

شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر ودورها في جذب الاستثمارات الأجنبية: دراسة تحليلية مقارنة

د. إسماعيل نامق

أستاذ القانون المدني المشارك

كلية القانون، جامعة السليمانية، العراق

الملخص:

يبين هذا البحث بالدراسة والتحليل مفهوم وأحكام شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، وذلك باعتماد المنهج التحليلي والمقارن بين القانون العراقي ومن ضمنه قانون إقليم كردستان من جهة، والقانون الكويتي من جهة أخرى، كما شملت المقارنة الإشارة إلى قرارات صادرة عن هيئات التحكيم، وأخرى صادرة عن محاكم دول، اعتقاداً منا بأن هذه القرارات تخدم موضوع البحث، لأنها أصبحت من أساسيات الفقه القانوني، ولم ندع أي حكم أو موقف إلا قمنا بتحليله؛ وتوصلنا في نهاية البحث إلى أن نوع المسؤولية يختلف باختلاف الشرط المدرج في القوانين واللوائح المنظمة والعقود الموقعة، وكذلك يختلف أثر المسؤولية تبعاً لاختلاف الشرط وحيثية الإخلال به، إذ يدور هذا الأثر ما بين التنفيذ العيني والتعويض، مع تغليب التعويض وترجيحه في جل الحالات. وأوصينا بأنه يمكن الاستعاضة عن شرط الثبات التشريعي بالقانون الأفضل للمستثمر، وذلك في مجالات معينة من الاستثمار، وبشروط محددة ومشددة، ولفترة محدودة.

كلمات دالة: السياسة التشريعية، حماية الاستثمارات، البيئة القانونية للاستثمار، التنظيم القانوني للاستثمار، المستثمر.

المقدمة:

أولاً: التعريف بموضوع البحث وأهميته

الاستثمار عمل ذو طابع مستمر من جهة، وله أهداف عاجلة وأجلة من جهة أخرى، لذلك يكون طبيعياً أن يبحث المستثمر عن بيئة استثمارية مستقرة وآمنة لممارسة أعماله، وهذه البيئة بالرغم من أنها تتحكم بها الأوضاع السياسية والاقتصادية بشكل أساسي، لكن في الوقت ذاته فإن تأثير الوضع القانوني فيها، وتفاعل الحركة والسياسة التشريعتين معها أمران مهمان وفعالان. فالقوانين التي تسري على الاستثمارات بمختلف أنواعها، تصبح عاملاً مؤثراً بالنسبة للمستثمرين لاتخاذ قرارهم بشأن الإقدام على الاستثمار من عدمه في بلد ما.

وفي ضوء ذلك، فإننا سنتناول في هذا البحث موضوعين مهمين يشكلان جوهر الوضع القانوني فيما يتعلق بتهيئة البيئة الاستثمارية، وهما: شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر. فشرط الثبات التشريعي وتطبيق القانون الأفضل للمستثمر، لربما يصبحان حافزاً وعاملاً مشجعاً للمستثمرين للإقدام على الاستثمار في الدول، التي ستوفر لهم هذه الحماية التشريعية.

ويجد هذا الموضوع أهميته في أنه يرتبط بجانب مهم وحيوي للدولة وهو الاستثمار، فالمنازعات التي تنجم عن الاستثمار، وبالتحديد عن الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، أشغلت دوائر الدولة والأوساط القانونية بمختلف مستوياتها من المحاكم، وهيئات التحكيم، والمؤسسات القانونية الأخرى، بحثاً عن المعالجات والحلول القانونية. بالإضافة إلى ذلك، فإن الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر لهما آثار وانعكاسات إيجابية وسلبية معاً على الاقتصاد ومصير الدولة، مما يستحق البحث والتأمل فيهما.

ثانياً: مشكلة البحث

نحاول في هذا البحث حل مشكلتين هما: عدم نص القوانين المقارنة على موضوع القانون الأفضل للمستثمر ولا على أحكامه، كما أن الفقه القانوني لم يتناول ذلك، الأمر الذي خلق إشكاليات حقيقية فيما يتعلق بمفهوم القانون الأفضل للمستثمر وأحكامه. وارتباطاً بهذه الإشكالية، أثرت مسألة تتعلق بمفهوم شرط الثبات التشريعي أيضاً، مما أثر في أحكامه. أما المشكلة الثانية، فتتمثل في الآثار القانونية التي تترتب على الإخلال بشرط الثبات التشريعي، وكذلك تلك التي تترتب على الإخلال بالقانون الأفضل للمستثمر، من

حيث اقتصر أثرهما على التنفيذ العيني، أو الاكتفاء بالتعويض جزاءً للإخلال بهما، أو أن هناك معالجة أخرى للإخلال بهما، وفي هذا المجال كانت هناك مناقشات قانونية حادة لدى الفقه القانوني.

ثالثاً: هدف البحث

نستهدف في هذا البحث بيان مفهوم كل من شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، ووجه التمييز والتشابه بينهما، ثم نناقش الآثار القانونية التي تترتب عليهما، وإذا فرغنا من ذلك، نشرع في عرض وتوضيح دور كل منهما في جذب الاستثمارات الأجنبية، ومدى ملائمتها مع الخطة الاقتصادية والتنموية للبلاد.

رابعاً: منهجية البحث

نتبع في إنجاز هذا البحث منهجاً مقارناً وتحليلياً، إذ نعقد المقارنة بين القانون العراقي ومن ضمنه قانون إقليم كردستان مع القانون الكويتي، معتمدين أساساً على القوانين الخاصة في كلتا الدولتين التي تحكم موضوع البحث، وكذلك الرجوع إلى القواعد العامة فيهما عند النقص في التشريعات الخاصة، وولفت عناية القارئ في هذا المضمار إلى أننا لن نستطيع تجاهل مواقف وقرارات هيئات التحكيم، أو حتى قرارات محاكم بعض الدول الخارجة عن نطاق المقارنة في هذه الدراسة؛ لأن تلك المواقف والقرارات تخدم موضوع البحث، وترتبط به ارتباطاً وثيقاً يصعب الفصل بينها، وإذا جاز التعبير أصبحت تلك القرارات مبادئ أساسية لشرط الثبات على الأقل، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها، وفي كل ذلك لن نكتفي بالعرض فقط، وإنما نقوم بتحليل الأحكام والآراء بهدف الوصول إلى أعدلها وأصلحها في نظرنا.

خامساً: خطة البحث

سنستعرض شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر بالبحث المستفيض، وتحديد ماهيتهما، وضوابط تفعيلهما، والوقوف على الإشكاليات القانونية التي تحيط بهما، ومن ثم سنناقش مسألة تأثيرهما في جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك وفق الخطة البحثية الآتية:

المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر وموقف الفقه منهما

المبحث الثاني: دور شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر في جذب الاستثمارات الأجنبية

المبحث الأول

مفهوم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر وموقف الفقه منهما

لشرط الثبات التشريعي معان ودلالات متعددة ومختلفة، وكذلك تختلف أحكام هذا الشرط تبعاً لنوعية الاتفاق المبرم عليه، وعلى مضمونه ومدى تأثيره هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الفقه طالما لم يتطرق إلى موضوع القانون الأفضل للمستثمر صراحة ومباشرة، إذن هنالك إشكالية بشأن تحديد مفهومه، تقتضي التعامل معها من خلال التوقف على حالات وفرضيات.

إضافة إلى ذلك، فإن الفقه لم يجمع على الأخذ بشرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر، ولم يوردهما على إطلاقهما، بل إن هناك خلافاً فقهيًا بصدد الاحتكام إليهما، وتأثيرهما.

وتبياناً لتلك الأمور، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول بالبحث مفهوم كل من شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر، أما المطلب الثاني فنخصصه لعرض موقف الفقه من الأخذ بشرط الثبات، والقانون الأفضل للمستثمر أو ردهما، وذلك كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

المطلب الثاني: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

المطلب الأول

مفهوم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

نحدد في هذا المطلب مفهوم كل من شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، ثم نبين أوجه الشبه والخلاف بينهما. وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نبيّن في الأول مفهوم شرط الثبات التشريعي، ثم نحدد في الثاني مفهوم القانون الأفضل للمستثمر، وذلك كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

الفرع الثاني: مفهوم القانون الأفضل للمستثمر

الفرع الأول

مفهوم شرط الثبات التشريعي

يكاد يترسخ الاعتقاد لدى رجال الأعمال والمستثمرين أن الإقدام على المجازفة، والأعمال المتهورة في التجارة، لا يجلب لهم المنفعة المبتغاة، ولا يعزز رؤوس أموالهم؛ لأن التجارة تشبه معادلات رياضية دقيقة، تستوجب تحقيق التوازن فيها منذ البداية بين حسابات الربح والخسارة.

لذلك أصبح من ثوابت التجارة ومعالمها، أن رجل الأعمال والمستثمر لا يقدمان على عمل استثماري إذا لم يكن مآله واضحاً ومحدداً، فالمستثمرون يبحثون دوماً عن الضمانات، لا سيما في العقود والأعمال طويلة الأجل، فهم بادئ ذي بدء يتقصون ويتحرون عن بيئة مستقرة وملائمة للاستثمار، إذ يفحصون قبل كل شيء الاستقرار السياسي والقانوني لأعمالهم كضمانات أساسية لأعمالهم، وإذا كانت البيئة السياسية والقانونية متذبذبة وغير مستقرة، امتنعوا عن الاستثمار في تلك البيئة، وإذا ما أقدموا عليه، طلبوا ضمانات إضافية، لحماية عقودهم وأعمالهم من الإجراءات التعسفية، وكذلك من الإجراءات القانونية غير المتوقعة والمؤثرة على حقوقهم.

تحقيقاً لذلك، ظهرت فكرة شرط الثبات التشريعي، لكن قبل أن تترسخ هذه الفكرة في التشريعات، وقبل أن تصبح موضوعاً فقهيّاً، سبقهما القضاء وسعى قبل مائتي عام تقريباً في الولايات المتحدة الأمريكية، لحماية المستثمرين من الإجراءات الحكومية غير المتوقعة، إذ تناول مسؤولية الدولة عن انعدام التوازن العقدي بسبب أعمالها الهادفة لخدمة المصلحة العامة، في العقود التي أبرمتها مع المستثمرين⁽¹⁾.

فبعد محاولات القضاء والجهود الفقهية الحثيثة في هذا الصدد، استقر مفهوم شرط الثبات التشريعي رويداً رويداً، حيث عرّفه البعض⁽²⁾ بأنه: «شروط عقدية في عقود خاصة ومحددة ما بين المستثمر والدول المضيفة، عنوانها قضية تغيير القانون في الدولة المضيفة خلال مدة المشروع وحياته».

(1) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, Investor-state contracts, Host-state "commitments" and the myth of stability in the international law, the American Review of international Arbitration, Vol. 24, No.3, 2013, p. 363.

(2) Katja Gehne & Romulo Brillo, stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment, Heft 143, March 2017, p. 7.

وتكون هذه الشروط على ثلاثة أنواع، وهي (3):

النوع الأول: الشروط التجميدية

وهي التي تعفي الاستثمار من تطبيق القوانين الجديدة عليه، أي تؤدي إلى منع الدول من تطبيق قوانين جديدة على المشاريع الاستثمارية، التي سبقت هذه القوانين، فتجمد هذه الشروط قانون الدولة المضيفة بالنسبة للاستثمارات السابقة التي تدخل في حكم الشرط فقط، دون غيرها، علماً بأن هذا التجميد قد يشمل المشروع الاستثماري في مجموعه، وقد يقتصر على جانب محدد أو منظم منه كالجانب المالي.

النوع الثاني: شروط الموازنة

وهي تلك الشروط التي تعطي الحق للمستثمر ليطالب بإعادة التوازن الاقتصادي للعقد، والذي يتضرر إثر تغيير الدولة المضيفة لقوانينها، أو أعمالها بشكل عام، وهذه الموازنة قد تغطي الأضرار والخسائر التي يتكبدها المستثمر بسبب سلوك الدولة المضيفة.

النوع الثالث: الشروط المختلطة أو الهجينة

وهي تلك الشروط التي تتضمن في الوقت ذاته، تجميداً لقوانين الدولة المضيفة الجديدة، وتغطية للخسائر، فهي تكون في صورتين: الصورة الأولى، بموجبها تتجمد القوانين الجديدة ذات العلاقة التي تصدر في الدولة المضيفة بالنسبة للمشروع الاستثماري أولاً، وفي الشرط ذاته يتم الاتفاق على أنه إذا لم تلتزم الدولة بالشرط، عليها دفع تعويض اتفاقي بمبلغ معين يحدده الاتفاق. أما في الصورة الثانية، فيتم الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة، على أن يتم تجميد القوانين الجديدة للدولة المضيفة فيما يتعلق ببعض فقرات العقد، وبالنسبة لفقرات الأخرى، يقتصر حق المستثمر على التعويض الاتفاقي في حالة ما إذا اختل التوازن العقدي من جراء أعمال الدولة المضيفة وقراراتها.

ويقسم البعض الآخر (4) شروط الثبات إلى نوعين، هما:

النوع الأول: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

وهي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود العقد صراحة، ويحدد بموجبها القانون الذي

(3) Ibid, p 7.

انظر كذلك: د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم ضمن وقائع أعمال المؤتمر السنوي الحادي والعشرين المعنون بالطاقة بين القانون والاقتصاد، 20-21/5/2013، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، ص 615
(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 5، يناير 1989، ص 126.

يسري على العقد عند المنازعة، مع استبعاد أي تعديل أو قانون آخر يحكم العقد، عدا ذلك القانون المتفق عليه منذ إبرام العقد. ومن أمثلة تلك الشروط، ما جاء بأحد العقود المبرمة في عام 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية، من أن: «العقد يخضع إلى القانون التونسي الساري في تاريخ توقيعه، وأن التحكيم في أي نزاع ينشأ خلال تنفيذ العقد يقوم على أساس العدالة والقانون التونسي واجب النفاذ في تاريخ الاتفاق»⁽⁵⁾.

النوع الثاني: الشروط التشريعية

وهي تلك الشروط التي وردت في صلب قانون الدولة المضيفة، بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة المستثمر بالألا تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق. ومن أمثلة تلك الشروط، ما جاء في المادة (13) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 وتعديلاته، التي نصت على أن: «أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه». فبمقتضى هذا النص القانوني الذي أبرم العقد في ظله، يجب أن يبقى سارياً على العقد، فلا ينبغي للدولة الإقدام على تعديله أولاً، وإذا أقدمت على تعديله أو تغييره، فلا يجوز أن ينقص هذا التعديل من الضمانات والإعفاءات والحقوق المكتسبة والمقررة بموجب القانون القديم.

وقد ذهب اتجاه في الفقه الغربي إلى أن شروط الثبات التشريعية فيها ضمانات أكثر للمستثمر، مقارنة بالضمانات التي تتضمنها شروط الثبات التعاقدية؛ لأن شروط الثبات التعاقدية من الممكن الحكم بعدم قانونيتها ودستوريتها لمخالفتها قواعد أمره لاحقة قد يقرها المشرع الوطني⁽⁶⁾.

وهناك من⁽⁷⁾ يضيف نوعاً آخر إلى النوعين السابقين، وهو شرط الثبات الدولي، الذي يثبت بموجب اتفاقية دولية (ثنائية أو متعددة)، تتعهد فيها الدول الأطراف بحماية استثمارات الدولة، أو الدول الأخرى، من خلال حظر إجراء تعديلات تشريعية، أو اتخاذ إجراءات تضر بمصالح مستثمري باقي الدول الأعضاء العاملين في أراضيها. وتطلق على هذه الشروط كذلك تسمية (شروط الحماية الاحتياطية)؛ لأنها تؤدي إلى الاحتكام إلى قواعد قانونية دولية احتياطية لحماية المستثمر الأجنبي، إذا لم تنجح القواعد الوطنية في تأمين هذه الحماية⁽⁸⁾.

(5) المرجع السابق، ص 126.

(6) Gao Zhiguo, International Petroleum Contracts, Current trends and new direction, London Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, UK, 1994, Pp.13-14.

(7) د. محمود فياض، مرجع سابق، ص 622.

(8) A. F. M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends (June 24, 2008). Journal of World

وفي هذا السياق، فإن هناك معيارين يمكن الالتجاء إليهما لتقسيم شروط الثبات التشريعي، وهما⁽⁹⁾:

(1) المعيار الشكلي:

يركز هذا المعيار على المظهر الخارجي للشرط، فيعتمد أحياناً على مصدر الشروط، فيقسمها إلى شروط ذات مصدر تعاقدي، وشروط ذات مصدر تشريعي. وأحياناً أخرى يعتمد على مضمون الشروط، فيقسمها إلى شروط عامة، تمنع سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، وشروط خاصة، تمنع سريان قسم من التشريعات الجديدة أو بعض أحكامها على العقد. ويعتمد هذا المعيار أحياناً ثالثة على نطاق الشرط من حيث الأشخاص، فيقسمها إلى شروط مطلقة، لا تحدد من المستفيد منها، وشروط نسبية تحدد من هو المستفيد منها، فتتص على أن المستفيد هو المستثمر، أو الأفراد العاملون لديه أو شخص ثالث. وأحياناً رابعة يعتمد على النطاق الفعلي للشرط، فيحدد هل يهدف الشرط إلى عدم سريان أي قانون جديد صادر من الدولة المتعاقدة؟ أم لا يعمل بهذا المنع إن كان القانون الجديد أكثر صلاحاً للمستثمر الأجنبي؟

(2) المعيار الوظيفي:

يعتمد هذا المعيار على وظيفة الشرط والهدف الذي من أجله وجد، والمتمثل في تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهنا يكون التساؤل: هل أن التجميد يشمل القانون الساري وقت إبرام العقد، أو القانون النافذ وقت تنفيذه؟

استناداً إلى ما تقدم، يمكن تعريف شروط الثبات التشريعي بأنها: «تلك الشروط التي تتضمنها بنود الاتفاقية أو النصوص التشريعية، بمقتضاها يحدد منذ إبرام العقد القانون الذي يحكمه، ويكون الهدف من هذه الشروط تجميد القوانين الجديدة للدولة المضيفة بالنسبة لمجموع آثار العقد أو جزء منها، وحماية الحقوق المكتسبة والمقررة للمستثمر». وتكمن حكمة هذه الشروط في درء المجازفة عن المستثمر، وتفادي الخسائر غير المتوقعة عنه جراء أعمال الدولة المضيفة، وقراراتها التعسفية وغير التعسفية، ومن ثم إعطاء المتعاقد مع الدولة نوعاً من الأمان واليقين القانوني.

Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1338053>, p. 121.

(9) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 329-331.

الفرع الثاني

مفهوم القانون الأفضل للمستثمر

تتجه الاستثمارات الأجنبية عادة نحو الدول التي تكفل قوانينها أكبر قدر من الحماية، وتوفر للمستثمرين مستوى عالياً من الضمانات والتسهيلات. وعليه، فإن العقود الاستثمارية، سواء أكانت أجنبية أم وطنية، فإنها تبرم في ظل قوانين استثمار الدول المضيفة أو المشجعة للاستثمار، وبالتالي تخضع هذه العقود في شروط إبرامها والحقوق والمراكز التي تنشئها لقانون الدولة التي يتم فيها الاستثمار، غير أنه تثار تساؤلات جدية في هذا الصدد، وهي هل بإمكان طرفي عقد الاستثمار اختيار قانون آخر غير قانون الدولة المضيفة ليحكم العقد؟

تعتمد الإجابة عن هذا التساؤل على طبيعة العلاقة ما بين طرفي الاستثمار، فإذا كانت علاقة الاستثمار بين مستثمر وطني وحكومته، فلا نعتقد أنه بالإمكان تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني على عقد الاستثمار، إذ لا يوجد مجال للتمسك بقانون الإرادة أو الاتفاق عليه، لخلو العلاقة من العنصر الأجنبي. أما إذا كانت العلاقة بين مستثمر أجنبي وحكومة غير حكومته، ففي هذه الفرضية لا غضاضة، ولا مانع من تفعيل قانون الإرادة إن تم الاتفاق عليه، مع ملاحظة أن قانون موقع العقار يسري دائماً على العقود المبرمة بشأنه، وبالتالي لا يمكن تطبيق قانون آخر على هذه العقود؛ لأن العقار يشكل عنصراً مهماً من عناصر سيادة الدولة⁽¹⁰⁾.

وهناك تساؤل آخر، وهو هل يحق للمستثمر الاتفاق مع حكومة الدولة التي يتم فيها الاستثمار على أفضل الشروط والامتيازات في القوانين التي تحكم عقود الاستثمار والعلاقات الاستثمارية؟

تقتضي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) حرية طرفي العقد وحقهما في الاتفاق على ما

(10) نصت المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أنه: «1- يسري على الالتزامات العقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه. 2- قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه». وجاء في المادة (59) من قانون تنظيم العلاقات الأجنبية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961 أنه: «يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف، أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار».

يرومونه من الشروط، على أن لا تكون هذه الشروط مخالفة للقانون، ولا تكون مخالفة للنظام العام والآداب⁽¹¹⁾.

وعليه، فإن جواب الباحث عن التساؤل السالف الذكر هو وجوب النظر إلى المسألة من منطلق قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) نظرة موضوعية بحتة، بعيدة عن الاعتبارات الأخرى، وهو ما يؤدي لا محالة إلى تشكل القناعة بأنه من المستساغ الاتفاق على تلك الشروط، إلا أن هذه المسألة لا يمكن النظر إليها من منطلق تلك القاعدة نظرة مجردة وبحتة فقط؛ لأن المستثمر الوطني إن فرض تلك الشروط على حكومته، سيعني ذلك تحكم المستثمر بتطبيق القانون، فالقانون الجديد إن كان متضمناً لامتيازات وشروط أفضل للمستثمر من القانون القديم، فهذا لا إشكال فيه، حيث يسري القانون الجديد، أما إذا كان القانون القديم يتضمن شروطاً أفضل من القانون الجديد، فإن تعطيل القانون الجديد في هذه الفرضية إن حدث، يدل على أن إرادة الأفراد غلبت على إرادة المشرع، وهذا لا يجوز.

أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي، فيحق له منذ البداية تفعيل قانون الإرادة، والتمسك به عند إبرام العقد، أي يجوز له أن يشترط على الدولة المضيفة أن يكون العقد المبرم بينهما خاضعاً لقانون آخر غير قانون الدولة المضيفة، كالاتفاق الصريح أو الضمني على الاحتكام إلى قواعد قانون التجارة الدولية⁽¹²⁾، إذا كان ذلك جائزاً، فيجوز له أيضاً اشتراط التجميد الزمني للقانون الساري على العقد كما سبق بيانه، وكذلك يجوز له الاشتراط على الدولة المضيفة استفادته من أفضل الشروط والامتيازات والضمانات الاستثمارية الواردة، أو التي سوف ترد في القوانين ذات العلاقة بالاستثمار، عندما يحدث التعديل أو التبديل في هذه القوانين.

صحيح أن حكومات الدول قابلة للتغيير والتبديل تبعاً لتغيير الأوضاع السياسية في الدولة، حيث قد تثقل تصرفات الحكومات السابقة كاهل الحكومات اللاحقة بالتزامات غير معقولة وغير متوازنة تجاه المستثمرين الأجانب، لكن مع كل ذلك فإن التزام الحكومة اللاحقة بالإيفاء بشروط الامتيازات والضمانات الفضلى، يرتبط بدرجة أساس بمراعاة مبدأ حسن النية عند الاتفاق على تلك الشروط، وكذلك يعتمد على طبيعة التغييرات التي تطرأ على الظروف العقدية وأسبابها⁽¹³⁾.

(11) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة النشر، ص 436.

(12) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 151-152.

(13) Yves Derains and Richard H. Kreindler, Evaluation of Damages in international Arbitration, Dossiers, ICC institute of World Business Law, p. 225.

ارتباطاً بما سبق، يجوز للمستثمر الأجنبي وقت إبرام العقد، الاتفاق مع الدولة المضيفة بشأن تحديد المحكمة أو الهيئة القضائية، التي ستبت في المنازعات التي تنشأ في أثناء تنفيذ العقد وبسببه، أما المستثمر الوطني فليس له فرض هذا الشرط، وإنما يخضع هو وحكومته لقضاء دولته.

كما نصت التشريعات المقارنة بدلالات ضمنية وغير مباشرة على القانون الأفضل للمستثمر، حيث نصت المادة (25) من قانون تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي رقم 116 لسنة 2013 على أن: «تسري أحكام هذا القانون على الاستثمار المباشر القائم، أو المرخص فيه قبل العمل به بما لا يلحق به أي ضرر، وعلى ألا تقل المزايا والإعفاءات والضمانات التي تمنح بموجب أحكامه عما هو مقرر للاستثمار قبل العمل به، وتقدم طلبات المستثمر للاستفادة من المزايا المنصوص عليها في هذا القانون إلى الهيئة للنظر فيها.....».

فبمقتضى هذا النص، إن كانت المزايا والإعفاءات والضمانات التي منحت للمستثمر بموجب القوانين القديمة أقل من تلك التي تمنح له بموجب هذا القانون، يستفيد المستثمر من مزايا هذا القانون، أما إذا كانت مزايا هذا القانون أقل من مزايا القوانين القديمة، فتبقى المزايا الممنوحة للمستثمر بموجب القوانين القديمة على حالها.

ونصت المادة (24) من القانون المشار إليه أعلاه على أنه: «ما لم يوجد نص خاص في هذا القانون، تطبق على الاستثمار المباشر الخاضع لأحكامه القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، كما تراعى كافة الاتفاقيات الدولية النافذة في البلاد ذات العلاقة بالاستثمار، ويتجنب الأزواج الضريبي».

يفرض هذا النص تطبيق القوانين واللوائح المعمول بها على الاستثمار المباشر، لكنه في الوقت ذاته يفرض على القضاء مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة في دولة الكويت والتي تتعلق بالاستثمار، إضافة إلى ذلك، فإن تطبيق هذا النص مقيد بنص المادة (25) فيما يتعلق بالمزايا الممنوحة، فالحقيقة أن القوانين النافذة تطبق على الاستثمارات المباشرة السابقة واللاحقة لنفاذ القوانين، إلا أن هذا التطبيق مقيد بأن لا يؤدي إلى تقليل المزايا الممنوحة للمستثمر بموجب القوانين القديمة.

أما قانون الاستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم 4 لسنة 2006 وتعديلاته، فقد نصت المادة (22) منه على أن: «تخضع الحالات التي لم يرد بشأنها نص في هذا القانون للقواعد العامة الواردة في القوانين الأخرى ذات العلاقة بشرط عدم تعارض أحكامها مع أحكام هذا القانون، وعند حصول التعارض تطبق أحكام هذا القانون».

ولنا على هذا النص ملحوظتان: أولاًهما، إذا لم يكن هناك نص في هذا القانون، وتقرر الاحتكام إلى القواعد العامة الواردة في القوانين الأخرى، فكيف يتصور حصول التعارض بشأن حالة تعارض بين قانونين، أحدهما انعدم فيه النص عليها، والآخر يوجد فيه نص يتناولها؟ وثانيتهما، يبدو أن المشرع عدّ هذا القانون الأفضل للمستثمر، وجعله أساساً، وكذلك المزايا الواردة فيه للمستثمر، سواء أكان أجنبياً أم وطنياً، وقد اعتبرها قاعدة أساسية، لا يمكن مخالفتها، ولا التقليل أو النيل منها، ومن ثم فإنه لا يجوز أن يتعارض أي قانون مع الأحكام العامة لهذا القانون (قانون الاستثمار الحالي)، والسياسة التشريعية المتبعة فيه، والتي تعتمد على تشجيع الاستثمار، وإحاطة المستثمر بهالة من الضمانات والحماية القانونية. وقد يبرر هذا التفسير الصعوبة التي عرضناها في الملحوظة الأولى بشأن حصول التعارض بين هذا القانون والقوانين الأخرى.

ومما تقدم نستشف أن القانون الأفضل للمستثمر يتجسد مفهومه في: «استئثار المستثمر عن طريق إرادة تعاقدية أو إرادة تشريعية بأكثر وأفضل المزايا والضمانات الاستثمارية الواردة في القوانين ذات العلاقة بمشروعه الاستثماري». وهذه المزايا والضمانات قد توجد في القانون القديم، وقد توجد في القانون الجديد، وكذلك يمكن أن يحتويها قانون الدولة المضيف للاستثمار، كما يمكن أن تنضوي في غيره، كقواعد قانون التجارة الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، يلتقيان في أن كليهما يثبتان بالإرادة التعاقدية أو بالإرادة التشريعية، أو بكليتهما. وكذلك في أنه إذا كان القانون القديم أفضل للمستثمر، فإنه يؤدي في ذلك الدور ذاته الذي يؤديه شرط الثبات التشريعي، إلا أنهما يفترقان في وجوه عدة، وهي:

1) إن شرط الثبات التشريعي يتركز دوماً في الإبقاء على تطبيق القانون الذي أبرم العقد الاستثماري في ظله، أي يهدف إلى طمأننة المستثمر وتحقيق استقراره النفسي، من خلال الإبقاء على القانون القديم وتطبيقه على العقد المبرم بموجبه. أما القانون الأفضل للمستثمر فلا يبغي القانون القديم دائماً، بل يبقى إن كان فيه امتيازات وضمائم أفضل للمستثمر، لكنه لا يعمل به إن كان يتضمن امتيازات أقل له مقارنة بالقانون الجديد. وكذلك قد يؤدي إلى استئثار أو اختصاص المستثمر بامتيازات القانون الأجنبي، وقد ينعم عليه بامتيازات قانون الدولة المضيف للاستثمار، فهو بذلك يهدف إلى تشجيع المستثمر ودفعه نحو الإسراع في الشروع بالاستثمار، فضلاً عن طمأنينته وسكينة نفسه واستقراره.

(2) إن شرط الثبات التشريعي قد يكون كلياً وجامعاً، تتجمد بموجبه جميع بنود العقد، فتعلق وترتبط بأحكام القانون الذي أبرم العقد في ظله، وقد يكون جزئياً، فيتجمد العقد ويتقيد في بعض أجزائه كالقضايا المالية مثلاً بالقانون القديم الناظم لإبرامه، وكذلك قد يكون عاماً، وقد يكون خاصاً كما سبق بيانها. أما القانون الأفضل للمستثمر، فهو إما أن يكون أفضل للمستثمر في مجموعه، وإما أن لا يكون كذلك، وبالتالي لا يجوز تطبيق بعض نصوصه جلياً لمنفعة المستثمر، وتجاهل نصوصه الأخرى درءاً ودفعاً لمضرة عنه؛ لأن ذلك يتعارض مع التطبيق العام والمجرد للقانون، ويسفر عنه تطبيق انتقائي للقانون، وهذا لا يجوز⁽¹⁴⁾.

(3) وأخيراً، إن شرط الثبات التشريعي يمنع الدولة المضيئة من تغيير أو تعديل القانون الذي أبرم العقد بموجبه، والذي من المتفق عليه أن يحكم حياة العقد وتنفيذه لحين انتهائه. أما القانون الأفضل للمستثمر، فلا يمنع الدولة المضيئة من القيام بإجراء التعديلات في قوانينها؛ لأن المستثمر لا يجب أن يتضرر، سواء أتم تعديل القانون أو تغييره أم لم يعدل أو يغير. وإذا عدل، سواء أكان التعديل أقل ضماناً للمستثمر أم أكثر له، ففي كل الأحوال والفرضيات، لا يجوز أن يتضرر المستثمر، فيسري بحقه القانوني الذي يتضمن أفضل المزايا.

المطلب الثاني

موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

لم يتفق الفقه على التسليم بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، كحقيقة قانونية إيجابية في كل جوانبها، وإنما دار الخلاف بين الفقهاء والباحثين بشأن الأخذ بهما، أو ردهما، حيث انقسم الفقه في هذا المضمار إلى اتجاهين⁽¹⁵⁾: اتجاه يأخذ بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر، مستنداً في ذلك إلى تبريرات وأسانيد قانونية، واتجاه ثان يذهب إلى رفضهما وردهما وعدم الاحتكام إليهما، مستنداً في هذا بأدلة وأسباب قانونية.

(14) د. إسماعيل نامق حسين، مداخلات فلسفية في علم القانون، مكتبة يادكار، السليمانية، العراق، 2018، ص 88.

(15) لا بد من الإشارة والتنويه إلى أن المصادر المتوفرة والموجودة بين أيدينا، لم تتناول القانون الأفضل للمستثمر، فنحن من جانبنا استنبطنا هذا المفهوم وأحكامه من خلال تمعننا في نصوص القوانين المقارنة، لذلك نحاول أن نستعرض أسس الأخذ بالقانون الأفضل للمستثمر، ومبررات عدم الأخذ به، بعد عرض كل اتجاه فقهي بشأن شرط الثبات التشريعي.

ولعرض هذين الاتجاهين، ومناقشة أدلتهم، نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخصص الأول لعرض الاتجاه الأول، أما الثاني فنستعرض فيه الاتجاه الثاني وأدلته، وذلك كالآتي:

الفرع الأول: الأخذ بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

الفرع الثاني: رد شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

الفرع الأول

الأخذ بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

بموجب هذا الاتجاه يجب الأخذ بشرط الثبات التشريعي والعمل به، ويقوم هذا الاتجاه على الحجج والأسانيد القانونية الآتية⁽¹⁶⁾:

(1) قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

بموجب هذه القاعدة، طالما لأطراف العقد حرية كاملة في إبرامه أو عدم إبرامه، وكذلك في إدراج أي شرط فيه، فلهم الاحتكام إلى هذا العقد لحل المنازعات التي تنور بينهما بصدده. وتأسيساً على ذلك الاعتبار، يجب أن يكون هذا العقد قانون المتعاقدين، تحل بموجبه كل المنازعات التي تحصل بينهما فيما يتعلق بالعقد ذاته، ولا يجوز أن يحل أي قانون آخر محل هذا القانون؛ لأنه أكثر خصوصية وقرباً للعقد من أي قانون آخر⁽¹⁷⁾، فهو بذلك يصبح القانون الأنسب والأعدل ليحكم العقد. وبما أنه في هذا القانون تم النص صراحة على شرط الثبات التشريعي، فلا بد أن يطبق هذا القانون بحذاقيره، وبضمنه الشرط، وإن أي تجاهل للشرط، يعتبر تطبيقاً انتقائياً للقانون، وتجزئة غير مبررة للعقد، وهذا لا يجوز.

(2) العدالة

تستلزم مقتضيات العدالة أن يعلم المتعاقد عند إبرامه العقد حقوقه والتزاماته، وأن يتأكد من القانون الذي يحكم هذا العقد؛ لذلك ليس من العدل أن يُعلق عقده على مستقبل مجهول، يجعل مركزه القانوني غير ثابت وغير مؤكد، فبالتالي تتعرض حقوقه والتزاماته للخطر والمجازفة. وكذلك إن إيقاع أحد طرفي العقد تحت رحمة

(16) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 137 وما بعدها؛ د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 170 وما بعدها؛ د. محمود فياض، مرجع سابق، ص 639 وما بعدها.

(17) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 697.

الطرف الآخر يتنافى مع مبادئ العدالة، ويجا فيها، فشرط الثبات التشريعي يتفادى تلك المجازفات والمخاطر، ويقلل من احتمالية حدوث أمور غير عادلة.

(3) المنطق

من المنطقي أن يحكم كل عقد قانون واحد، وليست قوانين مختلفة ومتعددة، ويتماشى هذا الحكم مع منطق النظرية التقليدية بخصوص سريان القانون من حيث الزمان، إذ يقول أنصار هذه النظرية: إذا صدر قانون جديد، فهو يسري على جميع التصرفات، سواء تلك التي أبرمت قبل نفاذه، أم التي ستبرم بعده، بشرط أن لا يؤدي تطبيق القانون الجديد على التصرفات المبرمة قبل نفاذه إلى المساس بحق مكتسب، فإذا مس ذلك التطبيق حقاً مكتسباً، لا يطبق القانون الجديد، بل القانون القديم⁽¹⁸⁾. وبما أن شرط الثبات التشريعي والمراكز القانونية التي تكونت في ظلّه تدخل في نطاق الحقوق المكتسبة، فإنه يجب تطبيق ذلك القانون، الذي أبرم في ظلّه العقد المتضمن للشرط ولتلك المراكز القانونية.

(4) الاستقرار القانوني

من دواعي الاستقرار القانوني، أن تلتزم الدولة المضيفة باحترام القانون الذي في ظلّه أبرم عقد الاستثمار، فإن نفذت هذا الالتزام، ولم تمس بالقانون الذي على أساسه، وتنفيذاً لأحكامه، قطعت العهد مع المستثمر، أضفت بذلك الاستقرار والأمان القانوني على التعاملات القانونية، ومن شأن هذا الأمر أن يسهم في تطمين المستثمر، ليتعامل مع الدولة المضيفة عند إبرام العقد، بحسن النية، وبراحة نفسية كاملة.

(5) مبدأ حسن النية في إبرام العقود وفي تنفيذها

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

(18) د. إسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، دار السنهوري، بيروت، 2019، ص 146. أكد المشرع الكويتي على هذا الحكم، إذ نص في الفقرة الثانية من المادة (3) من القانون المدني رقم 67 لسنة 1980 على أنه: «ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون الذي أبرمت تحت سلطانه، ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسري على ما يترتب منها بعد نفاذه».

(6) مبدأ الوفاء بالعهد

هذا المبدأ من المبادئ الجوهرية التي أكدت عليها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، فهو يحفظ للعقد أهميته وقديسيته، وبناءً عليه، يجب على الدولة المتعاقدة مع المستثمر الإيفاء بشرط الثبات التشريعي وبالعقد الذي يحتوي هذا الشرط ككل.

(7) مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق

بمقتضى هذا المبدأ، صحيح أن للدولة الحق في تعديل قوانينها، لكن هذا الحق مُقيّد بعدم الإساءة والتعسف في استعماله، أي أن الدولة لها مطلق الحرية والحق في سن القوانين وتعديلها، مراعية في ذلك الاتفاقيات الدولية والقوانين الكونية، لكنها عندما تدخل في علاقة عقدية مع مستثمر، وتوافق فيها على عدم تعديل قانون أو قوانين معينة، فهذا الاتفاق، وإن لم يسلبها حق تعديل القانون المتجمد اتفاقاً، فيقيدها ويلزمها بأن لا تتعسف في استعمال حقها وسلطتها في التشريع.

أما بالنسبة للأسس والأسانيد القانونية، التي يمكن الاستناد إليها استدلالاً للأخذ بالقانون الأفضل للمستثمر، فيمكننا تلخيصها بما يلي:

(1) قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

وبموجبها إذا ارتضت الدولة المتعاقدة مع المستثمر بالقانون الأفضل، ووافقت في العقد المبرم بينهما على أن يطبق هذا القانون على المستثمر، فعليها احترام إرادتها المتجسدة في العقد، وأن لا تعترض على الاحتكام إلى هذا العقد، ولا على أن يستفيد في ظله بأفضل المزايا التي تتضمنها القوانين ذات العلاقة.

(2) مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفي تنفيذه، وكذلك مبدأ الوفاء بالعهد

يحتم هذان المبدآن على الدولة المضيئة تنفيذ الالتزام الذي قطعه قبل المستثمر في العقد المبرم بينهما. فإن كانت حسنة النية عندما تلزم نفسها تجاه المستثمر، مانحة له مزية القانون الأفضل، وجب عليها تنفيذ هذا الالتزام بحسن النية أيضاً، وأن تفي بالعهد الذي قطعه لصالح المستثمر، في هذه الجزئية، وإلا اختل المبدآن، وانتهكا، وتترتب على ذلك مسؤولية مدنية.

(3) الاستقرار القانوني

إذا كانت الدولة المضيئة قد منحت في تشريعاتها الداخلية، مزية القانون الأفضل للمستثمر، توجب عليها مقتضيات الاستقرار القانوني الالتزام بقوانينها، واحترام

وتنفيذ الالتزامات التي جازمت بها قبل المستثمر في ظل هذا القانون، ومن بين تلك الالتزامات التزامها بأن يسري بحق المستثمر القانون الأفضل له.

4) الأخذ بالقانون الأفضل للمستثمر لا يتعارض مع المنطق القانوني والنظريات القانونية

لأنه بموجب النظرية الحديثة بشأن سريان القانون من حيث الزمان، يجوز أن يسري على تصرف واحد أكثر من قانون، فعندما تعدل القوانين، وتتغير، فأبي جزء من التصرف القانوني استقر في ظل القانون القديم، يسري عليه القانون القديم، وأبي جزء منه يمتد ويظهر أثره في ظل القانون الجديد، يسري عليه القانون الجديد⁽¹⁹⁾. وكذلك تطبيق القانون الأصلح للمتعم، ليس إلا أخذاً بما هو أفضل لمن يطبق عليه القانون⁽²⁰⁾. فاستناداً إلى ذلك وقياساً عليه، نحن نرى أن لا ضير في الأخذ بالقانون الأفضل للمستثمر.

الفرع الثاني

رد شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى رد شرط الثبات التشريعي ورفضه، وعدم الأخذ به، وتبريرهم في ذلك يتلخص بما يلي:

1) إن اشتراط الثبات التشريعي يتعارض مع سيادة الدولة، فسيادتها تعطيتها الحق في تشريع القوانين وتعديلها وتغييرها وتطبيقها على المشمولين بها، بينما يسلبها شرط الثبات التشريعي هذا الحق، ويمنعها من تعديل قوانينها وتغييرها أو تطبيقها على من تشملهم أحكامها؛ لذلك لا يجوز بناءً على اشتراط الثبات التشريعي أن تنتقص سيادة الدولة، وإنما يجب تفضيل السيادة وترجيحها، إذا تعارضت مع أي اشتراط كاشتراط الثبات التشريعي⁽²¹⁾؛ لأن سيادة الدولة تقع فوق المصادر الطبيعية كتعبير

(19) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 358. والدليل على ذلك نص المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة (12) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 على أن: «النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل. ولكن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة»، أي يسري على وضع قانوني واحد قانونان.

(20) د. عبد المنعم البدرابي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966، ص 259.

(21) د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، العدد 3، 2011، ص 9.

للقانون الدولي العرفي، وكذلك تعلق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽²²⁾، بل أكثر من ذلك ذهب البعض⁽²³⁾ إلى أن الدولة لا تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تسببها أعمالها السيادية، غير أن هذا لا يعني أن الدولة بإمكانها أن تتخلص من المسؤولية العقدية، إذا استعملت سيادتها لتعديل الالتزامات المحددة، فأعمال السيادة يجب أن لا تكون للتخلص من الالتزامات العقدية، إذ لا بد أن تكون هذه الأعمال عامة، وليست خاصة بعقد معين.

استناداً إلى هذا الرأي، إذا أصدرت الدولة قراراً بشأن عقد معين بالذات، فإنها تتحمل المسؤولية العقدية عن إخلالها بالعقد، أما إذا عدلت قوانينها، وشمل هذا التعديل جميع العقود، دون عقد محدد بالذات، فلا تترتب عليها المسؤولية.

هنا يتعلق الأمر والحكم بالموازنة بين المصالح، فالمصلحة الخاصة للمستثمر تقتضي الالتزام بشرط الثبات التشريعي، وبالتالي الحيولة دون تعديل القانون المتجمد زمنياً بموجب الشرط المتفق عليه، بينما المصلحة العامة لمواطني الدولة المتعاقدة والمضيفة تقتضي من دولتهم تعديل القانون المشروط تجميده، فترجح المصلحة العامة، ومن ثم لا يمنع الدولة المضيفة من ممارسة سيادتها، إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة⁽²⁴⁾.

(2) صحيح أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفرض على طرفي العقد احترام ما تم الاتفاق عليه، والالتزام به، إذ تجعل هذه القاعدة اتفاقهما القانون الذي يحكم منازعاتهما الناشئة عن العقد ذاته، فلا يمكن تعديله إلا باتفاقهما كذلك. لكن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد أورد المشرع عليها استثناءات، منها أنه أجاز للقضاء في عقود الإذعان⁽²⁵⁾، وكذلك عند حدوث ظرف طارئ في أثناء تنفيذ العقد⁽²⁶⁾، أن يتدخل ويعدل الالتزامات العقدية.

(22) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 17.

(23) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 383.

(24) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 31.

(25) نصت الفقرة الثانية من المادة (167) من القانون المدني العراقي على أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وتقابلها المادة (81) من القانون المدني الكويتي.

(26) نصت المادة (146) من القانون المدني العراقي على أنه: «1- إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله، إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. 2- على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». وتقابلها المادة (198) من القانون المدني الكويتي.

واستناداً إلى ذلك، إذا كان جائزاً للقضاء بناءً على إرادة تشريعية أن يعدل الحقوق والالتزامات العقدية، أليس منطقياً أن يكون للمشرع نفسه هذا الحق؟ وفي المقابل ألا يتنافى مع المنطق مع أن يمنح المشرع هذا الحق للقضاء ويسلبه من نفسه؟

(3) عند حصول التنازع بشأن سريان القانون من حيث الزمان، يذهب أنصار النظرية الحديثة إلى أنه يجب تطبيق القانون الجديد على كل العقود والتصرفات القانونية التي ستبرم بعد نفاذه، وتلك التي أبرمت قبل نفاذه، إذا لم تكتمل آثاره، فإذا كانت آثار التصرف كله أو بعض أجزائه قد اكتملت قبل نفاذ القانون، فلا يطبق القانون الجديد على كل التصرف، أو تلك الأجزاء التي اكتملت وظهرت آثارها قبل نفاذه، أي المراكز القانونية التي تكوّنت في ظل القانون القديم تخضع للقانون القديم، أما المراكز القانونية التي ستتكون في ظل القانون الجديد، فإنها تخضع للقانون الجديد⁽²⁷⁾.

استناداً إلى تلك المقدمات، فإن شرط الثبات التشريعي لا يمنع الدولة من تعديل قوانينها، إذ إن القانون الجديد الذي ستصدره، يطبق على الأجزاء من العقد الاستثماري التي لم تكتمل، ولم تتحول إلى مراكز قانونية، أما تلك التي اكتملت وصارت مراكز قانونية، فتبقى خاضعة للقانون القديم، سواء وجد شرط الثبات أم لم يوجد.

(4) إن شرط الثبات التشريعي إذا تم الالتزام به، ومنعت الدولة المتعاقدة والمضيفة من تطبيق قوانينها المعدلة على العقد المبرم بينها وبين المستثمر، سيؤدي ذلك إلى تطبيق قانون فاقد لقوته الملزمة، أي تطبيق قانون ملغى وميت، وهذا يتعارض مع الفن القانوني السليم، ولا يمكن قبوله إلا إذا اعتبرنا أن ذلك القانون قد اندمج في العقد وتحول عن طبيعته، وتلك مغالطة قانونية⁽²⁸⁾، أو كما يتصور البعض أن يؤدي شرط الثبات التشريعي إلى أن يكون العقد طليقاً، حيث يقول باتيفول: «إن اشتراط بقاء العقد خاضعاً للقانون الذي تم تحديده رغم إلغائه، يعني أن العقد لن يكون خاضعاً ابتداءً من تاريخ هذا الإلغاء لقانون دولة موجودة، وذلك من اللحظة التي يكون فيها القانون الجديد وحده هو الموجود في هذه الدولة ينطبق على العقود السابقة»⁽²⁹⁾.

(5) إن شرط الثبات التشريعي بشقيه التعاقدية والتشريعي، يظل عديم الجدوى والقيمة العملية؛ لأن هذا الشرط لا يمنع الدولة المتعاقدة من ممارسة سيادتها فيما يختص بتعديل قوانينها، ويعلم المستثمر عند إبرامه العقد، أن قوانين الدولة المضيفة تتضمن ماذا يحظر على الدولة فعله من تقنين الأحكام غير العادلة، غير المعقولة، وغير

(27) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 615.

(28) د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 157.

(29) المرجع السابق، ص 168.

المنصفة عندما تقوم بممارسة سلطة التشريع⁽³⁰⁾. فعندما لا يستتبع شرط الثبات التشريعي تنازل الدولة المضيفة والمتعاقدة عن ممارسة اختصاصها التشريعي، فإن شرط الثبات التشريعي يبقى من الناحية العملية غير ذي فاعلية وأثر⁽³¹⁾.

(6) وأخيراً، يرى البعض⁽³²⁾ أن الاستعمال المتكرر لشروط التجميد مع احترام مختلف ومتباين للمستثمرين على الدوام، تحت تأثير تلك الشروط، ربما يتسبب في تعقيدات إدارية مهمة وحقيقية للدولة، منها إمكانية أن يكون لكل استثمار قانون يطبق عليه، وهذا القانون ينشئ للمستثمر مراكز قانونية، تلزم الإدارة بالاستمرار في احترامها والسير على ذلك المسار، وهذا قد يؤدي إلى الاحتكاك والتشويه في الإدارة المحلية، وكذلك إلى المعاملة المتفاوتة، وبالتالي حدوث توترات داخل الدولة؛ الأمر الذي تنتج عنه تحديات دستورية وقانونية حقيقية للدول المتقدمة، وكذلك فيما يتعلق بتطور الدول وتقدمها.

أما بالنسبة للقانون الأفضل للمستثمر، فلا يتعارض اشتراطه في العقد أو في التشريع مع مبدأ سيادة الدولة؛ لأن هذا الاشتراط لا يسلب الدولة حق تعديل قوانينها، ويبقى لها هذا الحق في تعديل أي قانون من قوانينها بما فيها القوانين ذات العلاقة بالاستثمار، إذا أملت المصلحة العامة، وكل ما يترتب على ذلك الاشتراط جعل تطبيق القانون مرهوناً ومقيداً بمصلحة المستثمر، فإن كان القانون الجديد أفضل له طبق هذا القانون بحقه، وإلا فلا.

لكن مع كل ذلك، فإن الأخذ بالقانون الأفضل للمستثمر لا يخلو من العيوب، ولا يكون بمنأى عن الانتقاد، إذ يُعاب عليه الآتي:

(1) إنه يربط تطبيق القانون بمصلحة المستثمر وإرادته، فيجعل إرادة المشرع مرهونة بمصالح المستثمر وإرادته، ويؤدي ذلك إلى تجاهل المصلحة العامة، وهذا الأمر بحد ذاته إن حدث، تترتب عليه نتائج قانونية غير محمودة العواقب، حيث يصبح المستثمر بذلك متحكماً بمصير المجتمع وقوانينه. صحيح إن اشتراط القانون الأفضل للمستثمر لا يسلب الدولة الحق في ممارسة سيادتها، وسلطتها في التشريع، إلا أنه يقيّد سيادتها وسلطتها في تطبيق القانون، وتأثير هذا التقييد إن لم يكن أكثر من تقييد سلطتها التشريعية، فلا يقل عنه.

(30) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 21.

(31) د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 165؛ د. آزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2016، ص 78.

(32) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 10.

- (2) إن اشتراط القانون الأفضل للمستثمر يجعل المراكز القانونية في حالة من التردد والتذبذب؛ لأنه عند إبرام العقد لا يمكن معرفة القانون الذي سوف يطبق على العقد في المستقبل، ويتعارض هذا الأمر مع مبدأ الاستقرار القانوني.
- (3) بمقتضى اشتراط القانون الأفضل للمستثمر، إذا صدر قانون جديد، وكان القانون القديم أفضل للمستثمر، وجب أن يطبق القانون القديم، أي يجب أن يطبق قانون ملغى وميت، وهذا يتعارض مع الأصول الفنية السليمة لصياغة القانون وتطبيقه، كما سلف بيانه بشأن رد شرط الثبات التشريعي.

المبحث الثاني

الفاعلية القانونية والاقتصادية لشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

لا يخفى أن شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر لهما آثار قانونية حساسة وخطيرة على حقوق والتزامات أطراف العلاقة العقدية الاستثمارية؛ حيث تتأثر تصرفاتهم البعدية في كل ما يتصل بتلك الحقوق والالتزامات هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن انعكاس الآثار القانونية الناجمة عن شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر في الواقع العملي على العلاقة والأعمال الاستثمارية، يرسم معالم الدور الذي يؤديه في جذب الاستثمارات الأجنبية من عدمه.

ولبيان ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نعرض في الأول للمسؤولية المدنية، التي تترتب على اشتراط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر، ونخصص الثاني لمناقشة تأثير الاستثمارات الأجنبية بشرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر، وذلك كالآتي:

المطلب الأول: المسؤولية المدنية المترتبة على شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

المطلب الثاني: تأثير الاستثمارات الأجنبية بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر

المطلب الأول

المسؤولية المدنية المترتبة على شرط الثبات التشريعي

والقانون الأفضل للمستثمر

اختلف الفقه بشأن المسؤولية المدنية التي تترتب على اشتراط الثبات التشريعي، حيث ذهب البعض⁽³³⁾ إلى أن هناك ثلاثة اتجاهات فقهية في هذا المجال، وهي:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن اشتراط التجميد الزمني للقانون ينتج جميع آثاره، ومن ثم يترتب عليه حرمان الدولة المضيفة من ممارسة سلطاتها التشريعية لتعديل القانون الذي

(33) د. بشار محمد، مرجع سابق، ص 170.

أبرم العقد في ظله، تعديلاً يؤثر على حقوق المستثمر⁽³⁴⁾.

الاتجاه الثاني: وفقاً لهذا الاتجاه، فإن شروط الثبات التشريعي، لا يترتب عليها أي أثر قانوني يحد من سلطات الدولة التشريعية في المستقبل، فهي شروط تعاقدية مثل بقية شروط العقد الأخرى، ومن ثم فإنه ليست لها قوة ملزمة أكثر من العقد الذي يتضمنها⁽³⁵⁾، حيث ذهب جانب من الفقه إلى الاعتراف بحق الدولة في المساس بالعقد وبسكونه وثباته، إذا كانت المصلحة العامة تقتضي تدخل الدولة، إما لإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وإما بتعديل التشريعات أو بإصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، بغض النظر عن تضمن هذا العقد لشروط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد؛ لأن هذه الشروط إن وجدت لا تشكل قيماً على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل العقود التي أبرمتها⁽³⁶⁾.

الاتجاه الثالث: بموجب هذا الاتجاه، يُعد شرط الثبات التشريعي عاملاً من العوامل التي يتعين أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض، وهو ما يعني أن هذا الشرط لا يحد من حق الدولة في ممارسة سلطاتها التشريعية استجابة لمقتضيات المصلحة العامة، إلا أنه في المقابل لا يبيح الإضرار بالغير؛ لذلك يقتصر أثره على التعويض، أو يصبح أحد العوامل المؤثرة في تقدير التعويض⁽³⁷⁾.

غير أنه عند النظر في حالات اشتراط الثبات التشريعي والتأمل فيها، يجد الناظر أن المسؤولية المترتبة عليه، تختلف تبعاً لاختلاف الحالات.

وعليه نتعرض أدناه لبيان تلك المسؤولية:

(1) لم يجز الفقه قيام الدولة المتعاقدة والمضيفة بإجراءات تعسفية أحادية الجانب بحق المستثمر، سواء وجد شرط الثبات التشريعي أو لم يوجد. وليس اشتراط الثبات التشريعي في هذا المضمار إلا تأكيداً على عدم الجواز، وتجنب المستثمر تلك الإجراءات. ومن أمثلة تلك الإجراءات التعسفية مصادرة المشروع الاستثماري والاستيلاء عليه دون وجه حق، التأميم غير المبرر للمشروع، واستعمال الدولة سلطاتها للتملص من التزاماتها تجاه المستثمر⁽³⁸⁾.

(34) المرجع السابق، ص 170.

(35) د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 161؛ د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 172.

(36) Samuel K.B Asante, stability of contractual relations in the transnational investment process, inter comp L.Q, 1979, p. 408.

(37) د. طارق عجيل، مرجع سابق، ص 15. وانظر كذلك: katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 31.

(38) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p 16.

وقد طبقت هيئة التحكيم هذه المسؤولية في قضية (Amin Oil) ضد دولة الكويت، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ دولة الكويت كانت قد أعطت حق الامتياز لشركة (Amin Oil) بموجب العقد المبرم بينهما عام 1948، وكانت مدة العقد ستين عاماً، وقد نص العقد صراحة على عدم إجراء أية تغييرات في شروط العقد، إلا إذا وافق الطرفان على ذلك، غير أن حكومة دولة الكويت قررت عام 1977 من جانب واحد إنهاء الامتياز، وتأميم الشركة بذريعة حدوث تغييرات اقتصادية وسياسية واجتماعية في البلاد وفي المنطقة، مما يستوجب تعديل العقد.

وقد فسرت هيئة التحكيم في قرارها النهائي، اشتراط الثبات التشريعي المنصوص عليه في العقد، على أنه تحريم مطلق للتأميم، لكن مع ذلك فإنه لا يمكن اعتبار هذا الشرط بمثابة تخل من الدولة عن حقها في التأميم، بل كل ما في الأمر هو أنه التزام على الدولة بأن لا يكون للتأميم طابع المصادرة، ولا أن يكون إجراءً تعسفياً يهدف إلى الإضرار بالمستثمر فقط⁽³⁹⁾. وعليه، فإن الدولة المضيفة لا تستطيع أن تتعسف في استعمال سلطاتها، وتضر بمصلحة المستثمر، كأن تصدر قراراً بإلغاء عقد الاستثمار من غير مبرر، فإن فعلت ذلك ترتبت عليها مسؤولية مدنية ثابتة، وهي مسؤوليتها عن تعويض المستثمر.

(2) وقد يترتب على اشتراط الثبات التشريعي، تنفيذ عيني للالتزام الثابت والمتفق عليه في العقد، وهو عدم تطبيق القانون الجديد على العقد، كما جاء في قرار التحكيم الصادر عام 1963 بمناسبة النزاع الذي نشب بين إيران وإحدى الشركات البترولية، إذ ورد فيه أن: «الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية، وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات، ومسؤوليات ومخاطر واسعة، ويبدو حينئذ من الطبيعي أن تحمى ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني، وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني، الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله»⁽⁴⁰⁾. وكذلك، فإن الإبقاء على شرط الدفع بالذهب وشرط التحكيم المتفق عليهما في العقد والعمل بهما، رغم تغيير قانون الدولة المضيفة وإلغائه إياهما، يدخل ضمن التنفيذ العيني لشرط الثبات التشريعي⁽⁴¹⁾.

ويكون التنفيذ العيني لاشتراط الثبات التشريعي أكثر أهمية وبروزاً، إذا كان التزام

(39) د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 175-178.

(40) نقلاً عن: د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 135-136.

(41) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 363.

الدولة المضيفة قبل المستثمر في عقد الاستثمار فرضاً محدداً ومؤكداً عليه، ففي هذه الحالة على الدولة المضيفة الامتناع عن تعديل القوانين ذات العلاقة، وإذا عدلتها فلا ينبغي أن تطبق على العقد، أما إذا لم يكن التزامها بعدم تعديل القوانين ذات العلاقة فرضاً محدداً، فلا يتطلب منها الامتناع عن ممارسة سلطتها التشريعية في تعديل تلك القوانين⁽⁴²⁾.

(3) قد تترتب على الإخلال بشرط الثبات التشريعي إعادة التفاوض بين المستثمر والدولة المضيفة، من أجل إعادة التوازن ما بين حقوق والتزامات الطرفين⁽⁴³⁾. وبمقتضى هذا الأثر، فإن اعتبارات سيادة الدولة ومصالح المجتمع العامة أولى من اعتبارات قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

صحيح أن الدولة قد تضطر أحياناً - تحت ظروف صعبة - إلى قبول شروط الثبات التشريعي في بعض عقودها، أو حتى النص عليها في قوانينها، وربما تقبلها أحياناً أخرى عن حسن نية، تشجيعاً للاستثمار في البلاد، لكن عندما تتغير الظروف بشكل جوهري من جهة، وتستوجب عليها المصلحة العامة تعديل قوانينها من جهة أخرى، فلا ينبغي أن يمنعها هذا الشرط، وأن لا يؤدي ذلك إلى تعطيل دور الدولة. وفي المقابل إذا كانت الدولة المضيفة طليقة اليدين في تعديل وإلغاء التزاماتها تجاه المستثمر، فإن ذلك من شأنه أن يتسبب في جعل حقوق المستثمر في مهب الريح، وعند ممارسة الدولة المضيفة لتلك السلطة المطلقة، تصبح هذه الحقوق هباءً منثوراً، فللتوفيق بين المصلحتين - مصلحة المستثمر ومصلحة المجتمع - فإنه يتوجب على الدولة المضيفة عند الشروع في تعديل قوانينها، أن تفكر في إجازة إعادة التفاوض بين الطرفين، لإعادة التوازن بين حقوقهما والتزاماتهما.

ويمكن أن تؤسس الصلة بين هذا الإجراء وإجراء آخر، بموجبه يقوم القضاء بإعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات العائدة للطرفين، وهذا الإجراء الأخير يتجسد في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة إن توفرت شروطها، فكما للمستثمر أن يطلب عن طريق القضاء إعادة توازن الالتزامات العقدية، فإنه يكون للدولة المضيفة كذلك هذا الحق، إذ تستطيع بدلاً من تعديل قوانينها الاحتكام لهذا الإجراء، وربما يستغرق التقاضي في هذه الحالة بعض الوقت، لكنه في النهاية يرضي المستثمر، ويعود بالنفع على الدولة نفسها؛ لأنه يقي المشروع الاستثماري من خطر التوقف والانهايار⁽⁴⁴⁾.

(42) المرجع السابق، ص 370.

(43) د. آزاد شكور صالح، مرجع سابق، ص 80.

(44) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص 84 وما بعدها.

(4) بيد أن أهم أثر يترتب على اشتراط الثبات التشريعي هو التعويض، أو أخذ هذا الاشتراط بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض⁽⁴⁵⁾، حيث ذهب البعض⁽⁴⁶⁾ إلى القول إنّه في غياب شرط الثبات التشريعي، عادة ما تقضي هيئات التحكيم الدولية بالخسارة اللاحقة دون الكسب الفائت، على أساس حق الدول في تنظيم مواردها الوطنية، بما يحقق المصلحة العامة، وبالتالي انتفاء عنصر الخطأ في هذا الفعل، والتخفيف من مبلغ التعويض المحكوم به للمستثمر الأجنبي⁽⁴⁷⁾.

وفي هذا السياق، فإن للفقهاء تفصيلاً آخر بصدد هذا الأثر، إذ يفرّق بين الآثار المالية وغير المالية لتعديل التشريع المتفق على تجميده، فالآثار غير المالية يجب أن تسري بحق المستثمر في الحال، كالإجراءات الإدارية، وذلك استناداً إلى مبدأ سيادة الدولة وسلطاتها في ممارسة الأعمال التشريعية، وحقها في تغيير قوانينها، وكذلك استناداً إلى مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون⁽⁴⁸⁾. أما الآثار المالية كالضريبة وزيادة الرسوم وغيرهما، فإن هنالك خلافاً بشأنها، إذ ينازع المسألة رأيان، هما:

الرأي الأول: بموجب هذا الرأي، فإن الدولة المضيفة إذا عدلت قوانينها، وتغيرت بسبب ذلك التعديل نسبة الضرائب والرسوم، فإن هذه التعديلات تسري على العقود الاستثمارية المتضمنة لشروط الثبات التشريعي، شريطة عدم حدوث الازدواج الضريبي. وليس للمستثمر حق الاعتراض والمطالبة بعدم تطبيق القوانين الجديدة، لكن إذا طرأ أثر ذلك عدم توازن اقتصادي في الحقوق والالتزامات العقدية، فحقه مكفول في المطالبة بالتعويض، يضاف إلى ذلك أن تعديل القانون المتفق على تجميده لا يجوز أن يطبق بأثر رجعي، أي على المدد التي مضت وانقضت، وإنما يطبق فقط على الجزء والمدة الباقيين من العقد؛ لأن القوانين المالية لا يجوز تطبيقها بأثر رجعي⁽⁴⁹⁾.

وإذا تم الحكم على الدولة المضيفة بالتعويض في الحالات التي يكون فيها للتعويض مقتضى، فإنّها تلتزم به على أساسين، هما:

1- إن مسؤولية الدولة المضيفة عن تعويض المستثمر تقوم على أساس التزامها الضمني بقواعد القانون الدولي، لاسيما القواعد العرفية⁽⁵⁰⁾.

(45) د. طارق عجيل، مرجع سابق، ص 15.

(46) د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص 642.

(47) W. Thomas & G. Ndi, Stabilizing International Investment Commitments, International law versus Contract Interpretation, Texas International law Journal, No. 31, 1996, p. 233.

(48) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 384.

(49) نصت المادة (9/19) من الدستور العراقي بأنه: «ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم».

(50) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 31.

2- إن مسؤولية الدولة المفترضة عن أعمالها المشروعة، إن سببت هذه الأعمال ضرراً للغير، أي تكون مسؤولية الدولة المضيئة هنا مسؤولية تقصيرية مفترضة⁽⁵¹⁾. ويلاحظ على الأساس الثاني في أنّ المسؤولية لا تفترض، وإنما أركانها من الجائز افتراضها، فيمكننا القول إنّ المسؤولية مبنية على أساس خطأ مفترض أو ضرر مفترض، أما المسؤولية ذاتها فلا تفترض، بل لا بد من إقرارها هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنّه من الأدق الاعتقاد في هذه الحالة أنّ الدولة ضامنة للأضرار التي تلحق بالغير جرّاء أعمالها المشروعة، لأنّ المسؤولية ترتبط بالخطأ وجوداً وهدماً، أما الضمان فيرتبط بالضرر⁽⁵²⁾.

ومن الأمثلة على الرأي الأول: ذهب المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية بشأن قضية أحد المصارف مع الدولة، أنّ الدولة بتعديلها قانون الضريبة لا يجوز لها أنّ تضعف الالتزامات العقدية، صحيح أنّ القانون الجديد ينبغي أن يسري على المصرف فيما يتعلق بالعقد الذي أبرمه مع الحكومة، والذي كان يتضمن شرط الثبات التشريعي، إلا أنّ هذا الشرط لا يسلب الدولة حق تعديل قوانينها هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنّ الحق في تعديل القوانين مقيد بأن لا يؤدي إلى الإضرار بالغير، وفي حالة الإضرار بالمستثمر فيحق له المطالبة بالتعويض، وبمسؤولية الدولة عن إعادة التوازن العقدي، الذي يتضرر، ويختل بسبب إخلال الدولة بالتزاماتها⁽⁵³⁾.

وكذلك الأمر في قضية شركة الغرب ضد حكومة الإكوادور عام 2004، إذ كان العقد المبرم بينهما يتضمن الاتفاق على استكشاف واستغلال الطاقة في دولة الإكوادور، على أن يسري على العقد فيما يتعلق بالضرائب قانون الضريبة لعام 1999، ثم غيرت دولة إكوادور قانونها، وأصدرت عام 2001 قانوناً جديداً للضريبة، واعترضت الشركة على أن يطبق القانون الجديد على العقد بأثر رجعي في ظل شرط الثبات التشريعي المتفق عليه في العقد، فذهبت المحكمة إلى أنّه في ظل القانون الدولي العرفي، هنالك التزام محدد على الدولة المضيئة بأن لا تغير البيئة القانونية والإدارية، التي تكوّن بموجبها وفي ظلها الاستثمار⁽⁵⁴⁾.

(51) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 378.

(52) د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، ط1، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، 2008، ص99.

(53) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 385.

(54) Ibid, p. 380.

الرأي الثاني: ثمة رأي في الفقه يذهب إلى القول إنّ الآثار المالية المترتبة على تعديل القانون المتجمد تسري بحق المستثمر، دون أن يكون لهذا الأخير في أغلب الأحيان الحق في مطالبة التعويض، ويستند هذا الرأي إلى ثلاثة مبادئ، وهي⁽⁵⁵⁾:

1- **المبدأ الأول:** مبدأ سيادة الدولة وسلطاتها في سن القوانين وتغييرها، إذ لا يمكن أن يتقيد هذا المبدأ ببناءً على شرط اتفاق.

2- **المبدأ الثاني:** مبدأ المصلحة العامة للمجتمع فوق جميع المصالح والاعتبارات، وأنّ تعويض المستثمر يعني ترجيح المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، وتجاهل الأخيرة وعدم مراعاتها.

3- **المبدأ الثالث:** الدولة المضيئة عندما تقوم بتعديل قوانينها، لا يمكن اعتبارها أنّها ارتكبت خطأً يستوجب المسؤولية، وبالتالي تلزم بالتعويض.

ومن الأمثلة على الرأي الثاني: قضية شركة المياه Rogers Park ضد مدينة Fergus في كندا، حيث إنه بموجب القانون الكندي لعام 1872 كان يحق للمدن إبرام العقد لمدة 30 عاماً مع الشركات الخاصة لتزويد المدينة بالماء، فوفقاً لهذا القانون أبرمت مدينة Fergus عام 1888 عقداً مع الشركة، وبمقتضى بنود العقد، لم يكن يحق لإدارة المدينة تعديل النسب المتفق عليها في العقد، غير أنّ المدينة المتعاقدة مع الشركة عدّلت النسب، مما أدى إلى زيادة الالتزامات المالية للشركة، فتظلمت الشركة لدى المحكمة، وكان قرار هذه الأخيرة مؤيداً للتعديلات التي أجرتها المدينة على العقد، إذ جاء في حكمها أنّ: «الحوافز المقدمة للشركة من قبل المدينة المتعاقدة معها، لا تعني أنها مستحيلة التعديل». وبذلك تكون المحكمة قد أيدت قرار المدينة بتعديل شرط الثبات المتفق عليه في العقد، دون الحكم بمسؤوليتها بتعويض الشركة⁽⁵⁶⁾.

وفي قضية أخرى في الولايات المتحدة الأمريكية بين مدينة سانت لويس بولاية كاليفورنيا وشركة السكك الحديدية United، حيث قامت سلطات المدينة بتعديل بنود العقد المتفق عليها في العقد المبرم بينهما، وطبقت على الشركة ضرائب جديدة، وأيدتها المحكمة العليا الأمريكية في ذلك⁽⁵⁷⁾.

(55) katja Gehne & Romulo Brillo, op. cit., p. 17; Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 384.

(56) Lise Johnson & Oleksandr Volkov, op. cit., p. 387.

(57) Ibid, p. 388.

ويتبين من هذه القضايا، أنّ الاتفاق بإرادة تعاقدية على ثبات العقد واستقراره، كان الهدف منه تجميد العقد وإبعاده عن المجازفات والمخاطر، وحماية المستثمر من تعسف الدولة، وهو الهدف ذاته، سواء أكان التجميد بإرادة تشريعية أم بإرادة تعاقدية، فوجدنا أن المحكمة أيدت الإخلال بشروط الثبات التعاقدية، بذريعة رعاية المصلحة العامة.

أما بالنسبة للمسؤولية المدنية التي تترتب على اشتراط القانون الأفضل للمستثمر، فيبدو أنّها أقل تعقيداً مقارنة باشتراط الثبات التشريعي، حيث تتلخص فرضيات هذه المسؤولية فيما يأتي:

(1) إذا كانت الأفضلية ما بين قانونين أحدهما قانون أجنبي والآخر قانون الدولة المضيفة، ففي هذه الفرضية إن كان الفصل في المنازعة الحاصلة بين الطرفين أمام محكمة الدولة المضيفة، فعليها تطبيق القانون الأفضل للمستثمر المتفق عليه في العقد، وإن كان القانون الأجنبي هو الأفضل، بشرط أن لا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام والآداب⁽⁵⁸⁾، وذلك استناداً إلى مبدأ قانون الإرادة⁽⁵⁹⁾.

وإذا كان هنالك قانون في الدولة المضيفة يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي هو أفضل للمستثمر⁽⁶⁰⁾، في هذه الفرضية تقع الدولة المضيفة أمام خيارين، إما أن تطبق القانون الأجنبي، وتخالف النص الخاص المانع من تطبيق القانون الأجنبي، وإما أن تطبق هذا النص وتخالف شرط القانون الأفضل للمستثمر، وإذا اختارت هذا الخيار الأخير، فمن الواجب - باعتقادنا - تعويض المستثمر. أما إذا كانت القضية تبت فيها

(58) نصت الفقرة الأولى من المادة (31) من القانون المدني العراقي على أنّه: «إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فإنّما يطبق من أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص». أما القانون الكويتي، فقد نص على أنّه: «إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص»، المادة (72) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في دولة الكويت. وكذلك جاء في المادة (32) من القانون المدني العراقي أنّه: «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق». وتقابلها المادة (73) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في دولة الكويت.

(59) المادة (25) مدني عراقي؛ والمادة (59) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في دولة الكويت.

(60) نصت المادة (29) من القانون المدني العراقي على أنّه: «لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق». أما القانون الكويتي، فقد نص على أنّه: «لا تسري أحكام المواد الواردة في هذا الباب إلا حيث لا يوجد نص على خلافها في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الكويت»، المادة (68) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في دولة الكويت.

محكمة أجنبية، أو هيئة تحكيم دولية، فنرى أنه في الحالين يجب تطبيق القانون الأفضل للمستثمر، سواء أكان القانون المطبق أجنبياً أم قانون الدولة المضيفة، إذ لا يوجد مانع هنا أمام تطبيق القانون الأفضل للمستثمر.

(2) إذا كانت الأفضلية بين قوانين الدولة المضيفة ذاتها، أي كانت تدور بين قانون قديم وآخر جديد، ففي هذه الفرضية نفرق بين حالتين، وهما:

الحالة الأولى: إذا كان القانون الجديد هو القانون الأفضل للمستثمر، يسري هذا القانون دون حدوث أية صعوبة أو مشكلة قانونية، وذلك استناداً إلى مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون، وبما أنه لصالح المستثمر فلا يتصور إثارة أي اعتراض منه، أو حدوث خلاف بينه وبين الدولة المضيفة بصدده، وكذلك لا يحق للدولة المضيفة الاحتجاج بعدم تطبيق هذا القانون على المستثمر؛ لأن أي احتجاج من هذا القبيل يتعارض مع الأثر المباشر للقانون من جهة، ومع احترام الدولة لإرادتها التعاقدية المتمثلة في اشتراط القانون الأفضل، أو لإرادتها التشريعية المتجسدة في القانون الجديد من جهة أخرى؛ لأن تطبيقه يتطابق مع إرادتها السابقة عند اتفاقها مع المستثمر، وإرادتها اللاحقة عند إصدارها التشريع الجديد، حيث يدل هذا الإصدار على أنها تحترم إرادتها، فإذا أرادت حكماً مغايراً، بإمكانها عدم الإقدام على إصدار التشريع الجديد، أو إصدارها بشكل لا يكون أفضل للمستثمر.

إلا أنه من المفيد هنا أن نسأل، هل بإمكان الدولة المضيفة أن تضع في قانونها الجديد نصاً يمنع تطبيقه بأثر رجعي، أي يستثنى العقود الاستثمارية السابقة عن أحكامها؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نقول كمبدأ عام يحق للدولة أن تجعل قوانينها بشكل لا تسري بأثر رجعي، وهذا هو الأصل، ويحق لها أيضاً أن تجعلها تسري بأثر رجعي، بشرط أن لا يمس هذا السريان حقاً مكتسباً⁽⁶¹⁾، لكن بما أنه في هذه الفرضية يرتبط حق المستثمر بالقانون الجديد، وربما كان أملاً في إصدار هذا القانون في المستقبل قد شكّل حافزاً له لإبرام العقد الاستثماري هذا من جهة، ومن جهة ثانية أن الدولة المضيفة قد قطعت تعهداً قبل المستثمر في العقد الاستثماري بأنه سيستفيد من أفضل مزايا القوانين؛ لذلك فإنها في ظل هذا التعهد تتقيّد حريتها في إيراد الاستثناءات على قوانينها، لاسيما إن كان الاستثناء متعلقاً بحالة محددة قطعت بشأنها التزاماً محدداً وجازماً.

وعليه، فإننا نرى بأنه إذا تجاهلت الدولة المضيفة كل ذلك، واستثنت المستثمر في هذه

(61) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 677.

الفرضية من مزايا القانون الأفضل بنص قانوني، فيتكوّن للمستثمر حق المطالبة بالتعويض.

الحالة الثانية: إذا كان القانون القديم هو القانون الأفضل للمستثمر مقارنة بالقانون الجديد، ففي هذه الحالة نعتقد أننا نقع أمام فرضيات المسؤولية المدنية المترتبة على اشتراط الثبات التشريعي، مع الأخذ في الاعتبار أنّ اشتراط القانون القديم قانوناً أفضل للمستثمر في هذه الحالة أقل وضوحاً من اشتراطه في الثبات التشريعي؛ لأنّه في الثبات التشريعي يتم التأكيد على القانون القديم ليحكم العقد، لذلك ربما يفتح هذا الأمر الباب على مصراعيه أمام الإخلال به في اشتراط القانون الأفضل للمستثمر، وتطبق الدولة المضيئة القانون الجديد بذريعة عدم التأكيد والجزم على تطبيق القانون القديم، وإذا فعلت الدولة المضيئة ذلك، قد يحق للمستثمر المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، وقد لا يكون له هذا الحق، كما سلف بيانه بشأن المسؤولية المترتبة على اشتراط الثبات التشريعي.

وما دمنا بشأن تناول المسؤولية المدنية، نجد أنّه من المناسب قبل إنهاء هذا المطلب أنّ نتوقف عند الإجابة عن تساؤلين رئيسيين: الأول، من يستفيد من مزايا شرط الثبات، المستثمر المباشر أم المستثمر من الباطن أيضاً؟ لم نجد في الفقه من تطرق إلى بحث هذه المسألة، إلا أنّ ما نراه في هذا الصدد أنّه إذا كان مصدر الثبات تشريعاً أو معاهدة دولية، فبإمكان المستثمر من الباطن التمتع بمزايا شرط الثبات جنباً إلى جنب مع المستثمر المباشر أو الأصلي، أما إذا كان شرط الثبات تعاقدياً، فيغلب فيه الاعتبار الشخصي للمستثمر، وبالتالي لا يمكن للمستثمر من الباطن التمتع بمزاياه، متى كانت حوالة الحقوق المتولدة عن العقد الاستثماري إليه من دون علم الدولة المضيئة أو من دون موافقتها، أما إذا كانت الحوالة بموافقتها فمن الجائز تمتع المستثمر من الباطن بمزايا شرط الثبات.

ويتعلق التساؤل الثاني بنوع المسؤولية التي تترتب على الإخلال بشرط الثبات، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ لم يبحث الفقه في هذه المسألة أيضاً، لكن ما يبدو لنا أنّه إذا كان شرط الثبات تعاقدياً، ترتبت على الإخلال به مسؤولية عقدية، أما إذا كان شرط الثبات مصدره التشريع، فلا يمكن الجزم بأنّ المسؤولية الناجمة عن الإخلال به مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية.

فالدولة المضيئة عندما تخل بشرط الثبات التشريعي، يعني أنها أخلت بالعقد الاستثماري الذي أبرمته، ومن ثم يشكل نوع المسؤولية المترتبة على هذا الإخلال هل

هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟ إننا نعتقد أنه إذا كان شرط الثبات قد أصبح جزءاً من العقد، منصهراً داخله، بحيث لم يبق له وجود خارج العقد، فتكون مسؤولية الإخلال به مسؤولية عقدية، أما إذا بقي شرط الثبات التشريعي التزاماً على الدولة المضيفة خارج العقد، ولم ينصهر فيه، فتكون مسؤولية الإخلال به مسؤولية تقصيرية، ناجمة عن الإخلال بواجب قانوني، وما يبدو لنا أن شرط الثبات يبقى خارج العقد؛ لذلك نحن نميل إلى أن تكون المسؤولية المترتبة على الإخلال به مسؤولية تقصيرية، وهذا أقرب إلى العدالة والمنطق القانوني في نظرنا.

المطلب الثاني

تأثير الاستثمارات الأجنبية بشرط الثبات التشريعي

والقانون الأفضل للمستثمر

تتأثر الاستثمارات الأجنبية منها والوطنية من دون ريب بالبيئة القانونية والإدارية التي تعيش فيها، فإذا كانت البيئة مستقرة وثابتة ومبعث اطمئنان، توجهت الاستثمارات إليها وأقبلت وتطورت، أما إذا كانت البيئة القانونية والإدارية غير مستقرة، فإن الاستثمارات تفر منها وتتضاءل.

واستناداً إلى هذه الحقيقة، يمكننا التساؤل هل يسهم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر في خلق وتهيئة بيئة قانونية ملائمة تجذب إليها استثمارات أجنبية، وتمنع المستثمرين الوطنيين من الهروب؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب الوقوف على الغاية من إدراج شروط الثبات التشريعي، واشتراط القانون الأفضل للمستثمر، وكذلك تعتمد على حقيقة الدور الذي يؤديه.

صحيح أن إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد مرده حرص المستثمر على عدم المجازفة، وتجنب المخاوف والقلق الذي يشعر به بسبب المزايا السيادية التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة، فهي بما لها من سلطة تشريعية يمكنها تعديل أو تغيير تشريعها على النحو الذي قد يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي⁽⁶²⁾. فالغاية من اشتراط الثبات التشريعي بإرادة تعاقدية، أي من خلال إدراج الشرط في عقد الاستثمار تكمن في سعي المستثمر لاستقرار الرابطة العقدية، وحفظ توقعات الأطراف، لاسيما المستثمر، وفي

(62) د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 110.

هذا الصدد ذهب البعض⁽⁶³⁾ إلى القول: «إنه من غير المتعذر أن ندرك غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، وهي استقرار الرابطة التعاقدية، وحفظ توقعات الأطراف، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد، مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن العقدي، وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر».

إن تضمين العقد اشتراط الثبات التشريعي، معلوم أنه كان من أجل تبديد قلق المستثمر ومخاوفه، إلا أن الاشتراط ذاته يوحي بأن القلق ما زال قائماً، والثقة المتبادلة بينهما ينتابها الضعف وعدم الاستقرار، وهي ثقة وهنة، فبالتالي معرضة لخطر الزوال والانهيار، خصوصاً في الأوقات التي تبدي الدولة المتعاقدة عدم ارتياحها وانزعاجها من شروط العقد، وتعبّر عن هذا الانزعاج على أرض الواقع، وأكثر من ذلك إذا كانت حكومة الدولة المضيفة قد ورثت هذه الشروط من حكومة سابقة، تختلف سياسة الحكم بينهما اختلافاً جذرياً.

تجدر الإشارة إلى أنه جرت العادة، أن تحتوي العقود الاستثمارية التي تبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة على اشتراط الثبات التشريعي، ونحن من جانبنا نرى أنه لا مانع من أن تتضمن العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الوطني مثل هذه الشروط، ونرى أيضاً أنه من الجائز أن تترتب على هذه العقود الآثار نفسها التي تترتب على العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي.

كما أنه لتقوية الضمانات الممنوحة للمستثمر، وخلقاً لبيئة استثمارية أنسب من الناحية القانونية والإدارية، كي يشعر المستثمر في ظلها بأمان واطمئنان أكثر، فقد اتجهت قوانين بعض الدول نحو إقرار الثبات التشريعي، كما فعل المشرع العراقي قائلاً: «أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه»⁽⁶⁴⁾.

فتثبيت الحقوق والمزايا التي تفاوض عليها المستثمر ووقع العقد من أجلها، وكذلك تجميد القانون الذي أبرم العقد في ظله بنص تشريعي، يجعل من المستثمر أكثر تبصراً ومقدراً لحقوقه والتزاماته، أي حساباته الاقتصادية بشكل عام، الأمر الذي يجعل ذلك التثبيت والتجميد والتبصر حافزاً جدياً للمستثمر، ليقدم على إبرام العقد، ومن ثم الإسراع بالشروع في المشروع الاستثماري.

(63) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 317.

(64) المادة (13) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 وتعديلاته.

يُضاف إلى ما سبق أنّ الضمانة الأكثر نجاعة، مقارنة بالضمانتين السابقتين، والتي تصبح حافزاً فعالاً للاستثمار، وذا تأثير كبير في جذب الاستثمارات الأجنبية هي منح المستثمر مزية الانتفاع بأفضل مزايا القوانين ذات العلاقة بالاستثمار؛ لأن المستثمر في ظل ظروف كهذه لا يتخوّف، بل لا يتحرز، لاعتقاده بأن القانون سيحمي بشكل مؤكد استثماراته، هذه الصورة من الضمانات يمكن استنباطها من القانون الكويتي⁽⁶⁵⁾، وقانون استثمار إقليم كردستان - العراق⁽⁶⁶⁾، كما سبق بيانها فيهما.

بشكل عام، إنّ الضمانات التي تقدم للمستثمر، سواء أكانت في صورة اشتراط للثبات التشريعي ضمن بند تعاقدي، أو يكون هذا الاشتراط في قالب نص تشريعي، أم كانت الضمانة في صورة اشتراط القانون الأفضل للمستثمر، اتفقت عليه الإرادة التعاقدية، أو أقرته الإرادة التشريعية، فكل هذه الضمانات غايتها القريبة الاستيثاق ومنح المستثمر الطمأنينة والاستقرار النفسي ليشعر بالأمان عندما يقدم على مشروع استثماري، أما هدفها أو غايتها البعيدة فتكمن في تشجيع الاستثمار وتطوير المجتمع بقطاعاته المختلفة، فيرتبط تحقيق الغاية البعيدة بفعالية الغاية القريبة، وهاتان الغايتان لا تتحققان إلا إذا كانت الضمانات ناجعة وذات تأثير جدي وحقيقي.

غير أنه يجب الانتباه في الوقت ذاته، إلى أنّ هذه الضمانات إذا لم تنظم تنظيمًا دقيقاً، يعتمد على قراءة وحسابات اقتصادية وتنموية ثاقبة وبعيدة المدى، سوف تكون آثارها على اقتصاد الدولة، بل سيادتها خطيرة وكارثية، حيث تجعل من الدولة واقتصادها رهينة مطامع الشركات الاستثمارية الكبرى، فتظهر الدولة بقطاعاتها العمرانية في صورة جميلة وباهرة، لكنها في جوهرها دولة مدينة، أصبح جل منشآتها مملوكة لشركات استثمارية أجنبية منها ووطنية.

ولذلك يتبين مما تقدم، أن التعامل الدقيق والمخطط مع شرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر يؤدي إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، وعدم تنافر الاستثمارات الوطنية، فهما بذلك يعودان بنفع كبير على الصالح العام وعلى الدولة المتعاقدة.

(65) ورد في المادة (25) من قانون تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي رقم 116 لسنة 2013 أنه: «تسري أحكام هذا القانون على الاستثمار المباشر القائم أو المرخص فيه قبل العمل به بما لا يلحق به أي ضرر، وعلى ألا تقل المزايا والإعفاءات والضمانات التي تمنح بموجب أحكامه عما هو مقرر للاستثمار قبل العمل به، وتقدم طلبات المستثمر للاستفادة من المزايا المنصوص عليها في هذا القانون إلى الهيئة للنظر فيها.....».

(66) نصت المادة (22) من قانون الاستثمار في إقليم كردستان - العراق رقم 4 لسنة 2006 على أنه: «تخضع الحالات التي لم يرد بشأنها نص في هذا القانون للقواعد العامة الواردة في القوانين الأخرى ذات العلاقة بشرط عدم تعارض أحكامها مع أحكام هذا القانون، وعند حصول التعارض تطبق أحكام هذا القانون.».

الخاتمة:

توصلنا في ختام هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

نلخص النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث بما يلي:

- (1) شروط الثبات بأنواعها المختلفة جاءت بالأساس لتبديد قلق المستثمر ومخاوفه، وهي قد تحقق هذه الغاية وتبديد قدرًا كبيراً من القلق والمخاوف، وقد لا تؤدي إلى هذا التبديد، ولا تتحقق الغاية، الأمر الذي لا يشترط بالضرورة أن يحقق اشتراط الثبات التشريعي أو التعاقدية غايته دائماً، إذ قد تتحقق الغاية وقد لا تتحقق.
- (2) إن اشتراط الثبات - عقداً أم تشريعاً - يكون للتأكيد على القوة الملزمة للعقد، لكنه في الوقت ذاته لا يسلب الدولة حقها في ممارسة سيادتها، مما يستشف معه أن اشتراط الثبات يمكن أن يدل على حق الرجوع عن العقد مقابل التعويض، أو على الأقل لا يمنع ممارسة هذا الحق.
- (3) لم تنص القوانين المقارنة على القانون الأفضل للمستثمر صراحة، إلا أنه من خلال إشارات وتلميحات وردت في نصوص قانون تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، وكذلك قانون استثمار إقليم كردستان، يمكننا استنباط واستقاء مفهوم القانون الأفضل للمستثمر والاستدلال به.
- (4) يغني النص على القانون الأفضل للمستثمر عن اشتراط الثبات العقدي أو التشريعي؛ لأن الضمانات التي تعطى للمستثمر بموجب القانون الأفضل للمستثمر تفوق وتزيد على الضمانات التي يوفرها له شرط الثبات التشريعي أو العقدي.
- (5) لشرط الثبات التشريعي، والقانون الأفضل للمستثمر أثر كبير في تشجيع الاستثمار، وجذب الاستثمارات الأجنبية، غير أنه يجب في الوقت ذاته أن لا يستهان بآثارهما الخطيرة على الاقتصاد والسيادة، بل من الضروري أخذ آثارهما السلبية بنظر الاعتبار.
- (6) يختلف نوع المسؤولية التي تترتب على الإخلال بشرط الثبات التشريعي تبعاً لنوع الشرط، فإن كان شرط الثبات عقدياً تترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية، وإن كان الشرط تشريعياً، كانت المسؤولية تقصيرية.

(7) بشكل عام تدور آثار الإخلال بشرط الثبات والقانون الأفضل للمستثمر بين التنفيذ العيني والتعويض، مع ملاحظة أنّ الاتجاه الأغلب في الفقه، وكذلك مذهب القوانين المقارنة يتجه نحو التعويض، مع الاعتداد بالتباين بين المسائل المالية والمسائل غير المالية في هذا الصدد، لأنّ التنفيذ العيني في هذا الموضوع يرتبط عادة بالمسائل غير المالية، أما المسائل غير المالية فيمكن الاكتفاء فيها بالتعويض.

ثانياً: التوصيات

في ضوء ما ناقشناه في ثنايا هذه الدراسة وما توصلنا إليه من نتائج، نوصي بما يأتي:

- (1) إذا كانت الدولة بحاجة ماسة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، نفضل أن يتم النص صراحة في قوانينها على القانون الأفضل للمستثمر، لكن بشروط صارمة تضمن سلامة سيادة الدولة واقتصادها، وكذلك أن تقتصر الاستفادة من الأفضلية الممنوحة للمستثمر على قطاعات ومجالات استثمارية معينة، كالقطاع الطبي أو الصناعات الضرورية للبلاد، وذلك حسب حاجة المجتمع وفق خطة تنموية واقتصادية دقيقة وممنهجة، إضافة إلى ذلك ينبغي أن ترتبط الاستفادة من الأفضلية بمدة محددة غير قابلة للتمديد في أغلب الأحيان، وذلك بالنص على أنّ: «المستثمر الأجنبي الذي يسهم في تطوير البلاد، ويقدم أعمالاً وخدمات ذات أهمية فائقة للمجتمع، يحق له أن يستفيد من أفضل المزايا والتسهيلات الواردة في القوانين ذات العلاقة لمدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ المباشرة بالتقديم، وبانتهائها يخضع المستثمر للقانون السائد، ويسقط حقه في التمتع بمزايا القانون الأفضل له».
- (2) النص صراحة على أنّ الاستفادة من شرط الثبات التشريعي أو القانون الأفضل للمستثمر تنحصر في المستثمر الأجنبي وحده، دون المستثمر الوطني.
- (3) النص صراحة على أنّ شرط الثبات أو القانون الأفضل للمستثمر، يستفيد منه المتعاقد المباشر مع الدولة، ولا ينتقل إلى المستثمر من الباطن.

المراجع:

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

- آزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2016.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- د. إسماعيل نامق حسين،
 - أصول علم القانون، دار السنهوري، بيروت، 2019.
 - مداخلات فلسفية في علم القانون، مكتبة يادكار، السليمانية، العراق، 2018.
- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008.
- د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، ط1، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، 2008.
- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
- د. عبد المنعم البدرابي،
 - المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1966.
 - النظرية العامة للالتزامات، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة النشر.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، م1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

2- البحوث والدراسات

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد 5، يناير 1989.
- د. طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الثالثة، العدد 3، سنة 2011.
- د. محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، بين فرضيات وإشكاليات التطبيق، بحث مقدم ضمن وقائع أعمال المؤتمر السنوي الحادي والعشرين المعنون بالطاقة بين القانون والاقتصاد، 20-21/5/2013، كلية القانون جامعة الإمارات العربية.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- A. F. M. Maniruzzaman, The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends (June 24, 2008). Journal of World Energy Law and Business, Vol. 1, No. 2, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1338053>.
- Gao Zhiguo, International Petroleum Contracts, Current trends and new direction, London Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, UK, 1994.

- Katja Gehne & Romulo Brillo, stabilization clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment, Heft 143, March 2017.
- Lise Johnson & Oleksandr Volkov, Investor-state contracts, Host-state “commitments” and the myth of stability in the international law, the American Review of international Arbitration, Vol. 24, No.3, 2013.
- Samuel K.B Asante, stability of contractual relations in the transnational investment process, inter comp L.Q, 1979.
- W. Thomas & G. Ndi, Stabilizing International Investment Commitments, International law versus Contract Interpretation, Texas International law Journal, No31, 1996.
- Yves Derains and Richard H. Kreindler, Evaluation of Damages in international Arbitration, Dossiers, ICC institute of World Business law.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
341	الملخص
342	المقدمة
344	المبحث الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر وموقف الفقه منهما
344	المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
345	الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي
347	الفرع الثاني: مفهوم القانون الأفضل للمستثمر
353	المطلب الثاني: موقف الفقه من شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
354	الفرع الأول: الأخذ بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
357	الفرع الثاني: رد شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
362	المبحث الثاني: الفاعلية القانونية والاقتصادية لشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
362	المطلب الأول: المسؤولية المدنية المترتبة على شرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
372	المطلب الثاني: تأثر الاستثمارات الأجنبية بشرط الثبات التشريعي والقانون الأفضل للمستثمر
375	الخاتمة
377	المراجع