الثبات التشريعي كضمان للمستثمر الأجنبي في قانون الإستثمار الكوردستاني (دراسة تحليلية)

م.م. بەشدار عبدالله محمد

جامعة سوران – فاكلتي القانون والعلوم السياسية والإدارة

bashdar.muhammed@soran.edu.iq

المحامي محمد كريم حاجي

Muhamadkarem38@gmail.com

الملخص:

يعد شرط الثبات التشريعي في عقود التنمية الاقتصادية أو عقود الدولة ضمانا هاما بالنسبة للمستثمر، وبالمقابل يعد وسيلة جذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية إلى الدولة لارتباطه بمبدأ الأمان القانوني الذي يبحث عنه المستثمر, مما يعني أن هذا الشرط يحقق مصلحة الطرفين، الدولة المضيفة للاستثمار والمستمثر على حد السواء, و عبارة الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية و التشريعات الوطنية أو الذي يرد في العقد المبرم بين المستثمر والدولة المضيفة, ويقضي الالتزام بعدم اصدار قوانين جديدة اوتعديلات جوهرية تمس قانون العقد و التي من شأنها الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والاضرار بمصلحة المستثمر, وفي ضوءها يمكن القول بأن وجود شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لا يسلب الدولة سيادتها ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له، ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات بهذا صدد.

الكلمات المفتاحية: (الثبات التشريعي، الضمان القانوني، المستثمر الاجنبي، سيادة الدولة، قدسية العقد، الدولة المضيفة).

Legislative stability as a guarantee for the foreign investor in the Kurdistan Investment Law
(An analytical study)

Bashdar Abdullah Muhammed
Soran University - Faculties of Law, Political Science and Administration
Lawyer Mohamed Karim Hajji

Abstract:

The legislative stability in economic development contracts or state contracts is an important guarantee for the investor, beside that is an instrument of attracting national and foreign investments to the state for connecting with legal safety principle to the law that the investor is looking for, which means that this condition fulfills the interests of both parties, the host country for the investment and the investor alike, it is the legal guarantee that is contained in international contracts and national legislation or is contained in the contract concluded between the investor and the host country, the state obligates not to enact new laws or fundamental amendments affecting the contract law that would disrupt the economic balance of the contract and harm the interest of the investor, In light of it, it can be said that the existence of conditions for legislative stability in investment contracts does not dispossess the state of its sovereignty and the legislations or decisions it issues after the contract remains valid and binding on the another party, but it makes results in the state's obligation to compensate the other party for the increased burdens arising on it as a result of these legislation or decisions.

Keywords: (legislative stability, legal guarantee, foreign investor, state sovereignty, sanctity of the contract, the host country).

المقدمة

الحمد الله الواهب المنان، ذي الجود والإحسان والإكرام الذي عم نواله على جميع خلقه، فله الفضل والمنة، أحمده سبحانه وتعالى على ما اعطانا من النعم، وأشكره على ما أورثنا من الحكم، والصلاة والسلام على النبي الأمي وعلى آله وأصحابه الذين عزروه ونصروه، ومن تبعهم بإحسان وإيمان إلى يوم الدين وبعد:

يعتبر موضوع الاستثمار الدولي من ابرز المواضيع الحديثة التي تحظى باهتمام القانون الدولي المعاصر, وذلك لعدة اسباب منها أهمية الاستثمار الدولي بشكل أساسي في تنمية الدول وتطورها وهو الهدف الذي يعتبره القانون الدولي حقا مشروعا لكل الدول وخاصة الدول النامية, حيث انها بحاجة ماسة الى تطوير منشآتها ومحاولة مواكبة التطورات الاقتصادية فعملت على جلب الاستثمار الاجنبي من خلال توفير المناخ المناسب لها ووضع ضمانات وتحفيزات للمستثمر. وتعد فكرة الحماية القانونية والضمان من ابرز الاسباب التي تحدوا بالمستثمر ان يقرر اين ستكون وجهته في العالم النامي بالتحديد وتكمل هذه الفكرة في منح المستثمر الاجنبي ضمانات ضد المخاطر التي قد يتعرض لها مشروعه الاستثماري في الدول النامية.

و من المسلم به في العرف الدولي بأن للدولة كامل الصلاحيات في إلغاء أو تعديل أو إنهاء تشريعاتها الداخلية لما تتمتع بها من سلطة وسيادة، بما يخدم مصلحتها العامة، لكن بالمقابل نجد المستثمر كطرف ثان في العقد يحرص دائما على البحث عن حصانة عقدية مستندة على شرط الثبات التشريعي ضمانا لاستثماراته و تدعيما لمركزه القانوني، لأن أي تغيير قد يطرا مستقبلا في تشريعات الدولة يمس بمصالحه ويهدد استقرار المعاملات ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

مشكلة البحث:

يرجع هذا الموضوع باعتبار انه ليس هنالك نص ينص صراحة على شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الكوردستاني، ومع ذلك أن شرط الثبات التشريعي هو احد اهم ضمانات الاستثمار لجذب المستثمر الاجنبي, كيف نستطيع حل المشكلة

و كشف نص الإعتماد به, و هنالك غموض بنسبة توفير شرط الثبات التشريعي في العقود الاستثمارية المبرمة مع حكومة اقليم كوردستان وكذلك تبيان مكانة وفعالية شرط الثبات التشريعي كضمانة للمحافظة على جدلية التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار بين مصالح الدولة بما تتمتع به من مظاهر السلطة والسيادة وبين مصالح المستثمر الأجنبي كطرف ثان في العلاقة العقدية والذي يصبو الى تحقيق الربح وتعظيم العائد الاستثماري.

اسئلة البحث:

سوف يحاول الباحث ان يعالج الاشكاليات المطروحة من خلال الاجابة على الاسئلة الاتية:

- ما هو مفهوم شرط الثبات التشريعي وما هي انواعه ؟
- ما هو التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي؟
- ما هو دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات، في حماية المستثمر الاجنبي و تحفيزه على الاستثمار خاصة في العقود طويلة المدة؟
- ما هي اثار ونتائج شرط الثبات التشريعي في النصوص و العقود؟
- هل يمكن لهذه الشروط ان تؤثر على السيادة التشريعية للدولة و امتيازاتها كسلطة عامة؟

اهداف البحث:

سعت حكومة اقليم كوردستان العراق على غرار مختلف الدول النامية التي تتنافس بجلب الاستثمارات الاجنبية جاهدة لأصدار العديد من القوانين المحفزة على الاستثمار و لازالة كل العقبات والمخاوف التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر ولكن لم ينص صراحة على شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الاجنبي هل يدل هذا على عدم ثبوت التشريعات الكوردستانية تجاه المستثمرين أو موافقة المشرع الكوردستاني على تجاه عدم صحة هذا الشرط؟ نستهدف بيان هذا الموضوع من خلال

بحثنا المتواضع، على الرغم من أنه موضوع جديد في مكاتب القانون في العراق و اقليم كوردستان.

منهجية البحث:

المنهج الذي اعتمدنا عليه في هذا البحث هو المنهج التحليلي و المنهج المقارن, لأنه من خلال دراسة هذا الموضوع نقوم بتحليل النصوص التشريعية و الآراء الفقهية و مقارنة بعضهم ببعض على موضوع شرط الثبات التشريعي, وتحديد اهم حالات و جوانب شرط الثبات التشريعي و تكييفه واثاره القانونية.

هيكلية البحث:

سوف نتناول موضوع شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الاجنبي في قانون الاستثمار الكوردستاني مدار البحث من خلال ثلاثة مباحث، نشير في المبحث الأول الى تعريف شرط الثبات التشريعي و انواعه ونقسم المبحث الى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول الى تعريف شرط الثبات التشريعي ونخصص المطلب الثاني لبحث أنواع شرط الثبات التشريعي.

أما المبحث الثاني سنكرسه للتكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي و مدى صحته, نتطرق في المطلب الأول منه الى الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي, أما المطلب الثاني سنخصصه إلى مدى صحة شرط الثبات التشريعي.

و اما في المبحث الثالث سنتناول موضوع الآثار الواقعة على شرط الثبات التشريعي من خلال عرض أهم قضايا التحكيم الخاصة المتعلقة بشرط الثبات التشريعي.

المبحث الاول

تعريف شرط الثبات التشريعي و انواعه

سنتناول في هذا المبحث (تعريف شرط الثبات التشريعي) في المطلب الاول و (انواع شرط الثبات التشريعي) في المطلب الثاني.

المطلب الاول

تعريف شرط الثبات التشريعي

يعد تطبيق شرط الثبات التشريعي من اهم الضمانات الجاذبة للاستثمار وخاصة في الدول التي بحاجة للاستثمار حيث يسعى المستثمر من خلال عقد الاستثمار الى درء المخاطر الناتجة عن عدم الاستقرار التشريعي في تلك الدول ويكون محور حصول تلك المخاطر هي خضوع العقد للتعديلات التي تحصل على القانون الذي ينظم عقد الاستثمار. وبالتالي تلجأ الدول الى هذا الشرط من اجل طمأنة المستثمرين المتعاقدين معهم من خلال ادراجه في بنود عقد الاستثمار فتعمل سلطة المتعاقدين على تثبيت قانون العقد فلا يسري على العقد الا احكامه النافذة وقت انعقاده دون ان يطرأ عليه اي تغيير في المستقبل [١].

سنبحث في هذا المطلب تعريف شرط الثبات التشريعي من الجانب الفقهي و في الاتفاقيات الدولية وأيضا في قانون الاستثمار الكوردستاني كما يلي:

١-تعريف شرط الثبات التشريعي فقهيا

مصطلح شرط الاستقرار أو الثبات التشريعي " Stabilization Clause " يستخدم للشرط التعاقدي المتفق عليه بين المستثمر والدولة المضيفة، بموجب هذا الشرط تتعهد الدولة المضيفة بعدم تطبيق أي تغيير أو الغاء تشريعي جديد للعلاقة التعاقدية بين الطرفين أو بموجبه تلتزم الدولة المضيفة بتعويض المستثمر الأجنبي عندما تسبب التعديلات الواردة لالحاق الضرر بمصلحة اقتصادية للمستثمر الاجنبي[٢] أو يقصد بتجميد قانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان و ابقائه على

حالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد, خاصة في مجال عقود الاستثمار و التنمية المحلية[٣].

يوجد اختلاف فقهي على تعريف شرط الثبات التشريعي, وقد تعددت التعريفات حولها, نذكر منها مايلي:

يعرف الفقه شرط الثبات التشريعي او التجميد الزمني لقانون الإرادة على انه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي, فشرط الثبات يهدف الى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الاجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد, وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد او بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري[٤].

ويعرف الشرط الثبات التشريعي بأنه: ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد او لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية[٥].

يعرفه بعض الاخر بأنه: الشرط الذي يرد في عقد الاستثمار والذي يؤدي الى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية و طرفي العقد وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية التي كانت سارية وقت ابرام العقد و يعتبر ذلك الشرط ملزم للجانبين استنادا الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[٦].

ويعرف كذلك الثبات التشريعي بأنه: عبارة عن أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من المخاطر الناتجة عن تعديل التشريع، من ناحية تغيير العقد بأصدار تشريعات جديدة عبر تجميد دور الدولة المضيفة في سن التشريع و إبقاء الحال على ماهو عليه وقت ابرام العقد والذي يحد من سلطة الدولة للتشريع ولكن لايجردها منها[٧] وبنفس المعنى عرفه فريق أخر بأنه: شرط يرد في عقود الاستثمار والذي يهدف الى تثبيت دور الدولة المضيفة كسلطة التشريعية و كطرف في العقد

المبرم وأيضا يمنع الدولة من تغيير القواعد التشريعية التي كانت معمولة لحظة ابرام العقد و يعتبر هذا الشرط ملزما لطرفي العقد استنادا الى قاعدة العقد شريعةالمتعاقدين[٨].

ومن خلال قراءتنا وتحليلنا للتعاريف المتقدمة رأينا ان هناك اختلافات فقهية و نستعرض النتائج الاتية:

١-ان تفعيل هذا الشرط يتاتي من اتفاقية ثنائية اواقليمية ترقى الى مستوى التشريع تكون معها سلطات الدولة المتفاوضة محل تقييد وتغل يد الدولة من اصدار اية لائحة اوتشريع من شأنه التأثير على العلاقة العقدية. وغير خاف على القارئ الكريم ان الدول تتباين في التعاطي مع علاقة الاتفاقية بالتشريع الداخلي, ولكن في الاعم الاغلب فان الاتفاقيات هي محل احترام لدى اطرافها اذ ان عدم احترامها يمكن ان يثير مسؤولية الطرف المخل باحكامها.

٢-هناك غاية من هذا الشرط تتمثل في تجميد دور الدولة في سلطتها التشريعية ويكون هذا التشريع هو التشريع الخاص بالاستثمار او تنظيم العقود الدولية التي يكون احد اطرافها اجنبي[٩], و يعتبر شرط الثبات التشريعي أداة لتخفيف المخاطر السيادية ضد المستثمرين في سياق الاستثمارات الأجنبية. في الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي، كان شرط الثبات التشريعي يحمي إلى حد كبير من موجة تأميم مشاريع الاستثمار الأجنبي في النفط والتعدين . اليوم قد تتعامل هذه الشروط مع مخاطر التشريعات التعسفية أو التمييزية ضد المستثمر أو التأميم أو المصادرة ومن المحتمل أيضا أن تحمي من المصادرة المادية أو الزاحفة من قبل الدولة المضيفة أو إلغاء العقد وفقا للقانون الوطني. على الرغم من أن هذه الشواغل وغيرها قد تشكل جوهر مسألة شرط الثبات التشريعي، على سبيل المثال، التشريعات البيئية والاجتماعية دفع المستثمرين إلى استخدام شرط الثبات لحماية استثماراتهم من التكاليف الناتجة عن التغييرات على هذه التشريعات[١٠].

وبرأينا المتواضع أن التعريف المناسب لهذا الشرط هو:

عبارة عن الضمان القانوني الذي يرد في العقود الدولية و التشريعات الوطنية أو يرد في العقد المبرم بين المستثمر والدولة المضيفة, ويقضي الالتزام بعدم اصدار

قوانين جديدة او تعديلات جوهرية تمس قانون العقد و التي من شأنها الاخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والاضرار بمصلحة المستثمر[١١].

وانطلاقا من ذلك فأن هناك فرق بين شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد أو عدم تعديل العقد، بحيث إذا كان شرط الثبات يقع ضمن الاختصاص العام للدولة وينبثق عن سيادتها ، فإن الشرط عدم المساس فقط يتعلق بسلطة الدولة داخل المجال العقدي، ولكن غالبية الفقهاء والقضاة لا يفرق بين الإجراءات المأخوذة من قبل الدولة كسلطة عامة تعاقدية ، وتلك التي تتخذها الدولة باعتبارها سلطة تشريعية.

٢-تعريف شرط الثبات التشريعي في الاتفاقيات الدولية

تسعى الدول النامية من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية الشاملة, الى توفير ظروف مشجعة لجذب الاستثمارات و خاصة منها الاجنبية, ولا يتأتى ذلك الا بوجود نظام قانوني, وهو ما يعرف بعقود الاستثمار الدولي, هذه الاخيرة حاول فقهاء القانون وضع تعريف لها حيث عرفها مجمع القانون الدولي بأنها (العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية), وقد عرفها المحكم ديبي في التحكيم TEXACO ضد الحكومة الليبية بانها (عقود تنمية طويلة لها اهمية بالنسبة للدولة المضيفة و تخلق نوعا من التعاون بين الدولة المتعاقدة و الطرف الاجنبي, وتضمن نصوصا تهدف الى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد و اخضاعه لنظم خاصة و للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة في اعمال لسيادتها التي تستخدمها لتعديل العقد اوانهائه بإرادتها المنفردة)[١٢] .

وكذلك يوجد تعريف شرط الثبات التشريعي في تقرير مجلس حقوق الانسان بالأمم المتحدة في العام (٢٠٠٧) بأنه: مصطلح "شرط الثبات التشريعي" قد يشير إلى التزام التعاقدي في العقود الخاصة بين المستثمرين والدول المضيفة التي تتناول مسألة التغييرات في القانون في الدولة المضيفة خلال مشروع الأستثمار[١٣]، أيضا مجموعة من أحكام التحكيم قد نصت على صحة و ضرورة شرط الثبات التشريعي. على سبيل المثال تحكيم تكساسكو (Texaco)لسنة ١٩٧٧ وأيضا تحكيم في قضية ليامكو

(Liam co) لسنة ١٩٧٧ وتحكيم أجيبت (Agipt) لسنة ١٩٧ حسم النزاع لصالح المستثمر ضد حكومة كونغو وتحكيم أمينويل (Aminoil) لسنة ١٩٨٢[١٤].

فشرط الثبات يهدف الى تجميد القواعد التشريعية في الدولة في علاقاتها مع الأجنبي, وإبقائها على نفس الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد، وهذا كله لأجل حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل إقتصاديات العقد, وهذا الشرط يمكن أن يتم تضمينه من خلال إتفاقية ثنائية أو إقليمية، ليمنع الدولة من إصدار أي لائحة أو تشريع أو قانون من شأنه أن يؤدي إلى التأثير على العقد الدولي المبرم[١٥] .

٣-تعريف شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الكوردستاني

شرط الثبات التشريعي يعتبر اهم عامل من العوامل الجاذبة للاستثمار الاجنبي في أي بلد يحتاج الى الأستثمار مثل العراق أو إقليم كوردستان. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي في قانون الاستثمار لم ينظم ولا نص صراحة على شرط الثبات التشريعي، كما أن هذا المبدأ يمثل ثقة المستثمر الأجنبي في البلد المضيف للاستثمار، على الرغم من ان قانون الأستثمار العراقي المرقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل اشار الى شرط الثبات ولكن مقتصرا على ألاثر الرجعي دون ألاثر المستقبلي في المادة (١٣) على أنه (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أثر رجعي يمس الضمانات والاعفاءات المقررة بموجبه) وفقا لهذا النص المشرع سمحَ في سن تشريع جديد و اصدار لوائح جديدة ولكن دون أن يمس هذه التعديلات ضررا بالمصالح الاقتصادية أو القانونية للمستثمر، وأيضا المادة (٢٦) نصت على أن أي مشروع تمت الموافقة عليه بموجب التشريع السابق سيستمر في الاستفادة من الامتيازات والضمانات الممنوحة له وفقا لذلك القانون حتى انتهاء فترة الإعفاء وشروطه و كذلك في المادة (٢/١٢) يمنع الدولة عن المصادرة أو تأميم المشروع الأستثماري.

أما بخصوص قانون الأستثمار في إقليم كوردستان المرقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ لم يتضمن نصا خاصا على شرط الثبات التشريعى ولا على عدم رجعية القوانين صراحة وأيضا لايوجد فيه نص معين يقضي بعدم جواز المصادرة أو تأميم من قبل الدولة. لا

شك فيه أن هذا الأمر سيكون سببا لتنفير المستثمرين بدلا من استقطابهم للدولة التي بحاجة الى الأستثمار أو المراد الاستثمار فيها، خاصة أن المستثمرين يبحثون دائما عن الضمانات التي سيؤمنها لهم المشروع الاستثماري، ومن بين هذه الضمانات شرط الثبات التشريعي أو عدم جواز المصادرة وتأميم الممتلكات الا للمنفعة العامة[١٦]. ولكن المادة (٢/١٨) في قانون الأستثمار الكوردستاني اعتبر جميع المشاريع الأستثمارية التي جرت الموافقة عليها لدى هيئة تشجيع الأستثمار المؤلفة وفقا للقرار الملغي المرقم (٨٩) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بتشجيع الأستثمار في الأقليم والمشاريع الأستثمارية المجازة لدى إدارة أربيل بموجب التشريعات واللوائح النافذة مشاريع استثمارية قانونية ولاتمنع من التمتع بالأمتيازات والأعفاءات التي منحت لها) لذلك يتضح لنا من هذا النص بأنه لا أثر لأي تعديل أو الغاء تشريعي على الضمانات والاعفاءات التي مُنحت التشريع السابق للمستثمرين ومن غير التنازل وبطلب صريح منهم من قبل المستثمر لا يمكن أن يمنعهم من التمتع بها سواءا كان التنازل مقابلا أو دون مقابلا. وهذا النص له تأثير إيجابي في جذب المستثمرين الى إقليم كوردستان. ولكن جدير بالذكر بأن أحكام قانون الاستثمار لاقليم كوردستان لا تسري على العقود و العمليات النفطية كما نصت علية في المادة (٢/٥٩) من قانون النفط والغاز في إقليم كوردستان.

المطلب الثاني

انواع شرط الثبات التشريعي

مثلما أشرنا في المطلب الأول إن البلد المضيف للاستثمار الأجنبي قد يدرج في عقودها شروطا كثيرة لجذب المستثمرين الأجانب خاصة في مجال استغلال الموارد الطبيعية مثل النفط والغاز أو في مجال عقود التنمية الأقتصادية، ربما أبرزها شرط الثبات التشريعي، لأنه يعتبر هذا الشرط أهم ضمان بين الضمانات التي تمنح للمستثمر. عند التحليل الفني لهذا الشرط نرى أن الفقه يميز بين شرط الثبات التي مصدرها العقد وتلك التي تستند الى التشريعات الوطنية وأخيرا الشرط الذي أساسه اتفاقيات دولية سواءا الاتفاقية الثنائية أو الإقليمية. وهذا ما نستعرضه في هذا المطلب.

١-شروط الثبات التعاقدية

شروط الثبات التعاقدية أو كما يسميها البعض الشروط الاتفاقية يقصد بها شروط ترد ضمن بنود عقد الاستثمار ذاته وتنص على ان القانون الذي يسري على العقد هو ذلك القانون باحكامه وقواعده السارية فقط وقت ابرام العقد مع استبعاد اي تعديل او تغيير لاحق يطرأ على ذلك القانون[١٧].

يشكل شروط الثبات التعاقدية نوعا من الحصانة للمستثمر المتعاقد مع الدولة المضيفة ضد سيادتها وسلطتها، ويهدف من خلالها المستثمر إلى منع البلد المضيف للاستثمار وممارسته لأعمال ذات طبيعة سيادية في الغاء أو تعديل العقد المبرم بينهما بإرادة منفردة. وفقا لهذه الشروط ليس ممكنا للدولة المضيفة أن تهرب منه الا بعد انقضاء المدة المتفق عليها بالعقد، واذا لم توفي الدولة بالالتزامات الواردة في العقد يترتب المسؤولية، كما أن هذه الشروط ملزمة لجانبين أو لكلا الطرفين في العقد حتى لو كانت التعديلات الجديدة أكثر ملائما للمستثمر و أصلح له[١٨].

وقد نشأت هذه الشروط في الممارسة التعاقدية من خلال الاتفاقيات والعقود المختلفة المبرمة بين حكومات الدول المضيفة مع الأشخاص الأجانب من القطاع الخاص ومن الأمثلة على ذلك العقد المبرم بين جمهورية الجابون و شركة (France–Ville) لمناجم اليورانيوم حيث نصت المادة (١٩) من هذا العقد على(ان تتعهد جمهورية الجابون بأن تضمن وفقا لاستثناء خاص لصالح الشركة الاستفادة الا اذا طلبت الشركة التمسك بالاحكام الجديدة)[١٩] وكذلك يوجد هذا الشرط في العقد المبرم بين دولة الكاميرون واحدى شركات البحث في مجال البترول فقد نصت المادة (١٠) منها على أنه (لايمكن ان تطبق على الشركة وبدون موافقتها عليها التعديلات التي تطرأ على احكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق)[٢٠]. وكذلك ماجاء به احد العقود المبرمة عام ١٩٧٨م بين تونس واحدى شركات البترول الامريكية اذ يقضي على ان القانون الواجب التطبيق على العقد القانوني التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي ويفصل المحكمون في النزاع على اساس العدالة والقانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي[٢١]. كما تجسد هذا الشرط العقد المبرم بين دولة توجو

وشركة مناجم (Benim) الذي نص على أنه (في حالة وجود تعديلات تشريعية أو تنظيمية على الأختصاص في جمهورية توجو المستقلة تتعهد تلك الأخيرة بأن تضمن بأستثناء خاص لصالح شركة مناجم (Benim) الاستفادة من الاحكام السابقة المتعلقة بنظام الموارد، التعدين وحقول المناجم القابلة التصريح بالبحث، الامتيازات الممنوحة للشركة هذا مالم تلتزم الأخيرة بالأحكام الجديدة) وأيضا وردت نصوص الثبات التشريعي بارزة وفقا للعقد المبرم بين شركة (Planet oil and mineral corporation) و دولة موريتانيا في مادة (٤) على أن (يلحق قانون التعدين الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي بالنصوص الواردة بالملحق الحالي ويعتبر جزءا لا يتجزء منه)

و مع ذلك أن التطبيقات القانونية لشرط الثبات التشريعي التي ينص عليها في العقود المبرمة بين حكومة الدولة المضيفة مع المستثمر الأجنبي عديدة ومتنوعة وأصبحت من الشروط المعترف بها والقابلة للتطبيق بشكل لافت، خاصة وأن التعامل مع هذه الشرط من خلال ادراجها في العقود المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي قد تتسم بإجراءات ميسرة حيث أن الشروط التي تتحكم في نصها من قبل أطراف العقد مقارنة بتلك التي ترد في متن قانون الدولة المضيفة في شكل نصوص تشريعية، فهي حتما سوف تحتاج الى الخضوع لإجراءات تتحكم فيها هيئات مختلفة و متعددة .

٢-شروط الثبات التشريعية

شرط الثبات التشريعي عبارة عن نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة, التي ستدخل طرفا في عقد او اتفاق دولي مع شخص خاص أجنبي, بمقتضاه تتعهد الدولة بعدم تعديل اوتغير قانونها او الغاء قانون المنظم للعلاقة التعاقدية بينها و بين المستثمر, وهذه الشروط تضعها الدولة التي ستستضيف المشروع الاستثماري كطرف في العقد او اتفاق دولي مع شخص أجنبي بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير _المستثمر_ بعدم تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد او الاتفاق المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي. و استبعاد تطبيق القانون الجديد[٢٢].

والشروط التشريعية ترتبط بممارسة الدولة لإختصاصاتها, و تكون عامة تخص كامل التشريع, او خاصة تتعلق ببعض مجالات النشاط(مثل مجال البترول), كما قد يكون الثبات مطلقا تلتزم من خلاله الدولة بعدم تطبيق اي قانون جديد على العقد, اويكون نسبيا, وذلك بتعهد الدولة بعدم تطبيق القوانين التي من شأنه جعل اداءات المستثمر الاجنبي عسيرة و تعرض مصالحه للخطر[٢٣].

والمثال على ذلك نص المشرع المصري على الأخذ بمبدأ الثبات التشريعي في نصوصه التشريعية و المجسد في نص المادة(٢) من القانون رقم(٨) لسنة(١٩٩٧): (لا تخل أحكام هذا القانون والقانون المرافق له بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشات القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشات محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدة الخاصة بها, وذلك طبقا للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها). كما اخذ بهذه الشروط قانون البترول الإيراني الصادر في سنة ١٩٥٧ والذي ورد فيه ان اي تغيير في القانون يخالف الشروط و الامتيازات و الظروف المحددة او المعترف بها في العقد من العقود والتي تتحدد بالنظر الى وقت ابرامه او عند تجديده، لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الاولية ولا عند تجديده[٢٤].

و اخذ أيضا المشرع الجزائري بشرط الثبات في قانون الإستثمار الجزائري المقرر بالأمر رقم ٠١/٠٣ المؤرخ في ٢٠ اغسطس ٢٠٠١ في المادة (١٥) (لا تطبق المراجعات او الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في اطار هذا الامر الا اذا طلب المستثمر صراحة).

٣-شروط الثبات الدولية

يثبت هذا الشرط بموجب اتفاقية دولية (ثنائية أو متعددة)، تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة أو الدول الأخرى من خلال حظر اجراء تعديلات تشريعية أو اتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملون في اراضيها. على هذا الأساس، ستكون أحكام القانون الدولي العام هي الناظمة والحامية لاستقرار الاستثمارات الأجنبية العالمة في اراضي الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية،

إضافة إلى تقييد حرية الدولة المستضيفة لمشروع الاستثمار في التحكم بالعلاقة التي تربطها مع المستثمر الأجنبي على أساس قواعد السيادة الوطنية إضافة إلى ضمان اختصاص القضاء الدولي في تسوية أية منازعات قد تنشأ نتيجة هذا الاستثمار. لا يعني هذا انطباق نصوص شروط الثبات المتفق عليها في الاتفاقية الدولية تلقائيا على العقد الموقع بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة, بل يجب لتطبيق هذا الشروط تمسك المستثمر الأجنبي بهذه النصوص وتضمينها في العقد تأسيسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه الحالة ستنشأ مظلة من الحماية القانونية الدولية للعقد الموقع بين الطرفين إضافة إلى قواعد الحماية الوطنية لهذا العقد[٢٥].

على سبيل المثال, نصت المادة(١٠) من اتفاقية ميثاق الطاقة للتعاون في مجال الطاقة الدولي عام(١٩٩١) في مقدمة هذه المادة على أنه (يقوم كل طرف متعاقد وفقا لاحكام هذه المعاهدة بتشجيع الاستثمار الاجنبي و في بعض الحالات على احترام التعاهدات التعاقدية المبرمة مع المستثمر) وأيضا ورد في نص المادة(٤٢) فقرة(١) من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(ISCID) ما يلي: تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع, و اذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ, فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين, بالاضافة الى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع[٢٦] و في العام(١٩٦٢) أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (١٨٠٣) الذي أقر بسيادة الدول على مواردها الطبيعية ومصادرها الوطنية، حيث نصت المادة الاربعة من هذا القرار صراحة على حق الدول في تأميم المشروعات التجارية الوطنية والأجنبية المقامة على أراضيها وحقها في إقرار التعديلات التشريعية التي تضمن تحقيق مصالحا الوطنية[٢٧].

حديثا، استقرت قواعد القانون التجاري الدولي على العديد من المبادئ والضوابط، التي ذهبت بعيدا في مجال حماية مصالح المستثمر التجارية ضد أعمال التأميم الحكومية والتعديلات التشريعية الوطنية التي قد تؤثر على مصالح المستثمر الاقتصادية المتوقعة عند تعاقده مع هذه الدول. أقرت هذه المبادئ بالمعايير الأساسية

كصيانة وحماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية، وفي حال ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي وأيضا عدم التمييز في المعاملة ما بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، والمشروعات التي تعود ملكيتها للأجانب والمشروعات التجارية التي يملكها المواطنون وكذلك حق الدول في استخدام كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مصالح مواطنيها المستثمرين في حال تم تأميم ملكياتهم من دول أخرى أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الاقتصادية، على أن لا يتم اللجوء إلى هذا الأمر إلا عندما يستنفذ هذا المستثمر كافة الوسائل الممكنة لحماية حقوقه المالية المتعلقة بالمشروع محل التأميم[٢٨].

تبنى البنك الدولي في العام(1992) هذه المبادئ أيضا عندما أصدر دليل الاستثمار على المستوى الدولي. على صعيد فقه القانون التجاري الدولي[٢٩]، مازال النقاش مستمرا حتى اللحظة حول تحديد ماهية المقصود بمعايير المصلحة العامة، عدم التمييز، ومقدار التعويض الذي يجب أن تدفعه الدولة للمستثمر الأجنبي متى أقرت الدولة تعديلات تشريعية تضر بمصالحه الاقتصادية. هذا يعني قصور قواعد القانون التجاري الدولي حتى اللحظة في التعامل مع مثل هذه الممارسات الوطنية.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي و مدى صحته

سنتناول في هذا المبحث (طبيعة القانوني لشرط الثبات التشريعي) في المطلب الاول و (مدى صحة شرط الثبات التشريعي) في المطلب الثاني.

المطلب الاول

طبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

بخصوص الطبيعة القانونية لهذا الشرط هناك عديد من الاراء لتحديد طبيعته القانونية، سنبين هذا الموضوع من خلال بيان شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الاثر الفوري و شرط الثبات التشريعي ادماج للقانون العقد.

١-شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ الاثر الفوري

إن شرط الثبات التشريعي ليس عند جانب من الفقه إلا استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، هذا المبدأ يقتضي لما هو معلوم دخوله حيز التطبيق والنفاذ بمجرد نشره وفقا للاوضاع القانونية المقررة ولحظة النفاذ تلك هي الفاصل بين انتهاء سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد, ويعد الاستثناء المتضمن استمرارية نفاذ أحكام القانون القديم رغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الاستثمار استثناء قائما بموجب النص الصريح للمشرع الذي يملك سلطة وضع القيود على المبادئ العامة كلما رأي في تلك القيود تحقيقا للمصلحة العامة[٣٠].

فيذهب هذا الاتجاه الى ان الثبات شروط التشريعي تعد استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد, ذلك المبدأ السائد و المستقر في القوانين الداخلية, وعلى هذا الاساس فان شروط الثبات التشريعي في هذه الحالة ترمي الى استمرار سريان القانون الذي اتفق عليه الاطراف واختياره لحكم العقد المبرم بينهما, بالرغم من صدور تشريع جديد يعد استثناء على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد, تحول دون تطبيق احكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان[٣١].

اذا اتفق الاطراف على سريان القواعد القانونية الموجودة و النافذة وقت ابرام العقد دون تلك المستحدثة و الجديدة التي تطرأ بعد ذلك, فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي تندرج تلك القواعد تحت لوائه, بل يتوقف فقط سريان القواعد الجديدة المستحدثة بعدم ابرام العقد, فهي تظل قواعد القانونية بالمعنى الفني, و هنا نقول ان لشروط التجميد او الثبات اثر توقيفي Effet suspensif لقوة سريان قانون العقد في تعديلات الاحقة على العقد[٣٢].

فمن المعلوم أن القانون الجديد الآمر يسري بأثر فوري و مباشر على كافة العقود حتى تلك التي تكون قد أبرمت في ظل القانون القديم قبل صدور القانون الجديد، و لا يعتبر في سريان القانون الجديد على هذه العقود أية رجعية, و بهذه المثابة فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى إستمرار سريان القانون الذي تم للأطراف إختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد تعد إستثناءا على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد تحول دون إعمال أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان[٣٣].

على ان البعض قد ارتأي بامكان تحقيق الاثر التوفيقي حتى في خصوص شروط التجميد او الثبات التعاقدية و هنا يكون ذلك الاثر من عمل الاطراف في العقد ويستند هولاء الى ان" قاعدة القانون الدولي الخاص تستمح للاطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض اسنادا زمنيا" Reattachment temporal" الى التشريع المختار في مضمونة لحظة ابرام العقد وهي تعطي الحرية للاطراف في ان يحددو بانفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائما اخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار[٣٤].

٢-شرط الثبات التشريعي ادماج للقانون العقد

الاندماج هو نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط تعاقدي لا تكون له الا قوة وقيمة شروط العقد، بحيث يكون للاطراف ان يجروا عليه التعديلات التي يجرونها على باقي الشروط التعاقدية، و يفقد صفته كالقانون، وبالتالي يصبح القانون كأنه من عمل الاطراف، و يفقد صفة الالزام، ويصبح جزءا من

العقد يجري عليه ما يجري من الشروط التعاقدية من تعديل او حذف او رفض تطبيق جزء منه[٣٥].

يرى جانب من الفقه أن الغاية التي تهدف شروط الثبات إلى تحقيقها هي طمأنة الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة بأن القوانين و اللوائح التي سوف تقرر الدولة إصدارها في تاريخ لاحق على إبرام العقد لن تطبق عليه و بالتالي فإن المتعاقد الأجنبي يجد نفسه محصنا ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من سلطان تشريعي يجعله في مركز تعاقدي غير متكافئ. وللوصول إلى هذه الغاية فإن قانون الدولة المتعاقدة يتم إدماجه في العقد، على نحو يؤدي إلى تجميد القانون لحظة إبرام العقد أو لحظة بدء تنفيذه. و بالتالي فإن الهدف المحدد أعلاه قد تم تحقيقه من خلال معرفة الطرف المتعاقد مع الدولة بقانونها الوطني و تجميده و أصبح القانون المختار بمثابة شروط تعاقدية شأنه في ذلك شأن الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد[٣٦].

اسلفنا بان فريقا من الشراح يرى ان التعديلات التي تطرأ على القانون واجب التطبيق بعد ابرام العقد لا تسري عليه بالنظر الى ان ذلك القانون يندمج في العقد و يصبح عبارة عن شرط تعاقدي (clauses contractuales) كباقي شروط العقد او بنوه وهنا لايكون لذلك القانون الا اسمه فقط و يفقد صفته القاعدة و هنا يمكن ان نستخلص ان شرط التجميد التجميد الزمني يمارس اثرا تحويليا (Effect Transformation) لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد[٣٧], ولا يغيب عن البال ان ذلك التحويل(Transformation) يتأتي من مبدأ سلطان الارادة و الحرية الدولية للاتفاقات و العقود, فاستنادا الى هذا المبدأ يستطع الاطراف المتعاقدة ليس فقط استبعاد بعض القوانين الامرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي, بل ايضا صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لايكون لها قوة الا تلك التي يعطيها او يمنحها لها الاطراف انفسهم او كما يعبر عن ذلك البعض ان القانون الاستقلال– الارادة – قد اضحى مالكا المتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة ابطال تعهدهم ولا سلطة تعديل دون رضائهم[٣٨].

تجدر الاشارة الى ان هذا الرأي لا يصلح الا بصدد الشروط التعاقدية او الاتفاقية للثبات التشريعي, اذ ان الاطراف المتعاقدة تقوم باختيار صريح للقانون الواجب التطبيق و ادماجه في العقد, اما اذا تم تحديد ذلك القانون من قبل القاضي حال غياب ارادة الاطراف, فلا تتوافر فكرة الاندماج والطبيعة التحويلية للتجميد[٣٩].

اما شروط الثبات او تجميد الزمني لقانون العقد, ذات الطابع التشريعي فان علم المتعاقد مع الدولة بوجود ذلك الشرط في تشريعاتها يعد احد دوافعه الرئيسية للتعاقد مما يستوجب اقرار اثره كاملا استنادا لارادتها في اعماله, وكل ما في الامر ان الدولة وفرت عليه التفاوض معها بشأنه[٤٠].

وبخصوص موقف المشرع الكوردستاني في شرط الثبات التشريعي:

تعد الكوردستان من بلدان الغنية بثروات الطبيعية, غير انها غير قادرة على استثمار مواردها بنفسها, فهي بحاجة ماسة الى تكنلوجيا متطورة للصناعة البترولية, والتي تحتكرها الشركات العلمية التركية و الايرانية و الخ, وهذه الشركات تمارس نشاطها خارج حدودها الاقليمية وتحت انظمة قانونية تختلف عن انظمتها, كما انها تبرم عقودا طويلة المدة لان صناعة البترول تمر بمراحل اربعة هي الاستكشاف ثم الاستخراج ثم التكرير و اخيرا التسويق, وهذه ما يدفع هذه الشركات المستثمرة تبحث عن ضمانات و تسهيلات اضافية لحمايتها من الازمات التي تعيشها البلدان النامية كالكوردستان, و من بينها ادراج شرط الثبات التشريعي في العقود الاستثمار. هنالك كثير من ضمانات و التسهيلات و الاعفاءات للمستثمر الاجنبي في القانون المذكور ولكن ليست هنالك نص صراحة على شرط الثبات التشريعي غير المادة (٢/١٨) كما اشرناه سابقا. لذلك يتضح لنا من هذه النص بأنه لا أثر لأي تعديل أو الغاء التشريعي على الضمانات والاعفاءات التي منحت التشريع السابق للمستثمرين ومن غير التنازل وبطلب صريح منهم من قبل المستثمر لا يمكن أن يمنعهم من التمتع بهم سواءا كان التنازل مقابلا أو دون مقابلا. وهذا النص له تأثير إيجابي في جذب المستثمرين الى إقليم كوردستان.

المطلب الثاني

مدى صحة شرط الثبات التشريعي

يوجد الاختلاف الفقهية بنسبة صحة شرط الثبات التشريعي و بصدد هذا الموضوع سنبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع, الاول هو اتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي, والثاني اتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعيو الثالث الاتجاه التوفيق بين الرأيين كما يلي:

١-اتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي

ذهب البعض إلى ان شروط الثبات المدرجة في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر هي شروط صحيحة ومنتجة لجميع اثارها والمتمثلة بعدم جواز الدولة المتعاقدة بإنهاء العقد أو تعديله بارادتها المنفردة أو إحداث أية تغييرات او تعديلات في قوانينها يكون من شأنها المساس بشروط العقد إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد او عن طريق الإشارة الى نظام قانوني يقرر هذا الأثر[٤١].

ويستند هذا الرأي إما إلى نظرية العقد الطليق، فهذه الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام يقرر هذه الصحة، وإما إلى إعتبار هذه الشروط صحيحة نظرا لأنها تعد من قواعد القانون الدولي المادي أو أما من القواعد المادية[٤٢].

يذهب أغلب الفقه إلى منح الحق للمتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد، إذا يمكن للمتعاقدين تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة طرح النزاع القائم بينهما أمام المحكمة المختصة، وبما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هو مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولي، فإنه من المنطق أن يتم الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق بهذا القانون، بإضافة إلى أنه يمكن للأطراف العدول على القانون الذي اختاروه واستبدال له بقانون آخر في أي مرحلة من مراحل التحكيم[٤٣].

وينحاز هذا الإتجاه المدافع عن الصحة المطلقة لشروط الثبات الى المبادئ المستقرة في القانون لا سيما مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها ، حيث يرى هذا الاتجاه أن شروط الثبات تجد أساسها القانوني في مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو مبدأ سائد ومستقر عليه في القانون الدولي العام والذي يحرص المجتمع الدولي على مراعاته والحفاظ عليه، فاستنادا إلى ما يقضي به هذا المبدأ فإن الدولة المتعاقدة لا يمكنها المساس بالقانون الواجب التطبيق على العقد الذي سبق واتفقت عليه مع متعاقدها الخاص سواء بالتعديل أو الإلغاء، طالما أن الأطراف قد اتجهت إرادتهم إلى الموافقة على تثبيت القانون الواجب التطبيق وعدم المساس بالعقد فحق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم مثلا سيكون باطلا إذا خالف معاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لمصلحة ما[٤٤].

ويبرر البعض هذا الشرط وصحته استنادا على اعتبارات عملية خاصة مع قدرة الدولة على تغيير تشريعاتها، بحيث يضمن هذا الشرط حد أدنى من استقرار الروابط العقدية يحفظ معه توقعات الأطراف، دون أن ينطوي ذلك على مساس بسيادة الدولة لما تتمتع به من حرية في هذا المجال[٤٥].

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، ذلك لاستناده إلى نظرية العقد الطليق أو تحرير العقد من القانون، فهذا الاتجاه يؤدي إلى تحرير العقد من الخضوع لأي قانون خاصة قانون الدولة المتعاقدة ولا يمكن تصور عقد بلا قانون، وحتى وإن تم إخضاع العقد للقانون الدولي، فإن ذلك لا يمكن أن يجرد الدولة من سلطاتها وامتيازاتها، ومن ثم فإن شروط الثبات التشريعي لا يمكن أن تؤدي إلى تدويل عقود الدولة[٤٦].

٢-اتجاه المدافع عن عدم صحة شرط الثبات التشريعي

أما أصحاب هذا الاتجاه فيرون بان ليس لهذه الشروط اي قيمة قانونية ولا يترتب عليها اي اثر فهذه الشروط عبارة عن شروط تعاقدية شانها في ذلك شان بقية الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، ومن ثم فان هذه الشروط ليس لها قوة ملزمة اكثر من العقد نفسه الذي يتضمنها وبالتالي فان شرط الثبات يخضع بدوره للسلطة السيادية لها في ذلك مثل بقية الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد، هذا بالاضافة الى

أن الدولة لايجوز لها أن يتنازل عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها والتي لا غنى عنها للقيام بالمهام المكلفة بها وبناء عليه وعلى وفق هذا الاتجاه فان من حق الدولة التدخل اما لانهاء العقد أو تعديله بارادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة بصرف النظر عن ضمن العقد الشرط الثبات التشريعي فهذا الشرط لا يشكل قيدا على سيادة الدولة في انهاء هذه العقود أو تعديلها[٤٧].

فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقضي احترام كل النطاقات التي يقررها له مشروعه، ومن ثم فإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك الخضوع أم لا، على أنه إحترام كامل لهذا القانون بما فيه قواعده الانتقالية[٤٨].

ومن هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي، فكلاهما لا يقبل ترجيح المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، ولا يجعل الدولة في مرتبة أدنى من الطرف الخاص في الوقت الذي لا يتمتع به ذلك الطرف بذات المرتبة في علاقته بدولته الأصلية، بل استخضع تلك العلاقة و لو تمت مع طرف خاص أخر وبغض النظر عن جنسيته إلى مجمل القواعد الامرة ذات الصلة، وهذه القواعد الأمرة يمكن اعتبار قرارات الدولة ومساسها بالعقد من قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر التي تسري في مواجهة المتعاقد الخاص حتى ولو كان العقد يخضع لنظام قانوني آخر غير قانونها الوطني[٤٩].

و لعل أهم نقطة يبدأ بها هذا الرأي هو أن هدف الدولة السائرة في طريق النمو هو تحقيق التنمية السريعة الإقتصادياتها من خلال السيطرة الكاملة على مواردها الإقتصادية و الطبيعية و أيضا من الإستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي تحوزها الدول الغنية، و هذا لا يتأتي إلا من خلال رفض النظريات القانونية التقليدية أو على الأقل تعديلها و إحلال نظريات أخرى جديدة بدلا منها، كتحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة تلك المساواة التي تهدف النظريات القانونية التقليدية إلى إحترامها تحقيقا لمصالح الدول الغربية الغنية[٥٠].

ورغم وجاهة هذا الرأي واستناده إلى أسس تبدوا منطقية وقريبة إلى التطبيق الواقعي إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد على أساس أن إلغاء حرية الأطراف في تضمين العقود التي تربطهم سواء أكانت الدولة أو المستثمر الأجنبي من شروط تضمن بعض الامتيازات والضمانات لأحدهما سيؤدي إلى حسب تصور وموقف أنصار هذا الاتجاه إلى السماح بحرية كاملة لأحد الأطراف بالتجرد من التزاماته مما سيخلق نتيجة حتمية تتحول من خلالها الرابطة التعاقدية إلى رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الأضعف بغض النظر أكان المستثمر الأجنبي أو الدولة، الأمر الذي من شأنه أن يخلق مناخا نفسيا لا يساعد على تشجيع انتقال رأس المال بين الدول وهو ما لا تسعى إليه الأطراف من وراء تعاقدهم[٥١].

وبخصوص قانون الاستثمار الكوردستاني لو رجحنا هذا الرأي نرى بأن المشرع الكوردستاني قد أصاب في موقفه لأنه لم ينص على شروط الثبات التشريعي بصراحة لجذب المستثمر الاجانب للاستثمار في الكوردستان و جلب رؤوس الاموال و الاستثمارات الاجنبية, ولكن هنالك كثير من ضمانات و التسهيلات و الاعفاءات للمستثمر الاجنبي ولهم تأثيرات إيجابية كثيرة في جذب المستثمرين الى إقليم كوردستان. وأيضا نستطيع أن نقول سبب عدم تكريس نص معين لشرط الثبات التشريعي لدى المشرع هو اردته لاخضاع هذا شرط للسلطة السيادية مثل كافة الشروط التعاقدية الأخرى التي يتضمنها العقد وكما أشرنا سالفا لايجوز للدولة أن يتنازل عن امتيازات السيادية التي تتمتع بها وبناءا على هذا الاتجاه و وفقا لموقف المشرع الكوردستاني فان السلطة العامة في الاقليم إذا اقتضت المصلحة العامة تستطيع ان تقوم بتعديل العقد أو انهائه من تلقاء نفسه بصرف النظر عن ضمن العقد الشرط الثبات التشريعي فهذا الشرط لا يقيد سيادة الدولة في انهاء هذه العقود أو تعديلها.

٣-الاتجاه التوفيق بين الرأيين

حاول أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين مبدأ الحرية التعاقدية الذي استند عليه أغلب أنصار الاتجاه الأول ومبدأ سيادة الدولة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الثاني وذلك بإقراره أن شروط الثبات التشريعي قد تؤدي حقا إلى استقرار الرابطة التعاقدية بين

المستثمر الأجنبي والدولة على أساس أنها تتيح للمستثمر الأجنبي اتخاذ قراره بالاستثمار وهو على بينة من أمره، فضلا عن مواصلة أعماله وفقا لمعدلات الأرباح التي قدرها وتوقعها ابتداء من اتخاذه هذا القرار[٥٢], ويطرح الفقه هذا الرأي ومضمونه أن من حق الدولة إن تصدر تعديل على القانون المنظم لعقد الاستثمار عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك، حتى وان كان يودي إلى خرق شرط الثبات لكن يظهر اثر شرط الثبات عند تقدير التعويض المناسب لأنه سيكون أكثر من التعويض الاعتيادي, حيث سيكون التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت الذي كان من الممكن أن يحصل عليه المستثمر لو لم يتعرض العقد للاختلال عند تقديره من قبل الجهة القضائية[٥٣].

فإذا كان العقد يقع في دائرة القانون الدولي و يستمد منه قوته و هو القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يكون هذا القانون هو الذي يحدد القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي و نطاق الإلتزامات و الاثار المترتبة على مخالفتها، فتصبح شرط الثبات شروط ملزمة لا يجوز للدولة تعديلها أو إصدار تشريعات جديدة, ويترتب على الدولة المسؤولية إن خالفت ذلك، والحجة في ذلك أن إرادة الأطراف قادرة على عكس قرينة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، فهي قرينة بسيطة، و عليه تصبح شروط الثبات صحيحة ونافذة[٥٤].

ومن جانبنا فإننا نميل إلى تأييد هذا الرأي وذلك لأنه .....*إذا كانت شروط الثبات الواردة في عقود الاستثمار لا يعمل بها على نحو مطلق كما أراد أنصار الاتجاه الأول، لعدم وجود مبدأ عام يقرر أن الأشخاص الأجنبية المتعاملة مع الدولة تقف معها على قدم المساواة على نحو يحول دون قيام هذه الدولة بالتمتع بالحقوق التي تتمتع بها أصلا بصفتها سلطة تشريعية، حيث لا يوجد في أي نظام قانوني تغيب للمصالح الخاصة للأفراد على المصلحة العامة على نحو يؤدي إلى استحالة اتخاذ الدولة أية تعديلات تشريعية من قبلها بهدف تحقيق هذه المصلحة بل العكس هو الصحيح. فإن ذلك لا يعني بأي حال أن يكون للدولة مع تضمن العقد لشرط الثبات الحق المطلق – كما أراد أنصار الاتجاه الثاني في التدخل بتعديل أو إصدار التشريعات التي من شأنها*

المساس بالعقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، وإلا ترتب على ذلك استحالة إقناع الطرف الأجنبي بأن يتعاقد مع الدولة في أمور تكون هي في أشد الحاجة إليها.....[٥٥].

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن وجود شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لا يسلب الدولة سيادتها ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له، ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات.

المبحث الثالث

اثار الواقعة على شرط الثبات التشريعي

إن الهدف من وراء إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو ضمان تحقيق التوازن العقدي و استقرار التعاملات وتجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين الأجانب، وذلك بمنع الدولة من استغلال سلطتها التشريعية في فرض قواعد تحقق مصالحها على حساب الحقوق الاقتصادية للمستثمرين الأجانب. وهذا ما يحقق نوعا من الأمان التشريعي الذي يعتبر ضمانا إضافيا لاستثمار الطرف الآخر الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص في مواجهة الدولة بصفتها شخص عام وما تتمتع به من مزايا استثائية[٥٦]. سنتناول في هذا المبحث موضوع أثار الواقعة على شرط الثبات التشريعي من خلال عرض أهم قضايا التحكيم الخاصة المتعلقة بشرط الثبات الشريعي.

١-حكم تحكيم القضية Texaco لسنة ١٩٧٧:

من أبرز القضايا التحكيمية التي تناولت شرط الثبات التشريعي، حكم التحكيم في قضية TEXACO حيث أبرمت الحكومة الليبية المتعاقدة في الفترة من ديسمبر ١٩٥٥ إلى غاية أفريل ١٩٧١، مجموعة من عقود امتياز البترول مع شركتين أمريكيتين، وقد نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة ١٩٥٥ في المادة ١٦ منه على أنه: "الحكومة الليبية سوف تتخذ كل الإجراءات الضرورية

بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، وأن الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي، لا يمكن تعديلها بدون الموافقة المتبادلة بين الأطراف، ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا للقانون الحاكم للبترول واللوائح النافذه وقت التوقيع على هذا الاتفاق... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها", لكن سنة ١٩٧٣، أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٧٣ الخاص بالتأميم، وبموجبه تم تأميم ٥١ بالمئة من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة لشركتين الأمريكيتين، وفي سنة ١٩٧٤ أصدرت القانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٤، وقامت بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين الأمريكيتين السالفتي الذكر، وقد أخطرت هاتان الشركتين الحكومة الليبية بعزمهما اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع، إعمالا لنص المادة ٢٨ من عقود الامتياز المبرمة بينهما وبين الحكومة[٥٧].

ولما امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكمها ورفضت اللجوء إلى التحكيم، توجهت الشركتان إلى رئيس محكمة العدل الدولية, من أجل تعيين محكم وحيد للفصل في النزاع الناشئ بينهما وبين الحكومة، والذي قام بتعيين الأستاذ الفرنسي ديوباي (Dupuy) كمحكم وحيد للفصل في هذا النزاع. ولقد تعرض المحكم للعديد من المسائل القانونية الهامة، منها مسالة صحة شروط الثبات وعدم المساس الآثار المترتبة عليها وخصوصا الأثر المترتب على إدراج مثل هذه الشروط محل البحث في العقد على حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم[٥٨].

وفي هذا الصدد بدأ الحكم بالتأكيد على أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم لم يعد اليوم محل النقاش و انه تعبيرا عن سيادتها، ويرى المحكم أن القانون الدولي يعترف بإجراءات التأميم سواء اتخذت في مواجهة للمواطنين مواجهة الأجانب الذين لم تتعهد الدولة قبلهم بأي التزام خاص يضمن لهم الاستمرار في مراكزهم ويصل المحكم فرضين هما: الأول في الحالة التي تبرم فيها الدولة المؤلمة مع الشركة الأجنبية عقدا يجد أساسه في القانون الداخلي محل نقاش و بعد في لهذه الدولة ويخضع له وتكون تسوية المركز الجديد الناشئ عن التأميم خاضع للنصوص القانونية النافذة في

هذه الدولة، ويؤدي خضوع شرط الثبات إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى تنوع واختلاف الآثار القانونية المترتبة عليه تبعا الاختلاف موقف القوانين الوطنية من صحة هذه الشروط، أما الفرض الثاني هو الذي تبرم فيه الدولة عقد دوليا فهنا الدولة تكون في وضع نظام قانون دولي والذي تعهد بضمان الأوضاع القانونية للمستثمر[٥٩].

وبناء عليه ذهب المحكم الا ان هذا النص لا يمس سيادة الحكومة الليبية في اصدار قوانين وتشريعات جديدة في مواجهة مستثمرين أجانب أخرين، إلا أن نص المادة (١٦) ينحصر بعدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية في مواجهة الأطراف الذين التزمت الحكومة تجاههم، وعليه، فإن الحكومة الليبية لا يمكن أن تتجاهل تعهداتها للشركتين الأمريكيتين، وانتهت القضية بإصدار حكم في مصلحة الشركتين الأمريكيتين وألزم الحكومة الليبية بدفع مبلغ يقارب ١٩ مليون دولار[٦٠].

٢-حكم تحكيم القضية Liamco لسنة ١٩٧٧:

صدر هذا الحكم في النزاع القائم بين الحكومة الليبية والشركة الأمريكية المسما Liamco على اثر قيام الحكومة الليبية بتأميم ممتلكات ومصالح هذه الشركة بموجب سنتي ١٩٧٣ و ١٩٧٤ السالفي الذكر، ففي سنة ١٩٧٣ تم تأميم قرارات التأميم الصادره ٥١ بالمئة من ممتلكاتها، وفي سنة ١٩٧٤ تم تأميم كل ممتلكات هذه الشركة[٦١].

وفي قضية شركة Liamco ضد الحكومة الليبية رفضت الحكومة الليبية المشاركة في إجراءات التحكيم بحجة أن التحكيم يتعارض مع سيادتها، إلا أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة وأكدت على أن الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية وتوقع اتفاق التحكيم وتظل ملتزمة به[٦٢].

ولقد قام بالفعل رئيس محكمة العدل الدولية بتعيين الأستاذ محصماني (Mahamassani) اللبناني الجنسية كمحكم وحيد للفصل في هذا النزاع. وبدأت إجراءات التحكيم في (٢) يوليو عام (١٩٧٤) وأسفرت عن صدور حكم التحكيم المذكور في (١٢) ابريل سنة (١٩٧٧), وقد تعرض الحكم للعديد من المسائل القانونية، ولقد ذهب المحكم إلى أن الشرط الوارد في المادة (١٦) من العقد موضوع

النزاع (والذي سبقت الإشارة إليه عند التعرض لحكم تحكيم تكساكو (يعد جزءا من الشروط المسماة بشروط الثبات وعدم المساس بتلك الشروط المعترف بقوتها الملزمة في القانون الدولي بالإضافة إلى ذلك فان الشرط الوارد في المادة (١٦) له ما يبرره ليس فقط وفقا لتشريع البترول الليبي بل أيضا طبقا ل (مبدأ قدسية العقود) وهو مبدا عام معترف به في القانون الداخلي والقانون الدولي على حد سواء كما أن هذا الشرط يعد مطابقة ايضا لمبدأ عدم رجعية القوانين والذي يقضي برفض كل اثر رجعي لأي تشريع جديد[٦٣].

وفي الأخير استخلص المحكم أن حق الدولة في تأميم ثرواتها ومصادرها الطبيعية حقا سياديا، و أقر بصحة شروط الثبات التشريعي، غير أن هذه الشروط وكذلك مبدأ قدسية العقود لا تحول دون ممارسة الدولة حقها في التأميم[٦٤], و قرر فيها المحكم إلزام الحكومة الليبية بدفع تعويضات للشركة عن نزع الملكية، تشمل الخسارة الواقعة وفوات الكسب[٦٥].

٣-حكم تحكيم القضية AGIP لسنة ١٩٧٩:

أبرمت الشركة الإيطالية AGIP مع حكومة الكونغو في عام ١٩٦٢ عقدا لاستغلال الثروة البترولية، على أن يكون العقد خاضعا للقانون الكونغولي, وقد كانت الشركة تمارس نشاط توزيع البترول، وفي سنة ١٩٧٤ أممت حكومة الكونغو قطاع توزيع المنتجات البترولية، وقد شمل التأميم كل الشركات العاملة في قطاع توزيع البترول باستثناء شركة AGIP لأنها أبرمت اتفاقا مع الحكومة تعهدت فيه الشركة بأن تتنازل عن ٥٠ بالمئة من رأسمالها، كما تعهدت الحكومة بتبني النصوص المناسبة من أجل تفادي تطبيق التعديلات المستقبلية قانون الشركات على الشركة AGIP, لكن سنة ١٩٧٥ أصدر رئيس جمهورية الكونغو قرارا بتأميم الشركة, ولما ثار النزاع بين الطرفين، تم اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إعمالا لشرط التحكيم الوارد الاتفاق المبرم بينهما، وتم تشكيل محكمة تحكيم للفصل في النزاع, وفي هذا الصدد، لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة قد تعهدت بموجب نص المادة الرابعة من الاتفاق المبرم بينها وبين شركة AGIP سنة ١٩٧٤ بأن تظل الشركة

محتفظة بطابعها كشركة مساهمة من شركات القانون الخاص، كما أنها تعهدت وفقا للمادة ١١ من الاتفاق نفسه، بعدم تعديل النظام القانوني للشركة حتى حالة إدخال تعديلات جديدة على قانون الشركات[٦٦].

ولقد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن فسخ العقد من جانب واحد. بموجب القرار رقم (١) لسنة (١٩٧٠) يتجاهل – بوضوح شروط الثبات التي تستمد تطبيقها ليس من سيادة الدولة المتعاقدة بل من الإرادة المشتركة للأطراف كما قررت أن هذه الشروط التي وافقت عليها الحكومة بحرية تامة لا تمس من حيث المبدأ سيادتها التشريعية واللائحية مادام ان الحكومة تحتفظ بهذه السيادة في مواجهة المواطنين أو الأجانب الذين لم تتعهد قبلهم بمثل هذه التعهدات ومادام ان دور هذه الشروط ينحصر في القضية الحالية في عدم الاحتجاج بالتعديلات التشريعية واللائحية المشار إليها في الاتفاق, وفي ضوء ذلك انتهت محكمة التحكيم إلى تحرير عدم شرعية إجراءات التأميم التي اتخذتها الحكومة. وإلزام الحكومة بتعويض الشركة عن الأضرار الناجمة عن هذا التأميم[٦٧].

٤-حكم تحكيم القضية Aminoil لسنة ١٩٨٢:

تتلخص وقائع القضية في أنه في عام ١٩٤٨ أبرم أمير الكويت عقد امتياز مع الشركة الأمريكية Aminoil حصلت بمقتضاه على امتياز للبحث عن البترول واستغلاله الكويت لمدة ستين عاما، وقد تضمن هذا العقد شرطا للثبات وعدم المساس بالعقد يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل للعقد خلال مدة سريانه[٦٨]، بيد أن تغييرات متعددة قد أجريت على هذه الاتفاقية من جانب الحكومة الكويتية, وحين شعرت شركة Aminoil بما يتهددها طلبت التفاوض مع حكومة الكويت, وقد أدى الفشل في التوصل إلى اتفاق بين الطرفين، إلى صدور مرسوم بقانون رقم ١٢٤ بتاريخ ١٩ سبتمبر ١٩٧٧ والذي بموجبه تم إنهاء امتيازات شركةAminoil وإعادة موجوداتها في الكويت إلى الدولة مع دفع تعويض عادل لها, وقد امتنعت شركة Aminoil عن

الاشتراك في لجنة التعويضات، مما أدى إبرام اتفاق تحكيم بين الطرفين في ٢٣ يوليو ١٩٧٩[٦٩].

ولقد رفضت محكمة التحكيم وجهة النظر التي تمسكت بها الشركة والتي مفادها أن شرط الثبات الوارد في العقد قد تم صياغته بعبارات مطلقة إذ تكفي بذاتها لحظر اللجوء إلى التأميم، وأكدت على أنه إذا كان من غير المشكوك فيه ان القيود التعاقدية التي ترد على حق الدولة في التأميم تعد جائزة قانونا، بيد أن مثل هذا التعهد الخطير بعدم التأميم يجب ان يكون محل نص صريح وان يكون لفترة زمنية محددة. ومن ثم فان التعهد بعدم التأميم لا يمكن استخلاصه من شرط الثبات التي وردت في العقد بعبارات عامة، ولمدة طويلة تستغرق مدة عقد الامتياز ذاته المبرم لمدة ستين عاما ومما تجدر الإشارة إليه إن محكمة التحكيم قد حرصت على التأكيد على إنه إذا كان من غير الممكن تفسير شرط الثبات على إنها تعد بمثابة عقبة في طريق التاميم، فليس معنى ذلك أن هذه الشروط تفقد كل مالها من قيمة وفعالية فهذه الشروط نظرا لكونها تقتضي ضمنيا أن لا يكون للتأميم طابع المصادرة فإنها تعزز من ضرورة التعويض المناسب باعتبارها شرطا لصحة التأميم، وقد أفضى حكم التحكيم إلى تحديد مبلغ معين للتعويض بلغ (١٧٩,٧٥٠,٧٦٤) دولارا تدفعهم الحكومة الكويتية إلى شركة أمين اويل في أول تموز (١٩٨٠) وبادرت الحكومة الكويتية بدون تحفظات[٧٠].

الخاتمة

بعدما وصلنا الى نهاية البحث، توصلنا إلى عدة النتائج وتوصيات نذكرمنها:

١ –النتائج:

١. يعرف شرط الثبات التشريعي على أنه الشرط الذي يتم الاتفاق عليه في عقود القطاع الخاص بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والذي بموجبه يتفق الطرفان على تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق للتعاقد على العلاقة العقدية بين

الطرفين أو تعويض هذا المستثمر الأجنبي متي التزم بهذا التعديل وتسبب في حدوث أضرار اقتصادية له.

٢. عند التحليل الفني لهذا الشرط نرى أن الفقه يميز بين الشرط الثبات التي مصدرها العقد وتلك التي تستند الى التشريعات الوطنية وأخيرا الشرط التي أساسها اتفاقيات دولية سواءا الاتفاقية الثنائية أو الإقليمية.

٣. إن قدرة الدولة على جذب الاستثمار الأجنبي مرهونة بمدى فعالية و ملائمة مناخها الاستثماري. إن شرط الثبات التشريعي يحتل المراتب المتقدمة و المؤثرة في تحسين مناخ الاستثمار للدولة المضيفة.

٤. إن شرط الثبات التشريعي غير كاف لحماية المستثمر الأجنبي ذلك بسبب قابليته للتعديل والتغيير الذي يطرأ مستقبلا من قبل الدولة المضيفة متمسكة بمبدأ سيادتها على إقليمها.

٥. وجد الاختلاف الفقهية بنسبة صحة شرط الثبات التشريعي بين ثلاثة اتجاه, الاول هو اتجاه المدافع عن صحة شرط الثبات التشريعي, والثاني اتجاه المدافع عن عدم صحة و الثالث الاتجاه التوفيق بين الرأيين وفي ضوئها يمكن القول بأن وجود شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لا يسلب الدولة سيادتها ويبقى ما تصدره من تشريعات أو قرارات بعد العقد ساريا على الطرف الآخر وملزما له، ولكن يترتب عليه التزام الدولة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الناشئة عليه نتيجة هذه التشريعات أو القرارات.

٦. ينتشر استخدام مثل هذه الشروط في عقود الطاقة بشكل كبير نظرا لاتصافها بعنصر الزمنية، اظافة الى تعلقها بالاستثمار في مصادر الدول الطبيعية ذات البعد السيادي، من هنا سنجد أن أغلب النزاعات المتعلقة بعقود الاستثما ترد على هذا القطاع الهام لما له من اهمية جوهرية في اقتصادات العديد من الدول ولارتباطه بمفهوم السيادة الوطنية.

٧. تشير القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية الى استخدام شروط الثبات التشريعية في عقود الطاقة لا يغل الدول من فرض سيادتها على المشروع التجاري

أو اجبار هذا المشروع على التقيد بأية تعديلات تشريعية لاحقة أو حتى حقها في تاميم النشاط التجاري، حيث اقرت كافة هذه القرارات بهذه الحقوق لارتباطها بمبدأ سيادة الدول.

٢-التوصيات

١. نقترح على المشرع الكوردستاني اضافة فقرة لمادة (١٨) وذلك على النحو التالي (اي تعديل في القوانين ذات الصلة بموضوع الاستثمار لا يترتب عليه أي أثر يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة بموجبها للمستثمر)، لانه هنالك عديد من الضمانات في هذا القانون لكن هذا الشرط هو امان و تاكيد من الضمانات المستثمر الاجنبي في اقليم كوردستان.يجب على الدولة أن تحترم تعاهداتها لأن زرع الثقة في نفوس المستثمرين وجلب الاستثمارات الأجنبية خاصة بالنسبة للدول النامية يعتمد على مصداقية الدولة في تعاقداتها.

٢. عدم الإسراع بتعديل عقد الاستثمار بشكل انفرادي بل يجب البحث في بدائل أخرى أيضا تعطي لمبدأ الثبات التشريعي أكثر فاعلية منها شرط إعادة التفاوض على بنود العقد مثلا.

والله ولـــــــــي التوفيق

قائمة المصادر

- **المصادر باللغة العربية:**

الاول- الكتب:

١. أحمد كاظم الساعدي, حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام, المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية, طبعة الاول, القاهرة, ٢٠٢٠.

٢. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأول، لبنان، ٢٠١٠.

٣. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأول، لبنان، ٢٠٠٦.
٤. علاء محي الدين مصطفى و محمد إبراهيم خيري الوكيل, اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة, مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع, طبعة الاول, الرياض, ٢٠١٤.

الثاني- الرسائل و الاطاريح:

١. بن الزواخ جمعة, شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي, رسالة ماجستير, كلية حقوق و العلوم السياسة – جامعة قاصدي مرباح ورقلة, سنة الدراسية ٢٠١٤_٢٠١٥.
٢. بن براهيم جمال, شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة, رسالة ماجستير, جامعة الدكتور مولاي الطاهر, كلية الحقوق و العلوم السياسية, سعيدة, لسنة ٢٠١٦_٢٠١٧.
٣. حنين امين رمزي مقبول, دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية, رسالة ماجستير, كلية الحقوق و الادارة العامة _ جامعة بيرزيت_فلسطين, لسنة الدراسية ٢٠١٤_٢٠١٥.
٤. خباش دليلة و العرابي سهيلة, شروط الإستقرار التشريعي كالية لضمان الإستثمارات الأجنبية في الجزائر, رسالة ماجستير, كلية الحقوق وعلوم السياسية_جامعة عبدالرحمان ميرة_بجاية, سنة الجامعية ٢٠١٢_٢٠١٣.
٥. سعد الدين أمحمد, العقد الدولي بين التوطين و التدويل, رسالة ماجستير, جامعة حسيبة بن بوعلي_الشلف, السنة الجامعية ٢٠٠٧_٢٠٠٨.
٦. عدلي محمد عبدالكريم, النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية, رسالة الدكتوراه, جامعة ابي بلقايد, كلية الحقوق و العلوم السياسية, تلمسان, لسنة ٢٠١١.
٧. علاوة الصادق, القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمار, رسالة الماجستير, الجامعة محمد خيضر, بسكرة, سنة الدراسية ٢٠١٥_٢٠١٦.

٨. فتحي عوض حسين ابو رضوان، القانون واجب التطبيق على العقود الاستثمار، رسالة ماجستير، الكلية الحقوق بجامعة الازهر_غزة، ٢٠١٧.

الثالث- المجلات القانونية:

١. بن احمد الحاج, شرط الثبا التشريعي بين تجسيد الامان القانوني و مصلحة الدولة, مجلة الدراسات القانونية و السياسية, مجلد(٢), عدد(٥), جامعة سعيدة, ٢٠١٧.
٢. بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد, دور الارادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار, مجلة دفاتر السياسة و القانون, مجلد(د.ر), العدد(١٦), جامعة قاصدي مرباح ورقلة, الجزائر, ٢٠١٧.
٣. جبايلي صبرينة, شروط الثبات في العقود الادارية كضمانة لجذب الاستثمار الاجنبية, مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، العدد(٩), مجلد(د.ر), جامعة عباس لغرور خنشلة, ٢٠١٨.
٤. حديدي عنتر و عكروم عادل, شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الاجنبي في الجزائر, مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية, مجلد(٢), العدد(٨), جامعة لونيسي علي – البلدة٢, ٢٠١٧.
٥. حسين عيسى عبد الحسين, الضمانات العقدية للاستثمار(دراسة المقارنة), مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية, مجلد(١), العدد(٢١), جامعة بابل_ المعهد التقني, ٢٠١٤, ١٨٣-٢٠٤.
٦. دعاس حميدة و بوقطوشة وردة, مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الاستثمار في الجزائر, مجلة الجزائرللحقوق و العلوم السياسية, العدد(٥), مجلد(٣), معهد العلوم القانونية والادارية- المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت, الجزائر ,جوان ٢٠١٨.
٧. غسان عبيد محمد المعموري, شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول, مجلة رسالة الحقوق, مجلد(١), العدد(٢), كلية القانون, جامعة كربلاء, ٢٠٠٩م.

٨. قصوري رفيقة, ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الاجانب_ شروط الثبات التشريعي, مجلة احياء, مجلد(د.ر), عدد(١٤).
٩. كسال سامية(زايدي), دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الاجنبي –عقود البترول نموذجا, مجلة الحقوق و الحريات في الانظمة المقارنة,مجلد(د.ر), العدد(٣), جامعة محمد خيضر, بسكرة ٢٠١٦.
١٠. محمد عامر شنجار/على غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، المجلد(١٨)،العدد(٢)، ٢٠١٦، ٢٧_٧٢.
١١. 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، الجزء الثاني، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ٢٠_٢٠١٣/٥/٢١.

الرابع– المتون:

١. قانون الاستثمار العراقي, الرقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المعدل).
٢. قانون الاستثمار في إقليم كوردستان_ العراق, الرقم (٤) لسنة ٢٠٠٦.

الخامس– المواقع الالكترونية:

١. ثامر عبد الجبار السعيدي, اقتران عقد الإستثمار الدولي بشرط الثبات التشريعي, تاريخ النشر: ٢٠١٩/٠٩/٢٦, تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١١/٤, كلية المستقبل الجامعة, قسم قانون, مقطع: الاخر, الموقع الاليكتروني:
٢. https://www.mustaqbal-college.edu.iq/NewDep.aspx?depid=1&newid=1874

- **المصادر باللغة الانجليزية:**

1- Andrea Shemberg, ''Stabilization Clauses and Human Rights'', Session 2.2 The policy framework for investment: the social and environmental dimensions, Global Forum on İnternational İnvestment, IIV, 27-28 march 2017,

9. Available in English at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partA-chap visited on 2\12\2020.

10. Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. res.1803 (XVII), 17 U.N. GAOR Supp. (No.17) at 15, U.N. Doc. A /5217 (1962). Available at: http://hrlibrary.umn.edu/instree/c2psnr.htm visited on 2\12.

الهوامش:

[١] حسين عيسى عبد الحسين, الضمانات العقدية للاستثمار(دراسة المقارنة), مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية, مجلد(١), العدد(٢١), جامعة بابل- المعهد التقني, ٢٠١٤, ١٨٣-٢٠٤، ص ١٨٨.

[٢] 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، الجزء الثاني، جامعة الأمارات العربية المتحدة، ٢٠-٢١/٥/٢٠١٣، ص ٦٠٦.

[٣] خباش دليلة و العرابي سهيلة, شروط الإستقرار التشريعي كالية لضمان الإستثمارات الأجنبية في الجزائر, رسالة ماجستير, كلية الحقوق وعلوم السياسية-جامعة عبدالرحمان ميرة- بجاية, سنة الجامعية ٢٠١٢-٢٠١٣, ص١٣.

[٤] جبايلي صبرينة, شروط الثبات في العقود الادارية كضمانة لجذب الاستثمار الاجنبية, مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، العدد(٩), مجلد(د.ر), جامعة عباس لغرور خنشلة, ٢٠١٨, ص٢٦٣.

[٥] دعاس حميدة و بوقطوشة وردة, مبدأ الثبات التشريعي كضمانة من ضمانات الاستثمار في الجزائر, مجلة الجزائرللحقوق و العلوم السياسية, العدد(٥), مجلد(٣), معهد العلوم القانونية والادارية- المركز الجامعي احمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت, الجزائر ,جوان ٢٠١٨, ص١٧٦.

[٦] كسال سامية(زايدي), دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الاجنبي–عقود البترول نموذجا-, مجلة الحقوق و الحريات في الانظمة المقارنة,مجلد(د.ر), العدد(٣), جامعة محمد خيضر, بسكرة ٢٠١٦, ص١٧٨.

[٧] بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١٠، ص٣٠٩.

[٨] حسين عيسى عبدالحسن، المرجع السابق, ص ٨٨ .

[٩] غسان عبيد محمد المعموري, شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول, مجلة رسالة الحقوق, مجلد(١), العدد(٢), كلية القانون, جامعة كربلاء, ٢٠٠٩م, ص١٧٢.

[١٠] محمود فياض، المرجع السابق، ص ٦٠٦.

[١١] حديدي عنتر و عكروم عادل, شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الاجنبي في الجزائر, مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية, مجلد(٢), العدد(٨), جامعة لونيسي علي – البلدة٢, ٢٠١٧, ص٦٦٠.

[١٢] حديدي عنتر و عكروم عادل, المرجع السابق, ص ٦٥٩.

[13] Andrea Shemberg, ''Stabilization Clauses and Human Rights'', Session ٢.٢.: The policy framework for investment: the social and environmental dimensions, Global Forum on İnternational İnvestment, IIV, 27-28 march 2017, p.4

[١٤] بشار الأسعد، المرجع السابق، ص٣٠٩.

[١٥] ثامر عبد الجبار السعيدي, اقتران عقد الإستثمار الدولي بشرط الثبات التشريعي, تاريخ النشر: ٢٠١٩/٠٩/٢٦, تاريخ الزيارة: ٢٠٢٠/١١/٤, كلية المستقبل الجامعة, قسم قانون, مقطع: الاخر, الموقع الاليكتروني: https://www.mustaqbal-college.edu.iq/NewDep.aspx?depid=1&newid=1874

[١٦] محمد عامر شنجار/على غسان أحمد، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار(دراسة قانونية مقارنة)، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، المجلد(١٨) ،العدد(٢)، ٢٠١٦، ٢٧-٧٢، ص ٣٤.

[١٧] عدلي محمد عبدالكريم, النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية, رسالة الدكتوراه, جامعة ابي بلقايد, كلية الحقوق و العلوم السياسية, تلمسان, لسنة ٢٠١١, ص ١٤٥.
[١٨] دعاس حميدة و بوقطوشة وردة, المرجع السابق, ص ١٧٧.
[١٩] قصوري رفيقة, ضمانات تثبيت التشريعات الوطنية في مواجهة المستثمرين الاجانب_ شروط الثبات التشريعي, مجلة احياء, مجلد(د.ر), عدد(١٤), ص٥٦٣.
[٢٠] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص١٧٣.
[٢١] حسين عيسى عبد الحسين . المرجع السابق . ص١٨٨.
[٢٢] دعاس حميدة و بوقطوشة وردة, المرجع السابق, ص١٧٧.
[٢٣] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص١٨٠.
[٢٤] قصوري رفيقة, المرجع السابق, ص٥٦٥.
[٢٥] محمود فياض, المرجع السابق, ص٦٢٢-٦٢٣.
[26] Available in English at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partA-chap visited on 2\12\2020.
[27] Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. res.1803 (XVII), 17 U.N. GAOR Supp. (No.17) at 15, U.N. Doc. A /5217 (1962). Available at: http://hrlibrary.umn.edu/instree/c2psnr.htm visited on 2\12\2020.
[٢٨] بن براهيم جمال, شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة, رسالة ماجستير, جامعة الدكتور مولاي الطاهر, كلية الحقوق و العلوم السياسية, سعيدة, لسنة ٢٠١٦-٢٠١٧, ص ٢٩-٣٠.
[٢٩] محمود فياض, المرجع السابق, ص ٦٢٩.
[٣٠] بن احمد الحاج, شرط الثبا التشريعي بين تجسيد الامان القانوني و مصلحة الدولة, مجلة الدراسات القانونية و السياسية, مجلد(٢), عدد(٥), جامعة سعيدة, ٢٠١٧. ص ٥٣٤.
[٣١] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص ١٨٣.
[٣٢] سعد الدين أمجد, العقد الدولي بين التوطين و التدويل, رسالة ماجستير, جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف, السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨, ص ٥٧.
[٣٣] بن براهيم جمال, المرجع السابق, ص ٣٩.
[٣٤] عدلي محمد عبدالكريم, المرجع السابق, ص١٥٠.
[٣٥] فتحي عوض حسين ابو رضوان، القانون واجب التطبيق على العقود الاستثمار، رسالة ماجستير، الكلية الحقوق بجامعة الازهر_غزة، ٢٠١٧، ص٨٢ .
[٣٦] بن براهيم جمال, المرجع السابق, ص ٤٢.
[٣٧] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص١٧٦ .
[٣٨] سعد الدين أمجد, المرجع السابق, ص ٥٦ .
[٣٩] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص١٨٢.
[٤٠] عدلي محمد عبدالكريم, المرجع السابق, ص١٤٩ .
[٤١] محمد عامر شنجار/على غسان أحمد، المرجع السابق, ص ٤٩.
[٤٢] سعد الدين أمجد, المرجع السابق, ص ٥٨_ ٥٩.
[٤٣] علاوة الصادق, القانون الواجب التطبيق على العقود الاستثمار, رسالة الماجستير, الجامعة محمد خيضر, بسكرة, سنة الدراسية ٢٠١٥_٢٠١٦, ص٥٤_٥٥ .

[٤٤] جبايلي صبرينة, المرجع السابق, ص ٢٦٤_ ٢٦٥.
[٤٥] عدلي محمد عبدالكريم, المرجع السابق, ص١٥٦.
[٤٦] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص١٩٣.
[٤٧] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص ١٧٤.
[٤٨] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأول، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٨٠.
[٤٩] عدلي محمد عبدالكريم, المرجع السابق, ص١٥٧.
[٥٠] بن براهيم جمال, المرجع السابق, ص٥٤ .
[٥١] قصوري رفيقة, المرجع السابق, ص ٥٧٢.
[٥٢] قصوري رفيقة, المرجع السابق, ص٥٧٢ .
[٥٣] حسين عيسى عبدالحسن، المرجع السابق, ص١٩١.
[٥٤] عدلي محمد عبدالكريم, المرجع السابق, ص ١٥٥.
[٥٥] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق, ص ١٧٤- ١٧٥.
[٥٦] بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد, دور الارادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار, مجلة دفاتر السياسة و القانون, المجلد (د.ر), العدد(١٦), جامعة قاصدي مرباح ورقلة, الجزائر, ٢٠١٧, ص ١٨٩.
[٥٧] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص١٨٥- ١٨٦.
[٥٨] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص ١٧٨.
[٥٩] بن الزواخ جمعة, شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي, رسالة ماجستير, كلية حقوق و العلوم السياسة – جامعة قاصدي مرباح ورقلة, سنة الدراسية ٢٠١٤- ٢٠١٥, ص ٢٧.
[٦٠] حنين امين رمزي مقبول, دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار الدولية, رسالة ماجستير, كلية الحقوق و الادارة العامة _ جامعة بيرزيت- فلسطين, سنة الدراسية ٢٠١٤- ٢٠١٥, ص ٥٦.
[٦١] كسال سامية (زايدي), المرجع السابق, ص ١٨٧.
[٦٢] علاء محي الدين مصطفى و محمد إبراهيم خيري الوكيل, اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة, مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع, طبعة الاول, الرياض, ٢٠١٤, ص ٥٠.
[٦٣] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص ١٨٠.
[٦٤] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص ١٨٨.
[٦٥] أحمد كاظم الساعدي, حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام, المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية, طبعة الاول, القاهرة ٢٠٢٠, ص ٢٦٨.
[٦٦] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص ١٨٨- ١٨٩.
[٦٧] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص ١٨١.
[٦٨] كسال سامية(زايدي), المرجع السابق, ص ١٨٩.
[٦٩] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق, ص ١٧٥- ١٧٦.
[٧٠] غسان عبيد محمد المعموري, المرجع السابق, ص ١٨٢.