شروط الثبات وأثرها في عقود الدولة

Stability conditions and their impact on state contracts

كياري أسماء*
مخبر المرافق العمومية والتنمية
جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، الجزائر
mariarihem@hotmail. fr

- تاريخ الإرسال: 2023/12/31 - تاريخ القبول: 2024/02/28 - تاريخ النشر: 2024/04/28

الملخص: إن وجود الدولة في العلاقة التعاقدية يهدد المستثمر الأجنبي، ذلك أن اتفاقات التنمية الاقتصادية تمتد لوقت طويل، مما يزيد من مخاطر تدخل الدولة المضيفة للاستثمار، صاحبة السيادة من خلال ممارسة سلطتها الاستثنائية التي تحد من القوة الملزمة للعقد لتغيير الشروط التي أبرمت فيها هذه العقود، هذا النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي دفع هذا الأخير إلى المطالبة بإدراج تعهدات الحماية لضمان ثبات البيئة القانونية وحقوقهم التعاقدية.

الكلمات مفتاحية: عقود الاستثمار– الثبات– الأمن القانوني– السيادة.

Abstract: The presence of the state in the contractual relationship threatens the foreign investor, as the economic development agreements extend for a long time, which increases the risks of interference by the sovereign host country for investment by the sovereign host country for investment by exercising its exceptional power that limits the binding power of the contract to change the conditions in which these contracts were concluded, This conflict between the host country and the foreign investor prompted the latter to demand the inclusion of protection pledges to ensure the stability of the legal environment and their contractual rights.

Keywords: investment contracts, stability, legal security, sovereignty

* المؤلف المرسل: كياري أسماء

مقدمة:

منذ وقت طويل وعقود الاستثمار تعتبر وسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية بالنسبة للدول في قطاعات مفتاحية، ذلك أنها تسمح بنقل المعرفة، الخبرة والتكنولوجيا، وعلى هذا النحو تساهم في خلق مناصب العمل، وتولد إيرادات ضريبية مهمة لاقتصاد وتنمية الدولة المضيفة.

في إفريقيا كما في الجزائر تتدخل عقود الاستثمار من أجل تمويل البنى التحتية، ولاسيما في استغلال الموارد الطبيعية، المعدنية والبترولية، ذلك أن الاستثمارات والتكنولوجيا التي تتطلبها مثل هذه الأخيرة، غالبا ما تحتاج إلى خبرة دولية، وتؤثر بشكل كبير على الميزانية العامة لهذه الدول التي لا تزال هشة.

ولأن خصوصية عقود الدولة تكمن في صفة الشخص العام، صاحب السيادة العامة، وضامن للمصلحة العامة هو طرف في العلاقة التعاقدية، ولأن الإجراءات والتدابير التي يمكن أن تتبناها لها تأثيرات على التزامات الدولة المتعاقدة ضف إلى ذلك أن عقود الاستثمار تتسم بطول مدتها، سعت الدولة المستثمرة تضمين العقد شروط حماية بهدف ضمان استقرار الإطار أو البيئة القانونية واستقرار حقوقها التعاقدية[1]، وكفالة التوازن الاقتصادي للعقد، باعتباره أكثر البنود أهمية في العقد وأكثرها تحديدا لمصيره[2].

ويندرج شرط الثبات أو التجميد تحت إطار إنشاء مظلة من الحماية القانونية الدولية وهو أحد الآليات التي سمحت بالوصول إلى مستوى معين من الحماية الذي يبقى نسبيا[3]، بحيث يطرح التساؤل حول مدى تخلي الدولة المضيفة للاستثمار عن طابعها السيادي في العقد عند التزامها ببنود الثبات والاستقرار؟

[1]MANN Hartling , la stabilisation dans les contrats d'investissement :repenser le contexte, reformuler le contenu ». in InvestistmentTreaty news, institut international du développement durable, vol. 1. n 1. octobre 2011. p. 6.

[2] EL SABAHY Christelle clause de stabilisation et d'intangibilité dans les contrats d'état entre les états du moyen orient et les compagnie pétrolière-et jurisprudence de l'OMC, séminaire de droit public. université Lyon 2. 4 septembre 2013. p. 6

[3]Weil prosper. les clause de stabilisation ou d'intangibilité insérée dans les accords de développement économique, in Ecrit de droit international : Théorie générale du droit international droit des espaces droit des investissements privés internationaux, Paris PUF. 2000. p 327.

1. ماهية شروط الثبات وأساسها القانوني

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص، فإنه في القانون العام يمكن للإدارة تعديل صفقاتها بإرادتها المنفردة، ذلك أنه باعتبارها وصية على المصلحة العامة تتمتع بامتيازات وسلطات استثنائية حقيقية اتجاه عقودها الإدارية.

أمام مخاطر السيادة، وخشية من تأثر وضعها القانوني والاقتصادي في البلد المضيف، تلجأ الشركات الأجنبية المستثمرة في إبرامها للعقود الزمنية الطويلة وعقود الاستثمار الدولية إلى الاتفاق على ثبات الإطار القانوني الذي ينفذ فيه العقد. سواء من خلال تجميد القانون الذي يحكمه، أو تجميد قانون الإرادة، والذي يجد مبرراته في مقتضيات الأمن القانوني و بالتالي فان شروط الثبات تتخذ شكلين:احداها مدرج بهدف تجميد التشريع أو التنظيم الداخلي للدولة المضيفة وهي ما تسمى بشروط الثبات بمفهومها الضيق، والثانية تمنع الدولة المضيفة للاستثمار من تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، من أجل حماية المستثمر من سلطات الدولة الاستثنائية[4]، وهو ما يصطلح عليه شروط المساس بالعقد.

ولقد حاول الأستاذ Weil وضع حدود بين الشرطين معتبرا أن شروط المساس بالعقد حماية ضد المخاطر الإدارية بصفة أساسية المصادرة المؤسسة على امتيازات السلطة العامة المنبثقة من القانون الوطني. في حين أن شروط الثبات بمفهومها الضيق تعتبر حماية من المخاطر التشريعية التي تغطي التغيرات الدستورية واللائحية في نفس الوقت، إضافة إلى التعديلات التشريعية التي تتخذ عموما شكل برامج تأميمات[5].

1. 2 مفهوم شروط الثبات ومضمونها:

تعتبر شروط الثبات من الضمانات التي توليها الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي على حد سواء أهمية كبيرة، ذلك أنه تساهم في جذب واستقطاب رأسمال المستثمرين الأجانب، تحقيقا لمطامح الدولة المضيفة في التنمية، في مقابل ذلك تحقق للمستثمر نوعا من الاطمئنان على مشروعه الاستثماري من خلال ما تنطوي عليه من كفالة لمبدأ الأمن القانوني.

وبالرغم من تعداد شروط الثبات، وإطلاقها أو نسبيتها إلا أن هدفها واحد هو ضمان تنفيذ الالتزامات التي وافقت عليها الدولة المضيفة، تحت طائلة المسؤولية.

[4]AL. Faruque Abdullah ,The rational and Instrumentalities for Stability in long-term state contratcts the context for petroleum contracts, the journal of world investment and trade,vol 7, N 1,janvier 2006. p. 319.
[5]WEIL. p. op. cit. p 326.

أولا*تعريف شروط الثبات ومصدرها.

تختلف شروط الثبات عن شروط استقرار العقد، فهناك ما تجد مصدرها في العقد، وأخرى تجد مصدرها في التشريع الداخلي ومبادئ القانون الدولي.

1-التعريف الضيق لشروط الثبات

يتفق الفقه في تعريف الثبات من خلال مضمونه والهدف الذي يصبو إليه، من خلال التأكيد على وظيفته الحمائية.

حيث يعرف الثبات التشريعي على أنه:" الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي"[6].

كما يعرف بأنه:"الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد، بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق، سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد، أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري"[7].

ويعرف أيضا أنه:"أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد. حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع. والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها"[8].

فشرط الثبات بالمفهوم الضيق يهدف الى تنظيم خطر سيادة الدولة من خلال حماية المستثمر الأجنبي من تغير التشريع أثناء التنفيذ. من أجل ذلك يجمد قانون الدولة المستضيفة المطبق في تاريخ توقيع أو دخول العقد حيز التنفيذ، أو يخفف من السلطة الاستثنائية للدولة، للحفاظ على الإطار التشريعي الملائم للمستثمر الأجنبي. ويعرف هذا الشرط ممارسات مختلفة، فقد يتسع مجال تطبيقه أو يضيقه وفقا

---

[6] طه أحمد قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008. ص 72.

[7] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014. ص 132

[8] فاطمة رحيل شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، مذكرة ماجستر، جامعة القادسية، العراق، 2017. ص 4

لكيفية صياغته، وبالمثل بالنسبة لمدة الحماية التي يضمنها، والتي اما أن تغطي كل مدة الاتفاق، أو تقتصر على مدة محددة[9].

2*تعريف ثبات العقد:

تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بسلطة تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة، وهو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة وطابعها السيادي، لا يمكنها التنازل عنه وليس هناك حاجة للنص عليه صراحة في العقد.

غير أن الوضع يختلف عندما تبرم الدولة عقدا مع طرف أجنبي، وتدرج ضمنه بندا بعدم المساس به. ويقصد بثبات العقد أو عدم المساس به:"تعهد الدولة بعدم إجراء أي تغييرات في العقد بإرادتها المنفردة مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها الداخلي لا بوصفها سلطة تشريعية، بل بوصفها سلطة تنفيذية تتمتع بسلطات وامتيازات السلطة العامة بصفتها إدارة. حيث يشكل هذا الشرط نوعا من الحصانة للطرف الأجنبي المتعاقد من الدولة ضد ما تتمتع به من سيادة وسلطات"[10].

وبالرغم من الاختلاف بين الثبات التشريعي وثبات العقد كون أن الأول ناجم عن صلاحية عامة تستمدها الدولة من سيادتها، في حين يتعلق الثاني بسلطة لا تتحرك إلا في المجال التعاقدي. إلا أن كلاهما يهدفان إلى عدم المساس بالعقد، إما مباشرة بإجراء تعديل في بنوده، أو بطريقة غير مباشرة من خلال إصدار تشريع جديد يؤثر على القانون الذي يحكمه[11].

3*مصدر شروط الثبات:

تجد شروط الثبات مصدرها إما في العقد أو التشريع، كما قد تجد مصدرها في الالتزامات الدولية.

[9]LONCLE(Jean-Marc),PHILIBERT-PROLLEZ(Damien). les clause de stabilisation dans les contrats d'investissements, Revue de droit des affaires internationales. N. 3. 2009. p. 275-276.

[10]فضيلة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 327

[11]جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد 9، 2018. ص 264.

أ*شرط الثبات التعاقدي:

هو الشرط الذي يجد أصله في بنود العقد المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار، والمستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولية، يقضي صراحة بسريان القانون الوطني الناظم للعلاقة التعاقدية مع بقاء أحكامه وقواعده القانونية سارية النفاذ على العقد في حالة تعديله أو إلغائه[12].

ومن أمثلة هذه الشروط ما نصت علية الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وشركة أوراسكوم القابضة المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر، المبرمة في 5 أوت 2001، التي تمنع الدولة الجزائرية نفسها من اتخاذ اتجاه هذه الشركة، بعد توقيع هذه الاتفاقية، أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجبها[13].

والملاحظ على هذا النص أنه لا يمنع الجزائر من القيام بتعديل قوانينها أو الغائها، ولكن يمنعها من إعادة النظر في الحقوق والامتيازات الممنوحة في ظل القانون الساري المفعول آنذاك، وهو ما يكفل الاستقرار القانوني للحقوق والمراكز الفردية المكتسبة. وعليه يمكن للدولة تعديل قوانينها وتنظيماتها، شريطة عدم المساس بحقوق وامتيازات المستثمر، وذلك بعدم تطبيقها عليه.

ب*شرط الثبات التشريعي:

هو الشرط الذي يجد مصدره في نصوص قانونية في النظام القانوني للدولة المستضيفة للاستثمار، تتعهد بموجبها بمنح الطرف الأجنبي المستثمر كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في القانون المطبق على العقد، والتعهد باستمرارها في حالة تعديل هذا القانون أو الاستفادة من امتيازات أكبر منها، هذه الأخيرة تعرف بشروط التوازن الاقتصادي والتدعيم التشريعي التي تركز على التوازن الاقتصادي في العقد دون اعطاء أهمية كبيرة للثبات، طالما أن التعديلات الجديدة تحقق مركزا اقتصاديا أفضل.

ولقد كرس المشرع الجزائري مبدأ الثبات التشريعي كأصل، والتدعيم أو الامتياز التشريعي كإستثناء في نص المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، و أكده في المادة 22 من القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية

[12]محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات وإشكالات التطبيق، المؤتمر السنويالطاقة بين القانون والاقتصاد، "كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 21/20 ماي 2013. ص 615

[13]عنتر حديدي، عادل عكروم، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08، عدد 2، ص 663 ، 2017.

الاستثمار[14]، وأعيد تأكيده في مقتضيات المادة 13 من القانون 18/22[15]والتي تنص على أنه:"لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

وعليه فان الأصل هو عدم تطبيق التعديلات والقوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار، وبقاء العقد خاضعا للقانون الذي أبرم في إطاره. واستثناءا في إطار سياسة التدعيم التشريعي يمكن للمستثمر الاستفادة من النصوص والأحكام القانونية الجديدة متى كانت أصلح له.

ويندرج في إطار هذا الاستثناء ما تضمنته اتفاقية الاستثمار السابقة بين الجزائر وأوراسكوم تلكوم في فقرتها الثانية من المادة 6 التي جاء فيها:"اذا تضمنت هذه القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية.

وبالرغم من هذا التكريس القانوني إلا أن ضمان التزام الدولة بهذا النص ضئيلة، بحيث يمكن لها تعديل نظامها القانوني متى شاءت وكيفما شاءت، دون الالتفات إلى مصالح بعض المؤسسات الخاصة مع التزامها في هذه الحالة بتعويض كل من تضرر جراء هذا التعديل. الأمر الذي يؤدي إلى التشكيك في القوة الملزمة لهذه الشروط وفعاليتها.

ج*شرط الثبات الدولي:

علاوة على ذلك قد يجد شرط الثبات مصدره في أحكام القانون الدولي العام لاسيما عندما تتفق الأطراف المتعاقدة على إخضاع الاستثمار إلى هذه القواعد، التي تعمل على حمايته واستقراره، وتقيد دور الدولة التشريعي ذلك أن حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية يقتضي إعمال مبدأ أولوية الالتزامات الدولية وأحقيتها على الالتزامات الناتجة عن القانون الوطني ذلك أنه يتوقف عليها حسن سير العلاقات الدولية[16].

[14]قانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ع 46 بتاريخ 3 أوت 2016، ص 18.

[15]القانون 18/22 المؤرخ في 24 جويلية 2022 متعلق بالاستثمار، ج. ر. ع 50 بتاريخ 28 جويلية 2022، ص 6.

[16]بسكري رفيقة، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية وإشكالية الانضمام إليها، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2014-2015. ص 38.

ثانيا *مضمون شروط الثبات بين الإطلاق والنسبية:

قد يتخذ الثبات شكل التجميد العام أو الكلي، بحيث يهدف إلى تجميد النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار بمجمله في مواجهة المستثمر الأجنبي، وتحصين الاتفاق الموقع بين المستثمر والدولة المضيفة عن طريق عدم تطبيق، وسريان التعديلات التشريعية المستقبلية والجديدة، دون موافقة المستثمر. ومقابل ذلك لهذا الأخير بطلب منه الاستفادة من أي تعديلات تشريعية مستقبلية متى كانت في صالحه، ويكون طلبه بقوة القانون، دون اشتراط موافقة الدولة المضيفة للاستثمار.

وفي هذا الصدد تضمنت المادة 4 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة كاهرما، على أنه يمكن لشركة المشروع وبطلب صريح منها أن تستفيد من كل نظام أكثر دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ[17].

وقد يكون التجميد خاصا أو جزئيا بحيث يهدف إلى حماية المستثمر الأجنبي من إعمال قواعد تشريعية معينة، قد تنشأ في النظام القانوني للدولة المضيفة، من خلال حظر تطبيق تعديلا تشريعية ترد في حقل قانوني معين، مثل التشريعات الضريبية والجمركية، وتشريعات العمل، وحقوق الإنسان.

كما ينصرف الطابع المطلق والنسبي إلى أثر شروط الثبات من حيث الأشخاص المستفيدين منه، فتكون مطلقة عندما لا تحدد على وجه التعيين المستفيد منها، إذا كان المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط كشخص اعتباري، أم أيضا الأشخاص العاملين فيه.

وتكون نسبية عندما تتضمن تحديدا للمستفيد منها، فتنص على أن المستفيد من الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، وأن كافة الامتيازات والإعفاءات الخاصة بها لا يستفيد منها سواه، ولا تسري على الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة له[18].

2. 2 الأساس القانوني لشروط الثبات

تتفق الأنظمة القانونية على أسس جوهرية لتحقيق الاستقرار القانوني، أهمها مبدأ الأمن القانوني لما يقوم عليه من تأكيد لمقومات العدالة، التي تستوجب خضوع المراكز القانونية والتصرفات المبرمة للنظام القانوني ذاته الذي أنشأها، ونظرا لما يترتب على هذا المساس بهذه المقومات من هدم الثقة في النظام القانوني القائم.

[17] .دوفان ليدية، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2017-2018، ص 130

[18] سالم زينب، سكران فوزية، أثر شرط التحكيم وشروط الثبات على مركز جهة الإدارة في العقد الإداري الدولي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 2، 2021، ص 1198.

أولا–تعريف الأمن القانوني:

اختلف الفقه في تعريف الأمن القانوني بين اتجاه يتبنى المعيار الشخصي الذي يستند أساسا على أثر مبدأ الأمن القانوني على الأفراد المخاطبين بالقاعدة القانونية، واتجاه يأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على أثر المبدأ بالنسبة إلى السلطات العامة القائمة على إصدار القاعدة القانونية. وحاول اتجاه آخر التوفيق بين المعيارين

فيعرفه الاتجاه الأول بأنه:"القاعدة القانونية المفهومة التي تسمح للمخاطبين بها بالتوقع المقبول للنتائج القانونية لتصرفاتهم"[19].

أما الاتجاه الثاني فيعرفه على أنه:"التزام السلطات العامة بإصدار القواعد القانونية بشكل واضح لا غموض فيه، وتأسيسا على أسس قانونية محددة.

ووفقا للاتجاه الثالث فمؤدى الأمن القانوني:"أن تلتزم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، كي يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة بإعمالها، وترتيب أوضاعهم على ضوئها دون التعرض لتصرفات مباغتة تهدم توقعاتهم المشروعة، وتزعزع استقرار أوضاعهم القانونية"[20].

وبالنسبة للقضاء فلقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي صراحة بمبدأ الأمن القانوني في حكمه الصادر بتاريخ 24 مارس 2006 في قضيةSTE KPMG ، وذلك بإلزام السلطة العامة حال إصدارها قواعد قانونية جديدة من شأنها المساس بالمراكز العقدية النافذة، أن تتضمن لوائحها أحكاما انتقالية تجنبا للانتقال المفاجئ المؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني، حيث قضى بإلغاء ما أصدرته السلطة العامة من مرسوم ينطبق بشكل فردي على العقود السارية، نظرا لعدم تضمن ذلك المرسوم لأحكام انتقالية تمهد للانتقال إلى الأحكام الجديدة بما لا يؤثر على الحقوق، والالتزامات التي ترتبها تلك العقود.

واعتبر في تقريره العام لذات السنة أن الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون دون عناء كبير في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق، وللوصول إلى هذه النتيجة

[19]Thomas piazzon. Lasecuritéjuridique,DEFERNOIS,LextensoEdition,Collection doctorat et notariat vol 1 ;LGDJ,10/30/2009. spec n 48.

[20]محمد منير حساني، آليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الأمن القانوني، ملتقى الأمن القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 5–6 ديسمبر 2012، ص 84.

يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة، وأن لا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة.

وعليه فان الأمن القانوني كمبدأ عام للقانون يتضمن مجموعتين من القواعد، الأولى تهدف لضمان ثبات المراكز القانونية أي استمرارها النسبي في الزمن، أما الثانية فتقتضي اليقين في القواعد وفي قرارات الدولة، وبالتالي نوعا من الجودة في صياغتها.

ثانيا–مقومات الأمن القانوني:

لقد أثار دستور الجمهورية الجزائرية الصادر سنة 1996 ضمنا مبدأ الأمن القانوني مركزا على عدم رجعية القوانين الجديدة حيث نصت المادة 46 منه على أنه لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

في حين كرس التعديل الدستوري لسنة 2020 صراحة مبدأ الأمن القانوني ضمن الحقوق الأساسية والحريات العامة للأشخاص، معتبره غاية ينبغي على جميع مؤسسات الدولة السهر على تحقيقها عند

وضع أو سن أي تشريع متعلق بهذه الحقوق والحريات ومؤكدا على ضمان الوصول إليه، ووضوحه واستقراره.

فمبدأ الأمن القانوني الذي يؤكد حق الفرد في الحياة في بيئة قانونية سليمة، يتجسد من خلال:

1*ضمان الوصول للقانون ماديا وفكريا:

يقصد بالوصول المادي للقانون وضعه تحت تصرف المخاطبين به، بحيث يمكنهم الاطلاع عليه، والتأكد من وجوده الحقيقي ومضمونه، ونطاق سريانه من حيث الزمان والمكان، الأمر الذي يضع على عاتق السلطات العمومية التزاما بنشره، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 78 من التعديل الدستوري الجديد، بقولها لا يحتج بالقوانين والتنظيمات إلا بعد نشرها بالطرق الرسمية. على أن لا يجوز الاعتذار بجهل القانون من طرف المخاطبين به طالما أتيحت لهم الفرصة للعلم به بعد نشره ومرور الفترة المحددة لنفاذه.

ولا يكفي وضع القاعدة القانونية تحت تصرف المخاطبين بإعلامهم بها بالطرق القانونية المشروعة، وإنما يقتضي الأمر وصولها إلى المخاطبين فكريا من خلال وضوحها، وبساطتها، بشكل لا يشير أي لبس لدى الأفراد حول ما تكسبهم من حقوق، وما تضع عليهم من التزامات.

وفي هذا السياق تقتضي متطلبات تحقيق الأمن القانوني للمستثمر الأجنبي، إعلامه بكافة النصوص القانونية التي يمكن أن يخضع لها، سواء تعلق الأمر بالاتفاقيات الدولية الموقعة مع دولته، أو قوانين وطنية بمفهومها الواسع، وكذلك اتفاقيات الاستثمار الخاصة التي تعد بمثابة قانون خاص يحكم الاستثمار، حيث يتوجب تمكينه منها بوضعها تحت تصرفه[21]. وتفسيرها وترجمتها وتبسيطها له قدر المستطاع.

2*ضمان استقرار القانون المطبق:

يعتبر استقرار القانون المطبق عنصرا مهما لتحقيق الأمن القانوني، فيشترط في التشريعات نوعا من الثبات والاستقرار، والابتعاد عن التعديل الدائم والمتكرر للنصوص القانونية، بما يضمن استقرار المراكز القانونية. ذلك أن كثرة النصوص القانونية والتنظيمية، وميوعتها خاصة في مجال الاستثمار يترجم تردد وإحجام المستثمرين الأجانب خشية عدم استقرار أوضاعهم القانونية، وضياع حقوقهم المكتسبة.

وعليه فان استقرار القانون المطبق على الاستثمار الأجنبي يقتضي من جهة استقرار القانون الوضعي وذلك من خلال ضمان ثبات مصادر القانون المطبقة على الاستثمار الأجنبي سواء كانت اتفاقيات دولية أو قوانين وطنية، وضمان احترام ترجها وقوتها الإلزامية وعدم مخالفة أحكامها. كما يقتضي التزام السلطة المختصة بضمان حماية الحقوق المكتسبة وعدم زعزعة المراكز القانونية التي نشأت أو اكتسبت في ظل أوضاع قانونية كانت صحيحة ومشروعة في ظل الأحكام القانونية ، والاتفاقية سارية المفعول[22]. بما من شأنه عدم جواز صدور قاعدة قانونية تمس المراكز القانونية المكتسبة للأفراد، وإنما ينحصر دور هذه القاعدة الجديدة على تنظيم العلاقات المستقبلية.

وهو ما حاول المشرع الجزائري تحقيقه من خلال المواد 13 و38 من قانون الاستثمار 18/22.

حيث نصت المادة 13 على أنه:"لا تسيري الآثار الناجمة عن مراجعة وإلغاء القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

---

21 .لعماري وليد، الأمن القانوني في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، العدد 4، سنة 2021، ص 521

22 لعماري وليد، الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الأجنبي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2019، ص 108 و ما يليها.

أما المادة 38 والتي تقابلها المادة 35 من القانون 09/16 السابق فلقد نصت على أنه:"يحتفظ المستثمر بالحقوق والمزايا المكتسبة بطريقة قانونية بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون".

3-ضمان إمكانية التنبؤ بالقانون:

حتى يتحقق الأمن القانوني لا بد أن يكون القانون ممكن التوقع ومحتمل الآثار التي تترتب عنه، غير مفاجئ للأفراد المخاطبين به، ولا مهدم للتوقعات التي بنوها.

فالأمن القانوني مرتبط بوثاقة بمبدأ حماية الثقة المشروعة الذي عرفه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره السابق الذكر لسنة 2006 بأنه:"المبدأ الذي يفرض عدم الإخلال بالثقة التي وضعها المتعاملون مع الإدارة بصفة مشروعة ومؤسسة في ثبات مركز قانوني، وذلك بالتعديل العنيف لقواعد القانون"[23]. وبناءا على ذلك يتعين على السلطة المختصة إعطاء شواهد وإشارات عن نيتها في إصدار قواعد قانونية جديدة قد تكون أشد قسوة من القواعد القديمة، بما يتيح لهم توقع صدور هذه القواعد والاستعداد لها، وترتيب أوضاعهم على وفق أحكامها. فلا يفاجئ الأفراد بصدور قواعد تعارض توقعاتهم المشروعة المبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القانونية القائمة، والسياسات العامة المعلنة من جانب سلطات الدولة.

وعليه يشترط لإثبات مخالفة مبدأ الأمن القانوني فجائية التغيير القانوني الماس بالمركز القانوني المستقر، بصورة لم يتوقعها الفرد ، ولم يكن له أن يتوقعها بشكل معقول في ضوء السلوك السابق للجهة الإدارية أو التشريعية، ووفقا للمجرى العادي للأمور[24].

ولقد تعرض التحكيم الدولي لمسألة التوقعات المشروعة التي تنشأ لدى المستثمرين جراء تصرف أو مظهر معين صادر عن الدولة المضيفة للاستثمار، والذي استند عليه المستثمر عند اتخاذه قرار باستثمار أمواله في دولة أجنبية، واستقر على حماية هذه التوقعات المشروعة التي تجد مبررها في مبدأ حسن النية المفترض توافره في التعاملات، فضلا عن التزام الدولة المضيفة بتوفير معاملة عادلة ومنصفة، هاته الأخيرة التي جسدها المشرع الجزائري صراحة في قوانينه الاستثمارية، في فحوى المادة 3 من القانون 18/22 والتي نصت على أن:هذا القانون يرسخ مبادئ حرية الاستثمار، وكذا الشفافية والمساواة في التعامل مع الاستثمارات. ولقد جاء هذا النص عاما مجسدا المساواة في التعامل مع الاستثمارات سواء كانت مقدمة من مستثمر أجنبي أوجزائري على حد سواء. وهذا بالحصول على نفس الحقوق والالتزام

[23]بلخبر محمد آيت، عبد الرحمان زهواني"لتحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، ملتقي وطني حول "احترام التوقعات القانونية"يومي 24-25 فيفري 2016. حوليات"سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات"، العدد 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2016. ص 181.

[24]رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1، 2011، ص 161-165

بنفس الالتزامات[25]. في حين اقتصرت المادة 21 من القانون 09/16 على المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا حيث كانت تنص على أنه:مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة بخصوص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم.

ويعتبر التوقع مشروعا إذا قامت الدولة المضيفة بمنح المستثمر وعدا أو ضمانة بشكل صريح، أو إذا قامت هذه الدولة باتخاذ مسلك معين أخذه المستثمر في الاعتبار في اتخاذه قرار الاستثمار بأراضيها، ويأخذ في تحديد مدى مشروعية التوقع والالتزام بحمايته جميع الظروف المحيطة بالاستثمار، فضلا عن الظروف السياسية والاجتماعية والتاريخية، والثقافية السائدة في الدولة المضيفة[26].

وجدير بالإشارة أن تضمن العقد شرطا للثبات التشريعي تتعهد به الدولة المستثمر ثبات نظامها القانوني، يعتبر كافيا للقول بنشأة توقع مشروع للمستثمر بثبات هذه القوانين و يتعين حمايته.

2. أثر شروط الثبات في عقود الدولة

يقتضي ذلك البحث في القوة الملزمة لشروط الثبات وأثرها على سلطات الدولة الاستثنائية لاسيما في تعديل صفقاتها وإنهائها بالإرادة المنفردة، من خلال تكييف هذه الصفقات الدولية إذا ما كانت مصبوغة بالطابع العام أو الإداري، وما يترتب عن ذلك من نتائج.

1. 2 موقف القضاء الإداري والتحكيم من الطابع العام للصفقات الدولية:

لقد أثيرت إشكالية تكييف عقود الدولة ذات الطابع الدولي أمام عدة جهات قضائية، ويؤكد العدد المتنامي للقرارات و الأحكام الصادرة بشأن ذلك مدى صعوبة تحديد طبيعتها.

أولا: موقف القضاء الإداري

ليس من المستغرب وقوف القاضي الإداري الفرنسي و الأجنبي على حد سواء لصالح الطابع العام لهذه العقود.

[25] .عجة الجيلاني، الكامل في القانون الجزائري لاستثمار الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2006، ص 455

[26] ايمان محمد السيد السيد حسب النبى، الأساس القانوني لشرط الثبات التشريعي والآثار الناتجة عنه، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 54، العدد 02، سنة 2021، ص 226.

1*موقف مجلس الدولة الفرنسي:

منذ الحرب العالمية الأولى قبل مجلس الدولة الفرنسي الفصل في قضايا دولية وفقا للقانون الفرنسي بالرغم من أنه كان من المفترض أن يقوده المنطق الدولي إلى الدفع والتصريح بعدم اختصاصه[27]. فالعديد من العقود المتضمنة لأجانب تم تكييفها على أنها عقود إدارية خاضعة للقانون العام الفرنسي بشكل كلي أو جزئي.

فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 12 ديسمبر 1930 في صفقة مبرمة بين شركة فرنسية وحكومة أجنبية أن الاختصاص بالفصل في المنازعة يعود إلى القاضي الإداري[28].

واتضح هذا الموقف القضائي أكثر في قضية المورد اللبناني "**حبيب بشارة**"، المتعلقة بصفقة توريد أظرفة بريدية الذي أبرم بين هذا المورد والجيش الفرنسي في لبنان سنة 1944، حيث أنه و بصدد الفصل في طلب التعويض عن التأخر في الدفع، كيف مجلس الدولة الفرنسي العملية عل أنها:"صفقة توريد إدارية، مبرمة لحساب الدولة الفرنسية". وانتهى إلى أنه"وحده القانون الفرنسي يمكن أن ينظم آثارها، بغض النظر عن إبرام الصفقة وتنفيذها في لبنان"[29].

وفي نفس الحقبة كان للقضاء الإداري الفرنسي المناسبة لتأكيد ارتباطه بالطبيعة العامة لمثل هذه العقود في منازعات متعلقة بعقود القرض، العمل، و البناء[30].

غير أن سكوت مجلس الدولة حول هذه المسألة في السنوات ما بين 1960 إلى غاية 1980 شجع الآراء التي تنبؤ بتردد وتراجع الهيئات القضائية الإدارية الفرنسية على الأقل عن هذا المبدأ. وهو ما تم تفنيده بموجب الرأي الصادر في 6 مارس 1986 بمناسبة صفقة حديقة الألعاب في منطقة Ile De France المبرم بين الدولة الفرنسية و الشركة الأمريكية Walt Disneyالذي جاء ليؤكد وفاء مجلس الدولة الفرنسي لموقفه حيث تمسك بالطبيعة الإدارية للصفقة منكرا الطابع الدولي للعملية معتبرا أن:"العقد المعني لا ينطوي تحت المبادئ المطبقة في مجال التجارة الدولية"[31].

وتوالت القضايا المنكرة لكل تراجع أو تردد حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في نزاع متعلق بعقد بين القنصلية الفرنسية في المكسيك و شخص أجنبي أن الأمر يتعلق بالفعل بعقد إداري حتى لو استند أو

[27]CE. 18 décembre 1925,National Stean Navigation . c/limited of Grèce . Rec. p1034. cité par FOYER Jacques ,le conseil d'état et le conflit de lois, In mélange HOLLEAUX Dominique,1995. pp. 103-107.
[28]CE 12 décembre 1930. société Moteurs Gnome et Rhône ,Rec. p 1067.
[29]CE. 11 janvier 1952. Rec. 1952. p . 30.
[30]Ibrahim Réfaat Mohamed EL –BEHERRY. Théorie des contrats administratifs t marchés publics internationaux. Thèse de doctorat. université de Nice Sophia-Antipolis. 2004. p 372.
[31]CE. Avis du 06 mars 1986. Eurodisneyland, section des travaux publics. n 339710. Rev. Arb. 1992. p. 398.

احترم تشريعات معينة للدولة التي نفذ على إقليمها"[32]. وبالتالي فان مجلس الدولة الفرنسي لم يتخلى أبدا عن اقتناعه.

2*موقف القضاء الإداري المقارن:

تعتبر الهيئات القضائية الإدارية الأجنبية أكثر ارتباطا بالطابع العام. حيث أكد مجلس الدولة المصري على الطبيعة الإدارية لاتفاقات الاستثمار، كما تمسك مجلس الدولة اللبناني بهذا الموقف في حكم حديث له متعلق بصفقتين مبرمتين من طرف وزير الاتصالات مع كل من اتصالات فنلندا الدولية، واتصالات فرنسا الدولية لمدة 12 سنة في صيغة عقد بوت، واللذانعهد بتنفيذهما لاحقا إلى الشركتين الوطنيتين المسميتان FTML(Cellis) و Liban–cell.

حيث تم إخطار مجلس الدولة اللبناني بدعويين تفسيريتين بشأن شروط التسوية المنصوص عليها في الصفقتين، فقضى بإلغاء هذه الاشتراطات مكيفا هذه الاتفاقية على أنها إدارية معتبرا أن"المشروع رخص من طرف المشرع بمقتضى القانون 218 الصادر في 13 ماي 1993، يرمي إلى استغلال مرفق عام وطني لمدة محددة، تم الاتفاق عليه طبقا لأحكام المادة 89 من الدستور اللبناني، و أن تسميته BOT لا تمس تكييفه القانوني على أنه عقد امتياز، وأن عقود امتياز المرافق العامة هي عقود إدارية ذات طبيعة خاصة"[33]. وانتقد هذا الموقف لرفضه الأخذ في الاعتبار خصوصية العقود المبرمة وفقا لصيغة BOT والتي ترمي خاصة إلى الاستجابة لحاجات وضرورات الاستثمار.

ثانيا*موقف التحكيم من الطابع العام للصفقات الدولية:

لقد أدى توسع اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية الدولية إلى جعل المحكمين قضاة بامتياز في تسوية المنازعات المتعلقة بها. أثار وجود شروط الثبات في عقود الاستثمار الخلاف بين المحكمين حول إضفاء الطبيعة العامة عليها، و أثرها على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة.

حيث انقسموا إلى قسمين، قسم يلح بشكل واسع على تطبيق نظرية العقد الإداري، ويعتبر شروط الثبات من قبيل البنود الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تضفي على العقد الطابع العام بما يترتب عليه من امتيازات وسلطات استثنائية، وقسم يستبعد هذه النظرية و يذهب إلى أن وجود مثل

[32]CE. 07 janvier 1987. Mme Félicien, rev. crit. droit. international. privé. 1988. p 687.
[33]CE. Libanais. 17 juillet 2001. l'état libnais. c/la sosiété FTML(Cellis)SAL et autres revue d'arbitrage. 2001. pp855 et suite.

هذه الشروط تنتفي معها الطبيعة العامة للعقد، ويعد من قبيل عقود القانون الخاص التي تحكمها المساواة بين الأطراف.

أ*حكم التحكيم في قضية TEXACO/CALASIATIC:نفي الطابع العام[34]:

تتلخص وقائع القضية في أن الحكومة الليبية أبرمت في الفترة ما بين ديسمبر 1955 وحتى أفريل 1971 بعض عقود امتياز البترول مع الشركتين الأمريكيتين Texacooverseaspetroleumcompany/ Californiaasiaticoilcompany.

في أول سبتمبر 1972 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 66 لسنة 1973 بتأميم 51 بالمائة من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين المذكورتين، ثم أصدرت الحكومة في 11 فبراير 1974 القانون رقم 11 لسنة 1974 بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين سالفتي الذكر.

ولقد أخطرت هاتان الشركتان الحكومة الليبية في 2 سبتمبر 1972 بعزمها اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما، وذلك إعمالا لنص المادة 28 من عقد الامتياز المبرم بينهما، وبين الحكومة.

وأمام امتناع الحكومة الليبية عن تعيين محكمها، ورفضها اللجوء إلى التحكيم، توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينهما، الذي عين الأستاذ Dupuy كمحكم وحيد للفصل في النزاع.

هذه القضية لم تكرس مكانة مهمة لنظرية العقود الإدارية، ففي الحقيقة إن التساؤل حول الطبيعة الإدارية للامتيازات موضوع النزاع، وصحة شروط الثبات و تأثيرها على اتخاذ إجراءات التأميم خاصة والتي تعتبر تعبيرا عن سيادتها أثير من طرف المحكم، وليس من طرف الدولة المتعاقدة.

حيث لاحظ أنه في مقابل عدم وجود شرط يحظر على الحكومة اللجوء إلى التأميم، تضمن العقد المادة 16 التي تنص على أن:"الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف. ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا لقانون البترول واللوائح النافذة في تاريخ التوقيع على هذا الاتفاق، وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها".

[34]LALIVE Jean . Flavien . un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères. arbitrage Texaco-Calasiatic. c/gouvernement Libyen. Clunet,1977. pp 319 et suite.

ولقد ذهب إلى القول بأن هذا النص لا يحمل من حيث المبدأ مساسا بسيادة الدولة الليبية ليس فقط لأن الدولة قد التزمت به بحرية، بل أيضا لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي في مجال البترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق، لا يمس من حيث المبدأ السيادة التشريعية واللائحية لدولة ليبيا، فهذه الدولة تحتفظ بامتيازاتها في إصدار القوانين واللوائح في مجال البترول اتجاه كل المواطنين و الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذا الالتزام، وينحصر دور المادة 16 فقط في عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية في مواجهة الأطراف التي التزمت الحكومة تجاههم بمثل هذا التعهد طوال الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد[35]

وانتهى إلى أن اعتراف القانون الدولي بحق التأميم لا يكفي لتخويل الدولة الحق في تجاهل تعهداتها، إذ أن القانون ذاته يعترف أيضا للدولة بحرية التعهد دوليا بعدم مباشرة هذا الحق، لاسيما بقبولها إدراج شروط ثبات في عقد مبرم مع شخص أجنبي". [36]

فالعقد سمح بتحقيق توازن دقيق في الالتزامات التي تقع على كل طرف ، والنص الذي يهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد الأجنبي يكشف عن نية التعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة، وعليه فان إدراج شرط الثبات هو نفي للطابع الإداري والاستثنائي للقانون العام، حيث يمس أحد العناصر الجوهرية لتكييف هذا العقد على هذا النحو وهو طابع اللامساواة، وتنازل الدولة عن الامتيازات الممنوحة لها[37]

ب*حكم التحكيم في قضية Aminoil/Le Koweït:

تتلخص وقائع القضية في أنه في عام 1948 أبرم أمير الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله في دولة الكويت، لمدة ستين عاما. وقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريانه. وعندما

رفضت الشركة طلب الحكومة الكويتية تعديل العقد طبقا للاتفاقيات المبرمة بين الدول المصدرة للبترول، الموقع عليها في طهران سنة 1971، و في جنيف سنتي 1972 و 1973، قامت الحكومة الكويتية بوضع نهاية للعقد، وتأميم الشركة بموجب القانون رقم 124 لسنة 1977.

[35]سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر ، 2010، ص128.

[36]نفس المرجع، ص 129.

[37] .حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 377

في هذه القضية سلمت محكمة التحكيم بصورة ضمنية وبشكل جزئي بالطابع الإداري لهذا النوع من العقود من خلال الإقرار بمبادئه معتبرة أن:"عقد الامتياز غير من طبيعته، ليصبح أحد العقود التي تتمتع فيه الدولة بامتيازات خاصة، بالرغم من التزامها باحترام التوازن العقدي".

وأكد المحكمين في القضية خاصة الأستاذ Reteur، أن شرط الثبات لا يعتبر بالضرورة وسيلة حماية اتجاه التأميمات التي تشكل سمة أساسية لسيادة الدولة[38]، وأنها لا تشكل بأي حال عقبة أو قيدا على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم.

وبالرغم من أن هذا الحكم أكد بشكل نهائي صحة شروط الثبات معتبرا أنه لا يوجد أي قاعدة في القانون الدولي العام تمنع الدولة من التعهد بعدم تأميم شركات أجنبية"[39]، وأنه من غير المشكوك فيه أن القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأميم تعد جائزة قانونا. إلا أن هذا التعهد الخطير بعدم التأميم يجب أن يكون محل نص صريح موافق للتنظيمات التي تحكم إبرام عقود الدولة، وأن يكون لفترة زمنية محددة نسبيا[40]فشروط الثبات قد فقدت طابعها المطلق وأصبحت فعاليتها جزئية أكثر فأكثر.

2. 3الأثر النسبي لشروط الثبات:

إن طبيعة وصحة شروط الثبات وأثرها في عقود الدولة، ومدى فعاليتها في حماية المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، يتحدد لاسيما بناءا على مدى تكريسها في النظام القانوني للدولة المضيفة.

أولا:تعايش شروط الثبات وامتيازات السيادة

إن التعارض بين السيادة التشريعية للدولة، المدعمة بمبدأ السيادة الدائمة للدولة على مواردها الطبيعية[41]، ومضمون شرط الثبات بمفهومه الضيق الذي يرمي إلى تجميد القانون المطبق، أثار

[38]Adam Mokrani, La clause de stabilisation dans les contrats pétroliers,MJLR. Mediterranean journal of legalResearch. p 17.

[39] Affaire Aminoil. c/Kuweit, sentence rendue le 24 mars 1982. JDI,1982. p. 104.

[40]سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص137.

[41]Un principe reconnu par les résolutions de l'onu. il s'agit là d'un ensemble des droits ou des prérogatives reconnus à l'état d'accueil ,d'exercer un control permanent sur les activités économique se déroulant sur l'ensemble de son territoire dont l'objet est les ressources naturelles . KOKO (G A C),de la souveraineté permanente de la R. D. C sur ses richesse et ses ressources naturelle, examen de l'article 9 de la constitution du 18/02/2006. mémoire pour l'obtention du diplôme de licence en droit public université catholique de Bukavu,2006. p. 6.

الاختلاف في المواقف الفقهية بين المؤيدين للتعديل الأساسي للعقد، والمدافعين عن قدسية العقد "Sanctity of **contrac**"[42].

يؤسس التيار الأول موقفه على عدم قابلية السيادة للتصرف فيها، أو التنازل عنها، واحترام المصالح الأساسية للدولة، معتبرا أنه يكمن للدولة أن تمس بالعقد في كل وقت ذلك أنها تهيمن كليا على العلاقة التعاقدية، وهو الموقف الذي نادت به المملكة المتحدة في قضية L'AngloIranianOil[43]Company. فالعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي ينتمي إلى النظام القانوني للقانون العام الخالص، وهو ما يضع قرينة لصالح الدولة.

في حين يعتبر التيار الثاني أن توقيع الدولة على العقد يقتضي تخليها مسبقا عن ممارسة امتيازات السيادة، هذا الموقف يستند على فكرة الدولة صاحبة السيادة. فعندما تدخل الدولة في علاقة تعاقدية مع مستثمر أجنبي خاص فإنها تتصرف كشخص خاص يوقع على عقد عادي للتجارة الدولية[44].

هذا الخلاف أدى إلى بلورة النقاش حول التوفيق بين المصالح من خلال التوفيق بين كل من فكرة العقد وقوته الملزمة، وسيادة الدولة، استجد معه نظام قانوني يقتضي البحث عن صحة شروط الثبات وقوتها الإلزامية وأثرها في النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد، وعلاقة هذا الأخير بالقانون العام الوطني.

فبالنسبة لعقود الاستثمار التي تخضع للقانون الوطني المضيف، فان هذا الأخير يستقل بتقدير صحة شرط الثبات.

في هذا الفرض يمكن أن نجد مشرع وطني يلتزم السكوت فيما يتعلق بها، وفي هذه الحالة لا يوجد أي سبب يمنع من اعتبار مثل هذا الشرط صحيح. والعكس إذا كان المشرع يكشف صراحة عن موقفه وينظم شرط الثبات الأمر الذي يتعين معه احترام هذا التنظيم. قطعا فبعض التشريعات تعارضها قطها كما هو الحال بالنسبة لنيجيريا، المملكة العربية السعودية، اندونيسيا.

والكثير من الدول تخضع هذه البنود لنظام خاص، فمن الدول التي تخضع اشتراط بنود الاستثمار إلى الموافقة السابقة للبرلمان، والمثال على ذلك دولة غانا[45].

---

[42]GARA(N),Le consentement de l'état à l'arbitrage relatif à l'investissement privé international(contribution à l'étude des grandes tendances dégagées de la jurisprudence du CIRDI). thèse pour le doctorat d'état en droit, université Tunis, El Manar,2001. p335.

[43]Affaire de L'Anglo IranianOilCompagny , exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952. Rec des arrêts. avis consultatifs et ordonnances, cour international de justice. 1952.

[44]Adam Mokrani. op. cit. p 07.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم في قانون الاستثمار هذا الشرط وعلى هذا الأساس تتحدد صحته و آثاره.

فبالرجوع إلى المادة 23 من قانون ترقية الاستثمار 09/16 التي قضت 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"، وبصدور قانون الاستثمار 18/22 نصت المادة 10 منه على أنه:"لا يمكن أن يكون الاستثمار المنجز محل تسخير من طرف الإدارة، إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون. . . "[46]، فلا يعدو أن يكون شرط الثبات نسبيا.

فالدولة باعتبارها منظمة لنظامها القانوني والاقتصادي يمكن لها أن تحترم لمدة محددة نسبيا شروط الثبات إذا بقيت الظروف الأولية للعقد سارية، وكل تغير أساسي في هذه الأخيرة يمنحها الحق في تعديل العقد أو إنهائه أو تأميم أو مصادرة الممتلكات الموجودة على إقليمها، أو التحرر من التزاماتها إذا اقتضى الصالح العام ذلك حتى بتكريسها قانونا لبنود الثبات.

أكثر من ذلك فان شروط ثبات العقد التي تضعها الإدارة لا تربط المشرع، فمن المسلم به أن ما تلتزم به الدولة المتعاقدة لا يلزم المشرع، الذي له توجيه التعاقد نحو الصالح العام فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يتمتع بالقوة الكاملة حتى بالنسبة لعقود القانون الخاص، وهو ما أكدته محكمة التحكيم في قضية plateau des pyramides معتبرة أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يتعارض إلا ظاهرا مع الامتيازات المشروعة للدولة[47]، وأنه للدولة اللجوء إلى مصادرة المصالح التجارية للشركات الممارسة لنشاطها على ترابها.

غير أنه إذا كان ثبات العقد لا يمس من حيث المبدأ السلطة التشريعية لدولة، إلا أنه يتعين على هذا الأخير عدم الانحراف بالإجراءات بغرض خرق شرط تم التعهد به بشكل صحيح، الأمر الذي يقتضي أن يكون الإجراء التشريعي عاما ومجردا[48]، ويعتبر من قبيل ذلك قانون التأميم المطبق على كل مستثمر

---

[45]Sylvie Bissaloué la protection des contrats d'investissements privés étranger en Afrique. Publié le 16 avril 2018 dans actualitesdidroit. fr

[46]يلحظ اختلاف المشرع الجزائري في الأنظمة التي يتم بموجبها نزع الملكية في ظل القوانين المتعلقة بالاستثمار ففي حين كانت تنص المادة 40 من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار على التسخير استبدا في إطار الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار بمصطلح المصادرة.

[47]LEBOULANGER Phillipe . « état, politique, arbitrage, affaire du plateau des pyramides »,Rev Arbitrage ;1986,Spéc. p 24.

[48]BERLIN Dominique les contrats d'état et la protection des investissements internationaux «. D P C I . 1997. p p197 et s. spec. p 224. n 21.

أجنبي يستوفي الشروط الموضوعة بشكل عام، والعكس فان كل تصرف متخذ اتجاه مستثمر محدد بالذات لا يمكن أن يعتبر إلا قرارا بطابعه الشخصي وهدفه الفردي الخفي[49].

وبالتالي فان هذه الآلية الحمائية لا تحرم الدولة من سلطتها المشروعة في تعديل أو إنهاء العقد سواء بالطريق التنظيمي أو الفردي أو التشريعي.

ثانيا*إطار ممارسة السلطات الاستثنائية:

إذا كان مسلما بسلطة الدولة بالتدخل، فانه باعتبار الاعتراف بالسلطة الاستثنائية يشكل انحرافا جديا عن القوة الملزمة للعقود، و الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية، يجب على الدولة أن لا تتعسف في استعمال سلطتها، التي يجب تأطيرها بشروط أساسية تضمن الموازنة بين المصالح المختلفة.

فعندما تمارس الدولة سلطتها بهدف تحسين وضعيتها كمتعاقد، يتوجب عليها التصرف بنزاهة، في حدود الصالح العام، مع الاحتفاظ بحقوق المستثمر الأجنبي.

1*الالتزام بالتصرف بنزاهة:

من النزاهة احترام الدولة لواجب الإعلام الذي يقع عليها، والالتزام بالعدالة والمساواة.

أ*الالتزام بالإعلام:

حتى يكون تصرف الدولة مشروعا يتعين عليها إعلام المتعاقد معها بنية التعديل أو الإنهاء، فهو التزام بالتصرف بنزاهة الذي يقع على الدولة أو هيئاتها. فيجب عليها التعبير بشكل واضح وصريح عن نية إنهاء أو تعديل اتفاقية الاستثمار[50].

ولقد أكدت قرارات التحكيم تطبيق هذا الشرط. حيث أشارت محكمة التحكيم في قضية Aminoil، إلى مرور سنتين بقيت فيها الشركة في الشك أو عدم اليقين، ما بين الوقت الذي علمت فيه بمبادرة منها بنية الحكومة في إنهاء العقد المبرم في 2 أكتوبر 1975، والافتتاح الرسمي للمفاوضات في 19 أفريل 1977.

[49]يمكن التخوف من أن تتخذ الدولة صاحبة السيادة الشكل القانوني لتدخلها لتقديم الدعم للدولة المتعاقدة

[50]EL YOUNSI . Malika, les règles matérielle du droit des contrats d'états à la lumière de la jurisprudence arbitrale contemporaine, thèse, Paris 2. 1994. p 235.

وعلى أساس الإخلال بواجب الإعلام أدانت محكمة التحكيم في قضية Amco Asia حكومة اندونيسيا عن الإخلال بقانونها الذي يشترط توجيه ثلاث إعذارات قبل أي تدخل، حيث كيفت سلوك الحكومة على أنه إنكار للعدالة، يجعل سحب رخصة الاستثمار غير مشروع[51].

وبالمثل من بين أسباب إدانة مصر في قضية plateau des pyramides عيب الإشعار الرسمي بإنهاء الصفقة في غياب البند التعاقدي الذي يعفيها من ذلك.

كما أدانت محكمة التحكيم في قضية SOABI دولة السنغال عن عدم التزامها بالإعذار المسبق للمتعاقد معها قبل التدخل بإنهاء العقدالذي يقع عليها بموجب المادة 82 من قانون الصفقات العمومية السنغالي ، بالرغم من اعترافها بأن هذا الإنهاء يجد مبرره في الصالح العام[52].

وبالتالي يجب على الدولة الإعلام عندما تتدخل من أجل الصالح العام، كما أنها ملزمة بإعلام المتعاقد معها في حالة عدم احترامه لالتزاماته.

ب*عدم التمييز:

تقتضي المساواة في المعاملة بين المتعاقدين أن يكون الإجراءالإداري أو التشريعي الاستثنائي غير مميز، ومعقولا بالنظر إلى الهدف التي تسعى إليه الدولة صاحبة السيادة.

فيشترط في مثل هذه الإجراءات و التدابير أن لا تمنح مزايا للدولة على حساب المتعاقد وهو ما عله الحال بالنسبة للإجراءات المتخذة للحد من التضخم، أو حماية العملة، التي يخرج هدفها عن الصالح العام بما أنها تقتصر على تحديد قيمة ديون الدولة. مع ذلك لا يكفي لاعتبار الإجراء مميز حقيقة أنه يتضمن أثرا نافعا للدولة.

ويقتضي عدم التمييز التأكد من تناسب التصرفات، فيجب أن يكون هناك تناسب بين أهداف الإجراء والوسيلة المتبعة لتحقيقه، بعبارة أخرى يجب التحقق من أنه لم تكن هناك وسائل أخرى أقل تمييزا، والتي كانت ستسمح بالوصول إلى نفس الهدف المرجو دون المساس بالاستثمار[53]

2*الموازنة بين المصلحة الخاصة و الصالح العام:

إن الاعتراف بأولوية رعاية مصلحة الدولة عن كل اعتبار، يقتضي أن يراعي التوازن المالي.

[51]L' Amco-Asia c/ l'Indonésie . sentence du 20 novembre 1984. clunet. 1987. pp. 145. et s.
[52]Sentence CIRDI. SOABI c/ Sénégal,4 et 9 février 1988. Clunet 1990. pp 191-218.
[53]Ibrahim Réfaat. Théorie des contrats. op. cit. p 499.

أ*مبرر الصالح العام:

في مجال عقود الدولة، يجب أن يجد التدخل بالإرادة المنفردة مبرره وأساسه في فكرة المرفق العام أو الصالح العام، فالعقد المبرم من أجل المرفق العام أو من أجل الصالح العام، يمكن إنهائه للحفاظ عليهما. فقد يكون الإلغاء الباهظ بالنسبة للإدارة أقل تكلفة من استمرارية بعض العمليات[54].

إن الصالح العام الذي يعتبر مبررا وراء التعديل أو التخلي عن مشروع يجد صداه في الاعتبارات المتعلقة بتنظيم ونشاط المرفق العام، تبعا لذلك فانه لا يمكن للدولة صاحبة السيادة المساس بحقوق المستثمر إلا إذا ارتأت في ذلك ضروريا للحفاظ على مصالحها.

ويعتبر الصالح العام اشتراطا لا مفر منه لمشروعية تدخل الدولة، ولقد اتفق الفقه والقضاء على ضرورته، وأكده التحكيم فبمناسبة قضية l'Anglo Iranian، اعتبرت محكمة التحكيم أن مصادرة الامتياز لا يكون مشروعا إلا إذا تدخلت الدولة لأسباب الصالح العام ذو الأهمية الحيوية . فممارسة السلطة الاستثنائية لا يعتبر مبدءا و إنما هو رخصة ممنوحة على سبيل الاستثناء، لا يمكن للدولة صاحبة السيادة التعسف في استعمالها للتحلل من التزاماتها بدون مبرر وجيه.

ب*النتائج المالية المترتبة عن التدخل بالإرادة المنفردة:

إن ممارسة جرعات السلطة أو السيادة، لا ينبغي أن يضحي بمصلحة المستثمر الأجنبي الذي لا يقبل تقديم خبرته و التعاون مجانا و إنما بهدف تحقيق فوائد من خلال التعاقد. فلكل سلطة استثنائية هناك جرعة من المسؤولية، تضمن التعويض العادل، و في هذا الإطار نصت الفقرة 2 من المادة 23 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري على أنه:"يترتب عن الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف" و كذلك الفقرة 2 من المادة 10 من قانون الاستثمار 18/22 و التي تنص على أنه:" يترتب عن التسخير تعويض عادل ومنصف طبقا للتشريع المعمول به". هذا التعويض يمس أضرار تنتمي إلى أنظمة قانونية مختلفة مادية ومعنوية.

وفي هذا نشير الى الحكم الصادر في سبتمبر 2020 عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي، في قضية الدولة الجزائرية ضد مالك شركة أوراسكوم تيليكوم، حول

[54]LICHER Laurent ,droit des contrats administratifs. LGDJ. Paris. 1995. p 184.

ممارستها حق الشفعة ضد تنازلها عن شركة جازي لشركة الاتصالات الروسية فيمبلكوم، الذي قضى بحق الدولة الجزائرية بممارسة حق الشفعة، مع تعويضه لها بمبلغ 3. 5 مليون دولار أمريكي[55].

فالمستثمر باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في مواجهة الدولة المتمتعة بامتيازات السلطة العامة يكتفي بطلب الإصلاح المالي بهدف تعويض الأضرار المترتبة سواء تعلق الأمر بالتعويض عن وقف عقود عمل المستخدمين قبل مدتها الطبيعية، مصاريف التحكيم، الضرر المعنوي المترتب عن المساس بالسمعة التجارية، أو أيضا المصاريف المرتبطة بالتمويل المكتتبة من طرف الشركة.

خاتمة:

في الحقيقة تعتبر ممارسة شروط الاستثمار معوقة للدولة المضيفة، فغالبا ما تضع قيودا مفرطة على امتيازات الدولة على حساب هدف الصالح العام الذي تصبو إليه. بالتوازي مع ذلك تؤدي إلى تعزيز سلطات المستثمر الأجنبي في حين أنه يتمتع بحماية واسعة توفرها له الاتفاقيات الدولية التي تربط الدول المضيفة، لاسيما بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار التي يكمن هدفها الوحيد في حماية الاستثمارات المنفذة من طرف الأجانب.

هذا و أن الممارسة العملية تكشف أن ميزان القوى ليس بالضرورة على حساب المستثمر، فغالبا ما تتعاقد الدولة المضيفة مع شركات متعددة الجنسيات، كما أن مظاهر تركز هذه الأخيرة يجعل منها أكثر قوة من العديد من الدول الإفريقية. فالقوة الاقتصادية لهذه المجموعات والدعم التي تحظى به من دولها، لا يقابله بشكل عام إلا تبعية الدول السائرة في طريق النمو لهذه الاستثمارات الأجنبية. فلأنها تعتمد، وفي أمس الحاجة لهذه الأخيرة، أصبحت الدول المضيفة ضعيفة وهشة، وهو ما يزيد من خطر التعسف الذي قد تمثله بنود الاستثمار. فللمستثمر الأجنبي باعتباره في وضعية قوة اقتصادية وقانونية كل ما يلزم لإخضاع الدولة المتعاقدة على حساب شعوبها، وفي هذه الحالة لن تساهم اتفاقات الاستثمار في خلق فرص عمل، ولا اقتصاد الدولة.

من جهة أخرى فإن ممارسة بنود الاستثمار تؤدي إلى تراجع مهمة المرفق العام، فمن خلال منع الدولة من حقها في تعديل العقد وإلغائه بإرادتها المنفردة، تعطي للمستثمر سلطة ضغط إضافية، ومن هذا المنظور أحادي الوظيفة تعتبر حماية المستثمر غاية في حد ذاتها على حساب تطور وتنمية الدولة.

[55] حيرش نور الدين، يحياوي سعاد، موقف المشرع من شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2021 ، ص862.

من هذا المنطلق لا يمكن لهذه البنود لوحدها، شل القدرات الأساسية التي تقتضيها احتياجات مجتمع وطني من خلال إلزام الدولة بعدم تأميم مشروع أو التخلي عن امتيازاتها، فهي لا تظهر كمتضمنة منعا للدولة من تعديل إطارها القانوني، وإنما كعقبة أمام تطبيق هذه التعديلات على المستثمر.

وبعيدة عن تقليص منازعات الاستثمار الدولية تعتبر بنود الاستثمار الأصل فيها، مع ذلك يمكن أن تثبت فعاليتها في إطار التعويض.

هذا الاستخلاص الذي يقلص من فائدة هذه التعهدات الحمائية يتأكد بتبني شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار. فمثل هذه التعهدات لا يمكن أن يفسر إلا كاعتراف بقابلية العقد للتغيير و التعديل في حالة تغير الظروف الأولية .

فان كان يجب على الدولة أن تفرض تعديلا فيجب النظر إلى هذا التدخل على أنه تغيير في الظروف الذي يؤدي إلى إعادة التفاوض إما من أجل استئناف العمليات، أو تقدير التعويضات.