطنية والأجنبية. إلا أنه في مثل هذه الحالات يجب أن يدفع للمالك تعويض مناسب طبقا للقواعد المطبقة في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات[147].

ب- المصادرة.

هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو جزء من الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص، وذلك دون أداء أي مقابل، فهذا الإجراء على هذا النحو قد يتخذ عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية، وهذا هو الفرق الموجود بين المصادرة

---

[144] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق ، ص 106.

[145] إدريس مهنان، المرجع السابق، ص 100.

[146] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1989، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري سنة 1989، ج ر عدد 09، الصادرة بتاريخ 01-03-1989.

[147] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 107.

القضائية و المصادرة الإدارية، وفي كلتا الحالتين يجب أن يستند إجراء المصادرة إلى نص قانوني يخول لأي من السلطة القضائية أو الإدارية مثل هذا الإجراء في الحدود المرسومة قانونا[148].

والمصادرة القضائية قد تصدر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية، أو عن المحاكم الاستثنائية لمواجهة ظروف سياسية. أما المصادرة الإدارية فهو إجراء تتخذه السلطة التنفيذية التي لها حق مباشرتها دون اللجوء إلى القضاء طبقا لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به السلطة العامة في تنفيذ قراراتها بالقوة عند اللزوم[149].

ويعرفها البعض الآخر على أنها: « **عبارة عن تصرف تقوم به الدولة للاستحواذ على مشروع استثماري لا يتعلق بمصدر من مصادر الثروة الطبيعية**»، ومن الصور المشابهة لها نجد التجريد الذي يكون بنفس الطريقة دون تقديم تعويض للمستثمر، والاستيلاء الذي يكون من خلال أخذ ممتلكات الأفراد لضرورة معينة تتعلق بأمن الدولة أو الدفاع الوطني مثل الحرب[150].

ولعل الطابع الجزائي للمصادرة هو الذي يميزها عن نزع الملكية للمنفعة العامة، فهذا الطابع يؤدي إلى انتفاء عنصر التعويض كما يمنع من إمكان الاعتراف لها بآثار دولية، فاتخاذ إجراء المصادرة لا يكون إلا في مواجهة شخص أو مجموعة من الأشخاص المحددين بسبب ما اقترفوه من جرائم أو أعمال غير شرعية أو لسبب انتمائهم لاتجاه معين[151].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها للاستيلاء على المشروع الاستثماري.

تعتبر ملكية الأجانب من بين أهم المسائل التي دار حولها الجدل منذ القديم، حيث أنه وإن كان من المعترف به في القانون الدولي على حق الدولة المضيفة في تنظيم ملكية المستثمرين الأجانب على إقليمها، إلا أن إجراء نزع الملكية يعد العائق الأكبر أمام استقطاب رأس المال الأجنبي، إذ أنه قد يؤدي في الواقع إلى تهرب المستثمرين من ممارسة نشاطهم الاستثماري في تلك الدولة حتى وإن كانت هذه الأخيرة توفر أكبر فرص لتحقيق الربح. و عليه يجب على الدولة المستقطبة للاستثمار أن تحترم هذا الإجراء، و يتجلى ذلك عموما بالتزامها بقدر من القيود القانونية على نزع ملكية المستثمر الأجنبي وأهم هذه الشروط هي: شرط المصلحة العامة(أولا) ثم مبدأ عدم التمييز(ثانيا) وكذا مراعاة أحكام القانون(ثالثا) و أخيرا أداء التعويض(رابعا).

---

[148] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 19.

[149] CARREAU Dominique , JULLIARD Patrick, droit international économique, 4ème édition, LGDJ , Paris , 1989 p 523.

[150] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 248.

[151] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص20.

أولا: شرط المصلحة العامة.

كي تتمكن الدولة من اتخاذ الإجراء القانوني للاستيلاء على المشروع الأجنبي يجب أن يهدف هذا الإجراء إلى تحقيق مصلحة عامة بصفة أساسية، أو تحقيق الغرض العام للدولة أو إحدى هيئاتها، أما أن تتخذ الدولة هذا الإجراء إذا كان يقتصر هدفه على تحقيق أهداف خارج مقتضيات المصلحة العامة، فلا يعد هنا عاملا من عوامل اللجوء إلى نزع الملكية، و لا يمكن للدولة أن تتخذ هذا الإجراء كونه يستبعد تحقيق الغرض العام.

إذن سنبين تعريف المصلحة العامة، ثم موقف الفقه والقضاء من شرط المصلحة العامة.

أ- تعريف شرط المصلحة العامة.

يعد شرط المصلحة العامة أو المنفعة الوطنية ركن أساسي لشرعية استيلاء الدولة على عقارات المشروع الاستثماري الأجنبي[152]،ويقصد به تأميم المشروع الاستثماري أو مصادرته، والذي يجب أن يكون لمنفعة الدولة، وليس لمصلحة شخصية لرئيس الدولة أو لرئيس الحكومة، وتتحقق المصلحة العامة إذا آلت ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة أو إحدى فروعها العامة. وباعتبار الدولة صاحبة سيادة على إقليمها فلا يمكن لأية دولة أن تعارض أو تنازع فيما تقوم به من استيلاء على ملكية المستثمر الأجنبي، كونها صاحبة الحق في تقدير ما إذا كان هذا التصرف من قبيل المصلحة العامة أم لا[153].

ولقد تم التأكيد على شرط المصلحة العامة في القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 لعام 1962 المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ونصت الفقرة الرابعة منه على أن التأميم والاستيلاء و المصادرة يجب أن تبنى على أسس أو أسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو المنافع الوطنية، والتي تعتبر ذات أهمية تفوق المصالح الخاصة أو الشخصية، سواء كانت أجنبية أو محلية[154].

ب-موقف الفقه والقضاء من شرط المصلحة العامة.

ذهب بعض فقهاء القانون الدولي إلى وجوب تمسك الدولة بدافع المصلحة العامة وهذا لتبرير تأميم المشروع الاستثماري، إلا أن فريق آخر من الفقه قد رفض وجوب توفر شرط المصلحة العامة

---

[152] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 152.
[153] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 68.
[154] المرجع نفسه، ص 69.

حتى يعتبر شرط الاستيلاء شرطا شرعيا وقانونيا، ويرى هذا الفريق أن قرارات الدولة لا يجب البحث عن الهدف من ورائها لأن الدولة هي صاحبة الحق في تقدير وجه المصلحة العامة من عدمها[155].

أما القضاء فقد أخذ بهذا الموقف في قضية(Limaco) بالقول أن المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي ليس شرطا مطلوبا بالضرورة حتى يعتبر التأميم قانوني، وإنما الدولة هي التي تقدرها حسب ما تراه.

إلا أن هذا الموقف لم يجد قبولا من بعض هيئات التحكيم الدولية، منها هيئة إيران والولايات المتحدة الأمريكية حيث اعتبرت صدور قانون التأميم بمثابة قرينة على تحقق شرط المصلحة العامة وعلى المستثمر الأجنبي أن يثبت أن المصادرة والتأميم لم يكن لغرض المصلحة العامة.

وأيضا تم التأكيد عليه في قضية **(American International group)** ضد إيران أين تم التوصل إلى أنه لا يمكن الحكم بأن تأميم شركة إيران أمريكا كان بحده غير قانوني نظرا لعدم توفر حجة كافية أمام اللجنة تدل على أن التأميم لم يكن للمصلحة العامة كجزء من برنامج الإصلاح أو كان عنصريا.

والجزائر من الدول التي قامت بإبرام عدة اتفاقيات مع مختلف دول العالم في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات، وقد أدرجت شرط المصلحة العامة كركن أساسي لاتخاذ أي إجراء من الإجراءات التي من شأنها الاستيلاء على الملكية، كونها أحد دعائم حماية الأموال الأجنبية، داخل إقليم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ويظهر هذا في مختلف الاتفاقيات سواء تلك المبرمة مع الدول الإفريقية أو مع الدول العربية أو الدول الأوروبية[156].

ثانيا: مبدأ عدم التمييز.

يمنع القانون الدولي المعاملات التمييزية لاسيما عندما تقوم الدولة المضيفة بالاستيلاء على ملكية الأجانب، حيث نجد معظم الدول تصرح بإرادتها المنفردة بوجوب معاملة المستثمرين سواء الوطنيين أو الأجانب نفس المعاملة، وقد كرسته معظم التشريعات الوطنية للدول.

ولهذا سنبين المقصود بمبدأ عدم التمييز، ثم موقف الفقه والقضاء منه.

---

[155] BETTEMS Denis, les contrats entre Etat et Entreprises étrangères, perspectives internationales, Méta- Edition, Lausanne, 1989, p209.

[156] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 69.

أ- المقصود بمبدأ عدم التمييز.

يقصد بمبدأ عدم التمييز، المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب من حيث الحقوق و الامتيازات[157]،بمعنى أنه عند اتخاذ الدولة لإجراءات نزع الملكية أو المصادرة أو الاستيلاء أو غيرها من صور أخذ الملكية يجب أن تراعي مبدأ المساواة و عدم التمييز، و مؤدى ذلك يجب أن لا تتخذ هذه الإجراءات على نحو يخل بهذا المبدأ، كما لو قامت باتخاذ إجراءات التأميم في مواجهة ممتلكات الأجانب دون الوطنيين.

وكذلك تعد الدولة مخالفة لهذا المبدأ رغم عدم تفرقتها لإجراءات التأميم بين الوطنيين والأجانب مثلا لو قامت بعمل تمييزي مجحف بالأجانب يستند إلى الدين أو العنصر، أو كما لو اتخذت هذه الإجراءات في مواجهة رعايا دولة معينة بالذات وبالتالي إن قامت بهذا التصرف تكون قد تعسفت في استعمال حقها في التأميم بما يتنافى مع المبادئ المقررة في القانون الدولي العام[158].

ولقد أكد المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 29 من دستور 1996، يتضمن مبدأ المساواة أمام القانون و يستبعد كل أشكال التمييز مهما كان نوعه[159].

كما تم التأكيد على مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الوطنيين والأجانب، و كذلك فيما بين الأجانب في المادة 14 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[160]، وأيضا تم التأكيد عليه في معظم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بترقية و حماية الاستثمار التي أبرمتها الجزائر مع عدة دول[161].

---

[157] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق ، ص70.

[158] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.ص 49-50.

[159] دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1996،منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادرة بتاريخ 08-12-1996، المعدل و المتمم بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 25 الصادرة في 14-04-2002.

[160] ولقد نصت المادة 14 من الأمر رقم 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي:" يعامل الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار" و أضافت الفقرة الثانية: "يعامل جميع الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولتهم الأصلية".

[161] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 51.

ب-موقف الفقه والقضاء من مبدأ عدم التمييز.

لقد تضمنت غالبية الاتفاقيات الدولية التي أبرمت في شأن الحماية المتبادلة للمال الأجنبي نصوص صريحة تؤكد التزام الدولة المتعاقدة بهذا المبدأ، و ذلك عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم في مواجهة أموال رعايا الدول الأخرى أطراف الاتفاق[162].

أما القضاء فقد أولى اهتماما كبيرا لمبدأ عدم التمييز ولقي تطبيقا له في الكثير من الأحكام القضائية، ومنها ما قضت عليه المحكمة الدائمة للعدل القائمة على أساس الجنسية والتي تتضمن معادلة مختلفة بين أشخاص ينتمون إلى مجموعات وطنية مختلفة[163] .

كما اعتبرت المحاكم الهولندية بأن إجراءات التأميم الصادرة عن إندونيسيا في مواجهة المشروعات الهولندية تتضمن تفرقة غير شرعية من الوجهة الدولية، مما يخالف مبدأ المساواة المقرر بمقتضى الأصول العامة في القانون الدولي العام، وهو نفس المعنى الذي أكدته بعض المحاكم الأمريكية تبريرا لرفضها للتأميمات الكوبية[164].

وأيضا قد أيد هذا المبدأ في بعض السوابق القضائية، منها ما ذهبت إليه هيئة تحكيم إيران-الولايات المتحدة الأمريكية في قضية(Aramco) في ردها على المدعية: بأن إيران صادرت ممتلكاتها في حين تقوم شركة يابانية بنفس الاستثمارات(تعمل في نفس المجال) وذلك بالقول:« **إنه من الصعب عند غياب دليل آخر، الدفع بأن المصادرة كانت تمييز فقط لأن هناك شركة أخرى في المجال الاقتصادي ذاته لم تصادر...وزيادة إلى ذلك فالسياسة العامة للتأميم يمكن أن تطبق في مراحل متتالية**».

إلا أن هذا التوجه لقي انتقادا، حيث يرى التوجه الغربي بأن الاستيلاء على المشروع الأجنبي وترك المستثمر الأجنبي يعتبر تصرفا مشروعا وقانونيا، ولاسيما إذا كان الهدف هو الحفاظ على مصلحة العمل، وليس إلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي[165].

ويرى القضاء الألماني أن الشعوب التي كانت مستعمرة يحق لها أن تتخذ موقفا مغايرا تجاه الدولة الاستعمارية القديمة، و مثل هذه المعاملة لا تعد إخلالا بمبدأ المساواة وإنما تؤدي في حقيقتها إلى خلق مساواة لم تكن قائمة من قبل كنتيجة للأوضاع الاستعمارية السابقة[166].

---

(162) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 52.
(163) غسان علي علي، المرجع السابق، ص 103.
(164) شنتوقي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 71.
(165) المرجع نفسه ،.ص.ص 72-73.
(166) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 53.

أضف إلى ذلك اتخاذ الدولة المضيفة عند أخذها للاستقلال إجراء تأميم المشروعات المملوكة لرعايا الدول الاستعمارية، فهذا الإجراء لا يعتبر تفرقة خصوصا إذا تعلق الأمر بالثروات الطبيعية، و كانت اتفاقية الاستثمار المتعلقة بها قد أبرمت أثناء فترة الاستعمار، لأن من حق الدولة حديثة الاستقلال معاملة رعاياها بطريقة تختلف عن معاملة الأجانب في إقليمها[167].

نخلص مما سبق أن الطابع النسبي لمبدأ المساواة وعدم التمييز أدى إلى خلل في تطبيقاته المتنوعة، لأن بعض الدول قد سعت إلى تطبق هذا المبدأ تطبيقا حرفيا على كل من الوطنيين والأجانب، بينما هناك دول أخرى قد طبقته تطبيقا قد يفيد في ظاهره نوعا من التمييز ضد الأجانب كما حدث في كل من التأميمات الكوبية والأندنوسية، كما هناك دولا أخرى قد طبقت هذا المبدأ تطبيقا عكسيا و ذلك بوضوح التمييز فيه ضد الوطنيين كما حدث في التأميمات الفرنسية أعقاب الحرب العالمية الثانية[168]

ثالثا: مراعاة أحكام القانون.

مضمون هذا الشرط أنه إذا كانت أحكام نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية موجهة أصلا للملاك الجزائريين، فإنها تنصب كذلك على المستثمرين الأجانب [169].

ويعد هذا المبدأ ضمانا أساسيا للمستثمر الأجنبي، و يعني وجوب إصدار قرار نزع الملكية طبقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، إضافة إلى ما يستلزمه معيار الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب في القانون الدولي. وبهذا الوصف سيضفي على الأموال المستثمرة حماية ضد الإجراءات التعسفية التي قد تلجأ إليها السلطة العامة خرقا للقانون الداخلي و القواعد المتعلقة بمعاملة المستثمرين الأجانب المنصوص عليها في القانون الدولي، ومن جهة أخرى ضرورة إصدار قرار الاستيلاء من طرف جهة مختصة وذات سلطة و طبقا لقواعد القانون الداخلي ويعني هذا توفير الحماية القانونية اللازمة للاستثمار الأجنبي من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذها سلطة غير مختصة.

إن هذا المبدأ يوفر قدرا مهما من الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي، والعلة في ذلك تكمن في أن نزع الملكية يرتبط بمجموعة من الشروط التي يجب توافرها ابتداءا، وتعد تلك الشروط في الحقيقة

---

[167] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 73.
[168] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 55.
[169] إدريس مهنان، المرجع السابق، ص100.

ضمانات قانونية للمستثمر الأجنبي كونها تجنبه الإجراءات التعسفية، وتضمن له تعويضا مناسبا عن أمواله المستثمرة[170].

رابعا: أداء التعويضIndemnisation

تعتبر مسألة التعويض من المسائل ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، وهي أيضا من الوسائل الأساسية لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية[171] .

وحسب بعض الفقهاء يعد أخذ ملكية المستثمر الأجنبي من قبل الدولة دون التزام بالتعويض كنوع من عقوبة أو جزاء توقعه هذه الدولة نتيجة ارتكاب بعض الجرائم والأعمال غير المشروعة، ولهذا نفهم من انتفاء عنصر التعويض أو أدائه للمستثمر الأجنبي من أهم الخصائص التي تميزه عن نزع الملكية أو غيرها من الصور الأخرى. فالدولة التي تقدم تعويضا عن الأموال التي قامت بنزعها، إنما تفعل ذلك بناء على سيادتها التشريعية المطلقة.[172]

ويعد هذا الالتزام في الواقع ضمانا قانونيا مهما من ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدولة المستقبلة للاستثمار، فهذه الأخيرة وإن كانت تملك الحق في الاستيلاء على المشاريع الأجنبية التي تمارس نشاطا تجاريا في إقليمها فإنها تلتزم من ناحية أخرى بمقتضى قواعد القانون الداخلي والدولي بتعويضه عموما عن هذه الأموال[173] .

ويتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تتشكل من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، ورئيس وعضوان يتمثلان في مندوب عن مديرية الزراعة ومندوب آخر عن مديرية الإسكان والمرافق، ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة، بحيث يجب أن لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى، ويتم تغيير أعضاء هذه اللجنة كل سنتين.

ويقدر أيضا طبقا للأسعار السائدة وقت صدور إجراء نزع الملكية، وتمنح الدولة المستقبلة للاستثمارات الأجنبية مبلغ التعويض للمستثمر الأجنبي، في مدة لا تتجاوز شهرا واحدا من تاريخ صدور القرار[174].

وأغلب الاتفاقيات الدولية اشترطت أن يكون التعويض مناسبا وفعليا و فوريا، ويتم احتسابه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية، والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية

---

[170] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 153.
[171] يوسفي أمال، المرجع السابق، ص81.
[172] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. ص 58-61.
[173] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق،ص 157.
[174] عبد الحميد الشواربي، أسامة عثمان، المرجع السابق، ص 272.

اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيها عنها. واشترطت أيضا أن يدفع مبلغ التعويض بدون تأخر وبعملة للتحويل الحر، لأن أي تأخير عن تاريخ الدفع ينتج عنه فوائد تحسب بمعدل الفائدة الرّسمي لحق السحب الخاص كما هو محدد من طرف صندوق النقد الدولي[175].

إذا انتهت اللجنة من تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية، تقوم الجهة طالبة نزع الملكية بإيداع مبلغ التعويض خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية على ذمة ذوي الشأن، فإن وجد من ينازع هؤلاء منازعة تتعلق بالاستحقاق، جاز له إنذار الجهة الأخيرة بوقف الصرف، ثم يرفع دعوى ضد من شملتهم الكشوف و ممثل تلك الجهة ليصدر الحكم في مواجهته و ليقف الصرف لحين صدور حكم نهائي في النزاع[176].

وتوجد طريقتان للتعويض، الأولى تسمى« **بالتعويض المسبق أو الصيغة الفعلية**» وهذه الطريقة تم تأكيدها من طرف القضاء الدولي، و يجب أن يكون فيها التعويض موافقا لقيمة الخسارة الفعلية التي تسببت فيها عملية التسخير، حيث أن القاضي أثناء تقييمه لقيمة التعويض في قضية «Limaco» اعتمد على مفهوم« **الإثراء بدون سبب**» أي هنا لم يقيَم قيمة الاستثمار، بل ذهب إلى أبعد من ذلك بحيث قيّم ما أسماه بالثروة المؤممة من طرف الدولة المستقبلة للاستثمار.

ولكن هذه الطريقة قد وجهت لها عدة انتقادات لأنه يعتقد بأن الدولة تلجأ إلى إجراء أخذ الملكية لأنها فقيرة[177] .

أما الطريقة الثانية هي طريقة «**التعويض العادل والمنصف**» وهذه الطريقة تراعي بصفة معمقة الظروف المالية والمادية للدول النامية، وقد تم تبنيها من طرف الجزائر، إلا أننا نلاحظ تناقض ما بين ما جاء به المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار وبين ما نصت عليه الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع شركائها الأجانب لأن تقريبا جل الاتفاقيات نصت على ضرورة التعويض العادل الفعلي الملائم، وهذا يعني تبنيها لطريقة « **التعويض المسبق**» والتي تتناقض تماما مع صيغة«**التعويض العادل والمنصف**» التي نص عليها المرسوم التشريعي رقم 93-12 في مادته الأربعون[178].

---

[175] حنافي آسيا ، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق،جامعة الجزائر، 2008، ص 76.

[176] أنور طلبة ، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص 63.

[177] يوسفي أمال، المرجع السابق، ص84.

[178] أنظر المادة 40 من المرسوم تشريعي، رقم 93- 12، المتعلق بترقية الاستثمار، المرجع السابق.

تنص المادة الرابعة من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا على ما يلي:«**تكون التدابير المتخذة مزودة و مصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم و كذلك طرق دفع هذا التعويض ويحتسب مبلغ التعويضات على القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والمقدار بالنسبة للشروط الاقتصادية السارية المفعول عشية يوم اتخاذ إجراء نزع الملكية أو الإعلان عنه**».[179]

فعند تحليل مصطلحات هذه المادة يتبين لنا أن دفع« **تعويض حقيقي و ملائم** » والذي يقصد به اعتماد« **الصيغة الفعلية أو التعويض المسبق**»، أي عدم الأخذ بالظروف المالية والمادية للدولة وبالتالي نجد أنه يتنافى تماما مع ما جاء به المرسوم التشريعي رقم 93-12 في المادة 40، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لمصطلحات « **القيمة الحقيقية للاستثمارات**» أي « **القيمة الفعلية**» فالاتفاقية لم تستعمل« **صيغة العادل المنصف**» التي تعتبر الصيغة الأكثر تلاءما لظروف الدول النامية كالجزائر[180].

إضافة لما سبق نشير إلى أنه عند تقرير التعويض يتم الاعتماد على عدة عناصر، من بينها كون الدولة متخلفة أو متقدمة، فإذا كانت متخلفة فإنه ينظر إلى ميزانها التجاري، المديونية الدولية، غياب العملة الصعبة، الحاجة إلى رأس المال الأجنبي، كما تؤخذ بعين الاعتبار الشروط الخاصة بالاستثمار في البلدان حديثة العهد بالاستقلال، والأرباح المرجوة من هذا الاستثمار.

ونشير أيضا أنه يعتبر التأميم من الحالات التي يجب التعويض فيه للشركة الأجنبية عند قيام الدولة المضيفة به وهذا ما تضمنته العديد من الاتفاقيات الدولية. ويشترط أيضا التعويض عند نزع الملكية مهما كان شكله، ويتم بذلك تقديم التعويض العادل والفعال والسريع سواء كانت الإجراءات أدت إلى نزع الملكية بطريق مباشر أو غير مباشر[181].

ختاما يمكن القول أن تقدير التعويض يجب أن يكون بحسن نية، بحيث يجب الأخذ في الاعتبار ظروف أخذ الملكية والمصلحة المشروعة للدولة، والشروط الخاصة بالاستثمار المنشأ موضوع التأميم، كما يتم النظر أيضا إلى مكانة الدولة، كونها من الدول المختلفة أو المتقدمة، وكونها من الدول ذات المديونية أولا، كما تراعي أيضا الشروط الخاصة بالاستثمار في البلدان حديثة العهد بالاستقلال، والأرباح المرجوة منه[182].

---

[179] المادة 4 من المرسوم الرئاسي، رقم 94-328، المؤرخ في 22 أكتوبر 1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة رومانيا، ج ر عدد 69، لسنة 1994.

[180] يوسفي أمال، المرجع السابق، ص.ص 85-86.

[181] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص.ص 255-256.

[182] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص264.

خامسا: عدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

يقصد بهذا الشرط عدم إخلال الدولة المضيفة للاستثمارات بالتزاماتها التعاقدية، التي تعهدت بها بموجب التزام خاص يربطها بالمستثمر الأجنبي، ولهذا فقد حكم القضاء الدولي بأن الدولة إذا تعهدت بمقتضى معاهدة دولية بعدم تأميم مشروعات المستثمر الأجنبي، فإنها تعد مخلة بالتزاماتها الدولية إذا قامت بتصرف مخالف لما تعهدت به، ويترتب عن ذلك عدم شرعية تصرفها وتكون مسؤولة وفقا لأحكام القانون الدولي[183].

و هناك من أيد هذا الرأي ولكن إذا لم تكن الدولة في إحدى الحالات التي تبرر تحللها من التزاماتها نتيجة لتغير الظروف، بحيث يشير هذا الجانب أنه يجوز للدولة أن تخل بالتزاماتها نتيجة تغير الظروف، وأضاف هذا الجانب أنه يكفي أن تكون هذه الظروف قد اختلفت اختلافا جوهريا عما كانت عليه عند إبرام المعاهدة، فلا يهم أن تكون هذه الظروف غير متوقعة سلفا، أو تكون غير راجعة إلى خطأ الدولة التي تريد الإخلال بالتزاماتها، لأن المسألة هنا تتعلق بتغيير موضوعي في الظروف، ولا شأن لها بإدارة الأطراف في هذا التغيير أو مدى توقعهم له.

إضافة لهذه الفكرة يؤكد جانب من الفقه الحديث على حق الدولة النامية في تأميم المشروعات الأجنبية الموروثة في المرحلة الاستعمارية، حتى ولو كانت هناك شروط سابقة تلزم الدولة باحترام ممتلكات الأجانب ورعايا الدولة المستعمرة، لأن التأميم بالنسبة للدول النامية يعد خطوة لازمة وكثيرا ما تكون عاجلة لا تحتمل التأجيل في سبيل تصفية الميراث الاستعماري من آثاره الاقتصادية[184] .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نزع ملكية المستثمر الأجنبي.

لقد نص المشرع الجزائري على حق السلطة العامة في نزع الملكية للصالح العام في المادة 677 من ق.م.ج التي تنص على:"**لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلافي الأحوال والشروط المنصوص عليها قانونا، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها ، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل**".[185]

---

[183] عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.ص 115-116.
[184] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.ص 40-41.
[185] أنظر المادة677 من القانون رقم 75-58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

ونفهم من مضمون المادة السالفة، أن نزع الملكية رغم أنه يرد على حقوق فردية إلاّ أنه يخضع لمتطلبات الصالح العام للمجتمع، وأن نزع الملكية ترد فقط على العقارات، مع ضرورة التعويض، وإلا أعتبر هذا الإجراء تعسفيا[186].

وقد نظم المشرع الجزائري هذا الإجراء في القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية في المادة 11 منه، وقد أحاط المشرع هذا الإجراء بعدة شروط موضوعية وإجرائية التي تفيد التقيد في استعمال هذا الإجراء، باعتباره إجراءا استثنائيا لاكتساب أملاك وحقوق عقارية للمنفعة العامة. كما قضى ببطلان إجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية، ما لم يكن مستوفيا للشروط التي تضمنتها المادة11والتي نصت على ما يلي:" **يجب أن يكون القرار المنصوص عليه في المادة أعلاه:**

- منشورا حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو في مجموع القرارات الولائية.

- مبلغا لكل شخص معني.

- مشهرا في مركز البلدية التي يقع فيها الملك المراد نزع ملكيته حسب الكيفيات وخلال المدة المحددة في القانون."[187].

وقد نصت المادة 10 من نفس القانون على:" **يصرح بالمنفعة العمومية حسب الآتي:**

- بقرار مشترك بين الوزير المعني و وزير الداخلية و الجماعات المحلية ووزير المالية.

إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدة ولايات بقرار من الوالي إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المذكورة واقعة في تراب ولاية واحدة.

و يجب أن يتضمن التصريح بالمنفعة العمومية ما يأتي:

- **الأهداف من نزع الملكية المزمع القيام به.**
- **مساحة القطع الأرضية و موقعها.**
- **قوام الأشغال المراد الشروع فيها.**
- **تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.**

---

(186) شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 62.

(187) قانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 1991/05/08، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 يتضمن قانون سنة 2005، ج ر عدد 85، صادرة في 30 ديسمبر 2004.

ويجب أن يبين فضلا عن ذلك، المهلة القصوى المحددة لإنجاز نزع الملكية، ولا تفوق هذه المهلة(4) أعوام مع جواز تجديدها مرة واحدة للمدة نفسها في حالة إتساع مدى العملية واكتسابها صفة وطنية."[188].

الفرع الرابع: الفرق بين التأميم و نزع الملكية.

يختلف التأميم عن نزع الملكية سواء فيما يتعلق بالمحل الذي يرد عليه أو الهدف الذي يسعى إلى إدراكه، فنزع الملكية لا يرد عادة إلا على عقار معين[189]بينما التأميم يرد على مجموعة من الحقوق سواء كانت مادية أو معنوية، ويرد أيضا على مجموعة من الأموال التي تكون مشروعا فهو يتناول مجموعة أموال خصصت لنشاط إنتاجي معين. ومن جهة أخرى فإن نزع الملكية يختلف عن التأميم من حيث الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه[190].

ويتجلى أيضا الدافع لنزع الملكية في تحقيق أغراض اجتماعية، ويتم أيضا نزع الملكية لأسباب اقتصادية يحددها القانون ، وتهدف إلى تحقيق المنفعة العامة التي تتم تحت رقابة القاضي، بينما تقوم الدولة بالتأميم بهدف إحداث تغيير في بنائها الاقتصادي، كما يرمي التأميم إلى تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة و ذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية(أي تأميم كلي) أو بصورة جزئية(أي تأميم جزئي).

أما من حيث الموضوع فإن التأميم يرد على أموال خاصة سواء كانت عقارية أو منقولة، لذلك لا يمكن أن يتعلق بأموال الملكية العامة للدول التي تقوم بالتأميم، ويقصد من هذا أن التأميم ينصب على المشروعات الاقتصادية للمستثمرين الأجانب، والتي لها صفة العمومية مثل البنوك أو شركات التأمين،في حين ينصب نزع الملكية على الحقوق العقارية سواء كانت ملكا للوطنيين أو الأجانب، باستثناء الفنادق والسفارات الأجنبية.

أما من حيث الطبيعة القانونية فإنه يتم نزع الملكية بموجب قرار إداري يصدر عن نصوص قانونية، و تخضع لرقابة القاضي الإداري، وعادة ما تحيل الدساتير سلطة نزع الملكية إلى القوانين الخاصة، في حين يجب أن يتم التأميم إما استنادا إلى نص دستوري أو قانون خاص يجد أساسه في الدستور، ولا يمكن صدوره عن السلطة القضائية، وبالتالي فهو بعيد عن أية رقابة.

---

[188] قانون رقم 91- 11، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المرجع السابق.
[189] يوسفي أمال، المرجع السابق، ص87.
[190] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 23.

كذلك يختلف التأميم عن نزع الملكية من حيث التعويض، حيث يكون التعويض أثرا مترتبا عن التأميم، بينما يعد التعويض شرطا لصحة إجراء نزع الملكية، ولا يعد نزع الملكية دون تعويض بناء على ذلك تأميما، بل تبقى له صفة المصادرة وعليه فالتأميم المقترن بالتعويض كامل وسابق لا يتحول إلى نزع الملكية[191].

ويمكن إضافة فرق جوهري بين التأميم ونزع الملكية يتمثل في أن نزع الملكية هو عمل إداري في حين أن التأميم هو عمل من أعمال السيادة، إضافة إلى هذا فالتأميم يهدف إلى نقل ملكية وسائل الإنتاج إلى ملكية عامة ثم ضمان استخدام تلك الوسائل للمصلحة العامة لا للصالح الخاص، وإنه يرد على كامل المشروع أو النشاط الاقتصادي، بينما نزع الملكية يتم لأسباب اقتصادية بحتة من أجل المنفعة العامة التي تتميز عن المصلحة العليا التي يسعى التأميم لتحقيقها، كما يرد على الأموال المنقولة ويكون ذلك تطبيقا للقانون[192].

[191] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص .ص 58-59.
[192] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 237.

المبحث الثاني: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار والجزاءات المترتبة عن الإخلال بالتزاماتها التعاقدية.

إن ممارسة الدولة المضيفة للاستثمارات لإجراء التأميم ومصادرة ممتلكات المستثمر الأجنبي حسب بعض الفقهاء و بعض الاتفاقيات الدولية يعد تصرفا محظورا، ويعد هذا الحضر في الواقع ضمانا قانونيا مهما للمستثمر الأجنبي هذا من جهة [193]، ومن جهة أخرى ترى الدولة المضيفة للاستثمار أن حقها في ممارسة إجراءاتها في نزع الملكية والمصادرة والتأميم يعد مظهرا من مظاهر سيادتها ووسيلة من وسائل عملها لتحقيق الصالح العام[194].

وتجدر الإشارة أن الدولة بصفتها صاحبة سيادة على إقليمها، تمارس على نشاط المشروع الاستثماري سلطة الرقابة والتوجيه لتحقيق أهداف التنمية الوطنية، وبالتالي تضطر هذه الأخيرة إلى اتخاذ إجراءات انفرادية كالمساس بالعقد، أو تعديل القانون واجب التطبيق على العقد الذي تم الاتفاق عليه،وهذا التصرف من شأنه أن يلحق أضرارا بمصالح المستثمر، وقد يترتب عنه إخلال بالالتزامات التعاقدية، مما قد يؤدي إلى ترتيب جزاءات في مواجهة الدولة المخلة بالتزاماتها[195].

لذلك سنبين المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار(مطلب الأول) ثم الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية(مطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار.

كما أشرنا سابقا فإن قيام الدولة المستقبلة للاستثمار بتأميم ونزع ملكية المستثمر الأجنبي يعد حسب البعض إخلالا بالعلاقة التعاقدية، ويعد كذلك أمرا محظورا، ولا شك أن هذه الإجراءات سوف تتسم بعدم المشروعية لمخالفتها للاتفاق المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي[196].

ويترتب عن قيام الدولة بتعديل أو إنهاء عقد الاستثمار عدة آثار سلبية على المستثمر الأجنبي، وذلك نتيجة إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يلزم الطرفين باحترام ما تم الاتفاق عليه في العقد.

---

[193] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق ، ص 220.

[194] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص، 74.

[195] المرجع نفسه ، ص 133.

[196] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 90.

لذلك فيجب على الدولة المضيفة للاستثمار احترام التزاماتها التعاقدية، بحيث لا يجوز لها ممارسة التأميم أو مصادرة أموال الأجانب بصفة انفرادية لأن هذه الإجراءات تستند على عدة مبادئ قانونية وأساسية، ويعتبر انتهاك هذه المبادئ إخلال بأحكام القانون الدولي، وتعرف هذه المبادئ بالمبادئ العامة للقانون. ولهذا سنبيَن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في (الفرع الأول) ثم مبدأ احترام الحقوق المكتسبة (الفرع الثاني) ثم مبدأ نظرية الحيلولة (الفرع الثالث) وأخيرا مبدأ الإثراء غير القانوني (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

يعتبر هذا المبدأ أساس القوة الملزمة لكل التزام تعاقدي ويعد أيضا مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية، ويقصد به عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين دون موافقة الآخر، وهو ما يعرف بشروط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار، والذي يهدف إلى غل يد الدولة المضيفة من استعمال سلطاتها التشريعية لتعديل وإنهاء اتفاقيات الاستثمار مع الطرف الأجنبي.

ويترتب عن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بنزع الملكية وبالإجراءات الأخرى ذات الطبيعة المماثلة له إخلال بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم كلا الطرفين باحترامه. ويجد هذا المبدأ أساسه في العرف الدولي وعليه فإن انتهاك هذا المبدأ يعد إخلالا بأحكام القانون الدولي[197]، وقد تضمنته المادة 106 من ق.م.ج[198].

والالتزام الملقى على عاتق الدولة هنا هو التزام ضمني يقضي بعدم اعتدائها على التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار، والقول بغير ذلك يخل بالثقة وبحسن النية اللاَزمين للتعاقد مما يؤثر على توازن العقد، إذا فقواعد القانون تفرض على الدولة التزاما يقضي بوجوب احترام تعهداتها[199].

و لقد طبق هذا المبدأ في بعض السوابق القضائية الدولية حيث ساد في النصف الأول من القرن العشرين، و قد اتخذت سويسرا هذا المبدأ في قضية (Losinger)أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية(CPJI).

---

[197] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 74.

[198] نصت المادة 106 من القانون رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي:**"**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرَرها القانون".

[199] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 255.

« Le principe Pacta Sunt servenda(…), s'impose non seulement à propos d'accord directement conclus entre Etats, mais aussi pour ceux passé entre un Etat et des étrangers».

واعتبر المحكم"Dupuy" في قضية (Texaco) أن شرط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار هي مظهر من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها[200].

وأيضا تم تطبيق هذا المبدأ في قضية شركة **(دي لا غواباي)**، والتي تتلخص أحداثها في قيام السلطة العامة في البرتغال بإنهاء عقد امتياز سكة الحديد المبرم مع الشركة المذكورة والاستيلاء على ممتلكاتها، فقضت بذلك المحكمة بتعويض هذه الشركة مما لحقها من خسائر وما فاتها من كسب، بسبب إنهاء العقد وقد جاء في قرار المحكمة« **أن قيام الدولة بإنهاء عقد الامتياز، بمقتضى قرار سلطوي وحرمان الأشخاص من حقوقهم و انتفاعهم بأموالهم الخاصة، يرتب على عاتقها التزاما بأداء التعويضات عن كل الخسائر التي تسببت فيها**»[201]،ومن ناحية أخرى فإن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين منصوص عليه أيضا في المادة 26 من اتفاقية فيينا بشأن المعاهدات الدولية الموقعة في 23 ماي 1969[202].

الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

يذهب الرأي الراجح فقها إلى القول أن الدولة تلتزم بما يتضمنه عقد الاستثمار عموما من التزامات وإن مخالفتها يؤدي إلى الإخلال بمبادئ الاستثمار ومن بين هذه المبادئ مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، والذي يعد أحد المبادئ المكرسة في القانون الدولي المتعلقة بمعاملة الأجانب.

ولهذا سنعرف مبدأ احترام الحقوق المكتسبة(أولا) ثم نبين موقف الفقه والقضاء من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة(ثانيا).

أولا: تعريف المبدأ.

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

ويعرفها جانب آخر أنها تلك الحقوق العينية والشخصية، التي استقرت وأصبحت ثابتة مكتسبة بطريقة قانونية صحيحة طبقا للقانون الوطني لدولة ما، و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها[203]

---

[200] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 564.
[201] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق ،ص 254.
[202] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 791.
[203] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 76.

بحيث يهدف هذا المبدأ إلى احترام الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب هذا من جهة، ومن جهة أخرى يهدف إلى ضمان تحقيق نوع من الثبات لهذه الحقوق التي اكتسبت، وبالتالي فهذا المبدأ هو وسيلة دفاع فردية تخلق نوعا من الاستقرار الاجتماعي، ولقد تم تأكيده بصفة صريحة من طرف العديد من المحاكم الدولية لأنه من أهم المبادئ[204].

ثانيا: موقف الفقه والقضاء من مبدأ الحقوق المكتسبة.

لقد اختلفت آراء الفقهاء حول هذا المبدأ وحول قيمته القانونية، وقد اعتبره الأستاذ"Rousseau"بأنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون بسبب أن جذور ظهوره يعود إلى القانون الداخلي:

«Un principe général qui fait partie non seulement du droit international, mais encore du droit tout contrat».

ولكن من جانب آخر هناك من الفقه من ينفي وجود مبدأ الحقوق المكتسبة في أحكام القانون الدولي.

أما بالنسبة للدول النامية فيعتبر هذا المبدأ تعبير عن إرادة الدولة السيادية وبالتالي فهو ليس التزاما يفرض عليها. وقد تضمنت الفقرة الرابعة من القرار رقم 1803 الصادر عن الأمم المتحدة في 14-12-1962مبدأ احترام الحقوق المكتسبة وكذا الاعتراف بالحق في التعويض عند التأميم، مع استبعاد احترام هذا المبدأ خلال فترة الاستعمار[205].

وفيما يتعلق بتطبيق مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على العقود فإنه حتى بداية الحرب العالمية الثانية، فإن إعمال هذا المبدأ كان يشكل قاعدة مستقرة تستند عليها أحكام التحكيم من أجل تقرير انعقاد المسؤولية الدولية للدولة[206].

ولكن لقد لقي هذا المبدأ معارضة، وصلت إلى حد التشكيك في وجوده كمبدأ مستقر في مبادئ القانون الدولي، حيث يعتقد فقهائه بأن هذا المبدأ ليس له مكانة في القانون الدولي، لأنه يتعلق بحالة ناشئة داخل دولة واحدة، ويتعلق بتنازع بين طرفين من حيث الزمان. وأيضا قد حكم بعدم وضوح هذا المبدأ، خاصة أن اتفاقيات الاستثمار لا توليه اهتماما عند تقدير التعويض المستحق على الاستيلاء على الملكية[207] .

---

[204] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.ص 807-808

[205] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص .ص 76-77.

[206] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 809.

[207] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 78.

أما القضاء فقد استند إلى التزام اتفاقي، وليس إلى قواعد عرفية في القانون الدولي، وهذا ما يتجسد في حكم التحكيم في نزاع بين السعودية وشركة(Aramco)،حيث قامت السعودية بإبرام عقد معها لاستغلال البترول والتنقيب واستخراج وإنتاج وتصدير البترول في الأراضي السعودية غير أنه قامت السعودية بإبرام عقد مع شركة أخرى تختص بنقل البترول من وإلى خارج السعودية.

وعلى إثر ذلك طلبت السعودية من الشركة نقل البترول المنتج في إقليمها على ناقلات الشركة ، فرفضت هذه الأخيرة بحجة أن السعودية اتفقت مع شركة أخرى (أوتاسيس) حيث ينقص من حقوق شركة(Aramco)بمقتضى امتياز 1933. ولهذا تم اللجوء إلى التحكيم فقضت المحكمة بأن شركة (Aramco)باعتبارها صاحبة امتياز تتمتع بحقوق مطلقة لها صفات الحقوق المكتسبة، ولا يمكن للحكومة المساس بحقوقها المطلقة و منحها لشركة أخرى و هذا تجسيدا لمبدأ الحقوق المكتسبة.[208]

كما أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة يعاني في العصر الراهن بعدم القبول الإداري الكامل لكل الدول المكونة للجماعة الدولية أو على الأقل للغالبية منها، إضافة أنه لا يتمتع بذات القوة التي كانت له من قبل وإنه لا يتحقق إلا في حالة واحدة فقط وهي مواجهة الآثار المالية الناجمة عن العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي[209].

الفرع الثالث: مبدأ نظرية الحيلولة«Estoppel » .

تشكل المبادئ العامة للقانون المخرج أو طريق النجاة للمستثمر الأجنبي من سلطوية الدولة المضيفة للاستثمار، وهذه المبادئ تمد ضمانات للمستثمر الأجنبي بعدم إخلال الدولة بالالتزامات التعاقدية المتفق عليها، وتشكل نظرية الحيلولة وسيلة فنية أساسية تقوم على مبدأ حسن النية.

إذن سنبين مضمون مبدأ نظرية الحيلولة(أولا) ثم موقف القضاء من نظرية الحيلولة(ثانيا).

أولا: مضمون مبدأ نظرية الحيلولة.

استخدمت نظرية الحيلولة أو مبدأ«Estoppel»في القانون الإنجليزي وشاع استعماله في النظم القانونية، ويعرف بأنه تصرف يتعلق بالامتناع الواقع على عاتق الشخص، الذي بتصريحاته أو بتصرفاته أو بمسلكه أو بالمظهر الذي أعطاه لحالة واقعية، بأن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به، والذي أدى بشخص آخر إلى تعديل مواقفه بما يضره.

---

[208] شنتوفي عبد الحميد ، المرجع السابق، ص.ص77-78.

[209] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.ص208-210.

ويقوم هذا المبدأ على فكرة حسن النية التي تحرَم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص،أي أن يدعي المرء الشيء ونقيضه في نفس الوقت، أو يؤكد الأمر من جهة وينكره من جهة أخرى[210].

ولتطبيق هذا المذهب يجب أن يحدث تغيير في مواقف أحد الأطراف بالنسبة للعلاقة القانونية، وأن يترتب على هذا التغيير إحداث ضرر بالطرف نتيجة اعتماده على الموقف السابق للطرف الأول.وبتطبيق هذا المبدأ على قوانين الاستثمار، فذلك يدل على أن الدولة بإصدارها قانون الاستثمار الذي تضمن الضمانات والإعفاءات تكون قد أوجدت الثقة لدى المستثمرين الأجانب، وبالتالي فهي ملزمة بموجب هذا المبدأ بعدم إلغاء هذه الضمانات والمزايا أو تعديلها بشكل يتعارض مع ما تضمنه قانون الاستثمار[211]،وبموجب هذا المبدأ تنعقد مسؤولية الدولة كأثر للتصرف الصادر عن الدولة، بصفة منفردة في شكل قوانين الاستثمار[212].

وتجدر الإشارة أنه أحيانا تقوم الدولة بالإدعاء ببطلان العقد أو عدم تنفيذ الالتزامات من الطرف الأجنبي، وذلك من أجل التحلل من مسؤوليتها الدولية، وبالتالي فهذا المبدأ يشكل سلاحا فعالا ضد ما تتمسك به الدولة المضيفة من أعذار للفرار من المسؤولية الدولية[213].

ثانيا: موقف القضاء من نظرية الحيلولة.

لقد وجدت نظرية الحيلولة تطبيقا لها في المحاكم الدولية، ومن أهم القضايا: دعوى(ShuFeldt) أين أيد المحكم دفاع الولايات المتحدة الأمريكية بأن حكومة (غواتيمالا) قد اعترفت بشرعية وصلاحية عقدها مع(ShuFeldt)لفترة 6 سنوات، كما أخذت كافة الأرباح لهذا العقد، بل أيضا قد سمحت (ShuFeldt)بالمضي في استثمار أمواله، وعليه لا يمكن لحكومة غواتيمالا أن تنكر شرعية هذا العقد وصلاحيته، وهذا استنادا لمبدأ من مبادئ القانون الدولي[214].

كما استندت أيضا محكمة العدل الدولية لهذا المبدأ في دعوى(Nottebohm) ، حيث خلص إلى أن الإجراءات الصادرة عن هذه حكومة ، لا تعد اعترافا بجنسية Liechtensteinللمواطن " Nottbohm"، وهي لا تكون ولا تعد إجراءات الرقابة على الأجانب في غواتيمالا، وليس خاصة

---

[210] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ،ص 776.

[211] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص .ص 79-80.

[212]MEHDI Haroun , le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franca-algérienne, Litec, Paris, 2000, p 619.

[213]حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص .ص 799-800.

[214] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص80.

بممارسة الحماية الدبلوماسية، وبالتالي فلا يوجد من الوقائع ما يبين أن هذه الحكومة اعترفت بحق (Liechtenstein)في ممارسة الحماية لحساب(Nottebohm) وعليه لا يستطيع إنكارها بهذا الحق.

وفي قضية عرضت على المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، طبق مبدأ«Estoppelفي دعوى(Aramco)ضد اندونيسيا، المدعى عليها، من أجل تأييد رفضها بعدم الاختصاص بالتناقضات التي وقعت فيها الشركات المدعية، والتي تمسكت بها أمام جهات الاختصاص الوطنية الأندونسية المختصة بالمنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ عقد الإيجار المبرم بين الشركة الوطنية (Aramco)والمؤجر (Aisma) وقد تعرضت هيئة التحكيم بإيجاز للمقصود بفكرة Estoppel قائلة بأن لهذه النظريات العديد من التعويضات والتي يمكنها، بل و يجب تطبيقها على المنازعات ذات الطابع الدولي، ومن بين هذه التعريفات ذكرت المحكمة في المقام الأول ذلك التعريف المتعلق بفكرة نظرية الحيلولة بشأن النيابة، والتي يمكن التعبير عنها على النحو التالي:« **إذا سلك شخص مسلك تجاه شخص خاص سواء اتخذ هذا المسلك شكل الأقوال أو التصرفات أو الأفعال ، أو إذا كان هذا الشخص الأول المعني عليه التزام بالإخبار أو التصرف، ولكن بسكوته أو بعدم تصرّفه مع تحقق سوء نيته سواء الحقيقية أو المفترضة، مستهدفا إلى أن يقود الطرف الآخر حسن النية إلى تعديل موقفه ضد مصلحته، فإن الطرف الأول المعني في جميع الإجراءات التي يمكن أن تجعل منه خصما في مواجهة الطرف الآخر، يمتنع عليه أن يثبت أو يحاول أن يثبت أي فعل يختلف على نحو جوهري مع مسلكه السابق، إذا اعترض الطرف الآخر في الوقت المحدد وفقا للأشكال المناسبة على ذلك.**»[215].

الفرع الرابع: مبدأ الإثراء غير القانوني.

يعتبر مبدأ الإثراء مبدأ من المبادئ العامة للقانون ومصدرا من مصادر القانون الدولي، كما تم التأكيد عليه في معظم الأنظمة القانونية للدول منها الجزائر[216]، ومضمون هذا المبدأ أنه في ظل ظروف معينة، ودون وجود التزام سابق أو عمل غير مشروع، فإن حصول أحد أشخاص القانون على بعض المزايا مقابل حدوث افتقار لشخص آخر من أشخاص القانون، فهذا يؤدي إلى خلق التزام بالتعويض على حساب الطرف الأول لصالح الطرف الثاني.

ويتضح إذن من مضمون هذا المبدأ، أن من أحد شروط إعماله يتطلب أساسا عدم وجود التزامات تعاقدية من أصله.

---

[215]غسان علي علي، المرجع السابق، ص .ص 129-130.

[216]شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص .ص 82-83.

ولكن لقد لقي هذا المبدأ صعوبات في تحديده وتطبيقه، وقد تم نقده لسببين أساسين، الأول يقضي أن قبول هذا المبدأ يعني قبول التعويض، أي قبول حق مالي دون النظر ما إذا كان هذا الحق مسموح به في النظام القانوني الداخلي من عدمه، وهذا الرأي قد أيدته الدول الاشتراكية بشدة.

أما السبب الثاني فمضمونه أنه في حالة التأميم دون تعويض، فإن تطبيق هذاالمبدأ يؤدي إلى معاملة الأجانب معاملة متميزة عن الوطنيين وهذا ما تراه الدول النامية. إضافة إلى هذا فإنه يعتبر مبدأ ذو طابع مكمل، ولا يرجع إليه إلا في حالة غياب الوسائل الأخرى[217].

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية.

تمارس الدولة على إقليمها سلطة على نشاط المشروع الاستثماري، وتعتبر هذه السلطة مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، ومن هذه السلطات سلطة الرقابة و التوجيه، والتي تكون على كل مراحل عملية الاستثمار، وتهدف الدولة بذلك إلى توجيه الاستثمارات لتحقيق أهداف وطنية. وبقيام الدولة لهذه السلطات تضطر لاتخاذ إجراءات انفرادية، كالمساس بالعقد أو تعديله أو اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو الصور المماثلة[218].

وتجدر الإشارة أنه يرى بعض الفقهاء أن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية والمساس بحقوق الطرف الأجنبي يعد تصرفا غير مشروعا ، ويترتب عن ذلك جزاءات ضد تصرفاتها المخلة، لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية ، وكذا احترام مبادئ القانون الدولي[219].

إذن فالسؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذا الصدد: ما هي الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية، أثناء قيامها بتصرفات في مواجهة مال أجنبي دون مراعاتها لالتزاماتها التعاقدية أو للمبادئ العامة للقانون؟.

إذن سنبين قيام المسؤولية الدولية للدولة(الفرع الأول) ثم الجزاء المترتب عن إخلال الدولة لقيود نزع الملكية التي فرضها القانون الدولي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيام المسؤولية الدولية للدولة.

تستند قيام المسؤولية الدولية للدولة إلى التصرف غير المشروع المنسوب لها، وذلك في إطار العلاقات بين الدول، وتكون الدولة المضيفة مسؤولة مسؤولية دولية في حالة إخلالها لالتزاماتها التعاقدية

---

[217] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.ص 793-794.

[218] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 133.

[219] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 90.

الناجمة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي، وهذا استنادا إلى مبادئ القانون الدولي متى، توفرت شروط قيام المسؤولية الدولية.

إذن سنبين خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة(أولا) ثم موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية للدولة(ثانيا).

أولا: خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة.

لقد استقرّ القانون الدولي على أن الدولة لا تكون مسؤولة مسؤولية دولية إلا إذا أخلت بالتزاماتها الدولية، كما تقوم أيضا مسؤوليتها العقدية في حالة عدم احترام التزاماتها التعاقدية، وبالتالي كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى تحريك المسؤولية الدولية للدولة مباشرة[220].

وحسب رأي النظرية التقليدية، فإن من شروط قيام المسؤولية الدولية للدولة وجود الخطأ الذي ينسب للدولة، لأن المساس بالعقد أو عدم تنفيذه أو القيام بإجراءات التأميم وغيرها من الصور، لا يعد تصرفا محظورا إلا إذا أدى إلى خرق معاهدة دولية، أو عدم تقديم تعويض مناسب.[221]

أما الشرط الثاني فيتمثل في الاحترام المطلق للعقد لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر الأجنبي، وأي مساس بالعقد يعد إخلال بالتزام دولي وذلك استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المستقر عليه دوليا.[222]

ويؤيد بعض الفقهاء شرط الاحترام المطلق للعقد بالقول أنه من غير المنطقي أن تقوم الدولة بإرادتها المنفردة بسحب ما سبق لها أن تعهدت به، لأنه لا معنى ولا قيمة قانونية للعقد إذا كان يمنح لأحد أطرافه سلطة إلغائه بإرادته المنفردة.[223]

ثانيا: موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية للدولة.

تشترط بعض هيئات التحكيم لقيام مسؤولية الدولة العقدية إصدار تصرف غير مشروع، إلا أن بعض السوابق القضائية الأخرى لا تشترط عدم المشروعية لقيام المسؤولية الدولية عن تصرفاتها[224].

وهذا ما عبرت عنه مذكرة الدفاع المقدمة من سويسرا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي، في قضية (Losinger) إذ ذكرت الحكومة السويسرية أن مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس فقط بصدد العقود المبرمة بين الدول، ولكن أيضا بشأن العقود المبرمة بين الدول والأجانب، وذلك نظرا للطابع

---

[220] BETTEMS Denis, op-cit, p 74.

[221] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.ص 134-135.

[222] المرجع نفسه، ص 137.

[223] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 562.

[224] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 137.

الدولي الذي تتمتع به هذه العقود والتي يمكن أن تكون محلا للنزاع تحل فيها دولة الطرف الأجنبي مع الدولة محله، وذلك لتحقيق احترام التعهدات التعاقدية الواقعة على الدولة المضيفة تجاه الطرف الأجنبي.

وكذلك فإن ممثل الحكومة الفرنسية تمسك أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض النرويجية، بعدم إمكانية تنصل الدولة المضيفة من العقد المبرم مع الشخص الخاص الأجنبي سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، دون التعرض للمسؤولية أمام الدولة التي تحمي الطرف الأجنبي.

ويعد تحكيم « Saphir »من أبرز الأحكام التي يشار إليها عادة لإشارته لمبدأ القوة الملزمة للعقود واعتبره أساس كل رابطة عقدية[225]،كما أكدت لجنة التحكيم في قضية (Valentine Petroleum) بأن قيام الدولة المضيفة بإلغاء عقد الامتياز يعتبر إجراءا تعسفيا، لأنه تمَ دون إخطار المستثمر، لذلك لم تهتم المحكمة بمدى مشروعية هذا الإجراء. كما أن تطور قضاء التحكيم أدى إلى تأكيد المسؤولية الدولية للدولة من خلال عدة قضايا خاصة قضايا الاتفاقيات الثنائية.

وقد أخذت الجزائر بالمسؤولية الدولية للدولة في الكثير من الاتفاقيات الدولية، خاصة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث اعتبرتها كضمانة للمستثمر الأجنبي لتحقيق استقرار العلاقة التعاقدية[226].

ثالثا: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة.

إن التصرفات غير المشروعة الصادرة عن الدولة في إطار ممارستها لسلطاتها السيادية في مجال الاستثمار بهدف تحقيق منفعة وطنية، قد يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية للدولة. وبقيام هذه الأخيرة ينتج عنه أثر وجوب التعويض في مواجهة الطرف المتعاقد معها.

وتشترط أحكام القانون الدولي من الدولة المضيفة التي قامت باستيلاء أو بتأميم المشروع الاستثماري الأجنبي لأهدافها الاقتصادية، ضرورة الالتزام بدفع تعويض إلى الطرف الأجنبي ، وإلا أعتبر هذا التصرف محظورا و يترتب عنه قيام المسؤولية الدولية[227].ولقد أيد القضاء المقارن هذا الرأي في العديد من القضايا[228].

والتعويض هو مبلغ مالي يدفع بعد التفاوض بشأنه بين الحكومتين، وهو تعويض عن السلوك غير المشروع ، كما اعتبرته محكمة العدل الدولية كجزاء عن الإخلال بمبدأ مبدأ من مبادئ

---

[225] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ،ص .ص 564-565.
[226] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 139.
[227] المرجع نفسه ، ص .ص 142-143.
[228] دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 254

القانون الدولي وقد أكده دستور 1976[229] ودستور 1989 وقد نصا على أن أي إخلال بالتعاقد يشترط التزام بدفع التعويض.[230]

وقد نصت المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على التعويض، واشترطت أن يكون تعويضا عادلا ومنصفا[231].

ونلاحظ من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى سواء الدول الاشتراكية أو الرأسمالية، أنه تضمنت أنواعا أخرى من التعويض، فالاتفاق المبرم بين الجزائر وقطر تضمن تكريس التعويض المناسب والفعلي وذلك في نص المادة 2/15[232] التي تنص " **كما يجب أن تؤدي تدابير نزع الملكية إذا اتخذت...إلى دفع تعويض مناسب وفعلي...**"[233].

أما بالنسبة للأثر الثاني فيتمثل في تفعيل نظرية الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي للاستثمار، حيث أنه من المبادئ المستقرة في العرف الدولي أنه من حق الدولة أن تتصدى لحماية مواطنيها فيما لو لحقهم ضرر بفعل تصرف دولة أخرى، وتتخذ هذه الحماية عدة صور منها المطالبات الرسمية بالطرق الدبلوماسية، و كذلك حق اللجوء إلى القضاء الدولي، وهذا الأخير على هذا النحو قاصر على أشخاص القانون الدولي، ولذلك لا يجوز للأشخاص الخاصة اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية إلا في الحالات الاستثنائية المحددة بمقتضى الاتفاقيات الدولية.

ويقوم حق الدولة في الحماية الدبلوماسية لمواطنيها على أساس أن الضرر الذي لحق بأحد رعاياها هو ضرر واقع على المجتمع الوطني، مما يخولها الصلاحية لمقاضاة الدولة التي أحدثت الضرر أمام المحاكم الدولية، ومطالبتها بالتعويض المترتب على مسؤوليتها عن مخالفة المبادئ الدولية[234].

كما أن تمتع المستثمر الأجنبي بالحق في ممارسته الحماية الدبلوماسية من الدولة المستقبلة له والتي أخذت ملكيته، يمكن للطرف الأجنبي مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، جراء تصرفاته التعسفية[235].

---

[229] أمر رقم 76-79 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، لسنة 1976.

[230] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 143.

[231] المرجع نفسه، ص 146.

[232] المادة 2/15 من الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي المتعلق بتشجيع و ضمان الاستثمار، الموقع الجزائر في 23-07-1990 و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 420/90، المؤرخ في 22-12-1999.

[233] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 148.

[234] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص101.

[235] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 149.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بقيود نزع الملكية.

كما أشرنا سابقا باعتبار الدولة صاحبة سيادة على إقليمها يمكن لها اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهة المال الأجنبي، وفي الكثير من الأحيان تقوم الدولة بهذا التصرف دون مراعاة قيد أو أكثر من القيود التي يستلزمها الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي العام، ولا شك أن إجراءات نزع الملكية في مثل هذه الحالات تتسم بعدم المشروعية لمخالفتها لمبادئ القانون الدولي. لهذا ذهب فريق من الفقه إلى القول بضرورة الحكم ببطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة(أولا)، ثم التزام الدولة بالتعويض الشامل (ثانيا).

أولا: بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة.

يرى الفقه الغربي أن إجراءات نزع الملكية التي تمت دون دفع أي تعويض تعد باطلة من وجهة نظر القانون الدولي، وعليه يستحيل أن يرتب إي أثر قانوني، وأساس ذلك أن الدولة التي لجأت إلى إجراء التأميم إنما تسعى إلى الحصول على مجرد سند للملكية بمقتضى قانونها الوطني، ولكن في مواجهة الدول الأخرى لا يمكن الاحتجاج بذلك السند إلا إذا كان قد تم اكتسابه بوسيلة مشروعة دوليا.

وقد توصل الفكر الغربي إلى الحكم ببطلان قرارات التأميم الإيرانية والاندونيسية والكوبية لعدم دفع التعويض الشامل، وهو ما يعد في تقديرهم مخالفا للقانون الدولي العام الذي يقضي بضرورة أداء تعويضات كاملة.[236]

ولكن من جانب آخر لقي هذا الرأي معارضة من طرف الفقه المعاصر، فيرى هذا الأخير أن إجراءات نزع الملكية هي إجراءات سيادة، يجوز أن ترتب آثارا حتى ولو خالفت في بعض الأحيان الأحكام الخاصة بحماية المال الأجنبي، والمقررة في القانون الدولي. وحسب رأيهم لا يجوز تجاهل أثر التأميم كسند ناقل للملكية في شأن الأموال المتواجدة في الدولة التي اتخذت هذا الإجراء. ويرى جانب آخر أن الدولة التي تتخذ إجراء التأميم ونزع الملكية فإن الجزاء المترتب على ذلك، ليس بطلان هذا الإجراء، وإنما مجرد التزامها بالتعويض الشامل[237].

---

[236] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.ص 91-92.

[237] المرجع نفسه، ص 93.

ثانيا: التزام الدولة بالتعويض الشامل.

المقصود بالتعويض الشامل هو ضرورة التعويض الكامل للطرف الأجنبي المضرور، بحيث يشمل هذا التعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[238].

فقد حكمت محكمة العدل الدولية في قضية(**سيليزيا العليا**)أن تأميم بولندا لبعض الممتلكات الألمانية يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية بمقتضى معاهدة جنيف المبرمة في 15 ماي 1922، و جعلت من هذا التأميم إجراء غير مشروعا، وقضت بذلك بالتعويض الشامل[239].

وعلى هذا النحو فإن الجزاء الوحيد عند عدم مراعاة الدولة لأحكام القانون الدولي هو المطالبة بالتعويض النقدي.

ويرى الفقه الحديث أن تأميم المشروع يرتب التزاما بالتعويض، أما التأميم غير المشروع فهو يرتب التزاما على الدولة بأداء التعويض الكامل والشامل، أي التعويض الذي يتضمن تغطية ما لحق المستثمر الأجنبي من ضرر حقيقي وما فاته من كسب. وعليه فإذا اتخذت الدولة إجراءات التأميم في مواجهة مال أجنبي على إقليمها بالمخالفة لأحكام معاهدة دولية سابقة تلزمها بعدم تأميم هذه الأموال، فإن هذا الإجراء في هذه الحالة غير مشروع من وجهة نظر القانون، ويترتب على ذلك التزام الدولة بالتعويض الكامل وليس بمجرد التعويض الجزئي[240].

---

[238] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 795.

[239] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 96.

[240] المرجع نفسه ، ص .ص 97-98.

خاتمة الفصل:

وختاما لهذا الفصل نتوصل إلى القول أن عقود الاستثمار هي عقود ذات أهمية بالغة، نظرا لمساهمتها في تحقيق التنمية الاقتصادية.

وباعتبار الدولة المضيفة ذات سلطة وسيادة على إقليمها، يمكن لها تعديل وإنهاء عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي، وذلك باستخدامها لسلطاتها التنفيذية والإدارية، حيث يمكن للدولة المضيفة تأميم و نزع ملكية المستثمر الأجنبي، باعتباره حقا مرتبطا بسيادة الدولة، ولكن بشرط أن يكون هذا الإجراء غير تعسفي ومتطابقا مع أحكام القانون الدولي التي تستلزم التزام الدولة المضيفة بقيود نزع الملكية وكذلك احترام المبادئ العامة للقانون.

وتقضي أحكام القانون الدولي أن الدولة المضيفة التي قامت بالاستيلاء وتأميم المشروع الاستثماري الأجنبي، يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية المتفق عليها مع المستثمر الأجنبي، و بالتالي يترتب على عاتقها مسؤولية التعويض في مواجهة المستثمر الأجنبي، بحيث يغطي هذا التعويض جميع الأضرار التي تلحق به.

وفي حالة تعسف الدولة في استخدام سلطاتها، فمن حق المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الدولي وذلك استنادا إلى نظرية الحماية الدبلوماسية، حيث تتدخل دولة المستثمر الأجنبي لحمايته دبلوماسيا، ومطالبة الدولة المضيفة بالتعويضات المستحقة وفقا للأحكام الموضوعية المقررة في القانون الدولي.

خاتمة

في الأخير يبدو لنا واضحا، أن شرط الثبات التشريعي يدخل ضمن الشروط التي ترد في عقد الاستثمار وتحقق الحماية للمستثمر الأجنبي ، وبالنظر لأهمية هذا الشرط فقد تم النص عليه في كثير من القوانين، باعتباره يعمل على خلق نوع من التوازن بين كل من مصالح الدولة ومصالح الطرف الأجنبي، لا أن يحقق مصلحة الطرف الأجنبي فقط، غير أنه من جهة أخرى فإن شرط الاستقرار أو الثبات قد لا تكون له حجيته المتعلقة في بعض المسائل التي تخص سيادة الدولة، والتي تهم الاقتصاد الوطني، مثل مسألة التأميم المعترف به دوليا، إذ لا يمكن القول بأن شرط الاستقرار من الممكن أن يحد من سيادة الدولة في القيام بالتأميم، و لكنه يترتب عليه التعويض فقط، لهذا يمكن القول أنه إذا كان القصد من هذا الشرط هو مثل هذا الأمر، فيكون من الأفضل للطرفين الاتفاق على الشرط الجزائي، الذي يكون له نفس الأثر، باعتبار أن شرط الاستقرار لا يمكن له أن يحد من التأميم، ولكن يترتب عليه التعويض فقط.

وإنَ تضمن عقد الاستثمار لشرط الثبات التشريعي، لا يمنع الدولة المتعاقدة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار لتحقيق المصلحة العامة، باعتبارها صاحبة سيادة في ممارسة حقوقها على إقليمها، ولكن بشرط تقديم تعويض للمستثمر الأجنبي المتضرر.

وإن مشكلة تضارب المصالح بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة قد يؤدي إلى إحداث خلل لالتزامات كلا الطرفين أثناء ممارستهم لحقوقهم وواجباتهم، لأن مصلحة الدولة تكمن في تحقيق التنمية الاقتصادية، في حين يهدف المستثمر إلى تحقيق أرباح.

و للتوفيق بين سيادة الدولة في تعديل وإنهاء العقد من جهة و صحة شرط الثبات فلا بد من إحداث نوع من التوازن بين مصلحة الدولة ومصلحة المستثمر الأجنبي.

وباعتبار الدولة المضيفة صاحبة السلطة في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي وصاحبة السيادة في ممارسة حقوقها على إقليمها، ففي حالة قيامها بتصرف أو إجراء يترتب عليه نزع ملكية المستثمر الأجنبي،مثل التأميم والمصادرة ، فالمستثمر الأجنبي هنا إذا لحقه ضرر جراء هذا التعديل والإلغاء، فإن قانون الدولة المتعاقدة يقضي بتعويضه عما أصابه من ضرر جراء هذا التعديل أو الإلغاء،لأن إجراء نزع الملكية لم يعد كما كان في السابق يرجع فيه إلى مختلف الإجراءات التي يترتب عليها نزع الملكية بصفة مباشرة، و لكن بتطور المفهوم الذي يؤخذ به إلى تلك الإجراءات غير المباشرة التي يترتب عليها نزع الملكية،أدى إلى وجوب التعويض في حال إلحاق ضرر للمستثمر الأجنبي.

أما فيما يتعلق بمسألة التعويض ، فقد اختلف فقهاء القانون الدولي والدول الصناعية الكبرى حولها ، فهذه الأخيرة تلزم بدفع تعويض مناسب، في حين نجد الدول النامية تلزم بدفع تعويض فعال وعادل.

أما في حالة التأميم الشامل من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، فعليها بدفع تعويض أقل من التعويض العادل للأموال التي استولت عليها، لأنه لولا حاجتها إليها لما قامت بهذا التصرف.

زيادة إلى التعويض فقد منح للمستثمر الأجنبي حماية من خلال التأكيد على شروط يجب توفرها للاستيلاء على المشروع الاستثماري، وذلك بالنص على معاملة المستثمر الأجنبي بنفس معاملة المستثمر الوطني، وهذا استنادا إلى مبدأ عدم التمييز، إضافة إلى مبادئ أخرى كشرط المصلحة العامة ومراعاة أحكام القانون وعدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وكل هذه المبادئ تم العمل بها أمام التحكيم الدولي في العديد من القضايا.

وعندما تقوم الدولة المستقبلة للاستثمار بإبرام اتفاقية مع دولة المستثمر وتتضمن هذه الاتفاقية عدم جواز ممارسة الدول لإجراء التأميم أو المصادرة ، فإذا قامت بذلك، فهنا تعتبر مخلة بمضمون الاتفاقية، و يترتب على ذلك تحريك مسؤوليتها الدولية أمام المستثمر الأجنبي.

كذلك في حالة إخلال الدولة بقيود نزع الملكية التي يفرضها القانون الدولي، فهنا اتفق الفقهاء على بطلان هذا الإجراء المتخذ من طرف الدولة، أما إذا اتخذت هذه الأخيرة هذا الإجراء على نحو يخالف أحكام القانون الدولي، فإن الجزاء المترتب على ذلك ليس بطلان هذا الإجراء فحسب وإنما مجرد التزامها بالتعويض الشامل.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية.

1- الكتب:

1-أنور طلبة، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006.

2- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، «تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

3-دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي،« المعوقات و الضمانات القانونية»، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، بيروت، 2006.

4-عبد الحميد الشواربي،أسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكام والنظام القانوني لأملاك الدولة الخاصة ونزع الملكية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف للنشر، مصر، 1997.

5-عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار،« الأنشطة العادية و قطاع المحروقات»، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

6-عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

7-هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة الشباب للطباعة و النشر والتوزيع، مصر، 1988.

8-هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ-الرسائل الجامعية:

1-غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس،2003- 2004.

2- طالبي حسن، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

ب-المذكرات الجامعية:

1- بسعي توفيق ، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر،« دراسة قانونية»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

2-حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003-2002.

3-حنافي آسيا ، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، «دراسة قانونية»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

4-شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008.

5-شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، «دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2009.

6-محمد سارة، الاستثمار الأجنبي «دراسة حالة أوراسكوم»، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2009-2010.

7- يوسفي أمال ، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل التشريعات الحالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998-1999.

3- المقالات:

1- إقلولي محمد:«شروط الاستقرار المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار»، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو جانفي 2006، ص.ص 94-118.

2-غسان عبيد محمد المعموري:«شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول»، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني ،جامعة كربلاء ،2009، ص.ص 172-182.

3- يوسفي محمد:« مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات»، مجلة الإدارة، المجلد التاسع، العدد الثاني، الجزائر، 1999، ص. ص 93-95.

4-أكرم الحوراني:« التأميم» ، مقال منشور في موقع:

Http : www.arab/index.php? Modul=PN encyclopedia et Fun : display-Termet id= 8035 et vid=sisyd%3d50.5

5–عدلي محمد عبد الكريم:« تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة»، مقال منشور في موقع:

http : www. Search.ask.com/Web ?q=شرط + الاستقرار التشريعي

etapu-dbn= et apu-dtid-1 bnd 406^yy^ dz et atb= sisyd % 3d 40.

6–«نزع الملكية من أجل المنفعة العامة»، مجلة القانون و العلوم الإدارية، مقال منشور في موقع:

http : www. Bobidi , blogspot.com

4–النصوص القانونية:

أ–الدَساتير:

1– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، منشور بموجب أمر رقم 76–59 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج ر عدد 94، لسنة 1976.

2– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1989، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 89–18مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري سنة 1989، ج ر عدد 09، الصادرة بتاريخ 01–03–1989.

3–دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة1996،منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96–438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادرة بتاريخ 08–12–1996، المعدل و المتمم بالقانون رقم 02–03، المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 25 الصادرة في 14–04–2002.

ب–الاتفاقيات:

1–المرسوم الرئاسي رقم 420/90، المؤرخ في 22-12-1999، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين دول اتحاد المغرب العربي المتعلق بتشجيع و ضمان الاستثمار، الموقع الجزائر في 23-07-1990 .

2_ المرسوم الرَئاسي رقم 94–328، المؤرَخ في22 أكتوبر1994، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية و حكومة رومانيا، ج ر عدد 69، لسنة 1994.

3–اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت، مؤرَخة في30–10–2003، ج ر عدد 72 ل13–11–2003.

ج– النصوص التشريعية:

1– قانون رقم 75–58 مؤرخ في 26–09–1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 29–09–1975، معدل و متمم إلى غاية القانون رقم07–05مؤرخ في 13–05–2007، ج ر عدد 31، الصادرة في 13–05–2007.

2–قانون رقم 82–13 مؤرخ في 28 أوت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها، ج ر عدد 35، لسنة 1982.

3–قانون رقم 91–11 مؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 08–05–1991.

4–مرسوم تشريعي رقم 93–12، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، الصادرة بتاريخ 10–10–1993، الملغى بالأمر 01–03، صادر في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 صادر بتاريخ 2001/08/22. ،

5–أمر رقم 01–03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، الصادرة بتاريخ 22–08–2001، معدل و متمم .

ثانيا: باللغة الفرنسية

1-Ouvrages

1- BETTEMS Denis, les contrats entre Etat et entreprises étrangères, perspectives internationales, méta Editions, Lausanne, 1989.

2- CARREAU Dominique ,JULLIARD Patrick, Droit international économique, 4ème édition, LGDJ, Paris, 1989.

3- HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-algériennes, Litec, Paris, 2000.

4- WEIL Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique, in Mélanges Rousseau, Ed Pedone, Paris, 1974.

2- Articles :

1-MEBROUKINE Ali : «Quelques réflexions à Propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes», RASJEP, n°2, 1982, p335

2-TERKI Noureddine : « la protection conventionnelle des investissements étrangères en Algérie», RASJEP, n°2, V 39,2001, p.p9-20.

فهرس المحتويات

مقدمة..... 07

الفصل الأول: الإطار القانوني لشرط الثبات التشريعي في الجزائر..... 11

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي..... 12

المطلب الأول: التكييف الفقهي لشرط الثبات التشريعي..... 12

الفرع الأول: تحديد شرط الثبات التشريعي..... 12

أولا:تعريف شرط الثبات التشريعي..... 13

ثانيا: الأنواع التي يتخذها شرط الثبات التشريعي..... 15

أ- شرط الثبات الاتفاقي أو التعاقدي..... 15

ب- شرط الثبات التشريعي..... 16

ثالثا: مبررات شرط الثبات التشريعي..... 17

أ- شرط الثبات التشريعي امتداد لإرادة الأطراف..... 17

ب- شرط الثبات التشريعي انتقال من الإطار القانوني إلى الإطار العقدي... 18

الفرع الثاني: تطبيقات شرط الثبات التشريعي..... 19

أولا: دور شرط الثبات التشريعي في جلب الاستثمارات الأجنبية..... 19

ثانيا: مجالات تطبيق شرط الثبات التشريعي..... 20

أ- شرط ثبات الأموال والممتلكات..... 21

ب- شرط ثبات النظام الضريبي..... 21

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي..... 21

المطلب الثاني: التكييف العملي لشرط الثبات التشريعي..... 23

الفرع الأول: الاتفاق على تقصير شرط الثبات التشريعي في دعم استقرار العقد..... 23

الفرع الثاني:المعالجة التشريعية لشرط الثبات التشريعي..... 24

أولا:أساس التجميد مساس بسيادة الدولة..... 24

ثانيا: فعالية القانون الداخلي في حل الجدال حول بنود الثبات التشريعي..... 25

المبحث الثاني: فعالية شرط الثبات التشريعي وتحديد علاقته بغيره من الشروط الأخرى. 28

المطلب الأول: فعالية شرط الثبات التشريعي وتقييمه..... 28

الفرع الأول: فعالية شرط الثبات التشريعي..... 29

أولا:مساهمة شرط الثبات التشريعي في توفير مناخ ملائم للاستثمار..... 29
ثانيا: قيود التزام الدولة بشرط الثبات التشريعي..... 30
أ- حالة خضوع العقد للقانون الداخلي..... 30
ب- حالة خضوع العقد للقانون الدولي..... 33
الفرع الثاني: تقييم شرط الثبات التشريعي..... 35
أولا:الانتقادات الموجهة لشرط الثبات التشريعي..... 35
ثانيا:الاقتراحات البديلة لشرط الثبات التشريعي..... 37
المطلب الثاني: علاقة شرط الثبات بغيره من الشروط الأخرى..... 34
الفرع الأول:علاقة شرط الثبات بمسألة التأميم..... 39
الفرع الثاني: علاقة شرط الثبات بالقوة القاهرة وإعادة التكييف..... 40
أولا:علاقة شرط الثبات بالقوة القاهرة..... 40
ثانيا:علاقة شرط الثبات التشريعي بشرط بإعادة التكييف..... 41
الفصل الثاني: حدود حق الدولة في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار..... 45
المبحث الأول:حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي..... 46
المطلب الأول:لجوء الدولة إلى التأميم..... 46
الفرع الأول:تعريف التأميم وتحديد القيمة القانونية لقرار التأميم..... 46
أولا:تعريف التأميم..... 47
ثانيا: تحديد القيمة القانونية لقرار التأميم..... 49
أ- قرار التأميم دون أي أثر قانوني..... 49
ب- قرار التأميم ذو أثر قانوني إقليمي..... 49
ج- قرار التأميم ذو أثر قانوني دولي..... 50
الفرع الثاني: الصور المختلفة للتأميم..... 51
أولا:التأميم الإيديولوجي..... 51
ثانيا:التأميم الإصلاحي..... 51
ثالثا:تأميمات النمو الاقتصادي..... 51
الفرع الثالث: أثار التأميم..... 52
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من التأميم 53

المطلب الثاني: نزع ملكية المستثمر الأجنبي..... 54
الفرع الأول: تعريف نزع الملكية وتحديد الصور المشابهة لها..... 55
أولا: تعريف نزع الملكية..... 55
ثانيا: تحديد صور نزع الملكية..... 56
أ- نزع الملكية للمنفعة العامة..... 57
ب- المصادرة..... 57
الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها للاستيلاء على المشروع الاستثماري..... 58
أولا:شرط المصلحة العامة..... 59
أ- تعريف شرط المصلحة العامة..... 59
ب- موقف الفقه والقضاء من شرط المصلحة العامة..... 59
ثانيا: مبدأ عدم التمييز..... 60
أ- المقصود بمبدأ عدم التمييز..... 61
ب- موقف الفقه والقضاء من مبدأ عدم التمييز..... 62
ثالثا: مراعاة أحكام القانون..... 63
رابعا: أداء التعويض..... 64
خامسا: عدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية..... 67
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نزع ملكية المستثمر الأجنبي..... 67
الفرع الرابع: الفرق بين التأميم ونزع الملكية..... 69
المبحث الثاني: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار
والجزاءات المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية..... 71
المطلب الأول: المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل وإنهاء عقد الاستثمار..... 71
الفرع الأول: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين..... 72
الفرع الثاني: مبدأ احترام الحقوق المكتسبة..... 73
أولا:تعريف مبدأ احترام الحقوق المكتسبة..... 73
ثانيا:موقف الفقه والقضاء من احترام الحقوق المكتسبة..... 74
الفرع الثالث: مبدأ نظرية الحيلولة..... 75
أولا:مضمون نظرية الحيلولة..... 75

ثانيا: موقف القضاء من نظرية الحيلولة..... 76
الفرع الرابع: مبدأ الإثراء غير القانوني..... 77
المطلب الثاني:الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية..... 78
الفرع الأول: قيام المسؤولية الدولية للدولة..... 78
أولا:خصوصيات المسؤولية الدولية للدولة..... 79
ثانيا: موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية للدولة..... 79
ثالثا: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة..... 80
الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن إخلال الدولة لقيود نزع الملكية..... 82
أولا: بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة..... 82
ثانيا:التزام الدولة بالتعويض الشامل..... 83
خاتمة..... 86
قائمة المراجع..... 89
فهرس المحتويات..... 94