



قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

Foreign Investment Contract Law: Between
Freezing and Release

إعداد

الدكتور/ يارا حافظ الجندي

مدرس القانون الدولي الخاص – جامعة حورس

البريد الإلكتروني : yhafez@horus.edu.eg

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

ملخص البحث

تعتبر شروط التجميد التشريعي أو الثبات التشريعي والتي بمقتضاها تثبت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير، توفر حماية قانونية واستقرار قانوني للعقد، ويعمل على التوفيق بين إرادة الأطراف وحريرتهم في ادراج شروطهم العقدية وبين سلطة الدولة التشريعية المنبثقة من سيادتها المطلقة، وذلك في سبيل تحقيق نوع من توازن المصالح، بالإضافة إلى شرط الجمود التشريعي أو الثبات التشريعي له أنواع مختلفة فمن الممكن ان تكون شروط اتفاقية ناتجة بناء على إرادة الأطراف أو واردة في الاتفاقيات الدولية، أو شروط الجمود التشريعية والواردة في التشريعات الوطنية

ويشير تحويل وظيفة شروط الثبات التشريعي من وظيفة تؤدي إلى تقييد إرادة الدولة وغل يدها عن المساس بعقد الاستثمار سواء تمثل هذا المساس في صورة إنهاء عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة أو تعديله أو سريان القواعد الجديدة عليه، إلى وظيفة مالية تشبه تلك التي يؤديها الشرط الجزائي.

كما أن يساعد شروط الثبات التشريعي في تحقيق الدور الهام الذي يلعبه بوصفه عاملا من عوامل جذب الاستثمار الأجنبي، فإغفال كل أثر قانوني لهذه الشروط قد تكون عاقبته وخيمة، فبالنسبة للسياسة التي تتبعها الدول النامية التي تهدف إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، فإن الدور الذي يؤديه الشرط في تحديد قيمة التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي، يساعد على تحقيق هذه السياسة.

الكلمات الافتتاحية

الجمود الزمني لقانون العقد ، الثبات التشريعي، الضمان العقدي، تطويع قانون العقد، التوازن العقدي

Summary

The conditions of legislative freezing or legislative stability, by virtue of which the law applicable to the contract is fixed in the state it was in at the time of concluding the latter, provide legal protection and legal stability for the contract, and work to reconcile the will of the parties and their freedom to include their contractual conditions with the legislative authority of the state emanating from its absolute sovereignty, in order to achieve a kind of balance of interests. In addition to the condition of legislative freezing or legislative stability, it has different types. It is possible that the conditions of an agreement result based on the will of the parties or are included in international agreements, or the conditions of legislative freezing are included in national legislation.

The transformation of the function of legislative stability conditions from a function that leads to restricting the will of the state and preventing it from interfering with the investment contract, whether this interference takes the form of unilaterally terminating the investment contract, amending it, or applying new rules to it, into a financial function similar to that performed by the penalty clause.

Legislative stability conditions also help achieve the important role they play as a factor in attracting foreign investment. Ignoring any legal effect of these conditions could have dire consequences. With regard to the policy pursued by developing countries that aim to attract foreign investment, the role played by the condition in determining the value of

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

compensation due to the foreign investor helps achieve this policy.

Opening Remarks

The Temporal Limitation of Contract Law- Legislative
Constancy- Contractual Guarantee- Adapting Contract Law-
Contractual Balance

مقدمة

يُعد شرط الجمود الزمني لقانون العقد المقرر في عقود الاستثمار عاملاً أساسياً في جذب الاستثمارات خاصة الأجنبية إذ يجسد حماية للطرف الأجنبي المتعاقد، ويغل يد الدولة من تعديل أو إلغاء القوانين المبرم في ظلها العقد، كما له دور ايجابي في إحداث تنمية اقتصادية واجتماعية داخل الدولة، فيلجأ المستثمر الأجنبي إلى إدراج هذا الشرط في عقده لتجنب الإضرار بمصالحه وحوادث نوع من عدم التوازن الاقتصادي للعقد، خاصة أن عقود الاستثمار من العقود الزمنية طويلة الأجل، إضافة إلى أن الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونية ضرورة ماسة في هذه العقود.

فقد كانت دولة المستثمر الأجنبي تمارس الحماية الدبلوماسية للمستثمر في حال بلغ تصرف الدولة المضيفة الحد الذي يرتب مسؤوليتها الدولية، لكن فيما بعد تراجعت هذه الوسيلة، وأصبحت هناك حاجة ماسة إلى أن تقوم الدولة المضيفة ذاتها بتوفير ذلك النوع من الحماية، وهذا ما يتجلى بوضوح في إدراج شرط الجمود التشريعي في عقود الدولة.

وفى نفس الوقت فإن الإخلال بهذا الشرط من شأنه خلق بيئة لا تشجع المستثمر الأجنبي الذي في كثير من الأحيان يكون متمتعاً بأهلية اقتصادية وفنية لا تقوى عليها الدولة، كما أن الاستقرار التشريعي من شأنه أن يؤدي إلى نجاح المشروع حسبما ما خطط له المستثمر، وبناء على ذلك تم وضع شرط الجمود والثبات والاستقرار التشريعي بهدف تقادي التعديلات، والذي من شأنها يكون المستثمر

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقة العقدية، مما يحقق الأمان القانوني من ناحية والتوازن العقدي من ناحية أخرى.

أولاً: موضوع البحث

ينصب موضوع البحث حو بيان ماهية تجميد قانون عقد الاستثمار الأجنبي ، ودوره في تشجيع الاستثمار وذلك من خلال النص على هذا الشرط في العقد، فيمكن القول أن تضمين العقد لشرط جمود قانون العقد يعتبر أحد الأسباب الرئيسية لتحقيق الأمان القانوني الذي ينشده المستثمر، ويعمل في نفس الوقت على تحقيق حركة كبيرة للاقتصاد الوطني، وتحقيق المصلحة العامة للأفراد، ويمكن قياس ذلك من خلال ما يقدمه الاستثمار، من طفره في وتوطين التكنولوجيا وأساليب الإدارة الحديثة، والخبرة العملية والفنية والتسويقية المتطورة.

بالإضافة الى ان هذا الشرط من خلال ضمان حماية المتعاقد الأجنبي من تعسف المركز القانوني للدولة المستضيفة لمشروعه الاستثماري عن طريق الاتفاق على أعمال ما اتفق عليه طرفي العقد حتى إن خالف نصوصاً قانونية وطنية يتم إقرارها لاحقاً .

حيث يحاول أطراف العلاقة التجارة الدولية، فبدلاً من أن يخضع العقد لقانون استقلال الإرادة أصبح المقصود استقلال العقد، عن ذلك القانون وليس من المتعذر فهم ذلك؛ فطالما أن عملية تحديد قانون العقد ليست إلا محلاً لإرادة الاطراف، فليس هناك ما يمنع هؤلاء، من الادعاء بعدم اخضاع عقدهم لأي قانون.

ويكمن الغرض من ذلك في تحقيق التوازن بين إرادة الأطراف وإرادة القانون، بل ويسعى الى تأكيد هيمنة الإرادة القانونية على إرادة الأطراف، لما تقود اليه من تحقيق الأمان والاستقرار للروابط القانونية.

ويلزم ان نبين أن الفكر القانوني الحديث أطلق العنان لإرادة الأطراف ليس فقط في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، بل في ممارسة بعض السلطات التي تخرج هذا القانون عن مضمونه وعلى نحو يجعل العقد طليق بغير قانون.

ثانيا: أهمية البحث

إن البحث في مدى تحرير عقود الاستثمار الأجنبية أو تقيدها بشرط التجميد الزمنى لقانون العقد المتفق عليه بين الأطراف له أهمية حيث يهدف هذا الشرط إلى الحد من ممارسة الدولة لاختصاصها التشريعي بأن تقوم بتغيير أو تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد، فيؤدي إلى تمتع المستثمر الأجنبي بالامتيازات والضمانات الممنوحة له بموجب القانون الساري أثناء إنشاء الاستثمار على الرغم من ثمة تغييرات قد تطرأ عليه في المستقبل، وسوف نقسم هذه الأهمية الى أهمية علمية، وأخرى عملية وذلك على النحو التالي:

١- الأهمية العلمية: وتكمن أهمية هذا البحث العلمية في

أ - بيان ماهية إدراج شرط التجميد التشريعي لقانون العقد، والطبيعة القانونية لهذه الشرط مع التمييز بينه وبين باقي الشروط والتي من شأنها حماية المستثمر الأجنبي من خطر التعديلات التشريعية والتي تقوم بها الدولة.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

ب - بيان أنواع هذا الشرط والخلاف الفقهي حول مدى صحة هذا ادراج هذا الشرط في العقد، بالإضافة إلى بيان العقوبات التي يسببها هذا الشرط في المعاملات التجارية الدولية

٢- الأهمية العملية: وتكمن أهمية هذا البحث العملية في

أ. بيان دور هذا الشرط في حماية المركز المالي المستثمر الأجنبي، وماهية الجزاء الذي يترتب على الإخلال بهذا الشرط، وتوضيح دور إرادة الأفراد بالمقارنة لسلطة الدولة في تعديل تشريعاتها، ومسئولية الدولة عن اجراء التعديلات وما يسببه من ضرر للمستثمر الأجنبي لمقارنة للمصلحة العامة للدولة، وهو ما يسمى البحث عن فكرة توازن المصالح.

ب - بيان دور الثبات التشريعي الوقائي في تلافي منازعات الاستثمار الأجنبي ويُعتبر شرط الثبات التشريعي دليل على حسن نية الدولة تقدمه إلى المستثمر المتعاقد معها إذ أن حسن نية يعتبر مبدأ من مبادئ القانون الدولي التي تلتزم بها الدولة.

ثالثاً: إشكالية البحث

إن شرط تجميد قانون العقد من حيث الزمان يعتبر ضمان قانوني لحماية المستثمر الأجنبي من سلطة الدولة التشريعية، ويلزمها بعدم إصدار قوانين جديدة أو تعديلات جوهرية تمس قانون العقد، والتي من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بمصلحة المستثمر وهذا ما يدفعنا إلى بيان ماهية دور شرط التجميد الزمى لقانون العقد في حماية المستثمر الأجنبي من ناحية ومن ناحية أخرى دوره في

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثناعشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

تجنب المنازعات الخاصة الدولية في مجال الاستثمارات الأجنبية؟، بالإضافة الى بيان القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالإخلال بهذا الشرط؟

رابعاً: منهج البحث

لقد اتبعت في إعداد البحث المنهج التحليلي، وذلك من خلال بيان ماهية شرط الجمود التشريعي لقانون العقد وتأثيره على تنفيذ العقد، تميز هذا الشرط مع غيره من المصطلحات التي تتناول حماية المستثمر من السلطة السيادية للدولة، والملاحظات الانتقادية لفكرة الاتفاق على تجميد قانون العقد أو ما يسمى الثبات التشريعي للعقد، مع تحليل لنصوص التشريعات والاتفاقيات والآراء الفقهية التي تناولت هذه الفكرة، بالإضافة الى دور القضاء في الموازنة بين المصالح في حالة إخلال الدولة بهذا الشرط وبصفة خاصة اذا كانت طرف في العلاقة الاستثمارية الأجنبية.

خامساً: خطة البحث

اتبعت التقسيم اللاتيني من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية التجميد الزمني لقانون عقد الاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: ماهية ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الأول: التعرف بشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الفرع الثاني: التمييز بين شرط الجمود التشريعي بين غيره من المصطلحات المشابهة.

المطلب الثاني: مدى صحة ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول صحة شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: الأنواع المختلفة لشرط الجمود التشريعي.

المبحث الثاني: الآثار القانونية لشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية
المطلب الأول: ماهية عقبات شرط جمود قانون العقد.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

الفرع الثاني: الإشكالية القانونية التي يثيرها شرط الجمود الزمني لقانون العقد

المطلب الثاني: ماهية المسؤولية المترتبة عن الاخلال بشرط الجمود التشريعي.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالإخلال بشرط الجمود التشريعي.

الفرع الثاني: جزاء الاخلال بشرط الجمود التشريعي.

الخاتمة:

النتائج:

المبحث الأول

ماهية التجميد الزمني لقانون عقود الاستثمار الأجنبية

تمهيد وتقسيم:

بدأ الاعتراف من جانب بعض التشريعات والفقهاء، وأيضاً من أيدها القضاء في أحكامه بسلطة الأطراف بتجميد قانون العقد من حيث الزمان بحيث لا يسري عليهم إلا أحكامه النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك من تعديلات التشريعية، وينطبق هذا المبدأ على عقود التجارة الدولية في محاولة للفصل بين القانون الجديد وبين العقد الذي يجب أن يحكمه، وذلك بتجميده، بحيث لا يسري على العقد إلا القانون بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.

وهذا ما يدفعنا إلى بيان ماهية هذا الشرط والخلاف الفقهي حول صحة هذا الشرط في العقود الدولية، وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

المطلب الثاني: مدى صحة ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

المطلب الأول

ماهية ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

تمهيد وتقسيم:

تعتبر شروط التجميد التشريعي والتي بمقتضاها تثبت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير، توفر حماية قانونية واستقرار قانوني للعقد، ونجد أن هذا الشرط منتشر في العقود التي تبرم بين الدولة بصفتها سواء صاحبة سيادة أو بصفه خاصة، وسوف نبين تعريف هذا الشرط وصوره بالإضافة إلى بيان التمييز بين هذا الشرط من ناحية مع بعض المصلحات التي تؤدي إلى نفس النتيجة للمستثمر، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التعرف بشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: التمييز بين شرط الجمود التشريعي بين غيره من المصطلحات.

الفرع الأول

التعرف بشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

أولاً: تعريف شرط الجمود التشريعي: تعددت التعريفات الخاصة بهذا الشرط وجميعها تدور حول فكرة توفير حماية للمستثمر الأجنبي من مخاطر التغيرات والتي يترتب عليها تعديل بنود العقد وذلك نتيجة سن تشريع جديد عبر تجميد دور الدولة المضيفة للاستثمار بصفتها صاحبة السيادة وما لها من سلطه في التشريع والعمل على الحد من هذه السلطة، ولكن لا يجردها منها^(١).

فقد عرفها جانب من الفقهاء بأنها تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها حيث تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها^(٢).

بينما يري جانب آخر من الفقهاء أن شرط الاستقرار التشريعي يقصد به تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام

(١) د. فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، بحث منشور

في مجلة جامعة القادسية، العراق، س٢٠١٧، ص١٥٠.

(٢) د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، س٢٠٠٣م، ص١٢٠.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

العقد بين الدولة والأطراف الخاصة الأجنبية، خاصة في شأن عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية^(١).

وترى الباحثة أنه من التعريفات السابقة أنه يمكن تعريف شرط الجمود أو الاستقرار أو الثبات التشريعي بأنه عبارة عن وسيلة ضمان ترد في عقود الاستثمار المنعقدة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بهدف حماية المستثمر من التدخلات التشريعية التي قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وذلك سواء وردت تلك الشروط في بنود العقد أو في القوانين الوطنية أو حتى في الاتفاقيات الدولية.

ثانيا: الصور المختلفة لشرط الجمود التشريعي أو الاستقرار التشريعي:

تعددت صور شرط الجمود التشريعي وسوف نبين منها الآتي:

الصورة الأولى: شرط التجميد التشريعي: حيث يهدف شرط تجميد وتثبيت

التشريعات التي تطبق على العقد بالحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، دون تطبيق أي قوانين جديدة تصدرها الدولة المضيفة، وهذا الشرط بدوره ينقسم إلى نوعين^(٢):

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع ٥٠، س ١٩٨٩، ص ١٢٥.

(٢) د. فيصل بجي؛ د. نعمة العلمي، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة دفاتر قانونية، المغرب، ع ١٥، ٢٠١٥م، ص ١٢٤.

النوع الأول: يهدف إلى تجميد القانون مع اندماجه في العقد، حيث تصبح نصوص القانون بمثابة مجرد شروط تعاقدية متفق عليها من قبل الأطراف^(١).

النوع الثاني: يهدف إلى تجميد القانون مع الاحتفاظ بالقانون وعدم اندماجه في العقد، إلا أن هذا النوع من الشروط قد تعرض للانتقاد إذا ورد في عقد، ولم يرد في صورة تشريع، إذ أن التشريعات التي تصدرها الدولة المضيفة واجبة التطبيق على الجميع فيها، ومن ثم لا يمكن لعقد الدولة المضيفة مع المستثمر أن يستثني الأخير من الخضوع لقوانين الدولة المضيفة التي تصدر في تاريخ لاحق على إبرام العقد وذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ ينبغي احترام هذا المبدأ وعدم خرقه بأن يصدر التعهد بعدم خضوع المستثمر للقوانين اللاحقة على تاريخ التعاقد من السلطة المخولة قانوناً بإصداره وهي السلطة التشريعية، وأن يكون ذلك التعهد في صورة تشريع^(٢).

الصورة الثانية: شرط عدم المساس: فبموجب هذا الشرط يحظر مساس الدولة المضيفة بالعقد سواء بتعديله أو إلغاؤه بإرادتها المنفردة فالدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان بإمكانها إلغاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة لاعتبارات المصلحة

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون

التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠١٨م، ص١٦٣.

(٢) د. جبايلي صبرينة، شرط الثبات التشريعي بين إضفاء الطبيعة الإدارية للعقد أو إلغاؤها، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، مج٢١، ع٢٤، س٢٠١٢م، ص٤٦٠.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

العامة ما يجعل المستثمر الأجنبي يسعى لحماية مصالحه ضد هذه المخاطر ويسعى لإدراج شرط عدم المساس بالعقد^(١).

وذهب جانب من الفقهاء إلى هناك فرق بين شرط الاستقرار أو الجمود التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد، وكأن هذا الأخير ليس صورة من صور شرط الثبات فيرى أن كلا الشرطين يلتقيان في اعتبارهما وسيلة حمائية وقائية في حين يختلفان في أن هدف الأول هو تجميد دور الدولة بوصفها سلطة تشريعية وطرف بالعقد من إصدار تشريع يتناقض ونص عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، ويدخل ضمن الاختصاص العام للدولة ومستمدة من سيادتها، أما الثاني فيهدف إلى تقييد دور الدولة من إجراء تغييرات في العقد بوصفها سلطة تنفيذية أو سلطة إدارة، وهذا يخص سلطة الدولة داخل المجال العقدي فقط^(٢).

وبناء عليه فشرط عدم المساس بالعقد يعد حصانة يتمتع بها المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة في مواجهة ما تتمتع به هذه الدولة من سلطان،

(١) د. محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠١٨م، ص٦٥.

(٢) د. إسماعيل نامق، شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية "دراسة تحليلية مقارنة"، بحث منشور كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع٨، س٢٠٢٠م، ص٣٤١.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

فشروط الجمود والاستقرار والثبات التشريعي في حد ذاته لا يحقق الأمان القانوني إلا إذا كان غير ممكن المساس به^(١).

الصورة الثالثة: شرط التعهد بعدم التأميم: إن هذا الشرط يبدو في شكل تعهد من قبل الدولة المضيفة بعدم التأميم، وبالنظر لما ينتج عن هذه الشروط من إرهاب للدول النامية وبتحميلها بمبالغ طائلة من التعويضات للشركات التي قامت بتأميمها ومطالبات الدول النامية شكلت ضغطاً على الأمم المتحدة مما جعلتها تقوم بإصدار إعلان رد الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في عام ١٩٧٤م، والذي جاء فيه أن لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصدر أو تنقل ملكية أي من الأصول الأجنبية، على أن تدفع الدولة في هذه الحالة تعويضاً مناسباً، وإذا نشأ نزاع بخصوص التعويض يحل وفق القانون الداخلي للدولة المؤممة وأمام محاكمها ما لم تتفق الدول التي يخصها موضوع النزاع على اللجوء إلى وسائل سلمية أخرى، على أساس مبدأ المساواة في السيادة، ومبدأ حرية اختيار الوسائل^(٢).

(١) د. غسان عبيد محمد المعمورين، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول،

بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مج ١، ع ٢٤،

س ٢٠٠٩م، ص ١٤٢.

(٢) د. محمد طلعت الغنيمي، مقابل التأميم في القانون الدولي العام، بحث منشور في مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية، ع ٢، ١، س ١٩٦١م، ص ٢٦.

مروة موفق مهدي، الضمانات والحوافز القانونية التي تقرها قوانين الاستثمار العربية للاستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، س ٢٠٠٧م، ص ١٤٣.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الصورة الرابعة: شرط التوافق: حيث يلزم لكى يسري التعديلات التي تتم على التشريعات التي تصدرها الدولة المضيفة ألا تتعارض مع أحكام وشروط العقود المبرمة في ظل التشريعات القديمة^(١).

الصورة الخامسة: شرط استعادة التوازن الاقتصادي: يعتبر هذا الشرط بمثابة الصورة المثلى لشرط الاستقرار التشريعي، ويتأسس ظهوره بناء على الفهم الصحيح لفلسفة إدراج شرط الثبات في عقود الاستثمار، إذ أن المستثمر عندما يقدم على التعاقد مع الدولة المضيفة يأخذ في حسابه الجدوى الاقتصادية للمشروع محل التعاقد ويأخذ في الحسبان العائد الاقتصادي الذي ينبغي أن يتجاوز المخاطر والتكلفة التي سيتحملها في تنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته تجاه الدولة المتعاقدة، وعليه فالمتعاقدين يهدف إلى الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد؛ فشرط التوازن الاقتصادي يهدف إلى تثبيت التوازن الاقتصادي للعقد وليس إلى تثبيت الإطار القانوني ذاته مما يسمح للدولة المضيفة باتخاذ أي إجراء تشريعي طالما ستقوم الدولة بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد^(٢).

ويشترط لتطبيق هذا الشرط أن يحدث خلل في العقد بحيث يمنح الفرصة لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه عندما يؤدي تغيير الظروف إلى تعديل جوهري

(١) د. رحمان أمينة؛ د. بوراي دليلا، إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار كآلية لاستقطاب المستثمر الأجنبي الى الجزائر، بحث مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، مج ٤، ع ٢٤، ٢٠١٩، ص ١٣٩.

(٢) د. إقولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، بحث منشور في المجلة النقدية والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع ١٤، س ٢٠٠٦م، ص ٩٨.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

في توازن الالتزامات العقدية فهذا الشرط يسمح للأطراف التقارب والتفاوض لإيجاد حل للخلل الذي أصاب التوازن الاقتصادي، كما أنه في الوقت ذاته يمنح العقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه، بحسبان أن هذا النوع من العقود يحتاج إلى مدد طويلة^(١).

ولم يسلم هذا الشرط من النقد لدرجة أن بعض الفقهاء قرروا بطلانه ويستندوا في رأيهم إلى أن هذا الشرط يغل يد الدولة عن سلطتها في التشريع، إذ أن الدولة قد تمتنع عن مباشرة سلطتها التشريعية التي تستهدف المصلحة العامة حتى تتجنب الأعباء المالية التي ستترتب على مباشرتها لهذه السلطة بسبب شرط استعادة التوازن الاقتصادي الوارد في عقودها مع المستثمرين وهو ما يشكل ضرراً يلحق بالمصلحة التي تستهدفها هذه التشريعات. وغير ذلك من الانتقادات^(٢).

ويكمن هدف إدراج مثل هذه الشروط في تفادي التعديلات التي يمكن أن ترد في القانون الواجب التطبيق على العقد، والتي تقوم بها الدول تحقيقاً لأهدافها الاقتصادية ومسايرة تطوراتها في مختلف المجالات؛ كما أن هذا الشرط يجعل المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تنظم العلاقة التعاقدية مع الدولة المضيفة للاستثمار، مما يحقق الأمان القانوني، ومن ناحية أخرى يعمل هذا الشرط

(١) د. حسين عيسى عبد الحسن، الضمانات العقدية للاستثمار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بال، العراق، مج ١، ع ٢١٤، س ٢٠١٤م، ص ١٨٨.

(٢) د. حديدي عنتر، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، ع ٢٤، مج ٢، س ٢٠١٧م، ص ١٤٢.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

على تحقيق نوع من التوازن العقدي، ووسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية^(١).

الفرع الثاني

التمييز بين شرط الجمود التشريعي بين غيره من المصطلحات

تتعدد الشروط القانونية الواردة في عقود الاستثمارات الأجنبية فعلى الرغم من اتحادها بمسألة توفير الضمانات القانونية والعقدية لأطراف العلاقة العقدية أو لأحدهما، ولكل منها أثاره القانونية الخاصة به، والتي يمكن أن تشبه بشرط الثبات التشريعي في بعض الجوانب، وتختلف عنه في البعض الآخر.

أولاً: التمييز شرط الثبات التشريعي من شرط الضمان العقدي: قد يلجأ المستثمر الأجنبي لتقييد سلطة الدولة في إجراء أي تعديلات من شأنها التأثير على بنود العقد المبرم، وذلك وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حتى لا تنفرد الدولة بتعديل الرابطة العقدية مع المستثمر الأجنبي، ويطلق على هذا الشرط؛ شرط الضمان فلا يجوز للدولة إنهاء العقد أو تعديله ولا للمستثمر الأجنبي؛ إذ إن الاتفاق ولید إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة^(٢).

(١) د. طلعت جواد لحي الحديدي، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية، دار الحامد، الأردن، ط١، س٢٠٠٨م، ص٢١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س٢٠٠٠م، ص٦٩٩.

ولهذا فإن شرط الضمان يوفر حماية اتفاقية مهمة للمستثمر الأجنبي، خاصة أنه يحتاج إلى الاطمئنان والأمان ضد أي إجراء تشريعي، أو إداري يمكن أن تتخذه الدولة مستقبلاً بمقتضاه تنهي أو تعدل عقد الاستثمار الأجنبي، وأول ما ظهر شرط الضمان في العقود في الاتفاق المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة البترول الأنجلو فارسية عام ١٩٣٣م، فقد نصت المادة (٢١) من الاتفاق على أنه "لا يجوز للحكومة إلغاء هذا الامتياز، أو تعديل بنوده، سواء بتشريع عام أو خاص أو بإجراءات إدارية..."^(١).

ويختلف شرط الثبات التشريعي عن شرط الضمان العقدي، من ناحيتين

كالآتي:

الناحية الأولى: من ناحية الهدف: فشرط الضمان يسعى للحيلولة بين الدولة بوصفها سلطة إدارية أو سلطة تنفيذية وبين إجراء أية تغييرات في العقد المبرم بين الطرفين من شأنها أن تمس مصلحة الطرف الأجنبي المتعاقد معها^(٢)، أما بالنسبة لشرط الجمود والاستقرار والثبات التشريعي فإنه يستهدف تقييد صلاحية الدولة كسلطة

^(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش؛ د. عمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في

دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، س ١٩٩٠م، ص ١٣٧

^(٢) مروة موفق مهدي، الضمانات والحوافز القانونية التي تقرها قوانين الاستثمار العربية

للاستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، س ٢٠٠٧م،

ص ١٤٣.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

تشريعية وكونها طرف في عقد الاستثمار الأجنبي أيضا من تعديل أو تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد^(١).

الناحية الثانية: من ناحية الجهة المستفيدة: فشرط الثبات التشريعي فالدولة هي المستفيدة كون وجود الشرط سيسهم في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية إلى إقليم الدولة بما يساعد على رفع وتطوير الاقتصاد القومي لها، فضلا عن استفادة المستثمر الأجنبي، أما المستفيد المباشر من شرط الضمان هو الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة لأن الدولة هي الطرف القوي في العلاقة العقدية فليست بحاجة إلى شرط الضمان.

رأى الباحثة في التفرقة بين الشرطين: فعلى الرغم من الاختلاف بين الشرطين من الناحية النظرية إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقهاء إن التفرقة تبدو بينهما من الناحية العملية خاصة أن شرط الثبات التشريعي يؤدي في النهاية إلى عدم المساس في العقد ما دام يستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد، وأن الاختلاف بين شرط الثبات التشريعي وشرط الضمان العقدي هو اختلاف ظاهريا أكثر منه واقعيا^(٢).

ثانيا: التمييز شرط الجمود التشريعي من شرط الجمود العقدي: يعد شرط الجمود العقدي نتيجة قانونية طبيعية لفكرة اندماج القانون في العقد الدولي، ونزول

(١) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

(٢) د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول "دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية واحكام محاكم التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع"، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠٠٧م، ص ١١٥.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، أما بالنسبة لشرط الجمود التشريعي فلا علاقة له بالاندماج، ولا يؤدي إلى تحول أحكام قانون الإرادة إلى مجرد شرط من الشروط العقدية، إذ يحفظ قانون العقد بطبيعته القانونية^(١).

فشرط الجمود التشريعي يثير مسؤولية الدولة في النطاق الدولي في حالة الإخلال به إذ يعتبر عملاً غير مشروعاً يتعارض مع التعهد الوارد في تشريعها وحسن النية في تنفيذ الالتزامات، أما شرط الجمود العقدي فإن الإخلال به يؤدي إلى تحريك المسؤولية المدنية الداخلية للدولة.

كما أن شرط الجمود التشريعي يعد ضماناً من الضمانات التي تمنحها الدولة للمستثمر الأجنبي، وهذا يؤدي إلى ضرورة أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية، دولة تتعامل بنفسها، أو ممثلة بغيرها إذ إن السلطة التشريعية هي الجهة الوحيدة التي تملك حق إصدار التشريع، أما شرط الثبات والجمود العقدي فلا يشترط فيه أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية دولة، إذ يستطيع الأشخاص الطبيعيين أن يضمنوا العقد هذا النوع من الشروط ويكون ملزماً لهم^(٢).

بالإضافة إلى ذلك فإن تطبيق شرط الجمود التشريعي يؤدي إلى توقف سريان التعديلات التشريعية بقوة القانون؛ إذ أن قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف، كونه

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، س ٢٠٠٩م، ص ٨٩.

(٢) د. عبد العزيز محمد سرحان، نظرية الدولة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية "مقارنة المفهوم الأخلاقي والفلسفي والديني والقانوني للدولة مع التطبيق على الأوضاع العربية المعاصرة وتحديد المعيار الصحيح للإرهاب والجرائم الدولية وضوابط القاضي الطبيعي"، دار النهضة العربية، القاهرة، س ١٩٩٦م، ص ٢٤٠.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

صادر عن سلطة تشريعية يُفرض على الأطراف، أما شرط الجمود العقدي فعدم سريان التعديلات التشريعية ناتج عن إرادة أطراف العلاقة العقدية التي يحميها القانون ويدافع عنها^(١).

ثالثاً: التمييز بين شرط الثبات التشريعي، ودور القانون الاحتياطي: يقصد بالدور الاحتياطي لقانون العقد بأنه اتفاق أطراف الرابطة العقدية على أن القانون الذي تقرره قواعد الإسناد بشأن الالتزامات العقدية لا محل له وأن دعت الحاجة إليه فإنما يكون ذلك فقط بصفة احتياطية لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه، ويجد أساسه في أمرين: الأمر الأول: وجود قواعد موضوعية أو مادية خاصة من قبل الوسط التجاري الدولي، مما جعل اللجوء للقوانين الوطنية ثانوياً، أما الأمر الثاني: وجود ما يسمى بالعقود النموذجية والتي قلصت دور قانون الإرادة وأصبح دوره احتياطياً^(٢).

ويمكن الفرق بين شرط الثبات التشريعي والدور الاحتياطي للقانون؛ في أن اتفاق الأطراف على قانون عقد احتياطي لا علاقة له بالتعديلات التشريعية الذي تجرى على قانون العقد فهو ضمان من نوع خاص، والقاضي الوطني أو المحكم عند نظر النزاع ينظر للعقد وليس لقانونه؛ أما شرط الثبات التشريعي فإنه يستهدف ذات

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٢) علي ماجد، العقد النموذجي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ص ٢٠٠٩م، ص ٩.

التعديلات ولا علاقة له بقانون العقد والذي يحكم العقد هو القانون النافذ وقت التعاقد^(١).

رابعاً: التمييز بين شرط الجمود التشريعي، واندماج القانون في العقد :

يعرف الاندماج القانوني للعقد بأنه "نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط أو حكماً تعاقدي، لا تكون له إلا قوة وقيمة شروط أو بنود العقد، بحيث يكون للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية ويفقد بالتالي صفته كقانون"^(٢).

ويستند إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يخول المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد، ويرتفع بها فوق القانون المختار نفسه، بحيث تندمج أحكامه في العقد، والتي يملك الأطراف الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بالصفة الآمرة نتيجة نزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، مما يترتب عليه تجريد هذا القانون من سلطانه وطابعه القاعدي الملزم ويضفي عليه الطابع التعاقدي؛ إذ إن مقتضى الاندماج أن تنزل أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية^(٣).

وهذا ما يسمح لأطراف العلاقة العقدية باستبعاد القواعد القانونية الآمرة، ويشترط لتحقيق اندماج القانون في العقد إرادة الأطراف الصريحة؛ فالسكوت عن تعيين

(١) د. ناريمان جميل نعمة النعماني، أثر شرط الثبات التشريعي على نظرية العقد في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، العراق، مج ١٦، ع ٥٧، س ٢٠٢٣م، ص ٢٦٤.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، (مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠٠١م، ص ٣٤٧.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ٧٤.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

وتحديد القانون الواجب التطبيق يمنع تصور الاندماج، وبالتالي فنكون أمام قانون القاضي الوطني أو المُحكم وليس أمام قانون الإرادة^(١).

ويكمن الفرق بين اندماج القانون في العقد وشرط الجمود التشريعي في أن الأول يؤدي إلى تحويل قانون العقد إلى شرط من الشروط العقدية، وهذا غير متحقق في شرط الجمود التشريعي، بينما الثبات، كونه لا يؤدي إلى نفي الصفة القانونية لقانون العقد فالقاضي يطبقه بوصفه قانوناً لا شرطاً.

كما أن الاندماج يترتب عليه تجميد قانون العقد زمنياً، إذ لا تسري عليه التعديلات التشريعية، حتى لو اتسمت بالصفة المكملية، أما شرط الجمود والثبات والاستقرار التشريعي فلا يؤثر فيه ما يصدر من تعديل لقانون العقد بأحكام تنسم بالصفة المكملية أو المفسرة^(٢).

وأيضاً يكمن الفرق في مصدر كلا من الاندماج والثبات التشريعي، فمصدر الاندماج يكون إرادة أطراف العلاقة العقدية الصريحة حصراً؛ بينما مصدر شرط الثبات التشريعي التشريع بالإضافة إلى إرادة الأطراف، ويمكن أن تستخلصه المحكمة

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنه للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون مع إشارة خاصة لموقف المشرع المصري سواء في التقنين المدني أو قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء التطورات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س ٢٠٠١م، ص ١٣٢.

(٢) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س ٢٠٠٦م، ص ٢٣٦.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

من الوقائع وظروف التعاقد بإرادة الأطراف تختار القانون وقت التعاقد ويقوم القاضي أو المحكم بإظهار إرادة الأطراف^(١).

ويهدف شرط الاندماج إلى تحقيق الكفاية الذاتية للعقد، فيدرج فيه مجموعة من الأحكام عند تحريره أو يتم ذلك بإعادة الصياغة المادية لإحكام القانون المرغوب فيه أو الاكتفاء بالإحالة، إلى قواعد ذلك القانون، خصوصا فيما إذا كان ذلك القانون يعد أكثر توافقا وتناسبا مع طبيعة التصرف^(٢)، أما بالنسبة لشرط الثبات التشريعي فههدف إدراجه ليس تحقيق الكفاية الذاتية للعقد، وإنما طمأننة المستثمر الأجنبي بعدم قيام الدولة بإجراء تعديلات جوهرية تمس جوهر قانون العقد.

المطلب الثاني

مدى صحة ادراج شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

تمهيد وتقسيم

اختلف الفقهاء حول صحة هذا الشرط في عقود الاستثمارات الأجنبية بين مؤيد ومعارض بين ذهب اتجاه وسط يعمل على التوفيق بين إرادة الأطراف وحريتهم في ادراج شروطهم العقدية وبين سلطة الدولة التشريعية المنبثقة من سيادتها المطلقة، وذلك في سبيل تحقيق نوع من توازن المصالح، بالإضافة الى شرط الجمود التشريعي أو الثبات التشريعي له أنواع مختلفة فمن الممكن ان تكون شروط اتفاقية ناتجة بناء على إرادة الأطراف أو واردة في الاتفاقيات الدولية، وأيضا من الممكن ان تكون

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ٣١١.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، دار الثقافة، القاهرة، س٢٠٠٥م، ص ٥٦.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

شروط تشريعية منصوص عليها في التشريع، وبناء عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول صحة شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: الأنواع المختلفة لشرط الجمود التشريعي.

الفرع الأول

الخلاف الفقهي حول صحة شرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

اختلف الفقهاء حول صحة شرط إدراج شرط الجمود أو الثبات التشريعي إلى اتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد لصحة هذا الشرط في عقود الاستثمار الأجنبية: حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى أن الاتفاق على شرط الجمود الزمني للتشريع في العقود الأجنبية وبصفة خاصة المبرمة بين الدولة المضيفة والشركات الأجنبية شرطاً صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره وهي عدم إمكانية قيام الدولة المضيفة بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة أو تغيير القانون المُنظم للعقد ما لم ينص فيه صراحة على خلاف ذلك، وذلك إما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

أو تعديله، أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يسمح بذلك^(١)، ويستندوا في رأيهم إلى الحجج الآتية:

١- **نظرية الاندماج:** اعتبار هذا الشرط من القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر أو استنادا إلى نظرية العقد الدولي الطليق وهو العقد الذي يتسم بالاكتمال الذاتي وبالاستقلال عن سلطان القوانين الداخلية^(٢).

٢. **قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:** فترجع إلى فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد واعتبار أحكامه مجرد شروط تعاقدية فيجوز للإرادة الاتفاق على ما يخالفه، ويحاول هذا الاتجاه أن يضيف على هذا الشرط نوعاً من الاستقلالية والذاتية عن كل نظام قانوني وطني بشكل يقترب من بعض الشروط الأخرى المعمول بها في العقود التجارية الدولية، والتي تتمتع بقواعد قانونية تحكمها وتؤكد على صحتها كقاعدة صحة الدفع بالذهب المدرج في العقود الدولية، وقاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه وقياساً على ذلك فإن شرط الثبات يتمتع بذاتية واستقلالية عن كل نظام قانوني وطني.

(١) د. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س ٢٠١١م، ص ١٢٤.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠١٨م، ص ١٤٥.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

٣. **نظرية العدالة التعاقدية:** فمن العدل والمنطق أن يعلم المستثمر المتعاقد عند إبرامه للعقود الاستثمارية حقوقه والتزاماته، وأن يتأكد من القانون الذي يحكم هذا العقد؛ لذلك ليس من العدل أن يُعلق عقده على مستقبل مجهول، يجعل مركزه القانوني غير ثابت وغير مؤكد، فبالتالي تتعرض حقوقه والتزاماته للخطر والمجازفة، وهذا يتنافى مع مبادئ العدالة^(١).

٤. **نظرية الحفاظ على الحقوق المكتسبة:** فإذا صدر قانون جديد، فهو يسري على جميع التصرفات سواء تلك التي أبرمت قبل نفاذه، أم التي ستبرم بعده، بشرط أن لا يؤدي تطبيق القانون الجديد على التصرفات المبرمة قبل نفاذه إلى المساس بحق مكتسب، فإذا مس ذلك التطبيق حقاً مكتسباً، لا يطبق القانون الجديد، بل القانون القديم؛ وبما أن شرط الجمود التشريعي والمراكز القانونية التي تكونت في ظله تدخل في نطاق الحقوق المكتسبة، فإنه يجب تطبيق ذلك القانون، الذي أبرم في ظله العقد المتضمن للشرط ولتلك المراكز القانونية^(٢).

٥. **فكرة الأمان القانوني:** فمن دواعي الاستقرار القانوني، أن تلتزم الدولة المضيفة باحترام القانون الذي في ظله أبرم عقد الاستثمار، فإن نفذت هذا الالتزام، ولم تمس بالقانون الذي على أساسه وتنفيذا لأحكامه، قطعت العهد مع المستثمر، أضفت بذلك الاستقرار والأمان القانوني على التعاملات القانونية، ومن شأن هذا

(١) د. أبو بكر على محمد أمين، العدالة "مفهومها ومنطلقاتها" دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والإسلامي، دار الزمان، دمشق، ٢٠١٠م، ص ٢٢

(٢) د. بلحطاب بن حرز الله، الثبات التشريعي كمقوم مجسد للأمن القانوني، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، الجزائر، مج ٨، ع ٢٤، ٢٠٢٤، ص ٢٨٤.

الأمر أن يسهم في تطمين المستثمر، ليتعامل مع الدولة المضيفة عند إبرام العقد، بحسن النية، وبراحة نفسية كاملة^(١).

٦. مبدأ حسن النية في إبرام العقود وفي تنفيذها: فطبقاً لهذا المبدأ يلزم أن يكون طرفي العقد حسني النية في إبرام العقد وفي تنفيذه؛ فالدولة المضيفة عندما ترتضي بشرط الجمود التشريعي، عليها أن تكون ذات نية حسنة، ويرتبط إثبات هذه النية بمدى التزام الدولة بالشرط، فإذا نفذت الشرط أمكن القول إن النية الحسنة متحققة، أما إذا تعمدت الإخلال بالشرط، وشرعت في تعديل القانون المتجمد شرطاً، دون موجب أو مبرر، إضراراً بالمستثمر، جاز عد ذلك قرينة قانونية على عدم سلامة نيتها عند إبرام العقد، وما يترتب على ذلك من مسؤوليات قانونية.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى الانتقاد من عدة نواحي سوف نبينها على

النحو التالي

١- مصادرة حق الدولة في إجراء التعديلات التشريعية ومواكبة التطور القانوني والدخول فيما يسمى بالتحجر القانوني: لأن عقود الاستثمار تعدّ من العقود الزمنية طويلة المدة، وإنكار سلطة الدولة وحققها في إجراء التعديلات التشريعية نتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية يلزم الدولة باتباع سياسة التحجر القانوني، وهو ما يتنافى مع دور الدولة في تطوير القانون بما يتلاءم مع تغيير الظروف.

(١) د. يوسف عبيدات، الأمن القانوني ودوره في تحفيز الاستثمار، بحث منور في المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، بعنوان "التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار"، الكويت، س٢٠٢٠م، ص ٣٠٦.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

٢- عدم القياس على صحة إدراج شرط التحكيم على شرط الجمود الزمني للقاعدة القانونية فالاعتبارات التي دعت إلى الاعتراف باستقلال شرط التحكيم لا تتوافر في شرط الجمود التشريعي لاختلاف مجال كل منهما، إذ أن الهدف من تقرير استقلال اتفاق التحكيم هو تقرير اختصاص المحكم بالفصل في النزاع المطروح على الرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، في حين أن الهدف من القول باستقلال شرط الثبات التشريعي هو إثبات صحة هذا الشرط بمعزل عن أي نظام قانوني، ويترتب على القول باستقلال شرط الثبات أن يبقى هذا الشرط صحيحاً رغم انقضاء العقد أو فسخه وهذا غير ممكن لأن هذا الشرط يرتبط بالعقد وجوداً وعدمًا^(١).

الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض لإدراج شرط الاستقرار التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبية: عارض بعض الفقهاء فكرة إدراج شرط يتضمن عدم سريان التعديلات التشريعية في مواجهة العقد، وقرروا أن هذا الشرط حتى لو ذكر في العقد فهو غير صحيح، ولا يترتب أي آثار قانونية^(٢)، ويستندوا في رأيهم إلى الآتي:

١. **التعارض مع نظرية السيادة المطلقة للدولة،** فسيادتها تعطيها الحق في تشريع القوانين وتعديلها وتغييرها وتطبيقها على المشمولين بها، بينما يسلبها شرط الثبات التشريعي هذا الحق، ويمنعها من تعديل قوانينها وتغييرها أو تطبيقها على من تشملهم أحكامها؛ لذلك لا يجوز بناءً على اشتراط الجمود التشريعي أن تنتقص سيادة

(١) د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار "دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدولة العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر، عمان، س ٢٠١٤م، ص ٥٤.

(٢) د. خديجة عبد اللاوي، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع ٢٤، س ٢٠١٦م، ص ٩٠.

الدولة، وإنما يجب تفضيل السيادة وترجيحها، إذا تعارضت مع أي اشتراط كاشتراط الثبات التشريعي^(١).

حيث تعتبر نظرية السيادة الدولية المطلقة من أهم النظريات المتفق عليها في القانون الدولي تجيز للدولة أن تمارس اجراءات التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة بدون أية مسؤولية، فقد نصت الفقرة الرابعة من القرار ١٨٠٣ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٢ على أنه "يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على اسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأرجحيتها على المصالح الفردية أو الخاصة الاجنبية والوطنية، ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها، وفقا للقانون الدولي"، كما نصت الفقرة الثامنة على أنه "اتفاقات الاستثمار الأجنبي المبرمة بحرية من قبل أو بين الدول ذات السيادة يجب مراعاتها بحسن نية وعلى الدول والمنظمات الدولية الاحترام الدقيق لسيادة الدول والشعوب على مواردها وثرواتها الطبيعية وفقا للميثاق والمبادئ التي يتضمنها هذا القرار"^(٢).

كما تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها السادسة غير العادية، الاعلان بشأن إنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد وفقا للقرار رقم ٣٢٠، ولقد تضمن

(١) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، بحث منشور مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، ع ٣، س ٢٠١١م، ص ٩.

(2) Lider Bal, le mythe de la souveraineté en droit international: la souveraineté des états à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2012,P145.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

هذا الاعلان العديد من المبادئ ومن بينها مبدأ "حق كل دولة في السيادة الكاملة على مواردها الطبيعية وكل الانظمة الاقتصادية وتتمتع كل دولة بحق استغلال مواردها الطبيعية بالوسائل التي تراها ملائمة لها بما في ذلك حقها في التأميم"^(١).

ووفقا لهذا الشرط فلا يجوز للدولة أن تتنازل عن امتيازاتها كسلطة عامة، إلا أن هذا الاتجاه أيضا تعرض للانتقادات لأنه لا يمكن رفض القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي أو الاستقرار، أو الأمن القانوني من خلال تعهد الدولة بعدم المساس بالعقد؛ فالدولة والشركات الأجنبية عندما تضمن في عقودها المبرمة بينها شرط الثبات التشريعي فهم يأخذونه بعين الاعتبار صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية^(٢).

ومن ناحية أخرى إن عدم صحة هذا الشرط يخالف مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية، فالدولة عندما توافق على تضمين شروط الثبات في عقودها مع المستثمر، مع إيمانها بأن هذه الشروط ليس لها أي أثر على ممارسة سلطاتها السيادية، فإنها بذلك تكون قد خالفت مبدأ حسن النية الذي هو الأصل في التصرفات القانونية؛ وفيما يتعلق بالادعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطاتها السيادية، فإن هذا القول إن كان يعد صحيحاً بالنظر إلى القانون الداخلي

(1) Yousfi Mohamed, le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles et la lutte des pays en développement pour contrôler les activités économiques menées sur leur territoire, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, N2, 1987, P198.

(2) د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ١٥١.

لهذه الدولة، فإنه لا يعد كذلك في القانون الدولي، فالدولة بإمكانها أن تحد من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها عن طريق المعاهدة وكذلك عن طريق العقد أيضاً^(١).

كما أن عقود الاستثمار لا تعد من العقود الدولية التقليدية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، كما أنه لا يمكن بقائها جامدة وثابتة من الناحية الزمنية مع عدم امكانية تعديلها، وبالتالي فإنه يتعين هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود، والذي يخول أحد أطراف العقد، بعد أن يجني كل الآثار النافعة من وراء هذا العقد رفض التفاوض والمناقشة مع الطرف الآخر لنصوص العقد؛ ولذا ولتقادي هذا الأثر المترتب على القوة الملزمة للعقود فإن عقود الدولة يجب أن تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس للقانون الدولي وذلك حتى تسري عليها كافة التعديلات والتغيرات السارية في القانون الوطني ويكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة^(٢).

الاتجاه الثالث: الاتجاه التوفيق بين الحرية التعاقدية وسيادة الدولة:

يحاول هذا الاتجاه الذي يتزعمه التوفيق بين فكرة الحرية التعاقدية وفكرة سيادة الدولة، فيميز هذا الاتجاه بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: إذا كان العقد يخضع للنظام القانوني الوطني للدولة

المتعاقدة، ومنه يستمد قوته، وبالتالي هو النظام الواجب التطبيق على العقد وهو

(١) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، (دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب الخاصة والتحكيم فيها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س٢٠٠٣م، ص ٤٥.

(2) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, Investor-state contracts, Host-state 'commitments' and the myth of stability in the international law, the American Review of international Arbitration, Vol. 24, No.3, 2013mp48.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

المختص بتحديد القيمة القانونية لشروط الثبات ومدى صحتها وآثارها، وبالتالي فإن التعديلات الجديدة للقانون تطبق بأثر فوري على العقد؛ إلا أنه في حالة خرق الدولة شروط الثبات التشريعي المدرجة في العقد تثار مسؤوليتها الدولية^(١).

الفرضية الثانية: إذا كان العقد خاضعا للقانون الدولي فإن هذا الأخير هو الذي يحدد القوة الملزمة لهذه الشروط ونطاق التزاماتها والآثار المترتبة على عدم احترامها من طرف الدولة، وباعتبار أن للدولة بعض الصلاحيات على مستوى القانون الدولي للعقود فإنها تكون مسؤولة مسؤولية دولية عند خرقها لالتزاماتها الدولية، فعدم احترام الدولة لشروط الاستقرار يترتب عنه المسؤولية الدولية للدولة تجاه الشخص المتعاقد معها، وبالتالي فإن شروط الاستقرار ذات قيمة قانونية ملزمة.

ومن أجل التوفيق بين الحق السيادي للدولة وحماية حقوق المستثمرين الأجانب يقترح غالبية الفقهاء اللجوء إلى إعادة التفاوض، فإذا كانت شروط الجمود التشريعي تدرج في إطار سيادة الدولة التشريعية، ويمكن للدولة الاعتماد عليها كضمانة إضافية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية للتنمية الاقتصادية، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، يمكن للدولة في مجال العلاقة العقدية^(٢).

ومن أجل منح المستثمرين الأجانب ضمانات عقدية، يمكن الاتفاق حول احترام المبادئ العامة عند تنفيذ التزام إعادة التفاوض، كما يمكن الاستفادة من

(١) د. حسام عناب، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، س٢٠١٧م، ص٥٤.

(2) LONCLE Jean-Marc, PHILIBERT-POLLEZ Damien, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », Revue de droit des affaires internationales, n°3, 2009, p 292.

الشروط المعمول بها في مجال القوة القاهرة التي تعتبر شرطاً لإعادة التفاوض في التجارة الدولية، مما سيسمح للأطراف المتعاقدة تحقيق تطابق العقد مع المعطيات الجديدة ومع تغير الظروف وبالتالي تسهيل عملية تنفيذ العقد^(١).

فقد أجاز بعض الفقهاء أن الدولة في سبيل تحقيق مصالحها الاقتصادية العامة لها الحق في التنازل عن جزء من سيادتها التشريعية في حدود ما تم الاتفاق عليه مع المستثمر الأجنبي، ومن ثم التزامها بإعمال هذا المبدأ على أساس موافقتها بالتنازل عن شكل من أشكال سيادتها التشريعية مقابل تحقيق مصالح اقتصادية أكثر أهمية، وهذا يعني أن إعمال هذا الشرط هو جزء من مصلحة الدول الوطنية كونها جزءاً من سياسة استقطاب رؤوس الأموال وحافزاً من حوافز الاستثمار في الدولة، ومن ثم يدرج ضمن قواعد النظام العام للدولة، فضلاً عن ذلك، لن يطبق هذا التنازل إلا على المتعاقدين الذي ما كان ليقرر الاستثمار في هذه الدولة لو كان يعلم بهذا التعديل التشريعي، لذلك ولضمان تدفق رؤوس الأموال إلى الدولة المتعاقدة، يجوز للدولة التنازل عن جزء من سيادتها التشريعية لصالح استقطاب هذه الأموال^(٢).

الرأي الذي ترجحه الباحثة: ترى الباحثة من خلال استقراء الاتجاهين السابقين أن شرط الثبات والاستقرار التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات الأجنبية يعد صحيحاً وجائزاً قانوناً ولا يعد إدراج مثل هذا النوع من الشرط تنازلاً من الدولة عن

(١) د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، "مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض"، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠٠٠م، ص ١٤٢.

(٢) د. شادي جامع، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة: وسيلة وقائية لتجنب منازعات الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، مج ٤٣، ع ٥٤، س ٢٠٢١م، ص ٤٩٠.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

سيادتها بل يعد إعمالاً للسيادة إذ أنها أدرجته بإرادتها المطلقة آخذة في الاعتبار المصلحة التي ستعود إليها من جراء اتخاذ هذا الشرط، إضافة إلى ذلك يعد إيراد هذا الشرط عامل جذب للاستثمار الذي نحن بأمس الحاجة إليه في مصر.

وتكمن الغاية من إدراج هذا الشرط في الحفاظ على التوازن العقدي الذي يعد حقاً للطرفين صانته القوانين والشرائع من خلال نظرية الظروف الطارئة، وما يجعل الشركات الأجنبية تحرص على إدراج هذه الشروط في عقودها مع الدولة المضيفة هو تعطيل نظرية الظروف الطارئة بحسبان أن الدولة تملك سلطة إصدار التشريعات التي يمكن أن تؤدي إلى قلب التوازن العقدي عندئذ لن تسعف المستثمر نظرية الظروف الطارئة، إذ أن الحدث المتمثل في إصدار أو تعديل التشريعات أمر متوقع لطرف متعاقد مع دولة تملك سلطة التشريع، فالعدالة تقتضي توافر وسيلة لحماية الطرف الأجنبي الذي يتكبد مبالغ طائلة لتمويل مشروعه الاستثماري؛ وفي رأينا تتمثل هذه الوسيلة بإيراد شرط الثبات في صورة شرط استعادة التوازن الاقتصادي الذي لا يغفل يد الدولة عن القيام بمهامها التشريعية سواء بإصدار التشريعات أو تعديلها، وفي الوقت ذاته يشكل ضماناً للمستثمر الأجنبي ويجعله يقدم على الاستثمار، بل ويشكل حافزاً له.

الفرع الثاني

الأنواع المختلفة لشرط الجمود التشريعي

ذهب جانب من الفقهاء إلى التمييز بين نوعين من شروط الجمود الزمني التشريعي حسب مصدرها، فإذا كان مصدر هذه الشروط الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة سميت بشروط الجمود الزمني التعاقدية، أو الاتفاقية إذا كان مصدرها الاتفاقيات الدولية، وإذا كان مصدرها التشريع الوطني للدولة المضيفة سميت بشروط الجمود التشريعية.

النوع الأول: الشروط الاتفاقية للجمود التشريعي: تتركز شروط الجمود التشريعية دوماً في الإبقاء على تطبيق القانون الذي أبرم العقد الاستثماري في ظلّه، أي يهدف إلى طمأنة المستثمر وتحقيق استقراره النفسي، من خلال الإبقاء على القانون القديم وتطبيقه على العقد المبرم بموجب.

أولاً: ورود شرط الجمود التشريعي ضمن العقد: ويظهر ذلك في العقود التي تكون الدولة طرف فيها بصفتها صاحبة سيادته، وينص صراحة على سريان القانون الوطني المنظم للعلاقة التعاقدية النافذ وقت إنشاء العقد على المتعاقد الأجنبي، فعند قيام الدولة بإجراء تعديلات تشريعية لاحقة قد تتسبب في ضرر بالمركز القانوني أو المالي لهذا للمستثمر فلا تسري على العقد دون موافقته^(١).

(١) د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم ضمن وقائع أعمال المؤتمر السنوي الحادي والعشرين

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

إلا أن بعض الفقهاء يروا عدم فاعلية هذا الشرط خاصة القاضي الوطني أثناء نظر النزاع يعمل على تكييف الواقعة القانونية في ضوء المصلحة العامة لدولته، وهنا سنكون أمام تفسير موسع للموافقة الضمنية التي عبر عنها المتعاقد من خلال استمراره بالعمل في ظل سريان التشريع الجديد.

وأيضاً أن مبدأ سلطان الإرادة والذي يخول للأطراف في ما يضمنه عقدهم الحقوق والالتزامات التي اتجهت إليها إرادتهما؛ إلا أن هذا مشروط بعدم الاتفاق على مخالفة القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني؛ وحتى ما أيدته غرف التحكيم الدولية والتي تؤمن بعدالة حماية مصالح المستثمر التجارية ضد تعسف الحكومات الوطنية لمركزها القانوني حيث أقرت بحق الدولة في إجراء تعديلات على تشريعاتها الوطنية بما يناسب مصالحها القومية العامة من دون الالتفات إلى مصالح المستثمر في حال عدم احتواء العقد على ضمانات كافية للمستثمر يتم الاتفاق عليها في متن العقد^(١).

ثانياً: شرط الجمود التشريعي بموجب معاهدة دولية: حيث يثبت هذا الشرط استناداً إلى الاتفاقيات الدولية سواء أكانت جماعية أم ثنائية، فتتعهد بموجبها الدولة أو الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى، من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية، أو اتخاذ إجراءات من شأنها إلحاق الضرر بمصالح مستثمري

المعنون بالطاقة بين القانون والاقتصاد ٢٠، ٢١ / ٥ / ٢٠١٣م، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، ص ٦١٥ .

(١) د. سامي عبد الله، الاتجاه الحديث نحو خلق تنظيم موضوعي ينطبق مباشرة على العقد الدولي للحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص ٢٣.

باقي الدول الأعضاء العاملين في أراضيها؛ وبناء على ذلك ستكون أحكام القانون الدولي العام هي المنظمة والحامية لاستقرار الاستثمارات الأجنبية العاملة في أراضي الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية، فضلاً عن تقييد حرية الدولة المستضيفة للمشروع الاستثماري في التحكم بالعلاقة التي تربطها مع المستثمر الأجنبي على أساس قواعد السيادة الوطنية، وضمان اختصاص القضاء الدولي في تسوية أي منازعات قد تنشأ نتيجة هذا الاستثمار^(١).

ويجب لتطبيق هذا الشرط تمسك المستثمر الأجنبي بهذه النصوص، وتضمينها في العقد تأسيساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تسمية هذا النوع بالمظلة التشريعية للعقد الاستثماري، وهي تشير إلى شمولية الحماية المقررة لهذا الاتفاق بمظلة قواعد القانون الدولي العام؛ كما اطلق عليه البعض الآخر باسم شرط الحماية الاحتياطي، وهي تعني فرض قواعد قانونية دولية احتياطية تحمي المستثمر الأجنبي حينما لا تنجح القواعد الوطنية في تأمين هذه الحماية^(٢).

إلا أن هذا النوع تعرض للانتقاد من جانب بعض الفقهاء والتي تتعلق بقواعد القانون الدولي العام الذي تعد المعاهدات الدولية مصدر من مصادره، وما اذا كانت

^(١) EI SABAHY Christelle, «Clauses de stabilisation et d'intangibilité dans les contrats d'Etats entre les Etats de Moyen-Orient et les compagnies pétrolières et jurisprudence de l'OMC », mémoire de fin d'étude en sciences politiques, Institut d'études politiques, Université Lyon 2, 2013, p.20.

^(٢) A. F. M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends (June 24, 2008). Journal of World Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com abstract=1338053>, p. 121.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الدولة الطرف في العقد تأخذ بمبدأ وحدة القانون أم بمبدأ ازدواجية القانون، وبالتالي فالواقع العملي لتنفيذ شرط الجمود الزمني لقانون العقد يحتاج الى إجراءات خاصة لوضعها موضع التنفيذ الفعلي، ومنها مصادقة البرلمان التي قد تستغرق مدة زمنية تؤثر في المشروع وتكبد المتعاقد خسائر تقصر حقه على المطالبة بالتعويض قضائياً وفقاً لإجراءات قضائية قد تستغرق الوقت والإجراءات^(١).

النوع الثاني: الشروط التشريعية للجمود التشريعي: ويقصد به ورود نصوص قانونية ضمن القانون الوطني للدولة تنص على التزامها بعدم تعديل القانون النافذ المنظم للعلاقة التعاقدية وقت إنشاء العقد، أو العمل على إلغائه في مواجهة المشروع الاستثماري.

حيث يرى جانب من الفقهاء أن هذا النوع من الشروط هو الأكثر ضماناً للمتعاقد لأنها تعمل من خلال تجميد تطبيق النظام القانوني للدولة على المشروع العقدي وتحصينه من أي تعديل مستقبلي، وقد يكون هذا التجميد كلياً ومن الممكن أن يكون جزئياً، وكلاهما يختلف عن الآخر من حيث الطبيعة والأثر .

١- الجمود الكلي للتشريع: ويهدف إلى تجميد النظام القانوني الوطني في مجمله بمواجهة المتعاقد الأجنبي، ومن ثم تحصين الاتفاق الموقع بينه وبين الدولة المضيفة من تطبيق أي تعديلات تشريعية مستقبلية من دون موافقة المتعاقد، إذا كان من شأنها الإضرار بمصالح المتعاقد.

(١) د. رانيا جعفر، دور شرط الثبات التشريعي في تحقيق الأمان القانوني لأطراف عقد الاستثمار، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، مختبر البحث قانون الاعمال، ع٤٢، س٢٠١٩م، ص٨٤.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

وفي المقابل يحق للمستثمر طلب الإفادة من أي تعديلات تشريعية مستقبلية متى كانت في صالحه، وذلك من دون اشتراط موافقة الدولة المتعاقدة، كما في حالة تم تعديل التشريعات الوطنية لتخفف من قيمة ضريبة الدخل التي تدفعها المشروعات التجارية، وهذا بمثابة القانون الأفضل للمستثمر.

٢- الجمود الجزئي للتشريع: حيث يهدف إلى حماية المتعاقد الأجنبي من إعمال قواعد تشريعية معينة قد تنشأ في النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة من خلال حصر تطبيق التعديلات التشريعية التي ترد في مجال قانوني محدد، والتي قد تؤثر سلباً في حقوق المتعاقد الأجنبي أو واجباته

ويرى جانب من الفقهاء أن شروط الثبات التشريعية فيها ضمانات أكثر للمستثمر، مقارنة بالضمانات التي تتضمنها شروط الثبات التعاقدية؛ لأن شروط الثبات التعاقدية من الممكن الحكم بعدم قانونيتها ودستوريتها لمخالفتها قواعد آمرة لاحقة قد يقرها المشرع الوطني^(١).

(١) د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدولة العربية، دار الثقافة، ط١، س٢٠٠٩م، ص٥٤.

المبحث الثاني

الآثار القانونية لشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

تمهيد وتقسيم:

يشير تحويل وظيفة شروط الثبات التشريعي من وظيفة تؤدي الى تقييد ارادة الدولة وغل يدها عن المساس بعقد الاستثمار سواء تمثل هذا المساس في صورة إنهاء عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة أو تعديله أو سريان القواعد الجديدة عليه، إلى وظيفة مالية تشبه تلك التي يؤديها الشرط الجزائي.

كما أن يساعد شروط الثبات التشريعي في تحقيق الدور الهام الذي يلعبه بوصفه عاملا من عوامل جذب الاستثمار الأجنبي، فإغفال كل أثر قانوني لهذه الشروط قد تكون عاقبته وخيمة، فبالنسبة للسياسة التي تتبعها الدول النامية التي تهدف إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، فإن الدور الذي يؤديه الشرط في تحديد قيمة التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي، يساعد على تحقيق هذه السياسة، وسوف نوضح ماهية العقوبات شرط الجمود، بالإضافة الى بيان المسؤولية المترتبة على الاخلال بشرط الجمود التشريعي، وبناء عليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية عقوبات شرط جمود قانون العقد.

المطلب الثاني: ماهية المسؤولية المترتبة عن الاخلال بشرط الجمود التشريعي.

المطلب الأول

ماهية عقبات شرط جمود قانون العقد

تمهيد وتقسيم:

إن جوهر شرط الثبات التشريعي هو إعطاء الأطراف المتعاقدة الحق في تحديد سريان التعديلات التشريعية التي طرأت على قانون الإرادة على عقدهم من عدمه، لكن مبدأ سلطان الإرادة يتضمن فضلاً عن الحق في اختيار القانون حقهم في استبعاد تطبيق أحكامه الجديدة التي لم تكن قائمة وقت إبرام العقد، وبالتالي يلزم أن نوضح عقبات اعمال هذا الشرط من خلال بيان التكييف القانوني لهذا الشرط، والاشكاليات التي يسببها هذا الشرط، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات

الأجنبية

الفرع الثاني: الإشكالية القانونية التي يثيرها شرط الجمود الزمني قانون

العقد

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لشرط الجمود التشريعي في عقود الاستثمارات الأجنبية

اختلف الفقهاء حول بيان التكييف القانوني لشرط الجمود التشريعي إلى اتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: اعتبار شرط الجمود التشريعي من الشروط التوفيقية بقوة سريان القانون الجديد، بمعنى أن شرط الجمود التشريعي ما هو إلا استثناء لمبدأ الأثر الفوري لتطبيق القانون الجديد: حيث يرى هذا الرأي أن شرط الجمود التشريعي لقانون العقد أثر توقيفي بقوة سريانه على قانون العقد في تعديلاته اللاحقة بمعنى في حالة اتفاق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون، بل يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد، فهي تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني^(١).

وأن هذا الشرط إلا استثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقانون فكل تشريع جديد يطبق فوراً منذ تاريخ سريانه أي وقت نفاذه فيحدث آثاره مباشرة على كل الوقائع والأشخاص المخاطبين به على الحالات التي وقعت عقب نفاذه بصفة فورية ومباشرة فالقانون الجديد يصدر ويطبق على المستقبل لا على الماضي، أما ما حدث من

(١) د. كسال سامية زايدي، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذج"، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيري وزو، الجزائر، ع ٣، س ٢٠١٦م، ص ٥٨

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

وقائع وتصرفات قبل صدور القانون الجديد فلا شأن للأخير به بل يظل محكوماً بالقانون الذي نشأت تلك الوقائع والتصرفات في ظله، وهذا ما يعبر عنه بأن القانون ليس له أثر رجعي^(١).

كما يمكن تحقق الأثر التوقيفي حتى بالنسبة لشروط الثبات التي يكون مصدرها اتفاق الأطراف وأثره يكون من عمل الأطراف قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض إسناداً زمنياً إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد وهي تعطي الحرية للأطراف بأن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائماً اخذ مضمون ذلك القانون بالاعتبار^(٢).

وبالتالي فالاستثناء المتضمن استمرارية نفاذ أحكام القانون القديم على الرغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الاستثمار الأجنبية استثناء قائماً بموجب النص الصريح للمشرع الذي يملك سلطة وضع القيود على المبادئ العامة كلما رأى في تلك القيود تحقيقاً للمصلحة العامة، وعليه فإن شرط الثبات الزمني للقانون ليس في حقيقة الأمر إلا استثناء عن مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد، وبهذا فقط تتحدد طبيعته القانونية مما يجعل الاتفاق المتعلق بهذا الشرط متسقاً مع الاستثناءات التي قال بها

(١) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص ٨.

(٢) د. إسماعيل عبد النبي عبد الجواد شاهين، ضوابط مبدأ رجعية القوانين، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٢٣.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

فقه النظرية الحديثة بشأن هذا المبدأ، على خلاف النظرية التقليدية القائمة على ما يعرف بالحق المكتسب^(١).

ويقوم هذا الشرط على أساس أنه ليس من المنطق أن يرتبط المستثمر بعلاقة استثمار مع الدولة في ظل قانون معين يسرى على جميع مراحل الاستثمار، ثم يعدّل هذا القانون، أو يلغى فجأة وتجبره الدولة على الالتزام بقواعد القانون الجديد^(٢).

فالأمن القانوني لا يرتبط بقواعد القانون السارية فقط، وإنما بتحسينها من التغيير المفاجئ، وهذا ما يحقق الاستقرار القانوني الذي يكفل جذب رؤوس الأموال لتنشيط حركة الاستثمار الأمر الذي ينعكس بالنتيجة على التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة^(٣).

الاتجاه الثاني: اعتبار شرط الجمود التشريعي ضمن الشروط التحويلية لطبيعة قانون العقد، بمعنى أن شرط تجميد قانون العقد ما هو الا إدماج لنصوص القانون في عقد الاستثمار: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعديلات التي تطرأ على القانون واجب التطبيق بعد إبرام العقد، لا تسري عليه بالنظر إلى أن ذلك القانون

(١) د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س٢٠٠٥م، ص٢٨٨.

(٢) د. أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي في تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الجزائر، مج ٢، ع ٥٤، س٢٠١٧م، ص٥٣٢.

(٣) د. يوسف زروق؛ د. رقاب عبد القادر، ضمانات وحواجز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق قانون ١٦-٩ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ع ٨، س٢٠١٧م، ص١٠٢.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

يندمج في العقد، ويصبح عبارة عن شرط تعاقدى كباقي شروط العقد أو بنوده، ويفهم من ذلك أن شرط جمود قانون العقد هو شرط يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المتعاقدة في عقد الاستثمار، فتنحول قواعده إلى مجرد بنود في ذلك العقد وتفقد بالتالي طبيعتها المعيارية^(١).

ويصفها بعض الفقهاء بالشروط التحويلية لطبيعة القانون وكل امتداد لمبدأ راسخ في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة والاستثمار هو مبدأ سلطان الإرادة، وبهذا فإن التعديلات أو الإلغاءات التي قد تطرأ على القانون لا تسري على العقد ذلك أن قواعد القانون لم تعد متصفة بالصفة المعيارية التي فقدتها بمجرد اختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة كقواعد تحكم العقد المجسد للمشروع الاستثماري المنجز^(٢).

إلا أن بعض الفقهاء انتقد هذا الاتجاه وقرروا أنه لا يصلح إلا بصدد الشروط التعاقدية أو الاتفاقية للثبات التشريعي، إذ أن الأطراف المتعاقدة تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق وإدماجه في العقد بناء على إرادة صريحة، أما إذا تم تحديد ذلك القانون من قبل القاضي حال غياب إرادة الأطراف، فلا تتوافر فكرة الاندماج والطبيعة التحويلية للتجميد.

(١) د. رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، القاهرة، س ٢٠١٢، ص ٥٨.

(٢) د. على خالد قطيشات، شروط الثبات التشريعي بين جدلية التجسيد للأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الأردني، بحث في مجلة الإدارة والقيادة الإسلامية، الأردن، مج ٦، ع ٢٤، س ٢٠٢١م، ص ١٤٢.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الرأي الذي ترجحه الباحثة: أنه وعلى الرغم من الاختلاف الفقهي حول بيان التكييف القانوني وكل اتجاه له أسانيده ومبرراته؛ إلا أن الباحثة تعتقد أمام هذا الاختلاف أن هذا شرط التجميد الزمني لقانون العقد ما هو إلا الاستثناء عن مبدأ الأثر الفوري للقانون فالاستمرار في تطبيق القانون القديم هو استثناء عن مبدأ الأثر الفوري للقانون وهكذا يستمر المستثمر في الاستفادة من المزايا الممنوحة له بموجب القانون القديم، وأن تحقق هذا الأثر الاستثنائي لهذا الشرط يتطلب توافر شرط أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد متصلة بالنظام العام^(١)، أما إذا كانت قواعد القانون الجديد، من القواعد القانونية المكملة فإنها تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، وبالتالي لا يعد تجميد قانون العقد من قبل الأطراف، استثناء لمبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد^(٢).

(١) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)،

دار الكتب القانونية، س ٢٠٠٦م، ص ١٥.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، القاهرة، س ٢٠٠٠م،

الفرع الأول

الإشكاليات القانونية التي يثيرها شرط الثبات التشريعي

يثير إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي العديد من الإشكاليات القانونية، منها ماهية السلطة التي تملك الحق القانوني في تقييد سلطة الدولة بتعديل قانون العقد، وفرض نوع من التجميد والاستقرار الزمني لقانون العقد مدة نفاذ المشروع.

أولاً: القيمة القانونية لشرط التجميد الزمني لقانون العقد: فمن المعلوم أن القانون الدولي يمنح الحق لكل دولة من الدول التدخل لحماية مواطنيها في حالة الاعتداء على حقوقهم سواء أكان هذا الحق مقرر بموجب القانون الوطني للدولة المنسوب إليها الإخلال أو في القانون الدولي، إذ تنقرر مسؤولية الدولة المتعاقدة إذا تعهدت تجاه دولة أخرى بموجب معاهدة دولية بإضفاء حقوق على مستثمري الدول الأعضاء وأخلت ببنود تلك المعاهدة، ويرجع أساس القيمة القانونية لشرط الثبات أو الجمود التشريعي إلى عدة نظريات^(١):

النظرية الأولى: نظرية قدسية العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين: حيث يرى جانب من الفقهاء إن قاعدة قدسية العقد وعدم المساس به لا تقتصر فقط على المعاهدات الدولية، بل تمتد إلى العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، فإذا

(١) د. سميرة يعقوبات، شرط الثبات التشريعي النفطي بين مقتضيات الأمن القانوني وتغير ظروف التنفيذ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مج ١٤، ع ٣، ٢٠٢٢م، ص ٨٤.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

تعهدت دولة لمستثمر أجنبي باحترام التزامات عقدية معينة، فيجب عليها الوفاء بذلك؛ وبالتالي فشرط الثبات ذو المصدر الاتفاقي وفقا لهذا الرأي يجب على الدولة التقيد به، وأن أي إخلال يحرك مسؤوليتها وتتحمل التعويض عما أصاب المستثمر الأجنبي من ضرر، وما تحمله من أعباء مالية^(١).

أما بالنسبة لشرط الاستقرار التشريعي ذو الأصل التشريعي، فيرى بعض الفقهاء أن الدولة بإرادتها المنفردة لها الحق أن تعدل أو تلغي تشريعاتها الداخلية، ما دام لا يخالف أحكام القانون الدولي، ولا يُرتب مسؤوليتها، والسبب هو إن التشريعات الوطنية لا تمثل في الظروف الاعتيادية تعهدا دوليا، بحيث تلتزم الدولة بإبقائه على حاله للأبد ما لم توافق الدول الأخرى على التعديل^(٢).

النظرية الثانية: نظرية الحيلولة: حيث ذهب جانب آخر من الفقهاء الى ارجاع أساس قيمة الجمود التشريعي إلى تطبيق نظرية الحيلولة لأن هناك اتجاهاً قوياً يقصر نظرية الحيلولة على الحالة التي تتصرف فيها الدولة على عكس موقف تبنته على الصعيد الدولي وهذا ما لا ينطبق على تعهد الدولة بثبات قانون العقد، كما إن صدور القانون الداخلي المتضمن للإعفاءات لا يخلق للمخاطبين بأحكامه حقوقاً فردية، وإنما يضعهم في مركز تنظيمي يجوز تعديله بنفس الإرادة التشريعية التي صدر بموجبها، كما تتقرر إستحالة صدور قانون لاحق نافذ بخصوص العقد المبرم

(١) د. ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، مج ٨، ع ١٤، ص ٢٠٠م، ص ١٤٢.

(٢) د. لعماري وليد، الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ص ٢٠١٩م، ص ١٤٥.

بين الدولة والمستثمر الأجنبي ويسري على المزايا الممنوحة للأخير ويخل بالتوقعات المشروعة التي يحميها القانون لمن اعتمدوا على نص الإعفاء بحسن نية^(١).

وتستند نظرية الحيلولة إلى الإخلال بالتوقعات المشروعة للأطراف لأن المتعاقدين يفترض علمهم المسبق بأحكام القانون، كما أن المستثمر الأجنبي يبحث عن الثقة في التعامل وعن المناخ الاستثماري الآمن ففي حالة قيام الدولة بإجراء تعديلات على التشريع النافذ فإن ذلك يهدر الثقة.

النظرية الثالثة: نظرية الحفاظ على الحقوق: وتعنى أن الحق الذي يكتسبه الشخص في ظل وضع قانوني معين ينبغي عدم المساس به، إذا ما تغيرت الأوضاع القانونية التي تم بموجبها اكتساب ذلك الحق فإن النظرية على الصعيد الدولي تمنح الدول المضيفة للاستثمار الحرية الكاملة في تغيير أوضاع الأجانب على أرضها، بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم^(٢).

حيث يرى جانب من الفقهاء أن الحقوق المكتسبة تمثل المبدأ المستقر في التعاملات، ولا يمكن التجاوز عليها مهما كانت الأسباب بما فيها المصلحة العامة، ونعتقد أن شرط الثبات التشريعي يمثل أهم التطبيقات القانونية لنظرية الحقوق

(١) يقصد بنظرية أو مبدأ الحيلولة هو "عدم جواز وجود تناقض في مواقف أشخاص القانون الدولي، إذ يتمتع على الشخص أن يتعهد بأمر ويطالب الشخص الآخر بوضع آخر" مشار إليه لدى د. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٥٠، س ١٩٩٠م، ص ٦٨.

(٢) د. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)، بحث منشور مجلة الحقوق، ع ٣، س ١٩٩٩م، ص ٨٩.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

المكتسبة، ولا يحق للدولة التجاوز على الحقوق التي تم تقريرها للمستثمرين الأجانب بموجب القوانين النافذة ويبقى المستثمر يتمتع بالامتيازات المقررة بموجب القانون القديم، وخلاف ذلك يقرر مسؤولية الدولة تجاه الطرف الأجنبي وتلزم بالتعويض ويراعى وجود شرط الثبات عند تقدير التعويض.

وبهذا يمكن القول أن نظرية الحقوق المكتسبة من المبادئ العامة المستقرة في نطاق القانون الدولي، وأهم تطبيقاتها الجمود الزمني لقانون العقد لان المستثمر الأجنبي له الحق والضمان بموجب قانون نافذ وأصبح له حقا مكتسبا لا يجوز الاعتداء عليه ومصادرته، وبالتالي تلتزم به الدولة وتمتنع عن إجراء أي تعديل لقانون العقد لا يتناسب مع الاتفاق السابق وبما يتعارض مع مصلحة المستثمر الأجنبي وله آثار مالية في حالة الإخلال به.

ثانيا: ماهية السلطة المخولة بإدراج شرط الجمود الزمني لقانون العقد:
تنقسم تدخلات الدولة بشأن الحفاظ على عقود الاستثمارات الأجنبية وإجراء التعديلات التشريعية إلى نوعين على النحو التالي:

النوع الأول: ترك الامر للمتعاقدين وفقا لمبدأ الحفاظ على شريعة التعاقد وجذب الاستثمار الأجنبي للمشروعات الخاصة الدولية، ويقتصر دورها على الرقابة والإشراف، واتخاذ التدابير التي تكفل حركة هذه المشروعات واتفاقها مع سياستها

التشريعية والاقتصادية، ووفقا لهذا النوع لا تُسال الدولة عن هذه المشروعات بما فيها إدراج شرط الثبات التشريعي والالتزام به^(١).

النوع الثاني: في حالة تدخل الدولة في العلاقة التعاقدية ولا بد في هذا النوع التفارقة بين أمرين مختلفين تماما:

الأمر الأول: تدخل الدولة بصفتها الخاصة وليس السيادية كطرف في العقود الاستثمارية، بمعنى العقود التي تبرمها في نطاق القانون الخاص ومثل هذه العقود تخضع للمبادئ العامة في تنازع القوانين^(٢)، ولا تتمتع الدولة في ضوء ذلك بالحصانة القضائية فيما إذا ثار نزاع ورفع أمام قضاء دولة أجنبية أخرى^(٣).

الأمر الثاني: تدخل الدولة بصفتها دولة صاحبة سيادة أي باعتبارها شخص من اشخاص القانون العام أو بعبارة أخرى بوصفها سلطة عامة وتسمى العقود التي تبرمها الدولة في هذه الحالة عقود الدولة كما في عقود التنقيب عن البترول وامتنياز المرافق العامة، وتتمتع الدولة في هذا النوع من العقود بالحصانة القضائية، وترتبط بشروط الجمود الزمني لقانون العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية أو ما يطلق عليها عقود التنمية الاقتصادية أو الاستثمار فيمنع عليها ممارسة السلطة في تعديل القوانين، للحد من تخوف المستثمر على مشروعه من التأميم وغيره، ويشترط

(١) د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في القانون الدولي الخاص

والقانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س٢٠٠٥م، ص ١٨١

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق،

ص ٣٢٦.

(٣) د. هشام علي صادق، طبيعة الدفع بالحصانة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج ١١، ع ١، س ١٩٦٩م، ص ٣٢١.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

المستثمر الأجنبي للثبات التشريعي عند تعاقد مع الدولة والأجهزة العامة التابعة لها، لأنه شخص من أشخاص القانون الخاص، وحتى يعيد التوازن العقدي للعلاقة يلجا لذلك الشرط ويطمئن من ثبات الأنظمة القانونية^(١).

وتكمن الصعوبة في هذا النوع في حالة إبرام قيام جهاز تابع للدولة بالتعاقد، ومنح المستثمر الأجنبي ضمان الثبات والاستقرار التشريعي وإلزام الدولة به، وفي هذا الفرض يتفرع اتجاهين^(٢):

الاتجاه الأول: يرى إن عقود الدولة تمثل ما تبرمه الأخيرة بنفسها، أما العقود التي تبرمها الأجهزة والهيئات العامة التابعة لها، تدخل في ميدان عقود التجارة الدولية التقليدية، وهذا هو الاتجاه المضيق لنفاذ شرط الثبات، إذ إن الشرط الذي تتعهد به هذه الأجهزة غير ملزم للدولة، ولها أن تصدر التعديلات التشريعية خلافا لما التزمت به المشروعات العامة^(٣)، وهذا الاتجاه الذي يقصر التزام الدولة بشرط الاستقرار أو الثبات التشريعي على العقود التي تبرمها بنفسها لا يمكن التسليم به، واعتماده كمعيار في تحديد مسؤولية الدولة عن شرط الثبات التشريعي، لأن الدولة في جميع الأحوال لا تستطيع القيام بجميع العلاقات العقدية الدولية وبالخصوص الاستثمار الأجنبي

(١) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية ماهية العقد الدولي وتطبيقاته، مفاوضات العقد، إبرامه مضمونه وأثاره القضائية، الصياغة والجوانب الفقهية والائتمانية الالكترونية، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، س ٢٠٠٩م، ص ١٣.

(٢) د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، س ٢٠٠٨م، ص ٣٠٢.

(٣) د. فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، بحث المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣، ١٩٦٥م، ص ٣٩.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثناعشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

بنفسها، وتلجأ للتعاقد عن طريق الأجهزة التابعة لها، وبما أنها مستفيدة وتحقق المصلحة العامة تلتزم بالتجميد الزمني لقانون العقد الذي تدرجه الأجهزة التابعة لها في عقد الاستثمار الأجنبي^(١).

الاتجاه الثاني: أن الدولة وفق هذا الاتجاه تعد ملتزمة بشرط الثبات الممنوح منها ومن الأجهزة التابعة استناداً إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥م، فحيث نصت المادة (١/٢٥) على أن "١- يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز..."، وبالتالي فعقود الدولة تشمل العقود المبرمة من قبل الدولة والأجهزة والمشروعات العامة التابعة لها، وما تتعهد به هذه الأجهزة من شروط و ضمانات تلتزم به الدولة، فالاتفاقية لم تنقيد فقط بالمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وإنما تنظر المنازعات التي تكون أحد أطرافها هيئة أو جهاز تحدده الدولة أمامها^(٢).

الاتجاه الذي ترجحه الباحثة: أن الدولة مسؤولة بصفه أصلية عن تعهدات الهيئات العامة التابعة لها وبالاخص تعهداتها بثبات وتجميد قانون العقد، وهذا من وجهة نظر الباحثة هو الانسب لتفسير إدراج شرط الجمود والثبات التشريعي من قبل الأجهزة والهيئات العامة التابعة للدولة في عقود الاستثمار الأجنبي وعدم السماح لادعاء الدولة بعدم تبعية تلك الأجهزة وتغيير أو تعديل قانون العقد بما لا يتناسب مع

(١) د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تنشأ بشأنه"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٣٢.

(٢) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ١٩.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

مصلحة المستثمر الأجنبي، وبالتالي فإن السلطة المخولة بمنح ضمان الجمود التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي تتمثل بالدولة وجميع الأجهزة والهيئات العامة التابعة لها.

المطلب الثاني

ماهية المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الجمود التشريعي

تمهيد وتقسيم

قد تقوم الدولة بإجراء تعديلات على قانون العقد على الرغم من وجود ضمان بالثبات التشريعي للقانون الواجب التطبيق على العقد، بالإضافة إلى التعرض للالتزامات الواردة في العقد مما يخل بمبدأ التوازن العقدي، وبهذا يتعين ان نبين ماهية القانون الواجب التطبيق على النزاعات الخاصة بالإخلال بهذا الشرط والجزاء المترتب على هذا الإخلال، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالإخلال بشرط الجمود التشريعي

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بشرط الجمود التشريعي

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالإخلال بشرط

الجمود التشريعي

لمعرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بإخلال الدولة بشرط الجمود التشريعي لقانون العقد والمدرج في العقد، لا بد أولاً التطرق الى بيان طبيعة المسؤولية تم تنتقل إلى القانون الواجب التطبيق وذلك على النحو التالي:

أولاً: طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بشرط الجمود التشريعي: تعد عقود الاستثمار من العقود الرضائية والتي تبني على رضا الأطراف، فالمستثمر الأجنبي كل ما يسعى اليه هو ضمان جمود زمنى لقانون العقد في اللحظة التي تم ابرام العقد فيها، وهذا لضمان مشروعه الاستثماري إلا أن هذا النوع من العقود تكون عادة طويلة المدى، والقانون الوطني للدولة بطبيعته هو قانون مرن قابل للتغيير في أي وقت وعلى حسب الظروف التي تحقق فيها المصلحة العامة للدولة، فعلى الرغم من وجود اتفاق بينهما وبين العقد أن تطرأ تغيرات وتعديلات قانونية في الدولة التي يمارس فيها استثماره تحمله مالم يكن يتوقعه في ظل الاوضاع التشريعية المختلفة عن تلك التي كانت سائدة اثناء ابرام العقد^(١).

وتلعب المصلحة العامة دور كبيراً في قيام الدولة بإجراءات قانونية، فالدولة التي تعوز على الاختصاص التشريعي تستطيع في أي وقت تعديل أو تغيير القانون

(١) د. أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س٢٠١٦، ص١٤٢.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الذي سبق وأن اتفقت مع متعاقدتها الخاص على تثبيته في لحظة إبرام العقد على الرغم من وجود اتفاق يمنع قيام الدولة بهذا الاجراء إلا أن العقد قد يكون معرض لذلك، ففي هذه الحالة تكون الدولة قد خرقت هذا الاتفاق بالرغم من وجود تعهدات سابقة تم تثبيت القانون الواجب التطبيق لحظة الإبرام ويكون هذا عادة اذا رأت الدولة ان هناك مصلحة عامة وبالتالي تكون الدولة قد أخلت بشروطها وخرقت قاعدة جوهرية في القانون الدولي وهي عدم احترام سلطان الإرادة^(١).

ويترتب على قيام الدولة بإجراء التعديلات بالمخالفة لما هو متفق عليه من ضمان تثبيت قانون العقد، مسؤولية دولية وهي المسؤولية العقدية وتختلف طبيعة المسؤولية باختلاف نية الدولة اتجاه المستثمر فالأصل أن شروط الجمود التشريعي هي شروط تعاقدية ترد في جلب العقد وبالتالي فان المسؤولية المترتبة عليها هي مسؤولية عقدية إلا أن طبيعة هذه المسؤولية تختلف باختلاف نية الدولة فيمكن تحديد جسامه أخطائها من خلال مبدأ حسن أو سوء النية للدولة علما أن حسن النية أمرا مفترض من أول الاتفاق مالم يثبت العكس كما لو لم تستهدف من خلالها بالشرط تحقيق مصلحة عامة أو استهدفت مركزا تعاقديا خاص بعينه دون باقي المراكز القانونية^(٢).

(١) د. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، مركز الصفا للطباعة، طنطا، س٢٠٠٣م، ص٥٤.

(٢) د. نجم الأحمد، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج٣٤، ع١، س٢٠١٨م، ص١٨٤.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق في حالة اخلال الدولة بشرط الجمود التشريعي: إن تحديد القانون الذي يحكم النزاع الناشئ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي نتيجة للإخلال بشرط الجمود الزمني لقانون العقد، يعد من الموضوعات المهمة والمعقدة.

١- تطبيق أحكام القانون الوطني على النزاع وذلك إما بناء على إرادة أطراف التعاقد أم بناء على الاتفاقيات الدولية.

أ- تطبيق قانون القاضي بناء على إرادة أطراف العلاقة التعاقدية: فمن المعروف أن الإرادة له دور كبير كضابط اسناد إلا أن الخلاف حول مدى إمكانية الاستناد إلى إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة الإخلال بشرط التجميد الزمني لقانون العقد، ويلزم أن نوضح أن للإرادة الأطراف أهمية كبيرة سواء في الاتفاق على شرط تجميد قانون العقد ومنع التعديلات التشريعية، ومن ناحية أخرى للإرادة دور كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة نشوء النزاع^(١).

ب - تطبيق قانون القاضي بناء على الاتفاقيات الدولية: فقد يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق وذلك بناء على اتفاقيات دولية مبرمة، حيث أشارت هذه الاتفاقيات إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لحل النزاعات التي تُثار بشأن ضمانات الاستثمار الأجنبي وأهمها ضمان الثبات التشريعي، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية روما للالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠م، ويتضح ذلك كما جاء في نص المادة (٣)

(١) د. إبراهيم احمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، س٢٠٠٧م، ص١٠١.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

من هذه الاتفاقية^(١)، وأيضا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥م، وذلك كما جاء في نص المادة (٤٢) منه^(٢).

٢. تطبيق أحكام القانون الدولي استنادا إلى فكرة تدويل العقد: حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى تطبيق أحكام القانون الدولي العام في حالة عدم اتفاق أطراف العلاقة على تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إذ تكون تلك العقود بحكم المعاهدات التي لا يجوز الإخلال بها، فالإرادة الضمنية لأطراف العقد ووجود شرط الجمود التشريعي وعدم أحقية الدولة في إجراء تعديلات تشريعية على العقد المبرم، فإن ذلك يعنى رغبة الأطراف في تدويل العقد^(٣).

كما أن وجهة نظر هذا الاتجاه يستند إلى أن تطبيق القاضي الوطني أو المحكم لقانون الدولة المتعاقدة يؤدي إلى تغيير قانون العقد بالإرادة المنفردة للدولة، وبما يخل بالتوازن العقدي ولا ينسجم مع مبدأ حياد القانون، ومن ناحية أخرى أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي لا يستطيع مواكبة العمليات المركبة والمعقدة

(١) حيث تنص المادة (١/٣) من الاتفاقية على "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، وهذا الاختيار يتعين أن يكون صريحا، ويجوز أن يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد ومن الظروف المحيطة به..."

(٢) حيث نصت المادة (١/٤٢) على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المتفق عليها من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على الموضوع"

(٣) د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، س ٢٠٠٠م، ص ١٢٨.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

التي تثيرها عقود الاستثمار، إذ شُرّع هذا القانون لتنظيم العمليات الداخلية، فلا يصلح لتنظيم التطور الحاصل في العلاقات الدولية^(١).

وترى الباحثة أن فكرة تدويل العقد تسعى لخلق نظام قانوني موضوعي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود والأدوات التي بواسطتها تجري المعاملات التجارية الدولية، وهذه القواعد تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته دون الاستناد إلى أي نظام قانوني آخر لاسيما الأنظمة القانونية الوطنية^(٢).

٣. تطبيق أحكام الأعراف الدولية والمبادئ العامة: إن إصرار الدولة الطرف في عقد الاستثمار الأجنبي على إجراء تعديلات تشريعية على قانونها الوطني أو إصدار قانون يعارض القانون المنظم للضمانات القانونية للمستثمرين، يؤدي إلى تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على النزاع، والتي درج عليها أصحاب الأعمال والتجارة بعيدا عن التشريعات الوطنية^(٣).

أما بالنسبة لصلاحيات الأعراف الدولية لحكم الإخلال باستقرار قانون العقد فقد تباينت آراء الفقه حولها، إذ إن الأعراف الدولية ليست قواعد قانونية بالمعنى المعروف تشريعيا وإنما هي ذات صفة اتفاقية أو تعاقدية تنال القوة الإلزامية لها من العقد، ولا

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) د. أحمد صادق القشيري، نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج ١٠، ع ١٠، ص ١٩٦٨م، ص ٦٩١.

(٣) د. صفوة أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٠٠٦م، ص ٢٤١.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

تسري أحكامها وآثارها إلا إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك صراحة وكتابة على الأخذ بها^(١).

ونستنتج مما تقدم أن أحكام الأعراف الدولية تعتبر بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي، وإن كانت لا تنتمي من حيث مصدرها إلى سلطة تأخذ شكل الدولة إلا أنها مع ذلك تتمتع بفاعلية القواعد القانونية، يمكن للقاضي والمحكم الدولي أن يستند إليه في حل النزاع الذي يثار بين الدولة والمستثمر الأجنبي بسبب إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي.

ويرى قسم من الفقه أن إدراج شرط الثبات التشريعي دليل على رغبة المستثمر الأجنبي في إقرار أهلية الاختصاص لمصلحة المبادئ العامة للقانون بحجة عدم قابلية العقد للخضوع لأي نظام قانوني وطني أو دولي، إذ إن إخضاع نزاع الثبات التشريعي للمبادئ العامة سيؤدي إلى خلق قواعد قانونية مستقلة عن الأنظمة القانونية الأخرى. إذ إن تلك القواعد تسمو على الأنظمة القانونية والتي تنفرع عنها قواعد أخرى تخرج إلى حيز التنفيذ تتولى الدول تبنيها وتضمينها في التشريعات الداخلية^(٢).

ومن كل ما تقدم نعتقد أن تطبيق أحكام الأعراف الدولية، والمبادئ العامة للقانون هو الأنسب والأقرب إلى واقع العلاقات الدولية وبالخصوص في نطاق عقود

(١) د. نرجس البكوري، تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإرادية، المغرب، ٢٤، س ٢٠١٢م، ص ١٤٢.

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقات التنمية الاقتصادية الدولية "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، س ٢٠٠٣م، ص ١٧٠.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

الاستثمار الأجنبي، إذ يفسح المجال أمام القاضي والمحكم الدولي في البحث عن الحل الأمثل والأكثر عدالة في تسوية النزاع حول شرط ثبات قانون العقد وعدم الاعتداد بالتعديلات التشريعية، كما أن المبادئ العامة يمكن أن تكون جزء من القوانين الوطنية وبالتالي لا يوجد مبرر قانوني يمنع اللجوء لها، إذ تمثل محل احترام والتزام من قبل الشركات الأجنبية الكبيرة والتي تحتاج إليها الدول النامية في تحقيق التنمية الاقتصادية واستغلال الموارد الطبيعية لما تملكه من رؤوس الأموال والخبرة العملية في مجال الاستثمار وبالخصوص في عمليات استخراج البترول وتصنيعه، فالمبادئ والأعراف الدولية التي تتوصل إليها التعاملات الدولية لا بد من الاستفادة منها والتقيد بها والاستناد إليها في حكم تقييد سلطة الدولة بإجراء تعديلات على قانون العقد وبالتالي تعد النظام القانوني الذي يحدد الجزاء لهذا الإخلال.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بشرط الثبات التشريعي

نظرا لما تتمتع به الدولة من سلطة وأحقية في إصدار التشريع، وفي ضوء هذا لا يستطيع المستثمر الأجنبي التمسك بالتنفيذ العيني لالتزام الدولة بثبات قانون العقد، ومنع سريان التعديلات التشريعية التي تجريها على قانون العقد، وحينئذ لا يكون أمامه إلا المطالبة بالتعويض واستغلال الأثر المالي لشرط الثبات في تقدير التعويض، فمسؤولية الدولة عن ثبات قانون العقد لا يمكن أن تنهض ما لم تتمتع

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

الدولة عن تنفيذ التزامها القانوني السلبي تجاه المستثمر الأجنبي المتمثل بعدم سريان التعديلات التشريعية الجديدة على قانون العقد^(١).

أولاً: التعويض عن الإخلال بشرط الثبات التشريعي: اتفق غالبية الفقهاء على مبدأ التعويض الكامل نتيجة لقيام مسؤولية الدولة لتحمل التبعة وإصلاح الضرر الذي لحق المستثمر الأجنبي من جراء التغيير في قانون العقد خلافاً لاتفاق أطراف العلاقة العقدية ولانتفاء أسباب عدم المسؤولية، فالمستثمر كأى متعاقد له حق المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب والأخير هو محل الاختلاف بين الفقه القانوني^(٢).

١- عناصر تعويض الإخلال بشرط الثبات : نصت المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري على أن "... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام"، وهذا ما أخذت بمبدأ التعويض مبادئ اليونيدروا فقد جاء في المادة (٧-٤-٢) أن "للدائن الحق في تعويض... عن الضرر الذي لحقه نتيجة لعدم التنفيذ ويتمثل هذا الضرر فيما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب..."^(٣).

(١) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٢) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص ٢٤١.

(٣) د. أمية علوان؛ د. محيي الدين إسماعيل علم الدين؛ د. محمد حسام محمود لطفى، مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠٠٩م، ص ٢٣٧

وبهذا فإن التعويض يتكون من عنصرين هما ما لحق المستثمر من خسارة وما فاتته من الكسب، فالقاضي أو المحكم الدولي عليه أن يراعي عند تقديره للتعويض ما لحق المستثمر الأجنبي من الخسارة نتيجة التعديل التشريعي الذي أجرته الدولة على قانون العقد، وما فاتته من كسب لو أن الدولة لم تقم بتلك التعديلات حتى نهاية المشروع.

في حين يرى بعض من الفقهاء إن المساس بالعقد المبرم مع المستثمر الأجنبي من المسائل التي على الأخير أن يضعها في توقعاته، فالدولة ملزمة بتحقيق أهداف اقتصادية ولذلك يتعين على المستثمر التنبؤ بالآثار المالية المترتبة على ممارسة الدولة لحقها في تعديل تشريعاتها المنظمة لضمانات الاستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ المساواة بين الأجانب والوطنيين.

الرأي الذي ترجحه الباحثة: ونعتقد بعدم دقة الرأي المتقدم، إذ نتفق مع ما يذهب إليه جانب من الفقه إن الالتزام بأداء التعويض منفصل عن الالتزام بمراعاة مبدأ المساواة، فإذا كان للدولة الحق في معاملة رعاياها على النحو الذي تراه فلا يجوز لها أن تهبط بحقوق المستثمر الأجنبي إلى الحد الأدنى والتأثير على حقه بعدم المساس بقانون العقد، والحصول على التعويض إذا سلمنا أن الدولة تتمتع بإمكانية إجراء تعديل في قانونها الوطني^(١)، فهذا لا يفرض على المستثمر تحمل نفقات وأضرار استخدامهما لحقها، إذ عليها أن تضع في حساباتها المالية إن الإخلال بالثبات التشريعي سيدخل عامل مهم في تقدير التعويض وتغيير أوصافه.

(١) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، س٢٠٠٢م، ص٦٧.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

٢. الدور الإيجابي لشرط الثبات التشريعي في تقدير التعويض: يذهب جانب من الفقهاء إلى اشتراط تسبب صدور القانون الجديد في زيادة الأعباء المالية للمستثمر الأجنبي بشكل يختل معه التوازن الاقتصادي للرابطة العقدية، وأن لا تنصرف إرادة الأطراف المتعاقدة ولا سيما المستثمر الأجنبي إلى التنازل عن التعويض، وفضلا عن الأسباب التي دفعت الدولة لعدم الالتزام بتعهداتها السابقة وقيامها بإصدار تشريعات جديدة، إذ يجب الالتزام بالثبات التشريعي المقرر من قبل المستثمر الأجنبي لتجنب تعديل النص القانوني الذي يحظر على الدولة التأميم وغيره من صور الإخلال بالتجميد الزمني لقانون العقد^(١).

وقد اختلف الفقهاء حول مقدار التعويض الممنوح للمستثمر الأجنبي تبعا للأساس القانوني الذي يُستند إليه في تقدير قيمة التعويض جزاء التغيير في التجميد الزمني لقانون العقد الى رأيين:

الرأي الأول: التعويض الجزئي مبني على اعتبارات اقتصادية، فالالتزام بدفع التعويض الكامل بصرف النظر عن إمكانية الدولة يعني إنهاء حق الدولة للقيام بالتصرفات القانونية التي تحقق المصلحة العامة، التعويض الجزئي مبني على اعتبارات اقتصادية، فالالتزام بدفع التعويض الكامل بصرف النظر عن إمكانية الدولة يعني إنهاء حق الدولة للقيام بالتصرفات القانونية التي تحقق المصلحة العامة^(٢).

^(١)Yves Derains and Richard H. Kreindler, Evaluation of Damages in international Arbitration, Dossiers, ICC institute of World Business law,p17.

^(٢) د. محمود فياض، دور شروط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق"، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

ونعتقد أن الدولة إذا كانت لا تستطيع دفع التعويض الكامل بسبب وجود شرط الثبات التشريعي فمن الأحرى ترك قانون العقد دون تعديل لحين انتهاء المشروع ويبقى المستثمر يتمتع بهذا الضمان.

الرأي الثاني: ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى ضرورة التعويض الكامل والمطابق تطابقا كاملا مع مصالح المستثمر الأجنبي التي تأثرت جراء الإخلال بالتعهدات السابقة للدولة، وغالبا ما تطابق خسارة المستثمر ما كسبته الدولة فعلا.

ويترتب على ذلك أنه في حالة قيام الدولة بالاعتداء على شرط الثبات التشريعي تستطيع المحكمة في حالة إصابة الطرف المتعاقد مع الدولة بأضرار من جراء العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة تجاه متعاقدتها الخاص وذلك في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة^(١).

كما أنه أصبح لزاما أن نبين أن شرط الجمود التشريعي له التأثير الكبير في زيادة مقدار التعويض ومنح المستثمر الأجنبي ضمانا يبين التزاحم بين مصالح الدولة وأهدافها باستغلال مواردها الطبيعية، وتحقيق أهداف اقتصادية وبين مصلحة المستثمر الأجنبي في التمتع بالثبات لقانون العقد^(٢).

(1) Katja Gehne & Romulo Brillo, stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment, Heft 143, 2017, p57.

(2) د. حفيظة السيد الحديد، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

وبذلك يستطيع القاضي أو المحكم الدولي أن يهتدي بالأثر المالي لهذا الشرط والاستفادة منه في زيادة التعويض عن الحالة التي لا يوجد فيها وكل ذلك يرتبط حسب ما نرى بالجهة المطالبة بالتعويض فكلما كانت الشركات الاستثمارية ذات نفوذ في التعاملات الدولية كلما كان مقدار التعويض أكبر^(١).

(١) د. غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص ١٨٥.

الخاتمة

يعتبر شرط الجمود الزمني لقانون العقد وسيلة ضمان وحماية للمستثمر الأجنبي المتعاقد فيتم ادراجه في العقد تخوفا من المخاطر التي تنجم عن التغييرات التشريعية التي تحصل داخل الدولة ومن ثم تؤثر بشكل كبير على العقود الاستثمارية نظرا لطبيعتها التي تتميز بطول المدى، أما القانون نفسه فيعتبر ذو طبيعة مرنة قابل للتغيير وفقا لمصلحة الدولة وسياساتها العامة وما تقتضيه كل مرحلة، لذا فإن المستثمر يحاول من خلال هذه الشروط تجميد دور الدولة بصفقتها ذات سيادة من تغيير القانون المحدد والذي يحكم العقد لحظة ابرامه.

فقد تناولنا بيان ماهية شرط الجمود التشريعي وصوره موضحا الخلاف القانوني حول مدى صحة ادراج هذا الشرط ما بين مؤيد لهذا الشرط ومعارضاً ورأى وسط توفيقى يجمع ما بين توازن بين إرادة الأطراف وسيادة الدولة التشريعية.

أما من ناحية الآثار القانونية لهذا الشرط وبيان الطبيعة القانونية لهذا الشرط ما بين اعتباره شرط توفيقى وبين شرط تحويلي، كما اوضحنا الأنواع المختلفة لهذا الشرط ما بين شرط اتفاقي سواء وارد في اتفاق الأطراف أم في الاتفاقيات الدولية، وما بين الشرط الوارد في التشريعات، وفي النهاية أوضحنا المسؤولية الناتجة عن الاخلال بهذا الشرط، وقد توصلنا في النهاية إلى العديد من النتائج والتوصيات منها على الآتي:

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

أولاً: النتائج

١. أن شرط الثبات التشريعي يعد تدبيراً احترازياً وعلامة من علامات الأمان القانوني والاطمئنان للمستقبل، وله دور مهم في تشجيع الاستثمار، حيث ظهر هذا الشرط كوسيلة لحماية المستثمر الأجنبي من تصرفات الدولة المضيفة، باعتبارها صاحبة السيادة وتفضيلها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمستثمر، فشرط الجمود التشريعي يعتبر وسيلة للمحافظة على التوازن الاقتصادي.

٢. تعددت صور شرط الثبات التشريعي ما بين شرط الجمود التشريعي والتي تهدف شرط تجميد وتثبيت التشريعات التي تطبق على العقد بالحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، وشرط عدم المساس والذي يحظر مساس الدولة المضيفة بالعقد سواء بتعديله أو إلغائه بإرادتها المنفردة، وشرط التعهد بعد التأميم والتي تتعهد الدولة المضيفة بعدم التأميم، وشرط التوافق، وشرط استعادة التوازن الاقتصادي.

٣. يختلف شرط الجمود التشريعي مع العديد من المصطلحات من بينها من شرط الضمان العقدي، ودور قانون العقد الاحتياطي، وشرط اندماج القانون في العقد وجميعها تنتهي في النهاية إلى حماية الطرف الأجنبي المستثمر.

٤. اختلف الفقهاء حول صحة هذا الشرط في عقود الاستثمارات الأجنبية بين مؤيد ومعارض بين ذهب اتجاه وسط يعمل على التوفيق بين إرادة الأطراف وحريتهم في ادراج شروطهم العقدية وبين سلطة الدولة التشريعية المنبثقة من سيادتها المطلقة، وذلك في سبيل تحقيق نوع من توازن المصالح.

٥- تعددت أنواع الجمود التشريعي وذلك على حسب مصدرها، فإذا كان مصدر هذه الشروط الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة سميت بشروط الجمود الزمني التعاقدية، أو الاتفاقية إذا كان مصدرها الاتفاقيات الدولية، وإذا كان مصدرها التشريع الوطني للدولة المضيفة سميت بشروط الجمود التشريعية.

٦. اختلف الفقهاء حول بيان الطبيعة القانونية لشرط الجمود التشريعي ما بين اعتبار شرط الجمود التشريعي من الشروط التوفيقية بقوة سريان القانون الجديد، بمعنى أن شرط الجمود التشريعي ما هو إلا استثناء لمبدأ الأثر الفوري لتطبيق القانون الجديد، وما بين اعتبار شرط الجمود التشريعي ضمن الشروط التحويلية لطبيعة قانون العقد، بمعنى أن شرط تجميد قانون العقد ما هو إلا إدماج لنصوص القانون في عقد الاستثمار.

٧. يثير إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي العديد من الإشكاليات القانونية، منها السلطة التي تملك الحق القانوني في تقييد سلطة الدولة بتعديل قانون العقد، وفرض نوع من التجميد والاستقرار الزمني لقانون العقد مدة نفاذ المشروع.

٨. إن تحديد القانون الذي يحكم النزاع الناشئ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي نتيجة للإخلال بشرط الجمود الزمني لقانون العقد، فقد يطبق أحكام القانون الوطني على النزاع وذلك إما بناء على إرادة أطراف التعاقد أم بناء على الاتفاقيات الدولية، أم تطبيق أحكام القانون الدولي استناداً إلى فكرة تدويل العقد، أم تطبيق أحكام الأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

٩- لا يستطيع المستثمر الأجنبي في حالة اخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي التمسك بالتنفيذ العيني لالتزام الدولة بثبات قانون العقد، ولا يكون أمام المستثمر الأجنبي إلا المطالبة بالتعويض واستغلال الأثر المالي لشرط الثبات في تقدير التعويض، فمسؤولية الدولة عن ثبات قانون العقد لا يمكن أن تنهض ما لم تمتنع الدولة عن تنفيذ التزامها القانوني السلبي تجاه المستثمر الأجنبي المتمثل بعدم سريان التعديلات التشريعية الجديدة على قانون العقد، كما أن الاخلال بمثل هذا الشرط من شأنه أن يخلف بيئة طاردة للمستثمر الاجنبي الذي عادة ما يكون متمتعاً بأهلية اقتصادية وقتية لا يقوى عليها الطرف الوطني.

١٠ . أنه في حالة قيام الدولة بالاعتداء على شرط الثبات التشريعي تستطيع المحكمة في حالة إصابة الطرف المتعاقد مع الدولة بأضرار من جراء العمل أن يقدر مسؤولية هذه الدولة لا على أساس القانون الدولي، وإنما على أساس انتهاك الالتزامات والتعهدات التعاقدية التي التزمت بها الدولة تجاه المستثمرين الأجانب، وذلك في اطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة.

ثانياً: التوصيات:

- ١- ضرورة تبني الدول استراتيجية استثمارية تتجسد من خلال سن المشرع لقوانين استثمار تتميز بالدقة والوضوح والاستقرار، وهو ما يسمح بتقادي التعديلات الكثيرة للقوانين التي تسبب تضارب النصوص ومناقضتها لبعضها في نفس المجال.
- ٢- ضرورة اهتمام الدول خاصة في عقود الدولة الاستثمارية بمرحلة التفاوض، وكذا مرحلة إعداد الاتفاقات والحرص على تضمين هذه الاتفاقات شرط الثبات

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

التشريعي حماية للمستثمر وشرط إعادة التفاوض للدولة المضيفة للاستثمار حفاظاً على التوازن العقدي لهذه الاتفاقات، وضرورة تشجيع الأبحاث المتعلقة بعقود الدولة وذلك لخدمة التنمية الاقتصادية.

٣. تفعيل الأمن الفضائي من خلال تعزيز دور القاضي في تحصين مبدأ عدم رجعية القوانين، والتصدي ومجابهة القرار الإدارية الصادرة عن الدولة بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة أو إحدى الهيئات التابعة لها، والتي تؤثر بشكل سلبي على المراكز القانونية للأشخاص والحقوق المكتسبة لهم في ظل القوانين السابقة، إضافة إلى تحميل هاته الهيئات المسؤولية في حال الإخلال بهذا المبدأ.

٤. منح شروط التوازن الاقتصادي بدلاً من شروط التجميد، ذلك أن شروط التوازن الاقتصادي أقل إعاقة للسلطة التشريعية للدولة لأنها لا تمنع الدولة المضيفة من سن قوانين جديدة بدلاً من ذلك، فهم فقط يضمنون دفع التعويضات للمستثمرين، لذلك ينظر إليها على أنها تخلق حالة مربحة للجانبين لأن الدول المضيفة يمكنها تغيير قوانينها وتطبيقها على جميع المستثمرين بينما يتم حماية المستثمرين من الآثار السلبية لهذه التغييرات من خلال التعويض.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

المراجع^(١)

أولاً: المراجع العامة

أبو بكر على محمد أمين: العدالة " مفهومها ومنطقاتها " دراسة في ضوء الفكر القانوني والسياسي الغربي والإسلامي"، دار الزمان، دمشق، ٢٠١٠م.

أحمد عبد الحميد عشوش: قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقات التنمية الاقتصادية الدولية "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، س٢٠٠٣م.

أحمد عبد الحميد عشوش؛ عمر أبو بكر باخشب: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة شباب الجامعة ، القاهرة ، س١٩٩٠م.

أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، (مفاوضات العقود الدولية . القانون واجب التطبيق وأزمته)، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠٠١م

أميرة جعفر شريف: تسوية المنازعات الاستثمارية "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س٢٠١٦م.

أميه علوان؛ محيي الدين إسماعيل علم الدين؛ محمد حسام محمود لطفى: مبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠٠٩م.

^(١) يتم ذكر المراجع مع الاحتفاظ بالألقاب ووفقاً للترتيب الأبجدي.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

رواء يونس محمود النجار: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، القاهرة، س٢٠١٢م.

سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، القاهرة، س٢٠٠٠م، ص٦٩٣

صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، س٢٠٠٦م.

صلاح الدين جمال الدين: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في القانون الدولي الخاص والقانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س٢٠٠٥م.

—: التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س٢٠٠٥م.

طرح البحور علي حسن فرج: تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، س٢٠٠٠م.
طلعت جياذ لجي الحديدي، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية، دار الحامد، الأردن، ط١، س٢٠٠٨م.

عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س٢٠٠٠م.

عبد العزيز محمد سرحان: نظرية الدولة في القانون الدولي والشرعية الإسلامية "مقارنة المفهوم الأخلاقي والفلسفي والديني والقانوني للدولة مع التطبيق على الأوضاع

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

العربية المعاصرة وتحديد المعيار الصحيح للإرهاب والجرائم الدولية وضوابط القاضي الطبيعي"، دار النهضة العربية، القاهرة، س١٩٩٦م.

محمد حسين منصور: العقود الدولية ماهية العقد الدولي وتطبيقاته، مفاوضات العقد، إبرامه مضمونه وأثاره القضائية، الصياغة والجوانب الفقهية والائتمانية الالكترونية، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، س٢٠٠٩م.

محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، (دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س٢٠٠٣م.

مدوح عبد الكريم: تنازع القوانين، دار الثقافة، القاهرة، س٢٠٠٥م.

ناصر عثمان محمد عثمان: ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدولة العربية، دار الثقافية، ط١، س٢٠٠٩م.

هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، س٢٠٠٨م.

هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي تثور بشأنه"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س٢٠٠٨م.

هشام علي صادق: القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنه للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون مع إشارة خاصة لموقف المشرع المصري سواء

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

فى التقنين المدنى أو قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م فى ضوء التطورات المعاصرة فى القانون الدولى الخاص، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، س ٢٠٠١م

ثانيا المراجع المتخصصة

أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولى الطليق بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، س ٢٠١٨م.

إسماعيل عبد النبى عبد الجواد شاهين: ضوابط مبدأ رجعية القوانين، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، دار النهضة، القاهرة، س ١٩٩٥م.

أشرف عبد العليم الرفاعى: التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فى قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، س ٢٠٠٦م.

بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار فى العلاقات الخاصة الدولية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س ٢٠٠٦م

حفيظة الحداد: العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س ٢٠٠٣م.

خالد كمال عكاشة: دور التحكيم فى فض منازعات عقود الاستثمار "دراسة مقارنة لبعض التشريعات فى الدولة العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن (ICSID)، دار الثقافة للنشر، عمان، س ٢٠١٤م.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

سامي عبد الله: الاتجاه الحديث نحو خلق تنظيم موضوعي ينطبق مباشرة على العقد الدولي الحلول الوضعية للعلاقات الخاصة الدولية، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول" دراسة معمقة تتضمن عرضاً تفصيلياً لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية واحكام محاكم التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع"، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠٠٧م

شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، "مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض"، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠٠٠م.

أحمد عبد الكريم سلامة: نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠١٨م.

محمد إبراهيم موسى: التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية، مركز الصفا للطباعة، طنطا، س٢٠٠٣م.

محمد فوزي حامد عبد القادر: شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية "دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي"، دار النهضة العربية، القاهرة، س٢٠١٨م.

محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، س٢٠٠٩م.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول
هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة
لحماية الأموال العربية في الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،
س٢٠٠٢م.

ثالثا: الرسائل العلمية

١- رسائل الماجستير

حسام عناب: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، رسالة ماجستير،
جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٧م.
علي ماجد: العقد النموذجي "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة
بابل، س٢٠٠٩م

مروة موفق مهدي: الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربية
للاستثمارات الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق،
س٢٠٠٧م.

٢- رسائل الدكتوراه

إبراهيم احمد سعيد زمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة
الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، س٢٠٠٧م.
عدلي محمد عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص
الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد،
تلمسان، الجزائر، س٢٠١١م.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

لعماري وليد: الاستقرار القانوني وآثره على الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، س ٢٠١٩م.

رابعاً: الأبحاث والمقالات العلمية

أحمد أبو الوفا: التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٥٠، س ١٩٩٠م.

أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي في تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الجزائر، مج ٢، ع ٥٤، س ٢٠١٧م.

أحمد صادق القشيري: نطاق وطبيعة القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج ١٠، ع ١٤، س ١٩٦٨م.

أحمد عبد الكريم سلامة: شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، ع ٥٤، س ١٩٨٩م.

إسماعيل نامق: شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورهما في جذب الاستثمارات الأجنبية "دراسة تحليلية مقارنة"، بحث منشور كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص، ع ٨، س ٢٠٢٠م.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

إقلاولي محمد: شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، بحث منشور في المجلة النقدية والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع ١٤، س ٢٠٠٦م.

بلحطاب بن حرز الله: الثبات التشريعي كمقوم مجسد للأمن القانوني، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، الجزائر، مج ٨، ع ٢٤، س ٢٠٢٤م.

جبايلي صبرينة: شرط الثبات التشريعي بين إضفاء الطبيعة الإدارية للعقد أو الغائها، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، مج ٢١، ع ٢٤، س ٢٠١٢م.

حديدي عنتر، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، بحث منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، ع ٢٤، مج ٢، س ٢٠١٧م.

حسين عيسى عبد الحسن: الضمانات العقدية للاستثمار "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بال، العراق، مج ١، ع ٢١، س ٢٠١٤م.

خالد محمد الجمعة: إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)، بحث منشور مجلة الحقوق، ع ٣، س ١٩٩٩م.

خديجة عبد اللاوي: الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، ع ٢، س ٢٠١٦م.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

رانيا جعفر: دور شرط الثبات التشريعي في تحقيق الأمان القانوني لأطراف عقد الاستثمار، بحث منشور في مجلة القانون والاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، مختبر البحث قانون الاعمال، ع٤٢، س٢٠١٩م.

رحمان أمينة؛ د. بوراي دليلة: إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار كآلية لاستقطاب المستثمر الأجنبي الى الجزائر، بحث مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، مج ٤، ع٢، ٢٠١٩م.

سميرة يعقوبات: شرط الثبات التشريعي النفطي بين مقتضيات الأمن القانوني وتغير ظروف التنفيذ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مج ١٤، ع٣، ٢٠٢٢م

شادي جامع: شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة: وسيلة وقائية لتجنب منازعات الاستثمار، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، مج٤٣، ع٥، س٢٠٢١م

طارق كاظم عجيل: القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، بحث منشور مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، العدد ٣، س٢٠١١م.

على خالد قطيشات: شروط الثبات التشريعي بين جدلية التجسيد للأمان القانوني ومصصلحة الدولة في قانون الاستثمار الأردني، بحث في مجلة الإدارة والقيادة الإسلامية، الأردن، مج٦، ع٢، س٢٠٢١م.

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر ٢٠٢٥ - الجزء الأول

غسان عبيد محمد المعمورين: شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مج ١، ع ٢٤، س ٢٠٠٩م.

فاطمة رحيم شعلان: دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية، العراق، س ٢٠١٧م

فؤاد رياض: مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، بحث المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣، ١٩٦٥ م .

فيصل بجي؛ نعمة العلمي: شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة دفاتر قانونية، المغرب، ع ١، ٢٠١٥م.

كسال سامية زايدي: دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذج"، بحث منشور في مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيري وزو، الجزائر، ع ٣، س ٢٠١٦م.

محمد طلعت الغنيمي: مقابل التأمين في القانون الدولي العام، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع ١، ٢، س ١٩٦١م.

محمود فياض: دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم ضمن وقائع أعمال المؤتمر السنوي الحادي والعشرين المعنون بالطاقة بين القانون والاقتصاد ٢٠، ٢١/٢٠١٣م، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

ناجى عبد المؤمن: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده فى عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، مج ٨، ع ١٤، س ٢٠٠٠م.

ناريمان جميل نعمة النعماني، أثر شرط الثبات التشريعي على نظرية العقد في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، العراق، مج ١٦، ع ٥٧٤، س ٢٠٢٣م

نجم الأحمد: شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، بحث منشور مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٣٤، ع ١٤، س ٢٠١٨م.

نرجس البكوري: تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإرادية، المغرب، ع ٢٤، س ٢٠١٢م.

هشام علي صادق: طبيعة الدفع بالحصانة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج ١١، ع ١٤، س ١٩٦٩م.

يوسف زروق؛ رقاب عبد القادر: ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق قانون ١٦-٩ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ع ٨، س ٢٠١٧م.

يوسف عبيدات: الأمن القانوني ودوره في تحفيز الاستثمار، بحث منشور في المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، بعنوان "التنظيم القانوني لتطوير الاستثمار"، الكويت، س ٢٠٢٠م.

خامسا: المراجع الأجنبية

A. F. M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends (June 24, 2008). Journal of World Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com abstract=1338053>.

EI SABAHY Christelle, «Clauses de stabilisation et d'intangibilité dans les contrats d'Etats entre les Etats de Moyen-Orient et les compagnies pétrolières et jurisprudence de l'OMC », mémoire de fin d'étude en sciences politiques, Institut d'études politiques, Université Lyon 2, 2013.

Katja Gehne & Romulo Brillo, stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment, Heft 143, 2017.

Lider Bal, le mythe de la souveraineté en droit international: la souveraineté des états à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international, thèse de doctorat en droit, Université de Strasbourg, 2012.

Lise Johnson & Oleksandr Volkov, Investor-state contracts, Host-state 'commitments' and the myth of stability in the international law, the American Review of international Arbitration, Vol. 24, No.3, 2013mp48.

LONCLE Jean-Marc, PHILIBERT-POLLEZ Damien, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », Revue de droit des affaires internationales, n°3, 2009.

٦ - قانون عقد الاستثمار الأجنبي بين التجميد والإطلاق

Yousfi Mohamed, le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles et la lutte des pays en développement pour contrôler les activités économiques menées sur leur territoire, Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, N2, 1987.

Yves Derains and Richard H. Kreindler, Evaluation of Damages in international Arbitration, Dossiers, ICC institute of World Business law.