



## استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار Exclude amendments of the state contracts in the field of investment

د . معم بوطبالث

boutabala.mammar.2019@gmail.com

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1

تاريخ الإرسال: 2019-02-21 تاريخ القبول: 2019-04-29

### الملخص:

تستهدف هذه الدراسة، إبراز الدور الذي يلعبه شرط استبعاد التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، والتي تبرم بين الدولة بوصفها سلطة عامة وشخص خاص تابع لدولة أخرى، في الحفاظ على التوازن المالي للعقد، من لحظة إبرامه حتى تمام تنفيذه، لإنجاح عملية الاستثمار.

**الكلمات المفتاحية:** القانون الواجب التطبيق، عقود الدولة، تعديلات قانون

العقد، الاستثمار، التوازن المالي.

### Abstract:

This study aims to highlight the role played by the condition of excluding the amendments, which is happens on the law applicable to State contracts, which is concluded between the State as a public authority and a private person of another State, in maintaining the financial balance of the decade from the moment of its conclusion until its completion, for the success of the investment process.

**keywords:** Applicable law, state contracts, amendments to contract law, investment, financial balance.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

### المقدمة:

ينصرف مدلول عقود الدولة إلى طائفة العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة، مع طرف أجنبي من أشخاص القانون الخاص، كعقود امتياز المرافق العامة، وعقود استغلال الثروات الطبيعية، كالتنقيب عن البترول، وعقود إنشاء البنى التحتية. وعقود نقل التكنولوجيا...

ويوصف هذا النوع من العقود بالعقود المركبة أو الثقيلة، ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة التي تستتبع انتقالاً لرؤوس الأموال والثروات والقيم، على نطاق دولي واسع. بمبالغ مالية ضخمة، تأثر بشكل مباشر أو غير مباشر، على ميزان المدفوعات للدولة.

وبالنظر لأهمية مثل هذه العقود، فإن إبرامها يتطلب الدخول في مرحلة تحضيرية أو تمهيدية، يتم خلالها مناقشة شروط العقد، وتبادل العروض والعروض المضادة وطرح البدائل، كما تتضمن سلسلة من العمليات القانونية المتميزة والمتداخلة في نفس الوقت، كطلب استشارات قانونية، والتأمين على عناصر المشروع، وتحديد وسائل تمويله، وتحديد القانون الواجب التطبيق.

وتتميز عقود الدولة، بطول آجال تنفيذها، فهي في الغالب الأعم، تمتد لفترات زمنية طويلة، مما يعرضها إلى الكثير من العقبات والصعوبات في التنفيذ، كحدوث أحداث طارئة أو قاهرة، أو تغييرات تشريعية جديدة، قد تؤدي إلى قلب التوازن المالي لعقد الاستثمار.

وعليه، ومن أجل تلافي العقبات التي تحدث بحياة العقد، لاسيما منها المتعلقة بالتعديلات التشريعية، التي تطرأ على القانون الذي يحكم العقد، تحرص الأطراف على أن يبقى العقد بمنأى عن هذه التعديلات.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

وعلى هذا النحو تتعهد الدولة الطرف في العقد، سواء في صلب قانون الاستثمار، أو في العقد ذاته، بعدم المساس بالقانون الواجب التطبيق على العقد، من خلال تشريع أو عمل من أعمال السلطة مستقبلا، فالقانون الذي يخضع له العقد، هو القانون الذي أبرم في ظله، دون الاعتداد بالتعديلات اللاحقة، من أجل الحفاظ على استقرار الرابطة العقدية.

إن عدم سريان تعديلات قانون عقود الدولة، تعني تقييد سلطة الدولة التشريعية زمنيا، بإرادتها المنفردة، وهو أمر يمس ويؤثر على السمة التي تنسم بها عقود الدولة، باعتبارها تبرم من طرف الدولة، بوصفها سلطة عامة.

وعليه، يثور التساؤل حول هل أن النص على شرط استبعاد التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، من شأنه أن يحافظ على استمرارية التوازن المالي للعقد من لحظة إبرامه حتى تمام تنفيذه، ومدى تأثير ذلك على اتخاذ قرار الاستثمار من عدمه بالنسبة للمستثمر الأجنبي، في ظل قدرة الدولة على التراجع عن هذا الشرط، إعمالا لسلطتها التشريعية.

إن تناول موضوع استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار، يكتسي أهمية قصوى من ناحية بيان دوره في الحفاظ على التوازن المالي لعقد الاستثمار، باعتباره عاملا أساسيا في تحفيز الرأس المال الأجنبي، على القدوم إلى الدولة المضيفة.

ومن أجل رصد مختلف الجوانب التي يثيرها هذا الموضوع، فقد تم اعتماد منهج التحليل والتركيب، ومنهج الاستنباط عن طريق استخلاص الحلول الجزئية، من المبادئ المألوفة في مجال النظرة العامة للعقد.

وعليه سيتم بحث هذه الإشكالية، من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدلول شرط استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد وتأثيره على مناخ الاستثمار.

### 1. المطلب الأول: مدلول شرط استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة:

يعد القانون أحد أوجه الحياة الاجتماعية، وأداة الدولة التنظيمية للتدخل في الحياة الاقتصادية، عن طريق تنظيم مختلف العلاقات والروابط التي تنشأ عن المعاملات الاقتصادية والتجارية، سواء كانت هذه العلاقات داخلية، أو تتضمن عنصراً أجنبياً، والعلاقات الاجتماعية بطبيعتها وفي عمومها، لا تكف عن التغيير والتطور، ويستتبع ذلك بالضرورة أن تواكب حركة التشريع هذه التحولات.

غير أن هذا المعطى المسلم به، لم يعد يتناسب مع تطورات وإفرازات واقع التجارة الدولية، خاصة في مجال عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية المبرمة بين الدولة المضيضة، وأحد الأشخاص الخاصة التابعة لدولة أخرى، إذ أصبح من المألوف استبعاد أو تجميد التعديلات التي تطرأ على القانون الذي يحكم العقد، وذلك عن طريق النص على عدم سريان التعديلات التي تطرأ عليه، من لحظة إبرامه حتى تمام تنفيذه.

وعليه سيتم التطرق إلى مدلول شرط استبعاد تعديلات قانون العقد من خلال بيان مفهومه، ثم صورته، وذلك على النحو التالي.

#### 1.1. الفرع الأول: مفهوم شرط استبعاد تعديلات قانون العقد:

السائد في مجال عقود الاستثمار الدولية المبرمة بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي، أنه أثناء التفاوض وتحضير إبرام مثل هذه العقود، تحرص الأطراف المتفاوضة على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إعمالاً لمبدأ قانون الإرادة الذي تتضمنه



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة  
أغلب التشريعات المقارنة<sup>1</sup> كضابط للإسناد، بالنسبة للعلاقات والروابط العقدية التي  
تتضمن عنصرا أجنبيا.

إن القانون الواجب التطبيق قد يكون قانون الدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون  
دولة أخرى أو أي قاعدة أخرى من القواعد الدولية، التي قد تكون محل اختيار  
الأطراف، وتطبيقا لقانون الإرادة، ومن أجل توفير الأمان القانوني واستقرار الروابط  
العقدية، تحرص الأطراف أيضا، على أن يبقى العقد بمنأى عن أي تعديل تشريعي لاحق  
على إبرام العقد.

ويعد شرط استبعاد تعديلات قانون العقد الدولي عموما، نتاج عمل القضاء في  
كل من فرنسا وبلجيكا وألمانيا، كما كرسه التحكيم التجاري الدولي في العديد من  
أحكامه<sup>2</sup>.

يذهب جانب من الفقه إلى أن شرط استبعاد تعديلات قانون عقد الاستثمار، هو  
أداة قانونية، يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، من جانب تعديل

<sup>1</sup> - وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك، عند نصه على هذا المبدأ في المادة 18 من القانون  
المدني الجزائري، والتي جاء فيها (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إن  
كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين...).

كما نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم  
الدولية (تفصل هيئة التحكيم في التراع عملا بالقانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا  
الاختيار، تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة).

<sup>2</sup> - لمزيد من التفاصيل، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية،  
القاهرة، مصر، 2008، ص 311.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطتها التشريعية، ولكن لا يجردها منها<sup>1</sup>.

ويعرفه جانب آخر من الفقه، بأنه تعهد من جانب الدولة المضيفة بعدم المساس بالعقد، من خلال تشريع أو عمل من أعمال السلطة مستقبلاً، حيث يصبح القانون الواجب التطبيق على العقد، هو قانون الدولة الطرف في العقد عند إبرامه دون الاعتداد بأي تشريعات لاحقة<sup>2</sup>.

يبدو واضحاً من التعريفين السابقين، أن الغاية من إدراج شرط استبعاد التعديلات التي قد تطرأ على القانون الذي يحكم عقد الاستثمار، هو ضمان استقرار الرابطة العقدية من جانب القانون الذي ينظمها، من لحظة إبرام العقد حتى تمام تنفيذه.

إن شرط الاستبعاد يستند في وجوده إلى أساسيين، ويتعلق الأساس الأول بإعمال مبدأ سلطان الإرادة، والذي يقتضي أن الأطراف المتعاقدة لها الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فتتصرف الإرادة إلى القانون الذي يفترض أنه يحقق أهداف وتوقعات الأطراف، وقت إبرام العقد، ومن ثم فإن أي تعديل جديد قد يطرأ على القانون المختار، من شأنه أن يخالف تلك الأهداف والتوقعات، وهو أمر غير مستساغ ومرفوض، ولا يستجيب لواقع وخصوصية عقود التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية، التي تتطلب في تنظيمها إطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة.

<sup>1</sup> - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 95.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 263.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

أما الأساس الثاني، فيتعلق بكون التعديلات التي تطرأ على القانون المختار من الأطراف لا تسري على العقد، بحكم أن القانون المعدل فقد صفته، باعتباره قانون قاعدي يسري على العقد بمجرد اختياره من قبل الأطراف، ليصبح مجرد شرط تعاقدى يندمج في العقد، وفي هذا السياق يؤكد الأستاذ جبرودي لابرديل على اندماج القانون المختار في العقد بقوله إن العقد الدولي يفلت من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف، وهنا يندمج هذا القانون في العقد، وبعبارة أخرى، فإن كل شيء يتم حينئذ كما لو كان المتعاقدان داخل إطار استقلال إرادتهما، قد أجمعا في اتفاقهم عدد معين من القواعد من التشريع الوطني وغير ذي أهمية، كون هذا الإدماج قد تم عن طريق الإحالة إلى القانون الوطني، أو عن طريق تبني القواعد المقصودة<sup>1</sup>.

### 2.1. الفرع الثاني: صور شرط استبعاد تعديلات قانون العقد:

يحرص المتعاملون في مجال التجارة الدولية، على تضمين عقود الاستثمار ذاتها شرط استبعاد التعديلات، التي قد تطرأ على القانون الذي يحكمه، كما قد يكون هذا الشرط في صلب قوانين الدولة المضيفة والمتعلقة بالاستثمار. وعليه يمكن التمييز في هذا الصدد، بين شروط الاستبعاد ذات المصدر الاتفاقي، وشروط الاستبعاد ذات المصدر التشريعي.

#### 1.2.1. أولا: شروط الاستبعاد ذات المصدر الاتفاقي:

حيث يرد في هذه الصورة شرط استبعاد تعديلات قانون العقد في عقد الاستثمار ذاته، بشكل صريح لا لبس فيه، بأن القانون المطبق على العقد هو القانون الساري وقت إبرام العقد، مع استبعاد كافة التعديلات التي قد تطرأ على أحكامه وقواعده<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 319.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، مصر، ص 457.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

### 2.2.1. ثانيا: شروط الاستبعاد ذات المصدر التشريعي:

بمقتضى هذه الصورة، يرد شرط استبعاد تعديلات قانون العقد في صلب تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، ويترتب عن ذلك التزام من جانب الدولة، بأن لا تقوم دون موافقة المستثمر الطرف في عقد الاستثمار، بتعديل أو إلغاء قانونها الساري وقت إبرام العقد.

ومن ذلك ما أورده المشرع الجزائري في قانون الاستثمار رقم 09/16 حيث نصت المادة 05 منه (أن الدولة الجزائرية تضمن المزايا التي حصل عليها المستثمر بموجب القانون الساري وقت الاستثمار)<sup>1</sup>.

ومن ذلك أيضا ما أخذ به المشرع التونسي في قانون الاستثمار بموجب المادة 2 منه، والتي نصت على أن (أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدق عليها سابقا المزايا المؤمن عليها)<sup>2</sup>.

يبدو واضحا من خلال بيان مدلول شرط استبعاد تعديلات قانون عقد الاستثمار، سواء استند في وجوده إلى اتفاق الدولة مع الطرف الأجنبي أو تضمنه قانون الدولة المضيفة للاستثمار، أنه قيد إرادي من جانب الدولة يترتب عنه الحد من سيادة الدولة في مجال التشريع، غير أنه لا يجردها منها.

### 2. المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد

وتأثيره على مناخ الاستثمار:

<sup>1</sup> - القانون رقم 09/16 المتعلق بالاستثمار، المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، صادرة بتاريخ 02/08/2017، صفحة 3 مكرر.

<sup>2</sup> - لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 95.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

تباينت الآراء الفقهية بشأن تحديد الطبيعة القانونية لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد، فقد حاول كل اتجاه وضع هذا الشرط في قالب قانوني يستوعبه، اعتمادا على المفاهيم المألوفة في مجال القانون الدولي الخاص.

وإذا كان إيراد شرط استبعاد تعديلات قانون عقد الاستثمار، يعد في ظاهره حافزا مؤثرا في اتخاذ قرار الاستثمار من عدمه، من جانب المستثمر الأجنبي، فإن الواقع العملي أثبت محدوديته في مجال استقطاب الاستثمار، والحفاظ على توازن واستقرار الروابط العقدية، مع وجود حلول أو بدائل أخرى أكثر ملائمة.

وعليه، سيتم التطرق إلى الطبيعة القانونية لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد، ثم بيان مدى تأثيره على مناخ الاستثمار والتنمية الاقتصادية.

## 1.2. الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد:

لم يستقر الفقه على تكييف واحد لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد، فذهب جانب من الفقه إلى القول بالأثر التحويلي لقانون العقد، في حين ذهب جانب آخر إلى القول بالأثر التوقيفي لهذا الشرط.

### 1.1.2. أولا: الأثر التحويلي:

يرتب الأثر التحويلي أن القانون المختار لحكم العقد يصبح شرطا تعاقديا، شأنه في ذلك شأن باقي شروط العقد أو بنوده، حيث ينصهر في العقد ليصبح وكأنه من وضع الأطراف، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح الأطراف إمكانية استعارة ما يشاءون من قواعد القانون الملائمة لتنظيم العقد، وإدماجها فيه ومن ثم يترع عن القانون صفته القاعدية ليصبح مجرد شرط في العقد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 437.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

ويتم هذا الإدماج من الناحية الفنية عن طريق تبني قواعد القانون المختار، وإعادة صياغته فنيا ضمن بنود العقد، أو عن طريق الإحالة إلى قواعد القانون المختار، لتجنب إثقال العقد بالمزيد من الشروط<sup>1</sup>.

غير أن هذا الرأي تعرض لنقد شديد، من جانب أن القول بإدماج القانون في العقد، لا يصلح إلا بصدد شروط الاستبعاد ذات المصدر التعاقدية أو الاتفاقية، بحكم أن الأطراف المتعاقدة لها الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإدماجه في العقد.

ويذهب جانب من الفقه وبصدد توجيه النقد للقائلين بالأثر التحويلي، إلى القول بأن تحول القانون الذي يحكم العقد إلى مجرد شروط تعاقدية، لا يتناسب إلا مع الحالة التي يكون فيها الاختيار صريحا لقانون العقد، أما في حالة قيام القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق في غياب إرادة الأطراف، فإن الأثر التحويلي للقانون الواجب التطبيق على العقد لا تتوفر شروطه<sup>2</sup>.

كما أن هذه النظرية لم تحط بالقبول، لأنها تقوم على تجاهل واضح للقانون الواجب التطبيق على العقد، بما يتضمنه من قواعد آمرة ودور هذه الأخيرة في حماية مصلحة المتعاقدين، وتكملة النقص الذي قد يعتري العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 252-253.

<sup>2</sup> - يذهب جانب من الفقه إلى أن التعديلات التي تطرأ على أحكام القانون المختار في الفترة اللاحقة على إبرام العقد، لا تندمج في العقد ولا تعد جزءا منه، ولو اتسمت بالصفة الآمرة، غير أن التشريعات التي تنسم بالطابع المكمل، فهي لا تثير مشكلة حتى لدى أنصار النظرية الموضوعية، فالتعديل الذي لا يتسم بالصفة الآمرة لا أثر له بداهة على الشروط التعاقدية. / هشام على صادق، مرجع سابق، ص 120.

<sup>3</sup> - محمد محسن منصور، مرجع سابق، ص 439.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

وفي مقابل ذلك فإن هذه الانتقادات لا تجد مبررا لها، في الحالة التي يكون فيها النزاع المتعلق بالعقد معروضا أمام هيئة التحكيم، وقام الأطراف بإعادة صياغة القانون المختار صياغة مادية ضمن بنود العقد، فهنا لا تثار مشكلة الإسناد إلى قانون وطني، بحكم أن الأمر متعلق بمجرد شروط تعاقدية، تطبقها هيئة التحكيم بغض النظر عن مصدرها، ويكون العقد حسب تقدير جانب من الفقه، هو قانون المتعاقدين الذي يحقق كفايته الذاتية، ومن ثم فإن شرط استبعاد تعديلات القانون ذات المصدر التشريعي، لا تتناسب مع ما ذهب إليه هذا الاتجاه<sup>1</sup>.

#### 2.1.2. ثانيا: الأثر التوقيفي:

يرى جانب من الفقه، وعلى خلاف الرأي القائل بالطبيعة التحويلية لقانون العقد، ليصبح أحد الشروط التعاقدية، أنه لا يترتب عن عدم سريان التعديلات الجديدة على قانون العقد، أي تغيير في الطبيعة القانونية للقانون المختار، بل يقتصر الأمر فقط على توقيف سريان أحكامه وقواعده الجديدة، التي تستجد بعد إبرام العقد، فتضل قواعد قانونية بالمعنى الفقهي المحض، ويستند هذا الاتجاه في قوله بالأثر التوقيفي، لشرط الاستبعاد إلى الحجج التالية<sup>2</sup>:

- أن القانون المختار يصدر عن السلطة التشريعية، ويوجه ليحكم الروابط العقدية، ويقتصر دور الأطراف المتعاقدة في تحديده رضائيا، وعند هذا الحد ينتهي سلطان إرادة الأطراف، فلا تستطيع تلك الإرادة إدماج القانون المختار في العقد.
- أن القاضي عندما يطبق القانون الذي يحكم العقد، فهو يطبقه باعتباره قانونا قاعديا، وليس شرط في العقد.

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 124.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 323.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

- أن الأثر التوقيفي لشرط الاستبعاد، يتعلق أساسا بالشروط ذات المصدر التشريعي، التي يتضمنها قانون الدولة الطرف في العقد، غير أنه يمكن تحقيق الأثر التوقيفي حتى وإن تعلق الأمر بشروط الاستبعاد ذات المصدر الاتفاقي، حيث يقوم الأطراف بذلك بحسبان أن قواعد الإسناد تسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق، ولا تفرض إسنادا زمنيا إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد، فهي تمنح للأطراف الحرية في اختيار اللحظة التي يكون ملائما أخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار.

حاصل ما تقدم، فإن تقرير الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يؤدي إلى فقدان القانون لطبيعته القاعدية، وفي هذا السياق يؤكد الأستاذ باتيفول بقوله، أن الاعتراف للأطراف بسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، يقود إلى أن الأطراف يكونون أحرارا في عدم اختيار قانون، إلا تحت شرط لاسيما شرط استبعاد كل حكم جديد سوف يصدر، ويؤثر على العقود السارية<sup>1</sup>. إن القانون الذي يحكم العقد، ويكون بمنأى عن أي تعديل مستقبلي بوجود شرط استبعاد تعديلاته، أصبح حسب تعبير جانب من الفقه، عقدا بلا قانون، أو عقدا طبقا من سلطان القانون<sup>2</sup>.

## 2.2. الفرع الثاني: أثر شرط استبعاد تعديلات قانون العقد على مناخ

### الاستثمار:

إن الهدف الأساس من تضمين عقد الاستثمار ذاته، أو قانون الدولة المضيفة للاستثمار لشرط استبعاد تعديلات قانون العقد، هو ضمان تحقيق الاستقرار اللازم

<sup>1</sup> - نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 325.

<sup>2</sup> - لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 94.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

للرابطة العقدية، عن طريق إعطاء الأطراف المتعاقدة حق أو سلطة تحديد سريان التعديلات الجديدة، التي تطرأ على القانون المختار ليحكم العقد.

غير أن وجود مثل هذا الشرط في العقد ذاته، أو في قانون الدولة المضيفة، قد لا يؤدي بالضرورة إلى تحقيق توقعات وأهداف الأطراف المتعاقدة، خاصة المستثمر الأجنبي، ذلك وإن كان إيراد هذا الشرط يؤدي إلى تحفيزه وتشجيعه على القدوم للاستثمار، إلا أنه في المقابل يحمل في طياته بعض العيوب والمساوئ.

#### 1.2.2. أولاً: مزاياه:

يذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ سلطان الإرادة وإعماله في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة المتعلقة بالاستثمار والتنمية الاقتصادية، يتضمن ليس فقط اختيار القانون المذكور، بل وزيادة على ذلك، حق الأطراف في استبعاد تطبيق أحكامه الجديدة التي لم تكن لحظة إبرام العقد<sup>(1)</sup>.

كما أن وجود مثل هذا الشرط يحول بين الدولة وبين إعمالها لسلطانها، بحكم أنها تنفرد بوضع التشريع وتطبيقه على العقد، ويترتب عن ذلك الحفاظ على التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، واستمرارية ذلك حتى تمام تنفيذ العقد، وذلك من شأنه إضفاء الثقة على العلاقة القانونية القائمة.

#### 2.2.2. ثانياً: عيوبه:

إن تضمين عقد الاستثمار ذاته أو قانون الدولة المضيفة للاستثمار شرط استبعاد التعديلات الجديدة، وعدم سريانها يحول دون ممارسة الدولة لسلطانها التشريعية، والتي يفترض أن تمارسها لتعديل أي قانون، بما يتفق مع التطورات الحاصلة لتحقيق مصالحها.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 303.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

من الناحية العملية، فإن الدولة إذا تنازلت عن اختصاصاتها التشريعية بشأن تعديل قوانين معينة في نطاق زمني معين، فإن ذلك لا يحول دون العودة مرة أخرى وممارسة تلك الاختصاصات، بما يؤدي إلى إلغاء شروط استبعاد التعديلات الجديدة تكريسا لمبدأ المواءمة الاقتصادية

وتأكيدا لذلك، يرى الأستاذ TWOLDE أن شروط استبعاد تعديلات قانون العقد، لا تعد وسائل لعزل العقد عن الأنظمة القانونية الوطنية، إن مثل هذه الشروط لا تقتضي التنازل الضروري عن الحقوق السيادية، إنها مجرد وعود مخصصة Spécifique promesse للثبات تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار، وإن كان الأمر يتعلق بمجرد وعود خاصة، فإنه يكون من الطبيعي ألا تستتبع شروط الثبات التشريعي في هذه الحالة، تنازل الدولة المضيفة عن ممارسة اختصاصاتها التشريعية<sup>1</sup>.

وبصدد إبراز عيوب شرط استبعاد قانون العقد، يؤكد جانب من فقه القانون الدولي الخاص، أن هذا الشرط يتنافى وقواعد تنازع القوانين، عندما تحيل هذه الأخيرة إلى قانون ما يكون ملزما للأطراف، ولا يجوز إلا استبعاد قواعده المكملة دون الآمرة، ويمكن حسب هذا الاتجاه، الدفع بالنظام العام بحكم أن القانون لا يكون له أثر رجعي على الأوضاع السابقة له، غير أن مقتضيات المصلحة العامة تخول الدولة إصدار قانون ذو أثر رجعي لحماية هذه المصلحة<sup>2</sup>.

كما أن استبعاد تعديلات قانون العقد، يصطدم حسب جانب من الفقه أيضا، مع الأصول الأساسية في مجال نظرية تنازع القوانين، ويتجلى ذلك بوضوح خاصة

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 343.

<sup>2</sup> - بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2018، المجلد 03، العدد 02/.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة  
بالنسبة لشروط الاستبعاد ذات المصدر التعاقدية، إذ أنه يتضمن خلطا بين عمليتين  
قانونيتين فئتين مستقلتين<sup>1</sup>.

وتتعلق العملية الأولى بتحديد القانون الواجب التطبيق، بإعمال قاعدة الإسناد،  
وهنا يكون للأطراف في العقد تأسيسا على مبدأ قانون الإرادة، اختيار القانون الواجب  
التطبيق على العقد.

أما العملية الثانية فتتعلق بإعمال القانون الواجب التطبيق، وهي عملية لا دخل  
لإرادة الأطراف فيها مطلقا، حيث ينتهي أي دور لقاعدة الإسناد، وتدخل هذه العملية  
في الاختصاص الأصيل لقاضي الدعوى، الذي يقوم بتحديد كيفية تطبيق قانون العقد،  
ومن ثم لا تستطيع الأطراف المتعاقدة الادعاء بأن هذا الجزء أو ذاك من القانون المختص  
لحكم العلاقة، هو الذي يجب تطبيقه، أو أن أحكامه المستقبلية تسري عليه أو تكون  
مبنأى عنه.

إن وجود شرط استبعاد تعديلات قانون العقد، قد يربط أثر عكسي على أهداف  
وتوقعات الأطراف المتعاقدة، من جانب الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي، فالنص على  
هذا الشرط من شأنه أن يشيع حالة من الريبة والشك في نوايا الدولة المضيفة للاستثمار،  
فيضع المستثمر في حالة من الاضطراب النفسي، بحكم أن الدولة ستلجأ إلى تعديل  
تشريعاتها بما يتناسب مع أهدافها ومصالحها.

### 3.2. الفرع الثالث: الحلول الأخرى الأكثر ملائمة:

بالنظر إلى العيوب التي ينطوي عليها شرط استبعاد تعديلات قانون عقد  
الاستثمار، فقد أفرز واقع المعاملات التجارية الدولية عدة حلول وبدائل قانونية أخرى،

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 331-332.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

تلعب إرادة الأطراف دورا حاسما في إعمالها وتهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد، إذا طرأ ظرف معين أدى إلى اختلال هذا التوازن.

إن أهم الحلول والبدائل في هذا المجال هي إعادة التفاوض بشأن شروط العقد، وشروط ضمان حسن التنفيذ.

### 2.3.1. أولا: شرط إعادة التفاوض بشأن شروط العقد:

سبقت الإشارة إلى أن عقود الدولة المبرمة بين الدولة المضييفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الخاص، تندرج ضمن طائفة العقود المركبة أو الثقيلة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، والتي تستتبع انتقالا للقيم والثروات بمبالغ مالية ضخمة، وتتضمن مثل هذه العقود من أجل إبرامها، القيام بعدة عمليات قانونية متميزة ومرتبطة ارتباطا وثيقا في نفس الوقت، وتصب في نهاية المطاف في وثيقة عقدية واحدة، تتضمن حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، والتي يفترض أنها نشأت متوازنة من الناحية المالية، ومن ثم ومن أجل ضمان استمرارية هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد، تحرص الأطراف أثناء التفاوض وإبرام مثل هذه العقود، على إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد ذاته أو في اتفاق التحكيم، من أجل مواجهة أي ظروف طارئة أو قوة قاهرة.

يعرف جانب من الفقه شرط إعادة التفاوض، أنه ذلك الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكامه، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة، من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد<sup>1</sup>.

يدل واقع التجارة الدولية لاسيما في مجال إبرام عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية، أن شرط إعادة التفاوض من أجل تعديل العقد، أصبح شرطا مألوفا وشائع

<sup>1</sup> - B.OPPETIT, l'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » clunet, paris, 1974, p 794.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

الاستخدام، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه إلى اعتباره بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية، وأن قواعد هذه الأخيرة تقضي بوجوده ضمناً، حتى في غيبة النص عليه صراحة من قبل الأطراف المتعاقدة<sup>1</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن شرط إعادة التفاوض حول شروط العقد، لا يقتصر دوره على حماية طرف دون طرف آخر، بل إنه يعطي الدولة مكنة في ظل عقود الاستثمار، التي تكون فيها طرفاً من تغيير تشريعاتها، واتخاذ الإجراءات المناسبة لحماية مصالحها، ثم العودة مرة أخرى إلى طاولة المفاوضات في ظل القواعد والإجراءات الجديدة، التي اتخذتها أثناء تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

وفي مقابل ذلك، يرى جانب آخر من الفقه أن شرط التفاوض من أجل تعديل أحكام العقد، يؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار ذاته، بل في تحديد تكلفته في مجمله، فضلاً عن ذلك، فإن وجود هذا الشرط من شأنه أن يجعل هيئة التحكيم ذاتها، ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، وحتى في حالة إصدارها لحكم في شأن النزاع المعروض عليها، فقد يصطدم بعدم إمكانية تنفيذه لذات السبب، كما أن وسائل وسبل إحداث التوازن المالي، وطبقاً لشروط العقد، قد لا تكون ملائمة، الأمر الذي يجبر هيئة

<sup>1</sup> - أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 78.

<sup>2</sup> - J.Y.GOTANDA, renegotiation and adaptation clause in international investment contracts, vanderbilt Journal of law, vol.36, Villanova University School of Law, USA, 2003, P.1461, see at : <http://works.bepress.com/gotanda/8>. 1-4-2006.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطبالة

التحكيم بإعادة التوازن المالي للعقد، بطريقة قد لا تتفق مع أهداف وتوقعات الأطراف المتعاقدة، كما تبرزه بعض أحكام التحكيم الدولي<sup>1</sup>.

### 2.3.2. ثانيا: شرط ضمان حسن التنفيذ:

جرى التعامل التجاري الدولي، على أن الأطراف المتعاقدة في مجال عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية، تحرص ويهدف إعادة التوازن المالي للعقد، في حالة حدوث طارئ أو ظرف معين ينجر عنه الإخلال بهذا التوازن، على تضمين العقد شرط حسن التنفيذ الذي يضمن تغطية المخاطر المحتملة، الناجمة عن عدم التنفيذ بصورة كلية أو جزئية، بسبب القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، إذ يمكن هذا الشرط من معرفة التعويض الذي سيحصل عليه الطرف المتضرر من جراء عدم التنفيذ.

<sup>1</sup> - وذلك بصدد نزاع حول عقد توريد كمية من المازوت، بين الشركة الفرنسية EDF والشركة الفرنسية شل، وكان العقد يتضمن مبدأ يلزم الطرفين بالتفاوض في شأن تعديل ثمن الطن، في حالة ارتفاع الأسعار أو انتقاصها عن حد معين، بالنظر إلى الثمن الأساسي المتفق عليه في العقد. وعقب حرب أكتوبر، ارتفعت أسعار البترول، وكان لابد من التفاوض حول تعديل العقد، إلا أن المفاوضات لم تنجح، وعندها عرض النزاع أمام محكمة استئناف باريس، استندت المحكمة على الشرط الذي يلزم الطرفان بالتفاوض لتعديل الثمن، ورأت فيه اتجاه نية الأطراف إلى تعديل العقد مع الظروف المستجدة.

ولذلك قضت المحكمة قبل أن تفصل في الموضوع، بإلزام الطرفين بالتفاوض كمشاهدة للتوصل إلى اتفاق، ورأت المحكمة أن تجري هذا التفاوض، تحت رعاية مراقب جدير بأن يقدم للأطراف مساعدة في التوصل إلى تفاهم، يؤدي إلى تعديل العقد بما يتلاءم مع الظروف الجديدة، على أن تكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات، أن تقضي بإبطال العقد، أو تفرض تعديلا له. / Paris (28) sept 1976 JCP 1978 II 188100FSJ Robert.

أنظر تفاصيل القضية مع التعليق محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 102.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

غير أن النص في عقد الاستثمار على شرط ضمان حسن التنفيذ، ينطوي هو الآخر على بعض العيوب، منها أنه شرط محدد ومقيد بمقدار معين، حتى ولو كان التوازن المالي للعقد قد تم الإخلال به بصورة تفوق بكثير المقدار المالي المحدد في العقد، الأمر الذي ينشئ نزاع بين الأطراف المتعاقدة.

حاصل ما تقدم، فإن إيراد هذه الشروط في عقد الاستثمار ذاته أو في اتفاق التحكيم، من شأنه أن يساهم في معالجة العيوب التي ينطوي عليها أعمال شرط استبعاد تعديلات العقد، ومع ذلك وفي غياب مثل هذه الشروط، فإنه يمكن للأطراف، وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، منح هيئة التحكيم سلطة تعديل العقد بشرط صريح في اتفاق التحكيم، وبموجب هذا الشرط يقوم المحكم بتعديل شروط العقد، بما يتفق وأهداف وتوقعات الأطراف المتعاقدة.

#### الخاتمة:

يبدو واضحا من خلال بيان مدلول شرط استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة، في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية، أن الغاية الموجودة من إدراج هذا الشرط، هو ضمان استقرار الروابط العقدية والحفاظ على حالة التوازن، بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

غير أن واقع المعاملات التجارية الدولية، أثبتت محدودية هذا الشرط في تحقيق توقعات وأهداف الأطراف المتعاقدة، فقد يكون له أثر عكسي، بحكم أنه يشيع نوعا من الشك والريبة لدى المستثمر الأجنبي، من أن الدولة ستقوم في لحظة معينة خلال تنفيذ العقد بإحداث تعديلات جديدة، مما قد ينجر عنه العزوف عن إنجاز الاستثمار في هذه الدولة.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

إن استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة، تندرج ضمن مسعى الشركات المتعددة الجنسيات المهيمنة على الاقتصاد العالمي، في تحرير عقود الدولة من حكم القوانين الوطنية، ليصبح العقد الدولي عموماً عقداً طليقاً من أي قانون يحكمه، أو على الأقل يخضع للقواعد الموضوعية للتجارية الدولية، والتي وضعتها هذه الشركات بنفسها. وأخيراً، يمكن القول بأن شرط استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة، وما يترتب من تقييد لسلطة الدولة التشريعية، يمكن الاستعاضة عنه بشرط إعادة التفاوض حول بنود العقد، إذا حدثت ظروف جديدة لم تكن متوقعة، كما يمكن الدولة من إحداث التعديلات التشريعية المناسبة، ثم الجلوس مرة أخرى حول طاولة المفاوضات لمناقشة شروط العقد، وهذا يتطلب وجود فريق تفاوض على درجة كبيرة من الخبرة والدراسة، بمختلف الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعملية العقدية.

#### المراجع:

##### الكتب:

- 1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 3- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 4- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.



استبعاد تعديلات قانون عقود الدولة في مجال الاستثمار ----- د. معمر بوطالة

5- محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

6- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.

#### القوانين:

1- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، صادرة بتاريخ 2017/08/02.

2- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005، وبالقانون رقم 5 لسنة 2007.

#### المقالات:

1- بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2018، المجلد 03، العدد 02.

#### Les articles:

1-B.Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux Changements de circonstances : la clause de « hardship » clunet, paris, 1974.

2- J.Y.GOTANDA, renegotiation and adaptation clause in international investment contracts, vanderbilt journal of law, vol.36, Villanova University School of Law, USA, 2003, see at : <http://works.bepress.com/gotanda/8>. 1-4-2006.