وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر –سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

التخصص: **القانـــون الإقتصـــادي**

شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة

- من إعداد الطالب:
- بن براهيم جمـــال

ـ تحت إشراف الدكتور:
بن أحمد الحاج

أعضاء اللجنة المناقشة

- الأستـاذ	بن علي عبد الحميد	رئيســـا
- الدكتور	بن أحمـد الحـــاج	مشرفا مقـررا
- الأستـاذ	لربيـي المكـــي	عضوا مناقشـا
- الأستـاذ	حمـادو دحمـان	عضوا مناقشـا

الموسم الجامعي: **2016–2017**

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

" فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۚ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُودَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَاعِلِينَ"

صدق الله العظيم .

شـــكر وعرفان

سبحان الله القائل" ولئن شكرتم لأزيدنكم" والحمد والشكر لله تعالى حتى يبلغ الحمد منتهاه.

والشكر أولاً وأخيراً لله رب العالمين على ما أنعم به وتفضل فنعمه عديدة يعجز العادون عن عدها ويقصر جهد الحاسبين على إدراكها.

أتقدم بجزيل الشكر والإمتنان وخالص المودة لأستاذي وأخي الفاضل الدكتور بن أحمد الحاج على ما بذله من جهد وما قدمه من نصح وعلى ما رأيت منه من لطف وما أسدى إلي من معروف فكان خير أستاذ وخير ناصح وخير مرشد فجزاه الله كل خير وأجزل له المثوبة ومثله يعجز عن الوفاء بحقه، أطال الله في عمره وأدامه لنا ذخراً ووفقه لما يحبه ويرضاه إنه ولي ذلك والقادر عليه.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخاص الإمتنان إلى كل أساتذتي الأكارم بكلية الحقوق والعلوم والسياسية الذين أفادوا وأجادوا في إبداء العلم النافع راجياً من المولى عز وجل أن يثيبهم على فعلهم خير مثوبة.

كما يسرني أن أقدم خالص شكري لكل من ساعدني من قريب أو بعيد على إتمام هذا البحث المتواضع وأخص بالذكر أخي العزيز يحياوي أمين والأخ الغالي الحاج يوسف.

أرجو من الله تبارك وتعالى أن يبارك ـم ويمدهم في أعمارهم خدمة للعلم وأهله أنه على ذلك لقدير.

ثم الشكر موصول لجامعة سعيدة ممثلة برئسيها ولكيلة الحقوق بعميدها ولسائر أعضاء هيئة التدريس.

إهداء

بسم الله ما سرى في الكون ضياء والحمد لله صاحب الفضل في العطاء والصلاة والسلام على معلم البشرية جمعاء محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه ومن والاه.

أهدي ثمرة عملي المتواضع إلى من قال فيهما المولى عز وجل "واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي إرحمهما كما ربياني صغيرا" والدي العزيزين

إلى الذين قدس الله مكانتهما وأنزلهما منزل الإجلال وإلى التي كانت سندي في مشوار حياتي منذ طيش تصرفاتي حتى بلوغي أعلى شهاداتي " أمي الغالية" حفظها الله ورعاها.

وإلى من صنع مني رجلاً، إلى الذي يرهن بأفعاله حتى غنمت بخير المنال، إلى الذي لم يقصر يوماً بحقنا "والدي العزيز" حفظه ورعاه.

إليك أستاذي الفاضل أخي العزيز الدكتور "بن أحمد الحاج" يا من تعجز الكلمات عن ذكر بعضك، إليك يا من لو أتينا بالتقدير كلمة ما وفى ببعض حقك، إليك مني كل الحب والود والوفاء.

لا يحمل قاموسي كلمة شكري أو عبارة إمتنان تعبر عن ما في القلوب لكن لعل دعواتنا تطرق أبواب السماء فتكون أبلغ من حروفنا المتلاشية ... أستاذي بارك الله عطاءك ورزقك جنانه.

إلى أجمل ما في الحياة إخوتي الأعزاء كل واحد بإسمه وإلى كافة الأهل والأقارب .

إلى زملائي بالدراسة وإخوتي...

(الحاج يوسف، رضوان بوسماحة، بوبكري محمد، يعقوب ناجي، الحاج عبد القادر، أمين يحياوي، يوسف، عبد الصمد، عماد، صفاء الدين، نذير، عبد ا يد، مراد، إسماعيل، سليم، سيدي أحمد، وإلى أخواي العزيزان منير وأحمد سليم.

وإلى والدتي الثانية التي ربتني...

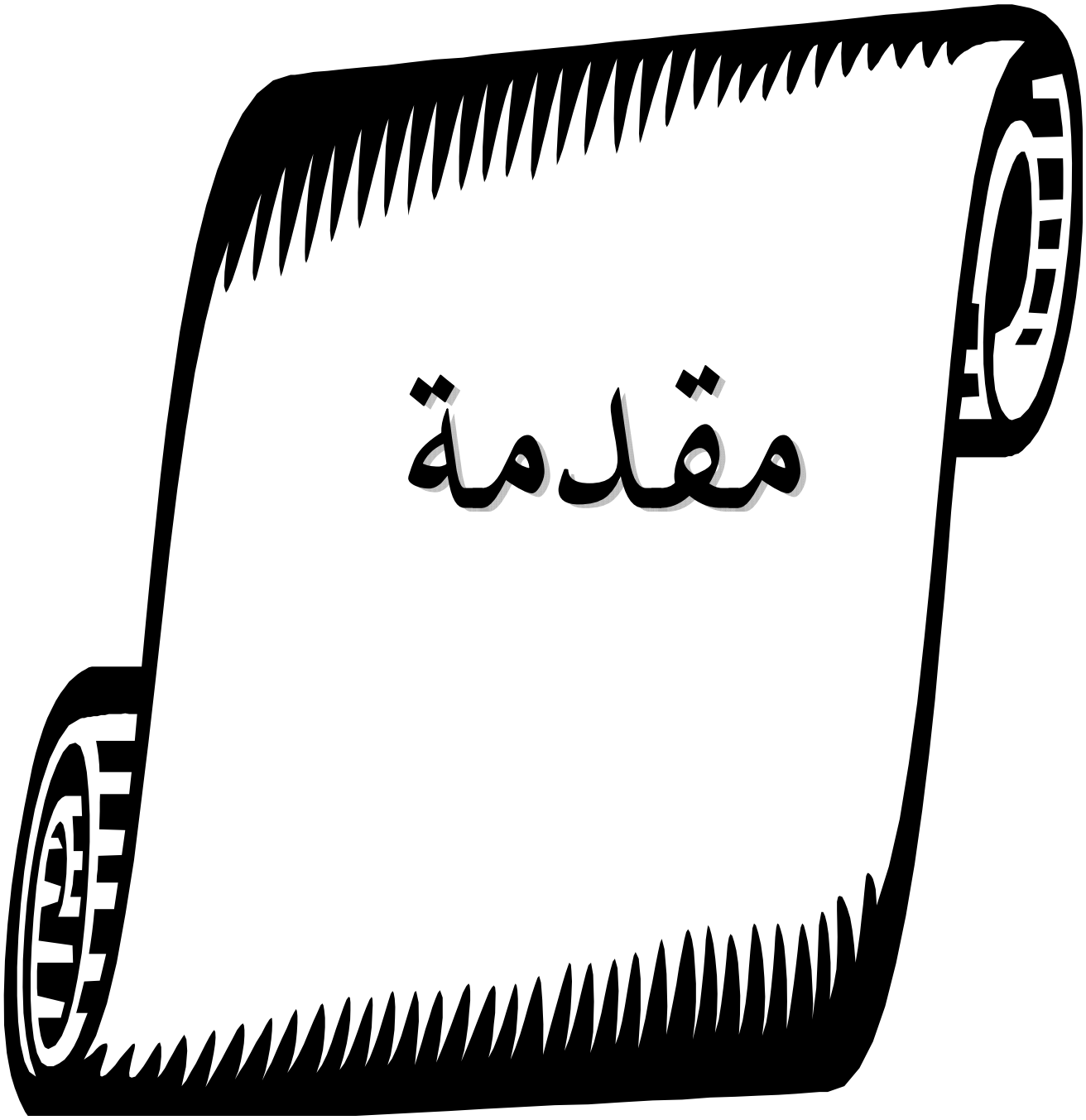
وإلى كل أمثال محمد الدرة الذي علمنا كيف أن الأنامل الناعمة تحمل حجراً مباركاً لينسف بكل قوى عدو... والسلام والإسلام.

إلى كل الأمهات التي تلدن شهداء أحياء إكراماً للتراب المقدس... إلى كل إنسان يعيش بمعنى إنسان وفقط لأنه إنسان.

إلى الضمائر الحية...

إلى الكتكوتة نبيلة.

جمال بن براهيم.


مقدمة

مقدمـــــة

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

وتنجم هذه الصعوبة من التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود لأن هذه الأخيرة تبرم بين طرفين غير متكافئين. الدولة من جهة والشخص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية فالدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي تتمتع بمزايا إستثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها و الذي يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص.

و إذا كانت عقود الدولة في إطار القانون الوطني الداخلي تثير العديد من المشاكل وتقتضي في العديد من الدول إفراد نظام قانوني ذاتي لها ليحكمها فإنّ

هذه المشاكل تتضاعف إذا كانت العقود قد تمت بين الدولة وبين الشخص الخاص على صعيد العلاقات الدولية.[1]

ومن جهة أخرى فإن الدولة بجانب إعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام الداخلي فإنها تعد أيضا شخصا من أشخاص القانون الدولي العام تتمتع بالمزايا التي يضفيها عليها هذا القانون على نحو أصيل وكان قاصرا عليها إلى وقت قريب بينما الطرف الأجنبي المتعاقد معها لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بل هو مجرد شخص من أشخاص القانون الداخلي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التفاوت في المراكز القانونية لطرفي هذه النوعية من العقود يضفي عليها ذاتية واستقلالية تؤدي إلى تميزها عن العقود الأخرى المعتادة التي تبرم في إطار العلاقات التجارية الدولية على نحو دفع جانب من الفقه إلى القول بأن وجود الدولة كطرف في هذه العقود يقتضي إخضاعها إلى

[1] أنظر: قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمارات الدولية، عقد الدولة، Le contrat d'état ، مجلة إدارة، العدد 01، رقم 07 1997.

نظام أخر مختلف عن ذلك النظام الذي تخضع له العقود المعتاد إبرامها في نطاق المعاملات التجارية الدولية.[1]

والأصل العام أن العقود الدولية تخضع لقانون الإرادة هده الأخيرة التي تختار القانون الواجب التطبيق على هده العقود،والقانون المختار هو الذي يهيمن على العقد بقواعده القائمة وقت إختياره وما قد يطرأ عليه من تغييرات تشريعية،إلا أن هذه الأخيرة إذا طرأت على العقد فإنها تؤثر على أطراف العلاقة التعاقدية وليس الطرف الأجنبي بأكثر تضررا من الدولة، لذا وجب عليه أن يضمن حماية له من المخاطر التشريعية، ويكون هذا بطلبه من الدولة المتعاقدة ضرورة إستقرار قانونها على العقد في اللحظة التي تم إبرام العقد فيها، ويأتي هذا كله من خلال فشل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في إقناعها بتطبيق قانون آخر غير قانونها الوطني،فلم يكن هناك حل أخر للطرف الأجنبي سوى محاولة تحجيم القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد وذلك عن طريق غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي، ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تأكيد عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة

[1] أنظر: عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، مصر،1993 3 9 37.

على قانونها الوطني على العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها، وهذا ما يعرف بشروط عدم المساس بالعقد أو الثبات التشريعي.

وتعد هذه الشروط من الشروط المألوفة في عقود الدولة على وجه الخصوص، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية مصادفة هذا النوع من الشروط في عقود التجارة الدولية الأخرى التي لا تكون الدولة طرفا فيها، إلا أن تواجد هذه الشروط في العقود الأخيرة يعد أمرا غير مألوف ولعل هذا ما يفسر عدم إهتمام الفقه في مجموعه بالتعرض لدراسة هذه الشروط وطبيعتها وصحتها وآثارها على نحو تفصيلي وكامل إلا بصدد عقود الدولة[1]. وإذا كانت العديد من التشريعات الوطنية، و الاتفاقيات الدولية قد كرست هذا الشرط نظرا لأهميته في مجال العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، فإن التساؤل الذي يمكن طرحه يتمحور حول الدور القانوني لهذا الشرط في نطاق عقود الدولة من جهة، وموقعه في القانون الدولي الخاص من جهة ثانية، كما يثور التساؤل حول ما إذا كان ذلك الشرط فعلا يحقق مصلحة الدولة المتعاقدة، أم أن الواقع الاقتصادي هو الذي فرضه مما

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية،(تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 3 0 11.

يجعله متعارضا مع أهدافها خاصة وأنها تسعى أساسا إلى تحقيق التنمية الاقتصادية من وراء إبرامها لهذا النوع من العقود؟

إن إدراك أهمية هذه العقود خاصة بالنسبة للدول النامية هو الذي دفع بجانب من الفقه لهذه الدول أن يهتم بها ويدرسها على نحو تفصيلي رغم العديد من المشاكل التي يثيرها عند إبرامها والتفاوض بشأنها كما أنها لا تخلو من المشاكل حتى بعد إبرامها، وتظهر أهميتها بالنسبة لاقتصاديات الدولة فهي الركيزة التي بواسطتها يتم بناء الهياكل الإقتصادية للدولة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، فالتطور الحاصل على صعيد التجارة الدولية أدى بظهور هذه العقود التي أثارت حولها الكثير من المشاكل القانونية مما جعل الدول النامية تعتبرها كأداة لتحقيق أهداف التنمية الإقتصادية.

وتحت ظل العولمة الراهنة أصبحت العديد من الدول النامية في حاجة ماسة إلى تطوير منشآتها ومحاولة مواكبة التطورات الإقتصادية فعملت على جلب الإستثمار الأجنبي من خلال توفير المناخ المناسب له ووضع ضمانات وتحفيزات للمستثمر وهنا تكمن أهمية شروط الثبات التشريعي حيث تعدو أن تكون بمثابة الحماية القانونية و الضمان الذي يحوزه المتعاقد الأجنبي مع الدولة التي في

ظلها يتحقق له الأمان واليقين القانونيين اللذان يعدان من العوامل الأساسية بل هما الدافع التعاقدي، لأن الطرف المتعاقد مع الدولة أمامه أكثر من فرصة لتجسيد مشروعه فأمامه أكثر من مائتي دولة في العالم، وبالتالي فإن شروط الثبات تبرز أهميتها الكبرى في توفير الجو الملائم للإستثمار وبعث الأمان واليقين في نفسية المتعاقد مع الدولة أو بمعنى آخر أنه من بين الحوافز والضمانات الممنوحة للمتعاقدين الأجانب هو تثبيت النظام القانوني للعقد وذلك حماية للمتعاقد الأجنبي من أية تغيرات تشريعية قد تضر بمصالحه الإقتصادية.[1]

ويندرج نطاق دراسة شروط الثبات التشريعي في إطار فرع من فروع القانون الخاص وذلك لارتباطه الوثيق بنوع من أنواع العقود المبرمة من طرف الدولة والرامية إلى تحقيق التنمية الإقتصادية، ومعلوم أن نظرية العقود بصفة عامة ينظمها القانون المدني، وطالما كانت عقود الدولة تحتوي على عنصر أجنبي كطرف ثان في العقد فلابد أن يتدخل القانون الدولي الخاص كونه الناظم لمثل هذه العلاقات.

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 12.

مما سبق يتضح أنه مهما تزاحمت القوانين حول تنظيم عقود الدولة التي تضم شروط الثبات فإن هذه العقود لا تخرج عن نطاق القانون الخاص لإشتمالها على العنصر الأجنبي.

ولمعالجة هذه الإشكاليات سيتم الإعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي كونهما المنهجان الأنسب لدراسة مثل هذا الموضوع، كما تقتضيهما الدراسات القانونية، فالمنهج الوصفي يقتصر على التعريفات والمفاهيم وبعض الحقائق الثابتة، أما عن المنهج التحليلي فسيتم توظيفه في هذا البحث للتوصل إلى أهم نتائج الدراسة و لتحليل أقوال و آراء الباحثين و الفقهاء في هذا المجال و لمحاولة معرفة أهم النقائص و الثغرات المتعلقة بموضوع الدراسة، كما لا يخلوا بحثنا من المنهج المقارن للدراسات و ذلك لتوضيح أهم نقاط الإتفاق و الإختلاف كما أن الدراسات القانونية في مجملها لا تكتمل إلا بالمنهج المقارن.

و على الرغم من الصعوبات التي تواجه الباحث بصدد دراسة شروط الثبات التشريعي و المتمثلة في تشعب هذه الشروط و عدم القدرة على الإلمام بها و قلة المراجع، إن لم نقل نذرتها و إنعدامها، المتعلقة بهذا الموضوع إلا أن أهميتها و

الدور التي تؤديه في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية تجعل منها محلاً جديراً بالدراسة و البحث و التقصي.

و أما عن أهداف الدراسة فتتمحور دراسة شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة في محاولة تسليط الضوء على ضرورة و أهمية إستخدام هذا الشرط الذي يهدف إلى حماية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية من جهة و محاولة جلب الإستثمار من جهة ثانية و السبب الذي جعلنا نسلط الدراسة على هذا الموضوع هو محاولة لفت الإنتباه لجعل المناخ الإستثماري أكثر إستقراراً و ملاءمة من خلال توفير الضمان و الحماية للمتعاقد الأجنبي و بعث الثقة و الطمأنينة في نفسيته.

و سيتم دراسة و تحليل هده الإشكاليات للوصول إلى إجابات عليها و تبعا لذلك سيتم تقسيم دراستنا إلى فصلين:

الفصل الأول بعنوان ماهية شرط الثبات التشريعي و طبيعته القانونية و سيتم التطرق فيه إلى المقصود بشرط الثبات و أنواعه و تكييفه القانوني و إلى مدى صحة هذا الشرط، و ذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين.

أما الفصل الثاني فسيكون بعنوان نتائج و آثار شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة حيث سيتم التطرق إلى تقييم دور شرط الثبات في المبحث الأول و الآثار القانونية المترتبة عن ذلك أما في المبحث الثاني فسيتم التطرق إلى المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات و طبيعة هذه المسؤولية مع إبراز الجزاء المترتب عن ذلك، و أخيراً سيتم عرض لوقائع قضيتين مشهورتين في هذا الشأن كنموذج للدراسة.

الفصل الأول

ماهية شرط الثبات التشريعي و طبيعته القانونية

الفصل الأول : ماهية شرط الثبات التشريعي و طبيعته القانونية

من الطبيعي أن تسعى الدولة في العقود التي تبرمها إلى تطبيق قانونها الوطني لأن هذا الأخير و ليد إرادتها و الإرادة لا تتجه إلا لما يحقق مصلحتها غير أن الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة في غالب الأحيان يفشل في إقناعها باختيار قانون آخر غير قانونها الوطني ليكون قانون واجب التطبيق و نتيجة لهذا الفشل يسعى إلى محاولة غل يد الدولة من خلال تقويض دورها بإدراج شرط الثبات التشريعي للقانون على نحو يحول دون سريان أية تعديلات تقوم بها الدولة على قانونها فيبقى العقد خاضعا للقانون الذي أبرم في ظله حتى و لو ألغي أو عدل بعد ذلك.[1]

و نتيجة لعدم المساواة القانونية في عقود الدولة بين أطرافها فالطرف الأول و هو الدولة يملك سلطة التشريع و سن القانون، فإنّ الطرف الثاني و هو المستثمر يرى أنه من الطبيعي وجوب حمايته من الخضوع لأية تشريعات جديدة من شأنها التأثير على حقوقه التي يكتسبها وقت إبرام العقد مع الدولة، فتلك التشريعات هي في حقيقة الأمر تعديل لذلك العقد بالإرادة المنفردة للدولة و هذا ما يتنافى مع القاعدة المعروفة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو إنهاءه إلا بإتفاق الطرفين[2].

و في هذا الشأن فإن معظم التشريعات قد عمدت إلى إعطاء هذا الشرط مكانة هامة لما له من دور كبير في جذب الإستثمارات بمختلف انواعها، و إذا

---

[1] لقد نص على هذا المبدأ المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري 05/07.

[2] أنظر: بن أحمد الحاج، مقياس عقود الدولة، محاضرات غير منشورة، السنة الثانية ماستر، تخصص القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سعيدة، 2016.

كان هذا الشرط حديث نسبيا في عقود الدولة إلا أن هذا لم يمنع رجال الفقه و القضاء من محاولات البحث فيه، هذه الأخير لم تصل إلى نتائج خالية من الإختلاف و التعارض خاصة و أن الأمر يتعلق بعقود الدولة مما جعلها تثير مشاكل قانونية من أهمها تلك المتعلقة بالطبيعة القانونية للإتفاق المتضمن شرط الثبات التشريعي و كذا دوره في مجال الإستثمار.[1]

و على إعتبار أن شرط الثبات التشريعي عامل من العوامل التي تؤكد ذاتية عقود الدولة و لتوضيح و جلاء المعاني و العبارات السالفة فسيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق فيهما تباعا إلى ما يلي.

- **المبحث الأول** : ماهية شرط الثبات التشريعي.
- **المبحث الثاني** : الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.

[1] أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

المبحث الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي.

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

و سنحاول من خلال هذا المبحث التعرض أولا لمفهوم شرط الثبات التشريعي في المطلب الأول ثم أنواع شرط الثبات التشريعي و معايير تقسيمه في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي.

على الرغم من أن شرط الثبات التشريعي ليس بالشرط الجديد في عقود الدولة إلا أن هذا لم يحل دون د إختلاف حول مضمونه و هو ما سيتم التطرق له تباعا فيما يلي :

الفرع الأول : التعريف الفقهي لشرط الثبات التشريعي.

يعرف جانب من الفقه شرط الثبات التشريعي على أنه " ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية في تعديل أو إلغاء القواعد القانونية

النافذة بينها و بين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يحل بالتوازن الإقتصادي بين الطرفين".[1]

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

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

الفرع الثاني : تعريف شرط الثبات التشريعي وفقا لقانون الإستثمار الجزائري.

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

و الواضح أن المشرع الجزائري قد تبنى بشكل صريح شرط الثبات التشريعي للقانون فلا تطبق التعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون على الإستثمارات المنجزة على أنه يجوز للمستثمر أن يطلب سريانها على مشروعه

---

[1] أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

[2] أنظر: محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون حول الطاقة بين القانون و الإقتصاد، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة يومي 20-21،ماي، 2013 3 0 605.

[3] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 324.

[4] أنظر: القانون 01/16 المتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 6 مارس 2016.

بشكل صريح و طبيعي أن هذا الطلب سيكون في الحالات التي يرى فيها بأن مصلحته تكمن في سريان القانون الجديد على مشروعه بدلا من القانون القديم، و هذا يعني أيضا أن عدم إدلاء المستثمر برغبته الصريحة المتضمة طلب إنطباق التعديلات أو المراجعات بشأن العقد الذي أبرمه مع الدولة يفيد قبوله الضمني بذلك الشرط.

و بهذه المثابة فإن مصدر شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري يتمثل في تشريع الإستثمار نفسه، حيث ورد صراحة تعهد من قبل الدولة بعدم المساس بجميع المزايا التي قد يتحصل عليها المستثمر الأجنبي بموجب قانون الإستثمار، و هو ليس بذلك مجرد شرط تعاقدي يجد مصدره في العقود المبرمة بين الدولة و المستثمرين مما يجعله في الحالة الأخيرة نسبيا و خاصا بكل عقد على حدى، و ذلك على خلاف الشرط الذي يجد مصدره في التشريع كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، حيث يكون هذا الشرط مطلقا يخص جميع العقود التي تبرمها الدولة في مجال الإستثمار، و لكن مع إستثناء الحالات التي يطلب فيها المستثمر صراحة رغبته في التنازل عن الضمان الذي منحه إياه المشرع و المتمثل في عدم المساس بحقوقه المكتسبة بموجب القانون القديم مفضلا بذلك خضوعه للقانون الجديد.[1]

و إذا كانت شروط الثبات التشريعي تنقسم من حيث موضوعها إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني لكافة التشريعات الجديدة، و شروط خاصة بتشريعات محددة و خاصة فإن المشرع الجزائري أخذ بالنوع الثاني حيث إعتبره

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 606.

شرطا خاصا بتشريع الإستثمار فقط حيث لا تسري التعديلات أو الإلغاءات المتعلقة بهذا التشريع فقط مما يعني أن القوانين الأخرى غير معنية بهذا الضمان حتى و لو كانت لها علاقة بالإستثمار و هذا ما نص عليه قانون ترقية الإستثمار صراحة في نص المادة 22 السالفة الذكر من خلال عبارة الإستثمارات المنجزة في هذا القانون و عليه فإنّ التشريعات الأخرى[1] و كذا الإجراءات التي تتخذها الدولة بشأن الإستثمارات المنجزة غير معنية بقاعدة التجميد الزمني و تطبق على المستثمـر الذي يجـوز له الإحتجـاج

بها لكونها نسبية و تخص قانون ترقية الإستثمار فحسب.

و من حيث الأشخاص الذين يمكنهم الإستفادة من التجميد الزمني، فقد نص المشرع على وجه التحديد من هم المستفيدون منه، فالأمر يتعلق بالمستثمر سواء كان وطنيا أم أجنبيا حيث جاءت العبارة عامة دون تفرقة بين المشروعات الإستثمارية علما أن عقد الإستثمار قد يكون دوليا على الرغم من أن المستثمر وطني إذ لا تلازم بين دولية العقد و جنسية المستثمر و ما يهم هو تحقق المعيار الإقتصادي المتمثل في حركة رؤوس الأموال و إنتقالها عبر حدود الدول ليكون العقد متصفا بالصبغة الدولية.[2]

و بهذا فإن أي مشروع إستثماري منجز سيبقى خاضعا لقانون ثابت و محدد منذ لحظة إبرام عقد الإستثمار إلى لحظة إنقضائه إلا في الحالة التي يطلب فيها المستثمر بشكل صريح خضوعه للتعديلات أو الإلغاءات التي تطال ذلك القانون،

---

[1] أنظر: قادري عبد العزيز، المرجع السابق.

[2] أنظر: محمد إسماعيل عمر، صناعة و تكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2007 7 06.

و طبيعي أن المستثمر لن يطلب ذلك إلا في الحالات التي تتحقق فيها مصلحته مقارنة بالمنفعة التي كان من المفروض أن يحصل عليها من وراء التمسك بالقانون الذي أبرم العقد في ظله.[1]

المطلب الثاني : أنواع شرط الثبات التشريعي و معايير تقسيمه.

يهدف شرط الثبات التشريعي على نحو ما أشرنا له سلفا إلى إخضاع العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابت و محدد و معروف من الأطراف منذ لحظة إبرامه و حتى إنقضائه، و للوصول إلى تلك الغاية المبتغاة فإن الأطراف المتعاقدة تدرج في العقد شروطا من شأنها حظر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد.

و تتمتع الأطراف المتعاقدة بحرية مطلقة في صياغة هذه الشروط على النحو الذي يحقق الأهداف المبتغاة من إيراد هذه الشروط بالنسبة لكل من طرفي العقد.

و سيتم في هذا المطلب التطرق إلى أنواع شرط الثبات التشريعي في الفرع الأول و كذا معايير تقسيمه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : أنواع شروط الثبات التشريعي.

إعتماداً على مصدر شروط الثبات التشريعي، يميز الفقه بين شروط الثبات التي مصدرها الإتفاق و تلك التي أساسها التشريع الوطني و أخيراً الشروط التي أساسها إتفاقية دولية ثنائية أو جماعية و سيتم التطرق إلى هذه الأنواع في هذا الفرع ترتيبا كالأتي :

[1] أنظر: بن احمد الحاج، المرجع السابق.

أولا : شروط الثبات التعاقدية (Contractual stabilisation clause)

يعتبر هذا النوع من شروط الثبات الأكثر تواجدا في عقود الدولة حيث يرد هذا الشرط صراحة ضمن نصوص العقد الموقع بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها و ينص صراحة على سريان القانون الوطني الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد، و عند تطبيق تعديلات تشريعية لاحقة قد تضر بالمركز القانوني أو المالي للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على هذا العقد دون موافقة الطرف الأجنبي على هذا التطبيق.[1]

و مثال هذا النوع من الشروط نذكر نص المادة 15 من عقد الإمتياز النفطي بين دولة الكاميرون و أحد شركات الإستثمار الأجنبية التي تنص على أنه " لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيها بعد خلال مدة الإستحقاق أي مدة الإمتياز المتفق عليها"[2]

كذلك نذكر نص المادة 14 من إتفاقية الإمتياز الموقعة بين دولة Togo و شركة Benin النفطية التي جاء فيها " في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية في جمهورية Togo المستقلة تتعهد الدولة بإستثناء خاص لشركة

[1] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي – مفاوضات العقود الدولية– قانون الإرادة و أزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 8 0 307

[2] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 308.

Benin بعدم تطبيق هذه التعديلات اللاحقة على العقد الموقع بين الطرفين في حال لم توافق الشركة على هذه التعديلات"[1]

يجمع الفقه القانوني خاصة الفقه الغربي على عدم نجاعة التعامل بمثل هذه العبارات خاصة إذا خضع تقييم الإتفاق في مجمله إلى قواعد القانون الوطني حيث سيتم الخوض في هذه الحالة في فرضيات التعبير عن الإرادة و إلى أي مدى يمكن تفسير استمرار عمل المتعاقد الأجنبي في ظل تعديل التشريع أو الإجراء على أنه موافقة ضمنية على هذا الإجراء القانوني و بالتالي سريانه عليه، إضافة إلى ذلك ستعمد المحاكم الوطنية إلى تكييف مضمون هذه الموافقة في ضوء غايات و أهداف المصلحة العامة للدولة المتعاقدة و في هذه الحالة سيتم تفسير الموافقة الضمنية للطرف الأجنبي تفسيراً موسعا[2].

إضافة إلى ذلك قامت نظرية العقد في مجملها على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني حرية طرفي الرابطة العقدية في تضمين إتفاقهم بالحقوق و الإلتزامات التي اتجهت إليها إرادتهم المشتركة، تفترض هذه النظرية أن قواعد القانون المدني الناظمة للمعاملات التعاقدية هي قواعد مكملة يجوز لطرفي العقد الإتفاق على مخالفتها، و في المقابل لا يجوز لطرفي العقد الإتفاق على قواعد آمرة ينص عليها القانون، و في هذا المجال يلاحظ أن مخاطر الإستثمار تتعلق غالبا بقواعد آمرة مثل النصوص الخاصة بضريبة الدخل، متطلبات حماية البيئة، التشريعات المصرفية، و فرض قيود على حركة رؤوس الأموال من و إلى الدولة...إلخ.

[1] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص 309.

[2] أنظر: محمود فياض المرجع السابق، ص 617

حتى غرف التحكيم التي تؤمن بعدالة حماية مصالح الطرف الأجنبي ضد تعسف الحكومات الوطنية لمركزها القانوني أقرت بحق الدول في تعديل تشريعاتها الوطنية بما يناسب مصالحها القومية العامة دون الإلتفات إلى مصالح الطرف الأجنبي في حالة لم يتضمن العقد إتفاقية ضمانات كافية للطرف الأجنبي يتم الإتفاق عليها في العقد و هذا ما أقرته هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية UNCITRAL عام 2001 في قضية link trading joint stock company v moldova[1].

هذا يعني عدم إمكانية الإعتداد بما ورد في نصوص العقد في مواجهة أية تعديلات تشريعية لاحقة تتعلق بهذه القواعد، خاصة إذا أشارت قواعد تنازع القوانين الخاصة بالنزاع إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، هنا ستجد الهيئات القضائية الوطنية و مؤسسات التحكيم الدولية أمام مبدأ سيادة الدول على مقدراتها الوطنية و مصادرها الطبيعية كمدخل قانوني لشرعنة إجراءات و ممارسات الدولة[2]

المتعاقدة، من هنا تأتي أهمية شروط الثبات التشريعي لتضمن للطرف الأجنبي عدم قيام الدولة بتعديل نصوص العقد بشكل تعسفي أو إنهاء العقد قبل مدته المحددة من خلال فرض تشريعات وطنية.

ثانيا : شروط الثبات التشريعية (Legislative clauses).

هي نصوص قانونية ترد في القانون الوطني للدولة المتعاقدة تنص على إلتزام هذه الدولة بعدم تعديل أو إلغاء القانون الناظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 618.

[2] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 311.

العقد، في مواجهة المتعاقد الأجنبي، عادة ما يدرج هذا النص في قوانين الإستثمار في البلد المضيف و قد تدرج أيضا في القوانين الخاصة الناظمة للقطاع محل الإستثمار مثل قطاع النفط[1]. و مثال ذلك ما ورد في قانون البترول الإيراني عام 1957 الذي نص على أنه " إن أي تغيير مخالف للشروط و الإمتيازات المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي وقت بصدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد إلا في خلال مدته الأولى لا في خلال مدة تجديده"[2]

كما نصت المادة 18 من قانون الإستثمار الكاميروني لسنة 1960 على أن الإتفاق الموقع بين المستثمر الأجنبي و دولة الكاميرون الخاص بالتحويلات المالية و تسويق المنتجات هو الناظم للعلاقة التعاقدية بين الطرفين بغض النظر عن أية تعديلات تشريعية لاحقة قد تتعارض معه"[3]

كما نص قانون البترول الليبي لعام 1955 في المادة 24 منه صراحة على عدم سريان نصوص هذا القانون على الإمتيازات التي منحت قبل صدوره.

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

إضافة إلى ذلك قد يكون من السهل على الدولة المتعاقدة تفسير هذه النصوص التشريعية في اتجاه خدمة مصالحها الوطنية على نحو قد يتعارض مع

---

[1] أنظر: غسان المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، 2009 9 0 173.

[2] أنظر: غسان المعموري، نفس المرجع، ص 174.

[3] أنظر: نص المادة 18 من قانون الإستثمار الكاميروني.

الغرض الذي وجدت من أجله نصوص الثبات التشريعية، و على سبيل المثال تعتبر قضية مؤسسة الإستثمار البيروفية في مواجهة حكومة بيرو سابقة قضائية هامة في هذا المجال و فيها قامت حكومة بيرو بتعديل قيمة ضريبة الدخل المفروضة على شركات الإستثمار العاملة في أرضيها على الرغم من وجود تشريع سابق يتبث هذه القيمة على المشروعات الإستثمارية العاملة وقت نفاذه، دفعت حكومة بيرو بعدم التمييز في تعديل قيمة الضريبة و بحاجة الإقتصاد الوطني إلى تنمية موارده المحلية (معيار المصلحة الإقتصادية العامة). لم تنكر هيئة التحكيم الدولية هذا الدفع وقضت أخيراً بحق شركة الإستثمار في التعويض.[1]

ثالثا : شروط الثبات الدولية (international stabilisation clause)

يثبت هذا الشرط بموجب إتفاقية دولية ثنائية أو متعددة تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية إستثمارات الدولة/ أو الدول الأخرى من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية أو إتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملون في أراضيها و على هذا الأساس ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة و الحامية لاستقرار الإستثمارات الأجنبية العاملة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الإتفاقية إضافة إلى تقييد حرية الدولة المستضيفة للمشروع الإستثماري في التحكم[2] بالعلاقة التي تربطها مع المستثمر الأجنبي على أساس قواعد السيادة الوطنية إضافة إلى ضمان إختصاص القضاء الدولي في تسوية أية منازعات قد تنشأ نتيجة هذا الإستثمار.

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 622.

[2] أنظر : غسان المعموري، المرجع السابق، ص 175.

على سبيل المثال نصت المادة 10 من إتفاقية ميثاق الطاقة للتعاون في مجال الطاقة الدولي عام 1991 على هذه المبادئ صراحة حيث جاء في مقدمة هذه المادة مايلي :

Each contracting party shall, in accordance with the provisions of this treaty, encourage and create stable equitable favorable and transparent conditions for investors of other contracting parties to make investments in its area[1]

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

أما حديثا، فقد استقرت قواعد القانون التجاري الدولي على العديد من المبادئ و الضوابط التي ذهبت بعيدا في مجال حماية مصالح المستثمر التجارية ضد أعمال التأميم الحكومية و التعديلات التشريعية الوطنية التي قد تؤثر على مصالح المستثمر الإقتصادية المتوقعة عند تعاقده مع هذه الدول و أقرت هذه المبادئ بالمعايير الأساسية التالية:

[1] يقوم كل طرف متعاقد وفقا لأحكام هذه المعاهدة بتشجيع الإستثمار الأجنبي و في بعض الحالات على إحترام التعاهدات التعاقدية المبرمة مع المستثمر، مشار إليه في محمود فياض، المرجع السابق، ص 624.

- صيانة و حماية حقوق الملكية الخاصة، و عدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية و في حال ما إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمتعاقد الأجنبي.

- عدم التمييز في المعاملة ما بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي، و المشروعات التي تعود ملكيتها للأجانب و المشروعات التي يملكها المواطنون.

- حق الدولة في استخدام كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مصالح مواطنيها المستثمرين في حال تم تأميم ملكياتهم من طرف دول أخرى أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الإقتصادية على أن لا يتم اللجوء إلى هذا الأمر إلا عندما يستنفذ هذا المستثمر كافة الوسائل الممكنة لحماية مشروعه.[1]

و لقد تبنى البنك الدولي في العام 1992 هذه المبادئ أيضا عندما أصدر دليل الإستثمار على المستوى الدولي، على صعيد فقه القانون التجاري الدولي، ما زال النقاش مستمراً حتى اللحظة حول تحديد ماهية المقصود بمعايير المصلحة العامة، عدم التمييز و مقدار التعويض الذي يجب أن تدفعه الدولة للمستثمر الأجنبي متى أقرت الدولة تعديلات تشريعية تضر بمصالحه الإقتصادية، هذا يعني قصور قواعد القانون التجاري الدولي حتى اللحظة في التعامل مع مثل هذه الممارسات الوطنية.[2]

الفرع الثاني : معايير تقسيم شرط الثبات التشريعي.

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 629.

[2] أنظر: محمد إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 13.

يهدف شرط الثبات التشريعي على نحو ما أشرنا سلفا إلى إخضاع العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون تابت و محـدد و معـروف من

الأطراف منذ لحظة إبرامه و حتى إنقضائه، و للوصول إلى تلك الغاية المبتغاة فإن الأطراف المتعاقدة تدرج في العقد شروطا من شأنها حظر سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد.

و تتمتع الأطراف المتعاقدة بحرية مطلقة في صياغة هذه الشروط على النحو الذي يحقق الأهداف المبتغاة من إيراد هذه الشروط بالنسبة لكل من طرفي العقد

و تنقسم شروط الثبات التشريعي عادة إلى تقسيمات متنوعة تبعا للمعيار المستخدم في التقسيم : و يمكن أن نفرق في هذا الشأن بين المعايير الشكلية المستخدمة لتقسيم شروط الثبات و بين المعيار الغائي أو الوظيفي.[1]

أولا: المعيار الشكلي

و يقصد بها المعايير التي تركز على المظهر الخارجي لشرط الثبات من أجل تصنيفه كالمعايير التي تستند إلى مصدر الشروط، و مضمونها، و طوائف الأشخاص المستفيدة منها... إلخ.

فمن حيث المصدر الذي تستند إليه هذه الشروط فإنّه يمكن أن نفرق بين شروط الثبات ذات الأصل التعاقدي أو الإتفاقي أي تلك التي تـ مصدرها في العقد المبرم بين الدولة و الطرف المتعاقد معها[2]، و بين شروط الثبات ذات الأصل التشريعي أي تلك التي تستند إلى نصوص قانونية قائمة قي قانون الدولة

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 329.

[2] أنظر : محمد إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 18.

المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد و التي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الإستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد بإستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون.[1]

ومن ناحية مضمون هذه الشروط، فإنه يمكن تقسيمها إلى شروط عامة تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق و ذلك عن طريق عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد. و قد تكون هذه الشروط شروطا خاصة تنص فقط على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة (كالتشريعات الخاصة بالجمارك و الضرائب...إلخ) سواء كانت هذه التشريعات تشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

و من ناحية الأشخاص المستفدين من هذه الشروط فإن هذه الأخيرة يمكن أن تقسم إلى شروط مطلقة، لا تحدد على وجه التحديد من هو المستفيد منها و هل هو المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة فقط؟ أم أيضا الأشخاص العاملين فيه؟ و شروط نسبية محددة لمن هو المستفيد منها: فتنص على أن المستفيد من هذه الشروط هو الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة و إن كافة الإعفاءات و الإمتيازات الخاصة به لا يستفيد منها سواه، و لا تسري على الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة.[2]

و إلى جانب هذا النوع الأول من المعايير المستخدمة لتمييز شروط الثبات التشريعي يوجد المعيار الوظيفي أو الغائي و هو اللمعيار الذي سيتم التطرق إليه كما يلي:

[1] أنظر : محمد إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 19.

[2] أنظر السيد الحداد، المرجع السابق، ص 330

ثانيا: المعيار الوظيفي.

تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة هي إخضاع العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى قانون ثابت و محدد منذ لحظة إبرام العقد و حتى إنقضائه و لتحيق تلك الغاية، فإنّ الأطراف المتعاقدة تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه إما تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا و إما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد و المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي.[1]

و إستنادا إلى الغاية أو الوظيفة التي تؤديها شروط الثبات التشريعي فإنه يمكن تصينفها على نحو يتمشى مع دورها و يتفق أيضا مع الأساليب القانونية المستخدمة في صياغتها على النحو التالي :

أ. شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد:

و يتحقق هذا الشرط بأن ينص في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقد، على النحو الذي يكون عليه هذا القانون في لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه. و تهدف هذه الشروط إلى منع الدولة من إستخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد و المساس به لصالحها.[2]

---

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 333.

[2] أنظر: نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، الإسكندرية، 1987: ص 191.

و تؤدي شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد إلى قطع الصلة بين القواعد و المبادئ القانونية التي تم تثبيتها و القانون الوطني الذي اشتقت منه و ذلك بعد مرور فترة زمنية معينة و لاسيما في حالة ما إذا تغير مضمون هذا القانون .

كذلك فإن المادة 04 من الإتفاق المبرم بين حكومة موريتانيا و شركة PLONET OIL AND MINIRAL CORPORATION تنص على أن قانون التعدين الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي يلحق بالنصوص المدرجة للملحق للإتفاق الحالي و يعد جزءا لا يتجزأ منه.

و يظهر من نص هذه المادة أنه لم يكتف بتجميد قانون الدولة المتعاقدة و إنما تعدى الأمر إلى النص على إدماج هذا القانون في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي.[1]

كذلك فإن المادة 04 من الإتفاق المبرم بين مورتانيا و شركة TEXACO MOURITANIA INC تنص على أن :

04-01 تضمن الحكومة الموريتانية للشركة ثبات الشروط العامة و القانونية و الإقتصادية و الضرائبية.

تلك الشروط الناجمة عن القانون و اللوائح السارية في تاريخ التوقيع على هذا الإتفاق و كذلك نصوص الإتفاقية و ذلك طول مدة سريان هذا الإتفاق.[2]

[1] أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 192.

[2] أنظر: حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987 7 9 203.

02-04 يعتبر قانون التعدين الذي تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الإتفاق ملحقا بالنصوص المدرجة بالإتفاق الحالي و يعد جزاءا لا يتجزأ منه.

كذلك فإن المادة 41 من عقد الإمتياز المبرم بين شركة equateur و شركة texaco petroleum و الموقع في 21 فبراير 1964 تنص على أن " تلتزم الأطراف بقوانين البترول و التعدين السارية وقت التوقيع على العقد تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد و تتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها".[1]

و يتضح من الأمثلة السابقة أن الطائفة الأولى من شروط الثبات التي تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الذي يحكم العقد، تنقسم إلى نوعين من الشروط:

الشروط التي تهدف إلى تجميد القانون دون إندماج هذا القانون في العقد، و الشروط التي تهدف إلى تجميد القانون مع إندماج هذا القانون في العقد.

و الواقع أن هذا النوع الأخير من الشروط الذي يؤدي إلى إندماج القانوني في العقد يؤدي إلى سلخ العقد من كل قانون، فإندماج قانون الدولة في العقد نفسه يؤدي إلى عدم إمكانية تفسير هذا القانون كقانون وضعي، و إنما تفسيره على إعتبار أنه مجرد شرط تعاقدي مختار من قبل الأطراف المتعاقدة من أجل حكم علاقتهم المتبادلة.[2]

و مع ذلك و على الرغم من أن القواعد القانونية المختارة من قانون الدولة المتعاقدة لكي تصبح جزءا لا يتجزأ من العقد لا يمكن أن تكون محلا للتعديل أو للتغيير (على الأقل دون إتفاق الأطراف)، و ذلك إحتراما لشروط الثبات

[1] أنظر : نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 193.

[2] أنظر: حسام عيسى، المرجع السابق، ص 204.

التشريعي الذي أدى إلى إندماج القانون في العقد، فإن الدولة المتعاقدة يمكنها دائما بوصفها سلطة عامة أن تضع قواعد قانونية في العقد أو لائحية تبطل أو تفسخ العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي.

و لذلك و تحسبا لهذا الأمر فإننا نجد أن بعض العقود كالعقد المبرم بين سلطنة عمان و مجموعة sun في 04 فبراير 1973 ينص على أنه " يتعهد السلطان بعدم إصدار تشريعات خاصة أو إتخاذ إجراءات إدارية أو إتخاذ أي إجراء آخر يكون من شأنه إبطال هذا العقد.[1]

و لعل هذه الصياغة لشروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى الحيلولة دون سريان أية تعديلات تتخذ في المستقبل على العقد تقودنا إلى دراسة النوع الآخر من شروط الثبات التشريعي التي تسعى إلى عدم سريان أية تعديلات مستقبلية في القانون على القانون الذي ينظم العقد.

ب. شروط الثبات و عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد:

و تتخذ هذه الشروط عادة صورة تعهد صادر من الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحصينه ضد أية تغييرات تشريعة أو لائحية تطرأ في المستقبل، و النص على عدم سريانها على العلاقات التعاقدية الناشئة بينهما.[2] ومن أمثلة هذه الشروط نص المادة 15 من الإتفاق المبرم بين الكاميرون و شركة الأبحاث و الإستغلال

[1] أنظر: البند الخامس من العقد المبرم بين سلطنة عمان و مجموعة sun مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 234.

[2] أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 194.

الكاميرونية و التي تقضي بأنه :" لا تسري أية تعديلات تطرأ على النصـوص التالية

خلال مدة سريان الإتفاقية إلا بعد الموافقة المسبقة للشركة"[1]

ولأن عقود الدولة هي عقود طويلة المدة فهي تتأثر بعوامل و متغيرات عديدة لذا كان لابد من تضمينها شروطا و تعهدات تضمن إستمراريتها رغم المتغيرات التي تطرأ عليها، هذه التعهدات تمنع الدولة من التمسك بتغيير تشريعاتها على نحو يضر بالطرف الأجنبي، حتى و إن اقتضت المصلحة العامة أو التنمية الإقتصادية إجراء تعديل أو إلغاء للقوانين فللدولة ذلك و لكن دون أن تطال هذه التعديلات أو الإلغاءات قانون العقد المدرج فيه شرط الثبات التشريعي و يظل العقد خاضعا للقواع القائمة فقط وقت إبرامه مما يؤدي إلى إستقرار الرابطة التعاقدية و حفظ توقعات الأطراف، فقد تكون التعديلات الجديدة مؤدية إلى قلب توازن العقد و توجيه إقتصادياته لصالح أحد الأطراف.

[1] أنظر: نص المادة 15 من الإتفاق المبرم بين الكاميرون و شركة الأبحاث و الإستغلال الكاميرونية، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 335.

المبحث الثاني : التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي و مدى صحته.

على الرغم من إنتشار إستخدام شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار سواء كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا إلا أن الفقه قد إنقسم بشأن طبيعتها القانونية حيث رأى البعض أنها لا تعدو أن تكون سوى إستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد في حين إتجه الرأي الثاني إلى إعتبارها شروطا تؤدي إلى إندماج قانون الدولة في عقد الإستثمار فتفقد قواعده طبيعتها المعيارية لتصبح مجرد شروط تعاقدية و سنتعرض لكل من الرأيين تباعا:

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.

لقد مضت الإشارة إلى أن الفقه قد إختلف حول الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي، أو بمعنى آخر ما هو الأساس الذي يمكن الإستناد عليه للقول بوجود شروط الثبات التشريعي، و سيتم توضيح ذلك من خلال الفرعين الأتيين:

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

يذهب جانب من الفقه إلى النظر إلى شروط الثبات التشريعي على إعتبار أنها إستثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد، ذلك المبدأ السائد و المستقر في إطار القانون الداخلي، سواء تعلق الأمر بالقانون المدني

أم بالقانون الإداري، طالما كان هذا القانون الجديد يتعلق بالقواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام[1]

فمن المعلوم أن القانون الجديد الآمر يسري بأثر فوري و مباشر على كافة العقود حتى تلك التي تكون قد أبرمت في ظل القانون القديم قبل صدور القانون الجديد، و لا يعتبر في سريان القانون الجديد على هذه العقود أية رجعية.

و بهذه المثابة فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى إستمرار سريان القانون الذي تم للأطراف إختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد تعد إستثناءا على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد تحول دون إعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان.

و يبدو أن الرأي المتقدم و الذي يرى أن شرط الثبات التشريعي يعد إستثناءا على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد يتطلب لتحققه ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظام العام أو ما يعرف بالقواعد الآمرة حتى يقال أن في إستمرارية سريان القانون المختار على الرغم من نفاذ هذه القواعد إستثناء على مبدأ السريان الفوري.[2]

أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة فإن هذه القواعد لا تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم و بالتالي لا يعد

[1] أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

[2] أنظر: محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 0 0 25.

تجميد القانون المختار من قبل الأطراف إستثناء لمبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للقانون الجديد بل هو محض إعمال له[1]، هذا من ناحية.

و من ناحية أخرى فإن هناك إختلاف حول مدى سريان القانون الجديد بأثر مباشر و فوري على العقود التي تم إبرامها في ظل قانون قديم حتى لو كانت قواعد القانون الجديد تتصل بالنظام العام أو قواعد آمرة.

و يلاحظ أيضا أن مبدأ إمتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية لا ينطبق على العقود الإدارية، و هو تكييف ينطبق في نظر البعض على عقود الدولة و يتلاءم مع طبيعتها. و السبب في ذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع على مبدأ سلطان الإرادة و بالتالي لا يكون له محل حيث لا يكون مبدأ سلطان الإرادة ذاته موضع تطبيق. و من المعروف أن إرادة الأطراف لا تلعب دورا كبيرا في نطاق العقود الإدارية، بل تظل هذه العقود محكومة بفكرة المصلحة العامة التي تؤدي أحيانا إلى حلول لا يمكن التوفيق بينها و بين أبسط المبادئ العقدية.[2]

و معلوم أن مبدأ سريان القانون بأثر فوري يقضي دخوله حيز التطبيق و النفاذ بمجرد نشره و فقا للأوضاع القانونية المقررة، و لحظة النفاذ تلك هي الفاصل بين إنتهاء سريان القانون القديم و بدء سريان القانون الجديد.

و يعد الإستثناء المتضمن إستمرارية نفاذ أحكام القانون القديم رغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الإستثمار إستثناءا قائما بموجب النص الصريح

---

[1] أنظر: غالب علي الداودي، المدخل لعلم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2004 4 0 187.

[2] أنظر: محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 31.

للمشرع الذي يملك سلطة و ضع القيود على المبادئ العامة كلما رأى في تلك القيود تحقيق للمصلحة العامة.[1]

و من المعروف أنه و إعملا لمبدأ الأثر الفوري فإن القانون الجديد الذي يصدر عن السلطة المختصة هو قانون واجب التطبيق في الحال و فور نفاذه على كل مركز قانوني ينشأ في ظله و لو كانت جذوره تمتد إلى الماضي، مما يعني الإمتناع عن تطبيق القانون القديم و الذي لم يعد صالحا بعد إتجاه المشرع إلى تعديله أو إستبداله بقانون إعتبره الأصلح للمجتمع[2].

و مع ذلك فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، بل هناك إستثناءات تقع عليه من بينها الإستثناء المتعلق بالإلتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم و ضلت سارية حتى نفاذ القانون الجديد ففي هذه الحالة لا مجال للتمسك بالأثر المباشر للتشريع الجديد بل لا بد من تمديد حياة القانون القديم ليحكم آثار العقد حتى تنتهي.

و عليه فإن شرط الثبات التشريعي ليس في حقيقة الأمر إلا إستثناء على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد، و بهذا فقط تتحدد طبيعته القانونية مما يجعل الإتفاق المتعلق بهذا الشرط متسقا مع الإستثناءات التي قال بها فقه النظرية الحديثة بشأن هذا المبدأ على خلاف النظرية التقلدية القائمة على ما يعرف بالحق المكتسب.

---

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، 609

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 337.

و إلى جانب هذا الرأي فإن جانب آخر من الفقه يحدد الطبيعة القانونية لهذه الشروط بالنظر إلى الوظيفة التي تؤديها و الغاية التي تسعى إلى تحقيقها من حيث إدماج القانون في العقد و هو ما سيتم عرضه كالأتي

الفرع الثاني : شرط الثبات التشريعي إدماج للقانون في العقد

يرى جانب من الفقه أن الغاية التي تهدف شروط الثبات إلى تحقيقها هي طمأنة الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بأن القوانين و اللوائح التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام العقد لن تطبق عليه:[1] و بالتالي فإن المتعاقد الأجنبي يجد نفسه محصنا ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من سلطان تشريعي يجعله في مركز تعاقدي غير متكافئ. وللوصول إلى هذه الغاية فإن قانون الدولة المتعاقدة يتم إدماجه في العقد، على نحو يؤدي إلى تجميد القانون لحظة إبرام العقد أو لحظة بدء تنفيذه. و بالتالي فإن الهدف المحدد أعلاه قد تم تحقيقه من خلال معرفة الطرف المتعاقد مع الدولة بقانونها الوطني و تجميده و أصبح القانون المختار بمثابة شروط تعاقدية شأنه في ذلك شأن الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد.[2]

و تجميد القانون الوطني للدولة المتعاقدة على النحو السالف ليس هو المصدر الوحيد للإندماج2 إذ أن الدولة المتعاقدة يمكنها أن تتعهد بعدم تطبيق التعديلات المحتملة في تشريعاتها على الطرف المتعاقد معها و مثل هذه الشروط التي أطلق عليها جانب من الفقه شروط عدم النفاذ أو الإحتجاج clauses

[1] أنظر: محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 33.

[2] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 614.

d'imoposibilité و التي تحد من نطاق إعمال القوانين الجديدة بينما الأصل العام أن القاعدة الوضعية لها الصلاحية لتحكم جميع المسائل القانونية الداخلة في نطاق إعمالها، تؤدي هي أيضا مثل الشروط السابقة إلى إندماج القانون الوطني للدولة المتعاقدة في العقد في اللحظة التي علم الطرف المتعاقد معها بمضمون هذا القانون الساري لحظة بحث هذا العلم.

و بالتالي يتعين تحليل شروط الثبات التشريعي من خلال الغاية التي تسعى إلى تحقيقها هذه الشروط.[1] و من هذه الزاوية فإن إدراج شروط الثبات التشريعي في العقد يحول دون سريان التعديلات الجديدة التي تطرأ على القانون المختار لحكم العقد سواء كان عدم سريان هذه القواعد كليا أو جزئيا إذ أن القانون المختار من قبل الأطراف يندمج في العقد ذاته و يصبح شرطا تعاقديا شأنه في ذلك شأن باقي شروط العقد و أحكامه و بالتالي فإن القانون المختار يفقد صفته القاعدية كقانون.

ومن هنا فإن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق لا تسري على العقد إذ أن ذلك القانون قد فقد صفته بإعتباره كذلك، فقانون العقد بمجرد إختياره من قبل الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين و يعتبر مجرد شرط تعاقدي، فهو يندمج في العقد الذي أختير لحكمه و يفلت العقد الدولي من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف نظرا لإندماج القانون في العقد.

فالأطراف المتعاقدة نظرا لما تتمتع به من إستقلال الإرادة و حريتها، لها الحق في أن تدمج في إتفاقها القواعد الملائمة المنظمة لعلاقاتها و المستعارة من

[1] أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

القانون الوطني و يستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الإندماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني أو عن طريق تبني هذه القواعد.

فكأن شروط الثبات التشريعي قد غيرت من طبيعة القانون المختار و أفقدته صفته كقاعدة قانونية و جعلت منه مجرد شرط تعاقدي.[1]

و الواقع من الأمر أن الرأي المتقدم قادر على تفسير ظاهرة عدم سريان التعديلات الجديدة في القانون على العقد في حالة وجد نصوص القانون المختار مندمجة في صلب العقد ذاته و لكنه يعجز عن تفسير عدم سريان أحكام القانون الجديد إذا كانت شروط الثبات التشريعي شروطا تشريعية و ضعها المشرع ذاته تشجيعا للإستثمار.[2] ففي هذا الفرض تبدو النظرية الأولى القائلة أن شروط الثبات التشريعي تعد إستثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد أكثر ملاءمة من هذا

الفرض الأخير، مع مراعاة التحفظات التي تم إبدائها بصددها، هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإن النظر إلى شروط الثبات على إعتبار أنها شروط تحويلية تؤدي إلى فقدان القانون لطبيعته القاعدية، و تحوله إلى مجرد شرط تعاقدي، تجعل من هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع القانون لأي عقد و هو ما يؤدي بنا إلى النتائج المعروفة التي تؤدي إليها نظرية العقد الطليق

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 340-341.

[2] أنظر: غالب الداودي، المرجع السابق، ص 190.

contrat son loi [1] . من خضوع العقد لقانون وضعي لا محل لقول بوجوده بالكيفية المنصوص عليها في العقد.

و أيا ما كان الرأي في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي فإن الأمر الجوهري يظل دائما هو تحديد الأثر المترتب على إدراج هذه الشروط في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها. أو بمعنى آخر ما هي القيمة القانونية لهذا التعهد التعاقدي الصادر عن الدولة بأن تظل باقية ملتزمة بالإلتزامات الصادرة عنها؟

و يقودنا هذا التساؤل إلى بحث مسألة صحة شروط الثبات و تحديد الآثار المترتبة على تلك الصحة.

المطلب الثاني : مدى صحة شرط الثبات التشريعي.

تعتبر مسألة صحة شروط الثبات التشريعي و الآثار المترتبة عليها من المسائل التي أثارت جدلا كبيرا ليس فقط في الأوساط الفقهية بل تعدى الأمر أيضا هذا الإطار الأكاديمي[2] و تم طرح هذه المسألة أمام هيئات التحكيم كما سوف نرى في أكثر من مناسبة، و تعتبر مسألة صحة شروط الثبات من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة و حقها في تعديل الإلتزامات الناشئة عن العقود إذا كان ذلك التعديل تقتضيه المصلحة العامة.[3]

---

[1] أنظر: prosper weil المنشورة في مجموعة روسو، ص 320، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 341.

[2] أنظر : غالب الداودي، المرجع السابق، ص 193.

[3] أنظر: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 32.

و يمكن التمييز في هذا الصدد بين الإتجاهات الرئيسة التالية : الإتجاه الأول و الذي يدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق و الإتجاه الثاني الذي ينكر على شروط الثبات التشريعي صحتها و قدرتها على ترتيب أي أثر قانوني يحد من سلطان الدولة و الإتجاه الأخير هو إتجاه وسط بين الإتجاهين السابقين

الفرع الأول : الإتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي.

وفقا لهذا الرأي تعتبر شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي شروطا صحيحة بما يترتب على ذلك من تحقق الأثر القانوني الناجم عنها، و هو عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة، بتعديل العقد ذاته أو بتغيير 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 الإشارة إلى نظام قانوني يقرر هذا الأثر.[1]

و يستند هذا الرأي المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي على نحو مطلق إما إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني يقرر هذه الصحة، و إما إعتبار هذه الشروط صحيحة نظرا لأنها تعد من قواعد القانون الدولي الخاص أو لأنها من القواعد المادية ذات التطبيق المباشر.

و بمعنى آخر فإن هذا الرأي القائل بصحة شروط الثبات التشريعي على نحو

[1] انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 311.

مطلق يحاول أن يضفي على هذه الشروط نوع من الإستقلالية و الذاتية عن كل نظام قانوني وطني على نحو يقترب بها من بعض الشروط الأخرى المعروفة في إطار العلاقات التجارية الدولية و التي تتمتع بقواعد قانونية تحكمها و تؤكد على صحتها و نقصد بذلك قاعدة إستقلالية شروط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه و قاعدة صحة الدفع بالذهب المدرج في العقود الدولية، فقياسا على ذلك تتمتع أيضا شروط الثبات التشريعي الواردة في العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها[1]، بذاتية و إستقلال مستمد من وجود قاعدة قانونية من قواعد القانون الدولي الخاص المادي أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر تؤكد هذه الصحة، و ذلك إستقلالا عن أي نظام قانوني و طني.

و يترتب على صحة شروط الثبات التشريعي المستمدة من القاعدة القانونية التي تقرر ذاتية هذا الشرط و صحته، عدم إمكانية قيام الدولة بتعديل شروط العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي و أيضا عدم إمكانية سريان أية تعديلات جديدة في القانون على القانون الذي يحكم العقد.

و ينحاز هذا الرأي المدافع عن الصحة المطلقة لشرط الثبات التشريعي إلى المبادئ المستقرة في القانون و لاسيما مبدأ قدسية العقود و عدم المساس بها، تلك المبادئ التي تتصارع في مجال العقود مع فكرة سيادة الدولة و حقها كسلطة عامة في تعديل عقود الدولة بينها و بين الأشخاص الأخرى إذا إقتضى الصالح العام ذلك التعديل.[2] فقبول الدولة التعاقد مع طرف أجنبي يفيد وفقا لهذا النظر تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة و هو ما يستشف من وجود شروط

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 342-343.

[2] أنظر : محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 36.

الثبات التشريعي و بالتالي تكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين أطرافها، والتي تغل يد الدولة في المساس بالعقد سواء بالتعديل أو الإلغاء أو بسط سلطان القانون الجديد عليه.[1]

و الواقع أن الرأي القائل بصحة شروط الثبات التشريعي نظرا لوجود قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون وطني، تقرر ذاتية هذه الشروط و إستقلاليتها عن العقد و صحتها لا يخلو من الوجاهة.

فمن جهة يؤدي تمتع شرط الثبات بالإستقلال و الذاتية مقدرتها على ترتيب أثرها في جميع الفروض، بغض النظر عن التعديلات التي تطرأ على القانون الوطني نظرا لأن هذه الشروط قد تم سلخها عن كل قانون وطني وضعي و هو ما يمكن المحكمة من القضاء بصحتها في جميع الأحوال و أيضا فإن هذا الرأي من مقتضاه أن مخالفة شرط الثبات من قبل الدولة المتعاقدة و قيامها بتغيير قانونها يمكن المحكمة أو القاضي من تقرير خطأ الدولة و القضاء بعدم إمكانية الإحتجاج بالتغيير الذي أجرته الدولة في مواجهة الطرف المتعاقد معها حتى في الأحوال التي يكون فيها القانون الجديد الصادر عن الدولة المتعاقدة يحظر شروط الثبات و يعتبرها شروط باطلة و مخالفة للقانون.

إلا أنه أيا كانت المزايا التي يمكن أن تنسب إلى هذا الرأي.[2] فإنه لا يخلو من المساوئ.

فمن ناحية يؤدي هذا الرأي تحيزا منه لمبدأ قدسية العقد و عدم المساس به إلى تجميد قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 616.

[2] أنظر: نصيرة بو جمعة سعدي، المرجع السابق، ص 203.

فعلى الرغم من أن العقد المبرم بين الدولة و الطرف المتعاقد معها يخضع لقانونها الوطني إلا أن إستقلالية شرط الثبات و ذاتيته تؤدي إلى إفلات هذا العقد من الخضوع إلى أي قانون ولاسيما قانون الدولة المتعاقدة.

و تظهر خطورة هذا الإتجاه إذ أخذنا بعين الإعتبار أن العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي تعتبر من العقود طويلة المدة التي يستغرق تنفيذها سنوات عديدة و من هنا فإن إجبار الدولة على الإعتراف للطرف المتعاقد معها بمزايا إستثنائية لا علاقة لها البتة بقانونها الساري و إنكار حقها في سريان تشريعاتها المتمشية مع الأوضاع الإقتصادية و الإجتماعية على العقود المبرمة المتضمنة شروط الثبات، و إلا استطاع الطرف المتعاقد معها مقاضاتها لمخالفتها للشروط المذكورة يؤدي بها إلى نوع من التحجر القانوني لا يتناسب مع دورها كدولة يتعين عليها تطوير القانون بما يتلاءم مع تغيير الظروف.[1]

كذلك فإن هذا الرأي يعيبه أنه يقوم على إفتراض يحتاج إلى إثبات فهو يقيس ذاتية شروط الثبات و إستقلاليتها على ذاتية بعض الشروط الأخرى المعتاد إدراجها في العقود ولاسيما شرط التحكيم. و إذا كانت إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه تعد مبدأ مستقر و معترف به في غالبية الأنظمة القانونية فإن الزعم بإستقلالية شروط الثبات التشريعي وذاتيتها عن العقد الذي يتضمنها أمر يحتاج إلى إقامة الدليل عليه و هو ما لم يتحقق بصدد الرأي المعروض على نطاق البحث.[2]

---

[1] أنظر: أحمد صادق القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد و العشرون لسنة 1965 5 9 23.

[2] أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 345.

و قد يقول قائل أن مجتمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا 1979 قد اتخذ قرار، أثناء مناقشة مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدولة و احد الأشخاص الخاصة الأجنبية من مقتضاه حق الأطراف المتعاقدة في أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الساري لحظة إبرامه.[1] إلا أن ذلك لا يعني سوى عدم وجود مانع في القانون الدولي العام يحول دون إشتراط مثل هذه الشروط ولا يحتمل أكثر من ذلك المعنى فهو لا يفصل مثلا في مسألة صحة هذه الشروط و ما هو القانون الذي يحكمها، كما أنه لا يضع قرينة تفيد صحة هذه الشروط.

كذلك فإن الإعتبارات التي من أجلها تقرر مبدأ ذاتية شروط التحكيم و إستقلاليته عن العقد الأصلي الذي يتضمنه غير متحققة بشأن شروط الثبات التشريعي و ذلك نظرا لإختلاف النطاق الذي يختص به كل من الشرطين.

فتقرير ذاتية و إستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقود الدولية ولاسيما عقود الدولة الهدف منه التمييز بين التصرفات الصادرة عن الدولة بصفتها متعاقدة و بين الدولة كسلطة عامة، و التي لا يمكنها من خلال إتخاذ إجراءات سيادية التأثير على التعهدات التي عقدتها بصفتها الأولى، بينما تقرير ذاتية شروط الثبات يؤدي إلى المساس بإختصاص سيادي للدولة بصفتها شخص عام، هذا الإختصاص الذي يسعى الطرف المتعاقد مع الدولة إلى الإستفادة منه و التمتع بالمزايا التي يمنحها وجود الدولة كطرف سيادي في العقد.[2]

---

[1] أنظر: مراد محمود حمادة المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002 2 0 98.

[2] أنظر: مراد محمود حمادة المواجدة، المرجع السابق، ص 99-100

و من جهة أخرى فإن هذا الرأي يجعل من العقد الذي تبرمه الدولة مع الطرف الأجنبي منطقة لا تستطيع الدولة أن تقترب منها إلا و هي مجردة من كل المزايا التي يخلعها عليها القانون الدولي العام و أيضا قانونها الوطني، تلك المزايا التي تجعل الدولة سواء قبلنا ذلك أم رفضناه، في مركز متميز عن الشخص الأجنبي المتعاقد معها أو على أقل تقدير تضعه معها على قدم المساواة و لكن ليس في موضع أدنى منه بأي حال من الأحوال. و تلك الحقيقة الجوهرية يتناساها الرأي المدافع عن القوة الملزمة للعقود و قدسيتها إذ أن ذلك الرأي يجرد الدولة بمجرد إبرامها للعقد مع طرف أجنبي من صفتها كشخص من أشخاص القانون العام و ما يترتب على تمتعها بتلك الصفة من نتائج.[1]

كذلك فإنه لا يوجد سبب منطقي يدفع مسبقا إلى القول بأن النظام التعاقدي الذي تخضع له الدولة يتسم بسمات النظام التعاقدي المعروف في إطار القانون الخاص من ضرورة الإحترام المطلق للعقود و عدم إمكانية المساس به بالإرادة المنفردة للدولة على إعتبار أن الدولة بتعاقدها مع الطرف الخاص أصبحت على قدم المساواة معه على نحو يسلبها كل مزاياها كسلطة عامة و يقتضي ضرورة معاملتها على أنها شخص عادي شأنها في ذلك شأن الطرف الأجنبي الخاص المتعاقد معها.[2]

فمثل ذلك المنطق لا يمكن التسليم به إذ لا يوجد أصلا ما يحول دون النظر إلى أن العقود المبرمة بين الدولة و بين الطرف الأجنبي على أنها لا تؤدي إلى جذب الدولة إلى دائرة القانون الخاص بل العكس هو الصحيح.

---

[1] أنظر: أحمد صادق القشيري، المرجع السابق، ص 25.

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 349.

فهذه الطائفة من العقود تؤدي إلى جذب الطرف المتعاقد مع الدولة إلى دائرة القانون العام، فيتمتع إستثناءا بالمزايا التي عينها هذا القانون و يلتزم أيضا بالإلتزامات التي يفرضها و التي تعد بطبيعتها إلتزامات غير مألوفة في القانون الخاص.[1]

كذلك فإن الرأي المتقدم يقوم على إفتراض غير حقيقي و هو أن سيادة الدولة و أهليتها التعاقدية مسألتان لا يمكن التوفيق بينها بمعنى قيام الدولة بإبرام عقد يتضمن وضع قيد على سيادتها على الأقل بالنسبة للمستقبل و مثل ذلك النظر لا يمكن الدفاع عنه فحق الدولة في التعاقد مع الأشخاص الأجنبية ليس إلا أحد المزايا التي تتمتع بها الدولة و الناجمة عن تمتعها بالسيادة و التي تمنحها الأهلية في إبرام التصرفات القانونية فالدولة تتعاقد مع الشركات الأجنبية لأنها شخص يتمتع بالسيادة و القول بعكس ذلك أي بأن تعاقدها مع هذه الشركات يقيد هذه السيادة يعني إنكار الحرية التعاقدية للدولة و هو أمر يتعارض مع الحقائق النظرية و يكذبه الواقع.

فالدولة على الرغم من العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي و على الرغم من وجود شروط الثبات التشريعي يمكنها تعديل العقد بإرادتها المنفردة و ذلك إذا كان هذا التعديل تقتضيه المصلحة العامة كما يمكنها أيضا بسط نفوذها القانوني الجديد على العقد الذي أتفق على تجميده من حيث الزمان لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة أيضا إذ انه مع تحقق هذه الأسباب يكون من حق الدولة المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقود و قدسيتها.[2]

[1] أنظر: مراد محمود حمادة المواجدة، المرجع السابق، ص 101.
[2] أننظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 350.

و إلى جانب هذا الرأي الأول المدافع عن الصحة المطلقة لشروط الثبات التشريعي نظرا لتغليبه لفكرة القوة الملزمة و عدم المساس به على إعتبارات السيادة التي تتمتع بها الدولة فإن جانب آخر من الفقه يقر إنحياز إعتبارات سيادة الدولة على مواردها الطبيعية يقرر عدم صحة شروط الثبات التشريعي و هو الرأي الذي سيتم التطرق إليه في الفرع التالي.[1]

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

على عكس الإتجاه الأول الذي أعطى الأولية لضرورة إحترام مبدأ سلطان الإرادة و إحترام مبدأ قدسية العقود و ثباتها و عدم المساس بها للوصول إلى صحة شروط الثبات و ذاتيتها و استقلاليتها فإن الإتجاه الذي سيتم التطرق إليه الآن مستندا إلى طبيعة العقود محل الدراسة و كون الدولة أحد أطرافها يميل إلى تغليب إعتبارات السيادة و بالتالي حق الدولة في المساس بالعقد و بسكونه و ثباته إذا كانت المصلحة العامة تقتضي تدخل الدولة إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة و إما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي و ذلك بغض النظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد فهذه الشروط لا تشكل قيدا على إرادة الدولة و سيادتها في تعديل هذه العقود. و يستند هذا الإتجاه إلى أسس متنوعة سياسية و إقتصادية و قانونية.[2]

[1] أنظر: أحمد صادق القشيري، المرجع السابق، ص 26.

[2] أنظر: غالب الداودي، المرجع السابق، ص 197.

و لعل أهم نقطة يبدأ بها هذا الرأي هو أن هدف الدولة السائرة في طريق النمو هو تحقيق التنمية السريعة لإقتصادياتها من خلال السيطرة الكاملة على مواردها الإقتصادية و الطبيعية و أيضا من الإستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي تحوزها الدول الغنية، و هذا لا يتأتي إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها و إحلال نظريات أخرى جديدة بدلا منها، كتحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة تلك المساواة التي تهدف النظريات القانونية التقليدية إلى إحترامها تحقيقا لمصالح الدول الغربية الغنية.[1]

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

فلقد أولت الأمم المتحدة إهتمامها من خلال الجمعية العامة و المجلس الإقتصادي و الإجتماعي و اللجنة الخاصة بالسيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية بمناقشة موضوع سيادة الدولة على مواردها الطبيعيــة و أصدرت الجمعيــة

العامة عام 1962 قرارها رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية و الذي ينص على :[2]

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

[2] أنظر: سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 113.

01- حق الشعوب و الدول في السيادة الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية يجب أن يمارس و فقا لمصالحها و إنمائها القومي و رفاهية شعب الدولة المعنية.

02- إستغلال و تنمية الموارد و التصرف فيها فضلا عن إسترداد رأس المال الأجنبي الذي تتطلبه هذه الأغراض، يجب أن يتم طبقا للقواعد و الشروط التي تعتبرها الشعوب و الدول ضرورية أو مرغوبا فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها.

03- يسري على رأس المال المستورد و ما ينتج من أرباح في حالة منح الإذن شروط هذا الإذن و أحكام التشريع الوطني النافذ و القانون الدولي و يراعي وجوب تقسيم الأرباح المتحققة بالنسب المتفق عليها في كل حالة، بين المستثمرين و الدول المضيفة و يجب ضمان عدم الإعتداء لأي سبب على سيادة الدولة على مواردها و ثرواتها الطبيعية.

04- يراعي إستناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأرجحيتها على المصالح الفردية أو الخاصة، الأجنبية أو الوطنية، و يدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها وفقا للقانون الدولي.

كذلك تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها السادسة غير العادية الإعلان بشأن إنشاء نظام إقتصادي عالمي جديد[1] (قرار رقم 320). و لقد تضمن هذا الإعلان عدة مبادئ أهمها:

01- حق كل دولة في السيادة الكاملة على مواردها الطبيعية و كل الأنظمة الإقتصادية و تتمتع الدولة بحق إستغلال مواردها الطبيعية بالوسائل التي تراها ملائمة لها بما في ذلك حقها في التأميم.

02- حق كل الدول و الأقاليم و الشعوب الخاضعة للإحتلال الأجنبي في التعويض الكامل عن إستغلال و إستنزاف الأراضي التي تحيق بالموارد الطبيعية أو أي موارد أخرى لهذه الدول و الأقاليم و الشعوب.

03- تيسير حصول الدول النامية على العلم و التكنولوجيا الحديثة.

و إنطلاقا من نظرية سيادة الدول على مواردها الطبيعية إستند جانب من الفقه إلى ضرورة إعادة النظر في جميع العقود المبرمة بين الدول و الشركات الأجنبية، تلك العقود التي تم إبرامها في ظل الفترة الإستعمارية و التي بلغ إهدار المصالح الإقتصادية للدولة فيها حد أصبح معه من حق الدولة إستنادا إلى سيادتها على مواردها الإقتصادية و واجبها المحافظة عليها للأجيال القادمة أن تنهي هذه العقود أو على الأقل تعيد مراجعتها على نحو يحقق لهذه الدولة أهدافها المشروعة في التنمية الإقتصادية.[2]

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 354.

[2] أنظر: بن الزوخ جمعة، دور الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قاسدي مرباح ورقلة، 2016/2015 6 0 65.

و يعبر عن هذا الإتجاه الأستاذ الغاني SAMUEL ASONTE الذي يرى أن العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية أيا كانت الصورة التي تتخذها سواء كانت عقود إمتياز أو عقود تنمية إقتصادية أو عقود المساعدة الفنية أو غيرها من العقود التي تبرمها الدولة لا يمكن تكييفها على أنها عقود عادية من عقود القانون الخاص، كما يذهب إلى ذلك الفقه الغربي من أجل إخضاعها إلى القواعد التقليدية الحاكمة للعقود و ذلك على الرغم من أن هذه العقود تبرمها الدولة و تتعلق بإستغلال و تنمية مواردها الطبيعية ذات الأهمية القصوى بالنسبة للنفع القومي للدولة المتعاقدة ومن هنا تبدو مشروعية التساؤل حو مدى ملائمة القواعد و المفاهيم القانونية التقليدية الحاكمة لعقود القانون الخاص لتحكم هذه النوعية المختلفة من العقود.

و يرى الأستاذ SAMUEL ASONTE [1] أن الإجابة على السؤال المطروح تقتضي معرفة كيفية إعمال القواعد التقليدية على هذه العقود، فعقود الدولة مجالا خصبا تتصارع فيه الأفكار المتضادة فبينما يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة للمبادئ السائدة في النظرية التقليدية للعقد إلى ضرورة المحافظة على قدسية العقد و عدم المساس به و ثباته منذ لحظة إبرامه و حتى إنتهاء تنفيذه فإن الدولة النامية الطرف الآخر في العقد ترى ضرورة الإنحياز إلى هذه المبادئ التقليدية من أجل أن يتمتع العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي بمرونة أكبر.[2]

[1] أنظر: محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 59.

[2] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 66.

أما فيما يتعلق بالشركات الأجنبية فإنها ترتكز بالضرورة على النظر إلى العقد المبرم بينها و بين الدولة على أنه مجرد عقد تقليدي تم إبرامه و الإتفاق عليه و على شروطه و أحكامه من خلال الإرادة الحرة لطرفية و ذلك من اجل الفوز بمبدأ ثبات العقد.

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

فحسب الإتجاه الغربي لا يعتبر عقد الدولة معبرا عن علاقة تعاقدية بين أطرافه على نحو تقبل معه إجراء التعديل و التغيير تبعا لتغير الظروف و إنما مجرد إتفاق و يحدد فيه حقوق الأطراف و إلتزاماتهم على نحو نهائي فيكسب أحدهما و يخسر الآخر.[1]

و مؤدى هذا التكييف الغربي الذي يرى عقود الدولة أنها مجرد عقود تقليدية أنه يخضعها لمبدأ سلطان الإرادة مع إحتفاظ أطرافها بحق تحصينها ضد سريان أية قوانين جديدة تصدرها الدولة و عدم إمكانية تعديل الدولة لهذه العقود بإرادتها المنفردة طبقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"[2] و مبدأ قدسية العقود و عدم المساس

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 355.

[2] لقد نص على هذا المبدأ المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 106 منه.

بها بل و أيضا عدم إمكانية إعادة المفاوضات للنظر في تعديلها مهما تغيرت الظروف.

و يرى الأستاذ SAMUEL ASONTE أنه لا بد من تبني نظرية موضوعية أو وظيفية للعقد تسمح بالأخذ بعين الإعتبار التطورات السياسية وما يتبعها من تغير في الظروف الإقتصادية للدولة المتعاقدة و أيضا الأخذ بعين الإعتبار فكرة المصلحة العامة للدولة المتعاقدة. كذلك فإن هذه العقود يجب أن تتضمن شروطا تقتضي مراجعة النصوص التعاقدية غير العادلة و غير المنصفة لأحد أطرافها.

فعقود الإستثمار على خلاف العقود الدولية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة لا يمكن إبقائها جامدة و ثابتة زمنيا و عليه يتعين هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود و الذي يخول لأحد أطراف العقد بعد الإنتفاع من أثار هذا الأخير رفض التفاوض و المناقشة مع الطرف الآخر لنصوص العقد.

و تبعا لذلك و تفاديا للأثر المترتب عن القوة الملزمة للعقود فإن عقود الدولة يتعين إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة و ليس للقانون الدولي و ذلك حتى يسري عليها كافة التعديلات و التغيرات السارية في القانون الوطني و يكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة.[1]

و تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد يعني الإستبعاد المطلق لشروط الثبات التشريعي للعقد و عدم المساس به و الرفض المطلق لأي شرط يؤدي إلى

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 356.

تجميد القانون الوطني فطبيعة عقود الدولة الطويلة المدى تستعصي إعمال أية قواعد تؤدي إلى عدم تغييرها تبعا للظروف فهي عقود قابلة للمراجعة بطبيعتها.[1]

و لقد أبرز الأستاذ SAMUEL ASONTE أن عددا من العقود المبرمة بين الدول و الشركات الأجنبية تتضمن شروطا تدعو إلى إعادة المفاوضات بشأنها و مثال ذلك العقد المبرم بين حكومة غينيا الجديدة و شركة BAUGAINRILLE COPPER LTD عام 1974 إذ نص هذا العقد على أن تجتمع الأطراف فيما بينها كل سبع سنوات من أجل أن تبحث بحسن النية ما إذا كان الإتفاق المبرم بينهما قد حقق المرجو منه بالنسبة لكليهما على نحو مقبول و في حالة إخفاق الإتفاق في تحقيق ذلك الهدف فإن الأطراف تبذل العناية الكاملة من الإتفاق على إجراء تعديلات اللازمة على الإتفاق.

كذلك فإن العقد المبرم بين حكومة غانا و شركة شل غانا لإكتشاف و إنتاج البترول المبرم عام 1974 نص على أن الأطراف في حالة تغير الظروف المالية أو الإقتصادية المتعلقة بصناعة البترول و ظروف التسويق بصفة عامة على نحو يؤدي إلى المساس بالأساس الإقتصادي للعقد حق مراجعة أو مناقشة العقد من أجل إيجاد التعديلات و التغييرات المعقولة مع الأخذ بعين الإعتبار رأس المال الذي أنفقه المتعاقد مع الدولة أو المخاطر التي تحملها.[2]

و من هنا يتضح أن هذا الرأي استند أساسا على فكرة سيادة الدولة على مواردها الطبيعية للمناداة بالأفكار السالفة الذكر، هذه الفكرة استخدمت عل نطاق

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 357.

[2] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 67.

واسع بصدد العديد من الحكومات، و مناجل تبرير إتخاذ الدولة لإجراءات تؤدي إلى المساس بالعقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي.[1]

و كما سبق و أوردنا إستناد هذا الإتجاه على ما تتمتع به عقود الدولة من ذاتية مستمدة من أحد أطرافها و هي الدولة و أيضا من كونها عقود طويلة المدة على نحو يجعلها تتميز بعدم ثباتها الكامن فيها، و الذي لا يقبل معه غل يد الدولة عن تعديل أحكامها و تقييد سيادتها ليصل في النهاية إلى صحة شروط الثبات.

و في حقيقة الأمر أن هذا الإتجاه و رغم التمسك الواضح في الأفكار التي يدعوا إليها فإنها مع ذلك لا تعد أفكارا مجهولة في الفقه الغربي للعقود، فلقد إتجه جانب آخر من الفقه الغربي إلى المناداة بان العقود المبرمة بين الدولة و شخص

خاص تتمتع بقابليتها للتغيير و التعديل من قبل الدولة.

بل و قد ذهب أيضا الأستاذ OPPETIT إلى أبعد من ذلك إلى القول بأن العقد يعبر عن توافق إرادتين متعارضتين و يتمتع بثبات مطلق من حيث الزمان و بقوة ملزمة بين أطرافه و يمكن مراجعته بواسطة الأطراف أنفسهم و يمكن لهم إدماج ما يتراءى لهم من إمكانية تغييره، و تخضع وجود ذاته و تنفيذه إلى وسائل فنية معقدة من المفاوضات و المقترحات و المقترحات المضادة.[2]

و كل ذلك يؤدي بصدد هذا النوع من العقود الدولية التي تحتاج إلى المواءمة المستمرة و التعديل إلى الإبتعاد عن الإطار التقليدي للعقد. و لقد دفع هذا التغيير

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 623.

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 358.

الملموس في إمكانية تعديل العقد الدولي الأستاذ OPPETIT إلى التنبؤ ببداية نشأة عرف دولي من مقتضاه إحلال مبدأ مواءمة العقد و تعديله تبعا لتغير الظروف محل المبدأ التقليدي للقوة الملزمة للعقد .

و قد لاحظ أيضا الأستاذ PHILIPPE KHAN أنه في العقود الدولية الطويلة المدة فإن عامل الزمن يؤدي إلى تعديل شروط تنفيذ العقد على نحو يختلف تماما عن الشروط التي كان العقد نفسه يتضمنها لحظة إبرامه.[1]

فعامل الزمن جعل العقد غير قادر على أداء وظيفة تثبيت العلاقات بين أطرافه عن طريق الهيمنة. و لذلك فإن العديد من العقود تتضمن وسائل فنية قابلة للمراجعة و تتيح فرصة السماح للأطراف بمواءمة العقود المبرمة بينهما بما يتمشى و تغير الظروف وصولا بذلك إلى بر الأمان.

و كما هو معلوم أن هناك شروط مراجعة عامة و شروط تعديل جزئية و شروط HARDSHIP و أخيرا فكرة القوة القاهرة، هذه الأخيرة تعد أصلا سببا لتبرئة المدين في حالة عدم تنفيذه للإلتزام، و تؤدي إلى فسخ العقد الذي إستحال تنفيذه بسبب تحققها تعد الآن بمثابة نوع من شروط المراجعة الضمنية.[2]

كذلك فإن القوانين الوضعية الوطنية للكثير من الدول الغربية تقبل فكرة تغير العقود و تعديلها نظرا لتغير الظروف العامة الإقتصادية و الإجتماعية و السياسية المحيطة بها. فالقانون الفرنسي يعرف نظرية L' imprévision و أيضا القانون الألماني يعرف نظرية wegfall de gescharfisgrundlage و كلها نظريات

[1] أنظر: سراج حسين أبوزيد، المرجع السابق، ص 120.

[2] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 624.

تؤدي إلى إمكانية تعديل العقد أخذا في الإعتبار تغيير الظروف المحيطة به و التي لم تكن موجودة لحظة التعاقد.[1]

بل و يؤكد الأستاذ Asonte على أن المفهوم التقليدي الذي يميل إلى تجميد عقود الدولة في إطار تعاقدي جامد و ثابت قد إعتراه الكثير من التطور، و لتأييد هذا النظر، فقد أشار إلى قضاء حديث صادر من المحاكم المختصة بشأن الفصل في الدعاوي الإيرانية الأمريكية في قضية Ouestech ضد الوزير الإيراني للدفاع الوطني.[2]

إذ استندت المحكمة المذكورة على نظرية تغير الظروف من أجل تبرير فسخ الحكومة الإيرانية للعقد المبرم بينها و بين المدعى و الذي وفقا له يتعهد هذا الأخير بتغير النظام الإلكتروني للمعلومات للقوات الجوية الإيرانية.

و من بين العوامل التي حرصت المحكمة على تعدادها باعتبارها تشكل تغيرا في الظروف المحيطة بالعقد، التغيرات التي طرأت على الوضع السياسي في إيران بقيام ثورة الخميني، السياسة التي انتهجتها الحكومة الثورية الجديدة و لاسيما في مواجهة الولايات المتحدة الأمريكية تلك السياسة المدعمة بالتأييد الشعبي العارم.[3]

و تبعا لذلك فإن مبدأ القوة الملزمة للعقود و عدم إمكانية المساس بها و تعديلها ليس مبدأ مطلق لا ترد عليه أية إستثناءات بل العكس هو الصحيح و هذا

---

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 362.

[2] أنظر: في هذا المعنى Philippe khan : et contrats internationaux de longue durée force majeur مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 362.

[3] أنظر: مقالة Prosper weill المنشورة في مجموعة الأعمال المهداة إلى روسو، ص 315، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 363.

يعني إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف المحيطة به و تلك الإمكانية تعتبر أمر مسلم به من جانب الفقه الغربي في مجموعه طالما توافرت شروط هذا التغيير على النحو الذي أسلفنا.

و حتى على صعيد القانون الدولي العام الذي يشدد فيه أغلبية الفقهاء من أجل الحيلولة دون عدم إمكانية تعديل العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي نجذه يقبل تغيير العقد نتيجة تغير الظروف بل أن معاهدة فيينا المنظمة للمعاهدات الدولية تنص المادة 62 منها على ما يلي " لا يجوز الإستناد إلى التغيير الجوهري غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند إبرام المعاهدة كسبب لإنهاء المعاهدة أو الإنسحاب منها إلا عند توفر الشرطين التاليين :

أ- إذا كان وجود هذه الظروف قد اعتبر أساسا هاما لارتضاء الأطراف الإلتزام بالمعاهدة.

ب- إذا ترتب على التغيير تعديل جذري في نطاق الإلتزامات التي يجب أن تنفذ مستقبلا طبقا للمعاهدة.[1]

و عليه و طالما لم تعد الأشياء على حالتها التي كانت عليها لحظة توقيع المعاهدة فإن القانون الدولي يقرر إمكانية تعديل المعاهدات المبرمة بين الدول، كما أن تقدير الظروف المتغيرة لا يعتمد على معيار شخصي و هو توقعات الاطراف، بل يعتمد على معيار موضوعي.

و على الرغم من التحذير من النتائج الوخيمة التي تترتب على إخضاع العقد للتعديل و المواءمة في حالة تغير الظروف، فإن النظرية محل الإنتقاد تعمل

[1] أنظر: المادة 62 من معاهدة فيينا مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 363.

بنجاح ليس فقط على صعيد العلاقات بين الدول السائرة في النمو مع بعضها البعض أو مشروعاتها الوطنية، بل أنها أيضا تعمل بنجاح أكيد في إطار العلاقات التجارية الدولية بين المشروعات الغربية بعضها مع البض الآخر[1] و بين هذه الأخيرة و الدولة السائرة في طريق النمو و لعل في ذلك الدليل القاطع على أن الانتقادات السالفة الذكر لا محل لها من التوفيق.

و الواضح أن حق الدولة في المساس بالعقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها متى كان هذا المساس تحقيقا للمصلحة العامة أصبح أمرا مقبولا و ذلك على الرغم من وجود شرط من شروط الثبات ينص على عدم قدرة الدولة على المساس بالعقد و تعديل أحكامه و لعل ذلك هو ما يستشف من تحكيم Aminoil[2] إذ أن هذا الحكم حاول التوفيق بين المصالح المتعارضة بين كل الدول و الأطراف الأجنبية المتعاقدة معها على نحو يتسم بالمعقولية.

[1] أنظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 628.

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 368.

الفصل الثاني :نتائج وآثار شرط الثبات التشريـعي في عقود الدولـة

الفصل الثاني: نتائج وآثار شرط الثبات التشريـــعي في عقود الدولـــة

إن تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة أصبح ضرورة حتمية يمليها واقع هذه العقود و طبيعتها لجذب الإستثمارات الأجنبية و نقل التكنولوجيا للدولة النامية من أجل مواكبة التطور الحاصل في البلدان المتقدمة و ما من خلاف بين أطراف العلاقة على إدراجه ضمن العقود الدولية.

و الأصل أنه و بعد إدراج شرط الثبات في عقود الدولة فإن هذه الأخيرة لا تستطيع إجراء أي تعديل على قوانينها نتيجة لوجودا إتفاق بينها و بين الطرف المتعاقد معها، سواء كان هذا الشرط مدرجا ضمن نصوصها القانونية أم ضمن إتفاقيات دولية، ام كان أحد بنود العقد، إلا أن الإرادة تلعب دورا هاما في هذه الأحوال، فدور الإرادة بالنسبة للدولة يظهر كاستثناء فيحق للدولة أن تتحكم في نصوصها و قوانينها متى رأت في ذلك مصلحة عامة و يمكن للدولة أيضا أن تقوم بإجراءات التعديل في الحالة التي يطلب منها المتعاقد معها ذلك صراحة، و المتعاقد مع الدولة لن يطلب ذلك إلا إذا رأى من وراء هذا الإجراء تحقيقا لمصلحته.

و يرى البعض أنه يمكن لإرادة الأطراف بموجب شرط الثبات التشريعي تجميد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد زمنيا عند لحظة إبرامه تأسيسا

على أن قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد و لا تفرض إسنادا زمنيا إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد فهي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائما.[1]

و سيتم التطرق في هذا الفصل إلى تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة من خلال التعرف على الآثار و النتائج المتمخضة عنه كما سيتم التطرق أيضا إلى المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات بالرغم من وجود إتفاق بين الدولة و الطرف المتعاقد معها و ذلك في مبحثين تباعا كما يلي:

المبحث الأول : تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة.

المبحث الثاني : المسؤولية المترتبة عند إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي.

[1] أنظر: بن زوخ جمعة، المرجع السابق 36.

المبحث الأول : تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة.

إن تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة لن يأتي إلا بعد معرفة الغرض من إدراج هذا الشرط في هذه العقود ويبرز ذلك من خلال الآثار القانونية المترتبة عن التغيرات التشريعية التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق و معرفة الوسيلة الفنية التي يمكن من خلالها إستبعاد التعديلات التي تطرأ على القانون و لمعرفة ذلك سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما الآثار القانونية للتغيرات التشريعية على القانون الواجب التطبيق و في المطلب

الثاني نتناول الثبات التشريعي للقانون بين تكريس للأمان القانوني و تقييد لسلطة الدولة.[1]

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

من الواضح أن الهدف من وراء إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة هو منع هذه الأخيرة باعتبارها سلطة تشريعية و صاحبة سيادة من تغيرات الوضع القانوني طوال مدة العقد.

إن الغاية المحددة التي تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيقها هي إخضاع عقود الدولة إلى قانون ثابت و محدد منذ لحظة إبرام العقد و حتى إنقضائه، و يتم إدراج هذه الشروط من أجل غل يد الدولة و منعها من إحداث أي تغيير قانوني طوال مدة العقد، و قد أثارت هذه الشروط جدلا كبيرا أمام الفقه لإحتوائها على مبدأين هما مبدأ سيادة الدولة في التعاقد و مبدأ حرية التعاقد بين الأطراف في الإمتيازات الممنوحة في العقود الدولية، كما أن هذه الشروط ترتب

[1] أنظر :ليندا جابر،القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي،شركة المؤسسة الحديثة للكتاب،بيروت، لبنان،2014 87.

آثار سلبيـــة بالنسبة للدولة و في نفس الوقت ترتب آثار إيجابية بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة.[1]

الفرع الأول: الآثار القانونية السلبية لشرط الثبات التشريعي.

إنّ التغيرات التشريعية ترتب آثارا بالنسبة للعقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها و الدولة ليست بأكثر بعداً من الطـــرف الأجنبـــي من التضرر و من أهم الآثار السلبية سيتم التطرق إلى ما يلي:

أولا: القـوة الملزمـة للعقـد :

إنّ الدعامة الأساسية التي يستند إليها شرط الثبات التشريعي لتبرر صحته إلى جانب غل يد الدولة عن إجراء أي تعديل أو تغيير على أحكام قانونها الوطني و التي من شأنها التأثير على المركز القانوني للمتعاقد معها هي مبدأ القوة الملزمة للعقد.

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد يعد تأثيرا سلبيا على الدولة طالما انه لا يسمح لها بإجراء أي تعديل على العقد و هذا ينقص نوعا ما من سيادتها، و الجدير

[1] أنظر: بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2006 6 0 129.

بالذكر أن دخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الخاصة لا يعني نزع إمتيازات السيادة التي تتمتع بها الدولة فهذه الأخيرة تحوز على الإختصاص التشريعي و تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق لها أن اتفقت على تطبيقه مع المتعاقد معها.

وما يعاب على ضمان إستقرار القانون المطبق أو التجميد الزمني للعقد هو انه قد يعد تدخلا أو تقليصا في سيادة الدولة وحدّ من سلطتها التشريعية غير ان هذا المبدأ لا يطرح في نظر الفقهاء إشكالاً بشأن سيادة الدولة.

و إذا كان مبدأ السيادة على هذا النحو هو الذي يمنح الدولة قدرة الإتفاق على أية شروط مع المتعاقد معها و من جملة تلك الشروط شرط الثبات التشريعي فإن ذات السيادة هي التي تمنحها أيضا القدرة على أن تنقص من مدى هذه الشروط إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك.[1]

ثانيا: للأصول الفنية لحل تنازع القوانين من حيث الزمان :

من خلال فهم و إستقراء عملية التثبيت أو التجميد الزمني لقانون العقد يلاحظ بأنها تخالف عدة أصول فنية قانونية، فالأصل أن سلطة تحديد سريان

[1] أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 130.

التعديلات التي تطرأ على العقد بفضل شروط الثبات التشريعي تشكل تجاوزًا و تعديًا على سيادة الدولة التي تم إختيار قانونها كقانون واجب التطبيق على العقد لأن من يملك حق التعديل هو المشرع و ليس الأطراف[1].

فالمشرع هو المسؤول عن سريان القانون على العقد و هو الذي يسن النصوص التشريعية فدور التثبيت الزمني أو تجميد قانون العقد يكمن في إعطاء الأطراف المتعاقدة حق تحديد سريان التعديلات التشريعية التي تطرأ على قانون الإرادة[2]، فمبدأ سلطان الإرادة في مجال إختيار القانون يعطي للأطراف الحق في إستبعاد التعديلات الجديدة التي تطرأ على العقد و التي لم تكن قائمة وقت إبرام هذا الأخير و بالتالي يشكل هذا تعديا على سيادة الدولة التي تم إختيار قانونها ليكون الحاكم للعقد.

غير أنه و من جانب آخر فإن شروط الثبات التشريعي تبعث الطمأنينة في نفس المتعاقد الأجنبي مما يساعد على جذب و تشجيع الإستثمارات و في نفس الوقت هو غل ليد الدولة و منعها من التدخل و المساس بشروط العقد رغم أنها صاحبة سيادة، و من النتائج السلبية لهذه الشروط أيضا أن عدم الإعتداد

[1] أنظر :ليندا جابر،المرجع السابق،ص89.

[2] أنظر: وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010 0 0 284.

بالتشريعات اللاحقة على العقد الدولي يعني ان ما يطبق فعلا على العقد هو قانون ملغى و هي نتيجة يصعب التسليم بها.

و من المعلوم أن المتعاقد مع الدولة يرتبط معها بعقد طبقا للقانون الواجب التطبيق و أي تغيير جوهري لهذا القانون يعد إخلالاً بشرط تعاقدي و في نفس الوقت يعد مساساً بقاعدة تطبيق القانون بأثر فوري.

تجدر الإشارة إلى أن تفعيل شرط الثبات يتأتى من إتفاقية ثنائية ترقى إلى مستوى التشريع، تكون معها سلطات الدولة المتعاقدة محل تقييد بحيث تغل يدها عن إصدار أية لائحة أو تشريع من شأنه التأثير على العلاقة العقدية.[1]

ثالثا: مخالفة السلطة الإختيارية للقانون الواجب التطبيق:

إلى جانب الآثار السلبية السالفة الذكر يلاحظ أيضا في هذا السياق أن القانون في النطاق الدولي يفقد طبيعته كما حددها القانون الداخلي بمعنى أن إختصاصه لا يكون إلا إختياريا أي متى رغب أطراف العقد في ذلك و القول هنا ينتهي إلى أن إحترام الحقوق الفردية يخل بإحترام القانون في طبيعته الجوهرية و يرى الأستاذ باتيفول أن ذلك إعتراف للأطراف بسلطة إختيار القانون الواجب

[1] أنظر: وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص 285.

التطبيق على العقود السارية، و بالتالي فهو يقرر للأطراف الحق في تثبيت أو تجميد القانون الجديد و مبدأ الإستقرار من بين المبادئ التي تلعب دوراً هاما في تطوير العلاقات الإقتصادية و السياسية مع العالم الخارجي هذا من أجل التقليل من الأخطاء التي تهدد الإستقرار و تطوير الإستثمار الأجنبي و هي نزع الملكية و الإستلاء و التأميم و الحروب و تحويل رؤوس الأموال و غيرها.[1]

و شرط الثبات التشريعي له أصل و إستثناء، فالأصل هو عدم خضوع العقود الدولية المبرمة بين الدولة و الأشخاص المتعاقدين معها للتعديلات التي تطرأ على العقد و عدم تدخل الدولة في تطبيق القوانين و النصوص التشريعية الجديدة على العقد بينما الإستثناء فهو أن يطلب المتعاقد صراحة من الدولة تطبيق القانون الجديد على العقد المبرم بينه و بين الدولة، كذلك نتيجة أخرى تجعل شرط الثبات بمثابة حاجز للدولة و هي 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 الأقل في نطاق

[1] أنظر: سالي جمعة، عقود البنية التحتية لإستغلال النفط و الغاز، المؤتمر العلمي الثاني عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006. W.w.w.f.law.net/law.threads14988

المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص، هذه الشروط و ما تقود إليه من تقرير الحق للأطراف المتعاقدة في أن تعطي لهم الحرية في إختيار القانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى الخلط بيـــن تجزئـــة العقد و تجزئة القانون و هذه الأخيرة تعد مرفوضة لأن الإسناد يكون إجمالاً و ليس جزئيًا.[1]

الفرع الثاني : الآثار القانونية الإيجابية لشرط الثبات التشريعي.

رغم الآثار السلبية لشرط الثبات التشريعي التي تؤثر على أطراف العلاقة التعاقدية إلا أن له بالمقابل آثار إيجابية حيث يعتبر أداة قانونية لحماية الطرف الضعيف المتعاقد مع الدولة، كما أنه و إلى جانب الدولة يعتبر شرط الثبات الأداة أو الوسيلة الفعالة لجذب الإستثمارات الأجنبية.

و من السهل إدراك غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد و هي إستقرار الرابطة التعاقدية على الحالة التي تم الإتفاق عليها لحظة إبرام العقد و خطط توقعات الأطراف لأن التغيير الحاصل في القوانين يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدي و

[1] أنظر : سالي جمعة، المرجع السابق.

إنهيار الإقتصاد و ميله إلى كفة واحدة و هذا لا محال يؤدي بإلحاق أضرار بأحد أطراف العقد.[1]

و يعتبر شرط الثبات التشريعي مبدأ ضمان إيجابي بالنسبة للطرق المتعاقدة مع الدولة فهو يعود عليه بالنفع أكثر من هذه الأخيرة لأنه يعتبر بالنسبة له ضماناً يمنحه الحماية الكافية من التغيرات التشريعية التي قد تجرده من بعض الحقوق التي إكتسبها لحظة إبرام العقد في ظل القانون الذي أبرم وفقه العقد و بالتالي فان شرط الثبات يبعث الطمأنينة في نفسية المتعاقد و يسعى إلى تأمين حماية مطلقة للمتعاقد طيلة مدة العقد و تكون هذه الشروط دوما لصالح المتعاقد الأجنبي أكثر من الدولة المتعاقدة معه لأن شروط الثبات تبعث فيه نوعا من الثقة مما يشجع على جذب رؤوس الأموال للدولة النامية[2].

[1] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 42.

[2] أنظر :هبة هزاع،توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2016 148.

و هكذا يكون المتعاقد مع الدولة مطمئناً على مشاريعه و أول ما يلجأ إليه هو ضرورة تثبيت القانون الذي تم إبرام العقد في ظله لأنه لو لم يعجبه هذا القانون لما أقبل أصلا على التعاقد، وشرط الثبات كما أسلفنا قد يكون إما مدرجا في العقد نفسه أو يكون عبارة عن نصوص قانونية يحكمها قانون خاص، فضرورة تثبيت القانون الواجب التطبيق سواء تم إختياره صراحة من قبل الأطراف أو كان ضمنيا من خلال التصرفات التي تم إبرام العقـــد فيــها، و يكون هذا طيلة مدة العقد موصد الباب أمام إمكانيات تطوير أحكامه أو مراجعتها فهي تمتد نظريـــا لجميـــع جوانـــب العقد مالية كانت أو فنيــة و إلى جميع مبادرات الدولة التشريعية و اللائحية.[1]

فإخفاق شروط الثبات في أداء الوظيفة المنوطة بها لا يعني فشلها كشرط تعاقدي في لفت الأنظار إلى الصراع القائم بين مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة فهذه الشروط تحقق للدولة مصلحة كبيرة و هي

[1] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 43.

فرض سيادتها على جميع ممتلكاتها و مواردها الإقتصادية و توجيه إستغلال هذه الموارد إلى الإستغلال الأفضل فهذا يبرز المصلحة العامة للدولة من خلال وضع شروطا ضمن مشاريع إستثماراتها و عقودها و التي تبرر للدولة حق المساس بالعقد كونها سلطة عامة و هذا بإعطائها الحق في التعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة[1].

و على الرغم من انها قيد لحرية الدولة إلا أنها لا تشكل إعتداء على النظام العام الدولي أما النتيجة الثانية المترتبة عن شرط الثبات التشريعي هي انه في حالة التأميم و المصادرة لممتلكات الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة يكون بالإرادة المنفردة لهذه الأخيرة و يعطيـــها حقا خالصا في التعويـــــض و تكون قيمة التعويض في هذه الحالة أكثر إرتفاعا من الحالات الأخرى التي لا يتضمن فيها العقد شرطا من شروط

[1] أنظر :هبة هزاع،المرجع السابق،ص149.

الثبات فيجب الأخذ بعين الإعتبار هذه الشروط في حالة تقدير التعويض الملائم لصالح الطرف المتعاقد مع الدولة.[1]

و على سبيل المثال يؤدي وجود شرط الثبات إلى إمكانية تعويض الطرف الأجنبي ليس فقط عما لحقه من خسارة بل أيضا عما فاته من كسب كما يمكن أن يتحقق في الفترة التي كان من المتوقع أن يظل فيها المشروع الذي تم إنهاؤه، كان هذا الجانب إيجابيا في صالح الطرف المتعاقد مع الدولة.

كما أنه لا يخفى على أحد أن شروط الثبات التشريعي تحقق عدة مزايا لصالح الدولة المتعاقدة و بالتالي حيث تعتبر الأداة و الوسيلة الفعالة لجذب الإستثمارات و بالتالي تحريك عجلة الإقتصاد خاصة في الدول النامية.

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

[1] أنظر: عبد الرزاق المرتضي سليمان، الأشخاص الإعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة و العلاقات النفطية و دول الأوبيك، الطبعة الأولى، مكتبة طرابلس العلمية، ليبيا، 2010، ص 404.

لقد تعددت و اختلفت وجهات النظر لدى الفقه حول دور و آثار شرط الثبات التشريعي فمنهم من يرى أن هذا الشرط تكريس لمبدأ الحرية التعاقدية و منهم من يرى أنه قيد على سيادة الدولة وسلطتها و لقد أثار هذا الإختلاف عدة تساؤلات حول مدى صحة هذا الشرط و آثاره و هي مسألة إنقسم فيها الفقه و القضاء بين مؤيد لصحة الشرط باعتباره محققا و مجسداً للأمان و اليقين القانوني و بين معارض له بإعتباره تقييد لسلطة الدولة وحداً من سيادتها.[1]

الفرع الأول : شرط الثبات التشريعي تكريس للأمان و الإستقرار القانوني.

مما لا شك فيه لدى العديد من الباحثين أن الغاية الأهم لإدراج نظام الثبات التشريعي هو تحقيق الإستقرار و الأمان القانونيين و حفظ توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة، ذلك أن تطبيق أية تعديلات أو إلغاءات على القانون الساري و قت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدي و توجيه إقتصاديات العقد لصالح الدولة، و إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

و من ناحية أخرى يجب الملاحظة بأن القواعد الجديدة التي تطرأ على القانون الساري لم تنصرف إليها إرادة أطراف العقد، فنيتهم إتجهت إلى إختيار قانون معين هو القانون الذي أبرم العقد في ظله، مما يعني إعمال التعديلات أو الإلغاءات التي قد تطال ذلك القانون تجعل المتعاقدين أمام قانون آخر من حيث المضمون و الأحكام غير ذلك الذي إختاراه لينطبق على عقدهم و لو كان القانون بعد تعديله أو إلغائه هو القانون الساري لحظة إبرام العقد لرفضه المتعاقد الأجنبي

[1] أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

ليكون قانون العقد، أو حتى رفض التعاقد أصلا لعدم تماشي التشريعات السارية مع مصالحه الإقتصادية.[1]

الفرع الثاني : شرط الثبات التشريعي قيد على سلطة الدولة و يتعارض مع مصالحها

لقد سبقت الإشارة إلى أن شرط الثبات التشريعي حسب أنصار الإتجاه الأول يعطي الأولوية لمبدأ سلطان الإرادة و الذي تعد قاعدة الثبات التشريعي من أهم وسائل حمايته في مجال عقود الدولة إلا أنّ هناك إتجاه آخر يرى بأن في ذلك قيد على إرادة الدولة و سيادتها و هو ما يحول في الأخير دون الوصول إلى الأهداف المرجوة من وراء إبرام هذا النوع من العقود.

إنّ عقود الدولة على خلاف باقي العقود لها طبيعتها الخاصة و هي طبيعة لها علاقة بالإعتبارات السياسية و الإقتصادية، خاصة و أنها تتراخى في الزمن مما يجعلها عرضة للتقلبات، إنها عقود قابلة للتغيير و التبديل بطبيعتها، و هدف الدولة من وراء إبرام العقود هو تحقيق المصلحة العامة و التنمية الإقتصادية فهي ليست عقوداً تقليدية يملك الأطراف سلطة تحصينها ضد سريان أية قواعد قانونية جديدة، كما أنها ليست نظاما ثابتا يحدد حقوق و إلتزامات الأطراف على نحو نهائي طوال مدة تنفيذها و تظافر هذه الإعتبارات و الخصوصيات هو ما يحول

[1] أنظر: بن أحمد الحاج، نفس المرجع.

دون إعمال أية قواعد تتنافى مع هذه الطبيعة، و من تلك القواعد قاعدة الثبات الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد.[1]

و لقد أقر قضاء التحكيم فعلا حق الدولة في تعديل أو إلغاء قانونها و سريانه على العقود التي تبرمها حتى في حالة وجود شرط الثبات التشريعي ففي نزاع بين مؤسسة الإستثمار البيروفية و حكومة دولة البيرو قضت هيئة التحكيم بحق هذه الأخيرة في تعديل قوانينها الضريبية نظرا لحاجة إقتصادها إلى تنمية موارده المحلية وفقا لمعيار المصلحة الإقتصادية العامة و ذلك على الرغم من وجود تشريع سابق نص على أن قيمة الضرائب المفروضة هي تلك القيمة الثابتة وقت نفاذه.[2]

و المتأمل في الأخذ بقاعدة الثبات التشريعي يرى بأنها تخالف الأصول الفنية لمنهج التنازع و يدرك تعارضا و خلطا من طرف المشرع نفسه في أهم الأسس التي يقوم عليها هذا المنهج، لأنها ستؤدي إلى تجزئة القانون و هذا يتناقض مع فكرة الإسناد الإجمالي للقانون و التي تقضي بأن الإحالة لقانون معين معناها الإحالة إليه في جملته، بحيث يتعين على القاضي في حالة وقوع أي نزاع

[1] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 1 0 321.
[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 352.

أن يطبق القانون المسند إليه بكامل أحكامه بحيث لا يجوز له إعمال بعضها و إستبعاد البعض الآخر، فمتى إتفق الأطراف على قانون معين ليكون قانون العقد المبرم بين الدولة و الطرف المتعاقد معها إلتزم القاضي بإحترام ذلك الإتفاق و تطبيق القانون كله، و ليس للأطراف إمكانية تجزئته كما يفعلون عند تجزئتهم للعقد و هي مسألة فنية مختلفة تماما عن المسألة الأولى[1].

و تجزئة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة و إخضاعها فقط للأحكام السارية وقت إبرامها دون الأحكام الجديدة التي ألغت أو عدلت الأحكام الواردة في القانون القديم سيجل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكام متصفة بالطبيعة المعيارية بعد إلغائها، فلقد أصبحت بمعنى آخر نصوصا ميتة في نظر مشرعها و العقد أصبح في جنة غير قانونية، و هذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد و تحول عن طبيـعته و هذا في حد ذاته أمرا مرفوضًا من قبل الفقه و القضاء[2].

الفرع الثالث : الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي.

[1] أنظر :ليندا جابر،المرجع السابق،ص90.

[2] أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص322.

لقد أجمع جانب من الفقه و القضاء الحديث على أن الحل الوحيد الذي من شأنه أن يحقق مصالح للأطراف المتعاقدة في عقود الدولة لا يكون بإنكار شرط الثبات التشريعي تماما و القول ببطلانه، كما لا يكون بغل يد الدولة عن المساس ببنود العقد من خلال تعديل أو إلغاء قوانينها و إنما بتحويل وظيفته من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة إلى شروط تلعب دور الشرط الجزائي المعروف في إطار النظرية العامة للإلتزامات[1].

و لقد سبقت الإشارة إلى أنه لم يعد بإمكان أية دولة في إطار التعاقد الإستغناء عن هذا الشرط الذي أضحى في العديد من تشريعات الإستثمار الوطنية ضمانا من الضمانات ذلك أن مصلحة المتعاقد مع الدولة وطنيا كان أم أجنبيا تتحقق في ثبات العقد واستقراره و عدم المساس به لإرتباط ذلك بالتوازن الإقتصادي له، و التسليم بعدم إدراج هذا الضمان واعتباره باطلا لا يتماشى مع مصالح الدول التي تسعى جاهدة للتعاقد بغرض الإستثمار و نقل المعرفة الفنية و التكنولوجيا.[2]

[1] أنظر: هبة هزاع،المرجع السابق،ص153.

[2] أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

و الدولة كونها شخصيا سياديا من أشخاص القانون العام لا يمكن وضعها على قدم المساواة مع الطرف المتعاقد معها لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة تهدف تلك الدولة إلى تحقيقها و التي يجب تغليبها على المصلحة الخاصة و هذه قاعدة معروفة في كل الأنظمة القانونية الوطنية، و تبعا لذلك فإن مبدأ الثبات التشريعي لقانون العقد مبدأ غير مطلق.

و كما أشرنا سابقا و إن كان الهدف من وراء وجود شرط الثبات التشريعي هو حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر الإستثنائية الناجمة عن تدخل الدولة و تعديلها أو إلغائها لقوانينها فإن ذلك لا يقيد إرادة الدولة بصفة مطلقة سواء كان العقد خاضعا لقانون تلك الدولة أو لقانون آخر عندا يتعلق الأمر بإتخاذ الإجراءات ذات النفع العام.[1]

و ليس أيضا من المغالاة القول بأنه و إن كانت الدولة طرفا سياديا يتمتع بمزايا إستثنائية بالنظر إلى المسؤوليات الواقعة على عاتقها إلا أن هذا لا يحول دون نفي مسؤوليتها في حالة لجوءها إلى المساس ببنود العقد و إعادة النظر في قوانينها ذات الصلة به، لأن ذلك يعني الإضرار بالطرف المتعاقد مع الدولة و

[1] أنظر: أحمد عشور، قانون النفط، الغتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003 3 0 41.

تحميله تبعات مالية تفوق حجم المخاطر التي اعتاد على تحملها مقارنة بما حملته الدولة إياه.

و بهذا فإن أي تدخل من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه المساس ببنود العقد المبرم بينها و بين المتعاقد معها على الرغم من وجود شرط الثبات التشريعي يجب أن يقابله تعويض عادل و منصف عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد و هذا مثلما يحدث تماما عند لجوء الدولة إلى تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها.[1]

و معلوم أن حق الدولة في التأميم معترف به لها وفقا للقرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1962/12/14 تحت رقم 1803 و الذي اعتبره تعبيراً عن سيادتها الإقليمية على الرغم من وجود تعهد من قبل الدولة بعدم القيام بالتأميم حيث يبقى هذا التعهد صحيحا و يكون عاملا من العوامل التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في تقدير قيمة التعويض الذي يتعين على الدولة المؤممة دفعه للمتعاقد معها.[2]

[1] أنظر : أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 52.

[2] أنظر :. Audit (B), op , cit, p 41

و بعدما ثبت واقعيا فشل شرط الثبات في غل يد الدولة فإنه و بإسقاط هذا التوجه في مجال التأميمات على تلك الشروط يمكن القول بأنه أصبح لهذه الأخيرة وظيفة مالية هذه الأخيرة تقوم بها الدولة مقابل عدم منعها من إستعمال إرادتها في المساس بالعقد بلجوءها إلى إستخدام مزاياها الإستثنائية التي تعد لصيقة بها و لا يمكن تجريدها منها بشروط الثبات التشريعي أو غيرها لأن الأمر يتعلق و بكل بساطة بالسيادة التي تعد أحد أهم الخصائص الملازمة لها سواء في نطـــاق القانون الداخلـي أو في نطاق القانون الدولي العام[1].

و رغم أن إلتزام الدولة بقاعدة الثبات التشريعي لا يؤدي إلى حرمانها من سلطاتها إلا أن هذا لا يعني أيضا أن هذه القاعدة عديمة الفائدة و لا ترتب أي آثار قانونية.

إنّ من الآثار القانونية الناجمة عن عدم إلتزام الدولة بقاعدة الثبات التشريعي هي تعويض المتعاقد مع الدولة تعويضا عادلا يختلف من حيث المقدار عن التعويض الذي تلتزم به الدولة في حالة عدم وجود تلك القاعدة في قانونها أو

[1] أنظر: أحمد عشور، المرجع السابق، ص43.

شرطا في العقد حيث تكون قيمة التعويض في الفرض الأول أكبر مقارنة بالفرض الثاني[1].

و لقد أشار بعض الفقه على أن إلتزام الدولة بضمان الثبات التشريعي يجبرها في حالة الإخلال به تعويض المتعاقد معها عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب كان يمكن أن يحققه لو بقي العقد خاضعا لنفس أحكام القانون الذي أبرم في ظله في حين تلتزم بتعويضه عما تعرض له من خسائر فقط في الحالات التي لا يتوافر فيها هذا الإلتزام.[2]

و هكذا فإن شرط الثبات يبقى محتفظا بدوره كعامل لجذب الإستثمارات للدولة لأن المتعاقد مع الدولة لن يتضرر ماديا لحصوله على تعويض عادل و منصف إذا أخلت الدولة بالتزامها و أما القول بأن الثبات التشريعي للقانون ليس له أي أثر فهذا سيكون عائقا من عوائق الإستثمار لأن المتعاقد مع الدولة في أي مجال لا يمكنه المجازفة بأمواله في ظل قانون منحه إمتيازات ثم يتراجع عنها دون تعويضه عن الأضرار التي قد تلحقه بعد تجسيد مشروعه على أرض تلك الدولة[3].

---

[1] أنظر :أحمد حسان الغندور،المرجع السابق،ص53.

[2] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 324-325.

[3] أنظر :أحمد حسان الغندور،المرجع السابق،ص54.

الفرع الرابع : التوفيق في تحقيق التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة.

لقد أتى الأستاذ Prosper Well بنظرية جديدة تعتمد في إقرارها لصحة شروط الثبات على النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد، على أن لا يقصد بهذا الأخير القانون الواجب التطبيق إنما النظام الذي يتخذه العقد كإطار له يستمد منه صحتـــه و يحدد القواعد القانونية المطبقة على موضوعه، و هذا النظام من وجهة نظره إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي.[1]

و حاول هذا الإتجاه التوفيق بين فكرتي الحرية التعاقدية و سيادة الدولة فيفر ق بين فرضين أوليين تتوقف عليها صحة شروط الثبات.

فإنّ كان أمام الفرض الأول فإن صحة شروط الثبات أو كيفية إعمالها ستقف رهينة المواقف المتغيرة للتشريعات الوطنية في صدد إقرارها إلا أنه لا خلاف حول إثارة المسؤولية الدولية فيما لو قامت إحتراما لنصوص قانونها الوطني بالمساس بشروط الثبات الواردة في عقدها لإعتبار تصرفها السابق فعلا غير

[1] أنظر: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 163.

مشروع دوليا إما بسبب سوء نيتها عند إبرام العقد نظرا لعملها بموقف قانونها من تلك الشروط أو على الأقل نتيجة لفكرة الإهمال العمدي[1].

و بالتالي فإذا كان العقد يتركز في النظام الوطني و يستمد منه قوته و هو القانون الواجب التطبيق عليه ففي هذه الحالة تعد شروط الثبات خاضعة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة و تسري عليها التعديلات التشريعية بأثر فوري.[2]

أما إذا تحقق الفرض الثاني أي في حالة العقد المتمركز في القانون الدولي و ذلك إما بالإشارة إليه مباشرة أو الخضوع الجزئي لقانون الدولة المتعاقدة مع إتصال العقد بالقانون الدولي في ذات الوقت، فإنه لا مجال للشك بصحة شروط الثبات كنتيجة لازمة لتدويل العقد.

فإذا كان العقد في دائرة القانون الدولي و يستمد منه قوته و هو القانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة يكون هذا القانون هو الذي يحدد القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي و نطاق الإلتزامات و الآثار المترتبة على مخالفتها فتصبح شروط الثبات شروطاً ملزمة لا يجوز للدولة تعديلها أو إصدار تشريعات جديدة و يترتب على الدولة المسؤولية إن خالفت ذلك، و الحجة في ذلك أن إرادة الأطراف

[1] أنظر :أحمد عشور،المرجع السابق،ص46.

[2] أنظر: و فاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 774.

قادرة على عكس قرينة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة فهي قرينة بسيطة و عليه تصبح شروط الثبات صحيحة و نافذة.

و قد حاول الأستاذ René Jean Dupery المحكم الناظر في النزاع ما بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكيتين و المعروف بتحكيم Texaco تطبيق نظرية Well حين توصل إلى صحة شرط الثبات نتيجة لتدويل العقد و الذي نجم بدوره عن خضوعه لقانون الدولة المضيفة على إعتباره القانون الواجب التطبيق و لكن بحسب الحالة التي هو عليها وقت نفاذ العقد.[1]

و واضح أن ذلك المحكم قد استخدم شرط الثبات على نحو غير مسبوق من جهة ربط وجوده بتدويل العقد رغم خضوع هذا الأخير لقانون الدولة المتعاقدة و هذا ما لم يقبل به الأستاذ Well أو غيره، و كل ما قصده بتلك النظرية أو تدويل العقد من شأنه إقرار صحة شرط الثبات لكنه لم يقبل بأن تدويل العقد مرده وجود ذلك الشرط، ثم إن النظرية ذاتها محل شك ذلك أنها تعتمد على تفرقة مفترضة و وهمية ما بين نظام تمركز العقد و القانون الواجب التطبيق، نظراً لأن

[1] أنظر: إفلولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، جانفي 2006.

هذا القانون حقيقة هو من حكم عمليا صحة العقد و شروطه الموضوعية بما في ذلك مسألة صحة شروط الثبات من عدمها.[1]

[1] أنظر : إفلولي محمد، المرجع السابق.

المبحث الثاني : المسؤولية المترتبة عند إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي.

لقد مضت الإشارة إلى أنه يمكن للدولة أن تقوم بتعديل قوانينها رغم وجود شرط الثبات التشريعي في العقد إذا رأت أن هناك مصلحة عامة استدعت ذلك و يعد هذا مساسا بالعقد بالإرادة المنفردة و في ذلك تأثير على المتعاقد الأجنبي من حيث المركز القانوني أو الحقوق المكتسبة و في ذلك أيضا إخلال من طرف الدولة بإلتزامها و هذا الإخلال يرتب مسؤولية إتجاه الطرف الأجنبي.[1]

المطلب الأول : طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالشرط و الجزاء المقرر لها.

إنّ مبدأ القوة الملزمة للعقود و قد سيتها يقتضي عدم المساس بالعقد إلا بالإرادة المشتركة لأطرافه، و أي مساس أو إخلال بهذا المبدأ من قبل أحد الأطراف يرتب أو يقر مسؤوليته على عاتق الطرف الذي أخل بالتزاماته، و طالما كانت عقود الدولة في الغالب هي عقود طويلة المدة و في كثير من الأحيان و أثناء تنفيذ هذه العقود تطرأ عدة متغيرات، تجد الدولة نفسها مجبرة على تغيير قوانينها أو تعديلها لتحقيق المصلحة العامة و مجابهة تلك المتغيرات رغم

[1] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 46.

وجود شرط الثبات التشريعي في عقودها، و هذا ما يرتب عنها مسؤولية إخلالها بهذا الشرط [1]و هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب كالآتي:

الفرع الأول : طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات.

تعد عقود الدولة من العقود الرضائية التي تبنى على رضى الأطراف فالطرف الأجنبي أول شيء يسعى إليه هو ضمان ثبات التشريع في اللحظة التي أبرم العقد فيها، و هذا لضمان مشروعه التعاقدي، إلا أن هذا النوع من العقود كما تمت الإشارة إليه عادة ما تكون طويلة المدى، و القانون الوطني للدولة بطبيعته هو قانون مرن قابل للتغيير في أي وقت و على حسب الظروف التي تحقق المصلحة العامة للدولة فهي على الرغم من وجود إتفاق بينها و بين الطرف الأجنبي ينص على عدم القيام بأي تعديل لقانونها[2].

و بالرغم من تخوف المتعاقد معها عند توقيع العقد أن تطرأ تغيرات و تعديلات قانونية في الدولة التي أخضع العقد لقانونها تحمله ما لم يكن يتوقعه في ظل الأوضاع التشريعية المختلفة عن تلك التي كانت سائدة أثناء إبرام العقد.

و عليه فإن المصلحة العامة تلعب دوراً كبيراً في قيام الدولة بإجراءات قانونية، فالدولة التي تحوز على الإختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون الذي سبق و أن إتفقت عليه مع المتعاقد معها على تثبيته في لحظة إبرام العقد على الرغم من وجود إتفاق يمنع قيام الدولة بهذا الإجراء إلا أن العقد يكون معرض لذلك[3].

---

[1]أنظر : إفلولي محمد،المرجع السابق.

[2]أنظر :ليندا جابر،المرجع السابق،ص97.

[3]أنظر :هبة هزاع،المرجع السابق،ص156.

في هذه الحالة تكون الدولة قد خرقت هذا الإتفاق على الرغم من وجود تعهدات سابقة تقتضي تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد منذ لحظة إبرامه و حتى إنقضائـــه، و تقع الدولــة في هذا الإخلال وقوفــا عند مقتضيــات المصلحة العامـــة و تحقيق التنمية الإقتصادية، و بهذا تكون الدولة قد خرقت قاعدة جوهرية في القانون الدولي و هي عدم إحترام سلطان الإرادة، لذا فإنه يترتب عن هذه النتيجة مسؤولية دولية و هي المسؤولية العقدية و التي تختلف طبيعتها باختلاف نية الدولة إتجاه الطرف الأجنبي لأن الأصل في شروط الثبات التشريعي أنها شروط تعاقدية في صلب العقد و بالتالي فإن المسؤولية المترتبة عنها مسؤوليته عقدية و تختلف طبيعتها كما أشرنا بإختلاف نية الدولة و على هذا الأساس يمكن تحديد جسامة أخطائها من خلال مبدأ حسن أو سوء نية الدولة علما أن حسن النية أمر مفترض من أول الإتفاق ما لم يثبت العكس كما لو لم تستهدف من إخلالها بالشرط تحقيق المصلحة العامة، أو استهدفت مركزًا تعاقديا خاصًا بعينه دون باقي المراكز القانونية.[1]

فمثلا نجد أن جمعية القانون الدولي قد تمت صياغة العقد النموذجي في شأن الإستثمارات 1971/1970 و هجرت هذه الشروط عن قصد و انصرفت إلى عدم النص عليها بالرغم من سعي كل المتعاقدين مع الدول إلى وجوده في الإتفاق.

فمن خلال مبدأ حسن النية في التعاقد بين الدولة و الطرف الأجنبي نستطيع تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام الدولة.[2]

[1] أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 776.

[2] أنظر: بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 47.

و بالتالي يلاحظ أن شروط الثبات التشريعي، باعتبارها شروط تعاقدية ترد في صلب العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي تتوقف فعاليتها على القانون واجب التطبيق على العقد ذاته فهي كأي شرط تعاقدي تخضع لهذا القانون و هو وحده لا إرادة الأطراف الذي يحدد قيمتها القانونية.

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن مسؤولية الإخلال بشرط الثبات التشريعي.

تتميز عقود الدولة كما تم التطرق إليه بوجود شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد على نحو أمكن معه القول بأن هذه الشروط تعتبر من الشروط المألوفة في هذا النوع من العقود.[1]

و يعتبر كل إجراء بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة من شأنه تعديل العقد أو إنهائه حتى و لو كان مصدر هذا الإجراء المصلحة العامة للدولة هو إخلال بإلتزام الدولة بينها و بين الطرف الأجنبي، و أيًا كان الأمر فإنه و مما لا شك فيه أن إخلال الدولة بتعهداتها المقررة بمقتضى المعاهدات الدولية أو القوانين التشريعية أو الإتفاقات التعاقدية التي نصت على تثبيت القانون الواجب التطبيق في اللحظة التي أبرم فيها العقد، فإن قيام الدولة بالمساس بالعقد بإرادتها المنفردة من شأنه أن يؤثر على الطرف الأجنبي و يعد ذلك خلافا بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها يمكن هذا الأخير من اللجوء إلى الجهات المختصة قضائيا من أجل المطالبة بالتعويض[2].

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

[2] أنظر :إفلولي محمد،المرجع السابق.

و الأصل هو أنّه في هذه الحالة يعد خرق الدولة للعلاقة التعاقدية خلافا بينها و بين المتعاقد معها فيلجأ هذا الأخير إما إلى الجهات القضائية للدولة المتعاقد معها أو إذا كان هناك إتفاق أو معاهدة تنص على أنه في حالة قيام الدولة بإجراء ينافي الإتفاق المبرم بينها فإنه يمكنه من اللجوء إلى هيئات التحكيم للمطالبة بالتعويض و القاضي أو المحكم هو الذي يحدد قيمة التعويض.

و يترتب على ذلك أنه في حالة قيام الدولة بالإعتداء على شرط الثبات التشريعي يستطيع المحكم أو القاضي في حالة إصابة الطرف المتعاقد مع الدولة بأضرار من جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي و إنما على أساس إنتهاك الإلتزامات و التعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة تجاه متعاقدها الخاص و ذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة.[1]

فبالرغم من أن حق الدولة في تغيير العقد المبرم بينها و بين المتعاقد معها هو من المزايا الإستثنائية للدولة، فإنّ الطرف الأجنبي غير مستعد لتحمل النفقات التي تترتب على إستخدام هذه المزايا الإستثنائية التي تتمتع بها الدولة و التي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه بشأن المشروعات التي إعتاد تحمل مخاطرها.

بمعنى آخر حتى لو قامت الدولة بتغيير القانون الواجب التطبيق و المساس بالعقد بإرادتها المنفردة و كان من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة فإنه لا بد أن يقابل ذلك تعويض عادل و منصف عن الخسائر التي واجهت الطرف الأجنبي من جراء إتخاذ هذا القرار و يكون التعويض مقدار مالي مناسب يعوض الطرف

[1] أنظر: ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2009 9 0 66.

الأجنبي عن ما تحمله من خسائر و ما فاته من كسب فيما لو بقي العقد في ظل القانون الذي أبرم فيه[1] .

و للإشارة أيضا فإن الجزاءات المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية في وجود شرط الثبات التشريعي تكون أكبر بكثير منها في حالة عدم وجود ذلك الشرط.[2]

المطلب الثاني : آثار شرط الثبات التشريعي أمام قضاء التحكيم (عقود الطاقة نموذج).

من جملة العقود التي تبرمها الدولة عقود الطاقة و خاصة العقود البترولية و التي تعد من أهم العقود التي أثارت جدلا واسعا في الأوساط الفقهية القانونية و الإقتصادية على حد سواء، و إن هذا الجدل تأتى من عدة جهات لعل أبرزها محل هذه العقود و هو البترول الذي يعد سلعة إقتصادية اكتشفت منذ نهاية القرن التاسع عشر و لحد الآن.

كما أن أهمية هذه السلعة قادت إلى تنوع و تعدد الشروط التي تتضمنها هذه العقود، ولعل من أبرزها و أكثرها جدلا هو شرط الثبات التشريعي الذي أخذ حيزًا واسعًا من الجدل و النقاش في الوسط الفقهي على اختلاف إتجاهاته لما لهذا الشرط من آثار قانونية، و في هذا المطلب سيتم إبراز هذه الآثار من خلال عرض و تحليل لوقائع و أحداث قضيتي تحكيم تكساكو Texaco لسنة 1977 و تحكيم أمينويل Aminoil لسنة 1982 كنماذج تطبيقية لهذا الشرط على تلك العقود، و ذلك تباعا كالأتي:

---

[1] أنظر :ليندا جابر،المرجع السابق،ص99.

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 396.

الفرع الأول : تحكيم تكساكو Texaco لسنة 1977.

تتلخص وقائع النزاع المتعلقة بهذا التحكيم في أن الحكومات الليبية المتعاقبة في الفترة من ديسمبر 1955 و حتى أفريل 1971 أبرمت مجموعة من عقود الإمتياز لصالح الشركتين الأمريكيتين California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company.

و تتماثل نصوص هذه العقود جميعا مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة 1955. و من بين نصوص هذا العقد النموذجي الذي أدمج في نصوص العقود المذكورة يتعين الإشارة إلى نص المادة 16 من العقد.[1]

و يتم تفسير هذا الإتفاق وفقا للقانون الحاكم للبترول و اللوائح السارية لحظة التوقيع على هذا الإتفاق الذي يتبنى التعديل، الذي بناءاً عليه أدرجت المادة 121 في عقد الإمتياز و أي تعديل أو إلغاء لهذه القوانين و اللوائح لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد و التي تقررت للشركة بمقتضاه، طالما تمت دون رضائها.

و لقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة، و في كل مرة كان هذا التعديل يقابله تعديل في الشروط التعاقدية للعقود بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكتين. و يلاحظ أن كافة التعديلات التشريعية أو التعاقدية، كانت دائما

[1] أنظر : المادة 16 من عقد الإمتياز الليبي المبرم بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكيتين المذكورتين في وقائع القضية أعلاه و التي تنص على انه " تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الإتفاق. و لا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الإتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الاطراف"

محل الإتفاق بين الأطراف المتعاقدة إحتراما لنص المادة 16 السالفة الذكر و ذلك قبل دخول هذه التعديلات مرحلة النفاذ.

إلاّ أنه في عام 1973 قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم 1973/66 بتاريخ 1 سبتمبر و أعلنت بمقتضاه تأميم ليس كل الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود إمتياز في مجال البترول و إنما فقط الشركتين المذكورتين و بعض الشركات الأخرى.

و لقد أمم هذا القانون 51% من كل الأموال و الحقوق و الأصول التي تتمتع بها هذه الشركات بمقتضى عقود الإمتياز، و لقد نص القانون على تعويض هذه الشركات بواسطة لجنة تشكل من ثلاثة أشخاص تقوم الحكومة الليبية بتعيينهم، كما نص القانون على إنشاء لجنة تقوم بحصر أموال هاتين الشركتين تمهيدا لنقل ملكيتهما إلى الهيئة الوطنية للبترول.[1]

و بتاريخ 11 فبراير 1974 أصدرت الحكومة الليبية في القرار رقم 11 لسنة 1974 و بمقتضاه أممت كل الأموال و الحقوق و الأصول المملوكة للشركتين السالفتي الذكر، و الناتجة عن تمتعها بعقود إمتياز البترول و أيضا تم نقل هذه الأموال إلى الهيئة الوطنية للبترول.

و لقد أخطرت الشركتان الأمريكيتان الحكومة الليبية في 2 سبتمبر 1973 بعزمهما على الإلتجاء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما و ذلك إعمالا لنص المادة 20 فقرة الأولى من القانون الحاكم للبترول و قامتا بتعيين محكم من ولاية نيويورك.

[1] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 374.

و لقد امتنعت الحكومة الليبية عن تعين محكمها خلال الفترة المحددة في العقـــد و في 08 سبتمبر 1973، أعلنت رفضها المقدم من الشركتين الأمريكيتين بغرض النزاع بينهما للتحكيم.[1]

و إزاء هذا الموقف من الحكومـة الليبيـة، و إستنـاداً إلى نص المـادة 28 من العقد المبرم بينها و بين الشركتين الأمريكيتين، قامت هاتان الأخيرتان بتقديم طلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من أجل تعيين محكم مفرد للفصل في المنازعات الناشئة بين الطرفين، و استجابة لهذا الطلب قام رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ Remé.Jean Dupuy أستاذ القانون الدولي العام بجامعة نيس و عضو مجمع القانون الدولي كمحكم مفرد[2].

و في 19 جانفي 1977 أصدر الأستاذ Remé.Jean Dupuy حكمه في القضية المعروفة بـ Texaco/ Calasiatic. و لقد تعرض هذا التحكيم للعديد من المسائل الهامة بشأن عقود الدولة كتحديد طبيعتها، و القانون الواجب التطبيق عليها.

و لقد تعرض أيضا هذا التحكيم إلى المشكلة التي نحن بصدد دراستها في هذا البحث و هي مشكلة شروط الثبات التشريعي و صحتها و القانون الذي يفصل في مسألة هذه الصحة و آثارها[3].

و لقد ذهب الأستاذ Remé.Jean Dupuy أولا إلى بحث أثر وجود هذه الشروط على إعتبار العقد عقداً إداريا، و رأى أن شروط الثبات الواردة في المادة

---

[1] أنظر: غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العدد الثاني، 2009 9 0 178.

[2] أنظر :غسان عبيد محمد المعموري،المرجع السابق،ص179.

[3] أنظر :محمود فياض،المرجع السابق،ص647.

16 من عقود الإمتياز و التي تبدو كشروط غير معتادة و مألوفة، بحيث أنه لا يمكن مصادفتها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة العادية و العامة، على الرغم من أن هؤلاء الأشخاص يمكنهم تحديد أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم هو القانون الساري وقت إبرامه، إلا أن النظر إلى شروط الثبات على أنها شروط غير معتادة على نحو يؤدي إلى ذاتية العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية و على أنها شروطا إستثنائية على القواعد المعتادة في إطار العقود تقدير لا تقره المحكمة إذ أن القانون الليبي شأنه في ذلك شأن القانون المصري، يضفي على العقد المبرم بواسطة شخص معنوي من أشخاص القانون العام طابع العقد الإداري، أي الذي تتمتع السلطة الإدارية فيه بحقوق و سلطات لا يمكن مصادفتها في أي عقد من عقود القانون المدني المعتادة، كسلطتها في تعديل أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.[1]

والذي يميز العقد الإداري عن عقود الأخرى هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من شروط هذا العقد، أما بصدد عقود الإمتياز و على وجه التحديد الحالة المعروضة على نطاق البحث فإن شرط البحث يعد شرطا سلبيا، بمقتضاه تتعهد الدولة أو السلطة الإدارية بعدم إستخدام السلطات التي تتمتع بها أصلا دون موافقة الطرف المتعاقد معها، و من هنا فإن هذه الشروط تعبر عن أن الدولة قد

[1] أنظر: تحكيم Texaco المنشور في clunet. ص 365 و ما بعدها مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 376.

أرادت التعاقد مع الطرف الآخر في العقد على قدم المساواة، كما يحدث عادة في القانون المدني و ذلك على عكس الحال بصدد العقد الإداري.[1]

و لذا فإن المحكمة ترى أن شروط الثبات الواردة في العقد المبرم بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكتين تعتبر بمثابة نفي للطابع الإداري لهذا العقد، إذ أنها تمس أحد العناصر الجوهرية لتكييف هذا العقد على هذا النحو، و هو طابع عدم المساواة بين أطرافه.

و بعد أن انتهى الأستاذ Dupuy من بحث هذه المسألة المتصلة مباشرة بشروط الثبات تعرض لبحث مسألة القانون الواجب التطبيق على عقد الإمتياز و الذي يعد بمثابة عقد من عقود التنمية الإقتصادية وفقا للتكييف الذي أعطاه المحكم له، و بعد أن انتهى من تحديد طبيعته القانونية، ركز المحكم على مسألة سيادة الدولة و طبيعة إجراءات التأميم و القيود القانونية التي ترد على هذه الإجراءات.[2]

و أنتهى إلى أن حق الدولة في إتخاذ إجراء التأميم يعد تعبيرا عن سيادة الدولة و هو أمر تقره محكمة التحكيم، و لكن هل تتقيد ممارسة هذا الحق المعترف به للدولة و الناجم عن سيادتها بقيود مصدرها القانون الدولي؟ أو بمعنى آخر هل التأميم باعتباره تعبير عن سيادة الدولة يخول لها الإخلال بالتزاماتها الدولية التي تعهدت بها إنطلاقا من تمتعها بالسيادة و في إطار هذه السيادة؟.

---

[1] غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 179.

[2] أنظر : مقالة Mayer ص 16، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 376.

لقد أجاب المحكم الدولي على أن القانون الدولي العام يقر إجراءات التأميم سواء تلك التي تتخذ في مواجهة المواطنين أو في مواجهة الأجانب الذين لا يتمتعون بالتزام خاص يضمن إستمرارية الأوضاع التي يتمتعون بها[1].

و في الفرض الذي تكون الدولة القائمة بالتأميم قد أبرمت عقد مع مشروع أجنبي يتمركز في القانون الوطني لهذه الدولة و يخضع له، فإن تنظم الوضع الجديد الناشئ عن التأميم مسألة تخص النصوص القانونية و اللائحية السارية في هذه الدولة.

أما إذا كان العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها عقد تم تدويله إما لأنه يخضع لقانون الدولة المضيفة، على إعتباره أنه القانون الواجب التطبيـــق و ذلك على الحالة التي يكون عليها هذا القانون وقت نفاذ العقد، الذي تم تجميد القانون الذي يسري عليه في هذا التاريخ بمقتضى شروط محددة أو نظراً لأن العقد تم ربطه بالقانون الدولي العام بطريقة مباشرة.[2]

ففي هذين الفرضين، فإن الدولة المتعاقدة تحت مظلة القانون الدولي العام تتعهد في مواجهة الطرف الأجنبي المتعاقد معها، و في مقابل هذا التعهد الصادر عن الدولة بتجميد قانونها، يلتزم بالقيام بمقتضى عقد الإلتزام الممنوح له بالقيام بالإستثمارات و اكتشاف و استغلال الموارد البترولية في إقليم الدولة متحملا في ذلك كافة المخاطر الناجمة عن ذلك.

و بناءاً على ما سبق، فإن القرار الذي تتخذه الدولة بإجراء التأميم يعد بمثابة ممارسة الإختصاص من القانون الداخلي و لكنه يرتب آثارا دولية إبتداءاً

---

[1] أنظر :غسان عبيد محمد المعموري،المرجع السابق،ص181.

[2] أنظر : حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 377.

من اللحظة التي تمس فيها هذه الإجراءات علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي، تعد الدولة التي قامت بالتأميم طرفا فيها.

و بالتالي فإن الدولة لا يمكنها التذرع بسيادتها من أجل التغاضي عن إحترام تعهداتها التي التزمت بها كشخص سيادي و تعبيراً أيضا عن سيادتها و لا يمكنها الإستناد على محض إجراءات من إجراءات القانون الداخلي، من أ06 النيل من حقوق الطرف المتعاقد معها، و الذي قام بتقييد الإلتزامات المختلفة الملقاة على عاتقه بواسطة العقد.[1]

الفرع الثاني : تحكيم أمينويل Aminoil لسنة 1982.

في عام 1974 أبرم حاكم الكويت عقداً مع الشركة الامريكية Aminoil بمقتضاه تم منح هذه الشركة إمتيازا للبحث عن البترول مدته ستون عاما. و قد تضمن هذا العقد شرط الثبات يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل على العقد خلال هذه المدة.

و لقد ترتب على إكتشاف البترول و أيضا على تغير ميزان القوى بين الشركات العاملة في مجال البترول و الدولة المنتجة له في غضون الخمسينات و الستينات، قيام الأطراف المتعاقدة بتعديل بعض شروط العقد باتفاقهم المشترك، على نحو أصبح الإتفاق الملحق بالإتفاق الأصلي و الذي تم إبرامه في سنة 1961 معبراً عن الحقائق الجديدة التي طرأت على الساحة، و لذا فقد تضمن الإتفاق الملحق بالعقد الأصلي في المادة التاسعة منه شرط توفير المعاملة الأجدر.

[1] أنظر : مقالة فؤاد رياض، المنشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 385.

إلاّ أنه في عام 1973 رفضت شركة Aminoil تنفيذ الإلتزامات الناجمة عما يعرف في مجال صناعة البترول بصيغة Abu Dhabi أو نظام التسعير الجديد للبترول الذي وضعته منظمة الدول المصدرة للبترول (OPEC)buD a تعثر المفاوضات بين الطرفين قامت حكومة الكويت بوضع يدها على جميع ممتلكات شركة Aminoil الموجودة في الأراضي الكويتية، و أنتهت الحكومة الكويتية بالقرار بقانون رقم 124 لسنة 1977 الصادر في سبتمبر لسنة 1977 عقد إمتياز البترول المبرم بين شركة Aminoil و حكومة الكويت و ذلك مقابل تعويض عادل و مناسب يتم تحديده بواسطة لجنة خاصة شبه قضائية.[1]

و لقد رفضت شركة Aminoil الدعوة الموجهة إليها للتعاون مع اللجنة المذكورة، و لجأت إلى إعمال شرط التحكيم الواردة في العقد المبرم بينها و بين حكومة الكويت، و لما كان هذا الشرط ينص على أن المحكم الثاني يتم إختياره بواسطة السلطات البريطانية في منطقة الخليج إذ من المعروف أن لحظة إبرام العقد 1984 كانت الكويت خاضعة للحماية البريطانية، و لقد رفضت الكويت إعمال هذا الشرط و عرضت على الشركة عقد إتفاق تحكيم بمقتضاه يتم الفصل في المنازعة الناشئة بين الطرفين من خلال هيئة تحكيم ad hoc، و هو ما تم فعلا في 23 جويلية لسنة 1979.[2]

إذ إتفق الطرفان على التحكيم و أن يقوم كل طرف بتعيين محكم من جانبه و يتولى رئيس محكمة العدل الدولية تعيين رئيس لمحكمة التحكيم.

[1] أنظر: غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 182.

[2] أنظر: وفاء مزيد فلحوط،المرجع السابق،ص786.

و بناءاً عليه تم تشكيل لجنة تحكيم من ثلاثة من أكبر أساتذة القانون الدولي العام، و على الرغم من المحصلة الهامة لهذا الحكم بصدد عقود الدولة فإننا سنتعرض الآن فقط للنتائج التي تمخض عنها هذا الحكم بصدد أثر وجود شرط الثبات على سريان القوانين ذات الطابع العام.

و لقد أبرزت المحكمة أن شروط الثبات المعتادة لا تعد شروطا باطلة في حد ذاتها على إعتبار أنها تشكل إعتداء على سيادة الدولة المتعاقدة، و على الرغم من أنها تقيد بطريقة ملحوظة حرية الدولة في اتخاذ القرارات إلا أنها تشكل إعتداءاً على النظام العام الدولي[1].

أشارت المحكمة إلى أن ممارسة الدولة لسيادتها قد تصل إلى الحد الذي تتنازل فيه عن حقها في التأميم، إلا أن مثل ذلك التنازل، أي تعهد الدولة بعدم التأميم، لا يمكن استخلاصه من مجرد وجود شرط ثبات عادي في العقد المبرم بينها و بين الطرف المتعاقد معها، و كأن محكمة التحكيم قد لجأت إلى التفسير الضيق لهذه الشروط.

و يبدو هذا أمراً طبيعيا إذ أن المصالح محل الحماية على درجة كبيرة من الأهمية على نحو لا بد من التأكد معه من أن تعهد الدولة بعدم التأميـــم تعهد مؤكـــد و قاطع و لا يثيرأي لبس و يفسر الشك دائما لصالح الدولة المتعاقدة.[2]

كذلك أكدت محكمة التحكيم على أن التفسير الضيق لشروط الثبات يحول دون تحقيق أية حماية خاصة للشركة المتعاقدة مع الدولة إلا إذا كانت الإجراءات التي قامت الدولة باتخاذها إجراءات تعسفية كالمصادرة مثلا. و يترتب على ذلك،

---

[1] أنظر: عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق،ص354.

[2] أنظر: غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 182.

أنه طالما كانت إجراءات التأميم لا يسري عليها و صف المصادرة فإن إحتواء العقد المبرم بين الكويت و شركة Aminoil لشرط عام ينص على الثبات التشريعي لا يقيد سلطة الدولة السيادية في اتخاذ إجراءات التأميم[1].

فمصادرة حق الدولة في ممارسة حقها السيادي في التأميم أثر لا يترتب إلا في حالة وجود شرط صريح في العقد يحظر على الدولة القيام بالتأميم.

و لقد أكدت المحكمة أن قرار التأميم يعتبر قراراً مشروعا في القانون الدولي العام طالما كان هذا التأميم بغرض تحقيق المصلحة العامة، و وجود شرط ثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد لا يقيد بأي حال حق الدولة في التأميم كما سبقت إليه الإشارة.[2]

و الجدير بالذكر أن التأميم لا بد أن يكون مصحوب بتعويض مناسب و يأخذ شرط الثبات التشريعي في الحسبان على اعتبار أنه يفرض على الدولة أن تكون قيمة التعويض قادرة على إعادة التوازن التعاقدي الذي أدى قرارها بالتأميم إلى المساس به و تعويض الطرف المتعاقد معها في العبء الغير المتوقع الذي فرضته عليه بالإنهاء المبكر و غير المتوقع للعقد.

و لقد حرصت محكمة التحكيم على إبراز شروط الثبات التي تتميز بأنها تضع قيداً مؤقتا من حيث الزمان على عاتق الدولة و لصالـــــح الشركة

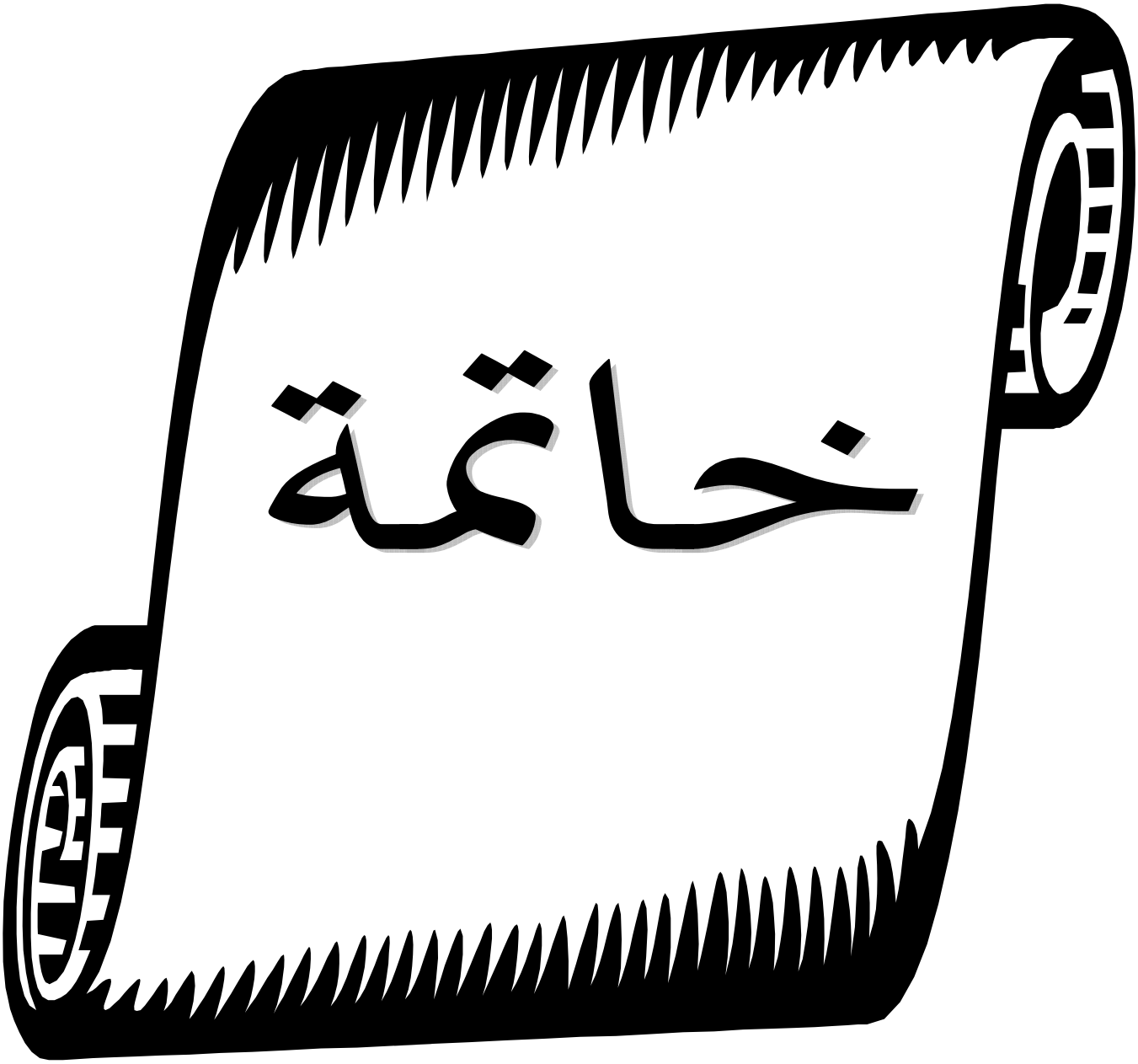
[1] أنظر :حفيظة السيد الحداد،المرجع السابق،ص389.

[2] أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 387n388.

المتعاقدة معها، فهي لا تمنح هذه الأخيرة الحماية المترتبة على هذه الشروط إلا في غضون فترة زمنية مقيدة نسبيا.

و من هنا فإذا كانت فترة الحماية المنصوص عليها في العقد فترة طويلة كما هو الشأن بالنسبة للعقد محل المنازعة فإن هذه الحماية تتعارض مع الحقوق السيادية للدولة المتعاقدة، و يتعين عدم إعمال شرط الثبات التشريعي.[1]

[1] انظر : النص الفرنسي لتحكيم Aminoil، مجلة Clunet 1982، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 389.


خاتمة

إن التطور الحاصل في مجال المعاملات الدولية وخاصة التجارة الدولية أدى إلى ظهور نوع جديد من العقود التي يكون طرفاها متمايزان في المراكز القانونية ولكن الحاجة جعلتهما يكملان بعضهما البعض ,أطلق على هذه العقود اسم عقود الدولة غير أن هذه العقود تثير العديد من المشاكل القانونية سواءا فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي أو القانون الواجب التطبيق ,وذلك يعود بالدرجة الأولى إلى التفاوت في المراكز القانونية وما تنطوي عليه من اللاتكافىء الاقتصاد é إذ تحاول الدولة تأميم العقد بينما يحاول الطرف الأجنبي تدويل العقد، و لذلك يوضع شرط الثبات التشريعي في العقد، من أ L الإلتفات على إخضاع العقد للقانون الوضعي للدولة المتعاقدة فان الطرف الأجنبي يتطلب أن تقوم الدولة بإدراج شرط ينص فيه على انه لن تقوم الدولة بأي تعديل على هذا العقد بإرادتها المنفردة.

فلو شاءت الدولة تعديل العقد فأنها تقوم بذلك بالتراضي، و هذه الشروط التي يطلق عليها شروط الثبات التشريعي، هي من الشروط المألوفة و المعتادة في عقود الدولة و هي في ذات الوقت من الشروط غير المألوفة في عقود التجارة الدولية.

ومن الأسباب الرئيسية التي تدفع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على ضرورة وجود شروط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد يكمن في أن الدولة المتعاقدة تتمتع بجانب صفتها كطرف في العقد بقدرتها على الهيمنة على الصعيد التشريعي و أيضا بقدرتها على الهيمنة باعتبارها سلطة تنفيذية ,لذلك فان الهدف من هذه الشروط هو تحجيم الحد من سلطة الدولة على الصعيدين التشريعي و أيضا على صعيد ما تتمتع به الدولة بصفتها سلطة تنفيذية ،كما أن شروط الثبات التشريعي وثبات العقد تحقق الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.

وبالتالي طمأنة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، على سريان القوانين واللوائح المعمول بها لحظة إبرام العقد، وأنه لن تطبق عليه أية قوانين أو لوائح تصدر في المستقبل. وعليه فإن تلك الشروط تعطي حصانة للطرف الأجنبي ضد الدولة، التي يعتبرها في مركز أقوى منه بسلطاتها التشريعية وهذه الأخيرة قد ترد على شكل شروط تعاقدية يتم النص عليها في عقد ذاته على أن يخضع هذا العقد للقانون الذي تم إبرامه في ظله أو تتعهد الدولة بان لا تقوم بتعديل هذا العقد بإرادتها المنفردة وقد يرد شرط الثبات التشريعي بصورة

نصوص تشريعية في قانون المتعاقدة نفسها و ذلك من اجل تشجيع الإستثمار فتتعهد بأن لا تقوم بالمساس بالعقد الذي تبرمه مع أي مستثمر بإرادتها المنفردة.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط الثبات التشريعي أخذ حيزا واسعا من الجدل والنقاش في الوسط الفقهي على اختلاف اتجاهاته لما تحويه هذه الشروط من مبدأين هما سيادة الدولة وحقها في تعديل قوانينها وفقا لما تقتضيه مصالحها العامة. كما تعتبر مسألة صحة الشروط الثبات التشريعي من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن عقود الدولة.

وفي الختام يمكن أن نجمل المقترحات و التوصيات التي ننهي بها هذه الدراسة:على النحو التالي:

- ✓ إن التحقق من عدم فعالية شروط الثبات يبعث في الدولة مزيدا من المسوغات التي تحول دون ممارسة الدولة لمظهر من أهم مظاهر السيادة على إقليمها، وذلك من خلال التخلي عن شروط الثبات التشريعي، لما فيه من إنتهاك صارخ لحرية الدولة في تعديل تشريعاتها، ومحاولة البحث عن سبيل أكثر فعالية يزيل التخوف المتولد لدى المتعاقد الأجنبي مع الدولة، الذي منبعه تغير التشريع السائد أثناء إبرام العقد و بعده نظرا لطول مدة هذه العقود، وذلك من خلال تضمين هذه العقود شروط لإعادة

التفاوض، والتي تؤدي إلى تلافي العديد من منازعات هذه العقود الناجمة بسبب تغير التشريعات للدول المتعاقدة.

- ✓ أن شرط الثبات التشريعي يعد تدبيرا احترازيا وعلامة من علامات الأمان و الاطمئنان للمستقبل وله دور مهم في تشجيع الاستثمار و تحريك الدورة الاقتصادية خاصة بالنسبة للدول النامية فوجود مثل هذا الشرط يعد ضمانة هامة لجذب و لاستقطاب خاصة الإستثمارات الأجنبية.
- ✓ تنبه لمحاولات الطرف الأجنبي إلى تضمين عقود الدولة شروطا لتثبيت قانون العقد في الزمان أو إدماجه أو إعطائه طابعا احتياطيا إذ غالبا ما يخفي إدراج مثل هذه الإشترطات إفراغ القانون المختار من مضمونه.
- ✓ ضرورة إهتمام الدول بمرحلة التفاوض وكذا مرحلة إعداد الاتفاقات والحرص على تضمين هذه الاتفاقات شرط الثبات التشريعي حماية للمستثمر وشرط إعادة التفاوض للدولة المضيفة للاستثمار حفاظا على التوازن العقدي لهذه الاتفاقات وضرورة تشجيع الأبحاث المتعلقة بعقود الدولة وذلك لخدمة التنمية الاقتصادية.
- ✓ ضرورة إعتماد الدول و الأطراف المتعاقدة على بعض العقود النموذجية التي تصدرها الهيئات المتخصصة أو على الأقل إعداد عقود نموذجية تضعها الدولة لتسهيل عملية التعاقد مع الطرف الأجنبي.
- ✓ تأكيد أن فض المنازعات عن طريق التحكيم يعد أفضل السبل و أكثر توافقا باعتباره قادر على خلق التوازن بين سيادة الدولة على مواردها و حماية المتعاقد الأجنبي لما يتسم به من مزايا تتناسب وطبيعة عقود الدولة.

- ✓ ضرورة إعطاء حق الدولة في التدخل في تعديل تشريعاتها وفقا لمقتضياتها الاقتصادية وحسب ما يتماشى ومصالحها باعتبار حقها على مواردها الاقتصادية حق سيادي خاصة في العقود طويلة المدة كعقود البترول.
- ✓ ضرورة النص بصورة واضحة على شرط إعادة التفاوض في حالة نشوب نزاعات بين المتعاقدين وتحديد الأحداث والمتغيرات التي تدفع إلى اللجوء إلى إعادة التفاوض، وتحديد مدة التفاوض، ومدة وقت العقد خلال فترة التفاوض، والمكان الذي سيتم به المفاوضات وضرورة التزام المتعاقدين بالتفاوض بحسن نية وجزاء مخالفة ذلك.

تم بعون الله و حفظه

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة الكتب :

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

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

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

4- أحمد عشور، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003.

5- بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2006.

6- حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987.

7- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية،(تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

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

9- عبد الرزاق المرتضي سليمان، الأشخاص الإعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة و العلاقات النفطية و دول الأوبيك، الطبعة الأولى، مكتبة طرابلس العلمية، ليبيا، 2010.

10- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، مصر،1993.

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

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

13- غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العدد الثاني، 2009.

14- ليندا جابر،القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي،شركة المؤسسة الحديثة للكتاب،بيروت، لبنان،2014.

15- محمد إسماعيل عمر، صناعة و تكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2007.

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

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

18- ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2009.

19- نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، الإسكندرية، 1987.
20- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010.
21- هبة هزاع،توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي،الطبعةالأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2016

II. المذكرات :

1- بن زوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2016.

III. قائمة المجلات و المقالات :

1- prosper weil المنشورة في مجموعة روسو، ص 320، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد.
2- أحمد صادق القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد و العشرون لسنة 1965.
3- إفلولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، جانفي 2006.

4- قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمارات الدولية، عقد الدولة، Le contrat d'état ، مجلة إدارة، العدد 01، رقم 707 1997.
5- مقالة Prosper weill المنشورة في مجموعة الأعمال المهداة إلى روسو، ص 315، مشار إليه في حفيظة السيد الحداد.
6- Mayer ص 16، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد.
7- فؤاد رياض، المنشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد.

IV. القوانين :

1- القانون 01/16 المتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 6 مارس 2016.
2- القانون المدني الجزائري 07-05 المؤرخ في 2007/05/13
3- قانون البترول الليبي لعام 1955
4- قانون البترول الايراني لعام 1957
5- قانون البترول الكاميروني لعام 1960

V. محاضرات :

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

VI. المؤتمرات :

1- سالي جمعة، عقود البنية التحتية لإستغلال النفط و الغاز، المؤتمر العلمي الثاني عشر ،كليةالحقوق،جامعةالمنصورة،2006.
W.w.w.f.law.net/law.threads14988

2- محمود فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات نظرية و إشكالات التطبيق، المؤثمر السنوي الحادي و العشرون حول الطاقة بين القانون و الإقتصاد، كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة يومي 20-21،ماي، 2003.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتويات

الصفحة

شكر و تقدير

الإهــداء

مقدمة.....01

الفصل الأو : ماهية شرط الثبات التشريعي وطبيعته القانونية.....08

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي.....10

المطلب الأول : تعريف شرط الثبات التشريعي.....10

الفرع الأول : التعريف الفقهي لشرط الثبات التشريعي.....10

الفرع الثاني : تعريف شرط الثبات التشريعي وفقا لقانون الإستثمار الجزائري.....11

المطلب الثاني : أنواع شرط الثبات التشريعي و معايير تقسيمه.....13

الفرع الأول : أنواع شروط الثبات التشريعي.....14

أولا : شروط الثبات التعاقدية (Contractual stabilisation clause).....14

ثانيا : شروط الثبات التشريعية (Legislative clauses).....17

ثالثا : شروط الثبات الدولية (international stabilisation clause).....18

الفرع الثاني : معايير تقسيم شرط الثبات التشريعي.....21

أولا: المعيار الشكلي..... 21

ثانيا: المعيار الوظيفي.....23

المبحث الثاني : التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي و مدى صحته.....28

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي.....28

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي إستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.....28

الفرع الثاني : شرط الثبات التشريعي إدماج للقانون في العقد 31

المطلب الثاني : مدى صحة شرط الثبات التشريعي.....34

الفرع الأول : الإتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي.....35

الفرع الثاني : الإتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعي.....42

الفصل الثاني:نتائج وآثار شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة.....55

المبحث الأول : تقييم دور شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة.....57

المطلب الأول:الآثار القانونية للتغيرات التشريعية على القانون الواجب التطبيق.....57

الفرع الأول: الآثار القانونية السلبية لشرط الثبات التشريعي.....58

أولا: القوة الملزمة للعقد 58

ثانيا: للأصول الفنية لحل تنازع القوانين من حيث الزمان.....59

ثالثا: مخالفة السلطة الإختيارية للقانون الواجب التطبيق.....60

الفرع الثاني : الآثار القانونية الإيجابية لشرط الثبات التشريعي.....62

المطلب الثاني: الثبات التشريعي للقانون بين تكريس للأمان القانوني وتقييد لسلطة الدولة.....65

الفرع الأول : شرط الثبات التشريعي تكريس للأمان و الإستقرار القانوني.....66

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي قيد على سلطة الدولة و يتعارض مع مصالحها.....66

الفرع الثالث : الوظيفة المالية لشرط الثبات التشريعي.....68

الفرع الرابع : التوفيق في تحقيق التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة.....72

المبحث الثاني:المسؤولية المترتبة عند إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي.....76

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالشرط و الجزاء المقرر لها.....76

الفرع الأول : طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الثبات.....76

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن مسؤولية الإخلال بشرط الثبات التشريعي.....79

المطلب الثاني:آثار شرط الثبات التشريعي أمام قضاء التحكيم(عقود الطاقة نموذج).... 81

الفرع الأول : تحكيم تكساكو Texaco لسنة 1977.....81

الفرع الثاني : تحكيم أمينويل Aminoil لسنة 1982.....87

خاتمـــــة.....93

قائمة المصادر والمراجع