

شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر

L'exigence de stabilité juridique comme garantie

pour l'investisseur étranger en Algérie

تاريخ قبول المقال للنشر: 2017/11/26

تاريخ إرسال المقال : 2017/09/29

حديدي عنتر / طالب دكتوراه جامعة لونيبي علي - البليدة 2

عضو بمخبر القانون والعقار

د. عكروم عادل / جامعة لونيبي علي - البليدة 2

ملخص :

إذا كان التشريع الوسيلة التي تكشف الدولة المضيفة من خلالها عن سياستها الاقتصادية والاستثمارية. فإن شرط ثبات التشريع ، يعد ضمانة ذات أهمية كبيرة للمستثمر الأجنبي بوصفه المرآة الحقيقية التي تعكس بوضوح البيئة الاستثمارية المستقرة للدولة المضيفة ، التي تعمل على تشجيع المستثمر الأجنبي وتوظيف أمواله ومشاريعه الاستثمارية . غير أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متساويين هما (الدولة المضيفة ، المستثمر الأجنبي) أما الدولة فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بمظاهر السلطة والسيادة التي تخولها المساس بتشريعاتها الداخلية تعديلا أو إلغاء بصفة انفرادية، وذلك تحقيقا للمنفعة العامة. في حين يمثل المستثمر الأجنبي شخصا خاصا يخضع للقانون الداخلي، فهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

تأسيسا على المعطى الذي سبق ، يطرح الإشكال القانوني حول مكانة وفعالية مبدأ الثبات التشريعي في الحفاظ على التوازن العقدي ، ومدى حق الدولة في اتخاذ الاجراءات الانفرادية لتعديل العقد أو إنهائه.

الكلمات المفتاحية : شرط الثبات التشريعي ، عقود الاستثمار ، الضمانات الموضوعية ، الضمانات الإجرائية ، الاستثمار الأجنبي .

Résumé :

Si la législation constitue le moyen par lequel l'état d'accueil des investissements exerce sa politique économique et d'investissement, la condition de stabilité (exigences de fiabilité) de cette législation est une garantie de grande importance pour l'investisseur étranger, car elle reflète clairement la fiabilité de l'environnement

d'investissements dans le pays d'accueil.

Cependant, les contrats d'investissement sont conclus entre deux parties de natures différentes (le pays d'accueil et l'investisseur étranger). Or l'état en tant que personne morale du droit public international jouit du pouvoir et de la souveraineté lui permettant de changer sa législation interne par modification ou par abrogation et ce dans le but de l'intérêt commun, tandis que l'investisseur étranger étant une personne du droit privé régie par la législation interne de l'état d'accueil .est le maillon faible de la relation contractuelle

Sur ce, la problématique se pose au tour de l'efficacité et la place qu'occupe le principe de la fiabilité de la législation pour le maintien de l'équilibre contractuel, et les limites du droit de l'état d'agir unilatéralement pour modifier ou résilier le contrat.

Mots-clés : Exigence de fiabilité de la législation, les contrats d'investissement, garanties d'investissement, les risques non commerciaux

مقدمة :

« إن ما يجعل القوانين موضع احترام وإجلال ،
إنما هو تقدمها في الزمن وإن الشعب سرعان ما
يعيب القوانين متى رآها تتغير كل يوم . »

جان جاك روسو

يعد الاستثمار الأجنبي من أهم مصادر تمويل الدول النامية، حيث يعتمد عليه لتغطية العجز المسجل بين الاستثمار والمدخرات المحلية، وكذا نقل التكنولوجيا والمهارات الفنية وتسريع وتيرة النمو والإسهام في رفع مستوى الدخل والمعيشة والحد من نسبة البطالة من خلال خلق المزيد من فرص العمل، ومن ثم الارتقاء بالأداء الاقتصادي وتحقيق التنمية المستدامة .

لذا سعت الدول لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وذلك بتحسين البيئة الاستثمارية واستحداث القوانين الجاذبة للاستثمار، فضمنت تشريعاتها العديد من الضمانات الموضوعية وكذا الإجرائية التي تسعى في مجملها لتحقيق هذا الهدف، ومن بين أهم الضمانات نجد شرط الثبات التشريعي بوصفه تعهدا من قبل الدولة المتعاقدة لتثبيت النظام القانوني والاقتصادي والمالي للاستثمار محل العقد.

و مقتضى هذا التعهد أن يكون المستثمر المتعاقد بمنأى عن أي تعديل تشريعي لاحق يمكن أن يرد على القواعد القانونية المنظمة للاستثمار.¹

وبهذا يكون المستثمر محمي من أي تعديلات من الممكن أن تجريها الدولة فيها بالاستثمار مستقبلاً²، أي عدم تطبيق أي تشريع جديد عليه ، وإنما يبقى ثابتاً عند اللحظة التي أبرم فيها وبأن يسري على العقد أحكام القانون الذي نشأ في ظله.

والجزائر على غرار مختلف الدول النامية التي تتنافس بجلب الاستثمارات الأجنبية، سعت جاهدة لإصدار العديد من القوانين المحفزة على الاستثمار والمصادقة على سلسلة من الاتفاقيات المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار، لإزالة كل العقبات والمخاوف التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر ومن بينها تكريس مبدأ استقرار التشريع.

حيث تهدف من وراء تكريس هذه الضمانة إلى جذب المستثمرين الأجانب وهذا من أجل الاستفادة من الشراكة الأجنبية القادرة على ضمان تحويل التكنولوجيا والمعرفة للطرف الجزائري.

ومن المسلم به في العرف الدولي بأن للدولة كامل الصلاحيات في إلغاء أو تعديل أو إنهاء تشريعاتها الداخلية لم تتمتع بها من سلطة وسيادة، بما يخدم مصلحتها العامة، لكن بالمقابل نجد المستثمر كطرف ثان في العقد يحرص دائماً على البحث عن حصانة عقدية مستندة على شرط الثبات التشريعي ضماناً لاستثماراته وتدعيماً لمركزه القانوني ، لأن أي تغيير قد يطرأ مستقبلاً في تشريعات الدولة يمس بمصالحه ويهدد استقرار المعاملات ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

انطلاقاً مما سبق تتمحور إشكالية هذا البحث حول:

تبيان مكانة وفعالية شرط الاستقرار التشريعي كضمانة للمحافظة على جدلية التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بين مصالح الدولة بما تتمتع به من مظاهر السلطة والسيادة وبين مصالح المستثمر الأجنبي كطرف ثان في العلاقة العقدية والذي يصبو لتحقيق الربح وتعظيم العائد الاستثماري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم خطة البحث إلى محورين:

المحور الأول : تناولت فيه الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي ،

أما في المحور الثاني : خصصته المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه

المحور الأول : الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الثبات التشريعي

تسعى الدول النامية من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية الشاملة ، إلى توفير ظروف مشجعة لجذب الاستثمارات وخاصة منها الأجنبية، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود نظام قانوني، وهو ما يعرف بعقود الاستثمار الدولي، هذه الأخيرة حاول فقهاء القانون وضع تعريف لها حيث عرفها مجمع القانون الدولي بأنها «العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية»³، وقد عرفها المحكم ديبى في تحكيم TEXACO ضد الحكومة الليبية بأنها «عقود تنمية طويلة لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة وتخلق نوعاً من التعاون بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة وللقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة في أعمال لسيادتها التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة»⁴.

نستشف من خلال التعاريف السابقة بأن عقد الاستثمار كأى عقد آخر: هو توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين⁵، وبأنها تتم بين طرفين غير متساويين أحدهما الدولة بما تتمتع به من مظاهر السيادة والسلطة وامتيازات استثنائية تخول لها تعديل تشريعاتها الداخلية بشكل انفرادي، بما يتماشى ومصالحها وتحقيقاً لأهدافها التنموية المسطرة، بالمقابل يحرص المستثمر الأجنبي -دائماً- على إدراج بنود العقد كصمام أمان يحمي مشروعه الاستثماري. و تتميز عقود الاستثمار بأنها من العقود طويلة الأجل لذا قد تطرأ ظروف سياسية اقتصادية اجتماعية تعمل على الإخلال بالتوازن في العلاقة العقدية لذا تمنح الدولة المضيفة العديد من الضمانات القانونية من بينها إدراج شرط الثبات التشريعي بغية جذب المستثمرين.

والجزائر كغيرها من الدول الساعية لاستقطاب و جذب المستثمرين الأجانب، منحت لهم العديد من المزايا والضمانات لإدراكها بأن حركية رأس المال الأجنبي مرتبط بمدى الحماية المقدمة له، ولما يوفره من ضمانات. ولعل من أهم هذه الضمانات مبدأ الاستقرار التشريعي التي كرسته الجزائر سواء عن طريق تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار أو عن طريق إدراجه في العديد من الاتفاقيات الدولية المصادق عليها لحماية وتشجيع الاستثمار.

أولاً: شرط الاستقرار التشريعي كضمانة لتعزيز ودعم ثقة المستثمر الأجنبي

يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي لتفادي التعديلات التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، والتي تقوم بها الدول تحقيقاً لأهدافها الاقتصادية ومسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات⁶.

وللإلمام بشرط الاستقرار التشريعي نتطرق - بداية - إلى ماهيته وكذا دوره في تدعيم ثقة المستثمر.

1- ماهية شرط الاستقرار التشريعي :

من أجل الوقوف على ماهية هذا الشرط، يجدر بنا أن نحدد مفهومه وتكييفه القانوني، وكذا أنواعه.

أ- مفهوم شرط الثبات التشريعي:

يعرف على أنه « الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرف في العقد، وفي تعديل القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية ».⁷

و يعرف أيضا على أنه «أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة التعديل بين تشريع جديد، وهذه الحماية تتم بواسطة تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق علاقتها بالمستثمر الأجنبي».⁸

والمقصود به أيضا «أن الدولة تلتزم بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عن تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات»⁹، ويعرف كذلك بوصفه «تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان وإبقائه على الحالة التي كانت عليها لحظة إبرام العقد».¹⁰

من خلال التعريفات نرى أن هناك اختلاف فقهي حول تعريف هذا الشرط، «فمنهم من يعرفه من الزاوية التشريعية ومنهم من يعرفه من الناحية العقدية».¹¹

والتعريف المناسب لهذا الشرط هو:

«الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية والتشريعات الوطنية للدولة المتعاقدة، ويقضي: الالتزام بعدم إصدار قوانين جديدة أو تعديلات جوهرية تمس قانون العقد والتي من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بمصلحة المستثمر».¹²

في الحقيقة إن شرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من الدولة المضيفة للاستثمار بتثبيت الأحكام القانونية في عقد الاستثمار بمعنى أن يكون المستثمر (الطرف في عقد الاستثمار) بعيدا أن أي تعديلات من الممكن أن تجرئها تلك الدولة فيما يتعلق بالاستثمار مستقبلا.¹³

ب- أنواع شرط الثبات التشريعي:

من خلال التعاريف السابقة نجد تباينا في المواقف الفقهية، راجع إلى الزاوية التي يعرف من خلالها هذا الشرط، وعلى العموم فإن شرط الثبات التشريعي يمكن أن يكون (شرطا تشريعيًا أو شرطا عقديًا).

- الشرط التشريعي :

يكون شرطا تشريعيًا، إذا ورد ضمن نصوص تشريعات الاستثمار للدولة المضيفة، التي ستدخل في عقد مع الأجنبي، تتعهد بمقتضاه - قبل هذا الأخير - بأن لا تلغي أو تعدل القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار.¹⁴

فتعمل الدولة على إدراج هذا الشرط في نصوصها التشريعية، وهو ما يشكل ضمانة للطرف الأجنبي ضد أي تغييرات قد تطرأ على تشريعاتها مستقبلا، وقد أقره المشرع الجزائري في نص المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 «¹⁵، الصادر في 1993/10/05 المتعلق بتطوير الاستثمارات (الملغى) بعدم تطبيق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ على الاستثمار، فمن خلال نص هذه المادة تظل أحكام المرسوم التشريعي هي التي تحكم الاستثمارات المنجزة في ظله ولو ألغى أو عدل.

وقد أكد المشرع على هذه الضمانة وذلك في المادة 29 من الأمر 03-01¹⁶، التي تنص على أنه « يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير لتشجيع الاستثمارات وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة والشروط التي منحت على أساسها ».

وجاء قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09¹⁷، ليكرس هذه الضمانة ويؤكد على وجودها وذلك لطمأنة المستثمرين وإزالة الخوف على استثماراتهم من خلال المادة 22 منه التي تنص على مايلي: « لا تسري الآثار الناجمة (...) إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ».

يفهم من هذه المادة أن المشرع لم يكتف بضمانة الاستقرار التشريعي من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء القانون على الاستثمارات التي تم الشروع الاستثماري فيها، وإنما أضاف ضمانة أخرى تتمثل في منح المستثمر إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات إضافية¹⁸، وذلك « بتطبيق القانون الأصح له أي إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ».

- الشرط العقدي (الاتفاقي) :

وقد يكون شرطا عقديًا، إذا ورد ضمن بنود عقد الاستثمار ذاته وبالنص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد هو ذلك القانون بنصوصه وأحكامه السارية وقت إبرام العقد، ولا ينفذ في مواجهة هذا العقد أي تعديل أو تغيير لاحق يحتمل أن يطرأ على هذا القانون.¹⁹

فمن خلال هذا الشرط تلتزم الدولة بغل يدها مدة العقد، فلا يمكن لها إجراء أي تعديل، فالعقد هنا يحكمه القانون الذي أبرم في ظله دون غيره حتى ولو كان القانون الجديد أصح للمستثمر، وكمثال على ذلك:

العقد المبرم بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية عام 1978 «إذ يقضي بأن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون المطبق وقت توقيع العقد، ويفضل في النزاع المتولد عنه على أساس العدالة والتشريع التونسي المعمول به وقت الاتفاق»²⁰ والخلاف الذي شب بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة الحاصلة على رخصة تسويق خدمات الهاتف النقال في الجزائر من خلال فرعها في الجزائر باسم «شركة جيزي».

فحوى هذا الخلاف هي أن الشركة أبدت رغبتها في التنازل عن حصتها لمعامل أجنبي آخر، وبالمقابل معارضة الجزائر لهذا الإجراء مستندة بحق الشفعة الذي يمنحها الأولوية لشراء أصول جيزي، وهو الموقف الذي اعتبرته الشركة موقف غير قانوني ويجدر بالجزائر التخلي عن تمسكها بحق الشفعة الذي يعد مساساً بمبدأ الاستقرار التشريعي، وإخلالها بما تعاهدت به من خلال قوانينها الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية التي تنص على أن القانون الساري في أي خلاف هو قانون وقت إبرام العقد.²¹

ثانياً: تكريس شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري

من أجل طمأنة المستثمرين الأجانب ودفعهم لتوظيف أموالهم ومشاريعهم الاستثمارية سعت الدولة لتكريس شرط الثبات التشريعي على مستوى التشريعي وأيضاً على المستوى الاتفاقي أو التعاقدي.

1- على المستوى التشريعي :

لقد أدرج المشرع هذا الشرط في مختلف التشريعات المتعلقة بالاستثمار، فبداية صدور المرسوم التشريعي 93-12، والذي نص عليه في المادة 39 منه بقولها:

« لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».²²

وكرس الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 15 منه «لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون».

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا الشرط بل طمأن المستثمرين أنه «لا تكون الاستثمارات المنجزة محل مصادرة إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف».²³

وجاء القانون الجديد 16-09 «²⁴ المتعلق بترقية الاستثمار، في مادته 22 بقولها: «لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».

2- على المستوى الاتفاقي والتعاقدي :

تم الإشارة إليه وتأكيداته من خلال نص الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وشركة أوراسكوم القابضة (ش م م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر في 5 غشت 2001 التي تنص على ما يلي: «تمنع الدولة على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية».²⁵

كما أكدت على شرط التجميد التشريعي المادة 06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) المتصرف باسم ولحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للأسمنت (ACC Algerian Cement Company) بتاريخ 2003/10/30.²⁶

المحور الثاني: المساس بشرط الثبات التشريعي والضوابط الواردة عليه

إن استقرار التشريعات المتعلقة بالاستثمارات تعد عاملا أساسيا وعنصرا من عناصر جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وكل بلد يعول على استقطاب رأس المال الأجنبي أن يعمل على تهيئة أرضية قانونية وتشريعية مستقرة حاضرا ومستقبلا تجعل المستثمر يشعر بالأمان القانوني، لأنه مهما كانت الضمانات والمزايا لا تدفع المستثمر للقدوم إلى بلد يعاني من لا استقرار في نظامه القانوني المتعلق بالاستثمار، لوجود علاقة طردية بين ثقة المستثمر الأجنبي والثبات التشريعي.

إن العديد من الإشكالات مردها تصادم وتضارب المصالح بين طرفي عقد الاستثمار حيث تطرح مسألة التوفيق بين حق الدولة المطلق وبصفة انفرادية في تغيير قوانينها الداخلية إلغاء وتعديلا، بما يخدم مصلحتها العامة المستمدة من مبدأ السيادة المعترف بها في المواثيق الدولية.²⁷ من جهة وسعيها لتحقيق أهدافها التنموية المسطرة من خلال تكريس مبدأ الثبات التشريعي لاستقطاب المستثمرين الأجانب من جهة ثانية.

لذا سنعالج هذه المسألة من خلال تبين أحقية الدولة في التدخل بصفة انفرادية في تعديل أو إلغاء العقد و حدود و ضوابط ممارسة هذا الحق كإجراءات تمس بفعالية مبدأ الاستقرار التشريعي.

أولا: حق الدولة في ممارسة تأميم ونزع ملكية المستثمر الأجنبي

إن التزام الدولة المضيفة بمعاملة الاستثمار الأجنبي بمنطق الحماية والتشجيع لا يعني تنازل الدولة عن حقها في نزع ملكية المشروعات التي يملكها المستثمر الأجنبي، فحق الدولة في نزع الملكية قد استقر في القانون الدولي²⁸، ومن مظاهر السيادة على ثروتها الطبيعية بسط الدولة سلطتها على إقليمها وعلى كل الرعايا الموجودين عليه، وتطبق أنظمتها عليهم جميعاً دون استثناء، فلها الحق في تأميم ونزع ملكية المتواجدين على إقليمها، مواطنيها كانوا أو أجانب.

1- اللجوء إلى التأميم كإجراء يهدم مبدأ الاستقرار التشريعي:

إن أشد إجراء ضد المستثمر الأجنبي هو إمكانية استيلاء الدولة المضيفة على مشروعه الاستثماري، ويعد خطر التأميم من أبرز الصور لهذا الاستيلاء²⁹، وهو من بين الإجراءات الانفرادية التي تتخذها حكومة الدولة المضيفة أو الهيئات التابعة لها، تمييزاً أو غير مشروع، يترتب عنها حرمان المستثمر من ممارسة حقه في الملكية.³⁰

أ- تعريف التأميم:

يعد التأميم وسيلة مهمة لتحقيق غايات عدة، تختلف من بلد إلى آخر باختلاف الفلسفة السياسية والاقتصادية السائدة في ذلك البلد³¹، حيث صار وسيلة بيد الدول النامية للتخلص من التبعية الاقتصادية وترسيخ استقلالها السياسي والاقتصادي، وهناك أنواع عدة للتأميم فقد يكون تأميماً إيديولوجياً، أو إصلاحياً، أو لغرض النمو الاقتصادي.³²

ب- نزع ملكية المستثمر الأجنبي:

يعتبر إجراء يهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي، من مشروعه الاستثماري جبراً لأجل الصالح العام أو المنفعة العامة، مقابل تعويضه نقداً أو عيناً عما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب، «وهو إجراء إداري استثنائي إداري تقوم به الدولة لاكتساب حقوق وأموال عقارية يضمها إلى ماليتها وأموالها».³³

ج- الفرق بين التأميم ونزع الملكية:

- التأميم أخطر من نزع الملكية لأنه دوماً يرد بقانون.³⁴ ويكون محله أموال خاصة عقارية كانت أو منقولة، وينصب على المشروعات الاقتصادية للمستثمرين الأجانب، في حين نزع الملكية ترد على الملكية العقارية.

- التأميم يعبر عن أعمال السيادة بينما نزع الملكية يخضع لرقابة القاضي الإداري.

وهناك نظم أخرى قد نص عليها القانون الجزائري كوسائل تقييد ملكية المستثمر الأجنبي نص عليها المشرع الجزائري ومن بينها الاستيلاء³⁵ وأيضاً المصادرة³⁶.

2-موقف المشرع الجزائري من نزع الملكية و ما شابهها من النظم المتخذة ضد المستثمر الأجنبي :

للأهمية البالغة التي يلعبها الاستثمار الأجنبي في عملية التنمية و من أجل استقطابه، سعت الجزائر إلى تضمين قوانينها العديد من الضمانات في قوانينها الداخلية، وبالأخص القوانين المتعلقة بالاستثمار لأجل تنظيم كل ما يتعلق بعمليات نزع أموال المستثمر الأجنبي.

ف نجد المرسوم التشريعي 93-12 لم يدرج فيه المشرع مصطلح التأميم واستبعد إمكانية لجوء الدولة إليه، و نص فقط على «التسخير»، في المادة 40 منه، بقولها: «لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ما عدا الحالات التي نص عليها المشرع».

وسلك نفس المسلك في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار فلم ينص على التأميم بل نص على «المصادرة الإدارية» وهذا في المادة 16 منه، أما القانون الجديد رقم: 16-09 فنص صراحة في المادة 23 أنه «يترتب على الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل ومنصف» هذا وبالرغم أن الجزائر تتبنى عملية التأميم، لما تستدعيه المصلحة العامة للدولة، والسبب في عدم إدراجه في قوانين المتعلقة بالاستثمار هو تجنبنا من حصول رد فعل سلبي من طرف المستثمرين الأجانب.³⁷

وفيما يخص نزع الملكية فقد اعترف المشرع بحق الدولة في نزع الملكية للصالح العام³⁸، و أن ترد على العقارات فقط مع ضرورة أن يقابلها تعويض، و قيد هذا الإجراء بجملة من الشروط الموضوعية والإجرائية، التي يجب اتباعها وإلا كان إجراء تعسفيا ما لم يكن مستوفيا لهذه الشروط.³⁹

من خلال تتبع موقف المشرع الجزائري من عملية نزع الملكية بكل صورها يلاحظ التصادم بين شرط الاستقرار التشريعي المكرس كضمانه للمستثمر الأجنبي سواء في القوانين المتعلقة بالاستثمار أو إدراجه كبند في عقد الاستثمار، و ممارسة الدولة لإجراءات استثنائية أو مستعجلة كنزع الملكية و المصادرة و الاستيلاء، بإجراء انفرادي، لذلك هناك أسس و مبادئ تمنعها من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار بصفة انفرادية.

ثانيا : الأسس القانونية التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء

عقد الاستثمار و تدعيم مبدأ الثبات التشريعي

إن أي إخلال بعقد الاستثمار من قبل الدولة المضيفة يترتب عنه آثار ترمس بالذمة المالية

للمستثمر وتعمل على اختلال التوازن العقدي، لذا سنتناول المبادئ التي تمنع الدولة من المساس بعقد الاستثمار بتعديله أو إنهائه بصفة منفردة والجزاء المترتبة عن ذلك .

1- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين :

يقصد به عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين، أي لا يستطيع أحد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، ولا يحق له تعديله ما لم يصرح له القانون⁴⁰، مما يترتب عنه عدم جواز المصادرة أو تأميم أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي بصفة انفرادية.

والمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين نتيجة لمبدأ سلطات الإرادة، على أنه يمكن أن نجد لهذا المبدأ أساساً أخلاقياً واقتصادياً، فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، والأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد⁴¹، وعليه فإن انتهاك هذا المبدأ يعد إخلالاً بالقانون الدولي⁴².

وقد نص المشرع على هذا المبدأ في نص المادة 106 من ق م ج بقولها «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لقضية تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

بمقتضى هذه المادة: « لا يجوز إنهاء العقد أو تعديله من قبل الأطراف المتعاقدة بصفة انفرادية، لأن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة»⁴³.

2- مبدأ احترام الحقوق المكتسبة :

يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العرفي، ولقد اعتمدت عليه البلدان المصنعة لمواجهة إجراءات التأميم ونزع الملكية التي قامت بها البلدان النامية في إطار ممارستها للسيادة على ثرواتها الطبيعية⁴⁴، وتعرف بصفة عامة: بأنها تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين، والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد⁴⁵.

وظهر هذا المبدأ تطبيقاً لمبدأ «عدم رجعية القوانين» و خلاصة هذه النظرية «إن عدم الرجعية يعني عدم جواز المساس التشريعي الجديد بالحقوق المكتسبة وإلا كان ذا أثر رجعي، فيمتنع تطبيقه ويظل التشريع القديم مطبقاً»⁴⁶.

3-الجزاء المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية :

يذهب جانب من الفقه إلى مسؤولية الدولة عن التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار إنما هي مسؤولية أخلاقية، وليست مسؤولية قانونية⁴⁷، وذلك لأنها تمارس سلطتها على إقليمها كمظهر من مظاهر السيادة.

و يرى البعض الآخر أن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية و المساس بحقوق الطرف الأجنبي يعد تصرفا غير مشروعاً، و يترتب عن ذلك جزاءات ضد تصرفاتها المخلة، لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية، وكذا احترام مبادئ القانون الدولي.⁴⁸

و يذهب الرأي الراجح فقها إلى أن الدولة تلتزم بما يتضمنه عقد الاستثمار عموماً من التزامات و إن مخالفة تلك الالتزامات تؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية في مواجهة المستثمر.⁴⁹

و مهما اختلفت الآراء الفقهية و موقف القضاء حول مدى ترتيب المسؤولية الدولية للدولة المضيفة المخلة بالالتزامات التعاقدية، فإن الراجح أن القضاء الدولي مستقر على عدم اختصاصه بحل المنازعات المترتبة على العقود المبرمة بين الدولة و شخص أجنبي ومنها عقود الاستثمار إذ أن تلك العقود تخضع في الواقع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، كما تخضع المنازعات الناجمة عنها من حيث الأصل للقضاء الداخلي لتلك الدولة.⁵⁰

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

وهذا لم يمنعها بأن أخذت بالمسؤولية الدولية في الكثير من الاتفاقيات الدولية، خاصة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث اعتبرتها كضمانة للمستثمر الأجنبي لتحقيق استقرار العلاقة التعاقدية.⁵¹

نصت المادة 23 الفقرة الأخيرة من القانون 09-16 على مايلي: « يترتب على هذا الاستيلاء، ونزع الملكية تعويض عادل و منصف » ، ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة أن المشرع أجاز نزع ملكية المستثمر الأجنبي وربطها بوجود مصلحة عمومية ، ولا يتم هذا النزع إلا بشروط ووفقا للقانون مع وجوب تقديم تعويض عادل و منصف للمستثمر الأجنبي.

والمستثمر إن غبن في قيمة التعويض ، أعطى له المشرع إمكانية اللجوء للقضاء الوطني للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المستحق، وهذا ما نصت عليه المادة 24 منه، وهذه كقاعدة عامة و في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية يتعلق بالمصالحة و التحكيم و في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

الخاتمة :

على ضوء ما تقدم ذكره، تتبين لنا الأهمية الكبيرة-التي تلعبها الاستثمارات الأجنبية للدول النامية ومن بينها الجزائر- في تحقيق التنمية الشاملة والدفع بعجلة التطور الاقتصادي، لذا سعت لإزالة كل العقبات والعوائق لانسياب رؤوس الأموال الأجنبية إلى داخل إقليمها، وذلك بإدراج العديد من الضمانات الموضوعية والإجرائية ومن بينها تكريس شرط الثبات التشريعي، سواء في تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار أو في العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، أو من خلال الانضمام والمصادقة على سلسلة من الاتفاقيات الثنائية الأطراف لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

1- إن قدرة الدولة على جذب الاستثمار الأجنبي مرهونة بمدى فعالية و ملائمة مناخها الاستثماري.

2- إن شرط الثبات التشريعي يحتل المراتب المتقدمة والمؤثرة في تحسين مناخ الاستثمار للدولة المضيفة.

3- إن شرط الثبات التشريعي غير كاف لحماية المستثمر الأجنبي ذلك بسبب قابليته للتعديل والتغيير الذي يطرأ مستقبلا من قبل الدولة المضيفة متمسكة بمبدأ سيادتها على إقليمها.

ومن خلال ما توصلنا إليه من نتائج نخلص إلى جملة من التوصيات أهمها:

1- ضرورة إزالة العوائق والعقبات التي تؤثر على عملية جذب المستثمر الأجنبي، ولا سيما عدم الاستقرار التشريعي.

2- نقترح على المشرع إضافة فقرة للمادة 23 من قانون الاستثمار 09-16 الذي يحدد بدقة مدة التعويض في حالة الاستيلاء ونزع الملكية.

3- عدم الإسراع بتعديل عقد الاستثمار بشكل انفرادي بل يجب البحث في بدائل أخرى تعطي لمبدأ الثبات التشريعي أكثر فعالية منها شرط إعادة التفاوض على بنود العقد مثلا.

4- وفي الأخير نهيىب بالمشرع إجراء إصلاحات جذرية سواء في الأنظمة المتعلقة بالاستثمار وجعلها أنظمة مرنة وتسم بالوضوح والدقة، أو من خلال إزالة تكثيف إصدار التشريعات المنظمة والمتعلقة بالاستثمار(قانون الاستثمار، قانون المالية...الخ).

الهوامش :

- 1 دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 241.
- 2 حنين أمين مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير كلية الحقوق و الإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014، ص 21.
- 3 مجمع القانون الدولي المنعقد بمدينة بال السويسرية، 1992، نقلا عن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 13.
- 4 رنا السيد بيومي، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النيلين، 2008، ص 45.
- 5 انظر المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التغير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإحلال بالنصوص القانونية).
- 6 عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 216.
- 7 محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، مداخلة القيت بالمؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد، جامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 20-21 ماي 2013، كلية القانون، جامعة إ ع م، ص 202-203.
- 8 غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودور التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، مج 1، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص 172.
- 9 عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص ص 82-83.
- 10 حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 140.
- 11 ينظر أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، 1987، ص 66.
- 12 طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 417.
- 13 أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها.
- 14 طالب برايم سليمان، مرجع سابق، ص 416.
- 15 المرسوم التشريعي رقم: 93-12. مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64، الصادرة بتاريخ 10-10-1993.
- 16 الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، الملغى بالقانون رقم 09-16.
- 17 قانون رقم: 16-09 المؤرخ في 03 غشت 2016 يتعلق بترقية الاستثمارات، ج ر عدد 46، مؤرخة في 03/08/2016.
- 18 عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 221.

شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر

- 19 طالب برايم سليمان، المرجع سابق، ص 416.
- 20 غسان علي علي، المرجع سابق، ص 138.
- 21 تنص الفقرة 1 من المادة 06 من اتفاقية الشراكة المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيلكوم ("تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد توقيع هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية).
- 22 انظر المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 مرجع سابق.
- 23 أنظر المادة 161 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار.
- 24 قانون رقم 16-09-2016، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق
- 25 عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 219.
- 26 المرجع نفسه، ص 219.
- 27 حق المطلق للدولة على سيادتها على ثرواتها الطبيعية انظر: على سبيل المثال: نص المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن وكذلك المادة 01/21 من ميثاق إفريقيا لحقوق الإنسان والشعوب وأيضا: المادة 07/2 من ميثاق الأمم المتحدة.
- 28 طالب برايم سلميان، مرجع سابق، ص 126.
- 29 طالب برايم المرجع نفسه، ص 106.
- 30 عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 178.
- 31 شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص 113.
- 32 التأميم الإيديولوجي، هو التأميم الموجه ضد مبدأ الملكية الفردية، والذي يقوم على رفض أداء أي تعويض للملاك السابقين ومثاله ذلك التأميم في روسيا وفي دول شرقي أوروبا، وقد أثار هذا التأميم مشكلات قانونية على الصعيد الدولي.
- التأميم الإصلاحي، هو التأميم الذي تقوم به الدولة لبعض جوانب النشاط الاقتصادي مع الاحتفاظ لمبدأ الملكية الفردية، على أن هذا النوع لم يثر أي إشكالات قانونية، إذ يتضمن منح الملاك السابقين تعويضا على الأموال المأمومة.
- تأميمات النمو الاقتصادي: وهي تلك التي تتم في دولة من دول العالم الثالث استجابة للدوافع وطنية أو قومية من أجل السيطرة على الموارد المحلية وتحقيق الاستقلال الاقتصادي، ينظر: دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص ص 113-144.
- 33 مرداسي نور الدين، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، (د ط)، دارالخلدونية، الجزائر، 2014، ص 06.
- 34 المرجع نفسه، ص 06.
- 35 انظر المادة 12/679 من القانون المدني الجزائري: إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية، وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء".
- 36 طريقة أخرى لكسب أملاك والحقوق العقارية من طرف الدولة وتتم بواسطة حكم قضائي نهائي ويكون منصوص عليه في قانون العقوبات بفعل جرم أو جنائية صدرت عن مالك العقار وعقوبة له، ولكن ليس له الحق في التعويض، والمصادرة قد تردع على العقار والمنقول بخلاف نزع الملكية التي ترد على العقار، انظر: نور الدين مرداسي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مرجع سابق، ص 17.
- 37 شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقد الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع التحولات المالية، كلية الحقوق، تيزي، 2009، ص 21.

شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر

- 38 انظر المادة 677 ق م ج "...لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها قانونا، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمصلحة العامة معا بل تعويض عادل ومنصف".
- 39 ينظر المادة 15 من القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية.
- 40 محمد صبري لسعدي، الواضح في القانون المدني، ط4، دار الهدى، 2009، الجزائر، 298.
- 41 محمد صبري لسعدي، المرجع نفسه، ص 298.
- 42 شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 74.
- 43 دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 147.
- 44 عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 147.
- 45 عيبوط محند وعلي، مرجع نفسه، ص 211.
- 46 محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون. ط 16، دار هومة، 2008، الجزائر، ص 249.
- 47 محمود دريد السامرائي، مرجع سابق، ص 253.
- 48 هشام علي صادق، الحماية الدولية لعمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 90.
- 49 محمود دريد السامرائي، مرجع سابق، ص 253.
- 50 محمود دريد السامرائي، مرجع نفسه، ص 253.
- 51 شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 139.