شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية

د. جبايلي صبرينة
جامعة عباس لغرور خنشلة
sabrinadgebailli@yahoo.fr

الملخص:

تؤدي شروط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمارات الأجنبية فهي تسعى الى تامين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقدوتبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية ، عن طريق تعهد الدولة بالامتناع عن المساس بالتوازن العقدي ومن تغيير العقد بارادتها المنفردة هذا من ناحية ومن ناحية اخرى تأكد على عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها على قانونها الوطني على العقد.

من هنا جاءت ضرورة تسليط الضوء حول ماهية هذه الشروط والأساس القانوني الذي تستمد منه مشروعيتها ومدى فعاليتها في الحفاظ على إستقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة ؟ وهل يمكن لهذه الشروط أن تؤثر على السيادة التشريعية للدولة وامتيازاتها كسلطة عامة في العقد؟ ومن خلال ما تمت دراسته توصلنا الى ضرورة إدراج بدائل لشروط الثبات مثل المراجعة أو إعادة التفاوض أو الشرط الجزائي في حالة تغير ظروف العقد حيث تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة بإلتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها.

Abstract :

The conditions of stability play a large and important role in the process of attracting foreign investments. It seeks to provide absolute protection to the foreign contractor throughout the contract and trust in his investment projects through the commitment of the State to refrain from compromising the contractual balance and changing the contract with its individual will on the one hand and on the other Make sure that no amendments or changes to the contract are made by the national law.

Subsequently we need to shed light on the nature of these conditions and the legal basis from which their legality and effectiveness are derived in maintaining the stability of the contractual relationship between the foreign investor and the state. Can these conditions affect the legislative sovereignty of the State and its privileges as a public authority in the contract? In the course of the study we have reached the need to include alternatives to stability conditions such as review, renegotiation or penalty condition in the event of changing the conditions of the contract, where these conditions achieve more guarantees in attracting foreign investments where the investor would prefer to include the contract conditions to be compensated in case of breach of state obligations Rather than include in the contract conditions that restrict the State's authority to change its contracts or laws.

www.manaraa.com

مقدمة:

يعد الاستثمار الأجنبي الدعامة الأساسية لتنمية الدول وتطورها الاقتصادي خاصة الدول النامية الأمر الذي استدعي دخول الدولة الحديثة في علاقات تعاقدية معقدة ومتشبعة ذات مبالغ خيالية مع الأشخاص الاجنبية الخاصة ونظرا لتخوف هذه الأخيرة من استبداد النظام القانوني والقضائي للدولة المتعاقدة وتحيزه لها، فانها تسعى الى استبعاد قانونها الوطني كقانون حاكم للعقد لتفادي خضوعه للتغييرات التي تلحق هذا القانون سيما التي تعمد الدولة الى اجرائها للإخلال بالتوازن المالي للعقد وانهائه بارادتها المنفردة.

بالمقابل تسعى الدول جاهدة الى تطبيق قانونها الوطني على عقودها الادارية المبرمة مع الاطراف الاجنبية الخاصة، لتفادي خضوعها لنظام قانوني قد يجهل التفرقة بينها وبين العقود المدنية وبالتالي فلم يكن هناك من حل غير وضع ضمانات وتحفيزات للمستثمر تبعث في نفسه الطمانينة والثقة وتوفر له الحماية القانونية اللازمة وذلك عن طريق تعهد الدولة بالامتناع عن المساس بالتوازن العقدي ومن تغيير العقد بارادتها المنفردة هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى تأكيد عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها على قانونها الوطني على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي وهذا ما يعرف بشرطي الثبات التشريعي وثبات العقد او عدم المساس بالعقد.

. فما مدى فعالية شروط الثبات في الحفاظ على إستقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة ؟ وهل يمكن لهذه الشروط أن تؤثر على السيادة التشريعية للدولة وامتيازاتها كسلطة عامة في العقد الإداري؟

سنحاول الإجابة على هذه الاشكالية من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الاطار المفاهيمي لشروط الثبات

المطلب الثاني: تقييم دور شروط الثبات في العقود الإدارية

المطلب الأول: الاطار المفاهيمي لشروط الثبات

من المستقر عليه وخاصة في القانون الدولي الخاص أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يتم بموافقة أطراف العقد نفسهم، من هذا المنطلق فانه يحق للأطراف الاتفاق على تجميد القانون الذي يحكم عقدهم فترة من الزمن حتى ولو كانت الدولة طرفا فيه ، حيث لا يرسي عليه أ تعديلات أو تغييرات من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية وهذا ما يعرف بشرط الثبات التشريعي.

ومن جهة أخرى فإنه بإمكان الأطراف ايضا الإتفاق على عدم جواز تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة طوال مدة العقد إلا بموافقة الطرفين وهذا ما يعرف بشرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: تعريف شروط الثبات.

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي:

www.manaraa.com

يعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة، خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار، فغالبا مايتفق الأطراف على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط

وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق[1].

يعرف الفقه شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة على أنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري"[2].

كما يعرف على أنه:" أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الاجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لايجردها منها"[3].

وقد كرس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار حيث نص في المادة 22 منه على أنه: "لاتسري الأثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا عن الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[4]

ثانيا: تعريف شرط ثبات العقد:

يشكل شرط ثبات العقد نوعا من الحصانة للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به من سيادة وسلطان ، يهدف من خلاله المستثمر الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بارادتها المنفردة.

يعرف الفقه شرط عدم المساس بالعقد على انه:" تعهد الدولة بعد اجراء أي تعديلات في العقد بارادتها المنفردة مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا من قانونها الداخي بوصفها سلطة تنفيذية مما يؤدي هذا التعهد الى استقرار التوازن العقدي بين كل من الدولة المضيفة و المستثمر[5]

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 68.

(2)- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 ص 132.

(3)-فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، مذكرة ماجستير، جامعة القادسية، العراق، 2017، ص4.

(4)-القانون رقم 09/16 المؤرخ في 2016/08/03، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر عدد 46.

(5)-محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2016، ص45.

www.manaraa.com

كما يعرف على أنه:" اتفاق الأطراف على عدم جواز تعديل العقد بالارادة المنفردة طوال مدة العقد الا إذا تم ذلك بموافقة الطرفين" [1]

ويذهب جانب فقهي في تمييزه بين شرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد بالقول أن بنود الثبات التشريعي ناجمة عن صلاحية عامة تستمدها الدولة من سيادتها ، اما بنود عدم المساس أو التعديل فتتعلق بسلطة لا تتحرك الا في المجال التعاقدي[2].

ويشير جانب آخر الى أنه من الرغم من اختلاف شروط ثبات التشريعي عن شروط ثبات العقد من الناحية النظرية الا أن كلا النوعين يسعى الى عدم المساس بالعقد ، سواء عن طريق العقد بطريقة مباشرة بإجراء تعديل في أحد بنوده أو بطريقة غير مباشرة من خلال إصدار تشريع جديد يؤثر على القانون الحاكم له[3].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لشروط الثبات

تعتبر مسألة تحديد الأساس الذي يجد فيه شرط الثبات التشريعي مشروعيته ويرتب من خلاله الأثر المنشود منه، من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع سيادة الدولة وحقها في تعديل الالتزامات الناشئة عن العقود التي تبرمها في المجال الدولي إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة[4].

لذلك ظهرت ثلاثة إتجاهات بشأن تكييف طبيعة شروط الثبات:

أولا: إتجاه يؤكد على صحة شروط الثبات:

يذهب هذا الاتجاه الى أن شروط الثبات المدرجة في العقود الإدارية صحيحة ومنتجة لكافة آثارها القانونية والمتمثلة في عدم جواز لجوء الدولة المتعاقدة الى تعديل العقد أو انهائه بارادتها المنفردة أو احداث أي تعديلات في قوانينها السارية وقت ابرام العقد والتي من شأنها المساس بشروط العقد[5].

وينحاز هذا الإتجاه المدافع عن الصحة المطلقة لشروط الثبات الى المبادئ المستقرة في القانون لا سيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها ، حيث يرى هذا الاتجاه أن شروط الثبات تجد أساسها القانوني في مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو مبدأ سائد ومستقر عليه في القانون الدولي العام والذي يحرص المجتمع الدولي على مراعاته والحفاظ عليه، فاستنادا إلى ما يقضي به هذا المبدأ فإن الدولة المتعاقدة لا يمكنها المساس بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي سبق واتفقت عليه مع متعاقدها الخاص سواء بالتعديل أو الإلغاء، طالما أن الأطراف قد

([1])-مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014،.ص209.

([2])-حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2003، ص 327

([3])-مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق ، ص 215.

([4])- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 343.

([5])-محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، مرجع سابق ،ص49.

www.manaraa.com

اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد[1]، فحق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم مثلا سيكون باطلا إذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لمصلحة ما[2].

وبالتالي فان شروط الثبات التي وافقت الدولة على ادراجها في صلب العقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص الأجنبي تعتبر صحيحة ومرتبة لآثارها الملزمة، ولا تستطيع الدولة على إثر ذلك مخالفتها والا تحققت المسؤولية الدولية في حقها.

وجه لهذا الالتجاه نقد مفاده أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يؤدي إلى تحرير العقد من الخضوع إلى أي قانون اكتفاءا بالتنظيم الذاتي للعقود الدولية، وهو ما لا يمكن قبوله، فلا يجوز للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد لتجريد العقد من الخضوع لأي قاعدة قانونية أخرى[3]، كذلك لا يوجد سبب منطقي لتشبيه العقد الإداري بالعقد المدني واعتبار الدولة شخص عادي شأنها شأنه الطرف المتعاقد معها على نحو يسلبها كل مزاياها كسلطة عامة[4].

ثانيا: اتجاه ينكر صحة شروط الثبات:

يرى هذا الاتجاه أن قدسية العقد لا تمنع المشرع من أن يمارس سيادته التي تمكن الدولة من تعديل قانون معين او اتخاذ اجراء تعتبره يخدم المصلحة العامة حتى لو تعارضت هذه التعديلات بشكل مباشر مع بنود العقد[5].

حيث يميل هذا الاتجاه الى اعتبارات السيادة وحق الدولة في المساس بالعقد وتعديله متى اقتضت المصلحة العامة ذلك مستندا إلى طبيعة العقود التي تكون الدولة طرفا فيها[6]، حيث يمكن للدولة إصدار تشريعات تقضي بتعديل العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها بغض النظر عن وجود شروط الثبات ، فهذه الشرط لا تشكل قيدا على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل العقود[7].

كذلك فان طبيعة عقود الدولة كونها عقود طويلة الأجل سيطيل في مدة هذه الضمانات فمن الخطأ غل يد الحكومات المتعاقبة عن مراجعة أحكامها تحسبا لتغير الظروف التي قد تطرأ أثناء سنوات التنفيذ الطويلة [8].

لم يسلم هذا الاتجاه بدوره من النقد حيث أن النظام الذي يسمح للدولة بالعدول عن التزاماتها يؤثر بشكل سلبي على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية ، وينتج الشك وعدم الثقة بين الدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي فهو

([1])- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.ص 676.

([2])- عدلي محمد عبد الكريم،، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010، ص 152.

([3])- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص 211.

([4])- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 349.

([5])- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 299.

([6])- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 352.

([7])- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 212.

([8])- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2008، ص104.

www.manaraa.com

يفسح المجال للظن بأن الدول تعدل من قوانينها تحقيقا لمصلحتها الخاصة على حساب مصلحة الطرف الخاص المتعاقد معها[1].

ثالثا: التوفيق بين الآراء المتعارضة

من أجل التوفيق بين الآراء المتعارضة تلك التي ترجح مبدأ سيادة الدولة، وتلك التي تحكم مبدأ القوة الملزمة للعقد، ابتدع الأستاذ **Weil**نظرية جديدة تعتمد في إقرارها لصحة شرط الثبات على النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار له والذي يستمد منه صحته والذي يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوعه وهذا النظام القانوني اما ان يكون القانون الدولي او يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة[2].

فإذا كان العقد موضوعه خاضعا للقانون الدولي العام ففي هذه الحالة لا يوجد ثمة خلاف على الطابع الإلزامي لشروط الثبات ومدى صحتها، حيث تكون ملزمة للدولة ولا يجوز لها تعديل تشريعاتها، أو إصدار تشريعات جديدة، وإن خالفت إلتزامها تتقرر في حقها المسؤولية[3].

أما إذا كان العقد خاضعا من حيث موضوعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون هو الذي يحدد مدى مشروعية شروط الثبات ، فلا تكون ملزمة للدولة ويجوز لها تعديل قانونها مع ما تراه ضروريا للمصلحة العامة [4].

وعلى ذلك يربط هذا الاتجاه بين شروط الثبات و النظام القانوني الذي يحكم العلاقة التعاقدية إلا ان فكرة خضوع عقود الدولة للنظام القانوني الدولي هي فكرة منتقدة بشدة حيث أن موافقة الدولة على تضمين عقودها مثل هذه الشروط لا يعني قبولها الاستبعاد المطلق لأحكام قانونها الداخلي ، إذ أن الأمر لا يعدو أن يكون استبعاد نسبي لهذا القانون كالقوانين الضريبية أو الاجتماعية لاغير[5].

أمام هذا الجدل الفقهي في التكييف القانوني لهذه الشروط و تقدير مدى صحتها ونجاحها في اداء المهمة المنوطة بها على نحو يؤدي الى غل يد الدولة عن المساس بالعقد سواء بتعديله او انهائه بإرادتها المنفردة أو بحضر سريان التعديلات القانونية الجديدة عليه ، نادى جانب من الفقه بضرورة تحويل وظيفة شروط الثبات بما يتماشى ومصلحة الطرفين : مصلحة الدولة في تأكيد سيادتها على مواردها الاقتصادية وتوجيه استغلال هذه الموارد الى الاستغلال الأفضل والمحقق للمصلحة العامة التي تبرر حق المساس بالتوازن الأصلي للعقد من جهة، ومن جهة اخرى مصلحة الطرف الخاص الأجنبي الذي يستثمر أموال ضخمة في ثبات العقد وعدم المساس به حتى لا ينهار التوازن المالي والاقتصادي الذي دفعه للتعاقد ، ببدائل تتمثل في شرط اعادة التفاوض أو مراجعة العقد اذا ما

([1])- دريد محمود السامراني، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الدراسات العربية ، بيروت، 2006، ص 246.

([2])- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 369.

([3])- عدلي عبد الكريم، مرجع سابق، ص154.

([4])- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008 ،ص774.

([5])- وليد محمد عباس ، مرجع سابق، ص 681.

www.manaraa.com

استجدت ظروف تستدعيها المصلحة العامة ، أو الشرط الجزائي الذي يقرر التعويض ضد الطرف الذي أخل بالتزامه او لم ينفذه[1].

وبالتالي تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية من حيث ضمان التعويض والحصول على الأرباح في كل الأحوال، حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة بإلتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها .

المطلب الثاني: تقييم دور شروط الثبات في العقود الإدارية

تعد شروط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة لانها تسمح بضمان التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته ، حيث تستهدف بالدرجة الاولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في من تغيير قانونها النافذ وقت ابرام العقد ووتعهدها بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي الى الاخلال بتوازن العقد[2]، وبالدرجة الثانية تستهدف الى اعتبارات سياسية تتمثل في تشجيع وترغيب المستثمر في جذب رؤوس امواله واستثمارها في البلد خاصة مع حاجة الدول لمشروعات التنمية والبنى التحتية[3].

إلا أن ذلك لا يعني أن هذه التعهدات تشكل قيدا على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة ، كما لا تعني هذه الشروط أن الدولة إستبعدت قواعد قانونها الوطني واتجهت نحو تدويل عقودها الإدارية.

الفرع الأول : فعالية شروط الثبات في العقود الإدارية

تؤدي شروط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمار فهي تسعى الى تامين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقد وتكون هذه الشروط دوما لصالح الشريك الاجنبي اكثر من الدولة المضيفة لانها تضمن له الحماية الكافية وتبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية مما يشجع على جذب رؤوس الاموال للدول النامية و تظهر فاعلية شروط الثبات من عدة نواحي:

أولا: تحقق شروط الثبات الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.

ثانيا: لها دور في الحد من المنازعات التي يمكن ان تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، حيث تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند احالة النزاع بشأن العقد الى محكمة ما أو هيئة تحكيم معينة حيث يمكن لهذه الشروط أن تمارس قوتها القانونية من حيث كونها باعثا هاما في الوصول الى حلول وسطية أو تسوية ودية[4].

([1])- شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 105-106.

([2])- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 324.

([3])- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ، مرجع سابق، ص 215.

([4])-محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، مرجع سابق ،ص50.

www.manaraa.com

ثالثا: تشكل معيارا حاسما لحسن تنفيذ العقد لما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك أحد بنوده إذ أن مخالفة هذه الشروط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه انشاء حق خاص بالتعويض[1].

رابعا: مساهمة شروط الثبات في توفير مناخ ملائم للإستثمار في حال احترام الدولة لها حيث تساهم في ضمان حقوق المستثمر واستقرار الأوضاع التي جرى في ظلها الاستثمار بما يؤدي الى نجاح المشروع ، ومحافظة الدولة على مصالحها ومؤسساتها وسيادتها[2].

الفرع الثاني: النطاق النسبي لشروط الثبات

أولا: شروط الثبات لا تؤثر على مركز الدولة في العقد

إن ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من الشروط المدرجة في العقد التي تعطي للإدارة امتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في التعامل مع الأفراد بعضهم بعضا[3].

وبدخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الأجنبية واتفاقها على إدراج شروط التثبيت لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام.

هذا المعنى أكدت عليه هيئة التحكيم من خلال الحكم الصادر في قضية Aminoil حيث قضت محكمة التحكيم بأن "شرط الثبات لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ اجراءات التأميم"[4].

فخصوصية عقود الدولة تتطلب الاعتراف بسلطة التعديل اللاحق للعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة شريطة أن تراعي تعاهداتها والتزاماتها التعاقدية بما في ذلك شروط الثبات حتى لا تؤدي الى انهيار التوازن المالي والاقتصادي للعقد والا ترتبت المسؤولية في حقها ، والتي يقابلها تعويض مالي مناسب يستحق للطرف المتعاقد معها وهذا ما اكد عليه التحكيم الصادر في قضية Aminoil إذ الزم الدولة عند ممارسة الامتيازات الممنوحة لها أن تحترم التوازن المالي للعقد[5].

ثانيا : شروط الثبات لا تؤثر على الاختصاص التشريعي للدولة

من المسلم به أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي حقها في التشريع وسن القوانين التي تراها محققة لمصلحتها، والمنظمة للعلاقات بين أفراد المجتمع، وبينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة غير مباشرة، وكذلك من حق الدولة أن تجري تعديلات على قوانينها متى رأت أن المصلحة

([1])- بشار الأسعد، مرجع سابق ،ص 200.

([2])-ممحمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010، ص95.

([3])- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ، مرجع سابق، ص 37.

([4])- بشار الأسعد، مرجع سابق ،ص 218.

([5])- وليد عباس، مرجع سابق، ص 689-690.

www.manaraa.com

العامة تتطلب ذلك هذا لأن خصوصية عقود الدولة والموضوعات التي يعالجها تشريع الاستثمار والتشريعات الاقتصادية الأخرى ترتبط بنواحي هامة للاقتصاد القومي، وهذه النواحي تتسم بقابليتها للتطور فنجد الدولة مضطرة إلى مسايرة هذا التطور والتعديل اللاحق للتشريع والعقد طالما اقتضت ذلك المصلحة العامة[1].

بالتالي فإن الدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل من تشريعاتها الداخلية شريطة عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي وإلا ترتبت المسؤولية في حقها، حيث أنه في حالة قيام الدولة بانتهاك شروط الثبات يستطيع المحكم في حالة تضرر الطرف المتعاقد مع الدولة جراء هذا العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة اتجاه متعاقدها الخاص وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة[2].

على ضوء ما تقدم يمكن القول أن شروط الثبات لا تؤثر على السيادة التشريعية للدولة، حيث تبقى الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضروريا للمصلحة العامة، إلا أن الدولة عند ممارستها لهذه الاختصاصات يجب عليها أن تحترم التوازن المالي للعقد، وإلا تصبح مضطرة بتعويض الطرف المتضرر جراء انتهاكها لتعهداتها.

ثالثا: شروط الثبات لا تؤدي إلى تدويل العقد الإداري

يرى البعض الفقه بان وجود شروط الثبات في العقود الإدارية اشارة ضمنية على تدويلها على اساس أنه يمنع الدولة أن تجري أي تعديلات على قانونها أو عقودها المبرمة على الصعيد الدولي ، وقد استندت بعض أحكام التحكيم الى هذا الرأي حيث ذهب المحكم في قضية تكساكو الى اعتبار ان العقد يتصل بطائفة جديدة من العقود المسماة بعقود التنمية الاقتصادية التي تتميز بضرورة ايجاد التوازن بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة الطرف الخاص الأجنبي ولتأكيد هذا التوازن يعمد الأطراف الى تضمين العقد شروط الثبات التي تهدف الى إخضاع جزء من العقد إلى القانون الدولي [3].

إلا أن هذه الأفكار سرعان ما أختفت أمام سيل الانتقادات والآراء التي واجهتها حيث أن تضمين العقد شروط الثبات لا يفيد أن الدولة تتجه الى تطبيق القانون الدولي كما ذهب المحكم في تحكيم تكساكو، أو استبعاد أحكام قانونها الوطني، بل تعهد الدولة بعدم تغيير تشريعاتها في بعض المسائل المتعلقة بعلاقتها الاستثمارية فقط كمسألة الضرائب مثلا، وحتى تعهد الدولة في هذا المجال ليس مطلقا حبث تستطيع أن تعارض هذه الشروط كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك مع الالتزام بالتعويض عند الاخلال بالتوازن المالي للعقد، وحتى لو بحثنا عن قيمة هذه الشروط من وجهة نظر القانون الدولي العام يظهر أنه من الصعب أن يكون لأي منها أي قيمة قانونية ملزمة وذلك

(1)- خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 129.

(2)- وليد عباس، مرجع سابق، ص 690.

(3)- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 354.

www.manaraa.com

اعمالا لمبدأ السيادة الدائمة للدولة على ثرواتها الوطنية، فلا يمكن لمجرد تعهد أن يكون حاجزا امام ممارسة الدولة لسيادتها على مواردها الطبيعية أو ممارسة امتيازات السلطة العامة[1].

كما انه إذا لم يحدد الأطراف في العقد الإداري الدولي القانون الواجب التطبيق على العقد فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي، اضافة الى أن بعض العقود التي تبرمها الدولة على الصعيد الوطني تتضمن شروط تثبيت ومع ذلك لا يعقل القول بتدويل هذه العقود [2].

خاتمة:

تعد شروط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة تؤدي دورا كبيرا وهاما فيتشجيع وترغيب المستثمر في جذب رؤوس امواله واستثمارها في البلد خاصة مع حاجة الدول لمشروعات التنمية والبنى التحتية، فهي تسعى الى تامين حماية مطلقة للمتعاقد الاجنبي طيلة مدة العقد من خلال تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في من تغيير قانونها النافذ وقت ابرام العقد ووتعهدها بعدم اصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الاجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي الى الاخلال بتوازن العقد من ناحية ، ومن ناحية أخرى فهي تحقق الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.

النتائج والإقتراحات:

1- تساهم شروط الثبات في توفير مناخ ملائم للإستثمار في حال احترام الدولة لها ،وتشكل معيارا حاسما لحسن تنفيذ العقد لما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك أحد بنوده إذ أن مخالفة هذه الشروط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه انشاء حق خاص بالتعويض.
2- إن تضمين العقد شروط الثبات لا يفيد أن الدولة تتجه الى تدويل عقودها الادارية ، بل تتعهد بعدم تغيير تشريعاتها في بعض المسائل المتعلقة بعلاقتها الاستثمارية كما تستطيع أن تعارض هذه الشروط كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك مع الالتزام بالتعويض عند الاخلال بالتوازن المالي للعقد.
3- لا تؤثرشروط الثبات على السيادة التشريعية للدولة، حيث تبقى الدولة محتفظة بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضروريا للمصلحة العامة.
4- إدراج الدولة لشروط الثبات في عقودها الإدارية لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام.

ونقترح في نهاية هذه الورقة البحثية ما يلي:

(1)- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 628.
(2)- هاني محمود حمزة ، مرجع سابق، ص 359.

www.manaraa.com

1- يجب على الدولة أن تحترم تعاهداتها لأن زرع الثقة في نفوس المستثمرين وجلب الاستثمارات الأجنبية خاصة بالنسبة للدول النامية يعتمد على مصداقية الدولة في تعاقداتها .

2- تحويل وضيفة شروط الثبات ببدائل تتمثل في شرط اعادة التفاوض أو مراجعة العقد اذا ما استجدت ظروف تستدعيها المصلحة العامة ، أو الشرط الجزائي الذي يقرر التعويض ضد الطرف الذي أخل بالتزامه او لم ينفذه حيث تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمارات الأجنبية من حيث ضمان التعويض والحصول على الأرباح في كل الأحوال، حيث يفضل المستثمر أن يتضمن العقد شروط تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة بإلتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروط تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها.

قائمة المراجع:

النصوص الرسمية:

1- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 2016/08/03، يتعلق بترقية الاستثمار ، ج.ر عدد 46.

الكتب:

1- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010.

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

3- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2003.

4- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014 .

5- دريد محمود السامراني، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز الدراسات العربية ، بيروت، 2006.

6- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2014،.

7- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

8- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

9- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقد نقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

المجلات:

1- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987.

2- محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كاية الحقوق ، جامعة النهرين، العرق، 2016.

الاطروحات والرسائل الجامعية:

1- عدلي محمد عبد الكريم،، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010.

2- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2008.

3- ممحمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2010.

4- فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، مذكرة ماجستير ، جامعة القادسية، العراق، 2017.

www.manaraa.com