جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الشعبة :حقوق

التخصص :علاقات دولية خاصة

من إعداد الطالبة : بن الزوخ جمعة

شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي

نوقشت بتاريخ : 2014 06/01

الدكتور/ مهداوي عبد القادر	أستاذ محاضر (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
الدكتورة/ لعجال يسمينة	أستاذة محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا
الاستاذ /بالطيب محمد البشير	أستاذ مساعد (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية :2015/2014

مقدمة

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدوليةالخاصة المعاصرة وأصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل إهتمام فقهي مع أواخر القرن 19 وبداية القرن 20 ،والأصل العام أن العقود الدولية تخضع لقانون الذي يحكم إرادة الأطراف ويكون لسلطان الإرادة دخل كبير في العقود الدولية والقانون المختار هو الذي يحكم العقد ويهيمن عليه بقواعده القائمة وقت اختياره، وما قد يطرأ عليه من تعديلات تشريعية ، إلا أن هذه التعديلات التشريعية التي تطرأ على العقد تؤثر على أطراف العلاقة التعاقدية ، وليس المستثمر أكثر تضررا من الدولة ، لذا وجب على الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة أن يضمن حماية له من المخاطر غير التجارية ويكون هذا بطلب المستثمر من الدولة ضرورة استقرار قانونها على العقد في اللحظة التي تم ابرام العقد فيها ، ولعل إدراك أهمية هذه العقود بالنسبة للدول النامية هو الذي دفع بجانب من الفقه لهذه الدول أن يهتم بها ويدرسها على نحو تفصيلي وهي تثير الكثير من المشاكل عند إبرامها والتفاوض بشأنها ،كما أنها لا تخلوا من المشاكل حتى بعد إبرامها و تظهر أهميتها بالنسبة لاقتصاديات الدولة ،فهي تعد الركيزة التي بواسطتها يتم بناء الهياكل الاقتصادية للدولة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة ، فالتطور الحاصل على صعيد التجارة الدولية أدى بظهور هاته العقود التي أثارت حولها الكثير من المشاكل القانونية مما جعل الدول النامية تعتبرها كأداة لتحقيق أهداف وخطط التنمية الاقتصادية فلهذه العقود دورا كبير في التأثير على اقتصاد الدول .

ومن بين هذه العقود نجد عقود الاستثمار التي تعد من العقود الدولية ، فهي عقود رضائية تستمد قوتها الإلزامية من تراضي الأطراف المعنية وتحرره من الخضوع الحكمي لأحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة لكي يتلاءم مع الحياة الاقتصادية ،وهذا ما يسعى إليه الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة وهو تفادي اختيار القانون الوطني كقانون حاكم للعقد وذلك تفاديا للمخاطر الناجمة عن التغيرات والتعديلات التي تطرأ على القانون ولاسيما التي تتعمد الدولة الى إجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدي ، إلا أن الطرف الأجنبي فشل في إقناع الدولة من خضوع علاقتهما لقانون آخر فلم يبقى له سوى أن يمنعها من تغيير قانونها بإرادتها المنفردة ، وهذا بغل يدها عن المساس بالتوازن التعاقدي .

فعقود الاستثمار الدولية تشير الى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة والتي غالبا ما تكون من أقطار العالم الثالث مع مستثمر أجنبي وعادة ما يكون شركة دولية من أجل إقامة مشروع استثماري أو بمعنى آخر أن العقود الاستثمارية هي العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها من طرف أجنبي خاص في حقل الاستثمار وهذا نظرا لما تحققه هذه الاستثمارات من عوائد على الدول المضيفة وهذا في ظل التحولات المعروفة

باسم العولمة، فقد أصبحت العديد من الدول النامية في حاجة ماسة الى تطوير منشآتها ومحاولة مواكبة التطورات الاقتصادية فعملت على جلب الاستثمار الاجنبي من خلال توفير المناخ المناسب لها ووضع ضمانات وتحفيزات للمستثمر وتعد فكرة الحماية القانونية والضمان من أبرز الأسباب التي تحدوا بالمستثمر أن يقرر أين ستكون وجهته في العالم النامي بالتحديد وتكمل هذه الفكرة في منح المستثمر الأجنبي ضمانات ضد المخاطر التي قد تتعرض للمشروع الاستثماري في الدول النامية ،ففي ظل هذه الضمانات يتحقق له الآمان ويجعل المشروع الاستثماري دوما في أمان ،فإذا كانت العقود الاستثمارية التي تبرمها الدولة مع المستثمر الاجنبي يكون أساسها هو خضوع هذه العقود لقانون الدولة المضيفة ويكون القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق عليها ،فإن الدولة سعت الى ضمان ثبات أحكامها من خلال تعزيز طبيعتها التعاقدية الخاصة وتضمينها شروطا تكفل هذا الثبات بمعنى آخر أنه من بين الحوافز الممنوحة للاستثمارات الاجنبية هو تثبيت النظام القانوني للاستثمار الذي يسعى المستثمر الى إدراجه في العقود التي يبرمها مع الدولة لذا نجد أن بعض الدول قد أدرجته ضمن نصوص قانونية خاصة به وهناك من أدرجها في اتفاقيات دولية

وأما عن أهداف الدراسة ،فتتمحور دراسة شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي في محاولة تسليط الضوء على جانب من موضوع الاستثمار الاجنبي في الدول النامية وهو محاولة إبراز ضرورة و أهمية استخدام هذا الشرط ،الذي يهدف الى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية من جهة ومحاولة جلب الاستثمار من جهة أخرى والسبب الذي جعلنا نسلط الدراسة على هذا الموضوع هو محاولة جعل المناخ الاستثماري أكثر استقرارا وملائمة من خلال توفير الضمان والحماية للمستثمر الأجنبي وبعث الثقة و الطمئنينة في نفسية المستثمر وهذا ما لجأت إليه كل الدول ويتضح ذلك من خلال التقارير الدولية للاستثمار

ولقد تم تناول هذا الموضوع في عدة دراسات سابقة نظرا للأهمية التي يمتاز بها ونظرا للصعوبات التي يواجها هذا النوع من المبادئ التي يسعى المستثمر للوصول اليها للأهمية التي تمتاز بها ، فالتطور الحاصل في الاقتصاد الدولي جعل الدول تهتم بدراسة شروط الثبات وخاصة الدول النامية وهذا يعود الى ضرورة مواكبة التطور الحاصل في الدول المتقدمة ومحاولة تحقيق تنمية اقتصادية لذا نجد أغلبية الدول تسعى جاهدة الى ضرورة الاهتمام بهذا الجزء من الضمان ، فنجد الدول اهتمت به وهذا بإبرام مؤتمرات دولية في هذا الشأن، و تلك الدراسات التي سبقت لم تكن بشكل مخصص وإنما كانت دراسته كجزء من الكل أو دراسته كفرع فقط ،ونظرا للأهمية التي يمتاز بها فإن

أغلب العقود الدولية ذات العنصر الاجنبي لا تخلوا منه وقد اهتمت به العديد من الدول وهذا في الملتقيات الدولية لذا أردنا أن ندرسه بشكل تفصيلي

و نجد الدول تحرص على توفير الاطار القانوني الذي يضمن الحماية الكافية للمستثمر لذا تبرز أهمية الشرط من خلال محاولة تشجيع الاستثمار الدولي الذي يشترط الاستقرار التشريعي ، فهذا الشرط يهدف الى إبعاد مخاوف المستثمر من فقدان امتيازاته ومحاولة اخضاع العقد لقانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد الى غاية انقضائه وبالرغم من استقرار كل من الدولة والمستثمر على إقرار هذا الشرط الذي أصبح مكرسا في كافة عقود الاستثمار إلا أن تطبيقها أثارت العديد من النزاعات بين الدولة والمستثمر حول مفهوم الشرط ومعاييره وطبيعته القانونية ، والآثار المترتبة عليه ،وهذه النزاعات قد تسبب خسائر ، ليس للمستثمر بقدر ما تكون للدولة المضيفة خاصة وأن غالبية عقود ضمان الاستثمار لا تشمل مسألة الثبات ، مما يزيد من خطورة كلا الطرفين وهذا من ناحيتين ، فالدولة متمسكة بسيادتها وقوتها وحريتها في تعديل وتغيير قوانينها فيما يتناسب مع مصالحها وهي مسألة يوفرها القانون للدولة وتعد من النطاق المحفوظ لها والناحية الثانية هي أن المستثمر متمسك بهذا الشرط نظرا للحماية التي يضمنها له وعليه نطرح التساؤل التالي :

هل يمكن أن ينتج هذا الشرط أثره في تثبيت القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية ؟

وسنتولى دراسة وتحليل هذه الإشكالية للوصول الى إجابة عليها وعلى ضوء ذلك نقسم دراستنا الى فصلين :

الفصل الأول بعنوان تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وسنتناول فيه آليات تكريس هذا الشرط في عقود الاستثمار، وهي الآليات التي تضعها الدولة من أجل وضع ضمانات و الحوافز التي من خلالها تسعى الدولة الى جذب رؤوس أموال المستثمر ومن أجل ضمان حرية الطرف المتعاقد وكذلك سنحاول أن نرى كيف نظرت الهيئات الدولية إلى هذا الشرط وهل أدرجته أم لا ، أما المبحث الثاني أخذنا المشكلات التي تواجه تكريس شرط الثبات في عقود الاستثمار الدولي .

أما الفصل الثاني فكان بعنوان التأصيل القانوني لشروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي ،بحيث رأينا تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وهذا من خلال النتائج المترتبة عن هذا التكريس والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الشرط .

و سنتبع المنهج التحليلي للإجابة عن هذه الإشكالية للوصول إلى حل مقنع والمنهج التحليلي هو الأنسب في دراسة الموضوع وهو الذي تقتضيه الدراسات القانونية وتحليلها مع إدراج في بعض الحالات المنهج المقارن لأنه لا تكمل الدراسة إلا به .

التشكر

الشكر لله أولا وآخرا والحمد لله على أن وفقني لإتمام مشواري

الدراسي ثم بعد أتوجه بشكري الى :

الدكتورة لعجال يسمينة التي أطرتني في هذا البحث

والى الدكتور مهداوي عبد القادر والى الاستاذ بالطيب محمدالبشير مناقشي في هذا البحث

والى مكتبة الحقوق بجامعة قاصدي مرباح ورقلة

وأخص بالذكر الأخ عبد القادر الذي فتح لنا أبواب المكتبة وساعدنا بكل

وسائل البحث الورقي والالكتروني

كما أتوجه بالشكر لكل من ساعدني من قريب وبعيد والى كل

أستاذ علمني معنى القانون

الاهداء

الى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي الطموح والمثابرة

والدي العزيز والى نبع الحنان أمي الغالية

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي إخوتي

والى من ضاقت السطور من ذكرهم فوسعهم قلبي أصدقائي

إلى كل من دعا لي بالنجاح والتوفيق

بن الزوخ جمعة

الفصل الأول

تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي

لقد تم تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولية ،بحيث يعد هذا المبدأ من المبادئ والحوافز التي تضمن للمستثمر الحماية في هذه العقود وتكريس هذا الشرط بمعنى إدراجه في صلب القوانين وتعد عقود الاستثمار الدولية من أهم عقود الضمان التي تتخذها الدولة وسيلة لجذب الاستثمار وتعمل هذه العقود على تحفيز الاستثمار داخل أراضي الدول المضية، فقد أضحت هذه العقود بمثابة المفتاح الأساسي الذي تسعى من خلاله الدول الى تحقيق تنمية اقتصادية مستدامة ،ومن الملاحظ أن فكرة جذب رؤوس الاموال الأجنبية ليست قاصرة على الدول النامية فقط ولكنها وسيلة تستخدمها كل الدول وهذا لتحسين وضعها الاقتصادي ،فهذه العقود قد تكون طويلة الامد مثل عقود البترول وغيرها وتبرز أهمية عقود الضمان في جذب أي استثمار يحقق لها مطامحها عبر تكريس شرط الثبات في هذه العقود و منح هذه الاستثمارات مكانات قانونية وضمانات تحقق للمستثمر اطمئنان على مشروعه الاستثمارينفعقود الضمان الهدف منها جذب الاستثمار ومحاولة حمايته من المخاطر التي تواجه المستثمر في مشروعه ، فهي تلعب دورا بارزا في تنمية وتطوير المجتمعات الدولية ،إذن فهي عبارة عن عوامل تشجيع وتحفيز للمستثمر لكي يسعى الى استثمار رأس ماله داخل أراضي الدول المضيفة وبما أن هذه العقود قد تكون طويلة المدى إلا أ ن الأحوال السياسية للدول قابلة للتغيير في قوانينها ونظرا لإمكانية أن يتم تعديل الحقوق التعاقدية للأطراف في عقود الاستثمار باعتبار الدولة سلطة العامة ولها السيادة الكاملة في تغيير قوانينها متى استلزم الأمر.

ونظرا لما تتسم به عقود الضمان من تعقيدات كثيرة فإن المستثمر يبحث دائما عن المكان المناسب لمشروعه الاستثماري ويعمل على توفير بيئة مشجعة له من خلال توفير الضمانات التي تكفل الامن الاقتصاديوالقانوني والتي تنظم قطاع الاستثمارومدى انخراط كل دولة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالاستثمار لذا لابد من وجود ضمانات تعمل على جذب الاستثمار الأجنبي الى الدولة.

لذا تم تكريس شرط الثبات التشريعي بموجب نصوص قانونية واتفاقات دولية ، وتمثل هذا التكريس في الآليات تكريسه في عقود الاستثمار الدولي (المبحث الأول) ، إلا أن هذا التكريس لشرط الثبات التشريعي واجهته عدة مشكلات وخلافات فقهية (المبحث الثاني).

المبحث الأول :آليات تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي

تعد آليات تكريس شرط الثبات التشريعي من الآليات التي عملت أغلب التشريعات على وضع جملة من الضمانات من خلالها ، ومن بين الضمانات التشريعية التي سعت من خلالها الى محاولة تحريك رؤوس أموالها من جهة ومن جهة أخرى هي من أجل حماية وجذب الاستثمار الى أراضيها فالدولة تبرم عقودا استثمارية سواء كانت شركة أو شخص وتتضمن هذه العقود في الواقع أحكام تنضم عقودا و التزامات الطرفين المتعاقدين ويتضمن العقد الاستثماري لما قد نص عليه القانون الداخلي أو ما تضمنته الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها وتعددت آليات تكريس شرط الثبات التشريعي ما بين آليات قانونية (المطلب الأول) ، والهيئات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول :الأليات القانونية

تعتبر الأليات القانونية من الدوافع التي عملت وساعدت الدول على تشجيع وجذب الاستثمار الدولي الى أراضيها وتضمنت هذه الآليات القانونية الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) ، و القواعد التنظيمية (الفرع الثاني)

الفرع الاول : الاتفاقيات الدولية

مع تنامي المعاملات التجارية في الوقت الراهن بشكل مذهل على مستوى التجارة الدولية تسارعت وتنافست الدول لوضع أنظمة قانونية محفزة لتنشيط مبادلاتها التجارية وجذب الاستثمارات الأجنبية على مستوى أقاليمها عن طريق منح جملة من الضمانات والحوافز تعمل على تشجيع الاستثمار، فقد أبرمت اتفاقيات دولية لتشجيع الاستثمار ولمعرفة مكانة شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لابد من معرفة مفهومه (أولا) ، وبعد ذلك نظرة الاتفاقيات الى هذا الشرط.

أولا :مفهوم شرط الثبات التشريعي

تعد أهم الضمانات الاستثنائية التي يتم الاتفاق عليها بمقتضى عقد الاستثمار هي تثبيت النظام القانوني وشرط تعهد الدولة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة ، لذا قبل التطرق للاتفاقيات التي نصت وأدرجت شرط الثبات التشريعي في موادها لابد أن نوضح تعريف شرط الثبات التشريعي(1)، والمعايير التي ينبني عليها(2).

1_ تعريف شرط الثبات التشريعي

ويقصد بشرط الثبات التشريعي تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت ابرامه أكثر ذيوعا في العقود التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي إذن شرط الثبات التشريعي هو الشرط الذي تضعه الدولة المضيفة للاستثمار الذي يجعل الدولة غير قادرة على اجراء أي تعديل أو تغيير للقانون السابق فحق الاطراف في تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان غير أنه وخروجا على هذا الاصل[1] تقر بعض التشريعات وأحكام التحكيم للأطراف سلطة التجميد الزمني لقانون العقد بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الارادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت ابرام العقد مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل،فأغلب النظم السياسية التي تدعوا الى الانفتاح على العالم في مجال الاقتصادي والتي تبحث على الزيادة في قدرتها الانتاجية تعمل على تشجيع الاستثمار وهذا لتحقيق تنمية اقتصادية وتخفيف أعبائها في نفس الوقت تعمل هذه الدول على سن تشريعات ووضع ضمانات تحفيزية من بينها شرط الثبات التشريعي ،فقد حاول الفقه منذ القدم أن يقيم التوازن بين الارادة الفردية وإرادة القانون بل وسعى الى تأكيد هيمنة الاولى على الثانية لما تقود اليه إرادة القانون من تحقيق الأمان والاستقرار للروابط القانونية إلا أن تطور الفكر القانوني أعطى لإرادة الاطراف العديد من السلطات على غرار تحديد القانون الواجب التطبيق وقد بدأ ذلك في الاعتراف من القضاء بسلطة الاطراف في تجميد قانون العقد من حيث الزمان بحيث لا يسري عليهم إلا أحكامه النافذة وقد أبرم وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك[2].

فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أنه على الدولة أن تحترم تعهداتها الدولية التي التزمت بها بمطلق إرادتها[3]

فلا أحد يحق له أن ينكر دور الدولة المضيفة في تغيير أو تعديل نصوصها القانونية الخاصة بها أو ما يعرف بنظامها القانوني وفقا لما تقتضيه مصالحها ،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 ،وذلك لأنه حتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود ،فإن هذه الارادة يجب أن يعبر عنها في

[1] بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ،2006ص162

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهظة العربية ، القاهرة 2008ص304

[3] عمر هاشم صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية2008ص 58

مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي ،وليس في تشريع الاستثمار الداخلي ويفترض فيه أنه عرضة للتعديل والالغاء[1]

فيسعى الطرف الاجنبي المتعاقد معها الى تفادي اختيار قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد في أغلب الاحيان وذلك لتجنب المخاطر الناجمة عن تعديل وتغيير قانونها لاسيما تلك التي تعهد الدولة الى اجرائها للإخلال بالتوازن التعاقدي بينها وبين الطرف الاجنبي ،ففي واقع الحال أنه يظهر لنا أن المهتمين بتلك العقود يحاولون عزلها عن القانون بمعنى محاولة عزلها عن القانون الذي يخضع لتعديلات وتغيرات التي تضعها الدولة بمعنى آخر تجميد العقد في الزمان فتعد هذه الشروط من الشروط المألوفة في عقود الدولة على وجه الخصوص إلا أن هذا لا يعني عدم إمكانية وجود هذا النوع من الشروط في عقودالتجارة الدولية ،فشروط الثبات التشريعي تعد كأصل عام شروط غير معتادة في عقود التجارة الدولية التي لا تكون الدولة طرفا فيها ولعل ذلك هو مايفسر عدم اهتمام الفقه في مجموعه بالتعرض لدراسته

2_ المعايير التي ينبني عليها تقسيم شرط الثبات التشريعي

إن الغاية الاساسية التي تسعى اليها شروط الثبات التشريعي الى تحقيق حماية كافية ولازمة للطرف المتعاقد مع الدولة من الازمات التي تطرأ وتواجهه في عمله وهكذا يضع شرط الثبات التشريعي حدودا على سيادة الدولة ،وبالتالي فإنه لا يكون للقانون الجديد أي أثر على العلاقة التي تكون بين الدولة والمستثمر الاجنبي ،ويتخذ شرط الثبات التشريعي من حيث مضمونه إما شكل الطابع العام ويكون هذا في حالة ما إذا تعهدت الدولة بعدم سريان كافة تشريعاتها الحديثة على العلاقة التعاقدية ، وإما الطابع الجزائي وهو عدم سريان بعض القوانين الداخلية دون سواها من القوانين الاخرى ،أما من حيث النطاق فشرط الثبات التشريعي يأخذ شكل الطابع المطلق وذلك عند ما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد على العلاقة التعاقدية مثل عقود الامتياز المبرمة عام 1933بين PERSE –presianet l'anglo

أما الطابع النسبي إذا كان التعهد يشمل فقط على تجنب الاخلال بالتوازن الاقتصادي والاضرار بالتعاقد الخاص وقد اتفقت غالبية الدول على ادراج شرط الثبات التشريعي في صلب الاتفاقيات التي تبرمها الدول مع المستثمر[2]

[1] هدى سليم ، التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء إتفاقيات ومراكز التحكيم العربية ، رسالة ماجستار، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة 2008ص92

PERSE –presianet l'anglo اسم لشركة اجنبية

ونظرا لعدم قدرة المستثمر الاجنبي في أغلب الحالات في جعل الدولة المتعاقدة معه على اللجوء الى التحكيم أو اختيار قانون آخر غير القانون الاصلي للدولة أو خضوع العقد لقانون دولة آخرى ،فلم يبقى له سوى حل واحد وهو غل يد الدولة وذلك بتأكيد عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة في قانونها على العقد بحيث ينص صراحة في العقد على أن القانون الذي يسري على العقد هو قانون الدولة المتعاقدة بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت ابرامه مع استبعاد أية تعديلات لاحقة تطرأ على القانون [1].

إذن كما رأينا فإن هذا الشرط لتحقيق غايته وإبراز هدفه لا بد من أن يدرج في العقد على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق ،وإما تجميد القانون وعليه فإن الهدف الرئيسي من شرط الثبات التشريعي هو إخضاع العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبيإلى قانون ثابت ومحدد منذ انعقاد العقد الى انقضائه، وتعد الضمانات التي أوردتها التشريعات غير كافية لجذب المستثمر الأجنبي.

ثانيا _ نظرة الاتفاقيات لشرط الثبات التشريعي

لذا ظهرت الحاجة الى تدويل وسائل الحماية من خلال اللجوء الى الاتفاقيات الدولية التي تتضمن المبادئ الاساسية المتفق عليها دوليا في مجال معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي وكذلك اللجؤ إلى التحكيم لتسوية المنازعات،فنجد من بين الاتفاقيات الدولية الاتفاق بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية "تكساكو كلاسيك " الذي أثبت فيها الاجتهاد القضائي على شرعية هذا البند بإقرار أن شرط الاستقرار يمنع الدولة الليبية من أن تقوم بتأميم مصالح الشركات الامريكية بطريقة ضمنية [2] و لقد شرعت الجزائر في تشجيع الاستثمارات علىأراضيها فهو يشكل إحدى المحاور الاساسية التي تهم الدولة ،فهو يؤثر بشكل مباشر على اقتصاد الدولة فهي تلعب دورا فعال لتحقيق تنمية مستدامة الى جانب اعتبارها حركة رؤوس الاموال من دولة الى أخرى لذلك سعت الدول المضيفة الى المصادقة على عدة اتفاقيات تعمل على تشجيع الاستثمار فنجدها أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمارات تتضمن المبادئ الاساسية المتفق عليها من بينها مبدأ الاستقرار التشريعي الذي تتمحور حوله دراستنا [3]

---

[2] وليد محمد عباس ،التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2010ص673

[1] حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومة ،(د–س) ص 55

[2] خديجة بن سويح ، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ن كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، سنة 2007/2006 ص 61

[3] سعيداني الوناسي جقجيقة ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر كوسيلة تحفيزية لجذب المستثمر الأجنبي ،الملتقى الوطني المداخلة السادسة _تنظيم العلاقات الدولية الخاصة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ورقلة 26/25/أفريل / 2012 ص 48

فيعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار ،فعادة ما توافق غالبية الدول على إدراج الشرط في صلب اتفاقياتها تتعهد بمقتضاه بعدم إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الداخلي والتي من شأنها الاخلال بالتوازن التعاقدي بينها وبين الطرف المتعاقد معها [1].

فهذه الشروط تستهدف بالدرجة الاولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت ابرامه ،وتعهدها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي الى الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ،والاضرار بالطرف الاجنبي المتعاقد معها [2].

هذا يعني ان الدولة لابد أن تقدم للمستثمر مجموعة من الضمانات التي تضمن الحماية الكافية للمستثمر وأن تلتزم بتعهداتها القانونية التي تم انعقاد العقد اثنائها، ولعل أهم الضمانات الاستثنائية التي يتم الاتفاق عليها بمقتضى عقد الاستثمار وهي تثبيت النظام القانوني للاستثمار ،وشرط الضمان الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة [3].

ويثبت هذا الشرط بموجب اتفاقية دولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الاطراف تتعهد فيها الدول الاطراف بحماية استثمارات الدولية من خلال حظر اجراءات تعديلات تشريعية أو اتخاذ اجراءات تضر بمصالح الطرف الاجنبي المستثمر في الدولة المضيفة وتهدف هذه الشروط الى الاستقرار وتوفير الحماية للطرف الأضعف ، وهي تمثل للشخص الأجنبي شرط واقي [4].

وهذه الشروط يجب أن يتمسك بها المستثمر الاجنبي وتضمينها في العقد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفي هذه الحالة ستنشأ حماية قانونية دولية للعقد الموقع بين الطرفين إضافة الى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد [5]

---

[1] وليد محمد عباس ،المرجع السابق ،ص 674

[2] حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2003ص 324

[3] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ،الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها ،المصدر القومي للإصدارات ،الطبعة الاولى 2011ص 170

[4] « la clause de stabilisation à pour objectif dassure la protection de la partie faible à un contrat d'Etat » انظر Tiajojogueseverin peut – on stabiliser la notion de stabilisation en droit transnational ?.centre african de recherche sur les politiques Energétiques et minieres . 93 .Rue des maillets .Résidence clos margot .7200 le mans France .mars 2010انظرwww.carpen .info/dowloads

[5] محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق ،المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد ،20-21 -2013 ص 623 انظرhttp://sLconF –uaeu.ac.ae

فقد نصت عليه الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الشأن ونجد بعضها قد اوردت هذا الشرط ضمن الضمانات الخاصة بالحماية وتشجيع الاستثمار ،وتأخذ اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الدول إما شكل الاتفاقية الثنائية أو الاتفاقية الجماعية وتهدف الاتفاقية الى محاولة تجاوز التباين الاقتصادي فيما بين الدول ،لذا عملت هذه الاتفاقيات على محاولة توفير الحماية القانونية وهذا بادراج مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية من بينها الضمانات التشريعية التي يسعى من خلالها المستثمر الى محاولة الحفاظ على الرابطة التعاقدية بينه وبين الدولة المضيفة والسعي الى وجود استقرار في التشريع بمعنى أنه بفضل الشرط فإن المستثمر يعمل على غل يد الدولة ويرفض أي تعديل قانوني على العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة ويبقى العقد يسري عليه القانون القديم وفي هذا الصدد فإذا تعهدت الدولة بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن الالتجاء الى تأميم أموال أجنبية ،فإنها تعد مخلة بالتزاماتها الدولية ،إذا نقضت تعهداتها بعد ذلك وقامت بتأميم ممتلكات الاجانب وغيرها من الامثل التي تدل على ذلك وعلى المستوى الوطن العربي سعت الدول العربية لإبرام عدد من الاتفاقيات لتشجيع الاستثمار بين الدول العربية استنادا الى ميثاق جامعة الدول العربية والذي يقضي بتوثيق الروابط الاقتصادية والتعاون بينها [1] وأهم الاتفاقيات التي نصت على ذلك نجد أنه قد ورد النص على هذه الشروط في الاتفاق المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة freeportindoesiat في 07/افريل 1967 بحيث نصت المادة 14 منه على انه "تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أوأية جهة تابعة لها أن تتخذ طول المدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو ما شاءت ذلك [2].

ونجد بعض النصوص المبرمة بين أطراف العلاقة التعاقدية التي أدرجت في الاتفاقيات الدولية منها نذكر البند 4من الاتفاق المبرم بين دولة موريتانيا وشركة plant oil[3] والذي نص على أنه في حالة التعاقد فإن العقد لا يخضع للتعديلات اللاحقة في النصوص القانونية ويبقى العقد يخضع للقانون الذي تم ابرام العقد فيه .

وكما نصت المادة 26 من اتفاقية فينا بشأن قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ 23 ماي 1969 [4]على أنه "كل معاهدة معمول بها يرتبط الاطراف ويلتزم عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية " هذا يعني ان

[1] منى حسب الرسول حسن ،تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، ص 1421

[2] عدلي محمد عبد الكريم ،النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراء في القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2010 ص 157

[3] « la législation miniére stabilisée pour la durée de la p résente convention fait lobjet textes dont la liste figureen annexe à la présente convention et en fait partie intégrante »

[4] اتفاقية فينا ، المتعلقة بقانون المعاهدات ، الموقعة بتاريخ 23 ماي 1969

كلا الطرفين يكونا ملزمين بالاتفاق المبرم بينهما وشرط الثبات يكون ضمن الاتفاق لذا في حالة اخلال الاتفاق يترتب على الدولة المسائلة ،إلا أن هناك بعض الاتفاقيات ترى العكس فنجد اتفاقية تدابير الاستثمار المتعلقة بالتجارة فهي تهدف الى ازالة شروط الاستثمار التي تؤدي إلى تقييد التجارة الدولية ،وينص على عدم قيام أي دولة من الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية بوضع شروط أو إجراءات للاستثمار تتعارض مع أحكام الاتفاقية

ثالثا_موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي بالنسبة للاتفاقيات الدولية

أما المشرع الجزائريفقام بالاهتمام بالجانب الاستثماري على غرار الدول النامية ، وهذا من أجل حركة رؤوس الاموال وكذلك لتحقيق الامن والاستقرار القانوني في العلاقة التعاقدية بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي فقد تم التوقيع والانضمام الى عدة اتفاقيات الثنائية والجماعية تتضمن عدة مبادي وضمانات وضعتها الدولة من اجل جذب الاستثمار سواء كانت هذه الاتفاقيات مع الدول العربية أو الدول الاجنبية،ونظرا لتشابه المبادئ والضمانات التي نصت عليها نذكر من بينها اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسومبورغي لسنة 1991 نجد أن المرسوم الرئاسي رقم 91-345 قد نص في المادة 1/4 "يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي اجراء لنزع الملكية أو التأميم أو أي اجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها مستثمرون الطرف الآخر على اقليمها وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة [1].

نرى أن الاتفاقية قد أدرجت شرط الثبات التشريعي في نص هذه المادة بحيث أدرجت الدولتين في اتفاقهما أنه في حالة وجود مستثمر مع الدولة يجب على هذه الاخيرة أن تلتزم بالإجراءات القانونية المتفق عليها ومن بينها القانون الواجب التطبيق على العقد لابد أن يثبت في اللحظة التي تم فيها ابرام العقد ، وأن تلتزم بتعهداتها وألا تقوم بأي اجراء من شأنه يؤدي الى نزع الملكية ، لأنه من المقرر أنه لا يجوز أن يحرر انسان من ملكيته إلا إذا تطلبت ذلك المنفعة العامة أو تأميمها أو أي اجراء من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها المستثمر الاجنبي ، ويكون هذا في حالة ما إذا قامت الدولة بإجراء تعديلات على نصوصها القانونية فهذا يؤثر على المشروع الاستثماري ، إلا أنه يمكن على حسب المادة 2/4 أن تقوم الدولة بتطبيق القانون الجديد ،وهذا في حالة إذا كانت المنفعة عامة والامن أو المصلحة الوطنية تبرر تجاوز أحكام الفقرة السابقة .

[1] المرسوم الرئاسي ، رقم 91-345 المؤرخ في 26ربيع الاول عام 1412الوافق 5 أكتوبر 1991 ،المبرم بين الحكومة الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ،الجريدة الرسمية الجزائرية ،العدد46 لسنة 1991

أي أن للدولة الحرية في تغيير قوانينها إذا رأت أن هناك مصلحة عامة وهذا بشروط ، وهي أن تتخذ الاجراءات وفقا لأحكام قانونية بمعنى أن يصدر نص قانوني ينص صراحة على أنه يجب أن يخضع العقد السابق للنص القانوني الجديد والشرط الثاني هو ألا يكون هناك تمييز بين الطرفين .

أما الاتفاقية الثانية التي أبرمتها الجزائر والدولة الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار على ما نصت عليه الاتفاقية السابقة ، فبالرجوع الى أحكام المادة 1/4 من الفصل الثالث المعلون بعنوان حماية الاستثمارات التي تنص على "تستفيد الاستثمارات التي يقوم بها المواطنين أو الاشخاص المعنويين لإحدى الدولتين المتعاقدين على اقليم الدولة المتعاقدة الاخرى، من حماية و أمن ثابتين تأمين وكاملين بعيدا عن كل اجراء غير مبرر أو تمييز ي يمكن أن يعرقل، قانونيا أو فعليا تسييرها ..." [1].

فنلاحظ أن هذه الاتفاقية قد أدرجت شرط الثبات التشريعي ضمن بنودها، وهي أن المستثمر يحظى طيلة مدة الاتفاق بالحماية الكاملة وبقاء العقد المبرم بينه وبين الدولة يخضع للقانون السابق ولا يخضع للتعديلات التي تطرأ على العقد لأنه يوجد اتفاق بينهما يمنح للمستثمر الحماية والامن من أجل تشجيع الاستثمار وتحقيق تنمية اقتصادية مستدامة، أما إذا كانت هناك مصلحة عامة لأفراد الدولة فهنا يحق للدولة أن تقوم بالإجراءات اللازمة ، ويسري على العقد القانون الجديد .

ومن الجدير بالذكر أن تطور العلاقات على المستوى الدولي والتي كان من آثارها إبرام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمار نتج عنه أن أصبحت شروط الثبات التشريعي نادرا مايتم إدراجها في العقود الدولية ،فالدولة المضيفة للاستثمار تبرم غالبا اتفاقات مع دول المشروعات الاجنبية تتعهد بمقتضاها بإتخاذ كل الوسائل التي تتضمن توفير الأمن والاستقرار.

الفرع الثاني : القوانين التنظيمية

تتميز الدولة بسيادة عامة تمنحها سلطة اصدار قوانين تنظم شرط الثبات التشريعي وهذا الشرط يتضمن شروط تشريعية (أولا)، وشروط التعاقدية (ثانيا) وفي الأخير نتطرق الى موقف المشرع الجزائري (ثالثا)

[1] المرسوم الرئاسي ،رقم 91-345 المؤرخ في 26ربيع الأول عام 1412، الموافق 5أكتوبرسنة 1991 ،المبرم بين الحكومة الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي ، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الجريدة الرسمية ،العدد 46 لسنة 1991

أولا: الشروط التشريعية

وهي عبارة عن نصوص تشريعية وضعتها في صلب قانونها الوطني وهي نصوص تنص على مجمل الالتزامات التي تضعها الدولة وتلتزم بها اتجاه المشروع الاستثماري ،وأهم التزام تلتزم به الدولة هو عدم تعديل أو تغيير قانونها أو إلغاء القانون المنظم للعلاقة التعاقدية بينها وبين المستثمر وهذه الشروط تضعها الدولة التي ستستضيف المشروع الاستثماري كطرف في العقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الاخير بالتعهد بألا تقوم بأي تعديل لقانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق المبرم بينها وبين المستثمر الاجنبي .

و إن للدولة سلطة إصدار التشريعات داخل اقليمها بما يمكنها من تعديل أو إلغاء التشريعات التي تتعلق بالاستثمار على نحو يؤدي الى الاخلال بالتوازن التعاقدي ،وللدولة كذلك مزايا سيادية تستطيع بموجبها تعديل العقد أو إنهاءه بإرادتها المنفردة لذا من الطبيعي أن تلجا الشركات المستثمرة الى السعي لحماية استثماراتها عن طريق وضع شرط على الدولة المضيفة يقضي بالثبات التشريعي بالنسبة للقوانين المتعلقة بالاستثمار ليحد من سلطة الدولة التشريعية في تعديل العقد أو إلغائه وعدم المساس به بالإرادة المنفردة لها [1].

وقد أدرجت هذه الشروط بوضوح في جل القوانين الخاصة بالعقود النفطية وعقود الامتياز وكذلك نقل التكنولوجيا وادرج هذا الشرط ضمن القوانين الداخلية للدول ويدرج غالبا في العقود الدولية خاصة المتمثلة في عقود البترول فإن الاطراف العلاقة العقدية يجتهدون في تضمين العقد العديد من الشروط والسبب الرئيسي يعود الى أن هذه العقود تكون طويلة المدى وأن الطرف الاجنبي يحاول تأمين نفسه من المخاطر التشريعية لأن القوانين الداخلية للدول قابلة للتغيير وغير ثابتة وللدولة السلطة الكاملة في تغيير قانونها ،وإن كان التأكيد على القيمة التعاقدية لضمانات العقود النفطية وبشكل خاص شرط الثبات وتعهدات الطرف الوطني ،فإنه لا يمس مباشرة الدولة لسلطتها التشريعية كأحد مظاهر سيادتها إذ يعد هذا الشرط جزءا من العقد و لا يمكن أن يتعرض الى إعادة النظر فيه بقوة أكبر من العقد نفسه وشرط الثبات التشريعي يتضمن تعهدا من قبل الدولة المضيفة المتعاقدة في عقد الاستثمار ،وذلك بتثبيت القواعد القانونية الاقتصادية والمالية واجبة التطبيق على عقد الاستثمار ،وقد يقتصر التثبيت على جزء دون الآخر ،كأن يقتصر التثبيت مثلا على النظام الضريبي للمشروع الاستثماري بحيث لايجوز تعديل قواعد تحديد وعاء الضريبة

[1] عبد الرسول عبد الرضا وخير الدين كاظم ،تأثير الصفة الاجنبية في قانون الاستثمار العراقي ،مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ،تصدر عن كلية القانون ،جامعة بابل ،السنة الأولى ،العدد الاول ،2009ص 135

وتحصيلها ومعدلها بعد إبرام العقد كما يقرر عدم اخضاع المشروع للضرائب والرسوم التي تستحدث أثناء سير عقد الاستثمار وتنفيذ عقد المشروع الاستثماري ،ويمكن أن يقتصر التثبيت على تصدير رأس المال[1].

ثانيا : الشروط التعاقدية

وهي الشروط التي ترد ضمن بنود العقد الدولي ذاته وتنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة ،وهو القانون بأحكامه وقواعده وقت ابرام العقد مع استبعاد كل التعديلات التي تلحقه وهي التي يكون مصدرها العقد المبرم بين الدولة المضيفة والشركة المستثمرة والتي تنص صراحة على ان القانون الذي يسري على العقد عند حدوث أي نزاع بين الطرفين هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط عند ابرامهم للعقد[2].

فالهدف منها هو تحقيق غاية محددة وهي خضوع العقد المبرم بين الدولة والطرف الاجنبي المتعاقد معها الى قانون معين أي قانون الدولة المضيفة للاستثمار ،ومن أمثلة شروط الثبات التشريعي التي تهدف الى تجميد القانون الواجب التطبيق نجد المادة 47 من الاتفاق المبرم بين شركة غانا وشركة قولتا المبرم في 8فبراير 1962 والتي تنص على "الاتفاق المعني وكذلك كافة الوثائق الملحقة به قد تم ابرامها وترتب جميعها اثارها وفقا للقانون الغاني الساري في 22يناير 1962[3].

وكذلك العقد المبرم بين دولة الكاميرون واحدى شركات البحث في مجال البترول فقد نصت المادة 15 منها على مايلي :"لا يمكن أن تطبق على الشركة وبدون موافقتها على التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق " [4].

أما الدول العربية فنجد الاتفاق القائم بين تونس والشركات البترولية الامريكية نجد أنه تم تحديد القانون التونسي على عقد في حالة وجود نزاع بمعنى أن العقد المبرم بين الدولة التونسية والشركة الامريكية يخضع للقانون المتفق عليه لحظة ابرام العقد ولاتسري عليه التعديلات اللاحقة .

[1] رمضان علي عبد الكريم ديسوقي عامر ،المرجع السابق ، ص 171

[2] محمد موسى خلف الجبوري ،لنظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام ،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2013 ص 61

[3] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص 332

[4] احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص307

ثالثا : موقف المشرع الجزائريمن شرط الثبات التشريعي في القوانين الداخلية

وتحتاج الاستثمارات ضرورة توفر قانون ثابت ومستقر وهذا ما ذهبت إليه العديد من التشريعات ومن بين التشريعات نجد المشرع الجزائري قد نضم الاستثمار فنجد أنها اهتمت بهذا المبدأ فقد نجد المرسوم التشريعي 12/93الصادر في 5أكتوبر 1993قد تحدث عن هذا المبدأ في المادة 39 والتي نصت على انه "لا تطبق المراجعات والالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في اطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك "[1]بمعنى هناك حماية للطرف الاجنبي من التغيرات التي قد تطرأ في المستقبل ولم يتغير هذا المبدأ فقد نص عليه في الأمر 01-03[2] المؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422الموافق20غشت سنة 2001 ويتعلق بتطوير الاستثمار وقد نضم عدة مبادئ خاصة بالاستثمار نجد من بينها مبدأ الاستقرار التشريعي أو ما يعرف بالثبات التشريعي والذي نصت عليه المادة 15 منه فهو يعد من بين الضمانات الممنوحة للمستثمر الاجنبي ،ويتضمن هذا المبدأ كما سبق الذكر على أنه يجب على الدولة احترام نصوصها القانونية والتنظيمية المتعلقة بالاستثمار التي تم انجازها داخل التراب الوطني وخاصة هذه الاستثمارات تكون في مجال الطاقة في عقود البترول وعقود الامتياز لذا وجب على الدولة عدم ادخال تغيرات أو تعديلات عليها إلا اذا كان هذا بطلب من المستثمر في حد ذاته ،لأن اتخاذ هذا الاجراء يعد تعطيلا مؤقت مرغوب فيه من قبل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة في ممارسة صلاحياتهاالدستورية ،ويهدف الثبات في التشريع من تمكين المستثمر من متابعة نشاطه وفقا لشكل والاطار القانوني المتفق عليه من المزايا التي منحت من قبل الدولة [3].

وشرع المشرع في تعديل قوانين الاستثمار بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار الذي جاء بتعديلات هامة في مجال معاملة وحماية الاستثمارات الاجنبية ،بحيث تضمن أحكام مؤسساتية وتنظيمية تترجم نية المشرع في تشجيع رؤوس الاموال الاجنبية .

وقد تم تعديل المرسوم التشريعي 93-12في 2001 بموجب الامر رقم 01-03 المؤرخ في 20أوت 2001 الخاص بترقية الاستثمار الذي سبق أن ذكرناه وهذا من أجل منح المزيد من الضمانات للمستثمرين الاجانب وتحسين

[1] مرسوم تشريعي، رقم 93-12، مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 ،الموافق 5 أكتوبر سنة 1993 ،يتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية العدد 64 سنة 1993

[2] أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق 20غشت سنة 2001،يتعلق بتطوير الاستثمار ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 47 2001،

[3] عيبوط محند وعلي ،الحماية القانونية للاستثمارات الاجبية في الجزائر رسالة دكتوراء دولة جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2006/2005 ص 48 انظر ://www.ummto.dz

المناخ الاستثماري في الجزائر ، بالإضافة إلى صدور الأمر رقم 02/03 المتعلق بالمناطق الحرة الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم هذه المناطق والامتيازات التي تستفيد منها الاستثمارات الاجنبية[1].

وعمل المشرع الجزائري على تكريس مجموعة من المبادئ في المرسوم التشريعي رقم 12/93و الأمر 03/01 التي من شأنها جذب الاستثمارات الاجنبية فمبدأ التجميد التشريعي هو من بين المبادئ والضمانات التي سعت من خلالها الدول الى محاولة تحقيق الاستقرار التشريعي وقد أكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 39 من المرسوم رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار ثم في المادة 15من الامر رقم 03/01المتعلق بتطوير الاستثمار.

فهناك بعض الامتيازات يتحصل عليها المستثمر الاجنبي خلال الفترة التي يبرم فيها العقد بينه وبين الدولة المضيفة وهذه الامتيازات توفر له الحماية الكافية لمشروعه ،لذا يسعى هذا الأخير للحفاظ بالقدر المستطاع الحفاظ على مشروعيه وعلى الامتيازات الممنوحة له لذا فالأصل العام أن الاستقرار التشريعي دائما يكون لصالح المستثمر في أغلب الأحيان فهو يريد ضمان استثماره من التغيرات التي تطرأ على القانون لأن هناك الامتيازات الجبائية والجمركية فمنها الإعفاء الضريبي والإعفاء من الرسوم الجمركية ،فإذا كان في القانون القديم تم الاتفاق على الاعفاء الضريبي والاعفاء من الرسوم الجمركية بالنسبة للسلع وعند تغير الدولة لقانونها يكون في القانون الجديد قد تم إلغاء هذه الرسوم الجمركية والاعفاءات الضريبية فهنا لا يكون لصالح المستثمر فقد يخصر هذا الاخير مشروعه الاستثماري ،لذا يسعى دائما الى الحفاظ على القانون الذي تم فيه العقد.

لذا فإن تقيد بمبدأ التجميد التشريعي يلزمها بعدم تطبيق القوانين الجديدة على الاستثمارات التي شرع في انجازها ،فهو يمثل حماية اضافية للحقوق والامتيازات التي استفاد منها [2].

وقد أكد على هذا المبدأ في المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93 ثم المادة 15من الامر 03/01 المتعلق بترقية الاستثمار فيتضح م خلال المادة 15 أنه المشرع قد أعطى للمستثمر إمكانية الاستفادة من القوانين الجديدة في حالة ما إذا كان القانون الجديد يناسبه إضافة الى إمكانية ضمان وثبات القانون الذي تم إبرام العقد فيه.

[1] سعيداني لوناسيجقجيقة،الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر كوسيلة تحفيزية لجذب المستثمر الاجنبي ص 49

[2] عزرين عبد الرزاق ،النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية في الجزائر "واقع وأفاق "،جامعة خميس مليانة كلية الحقوق 2014/2013 http://193-194.80.11/jspui/bitstrem

إذن إذا كانت الدولة تحتفظ بالسلطة والسيادة وتعديل أو إلغاء أي قانون مسايرة للتطورات الاقتصادية وحاجيات اقتصادها فإن المستثمر يتمتع بحق مكتسب في الخضوع لتشريع الساري المفعول عند انجاز مشروعه كما يستطيع الاستفادة من الأحكام التشريعية والتنظيمة الجديدة إذا كانت تتضمن امتيازات إضافية [1].

ويطالب المستثمر بالقانون الجديد إلا في حالة ما إذا كانت هناك حوافز وضمانات في المجال الضريبي أو الجمركي تكون لصالحه .

المطلب الثاني :هيئات ضمان الاستثمار الدولي

تعتبر هيئات الضمان الاستثمارية الدولية من الهيئات التي تسعى الى حماية كلا طرفي العلاقة التعاقدية ، لذا اهتمت هيئات الضمان الدولية على تشجيع الاستثمار الاجنبي في الدول النامية وكذلك تشجيع حركة رؤوس الاموال وهذا بإدراج ضمانات وحواز تضمن للمستثمر تحقيق الحماية الكافية لها ،فكان من ابرز الضمانات هي منح المتعاقد الاجنبي مبدأ ثبات التشريع ونظرا لاهميته في العقود الدولية ،فقد عملت هيئات الضمان الاستثمارية على تكريس هذا الشرط ضمن بنودها منها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (الفرع الأول) ، وكذلك المؤسسة العربية (الفرع الثاني).

الفرع الاول :الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

أنشأت هذه الوكالة كجهاز لضمان الاستثمار في الخمسينيات من القرن العشرين وهي تلعب دورا كبيرا في تطوير وتنمية المناخ القانوني للاستثمار ،حيث تهدف إلى تشجيع المستثمرين الاجانب على الاستثمار في الدول النامية ولتحقيق ذلك قامت الوكالة الدولية بإصدار ضمانات للاستثمار المستوفية للشروط ضد الخسارة الناجمة من مخاطر غير التجارية ،فضلا عن إعادة التأميم [2].

أولا :اعتبار شرط الثبات التشريعي ضمانة من بين الضمانات التشجيعية بالنسبة للوكالة

كما تقوم الوكالة الدولية بوضع تحفيزات وضمانات تعمل من خلالها على تشجيع وتسهيل جذب رؤوس الاموال والهدف الاول من الوكالة هو حماية المستثمرات الاجنبية وتقوم الوكالة الدولية بتحسين ظروف الاستثمار

[1] Cfterki .la protection con vntionelle de l'invessementetranger en algerie R S JEP n2 2001 p 19

[2] لميا متولي يوسف مرسي ،التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الاطراف ،دار النهظة العربية ،الطبعة الاولى 2011ص 102

وتمكين الدول من جذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات ،فتقوم بحماية الاستثمارات الدولية فتعد احدى الخطوات الإجابية في اتجاه حماية الاستثمار الاجنبي ،وتهدف الوكالة الدولية للاستثمار الى تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية وتخص فقط الدول المنظمة للوكالة فقط خاصة الدول النامية ،فالإجراءات والقوانين واللوائح المنصوص عليها في الوكالة تطبق على جميع الدول الأعضاء ،فنجد أن الوكالة قد وضعت ضمانات لتسهيل حركة الاستثمار داخل الدول النامية ، ولعل ذلك يعود الى رغبة متبادلة بين الدول المتقدمة و الدول النامية لتحقيق تلك الضمانات الممنوحة للمستثمر والتي بمجرد دخول المستثمر في الاتفاق مع الدولة أو الشركة الوطنية يطالب بها من أجل حماية استثماراته وكذلك الدول النامية تحاول أن تعطي أفضل الضمانات للاستثمار الاجنبي لكي تطور من المستوى التقني فيها وإن البحث في مجال ضمانات الاستثمار التي نصت عليها الوكالة الدولية قد تعددت أو تضاربت أو تداخلت لكن المهم هو فكرة الضمان التي يحرص المستثمر دوما على وجودها [1].

فأغلب الدول النامية مستثمراتها تكون في المجال البترولي والتكنولوجيا فحاولت هذه الدول مواكبة العصر ومحاولة الوصول إلى ما توصل إليه الدول المتقدمة ،فعملت على وضع جملة من ضمانات من بينها شرط الاستقرار التشريعي أو ما يعرف بتثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد في اللحظة التي تم ابرام العقد فيها ويندرج عادة هذا الشرط في اتفاق الأطراف، وهو تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد [2].

ثانيا: موقف الوكالة بالنسبة لشرط الثبات التشريعي

وقد انضمت الجزائر الى الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 6جمادي الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995 ،يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

بالرجوع الى المادة 2/9 الخاصة بالتأميم والاجراءات المماثلة نجد أنها تنص على" اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ اجراء إداري مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره ..." [3].

---

[1] عبد الله عبد الكريم عبد الله ، الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الاجنبية ، دراسة مقارنة في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ،مجلة الحقوق،كلية الحقوق جامعة بيروت ،العدد الثاني ،2004 ص 24

[2] صلاح الدين جمال الدين ،محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2004 ص38

[3] المرسوم التشريعي 95-345 الصادر 6 أكتوبر 1995 المتعلق بإنشاء الوكالة الدولية للإستثمار ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد66 عام 1995

من خلال الفقرة يتضح لنا أن الوكالة الدولية قد أوردت شرط الاستقرار ،فتتدخل الوكالة في هذه الحالة وهي الحالة التي تقوم فيها الدولة بتغيير أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد فيجوز للوكالة أن تعيد التأمين أو تضمن للمستثمر الأجنبي قدرا كبير من الحماية ،إلا أنه وحسب ما جاء في المادة 34 من المرسوم التشريعي رقم 345/95 أنه لا يجوز للوكالة أو لرئيسها أو لموظفيها التدخل في الشؤون السياسية لأي عضو ومع عدم الإخلال بحق الوكالة في أن تأخذ في اعتبارها جميع الظروف المحيطة بالمستثمرات .

يعني هذا أنه لا يجوز للوكالة التدخل في الشؤون السياسية للدولة الطرف وباعتبار أن تغيير الدولة لقانونها أو إلغائه يعد أمرا سياسيا فهنا لا يحق للوكالة التدخل في هذا الشأن لأن هناك بعض العقود الدولية تحتاج الى أن تنجز في مدة طويلة قد تتجاوز العشر سنوات الى العشرين سنة فهنا يبقى الاشكال مطروح وهو في حالة تغيير الدولة لنظامها القانوني لذا فيحاول المستثمر تحقيق الاستقرار التشريعي الذي يسمح للمستثمر في إطار الحقوق و الامتيازات المتفق عليها والنظام التفضيلي الذي استفاد منه إذا كان من حق الدولة ادخال التعديلات الضرورية على نظامها القانوني خدمة لأهدافها الاقتصادية باعتباره من الحقوق السياسية للدولة ،فإن التقييد بمبدأ التجميد التشريعي يلزمها بعدم تطبيق القوانين الجديدة على الاستثمارات التي شرع في انجازها [1].

وعليه فإن الوكالة للاستثمار أشارت الى ضرورة الاستقرار وهذا حفاظا على حماية الطرف الاجنبي وضمان مشاريعه الاستثمارية ،ولا يحق للحكومة المضيفة أن تقوم بأي إجراء تشريعي أو أي إجراء آخر يترتب عليه حرمان المستفيد من ملكيته أو الحد منها ،أو الاضرار بمنافع أساسية لاستثماره أو أي اجراءات تتخذها السلطة التنفيذية ولا تشمل هه الاجراءات تلك التي تتخذها الدولة في إطار الاجراءات العامة والتي تكون بقصد تنظيم النشاط الاقتصادي [2].

وعليه فإن الوكالة الدولية تسعى جاهدة الى حماية المستثمر من تلك التغيرات والاجراءات التي تتخذها الدولة حيال قوانينها

الفرع الثاني : المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

[1] عزرين عبد الرزاق ،المرجع السابق ،ص 45

[2] عبد الله عبد الكريم عبد الله ،المرجع السابق، ص 165

لعل أهم ما يطمح إليه المستثمر هو تحقيق ضمانة كافية في مجال الاستثمار من المخاطر والتغيرات التي تطرأ على العقود الدولية في الاستثمار لذا فقد سعت الدول الى إيجاد آلية لضمان الاستثمار ضد كل مايقف أمام المستثمر الاجنبي وهذا تشجيعا للاستثمار ولجذب رؤوس الاموال لتحقيق تنمية اقتصادية مستدامة ،فأنشئت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام 1974 بعد أن صادقت عليها خمسة دول عربية ، والهدف الذي تسعى إليه هذه المؤسسة هو محاولة تقريب المستثمر من الدولة التي يريد الاستثمار فيها وتشجيعه وتقديم ضمانات له [1].

والهدف الأول من إنشاء المؤسسة هو تشجيع إنتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول المتعاقدة ، إلا أن المؤسسة العربية لم تهتم بتجميد قانون الدولة ، وقد تناولت أغلب المخاطر التي تواجه المستثمر مثل نزع الملكية والتأميم ، ومصادرة أموال المستثمر وكذلك عالجت المبادئ التي يقوم عليها الاستثمار ، إلا أن تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد أثناء ابرامه لم تهتم به والذي يعتبر من أهم الضمانات التي يسعى إليها المستثمر تخوفا من أن يخسر استثماراته لذا فإن المؤسسة اشترطت في الضمانات أن تكون الاستثمار جديد حتى تحقق له حماية كافية هذا الفراغ الذي لم تنظر إليه المؤسسة وهو أن الاستثمار الأجنبي معرض لتغيرات التشريعية التي تقوم بها الدولة بالرغم من اتفاقها مع المستثمر إلا انه هناك في بعض العقود التي تستلزم البقاء لسنوات عدة هي معرضة لهذا الشرط ويدخل هذا في حفاظ الدولة بسيادتها في تعديل أو إلغاء أي قانون مسايرة للتطورات الاقتصادية وحاجيات اقتصادها [2]

وعليه نستطيع أن نقول أن المؤسسة العربية قد اهتمت بالضمانات والحوافز التي تمن للمستثمر من أجل تحقيق منفعة اقتصادية للدولة من جهة ومن جهة أخرى هي ضمان قدر كبير من الحماية للمستثمر

المبحث الثاني :المشكلات التي تواجه تكريس شرط الثبات في عقود الاستثمار

علمنا أن هناك غاية من شرط الثبات التشريعي وهي تتمثل في غل يد الدولة وتجميد دورها بإعتبارها ذات سلطة عامة ويكون هذا في العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها أجنبي ويعتبر هذا الشرط من الشروط التشريعية يلجأ اليها المستثمر من أجل حماية مستثمراته ،إلا أن هذه الشروط تواجهها مشكلات عويصة تقف أمامها وهذا يرجع الى طبيعة شروط الثبات(التكييف القانوني) (المطلب الأول) وهذه المشكلات المتمثلة في سيادة الدولة (المطلب الثاني)و الحرية التعاقدية (المطلب الثالث).

[1] عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع نفسه ، ص 167

[2] عيبوط محند وعلى ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة ،الجزائر 2012 ص 84

المطلب الأول :التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي

فقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي فانقسم الى اتجاه مؤيد له واتجاه معارض فهناك من يرى أنها استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد (الفرع الأول) ، بينما يذهب جانب آخر من الفقه الى اعتبارها شروطا تؤدي الى اندماج القانون في العقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الاتجاه الذي يرى أن شروط الثبات هي استثناء عن سريان المبدأ الفوري والمباشر للقانون الجديد

فالجانب الاول يرى ان شروط الثبات التشريعي هي بمثابة استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد ،وذلك هو المبدأ السائد والمستقر في اطار القانون الداخلي ،سواء تعلق الامر بالقانون المدني أو القانون الاداري طالما كان هذ القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الامرة واذا اتفق الاطراف على سريان القواعد القانونية النافذة ،وقت ابرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه بل فقط يتوقف سريان قواعد الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد ففي هذه الحالة شرط التجميد هو شرط توقيفي لقوة سريان العقد في تعديله ويستند أنصار هذا الرأي الى عدة اعتبارات قانونية وعملية تضفي على الشرط شرعيته ولعلها تنحاز بمجملها لمبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد ومن هذه الاعتبارات ما يستند إلى قواعد الاسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون وبالتالي فإن الدولة ليس لها الحق في المساس بالعقد وإجراء تعديلات عليه ،ويرى هذا الاتجاه أن شروط الثبات التشريعي هي أثر ما اتفق عليه الاطراف ومن ممارسة سلطاتها التشريعية في اجراء أي تعديل في قانون العقد والذي يكون من شأنه المساس شرط العقد دون موافقة الطرف المتعاقد معها ،فالحق في التأميم وفقا لهذا الرأي يقع باطلا اذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لأجل مصلحة [1]

إلا أن هذا الاتجاه تعرض لعدة انتقادات وهي أن رأيهم لا يتفق مع المنطق القانوني بحيث أن طبيعة العقود الاستثمارية تكون ذات طابع اقتصادي بالدرجة الاولى ويخضع فيها لمجموعة من القواعد القانونية وبالتالي الاخذ بشرط الثبات التشريعي يؤدي الى عدم خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة أو أي قانون آخر من خلال تجسيد مبدأ قدسية العقد وعدم جواز المساس به ويؤدي الى تجميد العقد وكذلك إذا أخذنا أن العقود الدولية تكون طويلة المدى

[1] عدلي محمد عبد الكريم ،المرجع السابق ،ص 156

مثل العقود النفطية والذي يجبر الدولة على البقاء على مجموعة من النظم القانونية سنوات طويلة لا يتناسب مع دور الدولة في تطوير قوانينها بما يتلاءم وأوضاعها الاقتصادية [1].

الفرع الثاني :الاتجاه الذي يرى أن شروط الثبات تؤدي الى اندماج القانون في العقد

يرى جانب من الفقه أن بمجرد اتجاه إرادة الأطراف الى تحديد القانون الواجب التطبيق واختياره كقانون يحكم العلاقة التعاقدية فإنه يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع ويصبح عبارة عن شرط تعاقدي يندمج في العقد بحيث لا تسري التعديلات الجديدة على العقد نظرا لأن القانون قد غدا بمثابة شرط عقدي يعبر عن إرادة الاطراف لا عن إرادة المشرع [2].

وسواء كانت الارادة صريحة أو ضمنية ففي هذه الحالة فإن القانون تم ادماجه في العقد ،بمعنى أن هذه الشروط تحل محل التفاوض في العقد فهي مباشرة تحصن المستثمر ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معها في العقد وتطمئنه على أن القوانين واللوائح التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام العقد لن تطبق عليه وللوصول الى هذه الغاية وفي هذه الحالة فإن القانون الذي تم اختياره ليحكم العلاقة التعاقدية قد أصبح بمثابة شرط تعاقدي مثله مثل أي شرط ،وبالتالي فإن تجميد القانون الوطني للدولة المتعاقدة على النحو السالف ليس هو المصدر الوحيد للاندماج إذ أن الدولة المتعاقدة يمكنها أن تتعهد بعد تطبيق التعديلات المحتملة في تشريعاتها على الطرف المتعاقد معها ومثل هذه الشروط التي أطلق عليها جانب من الفقه شروط عدم النفاذ أو الاحتجاج والتي تحد من نطاق إعمال القوانين الجديدة بينما الاصل العام أن القاعدة الوضعية لها الصلاحية لتحكم جميع المسائل القانونية الداخلة في نطاق إعمالها ،تؤدي هي أيضا مثل الشروط السابقة إلى اندماج القانون الوطني للدولة المتعاقدة في العقد في اللحظة التي علم الطرف المتعاقد معها بمضمون هذا القانون الساري.[3]

وعليه فإن شروط الثبات التشريعي عملت على تغيير طبيعة القانون المختار وجعلته عبارة عن شرط تعاقدي مثله مثل أي شرط آخر فأطراف العلاقة التعاقدية يستطيعوا أن يدمجوا في اتفاقاتهم القواعد التي يروها أنها مناسبة للعقد والتي تكون مستعارة من القانون الوطني وبالتالي فإن التعديلات اللاحقة للقانون الواجب التطبيق لا يكون لها

[1] محمد موسى خلف الجبور ،المرجع السابق، ص 60

[2] وفاء مزيد فلحوط ،المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ،2008 ص 765

[3] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص 340

أي أثر ولا تطبق على العقد لأنه هذا القانون فقد صفته باعتباره كذلك فقانون العقد بمجرد اختياره من قبل الاطراف يصبح عبارة عن شرط تعاقدي ولا يعبر عن إرادة المشرع،وفي هذه الحالة فإن الاطراف يستطيعون تفسير عدم سريان التعديلات الجديدة على عقدهم لأنها كانت عبارة عن شروط اتفاقية مدمجة في العقد وفي هذا المعنى يقول الاستاذ جيرودي لا براديل"كلشي يتم حينئذ كما لوا أن المتعاقدين داخل إطار استقلال إرادتهم وقد أدمجوا في اتفاقهم عددا معينا من القواعد المستمدة من القانون الوطني " [1].

ففي هذه الحالة فإن مبدأ سلطان الارادة يلعب دورا كبيرا فإذا كانت صريحة فلا خلاف في ذلك ،أما إذا لم يصرحوا الاطراف عن إرادتهم فإن المحكم أو القاضي سيلجأ الى إعمال نية الاطراف الضمنية لتنتج ذات الاثر إلا إذا كانت أمام إرادة مفترضة فإن النقد حينها يمكن أن يصادف محله [2].

لكن الاشكالية في حالة ما إذا كانت شروط الثبات التشريعي هي شروط تشريعية نص عليها المشرع ضمن نصوص قانونية تعمل على جذب الاستثمار وتشجيعه فهنا الاطراف لا يملكون القدرة على تثبيت القانون القديم وعدم خضوع العقد لقانون الجديد لأن ذلك يدخل في المساس بسيادة الدولة .

ويمكن القول أن الخلاف الواسع على صحة وطبيعة شرط الاستقرار يعد مؤشرا أكيدا على فشلها في تحقيق وظيفتها من وجهة نظر أنصارها ، وبالتالي قد أثبت عدم ملائمة شروط التجميد الزمني لقانون العقد ، بل أصبحت أدآت للتعاون بين الأفراد والمشروعات الأجنبية .

المطلب الثاني :سيادة الدولة

يعتبر من بين أهم المبادئ هي سيادة الدولة الاقتصادية على أراضيها بما يتيح لها ممارسة شئونها الاقتصادية واستغلال مواردها الطبيعية وفقا لمصالحها الوطنية ، وبما يحقق تنميتها بحرية واستقلال لذا فإنه على الأطراف الالتزام بإتباعها وإعمالها وترتيب المسؤولية حال مخالفتها [3]لهذا لابد من معرفة مفهوم سيادة الدولة (الفرع الأول) ، للوصول الى حق الدولة في ممارسة سيادتها (الفرع الثاني).

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 319

[2] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق، ص 765

[3] لمياء متولي يوسف مرسي ،المرجع السابق، ص 328

الفرع الأول :مفهوم سيادة الدولة

يقصد بسيادة الدولة عموما حق كل شعب في تقرير مصيره السياسي والاقتصادي والاجتماعي ، وسيادة الدولة مركز قانوني يقدمه القانون الدولي العام للوحدات التي توافرت لديها شرائط معينة يسمح بالقول بأنها ارتقت الى مرتبة الدولة في مفهوم القانون الدولي العام [1].

ففي هذا المطلب أردنا أن نقوم بإدراج دور الدولة وأحقيتها في ممارسة سلطتها التشريعية على عقود الاستثمار الدولية بمعنى آخر هل تملك الدولة حق التغيير وإلغاء تشريعاتها متى رأت ذلك أنه لا يتماشى مع مصالحها العامة ويكون هذا بتغيير تنظيمها القانوني ولوائحها التنظيمية ،ولقد أكد ميثاق الامم المتحدة للحقوق والواجبات الاقتصادية للدول على أن كل دولة لها الحق في تنظيم وممارسة سلطتها على الاستثمار الاجنبي داخل نطاقها التشريعي بما يتفق مع قوانينها ولوائحها ووفقا لأهدافها وأولوياتها القومية و باعتبار أن الدولة هي صاحبة سيادة فلها الحق في سن تشريعاتها القانونية وقت ماشاءت ولها الحق في تعديلها وباعتبارها هي الطرف الاقوى في العلاقة فإن لها مطلق الحق في تثبيت أو تغيير وتعديل قانونها ،فالدولة تحتفظ بكامل سيادتها بالرغم من اتفاقها على تثبيت القانون الواجب التطبيق ،ودخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الاشخاص الخاصة لايعني نزع امتيازات السيادة التي تتمتع بها ،فالدولة التي تحوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق أن اتفق مع المتعاقد الاجنبي على تثبيته لحظة ابرام العقد [2]

والقول بعدم ذلك يعتبر مساس بسيادة الدولة وبالتالي فإن هذه الشروط تعد عائق بالنسبة لسيادة الدولة وتعطي الحق للطرف الأجنبي في المساس بسيادة الدولة والتدخل في شؤونها السياسية وهذا المعنى أكد عليه الحكم الصادر في قضية Texaco/clasiatic إذ ذهب المحكم الوحيد Dupyp إلى القول بأن كل تصرفات تهدف إلى تثبيت مركز المتعاقد لا يشكل من حيث المبدأ انتهاكا لسيادة الدولة لليبية ،ليس فقط لأن هذه الدولة قد ألزمت

[1] لمياء متولي يوسف مرسي ،المرجع السابق ،ص 242

[2] وليد محمد عباس ،المرجع السابق،ص 687

به بمحض إرادتها بل أيضا لأن هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي الخاص بالبترول في تاريخ التوقيع على الاتفاق لايمس بسيادة الدولة

وفي هذا الصدد بدأ المحكم بالتأكيد على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم لم يعد اليوم محل نقاش وأنه يعد تعبيرا عن سيادتها ، ويرى المحكم أن القانون الدولي يعترف بإجراءات التأميم سواء اتخذت في مواجهة المواطنين أو في مواجهة الأجانب الذين لم تتعهد الدولة قبلهم بأي التزام خاص يضمن لهم الاستمرار في مراكزهم ويصل المحكم الى فرضين هما :الأول في الحالة التي تبرم فيها الدولة المؤممة مع الشركة الأجنبية عقدا يجد أساسه في القانون الداخلي لهذه الدولة ويخضع له وتكون تسوية المركز الجديد الناشئ عن التأميم خاضع للنصوص القانونية النافذة في هذه الدولة ، ويؤدي خضوع شرط الثبات إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة الى تنوع واختلاف الآثار القانونية المترتبة عليه تبعا لاختلاف موقف القوانين الوطنية من صحة هذه الشروط ، أما الفرض الثاني هو الذي تبرم فيه الدولة مع المستثمر عقد دوليا فهنا الدولة تكون في وضع نظام قانوني دولي والذي تتعهد بضمان الأوضاع القانونية للمستثمر[1] والتي عالجها الاستاذ prosperweil ويتحقق بصدد عقود الدولة التي تخضع جزئيا الى قانون الدولة المتعاقدة ولكنها أيضا تتصل بالقانون الدولي العام نظرا لتعيين الأطراف المتعاقدة لكل من النظامين النظام القانوني للدولة المتعاقدة و القانون الدولي العام بحكم العقد وهو أمر غير نادر الحدوث[2].

إذن دخول المستثمر في علاقة تعاقدية مع الدولة ليس اجباريا وإنما يكون اختياريا ومن محض ارادة الدولة ويعد كامتياز فقط ولايعد مساس بسيادة الدولة ويرى هذا الاتجاه أن سيادة الدولة تلعب دورا كبيرا وتغلب على مبدأ قدسية العقود بحيث يترتب حقها في المساس بالعقد وهذا يدل على أن للدولة الحق في اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي ، ولو تضمنت شرط يذهب الى خلاف ذلك [3].

الفرع الثاني :طبيعة العقد الاستثماري يعطي للدولة الحق في ممارسة سيادتها

وهذا الشرط لا يمنع الدولة ولا يحد من ممارستها لسيادتها في تعديل القانون الذي يحكم العقد نظرا لكون أن العقود الدولية غالبا ما تكون طويلة المدى مما يعطي الحق للدولة في مراجعة قوانينها حسب الظروف التي قد تطرأ بمرور الزمن ، ومن هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني

[1] غسان عبيد محمد المعموري ،شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ،مجلة رسالة الحقوق ،المجلد الاول ،العدد الثاني ،جامعة كربلاء ص 179

[2] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص 371

[3] وفاء منير فلحوط ،المرجع السابق ،ص 768

والقانون الدولي على حد سواء ،مما لا يقبل أحد هما تغليب المصلحة الخاصة عن العامة أو وضع الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة الطرف الخاص ونتيجة لمفهوم سيادة الدولة على أراضيها اعترفت كافة التنظيمات الدولية التي اهتمت بالاستثمار بحق الدولة المضيفة في تغيير وإلغاء قوانينها متى تحتم الأمر عليها ولايرتب عن هذا التغيير أي مسؤولية دولية فنلاحظ أن حق الدولة في نزع الملكية عن الأجانب ويكون هذا التثبيت الزمني لقانون الدولة المضيفة بمعنى أنه يوضع بند ضمن العقد يتضمن تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد بحيث لاتسري التغيرات الجديدة على العقد أي أن الطرف الأجنبي يكون محمي من نزع الملكية منه والتأميم على ممتلكاته ، ويمكن استخلاص هذا المعنى أيضا من خلال الحكم الصادر في قضية aminoil إذ قضت محكمة التحكيم "أن شرط الثبات التشريعي لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم ".

ويتضح من قرار محكمة التحكيم أنها أرادت إبراز الطابع المؤقت لشرط الثبات التشريعي إذ أنها أشارت الى أن شروط الثبات التشريعي تمثل قيدا مؤقتا من حيث الزمان على عاتق الدولة لأن هذه الدول المتعاقدة مع الطرف الأجنبي تكون مقيدة بفترة معينة مدرجة في العقد تكون فيها الدولة ملزمة بحماية المستثمر ،وبما أن العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر هي عقود دولية تكون طويلة المدى فهنا تكون حماية الطرف المستثمر خلال هذه الفترة معرضة للتغيير التشريعي ،وإذا كان مبدأ السيادة هو الذي يعطي الحق للدولة في الاتفاق على أية شروط مع متعاقدها الخاص فهو أيضا يعطي للدولة الحق والقدرة في تغيير أو إلغاء أو تعديل نصوصها القانونية أو اللوائح التنظيمية إذا تطلبت المصلحة العامة شريطة عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي وإلا ترتبت المسؤولية في حقها وهذا ما أكد عليه حكم التحكيم الصادر في قضية aminoil إذ أنه ألزم الدولة عند ممارسة الامتيازات الممنوحة لها أن تحترم التوازن المالي للعقد ويتضح مما تقدم أن شروط الثبات التشريعي لا تؤثر على سيادة الدولة إذ تكون الدولة محتفظة بسيادتها ومركزها القانوني بكامل اختصاصاتها التشريعية و اللائحية في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام [1].

وقد اعترف ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول على أن لكل دولة حقا سياديا غير قابل للتصرف في اختيار نظامها الاقتصادي والقانوني[2].

وعليه يمكن ان نستخلص أن شروط الثبات التشريعي لا تشكل أي قيد على سيادة الدولة وعليها أن تأخذ بعين الاعتبار كل التعهدات والممارسات التعاقدية وعدم المساس بالعقد المبرم بينها وبين المستثمر لأن المساس بالعلاقة

[1] وليد محمد عباس ،المرجع السابق ،ص 679

[2] لمياء متولي يوسف مرسي ،المرجع السابق ، ص 159

التعاقدية يجعل العقد غير متوازن من الناحية المالية والاقتصادية وبالتالي تكون الدولة قد أخلت بإلتزاماتها التعاقدية وقد أخرقت قاعدة جوهرية وهي المساس بالعلاقة التعاقدية بصفة انفرادية وعدم مراعات والنظر للطرف الثاني وهذا مايترتب عليها التعويض نتيجة لجوء الطرف المستثمر للقضاء أو التحكيم للمطالبة بحقه .

المطلب الثالث :الحرية التعاقدية

يعد مبدأ سلطان الارادة من المبادئ الاساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق فإرادة الاطراف تلعب دورا هاما في تعين القانون الذي يحكم العقد سواء كانت هذه الارادة صريحة أو ضمنية ،فقواعد الاسناد هي التي تعطي للأطراف الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والعقود الدولية تخضع لقانون الارادة وأغلب العقود الدولية هي عقود استثمارية فمجملها يكون في العقود البترولية وعقود الامتياز وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها فتعمل الدول النامية على وضع حوافز وضمانات من أجل جلب الاستثمار الاجنبي إليها وتحقيق تنمية اقتصادية دائمة والحرية التعاقدية للأطراف تلعب دورا هاما في المجال الاستثماري ،فهذا الاتجاه ينادي بضرورة عدم قيام الدولة المتعاقدة بتعديل العقد بذاته أو تغيير القانون الحاكم للعقد أو بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو عن طريق الاشارة الى نظام قانوني [1].

فالأصل العام أنه لا يحق للدولة التعدي عن إرادتهما والمساس بالعقد إلا في حالة استثنائية هي أنه يتم من قبل الطرفين التفاهم على ادراج شرط الثبات وتغيير القانون الذي يحكم العقد و تنص بعض التقنينات إضافة إلى ذلك على استفادة الشركة من ثبات أو من استقرار مجمل نظامها القانوني بما فيه الضمانات في المجال القانوني والاقتصادي والمالي وفي مجال التحويل المالي وتسويق المنتجات [2].

ونجد من بين هذه التقنينات القانون الجزائري الذي أورد في الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار قد أدرج شرط الثبات ضمن الضمانات الممنوحة للمستثمر فنجد نص المادة 15"لا تطبق المراجعات أو الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الامر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة " [3].

---

[1] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق، ص 344

[2] قادري عبد العزيز ،الاستثمارات الدولية ، دار هومة ، الجزائر ،الطبعة 5 ،سنة 2004 ،ص 132

[3] أمر رقم 01-03 مؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق 20غشت سنة 2001،يتعلق بتطوير الاستثمار ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 47 2001،

فنص المادة يلاحظ منه أنه أعطى لحرية الاطراف مكان ويعني هذا أن العقد يكون مستقل عن القوانين الجديدة التي تطرأ في المستقبل إلا إذا طلب المستثمر في حد ذاته ذلك .

والاستقلالية تكون مستمدة من وجود قاعدة قانونية سواء مدرجة في القانون الوطني أو ضمن الاتفاقيات الدولية المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدولة ويترتب على هذه الاستقلالية عدم قيام الدولة بتعديل شروط العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي وأيضا عدم امكانية سريان أية تعديلات جديدة في القانون على القانون الذي يحكم العقد [1]

ويستند هذا الرأي الى مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها تلك المبادئ التي تتصارع في مجال عقود الدولة مع فكرة سيادة الدولة وحقها كسلطة عامة في تعديل العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الاخرى إذا اقتضى الصالح العام ذلك التعديل فبمجرد قبول الدولة التعاقد مع المستثمر الاجنبي هذا يعني أنه تتنازل مباشرة عن المزايا التي تتمتع بها الدولة كسلطة عامة ، وبالتالي فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد هو الذي يغلب على سيادة الدولة وعليه فإن شرط الثبات سيخدم توقعاتهم .

واتجاه إرادة الأطراف الى اختيار قانون الواجب التطبيق على العقد يعني أن اختيار القانون وتطبيقه على العقد طيلة مدة العقد دون تغيير للقانون الذي يحكم العقد في حالة حصول تغيير في القانون واللوائح القانونية الجديدة وبمجرد اختياره من قبل ارادة الأطراف فإنه يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقادات إذ رأى أن السماح للأطراف أن يتحلل من التزاماته بحرية مطلقة ستحول الى رابطة خضوع وتبعية فشروط الثبات لم تكن له أية قيمة قانونية إذا لم يتم إدراجه ضمن بنود العقد المبرم بين الدولة والشركة الاجنبية وأن تلك الشركات لولا أنها لم تكن تدرك القيمة القانونية لتلك الشروط لما أقدمت على إدراجها ضمن بنود العقد بوصفها المستفيد من تلك الشروط للحد من سلطة سيادة الدولة [2].

وبالتالي يتعين تحليل شروط الثبات التشريعي من خلال الهدف أو الغاية التي يهدف الى تحقيقها وعليه فإن شروط الثبات التشريعي التي تدرج في العقد بمعنى ليست الشروط التشريعية التي نص عليها مشرع الدولة في نصوص خاصة وإنما هي تلك التي تكون نتيجة اتفاق بين الطرفين فإنها تحول دون سريان التعديلات الجديدة التي تطرأ على

[1] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ، ص 345

[2] محمد موسى خلف الجبور ،المرجع السابق ، ص 66

القانون المختار لحكم العقد ،سواء كان عدم سريان هذه القواعد كليا أو جزئيا إذ أن القانون المختار من قبل الأطراف يندمج في العقد ذاته ويصبح شرطا تعاقديا مثله مثل بقية الشروط .

المطلب الرابع :الاتجاه التوفيقي بين سيادة الدولة والحرية التعاقدية للأطراف

يحاول هذا الرأي أن يوفق بين الرأيين الأول والثاني بمعنى أن هذا الرأي حاول أن يجمع بين فكرة العقد والسيادة ومحاولة إيجاد حل وسط لمسألة القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي ويعتبر الأستاذ prosperwill أو من ابرز التفرقة بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد ،ووفقا له يتوقف الفصل في صحة شروط الثبات التشريعي أو في صحة عدم صحتها على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويستمد منه قوته الملزمة [1].

ومن خلال اعتبار أن الاخلال بتلك الشروط من شأنه أن يكون عاملا من العوامل التي تؤخذ بنظر الاعتبار عند تقرير التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الدولة بسبب انتهاكها لشروط الثبات التشريعي [2]

ولا يقصد بهذا النظام القانوني ،القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته ولكن يقصد بذلك النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له ،والذي يستمد منه العقد صحته والذي يحدد أيضا القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع العقد .

وعليه فإن اعمال القواعد المتقدمة يقودنا الى فرض من الفرضيتين : الفرض الاول هو الذي يتمركز فيه العقد في إطار القانون الوطني للدولة المتعاقدة ويكون خاضعا من حيث شروطه الموضوعية للقواعد التي يتضمنها هذا القانون ولا سيما القواعد التي تقرر مبدأ التطبيق الفوري للقوانين الجديدة ،ففي هذا الفرض يستقل القانون الوطني للدولة المتعاقدة بتحديد صحة شرط الثبات المدرج في هذا العقد ويقرر ما إذا كان هذا الشرط صحيحا أم لا [3]

[1] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص369

[2] محمد موسى خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 66

[3] حفيظة السيد الحداد ،مرجع سابق، ص 369

وفي رأي الاستاذ prosperweil أن هناك أنظمة قانونية قد تبيح العمل على إدراج هذه الشروط في العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي وتكون صحيحة وهناك من يرى عكس ذلك لا تبيح العمل بهذه الشروط وإذا لم يدرج في العقد في هذه الحالة لا يرتب على الدولة أية مسؤولية .

وبالتالي فحسب رأي الشخصي فإن الاصل العام هو أن شروط الثبات التشريعي تمنع دور الدولة من إجراء أي تعديل على القانون الذي تم إبرام العقد أثنائه ولا يخضع العقد للتعديلات التي تنشأ في المستقبل ولا يعد هذا مساسا بسيادة الدولة ولا تدخل في شؤونها ومبدأ السيادة لا يمنع الدولة من إدراج هذه الشروط بمعنى أن قبول الدولة إدراج هاته الشروط ضمن العقد لا يعد تنازلا عن سيادتها ، إلا أنه يجوز أن تقوم الدولة بتغيير القانون الواجب التطبيق على العقد ومتى رأت ذلك مناسبا أي انه يحق للدولة ان تتخلى عن هذه الشروط بالرغم من توقيعها لاتفاقيات دولية بهذا الشأن أو النص عليها ضمن قوانينها الخاصة وهذا كلما رأت الدولة أن هناك مصلحة للعامة لهذا فإنه لا يمكن أن نقدم المصلحة الخاصة عن المصلحة العامة وكذلك إذا رجعنا الى طبيعة العقود الاستثمارية فنجد أنها تكون طويلة المدى قد تفوق العشر سنوات في المشروع الاستثماري الواحد وطبيعة القانون أنه مرن قابل للتغيير على حسب الظروف التي تحيط بالدول.

ملخص الفصل الأول

يعرف أن القانون هو ظاهرة اجتماعية ،يولد في المجتمع ليحكم في جوانب الحياة فيه ،والحياة بطبيعتها متطورة غير جامدة والقانون ليس ببعيد من ذلك ،فيتماشى معها بكل ما يطرأ فيها من تغيرات فتعمل أغلب الدول النامية على محاولة جذب الاستثمار الى أراضيها من أجل تحقيق تنمية اقتصادية ،لذا فإن الدول النامية تمنح الجهات المستثمرة مزايا قانونية واقتصادية ووسائل فعالة تعتبر بمثابة حوافز تشجيعية على جذب الاستثمار وتبعث الاطمئنان في نفسيته ويختلف الهدف الرامي من خلال هذه الحوافز بين الدول المتقدمة والدول النامية ،فالأولى تسعى الى محاولة الحصول على أكبر نسبة من الأرباح وأما الثانية تحاول الحصول على أكبر منافع من هذا الاستثمار ،فنجد من بين هذه المبادئ مبدا شرط الاستقرار ويعرف بشرط الثبات التشريعي الذي عملت أغلب الدول على تكريسه في عقود الاستثمار الدولي وهذا من خلال النصوص القانونية بمعنى أن يكون منصوص عليه ضمن نصوص قانونية وإما أن يكون عبارة عن اتفاق ناجم عن اتفاقية دولية ، وقد نصت عليه الهيئات الدولية .

ونقصد بشرط الثبات التشريعي هو غل يد الدولة وتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحالة التي كان عليها وقت ابرامه وهو يمنع الدولة من القيام بأي اجراء أو تعديل قانوني على نصوصها إلا أن الفقه قد انقسم الى قسمين من حيث تحديد طبيعته القانونية فهناك من يرى أنه يحق للدولة أن تقوم بالتغيرات على قانونها بالرغم من وجود اتفاق بين الطرفين وهذا لتحقيق المصلحة العامة ،إلا أنه هناك من يرى عكس ذلك ،والذي يرى أن مبدأ سلطان الارادة من المبادئ الاساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق فالإرادة تغلب عن مبدأ سيادة الدولة

الفصل الثاني

النتائج والآثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي

يعد تكريس شرط الثبات التشريعي كما أسلفنا الذكر أنه شرط لابد منه لجذب الاستثمارات الاجنبية ونقل التكنولوجيا للدول النامية من أجل مواكبة التطور الحاصل في البلدان المتقدمة ،وما من خلاف مع أطراف العلاقة على إدراجه ضمن العقود الدولية المبرمة بينها ،فالأصل العام أن الدولة لا تستطيع إجراء أي تعديل على قوانينها نتيجة لوجود اتفاق بينهما سواء كان مدرج ضمن نصوصها القانونية أم ضمن اتفاقيات دولية ،إلا أن دور الإرادة يلعب دورا هاما في هذه الاحوال ، فدور الإرادة بالنسبة للدولة يظهر كاستثناء فيحق للدولة أن تتحكم في نصوصها وقوانينها متى رأت أن هناك مصلحة للعامة ويمكن للدولة أيضا أن تقوم بالإجراءات التعديل في الحالة التي يطلب المستثمر هو بحد ذاته ذلك .ويكون بالإرادة الصريحة بمعنى أن الدولة يمكنها أن تقوم بتعديل القانون الواجب التطبيق السابق على العقد في حالة ما إذا طلب المستثمر ذلك ويقوم المستثمر بهذا الاجراء إذا رأى أن هناك مصلحة له فهنا تستطيع الدولة القيام بالإجراءات القانونية ،فيرى البعض أنه يمكن لإرادة الاطراف بموجب شروط الثبات التشريعي تجميد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد في الزمان عند لحظة ابرامه ، تأسيسا على أن قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ،ولاتفرض إسنادا زمنيا الى التشريع المختار في مضمونه لحظة ابرام العقد فهي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائمة [1].

لذا ففي هذا الفصل أردنا تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار(المبحث الأول) من خلال التعرف على الآثار والنتائج المنبثقة عنه وكذلك حاولنا أن نتعرف على المسؤولية المترتبة عن الاخلال بشرط الثبات بالرغم من وجود اتفاق بين الدولة والمستثمر (المبحث الثاني).

[1] بشار محمد الاسعد ،المرجع السابق، ص 179

المبحث الأول : تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي

لتقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لابد من معرفة الغرض الذي أدرج من خلاله هذا الشرط في هذه العقود ويبرز ذلك من خلال الآثار القانونية المترتبة عن التغيرات التشريعية التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق ومعرفة الوسيلة الفنية التي يمكن من خلالها استبعاد التعديلات التي تطرأ على القانون (المطلب الأول) ، و استبعاد التعديلات الجديدة بالدفع بالنظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول :الآثار القانونية للتغيرات التشريعية على القانون الواجب التطبيق

إن الغرض من إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو منع الدولة الطرف في العقد بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد [1].

وقد رأينا أن شروط الثبات التشريعي تهدف الى تحقيق غاية محددة هي اخضاع عقد الدولة الى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة ابرام العقد وحتى انقضائه ويتم إدراج هذه الشروط في العقود الدولية من أجل منع الدولة من إحداث أي تغيير قانوني طوال مدة العقد ،وقد أثارت هذه الشروط جدلا أمام الفقه لإحتوائها على مبدأين هما مبدأ سيادة الدولة في التعاقد ،ومبدأ حرية التعاقد بين الاطراف في الامتيازات الممنوحة في العقود الدولية والتي تطرقنا لها بالتفصيل في الفصل السابق ،فهذه الشروط ترتب آثار سلبية بالنسبة للدولة (الفرع الأول) ، وفي نفس الوقت ترتب آثار ايجابية للطرف الاجنبي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الآثار القانونية السلبية لشرط الثبات التشريعي

فالتغيرات التشريعية ترتب آثار بالنسبة للعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الاجنبي فالدولة ليست بأكثر ببعيدة عن المستثمر من التضرر ، فكلاهما شرط الثبات التشريعي يرتب عليهما آثار سلبية ، ومن بينها القوة الملزمة للعقد (أولا) ، ومخالفة الشرط للأصول الفنية لحل تنازع القوانين في الزمان (ثانيا) ، وكذلك مخالفة السلطة الاختيارية للقانون الواجب التطبيق (ثالثا) ، وأخيرا نظرة القضاء بالنسبة لشرط الثبات التشريعي (رابعا) .

1بشار محمد الاسعد ، المرجع السابق، ص 129

أولا : القوة الملزمة للعقد

فباعتبار أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تشكل الدعامة الاساسية الذي يستند اليها شرط الثبات التشريعي لتبرير صحته الى جانب غل يد الدولة عن اجراء أي تعديل أوتغيير على أحكام قانونها الوطني والتي من شأنها التأثير على المركز القانوني للمتعاقد معها [1].

فهذا يعد تأثيرا سلبي على الدولة فهو لا يسمح لها بإجراء أي تعديل على العقد فهذا ينقص من سيادتها ويظهر من خلال التدخل في سيادة الدولة لان دخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الاشخاص الخاصة لا يعني نزع امتيازات السيادة التي تتمتع بها ،فالدولة التي تحوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق أن اتفقت مع متعاقدها الخاص .

وما يعاب على ضمان استقرار القانون المطبق هو أنه قد يعد تدخل أو تقليص في سيادة الدولة ، وحد من سلطتها التشريعية ، إلا أنه وحسب بعض فقهاء القانون فإن هذا المبدأ لا يطرح أي إشكال بشأن سيادة الدولة [2]

وإذا كان مبدأ السيادة على هذا النحو هو الذي يمنح الدولة قدرة الاتفاق على أية شروط مع متعاقدها الخاص ومنها شرط الثبات التشريعي ،فإن ذات السيادة هي التي تمنحها أيضا القدرة على أن تنتقص من مدى هذه الشروط اذا تطلبت تلك المصلحة العامة ذلك أن رفض كل سلطة للدولة يعني تشابه عقودهاوخاصة الادارية منها مع العقود المبرمة بين الاشخاص الخاصة .

ثانيا : مخالفتها للأصول الفنية لحل تنازع القوانين في الزمان

فمن فهم عملية التثبيت الزمني لقانون العقد يبصر بأنها تخالف عدة أصول فنية قانونية فالأصل أن منح سلطة تحديد سريان التعديلات التي تطرأ على العقد بفضل شروط الثبات التشريعي تشكل تجاوزا وتحديا على سيادة الدولة التي تم اختيار قانونها كقانون واجب التطبيق على العقد ،وإذا تمعنا في هذه الشروط نلاحظ أيضا أنه يتنافى مع القانون لأن الذي يملك حق التعديل هو المشرع وليس الاطراف.

---

[1] وليد محمد عباس ،المرجع السابق،ص284

[2] Nour Eddine Terki . la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie . op cit19
أنظر http://193.95.68.190/cgi-bin /koha /opac -detail .pl

فالمشرع هو المسؤول عن سريان القانون على العقد وهو الذي يعطي ويسن النصوص التشريعية فدور التجميد الزمني أو التثبيت لقانون العقد يكمل في إعطاء الاطراف المتعاقدة حق تحديد سريان التعديلات التشريعية التي تطرأ على قانون الارادة ،فمبدأ سلطان الارادة في مجال اختيار القانون يعطيهم الحق في استبعاد التعديلات الجديدة التي تطرأ عليه لم تكن قائمة وقت انعقاد العقد وبالتالي يشكل هذا تعديا على سيادة الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها [1].

والثابت أن شروط الثبات التشريعي هي تبعث الطمأنينة في نفس المستثمر الاجنبي مما يجذب ويشجع الاستثمار الدولي إلا أنه يعد بالنسبة للدولة غل يدها في التدخل في العقد بالرغم من أنها صاحبة سيادة كما أنه يخالف الاصول المرعية في السياسة ومن النتائج السلبية لهذا الشرط أن المتأمل في شرط الثبات التشريعي يرى بأن عدم الاعتداد بالتشريعات اللاحقة على العقد الدولي يعني أن ما يطبق فعلا على العقد هو قانون ملغى وهي نتيجة يصعب التسليم بها [2].

والمستثمر الاجنبي يكون مرتبط مع الدولة المضيفة بعقد طبقا للقانون الواجب التطبيق فإن التغيير الجوهري لقانون الواجب التطبيق يعد إخلال بشرط تعاقدي وفي نفس الوقت يعد مساس بقاعدة تطبيق القانون بأثر فوري

إذن تفعيل هذا الشرط يتأتى من اتفاقية ثنائية ترقى الى مستوى التشريع تكون معها سلطات الدولة المتفاوضة محل تقييد ، وتغل يد الدولة من اصدار اية لائحة أو تشريع من شأنه التأثير على العلاقة العقدية [3]

ثالثا: مخالفة السلطة الاختيارية للقانون الواجب التطبيق

ومن الآثار السلبية لشروط الثبات التشريعي نرى أن القانون يفقد في النطاق الدولي طبيعته كما حددها القانون الداخلي بمعنى أن اختصاصه لايكون إلا اختياريا أي متى يرغب في ذلك أطراف العقد الدولي وهنا ينتهي الى أن احترام الحقوق الفردية يخل باحترام القانون في طبيعته الجوهرية ويرى الأستاذ باتيفول أن الاعتراف للأطراف بسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود السارية [4].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق، ص 325

[2] سالي جمعة ،عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز،المؤتمر العلمي الثاني عشر،كلية الحقوق ،جامعة المنصورة 2006www.F-Law-net/law.threads14988

[3] غسان عبيد محمد المعموري ،المرجع السابق ،ص 181

[4] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ، ص 323

إذن فهو يقرر للأطراف الحق في تثبيت أو تجميع القانون الجديد و بالتالي فإن مبدأ الاستقرار من بين المبادئ التي تلعب دورا هام في تطوير العلاقات الاقتصادية والسياسية مع العالم الخارجي هذا من أجل التقليل من الاخطاء التي تهدد الاستقرار وتطوير الاستثمار الاجنبي وهي نزع الملكية والاستلاء والتأميم والحروب وتحويل رأس المال وغيرها ،والاصل العام أن للشرط الثبات التشريعي أن له أصل واستثناء ، فالأصل هو عدم خضوع العقود الدولية المبرمة في مجال الاستثمار الدولي للتعديلات التي تطرأ على العقد وعدم تدخل الدولة في تطبيق القوانين والنصوص التشريعية الجديدة على العقد ،أما الاستثناء فهو أن يطلب المستثمر من الدولة تطبيق القانون الجديد على العقد المبرم بينها وبين المستثمر ،كذلك نتيجة أخرى تجعل الشرط بمثابة حاجز للدولة وهي أن فكرة الثبات أو التجميد الزمني تتنافى مع كون أن العلاقة التعاقدية محل النزاع تصير بعد تحديد القانون الواجب التطبيق عليها غير مختلفة عن العلاقات الداخلية هذا على الاقل في نطاق المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص ،وهذه الشروط و ما تقود إليه من تقرير الحق للأطراف المتعاقدة في أن تعطي لهم الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد يؤدي الى الخلط بين تجزئة العقد وتجزئة القانون وهذه الأخيرة تعد مرفوضة لأن الاسناد يكون إجمالي وليس جزئ .

رابعا: نظرة القضاء بالنسبة لشرط الثبات التشريعي

فبالنسبة للتجميد الزمني في أحكام القضاء قد أقرها القضاء في منازعات العقود الدولية وهذا إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث حكمت محكمة النقض البلجيكية في حكم صادر في 24 فبراير 1938 بخصوص أحد العقود التي أبرمتها مدينة ANURES مع بعض الممولين من الولايات المتحدة الأمريكية وكان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الأمريكي وقد اشترط في العقد أن الوفاء يكون بالدين على أساس الذهب أو قيمته فتم إبرام العقد ولكن طرأ تغيير تشريعي بمقتضى joint الذي يبطل الوفاء بالذهب أو قيمته وقد تمسكت مدينة anvers أمام محكمة الاستئناف بروكسل بهذا التعديل الطارئ وبأنها غير ملتزمة بالوفاء بقيمة الدين الاعلى أساس العملة الورقية وفي حالة الطعن في حكم الاستئناف قررت المحكمة العليا سريان التعديل الجديد [1].

وكذلك ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 15ماي 1935 بقبول التجميد الزمني لقانون العقد ففي قضية تتلخص وقائعها في أن عقدا تم ابرامه بين فرنسي ،وأحد بيوت الصناعة في الالزاس أيام الحرب

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ،ص 213

العالمية الاولى وبعد الحرب طالب الفرنسي الفوائد المستحقة في فترة الحرب وذلك بمقتضى القانون الواجب التطبيق على العقد ،وهو القانون الالماني حكمت المحكمة وفقا لما قضى به قضات الموضوع وهو أن الفوائد تسقط وفقا للمرسوم 25مارس 1919 لان العقد تم تثبيته لحظة إبرامه بمعنى أن المحكمة قد أقرت تثبيت العقد في اللحظة التي أبرم فيها هذا الأخير بحيث أن القوانين الجديدة اللاحقة لا تسري على العقد.

فالمحكمة قد اعترفت للأطراف بالحق في اخضاع العقد لقانون دولة معينة ،بل وبضرورة هذا الخضوع ولكنها في ذات الوقت أعطت لهم إمكانية إخراج العقد من نطاق نفاذ التعديلات أي لهم الحق في رفض كل ما لم يتفقوا عليه وكل ما يلحق تاريخ إبرام العقد .

هذا يعني أن القضاء هناك من الاحكام القضائية اعترفت بالشرط الثبات وهناك من أدان شروط الثبات التشريعي فقد قضت محكمة استئناف بروكسل في قضية ville danvers بحكمها الصادر في 04فيفري 1936 "أن الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل لكل تعديل له " [1]

هذه الشروط تؤثر في نفسية المستثمر فهي تبعث فيه روح الشك وعدم الثقة المتبادلة بين الأطراف فهي لاتساعد على تيسير التجارة وتسييرها عن طريق العقود الدولية ،فهي تدخل في نفسية المستثمر نوع من الظن أو الاعتقاد أن الدولة المتعاقدة مع المستثمر سوف تلجأ الى تعديل تشريعها وهذا من أجل تحقيق مصلحة تحقق نتائج تخدمها ولو على حساب الطرف الاجنبي ،بمعنى الطرف المستثمر عند لجؤ الدولة إلى إدراج شرط الثبات التشريعي في عقودها الاستثمارية يؤثر في نفسية المستثمر ويدخل فيه نوع من الشك الشي الذي يجعل هذا الاخير في نوع من الخوف على مشاريعه الاستثمارية ،ولهذا فإن الفقه الذي كان يؤدي تلك الشروط ويعتبرها من مظاهر القانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية ،وأنها تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الدولي ،لذا فقد بدل رأيه اتجاه تلك الشروط ويرى بأن مصيرها يؤول للزوال في المستقبل [2].

ولعل خير دليل على ذلك أن العقد النموذجي أو النمطي أعدته جمعية القانون الدولي في شأن الاستثمارات عام 1970-1972 قد هجرت تلك الشروط ولم ينص عليها [3].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية اقانون الدولي العدد 43 ، المجلد 43 السنة 1987ص 91

[2] احمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق، ص 345

[3] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع نفسه ، ص 345

ومن سلبيات شروط التجميد الزمني للقانون هي أنها تجعل العقد بلا قانون وهذا في حالة ما إذا تعاقد الاطراف على قانون معين يحكم العلاقة التعاقدية ، وهنا يكون قد حدد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم وفي حالة ما إذا تم تعديل القانون الواجب التطبيق فإن هذا التغيير والتعديل يجعل العقد بلا قانون يحكمه وهنا يكون المشرع قد خرق جوهر العلاقة التعاقدية وهي عدم احترام مبدأ سلطان إرادة الأطراف ،ويقول الأستاذ باتيفول "اشتراط بقاء العقد خاضعا للقانون الذي تم تحديده ،رغم إلغائه يعني أن العقد لن يكون خاضعا ابتداء من تاريخ الغاء قانون الدولة من اللحظة التي يكون فيها القانون الجديد وحده هو الموجود في تلك الدولة وينطبق على العقود السابقة " بمعنى أن العقد يبقى طليق دون أي قانون يحكمه .

الفرع الثاني : الاثار الايجابية لشرط الثبات

بما أن للشرط الثبات آثار سلبية تؤثر على الاطراف العلاقة التعاقدية إلا أنه يعتبر عنصر حماية للطرف المستثمر ويمتاز هذا الاخير بعدة آثار إيجابية والتي سيتم توضيحها في هذا الفرع .

من غير المتعذر أن ندرك غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق ،على حالته التي كان عليها وقت ابرام العقد وهي استقرار الرابطة التعاقدية على الحالة التي تم الاتفاق عليها لحظة ابرام العقد وحفظ توقعات الاطراف لأن التغيير الحاصل في القوانين يؤدي الى قلب التوازن التعاقدي وانهيار الاقتصاد وميله الى كفة واحدة وهذا الى اضرار أحد الاطراف .

و يعتبر شرط الثبات التشريعي مبدأ ضمان ايجابيا بالنسبة للمستثمر فهو يعود عليه بالنفع أكثر من الدولة المضيفة لأنه يعتبر كحافز ضمان ويمنحه الحماية الكافية من التغيرات التشريعية ،حيث أن المستثمر الاجنبي يجني فوائد إذ أن يجعله بعيدا عن أي تعديلات تشريعية تطرأ على النظام القانوني للاستثمار في الدولة المظيفة التي يزاول النشاط فيها مما يطمئنه على مشاريعه الاستثمارية فهذه الشروط تلعب دورا كبيرا وهاما في عملية تدفق الاستثمار فهي تسعى الى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقد وتكون هذه الشروط دوما لصالح الشريك الاجنبي أكثر من الدولة المضيفة لأنها تضمن له الحماية الكافية وتبعث فيه الثقة على مشاريعه الاستثمارية مما يشجع على جذب رؤوس الاموال للدول النامية وهكذا يكون المستثمر مطمئن على مشاريعه ،وأول ما يلجأ إليه المستثمر هو ضرورة تثبيت القانون الذي تم فيه ابرام العقد ،ويكون كما اسلفنا الذكر إما مدرج في العقد نفسه أو يكون عبارة عن نصوص قانونية يحكمها قانون خاص ،فضرورة تثبيت القانون الواجب التطبيق سواء تم اختياره

صراحة من قبل الاطراف أو كان ضمنيا من خلال التصرفات التي تم ابرام العقد فيها ، ويكون هذا طيلة مدة العقد موصده الباب أمام امكانيات تطوير أحكامه، أو مراجعتها فهي تمتد نظريا لجميع جوانب العلاقة مالية كانت أو فنية والى جميع مبادرات الدولة التشريعية واللائحة[1]

فإخفاق شروط الثبات في أداء الوظيفة المنوط القيام بها لايعني فشلها كشرط تعاقدي في لفت الانظار الى الصراع القائم بين مصالح الاطراف المتعاقدة في عقود الدولة ،فهذه الشروط تحقق للدولة مصلحة كبيرة وهي فرض سيادتها على جميع ممتلكاتها ومواردها الاقتصادية وتوجيه استغلال هذه الموارد الى الاستغلال الافضل فهذا يبرز المصلحة العامة للدولة من خلال وضع شروطا ضمن مشاريع استثماراتها والتي تبرر للدولة حق المساس بالعقد كونها سلطة عامة وهذا بإعطائها الحق في تعديل أو انهاء العقد بإرادتها المنفردة ،وعلى الرغم من أنها قيد لحرية الدولة إلا أنها لا تشكل اعتداء على النظام العام الدولي أما النتيجة الثانية المترتبة عن شرط الثبات التشريعي هي أن في حالة التأميم والمصادرة لممتلكات الطرف الاجنبي المستثمر بإرادة الدولة المنفردة ، وهذا بالإلغاء أو التعديل القوانين يسمح للمستثمر المطالبة بالتعويض ،فإنها العقد بإرادة منفردة من طرف الدولة يعطيها حقا خالصا في التعويض وتكون قيمة التعويض في هذه الحالة أكثر ارتفاعا من الحالات الاخرى التي لا يتضمن فيها العقد شرط من شروط الثبات فيجب الاخذ بعين الاعتبار هذه الشروط في حالة تقدير التعويض الملائم لصالح الطرف المتعاقد مع الدولة .

وعلى سبيل المثال يؤدي وجود شرط الثبات الى امكانية تعويض الطرف الاجنبي ليس فقط عما لحقه من خسارة ،بل أيضا عما فاته من كسب كان يمكن أن يتحقق في الفترة التي كان من المتوقع أن يظل فيها المشروع الذي تم إنهائه [2].

المطلب الثاني :استبعاد القوانين الجديدة بالدفع بالنظام العام

الدفع بالنظام العام يعد الوسيلة الفنية التي يتم بها استبعاد القانون الجديد ، لذا لابد من معرفة علاقة الدفع بالنظام العام بالقوانين الجديدة (الفرع الأول)، وخصوصية الدفع بالنظام العام (الفرع الثاني).

[1] عبد الرزاق المرتضى سليمان ،الاشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة العلاقات النفطية ودول الاوبيك، مكتبة طرابلس العلمية ليبيا ،الطبعة الاولى ،2010ص 404

[2] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ، ص 398

الفرع الاول :علاقة الدفع بالنظام العام بالقوانين الجديدة

علمنا أن شروط الثبات التشريعي لاتتم بين الأشخاص الخاصة لأنه لايملك كل منهما أن يتعهد إزاء الآخر بعدم سريان التعديلات التي تطرأ على القانون اتجاه العقد المبرم بينهما وهذا يعود الى أن هذه الصفة لايمتلكها إلا الأشخاص العامة ،وقد أصبح للدولة الحق في المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها في حالة ما إذا كان هذا المساس قد تم من أجل تحقيق مصلحة عامة [1].

وهذا على الرغم من وجود اتفاق بين الطرفين ينص على أنه لا يمكن للدولة أن تقوم بأي إجراء قانوني على العقد طيلة مدة الاتفاق إلا أنه وكما أسلفنا الذكر أنه يحق للدولة أن تجري تعديلات أو أن تنص على قوانين جديدة فهذا يدخل ضمن سيادة الدولة ،فالدولة التي تحوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي تم الاتفاق بتثبيته لحظة إبرام العقد وهذا ما توصل إليه الحكم الصادر عن قضية Aminoilإذ قضت محكمة التحكيم بأن شرط الثبات التشريعي لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ اجراءات التأميم [2].

وهذا يرجع الى سموا القانون على العقد مما يعني رفض تلقائي لشروط التجميد والعقد الدولي بعد عملية الاسناد يصبح مثله مثل العقود الداخلية والأهم من ذلك هو أن هذه العلاقة الدولية تصبح غير مختلفة عن العلاقات الداخلية ،فالإسناد الذي يتم بموجب قاعدة التنازع يدخل العلاقة في نطاق العلاقات الوطنية [3]

بمعنى أن الدولة تستطيع أن تدرج قوانين جديدة ضمن نصوصها التشريعية سواء كانت هذه القواعد القانونية آمرة أم مكملة ففي كلتا الحالتين يحق للدولة أن تضع ماتراه مناسب للمصلحة العامة ،فالعقد الدولي بعد عملية الاسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق يصبح كأحد العقود الداخلية تسري عليه أحكام القانون الداخلي .

وعليه فإن العقود الدولية تصبح مثل العقود الداخلية تخضع لقانون الدولة المضيفة ،فهنا تعامل هذه العقود مثل العقود الداخلية من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة عليها [4].

[1] حفيظة السيد الحداد ،المرجع السابق ،ص 368

[2] وليد محمد عباس ،المرجع السابق ،ص 688

[3] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق، ص 327

[4] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع نفسه ،ص 327

وبالرجوع الى النصوص الداخلية نجد أنه يمكن استبعاد القوانين الجديدة المكملة أو ذات الطبيعة الاختيارية هذا في المجال الداخلي ،وبما أن العقود الدولية تصبح بعد عملية الاسناد مثل العقود الداخلية فإن نفس الاجراءات تطبق عليها ، بحيث لا يكون جائز إلا استبعاد أو اقصاء الاحكام الجديدة المكملة أو الاختيارية في القانون الواجب التطبيق على العقد ويكون استبعاد هذه القوانين إلا بالإرادة الصريحة ولا يكون استبعاد النصوص الجديدة إلا بالدفع بالنظام العام وهو الوسيلة الفنية التي يمكن بمقتضاها استبعاد التعديلات الجديدة التي تطرأ على قانو ن العقد وهي الدفع بالنظام العام ولا محل مطلق لإرادة الاطراف ويكون عادة هذا متعلق بالأثر الرجعي للقانون الجديد على مقتضيات الدقة القانونية وهذا يقودنا الى أن الأثر الرجعي لا يعد مخالفا للنظام العام ونقصد بالنظام العام هو الذي يثار في اطار المنازعات ذات العصر الاجنبي والغرض منه هو استبعاد كل مامن شأنه يمس باستقرار المجتمع وأمنه وسلامته .

أو يؤثر سلبا على تعاقبات الافراد فيما بينهم والدور الحديث لفكرة النظام العام هو استبعاد القانون الواجب التطبيق إذا تبين أن أحكام هذا القانون تتعارض مع الأصول العامة [1].

ويعتبر أدات لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي تحت غطاء ما يسمى بالقوانين ذات التطبيق الضروري أو المباشر [2].

وتستبعد القوانين الجديدة إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام على درجة من الجسامة والخطورة، وبالتالي فإن في هذه الحالة الدفع بالنظام العام لا ينتج أثره كاملا والمعروف في النظرية العامة لتنازع القوانين الدولية وانما تبرز هنا إلا الآثار السلبية ،ففي هذه الحالة نستبعد القانون الجديد ونبقي القانون القديم، الذي تم إبرام العقد أثنائه بمعنى أن القانون القديم يبقى ساريا المفعول وتلغى الدولة التعهدات التي أبرمتها مع الطرف الاجنبي

الفرع الثاني :خصوصية الدفع بالنظام العام

الخاصية التي تميز الدفع بالنظام العام اتجاه القوانين الجديدة هي أن هذه الوسيلة التي يلجأ اليها الطرف المتعاقد لا تنتج جميع آثارها بل إلا الآثار السلبية والمتمثلة في استبعاد القوانين الجديدة أو النص القانوني الجديد ويبقى النص القديم ساريا المفعول وهذا يقودنا الى فكرتين هما:القاعدة القانونية والثانية هي القرار فالقاعدة القانونية

[1] نادية فوضيل ،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ،دارهومة ، الجزائر ،2001ص 115

[2] هشام علي صادق ،تنازع القوانين ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، 1993 ص 304

هي التي تتصف بالعمومية والتجريد ولها قابلية بحسب مضمونها لحكم مسألة معينة وهي بطبيعتها ينطبق عنصر الحكم فيها أو الاثر القانوني إذا تحققت الشروط المطلوبة .

أما القرار هو أمر ذاتي محدد وغير مجرد وأيضا القرار لا يكون دائم فالأثر القانوني الذي يتضمنه القرار لا يتوق تطبيقه على تحقق شروط معينة في أمر مستقبل ، وهنا يلاحظ أن القانون الرجعي يضع في الحقيقة حكما مزدوجا فالأول هو القاعدة القانونية والمتمثلة في الوضع المستقبلي والثاني القرار المتمثل في الأوضاع الماضية ويكون له في الواقع أثر قانوني قاطعا ، أما القرار فإذا كان مخالفا للنظام العام فيجرد ببساطة من الفعالية على نحو يسمح للقاعدة القديمة بالعمل العادي وإذا كان القرار مخالفا للنظام العام يستتبع مجرد أثر استبعادي وليس حلولي أي يتم استبعاد النص الجديد دون حلول قانون القاضي محله ، كما هو متعارف عليه في شأن الدفع بالنظام العام عموما ولكن يظل القانون الجديد ساري المفعول [1].

المبحث الثاني :المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي

رأينا سابقا أنه يمكن للدولة أن تقوم بتعديل قانونها إذا رأت أن هناك مصلحة عامة ويعد هذا مساسا بالعقد بإرادة منفردة ويؤثر في المشروع الاستثماري ،فهذا الإخلال بالالتزام يرتب مسؤولية إتجاه المستثمر لذا يمكننا أن نوضح ذلك في المطلبين التاليين ، فالمطلب الأول نحدد فيه طبيعة المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالالتزام ،أما المطلب الثاني نحدد فيه الجزاء المترتب عنه.

المطلب الأول :طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات

تعد عقود الاستثمار من العقود الرضائية ،تنبني على رضى الأطراف ،فالطرف الأجنبي أول شئ يسعى إليه هو ضمان ثبات التشريع في اللحظة التي تم ابرام العقد فيها ، وهذا لضمان مشروعه الاستثماري ، إلا أن هذا النوع من العقود تكون عادة طويلة المدى والقانون الوطني للدولة بطبيعته هو قانون مرن قابل للتغيير في أي وقت وعلى حسب الظروف التي تحقق فيها المصلحة العامة للدولة فهي على الرغم من وجود اتفاق بينها وبين المستثمر ينص على عدم القيام بأي تعديل لقانونها ،فبالرغم من تخوف المستثمر عند توقيع العقد أن تطرأ تغيرات

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ،ص 330

وتعديلات قانونية في الدولة التي يمارس فيها استثماره تحمله ما لم يكن يتوقعه في ظل الأوضاع التشريعية المختلفة عن تلك التي كانت سائدة أثناء ابرام العقد [1].

إذن فإن المصلحة العامة تلعب دورا كبيرا في قيام الدولة بإجراءات قانونية ، فالدولة التي تحوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق وأن اتفقت مع متعاقدها الخاص على تثبيته في لحظة ابرام العقد على الرغم من وجود اتفاق يمنع قيام الدولة بهذا الاجراء إلا أن العقد يكون معرض لذلك ، في هذه الحالة تكون الدولة قد خرقت هذا الاتفاق بالغم من وجود تعهدات سابقة وتم تثبيت القانون الواجب التطبيق لحظة الابرام ويكون هذا عادة إذا رأت الدولة أن هناك مصلحة عامة، وبالتالي تكون الدولة قد أخلت بشروطها وخرقت قاعدة جوهرية في القانون الدولي وهي عدم احترام سلطان الارادة لذا فإنه يترتب عن هذه النتيجة مسؤولية دولية وهي المسؤولية العقدية وتختلف طبيعة المسؤولية باختلاف نية الدولة اتجاه المستثمر ، فالأصل أن شروط الثبات التشريعي هي شروط تعاقدية ترد في صلب العقد وبالتالي فإن المسؤولية المترتبة عليها هي مسؤولية عقدية ،إلا أن طبيعة هذه المسؤولية تختلف باختلاف نية الدولة فيمكن تحديد جسامة أخطائها من خلال مبدأ حسن أو سوء النية للدولة علما أن حسن النية أمرا مفترض من أول الاتفاق ما لم يثبت العكس كما لو لم تستهدف من إخلالها بالشرط تحقيق مصلحة عامة أو استهدفت مركزا تعاقديا خاص بعينه دون باقي المراكز القانونية[2].

فمثلا نجد أن جمعية القانون الدولي قد تمت صياغة العقد النموذجي في شأن الاستثمارات عام 1971/1970 هجرت هذه الشروط عن قصد وانصرفت الى عدم النص عليها بالرغم من سعي المستثمر الى وجودها في الاتفاق .

فمن خلال مبدأ حسن النية في التعاقد بين الدولة والطرف الأجنبي نستطيع تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام الدولة .

[1] عبد الحميد الأحدب ، التحكيم ومصادره ،منشورات الحلبي ،الجزء الأول ،(د-س)ص 403

[2] وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ،ص 776

وبالتالي يلاحظ أن شروط الثبات التشريعي ، باعتبارها شروط تعاقدية ترد في صلب العقد الدولي المبرم بين اطراف تتوقف فعاليتها على القانون واجب التطبيق على العقد ذاته ، فهي كأي شرط تعاقدي تخضع لهذا القانون وهو وحده لا إرادة الاطراف الذي يحدد قيمتها القانونية [1]

المطلب الثاني : الجزاء المترتب عن المسؤولية

يعتبر كل إجراء بإرادة منفردة تتخذه الدولة المتعاقدة يكون من شأنه تعديل العقد أو انهائه حتى لو كان مصدر هذا الاجراء المصلحة العامة للدولة هو إخلال الالتزام المبرم بينها وبين المستثمر ، وأيا ما كان الأمر فإنه مما لا شك فيه أن إخلال الدولة بتعهداتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية أو القوانين التشريعية التي نصت على تثبيت القانون الواجب التطبيق في اللحظة التي تم ابرام العقد فيها ، فقيام الدولة بالمساس بالعقد بإرادة منفردة من شأنه أن يؤثر في المستثمر ، فيعد هذا خلاف بين المستثمر والدولة يمكنه من اللجوء إلى الجهات المختصة قضائيا من أجل المطالبة بالتعويض ،والاصل هو أنه في هذه الحالة يعد خرق الدولة للعلاقة التعاقدية خلافا بين الدولة والمستثمر فهنا يلجأ المستثمر الى الجهات القضائية للدولة المضيفة أو إذا كان هناك اتفاق أو معاهدة تنص أنه في حالة قيام الدولة بإجراء ينافي الاتفاق المبرم بينهما فإنه يمكنه اللجوء إلى هيئات التحكيم للمطالبة بالتعويض والقاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض أو المحكم والأصل أن القضاء هو الجهة المختصة بالفصل في هذه المنازعات التي تشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار [2]

ويترتب على ذلك ، أنه في حالة قيام الدولة بالاعتداء على شرط الثبات التشريعي ،يستطيع المحكم في حالة إصابة الطرف المتعاقد مع الدولة بأضرار من جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هه الدولة ،لا على أساس القانون الدولي،وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة تجاه متعاقدها الخاص وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقد ة[3].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ،ص 342

[2] ناصر عثمان محمد عثمان ،ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، دار النهضة العربية ،الطبعة الأولى ،2009 ص 66

[3] وليد محمد عباس ،المرجع السابق ، ص 690

فبالرغم من أن حق الدولة في تغيير العقد المبرم بينها وبين المستثمر هو من المزايا الاستثنائية للدولة فإن الطرف الأجنبي غير مستعد لتحمل النفقات التي تترتب على استخدام هذه المزايا الاستثنائية التي تتمتع بها الدولة والتي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه بشأن المشروعات التي اعتاد تحمل مخاطرها[1].

بمعنى آخر حتى لو قامت الدولة بتغيير القانون الواجب التطبيق على العقد في اللحظة التي تم الاتفاق على العقد عليها وكان من ورائه تحقيق مصلحة عامة لا بد أن يقابله التعويض عن الخسائر التي واجهت المستثمر من جراء إتخاذ هذا القرار ويكون التعويض مقدار مالي مناسب يستحقه الطرف الاجنبي والقاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض .

يمكن أن نصل الى نتيجة في الاخير وهي أنه لابد على الدولة والمستثمر أن يقوما بتحديد شرط الثبات التشريعي بمدة معينة وفي زمن معين لأن العقود الاستثمارية تمتاز بكونها عقود طويلة المدى والقانون هو ذوا طبيعة مرنة قابل للتغيير في أي وقت رأت الدولة أنه هناك مصلحة عامة وفي نظري أن هذا الشرط ليست له أي قيمة قانونية مادام أنه يحق للدولة أن تمارس سلطتها العامة على قوانينها التشريعية وطلب المستثمر تثبيت القانون الواجب التطبيق هو مساس بسيادة الدولة ، وأيضا لابد أن يحدد مسبقا قيمة التعويض المستحقة للمستثمر في حالة إخلال الدولة بإلتزامها التعاقدي .

[1] حفيظة السيد الحداد ،مرجع سابق، ص 396

ملخص الفصل الثاني

بما أن شرط الثبات التشريعي هو عبارة عن مبدأ لضمان الاستقرار في التشريع لتوفير حماية كافية للمستثمر من أجل ضمان جذب رؤوس أمواله وضمان حرية استثماره في الدولة المضيفة ، فتكريس هذا الشرط في عقود الاستثمار تنتج عنه آثار ونتائج على كلا طرفي العلاقة التعاقدية فمنها نتائج وآثار سلبية على الدولة والمتمثلة في غل يدها عن التدخل في اجراء أي تعديلات على العقد في حالة تغيير قانونها والنتائج الايجابية بالنسبة للطرف الاجنبي وهناك أيضا نتائج سلبية بالنسبة إلى المستثمر ، وفي حالة قيام الدولة بخرق الالتزامات التعاقدية بينها وبين الطرف الاجنبي فإنه تترتب عليه مسؤولية دولية ذات طبيعة تعاقدية ، إلا أن يوجد فراغ تشريعي والمتمثل في عدم تحديد مدة تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد وعدم تحديد قيمة التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمستثمر .

الخاتمة

رأينا في دراستنا أن شرط الثبات التشريعي أو مايعرف بالاستقرار التشريعي هو عبارة عن مبدأ من مبادئ الضمان التي كرستها الدولة في نصوصها القانونية ،والاتفاقات الدولية من خلال وضع آليات قانونية وهي الدوافع والعوامل التي عملت وساعدت الدول على تشجيع وجذب الاستثمار وكذلك الهيئات الدولية ،وتناولنا في دراستنا شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي هو عبارة عن مبدأ ضمان يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة الى ضرورة وجوده في العقد وهذا تخوفا من المخاطر التي تنجم عن التغيرات التشريعية التي تحصل داخل الدولة المضيفة والتي تلحق بالعقود الاستثمارية نظرا لطبيعتها بكونها طويلة المدى ، وأما القانون فهو ذو طبيعة مرنة قابل للتغيير على حسب المصلحة العامة للدولة وكذلك الظروف التي تحيط بالدولة ، لذا فإن المستثمر يحاول من خلال هذه الشروط غل يد الدولة ومحاولة منعها من إجراء أي تعديل على القانون الواجب التطبيق لحظة إبرام العقد ورفض كل التعديلات التي من شأنها تمس العلاقة التعاقدية وشرط الثبات التشريعي هو تجميد دور الدولة بصفتها ذات سلطة عامة من تغيير القانون المحدد والذي يحكم العقد لحظة إبرامه ويختلف هذا الشرط من شروط تعاقدية والتي تكون بموجب اتفاقية سواء كانت ثنائية أو متعددة وتكون عبارة عن بند ضمن الاتفاقية تتعهد الدولة بعدم اجراي أي تعديل على القانون الذي يحكم العقد ، وإما أن تكون عبارة عن شروط تشريعية وهي التي ينص عليها المشرع ضمن نصوص تشريعية ،إلا أن هذا التكريس لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار تعرض لخلاف فقه فهناك من يراه مساس بسيادة الدولة وهناك من يرى أنه حرية تعاقدية ، فالتأصيل القانوني لهذا الشرط يقودنا الي تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي وهذا التأصيل لشرط الثبات التشريعي في هذه العقود الاستثمارية قد أنتج أثره بالنسبة لهذه العقود والمتمثلة في الاثار الناتجة عن هذا التكريس ، وقد تم إتباع خطوات في هذه الدراسة للوصول الى حل للإشكالية وهي رأينا كيفية تكريس الشرط في عقود الاستثمار وهذا من خلال آليات التكريس وهي الآليات القانونية والمتمثلة في الاتفاقيات الدولية وقد راينا أنا مجمل الاتفاقيات الخاصة بالاستثمار قد اهتمت بهذا الشرط وفي هذه الحالة تكون ذات طبيعة اتفاقية أو ذات طبيعة تعاقدية وكذلك القوانين التنظيمية المتمثلة في النصوص القانونية الخاصة بالاستثمار والآلية الثانية هي الهيئات القانونية والمتمثلة في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمؤسسة العربية للاستثمار .

وتوصلت الدراسة الى النتائج التالية :و هي أن شرط الثبات التشريعي هو عبارة عن شرط تعاقدي تتوقف فعاليته على أحكام القانون الواجب التطبيق ونرى أن هذه الشروط تعد شروط فاشلة ، لأن تركيز العلاقة بين المستثمر والدولة لم يحقق لها شرط الاستقرار وظيفته كواقي لهذه العلاقة ، ولم تضمن للمستثمر الحماية التي يسعى إلى الوصول إليها.

مادام أن الدولة تستطيع أن تغيير في القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم في ظل أحكام القانون السابق فنرى أنه لم يعد هناك احترام للعلاقة التعاقدية واتخاذ الدولة لإجراءات سيادية كإصدار قوانين وتعديلها وإصدار قرارات وفقا للمصلحة العامة

والنتيجة الثانية هي أنه في واقع الحال أنه يظهر لنا أن المهتمين بتلك العقود يحاولون عزلها عن القانون بمعنى محاولة عزلها عن القانون الذي يخضع لتعديلات وتغيرات التي تضعها الدولة بمعنى آخر تجميد العقد في الزمان ، والحقيقة في هذه الحالة نرى أنه في حالة عزل العقد عن القانون فيصبح في هذه الحالة عقد بلا قانون ،وفي نظرنا أنه لابد على الدولة أن تضع مسبقا مدة معينة وفي زمن معين تثبيت القانون على العقد لأن حكومة الدولة غير ثابتة وقابلة للتغيير في أي وقت ،وكذلك لابد للدولة أن تضع مسبقا في العقد القيمة التعويضية على الخسائر التي تواجه المستثمر من جراء إخلال الدولة بتعهدها .

قائمة المراجع :

_ باللغة العربية :

أولا : الكتب

1- أحمد عبد الكريم سلامة ،قانون العقد الدولي ،دار النهضة العربية ،القاهرة 2008

2-بشار محمد الاسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ،2006

3-حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2003

4- حسان نوفل ،التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ،دار هومة ،(د-س)

5- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ،الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها ،المصدر القومي للاصدارات ،الطبعة الأولى ،2011

6- صلاح الدين جمال الدين ،محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ،2004

7- عبد الحميد الأحدب ، التحكيم ومصادره ،منشورات الحلبي ،الجزء الأول ،(د-س)

8- عمر هاشم صدقة ،ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ،دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى الاسكندرية2008

9-عبد الرزاق المرتضى سليمان ،الاشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة العلاقات النفطية ودول الاوبيك، مكتبة طرابلس العلمية ليبيا ،الطبعة الاولى ،2010

10-عيبوط محند وعلى ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر 2012

11- قادري عبد العزيز ،الاستثمارات الدولية ، دار هومة ، الجزائر ،الطبعة 5 ،سنة 2004

12-لميا متولي يوسف مرسي ،التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ،دار النهضة العربية ،الطبعة الاولى 2011

13- محمد موسى خلف الجبوري ،لنظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام ،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2013

14- وفاء مزيد فلحوط ،المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ،2008

15- وليد محمد عباس ،التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبعة التعاقدية ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2010

16- نادية فوضيل ،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ،دارهومة ، الجزائر ،2001

17- ناصر عثمان محمد عثمان ،ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، دار النهضة العربية ،الطبعة الأولى ،2009

18- هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،1993

ثانيا :المقالات

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

2- سالي جمعة ،عقود البنية التحتية لاستغلال النفط والغاز ،المؤتمر العلمي الثاني عشر، كلية الحقوق ،جامعة المنصورة 2006

أنظر www.F-Law-net/law.threads14988

3- سعيداني الو ناسي جقجيقة ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر كوسيلة تحفيزية لجذب المستثمر الأجنبي ،الملتقى الوطني المداخلة السادسة _تنظيم العلاقات الدولية الخاصة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة 26/25/أفريل / 2012 ص 48

4- عبد الله عبد الكريم عبد الله ، الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الاجنبية ،دراسة مقارنة في اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مجلة الحقوق ،كلية الحقوق جامعة بيروت ،العدد الثاني ،2004

5- عبد الرسول عبد الرضا وخير الدين كاظم ، تأثير الصفة الاجنبية في قانون الاستثمار العراقي ، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة بابل ، السنة الأولى ، العدد الأول ،2009

6- غسان عبيد محمد المعموري ،شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ،مجلة رسالة الحقوق ،المجلد الاول ،العدد الثاني ،جامعة كربلاء 2009

7- محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق ،المؤتمر السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد ،20-21 -2013ص623

انظرF http://sLconae.ac.ae-uaeu

ثالثا: المذكرات:

1-عزرين عبد الرزاق ،النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية في الجزائر "واقع وأفاق "،جامعة خميس مليانة كلية الحقوق 2014/2013 http://193-194.80.11/jspui/bitstrem

2- منى حسب الرسول حسن ،تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية ، رسالة ماجستير ،جامعة النيلين ،الخرطوم

3- هدى سليم ،التحكيم بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات ومراكز التحكيم العربية رسالة ماجستير معهد البحوث والدراسات العربية ،قسم البحوث والدراسات القانونية ،القاهرة 2008

رابعا: النصوص القانونية

الاتفاقيات :

- الاتفاقية المتضمنة انشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة ، 1974المصادق عليها بموجب الأمر رقم 74-16 المؤرخ في جوان ، 1974 الجريدة الرسمية عدد1974/53.
- اتفاقية سيول لسنة 1985، المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات المصادق عليها بموجب الأمر رقم 95-05 المؤرخ في 21 جانفي، 1995 الجريدة الرسمية العدد1995/7.

-الأمر 03/01 ،المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار الأجنبي ، الجريدة الرسمية ، العدد 47 لسنة 2001

المراسيم التشريعية

1- مرسوم تشريعي، رقم 93-12، مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 ،الموافق 5 أكتوبر سنة 1993 ،يتعلق بترقية الاستثمار ، الجريدة الرسمية العدد 64 سنة 1993

2- المرسوم التشريعي 95-345 الصادر 6 أكتوبر 1995 المتعلق بإنشاء الوكالة الدولية للاستثمار ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد66 عام 1995

3- المرسوم الرئاسي ،رقم 91-345 المؤرخ في 26ربيع الأول عام 1412، الموافق 5أكتوبرسنة 1991 ،المبرم بين الحكومة الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي ، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991

Les articles

1-Nour Eddine Terki . la protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie .article publieé sur revue algérinne des sciences juridiques .économiques et politiques .partie 39 .année 2001 . op cit 19

أنظرhttp://193.95.68.190/cgi-bin /koha /opac -detail .pl

2-Tiajojogueseverin peut – on stabiliser la notion de stabilisation en droit transnational ?.centre africain de recherche sur les politiques Energétiques et minières . 93 .Rue des maillets .Résidence clos margot .7200 le mans France .mars 2010انظرwww.carpen .info/downloades

الكلمات المفتاحية :

1- شرط الثبات التشريعي

2- تجميد القانون

3- القوة الملزمة للعقد

4-التأصيل القانوني

5-الشروط التعاقدية

6- الحماية القانونية

7-النظام العام

Key words:

1-Legislative stability condition

2-Freeze law

3-Binding force of the contract

4-Legal protection

5-General system

6-Legal rooting

7-International Investment

Mots clés:

1-Condition de stabilité législative

2-la loi gel

3-La force obligatoire du contrat

4-protection juridique

5-système général

6-enracinement juridique

7-investissement international

الملخص :

شرط الثبات التشريعي هو غل يد الدولة وتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحالة التي كان عليها وقت ابرامه وهو يمنع الدولة من القيام بأي إجراء أو تعديل قانوني على نصوصها ، إلا أن الفقه قد انقسم الى قسمين من حيث تحديد طبيعته القانونية فهناك من يرى أنه يحق للدولة أن تقوم بالتغيرات على قانونها بالرغم من وجود اتفاق بين الطرفين وهذا لتحقيق المصلحة العامة ،إلا أنه هناك من يرى عكس ذلك ،والذي يرى أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الاساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق فالإرادة تغلب عن مبدأ سيادة الدولة وقد يكون في شكل اتفاق ويرد هذا في اتفاقية دولية أو قد يكون عبارة عن نص قانوني ، فتكريس هذا الشرط في عقود الاستثمار يترتب عليه تأصيل نتائج بالنسبة لكلا الطرفين إلا أنه يمكن للمستثمر الأجنبي أن يستبعد القانون الجديد بالدفع بالنظام العام ويترتب على إخلال الدولة بإلتزامها التعاقدي مسؤولية دولية .

Résumé

La clause de stabilisation constitue une exeption au principe du droit interne de l application immédiate des lois nouvelles impératives

Effet concernant les clauses de stabilisation la finalité de ces clauses est de donner au partenaire privé l assurance que les lois ou règlement que l Etat contractant pouraitédicter postérieurement a la conclusion du contrat ne s'appliqueront pas au cantrat

Abstract:

La clause de stabilisation constitue une exeption au principe du droit interne de l application immédiate des lois nouvelles impératives

Effet concernant les clauses de stabilisation la finalité de ces clauses est de donner au partenaire privé l'assurance que les lois ou règlements que l'Etat contractant pourrait édicter postérieurement a la conclusion du contrat ne s'appliqueront pas au cantrat

فهرس المحتويات

المقدمة ..... أ – د

التشكر.....

الإهداء.....

الفصل الأول :تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي 6

المبحث الاول :آليات تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمارالدولي.....**7**

المطلب الأول :الأليات القانونية.....**7**

الفرع الاول : الاتفاقيات الدولية.....7

الفرع الثاني : القوانين التنظيمية.....**15**

المطلب الثاني :هيئات ضمان الاستثمار الدولي.....19

الفرع الاول :الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.....20

الفرع الثاني : المؤسسة العربية لضمان لاستثمار.....22

المبحث الثاني :المشكلات التي تواجه تكريس شرط الثبات في عقود الاستثمار.....23

المطلب الأول :التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي.....23

الفرع الأول: الاتجاه الذي يرى أن شروط الثبات هي استثناء عن سريان المبدأ الفوري والمباشر للقانون الجديد.....24

الفرع الثاني :الاتجاه الذي يرى أن شروط الثبات تؤدي الى اندماج القانون في العقد.....24

المطلب الثاني :سيادة الدولة 26

الفرع الأول :مفهوم سيادة الدولة.....26

الفرع الثاني :طبيعة العقد الاستثماري يعطي للدولة الحق في ممارسة سيادتها.....28

المطلب الثالث :الحرية التعاقدية.....30

المطلب الرابع :الاتجاه التوفيقي مابين سيادة الدولة والحرية التعاقدية 30

الفصل الثاني :النتائج والاثار المترتبة عن شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي.....

المبحث الأول : تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي.....37

المطلب الأول :الآثار القانونية للتغيرات التشريعية على القانون الواجب التطبيق.....37

الفرع الأول : الآثار القانونية السلبية لشرط الثبات التشريعي.....37

الفرع الثاني : الآثار الايجابية لشرط الثبات.....42

المطلب الثاني :استبعاد القوانين الجديدة بالدفع بالنظام العام.....44

الفرع الأول :علاقة الدفع بالنظام العام بالقوانين الجديدة.....44

الفرع الثاني :خصوصية الدفع بالنظام العام.....46

المبحث الثاني :المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي.....46

المطلب الأول :طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات 46

المطلب الثاني : الجزاء المترتب عن المسؤولية.....48

الخاتمة 53-54

الكلمات المفتاحية

الملخص