شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري

الدكتور بن أحمد الحاج
جامعة سعيدة

ملخص:

يعد شرط الثبات التشريعي في عقود التنمية الاقتصادية أو عقود الدولة ضمانا هاما بالنسبة للمستثمر، وبالمقابل يعد وسيلة لجذب الاستثمارات الوطنية والاجنبية الى الدولة لارتباطه بمبدأ الأمان القانوني الذي يبحث عنه المستثمر، مما يعني أن هذا الشرط يحقق مصلحة الطرفين، الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر على حد السواء.

Résumé:

Dans les contrats de développement économique, ou les contrats d'État ,la clause de stabilisation est un instrument le plus efficace à la disposition de l'investisseur, c'est une garantie pour lui.On outre elle est un moyen d'attirer l'investissement étranger et national àl'État,elle fait de la sécurité juridique. Et par conséquent cette clause vise àl'avantage du pays contractant et l'investisseur ensemble

مقدمة:

نتيجة فشل المستثمر في إقناع الدولة المضيفة للاستثمار في اختيار قانون آخر غير قانونها الوطني ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بين الطرفين، يسعى ذلك المستثمر إلى محاولة غل يد الدولة من خلال تقويض دورها بإدراج شرط الثبات التشريعي للقانون على نحو يحول دون سريان أية تعديلات تقوم بها الدولة على قانونها، فيبقى العقد محكوما بالقانون الذي أبرم في ظله حتى ولو ألغي أو عدل بعد ذلك.

ومعلوم أن عقود الاستثمار تتسم بخاصية عدم المساواة القانونية بين أطرافها، فالطرف الأول وهو الدولة يملك سلطة التشريع وسن القانون، لذلك يرى الطرف الثاني والمتمثل في المستثمر أنه يعد أمرا طبيعيا وجوب حمايته من الخضوع لأية تشريعات جديدة من شأنها التأثير على حقوقه التي اكتسبها وقت ابرام العقد مع الدولة، فتلك

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

التشريعات ليست في حقيقة الأمر سوى تعديل لذلك العقد بالإرادة المنفردة للدولة، وهذا ما يتنافى مع القاعدة المعروفة والتي تقضي بعدم جواز التعديل أو الانهاء إلا بالإرادة المشتركة للطرفين[1].

وإيمانا من المشرع الجزائري بدور هذا الشرط في جذب الاستثمارات خاصة الأجنبية منها لعلاقته المباشرة بالأمان القانوني الذي ينشده المستثمر، عمد إلى إعطائه مكانة هامة في القانون المتعلق بالاستثمار، حيث وصفه بالضمان الممنوح للمستثمرين الى جانب ضمانات أخرى وردت في الباب الثالث من هذا القانون[2].

وإذا كان هذا الشرط حديثا نسبيا خاصة في عقود الاستثمار، إلا أن هذا لم يمنع رجال الفقه والقضاء من محاولات البحث فيه، هذه الأخيرة لم تصل إلى نتائج خالية من الاختلاف والتعارض خاصة وأن الأمر يتعلق بعقود الدولة التي ازداد نطاقها اتساعا بعد التحولات الاقتصادية التي شهدا العالم مؤخرا مما جعلها تثير مشاكل قانونية عديدة، من أهمها تلك المتعلقة بالطبيعة القانونية للاتفاق المتضمن شرط الثبات التشريعي وكذا دوره في مجال الاستثمار سواء بالنسبة للمستثمر أو الدولة المضيفة للاستثمار.

وسنحاول من خلال هذا البحث التعرض أولا لمفهوم شرط الثبات التشريعي وطبيعته القانونية، ثم لدوره بين مكرس للحرية التعاقدية والأمان القانوني من جهة ومخاطره على الدولة بوصفه قيدا يقع على سلطاتها وسيادتها من جهة ثانية.

المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي وطبيعته القانونية في القانون الجزائري.

على الرغم من أن شرط الثبات التشريعي ليس بالشرط الجديد في عقود الدولة الاقتصادية عامة وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، إلا أن هذا لم يحل دون وجود اختلاف حول مضمونه وطبيعته القانونية، وهو ما سيتم التطرق له تباعا فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي ومضمونه في قانون الاستثمار الجزائري.

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 وبين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يخل

[1]- أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 320.

[2]-أنظر: الفصل الرابع من القانون رقم 09/16 الصادر بتاريخ 2016/08/03 والمتعلق بترقية الاستثمار.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

بالتوازن الاقتصادي بين الطرفين"، ويعرفه جانب أخر بأنه:" ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر"[1].

وفي نفس المنحى تقريبا يرى البعض الآخر 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 عقد الاستثمار"[2].

وأما بخصوص القانون الجزائري فقد ورد النص على هذه الأداة في نص المادة 22 من القانون المتعلق بترقية الاستثمار، والتي تقضي بأنه: "لا تسري الاثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

والواضح أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل صريح شرط الثبات التشريعي للقانون، فلا تطبق التعديلات أو الالغاءات التي تطال ذلك القانون على الاستثمارات المنجزة، على أنه يجوز للمستثمر أن يطلب سريانها على مشروعه بشكل صريح، وطبيعي أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها بأن مصلحته تكمن في سريان القانون الجديد على مشروعه بدلا من القانون القديم، وهذا يعني أيضا أن عدم إدلاء المستثمر برغبته الصريحة المتضمنة طلب انطباق التعديلات أو المراجعات بشأن العقد الذي أبرمه مع الدولة يفيد قبوله الضمني بذلك الشرط.

وبهذه المثابة فإن مصدر شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في تشريع الاستثمار نفسه، حيث ورد صراحة تعهد من قبل الدولة بعدم المساس بجميع المزايا التي قد يتحصل عليها المستثمر الأجنبي بموجب قانون الاستثمار، 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 الاستثمار، ولكن مع استثناء الحالات التي يطلب المستثمر فيها صراحة رغبته في التنازل عن الضمان الذي منحه إياه المشرع والمتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد.

وإذا كانت شروط الثبات التشريعي تنقسم من حيث موضوعها الى شروط عامة تهدف الى التجميد الزمني لكافة التشريعات الجديدة، وشروط خاصة بتشريعات محددة وخاصة[1]، فإن المشرع الجزائري أخذ بالنوع الثاني حيث

[1]–أنظر: محمد فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20 و21 ماي 2013، ص 606.

[2]–أنظر: محمد اسماعيل عمر، صناعة وتكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص06.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

اعتبره شرطا خاصا بتشريع الاستثمار فقط، حيث لا تسري التعديلات أو الالغاءات المتعلقة بهذا التشريع فقط، مما يعني أن القوانين الأخرى غير معنية بهذا الضمان حتى ولو كانت لها علاقة بالاستثمار، وهذا ما نص عليه قانون تطوير الاستثمار صراحة في نص المادة 22 السالف الذكر من خلال عبارة الاستثمارات المنجزة في هذا القانون، وعليه فإن التشريعات الأخرى وكذا الاجراءات التي تتخذها قد الدولة بشأن الاستثمارات المنجزة غير معنية بقاعدة التجميد الزمني وتطبق على المستثمر الذي لا يجوز له الاحتجاج بها لكونها نسبية وتخص قانون ترقية الاستثمار فحسب.

ومن حيث الأشخاص الذين بإمكانهم الاستفادة من التجميد الزمني، فقد نص المشرع على وجه التحديد من هم المستفيدون منه، فالأمر يتعلق بالمستثمر سواء كان وطنيا أم أجنبيا، حيث جاءت العبارة عامة دون تفرقة بين المشروعات الاستثمارية، علما أن عقد الاستثمار قد يكون دوليا على الرغم من أن المستثمر وطني إذ لا تلازم بين دولية العقد وجنسية المستثمر وما يهم هو تحقق المعيار الاقتصادي المتمثل بحركة رؤوس الأموال وانتقالها عبر حدود الدول ليكون العقد متصفا بالصبغة الدولية[2].

وبهذا فإن أي مشروع استثماري منجز سيبقى خاضعا لقانون ثابت ومحدد منذ لحظة ابرام عقد الاستثمار الى لحظة انقضائه إلا في الحالة التي يطلب فيها المستثمر بشكل صريح خضوعه للتعديلات أو الالغاءات التي قد تطال ذلك القانون، وطبيعي أن المستثمر لن يطلب ذلك إلا في الحالات التي تتحقق فيها مصلحته مقارنة بالمنفعة التي كان من المفروض أن يحصل عليها من وراء التمسك بالقانون الذي أبرم عقد الاستثمار في ظله.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.

على الرغم من انتشار استخدام شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار سواء كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا، إلا أن الفقه قد انقسم بشأن طبيعتها القانونية حيث رأى البعض أنها لا تعدو أن تكون سوى استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، في حين اتجه الرأي الثاني إلى اعتبارها شروطا تؤدي إلى اندماج قانون الدولة في عقد الاستثمار فتفقد قواعده طبيعتها المعيارية لتصبح مجرد شروط تعاقدية.

---

[1]–أنظر في تقسيمات هذه الشروط: محمد فياض، المرجع السابق، ص615 وما يليها.

[2]–أنظر: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 25.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

1-شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

إن شرط الثبات التشريعي ليس عند جانب من الفقه إلا استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، هذا المبدأ يقتضي كما هو معلوم دخوله حيز التطبيق والنفاذ بمجرد نشره وفقا للأوضاع القانونية المقررة، ولحظة النفاذ تلك هي الفاصل بين انتهاء سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد[1].

ويعد الاستثناء المتضمن استمرارية نفاذ أحكام القانون القديم رغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الاستثمار استثناء قائما بموجب النص الصريح للمشرع الذي يملك سلطة وضع القيود على المبادئ العامة كلما رأى في تلك القيود تحقيقا للمصلحة العامة.

ومعلوم أنه وإعمالا لمبدأ الأثر الفوري فإن القانون الجديد الذي يصدر عن السلطة المختصة هو قانون واجب التطبيق في الحال وفور نفاذه على كل مركز قانوني ينشأ في ظله ولو كانت جذوره تمتد إلى الماضي، مما يعني الامتناع عن تطبيق القانون القديم الذي جاء القانون الجديد معدلا أو ملغيا له، كما أن هذا المبدأ يفترض تطبيقه حتى على المراكز القانونية المستمرة التي يدركها ولو نشأت في ظل القانون القديم والذي لم يعد صالحا بعد اتجاه المشرع الى تعديله أو استبداله بقانون اعتبره الأصلح للمجتمع[2].

ومع ذلك فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، بل هناك استثناءات تقع عليه من بينها الاستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم وظلت سارية حتى نفاذ القانون الجديد، ففي هذه الحالة لا مجال للتمسك بالأثر المباشر للتشريع الجديد، بل لا بد من تمديد حياة القانون القديم ليحكم آثار العقد حتى تنتهي.

وعليه فان شرط الثبات الزمني للقانون ليس في حقيقة الأمر إلا استثناء على مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد، وبهذا فقط تتحدد طبيعته القانونية، مما يجعل الاتفاق المتعلق بهذا الشرط متسقا مع الاستثناءات التي قال بها فقه النظرية الحديثة بشأن هذا المبدأ على خلاف النظرية التقليدية القائمة على ما يعرف بالحق المكتسب.

2-شرط الثبات التشريعي إدماج للقانون في عقد الاستثمار.

يرى بعض الفقه أن شرط الثبات التشريعي ليس استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، وإنما هو شرط يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المتعاقدة في عقد الاستثمار فتتحول قواعده إلى مجرد بنود في ذلك العقد، وتفقد بالتالي طبيعتها المعيارية، لذلك يصف العديد من الفقهاء شروط الثبات التشريعي بالشروط التحويلية لطبيعة القانون، وكل

1- Leboulanger (ph), Les contrats entre états et entreprises etrangères,1985

2-أنظر: غالب علي الداودي، المدخل لعلم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة السابعة، 2004، ص 187.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

هذا امتدادا لمبدأ راسخ في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة والاستثمار هو مبدأ سلطان الارادة[1].

وبهذا فإن التعديلات أو الالغاءات التي قد تطرأ على القانون لا تسري على العقد، ذلك أن قواعد ذلك القانون لم تعد متصفة بالصفة المعيارية التي فقدتها بمجرد اختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة كقواعد تحكم العقد المجسد للمشروع الاستثماري المنجز.

وعليه فإن إرادة المشرع التي خلعت على هذه القواعد الطبيعة المعيارية هي نفسها التي رفعت تلك الطبيعة، وهذا يعني أن المشرع هو من صهر القانون في العقد ذاته فلا يكون له أية قوة إلا الي يعطيها له الأطراف بوصفها شروطا تعاقدية. إن القانون أضحى بموجب شرط الثبات التشريعي " ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة تعهدهم ولا سلطة تعديله دون رضائهم"[2].

3-رأينا الخاص: أمام هذا الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي يمكننا القول بأن الرأي الأول والذي يعتبره استثناءً على قاعدة السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد هو الأقرب للصواب والأكثر ملاءمة خاصة وأن المشرع الجزائري قد سمح بذلك تشجيعا للاستثمار وحفاظا على الحقوق المكتسبة، وذلك على خلاف الاتجاه الثاني الذي جعل العقد طليقا حرا بدون قانون، وهذا يشكل مخالفة لحقيقة دور الارادة التي تستطيع اختيار القانون وليس تجريده من طابعه الملزم، علما أن نظرية الاندماج التي قال بها بعض الفقه قد هجرها القضاء نتيجة مثالبها التي تمس بطبيعة القانون ووظيفته.

وقد أكد هذا الاتجاه أحد قرارات التحكيم الشهيرة[3]، إذ قضى بأنه "من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني، ولكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاها القانون ذلك

---

[1]-أنظر في مبدأ سلطان الارادة وآثاره في نطاق العلاقات التجارية الدولية:-

Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi des contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992.

[2] -Audit (B), L'arbitrage transnational et les contrats d'état, académie de droit international de La Haye,1988, p 23.

[3] – وذلك في النزاع ما بين شركة نفط كاليفورنيا الأسيوية وشركة نفط تكساس عبر البحار وبين الحكومة الليبية، حيث استبعد الفقيه Dupuy فكرة العقد بدون قانون، أو العقد الذي يحكم نفسه، مشار إليه في : يوسف عبدالهادي خليل الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، بدون ناشر، 1989، ص 449، هامش 3.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

مسبقا، وإذا كان العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها".

وإلى جانب كل هذا يؤدي القول بنظرية الاندماج إلى سمو الإرادة الفردية على القانون، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد، استقلالا عن القانون، وهذا يبدو غير مقبول في المنطق القانوني، ذلك أنه لا قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من اجل ترتيب الأثر المراد .

وبناء عليه فإن شروط الثبات التشريعي ليست في حقيقة الأمر سوى استثناء على مبدأ معروف لدى الأنظمة القانونية والفقه والقضاء على حد السواء، هو مبدأ الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد، بحيث تستثنى عقود الدولة التي تكونت في ظل القانون القديم من خضوعها للقانون الجديد بما يستتبع بقاء المستثمر محتفظا بجميع الامتيازات والضمانات التي منحت له هذا بموجب نص صريح أقره المشرع نفسه.

المطلب الثاني: الثبات التشريعي للقانون بين تكريس للأمان القانوني وتقييد لسلطة الدولة.

إن البحث في دور شرط الثبات التشريعي وحول ما إذا كان تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية أم قيدا على سيادة الدولة وسلطاتها يدعو إلى التساؤل عن مدى صحة هذا الشرط وآثاره، وهي مسألة اختلف فيها الفقه والقضاء بين مدافع عن صحة الشرط باعتباره محققا للأمان القانوني، وبين مناهض له باعتباره قيدا يحد من سلطان الدولة وسيادتها.

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي تكريس للأمان والاستقرار القانونيين.

مما لا شك فيه لدى العديد من الباحثين أن الغاية الأهم لإدراج نظام الثبات التشريعي هو تحقيق الاستقرار والأمان القانونيين وحفظ توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة، ذلك أن تطبيق أية تعديلات أو الغاءات على القانون الساري وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح الدولة وإلحاق الضرر بالطرف الآخر[1].

ومن ناحية أخرى يجب الملاحظة بأن القواعد الجديدة التي قد تطرأ على القانون الساري لم تنصرف إليها إرادة أطراف العقد، فنيتهم اتجهت إلى اختيار قانون معين هو القانون الذي أبرم العقد في ظله، مما يعني إعمال التعديلات أو الالغاءات التي قد تطال ذلك القانون تجعل المتعاقدين أمام قانون آخر من حيث المضمون والأحكام غير ذلك الذي اختاراه لينطبق على عقدهم، ولو كان القانون بعد تعديله أو الغائه هو القانون الساري لحظة ابرام العقد لرفضه

[1]–أنظر:أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 319.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

المستثمر ليكون قانون العقد، أو حتى رفض الاستثمار والتعاقد أصلا لعدم تماشي التشريعات السارية مع مصالحه الاقتصادية[1].

وبهذه المثابة فإن قبول الدولة بقاعدة الثبات التشريعي للقانون يعني أنها تنازلت بشكل ضمني عن واحدة من أهم السلطات التي تتمتع بها والمتمثلة في الانطباق المباشر للقانون الجديد على جميع العلاقات القائمة والتصرفات لحظة نفاذه، وذلك لصالح مبدأ سلطان الارادة الذي يعطي للأطراف حق اختيار القانون الذي ارتضوا به كقانون لعقدهم في تاريخ محدد، وبهذا فقط يتحقق الأمان والاستقرار في مجال المعاملات الاقتصادية، علما أن الهدف الذي سعى إليه المشرع أصلا من وراء إدراجه لقاعدة الثبات التشريعي جاء بعد اعتقاده الجازم أن مناخ الاستثمار لن يكون قادرا على جذب المستثمرين إذا شعر هؤلاء بأن القانون الذي يحاولون تجسيد استثماراتهم على أساسه بما يمنحه لهم من امتيازات قد يعدل أو يلغى، فيجد هؤلاء أنفسهم أمام قانون لا يتماشى ومصالحهم، ولو كان ساريا وقت إبرام العقد لما أقدموا على المغامرة برؤوس أموالهم في دولة يقوم مناخها الاستثماري على عدم الاستقرار التشريعي.

والواضح أن إدراج مثل هذه الشروط في عقود الدولة سيؤدي إلى جعل العقد بمنأى عن أي تعديل يمس القانون الذي يخضع له[2]، وذلك حتى في الحالات التي يكون القانون الجديد الصادر عن الدولة المتعاقدة يمنع إدراج تلك الشروط ويعتبرها باطلة، فالقاعدة التي أقرت عدم إمكانية المساس بالأحكام التي يخضع لها المشروع الاستثماري تؤدي إلى توقيف قوة سريان القانون خاصة إذا كانت الشروط شروطا تشريعية موجودة بالقانون نفسه، وليس ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها في زمان معين حرصا منها على إقرار وتحقيق الأمان القانوني الذي يحقق مصلحة جميع أطراف عقد الاستثمار.

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي قيد على سلطة الدولة ويتعارض مع مصالحها.

إذا كان الاتجاه الأول يعطي الأولوية لمبدأ سلطان الإرادة، والذي تعد قاعدة الثبات التشريعي من أهم وسائل حمايته في مجال عقود الدولة، فإن الاتجاه الثاني يرى بأن تلك القاعدة تشكل قيدا على إرادة الدولة وسيادتها ، وهو ما يحول في الأخير دون الوصول إلى الأهداف المرجوة من وراء إبرام هذا النوع من العقود.

إن هدف الدولة بإبرامها لعقود الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فهي ليست عقودا تقليدية للأطراف سلطة تحصينها ضد سريان أية قواعد قانونية جديدة، كما أنها ليست نظاما ثابتا يحدد حقوق والتزامات الأطراف على نحو نهائي طوال مدة تنفيذها، بل هي عقود لها طبيعتها الخاصة، وهي طبيعة لها علاقة بالاعتبارات السياسية

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

[2]–أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 321.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

والاقتصادية، خاصة وأنها تتراخى في الزمن مما يجعلها عرضة للتقلبات، إنها عقود قابلة للتغيير والتبديل بطبيعتها، وهو ما يحول دون إعمال أية قواعد تتنافى مع هذه الطبيعة، ومن تلك القواعد قاعدة الثبات الزمني للقانون الواجب التطبيق على مشروع الاستثمار[1].

ولقد أقر قضاء التحكيم فعلا حق الدولة في تعديل أو إلغاء قانونها وسريانه على عقد الاستثمار حتى في حالة وجود شرط الثبات التشريعي، ففي نزاع بين مؤسسة الاستثمار البيروفية وحكومة دولة بيرو، قضت هيئة الحكيم بحق هذه الأخيرة في تعديل قوانينها الضريبية نظرا لحاجة اقتصادها إلى تنمية موارده المحلية وفقا لمعيار المصلحة الاقتصادية العامة، وذلك على الرغم وجود تشريع سابق نص على أن قيمة الضرائب المفروضة هي تلك القيمة الثابتة وقت نفاذه[2].

وعلاوة على ذلك فإن الأخذ بقاعدة الثبات التشريعي يخالف الأصول الفنية لمنهج التنازع، ذلك أن المتأمل في تلك القاعدة يدرك تعارضا وخلطا من طرف المشرع نفسه في أهم الأسس التي يقوم عليها هذا المنهج، لأنها ستؤدي إلى تجزئة القانون وهذا يتناقض مع فكرة الإسناد الاجمالي للقانون والتي تقضي بأن الاحالة لقانون معين معناها الاحالة إليه في جملته[3]، بحيث يتعين على القاضي في حالة وقوع أي نزاع أن يطبق القانون المسند إليه بكامل أحكامه، بحيث لا يجوز له إعمال بعضها واستبعاد البعض الآخر، فمتى اتفق الأطراف على قانون معين ليكون قانونا للعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، التزم القاضي باحترام ذلك الاتفاق وتطبيق القانون ككل، وليس للأطراف مكنة تجزئته كما يفعلون عند تجزئتهم للعقد وهي مسألة فنية مختلفة تماما عن المسألة الأولى.

وحتى ولو افترضنا امكانية تجزئة القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار بحيث يخضع فقط للأحكام السارية وقت إبرامه دون الأحكام الجديدة التي ألغت أو عدلت الأحكام الواردة في القانون القديم، فإن هذا سيجعل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكام متصفة بالطبيعة المعيارية بعد إلغائها، لقد أضحت بمعنى آخر نصوصا ميتة في نظر مشرعها، وهذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد وتحوّل عن طبيعته، وهذا يعد في حد ذاته أمرا مرفوضا فقها وقضاءً.

[1]–أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 352.
[2]–أنظر: محمد فياض، المرجع السابق، ص620.
[3]–أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 333.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

الفرع الثالث: الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي:

يتجه جانب من الفقه والقضاء حديثا الى القول بأن الحل الوحيد الذي من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار لا يكون بإنكار شرط الثبات التشريعي تماما والقول ببطلانه، كما لا يكون بغل يد الدولة عن المساس ببنود العقد من خلال تعديل أو إلغاء قوانينها، وإنما بتحويل وظيفته من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة إلى شروط تلعب دور الشرط الجزائي المعروف في إطار النظرية العامة للالتزامات[1].

ومضت الاشارة الى أنه لم يعد بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط والذي أضحى في العديد من تشريعات الاستثمار الوطنية ضمانا من ضمانات الاستثمار، ذلك أن مصلحة المستثمر وطنيا كان أم أجنبيا تتحقق في ثبات العقد واستقراره وعدم المساس به لارتباط ذلك بالتوازن الاقتصادي له، مما يعني أن القول ببطلانه لا يتماشى مع مصالح الدول التي تسعى جاهدة لاستقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات ونقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا، وهو أمر لن يتحقق في ظل رفض إدراج هذا الضمان واعتباره باطلا.

ومع ذلك فإن مبدأ الثبات التشريعي لقانون العقد مبدأ غير مطلق، حيث لا يجوز وضع الدولة على الرغم من كونها شخصا سياديا من أشخاص القانون العام على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة تهدف تلك الدولة إلى تحقيقها والتي يتعين تغليبها على المصالح الخاصة، وهذه قاعدة معروفة في كل الأنظمة القانونية الوطنية.

وتبعا لذلك فإن وجود هذا الشرط وإن كان هدفه حماية المستثمر من التعرض لمخاطر استثنائية ناجمة عن تدخل الدولة وتعديلها أو الغائها لقانونها، إلا أنها شروط لا تقيد إرادة الدولة بشكل مطلق في اتخاذ الاجراءات ذات النفع العام سواء كان العقد خاضعا لقانون تلك الدولة أو لقانون آخر.

ولكن وإذا كانت الدولة طرفا سياديا يتمتع بامتيازات استثنائية بالنظر إلى المسؤوليات الواقعة على عاتقها، إلا أن هذا لا يحول دون نفي مسؤوليتها في حالة لجوئها الى المساس ببنود العقد عند إعادة النظر في قوانينها ذات الصلة به، لأن هذا يعني تحميل المستثمر الأجنبي تبعات مالية تترتب على استخدام المزايا التي تتمتع بها الدولة والتي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه مقارنة بالمخاطر التي اعتاد على تحملها.

[1]-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص350.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

وبهذا فإن أي تدخل من طرف الدولة المتعاقدة ويكون من شأنه المساس ببنود العقد المبرم مع المستثمر على الرغم من وجود ضمان الثبات التشريعي يجب أن يقابله تعويض عادل عن الضرر الذي لحق بالمستثمر، وهذا تماما مثلما يحدث عند لجوء الدولة الى تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها[1].

ومعلوم أن حق الدولة في التأميم معترف له بها وفقا للقرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1962/12/14 تحت رقم 1803 والذي اعتبره تعبيرا عن سيادتها الاقليمية، على الرغم من وجود تعهد من قبل الدولة بعدم القيام بالتأميم، حيث يبقى هذا التعهد صحيحا ويكون عاملا من العوامل التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في تقدير قيمة التعويض الذي يتعين على الدولة المؤممة دفعه للمستثمر الأجنبي[2].

وبإسقاط هذا التوجه في مجال التأميمات على شروط الثبات التشريعي، فإنه يمكن القول بأنه قد أصبح لهذه الاخيرة وظيفة مالية خاصة بعدما ثبت واقعيا فشل تلك الشروط في غل يد الدولة ومنعها من استعمال إرادتها في المساس بالعقد بلجوئها الى استخدام مزاياها الاستثنائية التي تعد لصيقة بها ولا يمكن تجريدها منها بشروط الثبات التشريعي أو غيرها، لأن الأمر يتعلق وبكل بساطة بالسيادة التي تعد أحد أهم الخصائص الملازمة لها سواء في نطاق القانون الداخلي أو في نطاق القانون الدولي العام. [3]

وبمعنى آخر فإن التزام الدولة بقاعدة الثبات التشريعي لا يؤدي الى حرمانها من سلطاتها، ولكن هذا لا يعني أيضا أن هذه القاعدة عديمة الفائدة ولا ترتب أي آثار قانونية.

وتتمثل الآثار القانونية الناجمة عن عدم التزام الدولة بقاعدة الثبات التشريعي في التزامها بتعويض المستثمر الاجنبي تعويضا عادلا يختلف من حيث المقدار عن التعويض الذي تلتزم به في حالة عدم وجود تلك القاعدة في قانونها أو شرطا في العقد المبرم مع ذلك المستثمر، حيث تكون قيمته أكبر في الفرض الأول مقارنة بالفرض الثاني.

ويشير بعض الفقه على أن التزام الدولة بضمان الثبات التشريعي يجبرها في حالة الاخلال به تعويض المستثمر عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب كان يمكن أن يحققه لو بقي العقد خاضعا لنفس أحكام القانون الذي أبرم في ظله، في حين تلتزم بتعويضه عما تعرض له من خسائر فقط في الحلات التي لا يتوافر فيها هذا الالتزام[4].

---

[1]–أنظر: أحمد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003، ص41.

[2]–أنظر: أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص52.

3- Audit (B), op.cit, p41

[4]–أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 324 و325.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

وبهذا فقط فإن قاعدة أو شرط الثبات التشريعي تبقى محتفظة بدورها كعامل لجذب الاستثمارات للدولة لأن المستثمر لن يتضرر ماديا لحصوله على تعويض منصف وعادل إذا أخلت الدولة بالتزامها، وأما القول بأن الثبات التشريعي للقانون ليس له أي أثر فهذا سيكون عائقا من عوائق الاستثمار لأن المستثمر لن يغامر بأمواله في ظل قانون يمنحه امتيازات ثم يتراجع عنها دون تعويضه عن الأضرار التي قد تلحقه بعد تجسيد مشروعه الاستثماري على أرض تلك الدولة.

الخاتمة:

كخلاصة يمكن القول بأن تنازل الدولة عن اختصاصها في تعديل تشريعها أو الغائه في وقت معين وعدم مساسه ببنود عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر، لا يحول دون استعادتها لسلطتها القاعدية التي تم تحييدها في وقت معين بموجب شرط الثبات الزمني ذو الطابع التشريعي، بحيث يجوز لها أن تستعيد اختصاصها السيادي واخضاع العقد للقانون الجديد كلما دعت المصلحة العامة ذلك، والقول بخلاف ذلك معناه عزل العقد عن النظام القانوني الوطني مما قد يؤثر سلبا على النظام العام الاقتصادي في الدولة.

ومن جهة أخرى فإن النظر إلى العقد على أنه وسيلة للتعاون بين الدولة والمشروعات الأجنبية وعدم القدرة على غل يد الدولة في إعمال قوانينها الجديدة حتى في ظل وجود مثل هذه الشروط، يجعل الأطراف ملزمة بالأخذ بالمفهوم المتحرك للعقود بحيث تكون قابلة للمراجعة أو التوافق مع الظروف الاقتصادية كلما دعت الحاجة الى ذلك، وبهذا يكون الأطراف في حقيقة الأمر أمام شرط آخر هو شرط التوازن الاقتصادي بحيث تلتزم الدولة بتعويض المستثمر في حالة تعديل قوانينها أو الغائها بشكل مباشر، أو الالتزام بإعادة التفاوض من أجل اعادة ذلك التوازن للعقد وعلى نحو يحقق مصلحة الطرفين.

ومع ذلك فإنه يتعين على الدول المضيفة للاستثمار ومن بينها الجزائر أن تأخذ بعين الاعتبار مصالحها الاقتصادية، وهو اعتبار يبدأ من لحظة سن القوانين ذات الصلة بالاستثمار والاتفاق على بنود العقد المبرم، إذ غالبا ما يستغل المستثمر الأجنبي بعض الشروط الواردة في قانون الدولة أو بندا من بنود العقد مثل شرط الثبات التشريعي والحصول على تعويضات تفوق مقدار ما كان سيجنيه من وراء تنفيذ مشروعه الاستثماري اذا ما أخلت الدولة بتلك الشروط، خاصة في الحالات التي تعرض فيها النزاعات القائمة بين الطرفين على قضاء التحكيم، وهو قضاء مستقل لن يتوانى عن الزام الدولة بدفع مبالغ كبيرة إذا ما ثبت له تقاعسها أو اخلالها بالتزاماتها القانونية أو التعاقدية.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

قائمة المراجع:

1-المراجع باللغة العربية:

-أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة.

-أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

-أحمد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003.

-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.

-غالب علي الداودي، المدخل لعلم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة السابعة، 2004.

- محمد فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقـــــود الطاقة بين فرضيات النظرية وإشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرون الطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20 و21 ماي 2013.

-محمد اسماعيل عمر، صناعة وتكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

- محمد اسماعيل عمر، صناعة وتكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

-**محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعـــــارف، الإسكندرية.

-ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

-**يوسف عبدالهادي خليل الإكيابي**، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، بدون ناشر، 1989.

2-المراجع باللغة الأجنبية:

- **Audit (B),** L'arbitrage transnational et les contrats d'état, académie de droit international de La Haye, 1988.

-Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi des contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992.

-Leboulanger(ph) ,Les contrats entre états et entreprises etrangères,1985.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية