الرقم التسلسلي: .....

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه الطور الثالث

التخصص : قانون اقتصادي

الفرع : حقوق

من طرف :

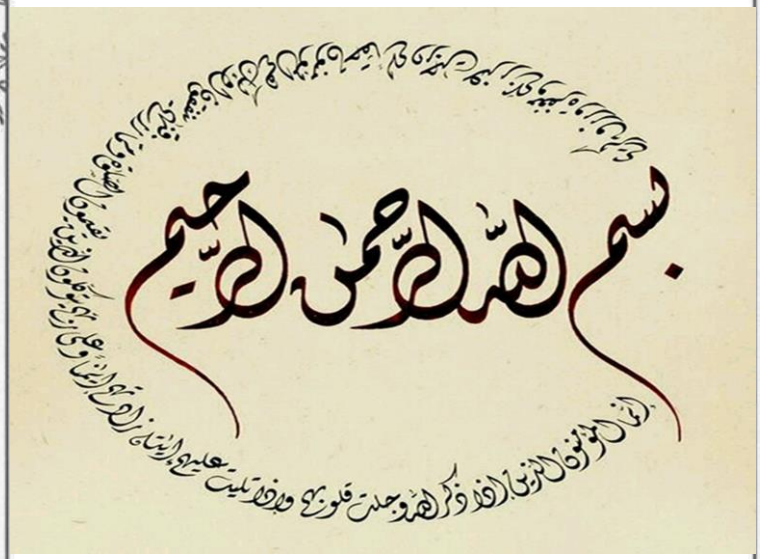
الطالب الدكتور : فارح وليد

عنوان الأطروحة:

شرط الثبات التشريعي بين تجسيد فكرة الأمان القانوني وتحقيق مصالح الدولة المعاقدة

أطروحة مناقشة بتاريخ ..... أمام لجنة المناقشة المشكلة من :

الرقم	اللقب والإسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	.....	.....	جامعة سعيدة – د مولاي الطاهر	رئيسا
02	ابن أحمد الحاج	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة – د مولاي الطاهر	مشرفا
03	.....	.....	.....	مشرفا مساعدا
04	.....	.....	.....	ممتحنا
05	.....	.....	.....	ممتحنا
06	.....	.....	.....	ممتحنا


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وَقَالَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَوۡلَا نُزِّلَ
عَلَيۡهِ ٱلۡقُرۡءَانُ جُمۡلَةٗ وَٰحِدَةٗۚ
كَذَٰلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِۦ فُؤَادَكَۖ وَرَتَّلۡنَٰهُ
تَرۡتِيلٗا

صدق الله مولانا العظيم

إهـــــــداء

الحمد لله و كفى و الصلاة و السلام على الحبيب المصطفى ، مُحَمَّد بن عبد الله و على آله و صحبه و من والاه .....

أما بعد .....

أهدي هذا العمل لروح والدي العزيزين اللذان ارتأيا الرحيل عن هذه الدنيا قبل أن تكتحل عيونهما بهذا النجاح ....

إلى رفيقة دربي و سندي في هذه الدنيا ، زوجتي .....

إلى إخوتي و أخواتي .....

إلى أسرة المحضرين القضائيين .....

إلى كل من وقف إلى جانبي و لو بكلمة طيبة .....

إلى كل رجال الحق و القانون في العالم .....

الدكتور : فارح وليد

شكـــــــر و عرفـــــــان

الحمد لله الذي بنعمته تتم لصالحات.....

من لم يشكر الناس لم يشكر رب الناس .....

الشكر كل الشكر لكل من ساهم من قريب أو من بعيد في اتمام هذا العمل .....

و أخص بالشكر و العرفان الأستاذ الدكتور: بن أحمد الحاج الذي كان الأخ والصديق والمؤطر....

و لـــــم يتـــوان لحظـــــة عـــــن تقديـــــــم النصـــح والمساعـــــــــدة ،

جازاه الله عني وعن طلبة كلية الحقوق بجامعة سعيدة كل خير .....

كما لا أنسى أن أشكر الطاقم الإداري للكلية الذين لم أحس لحظة واحدة طيلة تواجدي بينهم بأنني غريب عنهم بل غمروني بالطيبة والاستقبال الجيد والمعاملة الحسنة جازاهم الله عني خير الجزاء....

كما لا يسعني إلا أن أشكر كل من دعمني و لو بكلمة طيبة للمضي قدما في هذا العمل.....

شكرا جزيلا لكم

مقدمة

عاشت معظم دول العالم الثالث موجة من الاستعمار استهدفت مقدراتها و ثرواتها الطبيعية ، وبمجرد استقلال هذه الدول أصبحت تبحث عن طرق و سبل تحقيق التنمية الاقتصادية في ظل نقص الامكانيات المادية و البشرية المؤهلة لذلك ، مما يجعلها تضطر في أغلب الأحيان إلى التعاقد مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، وهذا ما يصطلح عليه في الفقه القانوني الاقتصادي بعقود الدولة و التي يرى معظم الفقهاء أنها عقود حديثة نسبيا ، غير أنه في نظرنا أن هذه العقود ضاربة في القدم ، فمنذ اربعة عشر قرنا جاء في القرآن الكريم نص يدل دلالة صريحة على أن المجتمعات القديمة عرفت مثل هذه العلاقات التعاقدية ، حيث في سورة الكهف و بالضبط في الآيات من 84 إلى يقول الله تعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم : إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِن كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا (84) فَأَتْبَعَ سَبَبًا (85) حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ مَغْرِبَ الشَّمْسِ وَجَدَهَا تَغْرُبُ فِي عَيْنٍ حَمِئَةٍ وَوَجَدَ عِندَهَا قَوْمًا ۗ قُلْنَا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِمَّا أَن تُعَذِّبَ وَإِمَّا أَن تَتَّخِذَ فِيهِمْ حُسْنًا (86) قَالَ أَمَّا مَن ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِ فَيُعَذِّبُهُ عَذَابًا نُّكْرًا (87) وَأَمَّا مَنْ آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءً الْحُسْنَىٰ ۖ وَسَنَقُولُ لَهُ مِنْ أَمْرِنَا يُسْرًا (88) ثُمَّ أَتْبَعَ سَبَبًا (89) حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ مَطْلِعَ الشَّمْسِ وَجَدَهَا تَطْلُعُ عَلَىٰ قَوْمٍ لَّمْ نَجْعَل لَّهُم مِّن دُونِهَا سِتْرًا (90) كَذَٰلِكَ وَقَدْ أَحَطْنَا بِمَا لَدَيْهِ خُبْرًا (91) ثُمَّ أَتْبَعَ سَبَبًا (92) حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ بَيْنَ السَّدَّيْنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوْمًا لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا (93) **قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا (94)** قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا (95) آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ ۖ حَتَّىٰ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انفُخُوا ۖ حَتَّىٰ إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا (96) فَمَا اسْطَاعُوا أَن يَظْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَاعُوا لَهُ نَقْبًا(97) ، و في بداية الآيات يصرح الشارع الحكيم أن هذا الشخص و المسمى ذي القرنين يملك امكانيات و قدرات هائلة قد تضاهي بعض الشركات المتعددة الجنسيات في الوقت الحالي، وهذه الامكانيات التي يملكها هذا الشخص أهلته لأن يجوب مشارق الأرض ومغاربها في ظل ضعف الامكانيات ووسائل النقل آنذاك، و قوله تعالى: (إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْء سَبَبًا) قد فسره معظم علماء التفسير على أنه قد أوتي علما غزيرا ، و هذا ما يدل على وجود طفرة تكنولوجية آنذاك ، ثم يقول عز و ﷻ: حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ بَيْنَ السَّدَّيْنِ وَجَدَ مِن دُونِهِمَا قَوْمًا لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا (93) قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا (94) والظاهر من قوله تعالى لا يكادون يفقهون قولا ، أن ذي القرنين وصل إلى قوم بدائيين متخلفين لا يملكون أدنى وسائل التواصل مع الآخر حتى أدنى مقومات الحضارة غير متوفرة لديهم بما في ذلك اللغة، وعلى ما يبدوا من سياق الآيات أن هؤلاء القوم لديهم مشكل أمني عويص جعل الأعداء المتربصين لهم يشكلون عليهم خطرا أمنيا حقيقيا ، مما جعلهم يبدون رغبة في التعاقد مع ذي القرنين لانشاء مرفق دفاعي أمني قوي يقيهم ضد هجمات يأجوج و مأجوج ، و في قوله تعالى :(قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا) ، دلالة واضحة لتوجيه إيجاب واضح من قبل القوم تجاه ذي القرنين بعرض التعاقد معه لا نشاء سد بينهم و بين يأجوج و مأجوج ، والذي لقي قبولا واضحا من قبل ذي القرنين في قوله تعالى : (قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا).

وفي تفسير الطبري لهذه الآية : الذي مكنني في عمل ما سألتموني من السدّ بينكم وبين هؤلاء القوم ربي، ووطأه لي، وقوّاني عليه، خير من جُعلكم، والأجرة التي تعرضونها عليّ لبناء ذلك، وأكثر وأطيب، ولكن أعينوني منكم بقوة، أعينوني بفَعَلة وصناع يُحسنون البناء والعمل. وهو ما يفيد أن ذي القرنين كان بحاجة إلى المورد البشري فقط.

و في قوله تعالى : (آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ ۖ حَتَّىٰ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انفُخُوا ۖ حَتَّىٰ إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا (96) فَمَا اسْطَاعُوا أَن يَظْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَاعُوا لَهُ نَقْبًا) دلالة واضحة على أن ذي القرنين كان يحتاج المواد الأولية للإنشاء فقام بطلبها من هؤلاء القوم ، وهو ما يفيد أنه في ذلك الوقت كان الناس يعرفون الصناعات الاستخراجية ، والجلي في نص الآية أن هذا المشروع كان مشروعا ضخما بكل المقاييس بحيث أن هذا الردم قد غطى الفجوة الموجودة بين الجبلين و الذين اصطلح عليهما في النص القرآني بالصدفين .

وفي قصة ذي القرنين اجتمع العلم مع المورد البشري المؤهل مع الموارد الطبيعية فكان المشروع مجسدا في أكمل صوره ، و هي العناصر نفسها التي تقوم عليها عقود الدولة في الوقت الحالي ، نقل التكنولوجيا و تأهيل المورد البشري و استخراج الثروات الطبيعية و انشاء المرافق العامة الاستراتيجية ، كلها مواضيع يمكن أن تكون محلا لعقود الدولة.

ولكن لا يكون هذا التعاقد على إطلاقه بل يكون في جو يكتنفه القلق من الطرفين ، فهذا الشخص الأجنبي الخاص لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ينفصل عن الدولة الأم و يمكن أن يشكل امتدادا لأجنداتها الاستعمارية من خلال السيطرة على اقتصاديات الدولة المتعاقدة و جعلها تابعة اقتصاديا للدولة الأم ، و هذا ما يدفع الدولة المتعاقدة إلى محاولة السيطرة الكاملة على العلاقة التعاقدية ما دامت تتم على أرضها و في الاختصاص التشريعي لمنظومتها التشريعية ، و ذلك بتسليط سلطاتها التنفيذية و القضائية و التشريعية على المتعاقد الأجنبي قصد اضعاف مركزه القانوني و محاولة اذعانه للدولة المتعاقدة ، فالسلطة التنفيذية تمارس حيادها للدولة من خلال جهاز الإدارة و كل ما يصدر عنها من ترخيصات و قرارات و لوائح تنظيمية ، و مما لا شك فيه أن المتعاقد لن يخطو خطوة واحدة دون علم الإدارة أو دون ترخيص منها ، وهذا ما يجعل المتعاقد مع الدولة عرضة للبيروقراطية و التعسف الاداري الذي قد يتجلى في أقصى صوره من خلال قرارات التأميم أو قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة أو قرارات الاستيلاء المؤقت أو المصادرة الإدارية ، أما السلطة القضائية فهي صاحبة الاختصاص التشريعي الأصيل في نظر المنازعات الناشئة عن العقد ولن تلتزم الحياد المطلوب في العرف القضائي ، لكنها ستنحاز إلى جانب الدولة المتعاقدة بصفتها سلطة عامة ممتازة تسمو على الأفراد على اعتبار أن هذا العقد يمكن تكييفه على أنه عقد إداري دولي من عقود القانون العام، و الذي تمنح الدولة من خلاله سلطات استثنائية غير عادية تمكنها من تعديل العقد أو انهائه بإرادتها المنفردة، و سيكون القاضي الوطني هو الوسيلة لتحقيق ذلك من خلال الأحكام والقرارات التي سيصدرها في القضايا الخاصة بمنازعات عقود الدولة و المعروضة أمامه.

أما السلطة التشريعية فهي الوسيلة الأكثر حدة و ضراوة بيد الدولة المتعاقدة ، حيث أنها تستجدي من ورائها اصدار نصوص قانونية تهز المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي من خلال انتقاص مكتسباته التي تحصل عليها بموجب العقد ، و كذلك المزايا و الحوافز و الامتيازات الممنوحة له من قبل الدولة في بداية التعاقد كطعم مغري لجعله يتخذ قرار ابرام العقد مع الدولة ، و كل ذلك في إطار ممارستها للسيادة التشريعية .

و بالمقابل لدينا متعاقد أجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا خاضعا للقانون الخاص ، قد يصل في قوته المالية و التكنولوجية إلى مقام بعض الدول ، وفي أغلب الأحيان يكون هذا الكيان الاقتصادي في شكل شركة عملاقة و التي يصطلح عليها اقتصاديا بالشركة المتعددة الجنسيات ، و التي تمتلك فروعا في جميع ربوع العالم وكثيرا ما تخفي ارتباطاتها بدولتها الأم التي كثيرا ما تكون دولة استعمارية يمكن أن تكون أحد مستعمراتها الدولة المتعاقدة ، و بالتالي يسعى هذا الشخص المتعاقد مع الدولة إلى تجريد الدولة من جميع امتيازاتها سواء القضائية باشتراط التحكيم التجاري الدولي أو التشريعية بمحاولة سلخ العقد من القواعد القانونية للنظام القانوني للدولة المتعاقدة ودمجه في القواعد القانونية الدولية ، و بالتالي المساواة مع الدولة كمركزين قانونيين متماثلين في العقد.

وفي خضم هذه التجاذبات و الصراعات العقدية و التي يمكن للمتلقي و للوهلة الأولى أن ينتابه احساس بأن هذا الاشكال لا يمكن حله بصورة توافقية ، ابتدع الفقه القانوني الاقتصادي شروطا تعاقدية و أخرى تشريعية تمنع الدولة من المساس بالمراكز القانونية للعقد سواء من خلال القرارات الإدارية أو من خلال النصوص التشريعية والتنظيمية ، بحيث يكون العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي بمعزل عن أي تعديلات أو تغييرات و التي من الممكن أن ترد على القواعد القانونية للنظام القانوني للدولة المتعاقدة و الذي كان ساريا وقت إبرام العقد ، هذه الشروط اصطلح عليها الفقه القانوني الاقتصادي بشروط الثبات التشريعي ، و التي بمجرد التدقيق في تسميتها يمكن استنتاج الهدف الذي جاءت لتحقيقه و هو تجميد أو تثبيت النظام القانوني للدولة المتعاقدة كما هو وقت ابرام العقد خلال كل مدة التعاقد.

و لعل من أهم الأسباب و الدوافع العلمية التي دفعتنا لإجراء هذه الدراسة ، هو محاولة إماطة اللثام عن مفهوم هذه الشروط ودراسة بيئتها و طبيعتها القانونية و محاولة تسليط الضوء على أهم العقود و التشريعات التي تضمنتها و بالتالي تقييم دورها في تحسين مناخ الاستثمار من عدمه .

و من هذا المنطلق تجلت إشكالية هذه الأطروحة من خلال التساؤل عن: **إلى أي مدى يمكن لشروط بسيطة كشروط الثبات التشريعي أن تحقق نقطة التقاء للرؤى القانونية لكل من الدولة المتعاقدة و المتعاقد الأجنبي ؟ وهل نجحت هذه الشروط في توفير الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي ؟ و إلى أي مدى نجحت الدولة في تحقيق تنميتها الاقتصادية من خلال هذه الشروط ؟.**

للإجابة عن هذه التساؤلات المحورية ، انتهجنا المنهج الوصفي التحليلي ، من خلال تشريح النصوص القانونية والتشريعية المحيطة بالموضوع ، و كذلك التطرق لبعض الآراء الفقهية القانونية ، و هذا من خلال تسليط الضوء على الدراسات السابقة و التي من أهمها:

1- مُحَمَّد فوزي حامد عبد القادر القاضي بمجلس الدولة المصري ، شرط الثبات التشريعي في العقود الادارية الدولية –دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الاجنبي ، والذي تم اصداره في سنة 2018 من قبل دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع ، وتناول الكاتب شروط الثبات التشريعي من خلال بابين أولهما خصه بدراسة لشروط الثبات التشريعي في القانون المقارن و الثاني درس فيه شروط الثبات التشريعي من خلال النصوص القانونية للقانون المصري .

2- شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار(دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر ، 2009/06/11. و التي تطرق من خلالها الباحث إلى دراسة شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار التي ابرمتها الجزائر .

كما تناول هذا الموضوع الأستاذ الدكتور بن احمد الحاج من خلال مقال بعنوان شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري ، مقال منشور ، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 05 ، المجلد 02 ، جامعة عمار ثليجي بالأغواط ، 2017. ويعد هذا المقال لبنة الأساس التي بنيت من خلالها أطروحتي لما احتواه من طرح قانوني سليم و منهج قانوني مثالي.

و لا ريب أن الطريق كان محفوفا بالعديد من المصاعب ، خاصة صعوبة الولوج إلى الوثائق والمعلومة القانونية ، خاصة و أن الإدارة الجزائرية في غاية التكتم على مثل هذه العقود وقوبلنا بالرفض في أغلب الأحيان ، كما أن المادة العلمية كانت في غاية الندرة مما جعلنا نلجأ إلى الفقه المقارن في تأصيل و تكييف بعض المفاهيم الحديثة نسبيا.

و تجدر بنا الاشارة إلى هذه الدراسة قد جاءت من خلال اعمال خطة ثنائية من بابين اثنين :

الباب الأول : ماهية شروط الثبات التشريعي

الباب الثاني : الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي و التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي.

الباب الأول: ماهية شرط الثبات التشريعي

بعد تراجع المد الاستعماري في العالم، كان لزاما على الدول المستقلة حديثا، إيجاد وسيلة لإعادة هيكلة القاعدة الاقتصادية والبنية التحتية للدولة في غياب الموارد المالية والبشرية اللازمة لذلك، الشيء الذي دفع بالكثير من الدول النامية إلى التعاقد مع الأشخاص الأجنبية الخاصة لتحقيق هذه الغاية، على اعتبار أن هذه الكيانات الاقتصادية الضخمة تملك الأموال والتكنولوجيا واليد العاملة المؤهلة اللازمة لإعادة إعمار هذه الدول وتنميتها في إطار تبادل المنفعة الاقتصادية.

لكن هذه الشركات في العديد من الأحيان تملك ارتباطا وثيقا بالدولة الأم مما يجعل الدول النامية متخوفة من إمكانية عودة الاستعمار إلى أراضيها بإرادتها، الشيء الذي يجعل هذه الدول تلعب جميع أوراقها لتغليب مركزها القانوني في الصراع العقدي بينها وبين المتعاقد الأجنبي، على اعتبار أنها تمارس سيادتها الكاملة على رقعة الإقليم، ستكون كل السلطات المخولة لممارسة هذه السيادة في طرف الدولة المتعاقدة.

من هنا جاءت حاجة المستثمر الأجنبي إلى الاحتياط لحماية ملكيته وامتيازاته العقدية من هيمنة الدولة المضيفة، خاصة النشاط التشريعي للدولة المتعاقدة والذي يمثل الغطاء الشرعي لجميع التصرفات المادية للدولة، والذي من الممكن أن تنتهك حقوق المتعاقد الأجنبي من خلاله.

و لحل هذه الإشكالات الميدانية والقانونية ذهب الفقه إلى ضرورة تضمين التشريعات الداخلية للدولة بالإضافة إلى العقود المبرمة من طرفها شروطا تهدف إلى تجميد القاعدة القانونية زمنيا، فلا تسري التعديلات والمراجعات والإلغاءات على حقوق ومكتسبات المتعاقد الأجنبي في ظل قانون العقد، وهذا ما أصطلح عليه **بشروط الثبات التشريعي**، سنحاول من خلال هذا الباب تفصيل ماهية هذه الشروط من خلال فصلين، سنتطرق في أولهما إلى **الإطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي(الفصل الأول)**،وفي الثاني **للبيئة القانونية لشروط الثبات التشريعي(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول:
الإطار المفاهيمي
لشرط
الثبات التشريعي

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي

يعد شرط الثبات التشريعي مفهوما حديثا لم يتعرض له الفقه إلا في مناسبات قليلة لأن الوسط القانوني الذي تنامت فيه هذه الشروط كان نتيجة تراجع المد الاستعماري و ارتفاع مد الحركات التحررية في العالم ، فعقود الدولة في الأساس حديثة النشأة وكذلك الأمر بالنسبة لتشريعات الاستثمار، فالدول النامية حاولت إعادة إعمار البنى التحتية من جهة و تدوير عجلة التنمية من جهة أخرى، الشيء الذي لا يكون إلا بتهيئة المناخ المناسب للاستثمار ، وهذا ما يعكس فاعلية شروط الثبات التشريعي، من هذا المنطلق سنحاول البحث في مفهوم شرط الثبات التشريعي و بيان طبيعته القانونية من خلال مبحثين متتاليين : مفهوم شرط الثبات التشريعي (المبحث الأول) والطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

(المبحث الثاني)

المبحث الأول

مفهوم شرط الثبات التشريعي

يعتبر شرط الثبات التشريعي من المفاهيم المستحدثة في الفقه القانوني، حيث ظهر هذا المفهوم مع ظهور عقود الاستثمار في الدول النامية، و تم الارتكاز عليه كدعامة قانونية و تشريعية لحماية المستثمر الأجنبي من هيمنة الدولة المضيفة .

سنحاول من خلال هذا المبحث بيان تعريف و خصائص و أنواع شرط الثبات التشريعي من خلال ثلاث مطالب على التوالي: تعريف شرط الثبات التشريعي (المطلب الأول) خصائص شرط الثبات التشريعي (المطلب الثاني) أنواع شرط الثبات التشريعي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف شرط الثبات التشريعي

لقد اختلف الفقه في تحديد تعريف دقيق لشرط الثبات التشريعي، لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب صياغة تعريف لهذا الشرط ، انطلاقا من المعنى اللغوي (الفرع الأول) مرورا بالتعريف القانوني (الفرع الثاني) وصولا إلى التعريف القضائي (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

التعريف اللغوي لشرط الثبات التشريعي

إن شرط الثبات التشريعي مصطلح مركب يحتوي على ثلاثة أجزاء سنحاول تشريح هذا المصطلح بالتطرق للمعنى اللغوي لكل جزء على حدا، ثم سنحاول صياغة تعريف لغوي جامع للمصطلح ككل.

أولا: الشرط .

لغة هو إلزام الأمرِ الغيْرَ و إلزامه للنفسِ ، و الشَرْطُ عند الفقهاء هو ما لا يتم الشيء إلا به ، وعند النحاة هو ترتيبُ وقوعِ أمرٍ على آخرْ بأداةٍ ملفوظةٍ مثلَ : إن– مَا – مهمَا و جمعها شُروطٌ [1].

والشرْطُ معروف و كذلك شَرِيطَةٌ و الجمع شُرُوطٌ و شَرَائِطٌ، و الشَرْطُ : إلزامُ الشيءِ و اِلْتِزَامُهُ في البيْعِ أو نَحْوِ ذَلِكَ ، و في الحديث عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : "لا يَحِلُّ سَلَفٌ وبَيْعٌ ، ولا شرطانِ في بيعٍ ، ولا رِبْحٌ ما لَمْ يَضْمَنْ ولا بيعُ ما ليْسَ عِنْدَكَ، هو كقولك : بعتك هذا الثوب نقدا بدينار و نسيئة بدينارين، و هو كالبيعتين في بيعة، و لا فرق عند أكثر الفقهاء في عقد البيع بين شرط أو شرطين ، و فرق بينهما أحمد عملا بظاهر الحديث ، و منه الحديث الآخر نهى عن بيع و شرط ، وهو أن يكون الشرط ملازما للعقد لا بعده و لا قبله[2].

و قد شرَطَ له و عليه و كذا يَشْرُطُ و يَشْرُطُ شَرْطاً و اِشْتَرَطَ عليه ، والشَرِيطَةُ : كالشَرْطِ ، وقد شارَطَهُ وشَرَطَ له في ضيعته ، يَشْرِطُ ويشْرُطُ وشَرَطَ للأجير يشْرُطُ شَرْطاً[3].

ثانيا: الثبات.

من ثَبَتَ يَثْبُتُ ثَبَاتاً و ثُبُوتاً ، ثَبَتَ الأمر صحَّ و تحقق، يَثْبُتُ الرجل في مكانه، ثبَتَ على الشيء واظب عليه، و قال تعالى : " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ"[4]

و يقال يَثْبُتُ ، أُثْبُتْ ثباتةً ، الرجل إذا كان ذا حزم و رصانة فهو ثابت القلب و ثابت القدم ، والرجل الثَبْتُ هو الشجاع الثابت القلب ، و رجل ثَبْتُ الخصومة أي لا يَزِلُّ لسانه عند الخصومة ، ورجل ثَبْتٌ أي حجة يوثق به[5].

و يقال ثَبَتَ الشيء يَثْبُتُ ثَبَاتاً و ثُبُوتاً فهو ثابِتٌ و ثَبْتٌ و ثَبِتٌ ، و أثبته هو و ثبته بمعنىً.

و يقال ثَبَتَ فلانٌ في المكان يَثْبُتُ ثُبُوتاً ، فهو ثابِتٌ إذا أقام به، وتثَبَّتَ في الأمرِ والرأي و اسْتَثْبَتَ : تأنَّى فيه و لم يَعْجَلْ[6].

---

[1] أنظر : علي بن هداية و آخرون ، القاموس الجديد للطلاب (معجم عربي مدرسي ألفبائي) ، تقديم محمود السعدي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع (الجزائر) و الشركة التونسية للتوزيع(تونس) ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1976 ، ص 518 .

[2] أنظر : أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد السابع (ص – ض – ط) ، دار صادر ، بيروت ، دون تاريخ ، ص 329.

[3] أنظر : أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري ، المرجع نفسه، ص 329 .

[4] أنظر : سورة الأنفال ، الآية رقم 45 .

[5] أنظر : علي بن هداية وآخرون ، المرجع السابق ، ص 236 .

و في قوله تعالى:(وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَتَثْبِيتًا مِّنْ أَنفُسِهِمْ كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِن لَّمْ يُصِبْهَا وَابِلٌ فَطَلٌّ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)[7] ، قال أبو جعفر في تفسير " وَتَثْبِيتًا مِّنْ أَنفُسِهِمْ" وتثبيتًا لهم على إنفاق ذلك في طاعة الله وتحقيقًا[8]. و قَوْلٌ ثَابِتٌ : صحيح ، وفي التنزيل العزيز : (يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ ۖ وَيُضِلُّ اللَّهُ الظَّالِمِينَ ۚ وَيَفْعَلُ اللَّهُ مَا يَشَاءُ)[9] ، قال ابن عباس في تفسير (بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ) : هو لا إله إلا الله[10].

ثالثا : التشريعي .

شَرَعَ الوارد يَشْرَعُ شَرْعاً و شُرُوعاً: تناول الماء بفيه، والشريعة والشَرَاع والمِشْرَعَةُ: المواضع التي ينحدر منها الماء و منها سُمِيَ ما شَرَعَ الله للعباد من صلاة و زكاة و صوم شَرِيعَةً[11].

و في قوله عز وجل : (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ) [12] ، والشريعة في اللغة المذهب و المِلة .

و في قوله تعالى : (وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ ۖ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ۚ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ)[13] ، و قال أبو العباس مُحَمَّد بن يزيد : الشريعة ابتداء الطريق، و عن ابن عباس : " شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا" ، سُنةً و سبيلا [14]

و التشريع مفرد جمعه تشريعات و مصدره شرع بفتح الراء و شدها و هو لغةً تزويد السفن والقوارب بالأشرعة أما في لغة القانون : سن القوانين في مجال معين، وتشريعي اسم منسوب للتشريع بمعنى متعلق بسن القوانين [15].

مما سبق ذكره و استنادا إلى آراء النحاة و المفسرين و فقهاء اللغة العربية سنحاول صياغة تعريف لغوي جامع لمصطلح شرط الثبات التشريعي :

---

[6] أنظر : أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق ، المجلد الثاني، ص 19 .

[7] أنظر : سورة البقرة ، الآية 265 .

[8] أنظر : مُحَمَّد بن جرير الطبري ، تفسير القرآن الكريم ، المجلد الأول ، سورة البقرة ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، ص 811 .

[9] أنظر : سورة ابراهيم ، الآية 27.

[10] أنظر : أبي عبد الله مُحَمَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء التاسع ، مطبعة دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1358 هـ - 1939 م ، ص 363 .

[11] أنظر : أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، الجزء الثامن ، ص 176 .

[12] سورة الجاثية ، الآية 18 .

[13] أنظر : سورة المائدة ، الآية 48 .

[14] أنظر : أبي عبد الله مُحَمَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق ، الجزء السادس ، ص 211 .

[15] أنظر : أحمد مختار عمر و آخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة،المجلد الأول، دار عالم الكتب،الطبعة الأولى،القاهرة ، 2008 ، ص 1188 .

(شرط الثبات التشريعي هو ذلك الأمر الملزم الذي لا يتم استقرار القوانين التي تسنها الدولة إلا به)

الفرع الثاني

التعريف القانوني لشرط الثبات التشريعي

لم يتعرض الفقه القانوني إلا في مناسبات قليلة لتعريف شرط الثبات التشريعي، و هذا يعود إلى أن هذا النوع من الشروط غير مألوف في العقود العادية، فالحديث عن هذا الشرط لا يكون إلا بمناسبة الحديث عن عقود الدولة.

و في هذا الصدد حاولنا رصد أهم التعريفات التي تعرضت لشرط الثبات التشريعي ، حيث عرفه جانب من الفقه على أنه ذلك الشرط الذي تتعهد من خلاله الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا وفقا لقانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية "، مما يعطي للطرف الأجنبي المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن هذه " الصفة الإدارية "[16].

فشرط الثبات التشريعي يهدف إلى منع أي تعديل للعقد من قبل الدولة المتعاقدة بإرادتها المنفردة ، من أجل حماية الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة ضد "المخاطر الإدارية "[17] ، أي بمعنى أن يكون المتعاقد الأجنبي بمنأى عن أي تعديل تشريعي لاحق يمكن أن يرد على القواعد القانونية المنظمة للاستثمار[18]، ويقصد بهذا أن تعهد الدولة نابع من كونها سلطة تشريعية ، و في نفس المنحى يعرفه جانب آخر من الفقه على أنه " أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من التشريع ، متى حاولت الدولة تعديل بنود العقد بسن تشريع جديد يعدل أو يلغي التشريع الذي يحكم عقد الاستثمار"[19].

كما عرفه آخرون على أنه " ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية في تعديل أو إلغاء القواعد القانونية النافذة بينها و بين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي بين الطرفين "[20] ، و تعتبر شروط الثبات التشريعي و التي بمقتضاها ينص الأطراف صراحة على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه و قواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ في وقت

---

[16] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994 ، ص327 .

[17] أنظر : دارا رمزي توفيق ، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2017 ، ص 110 .

[18] أنظر : ميساء هشام السامراني ، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2018 ، ص 115 .

[19] أنظر : محمد إسماعيل عمر ، صناعة و تكرير البترول ، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2007 ، ص 06 .

[20] أنظر : محمد فياض ، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية و إشكالات التطبيق ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون حول : الطاقة بين القانون و الاقتصاد ،كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، يومي 20 و 21 ماي 2013، ص606 .

لاحق[21]، من الشروط المألوفة في عقود الدولة[22] ، حيث تتعهد الدولة المتعاقدة بموجب هذه الشروط بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها [23].

و في الحقيقة أن شرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من الدولة المتعاقدة بتثبيت الأحكام القانونية للعقد الدولي بحيث يكون المتعاقد الأجنبي بعيدا عن أي تعديلات من الممكن أن تجريها الدولة المتعاقدة مستقبلا [24].

و من هنا يمكن أن يتبادر في ذهن المتلقي تساؤل جوهري مهم ، هل شرط الثبات التشريعي هو تقييد لسلطة إصدار الدولة للتشريعات التي من الممكن أن تمس بأحكام العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي ، أم أنه مجرد شرط تعاقدي يخضع لإرادة الأطراف في تفعيله أو تثبيطه ؟

الجدير بالذكر هو ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، حيث جاء فيها : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون ، التي تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة " [25] ، وهذا النص يمثل الأساس القانوني لشرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري ، حيث جاء فيه استبعاد صريح لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي من النطاق الموضوعي للنصوص التشريعية المتضمنة مراجعة أو إلغاء قانون الاستثمار، و المتمعن في نص هذه المادة يمكن أن يتبادر في ذهنه أنها قاعدة قانونية آمرة ، نظرا لصيغة النفي الواضحة في مستهل النص " لا تسري .." ، أي أنه و كأصل عام لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمس التشريعات المستحدثة مستقبلا بعقود الاستثمار المنجزة في إطار هذا القانون سواء بالمراجعة أو الإلغاء ، غير أن المشرع الجزائري في آخر عبارة من المادة ، أورد استثناءا مهما جدا : " ....إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ." الشيء الذي يوحي للقارئ أن هذه القاعدة القانونية ليست من النظام العام و يمكن الاتفاق على مخالفتها ، فإخضاع القاعدة القانونية لإرادة أطراف العقد ما هو إلا قرينة قوية على أن هذه القاعدة القانونية مكملة.

و مما سبق يمكن تعريف شرط الثبات التشريعي على أنه :

ذلك الشرط الذي تلتزم الدولة بمقتضاه بإخراج العقد المبرم بينها و بين الأشخاص الأجانب من دائرة النطاق الموضوعي للنصوص التشريعية المستحدثة و التي من الممكن أن تمس بالمراكز القانونية لأطراف العقد الدولي .

الفرع الثالث

التعريف القضائي لشرط الثبات التشريعي

---

[21] أنظر : بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، دمشق ، 2010 ، ص 201 .

[22] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 ، 1987 ، ص 68 .

[23] أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 324 .

[24] أنظر : أحمد شرف الدين ، المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار – المؤسسة العربية لضمان الاستثمار- ، الكويت ، 1983 ، ص 82 .

[25] أنظر : المادة 22 من القانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 03 غشت سنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار .

في خضم الصراع العقدي بين الدولة المتعاقدة و المتعاقد الأجنبي ، سيسعى هذا الأخير إلى محاولة تدويل العقد ، قصد سلخه من الاختصاص الإقليمي لقانون الدولة المتعاقدة و دمجه في الاختصاص النوعي للقواعد القانونية الدولية ، و لعل من أهم مظاهر هذا الطرح هو اشتراط المتعاقد الأجنبي التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقد المبرم بينه و بين الدولة المتعاقدة ، و من هنا لم يتعرض القضاء الوطني لتعريف شرط الثبات التشريعي على خلاف هيئات التحكيم الإقليمية و الدولية إلا في مناسبات قليلة حيث في قرار محكمة النقض الفرنسية الذي يؤيد تثبيت النظام القانوني للعقد في قضية تتلخص وقائعها في أن عقدا مبرما بين مشتر فرنسي و إحدى الشركات الصناعية في الإلزاس[26] ، عندما كانت هذه الأخيرة تابعة لألمانيا قبل الحرب العالمية الأولى وبعد انتهاء الحرب طالبت الشركة المشتري بفوائد المبالغ المستحقة خلال فترة الحرب و ذلك بموجب القانون الذي يحكم العقد و هو القانون الألماني ، وقد دفع المشتري بأن الشركة البائعة لم توجه له إنذارا وفقا لما يتطلبه المرسوم الفرنسي الصادر في 25 مارس 1919 و الذي أضحى ساريا في الإلزاس و حل محل القانون الألماني بعد انضمامها إلى فرنسا ، حيث أيدت محكمة النقض محكمة الموضوع في قرارها القاضي باستحقاق الشركة البائعة للفوائد المطالب بها ، ذلك أن هذه الفوائد لا تخضع للمرسوم الفرنسي الصادر في 25 مارس 1919 لأن " العقد المبرم بين الطرفين لا يخضع إلا لقانون الزمان و المكان الذي انعقد فيه "[27]

وفي تحكيم Sapphire ضد الحكومة الإيرانية[28] ، ذهب المحكم Cavin في الحكم الصادر في 15 مارس 1963 إلى أنه : " بمقتضى الاتفاق المبرم بين الطرفين ، فإن الشركة الأجنبية قدمت لإيران مساعدات مالية و فنية و استثمارات تتضمن مسؤوليات و مخاطر واسعة ، و بالتالي ، يبدو من الضروري أن تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تؤثر في حقوق الأطراف و التزاماتهم ، و أن يكفل لها الأمان القانوني ، و هو ما يصعب تحققه إذا تم التطبيق الخالص و البسيط للقانون الإيراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله ....."[29].

إن خصوصية عقود الدولة تتطلب الاعتراف بسلطة التعديل اللاحق للعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة ، شريطة مراعاة أحكام العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجانب بما في ذلك شروط الثبات التشريعي ، حفاظا على التوازن المالي و الاقتصادي للعقد تحت طائلة تحمل الدولة للمسؤولية المترتبة عن ذلك و التي يقابلها تعويض مالي عادل للمتعاقد الأجنبي و هذا ما أكد عليه التحكيم الصادر في قضية Aminoil و التي تتلخص وقائعها بأنه في سنة 1977 قررت الحكومة الكويتية من جانب واحد إنهاء امتياز الشركة Aminoil الأمريكية في الكويت و تأميم الشركة ، وكان هذا الامتياز الممنوح في سنة 1948 سيدوم لمدة 60 سنة [30]، أما السعر الذي يجب دفعه فقد كان عائدا محددا و لم يكن في الامتياز نص يفيد بأن حاكم الكويت سيحصل على عائد أعلى في حالة ارتفاع أسعار النفط ، و قد نصت

---

[26] أنظر : ليندا جابر ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2014 ، ص 55 .

[27] انظر : حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 15 يونيو 1935 .

[28] أنظر : بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص 207 .

[29] أنظر : تحكيم SAPPHIRE منشور في : I.L.R .VOL 35 .1965 .PP.136-192 مشار إليه لدى بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 207 .

[30] انظر : تحكيم AMINOIL منشور في : I.L.M, vol21,1982,pp,976-1053. مشار إليه لدى بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 215 .

الاتفاقية صراحة على عدم إجراء أية تعديلات في شروط الاتفاقية لا من قبل حاكم الكويت و لا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان على هذه التعديلات [31] ، بيد أن الحكومة الكويتية أجرت تعديلات عديدة مما جعل الشركة AMINOIL تتنبه إلى ما يتهددها من أخطار و هذا ما دفعها لطلب التفاوض مع حكومة الكويت ، غير أن المفاوضات باءت بالفشل و انتهت بإصدار قانون رقم 124 بتاريخ 19 سبتمبر 1977 و المتضمن إنهاء امتيازات الشركة AMINOIL وتأميم موجوداتها مع منح تعويض عادل لها ، غير أن الشركة الأمريكية امتنعت عن الاشتراك في لجنة التعويضات مما أدى إلى إبرام عقد تحكيم بين الطرفين في 23 يوليو 1979 [32].

و في قرار هيئة التحكيم النهائي أولت الهيئة " التحولات الجذرية التي طرأت على طبيعة الامتياز بأسرها" أهمية كبيرة نتيجة للتغييرات التي أجريت بموافقة الشركة الضمنية على الأقل ، و هي تغييرات لم تبد الشركة تحفظات بشأنها و لم تعترض عليها ، و قد أخذت الهيئة بعين الاعتبار أن الزمن قد تغير منذ عقد الاتفاقية الأصلية و أن نصوصها أصبحت غير منسجمة مع هذه التغييرات ، إذ فسرت الشركة الاتفاقية أو شروط الثبات فيها على أنها تعني تحريما مطلقا للتأميم ، الشيء الذي يجعل هذا التفسير لا يستقيم ، حيث أن هذه الشروط لا تمنح الطرف الأجنبي الحماية إلا في غضون فترة زمنية مقيدة نسبيا وبالتالي يكون المبلغ المالي المتفق عليه كتعويض ، تعويض عادل جراء عملية التأميم الشرعية ....." [33]

و في تحكيم قضية Liamco ذهب المحكم Mahmassani في الحكم الذي أصدره في 12 أبريل 1977 بشأن النزاع بين شركة Liamco و الحكومة الليبية إلى أنه: " لغرض تعزيز الطبيعة التعاقدية في إمتياز Liamco و غيره من الامتيازات المشابهة ، بالنظر لكون أحد المتعاقدين هو الدولة ، فقد وجد أنه من الضروري لضمان حماية معينة للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز ، حيث من المعتاد أن يكون المستثمرون الأجانب الذين قبلوا باستثمار مبالغ طائلة من المال ، و أعداد كبيرة من العمال لتشغيل امتيازاتهم ، حريصين على الحصول على ضمان كاف من أجل احترام مبدأ قدسية العقد ، ولغرض ضمان مثل هذه الحماية ، جرى إدخال نص بعينه بهذا المعنى في البند 16 من اتفاقيات الشركة المذكورة.

وهذا البند مخول به قانونا ، و مصاغ وفق البند النموذجي ذاته الوارد في الجدول 11 الملحق بقانوني النفط لسنتي 1955 و 1965 ، إن البند 16 المذكور يدخل في نطاق ما اصطلح عليه بشرط الثبات وعدم جواز خرق العقود ، و هو شرط ملزم قانونا بموجب قواعد القانون الدولي[34].

كما جاء الحديث على المقصود بشرط الثبات التشريعي أحكام التحكيم الصادرة من المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، كما هو الحال في قضية Agip ضد حكومة الكونغو ، و التي تضمنت اتفاق استثمار بين حكومة الكونغو و الشركة المدعية ، و قد تضمن الاتفاق شرط يقضي بتجميد القواعد القانونية المطبقة على الاتفاق بحيث تكون هي وحدها السارية المفعول دون غيرها من التعديلات و المراجعات اللاحقة للقوانين التي تصدرها حكومة الكونغو ، و

---

[31] أنظر : المادة 17 من العقد المبرم بين حكومة الكويت و الشركة الأمريكية AMINOIL .

[32] أنظر : بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص 215 .

[33] أنظر : بشار الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 217 و 219 .

[34] انظر : تحكيم Liamco منشور في : I.L.M.,vol 20,1981,p.58

مشار إليه لدى بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 208 .

قضت هيئة التحكيم بأن من سلطة الدولة تعديل تشريعاتها الداخلية باعتبار ذلك عنصرا من عناصر ممارسة السيادة على رقعة الإقليم ، و مع ذلك متى وافقت الدولة المضيفة للاستثمار على تضمين عقد الاستثمار شرطا يقضي بتجميد العلاقة القانونية في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق فإن القوانين الجديدة لا تؤثر ولا تنقص من الالتزامات التعاقدية للدولة[35].

ومما تقدم نخلص إلى أن التعاريف التي تناولت موضوع شرط الثبات التشريعي لا تخرج عن كونها تتضمن التجميد الزمني لقانون العقد بحيث لا تسري التعديلات و المراجعات و الإلغاءات على مضمون العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي ، و نحن نرى أن شرط الثبات التشريعي ما هو إلا تحديد للنطاق الموضوعي للنص التشريعي بحيث يتوقف سريانه عند بداية نطاق العقد.

المطلب الثاني

خصائص شرط الثبات التشريعي

إن الالتزام الواقع على عاتق الدولة المتعاقدة في حال تضمين العقود التي تبرمها أو تشريعاتها الداخلية المنظمة للأنشطة الاقتصادية شرط الثبات التشريعي ، يكون مصدرة تارة العقد و تارة أخرى القانون ، ومن هنا وجب علينا التمييز بين نوعين من الخصائص : الخصائص القانونية لشرط الثبات التشريعي (الفرع الأول) ، الخصائص التعاقدية لشرط الثبات التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخصائص القانونية لشرط الثبات التشريعي

يمثل القانون عموما ظاهرة اجتماعية تنشأ في المجتمع لتحكم جوانب الحياة المختلفة ، و لما كان الواقع الاجتماعي متطورا غير جامد ، فلابد أن يكون القانون كذلك متماشيا مع هذه التغييرات ليجابه ما قد يطرأ في المجتمع من ظواهر جديدة و ليرسم للأفراد السلوك الذي يتعين عليهم الالتزام به.

غير أن الفقه القانوني الذي ابتدع شروط الثبات التشريعي في مجال التجارة الدولية قد خرج عن هذه البديهية القانونية ، من خلال تثبيت القانون بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد دون ما يطرأ عليه بعد ذلك من تعديلات ، و من هنا يمكن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدين لعزل العقد كأداة اجتماعية و اقتصادية عن القانون[36] .

---

[35] انظر : تحكيم Agip منشور في : I.L.M.,vol 21,1982,p.726 مشار إليه لدى بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 208 .

[36] أنظر : دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006 ، ص 240 .

وحينما تقوم الدولة المتعاقدة بتضمين تشريعاتها الداخلية شرط الثبات التشريعي، يصبح هذا الشرط قاعدة قانونية يسري عليها ما يسري على بقية القواعد القانونية.

أولا

شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري و المباشر للقانون الجديد

إذا كان المبدأ وفقا لما ذهب إليه الفقه القانوني الحديث هو تطبيق القانون بأثر مباشر ، إلا أنه استثناءا على هذا المبدأ يمكن تمديد النطاق الزمني لتطبيق القانون الجديد بالنسبة للمراكز العقدية التي تكونت في ظله وظلت قائمة في ظل القانون الجديد ، و من هذا المنطلق تصبح الآثار المستقبلية لهذه المراكز خاضعة للقانون القديم و كذلك طرق انقضائها و انحلالها ، و من هنا يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ، و هذا ما ترمي أطراف العقد الدولي تكريسه من خلال إعمال شروط الثبات التشريعي و التي تعتبر استثناءا على مبدأ الأثر الفوري و المباشر بنص صريح في التشريع الداخلي ، و هناك من يرى أن هذا الاستثناء يستند إلى انتفاء الحكمة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، إذ الحكمة منه ما يتطلبه النظام في الدولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية المتماثلة و هذه الحكمة تنتفي في المراكز العقدية [37].

و بهذه المثابة ، فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى دوام سريان القانون القديم الذي كان قد اتفق عليه المتعاقدان تعد استثناءا على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد تحول دون إعمال أحكامه على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان[38].

غير أن جانبا من الفقه القانوني انتقد هذه الخاصية و التي تقضي بان شروط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد ، حيث يرى أن هذا الرأي مقبول في حالة واحدة و هي تعلق القانون الجديد بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة[39] ، فمن البديهي أن القانون الجديد الآمر يطبق فورا منذ تاريخ سريانه أو وقت نفاذه، فيحدث آثاره مباشرة على جميع العقود ، حتى تلك العقود التي أبرمت بموجب القانون القديم قبل صدور القانون الجديد ، و لا يعد سريان القانون الجديد على هذه العقود بمثابة رجعية للقانون[40].

أما إذا كانت قواعد القانون الجديد ليست من النظام العام أو ما يصطلح عليه بالقواعد المكملة التي يمكن أن يتفق الأفراد على مخالفتها ، فإن هذه القواعد لا تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم[41] و

---

[37] أنظر : محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية–نظرية الحق) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2006 ، ص380

[38] أنظر : دارا رمزي توفيق ، المرجع السابق ، ص 113 .

[39] أنظر : مفتاح خليفة عبد الحميد ، التشريعات التي تنظم النشاط النفطي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2015 ، ص127.

[40] أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 336.

[41] أنظر : سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 693 .

بالتالي لا يعد تجميد القانون المختار من قبل الأطراف استثناءا على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد بل هو مجرد إعمال له[42].

كما يرى جانب آخر من الفقه أن مبدأ امتداد اختصاص القانون القديم لحكم النتائج المترتبة على المراكز العقدية لا يمكن تطبيقه بأي حال من الأحوال على العقود الإدارية ، فهو تكييف يطبق خصوصا على عقود الدولة و يتماشى مع طبيعتها [43].

ثانيـــا

شرط الثبات التشريعي شرط توقيفي لقوة سريان النص القانوني

يكون شرط الثبات التشريعي شرطا توقيفيا لقوة سريان النص القانوني عندما يتفق الأطراف على سريان الأحكام القانونية النافذة في وقت إبرام العقد دون التعديلات التي تطرأ على ذلك القانون بوقت لاحق ، و في هذه الحالة لا يكون من تأثيراتها التغيير من طبيعة القانون ، بل تتوقف قوة سريان القواعد الجديدة التي تم تعديلها بعد إبرام العقد ، بحيث أن القانون الذي وجد ليحكم العقد يبقى خارجا عن إرادة الأطراف بصفته صادرا عن السلطة التشريعية ، و يقتصر دور الفرقاء المتعاقدين إختيار هذا القانون أو استبعاده[44]، فدور إرادة الأطراف تنحصر في اختيار ذلك القانون ليحكم علاقته العقدية ، بمعنى لو اتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد ، فلا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تنضوي تلك القواعد تحت مظلته ، فهي تبقى محافظة على بنيتها القانونية بالمعنى الفني[45].

أي أن نطاق مبدأ سلطان الإرادة يقف هنا ، فلا يستطيع أن يدمج القانون في العقد ، و لكن عند اختيار هذا القانون ليحكم العقد ، يتم تحديد حالته التي سيطبق عليها ، و بالتالي فإن الأثر التوقيفي لقوة سريان النص القانوني يحفظ طبيعته كقانون و ليس كشرط تعاقدي[46] ، و بإعمال بسيط لمبدأ توازي الأشكال ، فإنه من الطبيعي جدا أن تملك الدولة سلطة تحديد نطاق النص القانوني مادامت هي المختصة بسنه وتشريعه.

ثالثـــا

شرط الثبات التشريع يكرس مبدأ عدم رجعية القانون

يقضي مبدأ عدم رجعية القانون أن القوانين لا تسري بأثر رجعي أي أنها تسري على ما يحدث من وقائع بعد تاريخ نفاذها ، ولا أثر لها فيما وقع قبل هذا التاريخ ، حيث تقتضي المصلحة العامة تكريس هذا المبدأ ، فسريان القوانين على الماضي سيؤدي إلى زعزعة الاستقرار الواجب للمعاملات والإخلال بنظام المجتمع ، مما يفقد الأفراد ثقتهم في القانون [47].

---

[42] أنظر : دارا رمزي توفيق ، المرجع السابق ، ص 114.

[43] أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه ، ص 338.

[44] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 59 .

[45] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 ، ص107.

[46] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 79 و 80 .

[47] أنظر : محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 354 .

فمضمون شرط الثبات التشريعي يكرس هذا المبدأ من خلال حماية الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم الذي نشأ العقد تحت لوائه ، حيث لا يمكن المساس بهذه الحقوق بسبب تعديل أو إلغاء القانون الذي كان يحكم العقد.

و هناك جانب من الفقه القانوني من مدّد نطاق مبدأ عدم رجعية القوانين ليشمل قرارات الإدارة العامة ، بحيث أن القرار الإداري يكون رجعيا إذا كان تطبيقه سابقا على سريانه [48]، و من هذا المنطلق يتحتم على الإدارة عدم تضمين قراراتها آثارا قانونية تسري على قرارات أو وضعيات أو مراكز قانونية نشأت قبل سريان القرارات الجديدة [49]، و الأثر الرجعي المحضور في سريان القرار الإداري ، هو ذلك الأثر السلبي الذي يمس المراكز القانونية للأطراف المتعاقدين بالإنقاص في الحقوق أو الزيادة في الالتزامات[50].

و قد جاء في قرار للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ملف رقم : 33853 ، بتاريخ : 1984/05/26 " متى كان من الثابت و من المبادئ المعمول بها أن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق بحقهم بأثر رجعي ، و إنما تطبق في حقهم ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالعقوبة . و من ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. إذ كان من الثابت أن وزير الشؤون الخارجية أصدر بتاريخ : 1982/04/01 قرارا يتضمن عزل موظف بتاريخ رجعي و نص فيه على سريان مفعوله ابتداء من 1981/11/20 " [51]

الفرع الثاني

الخصائص العقدية لشرط الثبات التشريعي

بما أن شرط الثبات التشريعي جاء نتيجة صراع عقدي بين المراكز القانونية المتمايزة لأطراف عقد الدولة، انعكست المميزات العقدية عليه ، فشرط الثبات التشريعي نابع أساسا من حرية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية ، و منظور الباحث في هذا الصدد يتوافق مع أنصار مبدأ سلطان الإرادة في العقود ، حتى ولو ورد شرط الثبات التشريعي في القوانين الداخلية للدولة فما هو إلا إبداء لرغبة ضمنية للتعاقد مع الطرف الأجنبي حالها في ذلك حال البائع الذي يروج لبضاعته قصد بيعها، وهذا ما يرجح كفة الخصائص العقدية على كفة الخصائص القانونية لهذا الشرط.

---

[48] أنظر : أحمد فارس النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة : فرنسا، مصر الأردن) ، الطبعة الأولى ، دار حامد ، عمان ، 2012 ، ص 26 .

[49] أنظر : الحسين بن شيخ آيث ملوية، دروس في المنازعات الإدارية (مقياس : وسائل المشروعية)، الطبعة الرابعة، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 293 .

[50] أنظر : بلخير محمّد آيت عودية ، الأمن القانوني و مقوماته في القانون الإداري ، منشورات دار الخلدونية ، الجزائر ، 2018 ، ص 292 .

[51] أنظر : المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1989 ، ص 215 .

أولا

شرط الثبات التشريعي شرط تحويلي لطبيعة القانون

يرى جانب من الفقه أن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد ، لا تسري على العقد بالنظر إلى أن ذلك القانون يندمج في العقد و يصبح عبارة عن شروط تعاقدية كباقي بنود العقد ، و هنا لا يكون لذلك القانون سوى اسمه فقط و يفقد خصائصه القاعدية و بالتالي فإن شروط الثبات التشريعي تؤثر بصفة جذرية على القانون الذي يحكم العقد مما يغير من طبيعته الأصلية[52].

فنظرا لاتساع هوة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الدولة ، يمكن للأطراف أن يدمجوا في اتفاقاهم القواعد التي تتماشى و أهداف التعاقد و الملائمة لعلاقتهم و المستوحاة من القانون الوطني سواء تم هذا الاندماج عن طريق الإحالة أو عن طريق التبني [53] ، و مقتضى فكرة الاندماج هو أن تنزل منزلة احكام القانون المختار لحكم العقد الدولي منزلة الشروط التعاقدية ، بحيث لا يكون لها قوة و قيمة شروط العقد[54] ، مما يسمح للمتعاقدين باستبعاد ما يرون استبعاده من قواعد آمرة في هذا القانون .

كما يمكن للمتعاقدين استبعاد التعديلات اللاحقة على إبرام العقد و خلال فترة تنفيذه الأمر الذي يحرر العقد من قيود القانون [55]، و هو ما يخول للأطراف حرية واسعة في تنظيم علاقتهم التعاقدية استنادا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة [56] ، بحيث يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه ، وهنا لا يطبق القانون المختار بوصفه قانونا ، لأنه بمجرد اختياره من الأطراف ينصهر في العقد و يصير جزءا منه و هذا ما يجسد في الحقيقة مبدأ الكفاية الذاتية للعقود ، و يشترط في الاندماج الواقع لقانون العقد في العقد أن تكون إرادة المتعاقدين في اختيار قانون الدولة المتعاقدة صريحة و هذا ما نراه من خلال شرط الثبات التشريعي ، لأننا نكون في الواقع أمام قانون عينه المشرع ليحكم الرابطة العقدية و ليس أمام قانون اختارته إرادة الأطراف بحيث يمكن التملص من أحكامه و إنزالها منزلة الشروط العقدية [57].

ثانيـــا

شرط الثبات التشريعي وُجِد لحماية العقد

تجد شروط الثبات التشريعي مصدرها في العلاقات العقدية التي تبرمها الدولة حيث يشير البعض إلى أنه

" من غير المتعذر أن ندرك غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد ، و هي استقرار الرابطة التعاقدية ، و حفظ توقعات الأطراف ، فقد تكون الأحكام الجديدة على قانون العقد ، مؤدية ، حال

---

[52] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص107.

[53] أنظر : حفيظة السيد حداد ، مرجع السابق ، ص 341 .

[54] أنظر : بشار الأسعد ، مرجع سابق ، ص 227 .

[55] أنظر : هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 342 .

[56] أنظر : بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص 228 .

[57] أنظر : محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 100 .

تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي ، و توجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين ، على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر". [58]

و لعل ذلك أكثر ما يكون واضحا و متجليا و نحن بصدد عقود الدولة ، فلا مجال للمساواة بين أطراف العقد [59]، الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بجميع السلطات المتاحة خاصة منها التشريعية ، حيث تسن القوانين و تعدلها و تعدمها إذا اقتضت الحاجة ، يجعلها تحوز على ميزة استثنائية عكس الطرف الأجنبي الذي لا يملك مثل هذه المزايا ، مما يدفع هذا الأخير إلى محاولة تأمين نفسه بعدد كبير من الضمانات القانونية ، خشية أن تضيع حقوقه ، أو يختل التوازن التعاقدي ، نتيجة تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في سن قواعد تشريعية جديدة .

و يعد شرط الثبات التشريعي من أهم هذه الضمانات التي يسعى الطرف الأجنبي إلى الحصول عليها، فهذا الشرط يستجيب لاعتبارات الاستقرار المتطلبة للرابطة العقدية [60]، و هو ما يشكل نوعا من الأمان الذي

ينشده بصفة خاصة المستثمرون الأجانب في تعاقداتهم مع الدول المضيفة للاستثمار [61].

و من منظور الباحث أن هذا شرط الثبات التشريعي ما هو إلا وسيلة تم رصدها لحماية العقد المبرم بين الدولة و الأشخاص الأجانب ، سواء كان هذا الشرط بندا في العقد أو نصا تشريعيا في القوانين الداخلية للدولة المتعاقدة ، فلا يمكن أن نتصور وجود هذا الشرط في غياب نية الدولة في التعاقد مع الأشخاص الأجانب.

ثالثـــا

شرط الثبات التشريعي تعبير ضمني عن رغبة الدولة في التعاقد

لعل من أهم تطبيقات عقود الدولة في العصر الحديث ، عقود الاستثمار الأجنبي و التي تتطلب إعداد نظام قانوني متكامل قدر الإمكان يعامل المستثمر الأجنبي على أسس ثابتة وواضحة ، و لبلوغ ذلك وجب على التشريعات أن تتصف بالديناميكية و العمل على تطويرها بشكل دائم و تحديثها بشكل يتناسب مع التطورات و المستجدات المختلفة [62]لكن من دون المساس بمبدأ استقرار التشريع لتوليد الثقة لدى المستثمر الأجنبي [63].

---

[58] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية –قانون الإرادة و أزمته) ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2008 ، ص 317 .

[59] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 325 .

[60] أنظر : بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص 203 .

[61] أنظر : بن أحمد الحاج ، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري ، مقال منشور ، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 05 ، المجلد 02 ، جامعة عمار ثليجي بالأغواط ، 2017 ، ص 536 .

[62] أنظر : مصطفى العبد الله الكفري ، مناخ الاستثمار في سوريا ، ندوة الثلاثاء الاقتصادية و الاجتماعية ، دمشق ، 2008/03/18، ص 20.

[63] أنظر : عميروش محند شلغوم ، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية ، مكتبة حسن العصرية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2012 ، ص 93 .

فبالرغم مما تمنحه الدولة من إعفاءات و مزايا و ضمانات للمستثمر الأجنبي إلا أنها غير ذات فائدة بنظر المستثمر الأجنبي إذا لم تقترن بضمانة التجميد الزمني للقانون [64].

ونظرا لأن المستثمر الأجنبي يبحث بطبيعته عن الدولة التي تقدم له أفضل الفرص التي تحقق له أكبر قدر من الاطمئنان على أمواله ، ضد المخاطر غير التجارية كالمصادرة و التأميم و غيرها من الإجراءات التي من شأنها التأثير على مشروعه الاستثماري[65]، سعت كل حكومات الدول النامية تقريبا لزيادة امتدادات رأس المال الأجنبي من خلال مجموعة من الأدوات المؤسسية و التشريعية[66]، تأتي في مقدمتها إستراتيجية الثبات التشريعي، حيث أن المستثمر الأجنبي لا يتخذ قرار الاستثمار في دولة ما إلا إذا تفحص نظامها القانوني و يعد شرط الثبات التشريعي من أهم مؤشرات جودة نوعية النظام القانوني المطبق على الاستثمارات .

ومن هذا المنطلق فإنه بمجرد أن يتم تضمين قوانين الاستثمار شرط الثبات التشريعي نكون أمام دعوة ضمنية إن لم نقل صريحة للتعاقد مع المستثمرين الأجانب، حيث أن الدولة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتنازل عن صلاحياتها السيادية دون هدف يذكر .

المطلب الثالث

أنواع شرط الثبات التشريعي

إن تثبيت القانون من حيث الزمان يقوم على فكرة أن المتعاقدين عندما اختاروا نظاما قانونيا محددا ليحكم عقدهم ، يجعل اختيارهم منصبا على القواعد القانونية السارية وقت إبرام العقد ، و من هنا استمدت شروط الثبات التشريعي أساسها القانوني حيث يتم بموجبها تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد في صورتها التي كان عليها وقت الإبرام .

و أيا كان الأمر فإن هذه الشروط وجدت طريقها للتطبيق في كثير من الدول النامية ، من خلال تضمين أنظمتها القانونية الداخلية خاصة منها التي تعنى بالاستثمارات هذه الشروط ، و التي تضمن عدم خضوع المستثمر الأجنبي للتشريعات الجديدة بل يضل خاضعا للنظام القانوني الذي نشأ عقد الاستثمار تحت مظلته وذلك لتحقيق الأمن و الاستقرار القانوني للطرف الأجنبي في العقد.

و قد ذهب أغلب الفقه القانوني إلى اعتماد معايير لتحديد أنواع شروط الثبات التشريعي حيث تم تصنيف هذه الشروط من حيث المصدر (الفرع الأول) و من حيث المضمون (الفرع الثاني) و من حيث الغاية (الفرع الثالث).

---

[64] أنظر : ميساء هشام السامرائي ، مرجع سابق ، ص 114 .

[65] أنظر : عوض الله شيبة الحمد السيد ، الأحكام المستحدثة للأجانب في التشريعات المصرية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 23 .

[66] أنظر : عبد الكريم كاكي ، الاستثمار الأجنبي المباشر و التنافسية الدولية ، مكتبة حسن العصرية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2013 ، ص 60 .

الفرع الأول

أنواع شروط الثبات التشريعي من حيث المصدر

انطلاقا من معيار المصدر كمعيار لتصنيف شروط الثبات التشريعي، ميز الفقه القانوني بين شروط الثبات التشريعي التي مصدرها العقد (أولا)، و أخرى مصدرها التشريع الوطني(ثانيا)، و ثالثة مصدرها الاتفاق الدولي (ثالثا) .

أولا

شروط الثبات التشريعي العقدية

إن شروط الثبات العقدية هي تلك الشروط التي ترد في متن العقد ذاته و الذي يقوم بإبرامه كل من الطرف الأجنبي الخاص و الدولة المتعاقدة ، و يتم اشتراط أن القانون الذي يسري على العقد هو القانون النافذ وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل يمكن أن يطرأ عليه لاحقا [67].

و عرفها جانب آخر من الفقه بأنها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقود الدولة ذاتها و تنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد في حالة النزاع [68] بأحكامه و قواعده النافذة فقط مع استبعاد التعديلات اللاحقة التي من الممكن أن تطرأ عليه ، و قد أقر مجمع القانون الدولي عام 1979 مبدأ الاتفاق في العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة على إدراج شرط التجميد الزمني للقانون المختار ، بحيث يكون المقصود بالقانون الداخلي الذي يرجع إليه المتعاقدون في شأن هذه العقود، هو أحكام القانون عند إبرام العقد دون اعتداد بما يمكن أن يطرأ عليه من تعديلات تشريعية لاحقة[69].

من خلال التعريف السابق لشروط الثبات العقدية يبدو جليا أن هذه الشروط تصب في مصلحة كل من الدولة و الطرف الأجنبي في آن واحد ، باعتبار أن القانون المختار وقت إبرام العقد قد يعبر ولو نسبيا عن انشغالات الأطراف[70]، و يعتبر هذا النوع من شروط الثبات التشريعي الأكثر شيوعا في عقود الاستثمار الدولية [71]، حيث يرد شرط الثبات التشريعي صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي.

والمقصود من إدراج شرط الثبات التشريعي في العقود المبرمة بين الدولة المتعاقدة و الأشخاص الأجنبية الخاصة هو إعطاء الطرف الأجنبي ضمانة إضافية بحيث تتم طمأنته بأن النظام القانوني المطبق على العقد هو نفسه النظام القانوني الذي نشأ العقد في ظله و لن تطبق عليه أية قوانين تصدر لاحقا ، و تعتبر شروط الثبات التشريعي حصانة اتفاقية ضد

---

[67] أنظر : ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 52 .

[68] أنظر : الروبي محمد ، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B.O.T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004 ، ص 180 .

[69] أنظر : هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص 119 .

[70] أنظر : شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع تحولات الدولة ،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2009/06/11 ، ص 93 .

[71] أنظر : محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكاليات التطبيق ،المؤتمر السنوي الحادي و العشرون الطاقة بين القانون و الاقتصاد ،كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، يومي 20 و 21 ماي 2013، ص 615.

الدولة المتعاقدة [72] و التي تعتبر بدورها الطرف القوي في العلاقة العقدية لحيازتها سلطات تشريعية تمكنها من ترجيح كفة مركزها القانوني في مواجهة المركز القانوني للطرف الأجنبي.

و لعل من أبرز الأمثلة التي يمكن أن نستحضرها للحديد عن شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة ، عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الإيرانية و شركة النفط الأنجلو-إيرانية ، و الذي يعد بحسب الفقه القانوني أول ظهور لشرط الثبات التشريعي ، إذ نص العقد صراحة أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه [73].

و في المادة 21 من العقد المبرم بين الحكومة العراقية و شركة استثمار النفط البريطانية في عام 1932 جاء ما يلي " يكون هذا العقد باتا و ملزما فيما بين الطرفين ، و ذلك بمجرد توقيع الطرفين عليه و لا يجوز تعديله أو تغييره إلا بموافقة الطرفين خطيا و بالتراضي فيما بينهما"[74]

كما جاء في العقد المبرم بين شيخ الكويت و شركة زيت الكويت المحدودة في عام 1934 في المادة 17 منه " .....لا يجوز للشيخ أو للشركة إدخال أي تعديل على نصوص هذه الاتفاقية إلا إذا اتفقا معا، على أنه من المرغوب فيه لمصلحة كل من الطرفين إدخال بعض التعديلات بالحذف أو بالإضافة لهذه الاتفاقية " [75]

و كذلك المادة 41 من عقد الامتياز المبرم بين جمهورية الإكوادور و شركة Texas Petroleum و الموقع في 21 فيفري 1964 حيث تنص على أن " تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد و تتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها"[76].

و من الأمثلة التي يمكن أن نذكرها على ورود شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة أيضا ، ما جاء العقد المبرم بين تونس و إحدى الشركات الأمريكية عام 1978 حيث نص العقد على أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد " القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي .....ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة ، و القانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي"[77].

و أيضا ما نصت عليه المادة 16 من العقد النموذجي الملحق بقانون البحث الليبي ، الذي أدمج في نصوص العقود المبرمة بين ليبيا و الشركات النفطية الأمريكية (Texaco) و (CAOC) من أنه "تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية ، من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق ، التي يخولها هذا الاتفاق ، و لا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول ، و اللوائح السارية لحظة التوقيع على هذا الاتفاق ، و الذي تبنى

---

[72] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 53 .

[73] أنظر : بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ص 203 .

[74] أنظر : محمد لبيب شقير و صاحب ذهب ، اتفاقيات و عقود البترول في البلاد العربية ، الجزء الأول ، جامعة الدول العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، مصر ، 1969 ، ص 1300 .

[75] أنظر : مشار إليه لدى دارا رمزي توفيق ، مرجع سابق ، ص 111 .

[76] أنظر : مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 333 .

[77] أنظر : مشار إليه لدى ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 53 .

التعديل الذي بناءا عليه درجت المادة 112 في عقد الامتياز وأي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين و اللوائح ، لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد ، و التي تقررت للشركة بمقتضاها طالما تمت دون رضاها"[78].

كما ورد في البند 15 من عقد الامتياز النفطي المبرم بين دولة الكامرون و إحدى شركات النفط الأجنبية على أنه " لا يمكن أن تطبق على الشركة – دون موافقتها المسبقة- التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاستحقاق (أي مدة الامتياز المتفق عليها)" [79].

و كذلك نص المادة 14 من العقد المبرم بين جمهورية الطوغو و شركة مناجم البينين ، و الذي جاء فيه " في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية على الخواص في جمهورية الطوغو المستقلة ، فإن هذه الأخير تتعهد باستثناء خاص لصالح شركة مناجم (Benin) بالاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية و حقول المناجم القابلة التصريح بالبحث و الامتيازات الممنوحة للشركة هذا ما لم تتمسك الأخيرة بالأحكام الجديدة " [80] .

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة السادسة من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الجزائر ممثلة بوكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر ، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 المتضمن الموافقة على الاتفاقية السابقة الذكر

" تمنع الدولة الجزائرية على نفسها ، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية ، أن تتخذ ضد الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق و الامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية "[81]

مما سبق نخلص أن شروط الثبات التشريعي وجدت الطريق لتحتل مكانة مهمة في واقع عقود الدولة من خلال العديد من العقود ذات الطابع الدولي، و المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية لهذه الدول.

ثانيا

شروط الثبات التشريعي التشريعية

إن شروط الثبات التشريعي ذات المصدر التشريعي هي تلك التي تستند إلى نصوص قانونية واضحة في قانون الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي ، حيث تتعهد الدولة من خلالها بأن تمنح المتعاقد الأجنبي كافة الحقوق و المزايا المنصوص عليها في القانون وقت إبرام العقد ، حتى في حالة تعديل هذا القانون في وقت لاحق ، و ذلك في إطار السياسة التي تتبعها تلك الدول و التي تهدف أساسا لجذب الاستثمارات الأجنبية حيث يعتبر شرط الثبات التشريعي في القوانين الداخلية للدولة من أهم عوامل جذب الاستثمار[82].

---

[78] أنظر : محمد عبد العزيز علي بكر ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، المكتبة العصرية ، مصر ، 2010 ، ص132 .

[79] أنظر : مشار إليه لدى أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية) ، مرجع سابق ، ص 307 .

[80] أنظر : غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ،كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2009 ، ص 173 .

[81] أنظر : المادة 06 من اتفاقية الشراكة بين الجزائر و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر المبرمة بتاريخ 05 أوت 2001 ، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 .

[82] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 53 و 54 .

و باعتبار الاستثمار أحد أهم النشاطات الاقتصادية على الإطلاق ، حيث أنه يمثل أهم عوامل النمو الاقتصادي و خالق فرص العمل التي يمكن من خلاله حل مشاكل المجتمع الاقتصادية والاجتماعية[83] ، حاولت الأنظمة التشريعية في الدول النامية سن تشريعات متخصصة بالاستثمار تكون ذات مميزات تمنح المستثمر الأجنبي نوعا من الأمان القانوني من خلال تبني سياسة الثبات التشريعي في نصوص هذه القوانين ، و هي من أهم الضمانات التي من الممكن أن تشجع المستثمر الأجنبي في المضي قدما في تنفيذ مشروعه الاستثماري [84].

و تعرف شروط الثبات التشريعي التشريعية أيضا بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي ، وقد عرفها جانب من الفقه القانوني على أنها تلك الشروط التي ترد في النصوص التشريعية للدولة و التي يتم إعمالها في عقد أو اتفاق مع شخص خاص أجنبي[85] ، حيث بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة المتعاقد الأجنبي بعدم سريان التعديلات التي تطرأ على قوانينها الداخلية و التي يمكن أن تمس بالعقد الاستثماري ، حيث يعد هذا الشرط قيدا على استعمال الدولة لسلطاتها الآمرة [86].

و لعل من أهم النماذج التشريعية الجديرة بالذكر في هذا المقام ما جاء به قانون البترول **الليبي** الصادر في 20 نوفمبر 1955 في المادة 24 حيث نصت على عدم سريان القانون الجديد على الامتيازات التي منحت من قبل ، كما أن التعديلات التي توالت على هذا القانون توارثت شرط الثبات التشريعي تباعا[87]، إلى غاية صدور القانون رقم 09 لسنة 1378 و.ر الموافق لـ 2010 ميلادي المتعلق بشأن الاستثمار، حيث نص في المادة 30 الفقرة الثانية منها على ما يلي :

" .....و تسري أحكام هذا القانون على كافة المشروعات الاستثمارية و الوقائع و التصرفات المتعلقة بها القائمة بموجب القوانين السالفة الذكر في هذه المادة وقت صدور هذا القانون ، و ذلك دون المساس بالمزايا والإعفاءات الممنوحة قبل صدوره....."[88]

كما نصت المادة 18 من قانون الاستثمار **الكاميروني** الصادر عام 1960 على أنه " اتفاق الإقامة يحدد خصوصا ...ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية و الاقتصادية و المالية كما في مجال التحويل المالي و تسويق المنتجات "[89] .

كما أقر المشرع **العراقي** مبدأ الثبات التشريعي من خلال قانون الاستثمار لسنة 2006 ، حيث جاء في المادة 13 منه: " أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات و الإعفاءات المقررة بموجبه "[90] .

---

[83] أنظر : أحمد عبد الإله المراغي ، القانون الدولي الاستثماري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2015 ، ص 16 .

[84] أنظر : عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية و المعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية و دورها في هذا المجال) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص 31.

[85] أنظر : معيفي لعزيز ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2015 ، ص 311 .

[86] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 128 .

[87] أنظر : المادة 24 من قانون البترول الليبي المؤرخ في 20 نوفمبر 1955 .

[88] أنظر : المادة 30 من القانون رقم 09 لسنة 1378 و.ر الموافقة لسنة 2010 ميلادي بشأن الاستثمار في الجماهيرية العربية الليبية.

[89] أنظر : طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2011 ، ص 07 .

و في التشريعات الحديثة للاستثمار أقرت معظم التشريعات العربية مبدأ الثبات التشريعي من خلال نصوص واضحة و جلية مع اختلاف الصياغة اللغوية ، و باعتبار المشرع **المصري** يحتل الصدارة في مجال التشريع ، حيث تعتبر المنظومة التشريعية المصرية من أغنى المنظومات التشريعية في العالم العربي من حيث النصوص التشريعية المتخصصة ، أبينا إلا أن نستهل أمثلتنا عن شروط الثبات التشريعي ذات المصدر التشريعي بقانون الاستثمار المصري رقم 72 الصادر في سنة 2017 حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا القانون ما يلي: " لا تخل أحكام هذا القانون و القانون المرافق له بالمزايا والإعفاءات الضريبية و غيرها من الضمانات و الحوافز المقررة للشركات القائمة وقت العمل به ، و تضل هذه الشركات و المنشآت محتفظة بتلك المزايا و الإعفاءات و الضمانات و الحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها و ذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها ...."[91].

و في هذا النص يظهر بقوة شرط الثبات التشريعي من خلال إحالة واضحة لقانون العقد الاستثماري، سواء إذا تعلق الأمر بالأحكام المطبقة على المزايا و الإعفاءات و الضمانات و الحوافز ، أو انقضاء مدة هذه الامتيازات الممنوحة لغرض الاستثمار .

كما أن المشرع **الأردني** لم يتوانى عن إقرار شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الأردني ، حيث في الفقرة (أ) من المادة 09 من القانون رقم 30 لسنة 2014 قد أقر هذا الشرط بشكل واضح حيث جاء في نص الفقرة ما يلي: " مع مراعاة ما ورد في هذا القانون ، تبقى الأنشطة الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات جمركية أو ضريبية بمقتضى أي تشريعات سابقة للاستثمار ، و أي قرارات صادرة بموجبها و النافذة قبل سريان هذا القانون مستفيدة من تلك الإعفاءات و المزايا حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح لها بموجب تلك التشريعات و بالشروط الواردة فيها ....."[92].

وفي صياغة مخالفة لما ورد في أغلب التشريعات العربية للاستثمار و التي تناولت شروط الثبات التشريعي ، ذهب المشرع **الكويتي** في نسق مختلف من الصياغة التشريعية لهذه الشروط ، حيث في المادة 09 من قانون الاستثمار الأجنبي لدولة الكويت جاء ما يلي: " يسري هذا القانون علي الاستثمارات القائمة والعائدة لرأس مال الأجنبي وذلك بالقدر الذي يحقق أهداف هذا القانون على ألا تقل المزايا والإعفاءات والضمانات التي تمنح لها بموجب أحكامه عما هو مقرر لها من قبل ، على أن تقدم الطلبات من المستثمر الأجنبي للاستفادة من المزايا المنصوص عليها في هذا القانون إلي لجنة استثمار رأس المال الأجنبي للنظر فيها كما نصت المادة (6) منه. " [93]

و في **سلطنة عمان** و من خلال المرسوم السلطاني رقم 94/102 و المتعلق بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي ، جاء في نص المادة 02 منه ما يلي: " تستمر مشروعات الاستثمار القائمة وقت صدور هذا القانون إلى نهاية مدة الترخيص بها و يجوز خلال هذه المدة تعديل نسبة المشاركة الأجنبية بها وفقا لما ورد بالقانون المرافق ...." [94] ، و الذي يمكن أن نستشفه من نص هذه الفقرة أن المشرع العماني لم ينص على شرط الثبات التشريعي بشكل مطلق و لكن أبى

---

[90] أنظر : طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي لسنة 2006 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2009 ، ص 100 .

[91] أنظر : المادة 02 من القانون 72 لسنة 2017 المتعلق بالاستثمار في جمهورية مصر العربية .

[92] أنظر : المادة 09 من القانون رقم 30 لسنة 2014 و المتعلق بقانون الاستثمار في المملكة الهاشمية الأردنية .

[93] أنظر : المادة 09 من قانون الاستثمار الأجنبي لدولة الكويت.

[94] أنظر : المادة 02 من المرسوم السلطاني رقم 94/102 المتعلق بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي بسلطنة عمان العربية .

إلا أن يقيده من خلال منح السلطنة صلاحية تعديل نسبة مشاركة الطرف الأجنبي في المشروع الاستثماري و هذا يشكل في نظرنا قفزة نوعية في صياغة شروط الثبات التشريعي ، وهذا ما يحسب صراحة للمشرع العماني ، حيث تعتبر نسبة المشاركة في المشاريع الاستثمارية من أهم العوامل المحددة لسيادة الدولة على النشاطات الاقتصادية ، فلا يمكن بأي حال من الأحوال ترك هذا الأمر حبيس إرادة المستثمر الأجنبي.

كما أن المشرع **اللبناني** قد تفنن بشكل ملفت للنظر بصياغته الاستثنائية لشرط الثبات التشريعي في القانون رقم 360 و المتعلق بتشجيع الاستثمارات في لبنان ، حيث في المادة الثانية من هذا القانون و التي جاء في مضمونها ما يلي : " يسري هذا القانون على الاستثمارات العائدة للمستثمرين الراغبين في الاستفادة من أحكامه ..." [95]، حيث جاء نص المادة بصيغة مرنة إلى حد إخضاع نصها لإرادة الطرف المتعاقد مع الدولة ، حيث أصبح النص التشريعي رهينة ملائمته لمصالح المستثمر ، و هذا ما اصطلح عليه في الفقه القانوني بشرط التدعيم التشريعي (clause de consolidation) ، حيث يمكن هذا النوع من الشروط استفادة الطرف الأجنبي في العقد من الأحكام الجديدة الواردة في القانون الجديد خاصة إذا تضمنت على حجم أكبر من المزايا و الإعفاءات والضمانات و الحوافز [96].

و يرى الباحث أن هذا النوع من الشروط (شرط التدعيم التشريعي) هو نسخة متقدمة من شرط الثبات التشريعي ، حيث من خلاله يتسنى للمستثمر الأجنبي تجميد القانون المطبق على العقد بالإضافة إلى إمكانية الاستفادة من الأحكام الملائمة لمصلحته في حالة ورودها في القانون الجديد، ونرى أن الأساس القانوني لهذا النوع من الشروط يستمد حجيته القانونية من قاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم كاستثناء على مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون في المادة الجزائية ، حيث في نظرنا أن القانون الأصلح للمتهم يقابله في تشريعات الاستثمار ، القانون الأكثر ملائمة للمستثمر الأجنبي.

و نحن بصدد البحث في شروط الثبات التشريعي ذات المصدر التشريعي ، صادفتنا المادة 05 من القانون رقم 2012/52 المؤشر في 31 جويلية 2012 المتضمن مدونة الاستثمارات في **الجمهورية الإسلامية الموريتانية** ، حيث جاءت تحت الباب الثاني بعنوان : ضمانات و حقوق و حريات المقاولة ، والجدير بالذكر أن هذه المادة وردت تحت عنوان : ضمان استقرار الشروط[97] ، و جاء نصها كما يلي :

" تضمن الدولة للمقاولات استقرار الشروط القانونية و الجبائية و الجمركية الممنوحة لمدة عشرين (20) ابتداء من تاريخ منح إفادة الاستثمار .

و مع ذلك ، يستفيد المستثمر تلقائيا من أي تغيير ملائم في الشروط الجبائية أو الجمركية خلال فترة صلاحية الاعتماد ".

و بمقتضى نص المادة 05 أعلاه تكون الدولة قد التزمت بتثبيت النظام القانوني والاقتصادي والمالي للاستثمار الأجنبي وبذلك يكون المستثمر في حماية من التغيرات التي قد تطرأ على التشريع الموريتاني مستقبلا التي يمكن أن تنتقص

---

[95] أنظر : المادة الثانية من القانون رقم 360 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في جمهورية لبنان العربية .

[96] أنظر : عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي ، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد الأول ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، ص 137 .

[97] أنظر : المادة 05 من القانون رقم 2012/52 المؤشر في 31 جويلية 2012 المتضمن مدونة الاستثمارات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

من الضمانات الممنوحة له، وبذلك تكون الدولة الموريتانية قد قيدت من مجال تدخلها التشريعي لصالح تعزيز الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين[98].

ما ذهب إليه المشرع الموريتاني في هذه المادة يعد تميزا تشريعيا مهما يستحق الوقوف عنده ، حيث أن المشرع الموريتاني أبى إلا أن يسمي الأشياء بمسمياتها ، فعنوان المادة (ضمان استقرار الشروط) يظهر تأثر المشرع الموريتاني بالفقه القانوني و الذي اصطلح على شروط الثبات التشريعي في الكثير من المواضع بـ: شروط الاستقرار التشريعي ، كما أنه في متن المادة استعمل المشرع نفس المصطلح ، و ما يمكن أن يثير انتباهنا أكثر في نص هذه المادة هو المدة التي اقترنت بشرط الثبات التشريعي و هي 20 سنة من تاريخ منح إفادة الاستثمار ، فهذه المدة لا تثير أية إشكالات بالنسبة للاستثمارات التي لا تتجاوز 20 سنة ، لكن في عقود الدولة و التي عادة ما تكون عقودا طويلة المدة قد تصل أحيانا إلى عقود من الزمن و في حال تجاوز المدة 20 سنة ، فهل نحن أمام تصنيف آخر من تصنيفات شروط الثبات التشريعي يتخذ المدة الزمنية معيارا للتفريق بين شروط الثبات التشريعي المطلقة و شروط الثبات التشريعي المحددة المدة ؟ و لماذا مدة 20 سنة بالتحديد ؟

ونحن بصدد استقراء النصوص القانونية لمدونة الاستثمارات الموريتانية وجدنا إجابات مقنعة للإشكالات المطروحة أعلاه و بالضبط في المادة 24 من هذه المدونة و التي ورد نصها كما يلي:

" تحدد شروط الإقامة و المزايا الخاصة الممنوحة في إطار اتفاقية يتم التفاوض عليها مع القطاعات المختصة بالتشاور مع وزارة الشؤون الاقتصادية و التنمية و وزارة المالية.

تبرم اتفاقيات التأسيس لمدة 20 سنة ....."[99].

يبدو أن المشرع الموريتاني و هو بصدد تناول شروط الثبات التشريعي أخذ بعير الاعتبار المدة القصوى لاتفاقيات تأسيس الاستثمارات و التي حددت بعشرين (20) سنة كحد أقصى.

و ما هو جدير بالذكر في نظرنا هو الفقرة الأخيرة من المادة 05 " ..... و مع ذلك يستفيد المستثمر **تلقائيا** من أي تغيير ملائم في الشروط الجبائية أو الجمركية خلال فترة صلاحية الاعتماد "، حيث أن المشرع الموريتاني قد تبنى شروط التدعيم التشريعي لكن فرض الاستفادة من التغييرات الملائمة تلقائيا ، فهل ما يعد ملائما للمستثمر الأجنبي في نظر الدولة المضيفة قد يتطابق مع مصلحة المستثمر الأجنبي ؟

في النصوص القانونية التي تناولت شروط الثبات و التدعيم التشريعي والتي تناولناها سابقا ، كان الشرط دائما مقترنا برغبة المستثمر في الاستفادة من أحكامه ، غير أن المشرع الموريتاني خالف مجموع تشريعات الاستثمار العربية و قرر أن يفرض استفادة المستثمرين تلقائيا من التغييرات الملائمة لهم في نظره.

---

[98] أنظر : محمد محمود عبد الله المختار، الضمانات الممنوحة للمستثمرين في القانون الموريتاني، محاضرة ملقاة بالمركز الثقافي المغربي ، نواكشوط، 24 مارس 2016 الساعة 09:50، الموقع الرسمي لوكالة الرائد الإخبارية http://arayede.com/content.php?id=2822.

[99] أنظر : المادة 24 من القانون 2012/52 المؤشر في 31 جويلية 2012 المتضمن مدونة الاستثمارات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية .

إذا كانت الغاية الأساسية من شروط الثبات التشريعي و شروط التدعيم التشريعي هي حماية المستثمر الأجنبي من التعديلات التي يمكن أن تطرأ على القانون الذي يحكم العقد المبرم بينه و بين الدولة المضيفة، فإنه من جهة أخرى سلب للسلطات التشريعية للدولة رغم ادعاء العديد من الفقهاء القانونيين بأنها إستراتيجية قانونية تقتضيها التنمية الاقتصادية ، فهل من المعقول أن ترجح مصلحة المستثمر الأجنبي في العلاقة التعاقدية من خلال قواعد قانونية ذكية تطبق فقط في حال استشعار مصلحة المستثمر الأجنبي؟ يبدو جليا أن المشرع الموريتاني قد جانب الصواب في نص الفقرة الأخيرة من المادة 05 حيث كان الأجدر به أن يجعل استفادة المستثمر الأجنبي من التغييرات القانونية الملائمة له مقيدا بتقديم طلب يضمنه رغبته في ذلك ، كما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية في هذا الصدد.

وعلى الرغم من هذه الهفوات التشريعية تبقى مدونة الاستثمارات الموريتانية في نظر البعض مكسبا هاما للبلاد في سعيها لتعزيز الاستثمارات حيث أضحت عاملا هاما لجلب المستثمرين من داخل البلاد وخارجها[100].

و منذ فجر الاستقلال في **الجزائر** ، ذهبت الإرادة السياسية إلى دعم سياسة الاستثمار و الرقي بها ، خاصة بضمان استقرار النظام القانوني الحاكم للنشاطات الاستثمارية ، حيث جاء الأمر 284/66 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1386 هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 1966 م المتضمن قانون الاستثمارات ليكرس إستراتيجية الثبات التشريعي لأول مرة في الجزائر من خلال المادة 29 منه حيث جاء فيها : " إن التعديلات التي قد تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منافع أدنى"[101]، و برأينا أن المشرع الجزائري قد أتقن الصياغة بشكل رائع حيث أن نص المادة 29 قد تضمن شرط الثبات التشريعي و شرط التدعيم التشريعي مجتمعين ، حيث أقر أن التعديلات التي يمكن أن تطرأ على قانون الاستثمارات لا تسري على الاتفاقات المبرمة مع المؤسسات المرخصة إلا إذا تضمنت هذه التعديلات مزايا وحوافز و إعفاءات و ضمانات أكثر من سابقاتها في القانون القديم ، و كأن المشرع و من خلال هذا الأمر قد حدد العتبة الدنيا للحوافز و المزايا و الإعفاءات و الضمانات التي من الممكن أن يتمتع بها الطرف المتعاقد مع الدولة .

و في مطلع الثمانينات أيقن المشرع الجزائري ضرورة مراجعة القواعد الحاكمة للاستثمار ، و كان القانون رقم 82-11 المؤرخ في 02 ذي القعدة عام 1402 هـ الموافق لـ 21 غشت سنة 1982 م المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ، نتاج هذا الحراك التشريعي ، و في المادة 40 من هذا القانون تواصلت الإرادة التشريعية في إقرار مبدأ الثبات التشريعي مرة أخرى مع اختلاف بسيط في الصياغة حيث جاء نص المادة كما يلي : " تظل النشاطات الناتجة عن الاستثمارات المنجزة قبل صدور هذا القانون خاضعة للتشريع المعمول به "[102].

---

[100] أنظر : المختار ولد أجاي، كلمة وزير الاقتصاد والمالية في الملتقى الوطني حول فرص الاستثمار في موريتانيا، قصر المؤتمرات بنواكشوط،20 فبراير 2018،أنظر الموقع الرسمي للمديرية العامة لترقية القطاع الخاص بوزارة الاقتصاد والمالية الموريتانية -http://www.dgpsp.gov.mr/index.php/dgpsp actu/115-2018-02-27-13-22-59

[101] أنظر : المادة 29 من الأمر 284/66 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1386 هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 1966 م المتضمن قانون الاستثمارات الجزائري.

[102] أنظر : المادة 40 من القانون رقم 82-11 المؤرخ في 02 ذي القعدة عام 1402 هـ الموافق لـ 21 غشت سنة 1982 م المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني في الجزائر.

و كأن المشرع الجزائري قد أحال النشاطات الاستثمارية السابقة لصدور القانون و المعاصرة له على التشريع الذي نشأت في ضله ، و في هذا النص القانوني تبدو ملامح شرط الثبات التشريعي أكثر وضوحا ، وحتى بصدور القانون 86-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لـ 19 غشت سنة 1986 المعدل و المتمم للقانون 82-11 المؤرخ في 28 غشت 1982 و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها ، لم تمس التعديلات بمبدأ الثبات التشريعي مما يفيد مواصلة المشرع الجزائري في تبني شروط الثبات التشريعي في قوانين الاستثمار[103] . و تمهيدا لمرحلة التحول الاقتصادي الجزائري الكبرى ، من الاقتصاد الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر، كان لزاما على المشرع الجزائري مراجعة القواعد القانونية الحاكمة لنشاطات الاستثمار مما دعت الحاجة إلى إصدار القانون رقم 88-25 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق لـ12 يوليو سنة 1988 م المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية ، و ككل مرة لم يتخلى المشرع الجزائري عن فكرة الثبات التشريعي بل واصل دعمها من خلال نص المادة 12 الذي ورد كما يلي :

" تبقى المؤسسات المعتمدة القائمة و المستفيدة من امتيازات جبائية و / أو مالية بموجب التشريع السابق و لا سيما القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 غشت سنة 1982 المشار إليه أعلاه مستفيدة من هذه الامتيازات بالنسبة للفترات المتبقية المتعلقة بالإعفاءات والتخفيضات وغيرها من التسهيلات الممنوحة"[104].و في بداية التسعينات و في خضم الاضطراب السياسي و الأمني الذي كانت تعيشه الجزائر آنذاك ، صدر المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993 م والمتعلق بترقية الاستثمار ، حيث وفي المادة 39 منه ورد شرط الثبات التشريعي بصياغة تشريعية مختلفة[105]، حيث حضر المشرع الجزائري من خلالها سريان المراجعات و الإلغاءات التي يمكن أن تطرأ على المرسوم التشريعي في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في ضله، غير أن هذا الحضر لم يكن مطلقا بل مقيدا بإرادة المستثمر الصريحة في ذلك ، وكأن المشرع الجزائري يفسح مجالا لإعمال شروط التدعيم التشريعي إلى جانب شروط الثبات التشريعي، وهو نفس النسق الذي انتهجه المشرع الجزائري من خلال المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق لـ 20 غشت سنة 2001 م المتعلق بتطوير الاستثمار [106] ، و المادة 22 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 م المتعلق بترقية الاستثمار[107].

الفرع الثاني

---

[103] أنظر : القانون 86-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لـ 19 غشت سنة 1986 المعدل و المتمم للقانون 82-11 المؤرخ في 28 غشت 1982 و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها.

[104] أنظر : المادة رقم 12 من القانون رقم 88-25 مؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق لـ 12 يوليو سنة 1988 م المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية في الجزائر.

[105] أنظر : المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993 م و المتعلق بترقية الاستثمار : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"

[106] أنظر : المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق لـ 20 غشت سنة 2001 م المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر :" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "

[107] أنظر : المادة 22 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 م المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر .

أنواع شرط الثبات التشريعي من حيث المضمون

يميز الفقه القانوني ما بين ثلاثة أنواع من شروط الثبات التشريعي ، و يعتمد هذا التصنيف على معيار مضمون الشرط ، شروط التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد (أولا) ، و هنا يتم عزل العقد عن كافة التعديلات التشريعية التي من الممكن أن تمس بالعقد ، و شروط تحافظ على التوازن الاقتصادي للعقد (ثانيا) ، و شروط الحماية المختلطة (ثالثا) .

أولا

شرط التجميد التشريعي

يهدف هذا النوع من الشروط إلى ضمان عدم سريان التعديلات التي من الممكن أن تطرأ على القوانين الحاكمة للأنشطة الاقتصادية ، بما في ذلك العلاقات القانونية التعاقدية بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة ، بحيث يبقى العقد بمعزل عن الحركة التشريعية للنظام القانوني للدولة المتعاقدة ، وهذا ما يسمى بـ : Freezing clauses [108].

ويتحقق هذا الشرط بأن ينص في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها على أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقد ، على الصورة التي يكون عليها هذا القانون لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه ، و الهدف من شرط التجميد التشريعي هو تقويض سلطات الدولة التشريعية الهادفة لتعديل العقد و المساس به تحقيقا لمصالحها[109].

فشرط التجميد التشريعي يحمل في مضمونه إرادة الأطراف المتجهة للفصل بين العقد و القانون الذي يحكمه و تثبيت هذا الأخير في حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد دون الأخذ بعين الاعتبار التعديلات التي يمكن تجريها الدولة على قوانينها والتي يمكنها أن تمس بالعلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد الأجنبي[110].

و يجد حق الأطراف في تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد زمنيا أساسه القانوني ، من قاعدة القانون الدولي الخاص التي تعطي الأطراف مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بهدف تحقيق الأمان القانوني و حماية توقعاتهم [111].

ويختلف مضمون شرط التجميد التشريعي من حيث نطاقه إلى شرط تجميد كلي و شرط تجميد جزئي .

1-شرط التجميد التشريعي الكلي : اصطلح الفقه القانوني على هذا النوع من شروط التجميد بالشروط العامة للتجميد التشريعي ، حيث لا يتحقق الشرط هنا إلا بمنع سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد ، حيث يتم تجميد النظام القانوني الوطني بمجمله في مواجهة المتعاقد الأجنبي ، مما يحقق حصانة قانونية للعقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي ضد أي تعديلات تشريعية مستقبلية قد تضر بالمصالح الاقتصادية للمتعاقد الأجنبي [112].

---

[108] أنظر : محمود فياض ، مرجع سابق ، ص 630 .

[109] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 331 .

[110] أنظر : أحمد حسين جلاب الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ،2017، ص 119.

[111] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 323.

[112] أنظر : محمد فياض ، المرجع السابق ، ص 630و 631 .

وتعد المادة 21 من العقد المبرم بين حكومة ليبيريا و شركة الحديد و الصلب الليبيرية في جويلية 1975 من أهم الأمثلة التي من الممكن أن نستحضرها في هذا المقام ، حيث جاء فيها : " اتفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا ، و يتم تأويلها و تفسيرها بموجبها ، إنما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتفاقية أو بعده ، و يكون غير متوافق أو ناقض لنصوصها"[113]. أما تشريعيا تعد المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر مثالا نموذجيا عن شروط التجميد التشريعي الكلية حيث حظرت هذه المادة جميع المراجعات والإلغاءات التي تتعارض مع قانون العقد، إلا بطلب صريح من المستثمر الأجنبي[114] .

2-شرط التجميد التشريعي الجزئي : و هو شرط تتعهد بموجبه الدولة المتعاقدة بعد تعديل بعض التشريعات المتعلقة بالعقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي و ذلك بسبب الحاجة الماسة لرؤوس الأموال و الخبرات التقنية و الإدارية[115] ، و يستهدف شرط التجميد الجزئي عادة النظام القانوني الضريبي للدولة المتعاقدة في صورة تثبيت للضريبة عادة لمدة محددة ، حيث يخضع المتعاقد الأجنبي للضريبة السارية المفعول وقت إبرام العقد إلى غاية نهاية المدة المتفق عليها ، فلا تتعرض المشروعات الاستثمارية للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة للتغييرات الفجائية التي قد تطرأ على النظام الضريبي ، إذا كانت هذه التغييرات تصب في غير مصلحة المتعاقد الأجنبي [116].

و يرى جانب من الفقه القانوني أن شروط التجميد التشريعي الجزئية تهدف لحماية المتعاقد الأجنبي من إعمال قواعد تشريعية معينة قد تنشأ في النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة ، من خلال حضر تطبيق تعديلات تشريعية قد تطرأ في حقل قانوني معين [117]مثل : قانون الضرائب ، قانون الصرف ....الخ.

و كمثال على شروط التجميد التشريعي الجزئية جاءت المادة 09 من القانون رقم 30 لسنة 2014 لتقر هذا النوع من الشروط بشكل واضح حيث جاء في نص الفقرة (أ) ما يلي:

" مع مراعاة ما ورد في هذا القانون ، تبقى الأنشطة الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات جمركية أو ضريبية بمقتضى أي تشريعات سابقة للاستثمار ، و أي قرارات صادرة بموجبها و النافذة قبل سريان هذا القانون مستفيدة من تلك الإعفاءات و المزايا حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح لها بموجب تلك التشريعات و بالشروط الواردة فيها ....." [118].

ثانيــا

شرط التوازن الاقتصادي

---

[113] أنظر : بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ، ص 204 .

[114] أنظر : المادة 22 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 م المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون ، التي قد تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "

[115] أنظر : حاتم غائب سعيد ، النظام القانوني لضمانات و حوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2017 ، ص 99 .

[116] أنظر : مروة موفق مهدي ، الضمانات و الحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق ، جامعة ما بين النهرين ، العراق ، 2007 ، ص 142 .

[117] أنظر : محمد فياض ، المرجع السابق ، ص 632 .

[118] أنظر : المادة 09 من القانون رقم 30 لسنة 2014 و المتعلق بقانون الاستثمار في المملكة الهاشمية الأردنية .

يختلف هذا النوع من الشروط عن سابقيه في كونه لا يعفي المتعاقد الأجنبي من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق ، بل على عكس ذلك سيؤكد هذا الشرط انصياع المتعاقد الأجنبي لسيادة الدولة المتعاقدة معه انصياعا تاما ، و بالمقابل تلتزم الدولة بتعويض المتعاقد الأجنبي عن الخسائر المالية التي ستصيبه جراء هذه التعديلات [119].

لا يعمل هذا النوع من الشروط على وقف سريان التعديلات التشريعية و الإجرائية التي من الممكن أن تتخذها الدولة المتعاقدة في حق المتعاقد الأجنبي ، بل يحاول تبديد أي آثار سلبية للقانون الجديد أو التعديلات على اقتصاديات المشروع ، حيث لم تعد الدولة تمنع من اتخاذ أي إجراء أو تعديل في تشريعاتها الداخلية ، بالمقابل تتعهد بتعويض المتعاقد الأجنبي عن الخسائر المتكبدة نتيجة لمثل هذه التعديلات[120] .

و يهدف هذا الشرط إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد ، الشيء الذي يجعله يتشابه في بنيته القانونية مع شرط إعادة التفاوض ، و بالرغم من ذلك يفضل المتعاقد الأجنبي اللجوء إلى شروط التوازن الاقتصادي دون شروط إعادة التفاوض كونها ستضمن له الحصول على تعويض عما لحقه من ضرر دون حاجة لإعادة التفاوض على شروط العقد مع الدولة المتعاقدة من جديد[121].

ثالثـــا

شرط الحماية المختلط

يجمع هذا النوع من شروط الثبات التشريعي بين خصائص شرط التوازن الاقتصادي من جهة عدم إعفاء المتعاقد الأجنبي من تطبيق أي تعديلات يمكن أن تضر بمركزه المالي ، و من منظور آخر فهذا النوع من الشروط يقترب من شرط التجميد التشريعي كونه يتضمن عدم خضوع المتعاقد الأجنبي لتعديلات النصوص التشريعية التي من شأنها أن تضر بمصالحه المالية[122] ، بحيث تصبح مصلحة المتعاقد الأجنبي هي المعيار الوحيد الذي يحدد خضوعه للتعديلات التشريعية الطارئة على العلاقة التعاقدية من عدمه.

الفرع الثالث

أنواع شروط الثبات التشريعي من حيث الغاية

تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية معينة تتمثل في تطبيق قواعد قانونية ثابتة و محددة على العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي ، منذ لحظة إبرام العقد إلى غاية انقضائه، و من أجل بلوغ هذه الغاية ، تتم الصياغة

---

[119] أنظر : محمد فياض ، المرجع السابق ، ص 634

[120] L. Cotula, Reconciling regulatory Stability and evolution of environmental standards in investment contracts: towards a rethink of stabilization clauses (2008) 1/2 Journal of World Energy Law & Business.158.

[121] أنظر : محمد فياض ، المرجع السابق ، ص 638.

[122] أنظر : محمد فياض ، المرجع نفسه ، ص 638.

القانونية لشروط الثبات التشريعي على نحو يمكنها إما من تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا ، و إما عن طريق النص على عدم خضوع العقد للتعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي[123]

و بحسب المعيار الغائي أو الوظيفي يمكن تصنيف شروط الثبات التشريعي إلى شروط تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد (أولا) و شروط تمنع سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد (ثانيا).

أولا

شروط الثبات الهادفة لتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد

و فرق الفقه بين حالتين من تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث في الحالة الأولى يتم تجميد القانون دون اندماجه في العقد على الصورة التي كان فيها لحظة إبرام العقد دون أن يتأثر بالتعديلات التي من الممكن أن تطال مضمونه [124]، بحيث يتم من خلال هذا الشرط حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية لتعديل العقد و المساس به لصالحها [125]، و هنا يرى جانب من الفقه أن هذا النوع من شروط الثبات التشريعي يهدف قطع الصلة بين القواعد و الأحكام القانونية التي تم تثبيتها و القانون الوطني الذي اشتقت منه ، لا سيما إذا تغير هذا القانون [126].

و في الحالة الثانية تستهدف شروط الثبات التشريعي تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد من خلال دمج محتوى القانون الواجب التطبيق على العقد في العقد ذاته ، و تتحول قواعده و أحكامه إلى شروط في العقد ليس إلا ، و بذلك تفقد هذه القواعد القانونية بنيتها القاعدية [127]، بحيث لا يكون لها إلا قوة و قيمة شروط العقد ، الأمر الذي يترتب عليه إفلات العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي من قبضة القانون [128]كما جاء في البند 14 من عقد الامتياز المبرم بين دولة قطر و شركة تكساس عام 1964 حيث نصت على التزام الأطراف بقوانين البترول السارية وقت إبرام العقد و أدمجت هذه النصوص في متن العقد [129].

---

[123] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 331.

[124] معيفي لعزيز ، مرجع سابق ، ص 314 .

[125] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 331

[126] أنظر : عدلي محمد عبد الكريم ، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة، مقال منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة أحمد دراية بأدرار ، العدد 18 ، ص 192 .

[127] أنظر : ليندا جابر ، مرجع سابق ، ص 57 .

[128] أنظر : بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ، ص 227 .

[129] أنظر : وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008 ، ص 763 .

و أيضا المادة 04 من العقد المبرم بين حكومة موريتانيا و شركة Planet oil and Mineral corporation حيث جاء في مضمونها :" قانون التعدين الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي يلحق بالنصوص المدرجة في ملحق الاتفاق الحالي و يعد جزءا لا يتجزأ منه ". [130]

و كذلك في المادة 41 من عقد الامتياز المبرم بين جمهورية الإكوادور و شركة Texas Petroleum الموقع في 21 فبراير 1964 : " تلتزم الأطراف بقوانين البترول و التعدين السارية وقت التوقيع على العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها "[131] .

و الواقع أن هذا النوع من الشروط يؤدي إلى سلخ العقد من أي قانون [132]، حيث أن اندماج قانون الدولة المتعاقدة في العقد نفسه يؤدي إلى عدم إمكانية تفسير هذا القانون كقانون وضعي ، و إنما يتم تفسيره على اعتبار أنه شرط تعاقدي [133]، غير أن فكرة الاندماج لا تتوفر في حالة غياب الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، و تحديد ذلك القانون من قبل القاضي ، و بالتالي لا تتوفر الطبيعة التحويلية للقانون المختار إلا في حالة اختيار الأطراف صراحة للقانون و إدماجه في العقد [134].

و يترتب على تبني هذا النوع من الشروط في عقود الدولة تجميد القانون المدمج في العقد زمنيا، فلا تسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت الإبرام ، و من ثم فإن التعديلات التشريعية التي من الممكن أن تطرأ على أحكام القانون المدمج في العقد لا تندمج بدورها فيه و لا تكتسب خصائص شروطه التعاقدية حتى و لو اتسمت هذه التعديلات بالصفة الآمرة[135].

و في الحقيقة أن فكرة الاندماج تهدف إلى تحطيم القيود القانونية التي تم تكبيل العقد من خلالها، و هذا ما يدفعنا للتساؤل عن إمكانية وجود عقد دولي دون قانون يحكمه ؟

ثانيــا

شروط الثبات المانعة لسريان التعديلات على القانون الواجب التطبيق على العقد

حيث يرى بعض الفقه أن هذا النوع من الشروط شرط توقيفي لقوة سريان القانون ، حيث يتوقف مفعول القواعد القانونية الناشئة عن تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد عن السريان[136] ، مما يجعل العقد المبرم بين الدولة و

---

[130] أنظر : المادة 04 من العقد المبرم بين حكومة موريتانيا و شركة Planet oil and Mineral corporation ،مشار إليه لدى بشار الأسعد ، المرجع السابق ، ص 229 .

[131] أنظر : المادة 41 من عقد الامتياز المبرم بين جمهورية الإكوادور و شركة Texas Petroleum الموقع في 21 فبراير 1964، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 333 .

[132] أنظر : حفيظة السيد حداد ، المرجع نفسه ، ص 334 .

[133] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 57 .

[134] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، مرجع سابق ، ص 108 .

[135] أنظر : بشار مُحَمَّد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 233 .

[136] أنظر : أحمد حسين جلاب الفتلاوي ، مرجع سابق ، ص 121 .

الطرف الأجنبي خارج النطاق الموضوعي للنصوص التشريعية المشمولة بالتعديل، و هو ما يمثل في نظرنا تحديدا للنطاق الموضوعي لنشاط النص التشريعي .

و تقف حدود إرادة الأطراف عند هذا الحد بحيث يمتنع عليهم دمج القانون في العقد ، فعند اختيار القانون ليسري على العقد ، يجب تحديد الحالة التي سيطبق بها عليه [137]،و بالتالي فإن الأثر التوقيفي لسريان التعديلات على القانون الواجب التطبيق على العقد يحتفظ بالطبيعة القانونية و البنيوية لقواعد ذلك القانون، كقانون وضعي و ليس كشرط تعاقدي ، و ليس هناك ما يمنع الدولة من تجميد قانونها و منع سريان التعديلات الطارئة عليه على عقدها مع الطرف الأجنبي ، فهي من سنت هذا القانون و أخرجته إلى النور[138].

و لعل من أهم الأمثلة التي يمكن أن نذكرها هنا ، قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 و الذي نص على أن: " أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات و الظروف المحددة و المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في مدد تجديده ، لا تطبق على ذلك العقد لا من خلال مدته الأولى ولا من خلال مدد تجديده".[139]

والتساؤل الذي يمكن أن يطرح هنا ، إلى أي مدى يمكن أن نطبق شروط الثبات التشريعي المانعة لسريان التعديلات على القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة ما إذا كان القانون الجديد أكثر نفعا للمتعاقد الأجنبي ؟

ذهب بعض الفقه إلى إمكانية أن ترد استثناءات على تطبيق الشروط السابقة الذكر و المتضمنة عدم سريان التعديلات الجديدة على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة ، و قد اصطلح عليه الفقه القانوني **بشروط التدعيم التشريعي**، والمقصود به أن يستفيد المتعاقد الأجنبي من الأحكام الجديدة إذا كانت تتضمن امتيازات أفضل ، و يهدف هذا النوع من الشروط إلى ضمان المعاملة التفضيلية التي ينص عليها التشريع الوطني للدولة المتعاقدة و العقود المبرمة بين الدولة و الأطراف الأجنبية و كذلك الاتفاقيات الدولية التي أصبحت تعترف في معظمها بحق الطرف الأجنبي في الاستفادة من التشريع الذي يضمن له امتيازات إضافية[140].

و قد إقرار شرط التدعيم التشريعي في العديد من الاتفاقيات التي كانت الجزائر طرفا فيها[141] ، حيث جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و المملكة الإسبانية و المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات و التي صادقت عليها الحكومة الجزائرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 هـ الموافق لـ 25 مارس سنة 1995 م :

---

[137] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 59 .

[138] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 80 .

[139] أنظر : وليد لعماري ، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي ، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع ، جوان 2016 ، ص 342 .

[140] أنظر : عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق ، ص 221.

[2] أنظر : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص 343 .

" ...2- لا تكون هذه المعاملة أدنى امتياز من التي يمنحها كلا الطرفين المتعاقدين للاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمريه أو تلك المنجزة من طرف مستثمري بلد آخر يتمتع بمعاملة الدولة الأكثر رعاية ...."[142].

و كذلك المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و جمهورية مصر العربية و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 هـ الموافق لـ 11 أكتوبر 1998 م : " 1- يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات مواطني و شركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه و شركاته أو لمواطني أو شركات دولة ثالثة ....." [143]

قد يقول قائل أن المادة المذكورة أعلاه متعلقة بإقرار مبدأ المساواة بين المستثمرين الأجانب و الوطنيين، غير أننا نرى أنه بمجرد أن يبرم عقد الاستثمار في ظل القانون الجديد بين الدولة و متعاقد آخر لا يتحقق الشرط المذكور أعلاه و نصبح أمام حالة تمييز بين المستثمرين مما يتعين على الدولة تدارك هذا الخلل بفتح المجال أمام المستثمر التابع للدولة الطرف في الاتفاقية لطلب الحصول على الامتيازات و التحفيزات والاعفاءات و المزايا و الضمانات التي تضمنها القانون الجديد ، و من ثم تحقيق مبدأ المساواة من جهة وإعمال شرط التدعيم التشريعي من جهة أخرى.

و اصطلح الفقه القانوني على شرط التدعيم التشريعي أيضا ب**شرط الدولة الأولى بالرعاية** حيث تتعهد الدولة من خلاله بتمكين رعايا الدولة المستفيدة منه (المتعاقدين الأجانب) من الحصول على أفضل معاملة قررتها أو تقررها لرعاية دولة أخرى و بالتالي الحصول على أفضل الضمانات و المزايا التي تقررها[144].

و قد عملت العديد من الدول على إدراج هذا الشرط في قوانينها الداخلية ، كما هو الحال في الجزائر ، حيث في المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون ، التي تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، **إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة** "[145] .

و من مضمون العبارة الأخيرة يمكن أن نستخلص الإرادة الضمنية للمشرع في تمكين المستثمر من الاستفادة من الامتيازات و التحفيزات و الاعفاءات و المزايا و الضمانات الأكثر نفعا له في القوانين الجديدة إذا ما طلب ذلك صراحة ، فمن غير المنطقي أن يطلب المتعاقد الأجنبي تطبيق قواعد قانونية تحمل معها مزايا و تحفيزات و امتيازات أقل من سابقتها ، باعتبار المتعاقد الأجنبي يسعى دائما لتحسين وضعه الاقتصادي والقانوني في العقد المبرم بينه و بين الدولة.

---

[142] أنظر : المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و المملكة الإسبانية و المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 هـ الموافق لـ 25 مارس سنة 1995 م، ج ر رقم 23 ، ص 7 .

[143] أنظر : المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية مصر العربية والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 هـ الموافق لـ 11 أكتوبر 1998 م، ج ر رقم 76 ، ص 07 .

[144] أنظر : عمر هاشم مُحَمَّد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 89 .

[145] المادة 22 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 م المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

بسبب حداثة هذا المصطلح القانوني الذي كان نتيجة المد التنموي الاستثماري في الدول المستقلة حديثا ، كان التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي من المواضيع التي أسالت الكثير من الحبر الشيء الذي دفعنا لتسليط الضوء على البنية القانونية لهذه الشروط ، من خلال بيان النظريات و الآراء الفقهية التي خاضت في هذا الموضوع ، فتناولنا هذا المبحث في مطلبين أساسيين : كان أولهما بعنوان نظرية الطبيعة العقدية لشرط الثبات التشريعي (مطلب أول) و ثانيهما بعنوان: نظرية الطبيعة التشريعية لشرط الثبات التشريعي (مطلب ثاني).

المطلب الأول

نظرية الطبيعة العقدية لشرط الثبات التشريعي

من المتعارف عليه أن فكرة الثبات التشريعي جاءت لتحمي المستثمر الأجنبي في مواجهة العنجهية القانونية للدولة المتعاقدة ، الشيء الذي جعل جانبا من الفقه يذهب إلى أن هذه الشروط ذات طبيعة عقدية ، حيث أن الطائل منها هو تجميد قانون العقد زمنيا ، عن طريق تحديد النطاق الموضوعي للتصرفات الواردة على تشريعات الدولة المضيفة.

و للمضي في جنبات هذه النظرية نستعرض لأهم أسانيدها في فرعين متتاليين : الفرع الأول (حماية المتعاقد الأجنبي) و الفرع الثاني (القوة الملزمة للعقد).

الفرع الأول

حماية المتعاقد الأجنبي

إن الرأي الغالب في الفقه القانوني يذهب إلى أن شرط الثبات التشريعي جاء ليحمي المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة ، من مخاطر النشاط التشريعي حيث عرف جانب من الفقه القانوني هذه الشروط على أنها " أداة يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها"[146]

فمن غير المعقول أن تسن الدولة تشريعا يضعف مركزها القانوني أمام المركز القانوني المستثمر الأجنبي، حيث أن الدولة المتعاقدة تمارس كامل سيادتها على إقليمها و على نتاجها التشريعي ، كما أن قوانينها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بعكس التصرفات العقدية و التي يكون الطائل منها تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة .

كما أن هناك من يفرق بين أمرين أساسيين : مبدأ الاستقرار التشريعي و مبدأ عدم التغيير العقدي ، حيث أن مبدأ الاستقرار التشريعي هو تعهد الدولة بعدم تعديلها أو إلغائها أو مراجعتها لنصوصها التشريعية ، أما مبدأ عدم التغيير العقدي مفاده التعهد بعدم تغيير أحكام العقد الاستثماري من خلال عدم المساس بالالتزامات و الأعباء الواردة فيه دون موافقة المستثمر[147].

كما أكد المشرع الدستوري في المادة 22 من دستور 2016 حماية الملكية الخاصة للأشخاص بما في ذلك الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب من نزع الملكية المتعسف فيه و الغير مؤسس قانونا مع لزوم التعويض العادل و المنصف في

---

[146] أنظر : جبايلي صبرينة ، شرط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية ، مقال منشور في مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عباس الغرور بخنشلة ، العدد 09 ، جانفي 2018 ، ص 261 .

[147] أنظر : يوسفي مُحَمَّد ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر الغير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2001-2002 ، ص 100.

حالة ممارسة الدولة لحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة بقوله : " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ، و يترتب عليه تعويض عادل و منصف "[148].

و يمكن أن نستشف إرادة المشرع الدستوري في حماية المستثمر الأجنبي من خلال نص المادة 43 من دستور الجزائر لسنة 2016 حيث جاء فيه : " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، و تمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على **تحسين مناخ الأعمال**، و التشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية ....."[149].

و في نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، نلاحظ أن المشرع الجزائري أخضع سريان القاعدة القانونية لإرادة المستثمر الأجنبي حيث جاء فيها : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون ، التي قد تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، **إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة** "[150]

فشرط الثبات التشريعي يستمد قوته القانونية من النصوص الدستورية والقانونية السابقة الذكر ، لأن الإرادة التشريعية كانت متجهة لحماية المتعاقد الأجنبي من قمة الهرم التشريعي إلى غاية التشريعات الفرعية المتخصصة ، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن الدولة المتعاقدة توجه دعوة ضمنية للتعاقد من خلال نصوص تشريعية واضحة، الهدف منها تهيئة أرضية قانونية صلبة ، قد تسيل لعاب المتعاقد الأجنبي و تدفعه للتعاقد ، خاصة إذا أيقن هذا الأخير أن أمواله و مركزه القانوني محميين و بمنأى عن سيطرة الدولة المتعاقدة.

ففي العلاقات الاقتصادية بين الدول ، غالبا ما يؤخذ بعين الاعتبار أن البلد المعروف عنه عدم استقرار القواعد القانونية يعد مثالا سيئا للمتعاقدين الأجانب و هذا راجع للتضخم الفوضوي للنصوص القانونية وسوء نوعيتها ، إضافة إلى تعدد الأشخاص المؤهلين لإعداد قواعدها[151].

مما يحتم على الدولة تبني معاملة تفضيلية للمتعاقدين الأجانب قناعة منها بوجوب استقطاب هذه الطائفة من الأشخاص من خلال نصوص تشريعية نوعية ، فتارة تكرس مبدأ المساواة بين المتعاقدين الأجانب و الوطنيين و مبدأ المعاملة بالمثل و تارة أخرى شرط الدولة الأولى بالرعاية[152].

غير أن هناك من نقد هذا الرأي بقوله أن تنازل الدولة عن سلطتها في تعديل و مراجعة وإلغاء تشريعاتها أمر ممكن من وجهة نظر القانون الدولي ، لأن الدولة مثلما تستطيع تقليص بعض صلاحياتها من خلال ما تبرمه من معاهدات دولية ، تستطيع أيضا تقليص اختصاصاتها السيادية عن طريق العقد المبرم مع الأجنبي[153] ، أما إذا كان التنازل ناتجا عن الإرادة المنفردة للدولة فإن ذلك يعد تخليا صريحا عن سلطاتها السيادية من منظور القانون الداخلي ، غير أن

---

[148] أنظر : المادة 22 من دستور 1996 المعدل و المتمم السالف الذكر.

[149] أنظر : المادة 43 من دستور 1996 المعدل و المتمم السالف الذكر.

[150] أنظر : المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري السالف الذكر.

[151] أنظر : والع سهيلة ، الجوانب القانونية لجوانب مناخ الأعمال في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال ،كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2011/2010 ، ص 115 .

[152] أنظر : صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية بالأزاريطة، الإسكندرية ، 2005 ، ص 430.

[153] أنظر : قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود ما بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية " عقد الدولة " ، مقال منشور بمجلة إدارة ، المدرسة الوطنية للإدارة ، مركز التوثيق و البحوث الإدارية، المجلد 7 ، العدد 01 ، 1997 ، الجزائر ، ص 60.

هذا الرأي وجهت له العديد من الانتقادات حيث ذهب جانب من الفقه أن التشبيه بين القانونين الداخلي و الدولي يعد مجازفة قانونية فالقانون الدولي قانون للدول كدول و قد تم إبعاد الأشخاص الخاصة من نطاقه بموجب قرارات من القضاء الدولي، فالتفاوض بين الدول و تقليص السيادة الذي تتنازل به الدول لبعضها البعض يمكن أن يظهر كأحد شروط وجود القانون الدولي نفسه ، في حين أنه من غير الممكن أن تتفاوض الدولة مع الأشخاص الخاصة من أجل تقليص صلاحياتها السيادية خاصة التشريعية منها.[154]

كما يرى جانب آخر من الفقه ، أن شروط الثبات التشريعي تهدف بالدرجة الأولى إلى الحد من دور الدولة كسلطة تشريعية ، و طرف في العقد في نفس الوقت ، بمنعها من إصدار تشريعات جديدة تطبق على العقد قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ، و الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها [155].

و عليه فإن شرط الثبات التشريعي يشكل أكبر حماية للطرف الأجنبي ، غير أن ما يمكن أن يحد من مفعول هذه الشروط ، هو الحق الثابت للدولة في إلغاء و تعديل القوانين متى شاءت[156].

و بما أن الفقه الغربي هو من ابتدع شروط الثبات التشريعي ، يرى أغلبية الفقه أن الهدف الأساسي من هذا النوع من الشروط هو حماية مستثمريهم في مواجهة الدول النامية [157].

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد

من المسلم به أن للعقد قوة تلزم أطرافه الذين أبرموه ، و متى انعقد العقد مستوفيا لشروطه و أركانه أصبح شريعة للمتعاقدين ، لا يجوز نقضه ولا تعديله من قبل أحد الأطراف أو القاضي أو المشرع إلا باتفاق جديد من قبل الأطراف ، أو وفقا للأحوال التي ينظمها القانون ، تحت طائلة ترتيب جزاءات عن الإخلال بهذه القوة الملزمة العقدية ، و بما أن العقد كالقانون بالنسبة لأطرافه و الغير ، فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي انبثقت من رحمه الالتزامات العقدية يشكل الأساس الفقهي للقوة الملزمة للعقد،حيث لا يمكن المساس بقدسية و حرمة هذه الالتزامات مما يستوجب تنفيذها بكل أمانة وإخلاص[158].

---

[154] أنظر : معاشو عمار ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1989 ، ص 287 .

[155] أنظر : شوشو عمار ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون ، فرع قانون خاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2008/2007 ، ص 77 .

[156] Nour-Eddine TERKI, « Le gel de la loi applicable dans les contrats internationaux de longue durée». Faculté de droit, université d'Alger, Année 2004-2005. p 18

[157] أنظر : كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2002/2001 ، ص 103 .

[158] أنظر : علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2008/2007 ، ص 03 .

وقد كرست معظم تشريعات العالم مبدأ القوة الملزمة للعقد بما فيهم التشريع الجزائري من خلال المادة 106 من القانون المدني بقولها :" العقد شريعة المتعاقدين ، لا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " [159].

و المقصود بالقوة الملزمة للعقد أنه بعد انعقاد العقد يربط طرفيه بالحقوق و الالتزامات المتفق عليها بحيث لا يستطيع أحد الطرفين التحلل من هذه الرابطة بإرادته المنفردة مادامت قد انعقدت بإرادتين واكتسب العاقد الآخر حقا مكتسبا بطريقه المشروع وهذا الالتزام نتيجة لأن كلا من الطرفين إنما اختار بكل حرية و طواعية الدخول في هذه الرابطة العقدية [160].

بناءا على ما سبق يبدو جليا أن القوة الملزمة للعقد هي أحد أسس شرط الثبات التشريعي حيث تمنع تدخل المتعاقدين و القاضي و المشرع من التدخل في مقتضيات العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي وهذا ما يرجح الطبيعة القانونية العقدية لهذا النوع من الشروط ، غير أن هذه النظرية ليست مطلقة خاصة في وجود الدولة كطرف سيادي يمكن أن يسمو من حين لآخر على الطرف الأجنبي في العقد ، **فإلى أي مدى يمكن تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد في عقود الدولة من خلال شروط الثبات التشريعي؟**

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد هو مبدأ عالمي " La force obligatoire du contrat est un principe universel" [161]، فهذا المبدأ هو الذي يمنع انفراد أحد الأطراف بتعديل العقد، وبإسقاط هذه الفكرة على شرط الثبات التشريعي المجسد في نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر و التي جاء فيها : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "[162]، لقد منعت الدولة نفسها من خلال هذا الشرط من مراجعة أو إلغاء العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي من خلال تجميد آثار النصوص التشريعية المستجدة و التي من شأنها أن تمس بالعقد باستثناء حالة واحدة ووحيدة و هي رضا المستثمر الأجنبي بذلك صراحة و هذا ما يجعله مراجعة أو إلغاءا للعقد بإرادة الطرفين.

غير أن هذا المبدأ ليس مطلقا حيث يخضع لاعتبارات أخرى أهمها النظام العام و المنفعة العامة خاصة في ظل الأزمة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة في العقود[163] ، و تمخض عن هذه الطفرة القانونية عدة اتجاهات فقهية في مسألة القوة الملزمة للعقد لعل من أهمها المذهب الراديكالي حيث قال الفقيه Rouhette : " ..ليس العقد مجرد توافق إرادتين ، ..القوة الملزمة للعقد ليست مبنية عند الصاغة القانونيين على قدسية الإرادة و لكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار

---

[159] أنظر : المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

[160] أنظر : مصطفى الزرقاء ، دراسة مبدئية في العقود و فسخها بين الشريعة و القانون ، مقال منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الخامسة ، العدد السابع ، ص 127.

[161] Philippe Mallaurie , Laurent AYNES et Philippe STOFFEL – MANCK, Droit civil , Les obligations , Defrénois , Paris , France , 02e éd. 2005,p.360.

[162] أنظر : المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري السالف الذكر .

[163] أنظر : جاك غيستان Jaque Ghestin ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،الطبعة الأولى، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص 188 .

التعهدات التعاقدية ، .. وتماشيا مع التطور الحاصل في 1804 فقد اضمحلت الفردية ، و لم يعد هناك إلزام للإرادة إلا في ظل القانون....."[164] ، و بظهور و ازدهار المذهب الاجتماعي تراجع المذهب الفردي و تقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام و المنفعة العامة [165].

بغية إرساء دعائم النظام العام و التعايش و السلم المدني و المحافظة على مصالح الأفراد و الجماعات تم التخلي عن بعض التصرفات و التدخل في تنظيم معاملات و سلوكات أخرى في المجتمع ، حيث أن التصرفات القانونية للأفراد أصبحت رهينة لقواعد و أنظمة لا يمكن تخطيها [166]، و هذا ما نتج عنه المبررات الكافية التي تمكن الدولة من التدخل في العلاقات العقدية عن طريق التشريع و القضاء بوصفهما سلطتان أصيلتان لها للحد من القوة الملزمة للعقد تحت ستار المصلحة العامة[167].

و يؤثر النظام الاقتصادي المنتهج من طرف الدولة بشكل مباشر على مبدأ القوة الملزمة للعقد حيث بهيمنة النظام الاشتراكي على دول العالم الثالث جعلت من الدولة متدخلة بشكل ملفت للانتباه في تسيير دواليب العملية الاقتصادية و توجيه الحياة الاجتماعية الشيء الذي اصطلح عليه الفقه بتأميم العقد (Publication du contrat)[168] ، و في هذا السياق يقول الفقيه Josserand : " إن العقد أصبح ينبثق شيئا فشيئا من التصرف الجماعي للأفراد و لم يعد اتفاقا منعقدا ولا منجزا في ظل الحرية التعاقدية بل أصبح ممنهجا من طرف الدولة أو من أحد أطرافه في مواجهة الطرف الآخر [169]

تأسيسا على ما سبق و بالنظر إلى أهم قضايا التحكيم الدولي في مجال عقود الدولة و بمناسبة مخالفة شروط الثبات التشريعي ، حيث جاء في تحكيم Texaco الصادر في 19 يناير لسنة 1977 المتعلق بنزاع الحكومة الليبية مع الشركتين الامريكيتين : California asiatic oil company و Texaco overseas petrolieum company ، أنه في 01 سبتمبر 1972 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 لسنة 1973 بتأميم 51 بالمائة من كل الأموال و الحقوق و الأصول المملوكة للشركتين المذكورتين ، ثم أصدرت الحكومة الليبية في 11 فبراير 1974 القانون 11 لسنة 1974 بتأميم كل الأموال و الحقوق والأصول المملوكة للشركتين السالفتين الذكر[170] ، مما دفع الشركتان إلى إخطار الحكومة الليبية في 02 سبتمبر 1973 بعزمها على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الناشيء بينهما تأسيسا على نص المادة 62 من عقود الامتياز المبرمة بينهما و بين الحكومة الليبية[171] .

---

[164] Philippe Mallaurie , Laurent AYNES et Philippe STOFFEL – MANCK, Op.cit,p.357.

[165] أنظر : علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص 211 و ما بعدها .

[166] أنظر : خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2002/2001 ، ص 07 .

[167] أنظر : علاق عبد القادر، المرجع السابق ، ص 97 .

[168] أنظر : علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 41 .

[169] أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 115 .

[170] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 374.

[171] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، 2014 ، ص 135 .

و لما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها و رفضت اللجوء إلى التحكيم ، توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية طبقا لشرط التحكيم الوارد في المادة 68 السالفة الذكر من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع ، و الذي قام بتعيين الأستاذ الفرنسي Dupuy كمحكم وحيد للفصل في هذا النزاع.

و لقد تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة منها مسألة صحة شروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عليها و خصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط في التشريع الداخلي للدولة المضيفة أو في العقد، على حق الدولة في إجراء التأميم ، حيث استهل المحكم حديثه عن هذا الحق و عن كونه نابعا من سيادة الدولة ، غير أنه لم يجعله حقا مطلقا في مواجهة المتعاقد الأجنبي ، و في محاولة من المحكم للإجابة عن أهم القيود التي من الممكن أن ترد على حق الدولة في التأميم طرح فرضيتان[172] :

الفرضية الأولى : القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون المختص الوحيد الذي يخضع له العقد الدولي خضوعا تاما بالكامل ، هنا تكون واقعة التأميم و المنازعات المثارة بشأنها خاضعة للنصوص القانونية واللائحية للدولة المتعاقدة [173].

الفرضية الثانية : الدولة المتعاقدة تبرم عقدا مُدوَّلاً مع المتعاقد الأجنبي يجد أساسه في القانون الداخلي للدولة باعتباره قانونا تمت الإحالة إليه و المطبق في تاريخ نفاذ العقد و المثبت في تاريخه بموجب شرط الثبات التشريعي ، أو لأن العقد المبرم كان خاضعا منذ البداية للقانون الدولي الشيء الذي يلزم الدولة استقرار البيئة التشريعية لمدة زمنية معينة و في المقابل يلتزم المتعاقد الأجنبي بتنفيذ مشاريع ضخمة و بعمليات اكتشاف و استغلال للموارد النفطية في إقليم هذه الدولة متحملا كافة المخاطر الناجمة عن ذلك .

و تأسيسا على ما سبق فإن القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأميم و إن كان يعتبر بمثابة ممارسة للسيادة التشريعية لا يمنع من كونه يتضمن آثارا دولية منذ اللحظة التي يمس فيها إجراء التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي التي تعد الدولة المؤممة طرفا فيها[174].

و على ذلك فإن الدولة لا يمكنها التمسك بسيادتها من أجل التنكر للتعهدات التي وافقت عليها بحرية في إطار هذه السيادة ، و لا يمكنها استنادا إلى أحكام قانونها الداخلي وحده أن تهدر حقوق المتعاقد الأجنبي و الذي قام بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد[175].

و في ضوء هذه المبادئ نظر المحكم في إمكانية مساس إجراء التأميم بتعهدات الدولة المتعاقدة و الذي خلص من خلاله إلى أن عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكيتين لا يتضمن أي شرط يمنع الحكومة الليبية من التأميم غير أنه يجدر ملاحظة نص المادة 16 من الاتفاق و التي تنص على مايلي : " الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق و أن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف ، و يتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون النفط و

---

[172] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق ، ص 136 .

[173] أنظر : رائد أحمد علي أحمد ، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية ، الجزء الأول (النظام القانوني لعقود الاستثمارات البترولية) ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، مصر ، ص 149 .

[174] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 375 و 376 .

[175] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 84 .

اللوائح النافذة في تاريخ توقيع هذا الاتفاق ..و كل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين و اللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة دون موافقتها "[176].

و قد ذهب المحكم Dupuy إلى أن هذا النص الذي يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد الأجنبي لا يحمل من حيث المبدأ مساسا بسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن الدولة الليبية التزمت به بحرية بل لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي و اللائحي في مجال النفط في تاريخ إبرام العقد لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية و اللائحية للدولة المتعاقدة ، فهي تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين و اللوائح في مجال النفط تجاه كل من المواطنين و الأجانب على حد السواء ، و الذين لم تتعهد تجاههم بمثل هذا الالتزام ،و ينحصر مضمون المادة 16 فقط في عدم سريان الآثار الناجمة عن تطبيق التشريع المعدل أو المستحدث على الحقوق والالتزامات في العقد المبرم بين الدولة المتعاقدة و المتعاقد الأجنبي طيلة مدة العقد[177].

و ترتيبا على ما تقدم خلص المحكم إلى أنه بالنظر إلى القواعد القانونية الدولية التي تحكم العقود ، فإن التأميم لا يمكن التمسك به في مواجهة العقد الدولي المبرم بين دولة و شخص خاص أجنبي في ظل وجود شروط الثبات التشريعي[178].

أما في تحكيم **Liamco** الصادر في 12 أفريل سنة 1977 حيث أن الصراع القانوني نشب بين الحكومة الليبية و الشركة الأمريكية Liamco (Libyan American Oil Company) على إثر قيام الحكومة الليبية بتأميم مصالح و ممتلكات هذه الشركة ، حيث تعرض الحكم للعديد من المسائل القانونية منها مسألة محل البحث و تطرق لنص المادة 16 من العقد و التي أثارت نفس الإشكال في تحكيم Texaco والذي اعتبره جزءا من شروط الثبات التشريعي و عدم المساس و هي الشروط التي ثبتت قوتها الملزمة في القانون الدولي[179]

وحتى في الوقت الذي تقهقر فيه مبدأ القوة الملزمة للعقد لصالح النظام و المنفعة العامة للمجتمع ظهرت شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة للحفاظ على ما تبقى من هذا المبدأ وهذا ما يرسخ الطبيعة القانونية العقدية لهذه الشروط.

[176] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 379 .

[177] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق ، ص137.

178 أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص 106 .

[179] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق ، ص 139 .

المطلب الثاني

نظرية الطبيعة التشريعية لشرط الثبات التشريعي

إن الأصل في القانون أن يطبق بأثر فوري و مباشر طالما كان في صورة قواعد قانونية آمرة و متعلقة بالنظام العام و تشكل شروط الثبات التشريعي استثناءا صريحا على هذه القاعدة حيث ترمي إلى استمرارية قانون قديم تم اختياره من طرف الأفراد ليحكم عقدهم على الرغم من تعديل أو مراجعة أو إلغاء هذا القانون بقانون جديد[180].

من هذا المنطلق تم إرساء دعائم نظرية تضفي الطبيعة التشريعية على شروط الثبات التشريعي انطلاقا من أساسين قانونيين أولهما : تحقيق مصلحة الدولة المتعاقدة (الفرع الأول) ، و ثانيهما (القوة الملزمة للتشريع (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تحقيق مصلحة الدولة المتعاقدة

مما لا شك فيه أن الهدف من شرط الثبات التشريعي من منظور الدولة كطرف في العقد ، هو جذب الاستثمارات الأجنبية و بالتالي تحقيق التنمية ، فمن غير المنطقي أن تتنازل الدولة عن حقها في تعميم تطبيق القوانين موضوعيا و شخصيا لصالح المتعاقد الأجنبي دون فائدة تذكر ، فالاستقرار و الأمان القانونيين هما الحل الأمثل لجذب الاستثمارات الأجنبية من خلال طمأنة المستثمرين و جعلهم يمضون قدما في استثمار أموالهم في مشاريع اقتصادية ضخمة قد تدفع عجلة التنمية في الدولة المضيفة[181].

و من هنا تظهر ملامح الطبيعة القانونية التشريعية لشرط الثبات التشريعي، حيث أن تحقيق المنفعة العامة من أهم خصائص التشريع.

كما يرى جانب آخر من الفقه أن المصدر الرئيسي لشروط الثبات التشريعي هو تشريعات الاستثمار[182]، التي يكون الهدف منها في أغلب الأحيان تحقيق مصالح الدولة المتعاقدة و بالتالي المنفعة العامة للمجتمع و التي تسمو على المصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي .

وكما هو معروف دائما ما تلجأ الدولة إلى اعتبارات النظام العام والآداب العامة لتحقيق المنفعة العامة للجمهور[183]،**فهل تجسد القواعد القانونية التي نظمت الثبات التشريعي في قوانين الاستثمار النظام العام في الدولة المتعاقدة، أم هي مجرد قواعد قانونية مكملة يمكن الاتفاق على مخالفتها ؟**

---

[180] حفيظة السيد حداد ، المرجع سابق ، ص 336 .

[181] أنظر :بن أحمد الحاج ، مرجع سابق ، ص 530 .

[182] أنظر : المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، المادة 30 من القانون رقم 09 لسنة 1378 و.ر الموافقة لسنة 2010 ميلادي بشأن الاستثمار في الجماهيرية العربية الليبية، المادة 02 من القانون 72 لسنة 2017 المتعلق بالاستثمار في جمهورية مصر العربية، المادة 09 من القانون رقم 30 لسنة 2014 و المتعلق بقانون الاستثمار في المملكة الهاشمية الأردنية ، المادة 09 من قانون الاستثمار الأجنبي لدولة الكويت ، المادة الثانية من القانون رقم 360 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في جمهورية لبنان العربية ، المادة 05 من القانون رقم 2012/52 المؤشر في 31 جويلية 2012 المتضمن مدونة الاستثمارات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية .....الخ.

محاولة منا للإجابة على الإشكال السابق الذكر سنحاول معاينة نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، صيغة النفي الواضحة في بداية النص " لا تسري ..." تدفع القارئ للتخمين أن هذه المادة من النظام العام ، لأن النفي يمثل الأمر في جانبه السلبي ، فالنص يحضر سريان المراجعات و الإلغاءات التي قد تنجم مستقبلا على الاستثمارات التي أنجزت في إطار القانون الساري المفعول.

لكن ما يدحض هذا التوجه القانوني هو ما جاء في سياق المادة " .....، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحةً" ، **فهل يمكن إخضاع النظام العام لإرادة الأشخاص العاديين ؟**

إن الأساس القانوني لبقاء و استمرارية القاعدة القانونية في المجتمع ، هو القبول الذي من الممكن أن تحظى به في وسط الأفراد [184] ، و هو ما اصطلح عليه بفكرة النظام العام ، فحينما ينسب المشرع القاعدة القانونية التي يريد إقناع الجماعة بمضمونها للنظام العام ، يكون قد وجد مبررا يحقق من خلاله الحماية القانونية اللازمة للمصالح العليا للمجتمع [185].

إن فكرة النظام العام ليست بفكرة دقيقة يمكن ضبطها كليا ، بل هي فكرة نسبية يمكن استخدامها حسب متطلبات المجتمع ، و انطلاقا من فكرة أن شروط الثبات التشريعي هي الطريقة المثلى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدولة المتعاقدة ، يمكن أن تنضوي القواعد القانونية المنظمة لهذه الشروط تحت مضلة النظام العام ، لأن التنمية الاقتصادية التي من الممكن أن تحققها هذه العقود من قبيل المصالح العليا و المنفعة العامة للمجتمعات .

فقواعد النظام العام هي التي ينشد المشرع من وراء سنها مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع و تعلو على مصلحة الفرد ، لأن المصالح العامة مقدمة على المصلحة الخاصة [186].

و بما أن شروط الثبات التشريعي تحقق المصلحة العامة للدولة المتعاقدة من جهة و المصلحة الخاصة للمتعاقد الأجنبي من جهة أخرى ، و بما أن المصلحة العامة للدولة تعلو على المصلحة الخاصة للأفراد ، يمكن القول بالطبيعة القانونية التشريعية لهذه الشروط .

و في المقابل يرى جانب من الفقه أن شرط الثبات التشريعي يهدف إلى نفي قرينة بسيطة تتمثل في التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد الذي من الممكن أن يكون محل اتفاق على مخالفته[187]، غير أن أغلب فقهاء القانون الخاص يتجهون إلى أن فكرة النظام العام ما هي إلا معيار للتمييز بين القواعد الآمرة و المكملة ، حيث ذهب جانب من

---

[183] أنظر : الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1998 ، ص 09 و 240 .

[184] انظر : عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام بين النظرية و التطبيق (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي) ، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2005 ، ص 59 .

[185] أنظر : عليان عدة ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ظل القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2016/2015 ، ص 133 .

[186] أنظر : حليمة آيت حمودي ، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار الحداثة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1986 ، ص 39 .

[187] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 371 .

الفقه إلى اعتبار أن القواعد الآمرة هي التي لا يجوز للأفراد مخالفتها نهائيا و هي من النظام أما التي يمكن مخالفتها فهي لا تتصل بأي حال من الأحوال بالنظام العام ، بل هي مجرد قواعد قانونية مكملة لا جزاء من وراء مخالفتها [188].

لنفرض أن القواعد التي تحكم شروط الثبات التشريعي من النظام العام ، فما هو جزاء مخالفة الدولة لهذه الشروط ؟

إن صحة شروط الثبات التشريعي تعد نتيجة حتمية لمبدأ تدويل العقد، الشيء الذي يجعلها تتمتع بقوة ملزمة يترتب على مخالفتها من قبل الدولة المتعاقدة مسؤولية دولية[189]، و هو ما تم الحكم به في العديد من المناسبات التحكيمية الدولية.

تأسيسا على ما سبق يمكن إصباغ الطبيعة القانونية التشريعية على شروط الثبات التشريعي نظرا لأنها تحقق المصلحة العامة للدولة المتعاقدة و هذا ما يسعى إليه المشرع من خلال سن مختلف التشريعات.

الفرع الثاني

القوة الملزمة للتشريع

إن القاعدة القانونية عامة و مجردة ، حيث تصاغ و توجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة ، فلا تستهدف شخصا معينا بذاته ولا واقعة معينة بذاتها و لكنها تُفعّلُ حينما تتوافر في الشخص أو في الواقعة شروط معينة ، والقاعدة القانونية ذات طابع اجتماعي فلا وجود للقانون إلا في كنف الجماعة لأن الغرض منه هو تنظيم العيش في المجتمع ، ولا تكتمل ملامح القاعدة القانونية إلا بتوافر عنصر الإلزام المقترن ضرورة بالجزاء ، و إلا فقدت هذه الأخيرة روحها[190] .

و في هذا الطرح ذهب اتجاه من الفقه القانوني إلى اعتبار شروط الثبات التشريعي منتجة لآثارها القانونية التي أراد تطبيقها العاقدان و التي يترتب عنها غل يد الدولة المتعاقدة عن تعديل العقد ذاته أو ممارسة سلطاتها التشريعية في تعديل أو إلغاء بعض القواعد القانونية التي يمكن أن تؤثر على العقد دون موافقة المتعاقد الأجنبي [191]. و يستند هذا الاتجاه إلى نظرية العقد الدولي الطليق [192]، حيث تعتبر هذه الشروط مهما كان نوعها ملزمة وتتمتع باستقلالية قانونية عن كل نظام قانوني وطني ، كما أنها تعتبر مرتبة لآثارها القانونية الكاملة لأنها جزء لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي الخاص المادي [193]، أو لأنها من القواعد المادية ذات التطبيق الضروري [194].

و يذهب اتجاه آخر من الفقه القانوني إلى أن شروط التجميد الزمني لقانون الإرادة المندرجة في عقود الدولة تعتبر منتجة لجميع آثارها القانونية التي أرادها المتعاقدان و من ثم يترتب حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في إجراء أي تغيير أو تعديل في القانون الحاكم للعقد بما من شأنه المساس بشروط العقد دون موافقة الطرف الأجنبي المتعاقد

---

[188] أنظر : عليان عدة ، المرجع السابق ، ص 62 .

[189] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه، ص 372.

[190] أنظر : جان لوك أوبير ، ترجمة (شفيق محسن) ، مدخل إلى علم الحقوق ، الطبعة الأولى ، دار و مكتبة الهلال ، بيروت ،2010 ، ص 06.

[191] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 60 .

[192] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المرجع السابق ، ص 107 .

[193] Berlin Dominique ,Le Régime Juridique international des accords entre États Et Ressortissant d'autre États ,Thèse ,Paris1,1981,P.211.

[194] أنظر : بشار محمّد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 210 .

معها ، فالحق في التأميم لم يعد موضع خلاف غير أن هذا الحق سيكون باطلا إذا تناقض مع معاهدة أو نص تشريعي قائم أو عقد يتضمن شرط الثبات التشريعي [195].

كما ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن شروط الثبات التشريعي تعتبر عاملا من العوامل التي يتعين أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب مع الاعتراف بحق الدولة في تعديل و إصدار التشريعات التي تقتضيها مصلحتها العامة حيث قال أحد الفقهاء القانونيين :" لا يعني هذا أن شروط الثبات ليس لها مفعول قانوني ، إن إلغاءً متوقعا يجري انتهاكا لمثل هذا الشرط التعاقدي من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض عن المكاسب المنتظرة التي كان متوقعا أن يحصل عليها الطرف الأجنبي المتعاقد خلال المدة المتبقية من العقد "[196] .

كما ذهب أحد الأساتذة إلى أن شروط الثبات التشريعي تمتلك قوة ملزمة تعادل فيها قوة إلزام القاعدة القانونية ، و في إطار احترام الدولة لنفسها و تعهداتها أمام غيرها وجب عليها أولا احترام هذه الشروط فهي التي وضعتها بملء سيادتها ، و في حالة تغير الظروف يكون لزاما عليها استدعاء المتعاقد الأجنبي و إشراكه في إنشاء الوضع الجديد [197].

وما يجب ذكره في هذا الموضوع أن البند 16 من اتفاقية الشراكة بين الحكومة الليبية و الشركة الأمريكية Liamco مخول به قانونا و يستمد قوته الملزمة من صياغته القانونية و التي توافق في مضمونها الشكل النموذجي الوارد في الجدول رقم 11 من الملحق القانوني لتشريعي النفط الليبيين لسنة 1955 و1965 ، و هو شرط ملزم قانونا بموجب قواعد القانون الدولي [198] ، لأنه يجسد من جهة أخرى تفعيلا لمبدأ قانوني راسخ في فقه القانون الدولي ألا و هو مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي حيث أن الدولة المتعاقدة لها كل الحرية في أن تغير من المراكز القانونية للأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها المتعاقد الأجنبي بموجب العقد المبرم بينها و بينه و استنادا للقانون القديم الذي ابرم في ظله العقد الدولي [199].

و ما يرجح في نظرنا كون شروط الثبات التشريعي تكتسي طبيعة قانونية أقرب ما تكون إلى طبيعة التشريع هو أن الوسيلة الوحيدة التي من الممكن انتهاجها لاستبعاد التعديلات الجديدة التي من الممكن أن تطرأ على قانون العقد ، هي النظام العام كون أن سريان التعديلات بتاريخ رجعي يتنافى و مقتضيات النظام العام[200] ، و بما أن عقود الدولة من العقود الطويلة الأمد ينتج عنه سريان التعديلات التشريعية اللاحقة بأثر فوري ، و بهذه الطريقة تنطبق هذه التعديلات التشريعية على العلاقة العقدية الممتدة بوصفها قانون العقد الساري المفعول [201].

---

[195] أنظر : أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، سلسلة أطروحات الدكتوراه (29) ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 1997 ، ص 235 .

[196] أنظر : أكثم أمين الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مقال منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، جانفي 2000 ، ص 55 .

[197] أنظر : رائد أحمد علي أحمد ، المرجع السابق ، ص 152 .

[198] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 208 .

[199] أنظر : خالد محمد الجمعة ، انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة و العشرون ، العدد الثالث ، الكويت ، 1999 ، ص 89 .

[200] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع نفسه ، ص 221 .

[201] أنظر :هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 151 .

تأسيسا على ما سبق مهما كان مصدر شروط الثبات التشريعي فإن طبيعتها القانونية تكتسي في غالبيتها طابعا تشريعيا ، فلطالما تم تضمنت التشريعات هذه الشروط و شكلت مضلة قانونية للشروط العقدية المدرجة من خلال العقود المبرمة بين الدولة و المتعاقدين الأجانب[202] ، الشيء الذي يجعل شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقود تجد قوتها الملزمة من خلال النصوص القانونية القائمة و السارية المفعول في وقت إبرام العقد الدولي و القاضية بتجميد قانون العقد زمنيا.

المطلب الثالث

نظرية الطبيعة القانونية الخاصة لشروط الثبات التشريعي

بعد عرضنا لمختلف الأسانيد الفقهية و القانونية التي تعكس وجود ملامح نظريتين فقهيتين في تأصيل الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي ، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى تغليب الطبيعة القانونية التعاقدية على هذه الشروط مستندين إلى أن الهدف من إدراجها في العقود الدولية هو حماية المتعاقد الأجنبي بالدرجة الأولى و السمو بمبدأ سلطان الإرادة في التصرفات العقدية بما يجعل من العقد يرقى إلى درجة بالغة من الإلزام في مواجهة أطرافه ، و أما الاتجاه الثاني أصبغ الطبيعة القانونية التشريعية على هذا النوع من الشروط على اعتبار أن الهدف منها بالدرجة الأولى هو تحقيق المصلحة العامة للدولة المتعاقدة و مهما يكن مصدر هذه الشروط و سواءً كانت مدرجة في العقد أو في التشريع أو في كلاهما فإن صوت القاعدة القانونية التي مصدرها التشريع هو الغالب حيث أن الدولة و هي تتعاقد مع الطرف الأجنبي لا يكون تفاعلها في العقد إلى من خلال نصوص تشريعية و تنظيمية .

و تأسيسا على ما سبق جاءت هذه الرؤيا الفقهية القانونية كرؤية توفيقية بين الاتجاهين السابقين في نظرية تعكس طبيعة قانونية خاصة لشروط الثبات التشريعي من خلال بيان أهم أسانيدها في ثلاث فروع ، حيث تناولنا في الفرع الأول : فكرة الأمان القانوني و في الفرع الثاني : فكرة السيادة و في الفرع الثالث : فكرة مقتضيات التنمية.

الفرع الأول

فكرة الأمان القانوني

لقد تزايد الاهتمام لمبدأ الأمن القانوني نظرا لما نظرا لما يعرفه العالم المعاصر من تطورات متلاحقة على جميع الأصعدة ، السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية[203] ، و هذا بسبب دخول المجتمعات حالة الهلع القانوني الناتجة أساسا عن فقدان الأشخاص للثقة في المنظومة التشريعية التي تحكمهم .

غير أن هناك من يذهب إلى كون فكرة الأمن القانوني فكرة قديمة قدم النظم القانونية الأولى ، فهي وليدة الفكر القانوني الروماني ، و لعل أهم تجلياته في هذه الفترة هو قانون الألواح الإثني عشر الذي أتى لإنهاء احتكار الكهنة للهيمنة

---

[202] إن المتمعن في منظومة التشريعات الخاصة بالاستثمار في الدول النامية لفترة زمنية معينة و العقود المبرمة خلال نفس الفترة يمكنه أن يجزم أن تشريعات الاستثمار و العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية شكلت ثنائية قانونية متناسقة لتكريس مبدأ الثبات التشريعي في العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي بين الدول المتعاقدة و المتعاقدين الأجانب.

[203] أنظر :أوراك حورية ، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري و إجراءاته ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم فرع قانون عام ،كلية الحقوق سعيد حمدين ، جامعة الجزائر1 ، الجزائر ، 22 فيفري 2018 ، ص 08 .

المادية للقانون و معرفته و تفسيره خدمة لمصالحهم الخاصة وإخضاع المجتمعات له [204]، وذهب أحد الفقهاء القانونيين في التعبير عن فكرة الأمن القانوني بالقول :

" المرء لا يشعر بالأمن إلا عندما يكون بوسعه أن يعلم مسبقا بالقاعدة التي ستحكم المركز الذي يعتزم أن يشغله .هذا هو السبب الذي جعله يكافح لقرون من أجل أن يخرج من أسرار المعابد القواعد التي كانت تدينه دون أن يعرفها ، و هذا هو السبب الذي أدى به للتحول عن سلطة القاضي ، مفضلا أمن القاعدة القانونية "[205].

أما مصطلح الأمن القانوني ظهر اصطلاحيا في منتصف القرن التاسع عشر ، حيث بصدد عرض النظام القانوني للرهون العقارية في القانون النمساوي و الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الروماني ، ذهب الفقيه Prosper Charles Alexander في مؤلفه considérations économique et financières sur les ressources de l'empire d'Autriche (اعتبارات اقتصادية و مالية لإيرادات إمبراطورية النمسا) إلى اعتبار التقنين النمساوي من أغنى التشريعات بالضمانات المتنوعة والبساطة و الوضوح و **الأمن**[206].

و في الفقه القانوني الألماني جاء قرار المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية بتاريخ 1961/12/19: " الأمن القانوني كعنصر أساسي لمبدأ دولة القانون ، يقتضي أن يكون في وسع المواطن توقع التدخلات الممكنة للدولة ، و أن يتصرف تبعا لذلك ، يجب أن يتمكن من الاطمئنان إلى أن تصرفه المطابق للقانون النافذ ، سيتم الاعتراف به لاحقا مع كل الآثار القانونية المرتبطة به "[207].

و كان النظام القانوني الفرنسي من آخر الأنظمة القانونية الأوروبية اعترافا بمبدأ الأمن القانوني من خلال قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في عام 2006 تحت عنوان: Sécurité juridique et complexité de droit (الأمن القانوني و تعقيد القانون)[208].

يمكن تعريف الأمن القانوني انطلاقا من بنيته اللغوية ، فهذا المعنى ينصرف إلى الشعور الذي يخالج الأفراد بالطمأنينة و السلام من الأخطار و المخاوف [209]، و بمحاولة تطبيق التعريف اللغوي على القانون ،ينشأ عنه حق للأشخاص في الاستفادة من استقرار القاعدة القانونية و ثباتها بشكل يجعلهم في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكن أن تطرأ على القانون الذي يحكمهم ، و هذا ما يحقق أكبر حجم من الضمانات القانونية لحسن تنفيذ الالتزامات لمدة زمنية طويلة دون مفاجآت و بالتالي الحد من عدم الوقوف في تطبيق القاعدة القانونية [210].

و هناك من عرف الأمن القانوني على أنه :" نوعية جيدة من الأنظمة القانونية يهدف لضمان استيعاب الأشخاص للقواعد القانونية التي يتكون منها من أجل جعلهم يثقون في مضمونها خلال فترة زمنية معينة ، مما يكون لهم

---

[204] أنظر :صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، دون تاريخ نشر ، ص 33 .

[205] Jean Rivero , Apologie pour les «Faiseurs de systèmes », Pages de doctrine , LGDJ,1980,p.06

[206] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، المرجع السابق ، ص 13 .

[207] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، المرجع السابق ، ص 14.

[208] أنظر : قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 288460 المؤرخ في 24 مارس 2006 و المتعلق بقضية شركة KPMG .

[209] انظر : أوراك حورية ، المرجع السابق ، ص 46.

[210] أنظر : غميجة عبد المجيد ، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي ، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسينية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة ، الدار البيضاء ، المملكة المغربية ، 28 مارس 2008 ، ص 06.

تصورا لاحتمال القوانين المستقبلية ، فالأمن القانوني من أهم مؤشرات جودة النظام القانوني و قابلية التوقع "[211]. كما عرفه أحد الفقهاء القانونيين على أنه :" الحاجة القانونية الأساسية إن لم نقل الحاجة الفطرية "[212] ، و كتب أحد الأساتذة الفقهاء :" الأمن القانوني هو القيمة الاجتماعية الأولى التي يجب الوصول إليها"[213].

و يرتكز مبدأ الأمن القانوني على مبدأين آخرين في القانون هما : مبدأ إمكانية الوصول للقانون و مبدأ استقرار القانون[214]، و بما أننا بصدد تكييف الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي سنحاول تفصيل أهم مرتكزات مبدأ استقرار القانون .

مبدأ استقرار القانون : إن استقرار المجتمعات هو رهينة استقرار المنظومة القانونية التي تحكمها لذلك تسعى الأنظمة القانونية في مجملها إلى تحقيق الثبات و الاستقرار ، و يعد استقرار القانون من التعديلات الكثيرة واستقرار الحقوق الشخصية و المراكز القانونية من أهم مقومات مبدأ استقرار القانون، و عدم استقرار القانون لا يفضي دوما إلى المساس بالأمن القانوني ، فعدم الاستقرار القانوني لا يشكل خطرا على الأمن القانوني إلا إذا أثر سلبا على استقرار الحقوق الشخصية و استقرار المراكز القانونية بشكل غير متوقع على حساب توقعات أطراف العلاقة القانونية [215].

إن شروط الثبات التشريعي تعد ضمانا قويا لدعم مبدأ استقرار القانون من خلال حفظ الحقوق الشخصية و المراكز القانونية التي نشأت و ترعرعت في ظل قانون قديم في مواجهة التعديلات الفجائية للنصوص القانونية و التنظيمية للدولة المتعاقدة في إطار ممارسة سيادتها التشريعية الكاملة ، و بالتالي تحقيق الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي.

فهل يشكل مبدأ الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي مساسا بسيادة الدولة المتعاقدة ؟ و هل يؤدي التطبيق الفعلي لشروط الثبات التشريعي إلى تقييد سلطة الدولة المتعاقدة في إصدار وتعديل النصوص التشريعية و التنظيمية ؟ للإجابة عن هذه التساؤلات سنحاول الخوض في فكرة السيادة و علاقتها بشروط الثبات التشريعي في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

فكـــــرة السيـــــادة

ناضلت الدول النامية بعد تمكنها من إفتكاك استقلالها السياسي ، من أجل استكمال الاستقلال الاقتصادي بكل الوسائل القانونية المتاحة دوليا لفرض قواعد قانونية نوعية تمكنها من ممارسة سيادتها كاملة غير منقوصة في إطار تنفيذ أجنداتها التنموية الاقتصادية و هذا ما اصطلح عليه الفقه القانوني الاقتصادي **بالسيادة الاقتصادية**[216].

و في الطريق لتحقيق السياسات الاقتصادية التنموية لابد من توفير الإطار القانوني الملائم ، و هذا من أهم مظاهر السيادة التشريعية ، حيث يقول الفقيه Morgenthau في تعريف السيادة :" إن السيادة هي السلطة القانونية العليا للأمة ،

---

[211] Éric Capron , État de droits et droits européens, Collection juridique ,2005,p.231

[212] Carbonnier .J., Flexible Droit, LGDJ, Paris, 7éme éd, 1992, P.172.

[213] Roubier Paul, Théorie général du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs Sociales,Dalloz,Paris, 2005, P.269.

[214] أنظر : بوزيد صبرينة ، قانون المنافسة : لأمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 قالمة ، الجزائر ، ص 07 .

[215] Piazzon Thomas , La sécurité juridique , thèse,Défrénois , coll doctorat et notariat ,T.35 ,2009,p.44

[216] أنظر : هاشمي عمر ، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2016/05/31 ، ص 46 .

لغرض تشريع القانون و تنفيذه في أرض معينة ، و بالتالي تكون هذه السلطة مستقلة عن سلطة أية أمة أخرى و متساوية معها في القانون الدولي "[217].

لكن بعد ظهور الشركات المتعددة الجنسيات و التي لا يحكمها اختصاص إقليمي ، و دخولها كعامل أساسي في معادلة التنمية الاقتصادية ، أصبحت سيادة الدول النامية على المحك خاصة في ظل وجود شروط الثبات التشريعي و التي بمقتضاها تم وقف تنفيذ سلطات الدولة التشريعية في نطاق العقد الدولي إلى غاية انقضائه.

و هناك من يمنح الدول الحق في تعديل أو فسخ العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية الخاصة ، بما في ذلك عقود الاستثمار و يعتبر هذا التصرف من أهم تجليات فكرة السيادة[218]، حيث حتى في وجود شروط الثبات و الاستقرار التشريعي فإن هذا القيد لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية من خلال تعديل منظومتها التشريعية بشكل يمكن أن يمس بطريقة أو بأخرى بمحتوى العقد و ذلك مسايرة للتطورات الراهنة من جهة و تحقيق النفع و المصلحة العامين من جهة أخرى لأن كل هذه الاعتبارات تقع على كاهل الدولة [219].

غير أن هذه التعديلات قد تلحق ضررا جوهريا بالمتعاقد الأجنبي ، خاصة إذا كانت تمس الجانب الجبائي و الجمركي [220] ، و ذلك لأن العقد ينفذ في إطار القانون الوطني للدولة المتعاقدة و يعد الاستقرار والثبات التشريعي لهذا النظام القانوني ذو أهمية قصوى للمتعاقد الأجنبي خاصة لحماية حقوقه ، لكن الدولة قد تتصرف مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة تنفيذيو أو إدارية أثناء تنفيذ العقد ليس باعتبارها طرفا متعاقدا على قدر المساواة مع المتعاقد الأجنبي و لكن باعتبارها شخصا ممتازا من أشخاص القانون الدولي العام[221].

و عليه فالامتياز التشريعي للدولة قد يثير عدة مصاعب لأن المتعاقد الأجنبي يدافع من أجل حماية حقوقه التي اكتسبها في ظل العلاقة التعاقدية مع الدولة المتعاقدة التي تسعى للتمسك و الاستمرارية في ممارسة جميع سلطاتها التشريعية بما في ذلك الامتيازات السلطوية العامة المنبثقة عنها عن طريق مراقبة العقد و الإشراف عليه أو تعديله أو إنهائه بإرادتها المنفردة.

و رغم ذلك يرى البعض أن الانفتاح على الأجانب و إبرام عقود الدولة بغرض التنمية لا يبرر بأي حال من الأحوال إطلاق يد المتعاقد الأجنبي بغير حدود ، و إنما هذا التشجيع يجب أن يكون في إطار معين لتحقيق أهداف الدولة من العلاقة التعاقدية ، و للدولة الحق في ممارسة الرقابة و التحقق من مدى تقدم المشاريع و التدخل عند الضرورة

---

[217] أنظر : أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، المرجع السابق ، ص 159 .

[218] أنظر :شنتوفي عبد الحميد ، الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار ، مقال منشور في مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية ، العدد 01 ، المجلد 01 ، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية ، جامعة بجاية ، 2017 ، ص 198 .

[219] Prosper Weil ,Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique ,écrits de droit international ,1ére Edition , Paris , 2000,p.326.

[220] أنظر : عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة دكتوراه دولة في القانون الدولي ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2005-2006 ،ص 130 .

[221] أنظر : شنتوفي عبد الحميد ، الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار ، المرجع نفسه ، ص 199 .

لمنع ما من شأنه إلحاق الضرر بمصالحها العليا لأن عقود الدولة التنموية لا تكون على حساب أمن و سلامة أراضيها[222].

لكن من منظور مخالف هناك من يقول أن القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي نابعة أصلا من فكرة السيادة، فالدولة المتعاقدة تفاوضت على هذه الشروط و قبلت بإدراجها في العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي و هي تتمتع بكامل سيادتها[223].

يمكن القول أن شروط الثبات التشريعي رغم كل الاختلافات و التجاذبات الحاصلة بشأنها من الجانب الفقهي ، و حتى و إن فشلت في لعب دورها الأصلي الذي وجدت من أجله و المتمثل في تقويض السلطة التشريعية للدولة المتعاقدة من خلال تجميد النظام القانوني الذي تخضع له العقود المبرمة بينها و بين المتعاقدين الأجانب [224]، و باعتبار تمتعها بالسيادة ، يمكنها التشريع خدمة للمصلحة العامة ومسايرة للظروف الطارئة ، إلا أن هذه الشروط حددت نطاق السلطة التشريعية للدولة المتعاقدة ، و في حالة مساس الدولة بمضمون العقد ، يمكن للمتعاقد الأجنبي طلب التعويض عن الضرر الحاصل له من جراء هذا التصرف القانوني بالإضافة إلى تعويض ما فاته من كسب[225].

---

[222] أنظر : عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو ، دار النهظة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 2006 ، ص 70 .

[223] النص الفرنسي من الفقرة التي تحدث على فكرة السيادة في تحكيم Texaco :

" Cependant si, pour un État sa décision de procéder à des nationalisation est l'expression de sa souveraineté , ce que le tribunal de céans reconnait pleinement , son exercice ne connait –il aucune limite dans l'ordre international ? Notamment , l'acte de souveraineté que constitue la nationalisation l'habilité –t-il à méconnaitre les engagements internationaux par lui souscris également dans le cadre de sa souveraineté ?

Il est bien évident que ne saurait être internationalement critiquée une mesure de nationalisation concernant des nationaux de l'état pas plus que celle atteignant des étrangers à l'égard desquels il n'aurait souscris aucun engagement particulier de garantir le maintien de leur situation. Dans l'hypothèse de l'état nationalisateur a conclu avec un entreprise étrangère un contract prenant sa source dans le droit interne de cet état et entièrement régi par lui , le règlement de la situation nouvelle , créée par la nationalisation relèvera des dispositions légales et réglementaires en vigueur .

Il en sera tout différemment dans le cas ou l'état a conclu avec un cocontractant étranger un accord internationalisé , soit que le contrat ait été soumis au droit national de l'état d'accueil, conçu comme un simple doit de référence applicable à la date d'entrée de vigueur de contrat et " stabilisé " a cette même date par des clauses spécifiques , soit qu'il ait été place directement sous l'empire de droit international . Dans ces deux hypothèses , l'état s'est placé dans l'ordre juridique international pour souscrire , vis –à-vis de son cocontractant étranger .L'engagement lui garantissant une certaine situation juridique et économique durant un certain temps .En échange de cet engagement son partenaire a l'obligation de faire dans le pays concerné un certain volume d'investissement et d'exploiter à ses risques propres les ressources pétrolières qui lui en été concédées .

Ainsi la décision d'un état de procéder à des mesures de nationalisation constitue l'exercice d'une compétence de droit interne mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport juridique de droit international dans lequel se trouve engagé l'état nationalisateur.

Au termes de cette interrogation il conclut qu'un état ne saurait se prévaloir de sa souveraineté pour méconnaitre les engagement auxquels il a librement souscris dans l'exercice de cette même souveraineté et ne saurait par des mesures relevant de son seul ordre interne ,anéantir les droits de son cocontractant qui a lui-même exécuté les obligations diverses mises à sa charge par le contrat."

أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، الهامش السفلي ، ص 379 و 380 .

[224] هاشمي عمر ، المرجع السابق ، ص 171 .

[225] أنظر : هاشمي عمر ، المرجع السابق ، ص 172 .

والجدير بالذكر أن الفقه القانوني الجزائري كان له موقف واضح من قضية فكرة ومدى تأثرها بشروط الثبات التشريعي ، حيث أقر الاتفاق على مثل هذه الشروط يعد انتهاكا صراخا لسيادة الدولة، كما أكد أنه في حالة إدراج شروط الثبات التشريعي في العقود المبرمة مع الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص فإنها لا تظهر غير شرعية فقط ، بل كأنها لم تكن و ذلك لأن الشركات الخاضعة للقانون الخاص لا يمكنها أن تستخدم سلطة لا تملكها، إذ لا يمكن التوفيق بين هذه الشروط و سيادة الدولة و عمومية القانون[226].

كما يقوا أحد أساتذة القانون الجزائري :" مهما يكن من أمر فإن شروط التثبيت تدرج بشكل متواتر في العقود ، و سواء قبلنا بها برضانا أو تحملنا وجودها فإنه لا جدوى من مناقشة شرعيتها القانونية لأنها تنبع مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية و من موازين القوى.

و لعله من الممكن الحد من نتائجها عن طريق القول بأنه لابد من تطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذه الشروط غير أنه يجب في هذه الحالة السهر على بقاء توازن المصالح على حاله، لأنه إذا تبين نتيجة لتعديلات تشريعية أو تنظيمية بأن التزامات أحد المتعاقدين أصبحت مرهقة جدا ، فإنه يحق للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة تطبيقا للمادة 107 من ق.م.ج "[227].

لقد حاولنا إبراز أهم الآراء الفقهية التي تناولت مدى تأثير شروط الثبات التشريعي على سيادة الدولة المتعاقدة من خلال الحد من سلطاتها التشريعية بما في ذلك موقف الفقه القانوني الجزائري ، غير أننا نرى أن شرط الثبات التشريعي لا يمس بأي شكل من الأشكال سيادة الدولة المتعاقدة في إصدار و تعديل التشريعات ، بل هو مجرد تحديد لنطاق النص القانوني المستحدث أو التعديل المجرى بشكل يعزل العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي عن مفعول تطبيق القانون الجديد .

[226] أنظر : عدلي عبد الكريم ، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة ، مقال منشور في مجلة الحقيقة ، العدد 18 ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، ص 197 .

[227] أنظر : موحند اسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول (قواعد التنازع) ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ،ص 368 و369 .

الفرع الثالث

فكرة مقتضيات التنمية

لقد كانت و لا زالت التنمية الاقتصادية إحدى الرهانات الكبرى للدول النامية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة للخروج من بوتقة التخلف ، لذلك تم توجيه أغلب السياسات و الاستراتيجيات القانونية في نسق تحقيق هذا الهدف المنشود[228] ، و التي تمخض عنها انتهاج الدول النامية سياسة تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر قصد استقطاب رؤوس الأموال و الخبرات التقنية و الإدارية ، و بما أن " رأس المال جبان " استوجب الأمر تنازلات سيادية مهمة لصالح المستثمرين الأجانب من خلال إدراج شروط الثبات التشريعي في العقود المبرمة بين الدولة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي تحت غطاء تشريعي تجسد بشكل واضح في تشريعات الاستثمار ، ففي نظرنا يعد التذرع بالسيادة من أجل تقييد الاستثمار الأجنبي و فرض هيمنة الدولة على عوامل العلاقة التعاقدية ، يجعل من الدولة كيانا جامدا لا يتماشى مع فكرة مقتضيات التنمية ، فلابد من تقليص مظاهر تدخل الدولة في الاقتصاد وبالمقابل الانفتاح نحو الاستثمار و تشجيعه.

ففي نظرنا لا يعد تفعيل مبدأ الثبات التشريعي مساسا بالسيادة التشريعية للدولة المتعاقدة بل بالعكس من ذلك ، فالدولة بتبنيها لشروط الثبات التشريعي تعكس ممارستها للسيادة التشريعية الكاملة حيث أنها أبرمت العقد مع المتعاقد الأجنبي و هي تتمتع بكامل سيادتها و أدرجت شرط الثبات التشريعي في هذا العقد و منحته غطاءا و حماية قانونيين في صلب تشريعاتها الداخلية و هي تمارس كامل سيادتها ، و بتطبيق مبدأ الثبات التشريعي أصبحت التشريعات اللاحقة للقانون الذي نشأ العقد في كنفه تسري في نطاق معين يكون العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي بمعزل عنها ، و هذا ما يعكس سيادة الدولة حتى في تحديد نطاق محدد للنص التشريعي لا يسري إلا في مجال تحقيق مصالحها التنموية الاقتصادية.

فالطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي يتجاذبها مركزان قانونيان منبثقان عن العقد المبرم بين الدولة والمتعاقد الأجنبي ، حيث تحاول الدولة ترجيح كفة العلاقة التعاقدية لصالحها و بوصفها شخصا ممتازا من أشخاص القانون الدولي العام و بالمقابل يحاول المتعاقد الأجنبي حماية مصالحه من هذه الهيمنة، الشيء الذي يحتم تغليب المصلحة و النفع العامين على فكرة السيادة و اللذان يقتضيان توجيه الاتفاقات العقدية والنصوص التشريعية لتحقيق منظومة قانونية ثابتة و مستقرة تبعث على طمأنة الوافدين من المتعاملين الاقتصاديين الأجانب من أجل خوض غمار العملية الاستثمارية في محيط آمن ومستقر.

فنحن نرى و نؤصل الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي من منظور مختلف ، حيث أن هذا الشرط لا يصادر السيادة التشريعية للدولة في إصدار و تعديل قوانينها بل بالعكس من ذلك ، بإمكان الدولة سن وتعديل قوانينها بشكل مطلق مع رسم حدود جديدة لنطاق النص التشريعي حيث يستثني موضوعيا العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي فلا

[228] أنظر : عماري عمار و محمادي وليد ، آثار الاستثمارات العمومية على الآداء الاقتصادي في الجزائر ، مداخلة ملقاة في المؤتمر الموسوم بـ: تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014 ، المنعقد بتاريخ: 13/12 مارس 2013 ، مدارس الدكتوراه ، جامعة سطيف 1 ، الجزائر .

يمكن بأي حال من الأحوال المساس بالحقوق المترتبة على العقد لصالح المتعاقد الأجنبي إلا في حدود القوانين و الأعراف الدولية.

فبما أن التشريع وجد لتحقيق غايات الدولة المتعاقدة ، فنطاق سريانه يحدد كما تقتضيه الحاجة لذلك. و أستشهد بالواقعة التي أوقف من خلالها الفاروق عمر بن الخطاب (ﷺ) حد السرقة نظرا للحاجة القصوى لذلك ، فالذي حدث في عام الرمادة ليس من باب تعطيل حد السرقة، بل هو من باب درء الحدود بالشبهات؛ وهذه قاعدة في إقامة الحدود أنها تدفع بالشبهات، لأنه في عام الرمادة عمت المجاعة، وكثر المحاويج والمضطرون، فيصعب التمييز بين من يسرق من أجل الحاجة والضرورة، ومن يسرق وهو مستغن، ولهذا أسقط عمر – ﷺ– القطع عن السارق في عام المجاعة[229].

فالتشريع وجد لتحقيق مصالح الفرد و الجماعة لا لأن يكون سيفا على رقابهم ، فمن يملك سلطة الإصدار و التعديل يمكنه أن يملك سلطة تحديد نطاق النص التشريعي المستحدث أو المنقح بالشكل الذي يتماشى و حاجته لذلك ، فالتنمية الاقتصادية اقتضت أن تسلك الدولة المتعاقدة طريق الثبات التشريعي ، و لابد من مراعاة هذه المقتضيات في سبيل تحقيق هذه الغاية.

[229] أنظر : موقع فيصل نور ، شبهة إيقاف عمر رضي الله عنة لحد السرقة ، مقال منشور بالموقع على شبكة الإنترنت على الرابط:
http://www.fnoor.com/main/articles.aspx?article_no=13302#.XY8A9NIzbbg ، 2019/09/28 ، الساعة 08:53 .

خلاصة الفصل الأول

لقد حاولنا من خلال هذا الفصل رسم أهم الملامح المفاهيمية لشرط الثبات التشريعي ، حيث تناولنا في المبحث الأول منه : مفهوم شرط الثبات التشريعي من خلال بيان تعريفه اللغوي ، القانوني و القضائي ، كما تم إبراز خصائصه القانونية و التعاقدية ، بالإضافة إلى بيان أنواعه من حيث المصدر و المضمون و الغاية .

و في المبحث الثاني تم التعرض للطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي ، و التي حاول الباحث من خلالها الخروج عن النسق التقليدي الذي اعتمده الفقه في تحديد هذه الطبيعة القانونية ، حيث يرى الباحث وجود ملامح تنم عن ثلاث نظريات تؤصّل التكييف القانوني لهذه الشروط ، حيث يذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار شرط الثبات التشريعي شرطا يدمج القانون الواجب التطبيق على العقد في العقد نفسه و هذا ما يحقق فكرة الكفاية الذاتية للعقد و هو في نظر الباحث ما يرجح وجود نظرية تقضي بالطبيعة القانونية العقدية لشرط الثبات التشريعي مستندا إلى فكرتي : حماية المستثمر الأجنبي و القوة الملزمة للعقد ، في المقابل يرى جانب آخر من الفقه أن شرط الثبات التشريعي هو شرط توقيفي لقوة سريان القانون و هو ما يعكس في نظر الباحث وجود نظرية تقضي بالطبيعة القانونية التشريعية لهذا النوع الشروط مستندا لفكرتي : تحقيق مصالح الدولة المتعاقدة و القوة الملزمة للتشريع .

أما النظرية الثالثة فهي من منظور الباحث نظرية توفيقية بين الاتجاهين الأول و الثاني و هي نظرية الطبيعة القانونية الخاصة لهذه لشرط الثبات التشريعي حيث يستند الباحث فيها على ثلاثة أسانيد : فكرة الأمن القانوني و فكرة السيادة و فكرة مقتضيات التنمية حيث ابرز الباحث أهمية الأمن القانوني و حاجة الدولة لتحقيقه كما أبرز من جهة أخرى تأثير هذه الحاجة على ممارسة الدولة لسيداتها و في الأخير و من خلال فكرة مقتضيات التنمية أبرز الباحث أن شرط الثبات التشريعي هو مجرد مرونة تشريعية و تعاقدية تقتضيها التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة.

الفصل الثاني:
البيئة القانونية

لفصل الثـاني

البيئة القانونيـة لشروط الثبـات التشريـــــــعي

لكل شرط في مجال القانون وسط قانوني يرتبط به وجودا وعدما ، و هو ما ينطبق تماما على شروط الثبات التشريعي ، التي ارتبط مفهومها بعقود الدولة ، حيث ظهرت هذه الشروط من الوهلة الأولى في كنف هذه العقود ، و لأن الشروط العقدية لا تشكل التزاما قانونيا جادا في مواجهة الدولة المتعاقدة ، مما قد يضعف المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي ، الشيء الذي حتم على الدول المتعاقدة إدماج هذا الشرط في تشريعاتها الداخلية خاصة تلك المتعلقة بتنظيم عقود الدولة و في مقدمتها تشريعات الاستثمار .

لذلك سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى عقود الدولة في المبحث الأول، و تشريعات الاستثمار من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول

عقـــــود الدولـــــة

لقد اختلف الفقه اختلافا كبيرا في تحديد ماهية العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في غياب عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة ، فهو مصطلح فقهي ينطبق على مجموعة من العقود تتوافر على خصائص محددة [230]، لذلك يجب تحديد الملامح الرئيسية لعقود الدولة من خلال بيان مفهومها في المطلب الأول ، و تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في المطلب الثاني ،وفي الأخير سنحاول إعطاء بعض الأمثلة عن شروط الثبات التشريعي المدرجة فيها في مطلب ثالث.

المطلب الأول

مفهـوم عقـــود الدولـــة

إن مفهوم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة ينطوي على قدر من الخصوصية المستوحاة أساسا من خصوصية أطراف هذه العقود ، فعقد الدولة يبرم بين الدولة من جهة والشخص الأجنبي الخاص من جهة أخرى ، لذا سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد مفهوم عقود الدولة من خلال تعريفها في الفرع الأول ، و بيان أنواعها في الفرع الثاني ، و تحديد طبيعتها القانونية في الفرع الثالث .

الفرع الأول

تعريف عقــود الدولــة

إن إعطاء تعريف لعقود الدولة، يستوجب أولا تعريف المصطلح لغويا و اصطلاحا، و بيان أطراف هذه العقود، لذا سنتناول هذا الفرع في ثلاثة عناصر ، التعريف اللغوي لعقود الدولة (أولا) والتعريف الاصطلاحي لعقود الدولة (ثانيا) ، و أطراف عقود الدولة (ثالثا).

أولا: التعريف اللغوي لعقود الدولة .

لإعطاء تعريف دقيق لمصطلح عقود الدولة و المتكون من كلمتين (عقود ، الدولة) ، وجب علينا تعريف كل كلمة على حدا ثم دمج التعريفين في تعريف جامع للمصطلح.

1. عقود :

عقد يعقد عقدا و عقدة بمعنى ربط ، و العَقَدُ بفتح القاف هو ما تراكم من الرمل و تعقّدَ، والعِقْدُ بكسر العين و سكون القاف هو قلادة تزين بها المرأة عنقها وجمعها عقود ، أما العُقْدةُ هي موضع العَقْدِ و هو ما عُقِدَ عليه ، و العَقْدُ ما يمسك الشيء و يوثقه و معناه أيضا كل ما يمتلكه الإنسان من ضيعة أو عقار أو متاع أو

[230] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 13 .

مال و هو أيضا وجوب إحكام الشيء عند إبرامه كما قال تعالى : بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ " وَ لَا تَعۡزِمُوا عُقۡدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتابُ أَجَلَه " صدق الله العظيم[231].

2. الدولة :

الدَّوْلَةُ من دَوَّلَ يُدَوِّلُ تَدْويلاً و هي بمعنى المدينة، و الدولة هي الشيء المتداول فيكون مرة لهذا ومرة لهذا و يقول تعالى في محكم تنزيله : بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ " تِلْكَ الأَيَّام نُدَاوِلُها بَيْنَ النّاسْ " أي بمعنى نقلبها بين الناس ، و هي جمع من الناس مستقرون في إقليم معين الحدود مستقل يعيشون فيه وفق نظام خاص[232].

و من هذين التعريفين يمكن تعريف عقود الدولة على أنه الاتفاق الذي يبرمه جمع من الناس لهم سيادة على إقليم معين الحدود مع غيرهم

ثانيــا: التعريف الاصطلاحي لعقود الدولة .

نظرا لحداثة مصطلح عقود الدولة و الذي ظهر مع موجة الانفتاح التنموي للدول الخارجة حديثا من الاستعمار ، أسال موضوع تعريف عقود الدولة الكثير من الحبر ، حيث عرفها أحد الفقهاء على أنها :" العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها ، و التي تكون عموما من أقطار العالم الثالث ، أو شركاتها في اتفاق مع مستثمر أجنبي ، و الذي عادة ما يكون شركة عبر دولية أو أكثر مما يدخل تحت هذا التحديد ، من أجل إقامة مشروع استثماري "[233] ، كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها :

" العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار"[234].

كما عرفها الفقيه Jean Pierre Regli على أنها عقود شبيهة بعقود القانون العام : أطرافها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة و شخص طبيعي أو اعتباري و تتعلق هذه العقود عموما ببناء مجمع صناعي متكامل و بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما أنها قد تتعلق في بعض الأحيان باستخراج و تصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل هذه العقود طويلة المدة نسبيا[235] .

و عرفها الفقيه Mc Nair على أنها : " العقود التي تبرم بين دولة و شخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة ، طويلة المدة ، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للطرف الأجنبي من قبل الدولة وتتضمن شرط تحكيم و تخضع في جانب منها للقانون العام ، و في الجانب الآخر للقانون الخاص"[236].

---

[231] أنظر :علي بن هادية و آخرون ، مرجع سابق ، ص 687 .

[232] أنظر :علي بن هادية و آخرون ، المرجع نفسه ، ص 349.

[233] Show : Peter (W), Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluer law international ,The hugue /Boston/London , 1995,p.211

[234] Show : Bernardini (P), the Renegotiation of the investment contracts, ICSID Rev- F.I.L.J , vol 13,N 2, 1998,p.411.

[235] أنظر: علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص 62 .

[236] أنظر :هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 ، ص 40 .

و في الفقه القانوني العربي هناك من عرفها على أنها: " كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، و التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد "[237].

كما عرفها أحد الأساتذة على أنها : " اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية و المالية ، بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية"[238].

كما عرفها المحكم Cavin في تحكيم Sapphire على أنها : " عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام و شركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي ، و محل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية ، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة ، و يلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ، و منشآت لها طابع الدوام "[239].

و عرفها المحكم الدولي Dupuy في تحكيم Texaco على أنها : " عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المتعاقدة ، و تخلق نوعا من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي ، و تتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و إخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهاءه بإرادتها المنفردة [240].

و في بعض الاتفاقيات الثنائية الدولية للاستثمار تم التعرض لتعريف عقود الدولة تحت مصطلح العقود الحكومية ، حيث في الاتفاقية المبرمة بين دولتي كندا و الفلبين و بالضبط في الفقرة (و) 6 من المادة الأولى والتي جاء فيها أن العقود الحكومية هي تلك : " الحقوق الممنوحة بموجب القانون أو بموجب عقد للقيام بأي نشاط اقتصادي أو تجاري بما في ذلك حقوق التنقيب عن الموارد الطبيعية أو زراعتها أو استخراجها أو استغلالها " [241].

كما عرفتها المعاهدة الثنائية للاستثمار المبرمة بين الإكوادور و المملكة البريطانية المتحدة عام 1994 في الفقرة (أ) 5 من المادة الأولى على أنها : " الامتيازات التجارية الممنوحة بموجب القانون أو بمقتضى عقود ، بما في ذلك امتيازات التنقيب عن الموارد الطبيعية أو زراعتها أو استغلالها "[242]

---

[237] أنظر : عصام الدين القصبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 1.

[238] أنظر :علي إبراهيم ، العلاقات الدولية في وقت السلم ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 317 .

[239] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 16 .

[240] Voir : I.L.M, 1978, vol 17 , p.37

[241] أنظر :هيئة الأمم المتحدة ، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية تحت عنوان : العقود الحكومية ، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية ، نيويورك و جنيف ، 2004 ، ص 13 .

[242] أنظر :المادة الأولى من المعاهدة الثنائية للاستثمار المبرمة بين دولتي الإكوادور و المملكة البريطانية المتحدة ، 1994 و التي جاء فيها :

"…..business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources….."

أما الباحث فيرى أن عقود الدولة هي **تلك العقود التي تبرم بين الدولة من جهة و شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى يكون الغرض منها تنفيذ الخطط التنموية الاقتصادية للدولة عن طريق مشروعات استثمارية ضخمة في مدة زمنية طويلة .**

لقد حاولنا من خلال ما سبق رسم ملامح واضحة لعقود الدولة، غير أن هذا المسعى يكتنفه النقصان ولن يكتمل إلا ببيان أطراف هذه العقود و هو ما سنتطرق له في العنصر الموالي.

ثالثا : أطراف عقود الدولة .

لقد سبق ووضحنا أن عقد الدولة عقد يتم إبرامه من طرف الدولة من جهة و المتعاقد الأجنبي من جهة ثانية و هو ما سنفصل فيه من خلال ما يلي.

1.طرف الدولة في العقد: من المسلم به أن عقود الدولة تخضع عموما لأحكام العقد في الشكل العام ، حيث لا تنعقد إلا بتلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني معين ، لكن هذا لا ينفي عدم تكافؤ المراكز القانونية لأطراف هذه العقود ، و الناجم أساسا على انفراد الدولة بخصائص سيادية و سلطات ممتازة في القوانين الداخلية و الدولية ، في حين أن الطرف المقابل هو شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص لا يرقى إلى مستوى الدولة حتى في وجود قوة تقنية و مالية استثنائية قد تتخطى ميزانيات بعض الدول.

من هذا المنطلق يمكن طرح عدة إشكالات لعل من أهمها : إلى أي مدى يمكن اعتبار حضور الدولة بشكل مباشر عن طريق الحكومة شرطا أساسيا لانعقاد العقد ؟ أم أنه بالإمكان الظهور بشكل غير مباشر في العقد عن طريق المؤسسات التابعة لها ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات يجب توضيح أن ظهور الدولة بصورة مباشرة أو غير مباشر في عقود الدولة يخضع بالدرجة الأولى للحاجة إلى التعاقد ، فكما يمكن أن تظطر الدولة للتعاقد مباشرة عن طريق الحكومة يمكنها أيضا التعاقد عن طريق المؤسسات و الهيئات التابعة لها بحسب ما تقتضيه حاجتها في ذلك [243].

حيث تنص اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الفقرة الأولى من المادة 25 على أنه : " يمتد اختصاص المركز إلى كل نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو أي هيئة عامة أو جهاز تابع لها تقوم الدولة بتحديده أمام المركز ...." [244]

فالاتفاقية مددت اختصاص المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار إلى المؤسسات و الهيئات التابعة للدولة حينما تكون طرفا في النزاع المعروض على المركز بشرط أن تقوم الدولة بتحديد هذه الهيئة أو المؤسسة تحديدا نافيا للجهالة أمام المركز

---

[243] Show :Sornarajah (M) ,The Settlement of Foreign investment Disputes , The Hugue , Kluwer , 2000, p.86

[244] Show : Article 25 (1) from ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES , Washington , April 2006,p.18
" The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally……."

[245]، الشيء الذي يجعلنا نستنتج أن عقود الدولة الخاصة بالاستثمار تشمل كل العقود المبرمة من طرف الدولة و كذلك تلك المبرمة من طرف الهيئات التابعة لها.

و في تحكيم Sapphire ذهب المحكم Cavin إلى أن العقود المبرمة بواسطة الشركات التابعة للدولة تختلف اختلافا جوهريا عن العقود الجارية التي تحكمها القواعد التقليدية و هو ما يجعلنا نؤكد مرة أخرى أن عقود الدولة لا تنحصر في العقود التي تبرمها الدولة بشكل مباشر و لكن تتعداها إلى العقود التي تبرمها عن طريق هيئاتها و مؤسساتها.

و لكن هناك من يقول أن تحديد الدولة كطرف في العلاقة التعاقدية لا يثير أي إشكالات في حال ما إذا قامت بذلك مباشرة عن طريق الجهاز الحكومي ، بعكس ما إذا كان الطرف الذي وقع العقد هو مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة عن الدولة مع بقائها تابعة لها، حيث يثار إشكال المعيار المعتمد في تحديد فيما إذا كانت الدولة طرفا في العقود التي تبرمها هذه الهيئات و المؤسسات العامة أم لا؟ .

لقد كان للفقه و القضاء الفضل في تحديد معيارين رئيسيين يمكن إعمالهما لمعرفة ما إذا كانت آثار العلاقة التعاقدية التي تبرمها مؤسسة أو هيئة عامة ستنصرف إلى عاتق الدولة المتبوعة ، بحيث يعتمد المعيار الأول على واقعة التوقيع المادي على العقد و مدى الاستقلال القانوني الذي تحظى به المؤسسة أو الهيئة المتعاقدة ، فلا يعتبر طرفا في العلاقة التعاقدية إلا من وقع ماديا على العقد و هذا ما يطلق عليه فقها : المعيار القانوني[246]. أما المعيار الثاني يتخذ الانعكاسات الاقتصادية على واقع الدولة جراء هذه العقود التي تبرمها المؤسسات و الهيئات التابعة لها ، أساسا له لإضفاء صفة الطرف على الدولة و يطلق عليه : المعيار الاقتصادي[247] .

2.طرف الشخص الأجنبي في العقد: إن مصطلح شخص في القانون يحمل معه دلالتان : إما أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا و في ما يلي سنتطرق لكليهما كطرف في عقد الدولة .

1.2. الشخص الطبيعي الأجنبي كطرف في العقد : يتعين علينا من خلال معرفة وضع الفرد على خريطة القانون الدولي الوقوف عند النتائج القانونية المترتبة على هذا المركز القانوني الممنوح و تأثيره على الوضع في عقود الدولة ، حيث أن هذا الوضع قد أثار الكثير من الجدل الفقهي على الصعيد الدولي ، ذلك أن القانون الدولي و إن كان يهتم بأشخاصه المعروفين فقط إلا أنه يضع الفرد نصب عينيه[248] و من هذا المنطلق ظهرت ثلاث نظريات تؤصل للمركز القانوني للشخص الطبيعي الأجنبي المتعاقد مع الدولة ، حيث ذهب أنصار النظرية الأولى وهم أنصار المدرسة الوضعية إلى حرمان الشخص الطبيعي الأجنبي من الشخصية الدولية ، بدافع توطين عقود الدولة ، حيث أن الشخص الطبيعي الأجنبي لا يمارس أيا من النشاطات التي قد يقوم بها أشخاص القانون الدولي و المتمثلة عادة في ابرام المعاهدات و تحمل المسؤولية

---

[245] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 20 .

[246] أنظر :سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1998 ، ص 98.

[247] أنظر :شريف محمد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض Hardship)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص 299 .

[248] أنظر :عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 112 .

الدولية و الانضمام إلى المنظمات الدولية [249] ، في حين نادت النظرية الثانية إلى منح الشخص الطبيعي الأجنبي الشخصية القانونية الدولية بطريقة غير مباشرة لأن القانون الدولي لا يخاطب الأشخاص الطبيعيين إلا بواسطة الدول التي ينتمون إليها ، و الدولة بدورها تتوجه بخطابها القانوني لهؤلاء الأشخاص[250].

فيما ذهبت النظرية الثالثة و هي التي نادت بتدويل عقود الدولة إلى منح الشخص الطبيعي الأجنبي الشخصية القانونية الدولية لاعتبارات عدة أهمها أن الشخص الطبيعي الأجنبي في حال تضرره الجسيم من الدولة المتعاقدة ، يمنحه القانون حق اللجوء إلى دولته الأم و طلب الحماية الدبلوماسية منها[251].

غير أنه من غير المنطقي إصباغ الشخصية القانونية الدولية على الأشخاص الطبيعيين بأي حال من الأحوال لأن هذا الطرح ينافي المنطق القانوني السليم ، لأن التصرفات التي سيعقدها الشخص الطبيعي الأجنبي سترقى إلى مرتبة المعاهدات ، أو ستخضع على الأقل للقواعد القانونية للقانون الدولي العام [252].

2.2.الشخص المعنوي الأجنبي كطرف في العقد : من المسلم به أن الشخص المعنوي الذي سيتعاقد مع الدولة لتنفيذ خططها التنموية الاقتصادية لن يكون عاديا ، لأن مثل هذه المشاريع التي ستسعى الدولة لتنفيذها عن طريق التعاقد مع الأشخاص الأجانب تحتاج قوة مالية و تكنولوجية هائلة لا تتوافر إلا بحوزة الكيانات الاقتصادية العملاقة و التي تسمى عادة : الشركات المتعددة الجنسيات والمشروعات المشتركة ، غير أنه جدير بالذكر أن مصطلح الشركات المتعددة الجنسيات هو مصطلح اقتصادي و ليس قانوني ، لأن الشركة قانونا لا يمكن لها أن تحظى بعدة جنسيات في وقت واحد[253] ، وفي الفقه القانوني هناك من يطلق عليها لفظ الشركات عبر الوطنية.

و يرجع تاريخ الظهور الأول لهذه الكيانات الاقتصادية إلى قانون حامورابي[254] حيث خصص 8 مواد من جملة 282 مادة لتنظيم الشركة [255] ، مرورا بالقانون الروماني القديم و الذي أسس للشركة في شكلها القانوني الحديث [256] ،

---

[249] أنظر :طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص 24 .

[250] أنظر :سعيد عبد الغفار أمين شكري ، القانون الدولي للعقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2007 ، ص336 .

[251] أنظر :يحياوي أعمر ، قانون المسؤولية الدولية ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 25 .

[252] أنظر :عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 114 .

[253] أنظر :تعرف الجنسية بأنها علاقة ولاء بين الشركة و الدولة الأم ، حيث تكمن أهمية اكتساب الشركة للجنسية في تحديد الحقوق والواجبات والنظام القانوني الذي تخضع له الشركة ، و من غير المنطق في نظرنا أن تكرس الشركة ولاءها لعدة دولة في وقت واحد ، مما ينتج عنه استحالة تحديد النظام القانوني الذي تخضع له الشركة .أنظر : باسم محمد ملحم و بسام حمد طراونة ، الشركات التجارية ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة للنشر و الطباعة و التوزيع (شركة جمال أحمد محمد حيف و إخوانه) ، عمان ، الأردن ، 2011 ، ص 91 .

[254] أنظر: محمد بن براك الفوزان، الأحكام العامة للشركات، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية،2014، ص12.

[255] أنظر :أحمد سي علي، النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام، دون طبعة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2009، ص14.

[256] أنظر: محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الأولى، الدار الوطنية الجديد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1994، ص153.

و يعد أول ظهور للشركات التجارية العملاقة في هولندا ، تحت اسم الشركة الهولندية للهند الغربية [257] ، و في بريطانيا و بعد إصدار قانون الامتيازات للشركات تم إنشاء : الشركة البريطانية للهند الشرقية British East India Corporation عام 1600 ، و شركة ماساشوسات Massachusetts bay company عام 1629 ، و شركة هودسن عام 1670 Hudson's bay company ، و شركة بحار الجنوب عام 1711 [258]، و التي كانت تضاهي بعض الدول في القوة المالية و الحربية و قد تفوقها في كثير من الأحيان .

و على الرغم من ثبات الفقه حول الاعتراف للشركات بالجنسية ثار خلاف حول ماهية المعايير التي يمكن الاعتداد بها لتحديد جنسية الشركات و لقد نتج عنه اعتماد المعايير التالية في ذلك:

أ– معيار جنسية الشركاء: بموجب هذا المعيار تتحدد جنسية الشركة من جنسية الشركاء و تكون جنسية الشركة هي جنسية أغلب الشركاء إذا اختلفت جنسياتهم [259].

ب– معيار التأسيس: و بالنظر إلى هذا المعيار تكتسب الشركة جنسية الدولة صاحبة القانون الذي نشأت في ظله الشركة و الذي منحها الشخصية المعنوية ، و هكذا تعتبر الشركة أجنبية و ينطبق عليها وصف طرف في عقود الدولة متى نشأت في ظل قانون دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة ، و يتميز هذا المعيار بالاستقرار والثبات[260].

ج–معيار مركز الاستغلال: و بموجب هذا المعيار تكتسب الشركة جنسيتها من جنسية المكان الذي تمارس فيه نشاطها الرئيسي باعتباره المكان الذي تتجمع فيه مصالحها الحقيقية [261].

د–معيار مركز الإدارة الرئيسي: حيث تكتسب الشركة جنسيتها انطلاقا من جنسية المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي و المقصود به هو المكان الذي يوجد فيه الجهاز الإداري للشركة و الذي يملك سلطة إصدار القرار مثل مجلس الإدارة [262].

هـ–معيار الرقابة : و تعتبر الشركة أجنبية في فقه هذا المعيار متى كانت خاضعة لنظام رقابي أجنبي أو لهيمنة أجنبية على الأموال الموجهة للاستثمار في الدولة المتعاقدة حتى و لو كان الجهاز الإداري الرئيسي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الدولة المتعاقدة[263].

---

[257] أنظر: فائز أنجق ، مطبوعة حول المجتمع الدولي المعاصر ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1982 ، ص 16 و ما بعدها .

[258] أنظر: حسام عيسى، الشركة المتعددة القوميات (دراسة في الأوجه القانونية و الاقتصادية للتركيز الرأسمالي المعاصر)، دون طبعة، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، بيروت، لبنان، 990، ص 09.

[259] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (الجنسية و الموطن و معاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 48 .

[260] أنظر :إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص (الجنسية و مركز الأجانب)، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ، 1998، ص47.

[261] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 36 .

[262] أنظر :أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول (الجنسية و الموطن و معاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)،مرجع سابق ، ص 51 .

[263] أنظر :هشام صادق ، الجنسية و الموطن و مركز الأجانب ، المجلد الثاني (مركز الأجانب) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 ، ص416 .

بناءا على ما سبق ليس هناك ما يمنع أن تكون الدولة أو أحد مؤسساتها أو هيئاتها طرفا في عقود الدولة كما من الممكن أن يكون الطرف الأجنبي في هذه العقود شخصا طبيعيا أو اعتباريا ما لم يتأثر موضوع العقد بذلك و الذي هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة .

الفرع الثاني

أنواع عقـود الدولـة

إن موضوع عقود الدولة لا يخرج عن كونه استثمارا لأموال و تقنيات الطرف الأجنبي داخل إقليم الدولة المتعاقدة بغية تحقيق أرباح للمتعاقد الأجنبي من جهة ، وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة من جهة أخرى ، غير أن هذا النشاط الاستثماري قد يأخذ عدة صور لهذه العقود ، سنحاول من خلال هذا الفرع الإحاطة بها من خلال ثلاثة عناصر : حيث سنتطرق في العنصر الأول للعقود النفطية و في العنصر الثاني لعقود التعاون الفني و في العنصر الثالث عقود الأشغال العامة الدولية.

أولا

العقود النفطية

لقد شهدت العلاقة التعاقدية بين الدول النامية المنتجة للنفط و الشركات الأجنبية الناشطة في مجال التنقيب و البحث عن النفط و استخراجه عدة تطورات، فهذا النوع من العلاقات التعاقدية حديث نسبيا نظرا لحداثة النشاط النفطي نفسه الذي لاحت للأفق في بداية القرن الماضي بعد اكتشاف البترول[264]، حيث ظهرت في أول الأمر في شكل امتياز للمتعاقد الأجنبي على إقليم الدولة المتعاقدة ، ثم تطورت هذه العقود إلى أشكال طيلة النصف الثاني من القرن الماضي لتأخذ مظاهر جديدة أهمها : عقود المشاركة و عقود الخدمات النفطية وأيضا عقود تقاسم الإنتاج [265]، سنحاول من خلال ما يلي تسليط الضوء على هذه النماذج من عقود الدولة.

1-عقود الامتياز البترولية : يمكن تعريف عقد الامتياز على أنه : " ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الطرف الأجنبي الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في إقليمها أو في جزء منه ، و الحق في استغلال هذه الموارد و التصرف فيها و ذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول الدولة على مبالغ مالية معينة " [266] ، كما عرفها جانب من الفقه القانوني على أنها : " تلك العقود التي بمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا و قاصرا عليها في البحث و التنقيب عن المواد البترولية في إقليمها و استخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية معينة و لقاء مبالغ مالية محددة "[267] .

---

[264] أنظر :هاني محمد كامل المنايلي، إتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 75 .

[265] أنظر :بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، مرجع سابق ، ص 53 .

[266] أنظر :أحمد عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر بوخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، دون طبعة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، 1990 ، ص 19 .

[267] أنظر: حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 175 .

وما يجدر ذكره في هذا الصدد أن عقود الامتياز البترولية كانت وليدة بيئة قانونية و سياسية استثنائية حيث كانت الدولة النامية مانحة الامتياز خارجة حديثا من فوهة الاستعمار ، و فاقدة لجميع المؤهلات الاقتصادية و التقنية التي تمكنها من تثمين مادة النفط ، الشيء الذي جعل الدول الاستعمارية تلجأ في كل مرة إلى ممارسة الضغوط السياسية على حكومات مستعمراتها القديمة لمنح امتيازات غير مسبوقة للشركات الاستثمارية الأجنبية في مجال النفط[268] ، الشيء الذي ضيق مجال تفعيل الإرادة بالنسبة للدولة المتعاقدة في إمكانية مناقشة شروط عقد الامتياز البترولي ، الشيء الذي جعل من الدول المتعاقدة طرفا ضعيفا في هذه العقود ،مما أدى اختلال عقدي واضح لعل من أهم أسبابه ضخامة مناطق الامتياز و عدم تفعيل شرط التخلي عن المناطق الغير المستعملة و المشمولة بالامتياز ، حيث في عقد امتياز النفط الممنوح من طرف الحكومة العراقية لشركة Anglo-Iranian Oil عام 1931 تم إطلاق يد الشركة و لم يتم إلزامها بأي نظام للتخلي عن المناطق الغير مستغلة [269] ، كما كانت مدة الامتياز طويلة للغاية بالإضافة إلى الحق في ملكية المواد المستخرجة ملكية مطلقة تمكنها من حق التصرف في الناتج النفطي دون قيود حيث نصت المادة الأولى من عقد امتياز البترول المبرم بين شاه إيران و المليونير البريطاني William Knox Darcy على منح الطرف الأجنبي الحق في البحث عن النفط ومشتقاته و استغلاله و تسويقه و نقله و بيعه لمدة 60 سنة [270] ، كما نصت المادة الأولى من عقد الامتياز المبرم بين المملكة العربية السعودية و شركة Aramco عام 1933 على حق الشركة قصرا في التنقيب و الاستخراج و التصنيع و النقل و التصدير للبترول و مشتقاته لمدة 60 عاما[271].

يرجع تاريخ المحاولات الأولى للبحث عن النفط في الجزائر إلى الثلث الأخير من القرن التاسع عشر حيث بدأت فرنسا عام 1870م بأولى محاولاتها للبحث عن مكامن النفط في الجزائر وتركزت تلك المحاولات في المناطق الشمالية التي كانت تظهر فيها طفوح نفطية فوق سطح الأرض. لكن تلك الجهود الأولى لم تسفر إلا على استخراج كميات قليلة من النفط لعدم جديتها وانتظامها كما إنها لم تكن مدعمة بالوسائل الفنية الحديثة فضلاً عن ضعف الإمكانيات المالية الضرورية لمثل تلك العمليات.
بالرغم من ذلك، فقد كللت تلك المحاولات باكتشاف حقول نفطية صغيرة، ففي عام 1895م اكتشف حقل عين الزفت في ولاية غليزان غرب الجزائر الذي ظل ينتج حوالي 50 ألف طن سنوياً حتى عام 1925م، ثم تلا ذلك اكتشاف حقل تليونت الواقع في شمال غرب الجزائر الذي بدأ بالإنتاج عام 1914م وكان ينتج ما يقرب 30 ألف طن حتى نضوبه في عام 1940م.

[268] أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 56 .

[269] أنظر: غسان رباح ، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية: دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الأجنبية) ، دون طبعة ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، 1988 ، ص 33 .

[270] أنظر: سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2010 ، ص 46 .

[271] أنظر :أكثم أمين الخولي ، المرجع السابق ، ص 47 .

شرعت الحكومة الفرنسية بإجراء المسح الجيولوجي والكشف والتنقيب ومن ثم الحفر في المناطق التي كان تركيبها الجيولوجي يشير إلى وجود مكامن نفطية فيها فتم إنشاء مكتب الأبحاث البترولية B.R.P Bureau des Recherches Petrolieresوهي هيأة حكومية أسندت إليها مهام رسم سياسة عامة تقوم عليها برامج كل العمليات النفطية وتقديم المعونات المالية للشركات العاملة، ومن أجل التطبيق الفعلي لهذه السياسة ووضعها حيز التنفيذ تم إنشاء الشركة الوطنية للبحث واستغلال بترول الجزائر Société nationale de recherche et d'exploitation de pétrole en Algérie S.N.REPALوذلك عام 1946م التي ركزت أعمالها في البدأ في منطقة الشمال، وقد انتهت هناك بالعثور على حقلين للنفط هما حقل "وادي القطران" الواقع بالقرب من منطقة سور الغزلان بولاية المسيلة على بعد 100 كم جنوب الجزائر العاصمة في عام 1948م. وقد كان هذا الحقل معروفاً لدى سكان المنطقة إذ كانوا يستخدمون زيته الطافي على سطح الأرض للاستعمالات الطبية، وبدأ هذا الحقل بالإنتاج عام 1949م أي بعد عام من اكتشافه وبمعدل 84 ألف طن سنويا. أما الحقل الثاني فهو حقل جبل العنق قرب الحدود التونسية وقد تم اكتشافه في عام 1960م[272].
وقد بلغ إنتاج حقل وادي القطران 84400 طن خلال ذروته سنة 1953م ثم تضاءل إلى 5181 طن سنة 1962م. كما بلغ إنتاج حقل جبل العنق 5003 طن سنة 1962م بعد أن كان 350 طن بداية استغلاله عام 1960م[273].

و كان أول ظهور للتشريع النفطي في الجزائر هو القانون 1111/58 و الذي فرض امتيازات للشركات التجارية الفرنسية و المتخصصة في البحث و التنقيب حيث يتم منح الامتياز بناءا على نوع خاص من الترخيصات، و كان الاختصاص القضائي لحل نزاعات عقود البترول في تلك الفترة منوطا بمجلس الدولة الفرنسي.

و بعد الاستقلال تم انشاء شركة سونا طراك في 1963/12/03 و كان دورها محصورا في نقل و تجارة المحروقات و ذلك بفعل اتفاقيات إيفيان و التي فرضت إنشاء هيأة فرنسية لتسيير و مراقبة الصناعة النفطية و في الاتفاق الجزائري الفرنسي المؤرخ في 1963/09/26تم استحداث محكمة تحكيم متخصصة في منازعات العقود النفطية لأول درجة و كانت سابقة قضائية في الجزائر[274] و في عام 1966 بدأت أول مفاوضات التأميم و التي توجت بتأميم المحروقات عقب الخطاب الشهير للرئيس الراحل هواري بومدين في 1971/02/24[275] .

---

[272] أنظر :عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار (الأنشطة العادية و قطاع المحروقات) ،الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 ، ص203 .

[273] أنظر : https://www.algeriagate.info/2015/05/france-and-algerian-oil.html ، 2019/12/21 ، الساعة : **21:00** .

[274] أنظر :نساخ سفيان ، التحكيم في نزاعات عقود استغلال النفط في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون عام ، تخصص قانون عام للأعمال ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ،2013/ 2014 ، ص11 .

[275] أنظر :زواي حكيم ، محاضرات مسموعة في مقياس العقود التجارية الدولية ، ملقاة على طلبة أولى ماستر قانون أعمال ، السداسي الأول من السنة الجامعية 2017/2016 بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الشيخ العربي التبسي بتبسة ، 2016 .

و هكذا كانت السيطرة واضحة للشركات البترولية على العلاقة العقدية في عقد الامتياز البترولي إلى غاية نهاية الحرب العالمية الثانية ، حيث ظهر وعي اقتصادي جديد بقيمة النفط كمادة إستراتيجية مؤثرة و فعالة في العملية التنموية الاقتصادية للدول السائرة في طريق النمو ، الشيء الذي حتم على الحكومات إعادة مراجعة العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية في منحى تحقيق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة بما في ذلك مصالح الدول المتعاقدة ، الشيء الذي أسهم في ظهور صور حديثة للعقود البترولية[276].

2-عقود المشاركة : بقيت عقود الامتياز سارية المفعول إلى غاية ظهور شكل جديد من التعاقد بين الدول المنتجة للنفط و الشركات الأجنبية كان يهدف إلى تحقيق مشاركة فعلية للدول المتعاقدة في عمليات التنقيب و استغلال الموارد النفطية و بالضبط في نهاية العقد الخامس من القرن الماضي ، أطلق على هذه العقود تسمية عقود المشاركة[277] .

و يرجع الفضل في ظهور هذا النوع من العقود إلى ظهور شركات النفط الأجنبية المستقلة و التي حلت محل الشركات الأمريكية و البريطانية المحتكرة للنشاط النفطي قبل ذلك الوقت ، حيث قدمت هذه الشركات عروضا مغرية للدول المتعاقدة تمكنها من المشاركة في استغلال ثرواتها النفطية [278] ، و كانت إيران السباقة في تنظيم هذا النوع من العقود في تشريعاتها الداخلية من خلال القانون الصادر في 31 جويلية عام 1957 ، حيث نص القانون على حتمية امتلاك الشركة الوطنية الإيرانية لما يعادل نسبته 30 % من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة ، كما رخص للشركة الوطنية للنفط في المشاركة في أنشطة الشركة الأجنبية سواء من خلال شركة مختلطة أو من خلال مشروع مشترك، ويجب في جميع الأحوال أن يكون الكيان القانوني المنشأ متمتعا بالشخصية القانونية التي تمكنه من تنفيذ محتوى العقد نيابة عن الطرفين[279].

و يعد أول عقد مشاركة تم إبرامه وفقا لهذا القانون العقد الذي أبرم في مارس 1957 بين الشركة الوطنية الإيرانية للنفط و الشركة الإيطالية Agip و بموجب العقد تنشأ شركة إيرانية إيطالية للنفط S.L.R.L.P (société irano-italienne des pétroles) تتولى أعمال البحث والتنقيب و بيع النفط الخام و مشتقاته [280]، و يساهم كل طرف في الشركة بنسبة 50 % من رأس المال و يتم تسجيل هذه الشركة على أنها شركة إيرانية تخضع للقوانين الإيرانية ، و يتم توزيع النفط المنتج بالتساوي بين الطرفين ، مع حصول الشركة الإيطالية على نسبة معينة من النفط لقاء أسعار خاصة ، وهو ما يجعل الشركة الوطنية الإيرانية تحصل على 75 % من الأرباح في نهاية الأمر[281] .

---

[276] أنظر :غسان رباح ، المرجع السابق ، ص 34 .

[277] أنظر :بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، مرجع سابق ، ص 76 .

[278] أنظر :أحمد الخريجي ، اشتراك الدول في إدارة الامتياز النفطي ، بحث مقدم إلى مؤتمر النفط العربي السادس ، بغداد ، العراق ، 1967 ، ص 04 .

[279] أنظر :أحمد الخريجي ، المرجع نفسه ، ص 04 .

[280] أنظر :مُحَمَّد لبيب شقير و صاحب ذهب ، تفاقيات وعقود البترول فى البلاد العربية ، المرجع السابق ،ص 183 .

[281] أنظر :بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، مرجع سابق ، ص78 .

و في تاريخ 10 ديسمبر 1957 أبرمت المملكة العربية السعودية عقدا مع شركة يابانية نص البند 25 منه على ما يلي :" بعد اكتشاف الزيت بكميات تجارية تتعهد الشركة المتعاقدة بأن أي شركة يحول لها هذا الامتياز سوف تعرض الحكومة المساهمة لشراء أسهم رأسمالها بالنقد في حدود 10 بالمائة من رأس المال المدفوع " [282]، و على الرغم من أن نسبة مشاركة المملكة العربية السعودية للشركة اليابانية كان محتشما غير أن المملكة أبرمت عقود كانت مشاركتها في تنفيذها فعليا كما هو الحال في العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية و الشركة الفرنسية " أوكسيراب " في 04 أفريل سنة 1965 و نصت المادة 09 من العقد على إنشاء شركة عربية سعودية خلال 06 أشهر من تاريخ منح امتياز الاستغلال ويمكن للحكومة العربية السعودية الاكتتاب في حدود نسبة 40 % من أسهم الشركة ، و بعد التأسيس مباشرة ينتقل الامتياز إلى الشركة المنشأة حسب المادة 10 من نفس العقد ، و بموجب المادة 26 تتولى هذه الشركة القيام بمختلف مراحل صناعة النفط بما في ذلك انتاج و نقل و تكرير و تسويق النفط[283] .

كما أبرمت مصر عددا من عقود المشاركة النفطية تكاد تكون نسخا عن أصل واحد فيما تضمنته من بنود[284] ، حيث منحت الدولة المصرية بموجب العقد امتيازا قاصرا على كل من المؤسسة المصرية العامة للنفط كطرف وطني و الشركة الأجنبية المتعاقد معها كطرف أجنبي مناصفة بين الطرفين بنسبة 50 % بشرط أن يؤسس الطرفين شركة وكيلة عنهما تتولى عملية الاستغلال النفطي بعد اكتشافه بكميات تجارية ، كما يكون تكوين مجلس إدارة الشركة مناصفة بين الطرفين على أن تكون الرئاسة للطرف الوطني و يتولى الإدارة العامة للشركة أحد الأعضاء المعينين من قبل الطرف الأجنبي [285]. أما على الصعيد الجزائري كان ظهور هذا النوع من العقود نتيجة مفاوضات مطولة بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية لتعديل شروط عقود الامتياز البترولية الممنوحة للشركات الفرنسية ، و التي توجت بتفعيل شرط المشاركة في الاتفاق المؤرخ في 1965/06/19 بين الطرفين الجزائري و الفرنسي من خلال ابرام عقد مشاركة بين شركة سونا طراك و الشركة الفرنسية للنشاط و البحث البترولي[286]. كما تواصلت الجهود الجزائرية من أجل تثمين الثروات النفطية إلى غاية إبرام اتفاق Gutty بين الحكومة الجزائرية و الشركة الليبيرية Gutty Petrolium Company و الذي يعد

---

[282] أنظر :البند 25 من العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية و الشركة اليابانية للنفط في 10 ديسمبر 1957 .

[283] أنظر المواد : 09 ،10 ، 26 من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية و الشركة الفرنسية " أوكسيراب " مشار إليه لدى : محمد لبيب شقير و صاحب ذهب ، المرجع السابق ، ص 219 .

[284] أنظر :بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، مرجع نفسه ، ص 79 .

[285] أنظر : العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية و المؤسسة المصرية العامة للنفط و شركة Ban الأمريكية في 23 /1963/10

[286] أنظر :المرسوم رقم 291/66 المؤرخ في 05 جمادى الثانية 1386 هـ الموافق لـ 21 سبتمبر 1966 م يمنح بموجبه امتياز حقل وقود المدعو " النزلة الشمالية " للشركة الوطنية للبحث عن البترول و استغلاله (س.ن. ربال) في الجزائر ، ج ر رقم 91 المؤرخة في 10 رجب عام 1386 هـ الموافق لـ 1966/10/25 م ، ص 1399 .

اتفاقا مركبا من اتفاقين فرعيين : الاتفاق الأول بين الدولة الجزائرية و الشركة الأجنبية و الثاني بين الشركة الوطنية و الشركة الأجنبية[287].

و لقد أخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا و صريحا من عقود المشاركة البترولية من خلال القانون 71-22 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله[288]، كما بين القانون شكل الشركة التي تتم خلالها الشراكة و القانون الذي تخضع له حيث أقر أن هذه الشركة إما أن تكون شركة تجارية أو مساهمة على أن تقل نسبة مشاركة الطرف الجزائري الممثل في شخص الشركة الوطنية " سوناطراك " عن نسبة 51 % [289].

غير أنه و نتيجة للضعف الفادح في الاستثمارات النفطية في هذه الفترة حيث أبرمت الجزائر 25 عقدا فقط [290]، ويعد هذا العدد ضئيلا جدا ، مما أدى إلى صدور القانون 86-14 المتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب والذي كرس مبدأ المشاركة من جديد[291] من خلال المواد : 04 ، 20 منه ، كما أكد هذا القانون على تجارية العقود و هو خروج عن نسق النظرية التقليدية في القانون التجاري ، حيث من خلال المادة 21 تم بيان أصناف العقود التي يمكن إبرامها في هذا الميدان و التي لا تخرج عن كونها عقود لتقاسم الإنتاج ، و في المادة 24 من نفس القانون حدد المشرع شكل الشخص المعنوي الناشئ عن الشراكة و الذي يكون شركة تجارية ذات أسهم.

كما يتخذ عقد المشاركة حسب هذا القانون صورة المشاركة في الأعباء و المخاطر و الإنتاج أو صورة بروتوكول بين الدولة المتعاقدة و الشخص الأجنبي بالاشتراك مع شركة وطنية و تم الاستعاضة فيما بعد عن هذا البروتوكول بموافقة مجلس الوزراء[292].

---

[287] أنظر :الأمر رقم 591/68 مؤرخ في 09 شعبان عام 1388 هـ الموافق لـ 31 أكتوبر سنة 1968 م يتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود و استغلاله في الجزائر و على البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود و إنتاجه في الجزائر من طرف شركة " جيتي بتروليوم كومباني " ، ج ر عدد 88 ، السنة الخامسة المؤرخة بتاريخ 10 شعبان عام 1388 هـ الموافق لـ 01 نوفمبر سنة 1968.

[288] حيث نصت المادة الأولى من الأمر 71-22 المؤرخ في 16 صفر عام 1391 هـ الموافق لـ 12 أفريل 1971 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله على ما يلي : " لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أجنبي يرغب في ممارسة نشاطات في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله في الجزائر إلا بالاشتراك مع الشركة الجزائرية "سوناطراك" ، و لا يمكن ممارسة هذه النشاطات إلا في القطع الأرضية التي تشملها سندات منجمية مخصصة للشركة الوطنية "سوناطراك" "

[289] أنظر : المادة 03 من الأمر 71-22 المؤرخ في 16 صفر عام 1391 هـ الموافق لـ 12 أفريل 1971 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله ، ج ر رقم : 30 ، السنة الثامنة ، 13 أفريل 1971 .

[290] أنظر :عجة الجيلالي ، مرجع سابق ، ص 220 .

[291] أنظر : المواد 04 ، 20 من القانون 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 هـ الموافق لـ 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، ج ر رقم : 35 ، السنة الثالثة و العشرون ، 27 أوت 1986 .

[292] أنظر : المادة 20 من القانون 91-21 مؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1412 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1991 م يعدل و يتمم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986 م المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب.

وما لاحظناه من خلال هذا القانون هو وجود بعض الملامح لشرط الثبات التشريعي من خلال تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العقود و الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجانب تظهر جلية في نص المادة 64 حيث نصت على وجوب بقاء الاتفاقيات و العقود المبرمة في مجال المحروقات سارية المفعول إلى غاية انتهاء آجالها القانونية ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك[293].

و تم تعديل القانون 86-14 بالقانون 91-21 مؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1412 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1991 م ، حيث تم تمديد نطاق القانون ليشمل الغاز الطبيعي ، كما منح امتيازات ضريبية للدولة و مكن أطراف العقد من اللجوء للتحكيم لتسوية النزاعات الناشئة أو المتوقع نشوءها.

3-عقود الخدمات النفطية (عقود المقاولة) : إن عقد المقاولة هو اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص تنفيذ عمل معين خلال فترة زمنية محددة و لقاء أجر محدد ، و بانتهاء تنفيذ العمل وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل تنتهي صلة المقاول بالمشروع [294].

لكن مفهوم المقاولة في عقود الخدمات النفطية و الذي ظهر في فترة الأربعينات من القرن الماضي يحمل في طيه اختلافات عدة ، حيث أن طالب الخدمة و الذي هو الدولة أو الشركة الوطنية المشرفة على البترول ، تستعين بمقاول أجنبي يقع على عاتقه البحث و التنقيب عن النفط و إعداده للإنتاج ثم إنتاجه فعلا مع تحمل كافة المصاريف و الأخطار التي تكتنف هذا العمل من بدايته حتى عملية تسويق الإنتاج، فالمقاول أو الشركة الأجنبية الموكل إليها القيام بالعمل لا تأخذ أجرا محددا كما في المقاولة العادية و إنما يسعى المقاول لتدارك ما أنفقه على المشروع مع الحصول على نصيب معين من الإنتاج أو الأرباح بحسب الاتفاق الموجود في العقد ويستمر في الحصول على هذا النصيب لمدة زمنية تتراوح بين 20 إلى 30 سنة[295].

ومن أهم الأمثلة عن هذه العقود العقد الذي أبرمته الحكومة العراقية مع شركة E.R.A.P الفرنسية في عام 1968 م حيث حددت مدة البحث بـ 06 سنوات كحد أقصى و مدة الاستغلال 20 سنة تبدأ من تاريخ الاستغلال التجاري [296]، و أيضا العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة " أموكو " للزيت في مصر بشأن البحث عن البترول و استغلاله في منطقة "السلوم" بالصحراء الغربية سنة 1991 م و حددت مدة البحث بـ 03 سنوات و مدة

---

[293] أنظر : المادة 64 من القانون 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 هـ الموافق لـ 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، السالف الذكر.

[294] أنظر : بشار مُحَمَّد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 61 .

[295] أنظر : غسان رباح ، المرجع السابق ، ص 42 .

[296] أنظر : رائد أحمد علي أحمد ، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية (النظام القانوني لعقود الاستثمارات البترولية) ، المرجع السابق ، ص 90 و كذلك زينب عبد الحسن الزهيري ، عبد الرحمان عارف و دوره السياسي في العراق (1966-1968) ، دار أسامة للنشر و التوزيع ، العراق ، 2012 ، ص 266 .

الاستغلال بـ 20 سنة تبدأ من تاريخ الاكتشاف التجاري[297] ، و قبل هذا التاريخ و بالضبط في 29 جويلية 1989 تم الترخيص للهيئة العامة المصرية للبترول و شركة "أموكو" للتنقيب و البحث عن البترول في منطقة تانكة البحرية بخليج السويس[298] .

و أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من العقود في المرسوم التنفيذي 87-159 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب و البحث عن المحروقات السائلة و استغلالها ، حيث نصت المادة 03 و 08 منه على إمكانية اتفاق المؤسسة الوطنية و الشركات الأجنبية على صيغتي التعاقد المصطلح عليهما بعقود تقاسم الإنتاج و عقود الخدمة إذا كانت ظروف البحث و الاستغلال تتطلب ذلك ، ويؤخذ بعقود الخدمة اذا كانت طريقة انتفاع الشريك الأجنبي تتمثل في حصوله على دفع حق وتعويضات لمصاريفه و خدماته يكون عينا أو نقدا حسب الكيفيات المتفق عليها[299].

4-عقود تقاسم الإنتاج: عرف الفقهاء هذا النوع من العقود على أنه : " عقد تمنح بموجبه الدولة مالكة الأرض ترخيصا حصريا للمتعاقد الأجنبي للقيام بالبحث أو التنقيب في مكمن للبترول مع تحمل جميع المخاطر مقابل الحصول على جزء من الإنتاج يغطي التكاليف و الأرباح و في حالة الفشل يتحمل الطرف الأجنبي الأعباء"[300].

ظهر هذا النوع من العقود النفطية لأول مرة في القانون النفطي الإندونيسي رقم 476 لسنة 1961 [301]، وتعتبر جمهورية مصر العربية من السباقين في الأخذ بعقود تقاسم الإنتاج ، حيث تعاقدت المؤسسة المصرية العامة للنفط مع شركة الشمال سومطرة " نوسوديكو " في 16 ماي 1970[302] ، و منذ ذلك الوقت أصبح نظام عقود تقاسم الإنتاج هو النظام السائد في مصر من أجل البحث عن النفط واستغلاله إلى يومنا هذا.

---

[297] أنظر : العقد المنشور في الجريدة الرسمية الجمهورية مصر العربية ، العدد 11 (تابع) ، في 14 مارس 1991 مشار إليه لدى بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 62 .

[298] أنظر : قانون رقم 218 لسنة 1989 المتضمن الترخيص لوزير البترول والثروة المعدنية فى التعاقد مع الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو زيت مصر AMOCO EGYPT OIL COMPANY في شأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة "تانكة" البحرية بخليج السويس ، ج ر عدد 49 " تابع " ، جمهورية مصر العربية ، 06 ديسمبر 1990 .

[299] أنظر : المواد 03 و 08 من المرسوم التنفيذي رقم 87-159 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب و البحث عن المحروقات السائلة و استغلالها ، مؤرخ في 1987/07/21 ، ج ر عدد 30 ، الصادرة في 1987/07/22 ، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي 96-118 ، مؤرخ في 1996/04/06 ، ج ر عدد 12 ، الصادرة في 1996/04/10 .

[300] أنظر : حسين القاضي و آخرون ، محاسبة البترول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 ، ص 302 .

[301] أنظر : سعد علام ، تطور التشريعات و الاتفاقيات النفطية المصرية ، مجلة النفط ، المجلد 23 ، العدد 04 ، أفريل 1986 ، ص 27 و ما بعدها .

[302] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، المرجع السابق ، ص 93 .

كما أخذت بهذا النظام دولة قطر في العقد المبرم بين الحكومة القطرية و مجموعة الشركات الألمانية والأمريكية في 10 أفريل 1976 ، و كذلك سلطنة عمان في معظم العقود التي أبرمتها مع الشركات الأجنبية في سنتي 1975 و 1976[303].

و في الجزائر و بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 87-159 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب و البحث عن المحروقات السائلة و استغلالها ، أخذت الدولة الجزائرية بهذا النوع من العقود حيث تمنح الدولة المتعاقدة للشركة الأجنبية الحصة العائدة إليها من إنتاج الحقل المكتشف بمقدار انتفاعها بقيمة التسليم في ميناء الشحن معفاة من جميع الأعباء و الرسوم و من جميع الالتزامات البترولية مع إمكانية تحويل الأموال إلى الدولة الأم ، و تحدد كمية نصيب الشركة الأجنبية في عقد تبعا لمجهود البحث و الاستغلال و حسب أهمية الاستثمارات التي تقبل القيام بها ، و لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن تتجاوز النسبة 49 % من إنتاج الحقل المكتشف ، و تعد عقود تقاسم الإنتاج الأكثر رواجا في العلاقات التعاقدية التي تبرمها شركة " سونا طراك " مع المستثمرين الأجانب .

و يتميز هذا النوع من العقود في النظام القانوني الجزائري بما يلي :

- سوناطراك تبقى المالك الوحيد لكل المنشآت المنجزة نتيجة العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي.
- الشريك الأجنبي ملزم بدفع الحقوق قبل بدء سريان مفعول عقد الشراكة .
- يجب أن لا تتعدى كمية النفط التي سينتفع بها الطرف الأجنبي نسبة 49% من إنتاج الحقل المكتشف حيث نصت المادة 10 من القانون 91-21 على ذلك صراحة[304] .غير أن المشرع تخلى بشكل ملفت للنظر على نسبة 49 % كسقف أعلى لانتفاع الطرف الأجنبي في القانون 05-07[305] الشيء الذي حتم عليه تدارك هذا الخطأ في قانوني المحروقات لسنتي 2006 و2013[306].

---

[303] أنظر : سعد علام ، المرجع السابق ، ص 375 .

[304] أنظر: المادة 10 من القانون 91-21 المؤرخ في 1991/12/04 التي تعدل و تتمم المادة 25 من القانون 86 -14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 هـ الموافق لـ 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، ج ر رقم : 35 ، السنة الثالثة و العشرون ، 27 أوت 1986.

[305] أنظر : القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م يتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2005 .

[306] أنظر : المادة 32 من القانون 06-10 مؤرخ في 03 رجب عام 1427 هـ الموافق لـ 29 جويلية 2006 م يعدل و يتمم القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م المتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 48 ، الصادرة في 30 جويلية 2006 وكذلك نفس المادة في القانون 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1434 هـ الموافق لـ 30 فيفري 2013 يعدل و يتمم القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م يتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 11 ، الصادرة في 24 فيفري 2013 .

وما يجدر بنا ذكره أن شركة " سونا طراك " قد أبرمت ما يقارب 83 عقدا خلال الفترة من 1987 إلى غاية 2005 كان معظمها عقودا في إطار تقاسم الإنتاج ، و عقدين في إطار الامتياز ، و عقدين في إطار عقود الخدمة ذات المخاطر، حيث أبرمت 09 عقود مع شركة AGIP و 07 عقود مع شركة TOTAL **و** 06 عقود مع شركة REPSOL و05 عقود مع شركة BHP و 04 عقود مع كل من ANADARKO و CNPC و GULF KEYST و 03 عقود مع شركة MEDEXوعقدين مع كل من: A. Hess وArco و Cepsa و Fcp و LLE /Burlington/CP وPETRONAS PETROCANADA و Pluspetrol و Shell وSinopec ، و عقد واحد لكل من : Alepco و Encor و Gdf وKerr Mc و Gee وNumhyd و Occidental و Pedco و Petroceltic و Petrovietnam وPhillips وRosneft/Stroy و Statoil و Veba و Wascana [307].

و حسب التقرير السنوي لشركة " سوناطراك " لسنة 2017 أن الشراكة الأجنبية مع الشركة حققت حجما مهما من الاستكشافات النفطية حيث نتج عن السياسة التعاقدية في الفترة بين 1986 و2015 ما قيمته 9961 مليون دولار أمريكي و كانت ذروة الانتاج في سنتي : 1997 و 2007 بما قيمته 636 و1083 مليون دولار أمريكي على التوالي [308].

و هذا ما يعكس فعالية النصوص التشريعية في مجال المحروقات كعنصر جاذب للاستثمارات الأجنبية من جهة و تنمية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى .

[307] أنظر : شركة " سوناطراك " الجزائر ، العقود النفطية : التطورات و الآفاق ، الجزائر ، 2019 ، ص 04 .

[308] Voir : Société SONATRACH , Rapport Annuel 2017 , Algerie , 2017.

ثـانيـــا

عقود التعاون الفني

تعتبر عقود التعاون الفني (عقود التعاون الصناعي) من العقود الحديثة حيث يعود ظهورها إلى العقد السادس من القرن الماضي و ذلك مجاراة للتطور و التحول التكنولوجيين اللذان شهدهما العالم[309] ، و الحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تقريب المستوى الاقتصادي بين العالم الأول والعالم الثالث[310].

و ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تعريف التعاون الفني أو الصناعي بأنه " صورة خاصة للتعاون الدولي الاقتصادي ، تتعاون فيه مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية بزيادة التخصص و التعاون في الإنتاج و البحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة "[311].

و سنتطرق لأنواع عقود التعاون الفني من خلال ثلاث عناصر: سنتناول في أولها عقود نقل التكنولوجيا و في العنصر الثاني عقود المساعدة الفنية و في العنصر الثالث عقود تسليم المفتاح و في العنصر الرابع عقود تسليم المنتج في اليد .

1-عقود نقل التكنولوجيا :و عرف الفقه القانوني التكنولوجيا على أنها : " مجموعة المعارف العلمية والخبرات و المهارات المكتسبة في مشروع ما و التي طبقت في العملية الإنتاجية و يحتفظ بها المشروع سرا لزيادة قدرته التنافسية لما لها من أثر في تحسين منتجاته أو تقليل نفقاته " [312] و تعد من أهم عقود الدولة و التي عرفها فقهاء القانون على أنها: " اتفاق يغطي عمليات معينة و يتضمن أداءات محددة تهدف إلى أخذ أحد الأطراف من الآخر نظام للإنتاج أو للإدارة أو خليط منهما بموجب تنازل معين و خلال مدة معينة" [313].

---

[309] أنظر : عوض الله شيبة الحمد السيد ، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول و الشركات الأجنبية الخاصة ، رسالة للحصول على شهادة دكتوراه حقوق ،كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 1992 ، ص 41 .

[310] أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم ،كيفية الإفادة من الاتفاقيات الدولية في مجال نقل العلم و التكنولوجيا ، مقال منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء ، العدد 24 ، أكتوبر 2000 ، ص 427 .

[311] أنظر : صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996 ، ص 150 .

[312] أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم ، حماية الأسرار التجارية و المعرفة الفنية ، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، العدد الثاني ، جويلية 2002 ، ص 52 و ما بعدها.

[313] أنظر : وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 105 .

كما عرفها أحد الأساتذة على أنها :" اتفاق مبرم بين من يملك التكنولوجيا أو يحوزها و بين من يبحث عنها بغرض نقلها من الأول إلى الثاني و يصعب تحديد مضمون ذلك الاتفاق بسبب الاجراءات والعناصر المكونة لمحله و الخدمات المستلزمة لهذا المحل إذ قد ينطوي على أداءات مادية أو معنوية أو على الاثنين معا "[314].

و من أهم التعاريف التشريعية لعقد نقل التكنولوجيا ما جاء في نص المادة 73 من قانون التجارة المصري : " اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات و لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار سلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء في عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به "[315].

و ما يمكن قوله و الإشارة إليه أن محل العقد قد يقتصر على مجرد نقل المعرفة الفنية و هي الصورة القاعدية لعقود نقل التكنولوجيا ، و تتركز العلاقات القانونية فقط في تنفيذ كل من الطرفين للالتزام عند التعاقد دون المراحل التالية التي تستخدم فيها المعرفة الفنية محل العقد ، إلا أن محل العقد قد يتضمن في صورة أخرى مركبة نقل المعرفة الفنية و الالتزام بتقديم المساعدة الفنية و تطويرها من قبل الطرف المورد فنكون أمام عقد مركب يضم نقل المعرفة الفنية و أيضا نقل المساعدة الفنية و الخدمات[316].

إن عقود نقل التكنولوجيا عقود ذات طبيعة خاصة و ذات أهمية كبيرة اقتصاديا و تنمويا، فمالك التكنولوجيا يحظى دوما بالقوة الاقتصادية التي تحكم قبضتها على الدول السائرة في طريق النمو.

2–عقود المساعدة الفنية: و عرفها جانب من الفقه على أنها التزام مشروع أجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين لتشغيل الأجهزة و الآلات المستعملة في الإنتاج أو تدريب العاملين الوطنيين لتشغيلها أو على إدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة و قد يكون موضوع المعونة الأمرين معا أي التشغيل والتدريب و قد تبلغ إلى حد أن يتولى المشروع الأجنبي بنفسه الإنتاج و الإدارة بدلا من المنشأة الوطنية غير أن هذا الوضع قليل الوقوع عمليا في الوقت الحاضر [317].

---

[314] أنظر : محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية المصرفية ، المجلد الأول : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا (دراسة تطبيقية : عقد نقل التكنولوجيا –عقد المساعدة الفنية – عقد تسليم المفتاح – عقد تسليم الإنتاج –عقد البحث) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2014 ، ص 25 .

[315] أنظر : القانون رقم 17 لسنة 1999 المتعلق بإصدار قانون التجارة المصري ، ج ر عدد 19 مكرر ، الصادرة في 17 ماي 1999 ، جمهورية مصر العربية .

[316] أنظر : بشار محمد الاسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 65 .

[317] أنظر : محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص 48 .

كما يرى أحد الفقهاء أن عقد المساعدة الفنية هو ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة بتقديم المساعدة الإيجابية و الخدمات الضرورية و ذلك للأخذ بيد المتلقي لها حتى يبدأ السير في الطريق السليم المرجو من عقد التكنولوجيا [318].

3-عقود تسليم المفتاح: يقصد بعقد تسليم المفتاح ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي بإعداد التصاميم و توريد كافة المواد الأولية و المعدات و الأجهزة اللازمة لعملية التشييد مع الالتزام ببناء المنشأة وتحقيق الغرض من إنشائها [319].

ومن أهم الأمثلة لهذه العقود العقد الذي أبرمته الحكومة المصرية مع الشركات البريطانية westland Ralls Royce و الذي كان الغرض منه إقامة مصنع لإنتاج طائرات الهيليكوبتر LYNX و المحركات GEM[320].

و لهذه العقود عدة صور فتسليم المفتاح قد يكون جزئيا أو بسيطا حيث يلتزم الطرف الأجنبي بمقتضاه أن يسلم مصنع متكامل متكون من عدد من الآلات و براءات الإختراع و العلامات التجارية أو الصناعية بالإضافة إلى الدراسات و التصاميم المعدة مسبقا ، و قد يتخد عقد تسليم المفتاح صورة ثقيلة أو شاملة و هنا يلتزم الطرف الأجنبي بالإضافة إلى الالتزام القاعدي المتمثل في تسليم المصنع والمساعدة الفنية يلتزم الطرف الأجنبي بتدريب العمالة المحلية فنيا و تقديم المساعدة و تشغيل المصنع[321].

4-عقود تسليم المنتج في اليد : تعد عقود تسليم المنتج في اليد امتدادا لعقود تسليم المفتاح السابقة الذكر ، حيث يتم تأجيل تسليم المفتاح إلى غاية تأهيل المشروعات المتخلفة صناعيا و التابعة للدولة المتعاقدة ، بحيث تكتسب القدرة الذاتية على تحقيق الاستغلال للمجمع الصناعي المقام بواسطة الموردين التابعين للطرف الأجنبي في العقد[322] .

و ما يجدر ذكره في هذا الصدد أن عقود تسليم المنتج في اليد من أحدث صور التعاون الفني ، وقد ظهر هذا النوع من العقود نتيجة الحاجة الملحة للدول النامية إلى التكنولوجيا الجاهزة و المضمونة الإنتاج[323]، و يرى البعض أن هذا النوع من العقود يتضمن نقلا فعليا للتكنولوجيا إذ ينطوي على تسليم المنشأة بالأهمية التي تنشدها الدولة المتعاقدة من إنجاز المنشأة الصناعية محل العقد و التي يستلزم فيها القدرة على تحقيق الأهداف المسطرة في العملية الإنتاجية في إطار زمني

---

[318] أنظر : سميحة القليوبي ، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، منشور ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى روح الأستاذ محسن شفيق بعنوان : دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 315 .

[319] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 66 و كذلك عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص44

[320] أنظر : صلاح الدين جمال الدين ،المرجع السابق ، ص 104 و كذلك بشار محمد الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 67 .

[321] أنظر : سميحة القليوبي ، المرجع نفسه ، ص 316 .

[322] نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص18 .

[323] حمزة عبابسة ، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام ،كلية العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر ، 2008 ، ص 52 .

محدد بالإضافة إلى استيعاب التكنولوجيا المتعلقة بالإنتاج و السيطرة عليها بصورة تضمن تنمية الإنتاج و مواجهة التطورات والتحديثات المتتالية للتكنولوجيا و الاحتياجات المتنامية للدولة المتعاقدة [324].

ثـالثـــا

عقود الأشغال العامة الدولية

استلزمت الثورة الصناعية و ما رافقها من تطور و تقدم إنشاء بنية تحتية أساسية لخدمة هذا التقدم من خلال تشييد محطات الطاقة الكهربائية و شبكات الاتصال و قنوات نقل المياه الصالحة للشرب والصرف الصحي و إقامة المؤسسات الصحية و المطارات و شبكة الطرقات و الجسور و غيرها من الإنشاءات الضرورية لتنفيذ العملية التنموية الاقتصادية [325].

و لما كانت التكلفة المالية لهذه المشاريع باهظة الثمن ، اتجهت الدول النامية إلى إبرام عقود الأشغال العامة الدولية مع الشركات الأجنبية العملاقة ذات رؤوس الأموال الكبيرة و المتخصصة في نوع معين من الإنشاءات ، و أحد الأساتذة أن عقد الإنشاء الدولي هو : " توافق إرادتي جهة الإدارة و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام و تحقيقا للمصلحة العامة على نحو معين و لقاء ثمن معين "[326] .

و يرى أحد الفقهاء أن عقد الأشغال العامة الدولي هو اتفاق بين شخص معنوي عام و مقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا و الأموال من دولة إلى أخرى[327].

و يرى جانب من الفقه القانوني الاقتصادي الحديث أن عقد الأشغال الدولية يمكن أن يأخذ عدة صور قد تتداخل في جانب منها مع عقود المساعدة الفنية و قد تنفرد بنظام قانوني خاص بها، كل هذا سنتطرق له من خلال العناصر الآتية الذكر:

1- صور عقود الأشغال الدولية: إن التداعيات التكنولوجية و الاقتصادية التي اختلجت المسيرة التنموية للدول النامية ، أخرجت إلى الضوء صورا جديدة لتعاقد الدولة مع الطرف الأجنبي ،غير أن الأنظمة القانونية لهذه الدول عانت لمدة

---

[324] أنظر : بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 68 و كذلك صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 127 .

[325] أنظر : أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،1998 ، ص 106 و كذلك بشار محمد الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 68 .

[326] أنظر : محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها (دراسة للطبيعة القانونية الجديدة و الأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة و التحكيم فيها) ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 41 .

[327] أنظر : أحمد حسان حافظ مطاوع ، المرجع السابق ، ص 106 .

طويلة من القصور القانوني الذي اكتنف هذا النوع من المعاملات ، حيث أصبح يلقي بظلاله في كل مرة على الأحكام العامة للعقود، و هو ما يشكل فراغا قانونيا فادحا قد يكلف الدولة المتعاقدة إفلات العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي من قبضة القانون الوطني الذي لا يرقى لتنظيم هذه العقود ، و بالتالي حتمية انعقاد الخصومة التحكيمية في حالة نشوب نزاعات بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي .

و لعل من أهم صور عقود الأشغال الدولية ما سيأتي ذكره في العناصر الأربعة الموالية:

أ–عقد الأشغال الدولية عن طريق تسليم المفتاح : و هذه الصورة تتداخل في جانب منها مع عقود المساعدة الفنية Turn Key Contract أو Clé en main ، حيث يتعهد المقاول بالقيام بالعمل كله محل المشروع التنموي و عند إتمام التزامه يسلم الإدارة الأعمال الإنشائية و الأعمال الأخرى سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية [328]، و يكون تسليم المشروع في صورته النهائية .

ب–عقود البوت(B.O.T) :

عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (Build – Operate – Transfer) امتياز تمنحه الدولة أو إحدى هيئاتها لمستثمر فرد أو شركة وطنية أو أجنبية يتم بمقتضاه تدبير التمويل اللازم لإنشاء أو تطوير وإدارة وتقديم خدمات احد مرافق البنية الأساسية للمنتفعين مقابل الحصول على عوائد لمدة محددة تنتهي بتسليمه لها في حالة صالحة لاستمراره أو تجديد العقد مرة أخرى [329].

ج–عقد B.O.O.T :

عقد البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية (Build – Own -Operate –Transfer) و هي منح امتياز من الأصيل إلى منتفع يسمى الملتزم و هو مسؤول عن إنشاء و تمويل و تشغيل و صيانة خدمة خلال مدة الالتزام قبل التسليم النهائي و ذلك دون أي نفقات من الأصيل [330]، كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها اتفاق يكلف به أحد أشخاص القانون العام شخصا آخر لتنفيذ الأشغال العامة و استغلال ناتج العمل العام الذي تم إنجازه مقابل مكافأة يتم تحصيلها من العائد المالي للاستغلال[331].

---

[3] أنظر :محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية) ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، دون تاريخ ، ص 33 و ما بعدها .

[329] أنظر :عبد الستار أبو غدة ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة و تطبيقه في تعمير الأوقاف و المرافق العامة ، مداخلة منشورة في كتاب منظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة التاسعة عشر ،مجمع الفقه الإسلامي ، إمارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة .

[330] أنظر :مُحَمَّد عبد المجيد إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 52 .

[331] أنظر :سعاد الشرقاوي ، تنوع و تزايد العقود الإدارية و تحول الإدارة المعاصرة من الأمر و القهر إلى الاتفاق و المكافأة ، مقال منشور في مجلة الأمن و القانون ،كلية الشرطة بدبي ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، 1995 ، 157 .

د–عقد B.L.T : عقد البناء و الإيجار و نقل الملكية (Build – Lease _ Transfer) وفيه تظل الملكية القانونية للدولة ويقوم منفذ المشروع باستئجاره منها وإعادته إليها بعد انتهاء مدة الإيجار [332].

هـ– عقد B.T.O : عقد البناء و نقل الملكية و التشغيل(Build – Transfer – Operate) وهو أيضاً يتعلق بمشروع تقوم بإنشائه الدولة وتسلمه للقطاع الخاص لتشغيله وإدارته مع تحصيل عوائد هذا الاستغلال و هي صورة مركبة تجمع بين عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية و عقود الخدمات والإدارة والتأجير ، و كثيرا ما يتم تطبيق هذه العقود في مجال الفندقة و المشروعات السياحية [333] .

و– عقد D.B.F.O : عقد التصميم و البناء و التمويل و التشغيل (Design – Build – Finance – Operate) وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه ويتولى تمويله وتشغيله بمبادرة منه بعد الاتفاق مع الإدارة المعنية على أن يتلقى مكافأة من عائد تشغيل المشروع .

ي– عقد L.R.O.T : عقد التأجير و التجديد و التشغيل و نقل الملكية (Lease – Renovate – Operate – Transfer) وفيه تستأجر الجهة المتعاقدة مع الدولة المشروع قائماً وتتولى تجديده وتشغيله وتحصيل عوائده ثم تعيده للدولة في نهاية مدة الإيجار [334].

و الواقع أن مثل هذه العقود تساهم بلا شك في تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية للدولة المتعاقدة من خلال بناء مرافق اقتصادية ضرورية دون إرهاق كاهل الدولة بأعباء مالية مباشرة و دون حتمية الاقتراض من المؤسسات المالية الدولية و هو ما يساعد على استمرارية البناء المرفقي الاقتصادي بشكل حديث مما يجعل الدعم ينتقل إلى المرافق الاجتماعية مثل قطاع التعليم و الصحة[335].

2– آثار عقود الأشغال الدولية : تتوزع آثار عقد الأشغال الدولية باعتباره عقدا ملزما للجانبين على عاتق الدولة المتعاقدة من جهة و المتعاقد الأجنبي من جهة أخرى :

أ–التزامات الدولة المتعاقدة : يتمثل الالتزام الجوهري المرتب على عاتق الدولة المتعاقدة في هذا النوع من العقود في المقابل النقدي للخدمات المقدمة من الطرف المتعاقد ، كما تلتزم الدولة بتسليم العقار للطرف المتعاقد في الميعاد المحدد في العقد تحت طائلة المسؤولية العقدية ، و يكون تسليم الموقع مع تمكين المتعاقد الأجنبي منه خاليا من العقبات و الموانع المادية منها و القانونية و كما تضمن الدولة المتعاقدة عدم تعرض الغير المدعي للملكية ، كما تلتزم الدولة بمساعدة

---

[332] أنظر :جابر جاد نصار ، عقود البوت B.O.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام) ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002 ، ص48 .

[333] أنظر :محمد عبد المجيد إسماعيل ، المرجع نفسه ، ص 53 .

[334] أنظر :جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت B.O.T و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 2002، ص 19.

[335] أنظر :بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص71 .

الطرف الأجنبي في الحصول على التصاريح و التراخيص المطلوبة مع تمكينه من توصيل الخدمات الأساسية للمشروع مثل الماء و الغاز و الكهرباء ووسائل الاتصال و الصرف الصحي [336].

ب – التزامات الطرف الأجنبي : يلتزم الطرف المتعاقد مع الدولة بإعداد التصاميم و الرسومات وتنفيذها بالقيام بالأعمال الإنشائية و نقل التكنولوجيا و تجهيز المشروع بالمعدات اللازمة كما يلتزم الطرف المتعاقد مع الدولة بتسليم المشروع للدولة و هو التزام تقابلي يقابله التزام الدولة بتسلم المشروع كشرط لانتقال الملكية ، وبواقعة التسليم يبدأ سريان آجال الضمان عن العيوب الخفية للمشروع .[337]

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لعقود الدولة

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الدولة بالأهمية التي يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود من جهة و تحديد القضاء المختص بنظر النزاعات الناشئة عنها من جهة أخرى، و بما أن هذا النوع من العقود حديث نسبيا ، أسالت إشكالية التكييف القانوني لهذه العقود الكثير من الحبر في الفقه القانوني ، حيث ذهب جانب منه إلى اعتماد المعيار العضوي في تكييف هذه العقود على اعتبار أن الدولة طرف فيها إلى أن هذه العقود من عقود القانون العام و هو ما اصطلح عليه بنظرية العقد الإداري و هو ما سنتناوله في عنصر أول ، بالمقابل حاول الأجانب تكييف هذه العقود على أنها من عقود القانون الخاص على اعتبار أن الدولة تتعاقد بوصفها شخصا عاديا لا ممتازا وهو ما اصطلح عليه الفقه بنظرية العقد الخاص وهو ما سنتطرق إليه في عنصر ثاني ، و في نظرية توفيقية بين هذا و ذاك هناك من منح عقود الدولة طبيعة قانونية خاصة و هو ما سنراه في عنصر ثالث، ولم ينأى الباحث عن محاولة الخوض في الطبيعة القانونية لهذه العقود بل أبرز رأيه في هذا الموضوع من خلال العنصر الرابع من هذا الفرع.

[336] أنظر :هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2001 ، ص 365 .

[337] أنظر :محمد عبد المجيد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 66.

أولا

نظرية العقد الإداري

من المتعارف عليه أن نظرية العقد الإداري ذات أصول فرنسية ، تشكلت ملامحها في أروقة مجلس الدولة الفرنسي ، بحيث منحت الدولة من خلالها حق إبرام العقود كشخص ممتاز و محصن بدرع السلطة العامة و تحت مضلة حماية المصلحة العامة ، فالإدارة و هي تطبق أجندات الدولة من خلال سياسة المرفق العام تضطر للتعاقد مع أشخاص القانون الخاص [338]، و بما أن الدولة طرف أصيل في العقد بالإضافة إلى أن العلاقة التعاقدية منصبة على مرفق عام ، فإن العقد من عقود القانون العام لتوافر المعيارين العضوي والموضوعي في تكييف العقد[339] ، و يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تسمح للطرف الأجنبي بالاشتراك مع الدولة المتعاقدة في انشاء أو تسيير المرفق العام .

وقد اشترط أنصار هذه النظرية توافر ثلاث شروط لاعتبار العقد المبرم من طرف الدولة عقدا اداريا يحكمه القانون العام أولها أن تكون الدولة أو أحد هيئاتها طرفا في العقد بوصفها سلطة عامة ، و ثانيها أن ينصب موضوع العقد على المرفق العام ، و ثالثها أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة لا يوجد ما يقابلها في عقود القانون الخاص [340].

فالدولة بوصفها الشرطي الحارس للمصلحة العامة ، أسست لقواعد قانونية إدارية تحمي هذه العقود بغية تحقيق المصلحة العامة ، فحرية المتعاقدين في القانون الخاص و التي تقيدها الآداب العامة و النظام العام تختلف عن حرية أطراف العقد في القانون الإداري و التي تنظمها الكثير من المبادئ المتعلقة بترشيد النفقات و الكفاءة في الأداء[341] ، و هنا برز دور المشرع بتنظيم هذه العقود من خلال اشتراط وجود اعتماد مالي أو ترخيص بالتعاقد و في بعض الأحيان يذهب المشرع إلى غاية وجوب صدور قانون خاص بالعقد[342].

و بما أن هذه الشروط بحسب أصحاب هذا الاتجاه ، تنطبق كليا على عقود الدولة على اعتبار أن الدولة أو أحد هيئاتها طرف في العقد و اتصال موضوع العقد بالمرفق العام و انطواء هذه العقود على شروط استثنائية غير معهودة في عقود القانون الخاص[343] ، حيث أن الشرط الأول محقق على اعتبار أن الدولة قد تتدخل بطريقة مباشرة عن طريق من يمثلها قانونا في إبرام العقد أو عن طريق أحد أجهزتها الإدارية أو هيئاتها العامة التابعة لها في إبرام العقد [344]، كما أن الشرط الثاني و المتعلق باتصال محل العقد بالمرفق العام محقق أيضا لأن معظم العقود التي تبرمها الدولة مع الأجانب

---

[338] أنظر :ماهر محمد حامد أحمد ، النظام القانوني لعقود البوت (B.O.T) ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، فرع بنها ، جمهورية مصر العربية ، 2004 ، ص 153 .

[339] أنظر :محمد عبد العزيز علي بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية) ،دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2000 ، ص205 .

[340] أنظر :سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، جمهورية مصر العربية، 1991 ، ص 59 وما بعدها.

[341] أنظر: بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 91 .

[342] أنظر: عمر حلمي ، معايير تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، 1993 ، ص 12 وما بعدها.

[343] أنظر: عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 89 .

[344] أنظر: محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق ، ص 225 .

تستهدف تقديم خدمة للجمهور من جانب الدولة حتى ولو كانت تستهدف ربحا من طرف المتعاقد الأجنبي ، فالمشاريع التي جسدتها هذه العقود لا يمكن أن ينكر أحدا أنها مرافق عامة حيوية هامة تقدم نفعا لا يستهان به للجمهور[345].

و بالنسبة لشرط احتواء العقد على شروط استثنائية غير معهودة في عقود القانون الخاص فإن أنصار نظرية تكييف عقود الدولة على أنها عقود إدارية يرون أن الشروط التي تتضمنها عقود الدولة والرامية إلى منح امتيازات ضريبية و عقارية للمتعاقد الأجنبي لا يوجد لها ما يقابلها أو يشبهها في عقود القانون الخاص على غرار المفاهيم القانونية الخاصة بالسلطة التنظيمية و مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد ونظرية القوة القاهرة والحوادث الاستثنائية و فكرة عدم التوقع و التي تستشف من خصائص العلاقات التعاقدية الإدارية ، و يذهب أنصار هذه النظرية إلى اعتبار شرط الثبات التشريعي في العقد شرطا استثنائيا يصبغ الصفة الإدارية على عقود الدولة ، و ما يسري على شروط الثبات التشريعي يسري على شروط عدم المساس بالعقد لأنه لا يوجد ما يماثلها في العلاقات التعاقدية التي يحكمها القانون الخاص.

و من هذا المنطلق يجزم أنصار هذا الاتجاه بالقول أنه لا يوجد غير نظام قانوني واحد يحكم العقود التي تبرمها الدولة و هو نظام العقود الإدارية المتعارف عليه في القانون الداخلي و الذي يعد أقرب النظم القانونية لطبيعة هذه العقود[346].

نقد النظرية : أهم ما يمكن توجيهه من نقد لهذه النظرية بداية بتحقق الشرط الأول في عقود الدولة وهو أن تكون الدولة طرفا في العقد بوصفها شخصا ممتازا من أشخاص القانون العام لا يستوي عمليا مع مقتضيات عقود الدولة ، فالدولة هنا لا تتعاقد مع المتعاقد الأجنبي كسلطة عامة لها الحق في تغليب مركزها القانوني على المتعاقد الأجنبي ، و الدليل على ذلك أن المتعاقد الأجنبي يفرض على الدولة شرط التحكيم في حالة نشوب نزاعات بمناسبة العقد[347] ، كما أن الدولة لا يمكنها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وهو من أهم مظاهر امتياز السلطة العامة في التعاقد مع أشخاص القانون الخاص .

كما أن الشروط الغير مألوفة و التي ادعى أنصار هذه النظرية أنها من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ليست سوى امتيازات لتحسين مركز المتعاقد الأجنبي على حساب الدولة المتعاقدة ، فشرط الثبات التشريعي مثلا هو تقييد للسلطة التشريعية للدولة في إصدار و تعديل التشريعات لصالح المتعاقد الأجنبي[348] و هو ما لا يتماشى و طبيعة العقود الإدارية .

---

[345] أنظر: عبد المنعم محفوظ ، قضاء المشروعية و فلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر ، دار عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، 1984 ، ص412 .

[346] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة ، العقود الدولية للاستثمار و التنمية الاقتصادية ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1984 ، ص 42 .

[347] أنظر: محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة (دراسة تأصيلية تطبيقية للشروط الجديدة في عقود الدولة المبرمة بين الأشخاص الأجنبية الخاصة بالتطبيق على عقود الفيديك FIDIC والقواعد الجديدة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC والقواعد الجديدة لليونيسترال UNCITRAL مع دراسة مقارنة بالقانون الأنجلو أمريكي لصور الجزاءات في العقود الإدارية)،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2014 ، ص 52 .

[348] أنظر: محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة ، المرجع نفسه ، ص 57 .

ثانيـــا

عقود الدولة من عقود القانون الخاص

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الاعتبارات العملية في عقود الدولة تقتضيها متطلبات التجارة الدولية و التي لا تتماشى بأي شكل من الأشكال مع أساليب القانون العام في التعاقد ، لأن أي تمسك بالسيادة والسلطة العامة الممتازة قد يؤثر سلبا على العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي[349].

كما أن التمسك بالسيادة قد يدفع المتعاقد الأجنبي إلى طلب الحماية الدبلوماسية من دولته الشيء الذي قد يعكر صفو العلاقات الدبلوماسية بين البلدين ، و لتجنب هذا كان لزاما على الدولة النزول لمستوى المتعاقد الأجنبي حفاظا على مصالحها خاصة في ظل حاجتها للاستثمار .

و بما السيادة تقوم في حدود الإقليم و على رعايا الدولة المتعاقدة فقط دون سواهم ، لا يمكن للدولة التمسك بسيادتها في مواجهة المتعاقد الأجنبي لأن ذلك سيكون سببا في الإخلال بمبدأ المساواة القانونية بين أطراف العقد ، مما يجعل السلطات الاستثنائية للدولة المتعاقدة تتناسب طردا مع الامتيازات الممنوحة للطرف الأجنبي في العقد[350] .

كما أن فكرة الدولة عند أنصار العقد الإداري تحتل مكانة واسعة النطاق في مجال العقود التي تبرمها ، في الوقت الذي لا يمكن لأحد أن ينكر إمكانية تعاقد الدولة في إطار القانون الخاص دون المساس بهذه الفكرة و هذا ما يرجح أن عقود الدولة من عقود القانون الخاص [351] .

وبالرجوع إلى إدعاءات أنصار نظرية العقد الإداري و التي بنيت في جزء منها على شرط توافر شروط استثنائية في العقد لا يوجد ما يماثلها في عقود القانون الخاص ، يرى أصحاب الاتجاه الذي يكيف عقود الدولة على أنها من عقود القانون الخاص أن شروط الثبات التشريعي لا تمثل نقطة إيجابية فيصالح الدولة المتعاقدة و إنما عكس ذلك حيث أن هذا الشرط يصب في مصلحة المتعاقد الأجنبي وهو الشيء الذي يتعارض بشدة مع مفهوم العقد الإداري الذي جعل لتحقيق الصالح العام[352].

و بالنسبة لاتصال العقد بالمرفق العام ، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن فكرة المرفق العام فكرة مرنة وغير مطلقة ، بحيث لا يمكن تخيل أي من العقود التي تبرمها الدولة خارج هذه الفكرة و هو ما يجعل جميع العقود المبرمة من طرف الدولة عقودا إدارية و هذا ما ينافي المنطق القانوني و العملي[353] .

وكما سبق ذكره أن الطبيعة القانونية لعقود الدولة ستحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود ، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التاريخ القضائي لهذه العقود كان

---

[349] أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 97.

[350] أنظر: يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، جمهورية مصر العربية، 1984 ، ص 300 .

[351] أنظر: يوسف عبد الهادي الأكيابي، المرجع السابق ، ص 228 .

[352] أنظر : محمد عبد العزيز علي بكر ، المرجع السابق ، ص 230 .

[353] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 100 .

مسرحه محاكم التحكيم و ليس القضاء الوطني للدولة المتعاقدة و هو ما يفسر أن هذه العقود من عقود القانون الخاص و التي يمكن بموجبها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والتحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات ، و حتى في مضمون الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم العالمية المشهورة استبعد المحكمون تكييف عقود الدولة على أنها من العقود الإدارية [354] .

نقد النظرية : إن الحاجة الاقتصادية لإبرام عقود الدولة هي التنمية الاقتصادية و الصالح العام الشيء الذي لا يلغي فكرة السيادة بأي شكل من الأشكال لأن هذه الفكرة ليست بالشكل المطلق الذي يحتم على الدولة تكريسها حتى في سياستها التشريعية ، فبما أن الدولة هي صاحبة السلطة الأولى و الأخيرة في إنشاء النص التشريعي و تعديله فبإمكانها أيضا انطلاقا من فكرة السيادة على تشريعاتها ، أن تحدد نطاق تطبيق النص التشريعي من حيث الموضوع ، و هو ما يرمي إليه شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، و كما نفت بعض أحكام التحكيم الدولية نظرية العقد الإداري كطبيعة قانونية لعقود الدولة فإن البعض الآخر من أحكام التحكيم أعطى الحق للدولة المتعاقدة في تأميم المشاريع محل هذه العقود إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك مقابل تعويض عادل [355] .

ثـــالثـــا

الطبيعة القانونية الخاصة لعقود الدولة

يرى بعض الفقهاء أن عقود الدولة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكتسب طبيعتها القانونية اعتمادا على معيار كلاسيكي في التقسيم إلى عقود قانون عام و عقود قانون خاص و الذي تجاوزه الزمن و أصبح قاصرا في تكييف بعض العقود الحديثة بما في ذلك عقود الدولة الاقتصادية ، فالطبيعة القانونية لهذه العقود تتمتع بخصوصية معينة منبعها خصوصية أطراف العقد و موضوعه و الشروط التي من الممكن الاتفاق على تضمينها فيه ، حيث أن الدولة كطرف سيادي في العقد يمكن أن تغلب مركزها القانوني على المستثمر الأجنبي و الذي بدوره يبحث عن حصانة عقدية خارج النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو عن شرط تعاقدي يحميه من الجبروت التشريعي و الإداري للدولة .

و بما أن موضوع العقد ينصب على تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة يتحتم عليها مسايرة مطالب المتعاقد الأجنبي حتى يمكنها من استغلال موارده المالية و التكنولوجية و الفنية لتحقيق خططها التنموية سواء من خلال منح امتيازات ضريبية مغرية أو من خلال منح هامش ربح مهم في حال تحقق الهدف من التعاقد ، و المتعاقد الأجنبي يجب أن

---

[354] أنظر : في تحكيمي أرامكو و تكساكو رفض المحكمون تكييف العقد المبرم بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي على أنه عقد إداري في تحكيم أرامكو لأن السعودية لا تعترف في نظامها القانوني الداخلي بمبادئ القانون الإداري الفرنسي و في تحكيم تكساكو لأن عقد الامتياز لا تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري ،كما أن نظرية العقد الإداري لا تشكل جزءا من المبادئ العامة للقانون. أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع نفسه ، ص 101 .

[355] أنظر : تحكيم هضبة الأهرام المصرية عند : خالد منصور إسماعيل ، إشكاليات التحكيم في منازعات عقود النفط (دراسة معمقة وفقا للتشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية و أحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط) ، مكتبة القانون و الاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 1436 هـ/2015 م ، ص 268 .

يتعاون و يذلل الصعاب أمام الدولة لتحقيق المصلحة العامة كما تلتزم الدولة بتسهيل الإجراءات الإدارية أمام المتعاقد الأجنبي .

كما تعتبر عقود الدولة من عقود المدة المستمرة الشيء الذي يجعل المتعاقد الأجنبي يبحث عن ضمانات كافية لخوض غمار العملية الاستثمارية كما أن الدولة تعلم علم اليقين أن ثمرة هذه المشاريع التنموية لا يمكن قطفها إلا على المدى الطويل و هذا ما يطرح إشكال تعرض الالتزامات التعاقدية لآثار التغيرات السياسية والاقتصادية التي قد تطرأ على النظام القانوني الداخلي للدولة [356]، و مهما تلقى المتعاقد الأجنبي من ضمانات تجاه الحركة التشريعية للنصوص التشريعية للدولة المتعاقدة ، لا يمكن تجاهل مبدأ سيادة الدولة على مواردها وتشريعاتها كليا ، خاصة في ظل نظام قانوني عالمي يعترف لها بالحق في تأميم ثرواتها و مواردها إذا ما اقتضت المنفعة العامة ذلك[357].

رابعــا

رأي الباحث في الطبيعة القانونية لعقود الدولة

إن المتعاقد الأجنبي قبل أن يقدم على التعاقد مع دولة ، يقوم بدراسة قانونية لتشريعاتها الداخلية بشكل يمكنه من تحديد جدوى الاستثمار الذي سيقبل عليه ، و ما يجدر بنا الإشارة إليه في هذا الصدد أن نوعية النظام القانوني تلعب دورا هاما في تحديد وضع المتعاقد الأجنبي من العملية التعاقدية ، بحيث أن المتعاقد الأجنبي قد يحجم عن التعاقد إذا ما تبين له من دراسته للمنظومة التشريعية للدولة أن هذه التشريعات و التنظيمات و اللوائح لا يمكن أن تخدم مصالح المستثمر الأجنبي .

لذلك إذا ما تأكد المتعاقد الأجنبي من مدى ملائمة النظام القانوني للدولة لتطلعاته ، يبحث عن ضمانات أخرى يعزز به مكاسبه في مواجهة الدولة المتعاقدة ، و لعل من أهم هذه الضمانات مبدأ الأمن القانوني من خلال تضمين العقود التي يبرمها مع الدولة بشروط الثبات التشريعي ، و محاولة تغطية هذه الشروط العقدية بشرط آخر في التشريعات الداخلية للدولة حتى يفرض عليها التزاما مضاعفا ، عقدي وقانوني في نفس الوقت ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى سيبحث المتعاقد الأجنبي على ضمان يمكنه من تجريد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة من صلاحية فض النزاعات التي قد تثور بمناسبة العقد المبرم بينه و بين الدولة لضمان الحياد القضائي ، و ذلك باشتراط تفعيل منظومة التحكيم التجاري الدولي في حال وقوع نزاع بينه وبين الدولة المتعاقدة و هو ما يصطلح عليه بالأمن القضائي للمتعاقد الأجنبي .

و في رأينا أن هذه الشروط التي تعد هجينة على عقود القانون الخاص من جهة ، و لا تمد بصلة للعقود الإدارية لأنها تصب في مصلحة المتعاقد الأجنبي ، على عكس الهدف المتوخى من تعاقدات الدولة الإدارية والتي تهدف لتحقيق

---

[356] Show : Asante (S.K.B) Stability of contractual relations in the transnational investment process , I.C.L.Q , vol 28 ,Part 3 , 1979 , p.401.

[357] حيث جاء في القرار رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 للجمعية العامة لهيأة الأمم المتحدة : " ....1- يجب أن تمارس الشعوب و الدول حقها في السيادة الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية وفقا لمصالحها و تنميتها القومية و رفاهية الشعوب المعنية.

2- يجب أن تتم عملية استغلال و تنمية الموارد و التصرف فيها فضلا عن استيراد رأس المال الأجنبي الذي تتطلبه هذه الأغراض، طبقا للقواعد و الشروط التي تعتبرها الشعوب و الدول ضرورية أو مرغوب فيها و ذلك بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حضرها....." مشار إليه لدى : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 115 .

الصالح العام ، فلا يمكن تصور عقد إداري يتضمن شرطا بتعطيل التشريع الداخلي للدولة لمصلحة المتعاقد الأجنبي ، و سحب اختصاص القضاء الوطني للدولة في نظر منازعات عقد يبرم و ينفذ على رقعة إقليمها و ينصب على مواردها و ثرواتها .

و في حقيقة الأمر فإن الطبيعة القانونية لعقود الدولة تستشف خصوصيتها من خصوصية الشروط المدرجة في العقد ، و بما أن شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الدولة و تشريعاتها يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف لأن الشرط المدرج في العقد لا يمكن تخيله إلا نتيجة لإعمال إرادة الأطراف في إدراجه ، كما هو الحال في شرط الثبات التشريعي الموجود في التشريعات الداخلية للدولة على غرار تشريعات الاستثمار ، لأن التشريع في نظرنا هو الصوت المكتوب للدولة و الذي يكون دعوة ضمنية تهدف لإقناع المتعاقد الأجنبي للتعاقد معها من خلال الإقرار بعدم تعديل القانون الذي أبرم في ظله العقد.

و هذا ما يرجح فرضية أن عقود الدولة من عقود القانون الخاص و التي يمكن للمتعاقدين فيها باشتراط ما يحلو لهم في حدود النظام العام و الآداب العامة ، غير أن ما يدحض هذه الفرضية هو شرط التحكيم والذي يعد في نظرنا طفرة قانونية غير معهودة خاصة في وجود شروط الثبات التشريعي ،

فما هو الطائل من وراء تثبيت المنظومة التشريعية للدولة المتعاقدة ما دامت ستستبعد النصوص الإجرائية المحددة لقواعد الاختصاص القضائي من التطبيق في حال نشوب نزاع بين الدولة والمتعاقد الأجنبي في عقد الدولة ؟

لا أحد يمكن أن أن ينكر أن شرط الثبات التشريعي هو شرط حمائي للمتعاقد الأجنبي بامتياز ، فهو يمكنه من استنزاف الإعفاءات و المزايا الضريبية و التسهيلات الإجرائية و الإدارية المعلن عنها وقت إبرام العقد ، و الحماية القانونية المقررة لحماية الممتلكات و الحقوق المكتسبة جراء هذه المنظومة القانونية، ثم يقوم المتعاقد الأجنبي باستبعاد قواعد الاختصاص القضائي و يفرض على الدولة اللجوء للتحكيم لفض النزاعات الواقعة أو المحتملة الوقوع بمناسبة إبرام أو تنفيذ العقد بموجب شرط التحكيم.

هناك من يدعي أن الطرف الضعيف في العقد هو المتعاقد الأجنبي ، لأن الدولة المتعاقدة ستضطهده قانونيا من خلال تفعيل سلطاتها التشريعية و القضائية و التنفيذية ، و هذا بنظرنا مغالطة قانونية كبيرة لا تبرر بأي حال من الأحوال تقسيم المنظومة القانونية إلى قسمين و انتقاء ما يلاءم المتعاقد الأجنبي ثم استبعاد القسم الآخر بكل بساطة ، و في رأينا أن المساس بالسيادة لا يتعلق بشروط الثبات التشريعي و إنما بشروط التحكيم، لأن ما يمكن استخلاصه من نية المتعاقد الأجنبي و هو يسعى لتثبيت المنظومة التشريعية أنه سيطبقها في شقيها الموضوعي و الإجرائي على مقتضيات العقد ، لأن النظام القانوني لدولة معينة يفترض فيه أن لا يكون عرضة للتجزئة بل هو كل لا يجزأ إما أن يطبق جملة وتفصيلا و إما أن يستبعد جملة و تفصيلا.

و أجدر ما يمكن تمثيله بهذه العقود هو ذلك المواطن الذي تمتع بكل الحقوق و الامتيازات من دولة معينة ثم فجأة قرر الهجرة لدولة أخرى بحجة البحث عن الحرية و الاستقلالية ، فعقد الدولة نشأ وأبرم في ظل نظام قانوني معين ، اكتسب من خلاله الطرف الأجنبي حقوقا و امتيازات و حماية قانونية عالية الجودة و أمانا قانونيا يحصنه حتى من الحركة

التشريعية للنصوص القانونية سواء كانت في صورة التعديل أو الإلغاء، ثم في أول نزاع ينشب بينه و بين الدولة المتعاقدة ، يتنصل من القواعد القانونية الإجرائية المحددة لاختصاص القضاء الوطني بنظر منازعات العقد ويضرب بها عرض الحائط و يتجه إلى هيئات التحكيم الدولية ليقاضي خصمه متعذرا بالتخوف من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة.

فعقود الدولة تتمتع بطبيعة قانونية خاصة مستمدة من خصوصية الشروط المدرجة فيها سواء كانت شروط الثبات أو شروط التحكيم، مكنتها من الهجرة القانونية من أحكام عقود القانون العام إلى أحكام عقود القانون الخاص متى اقتضت مصلحة المتعاقد الأجنبي ذلك.

فالعلاقة التعاقدية للدولة مع الطرف الأجنبي هي إبنة القانون العام و التي ترعرعت في كنفه وتحت حمايته، و التي تزوجت فيما بعد القانون الخاص بحثا عن الحرية التعاقدية .

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

إن المتعارف عليه في قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص ، هو إخضاع العقد للقانون الذي تختاره إرادة أطراف العقد ، و على الرغم من ذلك فإن هذه القاعدة ليست على إطلاقها ، لأن هناك مساعي عديدة لتقييدها في مجال تنظيم عقود الدولة ، خاصة إذا أسفر تطبيق قاعدة إرادة الأطراف عن اختيار قانون وطني بذاته ، و الذي عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة ، غير أن الأطراف استنادا منهم إلى مبدأ سلطان الإرادة يحاولون طمس ملامح هذا القانون من خلال تجميده زمنيا ، أو دمجه في العقد ، أو زجه في طابور الاحتياط القانوني .

و من خلال هذا المطلب نحاول طرح مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في فرعين، سنتناول في الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف و في الفرع الثاني: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

الفرع الأول

تطبيق قانون إرادة الأطراف

تخضع العقود الدولية عامة لقانون الإرادة ، غير أنه لا يحكم جميع المسائل المتعلقة بالعقد خاصة إذا تعلق الأمر بأهلية الأطراف و شكل العقد [358]، و في هذا الفرع سنحاول تفصيل هذا المبدأ من خلال عنصرين أساسيين ، أولا: عرض لمبدأ قانون الإرادة ، ثانيا : الاستثناءات الواردة على مبدأ قانون الارادة.

[358] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 121 .

أولا

عرض مبدأ قانون الإرادة

يستند هذا المبدأ في حقيقة الأمر إلى مبدأ سلطان الإرادة في العقود، و ما يجدر ذكره في هذا المقام أن الفقه الإيطالي في بداية القرن الثاني عشر ميلادي قد أقر أن العقد يخضع في شكله و مضمونه لقانون البلد الذي أبرم فيه ، و هو ما وضحه الفقيه الإيطالي **كورسيوس** ، بأن هذه القاعدة مستوحاة من الإرادة الضمنية للأطراف في إخضاع عقدهم لهذا القانون[359]، و هي الفكرة التي تم تفسيرها فيما بعد من أحد رواد الفقه القانوني الإيطالي **Ruchus Gurtius** على أن اختيار محل إبرام العقد هو في حد ذاته اختيار ضمني لقانون ذلك البلد [360] ، و مع ذلك بقيت الفكرة هجينة لأن الفقه لم يرتب على هذه النظرية إمكانية قدرة الأطراف على اختيار قانون آخر يحكم عقدهم [361]، فقاعدة الإسناد هنا قاعدة آمرة و ما طرحه الفقه الايطالي هنا ما هو إلا تبرير لاحق لهذه القاعدة لا يتسم بالموضوعية ، غير أن الفقيه الفرنسي Dumoulin استكمل هذه النظرية بقوله إذا كان قانون محل الإبرام قد فرض اختصاصه استنادا إلى الإرادة الضمنية للأطراف ، فالأحرى أن تكون الإرادة الصريحة فاعلا في اختيار قانون مختلف ليحكم عقدهم [362].و منذ ذلك الوقت استقر مبدأ قانون الإرادة فقها و قضاءا و تشريعا [363].

و عرف جانب من الفقه مبدأ قانون الإرادة على أنه : " السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص ، لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام و الذي لولا تدخله و منحهم إياه هذه السلطة ، ما كان لتلك المراكز من وجود ، أو لوجدت لكن في صورة مختلفة "[364].

1–مظاهر الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة : إن الإرادة المنتجة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة لا يمكن أن تتجلى إلا من خلال مظهرين أساسيين ، أحدهما صريح و الآخر ضمني .

أ–الاختيار الصريح : و يكون الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد إما بتضمين العقد بندا يحدد فيه الاختصاص التشريعي لقانون معين في حال نشوب نزاع بمناسبة تنفيذ العقد ، و تمثل هذه الصورة حماية قانونية للأطراف من السلطة التقديرية للقاضي أو المحكم الذي سينظر في النزاع ، وقد يتخذ هذا الاختيار الصريح مظهرا مستقلا عن

---

[359] أنظر :وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 738 .

[360] أنظر :محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، المرجع السابق ، ص 27

[361] أنظر :عدلي محمد الكريم ، المرجع السابق ، ص 209 .

[362] أنظر :أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول : تنازع القوانين ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الطبعة العاشرة ، الجزائر ، 2008، ص 275 .

[363] أنظر :وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، 738 .

[364] أنظر :عمرو طه بدوي محمد علي ، الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد (دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2006 ، ص 521 و ما بعدها

العقد بحيث يتم الاتفاق في وثيقة مستقلة ، يتم فيها التوضيح من طرف الأطراف أن قانونا معينا بذاته هو المختص تشريعيا بحكم علاقتهم العقدية [365].

و قد قضى العرف العقدي في عقود الدولة أن يتضمن العقد مادتين ، يحدد في الأولى الاختصاص القضائي وفي الثانية الاختصاص التشريعي ، و لقد تبنى مجمع القانون الدولي فكرة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من خلال المادة 04 في الفقرة الأولى : " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم " [366] .

و ما يثير إشكالا قانونيا في هذه النقطة هو رأي جانب من الفقه في أن عقود الدولة لا تخلو في معظمها من شروط الثبات التشريعي، و هو الشيء الذي لا يتوافق و فكرة الإرادة الصريحة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، بحيث أن شرط الثبات يمنع الدولة من إصدار أو تعديل أي قانون قد يمس المراكز القانونية في العقد ، و بما أن إصدار قانون جديد أو تعديل قانون قديم هو في حد ذاته قواعد قانونية في قانون الدولة ، فإن الأطراف استبعدوا هذا القانون صراحة و بنص صريح في العقد أو في التشريع [367].

وبما أن صاحب الفرضية السابقة لم ينطلق من بديهية قانونية مسلم بها ، كون شرط الثبات التشريعي هو تقييد لسلطة إصدار الدولة للتشريع ، و هو ما ينافي المنطق العملي و القانوني ، فشرط الثبات التشريعي يحدد فقط نطاق النص التشريعي المحدث أو النص التشريعي المعدل للقانون القديم ، بحيث لا يسري على المراكز القانونية المنشأة بموجب العقد[368].

و من أهم الأمثلة على الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، ما جاء في البند التاسع من العقد المبرم بين شركة A.T.C.L و دولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على هذا العقد [369]، و أيضا ما ورد في العقد المبرم بين شركة V.S.P Ltd و الدولة الغانية حيث في المادة 39 منه تم تقرير الاختصاص التشريعي للقانون الغاني بتنظيم العقد [370]، و كذلك العقد المبرم بين شركة A.M.J والحكومة الجامايكية من أن القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب خصومة تحكيمية هو القانون الجامايكي و قواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها [371] .

---

[365] أنظر: عدلي محمد الكريم ، المرجع السابق ، ص 213 .

[366] أنظر: خالد منصور إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 367 .

[367] أنظر :ظاهر مجيد قادر ، الاختصاص التشريعي و القضائي في عقود النفط (دراسة تحليلية مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه ،كلية القانون و السياسة، جامعة صلاح الدين ، أربيل ، إقليم كردستان ، العراق ، 2012 ، ص 65 .

[368] أنظر : مقالنا المعنون ب : شرط الثبات التشريعي كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، منشور في المؤلف الجماعي حول الأمن القانوني و تحقيق التنمية ، تحت إشراف الدكتور : الطيب بلواضح، المنشورات العلمية لمخبر الدراسات في القانون و الأسرة و التنمية الإدارية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، الجزائر ، سبتمبر 2019 ، ص 244 .

[369] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 108.

[370] أنظر :عدلي محمد الكريم ، المرجع السابق ، ص 214 .

[371] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 136 .

وفي العقد الذي أبرمته الجزائر مع شركة أوراسكوم تيليكوم في إطار الاستثمار في الاتصالات نصت المادة 08 على أنه :"يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها "[372].

و لكن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ليس في حد ذاته فكرة مطلقة ، فهناك جانب من الفقه قيد هذا الاختيار بشرطين حتى يأخذ به القاضي أو المحكم [373]، حيث يتضمن الشرط الأول وجود صلة بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد ، و يقصد بالصلة هنا العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين ، حيث يجب على الأطراف الاختيار من مجموع النظم القانونية التي لو كان للقاضي سلطة الاختيار لأختار منها [374].

أما الشرط الثاني فهو شرط العلم بالقانون ، فجهل المتعاقدان بالقانون المختار قد يضر بهما بدلا من أن ينفعهما ، و يعتبر هذا الشرط نتيجة حتمية للشرط الأول لأن المتعاقدين من غير المنطقي أن يختارا قانونا لا يعلمان مسبقا أنه يخدم مصالحهما ، و حتى لا يدفع طرف من الأطراف بجهله بالقانون المطبق على العقد في حال نشوب نزاع فيما بعد[375].

ب–الاختيار الضمني : قد يغفل المتعاقدان الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد بشكل من الأشكال ، و هذا ما يدفع القاضي أو المحكم إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف ، وهذا ما قد يخلق إشكالا عمليا لدى القاضي أو المحكم في حال عدم وجود ملامح واضحة للإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد [376]، و لقد ذهب جانب من الفقه القانوني المشرقي إلى أن مسألة البحث عن نية المتعاقدين من شأنه أن يبعث قواعد التنازع التي يجب على المحكمين اعتمادها لتحديد الاختيار الضمني ، وهذا يترتب عليه أمرين أساسيين ، أولهما اقصاء السلطة التي خولها القانون للمحكمين لاختيار القواعد الملائمة لفض النزاع ، و ثانيهما احتمالية الوقوع في تحديد غير دقيق لهذا الاختيار الضمني[377] ، و رغم ذلك كرست مختلف التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية على ضرورة البحث عن الارادة الضمنية للمتعاقدين عند اغفال الاختيار الصريح ، حيث جاء في المادة 19 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري والتي تضمنت سريان القانون الذي يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه في حال إغفال الأطراف لتحديد هذا القانون صراحة، و هذا ما ذهب منحاه كل من المشرع السوري في المادة 20 من القانون المدني

---

[372] أنظر : الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لدعم و ترقية الاستثمار من جهة و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 416/01 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، ج ر رقم 80 ، الصادرة في 2001/12/26.

[373] Voir : Georrg Lang : La fraude la loi en droit international privé suisse, thèse de doctorat, d'université de à Lausanne, p. 219.

[374] أنظر :خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه ، فرع ملكية فكرية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009/2008 ، ص 42 .

[375] Voir : Marie –Noelle Jobard Bachellier: L'apparence en droit international privé, L.G.D.J, 1984, p.195.

[376] أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 45.

[377] أنظر :ادوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات المدنية ، الجزء الثاني عشر (التحكيم) ، مطبعة نمنم ، بيروت، لبنان ، 1989 ، ص 128 .

السوري [378] و المشرع العراقي في المادة 25 من القانون المدني العراقي [379] ، و المشرع الليبي في المادة 19 من القانون المدني الليبي [380].

و ما يجدر ذكره في هذا الموضع أن المشرع الجزائري قد تفرد بنص قانوني متميز في صلب المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة . و في حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق محل إبرام العقد . غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه ."

و يتبين من نص المادة 18 مدني جزائري أن المشرع تأثر بموقف القضاء الأمريكي و الفقه الأوروبي الذين يريان ضرورة تقييد الاختيار الصريح للمتعاقدين بشرط صلة القانون المختار بالعقد أو بالمتعاقدين [381]، كما أنه أغفل إمكانية النظر في الإرادة الضمنية المتعاقدين من خلال إعمال قاعدتين للإسناد تتعلق الأولى بقانون مكان إبرام العقد و تتعلق الثانية بقانون سلطان الإرادة ، و في غياب اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف المتنازعة تركت مجالا للمحكم و منحته سلطة تحديد هذا القانون [382] .

و كمثال عن استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ما جاء في حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ 1953/08/31، و كذلك الحكم الصادر عن المحكمة البلجيكية بتاريخ 1975/02/21 [383].

و لا يعني عدم التصريح بالإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أن هذه الإرادة منعدمة ، بل هي موجودة و مستترة يكفي أن يستنتجها القاضي من معاني و مقاصد العقد ، لأن الأطراف كثيرا ما يدرجون العقد بنودا يمكن أن يستشف منها القاضي أو المحكم هذا القانون [384] .

و من أمثلة المؤشرات المساعدة على استنتاج القانون الواجب التطبيق من الإرادة الضمنية للمتعاقدين كأن يدرجا في العقد بندا يقضي بالاختصاص القضائي لمحكمة معينة بنظر النزاع الذي من الممكن أن ينشأ عن العقد، و سواء كانت هذه المحكمة في القضاء العادي أو في التحكيم يكون قانون مقرها هو الواجب التطبيق على العقد ، كما يمكن للأطراف

---

[378] أنظر :المادة 20 الفقرة 01 من القانون المدني السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18 : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ...."

[379] أنظر :المادة 25 الفقرة 01 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه ....."

[380] أنظر :المادة 19 الفقرة 01 من القانون المدني الليبي : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ...."

[381] أنظر :خالد شويرب، المرجع السابق ، ص 41 .

[382] أنظر :عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول (تنازع القوانين) ، دار هومة ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2011 ، ص 316 .

[383] أنظر: خالد شويرب، المرجع نفسه ، ص 45 و 46 .

[384] Voir : Pièrre Mayer : Droit international privé, 6ème édition, Montchrestien 1998, p.468

أن يستخدما مصطلحات وتوجهات قانونية تميز نظاما قانونيا معينا ، فيكون هذا النظام القانوني هو المقصود بذاته دون الأنظمة الأخرى[385] .

ولا تعد السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الارادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إطلاقها ، و إنما يجب تقييدها بمقتضيات صلة القانون الواجب التطبيق بالعقد و الأطراف ، كأن يستنتجها القاضي من ظروف الجنسية أو الموطن أو مركز النشاط أو غير ذلك من المؤشرات المتعلقة بالعقد أو المتعاقدين[386].

ودوليا أكدت الاتفاقيات الدولية على الأخذ بإرادة المتعاقدين الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق ، منها اتفاقية روما 1980في المادة 03 ، و اتفاقية لاهاي 1955 في المادة 02 و على خلاف الاتفاقيتين لم تأخذ اتفاقية واشنطن 1965 في المادة 42 بالإرادة الضمنية بل كرست مبدأ الإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة تحت طائلة منح الاختصاص التشريعي لقانون الدولة المتعاقدة [387] .

ثانيـــا

نطاق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

قد تذهب إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة كما قد تنصرف إلى قواعد قانونية ليس لها انتماء لأي دولة من دول العالم ، و المقصود هنا قواعد القانون الدولي العام و قانون التجارة الدولية .

1-اختيار الأطراف للقانون الوطني للدولة المتعاقدة : تتضمن أغلبية عقود الدولة نصوصا صريحة تختار من خلالها قانون الدولة المتعاقدة ، ففي العقود التي تبرمها الدولة مع متعاقد أجنبي ، يكون مجرد وجودها طرفا في العقد سببا في تحتيم قانونها كقانون واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية ، فهو قانون مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية و قانون مكان محل إبرام العقد وموضوعه ، و قد يكون هذا الاختيار بناءا على تكييف عقود الدولة على أنها عقود إدارية ، كما قد يكون بناءا على اعتبارات سياسية [388].

أ-الاختيار الصريح : وهو النوع المألوف من الاختيار ، حيث يقوم أطراف العقد بتضمين عقدهم بندا صريحا يختارون من خلاله قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق على العقد[389] ، كما في العقد الذي أبرمته الجزائر مع شركة

---

[385] أنظر: هشام خالد ، العقود الدولية الخاصة ، مقال منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة 71 ، العددان 1 و 2 ، جمهورية مصر العربية ، 1991 ، ص 105 .

[386] أنظر :سامي منصور و آخرون ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع الاختصاص التشريعي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، هامش ص 159 .

[387] أنظر: حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 512 و ما بعدها.

[388] أنظر: ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 65 .

[389] أنظر: بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص151 .

أوراسكوم تيليكوم في إطار الاستثمار في الاتصالات حيث نصت المادة 08 منه على أنه : " يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و تنظيماتها "[390].وأيضا المادة 39 من العقد المبرم بين شركة Vacuum salt products Ltd والحكومة الغانية و التي نصت على تطبيق القانون الغاني على العقد [391]، و في النزاع الذي ثار بين شركة ألمانيا الغربية و اليمن الشمالي بخصوص إنشاء و إدارة مشروع لتربية المواشي ، طبقت المحكمة القانون اليمني وهو القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة في متن العقد و كان من نتائجه رفض طلب الفوائد المقدم من الشركة الألمانية لتعارضه مع القانون اليمني المستمد أساسا من تعاليم الشريعة الإسلامية التي تحرم الفوائد الربوية [392].

ب–الاختيار الضمني : في الحالة التي يتم فيها إغفال اختيار صريح لقانون الدولة المتعاقدة بنص صريح في متن العقد المبرم بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي، يتوجب على القاضي أو المحكم البحث عن الإرادة الضمنية إذا كانت الظروف و الملابسات المحيطة بالعقد تشير إلى أن هذه الإرادة تحدد هذا القانون ليطبق على العقد بالرغم من أن غياب الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كثيرا ما يؤدي مباشرة إلى اختيار قانون الدولة المتعاقدة ليحكم العلاقة التعاقدية بينها و بين المتعاقد الأجنبي[393]. و هو ما ذهب إليه قرار التحكيم رقم 1526 و الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1968 و القاضي باعتبار قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على العقد في حال عدم اختيار الأطراف لقانون محدد [394]، على الرغم من أن عقد الامتياز أبرم في مدينة بروكسل بين شركة بلجيكية و إحدى الدول الإفريقية قضى الحكم التحكيمي بوجوب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على الجوانب الموضوعية في العقد[395] .

وفي قضية شركة Letco ضد الحكومة الليبيرية و التي عرضت أمام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، و حيث أن تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد كان مبهما ، انتهت هيئة التحكيم إلى أن العقد هو عقد امتياز أبرم وفقا لقانون الأعمال الليبيري حسب ما ورد في ديباجة العقد ، وهو ما يمثل إرادة ضمنية للأطراف لاختيار القانون الليبيري كقانون واجب للتطبيق على التزاماتهم التعاقدية[396].

---

[390] أنظر: اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة أوراسكوم تيليكوم السالفة الذكر .

[391] أنظر: ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 66 .

[392] أنظر: محمد عبد العزيز علي بكر ، المرجع السابق ، ص 366 و ما بعدها .

[393] أنظر: حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 475 .

[394] Voir : Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale , décision N° 1526 du 25 septembre 1968 ,Clunet , 1974 ,p.915.

[395] أنظر: مشار إليه لدى: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 152 و حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 485 و ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 67 .

[396] أنظر: بشار محمد الأسعد ،عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 152 .

ويعتبر أيضا من القرائن القانونية على الإرادة الضمنية في اختيار قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب للتطبيق على العقد ، شروط الثبات التشريعي ، لأنه من غير المنطقي تجميد قانون زمنيا دون تطبيقه في وقت لاحق ، و هو الشيء الذي يجعل من شروط الثبات التشريعي عديمة الجدوى [397].

2-استبعاد قانون الدولة المتعاقدة المتفق عليه من قبل الأطراف : على الرغم من أن المنطق القانوني يقضي بوجوب تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إذا ما ذهبت إرادة المتعاقدين إلى ذلك صراحة أو ضمنا ، يقوم بعض المحكمين الدوليين باستبعاد تطبيق هذا القانون مستندين إلى حجج قانونية تتمثل تارة في قصور وعدم أهلية القواعد القانونية للنظام القانوني للدولة المتعاقدة لتنظيم العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي ، وتارة أخرى بحجة مخالفة قانون الدولة المتعاقدة للنظام العام ، رغم أن كل الأعراف القانونية الدولية تستهجن هذه التصرفات ، حيث جاء في القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثانية و العشرين أقرت بشكل تأكيدي حق الدول المتعاقدة من أجل أهداف تنموية اقتصادية ممارسة سيادتها كاملة غير منقوصة على مواردها و ثرواتها بجميع السلطات المخولة لها دوليا بما في ذلك سلطتها التشريعية [398]. وتأكيدا لهذه المساعي جاءت اتفاقية واشنطن 1965 المتعلقة بشأن منازعات الاستثمار بين الدولة و رعايا الدولة الأخرى ، و التي توجت بتضمين معظم عقود الدولة المبرمة في تلك الفترة بشروط تقر الاختصاص التشريعي لقانون الدولة المتعاقدة بتنظيم العلاقة التعاقدية [399]، وأمام هذا الموقف المؤيد لحقوق الدول النامية في السيطرة على ثرواتها و فرض قوانينها الوطنية وجدت الدول الكبرى أن زمام السيطرة قد أفلت من بين يديها و حاولت إعادة إحكام سيطرتها من خلال شن حملات تشويهية على المؤسسات القضائية للدول النامية تدعي بعدم حياد القضاء الوطني للدول المتعاقدة في مواجهة المتعاقد الأجنبي من جهة و الادعاء بتخلف و جمود و عجز المنظومة التشريعية لهذه الدول عن مسايرة التطورات الحاصلة في العالم [400].

و هذا ما توجه إليه القضاء الفرنسي حينما استبعدت محكمة التمييز الفرنسية في حكمها الصادر في 1974/10/29 القانون السعودي و ذلك بشأن النزاع القائم بين شركة فرنسية و مؤسسة التجارة و إبرام العقود بصفتها الممثل القانوني للحكومة السعودية ، حيث رأت محكمة الاستئناف الفرنسية و أيدتها محكمة التمييز في أن القانون الفرنسي يأتي في المرتبة الأولى قبل القانون السعودي الذي يتميز بتخلف قواعده القانونية على مجاراة مقتضيات التجارة الدولية في العقد المبرم [401].

---

[397] أنظر :جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية، 2003 ، ص 162 .

[398] أنظر :إبراهيم أحمد العناني ، الأبعاد الاقتصادية للعلاقات الدولية الاقتصادية ، مقال منشور بمجلة الدراسات الدبلوماسية ، العدد الثاني ، المملكة العربية السعودية ، 1985 ، ص 24 .

[399] أنظر : مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 2010 ، ص 207 .

[400] أنظر : مراد محمود المواجدة ،المرجع السابق ، ص 208 .

[401] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، هامش ص 72 .

و من غير المستساغ عرفا و قانونا أن تخضع الدولة و هي تمارس أحد وظائفها من خلال العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي لقانون دولة أخرى ، و ليس هناك ما يمنع من أن تتمتع الدولة بحصانة تشريعية في مواجهة الطرف الأجنبي ، و أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في الحكم الصادر بتاريخ 12 جويلية 1929 في قضية الديوان العربية بأنه لا يمكن افتراض الدولة بما لها من سيادة أن تتخلى عن حصانتها التشريعية بإسنادها لالتزاماتها العقدية لقانون مخالف لقانونها ، باستثناء أن تختاره الدولة المتعاقدة اختيارا صريحا [402]. و كذلك جاء في حكم محكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1929 في قضية القروض الصربية البرازيلية بأن: " كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ، و يختص القانون الدولي الخاص بتعيين هذا القانون ، و لما كان الطرف المقترض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها تتعلق بهذا الفرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها...."[403]

غير أن هناك جانب من الفقه يرى أن وجود إرادة صريحة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة و طرف أجنبي تستوجب على القاضي احترامها وينطبق هذا أيضا على الإرادة الضمنية الحقيقية ، و لا يمكن بأي حال من الأحوال تركيز العقد في القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلا في غياب الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء كانت صريحة أو ضمنية في العقد[404] .

و هو ما يمكن استقراءه من نص الفقرة الأولى من المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 ، و بما أن الإحالة كثيرا ما تكون مستبعدة في نطاق الالتزامات التعاقدية ، فإن فقهاء القانون الدولي الخاص يستبعدون الإحالة مطلقا في حالتين على سبيل الحصر ، أولهما هي إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام و ثانيهما حالة تطبيق قانون إرادة الأطراف ، إلا أنه في حالة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم اختياره من قبل المتعاقدين ليحكم عقود الدولة لا يوجد أي مبرر لاستبعاد الإحالة مثلما هو عليه الحال في اختيار الأطراف لقانون دولة معينة كقانون واجب التطبيق على نزاعهم بشكل صريح[405] .

3- اختيار الأطراف للقواعد القانونية الدولية: في نطاق إعمال مبدأ سلطان الإرادة في العقود قد تذهب إرادة الأطراف إلى تطبيق القواعد القانونية الدولية على العقد، إما في صورة القانون الدولي العام أو قواعد قانون التجارة الدولية.

---

[402] أنظر : منير عبد المجيد ،قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1995 ، ص 190 .

[403] أنظر :فتح الله عوض بن خيال ، التحكيم في عقود الدولة ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002، ص 114 .

[404] أنظر :أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المرجع السابق ، هامش ص 159 .

[405] أنظر :قبايلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2012 ، 361 .

أ–اختيار قواعد القانون الدولي العام كقانون واجب للتطبيق على عقود الدولة : في إطار تطبيق المادة الثانية من التوصيات الصادرة عن مجمع القانون الدولي في دورة أثينا 1979 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية ، يمكن للأطراف اختيار قواعد القانون الدولي لتطبيقه على عقدهم [406]، لكن هذا الحق في الاختيار كان محل جدل فقهي حيث دافع الفقه الألماني بقيادة الفقيه Mann على حق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي من منطلق أن هذه القواعد موجودة في واقع الفقه القانوني و هي كافية لتنظيم عقود الدولة ، و في نفس النسق ذهب الفقيه jean Michel jacquet على اعتبار أن اختيار الأطراف لهذه القواعد مادي و ليس تنازعي [407]، و يعتبر الفقيه Amador الهدف الأساسي من تدويل اتفاقيات التنمية الاقتصادية هو إبعاد العلاقة العقدية عن نطاق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة ، بحيث تحرم هذه الأخيرة من إسناد العقد لقانونها الوطني لتبرير إخلالها بالتزاماتها تجاه المتعاقد الأجنبي [408]، ولتدارك هذا الأمر يكون تدويل العقد سببا في ترتيب مسؤولية دولية للدولة المتعاقدة في حال إخلالها بالتزاماتها العقدية تجاه المتعاقد الأجنبي[409] .

لكن هذا الاتجاه تعرض للنقد خاصة ما ذهب إليه الفقيه Mann على أساس عدم كفاية قواعد القانون الدولي لتنظيم عقود الدولة مما يستدعي اللجوء المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدنة المنصوص عليها في المادة 38 الفقرة الثالثة من نظام محكمة العدل الدولية[410] .

و في حقيقة الأمر أن إحالة الأطراف في عقود الدولة ذات الطابع الدولي إلى القانون الدولي تعد نادرة في تاريخ هذه العقود خاصة اذا تعلق الأمر بموضوع النزاع ، و حتى لو تمت الاشارة إلى تطبيقه لا يعني ذلك دخول العقد في نطاق النظام العام ، كما يعد من النادر الإسناد للقانون الدولي العام بصفة احتياطية لتكملة النقص أو تفسير غموض قانون الدولة المتعاقدة[411] .

و لا يعد مجرد الإشارة للمبادئ العامة للقانون أو المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدنة إرادة ضمنية لاختيار القانون الدولي العام كقانون واجب للتطبيق على العقد ، حيث أن ذلك يمكن أن يمس بمبدأ سلطان الإرادة في العقود ، و يمكن أن تطال سيادة الدولة المتعاقدة بإخضاع تصرفاتها للقانون الدولي العام[412] ، و من أهم أمثلة ذلك ما ذهب إليه

---

[406] أنظر :المادة 02 الفقرة 02 من التوصيات الصادرة عن مجمع القانون الدولي في الدورة المنعقدة في أثينا 1979 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة : " يكون للأطراف حق الاختيار كقانون حاكم للعقد إما قانون أو عدة قوانين داخلية ، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين و إما المبادئ العامة للقانون و إما القانون الدولي ، أو مزيج من هذه المصادر القانونية " مشار إليه لدى ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 81 .

[407] أنظر :مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 237 .

[408] أنظر :سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، جمهورية مصر العربية ، 1998 ، ص 624 .

[409] أنظر :ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 82.

[410] أنظر :حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 588 .

[411] أنظر :عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1991 ، ص 82 و ما بعدها.

[412] أنظر :فتح الله عوض بن خيال ، المرجع السابق ، ص 83 .

تحكيم Texaco حيث نص العقد على تطبيق المبادئ العامة للقانون الليبي بما يتفق و مبادئ القانون الدولي و في حالة عدم الاتفاق بينهما تطبق المبادئ العامة للقانون بما في ذلك المبادئ العامة التي طبقها القضاء الدولي، و أكد المحكم على أن العقد يدخل في نطاق القانون الدولي العام خاصة الصفة الملزمة فيه [413] ويمكن أن تعد مجرد الإشارة الصريحة أو الضمنية لتطبيق المبادئ العامة للقانون أو المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدنة قادرة على تدويل عقود الدولة بإخضاعها للقانون الدولي العام ، إلا أنه عمليا يعتبر هذا القانون أقل تعيينا بالمقارنة بالأنظمة القانونية للدول النامية ، كما أن القانون الدولي للعقود يحد من حقوق الدولة المتعاقدة دون وضع أية التزامات مقابلة على كاهل المتعاقد الأجنبي [414].

و في حالة غياب إرادة صريحة للمتعاقدين في تحديد الاختصاص التشريعي لقواعد القانون الدولي العام في تنظيم عقود الدولة يمكن أن يستند القاضي أو المحكم إلى الشروط المدرجة في العقد للدلالة على الارادة الضمنية للأطراف لتدويل العقد ، و من أهم هذه الشروط : شرط الثبات التشريعي و شرط التحكيم.

وجود شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة : حيث اعتبر المحكم في تحكيم Sapphir مجرد وجود شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة إشارة للتدويل الضمني للعقد [415] ، غير أن الباحث لا يتفق بأي شكل من الأشكال مع هذه الفرضية ، حيث أن تجميد نظام قانوني معين لا يمكن أن يشير إلا لإرادة ضمنية على تطبيقه لا على استبعاده و تطبيق قانون آخر .

وجود شرط التحكيم في عقود الدولة: لقد استندت العديد من أحكام التحكيم بما في ذلك حكيم Sapphir إلى أن مجرد إدراج شرط التحكيم في العقد يعتبر إشارة ضمنية لتدويله حيث قرر المحكم:

" على الرغم من أي استنتاج إيجابي لا يمكن استخلاصه من واقعة شرط التحكيم ، إلا أن هذا لا يمنع من اعتبار هذا الشرط بمثابة قرينة سلبية تفيد استبعاد القانون الإيراني " [416].

و لكن في واقع الأمر لا يمكن اعتبار مجرد الاتفاق على التحكيم إرادة ضمنية لاختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة ، لأن هذا التوجه فريد من نوعه لا يتطابق مع أغلبية الفقه والسوابق القضائية في التحكيم التي نظرت عقودا مشابهة ، و كذلك بالنسبة للاتفاقيات الدولية حيث يتعارض هذا التوجه مع مضمون المادة 42 الفقرة الأولى من معاهدة واشنطن لعام 1965 حيث منحت قانون الدولة المتعاقدة درجة التطبيق الاحتياطي المباشر بعد الإرادة الصريحة [417].

ب – اختيار الأطراف لقانون التجارة الدولية : قد يختار الأطراف تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود مجموعة من القواعد القانونية العبر دولية التي يطلق عليها قانون التجارة الدولية و هي : "مجموعة القواعد القانونية العبر دولية المستقلة

---

[413] أنظر :عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 83.

[414] أنظر :مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 240 .

[415] أنظر :ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 87 .

[416] أنظر :حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 621 .

[417] أنظر : المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و المتعلقة بشأن منازعات الاستثمار بين الدولة و رعايا الدولة الأخرى.

عن القوانين الداخلية و القانون الدولي العام و التي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي و تقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية " [418].

و لقد انقسم الفقه إلى اتجاهين : اتجاه رفض تطبيق هذه القواعد القانونية على عقود الدولة بحجة أن طبيعتها القانونية مكملة و مفسرة و لا تشكل نظاما قانونيا حقيقيا لتنظيم هذه العقود ، كما أن التطورات الأخيرة الحاصلة في مجال التجارة الدولية غيرت من ملامح هذه القواعد القانونية و التي كانت قديما متماسكة و متجانسة[419] ، أما في الوقت الحاضر ظهرت مجموعات مختلفة من التجار المهنيين والحرفيين لكل منها عاداتها و أعرافها الخاصة بها و التي تعبر عن مصالحها المتعارضة ، كما أن هذه القواعد القانونية تفتقد عنصرا مهما من عناصر القانون و هو الجانب المادي من خاصية الإلزام و المتمثل في عنصر الجزاء عند مخالفة أحكامها [420].

و بالمقابل يرى الاتجاه الثاني و المناصر لفكرة تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة أن القواعد القانونية لهذا القانون تتسم بصفتها العالمية و لا تمد بصلة لنظام قانوني وطني معين [421] الشيء الذي يجعل منها محيطا قانونيا مناسبا لتنظيم عقود الدولة و دون اللجوء لقواعد الإسناد و بالتالي يستمد قانون التجارة الدولية حصانته التشريعية في التطبيق على عقود الدولة من الطبيعة القانونية لقواعده الدولية قبل إرادة الأطراف في اختياره[422] .

و بما أن التشريعات الوطنية و الدولية أقرت مبدأ حرية الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق يمكن لقواعد قانون التجارة الدولية أن تكون ضمن هذه الاختيارات المتاحة ، و رغم اعتياد الأطراف على اختيار هذه القواعد لتطبيقها جنبا إلى جنب مع قانون الدولة المتعاقدة لتكميله و توضيحه أو لاستبعاده في حال مخالفته للنظام العام الدولي ، ليس هناك ما يمنع من الإحالة إليها وحدها في حل النزاع الناشئ عن العقد [423].

و في العقد المبرم بين الحكومة الكويتية و شركة Aminoil جاء نص أحد البنود على أن :

" القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية بين الأطراف المتعاقدة و الصفة عبر الدولية لعلاقاتهم ، هو مبادئ القانون و العادات السائدة في العالم المتقدم " و اعتبر هذا النص اتفاقا صريحا من قبل هيئة التحكيم على تطبيق قواعد التجارة الدولية . و من صور الاختيار الضمني لقانون التجارة الدولية كقانون واجب للتطبيق على عقود الدولة الاتفاق

---

[418] أنظر :عقيل كريم زغير ، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2015 ، ص 157 .

[419] أنظر : هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2003 ، ص 150

[420] أنظر :عقيل كريم زغير ،المرجع السابق ، ص 157 .

[421] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 761 .

[422] أنظر : صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق، ص 151 .

[423] أنظر : مصطفى مُحَمَّد جمال و عكاشة مُحَمَّد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية (قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن و قانون التجارة الدولية ، مع الإشارة لقوانين التحكيم العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، هامش ص 267 و 268 .

على اللجوء للتحكيم بصفة عامة[424] ، حيث يعد هذا رغبة ضمنية من الأطراف بتسوية نزاعاتهم خارج اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة و على أساس الأعراف و العادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية[425].

الفرع الثاني

عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

إن عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، يحتم على القاضي أو المحكم الناظر للنزاع بأن يحدد هذا القانون ، إما بتوطين العقد في القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو تدويله بتطبيق القواعد القانونية الدولية .

أولا

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

إن الاعتراف لقانون الدولة المتعاقدة بالاختصاص التشريعي في تنظيم عقود الدولة أصبح مكرسا دوليا من خلال الاتفاقيات الدولية و التي كرست نظرية الأداء المميز من جهة و نظرية العقود الإدارية من جهة أخرى.

1 – نظرية الأداء المميز : تعرض فقهاء القانون الدولي الخاص لفكرة تركيز العقد من خلال ملابسات وظروف العقد ، و المعمول به في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة أو ضمنا ، يستوجب على القاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع أن يحدد هذا القانون الواجب الإعمال من خلال تفعيله لقواعد تنازع القوانين ، غير أن الفقه القانوني الدولي الخاص أحدث نظرية تعتمد على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالعقد و هو ما أطلق عليها نظرية الأداء المميز[426].

ويتلخص مضمون فكرة الأداء المميز[427] في أن كل علاقة عقدية تفرض على أطرافها مجموعة من الأداءات المختلفة من حيث قيمتها القانونية و العملية ، إلا أن أحد هذه الأداءات قد ينفرد بتأثير مميز على العقد مما يكسبه ميزة عن غيره من العقود ، فيكون هذا الأداء هو صلة الوصل بين العقد و مكان معين دون غيره ، مما يرتب تركيز العقد في دولة معينة[428] و بالتالي يكون قانونها هو الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية ، بمعنى أن يكون القانون الواجب

---

[424] أنظر : محمد محسوب عبد المجيد درويش ، قانون التجارة الدولي Lex Mercatoria ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1995 ، ص 536 .

[425] أنظر : مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق ، ص 264 .

[426] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 102 .

[427] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، المرجع السابق ، ص 211 .

[428] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 509 .

التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتم فيها الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي في العقد [429]كأن يكون مثلا مركز المشروع[430] .

و أسهمت هذه النظرية في إيجاد منهج إسنادي تفصيلي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة حيث يتم كل فئة من العقود ذات الطبيعة المتجانسة للقانون الأكثر اتصالا بها و دون تجزئة للعقد و إخضاع كل جزء لقانون مختلف مما حقق المرونة في الإسناد[431].

الأساس القانوني لنظرية الأداء المميز : نظرا لنشأة فكرة الأداء المميز في كنف الفقه القانوني الأوروبي كانت الدول الأوروبية هي السباقة لتقنين هذه النظرية ، حيث جاء في المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في عام 1987 : " 1- يسري على العقد عند غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا . 2- و تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يقدم الأداء المميز ..."[432].

و كذلك المشرع الألماني في المادة 28 من القانون الدولي الخاص الصادر عام 1986 حيث نصت على: " 1- عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق ، يسند العقد قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية . 2- و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز[433].

أما عربيا تبنى هذه النظرية المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 حيث نصت على : " .....2- و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع." [434]

و في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، استعمل المشرع الإجرائي الجزائري مصطلحا آخر للدلالة على نظرية الأداء المميز و هو مصطلح **الملائمة** ، حيث جاء فيها : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع

---

[429] أنظر : عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دار المطبوعات الجامعية ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان، 1993 ، ص 167.

[430] أنظر : القرار رقم 2006/113 الصادر عن محكمة التمييز اللبناني ، الغرفة الثانية ، بتاريخ 2006/11/27 ، العدد 09 -12 ، لبنان ، 2006 ، ص 174 .

[431] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 104 .

[432] Voir : Art. 117 II. Droit applicable / 1. En général / b. A défaut d'élection de droit
b. A défaut d'élection de droit

[1] A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.

[2] Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement……." https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/# vu le 30/03/2020 à 23h13.

[433] أنظر: ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 105 .

[434] أنظر: المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 الصادر في عام 1994 .

عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة ."[435]

و يبدو أن نظرية الأداء المميز تخطت مجال التشريعات الداخلية للدول إلى المجال الدولي ، ليتم تبنيها في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالالتزامات التعاقدية و هو ما أقرته اتفاقية روما[436] الصادرة بتاريخ 1980/06/19 و المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 04 بقولها : " 1- في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لما تقتضيه المادة 03 ، يتم تطبيق قانون الدولة الذي يحوي الروابط الأكثر اتصالا بالعقد .و في حالة ما إذا كان جزء من العقد قابل للتحييد عن العقد ككل و له صلات وثيقة بقانون دولة ما ، يمكن تطبيق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد استثنائيا."[437]

و هناك من يرى أن نص المادة 04 من اتفاقية روما 1980 و التي تمنح الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي يوجد فيها المدين بالأداء المميز و هو قانون الدولة المتعاقدة ، قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها واستبعاد هذا القانون لو اتضح من الظروف المحيطة ، أن العقد يرتبط بروابط أكثر صلة مع دولة أخرى[438] ، والتي قد يؤدي العقد من خلال قانونها المطبق عليه ، وضيفة اجتماعية و اقتصادية أكثر فاعلية[439].

ووفقا لهذه النظرية يكون الإشكال في تطبيق مضمونها هو كيفية تحديد الأداء المميز في العقد ، و ما هي المعايير التي يستند إليها أصحاب النظرية في ذلك ؟

---

[435] أنظر : المادة 1050 من القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، ج ر رقم 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/22 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم .

[436] أنظر : وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 788 .

[437] **Voir : Article 4 : Loi applicable à défaut de choix**

1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

4. Le contrat de transport de marchandises n'est pas soumis à la présomption du paragraphe 2. Dans ce contrat, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.

[438] أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 110 .

[439] Voir : Schnitzer, A. F.(1968) Les contrats en droit international privé suisse, RCADI, 1968, t.123, p. 545., Ancel, M.-E. (2002) La prestation caractéristique du contrat, Paris: Economica,, p. 545.

إن المنهج السليم للإجابة عن هذه الإشكالية هو تحديد مفهوم الأداء المميز في العقد و الذي أغفلته التشريعات الداخلية و الدولية بما في ذلك اتفاقية روما 1980 ، غير أن التقرير المفسر لهذه الاتفاقية والموضوع من قبل الأستاذان : Lagarde et julien تطرق لتعريف الأداء المميز على أنه : " الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المبلغ النقدي واجبا "[440] و عرفه آخرون على أنه : " ذلك الأداء الجوهري في العقد و الذي يميزه عن غيره من العقود " [441].

و تذهب النظرية إلى اعتماد معيارين أساسيين لتحديد الأداء المميز في العقد أولهما : طبيعة العقد وثانيهما المركز القانوني لأطراف العقد ، فالمعيار الأول يقول بأن الأداء المميز في العقود الملزمة لجانب واحد لا يثير أي إشكال يذكر بعكس العقود الملزمة لجانبين ، و هنا يكون الالتزام المقابل لدفع المبالغ النقدية هو الأداء الجوهري و المميز في العقد لأن دفع مبلغ نقدي أداء يتواجد في أغلب العقود ، والذي ينتج عن إعماله تطبيق قانون دولة المتعاقد الأجنبي و هذا من بين مساوئ هذا المعيار ، غير أن جانبا آخر من الفقه يقول أن الأداء المميز في العقد هو دفع المبالغ النقدية نظرا لأهمية النقود في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية [442]. و بالنسبة لمعيار المراكز القانونية لأطراف العقد فإنه يرجح تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة من منطلق مركزها المتميز في العقد ، و ذلك مسايرة لمنهج تنازع القوانين المعمول به في القانون الدولي الخاص و الذي يقودنا إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على اعتبار أنها الدولة التي يتم الوفاء فيها بالأداء المميز في الرابطة العقدية [443] ، كما هو الحال في عقود البترول و التي يترتب عنها اعتبار الثروة النفطية و التي تشكل الأداء المميز في العقد ، يتم تطبيق الدولة المتعاقدة على أساس وجود هذه الثروة على أراضيها. و هذا المعيار اعتمدته العديد من التشريعات على غرار قانون البترول في دولة منغوليا الشعبية في المادة 13 الفقرة الأولى و الذي نص على إلزامية تطبيق القانون المنغولي على العقود البترولية في حال عدم وجود اتفاق على اختيار قانون مخالف[444] .وفي قضية مجموعة شركات wintershall ضد إمارة قطر و المتعلقة بنزاع حول حقوق التنقيب عن البترول قامت هيئة التحكيم بتطبيق القانون القطري على العقد باعتبار أنه قانون مكان تواجد النفط ، و هو مكان إبرام العقد وتنفيذه مما يجعل الدولة المتعاقدة محل الأداء المميز[445] .و هذا ما ينطبق على عقود الأشغال الدولية و عقود نقل التكنولوجيا حيث تمثل الدولة المتعاقدة المكان الذي يتم فيه الأداء المميز في العقد و لا مناص من تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة. و هناك من يرى أن الإسناد

---

[440] Voir : Giuliano, M. et Lagarde, P.(1980) Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE nº C 282, 31 oct. 1980, p. 1., Lagarde, P. (1991) " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Paris: Rev., crit., DIP, p.287.

[441] Voir : Gaudement-Tallon, H. (2009) Convention du Rome du 19 Juin 1980 et Règlement Rome I du 17 Juin 2008, Paris:JurisClasser Droit international, Fasc. 552-15, nº 29. Ancel, M.-E., La prestation caractéristique du contrat, p. 394.

[442] أنظر : عبد السلام علي الفضل و نعيم علي العتوم ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون ، المجلد 46 ، العدد 01 ، الملحق 01 ،كلية القانون ، جامعة اليرموك ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2019 ، ص 566.

[443] أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 111 .

[444] أنظر: قانون البترول المنغولي لسنة 1991 http :// www.pam.mn/main2_1.html مشار إليه لدى : ليندا جابر ، المرجع نفسه ، ص 113 و بشار مُحَمَّد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 267 .

[445] أنظر: ليندا الجابر ، المرجع السابق ، ص 114 و بشار مُحَمَّد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ص269 .

بناءا على فكرة الأداء المميز تمثل نقطة تلاقي الإسناد الجامد مع الإسناد المرن ، فتحديد موطن المدين بالأداء المميز في عقود الدولة لا يطرح أي إشكال لأن الدولة المتعاقدة لا يمكن لها بأي حال من الأحوال أن تغير موطنها .[446]

و هذا ما يجعل نظرية الأداء المميز في العقد فكرة نسبية ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى اعتبار الدولة هي المدين بهذا الأداء من عدمه ، و هو النقد الذي وجه للنظرية في طائفة هذه العقود، فمن غير المنطقي أن تخضع الدولة في تعاقداتها مع الأشخاص الأجنبية لقانون غير قانونها الوطني على اعتبار أن الأداء المميز في عقود الدولة هو المشروع الذي سيقيمه المتعاقد الأجنبي ، و بالتالي تطبيق قانون الدولة الأم للشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة ،كحل توفيقي بين نظرية الأداء المميز و نظرية التركيز العقدي في قانون الدولة المتعاقدة .ويرى جانب آخر من الفقه إمكانية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة جنبا إلى جنب مع القواعد القانونية للدولة الأم للمتعاقد الأجنبي و المتخصصة في تنظيم عقد الدولة المبرم [447].

و الذي يعتبر في نظرنا حلا غير عملي و يثير اشكالات عديدة أمام القاضي أو المحكم الناظر للنزاع على اعتبار اختلاف المنظومتين التشريعيتين لكل من الدولة المتعاقدة و الدولة الأم للمتعاقد الأجنبي.

2-نظرية العقود الإدارية : هي النظرية التي كيفت عقود الدولة على أنها عقود إدارية و بالتالي وجوب تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة عليها ، فهذه العقود أحد أطرافها هو الدولة أو أحد هيئاتها ، وبالرغم أن شكلها الخارجي يستهدف الربح للمتعاقد الأجنبي إلا أن الهدف الرئيسي من التعاقد هو تسيير المرفق العام [448].و تعمل الصفة الإدارية على توحيد القواعد القانونية التي تحكم المنازعات الناشئة عن الإخلال بالالتزامات العقدية ، بحيث تمنح مشروعية لأعمال الإدارة تجاه العقد و شروطه ، و التي قد تتجسد في حرية التخلص من الالتزامات التعاقدية أو التعديل فيها متى اقتضت حاجتها ذلك[449].

و جاء في الحكم رقم 5769 لسنة 1990 الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC : " إن الصفة الإدارية للعقد الذي نحن بصدده قد تم تأكيدها حسب الأصول حيث أن هذا العقد أبرمته جهة حكومية عامة فيما يتعلق بتنفيذ المشاريع في القطاع الزراعي العام للمصلحة العامة و تتضمن شروطا استثنائية مختلفة عن شروط العقود المدنية [450] .

و من أهم أوجه النقد الذي تعرضت له النظرية أن مقتضيات التجارة الدولية و التي تستلزم السرعة والفعالية لا تتماشى مع أساليب القانون الإداري [451]، كما أن تمسك الدولة بسيادتها قد يهدد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي ، مما

---

[446] أنظر : نورس عباس العبودي ، الأداء المميز و أثره على عملية الإسناد ، دار السنهوري للنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2016 ، ص 30 .

[447] أنظر : أحمد حميد الأنباري ، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص ، قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2017 ، ص 104 .

[448] أنظر: مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 211 .

[449] أنظر: عمر حلمي، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،جمهورية مصر العربية ، 1993 ، ص 59 .

[450] أنظر: محمد عبد العزيز بكر، أثر شرط التحكيم على المفهوم المنفرد للعقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2001 ، ص 26.

[451] أنظر: فتح الله بن خيال، المرجع السابق ، ص 122 .

يستدعي النزول إلى مرتبته لتحقيق المصلحة المنشودة من التعاقد، كما أن سيادة الدولة تحوز نطاقا شخصيا لا يندرج تحته المتعاقد الأجنبي [452].

ومن أهم القضايا التحكيمية التي لم يطبق فيها قانون الدولة المتعاقدة في النزاعات الناشئة عن إبرام و تنفيذ عقود الدولة ، تحكيم Aramco بحجة أن نظرية العقد الإداري غريبة عن مبادئ الشريعة الإسلامية التي يستمد منها القانون السعودي أسسه ، و كذلك تحكيم Texaco لسبب عدم معرفة القواعد القانونية الليبية لهاته الطائفة من العقود [453]، و تحكيم Eurotunel و الذي منح الاختصاص التشريعي لقواعد القانون الخاص الفرنسي و ليس لقواعد القانون الإداري كقانون واجب للتطبيق على النزاع الناشئ عن عقد الاستغلال الممنوح لشركة السكك الحديدية الفرنسية من طرف شركة السكك الحديدية البريطانية [454].

و من هذا المنطلق يمكن أن نقول أن تحديد القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون واجب للتطبيق من قبل القاضي أو المحكم الناظر للنزاع الناشئ بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقود الدولة على مدى تماشي القواعد القانونية لهذا القانون مع متطلبات هذه العقود ، و موقف المشرع الوطني للدولة المتعاقدة من تكييف هذه العقود و تحديد طبيعتها القانونية ، و الاعتراف بمضمون النظريات المعيارية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في التشريعات الداخلية و التي من أهمها نظريتا الأداء المميز والعقود الإدارية.

ثانيا

تحرير عقود الدولة من قبضة القانون الوطني للدولة المتعاقدة

عند غياب إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، يمكن للقاضي أو المحكم أن يسلخ هذه العقود من النظام القانوني للدولة المتعاقدة و يطبق عليها قواعد قانونية دولية لا تنتمي لأي نظام قانوني لدولة معينة ، و للقاضي أو المحكم خيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون الدولي [455] .

و قد عرف جانب من الفقه قواعد قانون التجارة الدولية على أنها : " القواعد القانونية المنظمة لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية و العلاقات الدولية المصاحبة لتلك التعاملات " و عرفها البعض الآخر على أنها : " النظام القانوني الذي يظم القواعد القانونية التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية "[456].

1-تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الدولة: انقسم الفقه إلى قسمين في تقرير مدى ملائمة قواعد قانون التجارة الدولية لتنظيم عقود الدولة من عدمها:

---

[452] أنظر : يوسف عبد الهادي الأكيابي ، مرجع سابق ، ص 301 .

[453] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 68 و ما بعدها

[454] أنظر : مراد محمود المواجدة ، المرجع السابق ، ص 220 .

[455] أنظر : ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 138 .

[456] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 147 .

أ – الاتجاه الداعم لفكرة تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الدولة : اعتمد أنصار هذا الاتجاه على نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 [457]و التي أقرت إمكانية تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي ، و الذي يوحي بنظرهم إلى إمكانية الاستناد على هذا النص لتفعيل قواعد التجارة الدولية ، و من جانب آخر يرى أنصار هذا الاتجاه أن قواعد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة و التي عادة ما تكون دولة نامية لا ترقى لتحكم هذا النوع من العقود و التي لم يتطرق لتنظيمها معظم المشرعين في هذه الدول و بالتالي يمكن اللجوء لتطبيق الأعراف التجارية الدولية و التي تجد أساسها في قواعد قانون التجارة الدولية[458].

و بالرغم من غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، يفتح مجالا لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلا أن هذا الأمر لا يعد ملزما للقاضي أو هيئة التحكيم حتى و لو اقتنعت بأن النزاع المعروض عليها بمناسبة عقد من عقود الدولة بين دولة متعاقدة و مشروع أجنبي ، ويمكنها القول بأن هذا العقد من العقود الدولية في الشكل العام و ليس هناك ما يلزم القاضي أو المحكم لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، حيث بمجرد الاتفاق على التحكيم يترتب عليه إفلات العقد من سيطرة النظام القانوني للدولة و استقراره في كنف القواعد القانونية الدولية [459].

و لقد طبقت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس قواعد قانون التجارة الدولية في قضية Primary colin company valanciana (USA) في حكمها الصادر بتاريخ 1988/09/01 حيث جاء منطوق الحكم بتطبيق أعراف و عادات التجارة الدولية [460].

كما نصت ا21 من القانون المعدل لنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس على أنه: " .....2-و في كل الأحوال تعتد محكمة التحكيم ببنود العقد و عادات التجارة الدولية ."[461]

ب – الاتجاه المعارض لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الدولة : بنظر هذا الاتجاه[462] أن عقود الدولة لا تتماثل مع العقود التجارية الدولية ، و لا يمكن أن تكون محل تطبيق لقواعد التجارة الدولية و التي تعد مسودة لمحاولات فقهية قانونية لا تزال قيد التجربة و يصعب عمليا تحديد ملامحها القانونية و مفهومها و نطاق تطبيقها [463].

كما أن عقود الدولة تتمتع بخصوصية معينة لا يمكن بأي حال من الأحوال مراعاتها من قبل قواعد التجارة الدولية و التي لا تقدم الحل المناسب للنزاعات الناشئة عنها.[464] و يقول أحد أنصار هذا الاتجاه : " لا نرى أي مانع من تطبيق قانون

---

[457] أنظر : المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 السالفة الذكر.

[458] أنظر : هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 148 .

[459] أنظر : سامي منصور ، تنازع القوانين و القانون المطبق من المحكم في عقود التجارة الدولية ، مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد 50 ، لبنان ، 2009 ، ص 28 .

[460] . Sentence partielle C.C.I rendu à Paris,N°5953 du 1er septembre 1988 ,Arbitrage ,1990 ,p.701

[461] أنظر : المادة 21 من القواعد المعدلة لنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2012 ، مشار إليه لدى ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 147 .

[462] أنظر : مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2010 ، ص 526 .

[463] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 761 و ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 138 .

[464] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 250 .

التجار على عقود الدولة و لكن في حال الاختيار الصريح أو الضمني فقط من قبل أطراف العلاقة التعاقدية ، أما في حالة انعدام الاختيار فيمكن اللجوء إلى فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية و لا نقر تطبيقه على كافة عقود الدولة بصفة مطلقة و إنما في الحالات السابقة فقط و عادة ما يكون ذلك في الحالات التي تتعاقد فيها الدولة كالأشخاص الخاصة ، و هذا يعني أنه في حالة انعدام الاختيار لا يفترض تطبيق أحكام هذا القانون ، حتى في الحالات التي يطبق فيها ، يكون ذلك في حدود القواعد التي تنظم التعامل في مجال تجارة معينة و لا ينسحب على كافة جوانب العقد و هذا قيد طبيعي لأنه قانون في طور التكوين و لا يتضمن حلولا لكل المسائل فهو لا يحتوي على قواعد قانونية متكاملة . كما أن قانون التجار لا يتماشى مع الحقائق الثابتة من أن هذه العلاقات في معظمها يحكمها القانون الوطني للدولة المتعاقدة فلماذا الإصرار على خلق نظام قانوني تخضع له عقود الدولة ، من مجرد آراء ومقترحات فقهية ، و طرح نظام قانوني موجود و قائم ، و غير عاجز عن إعطاء حلول صريحة "[465].

ثالثا

تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الدولة

أمام صعوبة الوصول إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المختلفة ذهب العديد من الفقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى مصدر أعلى هو ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة[466]، و يختلف مفهوم المبادئ العامة للقانون بحسب النطاق الواردة فيه ، فالمبادئ العامة المتصلة بالقانون الدولي العام هي تلك المبادئ المستخلصة من روح الأعراف و المعاهدات الدولية و هي ما يطلق عليها مبادئ القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون الدولي أو المبادئ المطبقة بواسطة المحاكم الدولية ، و هي واضحة في مجملها و لا تثير مشاكل قانونية في تطبيقها على عقود الدولة[467] ، أما المبادئ العامة المتصلة بالقوانين الداخلية و هي ما اصطلح عليها بالمبادئ القانونية المشتركة بين دولتين أو أكثر بما في ذلك المبادئ العامة للأمم المتمدنة[468]، و بالنسبة للمبادئ العامة المشتركة للقانون الدولي الخاص هي مجموع المبادئ السائدة في تنازع القوانين بين مختلف الدول مثل إخضاع شكل التصرف لقانون مكان الإبرام و يتم تفعيلها في غياب قواعد الإسناد ، بما في ذلك الاتفاقيات الدولية كجزء من التشريع و في غياب قواعد عرفية للإسناد في موضوع النزاع [469]. و المبادئ العامة في القانون كمنهج مستقل هي قواعد موضوعية أوجدتها مقتضيات التجارة الدولية لتطبيقها رفقة قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص [470].

---

[465] أنظر: مُحَمَّد عبد العزيز علي بكر، مرجع سابق، ص 617 و ليندا جابر، المرجع السابق، ص 139.

[466] أنظر: هاني محمود حمزة ، مرجع سابق ، ص 380 .

[467] أنظر: وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 882

[468] أنظر: طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2005 ، ص 82 و ما بعدها.

[469] أنظر: عدلي مُحَمَّد عبد الكريم ، المرجع السابق ، هامش ص 357 .

[470] أنظر : وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 882

في غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، تنتقل صلاحية التحديد للقاضي أو المحكم مباشرة و يمكن اختيار المبادئ العامة للقانون لتطبيقها على عقود الدولة ، غير أن القاضي أو المحكم يمكنه أن يطبق هذه المبادئ من قبيل حسن النية في التعامل كما جاء في تحكيم Sapphire حيث طبق المحكم المبادئ العامة للقانون دون بيان صلتها بالنظام القانوني الدولي أو الوطني و هو ما أثار شكا في اعتبارها كنظام قانوني ثالث مستقل[471].

و انقسم الفقه في تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الدولة ما بين مؤيد و مناهض ، واعتمد أنصار هذا الاتجاه المؤيد لتطبيق هذه المبادئ على العلاقات التعاقدية التي تبرمها الدولة ، على نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 [472]و المادة 26 من بروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط " أوبيك " و التي أقرت إمكانية تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي ، و يكون دور هذه المبادئ عادة مكملا للنقص الحاصل في القوانين الوطنية للدولة المتعاقدة أو مفسرا للغموض الذي ورد في نصوصها ، غير أن أصحاب الرأي المؤيد لتطبيق هذه المبادئ على عقود الدولة يستند إلى أن منهج تنازع القوانين لا يحقق فاعلية حقيقية في حل مشاكل عقود الدولة بحيث يتم الإسناد دون تقييم القواعد القانونية للنظام القانوني الوطني ومدى تماشيه مع مقتضيات عقود الدولة ، بالإضافة إلى تزايد مد التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة لفض النزاعات الناشئة عن عقود الدولة ،واستبعاده للقوانين الوطنية في مناسبات عديدة بعذر عدم جاهزية هذه الأنظمة للتعايش مع الطبيعة القانونية الخاصة لعقود الدولة[473] .و يرى الاتجاه المناهض لتطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الدولة بأن أي عقد يبرم بين الأشخاص لا بد من رده و إسناده إلى نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد آثاره ، فالمبادئ العامة للقانون يجب أن تتحقق فيها درجة كافية من التجريد والعمومية لأجل الدخول في إطار القياس القانوني الذي يسمح بالتمييز بين المبدأ العام والعادات المهنية أو العرف[474].

أما الباحث فيرى أن هذه القواعد القانونية المكونة لما أصطلح عليه بالمبادئ العامة للقانون ، لا ترقى لتكون نظاما قانونيا متكاملا يمكن تطبيقه على عقود الدولة ، لأن هذه المبادئ مستوحاة من بعض الأنظمة القانونية للدول الغربية العظمى التي تنتهج الرأسمالية كنظام اقتصادي و هو ما يتنافى مع واقع أغلبية الدول النامية التي تكون طرفا في عقود الدولة لغرض التنمية الاقتصادية حيث أنها تنتهج الاشتراكية مع اختلاف نسبة تركيزها في أنظمتها الاقتصادية ، و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة يجب أن يخضع ليس فقط لمعايير قانونية بل لمعايير اجتماعية و اقتصادية ، فما تسمح به القوانين في الدول العلمانية لا يمكن أن يكون محلا للتطبيق في دول أخرى كالدول الإسلامية .

---

[471] أنظر : عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع نفسه ، ص 362.

[472] أنظر : المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 السالفة الذكر.

[473] أنظر : وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص 891 .

[474] أنظر : أنظر: عدلي محمد عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 363 .

المطلب الثالث

تطبيقات شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة

تعتبر شروط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة ، و تجد هذه الشروط محيطها في الممارسات التعاقدية للدولة ، و تقنينها بشكل واضح و صريح في التشريعات الداخلية للدول ، بالإضافة إلى السوابق القضائية لأحكام التحكيم التجاري الدولي و التي أكدت في العديد من المناسبات مشروعية هذه الشروط ، سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لأهم تطبيقات شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة ، الفرع الأول: شروط الثبات التشريعي في العقود التي أبرمتها الجزائر ، الفرع الثاني : شروط الثبات التشريعي في العقود المقارنة.

الفرع الأول

شروط الثبات التشريعي في العقود التي أبرمتها الجزائر

بعد استقلال الجزائر من الاحتلال الفرنسي ، كانت من أهم انشغالات الإرادة السياسية هو دفع عجلة التنمية الاقتصادية و التي كانت تشكل تحديا من أهم تحديات تلك الفترة ، وكان النوع الغالب على تعاقدات الجزائر مع الأجانب هو عقد الامتياز ، غير أن هذه العقود خلت بشكل ملفت للنظر من شروط الثبات التشريعي ، لعل هذا يعود إلى أن هذه العقود تميل أكثر إلى العقود الإدارية ، ما جعل هذه الشروط تبدو غير مألوفة فيها ، و ما يلاحظ أن ظهور هذا النوع من الشروط كان لاحقا لصدور القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[475] ، و من أهم العقود التي أبرمتها الجزائر و كانت تتضمن شروط الثبات التشريعي ، اتفاقية الاستثمار المؤرخة في 2001/08/05 بين الدولة الجزائرية ممثلة في شخص وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها APSI و شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة شركة ذات مسؤولية محدودة المتصرفة باسم و لحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر ، حيث نصت هذه الاتفاقية بشكل صريح على شرط الثبات التشريعي في المادة 06 [476]تحت عنوان (تغيير التنظيم) كما يلي :

" تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق و الامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية....." و بالإضافة إلى شرط الثبات التشريعي ، جاءت الفقرة الثانية لتكرس شرط التدعيم التشريعي[477] كما يلي : " .....إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية ."[478]

---

[475] أنظر : المادة 15 من القانون 01-03 المتعلق بترقية الاستثمار السالف الذكر

[476] أنظر : اتفاقية الاستثمار المؤرخة في 2001/08/05 بين الدولة الجزائرية ممثلة في شخص وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها APSI و شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة شركة ذات مسؤولية محدودة المتصرفة باسم و لحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر ، و التي تمت الموافقة عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 2001/12/20 ، ج ر عدد 80 ، 2001 .

[477] أنظر : وليد لعماري ، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي ، المرجع السابق، ص 343 .

[478] و يعتبر شرط التدعيم التشريعي استثناء على تطبيق شرط الثبات التشريعي في حال ما إذا كان القانون الجديد و المتعلق بالعلاقة التعاقدية التي أبرمها المتعاقد الأجنبي يحمل في طياته امتيازات و حقوق أفضل ، مما يستدعي منحه فرصة للاستفادة من هذه الحقوق و الامتيازات والتي لم تكن موجودة في ظل قانون العقد.

و كذلك عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و الشركة الدولية (سيدار) و المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ : 2007/01/28 ، حيث جاء في البند 05 من العقد : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات و الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن تكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية "[479] ، و العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة K.S.C و في المادة 05 من الاتفاقية جاء شرط الثبات التشريعي كما يلي : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن تكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية " [480].

و بنفس الوتيرة أصبح شرط الثبات التشريعي في العقود التي تبرمها الحكومة الجزائرية ، حتمية عقدية ، حيث جاء في المادة 03 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة A.T.M للاتصالات : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات و الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن تكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية " [481].

و استمرت الحكومة الجزائرية بإبرام العقود المتضمنة شروط الثبات التشريعي ، إلى غاية توقيع اتفاقية استثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI ، و الشركة الأجنبية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited ، و التي جاء في مادتها السادسة تحت عنوان (تغيير التنظيمات) : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات و الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية ....." [482].

و أضاف الأطراف في هذه الاتفاقية أيضا شرط التدعيم التشريعي في متن الفقرة الثانية من المادة السادسة السابقة الذكر كما يأتي : " .....كما أنه يمكن لشركة المشروع ، و بطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب على مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ "[483].

---

[479] أنظر : عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و الشركة الدولية (سيدار) ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

[480] أنظر : العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة K.S.C ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

[481] أنظر : اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة A.T.M للاتصالات ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

[482] اتفاقية استثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI ، و الشركة الأجنبية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

[483] يبدو أن الصياغة التشريعية لشروط الثبات التشريعي لم تتغير كثيرا في جميع الاتفاقيات و العقود التي أبرمتها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI مع الأطراف الأجنبية ، غير أنه يجدر الإشارة إلى أن شروط التدعيم التشريعي في نظرنا تخضع النص التشريعي في حد ذاته لرغبة المتعاقد الأجنبي في تطبيقه أو

و في نفس السياق جاءت اتفاقية الاستثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة Arcades de Skikda (A.D.S) ، حيث و في البند 06 تحت عنوان (تغيير التنظيمات) لتكرس مبدأ ي الثبات و التدعيم التشريعيين كما يلي : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات و الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية .كما أنه يمكن لشركة المشروع ، و بطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب على مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ" [484].

و تواصلت الإرادة التشريعية في تضمين عقود الدولة بشروط الثبات التشريعي ، حيث في اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و الممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و الشركة الأجنبية KAHRAMA ، و في المادة 04 من الاتفاقية : " طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المذكور أعلاه فإن المراجعات و الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية .كما أنه يمكن لشركة المشروع ، و بطلب صريح منها ، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب على مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ"[485] .

الفرع الثاني

شروط الثبات التشريعي في العقود المقارنة

لم تعد شروط الثبات التشريعي حكرا على بعض العقود ، بل أصبحت حتمية عقدية في معظم الدول النامية ، و اكتسبت هذه الشروط طابعا عالميا في عقود الدولة ، و هذا ما يرجح فرضية اندماجها في المبادئ العامة للقانون الدولي ، و يمكن الاصطلاح عليه بمبدأ الثبات التشريعي بغض النظر عن مؤيديه أو مناهضيه .

وقد وردت شروط الثبات التشريعي لأول مرة في عقد الامتياز المبرم بين شركة Lena البريطانية والاتحاد السوفياتي سابقا في عام 1925 ، حيث جاء في البند 76 من هذا الاتفاق : " عدم إجراء أي تعديل في الاتفاق سواء

استبعاده ، فهذه الشروط يمكن أن تكون فعالة و ذات جدوى في فترة زمنية محددة ، و ما يمنح من امتيازات و حقوق بموجب قانون معين و في فترة زمنية معينة له خصوصيته لا يمكن أن يكون محلا للتعميم على كل الاستثمارات و التي قد تختلف في أهميتها الاقتصادية ، و هذا ما يجعل هذه الشروط مثيرة للجدل.

[484] أنظر : اتفاقية الاستثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة Arcades de Skikda (A.D.S) ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

[485] أنظر : اتفاقية الاستثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و الشركة الأجنبية KAHRAMA ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

كان بموجب أمر أو مرسوم أو تصرف آخر انفرادي إلا بموافقة شركة Lena"[486]. وجاء في عقد الامتياز المبرم بين الشركة السويدية Svenska Tandstiks Aktiebolaget والحكومة اليوغسلافية في عام 1929 و جاء في العقد وجوب التزام الحكومة اليوغسلافية بعدم المساس بالعقد بأي وسيلة كانت سواء تشريعيا أو تنظيميا ،و جاء هذا الشرط لأن القانون الاتحادي السوفياتي كان ينص على إمكانية التأميم للمنفعة العامة في ظل أو الاشتراكية الشيوعية[487].

كما وردت شروط الثبات في اتفاقية الامتياز المنعقدة بين الحكومة الإيرانية و الشركة الأنجلو إيرانية عام 1933 ، و بالتحديد في البند 21 كما يلي : " بموجب الشرط الذي تم إدراجه في هذا العقد لا يمكن للحكومة الإيرانية بأي حال من الأحوال التعذر بمقتضيات التأميم لوضع نهاية لهذا الامتياز "[488].

و في الفترة الممتدة من 1955 إلى غاية 1971 أبرمت الحكومة الليبية مجموعة من عقود الامتياز مع الشركتين الأمريكيتين California asiatic oil company و Texaco overseas petroleum company و صيغت بنود العقود حسب العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر في عام 1955 ، و جاء الحديث عن شرط الثبات التشريعي في البند 16 [489]من هذه العقود كما يلي : " تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق ، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف. و يتم تفسير هذا الاتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول و اللوائح السارية لحظة التوقيع على هذا الاتفاق الذي تبنى التعديل ألذي بناءا عليه أدرجت المادة 121 في عقد الامتياز. و أي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين و اللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد و التي تقررت للشركة بمقتضاه ، طالما تمت دون رضائها "[490].كل مرة تقوم فيها الحكومة بتعديل قانون البترول الليبي ، ينعكس بشكل فوري على العقد باتفاق الأطراف ، و كانت جميع التعديلات محل اتفاق بين الحكومة و الشركتين الأمريكيتين إلى غاية قرار التأميم الصادر بموجب القانون 1973/66 بتاريخ 1973/09/01 و الذي أعلنت من خلاله الحكومة الليبية تأميم الشركتين الأمريكيتين دون سواهما من الشركات الأجنبية بنسبة 51 % من الأموال و الحقوق و الأصول التي تتمتع بها الشركتين بموجب عقد الامتياز[491].

و في 11 /1974/02 أصدرت الحكومة الليبية القرار رقم 11 لسنة 1974 والمتضمن تأميم كل الأموال و الحقوق و الأصول المملوكة للشركتين و إحالتها على الهيئة الوطنية للبترول. ومنهما بدأت القضية التحكيمية المشهورة باسم : Texaco و التي جاء الحكم فيها بمشروعية شروط الثبات التشريعي[492].

---

[486] decree or an unilateral act except Lena's consent " Not to make any alterations in the agreement by order; Article 76 : " See : Lena Goldfield V. USSR, Award , 1930 , Para.18.

[487] stabilization clauses in international investment law (a sustainable development approach) , See Jola Gjuzi , Springer edition , Albania , 2018 , p.28.

[488] Article 21 : " was inserted with the specific of making it legally impossible for the government of Iran to put an end to the concession by such measure of nationalization " See : Jola Gjuzi ,same, p.28.

[489] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 208 .

[490] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 373 .

[491] أنظر: حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 373 .

[492] أنظر: بشار محمد الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 208 .

و بعد ذلك ورد شرط الثبات التشريعي في المادة 14 من عقد الامتياز المبرم بين شركة Petroleum Development (Trucial coast) و إمارة أبو ظبي في عام 1939 و جاء نص المادة كالآتي : " لا يجوز للحاكم بأي تشريع خاص أو عام أو بأية تدابير إدارية أو بأي وسيلة أخرى إلغاء هذه الاتفاقية بخلاف ما هو منصوص عليه في الفقرة (ب) من هذه المادة. لا يجوز إجراء أي تعديلات في شروط هذه الاتفاقية إما عن طريق الحاكم أو من قبل الشركة إلا بعد الاتفاق بين الطرفين على أن يصب هذا التعديل في مصلحة الطرفين"[493].

ثم تلاه عقد الامتياز الذي أبرمته الكويت مع شركة Aminoil و الذي ثار بسببه نزاع بين الطرفين ، و لأن هذا العقد كان يحوي في بنوده شروطا للثبات التشريعي ، جاء منطوق حكم هيئة التحكيم في هذه القضية و بالضبط في بيان مدى مشروعية هذه الشروط في عقود الدولة كما يأتي:

" ....إن شروط الثبات ذات مفعول في حماية صاحب الامتياز على وجه الخصوص و هي تعبر عن مبدأ معروف في تفسير التعهدات التعاقدية ..."[494]. وفي العقد المبرم بين دولة غانا و شركة Volta بتاريخ 1962/02/08 نصت المادة 47 منه على ما يلي: "... الاتفاق المعني و كذلك الوثائق الملحقة به قد تم إبرامه و يرتب جميع آثاره وفقا للقانون الغاني الساري المفعول بتاريخ 1962/01/22 " [495].

في تاريخ 1964/02/21 أبرمت حكومة الإكوادور عقدا مع شركة Texaco petroleum وبالضبط في نص المادة 41 تم إدراج شرط الثبات التشريعي كما يلي : " يلتزم الأطراف بقوانين النفط وقت التوقيع على العقد ، تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد ، و تتولى حكم العمليات التي تتم بين الأطراف في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمه "[496]

و جاء في منطوق تحكيم Sapphire الشهير في النزاع الثائر بين الحكومة الإيرانية و الشركة الأجنبية البريطانية الصادر في 1965/03/15 : " بمقتضى الاتفاق المبرم بين الطرفين ، فإن الشركة الأجنبية قدمت لإيران مساعدات مالية و فنية و استثمارات تتضمن مسؤوليات و مخاطر واسعة ، وبالتالي ، يبدو من الضروري أن تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تؤثر في حقوق الأطراف و التزاماتهم و أن يكفل لها الأمان القانوني ، و هو ما يصعب تحققه إذا تم التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله ....."[497].

و يمكن أن نذكر أيضا كمثال عن شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة ، المادة 14 من الاتفاق المبرم بين أندونيسيا و شركة Freeport-indoesiat بتاريخ 1967/04/07 و التي نصت على أنه : " تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الإندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الإندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض و سير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة ....."[498]

---

[493] Reprod , Merkt , 1990 ,p.301.

494 أنظر: تحكيم Aminoil منشور في: I.L.M, Vol 21,1982 ,pp.976-1053 مشار إليه لدى بشار الأسعد، المرجع نفسه، ص 214 .

[495] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المرجع السابق ، ص 307 .

[496] أنظر : بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، مرجع سابق ، ص 123.

[497] Voir : I.L.R ,vol 35,1967 ,pp.136 - 192.

[498] أنظر : عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 157 .

وكذلك في المادة 04 من العقد المبرم بين حكومة موريتانيا مع شركة Texaco Mouritanie الذي تم توقيعه بتاريخ 1971/01/01 ، و التي نصت على ما يلي : " 1- تضمن الحكومة للشركة طوال مدة الاتفاق الحالي ثبات الشروط العامة القانونية و الاقتصادية و المالية و الضريبية التي تمارس الشركة نشاطها في إطارها ، كما هي مستمدة من التشريع و القواعد النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق .....2- إن قانون التعدين تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتفاق و تم إدراجه نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة في الملحق رقم 01 المرفق بهذا العقد و يعد جزءا لا يتجزأ منه .....3-تتعهد الحكومة طوال مدة الاتفاق تجاه الشركة بعدم تطبيق أو إصدار أي تشريع يتضمن بطريق مباشر أو غير مباشر تعديلا لا يتفق مع النصوص التشريعية النافذة في تاريخ إبرام هذا الاتفاق...." [499].و ما يلاحظ على نص هذه المادة أنها قوضت السلطة التشريعية للدولة المتعاقدة بالكامل ، بحيث بالإضافة إلى إخراج العقد من نطاق تطبيق النص التشريعي المستحدث ، تمت مصادرة سلطة الإصدار و هذا ما يتعارض مطلقا مع مبدأ السيادة التشريعية ، حيث كان بالإمكان الاكتفاء بتحديد نطاق النص التشريعي الجديد في مواجهة العقد ، و هو ما سيحقق الهدف من إدراج هذه الشروط في العقد .

و في عام 1977 أبرمت مالي عقدا مع شركة Nucléaires du Générale des matières الفرنسية ، وفي المادة 16 الفقرة الأولى تضمن هذا العقد شرط الثبات التشريعي كما يلي : " تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة و القانونية و الاقتصادية والمالية التي ستعمل الشركة في ظلها ، و ينصرف هذا الضمان إلى التشريعات و اللوائح المطبقة على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجه خاص [500]"

و في أحد العقود المبرمة بين تونس و إحدى الشركات البترولية الأمريكية في عام 1978 :" القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون التونسي، و في حالة نشوب نزاع يفصل المحكمون بموجب قواعد القانون التونسي الحالي " [501]. و في المادة 14 من عقد الامتياز المبرم بين جمهورية الطوغو و شركة مناجم البنين جاء ما يلي : "في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية في جمهورية طوغو المستقلة فإن هذه الأخير تتعهد بأن تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم البنين الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية و حقول المناجم القابلة التصريح بالبحث و الامتيازات الممنوحة للشركة هذا ما لم تتمسك الأخيرة بالأحكام الجديدة " [502].

حاول الباحث من خلال هذا الفرع أن يعكس أهمية شروط الثبات التشريعي كواقع تعاقدي قد يصل في بعض الأحيان إلى حد الحتمية ، لأن هذا النوع من الشروط و طيلة قرن من الزمن ، ترسخ في أوصال عقود الدولة ، حيث أن المتعاقد الأجنبي و دون تفكير يمكن أن يتخلى عن فكرة التعاقد في غياب هذه الشروط ، الشيء الذي يحتم على الدولة

---

[499] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، المرجع السابق ، ص 93 و ما بعدها.

[500] أنظر :بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 204 .

[501] أنظر : عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر بوخشب ، النظام القانوني للاتفاقات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ص 134 .

[502] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 307.

أن تذعن بشكل نسبي لرغبة المتعاقد الأجنبي في إرساء هذه الشروط ضمن العقود المبرمة.و بما أن فكرة الثبات التشريعي قد قطعت شوطا مهما في تاريخ عقود الدولة و أصبحت واقعا ملموسا في هذه العقود على نطاق عالمي ، من الممكن الذهاب بعيدا في واقع هذه الشروط و تخطي مرحلة المفاوضات على إدراجها من عدمه و الاتجاه إلى دمجها في العقود النموذجية الحكومية للدول النامية و الساعية لإبرام عقود تستهدف من خلالها تحقيق المنفعة العامة سواء من خلال استغلال ثرواتها الطبيعية أو من خلال تطوير البنى التحتية.

المبحث الثاني

تشريعات الاستثمـــار

يحظى الاستثمار باهتمام كبير في العملية التنموية في مختلف دول العالم المتقدمة منها و النامية ، لكن أهميته تظهر بشكل جلي في واقع الدول النامية [503]، والاستثمار لغة هو طلب الثمار ، أما اقتصاديا هو : تكوين رأس المال العيني الجديد الذي يتمثل في زيادة الطاقة الإنتاجية و يتضمن أحد المجالات الخاصة بتنفيذ مشروعات جديدة ، أو التوسع في مشروعات قائمة ، أو الإحلال أو الاستبدال " [504].

و عرفه الفقه القانوني على أنه : " انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في استغلالها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و بقصد تحقيق الأرباح المتميزة "[505] . و الاستثمار إما أن يكون عاما أو خاصا إما أن يكون أجنبيا أو وطنيا بحسب مصدر الأموال المستثمرة ، و الاستثمار الأجنبي في حد ذاته ينقسم إلى قسمين أولهما مباشر و الثاني غير مباشر . و بما أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو المنشود من خلال عملية التنمية في الدول النامية نظرا لما ينقله من رؤوس أموال و خبرات فنية و إدارية وتكنولوجية لهذه الدول ، حظي هذا الأخير باهتمام كبير من قبل فقهاء القانون عامة و فقهاء القانون الاقتصادي خاصة ، حيث عرفه أحد الأساتذة على أنه : " الاستثمار الأجنبي المباشر هو هجرة رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى ، من أجل مشاركة ملكية أو إدارة هذه الأصول مع إمكانية استفادة الدول المضيفة من التكنولوجيا الحديثة ، و المهارات التسييرية المصاحبة لتلك الاستثمارات مع الرفع من صادرات الدول المضيفة و تحفيز العجز في ميزان مدفوعاتها ، و رفع معدل النمو الاقتصادي". [506]

---

[503] أنظر : طه خالد إسماعيل ، النظام القانوني لعقود الاستثمار و آليات فض منازعاتها (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2019 ، ص 15 .

[504] أنظر :محمود محمود المكاوي ، الاستثمار في البنوك الإسلامية ، دار الفكر و القانون ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2011 ، ص 84 .

[505] أنظر :عبد العزيز سعد يحي النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر (دراسة قانونية مقارنة) ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، جمهورية مصر العربية ، 2002 ، ص 17 .

[506] أنظر :عبد الكريم كاكي ، الاستثمار الأجنبي المباشر و التنافسية الدولية ، المرجع السابق ، ص 22 .

سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى بيان أهمية التشريع في مجال الاستثمار كبيئة قانونية تتنامى فيها شروط الثبات التشريعي من خلال مطلبين ، المطلب الأول : التشريعات الوطنية للاستثمار ، المطلب الثاني : التشريعات المقارنة للاستثمار .

المطلب الأول

التشريعات الوطنية للاستثمار

قبل الاستقلال لم يكن هناك تشريع متخصص يحكم الاستثمار في الجزائر ، وبعد اكتشاف النفط بكميات كبيرة في الصحراء الجزائرية ، وقعت فرنسا في إشكال قانوني لعدم قدرة قوانينها السارية المفعول آنذاك على تنظيم عمليات استغلال النفط الجزائري ، مما أدى إلى صدور القانون الصحراوي الخاص بالمناطق الصحراوية الجزائرية 1111/58 بتاريخ 1958/11/28 المتعلق بالبحث و الاستغلال والنقل عن طريق الأنابيب للمحروقات السائلة و النظام الجبائي المتعلق بنشاطاتها ، و الذي كان يحوي 86 مادة ، و يبدو أن المادة 26 من هذا القانون تحمل بعض الملامح الغير واضحة لشرط الثبات التشريعي ، حيث جاء في مضمونها :"كما هو محدد في التشريع و التنظيمات السارية المفعول بتاريخ منح الامتياز ، لا يمكن المساس بحقوق صاحب الامتياز أو حقوق شركائه طيلة مدة الاتفاقية إلا باتفاق الطرفين" [507]، و ما يلاحظ في هذا النص أنه متوجه أكثر لفكرة عدم المساس بالعقد ، حيث يحرم الدولة الطرف في العقد من حق التعديل أو الإلغاء من طرفها بالإرادة المنفردة ، وما يمكن طرحه كتساؤل **هل لشرط الثبات التشريعي مساوئ قانونية تشكل عبئا على الدولة مما جعل المشرع الفرنسي على خبرته الكبيرة يغفل هذا النوع من الشروط في عقود الامتياز آنذاك ؟**

و بعد الاستقلال توالت التشريعات المنظمة للاستثمار، وكان على ارتباط وثيق بالنظام الاقتصادي المتبع ، لذلك حاولنا تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع ، الفرع الأول: : تشريعات الاستثمار في الفترة 1962-1976 ، الفرع الثاني : تشريعات الاستثمار في الفترة 1976-1989،الفرع الثالث : تشريعات الاستثمار في الفترة 1989-2001 ، الفرع الرابع : القانون 16-09.

[507] Voir l'article 26 de l'ordonnance 58/1111:" tels qu'ils sont définis par la législation et la réglementation en vigueur à la date d'octroi de la concession, ne peuvent être aggravés pour le titulaire et ses associés pendant la durée de convention sans accord préalable des parties.

الفرع الأول

تشريعات الاستثمار في الفترة 1962–1976

و لعل من أهم الأسباب التي أدت بالمشرع الجزائري للإسراع في إصدار قانون خاص بالاستثمار هو إحالة منازعات العقود البترولية المبرمة في ظل القانون 1111/58 على اختصاص مجلس الدولة الفرنسي[508]، بالإضافة إلى قضية La Trapal التي ربحتها الحكومة الجزائرية ضد الشرطة الفرنسية في محكمة العدل الدولية[509].

أولا : صدور القانون 277/63 المتعلق بالاستثمارات : بعد الاستقلال كانت الدولة الجزائرية ، في أمس الحاجة لعقود الدولة ، و في غياب تشريع متخصص يحقق السيادة الوطنية و الاستقلال القانوني للمؤسسات الجزائرية عن فرنسا ، أصبح القانون 1111/58 غير قادر على تأطير جميع النشاطات الاستثمارية في الجزائر ، ناهيك عن الإرادة السياسية في التطهير من جميع مخلفات الاستعمار بما في ذلك الموروث القانوني ، و كنتيجة لكل هذا صدر القانون 227/63 بتاريخ 1963/07/26 و المتعلق بقانون الاستثمارات[510] و الذي يحوي 37 مادة ، و رغم صياغتها باللغة الفرنسية فقط ، كانت في مجملها نظاما قانونيا متكاملا للتشجيع على الاستثمار[511]، و ظهر فيها لأول مرة شرط الثبات التشريعي بملامح كاملة وبصياغة متفردة ، في العنوان الثالث من هذا القانون تحت تسمية (أحكام مختلفة) نصت المادة 36 منه على مايلي : "Toute modification au présent code ne vaudront que pour l'avenir sans pouvoir jamais imposer aux entreprises installés en application des présentes dispositions des conditions moins avantageuses" و يراد من النص أن التغييرات التي قد تطرأ على هذا القانون لا يراد من خلالها إلا التطبيق مستقبليا ، على أن لا يمس بالمزايا الممنوحة للشركات المنشأة بموجب التنظيمات الحالية ، و ما يوحي بأن النص متعلق بشرط الثبات التشريعي هو ارتباط مبدأ عدم رجعية القوانين بعدم المساس بالحقوق المكتسبة ، غير أن هناك نص آخر صريح للثبات التشريعي للمنظومة الضريبية لكن مؤقتا ، حيث جاء في نص المادة 19 من القانون ما يلي : " بالإضافة للامتيازات الممنوحة بموجب العنوان السابق ، يجوز للشركات المتعاقدة الاستفادة من :1–نظام ضريبي مستقر لمدة لا تتجاوز 15 سنة ابتداء من تاريخ منح الاعتماد ...."[512].

و يرى جانب من الفقه القانوني أن هذا القانون حمل معه رغبة الحكومة الجزائرية في الإبقاء على وجود الشركات الأجنبية كما هي ، بهدف المحافظة على وتيرة النشاط الاقتصادي في البلاد ، و من منظور آخر فالجزائر خرجت من

---

[508] أنظر: المادة 41 من القانون 1111/58 الصادر بتاريخ 1958/11/22 والمعروف بالقانون البترولي الصحراوي الفرنسي .

[509] و تعود ملابسات القضية إلى سنة 1962 حيث أرادت شركة La Trapal الفرنسية مد أنبوب غاز من مدينة حاسي مسعود إلى مدينة بجاية، و حين طلبت هذه الشركة موافقة و مساعدة الحكومة الجزائرية رفضت ذلك ، و بسبب هذا الرفض تمت إحالة القضية للنظر فيها من طرف محكمة العدل الدولية استنادا لما ورد في اتفاقيات إيفيان، و تم الفصل بحكم لصالح الدولة الجزائرية .أنظر : عصام بن الشيخ ، قرار تأميم النفط 1971/02/24 (دراسة للسياق و المضامين و الدلالات) ، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد 06 ، الجزائر، جانفي 2012 ، ص 191 .

[510] أنظر : القانون رقم 277/63 الصادر بتاريخ 1963/07/26 و المتعلق بقانون الاستثمارات ، ج ر عدد 53 ، الصادرة بتاريخ 1963/08/02 .

[511] أنظر :عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص 206 .

[512] Voir l'article 19 du loi N° 63/277 concernant la loi des investissement : "Outre les avantages susceptibles d'être accordés en application du titre précédent, les entreprises conventionnés pourront bénéficier :
1- D'un régime fiscal stabilisé accordé pour une durée déterminée et qui ne saurait excéder 15 ans à compter de la date fixé par l'arrêté d'agrément …."

حرب طويلة باقتصاد حربي و خزينة فارغة ، لذا كان النظام السياسي يبحث عن سبل تمويل سريعة و كفاءات تسييرية و تكنولوجيا إنتاج حديثة . و هناك من يرى من الخبراء الاقتصاديين أن هذا القانون لم يحقق أهدافه لعدة أسباب أهمها عدم تجانس الخيار السياسي المتبع آنذاك مع الواقع الاقتصادي، مع تدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في غياب إطارات مؤهلة و نقص في الهياكل القاعدية [513]. كما يرى جانب من الفقه القانوني الجزائري أن أحكام هذا القانون كانت ليبرالية عكس النظام الاقتصادي الاشتراكي المتبع آنذاك، و هذا من أهم أسباب عدم تحقيق أهدافه[514].

بالرغم من عدم توفر الظروف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية المواتية لتفعيل نصوص هذا القانون في تلك الفترة ، إلا أن النوعية التشريعية للنصوص القانونية المتخصصة كانت واضحة في مضمون القانون 277/63 ، و كفترة انتقالية يمكن القول أن المشرع الجزائري آنذاك قد وضع يده على النقائص و تأكد أن الاستثمار الأجنبي هو الحل للخروج من بوتقة التخلف ، حتى و لو كانت هناك تنازلات كبيرة لصالح الشركات الأجنبية ، إلا أن هذه الخطوة تجسد المرونة التشريعية التي يقتضيها الواقع الاقتصادي و السياسي و الاجتماعي في تلك الفترة ، و هو ما يشكل استثناءا على مبدأ السيادة .

ثانيا : صدور الأمر 284/66 المتعلق بالاستثمارات : لتدارك النقائص التي أحدثها القانون 277/63 من خلال تحديد الإطار القانوني المنظم لتدخل رؤوس الأموال الخاصة في مختلف فروع النشاط الاقتصادي وتحديد الضمانات و الامتيازات الممنوحة للرأس المال الأجنبي ، مع الاعتراف للأجانب بالحق في الاستثمار في القطاعين الصناعي و السياحي ، في محاولة لدعم الطاقة الإنتاجية للبلاد [515] ، خاصة و أن الحكومة الجزائرية دخلت نظام عقود الشراكة البترولية مع مجموعة الشركات الفرنسية المسماة E.R.A.P و هي تجمع للشركات : F.I.N.A و Total و E.L.F[516] كان صدور الأمر 284/66 حتمية تشريعية لتنظيم هذه الشراكة و سد الثغرات القانونية للمشرع الجزائري الفتي.

و ما يثير الانتباه في الأمر 284/66 المتعلق بالاستثمارات أن ديباجته تضمنت فقرة حول الضمانات تحت عنوان عرض الأسباب ، حيث نصت على ما يلي : " من المعلوم أن نجاح سياسة الاستثمار التي تدعو رأس المال الخاص الوطني و الأجنبي إلى الإسهام ، يتوقف على الضمانات التي تؤمن الدولة **ثباتها** ، و التي تقوم هذه الأخيرة بتنفيذها برمتها لصيانة شروط التسيير السليم للاقتصاد الوطني ....."[517].

و يبدو أن المشرع الجزائري قد أشار إلى فكرة الثبات التشريعي منذ بداية القانون في محاولة جديدة لشد أنظار المستثمرين الأجانب إلى أن الضمانات التشريعية ضد الأخطار الغير تجارية مؤمنة من طرف الدولة وبموجب القانون ، و تم دعم الإرادة التشريعية في إقرار الثبات التشريعي و التي تجلت بوضوح في النص السالف الذكر ، بنص المادة 29 من

---

[513] أنظر : عمورة جمال لمجيد ، دراسة تحليلية و تقييمية لاتفاقيات الشراكة العربية الأورو–متوسطية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، فرع تحليل اقتصادي ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2005 /2006 ، ص362 .

[514] أنظر : عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى ، الجزائر، 1999 ، ص6

[515] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص 208 .

[516] أنظر : عصام بن الشيخ ، المرجع السابق ، ص 191 .

[517] أنظر : الأمر رقم 284/66 مؤرخ في 1966/09/15 يتضمن قانون الاستثمارات ، ج ر عدد 80 ، الصادرة بتاريخ 1966/09/17 .

هذا القانون بقولها : " إن التعديلات التي قد تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منافع أدنى ". [518]

و ما يلاحظ على الأمر 284/66 أنه لم يتجاوب مع مخططات التنمية المحددة من طرف الحكومة وقتها في ظل النظام الاقتصادي المتبع آنذاك و الذي كان توجهه اشتراكيا بامتياز [519]. خاصة أن النطاق الزمني لهذا القانون تضمن صدور دستور 1976 والذي تبنى النظام الاشتراكي بنص صريح فحواه أن الاشتراكية خيار لا رجعة فيه[520] ، و يعتبر هذا النص امتداد واضح لنص المادة 10 من دستور 1963 و التي أقر المشرع الدستوري من خلالها أن من بين الأهداف الأساسية للدولة ، تشييد ديمقراطية اشتراكية[521]. و يرى أحد الأساتذة أن فشل هذا القانون راجع بالدرجة الأولى إلى قساوة الأحكام المطبقة على المستثمرين الأجانب ، وكذلك إغفال المشرع لتنظيم تحويل الأجور الخاصة بالعمالة الأجنبية ، و عدم تحديد المدة التي يستوجبها التأميم [522]. و كذلك عدم استقرار الأوضاع السياسية خاصة بعد انقلاب 1965/06/19 .

و في نظر الباحث أن الصياغة القانونية لهذا القانون كانت باستخدام مصطلحات أدبية فضفاضة بعكس نصوص القانون 277/63 و الذي تميز بالدقة القانونية ، و كذلك ما يلاحظ على هذا القانون تجسده في فقرات طويلة أقرب ما تكون للحشو القانوني الذي لا طائل من وراءه ، يبدو أن المشرع الجزائري مازال لم يبلغ سن الرشد التشريعي آنذاك .

الفرع الثاني

تشريعات الاستثمار في الفترة 1976–1989

رغم التعديلات و الامتيازات الغير مسبوقة و التي جاء بها القانون 284/66 ، لم ينعكس أثرها على الواقع الاستثماري ، لأسباب عديدة لعل من أهمها المركزية الإدارية في التسيير الاقتصادي ، لذلك بادرت السلطات العليا في البلاد في تلك الفترة إلى إعادة النظر في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني وسبل تسييره ، و محاولة الانفتاح على رأس المال الأجنبي [523].

و بعد صدور قرار التأميم التاريخي للنفط الجزائري في 24 فيفري 1971 و الذي تمخض عنه الأمر 71–24 الصادر في 1971/04/12 و المتضمن القانون الأساسي للمحروقات الجزائرية ،و الذي أعاد توطين منازعات النفط في القانون

---

[518] و ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يكتفي فقط بتجميد القانون الواجب التطبيق على اتفاق الاستثمار و إنما جعل من الضمانات والامتيازات الممنوحة بموجبه عتبة قانونية لا يمكن النزول عنها ، مع ترك المجال مفتوحا بشكل تصاعدي للاستفادة من منافع عليا في القوانين اللاحقة .

[519] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص 209.

[520] أنظر : المادة 10 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976 .

[521] أنظر : المادة 10 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963 .

[522] أنظر : عماد إشوي و عادل جدادوة ، الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الأول حول : قانون الاستثمار و التنمية المستدامة المنعقد يومي 05 و06 ديسمبر 2012 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الشريف مساعدية بسوق أهراس ، الجزائر ، 2012 .

[523] أنظر : عبد الرحمان تومي ، واقع و آفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، مقال منشور في مجلة دراسات اقتصادية ، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعليمية ، العدد 08 ، جويلية 2006 ، ص 109 .

الجزائري [524]، و الذي تلاه بفترة غير طويلة صدور الدستور الجزائري 1976 و الذي كرس الاشتراكية من بابها الواسع و هو ما أصبح وضعا مقلقا للمستثمرين الأجانب في ظل تصاعد وتيرة التأميم في البلدان النامية ، كانت النتيجة صدور القانون 11/82 بتاريخ 1982/08/21 و المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني .

أولا : القانون 11/82 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني :

كانت من أهم الأهداف المسطرة للقانون 11/82 و المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ، الرفع من طاقة الانتاج الوطني و إنشاء مناصب شغل جديدة و الزيادة في التدخل الوطني بمساهمة الاستثمارات الخاصة المنتجة و العمل على التكامل بين القطاعين العام و الخاص و إعطاء هذا الأخير مساحة أكثر لدفع عجلة التنمية الاقتصادية بما يحقق العدالة الاجتماعية و التوازن الجهوي والوصول بالتنمية للمناطق المحرومة [525]. و الملاحظ على هذا القانون أنه حمل في جعبته ترسانة من الامتيازات و التحفيزات الضريبية ، حيث في المادة 21 منه تقرر الإعفاء التام من الضريبة التجارية والصناعية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات للاستثمارات المنجزة في المناطق المحرومة ، بالإضافة إلى الإعفاء التام من الضريبة العقارية لمدة لا تتجاوز 10 سنوات و كذلك التخليص من الرسم الوحيد الإجمالي عند الإنتاج فيما يخص شراء التجهيزات اللازمة للنشاط الاستثماري ، والاعفاء من حق التحويل بالمقابل وكذلك الإعفاء التام من الرسم على النشاط الصناعي و التجاري و الدفع الجزافي لمدة لا تتجاوز 05 سنوات ابتداء من تاريخ بداية الاستغلال[526] .

و بالنسبة للضمانات القانونية في هذا القانون جاء شرط الثبات التشريعي كضمان ضد الإلغاءات والتعديلات التي يمكن أن تطرأ على القانون في المادة 40 [527]منه حيث نصت على ما يلي :" تظل النشاطات الناتجة عن الاستثمارات المنجزة قبل صدور هذا القانون خاضعة للتشريع المعمول به .....".

وما يلاحظ على هذا النص أنه تضمن فقط ما يخص مبدأ عدم رجعية القانون الحالي دون تحصين المستثمر الأجنبي من التعديلات و الإلغاءات اللاحقة لهذا القانون .

و أمام فشل البرامج التنموية و هيمنة الدولة على القطاع الاقتصادي ، سيطر القطاع العام على الواقع الاقتصادي في هذه الفترة و تفشت البيروقراطية ، مما سبب تأجيل المردود الاستثماري إلى وقت آخر ، الشيء الذي نتج عنه هبوط مستويات تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى أقل مستوياتها منذ الاستقلال ، حيث انحدر مستوى تدفق رؤوس الأموال المخصصة للاستثمار من 400 مليون دولار سنة 1980 إلى -50 مليون دولار سنة 1982 و هي سنة صدور القانون [528].

---

[524] أنظر : عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، دار بوساحة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الرابعة ، سوق أهراس ، الجزائر ، 2017 ، ص 18 .

[525] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص210 .

[526] أنظر : المادة 21 من القانون رقم 11/82 الصادر بتاريخ 1982/08/21 و المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ، ج ر عدد 34 ، الصادرة بتاريخ 1982/08/24.

[527] أنظر : المادة 40 من القانون رقم 11/82 الصادر بتاريخ 1982/08/21 و المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ، ج ر عدد 34 ، الصادرة بتاريخ 1982/08/24.

[528] أنظر : عميروش محند شلغوم ، المرجع السابق ، ص226 .

ثانيا : صدور القانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها :

كخطوة جادة في مجال الشراكة الأجنبية ، جاء القانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها ، ليحدد الإطار القانوني للشراكة مع الأجانب ، وفي ظل تخوف المستثمرين من المنظومة التشريعية الغير مستقرة بسبب الأزمة التي كان يمر بها الاقتصاد الوطني ، و الذي تأثر بالتحولات السياسية التي مرت بها الجزائر في تلك الفترة ، جاء شرط الثبات التشريعي في مادتين متتاليتين من هذا القانون ، حيث نصت المادة 54 على ما يلي : " تظل الشركات المختلطة الاقتصاد التي سبق إنشاؤها خاضعة للتشريع والتنظيم الجاري بهما العمل ، غير أنه يتعين عليها مطابقة قوانينها الأساسية في ظرف سنة واحدة اعتبارا من تاريخ صدور هذا القانون مع الأحكام المنصوص عليها في المواد 22، 25 ، 26 ، 27 ، 28 ، 30 ، 31 من هذا القانون.

و تستمر في الاستفادة من الامتيازات المالية و الجبائية الممنوحة لها قبل صدور هذا القانون اللهم إذا منحت معاملة أفضل تطبق عليها بموجب قوانين المالية طبقا للمادة 19 أعلاه " [529]

و باستقراء بسيط للنص يتبين لنا أن الأمور الشكلية الإجرائية مستثناة من نطاق شرط الثبات التشريعي، و لذلك ألزم المشرع على الشركات المختلطة الاقتصاد المنشأة قبل صدور القانون الجديد مطابقة قوانينها الأساسية مع مضمون هذا الأخير في ظرف سنة من صدور القانون، و هو ما يبين خصوصية القواعد القانونية الإجرائية كجزء من النظام العام.

و في الفقرة الثانية تم تثبيت القواعد القانونية الخاصة بالتحفيزات و الامتيازات الجبائية على ما هي عليه وقت إنشاء الشركات ، مع إمكانية الاستفادة من امتيازات أفضل قد تطرأ في التعديلات التي قد تتضمنها قوانين المالية اللاحقة لهذا القانون. أما المادة 55 من هذا القانون نصت على ما يأتي : " لا يسري هذا القانون على الشركات القائمة و الخاضعة للقانون الجزائري و التي يشرف على مراقبتها أشخاص طبيعيون أجانب أو أشخاص معنويون يوجد مقرهم بالخارج ، و تضل خاضعة للأحكام التشريعية السابقة "[530] .

و الملاحظ أن نية الدولة في تأميم أصول الشركات المختلطة الاقتصاد بقيت قائمة ، حيث في نص المادة 48 من القانون أقر المشرع حق الدولة في استعادة أسهم الطرف الأجنبي بثمنها الحقيقي ، دون تعويض هذا الأخير عن ما لحقته من خسارة أو ما فاته من ربح جراء الاسترداد ، و هو ما لا يمنح الأمان القانوني للمستثمرين الأجانب الذين قد يقدمون على استثمار رؤوس أموال ضخمة[531].

ثالثا : صدور القانون 13/86 المعدل و المتمم للقانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها : رغم الامتيازات و التحفيزات الضريبية و المالية الممنوحة للمستثمرين الأجانب إلا أن المنظومة التشريعية الحاكمة للاستثمار عرفت حركية غير معهودة في هذه الفترة ، و بعد مدة لم تتجاوز أربع سنوات ، عمد المشرع الجزائري إلى تعديل القانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وتسييرها ، بالقانون 13/86 الصادر بتاريخ

[529] أنظر : المادة 54 من القانون 13/82 الصادر في 1982/08/28 و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها ، ج ر عدد 35 ، الصادرة بتاريخ 1982/08/31 .

[530] أنظر : المادة 55 من القانون 13/82 السالف الذكر

[531] أنظر : المادة 48 من القانون 13/82 السالف الذكر

1986/08/19 المعدل و المتمم للقانون السالف الذكر ، و ما يجدر ذكره في هذا التعديل أن المشرع عدل المادة 47 من القانون 13/82 و التي كانت كما يلي : " يجوز للطرف الجزائري قبل انقضاء المدة التعاقدية و خاصة عندما تكون المساهمة التقنية للطرف الأجنبي غير كافية بالنظر إلى التزاماته المحددة في بروتوكول الاتفاق ، أن ينقض التشارك بعد إشعار مسبق للطرف الأجنبي من اثنتي عشر (12) شهرا ، و في هذه الحالة يتولى الطرف الجزائري شراء أسهم الطرف الأجنبي وفقا للشروط المحددة في المادة السابقة "[532] ، و بالرجوع إلى أحكام المادة 46 يتبين لنا أن شراء الأسهم المملوكة للطرف الأجنبي يكون بقيمتها الحسابية[533].

و عدلت المادة 22 من القانون 13/86 المادة 47 لتصبح كما يلي : " يستطيع الطرف الجزائري قبل انقضاء المدة التعاقدية ، و بعد إشعار مسبق يبلغ للطرف الأجنبي قبل إثني عشر (12) شهرا ، أن ينهي الشركة ، و في هذه الحالة يشتري الطرف الجزائري أسهم الطرف الأجنبي وفقا للشروط المحددة في المادة 46 مكرر "[534] ، و بالرجوع إلى المادة 46 مكرر من القانون 13/86 و المستحدثة بموجب المادة 21 من القانون 13/86 يتبين لنا أن تقييم الأسهم المملوكة للطرف الأجنبي و التي ستنتقل ملكيتها للطرف الجزائري عند انقضاء الشركة المختلطة الاقتصاد يكون بناءا على خبرة[535] .

و قد تضمن التعديل الوارد في المادة 22 من القانون 13/86 إمكانية إنهاء عقد الشركة المختلطة الاقتصاد بالإرادة المنفردة للطرف الجزائري و دون التسبيب الذي كان جوازيا في القانون السابق بموجب المادة 47 من القانون 13/82 .

كما أن المادة 25 من القانون 13/86 و التي عدلت المادة 48 من القانون 13/82 و التي كانت تقر حق الدولة في استعادة أسهم الطرف الأجنبي إذا استدعت المصلحة العامة ذلك بثمنها المحاسبي، لتصبح عملية الاستعادة للأسهم المملوكة للطرف الأجنبي مقابل تعويض عادل و منصف[536].

و لكن الوضع لم يتغير حتى بصدور هذا القانون حيث من أهم المعوقات التي اعترضت تحقيق نتائج ملموسة من خلاله ، غياب الثقافة المصرفية لدى المواطن الجزائري و الذي أدى إلى ظهور آفة الاكتناز للأموال خارج البنوك و المصارف ، كما أن عملية تحويل فوائد رؤوس الأموال الخاصة بالشركاء الأجانب لم تحظى بإطار تنظيمي و قانوني ينظمها بشكل فعال ، بسبب بيروقراطية المصارف و البنوك والتعقيدات الإجرائية الخاصة بالمجال المصرفي و التي نتج عنها نزيف لرؤوس الأموال الوطنية و الأجنبية نحو الخارج .[537]

---

[532] أنظر : المادة 47 من القانون 13/82 السالف الذكر .

[533] أنظر : المادة 46 من القانون 13/82 السالف الذكر .

[534] أنظر : المادة 22 من القانون 13/86 الصادر بتاريخ 1986/08/19 ، ج ر عدد 35 ، الصادرة في 1986/08/28 المعدل والمتمم للقانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها .

[535] أنظر : المادة 21 من القانون 13/86 السالف الذكر.

[536] أنظر : المادة 25 من القانون 13/86 السالف الذكر : " تعدل المادة 48 من القانون رقم 13/82 المؤرخ في 28 غشت 1982 المذكور أعلاه ، كما يأتي : « إذا استوجبت المصلحة العامة أ تستعيد الدولة الأسهم التي يحوزها الطرف الأجنبي ، فإنه يترتب على هذا الإجراء قانونا وبمقتضى الدستور ، دفع تعويض عادل و منصف خلال أجل أقصاه سنة واحدة »".

[537] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص211 .

و بالتوازي مع هذا القانون صدر القانون 14/86 بتاريخ 1986/08/19 و المتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب، و الذي شهد انفتاحا غير معهود على رأس المال الأجنبي عن طريق الشراكة الاستثمارية و التي تكون فيها النسبة الغالبة للطرف الوطني بعتبة تقدر ب: 51 % [538]، و من جهة أخرى فتح هذا القانون آفاق التعاقد من خلال الأشكال العقدية الأخرى المرافقة للامتياز ، كعقود تقاسم الإنتاج و عقود الخدمات النفطية ذات المخاطر ، كان الإقبال الأجنبي للاستثمار في قطاع المحروقات محتشما ، حيث أبرمت الجزائر في الفترة ما بين 1986 و1991 خمسة عشر (15) عقدا ، ثلاثة عشر (13) عقدا في مجال التنقيب و عقدين (02) في مجال البحث [539].

و في هذا القانون أيضا ورد شرط الثبات التشريعي في المادة 64 منه كالآتي : " تبقى البروتوكولات أو الاتفاقيات أو عقود الاشتراك في مجال التنقيب و البحث المعمول بها في تاريخ صدور هذا القانون سارية المفعول إلى غاية انقضاء مدة هذه الاتفاقيات أو العقود و ملحقاتها ، ما لم يعبر أحد الطرفين عن رغبته في عكس ذلك و يقبلها الطرف الآخر " [540].

و ما يجدر ذكره أن القانون 14/86 ساهم بشكل كبير في إقبال الشركات المتعددة الجنسيات للاستثمار في قطاع المحروقات من خلال البحث و التنقيب و ذلك بالشراكة مع الشركة الوطنية سوناطراك[541] والتي ستستفيد من الخبرات التقنية و التسييرية لهذه الشركات.

رابعا : صدور القانون 25/88 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية : بعد فترة وجيزة من صدور القانون 13/86 ، صدر القانون 25/88 بتاريخ 1988/07/12 و المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية ، بحجم تشريعي يقدر ب: 15 مادة ، سعيا من الدولة التي زادت وتيرة تدخلها في النشاط الاقتصادي في تلك الفترة إلى مطابقة النشاطات الاستثمارية مع أهداف مخططات التنمية المسطرة آنذاك من قبل الأجهزة الإدارية المختصة ، و الجدير بالذكر أن فكرة الثبات التشريعي أصبحت عرفا تشريعيا لدى المشرع الجزائري ، حيث و في المادة 12 من هذا القانون جاء شرط الثبات التشريعي كما يلي : " تبقى المؤسسات المعتمدة القائمة و المستفيدة من امتيازات جبائية و/ أو مالية بموجب التشريع السابق و لا سيما القانون رقم 11/82 المؤرخ في 21 غشت سنة 1981 المشار إليه أعلاه مستفيدة من هذه الامتيازات بالنسبة للفترات المتبقية و المتعلقة بالإعفاءات والتخفيضات و غيرها من التسهيلات الممنوحة."[542] و في هذه الفترة سعت الجزائر إلى تعزيز الضمانات القضائية للاستثمار من خلال انضمامها الذي شابه

---

[538] أنظر : المادة 24 من القانون 14/86 الصادر بتاريخ 1986/08/19 و المتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب، ج ر عدد 35 ، الصادرة بتاريخ 1986/08/28 .

[539] أنظر : عمورة جمال لمجيد ، مرجع سابق ، ص 366 .

[540] أنظر : المادة 64 من القانون 14/86 المتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، السالف الذكر.

[541] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص213.

[542] أنظر : المادة 12 من القانون 25/88 الصادر بتاريخ 1988/07/12 و المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية ، ج ر عدد 28 ، الصادرة بتاريخ 1988/07/13 .

التحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/05 [543] .

انتهت هذه الفترة بالتعديل الدستوري لسنة 1989 و الذي فتح المجال أمام التعددية الحزبية و ممارسة الديمقراطية ، كما شهد انفتاحا على الرأسمالية والاقتصاد الحر ، و لعل ما لفت انتباهنا خلال تحليلنا لنصوص هذا التعديل الدستوري هو نص المادة 61 منه : "كل المواطنين متساوون في آداء الضريبة . و يجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية حسب قدرته الضريبية .لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون . **لا يجوز أن تحدث بأثر رجعي، أية ضريبة، أو جباية، أو رسم، أو أي حق كيفما كان نوعه.** "[544]

و باستقراء بسيط لنص هذه المادة ، يمكننا أن نستنتج أن سريان الضريبة أو الجباية أو الرسم بأثر رجعي يمكن أن يتحقق إذا كان النشاط الممارس و الذي سيكون محلا لهذه الضريبة أو الجباية أو الرسم مرتبطا بمدة معينة ، بحيث تكفل له الاستمرارية و الانتقال من نطاق زمني لقانون معين إلى نطاق زمني لقانون آخر و هذا الأمر أقرب ما يكون في عقود الدولة التي تتميز بطول المدة و الاستمرارية .

و في نظرنا يجسد هذا النص شرط الثبات الجبائي أو الضريبي و الذي يعد أهم صورة من صور شرط الثبات التشريعي ، و الذي تبين من خلاله أن شرط الثبات التشريعي أصبح مكرسا دستوريا بموجب هذه المادة ، وهو انتقال هام جدا في نظرنا لفكرة الثبات التشريعي من مجرد نص في التشريعات العادية إلى نص في أعلى الهرم التشريعي للدولة ، ليس من خلال دستور واحد و لكن في دستوري 1976 و1989 على التوالي فالمادة 78 من دستور 1976[545] جاءت بنفس الصياغة التي جاءت بها المادة 61 من دستور 1989 المذكورة أعلاه .

[543] أنظر : مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 1988/11/05 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، ج ر عدد 48 ، الصادرة في 1988/11/23 .

[544] أنظر : المادة 61 من المرسوم الرئاسي 18/89 مؤرخ في 1989/02/28 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23 في الجريدة الرسمية الجزائرية ، ج ر عدد 09 ، الصادرة بتاريخ 1989/03/01 .

[545] أنظر: المادة 78 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976 : "كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة. و على كل واحد أن يساهم، حسب إمكانياته، و في إطار القانون، في النفقات العمومية، لسد الحاجيات الاجتماعية للشعب و لتنمية البلاد والحفاظ على أمنها .لا يجوز إحداث أية ضريبة، أو جباية، أو رسم أو أي حق، بأثر رجعي. "

الفرع الثالث

تشريعات الاستثمار في الفترة من 1989 –2001

تميزت فترة التسعينات بحركية سياسية و اجتماعية غير معهودة، حيث كانت الجزائر مسرحا للاحتجاجات الشعبية مع تنامي الوعي السياسي للشباب بعد فتح مجال لإنشاء الأحزاب السياسية بجميع توجهاتها ، و هو ما خلق مناخا غير مستقر للأعمال ، و كانت الحكومة آنذاك تبحث عن مخرج للأزمة من خلال استحداث قوانين جديدة ، كان نتاج هذه الحركة التشريعية من خلال قوانين عديدة.

أولا : صدور القانون 90–10 المتعلق بالنقد و القرض : يرى جانب من الفقه[546] أن هذا القانون حمل معه ملامح أولية لمبدأ حرية الاستثمار من خلال المادتين 181 و182 منه [547] ، حيث عرفت المادتين الشخص المقيم و الغير مقيم من خلال اعتماد المعيار الاقتصادي في ممارسة النشاط ، كل شخص طبيعي أو معنوي يكون مركز نشاطه الاقتصادي في الجزائر يعد بمفهوم المادة 182 مقيما وكل شخص طبيعي أو معنوي يكون مركز نشاطه الاقتصادي خارج القطر الجزائري يعد شخصا غير مقيم بمفهوم المادة 181 ، و يسمح له بتحويل رؤوس الأموال من خارج الجزائر إلى داخلها لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو أحد الهيئات التابعة لها طبقا للمادة 183 من هذا القانون [548]. و يرى جانب من الفقه أن أحكام هذا القانون تتعارض حكما مع أحكام القانون 13/82 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها ، مما يترتب عليه إلغاء هذا الأخير بموجب ما جاء في المادة 214 من القانون 90–10 المتعلق بالنقد و القرض و التي تستوجب إلغاء الأحكام القانونية و التنظيمية التي لا تتماشى مع أحكام هذا القانون [549].

و من أهم القوانين التي تزامنت مع هذا القانون ، القانون 91–21 المؤرخ في 1991/12/04 والمتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، و كانت السلطة الجزائرية آنذاك تعلق على هذا القانون آمال كبيرة في الانفتاح على الاستثمار الأجنبي[550].

و أهم انتقاد وجه لهذا القانون أنه أغفل الامتيازات و التحفيزات التي من الممكن أن يتحصل عليها المستثمرين الأجانب عدا المتعلقة بالجانب المالي الذي يحكمه قانون النقد و القرض ، في حين أن القانون 90–10 المتعلق بالنقد و القرض قد ألغى أهم القيود الواردة على رؤوس الأموال الأجنبية الموجهة للاستثمار و هو ما تم تأكيده من خلال قانون المالية لسنة 1992 فيما بعد[551] .

---

[546] أنظر : سارة محمد ، مرجع سابق ، ص 17.

[547] أنظر : المادتين 181 و 182 من القانون 90–10 الصادر بتاريخ 1990/04/14 و المتعلق بالنقد و القرض ، ج ر عدد 16 ، الصادرة بتاريخ 1990/04/18 .

[548] أنظر : المادة 183 من القانون 90–10 المتعلق بالنقد و القرض السالف الذكر.

[549] أنظر : المادة 214 من القانون 90–10 المتعلق بالنقد و القرض السالف الذكر.

[550] أنظر : عبد الكريم كاكي ، المرجع السابق ، ص212.

[551] أنظر : سارة محمد ، مرجع سابق ، ص 18.

ثانيا : صدور المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار: يعتبر القانون المرسوم التشريعي 93-12 الصادر بتاريخ 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار ، من بين الخطوات المهمة التي وطأ النظام الاقتصادي الجزائري من خلالها نطاق اقتصاد السوق ، حيث ألغيت من خلاله كل القوانين القديمة باستثناء المتعلقة بالمحروقات ، ليرسي أول لبنة صريحة لمبدأ حرية الاستثمار ، حيث نصت المادة 03 منه على ما يلي :" تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع و التنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة ، و تكون هذه الاستثمارات قبل انجازها موضوع تصريح بالاستثمار لدى الوكالة المذكورة أدناه"[552].

و بالحديث عن الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي ، تم إقرار العديد من المبادئ المهمة في معاملة المستثمرين الأجانب لعل من أهمها مبدأ المساواة بين المستثمرين الأجانب و الوطنيين [553] ، وكذلك مبدأ الثبات التشريعي من خلال المادة 39 كما يلي : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[554] ، كما تم استحداث الوكالة الوطنية لترقية و دعم و متابعة الاستثمارات [555] و التي تم تنظيم مهامها و سبل عملها بالمرسوم التنفيذي 94-319 الذي يحدد صلاحيات الوكالة الوطنية لترقية و دعم و متابعة الاستثمارات[556].

و في سنة 1995 انضمت الجزائر إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بعد المصادقة على الاتفاقية الرامية إلى إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات[557] و التي تمت الموافقة عليها بموجب الأمر 95-05 مؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات[558] . كما تمت الموافقة أيضا على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى بموجب الأمر 95-

[552] أنظر : المادة 03 من المرسوم التشريعي 93-12 الصادر بتاريخ 1993/10/05 و المتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر عدد 64 ، الصادرة بتاريخ 1993/10/10 .

[553] أنظر : المادة 38 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

[554] أنظر : المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

[555] أنظر : المادة 07 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

[556] أنظر : المرسوم التنفيذي 94-319 الصادر بتاريخ 17 /1994/10 الذي يحدد صلاحيات الوكالة الوطنية لترقية و دعم و متابعة الاستثمارات ، ج ر عدد 67 ، الصادرة بتاريخ 1994/10/19.

[557] أنظر : المرسوم الرئاسي 345/95 مؤرخ في 1995/10/30 ، المتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/11/05 .

[558] أنظر : الأمر 95-05 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج ر عدد 07 ، الصادرة بتاريخ 1995/02/15.

04 المؤرخ في 1995/01/21 [559] و المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 1995/10/30[560] .

و من أهم الانتقادات الموجهة للقانون 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار : ثقل الإجراءات الإدارية بسبب البيروقراطية و تعدد مراكز القرار و التنازع حول الصلاحيات بالإضافة إلى تعقيدات الحصول على الوعاء العقاري الموجه للاستثمار ، و صعوبة الاستفادة من التمويل و غياب الدعم والمساعدة الإدارية في مرحلة انطلاق المشروع ، و مركزية الجهاز المكلف بالاستثمار.

ثالثا : صدور الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار : إيمانا من المشرع الجزائري أن النتائج المرجوة من التشريع لا تتجسد إلا بتدارك النقائص و التحسينات في كل مرة ، و بعد صدور التعديل الدستوري لسنة 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري ، و الذي كرس مبدأ حرية التجارة و الصناعة بموجب المادة 37 منه بقولها : " حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون " [561]، و استمر في تكريس الوجه التشريعي المتعلق بعدم رجعية القوانين لشرط الثبات التشريعي و الذي جاءت الإشارة إليه في المادة 64 منه بنفس الصياغة في التعديل الدستوري السابق [562]، حيث يتصل هذا بنص المادة الثانية من القانون المدني الجزائري بقولها : " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي " [563] بالإضافة إلى تقييد نزع الملكية للمنفعة العامة و حماية الأجانب و ممتلكاتهم في المادتين 20 و67 على التوالي ، صدر الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار كحصيلة لمختلف التشريعات السابقة التي سارت في اتجاه استقطاب الاستثمار عن طريق وضع ضمانات قانونية و قضائية و مالية ، و في نص المادة 04 منه كرس مبدأ حرية الاستثمار موافقا المادة 37 من دستور 1996 السابقة الذكر [564]و للحفاظ على هذه الضمانات و احتراما لتوقعات المستثمر الأجنبي [565]، جاء نص المادة 15 منه ليكرس من جديد مبدأ الثبات التشريعي كالآتي : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "[566].

---

[559] أنظر : الأمر 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، ج ر عدد 07 ، الصادرة بتاريخ ة1995/02/15 .

[560] أنظر : المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، ج ر عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/11/05 .

[561] أنظر : المادة 37 من المرسوم الرئاسي 438/96 المتعلق بإصدار تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 ، ج ر عدد 76 ، الصادرة بتاريخ 1996/12/08 .

[562] أنظر : المادة 64 من المرسوم الرئاسي 438/96 المتعلق بإصدار تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 ، السالف الذكر .

[563] أنظر : المادة 02 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .

[564] أنظر : المادة 04 من من الأمر 01-03 المؤرخ في 2001/08/20 و المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر عدد 47 ، الصادرة في 2001/08/22 .

[565] أنظر : ليدية دوفان ، آليات احترام توقعات المستثمر الأجنبي المالية ، مقال غير منشور ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح بورقلة ، الجزائر ، دون تاريخ .

[566] أنظر : المادة 15 من الأمر 01-03 المؤرخ في 2001/08/20 و المتعلق بتطوير الاستثمار ، السالف الذكر.

و ما يمكن ملاحظته من نص المادة 15 السالفة الذكر ، أن المشرع الجزائري ميز بين أمرين اثنين وهما المراجعات و الإلغاءات و هو ما طرح فرضية أن يكون النص المراد مراجعته قد يستقر في وضع يحسن المركز القانوني للمستثمر الأجنبي سواء من خلال منحه حجما أكبر من الامتيازات المالية أو الجبائية ، أو من خلال تحصين مكتسباته بحماية أكبر ، و لحل هذا الإشكال جاء سياق النص بإمكانية تطبيق المراجعات الجديدة إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ، و يبدو أن الأمر هنا إجرائي بامتياز ، لأنه لا مجال لاستنباط الإرادة الضمنية للمستثمر الأجنبي مطلقا ، و الاستفادة من التعديلات الجديدة لا تتحقق إلا بمباشرة إجراءات محددة ، و بقي الأمر خاضعا للإجراءات الروتينية الإدارية إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي 08-98 المؤرخ في 2008/03/24 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار و طلب و مقرر منح المزايا و كيفيات ذلك[567] ، و كذلك القرار المؤرخ في 2009/02/17 يحدد إجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا و مكوناتها [568] .

وفي نص المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار خرج المشرع الجزائري عن المصطلحات المعتادة و استخدم مصطلحات أثارت الكثير من الجدل ، حيث نصت المادة 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 "[569] ، و يرى جانب من الفقه القانوني أن مصطلح المصادرة الإدارية يدخل في نطاق القانون الجنائي الإداري في شكل عقوبة إدارية لمخالفة نص أو تنظيم أو لائحة معينة و لا يترتب عليها آداء تعويض للمصادر أمواله ، و هو ما يميزها عن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة[570]. و في رأينا أن المشرع الجزائري كان يقصد نزع الملكية للمنفعة العامة لذلك ربطها بالتعويض المنصف و العادل ، فلا يستقيم منطقيا أن تعاقب الإدارة المستثمر الأجنبي ثم تقوم بتعويضه عن ذلك .

و في نفس النسق جاء نص الفقرة 05 من المادة الثانية من اتفاقية حماية و تبادل و تشجيع الاستثمارات بين الجزائر و فرنسا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 94-01، حيث نصت على:

" يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب و فعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية و التي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية "[571] ، و تشمل القيمة الحقيقية ، القيمة المحاسبية

---

[567] أنظر : المادة 31 من المرسوم التنفيذي 08-98 المؤرخ في 2008/03/24 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار و طلب و مقرر منح المزايا وكيفيات ذلك ، ج ر عدد 16 ، الصادرة بتاريخ 2008/03/26 .

[568] أنظر : القرار المؤرخ في 2009/02/17 يحدد إجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا و مكوناتها ، ج ر عدد 25 ، الصادرة بتاريخ 2009/04/29 .

[569] أنظر : المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، السالف الذكر.

[570] أنظر :كمال سمية ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2003/2002 ، ص 147 .

[571] أنظر : المرسوم الرئاسي 94-01 المؤرخ في 1994/01/02 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعين في مدينة الجزائر بتاريخ 1993/02/13 ، ج ر عدد 01 ، الصادرة بتاريخ 1994/01/02 .

الصافية للاستثمارات بالإضافة إلى الفوائد التي تم تفويت الفرصة للحصول عليها و الخسائر المحتملة التي يمكن أن تحدث بسبب فقدان المشروع الاستثماري .[572]

تم استحداث أجهزة إدارية لتنفيذ السياسة الاستثمارية في الجزائر من خلال القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و هي : المجلس الوطني للاستثمار و الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI بموجب المادتين 18 و 21 على التوالي من هذا القانون [573].

و من أهم الانتقادات التي يمكن توجيهها للأمر 01-03 أنه حمل في طياته فكرتين متناقضتين ، الأولى تكريس مبدأ حرية الاستثمار من خلال تسهيل إجراءاته و الثانية إلزامية تقييده بالأحكام التنظيمية للأنشطة التجارية المقننة.

رابعا : تعديلات الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار : من أهم الأجهزة الإدارية التي استحدثها المشرع الجزائري من خلال الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، المجلس الوطني للاستثمار الذي نظم مهامه بالمرسوم التنفيذي 01-281 المؤرخ في 2001/09/24 و المتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار و تنظيمه و سيره ، و بصدور الأمر 06-08 المؤرخ في 2006/07/15 تم إلغاء المادتين 19 و 20 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و اللتان كانتا تنظمان مهام المجلس الوطني للاستثمار و أبقى على المادة 18 منه و عدلها و تممها بموجب المادة 12 منه[574]، ثم صدر قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وجاء ببعض التعديلات التي تخص الاستثمارات المنجزة و المهيأة للاستفادة من دعم الصندوق الوطني لدعم القرض المصغر ، كما حمل معه تدابير حازمة فيما يخص تنفيذ المشاريع الاستثمارية المستفيدة من امتيازات جبائية تحت طائلة سحب الاعتماد وسقوط الآجال و استحقاق الرسوم و الحقوق فورا ، كما تم إعفاء الشركات من الضريبة على الدخل الإجمالي و الضريبة على الأرباح فيما يخص عمليات التنازل على الأسهم لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، وإعفاء العمليات المتعلقة بالقيم المنقولة والمسجلة في البورصة من حقوق التسجيل لمدة 05 سنوات[575].وبصدور قانون المالية لسنة 2010 بموجب الأمر 09-09 بتاريخ 2009/12/30 عدل نطاق الأمر 01-03 ليشمل الشركات التي تستثمر في حقوق التأليف والسينما والنشاطات الثقافية [576]. وفي نهاية قانون المالية لسنة 2011 والصادر بموجب الأمر 10-13 المؤرخ في 2010/12/29 منحت امتيازات جديدة للاستثمارات التي تعنى بإنتاج المواد الأساسية الاستهلاكية والاستثمارات الخاصة بالمجال السياحي[577]،وفي قانون المالية لسنة 2012 الصادر بموجب القانون 11-16 تضمن تخفيضات تتعلق بضريبة التوظيف البنكي على عمليات إعادة التأمين بهدف تقليل أعباء الشركات الاستثمارية في هذا المجال، بالإضافة إلى رفع حصيلة مداخيل الجباية البترولية في حالة التهرب

---

[572] أنظر : عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، ص 16 و 17 .

[573] أنظر : المادتين 18 و 21 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار السالف الذكر .

[574] أنظر : المادة 12 من الأمر 06-08 الصادر بتاريخ 2006/07/15 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر عدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2006/07/19 .

[575] أنظر : المواد 33 ، 35 ، 58 ، 59 ، 60 ، 61 ، 62 ، 63 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر عدد 44 ، الصادرة بتاريخ 2009/07/26 .

[576] أنظر : الأمر 09-09 الصادر بتاريخ 2009/12/31 و المتضمن قانون المالية لسنة 2010 ، ج ر عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 2009/12/31 .

[577] أنظر : القانون رقم 10-13 مؤرخ في 2010/12/29 المتعلق بقانون المالية لسنة 2010 ، ج ر عدد 80 ، الصادرة في 2010/12/30 .

الضريبي من 100 % إلى 200 % ، مع إقرار تسهيلات كثيرة على الجانب الإجرائي الجمركي[578] ، وعدل قانون المالية لسنة 2013 الصادر بموجب القانون 12-12 نطاق تدخل المجلس الوطني للاستثمار بإعفائه من الاستثمارات التي تقل قيمتها عن مبلغ 1.5 مليون دينار .[579] واستمرت التعديلات حتى في قانون المالية لسنة 2014 و الصادر بموجب القانون 13-08 حيث ألغى العديد من التحفيزات الضريبية التي تخص المشاريع التي تتجاوز 500 مليون دينار جزائري و تقل عن 1.5 مليار دينار جزائري مع إلغاء سقف 5 سنوات كمدة لتأهيل المشاريع و كشرط للاستفادة من التحفيزات[580] ، وكذلك قانون المالية لسنة 2015 الصادر بموجب القانون 14-10 و الذي ركز فيه المشرع الجزائري على منح تحفيزات و امتيازات للمستثمرين الأجانب في المجال الصناعي و كذلك المشاريع الاستثمارية بالمناطق النائية الصحراوية كما وحد نظام الضريبة على الشركات الاستثمارية بنسبة 23 % من الأرباح .[581]

و في قانون المالية لسنة 2016 و الصادر بموجب القانون 15-18 و عقب الأزمة النفطية التي ضربت الاقتصاد الجزائري حيث فقد برميل النفط ما يقارب 45 % من سعره السابق ، قام المشرع بتضمين القانون تدابير جبائية قاسية على المنتوجات المستوردة بجميع أنواعها خاصة منها عتاد الإعلام الآلي وقطع غيار السيارات الموجهة للتركيب في الجزائر و فرض رخص الاستيراد على العديد من المنتوجات أهمها الاسمنت والسيارات السياحية [582].

[578] أنظر : القانون 11-16 مؤرخ في 2011/12/28 المتعلق بقانون المالية لسنة 2012 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2011/12/29.

[579] أنظر : القانون 12-12 مؤرخ في 2012/12/23 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2012/12/29.

[580] أنظر : القانون 13-08 الصادر بتاريخ 2013/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، ج ر عدد 68 ، الصادرة بتاريخ 2013/12/31 .

[581] أنظر : القانون 14-10 الصادر بتاريخ 2014/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2015 ، ج ر عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 2014/12/31.

[582] أنظر : القانون 15-18 الصادر بتاريخ 2015/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2015/12/31 .

الفرع الرابع

قانون الاستثمار 16-09 و المتعلق بترقية الاستثمار

بعد صدور التعديل الدستوري لسنة 2016 تم تأكيد العديد من المبادئ التي تبناها التعديل الدستوري 1996 حيث في المادة 22 تم تأكيد أن نزع الملكية لا يكون إلا في إطار القانون و مقابل تعويض عادل ومنصف ، كما أقر المشرع الدستوري لأول مرة حرية الاستثمار بنص صريح في المادة 43 منه ، و أكد لمرة أخرى على مبدأ عدم رجعية القانون الضريبي كوجه من أوجه شرط الثبات التشريعي في المادة 78 ، ثم كما في كل مرة أقر حماية الأجانب و ملكياتهم في المادة 81 [583].

و بعد مدة وجيزة صدر القانون رقم 16-09 مؤرخ في 2016/08/03 يتعلق بترقية الاستثمار[584] ، تضمن في الفصل الأول من المادة 01 إلى 04 مجال التطبيق و في الفصل الثاني المزايا من المادة 05 إلى المادة 19 ، و في الفصل الثالث أجل الإنجاز في المادة 20 ، و في الفصل الرابع الضمانات الممنوحة للاستثمارات ، حيث أكد مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب و الجزائريين في المادة 21 ، ثم أقر من جديد مبدأ الثبات التشريعي في المادة 22 منه كالآتي : " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون ، التي قد تطرأ مستقبلا ، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة " [585] ، و ما لاحظناه من هذا النص أن الصياغة تغيرت مقارنة مع المادة 15 من القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و التي كانت تنص على ما يلي : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "[586].

و ما تبادر في ذهننا كباحث هو أن نص المادة 15 من القانون 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، قد استثنت الاستثمارات المنجزة في ظل الأمر 01-03 من نطاق تطبيق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على هذا الأمر ، إلا إذا جاء طلب صريح من المستثمر لتطبيق هذه المراجعات أو الإلغاءات على استثماره من أجل أسباب معينة قد تتجسد في نوعية المزايا و التحفيزات المستحدثة في القانون الجديد ، غير أن نص المادة 22 من القانون 16-09 لم يستبعد هذه الاستثمارات من نطاق تطبيق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمارات المنجزة في إطار القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار و إنما أدخلها في نطاق هذه المراجعات و الإلغاءات مع وقف آثارها على هذه الاستثمارات إلى غاية إجازة المستثمر لسريان هذه الآثار عليها من عدمه.

---

[583] أنظر :المواد : 22 ، 43 ، 78 ، 81 من القانون 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 و المتضمن تعديل دستور 1996 ، ج ر عدد 14 ، الصادرة في 2016/03/07 .

[584] أنظر : القانون رقم 16-09 المؤرخ في 2016/08/03 المتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر عدد 46 ، الصادرة بتاريخ 2016/08/03.

[585] أنظر : المادة 22 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

[586] أنظر : المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، السالف الذكر.

و في المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تنبه المشرع الجزائري للخطأ المرتكب في متن نص المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار [587] و استدركه كالآتي : " زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية ، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به . يترتب عن هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف " [588]. و أبقى المشرع الجزائري على الأجهزة المستحدثة لتنظيم الاستثمار في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار بما في ذلك المجلس الوطني للاستثمار و الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع بعض التعديلات في المهام والصلاحيات [589].

مما سبق و كخلاصة لهذا المطلب ،كان سعي السلطة العامة في الجزائر منذ فجر الاستقلال التوجه نحو الاستثمار ، و الذي كان في بادئ الأمر بتحفظ مغبة عودة الاحتلال بشكل شركات عملاقة قد تهيمن على الاقتصاد و البلاد ، ثم بدأ النظام السياسي ينفتح تدريجيا و دائما تحت غطاء دستوري يجعل المساعي التشريعية تتطابق مع التوجهات السياسية و الاقتصادية ، غير أن الأزمات السياسية و الأمنية التي لا مناص منها أثرت سلبا على المردود الاستثماري رغم كل المزايا و التحفيزات التي كان يدلي بها التشريع في كل مرة ، و بمجرد انجلاء العشرية السوداء ، حققت الجزائر مكاسب حقيقية من المشاريع الاستثمارية سواء في مجال النفط أو المناجم أو القطاعات الإستراتيجية الأخرى كالاتصالات و التجارة الخارجية بصفة عامة ، غير أن كل هذا لم يتناسب مع تطلعات الفرد الجزائري ، حيث لم يلمس نتائج المردود الاستثماري في واقعه المعاش ، بل أصبح وضعه يتدهور سواء من ناحية الدخل الفردي أو الخدمات المتدنية ، و لا يمكن بأي حال من الأحوال تحميل المشرع تبعات هذا الفشل الواقعي للاستثمار في الجزائر ، لأن النصوص التشريعية التي نظمت الاستثمار أصبحت ذات نوعية راقية ، نتيجة التراكمية و الاستدراك في كل مرة يتسنى فيها هذا الأمر للسلطة المختصة بالتشريع.

[587] أنظر : المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطير الاستثمار ، السالف الذكر.

[588] أنظر : المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر .

[589] أنظر : المواد 26 و 27 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

المطلب الثاني

التشريعات المقارنة للاستثمار

إن شرط الثبات التشريعي لم يعد فكرة مقصورة على تشريع معين بذاته ، و لكن أصبح ضمانا يكاد يكون عالميا للاستثمار الأجنبي ، و إيمانا منا بأن هذا الشرط قد تخطى مرحلة المفاوضات و أصبح راسخا في عرف عقود الدولة ، حاولنا تبيان فكرة عولمة شرط الثبات التشريعي من خلال إلقاء نظرة خاطفة على عينات من تشريعات الاستثمار في العالم من خلال أربعة فروع ، الفرع الأول : تشريعات الاستثمار في الدول العربية ، الفرع الثاني : تشريعات الاستثمار في الدول الأوروبية ، الفرع الثالث : تشريعات الاستثمار في دول أمريكا اللاتينية ، الفرع الرابع : تشريعات الاستثمار في الدول الآسيوية.

الفرع الأول

تشريعات الاستثمار في الدول العربية

تعتبر الدول العربية من أهم النطاقات الخصبة للاستثمار على جميع الأصعدة لما تتوفر عليه من إمكانات و ثروات طبيعية تؤهلها لذلك ، و هذا ما انعكس بشكل مباشر على السياسة التشريعية العربية في مجال الاستثمار ، ولعل من أول الدول التي أفردت الاستثمار بتشريع خاص هي **الدولة المصرية** الشقيقة ، حيث في سنة 1971 صدر القانون رقم 65 في شأن استثمار المال العربي و المناطق الحرة ، ثم انضمت جمهورية مصر العربية إلى الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971[590] . ثم ألغي القانون رقم 65 لسنة 1971 بالقانون رقم 43 لسنة 1974 ، و في المادة 04 من ديباجة هذا القانون جاء ما يلي : " يلغى القانون رقم 65 لسنة 1971 في شأن استثمار المال العربي والمناطق الحرة كما يلغى أي نص آخر يخالف ما ورد بهذا القانون ويستمر تمتع المشروعات التي سبق إقرارها في ظله بما تقرر لها من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في هذا القانون. أما المشروعات التي سبق إقرارها قبل العمل بالقانون رقم 65 لسنة 1971 المشار إليه فيستمر تمتعها بالمزايا والضمانات التي كانت مقررة لها قبل تاريخ العمل بالقانون المشار إليه"[591]. و يبدو جليا من هذا النص أن المشرع المصري أقر شرط الثبات التشريعي و توارثه عبر قوانين الاستثمار ، و تدارك إغفال هذا الشرط في قانون رقم 65 لسنة 1971 و أشار إليه في القانون 43 لسنة 1974 من خلال المادة 04 من ديباجة القانون . تم إلغاء هذا القانون بالقانون رقم 230 لسنة 1989 و بالضبط في المادة الرابعة من قانون الإصدار جاء ما يلي : " تسرى أحكام القانون المرافق على مشروعات الاستثمار والمناطق الحرة القائمة في تاريخ العمل به، وذلك دون الإخلال بما تقرر لهذه المشروعات من أحكام خاصة وحقوق مكتسبة في ظل تشريعات استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة الملغاة....."

[590] أنظر : دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص 329 .

[591] أنظر : المادة 04 من ديباجة القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن إصدار نظام استثمار المال العربي و الأجنبي و المناطق الحرة.

[592]، و في هذا النص تمت الإشارة لشرط الثبات التشريعي تفصيليا حتى ما تعلق بالحقوق المكتسبة من المشروع الاستثماري. و في سنة 1997 صدر القانون رقم 08 والمتعلق بضمانات و حوافز الاستثمار المصري، و في المادة 03 منه نص القانون على ما يلي:

" لا تخل أحكام هذا القانون بأية مزايا أو إعفاءات ضريبية أو غيرها من ضمانات و حوافز أفضل مقررة بتشريعات أخرى أو اتفاقيات " [593] ، و جاء هذا النص مزدوجا بين شرط الثبات التشريعي و شرط التدعيم التشريعي. و في قانون الاستثمار المصري الحالي الصادر بموجب القانون رقم 72 المتعلق بإصدار قانون الاستثمار لسنة 2017 ، تمت الإشارة لشرط الثبات التشريعي في عدة مواضع أولها المادة الثانية من ديباجة القانون : " لا تخل أحكام هذا القانون والقانون المرافق له بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد الخاصة بها وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها..... كما لا تخل أحكام القانون المرافق بالشروط الموضوعية المقررة بمنح الموافقات والتصاريح والتراخيص المنصوص عليها بأي قوانين أخرى." [594]، و كذلك في المادة 02 من متن القانون و بالضبط في العنصر 06 من الفقرة 03 : " .....6- العمل على استقرار السياسات الاستثمارية و ثباتها ...."، كما تضمنت المادة 04 [595] في فقرتها الخامسة إشارة لشرط الثبات التنظيمي كما يلي : " .....ولا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية أو إجرائية تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها ، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى." ، و كل هذا بالإضافة إلى ضمانات حماية الملكية الخاصة بالمستثمرين الأجانب و التي تشكل الجانب المادي من شرط الثبات التشريعي.

و على غرار المشرعين العرب سعى **المشرع التونسي** إلى استقطاب الاستثمار من خلال القانون عدد 71 لسنة 2016 المتعلق بالاستثمار ، و من خلال تحليلنا لنصوص هذا القانون تراءى لنا أن المشرع التونسي قد أشار لمبدأ الثبات التشريعي من خلال الفصل 29 من هذا القانون و لكن بشكل مقيد ، حيث استوجب بعض الشروط للاستفادة من أحكام شرط الثبات التشريعي و جاء نص الفصل كالآتي : " يتواصل العمل بالامتيازات المالية المنصوص عليها بالفصول 24 و 29 و 31 و 32 و 33 و 34 و 35 و 36 و 42 و42 مكرر و 45 و 46 و 46 مكرر و 47 من مجلة تشجيع الاستثمارات للمؤسسات التي تتوافر على الشروط التالية :

– الحصول على شهادة إيداع تصريح بالاستثمار قبل تاريخ دخول قانون الاستثمار حيز التطبيق.

---

[592] أنظر : المادة الرابعة من القانون 230 لسنة 1989 المتعلق بإصدار قانون الاستثمار ، المؤرخ في 1989/07/20 ، ج ر عدد 29 تابع " أ" ، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية .

[593] أنظر : وسيم حسام الدين أحمد ، قوانين الاستثمار العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2011 ، ص 68 .

[594] أنظر : المادة الثانية من ديباجة القانون رقم 72 لسنة 2017 و المتعلق بالاستثمار المصري .

[595] أنظر : المواد 2 و 4 من القانون رقم 72 لسنة 2017 و المتعلق بالاستثمار المصري.

-الحصول على مقرر إسناد امتيازات مالية ودخول الاستثمارات طور النشاط الفعلي في أجل أقصاه سنتان من تاريخ دخول قانون الاستثمار حيز التطبيق " [596]، كما جاءت إشارة لشرط الثبات التشريعي في الفصل 30 من هذا القانون كالآتي : " 1) يتواصل العمل بأحكام الفصول 63 و 64 و 65 من مجلة تشجيع الاستثمارات بالنسبة إلى الامتيازات المنتفع بها على أساس المجلة المذكورة .

2) تبقى أحكام الفصول 3 و 5 و 6 و 7 و 8 من القانون عدد 21 لسنة 1990 المؤرخ في 19 مارس 1990 المتعلقة بمجلة الاستثمارات السياحية سارية المفعول "[597].

و ما يلاحظ على المشرع التونسي أنه ركز على مدى فعالية الاستثمار للاستفادة من أحكام القانون الذي نشأت فيه الاستثمارات المعنية بالثبات التشريعي من جهة ، و من جهة أخرى استثنى الاستثمارات السياحية من نطاق القانون الجديد لما يمكن أن تقدمه للاقتصاد التونسي ، و هذه مرونة تشريعية تحسب للأشقاء في الجمهورية التونسية الشقيقة.

و كذلك ما ورد في ميثاق الاستثمار في **المملكة المغربية الشقيقة** و الصادر بموجب الظهير الشريف رقم 1.95.213 مؤرخ في 1995/11/08 المتعلق بتنفيذ القانون الإطار 95-18 بمثابة ميثاق للاستثمارات و بالتحديد في المادة 23 منه : " يحتفظ بالحقوق التي اكتسبها المستثمرون فيما يخص المنافع التي يستفيدون منها عملا بالنصوص التشريعية المتعلقة بتدابير التشجيع على الاستثمار. ويظل العمل جاريا بالمنافع المذكورة إلى غاية انصرام المدة التي منحت من أجلها ووفق الشروط المقررة لذلك." [598]

و في القانون رقم 05 لسنة 1426 هـ الموافق 1996 م و المتعلق بقانون تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية الليبي في **الجماهيرية الليبية الشقيقة** جاء نص المادة الخامسة و العشرون ليؤكد على شرط الثبات التشريعي كالآتي : " تتمتع الاستثمارات الأجنبية القائمة بموجب تشريعات سابقة عند صدور هذا القانون بالمزايا و الإعفاءات الواردة بأحكامه " [599] . و هو ما تم إعادة التأكيد عليه في المادة 30 من القانون رقم 09 لسنة 1378 و. ر الموافق لـ 2010 مسيحي بشأن تشجيع الاستثمار كالآتي : " .... و تسري أحكام هذا القانون على كافة المشروعات الاستثمارية والوقائع و التصرفات المتعلقة بها و القائمة بموجب القوانين السالفة الذكر في هذه المادة وقت صدور هذا القانون ، و ذلك دون مساس بالمزايا و الإعفاءات الممنوحة قبل صدوره .... "[600].

و في دولة **موريتانيا الشقيقة** خرج المشرع الموريتاني عن المألوف فيما يخص شرط الثبات التشريعي في مدونة الاستثمار الموريتانية الصادرة بموجب القانون رقم 52 /2012 ، حيث نصت المادة 05 من المدونة تحت عنوان (

---

[596] أنظر : الفصل 29 من القانون عدد 71 المؤرخ في 2016/09/30 و المتعلق بقانون الاستثمار التونسي ، الرائد الرسمي عدد 82 ، الصادر بتاريخ 2016/10/07 .

[597] أنظر : الفصل 30 من القانون عدد 71 المؤرخ في 2016/09/30 و المتعلق بقانون الاستثمار التونسي ، السالف الذكر.

[598] أنظر : المادة 23 من القانون الإطار رقم 95-18 الصادر بموجب الظهير الشريف عدد 1.95.213 المؤرخ في 1995/11/08 بمثابة ميثاق للاستثمارات ، ج ر عدد 4335 ، المؤرخة في 1995/11/29 ، ص 3030 .

[599] أنظر : وسيم حسام الدين أحمد ، المرجع السابق ص 50 .

[600] أنظر : المادة 30 من القانون رقم 09 لسنة 1378 و. ر الموافق لـ 2010 مسيحي بشأن تشجيع الاستثمار، الصادر في سرت بتاريخ 13 صفر 1378 و.ر الموافق لـ 28 أي النار 2010 مسيحي.

ضمان استقرار الشروط) على مايلي : " تضمن الدولة للمقاولات استقرار الشروط القانونية والجبائية و الجمركية الممنوحة لمدة عشرين (20) سنة إبتداءا من تاريخ منح إفادة الاستثمار .و مع ذلك يستفيد المستثمر تلقائيا من أي تغيير ملائم في الشروط الجبائية أو الجمركية خلال فترة صلاحية الاعتماد " [601] ، و بالإضافة إلى ورود شرط الثبات التشريعي بلفظ صريح ارتبط هذا الشرط بمدة زمنية معينة و هي عشرين (20) سنة و هو ما يفتح مجالا لإمكانية تصنيف شروط الثبات التشريعي زمنيا إلى محددة و مطلقة ، و حين بحثنا عن الحكمة من اختيار مدة عشرين (20) بالتحديد تبين لنا في المادة 25 من المدونة أن الفترة القصوى لتأسيس الاتفاقيات هي عشرين سنة [602].

و في السودان و بالضبط في ولاية الخرطوم صدر القانون الولائي رقم 09 لسنة 2015 م المتضمن قانون تشجيع الاستثمار بولاية الخرطوم لسنة 2015 م ، و في نص المادة 32 منه وردت إشارة ضمنية لشرط الثبات التشريعي كالآتي : " على الرغم من أحكام أي قانون آخر لا يجوز لأي جهة إدارية الامتناع عن تنفيذ الميزات و الضمانات الممنوحة بموجب هذا القانون " [603] ، و من أهم القرائن القانونية على اعتقادنا بهذه الدلالة الضمنية على شرط الثبات التشريعي هو لفظ (أي قانون آخر) و هو ما يرجح إمكانية أن يكون هذا القانون الآخر ، قانون يطرأ في المستقبل يمكن أن يلغي أو يعدل المزايا الممنوحة بموجب هذا القانون ، و بالتالي ثبات القانون الحالي في مواجهة الإلغاءات والمراجعات اللاحقة .

و في **دولة الكويت الشقيقة** يتم تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي بموجب القانون رقم 08 لسنة 2001 و الذي جاء في المادتين 09 و 10 منه عدم إمكانية مساس القانون الحالي بالمزايا الممنوحة للاستثمارات الناشئة في ظل القانون السابق و كذلك عدم إمكانية مساس التعديلات اللاحقة بالمزايا الممنوحة للاستثمارات المشمولة بالقانون الساري المفعول ، باستثناء التوسعات في الاستثمارات القائمة وقت دخول القانون الحالي حيز التطبيق.[604]

و في **دولة الإمارات** ينظم الاستثمار الأجنبي المباشر بمرسوم قانون اتحادي رقم 19 لسنة 2018 ، وفي نص المادة 17 تحت عنوان (مشاريع الاستثمار الأجنبي المباشر القائمة) في الفقرة 01 ورد شرط الثبات التشريعي كما يلي : " يحتفظ مشروع الاستثمار الأجنبي المباشر القائم قبل سريان أحكام هذا المرسوم بقانون بجميع المزايا المقررة له ، و ذلك

---

[601] أنظر : المادة 05 من القانون 2012/52 المؤرخ في 2012/07/31 المتضمن مدونة الاستثمارات الموريتانية .

[602] أنظر : المادة 25 من القانون 2012/52 المتضمن مدونة الاستثمار الموريتانية ، السالف الذكر .

[603] أنظر : المادة 32 من القانون الولائي رقم 09 المتضمن قانون تشجيع الاستثمار بولاية الخرطوم لسنة 2015 ، المؤرخ في 2015/03/26 .

[604] أنظر : المادتين 09 و 10 من القانون رقم 08 الصادر بتاريخ 2001/04/17 و المتضمن قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت لسنة 2001 .المادة 09 : " مع عدم الإخلال بأحكام المادة الثالثة من هذا القانون ، تسري أحكامه على الاستثمارات القائمة العائدة لرأس المال الأجنبي ، وفقا لنصوص هذا القانون ، **على ألا تقل المزايا و الإعفاءات و الضمانات التي تمنح بموجب أحكامه عما هو مقرر من قبل** ، و تقدم طلبات المستثمر الأجنبي للاستفادة من المزايا المنصوص عليها في هذا القانون إلى لجنة الاستثمار للنظر فيها." المادة 10 : " لا يسري في حق المستثمر الأجنبي المرخص له طبقا لأحكام هذا القانون أي تعديل في هذه الأحكام يمس مصالحه ، و تستثنى من ذلك أي توسعات في استثمار قائم تتم بعد سريان التعديل ".

طبقا للتشريعات و الاتفاقيات و العقود المستمدة منها ، و ذلك خلال المدة المحددة في تلك التشريعات أو الاتفاقيات أو العقود "[605] .

و كذلك المادة 18 من القانون رقم 01 لسنة 2019 و المتعلق بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي في **دولة قطر العربية** و التي تضمنت شرط الثبات التشريعي كما يلي :

" لا تخل أحكام هذا القانون بالمزايا و الإعفاءات الضريبية و غيرها من الضمانات و الحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به ، و تظل هذه الشركات و المنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات و الحوافز ، و ذلك وفقا للتشريعات و الاتفاقيات و العقود المستمدة منها "[606].

و في **دولة العراق** وبموجب قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم 02 لسنة 2010 والقانون رقم 50 لسنة 2015 يتم تنظيم النشاطات الاستثمارية و استقطابها ، و جاء نص المادة 13 منه كما يلي : " أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات و الحقوق المقررة بموجبه "[607].

كانت هذه أهم المحطات التشريعية في مجال الاستثمار في القوانين الداخلية للعديد من الدول العربية الشقيقة و التي لمسنا من خلالها إجماعا تشريعيا على شرط الثبات التشريعي ، قد تختلف الصياغات و قد يختلف نطاق هذا الشرط بين مطلق و محدد و قد تكون الإشارة إليه صريحة أو ضمنية ، لكن ما استقر عليه الوضع التشريعي الخاص بالاستثمار هو كون مبدأ الثبات التشريعي أصبح راسخا في الواقع القانوني الاقتصادي لهذه الدول ، على اعتبار أنها مناخ اقتصادي خصب للاستثمار الأجنبي والكثير من هذه الدول أصبح في طليعة الدول النامية بسبب مردود الاستثمار فيها و لعل أهم مثال يضرب في الدول العربية هو دولتي الإمارات العربية المتحدة و قطر ، فكلاهما أصبحتا تنافسان الغرب من حيث المردود الاستثماري خاصة في المجال السياحي و المصرفي و الإعلامي ، و لا نريد تعليق هذا النجاح بأي حال من الأحوال على شماعة الثبات التشريعي ، لكن المنظومة التشريعية في أي دولة كل لا يجزأ ، و ما شروط الثبات التشريعي في هذه الأنظمة القانونية إلا واجهة آمنة و مطمئنة قد تدفع المستثمر لخوض غمار العملية الاستثمارية ضنا منه أن القاعدة التشريعية ثابتة و مستقرة و مهيأة للاستثمار .

---

[605] أنظر : المادة 17 من المرسوم بقانون الاتحادي رقم 19 المؤرخ في 2018/09/23 بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر في دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 2018 .

[606] أنظر : 18 من القانون رقم 01 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2019/01/07 و المتعلق بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي في دولة قطر العربية .

[607] أنظر : المادة 13 من القانون رقم 13 لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم 02 لسنة 2010 و القانون رقم 50 لسنة 2015 المتعلق بتشجيع الاستثمار في العراق . مشار إليه لدى وسيم حسام الدين أحمد ، المرجع السابق ص 255 .

الفرع الثاني

تشريعات الاستثمار الأوروبية

إن ارتباط شروط الثبات التشريعي بعقود الدولة أدى إلى ارتباطها بشكل متعدي بالتنمية الاقتصادية لأنها من أهم أهداف هذه العقود ، لذلك نادرا ما نجد لها أثرا في التشريعات الأوروبية على اعتبار أن هذه الدول تخطت مرحلة التنمية بمراحل كثيرة ، و بالرغم من كل هذا بقيت هذه الدول تستقطب الاستثمار بشتى السبل و لكن بعيدا عن المساس بالسيادة التشريعية لهذه الدول ، و في **قانون الاستثمار الفرنسي** عثرنا على نص قد يشكل في نظرنا صورة متكاملة لشرط الثبات التشريعي ، وفي المرسوم رقم 2018/514 المؤرخ في 25 جوان 2018 المتعلق بالامتيازات الممنوحة من طرف الدولة لمشاريع الاستثمار ، جاء في المادة 18 أن المواد من 3 إلى 8 من المرسوم رقم 99-1060 المؤرخ 16 ديسمبر 1999 و المتعلقة بالامتيازات الممنوحة من قبل الدولة الفرنسية للمشاريع الاستثمارية[608] و تبقى سارية المفعول على طلبات الحصول على الامتيازات المقدمة قبل تاريخ 01 أكتوبر 2018[609].

و بهذا تبقى المشاريع المنشأة في ظل القانون 99-1060 تتمتع بالامتيازات الممنوحة بموجبه متى كان طلب الحصول على الامتيازات مقدما للمصالح المعنية قبل تاريخ 01 أكتوبر 2018 و الذي يمثل تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق فيما يخص الامتيازات الممنوحة للمشاريع الاستثمارية .

و في **جمهورية بيلاروسيا (جمهورية روسيا البيضاء)** حاولت الحكومة حماية المستثمرين الأجانب من حركة التشريعات التي قد تمس الحقوق المكتسبة للمستثمرين أو تزيد من الالتزامات العقدية أو الضريبية الملقاة على عاتقهم ، تم إصدار القانون رقم 14 المصادق عليه من طرف البرلمان البيلاروسي بتاريخ 2001/06/22 و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2001/10/09 والمتعلق بالاستثمار ، جاء في نص المادة 79 الفقرة 02[610] منه أن الالتزامات و الامتيازات المستحدثة في القانون الجديد لا يمكن أن تمس بأي

---

[608] أنظر : المرسوم 99-1060 المؤرخ في 16 ديسمبر 1999 المتعلق بالامتيازات الممنوحة من طرف الدولة الفرنسية للمشاريع الاستثمارية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية ، https://www.legifrance.gouv.fr/ ، 2020/04/20 ، 17:23 .

[609] Voir : l'article 18 du décret N° 2018-514 du 25 juin 2018 relative aux subventions de l'état pour les projets d'investissement :" Les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 1er octobre 2018. Toutefois, les articles 3 à 8 du décret no 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'État pour des projets d'investissement demeurent applicables aux demandes de subvention reçues avant le 1er octobre 2018." , J.O N° CPAB1730362D , du 27 juin 2018 . https://www.legifrance.gouv.fr/, 20/04/2020 , 17:30.

[610] Artykuł 79 ust.2 Kodeksu stanowi: „W tym wypadku, kiedy akty ustawodawcze Republiki Białoruś, przyjęte po stworzeniu komercyjnej organizacji z udziałem inwestycji zagranicznych, pogarszają sytuację i warunki działalności dla inwestorów zagranicznych i stworzonych z ich udziałem komercyjnych organizacji z inwestycjami zagranicznymi (tzn. są nałożone na nie dodatkowe lub powiększone obowiązki w porównaniu z istniejącymi wcześniej; ewentualnie komercyjne organizacje z inwestycjami zagranicznymi lub inwestorzy zagraniczni są ograniczeni w niektórych prawach lub pozbawieni praw, które nabyli), wówczas do inwestorów zagranicznych, komercyjnej organizacji z inwestycjami zagranicznymi i inwestycji zagranicznych w ciągu pięciu lat będzie miało zastosowanie ustawodawstwo, które działało w dniu rejestracji komercyjnej organizacji z inwestycjami zagranicznymi. Te zasady nie rozciągają się na zmiany aktów ustawodawstwa Republiki Białorusi w dziedzinie zabezpieczenia obronności, bezpieczeństwa ekologicznego i ochrony zdrowia obywateli Republik Białorusi” , https://docplayer.pl/69482041-Ruch-prawniczy-ekonomiczny-i-socjologiczny-rok-lxiv-zeszyt-jury-struczewski.html , 20/04/2020 , 16:05

حال من الأحوال من الامتيازات و الحقوق و الالتزامات الضريبية التي نشأت هذه المشاريع في ظلها [611].

أما في **القانون الإيطالي** ورد مبدأ الثبات التشريعي في الشريعة العامة الإيطالية ، حيث و في المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي أورد المشرع الإيطالي حماية للتوقعات المشروعة لأطراف العقد وحماية للحقوق المكتسبة بما يكفل الاستقرار التشريعي للمعاملات[612]، و في قانون الاستثمار رقم 24 **لدولة المجر** الصادر في عام 1988 و في المادة 46 منه و بالتحديد في الفقرة الثانية تم تقرير استمرارية سريان أحكام القرارات التنظيمية الخاصة بتنظيم ترخيص شركات الاستثمار الأجنبية حتى بعد دخول القانون الجديد حيز التنفيذ [613].

و بشكل استثنائي تفرد **المشرع البلجيكي** في قانون رقم 2016/03373 و المتعلق بإجراءات الحصول على ترخيصات لنشاطات تقديم خدمات الاستثمار و إنشاء الشركات و مراقبتها و إدارة المحافظ والاستشارات الاستثمارية المؤرخ في 2016/10/25 ، و بالتحديد في المادة 184 منه و التي جاء فيها : " يمكن للملك تكييف الأحكام الواردة في تشريعات أخرى و المتعلقة خصوصا بالأحكام التشريعية المحددة في قانون 06 أفريل 1995 و المتعلق بالقانون الأساسي لمراقبة مؤسسات الاستثمار أو بمراسيمه التنفيذية ، ووضعها بشكل يوافق أحكام القانون الحالي و مراسيمه و تنظيماته التطبيقية "[614] .

---

le texte a été traduis par le chercheur en français comme ci-de suite :L'article 79, paragraphe 2, du code prévoit: "Dans ce cas, lorsque les actes législatifs de la République du Bélarusse ont été adoptés après avoir créé une organisation commerciale avec des investissements étrangers, aggraver la situation et les conditions d'exploitation des investisseurs étrangers et les organisations commerciales avec des investissements créés avec leur participation étrangers (c'est-à-dire que des obligations supplémentaires ou accrues leur sont imposées par rapport aux obligations existantes; éventuellement commerciales) les organisations avec des investissements étrangers ou des investisseurs étrangers sont restreint dans certains droits ou privé des droits acquis), puis aux investisseurs étrangers, une organisation commerciale avec des investissements étrangers et des investissements étrangers dans les cinq ans sera la législation applicable à la date de l'enregistrement commercial de l'organisme d'investissement étranger était applicable. Ces principes ne s'étendent pas aux modifications de la législation de la République du Bélarusse dans le domaine sécurité, sécurité environnementale et protection de la santé citoyens des républiques du Bélarusse ",

[611]أنظر : جوري ستروكزوسكي ، الوضع القانوني للمستثمرين الأجانب في بولندا وبيلاروسيا (دراسة مقارنة بين قانون الأعمال وقانون الاستثمار لجمهورية بيلاروسيا) ، مقال منشور في مجلة الحركة القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، السنة الرابعة و الخمسون ، العدد 02 ،بولونيا ، 2002 ، ص ص 21-33 .

https://docplayer.pl/69482041-Ruch-prawniczy-ekonomiczny-i-socjologiczny-rok-lxiv-zeszyt-jury-struczewski.html

،بتاريخ 2020/04/20 ، الساعة 18:31 .

[612] أنظر : المادة 1467 من القانون المدني الإيطالي ، https://www.trans-lex.org/601300/_/italian-codice-civile/#head_39 ، 2020/04/24 ، 14:30.

[613] أنظر : المادة 46 من القانون رقم 24 الخاص باستثمار رؤوس الأموال الأجنبية داخل المجر لسنة 1988 ، https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwehun.htm ، 2020/04/24 ، 14:38.

[614]Voir l'article 184 du Loi à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement du 25/10/2016 : " Art. 184. Le Roi peut adapter les références contenues dans d'autres législations qui renvoient à des dispositions légales figurant dans la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement ou de ses arrêtés d'exécution pour les mettre en concordance avec les dispositions de la présente loi ou de ses arrêtés et règlements d'exécution" , moniteur belge , Édition N° 02 du 18/11/2016 , http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl , 25/04/2020 , 01:26 .

وهو ما يمثل في نظرنا خضوع شرط الثبات التشريعي للسلطة التقديرية لملك بلجيكا ، لتحديد مدى أحقية التشريع السابق في التعايش مع مقتضيات التشريع الساري المفعول من عدمها ، و هو ما يطرح مصطلحا جديدا في فقه القانون الدولي الخاص يقابل مصطلح تنازع القوانين من حيث الزمان ، وهو **الوئام التشريعي بين القوانين**[615].

الفرع الثالث

تشريعات الاستثمار في دول أمريكا اللاتينية

تعد دول أمريكا الجنوبية من أهم الأمثلة الرائدة في الاستثمار الأجنبي المباشر ، و لعل من بين هذه الدول و التي حققت نجاحا ملحوظا في السياسة الاستثمارية ، **دولة بوليفيا** ، و بعد الاطلاع على القانون رقم 516 الصادر في 2014/04/04 و المتعلق بقانون تشجيع الاستثمار ، لاحظنا ورود شرط الثبات التشريعي في هذا القانون ضمن عنوان (الأحكام النهائية) و بالضبط في الفقرة الثانية من هذا العنوان ، والتي جاء فيها أن كل الاستثمارات التي نشأت قبل صدور القانون تبقى خاضعة لمقتضيات التشريعات و النصوص التنظيمية التي وجدت في ظلها [616]، كما جاء في المادة 11 الفقرة 07 من القانون النموذجي المنظم لاكتشافات النفط في **دولة الإكوادور** "في حالة إجراء تعديلات على النظام الضريبي ، بما في ذلك إنشاء ضرائب جديدة ، أو المشاركة في العمل ، أو تفسيره ، والتي قد تؤثر على اقتصاديات العقود المبرمة ، سيتم إدراج عامل مناظر في نسب حصة الإنتاج لاستيعاب زيادة أو نقصان في العبء الضريبي أو في المشاركة العمالية للمقاول المشار إليه سابقا. وسيُحسب عامل التصحيح هذا بين الطرفين وتوافق عليه وزارة الطاقة والمناجم "[617].

---

[615] إن الاختلاف الموضوعي للقوانين المتنازعة من حيث الزمان ليس أمرا مطلقا ، قد يختلف القانون القديم مع القانون الساري المفعول في جوانب كما قد يتفق معه في جوانب أخرى ، وهذا ما يفتح مجالا لإدماج القواعد القانونية القديمة الأكثر تعايشا مع القانون الجديد في أحكام هذا الأخير ، ولعل من أهم هذا التصرف القانوني هو عدم إمكانية المساس بالحقوق المكتسبة و عدم إمكانية الرجوع عن الامتيازات و التحفيزات الممنوحة في ظل القانون القديم ، و هذا بالتحديد ما تهدف له شروط الثبات التشريعي و لكن بفعالية أكبر بحيث ليس هناك مساس بمبدأ الأثر الفوري للقانون في القانون الجديد.

[616] Voir : la 2eme paragraphe du titre (dispositions finales) du code N° 516 du 04/04/2020 concernant la loi sur promotion des investissements bolivien : SEGUNDA. Las inversiones realizadas en el país con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, se sujetarán a la normativa e instrumentos jurídicos que las establecieron en todo lo que no contradiga a la Constitución Política del Estado. Para acogerse a los incentivos establecidos en la presente Ley, los nuevos aportes de inversión deberán sujetarse a las regulaciones establecidas en ésta y la normativa sectorial aplicable. https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/96114/113481/F521091529/BOL96114.pdf, 25/04/2020 , 16:11.

[617] Show : Article 11.7 of the Model law of October 2002 for the Exploration of Hydrocarbons & the Exploration of Crude Oil (Ecuador): “In case of modifications to the tax regime, including the creation of new taxes, or the labor participation, or its interpretation, that have consequences on the economics of this Contract, a corresponding factor will be included in the production share percentages to absorb the increase or decrease in the tax burden or in the labor participation of the previously indicated contractor. This correction factor will be calculated between the Parties and approved by the Ministry of Energy and Mines.”, Michael Polkinghorne , STABILIZATION CLAUSES AND PERIODIC REVIEW OUTLINE , https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/CCNG_2015_Michael_Polkinghorne.pdf , 25/04/2020 , 16:45 .

كما جاء في الفصل الثالث من القانون رقم 98/2743 المتعلق بقانون الاستثمار **لدولة الأورغواي** والصادر بتاريخ 1998/02/12 ، القسم الرابع بعنوان (الثبات التشريعي) ، و ووردت تحت هذا العنوان المادة 19 من القانون السابق الذكر و التي جاء فيها ما يلي :

" The State, liable to compensation for dam ages, assures the investors covered by the system s foreseen in this Act and by the term s established in each individual case, that they will enjoy the tax exemptions, benefits and rights they are entitled to hereby "[618]

و في **دولة نيكاراغوا** نص القانون رقم 344 المؤرخ في 29 أوت 2000 و المتعلق بتشجيع الاستثمار ، في المادة 12 منه على أن الاستثمارات الناشئة في ظل القانون رقم 127 المؤرخ في 12 أفريل 1991 ستظل خاضعة لأحكام هذا الأخير ما لم يعرب المستثمرون الأجانب أصحاب هذه الاستثمارات على رغبتهم في الخضوع للقانون الساري المفعول في غضون سنة من دخوله حيز التنفيذ[619].

و بهذا نكون قد تطرقنا لعينة هامة من تشريعات الاستثمار في دول أمريكا الجنوبية و التي كرست في معظمها شروط الثبات التشريعي عموما مع بعض الاختلافات في الصياغة و النطاق الموضوعي .

الفرع الرابع

تشريعات الاستثمار في الدول الأسيوية

تعتبر التجربة الإندونيسية في مجال الاستثمار من أهم التجارب الاستثمارية في القارة الأسيوية، وهو ما أثار فضولنا القانوني للإطلاع على القانون رقم 25 لسنة 2007 و المتعلق برؤوس أموال **الاستثمار الإندونيسي** ، و في الفقرة 02 من المادة 37 من هذا القانون تطرق المشرع الإندونيسي إلى مبدأ الثبات التشريعي كما يلي : " تراخيص الاستثمار و تصريحات الشغل الممنوحة للمستثمرين الأجانب بموجب القانون رقم 01 لسنة 1967 و المتعلق بالاستثمارات الأجنبية ، بصيغته المعدلة بالقانون رقم 11 لسنة 1970 والقانون رقم 06 لعام 1968 المتعلق بالاستثمارات المحلية ، بصيغته المعدلة بالقانون رقم 12 لعام 1970 ، تظل سارية المفعول حتى انتهاء اتفاقية الاستثمار و تصريح الشغل "[620].

---

[618] Show : article No .19 of the fourth section of the third chapter of the code N° 2743/98 related to Uruguayan investment law promulgated on 28/02/1998 , https://www.mef.gub.uy/innovaportal/file/17369/2/investment-law----16-906-1.pdf , 25/04/2020 , 17:15.

[619] أنظر : المادة 12 من القانون رقم 314 المؤرخ في 29 أوت 2000 و المتضمن قانون تشجيع الاستثمار في دولة نيكاراغوا ، منشور في مجلة la Gaceta Diario Oficial ، عدد 163 ، الصادرة بتاريخ : 2000/08/29 ، https://www.mific.gob.ni/Portals/0/Documentos/FomentoEmpresarial/Leyes/Ley%20y%20Reglamento%20de%20Promocion%20de%20Inversiones%20Extranjeras.pdf?ver=2019-08-07-082814-517 ، 2020/04/26 ، 00:22 .

[620] أنظر : المادة 37 من القانون رقم 25 المؤرخ في 26 /2007/04 ،المتعلق برؤوس أموال الاستثمار الأندونيسي، الجريدة الرسمية رقم 67 لسنة 2007 الصادرة بتاريخ 2007/04/26. https://www.indonesia-investments.com/business/foreign-investment/investment-law-indonesia/item8322 ، 2020/04/27 ، 01:21 .

وكذلك في **دولة إيران** اهتمت السلطة التشريعية الإيرانية بموضوع الاستثمار الأجنبي و كيفيات تشجيعه و استقطابه لما يحققه من موارد مالية هامة للدولة ، و في القانون الصادر بتاريخ 2011/09/12 و المتعلق بدعم و تشجيع الاستثمار ، ورد شرط الثبات التشريعي في المادة 24 حيث نصت إبتداءا على إلغاء القانون القديم و جميع مراسيمه التنفيذية و التنظيمية ، مع إبقاء الاستثمارات الناشئة في ظله سارية بموجب أحكامه ، و تحصين الاستثمارات التي تنشأ مستقبلا في ظل القانون الساري المفعول من أي تعديلات أو إلغاءات تشريعية مستقبلية [621].

و في **الدولة التركية** و التي عرفت تطورا قياسيا في المجال الاقتصادي ، كان للاستثمار الأجنبي دور فعال فيه ، و بالضبط في القانون رقم 4875 الصادر بتاريخ 2003/06/05 و المتعلق بالاستثمارات الأجنبية المباشرة ، تم تضمين نص المادة 05 شرطا للثبات التشريعي يضمن للشركات الاستثمارية الناشئة في ظل القانون رقم 6224 بتاريخ 1954/01/18 و الملغى صراحة في القانون الساري المفعول ، استمرارية هذه الكيانات الاقتصادية بالتمتع بالحوافز و الامتيازات بموجب القانون السالف الذكر و عدم المساس بالحقوق المكتسبة لهذه الشركات إلى غاية نهاية المدة المقررة للاستثمار [622].

من خلال عينة من تشريعات الاستثمار في الدول الأسيوية ، و التي تبنت شروط الثبات التشريعي بشكل متفاوت من جانب الصياغة التشريعية ، و قوة صراحة النص ، و هذا ما يؤكد استقرار مفهوم الثبات التشريعي في السياسة التشريعية الاستثمارية في هذه الدول و التي تمثل نسبة مهمة من الاقتصاد العالمي.

في هذا المبحث و الذي استهدفنا من خلاله كشف الستار عن مدى اعتبار شروط الثبات التشريعي عرفا تشريعيا عالميا في مجال الاستثمار ، تجولنا في عدة محطات على مختلف قارات العالم بداية بالدول العربية مرورا بالدول الأوروبية و عبورا بدول أمريكا اللاتينية ووصولا إلى الدول الأسيوية ، وتوصلنا إلى قناعة قانونية راسخة تفيد بتشكل مبدأ قانوني عالمي تم اعتماده في تشريعات الاستثمار في السواد الأعظم من دول العالم خاصة منها النامية يصطلح عليه بمبدأ الثبات التشريعي.

---

[621] أنظر : المادة 24 من القانون الصادر في 2011/09/12 و المتعلق بدعم و تشجيع الاستثمار في الجمهورية الإسلامية الإيرانية ، https://www.investiniran.ir/OIETA_content/media/image/2018/06/5771_orig.pdf ، 2020/04/28 ، 02:07 .

[622] أنظر : المادة 05 من القانون رقم 4875 الصادر بتاريخ 2003/06/05 و المتعلق بالاستثمارات الأجنبية المباشرة في تركيا ، ج ر رقم 25141 ، الصادرة بتاريخ 2003/06/17 ، عدد 06 ، المجلد رقم 42 ، https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4875.pdf ، 2020/04/28 ، 02:37 .

خلاصة الفصل الثاني

في مبحثين كاملين ، أولهما تعرضنا فيه لعقود الدولة مفهوما من خلال تعريفها و أنواعها وطبيعتها القانونية ، و تعرضنا للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود في حال وجود إرادة لأطراف العقد في تحديده من جهة و الوسائل و المعايير المعتمدة في تحديد هذا القانون في حال انعدام هذه الإرادة من جهة ثانية ، ثم بينا أهم تطبيقات شروط الثبات التشريعي في هذه العقود سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الأجنبي ، و هو ما جعلنا نصل إلى نتيجة بأن شروط الثبات التشريعي متصلة أشد الصلة بعقود الدولة بوصفها البيئة القانونية الأولى لظهور و تطور هذا النوع من الشروط ، كما أننا تيقنا أن شروط الثبات التشريعي أصبحت واقعا عقديا في عقود الدولة لا غنى عنها بالنسبة للمتعاقد الأجنبي .

و في المبحث الثاني تعرضنا لتشريعات الاستثمار وطنيا منذ فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر إلى غاية صدور قانون الاستثمار 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر أين لمسنا بوضوح ترسخ شروط ثبات التشريعي في جل القوانين المنظمة للنشاط الاستثماري إلى غاية القول بتحول هذه الشروط من قبيل البديهيات التشريعية في تشريعات الاستثمار الوطنية ، ثم حاولنا البحث عن بيئة قانونية أكثر اتساعا لهذه الشروط ، فتفحصنا عينات من تشريعات الاستثمار عبر العالم ، بداية بتشريعات الاستثمار العربية مرورا بتشريعات الاستثمار في القارة العجوز عبورا بتشريعات الاستثمار في دول أمريكا الجنوبية ووصولا إلى تشريعات الاستثمار في قارة آسيا ، و هو ما أكد لنا تطور فكرة الثبات التشريعي من مجرد شروط غير مألوفة ، إلى مبدأ قانوني عالمي أخذت به معظم دول العالم و توارثته في قوانينها الخاصة بتنظيم الاستثمار.

خلاصة الباب الأول

إن الخوض في أي موضوع قانوني يستوجب على الباحث إماطة الستار عن أهم المفاهيم المتعلقة به ، و هو الذي استفضنا فيه من خلال هذا الباب حيث تطرقنا في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي لشروط الثبات التشريعي من خلال تعريفها و بيان خصائصها و أنواعها و تحديد طبيعتها القانونية من أجل تسهيل عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة بمناسبتها و القضاء المختص بالنظر في هذه النزاعات ، أما في الفصل الثاني تطرقنا للبيئة القانونية اللازمة لتواجد هذه الشروط و هي لا تخرج عن نطاقين أساسيين ، أولهما عقود الدولة و التي حددنا مفهومها من خلال تعريفها و بيان أطرافها و أنواعها و مناقشة الطبيعة القانونية الخاصة بها و عرض أهم النظريات التي خاضت فيها ، وثانيهما تشريعات الاستثمار وطنيا من خلال دراسة زمنية لشروط الثبات التشريعي في قوانين الاستثمار الجزائرية منذ فترة الاحتلال الفرنسي وصولا إلى آخر قوانين الاستثمار في سنة 2016 ، و كذلك عالميا في تشريعات الاستثمار لعينات هامة من الدول في مختلف أنحاء العالم .

و لقد توصل إلى قناعتنا القانونية ، أن شروط الثبات التشريعي تطور مفهومها عبر فترة زمنية تقارب قرنا كاملا ، و تحولت من مجرد شروط تعاقدية قد يمليها المتعاقد الأجنبي على الدولة لحماية نفسه قد تحظى بالقبول أو بالرفض من طرفها ، إلى واقع عقدي يكاد يصل إلى حد نمذجتها، وواقع تشريعي ترسخ في الأنظمة القانونية لمعظم دول العالم النامية منها و المتطورة على حد السواء ، و هذا ما يضع لبنة قد تكون بداية لمبدأ قانوني عالمي يصطلح عليه بمبدأ الثبات التشريعي .

الباب الثاني:

الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي
و التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي

إن أغلبية العقود تعكس فكرة تعارض المصالح بما في ذلك عقود الدولة ، حيث يسعى المتعاقد الأجنبي إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح و المكتسبات في أقل وقت ممكن و دون المخاطرة بالتعرض للخسائر سواء جراء الأخطار التجارية المتعلقة بطبيعة المشروع أو بالأخطار الغير تجارية والتي كثيرا ما تتسبب فيها سياسات الدولة المتعاقدة سواء الإدارية منها أو التشريعية أو القضائية ، بالمقابل تسعى الدولة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة من إبرام عقود الدولة بأقل النفقات و في أقصر مدة دون أن ينتقص ذلك من فكرة السيادة بجميع مدلولاتها السياسية ، الاقتصادية و التشريعية ، لما تمثله من أهمية على المستوى المحلي أين تبسط الدولة سيطرتها على ثرواتها الطبيعية و نتاجها التشريعي ، و أيضا على المستوى الدولي من خلال الحفاظ على مقتضيات الشخصية القانونية الدولية ، من أجل فرض هيبتها في المحيط الدولي .

و بالنظر إلى مبدأ الثبات التشريعي يمكن الاستناد إليه كرؤية توفيقية بين فرقاء عقود الدولة ، نظرا لما يمثله من أرضية صلبة لتلاقي وجهات النظر و تقريبها ، فالمتعاقد الأجنبي يمكنه أن يجد ضالته في شروط الثبات التشريعي من خلال ما تحققه من أمان قانوني يستند إلى ثبات المنظومة التشريعية للدولة المتعاقدة و عقلنتها في مواجهة العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي ، بحيث يستثنى هذا العقد من النطاق التطبيقي لحركة النصوص التشريعية استحداثاً أو مراجعةً أو إلغاءً ، كما تحقق الدولة المتعاقدة مخططاتها التنموية من خلال استقطاب رؤوس الأموال و الخبرات الأجنبية اللازمة لتنفيذ المشاريع الاقتصادية .

لذلك سنحاول من خلال هذا الباب تسليط الضوء على أهم تجليات الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل مبدأ الثبات التشريعي (الفصل الأول) ، والتنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل هذا المبدأ (الفصل الثاني).

الفصل الأول:
الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل مبدأ الثبات التشريعي

الفصل الأول

الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل مبدأ الثبات التشريعي

إن التعاقد مع الدولة يستوجب إمكانيات مادية و تكنولوجية كبيرة ، لا تتوافر إلا عند كيانات اقتصادية نوعية و ضخمة ، و بالإضافة للأخطار التجارية المتعلقة بطبيعة المشاريع محل العقد ، تعترض المتعاقد الأجنبي عدة مخاطر أخرى تتعلق بمناخ الأعمال في الدولة المتعاقدة ، و هذا ما يدفعه للبحث عن بيئة أعمال ثابتة ومستقرة على جميع المستويات ، السياسي و القضائي و التشريعي ، و لا أحد ينكر أن المنظومة التشريعية تلعب دورا محوريا في هذه البيئة ، فنوعية النصوص التشريعية تنعكس على القرار السياسي و العمل القضائي بشكل مباشر ، و هذا ما يعكس أهمية مبدأ الثبات التشريعي للعملية التعاقدية كصمام للأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي.

سنحاول إماطة اللثام عن فكرة الأمان القانوني من خلال بيان إطاره المفاهيمي في المبحث الأول ، وأهم مظاهر تجسيده في ظل مبدأ الثبات التشريعي في المبحث الثاني .

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للأمان القانوني في عقود الدولة

يعتبر مصطلح الأمان القانوني مصطلحا حديثا نسبيا ، و هذا ما طرح إشكال تحديد مفهوم دقيق لهذه الفكرة التي أصبحت تحتل في الآونة الأخيرة مكانة مهمة كوسط خصب للأبحاث القانونية ، سنحاول من خلال هذا المبحث تحديد مفهوم واضح للأمان القانوني من خلال تعريفه (المطلب الأول) و تمييزه عما يشابهه من المفاهيم الأخرى (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تعريف الأمان القانوني

يحتاج تعريف مصطلح الأمان القانوني إلى الوقوف على دلالته اللغوية و اللفظية من خلال تعريفه اللغوي (الفرع الأول) و تفصيل دلالته القانونية من خلال تعريفه القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للأمان القانوني

إن مصطلح الأمان القانوني مصطلح مركب يتكون من كلمتين : (الأمان) و (القانوني)، سنحاول من خلال هذا الفرع بيان أهم الدلالات اللغوية لكل كلمة على حدا.

أولا : الأمان . الأمان اسم مصدره فعل أَمِنَ و معناه أَطْمَأَنَّ ، لقوله تعالى : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ " أَفَأَمِنَ أَهْلُ الْقُرَىٰ أَن يَأْتِيَهُم بَأْسُنَا بَيَاتًا وَهُمْ نَائِمُونَ "[623] ، و قال تعالى في سورة قريش ، بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ " لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ

[623] أنظر : سورة الأعراف ، الآية 97 .

(1) إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2) فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ (3) الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ (4)"[624]، وَدَّعَ ابْنَهُ فِي أَمَانِ اللَّهِ وَحِفْظِهِ : فِي حِمَايَتِهِ ، أَعْطَاهُ الأَمِيرُ الأَمَانَ فَلاَ خَوْفَ عَلَيْهِ : أَيْ كَانَ هَارِباً خَائِفاً مِنَ العِقَابِ فَأَعْطَاهُ الحِمَايَةَ وَطَمْأَنَهُ عَلَى حَيَاتِهِ ، بِكُلِّ أمان :بدون أدنى خطر ، أَمِنَ، أَمَنَ / أَمِنَ من يَأْمَن ، أَمْنًا وأمانًا وأَمَنَةً وأَمْنةً وأمانةً ، فهو آمن وأمين ، والمفعول مأمون و الأمان اطمئنان من بعد خوف[625] ، والأمان شعور داخلي ينتج عن الأمن، ويتمثل في شعور وإحساس الأشخاص والجماعات بالراحة والطمأنينة[626].

ثانيا : القانوني . إسم منسوب للقانون ، و القانون مقياس كل شيء و طريقه ، و أصل الكلمة يوناني **kanun** و تعني العصا المستقيمة و سمي كذلك لما تحمله العصا المستقيمة من دلالة للردع و تقويم سلوك الأفراد ، والقانون أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تُعْرَفُ أحكامها منه ، و يقال كلمة فلان قانون أي لا رجوع فيها ، والرجل القانوني هو الخبير بالقوانين و الشرائع ، القانون اسم و الفعل منه قَنَّنَ أي وضع القوانين و سنها و شرعها [627]. و القانون آلة موسيقية وترية يعزف عليها بالأنامل[628].

و مما سبق يمكن تعريف الأمان القانوني لغة على أنه ذلك الشعور الداخلي في نفوس الأشخاص أو الجماعات بالراحة و الطمأنينة نتيجة لحالة معينة تكون عليها القوانين و الشرائع التي تحكم حياتهم ونشاطاتهم.

الفرع الثاني

التعريف القانوني للأمان القانوني

أصبح مفهوم الأمن القانوني في الآونة الأخيرة من المفاهيم الشبه مستهلكة رغم حداثته النسبية ، و ذلك لتسارع وتيرة البحث العلمي في مجال العلوم القانونية ، و لم يعد هذا المفهوم صعب التجسيد في الواقع القانوني ، و لم يعد رهينة السوابق القضائية ، فالثبات النسبي للعلاقات القانونية و الاستقرار في مراكزها، وتكريس الأمن والطمأنينة في نفوس المتعاقدين دون التعرض لمفاجئات غير متوقعة أضحى من أهم أهداف السياسة التشريعية في مختلف أنحاء العالم ، و ذلك لما يعكسه من ديمقراطية لدولة القانون والمؤسسات [629] ، و من أهم مؤشرات الاهتمام بمبدأ الأمن القانوني هو إحصائيات المجلس الدستوري للاتحاد الأوروبي ، حيث بمجرد إدخال مصطلح الأمن القانوني (sécurité juridique) في محرك البحث الخاص بالموقع الرسمي للمجلس تم الحصول على 2000 نتيجة ، كلها لقرارات صادرة

---

[624] أنظر : سورة قريش ، الآية 04 .

[625] أنظر : علي بن هداية و آخرون ، مرجع سابق، ص 103 .

[626] أنظر : موضوع أكبر موقع عربي في العالم ، الفرق بين الأمن و الأمان ، https://mawdoo3.com/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%82_%D8%A8%D9%8A%D9%86_%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%86_%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D8%A7%D9%86#cite_note-xIEnvwLrGs-2 ، 2020/05/25 ، 22:11 .

[627] موقع المعاني (لكل رسم معنى) ، https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A/ ، 2020/05/26 ، 04:29 .

[628] أنظر :علي بن هداية و آخرون ، المرجع نفسه ، ص 808 .

[629] أنظر :مازن ليلو راضي ، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع (دراسة في تطور مبادئ القضاء الإداري) ، مقال منشور في مجلة معهد القانون، جامعة ما بين النهرين ، عدد سنة 2018 ، جمهورية العراق العربية ، 2018/09/02 ، ص 04 .

عن المجلس تتناول في فحواها مفهوم الأمن القانوني [630] ، من هذا المنطلق وجب البحث عن تعريف واضح لفكرة الأمن القانوني .

يرى الفقيه Arnold Walfers أن الأمن القانوني يعني من الناحية الموضوعية عدم وجود تهديد للقيم المكتسبة ، و من وجهة النظر الذاتية عدم وجود مخاوف من تعرض هذه القيم للخطر [631] ، وتعرض هذا التعريف للنقد من جهة أنه حصر تعريف الأمن القانوني في الحقوق المكتسبة فقط ، على الرغم أنه متعدد المظاهر والدلالات و كثير الأبعاد و حاضر في مختلف المجالات و هذا ما يفسر صعوبة إيجاد تعريف دقيق لهذا المصطلح ، إذ لا يمكن إلا التحقق من وجوده بتواجد ظروف معينة ، و لعل من أهم مظاهره و دلالاته [632]:

- حماية مبدأ الثقة المشروعة
- عدم رجعية القوانين
- تقيد القاضي بالقوانين السارية المفعول وقت عرض النزاع
- الآثار الملزمة لاتفاقات الأطراف
- التأويل في أضيق نطاق للنصوص الجزائية
- احترام حجية الشيء المقضي فيه

وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط في التشريعات الناظمة لشتى ميادين النشاط الإنساني، نوعا من الثبات والاستقرار وليس التعديل الدائم مما يؤثر على استقرار الأوضاع، وهو ما يوجب على المشرع أن يضع القوانين بعد الدراسة المستفيضة [633] ، حيث أصبح الأمن القانوني يمثل ضرورة إنسانية لا غنى عنها من أجل حماية الحقوق وضمان استقرار المعاملات و تحقيق النماء الاقتصادي و الاجتماعي [634] .

و في ظل صعوبة تحديد تعريف جامع للأمن القانوني ، حاول أحد الأساتذة تعريفه انطلاقا من التركيبة اللغوية للمصطلح على اعتبار أن الأمن ينصرف إلى الحالة التي يكون فيها الأفراد بمأمن من المخاطر و انعدام الخطر هو الأمن و الطمأنينة ، و بربط منطقي بفكرة القانون يكون الأمن القانوني هو الحق في استقرار القاعدة القانونية الآمن في مواجهة

---

630 Voir : https://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?q=s%C3%A9curit%C3%A9+juridiques+&filtres3=&type_doc=versionHTML&datepicker=&date-from=&date-to=&filtres4=&filtres5%5B%5D=&filtres5%5B%5D=&filtres5%5B%5D= , 27/05/2020 , 05:30.

631 أنظر :جون بيليس و ستيف سميث ، عولمة السياسة العالمية ، ترجمة و نشر مركز الخليج للأبحاث ، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة ، 2004 ، ص 414 .

632 أنظر : علوي فاطمة ، دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر ، مقال منشور في مجلة البشائر الاقتصادية ، العدد 04 ، جامعة طاهري مُحَّد بشار، الجزائر، أفريل 2016 ، ص 149 .

633 أنظر: علوي فاطمة، المرجع السابق، ص 150.

634 أنظر: يونس عياشي، الأمن القانوني و القضائي و أثرهما في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، الطبعة الأولى ، دار السلام للنشر و التوزيع ، الرباط، المملكة المغربية، نوفمبر 2012، ص 13 .

التعديلات المفاجئة التي من الممكن أن تؤثر بشكل سلبي على هذا الاستقرار و هو ما يحقق كل الضمانات القانونية الهادفة لتأمين حسن تنفيذ الالتزامات لمدة زمنية طويلة دون مفاجئات [635].

و في الفقه القانوني الغربي عرف أحد الأساتذة الأمن القانوني على أنه : " جودة نظام قانوني معين يضمن للمواطنين فهما و ثقة في القانون في وقت معين و الذي سيكون بذلك كامل الاحتمال هو قانون المستقبل ، وبذلك يترجم الأمن القانوني المتطلبات اللازمة لجودة القانون و قابلية التوقع " [636].

و هو كذلك تلك الفعالية المثلى للقانون بحيث يمكن الوصول إليه و فهمه و بالتالي تمكين أشخاص القانون من التوقع المعقول للآثار القانونية لتصرفاتهم ، مما يجسد احترام التوقعات المشروعة المبنية مسبقا من قبلهم و بذلك يعزز تحقيقها [637] ، كما عرفه جانب آخر من الفقه على أنه : "لزوم وجود قدر من الاستقرار في القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد فيما بينهم ، و بين الأفراد و المجتمع ، مع عدم حصر مفهوم الاستقرار في عدم التغيير و إنما ضرورة الثبات النسبي الذي يعطي مجالا للطمأنينة ، و يتحقق ذلك بأن تضمن السلطات العامة للفرد عدم مفاجئته بما لا يتوقعه و لا يعني ذلك توقف السلطة التشريعية عن وظيفة الإصلاح التشريعي و التي تستطيع القيام بها متى دعت الضرورة لذلك ، لكن المطلوب هو تحقيق التوازن بين قابلية الحياة القانونية للتطور و التغيير في جميع المجالات ، و اعتماد الأفراد على قدر كاف من وضوح القاعدة القانونية التي تلتزم السلطات العامة بفحواها وعدم مفاجأة الأفراد بها[638] .

و هناك من عرفه على أنه مجموعة المبادئ القانونية المتعلقة بعدم رجعية القوانين و احترام الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية و تدرج القاعدة القانونية بحيث يسمو الدستور على كل التشريعات تليه الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ، ثم القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية و التي يشترط فيها عدم التعارض مع الأحكام الدستورية ثم في القاعدة اللوائح التنظيمية للسلطة التنفيذية بشرط عدم تداخلها مع التشريعات التي تعلوها [639].

من جانب آخر يمكن تعريف الأمن القانوني على أنه حالة التأكيد و التحديد التي تكون عليها القاعدة القانونية و التي تمكنها من تنظيم المراكز القانونية ، و في حال ضمان نتائج معينة يجب تمكين الأفراد من توقعها والاعتماد على النتائج المتوقعة ليبني عليها تصورا جديد يقضي بتوقع نتائج تصرفاته من حيث ما له وما عليه ، فالأمن القانوني يمكن الأفراد من توقع نتائج أفعالهم مسبقا [640].

و كمصدر من مصادر القانون يعرف القضاء الأمن القانوني على لسان نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي **Jean-Marc Sauvé** ، على أنه : " مجموعة من الضمانات القديمة ، من حيث الإعلان ، والرجعية ، وحماية الحقوق المكتسبة. والأهم من ذلك ، يشير الأمن القانوني إلى شرط التطوير المستمر والمراقب للمعايير القانونية ، والتوفيق

[635] أنظر :عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص 06 .

[636] Voir : Éric Capron, État de droit et droits européens, Collection logique juridique, 2005, p 231.

[637] Voir : Piazon Thomas, La sécurité juridique, Thèse déférerais col doctorat et no tarait, 2009, p 62

[638] أنظر : عادل علي مانع ، الأمن القانوني الجنائي (مفهومه و أسسه) ، مقال منشور في مجلة الأمن و الحياة ، العدد 248 ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، مارس 2003 ، ص 24 .

[639] أنظر : أوراك حورية ، المرجع السابق ، ص 48 .

[640] أنظر : عبد المجيد غميجة ، المرجع سابق ، ص 07.

بين قابلية تغييرها الضروري وضرورة الاستقرار"[641]، و أسهم الفقه الأوروبي بشكل ملحوظ في تغذية السعي للوصول إلى تعريف فعال للأمن القانوني من خلال استحداث نظريات فقهية في هذا الصدد ، حيث ذهب الفقيـــــــه MAZEAUD HENRI إلى القـــــــــــــــــــــــول : " Plus encore que de justice nous avons besoin pour vivre de sécurité "

و يعني أن الفرد أصبح يحتاج بالإضافة إلى العدالة ، الشعور بالأمان و الطمأنينة ، و هذا ما يطرح نظرية الحتمية الفطرية للأمن القانوني ، و التي عرف أحد روادها الأمن القانوني على أنه: " الفعالية المثلى لقانون يمكن الوصول إليه و فهمه و الذي يسمح لأشخاص القانون بأن يتوقعوا بدرجة معقولة الآثار القانونية لتصرفاتهم و يحترم التوقعات المشروعة المبنية مسبقا من قبلهم ، و بذلك يعزز تحقيقها "[642].و من خلال هذا التعريف يمكن القول أن نظرية الحتمية الفطرية للأمن القانوني مؤسسة على الحاجة الفطرية المتأصلة في الإنسان للأمن تقوم على ثلاث ركائز: إمكانية الوصول للقانون ، استقراره ، وإمكانية توقعه[643] . و ينطوي مفهوم إمكانية الوصول للقانون جانبين أحدهما مادي متعلق بكيفيات وطرق نشر القانون و هي مادية بحتة بحيث يجب نشر القاعدة القانونية حتى تحظى بطابع الإلزام في مواجهة الأفراد [644] ، و في الآونة الأخيرة أصبح ذلك متاحا بشكل سهل من خلال الموقع الرسمي للجريدة الرسمية في جميع دول العالم بما فيها الجزائر حيث بمجرد الولوج للموقع: www.joradp.dz يمكنك الاطلاع و التحميل الحر لأي قانون نص تشريعي أو تنظيمي بكبسة زر واحدة.

---

[641] **Voir : Jean-Marc Sauvé** , **Intervention** de l'ouverture lors du Colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État , organisé le vendredi 21 novembre 2014 , France , https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-entreprise-et-la-securite-juridique , 27/05/2020 , 07:59 .

[642] Voir : Piazzon Thomas , La sécurité juridique , Thèse, Défrénois , coll. doctorat et notariat ,T.35 ,2009,p.62: "la sécurité juridique est l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible ,qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridique de leurs actes ou comportements et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation"

[643] أنظر : بوزيد صبرينة ، قانون المنافسة : لأمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 بقالمة ، الجزائر ، 2016/2015 ، ص 06 .

[644] أنظر : المادة 04 من الأمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل و المتمم : " تطبق القوانين في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداءا من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ، و تكون نافذة المفعول في الجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل عن نشرها ، و في النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة و يشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة ".

أما الجانب الثاني فهو جانب فكري يقوم على فكرة سهولة قراءة القاعدة القانونية و هي انعكاس لجودة القاعدة القانونية من حيث الصياغة حتى يتمكن الأفراد من قراءتها و استيعابها من خلال التحديد الدقيق لعناصرها فينتج عنه الفهم البسيط لفحوى هذه القاعدة القانونية [645] ، و يقول أحد الفقهاء القانونيين : " التشريع فن و فن صعب فالاستعمال الخاطئ للمصطلح و عدم دقة الجمل و الخطأ في الصيغة الآمرة مثلا ، سيولد حتما في المستقبل صعوبة في التطبيق فهذا العمل التشريعي عمل حرفي دقيق" [646] ، و من هذا المنطلق تشكل إمكانية الوصول المادي و الفكري للقانون وسيلة فعالة للوصول للحق و بالتالي تحقيق الحرية و العدالة و بالتالي دعامة من دعائم الأمن القانوني.

و معنى استقرار القانون هو ثباته من التغيرات الكثيرة مما ينتج عنه استقرار و ثبات الحقوق الشخصية والمراكز القانونية ، و يتجسد استقرار القانون الوضعي في مظهرين أحدهما شكلي يقوم على عرض القواعد القانونية ومصادرها و ديمومة كل من القواعد و المصادر على حد السواء ، و يرى جانب من الفقه أن تحويل شكل القاعدة القانونية من الاجتهاد القضائي إلى القواعد القانونية المقننة يحمل في طياته عدم الاستقرار القانوني ، حيث بعد أن تعود القضاة على البحث عن أحكام معينة لواقعة قانونية معينة بين العديد من القوانين ، أصبح القاضي ملزما بالنص المتخصص لتنظيم هذه الواقعة ، حيث يقول الفقيه **Malaurie** : " إن القاعدة القانونية الوضعية لا يمكن حصرها فقط في نص القانون ، بل تتعداه إلى قرارات الاجتهاد القضائي "[647]. غير أن التعديل الشكلي للقاعدة القانونية تكون له آثار وخيمة على الاستقرار القانوني ولا يمكن بأي حال إهماله حتى و إن كان الهدف من هذا الاستقرار هو استقرار الموضوع و المعنى في القاعدة القانونية[648] ، و يعد الاستقرار الموضوعي للقاعدة القانونية مفتاحا لاستيعابها من قبل أفراد المجتمع و هو الشغل الشاغل لمنتجي التشريع و مفسريه .

---

[645] Voir : Fauré.G. et Koubi G, « lire et comprendre :quelle intelligibilité de la loi ? », in ,le titre préliminaire du code civil , économica, Coll, études juridiques, T.16,2003,P.215

[646] Voir : Ripert George , les forces créatrices du droit ,librairie générale de droit et de jurisprudence, France,1955 ,P.346.

[647] Voir : Malaurie. Ph., « la jurisprudence combattue par la loi » , in ,Mélange Offert à René Savetier , Dalloz ,Paris ،1965، P.603 .

[648] أنظر : بوزيد صبرينة ، المرجع السابق ، ص 22 .

و قد يفهم القارئ أن الاستقرار القانوني متعلق بثبات و جمود القاعدة القانونية من حيث الزمان، ولكن الأمر على خلاف ذلك فعدم الاستقرار القانوني ناتج عن تعديل الحلول المقدمة لإشكالية معروفة من قبل وتمت معالجتها في إطار القانون الوضعي ، حيث يقول Thomas Piazzon :

" لا يعد عدم الاستقرار القانوني التغيير و التعديل في حد ذاته لوضعية القانون الوضعي بل هو تضاعف التعديلات و هذه فكرة منتشرة جدا ، لأن القانون يجد قيمته الحقيقية في الاستقرار ".[649]

و يمكن للمشرع تحقيق الاستقرار القانوني بشكل عفوي من خلال شماعة النظام العام ، والذي من أهم مقوماته مبدأ عدم رجعية القوانين ، لما يحمله من إشاعة للسكينة و الطمأنينة في المجتمع [650].

أما استقرار الحقوق الشخصية فيقوم أساسا على فكرتي التقادم و عدم رجعية القانون ، اللتين تحققان استقرار الأوضاع الفردية ، فليس من المنطق المطالبة بالحقوق مدى الحياة و ليس من الرشد منازعة حق مكتسب انطلاقا من قواعد قانونية مستحدثة ، فيجب التمكين لاستقرار المعاملات من جهة ، و احترام الماضي و ما نتج عنه من حقوق مكتسبة من جهة أخرى ، و هذا ما يجسد الأمان القانوني في أسمى معانيه [651]. و لعل من أبرز الأنظمة التشريعية التي تتمتع بالاستقرار هي الشريعة الإسلامية ، غير أن هذا الاستقرار والثبات المطبقين على فقه المعاملات أصبح يشكل عائقا في وجه التطور الحاصل في شكل المعاملات و تعقيداتها ، وهو ما فتح مجالا لاستيراد قوانين أجنبية لسد الفجوة الحاصلة في الأنظمة القانونية الإسلامية [652] .

أما الركيزة الثالثة للأمن القانوني بحسب نظرية الحتمية الفطرية ، فهي إمكانية توقع القانون ، ويتحقق هذا من خلال تمكين الأفراد من بناء توقعات انطلاقا من الموجودات ، فالتوقع في مجال القانون يعتبر قفزة حضارية هائلة حررت

---

[649] Piazzon Thomas , OP-CIT , P. 32

[650] أنظر : ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1974 ، ص 266 .

[651] أنظر : ياسين محمد محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة) ، دار الكتب و الوثائق القومية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 245 .

[652] أنظر : عصام نجاح ، القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عنابة ، الجزائر ، 2011 ، ص137 و ما بعدها .

الإنسان من تبعيته للسحر و الشعوذة في كل ما يتعلق بالمستقبل [653] ، ولا يكون التوقع نوعيا إلا في حال وضوح القاعدة القانونية الموجودة كحجر أساس لهذا التوقع ، ولا يمكن بأي حال تحقيق أمن قانوني في غياب احترام التوقعات المبنية من قبل الأفراد مسبقا ، و لعل أهم مظهر يجسد احترام التوقعات هو العقد ، حيث يقول الفقيه **M.Hauriou** : " العقد هو المؤسسة الأكثر صلابة و جرأة و التي يمكن تصورها من أجل بسط هيمنة الإرادة الإنسانية على وقائع و ذلك بإدخالهم مسبقا في عقد تنبؤ "[654] ، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف[655] ، و هذا ما يحقق الأمن القانوني خارج نطاق القاعدة القانونية و في أسمى صوره .

و مما سبق يمكن تعريف الأمن القانوني على أنه : " **ذلك العمل التشريعي المتقن الذي يجعل من القاعدة القانونية واضحة و سهلة الاستيعاب و ثابتة مستقرة بشكل يدفع الأفراد لبناء توقعات سليمة ومنطقية بهدف حماية حقوقهم المكتسبة و مراكزهم القانونية في معاملاتهم وتصرفاتهم القانونية** ".

المطلب الثاني

تمييز الأمان القانوني عما يشابهه من المفاهيم الأخرى

من أجل تحديد واضح لمعالم الإطار المفاهيمي للأمان القانوني ، وجب تمييزه عن المصطلحات والمفاهيم المشابهة له ، لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب تمييز الأمان القانوني عن الأمن التعاقدي في الفرع الأول ، وأيضا تمييز الأمان القانوني عن الأمن القضائي في الفرع الثاني .

---

[653] أنظر : بوزيد صبرينة ، المرجع السابق ، ص 31 .

[654] Voir : Héraud .P., la notion du temps dans l'oeuvre du doyen , Hauriou .M , in ,la pense du doyen Hauriou et son influence ,éd, Pédone,coll.Philosophie comparée du droit du l'état, paris,1969,P179,in, Piazzon Thomas opcit ,P.46. مشار إليه لدى بوزيد صبرينة ، المرجع نفسه ، ص 32 . .

[655] أنظر المادة 106 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .

الفرع الأول

تمييز الأمان القانوني عن الأمان التعاقدي

يحتل العقد الصدارة في جملة الأطر القانونية للمعاملات فهو الآلية القانونية الأكثر فعالية في إبرام التصرفات و ترتيب الحقوق و الالتزامات بين الأفراد ، و هو ما جعل العقود تحظى بأهمية كبيرة كأدوات عملية متحركة في الحياة الاقتصادية ، انعكست على قانون العقد الذي ينظم بدوره الالتزامات و الحقوق الناتجة عن العلاقة التعاقدية[656] .

و لقدسية المعاملات العقدية في حياة الأفراد ، سعت التشريعات في مختلف دول العالم إلى تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد في تشريعاتها ، حيث نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " [657]، ويعتبر مفهوم القوة الملزمة للعقد في شقيه الشخصي و الموضوعي تجسيدا لمبدأ نظري هو الأمان التعاقدي، والذي يعتبر من أهم وظائف القانون العقدي إلى جانب الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية و حسن النية في التعاقد ، و يقصد بالأمان التعاقدي توقع المخاطر العقدية و اجتنابها بإتباع شكليات معينة عند التعاقد ، لا سيما ما يتعلق بتنفيذ الالتزامات و المسؤولية العقدية ، و الأمن بمفهوم العقد إحساس و قيمة مجتمعية مصدرها القانون[658] .

و إذا كان الأمان القانوني يرتكز على نوعية القاعدة القانونية و قوة وضوحها و ثباتها و استقرارها الشكلي والموضوعي [659]، فإن الأمان التعاقدي يستند إلى القوة الملزمة للعقد و الحق في تنفيذ الالتزام سواء كان بحسن نية [660] أو عن طريق الإجبار في حال الامتناع مما ينتج عنه احترام الأطراف للمراكز القانونية الناتجة عن العقد ، و لأن الأمن

---

[656] أنظر : عبد المجيد غميجة ، المرجع السابق ، ص 02 .

[657] أنظر : المادة 106 من الأمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، السالف الذكر .

[658] أنظر : عبد المجيد غميجة ، المرجع نفسه ، ص 03.

[659] أنظر : عبد المجيد لخذاري و فطيمة بن جدو ، الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل، مقال منشور بمجلة الشهاب ، العدد 2 0 ، جوان 2018، جامعة حمة لخضر بالوادي ، ص388.

[660] أنظر : محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن في مرحلة التفاوض على العقد ، مقال منشور في مجلة الشريعة و القانون ، السنة 27 ، العدد 54 ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أفريل 2013 ، ص 228 و ما بعدها .

التعاقدي مرتبط وجودا و عدما بفكرة العقد [661]، فإن هذا التواجد رهينة لاستمرار العقد والإبقاء عليه ما أمكن ذلك ، وهو الشيء الذي يطرح مفهوم الاستقرار العقدي في مواجهة الفسخ و الإنهاء سواء كان بطرق قضائية أو اتفاقية .

فالأمان التعاقدي ينطلق من مرحلة تكوين العقد وصولا إلى مرحلة تنفيذه ، مرتكزا على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي نتج عنه مبدأ توازي الأشكال في إنشاء و إنهاء الحقوق و الالتزامات العقدية ، فإذا كان الالتزام مصدره الإرادة فإن الأجدر إنهاءه أو تعديله إراديا ، و هو ما يجعل العقد حجة على القاضي خاصة في ظل تنامي و تعاظم السلطة التقديرية للقضاة في إيجاد الأحكام و تكييف الوقائع[662] .

و العقد أيضا حجة على المشرع بحيث لا تؤثر التعديلات و المراجعات التشريعية على العقود النافذة وقت صدور التعديل أو المراجعة ، لأن الأصل عدم نفاذ القانون الجديد فوريا[663] ، بحيث يمتد سلطان القانون القديم زمنيا ليحكم العقد الذي نشأ في ظله.

و قد ذهب البعض أن العدالة التعاقدية تتعارض كمفهوم لإقرار التوازن العقدي مع مقتضيات الأمن التعاقدي ، لأن العدالة التعاقدية تسعى إلى تكريس التوازن الذي كان قائما قبل نشوء العقد ليشمل النطاق الموضوعي و الشخصي للعقد ، حتى و لو اتفق الأطراف على تغليب مركز قانوني على آخر في العلاقة التعاقدية لأسباب معينة قد لا يتم بيانها في العقد ، بشكل يظهر اختلال التوازن العقدي وهو ما يتناقض مع العدالة التعاقدية[664] .

لكن الحقيقة أن العدالة التعاقدية تهدف لحماية الالتزامات الواردة في العقد ، و لا يوجد سبب للقول بتعارض هذا التوجه مع الأمان التعاقدي ، لأن التوازن العقدي شرط لشرعية القوة الملزمة للعقد وواجهة لمبدأ حسن النية في العقود ،

---

[661] أنظر : منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) ، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 25 ، العدد 06 ،كلية القانون ، جامعة بابل ، جمهورية العراق ، 2017 ، ص 2595 و ما بعدها .

[662] أنظر : بردان رشيد و بوراس نجية ، القاضي و تفسير العقد ، مقال منشور بمجلة القانون – المجتمع و السلطة ، المجلد 07 ، العدد 01 ، 2018 ، ص 23 .

[663] أنظر : جلاب عبد القادر و غوثي الحاج قوسم ، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، مقال منشور بمجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 04 ، العدد 01 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة إبن خلدون بتيارت ، 2018 ، ص73 .

[664] أنظر : عسالي عرعارة ، التوازن العقدي عند نشأة العقد ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2015/2014 ، ص03 و ما بعدها.

من خلال عدة مظاهر لعل أهمها إمكانية إبطال العقد بسبب عيب من عيوب الإرادة وكذلك تدخل القاضي في الشروط التعسفية و منع التعسف في استعمال الحق وتأويل العقد لصالح الحلقة الضعيفة في العلاقة التعاقدية[665] .

غير أن الفقه القانوني اعتبر العدالة التعاقدية مصدرا لعدة تصرفات قد تزعزع المبادئ التقليدية لمؤسسة العقد و تؤثر سلبا على مبدأ الأمان التعاقدي خاصة في ظل المد الكاسح لتدخلات القضاة والمشرعين في محتوى العقد ، ونتيجة لذلك أصبح تطبيق قواعد التوازن و العدالة التعاقدية يلامس أسس مبدأ الأمان التعاقدي ، مما رفع سقف تطلعات المتقاضين إلى أحكام قضائية عادلة و منصفة و محافظة على توسيط العلاقات التعاقدية بكل اعتدال ، لتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم المشروعة بعيدا عن التمييز العقدي الذي يتخذ العدالة التعاقدية واجهة له.

ورغم الاختلاف الواضح بين مفهوم الأمن القانوني و الأمان التعاقدي ، إلا أن تداعيات اختلال الأمن القانوني قد تؤدي كنتيجة حتمية لاختلال الأمن العقدي ، حيث يقول البعض أن: " فكرة الأمان القانوني تعني التزام السلطة العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية كحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية بهدف توفير الأمن و الطمأنينة لجميع أطراف العقد القانوني "[666].

وتعتبر شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة بشكل عام من أهم مظاهر تداخل فكرتي الأمان القانوني والأمان التعاقدي ، بحيث تحقق استقرار المراكز القانونية في العلاقة التعاقدية من جهة و الذي يعتبر من أهم ركائز الأمان القانوني ، ومن جهة أخرى تحفظ العقد من التصرفات السيادية للدولة المتعاقدة خاصة منها المتعلقة بالوظيفة التشريعية ، غير أن بعض الفقهاء يميزون بين شروط الثبات التشريعي كجزء من الاختصاص العام للدولة مستمد من سيادتها باعتبارها سلطة تشريعية ، و شروط عدم المساس بالعقد كجزء من اختصاص الدولة في إبرام العقود فقط كسلطة عامة متعاقدة [667] .

و رغم الاختلاف النظري بين شروط الثبات التشريعي و شروط عدم المساس بالعقد ، من الصعب جدا التمييز بينهما عمليا ، لأن شروط الثبات التشريعي تهدف إلى حماية العقد من المساس من خلال استبعاد التعديلات و

---

[665] أنظر : محمود فياض ، المرجع السابق ، ص 233 .

[666] أنظر : لعماري وليد ، الاستقرار القانوني و أثر على الاستثمار الأجنبي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2019/2018 ، ص 70 .

[667] أنظر : عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق ، ص 208 .

المراجعات و الإلغاءات عن العقد ، كما أن هذه الشروط لا تحقق غايتها المتمثلة في الثبات والاستقرار التشريعي إلا إذا كان من غير الممكن مخالفتها ، و هو ما يؤكد وحدة مصب الغايات ، و كذلك تشابه المشاكل القانونية المثارة بمناسبتهما[668].

كما يرى البعض أن الأمان القانوني من الضروريات الأساسية في القانون المدني ، و خاصة في مجال العقود ، وذلك كون الأمان القانوني ضرورة وقائية لكل نظام قانوني يتكون من قواعد قانونية تتعلق بموضوع من المواضيع الاجتماعية ، لذلك يعتبر أي تعديل في مضمون العقد يخرج عن نطاق إرادة الأطراف المتعاقدين خطرا على الأمان القانوني الذي اطمأن له المتعاقدين عند إبرام العقد ، و من هنا القول أن الأمان القانوني في مجال العقد هو إمكانية التحديد المسبق و الدقيق للعلاقة العقدية من قبل المتعاقدين [669] .

وخلاصة للتمييز بين مفهومي الأمان القانوني و الأمان العقدي ، يمكن القول أن الأمان التعاقدي ليس إلا وجها من أوجه الأمان القانوني ، حيث أن الأمان التعاقدي في المعاملات المالية هو الأمان القانوني الذي يطبق على العلاقات التعاقدية و هو بمثابة الثقة المرجوة من الواقع القانوني للعقد المبرم بين الطرفين و كذلك الغير الذي يتأثر بشكل من الأشكال عند تنفيذ العقد ، و هو ما يجعل من فكرة الأمان القانونية فكرة جماعية ، و من فكرة الأمان التعاقدي فكرة خاصة بأطراف العقد فقط[670].

---

[668] أنظر : عدلي محمد عبد الكريم ، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة ، مقال منشور بمجلة الحقيقة ، العدد 18 ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، الجزائر ، 2011 ، ص 189 .

[669] أنظر : عبد الفتاح حجازي محمد حجازي ، أزمة العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998 ، ص 195 .

[670] أنظر : منصور حاتم محسن ، المرجع السابق ، ص 2592 .

الفرع الثاني

تمييز الأمان القانوني عن الأمن القضائي

يعتبر القضاء من أهم دعائم دولة المؤسسات و القانون ، فمن خلاله تحمى الحقوق و الحريات الفردية والجماعية ، و بالتالي الوصول إلى الأمن القضائي كمؤشر لتطور القضاء و استقلاليته ، فالسلطة القضائية لن تستطيع تأدية المهام الموكلة إليها إلا إذا توفرت ظروف ملائمة لعملها ، لذلك سعت الدول المتقدمة لتكريسه في دساتيرها ، على غرار اسبانيا حيث في المادة 09 من دستورها و بالضبط في الفقرة 03 منها جاء ما يلي : " يضمن الدستور مبدأ الشرعية .....و يضمن الأمن القضائي والمسؤولية و عدم انحياز السلطات العامة "[671]، و من الدول العربية السباقة لتكريس مبدأ الأمن القضائي، المملكة المغربية في المادة 117 من دستورها : " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات و حرياتهم و أمنهم القضائي و تطبيق القانون " [672] .

ويقول جانب من الفقه القانوني أن الأمن القضائي بمفهومه الواسع هو تلك الثقة المعطاة في مرفق القضاء خلال ممارسته لمهامه التقليدية المتعلقة بالفصل في النزاعات المعروضة أمامه من خلال الفعالية وجودة الأداء وسهولة الولوج للمعلومة و الخدمة القضائية من طرف طالبها ، أما بمفهومه الضيق هو ذلك النشاط القضائي المتخصص المنوط بقمة الهرم القضائي و المتعلق بتوحيد الاجتهاد القضائي و خلق بنية قضائية منسجمة مما يضمن تحديد مفهوم واضح للقانون ضمانا لتطبيقه بطرق سليمة[673] .

كما يرى آخرون أن الأمن القضائي هو ذلك الضمان الذي يعطى لكل فرد من أجل التصرف بحرية ومن أجل التحرك و من أجل الاستثمار و كذلك من أجل ممارسة العمل السياسي و من أجل المبادرة الحرة ، كما يمكن القول أن

---

[671] أنظر : المادة 09 من دستور اسبانيا .

[672] أنظر : المادة 117 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

[673] أنظر : عادل حاميدي ، الدليل الفقهي و القضائي للقاضي و المحامي في النزاعات الأسرية، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، المملكة المغربية ، 2016 ، ص 60 .

الأمن القضائي هو ذلك الشعور الذي يختلج كل شخص طبيعي أو معنوي و الذي يخوله الثقة في المؤسسة القضائية لأنها تجعل سيادة القانون فوق كل اعتبار [674].

و تعتبر السلطة القضائية المصدر الرئيسي للأمن القضائي من خلال ثقة الجمهور في القضاء والأحكام والقرارات و الأوامر الصادرة عنه و القائمة أساسا على الأهلية المهنية و النزاهة و الاستقامة وسيادة القانون وجودة الأحكام و تنفيذها ضد الأفراد و الإدارة على حد السواء وسرعة البت في القضايا ، لأن الغاية العليا للأمن القضائي هي سيادة القانون للإسهام في التنمية الاقتصادية و السلم الاجتماعي[675] ، و هو ما يتقاطع مع أهداف الأمان القانوني الذي من الممكن أن ينعكس على المستثمرين الأجانب المتعاقدين مع الدولة في إطار تنفيذ الخطط التنموية الاقتصادية العليا للبلاد[676].

إن المهمة الحمائية للقضاء هي الجانب البارز في النظرة للأمن القضائي و لذلك كثيرا ما يتم العناية بالمتطلبات التي تكفل قيام مرفق القضاء بهذه المهمة بشكل فعال و ناجع ، غير أن القاعدة القانونية كأداة للضبط و التنظيم تتميز عادة بخصائصها الوقائية من النزاعات ، و لكن يمكن منحها الاختصاص التشريعي كقانون واجب للتطبيق على النزاع و هذا ما يجسد وقوف القضاء كذرع لوقاية الأمن القانوني من خلال تعبئة القضاء بمختلف فروعه : العادي و الإداري و الدستوري ، و من هذا المنطلق أصبح الأمن القضائي حاجزا وقائيا لفائدة الأشخاص ضد تجاوزات بعضهم البعض من جهة ، و حائلا ضد تجاوز الإدارة ضد هؤلاء الأشخاص من جهة أخرى ، كما أنه يشكل حماية للسلطات العمومية ضد الدعاوى الكيدية و تعسفات المتقاضين [677].

---

[674] أنظر : محمد بجاق ، مقومات الأمن القضائي ، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019 ، ص 44 .

[675] أنظر : مصطفى بن الشريف ، الأمن القانوني و الأمن القضائي ، مقال منشور في موقع هيسبريس ، جريدة الكترونية مغربية ، http://www.hespresse.com ، 2020/08/14 ، 23:16 .

[676] أنظر : فارح وليد و بلغيث صبرينة ، الآليات القانونية و القضائية لجذب الاستثمار في مجال الطاقات المتجددة ، مقال منشور في مجلة آفاق للأبحاث السياسية و القانونية ، العدد الرابع ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، نوفمبر 2019 ، ص 64 .

[677] أنظر : عبد المجيد غميجة ، المرجع السابق ، ص 17 .

و لعل المستفيد من تحقيق الأمن القضائي بالدرجة الأولى هو طالب الخدمة القضائية بصفة خاصة ، والنظام القانوني القائم بصفة عامة حيث يصبح استقرار المعاملات شائعا بالإضافة إلى الثقة والاطمئنان إلى فعالية القواعد القانونية مما يكرس فكرة الوثوق في القانون و القضاء في نهاية الأمر ، لأن نتيجة أي خلل في مرفق القضاء ستنعكس سلبا على قوة الثقة في المؤسسة القضائية ، و في نطاق أوسع على مناخ الاستثمار الذي أصبح يتحدد من خلال عدة مؤشرات أهمها الأمن القانوني و القضائي في الدولة المضيفة ، فحياد المؤسسة القضائية في نظر النزاع المطروح أمامها دون الانحياز لطرف دولة القاضي من أهم مقومات الأمن القضائي المطلوب في العملية الاستثمارية بشكل عام .[678]

كما أن تطور الأنظمة القانونية الإجرائية قد أفرز منظومة قضائية موازية لحل نزاعات التجارة الدولية ، وهو ما يصطلح عليه بالتحكيم التجاري الدولي ، حيث أصبح بإمكان الطرف المتعاقد مع الدولة التملص من سطوة قضائها الوطني باشتراط اللجوء إلى التحكيم من أجل فض النزاعات الناشئة بينه و بين الدولة المتعاقدة ، و هو ما دعم فكرة الأمن القضائي من خلال إيجاد مؤسسات بديلة للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة يضمن التعامل مع النزاع بكل حيادية بالإضافة إلى سرعة الإجراءات وسريتها و تخفيض النفقات [679].

ومن أهم شروط تحقيق الأمن القضائي تحديث و عصرنة جهاز العدالة ، و لتحقيق ذلك وجب التركيز على التكنولوجيا الحديثة كخيار استراتيجي من أجل الوصول إلى العدالة الرقمية ، كما يجب منح هامش للمتقاضي لمراقبة إجراءات الدعاوى عن بعد خاصة في الظروف الاستثنائية سواء الصحية أو الأمنية [680].

---

[678] Voir :" La sécurité juridique et judiciaire constitue un élément fondamental pour les investisseurs, et pour le développement économique, L'image et la compétitivité du Maroc et de ses entreprises " , CGEM , Livre Blanc : pour renforcer et consolider le dynamisme de l'économie marocaine , 2007 ,p.34 .

[679] أنظر : إبراهيم رحماني ، أثر التحكيم في تحقيق الأمن القضائي (دراسة تحليلية تأصيلية موازنة)، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019 ، ص166 .

[680] أنظر : بوغزالة محمد رشيد و برير نصيرة ، دعائم تجسيد الأمن القضائي بالجزائر و دوره في تحقيق التنمية الوطنية ، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019 ، ص258 .

و إذا كان الأمن القانوني يقوم على مبدأ المساواة ووضوح القاعدة القانونية و عدم تناقضها بما يكفل استقرار العلاقات التعاقدية بين الأفراد فيما بينهم و بين الأفراد و الدولة بهدف تحسين الطابع التوقعي للقانون و حماية المراكز القانونية و الحقوق المكتسبة في ظلها من رجعية النص القانوني بما يكفل بناء ثقة مشروعة بالنظام التشريعي للدولة ، فإن الأمن القضائي هو ذلك المبدأ الذي يكفل للأفراد ممارسة حرياتهم بكل أشكالها بما في ذلك حرية التعبير و التنقل ، و يمنح المتعاملين المتعاقدين مع الدولة قدرا من الشفافية في عقود الصفقات و الاستثمار ، كما يحمي الطبقة السياسية الناشطة و يقوي ثقة الجمهور في القضاة و المؤسسة القضائية [681].

و إذا كان الأمن القانوني يعتمد أساسا على جودة القاعدة القانونية ووضوحها ، فإن الأمن القضائي يعتمد بالمقابل على نوعية الأداء القضائي و جودة الأحكام الصادرة عن المؤسسة القضائية وسرعة معالجة القضايا لأنه من حق الخصوم الوصول إلى حلول لنزاعاتهم في آجال معقولة حتى لا يتم إهدار الحقيقة وتغييبها[682] .

يعتبر الأمن القضائي أحد أهم دعائم دولة المؤسسات و القانون الحديثة ، و ذلك من خلال تحقيق مبدأ استقلالية القضاء و ترقيته بما يوفر الاستقرار و يعطي ضمانات قوية لحماية حقوق المواطنين و الأجانب على حد السواء ، كما ينعكس إيجابا على المؤسسات العامة و الخاصة و يوفر بيئة مناسبة للازدهار الاقتصادي والاجتماعي ، كما يسهم ذلك في تدوير عجلة التنمية الاقتصادية من خلال استقطاب الاستثمار الوطني والأجنبي[683] .

و لعل من أهم التقاطعات القانونية بين مبدأي الأمن القانوني و القضائي ، نشاط المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي لحل الإشكاليات القانونية التي قد تصادف المحاكم و المجالس القضائية خلال العمل القضائي ، فضلا عن توفير تكوين جيد للطلبة القضاة بما ينعكس إيجابا على نوعية الأحكام و القرارات الصادرة من المؤسسة القضائية . كما قد يتأثر الأمن القانوني لبعض الوضعيات التي تم تحديدها بنظام قانوني مستقل ، بسبب تطور الاجتهاد القضائي مما قد يؤدي إلى زعزعة استقرار المراكز القانونية ، لذلك يتعين تسهيل الولوج لقرارات الاجتهاد القضائي من خلال جمعها و

[681] أنظر : عبد المجيد غميجة، المرجع السابق ، ص04 .

[682] أنظر : محمد بجاق، المرجع السابق ، ص 60 .

[683] أنظر : بوغزالة محمد رشيد و برير نصيرة ، المرجع السابق ، ص 273 .

فهرستها في قاعدة بيانات رقمية تسمح بولوج القضاة و أعوان القضاء بصفة عامة لمحتواها ، كما يمكن أن تصبح مكتبة رقمية قد يستفيد منها باحثو القانون في مختلف الأبحاث و الدراسات.

المبحث الثاني

مظاهر تجسيد الأمان القانوني في ظل مبدأ الثبات التشريعي

في إطار حماية الأفراد من مخاطر نفاذ القانون ، يقتضي مبدأ الأمان القانوني استقرارا نسبيا للمراكز القانونية الناشئة بموجب العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي ، و بمجرد إبرام العقد لا يمكن الإلغاء أو التعديل إلا بضوابط و شروط تخضع خضوعا تاما لإرادة الأطراف المتعاقدين . و تماشيا مع هذه الفكرة نجد أن لمبدأ الثبات التشريعي مساهمة فعالة في حماية استقرار المراكز القانونية في عقود الدولة من خلال غل يد الدولة عن المساس بالعقد دون مراعاة مصالح الطرف الأجنبي .

و في هذا المبحث سنتعرض للحماية القانونية لمكتسبات المتعاقد الأجنبي من خلال المطلب الأول، وحفظ مركزه القانوني من تدفق و حركة النصوص التشريعية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الحماية القانونية لمكتسبات المتعاقد الأجنبي

يقضي مبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي ، أن الدولة لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب على أراضيها ، شرط عدم المساس بمكتسباتهم جراء نفاذ القانون القديم [684] ، و هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون يستند على أحكام القانون الداخلي [685] ، و من خلال هذا المطلب سنفصل الحماية القانونية لمكتسبات المتعاقد الأجنبي في فرعين ، نتناول في الفرع الأول : الحماية القانونية لممتلكات المتعاقد الأجنبي من الأخطار الغير تجارية ، و في الفرع الثاني : الحماية القانونية للامتيازات المتحصل عليها بموجب العقد .

[684] أنظر : عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 130 .

[685] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 209 .

الفرع الأول

الحماية القانونية لممتلكات المتعاقد الأجنبي من الأخطار غير التجارية

تعد ملكية المتعاقد الأجنبي بمفهوم القانون الاقتصادي مرادفا للمشروع الاقتصادي المنشأ بموجب عقد الدولة ، لأنه إذا كان إنشاء المشروع التنموي خلقا لملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري أو التنموي ، سيكون هناك ارتباط منطقي بين الحماية القانونية للملكية العقارية أو الفكرية للمتعاقد الأجنبي و الحماية القانونية للمشروع الاقتصادي ، يقضي بأن الحماية القانونية الأولى تفضي إلى الحماية القانونية الثانية [686]. وهذا ما يجعل المتعاقدين الأجانب يسعون للحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات التي تحمي ملكياتهم من الأخطار الغير التجارية الناتجة عن ممارسة الدولة لسلطاتها الطبيعية على كل ما يدخل في نطاق إقليمها باتخاذ قرار يقضي بنزع الملكية بمختلف أشكاله : التأميم ، نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، المصادرة ، الاستيلاء و الحراسة.

من خلال ما يلي سنتطرق لكل إجراء على حدا و ما يمكن لمبدأ الثبات التشريعي أن يوفره من حماية في مواجهة كل منها .

أولا: التـأميـــم .

يعتبر مبدأ حماية ملكية المتعاقدين الأجانب من التأميم امتدادا منطقيا لمبدأ الثبات التشريعي ، حيث حين ينص العقد أو التشريع على عدم سريان المراجعات و الإلغاءات التي قد تطرأ مستقبلا على العقد[687] ، نكون بصدد غل يد الدولة عن إصدار قرار التأميم ، و الذي هو حق منحته المواثيق الدولية من خلال التوصية رقم 626 الصادرة بتاريخ 21 /1952/12 عن الجمعية العامة لهيأة الأمم المتحدة وكذلك اللائحة رقم 1803 لسنة 1962 و اللائحة رقم 3281

[686] أنظر : نور الدين الشيخ عبيد ، الملكية و توليد القيمة (التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد) ، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى ، دمشق ، الجمهورية العربية السورية ، 2002 ، ص 13 .

[687] أنظر: المواد 22 و 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري و كذلك المواد 15 و 16 من القانون رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري ، السالفين الذكر .

لسنة 1974[688]، تكريسا لحق الدولة في استغلال ثرواتها الطبيعية ، و هذا ما أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال حماية الأجانب وملكياتهم الخاصة[689] مع التأكيد على أنه جانب إجرائي مؤسس على اعتبارات المصلحة العامة والأمن الاقتصادي و المصالح الوطنية العليا للدولة و في هذه النصوص الدولية اعتراف صريح بحق الدولة في تأميم المشروعات الأجنبية على أراضيها و اعتباره من أعمال السيادة[690] .

لكن هناك من يرى أن هذه النصوص التشريعية الدولية تجاوزها الزمن و لابد من تعديلها تماشيا مع ضروريات النظام الاقتصادي الجديد المرتكز أساسا على العولمة و الانفتاح نحو الآخر ، و ما هذه التوصيات واللوائح الأممية إلا نتيجة لتنامي المد التحرري في البلدان المستعمرة آنذاك و كان ضرورة سياسية و اقتصادية لهشاشة السيادة الوطنية الحديثة لتلك الدول و التخوف من عودة الاستعمار تحت مضلة الشركات المتعددة الجنسيات[691] ومشاريعها العملاقة ، و هذا ما تمخض عنه إزالة المسؤولية الدولية عن أعمال التأميم بالنسبة للدول النامية من جهة مقابل تعويض عادل للمتعاقدين الأجانب من جهة أخرى.

أما حاليا أصبح الاستثمار الأجنبي هو المخرج الوحيد لبعض الدول من بوتقة التخلف الاقتصادي والتكنولوجي و هو ما غير موازين القوى بين الدول المصدرة للاستثمار و الدول المضيفة له ، و أصبح الحصول على ضمانات تحمي الملكيات الاستثمارية الخاصة للمتعاقدين الأجانب من أهم الأهداف المتوخاة من المشروع الاستثماري ، الشيء الذي دفع المستثمرين الأجانب إلى اشتراط تقييد حق الدولة في التأميم كشرط أساسي لمباشرة العملية الاستثمارية [692] .

ولخطورة هذه التصرفات الانفرادية للدول المضيفة للاستثمار على ممتلكات المستثمرين الأجانب سعى المجتمع الدولي إلى وضع إطار تشريعي موحد من خلال اتفاقية دولية لحماية الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية ، غير أن

---

[688] أنظر : http://www.un.org/french/documents/resga.htm ، 2020/08/19 ، 09:57 .

[689] Berthold Goldman , Les décisions du conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international , J D I , N° 02 , 1982 , p 286.

[690] أنظر: حسين نوارة، المرجع السابق، ص 41.

[691] أنظر: فارح وليد، شرط الثبات التشريعي كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، مرجع سابق ، ص 242 .

[692] أنظر: علي كريمي ، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، بيروت ، جمهورية لبنان ، 1990 ، ص 19 .

معظم هذه المساعي قد باء بالفشل مما خلق تباينا واضحا في المعاملة الدولية للاستثمارات في العالم [693] ، مما جعل الدول المصدرة للاستثمار تلجأ لعقد اتفاقيات جماعية وثنائية تهدف لحماية و تشجيع الاستثمارات [694] .

وكانت الجزائر من أكثر الدول إبراما للاتفاقيات الثنائية في فترة انفتاحها على الاستثمار الأجنبي، حيث جاء في الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة جمهورية إيطاليا بتاريخ 1991/05/18 في المادة الرابعة تحت عنوان " حماية الاستثمارات " و بالضبط في الفقرة 2 :

"...2- لا يمكن أيا من الدولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية ، التأميم ، الحجز أو أي إجراء آخر ، يترتب عليه نزع أو منع من الملكية ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، المواطنين أو الأشخاص المعنويين للدولة المتعاقدة الأخرى." ، و هو منع صريح بنص واضح لتأميم ممتلكات المتعاقدين الأجانب، غير أن المشرع لم يجعل من هذه الحماية قاعدة مطلقة بل أورد عليها استثناء في الفقرة 3 من نفس المادة كما يلي : " 3- إذا كانت مقتضيات المنفعة العامة ، الأمن ، أو المصلحة الوطنية تبرر الخروج عن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة ، فإنه يجب توفر الشروط التالية :

أ) أن تتخذ التدابير وفقا لإجراء قانوني.

ب) أن لا تكون تمييزية .

ج) أن تكون مصحوبة بأحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب و فعلي ...." [695].

و ما يمكن الوقوف عنده في هذا النص هو عبارة : " أن تتخذ التدابير وفقا لإجراء قانوني " وهو ما يرجح فرضية أن يكون الإجراء وفق نص تشريعي ، و في هذه الحالة يدخل الإجراء المستعمل في نزع الملكية في نطاق سريان شرط الثبات التشريعي كنص مستحدث يمس بالعقد المبرم بين الدولة و رعايا دول أخرى.

---

[693] أنظر : محمد أحمد سويلم ، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات (دراسة مقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي) ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2009 ، ص 113 .

[694] أنظر : محمد المصطفى ولد احمد محمود ، حماية ملكية الاستثمار الأجنبي (قراءة في الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية و الجماعية) ، مقال منشور في مجلة الفقه و القانون ، العدد 40 ، المملكة المغربية ، فبراير 2016 ، ص 69 .

[695] أنظر : المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بين الجزائر و إيطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بتاريخ 1991/05/18 ، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346 الصادر بتاريخ 05 /1991/10 ، ج ر رقم 46 ، الصادرة بتاريخ 1991/10/05 .

و أيضا في الاتفاق المبرم بين الجزائر و ألمانيا و الموقع بتاريخ 1996/03/11 ، جاء في الفقرة 2 من المادة 04 منه : " 2- لا يمكن أن تخضع استثمارات مواطني و شركات طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى إجراء نزع الملكية ، تأميم ، أو أي إجراء آخر تكون آثاره مماثلة لنزع الملكية أو التأميم ، إلا لأغراض المنفعة العامة و مقابل تعويض ..." [696] ، و مما يلاحظ في نص هذه الفقرة هو المرونة التشريعية المقصودة لمجاراة ما يمكن أن يستحدث من تسميات جديدة لإجراءات نزع الملكية في المستقبل .

ورغم تعلق هذه البنود بحماية ملكية المتعاقدين الأجانب، هناك من اصطلح عليها بشروط استقرار الأموال و الملكيات[697] ، حيث جاء في الاتفاق المبرم بين جمهورية غانا و أحد الشركات الأجنبية : " يجب على الإدارة أن 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 و مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها أشخاص من المؤسسة ...." [698].

و التأميم بالمفهوم القانوني للاستثمار هو ذلك الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة مقابل تعويض مناسب و عادل و ذلك إما لهدف انتهاج فكرة الاشتراكية القائمة على مبدأ إلغاء الملكية الفردية الخاصة ، و توجيه كافة وسائل الإنتاج لتحقيق المنفعة العامة للدولة ، أو لهدف منع سيطرة الأموال الأجنبية على اقتصاد الدولة [699] .

كما عرفه آخرون على أنه : " قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري ، و ذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة و إخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق

---

[696] أنظر : الفقرة 02 من المادة 04 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و ألمانيا يتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بتاريخ 1996/03/11 ، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-280 ، الصادر بتاريخ 2000/10/07 ، ج ر رقم 58 ، الصادرة بتاريخ 2000/10/08 .

[697] أنظر : شوشو عاشور ، المرجع السابق ، ص 88 .

[698] François DIESSE, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Etat », R.D.A.I., n°08, 1998,p.878.

[699] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 39 .

مصلحة عامة"[700]، و من أهم التعريفات القضائية التي يمكن استحضارها في هذا الشأن ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية على أن : " التأميم هو الإجراء الذي يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية الدولة لتصبح ملكا للجماعة تحقيقا لضرورات اجتماعية و اقتصادية و ذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة"[701].

و نظرا للمرونة التي يقتضيها الاستثمار في الدول النامية أصبح التأميم لا يخدم التنمية في هذه الدول كونه أصبح عاملا طاردا للاستثمار ، خاصة في ظل اتساع مفهوم السيادة الاقتصادية للدولة و صعوبة السيطرة على نطاقها مما يمكن أن يتسبب في انتهاك الحقوق المكتسبة[702] للمتعاقدين الأجانب و بالتالي مخالفة القواعد الحديثة للقانون الدولي [703].و قد اعتمد التحكيم التجاري الدولي على هذه الحقوق في الكثير من السوابق التحكيمية [704]، حيث في قضية التحكيم الشهيرة Sapphir ضد الحكومة الإيرانية ذهب المحكم Cavin في الحكم الصادر في 15 مارس 1963 إلى أنه :

"بمقتضى الاتفاق المبرم بين الطرفين ، فإن الشركة الأجنبية قدمت لإيران مساعدات مالية و فنية واستثمارات تتضمن مسؤوليات و مخاطر واسعة ، و بالتالي ، يبدو من الضروري أن تتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تؤثر في حقوق الأطراف و التزاماتهم و أن تكفل لها الأمان القانوني ، و هو ما يصعب تحققه إذا تم التطبيق الخالص و البسيط للقانون الإيراني ، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله ...."[705].

---

[700] أنظر : هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه و تسوية المنازعات التي تثور بشأنه) ، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ص 166 .

[701] أنظر : حسين نوارة ، المرجع نفسه ، ص41 .

[702] يقصد بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي أن الدولة المضيفة للاستثمار لها كل الحرية في أن تغير أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم . أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، هامش ص 209 . و خالد محمد الجمعة ، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة و العشرون ، العدد الثالث ، الكويت ، 1999 ، ص89 .

[703] أنظر : خالد محمد جمعة ، المرجع نفسه، ص 89 .

[704] Voir : Hosni El-gamal , L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés contre les risques non commerciaux (pays arabes) , Thèse de doctorat , Faculté de droit et sciences économiques , Université de Paris 1, 1970 , p.268.مشار إليها لدى حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 42

[705] Voir : Rev. crit ,1980,p 427 , مشار إليه لدى : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، هامش ص207 .

و في قضية شركة Joy mining machinery (LID) ضد حكومة جمهورية مصر العربية ، تقدمت الشركة الإنجليزية السالفة ال\كر بعريضة أمام مركز CIDRI مدعية أن العقد المبرم بين الطرفين يعتبر استثمارا في مفهوم الاتفاق الثنائي المبرم بين مصر و بريطانيا سنة 1976 ، وحسب اتفاقية واشنطن 1965 ، و إن عدم تحويل مبالغ الضمان يتعارض مع مفهوم الاتفاق الثنائي الذي يوفر الحماية من التأميم و حرية تحويل الرساميل و منع كل تمييز و المعاملة العادلة و غيرها من البنود ، و صدر الحكم باستبعاد القانون الوطني المصري لتعارضه مع مبدأ حماية الاستثمار من التأميم .[706]

و في قضية Aminoil [707] ، و التي تتلخص وقائعها بأنه في سنة 1977 قررت الحومة الكويتية من جانب واحد إنهاء الامتياز الممنوح للشركة الأمريكية Aminoil في الكويت و تأميم الشركة وكان هذا الامتياز قد قرر في سنة 1948 بمدة تقدر ب 60 عاما ، أما السعر الذي يجب دفعه فقد كان عائدا محددا و لم يرد في الامتياز نص يفيد بأن حاكم الكويت سيحصل على عائد أعلى إذا ارتفعت أسعار النفط ، كما نصت الاتفاقية صراحة على عدم إجراء أية تغييرات في شروط الاتفاقية لا من قبل الحاكم ولا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان على هذه التعديلات [708]، و بعد فشل المفاوضات صدر مرسوم بقانون رقم 124 بتاريخ 1977/09/19 يقضي بإنهاء الامتياز و تأميم موجودات الشركة لصالح الحكومة الكويتية ، مما أدى بالشركة Aminoil إلى الامتناع عن المشاركة في لجنة التعويضات ، وهو الأمر الذي أدى إلى ابرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في 1979/07/23 [709]، و دفعت الكويت أمام هيئة التحكيم بتغير الموازين الاقتصادية الدولية خلال الثلاث عقود الأولى من مدة الامتياز بالإضافة إلى تغير القانون الدولي العام خاصة القرارات التي صدرت عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة و التي قضت بسيادة

---

[706] أنظر : مرزوق فاطمة ، التحكيم التجاري الدولي و قضاء الدولة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود ، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج بالبويرة ، الجزائر ، 2018 ، ص 31 .

[707] أنظر : أحمد عبد الرزاق خليفة سعيدان ، المرجع السابق ص 232 .

[708] أنظر : بن صغير عبد المومن ، الوضع القانوني لسيادة الدولة على ضوء الاستثمارات في مجال المحروقات في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2015/2014 ، ص153 .

[709] أنظر : عاطف سليمان ، التجربة البترولية لإمارة أبو ظبي ، مركز الإمارات للدراسات و البحوث ، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة ، ص149 و ما بعدها .

الدولة على مقدراتها الطبيعية والاقتصادية[710] ، و بالمقابل دفعت الشركة بأنها قدمت سعرا منصفا عن امتيازها و أن من حقها بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن تستمر في استثمار الحقوق النفطية إلى غاية سنة 2008[711] .

و جاء في قرار التحكيم النهائي أن ادعاء حكومة الكويت بأن شروط الثبات التشريعي المنصوص عليها في البند 17 من الاتفاق تكرس نمطا استعماريا من شأنه تقويض السيادة الوطنية الكويتية عن التصرف في ثرواتها الطبيعية غير مؤسس قانونيا لأن الكويت أكدت الاتفاقيات المبرمة بينها و بين شركة Aminoil في سنة 1973 بعد الاستقلال و تشريع الدستور الجديد[712] ، و احتجت الحكومة الكويتية أيضا بأن الدستور قد أبطل شروط الثبات تأسيسا قرارات الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة و التي منعت تقييد سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية ، غير أن هيئة التحكيم ردت بأن هذا الادعاء يفتقر إلى أي أساس قانوني حتى في وجود قرارات هيئة الأمم المتحدة السالفة الذكر ، فإنه من غير الممكن اعتبارها ذريعة لتحريم تعهد الدولة لمدة معينة من الزمن بعدم تأميم مشروعات معينة ، و لا توجد قاعدة قانونية في القانون الدولي تمنعها من هذا التعهد ، كما دفعت الشركة الأجنبية أن القانون الدولي يحظر على الدولة إجراء التأميم عندما توافق على تضمين عقدها مع المستثمر الأجنبي شروط الثبات التشريعي ، و ردت الحكومة الكويتية بقولها أن شروط الثبات لم تفعل شيئا سوى تضمين المبادئ العامة للقانون ، و هو ما لم يغير من وضع الشركة القانوني شيئا يذكر ، ولكن هيئة التحكيم رفضت ذلك باعتبارها شروط الثبات التشريعي ذات مفعول في حماية صاحب الامتياز على وجه الخصوص و هي تعبر عن مبدأ معروف في تفسير التعهدات التعاقدية[713].

و في المدة الاخيرة تقهقر التأميم لصالح إجراءات إدارية أخرى تضمن تملك الدولة للمشروعات القاعدية سواء من خلال نزع الملكية للمنفعة العامة أو بموجب الاستيلاء المؤقت أو المصادرة الإدارية ، وهو ما سنتعرض له في العناصر اللاحقة من هذا الفرع .

---

[710] أنظر : خالد منصور اسماعيل ، المرجع السابق ، هامش ص 392 .

[711] أنظر : بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 216 .

[712] أنظر : صالح شوقي عبد العال حافظ ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي و سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادة منفردة ، أطروحة دكتوراه ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2011 ، ص 346 و ما بعدها .

[713] أنظر : بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ص 217.

ثانيا : نزع الملكية للمنفعة العامة.

قد يثور تساؤل حول استحداث مصطلح نزع الملكية للمنفعة العامة مكان التأميم ، و الاجابة عن هذا التساؤل تتلخص في التوجه السياسي و التشريعي للدول المضيفة للاستثمار للتخلي عن النهج الاشتراكي و بالتالي التنازل عن سياسة التأميم[714] ، و لابد من إيجاد إجراء أقل حدة من التأميم لفرض سيادة الدولة في عقودها مع الأجانب ، فكان إجراء نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة هو البديل الأمثل للتأميم من حيث النطاق الموضوعي للإجراء بسريانه على العقارات فقط دون الأموال المنقولة[715] ، و من حيث القابلية عند مجموع المتعاقدين الأجانب ،كما أن نزع الملكية للمنفعة العامة يتم بموجب قرار إداري و إجراءاته طويلة ومعقدة و قابلة للطعن فيها أمام القضاء ، أما التأميم فهو إجراء يصدر عن السلطة العليا للدولة و هو غير قابل للطعن فيه و كثيرا ما يكون محله المشاريع الاستثمارية بالمفهوم الاقتصادي [716].

تتمتع السلطات الإدارية للدولة بعدة امتيازات تمكنها من تحقيق النفع العام ، جانب من هذه الامتيازات مصدره التشريع و الجانب الآخر مصدره الفقه و القضاء ، و لعل من أهم هذه الامتيازات نزع الملكية الخاصة للأفراد مهما كانت جنسياتهم لدواعي تحقيق المصلحة العامة للدولة، ويعتبر نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة امتيازا من امتيازات السلطة العامة ، يجرد من خلاله مالك العقار من ملكيته جبرا من أجل تحقيق النفع العام مقابل تعويض و هو اعتداء صارخ على الملكية الخاصة للمواطنين الأجانب ، السبب الذي يجعله استثناء يجد غطاءه تحت مضلة المنفعة العمومية [717].

و لعل من أهم التعريفات التي يمكن رصدها لإجراء نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة أنه:

---

[714] أنظر : المادة 35 من الدستور المصري .

[715] أنظر : سعد محمد خليل ، نزع الملكية العامة بين الشريعة و القانون ، دار السلامة للطباعة و النشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية ، 1993 ، ص88 و ما بعدها.

[716] أنظر : هشام خالد ، المرجع السابق ، ص 09 .

[717] أنظر : عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1993 ، ص 259 .

" تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيق لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة "[718] ، كما عرفه آخرون على أنه : " إجراء إداري يقصد من خلاله حرمان

المالك من ملكه جبرا بسبب المنفعة العامة ، شرط تعويضه عما يناله "[719].

و كما هو معروف أن حق الملكية حق مقدس قانونيا لا يجوز المساس به إلا أن هذا المبدأ لا يكفي بالنسبة للمتعاقد الأجنبي لأنه لا يوفر حصانة لحقوقه الاستثمارية طالما أن حق الدولة قائم في اتخاذ أي إجراء مستقبلي يمس ملكيته الخاصة لاعتبارات السيادة الوطنية على أراضيها ، لذلك فإن هذه المخاوف تشكل العامل الطارد الأول للاستثمار [720]، و لهذا اختلفت التشريعات بين تشريعات مقيدة لنزع الملكية بتحقيق المنفعة العامة و أخرى تحضر مطلقا هذا الإجراء حتى و لو اقتضت المصلحة العامة ذلك[721]. كما يعتبر نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة إجراء يدخل في الاختصاصات الإقليمية للدولة على ملكيات الأجانب و الوطنيين على حد السواء [722] ، و تلتزم الإدارة بتعويض المنزوع ملكيته في كل الحالات و هو ما يميز نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة عن المصادرة الإدارية و غيرها من إجراءات القانون الإداري[723].

أما في الجزائر فقد نص الدستور الجزائري على إمكانية نزع الملكية و نظمها المشرع بقانون خاص لتلبية حاجات المرافق العامة إذا ما استدعت الضرورة المصلحية ذلك ، حيث صدر القانون 91 / 11 في 27أفريل 1991 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة ، تكريسا للتوجهات التشريعية التي جاء بها دستور 1989 في المادتين 20 و 49

---

[718] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 45

[719] أنظر : رسل باسم كريم الحسيني ، ضمانات المستثمر الأجنبي و حوافزه في التشريع العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، جمهورية العراق ، 2015 ، ص 52 .

[720] أنظر : ميساء هشام السامراني ، المرجع السابق ، ص 71 .

[721] أنظر : ندى عبد الكاضم الحسين ، دراسة مقارنة بين قانون الاستثمار الاتحادي رقم 13 لسنة 2006 و قانون الاستثمار الكردستاني رقم 04 لسنة 2006 ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الخامس و العشرون ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 2010 ، ص 366 .

[722] أنظر : هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2002 ، ص21 .

[723] أنظر : طه خالد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 105 .

[724]و كذلك دستور 1996 في المادتين 20 و 52 [725]، بإقرار الملكية الخاصة وحمايتها بتقييد سلطة الإدارة في استعمال امتيازاتها الخاصة لتجريد الأفراد من ممتلكاتهم الخاصة خارج نطاق المنفعة العامة بالمفهوم الضيق المبني على الأسس التحررية بموجب مجموعة من الإجراءات التي نص عليها القانون تحت طائلة بطلان الإجراءات[726].كما نصت المادة 677 من القانون المدني الجزائري على أن : " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون ، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها ، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل . و إذا وقع خلاف على مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة ". و في إطار ممارسة الإدارة لهذا الإجراء لابد أن تسلك الطرق الرضائية و الودية قبل الوصول إلى الطرق الجبرية [727] ، و ذلك بمحاولة عرض شراء محل نزع الملكية أو إيجاره [728] أو تبديله.[729]

و هو شرط جوهري يتعلق بالنظام العام الممكن إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه [730] ، ويترتب عن مخالفته البطلان [731]، بحيث تصبح الطرق الرضائية للحصول على الأموال المنزوعة هي الأصل و الطرق الجبرية هي الاستثناء[732].

---

[724] أنظر : المادتين 20 و 49 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989 .

[725] أنظر : المادتين 20 و 52 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996.

[726] أنظر : زروقي ليلى ، دور القضاء الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية ، مقال منشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد الثالث ، سنة 2003 ، ص 13 .

[727] أنظر : أحمد رحماني ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مقال منشور في مجلة إدارة ، العدد الثاني ، سنة 1994 ، ص 08 .

[728] أنظر : سماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية تحليلية) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى الجزائر ، 2004 ، ص 228 و ما بعدها .

[729] أنظر : تنص المادة 31 من المرسوم 91-454 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك على أنه : " يتم تبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة بالدولة ، مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص ....." ، ج ر عدد 60 ، المؤرخة في 1991/11/24 . و كذلك المادة 92 من القانون رقم 90-30 ، المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 52 ، مؤرخة في 1990/12/02 .

[730] أنظر : المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، ج ر عدد 51 ، سنة 1993 .

[731] أنظر : أحمد رحماني ، المرجع السابق ، ص 08 .

[732] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 47 .

و نظرا لأهمية الجانب الإجرائي في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، عمدت التشريعات الوطنية والدولية إلى فرض نظام إجرائي على الإدارة النازعة للملكية و الزمتها باحترامها تحت طائلة البطلان حماية للأشخاص و ممتلكاتهم ، كما ان هذه الإجراءات تخضع للرقابة القضائية و في كثير من الأحيان تترتب مسؤولية إدارية على عاتق الإدارة مما يعرضها لدفع تعويضات جراء تجاوزاتها للنظام الإجرائي المفروض أو التعسف في قراراتها ، و في بعض الأحيان لا يسمح بوضع اليد على الأملاك محل نزع الملكية حتى لو استدعت الضرورة ذلك إلا بإذن مسبق من القاضي[733] .

و يمر نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة بالإجراءات التالية :

1- الإعلان عن المنفعة العامة : و يتفرع هذا الإجراء إلى إجراءين فرعيين هما :

- **تحقيق المنفعة العامة** : يتم فتح تحقيق على مستوى المصالح الولائية للتأكد من المنفعة العامة بقرار من الوالي المختص إقليميا ، و بالتوازي مع ذلك يتم تعيين لجنة تحقيق يتم اختيار أعضائها من قائمة وطنيا تخضع للتحيين سنويا عن طريق التنظيم بقرار من وزير الداخلية و الجماعات المحلية ، ويتم شهر القرار على مستوى البلدية و يجب أن يتضمن بيانات إلزامية تحت طائلة البطلان تتمثل في تاريخ مباشرة وإنهاء التحقيق و بيان الغرض من العملية و مكان إقامة المشروع .
- **قرار الإعلان عن المنفعة العامة** : يعلن عنه بقرار وزاري مشترك بين وزارتي الداخلية و الجماعات المحلية و المالية بالنسبة للعقارات الواقعة في إقليم أكثر من ولاية ، أو بقرار من الوالي المختص إقليميا بالنسبة للعقارات الواقعة في إقليم ولاية واحدة ، و يتضمن الإعلان بيانات إلزامية يترتب عن تخلفها البطلان[734] :

الغرض من نزع الملكية و تعيين العقار تعيينا نافيا للجهالة ، و دراسة تحصيلية للأشغال التي سيشرع فيها مع جدول النفقات اللازمة لتغطية العملية ، ثم يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية إذا كان قرارا وزاريا مشتركا ، أو في

[733] أنظر : المواد 3و 4 و 15 من القانون رقم 91-11 السالف الذكر. والمواد 3و6 و 9و 10و11 من المرسوم التنفيذي 186/93 السالف الذكر.

[734] و ما يجدر ذكره أنه في حالة إغفال أو ترك أي إجراء شكلي أو أحد البيانات الإلزامية، يحق لكل ذي مصلحة رفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري في أجل 30 يوما من تاريخ التبليغ للقرار أو نشره .

مجموعة القرارات الإدارية للولاية إذا كان ولائيا ، ثم يتم التبليغ الشخصي للمعني بالأمر منزوع الملكية و ينشر في مقر البلدية التي يقع في دائرة اختصاصها الإقليمي العقار محل نزع الملكية لمدة شهر كامل [735].

2- **تعيين الأعيان العقارية و بيان ملاكها** : خلال فترة لا تتجاوز 15 يوما من إشهار القرار المتضمن إعلان المنفعة العامة ، يعين الوالي خبيرا عقاريا للتحقيق حول العقارات محل النزع مع تحديد أصحابها و ذلك بإعداد تخطيط للقطع الأرضية و قائمة تحتوي على المعلومات الشخصية لمالكيها .

3- **التقييم المالي للعقارات محل نزع الملكية:** و يتم ذلك استنادا للقيمة الفعلية للعقارات حسب طبيعتها و موقعها و ظروف استعمالها، عن طريق إدارة أملاك الدولة.

4- **صدور قرار بإمكانية التنازل:** يتضمن القرار بصفة نهائية قائمة الأعيان العقارية المعنية بإجراء النزع بناء على مخطط جزئي و قائمة مالكي العقارات و مبالغ التعويض التي تودع لدى خزينة الولاية في بالتوازي مع تبليغ القرار .

5- **صدور قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية** : بالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون 91-11 ، يتم تحرير قرار إداري لإتمام صيغة نقل الملكية سواء تم التراضي بين الأطراف أو حصل قبول من المالك للمبلغ المقدر للتعويض أو إذا صدر قرار نهائي عن المجلس القضائي أو المحكمة العليا في حالة الاستئناف ، يقر بنقل الملكية[736] .

ثالثا : المصادرة الإدارية .

تحتل المصادرة الإدارية أهمية كبيرة في سلسلة المخاطر الغير التجارية المهددة للاستثمار الأجنبي ، و الأصل أنها من القواعد القانونية العقابية التي تضمنها القانون الجنائي الإداري نتيجة الإخلال بالنظام العام أو نتيجة ارتكاب أفعال مجرمة بمفهوم قانون العقوبات ، و عرفها المشرع الجزائي في المادة 15 من قانون العقوبات كما يلي :

" المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء.

غير أنه لا يكون قابلا للمصادرة:

[735] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 48 .

[736] أنظر : المادة 29 من القانون رقم 91-11 ، السالف الذكر.

1- محل السكن اللازم لإيواء الزوج و الأصول و الفروع من الدرجة للمحكوم عليه، إذا كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة ، على شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع .

2- الأموال المذكورة في الفقرات 2 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7 و 8 من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية .

3- المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج و أولاد المحكوم عليه و كذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته"[737].

و المصادرة عقوبة تكميلية في كل الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد الأجنبي جناية في المجال الضريبي أو المصرفي ، إذ يؤول كل المال المملوك له أو جزء منه و حتى الأشياء المستعملة في ارتكاب الجرم إلى الدولة[738].

و تنصب المصادرة على الأموال المنقولة دون العقارية [739]، و يكون مصدر المصادرة الإدارية إما إجراء إداريا يستهدف من خلاله حماية الأمن و السلامة و الصحة و الآداب العامة ، أو حكما قضائيا يتضمن عقوبة تكميلية[740] ، و ما يميز المصادرة الإدارية هو انتفاء عنصر التعويض فيها ، غير أن المشرع الجزائري في قانون تطوير الاستثمار لسنة 2001 ، الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 و بالتحديد في نص المادة 16 ربط المصادرة

---

[737] أنظر : بالرجوع إلى نص المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية الملغى ، وجدنا أنها تتحدث عن الأموال الغير قابلة للحجز و التي تقابلها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الساري المفعول المادة 636 و التي تنص على ما يلي : "فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية :

1 – الأموال العامة المملوكة للدولة، أو للجماعات الإقليمية، أو للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك،

2 – الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا، ماعدا الثمار والإيرادات،

3 – أموال السفارات الأجنبية،

4 – النفقات المحكوم بها قضائيا إذا كانت قيمتها لا تتجاوز ثلثي (2/3) الأجر الوطني الأدنى المضمون،

5 – الأموال التي يملكها المدين ولا يجوز له التصرف فيها،

6 – الأثاث وأدوات التدفئة والفراش الضروري المستعمل يوميا للمحجوز عليه ولأولاده الذين يعيشون معه، والملابس التي يرتدونها،

7 – الكتب اللازمة لمتابعة الدراسة أو لمهنة المحجوز عليه في حدود مبلغ يساوي ثلاث مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، والخيار للمحجوز عليه في ذلك،

8 – أدوات العمل الشخصية والضرورية لأداء مهنة المحجوز عليه والتي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار (100.000 دج) والخيار له في ذلك،

9 – المواد الغذائية اللازمة لمعيشة المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد (1)،

10 – الأدوات المنزلية الضرورية، ثلاجة، مطبخة أو فرن الطبخ، ثلاث (3) قارورات غاز، والأواني المنزلية العادية الخاصة بالطهي والأكل للمحجوز عليه ولأولاده القصر الذين يعيشون معه،

11 – الأدوات الضرورية للمعاقين،

12 – لوازم القُصَّر وناقصي الأهلية،

13 – ومن الحيوانات الأليفة، بقرة أو ناقة أو ست نعاج أو عشر عنزات، حسب اختيار المحجوز عليه، وما يلزم من التبن والعلف والحبوب لغذائها لمدة شهر واحد (1) وفراش الإسطبل."

[738] أنظر : أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2002 ، ص 237 .

[739] أنظر : هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 19 .

[740] أنظر : أحلام عدنان الجابري ، العقوبات الفرعية (دراسة مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ،كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1999 ، ص 119 .

الإدارية بالتعويض العادل و المنصف بقوله : " 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 " [741] ، وهناك من يرى أن المشرع الجزائري جانب الصواب بهذا الحكم ، لأن الأصل في المصادرة عقاب المستثمر الأجنبي بحرمانه من التعويض عن نزع ملكيته [742]، كما أن الخطأ يبدو في ظاهره على أنه خلط ما بين مفهومي التأميم و المصادرة الإدارية ، لأن الأول يستلزم التعويض بعكس الثاني الذي يكتسي طابع الجزاء الإداري [743].

رابعا : الاستيلاء و الحراسة .

يعتبر كل من الاستيلاء و الحراسة إجراءان مؤقتان ينقضيان بمجرد انقضاء أسبابهما على خلاف الإجراءات السابقة ، و الاستيلاء تصرف سيادي للدولة أو لإحدى هيئاتها يترتب عليه حرمان مالك العقار من ممارسة سلطته على العين محل الاستيلاء مؤقتا[744] من أجل تحقيق المنفعة العامة للدولة و ذلك بالاستئثار بالعقار محل الاستيلاء لمدة معينة و الانتفاع به مقابل تعويض يؤدى لاحقا للمالك[745]

و جاء في نص المادة 679 من القانون المدني الجزائري ما يجيز للدولة الحصول على الأموال و الخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون[746].

و الاستيلاء إجراء مشروع يستمد مشروعيته من الاختصاصات و السلطات الاستثنائية للدولة في الحالات الاستعجالية لضمان سيرورة المرفق العام أو في الظروف الطارئة كالحروب و النزاعات الداخلية[747].

---

[741] أنظر : ميساء هشام السامراني ، المرجع السابق ، ص 73 .

[742] انظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 53 .

[743] أنظر : محمد يوسفي ، مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الاجنبية ، مقال منشور في مجلة الإدارة ، العدد 23 ، المجلد 12 ، 2002 ، ص 47 .

[744] أنظر : سحيم محمد سحيم ، ضمانات و حوافز الاستثمار في مصر(دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ،كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، 2009 ، ص 248 .

[745] Voir : Morand Deviller Jacqueline , Cours de droit administratif des biens , 2eme édition , Montchrestien , paris ,2001.p358.

[746] أنظر : المادة 676 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، السالف الذكر .

[747] أنظر : حسين نوارة ، المرجع السابق ، ص 53 .

و بمفهوم المخالفة يصبح الإجراء باطلا لعدم المشروعية إذا انتفى عنصر الاستعجال و الظروف الاستثنائية و يحل محله التراضي بين الأطراف لاقتناء أو استئجار أو استبدال العقار المراد الاستيلاء عليه.

أما الحراسة فهي نزع حيازة الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها [748]. و تعتبر من أخطر تصرفات الإدارة لا تلجأ إليها الإدارة الا في حالات معينة حددها القانون و هناك من يرى أن أبعادها سياسية و ليست تجارية قد يتعرض لها المتعاقد الأجنبي في الدولة المتعاقدة لدواعي أمنية قد تمس بالمصالح العليا للبلاد ، و تختلف أسبابها بين إخلال بالالتزامات المتعلقة بالتسيير والإدارة السليمين للمشروع التنموي [749] ، و جاء في مضمون المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه تتم تغطية الإجراءات التي تتخذ من السلطة العامة بالقطر المضيف و التي تؤدي إلى حرمان المؤمن له من الحقوق الجوهرية على استثماره و خصوصا تلك الناتجة عن فرض الحراسة[750].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالحراسة في نص المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 تحت مسمى تسخير الإدارة للاستثمارات المنجزة مقابل تعويض عادل و منصف[751] ، لكن بصدور الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، و القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار لم يتعرض للحراسة لا صراحة و لا ضمنا ، مما قد يفهم منه أن المشرع تخلى تماما عن هذا الإجراء و لم تبقى سوى بعض النصوص في القوانين الأخرى لها دلالة ضمنية على فرض الحراسة لعل من أهمها المادتين 113 و 114 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ، حيث جاء في المادة 113 : " يمكن اللجنة تعيين قائم بالإدارة مؤقتا تنقل له كل السلطات اللازمة لإدارة أعمال المؤسسة المعنية أو فروعها في الجزائر و تسييرها و يحق له إعلان التوقف عن الدفع ....." ، و في المادة 114 : " إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية

[748] أنظر : بقة حسان ، المرجع السابق ، ص 147 . و سحيم محمد سحيم ، المرجع نفسه ، ص 248 . و المواد من 602 إلى 611 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم ، السالف الذكر.

[749] أنظر : حسين نوارة ، المرجع نفسه ، ص 55 و ما بعدها .

[750] أنظر : المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، السالفة الذكر .

[751] أنظر : المادة 40 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر .

بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه .....يمكن اللجنة .....التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا ..."[752] .

حاولت التشريعات حماية الملكية الخاصة للأفراد في القوانين الدستورية ، نظرا لخطورة ما قد يؤول إليه وضع المجتمع و الدولة في ظل هشاشة الحماية المقررة لحق الملكية ، و فيما يخص المشرع الجزائري فقد أكد على قدسية حق الملكية منذ دستور 1976 حيث و في المادة 17 منه جاء ما يلي : " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. و يترتب عنه أداء تعويض عادل و منصف. لا تجوز معارضة إجراء نزع الملكية للصالح العام بحجة أية اتفاقية دولية "[753] ، لكن ما يجدر ذكره في هذا النص هو انعكاس السياسة الاقتصادية الاشتراكية المنتهجة آنذاك على توجهات الدولة في سياسة التأميم و نزع الملكية من أجل إقامة المشاريع القومية ، حيث أن نزع الملكية كان يتم عن طريق التأميم الذي لا يقبل أي طريق للطعن أو المعارضة لما يحمله من دلالات السيادة الوطنية على مقدرات الدولة ، لكن بالمقابل أقر المشرع الدستوري تعويضا عادلا و منصفا للمنزوع ملكيته . و غداة الانفتاح الاقتصادي الحاصل في نهاية الثمانينات ، صدر دستور 1989 ، و ظهرت بوادر التخلي عن سياسة التأميم من خلال نص المادة 20 منه حيث جاء فيها : " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون . و يترتب عليه تعويض قبلي عادل و منصف." [754] و تواصل تكريس مبدأ تقييد نزع الملكية أيضا في دستوري 1996 و 2016 في المادة 22 منهما [755]، و كذلك في قانون الاستثمار الجزائري الساري المفعول وبالضبط في المادة 23 منه أقر المشرع صراحة عدم خضوع الاستثمارات المنجزة لإجراءات نزع الملكية بما في ذلك الاستيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع ، و رتب على إجراء نزع الملكية و الاستيلاء تعويض عادل و منصف[756].

[752] أنظر : المادتين 113 و 114 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض ، السالف الذكر .

[753] أنظر : المادة 17 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976 ، السالف الذكر .

[754] أنظر : المادة 20 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989 ، السالف الذكر .

[755] أنظر : المادة 22 من دستوري الجمهورية الجزائرية لسنتي 1996 و 2016 ، السالفي الذكر .

[756] أنظر : المادتين 22 و 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر.

و في نظرنا أن نص المادة 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، هو امتداد تفسيري للمادة 22 من نفس القانون ، حيث يقر المشرع في هذه الأخير عدم سريان الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون مستقبلا على الاستثمار المنجز في ظله إلا بطلب من المستثمر مسبقا ، في حين تتحدث المادة 23 عن نزع الملكية و الاستيلاء ، و هو ما يطرح فرضية تلميح المشرع الجزائري إلى أن التعديلات أو المراجعات التي قد تطرأ على قانون الاستثمار يمكن أن تتجسد في صورة إجراء يمس بملكية المستثمر الأجنبي سواء بالنزع الكلي أو بالاستيلاء المؤقت . كما يرى البعض أن تدابير نزع الملكية قد تكون ضمنية من خلال التصرفات الطاردة للاستثمار ، التنفيذ و البيع الجبري لجزء أو كل المشروع الاستثماري ثم استعمال حق الشفعة من طرف الدولة للظفر بهذه الحقوق[757] ، أو قد يتخذ صورة تصرف سلبي للإدارة في الامتناع عن منح التراخيص الخاصة باستغلال المشاريع الاستثمارية ، [758] أو من خلال التسعير الإجباري للمنتجات بتكلفة أقل من تكلفة الإنتاج [759] ، و أيضا الزيادة المفرطة في النظام الجبائي مما يثقل كاهل المستثمر الأجنبي ، و يمكن أن تلجأ الدولة المتعاقدة إلى فرض زيادة نسبة تشغيل اليد العاملة لعلاج مشكل البطالة و تجميد أصول البنوك وتشجيع الإضرابات و غيرها من التدابير التهديدية التي تصب في خانة الطريق المباشر للتجريد من الملكية [760].

و مما لا شك فيه أن هذه التصرفات في معظمها لا يمكن أن تتم إلا في إطار تشريعي أو قضائي و هذا ما يجعل من شروط الثبات التشريعي آلية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي من سطوة النصوص التشريعية والتنظيمية المهددة لها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر من خلال استثنائها من نطاق سريان هذه النصوص.

---

[757] أنظر : حسين نوارة ، أبعاد تأثير التدابير المماثلة على جاذبية مناخ الاستثمار في الجزائر ، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي الموسوم ب : مناخ الأعمال في الجزائر و أثره على الاستثمار ، يوم 2016/10/27 ، قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2016 ، ص 04 .

[758] أنظر : بقة حسان ، المرجع السابق ، ص 150 .

[759] أنظر : لمياء متولي يوسف مرسي ، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق عين شمس ، 2007 ، ص 219 .

[760] أنظر : مُحَمَّد خالد جمعة ، المرجع السابق ، ص 75 .

و لعل أهم مبدأ قانوني يستند له شرط الثبات التشريعي ، هو مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، و الذي ينتج عن الاخلال به المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة نتيجة مخالفة قاعدة دولية ثابتة تقضي بعدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب على أراضيها في إطار القانون القديم .[761]

غير أن هذا المبدأ لاقى نقدا لاذعا مما أفقد مكانته ، لأن المراكز القانونية تنشأ لكنها تبقى قابلة للتغيير بغض النظر عن الشخص الذي يتمتع بهذا المركز ، و هذا ما جرى غداة الاستقلال حين رفضت الدولة الجزائرية دفع تعويضات المترتبة عن تأميم المشاريع التي أقيمت في ظل الدولة الفاقدة للأهلية الدولية بسبب الاستعمار ، فالحقوق المكتسبة لا تنشأ إلا في ظل تشريعات صادرة عن دولة ذات سيادة [762].و عليه فمبدأ حماية الحقوق المكتسبة لا يصادر حق الدولة المتعاقدة في نزع الملكية بل يرتب في ذمتها تعويضا عما لحق المستثمر الأجنبي من أضرار و خسائر على أساس الإثراء بلا سبب[763].

و قضائيا ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر في الحكم الصادر في الدعوى رقم 34517 لسنة 65 قضائية في جلسة 2011/09/21 إلى أن الدستور إعلاء لحق الملكية كفل حمايتها لكل فرد و حضر المساس بها إلا استثناء و في إطار الوظيفة الاجتماعية التي يوظفها القانون في حدود المصلحة العامة دون أن يمتد هذا التنظيم إلى درجة التعسف على حق الأفراد و مصادرته دون سند مشروع و استهداف غاية يشوبها هوى أو انحراف يضمر كيدا للمالك أو رغبة في مجرد الاستئثار و الاستيلاء على ما يملكه الأفراد لإصلاح خلل إداري شاب موقف الجهة القائمة بالاستيلاء [764].

---

[761] أنظر : حسين نوارة ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر ، المرجع السابق ، ص209 . و الأمين شريط، مرجع سابق، ص 224.

[762] أنظر : خالد محمد جمعة، مرجع سابق ، ص 90 .

[763] أنظر : محمدت مي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام(القاعدة الدولية) ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة السابعة ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1995 ، ص 318 و ما بعدها . و المادتين 141 و 142 من القانون المدني الجزائري ، السالف الذكر.

[764] أنظر : طه خالد اسماعيل ، المرجع السابق ، ص 111 .و هبة هزاع ، المرجع السابق ، ص 334 .

الفرع الثاني

الحماية القانونية للامتيازات المتحصل عليها بموجب العقد

لعل من أهم الامتيازات التي من الممكن أن يتحصل عليها المتعاقد الأجنبي بموجب العقد ، هي الحوافز الضريبية للاستثمار ، و هذا ما يدفعنا لدراسة مدى انعكاس نوعية النظام الجبائي المعتمد لمعالجة الاستثمارات الأجنبية على الأمن القانوني للمتعاقد الأجنبي ، و من هنا تولدت فكرة الخطر الجبائي و ضرورة تحديد مفهوم دقيق له ، و بالمقابل يمكن التطرق لمبدأ الأمن الجبائي كدعامة أساسية للأمن القانوني .

ذهب جانب من الفقه أن التشريع الجبائي من أهم مصادر الخطر الجبائي ، حيث يشكل تعدد النصوص القانونية و تعقيدها و غموضها في بعض الأحيان خطرا يضعف المركز القانوني للمكلف جبائيا ، بحيث يحيد عن الفهم السليم للنظام الضريبي الخاص به و كنتيجة منطقية لذلك يقع المكلف جبائيا في خطر عدم الامتثال للنظام الجبائي للدولة المتعاقدة [765] ، و بدرجة أقل يعد عدم استقرار النصوص الجبائية الناتج عن التعديلات المستمرة في القوانين الضريبية و اختلاف تفسيراتها من قبل الادارة المختصة خطرا حقيقيا يهدد المكلفين جبائيا و يزعزع ثقتهم في مناخ الاستثمار الذي تعاقدوا مع الدولة على أساس فكرة مسبقة عنه ، وجاء في استطلاع قام به مكتب المراجعة العالمي Ernst&Young سنة 2004 على مستوى 11 دولة إلى أن التعديلات في الأنظمة القانونية الجبائية وصلت إلى نسبة 95 % ، و بنسبة 94 % للاختلاف في تفسير النصوص القانونية الجبائية من قبل الهيئات المختصة ، ووصلت نسبة اصدار تنظيمات ماسة بالنظام الجبائي من طرف الادارة إلى 83 % ، حيث أن هذه التغييرات تعتبر مصدرا رئيسيا للأخطار الجبائية [766] .

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجبائية الجزائري نجد أن من أهم خصائصه صعوبة استيعاب للمكلف بالضريبة للنصوص القانونية الجبائية نتيجة عدم الثبات و كثرة التعديلات الواردة عليه ، إذ منذ صدور هذا القانون بموجب قانون

---

[765] أنظر : فتحة أميرة ، دور المراجعة الجبائية في تحقيق الأمن الجبائي بالمؤسسة الاقتصادية (دراسة حالة شركة مطاحن الأوراس – باتنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في العلوم التجارية تخصص محاسبة ، قسم العلوم التجارية ،كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ببسكرة ، الجزائر ، 2018/2017 ، ص 82 .

[766] أنظر : فتحة أميرة ، المرجع نفسه ، ص 82 .

المالية لسنة 2002 ، أجريت عليه العشرات من التعديلات عبر قوانين المالية و قوانين المالية التكميلية المتعاقبة ، حيث وصل عدد التعديلات إلى 206 تعديل، و هو ما يتنافى مطلقا مع مبدأ الأمان القانون للمتعاقد الأجنبي المكلف بالضريبة ، و هذا ما دفع المشرع الدستوري الجزائري إلى التأكيد على شرط الثبات الجبائي في المادة 78 من دستور 2016 و التي نصت على: " كل المواطنين متساوون في آداء الضريبة . و يجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية حسب قدرته الضريبية. **لا يجوز أن تحدث أي ضريبة إلا بمقتضى القانون . و لا يجوز أن تحدث بأثر رجعي أي ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه .....**"[767].

كما جاء القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري بنظام جبائي متميز ، يشكل أرضية تحفيزية مهمة للاستثمار الأجنبي المباشر ، حيث و في نص المادة 12 من هذا القانون ، يستفيد المستثمرون الأجانب في مرحلة الانجاز من الاعفاء الكلي من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة الداخلة مباشرة في انجاز المشروع الاستثماري ، كما يستفيدون من الاعفاء الكلي من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات المستوردة أو المقتناة محليا و التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار ، بالإضافة إلى الاعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض و الرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار ، كما يعفى المستثمرون الأجانب من حقوق التسجيل و الرسم على الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية و الغير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية مع تطبيق الاعفاءات على المدة الدنيا لحق الامتياز الممنوح، كما تخفض المبالغ المخصصة للإتاوات الإيجارية السنوية و التي تم تحديدها من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الاستثمار بنسبة 90 % . كما يتم إعفاء المستثمرين لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ابتداء من تاريخ الاقتناء ، و تعفى العقود التأسيسية للشركات الاستثمارية و التحديثات الواردة على رؤوس أموالها من حقوق التسجيل.

[767] أنظر : المادة 78 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 ، السالف الذكر .

أما في مرحلة الاستغلال بعد معاينة الشروع في مرحلة الاستغلال بمحضر تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر لمدة 03 سنوات ، يعفى المستثمر الأجنبي من الضريبة على أرباح الشركات و الرسم على النشاط المهني، كما يتم تخفيض الإتاوة الإيجارية بنسبة 50 % [768] .

كما أفرد المشرع الجزائري الاستثمارات المنجزة في الجنوب الجزائري و الهضاب العليا بمساهمات خاصة من قبل الدولة حيث تتكفل كليا أو جزئيا بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الضرورية لإنجاز الاستثمار وذلك بعد تقييمها مسبقا من قبل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، كما تستفيد الاستثمارات المنجزة في هاته المناطق من تخفيض من مبالغ الإتاوة الإيجارية السنوية بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية ، حيث تمنح هذه العقارات بالدينار الرمزي للمتر المربع لمدة تتراوح بين 10 و 15 سنة[769].

و لحماية هذه الامتيازات الجبائية المهمة جاء نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ليثبت المزايا و التحفيزات الممنوحة للمستثمر الأجنبي و يجعل منها عتبة قابلة للتحسين و الترقية دون النزول عنها ، مع الاحتفاظ بحق الدخول في مزايا تم استحداثها بتشريع جديد بطلب من المستثمر صراحة [770] ، كل ذلك يبقى تحت المضلة الدستورية للمادة 78 من التعديل الدستوري لسنة 2016 .

و هذا المبدأ هو ما أصطلح عليه في الفقه القانوني بمبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية ، و على العموم لم يحدث و أن خرجت الدساتير و القوانين الداخلية للدول عن هذه القاعدة إلى إذا كان النظام الجبائي المستحدث أصلح للمكلف ضريبيا ، و هو ما صرح به الدستور العراقي لسنة 1990 : (لا يكون للقانون أثر رجعي إلا إذا ورد فيه نص بذلك ، و لا ينصرف هذا الاستثناء على القوانين الجزائية و قوانين الضرائب والتكاليف العامة إلا إذا كانت أصلح للمتهم و

[768] أنظر : المادة 12 من القانون 16-09 السالف الذكر .
[769] أنظر : المادة 13 من القانون 16-09 السالف الذكر .
[770] أنظر : المادة 22 من القانون 16-09 السالف الذكر.

المكلف) ، لكن المشرع الدستوري العراقي تخلى عن هذا النص في دستور العراق لسنة 2005 فلم يورد نص يقابل النص المذكور و ذلك نظرا للخسائر التي يمكن أن تتكبدها الخزينة العامة العراقية [771].

من المهم في القانون الجبائي التمييز بين نشوء أو زوال الحالة القانونية من جهة، وبين الآثار الناجمة عنها، من جهة اخرى. وقد يتراءى لنا هذا التمييز ولأول وهلة بانه غير مرتكز إلى معيارٍ دقيق، ولا يمكن بالتالي الاستناد اليه، على الأقل في القانون الضريبي. وهذا عائد بالطبع الى تزامن تكوين الوضع الضريبي مع الاثار الناتجة عنه، اذ انه وفي الوقت نفسه الذي يتكون فيه الوضع الضريبي تظهر نتيجته التي تتمثل بترتب الدين الضريبي. من جهة ثانية، اذا استندنا الى اثر الوضع الضريبي، فان كل قانون يمس الماضي من ناحية الدين الضريبي، يعتبر قانوناً ذا مفعول رجعي، ونقصد به جميع الاحكام التي تتعلق بمعدل الضريبة. ولا يطبق القانون الجديد على الديون الضريبية التي سبق ان تكونت اذا اتى ليعدل هذه المعدلات سواء بتخفيضها ام بزيادتها، ففي الحالتين تحدد مستحقات الادارة وفق القانون القديم ، لكن ومن أجل إفادة عدد اكبر من المكلفين قد يعمد المشرع الى خرق هذا المبدأ عبر ادراج بند صريح بالرجعية في القانون. والجدير بالذكر أن المكلف هو الذي يشعر بنتائج هذا الأمر، وليس المالية العامة. لذلك فان الرجعية قد تعتبر مرحباً بها في بعض الاحيان لاسيما عندما تستهدف التحقق من الضرائب او تجنب الازدواج الضريبي [772].

كما يرى جانب من الفقه القانوني إلى أن من أبرز الانعكاسات الملموسة التي تتركها رجعية القانون الضريبي على الماضي هي زيادة الأعباء المالية للمكلفين ذلك أن فرض ضريبة جديدة أو رفع أسعار الضرائب السارية المفعول و سريانه على الماضي يؤدي إلى مطالبة المستثمرين المكلفين بدفع مبالغ إضافية لم تكن ضمن دراستهم لجدوى المشروع الاستثماري قبل المضي في تنفيذه ، و هذا ما قد يؤدي إلى إرباك وضعهم المالي مما قد يسبب إفلاسهم ، كما أن رجعية القانون الجبائي قد تسبب عدم استقرار سياسة التمويل ، ذلك أن تغير أحكام النظام الجبائي و محاولة مسايرة التحديثات

---

[771] أنظر : رائد ناجي أحمد ، مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية و تطبيقه في العراق ، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، ص 310 . https://www.iasj.net/iasj/download/ae64f6865b572940 ، 2020/10/30 ، 10.05 .

[772] أنظر : فوزت فرحات ، محاضرات حول عدم رجعية القانون الضريبي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة لبنان ، http://droit.ul.edu.lb/index.php/research/file/490-dr-fawzat-farhat-043 ، 2020/10/30 ، 10:05 .

الجديدة و تطبيقها على المستثمرين الأجانب عند تقدير إيراداتهم عن سنوات سابقة قد يعكر جو مناخ الأعمال و يضعف الحافز على الادخار و الاستثمار.[773]

و حتى تحقق النصوص القانونية الجبائية ، الموضوعية منها و الإجرائية شعورا بالأمان القانوني لدى المتعاقدين الأجانب و خاصة منهم المستثمرين ، و حتى يتولد الاستقرار و الثبات التشريعيين ، يجب أن تتمتع القاعدة القانونية الجبائية بالوضوح و الثبات حتى يتحقق مبدأ الأمن الجبائي كدعامة أساسية لمبدأ قانوني عام هو الأمن القانوني[774].

كما يجدر بنا الإشارة إلى أن سحب الامتيازات يمكن أن يكون جزاء لعدم وفاء المتعاقد الأجنبي بالتزاماته العقدية ، و لعل من أغلب صور هذا التقاعس أن يتأخر المتعاقد الأجنبي عن تنفيذ المشروع الاستثماري إلى ما تحت عتبة الحد الأدنى للاستثمار ، وهو ما عالجه المشرع الجزائري في نص المادة 29 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري حيث جاء فيها : ".....يلتزم المشتري أمام الهيأة المعنية المذكورة في الفقرة أعلاه بالوفاء بكل الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأول و التي سمحت بالاستفادة من تلك المزايا ، و في حالة عدم التزامه ، تسحب هذه المزايا "[775] ، و في نفس المادة في فقرتها الثالثة : "....يعد كل تنازل دون تصريح أو ترخيص بمثابة تحويل مسار الامتياز و تطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في التشريع الجمركي و الجبائي بالنسبة للحالات المماثلة " ، هذا في حالة ما إذا كان المشروع الاستثماري موضوعا للتنازل ، و أثار انتباهنا في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد صرح بطريقة ضمنية ، أن شخصية المتعاقد الأجنبي في عقود الاستثمار محل اعتبار و لا يمكن استبدال هذه الشخصية المعتبرة إلا في حدود ما يسمح به القانون ، كما جاء في نص المادة 34 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري السالف الذكر ما يلي : " في حالة عدم احترام الالتزامات الناجمة عن تطبيق هذا القانون ، أو تلك التي تعهد بها المستثمر ، تسحب كل المزايا دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به . تكون الاستثمارات التي تدخل في إطار الفقرة أعلاه ،

---

[773] أنظر : رائد ناجي أحمد ، المرجع السابق ، ص 312 .

[774] أنظر : محمد بن أعراب و مفيدة جعفري ، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية ، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الموسوم : احترام التوقعات مظهر أساسي للأمن القانوني ، المنعقد في جامعة قاصدي مرباح بورقلة ، يومي 24 و 25 فبراير 2016 .

[775] أنظر : المادة 29 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر.

حسب الحالة ، إما موضوع مقرر سحب المزايا ، أو موضوع إجراء تجريد من الحقوق . تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"[776].

و لإماطة الغموض عن نص المادة 34 أعلاه ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 17-104 المتعلق بمتابعة الاستثمارات و العقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات و الواجبات المكتتبة ، و بالتحديد في المادة 13 منه رتب جزاء تجريد المستثمر من المزايا في حالة عدم احترام الالتزامات و الواجبات المكتتبة بعد الاعذار الأول ، أو عند تحويل الوجهة التفضيلية ، و ذلك بقرار مباشر من مسؤول الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار يتضمن التجريد من الحقوق و المزايا و هذا حصرا في حالة طلب المستثمر إلغاء تسجيل الاستثمار ، بينما في الحالات الأخرى لا يصدر القرار بالتجريد إلا بعد سماع المستثمر شريطة استجابته لموضوع الاعذار الأول في أجل لا يتجاوز 60 يوما من التبليغ الرسمي للإعذار ، و بعد انقضاء هذا الأجل يصدر القرار بالتجريد بقوة القانون ، حتى في حال عدم سماع المستثمر وفقا للمادة 14 من نفس المرسوم التنفيذي[777].

و ما يشكل حماية إجرائية للمستثمر يمكن للقرار المتضمن التجريد من المزايا أن يكون محل رفع في حالة صدور قرار إيجابي بقبول الطعن على مستوى لجنة الطعن المختصة ، أو موضوع قرار بالإلغاء من طرف القضاء الإداري وهو ما تضمنته المواد 15 و 16 من المرسوم التنفيذي 17-104 السالف الذكر[778].

و ما يجدر الإشارة إليه أن الحماية من هذه الإجراءات لا تدخل ضمن وظيفة شروط الثبات التشريعي ، بل تدخل ضمن الوظيفة الرقابية للدولة المتعاقدة على تنفيذ عقودها مع الأجانب ، وبدافع تحقيق المصلحة العامة ، غير أن هناك من يرى أن خطة تحقيق المصلحة العامة لابد أن تستند في تدابيرها إلى التحليل الاقتصادي للآثار الناجمة عن ممارسة

776 أنظر : المادة 34 من نفس القانون.

[777] أنظر : المواد 13 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم 17-104 ، المؤرخ في 2017/03/05 ، المتعلق بمتابعة الاستثمارات و العقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات و الواجبات المكتتبة ، ج ر رقم 16 ، الصادرة بتاريخ 05-03-2017 .

[778] أنظر : المواد 15 و 16 من نفس المرسوم التنفيذي.

السلطات الرقابية للدولة في المجال الاقتصادي ، و هو ما يحتم على متخذي القرارات اثبات الضرورة والحاجة لاتخاذ هذا النوع من التدابير مع الأخذ بعين الاعتبار تخفيف وطأة هذه القرارات على الحرية الاقتصادية[779].

ومما لا خلاف عليه أن الرقابة على تنفيذ العقد بكل مشتملاته ، تدخل في خانة الحفاظ على العقد وعدم المساس به ، و هذا ما يبرر خروج هذه التدابير من النطاق الموضوعي لشروط الثبات التشريعي التي وجدت أساسا لحماية العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي .

المطلب الثاني

حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تدفق و حركة النصوص التشريعية.

يشكل تدفق النصوص التشريعية و حركتها خطرا من أهم الأخطار التي تهدد المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي ، لذا سنتطرق لحفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تعديلات القانون (الفرع الأول) ، ثم لحفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة إلغاءات القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تعديلات القانون

إن الثبات التشريعي و الذي يقوم أساسا على عدم سريان القانون الجديد على ما تم قبل نفاذه من تصرفات ووقائع قانونية ، يجعل هذه التصرفات وتلك الوقائع محكومة بالقانون القديم؛ وعليه فإن هذا المبدأ يشكل ما يعرف بـ''**استقرار المراكز القانونية القائمة**''، حيث إن الأصل'' عدم الرجعية ''ويأتي الاستثناء في حدود ضيقة، وهذا ما تنص عليه معظم الدساتير في العالم. فمن غير المقبول مطالبة أفراد المجتمع بتنظيم سلوكهم وفق قواعد قانونية لم تأت بعد[780] ، غير أن الدولة يمكن لها أن تعدل تشريعاتها الداخلية دون أية مسؤولية دولية ما دامت لم تخالف أحكام القانون الدولي و لا يغير

[779] أنظر : لكحل صالح ، مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2018 ، ص 266 .

[780] أنظر : عثمان عبد الملك الصالح، ضمانات حقوق الإنسان في الكويت بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى ندوة تدريس حقوق الإنسان، جامعة الزقازيق ، مصر، يومي 14 و 16 ديسمبر 1978.

من ذلك أن يكون التشريع قد صدر لمخاطبة المتعاقد الأجنبي ، و رغم ذهاب جانب من الفقه القانوني الدولي إلى اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا من مصادر الالتزام الدولي ، لا يمكن تفعيل هذه الإرادة و التعبير عنها إلا في مواجهة أشخاص القانون الدولي و ليس في تشريعات الاستثمار ما يدعم هذه الفكرة ، لأن تشريع الاستثمار تشريع داخلي يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي و لا يوجد ما يمنع من تعديله [781].

غير أنه خروجا على هذا الأصل أقرت بعض التشريعات و أحكام التحكيم للأطراف حق إدراج شروط الثبات التشريعي سواء في العقد المبرم بين الدولة و المتعاقد الأجنبي أو في تشريع الاستثمار الخاص بالدولة المتعاقدة ، بحيث أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا في حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ في المستقبل [782].

و نحن بصدد البحث عن مضلة قانونية تحمي المتعاقد الأجنبي من التصرفات السيادية للدولة المضيفة ، افتقد شرط الثبات التشريعي للمصداقية القانونية التي تمكنه من ذلك ، لأن شرط الثبات التشريعي لم يكن محل توافق فقهي قانوني ، فهناك من الفقهاء من يرى أن شرط التجميد الزمني للقانون المختار المدرج في عقود الدولة و تشريعات الاستثمار لا يرتب أي أثر قانوني يمكن أن يتصدى للسلطة التشريعية للدولة المتعاقدة في المستقبل و هو شرط لا يشكل قيدا على السيادة الوطنية للدولة و سلطتها في تعديل التشريعات و العقود المبرمة مع الأشخاص الاجانب لأن هذه الشروط لا تخرج عن كونها شروطا تعاقدية و بالتالي تفتقر للقوة الملزمة ، بالإضافة إلى استناد هذا النوع من الشروط على الطبيعة الخاصة للعقود الواردة على الثروات الطبيعية المتواجدة على إقليم الدولة المتعاقدة ، خاصة اعتبارات طول المدة في هذه العقود ، و الذي يجعل منها عرضة للتعديل نظرا لتغير الظروف التي يمكن أن تستجد في فترة تنفيذ العقد [783] .

---

[781] أنظر : هدى سليم ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات و مراكز التحكيم العربية و الأجنبية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008 ، ص 92 .

[782] أنظر : بشار مُحَمَّد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 162 .

[783] حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 320 .

غير أن حق الدولة في تعديل العقد لا يضع الطرف الأجنبي المتعاقد معها في موقف الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية ، إذ أن الدولة لا تلجأ إلى تعديل قوانينها إلا إذا دعت الضرورة الاقتصادية أو الاجتماعية لذلك ، كما أنها لا تستطيع إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إلا إذا فشلت في الوصول إلى اتفاق يقضي بتعديل بنود العقد مع الطرف الأجنبي [784].

و في المقابل يرى اتجاه آخر من الفقه أن شروط الثبات التشريعي منتجة لآثارها القانونية كاملة والتي ترتب غل يد الدولة المتعاقدة عن تعديل تشريعاتها الداخلية بما يمس العقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي ، و يستند هذا الاتجاه في تصوره القانوني إلى نظرية العقد الدولي الطليق و التي تعتبر هذه الشروط مستقلة عن أي نظام قانوني وطني ، و ذلك لاعتبارها من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ، و هذا ما يضفي على هذه الشروط استقلالية تعادل استقلالية شرط التحكيم في العقود الدولية ، و بناء على هذا تترتب حجية قانونية لشروط الثبات التشريعي تمكنها من حرمان الدولة المتعاقدة من تعديل شروط العقد و عدم إمكانية سريان أية تعديلات لاحقة على القانون الذي يحكمه[785] .

وهناك من يرى أنه بالنسبة لشروط الثبات التشريعي بوصفها شروطا استثنائية ، و التي يشكل غيابها مبررا قويا لاحتفاظ الدولة بسلطتها في تعديل العقد ، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الدولة حينما قبلت بتضمين عقودها و تشريعاتها بشروط الثبات التشريعي تكون قد تنازلت صراحة عن تلك السلطة باعتبارها القوة الوحيدة التي يمكنها تقييد السلطة التشريعية و الحد من نطاق صلاحياتها[786].

ومن أهم أمثلة شروط الثبات التشريعي التي تحصن المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تعديل الدولة المتعاقدة لتشريعاتها و لوائحها التنظيمية ، ما جاء في الاتفاق المبرم بين حكومة الكاميرون و شركة الأبحاث و

---

[784] ليندا جابر ، المرجع السابق ، ص 61 .

[785] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 345 .

[786] أنظر : عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008 ، ص93 . و وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 801 .

الاستغلال الكاميرونية ، بحيث نص البند رقم 15 من الاتفاق على : " عدم جواز سريان أية تعديلات تطرأ على النصوص التالية ، خلال مدة سريان الاتفاقية إلا بعد الموافقة المسبقة للشركة "[787].

و بين هذا و ذاك يرى الباحث كون هذه الشروط لا تملك القدرة الكافية لمنع الدولة المتعاقدة من تعديل و مراجعة تشريعاتها ، و ذلك لافتقارها القوة الملزمة الذاتية ، كونها بحاجة لمرجعية قانونية أكثر قوة وحجية قانونية ، الشيء الذي استدعى استحضار مبدأين من أهم المبادئ القانونية العامة و التي يقوم على أساسهما مبدأ الثبات التشريعي و يستمد قوته منهما :

1- مبدأ عدم رجعية القوانين : و يقصد بهذا المبدأ عدم انعكاس القوانين على الماضي و اقتصار سريانها على المستقبل ، واتفق الفقه على أن هذا المبدأ يقضي بعدم سريان القانون على أحداث وقعت قبل دخوله حيز التطبيق ، وهذا لأن التشريع مادام ينتج آثاره فورا و مباشرة على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه فلا مجال لسريانه على وقائع قانونية تمت قبل إصداره[788].

و يرجع ظهور هذا المبدأ إلى العهد الروماني ، حيث ثار **شيشرون** في وجه المنشور **البريتوري** الذي أقر وصية بأثر رجعي ، و صرح قائلا : " ما هذا النظام التشريعي ؟ إن التشريعات الجديدة في القانون المدني تحترم حتى الآن الوقائع الماضية ، و هذا ما ذهب إليه **روبييه** حيث صرح أن فقهاء الرومان لم يهتموا بوضع قاعدة عدم رجعية القانون و إن كانت الكثير من الحلول التي أوجدوها تتفق مع هذا المبدأ ، و كان الإمبراطور **جستنيان** يظن أن القوانين التي يشرعها يمكن أن تمتد إلى الماضي[789] ، و في العصر الحديث كادت الفوضى تعم فرنسا بسبب اضطراب المعاملات حيث تم اصدار قانون المواريث الذي تقرر سريانه بأثر رجعي من تاريخ 1789/07/14 ، و قد ترتب عن هذا القانون نتائج

---

[787] Voir l'article 15 du l'accord entre l'état caméronienne et la société des recherches et d'exploitation caméronienne (S.R.E.C) : " ne pourront être appliquées à la société , sans son accord préalable , les modifications qui pendant la durée de la convention seraient apportées aux disposition ci après " مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 335

[788] أنظر : غوثي الحاج قوسم ، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية ، العدد 01 ، المجلد 04 ، 2018 ، ص 73 .

[789] أنظر : إسحاق ابراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2004 ، ص 188 .

وخيمة حيث أصبح وارثا من لم يكن كذلك و خرج من الميراث من كان وارثا ، و طال البطلان التصرفات التي قام بها الورثة ، و تلقت الثورة الفرنسية درسا قويا لعدم احترامها لمبدأ عدم رجعية القانون مما أجبرها على إقراره في المادة 14 من إعلان حقوق الانسان والمواطن[790]. و يعد هذا الاضطراب نتيجة لتجاوز القانون نطاقه الزمني فلكل قانون مجاله الزمني الذي ينشأ وينتهي فيه و بالتعدي على هذا النطاق الزمني يمكن المساس بالمراكز القانونية التي تكونت في ظل قانون سابق و هذا ما يسبب حالة انعدام الأمان القانوني وغياب الطمأنينة القانونية على حقوق الأفراد ، مما يولد حالة للشك و الريبة في النظام القانوني بمجمله و لذلك من متطلبات الأمان القانون لأطراف العلاقة التعاقدية بصفة عامة أن لا يسري القانون بتاريخ رجعي حماية للمراكز القانونية التي نشأت في القانون القديم[791]. و ركز المشرع الدستوري في المادة 78 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على هذا المبدأ ، و خاصة على انعكاساته الخطيرة على النظام القانوني الجبائي[792]. كما أقر المشرع الجزائي هذا المبدأ تحت عنوان القانون الأصلح للمتهم ، و هو ما يقابله في التشريع الضريبي **القانون الأصلح للمكلف ضريبيا**.

و لعل من أهم مبررات هذا المبدأ ، أن العدالة الحقيقية تقتضي عدم سريان القانون الجديد على الأوضاع القانونية التي تمت قبل نفاذه ، فليس من العدل في شيء أن ينظم الناس شؤونهم و تصرفاتهم في ظل قانون معين ، ثم يصدر قانون جديد يبطل تلك التصرفات و لا يتصور بأي شكل من الأشكال مطالبة الأفراد باحترام قانون لم يصدر بعد أو قبل العلم به ، لأن تطبيق القوانين بأثر رجعي له عدة نتائج وخيمة لعل من أهمها انعدام الثقة في القانون و جعله أداة لهدم أسس المجتمع بدلا من حمايته و بنائه ، الشيء الذي يضعف إن لم نقل يقضي على الإحساس بالأمان القانوني ، كما أن مبدأ عدم رجعية القانون ضمان مهم لتحقيق الاستقرار في المجتمع و عدم الالتزام به يؤدي بالإخلال في الاستقرار الواجب توافره في المعاملات مما ينتج عنه المساس بالحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي نشأت و تم تنظيمها في ظل القانون القديم[793].

---

[790] أنظر :سمير سيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1974 ، ص 654 .

[791] أنظر : غوثي الحاج قوسم ، المرجع السابق ، ص 74 .

[792] أنظر: المادة 78 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، السالف الذكر.

[793] أنظر: محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010، ص 464.

و مما يجدر الإشارة إليه أن هناك نوعان من المراكز القانونية ، أولهما موضوعي مصدره القانون ، وثانيهما شخصي مصدره العقد ، و باعتبار أن هناك قاعدة فقهية تقضي أن القانون الجديد لا يحكم ما تبقى من مراكز قانونية عقدية كاستثناء على مبدأ الأثر الفوري و المباشر للقانون الجديد ، تبقى المراكز القانونية الشخصية التي تتخذ العقد مصدرا لها بمنأى عن الاختصاص التشريعي للقانون الجديد حتى و لو لم تكتمل أجزاؤها أو عناصرها أو آثارها بعد نفاذه و يظل يحكمها القانون القديم و هذا ما يطلق عليه **مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم** ، بحيث يمتد النطاق الزمني للقانون القديم ليحل محل الأثر المباشر للقانون الجديد فيما يتعلق بالمراكز القانونية العقدية الجارية[794]. وهو ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي **روبييه** في نظريته الحديثة التي برر من خلالها تطبيق مبدأ عدم رجعية القانون ، حيث بحسب هذه النظرية تنتفي الحكمة من تطبيق الأثر الفوري و المباشر للقانون الجديد على المراكز القانونية العقدية الجارية ، لأن الحكمة من إعمال الأثر الفوري للقانون الجديد هي توحيد النظام القانوني الذي يحكم المراكز القانونية المتجانسة خوفا من أن تسود الفوضى في المعاملات ، لكن المراكز القانونية العقدية الأصل فيها التنوع و عدم التجانس تبعا لتنوع سلطان الإرادة في تحديدها ، و هو ما يستدعي وجوبا تركها خاضعة لأحكام القانون الذي نشأت و اكتملت ملامحها في ظله حتى بعد نفاذ القانون الجديد[795].

و يرى أحد الأساتذة أن استثناء المراكز القانونية العقدية من نطاق تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد لا يشمل فقط الأجزاء و العناصر المتبقية منها بل يتعداه إلى الآثار المستقبلية لهذه المراكز ، و بمفهوم المخالفة يجب إعمال الأثر المستمر للقانون القديم على المراكز القانونية العقدية التي نشأت و تكونت في ظله ، ذلك لأن أطراف العقد أقاموا علاقاتهم على ضوء هذه القوانين المعلومة لديهم و بنوا عليها تطلعاتهم و كانوا يعلمون مسبقا الآثار المترتبة عنها و ليس من العدالة في شيء أن يفاجؤوا بقانون جديد غير معروف لديهم يعدل في الأجزاء و العناصر المتبقية لتكوين هذه المراكز أو يعدل في آثارها المستقبلية ، و حرصا على تحقيق الثقة و الاستقرار في المعاملات ، يجب إعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم بدلا من تطبيق مبدأ الأثر الفوري و المباشر للقانون الجديد حتى و لو كان ذلك بعد نفاذه و هذا ما

[794] أنظر : غوثي الحاج قوسم ، المرجع السابق ، ص 83 .

[795] أنظر : حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1969 ، ص 65 .

يؤسس لفكرة الأمان القانوني من خلال زرع الثقة و الطمأنينة بين أفراد العلاقات القانونية و عدم مباغتتهم بقواعد قانونية جديدة مجهولة لديهم[796].وتعرض هذا الاتجاه الفقهي للنقد على أساس أن إعمال مبدأ عدم رجعية القانون بتمديد النطاق الزماني للقانون القديم قد يخل بأحكام النظام العام والذي يستهدف حماية المصلحة العامة مما يستدعي إعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد[797]،غير أن هناك من يرى أن المصلحة العامة و الخاصة مفهومان متقاربان نسبيا و ليس هناك فاصل حقيقي يمكننا من التفرقة بينهما ، بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام فكرة فضفاضة ومرنة تضيق وتتسع بحسب مكان إعمالها ولا تتمتع بالدقة والتحديد اللذان يقتضيهما واقع الحال في عقود الدولة[798] . وتعديل القانون يكون بحذف أو استبدال أو إضافة في محتوى التشريع الأصلي ليتوافق و المستجدات التي استوجبت هذا التعديل ، والتعديل من أهم خصائص الوظيفة التشريعية مما يجعله ميزة أساسية للتشريعات تتميز من خلالها عن سواها من المواد القانونية ، وعملية التعديل التشريعي خطيرة للغاية بحيث يمكنها قلب مسار النص التشريعي إلى عكس اتجاه النص التشريعي الأصلي ، لذلك كثيرا ما تكون آثاره وخيمة على أطراف العلاقات القانونية القائمة وقت إجراء التعديل ، مما يستدعي حماية خاصة للطرف الضعيف في العلاقة والذي يكون في عقود الدولة المتعاقد الأجنبي وهو الغاية التي تحققها شروط الثبات التشريعي من خلال منع سريان آثار التعديلات على العقد المبرم في ظل القانون الأصلي[799].

2-مبدأ احترام الحقوق المكتسبة : و يقصد بالحقوق المكتسبة تلك الحقوق المالية التي تم الحصول عليها بموجب قانون معين و التي لا يمكن المساس بها عن طريق تعديل لاحق للقانون دون تعويض ، و يعرفها جانب آخر من الفقه على أنها مجموع الحقوق العينية و الشخصية التي استقرت و أصبحت ثابتة و مكتسبة بطريقة قانونية صحيحة طبقا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة و التي يمكن تقييمها نقديا [800].

---

[796] أنظر : غوثي الحاج قوسم ، المرجع نفسه ، ص 84 .

[797] أنظر : علي فيلالي ، مقدمة في القانون ، موفم للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2005 ، ص 347 .

[798] أنظر : مُحَمَّد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 307 و غوثي الحاج قوسم ، المرجع السابق ، ص 85 .

[799] أنظر : معهد الحقوق بجامعة بير زيت ، صور التعديلات و آليات التعامل معها (لغايات عملية دمج التشريعات) ، مطوية إلكترونية صادرة عن وحدة بنك المعلومات الإلكترونية ، معهد الحقوق ، جامعة بير زيت ، فلسطين ، 2008 . http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/2015-06-18-06-58-11/1276-2015-09-06-20-05-08، 21:11 ، 2020/11/07 .

[800] أنظر : شنتوفي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 76 .

و يهدف هذا المبدأ إلى احترام الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب المتعاقدين مع الدول من جهة أولى، و من جهة ثانية يخلق ضمانا لتحقيق نوع من الثبات لهذه الحقوق بما يحقق الاستقرار الاجتماعي ، وهو ما استقر عليه الفقه و القضاء الدوليين باعتباره من أهم المبادئ القانونية[801] ، بعد صراع و اختلاف فقهي محتدم ، حيث اعتبره الفقيه Rousseau بأنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون و هو يشكل جزءا ليس فقط من القانون الدولي بل من القانون الخاص بالعقود أيضا. في حين أن جانبا آخر من الفقه ينفي وجود هذا المبدأ في أحكام القانون الدولي ، لأنه يتعلق بحالة ناشئة داخلة دولة واحدة و يتعلق بتنازع اختصاص تشريعي زماني لقانونين داخليين ،كما يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم وضوح هذا المبدأ خاصة أن اتفاقيات الاستثمار الدولية لا توليه اهتماما عند تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بهذه الحقوق المكتسبة[802].

وما يجدر ذكره أن المشرع الجزائري و في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، قد كرس مبدأ الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب من خلال نص صريح في المادة 29 منه بقولها : " يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير تشجيع الاستثمارات ، و تبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة و بالشروط التي منحت على أساسها " [803]، وواصل المشرع تكريس هذا المبدأ في القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار و ذلك في المادة 35 منه بقولها : " يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا و الحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون و التي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمارات . و تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية و تطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون و كذا مجموع النصوص اللاحقة خاضعة لهذه القوانين إلى غاية انقضاء مدة هذه المزايا"[804] .

أما القضاء استند في دفاعه عن مبدأ الحقوق المكتسبة في العقود المبرمة بين الدول و رعايا الدول الاخرى إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد و ليس للقواعد العرفية للقانون الدولي ، حيث في قضية Aramco ضد الحكومة السعودية و بعد ابرام

---

[801] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص 807 و ما بعدها .

[802] أنظر : شنتوفي عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 76 و ما بعدها .

[803] أنظر : المادة 29 من الأمر 01-03 المتعلق بقانون تطوير الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر

[804] أنظر : المادة 35 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر.

عقد امتياز بينهما للاستغلال و التنقيب و الاستخراج و التصدير للمنتجات البترولية على الأراضي السعودية ، و في نفس الوقت أبرمت الحكومة السعودية عقدا مع شركة نقل للمواد البترولية من و إلى الأراضي السعودية ، و بعد تكليف الحكومة السعودية لشركة Aramco بنقل البترول المنتج في إقليمها على ناقلات الشركة ، رفضت هذه الأخيرة بحجة أن السعودية أنقصت من حقوقها الثابتة في عقد الامتياز بتعاقدها مع شركة أخرى مما أدى بالطرفين إلى اللجوء إلى التحكيم فقضت المحكمة باعتبار الشركة الأجنبية Aramco صاحبة امتياز تتمتع بحقوق مطلقة لها صفة الحقوق المكتسبة و لا يمكن للحكومة المساس بحقوقها و منحها لشركة أخرى[805]. كما أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة تراجع في الوقت الحالي بسبب عدم القبول في أحكام القانون الإداري لغالبية دول المجتمع الدولي و فقد قوته التي كان يتمتع بها في منتصف القرن الماضي و أصبح يعتد به فقط في مواجهة الآثار المالية الناجمة عن العقود المبرمة بين الدول و رعايا الدول الأخرى[806].

و بالإضافة لهذين المبدأين القانونيين الراسيين في أعماق القانون ، هناك العديد من النظريات التي تناهض حق الدولة في تعديل عقودها مع الأجانب بالإرادة المنفردة ، لعل من أهمها **النظرية السلبية** ، حيث في نهاية القرن التاسع عشر شاعت نظرة قانونية في الفقه القانوني الإداري الفرنسي بأن الدولة ملزمة باحترام العقد شأنها شأن الأفراد المتعاقدين معها حيث لا يمنحها العقد أي سلطات مميزة تسمو بها عليهم[807]. و لما انساق القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه و عامل الدولة على حد المساواة مع الطرف المتعاقد معها و لم يمنحها أية امتيازات استثنائية لم يتم الاتفاق عليها في العقد ، ساهم هذا الموقف في ظهور اتجاه فقهي يناهض سلطة الإدارة في التعديل المنفرد للعقد و الذي أسماه الفقهاء آنذاك بالنظرية السلبية [808].

---

[805] أنظر : خالد منصور اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 187 و هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ص 75 . و عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص 215 .

[806] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص 208 و ما بعدها.

[807] أنظر : أحمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 2007 ، ص 146 .

[808] أنظر : ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية (النظرية العامة و تطبيقاتها في القانون الكويتي و المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964) ، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 1981 ، ص 179 و ما بعدها

وتعتبر قضية الحكومة الفرنسية ضد الشركة العامة لـ TRAM و التي تدور حيثياتها حول ابرام عقد امتياز لصالح الشركة لنقل الركاب عن طريق TRAM ، و نظرا لغرض تحقيق المنفعة العامة التي يقتضيها الوضع آنذاك بسبب تزايد الحاجة للتنقل عبر هذه الوسيلة في موسم الاصطياف ارتأى محافظ مدينة Bouches -Rhone

زيادة عدد عربات TRAM القائمة بالخدمة رغم مخالفة ذلك لبنود عقد الامتياز مستندا إلى أحكام المرسوم الصادر بتاريخ : 1881/08/06 و الذي يحدد حقوق الدولة في مواجهة المتعاقد ، الذي قام بمقاضاة الإدارة لعدم التزامها بنصوص العقد و لما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكما يقضي بتبرير تعديل نص عقدي بالإرادة المنفردة للإدارة ، و هو الحكم الذي فجر خلافا فقهيا كبيرا في أروقة القانون الإداري[809] .

بالمقابل هناك اعتراف دولي لكل دولة ذات سيادة يمنحها الحق في فرض الضرائب على الأجانب وعلى أموالهم المتواجدة في إقليمها بالنسب التي من الممكن أن تحقق المصلحة العامة الوطنية ، وهو ما يمنح الدولة المتعاقدة الحق في سن القواعد القانونية الخاصة فرض الضرائب و جبايتها ، غير أن هذا الحق ليس على مطلقه ، لأن الإفراط في استحداث ضرائب جديدة يؤدي إلى عدم استقرار النظام الضريبي لمدة معقولة ، و في بعض الأحيان قد يؤدي إلى التطبيق المعيب أو المعقد للنظام الضريبي مما يخلق عقبات أمام المتعاقد الأجنبي قد تؤدي به إلى الإحجام عن التعاقد مع الدولة ، وهذا ما يشكل عائقا أمام العملية الاستثمارية[810] .

فضلا عن ذلك فإن تعدد الضرائب ما بين مركزية و محلية و بين أصلية و إضافية ، و التعديلات التي من الممكن أن تزيد من أعباء المتعاقد الأجنبي من خلال فرض ضرائب لم تكن موجودة وقت إبرام العقد في الدولة المتعاقدة ، من شأنه المساس بمصالح هذا المتعاقد الأجنبي الذي قد تتعرض توقعاته الاقتصادية وأرباحه للانخفاض من جراء التعديلات الغير متوقعة في النظام الجبائي[811] .

---

[809] أنظر : مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، لبنان ، 2013 ، هامش ص 120 .

[810] أنظر : ناصر زين العابدين ، مذكرات في اقتصاديات المالية العامة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1983 ، ص 104 .

[811] أنظر : قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 125 .

أما فيما يخص الاختصاص التشريعي للدولة في تنظيم شؤونها النقدية ، باعتبار النقد و العملة من الرموز السيادية للدولة ، فهو اختصاص شامل لا يحد منه سوى الالتزامات ذات الطابع الدولي ، و اعترف القضاء الدولي بهذا الاختصاص للدول في القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية ، في قضية القروض الصربية البرازيلية حيث جاء فيه : " من المبادئ المعترف بها أن الدولة تملك الحق في تنظيم نقدها ، فالنقد مثل الرسوم والضرائب أو قبول الأجانب ، من الموضوعات التي يجب اعتبارها بصفة أساسية في الاختصاص الداخلي للدول ، إن الدولة التي تغير أو بصفة خاصة تخفض قيمة نقدها أو تقيد قابليته للتحويل إلى الخارج أو تتخذ إجراءات أخرى تؤثر في الدائنين الأجانب ، لا تكون طبقا لقواعد القانون الدولي قد ارتكبت دوليا خطأ تسأل عنه خارج الالتزامات الدولية الاتفاقية "[812].

و بالنسبة للآثار الناجمة عن التعديل على المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي ، يجب التمييز ما بين نوعين من التعديل ، أولها يضعف المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي من خلال إهدار حقوقه و امتيازاته العقدية ، وهو التعديل في صورته السلبية ، حيث تعمد الدولة إلى إعادة النظر في لحقوق والامتيازات الممنوحة للطرف المتعاقد معها والانتقاص منها أو سحبها من شخص المتعاقد الأجنبي ، و هذا هو محل تفعيل شروط الثبات التشريعي بالنسبة للمتعاقد الأجنبي ، حيث تحول بينه و بين سلطات الدولة المتعاقدة في تعديل تشريعاتها و بالتالي تعديل مقتضيات العقد بما يضر بمصالح و حقوق المتعاقد الأجنبي ، وهو ما أيده رأي فقهي بالادعاء أن التعديلات التي ترد على قانون العقد بعد انعقاده لا تسري عليه[813] ، انطلاقا من أن هذا القانون قد فقد صفته باعتباره قانونا ، إذ يصبح ذلك القانون بمجرد توافق إرادة طرفي العقد على تطبيقه ، شرطا تعاقديا شأنه في ذلك شأن أي شرط آخر ورد في متن العقد[814] ، وعلى هذا الأساس جاء في قرار لمحكمة النقض البلجيكية بتاريخ 1938/02/24 في قضية عقد قرض أبرمته مدينة Anvers مع بعض المستثمرين الأمريكيين ، وكان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الأمريكي ، وقد اشترط في العقد أن يكون الوفاء على أساس الذهب أو قيمته ، و عندما طالب الدائنون المدينة بالوفاء وفقا لبنود العقد ، تمسكت بالتعديل

[812] مشار إليه لدى : هاشمي أعمر ، مرجع سابق ، ص 167 .

[813] أنظر : دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص 244 .

[814] Voir : Géraud de la Pradelle , Les conflits de loi en matière de nullités : (du droit interne français au droit international privés) , bibliothèque du droit international privés , vol8, Dalloz , paris , 1967 , p.157.

التشريعي الذي طرأ على القانون الأمريكي ، و أوضحت بأنها غير ملزمة بقيمة الدين إلا على أساس العملة الورقية ووفقا لقيمتها الإسمية ، وقررت محكمة النقض سريان التعديل الجديد الذي طرأ على القانون الأمريكي على العقد إعمالا للقواعد العامة لتنازع القوانين من حيث الزمان وعللت قرارها بالقول : "....و حيث أنه إذا أراد المتعاقدان استبعاد كل مساس بهذا الشرط (شرط الوفاء على أساس الذهب) من قبل القوانين المستقبلية لتلك الدولة فكان يمكنهم بل كان يجب عليهم أن يصرحوا بذلك في العقد. وهو ما يوضح حق الأطراف في تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال تضمين العقد أو التشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة بشروط الثبات التشريعي[815].

أما الاحتمال الثاني أن يكون التعديل في مصلحة المتعاقد الأجنبي ، بأن تستحدث الدولة مثلا نظاما جبائيا أكثر ملائمة للمكلف ضريبيا ، أو تستحدث نظاما تحفيزيا للاستثمار أكثر نفعا للمستثمر ، مما يثير إشكال استفادة المتعاقد الأجنبي من هذا التعديل من عدمها ؟ و هل يدخل هذا التعديل في نطاق شروط الثبات التشريعي أو يخرج منها ؟

وفي محاولة للإجابة عن هذه التساؤلات نستحضر ما قاله أحد الأساتذة[816] و هو يستقرئ نص المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار : " ....فإذا كان من حق الدولة إدخال التعديلات الضرورية على نظامها القانوني خدمة لأهدافها الاقتصادية باعتباره من الحقوق السيادية للدولة ، فإن التقيد بمبدأ التجميد التشريعي يلزمها بعدم تطبيق القوانين الجديدة على الاستثمارات التي شرع في إنجازها . إن مثل هذا الشرط الهام بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يطمح في العمل في إطار استقرار تشريعي يسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية لأنه يمثل حماية إضافية للحقوق و الامتيازات التي استفاد منها.....يتضح من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع لم يكتفي بضمان استقرار تشريعي للمستثمر من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء لقانون على الاستثمارات التي تم الشروع في إنجازها و لكن

[815] أنظر : دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، هامش ص 243 .

[816] أنظر : عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق ، ص 70 و ما بعدها.

أضاف ضمانة أخرى تتمثل في منح المستثمر امكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن ضمانات أكبر و حماية أوسع"[817].

وإذا كانت الدولة تحتفظ بالسلطة السيادية في تعديل أو إلغاء أي قانون مسايرة للتطورات الاقتصادية وحاجيات اقتصادها ، فإن المستثمر يتمتع **بحق مكتسب** في الخضوع للتشريع الساري المفعول عند إنجاز مشروعه كما يستطيع الاستفادة من الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة إذا كانت تتضمن امتيازات إضافية[818].

و هذا ما يسمى **بشرط التدعيم التشريعي** [819] ، و الذي يستطيع من خلاله المستثمر الأجنبي المفاضلة بين التشريع الذي نشأ المشروع الاستثماري في ظله و بين تشريع جديد يحمل معه ضمانات و امتيازات أكثر فاعلية .

وكخلاصة لهذا الفرع نستحضر قول أحد الفقهاء : " يترتب على تمتع الأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، حرية الأطراف و قدرتهم على تجميد القانون المادي الذي اختاره الأطراف للتطبيق على العقد و هو ما يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع للآثار الناجمة عن التغييرات التشريعية التي قد تطرأ على هذا القانون المختار للتطبيق على العقد "[820].

---

[817] أنظر : المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، السالف الذكر. و المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار السالف الذكر. و المادة 02 من القانون رقم 360 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في لبنان ، السالف الذكر . و المادة 05 من القانون رقم 2012/52 المتضمن مدونة الاستثمارات الموريتانية، السالف الذكر.

[818] Terki N , La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, R.A.S.J.E.P N° 02/2000 , pp 19-20.

[819] و في نظرنا أن شرط التدعيم التشريعي لا يخرج عن كونه نسخة منقحة من شرط الثبات التشريعي ، حيث يمنح المستثمر الأجنبي إلى جانب التمتع بجميع الحقوق و المزايا المتحصل عليها في ظل التشريع القديم أثناء سريان التشريع الجديد ، إمكانية اختيار التشريع الجديد لتطبيقه على عقد الاستثمار إذا كان يحمل معه نوعية أفضل من الضمانات و المزايا ، و هو ما يشكل مفارقة قانونية غير معهودة في المجال التشريعي بتغليب القوة الملزمة لإرادة الأطراف على القوة الملزمة للقاعدة القانونية .

[820] أنظر : حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص323 .

الفرع الثاني

حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة إلغاءات القانون

لما كان المذهب الاشتراكي هو الخيار الوحيد للدول النامية بعد تنامي المد الاستعماري لدى الدول الرأسمالية، تقهقر مبدأ القوة الملزمة للعقد بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الجديدة[821]، وهذا ما انعكس على وظيفة الدولة فأصبحت تمارس تدخلا واضحا في تنظيم العلاقات التعاقدية بغرض تسيير العملية الاقتصادية وتوجيه الحياة الاجتماعية وهو ما يعبر عنه الفقه بمصطلح **عومة** العقد(Publication du contrat)[822] .

و بذلك أصبحت الروابط القانونية الإلزامية رهينة النشاطات الاقتصادية و الاجتماعية ، مما أفرز تطورا كبيرا للقواعد القانونية [823] ، لأن التشريعات الاقتصادية بعيدة كل البعد عن الجمود و عدم الحركية ، بحيث يمكن للدولة إلغاؤها دون أية مسؤولية عليها ، لأن هذا التصرف لا يخالف أحكام القانون الدولي [824] ، و أكثر ما يخشاه المتعاقد الأجنبي أن يمس الإلغاء بحقوقه و امتيازاته المكتسبة في ظل القانون القديم ، الأمر الذي من الممكن أن يثير نزاعا بينه و بين الدولة المتعاقدة ، ونظرا لما يسببه هذا الإلغاء من أضرار جسيمة على المتعاقد الأجنبي ، و ما قد يسببه أيضا من زعزعة للنظام المنشود لمناخ الأعمال ، تبقى شروط الثبات التشريعي الحل الأمثل لهذه الإشكالية [825] .

و يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء سريانها ووقف العمل بها نهائيا و تجريدها من قوتها الملزمة و إزالة الصفة القانونية عنها ، و إنهاء سريانها في مواجهة جميع الأشخاص المخاطبين بها و العلاقات القانونية التي تنظمها ، وهو صلاحية لا تملكها سوى السلطة التي أوجدت القاعدة القانونية أو سلطة أعلى منها .

---

[821] أنظر : فاضلي ادريس ، مرجع سابق ، ص 127 . و علاق عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 99 .

[822] أنظر : فيلالي علي ، مرجع سابق ، ص 41 .

[823] أنظر : عبد المنعم موسى إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 142 .

[824] أنظر : نبيل بشر ، المسؤولية الدولية في عالم متغير ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 1995 ، ص18 .

[825] أنظر : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة) ، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، قسم القانون ، كلية الدراسات العليا و البحث العلمي ، جامعة شندي ، السودان ، 2012 ، ص 183 .

والأصل أن إلغاء قاعدة قانونية لا يكون إلا بقاعدة قانونية تشبهها ، و ذلك تطبيقا لمبدأ قانوني مستقر في هذا الشأن يطلق عليه مبدأ توازي الأشكال، و لا يعد من قبيل الإلغاء التوقف عن تطبيق القاعدة القانونية لمدة من الزمن ، فهذا يدخل تحت مسمى العرف السلبي، و العرف لا يمكن أن يلغي التشريع.

و الإلغاء نوعان ، صريح و ضمني ، أما الإلغاء الصريح فيكون حينما تصدر القاعدة القانونية الجديدة متضمنة عبارات و ألفاظ واضحة وصريحة لا تحتمل أي شك أو تأويل على إلغاء القاعدة القانونية القديمة و لا يتحقق الإلغاء الصريح إلا بواسطة التشريع ، و هذا ما تضمنه نص المادة الثانية من القانون المدني الجزائري حيث نصت أنه إذا تضمن القانون الجديد أو اللاحق نص يقضي بإلغاء القانون السابق صراحة أو بإلغاء بعض مواده[826]. ، و هذا ما اصطلح عليه الفقه بالإلغاء الكلي أو الجزئي للتشريع .

والإلغاء الصريح قد يكون أيضا بنص التشريع ذاته على أن يتم العمل به فترة معينة فيتحقق إلغاء هذا التشريع تلقائيا بفوات المدة المعينة ، ويطلق على مثل هذا التشريع اصطلاح **التشريع المؤقت**. والإلغاء الصريح يبين فيه المشرع صراحه موقفه وغالبا ما يحرص في كل تشريع يصدره على بيان القواعد التي يلغيها من التشريع السابق.

و كمثال عن الإلغاء الصريح للقانون ، جاء في المادة 37 من القانون 16-09 المتعلق بقانون ترقية الاستثمار الجزائري ما يلي : "تلغى أحكام الأمر رقم 01-03 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 و المتعلق بتطوير الاستثمار ، المعدل و المتمم ، باستثناء أحكام المواد 6 ، 18 و 22 منه ، كما تلغى أحكام المادة 55 من القانون 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013 و المتضمن قانون المالية لسنة 2014 "[827] ،

و قد يكون الإلغاء ضمنيا و المقصود به الإلغاء الذي لا يوجد تصريح به ، فهذا الإلغاء لا يستفاد من نص صريح في التشريع اللاحق ، بل من مظاهر التعارض بين التشريع اللاحق والتشريع السابق فقد يناقض نص أو أكثر من نصوص القانون الجديد نص أو أكثر من نصوص القانون القديم ، وفى هذه الحالة لابد من اعتماد الحل وفقاً لأحكام أحدهم،

[826] أنظر : المادة 02 من القانون المدني الجزائري ، السالف الذكر.

[827] أنظر : المادة 37 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر.

لأنه لا يمكن في هذه الحالة التوفيق بينهما إلا بإلغاء أحدهما، والإلغاء الضمني أيضاً قد يكون بصدور قانون جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده تشريع سابق.

والإلغاء الضمني لا يقع الا في إحدى صورتين ، أولاهما إذا صدر تشريعان متعاقبان في الزمان ومتناقضان في الأحكام تناقضاً كلياً أُعتبر التشريع القديم بحكم الملغى، أما إذا كان التعارض جزئياً فإن الإلغاء الضمني لا يكون عندئذٍ إلا بالنسبة للأحكام المتعارضة من أحكام التشريع القديم مع التشريع الجديد، على أنه يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن تكون النصوص المتعارضة والمتعاقبة من طبيعة واحدة من حيث العموم والخصوص.فالنص العام يلغي نصاً عاماً والنص الخاص يلغي نصاً خاصاً إذا أتت أحكامهما متعارضة، أما التعارض بين نص عام ونص خاص فهو لا يؤدي إلى إلغاء أحدهما للآخر ولكنه يؤدي فقط إلى تقييد تطبيق النص العام بواسطة النص الخاص، سواء كان النص الخاص هو النص الجديد أو النص القديم.

وثانيهما الإلغاء الضمني بطريقة تنظيم الموضوع نفسه من جديد، ويتحقق الإلغاء في هذه الصورة عندما ينظم التشريع الجديد تنظيماً كاملاً موضوعاً معيناً على أسس جديدة كان التشريع القديم قد سبق ونظمه، ففي هذه الحالة يعتبر التشريع الجديد قد ألغى التشريع السابق ولو لم ينص صراحة على هذا الإلغاء.

وتعليل ذلك أن المشرع عندما يضع تشريعاً جديداً ينظم بصورة كاملة موضوعاً من الموضوعات، فهذا يعني أنه قد استغنى عن أحكام التشريع السابق لتنظيم هذا الموضوع وقرر أنه يستعيض عنها بأحكام التشريع الجديد. وبقي القول إنه عند إلغاء النص التشريعي فإن النص الوارد في التشريع القديم لا يعود العمل به تلقائياً، بل لا بد أن يكون هناك نص صريح واضح يقضي بإعادة الحياة للنص الوارد في التشريع القديم الذي تم إلغاؤه، وهذا ما تضمنته شروط الثبات التشريعي حيث منعت سريان الأثر التشريعي لإلغاء القانون في المستقبل على العقود المبرمة في ظل القانون الساري المفعول [828] ، كما حظرت سريان التشريع الساري المفعول على الحقوق المكتسبة للمتعاقد الأجنبي الذي أبرم عقده مع

[828] أنظر : المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر .

الدولة في ظل القانون الملغى[829] ، وهي الحماية القانونية المرجوة من إعمال مبدأ الثبات التشريعي في مواجهة إلغاء التشريع. و قد يقول قائل إذا كان التصرف القانوني الماس بحقوق و امتيازات المتعاقد الأجنبي قد صدر في شكل قرار إداري، هل هناك مجال للاستفادة من الحماية المقررة بموجب شروط الثبات التشريعي في مجال النشاط الإداري ؟

إن سرعة تطور الحياة الإدارية و تغيرها يؤدي بالضرورة إلى تطور القرارات الإدارية و تغيرها متى دعت الضرورة لذلك ، قصد مسايرة هذا التطور و التأقلم مع الأوضاع المتغيرة ، و هذا ما يجعل الإدارة في كثير من الأحيان تضطر إلى وضع حد لتطبيق قراراتها غير المناسبة ، وفق ما يسمى بالإلغاء و الذي يقصد به إنهاء أثر القرار الإداري بالنسبة للمستقبل مع ترك آثاره التي رتبها منذ لحظة صدوره حتى إلغائه ، و المتعارف عليه أن الإلغاء يتم من نفس السلطة التي أصدرت القرار الأصلي أو السلطة التي تعلوها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وهناك فرق جوهري بين ممارسة الإدارة لحقها في الإلغاء على القرارات التنظيمية و بين ممارسة هذا الحق على القرارات الفردية [830].

و فيما يخص القرارات التنظيمية يجوز إلغاؤها في أي وقت ذلك أن اللائحة بطبيعتها العامة و المجردة لا تخلق إلا مراكز قانونية موضوعية عامة لا تنشئ بذاتها حقوقا مكتسبة من مراكز قانونية خاصة يمكن الاحتجاج بها على الإدارة [831] ، و إلغاء القرار الإداري قد يكون صريحا بأن تصدر السلطة الإدارية المختصة قرارا يقضي بإلغاء اللائحة السابقة يسري من تاريخ صدوره ، وقد يكون ضمنيا بأن يصدر قانون جديد أو لائحة تنظيمية جديدة تحل محل اللائحة التنظيمية السابقة التي تلغى ضمنيا وفقا للقاعدة التي تقضي بالإلغاء الضمني النظام القانوني القديم متى تعارض مع أحكام النظام القانوني الجديد ، وكما هو في القانون، قد يلغى القرار الإداري التنظيمي كلا أو جزءا[832].

---

[829] أنظر : المواد 35 و 37 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر .

[830] أنظر : سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ،2004 ، ص 234 .

[831] أنظر : محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري و العقد الإداري) ، مكتبة الهداية للطبع و النشر و التوزيع ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1989 ، ص 252 .

[832] أنظر : عدنان عمرو ، مبادئ القانون الإداري (نشاط الإدارة ووسائلها) ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الثانية ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2003 ، ص 147 .

و فيما يخص القرارات الفردية فالأمر يختلف عن القرارات التنظيمية في كون أن القرارات الفردية القاعدة العامة فيها عدم جواز إلغائها ، لأنها قد ولدت حقوقا فردية مكتسبة بعد صدورها سليمة مشروعة [833] ، أما القرارات الغير مشروعة يجوز إلغاؤها شريطة أن يتم ذلك خلال اجل الطعن بالإلغاء و إلا تتحصن هذه القرارات فيمتنع عن الإدارة إلغاؤها لعدم المشروعية و من جهة أخرى يمكن للأفراد مطالبة الغدارة بإلغاء قراراتها غير المشروعة و تكون الإدارة ملزمة بذلك أدبيا على الأقل لاتقاء الطعن أو الإلغاء القضائي و ما دام الامر يتعلق بقرارات غير مشروعة فليس هناك مجال للحديث عن الحقوق المكتسبة خاصة و أن الإدارة هنا مخيرة بين الإلغاء و السحب[834].

و قد تنقضي القرارات الإدارية و تزول بالقضاء على آثارها القانونية بصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه بعد تحريك و رفع دعوى الإلغاء من ذوي الصفة والمصلحة القانونية من الأفراد أمام السلطات القضائية المختصة و طبقا للإجراءات و الشكليات المطلوبة قانونا[835] ، و قد يتحتم على القاضي الحكم بوقف تنفيذ القرار إلى غاية البت النهائي في دعوى الإلغاء ، إذا ما توافرت الظروف الاستعجالية القاضية بذلك [836] .

و من المسلم به فقها و قضاء أنه لا يمكن أن يكون للقرار الإداري أثر رجعي سواء كان القرار فرديا أو تنظيميا عاما ، ذلك لأن القاعدة العامة تقضي بأن القرارات الإدارية تعتبر نافذة من تاريخ صدورها و تسري في مواجهة الأفراد من تاريخ نشرها و تبليغها[837] ، و على هذا الأساس اعتبر مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية قاعدة آمرة تهدف إلى تأمين استقرار المعاملات القانونية و عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد و على القاضي أن يرجح عدم الرجعية تحت طائلة

[833] أنظر : عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، ص 521 .

[834] أنظر : عدنان عمرو ، المرجع نفسه ، ص 148 .

[835] أنظر : عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الطبعة الخامسة ، الجزائر ، 2009 ، ص 174 .

[836] أنظر : محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 244 .

[837] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، مرجع سابق ، ص 292 .

بطلان الحكم [838] ، و هو ما أيده القرار الصادر عن المجلس الأعلى الجزائري بقوله : "من الثابت و من المبادئ المعمول بها أن القرارات الضارة بالأفراد لا تطبق بأثر رجعي "[839]

ويتطلب تطبيق مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية توفر شرطين أولها وجود مركز قانوني شخصي متكامل العناصر في ظل وضع قانوني معين و بالتالي عدم المساس به إذا ما تغيرت الأوضاع القانونية بعد ذلك فهذه المراكز الفردية هي التي تتمتع بثبات نسبي يحول دون المساس بها بقرار رجعي ، و ثانيهما أن تؤدي الرجعية إلى المساس بالمراكز الذاتية التي تكاملت عناصرها قبل صيرورة القرار نافذا ، بمعنى انعكاس آثار تنفيذ القرار بما يمس المراكز القانونية الشخصية المكتملة و العبرة هنا بتاريخ نفاذ القرار و هو يوم صدوره مع عدم الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات التمهيدية السابقة لإعداد القرار[840].

لهذه الأسباب و بدعم من الحجية القانونية لشروط الثبات التشريعي حتى لو اختلف الفقه في درجة قوتها، يكون المتعاقد الأجنبي محميا حماية نسبية في مواجهة إلغاء القوانين سواء في شكل تشريعات أو قرارات إدارية.

[838] أنظر : أحمد فارس النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة في فرنسا و مصر و الأردن) ، الطبعة الأولى ، دار حامد ، عمان ، 2012 ، ص 25 .

[839] أنظر : قرار المجلس الأعلى ، ملف رقم 33853 ، الجلسة المنعقدة بتاريخ : 1984/05/26 ، منشور بالمجلة القضائية رقم 04/1984 ، ص 215 . مشار إليه لدى بلخير محمد آيت عودية، المرجع نفسه ، هامش ص 293 .

[840] أحمد فارس النوايسة ، المرجع نفسه ، ص 27 و ما بعدها .

الفصل الثاني:
التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي

الفصل الثاني

التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي

شكلت قضية التنمية محورا مركزيا شغل الفكر الإنساني منذ مطلع النصف الثاني للقرن العشرين، و انتشر هذا المفهوم بنطاق واسع بعد الحربين العالميتين ، مؤرخا لعصر جديد هو عصر التنمية[841].عندما تنهال البيانات في دولة من دول العالم الثالث لتعلن مولد حكومة جديدة كثيرا ما يتضمن البيان الرئيسي وعودا سخية للجمهور بحياة أفضل ، وهو الحديث علن التنمية ، و عندما تشيد حكومة من حكومات العالم الثالث بالاستقرار الذي حققته فإن الإشادة هي بما حققه الاستقرار من رخاء و هو من جديد حديث عن التنمية، وعندما يسقط الاتحاد السوفياتي و يتفكك بعد نصف قرن من احتكار السلطة بسبب أزمة اقتصادية خنقت المواطنين يكون السبب مرتبطا بالتنمية [842].

إن موضوع التنمية الاقتصادية موضوع حديث نسبيا ، و لعل من أهم المنظرين للتنمية الاقتصادية هو آدم سميث في كتابه المشهور ثروة الأمم عام 1776 ، حيث و في نفس الكتاب ذكر أن مجال التنمية الاقتصادية هو قارات العالم النامي : إفريقيا و آسيا و أمريكا اللاتينية [843] ، و من هذا المنطلق يمكن القول أن التنمية وجدت أساسا في العالم المتخلف و الذي تحاول دوله خلق مناخ اقتصادي ملائم لتطلعاتها ، و لعل من أهم الأطر القانونية لتحقيق هذه الغايات التعاقد مع الأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين يحكمهم القانون الدولي الخاص من أجل جلب رؤوس الأموال و الخبرات التكنولوجية و الإدارية ، و هذا ما حققته في فترة معينة سياسة عقود الدولة من خلال إعادة الإعمار و تأسيس بنى تحتية ذات نوعية تشجع على انعاش الاقتصاد الوطني. ولا ريب أن استقرار المنظومة التشريعية سيؤدي بشكل من الأشكال إلى خلق مناخ يشجع على استقطاب الاستثمار الأجنبي ومن ثم تدفق رؤوس الأموال والخبرات الفنية والادارية والتكنولوجيا الحديثة إلى داخل الدولة المتعاقدة مما يسهم في تنميتها الاقتصادية .للخوض في هذا الموضوع سنتطرق في المبحث الأول للإطار المفاهيمي للتنمية الاقتصادية ، ثم سنبين أهم مظاهر التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي.

---

[841] أنظر : الطاهر سعود ، التخلف و التنمية في فكر مالك بن نبي ، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 13 .

[842] أنظر : غازي عبد الرحمان القحتيبي ، التنمية الأسئلة الكبرى ، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، ص 07 .

[843] أنظر : ميشيل ب .تودارو ، ترجمة محمود حسن حسني و محمود حامد محمود ، التنمية الاقتصادية (Economic Development) ، دار المريخ للنشر ،الطبعة الأولى ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2006 ، ص 38 .

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للتنمية الاقتصادية

منذ خمسة عقود كان من المسلمات قيام الدولة بدور حاسم في تعبئة المدخرات و تحقيق الاستثمارات أو على الأقل في تحفيز الجمهور على الادخار و الاستثمار ، على اعتبار أن الدولة دون غيرها هي التي تملك القدرة للنهوض بالمشروعات الأساسية للبنية التحتية كالطرق والمواصلات و محطات الكهرباء و مشروعات الري والصرف و المدارس و الجامعات[844] .....الخ . إلا أن ظهور مصطلح عقود الدولة غير هذا المفهوم من خلال إمكانية استقدام المتعاقدين الأجانب الذين يمتلكون قوة اقتصادية غير معتادة تمكنهم من تحقيق هذه المشاريع الكبيرة .

لهذه الأسباب ارتأينا أن نحاول من خلال هذا المبحث تحديد مفهوم دقيق للتنمية الاقتصادية من خلال تعريفها (المطلب الأول) ، و بيان النظريات الفقهية في تأصيلها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التنمية الاقتصادية

إن الحديث عن التنمية الاقتصادية يرتبط بشكل وثيق بسيادة القانون، فلا يمكن للتنمية الاقتصادية أن تحدث في بيئة تنعدم فيها سيادة القانون. وبذات الوقت لا يمكن الحديث عن النمو الاقتصادي والتنمية المستدامة والقضاء على الفقر والجوع والبطالة إلا بتعزيز سيادة القانون[845]. لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب بيان التعريف القانوني للتنمية الاقتصادية (الفرع الأول) ، و تعريفها الاقتصادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف القانوني للتنمية الاقتصادية

ولعل من أهم التعاريف القانونية للتنمية الاقتصادية هو ما أقرته الجمعية العامة لهيأة الأمم المتحدة بأن التنمية الاقتصادية هي : " مجموع الجهود الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و السياسية الهادفة للتحسين المستمر لرفاهية السكان على أساس مشاركتهم الفعالة في التنمية و التوزيع العادل للفوائد الناجمة عنها "[846].

و هناك من يرى أن التنمية الاقتصادية هي مجموع الإجراءات القانونية و التنظيمية و الإدارية الرامية إلى تحويل الهياكل الاقتصادية إلى وجهة إيجابية بهدف تخفيض نسبة الفقر و رفع المستوى المعيشي و زيادة معدلات الاستثمار و

---

[844] أنظر : جلال أمين ،كشف الأقنعة عن نظريات التنمية الاقتصادية ، دار الهلال ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002 ، ص 153 .

[845] أنظر : غازي العودات ، سيادة القانون و التنمية الاقتصادية ، الموقع الرسمي لوكالة عمون الإخبارية (Ammon news) ، https://www.ammonnews.net/index.php?page=article&id=287631 ، 2020/11/18 ، 11:14 .

[846] أنظر : عبد الرزاق مقري ، مشكلات التنمية و البيئة و العلاقات الدولية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2008 ، ص147 و ما بعدها .

توسيع هامش الحرية الاقتصادية للأفراد [847]. كما يمكن تعريف التنمية الاقتصادية على أنها: "عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي للاقتصاد خلال فترة زمنية طويلة من خلال القيام بإجراءات معينة و بذل جهود في سبيل رفع الدخل القومي و الفردي الحقيقي"[848].

وهناك من يرى ان المقصود بالتنمية الاقتصادية هو ذلك التغيير الذي تتكامل فيه جميع أوجه النشاط الاقتصادي و تتضمن كافة الإجراءات القانونية و الوسائل و الأساليب الاقتصادية الهادفة لزيادة الإنتاج من الموارد الاقتصادية المتاحة و الكافية لرفع مستوى الفرد و المجتمع مع تنظيم العلاقات التوزيعية الإنسانية توزيعا يحقق الكفاية و العدل و يحقق أحسن استخدام ممكن للموارد الاقتصادية و البشرية[849].

وتعرف التنمية الاقتصادية بوجه عام على أنها العملية التي يحدث من خلالها تغير شامل ومتواصل، مصحوب بزيادة في متوسط الدخل الحقيقي، وتحسن في توزيع الدخل لصالح الطبقة الفقيرة، وتحسين في نوعية الحياة وتغير هيكلية الإنتاج. ووفق هذا التعريف، فإن التنمية تحتوي على عدد من العناصر أهمها:

- الشمولية، فالتنمية الاقتصادية تغير شامل ينطوي ليس على العامل الاقتصادي فقط، وإنما أيضًا الثقافي والسياسي والاجتماعي.
- حدوث زيادة مستمرة في متوسط الدخل الحقيقي فترة طويلة من الزمن، وهذا يوحي بأن التنمية عملية طويلة الأجل.
- حدوث تحسن في توزيع الدخل لصالح الطبقة الفقيرة والتخفيف من ظاهرة الفقر.
- ضرورة التحسن في نوعية السلع والخدمات المقدمة للأفراد[850].

و هناك من يربط التنمية الاقتصادية بالإجراءات التنظيمية و التسييرية التي تستهدف زيادة الطاقة الانتاجية بحيث يزداد تبعا لها الدخل القومي و متوسط الدخل الفردي مما يحقق الارتقاء بالإنتاج و عناصره [851] ، و التنمية الاقتصادية من منظور هو تغيير المنظومة القانونية بما يصنع تحويلا جذريا في بنية الاقتصاد النامي اعتمادا على الموارد البشرية و الموارد الطبيعية و خلق رؤوس الأموال و استقدام الخبرات الإدارية و التكنولوجية [852].وتتمثل التنمية الاقتصادية أساسا في زيادة النمو في كافة النشاطات الاقتصادية و الاجتماعية وغيرها من النواحي وفق سياسات إجرائية و قانونية موضوعة من أجل

---

[847] أنظر : مُحَمَّد صفوت فايل ، نظريات و سياسات التنمية الاقتصادية ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2008 ، ص 65 .

[848] أنظر : إبراهيم متولي حسن المغربي ، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي من منظور الاقتصاد الاسلامي و الأنظمة الاقتصادية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2015 ، ص 58 .

[849] انظر : مُحَمَّد نبيل الشيمي ، هل تنجح التنمية الاقتصادية في الدول النامية و تحدث تغيرات في المجتمع ؟ ، مقال منشور في الموقع الرسمي للمركز العربي الديمقراطي بتاريخ : 2016/02/21 ، https://democraticac.de/?p=27972 ، 2020/11/18 ، 12:56 .

[850] أنظر : إلياس أو جودة ، التنمية المستدامة و أبعادها الاقتصادية و الاجتماعية و البيئية ، الموقع الرسمي لوزارة الدفاع اللبنانية ، https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content ، 2020/11/18 ، 12:51 .

[851] أنظر : مُحَمَّد لبيب شقير ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1961 ، ص114 . و ميساء هشام السامرائي ، مرجع سابق ، ص 37 .

[852] أنظر : عباس جبار الشرع ، دور الاستثمار الأجنبي في حركة التصنيع العربي (دراسة للجانب الإيجابي للاستثمار الأجنبي المباشر) ، مقال منشور في مجلة العلوم الاقتصادية ، العدد السابع عشر ،كلية الإدارة و الاقتصاد ، جامعة البصرة ،كانون الثاني 2006 ، ص 44 .

رفع المستوى المعيشي و الرفاه الاقتصادي لجميع أفراد المجتمع و يشترط فيها حدوث تغييرات هيكلية في الإنتاج و تقنياته من جهة ومن جهة أخرى حدوث تغييرات جوهرية في الإطار التنظيمي و الإجرائي للاقتصاد النامي[853] .

و هناك من يقول أن التنمية الاقتصادية هي تعديل القوانين و التنظيمات بما يحقق زيادة تراكمية في الدخل الحقيقي بشكل سريع و مستمر ، بحيث تتعدى هذه الزيادة ذروة النمو السكاني مع توفير الخدمات الانتاجية والاجتماعية و حماية الموارد المتجددة من التلوث و الحفاظ على الموارد الغير متجددة من النضوب[854].

ويرى جانب من الفقه أن التنمية الاقتصادية معنية و مهتمة بالتخصص الكفء للموارد الإنتاجية النادرة والمعطلة ، و هي معنية أيضا بتحقيق النمو المتواصل و التنمية المستدامة عبر الزمن فضلا أنها يجب أن تتعامل مع الآليات القانونية و المؤسسية و السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في ظل التقسيم القانوني الكلاسيكي للهياكل البنيوية للدولة إلى قطاع عام خاضع للقانون العام و آخر خاص خاضع للقانون الخاص لما تستلزمه العملية لتنموية من أجل إدراك و تحقيق التحسن في المستويات المعيشية ، و من ثم فإن التنمية الاقتصادية تركز على المتطلبات القانونية و السياسية و الثقافية اللازمة لتحقيق التحولات المؤسسية و الهيكلية السريعة للمجتمعات المتخلفة و هذا يتطلب أيضا دورا حكوميا كبيرا و درجة عالية من الإرادة التشريعية و السيادة في اتخاذ القرار الاقتصادي[855].

و عرفها أحد الأساتذة على أنها العملية القانونية و الفنية التي بمقتضاها يجري الانتقال من حالة التخلف إلى التقدم و يصاحب ذلك العديد من التغيرات الجذرية و الجوهرية في البنيان التشريعي و الاقتصادي للدولة [856]، وبتدقيق النظر في التعريفات الفقهية نجد أنها تساير التطور الزمني ، فبينما كان الحديث في بدايتها على حصر التنمية الاقتصادية في نمو الدخل، إنتقل التعريف إلى أمور أخرى أكثر شمولية تتعلق بالتغير في البنية القانونية للهياكل الاقتصادية و ما يصاحبها من زيادة حصة قطاعات اقتصادية في القوانين الخاصة بالمالية و الميزانيات على حساب القطاعات الأخرى ، و كذلك اكتساب خاصية النمو الذاتي الاقتصادي ، ثم يتم تخطي هذا المستوى التعريفي إلى معاني جديدة في التنمية تتعلق بتقليص الفقر و العدالة القانونية في توزيع الدخل والحماية القانونية للفئات المحتاجة و غير القادرة على توفير احتياجاتها الأساسية ، ليصل منطق تعريف التنمية الاقتصادية إلى قمة توسيع خيارات الناس و منحهم الحرية و الرقي بالحياة الانسانية .

ويرى أحد الأساتذة أن التنمية الاقتصادية عادة ما تتعلق بزيادة الدخل القومي الإجمالي ، و هذا لا يحقق بالضرورة الرفاهية للجمهور ، و لا يعد مؤشرا للتحسن الاقتصادي مما يقضي على الفقر و البطالة و الجهل ، لأن العديد من الدول النامية تحقق نموا اقتصاديا مضطربا و بنسب متفاوتا عبر الزمن لكن الآفات الاجتماعية تحاصرها من جميع الجهات

---

[853] أنظر : عبد الله عبد العزيز شاكر نجار ، الإنفاق العام و أثره في التنمية الاقتصادية في الإسلام ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في الاقتصاد و العلوم الإدارية ، قسم الاقتصاد و الإحصاء ،كلية الاقتصاد و العلوم الإدارية ، الجامعة الأردنية ، 1989 ، ص 01 .

[854] أنظر : فارس رشيد البياتي ، التنمية الاقتصادية سياسيا في الوطن العربي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الاقتصاد ،كلية الإدارة و الاقتصاد ، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك ، عمان ، 2008 ، ص 46 .

[855] أنظر : ميشيل ب .تودارو ، المرجع السابق ، ص 40 .

[856] أنظر : فهد عبد العزيز مُحَمَّد عقيل ، التنمية الاقتصادية عند علماء المسلمين (دراسة تحليلية مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في برنامج اقتصاديات التنمية ، برنامج اقتصاديات التنمية ،كلية التجارة ، عمادة الدراسات العليا ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، فلسطين العربية ، ص 13 .

، و من هذه الدول من حقق فائضا كبيرا في الدخل كالدول النفطية لكنها لم تحدث تغييرات قانونية في النصوص التنظيمية لهياكلها الاقتصادية مما فرض عليها البقاء معتمدة على النفط كمورد ريعي لا بديل عنه ، واستمرت في استيراد التكنولوجيا و ابتعدت عن التصنيع و النمو الذاتي و أصبحت رهينة التبعية الاقتصادية ، كما لم يتم توزيع عوائدها بصورة عادلة على السكان مما خلق الطبقية الاجتماعية ، و أصبحت عرضة للفساد السياسي و الاقتصادي[857] .و التنمية الاقتصادية في نظر البعض عملية مقصودة و مخطط لها تهدف إلى الزيادة الانتاجية من خلال تطوير و تنمية المورد البشري من خلال جلب الخبرات التكنولوجية و الإدارية ، و تعمل كذلك على زيادة تدفق الرساميل لتحقيق قفزات اقتصادية تمكن الاقتصاد من النمو الذاتي ، بالإضافة إلى تحقيق العدالة الاقتصادية و محاربة الفقر و تطوير منظومة التعليم و تنمية المورد البشري مما يصل بالدولة للتنمية الاقتصادية الشاملة[858] .

و تعتبر التنمية الاقتصادية حقا من حقوق الدول و الشعوب و الذي تم تكريسه من خلال تكريس الحق في التنمية بصفة عامة من خلال إعلان الحق في التنمية عام 1986 ، و الذي كان اعتماده ذروة عملية طويلة من المداولات الدولية بشأن حقوق الإنسان اعتبرت من البداية على أنها مجموعة متكاملة لجميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهذه الفكرة، التي بدأ الترويج لها في إعلان فيلاديلفيا لمؤتمر العمل الدولي عام 1944، تجسدت في ميثاق الأمم المتحدة الذي اعتمد في العام التالي. وبعد ذلك، أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 بوضوح بوحدة جميع تلك الحقوق، وكما لوحظ بعد ذلك في ديباجة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بلور الإعلان فكرة "أن السبيل الوحيد لتحقيق المثل الأعلى المتمثل في أن يكون البشر أحرارا، ومتمتعين بالحرية المدنية والسياسية ومتحررين من الخوف والفاقة، هو سبيل تهيئة الظروف لتمكين كل إنسان من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية، وكذلك بحقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وبعد اعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كان المفروض أن يبدأ إعداد عهد واحد إجمالي يشمل جميع الحقوق المبينة في الإعلان العالمي، بمنحها صبغة المعاهدة الدولية. غير أن التضامن الذي شهدته فترة ما بعد الحرب تراجع ليفسح المجال أمام الحرب الباردة، وبدلا من تدوين عهد موحد، دونت تلك الحقوق في عام 1966 في عهدين دوليين ،أحدهما خاص بالحقوق المدنية والسياسية والآخر خاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[859] .

غير أن المجتمع الدولي لم يكن راضيا تماما بهذا التقسيم في مجال حقوق الإنسان وبصياغة هذين العهدين المنفصلين. وحتى وقت قريب يعود إلى عام 1968، ذكر إعلان طهران أنه "نظرا لكون حقوق الإنسان وحرياته الأساسية غير قابلة للتجزئة، فإنه يستحيل التحقيق الكامل للحقوق المدنية والسياسية من غير التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية". وزاد الإعلان حول التقدم والإنماء في الميدان الاجتماعي لعام 1969 من التشديد على ترابط هاتين المجموعتين من الحقوق، وفي أوائل السبعينات، برز مفهوم الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان جمع في حد ذاته بين الحقوق المدنية والسياسية وكذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وطوال السبعينات، قام المجتمع

---

[857] أنظر : فهد عبد العزيز محمد عقيل ، المرجع السابق ، ص 15 .

[858] أنظر : فهد عبد العزيز محمد عقيل ، المرجع نفسه ، ص 22 .

[859] أنظر : أرجون ك سانغوبتا ، دراسة مقدمة عن الحالة الراهنة للتقدم المحرز في التنمية عملا بقرار لجنة حقوق الإنسان رقم 72/1998 و قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 155/53 ، جنيف ، 13-17 سبتمبر 1999 ، ص 04 .

الدولي، ممثلاً في الوكالات الرسمية وفي الهيئات الأكاديمية غير الرسمية والمنظمات غير الحكومية على حد سواء، ببحث ومناقشة مختلف جوانب الحق في التنمية بصورة متكررة.

وفي قرار للجنة حقوق الانسان عام 1977 و بالتنسيق مع منظمة اليونسكو و الوكالات المتخصصة ، تم الحث على إبراز الأبعاد الدولية للحق في التنمية كحق إنساني له علاقة بحقوق الانسان الأخرى القائمة على التعاون الدولي ، بما فيها الحق في السلام مع الأخذ بعين الاعتبار متطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد واحتياجات الانسان ، كما أن الحق في التنمية من الحقوق التي لا يمكن التصرف فيها ، و يحق بموجبه لكل فرد ولجميع الشعوب أن تساهم و تشارك بشكل كامل في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية والسياسية و أن تتمتع هذه التنمية بإعمال جميع حقوق الانسان و حرياته الأساسية إعمالا تاما بما في ذلك حق تقرير المصير [860].

وفي عام 1979، اعترفت لجنة حقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 2 مارس 1979 بأن الحق في التنمية حق من حقوق الإنسان وطلبت إلى الأمين العام أن يدرس الظروف اللازمة ليتمتع جميع الشعوب والأفراد تمتعا فعالا بهذا الحق. ثم أدت مختلف التقارير التي أعقبتها مناقشات في لجنة حقوق الإنسان والجمعية العامة إلى صياغة مشروع الإعلان عن الحق في التنمية، الذي اعتمدته الجمعية العامة في ديسمبر 1986، مما أنهى التقسيم الذي حدث من قبل. والحق في التنمية يوحد بين الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مجموعة مترابطة من حقوق الإنسان والحريات الأساسية، لا تقبل التجزئة، ويتمتع بها جميع البشر "بدون تمييز قائم على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين" ، وبعد عام 1993، تكثفت العملية بواسطة إنشاء فريق خبراء عامل لتحديد العقبات التي تعترض إعمال الحق في التنمية، والتوصية بسبل ووسائل لإعمال هذا الحق. وأنشئ فريق خبراء عامل أول، مرشح من الحكومات، عين في عام 1993 بولاية مدتها 3 سنوات، اجتمع 5 مرات، وقدم تقريرا شاملا ولكنه لا يحظى بتوافق الآراء. ثم أنشئ فريق عامل ثان، عين في عام 1996 لمدة سنتين، اقترح استراتيجية عالمية تقوم على جهود الأمم المتحدة ووكالاتها، والدول الأطراف والمجتمع المدني [861].

و يرى البعض أن الحق في التنمية حق أساسي من حقوق الانسان و مبدأ عام من مبادئ القانون الدولي العام ، حيث ينطوي على حق داخلي و آخر خارجي ، ويتم بناءه على ثلاثة مستويات : واجب الحماية ، واجب الاحترام ، واجب التعزيز ، و يكون الوفاء بحق التنمية بتحقيق السياسات الرامية لاحترام هذا الحق ، سواء عن طريق تصرفاتها الداخلية أو الخارجية بتعاقدها مع الأجانب [862].

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف التنمية الاقتصادية على أنها مجموع الإجراءات القانونية والتنظيمية والإدارية الرامية إلى إحداث تحويل جذري في بنية الهياكل الاقتصادية بهدف تحسين مردودها وبالتالي رفع المستوى المعيشي للفرد و الدخل القومي للمجتمع بشرط توزيع هذه الإيرادات و المداخيل على أفراد المجتمع بشكل عادل .

---

[860] أنظر : محمد حسن دخيل ، إشكالية التنمية الاقتصادية المتوازنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009 ، ص 126 .

[861] أنظر : أرجون ك سانغوبتا ، المرجع السابق ، ص 05 .

[862] أنظر : أمين مكي مدني ، التنمية القائمة على منهج حقوق الإنسان ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2007 ، ص 87 .

الفرع الثاني

التعريف الاقتصادي للتنمية

تتعلق التنمية الاقتصادية أساسا بضرورة توفير جزء من الانتاج في مرحلة سابقة من أجل إعادة الانتاج وزيادته حجما و تحسينه كيفا لإشباع الحاجات المتزايدة و تحقيق التقدم في مرحلة لاحقة [863] ، و التنمية الاقتصادية من المنظور الاقتصادي تعني إحداث تغيير جذري بطريقة واعية في البناء و الهيكل الاقتصادي للدولة و في فنون وأساليب انتاجها التقليدية منها و التكنولوجية ، و لا يتحقق هذا إلا بتوفير العديد من الأسس الاقتصادية [864] ، و من الملاحظ أن الدول النامية وجهت اهتمامها في وقت قريب إلى التعجيل بالتنمية الاقتصادية من أجل تحقيق زيادة في دخل الفرد ليصبح في مستوى دخل فرد ينتمي لدولة متقدمة و في أسرع وقت ممكن ، و هذا عائد أساسا لنقص تدفق رؤوس الأموال اللازمة لتمويل الحد الأدنى من الاستثمارات بغرض تحريك عجلة التنمية ، من هنا تولدت الحاجة للتعاقد مع الأجانب و إشراكهم في العملية التنموية الاقتصادية لتمتعهم بوفرة في رأس المال العيني مثل الآلات و المعدات ، بالإضافة إلى امتلاكهم التكنولوجيا الحديثة ، و هذه الأموال تساعد على انماء الموارد الانتاجية و التأسيس لقاعدة صناعية يمكن الاعتماد عليها لإنشاء مشاريع تنموية حقيقية في هذه الدول، بالإضافة إلى أن هذه الاستثمارات تساهم في اختصار الوقت لتحقيق التنمية الاقتصادية ، لأن زيادة حجم الاستثمار يؤدي منطقيا إلى زيادة الناتج القومي الإجمالي و من ثم زيادة وتيرة تسارع التنمية الاقتصادية [865].

كما قد تتحقق التنمية الاقتصادية من خلال اتباع أساليب فنية و تكنولوجية متطورة أو نتيجة نمو ملحوظ في عناصر الانتاج المختلفة مثل النمو في عنصر العمل أو رأس المال البشري [866].

إن حداثة المصطلح جعل من الصعب تحديد تعريف دقيق للتنمية بالمفهوم الاقتصادي ، غير أن الفقه الاقتصادي حاول التعرض في الكثير من المواضع لفكرة التنمية الاقتصادية ، و لعل من أهم التعاريف الواردة في ذلك أن التنمية الاقتصادية مفهوم معنوي يعبر عن عملية ديناميكية تتكون من سلسلة من المتغيرات الوظيفية والهيكلية في المجتمع ، تحدث نتيجة التدخل الإرادي المقصود لتوجيه التفاعل بين الطاقات البشرية في المجتمع وعوامل البيئة بهدف زيادة قدرة المجتمع على البقاء و النمو [867] .

كما عرفها أحد الأساتذة أنها الجهود المنظمة التي تبذل وفق تخطيط مرسوم بين الامكانيات البشرية و المادية المتاحة في وسط اجتماعي معين من أجل تحقيق مستويات أعلى للدخل القومي و الفردي ، و مستويات أعلى للمعيشة و الحياة

---

[863] أنظر : السيد أحمد عبد الخالق ، الاقتصاد الكلي و السياسات الاقتصادية ، الكتاب الثاني ، دار الأصدقاء للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2002 ، ص 48 .

[864] أنظر : طه خالد اسماعيل ، مرجع سابق ، ص 45 .

[865] أنظر : نزيه عبد المقصود مبروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية، 2007 ، ص 21 .

[866] أنظر : مُحَمَّد سيد عابد ، التجارة الدولية ، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية للطباعة و الشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2001 ، ص181 .

[867] أنظر : سعد طه علام ، التنمية و الدولة ، دار طيبة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2004 ، ص177 .

الاجتماعية في نواحيها المختلفة للوصول إلى تحقيق أعلى مستوى ممكن من الرفاهية الاجتماعية[868]، و هناك من يربط التنمية الاقتصادية بتحويل الهياكل و البنى الاقتصادية التي تساعد على تخفيض نسبة الفقر و ترفع من المستوى المعيشي للأفراد ، و تزيد من معدلات الاستثمار ، و تخلق الفرص للأفراد من أجل ممارسة حرياتهم[869] ، كما أن جانبا من الفقه يرى أن التنمية هي العملية التحويلية التي تحمل في طياتها تغيرات أساسية في مجتمع معين قصد إكسابه القدرة على التطور الذاتي المستمر بمعدل يضمن التحسن المتزايد في نوعية الحياة لكل أفراده ، و بمفهوم آخر زيادة قدر استجابة المجتمع للحاجات الأساسية المتزايدة لأعضائه بالصورة التي تكفل زيادة درجات إشباع تلك الحاجات عن طريق الترشيد المستمر لاستغلال الموارد الاقتصادية المتاحة[870].

ويرى أحد فقهاء الاقتصاد أن التنمية الاقتصادية تعني قدرة الاقتصاد القومي و التي ظلت ظروفه الاقتصادية الأولية ساكنة نوعا ما لفترة طويلة على توليد زيادة سنوية في الناتج القومي الإجمالي لهذا الاقتصاد ما بين 5% و7 % أو أكثر من ذلك ، و هو تحول ملحوظ في مفهوم التنمية الاقتصادية التي كان ينظر إليها في الماضي في صورة التغيير المخطط لهيكل الانتاج و العمالة بحيث يخفض من خلاله نصيب الزراعة مقابل الزيادة في نصيب كل من الصناعة و الخدمات[871].

و قد يتبادر في ذهن القارئ لهذا البحث، مدى تطابق أو اختلاف النمو الاقتصادي و التنمية الاقتصادية؟

يرى بعض فقهاء الفكر الاقتصادي أن هناك اختلافا جوهريا بين التنمية الاقتصادية و النمو الاقتصادي ، حيث يعد مفهوم التنمية الاقتصادية أشمل من مفهوم النمو الاقتصادي لأنه يختص بنشاط الاقتصاديين في جميع أنحاء العالم و خصوصا في الدول النامية ، و موضوع التنمية الاقتصادية يتعلق بزيادة الطاقة الانتاجية و تحسين الاقتصاد و الذي يؤثر بطريقة مباشرة و غير مباشرة على مستوى معيشة الأفراد في المجتمع بالإضافة إلى أثرها الدولي في تحسين العلاقات الخارجية للدول النامية في العالم[872] ، في حين أن النمو الاقتصادي هو حدوث زيادة مستمرة في متوسط الدخل الفردي الحقيقي مع مرور الزمن ، مع العلم أن متوسط الدخل الفردي يساوي حاصل قسمة الدخل الكلي على عدد السكان في الدولة ، و هناك من يفرق بين حدوث زيادة في الدخل الفردي الحقيقي والنقدي ، حيث أن الدخل الفردي النقدي هو عدد الوحدات النقدية التي يتسلمها الفرد خلال مدة معينة أما الدخل الفردي الحقيقي فهو حاصل قسمة الدخل

---

[868] أنظر : صبري فارس الهيتي ، التنمية السكانية و الاقتصادية في الوطن العربي ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2007 ، ص12 .

[869] أنظر : قنادزة جميلة ، الشراكة العمومية الخاصة و التنمية الاقتصادية في الجزائر ، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية ، تخصص تسيير المالية العامة ،كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2018/2017 ، ص 44 .

[870] أنظر : نصر عارف ، مفاهيم التنمية و مصطلحاتها ، الدار الجامعية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008 ، ص96 .

[871] أنظر : ميشال تودارو ، مرجع سابق ، ص51

[872] أنظر : عبد القادر مُحَّد عبد القادر عطية ، اتجاهات حديثة في التنمية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2000 ، ص 16 .

النقدي على المستوى العام للأسعار ، و يشير من جهة أخرى إلى كمية السلع و الخدمات التي يحصل عليها الفرد من إنفاق دخله النقدي[873] .

وفي تأصيل المفهوم الاقتصادي للتنمية الاقتصادية ، اختلف الفقه الاقتصادي بين نظرية تقليدية تقرر أن ظاهرة التخلف ظاهرة اقتصادية بحتة يجب القضاء عليها بتحقيق التنمية بناء على العوامل الاقتصادية فقط ، مع افتراض استقرار العوامل السياسية و الاجتماعية و القانونية[874] . و تعرضت هذه النظرية للنقد لعدم واقعية التصور خاصة في البلدان النامية ، فلا يمكن افتراض استقرار العوامل غير الاقتصادية فيها مهما كانت الظروف ، فالعوامل الاقتصادية منفردة لا تكفي لتحقيق التنمية الاقتصادية إلا إذا اقترنت بالعوامل القانونية و السياسية و الاجتماعية الأخرى ، فالتخلف لا يمكن حصره في الجانب الاقتصادي فقط ، لأنه حالة اقتصادية و اجتماعية و سياسية في غاية التعقيد ، حيث بسبب هذا التصور خاضت العديد من الدول المتخلفة معركة التنمية الاقتصادية خلال الستينات و السبعينات من القرن الماضي بمحاولة تطوير اقتصادها عن طريق تطوير بعض المتغيرات الاقتصادية البحتة كالاستثمار و حجم الانتاج الكلي و حجم الصادرات و الواردات و مع ذلك فشلت فشلا ذريعا في تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة[875] .

أما النظرية الحديثة فخرجت عن الحدود العادية للتحليل الاقتصادي و من ثم لم تقتصر على العوامل الاقتصادية فقط بل تعدتها إلى باقي العوامل الاجتماعية و السياسية و القانونية و التي تؤثر بشكل كبير في إحداث النمو الاقتصادي ، و يفترض أنصار النظرية الحديثة أن النظرية التقليدية تسهم في حد كبير في الفهم التقني لعملية التنمية لأنها تركز على العوامل الفنية الاقتصادية ، لكنها لا تكفي لتفسير هذه الظاهرة الاجتماعية المتشابكة ، و من هنا تبرز أهمية العوامل الغير اقتصادية ، و الآثار التي تنجر عن علاقة هذه العوامل ببعضها البعض و مدى تأثيرها على المردود التنموي الاقتصادي للدولة ، فالتنمية الاقتصادية تشمل المورد البشري و المادي على حد السواء[876] .

---

[873] أنظر : مُحَمَّد الفاتح عبد الوهاب العتيبي ، النمو الاقتصادي من أجل التنمية الإقتصادية وعلاج مشاكل البطالة والفقر ، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن الإلكترونية، العدد 2371، الصادر بتاريخ : 2008/08/12 ، https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=143728 ، 2020/12/01 ، 13:57 .

[874] أنظر : حسن عبد الله بدر ، دور الاستثمار في التنمية الاقتصادية في العراق(1953-1969) ، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الاقتصاد ،كلية الإدارة و الاقتصاد ، بغداد ، العراق ، 1974 ، ص 09 . و دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص 84 .

[875] أنظر : دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، هامش ص 84 و 85 .

[876] أنظر : دريد محمود السامرائي ، المرجع نفسه ، ص 87.

المطلب الثاني

متطلبات التنمية الاقتصادية

إن من أهم مقومات التنمية الاقتصادية تكريس مناخ قانوني ملائم لغاية استقطاب الاستثمار الأجنبي، وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال الفرعين المواليين من هذا المطلب ، الفرع الأول (الاستقرار التشريعي) ، الفرع الثاني (تدفق الاستثمارات الأجنبية).

الفرع الأول

الاستقرار التشريعي

يعتبر التشريع من أهم الوظائف التي تقوم بها الدولة من أجل فرض النظام العام و تحقيق المصالح العليا للبلاد، ويكتسي التشريع في المجال الاقتصادي أهمية كبرى لما يمثله الاقتصاد من دعامة لقوام الدولة المعاصرة ، و للدولة الحق في سن التشريعات الاقتصادية و تعديلها و إن اقتضى الأمر إلغاءها في إطار ممارسة السيادة التشريعية والاقتصادية ، غير أن هذا الحق لا يمارس على إطلاقه خاصة في وجود تفاعلات بين الدولة و الأفراد والمؤسسات، و ذلك من أجل حماية الثقة المشروعة للمتعاملين الاقتصاديين من التغييرات الفجائية للتشريع [877].

و كذلك من غير المنطقي مصادرة حق الدولة في تعديل و إلغاء تشريعاتها إذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك ، لأن هذا سيمس بسيادتها التشريعية و ينتقص منها ، لذلك يقتضي الأمر اتخاذ تدابير انتقالية تسمح للمتعاقدين مع الدولة التهيؤ و الاستعداد لدخول قانون جديد حيز النفاذ ، مما يتيح لهم فرصة تكييف أنشطتهم و علاقاتهم التعاقدية مع الأحكام الجديدة دون التعرض لخسائر كبيرة ، و هذا ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في قرار لها صدر بتاريخ : 1979/05/16 ، حيث حظرت المحكمة من خلاله تعديل التنظيم أو التشريع دون إرفاقه بتدابير انتقالية حماية لمبدأ الثقة المشروعة[878].

وفي هذا الأمر انقسم الفقه بين محافظ على المراكز القانونية من خلال اقرار الاستقرار التشريعي للحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاملين الاقتصاديين ، و بين جانب آخر من الفقه القانوني يحبذ الذهاب بعيدا في فكرة التعويض كآلية لجبر الضرر الذي قد يصيب المتعاقد مع الدولة جراء التعديلات غير المتوقعة للتنظيمات والتشريعات الاقتصادية[879] .

إن الاستقرار القانوني هو في حقيقة الأمر الجانب الروحي للقانون، لأن القانون الذي لا يسعى إلى تحقيق الاستقرار هو في حقيقته قانون لا وجود له بل هو قانون ميت لا ينتج أثره في الحياة العملية أو في الواقع، لذلك فإن المذاهب

---

[877] أنظر : بلخير آيت عودية ، مرجع سابق ، ص 55 .

[878] Voir : **Arrêt de la Cour du 16 mai 1979. - Ditta Angelo Tomadini Snc contre Amministrazione delle finanze dello Stato. - Demande de décision préjudicielle: Pretura di Trento - Italie. - Montants compensatoires monétaires. - Affaire 84/78.** https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0084, **12/01/2021,09h29.**

[879] Sylvia Calmes , Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand , communautaire et français ,Dalloz , Paris,2001,p.438.

الشكلية- وعلى النقيض من المذاهب المثالية التي تركز على قيمة العدالة باعتبارها الغاية المثالية للقانون- تعتبر أن القيمة الأولى التي يسعى النظام القانوني أو يجب أن يسعى إلى تحقيقها هي الاستقرار القانوني[880].

وهناك من يرى أن فكرة الاستقرار القانوني تحتل حيزا مهما في عملية وضع التشريع ، لأن القانون باعتباره الوسيلة الأساسية لتنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع ، يجب أن يحقق اليقين و الاستقرار و الانضباط في المراكز القانونية ، بحيث يحدد النص القانوني الآثار المترتبة على مسلك قانوني معين ، فيكون في وسع كل شخص أن يدرك سلفا نتائج أعماله ، و لبلوغ هذه الغاية فإن المشرع لا يترك للقضاء تنظيم العلاقات بين الأفراد بحسب كل واقعة على حدى ، بل يضع قاعدة عامة و مجردة تنظم واقعة قانونية نموذجية تندرج تحتها كل الوقائع التي تشترك معها في الطبيعة و النوع ، و من أهم مقومات فكرة الاستقرار القانوني هو وضوح الآلية التشريعية المنظمة لعلاقات الأفراد في المجتمع ، و توفر عنصر الجزاء في القاعدة القانونية على اختلاف أنواعها ، و غياب التعسف في استعمال الحق سواء كان للسلطة القضائية أو الإدارة[881].

و في نظر البعض حتى يكون الاستقرار القانوني مبدئا قانونيا راسيا يجب أن يتوفر على العديد من المقومات لعل من أهمها : أن يكون التشريع هو المصد الرسمي الأول للقانون ، و على الصياغة التشريعية للنصوص القانونية أن تتسم بالجمود مما ينتج عنه استقرار المعاملات لأن الأشخاص المخاطبين بحكم هذه النصوص القانونية يمكنهم العلم مسبقا بكيفية تطبيقها ، و الحكم المترتب على هذا التطبيق ، و من هنا تصبح عملية تطبيق النص القانوني منطقية و آلية لا يبذل الشخص المكلف بتطبيق هذه النصوص أي جهد عقلي أو إرادي مما يغلق الباب أمام ممارسة السلطة التقديرية[882]. كما يقتضي الأمر إقرار مبدأ ألا عذرا بجهل القانون مع تكريس مبدأ وحدة تفسير القانون مما يفرز توحيد الاجتهادات القضائية و بالتالي الاستقرار القانوني[883].

و يرى أحد الأساتذة أن الاستقرار القانوني من أساسيات الأمن القانوني، ومحور تطلعات المستثمر الأجنبي في ظل تنامي تدخل الدول المضيفة في مراجعة وتغيير النظام القانوني الذي ينظم الاستثمار فيها، مما يؤدي إلى غياب اليقين من النصوص القانونية وينعكس سلبا على استقرار الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية ، وهذا ما يستوجب ايجاد الوسائل القانونية اللازمة لخلق الاستقرار في هذا المجال، قد يكون ذلك بمبادئ قانونية عامة من شأن إعمالها تحقيق الاستقرار القانوني، أو باللجوء سبل خاصة يمكن أن تكون في صورة شروط يتم إدراجها في عقود الاستثمار أو في الاتفاقيات الدولية أو قوانين الاستثمار الداخلية، والتي يكون الهدف منها تحقيق الاستقرار في النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، كشروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد. فللاستقرار القانوني أهمية كبيرة في ضمان وتكريس حقوق

---

[880] أنظر :يس مُحَّد مُحَّد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة) ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2012 ، ملخص المؤلف .

[881] أنظر : عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة) ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2013 ، ص 61 .

[882] أنظر : سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 52 .

[883] أنظر : ثاوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ استقرار المعاملات في القانون المدني (دراسة تحليلية) ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية القانون و السياسة بجامعة السليمانية ، العراق ، 2009 ، ص 24 و ما بعدها .

المستثمر الأجنبي وتحقيق توقعاته المشروعة ، كما له دور في تحسين بيئة الاستثمار في الدول المضيفة بما يحقق استقطاب وتدفق الاستثمارات الأجنبية إليها لتحقيق التنمية الاقتصادية، إلا أن الدول المضيفة بصدد ممارستها لسلطاتها وصلاحياتها التشريعية والادارية قد تتسبب في المساس بالاستقرار القانوني في نطاق الاستثمار الأجنبي، مما يترتب عليه قيام مسؤوليتها عن التصرفات التي تضر بمصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما يحقق الفعالية و النجاعة في النظام القانوني للاستثمار ويضمن لكلا الطرفين تحقيق الغاية المنشودة من المشروع الاستثماري[884].

والحديث عن الاستقرار القانوني كعامل من عوامل تحقيق التنمية يتوقف على تطبيقه كمبدأ قانوني في مجال التشريعات الاقتصادية ككل بدءا من تشريع الاستثمار مرورا بالتشريعات العقارية و تشريعات حماية الملكية الفكرية ووصولا إلى القواعد القانونية الدستورية التي تعنى بحماية الحريات الفردية و الجماعية .

ولأن الاستثمار الأجنبي حلقة مهمة و أساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية ، وجب على الدولة المضيفة للاستثمار العناية باهتمامات المستثمر الأجنبي التي عادة ما تنصب في السعي للتعرف على القوانين ذات العلاقة المباشرة بموضوع استثماره ، كقوانين تشجيع الاستثمار و القوانين المنظمة للمعاملات العقارية ، و القوانين التي تحكم الثروات الطبيعية و كذلك قوانين الصناعة و الفلاحة و الصيد البحري وكل مجال يمكن أن يكون محلا للاستثمار[885] .

و جذب الاستثمار يحمل في طياته المنافع و الحقوق المتحصل عليها بموجب العقد المبرم بين المستثمر والدولة ، كما يحمل التزامات و قيود متبادلة بين أطراف المشروع الاستثماري ، فالدولة التي توفر بيئة مناسبة للاستثمار لابد أن تتنازل بالمقابل تنازلات مهمة على الصعيد القانوني و السياسي قد تصل إلى حد المساس بسيادتها الاقتصادية على ثرواتها الطبيعية [886] ، و بالمقابل تحقق الدولة غاياتها التنموية التي تنعكس إيجابا على المستوى المعيشي للأفراد في الدولة .

و من منظور آخر فإن المستثمر الأجنبي الذي يتحصل على تسهيلات و امتيازات من طرف الدولة المضيفة، يمكن أن يتعرض إلى مخاطر من النوع الغير تجاري و المتمثلة في التعديلات و المراجعات التشريعية الواردة على النظام القانوني للدولة المضيفة [887] .

و الاستقرار القانوني الذي قد يظهر على ملامح النظام القانوني لدولة معينة يمكن أن يتحول بمرور الوقت إلى جمود قانوني قد ينعكس سلبا على تطور حاجات المجتمع و الدولة المضيفين للاستثمار ، و التي تقتضي مسايرتها من خلال تطوير مضمون القاعدة القانونية حتى تواكب هذه الحاجات و تتأقلم معها .

---

[884] أنظر : وليد لعماري ، الاستقرار القانوني و أثره على الاستثمار الأجنبي (دراسة قانونية تحليلية في إطار النصوص القانونية الوطنية و الدولية للاستثمار) ، نور للنشر ، الطبعة الأولى ، https://www.noor-publishing.com/catalog/details/store/ae/book/978-620-0-07264-1 ، 2021/01/16 ، 10:40 .

[885] أنظر : بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ، الاستقرار القانوني و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي ، المركز العربي للبحوث القانونية و القضائية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2020 ، ص13 .

[886] أنظر : بشار عدنان ملكاوي ، تأثر مبادئ العقد عند حدوث أزمة سياسية (مثال : الشرق الأوسط منذ عام 1945) ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، عمان ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2002 ، ص83 وما بعدها.

[887] أنظر : وليد الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة و الشروط التقليدية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة ، عمان ، المملكة الأردنية ، 2009 ، ص 56 .

و ما يجب الإشارة إليه أن الاستقرار القانوني ليس غاية في حد ذاته ، بل هو تمخض عن دراسات قانونية واقتصادية و اجتماعية مع صياغة تشريعية احترافية للقوانين و التنظيمات ، و هذا ما ينتقل بنا من مفهوم الاستقرار القانوني إلى مفهوم الاستقرار الاقتصادي و السياسي و اللذان يعدان من أهم محددات جذب الاستثمار في الدول النامية ، والعكس صحيح فيمكن للاستقرار الاقتصادي و السياسي من عدمه أن ينعكس على الاستقرار القانوني ، حيث في فترة النصف الأول من القرن العشرين ، نتج عن عدم الاستقرار السياسي للدول الخارجة حديثا من وطأة الاستعمار إلى انعكاس ذلك على الصعيد القانوني ، مما جعل التخوفات من عودة الاستعمار بشكل آخر إلى هذه الدول تترجم على شكل نصوص تشريعية تمهد لإمكانية تأميم الثروات الطبيعية حفاظا على السيادة الاقتصادية لهذه الدول ، و هذا ما أدى إلى ظهور و انتشار شروط الثبات التشريعي بشكل ملفت للنظر في بداية النصف الثاني من القرن العشرين و بالأخص في فترة الستينات[888].

و عندما نتكلم عن الاستقرار القانوني كقيمة جاذبة للاستثمار لا نعني بالأمر فقط استقرار القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الاستثمار ، بل كل تشريع أو تنظيم يتعلق بالاستثمار بما في ذلك النظام القانوني العقاري والجبائي، و قوانين حماية الملكية الفكرية ، و القوانين المالية ، فالمستثمر الأجنبي و هو يبحث عن الأمان القانوني سيهتم بالتعرف على القوانين ذات الصلة المباشرة بمشروعه الاستثماري ، كالقوانين العقارية ، و القوانين المنظمة لعملية استغلال الثروات الطبيعية ، و كذلك القواعد القانونية المنظمة للصناعة و التجارة الخارجية[889].

يعد استقرار النظام القانوني العقاري للدولة المضيفة للاستثمار من أهم المحددات الجاذبة للاستثمار ، فالعقار هو المحرك الأساسي لقطاع الاستثمار ، فاتخاذ قرار الاستثمار دون الأخذ بعين الاعتبار لاستقرار هذه القوانين يعد انتحارا اقتصاديا للمستثمر الأجنبي ، الذي قد يفقد مشروعه الاستثماري بجرة قلم يصدر قرارا إداريا بنزع الملكية أو بقرار تأميم لسبب تحقيق الصالح العام ، و هذا ما يجعل المستثمر الأجنبي يجري دراسة جدوى قانونية عقارية حتى يكون قرار الاستثمار قرارا استراتيجيا مبنيا على دراسة مسبقة .

و في حال تبين للمستثمر الأجنبي أن هذا النوع من الاستقرار غير متوفر يلجأ إلى تضمين العقد لشرط يحمي من خلاله ملكيته العقارية من تصرفات الدولة أو يقيد هذا الحق قدر المستطاع سواء من خلال اشتراط تعويض سابق و عادل أو من خلال جعل حق نزع الملكية المخول للدولة ضمن حدود واضحة ، و هذا ما يمكن الاصطلاح عليه **بشرط الثبات العيني**[890].

ويمثل العقار ضمانة في حد ذاته للمستثمر الأجنبي ، ولعل ما يعكس أهمية العقارات في العملية الاستثمارية، الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها الولايات المتحدة الأمريكية في سنة 2007 ، و التي كانت متصلة مباشرة بالعقار ، و انعكست تداعياتها فيما بعد على الاتحاد الأوروبي و عدد كبير من دول العالم ، و أسباب هذه الأزمة لم تتعلق بالمساس

---

[888] أنظر : بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ، الاستقرار القانوني و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي ، المرجع السابق ، ص 08 .

[889] أنظر : هاني محمد كامل المنايلي ، مرجع سابق ، ص 112 .

[890] نقصد بشرط الثبات العيني ذلك الشرط الذي قد يتضمنه التشريع أو العقد لغاية حماية المتعاقد الأجنبي من التصرفات التعسفية للدولة المضيفة الواردة على العقارات و المنقولات المملوكة للطرف الأجنبي ، مما يحقق الاستقرار القانوني العيني الذي يعد من مقتضيات جذب الاستثمار . أنظر : المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري المعدل و المتمم ، السالف الذكر.

بحق الملكية العقارية بل تعلقت بحماية الاستثمارات في المجال العقاري[891]. ولو كان سببها المساس بحق الملكية لكانت الأزمة أكثر حدة على الولايات المتحدة الأمريكية و العالم بأسره ، فعدم الاستقرار القانوني للقواعد القانونية الحاكمة للمعاملات العقارية و الملكية العقارية يسبب مخاوف لدى المستثمرين الأجانب مما قد يؤدي إلى عدم المضي في قرار الاستثمار .

ويعتبر إجراء نزع الملكية العقارية بمفهومه الواسع من أهم مظاهر عدم الاستقرار القانوني ، فهو يمثل خطرا حقيقيا على المستثمر الأجنبي ، فنزع الملكية العقارية يجب أن يتصل بنظام قانوني واضح المعالم و المعايير، و في حالة حدوثه لابد من وجود ضوابط لتعويض الأضرار الحاصلة و المحتملة الحصول للمستثمر الأجنبي، و هذا ما يصطلح عليه **بالتعويض العادل**[892].

وقد ينعكس عدم الاستقرار القانوني في مجال العقارات سلبا على الدولة في حد ذاتها من خلال المساس بحقوق المستثمرين و بالتالي تراجع القطاع الخاص عن المشاركة في بناء الاقتصاد الوطني ، و من جانب آخر أثرت سياسة التأميم على الاستثمارات الأجنبية الضخمة المنشأة من أجل تأسيس البنى التحتية في الدول النامية ، و هذا ما انعكس على القانون الدولي العام و العلاقات الدولية ، لأن هذا الأمر نتج عنه أزمات سياسية بين الدول المضيفة للاستثمار و الدول المصدرة للاستثمار ، و في الجانب الآخر من العلاقة التعاقدية أدى ذلك إلى ظهور شروط الثبات كحماية تشريعية و عقدية للمستثمرين الأجانب من الأضرار الكبيرة التي قد يضطرون لتكبدها جراء التأميم[893] .

إن الاستقرار القانوني في القوانين المتصلة بالملكية عموما و الملكية العقارية خصوصا يعتبر من أهم المؤشرات الجاذبة للاستثمارات الأجنبية و دعمها و في حال غياب هذا الاستقرار تتحول الدولة المضيفة إلى دولة طاردة للاستثمارات، فالمستثمر الأجنبي سواء كان موضوع استثماره في العقار أو خارجه سيبني تصوره الاستثماري على نوعية القوانين المنظمة للعقار ومدى ثباتها و استقرارها ، و لا يمكن بأي حال من الأحوال الوصول إلى النمو العقاري الاقتصادي في غياب الاستقرار القانوني للقواعد القانونية المنظمة للمعاملات المنصبة على العقار.

وما يجسد غياب الاستقرار القانوني في مجال العقار في الجزائر ، التعديلات المتتالية للقوانين العقارية عبر قوانين المالية و الأوامر الرئاسية التي غيبت بشكل ملحوظ دور البرلمان كسلطة تشريعية أصيلة ، وأبسط الأمثلة على ذلك هو الأمر 08-04 المعدل و المتمم للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري ، و الذي حدد المشرع الجزائري من خلاله أحكام منح المشاريع الاستثمارية ، حيث تم تعديله من خلال قوانين المالية لسنوات 2011 و2013 و 2015 ، و بقي المشرع الجزائري خلال قرابة ثلاث عقود يطرح مشكلة العقار الاقتصادي[894].

---

[891] أنظر : بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ، الاستقرار القانوني و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي ، المرجع السابق ، ص 20.

[892] أنظر : مصطفى محمد عبد الكريم ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2018 ، ص 37 . و أنظر كذلك في نفس الموضوع : سيد عبد الحميد أحمد ، نزع الملكية في إطار قرارات المنفعة العامة و المصادرة و التأميم ، مكتبة الوفاء القانونية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2018 ، ص61 .

[893] أنظر : بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ، الاستقرار القانوني و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي ، المرجع السابق ، ص 19.

[894] أنظر : مخلوف لكحل ، الاستقرار القانوني و دوره في تعزيز الاستثمار في العقار الاقتصادي ، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد الثامن ، جانفي 2016 ، ص 397 .

كما تشكل القواعد القانونية الشكلية الإجرائية الواجهة القانونية الأولى للبيئة الاستثمارية بالنسبة للمستثمرين الأجانب ، بحيث يهتم المستثمر الأجنبي بالتعرف على الضمانات المتاحة إجرائيا في حال نشوب أي نزاع محتمل في الدولة المضيفة ، و بالمقابل تحاول الدولة الظهور بمظهر التمدن و التحضر في المجتمع الدولي من خلال منحها ضمانات التقاضي للطرف الأجنبي ، سعيا منها لخلق وسط قانوني ملائم للاستثمارات الأجنبية ، ولتحقيق قدر أكبر من الاستقرار القانوني يلعب التحكيم كأحد أهم الضمانات القانونية الإجرائية في النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار ، دورا محوريا في جذب الاستثمار من خلال تحييد القضاء الوطني في نظر النزاعات الناشبة بين دولة القاضي و الطرف الأجنبي [895]، و هذا ما يطلق عليه **الأمن القضائي**[896].

ولعل من أهم الإشكالات القانونية التي يمكن أن تصادف المستثمر الأجنبي إجرائيا هو عدم الاستقرار القانوني للقواعد القانونية الإجرائية الآمرة التي تعكس صورة النظام العام ، و هذا ما يسبب قلقا حقيقيا عند المستثمرين الأجانب مما يستدعي استحضار شروط الثبات التشريعي كحل مثالي لهذه الاشكالات ، و ذلك من خلال تجميد القواعد القانونية الإجرائية المطبقة على العقد الاستثماري كما هي وقت ابرام العقد.

و كثيرا ما يلجأ المشرعون في الدول النامية و الخارجة حديثا من الاستعمار إلى التعديل المستمر في القوانين الناظمة للمجال الاقتصادي ، ضنا منهم بتلافي الهفوات و الأخطاء السابقة في التشريع و هذا ما يعرض مصالح المتعاقدين مع الدولة إلى المساس بسبب الحركية الدائمة للنص التشريعي و التي يترتب عليها تغيرات و تحولات عميقة في الأنظمة القانونية السائدة في الدولة المتعاقدة ، لذلك سعت الاتفاقيات الدولية إلى تكريس مبدأ الاستقرار التشريعي من خلال تحريم نزع الملكية الخاصة بالمستثمرين الأجانب كما جاء في الاتفاقية الخاصة بدعم و حماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق و كوبا ، و التي أكدت على أن يكون الاستثمار المحقق بموجب هذه الاتفاقية بمنأى عن إجراءات التأميم أو المصادرة أو أية إجراءات قانونية مشابهة[897].

و كذلك ما جاء في المادة التاسعة من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية من حظر صريح و مطلق لنزع الملكية أو الاجراءات التحفظية السابقة له[898].

وفي نظرة موضوعية لتفسير هذا الحظر المطلق لنزع الملكية الاستثمارية العربية في الوطن العربي ، هناك من يرى أن أبعاد هذا الحظر مستمدة أساسا من الروابط الاقتصادية و التاريخية و الاجتماعية المشتركة التي تربط بين هذه الدول ، و خاصة أن نجاح أية محاولة تنموية مرهونة بالتكتلات الاقليمية ، حيث لا يمكن التغلب على الاشكاليات القانونية و الموضوعية

[895] أنظر : فارح وليد و بلغيث صبرينة ، مرجع سابق ، ص 65.

[896] يعد شرط التحكيم من أهم الضمانات القضائية للمستثمر الأجنبي ، لأن منح الاختصاص القضائي في نظر منازعات الاستثمار الأجنبي ، قد تعرض حقوق المستثمر الأجنبي للإهدار خاصة و أن القاضي الوطني للدولة المضيفة لن يستطيع بأي حال من الأحوال التقيد بالحياد في ظل الضغوطات السياسية التي تمارس عليه و في ظل ضعف الاستقلالية القضائية اللازمة لمثل هذه القضايا المهمة .

[897] أنظر : دريد محمود السامرائي ، المرجع السابق ، ص 222 .

[898] أنظر : المادة 04 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، السالفة الذكر .

للتنمية في نطاق إقليم دولة واحدة ، بالإضافة إلى الغياب النسبي للقدرة التفاوضية التي يمتلكها كل قطر من هذه الأقطار منفردا في مواجهة النظام الاقتصادي الدولي الحالي و أيضا في مواجهة التكتلات الاقتصادية العظمى في العالم[899] .

الفرع الثاني

تدفق الاستثمارات الأجنبية

تمثل الاستثمارات عملية بناء للأصول المادية الثابتة وزيادة التكوين الرأسمالي، وبهذا يؤدي الإنفاق الاستثماري إلى زيادة القدرات الإنتاجية للبلاد، ورفع معدل النمو وتحسين الوضع الاقتصادي بصورة عامة، وتساهم عمليات الاستثمار الموجهة بصورة صحيحة إلى إقامة التناسبات الصحيحة فيما بين القطاعات الاقتصادية، وزيادة التشابك والترابط بين هذه القطاعات الاقتصادية، بما يحقق وحدة الاقتصاد الوطني وتكامل فروع الإنتاج ودفع عملية التنمية إلى الأمام بصورة متواصلة.

ولهذا طالما نظر اقتصاد التنمية باستمرار إلى تأثير الاستثمار الأجنبي المباشر على الدول النامية بطريقة إيجابية، وهو منظور ناشئ من التجربة الناجحة للاقتصاديات الرأسمالية والأسواق الحرّة، فالمستثمرين الأجانب يجلبون مواد جديدة نادرة، رأس المال، التكنولوجيا، الإدارة، ومهارة التسويق للبلد المضيف، ووجود المستثمرين يزيد من المنافسة وتحسين الكفاءة ومن فرص العمل ويحسن توزيع الدخل[900]، وضمن هذا الإطار من الصعب أن لا نصل إلى استنتاجات إيجابية عن مساهمة الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية.

إلا أن هذه الاستنتاجات في واقع الأمر تنطبق على الدول المتقدمة أكثر من الدول المتخلفة مما جعل عملية تقييم تأثير الاستثمارات الأجنبية المباشرة على التنمية عملية معقدة، حيث يجب على الدول النامية أن تلتزم الحذر إزاء انتهاج موقف غير مدروس من المكاسب الخاصة بهذا الاستثمار، فوجود حصة كبيرة منه في إجمالي تدفقات رأس المال علاقة على ضعف وليس قوة البلد المضيف[901]، فالتحويلات المرتبطة بهذه الاستثمارات تؤثر سلبا على ميزان مدفوعات الدول النامية كما أنها تتحكم بمقدار الدول وخيارات شعوبها وتوجيهها نحو ما يلائم مشروعات للاستثمار مما يوفر لها فرصة اختيار الاستثمارات الأكبر ربحا والأسرع وقتا.

ومع تزايد الاهتمام العالمي بالاستثمار الأجنبي المباشر اتجهت معظم دول العالم إلى تبني سياسات عميقة من شأنها تحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر . و لقد قامت الدول النامية باستخدام وسائل السياسة المالية و النقدية والقانونية بشكل أكبر في استقطاب رؤوس الأموال و التكنولوجيات الحديثة و الخبرات العالمية، مما أفرز انعكاسات كبيرة على نسبة تدفق الاستثمارات الأجنبية في هذه الدول ، و من أقرب الأمثلة على هذا ما وصلت إليه الدولة المصرية من خلال برنامج الاصلاح الاقتصادي و تبني سياسة التحرير المالي و التجاري مما مكنها من تحقيق معدلات معتبرة من النمو ، و ساهم

---

[899] أنظر : محمّد لبيب شقير ، مفهوم التنمية العربية و متطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر ، منشورات صندوق النقد العربي ، الكويت ،1981 ، ص 19 .

[900] أنظر : ثيودور موران "الشركات المتعددة الجنسيات"، الاقتصاد السياسي للاستثمار الخارجي المباشر، ترجمة جورج خوري، دار الفارس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية ، 1994، ص9.

[901] أنظر : براكش لونجاني وعساف رزين ، ما مدى فائدة الاستثمار الأجنبي المباشر للدول النامية ؟، مجلة التمويل والتنمية، المجلد 38 ، العدد 2، صندوق النقد الدولي ، الولايات المتحدة الأمريكية ، جوان 2001، ص8

مساهمة أساسية في تحسين المناخ الاستثماري في مصر، حيث وصلت إلى 1133 مليون دولار في سنة 1994[902] ، ثم مرت مصر بفترة انكماش اقتصادي خلال سنة 1997 مما خفض القيمة السابقة لتدفق رؤوس الأموال إلى 887 ، مما اضطر الحكومة إلى التدخل مرة أخرى لانعاش مناخ الاستثمار الأجنبي عن طريق الضمانات القانونية و التحفيزات الضريبية و تسهيل الجانب الإجرائي للاستثمار وإزالة العوائق أمام المستثمرين و إحاطتهم بالاستقرار و الثبات التشريعيين ، و هذا ما نتج عنه زيادة في حجم تدفق الاستثمارات ليتجاوز 1235 مليون دولار أمريكي عام 2000[903].

ولقد تبنت الجزائر بعد الاستقلال نموذجا تنمويا طموحا بغية بناء قاعدة صناعية ثقيلة معتمدة على الصناعات المصنعة، وقد اختارت المؤسسة العمومية كأداة لتنفيذ هذا النموذج، ولإتمام هذه السياسة قامت الجزائر باستثمارات ضخمة في كل من صناعة الحديد والصلب والصناعات الطاقوية والمحروقات والبيتروكيمياويات لما لها تأثير على باقي القطاعات لكن المشكل الكبير الذي واجهته في سبيل تحقيق هذا البرنامج التنموي الضخم هو عدم توفر رؤوس الأموال الداخلية بما يكفي لتغطية احتياجات هذه المشاريع، حيث كان المصدر الرئيسي المتوفر لتراكم رأس المال لديها هو قطاع المحروقات الذي يشكل 95% من الإيرادات المحصلة من الصادرات الإجمالية مما جعلها عرضة للصدمات الخارجية كما أثر على عملية التنمية وعلى اختيار شكل التمويلو.

للاستثمار الأجنبي عدة آثار ايجابية على الجانب التنموي الاقتصادي في الدولة المضيفة ، وذلك من خلال نقل التكنولوجيا التي تعتبر من العناصر الأساسية والمهمة التي تسعى الدولة المتعاقدة إلى استقطابها ، فالتكنولوجيا مفهوم اقتصادي مركب يجمع بين الأموال المعنوية التي تتمثل في حق المعرفة وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والنماذج والرسوم، وذلك ما تحتويه من الأموال المادية كالآلات والمعدات والأجهزة وأيدي العمال الماهرة كالفنيين والخبراء متى كان ذلك يؤدي إلى تخفيض نفقات الانتاج أو تحسين الطرق العلمية أو الانتاجية لسلع وخدمات جديدة. و يتم نقل التكنولوجيا بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة[904] ، ومن خلال تدفق الاستثمارات الأجنبية يحدث تنوع غير معهود في نوعية الخبرات الفنية والادارية الوافدة إلى الدولة المتعاقدة ، مما يخلق بدائل عديدة تساعد على تشجيع المنافسة الاقتصادية بين المستثمرين وهو ما ينعكس في غالب الأحيان بشكل ايجابي على الحياة المعيشية للأفراد خاصة من ناحية أسعار المنتجات والخدمات المقدمة من طرف المستثمر الأجنبي[905].

ومما لا شك فيه أن تدفق الاستثمارات في الدول النامية سيسهم في تنمية و تدريب العاملين في المشاريع الاستثمارية مما يؤدي إلى رفع مستويات الانتاج ، كما أن نوعية الرواتب و الأجور في هذه الشركات الاستثمارية تفوق نظيرتها في

---

[902] Show : UNCTAD, handbook of statics and world investment report from 2000 to 2009.

[903] أنظر : لورنا عبد الله الديب ، انعكاسات اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2018 ، ص 246 .

[904] أنظر : عبد الهادي يوسف الإكيابي، مرجع سابق ، ص25 .

[905] أنظر : وسام مجدي عطية ، الآليات القانونية و الاقتصادية لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر بين النظرية و التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2012 ، ص 82 .

الشركات الوطنية ، و هو ما يستقطب اليد العاملة إليها رغم أن هذه الأجور تعد بالنسبة للمستثمرين فرصة اقتصادية نوعية، لأن العمالة في الدول المتقدمة تستوجب دفع أضعاف هذه الأجور[906].

كما يسهم تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى البلدان النامية في المشاركة في المشروعات الاستراتيجية على المدى الطويل ، و تنطوي هذه المشاركة عادة على نقل الخبرات المتنوعة ، مما يحقق في أغلب الأحيان تكوينا لرأس المال في هذه البلدان في نسق الوصول إلى تنمية مستدامة تحد بشكل نسبي من الفوارق الاجتماعية التي تعاني منها مجتمعات هذه الدول[907] .

ومع ذلك يعد تركيز الاستثمار على بعض الجوانب الموجهة للتصدير كالإنتاج الأولي و العمالة المحدودة ونقل التكنولوجيا والروابط الانتاجية يعد من أهم التحديات التي ترفعها الدول المضيفة للاستثمار، كما يتيح المشروع الاستثماري حرية نسبية في انتقال الأموال من بلد لآخر بغرض تحقيق النمو الاقتصادي في أي دولة من دول العالم ، حيث يسعى أصحاب هذه المشاريع إلى الحصول على أفضل العوائد لأموالهم بأقل قدر من المخاطر.

يتخذ انتقال رؤوس الأموال عادة وجهات معينة كالشركات العالمية التي تحترف إدارة الأموال الأمر الذي يعطي هذه الشركات ميزة تنافسية و يجنبها مخاطر الاستثمار نظرا لأن هذه الاستثمارات تتم خارج بلد أو نظام أو أوضاع سياسية معينة[908].

وسبق أن ذكرنا يحقق الاستثمار الأجنبي تدفقات مهمة في رؤوس الأموال الثابتة والمستقرة نظرا لطول مدتها، وعندما تضخ هذه الأموال في اقتصاد الدولة المضيفة يؤدي هذا الأمر إلى زيادة في الطلب الكلي مما يؤدي بشكل منطقي إلى زيادة النمو الاقتصادي، ومن منظور آخر يؤثر هذا الأمر على الكيانات الاقتصادية المحلية حيث تسعى هذه الأخيرة إلى زيادة الانتاج للتمكن من البقاء مع الشركات الأجنبية المستثمرة وهذا ما يحقق تنمية اقتصادية تكاد تكون مستدامة، وينتج عن هذه التفاعلات الاقتصادية انعكاسات إيجابية على اليد العاملة المحلية حيث يخلق هذا المناخ الاقتصادي فرص عمل جديدة وبالتالي تصبح الدولة أكثر انتاجية مما يزيد في قدرتها التنافسية و طاقتها الانتاجية[909].

ويصبح الاستثمار الأجنبي وسيلة لملء الفجوة بين الأموال الضرورية للادخار والقدرة الداخلية على الادخار في الدولة المضيفة، حيث يتبنى المستثمرون الأجانب سياسات تعزز نوعية حياة اليد العاملة ، وبالتالي ارتفاع مستوى المعيشة لأكبر عدد ممكن من أفراد المجتمع داخل الدول المضيفة للاستثمار[910].

---

[906] أنظر : كريمة كريم و جودة عبد الخالق ، أساسيات التنمية الاقتصادية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية المصرية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1997 ، ص 253 .

[907] أنظر : لورنا عبد الله الديب ، المرجع السابق ، ص 16 .

[908] أنظر : منى قاسم ، الشركات المتعددة الجنسية وأهميتها في الاقتصاد العالمي، مقال منشور في النشرة الاقتصادية، بنك مصر، العدد14، السنة 1998، ص57 .

[909] أنظر : جلال أحمد خليل ، النظام القانوني لحماية الاختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1983 ، ص 11 .

[910] أنظر : أنظر : لورنا عبد الله الديب ، المرجع السابق ، ص20 .

ومنطقيا اذا تحقق ارتفاع نسبي في المستوى المعيشي داخل البلد المضيف للاستثمار، تحدث زيادة فعلية في إيرادات النظام الجبائي المطبق على الشركات المستثمرة، رغم وجود أنظمة جبائية مغرية في هذه الدول تتمتع بالتحفيز والاعفاء قصد جذب المزيد من الاستثمارات.

إن هذا الانفتاح الاقتصادي لا يكون عادة على إطلاقه ، بل يخضع لبعض القيود التي تضمن عدم انفلات الحرية الاقتصادي للشركات الأجنبية المستثمرة و تحولها إلى خطر حقيقي قد يمس بالسيادة الوطنية للدول النامية ويكرس تبعية اقتصادية أقرب في مفهومها إلى الاحتلال الاقتصادي، لذلك تلجأ الدول المضيفة للاستثمار إلى تأمين مصالحها من خلال التدخل في توجيه الاستثمارات و فرض الرقابة عليها سواء في مرحلة ما قبل التأسيس تكريسا لمبدأ سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية ، و يستند هذا الأمر إلى أحكام القانون الدولي بحيث تمنح للدولة المضيفة للاستثمارات حرية قبول أو رفض إقامة المشاريع الاستثمارية على إقليمها ، و هذا الحق كرسته معظم الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها الدول المضيفة مع الدول المصدرة للاستثمارات ، على أن يكون قبولها مقترن بإجراءات ملزمة تستوجب اتباعها من قبل المستثمرين الأجانب تحت طائلة عدم إجازة المشروع الاستثماري من قبل السلطات الإدارية المختصة[911].

و يلتزم المستثمر الأجنبي وفقا لهذه الاجراءات بالتصريح بالمشروع الاستثماري لدى السلطات المحلية للدولة المضيفة، كما جاء في نص المادة الرابعة من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري[912]، وفور قبول السلطات الإدارية للدولة المضيفة للمشروع الاستثماري ، يتحصل المستثمر الأجنبي على جميع المزايا والإعفاءات المقررة في القانون السالف الذكر ، ويشترط في طلب المستثمر أن يكون منطويا على وصف شامل للمشروع المراد إقامته بما في ذلك الكفاءة المالية و الفنية ، و تختلف الاجراءات المتبعة في تقديم الطلبات من نظام قانوني لآخر ، بحسب التوجهات السياسية و الاقتصادية للدولة المعنية، و قد يعفى المستثمرون الأجانب من هذا الإجراء في الدول ذات الاقتصاد الليبرالي، وما يجدر توضيحه في الأمر أن هذا الطلب ليس حكرا على التشريعات الداخلية للدولة المضيفة ، بل كثيرا ما تضمنته الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمار مما يجعله من الالتزامات التعاقدية الدولية ، حيث جاء في نص القرة الثانية من المادة الثانية من الاتفاق المبرم بين كوريا الجنوبية و دولة تايلند في سنة 1989على أن : " لا تسري فوائد هذه الاتفاقية إلا في حالة ما إذا كان استثمار رأس المال من قبل المواطنين و الشركات لأحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر تحصلوا على الموافقة الصريحة خطيا من قبل السلطة المختصة للطرف المتعاقد الآخر "[913].

ولقد ورد نفس التأكيد في الاتفاقية المتعددة الأطراف المبرمة بين بلجيكا ولكسمبورغ وماليزيا بتاريخ 1979/11/22، حيث تضمنت المادة الأولى الفقرة الثالثة منها ما يلي : " في ماليزيا لكي يصنف الاستثمار بأنه "

[911] أنظر: آيت علي زينة ، مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية في ظل القانون الدولي للاستثمار ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2020 ، ص108 و ما بعدها .

[912] أنظر: المادة 04 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالف الذكر.

[913] أنظر : المادة 02 من الاتفاقية المبرمة بين كوريا الجنوبية و جمهورية تايلند ، 1989 . مشار إليه لدى آيت علي زينة ، المرجع نفسه ، هامش ص 110 و 111 .

مشروع مقبول" من قبل الوزارة الماليزية المختصة لابد أن يكون وفقا للقوانين و الممارسة الإدارية القائمة في هذا الشأن"[914].

أما على المستوى الجزائري تم النص على هذا الإجراء في الاتفاق المبرم بين الجزائر و الامارات العربية المتحدة بتاريخ 2001/04/24 في المادة الثانية الفقرة الثانية منه : " تقوم كل من الدولتين المتعاقدتين بالنسبة للاستثمارات المقبولة في اقليمها ، بمنح هذه الاستثمارات و الأنشطة المرتبطة و المتعلقة بها الأذونات والموافقات و الإجازات و التراخيص و التصاريح الضرورية بالقدر المسموح به ووفقا للأسس و الشروط المحددة بقوانينها ونظمها"[915].

و نجد النص ذاته في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 2003/10/23 و المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة دولة الكويت ، المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات و الموقعة بالكويت بتاريخ 2001/09/30[916].

و يجسد توافر الاتفاقيات الثنائية للاستثمار على مثل هذه النصوص الاتفاقية الرقابة الادارية و يحمي دعائم مبدأ سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية و هذا ما أكدت عليه سوابق التحكيم التجاري الدولي في العديد من القضايا الدولية و التي نستحضر منها قضية Philippe Gruslin ضد حكومة ماليزيا ، حيث رغب هذا المستثمر في الاستثمار في سوق الأسهم لكوالالمبور من خلال شراء الأسهم المدرجة لكنه لم يقدم الطلب للحصول على موافقة لمشروعه الاستثماري للسلطات المختصة و انما اكتفى بموافقة اللجنة الخاصة برأس المال في البورصة ، و حينما أثير نزاع أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تمسكت الدولة الماليزية بوجوب تقديم هذا الطلب لأنه شرط مدرج في تشريعاتها الداخلية ومنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي و الحكومة الماليزية ، و عليه فإن هذه الاتفاقية لا تشمل إلا الاستثمارات التي تندرج ضمن المشاريع الموافق عليها ، و انتهت لجنة التحكيم إلى أن موافقة اللجنة الخاصة برأس المال في البورصة غير كاف ، إذ كان لزاما على المستثمر الأجنبي احترام الإجراء المنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية[917].

و من ذلك يتبين أن نص الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار صراحة على هذا الإجراء لإجازة المشروع الاستثماري يتيح للدول المضيفة للاستثمار فرصة الحفاظ على صلاحيات الرقابة و ذلك باستعمال عبارات مثل **وفقا**

---

[914] Voir : Article 1/3 (i) de la convention signée par l'union économique belgo-luxembourgeoise et la Malaisie stipule : « in Malaysia are invested in a project classified as " an approved project " by appropriate ministry in Malaysia in accordance with legislation and administrative practice based thereon . Recueil des Traites ,vol 1284 , Nations Unies , New York , 1991 , p123.

[915] أنظر : المرسوم الرئاسي رقم 02-227 مؤرخ في 2002/06/22 المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة ، المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقعة بتاريخ 2001/04/24 ، ج ر ج ج عدد 45 ، الصادرة بتاريخ 2002/06/30 ، ص 11 .

[916] أنظر : المرسوم الرئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 2003/10/23 و المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة دولة الكويت ، المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات و الموقعة بالكويت بتاريخ 2001/09/30 ، ج ر ج ج عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 2003/11/02 ، ص 5 .

[917] Voir : Emannuel Gaillard , la jurisprudence du CRDI , vol II , édition A pédone , paris , 2010 , p 441.

للقانون و اللوائح أو **وفقا لقانون الدولة المضيفة** مما يجعل الدول المضيفة ملزمة فقط بالاستثمارات التي نشأت طبقا لقواعدها الداخلية المتعلقة بقبولها ، و هذا ما يضمن تحقيق مبدأ السيادة على المقدرات الاقتصادية للدولة[918] .

المبحث الثاني

مظاهر تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل الثبات التشريعي

تعد عقود الدولة الاقتصادية من أهم آليات تجسيد المشاريع الضخمة الموجهة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول المضيفة للاستثمار ، و هذا ما يجعل من الثبات التشريعي يلعب دورا محوريا أساسيا في العملية التنموية الاقتصادية من خلال اصباغ خاصية الاستقرار على المنظومة التشريعية و بالتالي استقطاب المشاريع الاستثمارية كخطوة مبدئية و استمرارية هذه المشاريع على المدى الطويل ، و هو الشيء الذي يخلق حركية و حيوية في الاقتصاد الوطني ، كما يمكن للثبات التشريعي التأسيس للتنمية المستدامة من خلال ترشيد النص القانوني و الحد من ظاهرة التضخم التشريعي التي خلقت عدة مشاكل في النظام القانوني للدولة ، حيث أصبحت الواقعة القانونية الواحدة محلا للاختصاص التشريعي للعديد من النصوص القانونية و التنظيمية وهو ما يفقد المستثمرين الأجانب ثقتهم في مثل هذه الأنظمة القانونية .

المطلب الأول

مبدأ الثبات التشريعي كآلية لتحسين مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة

في ظل تنامي حدة التنافسية الدولية على استقطاب المشاريع الاستثمارية الخاصة ، تحتل عملية تهيئة البيئة الاستثمارية المناسبة أهمية قصوى بما في ذلك الاستقرار و الثبات التشريعيين اللذان يسهمان بشكل مباشر في رفع مؤشر الثقة في نوعية النظام الاقتصادي ككل ، و هذا ما يجعل من الثبات التشريعي أداة فعالة لتحسين مناخ الاستثمار من خلال التأسيس الفعلي لقاعدة تشريعية ثابتة و مستقرة تستقطب الاستثمارات الاجنبية ، من خلال جعل النص التشريعي أكثر نجاعة و فعالية ، و من خلال الحد من ظاهرة التضخم التشريعي ، لذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع : تأسيس منظومة تشريعية ثابتة و مستقرة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية (الفرع الاول) ، تحقيق مبدأ فاعلية النص التشريعية (الفرع الثاني) ، الحد من ظاهرة التضخم التشريعي (الفرع الثالث).

[918] أنظر: آيت علي زينة ، المرجع السابق ، ص114 .

الفرع الاول

تأسيس منظومة تشريعية ثابتة و مستقرة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية

يعد رهان تأسيس نظام قانوني ثابت و مستقر بغية استقطاب و جذب المشاريع الاستثمارية للدولة المضيفة من أهم الرهانات المرفوعة حاليا ، و هذا ما أكدته رئيسة الكنفدرالية العامة للمؤسسات الجزائرية **CGEA** أنه يجب اعتماد الضمان السيادي لما يسعى المتعاملون الاقتصاديون الى الاستثمار لأنهم بحاجة الى استقرار في المنظومة التشريعية والقانونية والتنظيمية وعدم تغير القوانين و اذا اردنا حقيقة الخروج من الازمة و الاعتماد على رجال الاعمال و المتعاملين النزهاء يجب ان تكون هناك ضمانات بعدم تغير القوانين بصورة دورية[919].

و يرى بعض الفقهاء الاقتصاديين أن الاستقرار التشريعي يعد ركنا أساسيا لتحسين مناخ الاستثمار خاصة و أن الاستقرار السياسي و التشريعي يعد مرادفا لانخفاض معدل المخاطر التي من الممكن أن تعترض المشاريع الاستثمارية مما يؤثر سلبا على مردودها الربحي[920].

و من ثم فإن الثبات و الاستقرار التشريعيين يعد ضرورة ملحة لبناء نظام قانوني قادر على فض النزاعات القانونية التي يمكن أن تعترض المشروع الاقتصادي أثناء مرحلة التأسيس و التنفيذ ، كما أن جذب و استقطاب الاستثمار لا يكون إلا من خلال استقرار النص التشريعي و شفافيته ووضوحه[921].

ولقد أوضحنا في مواضع سابقة غداة الحديث عن مقتضيات الأمن القانوني أن من أهم عناصره اليقين القانوني و الذي يعني شعور الأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية باليقين تجاه مضمونها و كذا نطاق سريانها من حيث المكان و الزمان ، و بالتالي توقع نتائج أفعاله و تصرفاته من المنظور القانوني ، و ذلك لا يتحقق إلا إذا كان هناك ثبات و استقرار للنظام القانوني حتى بشكل نسبي ، بما يمكن المخاطبين بالقاعدة القانونية من بناء توقعات مشروعة في إطارها على خلاف التغيرات غير المتوقعة و المتكررة التي قد تمس بذلك و تؤدي بالتالي إلى عدم اليقين القانوني عندما يتصف النظام القانوني بالتناقض فيما بين قواعده القانونية[922].

لذلك يشترط في التشريعات بجميع أنواعها و أشكالها نسبة من الثبات و الاستقرار بمنأى عن التعديل المستمر للنصوص القانونية و التنظيمية بما يؤثر على استقرار و ثبات الأوضاع و المراكز القانونية و الحقوق المكتسبة و هو ما يقتضي من هيئة التشريع المختصة عدم اصدار القوانين دون دراسة مستفيضة و تدقيق جيد في مضمونها ، و لعل المضي

---

[919] أنظر : الموقع الرسمي للكنفدرالية العامة للمؤسسات الجزائرية CGEA ، https://www.cgea-dz.org ، 2021/07/21 ، الساعة 07:58 .

[920] أنظر : محمد ابراهيم الشافعي ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص201 .

[921] أنظر : وسام مجدي عطية ، المرجع السابق ، ص97 .

[922] Voir : Racha EL HERFI , Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen , Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la convention européenne des droits de l'homme , Service de documentation , des études et du rapport de la cour de cassation , Bureau du droit européen , 27 octobre 2015 ,p.1.cité chez : وليد لعماري ، مرجع سابق ، ص 93 .

إلى انتاج التشريعات دون دراسة مسبقة ودون تحليل للآثار الممكن حدوثها قد يؤدي إلى تعديلها أو إلغائها و هذا ما يجعل من المنظومة التشريعية اقل ثباتا و استقرارا عما هو مطلوب منها[923].

و استقرار النظام القانوني للدولة المتعاقدة لا يتحقق إلا باستقرار و ثبات أمرين أساسيين هما مصادر القانون و الحقوق الشخصية و المراكز القانونية الفردية.

1-استقرار مصادر القاعدة القانونية : أو ما يصطلح عليه في الفقه القانوني باستقرار القانون الموضوعي من حيث مصادره الأصلية ، وهي مصادر القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على العلاقات التعاقدية الدولية الخاصة ، و يعد التشريع و الاجتهاد القضائي من أهم هذه المصادر على الاطلاق ، وينقسم الاستقرار القانوني للقواعد القانونية الموضوعية إلى قسمين أساسيين أولها استقرار شكلي و الآخر موضوعي ، ففي بعض الحالات قد يتوفر الاستقرار و الثبات الشكلي دون الموضوعي و العكس وارد[924]. و لا نعني في هذا المقام بالاستقرار الشكلي امكانية الوصول إلى القاعدة القانونية من عدمها بل استقرار و ثبات وسائل خلق القاعدة القانونية ، أو بالأحرى الصورة التي تظهر بها مصادر النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، بحيث إذا كانت العلاقة القانونية منظمة بموجب مرسوم رئاسي أو تشريعي أو بموجب قانون عضوي فضرورة الاستقرار و الثبات تقتضي المحافظة على نفس الشكل القانوني المنظم له ، في حين أن فكرة الوصول إلى القانون تستوجب إيجاد اقصر الطرق و أوجز الفترات الزمنية و أقل التكاليف التي تمكن من وصول الخطاب القانوني إلى الأشخاص ، وهكذا يمكن أن تتناقض امكانية الوصول للقاعدة القانونية مع استقرار قالبها الشكلي ، كما قد يتعارض هذا الأخير مع الاستقرار الموضوعي[925].

و يعد التقنين من أهم مقومات الاستقرار الشكلي للنظام القانوني بحيث يتم من خلاله جمع القواعد القانونية المختصة بتنظيم مجال قانوني معين في وثيقة واحدة بسورة مرتبة و مبوبة على نحو يضمن التنسيق و الملائمة [926] ، وهذا ما يجعل تنظيم و تقنين النصوص القانونية في شاكلة تقنينات نوعية كالتقنين المدني و التجاري و تقنين الاستثمار يؤدي إلى عدم الاستقرار الشكلي لهذه القوانين بسبب تعديل مصدرها الأصلي و مظهر عرضها بغض النظر عن التعديل الذي قد يطال مضمونها[927]. و هذا ما يجعل إجراء التقنين في المجال القانوني يعدل أسلوب عرض النصوص القانونية و التنظيمية دون تغيير في صياغتها و مضمونها خاصة إذا تم تطبيق هذه العملية على القانون الذي يتمتع بالثبات والجمود ، ومن هنا يمكن القول بأن التقنين هو الإجراء الذي يهدف إلى ترشيد القانون بغية تسهيل الوصول إليه ، بحيث يتم تسهيل وظيفة القضاة الناظرين في النزاعات و الأشخاص المطبقة عليهم هذه القوانين ، كما تبسط عملية التقنين الاقتباس و الاستفادة

---

[923] أنظر : عبد الحق لخذاري ، الأمن القانوني و دوره في حماية حقوق الانسان ، مقال منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة أحمد دراية بأدرار ، العدد 37 ، جانفي 2016 . ص231 .

[924] أنظر : وليد لعماري ، مرجع سابق ، ص 100 .

[925] أنظر : وليد لعماري ، المرجع نفسه ، هامش ص 101 .

[926] انظر : محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 109 و ما بعدها.

[927] Voir : Thomas Piazzon , O p . cit,29-30.

من النصوص القانونية المقننة خاصة إذا كانت أجنبية ، و مما لا شك فيه أن التقنين يعكس رفعة و جودة الصياغة القانونية و فعاليتها في ظل الجهد الفكري و الفيزيائي المبذول من أجل تجسيده [928] .

و هناك من يرى أن أحق القوانين بالثبات و الاستقرار هي المجموعات القانونية التي يصطلح عليها بالتقنينات و نعني بالأمر التقنين المدني و التجاري و الجزائي و غيرها[929] .....

و من خلال تجميع و تنظيم القواعد القانونية المتفرقة التي تنظم مجالا واحدا في مجموعة قانونية تأخذ شكل التقنين يجعل منها عرضة للاستقرار و الثبات و بمنأى عن التغيير و التعديل ، على الرغم من تغيير طريقة عرضها و الذي يعد في حد ذاته مصدرا من مصادر عدم الاستقرار الشكلي للنظام القانوني.

و يحتل الاجتهاد القضائي أهمية معتبرة بوصفه أحد مصادر القانون خاصة من الناحية العملية إذ كثيرا ما يفسر النصوص القانونية غير الواضحة و يجد حلا للمسائل التي لم تضع النصوص التشريعية حلا لها ، وتطرح فكرة التطور الذي طال الاجتهاد القضائي ضرورة الحديث عن عدم استقرار الاجتهاد القضائي سواء كان مصدرا رسميا أو تفسيريا بحسب النظام القانوني للدولة المتعاقدة، و في معظم الأحيان يتم ترقية الاجتهاد القضائي إلى نصوص تشريعية مما يسبب هجرة القاعدة القانونية من مصدر إلى مصدر آخر من مصادر القانون ، فيتحول الاجتهاد القضائي إلى نص تشريعي واجب التطبيق.

2-استقرار وثبات الحقوق الشخصية و المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية: وهو ما يتعلق بشكل مباشر بمبدأ الثبات التشريعي ، حيث أن استقرار القانون في شقه المذكور سلفا يعنى باستقرار و ثبات القانون المطبق على الاستثمار من حيث مصادره الموضوعية التي يجب أن تتسم بالثبات النسبي و عدم التغير المستمر كما يجب أن تتسم ايضا بالدقة و الوضوح بحيث يمكن للشخص المخاطب بها توقعها و توقع الآثار الناتجة عنها ، فيما أن استقرار القانون في هذا الجانب يقصد به استقرار و ثبات الحقوق الشخصية و المراكز القانونية لأطراف العقد بما في ذلك الحقوق المكتسبة للأشخاص وإرساء معالم المراكز القانونية المتفق عليها ، و هذا الاشكال المتعلق بعدم الاستقرار القانوني للحقوق الشخصية و المراكز القانونية للأشخاص يظهر بشكل جلي في عقود الدولة المبرمة مع الأجانب الخواص بحيث يمكن أن تلجأ الدولة في العديد من المرات إلى تعديل العقد بالإرادة المنفردة دون موافقة الطرف الأجنبي ، كما يمكن لها إلغاء قوانين نشأت في ظلها حقوق شخصية للأفراد في إطار ممارستها لسيادتها التشريعية مما قد يؤثر سلبا على حقوق ومكتسبات الطرف الأجنبي المتعاقد معها[930].

ويتحقق ثبات واستقرار المنظومة التشريعية للدولة المضيفة للاستثمار من خلال مبدأ الثبات التشريعي حماية نوعية ضد تغيرات وتعديلات القانون والغير متوقعة في العقد ، وبالتالي حماية الحقوق والمراكز القانونية لأطراف العقد الذي يمكن أن يتأثر سلبا بهذه التعديلات على اعتبار ابرام العقد و تنفيذه في ظل هذه التشريعات[931] ومما لاشك فيه أن الاستقرار القانوني المتعلق بمصادر القانون الموضوعي يضمن استقرار المصادر فيما أن الاستقرار المتعلق بالحقوق والمراكز

---

[928] أنظر : محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 110 و ما بعدها.

[929] أنظر : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص102 .

[930] Voir : Anne juliette Bonzon , la protection des investissement suisse à l'étranger dans le cadre des accords de promotion des investissements , Thèse de doctorat , Faculté de droit et des sciences criminelles , université de lausanne –suisse ,2012 , p.150 .

[931] أنظر : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص 109 .

القانونية للأفراد يوفر حماية قانونية لهذه الحقوق والمراكز القانونية مما يحقق الاستقرار والأمن القانوني للاستثمار بكل عناصره الشخصية منها و الموضوعية.

ومما تجدر الاشارة إليه في هذا الموضوع أن هناك اختلافا جوهريا بين الاستقرار الموضوعي للقانون والذي قد ينتج عنه الاحساس بعدم الأمان القانوني نتيجة التعديل والتغيير في القوانين رغم عدم انتقاصه لحقوق الأشخاص في أغلب الأحيان ، بل عكس ذلك فقد يتضمن القانون الجديد حقوقا ومزايا أفضل من سابقه ، في حين أن عدم استقرار الحقوق الشخصية و المراكز القانونية لأطراف العقد هو خطر حقيقي وتهديد مباشر للأمن القانوني وليس مجرد احساس لم تتحقق نتيجته في الواقع[932] ، وهذا ما يجعل من الاستقرار القانوني من المنظور السابق الذكر يرتبط أشد الارتباط بفكرة الحقوق المكتسبة والتي تفيد بعدم انتهاك الحقوق المستمدة بالطرق المشروعة والمبنية في بعض الأحيان على التشريعات والنصوص التنظيمية النافذة في زمان معين من طرف السلطات الإدارية للدولة ، وهذا تجسيدا لمبدأ حماية الحقوق والحريات الدستورية[933] ، والحق المكتسب بمفهوم آخر هو ذلك الحق الذي يستفيد منه شخص ما في إطار نظام قانوني معين والذي لا يمكن المساس به بموجب قانون جديد [934]، كما يمكن تعريفه أنه ذلك الحق الذي نشأ عن تصرف قانوني منشئ لمركز قانوني معين، ومن هنا يرتبط مفهوم الحقوق المكتسبة ارتباطا جذريا بضرورة توفر الاستقرار القانوني للمراكز القانونية و بالتالي استقرار التصرفات والمعاملات[935].

ورغم كل ما سبق يرى جانب من الفقه القانوني الاقتصادي أن للدولة الحرية المطلقة في تعديل و مراجعة أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل ، باستثناء ما يشكل مساسا بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب التشريعات القديمة تحت طائلة تعويضهم عن الضرر اللاحق بهم[936].

وفي قانون ترقية الاستثمار الجزائري ، كان المشرع الجزائري واضحا في تحديد استقرار و ثبات المراكز القانونية لأطراف العقد الاستثماري من خلال نص المادة 29 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري[937] والتي جاء نصها كالآتي : "**يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا و الحقوق التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون ، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمارات ، وتبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية و تطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة خاضعة لهذه القوانين إلى غاية انقضاء مدة هذه المزايا**"[938].

---

[932] Voir : Thomas Piazzon , op, cit,pp 37-38.

[933] أنظر : عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني و مبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية ، مقال منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد 18 ، العراق ، 2010 ، ص 203 .

[934] أنظر : عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق ، ص 211 .

[935] أنظر : حمدي ابو النور السيد عويس ، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2011 ، ص 11 .

[936] أنظر : عدلي محمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 150 .

[937] أنظر : والي نادية ، مرجع سابق ، ص 229-230 . وأنظر أيضا : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص 113 .

[938] أنظر : المادة 29 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار السالف الذكر.

وعمليا يمكن القول أن عدم المساس بالحقوق المكتسبة لا يتجسد إلا من خلال امتناع الادارة عن إصدار القرارات والنصوص التنظيمية المختلفة التي من شأنها دعم تطبيق النصوص القانونية الجديدة على الاستثمارات التي اكتسبت هذه الحقوق بشكل صحيح طبقا لنصوص سابقة ، وكمثال عن ذلك المزايا التي يستفيد منها المستثمرون سواء كانت هذه القرارات فردية تخص مستثمرا بعينه أو قرارات جماعية تخص فئة معينة من المستثمرين[939] .

و في حالة استثنائية إيجابية يمكن أن تعديل القانون شكلا و موضوعا دون المساس بالحقوق المكتسبة للأشخاص و مراكزهم القانونية ، و ذلك بإضافة حقوق جديدة و إضفاء تقوية نوعية للمراكز القانونية المنشأة سابقا ، بحيث تصبح الحقوق المكتسبة و المراكز القانونية الأساسية لأطراف العقد ، عتبة لا يمكن النزول عنها بأي شكل من الأشكال مع الاحتفاظ بحق الاستفادة من الحقوق و المزايا الجديدة المتوفرة في القانون الجديد بطلب صريح من المتعاقد الأجنبي ، و هو ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري :" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون ، **إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".**[940]

وبالرغم من الرأي القائل بأن القوة الملزمة للعقد من جانب الحقوق الشخصية الناتجة عنه يمكن أن تتخطى القوة الملزمة للقانون و هم أنصار النظرية الحديثة ، إلا أن ضرورة استقرار الحقوق الشخصية ليس شرطا حديثا منبثقا عن هذه النظرية ، وما يعلل ذلك هو وجود مبادئ قانونية راسية لها ارتباط وثيق بالاستقرار القانوني على غرار نظام التقادم و كذلك مبدأ عدم رجعية القانون و اللذان يمثلان المرجعية القانونية الأساسية لاستقرار الحقوق المكتسبة و المراكز القانونية للأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية ، وبمفهوم آخر فإن استقرار الحقوق الشخصية للأطراف يربط بين فكرتي الزمن و القانون ، و هو ما يضمن تعايش فكرة التطور مع مفهوم استقرار القانون[941] .

وإذا كان الاستقرار القانوني للنظام التشريعي للدولة المضيفة للاستثمار من أولويات المستثمرين الأجانب لما يعكسه من آثار مباشرة على المشاريع الاستثمارية المقامة ، فإنه ينعكس أيضا على الدولة المتعاقدة لما يلعبه من دور في استقطاب و جلب رؤوس الأموال و تشجيع المستثمرين على توطين استثماراتهم بهذه الدولة و بالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية الوطنية ، و ذلك بغض النظر عن الآثار السلبية الممكن حدوثها في حالة تفعيل شروط الثبات التشريعي و ما قد ينجر عنه من مساس بالسيادة الوطنية للدولة و تقويض لسلطاتها التشريعية.

و انطلاقا مما سبق ذكره ، فإن تأسيس منظومة تشريعية ثابتة و مستقرة لاستقطاب الاستثمار لا يتحقق إلا من خلال إضفاء خاصية الاستقرار القانوني و الذي يعد عنصرا هاما في الأنظمة القانونية الحديثة لعلاقته الوطيدة بمفهوم الأمن القانوني كدعامة أساسية لدولة القانون ، و الذي يقتضي من خلاله حماية الأفراد من جميع الأعمال و التصرفات التي قد تمس بتوقعاتهم المشروعة و تمس بمصالحهم خصوصا تلك الناتجة عن أعمال السلطة التشريعية للدولة ، و يعد

---

[939] أنظر : حمدي أبو النور السيد عويس ، المرجع نفسه ، ص 26 و ما بعدها. وأنظر أيضا : وليد لعماري ، المرجع نفسه ، هامش ص 113 .

[940] أنظر : المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري ، السالف الذكر.

[941] أنظر : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص114 .

الاستقرار القانوني للنظام القانوني الحاكم للاستثمار الأجنبي الذي تحكمه التشريعات الوطنية والدولية من أهم العناصر التي تبنى عليها ثقة المستثمر و أمانه القانوني و بالتالي اتخاذ قرار الاستثمار و المضي فيه.

و يكتسي النظام القانوني للاستثمار الأجنبي عموما طابع الوضوح و الدقة و الثبات النسبي مما يدعم توقعات و آمال المستثمرين الأجانب في تحقيق غاياتهم من المشاريع الاستثمارية، مع الحفاظ على خاصية مسايرة التطور و التكنولوجيا عن طريق إضفاء الحماية القانونية للحقوق الشخصية و الاستقرار القانوني للمراكز القانونية و هو ما يخلق بيئة قانونية استثمارية خصبة مشجعة للاستثمار الأجنبي و مطمئنة للمستثمرين الأجانب[942].

و استقرار النظام القانوني للدولة المضيفة لا يتحقق فقط بالآليات القانونية لخلق الاستقرار التشريعي بل قد يتعداه إلى ضمانات عقدية أو تشريعية تستهدف حماية المتعاقد الأجنبي من تعسف الدولة المضيفة في استعمال سلطاتها السيادية ، خصوصا إذا كان الضمان الممنوح هو بند في العقد يكون الطائل من ورائه تثبيت و تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد الاستثماري ، حيث يمكن أن تعرض الدولة المضيفة للمساءلة القانونية عند الاخلال بمثل هذه الشروط طبقا لأحكام و قواعد القانون الدولي[943].

و تكمن العلاقة الحقيقية بين استقرار المنظومة التشريعية للدولة المضيفة و الاستثمار الأجنبي أن الاستقرار القانوني بمفهوم بسيط هو ذلك الثبات الذي يكتنف النصوص التشريعية في بلد معين مما يحقق اليقين و الأمان القانونيين لأصحاب المراكز القانونية الناشئة في ظل قانون معين ، و بما أن الاستثمار لا يكون إلا في إطار عقدي فلابد له من نظام قانوني محدد يحكمه ، و من هنا ينعكس استقرار المنظومة التشريعية على الاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحقيق التطور الاقتصادي و بالتالي تطوير و ترقية الاستثمار في الدولة المضيفة .

و هذا ما أكدته الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية من خلال ديباجتها حيث نصت على ما يلي : "..... اقتناعا منها بأن توفير مناخ ملائم للاستثمار لتحريك الموارد الاقتصادية العربية في ميدان الاستثمار العربي المشترك يتطلب وضع قواعد الاستثمار القانونية في إطار نظام قانوني **واضح و موحد و مستقر** يعمل على تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية و توظيفها داخل الدول العربية بما يخدم التنمية و التحرر و التطور فيها و بما يرفع مستوى معيشة مواطنيها ...". ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الثبات التشريعي هو من أهم الحوافز و الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب لما يوفره من حماية ضد التقلبات و التغيرات التي من الممكن أن يتصف بها النظام القانوني الحاكم للاستثمار و ما قد ينتج عن ذلك من تبعات المساس بالعلاقة التعاقدية و ما تنطوي عليه من حقوق مكتسبة ومراكز قانونية لأطراف العقد .

و على هذا الأساس قد يشعر المستثمر الأجنبي بالأمان القانوني مما يجعله يتخذ قرار الاستثمار في الدولة المضيفة بشرط اقتناعه أن التشريعات الوطنية مستقرة و ثابتة نسبيا بحيث لا تكون عرضة للتعديل و التغيير المتكرر، أو بشرط

[942] أنظر : وليد لعماري ، المرجع نفسه ، ص174 .

[943] أنظر : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص 178 .

حصوله على ما يضمن له أن القوانين السارية وقت ابرام و تنفيذ العقد هي التي ستحكم مشروعه الاستثماري طوال مدة العقد و أن توقعاته لم يتم زعزعتها .[944]

و يحقق وجود منظومة تشريعية ثابتة ومستقرة ترسيخا لتوقعات المستثمر و دراسته لمستقبل المشروع الاستثماري بالإضافة إلى تعزيز ثقته في استقرار و ثبات الأوضاع و المؤشرات العامة للبيئة الاستثمارية ، حيث يرى البعض أن استقرار الظروف التي نشأ في ظلها المشروع الاستثماري يسهم بشكل كبير في تجسيد توقعات[945] المستثمر وبالتالي تحقيق الأهداف المتوخاة من الاستثمار حسبما تم تخطيطه و دراسة جدواه قبل المشروع[946]، وحين القول أن التوقع الأساسي للمستثمر هو تحقيق الربح فليس معنى هذا أن عدم تحقيق الربح قد هدم توقعاته المشروعة التي ينبغي حمايتها ولكن فقط في حالة ما كان سبب ذلك هو تعديل النظام القانوني للعقد أو تغيير بنوده بالإرادة المنفردة للدولة، حينئذ يطرح إشكال المساس بالتوقعات المشروعة و في مقدمتها تحقيق الأرباح الذي تم بناؤه على دعامة نظام قانوني وعقدي محدد وتم تغييره دون أن يكون للمستثمر دخل في ذلك[947].

وتعد شروط الثبات التشريعي من أهم مظاهر الأمان القانوني الذي يبحث عنه ويحرص عليه المستثمر الأجنبي، وذلك لضمان عدم تعديل وتغيير البيئة القانونية التي تم إبرام العقد في جنباتها مع الدولة المتعاقدة وذلك بشرط الاتفاق المسبق على تعيين قانون الدولة كقانون واجب للتطبيق على العلاقة التعاقدية التي عادة ما تكون طويلة المدة مما يفتح مجالا لتزايد احتمال صدور نصوص قانونية أو تنظيمية من شأنها أن تضعف المركز القانوني للمستثمر الأجنبي من خلال الحد من امتيازاته وحقوقه المكتسبة، أو من خلال ارهاق كاهله بالتزامات تعاقدية أو قانونية جديدة[948]، وهذا ما يراه فقهاء القانون المؤيدون لهذا النوع من الشروط حيث ينتج عن تفعيل شروط الثبات التشريعي بنوعيها التشريعية و العقدية استقرار نوعي للرابطة التعاقدية بين المتعاقد الأجنبية و الدولة المتعاقدة، مما يعطي قرار الاستثمار مزيدا من المصداقية والنجاعة لتحقق الأمان القانوني[949]، فشروط الثبات التشريعي تخلق علاقة تناسبية طردية بين العقد وضمانات استمراريته حيث لا تسري في مواجهته التعديلات الجديدة مالم يرغب أطرافه في ذلك، حيث يبقى المتعاقد الأجنبي على علم مسبق بالقواعد القانونية التي تحكم وتنظم العقد المبرم بينه و بين الدولة ، مما يحقق الأمان القانوني له و لمشروعه الاستثماري[950].

---

[944] أنظر : محمود فياض ، مرجع سابق ، ص 602 و ما بعدها .

[945] و يقصد بالتوقعات هنا التوقعات القانونية و ليست الاقتصادية ، فعندما يقوم المستثمر بشراء عقار معين لإقامة مشروعه الاستثماري ، يكون التوقع القانوني أن يتم اكمال اجراءات نقل الملكية إلى يتحول المستثمر إلى مالك للعقار ، و لا يؤخذ بعين الاعتبار التغيرات الاقتصادية التي قد تخفض من قيمة العقار مما قد يعيق التوقعات الشخصية للمستثمر إذا كان يرغب في تأجير أو إعادة بيع العقار مستقبلا . أنظر : فيلالي علي . احترام التوقعات القانونية ، مرجع سابق ، ص 16 . و أنظر أيضا : وليد لعماري ، المرجع السابق ، ص 183 .

[946] أنظر : يوسفي آمال ، مرجع سابق ، ص23 .

[947] أنظر : وليد لعماري ، المرجع سابق ، ص 184 .

[948] أنظر : صراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون التعاون الدولي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2012 ، ص 52 .

[949] أنظر : قصوري رفيقة ، مرجع سابق ، ص 572 .

[950] أنظر : شنتوفي عبد الحميد ، مرجع سابق ، ص 91 . و أنظر أيضا : وليد لعماري المرجع نفسه ، ص 187 .

الفرع الثاني

تحقيق مبدأ فاعلية النص التشريعي

القاعدة القانون خطاب موجه للأشخاص لتنظيم سلوكهم داخل المجتمع ، فهي تؤثر على الوضع العام سلبا وإيجابا حسب حجم التفاعل الموجود بين القانون و الظاهرة المجتمعية ، و على هذا النسق يقاس مدى ملاءمة القانون للأفراد في المجتمع الواحد على أساس استجابة القواعد القانونية لمتطلبات وو طموحات الاشخاص المخاطبين بها ، و من هنا تتجلى فكرة فاعلية النص التشريعي و التي قد تجرنا للحديث عن الفعالية و الواقعية و النجاعة الناتجة عن تطبيق القاعدة القانونية ، فالفاعلية تدل على الأثر الإيجابي كما يمكن الاستدلال عليها بالمردود النوعي بمفهوم اقتصادي ، أما الواقعية فهي تعني ذلك التناسق ما بين الأفكار النظرية المنبثقة عن القاعدة القانونية و الأفكار العملية الميدانية كأرضية لتطبيق النص التشريعي ، و من المنظور الفقهي ينظر إلى فكرة فاعلية النص التشريعي من واجهة طريقة استقباله من قبل الأشخاص المخاطبين به ، و الشخص هنا بمعناه الطبيعي و المعنوي ، و بالتالي الإدارة بوصفها شخصا من أشخاص القانون أو كسلطة عامة و ممتازة من جهة ، و أفراد المجتمع من جهة أخرى[951].

فكلما كان النص التشريعي مقبولا من قبل الأفراد المخاطبين به كلما كان فاعلا و عمليا ، و العكس صحيح فكلما كان النص التشريعي الذي تم إصداره غير متسق مع الواقع الاجتماعي و المصالح الخاصة و العامة يفقد بالنتيجة فعاليته و يتعرض لمقاومة كيانات المجتمع سواء كانت في شكل الإدارة أو الأشخاص الطبيعيين ، فالإدارة هي التي تبادر بالقوانين في معظم الحالات و هي التي تشرف على صياغتها و اعدادها و تطبيقها في الميدان ، و تلعب السلطة التنفيذية دورا مهما و على رأسها مؤسسة رئيس الجمهورية ، إذ لا تصدر أيه قوانين أو تشريعات دون موافقتها ، فالإدارة كواجهة للجهاز التنفيذي تقوم باقتراح و اغة هذه القوانين و التشريعات وفقا للبرنامج الحكومي الرئاسي بمختلف جوانبه الاجتماعية و الثقافية و السياسية و الاقتصادية.

و من منظور آخر تعد القاعدة القانونية اداة ووسيلة فعالة للضبط الإداري الذي يعد أحد أهم مظاهر النشاط الإداري في الدولة ، و لقد أدى تحويل موضع الدولة من دولة متدخلة إلى حارسة في معظم الدول النامية إلى خوصصة الكثير من القطاعات الاقتصادية ، مما أدى إلى ازدياد وتيرة الضبط الإداري من خلال قواعد قانونية ضابطة صادرة عن كيانات معقدة كمجلس النقد و القرض و المؤسسات و الكيانات الخاصة بضبط نشاط الاستثمار ، ويعد النظام القانوني للاستثمار من أكثر الأنظمة القانونية الغير فعلية في النظام القانوني الجزائري ، حيث فقد تشريع الاستثمار فعليته لعقود كونه كان يهدف إلى تنميق و زخرفة الوضع القانوني دون الوصول إلى الهدف الرئيسي للتشريع ، و أصبحت لدى الجزائر ترسانة من القوانين الميتة و العديمة الجدوى مما زاد في وتيرة النشاط التشريعي و الرفع من ذروة التعديل و المراجعة كلما دعت الضرورة لذلك .

و عملا بمبدأ الشرعية القانونية ، تلتزم السلطة التنفيذية باحترام القانون و عدم مخالفته سواء كان ذلك من زاوية مبدأ التدرج القانوني أو من حيث محتواها خاصة ما يتعلق بحقوق و حريات الأفراد و ذلك تحت طائلة التصدي لقرارات

---

[951] انظر : كايس الشريف ، عدم فعلية لقاعدة القانونية و أثرها على الأمن القانوني ، مطبوعة صادرة عن مخبر البحث – القانون و التكنولوجيات الجديدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، دون تاريخ ، ص 1 .

الإدارة عن طريق القضاء الإداري و رقابة السلطة الرئاسية ، وهو ما ينشئ مسؤوليتها الإدارية ، كما يجوز لكل من أصابع ضرر من تصرفات الإدارة اللجوء للقضاء و طلب التعويض ، لكن رغم ذلك كثيرا ما تتجاوز الإدارة القوانين التي تقوم بصياغتها و نشرها و تنفيذها مستغلة في ذلك سلطاتها العامة وامتيازاتها على الأفراد ، و ذلك لسبب أن الجهاز الإداري هو الذي يضع حجر الأساس للنص القانوني و هو الذي يسعى لتنفيذه ، مما يجعله على دراية تامة بالنقائص و الثغرات التي تكتنف هذه النصوص و بالتالي التوسيع من هامش السلطة التقديرية للإدارة مما يجعلها توظف تنفيذ هذه القواعد القانونية لمصالحها الظرفية ، كما تستغل الإدارة عدم تجانس البنية القانونية للنظام القانوني السائد لإصدار النصوص الملائمة لها ولاحتياجاتها.

وهذا ما يطرح مشكلا جوهريا يقف عائقا أما جودة النظام القانوني للدولة المتعاقدة و هو نوعية التشريع، حيث أن النص القانوني المصاغ بطريقة احترافية يسهم في ترشيد الإدارة من خلال ترسيخ القواعد القانونية كوسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة ، كما يكرس مبدأ الشرعية و مبدأ سيادة القانون ، مما يجعل الإدارة غداة إصدارها للقرارات مستندة إلى قواعد قانونية محددة وواضحة المعالم ، و لا يكتسب النص القانوني هذه الصفات إلا إذا صدر بشكل منهجي واضح يفي بالغرض الذي من أجله صدر النص القانوني والذي عادة ما يكون تحقيق المصلحة العامة للدولة .

و من منظور مخالف تسبب الصياغة التشريعية المعيبة عرقلة للجهود الوطنية الساعية لتحقيق التنمية الشاملة للدولة ، فالعلاقة بين القانون و التنمية علاقة تناغم قد تنقطع أواصرها بمجرد إصدار قواعد قانونية ذات نوعية رديئة قد تنتفي من خلالها فكرة كون القانون هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد والمؤسسات في المجتمع ، و هذا ما يوضح أهمية الصياغة التشريعية و مدى انعكاسها على فعلية النص القانوني ، فالصياغة التشريعية هي الأداة الرئيسية للوصول إلى الأهداف المسطرة من قبل المشرع عبر اصداره للنص القانوني و هذا ما يستوجب تحري الوضوح و الدقة و عدم مخالفة مبدأ سمو القاعدة الدستورية و مبدأ تدرج الأهمية القانونية للنص التشريعي ، كما يجب أن يكون النص التشريعي مفهوما لدى المخاطبين به و سهل التفسير و التنفيذ .

كما يشكل استقرار المراكز القانونية والحقوق الشخصية للأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية أحد أهم مظاهر فعلية النص القانوني ، و هو ما يحققه شرط الثبات التشريعي من خلال مسايرة احتياجات الدولة المتعاقدة من خلال تمكينها من تعديل تشريعاتها بما في ذلك المرتبطة بالعقد المبرم بينها و بين المتعاقد الأجنبي من جهة والمحافظة على المراكز القانونية لأطراف العقد و حقوقهم المكتسبة من خلاله عن طريق ضمان استمرارية حصولهم على الامتيازات و المزايا و الضمانات التي تقررت في وقت ابرام العقد ، وهو ما يشكل مرونة غير معهودة في النصوص العادية بحيث تتمكن الدولة من ممارسة سلطاتها التشريعية و التنظيمية بالتوازي مع حماية المتعاقد الأجنبي من المساس بحقوقه المكتسبة والامتيازات و المزايا والضمانات الممنوحة له بشكل يعزل العقد و أطرافه ومشتملاته من نطاق تطبيق النص التشريعي المستحدث ، وكأن هناك نية تشريعية لترشيد نطاق تنفيذ النص القانوني بما يخدم الدولة لتحقق خططها التنموية من جهة و يحمي شركاءها الاقتصاديين من المساس بحقوقهم وملكياتها من جهة أخرى .

ومما لا شك فيه أن صياغة النص القانوني الدال على شرط الثبات التشريعي مهمة بشكل كبير ، ومما لفت نظرنا أن المشرع الجزائري منذ الاستقلال حاول تكريس مبدأ الثبات التشريعي بصياغات مختلفة ، حيث في الأمر 66-284

المتضمن قانون الاستثمارات جاء نص المادة 29 منه كما يلي : " إن التعديلات التي قد تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منافع أدنى "[952] .

و الملاحظ أن هذا النص قد جاء مختلفا و متميزا ، فورود مصطلح المنافع و الذي يحمل في طياته مفهوما فضفاضا قد يشمل المزايا و الحقوق و الامتيازات و كذلك الضمانات و كل ما من شأنه أن يخدم مصلحة المؤسسة المرخصة بالاستثمار و هو ما يعكس حرفية المشرع الجزائري حداثة خبرته في مجال التشريع ، كما أن النص السالف الذكر قد أقر صراحة أن المنافع الممنوحة للمؤسسات المرخصة بالاستثمار في القانون الساري المفعول هي عتبة لا يمكن النزول عنها مهما كانت التعديلات اللاحقة للقانون ، و هو ما يفيد بتبني المشرع الجزائري لشرط التدعيم التشريعي المشار إليه سابقا لكن بصياغة مختلفة .

و بعد صدور القانون 82-11 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني و الذي ألغى صراحة أحكام الأمر 66-284 المتعلق بالاستثمارات في المادة 41 منه ، تم تقرير شرط الثبات التشريعي من جديد في نص المادة 40 من القانون و التي جاء فيها : " تظل النشاطات الناتجة عن الاستثمارات المنجزة قبل صدور هذا القانون خاضعة للتشريع المعمول به . غير أنه يتعين على المبادرين بالنشاطات التي تحدث في إطار هذه الاستثمارات أن يمتثلوا لكل إجراء تبادر به الإدارة قصد ضمان متابعة احصائية لهذه النشاطات "[953] ، و هو ما يفيد تراجع المشرع الجزائري عن تبني شرط التدعيم التشريعي الذي يمكن المستثمر من الاستفادة من المزايا والامتيازات المستحدثة و التي يمكن أن تحسن من مركزه الاقتصادي في النشاط الاستثماري بالإضافة إلى إخضاعه لسلطة الادارة في المتابعة الاحصائية إذا ما قرر ممارسة أنشطة جديدة استحدثت من خلال هذا القانون بالإضافة إلى أنشطته القديمة و التي نشأ الاستثمار لممارستها، وذلك لسياسة الدولة المطبقة آنذاك والقائمة على تقييد وضبط الاستثمار و التجارة الخارجية ، و احتكار الدولة لهذه النشاطات و تدخلها في كل ما يتعلق بها .

كما تجدر الاشارة إلى أحكام القانون 82-13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها ، و بالضبط نص المادة 54 منه : " تظل الشركات المختلطة الاقتصاد التي سبق انشاؤها خاضعة للتشريع والتنظيم الجاري بهما العمل ، غير أنها يتعين عليها مطابقة قوانينها الأساسية في ظرف سنة واحدة اعتبارا من تاريخ صدور هذا القانون مع الأحكام المنصوص عليها في المواد 22 و 25 و 26 و 27 و 28 و 30 و 31 أعلاه. و تستمر في الاستفادة من الامتيازات المالية و الجبائية الممنوحة لها قبل صدور هذا القانون ، اللهم إذا منحت معاملة أفضل تطبق عليها بموجب قوانين المالية طبقا للمادة 19 أعلاه " ، و كذلك نص المادة 55 من نفس القانون و التي جاء في مضمونها : " لا يسري هذا القانون على الشركات القائمة و الخاضعة للقانون الجزائري والتي يشرف على مراقبتها أشخاص طبيعيون أجانب أو أشخاص معنويون يوجد مقرهم بالخارج و تظل خاضعة للأحكام التشريعية السابقة " [954] ، و الملاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 54 قد منح مدة للسماح للشركات المنشأة في ظل القانون السابق من التكيف مع أحكام القانون

[952] أنظر : المادة 29 من الأمر 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات ، السالف الذكر.

[953] أنظر : المادة 40 من القانون 82-11 المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ، السالف الذكر.

[954] أنظر : المواد 54 و 55 من القانون 82-13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها ، السالف الذكر.

الجديد كسنة واحدة على الأكثر ، غير أنه لم يقرر جزاء لمخالفة هذه القاعدة القانونية ، كما أنه أقر شرط الثبات التشريعي فقط للشركات الأجنبية الخاضعة للقانون الجزائري و الكائن مقرها خارج الجزائر ، وهو ما يضعف فعلية النص التشريعي في نظرنا حيث من المعمول به فقها أن القاعدة القانونية عامة و مجردة فهي تطبق على عموم الأشخاص دون النظر إلى أسمائهم أو جنسياتهم إلا إذا تعلق الأمر بالحالة الشخصية و العائلية للأفراد ، لذلك يطرح تساؤل منطقي عن سبب التمييز بين الشركات الأجنبية الكائن مقرها بالجزائر و غيرها من الشركات التي يسهر على تسييرها و مراقبتها أشخاص طبيعيون أجانب متواجدون بالخارج أو أشخاص معنويون يكون مقرهم خارج الجزائر؟

و الراجح أن سبب هذا التمييز أن الشركات الأجنبية التي يكون مسيروها أجانب أو مقرها في الخارج عادة ما تكون خاضعة لاتفاقيات دولية تنطوي على شروط للثبات التشريعي الاتفاقية .

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري قد غير صياغته لشرط الثبات التشريعي بشكل واضح بصدور المرسوم التشريعي 93-12 و في مادته 39 : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "[955] ، و هنا أقر المشرع الجزائري عدم خضوع الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع لأي تعديل أو إلغاء ، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ، والجدير بالذكر أن الحالة الوحيدة التي فيها المستثمر تطبيق أحكام القانون الجديد ، أن يكون هذا الأخير أكثر نفعا لمصلحة المستثمر سواء من خلال انقاصه للأعباء الضريبية أو من خلال حجم المزايا والامتيازات الممنوحة ، وحين يتأكد المستثمر من أن التشريع الجديد هو الأفضل بالنسبة له ، يجب أن يتقدم بطلب رسمي للاستفادة من أحكامه ، و لا مجال لاستنتاج رغبته الضمنية في ذلك ما لم يكن هناك طلب صريح من طرفه.

و استمر المشرع الجزائري في نفس الصياغة سواء كان في المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار أو في القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 22 منه[956] ، والملاحظ أن نصوص هذه المواد جاءت كحكم عام للثبات التشريعي و لذلك كانت المصطلحات المستعملة في صياغتها فضفاضة ، وهو ما تداركه المشرع الجزائري من خلال المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و التي جاء في مضمونها: " 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 " [957]، والملاحظ من نص المادة أنه

تناول الشق العيني من الثبات التشريعي[958] ، أو ما يصطلح عليه فقها شرط الثبات العيني ، و الذي يكون الهدف من خلاله حماية الممتلكات المتمثلة في الأعيان المملوكة للمستثمر الأجنبي سواء كانت منقولات عينية و معنوية أو عقارات ،

---

[955] أنظر : المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات ، السالف الذكر.

[956] أنظر : المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، السالفي الذكر.

[957] أنظر : المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، السالف الذكر.

[958] من خلال دراستنا لموضوع الثبات التشريعي وصلنا إلى القول أنه مصطلح مركب يتكون من عدة مفاهيم ، أولها شرط الثبات العيني الذي يتمثل في حماية الممتلكات العينية للمستثمر الأجنبي سواء كانت عقارات أو منقولات أو علامات تجارية أو غير ذلك من المنقولات المعنوية ، أما الشق الثاني من الثبات التشريعي هو ثبات الحقوق الشخصية للمستثمر الأجنبي و ما يترتب عنه من مراكز قانونية نشأت أثناء إبرام و تنفيذ العقد والذي يمكن الاصطلاح عليه بشرط الثبات الشخصي، أما الشق الثالث هو ثبات القواعد القانونية الإجرائية و الشكلية ، وهو الشق المهمل من شروط الثبات التشريعي بسبب تقرير حق اللجوء إلى

و كما سبق الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب في استعماله لمصطلح المصادرة لأنه مصطلح يستعمل عادة في القانون الإداري الجنائي ، و ما كان يقصده المشرع هو التأميم والاستيلاء المؤقت ، و هو ما يحقق نسبة معتبرة من الفاعلية في هذه النصوص ، عكس نص المادة 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، و كذلك نص المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار واللذان أقر المشرع الجزائري من خلالهما حق المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لفض المنازعات الناشئة والممكن نشوؤها بينه و بين الدولة المضيفة للاستثمار و هو ما يتناقض عمليا مع فكرة الثبات التشريعي التي تقتضي تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد كما كان وقت الابرام سواء كان في صورة القواعد الموضوعية أو القواعد الشكلية الإجرائية ، وهو ما يطرح إشكالا عميقا ، فلماذا يلجأ المستثمر الأجنبي إلى تضمين عقوده مع الدولة المضيفة للاستثمار لشروط الثبات التشريعي إذا كانت نيته متجهة منذ البداية إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة للقضاء الوطني للدولة لفض منازعات العقد التي من الممكن نشوبها بينه و بين الدولة المتعاقدة ؟

إن المنظومة التشريعية للجزائر تعاني عدم الاستقرار و الثبات و غياب الوضوح و الدقة في ملامح السياسة الاقتصادية الاستثمارية و هذا راجع أساسا إلى الحركية السلبية للوظيفة التشريعية ، مما ينتج حجما كبيرا من النصوص القانونية التي تتصف بالرمزية و عدم الفاعلية ، و في غالب الأحيان يكون النص التشريعي ضحية لظروف استثنائية غير اعتيادية يؤدي إلى وأد النص التشريعي أو التنظيمي بمجرد مرور الأزمة أو الظرف الاستثنائي الذي استدعى و استوجب اصدار هذا النص القانوني[959] .

وبالنتيجة فإن النظام القانوني الموجه لتحسين مناخ الاستثمار في الجزائر يستهدف أساسا إزالة المعوقات الموجودة أمام تدفق الاستثمار الأجنبي ، بحيث تبحث عن منظومة تشريعية ثابتة و مستقرة نسبيا تحقق من خلالها الأمان القانوني للمستثمرين الأجانب و بالتالي ضمان الحد الأدنى من استقرار العلاقات القانونية والمراكز القانونية الناتجة عنها لغرض تحقيق مبدأ الأمن القانوني للاستثمار[960].

من منظورنا الشخصي أن النظام القانوني للدولة المتعاقدة كل لا يمكن تجزئته ، فهو مزيج بين جانبيه الموضوعي و الإجرائي ، و من غير المنطقي تجزئته و إخضاعه للانتقاء من طرف المتعاقد الأجنبي بشكل يمكنه من اختيار الجزء الذي يصب في مصلحته و اهمال ما تبقى من هذه القواعد القانونية مما يحولها إلى قواعد مفرغة من الحيوية و الفعالية ، و من منظور آخر نرى أن اشتراط المستثمرين الأجانب للتحكيم التجاري الدولي ليس معناه أن القواعد القانونية الإجرائية للنظام القانوني للدولة المتعاقدة ذات نوعية رديئة و لا يمكن لها أن تصل إلى المستوى الذي يمكنها من فض النزاعات المعقدة بين المستثمر و الدولة المضيفة للاستثمار ، بل هو فقدان للثقة في جهاز القضاء التابع للدولة المضيفة للاستثمار

التحكيم التجاري الدولي في معظم تشريعات الدول المضيفة للاستثمار . أنظر : المواد 15 و 16 و 17 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، السالف الذكر. وأنظر أيضا المواد: 23 و24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، السالف الذكر.

[959] أنظر : زروقي نوال ، دور الأمن القانوني في تكريس فعلية ضمانات الاستثمار في الجزائر ، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد الثاني (عدد خاص) ، المجلد 11 ، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، أوت 2020، ص151 .

[960] أنظر : سارة نوي ، الجزائر لا تزال وجهة غير جذابة لممارسة الأعمال : أرقام البنك العالمي تنتقد جهود الحكومة في تكييف مناخ الاستثمار ، مقال منشور في جريدة الفجر ، عدد يوم 02 أوت 2016 ، ص151 .

بسبب كثرة الممارسات المنافية لأعراف و تقاليد القضاء ، رغم أنها تعد في أغلب الأحيان ممارسات فردية معزولة ، غير أنها أثرت على الأمان القانوني للمستثمر الأجنبي و جعلته يبحث عن بديل للقضاء الوطني للدولة المضيفة بين أروقة هيئات التحكيم التجاري الدولي ، لما تضمنه من شفافية إجرائية وحياد مطلق للقضاة.

فالقضاء الوطني من منظور المستثمر الأجنبي ، هو مجرد أداة لتحقيق المصلحة العامة للدولة ، حتى و ان كان ذلك على حساب الأشخاص المتعاقدين معها ، و سبب هذه الصورة القاتمة التي تم أخذها عن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار ، هو الممارسات القضائية التعسفية ضد السجناء السياسيين و سجناء الرأي والقمع الذي يتعرض له هؤلاء في أقاليم الدول النامية ، فكيف يمكن لقضاء وطني يقمع الرأي السياسي والإعلامي ويقمع حرية التعبير و الحرية السياسية المكفولين باسم الدستور أن يضمن حماية للمستثمر الأجنبي وهو في نظر الدولة و مؤسساتها استعمار بشكل جديد وامتداد لتحقيق مخططات و أجندات الدولة الأم للمستثمر.

وفي نظرنا أن فعلية القاعدة القانونية لن تتحقق إلا بتهيئة مسبقة للمحيط السياسي و الاجتماعي والاقتصادي الذي يتم فيه اعمال هذه القواعد القانونية ، فمن المستحيل تحقيق شفافية و استقلالية القضاء بعيدا عن الديمقراطية و حرية السوق ، فالديمقراطية هي الابنة البكر للرأسمالية ولا يمكن تحقيق الديمقراطية والتنمية إلا من خلال تحرير السوق و التجارة ، فلا يمكن تجسيد النظام الديمقراطي الحقيقي إلا من خلال التفاعل مع رؤوس الأموال المتدفقة من خلال الاستثمار الأجنبي ، و لا يمكن تحقيق الديمقراطية إلا من خلال فصل السلطات عن بعضها البعض ، مادامت السلطة التنفيذية مهيمنة على السلطة التشريعية و القضائية والإعلامية ، فلا مجال للحديث عن استقطاب الاستثمار إلا من خلال تنازلات تشريعية و سياسية مهمة يأتي في مقدمتها الثبات التشريعي و التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثالث

الحد من ظاهرة التضخم التشريعي

في الكثير من الأحيان تصبح الأنظمة القانونية للدول بما فيها النامية عرضة للتضخم التشريعي ، تلك الظاهرة القانونية الناتجة عن تكدس النصوص القانونية و التنظيمية عبر مدة زمنية معينة مع تضاءل امكانية تطبيقها في الواقع[961] ، وقد يتجسد التضخم التشريعي أيضا عند إطالة محتوى النص القانوني أو إخراج النص عن نطاقه بسبب سوء الصياغة أو تعقيد الواقعة القانونية المراد تنظيمها ،كما يؤدي ورود الكثير من الاستثناءات على أصل القاعدة [962] ، كما يرى جانب من الفقه القانوني أن التضخم التشريعي جاء نتيجة تشريع مؤقت لنصوص تشريعية و تنظيمية تلبية لتوجهات اقتصادية أو سياسية معينة للدولة بالاضافة إلى عدم الاستقرار التشريعي الناتج عن التشريع العشوائي مما يؤدي إلى فقدانها

[961] أنظر : عبد الكريم صالح عبد الكريم وعبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية –التشريعية (دراسة نقدية تحليلية في القانون المدني)، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 23، السنة السادسة، العراق، 2014، ص148 .

[962] أنظر : سامية كسال ، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي (مستجدات القانون 16-09 لمواجهة هذا العائق) ، مقال منشور في مجلة صوت القانون ، العدد الثاني ، المجلد الخامس ، أكتوبر 2018 ، ص 441 .

لقوتها الملزمة تجاه الأفراد لخروجها عن نسق دولة القانون و استحالتها إلى وسيلة في يد السلطة تحقق من خلالها أهدافا معينة قد تخرج عن نطاق المنفعة العامة و الصالح العام[963] .

و الأصل العام أن ينسجم التشريع مع مقتضيات الاقتصاد والحالة الاجتماعية للأفراد ويتماشى مع احتياجاتهم و هذا ما يؤدي إلى كثرة النصوص القانونية و تراكمها وهو ما يسبب التضخم التشريعي[964] ، فالتشريع على اعتبار أنه قاعدة قانونية تمتاز بالعموم و التجريد بحيث أنها تطبق على عموم الناس دون النظر إلى مستواهم الثقافي أو التعليمي و دون الأخذ بعين الاعتبار لذواتهم فهي تخاطب المركز القانوني الذي يمثله الشخص ، يجب أن يكون نص التشريع واضحا و دقيقا و سهلا للفهم و التفسير وموضوعيا و غير متناقض ومستقرا بشكل نسبي مما يمنحه خاصية بعث الأمان و الاطمئنان القانونيين في ذوات الأفراد[965] .

ويرى البعض أنه من أهم أسباب تفشي ظاهرة التضخم التشريعي ، تعدد و اختلاف منابع القاعدة القانونية الاستثمارية ، حيث يستمد تشريع الاستثمار مصادره من الدساتير و الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف و قواعد العرف التجاري الدولي و التشريعات المقارنة ، فعند تشريع قانون الاستثمار يجب مراعاة مبدأ سمو القاعدة الدستورية و كل المبادئ المضمونة دستوريا على رأسها مبدأ حرية التجارة و الاستثمار و مبدأ عدم التمييز و المعاملة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب و المساواة بينهم [966].

واحتراما لمبدأ تدرج القوة الإلزامية للنص التشريعي ، يجب مراعاة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار لأن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الدولة تسمو على القوانين العادية[967]، كما أن النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالاستثمار يجب أن تنسجم مع قوانين الدول الأجنبية ، لأن القوانين المقارنة تلعب دورا مهما في التأثير على نوعية التشريع و تطويره ، فيجب التأثر الإيجابي بالقوانين الجاذبة للاستثمار و الاقتداء بها ، وبالمقابل يجب توخي الحيطة لأن تطلعات الدول و المجتمعات تختلف و ما يصلح لدولة معينة كتشريع قد لا يلبي حاجات دولة أخرى[968] .

و هناك من يرى أن الاستقرار السياسي ينعكس على الاستقرار القانوني ، فالأزمات السياسية التي من الممكن أن تمر بها الدولة سيقابلها حتما تحول بنفس قوة الأزمة في الإيديولوجية التشريعية للدولة مما يحتم على القائمين على التشريعات إعادة النظر في النظام القانوني و محاولة تحسين نوعيته ، و لعل التجربة الجزائرية في هذا الأمر من أهم التجارب التي يستوجب علينا استحضارها ، فحتمية التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام رأسمالي أثرت تأثيرا بالغا على الفكر السياسي للدولة ، لأن الرأسمالية لا يمكن أن تتماشى إلا مع النظام الديمقراطي وبالتالي شهدت فترة التحول من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية الحزبية و الديمقراطية ترسانة من النصوص القانونية التي مست العديد من المجالات بما في

---

[963] أنظر : أوصيف السعيد ، تدهور المعيار التشريعي في النظام القانوني الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص إدارة و مالية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2002 ، ص 04 و ما بعدها .

[964] أنظر : سامية كسال ، المرجع نفسه ، ص 442 ، الهامش رقم 07 .

[965] Voir : Conseil d'état français , rapport public 2006 : jurisprudences et avis 2005 , sécurité juridique et Complexité du droit , Paris , la documentation française , 2006 .

[966] أنظر : سامية كسال ، المرجع السابق ، ص 443 .

[967] أنظر : المادة 150 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016 ، السالف الذكر.

[968] أنظر : عبد الكريم صالح عبد الكريم وعبد الله فاضل حامد، المرجع السابق، ص154.

ذلك الاستثمار ، و الذي شهد تحولا ملحوظا و انفتاحا غير معهود على المستثمرين الأجانب[969] ، فقرار الانفتاح على الاستثمار هو قرار سياسي في الأصل يجب أن ينعكس على المنظومة القانونية للدولة انعكاسا شاملا بما في ذلك القوانين الجمركية و الضريبية و المالية و قوانين مكافحة الفساد و جميع القوانين الاقتصادية و التشريعات المتعلقة بها كالقوانين العقارية و العمالية و غيرها .

و عند دراستنا لمختلف القوانين المتعلقة بالاستثمار في الجزائر لاحظنا أن المشرع قد لجأ في العديد من المرات إلى تعديل قانون الاستثمار لكي يتناسب مع الوضع السياسي و الاقتصادي المستجد ، و ذلك حق أصيل للدولة في إطار ممارستها لسلطتها التشريعية ، فالتشريعات المتعلقة بالاستثمار في الفترة التي كانت تنتهج فيها الدولة الاشتراكية كنظام اقتصادي و بالضبط من 1962 إلى 1988 حاولت الجزائر التوفيق ما بين سياسة الاستثمار و النهج الاشتراكي لكنها لم تنجح في ذلك لما يعتلي النظام الاشتراكي من عيوب تطرد الاستثمار و على رأسها الفساد الذي أصبح ينخر كل مفاصل الدولة ، وسياسة التأميم التي أصبحت تهدد المستثمرين الأجانب في مشاريعهم الاقتصادية المقامة في الجزائر .وبحلول الأزمة الاقتصادية الخانقة في نهاية الثمانينات تحتم على رجال الدولة اتخاذ قرار حاسم بالتحول إلى نظام السوق و بالتالي التحول نحو الديمقراطية ، و هذا ما دفع المشرع آنذاك إلى التغيير الجذري في التشريعات من قمة الهرم التشريعي باستحداث دستور 1989 إلى غاية قاعدة الهرم التشريعي بما في ذلك اللوائح التنظيمية البسيطة.

و بذلك تغيرت نظرة الجزائر للاستثمار و أدركت أهمية رؤوس الأموال الأجنبية لتنمية الاقتصاد الوطني ، و كانت البداية بإصدار قانون النقد و القرض 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 ، ثم تلاه المرسوم التشريعي 93-12المتعلق بترقية الاستثمار و الصادر بتاريخ : 1993/10/05 واللذان يكرسان مبدأ حرية الاستثمار .

أما الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار جاء به المشرع ليعزز الضمانات و التحفيزات الممنوحة للمستثمرين الأجانب و الذي تم تعديله بموجب الأمر 06-08 في سنة 2006 ، وما تجدر الإشارة إليه أن هذا التحرر في مجال الاستثمار لم يكن على إطلاقه بل تم تقييده من خلال التعديلات المتتالية التي جاءت ضمن قوانين المالية من سنة 2010 إلى غاية 2015 ، والتي وضعت أحكاما تحد من حرية الاستثمار حماية للاقتصاد الوطني [970].

إن إصدار نصوص قانونية دورية في كل سنة تعدل من قانون الاستثمار ، ينتج عنه حالة من عدم الاستقرار التشريعي ، مما يشكل انطباعا حقيقيا بانعدام الأمن القانوني عند غالبية المستثمرين الأجانب ، وهذا ما يؤثر سلبا قرار الاستثمار بسبب تغير الحسابات و دراسات الجدوى و التوقعات الاقتصادية ، كما يؤدي عدم الاستقرار التشريعي إلى وجود نصوص قانونية ميتة لعدم إمكانية تطبيقها في الواقع بالتوازي مع هيكل مؤسساتي متعدد يتميز طابعه الإجرائي بالتعقيد و الصعوبة في التعامل معه من قبل المستثمرين الأجانب ، وهو من أهم العوائق أمام تدفق الاستثمار بسبب نفور المستثمرين الأجانب وبحثهم عن بيئة استثمارية أخرى آمنة قانونيا.

و أمام هذا الفشل الذي اعتلى النظام القانوني للاستثمار في الجزائر ، اضطر المشرع لإصدار القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، وما يمكن ملاحظته من خلال هذا القانون هو العودة إلى التسمية القديمة التي تم استحداثها في القانون

[969] أنظر : كسال سامية ، المرجع السابق ، ص 444 .

[970] أنظر : سامية كسال ، المرجع السابق ، ص 445 .

المرسوم التشريعي 93-12المتعلق بترقية الاستثمار، و مما لا شك فيه أن حرفة الصياغة التشريعية لا تعترف بوجود الصدفة في تسمية قانون معين ، ذلك أن تسمية القانون تحتل أهمية بالغة لأنها تعكس فكرة عن مضمون القانون و الهدف المتوخى من تشريعه ، فالمشرع الجزائري غداة إصدار القانون 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار كان يهدف من خلال هذا القانون إلى ترقية الاستثمار في هرم اهتمامات الدولة الجزائري كمورد مهم لرؤوس الأموال و للتكنولوجيا اللذان لا غنى عنهما في عملية التنمية الاقتصادية ، و ذلك أن الجزائر قبل صدور هذا القانون لم تعطي الاستثمار أهميته التي يستحقها سواء من خلال البرنامج الاقتصادي أو من خلال النظام التشريعي ، فمصطلح الترقية في نظرنا يصب في هذا النسق و هو الوضع في مكانة مرموقة ضمن سلم الاهتمامات السياسية و الاقتصادية للدولة ، وبعد صدور الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار تحولت الترقية إلى تطوير وهو ما يعطي انطباعا لدى المطلع على هذا التشريع أنه سيستحدث تقنيات تشريعية جديدة تطور من الأحكام القانونية للاستثمار ، فالتطوير يحمل في ثناياه عدة مفاهيم لعل من أهمها المرونة و السهولة و السرعة و الفعالية وهو لا يتنافى بأي شكل من الأشكال مع مفهوم الترقية بل يصب معه في نفس القناة ، لكن ما يثير الاستفهام هو عودة المشرع إلى التسمية القديمة من خلال القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، هل تراجعت الدولة في هذه الفترة عن منح الاستثمار الأهمية المستحقة له كوسيلة لتنمية الاقتصاد الوطني ؟

و الراجح أن الدولة خلال الفترة الممتدة من سنة 2010 إلى غاية 2016 أصبحت تتدخل بشكل واضح وصريح في عقود الاستثمار المبرمة مع الأجانب ، خاصة من خلال قوانين المالية و التي أصبحت تمثل مصدرا إضافيا لقانون الاستثمار ، وهو ما أصبح يشكل عائقا حقيقيا أمام تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الجزائر و بالتالي تخوف المستثمرين و عزوفهم عن اتخاذ قرار الاستثمار ،كما أن مؤشر الفساد قد عرف صعودا غير مسبوق في هذه الفترة خاصة من خلال المؤسسات البنكية الوهمية التي تم اختلاس أموال الدولة من خلالها و لعل من أهم الأمثلة التي يمكن ذكرها في هذا الموضع قضية بنوك الخليفة التي أثارت جدلا عالميا آنذاك عن مدى مصداقية مؤسسات الدولة الجزائرية في منح تراخيص الاستثمار المالي و مدى دراسة جدواها الاقتصادية قبل المضي فيها .

كما أن فضائح الفساد أصبحت على مرأى العام و الخاص و مست جميع القطاعات المفصلية في الدولة بما في ذلك شركة سوناطراك و التي تعد من أهم مجالات الاستثمار الأجنبي في الجزائر.

ورغم ذلك كان هناك تعمد صارخ لإعادة تسويق الشخصيات الفاسدة في المشهد السياسي الجزائري بما في ذلك الوزير السابق للطاقة و المناجم ، و أصبحنا أمام مصطلح جديد يوازي مفهوم تبييض الأموال وهو ما يمكن الاصطلاح عليه بتبييض الأشخاص، مما يفيد وجود إرادة سياسية واضحة للعيان لتكريس الفساد في أجهزة الدولة.

كل هذه الأسباب لعبت في نظرنا دورا كبيرا في تراجع المردود الاقتصادي للنظام القانوني الحاكم للاستثمار في الجزائر و بالتالي العودة للتدابير الأولى التي تبناها المشرع من خلال 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ، وهو ما يجعل من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار نسخة منقحة من القانون 93-12 بسبب تشابه المصطلحات المستخدمة في كلا التشريعين و تشابه التوجهات الاقتصادية المسطرة من خلالهما ، و هو في نظرنا سبب منطقي جدا للتراجع إلى التسمية القديمة .

ولعل من أهم أسباب التضخم التشريعي في النظام القانوني للاستثمار في الجزائر هو التناقضات التشريعية التي مسته و مست أهم المكاسب التشريعية فيه ، و أقصد بذلك مبدأ المساواة و عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب ، ورغم تكريس هذا المبدأ في جميع القوانين الخاصة بالاستثمار بما في ذلك الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ، إلا أن المشرع قد هدم هذا المبدأ من خلال قانون المالية التكميلي لسنة 2009 و الذي أوجب على المستثمر الأجنبي الاذعان لشروط تمييزية لعل من أهمها التصريح بالاستثمار أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و إخضاع المشروع الاستثماري للدراسة المسبقة أمام المجلس الوطني للاستثمار[971] .

وحينما تفطن المشرع الجزائري إلى أن هذه المعاملة التمييزية قد أثرت على تدفق الاستثمار الأجنبي تراجع عنها في قانون المالية لسنة 2013 في المادة 56 منه [972].

و بالإضافة إلى الشروط التمييزية التي جاء بها قانون المالية لسنة 2009 قاعدة الالتزام بتنفيذ المشروع الاستثماري في إطار الشراكة ضمن قاعدة 51/49 بالمائة ، أي أن المساهمة الوطنية هي 51 بالمائة فيما أن مساهمة المستثمر الأجنبي لا تتعدى 49 بالمائة ، و ذلك مع الزامية تقديم فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال المدة الكلية للمشروع ، و في إطار توجه الدولة لدعم المؤسسات المالية للدولة ألزمت المستثمرين الأجانب بضرورة الاقتراض المحلي دون اللجوء للخارج ، و ذلك رغم استحالة قدرة المؤسسات المحلية على تغطية المشاريع الضخمة التي تتم اقامتها في إطار الاستثمار.

و في القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار ، تم التخلي عن قاعدة 51/49 بالمائة وذلك بسبب الصعوبة التقنية لتطبيق هذه القاعدة و تتعارض مع مبدأ المساواة و عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب ، كما أن الأجهزة المكلفة بالاستثمار قد عجزت عن تجسيد هذه القاعدة في الواقع ، لأن هذه الأجهزة منحت لها صلاحية البت في قبول أو رفض الاستثمار و هي المرحلة التمهيدية للمشروع الاستثماري و التي لا يشترط فيها تطبيق هذه القاعدة ولا حتى التسجيل في السجل التجاري ، في حين أن الالتزام بتطبيق قاعدة 51/49 بالمائة لا يمكن تجسيده إلا في مرحلة التنفيذ و الإنجاز ، كما أن التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لا يكون الا للاستثمارات المؤهلة والجائز لها الاستفادة من الامتيازات[973] .

و رغم ذلك لم يتم الغاء هذه القاعدة كليا بل تضمنها قانون المالية التكميلي لسنة 2016 ، كما ألغى قانون ترقية الاستثمار 16-09 اللجوء الإجباري للتمويل المحلي و وجوب تقديم فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر.

و ما يشكل أيضا معاملة تمييزية بين المستثمرين الأجانب و الوطنيين هو حق الشفعة الذي يمنح الدولة الجزائري أو أحد هيئاتها العمومية الحق في الأولوية في الاستثمارات المتنازل عليها في الداخل و كذلك الحق في اعادة شراء الاستثمارات المتنازل عنها في الخارج و التي استفادت من عدة امتيازات و مزايا و تسهيلات[974]. وهو ما أكدته المادة 30 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار .

---

[971] أنظر : المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، السالف الذكر .

[972] أنظر المادة : 56 من قانون المالية لسنة 2013 ، السالف الذكر .

[973] أنظر : سامية كسال ، المرجع السابق ، ص 449 .

[974] أنظر : المادة 47 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 .

وبالإضافة إلى أن حق الشفعة يفعل فقط تجاه الاستثمارات الأجنبية دون الوطنية فإن أحكامه يمكن أ تسري بأثر رجعي على كافة الاستثمارات الأجنبية بما في ذلك الاستثمارات المنجزة قبل دخول قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيز التنفيذ ، و لا يطبق على المؤسسات الأجنبية المؤهلة فقط للاستفادة من المزايا و الامتيازات والتسهيلات بل يطبق أيضا على المؤسسات الغير مؤهلة وهذا ما يعد اجحافا في حقها[975].

ولعل من أهم الحلول لظاهرة التضخم التشريعي التي أصبحت تهدد اقتصاديات الدول النامية ، شروط الثبات التشريعي لما تمثله من ضمانات للمستثمرين الأجانب لعدم سريان آثار النصوص القانونية والتنظيمية ذات العدد الهائل والتي يتم تشريعها خلال فترات زمنية قصيرة و متقاربة ، على العقد المبرم بينهم و بين الدولة المضيفة للاستثمار[976].

و في نظرنا يلعب مبدأ الثبات التشريعي دورا هاما في الحماية من الآثار السلبية لظاهرة التضخم التشريعي ، و ذلك من خلال القيود التي يفرضها على سريان النصوص التشريعية و التنظيمية و التي يتحدد من خلالها نطاق تطبيقها من خلال استثناء المراكز القانونية المنشأة و المكتسبة جراء ابرام و تنفيذ العقد ، من دائرة نطاق سريان النصوص القانونية التي تصدرها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها التشريعية .

المطلب الثاني

مبدأ الثبات التشريعي كآداة لضمان استقرار و استمرارية المشاريع الاستثمارية

و مما لا شك فيه أن الآثار المترتبة على اعمال شروط الثبات التشريعي ستنعكس إيجابا على وضع المستثمرين الأجانب لما تشكله من حالة للإحساس بالطمأنينة و الأمان القانونيين ، خاصة و أن هذه الشروط توفر حماية قانونية عينية و شخصية في غاية الأهمية، وهذا ما ينتج عنه منطقيا استقرار و ثبات المشاريع الاستثمارية من جهة و استمراريتها من جهة أخرى ، و سنتطرق إلى هذا المطلب من خلال فرعين اثنين ، أولهما : الثبات التشريعي يضمن استقرار المشاريع الاستثمارية ، و ثانيهما : الثبات التشريعي يضمن استمرارية المشاريع الاستثمارية.

الفرع الأول

الثبات التشريعي يضمن استقرار المشاريع الاستثمارية

تعتبر عقود الاستثمار من عقود المدة ، نظرا لما تستغرقه من مدة زمنية طويلة في مرحلتي الإبرام و التنفيذ ، وذلك لأنها تنصب في معظم الأحيان على الموارد الطبيعية و الأشغال العامة الدولية و نقل التكنولوجيا ، و هي مجالات معقدة تستوجب مرور مدة زمنية طويلة لإبرامها و تنفيذها ، بالإضافة إلى أن الهدف المحوري من إبرام هذه العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار وهو غاية لا تتحقق بين لحظة و أخرى بل تستلزم سنوات من العمل و التخطيط .

---

[975] أنظر : حسايني سامية ، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري : آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي تجاه المستثمر الأجنبي ، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد الثاني ، المجلد 12 ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، 2015 ، ص 541 .

[976] أنظر : سامية كسال ، المرجع السابق ، ص452 .

ويصطلح على هذا النوع من المشروعات الاستثمارات الطويلة الأجل بحيث تمتد لسنوات عديدة ، ويحقق المستثمر من خلالها نظام المشاركة في الإدارة و الإشراف ، وقيدت معظم تشريعات الاستثمار عملية تحويل الموارد المالية الناتجة عن المشروع الاستثماري وذلك حماية للاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار من النزيف المالي ، وتعتبر هذه العقود الاستثمارية الدولية الأكثر دمجا في النظام القانوني للدولة النامية لحاجة هذه الأخيرة لرؤوس الأموال و التكنولوجيا[977] ، وتتجسد هذه المشروعات في القروض الطويلة الأجل و المنصبة على أصول ثابتة كإقامة فروع للاستثمارات الأجنبية داخل الدول المضيفة للاستثمار[978] .

وخلال مدة العقد التي قد تطول لسنوات إن لم نقل لعقود من الزمن ، يمكن للدولة أن تصدر عددا هائلا من النصوص القانونية و التنظيمية كمظهر عادي لممارسة سلطاتها التشريعية و الضبطية ، مما يعرض عقد الاستثمار والمراكز القانونية الناشئة بموجبه و كذلك الأملاك العينية و الحقوق الشخصية للمستثمرين الأجانب للانتقاص أو الانتزاع نهائيا ، و هذا ما يدفع المستثمرين للانسحاب في غالب الأحيان بأقل الأضرار الممكنة ، وهذا ما ينجر عنه تحويل ملكية المشاريع للدولة و التي ستحاول من خلال امكانياتها المتواضعة اقتصاديا اتمام تنفيذ هذه المشاريع بغض النظر عن عدم تأهيل اليد العاملة المستخدمة في ذلك ، و بغض النظر عن ضعف التمويل والوسائل المادية المستعملة في تنفيذ مثل هذه المشروعات الضخمة ، و بالتالي فشل المشروع الاستثماري في أغلب الأحيان و الذي ينتج عنه عدم تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة من خلال هذه العقود .

وهذا دون الاخلال بالأحكام الخاصة بالتعويض العادل والمنصف للمستثمرين المنزوع مشاريعهم الاستثمارية ، حيث يقتضي مفهوم العدل و الانصاف تعويض المستثمر عن لحقه من أضرار و خسائر و كذلك عما فاته من ربح و جدوى تمت دراستها قبل بداية تنفيذ المشروع ، وهذا ما يثقل كاهل الدولة من الجهتين وكثيرا ما يدفع بها إلى الاستدانة من المؤسسات المالية الدولية لسد هذا العجز .

يشترط في التشريعات الاقتصادية نوعا من الثبات والاستقرار والابتعاد عن التعديل الدائم للنصوص القانونية، ذلك أن هذا الإجراء يؤثر على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة بالأخص النشاط الاقتصادي الاستثماري الذي بطبيعته ممتد في الزمن، وجوهر الاقتصاد التعامل مع المستقبل والرهان عليه، لذلك وجب أن تكون القاعدة القانونية استشرافية وطويلة النظر من أجل استمرار مفعولها لأطول فترة ممكنة، وليس معنى هذا أن يصدر القانون في قوالب جامدة، وإنما المقصود ألا يكون تطور القانون ميدانا للمفاجآت وعدم التوقع، لأن فكرة الأمن القانوني تهدف إلى استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بها، وبالتالي فالمراكز التي تكونت واستقرت يجب أن تتوفر لها الحماية القانونية على الدوام في حالة تغير القوانين أو تبدل أوضاع المجتمع[979] .

وللحد من هذه الآثار السلبية الوخيمة لعدم الاستقرار التشريعي على اقتصاد الدولة ، يمكن لمبدأ الثبات التشريعي أن يشكل أحد الحلول النموذجية لهذا الإشكال ، فالثبات التشريعي يفسح المجال للدولة كي تمارس سلطتها و سيادتها

---

[977] أنظر : فاضل محمد العبيدي ، البيئة الاستثمارية ، مكتبة المجتمع العربي للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2012 ، ص39 .

[978] أنظر : عقيل كريم زغير ، مرجع سابق ، ص31 .

[979] أنظر : الموقع الالكتروني لاقتصاد المؤسسات التونسية ، https://www.droitetentreprise.com/20623/#_ftn36 ، 2021/10/02 ، الساعة : 19:34 .

التشريعية من جهة و يوفر حماية قانونية نوعية للطرف الأجنبي من خلال حماية حقوقه العينية و الشخصية المكتسبة من جراء ابرام و تنفيذ العقد الاستثماري ، وهذا ما يبعث في نفسه حالة من الطمأنينة و الأمان القانونيين تجعله يستقر في البلد المضيف للاستثمار و يحاول مسايرة المخاطر التجارية و الغير تجارية مطمئنا إلى جانب الدولة لتأكده من عدم سريان أغلبية النصوص القانونية والتنظيمية المجحفة في حقه في مواجهته وهذا ما عنه حماية الثقة المشروعة ، ولقد كرست معظم التشريعات الأوروبية مبدأ حماية الثقة المشروعة للمتعاملين مع الدولة بما في ذلك التشريع الألماني حيث تقوم هذه الحماية على الحفاظ على قاعدة الثقة و التعويض ، مع حياد واضح لتجنب إلغاء التصرفات الإدارية ، و حفاظا على الثقة المشروعة يقر القضاء الألماني أن للوعود الإدارية أثرا ملزما خاصة إذا كان هذا الوعد صادرا في شكل مكتوب ، وذلك ما تضمنته المادة 38 من قانون الإجراءات الإدارية غير النزاعية بأن التعهد الصادر عن جهة إدارية مختصة بأن تقوم مستقبلا بإصدار نص تنظيمي أو قرار إداري أو الإمتناع عن إصداره يشترط فيه الشكل الكتابي ، خاصة إذا كان إصدار القرار أو النص التنظيمي يتطلب القيام مسبقا باستشارة الجهات أو مشاركة تلك السلطة أو اللجنة ، كما لا تكون السلطة الإدارية ملزمة بالوعد إذا تغيرت الظروف المادية أو القانونية بعد تقديم هذا الوعد ، طالما أن الجهة المصدرة لم تكن لتصدره أو لن تتمكن من إصداره لأسباب قانونية لو أنها عملت بالتغييرات التي ستقع مستقبلا .

و يعتبر الاستقرار القانوني للمشاريع الاستثمارية مرتبطا ارتباطا وثيقا بالاستقرار السياسي و الاقتصادي للدولة المضيفة للاستثمار ، و يتحقق ذلك من خلال توافر ظروف فعلية مواتية كالعمل السياسي على عقد الاتفاقات و المعاهدات مع الدول الأخرى في إطار السعي لتحقيق تنمية اقتصادية حقيقية و في كنف التعاون الدولي تحقيقا للمصالح الثنائية أو الجماعية ، و في المجال الاقتصادي يشترط تحقيق الأداء الاقتصادي الفعال من خلال تفعيل عناصر القوة في الاقتصاد المضيف للاستثمار و هو ما يخدم مخطط التنمية المستدامة في جميع المجالات و يساهم بشكل كبير في استقرار المشاريع القائمة من جهة و جذب مشاريع استثمارية دولية أخرى[980] .

ومن ناحية جبر الضرر الناتج عن خرق مبدأ الثقة للمتعامل مع الإدارة ، يعتبر الاخلال بالوعود و تقديم معلومات مغلوطة من قبيل التصرفات المنشئة للمسؤولية الإدارية ، و من تطبيقات ذلك قرار محكمة العدل الفيدرالية بتاريخ : 1994/05/05 القاضي بإقامة مسؤولية الإدارة عن المعلومة الغير الصحيحة التي أعطتها للمدعي حول قانونية مشروع البناء الذي كان يعتزم إقامته حيث أكد القرار أنه يقع على عاتق كل عون عمومي واجب تقديم معلومات و توجيهات صحيحة واضحة لا لبس فيها و كاملة و هذا يصح أيضا في مشروعات الأشغال العامة الدولية و استنتجت المحكمة أن العون المسؤول عن رقابة الأشغال قد خالف بإهماله هذا الواجب من خلال تقاريره الصادرة بتاريخ 1985/12/20 ، وكان الأجدر به أن يراقب مشروعية ترخيص البناء و بالتالي تقوم المسؤولية سواء من خلال مخالفة أحكام قانون الوظيفة العامة أو من خلال تدبير تنظيمي غير مشروع[981] .

---

[980] أنظر : محمد الفاتح محمود بشير المغربي ، التمويل و الاستثمار في الاسلام ، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2018 ، ص72 .

[981] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، مرجع سابق ، ص 284 و ما بعدها .

أما القضاء الفرنسي فعلى الرغم من موقفه الحاسم في رفض مبدأ حماية الثقة المشروعة الناتجة عن استقرار وثبات النظام القانوني ، إلا أنه من جهة مخالفة يحمي التوقعات المشروعة للمتعاملين مع الإدارة ، غير أنه من جهة أخرى يوفر حماية قوية للتوقعات المشروعة للأشخاص في مختلف تصرفاتهم القانونية مع الإدارة ، و ذلك من خلال إلزام السلطات الإدارية بوضع التدابير الانتقالية اللازمة في النصوص التشريعية أو التنظيمية أو في قراراتها تحت طائلة الدفع بعدم الدستورية للنص التشريعي أو التنظيمي الصادر أو الغاء القرار الإداري .

وباعتبار الوعود من أبسط مصادر الالتزام ، يمكن تكييف الوعد الصادر عن الإدارة في بعض الحالات كقرار إداري حيث لا يجب سحبه ولا إلغاؤه إلا وفقا للشروط المتعلقة بسحب أو إلغاء القرارات الإدارية ، إلى جانب ذلك يمكن للقاضي الإداري تفعيل نظام المسؤولية الإدارية لضمان حماية مناسبة للثقة المشروعة ، و بالتالي تعويض المتضررين من جراء هذا الاخلال بتوقعاتهم و ثقتهم المشروعة تعويضا عادلا و منصفا .

و أقر القضاء الانجليزي مبدأ احترام التوقعات المشروعة ، بحيث يضمن للمتعاملين مع الإدارة بما فيهم المستثمرين الأجانب حماية جادة من التغيرات غير المتوقعة لتصرفات الإدارة تظهر من خلال سلطة الغاء التصرفات المخالفة لمبدأ الثبات التشريعي و الثقة المشروعة ، و إلى جانب ذلك يقر القضاء الانجليزي التعويض من أجل جبر الأضرار المادية أو المعنوية الناجمة عن تصرفات الإدارة المخالفة لقواعد التوقعات و الثقة المشروعة.

و يرى جانب من الفقه القانوني الإداري الجزائري أن المشرع الجزائري لا يعترف بتاتا بمبدأ حماية الثقة المشروعة و لا يلزم الادارة بوضع تدابير انتقالية عند الاقتضاء في حالة سن نصوص تنظيمية أو قرارات إدارية تحت طائلة الإلغاء [982].

غير أنه و من باب الأمانة القانونية تجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعترف بمبدأ الثقة المشروعة في القانون الداخلي ، غير أن الدولة الجزائرية كثيرا ما التزمت في اتفاقياتها و معاهداتها الدولية بتوفير حماية خاصة للثقة المشروعة للمستثمرين الأجانب ، و تعد اتفاقية الاستثمار إطارا استراتيجيا لحماية المراكز القانونية للمستثمرين الأجانب و المبنية أساسا على المعطيات القانونية المتفق عليها مسبقا و ذلك بالنظر لقوة الاتفاقيات و المعاهدات الدولية مقارنة بالتشريعات و التنظيمات الداخلية ، و كمثال على ذلك يمكن ذكر البروتوكول الإضافي للاتفاق المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و ألمانية[983].

إذ أنه زيادة عن التعويضات التي ستتمتع بها الاستثمارات في كل دولة طرفا في الاتفاقية في مجال نزع الملكية أو التأميم أو القوة القاهرة بموجب المادة 04 من الاتفاق جاء في البند رقم 03 من البروتوكول الإضافي: " يمكن لمواطن أو شركة أحد المتعاقدين المطالبة بحق التعويض في حال ما إذا اتخذ الطرف المتعاقد الآخر إجراءات أخرى غير تلك التي نصت عليها المادة 04 و لها أثر كبير على الاستثمار في جوهره المالي ". هذا التعويض و الذي يمكن أن يؤسس قانونا على نظرية الظروف الاستثنائية أو الظروف الطارئة في العقود الإدارية، إلا أنه يقوم حقيقة على فكرة التوقعات المشروعة

---

[982] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، مرجع نفسه ، ص288 .

[983] أنظر : الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و جمهورية ألمانيا الاتحادية ، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بالجزائر بتاريخ 1996/03/11 ، و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 280/2000 المؤرخ في 2000/10/07 ، ج ر ج ج عدد 58 المؤرخة في 2000/10/08 .

في إطار عقود القانون الخاص في حال حدوث أضرار لأحد مستثمري البلدين من تدابير تشريعية أو إدارية بشكل جوهري[984].

و مما لا شك فيه أن حماية المتعاقدين الأجانب من مخاطر سريان آثار القانون بشكل فوري ، تسهم بشكل مباشر في ثبات و استقرار المشاريع الاستثمارية بسبب فعالية الأمن القانوني المترتب عن تفعيل شروط الثبات التشريعي و ما تفرزه من استقرار للمراكز القانونية الموجودة بموجب تنفيذ العقد ، فبمجرد نشوئها لا تكون قابلة للإلغاء أو التعديل إلا بضوابط و شروط محددة و تماشيا مع هذا الطرح نجد المشرع الجزائري قد ساهم مساهمة جدية في استقرار المعاملات و المراكز القانونية و بالتالي استقرار المشاريع التنموية الاقتصادية الكبرى في البلاد .

و مما لاشك فيه أن توجه الدولة في مجال الثبات التشريعي أصبح خيارا لا غنى عنه سواء من خلال ترشيد النصوص القانونية و القرارات الإدارية ، أو من خلال ارساء قواعد التعويض العادل و المنصف للطرف المتضرر جراء تصرفات الدولة ، بحيث أن المستثمر و حتى في مرحلة التحضير لاتخاذ قرار الاستثمار يمكن له أن يعتليه الاحساس و الشعور بالأمان القانوني نتيجة وضوح رؤيته القانونية المستقبلية المتعلقة بمصير أصوله الاستثمارية وممتلكاته الخاصة و نواتج مشروعه الاستثماري ، مما يجعله يتخذ قرار الاستثمار في الدولة المضيفة دون أدنى خوف أو تردد ، قناعة منه أنه لن يتم التعسف في حقه أو الاضرار بمصالحه إلا في حدود معينة يضمن من خلالها الحصول على تعويض عادل ومنصف يجبر أضراره الناتجة عن ما لحقه من خسارة و ما فاته من ربح .

الفرع الثاني

استمرارية المشاريع الاستثمارية

يرتبط الاستثمار بالمجالات الاقتصادية على المستوى القومي بشكل وثيق بالإنفاق الرأسمالي في كافة المشروعات الجديدة التي تنبثق عنها قطاعات المرافق العامّة والبنى التحتيّة وما ينبثق عنها من مشروعات شق الطرق، وتمديدات المياه والصرف الصحّي، وبشكل أدّق كافة المشروعات والنشاطات الاقتصاديّة التي تفضي إلى إنتاج السلع والخدمات في كافة المجالات. بناءً على ما تقدّم فيمكننا تعريف الاستثمار بأنّه إضفاء طاقات إنتاجيّة حديثة إلى الطاقات الإنتاجيّة القديمة الموجودة في المجتمع لغايات إقامة مشاريع جديدة أو توسعة المشروعات القائمة، وإحلال ما استُجِدَ من المشروعات مكان المشاريع منتهية الصلاحيّة، بالإضافة إلى شراء الأوراق الماليّة التي تُصدّر خصيصاً لغايات إنشاء مشروعات جديدة. من الجدير بالذكر فإنّ المجالات التي يخدمها الاستثمار تتنوّع وتتفاوت فيما بينها وفقاً للهدف الذي وجدت لأجله، فمنها ما هو لغايات عقاريّة وسياحيّة وصناعيّة وزراعيّة، أمّا فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي فإنّه يخدم المجالات التنموية و الخطط الاقتصادية الطويلة المدى من خلال مشاريع البنية التحتية و شق الطرق و بناء الموانئ و المطارات وانشاء المرافق العامة و غيرها ...

ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتم عملية تنفيذ هذه المشاريع في جو يكتنفه القلق و عدم الاستقرار القانوني ، فالأمان القانوني الناتج أساسا من تفعيل مبدأ الثبات التشريعي له دور فعال في إرساء قواعد العملية الاستثمارية و استمراريتها من خلال استقرار و استمرارية المشاريع المخطط لتنفيذها من قبل الدولة المضيفة للاستثمار ، فالشعور

[984] أنظر : بلخير محمد آيت عودية ، المرجع سابق ، ص289 .

بالأمان القانوني يؤثر على إرادة المستثمر الأجنبي من خلال دفعه إلى اتخاذ قرار الاستثمار وفي حال تواصل هذا الشعور بالطمأنينة و الأمان القانونيين عبر مدة المشروع ، سيكون منافيا للمنطق القانوني والفني أن يعدل هذا المستثمر عن المشروع الاستثماري أو يتوقف عن تنفيذ التزاماته تجاه الدولة المضيفة مادام يحقق ما يصبو إليه من أرباح و ما دامت الدولة لا تتعسف في حقه بتجريده من حقوقه أو الزيادة في التزاماته بشكل يرهق كاهله ، و إن فعل ذلك نتيجة لقوة قاهرة ستلجأ الدولة لتفعيل الشروط الجزائية في العقد ومقاضاته إما في أروقة القضاء الوطني أو في هيئات التحكيم الدولية بحسب الشروط المتوفرة و المتفق عليها في حال نشوب نزاع معين في عقد الاستثمار الموقع بينها و بين المستثمر الأجنبي مع عدم الاخلال بأحكام النظام القانوني للدولة المضيفة و الساري المفعول وقت ابرام العقد الاستثماري الدولي ، و مما لا ريب فيه أن الثبات التشريعي والاستقرار القانوني يلعب دورا في غاية الأهمية في تحديد نوعية البيئة الاستثمارية التي يتم تنفيذ المشاريع الاستثمارية في محيطها، و من خلال ما سبقت دراسته في هذا البحث، تمكنا من الوصول إلى أن شروط الثبات التشريعي ليست مجرد شروط في العقد أو التشريع، بل هي مبدأ أرسى قواعده في مختلف الأنظمة القانونية في العالم بحيث لا يمكن الاستغناء عنه كميزة إيجابية تحدد نوعية المحيط القانوني الاستثماري، و تؤثر تأثيرا بالغا في اتخاذ قرار الاستثمار من عدمه، وتؤثر أيضا في استقرار واستمرارية المشروع الاستثماري من عدمها.

و في رأينا الخاص أن ما يبحث عليه المستثمر الأجنبي من أمن و استقرار قانونيين ، لا يتعارض بأي حال من الأحوال مع المنطق القانوني و الاقتصادي، لأن الأصل في المعاملات و العقود هو الاستقرار و الثبات في المراكز القانونية أما الاستثناء هو عدم الاستقرار القانوني و التشريعي و رغم أنه بمجرد تفعيل شروط الثبات التشريعي يظهر للعيان أن المستثمر الأجنبي هو صاحب اليد العليا في العقد إلا أن الواقع يبين غير في ظل السلطات الاستثنائية للدولة سواء من خلال التشريع أو الضبط الإداري و بين هذا و ذاك و ضمانا لاستمرارية المشاريع الاستثمارية أصبح مبدأ الثبات التشريعي واقعا ملحا و خيارا محتوما للدولة في عقودها مع المستثمر الأجنبي.

و هناك من يرى أن هذه الشروط تخدم المستثمر الأجنبي بشكل أكبر من خلال عزل مركزه القانوني عن دائرة التعديلات التشريعية التي قد تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار ، كما أنه قد يلحق الضرر بالدولة المتعاقدة لتعارضه مع مبدأ السيادة التشريعية ، كما أن هذه الشروط يمكنها أن تلحق الضرر بالمصالح الاقتصادية للدولة ، و ذلك من خلال عدم خضوع مشروع معين للتعديلات السارية على القانون قد يخرق مبدأ عدم التمييز بين المتعاقدين مع الدولة ، رغم تفاوت الأهمية القانونية و الاقتصادية للعقود[985].

[985] أنظر : دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص246 .

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما سبق يمكن أن نخلص أن تحقق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال توفر الثبات و الاستقرار التشريعيين ، اللذان يعدان من أهم المؤشرات المؤثرة في نوعية مناخ الاستثمار ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتم العملية التنموية الاقتصادية في ظل مناخ استثماري غير مستقر تشريعيا ، و هذا لأن التنمية الاقتصادية مرهونة بمقتضيات الأمن بشكل عام و مرهونة بالأمن القانوني خصوصا ، لأن المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين مع الدولة النامية لا يمكن لهم بأي حال من الأحوال أن يتخذوا قرار الاستثمار و توريد رؤوس الأموال و الكفاءات و التقنيات و التكنولوجيات العالية إلا في وجود قدر معين من الثبات التشريعي، و هو ما ينتج عنه في الأخير استقرار المشاريع الاستثمارية من خلال استقرار المنظومة التشريعية بالتبعية، وكذلك استمرارية و تطوير المشاريع الاستثمارية من خلال حالة الاطمئنان و الأمن القانونيين .

خلاصة الباب الثاني

مما لا شك فيه أن الثبات التشريعي قد أصبح من المبادئ القانونية الراسية في الفقه القانوني الحديث ، وذلك من خلال تحقيق أهداف طرفي العقد اللذان تتعارض مصالح كل منهما مع مصلحة الطرف المقابل ، لكن في الأخير توافقت الرؤى القانونية و الاقتصادية في نقطة الثبات التشريعي ، فالمستثمر الأجنبي يسعى إلى تحقيق الربح و الاستمرارية في ذلك و هذا ما يضمنه الثبات التشريعي من خلال الحماية القانونية النوعية التي توفرها شروط الثبات التشريعي التي تجعل العقد المبرم بين المتعاقد الأجنبي و الدولة بمنأى عن كل الاضطرابات والتصرفات القانونية التي من الممكن أن تصدر عن الدولة المتعاقدة بصفتها سلطة عامة ممتازة، و من جانب آخر حققت الدولة مصلحتها الاقتصادية المرجوة من العقد و هي تحقيق التنمية الاقتصادية و دون المساس بالسيادة الوطنية ،من خلال استقرار المشاريع الاستثمارية و استمراريتها و بالتالي التنمية المستدامة.

الخاتمة

الخاتمة:

انطلاقا مما سبق حاولنا تحديد مفهوم دقيق لشروط الثبات التشريعي من خلال بيان تعريفها وخصائصها و أنواعها و كذلك بيان طبيعتها القانونية التي لا غنى عنها في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عنها وتحديد القضاء المختص بنظرها ، بالإضافة إلى دراسة البيئة القانونية الواجب توافرها لتفعيل هذه الشروط و التي من أهمها على الإطلاق عقود الدولة و تشريعات الاستثمار .

كما تطرقنا إلى القوة القانونية لشروط الثبات التشريعي انطلاقا من المفاهيم البسيطة للشروط الجعلية التعاقدية ووصولا لمبدأ قانوني قار في جميع عقود الدولة الاقتصادية التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة و كذلك في تشريعاتها الداخلية وهو مبدأ الثبات التشريعي للنظام القانوني للدولة.

و في الباب الثاني من هذه الأطروحة حاولنا بيان مفهوم الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقد الأجنبي من خلال مبدأ الثبات التشريعي ، وذلك عن طريق تحديد مفهوم الأمن القانوني بشكل عام و تحديد خصوصية هذا المفهوم في ظل مبدأ الثبات التشريعي ، كما توصلنا إلى أن شروط الثبات التشريعي توفر حماية قانونية نوعية للمتعاقد الأجنبي من خلال حماية ممتلكاته و الامتيازات الضريبية و كذلك حماية مركزه القانوني في العقد المبرم بينه و بين الدولة في مواجهة نشاطها التشريعي و التنظيمي .

كما حاولنا من خلال هذا الباب تسليط الضوء على التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي بوصفها المصلحة الأهم و الأجدر بالتحقيق من خلال عقود الدولة و ذلك عن طريق تحديد مفهومها القانوني و مدى تأثير الثبات التشريعي للمنظومة التشريعية للدولة على هذه التنمية لا سيما مبدأ فاعلية القاعدة القانونية و اسهام الثبات التشريعي في الحد من ظاهرة التضخم التشريعي و بالتالي تحسين نوعية القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني للدولة ، مما يؤثر إيجابا على استقطاب و استقرار و استمرارية المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية التي لا يمكن أن تتحقق التنمية الاقتصادية إلا من خلالها .

و في الأخير توصلنا إلى أن الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي و التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة لن يتحققا إلا في وجود شروط الثبات التشريعي و ذلك بسبب أن هذه الشروط تمثل نقطة التوافق الوحيدة والاجبارية بين مصالح أطراف العقد رغم التعارض الصارخ لهذه المصالح في واقع عقود الدولة.

و لعل من أهم النتائج المتحصل عليها ما يلي :

- **شروط الثبات التشريعي ليست مجرد شروط عادية بل هي منبثقة عن مبدأ راسي في الفقه القانوني و الذي يصطلح عليه بمبدأ الثبات التشريعي ، و الذي يقوم على مبدأين قانونيين أساسيين آخرين هما مبدأ عدم رجعية القانون ، و مبدأ حماية الحقوق المكتسبة .**

- **يهدف الثبات التشريعي إلى تجميد قانون العقد في وقت الإبرام و بالتالي غل يد الدولة الممتدة بغرض المساس بالمركز القانوني للمتعاقد الأجنبي و ما يتضمنه من حقوق و امتيازات.**
- **من أجل أن تحقق الدولة مصالحها الاقتصادية وجب عليها أولا تهيئة الأرضية القانونية لذلك من خلال اقرار مبدأ الثبات التشريعي و الأمن القانوني في تشريعاتها الداخلية و الالتزام من جهة أخرى بمضمونه ، مما يحسن مناخ الاستثمار و يساعد على جذب تدفق رؤوس الأموال والخبرات التقنية و الموارد البشرية المؤهلة.**
- **من أجل تحقيق الأمان القانوني يجب تحييد السلطة القضائية و ترشيدها خاصة في نظر منازعات العقود ذات البعد الدولي.**

و من أجل تجسيد هذه النتائج النظرية في الواقع وجب اتباع الاقتراحات الآتية :

- **دسترة مبدأي الأمن القانوني و الثبات التشريعي من خلال نص مستقل في دساتير الدول النامية.**
- **تفعيل وظيفة الرقابة على دستورية القوانين في مجال المساس بالأمن القانوني و إلغاء النصوص المتعارضة مع الأمن و الثبات التشريعيين في آجال معقولة حفاظا على مصالح المتعاقدين الأجانب و مسايرة لسرعة الحياة الاقتصادية .**
- **اعتماد مواقع إلكترونية لنشر محتوى العقود المبرمة بين الدولة و المتعاقدين الأجانب و تمكين الباحثين من الولوج إلى هذه المعلومات، في إطار تجسيد مبدأ الشفافية التعاقدية للدولة.**

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر و المراجع باللغة العربية:

القرآن الكريم .

تفاسير القرآن الكريم :

1- مُحَمَّد بن جرير الطبري ، تفسير القرآن الكريم ، المجلد الأول ، سورة البقرة ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2012 .

2- أبي عبد الله مُحَمَّد بن أحمد الأنصاري القرطبي،الجامع لأحكام القرآن، الجزء التاسع ، مطبعة دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1358 هـ - 1939 م.

المعاجم :

1- علي بن هداية و آخرون ، القاموس الجديد للطلاب (معجم عربي مدرسي ألفبائي) ، تقديم محمود السعدي ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع (الجزائر) و الشركة التونسية للتوزيع (تونس) ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1976.

2- أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد السابع (ص – ض – ط) ، دار صادر ، بيروت ، دون تاريخ.

3- أحمد مختار عمر و آخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة،المجلد الأول، دار عالم الكتب،الطبعة الأولى،القاهرة ، 2008

ب–النصوص القانونية:

1–الاتفاقيات الدولية :

1- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و المتعلقة بشأن منازعات الاستثمار بين الدولة و رعايا الدولة الأخرى.

2- اتفاقية الشراكة بين الجزائر و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر المبرمة بتاريخ 05 أوت 2001 ، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 .

3- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و المملكة الإسبانية و المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 24 شوال عام 1415 هـ الموافق لـ 25 مارس سنة 1995 م، ج ر رقم 23.

4- الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية مصر العربية والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 هـ الموافق لـ 11 أكتوبر 1998 م، ج ر رقم 76.

5- الأمر رقم 591/68 مؤرخ في 09 شعبان عام 1388 هـ الموافق لـ 31 أكتوبر سنة 1968 م يتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود و استغلاله في الجزائر و على البروتوكول المتعلق بأعمال البحث عن الوقود و إنتاجه في الجزائر من طرف شركة " جيتي بتروليوم كومباني " ، ج ر عدد 88 ، السنة الخامسة المؤرخة بتاريخ 10 شعبان عام 1388 هـ الموافق لـ 01 نوفمبر سنة 1968.

6- اتفاقية الاستثمار المؤرخة في 2001/08/05 بين الدولة الجزائرية ممثلة في شخص وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها APSI و شركة أوراسكوم تيليكوم القابضة شركة ذات مسؤولية محدودة المتصرفة باسم و لحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر ، و التي تمت الموافقة عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 2001/12/20 ، ج ر عدد 80 ، 2001 .

7- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الحكومة الجزائرية ممثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI و شركة A.T.M للاتصالات ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

8- اتفاقية استثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI ، و الشركة الأجنبية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) Limited ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

9- اتفاقية الاستثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI وشركة Arcades de Skikda (A.D.S) ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

10- اتفاقية الاستثمار بين الحكومة الجزائرية ممثلة في شخص الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI والشركة الأجنبية KAHRAMA ، ج ر عدد 07 ، المؤرخة في 2007/01/28 .

11- مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 1988/11/05 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، ج ر عدد 48 ، الصادرة في 1988/11/23 .

12- المرسوم الرئاسي 345/95 مؤرخ في 1995/10/30 ، المتضمن المصادقة على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/11/05 .

13- الأمر 95-05 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، ج ر عدد 07 ، الصادرة بتاريخ 1995/02/15.

14- الأمر 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، ج ر عدد 07 ، الصادرة بتاريخ ة1995/02/15 .

15- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، ج ر عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 1995/11/05 .

16- الاتفاق المبرم بين الجزائر و ألمانيا يتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بتاريخ 1996/03/11 ، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-280 ، الصادر بتاريخ 2000/10/07 ، ج ر رقم 58 ، الصادرة بتاريخ 2000/10/08 .

17- المرسوم الرئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 2003/10/23 و المتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة دولة الكويت ، المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات و الموقعة بالكويت بتاريخ 2001/09/30 ، ج ر ج ج عدد 66 ، الصادرة بتاريخ 2003/11/02.

2-الدساتير :

أ-دساتير الجزائر :

18- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1963

19- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976

20- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1989

21- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996

22- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2016

23- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2020

24- الدساتير المقارنة :

25- دستور المملكة الاسبانية

26- دستور المملكة المغربية

ب-الأوامر والقوانين و المراسيم و القرارات الجزائرية :

27- الأمر 284/66 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1386 هـ الموافق لـ 15 سبتمبر 1966 م المتضمن قانون الاستثمارات الجزائري.

28- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 هـ الموافق لـ 20 غشت سنة 2001 م المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر.

29- الأمر 71-22 المؤرخ في 16 صفر عام 1391 هـ الموافق لـ 12 أفريل 1971 المتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل و استغلاله.

30- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .

31- القانون الصحراوي الخاص بالمناطق الصحراوية الجزائرية 1111/58 بتاريخ 1958/11/28 المتعلق بالبحث و الاستغلال والنقل عن طريق الأنابيب للمحروقات السائلة و النظام الجبائي المتعلق بنشاطاتها.

32- القانون رقم 277/63 الصادر بتاريخ 1963/07/26 و المتعلق بقانون الاستثمارات ، ج ر عدد 53 ، الصادرة بتاريخ 1963/08/02 .

33-

34- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 02 ذي القعدة عام 1402 هـ الموافق لـ 21 غشت سنة 1982 م المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني في الجزائر.

35- القانون 86-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 الموافق لـ 19 غشت سنة 1986 المعدل و المتمم للقانون 82-11 المؤرخ في 28 غشت 1982 و المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها.

36- القانون 25/88 الصادر بتاريخ 1988/07/12 و المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية ، ج ر عدد 28 ، الصادرة بتاريخ 1988/07/13 .

37-

38- القانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 هـ الموافق لـ 03 غشت سنة 2016 م المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر .

39- القانون 86-14 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406 هـ الموافق لـ 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب ، ج ر رقم : 35 ، السنة الثالثة و العشرون ، 27 أوت 1986 .

40- القانون 90-10 الصادر بتاريخ 1990/04/14 و المتعلق بالنقد و القرض ، ج ر عدد 16 ، الصادرة بتاريخ 1990/04/18 .

41- القانون رقم 90-30 ، المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 52 ، مؤرخة في 1990/12/02 .
42-
43- القانون 91-21 مؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1412 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1991 م يعدل و يتمم القانون رقم 86-14 المؤرخ في 19 أوت 1986 م المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب.
44- الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ، ج ر عدد 44 ، الصادرة بتاريخ 2009/07/26 .
45- الأمر 09-09 الصادر بتاريخ 2009/12/31 و المتضمن قانون المالية لسنة 2010 ، ج ر عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 2009/12/31 .
46- القانون رقم 10-13 مؤرخ في 2010/12/29 المتعلق بقانون المالية لسنة 2010 ، ج ر عدد 80 ، الصادرة في 2010/12/30 .
47- القانون 11-16 مؤرخ في 2011/12/28 المتعلق بقانون المالية لسنة 2012 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2011/12/29.
48- القانون 12-12 مؤرخ في 2012/12/23 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2012/12/29.
49- القانون 13-08 الصادر بتاريخ 2013/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، ج ر عدد 68 ، الصادرة بتاريخ 2013/12/31 .
50- القانون 14-10 الصادر بتاريخ 2014/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2015 ، ج ر عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 2014/12/31.
51- القانون 15-18 الصادر بتاريخ 2015/12/30 و المتضمن قانون المالية لسنة 2016 ، ج ر عدد 72 ، الصادرة بتاريخ 2015/12/31 .
52-
53- القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م يتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 50 ، الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2005.
54- القانون 06-10 مؤرخ في 03 رجب عام 1427 هـ الموافق لـ 29 جويلية 2006 م يعدل و يتمم القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م المتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 48 ، الصادرة في 30 جويلية 2006.

55- القانون 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1434 هـ الموافق لـ 30 فيفري 2013 يعدل و يتمم القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م يتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 11 ، الصادرة في 24 فيفري 2013 .

56- القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، ج ر رقم 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/22 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم .

57- القانون 13-01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1434 هـ الموافق لـ 30 فيفري 2013 يعدل و يتمم القانون 05-07 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 هـ الموافق لـ 28 أفريل 2005 م يتعلق بالمحروقات ، ج ر عدد 11 ، الصادرة في 24 فيفري 2013 .

58- القانون 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013 والمتضمن قانون المالية لسنة 2014

59- المرسوم الرئاسي 18/89 مؤرخ في 1989/02/28 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23 في الجريدة الرسمية الجزائرية ، ج ر عدد 09 ، الصادرة بتاريخ 1989/03/01 .

60- المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 هـ الموافق لـ 05 أكتوبر سنة 1993 م و المتعلق بترقية الاستثمار .

61- المرسوم التنفيذي رقم 87-159 يتعلق بتدخل الشركات الأجنبية في أعمال التنقيب والبحث عن المحروقات السائلة و استغلالها ، مؤرخ في 1987/07/21 ، ج ر عدد 30 ، الصادرة في 1987/07/22 ، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي 96-118 ، مؤرخ في 1996/04/06 ، ج ر عدد 12 ، الصادرة في 1996/04/10 .

62- المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، ج ر عدد 51 ، سنة 1993 .

63- المرسوم التنفيذي 94-319 الصادر بتاريخ 17 /1994/10 الذي يحدد صلاحيات الوكالة الوطنية لترقية و دعم و متابعة الاستثمارات ، ج ر عدد 67 ، الصادرة بتاريخ 1994/10/19.

64- من المرسوم التنفيذي 08-98 المؤرخ في 2008/03/24 المتعلق بشكل التصريح بالاستثمار و طلب و مقرر منح المزايا و كيفيات ذلك ، ج ر عدد 16 ، الصادرة بتاريخ 2008/03/26 .

65- المرسوم رقم 291/66 المؤرخ في 05 جمادى الثانية 1386 هـ الموافق لـ 21 سبتمبر 1966 م يمنح بموجبه امتياز حقل وقود المدعو " النزلة الشمالية " للشركة الوطنية للبحث عن البترول و استغلاله (س.ن. ربال) في الجزائر ، ج ر رقم 91 المؤرخة في 10 رجب عام 1386 هـ الموافق لـ 1966/10/25 م.

66- المرسوم 91-454 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة و تسييرها وضبط كيفيات ذلك ، ج ر عدد 60 ، المؤرخة في 1991/11/24.

-67
68- القرار المؤرخ في 2009/02/17 يحدد إجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا و مكوناتها ، ج ر عدد 25 ، الصادرة بتاريخ 2009/04/29 .

ج- القوانين المقارنة :

69- قانون البترول الليبي المؤرخ في 20 نوفمبر 1955 .
70- القانون رقم 09 لسنة 1378 و. ر الموافق لـ 2010 مسيحي بشأن تشجيع الاستثمار في الجماهيرية الليبية ، الصادر في سرت بتاريخ 13 صفر 1378 و.ر الموافق لـ 28 أي النار 2010 مسيحي .
71- القانون 230 لسنة 1989 المتعلق بإصدار قانون الاستثمار ، المؤرخ في 1989/07/20 ، ج ر عدد 29 تابع " أ" ، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية .
72- القانون رقم 72 لسنة 2017 المتعلق بالاستثمار في جمهورية مصر العربية .
73- القانون رقم 17 لسنة 1999 المتعلق بإصدار قانون التجارة المصري ، ج ر عدد 19 مكرر ، الصادرة في 17 ماي 1999 ، جمهورية مصر العربية .
74- القانون رقم 30 لسنة 2014 و المتعلق بقانون الاستثمار في المملكة الهاشمية الأردنية .
75- قانون الاستثمار الأجنبي لدولة الكويت.
76- المرسوم السلطاني رقم 94/102 المتعلق بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي بسلطنة عمان العربية .
77- القانون رقم 360 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في جمهورية لبنان العربية .
78- القانون رقم 2012/52 المؤشر في 31 جويلية 2012 المتضمن مدونة الاستثمارات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية.
79- من القانون المدني السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 84 بتاريخ 1949/05/18.
80- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
81- القانون المدني الليبي.
82- قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 الصادر في عام 1994 .
83- قانون البترول المنغولي لسنة 1991.
84- القانون رقم 43 لسنة 1974 بشأن إصدار نظام استثمار المال العربي و الأجنبي و المناطق الحرة.
85- القانون عدد 71 المؤرخ في 2016/09/30 و المتعلق بقانون الاستثمار التونسي ، الرائد الرسمي عدد 82 ، الصادر بتاريخ 2016/10/07 .

86- القانون الإطار رقم 95-18 الصادر بموجب الظهير الشريف عدد 1.95.213 المؤرخ في 1995/11/08 بمثابة ميثاق للاستثمارات ، ج ر عدد 4335 ، المؤرخة في 1995/11/29.

87- القانون الولائي رقم 09 المتضمن قانون تشجيع الاستثمار بولاية الخرطوم لسنة 2015 ، المؤرخ في 2015/03/26 .

88- المرسوم بقانون الاتحادي رقم 19 المؤرخ في 2018/09/23 بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر في دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 2018 .

89- القانون رقم 01 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2019/01/07 و المتعلق بتنظيم استثمار رأس المال غير القطري في النشاط الاقتصادي في دولة قطر العربية .

90- القانون رقم 13 لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم 02 لسنة 2010 و القانون رقم 50 لسنة 2015 المتعلق بتشجيع الاستثمار في العراق.

91- المرسوم 99-1060 المؤرخ في 16 ديسمبر 1999 المتعلق بالامتيازات الممنوحة من طرف الدولة الفرنسية للمشاريع الاستثمارية.

92- القانون رقم 14 المصادق عليه من طرف البرلمان البيلاروسي بتاريخ 2001/06/22 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2001/10/09 والمتعلق بالاستثمار البيلاروسي .

93- القانون المدني الإيطالي.

94- قانون الاستثمار رقم 24 لدولة المجر الصادر في عام 1988.

95- قانون رقم 2016/03373 و المتعلق بإجراءات الحصول على ترخيصات لنشاطات تقديم خدمات الاستثمار و إنشاء الشركات و مراقبتها و إدارة المحافظ و الاستشارات الاستثمارية في دولة بلجيكا المؤرخ في 2016/10/25.

96- القانون رقم 516 الصادر في 2014/04/04 و المتعلق بقانون تشجيع الاستثمار في دولة بوليفيا.

97- القانون النموذجي المنظم لاكتشافات النفط في دولة الإكوادور.

98- القانون رقم 98/2743 المتعلق بقانون الاستثمار لدولة الأورغواي و الصادر بتاريخ 1998/02/12.

99- من القانون رقم 314 المؤرخ في 29 أوت 2000 و المتضمن قانون تشجيع الاستثمار في دولة نيكاراغوا ، منشور في مجلة الجريدة الرسمية la Gaceta Diario Oficial ، عدد 163 ، الصادرة بتاريخ : 2000/08/29 .

100-القانون رقم 25 المؤرخ في 26 /2007/04 ،المتعلق برؤوس أموال الاستثمار الأندونيسي، الجريدة الرسمية رقم 67 لسنة 2007 الصادرة بتاريخ 2007/04/26.

101-القانون الصادر بتاريخ 2011/09/12 و المتعلق بدعم و تشجيع الاستثمار في دولة إيران .

102-القانون رقم 4875 الصادر بتاريخ 2003/06/05 و المتعلق بالاستثمارات الأجنبية المباشرة في تركيا ، ج ر رقم 25141 ، الصادرة بتاريخ 2003/06/17 ، عدد 06 ، المجلد رقم 42 .

المؤلفات باللغة العربية :

103-إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص (الجنسية و مركز الأجانب)، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر ، 1998.

104-إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية (النظرية العامة و تطبيقاتها في القانون الكويتي و المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964) ، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 1981.

105-إبراهيم متولي حسن المغربي ، دور حوافز الاستثمار في تعجيل النمو الاقتصادي من منظور الاقتصاد الاسلامي و الأنظمة الاقتصادية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2015.

106-أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

107-أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية –قانون الإرادة وأزمته) ، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة ، 2008.

108-أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (الجنسية و الموطن ومعاملة الأجانب و التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دون طبعة ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 2008.

109- أحمد فارس النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة : فرنسا، مصر الأردن) ، الطبعة الأولى ، دار حامد ، عمان ، 2012.

110-أحمد عبد الإله المراغي ، القانون الدولي الاستثماري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2015.

111-أحمد فارس النوايسة ، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية (دراسة مقارنة في فرنسا و مصر والأردن) ، الطبعة الأولى ، دار حامد ، عمان ، 2012.

112-الحسين بن شيخ آيث ملوية، دروس في المنازعات الإدارية (مقياس : وسائل المشروعية)، الطبعة الرابعة، دار هومة ، الجزائر ، 2009.

113-الروبي مُحَمَّد ، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B.O.T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2004.

114-الطاهر سعود ، التخلف و التنمية في فكر مالك بن نبي ، دار الهادي للطباعة و النشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2006.

115-السيد أحمد عبد الخالق ، الاقتصاد الكلي و السياسات الاقتصادية ، الكتاب الثاني ، دار الأصدقاء للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2002.

116-أحمد شرف الدين ، المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار – المؤسسة العربية لضمان الاستثمار- ، الكويت ، 1983.

117-أحمد مُحَّد حمد الشلماني ، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 2007.

118- أحمد حسين جلاب الفتلاوي ، النظام القانوني لعقد الاستثمار ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ،2017.

119-أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون و السيادة و امتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، سلسلة أطروحات الدكتوراه (29) ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 1997.

120-أحمد سي علي،النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام، دون طبعة،دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2009.

121-أحمد عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر بوخشب ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، دون طبعة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، 1990.

122-حسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2002.

123-أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول : تنازع القوانين ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الطبعة العاشرة ، الجزائر ، 2008.

124-آيت علي زينة ، مبدأ السيادة على الموارد الطبيعية في ظل القانون الدولي للاستثمار ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2020.

125-الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1998.

126-أمين مكي مدني ، التنمية القائمة على منهج حقوق الإنسان ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2007.

127-ادوار عيد ، موسوعة أصول المحاكمات المدنية ، الجزء الثاني عشر (التحكيم) ، مطبعة نمنم ، بيروت، لبنان ، 1989.

128-إسحاق ابراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2004 .

129- باسم مُحَمَّد ملحم و بسام حمد طراونة ، الشركات التجارية ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة للنشر و الطباعة و التوزيع (شركة جمال أحمد مُحَمَّد حيف و إخوانه) ، عمان ، الأردن ، 2011.
130- بشار الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، دمشق ، 2010.
131- بشار مُحَمَّد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006.
132- بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ، الاستقرار القانوني و دوره في جذب الاستثمار الأجنبي ، المركز العربي للبحوث القانونية و القضائية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2020.
133- بشار عدنان ملكاوي ، تأثر مبادئ العقد عند حدوث أزمة سياسية (مثال : الشرق الأوسط منذ عام 1945) ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، عمان ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2002.
134- بلخير مُحَمَّد آيت عودية ، الأمن القانوني و مقوماته في القانون الإداري ، منشورات دار الخلدونية ، الجزائر ، 2018.
135- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، 2014.
136- ثروت أنيس الأسيوطي ، مبادئ القانون ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1974.
137- ثيودور موران "الشركات المتعددة الجنسيات"، الاقتصاد السياسي للاستثمار الخارجي المباشر، ترجمة جورج خوري، دار الفارس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، عمان، المملكة الأردنية الهاشمية ، 1994.
138- دارا رمزي توفيق ، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2017 .
139- دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.
140- رائد أحمد علي أحمد ، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية ، الجزء الأول (النظام القانوني لعقود الاستثمارات البترولية) ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، مصر.
141- حاتم غائب سعيد ، النظام القانوني لضمانات و حوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2017.
142- حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994.
143- حليمة آيت حمودي ، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار الحداثة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1986.

144- حسام عيسى ، الشركة المتعددة القوميات (دراسة في الأوجه القانونية و الاقتصادية للتركيز الرأسمالي المعاصر) ، دون طبعة ، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1990.

145- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1969 .

146- حسين القاضي و آخرون ، محاسبة البترول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001.

147- حمدي ابو النور السيد عويس ، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2011.

148- جاك غيستان Jaque Ghestin ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ،الطبعة الأولى، بيروت ، لبنان ، 2000.

149- جان لوك أوبير ، ترجمة (شفيق محسن) ، مدخل إلى علم الحقوق ، الطبعة الأولى ، دار و مكتبة الهلال ، بيروت ،2010.

150- جابر جاد نصار ، عقود البوت B.O.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام) ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002.

151- جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية، 2003.

152- جلال أمين ، كشف الأقنعة عن نظريات التنمية الاقتصادية ، دار الهلال ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002.

153- جلال أحمد خليل ، النظام القانوني لحماية الاختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1983.

154- جون بيليس و ستيف سميث ، عولمة السياسة العالمية ، ترجمة و نشر مركز الخليج للأبحاث ، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة ، 2004.

155- جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت B.O.T و كيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 2002.

156- فائز أنجق ، مطبوعة حول المجتمع الدولي المعاصر ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1982.

157- فاضل مُحَمَّد العبيدي ، البيئة الاستثمارية ، مكتبة المجتمع العربي للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2012.

158- عادل حاميدي ، الدليل الفقهي و القضائي للقاضي و المحامي في النزاعات الأسرية، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، المملكة المغربية ، 2016.

159-عاطف سليمان ، التجربة البترولية لإمارة أبو ظبي ، مركز الإمارات للدراسات و البحوث ، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة .
160-عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية و المعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية و دورها في هذا المجال) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008 .
161-عبد الكريم كاكي ، الاستثمار الأجنبي المباشر و التنافسية الدولية ، مكتبة حسن العصرية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2013.
162-عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1991.
163-عبد الرحمان عارف و دوره السياسي في العراق (1966-1968) ، دار أسامة للنشر والتوزيع ، العراق ، 2012.
164-عبد الرزاق مقري ، مشكلات التنمية و البيئة و العلاقات الدولية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2008.
165- عبد الغني بسيوني ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية.
166-عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006.
167-عبد المنعم محفوظ ، قضاء المشروعية و فلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر ، دار عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، 1984.
168-عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008.
-169
170-عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر بوخشب ، النظام القانوني للاتفاقات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية.
171-عبد الحق لخذاري ، الأمن القانوني و دوره في حماية حقوق الانسان ، مقال منشور في مجلة الحقيقة ، جامعة أحمد درارية بأدرار ، العدد 37 ، جانفي 2016.
172-عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1993.
173-عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار (الأنشطة العادية و قطاع المحروقات) ،الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006.

174-عدنان عمرو ، مبادئ القانون الإداري (نشاط الإدارة ووسائلها) ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الثانية ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2003.

175-عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو ، دار النهظة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 2006.

176-عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

177-عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام بين النظرية و التطبيق (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي) ، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2005.

178-عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الطبعة الخامسة ، الجزائر ، 2009.

179-عميروش محند شلغوم ، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية ، مكتبة حسن العصرية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2012.

180-عمر هاشم مُحَمَّد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.

181-عمر حلمي ، معايير تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، 1993.

182-عمر حلمي ، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،جمهورية مصر العربية ، 1993.

183-عمرو طه بدوي مُحَمَّد علي ، الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد (دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2006.

184-علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001.

185-علي فيلالي ، مقدمة في القانون ، موفم للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2005.

186-علي إبراهيم ، العلاقات الدولية في وقت السلم ، دار النهظة العربية ، القاهرة ، 1998.

187-علي كريمي ، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، بيروت ، جمهورية لبنان ، 1990 .

188-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008.

189-عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزء الأول (تنازع القوانين) ، دار هومة ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2011.

190-عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى ، الجزائر، 1999

191- عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، دار بوساحة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الرابعة ، سوق أهراس ، الجزائر ، 2017.

192- عصام الدين القصبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.

193- عصام نجاح ، القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عنابة ، الجزائر ، 2011.

194- عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع (دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة) ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2013.

195- عقيل كريم زغير ، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة) ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2015.

196- عكاشة عبد العال ، قانون العمليات المصرفية ، دار المطبوعات الجامعية ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان، 1993.

197- عوض الله شيبة الحمد السيد ، الأحكام المستحدثة للأجانب في التشريعات المصرية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997.

198- غازي عبد الرحمان القحتيبي ، التنمية الأسئلة الكبرى ، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان.

199- غسان رباح ، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية: دراسة مقارنة حول عقود الدولة مع شركات الاستثمار الأجنبية) ، دون طبعة ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، 1988.

200-

201- عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر.

202-

203- محمد لبيب شقير و صاحب ذهب ، اتفاقيات و عقود البترول في البلاد العربية ، الجزء الأول ، جامعة الدول العربية ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، مصر ، 1969.

204-

205- محمد الفاتح محمود بشير المغربي ، التمويل و الاستثمار في الاسلام ، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2018

206- محمد لبيب شقير ، مفهوم التنمية العربية و متطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر ، منشورات صندوق النقد العربي ، الكويت ،1981.

207- مُحَمَّد عبد العزيز علي بكر ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، المكتبة العصرية ، مصر ، 2010.
-208
209- مُحَمَّد إسماعيل عمر ، صناعة و تكرير البترول ، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2007.
210- مُحَمَّد أحمد سويلم ، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات (دراسة مقارنة بين القانون و الفقه الإسلامي) ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2009.
211- مُحَمَّد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الأولى، الدار الوطنية الجديد للنشر والتوزيع ، الرياض، المملكة العربية السعودية ،1994.
212- مُحَمَّد بن براك الفوزان،الأحكام العامة للشركات، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية،2014.
213- مُحَمَّد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون(القاعدة القانونية-نظرية الحق) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2006.
214- مُحَمَّد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها (دراسة للطبيعة القانونية الجديدة و الأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة و التحكيم فيها) ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003.
215- مُحَمَّد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة (دراسة تأصيلية تطبيقية للشروط الجديدة في عقود الدولة المبرمة بين الأشخاص الأجنبية الخاصة بالتطبيق على عقود الفيديك FIDIC والقواعد الجديدة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC والقواعد الجديدة لليونيسترال UNCITRAL مع دراسة مقارنة بالقانون الأنجلو أمريكي لصور الجزاءات في العقود الإدارية)،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2014.
216- مُحَمَّد عبد العزيز علي بكر ، فكرة العقد الإداري عبر الحدود (دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية) ،دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2000.
217- مُحَمَّد عبد العزيز بكر ، أثر شرط التحكيم على المفهوم المنفرد للعقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2001.
218- مُحَمَّد محسوب عبد المجيد درويش ، قانون التجارة الدولي Lex Mercatoria ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1995.
219- مُحَمَّد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2010.

220- مُحَمَّد صفوت فايل ، نظريات و سياسات التنمية الاقتصادية ، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2008.

221- مُحَمَّد حسن دخيل ، إشكالية التنمية الاقتصادية المتوازنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009.

222- مُحَمَّد سيد عابد ، التجارة الدولية ، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية للطباعة و الشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2001.

223- مُحَمَّد ابراهيم الشافعي ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.

224- مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثانية ، لبنان ، 2013.

225- مي مُحَمَّد عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام(القاعدة الدولية) ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة السابعة ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1995.

226- مفتاح خليفة عبد الحميد ، التشريعات التي تنظم النشاط النفطي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2015.

227- ميساء هشام السامراني ، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2018.

228- ميشيل ب .تودارو ، ترجمة محمود حسن حسني و محمود حامد محمود ، التنمية الاقتصادية (Economic Development) ، دار المريخ للنشر ،الطبعة الأولى ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2006.

229- محمود مُحَمَّد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2000.

230- محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية المصرفية ، المجلد الأول : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا (دراسة تطبيقية : عقد نقل التكنولوجيا –عقد المساعدة الفنية – عقد تسليم المفتاح – عقد تسليم الإنتاج – عقد البحث) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2014.

231- محمود محمود المكاوي ، الاستثمار في البنوك الإسلامية ، دار الفكر و القانون ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2011.

232- محسن شفيق ، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006.

233- محسن شفيق ، عقد تسليم المفتاح (نموذج من عقود التنمية) ، دار النهظة العربية ، جمهورية مصر العربية ، دون تاريخ.

234- مراد محمود المواجدة ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 2010.

235- مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2010.

236- منير عبد المجيد ،قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1995.

237- مصطفى مُحَمَّد جمال و عكاشة مُحَمَّد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية (قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن و قانون التجارة الدولية ، مع الإشارة لقوانين التحكيم العربية)، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 1998.

238- مصطفى مُحَمَّد عبد الكريم ، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2018.

239- موحند اسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول (قواعد التنازع) ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989.

240- كريمة كريم و جودة عبد الخالق ، أساسيات التنمية الاقتصادية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية المصرية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1997.

241- لورنا عبد الله الديب ، انعكاسات اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، جمهورية مصر العربية ، 2018

242- ليندا جابر ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2014.

243-

244- ناصر زين العابدين ، مذكرات في اقتصاديات المالية العامة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 1983.

245- نصر عارف ، مفاهيم التنمية و مصطلحاتها ، الدار الجامعية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008.

246- نبيل بشر ، المسؤولية الدولية في عالم متغير ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، جمهورية مصر العربية ، 1995.

247- نورس عباس العبودي ، الأداء المميز و أثره على عملية الإسناد ، دار السنهوري للنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2016.

248- نزيه عبد المقصود مبروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية، 2007 ،

249- نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992.

250- نور الدين الشيخ عبيد ، الملكية و توليد القيمة (التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد) ، مكتبة العبيكات ، الطبعة الأولى ، دمشق ، الجمهورية العربية السورية ، 2002.

251- سامي منصور و آخرون ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع الاختصاص التشريعي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2009.

252- سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأة المعارف للنشر ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ،2004.

253- سعد طه علام ، التنمية و الدولة ، دار طيبة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2004.

254- سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984.

255- سمير سيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 1974.

256- سعيد عبد الغفار أمين شكري ، القانون الدولي للعقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2007.

257- سراج حسين مُحَمَّد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الثانية ، دار النهظة العربية ، القاهرة، مصر، 2010.

258- سليمان مُحَمَّد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، جمهورية مصر العربية، 1991.

259- سعد مُحَمَّد خليل ، نزع الملكية العامة بين الشريعة و القانون ، دار السلامة للطباعة و النشر و التوزيع ، جمهورية مصر العربية ، 1993.

260- سماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية تحليلية) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى الجزائر ، 2004.

261- شريف مُحَمَّد غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة و إعادة التفاوض Hardship)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

262- صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية بالأزاريطة، الإسكندرية ، 2005.

263- صبري فارس الهيتي ، التنمية السكانية و الاقتصادية في الوطن العربي ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2007.

264- صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، دون تاريخ نشر.
265- صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996.
266- طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي لسنة 2006 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2009.
267- طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2005 .
268- طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2008.
269- هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007.
270- هاني مُحَّد كامل المنايلي ، إتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم) ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011.
271- هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2001.
-272
273- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001.
274- هشام علي صادق ، الجنسية و الموطن و مركز الأجانب ، المجلد الثاني (مركز الأجانب) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008.
275- هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2003.
276- هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2002 .
-277
278- هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه و تسوية المنازعات التي تثور بشأنه) ، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية.
279- وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2008.

280- وسيم حسام الدين أحمد ، قوانين الاستثمار العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، 2011.

281- وليد الهمشري ، عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة و الشروط التقليدية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة ، عمان ، المملكة الأردنية ، 2009 .

282- وسام مجدي عطية ، الآليات القانونية و الاقتصادية لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر بين النظرية والتطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2012.

283- ياسين مُحَمَّد مُحَمَّد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة) ، دار الكتب و الوثائق القومية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2011.

284- يحياوي أعمر ، قانون المسؤولية الدولية ، دار هومة ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2009.

285- يس مُحَمَّد مُحَمَّد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة) ، المكتب الجامعي الحديث ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2012.

286- يونس عياشي ، الأمن القانوني و القضائي و أثرهما في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، الطبعة الأولى ، دار السلام للنشر و التوزيع ، الرباط ، المملكة المغربية ، نوفمبر 2012.

المؤلفات باللغات الأجنبية :

–1 I.L.R .VOL 35 .1965.

–2 I.L.M, vol21,1982 .

–3 I.L.M.,vol 20 1981.

–4 L. Cotula, Reconciling regulatory Stability and evolution of environmental standards in investment contracts: towards a rethink of stabilization clauses (2008) 1/2 Journal of World Energy Law & Business.

-5 Nour-Eddine TERKI, « Le gel de la loi applicable dans les contrats internationaux de longue durée». Faculté de droit, université d'Alger, Année 2004-2005.

-6 Philippe Mallaurie , Laurent AYNES et Philippe STOFFEL – MANCK, Droit civil , Les obligations , Defrénois , Paris , France , 02e éd. 2005.

-7 Berlin Dominique ,Le Régime Juridique international des accords entre États Et Ressortissant d'autre États ,Thèse ,Paris1,1981.

-8 Jean Rivero , Apologie pour les «Faiseurs de systèmes », Pages de doctrine , LGDJ,1980.

-9 Éric Capron , État de droits et droits européens, Collection juridique ,2005.

-10 Carbonnier .J., Flexible Droit, LGDJ, Paris, 7éme éd, 1992.

-11 Roubier Paul, Théorie général du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs Sociales,Dalloz,Paris, 2005.

-12 Piazzon Thomas , La sécurité juridique , thèse,Défrénois , coll doctorat et notariat ,T.35 ,2009.

-13 Prosper Weil ,Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique ,écrits de droit international ,1ére Edition , Paris , 2000.

-14 Peter (W), Arbitration and renegotiation of international investment agreements, Kluer law international ,The hugue /Boston/London , 1995.

-15 Bernardini (P), the Renegotiation of the investment contracts, ICSID Rev- F.I.L.J , vol 13,N 2 ,1998.

-16 of Foreign investment Disputes , The Hugue , Kluwer , Sornarajah (M) ,The Settlement 2000.

-17 Asante (S.K.B) Stability of contractual relations in the transnational investment process , I.C.L.Q , vol 28 ,Part 3 , 1979.

-18 la loi en droit international privé suisse, thèse de doctorat, àGeorrg Lang : La fraude d'université de Lausanne.

-19 Marie –Noelle Jobard Bachellier : L'apparence en droit internantional privé, L.G.D.J, 1984.

-20 Pièrre Mayer : Droit international privé, 6ème édition , Montchrestien 1998.

-21 Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale , décision N° 1526 du 25 septembre 1968 ,Clunet , 1974.

-22 Schnitzer, A. F.(1968) Les contrats en droit international privé suisse, RCADI, 1968, t.123.

-23 Ancel, M.-E. (2002) La prestation caractéristique du contrat, Paris: Economica.

-24 Giuliano, M. et Lagarde, P.(1980) Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE nº C 282, 31 oct. 1980.

-25 Lagarde, P. (1991) " Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Paris: Rev., crit. DIP.

-26 Sentence partielle C.C.I rendu à Paris,N°5953 du 1er septembre 1988 ,Arbitrage ,1990.

-27 See Jola Gjuzi ,stabilization clauses in international investment law (a sustainable development approach) , Springer edition , Albania , 2018.

-28 Éric Capron , État de droit et droits européens , Collection logique juridique , 2005.

-29 Jean-Marc Sauvé , Intervention de l'ouverture lors du Colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État , organisé le vendredi 21 novembre 2014 , France.
-30 Fauré.G. et Koubi G, « lire et comprendre :quelle intelligibilité de la loi ? », in ,le titre préliminaire du code civil , économica, Coll, études juridiques, T.16,2003.
-31 Ripert George , les forces créatrices du droit ,librairie générale de droit et de jurisprudence, France,1955.
-32 Malaurie. Ph., « la jurisprudence combattue par la loi » , in ,Mélange Offert à René Savetier , Dalloz ,Paris،1965.
-33 Héraud .P., la notion du temps dans l'oeuvre du doyen , Hauriou .M , in ,la pense du doyen Hauriou et son influence ,éd, Pédone,coll.Philosophie comparée du droit du l'état, paris,1969.
-34 Berthold Goldman , Les décisions du conseil constitutionnel relatives aux nationalisations et le droit international , J D I , N° 02 , 1982.
-35 François DIESSE, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'Etat », R.D.A.I., n°08, 1998
-36 Hosni El-gamal , L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés contre les risques non commerciaux (pays arabes) , Thèse de doctorat , Faculté de droit et sciences économiques , Université de Paris 1, 1970.
-37 Morand Deviller Jacqueline , Cours de droit administratif des biens , 2eme édition , Montchrestien , paris ,2001.
-38 Géraud de la Pradelle , Les conflits de loi en matière de nullités : (du droit interne français au droit international privés) , bibliothèque du droit international privés , vol8, Dalloz , paris , 1967.
-39 Terki N , La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie ,R.A.S.J.E.P N° 02/2000.
-40 Sylvia Calmes , Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand , communautaire et français ,Dalloz , Paris,2001.
-41 UNCTAD, handbook of statics and world investment report from 2000 to 2009.
-42 Emannuel Gaillard , la jurisprudence du CRDI , vol II , édition A pédone , paris , 2010.
-43 Racha EL HERFI , Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen , Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la convention européenne des droits de l'homme , Service de documentation , des études et du rapport de la cour de cassation , Bureau du droit européen , 27 octobre 2015.
-44 Anne juliette Bonzon , la protection des investissement suisse à l'étranger dans le cadre des accords de promotion des investissements , Thèse de doctorat , Faculté de droit et des sciences criminelles , université de lausanne –suisse ,2012.
-45

المقالات العلمية :

287- أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية ،مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 ، 1987.

288- إبراهيم أحمد إبراهيم ، كيفية الإفادة من الاتفاقيات الدولية في مجال نقل العلم والتكنولوجيا ، مقال منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 24، أكتوبر 2000.

289- إبراهيم أحمد إبراهيم ، حماية الأسرار التجارية و المعرفة الفنية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، جويلية 2002.

290- إبراهيم رحماني ، أثر التحكيم في تحقيق الأمن القضائي (دراسة تحليلية تأصيلية موازنة)، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019.

291- أكثم أمين الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مقال منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، جانفي 2000.

292- بردان رشيد و بوراس نجية ، القاضي و تفسير العقد ، مقال منشور بمجلة القانون – المجتمع و السلطة ، المجلد 07 ، العدد 01 ، 2018.

293- بن أحمد الحاج ، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري ، مقال منشور ، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، العدد 05 ، المجلد 02 ، جامعة عمار ثليجي بالأغواط ، 2017.

294- بوغزالة مُحَمَّد رشيد و برير نصيرة ، دعائم تجسيد الأمن القضائي بالجزائر و دوره في تحقيق التنمية الوطنية ، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019.

295- جلاب عبد القادر و غوثي الحاج قوسم ، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، مقال منشور بمجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 04 ، العدد 01 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة إبن خلدون بتيارت ، 2018.

296- خالد مُحَمَّد الجمعة ، انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة و العشرون ، العدد الثالث ، الكويت ، 1999.

297- طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2011.

298- عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي ، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد الأول ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو.

299- عامر زغير محيسن ، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني و مبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية ، مقال منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة ، العدد 18 ، العراق ، 2010.

300- سعاد الشرقاوي ، تنوع و تزايد العقود الإدارية و تحول الإدارة المعاصرة من الأمر و القهر إلى الاتفاق و المكافأة ، مقال منشور في مجلة الأمن و القانون ، كلية الشرطة بدبي ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، 1995.

301- جبايلي صبرينة ، شرط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية ، مقال منشور في مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عباس الغرور بخنشلة ، العدد 09 ، جانفي 2018.

302- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود ما بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية " عقد الدولة " ، مقال منشور بمجلة إدارة ، المدرسة الوطنية للإدارة ، مركز التوثيق و البحوث الإدارية، المجلد 7 ، العدد 01 ، 1997 ، الجزائر.

303- وليد لعماري ، استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي ، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع ، جوان 2016.

304- مصطفى الزرقاء ، دراسة مبدئية في العقود و فسخها بين الشريعة و القانون ، مقال منشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة الخامسة ، العدد السابع.

305- ندى عبد الكاضم الحسين ، دراسة مقارنة بين قانون الاستثمار الاتحادي رقم 13 لسنة 2006 و قانون الاستثمار الكردستاني رقم 04 لسنة 2006 ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الخامس و العشرون ،كلية القانون ، جامعة بغداد ، العراق ، 2010.

306-

307- شنتوفي عبد الحميد ، الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار ، مقال منشور في مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية ، العدد 01 ، المجلد 01 ، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية ، جامعة بجاية ، 2017.

308- عدلي مُحَمَّد عبد الكريم ، تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة ، مقال منشور بمجلة الحقيقة ، العدد 18 ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، الجزائر ، 2011.

309- سامي منصور ، تنازع القوانين و القانون المطبق من المحكم في عقود التجارة الدولية ، مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد 50 ، لبنان ، 2009

310-

311- عبد السلام علي الفضل و نعيم علي العتوم ، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي ، مقال منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون ، المجلد 46 ، العدد 01 ، الملحق 01 ،كلية القانون ، جامعة اليرموك ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2019 .

312-

313- عبد الرحمان تومي ، واقع و آفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ، مقال منشور في مجلة دراسات اقتصادية ، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعليمية ، العدد 08 ، جويلية 2006

314- جوري ستروكزوسكي ، الوضع القانوني للمستثمرين الأجانب في بولندا وبيلاروسيا (دراسة مقارنة بين قانون الأعمال وقانون الاستثمار لجمهورية بيلاروسيا) ، مقال منشور في مجلة الحركة القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، السنة الرابعة و الخمسون ، العدد 02 ،بولونيا ، 2002.

315- مازن ليلو راضي ، من الأمن القانوني إلى التوقع المشروع (دراسة في تطور مبادئ القضاء الإداري) ، مقال منشور في مجلة معهد القانون، جامعة ما بين النهرين ، عدد سنة 2018 ، جمهورية العراق العربية ، 2018/09/02.

316- علوي فاطمة ، دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر ، مقال منشور في مجلة البشائر الاقتصادية ، العدد 04 ، جامعة طاهري مُحَّد بشار ، الجزائر ، أفريل 2016.

317- عادل علي مانع ، الأمن القانوني الجنائي (مفهومه و أسسه) ، مقال منشور في مجلة الأمن و الحياة ، العدد 248 ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، مارس 2003.

318- عبد المجيد لخذاري و فطيمة بن جدو ، الأمن القانوني والأمن القضائي علاقة تكامل، مقال منشور بمجلة الشهاب ، العدد 2 0 ، جوان 2018، جامعة حمة لخضر بالوادي.

319- محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن في مرحلة التفاوض على العقد ، مقال منشور في مجلة الشريعة و القانون ، السنة 27 ، العدد 54 ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أفريل 2013.

320- منصور حاتم محسن ، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) ، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 25 ، العدد 06 ، كلية القانون ، جامعة بابل ، جمهورية العراق ، 2017.

321- مُحَّد بجاق ، مقومات الأمن القضائي ، مقال منشور في مؤلف جماعي بعنوان : الأمن القضائي بين الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي (دراسات و أبحاث) ، الطبعة الأولى ، مخبر الدراسات الفقهية و القضائية ، جامعة الوادي ، دار سامي للنشر و الطباعة و التوزيع ، الوادي ، الجزائر ، 2019.

322- مُحَّد المصطفى ولد احمد محمود ، حماية ملكية الاستثمار الأجنبي (قراءة في الضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية و الجماعية) ، مقال منشور في مجلة الفقه و القانون ، العدد 40 ، المملكة المغربية ، فبراير 2016.

323- مصطفى بن الشريف ، الأمن القانوني و الأمن القضائي ، مقال منشور في موقع هيسبريس ، جريدة الكترونية مغربية ، http://www.hespresse.com .

324- فارح وليد و بلغيث صبرينة ، الآليات القانونية و القضائية لجذب الاستثمار في مجال الطاقات المتجددة ، مقال منشور في مجلة آفاق للأبحاث السياسية و القانونية ، العدد الرابع ، جامعة عمار ثليجي الأغواط ، نوفمبر 2019.

325- خالد مُحَمَّد الجمعة ، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة الثالثة و العشرون ، العدد الثالث ، الكويت ، 1999.

326- زروقي ليلى ، دور القضاء الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية ، مقال منشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد الثالث ، سنة 2003.

327- أحمد رحماني ، نزع الملكية للمنفعة العامة ، مقال منشور في مجلة إدارة ، العدد الثاني ، سنة 1994.

328- مُحَمَّد يوسفي ، مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الاجنبية ، مقال منشور في مجلة الإدارة ، العدد 23 ، المجلد 12 ، 2002.

329- رائد ناجي أحمد ، مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية و تطبيقه في العراق ، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، العدد الثاني ، السنة الأولى.

330- غوثي الحاج قوسم ، مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني ، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية ، العدد 01 ، المجلد 04 ، 2018.

331- مُحَمَّد الفاتح عبد الوهاب العتيبي ، النمو الاقتصادي من أجل التنمية الإقتصادية وعلاج مشاكل البطالة والفقر ، مقال منشور في مجلة الحوار المتمدن الإلكترونية، العدد 2371، الصادر بتاريخ : 2008/08/12.

332- مخلوف لكحل ، الاستقرار القانوني و دوره في تعزيز الاستثمار في العقار الاقتصادي ، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد الثامن ، جانفي 2016.

333- منى قاسم ، الشركات المتعددة الجنسية وأهميتها في الاقتصاد العالمي، مقال منشور في النشرة الاقتصادية، بنك مصر، العدد14، السنة 1998.

334- براكش لونجاني وعساف رزين ، ما مدى فائدة الاستثمار الأجنبي المباشر للدول النامية ؟، مجلة التمويل والتنمية، المجلد 38 ، العدد 2 ، صندوق النقد الدولي ، الولايات المتحدة الأمريكية ، جوان 2001.

335- زروقي نوال ، دور الأمن القانوني في تكريس فعلية ضمانات الاستثمار في الجزائر ، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد الثاني (عدد خاص) ، المجلد 11 ، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، أوت 2020 .

336- سارة نوي ، الجزائر لا تزال وجهة غير جذابة لممارسة الأعمال : أرقام البنك العالمي تنتقد جهود الحكومة في تكييف مناخ الاستثمار ، مقال منشور في جريدة الفجر ، عدد يوم 02 أوت 2016.

337- عبد الكريم صالح عبد الكريم وعبد الله فاضل حامد، تضخم القواعد القانونية –التشريعية (دراسة نقدية تحليلية في القانون المدني)، مقال منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 23، السنة السادسة،العراق، 2014.

338- : سامية كسال ، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي (مستجدات القانون 16-09 لمواجهة هذا العائق) ، مقال منشور في مجلة صوت القانون ، العدد الثاني ، المجلد الخامس ، أكتوبر 2018 ، ص 441 .

339- حسايني سامية ، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري : آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي تجاه المستثمر الأجنبي ، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد الثاني ، المجلد 12 ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، 2015.

البحوث :

340- سميحة القليوبي ، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، منشور ضمن مجموعة أعمال مهداة إلى روح الأستاذ محسن شفيق بعنوان : دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 2002.

341- عثمان عبد الملك الصالح، ضمانات حقوق الإنسان في الكويت بين النظرية والتطبيق ، بحث مقدم إلى ندوة تدريس حقوق الإنسان، جامعة الزقازيق ، مصر، يومي 14 و 16 ديسمبر 1978 .

342- عباس جبار الشرع ، دور الاستثمار الأجنبي في حركة التصنيع العربي (دراسة للجانب الإيجابي للاستثمار الأجنبي المباشر) ، مقال منشور في مجلة العلوم الاقتصادية ، العدد السابع عشر ، كلية الإدارة و الاقتصاد ، جامعة البصرة ، كانون الثاني 2006.

343- كايس الشريف ، عدم فعلية لقاعدة القانونية و أثرها على الأمن القانوني ، مطبوعة صادرة عن مخبر البحث – القانون و التكنولوجيات الجديدة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، دون تاريخ.

344- غسان عبيد مُحَّد المعموري ، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2009.

345- طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، العدد الثالث ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2011.

المذكرات و الأطروحات و الرسائل :

المذكرات :

346- بوزيد صبرينة ، قانون المنافسة : لاأمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 بقالمة ، الجزائر ، 2016/2015.

347- شنتوفي عبد الحميد ، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2009/06/11.

348- والع سهيلة ، الجوانب القانونية لجوانب مناخ الأعمال في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2011/2010.

349- شوشو عمار ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون ، فرع قانون خاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2008/2007.

350- مرزوق فاطمة ، التحكيم التجاري الدولي و قضاء الدولة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون العقود ، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج بالبويرة ، الجزائر ، 2018.

351- علاق عبد القادر ، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهاة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2008/2007.

352- خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2002/2001.

353- هاشمي عمر ، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2016/05/31.

354- نساخ سفيان ، التحكيم في نزاعات عقود استغلال النفط في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستار في القانون ، فرع قانون عام ، تخصص قانون عام للأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ،2013/ 2014.

355- كمال سمية ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2003/2002.

الأطروحات:

356- معيفي لعزيز ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2015.

357- عليان عدة ، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ظل القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2016/2015.

358- أوراك حورية ، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري و إجراءاته ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم فرع قانون عام ، كلية الحقوق سعيد حمدين ، جامعة الجزائر1 ، الجزائر ، 22 فيفري 2018.

359- ظاهر مجيد قادر ، الاختصاص التشريعي و القضائي في عقود النفط (دراسة تحليلية مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه ، كلية القانون و السياسة، جامعة صلاح الدين ، أربيل ، إقليم كردستان ، العراق ، 2012.

360- خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه ، فرع ملكية فكرية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009/2008.

361- عبد العزيز سعد يحي النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر (دراسة قانونية مقارنة) ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، جمهورية مصر العربية ، 2002.

362- عمورة جمال لمجيد ، دراسة تحليلية و تقييمية لاتفاقيات الشراكة العربية الأورو-متوسطية ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، فرع تحليل اقتصادي ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2005 /2006.

363- عسالي عرعارة ، التوازن العقدي عند نشأة العقد ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2015/2014.

364- لعماري وليد ، الاستقرار القانوني و أثر على الاستثمار الأجنبي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2019/2018.

365- عبد الفتاح حجازي مُحَّد حجازي ، أزمة العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1998.

366- صالح شوقي عبد العال حافظ ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولى و سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادة منفردة ، أطروحة دكتوراه ، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2011.

367- أحلام عدنان الجابري ، العقوبات الفرعية (دراسة مقارنة) ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1999.

368- سحيم مُحَّد سحيم ، ضمانات و حوافز الاستثمار في مصر(دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، 2009

369- لمياء متولي يوسف مرسي ، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق عين شمس ، 2007.

370- فارس رشيد البياتي ، التنمية الاقتصادية سياسيا في الوطن العربي ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الاقتصاد ، كلية الإدارة و الاقتصاد ، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك ، عمان ، 2008.

371- قنادزة جميلة ، الشراكة العمومية الخاصة و التنمية الاقتصادية في الجزائر ، أطروحة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الاقتصادية ، تخصص تسيير المالية العامة ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2018/2017.

الرسائل :

372- ثاوات عمر قادر حاجي ، النظام القانوني لمبدأ استقرار المعاملات في القانون المدني (دراسة تحليلية) ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية القانون و السياسة بجامعة السليمانية ، العراق ، 2009.

373- لكحل صالح ، مدى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2018.

374-

375- فتحة أميرة ، دور المراجعة الجبائية في تحقيق الأمن الجبائي بالمؤسسة الاقتصادية (دراسة حالة شركة مطاحن الأوراس – باتنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه طور ثالث في العلوم التجارية تخصص محاسبة ، قسم العلوم التجارية ، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، جامعة مُحَّد خيضر ببسكرة ، الجزائر ، 2018/2017.

376- أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،1998.

377- ماهر مُحَّد حامد أحمد ، النظام القانوني لعقود البوت (B.O.T) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، فرع بنها ، جمهورية مصر العربية ، 2004.

378- يوسف عبد الهادي الأكيابي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، جمهورية مصر العربية ، 1984.

379- سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1998.

380- عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة دكتوراه دولة في القانون الدولي ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2005-2006.

381- عوض الله شيبة الحمد السيد ، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول و الشركات الأجنبية الخاصة ، رسالة للحصول على شهادة دكتوراه حقوق ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 1992.

382- قبايلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، الجزائر ، 2012.

383- سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، جمهورية مصر العربية ، 1998.

-384

385- معاشو عمار ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، رسالة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 1989.

386- مروة موفق مهدي ، الضمانات و الحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة ما بين النهرين ، العراق ، 2007.

387- يوسفي مُحَّد ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر الغير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2001-2002.

388- كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2001/2002.

389- أحمد حميد الأنباري ، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، المملكة الهاشمية الأردنية ، 2017.

390- فتح الله عوض بن خيال ، التحكيم في عقود الدولة ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2002.

391- حمزة عبابسة ، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام ، كلية العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر ، 2008.

392- بن صغير عبد المومن ، الوضع القانوني لسيادة الدولة على ضوء الاستثمارات في مجال المحروقات في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان ، الجزائر ، 2014/2015.

393- رسل باسم كريم الحسيني ، ضمانات المستثمر الأجنبي و حوافزه في التشريع العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، جمهورية العراق ، 2015.

394- هدى سليم ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات و مراكز التحكيم العربية و الأجنبية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية ، القاهرة ، جمهورية مصر العربية ، 2008.

395- عبد الله عبد العزيز شاكر نجار ، الإنفاق العام و أثره في التنمية الاقتصادية في الإسلام ، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في الاقتصاد و العلوم الإدارية ، قسم الاقتصاد و الإحصاء ، كلية الاقتصاد و العلوم الإدارية ، الجامعة الأردنية ، 1989

396- فهد عبد العزيز مُحَمَّد عقيل ، التنمية الاقتصادية عند علماء المسلمين (دراسة تحليلية مقارنة) ، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في برنامج اقتصاديات التنمية ، برنامج اقتصاديات التنمية ، كلية التجارة ، عمادة الدراسات العليا ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، فلسطين العربية.

397- حسن عبد الله بدر ، دور الاستثمار في التنمية الاقتصادية في العراق(1953-1969) ، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الاقتصاد ، كلية الإدارة و الاقتصاد ، بغداد ، العراق ، 1974.

مداخلات في الملتقيات و المؤتمرات :

398- مصطفى العبد الله الكفري ، مناخ الاستثمار في سوريا ، ندوة الثلاثاء الاقتصادية و الاجتماعية ، دمشق ، 2008/03/18.

399- حسين نوارة ، أبعاد تأثير التدابير المماثلة على جاذبية مناخ الاستثمار في الجزائر ، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي الموسوم ب : مناخ الأعمال في الجزائر و أثره على الاستثمار ، يوم 2016/10/27 ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2016.

400- محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكاليات التطبيق ،المؤتمر السنوي الحادي و العشرون الطاقة بين القانون و الاقتصاد ، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، يومي 20 و 21 ماي 2013.

401- عماري عمار و محمادي وليد ، آثار الاستثمارات العمومية على الآداء الاقتصادي في الجزائر ، مداخلة ملقاة في المؤتمر الموسوم بـ: تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014 ، المنعقد بتاريخ: 13/12 مارس 2013 ، مدارس الدكتوراه ، جامعة سطيف 1 ، الجزائر .

402- مُحَمَّد بن أعراب و مفيدة جعفري ، خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية ، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني الموسوم : احترام التوقعات مظهر أساسي للأمن القانوني ، المنعقد في جامعة قاصدي مرباح بورقلة ، يومي 24 و 25 فبراير 2016 .

المواقع الالكترونية :

1- **http://arayede.com**

www.dgpsp.gov.mr –2

www.fnoor.com –3

www.algeriagate.info –4

www.pam.mn –5

www.legifrance.gouv.fr –6

www. Docplayer.pl –7

www.trans–lex.org –8

www.lexadin.nl –9

www.ejustice.juste.fgov.be –10

www.ilo.org –11

www.energycharter.org –12

www.mef.gub.uy –13

www.mific.gob.ni –14

www.indonesia–investment.com –15

www.investiiran.ir –16

www.mevzuta.gov.tr –17

www.almaany.com –18

http:// Conseil–constitutionnel.fr –19

www.conseil–etat.fr –20

www.un.org –21

www.iasj.net –22

http://Droit.ul.edu.lb –23

http:// Lawcenter.birzeit.edu –24

www.ammonnews.net –25

http:// Democratical.de –26

www.lebarmy.gov –27

www.ahewar.org –28

http://eur–lex.europa.eu/legal –29

www.noor–publishing.com –30

www.cgea–dz.org –31

www.droitentreprise.com –32

فهرس المحتويات

مقدمة .....ص 01

الباب الأول : ماهية شرط الثبات التشريعي ص05

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لشرط الثبات التشريعي .....ص 07

المبحث الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي ص09

المطلب الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي .....ص 09

الفرع الأول : التعريف اللغوي لشرط الثبات التشريعي .....ص 10

الفرع الثاني : التعريف القانوني لشرط الثبات التشريعي .....ص 12

الفرع الثالث : التعريف القضائي لشرط الثبات التشريعي .....ص 13

المطلب الثاني : خصائص شرط الثبات التشريعي ص16

الفرع الأول : الخصائص القانونية لشرط الثبات التشريعي .....ص 18

الفرع الثاني :الخصائص العقدية لشرط الثبات التشريعي .....ص 19

المطلب الثالث : أنواع شرط الثبات التشريعي .....ص 22

الفرع الأول : أنواع شرط الثبات التشريعي من حيث المصدر .....ص 23

الفرع الثاني : أنواع شرط الثبات التشريعي من حيث المضمون ..... ص 32

الفرع الثالث : أنواع شرط الثبات التشريعي من حيث الغاية ..... ص 35

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي ..... ص 39

المطلب الأول : نظرية الطبيعة العقدية لشرط الثبات التشريعي ..... ص 40

الفرع الأول : حماية المتعاقد الأجنبي ..... ص 40

الفرع الثاني : القوة الملزمة للعقد ..... ص 42

المطلب الثاني : نظرية الطبيعة التشريعية لشرط الثبات التشريعي ..... ص 47

الفرع الأول : تحقيق مصلحة الدولة المتعاقدة ..... ص 47

الفرع الثاني : القوة الملزمة للتشريع ص49

المطلب الثالث : نظرية الطبيعة القانونية الخاصة لشروط الثبات التشريعي .....ص 51

الفرع الأول : فكرة الأمان القانوني ص51

الفرع الثاني : فكرة السيادة ..... ص 53

الفرع الثالث : فكرة مقتضيات التنمية ..... ص 57
الفصل الثاني : البيئة القانونية لشروط الثبات التشريعي ..... ص 60
المبحث الأول : عقود الدولة .....ص 62
المطلب الأول : مفهوم عقود الدولة ..... ص 62
الفرع الأول : تعريف عقود الدولة ..... ص 62
الفرع الثاني : أنواع عقود الدولة .....ص 69
الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقود الدولة.....ص 85
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة .....ص 92
الفرع الأول : تطبيق قانون إرادة الأطراف .....ص 92
الفرع الثاني : عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة .....ص 104
المطلب الثالث : تطبيقات شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة ص113
الفرع الأول : شروط الثبات التشريعي في العقود التي أبرمتها الجزائر .....ص 113
الفرع الثاني : شروط الثبات التشريعي في العقود المقارنة .....ص 115
المبحث الثاني : تشريعات الاستثمار .....ص 119
المطلب الأول : التشريعات الوطنية للاستثمار .....ص 120
الفرع الأول : تشريعات الاستثمار في الفترة 1962 -1976 .....ص 121
الفرع الثاني : تشريعات الاستثمار في الفترة 1976-1989 .....ص 123
الفرع الثالث : تشريعات الاستثمار في الفترة من 1989-2001 .....ص 129
الفرع الرابع : قانون الاستثمار 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار .....ص 135
المطلب الثاني : التشريعات المقارنة للاستثمار .....ص 137
الفرع الأول : تشريعات الاستثمار في الدول العربية .....ص 137
الفرع الثاني : تشريعات الاستثمار الأوروبية .....ص 142
الفرع الثالث : تشريعات الاستثمار في دول أمريكا اللاتينية .....ص 144
الفرع الرابع : تشريعات الاستثمار في الدول الأسيوية .....ص 145
الباب الثاني : الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي و التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي.....ص 149
الفصل الأول : الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي في ظل مبدأ الثبات التشريعي .....ص 151

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للأمان القانوني في عقود الدولة .....ص 151
المطلب الأول : تعريف الأمان القانوني .....ص 152
الفرع الأول : التعريف اللغوي للأمان القانوني .....ص 152
الفرع الثاني : التعريف القانوني للأمان القانوني .....ص 153
المطلب الثاني : تمييز الأمان القانوني عما يشابهه من المفاهيم الأخرى .....ص 159
الفرع الأول : تمييز الأمان القانوني عن الأمان التعاقدي .....ص 160
الفرع الثاني : تمييز الأمان القانوني عن الأمن القضائي .....ص 164
المبحث الثاني : مظاهر تجسيد الأمان القانوني في ظل مبدأ الثبات التشريعي .....ص 169
المطلب الأول : الحماية القانونية لمكتسبات المتعاقد الأجنبي.....ص 169
الفرع الأول : الحماية القانونية لممتلكات المتعاقد الأجنبي من الأخطار الغير التجارية.....ص 170
الفرع الثاني : الحماية القانونية للامتيازات المتحصل عليها بموجب العقد.....ص 188
المطلب الثاني : حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تدفق و حركة النصوص التشريعية .....ص 194
الفرع الأول : حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة تعديلات القانون.....ص 194
الفرع الثاني : حفظ المركز القانوني للمتعاقد الأجنبي في مواجهة إلغاءات القانون.....ص 207
الفصل الثاني : التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل مبدأ الثبات التشريعي .....ص 214
المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للتنمية الاقتصادية .....ص 215
المطلب الأول : تعريف التنمية الاقتصادية .....ص 215
الفرع الأول : التعريف القانوني للتنمية الاقتصادية .....ص 215
الفرع الثاني : التعريف الاقتصادي للتنمية الاقتصادية .....ص 220
المطلب الثاني : متطلبات التنمية الاقتصادية .....ص 223
الفرع الأول : الاستقرار التشريعي .....ص 223
الفرع الثاني : تدفق الاستثمارات الأجنبية .....ص 229
المبحث الثاني : مظاهر تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة في ظل الثبات التشريعي..... .ص 234
المطلب الأول : مبدأ الثبات التشريعي كآلية لتحسين مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة ..ص 234
الفرع الأول: تأسيس منظومة تشريعية ثابتة و مستقرة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية ..ص 235

الفرع الثاني : تحقيق مبدأ فاعلية النص التشريعي .....ص 242
الفرع الثالث : الحد من ظاهرة التضخم التشريعي .....ص 247
المطلب الثاني : مبدأ الثبـــات التشريـــــعي كآليـــــة لضمـــــان استقرار و استمراريـــــة المشاريع الاستثمارية ص252
الفرع الأول : الثبـــات التشريـــــعي يضمن استقرار المشاريع الاستثمارية.....ص 252
الفرع الثاني : الثبـــات التشريـــــعي يضمن استمرارية المشاريع الاستثمارية.....ص 256
الخاتمة.....ص 261
قائمة المصادر و المراجع .....ص 263

جدول المختصرات

Abreviation	Désignation
I.L.R	International légal revue
I.L.M	International légal Magasine
Vol	Volume
p	page
Pp	Du page N°…..au page N°…..
éd	édition
Op	œuvre précédent
B.O.T	Buld –Operate- Transfer
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
ANDI	Agence nationale de développement de l'investissement

الملخص:

في كثير من الأحيان تلجأ الدولة للتعاقد مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في إطار تنفيذ مخططاتها التنموية الاقتصادية وهذا ما يخلق صراعا قانونيا بين المركز القانوني للدولة المتعاقدة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بامتيازات استثنائية تسمو من خلالها على الأفراد العاديين وبين المركز القانوني للمتعاقد الاجنبي الذي يتمتع بقوة مالية واقتصادية تضاهي في ضخامتها بعض الدول والذي عادة ما يكون في شكل شركة متعددة الجنسيات مما يجعل الدولة تحاول تغليب مركزها القانوني على مركز المتعاقد الأجنبي مستخدمة سلطاتها التشريعية و التنفيذية و القضائية و بالمقابل يسعى المتعاقد الأجنبي إلى تدويل العقد المبرم بينه و بين الدولة محاولا سلخه من القانون الوطني للدولة المتعاقدة و دمجه في القواعد القانونية الدولية

وهذا ما يطرح بقوة اشكالية القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية و لحل هذا الاشكال ابتدع الفقه القانوني شروطا تجمد قانون الدولة المتعاقدة وقت ابرام العقد بينها و بين المتعاقد الأجنبي أصطلح عليها بشروط الثبات التشريعي

حاولنا من خلال هذه الدراسة بيان إلى أي مدى يمكن لهذه الشروط أن تكون نقطة التقاء بين الأمان القانوني للمتعاقد الأجنبي و بين تحقيق المصالح التنموية و الاقتصادية للدولة المتعاقدة

كلمات مفتاحية: الثبات التشريعي، عقود الدولة، القانون الواجب التطبيق، الدولة المتعاقدة، المتعاقد الأجنبي

« la clause de stabilité législative entre l'incarnation de l'idée de sécurité juridique et la réalisation des intérêts de l'Etat contractant»

Résumé :

Dans de nombreux cas, l'État a recours à des contrats avec des personnes privées étrangères dans le cadre de la mise en œuvre de ses plans de développement économique, ce qui crée un conflit juridique entre le statut juridique de l'État contractant en tant que personne de droit international public jouissant de privilèges exceptionnels par lesquels il transcende les individus ordinaires et la situation juridique de l'entrepreneur étranger qui bénéficie d'une force financière et économique comparable en taille à certains pays, qui se présente généralement sous la forme d'une entreprise multinationale

Ce qui pousse l'Etat à chercher à privilégier sa position juridique sur celle de contractant étranger en usant de ses pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.En retour, contractant étranger cherche à extraire du droit national de internationaliser le contrat conclu entre lui et l'Etat, en essayant de le l'État contractant et l'intégrer dans les règles juridiques internationales.

Cela pose fortement la problématique du droit applicable à la relation contractuelle, et pour résoudre ce problème, la jurisprudence a créé des clauses qui figent le droit de l'Etat contractant au moment de la conclusion du contrat entre celui-ci et le contractant étranger, appelées causes de stabilité législative

Nous avons tenté à travers cette étude de montrer dans quelle mesure ces conditions peuvent être un point de convergence entre la sécurité juridique de contractant étranger et la réalisation du développement et des intérêts économiques de l'Etat contractant

Mots clés : stabilité législative, contrats de l'état , droit applicable, état contractant., contractant étranger,

« The legislative stability clause between the embodiment of the idea of legal certainty and the realization of the interests of the Contracting State »

Abstract :

In many cases, the State has recourse to contracts with foreign private persons in the framework of the implementation of its economic development plans, which creates a legal conflict between the legal status of the Contracting State as as a person of public international law enjoying exceptional privileges by which he transcends ordinary individuals and the legal position

of a foreign contractor who enjoys a financial and economic strength comparable in size to certain countries, which generally takes the form of a multinational enterprise.

This pushes the State to seek to privilege its legal position over that of a foreign contractor by using its legislative, executive and judicial powers. In return, a foreign contractor seeks to internationalize the contract concluded between it and the State, by trying to extract it from the national law of the Contracting State and integrate it into international legal rules.

This strongly raises the issue of the law applicable to the contractual relationship, and to resolve this problem, case law has created clauses which freeze the law of the Contracting State at the time of the conclusion of the contract between it and the foreign contractor, called clauses of legislative stability.

We have tried through this study to show to what extent these clauses can be a point of convergence between the legal security of a foreign contracting party and the achievement of the development and economic interests of the contracting state.

Key words : legislative stability, state contracts, applicable law, contracting state, foreign contractor