شرط الثبات التشريعي في عقود نقل التكنولوجيا
Requirement of legislative stability in technology transfer contracts.

بن براهيم جمال*
مخبر التشريعات لحماية النظام البيئي
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر
Faculty of Law and Political Science, Ibn Khaldun Tiaret University, Algeria.
benbrahimdjamal84@gmail.com
حمر العين مقدم
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، الجزائر.
mhameurlaine@yahou.fr

تاريخ الاستلام: 01 / 01/ 2022 تاريخ القبول: 31 / 05/ 2022 تاريخ النشر: 06 / 06/ 2022

الملخص:

إذا كان التشريع الوسيلة الوسيلة التي تكشف الدولة من خلالها عن سياستها الاقتصادية والاستثمارية فإن شرط الثبات التشريعي يعد ضمانة ذات أهمية كبيرة للمستثمر الأجنبي بوصفه مرآة الحقيقة التي تعكس بوضوح البيئة الاستثمارية المستقرة للدولة المضيفة التي تعمل على تشجيع المستثمر الأجنبي وتوظيف أمواله الاستثمارية، غير أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متساويين (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي)، أما الدولة فهي شخص سيادي تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تخولها المساس بتشريعاتها الداخلية تعديلاً أو إلغاء بصفة انفرادية وذلك

* المؤلف المرسل

تحقيقاً للمنفعة العامة، في حين يخضع المستثمر الأجنبي للقانون الداخلي باعتباره شخصاً خاصاً وطرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية.

الكلمات المفتاحية: شرط الثبات التشريعي، المستثمر الأجنبي، عقود الاستثمار، عقود نقل التكنولوجيا.

Abstract:

If legislation is the means by which the State discloses its economic and investment policy, the requirement of legislative stability is a guarantee of great importance to the foreign investor as a mirror of the truth that clearly reflects the stable investment environment of the host state, which encourages the foreign investor and employs his investment funds, but investment contracts are concluded between two unequal parties (the host state and the foreign investor), while the State is a sovereign person with the privileges of the public authority that is entitled to violate its internal legislation by amendment or Unilateral abolition for the benefit of the public, while the foreign investor is subject to domestic law as a private person and a weak party to the nodal relationship.

Keywords: Requirement of legislative stability, foreign investor, investment contracts, technology transfer contracts.

مقدمة :

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية الخاصة المعاصرة لتصبح ظاهرة قانونية محل إهتمام فقهي، مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين،لما تثيره من مشاكل قانونية ،تتسم في آن واحد بصعوبتها وبجدتها.

وتنجم هذه الصعوبة من التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود لأن هذه الأخيرة تبرم بين طرفين غير متكافئين

إن إدراك أهمية هذه العقود بالنسبة للدول النامية هو الذي دفع بجانب من الفقه لهذه الدول أن يهتم بها ويدرسها على نحو تفصيلي رغم العديد من المشاكل التي تثيرها عند إبرامها

والتفاوض بشأنها، كذلك تعتبر الركيزة الأساسية التي يتم بها بناء الهياكل الاقتصادية وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة.

تتجلى أهداف دراسة شرط الثبات التشريعي في عقود نقل التكنولوجيا من خلال محاولة تسليط الضوء على ضرورة وأهمية هذا الشرط الذي يهدف إلى حماية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، وكذلك لفت الانتباه لجعل مناخ الاستثمار أكثر استقراراً وملاءمة من خلال توفير الضمانات للمستثمر.

وقد تم اختيار الموضوع لعدة أسباب رئيسية ولعل أهمها تعلق الموضوع بجانب من العقود ذات الأهمية الكبيرة خاصة بالنسبة للدول النامية، كذلك أهميتها في بناء استثمار الدولة.

وعليه تطرح الإشكالية التالية: هل شرط الثبات التشريعي يحقق مصالح الأطراف ولاسيما مصلحة الدولة المتعاقدة أم أن الواقع الاقتصادي هو الذي فرضه مما يجعله متعارضاً مع أهدافها خاصة وأنها تسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية؟ وما هو الدور القانوني لهذا الشرط في نطاق عقود نقل التكنولوجيا؟

للاجابة على هذه الإشكالية تم استخدام عدة مناهج تتناسب وطبيعة الدراسة كالمنهج الوصفي والمنهج التحليلي.

وعليه إخترنا تناول موضوع البحث وفق خطة ثنائية تتكون من مبحثين، في المبحث الأول تناولنا مفهوم شرط الثبات التشريعي من خلال مطلبين اثنين، في المطلب الأول تعريف شرط الثبات التشريعي من خلال فرعين اثنين، في الفرع الأول التعريف الفقهي لشرط الثبات التشريعي، والفرع الثاني تعريف شرط الثبات التشريعي وفقاً لقانون الاستثمار الجزائري، وفي المطلب الثاني أنواع شرط الثبات التشريعي من خلال فرعين اثنين، في الفرع الأول شروط الثبات التعاقدية، والفرع الثاني شروط الثبات التشريعية والدولية، أما المبحث الثاني فقد

خصصناه إلى التكييف القانون لشرط الثبات التشريعي من خلال مطلبين، في المطلب الأول الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي وبدوره ينقسم إلى فرعين اثنين في الفرع الأول شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، أما الفرع الثاني شرط الثبات التشريعي إدماج للقانون في العقد، وفي المطلب الثاني مدى صحة الثبات التشريعي من خلال فرعين اثنين، في الفرع الأول تناولنا الاتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي، والفرع الثاني الاتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعي.

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي.

إذا كان شرط الثبات التشريعي حديث نسبيا خاصة في عقود نقل التكنولوجيا إلا أن هذا لم يمنع رجال الفقه والقضاء من محالة البحث فيه هذه الأخيرة لم تصل إلى نتائج خالية من الإختلاف و التعارض خاصة وأن الأمر يتعلق بعقود الدولة التي ازداد نطاقها إتساعا بعد التحولات الإقتصادية التي يشهدها العالم مؤخرا مما جعلها تثير مشاكل قانونية عديدة من أهمها تلك المتعلقة بالطبيعة القانونية للإتفاق المتضمن شرط الثبات التشريعي وكذا دوره في مجال الإستثمار سواء بالنسبة للمشروع الأجنبي أو الدولة المتعاقدة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول نتناول تعريف شرط الثبات التشريعي، والمطلب الثاني أنواع شرط الثبات التشريعي.

المطلب الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي.

على الرغم من أن شرط الثبات التشريعي ليس بالشرط الجديد في عقود نقل التكنولوجيا إلا أن هذا لم يحل دون وجود إختلاف حول مضمونه، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين في الفرع نتناول التعريف الفقهي لشرط الثبات التشريعي،

والفرع الثاني تعريف شرط الثبات التشريعي وفقاً لقانون الاستثمار الجزائري.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لشرط الثبات التشريعي.

يعرف جانب من الفقه شرط الثبات التشريعي على أنه " ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية في تعديل أو إلغاء القواعد القانونية النافذة بينها و بين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يحل بالتوازن الإقتصادي بين الطرفين".[1]

و يعرفه جانب آخر بأنه " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر".[2]

و في نفس المنحنى تقريبا يرى البعض الأخر بأن شرط الثبات التشريعي هو" أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل بنود العقد بسن تشريع جديد يعدل أو يلغي التشريع الذي يحكم العقد.[3]

الفرع الثاني: تعريف شرط الثبات التشريعي وفقاً لقانون الاستثمار الجزائري.

فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد ورد النص على هذه الأداة في نص المادة 22 من القانون المتعلق بترقية الإستثمار و التي تقضي بأنه" لا تسري على الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".[4]

و الواضح أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل صريح شرط الثبات التشريعي للقانون فلا تطبق التعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون على الإستثمارات المنجزة على أنه يجوز للمستثمر أن يطلب سريانها على مشروعه بشكل صريح وطبيعي أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها بـأن مصلحته تكمن في سريان القانون الجديد على مشروعه بدلا من القانون

القديم، وهذا يعني أيضا أن عدم إدلاء المستثمر برغبته الصريحة المتضمنة طلب إنطباق التعديلات أو المراجعات بشأن العقد الذي أبرمه مع الدولة يفيد قبوله الضمني بذلك الشرط.

و بهذه المثابة فإن مصدر شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في تشريع الإستثمار نفسه، حيث ورد صراحة تعهد من قبل الدولة بعدم المساس بجميع المزايا التي قد يتحصل عليها المستثمر الأجنبي بموجب قانون الإستثمار، وهو ليس بذلك مجرد شرط تعاقدي يجد مصدره في العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين مما يجعله في الحالة الأخيرة نسبيا وخاصا بكل عقد على حدى، وذلك على خلاف الشرط الذي يجد مصدره في التشريع كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، حيث يكون هذا الشرط مطلقا يخص جميع العقود التي تبرمها الدولة في مجال الإستثمار، ولكن مع إستثناء الحالات التي يطلب فيها المستثمر صراحة رغبته في التنازل عن الضمان الذي منحه إياه المشرع والمتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد.[5]

المطلب الثاني: أنواع شرط الثبات التشريعي.

يهدف شرط الثبات التشريعي على نحو ما أشرنا له سلفا إلى إخضاع العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابت ومحدد و معروف من الأطراف منذ لحظة إبرامه وحتى إنقضائه، وللوصول إلى تلك الغاية المبتغاة فإن الأطراف المتعاقدة تدرج في العقد شروطا، من شأنها حظر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد. وتتمتع الأطراف المتعاقدة بحرية مطلقة في صياغة هذه الشروط على النحو الذي يحقق الأهداف المبتغاة من إيراد هذه الشروط بالنسبة لكل من طرفي العقد، وعليه سوف نقسم هذا

المطلب إلى فرعين اثنين، في الفرع الأول شروط الثبات التعاقدية، والفرع الثاني شروط الثبات التشريعية والدولية.

الفرع الأول: شروط الثبات التعاقدية.

يعتبر هذا النوع من شروط الثبات الأكثر تواجدا في عقود الدولة حيث يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها وينص صراحة على سريان القانون الوطني الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد، وعند تطبيق تعديلات تشريعية لاحقة قد تضر بالمركز القانوني أو المالي للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على هذا العقد دون موافقة الطرف الأجنبي على هذا التطبيق.

يجمع الفقه القانوني خاصة الفقه الغربي على عدم نجاعة التعامل بمثل هذه العبارات خاصة إذا خضع تقييم الإتفاق في مجمله إلى قواعد القانون الوطني حيث سيتم الخوض في هذه الحالة في فرضيات التعبير عن الإرادة و إلى أي مدى يمكن تفسير استمرار عمل المتعاقد الأجنبي في ظل تعديل التشريع أو الإجراء على أنه موافقة ضمنية على هذا الإجراء القانوني وبالتالي سريانه عليه، إضافة إلى ذلك ستعمد المحاكم الوطنية إلى تكييف مضمون هذه الموافقة في ضوء غايات وأهداف المصلحة العامة للدولة المتعاقدة و في هذه الحالة سيتم تفسير الموافقة الضمنية للطرف الأجنبي تفسيرًا موسعا.[6]

إضافة إلى ذلك قامت نظرية العقد في مجملها على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني حرية طرفي الرابطة العقدية في تضمين إتفاقهم بالحقوق و الإلتزامات التي اتجهت إليها إرادتهم المشتركة، تفترض هذه النظرية أن قواعد القانون المدني الناظمة للمعاملات التعاقدية هي قواعد مكملة يجوز لطرفي العقد الإتفاق على مخالفتها، وفي المقابل لا يجوز لطرفي العقد الإتفاق على قواعد آمرة ينص عليها القانون، و في هذا المجال يلاحظ أن

مخاطر الإستثمار تتعلق غالبا بقواعد آمرة مثل النصوص الخاصة بضريبة الدخل، متطلبات حماية البيئة، التشريعات المصرفية، و فرض قيود على حركة رؤوس الأموال من و إلى الدولة...إلخ.

الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعية والدولية.

هي نصوص قانونية ترد في القانون الوطني للدولة المتعاقدة تنص على إلتزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد في مواجهة المتعاقد الأجنبي، عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الإستثمار في البلد المضيف وقد تدرج أيضا في القوانين الخاصة الناظمة للقطاع محل الإستثمار مثل قطاع النفط. ومثال ذلك ما ورد في قانون البترول الإيراني عام 1957 الذي نص على أنه " إن أي تغيير مخالف للشروط و الإمتيازات المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي وقت بصدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد إلا في خلال مدته الأولى لا في خلال مدة تجديده".[7]

يرى الفقه القانوني أنّ مثل هذا النوع من الشروط يعتبر أكثر ضمانة للمتعاقد الأجنبي عن النوع التعاقدي كون النوع الأول يمكن القضاء بالحكم بعدم دستوريته لمخالفته قواعد آمرة لاحقة قد يقرها المشرع الوطني.

إضافة إلى ذلك قد يكون من السهل على الدولة المتعاقدة تفسير هذه النصوص التشريعية في اتجاه خدمة مصالحها الوطنية على نحو قد يتعارض مع الغرض الذي وجدت من أجله نصوص الثبات التشريعية، وعلى سبيل المثال تعتبر قضية مؤسسة الإستثمار البيروفية في مواجهة حكومة بيرو سابقة قضائية هامة في هذا المجال وفيها قامت حكومة بيرو بتعديل قيمة ضريبة الدخل المفروضة على شركات الإستثمار العاملة في أرضيها على الرغم من وجود تشريع سابق يتبث هذه القيمة على

المشروعات الإستثمارية العاملة وقت نفاذه، دفعت حكومة بيرو بعدم التمييز في تعديل قيمة الضريبة و بحاجة الإقتصاد الوطني إلى تنمية موارده المحلية (معيار المصلحة الإقتصادية العامة). لم تنكر هيئة التحكيم الدولية هذا الدفع وقضت أخيرًا بحق شركة الإستثمار في التعويض.[8]

- **شروط الثبات الدولية (international stabilisation clause)**

يثبت هذا الشرط بموجب إتفاقية دولية ثنائية أو متعددة تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية إستثمارات الدولة أو الدول الأخرى من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية أو إتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملون في أراضيها وعلى هذا الأساس ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة والحامية لاستقرار الإستثمارات الأجنبية العاملة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الإتفاقية إضافة إلى تقييد حرية الدولة المستضيفة للمشروع الإستثماري في التحكم بالعلاقة التي تربطها مع المستثمر الأجنبي على أساس قواعد السيادة الوطنية إضافة إلى ضمان إختصاص القضاء الدولي في تسوية أية منازعات قد تنشأ نتيجة هذا الإستثمار.[9]

وفي هذا الشأن يتم الإتفاق بين أطراف المعاهدة أيضا على تطبيق المعايير الدولية في تفسير هذه المصطلحات في العلاقات التي تربط الدول الأعضاء بالشركات الأجنبية العاملة على أرضيها ونذكر في هذا الصدد نص المادة 42 من إتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ISCID).

أما حديثا، فقد استقرت قواعد القانون التجاري الدولي على العديد من المبادئ والضوابط التي ذهبت بعيدا في مجال حماية مصالح المستثمر التجارية ضد أعمال التأميم الحكومية والتعديلات التشريعية الوطنية التي قد تؤثر على مصالح

المستثمر الإقتصادية المتوقعة عند تعاقده مع هذه الدول وأقرت هذه المبادئ بالمعايير الأساسية التالية:

- صيانة وحماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية وفي حال ما إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمتعاقد الأجنبي.
- عدم التمييز في المعاملة ما بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، والمشروعات التي تعود ملكيتها للأجانب والمشروعات التي يملكها المواطنون.
- حق الدولة في استخدام كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مصالح مواطنيها المستثمرين في حال تم تأميم ملكياتهم من طرف دول أخرى أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الإقتصادية على أن لا يتم اللجوء إلى هذا الأمر إلا عندما يستنفذ هذا المستثمر كافة الوسائل الممكنة لحماية مشروعه.[10]

المبحث الثاني: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي.

على الرغم من إنتشار إستخدام شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار سواء كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا إلا أن الفقه قد إنقسم بشأن طبيعتها القانونية حيث رأى البعض أنها لا تعدو أن تكون سوى إستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد في حين إتجه الرأي الثاني إلى إعتبارها شروطا تؤدي إلى إندماج قانون الدولة في عقد الإستثمار فتفقد قواعده طبيعتها المعيارية لتصبح مجرد شروط تعاقدية، وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين في المطلب الأول نتناول الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي، والمطلب الثاني مدى صحة الثبات التشريعي.

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.

لقد مضت الإشارة إلى أن الفقه قد إختلف حول الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي، أو بمعنى آخر ما هو الأساس الذي يمكن الإستناد عليه للقول بوجود شروط الثبات التشريعي، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين في الفرع الأول شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، والفرع الثاني شرط الثبات التشريعي إماج للقانون في العقد.

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

رغم وجاهة هذا الرأي للوهلة الاولى إلا أنه توجه منتقدون في أصله حيث يشترط لإعماله إتصال قواعد ذلك القانون بالنظام العام- القواعد الآمرة- أما إذا جاءت تلك القواعد مكملة فلا مجال للحديث عن ذلك الاستثناء.

ومن ناحية أخرى ثمة خلاف على مدى سريان القواعد الجديدة بأثر فوري ومباشر على العقود القديمة حتى لو كانت من قبيل القواعد الآمرة خاصة وأن بعضها يعتبر عقود الدولة بما في ذلك عقود نقل التكنولوجيا بمثابة عقود إدارية مما يعني عدم الاعتراف بإرادة الأطراف (شرط الثبات التشريعي) تغليباً للمصلحة العامة لذلك فإن القانون الجديد سيحكم بالضرورة تلك العقود المبرمة في ظل قانون آخر قديم بما له من أثر فوري ومباشر.[11]

الفرع الثاني:شرط الثبات التشريعي إدماج للقانون في العقد.

وهذا استناداً لما له من أثر مغير للطبيعة القانونية للقواعد المشمولة بالشرط حيث لا تسري التعديلات الجديدة على العقد نظراً لأن القانون قد غدا بمثابة شرط عقدي يعبر عن إرادة الأطراف لا عن إرادة مشرعه.

وفي معرض محاولات دحض هذا التكييف فيما لو كانت شروط الثبات قد وردت كشروط تشريعية لا اتفاقية أو فيما لو غابت إرادة الأطراف عن تحديد القانون المختص، وقد أجاب المدافعون عن ذلك التكييف على الحجة الأولى باعتبار أن علم المتعاقد مع الدولة بوجود ذلك الشرط في تشريعاتها يعد أحد دوافعه الرئيسية للتعاقد مما يستوجب إقرار أثره كاملاً استناداً لارادتها في إعماله، وكل ما في الأمر هو أنت تلك الدولة قد وفرت عليه التفاوض معها بصدده.

أما عند غياب الإرادة فإن المحكم أو القاضي سيلجأ إلى إعمال نية الأطراف الضمنية لتنتج ذات الأثر، إلا إذا كنا أمام إرادة مفترضة فإن النقد حينها يمكن أن يصادف محله. [12]

المطلب الثاني:مدى صحة شرط الثبات التشريعي.

تعتبر مسألة صحة شروط الثبات التشريعي و الآثار المترتبة عليها من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا ليس فقط في الأوساط الفقهية بل تعدى الأمر أيضا هذا الإطار الأكاديمي[13] وتم طرح هذه المسألة أمام هيئات التحكيم كما سوف نرى في أكثر من مناسبة، و تعتبر مسألة صحة شروط الثبات من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة و حقها في تعديل الإلتزامات الناشئة عن العقود إذا كان ذلك التعديل تقتضيه المصلحة العامة، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، في الفرع الاول الإتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي، والفرع الثاني الاتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: الاتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي.

يستند أنصار هذا الرأي إلى عدة اعتبارات قانونية وعملية تضفي على الشرط شرعيته ولعلها تنحاز بمجملها لمبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد ومن هذه

الاعتبارات ما يستند إلى قواعد الاسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون، وذلك لأنه يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع في لحظة التعاقد وبالتالي فإن شرط التثبيت سيخدم توقعاتهم ويعكس رغبتهم في اختيار ذلك الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد وثمة من يعتبر تلك الشروط شروطاً صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني للبحث عن صحتها وذلك إما استناداً إلى نظرية العقد الطليق نظراً لتحول القانون إلى شرط عقدي، أو باعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر على غرار القواعد الأخرى المتهعارف عليها في إطار العلاقات التجارية الدولية كقاعدة استقلالية شرط التحكيم عن العقد مثلاً.

وأخيراً يدعم مؤيدو شرط الثبات دفاعهم عنه بما جرى عليه العمل الدولي وخاصة من خلال التوجيه الصادر عن معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا لعام 1979 والذي ذهب إلى إقرار حق الأطراف في اختيار القانون الساري لحظة إبرام العقد كقانون واجب التطبيق.

وقبل ذلك وفي موضع آخر كان قد أقر بضرورة حماية الطرف المستثمر الأجنبي من أي تعديلات تشريعية تغير في اقتصاديات العقد، حيث رأى إن من واجب الدولة المتعاقدة معه توفير هذا الامان القانون مقابل ما يتعرض له من مسؤوليات ومخاطر ناجمة عن عملية الاستثمار.

الفرع الثاني: الاتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعي.

لعل أهم نقطة يبدأ بها هذا الرأي هو أن هدف الدولة السائرة في طريق النمو هو تحقيق التنمية السريعة لإقتصادياتها من خلال السيطرة الكاملة على مواردها الإقتصادية والطبيعية وأيضا من

الإستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي تحوزها الدول الغنية، و هذا لا يتأتي إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها و إحلال نظريات أخرى جديدة بدلا منها، كتحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة تلك المساواة التي تهدف النظريات القانونية التقليدية إلى إحترامها تحقيقا لمصالح الدول الغربية الغنية.

و هذه الإتجاهات الداعية لضرورة وجود قواعد جديدة تحكم العلاقات بين الدول السائرة في طريق النمو والدول الغنية بصفة عامة بدأت في الظهور في إطار المنظمات الدولية و أيضا في العديد من المؤلفات الفقهية.

فلقد أولت الأمم المتحدة إهتمامها من خلال الجمعية العامة و المجلس الإقتصادي و الإجتماعي و اللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية بمناقشة موضوع سيادة الدولة على مواردها الطبيعيـــــة و أصدرت الجمعيـــــة العامة عام 1962 قرارها رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية. [14]

وإنطلاقا من نظرية سيادة الدول على مواردها الطبيعية إستند جانب من الفقه إلى ضرورة إعادة النظر في جميع العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية، تلك العقود التي تم إبرامها في ظل الفترة الإستعمارية و التي بلغ إهدار المصالح الإقتصادية للدولة فيها حد أصبح معه من حق الدولة إستنادا إلى سيادتها على مواردها الإقتصادية وواجبها المحافظة عليها للأجيال القادمة أن تنهي هذه العقود أو على الأقل تعيد مراجعتها على نحو يحقق لهذه الدولة أهدافها المشروعة في التنمية الإقتصادية.[15]

ويعبر عن هذا الإتجاه الأستاذ الغاني SAMUEL ASONTE الذي يرى أن العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية أيا كانت الصورة التي تتخذها سواء كانت

عقود إمتياز أو عقود تنمية إقتصادية أو عقود المساعدة الفنية أو غيرها من العقود التي تبرمها الدولة لا يمكن تكييفها على أنها عقود عادية من عقود القانون الخاص، كما يذهب إلى ذلك الفقه الغربي من أجل إخضاعها إلى القواعد التقليدية الحاكمة للعقود وذلك على الرغم من أن هذه العقود تبرمها الدولة و تتعلق بإستغلال وتنمية مواردها الطبيعية ذات الأهمية القصوى بالنسبة للنفع القومي للدولة المتعاقدة ومن هنا تبدو مشروعية التساؤل حول مدى ملائمة القواعد و المفاهيم القانونية التقليدية الحاكمة لعقود القانون الخاص لتحكم هذه النوعية المختلفة من العقود.[16]

ويتمخض عن هذا التكييف التقليدي لعقد الدولة أن هذا العقد يعتبر نظام ثابت يحدد حقوق الأطراف وإلتزاماتهم على نحو نهائي وفاصل لا يقبل أي تعديل أو تغيير طوال مدة سريانه. ومن هنا فإن أي خروج على مقتضى نصوص هذا الإتفاق يعتبر إنتهاكا لقدسية العقد فعقود الدولة ليست إلا مجرد نموذج ثابت يعبر عن الأفكار السائدة في النظام الغربي والذي يرى في العقد الوسيلة التقليدية في إطار المعاملات التجارية.

ومؤدى هذا التكييف الغربي الذي يرى عقود الدولة أنها مجرد عقود تقليدية أنه يخضعها لمبدأ سلطان الإرادة مع إحتفاظ أطرافها بحق تحصينها ضد سريان أية قوانين جديدة تصدرها الدولة وعدم إمكانية تعديل الدولة لهذه العقود بإرادتها المنفردة طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ومبدأ قدسية العقود و عدم المساس بها بل وأيضا عدم إمكانية إعادة المفاوضات للنظر في تعديلها مهما تغيرت الظروف.

فعقود الإستثمار على خلاف العقود الدولية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة لا يمكن إبقائها جامدة وثابتة زمنيا وعليه يتعين هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود والذي يخول لأحد أطراف العقد

بعد الإنتفاع من أثار هذا الأخير رفض التفاوض والمناقشة مع الطرف الآخر لنصوص العقد.

وتبعا لذلك وتفاديا للأثر المترتب عن القوة الملزمة للعقود فإن عقود الدولة يتعين إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس للقانون الدولي و ذلك حتى يسري عليها كافة التعديلات و التغيرات السارية في القانون الوطني و يكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة.

وتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد يعني الإستبعاد المطلق لشروط الثبات التشريعي للعقد وعدم المساس به والرفض المطلق لأي شرط يؤدي إلى تجميد القانون الوطني فطبيعة عقود الدولة الطويلة المدى تستعصي إعمال أية قواعد تؤدي إلى عدم تغييرها تبعا للظروف فهي عقود قابلة للمراجعة بطبيعتها.

وتبعا لذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للعقود وعدم إمكانية المساس بها و تعديلها ليس مبدأ مطلق لا ترد عليه أية إستثناءات بل العكس هو الصحيح و هذا يعني إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف المحيطة به وتلك الإمكانية تعتبر أمر مسلم به من جانب الفقه الغربي في مجموعه طالما توافرت شروط هذا التغيير على النحو الذي أسلفنا.[17]

خاتمة:

إن شرط الثبات التشريعي بعد تدبيراً احترازياً وعلامة من علامات الأمان، وله دور مهم في تشجيع الاستثمار وتحريك الدورة الاقتصادية خاصة بالنسبة للدول النامية، فوجود مثل هذا الشرط يعد ضمانة هامة لجذب الاستثمار خاصة الأجنبية من جهة، ومن جهة أخرى فإن الهدف من وراء شرط الثبات التشريعي هو تحجيم الحد من سلطة الدولة على الصعيدين

التشريعي وعلى صعيد ما تتمتع به الدولة بصفتها سلطة التنفيذية، كما يعد هذا الشرط تحققا للرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توزان واستقرار إلتزاماتهم التعاقدية.

وعليه توصلنا إلى مجموعة من المقترحات نجملها فيما يلي:

1- ضرورة تضمين عقود نقل التكنولوجيا شروطاً لتثبيت قانون العقد في الزمان أو إدماجه أو إعطائه طابعاً احتياطياً، إذ غالباً ما يخفى إدراج مثل هذه الاشتراطات إفراغ القانون المختار من مضمونه.

2- ضرورة اهتمام الدول بمرحلة التفاوض وكذا مرحلة إعداد الاتفاقات والحرص على تضمين هذه الاتفاقات شرط الثبات التشريعي حماية للمستثمر، وشرط إعادة التفاوض للدولة المضيفة للاستثمار حفاظاً على التوازن العقد لهذه الاتفاقات، وضرورة تشجيع الأبحاث المتعلقة بهذا النوع من العقود.

3- ضرورة إعطاء حق الدولة في التدخل في تعديل تشريعاتها وفقاً لمقتضياتها الاقتصادية وحسب ما يتماشى ومصالحها باعتبار حقها على مواردها حق سيادي خاصة في العقود طويلة المدة.

4- بما أن شرط الثبات يعد تدبيراً احترازياً وعلامة من علامات الأمان والاطمئنان وله دور مهم في تشجيع الاستثمار وتحريك العجلة الاقتصادية فإنه بات لزاماً خاصة بالنسبة للدول النامية إدراج مثل هذا الشرط في قوانينها باعتبارها ضمانة هامة لجذب واستقطاب الاستثمارات الأجنبية.

قائمة الهوامش.

1- بن أحمد الحاج، مقياس عقود الدولة، محاضرات غير منشورة، السنة الثانية ماستر، تخصص القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سعيدة، 2016.
2- محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون حول الطاقة بين القانون والإقتصاد، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة يومي 20-21،ماي، 2013، ص 605.
3- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية،(تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص324.
4- راجع القانون 01/16 المتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 6 أوت 2016، العدد 46، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ 3 اوت 2016.
5- محمود فياض، المرجع السابق، ص 606.
6- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي – مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة و أزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 307.
7- محمود فياض، المرجع السابق، ص 618.
8- غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، 2009، ص 173.
9- المرجع نفسه، ص 173.
10- محمود فياض، المرجع السابق، ص 617.
11- حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 335-338.

12- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص765.

13- محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 25.

14- مراد محمود حمادة المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002، ص 98.

15- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 349.

16- مراد محمود حمادة المواجدة، المرجع السابق، ص 101.

17- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه و القوانين و الإتفاقيات الدولية و أحكام التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول، و ذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 112.

قائمة المصادر والمراجع.

أولاً: الكتب

1- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي – مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة و أزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

2- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية،(تحديد ماهيتها والنظام القانوني

الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
3- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه و القوانين و الإتفاقيات الدولية و أحكام التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول، وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
4- محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
5- مراد محمود حمادة المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002.
6- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

ثانياً: المقالات.

1- غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، 2009.

ثالثاً: المداخلات.

1- محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون حول الطاقة بين القانون والإقتصاد، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة يومي 20-21،ماي، 2013.

رابعاً: المحاضرات.

1- بن أحمد الحاج، مقياس عقود الدولة، محاضرات غير منشورة، السنة الثانية ماستر، تخصص القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سعيدة، 2016.

خامساً: القوانين.

1- القانون 01/16 المتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 6 اوت 2016، العدد 46، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بتاريخ 3 اوت 2016.