جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعـــة عبد الرحمان ميرة – بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

شرط الاستقرار التشريعي: عامل أساسي لترقية مناخ الاستثمار في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون عام اقتصادي

إعداد الطالبتين:

موزاية مريم

موساوي نور الهدى

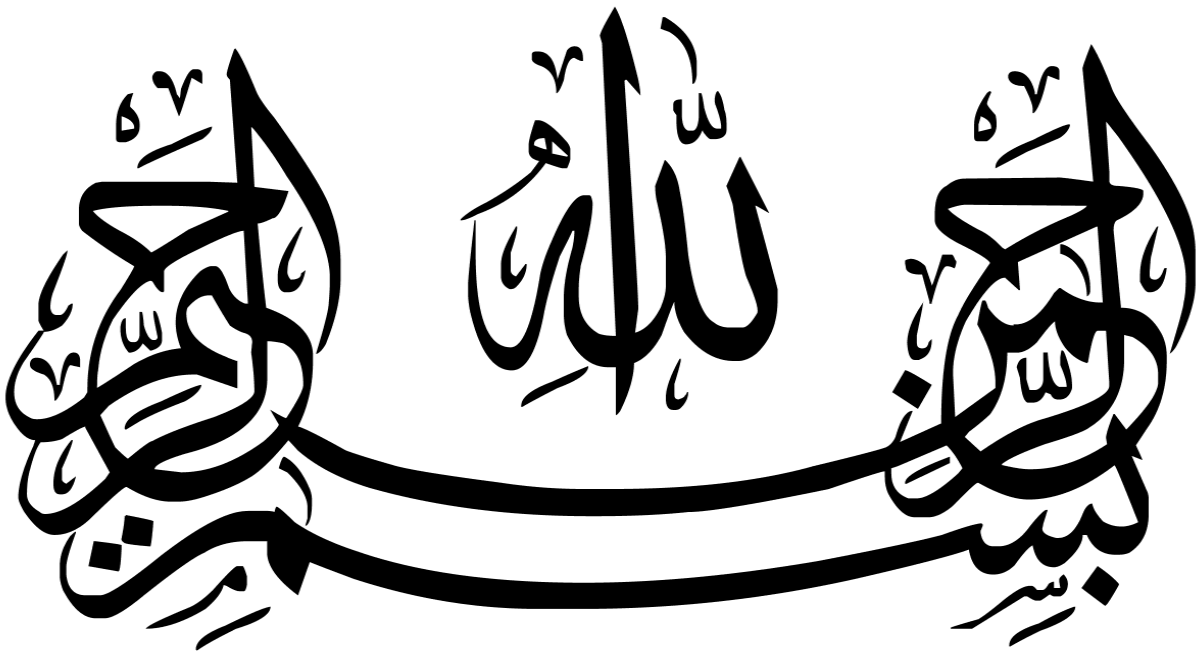
تحت إشراف الأستاذ:

بن هلال ندير

لجنة المناقشة:

- بقة حسان أستاذ محاضر " ا".....رئيسا
- بن هلال ندير أستاذ محاضر "ب".....مشرفا و مقررا
- اسياخ سمير أستاذ محاضر " ب" .....ممتحنا

تاريخ المناقشة:20 / 2021/06



إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

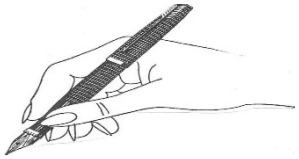
أهدي هذا العمل إلى:

-رمز الكفاح ونبع الحنان واللذان لولاهما وبفضل الله تعالى لما وصلت إلى ما أنا عليه...أمي وأبي أطال الله عمرهما

-إلى كل من دعمني في بحثي حتى و لو كان معنويا

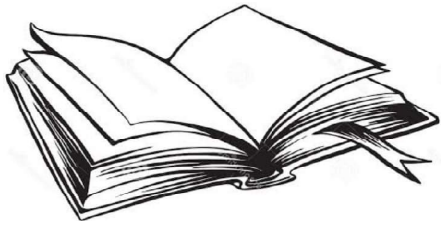
-إلى إخوتي أسأل الله أن يحفظهم بحفظه ويرعاهم برعايته

-إلى كل الأقارب والأصدقاء والزملاء والأحبة وأخص بالذكر: صغيرتي دنـيا، كاتية، نـورة، فـريـال.



مـريـم

إهداء



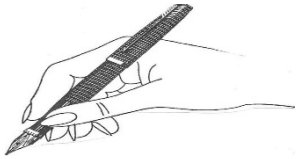
اهدي هذا العمل إلى :

الوالدين الكريمين حفظهما الله و أطال في عمرهما طالما كانا سندا لي في مشواري الدراسي

إلى أختي العزيزة و إخوتي

إلى خطيبي و عائلته الكريمة

إلى كل الأقارب و الأصدقاء الذين تمنو لي التوفيق و النجاح

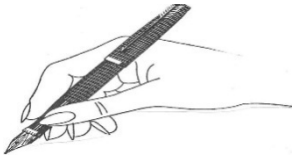


نور الهدى

شكر وعرفان

نتقدم بجزيل الشكر و الامتنان إلى أستاذنا المشرف بن هلال ندير لإشرافه على هذا العمل و على متابعته إياه بالتصويب مع حثه المستمر لمواصلة البحث و بذل الجهد لإتمام هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع فشكرا مسبقا.



مريم و نور الهدى

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

- **ج ر ج ج:** الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- **د س ن :** دون سنة النشر.
- **ص:** صفحة.
- **ص ص :** من الصفحة رقم إلى الصفحة رقم.
- **ط :** طبعة.
- **ق م ج:** قانون مدني جزائري.

ثانيا: باللّغة الفرنسية

- **ADS :** Action De Skikda.
- **Litec :** Librairie technique.
- **N° :** Numéro.
- **OPU :** Office De Publication Universitaire.
- **P :** Page.
- **PP :** de la page à la page..
- **VOL :** Volume.

مقدمة

يعتبر الإستثمار من أهم دعائم الاقتصاد في اغلب الدول خاصة من طرف الدول النامية، و ذلك لكونه ركيزة في تحقيق التنمية الاقتصادية و يؤثر كثيرا على معدلات الإنتاج و رفع كفاءة الموارد البشرية، بحيث يعتبر بمثابة طوق نجاة لها من خلال مساهمته في نقل و توطين التكنولوجيا الحديثة و زيادة فرص العمل.

تتميز عقود الإستثمار بخصوصية ناتجة عن كونها تبرم بين أحد أشخاص القانون العام الدولة أو المؤسسات العامة التابعة لها و بين أشخاص القانون الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا[1]،و الإستثمار الأجنبي باعتباره نوع من أنواع الإستثمار يتم خارج موطن المستثمر بحثا عن دولة متلقية سعيا وراء تحقيق جملة من الأهداف الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية سواء لهدف مؤقت أو أجل محدّد أو طويل، و قد يكون هذا الاستثمار مباشرا أو غير مباشر ملكا لدولة واحدة أو لعدة دول أو شركة واحدة أو عدة شركات.[2]

من أبرز سمات عقود الدولة في مجال الإستثمار، هو أن الدولة تصرح بقبولها للإستثمار الأجنبي إنما تمارس عملا من أعمال السلطة العامة بوصفها صاحبة سيادة على الإقليم الذي يتم فيه تنفيذ المشروع الاستثماري، في إطار سيادتها على ثرواتها و سيادتها التشريعية التي تخول لها تعديل أداءها بصفة انفرادية تحقيقا لأهدافها كأن تعدل العقد أو تغير من تشريعها الأول[3].

هناك العديد من الضمانات التي تمثل وسيلة كفيلة يطمئن إليها المستثمر الأجنبي في تحقيق رغبته في إيجاد جو مليء بالثقة و الأمان، باعتبار أن عقد الاستثمار بمثابة الدعامة

---

[1] **مسعودي يوسف،** " القانون الواجب التطبيق في عقود الإستثمار "، أعمال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة ادرار، د س ن، ص 01.

[2] **تخنوني آمال، بلال ملاخسو،** " الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الإستثمار الأجنبي المباشر المحلي و الدولي و أثره على التنمية الاقتصادية "، تحت شعار "كيف يصبح الإستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية "، جامعة باتنة يومي 18و 19 نوفمبر 2015، ص 04.

[3] **إقلولي محمد،** " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار "، المجلّة النقدية للعلوم القانونية و السياسية، عدد 01، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 02.

الأساسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلدان النامية، فأصبحت هذه الأخيرة تتسابق في جذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها على الانسياب إليها، ذلك أن المستثمر الأجنبي يطمح دائما لإيجاد المناطق التي يتوفر فيها عنصر الربح، و اكبر قدر ممكن من الاطمئنان والأمان على مشروعه الاستثماري، وتحقيقا لذلك عمدت اغلب الدول النامية إلى العمل على تهيئة المناخ المناسب أو الأنسب للاستثمار من خلال سن العديد من التشريعات التي تهدف إلى بعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين و من بين هذه الضمانات نجد شرط الاستقرار التشريعي.

حيث يحتل شرط الاستقرار التشريعي في عقود الإستثمار الأجنبي مكانة هامة، فهو يهدف إلى حماية المستثمرين من أي تعديلات في تشريعات الدولة المتعاقدة. لهذا عملت مختلف التشريعات الوطنية، و كذا التشريعات الدولية المقارنة على تكريس هذا الشرط في عقود الإستثمار إضافة إلى التحكيم الدولي و مختلف الإتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الإستثمار.[4]

أعلنت الجزائر انطلاقا من سنة1988[5] عن توجهها الجديد نحو اقتصاد السوق وفتح المجال للمبادرات في المجال الاقتصادي لكل المتعاملين الاقتصاديين وتحرير السوق الأمر الذي تطلب منها إصدار الترسانة القانونية التي تنسجم والنظام الجديد بكل مقوماته بإدراج جملة من الإصلاحات العميقة ومتعددة الأهداف لوضع أسس جديدة للتنمية الوطنية بإرساء تحفيزات وضمانات مختلفة ذات طابع مالي أو قانوني أو قضائي وعلى المستوى الداخلي والدولي تساهم بتحسين وتلطيف مناخ الاستثمار في الجزائر ليستقطب رؤوس الأموال الأجنبية وإغرائها للاستثمار على أراضيها.

---

[4] **حيرش نور الدين، يحياوي سعاد،** " موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الأجنبي "، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 06، عدد 01،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة معسكر، 2021، ص 853.

[5] **مرسوم رقم 88-201**، مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 ،يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تحول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة، ج.ر.ج.ج، عدد42 ، صادر في 19 أكتوبر 1988.

إلا أنّ كل هذه الجهود الإصلاحية الأخيرة من المشرع لوضع مناخ ملائم وترقية الاستثمارات عامة والأجنبية خاصة فشلت، حيث بقي الإقبال محتشما من المستثمرين الأجانب ما دفع بالجزائر إلى إعادة النظر في منظومتها القانونية،

من خلال هذا انطلق بحثنا من وراء طرح إشكالية تتمثل في:

كيف تصبح عملية الاستثمار غير مستقرة نتيجة تغيير قانوني مباشر و محدد، و هل يؤثر ذلك على الاستقرار القانوني ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نستعين بمنهج يغلب عليه الطابع الوصفي التحليلي، وعليه عالجنا موضوع شرط الاستقرار التشريعي عامل أساسي لترقية مناخ الإستثمار في الجزائر، وذلك في فصلين أساسيين بالتعرض أولا إلى الإطار المفاهيمي والقانوني لشرط الاستقرار التشريعي (الفصل الأول) ثم التطرق إلى دراسة المساس بشرط الاستقرار التشريعي و الجزاء المترتب عليه (الفصل الثاني).

الفصل الاول
الاطار المفاهيمي و القانوني
لشرط الاستقرار التشريعي

للمشاريع الاستثمارية دورا هاما في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية سواء بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار أو الدولة المصدرة لرؤوس الأموال، فإقامة المشاريع الاستثمارية يستلزم العمل على تهيئة المناخ المناسب للاستثمار، كون أن المستثمر يبحث عن الربح و في نفس الوقت يشعر بالخوف على أمواله من مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها مستقبلا.[6]

فالدول النامية كالجزائر بحاجة لاستقطاب أي استثمار ترى أنه يساعدها في تحقيق مصالحها التنموية بكل أنواعها و على جميع المستويات، طبعا ذلك لن يتحقق إلا بمنح المستثمر الأجنبي مكانة قانونية و اقتصادية و ضمانات متعددة لجعل المستثمر الأجنبي يطمئن على مشروعه الاستثماري القادم به إلى الدول النامية، و تحقيق الأهداف حسب ما تم تخطيطه عند اتخاذ قرار الاستثمار دون الخوف من الإجراءات التي تمس بمصالحه، و أيضا توفير مناخ قانوني مستقر يتلاءم مع ما يؤمله المستثمر الأجنبي.

من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي المشجعة للاستثمارات الأجنبية السماح للأطراف بإدراج العديد من الشروط التي تعتبر من الضمانات العقدية لحماية هذه العقود، و أهم هذه الشروط، شرط الثبات التشريعي سواء في قانونها أو في العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي ، لضمان استقرار العلاقة التعاقدية.[7]

سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الإطار المفاهيمي لشرط الاستقرار التشريعي (المبحث الأول) ثم يليها تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري و تمييزه عن بعض المفاهيم (المبحث الثاني)

[6] **رحمان امينة**، " الحماية القانونية لعقد الإستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الثاني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 283.

[7] **حيرش نور الدين**، مرجع سابق، ص853 .

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لشرط الاستقرار التشريعي

تسعى الدولة جاهدة لجلب الاستثمارات الأجنبية و لذلك فهي تمنح المستثمرين العديد من الضمانات التي تكفل الحماية الكافية للمستثمر في عقود الاستثمار داخل الدولة المضيفة و من أهم هذه الضمانات شرط أو مبدأ الاستقرار التشريعي ما يحقق للمستثمر اطمئنانا على مشروعه الاستثماري، ونظرا لما تملكه الدولة من سلطة وسيادة تمنحها حق تعديل أو إلغاء قوانينها بما يتماشى و ظروفها السياسية والاقتصادية، وهذا ما يجعل المستثمر متخوفا من استثمار أمواله في الدولة المضيفة وعليه و من أجل استقرار المستثمرين واستثماراتهم، تم تكريس مبدأ الاستقرار التشريعي بموجب نصوص قانونية واتفاقيات دولية[8].

لمعرفة مضمون شرط الاستقرار التشريعي لابد من التطرق لتحديد مفهوم له (المطلب الأول)، وكذا التكييف القانوني له (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مفهوم شرط الاستقرار التشريعي

سنسلط الضوء في هذا المطلب على مفهوم شرط الاستقرار التشريعي من خلال بيان المقصود بشرط الاستقرار التشريعي (الفرع الأول) و إلى مختلف أنواعه (الفرع الثاني) ثم إلى مقتضيات شرط الاستقرار التشريعي (الفرع الثالث).

[8] **دعاس حميدة،** "مبدأ الثبات التشريعي كضامنة من ضمانات الاستثمار في الجزائر"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، عدد 5،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2018، ص 175.

الفرع الأول

المقصود بشرط الاستقرار التشريعي و تحديد مبرراته

إن أصل و تطور شرط الاستقرار التشريعي في عقود الدولة أمر معروف، فهي تنشأ من اهتمام المستثمرين ببدء أو مواصلة المشروع الاستثماري في بلد مضيف مع ضمان الحفاظ على شروط أساسية معينة موجودة وقت إبرام العقد.[9]

تختلف التعريفات المقدمة لشرط الاستقرار التشريعي إلا أنه يتم الاتفاق على نقاط مشتركة في تعريفه (أولا)، كما أن مبررات شرط الاستقرار التشريعي تختلف بالنظر للنفع الذي يحققه (ثانيا).

أولا: تعريف شرط الاستقرار التشريعي

يقصد بشرط الاستقرار أو الثبات التشريعي Les clauses de stabilisation législatives:"ذلك الشرط الذي تتعهد به الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية".[10]

كما قد تم تعريفه أيضا أنه :" ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في الوقت نفسه بمنعها من تغيير القواعد النافذة وقت إبرامها إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها".[11]

---

[9] **GRADINA Andrea, «** Clauses de stabilisation et Clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? », Revue de l'arbitrage, N°3,Paris, 2003, p 649.

[10] **كسال سامية** ،" دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجا" ، مجلة الحقوق والحريات، عدد 3،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2016، ص 178.

[11] **المرجع نفسه**، ص 178.

يعرف شرط الاستقرار التشريعي أيضا أنه:" ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها مما يغير من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين.[12]

يهدف شرط الاستقرار التشريعي إلى الضمان ضد المخاطر التشريعية فقد كرس قانون الاستثمار شرط الاستقرار التشريعي في المادة 22 من قانون 16- 09 المتعلق بترقية الاستثمار والتي نصت على أنه: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة الأخطاء أو إلغاء هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[13].

يتبين أن هذا الشرط من جهة يقلل من الصلاحيات التشريعية للدولة بحيث أنه تستبعد التعديلات اللاحقة له، ومن جهة اخرى يشكل أكبر حماية للطرف الأجنبي ضد احتمال أي تعديل أو إلغاء تشريعي الذي يحكم الاستثمار والتي قد تؤدي إلى الإضرار بمصالحه.

ثانيا: مبررات وضع شرط الاستقرار التشريعي

إن من مبررات وضع شرط الثبات التشريعي كونه يؤدي إلى استقرار الرابطة العقدية بين المستثمر والدولة المضيفة فهو يساعد المستثمر على اتخاذ قراره الاستثماري وهو مطمئن على مشروعه الاستثماري فقد يؤدي شرط الاستقرار التشريعي إلى إحداث ضرر بالمستثمر لأنه لا يتصور أن يحدث ضرر بالدولة المضيفة، إذ أنها هي التي قامت بالتعديل أو الإلغاء لمصلحتها، ومن هنا يكتسب هذا الشرط أهمية لحماية حقوق المستثمر في علاقته بالدولة المضيفة للاستثمار[14].

إضافة إلى التجميد التشريعي الوطني للدولة المضيفة يعتبر هذا الشرط وسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية. فقد كانت الدول النامية تتمسك بالمرونة في النظام العقدي

---

[12] **لروي لطفي، أرجيلوس عماد الدين**، شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار ، 2019، ص26.

[13] **قانون رقم 16-09**، مؤرخ في 03 أوت لسنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46، مؤرخ في 03 أوت لسنة 2016.

[14] **لروي لطفي، أرجيلوس عماد الدين**، مرجع سابق، ص29.

ليتسنى لها مواجهة التغيرات المحتملة في الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وكانت ترفض إدراج هذا الشرط في العقود للأسباب التالية:

- سيادة الدولة تمنع وضع حد لحق الدولة في التنظيم والإشراف على نشاطاتها الاقتصادية.
- شرط الاستقرار يتخذ من طرف السلطة التشريعية، وبذلك قد يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- الدولة ليست مجبرة لتحمل ما التزمت به الهيئات التابعة لها عند إبرامها عقود الاستثمار.

لكن نظرا لحاجيات الدول النامية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، ونزولا عند رغبة المستثمرين الأجانب، وافقت الدولة على إدراج شرط الاستقرار التشريعي في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمارات[15].

الفرع الثاني

صور شرط الاستقرار التشريعي

يعتبر شرط الاستقرار التشريعي، والذي يتم بموجبه تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة أكثر شيوعا في العقود التي تبرمها الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وان التحليل الفني لهذا الشرط يؤدي بنا إلى تصنيفه إلى نوعين من الشروط: شروط تعاقدية أو اتفاقية (أولا)، وشروط تشريعية (ثانيا).

[15] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص135.

أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية Les clauses conventionnelles

يقصد بها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الدولة في مجال الاستثمار، وتنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد عند المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة[16].

هناك من يعرفه بأنه : "الشرط المتفق بين الدولة والمستثمر الأجنبي عند إبرام العقد، ويتمثل هذا الشرط في حالة إثارة نزاع بينهما يطبق القانون المتفق عليه وقت إبرام العقد محل النزاع شرط استبعاد أي تعديل أو تغيير في هذا العقد"[17].

تنص المادة 24 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية، أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح الطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"[18]

كما نجد أمثلة عن هذا الشرط منها: الاتفاق المبرم بين الجزائر وليبيا، حيث جاء في نص المادة 12 من هذا الاتفاق أنه: " يمكن لكلا الطرفين تعديل هذه الاتفاقية بالموافقة المتبادلة. ويصبح أي تعديل ساري المفعول حسب الشروط اللازمة لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ."[19]

---

[16] **آيت معمر الطاهر، سي محمد ادير**، الإطار القانوني لعقد الاستثمار: ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص 58.

[17] **ساحلي دينا، بقة نسيمة**، القواعد الأساسية لحماية الاستثمارات الدولية، بين الحماية في قواعد الإحالة والقواعد المطلقة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019، ص11.

[18] **أنظر المادة 24 من قانون 16-09**، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[19] **أنظر المادة 12** من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى حول تشجيع و حماية و ضمان الإستثمار، الموقع بسرت في 06 أوت 2001، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-210 مؤرخ في 05 ماي 2003، ج ر ج ج، عدد 33، صادر بتاريخ 11 ماي 2003.

ويتجلى مبدأ الاستقرار التشريعي في البنود الواردة في الاتفاقية، بين طرف المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار فيها، وتتضمن الاتفاقية صراحة على التعاون الذي يسري على الاتفاقية عند نشوب الخلاف والنزاع، هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها لاحقا[20].

ثانيا: الشروط التشريعية Les clauses législatives

الشروط التشريعية للاستقرار هي نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة التي تدخل في عقد أو اتفاق دولي مع شخص خاص أجنبي وبمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة الطرف الخاص، بعدم سريان التعديلات التي تدخلها على تشريعاتها الداخلية على المشروع الاستثماري، بحيث تتعهد بموجبه الدولة أمام الطرف الأجنبي في صلب القانون بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق[21].

نجد الكثير من الدول تصرح بهذا الشرط في التشريع المتعلق بالاستثمار كالمشرع الجزائري من خلال المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار السالفة الذكر مما يفيد أن المشرع الجزائري فتح الباب للمستثمر الأجنبي وترك له حرية التحكم في تقرير مبدأ الاستقرار التشريعي أو تركه مما يدل على أهمية الضمانات التي أحاط بها المشرع الجزائري المستثمر الأجنبي تشجيعا منه للاستثمارات الأجنبية.

كذلك نجد بعض القوانين المقارنة المنظمة للاستثمار، قد تطرقت إلى موضوع الاستقرار وتجميد التشريعات ونذكر منها قانون الاستثمار الكاميروني لعام 1960 التي نصت في المادة 24 منه على أن:" اتفاق الإقامة يحدد خصوصا... ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والمالية، كما في مجال التحويل الشمالي وتسويق المنتجات"[22].

---

[20] **بن مامي جمال،** " دور الاستقرار التشريعي في تحسين مناخ الاستثمار الأجنبي في الجزائر" ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد 7، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة يحي فارس، المدية ، 2018، ص 350.

[21] **شنتوفي عبد الحميد،** شروط الاستقرار في عقود الاستثمار دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص95.

[22] **المرجع نفسه** ، ص95-96.

كما أخذ بهذه الشروط المشرع المصري في نصوصه التشريعية والمجسد في نص المادة 02 من القانون 8 لسنة 1997 المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار والتي تقضي بأنه:" لا تخل أحكام القانون المرفق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به وتضل هذه الشركات والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدة الخاصة بها وذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها"[23].

الفرع الثالث

مقتضيات شرط الاستقرار التشريعي

لتحديد مقتضيات شرط الاستقرار التشريعي سنتطرق لدوره في عقود الاستثمار، فهو يعتبر من الشروط المهمة في عقود الاستثمار وأصبح من بين الاهتمامات الأولى للمستثمرين من خلال دوره في جذب الاستثمارات الأجنبية (أولا) وكذا من خلال مجالات تطبيقه (ثانيا).

أولا: دور شرط الاستقرار التشريعي في عقود الاستثمار

إن هذا الشرط يهدف إلى منع تطبيق النصوص التشريعية والإدارية الجديدة على العقد المبرم، باعتبار أن الشركات الأجنبية تفضل العمل في إطار قانوني قار ومستقر نوعا ما، ولهذا تأمل في الحصول على بند تثبيت واستقرار النظام القانوني، ينظر إليه بأنه ضمان عادي لتمكين المستثمر من العمل فوق أرضية قانونية معروفة ومحددة المعالم، كما أنها تهدف إلى تثبيت القواعد التشريعية للدولة المستقبلة في تاريخ إبرام العقد و إعاقة أي تعديل أحادي للعقد من طرف الدولة، لحماية المستثمر من الاحتمالات الإدارية للدولة[24].

تعتبر عقود الدولة في مجال الاستثمار مجال خصب لظهور شرط الاستقرار التشريعي، فهي ضمانة تحمي المستثمر الأجنبي من مخاطر عدم المساواة بين الطرفين تجنبا لتضييع

[23] **قصوري رفيقة**،"ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب-شروط الثبات التشريعي-"، مجلة الإحياء، عدد 14، خنشلة، 2010، ص566.

[24] **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة ،الجزائر، 2008، ص88.

حقوقه، فهو يسعى لتجنب أي اختلال في التوازن العقدي نتيجة إصدار الدولة لقواعد تشريعية جديدة كتعديل قانون الضرائب والتعريفات الجمركية...، مما يؤثر على مردودية الاستثمار إضافة بجعل شرط الاستقرار التشريعي المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تنظم علاقته العقدية مع الدولة المضيفة للاستثمار، مما يسمح له بضمان أمن الاستثمار ومردوديته[25].

وكذلك فشرط الاستقرار يهدف إلى تجميد القانون واجب التطبيق على العقد وفي هذه الحالة يكون الهدف من هذا الشرط هو تجميد القانون وتطبيقه وقت إبرام العقد أو وقت التنفيذ ويهدف هنا هذا الشرط إلى منع الدولة في استخدام سلطتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به لمصالحها[26].

ثانيا: مجالات تطبيق شرط الاستقرار التشريعي

إن شرط الاستقرار التشريعي قد يطبق بصفة مطلقة عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قوانين جديدة على العقد أو بصفة نسبية عندما تتعهد بعدم تطبيق بعض القوانين التي تزيد من أعباء الطرف الأجنبي وعادة ما يتعلق شرط الاستقرار التشريعي بالقوانين الجبائية على وجه الخصوص، كالزيادة في الضريبة إلى 19 %.

كما قد يكون الشرط خاصا بنظام قانوني ما كالقانون العام لاسيما في الضرائب والجمارك هذا ما يفسر وجود عدة تطبيقات تتعلق بشرط الاستقرار ومنها:

1- شرط استقرار الأموال والممتلكات: بمقتضاه لا تسترجع الإدارة أو لا تنزع الملكية ولا تسمح باسترجاع أو نزع ملكية الأصول (المنقولة أو غيرها) للمؤسسة المستخدمة في العملية فوق نصوص العقد، ولا مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها الأشخاص من المؤسسة، مثل الاشتراط الذي كان بين جمهورية غانا وإحدى الشركات الأجنبية سنة 1962.[27]

---

[25] **آيت معمر الطاهر، سي محمد ادير**، مرجع سابق، ص57-58.

[26] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص110.

[27] **لروي لطفي، أرجيلوس عماد الدين**، مرجع سابق، ص44-45.

2-شرط استقرار النظام الضريبي: كمثال على هذا الشرط فإن الأطراف يتفقون على تطبيق قانون الدولة المضيفة المتعلق بالضرائب والرسوم، وقد يطبقون على هذا الاستثمار نظام خاص بالضرائب والرسوم إذا سمح القانون بذلك، ويتم في هاتان الحالتان الاتفاق على استقرار الوظيفة الضريبية مثلا الاشتراط الذي يتضمن:" أن أي زيادة على ما هو مفروض حاليا، ... كل ضريبة جديدة لا تطبق ... غير أنه إذا كانت الزيادة المذكورة أو الضريبة الجديدة لابد أن تطبق بصفة عامة ووحيدة الشكل، فان الأعباء الجديدة يجب أن تتحمل من المقاول ..."[28]

إضافة إلى هذه الأنواع توجد مجالات أخرى تتعلق بتشريعات العمل، أو بنصوص الاستيراد والتصدير وكذلك تلك التي تتعلق بالقواعد الخاصة بالإعفاءات الجمركية سواء مؤقتة أو نهائية، أو ما يتعلق بالأحكام الخاصة بحرية تحويل رؤوس الأموال بحيث يتم الاتفاق على أن تبقى سارية النصوص التي يعمل بها وقت الاتفاق[29].

المطلب الثاني

الإطار القانوني لشرط الاستقرار التشريعي

رغم فعالية شرط الاستقرار التشريعي في عقود الاستثمار، وكذلك في التحكم في تدخل الدولة لتعديل العقد أو الاتفاق الساري بين الطرفين. إلا أن الفقه تعرض بشكل مباشر لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط وتحديد مركزه القانوني مقارنة بالتعديلات التشريعية التي تطرأ على القانون الذي كان يحكم العلاقة التعاقدية أو الاتفاقية السارية بين الطرفين (الفرع الأول).

كما أن وهنالك آراء فقهية حول مدى صحة شرط الاستقرار التشريعي من عدمه (الفرع الثاني) وأخيرا نتطرق لموقف المشرع الجزائري من شرط الاستقرار التشريعي (الفرع الثالث).

---

[28] **خباش دليلة، العرابي سهيلة،** شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية، 2013، ص21.

[29] **المرجع نفسه،** ص21.

الفرع الأول

التكييف القانوني لشرط الاستقرار التشريعي

انقسم الفقه إلى اتجاهين بين من يرى أن شرط الاستقرار التشريعي عبارة عن شرط تحويلي يؤدي إلى إفقاد القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية لطبيعته الأساسية، بينما يرى الاتجاه الثاني للفقه أن هذا الشرط هي مجرد شرط استثنائي لا يؤثر على الطبيعة القاعدية للقانون بل أن تواجده يؤثر على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد.[30]

أولا: شرط تحويلي لطبيعة القانون

إن شرط التجميد الزمني يمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد وذلك التحويل يأتي من مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود واستنادا إلى هذا المبدأ يستطيع الأطراف إلى جانب استبعاد بعض القوانين الداخلية أن يقوموا بصهر تلك القوانين في العقد ذاته، بحيث لا يكون له قوة إلا تلك التي يعطيها الأطراف.[31]

يرى بعض الفقه أن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد لا تسري عليه كون ذلك القانون يندمج في العقد ويصبح بند شأنه شأن البنود الأخرى في العقد، نتيجة لذلك يفقد صفته القاعدية، وذلك تعبيرا عن إرادة الأطراف لا إرادة المشرع.[32]

انتقد هذا الرأي كون الأطراف المتعاقدة عند اختيارها للقانون الواجب التطبيق وفي العقد لا يصلح إلا في حالة الاختيار الصريح للقانون، أما في ظل غياب الإرادة الصريحة فإن فكرة الاندماج والطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر، أما إذا كانت الشروط ذات طابع تشريعي التي وضعها المشرع تحفيزا للاستثمار فهو غير قادر على تفسير أحكام القانون الجديد، إضافة إلى

---

[30] **قصوري رفيقة**، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة للمستثمرين الأجانب–شروط الثبات التشريعي–، مرجع سابق، ص568.

[31] **غسان عبيد محمد المعموري**،" شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول"، مجلة رسالة الحقوق المجلد الأول، عدد 2، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص176.

[32] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 148.

شروط الاستقرار كونها تغير من طبيعة قانون العقد وتجعله يفقد صفته القاعدية وتحوله مجرد بند تعاقدي، وتكون بذلك هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع العقد لأي قانون ليصبح في مقام العقد بدون قانون.[33]

إذن التعديلات الحديثة لا يمكن أن تسري على العقد إنما تعتبر فقط كغيرها من الشروط التعاقدية الأخرى التي ترد في احد بنود العقد لكن يمكن أن تكتسب قوة بإرادة الأطراف.[34]

ثانيا : شروط الاستقرار استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد

في حالة اتفاق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه، بل فقط يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد، فهي تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني وهنا نقول أن لشرط الاستقرار التشريعي أثر توقيفيEffet suspensif بقوة سريانه على قانون العقد في تعديلاته اللاحقة على العقد [35]تطبيقا لذلك فشرط الاستقرار في هذه الحالة يرمي إلى استمرارية سريان تطبيق القانون المختار من الأطراف لتنظيم العقد المبرم بينهما، رغم صدور قانون جديد بعد استثناء على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميده من حيث الزمان.[36]و حتى يتحقق هذا الاتجاه يرى أنصاره ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يتسنى القول أن الدفع باستمرارية القانون المختار هو استثناء على مبدأ السريان الفوري ،أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد تكميلية فإن هذه النصوص لن تجد مكانا للتطبيق كأصل عام على العقود التي يتم إبرامها في ظل القانون

---

[33] **حيدرة صوفيان، جلواح سليم**، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون العام الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص54.

[34] **بودالي منية، بوحارة لامية**، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص52.

[35] **غسان عبيد محمد المعمري**، مرجع سابق، ص 177.

[36] **حيدرة صوفيان، جلواح سليم**، مرجع سابق، ص 55.

المعدل مما يلغي مبدأ تجميد القانون المختار من قبل الأطراف استثناء على مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد.[37]

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

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على إقرار شرط الاستقرار التشريعي

هناك العديد من الآراء حول الآثار الناتجة عن شرط الاستقرار التشريعي، فهناك اتجاه يرى صحة هذه الشروط و أنها تتوافق مع الحرية التعاقدية للأطراف (أولا) وهناك اتجاه آخر معارض، فيرون أن شرط الثبات لا يشمل أي قيد على سيادة الدولة وان ليس لها أي قيمة قانونية (ثانيا) وأخيرا هناك اتجاه يوفق بين المعارضة و التأييد (ثالثا).

أولا: شرط الاستقرار التشريعي يتفق مع الحرية التعاقدية للأطراف

يستند هذا الاتجاه المدافع عن صحة شروط الاستقرار التشريعي إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة بحد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني يقرر هذه الصحة و إما إلى اعتبار هذه الشروط صحيحة نظرا لأنها تعد من قواعد القانون الدولي الخاص المادية أو لأنها من القواعد المادية ذات التطبيق المباشر.

كما يعتمد أنصار هذا الاتجاه على المبادئ القانونية ولا سيما مبدأ قدسية العقد وعدم المساس به، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها و بين الأشخاص الأخرى إذا اقتضى الصالح العام

[37] **قصوري رفيقة**، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة للمستثمرين الأجانب–شروط الثبات التشريعي–، مرجع سابق، ص569.

ذلك التعديل، فقبول الدولة المتعاقدة مع طرف أجنبي يفيد وفقا لأنصار هذا الاتجاه تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة، و هو ما يستشف من وجود شرط الاستقرار التشريعي، بذلك تكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها و التي تغل يد الدولة في المساس بالعقد سواء بالتعديل أو الإلغاء أو بسط سلطان القانون الجديد عليه.[38]

انتقد هذا الاتجاه من جهات ثلاثة وهي:

1-إن شرط الاستقرار التشريعي يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع لأي قانون .

2-إن من خصائص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية إنها تستلزم سنوات عديدة بحيث تلزم الدولة طوال سنوات العقد بإتباع مجموعة من النظم الغربية ليس لها أدنى صلة بتشريعها العادي و قد تؤدي إلى جمود القانون.

3-إن إنكار حق الدولة في تعديل بعض نصوصها و إلزامها بإتباع سياسة الجود القانوني هو ما يتنافى بالطبع مع دور الدولة في تطوير قانونها بما يتلاءم مع الظروف الجديدة.[39]

ثانيا: سيادة الدولة في تعديل العقد

يميل أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتراف بحق الدولة في المساس بالعقد إذا كانت المصلحة العامة للدولة تقتضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة إما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما و بين الطرف الأجنبي، وذلك بغض النظر عن تضمين هذا العقد لشرط الاستقرار التشريعي.[40]

---

[38] **زغودي عمر** ، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2020، ص 37-38.

[39] **غسان عبيد محمد المعموري**، مرجع سابق، ص174.

[40] **لروي لطفي أرجيلوس، عماد الدين**، مرجع سابق، ص52.

يستند أيضا هذا الاتجاه إلى طابع الثبات الذي يميز هذه العقود فبالتالي يجب أن تتضمن شروطا تدعو أطرافها إلى مراجعتها تحسبا لأي تغيير في الظروف، فهناك عددا من العقود المبرمة بين الدول و الشركات الأجنبية تتضمن شروطا تدعو إلى إعادة المفاوضات بشأنها، و من هذا القبيل العقد المبرم بين غينيا الجديدة و شركة Copper Ltd Bougainvilleعام 1984 إذ نص في هذا العقد على أن تجتمع الأطراف فيما بينها كل سبع سنوات من أجل أن تبحث بحسن نية ما إذا كان الاتفاق المبرم بينها قد حقق الهدف المرجو منه بالنسبة لكليهما وفي حالة إخفاق الاتفاق على تحقيق ذلك الهدف،فإن الأطراف تبذل العناية الكافية على إجراء التعديلات اللازمة على الاتفاق.[41]

هذا الاتجاه أيضا كسابقه لم يسلم من الانتقاد و من بين هذه الانتقادات نجد:

.1-بما أن الأطراف أدرجوا هذه الشروط في العقود التي يبرموها فذلك لأنهم يعتبرونها صحيحة منتجة لأثار قانونية .

.2- الدولة التي تدرج شرط الاستقرار التشريعي في العقود التي تبرمها مع الطرف الاجنبي تلتزم بعدم المساس بالعقد لان هذا الشرط يعتبر من الشروط الأساسية التي لا يجوز المساس بها شأنها شأن شرط التحكيم .

.3-الدولة التي تدعي عدم تنازلها عن سلطتها العامة يعتبر صحيحا بالنظر إلى قانونها الداخلي لكن غير صحيح بالنظر إلى القانون الدولي الذي يمكن أن يحد من امتيازاتها عن طريق المعاهدة و عن طريق العقد[42].

.

[41] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 44.

[42] **غسان عبيد محمد المعموري** ، مرجع سابق، ص 175.

ثالثا: الاتجاه التوفيقي بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة

حاول أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين مبدأ الحرية التعاقدية الذي استند عليه أغلب أنصار الاتجاه الأول ومبدأ سيادة الدولة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الثاني و ذلك لان شرط الاستقرار التشريعي قد يؤدي حقا إلى استقرار الرابطة العقدية بين المستثمر الأجنبي و الدولة لأنها تسمح للمستثمر باتخاذ قراره الاستثماري استنادا إلى ما توقعه قبل تنفيذ العقد ذلك من خلال معدل الأرباح التي سوف يحققها.[43]

يعود الفضل في محاولة إيجاد توفيق بين القواعد المتعارضة التي تحكم كل من فكرتي العقد و السيادة إلى الأستاذ Prosper Weil الذي يعتبر أول من أبرز التفرقة بين شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، ووفقا له يتوقف الفصل في صحة شروط الثبات التشريعي أو عدم صحتها على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد و يستمد منه قوته الملزمة، و يقصد بذلك النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له، و الذي يستمد منه العقد صحته و الذي يحدد أيضا القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع العقد، و هذا النظام القانوني إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و إما أن يكون القانون الدولي.[44]

والجدوى من مناقشة شرعية شروط الثبات لأنها تنبع مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية و من موازين القوى، و لعله من الممكن الحد من نتائجها عن طريق القول أنه لابد من تطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذه الشروط فإذا تبين نتيجة لتعديلات تشريعية أو تنظيمية بان التزامات احد الأطراف أصبحت مرهقة جدا لأنه يحق

[43] **قصوري رفيقة**، ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة للمستثمرين الأجانب، مرجع سابق، ص 572.
[44] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 47.

للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة تطبيقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[45] التي تنص على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية."

لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.[46]

الفرع الثالث

مدى نجاعة شرط الاستقرار التشريعي في تحقيق غايته

من أهم العوامل التي تدفع بالمستثمر الأجنبي في دولة معينة هو استقرار تشريعاتها فالحماية التي اقرها المشرع لمواجهه الوضعيات الناشئة عن تغيير أو تعديل القانون الخاص بالاستثمار يسعى من خلالها إلى محاولة طمأنة المستثمر الأجنبي بأنه في حالة تعديل أو إلغاء قانون الاستثمار فان المقتضيات الجديدة لن تطبق عليه[47].

غالبا لا تقوم الدولة بتغيير تشريعاتها من اجل مصلحة الطرف الاجنبي نظرا إلى انه لا وجود لنظام قانوني يغلب المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة، ما يؤكد فشل شرط الاستقرار في تأدية وظيفته. كما أن الفقه بحد ذاته اختلف حول تفسير صحة شرط الاستقرار،

---

[45] **أنظر المادة 107 من الأمر رقم 75-58** مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم، منشور على الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة www.Joradp.dz

[46] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 39.

[47] **مولود سليم، لمين سليم**، مدى فعالية القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص21.

ما يؤكد إخفاقه في تحقيق الهدف الذي يرمي إليه و هو منع الدولة من المساس بالعقد و عدم تغيير أو إلغاء القانون الذي يحكمه[48].

كما أن عقود الاستثمار لم تعد أداة فعالة لغزو السوق ما أدى إلى ظهور عقود ذات مضمون متحرك فهذا الشرط يؤكد عدم الثقة في نوايا الدولة بحيث في أي لحظة يمكن أن تقلب موازين العقد لصالحها.

كما أن الهدف الوحيد لشرط الاستقرار هو زيادة الحماية للمستثمر الاجنبي ضد المخاطر التي قد يواجهها ضد الدولة التي تتمتع بامتيازات، و تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فهو يحظى بحماية اكبر من التي يتمتع بها في دولته، نظرا لما تتمتع به من سلطة بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام كما انه لا يتمتع بها أيضا في علاقته مع شخص خاص[49].

المبحث الثاني

تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري و تمييزه عن بعض المفاهيم

غالبا عمليات الاستثمار التي تكون بين الدولة و المستثمرين تشكل أهمية اقتصادية، يطلق عليها عادة تسمية عقود التنمية، التي تدرج فيها شروط الاستقرار التشريعي و تتمثل هذه الشروط في مجموعة القواعد و المبادئ الموجودة في القانون الداخلي و القانون الدولي، التي تهدف إلى أي تعد و قمع من طرف السلطات العمومية.

---

[48] **بن عشي أمال**، "الثبات التشريعي كضمانة لحماية المستثمر الأجنبي"، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34 ،عدد 3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 288.

[49] **المرجع نفسه** ، ص 289.

من أجل طمأنة المستثمرين الأجانب و دفعهم لتوظيف أموالهم و مشاريعهم الاستثمارية سعت الدولة لتكريس شرط الاستقرار التشريعي سواء على المستوى التشريعي أو على المستوى الاتفاقي.

لهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري (المطلب الأول) ، كما أن العقد يمكن أن يحتوي على شروط أخرى يمكن أن تؤثر على العقد فنتساءل حول علاقة شرط الاستقرار التشريعي ببعض المفاهيم المشابهة له (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مدى تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري

إن هدف الدولة في مجال عقود الاستثمار هو إقناع المستثمرين للاستثمار فيها، و بالمقابل فان المستثمرين بدورهم يسعون لإقناع الدولة المضيفة باختيار قانون غير قانونها الوطني ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين بينهما ، و ذلك بإدراجها شرط الاستقرار التشريعي الذي يمنع سريان أي تعديلات تقوم بها الدولة على قانونها فيبقى العقد محكوم بالقانون المختار بين الطرفين.

بالرجوع للجزائر لا بد من دراسة وضعية شرط الاستقرار التشريعي من خلال القوانين الوطنية أي بدراسة موقف المشرع الجزائري(الفرع الأول) ثم مدى التزام الدولة بشرط الاستقرار التشريعي (الفرع الثاني)

الفرع الأول

موقف المشرع الجزائري من شرط الاستقرار التشريعي

إن شرط الاستقرار التشريعي من الشروط التي أصبح يعمل بها خاصة في عقود الاستثمار، و قد عرفت الجزائر انفتاحا اقتصاديا في المجال الاستثماري، و هذا الشرط ظهر

لأول مرة عند عقد الامتياز المبرم بين إيران و الشركة الإنجليزية في 1933/05/28، و كرس المشرع الجزائري هذا الشرط في مختلف التشريعات التي تنظم موضوع الاستثمار، و عليه فقد تضمنت قوانين الاستثمار في بداية التسعينات هذا الشرط[50] حيث صدر المرسوم التشريعي 93-12 ، الذي نص في المادة 39 منه على: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".[51]

جاء في سياق المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على أنه:" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر".[52] و يفهم من هذه المادة أن المشرع نص على تثبيت التشريع المتعلق بالاستثمار و تجميد دور الدولة في مجال اختصاصاتها التشريعية، و ذلك في سبيل منح حصانات أكثر للمستثمر الأجنبي في الجانب الجبائي و المالي و التي تتميز بالمرونة و البساطة في الجانب الإجرائي.[53]

كما نصت المادة 16 من نفس الأمر:" 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".[54]

---

[50] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق، ص 21.

[51] **أنظر المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12** ،مؤرخ في 05اكتوبر 1993 ،يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر بتاريخ 10-10-1993 ،الملغى بالأمر 01-03 ،صادر في 20أوت 2001 ، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر بتاريخ 22-08-2001.(ملغى)

[52] **أنظر المادة 15 من الأمر 01-03** مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج ،عدد 47، صادر بتاريخ 22-08-2001.(ملغى جزئيا)

[53] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق، ص22.

[54] **أنظر المادة 16 من الأمر 01-03** يتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

مع صدور القانون رقم 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار فالملاحظ أنه دعم شرط الاستقرار التشريعي بموجب المادة 22 السابقة الذكر، و من خلال هذا نلاحظ حرص المشرع الجزائري على توفير مناخ للاستثمارات الأجنبية في الجزائر و ذلك من خلال موافقته على مثل هذه الشروط.

تبنى المشرع الجزائري بشكل واضح شرط الاستقرار التشريعي الذي يوحي أن هذا الشرط له قيمة قانونية في إطار القانون الجزائري، فلا تطبق التعديلات أو الإلغاءات على الاستثمارات المنجزة في ظله، على أنه يجوز للمستثمر أن يطلب سريان التعديلات الجديدة التي قد تطرأ على هذا القانون بشكل صريح، أكيد أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها المستثمر بأن مصلحته تكمن في سريان التعديلات الجديدة على مشروعه بدلا من القانون القديم.

بهذه المثابة فإن مصدر شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في قانون الاستثمار نفسه، حيث ورد ذلك صراحة في تعهد من قبل الدولة و المستثمرين مما يجعله نسبيا وخاصا بكل عقد على حدى، بل هو شرط قانوني يجد مصدره في التشريع بحيث يكون هذا الشرط مطلقا يسري على كافة العقود التي تبرمها الدولة في مجال الاستثمار، لكن مع استثناء الحالات التي يطلب فيها المستثمر صراحة رغبته في التنازل عن الضمان الذي منحه إياه المشرع و المتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد.[55]

أما على المستوى الاتفاقي و التعاقدي فقد أدرج شرط الاستقرار التشريعي في نص الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها APSI المتصرفة باسم و لحساب الدولة الجزائرية، و شركة اوراسكوم القابضة (ش م م) المتصرفة باسم و لحساب

[55] **بن احمد الحاج**، "شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري "، مجلة الدراسات القانونية السياسية ، المجلد2 ،عدد05 ، كلية الحقوق ،جامعة سعيدة،2017 ،ص 532.

اوراسكوم تيليكوم الجزائر في 5 غشت 2001 التي تنص على ما يلي في المادة 06 أنه:" تمنع الدولة 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".[56]

كذلك نجد إتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة أقواس سكيكدة ADS نصت في المادة 06 من هذه الاتفاقية على أنه: " طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01-03 ،فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية".[57]

إضافة إلى كل هذا يتضمن قانون الاستثمار الجزائري في خصوص شرط الاستقرار التشريعي تعهدات و التزامات صادرة عن الدولة الجزائرية، و مضمونها تشجيع و تحفيز المستثمر الأجنبي للإستثمار في الجزائر، و منحه حصانة إضافية، و بالتالي يعتبر تعهد من قبل الدولة تجاه المستثمر في تثبيت النظام القانوني و المالي و الاقتصادي للاستثمار محل العقد.[58]

الفرع الثاني

مدى التزام الدولة بشرط الاستقرار التشريعي

تحتفظ الدولة بكامل صلاحياتها التشريعية في إصدار القوانين و تعديلها و إلغائها، باستثناء الاستثمارات التي تم إنشاؤها في ظل قانون ما حيث يبقى القانون الحالي ساري

---

[56] **أنظر المادة 06** من اتفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و اوراسكوم تيليكوم الجزائر، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج ر ج ج ، عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

[57] **أنظر المادة 06** من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة،، ADS ،ج رج ج، عدد 07 ،صادر في 28 جانفي 2007.

[58] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 97.

المفعول عليها كاستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقوانين في حدود هذه الاستثمارات.[59] فعلى الدولة احترام شروط الاستقرار المدرجة في العقد، و هذا الالتزام يكون حسب القانون الذي يخضع له العقد، سواء عند خضوعه لقانون الدولة (أولا) أو في حالة خضوعه للقانون الدولي (ثانيا)

أولا: حالة خضوع شرط الاستقرار التشريعي للقانون الداخلي

تكون الدولة ملزمة بعدم تعديل القانون عند خضوع هذه الشروط للقانون الداخلي، فهي تحتفظ بسلطتها في تعديل تشريعاتها الوطنية لكن لا يطبق هذا التعديل على العقد المتضمن شرط الاستقرار التشريعي.

هذا ما تم تأكيده في عدة قضايا معروضة على قضاء التحكيم، مثال القرار الصادر في قضية (Lecto / Liberia)، أين قررت المحكمة أن ليبيريا قد أخلت بالتزاماتها، وكذلك في قضية (Sénégalaise /Soabi) وقد تم النص فيها أن للدولة الحق في فسخ العقد استنادا للقانون الذي يحكم العقد، شرط تقديم تعويض شامل.[60]

فالدولة بإمكانها تعديل و تغيير تشريعاتها الوطنية متى لزم ذلك ،شرط أن هذا التعديل لا يطبق على العقد الذي يتضمن شرط الاستقرار التشريعي فقد وجدت عدة قضايا معروضة على قضاء التحكيم أين تم الحكم بالمسؤولية الدولية على هذه التصرفات التي تؤثر بتوازن العقد.

ثانيا : حالة خضوع شرط الاستقرار التشريعي للقانون الدولي

يمكن للأطراف الاتفاق على خضوع العقد للقانون الدولي فإذا وجد هذا الشرط في عقد يخضع للقانون الدولي يترتب عنه نفس الأثر في حالة خضوعه للقانون الداخلي نظرا لغياب الأخذ

---

[59] **لعماري وليد**، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص: قانون عام للأعمال، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ,2010 ، ص19.

[60] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق ،ص 30 .

بنظرية العقود الإدارية و أيضا نظرية السيادة على الثروات الطبيعية ما ينتج عنه صحة شرط الاستقرار التشريعي.[61]

إن خضوع العقد للقانون الدولي ينتج كثير من المزايا لما يحققه من مساواة بين الطرفين ذلك باستبعاد بعض من الامتيازات التي تتمتع بها الدولة عند اختيار القانون الداخلي و كما أنها تمكن الطرف الاجنبي من اختيار قواعد القانون الدولي الأكثر ملائمة كما يترتب عليه تطبيق بعض مبادئ القانون الدولي كمبدأ احترام الحقوق المكتسبة و مبدأ حسن النية كما أن الخضوع للقانون الدولي يعطي حماية اكبر للمستثمر مقارنة مع القانون الداخلي.[62]

المطلب الثاني

علاقة شرط الاستقرار التشريعي ببعض المفاهيم المشابهة

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

لكن يمكن أن يحتوي العقد على غرار هذا الشرط شروط أخرى يكون لها أيضا أثر على العقد، مما يجعلنا نتساءل حول علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط عدم المساس بالعقد(**الفرع الأول**) ،و كذلك علاقته بشرط إعادة التفاوض (**الفرع الثاني**) ثم علاقة شرط الاستقرار التشريعي بالتدعيم التشريعي (**الفرع الثالث**) و أخيرا بالتوازن الاقتصادي (**الفرع الرابع**)

الفرع الأول

[61] **عباسي رادية، عمران كهينة**، شرط احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة في مجال الاستثمار، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص: القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2019 ،ص 25 .

[62] **شوشو عاشور**، مرجع سابق، ص 26 .

علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط عدم المساس بالعقد

للتطرق إلى تبيان علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط عدم المساس بالعقد لابد أن نتطرق إلى تعريف شرط عدم المساس بالعقد **(أولا)** ثم الفرق بين شرط الاستقرار التشريعي و شرط عدم المساس بالعقد **(ثانيا)**.

أولا : تعريف شرط عدم المساس بالعقد.

يعد الأستاذ "weil Prosper "أول من أبرز التفرقة بين شرطي الاستقرار التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد، وينصرف معنى شرط عدم المساس بالعقد بأن تتعهد الدولة بعدم المساس بالعقد، بحيث تعدل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية، و عليه فشرط عدم المساس بالعقد يعد حصانة يتمتع بها المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطات .[63]و في هذا الشرط تتعهد الدولة بعدم تعديل نصوص العقد أو تغيير أداءات الأطراف بصفة انفرادية، إلا باتفاق الطرفين، إلا أن هذا يؤدي إلى تناقض بين مبادئ معترف بها على المستوى الدولي، باعتبار أنه و إن كان مبدأ سلطان الإرادة معترف به في القانون الدولي الخاص، فإن سيادة الدولة و ما يترتب عليها من سلطات معترف به كذلك على المستوى الدولي، و التي تجيز للدولة تعديل التعهدات و الالتزامات بصفة انفرادية إذا كانت للمصلحة العمومية تتطلب استعمال تلك السلطات الاستثنائية .[64]

[63] **اورير شهرزاد، عدنان لونيس**، مظاهر تقهقر الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017، ص 17-18.

[64] **شوشو عاشور**، مرجع سابق، ص 81-82.

يعرف أيضا أنه تعهد الدولة بعدم المساس بالعقد بإرادتها المنفردة باستعمال الامتيازات التي تتمتع بها وفقا للقانون الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية و إدارية، لذا فهو حصانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطان.[65]

ثانيا: الفرق بين شرط الاستقرار التشريعي و عدم المساس بالعقد.

التفرقة بين شرط إستقرار التشريع و شرط عدم المساس بالعقد هي نظرية تبدو أقل وضوحا إذ أن كل من شروط الاستقرار التشريعي و شروط ثبات العقد تهدف في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد من خلال عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، إلا أن التفرقة تظهر في حالة ما إذا كان شرط الاستقرار قد تمحور بصفة خاصة لحكم تنظيم معين كالضرائب وقانون نزع الملكية أي يكون عندها شرط الاستقرار خاصا بهذا القانون فقط على عكس شرط الثبات العقد الذي يكون في الغالب بصفة عامة.[66] على الرغم من أن الشروط التي تهدف إلى تحقيق الاستقرار التشريعي وتجميد القانون من حيث الزمان تختلف من الناحية النظرية عن الشروط التي تهدف إلى عدم المساس بالعقد، فإن العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي قد يتضمن النوعين من الشروط في آن واحد هذا من ناحية، و من ناحية أخرى فإن التفرقة بين شروط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالعقد، إذ تسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، كما أن شرط الاستقرار نفسه لا يحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس به، و لذا فإن المشكلة التي تصادف كلا من النوعين من الشروط تظل واحدة وتتخلص في مدى التزام الدولة بعدم تغيير العقد المبرم بينها وبين طرف

[65] **Issad mohand,** les techniques juridiques dans les accords de développement économique, colloque international tenu à Alger le 11 octobre 1976 sur le droit international de développement , OPU, Alger, 1978, p.210.

[66] **شوشو عاشور**، مرجع سابق، ص 83.

آخر سواء تعلق الأمر بعدم تغيير العقد بطريق مباشر أو طريق غير مباشر عن طريق تعديل القانون الذي يحكم العقد .[67]

بدأ إدراج هذا الشرط في الواقع في عقود استثمار النفط المبرمة من بعض الدول النامية مع الشركات الأجنبية قبل الحرب العالمية الثانية كالعقد المبرم بين البحرين و شركة بابكو 1925، و الاتفاق المبرم بين الكويت و شركة نفط الكويت عام 1934، كما تواترت عقود الاستثمار بصفة عامة على إدراج هذا الشرط، و ذلك خلال الفترة اللاحقة على الحرب العالمية الثانية حيث قرر الاتفاق المبرم بين السعودية و شركة جيتي عام 1949 في هذا الصدد بأنه :" يجب أن لا ينقح هذا الاتفاق أو يعدل إلا باتفاق متبادل بين أطرافه".[68]

بالنظر للتشابه بين شرط الاستقرار التشريعي و شرط عدم المساس بالعقد فقد انقسم الفقه حول الآثار المترتبة عن شرط الاستقرار أو عدم المساس بالعقد فقد انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات فقهية، ذهب أولها إلى أن شروط الاستقرار التشريعي صحيحة منتجة لأثارها القانونية، و الثاني يذهب إلى إخضاعها للسلطة السيادية للدولة، أما الثالث و الأخير فيخضعها للنظام القانوني الذي يحكم العقد.و في حالة اللجوء إلى التحكيم خاصة في الاستثمار يكون إخلال الدولة بشرط الاستقرار أحد دعائم الادعاء أمام الهيئة التحكيمية، و أحيانا يضاف إليه الادعاء بأن رفع الضرائب و الرسوم أو أي تغيير آخر في بنية القوانين و اللوائح بشكل مصادرة مستمرة لأموال المستثمر.[69]

[67] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 91.
[68] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 90-91.
[69] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 94.

الفرع الثاني

علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط إعادة التفاوض

شروط إعادة التفاوض عرفها البعض أنها تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغيير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى من اجل خلق توازن تعاقدي جديد ومن ثم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته.[70]

إن الهدف الأساسي من إعمال شروط إعادة التفاوض ضمن بنود عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة له هو المحافظة بالدرجة الأولى على التوازن العقدي لضمان استمراره طيلة فترة نفاذه، رغم كل محاولة من أي طرف في العقد بالإخلال بتوازنه أو من الالتزامات وما وعدت به المستثمر الأجنبي من الضمانات المقررة به، و من اجل استقرار المعاملات فانه يجب على الدولة المضيفة أن تفي بما قطعته على نفسها من التزامات وما وعدت به المستثمر الأجنبي من ضمانات.[71]

يتضح من ذلك أن شرط إعادة التفاوض لا يمنع الدولة من سلطتها التشريعية، لكنه يلزمها إعادة التوازن التعاقدي في حال تأثر العقد بموجب بتشريعاتها الجديدة. وهذا هو الفرق الجوهري الذي يكمن بين شرط الاستقرار التشريعي و شرط إعادة التفاوض، فشرط الاستقرار التشريعي قاطع دال في إلزام الدولة بعدم تغيير أو إلغاء تشريعاتها الداخلية، وإذا أخل بذلك جاز للطرف المتعاقد الرجوع عليها وفق قواعد الإخلال بالالتزام العقدي. ويفترض تطبيق شرط إعادة التفاوض في هذه الحالة بعدم وجود الاتفاق على شرط الاستقرار التشريعي، إذا لو وجد الاتفاق

---

[70] **رفيقة قصوري**، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة ، 2011،ص 195.

[71] **المرجع نفسه**، ص 197.

على الاستقرار التشريعي لما كانت هناك حاجة لإعادة التفاوض في سبيل إعادة التوازن العقدي للعقد.[72]

على الرغم من تبيان الفروق بين شرط الاستقرار التشريعي وشرط إعادة التفاوض من الفقه الدولي من يخلط بين كلا النوعين فيجعل من شرط إعادة التفاوض نوعا من أنواع شرط الاستقرار التشريعي على الرغم من الاختلاف الذي سبق أن وردناه فيما يتعلق بنطاق وغاية كل منهما برغم اتفاقهما في الأثر ويرى بعض الفقه بأن شرط إعادة التفاوض أو إعادة التوازن الاقتصادي ما هو إلا بديل عن شرط الاستقرار التشريعي، حين يتعذر الاتفاق على هذا الأخير. بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تفضيل شرط الاستقرار التشريعي على حساب شرط إعادة التفاوض وذلك لكون هذا الأخير قد يتسبب على أرض الواقع بتعويض طائلة من الدول المتعاقدة مقارنة بمبالغ التعويض التي قد تنتج عن انتهاك شرط الاستقرار التشريعي.[73]

الفرع الثالث

علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط التدعيم التشريعي

يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط الاستقرار التشريعي اجتنابا لأي تعدي قد يطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد في المستقبل، كما يمكن أن يستفيد من التعديلات إذا طلب ذلك صراحة لا سيما إذا كان التعديل يتضمن مزايا أكثر له، لذلك سنتطرق إلى تعريف شرط التدعيم التشريعي (أولا) ،ثم الهدف منه(ثانيا)

[72] **أميرة المرضي عوض**، " النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، المجلة العربية للبحوث في القانون الاقتصادي، المجلد الأول، عدد1، الكويت، 2020، ص**13** .

[73] **المرجع نفسه**، ص 13.

أولا: تعريف شرط التدعيم التشريعي.

يقصد بشرط التدعيم التشريعي، إمكانية المستثمر الأجنبي الاستفادة من الأحكام الجديدة الواردة في عقود واتفاقيات الاستثمار، ولا سيما إذا كان ذلك التشريع يحتوي على مزايا و ضمانات أكبر للمستثمر، أما في حالة وجود تباين بين الأحكام العقدية و الاتفاقية تطبق الأحكام التي تمنح امتيازات أفضل للمستثمر.[74]

لقد أقر المشرع الجزائري ضمان شرط الاستقرار التشريعي، الذي يهدف من خلاله إلى حظر أي تعديل أو إلغاء قانون على الاستثمارات التي تم الشروع فيها، و إنما دعم المستثمر بضمانة أخرى، تتمثل في منح هذا الأخير إمكانية الاستفادة من الأحكام الجديدة خاصة إذا كانت توفر له مزايا إضافية، و هذا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة. هذا ما جاء في نص المادة 15 من أمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار كما يلي :"... إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".[75]

ثانيا: الهدف من شرط التدعيم التشريعي

الهدف الأساسي من شرط التدعيم التشريعي هو منح المستثمر امتيازات إضافية، إذ نجد بان معظم الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار تتضمن في محتواها على الاعتراف بحق المستثمر في الاستفادة من التشريع الذي يضمن له امتيازات أكثر، أو حماية أكثر.

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية من بين المبادئ التي تكرس شرط التدعيم التشريعي، إذ تتعهد الدولة الملتزمة به بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على أفضل معاملة يلقاها الأجانب في الدولة الأولى، و يفهم من خلال هذا الشرط التزام الدولة

[74] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ،ط02 ، دار هومة ،الجزائر ،2014، ص 147.

[75] **انظر المادة 15 من أمر رقم 01-03** متعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

المضيفة بمنح رعايا الدولة المتعاقدة معها كل الضمانات و الحوافز التي سبق لها أن منحتها لرعايا دولة أخرى، أو ستمنحها مستقبلا.[76]

إذن لا يكتمل شرط الاستقرار التشريعي بمجرد توفر شرط التجميد التشريعي بل يجب توفر شرط التدعيم التشريعي أيضا.

الفرع الرابع

علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط التوازن الاقتصادي

يتميز هذا الشرط بأنه لا يعفي المستثمر الأجنبي من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق بل العكس من ذلك سوف يقوم بالتأكيد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لهذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة، و في مقابل ذلك ينص هذا الشرط على التزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر عن جميع الخسائر المادية التي أصابته أثناء هذه التعديلات، و التي يمكن أن يكون التعويض جزئي وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، و ذلك ما نسميه بشرط التوازن الجزئي. وفي حالة التعويض الجزئي يتم الاتفاق على تعويض المستثمر الأجنبي في إحدى الحالات التي تتمثل في متى أقرت الدولة المضيفة نوع معين من التشريعات ما أدت إلى زيادة أعباء مالية، و في هذه الحالة سيعوض المستثمر بشكل كلي بسبب ما أصابه من ضرر مادي جراء هذه التشريعات، و أيضا عندما تقوم الدولة المضيفة بإقرار تشريعات وطنية تميز بين المستثمر الأجنبي و الوطني، و هذا ما يخل بشروط المنافسة العادلة في السوق الوطنية و بهذا يتلقى المستثمر الأجنبي خسائر مادية أكثر من المستثمر الوطني .[77]

---

[76] **بن هلال ندير**، معاملة المستثمر الاجنبي في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام للأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2016 ، ص 259-260.

[77] **عباسي راديه، عمران كهينة**، مرجع سابق،ص 24.

في العادة انه متى اتفق طرفي العقد على هذه الأسس يتم الاتفاق أيضا على تحديد جهة محددة تقوم بتقدير حجم الخسائر التي أصابت المستثمر الأجنبي و مبلغ التعويض المستحق وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد، و غالبا ما يتم الاتفاق على تحقيق هذا التوازن بإحدى الطريقتين إما بالنص صراحة في العقد على التزام الدولة المضيفة بالتعويض بشكل كلي أو بالنسبة التي اتفقوا عليها و ذلك عندما لا تحدث هذه الدولة تعديلات قانونية لا تصلح على حقوق أو التزامات المستثمر، و الطريقة الثانية تكمن في اتفاق الطرفين على وجوب إعادة النظر في شروط العقد، ليتم إعادة التفاوض من جديد، و القيام بتعديلها بما يضمن توازن العلاقة التعاقدية بين الأطراف، و يضمن تحقيق الأرباح المالية المتوقعة للمستثمر الأجنبي وقت التعاقد. و بالتالي يفضل المستثمر الأجنبي الطريقة الأولى لكونها ستضمن تعويضه عما لحقه من ضرر دون الحاجة إلى إعادة التفاوض على شروط العقد من جديد مع الدولة المضيفة.[78]

[78] **فياض محمود،** "دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكاليات التطبيق"، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد بتاريخ 21,20ماي 2013 ,كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ،ص637-638.

خاتمة الفصل:

نتوصل في ختامنا لهذا الفصل أن من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مبدأ الاستقرار التشريعي ، الذي يكفل للمستثمر حماية داخل الدولة المضيفة إزاء أي تعديل أو تغيير لقانونها، الأمر الذي يساعد على نقل حركة رؤوس الأموال التي تؤثر في التنمية الاقتصادية في الدولة.

فشرط الاستقرار التشريعي يحظى بأهمية كبيرة في عقود الاستثمار الأجنبي على المستوي الدولي، و انتهاج كل الدول لها لنفس المنهج من بينها الجزائر حيث انتهجه المشرع الجزائري من خلال النص عليه في قوانين الاستثمار المختلفة، إلا أن ذلك لم يجعل الجزائر الوجهة المفضلة للمستثمرين الأجانب بالرغم من كل الإمكانيات التي تحوزها، و ذلك بسبب كثرة التعديلات و التغييرات الوردة على قوانين الاستثمار في كل مرة التي كان آخرها سنة 2016 ولازال ذلك قائما حسب تصريح من وزير الصناعة الحالي.

ولذلك على المشرع الجزائري وضع قانون منظم و شامل و دقيق للاستثمار، ومنع تعديله في كل مرة لمدة طويلة، حتى يطمئن المستثمرين الأجانب أنه يوجد استقرار و ثبات تشريعي في البلاد.

الفصل الثاني

المساس بشرط الاستقرار التشريعي

و الجزاء المترتب عليه

إن حاجة الدولة إلى التنمية تدفعها إلى إبرام عقود الاستثمار بين الدولة كشخص عام من أشخاص القانون الدولي العام مع مستثمر أجنبي الذي يحمل حقوق و التزامات متبادلة بينهما، كشرط الاستقرار التشريعي.

غير أنه قد تلجأ الدولة صاحبة السيادة التي تتمتع بامتيازات خاصة باعتبارها أحد أطراف العقد إلى تعديل هذا الأخير أو إلغاءه، في حين أن الطرف الثاني شخص أجنبي طبيعي، لا يتمتع بهذه المزايا على الرغم من قوته الاقتصادية و المالية.

بالمقابل نجد أن معظم القوانين الداخلية و الدولية و حتى الاتفاقيات، بكل أنواعها تؤكد في آن واحد على مبدأ حق الدولة في تعديل و نزع الملكية الخاصة بالمستثمرين، استنادا إلى مجموعة من الاعتبارات الغالب منها تفرضها مقتضيات السيادة الاقتصادية لهذه الدول، أين يجوز لها ممارسة الرقابة و الإشراف على النشاط الاقتصادي عموما[79].

لكن هناك العديد من الإشكالات التي تؤدي إلى تضارب و تصادم المصالح بين طرفي عقد الاستثمار، حيث تطرح مسالة التوفيق بين حق الدولة المطلقة بتغيير أو إلغاء قوانينها الداخلية بصفة منفردة بما يخدم مصالحها العامة و سعيها لتحقيق أهدافها التنموية المسطرة من خلال تكريس شرط الاستقرار التشريعي لاستقطاب المستثمرين الأجانب.[80]

لذا سندرس في هذا الفصل مدى حق الدولة في تعديل و إلغاء عقد الاستثمار (المبحث الأول) ثم دراسة المبادئ التي تحد من سلطة الدولة في تعديل و إنهاء عقد الاستثمار (المبحث الثاني).

---

[79] **معيفي لعزيز**، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي و القانون الجزائري ،آلية لتفعيل العملية الاستثمارية" ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد الأول، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية 2018، ص 463 .

[80] **حديدي عنتر**، " شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد الثاني، عدد 8، البليدة، 2017، ص663.

المبحث الأول

الإجراءات الانفرادية للدولة الماسة بشرط الاستقرار التشريعي

إن إستقرار التشريعات المتعلقة بالاستثمارات تعد عاملا أساسيا و عنصرا من عناصر جذب و تشجيع الاستثمارات الأجنبية و كل بلد يعول على استقطاب رأس المال الأجنبي أن يعمل على تهيئة أرضية قانونية و تشريعية مستقرة حاضرا و مستقبلا تجعل المستثمر يشعر بالأمان القانوني، لأنه مهما كانت الضمانات و المزايا لا تدفع المستثمر للقدوم إلى بلد يعاني من لا إستقرار في نظامه القانوني المتعلق بالاستثمار، لوجود علاقة طردية بين ثقة المستثمر الأجنبي و الثبات التشريعي.[81]

بالرغم من ان إجرائي التأميم و نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبران من أعمال السيادة التي تصدرها السلطة العامة بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في الدولة لا تخضع لرقابة القضاء، إلا أن المشرع قد وضع قيودا على حق الدولة في اتخاذ أي إجراء بغرض التأميم أو نزع الملكية، حيث يفرض القانون في هذه الحالة الاستجابة لمجموعة من الشروط حتى يصبح هذا الإجراء مشروعا.[82]

سنتطرق في هذا المبحث إلى لجوء الدولة إلى التأميم **(المطلب الأول)** ثم نزع الملكية **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول

لجوء الدولة إلى التأميم

لم يحظ التأميم بأي اهتمام في إطار القانون الدولي الكلاسيكي، لان مبادئ هذا القانون قد وضعت من قبل البلدان الرأسمالية التي تقدس الملكية الفردية، بحيث اهتمت بحماية حق

[81] **حديدي عنتر**، مرجع سابق، ص663.

[82] **خباش دليلة، العرابي سهيلة** ، مرجع سابق ، ص 46.

الملكية الفردية كإحدى واجبات الدولة. لذلك أحيط التأميم و نزع الملكية بكافة الاحتياطات لضمان عدم المساس بالملكية الخاصة و ذلك بالرغم من الاختلافات الجوهرية .[83]

سندرس في هذا المطلب المقصود بالتأميم (**الفرع الأول)** و كذا أنواع التأميم **(الفرع الثاني)** و من ثم آثار التأميم **(الفرع الثالث)** و أخيرا التأميم في التشريع الجزائري (**الفرع الرابع)**

الفرع الأول

المقصود بالتأميم

إن أشد إجراء ضد المستثمر الأجنبي هو استيلاء الدولة على مشروعه الاستثماري، و يعد خطر التأميم من أبرز صور نزع الملكية. و من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى تقديم تعريفا للتأميم**(أولا)** ثم بيان خصائصه **(ثانيا)**

أولا: تعريف التأميم

يعرف التأميم بأنه :"عمل من أعمال السيادة تنقل به الدولة المضيفة الملكية الخاصة إلى الملكية العمومية ، أو أنه عمل من أعمال السيادة تنقل الدولة من خلاله الممتلكات و الحقوق الخاصة في نشاط معين بمقتضى نص تشريعي و للمصلحة العامة بغرض استغلالها و السيطرة عليها و لتوجيهها نحو أهداف معينة "،[84] و من أهم الاستثمارات الأجنبية التي صادفت تطبيقا واسعا لنظام التأميم تأتي الصناعة البترولية في مقدمتها على الإطلاق ، و يعترف الفقه الدولي الحديث بحق الدولة في تأميم أموال الأجانب و مصالحهم الاقتصادية الموجودة على إقليمها عندما يكون ذلك بهدف المصلحة العامة.

---

[83] **عيبوط محند وعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 264.

[84] **علة عمر**، حماية الاستثمار الاجنبي الخاص في التشريعي الوطني و القانون الدولي –دراسة مقارنة– ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري ،قسنطينة، 2008، ص 86 .

كما يعرفه البعض بأنه:" عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج و التداول و ممارسة أنشطة معينة من الأفراد و الهيئات الخاصة إلى الدولة، و كما تتولى استغلالها لخدمة المصالح الجماعية". [85]

كما قد عرفه معهد القانون الدولي بما يلي:" التأميم هو عملية مرتبطة بالسياسة العليا تقوم بها الدول من أجل تغيير بنائها الاقتصادي كليا أو جزئيا، بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية لضمها إلى القطاع العام خدمة للمصلحة العليا للأمة".[86]

ثانيا: خصائص التأميم

تقوم الدولة بإجراء التأميم استنادا إلى سيادتها الإقليمية، و يعتبر حقا غير قابل للتنازل**(1)** و يندرج في إطار السلطات التقديرية للدولة**(2)**

1- حق غير قابل للتنازل

إن حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة لممارسة سيادتها على ثرواتها و مواردها الطبيعية. هذا الحق الذي دافعت عنه البلدان النامية بعد حصولها على استقلالها، غير قابل للتنازل لأنه مرتبط بسيادة الدولة و اختصاصها المانع في تنظيم كل ميادين النشاط الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي بما في ذلك الحق في الملكية.[87]

لقد تمسكت الجزائر بذلك عند تأميم الشركات الفرنسية عام 1971، بحيث اعتبرت حق التأميم غير قابل للتنازل و يندرج في إطار صلاحياتها كسلطة ذات سيادة و حق كل بلد في التصرف الحر في ثرواته الوطنية من أجل تحقيق تنميته الخاصة و أكدت على أن الحكومة

[85] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 54.

[86] **المرجع نفسه**، ص 53 .

[87] **عيبوط محند واعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 268.

الجزائرية عازمة على ممارسة هذا الحق و هذه الصلاحيات دون مسبقات و دون شرط و لا عرقلة أو قيد من أي نوع كان.[88]

2-سلطة تقديرية للدولة

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

خلافا للنظرية التقليدية التي تحاول وضع حدود لسلطات الدولة في هذا المجال أو تلك التي تعتبر التأميم مختلف لأحكام و مبادئ القانون الدولي، أصبحت كل الدول تعترف بسلطة الدولة في تأميم الأملاك الأجنبية من حيث المبدأ و إن كانت الخلافات مازالت قائمة حول تقدير التعويض و أساليب دفعه، أي الآثار المالية المترتبة عن إجراءات التأميم.[89]

الفرع الثاني

أنواع التأميم

يعتبر التأميم من التصرفات المعترف بها على المستوى الدولي باعتباره مفتاح التنمية، و أيا كان نوع التأميم و شكله فانه يشكل عقبة مهمة في طريق تدفق الاستثمار الأجنبي سواء كان التأميم إيديولوجيا**(أولا)** أو تأميما إصلاحيا **(ثانيا)** أو اقتصاديا **(ثالثا)**

---

[88] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 167-168.

[89] **عيبوط محند واعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 270.

أولا: التأميم الإيديولوجي

يعتبر التأميم الإيديولوجي ذلك التأميم الذي يهدف إلى إدراك عقيدة مسبقة غرضها وجوب تملك الشعب لوسائل الإنتاج تحقيقا للمصلحة الجماعية، كما يمكن القول كذلك بأنه ذلك التأميم الموجه ضد مبدأ الملكية الفردية، و الذي يقوم على رفض أداء أي تعويض للملاك السابقين، مثال ذلك التأميم الذي تم في روسيا و في دول شرقي آسيا.[90]

ثانيا: التأميم الإصلاحي

إن هذا التأميم تقوم به الدولة لبعض جوانب النشاط الاقتصادي مع الاحتفاظ بمبدأ الملكية الفردية و ذلك تحقيقا للإصلاح في تلك الدولة، على أن هذا النوع لم يقدر أي إشكالية قانونية، و يتضمن على عكس التأميم الإيديولوجي تقديم تعويضا للملاك السابقين عن الأموال المؤممة، و مثال ذلك التأميمات التي تمت في دول أوروبا الغربية كفرنسا حيث صدرت فيها قوانين و مراسيم متعددة حول النشاطات التجارية المختلفة التي يشملها التأميم.[91]

كما يجدر الإشارة أن هذا النوع من التأميمات ظهر أعقاب الحرب العالمية الثانية، وهو ما يعرف بالتاميمات العلاجية، لجأت إليه الدول النامية بهدف الإصلاح الاقتصادي ومحاربة الاحتكارات، و ضمان السيطرة على مصادر الثروة الوطنية مع ضرورة تعويض أصحاب الأموال المؤممة.

ثالثا: تأميمات النمو الاقتصادي

يقصد بتأميمات النمو الاقتصادي تلك التي تقوم بها الدولة بهدف الاستجابة للدوافع الوطنية و القومية من أجل السيطرة على الموارد المحلية و تحقيق الاستقلال الاقتصادي، و

---

[90] **درويش مخلوف، تزاموشت أمينة**، حماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 11.

[91] **دريد محمود السمرائي**، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، ط1 ، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص113.

غالبا ما يكون هذا النوع من التأميم في دول العالم الثالث و على عكس التأميم الإيديولوجي، فهذا النوع من التأميم لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية، إلا أنه يتضمن تعويض المالكين السابقين، من أهم دول العالم الثالث التي أخذت بهذا النوع من التأميم نجد مصر و العراق.[92]

نشير إلى أن حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي، أيا كان نوعه باعتباره وسيلة لممارسة الدولة سيادتها على ثرواتها و مواردها الطبيعية.

الفرع الثالث

آثار التأميم

يتأثر التأميم بالنظر إلى أوضاع الدولة و تقوم به العديد من الدول للسيطرة على المصادر الطبيعية و تسيير الثروات، و لهذا تختلف الآثار ناتجة عن تطبيقه.

يرى اغلب الفقهاء أن التأميم يمكن أن يرتب آثار قانونية في مواجهة الدول الأخرى و من أهم الآثار الناتجة نجد:

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

تؤدي النصوص الواردة في إجراء التأميم إلى تحديد مصير الشخصية المعنوية الأصلية من حيث بقائها أو انقضاءها أو إنشاء شخص قانوني جديد يحل محلها، و تحدد أيضا هذه النصوص مصير فروع المشروع و مكاتبه الموجودة في الخارج.[93]

---

[92] **درويش مخلوف، تزاموشت أمينة**، مرجع سابق، ص 12-13.

[93] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق، ص 52.

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

أما آثار التأميم بالنسبة للأموال الموجودة في خارج إقليم الدولة وقت التأميم فالواقع من الأمر أن قانون التأميم هو قانون ذات تطبيق فوري، و يكون المشرع الذي اصدر هذا القانون هو الذي يحدد نطاق آثاره، و المشرع في استعماله لهذه السلطة قد يضع ما يقيد آثار التأميم في إطار الأموال المتواجدة داخل الدولة أو قد يقر أن التأميم يرد على كل الأموال المملوكة للمشروع المؤمم حتى و لو كانت موجودة في الخارج. و قد نصت العديد من الإتفاقيات الدولية على حرية المشرع الوطني في تحديد نطاق آثار التأميم، و مثال ذلك إتفاقية تعويض شركة قناة السويس.[94]

الفرع الرابع

موقف المشرع الجزائري من التأميم

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجد تراجعا واضحا عن موقف الدولة و تنازلا حقيقيا عن حقها في اخذ ملكية المستثمرين ، بموجب التأميم لأنه ينص على التأميم في أحكام القانون المدني، الذي صدرت أحكامه في ظل النظام الاشتراكي، حيث تنص المادة 678 على أنه:" **لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني...**"[95]

[94] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق، ص 52.

[95] **أنظر المادة 678 من الأمر رقم 75-58** المتعلق بالقانون المدني، مرجع سابق.

إلا أنه في إطار قوانين الاستثمار الأجنبي فهو لم ينص إلا على التسخير[96] في المرسوم التشريعي رقم 93-12 الملغى ، و ذلك في المادة 40 منه، بقولها:" **لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع**".[97]

كما لم يتضمن الأمر رقم01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار أي إشارة إلى التأميم بل اكتفى بما يسمى بالمصادرة الإدارية[98] بموجب المادة 16 منه التي تنص على:" **لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، و يترتب عن المصادرة تعويض عادل و منصف**".

أما في القانون الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار فالملاحظ إن المشرع الجزائري لم يتضمن الإشارة لكل من التأميم أو المصادرة و لعل ذلك راجع إلى محاولة منحه المستثمرين نوعا من الثقة طالما لم يخالفوا الالتزامات المفروضة عليهم ، ولو انه أشار بموجب المادة 24 من نفس القانون إلى إمكانية سحب الامتيازات أو التجريد من الحقوق عن المستثمرين دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع في حالة مخافتهم الالتزامات

---

[96] **يقصد بالتسخير**: إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة، و تحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف المصلحة العامة مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال كحل الاستيلاء. نقلا عن: **أوديع نادية**، حماية المستثمر الأجنبي في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 37.

[97] **حديدي عنتر**، مرجع سابق، ص 665.

[98] **يقصد بالمصادرة الإدارية**: إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمان و الصحة و السلامة العامة و تقوم السلطة الإدارية باتخاذه دون أن يصدر حكم قضائي بذلك. مثل مصادرة الأغذية أو البضائع المهربة تطبيقا بنصوص القانون، و تختلف عن المصادرة الجنائية فيما يخص نقل مال مملوك للجاني إلى الدولة أو إحدى مؤسساتها دون أداء مقابل و تصح إلا بحكم قضائي لأنه تعتبر من العقوبات التكميلية. نقلا عن: **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 62.

المفروضة عليهم.[99] و قد يكون ذلك عن طريق المصادرة كعقوبة منصوص عليها في المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري.[100]

عندما يتعدى المستثمر الأجنبي على القانون بموجب جناية حيث يتم حرمانه من ملكيته العقارية أو منقول بصفة جبرية لإتمام العقوبة المفروضة عليه، حيث أن المصادرة تكون عقوبة تكميلية في كل الحالات التي يرتكب فيها صاحب المشروع جناية في المجال المصرفي أو الجبائي...تكيف على أنها مخالفات لقواعد القانون الاقتصادي، إذا يؤول كل المال المملوك له أو جزء منه أو حتى الأشياء المستعملة في تنفيذ تلك الجريمة إلى الدولة.[101]

إذا أبرمت الدولة عقدا مع المستثمر الأجنبي يجب عليها الالتزام بعدم المساس بالعقد، لان الإخلال به يعد من مظاهر الإخلال بالقانون الدولي و إذا وجد في ذلك العقد شرط ثبات ينص على عدم جواز التأميم، فإن إخلال الدولة بهذا الالتزام يرتب عليها مسؤولية دولية.[102]

المطلب الثاني

نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي

تعتبر الملكية الخاصة شيئا أساسيا خاصة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، إذ ما الفائدة من الاستثمار إذا كانت ملكيته ستعود لطرف آخر غير المستثمر ذاته، و على الرّغم من أهمية الملكية الفردية ووصفها بأنها حق قانوني واجب الاحترام فإن التشريعات المختلفة و منذ القدم تعترف للدولة بالحق في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض يدفع للمالك، و من جهة

---

[99] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 175.

[100] **أنظر المادة 15 من الأمر 66-156**مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج ، عدد 64،صادر في 11يونيو 1966، معدل و متمم.

[101] **حسين نوارة**،الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2013، ص 50.

[102] **شوشو عاشور**، مرجع سابق، ص 248.

أخرى فقد جرى العمل في معظم الدول على تخويل السلطة العامة حق الاستيلاء على الأموال الخاصة بشكل مؤقت أو وضعها تحت الحراسة لمقتضيات الحرب أو لأية مصلحة أخرى.[103]

منه سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة مع ذكر بعض الصور المألوفة لها (**الفرع الأول)** و من ثم تمييز نزع الملكية عن التأميم **(الفرع الثاني)** و كذلك القيود الواردة على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي**(الفرع الثالث)** و أخيرا نزع الملكية في التشريع الجزائري **(الفرع الرابع)**

الفرع الأول

تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة و الصور الأخرى المألوفة لها

يعتبر أسلوب نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مفهوما قديم النشأة، أخذ يتطور على مر العصور على أنه إجراء عرفته كافة الأنظمة بغض النظر عن العقائد و الإيديولوجيات السائدة اشتراكية كانت أو رأسمالية [104] فقد عرف عدة تعريفات (**أولا)** و له عدة صور **(ثانيا)**

أولا: تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة:

لقد عرفت مختلف التشريعات القانونية أشكالا عديدة لتدخل السلطة العامة في الدولة فيما يخص مسألة خطر نزع الملكية ذلك عن طريق تجريد الأشخاص بصفة عامة والمستثمرين بصفة خاصة من أموالهم بمقتضى سلطتها العامة، الذي يعرف بمعناه الواسع أن تأخذ الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها الممتلكات من أجل استعمالها الخاص.[105]

---

[103] **قلال امنة، سعدودي نادية،** عوائق الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 54.

[104] **حسين نوارة** ، مرجع سابق ، ص 17.

[105] **بكتاش عبد الحفيظ، عطوش بوليفان،** تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 28.

من بين التعريفات المقدمة لنزع الملكية أنها حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر.[106]

كما عرفه البعض الأخر بأنه:" الإجراء الذي تقوم به الدولة المضيفة للإستثمار أو إحدى سلطاتها العامة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، حيث ينصب هذا الإجراء على العقارات و تكون أموالا محددة بالذات". [107]

من خلال هذه المادة نلاحظ أن اتفاقيات الاستثمار تعترف ضمنيا بمبدأ حق الدولة في نزع ملكية المال الأجنبي حيث جعلت منه مبدءاً مشروعا و ذلك مع إلزام الدولة باحترام الشروط الواردة في هذه الإتفاقيات.

ثانيا: الصور المألوفة لنزع الملكية

باستقراء نص المادة 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار [108]، يتضح لنا أنه بالرغم من تقديس الملكية الفردية ووصفها بأنها حق قانوني واجب الاحترام، إلا أنه تم منح الحق للدولة في نزع الملكية و الاستيلاء على المشروع الاستثماري المنجز مقابل تعويض للمالك، و أيا كانت صور نزع الملكية فإن الفقه يصنفها بأنها قيد في وجه المستثمر الأجنبي و ذلك بحرمانه من استثمار أمواله حرمانا كليا أو جزئيا.

تكمن صور نزع الملكية في كل من نزع الملكية للمنفعة العامة **(1)**، المصادرة**(2)**، الاستيلاء **(3)**، و الحراسة **(4)**.

---

[106] **شنطاوي فيصل ، أسامة الحناينة**، "نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الثاني عشر، الأردن، 2015، ص 85.

[107] **لروي لطفي، أرجيلوس عماد الدين**، مرجع سابق، ص 70.

[108] **أنظر المادة 23 من الأمر 16-09** المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع سابق.

1-نزع الملكية للمنفعة العامة:

إن إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة مكرس في الكثير من التشريعات المقارنة للدول و يعد من إجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في الدولة في حدود اختصاصها الإقليمي. و يعرف على أنه إجراء إداري، يتم بموجب قرار إداري، عن طريق الإرادة المنفردة للإدارة على أساسه يتم نقل الملكية الخاصة إلى ملكية عمومية، بحيث يهدف إلى تملك الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة لأموال عقارية بغرض تحقيق المصلحة العامة دون التمييز بين الوطنيين والأجانب، مقابل تعويض مناسب.[109]

من أمثلة ذلك الاتفاق المبرم بين حكومة الجزائر و حكومة السودان، و الذي جاء في المادة 4 منه ما يلي:" **لا يتخذ الطرفان المتعاقدان أي تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها، .... إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية و أن لا تكون تمييزية**".[110]

أهم اختلاف بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة و القرار الصادر بالاستيلاء، بالإضافة إلى كون هذا الأخير يتناول الأموال بصفة عامة سواء كانت عقارية أم منقولة خلافا للأول الذي لا ينصب عادة إلا على الأموال العقارية، و قرار نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية على المال بصورة نهائية، بينما لا يترتب على قرار الاستيلاء سوى مجرد تخويل السلطة العامة التي أصدرته الحق في الانتفاع بالمال محل الاستيلاء لفترة مؤقتة دون أن يترتب عن ذلك نزع ملكية المالك الأصلي.[111]

---

[109] **بكتاش عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص 30.

[110] **أنظر المادة 4** من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية السودان حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24اكتوبر 2001، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03_121 مؤرخ في 17 مارس 2003، ج ر ج ج ، عدد 20، صادر بتاريخ 23 مارس 2003.

[111] **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 19.

2-المصادرة:

إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة و تستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص و هي أخذ الممتلكات العائدة للأجانب دون تعويض[112].

تتم المصادرة عن طريق سلطة قضائية و يطلق عليها عادة بالمصادرة القضائية، و هي تلك التي تتقرر بموجب حكم أو قرار صادر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية أو تكميلية لإحدى الجرائم الجنائية، أو تصدر عن جهة قضائية خاصة في صورة قرار لمواجهة ظروف غير عادية، كتجريد المتمردين أو أعداء الدولة من جميع الإمكانيات التي بحوزتهم لمواجهة أي مساس بالحكم، و هناك المصادرة التي تتم عن طريق السلطة التنفيذية و تسمى بالمصادرة الإدارية فهي تظهر كإجراء وقائي تفرضه بعض الاعتبارات الخاصة بالمحافظة على الأمن و السلامة و الصحة العامة، كقيام السلطة الإدارية بمصادرة مواد محضورة تضر المواطنين.[113]

تتميز المصادرة عن التأميم من خلال أن التأميم ينصب على المشروعات بما تحويه من عقارات و منقولات مادية أو معنوية كالاسم التجاري، فهو ذو طبيعة غير شخصية، في حين أن المصادرة تقتصر غالبا على المنقولات، و هي في كل الأحوال ذات طبيعة شخصية،كذلك فإن التأميم يستوجب التعويض لأصحاب الحقوق المؤممة، في حين أن الطابع الجزائي للمصادرة يؤدي إلى انتفاء عنصر التعويض في شانها. [114]

كما أن المصادرة تختلف عن نزع الملكية فالطابع الجزائي لهذه المصادرة يؤدي بالضرورة إلى انتفاء عنصر التعويض وهو ما يميزها عن إجراء نزع الملكية.

---

[112] **دريد محمود السمرائي**، مرجع سابق، ص 109.

[113] **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، ، مرجع سابق ، ص 59-60.

[114] **عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، رسالة للحصول على شهادة ماجستير، تخصص قانون دولي عام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2006، ص 46.

3-الاستيلاء:

إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة للدول المضيفة للحصول على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة تحقيقا للمصلحة العامة، وذلك مقابل تعويض تقوم بأدائه لصاحب ملكية المال محل الاستيلاء.[115]

يتضح من هذا التعريف أن الاستيلاء هو إجراء استثنائي تلجأ إليه سلطات الدولة المضيفة في ظروف الحرب أو حالة الأزمات الحادة، كما يتميز هذا الإجراء عن بقيته في كونه لا يجرد المستثمر من ملكيته بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه الجوهرية على استثماره لحين زوال السبب.

نصت عليه المادة 676 من القانون المدني على أنّه: « يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون..»

يعتبر الاستيلاء من الطرق الجبرية للحصول على العقارات أو المنقولات ، و يمارس هذا الإجراء من قبل الإدارة في إطار القانون و يعتبر عملية استثنائية مقرونة بإجراءات محددة ضمانا لحق ملكية الأفراد لكون الاستيلاء عبارة عن طريق جبري ينصب على حق الملكية الخاصة بالأفراد المكرس دستوريا فقد أحاطه المشرع بمجموعة من القيود و الإجراءات كضمانة للحد من خطورته ، و ذلك بهدف حماية حقوق الأفراد و حريتهم بواسطة وضع آليات و قواعد و هيئات تعمل على تحقيق هذه الضمانة من بين هذه الضمانات نجد عدم إمكانية الاستيلاء على الملكية الخاصة إلا في الحدود التي ينص عليها القانون ، و التزام الإدارة في إطار

[115] **قلال امنة، سعدودي نادية**، مرجع سابق، ص 56.

ممارستها لإجراء الاستيلاء برد العقار بعد انتهاء مدة الاستيلاء بنفس الحالة التي أخذته، و إن كان هناك إتلاف أو نقص في قيمة العقار تلتزم بتعويض مالكه.[116]

4-الحراسة:

يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكه أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يفرض الحراسة وهو إجراء تتخذه السلطة القضائية أو بناء على إتفاقية لمدة زمنية معينة،[117]نظمها المشرع الجزائري في القواعد العامة بموجب المواد 602 إلى 611 من القانون المدني، على أنها إيداع الشيء المتنازع فيه من طرف شخص أو عدة أشخاص بين أيدي شخص آخر مختص في مجال إدارته، يلتزم بإعادته بعد فض المنازعة أو بعد انتهاء الظرف الذي أدى إلى وضعه تحت الحراسة إلى الشخص الذي يثبت له الحقّ فيه. وتقع على المنقولات والعقارات، لذا تمس الحراسة كلّ موجودات المشروع الاستثماري المنقولة منها والعقارية، وذلك في الحالات التي تخشى فيها السلطات المختصة بتوقيع الحراسة خطرا عاجلاً عند بقاء المال تحت يد حائزه، وتلتزم الإدارة الحارسة برده بعد انتهاء المدة المقررة للحراسة.[118]تكون الحراسة قضائية[119] تصدر بموجب حكم قضائي باعتبارها عملاً تحفظيا استثنائيا، الغرض منه المحافظة على حقوق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق عينية، ولا يحكم بها إلاّ عند الضرورة والخطر الداهم. كما يمكن أن تكون الحراسة قانونية عندما تفرض بقوة القانون وقد نص عليها المشرع في المادة 603 فقرة أخيرة من أمر 75-58 كما يلي: « ... في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون ».

---

[116]**عباسي رادية، عمران كهينة**، مرجع سابق، ص 31.

[117]**عيبوط محند وعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 278.

[118]**حسين نوارة**، مرجع سابق، ص 56.

[119]**نص عليها المشرع الجزائري في المادة 603 من أمر 75-58** المتضمن القانون المدني كما يلي: « يجوز للقاضي أن يأمر بالحراسة.. إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة، إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه »

أو حراسة إدارية وذلك لما تلجأ إليها السلطة الإدارية بموجب قرار إداري صادر عن الإدارة المختصة بهدف تسيير المرافق العامة عند إخلال الملتزم بإدارتها طبقا للأحكام الواردة في وثيقة الالتزام أو في العقد، أو بهدف حماية البلاد من نشاط بعض الفئات الخطيرة على الأمن، أو بهدف التحفظ على أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً من شأنها إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال أو المساس بمصالح الدولة العليا.[120]

الفرع الثاني

تمييز نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة عن التأميم

إذا كان التأميم يتشابه مع نزع الملكية في أن كليهما عمل من أعمال السيادة و ينطويان على واقعة استيلاء على ممتلكات خاصة إلا أنها يفترقان في عدة أوجه من حيث الإجراءات (أولا) و من حيث الموضوع (ثانيا) و كذلك من حيث الغاية (ثالثا) و أخيرا من حيث الآثار (رابعا)

أولا: من حيث الإجراءات

قرار نزع الملكية إجراء من إجراءات الإدارة في حين أن قرار التأميم يستند دائما إلى قانون تشريعي صادر من السلطة التشريعية، و يترتب عن ذلك ان القرار الصادر بنزع الملكية يجوز الطعن فيه أمام القضاء آما التأميم فهو عمل من أعمال السيادة لا يقر الطعن فيه أمام أية جهة فضائية.[121]

[120] **حسين نوارة**، مرجع سابق، ص 57-58.

[121] **عمر هاشم محمد صدقة**، مرجع سابق، ص 44.

ثانيا: من حيث الموضوع

يتم التأميم عادة على مشاريع ذات أهمية وطنية لتحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة، في حين يخص نزع الملكية أملاكا خاصة منفردة استدعت المصلحة العمومية نزعها.[122]

ثالثا: من حيث الغاية

تهدف الدولة من وراء نزع الملكية إلى مجرد تغيير الغرض الذي يحققه المال الذي نزعت ملكيته، أما ما تسعى الدولة إلى إدراكه عن طريق التأميم فهو تحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية عليا بإخراج مجموعة من الأموال الموجودة للقيام بنشاط إنتاجي معين من دائرة التملك الخاص كلية لتصبح وسائل الإنتاج على هذا النحو مملوكة للدولة .[123]

رابعا: من حيث الآثار

تلتزم الإدارة بالتعويض عند إجراء عملية نزع الملكية للمنفعة العامة فهو شرط أساسي لصحة إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، أما التأميم فلا يكون سوى اثر مترتب عليه و ليس شرط لشرعيته كما أن التأميم الذي يتم مقابل تعويض لا يتحول إلى نزع ملكية.[124]

الفرع الثالث

القيود الواردة على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي

إن تشجيع الاستثمار الأجنبي في أي دولة هو نتيجة تلقائية لتحسين الإطار الاقتصادي، القانوني والسياسي ، و تعتبر الملكية من أهم المواضيع التي يتمركز عليها اهتمام المستثمر الأجنبي في البلد المضيف ، حيث يتخوف من أن تمارس الدولة ضده حقها في نزع

[122] **عيبوط محند وعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 272.

[123] **هشام علي صادق**، الحماية المالية للمال الأجنبي، ص 23.

[124] **بقة حسان**، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص 143-144.

الملكية بصورة تعسفية لذلك فقد أحاطت هذا الحق بمجموعة من الضمانات [125]و القيود منها قيود خاصة(أولا) و قيود عامة (ثانيا)

أولا: القيود الخاصة

امتيازات السلطة العامة التي تستند عليها الإدارة للجوء إلى إجراءات نزع الملكية بالأسلوب الجبري بغض النظر عن المركز القانوني للطرف المخاطب بالقرار مقيد بشروط تقضي بحماية الملكية الخاصة لقدسية التملك وهي المنفعة العمومية **(1)** والتعويض**(2)**

1-المنفعة العامة:

إن الدولة هي صاحبة الحق في تقدير المصلحة العامة و في إطار سيادتها الإقليمية [126]وعلى العموم تعتبر المنفعة العمومية إجراء قانوني ذو عدة أبعاد كونها إجراءات إدارية تتبع من السيادة الاقتصادية للدولة. وتخضع للرقابة القضائية فالدولة لا تستطيع اللجوء إلى هذه الإجراءات في غير الإطار القانوني المرسوم لها وخصوصا في مطابقتها للإجراءات و حسن النية في تقدير المنفعة العمومية الأمر الذي يجعل المصلحة العمومية و مسائل تقديرها قيدا في مواجهة المستثمر الأجنبي و شرطا ضروريا لصحة باقي الإجراءات.[127]

يجوز نزع ملكية الأفراد جبرا و حرمانهم من عقاراتهم لغاية أخرى غير المنفعة العامة، ومن بين الشروط الأساسية لها نجد إما ضرورة عسكرية أو ضرورة اقتصادية أو صحية، ترتكز على الأحكام التالية:

---

[125]**بندير خديجة، الضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، 2019، ص 21.

[126]**زياني مريم، زياني كريمة**، الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية في ظل الإتفاقيات الثنائية-الجزائر نموذجا-، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 31.

[127] **شعبان صوفيان**، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي و الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019 ، ص 161-162.

- الحق في الرقابة القضائية على مدى فعالية المنفعة العامة.
- الحق في التعويض.
- الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة.
- الحق في أولوية الشراء أو الإيجار.[128]

ورد شرط المصلحة العامة في الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات فمثلا نجد الاتفاق المبرم بين الجزائر و النمسا قد نص في المادة 04 على أنه:" **لا ينبغي تأميم استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لإجراءات تكون مماثلة التأميم أو نزع الملكية(المشار إليها في ما يلي ب "نزع الملكية") و في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، إلا لغرض المنفعة العامة و بناء على إجراء قانوني.....**"[129]

2- الحق في التعويض

يعد التعويض ضمانة قانونية مهمة لتحقيق الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية، لأن الدولة حتى و إن كانت تملك الحق في الاستيلاء على المشاريع الأجنبية الموجودة على إقليمها فإنها تلتزم من جهة أخرى بمقتضى قواعد القانون بجبر الضرر الذي يلحق المستثمر الأجنبي جراء حرمانه من أمواله و يتجسد ذلك في التعويض العادل و السريع عن كل تصرف يتخذ في مواجهته سواء كان مشروع أو غير مشروع.[130]

يتضمن القانون الجزائري كل المواصفات الخاصة بالتعويض و نجد التعويض العادل الذي يقصد به بعبارة عادل القيمة الحقيقية للمستثمر أي قيمة المؤسسة في حد ذاتها و التعويض يجب أن يغطي كافة الأضرار اللاحقة بالمستثمر و أن يكون مساويا للقيمة الحسابية

---

[128] **عباسي رادية، عمراني كهينة**، مرجع سابق، ص 33.

[129] **أنظر المادة 04** من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية النمسا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفيينا في 17 جوان 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 مؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج ر ج ج ، عدد 65، صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2004.

[130] **بقة حسان**، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، مرجع سابق ، ص 174.

للإستثمار المنجز، و هناك التعويض المنصف الذي نعني به حقوق و التزامات الطرفين المتعاقدين في نفس الوقت عند تحديد مقدار التعويض بأن تأخذ الدولة بعين الاعتبار للقيمة الضريبية التي يتجاوز مقدارها أحيانا مبلغ التعويض.[131]

أكد على هذا المشرع الجزائري في المادة 23 من أمر 16-09 المتعلق بتطوير الاستثمار بأنه:" **زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.**

يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف".[132]

كما نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في قوانين أخرى مثلا نص المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186التي تنص على أنه : " **يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا و منصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية.**"[133]

يشترط في حالة تحقق نزع الملكية أو التأميم شروط خاصة لاستحقاق التعويض من بينها أن يترتب عن هذا الإجراء الذي اتخذته السلطة العامة في البلد المضيف حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره لفترة سنة على الأقل، [134]و كذلك شرط آخر و هو أن يقوم المستثمر الأجنبي بتسليم الطرف الضامن كافة المبالغ و الأموال أي كان نوعها التي سبق له تسليمها بصفة مباشرة أو غير مباشرة من أي مصدر آخر كتعويض عن الإجراءات التي

---

[131] **سلامي ميلود**، الضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 6، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص 77-78.

[132] **انظر المادة 23من أمر 16-09** المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

[133] **مرسوم تنفيذي رقم 93-186** مؤرخ في 27 جويلية 1993 ،يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11 ،مؤرخ في27 افريل 1991 ،يتعلق بقوانين نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ،ج ر ج ج، عدد 51 ،صادر بتاريخ 1 أوت 1993.

[134] **هشام صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 181.

اتخذت في مواجهته مادام أنه قد تعذر على الطرف المضمون إخراج هذه المبالغ أو الأموال إلى البلد المضيف.[135]

ثانيا: القيود العامة

إلى جانب القيود الخاصة وردت أيضا على حق الدولة في نزع الملكية ، قيود عامة مصدرها من الأعراف ومواثيق دولية تثبتها بعد ذلك القوانين والتشريعات الوطنية للدولة المستقبلة للاستثمارات الأجنبية في إطار النظم القانونية لحماية وأمن الاستثمارات الأجنبية من كل أشكال و أنواع الإجراءات التي تمس بحق الملكية العقارية المباشرة و غير المباشرة.[136]

تكمن هذه القيود العامة في مبدأ عدم التمييز **(1)** مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة**(2)**

1- مبدأ عدم التمييز:

معنى ذلك أن يخضع الإستثمار أيا كان نوعه إلى معايير موحدة قائمة على أساس المعاملة المتساوية[137]، يتحقق من التساؤل حول ما إذا كان المستثمرون الأجانب في البلد المضيف في ظروف مشابهة للظروف التي يجوز فيها تطبيق تدابير تشجيع الإستثمار ففي هذه الحالة فقط، يتحقق مبدأ عدم التمييز.[138]

---

[135] **هشام صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ،ص 183.

[136] **حسين نوارة**، مرجع سابق، ص 162.

[137] **عجة الجيلالي**، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار: الأنشطة العادية و قطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 393.

[138] **محمد منير حساني**،"اعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الاستثماري لتشجيع الإستثمار و تشجيعه"، أعمال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، د.س ن ، ص 12.

كما أنه أصبح ضمان أولي ذلك بأنه يضمن معاملة متساوية بين المستثمرين بالنظر للحقوق و الالتزامات المتصلة بالاستثمار.[139]

لقد تضمنت الاتفاقيات المبرمة من طرف الجزائر على شرط عدم التمييز فمثلا نجد الاتفاق المبرم بين الجزائر و إسبانيا فقد حرص الأطراف على عدم التمييز في اتخاذ إجراءات نزع الملكية وذلك في نص المادة 05 التي جاء فيها:" **إن التأميم و نزع الملكية أو أية تدابير ذات خصائص و آثار مشابهة و التي يمكن أن تتخذها سلطات أحد الطرفين المتعاقدين حيال استثمارات على إقليمها، لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر، يجب أن تتخذ، بصفة مطلقة، لدوافع المنفعة العامة، طبقا لأحكام قانونية، و لا يجب أن تكون في أية حال ذات طبيعة تمييزية**".[140]

2- إحترام الدولة لالتزاماتها الخاصة

قد تلجأ الدولة المستضيفة للاستثمارات في بعض الحالات إلى قيد نفسها بنفسها بموجب بعض الالتزامات الخاصة التي تصرح بالتقيد والحرص على تنفيذها الأمر الذي يجعل هذا الالتزام السابق قيد إضافيا يحد من حريتها في ممارسة حقها السيادي في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أو التأميم أو أي إجراء آخر مماثل يهدف إلى حرمان المستثمر من حقوقه في استغلال أو استعمال استثماره ولو لمدة مؤقتة.[141]

يقصد بهذا الشرط عدم إخلال الدولة المضيفة للاستثمارات بالتزاماتها التعاقدية التي تعهدت بها بموجب التزام خاص يربطها بالمستثمر الاجنبي و لهذا فقد حكم القضاء الدولي بان

---

[139] **حنافي آسيا**، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 27.

[140] **انظر المادة 05** من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بمدريد بتاريخ ، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، ج ر ج ج ، عدد 23، صادر بتاريخ 26 مارس 1995.

[141] **شعبان صوفيان**، مرجع سابق، ص 156.

الدولة إذا تعهدت بمقتضى معاهدة دولية بعدم تأميم مشروعات المستثمر الاجنبي فإنها تعد مخلة بالتزاماتها الدولية إذا قامت بتصرف مخالف لما تعهدت به[142].

أكد على هذا المبدأ في عدة اتفاقيات من بينها الإتفاق المبرم بين الجزائر و الأردن في المادة 09 منه:" **يحكم الاستثمارات التي تكون محل إتفاق خاص بين أحد الطرفين المتعاقدين و احد المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر، أحكام الإتفاق المشار إليه أعلاه، طالما هذا الأخير يتضمن أحكاما أكثر امتيازا من تلك التي تتضمنها الإتفاقية الحالية**".[143]

سواء كان الالتزام حالي أو سابق، فالدولة تلتزم وتتقيد بمضمونه، في جميع مراحل عملية الاستثمار وإن قامت بمخالفته فتلتزم بالتعويض.[144]

الفرع الرابع

موقف المشرع الجزائري من نزع الملكية للمنفعة العامة

كرس الدستور حماية المستثمر الاجنبي من نزع الملكية للمنفعة العامة و ذلك في المادة 60 من دستور 2020:" الملكية الخاصة مضمونة.

لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون، و بتعويض عادل و منصف.

حق الإرث مضمون .

الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، و يحمي القانون تخصيصها"[145]

---

[142] **عليوش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999، ص 115 .

[143] **انظر المادة 09** من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بمدينة عمان بتاريخ الأول من أوت 1996، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 05 افريل 1997، ج ر ج ج، عدد 20 صادر بتاريخ 06 افريل 1997.

[144] **عباسي رادية، عمران كهينة**، مرجع سابق، ص 32.

كما نص المشرع الجزائري على حق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة في المادة 677 من ق.م.ج التي تنص على :" **لا يجوز حرمان أي احد 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 كذلك نصت المادة 674 من ق.م.ج على أن : " **الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة**"

نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية في المادة 11 منه، حيث أحاط المشرع بمجموعة من الإجراءات و الشروط التي بموجبه يتم نزع الملكية من اجل المنفعة العامة في إطار القانون ، و تنص المادة11 على انه :" يجب أن يكون القرار المنصوص عليه في المادة أعلاه:

- منشورا حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو في مجموع القرارات الولائية.
- مبلغا لكل شخص معني.
- مشهرا في مركز البلدية التي يقع فيها الملك المراد نزع ملكيته حسب الكيفيات وخلال المدة المحددة في القانون."[146]

---

[145] **دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر 1996** ، منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96- 438 مؤ رّخ في 07 ديسمبر 1996 ، ج رج ج، عدد 76 ، صادر في 07 ديسمبر 1996 ، معدّ ل ومتمّم بموجب قانون رقم02-03 مؤرخ في 10 افريل سنة 2002 ، ج ر ج ج، عدد 25 ، صادر في 14 افريل 2002 ، معدّ ل ومتمم بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، ج ر ج ج، عدد 63 ، صادر في 16 نوفمبر 2008 ، معدّل بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016 ، ج ر ج ج، عدد 14 ، صادر في 07 مارس2016 ،معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم20-251 مؤرخ في15 سبتمبر 2020،يتضمن التعديل الدستوري ،ج ر ج ج ،عدد54 ،صادر في16 سبتمبر 2020 .

[146] **قانون رقم 91-11**، مؤرخ في 27 افريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج رج ج عدد 21صادر في 08-05-1991 ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004 ، يتضمن قانون سنة 2005 ، ج ر ج ج ،عدد 85، صادر في 30 ديسمبر 2004 .

المبحث الثاني

المبادئ القانونية التي تحد من سلطة الدولة في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار و الجزاءات المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية

يعد قيام الدولة المضيفة بممارسة الاستثمارات باتخاذ إجراء التأميم و مصادرة ممتلكات المستثمر الأجنبي حسب بعض الفقهاء و بعض الاتفاقيات الدولية تصرفا محظورا، و هذا الحظر في الواقع ضمانا قانونيا للمستثمر الأجنبي هذا من جهة، و من جهة أخرى ترى الدولة المضيفة للاستثمار أن من حقها ممارسة هذه الإجراءات فهو بمثابة مظهر من مظاهر سيادتها و وسيلة من وسائل عملها لتحقيق المنفعة العامة.

إن الدولة بصفتها صاحبة السيادة على إقليمها، تمارس على نشاط المشروع الاستثماري سلطة الرقابة و التوجيه لتحقيق أهداف التنمية الوطنية، و بالتالي تضطر هذه الأخيرة إلى اتخاذ إجراءات انفرادية كالمساس بالعقد، أو تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تم الاتفاق عليه، و هذا التصرف من شأنه أن يلحق أضرارا بمصالح المستثمر، و قد يترتب عنه إخلال بالالتزامات التعاقدية، مما قد يؤدي إلى ترتيب جزاءات في مواجهة الدولة المخلة بالتزاماتها[147].

سنقوم بعرض هذه المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار (المطلب الأول) ثم الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة لالتزاماتها التعاقدية (المطلب الثاني)

[147] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 133.

المطلب الأول

المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار

إن لجوء الدولة إلى تعديل أو إنهاء عقد الاستثمار ينتج عنه آثار سلبية بالنسبة للمستثمر الأجنبي، نتيجة إخلال الدولة المستقبلة للاستثمار بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يقع على عاتق الطرفين باحترام ما تم الاتفاق عليه في العقد .

فمن واجب الدولة احترام ما تم الاتفاق عليه من قبل لأن ذلك يعد من التزاماتها التعاقدية التي لا يجوز الإخلال بها بممارسة كل من التأميم أو المصادرة لأموال الأجانب لأن هذه الإجراءات ترتكز على عدة مبادئ أساسية، و يعتبر انتهاك هذه المبادئ إخلال بأحكام القانون الدولي، و هذه المبادئ تعرف بالمبادئ العامة للقانون. منها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين **(الفرع الأول)**، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة**(الفرع الثاني)** ، مبدأ نظرية الحيلولة **(الفرع الثالث)** أخيرا مبدأ الإثراء بلا سبب **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يقصد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين، أي لا يستطيع احد أطرافه بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد، و لا يوحي له تعديل ما لم يصرح به القانون، مما يترتب عنه عدم جواز المصادرة أو تأميم أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي بصفة انفرادية[148].

[148]– **حديدي عنتر** ، مرجع سابق، ص 666.

يقصد به أيضا عدم المساس بالعقد من أحد الطرفين دون موافقة الآخر، و هو يشبه نوعا ما شرط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار, و الذي يهدف إلى غل يد الدولة المضيفة من استعمال سلطتها التشريعية لتعديل و إنهاء اتفاقيات الاستثمار مع الطرف الأجنبي.[149]

يمكن أن نجد في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أساسا أخلاقيا و أساسا اقتصاديا، فالأساس الخلقي هو وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان، والأساس الاقتصادي هو ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد، و عليه فإن انتهاك هذا المبدأ يعد إخلالا بالقانون الدولي[150].

يترتب عن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بنزع الملكية و بالإجراءات الأخرى ذات الطبيعة المماثلة له إخلال بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يلزم كلا الطرفين باحترامه. و يجد هذا المبدأ أساسه في العرف الدولي و عليه فإن انتهاك هذا المبدأ يعد إخلالا بأحكام القانون الدولي، و قد تضمنته المادة 106 من ق.م.ج.[151]

الالتزام الذي يقع على الدولة هنا هو التزام ضمني يقضي بعدم اعتدائها على التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار، القول عكس ذلك يعد إخلال بالثقة و بحسن النية اللازمين للتعاقد مما يؤثر على توازن العقد، إذا فقواعد القانون تفرض على الدولة التزاما يقضي بوجوب احترام تعهداتها، ولقد تم تطبيق هذا المبدأ في بعض السوابق القضائية الدولية بحيث ساد في النصف الأول من القرن العشرين، عندها اتخذت سويسرا هذا المبدأ في قضية "Losinger" أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية[152].

---

[149] **أنظر مبدأ عدم المساس بالعقد**، الفصل الأول من هذه المذكرة، ص30 .

[150] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 74

[151] **تنص المادة 106 من القانون رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي: " **العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".**

[152] **خباش دليلة ، العرابي سهيلة**، مرجع سابق ،ص 72 .

اتخذت البرتغال هذا المبدأ في قضية شركة(**دي لا غوباي**), التي تتخلص أحداثها في قيام السلطة العامة بإنهاء عقد امتياز سكة الحديد المبرم مع الشركة المذكورة و الاستيلاء على ممتلكاتها، فقضت بذلك المحكمة بتعويض هذه الشركة مما لحقها من خسائر و ما فاتها من كسب، بسبب إنهاء العقد و قد جاء في قرار المحكمة "**أن قيام الدولة بإنهاء عقد امتياز بمقتضى قرار سلطوي و حركات الأشخاص من حقوقهم و انتفاعهم بأموالهم الخاصة، يترتب على عاتقها التزاما بأداء التعويضات عن كل الخسائر التي تسببت فيها**"[153]

الفرع الثاني

مبدأ احترام الحقوق المكتسبة

يذهب أغلبية الفقهاء إلى القول أن الدولة تلتزم بما يتضمنه عقد الاستثمار عموما من الالتزامات و التي تؤدي مخالفتها إلى الإخلال بمبادئ الاستثمار ومن بينها مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، و عليه نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة (أولا)،ثم موقف الفقه و القضاء من هذا المبدأ (ثانيا).

أولا : تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة.

يعرف بعض الفقه الحقوق المكتسبة على أنها تلك الحقوق العينية و الشخصية، التي استقرت و أصبحت ثابتة مكتسبة بطريقة قانونية صحيحة طبقا للقانون الوطني لدولة ما، و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها[154].

أما القانون الدولي للاستثمار اعتبر مبدأ الحقوق المكتسبة من آثار إجراءات التأميم، التي تتمثل في معظم الحقوق التي اكتسبها المستثمر الأجنبي أثناء مزاولته لنشاطه الاستثماري

[153] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 203.

[154] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق،ص 76.

في الدولة المضيفة، فقيام الدولة بتأميم مشروع المستثمر الأجنبي يتوجب عليها مراعاة الحقوق التي اكتسبها شخص في ظل قانون نظامي معين[155] .

يهدف هذا المبدأ إلى احترام الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب، من جهة، و من جهة أخرى يهدف إلى ضمان تحقيق نوع من الثبات لهذه الحقوق التي اكتسبت، و بالتالي فهذا المبدأ هو وسيلة دفاع فردية تخلق نوعا من الاستقرار الاجتماعي، و لقد تم تأكيده بصفة صريحة من طرف العديد من المحاكم الدولية لأنه من أهم المبادئ[156].

يعاب على هذا المبدأ عدم وضوحه فاتفاقيات الاستثمار لا توليه اهتمام عند النص على التعويض المستحق عند الاستيلاء على الملكية فهذا المبدأ لا يمنع من الاستيلاء على أموال المستثمر الاجنبي مادام انه مشروع[157]

ثانيا :موقف الفقه و القضاء من مبدأ الحقوق المكتسبة.

اختلف آراء الفقهاء حول هذا المبدأ و حول قيمته القانونية، و قد اعتبره الأستاذ " Rousseau" بأنه مبدأ من المبادئ العامة للقانون بسبب أن جذور ظهوره يعود إلى القانون الداخلي :

«Un principe général qui fait partie non seulement du droit international , mais encore du droit tout court» .[158]

أما "Merlin"يرى بأنها:

«**Les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans votre patrimoine, qui en font partie et que ne peut nous ôter celui de qui nous les tenons ».[159]**

---

[155] **عجة الجيلالي** ، مرجع سابق، ص392.

[156] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 203 .

[157] **بقة حسان** ،حماية الملكية الخاصة للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 189-190 .

[158] **خباش دليلة، العرابي سهيلة**، مرجع سابق، ص 74 .

[159] **عيبوط محند واعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 211.

استبعد جانب آخر من الفقه وجود مبدأ الحقوق المكتسبة في أحكام القانون الدولي، أما بالنسبة للدول النامية فيعتبر هذا المبدأ تعبير عن إرادة الدولة السيادية و بالتالي فهو ليس التزاما يفرض عليها[160]. حيث يرى أن عند حصول عملية التأميم فإن حقوق المستثمر الأجنبي تضيع وكأنها غير موجودة من قبل باستثناء الحق في التعويض الذي تم الاعتراف به و الذي يتم بصفة عادلة ومنصفة حسب بعض التشريعات[161].

لاقى هذا المبدأ معارضات كثيرة، خاصة بسبب تعرضه للكثير من التحفظات التي أفقدته مكانته، و ذلك من قبل ممثلي الدول أثناء مؤتمر صياغة قواعد مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحدثها بالأجانب أو ممتلكاتهم في أراضيها، و الذي كان تحت رعاية عصبة الأمم. فالحقوق المكتسبة إذن بحكم الظروف التي اكتسبت فيها في حد ذاتها غير مشروعة، لأن النظرية التي تعمل على حمايتها بعيدة عن الواقع الجائز الذي نشأت فيه أو على الأقل الذي تداولت فيه نتيجة القوة[162].ذلك أن مبدأ الحقوق المكتسبة في مجال القانون الدولي العام لم يكتسب قوة القاعدة العرفية الدولية خاصة و إن اتفاقات الاستثمار لا يتم بين دولتين و إنما بين دولة و مستثمر أجنبي، في مثل هذه الحالة فإن احترام الحقوق المكتسبة يتطلب إبرام معاهدة بين الدول يترتب عنها تكوين قاعدة قانونية ذات قوة إلزامية، و في إطار سيادتها الإقليمية تتخذ الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال بعض الإجراءات من أجل تحقيق المصلحة العمومية، و إذا كانت تمس بمصالح الأجانب، فإنها لا تؤثر على العلاقات بين الدول إلا في حالة وجود اتفاقية حول حماية الاستثمارات الأجنبية[163].

أما القضاء، فقد استند إلى التزام اتفاقي و ليس إلى قواعد عرفية في القانون الدولي، يتشكل هذا في حكم التحكيم في نزاع السعودية و شركة Aramco، حيث قامت السعودية بإبرام عقد

---

[160] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 13.

[161] **عجة الجيلالي**، مرجع سابق، ص393.

[162] **حسين نوارة**، مرجع سابق، ص 209.

[163] **عيبوط محند واعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري. مرجع سابق، ص 213.

معها لاستغلال البترول و التنقيب و استخراج و إنتاج و تصدير البترول في الأراضي السعودية، غير أنه في نفس السياق قامت بإبرام عقد مع شركة أخرى تختص بنقل البترول المنتج في إقليمها على ناقلات الشركة، فرفضت هذه الأخيرة بحجة أن السعودية اتفقت مع شركة أخرى (أو تأسيس) بحيث ينقص من حقوق الشركة Aramco بمقتضى امتياز 1933لهذا تم اللجوء إلى التحكيم فقضت المحكمة بأن شركة Aramco باعتبارها صاحبة امتياز تتمتع بحقوق مطلقة لها صفات الحقوق المكتسبة و لا يمكن للمحكمة المساس بحقوقها المكتسبة و منحها لشركة أخرى و هذا يتجسد لمبدأ الحقوق المكتسبة[164].

الفرع الثالث

مبدأ نظرية الحيلولة

تمثل المبادئ العامة للقانون ضمانا من ضمانات المستثمر الأجنبي بعدم قيام الدولة المضيفة بالإخلال بالتزاماتها التعاقدية المتفق عليها، و من بين هذه المبادئ مبدأ نظرية الحيلولة فهي بمثابة وسيلة أساسية تقوم على مبدأ حسن النية، لذا سيتعين علينا تبيان مبدأ نظرية الحيلولة (أولا) ثم موقف القضاء من نظرية الحيلولة (ثانيا).

أولا : مضمون مبدأ نظرية الحيلولة.

استخدم مبدأ " Estoppel" أو نظرية الحيلولة كما تم تسميته لدى البعض في القانون الإنجليزي و شاع توظيفه في النظم القانونية ويعرف هذا التصرف أنه يتعلق بامتناع الشخص أمام القضاء بأن يتمسك بموقف مخالف للموقف الذي و قع على عاتقه بتصريحاته أو تصرفاته أو بالمظهر الذي أعطاه لحالة واقعية، وذلك لقيام شخص آخر بتعديل مواقفه بما يضره، و يقوم هذا المبدأ على فكرة حسن النية التي تحرم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص، أي أن

[164] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 79.

يدعي المرء الشيء و نقيضه في نفس الوقت، أي أن يؤكد الأمر من جهة و ينكره من جهة أخرى.[165]

لتنفيذ هذا المذهب يجب أن يتسبب في تغيير في مواقف أحد الأطراف بالنسبة للعلاقة التعاقدية، و يستلزم هذا التغيير إحداث ضرر بالطرف الاجنبي لاعتماده على موقف سابق للطرف الأول, و بتطبيق هذا المبدأ على قوانين الاستثمار، يدل هذا أن الدولة بإصدارها لقانون الاستثمار الذي بدوره يضمن مجموعة من الضمانات و الإعفاءات تكون قد أوجدت الثقة لدى المستثمرين الأجانب، بالتالي هي ملزمة بموجب هذا المبدأ بعدم إلغاء هذه الضمانات و المزايا أو تعديلها بشكل يتعارض مع ما يتضمنه قانون الاستثمار، و بموجب هذا المبدأ تنعقد مسؤولية الدولة كأثر للتصرف الصادر عنها بصفة منفردة في شكل قوانين الاستثمار[166]

ثانيا : موقف القضاء من مبدأ نظرية الحيلولة.

تم تطبيق نظرية الحيلولة في المحاكم الدولية، و من أهم القضايا التي تؤكد هذا المبدا: دعوى ShuFedIt أين دعم المحكم دفاع الولايات المتحدة الأمريكية بأن حكومة (غواتيمالا) قد اعترفت بشرعية و صلاحية عقدها مع (ShuFedIt) لفترة 6 سنوات، كما أخذت كافة الأرباح لهذا العقد، بل أيضا قد سمحت (ShuFedIt) بالمضي في استثمار أمواله، و عليه لا يمكن لحكومة غواتيمالا أن تنكر شرعية هذا العقد و صلاحيته، و هذا استنادا لمبدأ من مبادئ القانون الدولي[167].

كما اعتمدت أيضا محكمة العدل الدولية على هذا المبدأ في دعوى (Nottebohm)، حيث خلص إلى أن الإجراءات الصادرة عن هذه الحكومة، لا تعد اعترافات بجنسية

---

[165] **خباش دليلة، العرابي سهيلة** ، مرجع سابق ، ص 76 .

[166] **MEHDI Haroun**, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-algérienne, Litec, Paris,2000, p 619.

[167] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 80.

(Liechtenstein) للمواطن (Nottebohm) لا تكون و لا تعد إجراءات الرقابة على الأجانب في غواتيمالا، و ليس خاصة بممارسة الحماية الدبلوماسية، و بالتالي فلا يوجد من الوقائع ما يبين أن هذه الحكومة اعترفت بحق (Liechtenstein) في ممارسة الحماية لحساب Nottebohmو عليه لا يستطيع إنكارها بهذا الحق.

عرضت أيضا قضية على المركز الدولي لفض النزاعات الناشئة عن الاستثمار، و طبق مبدأ الحيلولة في دعوى (Aramco)ضد أندونيسيا المدعي عليها، من أجل تأكيد رفضها بعدم الاختصاص بالتناقضات التي وقعت فيها الشركة المدعية، و التي تمسكت بها أمام جهات الاختصاص الوطنية الأندونيسية المختصة بالمنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ عقد الإيجار المبرم بين الشركة الوطنية (Aramco) و المؤجر (Aisam) وقد تعرضت هيئة التحكيم بإيجاز للمقصود بفكرة مبدأ الحيلولة قائلة بأن لهذه النظريات العديد من التعويضات التي يجب تطبيقها على المنازعات ذات الطابع الدولي[168].

الفرع الرابع

مبدأ الإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء بلا سبب مصدرا ذو أهمية بالغة في إنشاء الالتزام و ترتيب المسؤولية، قوامه وجوب قيام مسؤولية من أثر إيجابي أو سلبي بفعله أو فعل غيره على حساب شخص آخر دون أي سبب، يترتب عنه تعويض عما لحقه من ضرر أو خسارة في حدود ما تحقق للمثري من إثراء[169].

فالإثراء هو حصول أي شخص و لو كان غير مميز على كسب غير مشروع على حساب شخص آخر، لذا يلتزم في حدود ما كسبه تعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب،

[168] **زغودي عمر**، مرجع سابق ،ص 220-221 .

[169] **حسين نوارة** ، مرجع سابق، ص 210.

و يبقى هذا الالتزام قائما و لو زال كسبه فيما بعد[170]. لذلك تعتبر القاعدة التي تمنع الإثراء بلا سبب من المبادئ العامة للقانون، هذا المبدأ أدرج في القانون الدولي في مجال الاستخلاف الدولي الذي اعتمد عليه البعض كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية بتعويض الأجانب الذين تضرروا بسبب هذا الإجراء، وذلك على أساس القواعد الكلاسيكية في مجال التعويض المبنية على أساس التعويض المناسب و الحالي[171].

بهذا فإن أي دولة مستقبلة للاستثمار الأجنبي التي تقوم بنزع الملكية للمستثمر و سحب أمواله منه تكون قد تحصلت بمقابل هذا الفعل على ثروة و حققت منافع و ألحقت ضرر بالغير و هذا العمل يعتبر غير أخلاقي و مخالف لمبدأ العدالة[172].

المطلب الثاني

الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية

تقوم الدولة بممارسة سلطتها السيادية في مجال الاستثمار باعتبارها صاحبة السيادة على إقليمها، و ذلك بغية تحقيق منافع وطنية، وعند اخذ الدولة بهذه السلطات تجبر على اتخاذ نوع من الإجراءات الانفرادية كالمساس بالعقد أو تعديله [173].

يرى بعض الفقهاء أن مساس الدولة بحقوق الطرف الأجنبي يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية مما يصدر عنها تصرفات غير مشروعة، و يترتب عنها جزاءات ضد هذه التصرفات، لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية و احترام مبادئ القانون الدولي[174].

---

[170] **عبد الرحيم فيروز، ضياف ويزة,** مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015, ص 33.

[171] **عيبوط محند وعلي**،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 214.

[172] **عبد الرحيم فيروز، ضياف ويزة**، مرجع سابق، ص 34.

[173] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 133.

[174] **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الاجنبي، مرجع سابق، ص90.

نظرا لأهمية هذه المبادئ فهذا يدفعنا لمعرفة هذه الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية.

سنتطرق إلى تبيان قيام المسؤولية الدولية **(الفرع الأول)** ثم الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بقيود نزع الملكية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

قيام المسؤولية الدولية للدولة

تكون الدولة المضيفة للاستثمار مسؤولة دوليا في حالة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية الناجمة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي، لذلك يترتب عنها قيام المسؤولية الدولية في حالة ما نسب إليها تصرف غير مشروع، و ذلك في إطار العلاقات بين الدول.

لهذا سنوضح موقف الفقه و القضاء من قيام المسؤولية الدولية (أولا) ثم الاثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية (ثانيا).

أولا :موقف الفقه و القضاء من قيام المسؤولية الدولية.

ثبت عن القانون الدولي أن الدولة لا تكون مسؤولة دوليا إلا إذا أخلت بالتزاماتها الدولية كما تقوم مسؤوليتها العقدية في حالة عدم احترام التزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر الاجنبي

وسنبين موقف كلا من الفقه من قيام المسؤولية الدولية(1) و كذلك موقف القضاء(2)

1-موقف الفقه من قيام المسؤولية الدولية.

يرى أصحاب النظرية التقليدية أن من شروط قيام المسؤولية الدولية للدولة هو وجود الخطأ المنسوب للدولة التي تسببت في إحداث الضرر، فعدم تنفيذ العقد، لا يترتب عنه قيام مسؤولية الدولة لأن هذا التصرف لا يتضمن أي عنصر من عناصر الجريمة الدولية.

تقتصر المسؤولية الدولية على الجرائم المرتكبة من قبل الدولة بسبب إجراء تحكمي أو مصادرة أو خرق معاهدة دولية[175].

يتمثل أيضا في الاحترام المطلق للعقد لأن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر الأجنبي، وأي مساس بالعقد يعد إخلال بالتزام دولي ذلك استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين المستقر عليه دوليا[176].

يؤيد بعض الفقهاء شرط الاحترام المطلق للعقد بالقول أنه من غير المنطقي أن تقوم الدولة بإرادتها المنفردة بسحب ما سبق لها أن تعهدت به، لأنه لا معنى و لا قيمة قانونية للعقد إذا كان يمنح لأحد أطرافه سلطة إلغائه بإرادته المنفردة[177].

2-موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية.

تشترط بعض هيئات التحكيم بصفة عامة قيام الدولة بتصرف غير مشروع لقيام مسؤوليتها العقدية، إلا أن بعض الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية لا تشترط عدم المشروعية في تصرفات الدولة المضيفة كشرط لترتيب مسؤولياتها عن تلك التصرفات هذا ما عبرت عنه مذكرة الدفاع المقدمة من سويسرا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي، في قضية (Losinger) حيث ذكرت المحكمة السويسرية أن مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس فقط بصدد العقود المبرمة بين الدول، إنما أيضا بشأن العقود المبرمة بين الدول و الأجانب، و ذلك نظرا للطابع الدولي الذي تتمتع به هذه العقود ، و ذلك لتحقيق احترام التعهدات التعاقدية الواقعية على الدولة المضيفة تجاه الطرف الأجنبي.[178]

---

[175] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 247-248.

[176] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 137.

[177] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص 232.

[178] **المرجع نفسه**، ص 233 .

تمسك كذلك ممثل الحكومة الفرنسية أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية القروض النرويجية ، بعدم إمكانية تنصل الدولة المضيفة من العقد المبرم مع الشخص الأجنبي سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، دون التعرض المسؤولية أمام الدولة التي تحمي الطرف الأجنبي[179].

أكدت لجنة التحكيم في قضية (Valentine Petroleum) بأن الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة و المتمثل في إلغاء عقد الامتياز يعتبر إجراء تعسفيا لأنه تم بدون إخطار أو اتصال مسبق مع المستثمر، و لم تهتم المحكمة بمدى شرعية مثل هذا الإجراء استنادا إلى القانون الداخلي لهذه الدولة أو مبادئ القانون الدولي[180].

و قد أخذت الجزائر بالمسؤولية الدولية للدولة في الكثير من الاتفاقيات الدولية، خاصة في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية، حيث اعتبرتها كضمانة للمستثمر الأجنبي لتحقيق استقرار العلاقة التعاقدية[181].

ثانيا: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية.

يؤدي التصرف الغير مشروع إلى قيام المسؤولية الدولية الذي يترتب عنه حق المستثمر الأجنبي في التعويض المذكور سابقا و الحماية الدبلوماسية.

1-دفع التعويض.

تلتزم الدولة المضيفة التي قامت بالاستيلاء أو بتأميم المشروع الاستثماري الأجنبي لأهدافها الاقتصادية، بضرورة دفع التعويض إلى الطرف الأجنبي، و إلا اعتبر هذا التصرف محظورا و يترتب عنه قيام المسؤولية الدولية[182].

---

[179] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 139.

[180] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 251-252.

[181] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 142-143.

نصت المادة 16 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي "**يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف**".

هناك من الاتفاقيات التي نصت على التعويض العادل والفعلي ، و هو ما تضمنه الاتفاق المبرم بين دول الاتحاد المغرب العربي، في نص المادة 05 في فقرتها الأولى التي نصت على أنه :"...**تتم موافقة تلك الإجراءات يدفع تعويض عاجل و فعلي**[183]...".

2- وقف العمل غير المشروع الصادر عن الدولة.

ينتج عن خرق الدولة لالتزاماتها وقف العمل غير المشروع فور صدور الحكم التحكيمي ذلك لحماية المستثمر الاجنبي وقد أ قرت وكرست معظم قوانين الدول هذه الإجراءات، إلا أنه حين ينص الاتفاق الثنائي المبرم بين الدولة المضيفة و دولة المستثمر على منعها، رغم ذلك فإن شرعت الدولة في إحدى هذه الإجراءات، جاز للمستثمر الأجنبي طلب وقف هذا الإجراء أمام المركز CIRDI تأسيسا على ذلك خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية بكونه فعل غير مشروع، باعتبار أن الاتفاق الثنائي قد منعه[184].

3-الحق في الحماية الدبلوماسية.

تتصدى الدولة لحماية مواطنيها من الضرر الذي لحقهم بفعل تصرف دولة أخرى، حيث تتخذ هذه الحماية عدة صور منها حق اللجوء إلى القضاء الدولي، فالحق في الحماية الدبلوماسية حق ذاتي للدولة في مواجهة الدولة الأخرى ، باعتبار أن الأفراد لا يمكنهم اللجوء إلى المحكمة الدولية.[185]

---

[182] **زغودي عمر**، مرجع سابق، ص249.

[183] **اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي**، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22ديسمبر 1990، ج ر ج ج عدد06 ، صادر بتاريخ 06 فيفري 1991 .

[184] **حيدرة صوفيان ،جلواح سليم** ،مرجع سابق ،ص 70 .

[185] **بقة حسان**، دور الضمانات و المبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الاجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 16 ،عدد 02 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2017،99 ص.

يقوم حق الدولة في الحماية الدبلوماسية لمواطنيها على أساس أن الضرر الذي لحق بأحد رعاياها هو ضرر واقع على المجتمع الوطني، مما يخولها الصلاحية لمقاضاة الدولة التي أحدثت الضرر أمام المحاكم الدولية، و مطالبتها بالتعويض المترتب على مسؤوليتها عن مخالفة المبادئ الدولية[186].

تمارس الدولة حق الحماية الدبلوماسية في حالة توفر ثلاث شروط :

– أن يتمتع الفرد بجنسية الدولة التي تحميه في وقت وقوع العمل الضار لغاية الفصل في الدعوى.

– أن يكون قد لجا إلى كل طرق التقاضي المتاحة له في القانون الداخلي في الدولة المضيفة.

– أن لا يكون قد صدر عن الشخص المتضرر أفعال مخالفة لقانون الدولة المدعى عليها[187].

الفرع الثاني

الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بقيود نزع الملكية.

باعتبار الدولة صاحبة سيادة فيمكن أن تتخذ إجراءات نزع الملكية في مواجهة المال الاجنبي و أحيانا لا تلتزم الدولة بالقيود التي يستلزمها هذا الإجراء و بالتالي تكون إجراءات نزع الملكية غير مشروعة لأنها تخالف مبادئ القانون الدولي.

فينتج عن هذا الإخلال بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة **(اولا)** ثم التزام الدولة بالتعويض الشامل **(ثانيا)**

[186] **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الاجنبي، مرجع سابق، ص 101.

[187] **بقة حسان**، دور الضمانات و المبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الاجنبي ،مرجع سابق ،ص 99-100.

أولا : بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة.

حسب رأي الفقه الغربي الذي يرى أن إجراءات نزع الملكية التي تمت دون دفع أي تعويض تعد باطلة من وجهة نظر القانون الدولي، و عليه يستحيل أن يترتب أي أثر قانوني، وأساس ذلك أن الدولة التي لجأت إلى أجراء التأميم تسعى إلى الحصول على سند للملكية بمقتضى قانونها الوطني، لكن في مواجهة الدول الأخرى لا يمكن الاحتجاج بذلك السند إلا إذا كان قد تم اكتسابه بوسيلة مشروعة دوليا، فتوصل الفقه الغربي إلى الحكم ببطلان قرارات التأميم الإيرانية و الأندونيسية و الكويتية على دفع التعويض الشامل، و هو ما يعد في تقديره مخالفا للقانون الدولي العام الذي يقضي بضرورة أداء تعويضات كاملة[188].

من جهة لقي هذا الرأي معارضة من طرف الفقه المعاصر، حيث يرى هذا الأخير أن إجراءات نزع الملكية هي إجراءات سيادة، يجوز أن ترتب آثار حتى و لو خالفت في بعض الأحيان الأحكام الخاصة بحماية المال الأجنبي، المقررة في القانون الدولي. فحسب رأيهم لا يجوز تجاهل أثر التأميم كسند ناقل للملكية في شأن الأموال المتواجدة في الدولة التي اتخذت هذا الإجراء. و يرى جاني آخر أن الدولة التي تتخذ إجراء التأميم و نزع الملكية فإن الجزاء المترتب على ذلك، ليس بطلان هذا الإجراء المتخذ، إنما مجرد التزامها بالتعويض الشامل[189].

ثانيا : التزام الدولة بالتعويض الشامل.

يحتوي نطاق التعويض الشامل[190] الأضرار الناتجة عن ضياع الوقت و النفقات و الاستعداد للمفاوضات، و كافة النفقات التي صرفت من أجل إبرام العقد. وقد يشمل التعويض أيضا مصاريف التنقلات و الإقامة و الدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات، و السمعة

---

[188] **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الاجنبي، مرجع سابق، ص 91-92.

[189] **المرجع نفسه**، ص 93.

[190] المقصود بالتعويض الشامل:" **هو ضرورة التعويض الكامل للطرف الأجنبي المضرور، حيث بشكل هذا التعويض ما لحقه من خسارة و ما فاتها من كسب**"انظر **خباش دليلة العرابي سهيلة** ، مرجع سابق، ص83.

التجارية و أي ضرر آخر نشأ نتج عن الإخلال بالالتزامات المرتبطة بالعقد محل التفاوض، أما من ناحية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فيجب التفرقة بين فرضيين:

1- تفويت فرصة إبرام العقد.

انصرفت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد فكرة التعويض عند فقدان أو ضياع الفرصة، و يرتكز في ذلك أن التعويض يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض، فهو عقد تمهيدي و تحضيري فقط لإبرام العقد النهائي، فاحتمال إبرام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتماله، فعدم تجديد الفرصة يعني أن الضرر احتمالي و غير مؤكد و بالتالي لا يجب التعويض عنه.

2- تفويت فرصة إبرام عقد بديل.

يمكن تقديم التعويض في هذه الحالة لكن من جهة تقابلها العديد من الصعوبات التي ستدفع بخصوص إثبات أن المفاوض المتضرر كان سيبرم بنحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه أو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون سبب معقول، كما أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلا لو كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات كان يسيرا، كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسببت في ذلك و انتهت المفاوضات في وقت مبكر و قبل إحراز أي تقدم فيها.[191]

حكمت محكمة العدل الدولية في قضية (سيليزيا العليا) ذلك بمقتضى معاهدة جونيف المبرمة في 15ماي 1922، أن تأميم بولندا لبعض الممتلكات الألمانية يعد إخلالا بالتزاماتها التعاقدية، و جعلت من هذا التأميم إجراء غير مشروع وقضت بذلك بالتعويض الشامل.

يرى الفقه الحديث أن التأميم المشروع يرتب التزاما بالتعويض، أما التأميم غير المشروع فهو يعد التزاما على الدولة بأداء التعويض الكامل و الشامل، كم إذا اعتمدت الدولة على إجراء التأميم في مقابلة مال الأجنبي على إقليمها بمخالفة لأحكام معاهدة دولية سابقة تلزمها بعدم

[191] **زغودي عمر** ، مرجع سابق ،ص 244 .

تأميم هذه الأموال، فإن هذا الإجراء في هذه الحالة يعد غير مشروع من وجهة نظر القانون، و يترتب على ذلك التزام الدولة بالتعويض الكامل و ليس بمجرد التعويض الجزئي[192].

[192] **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق، ص 97.

خاتمة الفصل

تتمتع الدولة بصلاحية تعديل و إلغاء عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي،لأنها الأولى بالسيادة على إقليمها بتوظيف سلطتها التنفيذية و الإدارية، بحيث يحق للدولة المضيفة أن تلجأ إلى التأميم و المصادرة و نزع ملكية المستثمر الأجنبي ذلك أن الحق مرتبط بسيادة الدولة، لكن على الرغم من تمتعها بذلك الحق إلا أن من واجبها الالتزام بقيود نزع الملكية المتطابق مع أحكام القانون الدولي.

تعد الدولة المضيفة التي قامت بالاستيلاء و تأميم المشروع الاستثماري حسب أحكام القانون الدولي إخلالا بالتزاماتها التعاقدية المتفق عليها مع المستثمر الأجنبي، الذي يترتب عنها قيام المسؤولية الدولية تجاه المستثمر الأجنبي و القيام بالتعويض عن كل الأضرار التي لحقت به.

خاتمة

يتضح مما سبق أن شرط الاستقرار التشريعي في عقود الدولة في مجال الاستثمار يحظى بأهمية كبيرة فهو من المبادئ التي تم إدراجها في عقود الاستثمار الدولي و انتهجتها الدول في نصوصها القانونية و الاتفاقيات الدولية، فهو يهدف إلى تثبيت قانون الدولة كله أو جزء منه لفترة زمنية معينة لتفادي قيام الدولة بتعديل العقد أو إلغاءه لمصلحتها ما يشكل خطرا على المستثمر الاجنبي .

فإدراج هذا الشرط يؤدي إلى استقرار العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد، ما يمنح للمستثمر ثقة كاملة في مباشرة مشروعه في دولة معينة دون تخوفه من المخاطر المحتملة الناتجة عن استعمال الدولة لسلطتها في تعديل القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، حتى و لو انه لا يتم الأخذ بصفة مطلقة بهذه الشروط نظرا لعدم تغليب المصلحة الخاصة للمستثمر الاجنبي على المصلحة العامة للدولة المضيفة فيمكن للدولة تعديل العقد أو إلغاءه تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع بشرط تقديم تعويض للمستثمر الاجنبي.

كما أن شرط الاستقرار التشريعي لا يجرد الدولة من سلطتها التشريعية في مجال الاستثمار، إنما يقصد به عدم تطبيق التعديلات و القوانين الجديدة على الاستثمار مع استبعاد أي تعديل أو إلغاء لهذا القانون الذي يحكم العقد. فشرط الاستقرار التشريعي له علاقة بالاستثمارات الأجنبية بحيث فلا يمكن للمستثمر الأجنبي القدوم إلى الدولة المضيفة و مباشرة مشروعه الاستثماري و توظيف رأس ماله دون أن تضمن له الدولة استقرار تشريعي الذي يحكم العقد، لأن استقرار التشريع هو الذي يولد رغبة لدى المستثمر الأجنبي في القدوم إلى دولة ما و الاستقرار هناك لأنه على دراية بحقوقه و التزاماته و كذا كل ما يتعلق بمستقبل مشروعه الاستثماري.

باعتبار أن الدولة المضيفة صاحبة سلطة و سيادة، فيمكن أن تقوم بإجراء يترتب عليه نزع ملكية المستثمر الاجنبي كالتأميم و المصادرة إلا أنها ملزمة بتعويض المستثمر الاجنبي عما لحقه من ضرر بحيث يجب أن يكون التعويض عادل و منصف .

إضافة إلى التعويض وضعت قيود على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الاجنبي، ذلك من خلال الإعمال بمبدأ عدم التمييز بين المستثمر الوطني و المستثمر الاجنبي ،إضافة إلى شرط المنفعة العامة التي تكون الدولة هي صاحبة الحق في تقدير هذه المنفعة و في إطار سيادتها الإقليمية و حسن النية في تقدير المنفعة العامة ،و كما نجد شرط عدم الإخلال بالالتزامات التعاقدية.

و إن قيام الدولة المضيفة للاستثمار بإجراء التأميم أو المصادرة بعد أن قامت بإبرام اتفاقية مع دولة المستثمر، يعد ذلك إخلالا بمضمون الاتفاقية ما يترتب عليه قيام المسؤولية الدولية أمام المستثمر الاجنبي .

أما في حالة مخالفة الدولة لأحكام القانون الدولي لإجراءات نزع الملكية فالجزاء المترتب عليها التزامها بأداء تعويضات كاملة.

في النهاية نستنتج أنه رغم تكريس المشرع الجزائري لشرط الاستقرار التشريعي إلا أنها ليست الوجهة المفضلة لدى المستثمرين الأجانب، رغم توفر الإمكانيات اللازمة والقيام بتهيئة الظروف لاستقبال الاستثمارات الأجنبية و ذلك بسبب إلغاء القوانين و إدخال التعديلات الجديدة عليها في كل مرة ما يجعل المستثمر الأجنبي يتولد لديه نوع من الخوف و عدم الاطمئنان و تراجعه عن مباشرة مشروعه الاستثماري بسبب علمه بعدم استقرار النصوص القانونية في الدولة، لذلك يجب على الدولة أن تعمل على وضع قانون منظم للاستثمار و عدم إدخاله للتعديلات الجديدة و جعلها طويلة الأمد و تهيئة المناخ المناسب لجذب المستثمرين الأجانب.

قائمة المراجع

أولا: باللّغة العربية

I-الكتب

1- **دريد محمود السمرائي**، الإستثمار الأجنبي: المعوقات و الضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

2- **عجة الجيلالي**، الكامل في القانون الجزائري للإستثمار: الأنشطة العادية و قطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

3- **عليوشقربوع كمال**، قانون الاستثماراتفي الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

4- **عيبوط محند وعلي**، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري،ط02،دار هومة، الجزائر، 2014.

5- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الاجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

6- **هشام صادق**،النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية،1977.

II-الرسائل و المذكرات الجامعية

أ-الرسائل الجامعية:

1- **بقة حسان**، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

2- **بن هلال ندير**، معاملة المستثمر الأجنبي في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

3-**حسين نوارة**، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

4-**زغودي عمر**، شرط الثبات التشريعي في قانون الإستثمار الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2020.

5-**شعبان صوفيان**، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام ،كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، . 2019

6- **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

7-**عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للإستثماراتالأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

8- **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.

ب- المذكرات الجامعية:

- **مذكرات الماجستير:**

1-**أوديع نادية**، حماية الإستثمار الأجنبي في ظل القانون الاتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004

2-**حنافي آسيا**، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

3-**شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار التشريعي في عقود الدولة (دراسة تطبيقية لبعض عقود الإستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

4-**شوشو عاشور**، الحماية الإتفاقيةللإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

5-**علة عمر**،حماية الاستثمار الاجنبي الخاص في التشريعي الوطني و القانون الدولي – دراسة مقارنة- ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري،قسنطينة،.2008

6-**عمر هاشم محمد صدقة**، ضمانات الإستثماراتالأجنبية في القانون الدولي،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2006.

7- **لعماري وليد**، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.

- **مذكرات الماستر:**

1- **أورير شهرزاد**، مظاهر تقهقر الأمن القانوني للإستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

2-**آيت معمر الطاهر، سي محمد إيدير**، الإطار القانوني لعقد الإستثمار: ضمان الإستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوقو العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

3-**بكتاش عبد الحفيظ، عطوشبوليفان**، تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

4-**بندير خديجة، الضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة احمد دراية، ادرار، 2019.

5-**بودالي منية، بوحارة لامية**، عقود الإستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

6-**حيدرة صوفيان، جلواح سليم**، حماية الإستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

7-**خباش دليلة، العرابي سهيلة،** شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

8-**درويش مخلوف، تزاموشت أمينة،** حماية ملكية المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

9-**زياني مريم، زياني كريمة،** الحماية المقررة للإستثمارات الأجنبية في ظل الإتفاقيات الثنائية-الجزائر نموذجا-، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

10- **ساحلي دينا، بقة نسيمة،** القواعد الأساسية لحماية الإستثمارات الدولية: بين الحماية في قواعد الإحالةو القواعد المطلقة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.

11- **عباسي رادية، عمران كهينة،** شرط احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.

12- **عبد الرحيم فيروز، ضياف ويزة،** مفهوم التعويض في نظام الإستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

13- **قلال آمنة، سعدودي نادية،** عوائق الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون العون الإقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

14- **لروي لطفي، أرجيلوس عماد الدين،** شرط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الإستثمارات الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019.

15- **مولود سليم، سليم لمين،** مدى فعالية القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار في استقطاب الإستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلومالسياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

III –المقالات و المداخلات

أ-المقالات:

1-**إقلولي محمد،** " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار"، المجلّة النقدية للعلوم القانونية و السياسية، عدد 01، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2006،ص ص.94-123

2-**أميرة المرضي عوض،** " النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الأجنبي" ، المجلة العربية للبحوث في القانون الإقتصادي، العدد الأول، الكويت، 2020، ص ص01-26.

3-**بقة حسان**،دور الضمانات و المبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الاجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،المجلد 16 ،عدد 02،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ، 2017 ص ص.95-108

4- **بن أحمد الحاج،** " شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني و مصلحة الدولة في قانون الإستثمار الجزائري" ، مجلة الدراسات القانونية السياسية، المجلد 2، العدد الخامس، سعيدة، 2017، ص ص530-542.

5- **بن عشي آمال،** " الثبات التشريعي كضمانة لحماية المستثمر الأجنبي " ،مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد الثالث،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص ص277-296.

6- **بن مامي جمال،** " دور الاستقرار التشريعي في تحسين مناخ الإستثمار الأجنبي في الجزائر "، مجلة المنارة للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية، العدد السابع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2018، ص ص348-358.

7- **حديدي عنتر،** " شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر "، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 2، العدد الثامن، البليدة، 2017، ص ص656-671.

8-**حيرش نور الدين، يحياوي سعاد،** " موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الأجنبي "، المجلة الجزائرية للأمن الانساني، المجلد 06، العدد الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، 2021، ص ص851-864.

9- **دعاس حميدة،** " مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الإستثمار في الجزائر "، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، العدد الخامس، كلية الحقوق ،جامعةالجزائر، 2018، ص ص175-182.

10- **رحمان أمينة،** " الحماية القانونية لعقد الإستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الثاني، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2018، ص ص281-304.

11- **سلامي ميلود،** " الضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر "، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد السادس، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص ص64-90.

12- **شنطاوي فيصل، أسامة الحنايئة،** " نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الاردني "، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 12، الأردن، 2015، ص ص83-104.

13- **غسان عبيد محمد المعموري،** " شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول "، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص ص170-185.

14- **قصوري رفيقة،** " ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب-شروط الثبات التشريعي-"، مجلة الإحياء، العدد 14، خنشلة، 2010، ص ص 561-576.

15- **كسال سامية** ، " دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الإستثماراتفي حماية المستثمر الأجنبي – عقود البترول نموذجا- "، مجلة الحقوق و الحريات ، العدد الثالث،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2016، ص ص176-200.

16- **معيفي لعزيز،** "تعويض المستثمر بين القانون الدولي و القانون الجزائري ،آلية لتفعيل العملية الاستثمارية" ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد الأول كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية2018، ص ص.461-475

ب- المداخلات:

1- **تخنوني آمال، ملاخسو بلال،** " الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الإستثمار الأجنبي المباشر المحلي و الدولي و أثره على التنمية الاقتصادية "، أعمال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار في الجزائر تحت شعار " كيف يصبح الإستثمار الخاص الأجنبي في خدمة التنمية الوطنية"، جامعة باتنة يومي 18 و 19 نوفمبر 2015، ص ص 01-27.

2-**فياض محمود،** " دور شروط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات و إشكاليات التطبيق "، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد، كلّية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 20و 21 ماي 2013، ص ص 201- 253.

3- **محمد منير حساني،** " إعتماد الجزائر القانون الاتفاقي الإستثماري لتشجيع الإستثمارو تشجيعه"، أعمال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، تحت شعار " إعتماد نظام القانون الاتفاقي لحماية و تشجيع الإستثمار الأجنبي، جامعة باتنة، د س ن، ص ص110-132.

4- **مسعودي يوسف،** " القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار "، أعمال الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة أدرار، ص ص17-35.

IV-النصوص القانونية

أ-الدستور:

***دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر 1996**،.منشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 07 ديسمبر 1996، معدّل و متمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 افريل سنة 2002، ج ر ج ج، عدد 25، صادر في 14 افريل 2002، معدّل و متمّم بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15نوفمبر 2008، ج ر ج ج، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدّل بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج ، عدد 14، صادر في 07 مارس 2016، معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم-251 20 مؤرخ في15 سبتمبر 2020،يتضمن التعديل الدستوري ،ج ر ج ج،عدد54،صادر في16 سبتمبر .2020

ب-الاتفاقيات الدولية:

1-**إتفاقية لتشجيع و ضمانالإستثمار بين دول اتحاد المغرب الغربي**، الموقعة بالجزائر بتاريخ 23 يوليو سنة 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج ج، عدد 06، صادر في 06 فيفري 1991.

2-**الإتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الاسبانية**، حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج ر ج ج، عدد 23، صادر بتاريخ 26 مارس 1995.

3-**الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة المملكة الاردنية الهاشمية**، حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بمدينة عمان بتاريخ 01 أوت 1996، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 05أفريل 1997، ج ر ج ج، عدد 20، صادر بتاريخ 06 أفريل 1997.

4-**الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية السودان**، حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أكتوبر 2001، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-121 مؤرخ في 17 مارس 2003، ج ر ج ج، عدد 20، صادر بتاريخ 23 مارس 2003.

5-**الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى**، حول تشجيع و حماية و ضمان الإستثمار، الموقع بسرت في 06أوت 2001،مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-210 مؤرخ في 05 ماي 2003، ج ر ج ج، عدد 30، صادر بتاريخ 11ماي 2003.

6-**الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية النمسا**، حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفيينا في 17

جوان 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 مؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج ر ج ج، عدد 65، صادر بتاريخ 13 أكتوبر 2004.

ج- النصوص التشريعية

1- **أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966**، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج عدد 64، صادر في 11 يونيو 1966، معدل و متمم، الامانة العامة الحكومة www.joradp.dz

2- **أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975**، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم، منشور على الموقع الرسمي للأمانة العامة الحكومة www.joradp.dz

3- **قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 افريل 1991**، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 08-05-1991، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04-21 مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 25، صادر في 30 ديسمبر 2004.

4- **مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 اكتوبر 1993**، يتعلق بترقية الإستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر بتاريخ 10-10-1993.(ملغى)

5- **أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20أوت 2001**، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 47،صادر بتاريخ 22-08-2001.(ملغى جزئيا)

6- **أمر رقم 06-10 مؤرخ في 29 يوليو 2006**، يعدل و يتمم القانون رقم 05-07 مؤرخ في 28افريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج ر ج ج،عدد 48، صادر بتاريخ 30يونيو 2006.

7- **قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال 1437**، الموافق ل03 أوت 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 03 أوت ،2016 معدل و متمم.

8- **قانون رقم 20-07 مؤرخ في 04يونيو 2020**، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر ج ج، عدد 33 لسنة 2020.

د- النصوصالتنظيمية:

1- **مرسوم رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988**، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة، ج رج ج ، عدد 42، صادر في 19 أكتوبر 1988.

2- **مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 جويلية 1993**، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11، مؤرخ في 27 افريل 1991، يتعلق بقوانين نزع الملكية من اجل المنفعة العامة، ج ر ج ج ، عدد 51، صادر بتاريخ 01اوت 1993،متممبالمرسوم التنفيذي رقم05-248،ج ر ج ج،عدد48، لسنة 2005،و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-202،ج ر ج ج،عدد39،لسنة 2008

3- **مرسوم رئاسي رقم 12-147 مؤرخ في 22 مارس 2012**، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 04، بالعقد المؤرخ في 23 أكتوبر 1989، البحث عن المحروقات السائلةو استغلالها المبرم بمدينة الجزائر في09 مارس2012 بين الشركة الوطنية سونطراك و شركات انادارکو الجيرياكومباني ل.ل.س و مايرسك، ج ر ج ج، عدد 17، صادر بتاريخ 25 مارس 2012.

4-

V -اتفاقيات الاستثمار:

1- **إتفاقيةإستثمار بين وكالة ترقية الإستثماراتو دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر**، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج ر ج ج، عدد 80 صادر في 26 ديسمبر 2001.

2- **إتفاقيةاستثمار بين الوكالة الوطنية بتطوير الاستثمار و أقواس دو سكيكدة ADS شركة ذات أسهم**، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I –Ouverages:

1- **HAROUN Mehdi ,**Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes, Litec, 2000.

2- **ISSAD Mohand,** Les techniques juridiques dans les accords de développement économique, colloque international tenu à Alger le 11/10/1976 sur le droit international et développement, OPU, Alger, 1978.

II –Article:

- **GRADINA Andréa, «** Clauses de stabilisation et Clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? », Revue de l'arbitrage, N°3, 2003, pp. 647- 653.

الفهرس

فهرس المحتويات

المحتوى **الصفحة**

الإهداء

التشكرات

قائمة المختصرات

مقدمة.....**02**

الفصل الأول: الإطار القانوني و المفاهيمي لشرط الاستقرار التشريعي.....**06**

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لشرط الاستقرار التشريعي **07**

المطلب الأول : مفهوم شرط الاستقرار التشريعي.....**07**

الفرع الأول : المقصود بشرط الاستقرار التشريعي و تحديد مبرراته.....**08**

أولا : تعريف شرط الاستقرار التشريعي.....**08**

ثانيا : مبررات وضع شرط الاستقرار التشريعي.....**09**

الفرع الثاني : صور شرط الاستقرار التشريعي.....**10**

أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية **11**

ثانيا : الشروط التشريعية.....**12**

الفرع الثالث : مقتضيات شرط الاستقرار التشريعي.....**13**

أولا : دور شرط الاستقرار التشريعي في عقود الاستثمار.....**13**

ثانيا : مجالات تطبيق شرط الاستقرار التشريعي.....**14**

1-شرط استقرار الأموال و الممتلكات.....**14**

2-شرط استقرار النظام الضريبي.....**15**

المطلب الثاني :الإطار القانوني لشرط الاستقرار التشريعي.....**15**

الفرع الأول : التكييف القانوني لشرط الاستقرار التشريعي..... **16**

أولا : شرط تحويلي لطبيعة القانون.....**16**

ثانيا : شروط الاستقرار التشريعي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون ...**17**

الفرع الثاني :الآثار المترتبة على إقرار شرط الاستقرار التشريعي..... **18**

اولا : شرط الاستقرار يتفق مع الحرية التعاقدية للأطراف..... **18**

ثانيا : سيادة الدولة في تعديل العقد **19**

ثالثا :الاتجاه التوفيقي بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة.....**21**

الفرع الثالث : مدى نجاعة شرط الاستقرار التشريعي في تحقيق غايته.....**22**

المبحث الثاني : تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري و تمييزه عن بعض المفاهيم.....**23**

المطلب الأول : مدى تكريس شرط الاستقرار التشريعي في القانون الجزائري.....**24**

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري من شرط الاستقرار التشريعي **24**

الفرع الثاني : مدى التزام الدولة بشرط الاستقرار التشريعي.....**27**

أولا : حالة خضوع شرط الاستقرار التشريعي للقانون الداخلي **28**

ثانيا : حالة خضوع شرط الاستقرار التشريعي للقانون الدولي.....**28**

المطلب الثاني : علاقة شرط الاستقرار التشريعي ببعض المفاهيم المشابهة.....**29**

الفرع الأول : علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط عدم المساس بالعقد.....**30**

أولا : تعريف شرط عدم المساس بالعقد.....**30**

ثانيا : الفرق بين شرط الاستقرار التشريعي و عدم المساس بالعقد.....**31**

الفرع الثاني : علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط إعادة التفاوض.....**33**

الفرع الثالث : علاقة شرط الاستقرار التشريعي بشرط التدعيم التشريعي.....**34**

أولا : تعريف شرط التدعيم التشريعي.....**35**

ثانيا : الهدف من شرط التدعيم التشريعي.....**35**

الفرع الرابع : علاقة شرط الاستقرار التشريعي بالتوازن الاقتصادي.....**36**

الفصل الثاني : المساس بشرط الاستقرار التشريعي و الجزاء المترتب عليه.....40

المبحث الأول :الإجراءات الانفرادية للدولة الماسة بشرط الاستقرار التشريعي..... **41**

المطلب الأول : لجوء الدولة إلى التأميم.....**41**

الفرع الأول : المقصود بالتأميم.....**42**

أولا : تعريف التأميم.....**42**

ثانيا : خصائص التأميم..... **43**

1-حق غير قابل للتنازل..... **.43**

2-سلطة تقديرية للدولة.....**44**

الفرع الثاني : أنواع التأميم.....**44**

أولا : التأميم الإيديولوجي.....**45**

ثانيا : التأميم الإصلاحي.....**45**

ثالثا : تأميمات النمو الاقتصادي.....**45**

الفرع الثالث : أثار التأميم.....**46**

الفرع الرابع :موقف المشرع الجزائري من التأميم..... **47**

المطلب الثاني : نزع الملكية الخاصة للمستثمر الاجنبي.....**49**

الفرع الأول : تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة و الصور الأخرى المألوفة لنزع الملكية....**50**

أولا : تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة.....**50**

ثانيا : الصور المألوفة لنزع الملكية.....**51**

1- نزع الملكية للمنفعة العامة.....**52**

2-المصادرة.....**53**

3-الاستيلاء.....**54**

4-الحراسة.....**55**

الفرع الثاني : تمييز نزع الملكية للمنفعة العامة عن التأميم.....**56**

أولا : من حيث الإجراءات.....**57**

ثانيا : من حيث الموضوع.....**57**

ثالثا : من حيث الغاية.....**57**

رابعا : من حيث الآثار.....**57**

الفرع الثالث : القيود الواردة على حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الاجنبي.....**57**

أولا : القيود الخاصة.....**58**

1- المنفعة العامة.....**58**

2- الحق في التعويض.....**59**

ثانيا : القيود العامة.....**61**

1- مبدأ عدم التمييز.....**61**

2-احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة.....**62**

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من نزع الملكية للمنفعة العامة.....**63**

المبحث الثاني : المبادئ القانونية التي تحد من سلطة الدولة في تعديل و إنهاء عقد الاستثمار و الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة لالتزاماتها.....**65**

المطلب الأول : المبادئ التي تمنع الدولة من تعديل و إنهاء عقد الاستثمار.....**66**

الفرع الأول : مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....**66**

الفرع الثاني : مبدأ احترام الحقوق المكتسبة.....**68**

أولا : تعريف مبدأ الحقوق المكتسبة.....**68**

ثانيا : موقف الفقه و القضاء من مبدأ الحقوق المكتسبة.....**69**

الفرع الثالث : مبدأ نظرية الحيلولة.....**71**

أولا : مضمون مبدأ نظرية الحيلولة.....**71**

ثانيا : موقف القضاء من مبدأ نظرية الحيلولة.....**72**

الفرع الرابع : مبدأ الإثراء بلا سبب.....**73**

المطلب الثاني : الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية.....**74**

الفرع الأول : قيام المسؤولية الدولية للدولة **75**

أولا : موقف الفقه و القضاء من قيام المسؤولية الدولية.....**75**

1- موقف الفقه من قيام المسؤولية الدولية.....**75**

2- موقف القضاء من قيام المسؤولية الدولية.....**75**

ثانيا : الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية.....**77**

1- دفع التعويض.....**77**

2-وقف العمل غير المشروع الصادر عن الدولة.....**78**

3-الحق في الحماية الدبلوماسية.....**78**

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن إخلال الدولة بقيود نزع الملكية.....**79**

أولا : بطلان الإجراءات المتخذة من طرف الدولة.....**80**

ثانيا : التزام الدولة بالتعويض الشامل.....**80**

1- تفويت فرصة إبرام العقد.....**81**

2-تفويت فرصة إبرام عقد بديل.....**81**

خاتمة **84**

قائمة المراجع.....**88**

فهرس المحتويات.....**102**

ملخص :

يعد شرط الاستقرار التشريعي ضمانة كبيرة للمستثمر الاجنبي، لكونه يعكس الوضع الاستثماري للدولة ، و ذلك من خلال تشجيع المستثمر الاجنبي على استثمار أمواله في الدولة المضيفة بكل أريحيه، حيث يمنع الدولة المضيفة من استخدام سلطاتها السيادية في تعديل العقد الذي يتضمن شروط الاستقرار، و التي من شانها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد و الإضرار بمصلحة المستثمر.

ففي الحقيقة شرط الاستقرار التشريعي يتضمن تعهدا من الدولة المستضيفة للاستثمار بتجميد الأحكام القانونية في عقد الاستثمار .

Résumé :

Les clauses de stabilité est une grande garantie pour l'investisseur étranger, parce qu'il reflète la situation d'investissement de l'état hôte et cela encourage les investisseurs étrangers à investir leur argent , puisque l'état hôte ne peut pas utiliser ses pouvoirs souverains pour amender le contrat qui contient des clauses de stabilité .

Donc l'Etat conservant la possibilité de changer son droit à tout moment, à condition de ne pas appliquer les modifications au contrat stabilisé.