تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة

أ.عدلي محمد عبد الكريم *
جامعة زيان عاشور الجلفة

ملخص:

ليس خفيا على أحد أن حق الدولة في تعديل تشريعاتها ، غير أنه وخروجا على هذا الأصل تقر بعض التشريعات و أحكام التحكيم للأطراف سلطة التجميد الزمني لقانون العقد ، بإدراج شرط أو بند في عقود الدولة ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد ، مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.

وإذا كانت شروط الاستقرار التشريعي تهدف في عقود الدولة أساسا إلى الحفاظ على حقوق الطرف الأجنبي في محاولة حد الشركة من سلطة الدولة التشريعية لتغيير تشريعاتها ، فإنني سأحاول من خلال هذا المقال البحث فيه الطبيعة القانونية لهذه الشروط ، على اعتبار أن هناك من يري أنه تمثله انتهاكا لواحدة من أهم مظاهر سيادة الدولة على الصعيد الداخلي والخارجي على حد سواء ، كما نحاول استقصاء دور هذه الشروط في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة التي عادة ما يدرج فيها مثل هذه الشروط .

Résumé:

L'inclusion d'une condition ou une clause dans le contrat, prévoit expressément que la loi ne s'applique pas au contrat sauf si le lot tel qu'il était à la conclusion du contrat, à l'exclusion de toutes les modifications, peuvent survenir dans l'avenir. Elles comprennent généralement les conditions de stabilité législative dans les contrats

* أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة زيان عاشور بالجلفة .

d'État, afin de préserver les droits de la partie étrangère qui essaie d'éviter la société d'État du pouvoir législatif pour conférer le droit de modifier sa législation. Nous allons essayer de chercher la nature juridique de ces conditions, il constitue une violation de l'une des manifestations de la souveraineté au niveau externe et de la procédure, et de chercher si l'objectif de ces conditions ont été atteints.

مقدمة:

لا أحد ينكر حق الدولة في تعديل تشريعاتها الداخلية وفقا لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الاقتصادية، وهي مضطرة لمسايرة التطور و لو أدى ذلك إلى الإضرار بالمستثمر الأجنبي.

فالدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل تشريعاتها الداخلية دون أية مسؤولية دولية عليها، مادامت لم تخالف أحكام القانون الدولي، ولا يغير من ذلك أن يكون التشريع قد صدر مخاطبا الأجانب ، و ذلك لأنه حتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي، وليس في تشريع الاستثمار الداخلي شيء من ذلك ، لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي، ويفترض فيه أنه عرضة للتعديل والإلغاء. [1]

غير أنه وخروجا على هذا الأصل تقر بعض التشريعات و أحكام التحكيم للأطراف سلطة التجميد الزمني لقانون العقد، بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.[2]

[1] هدى سليم ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات ومراكز التحكيم العربية والأجنبية ،، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ،مصر ، 2008، ص ص92 ،93 .

[2] بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 162.

كما أن تعديل التشريع في حد ذاته يعتبر أمرا مشروعا ما دام لا يتعارض مع أساسيات متعارف عليها كالعدالة و المساواة ، لكن المستثمرين الأجانب يفتقدون عنصر الأمان في تعاملهم مع الدول المضيفة لهم ، ويظلون يبحثون عن الاستقرار لاستثماراتهم ، وهذا ما جعل الكثير من الدول تمنحهم ضمانا بأن العقد لن يتغير ، و إنما يبقى ثابتا عند اللحظة التي أبرم فيها، ويتم تطبيق ذلك إجرائيا بأن تتضمن العديد من عقود الدول شروطا تعرف باسم شروط أو بنود الثبات التشريعي .[1]

وعلى هذا الأساس فما هي مسوغات شروط الثبات التشريعي وما تأثيرها على عقود الدولة ؟ وهذا ما يمكننا تسليط الضوء عليه من خلال ما يلي:

المبحث الأول: التكييف الفقهي لشروط الثبات

حاول الفقه المساهمة في تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي (المطلب الأول) وأقامه على العديد من المرتكزات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تحديد المقصود بشروط الثبات

لتحديد المقصود بشروط الثبات نأت تعريفها في الفرع الأول و صورها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف شروط الثبات

يقصد بشروط الثبات التشريعي Clauses de stabilité législative تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون واجب التطبيق على العقد ، على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه أكثر ذيوعا في العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الأجنبية .[2]

ويعرف شرط الثبات التشريعي بأنه 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 .[3]

---

[1] هدى سليم ، مرجع سابق ، ص 93.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 ، 1987 ، المجلد 43 ، ص 68.

[3] وائل محمد السيد إسماعيل ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها – دراسة مقارنة – ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص ص 265 ، 266.

ومن أمثلة ذلك تعديل النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء مرحلة تنفيذ العقد لا سيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة ، فيأتي شرط الثبات التشريعي ليعفي الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة. [1]

حيث أن الدولة المتعاقدة تتعهد ، بموجب هذه الشروط ، بوصفها تملك سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد.

ويعد الأستاذ " Prosper Weil " أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد بحيث ينصرف معنى شرط عدم المساس بالعقد إلى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية " مما يعطي للطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن " هذه الصفة الإدارية".

أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من " المخاطر التشريعية " أي ما ينجم عنها بوصفها " سلطة تشريعية " على وجه التحديد. [2]

وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف نظريا عن شروط عدم المساس بالعقد، فإن التفرقة بينهما تكاد تتلاشى عمليا، فشروط الثبات التشريعي تهدف في النهاية إلى عدم المساس بالعقد ما دامت تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد، كما أن شروط الثبات ذاتها لا تحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس بها ، لهذا فإن المشاكل التي تثور بالنسبة للنوعين واحدة. [3]

الفرع الثاني: الصور المختلفة لشروط الثبات

---

[1] محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 106.

[2] وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص ص 760 ، 761.

[3] سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول – دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيلا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 115.

يميز الفقه طبقا للمعايير الشكلية التي ترتكز على المظهر الخارجي لهذه الشروط لأجل تقسيمها من حيث المصدر ومن حيث المضمون ومن حيث الفئات المستفيدة منها.

أولا: تصنيف شروط الثبات من حيث المصدر

تصنف شروط الثبات من حيث المصدر إلى تعاقدية و أخرى تشريعية.

1- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية Les clauses conventionnelles: وهي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الدولة ذاته و تنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة تطرأ عليها.[1]

2- الشروط التشريعية Les clauses législatives أو بما يسمى بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي: يقصد بالشروط التشريعية للثبات تلك المتعلقة بتشريعات الدولة التي تتعاقد مع أحد الأشخاص الأجنبية، والتي تجعل الدولة تنص في صلب قوانينها نصوصا تمنع الدولة من تعديل أو إلغاء قوانينها واجبة التطبيق على العقد.[2]

ثانيا: تصنيف شروط الثبات من حيث المضمون.

ومن حيث المضمون صنف الفقه شروط الثبات إلى مطلقة ونسبية.

[1] الروبي محمد ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T –دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 180. – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص ص 115 ، 116.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 70.

1- شروط عامة تتعهد بموجبها الدولة بعدم تغيير التشريعات الجديدة المتعلقة بالعقد.

2- شروط خاصة تمنع الدولة من تعديل تلك التشريعات المتعلقة ببعض نشاطات الشركة والتي قد تزيد من أعبائها كتشريعات الضرائب أو الجمارك مثلا.[1]

ثالثا: تصنيف شروط الثبات من حيث النطاق الفعلي.

كما يقسم الفقه الشروط من حيث نطاقها الفعلي، من خلال الربط بين اشتراط عدم سريان القانون الجديد و مصلحة المتعاقد إلى شروط تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد تصدره الدولة المتعاقدة، أم أن الحظر في عدم سريان القانون الجديد لا يأخذ به في حالة ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتعاقد من القانون القديم. [2]

حيث يمكن وفقا لهذا التمييز بين " النطاق الفعلي " للشرط ما بين شرط لكل القوانين، و آخر مقيد بألا يكون القانون الجديد أصلح للمتعاقد [3].

رابعا: تصنيف شروط الثبات من حيث الأشخاص المستفيدين منها

ومن جهة الأشخاص المستفيدين من تلك الشروط، نميز بين:

1-شروط مطلقة لا تحدد الأشخاص المستفيدين منها.

2- شروط نسبية تقتصر على الطرف المتعاقد مع الدولة دون الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة. [4]

---

[1] قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مجلة إدارة ، العدد 01 ، رقم 07 ، سنة 1997، ص 58. وكذا : دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية –، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 241.

[2] حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ، ص 330.

[3] ولعل المثال على ذلك ما ورد في المادة 01/08 من قانون الاستثمار الأجنبي لطاجيكستان والتي قررت إعمال قانون الاستثمار القديم في حالة ما إذا لو تم تعديله بشكل أسوء مما كان عليه . أنظر في ذلك : وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 762.

[4] طه أحمد علي قاسم ، مرجع سابق ، ص 75.

خامسا: تصنيف شروط الثبات وفق المعيار الوظيفي[1].

1- شروط تهدف إلى تجميد القانون دون اندماجه في العقد والتي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على ما هو عليه لحظة إبرام العقد، وهنا يتضح أن هذا التصنيف يهدف إلى قطع الصلة بين القواعد والأحكام القانونية التي تم تثبيتها والقانون الوطني الذي اشتقت منه، وذلك بعد مرور فترة زمنية معينة، ولا سيما إذا تغير هذا القانون. [2]

2- شروط تهدف إلى التجميد مع اندماج القانون في العقد.

وقد تذهب هذه الشروط إلى إدماجه في ذلك العقد ليصبح شرطا فيه ليس إلا، ومثال ذلك المادة 14 من عقد الامتياز بين دولة قطر وشركة تكساس عام 1964 حيث نصت على إلتزام الأطراف بقوانين البترول السارية وقت إبرام العقد وأدمجت هذه النصوص في متن العقد [3].

وشروط الثبات التي تتخذ شكل تعهد من الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي وتحصينه ضد أي تعديلات تشريعية تطرأ مستقبلا، والنص على عدم سريانها على العقد. [4]

ومن بينها ما جاء في العقد المبرم بين الكاميرون و إحدى شركات الأبحاث والاستغلال حيث قضت المادة 15 من العقد " لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق."[5]

المطلب الثاني: المرتكزات التي تقوم عليها شروط الثبات التشريعي.

لا بد وأن الغاية من تثبيت القانون واجب التطبيق، على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، هي استقرار الرابطة التعاقدية و حفظ توقعات الأطراف. فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد،

---

[1] تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة هي إخضاع عقد الدولة إلى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد وحتى انقضائه ، ولتحقيق هذه الغاية فإن الأطراف تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا ، و إما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد . أنظر في ذلك : حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 331 .

[2] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 332.

[3] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 763.

[4] حفيظة السيد الحداد ، مرجع سابق ، ص 335.

[5] سراج حسين أبو زيد ، مرجع سابق ، ص 113.

مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن التعاقدي و توجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر. [1]

وهذا ما يجعل هذه الشروط لها مسوغات ومبررات، على اعتبار أنها مجرد إمتداد لقاعدة قانون الإرادة " فرع أول "، وأنها تؤدي إلى الانتقال من إرادة المشرع إلى إرادة الأطراف " فرع ثان "

الفرع الأول: شروط الثبات التشريعي: امتداد لقاعدة قانون الإرادة.

إن تثبيت قانون العقد عند لحظة الإبرام يتمشى مع فلسفة قاعدة تنازع القوانين في العقود الدولية، فجوهر تلك القاعدة، أن تطبيق ذلك القانون يجد مصدره وأساسه المباشر في إرادة الأطراف فالقانون المختص هو ذلك الذي يريده الأطراف و يرغبونه.

وهنا يلاحظ أن القواعد التي تطرأ على القانون المذكور، بعد إبرام العقد لم يريدها الأطراف و لم تنصرف إليها نيتهم و تطبيقها عليهم رغم ذلك يعني تطبيق قانون آخر غير قانون الإرادة و هذا يكون غير مقبول في مجال العقود الدولية حيث أن ما يجب اعتباره دائما هو ما أراده الأطراف و ما أرادوه فقط. [2]

وحيث أن المستقر في إطار القانون الدولي الخاص للعقود أن الأطراف أنفسهم هم الذين يحددون القانون الذي يحكم عقدهم، ويعد هذا الاتفاق مصدر إلزامية تطبيق قواعد هذا القانون على كل النزاعات التي تنشأ؛ حتى ولو طرأ على هذا القانون تعديلات تشريعية وقت نظر النزاع.[3]

وبناء على ذلك يصبح التعديل اللاحق لهذا القانون الواجب التطبيق حتى ولو اعتبرناه رجعيا، ليس له صفة لكي يفرض على المتعاقدين حيث أن اختيارهم قد تم هذه المرة أيضا ليس طبقا لاختصاص مجرد لذلك القانون، ولكن طبقا لمضمونه الملموس كما كان موجودا لحظة اتفاقهم.

ومن ناحية ثانية يكون من الشائع للمتعاقدين أن يختاروا هذا الجزء من ذلك التشريع الذي يتمنون تطبيقه أو التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد. [4]

---

[1] بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ، ص 164.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 76.

[3] بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ، ص 162.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص ص 76 ، 77.

حيث أن شروط التجميد الزمني لقانون العقد في لحظة إبرامه تؤدي إلى نتيجتين، الأولى أن يفقد في النظام الدولي طبيعته كما حددها القانون الداخلي، بمعنى أن اختصاصه لا يكون إلا اختياريا، و في ذات السياق يرى الأستاذ "باتيفول" أن " الإعتراف للأطراف بسلطة اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم ... يؤدي إلى أن الأطراف يكونون أحرارا في عدم اختيار قانون إلا تحت شرط، لا سيما استبعاد كل حكم جديد سوف يصدر و يؤثر على العقود السارية ". و أما الثانية فإن العقد يصير في الحقيقة كأنه غير خاضع لأي قانون، أي طليق من سلطان القانون، وذلك على الأقل ابتداء من وقت حدوث تعديل في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق عليه.[1]

الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعي: انتقال من ارادة المشرع إلى ارادة أطراف العقد.

أما المرتكز الثاني فهو أن الأحكام التي طرأت على القانون واجب التطبيق لا تسري على العقد لأن ذلك القانون ذاته فقد صفته باعتباره كذلك فالواقع أن قانون العقد، بمجرد اختياره من قبل الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين، أو كقانون قاعدي ويعتبر مجرد شرط تعاقدي فهو يندمج في العقد الذي اختير له.[2]

و في هذا المعنى يقول الأستاذ "جيرو دي لا براديل" G.de la pradelle أن " العقد الدولي يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف ...وهنا يندمج هذا القانون في العقد" وبعبارة أخرى فان "كل شيء يتم حينئذ كما لو أن المتعاقدين، داخل إطار استقلال إرادتهم قد أدمجوا في اتفاقهم عددا معينا من القواعد المستعارة من التشريع الوطني..وغير ذي أهمية كون هذا الإندماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو طريق تبنى القواعد المقصودة".[3]

المبحث الثاني: التكييف العملي لشروط الثبات.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 80.
[2] دريد محمود السامرائي ، مرجع سابق ، ص 244 .
[3] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 77.

في معرض تكييفنا لشروط الثبات إسقاطا على الواقع العملي نجد أن الغاية الأساسية من إدراج شروط الثبات لم تتحقق مما تم الاتفاق بشأنه على قصور شروط الثبات في دعم استقرار العقد "المطلب الأول"، في حين أن المشرع الجزائري قد حاول تكييف هذه الشروط وتقييمها من خلال المعالجة التشريعية الجزائرية لشروط الثبات "المطلب الثاني".

المطلب الأول: الاتفاق على قصور شروط الثبات في دعم استقرار العقد.

يبدو أن التطور المعاصر للعقود الدولية قد أثبت عدم ملاءمة شروط التجميد الزمني لقانون العقد، فلم تعد تلك العقود أداة لغزو الأسواق،بل أصبحت أداة للتعاون بين المتعاقدين و لنمو التجارة الدولية، و أدى ذلك إلى ظهور عقود ذات مضمون متحرك بفعل شروط المراجعة أو التوافق مع الظروف الاقتصادية، ذلك أن وجود مثل هذه الشروط يؤكد الشك مع عدم الثقة في نوايا الدولة باللجوء إلى تعديل تشريعها، لقلب التوازن العقدي لصالحها، مما قد يعكر مناخ النزاهة وحسن النية المفترض بين المتعاملين على هذا الصعيد.[1]

لذلك عندما تم إعداد العقد النموذجي من قبل جمعية القانون الدولي بشأن الاستثمارات 1980-1981 كانت لا تنص على هذه الشروط، كما أثبتت متابعة العمل الجاري – وعلى الرغم من عدها إجراء لا يرغب فيه المتعاقد الأجنبي – أنها إجراء استثنائي يظل قبوله متوقفا على المصلحة العامة للدولة، مع حفظ حق المتعاقد الآخر في إثارة مسؤوليتها العقدية، على اعتبار أن شرط الثبات هو مجرد شرط عقدي تتوقف فعاليته على القانون الواجب التطبيق، ويمكن عند محاولة تحديد مسؤولية الدولة الاعتماد على النية الحقيقية للدولة.

وكما هو معروف فإن مبدأ حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس، كما لو تستهدف من خلال إخلالها بالشرط تحقيق غرض عام أو تستهدف مركزا تعاقديا خاصا بذاته دون غيره من المراكز القانونية.[2]

[1] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 776.

[2] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 776 و أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص95-97.

ويرى الأستاذ أحمد محيو أن شروط الثبات التشريعي لم تعد مؤثرة في العقود المدرجة فيها، ولعلها تبعث الشك وعدم الثقة بين أطرافها، كما تؤدي إلى الاعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعاتها بما يتفق مع مصالحها، ولو كان ذلك على حساب مصلحة الطرف الأجنبي، وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراء التحكيم.[1]

وكخلاصة يمكن القول أن شروط الثبات لم تحقق الهدف المنشود منها وهو عدم المساس بالعقد، وهذا في نظر ما يمثل المتعاقد الأجنبي في مواجهة الدول النامية، وهو يلعب في أحسن الأحوال دورا مشابها للدور الذي يلعبه الشرط الجزائي في القانون المدني، له وظيفة مالية يترتب على وجوده قيام ظرف خاص أو عامل من العوامل المحددة لقيمة التعويض المستحق للطرف الأجنبي حيث ترتفع مع وجوده قيمة التعويض على خلاف عدم النص عليه، كأن تشمل ما لحق العاقد من خسارة إضافة إلى ما فاته من كسب، فإن تم العقد في بدايته و قبل تنفيذ المتعاقد لجزء مهم من إلتزاماته، فإن قيمة التعويض ستقل مقارنة بها لو كان الجزء الأعظم من إلتزاماته الاستثمارية قد تم تنفيذها مما يجعل الدولة أكثر حذرا عند محاولة المساس بالعقد وتعويض المتعاقد الأجنبي، الذي سيفضل طبعا ترتيب ذلك الأثر عوض السير في طريق منع الدولة من اتخاذ تدابير سيادية كتعديل القوانين وإصدار القرارات وفق مقتضيات المصلحة العامة، كما يتفق هذا التكييف مع القواعد التقليدية في إطار المسؤولية العقدية للدولة، خاصة من جهة عدم اعتباره مجرد المساس بالعقد عملا غير مشروع أو كاف لقيام مسؤوليتها الدولية.[2]

[1] إقلولي محمد ، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، العدد 01 ، جانفي 2006 ، ص 117.

[2] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 777.

المطلب الثاني: المعالجة التشريعية الجزائرية لشروط الثبات

الملاحظ أن الفقه الجزائري جعل أساس التثبيت مساس بسيادة الدولة "الفرع الأول"، كما ساهم القانون الداخلي في حل الخلاف حول مشروعية بنود العقد "الفرع الثاني".

الفرع الأول: أساس التثبيت انتهاك لسيادة الدولة.

أما عن موقف القانون الجزائري بشأن شروط الثبات فقد رأى الفقه الجزائري أن الاتفاق على مثل هذه البنود يعتبر مساسا مؤكدا بسيادة الدولة، زيادة على هذا إذا كانت هذه البنود مدرجة في عقود الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص فإنها لا تظهر غير شرعية فقط ، بل كأنها لم تكن، ذلك أن الشركات الخاضعة للقانون الخاص لا يمكنها أن تستعمل سلطة لا تملكها، إذ لا يمكن التوفيق بين هذه البنود وسيادة الدولة وعمومية القانون.

ويعبر الأستاذ موحند إسعاد عن رأيه بشأن مدى صحة هذه الشروط بقوله:"مهما يكن من أمر فإن شروط التثبيت تدرج بصورة متواترة في العقود، وسواء قبلنا بها برضانا أو تحملنا وجودها، فإنه لا جدوى من مناقشة شرعيتها القانونية لأنها تنبع مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية ومن موازين القوى.

ولعله من الممكن الحد من نتائجها عن طريق القول بأنه لا بد من تطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذه الشروط، غير أنه يجب في هذه الحالة السهر على بقاء توازن المصالح على حاله، لأنه إذا تبين نتيجة لتعديلات تشريعية أو تنظيمية، فإن التزامات أحد المتعاقدين أصبحث مرهقة جدا، فإنه يحق للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة تطبيقا للمادة 107 من ق م ج ."[1]

بل ويذهب الأستاذ علي بن شنب إلى القول بأن التثبيت يشكل تعسفا في استعمال السلطة، لأنه لا يسمح لقواعد تنازع القوانين أن تلعب دورها العادي، إن قواعد تنازع القوانين هي التي تحدد لوحدها متى يكون

[1] موجند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول " قواعد التنازع" ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ، ص ص 368 ، 369.

القانون الجديد قابل للتطبيق أو غير قابل للتطبيق في العلاقات التعاقدية التجارية ، وبالتالي فإن حرية الأطراف مقيدة بمضمون قاعدة التنازع نفسه.[1]

كما لاحظ الأستاذ علي بن شنب أن المادة 29 من قانون الاستثمارات لسنة 1966 أنها نصت على ما يلي:" إن التعديلات التي قد تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منافع أدنى".[2]

وفي ذات المنحى نص المشرع في المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93 الملغى على أنه:" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك بصراحة."

ولعل مسألة تثبيت عقود الاستثمار مراعاة لمصلحة المستثمر الأجنبي، لم تكن فقط محلا للاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار، بل جاءت في صلب النصوص الوطنية لتشجيع الاستثما، لتؤكد وبشكل عام أن هذا المبدأ أضحى مبدأ عاما ليس بحاجة إلى الاتفاق بشأنه ، وصار حقا مكفولا يضمن له على الدوام مصالحه المهددة بهذا التعديل أوذاك.[3]

ولقد جاء تأكيد هذا المبدأ في المادة 15 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، تبين هذه المواد أن الدولة يمكنها أن تقيد نفسها وهي في الحقيقة مرتكزة على سيادتها حتى وإن كانت هذه السيادة منقوصة، من أن تحصل على مقابل، وهو في هذه الحالة جلب المستثمرين الأجانب. غير أنه لا ننسى أنه باسم نفس السيادة يمكن للدولة أن تتملص من هذه الالتزامات.

فيمكن للدولة أن تدرج بندا في اتفاقية الاستثمار ينص على تجميد التشريع من أجل حماية المستثمر الأجنبي من الخطر التشريعي، وفي حالة ما إذا كان هناك إخلال باتفاقية الاستثمار تنجر عن ذلك المسؤولية التعاقدية.

---

[1] BENCHENEB ALI , les mécanismes juridiques des relations commerciales internationale de l'Algérie ,OPU, Alger, 1984, p 293.

[2] BENCHENEB ALI , Ibid, 290.

[3] Terki Noureddine , La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIX , N 02 , 2001, pp 18 ,19.

الفرع الثاني: مساهمة القانون الداخلي في حل الخلاف حول مشروعية بنود الاستقرار.

إذا كان هناك جدل فقهي حول مشروعية هذه البنود، فما هو الحل الذي سيذهب إليه كل من القاضي الجزائري والتحكيم الدولي ؟[1]

إذا طرح النزاع على القاضي الجزائري فإنه سيرجع إلى المادة 18 من ق م ج أي القانون الذي اختاره الأطراف، فإذا وجد أن القانون المختص قد ألغي ومع ذلك فإن الأطراف بسبب وجود بند تثبيت في العقد تطالب بتطبيقه فإنه يجد نفسه أمام أمرين:

-إما أن يطبق القانون المختص الذي في حقيقة الأمر أصبح غير موجود بالنسبة له ، لأنه ألغي، وإذا طبقه فإنه يطبق قواعد مادية.

- إما أن لا يطبق القانون الملغى وبالتالي يطبق القانون الساري المفعول وقت طرح النزاع وليس القانون المختص وقت توقيع العقد. إن الحكمة في ذلك تكمن في أن القاضي مأمور بتطبيق القانون الساري المفعول وقت طرح النزاع، وهذا هو الحل السليم. ذلك لأن من يأمر القاضي بتطبيق القانون هو المشرع، أما المتعاقدان فليست لهما أية سلطة عليه، يحترم إرادتهما وفقا لما ينص عليه القانون، غير أنه إذا وجد القاضي أن إلتزامات العقد قد أصبحت مرهقة بالنسبة لأحد الأطراف بسبب التغييرات التشريعية، فإن له سلطة النظر في المسألة وفقا لما جاء في المادة 107 من ق م ج.

وتجنبا للإشكال الذي قد يطرح أمام القاضي الجزائري، توصل المتعاقد الأجنبي إلى إقناع المتعاقد الجزائري بقبول اختصاص التحكيم الدولي[2]، بالفعل إن المحكم لا يأخذ في الاعتبار مسألة التشريع المجمد أو الساري المفعول، إنه لا يفصل في النزاع باسم دولة معينة، هو ليس ملزم باحترام سلطة محددة أو باحترام نظام قانوني معين، هو يحترم نظام قانوني دولي خاص به، ليس بنظام قانوني داخلي ولا بنظام قانوني دولي، على هذا الأساس فالمحكم يطبق القانون الذي اختاره الأطراف ولا يبالي إذا كان هذا القانون وقت الفصل في النزاع ساري المفعول أم لا. [3]

---

[1] عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق، ص 355.

[2] يقول الأستاذ مبروكين أن 50 عقدا ما بين 1987 -1990 نصت على تطبيق القانون الجزائري اشتملت على اختصاص التحكيم الدولي ، و10 % منها تشتمل على اختصاص القانون الجزائري وبند تجميد العقد وشرط تحكيم .

[3] عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق ، ص 357.

إن هدف شروط الثبات هو إيجاد نوع من التسوية بين امتيازات السيادة و حاجة الشخص أو الفرد إلى الاستقرار و إقرار الأوضاع الثابتة بالإضافة إلى قضاء عملي مستقر.[1]

الخاتمة:

استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة ، تستطيع الأطراف المتعاقدة ليس فقط استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي، بل أيضا صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها لها الأطراف أنفسهم، أو كما يجعل البعض قانون الإرادة المستقلة قد أضحى ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد منه لا سلطة إبطال تعهدهم، ولا سلطة تعديله دون رضائهم [2].

يستند أنصار إعمال شرط الثبات إلى اعتبارات قانونية وعملية تضفي على هذا الشرط شرعيته، انطلاقا من مبدأ القوة الملزمة للعقود أو مبدأ قدسية العقود، ومنها ما يستند إلى قواعد الإسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون، وذلك لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع وقت التعاقد وهكذا يخدم شرط التثبيت توقعاتهم ويعكس رغباتهم في اختيار الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد، وثمة من يعتبر تلك الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني للبحث عن مدى صحتها، وذلك إما استنادا إلى نظرية العقد الطليق عندما يتحول القانون إلى شرط عقدي، أو باعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر على غرار القواعد الأخرى المتعارف عليها في إطار العلاقات التجارية الدولية.[3]ويبرر البعض هذا الشرط وصحته استنادا على اعتبارات عملية خاصة مع قدرة الدولة على تغيير تشريعاتها، بحيث يضمن هذا الشرط حدا أدنى من إستقرار الروابط العقدية يحفظ معه توقعات الأطراف[4]، دون أن

[1] سعيد عبد الغفار أمين شكري ، القانون الدولي العام للعقود ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2007 ، ص 108.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 78.

[3] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 766 و أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 77.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 76.

ينطوي ذلك على مساس بسيادة الدولة لما تتمتع به من حرية في هذا المجال.[1]

قائمة المراجع:

- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43، 1987، المجلد 43.

- إقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد 01، جانفي 2006.

- الروبي محمد، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 180. –دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ،مصر، 2004.

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2006.

- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية – تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مص، 2001.

- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية –، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول – دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيلا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

[1] وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق ، ص 767.

– سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.

– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – الجزء الأول ، الطبعة الثانية، دار هومه ، الجزائر، 2007.

– قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مجلة إدارة ، العدد 01، رقم 07 ، سنة 1997.

– محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

– موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول " قواعد التنازع"، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

– هدى سليم، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات ومراكز التحكيم العربية والأجنبية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر، 2008.

– وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها – دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

– وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

– Bencheneb ALI, les mécanismes juridiques des relations commerciales internationale de Algérie,OPU, Alger, Algérie, 1984.

– Terki Noureddine , La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume XXXIX, N 02, 2001.