مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

دراسة مقارنة

أ.م. د. ڕۆژان عبدالقادر دزەیی
قسم القانون، كلية القانون والعلاقات الدولية، الجامعة اللبنانية الفرنسية- أربيل- كوردستان العراق
Rojandizayee@yahoo.com

م.م محمد أشرف شيخو
قسم القانون، كلية القانون والعلاقات الدولية، الجامعة اللبنانية الفرنسية- أربيل- كوردستان العراق
m.ashraf@lfu.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠٢١/٤/١
القبول: ٢٠٢١/٥/٤
النشر: ربيع ٢٠٢١

الكلمات المفتاحية:
foreign investor, guarantee, contract, host country, condition, legislative, stability, investment

Doi:

10.25212/lfu.qzj.6.2.14

الملخص

تعتبر عقود الاستثمار على الصعيد الدولي من أهم وسائل التمويل للاستثمار في الدول النامية، والتفاوت في المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار يضفي على هذا العقد أهمية خاصة، فالدولة المضيفة إضافة إلى أنها شخص من أشخاص القانون العام الداخلي فإنها تُعدّ في الوقت ذاته شخص من أشخاص القانون الدولي العام، في حين أن المستثمر الأجنبي لا يُعدّ شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، وإنما هو شخص من أشخاص القانون الداخلي، وهذا ما يجعل المستثمر دائماً يسعى إلى وسائل وطرق تكفل له حماية حقوقه تجاه الدولة المضيفة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان. ويعتبر شرط الثبات التشريعي من أهم الوسائل التي تضمن للمستثمر تطبيق وسريان ذات التشريع الذي تم الاتفاق عليه لحظة إبرام العقد بعيداً عن التعديلات التي تقوم بها الدولة المضيفة أو حتى إصدار تشريعات جديدة من قبلها.
تمت دراسة هذا الموضوع في مبحثين، تناول الأول تعريف شرط الثبات التشريعي، وبيان صوره وأنواعه، في حين تناول الثاني التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي، وكذلك العوائق التي يمكن أن تعترضه.
وفي نهاية هذا البحث تمّ التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات، والتي من أهمها إيراد شرط الثبات التشريعي في صورة شرط استعادة التوازن الاقتصادي، لكي يحقق الغاية المقصودة منه.

1. المقدمة

لقد استقر الفقه على أن العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص تخضع بحسب الأصل لقانون الدولة المضيفة ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة العدل الدولية.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وعقود الاستثمار من الآليات المهمة التي تعتمد عليها الدولة المضيفة لتحقيق تنميتها الاقتصادية، والقيام بمثل هذه المشروعات يتطلب أموالاً هائلة وخبرات فنية عالية قد تعجز الدولة المضيفة عن القيام بها مما يجعلها تلجأ إلى التعاقد مع شركات أجنبية للقيام بمثل هذه المشروعات وهذه الأخيرة تقوم بضخ كميات كبيرة من أموالها لتمويل المشروع الاستثماري في الدولة المضيفة مما يجعلها تبحث عن وسائل تكفل لها حمايتها من سلطات الدولة السيادية، ولا سيما أن هذا النوع من العقود تستغرق مدداً طويلة مما يجعلها عرضة لحدوث اضطرابات في التوازن الاقتصادي للعقد. فتجد في شرط الثبات التشريعي ملاذاً آمناً، عليه فشرط الثبات التشريعي ما هو إلا وسيلة ظهرت لحماية المستثمر من تصرفات الدولة المضيفة.

1- أهمية البحث: تأتي أهمية هذا البحث في أنه يتناول جزءاً بسيطاً جداً من موضوع بالغ الأهمية ألا وهو موضوع الاستثمار الذي نحن في العراق عامة وفي إقليم كوردستان بشكل خاص في أمسّ الحاجة إليه إذا أخذنا بنظر الاعتبار انفتاح إقليم كوردستان على الدول المتقدمة وهو غني بثرواته المعدنية وفي الوقت ذاته يحتاج إلى المزيد من الإعمار وإلى التكنولوجيا ولا يستطيع بمفرده الاستفادة من الثروات العائدة له.

2- الهدف من البحث: يهدف هذا البحث إلى بيان دور شرط الثبات التشريعي في تحفيز وتشجيع المستثمر الأجنبي إذ أن عقود الاستثمار تعدّ عرضة لحدوث اضطرابات في التوازن الاقتصادي إذ أنها عقود طويلة المدة كما أن المشاريع الاستثمارية عادة تكون مشاريع ضخمة تكلف المستثمر مبالغ باهظة ومن حق المستثمر تأمين الحماية لاستثماراته والذي يعود في الوقت ذاته بالفائدة على الدولة المضيفة إذ يشكل عامل جذب للمستثمرين إلى أراضيها.

3- إشكالية البحث: تتمثل إشكالية البحث في إثارة العديد من التساؤلات من أهمها:

أ- ما هو شرط الثبات التشريعي وما هي أنواعه؟ وهل يمكن أن يرد مثل هذا الشرط في اتفاقات دولية؟
ب- ما المقصود بشرط استعادة التوازن الاقتصادي؟
ج- كيف يتم تكييف شرط الثبات التشريعي؟ وما مدى صحة هذا الشرط؟
د- ما هي العوائق التي يمكن أن تعترض شرط الثبات التشريعي؟ وغير ذلك من التساؤلات.

4-فرضية البحث: تنطلق الدراسة من فرضية مفادها وجود دور إيجابي لشرط الثبات التشريعي في عقود الدولة وما تنطوي عليه من نتائج تعكس ذلك.

5- نطاق البحث:
أن نطاق البحث يتحدد في بيان حكم شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

6- منهجية البحث: لغرض التحقق من صحة فرضية البحث ومحاولة الوصول الى الاستنتاجات المرجوة اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي وذلك بإيراد بعض التعاريف والمفاهيم وبعض الحقائق الثابتة، والمنهج التحليلي لكونه أكثر ملاءمة مع طبيعة البحث وذلك بعرض وتحليل آراء الفقه والباحثين في هذا الموضوع، وكذلك اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك لبيان نقاط الاختلاف والتوافق وبيان مدى تفوق أي من هذه التشريعات المقارنة على الأخرى. تتم دراسة هذا البحث في ضوء قانون الاستثمار العراقي رقم (13)لسنة 2006 وقانون الاستثمار في إقليم كوردستان رقم(4) لسنة 2006 والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وكذلك الإشارة إلى قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009، ونصوص القوانين المقارنة ذات الصلة كقانون ترقية الاستثمار الجزائري رقم (01/16) لسنة 2016. وغيره من القوانين المقارنة كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك.

7 -هيكلية البحث: بغية الوصول للنتائج المرجوة من هذا البحث فقد تم تقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، على الوجه الآتي:

المبحث الاول- ماهية شرط الثبات التشريعي

المطلب الاول- تعريف شرط الثبات التشريعي وبيان أنواعه

المطلب الثاني-صور شرط الثبات التشريعي

المبحث الثاني- التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي وعوائقه

المطلب الاول- التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي ومدى صحته

المطلب الثاني –عوائق شرط الثبات التشريعي

المبحث الأول-ماهية شرط الثبات التشريعي:

يتطلب البحث في ماهية شرط الثبات التشريعي القيام بتعريف هذا الشرط، وتحديد أنواعه وتمييزه عن غيره من الشروط، وبيان صوره التي جاءت نتيجة تطور هذا الشرط.وما إذا كانت قد تحققت الغاية منه والتي تتمثل بتوفير الحماية للمستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة، وهذا ما يتم بحثه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول - تعريف شرط الثبات التشريعي وبيان أنواعه

في هذا المطلب سنتناول تعريف شرط الثبات التشريعي ومن ثم بيان أنواعه وذلك كما يلي:

الفرع الأول- تعريف شرط الثبات التشريعي

ظهر شرط الثبات التشريعي كوسيلة لحماية المستثمر من تصرفات الدولة المضيفة. إذ أن هذه الأخيرة بوصفها صاحبة السلطة والسيادة تعطي الأفضلية لأهدافها المتعلقة بالمصلحة العامة على المصلحة الخاصة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للمستثمر في حال وجود أي تعارض بينهما مما يجعل المستثمر الأجنبي يلجأ الى إدراج هذا الشرط في عقده لتجنب الإضرار بمصالحه والإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، ولا سيما أن عقود الاستثمار من العقود الزمنية حيث يكون الوقت عنصراً أساسياً فيها، إضافة إلى أن الحاجة إلى استقرار الأوضاع القانونية ضرورة ماسة في هذه العقود.

بما أن الهدف من الاستثمار انتقال البضائع ورؤوس الأموال بين الدول، فإن ذلك يستلزم توفير الحماية لتلك الأموال والبضائع من تصرفات الدول الأجنبية تجاه التجار، وكانت الوسيلة المستخدمة في بادئ الأمر لتقديم الحماية للمستثمر هي تدخل دولة جنسية المستثمر 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 الثبات التشريعي في عقود الدولة، وظهر هذا الشرط في عقد Lena.Goldrefi.etds.Ltd 1925 المبرم مع حكومة الاتحاد السوفيتي إذ أن (البند 76 من العقد المذكور) ينص على أن "تلتزم الحكومة بعدم إجراء أي تعديل في الاتفاق بموجب أمر، أو قرار، أو أي إجراء فردي آخر إلا بموفقة الشركة". وكذلك اشتهر في عقود امتياز البترول في الشرق الاوسط وذلك بظهور النموذج الذي وضع نهاية للأزمة الآنكلو-إيرانية عام 1932 (المادة 21 من العقد المذكور) التي تنص على أن " هذا الامتياز لا يجوز إبطاله بواسطة الحكومة، كما لا يجوز تعديل البنود التي يتضمنها سواء بتشريع عام، أو خاص في المستقبل، أو بأي تدبير إداري أو بأي إجراء، أياً كان، من السلطات التنفيذية". (محمد عبد القادر،2018، ص 58-62).

وهناك تعريفات عدة لهذا الشرط، منها تعريفه بأنه : " 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" (د حفيظة السيد الحداد مشار إليه في غسان المعموري، 2015، ص170).

ويعرفه آخرون بأنه : ذلك الشرط الذي يتفق بموجبه المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق للعقد على العلاقة العقدية بين الطرفين أو تعويض هذا المستثمر الأجنبي متى التزم بهذا التعديل ولحقته أضرار اقتصادية جراء ذلك. (محمود فياض، ،2013، ص606)

وعُرّف أيضاً بأنه "الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية والتشريعات الوطنية للدولة المتعاقدة، ويقضي الالتزام بعدم إصدار قوانين جديدة أو تعديلات جوهرية تمس قانون العقد والتي من شأنها الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بمصلحة المستثمر" (مشار إليه في حديدي عنتر، 2017، ص 290)

في حين عرّفه آخرون بأنه: " أي شرط يدرج في اتفاق بين حكومة وكيان أجنبي يمتنع بمقتضاه على الحكومة أن تقوم بإلغاء الاتفاق أو بتعديله سواء من خلال تشريع أو أي إجراء إداري". (محمد عبد القادر، 2018، ص71). تجدر الإشارة إلى أن التعريف الأخير أعمّ وأشمل إذ أنه يتضمن علاوة على تقييد سلطة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الدولة التشريعية، تقييداً لسلطة الدولة المضيفة من الناحية الإدارية أيضاً، وهذا ما حدا بالفقه للتمييز بين هذا الشرط وغيره من الشروط إستناداً إلى مناط التقييد ما إذا كانت السلطة التشريعية أم التنفيذية.

ونحن بدورنا نعرف شرط 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.

ترد هذه الشروط بشكل عام في عقود الاستثمار الدولية خشية من أن تقوم الدولة المضيفة بتعديلات تشريعية تضر بالمركز المالي للمستثمر الأجنبي وقد يكون محل هذا الشرط التزامات قانونية معينة كتثبيت نسبة الضريبة المدفوعة أو التزامات تتعلق بمعايير السلامة البيئية، وقد يرد هذا الشرط دون تحديد التزام معين مما يعني خضوعه لأية تعديلات لاحقة تؤثر على المركز المالي للشركة الأجنبية. (محمود فياض، 2013، ص606).

الفرع الثاني- أنواع شرط الثبات التشريعي:

ذهب الفقه إلى التمييز بين ثلاثة أنواع من شروط الثبات التشريعي حسب مصدرها، فإذا كان مصدر هذه الشروط الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة سُميت بشروط الثبات التعاقدية، وإذا كان مصدرها التشريع الوطني للدولة المضيفة سُميت بشروط الثبات التشريعية في حين أطلقوا على النوع الثالث شروط الثبات الدولية إذا كان مصدرها اتفاقية ثنائية دولية أو إقليمية.

أولاً- شروط الثبات التعاقدية:

ويقصد بها تلك الشروط التي ترد ضمن نصوص العقد الدولي الموقع بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وتقضي بأن قانون الدولة المضيفة لحظة إبرام العقد يسري عليه عند حدوث أي منازعة بشأنه دون الأخذ بالاعتبار أي تعديل لاحق يطرأ على هذا القانون ويضر بالمركز المالي أو القانوني للمستثمر. ومن الأمثلة عن تلك الشروط ما جاء به نص المادة (15) من العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات الاستثمار الأجنبية " لا يمكن أن تطبق على الشركة من دون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاستحقاق" (غسان المعموري، 2009، ص 173)

ويتضح من خلال ما ورد في المادة المذكورة أعلاه أنه إذا كانت التعديلات بموجب موافقة مسبقة من المستثمر الأجنبي فإنها تسري عليه وإن كانت تشكل إخلالاً بالتوازن الاقتصادي للعقد، وذلك نزولاً عند مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد شريعة المتعاقدين.

وكذلك المادة (14)من اتفاقية الامتياز المبرمة بين دولة توجو وشركة (Benin) النفطية التي جاء فيها " في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توجو المستقلة فإن تلك

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الأخيرة تتعهد بأن تضمن باستثناء خاص لصالح شركة Benin وذلك بعدم تطبيق هذه التعديلات اللاحقة على العقد الموقع بين الطرفين ما لم توافق الشركة على هذه التعديلات". (غسان المعموري، 2009، 173).

ونلاحظ أن النص المذكور أعلاه يشمل أي تعديل تشريعي أو تنظيمي لاحق للعقد المبرم ومن ثمّ هذا الشرط يعدّ تقييداً لسلطة الدولة التنفيذية والتشريعية.

ويرى الفقه الغربي أن ورود مثل هذه العبارات غير مجدي، لا سيما إذا خضع تقييم الاتفاق في مجمله إلى قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة فمن الممكن أن تلجأ هذه الأخيرة عن طريق تفسير التعبير عن الإرادة الضمنية إلى مدى إمكانية تفسير استمرار عمل المستثمر الأجنبي في ظل تعديل التشريع أو الإجراء على اعتبار أنه موافقة ضمنية على هذا الإجراء القانوني ومن ثمّ سريانه عليه، إضافة إلى ذلك من الممكن أن تذهب المحاكم الوطنية إلى التوسع في تفسير الموافقة الضمنية للمستثمر وتكييفها بما يلائم أهداف ومصلحة الدولة العامة. (محمود الفياض، 2013، ص617)

ثانياً- شروط الثبات التشريعية:

وهي عبارة عن نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة المضيفة، بموجبها تتعهد هذه الأخيرة تجاه المستثمر بأن لا تقوم بتعديل أو إلغاء قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق. (غسان المعموري، 2009، ص173).

وقد تم إدراج هذه الشروط في القوانين الخاصة بالعقود النفطية وعقود الامتياز ونقل التكنولوجيا والهدف من إدراج هذا الشرط تأمين حماية المستثمر من التعديلات التشريعية، إذ أن القوانين الداخلية قابلة للتعديل والتغيير بحسبان أن للدولة السلطة الكاملة في تغيير قوانينها، ويتضمن هذا الشرط تعهداً من قبل الدولة المضيفة بتثبيت القواعد القانونية الاقتصادية والمالية الواجبة التطبيق على عقد الاستثمار، وهذا التثبيت قد يكون جزئياً، كأن يكون التثبيت مقتصراً على النظام الضريبي للمشروع الاستثماري وقد يكون كلياً. (بن الزوخ جمعة، 2015، ص15).

أما عن موقف التشريعات العربية من شرط الثبات التشريعي فقد نص قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (68) لسنة 2003 في المادة (السادسة) منه على أن" للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أن يختار بشأن مشروعه أياً مما يلي: أ- الاستمرار بالاستفادة من الإعفاءات والمزايا التي منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوحة له بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها. ب- الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون شريطة توثيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه وفي هذه الحالة تقتصر الاستفادة من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوثيق أوضاعه. المادة (السادسة) من قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (68) لسنة 2003.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويبدو لنا من النص المذكور أن المشرع الأردني قد أعطى الخيار للمستثمر بين ما إذا كان أي قانون يفيده أكثر ولكن ضمن الشروط والضوابط التي وضعها المشرع ولا سيما إذا اختار القانون الجديد فإن الاستفادة تقتصر على المدة اللاحقة للالتزام بالشروط. علماً أنه تم إلغاء هذا القانون بموجب القانون رقم (30) لسنة 2014، ونصت المادة (9) من هذا القانون على أنه" أ- مع مراعاة ما ورد في هذا القانون ، تبقى الأنشطة الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات جمركية أو ضريبية بمقتضى أي تشريعات سابقة للاستثمار وأي قرارات صادرة بموجبها والنافذة قبل سريان هذا القانون مستفيدة من تلك الإعفاءات والمزايا حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح لها بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها، ولا تستفيد الأنشطة الاقتصادية التي تمتعت بحوافز مرتبطة بضريبة الدخل بموجب تشريعات سابقة من الحوافز والمزايا الواردة في المادة (5) من هذا القانون، ولهذه الغاية تمارس الهيئة مهام الجهات واللجان المختصة وفقا لتلك التشريعات .ب- 1 .إذا كان المشروع قد حصل على مزايا وإعفاءات من ضريبة الدخل بمقتضى التشريعات السابقة، ولم يكن قد باشر عمله أو إنتاجه الفعلي، فيشترط لغايات تطبيق حكم الفقرة (أ) من هذه المادة أن يباشر العمل أو الإنتاج الفعلي خلال سنتين من تأريخ نفاذ هذا القانون تحت طائلة فقدان الحق في تلك المزايا أو الإعفاءات . 2- للمستثمر نقل ملكية المشروع الخاضع لأحكام الفقرة (أ) من هذه المادة إلى أي مستثمر آخر، وعليه قبل استكمال الإجراءات اللازمة لهذه الغاية إعلام الهيئة مسبقا بذلك ، ويستمر المشروع في هذه الحالة في الاستفادة من الإعفاءات والمزايا الممنوحة له المتعلقة بضريبة الدخل حتى نهاية مدتها وبالشروط المحددة بموجب التشريعات السابقة، على أن يحل المستثمر الجديد محل المستثمر السابق في الحقوق والالتزامات المترتبة بموجب أحكام هذا القانون".

كما أن قانون الاستثمار الجزائري أقر مبدأ الثبات التشريعي وذلك تشجيعاً منه لجذب الاستثمار فنصت المادة (22) من قانون الاستثمار الجزائري رقم رقم (01/16) لسنة 2016

المتعلقة بترقية الاستثمارات على أنه " لا تسري الآثار الناجمة .....إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة." وخير ما فعل المشرع الجزائري حينما أورد كلمة صراحة في صلب النص القانوني وذلك لكي لا يتم تفسير أي إجراء يقوم به المستثمر من قبيل الموافقة الضمنية ولكي لا تذهب المحاكم الوطنية إلى التوسع في تفسير الموافقة الضمنية بما يلائمها مع المصلحة العامة للدولة المضيفة.

ويتضح لنا أيضاً أن المشرع أضاف إلى ضمانة الاستقرار التشريعي المتمثلة بالامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء القانون على الاستثمارات التي تم الشروع الاستثماري فيها، ضمانة أخرى تتمثل في منح المستثمر إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات إضافية. (حديدي عنتر، 2017، ص291).

وعليه إذا كانت التعديلات تضر بمصلحة المستثمر الأجنبي فإنها تدخل في باب المنع ولا تسري عليه، ولكن إذا كانت في صالحه وذلك بمنح امتيازات إضافية فبإمكانه أن يستفيد منها وذلك تطبيقاً لمبدأ القانون الأصلح للمستثمر. ويبدو من خلال دراسة نصوص القانونين الأردني والجزائري أن كليهما منح المستثمر مزية الاستفادة من القانون الجديد إذا كان في صالحه مع ملاحظة أن المشرع الأردني قد قيد ذلك ببعض الشروط

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التي يتوجب على المستثمر القيام بها قبل أن يطلب سريان النص الجديد عليه، في حين لم يشر القانون الجزائري إلى شيء من ذلك القبيل.

وبالنسبة إلى موقف المشرع العراقي نصت المادة (13) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 على أنه ": أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه". والتعديلات التي جرت على القانون المذكور بموجب القانون رقم (50) لسنة 2015 لم تتطرق إلى المادة (13) المذكورة إذ بقيت كما هي، فهذا النص الوحيد الذي أتى به المشرع العراقي ويبدو أنه المشرع استناداً إلى مبدأ الحقوق المكتسبة قرر بأن القانون الجديد لا يسري بأثر رجعي على المستثمر الأجنبي في حال شكّل القانون الجديد مساساً بحقوق المستثمر، ولكن في حال كان القانون الجديد يمنح المستثمر الأجنبي ضمانات يبدو أن هذا الأخير لا يستفيد منها لأن النص القانوني صريح ولا اجتهاد في مورد النص. أما بالنسبة إلى موقف المشرع الكوردستاني فلم يرد في قانون الاستثمار في إقليم كوردستان-العراق رقم (4) لسنة 2006 أي نص بهذا الخصوص في باب الإعفاءات والضمانات التي منحها المشرع للمستثمر الأجنبي.

لكي يتحقق الهدف من شرط الثبات التشريعي ينبغي أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة المضيفة والمطبق أثناء تنفيذ العقد، حتى يتم استبعاد أي قوانين ولوائح مستقبلية تصدرها الدولة التي أُختير قانونها ليكون واجب التطبيق، ويبدو ذلك واضحاً من خلال العقد المبرم بين حكومة زامبيا وأحد المستثمرين الأجانب حيث جاء فيه" تلتزم أي هيئة تحكيم عند تفسير وتطبيق أية اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما له صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في زامبيا وكونها صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التأريخ". (غسان المعموري، 2015، ص173و174).

ثالثاً- شرط الثبات الدولي:

يثبت هذا الشرط بموجب إتفاقية دولية ثنائية أو متعددة حيث تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى من خلال منع إجراء تعديلات تشريعية أو اتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملة في أراضيها. وبناء عليه ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الكفيلة بتنظيم وحماية استقرار الاستثمارات الأجنبية للدول الأعضاء في هذه الاتفاقية. (محمود فياض، 2013، ص622).

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه إذا وُجد مثل هذا النوع من الاتفاقيات وصادق عليه العراق فيجب العمل بموجبها وإن كان حكمها مخالفاً لقانونها الداخلي الواجب التطبيق وذلك إعمالاً لنص المادة (29) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنه " لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق." ومفاد هذا النص أن العراق يلتزم بالمعاهدات الدولية النافذة فيه وإن كانت مخالفة لأحكام تنازع القوانين الواردة في القانون العراقي.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويذهب الفقه إلى أن شروط الثبات الواردة في الاتفاقية الدولية لا تطبق على العقد الدولي تلقائياً، وإنما يجب على المستثمر لتطبيق هذه الشروط التمسك بها وإيرادها في العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة تأسيساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذه تعدّ بمثابة حماية دولية تحت مظلة قواعد القانون الدولي العام وهي حماية احتياطية إن لم تفلح القواعد الوطنية في حماية المستثمر وتأمينه. (محمود فياض، 2013، ص624).

المطلب الثاني- صور شرط الثبات التشريعي:

يتخذ شرط الثبات التشريعي صوراً عدة وتبين ذلك من خلال قراءة عقود الاستثمار الدولية والآراء الفقهية وفي هذا المطلب سنحاول إيراد هذه الشروط مولين الاهتمام للصورة التي تعدّ برأينا الصورة المثلى التي تعكس مفهوم هذا الشرط.

الفرع الأول- شرط التعهد بعدم التأميم:

يبدو أن هذا الشرط ظهر في صورته على شكل تعهد من قبل الدولة المضيفة بعدم التأميم، وكان ذلك في العقود المبرمة بين شركات البترول الأمريكية ودول أمريكا اللاتينية، ويبدو أن ورود هذا الشرط لم يمنع الدول المضيفة من القيام بإجراء التأميم، وإنما اقتصرت الفائدة من هذا النوع من الشرط على حصول شركات البترول على قدر أكبر من التعويض من الدول المؤممة. وبالنظر لما نتج عن هذه الشروط من إرهاق 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 1974 والذي جاء فيه أن لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية أي من الأصول الأجنبية، على أن تدفع الدولة في هذه الحالة تعويضاً مناسباً، وإذا نشأ نزاع بخصوص التعويض يحلّ 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. (د محمد عبد القادر، 2018، ص 80و81).

الفرع الثاني- شرط التجميد:

و يهدف إلى 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 يقسم إلى نوعين:

الأول- يهدف إلى تجميد القانون مع اندماجه في العقد، حيث تصبح نصوص القانون بمثابة مجرد شروط تعاقدية متفق عليها من قبل الأطراف، وخير مثال على ذلك ما جاء في المادة (الرابعة) من الاتفاق المبرم بين موريتانيا وشركة تكساكو موريتانيا عام 1971 إذ جاء فيه أنه "تضمن الحكومة الموريتانية للشركة، ثبات الشروط العامة القانونية و الاقتصادية والمالية والضريبية التي تمارس الشركة نشاطها في إطارها، كما هي مستمدة من التشريع والقواعد النافذة في تأريخ التوقيع على هذا الاتفاق. 2- إن قانون التعدين الذي تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتفاق تم إدراج نصوصه ضمن قائمة النصوص الواردة في الملحق (1)

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المرفق بهذا العقد ويعد جزءاً لا يتجزأ منه.....4- تتعهد الحكومة طوال مدة هذا الاتفاق تجاه الشركة بعدم تطبيق أو إصدار أي تشريع يتضمن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تعديلات لا تتفق مع النصوص التشريعية النافذة في تأريخ إبرام هذا الاتفاق...."

والثاني- يهدف إلى تجميد القانون مع الاحتفاظ بالقانون وعدم اندماجه في العقد، والعقد المبرم بين الحكومة الليبية وشركة النفط الأمريكية الليبية لعام 1977 يعد خير مثال على ذلك، إذ جاء فيه " 1- ستقوم حكومة ليبيا واللجنة والسلطات المحلية المناسبة باتخاذ جميع الخطوات اللازمة لضمان أن الشركة تتمتع بكل الحقوق الممنوحة بموجب هذا الامتياز. الحقوق العقدية المنشأة صراحة في هذا الامتياز لن تعدل إلا بموافقة الأطراف المتبادلة. 2- يجب تفسير هذا الامتياز طوال مدة صلاحيته وفقاً لقانون النفط والأنظمة السارية في تأريخ تنفيذ الاتفاق..... و أي تعديل أو إلغاء لهذه الأنظمة لن يؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة دون موافقتها.(ثناء العاسمي، 2012، ص 135،136).

و قد انتُقد هذا الشرط إذا ورد في عقد، و لم يرد في صورة تشريع، إذ أن التشريعات التي تصدرها الدولة المضيفة واجبة التطبيق على الجميع فيها، و من ثم لا يمكن لعقد الدولة المضيفة مع المستثمر أن يستثني الأخير من الخضوع لقوانين الدولة المضيفة التي تصدر في تأريخ لاحق على إبرام العقد و ذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ ينبغي احترام هذا المبدأ و عدم خرقه بأن يصدر التعهد بعدم خضوع المستثمر للقوانين اللاحقة على تأريخ التعاقد من السلطة المخولة قانوناً بإصداره و هي السلطة التشريعية، و أن يكون ذلك التعهد في صورة تشريع، و كان هذا النقد من أحد أسباب العزوف عن شرط التجميد كصورة من صور شرط الثبات. و من ناحية أخرى كان ذلك سبباً لأن تتقولب عقود الاستثمارات في صورة تشريعية تجنباً لخرق مبدأ فصل السلطات. (محمد عبدالقادر، 2018، ص 85،86).

الفرع الثالث: شرط التوافق

ومقتضى هذا الشرط أن التشريعات المحلية الجديدة التي تصدرها الدولة المضيفة لا تطبق على العقد المبرم بينها وبين الشركة الأجنبية إلا إذا كانت متوافقة مع العقد ولا تتعارض مع أحكامه وبناءً عليه يشترط أن تكون التشريعات الداخلية اللاحقة للعقد متوافقة، وإذا لم تكن متوافقة، ينبغي أن لا تتعارض مع العقد المبرم.

ويبدو أن معظم عقود اقتسام الإنتاج المبرم بين الحكومة السورية والشركات الأجنبية قد اعتمدت على هذه الصورة من الشرط. فعلى سبيل المثال نص العقد المبرم بين الحكومة السورية والشركة السورية للنفط ومؤسسة موريل وبروم عام 2006 في المادة(1/18) على أنه " يخضع المقاول والشركة العاملة لجميع القوانين والأنظمة المطبقة محلياً والنافذة في الجمهورية العربية السورية على ألا يخضع المقاول والشركة العاملة لأية قوانين أو أنظمة أو تعديلات لها تخالف نصوص هذا العقد أو تتعارض معها. ...." (ثناء العاسمي، 2012، ص 137).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

و أيضاً أخذت جمهورية مصر العربية بهذه الصورة من الشرط في عقود البترول. فعلى سبيل المثال نصت المادة (الثانية) من القانون رقم (4) لسنة 1992 على أنه "تكون للقواعد والإجراءات الواردة في الشروط المرافقة قوة القانون وتنفذ بالإستثناء من أحكام أي تشريع مخالف لها"، وقد استخدمت دولة مصر هذه الصورة في عقود أخرى وكان العامل المشترك في هذه العقود هو صدورها بقانون من السلطة التشريعية على أساس أن هذه العقود بمثابة قانون خاص ينفذ استثناءً من القوانين المصرية، دون أن يتم نسخ ذلك العقد بأي قوانين خاصة أو عامة لاحقة عليه خلافاً للأصل. (محمد عبدالقادر، 2018، ص 89و 90).

الفرع الرابع- شرط عدم المساس:

ومقتضى هذا الشرط هو حظر مساس الدولة المضيفة بالعقد سواء بتعديله أو إلغائه بإرادتها المنفردة فالدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان بإمكانها إلغاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة لاعتبارات المصلحة العامة ما يجعل المستثمر الأجنبي يسعى لحماية مصالحه ضد هذه المخاطر ويسعى لإدراج شرط عدم المساس بالعقد. (ثناء العاسمي، 2012، ص142).

وذهب الفقه إلى التفريق بين شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس وكأن هذا الأخير ليس صورة من صور شرط الثبات فيرى أن كلا الشرطين يلتقيان في اعتبارهما وسيلة 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، أما الثاني فيهدف إلى تقييد دور الدولة من إجراء تغييرات في العقد بوصفها سلطة تنفيذية أو سلطة إدارة. (غسان المعموري، 2015، ص 170).

ومن أمثلة صور هذا الشرط ما نص عليه عقد اقتسام الإنتاج النموذجي لإقليم كوردستان العراق في المادة (43) من أنه " 1- لا يجوز تغيير التزامات المقاول المتعلقة بهذا العقد من جانب الحكومة، ويجب أن لا يتأثر التوازن العام والشامل بين الأطراف بموجب هذا العقد على نحو كبير ودائم." (ثناء العاسمي، 2012، ص142).

ويبدو أن هذه الصورة من الشرط تواجه معضلة قانونية خاصة في النظام القانوني المصري لما هو مستقر عليه من عدم جواز ورود هذا الشرط في العقود الإدارية لأن حق الإدارة في تعديل العقد وإلغائه هو من النظام العام ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه. وقد ورد في قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر ما يوحي ببطلان الشروط التي ترد في عقود الإدارة ويكون من شأنها غل يد الإدارة عن تعديل العقد، فحق الإدارة في تعديل العقد الإداري لا يحتاج إلى ورود نص عليه أو موافقة الطرف المتعاقد الآخر، فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عن سلطتها لتعلقها بالنظام العام، إذ أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أن هدفها المصلحة العامة وهي تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي. (محمد عبد القادر، 2018، ص94).

الفرع الخامس- شرط استعادة التوازن الاقتصادي:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويبدو أن هذا الشرط يعدّ الصورة المثلى لشرط الثبات التشريعي، ويتأسس ظهوره بناء على الفهم الصحيح لفلسفة إدراج شرط الثبات في عقود الاستثمار، إذ أن المستثمر عندما يُقدم على التعاقد مع الدولة المضيفة يأخذ في حسبانه 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 فالمتعاقد 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 لائحي أو تشريعي طالما ستقوم الدولة بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد. (محمد عبد القادر، 2018، ص96).

ومن الأمثلة على هذا الشرط ما ورد في العقد المبرم بين قطر وشركة قطر العامة للبترول لعام 1993 من أنه" يجب أن تطبق قوانين وأنظمة قطر على ممارسة الحكومة والمقاول لحقوقهم بموجب هذا الاتفاق، دون الإخلال بما سبق، في حال فرض أي قيود بواسطة القانون واللوائح أو أنظمة إدارية مساوية لأحكام هذا القانون وذلك على نحو يمس حقوق المقاول ومصالحه بموجب هذا العقد فيجب على الأطراف أن يدخلوا في مفاوضات بحسن نية لتحديد علاج عادل بما في ذلك تعديل شروط هذا الاتفاق." (ثناء العاسمي، 2012، ص139).

ومن نافلة القول إن الشرط المذكور أعلاه يجد مكاناً في التطبيق إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي الذي ينظر في النزاع. وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله أو الرجوع عنه إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي (المادة 1/146 القانون المدني العراقي) وإذا كان المشرع قد أعطى السلطة للقاضي للتدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد فإن سلطة القاضي قد تمتد إلى الحد الذي يحث فيه الأطراف على التفاوض لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد. (غسان المعموري، 2015، ص178).

ويبدو أن تشريعات الاستثمار لم تشر صراحةً إلى موضوع إعادة التفاوض لمعالجة إخلال التوازن الاقتصادي سوى المشرع الفلسطيني في قانون الاستثمار الصادر في 1998 في المادة (40) الفقرة (أ) من القانون المذكور: (أ- عندما يعتقد المستثمر أو السلطة الوطنية بأن نزاعاً بينهما ينشب عندها يمكن لأي منهما أن يطلب المباشرة بإجراء مفاوضات وفقاً للإجراءات المحددة في الأنظمة ويمكن لأحد طرفي النزاع أن يطلب إجراء مفاوضات قبل لجوئه إلى تسوية النزاعات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة). مع ملاحظة أن القانون المذكور أعلاه قد تم تعديله بالقانون رقم (7) لسنة 2014 إلا أنه أبقى على المادة (40) المذكورة كما هي دون إجراء أي تعديل عليها.

وفي التحكيم الذي ثار بين إحدى شركات البترول OEPC ودولة الاكوادور قد تم التعرض لشرط إعادة التوازن الاقتصادي، إذ رفضت مصلحة الضرائب رد قيمة ضرائب القيمة المضافة لشركة البترول الآنفة الذكر وهو ما عدته الشركة مخالفاً للتفسير السائد وقت إبرام عقد الاستغلال، وفعلاً انتهت هيئة التحكيم إلى تأييد موقف الشركة، وعدت امتناع مصلحة الضرائب عن رد قيمة هذه الضرائب للشركة إخلالاً باقتصاديات

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التعاقد، و أنه يجب على الدولة المضيفة أن تعيد التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل جراء سلوك مصلحة الضرائب. (محمد عبدالقادر،2018، ص98).

ويشترط لتطبيق هذا الشرط أن يحدث إختلال في التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يمنح الفرصة لمراجعة العقد وإعادة التفاوض بشأنه عندما يؤدي تغيير الظروف إلى تعديل جوهري في توازن الأداءات 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. (غسان المعموري،2015، ص181).

و إن كان قد حُظي شرط استعادة التوازن الاقتصادي بتأييد من جانب الفقه لأنه يحقق التوازن بين حق الدولة في التشريع وحق المستثمر في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقده مع الدولة، إلا أنه لم يُسلّم من النقد فذهب بعض الفقه إلى بطلانه لأنه يغلُّ يد الدولة عن سلطتها في التشريع، إذ أن الدولة قد تمتنع عن مباشرة سلطتها التشريعية واللائحية 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. (محمد عبدالقادر،2018، ص100).

ونعتقد بأن هذه الانتقادات التي وُجهت إلى هذه الصورة من الشرط لا تقلل من أهميته ودوره باعتباره الصورة المثلى لشرط الثبات التشريعي، ويحقق الغاية من إدراجه في عقود الاستثمار كوسيلة لضمان حق المستثمر وجذبه إلى الدول المضيفة. فالمستثمر عندما يخطط القيام بمشروع استثماري ويضع جدواه الاقتصادية يأخذ بنظر الاعتبار أن العائد الاقتصادي الذي سيحققه سيكون أكبر من تكلفة المشروع، وهذا اليقين يأتيه من قيام الدولة المضيفة بالتعهد بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد إذا اختل نتيجة قيام هذه الأخيرة بإصدار أي تشريع أو لائحة. ومن ثمّ إذا كان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بنص في القانون. فعند صدور نص يقضي بتعديل العقد المذكور تكون الدولة التي هي طرف في العقد قد أخذت على عاتقها مسبقاً بأنها تتكفل استعادة التوازن الاقتصادي الناتج عن ذلك. هذا إذا كان شرط استعادة التوازن قد ورد في بنود العقد وينبغي أن يشير فيما إذا ورد الشرط في التشريع أن يتضمن عبارة (استعادة التوازن الاقتصادي) التي تجعل المستثمر بمنأى عن المخاطر ويدفعه إلى التعاقد دون أي تردد أو تحفظ.

المبحث الثاني- التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي وعوائقه

لقد تعرض الفقه الدولي لمسألة التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، وذلك بعد أن أصبح إدراج هذا الشرط أمراً مستقراً في هذه العقود، وهذا ما سنقوم بدراسته في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتناول العوائق التي يمكن أن تؤدي إلى عدم تطبيق شرط الثبات على الرغم من وجوده في العقد

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الأول- مدى صحة شرط الثبات التشريعي وتكييفه القانوني

المتعارف عليه في فقه القانون المدني أن القاضي هو من يقوم بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي تثار أمامه قبل الفصل في النزاع، ولكن قبل البدء بقيام تحديد الطبيعة القانونية لشرط الثبات لا بدّ من أن نقوم بعرض مسألة مدى صحة شرط الثبات التشريعي وهذا ما سنقوم بعرضه في الفرع الأول ونخصص الفرع الثاني للتكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي كما يلي:

الفرع الأول- مدى صحة شرط الثبات التشريعي

إن جدلاً فقهياً كبيراً قد ثار حول صحة هذا الشرط ويكاد أن يجمع موقف الفقه من هذه المسألة في اتجاهين أحدهما مؤيد والآخر معارض كما يلي:

أولاً- الاتجاه المؤيد

حسب هذا الاتجاه يعدّ شرط الثبات التشريعي في العقود 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 المنظم للعقد ما لم ينص فيه صراحة على خلاف ذلك، وذلك إما عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو تعديله، أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يسمح بذلك. (حفيظة السيد حداد مشار إليه في ثناء العاسمي، 2012، ص145).

ويستند أنصار هذا الرأي في الدفاع عن صحة هذا الشرط إلى أنه يكون صحيحاً باعتباره من القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص أو القواعد المادية ذات التطبيق المباشر أو إستناداً إلى نظرية العقد الدولي الطليق وهو العقد الذي يتسم بالاكتفاء الذاتي وبالاستقلال عن سلطان القوانين الداخلية. (أحمد سلامة مشار إليه في ثناء العاسمي، 2012، ص146)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن هذا الشرط يعدّ صحيحاً في حد ذاته دون الرجوع إلى أي نظام قانوني يقرر مدى هذه الصحة، فهذا الشرط يعد نتيجة طبيعية لفكرة اندماج قانون الإرادة في العقد واعتبار أحكامه مجرد شروط تعاقدية يجوز للإرادة الاتفاق على ما يخالفه. ويحاول هذا الاتجاه أن يضفي 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 فأن شرط الثبات يتمتع بذاتية واستقلالية عن كل نظام قانوني وطني. (سراج أبو زيد مشار إليه في ثناء العاسمي، 2012 ص147).

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تأييد موقفهم أكثر وذلك استناداً إلى مبدأ قدسية العقود فعندما توافق الدولة على أن لا تمارس سلطاتها في إصدار تشريعات جديدة أو تعديل العقد أو إنهائه، فهي بذلك تكون قد تنازلت عن كافة المزايا التي تتمتع بها كسلطة عامة، ومن ثم تكون الغلبة لمبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة بين

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أطرافها، والتي تغل يد الدولة عن المساس بالعقد. (حفيظة السيد حداد مشار إليه في ثناء العاسمي، 2012، ص148).

ومهما كانت وجاهة هذا الاتجاه فإنه لم يسلم من النقد، إذ أن عقود الاستثمار تعدّ من العقود طويلة المدة وإنكار حق الدولة في تعديل تشريعاتها وفقاً لتغيير الظروف الاقتصادية والاجتماعية يلزم الدولة باتباع سياسة التحجر القانوني، وهو ما يتنافى مع دور الدولة في تطوير القانون بما يتلاءم مع تغيير الظروف.

والقول بصحة شرط الثبات قياساً على استقلال شرط التحكيم يجانب الصواب، لأن الاعتبارات التي دعت إلى الاعتراف باستقلال شرط التحكيم لا تتوافر في شرط الثبات 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 وعدماً. (ثناء العاسمي، 2012، ص149).

ومن نافلة القول أن استقلال شرط التحكيم يجد أساسه في نظرية انتقاص العقد، لأن العقد المدرج به شرط التحكيم ينطوي على اتفاقين في الوقت ذاته أحدهما العقد الأصلي الذي يتضمن حقوق والتزامات الأطراف، والآخر هو الاتفاق على التحكيم الذي يهدف إلى تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي. فشرط التحكيم هو اتفاق مستقل في حين أن شرط الثبات يكون في عقد واحد وليس باتفاق مستقل.

أضف إلى ذلك أن استقلالية شرط التحكيم تجد مبررها في أن النزاع سيحال في جميع الأحوال إلى جهة معينة للفصل فيه ولا ضير في أن تكون هذه الجهة لجنة التحكيم التي اتفقت عليها إرادة أطراف العقد.

ثانياً: الاتجاه المعارض

وعلى خلاف الاتجاه الأول ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم صحة شرط الثبات، فهذا الشرط غير صحيح من وجهة نظرهم ولا يرتب أي آثار قانونية، وسندهم في ذلك مبدأ سيادة الدولة. فهذا الشرط لا يعدّ قيداً على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل هذه العقود، ويحق للدولة التدخل إما لإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، وإما بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي وذلك كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وذلك بصرف النظر عن وجود شرط الثبات في العقد. (حفيظة السيد حداد مشار إليه في ثناء العاسمي، 2012، ص151).

وتجدر الإشارة إلى أن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي هي ضرورية للقيام بالمهام المكلفة بها، ولا شك أن هذا الاتجاه لم يسلّم من النقد أيضاً لأنه ليس من السهولة بمكان رفض كل قيمة قانونية لتعهد الدولة بعدم المساس بالعقد. فالدولة والشركات الأجنبية عندما تضمن في عقودها المبرمة بينها شرط الثبات التشريعي فهم يأخذونه بعين الاعتبار صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

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 بالإدعاء بأن الدولة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة سلطاتها السيادية، فإن هذا القول إن كان يعدّ صحيحاً بالنظر إلى القانون الداخلي لهذه الدولة، فإنه لا يعدّ كذلك في القانون الدولي، فالدولة بإمكانها أن تحدّ من بعض امتيازاتها التي تتمتع بها عن طريق المعاهدة وكذلك عن طريق العقد أيضاً. (ثناء العاسمي، 2012 ، ص150-151)

ونعتقد أن شرط الثبات التشريعي يعدّ صحيحاً وجائزاً قانوناً ولا يعدّ إدراج مثل هذا النوع من الشرط تنازلاً من الدولة عن سيادتها بل يعدّ إعمالاً للسيادة إذ أنها أدرجته بإرادتها المطلقة آخذة في الاعتبار المصلحة التي ستعود إليها من جراء إتخاذ هذا الشرط، إضافة إلى ذلك يعدّ إيراد هذا الشرط عامل جذب للاستثمار الذي نحن بأمس الحاجة إليه في إقليم كوردستان. والغاية من إدراج هذا الشرط تكمن في الحفاظ على التوازن العقدي الذي يعدّ 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 يغلّ يد الدولة عن القيام بمهامها التشريعية سواء بإصدار التشريعات أو تعديلها، وفي الوقت ذاته يشكّل ضماناً للمستثمر الأجنبي ويجعله يقدم على الاستثمار، بل ويشكّل حافزاً له.

الفرع الثاني- التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي

على الرغم من أهمية التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي إلا أن الفقه اختلف حول طبيعة هذا الشرط، وسنحاول إلقاء الضوء على هذا الموضوع بالشكل الآتي:

أولاً- اعتبار شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار شرط الثبات التشريعي بما يحتويه من استمرار سريان القانون الواجب التطبيق دون إجراء أي تعديل عليه، وإن كان ذلك التعديل يتعلق بالنظام العام أو يتضمن قواعد قانونية آمرة، بمثابة استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد. (محمد عبد القادر، 2018، ص130)

والقانون الجديد المتعلق بالنظام العام كما هو معلوم يسري بأثر فوري ومباشر وتسري أحكامه على الماضي ولا يستطيع أحد الاعتراض عليه بحجة مساسه بالحقوق المكتسبة. (عبد الباقي البكري، زهير البشير، ص116).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فالبعض يرى أن شروط الثبات التشريعي هي شروط توقيفية بقوة سريان القانون عندما يتفق الأطراف على سريان تطبيق القواعد القانونية النافذة لحظة إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك، ومن ثمّ لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه، وإنما يؤدي إلى وقف سريان القواعد الجديدة التي تستجد بعد إبرام العقد ومن هنا يمكن القول أن لشروط الثبات التشريعي أثراً توقيفياً بقوة سريان القانون على العقد.(غسان المعموري، 2009، ص177). أي يكون لشروط الثبات قوة توقيفية لسريان أي تعديلات في القانون على العقد مستندين في ذلك على مبدأ سلطان الإرادة فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي اختارته إرادة الأطراف دون إجراء أي تعديل عليه، وإن كان قانون العقد هو صادر حقيقة عن السلطة التشريعية إلا أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى سريانه على العقد المبرم بينهم دون ما يجري على هذا القانون من تعديلات لاحقة مما يستوجب سريان هذا القانون الذي تم اختياره من قبل إرادة الأطراف ومن ثم يلتزمون به وفق مبدأ سلطان الإرادة.(محمد عبد القادر، 2018، ص130).

وقد أُنتقد هذا الرأي بأن مبدأ سلطان الإرادة لا يجد له مجالاً في التطبيق في العقود الإدارية، إذ يتم فيها تغليب المصلحة العامة ويقل دور الإرادة، وبناء عليه فالقانون الجديد هو الواجب التطبيق على العقود الإدارية وإن كانت هذه العقود قد أُبرمت في ظل القانون القديم. (محمد عبد القادر، 2018، ص131).

وبناء على رأي أصحاب هذا الاتجاه حتى يشكل شرط الثبات التشريعي إستثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ينبغي أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد قانونية آمرة أما إذا كانت قواعد هذا الأخير قواعد مفسرة فهي لا تطبق كأصل عام على العقود التي أُبرمت في ظل القانون القديم ومن ثمّ لا يعدّ تجميد القانون المختار من قبل أطراف العقد إستثناء من مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد. (غالب علي الداودي مشار إليه بن براهيم جمال، 2017، ص40)

وقد استند أنصار الأثر التوقيفي لشرط الثبات التشريعي إلى عدة حجج وهي:

1- لا يمكن الاستناد على مبدأ سلطان الإرادة للقول بأنه يمكن لإرادة الأطراف تحويل طبيعة العقد وإدماجه في العقد باعتبار أن القانون الذي يحكم العقد يصدر من السلطة التشريعية وأن مبدأ سلطان الإرادة ليس مبدأً مطلقاً، وإنما يقتصر دوره على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد دون أن يتدخل في نفاذه على الوقائع والحالات التي يطبق عليها.

2- لا يوجد ثمة مانع وقيد قانوني على قيام شرط الثبات التشريعي بوقف سريان القانون الحاكم للعقد إذ أن معظم شروط الثبات التشريعي التي تلعب ذلك الدور التوقيفي تعدّ شروطاً تشريعية ترد في قانون الدولة المضيفة والدولة هي مشرع القانون فليس هناك ثمة مانع فنياً يحول دون ذلك.

3- إن قواعد القانون الدولي الخاص تعطي الحرية لأطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق وكذلك باختيار اللحظة التي يكون فيها مناسباً أخذ مضمون ذلك القانون في الحسبان. (محمد عبد القادر، 2018، ص131-132).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً- إدماج شرط الثبات التشريعي للقانون القديم في العقد:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد انعقاد العقد لا تطبق عليه، إذ أن إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المضيفة في العقد ومن ثمّ يصبح شرطاً تعاقدياً مثل باقي شروط العقد وبالتالي يفقد القانون صفته القاعدية على نحو يحول دون سريان أي تعديلات جديدة في ذلك القانون على العقد أي يلعب هذا الشرط دوراً تحويلياً إذ حول طبيعة القانون إلى شرط كباقي شروط التعاقد. (غسان المعموري، 2009، ص176) ومن ثمّ فإن التعديلات التي تطرأ على القانون الحاكم للعقد لا تسري على العقد باعتبار أن القانون قد فقد صفته كقانون، فقانون العقد بمجرد اختياره من قبل أطراف التعاقد تزول عنه صفته كتعبير عن إرادة المشرع، ويعد مجرد شرط تعاقدي وذلك بإندماجه في العقد الذي أُختير لحكمه، ويصبح العقد الدولي بمنأى عن تعديلات القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف نظراً لإندماج القانون في العقد. (بن براهيم جمال، 2017، ص43).

ويبدو أن هذا الرأي استند إلى مبدأ سلطان الإرادة إذ بمقتضاه يستطيع المتعاقدان صهر القوانين في العقد ذاته وهذا الرأي كسابقه تعرض للانتقاد ومن هذه الانتقادات:

1- إذا كان يصلح بالنسبة إلى شروط الثبات التعاقدية أو الاتفاقية، إذ يقوم أطراف العقد باختيار القانون الواجب التطبيق فمن الممكن القول بإدماج القانون في العقد استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. أما إذا لم يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف أو بالنسبة إلى شروط الثبات التي ترد في قوانين الدولة المضيفة فليس من المنطق القول بإدماج القانون في العقد وذلك لعدم وجود أساس قانوني يُعتمد عليه. (أحمد سلامة مشار إليه في محمد عبد القادر، 2018، ص133).

2- إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يعطي طرفي العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بموجب قاعدة الإسناد فإن قيام أطراف العقد بهذا الاختيار يؤدي إلى انتهاء دورهم، ومن ثمّ يتم إعمال القانون المختار بغض النظر عن إرادة الأطراف التي ليس لها مجال فيما يتعلق بتطبيق القانون الذي قاموا باختياره ليطبق على عقدهم إذ أن عنصر الأمر الذي تنطوي عليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، يلزم القاضي بتطبيق القانون الذي تم تعيينه – سواء بإرادة الأطراف أم بأي طريقة أخرى- شريطة عدم تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، وعليه إذا قام القاضي بمنح الأطراف دوراً في عملية تطبيق القانون، فإنه يكون بذلك مخالفاً للأصول الفنية والنظام القانوني لقاعدة الإسناد، باعتبار أن العقد هو الخاضع للقانون وليس القانون هو الذي يدمج في العقد ويصبح بنداً من بنوده. ويضيفون إلى ذلك أن منح شروط الثبات التشريعي الصفة التحويلية أي جعلها للقانون بمثابة شرط تعاقدي كباقي شروط التعاقد يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع للقانون أي نصبح أمام نظرية العقد الطليق. (أحمد سلامة مشار إليه في محمد عبد القادر، 2018، ص134-135)

ونحن نرى أن تكييف شرط الثبات التشريعي بمثابة استثناء من مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد أجدر بالتأييد، فعندما يتفق المستثمر مع الدولة المضيفة على سريان القانون النافذ لحظة إبرام العقد عليه دون أخذ

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التعديلات التي ستُجرى في المستقبل بعين الاعتبار فهذا الاتفاق يعدّ استثناءً على الأثر المباشر للقانون الجديد.

المطلب الثاني- عوائق شرط الثبات التشريعي:

إذا كانت الغاية من إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولية هي الحماية من بعض المخاطر التي قد تحدث مستقبلاً، إذ أن هذه العقود تتميز بأنها عقود طويلة المدة وقد تحدث خلال هذه الفترة تغييرات قد تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد مثل التغيير في السياسة الضريبية للدولة، أو زيادة أو تشديد الإجراءات التي تستهدف حماية البيئة. أي تكمن الغاية من وجود هذا الشرط في تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية فهناك نوع من تضارب المصالح بين طرفي عقد الاستثمار قد تظهر في الوجود فالدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطان قد تمارس مظاهر سيادتها بما يخدم مصلحتها العامة المستمدة من مبدأ السيادة وهذه الممارسة في الوقت ذاته قد تشكل عائقاً أو عامل خطر بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي. كما أن التزام الدولة بالاتفاقات الدولية التي تهدف إلى حماية البيئة قد تشكل معضلة بالنسبة إلى المستثمر الأجنبي وبناء عليه سنقوم في هذا المطلب بدراسة التأميم في الفرع الأول ونتناول في الفرع الثاني الاتفاقات الدولية للحفاظ على البيئة وفق الآتي:

الفرع الأول- التأميم:

يعدّ التأميم من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية وهو من القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة، ويعرّف التأميم بأنه إجراء بموجبه يتم نقل ملكية المشروعات الخاصة من الأشخاص طبيعيين كانوا أو اعتباريين إلى الدولة، وهو عمل من أعمال السيادة يهدف إلى إبعاد المشروع المؤمم عن الإدارة الرأسمالية ووضعه في خدمة الشعب وذلك بخلق نظام قانوني جديد في القطاع العام هو نظام المشروعات العامة ذات الطابع الاقتصادي.(محمد طه البشير و غني حسون، 2018، ص81)

ويقترب نظام التأميم من نظام الاستملاك إذ كلاهما يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها مقابل تعويض عادل ولكنهما يختلفان في أن الاستملاك دائماً يرد على العقارات أما التأميم فيرد على المشروع بجميع عناصره العقارية والمنقولة كما أنهما يختلفان من حيث الإجراءات أيضاً. (محمد طه البشير و غني حسون، 2018، ص82)

ولقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (1803) لسنة 1962 بسيادة الدول على مواردها الطبيعية ومصادرها الوطنية إذ نصت المادة (الرابعة)من القرار المذكور على حق الدولة في تأميم المشروعات التجارية الوطنية والأجنبية الموجودة على أراضيها وإعطائها الحق في إقرار التعديلات التشريعية التي تؤمن تحقيق مصالحها الوطنية، وبعد ذلك أقرت الأمم المتحدة ميثاقها رقم (3281) الخاص بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد، والذي وافقت عليه (120) دولة وقد نص الميثاق المذكور في المادة الأولى في الفصل الثاني منه على سيادة الدولة المطلقة على نظامها الاقتصادي والسياسي والاجتماعي دون تدخل من أحد، ونص أيضاً في الفقرة (الثالثة)من المادة (1/2) صراحة على حق الدول في تأميم المشروعات

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الاستثمارية الوطنية والأجنبية وحقها في التشريع لضمان حماية وتوجيه اقتصادها الوطني.(محمود فياض، 2013، ص627-628)

وبناء على ما سبق تبين بأن مواثيق الأمم المتحدة لم تسلب من الدول حقها في التأميم سواءأكانت المشروعات الاستثمارية وطنية أم أجنبية.

ففي الجزائر نظراً للحاجة الملحة إلى جذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي للنهوض بعجلة الاقتصاد سعى المشرع الجزائري جاهداً إلى تزويد المستثمر الأجنبي بالضمانات وذلك بتنظيم كل ما يتعلق بعمليات نزع أموال المستثمر الأجنبي في القوانين الداخلية ففي المرسوم التشريعي رقم (93/12) لم يستخدم المشرع مصطلح التأميم وإنما جاء بمصطلح "التسخير" في المادة (40) منه حيث نصت على أنه " لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ما عدا الحالات التي نص عليها المشرع".

وفي الأمر (03-01) في المادة (16) منه المتعلق بتطوير الاستثمار سلك المشرع الطريق ذاته إذ أبتعد عن استخدام كلمة التأميم وإنما استعاض عنه بكلمة " المصادرة الإدارية" أما المادة 23 من القانون الجديد رقم (09-16) فقد نصت صراحة على أنه " يترتب على الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف". ويبدو أن المشرع الجزائري حاول أن يتجنب استخدام مصطلح التأميم في قوانين الاستثمار واستخدم تارة مصطلح (التسخير) وتارة أخرى (المصادرة الإدارية) وذلك حتى لا يشكل عائقاً أمام المستثمر(حديدي عنتر و عكروم عادل، 2017، ص295).

وفي العراق صدرت عدة قوانين خاصة بالتأميم حيث تم تأميم شركة نفط البصرة بموجب القانون رقم (70) لسنة 1973 وبموجبه تم تأميم الحصة الشائعة لشركة ستاند أوبل ونيوجرسي وموبيل أوبل كوربوريشن، والقانون القاضي بتأميم حصة هولندا في شركة نفط البصرة رقم (90) لسنة 1973 ومن ثم القانون رقم (200) لسنة 1975 والذي بمقتضاه تم تأميم باقي الحصص الشائعة في عمليات شركة نفط البصرة المحدودة وبذلك يكون العراق قد أمم كل الامتيازات النفطية (طه البشير وغني حسون، 2018، ص82).

وقانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 نص في المادة (12/ثالثاً) منه على "أ- عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري باستثناء من صدر بحقه حكم قضائي بات. ب- عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلاً أو جزءً وبتعويض عادل."

وجاء في قانون تصديق اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية رقم (1) لسنة 2015 المادة (5/ أولاً) "لا يجوز نزع ملكية أو تأميم أو إخضاع استثمارات مستثمري طرف متعاقد في إقليم الطرف المتعاقد الآخر لأية إجراءات مباشرة أو غير مباشرة يكون لها أثر معادل لنزع الملكية أو التأميم (المشار إليها فيما يلي بنزع المليكة)، إلا لغرض الصالح العام على أساس غير تمييزي طبقاً للإجراءات القانونية الأصولية ولقاء تعويض سريع وكاف وفعال."

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وفي إقليم كوردستان يلاحظ أن قانون الاستثمار رقم (4) لسنة 2006 لا يتضمن نصاً صريحاً بخصوص المخاطر غير التجارية (المصادرة والتأميم ونزع الملكية) وهذا يعدّ نقصاً تشريعياً إذ أن خلق بيئة آمنة ومناخ استثماري مشجع وملائم في إقليم كوردستان العراق مطلب ملحّ وفي غاية الأهمية فإزالة المعوقات القانونية وإفساح المجال أمام المستثمر لتوظيف رؤوس الأموال أجنبياً كان أم وطنياً يسهم في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وذلك لمواكبة التطورات الحديثة أسوةً بالقوانين العربية والأجنبية التي نظمت ذلك بما يناسب مصالحها(أميرة شريف، 2016، ص72و73).

فالدولة وإن كان يحق لها أن تقوم بتنظيم الاستثمار الأجنبي داخل أراضيها والسيطرة على ثرواتها ومواردها فيجب عليها أن تأخذ بعين الاعتبار أن مخاطر التأميم ونزع الملكية والمصادرة تشكل معوقات أمام الاستثمار الأجنبي والوطني فالحماية ضد هذه المخاطر تشكل عامل جذب للاستثمار وتنظيمها بقانون ووفق تعويض عادل حسب مقتضيات المصلحة العامة أمر لا بدّ منه (ميرة شريف، 2016، ص72).

وجاء في حكم تحكيم تكساكو Texacoلسنة 1977 والذي تتلخص وقائعه في أن الحكومة الليبية قد أبرمت بعض عقود الامتياز مع شركتين أمريكيتين من ديسمبر 1955 حتى ابريل سنة 1971 ولكن في سنة 1973 قامت الحكومة الليبية بإصدار قانون يقضي بتأميم 51% من كل أموال الشركتين المذكورتين وبعد ذلك أصدرت الحكومة قانوناً آخر يقضي بتأميم كامل أموال الشركتين سالفتي الذكر. وقامت الشركتان بإخطار الحكومة الليبية بأنهما سيلجأن إلى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما استناداً إلى النصوص الواردة في عقود الامتياز بينها وبين الحكومة الليبية وعندما امتنعت هذه الأخيرة عن تعيين محكمها ورفضت اللجوء إلى التحكيم طلبت الشركتان من رئيس محكمة العدل الدولية تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينها وبين الحكومة الليبية وقام الأخير بتعيين المحكم الفرنسي دوبوي (Dupuy) للفصل في هذا النزاع، ولقد قام هذا المحكم بإثارة العديد من المسائل القانونية الهامة، كمسألة صحة شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالشرط والآثار المترتبة عليها وعلى وجه الخصوص الأثر الناجم عن إدراج مثل هذه الشروط محل البحث في العقد على حق الدولة في القيام بإجراء التأميم.

وعليه أكد المحكم على حق الدولة في القيام بإجراء التأميم وأنه يعدّ تعبيراً عن سيادتها، ولكن في الوقت ذاته أثار المحكم سؤالاً فيما إذا كانت ممارسة الدولة لهذا الحق لا تعرف أي قيود على الصعيد الدولي وعما إذا كان الحق في التأميم على وجه الخصوص والذي يعدّ تعبيراً عن سيادة الدولة، يخولها الإخلال بالتزاماتها الدولية التي تعهدت بها في إطار هذه السيادة. قال المحكم بأن القانون الدولي يعترف بإجراءات التأميم سواء أكانت في مواجهة المستثمر الوطني أو المستثمرالأجنبي الذي لم تتعهد الدولة قبله بأي التزام خاص يؤمن له الاستمرار في مركزه ثمّ ميّز بين فرضين وهما الفرض الأول: إذا أبرمت الدولة المؤممة عقداً مع الشركة الأجنبية وأساس هذا العقد هو القانون الداخلي لهذه الدولة في هذه الحالة فإن تسوية المركز الجديد الناشئ عن التأميم يخضع للنصوص القانونية واللائحية النافذة في هذه الدولة. الفرض الثاني: في هذه الحالة تبرم الدولة مع المتعاقد الأجنبي عقداً مدوّلاً وذلك إما لأنه يخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره القانون الذي تمت الإحالة إليه المطبق في تأريخ نفاذ العقد والمثبت في هذا التأريخ ذاته بموجب شروط خاصة أو

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

لأن هذا العقد كان موضوعاً مباشراً تحت سلطان القانون الدولي وفي هذه الحالة ألزمت الدولة نفسها في إطار النظام القانوني الدولي بضمان الأوضاع القانونية الاقتصادية خلال فترة زمنية معينة تجاه المستثمر الأجنبي وفي مقابل هذا التعهد يلتزم هذا الأخير بأن يقوم بالاستثمار حسب الشروط. وبناء عليه فإن قرار الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعدّ نوعاً من الممارسة لاختصاص القانون الداخلي إلا أنه يتضمن آثاراً دولية منذ اللحظة التي قامت فيها الدولة بالتأميم إذ أن هذه العلاقة هي علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي والتي تعدّ الدولة المؤممة طرفاً فيها. فالدولة لا تستطيع إنكار التعهدات التي وافقت عليها بحجة التمسك بالسيادة ولا يمكنها إهدار حقوق المستثمر الأجنبي الذي قام بتنفيذ كامل التزاماته بالاستناد إلى إجراءات خاضعة لقانونها الداخلي. ولقد بين المحكم أنه ليس هناك أي شرط في عقد الامتياز المبرم بين الطرفين يحظّر على الحكومة الليبية القيام بإجراء التأميم ولكن أشار المحكم إلى المادة (16) من العقد التي تنص على أن " الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الأمتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون موافقة الأطراف ويتم تفسير هذا الامتياز وفقاً لقانون البترول واللوائح النافذة في تأريخ التوقيع على هذا الاتفاق .. وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا يؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها".

وقال المحكم أن هذا النص الذي يهدف إلى تثبيت مركز المستثمر الأجنبي لا يشكل مساساً بسيادة الدولة الليبية وذلك لأن الأخيرة التزمت بتثبيت مركز هذا المتعاقد قبل صدور قانون التأميم هذا، ومن ثمّ فالدولة الليبية تستطيع أن تمارس امتيازاتها ولكن كل ما في الأمر أن المادة (16) الآنفة الذكر تحصن المستثمر الذي تعاقد معها من التأميم الذي أصدرته إذ ثبت مركزه بموجب تعاقده مع الدولة حسب المادة المذكورة فالدولة الليبية إن قامت بإصدار قانون التأميم بإمكانها ذلك، ولكن لا تشمل المتعاقد المذكور الذي التزمت تجاهه طوال فترة التعاقد.

وبناء عليه فإن الاعتراف بالتأميم من قبل الأمم المتحدة لا يعني تخويل الدولة الحق في أن تخل أو تتجاهل تعهداتها فبإدراج شرط الثبات في عقد مبرم مع شخص أجنبي تلتزم بهذا الشرط، ومن ثم انتهى حكم التحكيم لصالح الشركة الأمريكية وإن كانت قد حاولت الحكومة الليبية تجاهل هذا الحكم بحجة أن حق التأميم لا يخضع للتحكيم استناداً إلى قرارات الأمم المتحدة (1803) وغيرها من القرارت التي تعطي الدولة السيادة الكاملة على ثرواتها الطبيعية، ولكن في النهاية التزمت الحكومة الليبية بتعويض الشركة المذكورة (غسان المعموري، 2009، ص179).

لقد استقرت قواعد القانون التجاري الدولي على العديد من المبادئ والأسس التي ترمي إلى حماية المستثمر الأجنبي من أعمال التأميم والتعديلات التشريعية الوطنية التي قد تؤثر سلباً على مصالح المستثمر الاقتصادية المتوقعة عند التعاقد مع الدولة المضيفة ومن هذه المعايير:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1- حماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها من قبل الدول المضيفة وإذا ما اقتضت المصلحة العامة ذلك وجب على الأخيرة أن تدفع تعويضاً عادلاً للمستثمر الأجنبي.

2- عدم التفريق في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني.

3- حق دول جنسية المستثمرين في اللجوء إلى كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مواطنيها المستثمرين في حال قيام الدولة المضيفة بتأميم أملاكهم أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الاقتصادية، إلا أن هذه الطريقة لا يتم اللجوء إليها إلا في حال استنفاذ جميع الطرق الأخرى أمام المستثمر الأجنبي.

وقد تبنى البنك الدولي أيضاً هذه المبادئ في عام 1992 وذلك عند إصدار دليل الاستثمار على المستوى الدولي، إلا أن الجدل مازال مستمراً حول مفهوم المصلحة العامة وعدم التمييز والتفريق بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، ومقدار التعويض وكيفية تقديره في حال توجب على الدولة دفعه للمستثمر الأجنبي جراء القيام بأعمال التأميم وإجراء تعديلات تشريعية تضر بمصالح المستثمر الاقتصادية، وهذا يعني أنه لازال هناك خلل وقصور في حال قيام الدولة المضيفة بمثل هذه الإجراءات وقواعد القانون التجاري الدولي مازالت عاجزة عن إيجاد حلول واقعية لمثل هذه القضايا (محمود فياض، 2013، ص628-629).

وإذا كان الأصل في التعويض أن يكون نقداً يقدره القاضي عند تحقق شروط المسؤولية المدنية وهو يشمل عنصرين ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. (المادة 207 و 209 من القانون المدني العراقي)

فإنه لا توجد معايير معينة لتقدير التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي، وإن كانت هناك معايير مرنة غير محددة تؤخذ بعين الاعتبار في مثل هذه الحالات كالطريقة التي تم فيها التأميم، أو التعديل التشريعي، أو الأسباب التي دفعت حكومة الدولة المضيفة إلى ذلك، أو ما تمليه قواعد العدالة من اعتبارات، ويبدو أن وجود شرط الثبات التشريعي في تقدير التعويض يلعب دوراً مهماً من ناحيتين: الناحية الإجرائية أي الإثبات هنا أن قيام الدولة المضيفة بإجراء التأميم أو تعديل التشريع يتناقض مع مضمون التزاماتها التعاقدية أي أن وجود هذا الشرط يجعل ما تقوم به الدولة المضيفة من تأميم أو تعديل غير قانوني ويستوجب التعويض بمعنى آخر وجود شرط الثبات التشريعي يجعل الخطأ مفترضاً ومن ثم يجعل عبء الإثبات على المستثمر الأجنبي أخف إذ أن الخطأ مفترض في هذه الحالة. (محمود الفياض، 2013، ص640-643). أما من الناحية الموضوعية فهو يتمثل بتقدير مقدار التعويض والظروف التي تؤخذ بعين الاعتبار وحسب قواعد القانون المدني أن الظروف الشخصية للمضرور تراعى في تقدير التعويض أي جسامة الضرر وليست الظروف المحيطة بالمسؤول أي جسامة الخطأ كأصل عام (عبد المجيد الحكيم وآخرون، 2018، ص69)

ومن هذه الناحية يكون وجود شرط الثبات التشريعي عاملاً في زيادة مقدار التعويض الذي يستحقه المستثمر الأجنبي، وعادة ما تأخذ غرف التحكيم بالمركز المالي للمستثمر وقت التعاقد وذلك من خلال مراجعة دراسات الجدوى الاقتصادية التي أعدها لتعويضه عن أي خسائر أصابته نتيجة الإخلال. فغرف التحكيم تتشدد في مقدار التعويض المستحق في حال وجود شرط الثبات التشريعي، أما في حال غياب شرط الثبات التشريعي عادة ما تقضي هيئات التحكيم بالخسارة اللاحقة دون الربح الفائت، وذلك على أساس حق الدولة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المضيفة في ممارسة سيادتها في إطار المصلحة العامة وتنظيم مواردها الوطنية. وإن كان من السهولة بمكان تقدير الخسارة اللاحقة من قبل هيئات التحكيم إلا أن تقدير الكسب الفائت يواجه صعوبة إذ أن هناك مصطلحان يتداولان في فقه القانون التجاري الدولي في احتساب الخسارة اللاحقة وهما الخسارة قريبة المدى (المدة التي يحتاجها المستثمر الأجنبي لتأمين بديل استثماري آخر له) والخسارة بعيدة المدى (مدة عمل المشروع الكاملة) والمعتاد في غرف التحكيم هو التعويض على أساس احتساب الكسب الفائت والخسارة القريبة المدى. ويبدو أن تقدير التعويض يكون أصعب في حال ورود شرط الثبات التشريعي في الاتفاقات الدولية سواء أكانت ثنائية الأطراف أم متعددة نظراً لصعوبة تفسير نصوص مثل هذه الاتفاقيات التي قد تحمل أكثر من معنى أو تفسراً (محمود الفياض، 2013، ص640-643).

الفرع الثاني الاتفاقات الدولية للحفاظ على البيئة

أصبحت ظاهرة التلوث البيئي أمراً لا يستهان بها وهي في تزايد مستمر وفي المقابل زاد الاهتمام العالمي بالحفاظ على البيئة لمواجهة تلك الظاهرة ولخلق بيئة صالحة وبعيدة عن جميع تلك الشوائب، ومن ثمّ أصبحت تخضع الأنشطة التي تمارس من قبل الشركات وغيرها لرقابة واشتراطات بيئية أكثر صرامة مما كانت عليه بغية الحفاظ على البيئة من التلوث الذي تخلفه ممارسة تلك النشاطات. ولقد عرف المشرعون البيئة بتعريفات مختلفة،

فقد عرفها المشرع المصري في المادة الأولى من قانون البيئة رقم (4) لسنة 1994 بانها (المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط بها من هواء وماء وتربة وما يقيمه الإنسان من منشأت).

أما المشرع التونسي فقد عرف البيئة تعريفا واسعاً في القانون رقم (91) لسنة 1983(قانون البيئة التونسي (العالم المادي بما فيه الأرض والهواء والبحر والمياه الجوفية والسطحية وكذلك المساحات الطبيعية والمناظر الطبيعية والمواقع المتميزة ومختلف أصناف الحيوانات والنباتات وبصفة عامة كل ما يشمل التراث الوطني).

أما المشرع العراقي ، فقد عرف البيئة في قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009 وبموجب المادة (5/2) منه، بأنها (المحيط بجميع عناصره الذي تعيش فيه الكائنات الحية والتأثيرات الناجمة عن نشاطات الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.)

فالبيئة في الآونة الأخيرة حظيت باهتمام كبير سواء على الصعيد المحلي أو الدولي وتبلور هذا الاهتمام المتزايد في المحافظة على البيئة في شكل ظهور اتفاقيات دولية وقواعد عرفية دولية تلزم الدول بأن تجعل قوانينها الداخلية متلائمة مع القواعد الدولية التي تتضمن معايير واشتراطات بيئية أشد صرامة من الاشتراطات التي تتضمنها القوانين الداخلية لهذه الدول وتجسيداً لذلك فقد تضمن أحد أحكام التحكيم ما يفيد بأن واجب منع أو تخفيف الضرر البيئي أصبح مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام. ومن ثمّ يتعين على الدول الالتزام بقواعد القانون الدولي البيئي سواء أكانت على شكل معاهدات دولية أم قواعد عرفية دولية وذلك عن طريق إصدار التشريعات واللوائح التي تبين المعايير البيئية المعتمدة دولياً، إلا أنه قد يكون تنفيذ

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

هذا الالتزام من قبل الدولة المضيفة يواجه معضلة قانونية في حال وجود شرط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمر، وقد يؤدي التزام الدولة المضيفة ببعض الاشتراطات البيئية إلى زيادة تكلفة المشروع الاستثماري بالنسبة إلى المستثمر وذلك كأن تلزم الدولة المضيفة من خلال هذه الاشتراطات البيئية أصحاب المشاريع الاستثمارية باتباع إجراءات أكثر تشدداً في الحفاظ على البيئة ومكافحة التلوث البيئي (محمد عبد القادر، 2018، ص171-172).

ويعدّ التلوث البيئي عن طريق تكرير النفط والغاز من أخطر أنواع التلوث حيث أنه يشمل البيئة الهوائية والمائية والأرضية، ولا سيما في دولنا في الشرق الأوسط بشكل عام وفي إقليم كوردستان بشكل خاص إذ تعد هذه الدول منابع للنفط (مالك الخزاعي، 2017، ص1).

وإيجاد نوع من التوازن ليس من السهولة بمكان فالانخراط بالمعاهدات الدولية وما توجبه الأعراف الدولية من تدابير لحماية البيئة من جهة وإيراد شرط الثبات التشريعي كضمان للمستثمر من جهة أخرى يشكل عائقاً أمام الدولة المضيفة ولا سيما أن التوجه الدولي الذي يسود حالياً يجعل من مسؤولية المستثمر عن الأضرار البيئية مسؤولية موضوعية بعيدة عن فكرة الخطأ وإنما استناداً إلى فكرة الضرر عملاً بقاعدة الغرم بالغنم. وإن كان المشرع العراقي لم يتجه بهذا الاتجاه وما زال يستند على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس عملاً بأحكام المادة (231) من القانون المدني العراقي. إذ نصت المادة المذكورة على أن "كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر... " وفي الاتجاه ذاته ذهبت محكمة التمييز الاتحادية العراقية إذ قضت بمسؤولية شركة نفط الشمال عن الأضرار التي أصابت المدعى عليه والمتمثلة بتلف محصوله من الحنطة نتيجة لتسرب النفط إليه من أحد الأنابيب التي تعود للشركة استناداً إلى أحكام المادة (231) المذكورة معتبرة الشركة حارساً لأشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ومن ثم يلزم بالضمان طالما لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. (مالك الخزاعي، 2017، ص12)

وفي قانون حماية وتحسين البيئة رقم (27) لسنة 2009 أخذ المشرع العراقي أيضاً بنظرية الخطأ المفترض.

إذ نصت المادة (32/أولاً) منه على أنه " يُعدّ مسؤولاً كل من سبب بفعله الشخصي أو إهماله أو تقصيره أو بفعل من هم تحت رعايته أو رقابته أو سيطرته من الأشخاص أو الأتباع أو مخالفته القوانين والأنظمة والتعليمات ضرراً بالبيئة ويلزم بالتعويض وإزالة الضرر خلال مدة مناسبة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك بوسائله الخاصة وضمن المدة المحددة من الوزارة وبالشروط الموضوعة منها ", ونصت الفقرة (ثالثاً) من المادة ذاتها على أنه " تُعدّ مسؤولية مسبب الأضرار الناجمة عن مخالفة أحكام البندين (أولاً) و(ثانياً) من هذه المادة مفترضة " وسار المشرع الكوردستاني في الاتجاه ذاته أيضاً في المادة (21) من قانون حماية و تحسين البيئة في إقليم كوردستان – العراق رقم (8) لسنة 2008.

ومهما كان الأمر، لا بدّ لنا أن نبين موقف المشرع العراقي في حال وجود مثل هذه الاتفاقيات البيئية ومعارضتها للقوانين الداخلية.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يبدو إذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون الداخلي ومتعارضة معه فالأمر لا يثير أية صعوبة إذ يطبق القاضي الوطني المعاهدة إعمالاً لقاعدة الجديد ينسخ القديم ومن ثم فالمعاهدة اللاحقة تعدّ ناسخة ضمناً للقانون السابق بقدر ما يؤدي إلى رفع الخلاف بينهما أما إذا كانت المعاهدة سابقة للقانون الداخلي عندئذ لا يحل التنازع تطبيقاً للقاعدة السابقة ويذهب الفقه إلى حالات تفصيلية في مثل هذا الفرض. (غالب الداودي، حسن الهداوي، 2018، ص35) ولكن لا حاجة للدخول في هذه التفاصيل في وجود المادة (29) من القانون المدني العراقي التي فصلت في هذه المسألة وأعطت الأفضلية للمعاهدة في حال تعارضها مع قانون داخلي ولكن شريطة أن تكون المعاهدة نافذة في العراق، وتدخل المعاهدة حيز النفاذ حسب قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (35) لسنة 2015 بموجب المادة (19) منه بالمصادقة عليها إذا كانت المعاهدة ثنائية، وبالمصادقة أو الانضمام بالنسبة إلى المعاهدة المتعددة الأطراف.

وقد يشكل تنفيذ الدولة لالتزاماتها الدولية بزيادة الاشتراطات البيئية عائقاً أمام المستثمر وتناقضاً بين التزام الدولة المضيفة باحترام عقودها حسب مبدأ قدسية العقود من جهة والتزام الدولة المضيفة بتنفيذ التزاماتها الدولية من جهة أخرى، وإن كان من الممكن حل هذا التناقض قانونياً بقيام الدولة بتنفيذ التزاماتها الدولية بحماية البيئة ، وفي الوقت ذاته القيام بتعويض المستثمر عن الأضرار المادية التي تصيبه جراء تنفيذها لالتزاماتها الدولية المتعلقة بالبيئة. إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة من الناحية الواقعية فكثيراً ما تتهرب الدولة المضيفة من القيام بالتزاماتها الدولية المتعلقة بالبيئة بغية التخلص من دفع التعويضات للمستثمرين. وأمام هذه المعضلة الواقعية اقترح بعض الفقه قيام الدولة المضيفة باستثناء القوانين المتعلقة بحماية البيئة وتقييد نطاق شرط الثبات التشريعي أي أن يكون شرط الثبات التشريعي متوافقاً مع القانون الدولي مستندين في ذلك على أن الدولة لا يجوز لها الاتفاق مع الغير على مخالفتها للقانون الدولي باعتبار أن سيادة الدولة ليست مطلقة إذ أنها ملزمة بأن لا تباشر أي أنشطة مضرة بالبيئة وهذا ما تم التأكيد عليه في إعلان ستوكهولم الخاص بالبيئة البشرية لعام 1972 وكذلك إعلان ريو الخاص بالبيئة لعام 1992، ومن ثمّ لا يجوز للدولة أن تمتنع عن القيام بالتزامات هي ملتزمة بها حسب قواعد القانون الدولي وعليه يكون نطاق شرط الثبات التشريعي مقيداً بالتزام الدولة المضيفة باحترام قواعد القانون الدولي سواءً أكان ذلك صريحاً أم ضمنياً (محمد عبد القادر، 2018، ص175).

ونعتقد بأنه لا داع لورود مثل هذه الاستثناءات لا بشكل صريح ولا ضمني، فالدولة لا تستطيع التنصل من مسؤوليتها الدولية بذريعة شرط الثبات التشريعي فالمعاهدات والاتفاقات الدولية التي تهدف إلى حماية البيئة كغيرها من المعاهدات تلتزم الدولة بالمصادقة عليها بتطبيقها تحت طائلة المساءلة الدولية. وإن كانت اتفاقيات البيئة تحظى باهتمام خاص في وقتنا الراهن نظراً لانتشار ظاهرة التلوث البيئي ومن الممكن تفادي هذه المعضلة إذا أخذنا بمفهوم شرط الثبات التشريعي بالصورة المثلى التي ارتأينا أنها أفضل صورة لشرط الثبات التشريعي وهو شرط استعادة التوازن الاقتصادي ففي مثل هذه الحالة بإمكان الدولة أن تفي بالتزاماتها الدولية المتعلقة بالبيئة وفي الوقت ذاته تعيد النظر مع المستثمر لتعيد التوازن الاقتصادي للعقد الذي قد يصيبه خلل نتيجة الاشتراطات البيئية التي تفرضها الدولة المضيفة تنفيذاً لمعاهدات دولية.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات سنوردها على الوجه الآتي:

أولاً- النتائج:

1- إن شرط الثبات التشريعي ظهر كوسيلة لحماية المستثمر الأجنبي من تصرفات الدولة المضيفة، فهذه الأخيرة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان تحاول تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمستثمر في حال وجود تعارض بينهما، وهذا الأخير يجد في شرط الثبات التشريعي وسيلة للمحافظة على التوازن الاقتصادي.

2- إن شروط الثبات التشريعي حسب مصدرها تكون شروط ثبات تعاقدية ترد ضمن نصوص العقد الدولي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وشروط ثبات تشريعية ترد في صلب قانون الدولة المضيفة، وشروط ثبات دولية تكون بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف.

3- لقد مرّ شرط الثبات التشريعي بصور متعددة ابتداءً بشرط التعهد بعدم التأميم مروراً بشرط التجميد، وشرط التوافق، وشرط عدم المساس، وصولاً إلى شرط استعادة التوازن الاقتصادي والذي يرى الباحثان أنه الصورة المثلى لشرط الثبات التشريعي.

4- إن الفقه اختلف حول طبيعة شرط الثبات التشريعي في اتجاهين ذهب أحدهما إلى تكييفه بأنه يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المضيفة في العقد ومن ثم يفقد صفته كقانون ويعدّ شرطاً تعاقدياً كغيره من شروط العقد، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى أنه استثناء من الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد وهذا الرأي هو الذي رجّحه الباحثان.

5- على الرغم من أن شرط الثبات التشريعي يعدّ ضمانة للمستثمر الأجنبي إلا أن هناك عوائق قد تعترض هذا الشرط وتشكل معضلة حقيقة أمام المستثمر منها التأميم، فحق الدولة المضيفة في التأميم معترف به دولياً، فالدولة لها السيادة على مواردها الطبيعية ومصادرها الوطنية. وقد يشكل التزام الدولة المضيفة بالاشتراطات البيئية التي ترد في الاتفاقات الدولية لحماية وتحسين البيئة والتي تصادق عليها الدولة المضيفة تعارضاً مع مصلحة المستثمر الأجنبي وذلك بزيادة التزاماته.

ثانياً- التوصيات:

1- نلتمس من المشرع العراقي والمشرع الكوردستاني إيراد شرط الثبات التشريعي بشكل واضح وصريح في نصوص قانون الاستثمار وبالصورة التي ارتأيناها (شرط استعادة التوازن الاقتصادي) والتي تحقق الغاية التي يهدف إليها كلٌّ من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة – حق الدولة في التشريع وحق المستثمر في الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد.

2- إزالة العوائق التي تخلق الشك لدى المستثمر الأجنبي وتهدده بعدم الاستقرار خلال المدة التي يحددها لإنجاز مشروعه ولا سيما أن هذا النوع من المشاريع تحتاج إلى مدد طويلة إذا ما قورنت بالعقود العادية.

3- أن استعادة التوازن الاقتصادي تتم من خلال إعادة التفاوض فحريٌ بالمشرع أن يحذو حذو المشرع الفلسطيني وأن ينص ضمن قوانين الاستثمار على إعادة التفاوض والتي تغني في كثير من الأحيان عن اللجوء إلى تسوية النزاعات والتي قد تخلص بنتيجة غير مرضية للطرفين أو على الأقل لإحدهما فإذا كانت

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مرحلة التفاوض مهمة في مرحلة قبل التعاقد فإن إعادة التفاوض لا تقل عنها أهمية بل تفوقها أهمية ففي مرحلة التفاوض العقد لم ينعقد بعد ويمكن التحلل من الالتزامات بسهولة، فعن طريق إعادة التفاوض من الممكن الوصول إلى حلول ترضي الطرفين.

4- ينبغي التزام الدولة بالاشتراطات البيئية التي ترد في الاتفاقات الدولية حتى لا تتعرض للمساءلة الدولية، وفي الوقت الراهن البيئة بأمس الحاجة لأن تتخذ بشأن المحافظة عليها جميع التدابير الوقائية، وخلق نوع من التوازن بين جذب الاستثمار الأجنبي وتشجيعه والالتزام بالمعايير الدولية حيال البيئة. أما إذا كان الضرر الذي لحق البيئة بفعل المستثمر أو نتيجة قيام المستثمر بأعمال الاستثمار فهنا لا محال يُسأل المستثمر الأجنبي عن ذلك وحبذا لو تم الاعتماد على النظرية الموضوعية لتعويض مثل هذه الأضرار.

5- ينبغي إيراد قواعد وأسس قانونية واضحة في حال إجراء التأميم والتعويض عنه ولا يقصد من ذلك تحديد مبلغ التعويض وإنما بيان أسس وقواعد خاصة بالمستثمر الأجنبي لتشجيعه وإن كانت الدول االمتقدمة تجد في دولنا أفضل سوق لاستثمار أموالها إلا أن حاجتنا إليهم تفوق ذلك.

قائمة المراجع

أولاً- الكتب والأبحاث الأكاديمية:

1- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية- دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016.
2- بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015.
3- بن براهيم جمال، شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة، رسالة ماجستير، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.
4- ثناء العاسمي، عقد التنقيب عن البترول وتنميته وإنتاجه، رسالة ماجسير، جامعة دمشق، 2012.
5- حديدي عنتر، شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الثاني، 2017.
6- عبد الباقي البكري- زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون ذكر تاريخ النشر.
7- عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، طبعة 2018/2017، المكتبة القانونية، بغداد.
8- د غالب علي الدواودي- د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
9- غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
10- غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009.
11- مالك جابر حميدي الخزاعي، حسام عبيس عودة، تحديد الأساس القانوني الملائم للمسؤولية المدنية البيئية لشركات تكرير النفط والغاز، جامعة القادسية، كلية القانون، 2017.
12- محمد فوزي حامد عبد القادر، شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية- دراسة مقارنة بين عقود البترول والغاز وعقود الاستثمار الأجنبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2018.
13- محمد طه البشير- غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول والثاني، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

14- محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات واشكاليات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد، 2013.

ثانياً- القوانين:

1- القانون المدني العراقي، رقم (40) لسنة 1951.
2- قانون حماية وتحسين البيئة العراقي رقم (27) لسنة 2009
3- قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (35) لسنة 2015.
4- قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006
5- قانون حماية وتحسين البيئة في إقليم كوردستان- العراق رقم (8) لسنة 2008
6- قانون الاستثمار في إقليم كوردستان- العراق رقم (4) لسنة 2006
7- قانون تشجيع الاستثمار المؤقت في الأردن رقم (68) لسنة 2003.
8- قانون الاستثمار الأردني رقم (30) لسنة 2014
9- قانون تشجيع الاستثمار في فلسطين رقم (1) لسنة 1998
10- قانون البيئة المصري رقم (4) لسنة 1994.
11- قانون البيئة التونسي رقم (91) لسنة 1983.
12- قانون ترقية الاستثمار الجزائري رقم (01/16) لسنة 2016.
13- قانون تصديق اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية رقم (1) لسنة 2015

پـوخـتـه:

گرێبەستی وەبەرهێنان لەسەر ئاستی نێودەوڵەتی یەکێکە لە ئامرازەکانی بە دارایی کردن (تمویل) وەبەرهێنان لە وڵاتە دواکوتووەکان (دول نامیه) ، جیاوازی پێگەی یاسایی لایەنەکانی گرێبەستی وەبەرهێنان گرینگیەکی تایبەت دەدات بەو گرێبەستە وڵاتی میواندار جگە لەوەی یەکێکە لە کەسایەتی یاسای گشتی ناوخۆ لە هەمان کاتدا یەکێکە لە کەسایەتی یاسایی گشتی نێودەوڵەتی بەڵام وەبەرهێنەری بیانی بە یەکێک لە کەسایەتی نێودەوڵەتی گشتی داناندرێت، بەڵکو یەکێکە لە کەسایەتی ناوخۆیی،ئەمەش وادەکات وەبەرهێنەر بەردەوام هەوڵی بەدەستهێنانی ئامراز و رێگای باشتر بەدەست بهێنێت بۆ پاراستنی مافەکانی بەرامبەر دەوڵەتی میواندار کە خاوەنی دەسەڵات شکۆیە.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مەرجی سەقامگیری یاسایی بە یەکێک لە گرینکترین ئامرا دادەنرێت بۆ وەبەرهینەر بۆ مسۆگەرکردنی جێبەجێکردنی هەمان یاسا کە لەسەری ڕێکەوتوون لەکاتی بەستنی گرێبەست دوور لە هەموار کردنی یا دەرکردنی یاسای نوێ لە لایەنی دەوڵەتی میواندار.

ئەو بابەتە دوو باس لە خۆ دەگرێت لە یەکەمیان باسی پێناسەی مەرجی سەقامگیری (تریشعی) یاسایی و شێوەکانی و جۆرەکانی، لە دووەم باسی خۆگونجاندنی (تکییف) یاسایی وەک مەرجی سەقامگیری یاسایی و ئاستەنگەکانی دێنە بەردەم ئەم مەرجە.

لە کۆتایی توێژینەوەکەدا گەیشتینە کۆمەڵێک ڕاسپاردە و دەرئەنجام گرنکترینیان دانانی مەرجی سەقامگیری یاسایی (تەشریعی) لە شێوەی مەرجی گەڕانەوەی هاوسەنگی ئابووری، بە مەبەستی بەدەستهێنانی ئامانج لە بوونی ئەو مەرجە.

Legislative stability condition in the contract of investment

A Comparative Study

Asst. Prof. Dr. Rozhan Abdulqadir
Department of Law, College of Law and International Relations, Lebanese French University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
Rojandizayee@yahoo.com

Asst. Lect. Mohammed Ashraf Sheikho
Department of Law, College of Law and International Relations, Lebanese French University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
m.ashraf@lfu.edu.krd

Keywords: *foreign investor, guarantee, contracthost country. condition legislative stability, investment*

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

Abstract

Investment contracts at the international level are considered one of the most important methods of financing for investment in developing countries, and the disparity in the legal positions of the parties to the investment contract gives this contract a special importance, as the host country, in addition to being a person of internal public law, is at the same time considered a person of international law. While the foreign investor is not considered a person of public international law, rather he is a person of internal law, and this is what makes the investor always seek means and methods to ensure that his rights are protected against the host country, as it is the owner of sovereignty and authority. The legislative stability requirement is considered one of the most important means that guarantee the investor the application and validity of the same legislation that was agreed upon at the time of the conclusion of the contract, away from the amendments made by the host country or even the issuance of new legislation by it.

This topic has been studied in two chapters. The first deals with defining the legislative stability condition, and explaining its forms and types, while the second deals with the legal conditioning of the legislative stability condition, as well as the obstacles that may be encountered.

At the end of this research, a set of conclusions and recommendations were reached, the most important of which is the inclusion of the legislative stability condition in the form of the condition restoring economic equilibrium, in order to achieve its intended purpose.