الحماية القضائية لمبدأ التوقع المشروع
في
المنازعات الإدارية وأثرها على تشجيع الاستثمار
« دراسة مقارنة »

دكتور

يحيى محمد مرسي النمر

قسم القانون العام

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

المقدمة

أجاب الفيلسوف الصيني "كونفوشيوس" «Confucius» تلميذه "زيجونج" «Zigong» قبل أكثر من الفي عام عندما سأله عن الحكومة؛ فأجابه بأنه حتى توجد حكومة يتعين توافر ثلاثة أشياء وهي: السلاح والغذاء والثقة « Weapons, food, and trust»، وإذا كانت الحكومة لن تستطيع توفير تلك الأشياء مجتمعة فعليها بالتخلي أولا عن "السلاح"، ثم بالتخلي ثانيا وبالترتيب عن "الغذاء"، ولكن لا يمكن –مطلقا– للحكومة أن تتخلى عن "الثقة"، بل يجب عليها أن تتمسك بتوفيرها للشعب حتى النهاية، فبدون ثقة لا يمكن لأي حكومة أن تقف على قدميها[1].

ولدينا جميعا توقعات أو "ثقة" فيما يتعلق بسلوك الآخرين في علاقتنا الاجتماعية سواء بمجموعات أو بأفراد، وتستند توقعاتنا «Our expectations» تلك على خبرتنا وضمير هؤلاء الأفراد وما نفترضه في سلوكهم بالمستقبل، وبالمثل تظهر تلك التوقعات في الحياة الاقتصادية «Economic life» للشعب في مواجهة دولته، وأيضا بالنسبة للمستثمر الأجنبي «Foreign investor» في علاقته بالدولة المضيفة «The host State»، ورغم ذلك لا يزال نطاق الحماية وعناصر تلك التوقعات من المسائل غير واضحة، ونتيجة لذلك تقوم الجهات التي تفصل في منازعات الاستثمار بالاعتماد على الأحكام السابقة التي صدرت في ذلك الشأن دون أن تحاول شرح أساس ونطاق تلك الحماية[2]، ولا يعني الحق في حماية التوقعات المشروعة جمود القواعد القانونية وعدم تعديلها، بل يعني الحق في الانتقال السلس «Droit à une transition en douceur» من حكم

(1) Kam-por Yu, Julia Tao, Philip J. Ivanhoe, Taking Confucian Ethics Seriously: Contemporary Theories and Applications, SUNY Press, New York, 2010, p.99

(2) Marcin Kałduński, Some Remarks on the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law. Comparative Law Review, [S.l.], v. 25, dec. 2019, p. 215-216

قاعدة قانونية إلى أخرى[1].

وفي البداية كان على المستثمر الأجنبي أن يحمي توقعاته المشروعة أو "ثقته المشروعة" بالدولة المضيفة عبر الضغط على سفارته للتواصل مع حكومة تلك الدولة للتخفيف من الآثار السلبية للقواعد والإجراءات التي تم اتخاذها وانتهكت توقعاته المشروعة، ولم تحقق تلك الوسيلة نجاحا كبيرا، ومن ثم لا يمكن الاعتماد عليها؛ فنجاحها يعتمد –إلى حد كبير– على طبيعة العلاقة بين هاتين الدولتين، وتُعد حماية ذات طبيعة سياسية «Political in nature»، ويلاحظ على الدول النامية أنها غنية بالموارد الطبيعية والعمالة رخيصة الأجر والتي تُعد من أهم عناصر جذب الاستثمار، لكنها في ذات الوقت تعاني العديد من أوجه الخلل والقصور في نظام العدالة، لذا بدا أنه من الملائم للمستثمر البحث عن آليات أخرى غير القضاء الوطني بتلك الدول لتحقق له الأمن القانوني، حتى يتخذ قراراه بالاستثمار فيها[2].

وتهتم معظم الدولة بحماية التوقعات المشروعة « Confiance légitime»، «Legitimate expectation» للأفراد بشكل عام وللمستثمر على نحو خاص، ويُعد من أهم عناصر مبدأ الأمن القانوني « Sécurité juridique»، وهو ما أكده القضاء الدستوري ببعض الدول بالرغم من عدم وجود نص صريح بالدستور على مبدأ "الثقة المشروعة" أو "التوقعات المشروعة"، كالمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية استنادا للمادة (٢٠) من الدستور، والمحكمة العليا الإسبانية استنادا للمادة (٩) من الدستور، والملاحظ أن هاتين المادتين تناولتا "مبدأ سيادة القانون"، في حين أنكر المجلس الدستوري الفرنسي

(1) Sylvia Brunet, La conception originelle de la sécurité juridique: l'Allemagne, Titre VII, vol. 5, no. 2, 2020, p.89

(2) Abhijit P.G. Pandya, Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration, Ph.D. Law, London School of Economics, 2011, p.20

ذلك المبدأ صراحة في العديد من أحكامه حيث قضى بأنه "لا توجد أي قاعدة دستورية تتضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة" « Qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime "»[1]، لكن –ما نميل إليه– هو إمكانية استنباط ذلك المبدأ من ديباجة دستور الجمهورية الخامسة التي نصت على التمسك بمبادئ إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ بفرنسا، وأيضا من المبادئ التي جاءت في العديد من تعديلات الدستور الأمريكي ١٧٨٧ بالولايات المتحدة الأمريكية، في حين تنص دساتير بعض الدول على حماية التوقعات المشروعة صراحة كالدستور الحالي لدولة جنوب افريقيا في المادة (٢٣) منه.

ويتحقق الأمن القانوني عن طريق حماية الأفراد من التغييرات المتكررة والمفاجئة للقواعد القانونية، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الصادر سنة ٢٠٠٦ بعنوان الأمن القانوني وتعقد القانون « Sécurité juridique et complexité du droit»[2]، وقد أكد في مقدمته على أن مبدأ الأمن القانوني لا يظهر في القانون الإداري الفرنسي ولا في الدستور، حتى أن البعض يدعي أنه من المبادئ المستترة أوالسرية «Clandestin»، ورغم ذلك فإنه يشتمل على

(1) C. C., 96-385 DC, 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997
C. C., 97-391 DC , 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier

(2) Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, Études et documents, La Documentation française, Paris, 2006, p.229
«La Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ont, pour leur part, consacré un principe de sécurité juridique. Leur jurisprudence exerce une influence sur les décisions des juridictions françaises, notamment pour les litiges concernant l'application du droit communautaire. »

العديد من التطبيقات الأساسية في القانون الفرنسي كالقدرة على التنبؤ بالقانون، ووضوح القاعدة القانونية وسهولة الوصول إليها، واستقرار المراكز القانونية، وهو ما أكدته محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد كان لذلك كبير الأثر على أحكام القضاء الفرنسي فيما بعد، خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي يكون فيها قانون الجماعة الأوروبية « Droit communautaire» أو قانون الاتحاد الأوروبي هو القانون واجب التطبيق على النزاع.

في حين تفضل المحاكم الأمريكية استخدام مصطلح مبدأ الإتساق « The consistency principle» بدلا من التوقع المشروع « Legitimate Expectation»، ويعني التزام جهة الإدارة بالممارسات القانونية والتنفيذية السابقة، ويوفر الحماية الإجرائية والموضوعية للتوقعات المشروعة ، وقد استندت المحكمة العليا الأمريكية في تأسيس تلك الحماية على مبدأ سيادة القانون، وهو ما أكده القضاء الأمريكي بعد ذلك في العديد من أحكامه.

كما تأخذ المملكة المتحدة بمبدأ التوقعات المشروعة، ويرى البعض[1] أن بريطانيا تُعد مهد لذلك المبدأ، ويلجأ القضاء إليه في الحالات التي لا يوجد فيها طريق آخر لتعويض المضرور، وقد نشأ في البداية بالقانون الخاص ثم انتقل إلى مجال القانون العام «Public law»، ورغم ما سبق فإن ذلك المبدأ لم يتم تطبيقه في القانون الإداري إلا حديثا.

وقد أكد مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه على حماية الأمن القانوني للأفراد وللمستثمرين على حد سواء، ولكنه لا يعترف بمبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل يمكن للأفراد بوجه عام والمستثمر بوجه خاص أن يطلب

(1) Jayanta Chakraborty, Doctrine of Legitimate Expectation - A Comparative Study of UK, USA & India, Indian Journal of Law & Public Policy, vol. 5, no. 1, Winter 2018, pp. 23-24

إلغاء القرار الإداري استنادا إلى مخالفة جهة الإدارة له، وهو نفس النهج الذي اتبعته الدائرة الإدارية في دولة الكويت، حيث أكدت في العديد من أحكامها على حق الأفراد في الأمن القانوني، ولكنها لم تتبناه كمبدأ مستقل بذاته.

هدف البحث ومضمونه

يهدف البحث إلى الإعلاء من مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين في مجال القانون الإداري، لما له من عظيم الأثر في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، من خلال خلق بيئة قانونية مستقرة إبان تنفيذ الاستثمار. وعالج الباحث هذا الموضوع من الجانبين النظري والعملي، من خلال عرض الجوانب النظرية لذلك المبدأ في المواثيق الدولية مثل إعلان حقوق الإنسان والمواطن، والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما بين موقف الدساتير المقارنة من ذلك المبدأ مثل الدستور الألماني، والإسباني، ودستور الولايات المتحدة الأمريكية، ودستور دولة جنوب أفريقيا، بالإضافة إلى بيان موقف الدستور الفرنسي والمصري والكويتي. كما أبرز الباحث الجانب العملي لهذا المبدأ من خلال عرض وقائع عملية لتطبيقه في النظم المقارنة موضوع الدراسة بعرض الاتجاهات القضائية الحديثة للقضاء الإداري المقارن في ذلك الشأن، بالإضافة إلى إبراز دوره في تشجيع الاستثمار والقاء الضوء على الحماية الموضوعية والإجرائية التي يوفرها، مع بيان التحديات التي تواجه القضاء في كل من مصر والكويت لتبني ذلك المبدأ في مجال الاستثمار وسبل مواجهتها.

أهمية موضوع الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في اهتمامها بالناحيتين العملية والعلمية، وتتمثل الأهمية العملية في أنها تقدم للقائمين على العملية التشريعية –بالدول التي لم تتبن مبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل بعد– كيفية تنظيمه تشريعا والضوابط المقترحة في هذا الشأن، كما تقدم تلك الدراسة لجهة الإدارة والقضاء الإداري والدستوري كيفية مواجهة التحديات التي ستلوح لهم عند إقرار ذلك المبدأ

كلية الحقوق جامعة القاهرة

قبل تنظيمه تشريعيا، وتتمثل الأهمية العلمية في بيان أهميته في مجال الاستثمار، أساسه في الدستور والمواثيق الدولية، والشروط الواجب توافرها للتمسك بتلك الحماية.

إشكالية الدراسة

يثير موضوع البحث إشكالية إقرار مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر على المستويين التشريعي والقضائي، ومدى إمكانية تبنيه في كل من مصر والكويت، وما هي المشاكل التي ستلوح في الأفق إبان ذلك، وكيفية التغلب عليها، والضوابط المُتعين مراعاتها من قبل المشرع الدستوري والمشرع العادي عند النص عليه، والضوابط التي يتعين على القضاء الإداري والدستوري مراعاتها عند الاعتراف به كمبدأ من المبادئ العامة للقانون في حال إذا ما تأخر تنظيمه تشريعا.

تساؤلات الدراسة

تنبثق عن هذه الإشكالية تساؤلات أخرى لابد من طرحها والإجابة عليها، ومن أهمها:

- ما هو المفهوم القانوني للتوقعات المشروعة في مجال الاستثمار؟
- هل يمكن اعتبار مبدأ التوقعات المشروعة من المبادئ المستقلة القائمة بذاتها؟
- كيفية تحقيق التوازن بين حق جهة الإدارة في تعديل القواعد التنظيمية وحق المستثمر في حماية توقعاته المشروعة؟
- هل يمكن تأسيس التوقعات المشروعة على شرط الثبات التشريعي حتى لو ثبت بطلانه؟
- هل يمكن اعتبار نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة بديلا للمستثمر عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة؟

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- هل يمكن تأسيس التوقعات المشروعة على الوعود الانتخابية؟
- هل يمكن للقضاء الدستوري اعتبار مبدأ حماية التوقعات المشروعة من المبادئ الدستورية رغم عدم نص الدستور صراحة عليه؟
- هل تقف جائحة كورنا «COVID-19 Pandemic» -وقت كتابة هذا البحث- حائلا بين القضاء وبين تبني مبدأ التوقعات المشروعة؟
- هل يمكن الإقرار بأن مجلس الدولة المصري والمحكمة العليا الأمريكية قد تبنيا بشكل كامل مبدأ حماية التوقعات المشروعة؟

نطاق الدراسة

تدور الدراسة حول الحماية القضائية لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في المنازعات الإدارية وأثرها على تشجيع الاستثمار، من خلال ما سنعرضه من الاتجاهات القضائية الحديثة لتقرير تلك الحماية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة وفرنسا ومصر والكويت.

خطة البحث ومنهجيته

استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن في تناول موضوع البحث، وبدأ بمقدمة بينت أهمية الموضوع وخطة الدراسة ثم قسمه الباحث إلى فصلين:

خصص الأول منها لمفهوم ومبررات التوقع المشروع وأساسه في المواثيق الدولية والدستور وأهميته في مجال الاستثمار، وخصص الثاني لأثر حماية التوقع المشروع في المنازعات الإدارية على تشجيع الاستثمار، وعرض الباحث رأيه لكيفية مواجهة التحديات التي ستواجه القضاء الإداري في مصر والكويت عند تبنيه لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار.

وختم البحث بخاتمة وقائمة بالمصادر العلمية التي استعان بها في إعداد البحث. وذلك على الوجه التالي:

الفصل الأول: مفهوم ومبررات التوقع المشروع وأساسه في المواثيق الدولية والدستور وأهميته في مجال الاستثمار

المبحث الأول: المفهوم القانوني للتوقع المشروع وتمييزه عما يشتبه به من مصطلحات

المطلب الأول: المفهوم القانوني للتوقع المشروع في مجال الاستثمار

المطلب الثاني: تمييز التوقع المشروع عما يشتبه به من مصطلحات

المبحث الثاني: مبررات التوقع المشروع وشروطه

المطلب الأول: مبررات التوقع المشروع

المطلب الثاني: شروط التوقع المشروع ومدى تحققها عند اشتراط الثبات التشريعي

المبحث الثالث: أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور والتشريع وأهميته في مجال الاستثمار

المطلب الأول: أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور

المطلب الثاني: مدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي

المطلب الثالث: أهمية التوقع المشروع في مجال الاستثمار وأنواع الحماية التي يوفرها

الفصل الثاني: أثر حماية التوقع المشروع في المنازعات الإدارية على تشجيع الاستثمار

المبحث الأول: الاتجاهات القضائية الحديثة لحماية التوقعات المشروعة في المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية الحديثة للقضاء المقارن في حماية التوقعات المشروعة في المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري في مصر والكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

المبحث الثاني: الوسائل التقليدية لحماية التوقعات المشروعة للمستثمر في المنازعات الإدارية في مصر والكويت وأثرها على مناخ الاستثمار

المطلب الأول: دور نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت

المطلب الثاني: أثر حماية التوقعات المشروعة على خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت

المبحث الثالث: تحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار وسبل مواجهتها

المطلب الأول: تحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار

المطلب الثاني: ضوابط تفعيل الحق في التوقع المشروع في مصر والكويت بمجال الاستثمار

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الفصل الأول

مفهوم ومبررات التوقع المشروع وأساسه في المواثيق الدولية والدستور وأهميته في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفصل المفهوم القانوني للتوقع المشروع وتمييزه عما يشتبه به من مصطلحات «المبحث الأول»، ومبررات التوقع المشروع وشروطه «المبحث الثاني»، وأساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور والتشريع وأهميته في مجال الاستثمار «المبحث الثالث».

المبحث الأول

المفهوم القانوني للتوقع المشروع وتمييزه عما يشتبه به من مصطلحات

نتناول في هذا المبحث المفهوم القانوني للتوقع المشروع في مجال الاستثمار «المطلب الأول»، وتمييز التوقع المشروع عما يشتبه به من مصطلحات «المطلب الثاني».

المطلب الأول

المفهوم القانوني للتوقع المشروع في مجال الاستثمار

نتناول في هذا المطلب المفهوم القانوني لمبدأ التوقع المشروع «الفرع الأول»، ومفهوم التوقع المشروع في مجال الاستثمار «الفرع الثاني».

الفرع الأول

المفهوم القانوني لمبدأ التوقع المشروع

يستعمل مصطلح التوقعات المشروعة في جمهورية المانيا «Vertrauensschutz»، وفي إنجلترا «Legitimate expectations» وفي القضاء الإداري والدستوري في مصر، في حين يستعمل القضاء الإداري والدستوري في فرنسا مصطلح "حماية الثقة" «La confiance légitime»، في حين يفضل

كلية الحقوق جامعة القاهرة

قضاء الولايات المتحدة الأمريكية مصطلح مبدأ الإتساق « The consistency principle»[1]، وغالبا ما يسمح الاعتراف بذلك المبدأ بضرورة وجود تدابير انتقالية «Mesures transitoires» قبل القيام بتغيير التشريع أو القواعد التنظيمية[2]، ويُعد مصطلح التوقعات المشروعة « Legitimate Expectations»، «La confiance légitime» من المصطلحات المعروفة في مجال الاستثمار، لكنه مازال محل جدل «Controversy» فقهي كبير، ويقوم على افتراض عملي مفاده وجود مجموعتين من العناصر تتمثل الأولى في تطلب تصرف معين من الدولة يؤدي إلى خلق توقعات لدى الأفراد حول تصرفاتها في المستقبل، وتتعلق المجموعة الثانية بسلوك الدولة اللاحق الذي يخالف تلك التوقعات، ومن ثم تحديد الآثار القانونية المترتبة على ذلك السلوك[3].

ويُعد ذلك المبدأ واحد من أحدث الأسلحة التي يلجأ اليها القضاء لمواجهة التهديدات الناجمة عن عدم المعقولية «Unreasonableness» وعدم اليقين «Uncertainty» في التصرفات الصادرة عن جهة الإدارة[4]، ويقع على عاتق المحاكم أن تحمي توقعات الأفراد المشروعة بطريقة فعالة، من خلال منع السلطات العامة من انتهاكها[5]، الأمر الذي يُوجب على الجهات الإدارية أن تتصرف بشكل مُتَّسِق وعقلاني «Consistently and rationally»[6].

(1) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.29
(2) Aurélien Portuese, Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, Publibook, Saint-Denis, 2014, p.188
(3) Lucja Magdalena Nowak, Exploring the limits of the concept of legitimate expectations in investment treaty law, PhD Thesis. SOAS, University of London, 2014, pp. 29-30
(4) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.21
(5) Karen Steyn, Substantive Legitimate Expectations, Judicial Review, vol. 6, no. 4, December 2001, p.244
(6) Philip Sales, Legitimate Expectations, Judicial Review, vol. 11, no. 2, 2006, p.186

ويمكن تعريف مبدأ التوقعات المشروعة بأنه «حق الفرد في الحماية القانونية من الضرر الناجم عن تغيير السلطة العامة لموقف سابق لها قد أعلنت عنه، سواء كان ذلك في شكل قرارات رسمية سابقة صادرة عن تلك السلطة، أو جاءت في شكل إقرارات صادرة عنها»[1].

كما يمكن تعريفه بأنه «مصلحة تتولد لدى شخص نتيجة تصرف صادر عن الإدارة، وهذه المصلحة لم ترق إلى مرتبة الحق الذي يحميه القانون، ومع ذلك فإن للشخص حق الادعاء بها أمام القضاء الإداري، وأن المحكمة الإدارية هي التي تقرر إبطال تصرف الإدارة الذي يضر بتلك المصلحة في ضوء الموازنة بين حماية توقع الشخص المشروع ومدى الحاح المصلحة العامة التي دعت الإدارة إلى التصرف على خلاف ذلك التوقع»[2].

ويعرفه البعض بأنه «عدم مفاجأة الأفراد بتصرفات مباغتة تصدرها السلطات العامة على نحو لم يتوقعه الأفراد ومن شأنها زعزعة الطمأنينة أو العصف بها»[3]، في حين يراه البعض «حماية الثقة التي تعتبر حقا للمخاطبين بالقواعد القانونية والقرارات الصادرة عن الدولة، وتتمثل الثقة في الثبات، ولو لبعض الوقت، للمراكز

---

(1) Dumitru Filip, The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in
International Investment Law, 5 Manchester Rev. L. Crime & Ethics 28 (2016), p.49
«The entitlement of an individual to legal protection from harm caused by a public authority resulting from a previous publicly stated position, whether that be in the form of a formal decision or in the form of a representation»

(2) د. حسين جبر حسين الشويل، نظرية التوقع المشروع في القانون العام، مجلة الجامعة العراقية، بغداد، العدد ٢/٣٨، سنة ٢٠١٧، ص٥٧٠

(3) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، شركة ناس للطباعة، القاهرة، سنة ٢٠١١، ص ١٠٩ وما بعدها

التي تكونت استنادا إلى هذه القواعد أو تلك القرارات»[1]، ومن ثم يتعين ألا يكون هناك تصادم بين التوقعات المشروعة للأفراد والقواعد القانونية الجديدة[2]، بعدم مفاجأة الأفراد بقواعد أو تصرفات مباغتة من قبل السلطات العامة بشكل يزعزع الطمأنينة لديهم[3].

كما تعني أيضا «أن القواعد العامة المجردة التي تصدر عن السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب ألا تصدر بطريقة فجائية ومباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدي من السياسيات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة والوعود والتأكيدات الصادرة عنها»[4]، وبالتالي تقوم فكرة التوقع المشروع في الأساس على عدم مفاجأة ومباغتة الأفراد بالقواعد القانونية الجديدة الصادرة عن السلطات العامة في الدولة[5]، حتى لا تكون القوانين اشبه بالفخاخ مما يهدد التوقعات والآمال المشروعة للأفراد، حتى يأمن الأفراد على مآل تصرفاتهم[6]، فيقع على عاتق المشرع احترام التوقعات والتقديرات التي تم وضعها وبناؤها مسبقا من قبل الأفراد،

---

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة، العدد ٣٦، سنة ٢٠٠٤، ص١١٤

(2) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. وليد محمد الشناوي، حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦، سنة ٢٠١٨، ص٤٧٥

(3) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. أحمد لعروسي، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، العدد ٩، سنة ٢٠١٨، ص١٠٠

(4) د. يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٧٧

(5) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. فؤاد الصامت، دور القاعدة القانونية في توفير الأمن القانوني، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد ٢، سنة ٢٠١٦، ص٢٧٨ وما بعدها

(6) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. هانم أحمد محمود سالم، ضمانات تحقيق مبدأ الأمن القانوني، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مجلد ٢٩، العدد ١، سنة ٢٠٢١، ص٣٧٤ وما بعدها

فلا يكفي أن يمنح القانون إمكانية للأفراد في إقامة توقعات وتقديرات، ولكن يجب أن يتم احترامها[1]، وتُعد فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية[2].

في حين يرى البعض أنها تعني «تدرج السلطة المختصة عند سن القواعد القانونية ابتداء أو تعديلها على نحو لا يُخل بتوقعات المخاطبين بها، مع وضوح تلك القواعد بما لا يدع مجالا لاختلاف الأفهام حولها»[3]، فيتعين أن يمتاز التشريع باليسر في إنفاذ وتطبيق أحكامه دون تطلب الكثير من العناء والجهد لتحقيق ذلك[4].

ويرى الباحث – أنه يمكن تعريف التوقعات المشروعة بأنها «المصلحة التي تتولد لدى الأفراد نتيجة تصرفات سابقة صادرة عن جهة الإدارة على نحو معين، إذا ما حدث تغيير في تلك التصرفات بشكل مفاجئ لم يكن في إمكانية الشخص العادي توقعه، وكذلك في حالة عدم وفاء جهة الإدارة بما تعهدت به من وعود أو إقرارات شفهية أو مكتوبة بشأن نشاط معين، على أن تُستمد تلك التوقعات من أسس موضوعية، ولا تكون مخالفة للنظام العام، وألا توجد مصلحة عامة مُلحة

(1) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. مختار دويني، مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، العدد ٥، سنة ٢٠١٦، ص٣٤ وما بعدها

(2) راجع في ذلك: د. أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، ٣١ ديسمبر ٢٠٠٩
http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659 (Last visit: June 2021)

(3) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٨

(4) لمزيد من التفصيل راجع في ذلك: د. سري محمود صيام، صناعة التشريع، الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواءمة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والاتجار بالبشر وحماية البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٥، ص١٤٨ وما بعدها

تُبرر الخروج على تلك التوقعات».

وبعد بيان المفهوم القانوني للتوقعات المشروعة، يتعين تحديد مفهومها في مجال الاستثمار لما له من أهمية في تشجيعه وجذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مفهوم التوقع المشروع في مجال الاستثمار

للتوقعات المشروعة أهمية خاصة في حياة الأفراد داخل المجتمع، وتتعاظم تلك الأهمية بالنسبة للمستثمر، الذي يُخاطر برأسماله ويتخذ قراره بالاستثمار في الدولة المضيفة، على أمل أن تتحقق توقعاته التي أسس عليها ذلك القرار، وقد اهتمت الكثير من الدراسات بذلك، ولذا كان من الأهمية تعريف ذلك المبدأ في مجال الاستثمار.

ويكفي لبيان تلك الأهمية قيام لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) « United Nations Commission on Trade and Development» بنشر دراسة استقصائية حول معاهدات الاستثمار الثنائية «bilateral investment treaties»، مشيرة إلى أن أهمية معيار المعاملة العادلة والمنصفة في مجال الاستثمار « The fair and equitable standard»، والذي يُعد مبدأ التوقعات المشروعة من أهم عناصره، وأكدت على ضرورة مراعاة التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي وفقا للأنظمة القانونية القائمة وقت اجراء الاستثمار، وتقرير مسئولية الدولة عن مخالفة تلك التوقعات، ويتم تحديد تلك التوقعات وفقا للعقد المُبرم بين المستثمر والدولة المضيفة وكذلك ما تم تقديمه من وعود واقرارات شفوية كانت أم مكتوبة من قبل جهة الإدارة، على أن يكون هناك صلة بين تلك الوعود والقواعد التنظيمية وغيرها من القرارات بمجال الاستثمار لذلك المستثمر أو أنها تؤثر على استثماره بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن ذلك السياسة الضريبية للدولة في مجال الاستثمار، كما أكدت على ضرورة

توفير الحماية الموضوعية والإجرائية لتلك التوقعات[1].

ولتعريف التوقع المشروع في مجال الاستثمار يتعين مراعاة العديد من العوامل، كأن تكون الوعود أو التعهدات التي قدمتها الدولة المضيفة للمستثمر واضحة لا لبس فيها «Clear and unambiguous promise»، وأنه لم يكن بمقدوره أن يتوقع تغير الأنظمة أو السياسات القائمة للدولة المضيفة، وأن يكون ممثل جهة الإدارة قد افصح عن كل الحقائق ذات الصلة بالمشروع، وألا تهدف تلك التوقعات إلى الحصول على فائدة أو ميزة بالمخالفة لأحكام القانون المطبق داخل الدولة، مع ضرورة مراعاة عدم تضحية الدولة بالمصلحة الخاصة للمستثمر تحت ستار حماية المصلحة العامة، كما يُشترط أن تتصف تلك التوقعات بالمشروعة والمعقولية[2].

وقد عرف البعض مبدأ حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار، بأنه ذلك المبدأ الذي يهدف إلى الحكم على صانعي القرار بالجهات الإدارية، لحماية الأفراد من تعسف الحكومة في استعمالها للسلطة « Arbitrary exercise of the government power»، بما يؤدي إلى استقرار بيئة الأعمال بالنسبة للمستثمرين، مما يمكنهم من القدرة على التنبؤ بالقرارات التي ستتخذها جهة الإدارة في المستقبل[3].

ويرى الباحث – أنه يمكن تعريف مبدأ حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار بأنه « ذلك المبدأ الذي يهدف إلى التزام الدولة بعدم مفاجئة المستثمر

(1) M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 3e edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 354-356

(2) Stephan W. Schill, international Investment Law and Comparative Public Law, Oxford University Press, Oxford, 2010, p.425

(3) Haftu Tekleab Alema, Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia, Jimma University Journal of Law, 9, 2017, p.30

بعدم الوفاء عما قدمته من وعود وتعهدات شفوية أو مكتوبة، أو تغيير القواعد المُطبقة على مجال الاستثمار بشكل يُخل بالتوقعات التي استند إليها المستثمر عند قراره بالاستثمار، على ألا تكون مستمدة من أصول موضوعية، بمراعاة البيئة الاجتماعية والسياسية والقانونية للدولة المضيفة وقت الاستثمار، على ألا تكون مخالفة للقانون، فضلا اتسامها بالمعقولية».

ورغم وضوح مبدأ التوقعات المشروعة على هذا النحو، سواء من ناحية المفهوم القانوني العام ، أو المفهوم الخاص المرتبط بمجال الاستثمار، لكن نجد أن ذلك المبدأ قد يختلط بغيره من المبادئ التي قد يُعتبر أحد عناصرها تارة، أو يستقل عنها تماما تارة أخرى، وهو ما نحاول توضحيه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تمييز التوقع المشروع عما يشتبه به من مصطلحات

نتناول في هذا المطلب التوقع المشروع والأمن القانوني والحق المكتسب «الفرع الأول»، والتوقع المشروع ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة «الفرع الثاني».

الفرع الأول

التوقع المشروع والأمن القانوني والحق المكتسب

نتناول في هذا الفرع التوقع المشروع والأمن القانوني «أولا»، والتوقع المشروع والحق المكتسب «ثانيا».

أولا: التوقع المشروع والأمن القانوني: «La Sécurité juridique»

يعتبر مبدأ التوقع المشروع الوجه الذاتي والملموس لمبدأ الأمن القانوني، أو هو بمثابة المحل الذي يتعين وجوده كأساس لذلك المبدأ، ويُعد من أهم العناصر

الأساسية المكونة لمبدأ الأمن القانوني[1]، ويتميز مفهوم الأمن القانوني بالنسبية، نظرا لارتباطه بغيره من المبادئ، مما ينعكس على صعوبة التوصل إلى تعريف واضح محدد له، ومن ذلك ارتباطه بفكرة المصلحة العامة، فيختلف مفهومه باختلاف الزاوية التي يُنظر منها إلى المصلحة العامة[2]، فهو فكرة فضفاضة يصعب حصرها وتحديدها لسعة المجالات التي تتعلق بها، فهي تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن عصر إلى عصر، ومن بيئة إلى بيئة أخرى[3]، ومن المبادئ الهامة لتحقيق الأمن القانوني مبدأ قابلية القاعدة القانونية للتوقع[4]، ولصعوبة تعريف مبدأ الأمن القانوني حاول الفقه قياس مبدأ الأمن القانوني على التوقع المشروع[5]، ويتم تحقيق الأمن القانوني على مستوى توقع التشريع بأن يكون القانون متوقعا مما يحقق الاستقرار النسبي للمراكز القانونية دون أن يعني ذلك جمود النص القانوني وعدم جواز تعديله[6].

ويمكن تعريف مبدأ الأمن القانوني بضرورة «التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية

---

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. رفعت عيد سيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص١٠٩

(2) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. حسين أحمد مقداد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، حلوان، العدد ٢٩، سنة ٢٠١٣، ص٦٥٨ وما بعدها

(3) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: أ. فؤاد الصامت، دور القاعدة القانونية في توفير الأمن القانوني، مرجع سابق، ص٢٧٤ وما بعدها

(4) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: فهيمة بلحمزي، الأمن القانوني حق من حقوق الإنسان، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، مجلد ٧، العدد ٢، سنة ٢٠١٩، ص١٣١

(5) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: أ. حورية أوراك، مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، العدد ١١، سنة ٢٠١٧، ص٢٥٧ وما بعدها

(6) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. بوعزاوي بوجمعة، الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد ١١١، سنة ٢٠١٣، ص١٤ وما بعدها

المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجئات أو تصرفات مباغتة صادرة من السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار»[1].

كما يعني أنه يتعين على الدولة «وهي بصدد إدارة شئونها عن طريق القواعد القانونية أن توفر أكبر قدر ممكن من الثبات النسبي لتلك القواعد وذلك بغرض طمأنة الأفراد والمؤسسات إلى استمرار علاقاتهم القانونية وفقا لتلك القواعد وعدم إمكانية مفاجآتهم بقواعد قانونية جديدة تقوض ترتيبهم لأوضاعهم وفق ذلك»[2]، ويؤكد الفقه على أن الأمن القانوني يعتبر من المفاهيم الواسعة ويختلف من دولة إلى أخرى لاختلاف الأنظمة القانونية، ويساعد على ذلك أن الغاية من القانون هو تحقيق الأمن بمفهومه الواسع (الاقتصادي، الاجتماعي، السياسي،...الخ) [3]، ويساهم الأمن القانوني في توفير الاطمئنان والأمان دون الاكتراث بإشكالية الثبات التشريعي[4]، فالاستقرار القانوني لا يعني فقط حماية المراكز القانونية القائمة وتوفير الحماية اللازمة لحقوق الأفراد في الحاضر والمستقبل، ولكن يعني وبنفس القوة –وهو ما نؤيده– احترام التوقعات والآمال

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) د. يسري محمد العصار، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.
(2) د. حسين جبر حسين الشويل، المرجع السابق، ص٥٧٢
(3) مصطفى بن شريف، الأمن القانوني والأمن القضائي، الموقع الإلكتروني لجريدة هسبريس، بتاريخ ٨ مارس ٢٠١٣
https://www.hespress.com/writers/74156.html (Last visit: March 2020)
(4) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. إبراهيم العسري، التحكيم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد (١١-١٢)، سنة ٢٠١٦، ص٢٦٢ وما بعدها

المشروعة للأفراد[1].

وبالتالي يتضح من تعريف كل من التوقع المشروع –المشار اليه سلفا– والأمن القانوني وجود علاقة وثيقة بينهما، بالإضافة إلى اشتراكهما في تحقيق الاستقرار القانوني وقيامهما على مبررات مشتركة، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بين المبدأين، حيث يختلفان من نواح عدة، أولها: أن مبدأ الأمن القانوني هو قيد موضوعي عام على كل سلطات الدولة، وعلى وجه الخصوص السلطة التشريعية، ويأتي هذا القيد بشكل تلقائي من القواعد الدستورية، وبالتالي يشمل تطبيقه كل أعمال الدولة، ولا يحتاج إلى قانون أو قرار إداري يستند إليه، في حين لا يظهر التوقع المشروع – في مجال تصرفات جهة الإدارة – إلا نتيجة قرار إداري أو تصرف جهة الإدارة على نحو معين، ولا ينطبق إلا على علاقات محددة وأشخاص معينين بذواتهم لديهم توقعات مشروعة بناء على تصرفات جهة الإدارة التي غيرت من توجهها بما يخالف تلك التوقعات دون وجود أسباب كافية تقتضيها المصلحة العامة وتبرر ذلك التغيير[2].

ويصعب التمييز بين الاستقرار القانوني والثقة المشروعة، فالاستقرار القانوني يمكن تحقيقه بطريقة مجردة أي دون النظر للظروف الواقعية للأفراد ذوي الشأن، لكن الثقة المشروعة تتطلب مراعاة المركز الواقعي لذوي الشأن مثل الالتزامات التي ارتبطوا بها بناء على تلك الثقة أو ما تلقوه من تعهدات[3].

ويظهر مبدأ الأمن القانوني «Le principe de sécurité juridique» في نهاية المطاف على أنه مجموعة من المفاهيم المعقدة « Un complexe de

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. فدوى بنبنعيسى، الأمن القانوني كضمان لحماية الحقوق والحريات الإنسانية، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، المغرب، العدد ٦، سنة ٢٠١٩، ص٢٧ وما بعدها

(2) د. حسين جبر حسين الشويل المرجع السابق، ص٥٧٣

(3) د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص١١٤

كلية الحقوق جامعة القاهرة

notions» والمتطلبات المرتبطة بضرورة معرفة النظام القانوني، ويتم ذلك عن طريق تحديد مجموعة من العناصر التي تكفل تحقيق ذلك المبدأ، ويلاحظ أن الأمن القانوني يشتمل بشكل أساسي على جانبين: الأول جانب نوعي أو "كيفي" « Un aspect qualitatif» يتعلق بتحديد القانون من حيث وجوده ووضوحه، والثاني جانب زمني «Un aspect temporel» يتعلق بإمكانية التنبؤ بتصرفات السلطات العامة في المستقبل، وبشكل أكثر عمومية التنبؤ بالقدرة على إدارة الصعوبات المرتبطة بتعديل المراكز القانونية خلال المستقبل كحساب المواعيد ومدد التقادم والحرمان من ميزة معينة[1].

ويرى الباحث– وضوح التفرقة بين كل من المصطلحين بأن مبدأ الأمن القانوني هو قيد موضوعي عام على كل سلطات الدولة خاصة السلطة التشريعية، ويُعد الدستور هو المصدر المباشر لذلك المبدأ، في حين يرتبط مبدأ التوقعات المشروعة بالجهات الإدارية فيما تصدره من قرارات تؤثر على المركز القانوني لأشخاص محددين بذواتهم.

ثانيا: التوقع المشروع والحق المكتسب:

يعني مبدأ الحق المكتسب بشكل عام أنه لا يجوز لأي سلطة عامة أن تسلب أو تنتهك الحقوق التي استمدها الأفراد بطريق مشروع، وبموجب القوانين والقرارات المعمول بها[2]، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على عدم جواز المساس بالحق المكتسب إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي وفقا لأحكام الدستور، حتى ولو كان ذلك الحق مستمد من قرارات تنظيمية عامة، وأن الأصل هو احترام الحقوق المكتسبة حسبما تقضي به العدالة والقانون الطبيعي، حيث جاء

(1) Zimmer Willy, Constitution et sécurité juridique, Annuaire international de justice constitutionnelle, XV - 1999, p.94

(2) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. فطيمة بن جدو، الأمن القانوني ولأمن القضائي: علاقة تكامل، مجلة الشهاب، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، مجلد ٤، عدد ٢، سنة ٢٠١٨، ص ٣٩٠ وما بعدها

بحكمها أن «المساس بالحقوق المكتسبة لا يكون إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي طبقا للأوضاع الدستورية حتى لو كانت تلك الحقوق مستمدة من قرارات تنظيمية عامة تصدرها الإدارة بما لها من سلطة عامة في حدود وظيفتها التنفيذية بمقتضى القوانين ولم تكن تلك الحقوق مستمدة مباشرة من نصوص القوانين، لأن الأصل هو احترام الحقوق المكتسبة حسبما تقضي به العدالة والقانون الطبيعي وما يستلزمه الصالح العام، لذلك كانت الأوضاع الدستورية دائما تؤكد هذا الأصل الطبيعي من حيث عدم جواز انعطاف أثر القوانين على الماضي، وإذا كان قرار رئيس الجمهورية قد نص في المادة السابعة منه على إلغاء قرار مجلس الوزراء فإنه من المسلم أن هذا الإلغاء لا يسري بأثر رجعي على الماضي ولا ينتج أثره إلا بالنسبة للمستقبل فقط، فقرار مجلس الوزراء كان قائما ومرتبا لكافة آثاره في المدة السابقة على تاريخ العمل بقرار رئيس الجمهورية»[1].

والحق المكتسب في القانون الإداري هو الحق الذي تولد للشخص عن قرار إداري، ويرتبط ذلك بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وهو ما أكدته أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه «لما كان الأصل في نفاذ القرارات الإدارية تنظيمية أو فردية أن يقترن بتاريخ صدورها بحيث تسرى بالنسبة للمستقبل ولا تسرى بأثر رجعي إلا إذا نص القانون على ذلك، وذلك تطبيقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات»[2]، كما أكدت على أنه تطبيقا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات « يكون المدعي قد أكتسب مركزا قانونيا في ظل اللائحة السابقة الصادرة بالقرار رقم 147 لسنة 1999، الأمر الذي يخول له البقاء في الإعارة لمدة أربع سنوات ولا يجوز قصر مدة الإعارة على ثلاث سنوات

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 385 لسنة 11ق، بتاريخ ٢٢ يونية ١٩٦٩.
(2) حكم غير منشور، المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 32046 لسنة 58 قضائية، ٢٠ فبراير ٢٠١٦.

فقط»[1]، وأكدت المحكمة على تطبيق ذلك المبدأ على التراخيص الإدارية حيث جاء بحكمها أنه «حمايةً للمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون السابق رقم 86 لسنة 1956 وعدم المساس بالحقوق المكتسبة؛ قرر المشرع في قانون الثروة المعدنية (المعمول بأحكامه من 2014/12/10، والذي حل محل القانون المشار إليه) استمرار تراخيص المناجم والمحاجر والملاحات الصادرة قبل العمل به، وأن تبقى الأحكام الواردة فيها نافذة، على أن تطبق الأحكام الخاصة بقيمة الإيجار السنوي والإتاوة ورسوم تراخيص البحث والاستغلال الواردة في هذا القانون على تلك التراخيص عند تجديدها»[2].

وبالتالي وفقا لمبدأ الحق المكتسب يكون الشخص قد تلقى تغييرا في مركزه القانوني بناء على نص قانوني أو قرار إداري، وأصبح ذلك الحق مكتمل العناصر، وبالتالي يحمي القانون هذا الحق في حالة العدوان عليه عن طريق اللجوء إلى القضاء، وبالتالي تلك الحماية القانونية التي يتمتع بها الحق المكتسب تمنع مصادرته تحت ستار المصلحة العامة مهما كانت أهمية تلك المصلحة، وبالتالي يختلف الحق المكتسب عن التوقع المشروع الذي يعتبر مصلحة مبنية على أساس تصرف جهة الإدارة لكن تلك المصلحة لا تصل إلى مرتبة الحق، وبالتالي يمكن التضحية بتلك المصلحة إذا ما وجدت الأسباب والظروف الكافية التي تبرر ذلك[3].

ويؤكد الفقه أيضا على أن عدم تطبيق القرارات بأثر رجعي «Non–rétroactivité» يعتبر مظهر من مظاهر مبدأ اليقين القانوني وحماية للتوقعات المشروعة، وكل ذلك يصب في احترام مبدأ سيادة القانون، وبالتالي يذهب هذا الرأي إلى أنه يمكن للأفراد التمسك بحماية توقعاتهم المشروعة « La confiance

(1) حكم غير منشور، المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 17456 لسنة 58 قضائية، ٢٥ مارس ٢٠١٨.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 23529 لسنة 57 قضائية، بتاريخ ٤ سبتمبر ٢٠١٦.

(3) د. حسين جبر حسين الشويل، المرجع السابق، ص٥٧٣

légitime» في حال مخالفة مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية[1].

ويرى الباحث- اختلاف التوقع المشروع عن الحق المكتسب في أن التوقعات المشروعة مجرد مصلحة لم تصل لمرتبة الحق، وتلك المصلحة مبنية على أساس التصرفات السابقة لجهة الإدارة، وأنه يجوز مخالفة تلك التوقعات إذا وجدت مصلحة عامة كافية لتبرير تلك المخالفة، في حين نجد أن الحق المكتسب يرتبط بحقوق ذاتية اكتسبها صاحب الشأن فعلا في ظل نظام قانوني معين واكتملت أركانها في ظله ولا يجوز المساس بها إلا بقانون ينص على الأثر الرجعي وفقا للضوابط التي نص عليها الدستور.

ونلاحظ أن التداخل قد يظهر أيضا بين مبدأ حماية التوقعات المشروعة ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة والتي تنص عليها معاهدات الاستثمار، وهو ما يقتضي التمييز بينهما، ومدى استقلال التوقعات المشروعة عن ذلك المعيار، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

التوقع المشروع ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة

نتناول في هذا الفرع التوقع المشروع ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة «أولا»، وأفضلية المعاملة العادلة والمنصفة على المعاملة الوطنية للمستثمرين وشرط الدولة الأكثر رعاية «ثانيا».

أولا: التوقع المشروع ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة:

ظهر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة « Fair and Equitable Treatment» في القانون الدولي للاستثمار الأجنبي « The international law of foreign investment»، حيث كانت معظم القضايا المتعلقة

(1) Michel Fromont, Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne, Publications de la Sorbonne, Paris, 2000, p.123

بالاستثمارات الأجنبية والمرفوعة أمام المحاكم الدولية « International tribunal» تتعلق بقيام الدولة المضيفة بمصادرة ممتلكات المستثمر مع رفض منحه أي تعويض، وقد حدث هذا الوضع عقب الحروب التي كانت تهدف إلى انهاء الاستعمار «Decolonization»، حيث حاولت تلك الدول المحافظة على استقلالها عن طريق منع المستثمرين الأجانب من الحصول على المزايا المالية بها، وكان اهتمام المستثمرين ينصب على تأمين ممتلكاتهم بتلك الدول، مع اللجوء للحماية الدبلوماسية لدولهم عند تعرض ممتلكاتهم لأية مخاطر، ومثلت تلك الحماية آلية غير مباشرة لحمايتهم بالدول المضيفة، ثم ظهرت العديد من المبادرات المُبكرة المتعددة الأطراف لتوفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية بالدول المضيفة، فظهر شرط المعاملة العادلة والمنصفة « Fair and equitable treatment» «FET» في ميثاق هافانا لعام ١٩٤٨، والذي تم إعداده كأساس لإنشاء منظمة التجارة الدولية « The International Trade Organization»، ولم يهدف هذا الميثاق إلى حماية التجارة الدولية فحسب، بل أيضا تشجيع التنمية الاقتصادية في الدول النامية « Developing countries»، ولم يتم التصديق «Ratified»على تلك المبادرة، وتبع ذلك العديد من المبادرات الأخرى ولكنها باءت بالفشل، وكانت هناك صعوبة في اعتماد قواعد لحماية المستثمرين الأجانب بسبب الصدام بين البلدان المصدرة لرأس المال «Capital-exporting» والبلدان المستوردة لرأس المال «Capital-importing»، حيث ترى الأخيرة أن تلك القواعد تُعد تدخلا في شئونها الداخلية، في حين ترى الأولى ضرورة وضع اطار قانوني مستقر « stable legal framework» وثابت لمواطنيها القائمين بالاستثمار بتلك الدول[1].

(1) Ioana Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University publishing, Oxford, 2008, pp. 1-2

ثم ظهر شرط المعاملة العادلة والمنصفة «FET» في المعاهدات التي ابرمتها الولايات المتحدة الأمريكية المتعلقة بالصداقة والتجارة والملاحة والمشار إليها فيما بعد باسم معاهدات « Friendship, Commerce and Navigation Treaties»[1] والتي تعرف اختصارا «FCN»، وتضمنت هذه المعاهدات عبارة المعاملة العادلة «Equitable treatment» وأيضا عبارة المعاملة العادلة والمنصفة «Fair and equitable treatment»[2].

وترتبط حماية التوقعات المشروعة ارتباط حتمي بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، حيث أن تطبيق الدولة المضيفة لذلك المبدأ يقتضي حماية التوقعات المشروعة للمستثمر[3]، وبالرغم من أن أصل معيار (FET) هو القانون الدولي العرفي «Customary international law»، إلا أنه قد تم تطوير ذلك المعيار والنص عليه في معاهدات حماية الاستثمار « Investment protection treaties» ويتم الاستناد إليه في العديد من منازعات الاستثمار[4]، وتُعد التوقعات المشروعة «Legitimate expectation» أحد مبادئ معيار المعاملة العادلة والمنصفة «Fair and equitable treatment »، حيث يشتمل على العديد من العناصر بما في ذلك العناصر المرتبطة بمعيار الحد الأدنى للمعاملة «Minimum standard of treatment»، والتوقعات المشروعة « The non-» protection of legitimate expectations»، وعدم التمييز «

(1) Gerald D. Silver, Friendship, Commerce and Navigation Treaties and United States Discrimination Law: The Right of Branches of Foreign Companies to Hire Executives "Of Their Choice", 57 Fordham L. Rev. 765 (1989), p.765

(2) Ioana Tudor, Op. Cit., p.2

(3) Marcin Kałduński, Op. Cit.,, p.216

(4) Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Andrew Paul Newcomb, Sustainable Development in World Investment Law, Wolters Kluwer, Netherlands, 2011, p.343

discrimination»، والشفافية «Transparency»، والحماية من سوء النية والإكراه «coercion»، والتهديد والمضايقة المستمرة « Threats and harassment»، وتتضافر تلك العناصر معا ليتحقق معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ويتم النظر إلى ذلك المعيار والعناصر المكونة له على أنها تعد تجسيدا لمبدأ سيادة القانون «The rule of law»، والتي تحمي من اساءة استعمال السلطة من جانب الجهات الحكومية « The abuse of government power»، كما تُعد مظهرا من مظاهر مبدأ حسن النية « Principle of good faith» كمعيار للإدارة الرشيدة «Good governance» والتي تُعد انعكاسا للمبادئ العامة للقانون «General principles of law»، مع التأكيد على أنه لا يمكن وضع تعريف واحد جامع مانع لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، ولا يمكن أن يتم تقرير مسئولية الدولة المضيفة في مجال الاستثمار وفقا له لمجرد سوء الإدارة «Bad governance»، ولكن يتم الرجوع للعناصر المكونة له السابق الإشارة إليها لتقرير مسئولية الدولة في حالة انتهاكها لأحد تلك العناصر[1]، كل ذلك يؤكد على أن حماية التوقعات المشروعة تعد من العناصر الهامة « A key element» والأساسية المكونة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، أو هي العنصر المهيمن «dominant element» في ذلك الشأن[2]، فتعد التوقعات المشروعة أحد العناصر الأساسية لمعيار المعاملة العادلة، ويتمثل هدفها الأساسي في حماية ثقة الأفراد ذوي الشأن من أي تصرف من السلطات العامة يشكل تحطيما لتلك التوقعات المشروعة[3].

(1) Andrew Newcombe, Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Wolters Kluwer, Netherlands, 2009, p.279

(2) Abhijit P.G. Pandya, Op. Cit., p.51

(3) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. بواب بن عامر، الحق في التوقع المشروع "الثقة المشروعة" كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، مجلد ٧، العدد ١، سنة ٢٠٢٠، ص٦٦ وما بعدها

ويرى الباحث- اختلاف مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة (FET) عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة، ولكن ذلك الاختلاف لا يعني استقلال التوقعات المشروعة عن ذلك المعيار تماما، بل هي أحد عناصره، والتي تعتبر من أهم العناصر الأساسية لتحقيق المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمر في الدولة المضيفة، كما تُعد العنصر المهيمن بذلك المعيار.

ثانيا: أفضلية المعاملة العادلة والمنصفة على المعاملة الوطنية للمستثمرين وشرط الدولة الأكثر رعاية:

ونود القاء الضوء هنا على أهمية كون مبدأ حماية التوقعات المشروعة من أهم العناصر الأساسية لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، حيث يرى الفقه -وهو ما نؤيده- أن ذلك المعيار يُعد الأفضل للمستثمر الأجنبي عن شرط "المعاملة الوطنية للمستثمرين" وكذلك شرط "الدولة الأكثر رعاية"، وتكمن تلك الأفضلية في أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة أكثر فاعلية في حماية حقوق المستثمرين «The Investors' rights» الأجانب مما يوفره شرط المعاملة الوطنية «National treatment» للمستثمرين الأجانب وشرط الدولة الأولى بالرعاية «Most-favoured-nation clause»، ويكمن السبب الرئيسي في ذلك إلى الطابع الدائم وغير المشروط «non-contingent» لنظام المعاملة العادلة والمنصفة «FET»، في حين نجد أن الشروط الأخرى كشرط المعاملة الوطنية أو الدولة الأولى بالرعاية يتوقف في تطبيقه على معاملة الدولة المضيفة « The host State»، لكن معيار «FET» هو معيار قائم بذاته ومستمد من القانون الدولي «International law» ويفرض التزام على الدول المضيفة لا يمكنها تعديله بإرادتها المنفردة[1].

(1) Ioana Tudor, Op. Cit., p.2

ويرى الباحث– أنه نظرا لكون مبدأ حماية التوقعات المشروعة هو أحد أهم العناصر المكونة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة «FET»، فإن انطباق ذلك المعيار وفقا لأحكام القانون الدولي يحقق حماية أكبر لحقوق المستثمر الأجنبي من الحماية التي يحققها شرط المعاملة الوطنية للمستثمرين وكذلك شرط الدولة الأولى بالرعاية، نظرا لأن ذلك المعيار مستمد من القانون الدولي مباشرة، ولا يمكن للدول المضيفة تعديله بإرادتها المنفردة، وذلك فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية.

ويستند مبدأ حماية التوقعات المشروعة إلى العديد من المبررات، كما أن القضاء لا يوفر تلك الحماية إلا عند توافر شروط معينة، والتي بتوافرها يحق للمستثمر أن يتمسك أمام جهة الإدارة بتلك التوقعات، وفي حال رفضها له أن يلجأ للقضاء، الأمر الذي يتعين معه بيان تلك المبررات والشروط المتطلبة لحماية تلك التوقعات وهو ما نوضحه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

مبررات التوقع المشروع وشروطه

نتناول في هذا المبحث مبررات التوقع المشروع «المطلب الأول»، وشروط التوقع المشروع ومدى تحققها عند اشتراط الثبات التشريعي «المطلب الثاني».

المطلب الأول

مبررات التوقع المشروع

نتناول في هذا المطلب التوقع المشروع والحرية الفردية «الفرع الأول»، والتوقع المشروع والمبررات المنطقية «الفرع الثاني».

الفرع الأول

التوقع المشروع والحرية الفردية

نظرا لارتباط الحق في التوقع المشروع أو الثقة المشروع بالأمن القانوني، فإن تحقيق الأمن القانوني يترتب عليه كفالة الثقة المشروعة، ويرتبط الحق في

كلية الحقوق جامعة القاهرة

التوقع المشروع بالحرية الفردية «La liberté individuelle »، وظهر ذلك من خلال البدء في تدوين القواعد القانونية، والبدء في انحسار نطاق القواعد غير المكتوبة (العرفية)، مما سهل الوصول إلى القانون وجعله أكثر وضوحا، وساهم ذلك في تحقيق الأمن في ممارسة الحريات الفردية بتوضيح العلاقة بين الفرد والسلطات العامة، وكان ذلك بفضل كفالة الأمن القانوني داخل المجتمع، وذلك بالتأكيد على ضرورة أن تتصرف الدولة وفقا للأساليب القانونية المنصوص عليها؛ لذا ترتبط الحرية الفردية تاريخيا بمبدأ الأمن القانوني، الأمر الذي يترتب عليه ازدهار الحريات الفردية، حيث يعيش الفرد حياته الخاصة وفقا لرغباته واختياراته في إطار القواعد القانونية المعمول بها، وهذا يرتبط بشكل أساسي بقدرة الإفراد على التنبؤ – والتي يطلق عليها باللغة الألمانية «Vorrausehbarkeit» – بتصرفات السلطات العامة التي تتم في إطار مبدأ سيادة القانون، وبالتالي يفهم الفرد أهمية التوقع المعقول لتلك التصرفات دون خوف من تصرف السلطات العامة بشكل غير متوقع أو قيامها بتغيير المراكز القانونية بشكل مفاجئ وعلى نحو تعسفي، وبالتالي يظهر الارتباط الحتمي بين أهمية كفالة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة وحماية الحريات الفردية وتحقيق الأمن القانوني[1].

ينحدر التوقع المشروع باعتباره أحد العناصر الأساسية المُكونة للأمن القانوني من الحق الطبيعي للإنسان في الأمان والطمأنينة، مما يقتضي أن يكون لكل شخص الحق في استقرار القواعد القانونية، بأن يكون في مأمن من أية تعديلات مفاجئة يمكن أن تؤثر على ذلك الاستقرار، وهذا الأمان هو الوجه المضيء للقانون[2].

(1) Zimmer Willy. Op. Cit., pp. 92-93

(2) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. فطيمة بن جدو، الأمن القانوني ولأمن القضائي، مرجع سابق، ص٣٨٨ وما بعدها

ويذهب الأستاذ «Sylvia Brunet»[1] – وهو ما نؤيده– إلى أن الأمن القانوني «La sécurité juridique» والذي يُعد أساس القانون العام الألماني «Droit public allemand» يتعين تحقيقه داخل المجتمع عن طريق تحقيق العناصر التي يشملها والتي من أهمها حماية التوقعات المشروعة، وأن تلبية السلطات العامة في الدولة لذلك يُعد حماية للحريات الفردية « Protéger ainsi les libertés individuelles»، وأن الثقة «Confiance» هي أساس الديمقراطية النيابية «la Démocratie représentative»، ويتعين أن تتميز القواعد القانونية بالاستقرار حتى تتحقق تلك الثقة « Doit être stable pour être fiable»، وعن طريق تلك التوقعات يستمد الفرد حقوقه وحرياته التي يُمكن أن له أن يتمسك بها أمام القضاء، وتأكيدا لذلك نشير إلى أن القضاء الألماني قد قام بعد الحرب العالمية الثانية، وكرد فعل على النظام الشمولي السابق «Régime totalitaire» ببناء ثقة المواطن الألماني في القواعد القانونية المطبقة داخل المجتمع، عن طريق حماية التوقعات المشروعة، ومن ذلك الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في برلين « le Tribunal administratif supérieur de Berlin» الصادر بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٩٥٦[2] والذي قام بحماية الثقة « La protection de la confiance» لأرملة موظف حكومي سابق « Ancien fonctionnaire» فيما يتعلق بسحب قرار إداري فردي « Retrait d'un acte administratif individuel» يتعلق بالمستحقات المالية لزوجها المتوفى، في حين كانت جهة الإدارة تتمتع بالحق في سحب القرارات الإدارية دون أن يحق

(1) Sylvia Brunet, Op. Cit., pp. 79-81

(2) Sylvia Brunet, Ibid., p.81

Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin, DVBl 1957, p. 503 et s. Cette jurisprudence est confirmée par la Cour administrative fédérale (Bundesverwaltungsgericht) le 28 juin 1957 et le 25 octobre 1957 (BVerwGE 6, p. 1 ; 5, p. 312), le 28 octobre 1959 pour ce cas d'espèce (BVerwGE 9, p. 251)

كلية الحقوق جامعة القاهرة

للأفراد الاعتراض على ذلك.

وهو ما أكده وسار عليه النظام الألماني بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، من حيث التزام كل من جهة الإدارة «l'administration» والقاضي بالقانون، وبقدر ما كان النظام الألماني حذرا من جهة الإدارة ويشرف عليه بإحكام ويتأكد من ضرورة التزامها الصارم بأحكام القانون، لكنه في الوقت نفسه قد وضع ثقة كبيرة في القاضي «Grande confiance au juge»، لذا ينظر الفقه في ألمانيا إلى القانون الإداري على أنه بمثابة تعبير ونتيجة للأمن القانوني وحماية الثقة « L'expression et la conséquence de la sécurité juridique et de la protection de la confiance»[1].

ويرى الباحث- الارتباط الحتمي بين حماية التوقعات المشروعة وكفالة الحريات الفردية داخل المجتمع، وليس أدل على ذلك من موقف القضاء الألماني بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وبعد معاناته من نظام الحكم الشمولي السابق، مما جعله يؤكد من خلال الأحكام السابقة على أن حماية التوقعات المشروعة تُعد أساسا لحماية الحريات الفردية.

وبالإضافة إلى تبرير مبدأ حماية التوقعات المشروعة استنادا إلى ارتباطها بالحرية الفردية، فإن تبريره قد يستند أيضا إلى مبررات أخرى منطقية، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني
التوقع المشروع والمبررات المنطقية

نتناول في هذا الفرع الأساس المنطقي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة «أولا»، وعدول القضاء عن السوابق القضائية الراسخة يُعد إخلالا بحماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

(1) Sylvia Brunet, Ibid., p.87

كلية الحقوق جامعة القاهرة

أولا: الأساس المنطقي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

الأصل هو تمتع جهة الإدارة في ممارسة أعمالها بالسلطة التقديرية الممنوحة لها من قبل المشرع، ومن ثم لا يجوز وضع قيود على تلك السلطة بالمخالفة لإدارة المشرع، ولكن ممارسة جهة الإدارة لصلاحيتها يحتاج دائما إلى وجود سبب كافي يبرر ذلك التدخل، وقد أسست المحاكم مبدأ التوقعات المشروعة على العديد من الأسس المنطقية والتي من بينها، أن تدخل السلطات العامة ومخالفة التوقعات المشروعة للأفراد دون وجود سبب كافي يبرر ذلك يُعد من صور إساءة استعمال السلطة «An abuse of power»، وفي حالات أخرى تم تأسيس المبدأ على أساس الإنصاف «Fairness»، وأحيانا يتم الدمج بين الأساسين السابقين معا، وأحيانا يتم تأسيسه على الحق في الإدارة الجيدة «Good administration»، والذي يعني ضرورة وفاء السلطة العامة بتعهداتها، فإذا تعهدت باتباع إجراء معين، فذلك يُحتم عليها أن تتصرف بنزاهة وأن تفي بذلك الوعد، طالما كان تنفيذه لا يتعارض مع القواعد القانونية واجبة التطبيق، وأحيانا يتم تأسيسها على أهمية حماية ثقة الناس في الحكومة « Importance of people's trust in government»[1].

وبالتالي يكمن الأساس المنطقي لحماية التوقعات المشروعة في مبدأ الثقة «The principle of trust » وهو ما أكده الفيلسوف الصيني "كونفوشيوس" «Confucius» عندما أجاب تلميذه "زيجونج" «Zigong» قبل أكثر من الفي عام عندما سأله عن الحكومة؛ فأجابه بأنه لوجود حكومة يتعين توافر ثلاثة أشياء

(1) Robert Thomas, The Protection of Legitimate Expectations under Administrative Law, University of Bergen, Norway, 10th-12th October 2012, pp. 9-10
https://www.researchgate.net/publication/277010634_The_Protection_of_Legitimate_Expectations_in_UK_Administrative_Law (Last visit: March 2020)

وهي: السلاح والغذاء والثقة «Weapons, food, and trust»، وإذا كانت الحكومة لن تستطيع توفير تلك الأشياء مجتمعة فعليها بالتخلي أولا عن "السلاح"، ثم بالتخلي ثانيا وبالترتيب عن "الغذاء"، ولكن لا يمكن –مطلقا– للحكومة أن تتخلى عن "الثقة"، بل يجب عليها أن تتمسك بها حتى النهاية، فبدون ثقة لا يمكن لأي حكومة أن تقف على قدميها[1].

ويستند البعض إلى نظرية الثقة في تبرير حماية التوقعات المشروعة للأفراد، استنادا إلى أن تصرف الجهات المختصة بالمخالفة لتلك التوقعات سيلحق ضررا بالأفراد ذوي الشأن الذين اعتمدوا على تلك التوقعات[2].

وينبغي عدم الخلط بين حماية الثقة المشروعة وبقاء القواعد القانونية جامدة دون تعديل، فالقول بذلك يُجافي المنطق، ولكن حماية الثقة المشروعة تقوم على مبرر منطقي وهو كفالة "الانتقال السلس" بين القواعد القانونية المعمول بها، الأمر الذي يتعين معه ألا يكون التعديل مفاجئ وصادم للتوقعات المشروعة للأفراد، وبالتالي لا يتعارض مع حماية التوقعات المشروعة قيام المشرع أو جهة الإدارة بتعديل وتطوير القواعد القانونية، بشرط عدم مفاجئة الأفراد وانتهاك توقعاتهم المشروعة، ولتحقيق ذلك توجد العديد من الوسائل والتي من بينها الإعلان عن القواعد الجديدة مسبقا وأنه لم يتم تطبيقها إلا بعد مضي فترة انتقالية[3].

ويرى الباحث– الارتباط الوثيق بين حماية التوقعات المشروعة والمبررات المنطقية، فإنه وإن كان لجهة الإدارة التصرف وفقا لسلطتها التقديرية التي نص عليها القانون، فإن ذلك يقتضي وجود سبب كافي يبرر هذا التصرف، كما أن المنطق العادي للأمور يقتضي وفاء جهة الإدارة بتعهداتها، حتى لا يفقد الأفراد

(1) Kam-por Yu, Julia Tao, Philip J. Ivanhoe, Op. Cit., p.99

(2) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. وليد محمد الشناوي، حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٤٨٢ وما بعدها

(3) Sylvia Brunet, Op. Cit., p.89

ثقتهم فيها.

ثانيا: عدول القضاء عن السوابق القضائية الراسخة يُعد إخلالا بحماية التوقعات المشروعة:

يثور تساؤل على درجة كبير من التعقيد عند تحليل مبدأ الأمن القانوني «La sécurité juridique» من زاوية الثقة « L'angle de la confiance»، وهو مدى حرية المحاكم العليا في وضع سوابق قضائية جديدة تخالف السوابق الراسخة والثابتة التي استقرت في النظام القضائي فترة طويلة نسبيا من الزمن، مبدئيا الإجابة على ذلك السؤال ستكون بالإيجاب، ولكن من الناحية الواقعية ولدواعي الحفاظ على الأمن القانوني للأفراد، يتعين حماية مبدأ الثقة المشروعة على مستوى السوابق القضائية الراسخة والثابتة، ومن ثم يتضح أن مجال حماية الثقة المشروعة لا يقتصر على مستوى التشريع والقواعد التنظيمية، بل يمتد أيضا ليشمل السوابق القضائية، وهنا يثور تساؤل حول أثر ذلك على جمود المبادئ التي أرساها القضاء وبالتالي منعه من تطويرها لمواكبة ما يستجد من ظروف المجتمع، وللإجابة على ذلك التساؤل سيتم تطبيق نفس المنهج المُتبع عند تعديل التشريع أو القواعد التنظيمية على نحو يحمي مبدأ الثقة المشروعة بشكل لا يفاجئ الأفراد بتغييرات مفاجئة تتصادم مع تلك الثقة، كأن تقوم المحاكم العليا بالإعلان مسبقا عن نيتها في التخلي عن السوابق القضائية الراسخة وتعلن عن السوابق القضائية الجديدة التي ستحل محلها، وكذلك عدم تطبيق السوابق الجديدة على القضايا التي مازالت مرفوعة أمام المحاكم ولم يتم الفصل بحكم بات، أو تطبيق السوابق الجديدة على تلك القضايا –ويذكر ذلك في الحكم– لكن دون إعمال نتيجتها بل يُعمل القاضي نتيجة السوابق القضائية القديمة، كما يمكن الحفاظ على ثقة المتقاضين من خلال تطبيق نظام انتقالي « Régime transitoire»، وبالتالي لن يشكل مبدأ حماية التوقعات المشروعة أو "الثقة المشروعة" أي عقبة أمام تطوير السوابق القضائية[1].

(1) Sylvia Brunet, Ibid., p.89

ويرى الباحث– ضرورة المحافظة على التوقعات المشروعة للأفراد أيضا في مجال السوابق القضائية الراسخة إذا ما اتجه القضاء إلى تطويرها بشكل يتوائم مع ظروف المجتمع، وأنه يتعين وجود سبب كافي يبرر العدول عن تلك السوابق، الأمر الذي يقتضي التدرج في ذلك العدول حتى لا تصطدم بالتوقعات المشروعة للأفراد.

ويثور التساؤل بشأن العلاقة بين حماية التوقعات المشروعة والمبادئ العامة للقانون، من حيث مدى اعتبارها من المبادئ العامة في قانون الاستثمار الدولي، وأيضا مدى اعتبارها من المبادئ العامة للقانون الداخلي في بعض الدول، وهو ما نبينه في الفرع الثالث.

الفرع الثالث

التوقع المشروع والمبادئ العامة للقانون

نتناول في هذا الفرع مدى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة في القانون الدولي «أولا»، ومدى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة للقانون الداخلي «ثانيا».

أولا: مدى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة في القانون الدولي:

يثور تساؤلان على درجة كبيرة من الأهمية في تحديد علاقة مبدأ حماية التوقعات المشروعة بالمبادئ العامة للقانون « General principles of law»، يتمثل الأول في مدى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة في مجال القانون الدولي، والثاني في مدى اعتبارها من المبادئ العامة في القانون الداخلي، وذلك بسبب أهميتها الكبيرة في كل الأنظمة القانونية، حيث يزداد العالم الذي نعيش فيه تعقيدا يوما بعد يوم، ويتم تعديل القوانين فيه بسرعة كبيرة، وتتزايد الترسانة التشريعية في كل الدول تقريبا، الأمر الذي ترتب عليه وجود تناقضات «Contradictions» بين تلك القواعد في كثير من الأحيان، ومن هنا يأتي دور المبادئ العامة للقانون حيث تلعب دورا بارزا في كل نظام قانوني « Legal

system» ويلعب القضاء دورا حاسما في تحديدها وتفسيرها، وعادة ما تلجأ المحاكم إليها كأداة لضمان وجود تفسير ديناميكي « Dynamic interpretation» للقواعد القانونية، كما تُستخدم بهدف جعل القواعد القانونية القائمة تتكيف مع التطورات « Developments» والاحتياجات «Needs» والقيم «Values» الحديثة، وكذلك لسد الثغرات «Fill lacunae» بإيجاد قواعد جديدة، وأحيانا يتم نقل تلك المبادئ العامة التي استقرت في نظام قانوني معين إلى نظام آخر، فتمد تلك المبادئ الجسور بين الأنظمة القانونية المختلفة، فتضمن احتفاظ القانون فيها بالحد الأدنى من الاتساق والترابط « Consistency and coherence»[1].

كما تتميز المبادئ العامة للقانون « Les principes généraux du droit» بكونها قواعد غير مكتوبة ويُلزم القاضي الإداري جهة الإدارة بعدم مخالفتها، وبأنها قابلة للتطبيق حتى في حالة عدم وجود نص « L'absence de texte»، ويتم استنباطها من القيم الأساسية التي استقر عليها المجتمع، واستنباط القاضي الإداري لها يدل على دوره الخلاق «Créatrice»، وقد تم إقرار العديد من المبادئ الهامة كالمساواة أمام القانون والمساواة أمام التكاليف والأعباء العامة وغيرها من المبادئ[2]، ونود التأكيد على اختلاف المبادئ العامة للقانون عن المبادئ الأساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية في فرنسا، حيث أن الأخيرة تُعد من المبادئ المكتوبة وتتمتع بقيمة دستورية، كما نلاحظ أنه قد لا يُستخدم مصطلح المبادئ العامة للقانون عند الحديث عن تلك المبادئ، للتسهيل فيستخدم القضاء تعبيرات مختصرة «Expressions abrégées» مثل مبدأ عام

(1) Laura Pineschi, General Principles of Law: The Role of the Judiciary, Springer, Switzerland, 2015, p.xvii

(2) Martine Lombard, Droit Administratif, 3e édition, 1999, Dalloz, Paris, 1999, pp. 42-43

«Principe général» أو المبدأ «Principe»، ويستلهم القاضي تلك المبادئ من روح التشريع، ومقتضيات سيادة القانون، ولن نتفاجأ إذا علمنا أن الاتفاقيات الدولية «Conventions internationales» قد تكون مصدر إلهام للقاضي يستلهم منها تلك المبادئ، مع التأكيد على أن المبادئ العامة للقانون لا تستمد وجودها وقوتها الملزمة من نص معين، فهي تستقل عن القواعد المكتوبة التي كانت في الأساس مصدرا لها[1]، ويلجأ إليها القضاء الآن بشكل متزايد، وكثرة تلك المبادئ تُثري محتوى الشرعية «Enrichit le contenu de la légalité»، وتحد بشكل كبير من السلطة التقديرية لجهة الإدارة « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration»[2].

ويثور التساؤل في ظل تلك الأهمية الكبيرة للمبادئ العامة للقانون عن مدى اعتبار حماية التوقعات المشروعة من المبادئ العامة لقانون الاستثمار الدولي بموجب مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة « The Fair and Equitable Treatment»، حيث أصبح مفهوم فكرة التوقعات المشروعة أساسا قويا لالتزام الدول المضيفة بتوفير المعاملة العادلة والمنصفة في معظم منازعات التحكيم ومجال قانون الاستثمار الدولي «International investment law»، حيث يتمسك المستثمرون بحماية توقعاتهم المشروعة في جميع منازعات الاستثمار، كما تؤسس المحاكم أحكامها الصادرة في جميع منازعات الاستثمار تقريبا على فكرة التوقعات المشروعة على الرغم من عدم وضوح مفهومها، ويذهب إلى اعتبارها مبدأ من المبادئ العامة للقانون في ذلك المجال وفقا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة

(1) René Chapus, Droit administratif général, 7e édition, Montchrestien, Paris, 1993, p. 67-68

(2) Georges Vedel, Pierre Delvolvé, Droit administratif, Tom 1,Presses universitaires de France, Paris, 1992, p.468

المنصوص عليه في معاهدات الاستثمار الدولي[1].

كما يعتبر مبدأ حماية التوقعات المشروعة من المبادئ العامة في قانون الجماعة الأوروبية على الرغم من أنه لم يظهر في أي نص من نصوص قوانين الجماعة الأوروبية، إلا أنه من المبادئ العامة المعترف بها في ذلك القضاء، وقد أكد القضاء الأوروبي[2] على أن ذلك المبدأ يُعد من مكونات النظام القانوني للجماعة الأوروبية والتي يتعين على جميع الدول أعضاء الاتحاد احترامه، كذلك يتعين على المحاكم الوطنية بتلك الدول تطبيقه والالتزام بمضمونه في الحالات التي ينطبق فيها ذلك القانون[3].

ويرى الباحث– الاعتراف بمبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ من المبادئ العامة للقانون في إطار علاقات الاستثمار الدولية، وذلك في حالة عدم النص على ذلك المبدأ صراحة، أو الاكتفاء بالنص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة، حيث يعتبر ذلك المبدأ –كما أوضحنا– من العناصر الهامة والأساسية في ذلك المعيار، وكذلك وفقا لقانون الجماعة الأوروبية وقانون الاتحاد الأوروبي.

ثانيا: مدى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة للقانون الداخلي:

يثور التساؤل عن مدى اعتبار مبدأ التوقع المشروع « Le principe de confiance légitime» من المبادئ العامة للقانون الداخلي، قبل أن نجيب على هذا التساؤل نود أن نؤكد في البداية –وكما أوضحنا سلفا– على أن التوقعات المشروعة تُعد من أهم عناصر مبدأ الأمن القانوني «Sécurité juridique»،

(1) Andrea Gattini, Attila Tanzi, Filippo Fontanelli, General Principles of Law and International Investment Arbitration, BRILL NIJHOFF, Leiden, 2018, p.344

(2) Case C-381/97, Belgocodex SA contre État belge, 3 décembre 1998, Recueil de jurisprudence 1998 page I-08153

(3) Académie de Droit International, Recueil Des Cours 265 (1997), Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 1999, p.173

ولكن نلاحظ اختلافهما من حيث عامل الوقت «facteur temps»، حيث يرتبط مبدأ الأمن القانوني بتحديد حقوق والتزامات الأفراد، في حين يرتبط مبدأ التوقع المشروع بالمستقبل، وهذا يُعد من أحد أهم الفروق الجوهرية بينهما[1].

وبالرغم من أن مبدأ حماية التوقعات المشروعة يُعد من المبادئ العامة للقانون الدولي، لكن بعض الدول لا تعترف به كمبدأ من المبادئ العامة للقانون في قانونها العام الداخلي مثل فرنسا؛ حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسي بذلك المبدأ في حالة تطبيق قانون الاتحاد الأوروبي وقانون الجماعة الأوروبية فقط، ورفض الاعتراف به إذا كان القرار المطعون فيه لا يُعتبر تنفيذا لقانون الاتحاد الأوربي[2]، كما أكد المجلس على أن التمسك بذلك المبدأ ليس من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز التمسك به لأول مرة أثناء الطعن بالنقض[3]، في حين كان المجلس الدستوري الفرنسي « Conseil constitutionnel» أكثر صراحة في عدم الاعتراف بذلك المبدأ حيث قرر بأنه لا توجد أي قاعدة دستورية تتضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة[4]، ويذهب

---

(1) Aurélien Portuese, Op. Cit., p.198

(2) C.E., 18 décembre 2019, La société IPC Petroleum France SA, N° 421336

(3) C.E., 8 février 2019, La société Volkswagen Group France, N° 409619

(4) C. C. 96-385 DC, 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997

«Considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait ; qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime " ; Considérant enfin que le prélèvement mis en cause par les requérants est opéré sur les excédents financiers centralisés des organismes collecteurs de la contribution des entreprises au financement de la formation en alternance et non

البعض –وهو ما نؤيده– إلى أن المجلس الدستوري يقر بالغاية ذات القيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، وذلك باعتبار أن الأمن القانوني مبدأ عام يشتمل على مجموعة من المبادئ، أي أنه غاية تجميعية تتمتع بقيمة دستورية، بمعنى آخر أن المبدأ يصبح مرجعا لمبادئ ومتطلبات أخرى[1]، ويفسر البعض ذلك بخشية المجلس الدستوري من أن يؤدي الاعتراف الصريح بدستورية ذلك المبدأ إلى فهم خاطئ لهذه الدستورية، بأن تكون الحقوق والمراكز القانونية نهائية لا يملك المشرع الحق في إدخال أية تعديلات تمس بها[2].

ويرى الباحث– أنه فيما يتعلق بمدى اعتبار مبدأ التوقعات المشروعة من المبادئ العامة للقانون الداخلي، أن الأمر يتوقف على اتجاه القضاء بتلك الدول، فنجد أن بعض الدول رغم اعترافها بالمبدأ على نطاق قانون الجماعة الأوروبية لكنها لا تعتد به في المنازعات التي ينطبق عليها القانون الداخلي، ومن ذلك فرنسا كما أشرنا آنفا.

وللتمسك أمام القضاء بحماية التوقعات المشروعة يتعين توافر مجموعة من الشروط، وتلك الشروط تصدى القضاء لها بالتحديد على نحو تفصيلي، وهو ما نوضحه في المطلب الثاني.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

---

directement sur les entreprises contributrices ; que dès lors le moyen tiré de discriminations dans l'établissement de l'assiette de l'impôt manque en fait ;»

(1) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات – المعهد العالي للقضاء، العدد ٤٢، سنة ٢٠٠٩، ص١٧ وما بعدها

(2) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل والحريات – المعهد العالي للقضاء، المغرب، العدد ٤٦، سنة ٢٠١٤، ص٩ وما بعدها

المطلب الثاني

شروط التوقع المشروع ومدى تحققها عند اشتراط الثبات التشريعي

نتناول في هذا المطلب شروط التوقع المشروع «الفرع الأول»، ومدى تحقق شروط التوقع المشروع عند اشتراط الثبات التشريعي «الفرع الثاني».

الفرع الأول

شروط التوقع المشروع

نتناول في هذا الفرع شروط التوقع المشروع «أولا»، والوقت الذي يُعتد فيه بمشروعية التوقعات «ثانيا»، ومدى إمكانية التمسك بالتوقعات المشروعة بناء على الوعود الانتخابية «ثالثا».

أولا: شروط التوقع المشروع:

حتى يتمكن المستثمر من الادعاء بوجود توقعات مشروعة ويطالب القضاء بحمايتها، يتعين عليه في البداية أن يبين بشكل محدد وواضح ما هي القرارات أو الوعود التي قد أدت إلى أن تتولد لديه تلك التوقعات، ويجب أن يكون ذلك الأساس قويا «Solid basis» بما يكفي لحملها، ومن ثم فلن يعتد القضاء بهذا الادعاء في حالة ما إذا كانت تلك التوقعات من نسج خيال المستمر« Figments of the investor's»، وبالتالي فكلما كان الأساس الذي يستند إليه المستثمر كوعود من جهة الإدارة أو تصرفات سابقة أو إقرارات، محددة بشكل أكثر تحديدا زادت مصداقية إدعائه، ومن ذلك كأن يثبت مثلا أن الدولة المضيفة قد تعهدت صراحة في مواجهته بالتزام محدد في المستقبل ويقدم أدلة دامغة على ذلك[1].

ويذهب الفقه في تحديد شروط تطبيق مبدأ حماية التوقعات المشروعة إلى توافر جملة من الشروط وذلك على النحو التالي[2]:

١- وجوب أن يكون التوقع مبينا على تصرف إداري سابق: فيشترط أن

---

(1) Marcin Kałduński, Op. Cit., pp. 221 -222

(2) د. حسين جبر حسين الشويل، المرجع السابق، ص٥٧٧ وما بعدها.

تكون تلك التوقعات مبنية على قرار أو تصرف إداري سابق ولا يكفي مجرد المعلومات في بناء تلك التوقعات، ولا يشترط الاستناد إلى قرار إداري صريح بل يكفي الاستناد إلى ما تقوم به الإدارة من تصرف على نحو معين وبشكل متكرر.

٢- معقولية التوقع: تعني المعقولية في ذلك الشأن أن تؤخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المحيطة، وبالتالي فإذا كان من الواضح أن تلك الظروف تشير إلى إمكانية عدول جهة الإدارة عن سلوكها على المدى القريب، فلا يجوز التمسك بحماية التوقعات المشروعة في تلك الحالة، كما ينبغي التأكيد على أن تلك التوقعات لا يتوافر فيها شرط المعقولية إذا كانت مجرد أمنيات لا توجد إلا في ذهن المستثمر وقائمة على اعتبارات شخصية ذاتية ولا تستند إلى أي أساس موضوعي، ومن ثم يشترط ألا تكون خيالية «Fanciful» أو يعتمد فيها المستثمر على حسن الحظ أو الإمعان في التفاؤل «Optimism» ثم يصفها بعد ذلك بأنها توقعات مشروعة ويطالب جهة الإدارة بعدم مخالفتها، وخلاصة القول أنه يشترط في تلك التوقعات أن تتسم بالموضوعية والمعقولية « Objectivity and Reasonability»[1].

٣- مشروعية تصرف الإدارة: يتعين أن يتسم تصرف جهة الإدارة بالمشروعية، وهنا يثور تساؤل على درجة كبيرة من الأهمية يتعلق بفرض استناد توقعات الأفراد إلى تصرفات غير مشروعة لجهة الإدارة، فعلى الرغم من أن مبدأ الأمن القانوني «La sécurité juridique» ومبدأ المشروعية «Le principe de légalité» من المبادئ الأساسية والهامة في القانون العام « Droit public » فإنهما يتناقضان معا في بعض الأحيان مما يقتضي البحث عن حلول للتوفيق بين إعمال كل منهما[2]. وقد حدث تطور فيما يتعلق بموقع كلا المبدأين في

(1) Marcin Kałduński, Op. Cit., p.229

(2) Alexandre Ciaudo, L'irrecevabilité en contentieux administratif français, L'Harmattan, Paris, 2009, p.23

القانون الإداري، ففي البداية كان الفقه يقدم مبدأ المشروعية «Le principe de légalité» كأحد المبادئ الجوهرية «Principes essentiels» للقانون العام، فهو مبدأ أساسي «Principe fondamental» أو حجر الزاوية أو ربما أهم مبدأ من مبادئ القانون العام، وذلك قبل ظهور فكرة الحماية الضرورية للحقوق الأساسية للمحكومين « a Nécessaire protection des droits fondamentaux des administrés» بوقت طويل، وكان القصد من مبدأ المشروعية هو أن يكون الهدف الأساسي من وجود القانون الإداري والقاضي الإداري هو إخضاع جهة الإدارة للقانون « La soumission de l'administration au droit»، أما فيما يتعلق بمبدأ الأمن القانوني فإنه أصبح –في الوقت الراهن– يحتل موقع الصدارة ويُعد من مسلمات القانون الإداري، فهو تقريبا سبب وجود القانون نفسه « Presque la raison d'être du droit lui–même »، ويصعب تحديد الخطوط العريضة لمفهوم مبدأ الأمن القانوني، لكنه يغطي فكرة استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، والثقة في القواعد القانونية، وأصبح مؤخرا من المبادئ الهامة والبارزة تحت رعاية « Sous l'égide» قوانين الجماعة الأوروبية «Droits communautaire» والقانون الأوروبي «Européen» والقانون الدستوري «Constitutionnel»، والقانون الإداري «Droit administratif» وفي مؤلفات الفقه وأحكام القضاء[1].

وما يتم على أرض الواقع عند التعارض بين المبدأين هو قيام قاضي الإلغاء بالموازنة بينهما فقد يُعلي مبدأ المشروعية ويحكم بإلغاء القرار الإداري المشوب بعدم المشروعية، وذلك عندما يرى أن التضحية بالقرار الإداري وما رتبه من آثار تُرجح إعمال اعتبارات مبدأ المشروعية على إعمال اعتبارات مبدأ الأمن القانوني، وذلك في الحالات التي يبلغ فيها انتهاك القرار الإداري للمشروعية حدا من

(1) Alexandre Ciaudo, Ibid., pp. 23-24

الجسامة لا يُمكن تجاهله، وفي أحيان أخرى قد يُعلى مبدأ الأمن القانوني على مبدأ المشروعية، وذلك لاعتبارات يراها كافية، والتي من بينها ضرورة احترام الحقوق المكتسبة والمراكز التي تمت في الماضي بناء على قرار غير مشروع بعد مضي أجل محدد، وأحياناً قد يُعمل القاضي كلا المبدأين وفقا لما تمليه عليه قواعد العدالة والمصلحة العامة، ويستند القاضي الإداري عند إجراء تلك الموازنة على العديد من الأسس والتي من بينها مدى جسامة الانتهاك لمبدأ المشروعية، واستقرار المراكز والحقوق بعد فوات مدة زمنية محددة، والعدالة، والمصلحة العامة[1].

كما يسير على هذا النهج قضاء محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي كما في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٦٢[2] والتي قضت فيه بأنه على الرغم أن مبدأ الأمن القانوني «Sécurité juridique» ومبدأ التوقعات المشروعة «Confiance légitime» من المبادئ المتأصلة في أي نظام قانوني قائم على احترام القانون « Respect du droit»، فإن احترام مبدأ الأمن القانوني على الرغم من أهميته الكبرى، لا يمكن تطبيقه بشكل مطلق؛ حيث يتعين أن يقترن بتطبيق مبدأ الشرعية «Principe de la légalité».

ويرى الباحث– أنه رغم الاعتبارات العملية الهامة لمبدأ الأمن القانوني، ورغم تعارضه في بعض الأحيان مع مبدأ المشروعية، فإنه يتعين الموازنة بينهما ولا يُطبق كل منهما على إطلاقه، على أن يحكم القاضي بتقرير مسئولية الدولة

---

(1) د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(2) CJCE, 22 mars 1961, Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, n° 42 et 49/59

« que cette allégation méconnaît que le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, mais que son application doit être combinée avec celle du principe de la légalité »

على أساس الخطأ، وذلك في حالة إعلائه لمبدأ المشروعية على حساب التوقعات المشروعة.

ثانيا: الوقت الذي يُعتد فيه بمشروعية التوقعات:

لتحديد مدى مشروعية التوقعات التي يتمسك بها المستثمر يتعين مراعاة البُعد الزمني لبناء تلك التوقعات، وتكون العبرة في ذلك بالوقت الذي اتخذ فيه المستثمر قراره بالاستثمار في الدولة المضيفة، وهو ما درجت عليه هيئات التحكيم «Arbitral tribunals»، حيث تقوم بالنظر إلى القوانين التي كانت قائمة وقت اتخاذ المستثمر لقراره وما تم تقديمه له من قبل الدولة المضيفة « The host State » من إقرارات أو وعود أثناء تلك الفترة، كما ترى أنه باعتبار أن استقرار الأُطر القانونية والتجارية «The legal and business framework» تمثل عنصرا أساسيا للمعاملة العادلة والمنصفة والتي من عناصرها التوقعات المشروعة، فإن مقتضيات معيار المعاملة العادلة والمنصفة أن يكون المستثمر قادرا على المعرفة المسبقة للقوانين واللوائح وغيرها من القواعد ذات الصلة والتي ستحكم الاستثمار داخل الدولة المضيفة وقت اتخاذه لقراره[1]، وبالتالي لا يُمكن أن تُستمد التوقعات المشروعة من التوقعات الشخصية للمستثمر فقط، بل يجب أن يتم الرجوع في ذلك إلى البيئة الاجتماعية والسياسية للدولة المضيفة لحظة الاستثمار[2].

ثالثا: مدى إمكانية التمسك بالتوقعات المشروعة بناء على الوعود الانتخابية:

يثور التساؤل بشأن مدى إمكانية اعتبار الوعود الانتخابية التي يتقدم بها أحد الأحزاب قبل إجراء الانتخابات من قبيل التوقعات المشروعة التي يحق للأفراد المطالبة بحمايتها مستقبلا بعد وصول ذلك الحزب للسلطة، وهو ما أجابت عنه

(1) Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Op. Cit., p.273

(2) Ana Maria Daza-Clark, International Investment Law and Water Resources Management: An Appraisal of Indirect Expropriation, Brill | Nijhoff, Leiden, 2017, p.189

محكمة الاستئناف في بريطانيا في الدعوى المرفوعة ضد وزير الدولة للتعليم والتوظيف « Secretary of state for education and employment»[1]، والتي ادعت فيها الطاعنة بأنها كان لديها توقعا مشروعا «Legitimate expectation» بأن الوزير المطعون ضده سيوفر لها مساعدة مستمرة «Continued assistance» فيما يتعلق بالرسوم الدراسية، وقد أكدت المحكمة في حكمها أن المدخل الذي يتعين أن يمر منه من يدعى وجود توقع مشروع لابد أن يكون عن طريق اتصاف تلك التوقعات بالخصوصية، وبالتالي فإن استنادها إلى ما صدر من بيانات عن حزب العمال «The Labour Party» لا يُمكن أن تؤدي إلى توقع مشروع، ومن ثم فإنه يشترط لحماية التوقع المشروع الموضوعي ألا تدخل في مجال السياسة الكلية «Macro-political» أو السياسة العامة «General policy» للدولة[2].

ويرى الباحث- ضرورة توافر شروط التمسك بالتوقعات المشروعة حتى يمكن للقضاء الحكم بحمايتها، والتي تتمثل في وجود تصرف إداري سابق، ومعقولية ومشروعية تصرف جهة الإدارة، على أن يضاف لتلك الشروط شرط الوقت الذي يُعتد فيه بتلك التوقعات وهو وقت اتخاذ المستثمر لقراره بالاستثمار في الدولة المضيفة مع مراعاة الظروف الاجتماعية والسياسية بتلك الدولة، وعدم جواز الاستناد إلى البرنامج الانتخابي للأحزاب السياسية في بناء تلك التوقعات في حال وصولها للسلطة.

ويحكم القضاء بحماية التوقعات المشروعة عند توافر شروط التمسك بها، ولكن قد يشترط المستثمر على الدولة المضيفة "شرط الثبات التشريعي"، وهو الأمر الذي يثور معه التساؤل حول مدى إمكانية الاستناد لذلك الشرط كأساس للمطالبة

(1) R. v. Secretary of State for Education and Employment, ex p. Begbie [2000] 1 W.L.R. 1115

(2) Mark Elliott, Op. Cit., pp. 421–422

بحماية توقعاته المشروعة، وهو ما نبينه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مدى تحقق شروط التوقع المشروع عند اشتراط الثبات التشريعي

نتناول في هذا الفرع تعريف شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار «أولا»، وأبعاد شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار «ثانيا»، وتنوع مصطلحات شرط الثبات التشريعي وما يثيره من مشاكل عملية «ثالثا»، ومبدأ حماية التوقعات المشروعة لا يعني الثبات التشريعي «رابعا»، ومدى إمكانية تأسيس التوقعات المشروعة على شرط الثبات التشريعي «خامسا»، ومدى إمكانية تأسيس التوقعات المشروعة على مبدأ حسن النية عند بطلان شرط الثبات التشريعي «سادسا».

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار:

يشير شرط الثبات «Stabilization– clause» بشكل عام إلى «أي شرط يتم تضمينه عادة في عقد الاستثمار المُبرم بين الدولة المضيفة « A host state» أو إحدى الهيئات الممثلة لها من جهة والمستثمر الأجنبي « Foreign investor» من جهة أخرى، وقد يتم وضع ذلك الشرط في القانون الداخلي للدولة «Domestic law» أو في إحدى اللوائح «Regulation» أو أي إجراء إداري آخر «Administrative act» ويتم وضعه لفئة محددة من المستثمرين، والذي بموجبه تتعهد الدولة الضيفة خلال فترة زمنية محددة بعدم التأثير على الإطار القانوني والتنظيمي للعقد المبرم مع المستثمر أو التأثير على التوازن الاقتصادي «Economic equilibrium» للعقد، سواء تم تضمينه في العقد أو بموجب القواعد القانونية المطبقة على ذلك العقد[1].

(1) Jola Gjuzi, Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach, Springer, Switzerland, 2018, p.11«»

ويكتسب ضمان الثبات التشريعي قوته من الأداة التي يصدر بموجبها العقد المُبرم بين المستثمر والدولة المضيفة، اذ تمت الموافقة على ذلك العقد بموجب قانون تصدره السلطة التشريعية بالدولة المضيفة تتعهد فيه بعدم تطبيق التعديلات اللاحقة التي ستطرأ على قوانينها الداخلية على العقد المشار اليه، والهدف من ذلك هو تفادي المساس بعقود الاستثمار التي تم ابرامها وضمان استقرار سريان الإطار القانوني الذي اتخذت وفقا له الاتفاقيات التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة[1].

ويوضح الفقه[2] أن شروط الثبات «Stabilization clauses» متنوعة ومختلفة وكثيرة، الأمر الذي ينعكس بدوره على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لذلك الشرط، حيث أن أي تعريف سيهتم ببعض الجوانب ويتغاضى عن بعض الجوانب الهامة «Overlooking important aspects» الأخرى، حيث يمكن اللجوء إلى العديد من الوسائل والطرق والآليات لتحقيق ذلك الشرط، وبالتالي فإن تعريفه بأنه "الشرط الذي يهدف إلى تجميد القانون المنطبق على العقد « Freeze the law applicable to the contract» اعتبارا من تاريخ ابرام العقد مما يجعل أي تغيير لاحق في القانون غير قابل للتطبيق على ذلك العقد"، نلاحظ أنه يقتصر على الأساليب الكلاسيكية «The classical techniques»، وهو ما تم تبنيه في قضية توتال ضد دولة الأرجنتين «Total v. Argentina»[3] عن

(1) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. نبيل ونوغي، الأمن القانوني محدد أساسي للقرار الاستثماري، مجلة رماح للبحوث والدراسات، الأردن، العدد ٤٤، سنة ٢٠٢٠، ٣٤٨ وما بعدها

(2) Jola Gjuzi, Op. Cit., pp.11-12

(3) Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 Dec 2010 «Stabilization clauses are clauses, which are inserted in state contracts concluded between foreign investors and host states with the intended effect of freezing a specific host State's legal framework at a certain date, such that

طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن العاصمة « International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C» حيث تم عرف شرط الثبات بأنه «االشرط الذي تم ادراجه في العقود الحكومية المُبرمة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة بهدف تجميد الإطار القانوني بها خلال فترة زمنية محددة، وبالتالي يعتبر مخالفا للقانون القيام بأية تغييرات في الإطار القانوني والتنظيمي للاستثمار المعني حتى ولو كان بموجب قانون عام من حيث التطبيق، ودون اشتراط وجود أي قصد للتمييز من قبل تلك الدولة».

ويذهب البعض[1] إلى أن الممارسات الحديثة قد أضافت بمجال الاستثمار أشكالا جديدة تؤدي لتحقيق ذلك الثبات والتي غالبا ما تكون في صورة شروط لتحقيق الاستقرار الاقتصادي «Economic stabilization clauses» للمستثمر، فبدلا من النص على تجميد القانون المطبق على العقد « The Freezing of the law applicable to the contract»، يستهدف طرفا العقد الحفاظ على التوازن الاقتصادي التعاقدي « The contractual economic equilibrium» والذي تم إنشاؤه بالفعل عند إبرام العقد، ويتحقق ذلك من خلال تحديد الآليات التي تسمح بإعادة التفاوض بشأن حقوق والتزامات الأطراف « The renegotiation of the rights and obligations of

---

the adoption of any changes in the legal regulatory framework of the investment concerned (even by law of general application and without any discriminatory intent by the host State) would be illegal.»

(1) Jola Gjuzi, Op. Cit., p.12

«all of the mechanisms, contractual or otherwise, which aim to preserve over the life of the contract the benefit of specific economic and legal conditions which the parties considered to be appropriate at the time they entered into the contract»

the parties»، وبالتالي يتعين ضرورة مراعاة تلك الممارسات الحديثة عند وضع تعريف لهذا الشرط حتى يكون أوسع وأشمل، الأمر الذي حدا بالبعض إلى أن يُعرفه بأنه «جميع الآليات سواء التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي تهدف إلى الحفاظ خلال المدة الزمنية للعقد على الاستفادة من الشروط الاقتصادية والقانونية التي تم الاتفاق عليها والتي اعتبرها الطرفان مناسبة وقت إبرام ذلك العقد»، ويُلاحظ أن هذا التعريف يتوافق حاليا مع النهج المتبع في عقود الاستثمار، ويمكن ملاحظة أن التوقع الأساسي «Underlying expectation» أيا كانت صوره وأشكاله لجميع المستثمرين الأجانب في الوقت الحالي هو الحفاظ على الوضع القائم « Maintain the status quo» لظروف استثمار معينة لا تتأثر بما يطرأ من تعديل للقانون المطبق على العقد وبما لا يؤثر على التوازن المالي للمستثمر.

ويرى الباحث– ضرورة مراعاة الآليات الحديثة عند وضع تعريف شرط الثبات التشريعي، ونقترح تعريفه بأنه «الاتفاق الذي يحافظ على الشروط الاقتصادية والقانونية والتي كانت محل اعتبار لدى الطرفين وقت إبرام العقد، بما يؤدي إلى الحفاظ على التوازن المالي للمستثمر خلال المدة المتفق عليها لتنفيذ ذلك العقد، على أن يمتد ذلك الاتفاق في حالة عدم إتمام التنفيذ في الموعد المتفق عليه إذا كان ذلك التأخير لأسباب لا ترجع لخطأ المستثمر».

ثانيا: أبعاد شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار:

يقوم شرط الثبات في عقود الاستثمار على بعدين مترابطين « Two interrelated dimensions» يتمثل الأول في البعد الزمني « The temporal dimension» والثاني يتمثل في البعد الاقتصادي « The economic dimension»، ويشير البُعد الزمني إلى استمرار العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة نحو إتمام تنفيذ المشروع بنجاح وتحقيق الأهداف التي تم الاتفاق عليها بينهما، بينما يشير البُعد الاقتصادي إلى الحفاظ على التوازن

الاقتصادي للعقد طوال مدة تنفيذ المشروع محل الاتفاق[1].

ثالثا: تنوع مصطلحات شرط الثبات التشريعي وما يثيره من مشاكل عملية:

نلاحظ أن شرط الثبات «A stabilization clause» قد يأتي تحت عناوين مختلفة وكثيرة ومتنوعة؛ الأمر الذي قد يؤدي في بعض الأحيان إلى اثارة الشكوك حول وجوده، وتوجد العديد من الأمثلة على العبارات التي قد يتم استخدامها للدلالة عليه، ومن بين تلك العبارات "شرط الاستقرار" « Stability clause»، وشرط عدم التشديد «Non-aggravation clause»، وشرط عدم التدخل «Clause of non-interference»، وشرط الثبات التشريعي «Clause of legislative stability»، واتفاق ملزم « Binding agreement»، وشرط القانون الواجب التطبيق «applicable law clause»، وشرط اختيار القانون «Choice-of-law clause»، وشرط تغيير القانون «Change-of-law clause»، الأمر الذي قد يدفع الدولة المضيفة إلى إنكار وجود ذلك الشرط عند تمسك المستثمر به في مواجهتها[2].

رابعا: مبدأ حماية التوقعات المشروعة لا يعني الثبات التشريعي:

يؤكد الفقه على أنه من المتفق عليه أنه لا يمكن فهم مبدأ التوقعات المشروعة «Legitimate expectations» على أنه يعني شرط الثبات «Stabilization- clause» بالنسبة لتشريعات الدولة وغل يد الدولة عن تعديل تشريعاتها بما يتلاءم من الظروف المحيطة بها، وهو ما ذهبت إليه محكمة « El

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) Jola Gjuzi, Ibid., p.13

«all of the mechanisms, contractual or otherwise, which aim to preserve over the life of the contract the benefit of specific economic and legal conditions which the parties considered to be appropriate at the time they entered into the contract»

(2) Jola Gjuzi, Ibid., pp.13-14

Paso» في حكمها الصادر بتاريخ ٣١ أكتوبر ٢٠١١[1] فيما يتعلق بالدعوى المرفوعة أمامها والتي طالب فيها المدعي أن يتم منع دولة الأرجنتين من إجراء أية تغييرات على قوانينها « Preventing Argentina from making any changes to its laws» المتعلقة بمجال استثمار المدعي والتي ستؤثر على استثماره سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وأكدت المحكمة في حكمها على أنه يجب الموازنة بين أمرين، يتمثل الأول في حق الدولة في تعديل تشريعاتها بما يتلاءم مع الظروف المحيطة بها، ويتمثل الثاني في تنفيذ الدولة لالتزاماتها واحترام مبدأ التوقعات المشروعة للأفراد، حيث جاء بحكمها أنه "لا تتعلق المسألة بتجميد قوانين الدولة لأن القوانين تتطور وتتكيف مع الظروف المتغيرة، كما أن المسألة لا تتعلق أيضا بإلغاء القانون تماما أو تعديله بما يخالف الالتزامات المحددة المُلقاه على عاتق الدولة استنادا إليه"[2]، وبالتالي يختلف استقرار او ثبات القانون « La stabilité du droit» عن مبدأ حماية الثقة في أنه يمكن تعديل أحكام القانون بحكم ضرورات تطويره ليتوائم مع ظروف المجتمع، ورغم ذلك قد لا يتم الإخلال بمبدأ الثقة وذلك في حالة ما إذا كانت تلك التعديلات متدرجة ومتسقة «Progressive et cohérente» ولا تتصادم مع التوقعات المشروعة للأفراد[3].

(1) El Paso Energy International Company v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/o3 /1 5 Award, 31 October 2011

(2) Simon Maynard, Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation, European Investment Law and Arbitration Review 1, no. 1 (2016), p108

«It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made»

(3) Sylvia Brunet, Op. Cit., p.85

وهو ما تم تبنيه في قضية ضد دولة المجر «AES v Hungary»[1] والتي تم الفصل فيها بموجب معاهدة ميثاق الطاقة « The Energy Charter Treaty» (ECT) حيث نصت المادة (١/١٠) على أنه «يتعين على كل طرف متعاقد، وفقا لأحكام هذه المعاهدة، تشجيع وتهيئة ظروف مستقرة للمستثمرين من الأطراف المتعاقدة الأخرى»، وقد أكدت المحكمة على أنه « ليس المقصود بتلك المادة شرط الثبات التشريعي، حيث يحق للدولة تغيير القوانين المعمول بها أو الإطار القانوني «Legal framework» حتى تتكيف تلك القواعد مع التطورات التي تطرأ على المجتمع، وبالتالي تتمتع الدولة بحق سيادي « The sovereign right» في ممارسة سلطاتها في ذلك والذي يشمل سن القوانين»[2].

خامسا: مدى إمكانية تأسيس التوقعات المشروعة على شرط الثبات التشريعي:

يثور التساؤل حول مدى إمكانية تأسيس التوقعات المشروعة على شروط الثبات التشريعي « Legitimate Expectations on the Basis of Stabilization Clauses»، للإجابة على هذا التساؤل يتعين في البداية التأكيد على أن شروط الثبات «Stabilization clauses» من الأدوات الهامة في الحد من المخاطر بمجال الاستثمار، وخاصة في الاستثمارات طويلة الأجل كثيفة رأس المال «The capital-intensive, long-term»، حيث يسعى المستثمرون ومقرضوهم إلى حماية أنفسهم ليس فقط مما قد تقوم به الدولة المضيفة من اعتداءات على حقوق المستثمرين ولكن أيضا بتوفير الحماية ضد مجموعة متنوعة

(1) AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/o7/22, Award, 23 September 2010

(2) Simon Maynard, Op. Cit., p108

«Not a stability clause" and that a "legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts»

من التصرفات الإدارية التي قد لا تؤدي إلى إضعاف جدوى المشروع الاستثماري فحسب ولكن تؤثر سلبيا «Adversely affect» عليه، ويرون أن تلك الحماية تتحقق من خلال وجود استقرار تنظيمي بالدول المضيفة وعدم انتهاك توقعاتهم المشروعة، ويتحقق ذلك عبر شرط الثبات التشريعي بالنص عليه في العقد أو في التشريع المنطبق على ذلك الاستثمار[1]، وفي حالة مخالفة الدولة لذلك الاتفاق صراحة أو إمعانها في اتخاذ إجراءات تتعارض معه؛ فإنه يُعد انتهاكا لمبدأ التوقعات المشروعة، ومن ثم في تلك الحالة يحق للمستثمر تأسيس حقه في حماية توقعاته المشروعة استنادا على شرط الثبات التشريعي المشار إليه[2].

يرى الباحث– إمكانية تأسيس مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر على شرط الثبات التشريعي، حيث تُعد تلك الحماية من الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها ذلك الشرط، سواء تم تبني المفهوم التقليدي الذي يهدف إلى حماية المستثمر من التعديلات المفاجئة والغير متوقعة للقواعد التنظيمية التي تؤثر على استثماره، أو تم تبني المفهوم الحديث الذي يهدف إلى تحقيق التوازن المالي للمستثمر.

سادسا: مدى إمكانية تأسيس التوقعات المشروعة على مبدأ حسن النية عند بطلان شرط الثبات التشريعي:

يثور التساؤل حول مدى إمكانية تأسيس شرط التوقعات المشروعة على مبدأ حسن النية «Good faith» وذلك في فرض بطلان شرط الثبات الذي التزمت به الدولة المضيفة أمام المستثمر، والذي تمثل في التزامها بعدم تغيير القواعد

(1) Andrey V. Kuznetsov, The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the Prism of The Sakhalin 2 PSA: Mandatory law, the umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, vol. 22, no. 2, 2015, p.224

(2) Andrey V. Kuznetsov, Op. Cit., p.255

التنظيمية المنطبقة على العقد المبرم مع المستثمر، ويحدث ذلك البطلان على سبيل المثال في حالة تمسك تلك الدولة بضرورة تفعيل القواعد التنظيمية المتعلقة بحماية البيئة باعتبارها من النظام العام، واتخاذها لذلك ذريعة للتحلل من شرط الثبات، ففي تلك الحالة يُمكن تأسيس التزام الدولة بحماية التوقعات المشروعة على أساس "مبدأ حسن النية" في تنفيذ الالتزامات سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، وهو ما حدث على أرض الواقع بين إحدى شركات النفط والغاز والحكومة الروسية، حيث التزمت جمهورية روسيا الاتحادية « The Russian Federation» في مواجهة الشركة المدعية بعدم تعديل القواعد التنظيمية المطبقة على العقد المبرم معها، ثم قامت الحكومة بالتحلل من ذلك الالتزام، وانتهكت شرط الثبات بحجة بطلانه لتعلقه بمجال اللوائح البيئة وسلامة العمل «Environmental and work safety regulations»، وأن أحكام شرط الثبات التي جاءت بالمادة (٢٤) من الاتفاق تخالف صراحة نصوص القانون والدستور «Constitution»، ونلاحظ في تلك الحالة أنه بالرغم من بطلان شرط الثبات لكن يمكن تأسيس التوقعات المشروعة «Legitimate expectations» على مبدأ حسن النية والذي يُعد جوهر معيار المعاملة العادلة والمنصفة « The fair and equitable treatment standard»[1]، وهو ما أكدته كذلك هيئات التحكيم بمنازعات الاستثمار، والتي من بينها الدعوى المرفوعة ضد دولة المكسيك[2]، والتي تم التأكيد فيها على تأسيس مبدأ التوقعات المشروعة على مبدأ

(1) Andrey V. Kuznetsov, Ibid., p.258

(2) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (Case No. ARB(AF)/00/2), 29 May 2003

«The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to

حسن النية في حالة بطلان شرط الثبات التشريعي في العقد المُبرم بين الشركة المدعية ودولة المكسيك.

ويرى الباحث– أنه يتعين على القضاء مراعاة كثرة وتنوع المصطلحات المستخدمة للدلالة على الثبات التشريعي في مجال الاستثمار، فيقضي بوجود ذلك الشرط من خلال الشروط الأخرى في العقد المُبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر، والتي تفيد باتجاه نية طرفي العقد لإقرار ذلك الشرط، مع التأكيد على عدم حرمان الدولة من حقها في تعديل تشريعاتها لتواكب ما يطرأ من تطورات على المجتمع على أن تراعي الدولة حماية التوقعات المشروعة للمستثمر ، ونحث القضاء وهيئات التحكيم على تأسيس مبدأ التوقعات المشروعة على شرط الثبات التشريعي في حالة الاتفاق عليه، وتأسيسه على "مبدأ حسن النية" في حالة بطلان شرط

---

make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.»

الثبات، حتى لا تبحث الدولة المضيفة عن أي ثغرات في نظامها القانوني تؤدي إلى بطلان شرط الثبات المتفق عليه، للتحلل من حماية التوقعات المشروعة للمستثمر.

ويلقى مبدأ التوقعات المشروعة أساسا له في العديد من المواثيق الدولية والدساتير المقارنة وأحيانا في القانون الداخلي لبعض الدول، وهو ما نوضحه في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور والتشريع وأهميته في مجال الاستثمار

نتناول في هذا المبحث أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور «المطلب الأول»، ومدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «المطلب الثاني»، وأهمية التوقع المشروع في مجال الاستثمار وأنواع الحماية التي يوفرها «المطلب الثالث».

المطلب الأول

أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية والدستور

نتناول في هذا المطلب أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية «الفرع الأول»، والأساس الدستوري للحق في التوقع المشروع «الفرع الثاني».

الفرع الأول

أساس التوقع المشروع في المواثيق الدولية

نتناول في هذا الفرع إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ والحق في التوقع المشروع «أولا»، والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والحق في التوقع المشروع «ثانيا».

كلية الحقوق جامعة القاهرة

أولا: إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ والحق في التوقع المشروع:

تستند حماية التوقعات المشروعة –وفقا لما نميل إليه– إلى نص المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen»[1] والتي نصت على أن «الغاية من كل اجتماع سياسي هي حفظ حقوق الإنسان الطبيعية التي لا جدال فيها، وهذه الحقوق هي: حق الحرية، حق التملك، وحق الأمن، وحق مقاومة الاضطهاد»، ونتيجة كفالة تلك المادة لمبدأ الأمن القانوني في المجتمع، فإنه يمكن تأسيس التوقعات المشروعة بالاستناد إلى ذلك النص، باعتبار أن تلك التوقعات من أهم العناصر الأساسية لذلك المبدأ.

كما يُمكن الاستناد أيضا لنص المادة (١٦)[2] من ذلك الإعلان كأساس لحماية التوقعات المشروعة، حيث نصت تلك المادة على أن «كل مجتمع لا يضمن الحقوق ولا يفصل بين السلطات هو مجتمع لا دستور له»، الأمر الذي يُستنتج منه –أيضا– أن المجتمع الذي لا يُقدم الضمانات القانونية اللازمة لكفالة الحقوق ولا يحترم مبدأ الفصل بين السلطات فإنه مجتمع لا دستور له من الناحية الواقعية، ونظرا لكون مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي تضمن الحقوق داخل أي مجتمع، الأمر الذي يُمكن معه تأسيس حماية التوقعات المشروعة استنادا لذلك النص باعتبارها أهم العناصر الأساسية لذلك المبدأ.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) Art. 2, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

(2) Art. 16, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789,
« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.»

ثانيا: النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والحق في التوقع المشروع:

نص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية « The international court of justice» على المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة « The general principles of law recognized by civilized nations» في نص المادة (38/c) [1]، ورغم وجود ذلك النص فإن الفقه يلاحظ –وبحق– إلى أن غموض الصياغة قد أدى إلى عدم ظهور اتفاق عام على ماهية «المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة» « The general principles of law recognized by civilized nations»، فرغم أن ذلك النص يوجه المحكمة إلى تطبيق تلك المبادئ، وعلى الرغم أيضا من الاعتراف بالمبادئ العامة «The general principles» كمصدر للقانون « A source of law I» منذ زمن طويل، لكن لا يوجد توافق عام بشأن طريقة تشكيل تلك المبادئ على نحو دقيق، وبالتالي أدت تلك الصيغة الغامضة « The ambiguous formula» إلى ظهور عدد هائل من المؤلفات في ذلك الشأن ولكن مع القليل من التطبيقات العملية التي تدعم ذلك، بالإضافة إلى غياب التوضيح الرسمي والموثق «Authoritative clarification» لتلك المبادئ، الأمر الذي أدى إلى أن أصبحت كل كلمة في نص تلك المادة محل تفسيرات متعارضة تدعم نظريات شديدة التباين « Divergent theories» والاختلاف، ويرجع أصل تلك المادة إلى الاقتراح المُقدم من الأستاذ «Baron Descamps» رئيس لجنة القانونيين الاستشارية « The Advisory Committee of Jurists» رغبة منه في الأخذ بنهج القانون الطبيعي « natural law approach» حتى يسمح ذلك النص للمحكمة مستقبلا بتطبيق قواعد القانون الدولي التي اقرها الضمير القانوني للأمم المتمدنة « The rules of international law as recognized by the legal conscience of

(1) Art., (38/c) Statute of the international court of justice

civilized nations»، وتطبيق قواعد العدالة الموضوعية « Objective justice»، وفي ذات السياق أشار إلى أنه من الخطأ الفادح « Great mistake» أن نتخيل أن الدول لا تلتزم إلا بالتعهدات محل التوافق المتبادل «mutual consent»[1].

ونتيجة للاختلاف حول تفسير ذلك النص، ذهب البعض إلى اعتبار التوقعات المشروعة من المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة « The general principles of law recognized by civilized nations» استنادا إلى نص المادة (38/c) [2] السابق الإشارة إليه، في حين يعارض اتجاه اخر ذلك ويرى أن ذلك موضع شك «Questionable» لعدم وجود اجماع فقهي على ذلك، كما أنه نادرا ما أشارت هيئات التحكيم «Arbitral tribunals» إلى ذلك، في حين يُدعم الاتجاه الأول حجته إلى أن مبدأ التوقعات المشروعة معترف به في العديد من النظم القانونية الرئيسية «Major legal systems» في العالم[3].

ويرى الباحث– ضرورة تطوير النظم القانونية وكفالة الأمن القانوني للأفراد والمستثمرين على حد سواء، عن طريق اعتبار أن نص المادة (38/c) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يصلح الاستناد إليه في حماية التوقعات المشروعة باعتباره من المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الممم المتمدنة.

وبالإضافة إلى وجود أساس لمبدأ التوقعات المشروعة في المواثيق الدولية، نجد له أيضا أساسا دستوريا في الدساتير المقارنة التي إما أن تنص عليه صراحة

(1) G. M Danilenko, Law-Making in the International Community, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p.173

(2) Art. (38/c), Statute of the international court of justice

(3) Teerawat Wongkaew, Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p.18

أو تنص على مبدأ الأمن القانوني الذي يشمل ضمن عناصره حماية التوقعات المشروعة للأفراد، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الأساس الدستوري للحق في التوقع المشروع

نتناول في هذا الفرع الدستور الألماني والحق في التوقع المشروع «أولا»، والدستور الأسباني والحق في التوقع المشروع «ثانيا»، والدستور الأمريكي والحق في التوقع المشروع «ثالثا»، ودستور دولة جنوب أفريقيا والحق في التوقع المشروع «رابعا»، وديباجة الدستور الفرنسي ١٩٥٨ والحق في التوقع المشروع «خامسا»، ودستوري مصر والكويت والحق في التوقع المشروع «سادسا».

أولا: الدستور الألماني والحق في التوقع المشروع:

لم ينص الدستور الألماني والذي جاء تحت عنوان القانون الأساسي « Loi fondamentale» الصادر بتاريخ ٢٣ مايو عام ١٩٤٩والمعدل[1] على مبدأ التوقع المشروع صراحة، وبالرغم من ذلك أقرت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية حماية التوقعات المشروعة استنادا إلى نص المادة (٣/٢٠)[2] وأيضا نص المادة (١/٢٨)[3] من الدستور، فقد نصت المادة (٣/٢٠)على أن «تلتزم

---

(1) Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949, (Dernier amendement 2014)

(2) Art. 20, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949, (Dernier amendement 2014)
«3. Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. »

(3) Art. 28, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949, (Dernier amendement 2014)
«1. L'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale. »

السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما تلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بالحق والقانون»، ونصت المادة (١/٢٨) على أنه «يجب أن يتفق النظام الدستوري في الولايات مع مبادئ دولة جمهورية وديمقراطية واجتماعية يحكمها سيادة القانون بالمعنى المقصود في هذا القانون الأساسي»، فقضت المحكمة استنادا إلى هاتين المادتين بأن حماية التوقعات المشروعة مستمدة من مفهوم سيادة القانون الذي يُعتبر من أسس نظام الحكم لجمهورية ألمانيا الفيدرالية، بالإضافة إلى أن مبدأ الأمن القانوني هو الأساس للدستور الليبرالي والشرط المسبق لممارسة الحرية « La sécurité juridique est une condition de base de la constitution libérale ainsi que la condition préalable pour l'exercice de la liberté»، وهو ما تؤكده نصوص الدستور بشكل مجمل، الأمر الذي يتعين معه ألا تخالف السلطات العامة توقعات الأفراد المعقولة والمشروعة المبنية على النظام القانوني للدولة، الأمر الذي يقتضي أن يكون الفرد قادرا على التنبؤ بتأثير القواعد القانونية على مركزه القانوني[1]، ومن أهم الأحكام الصادرة عن المحكمة الفيدرالية الألمانية في ذلك الشأن هو الحكم الصادر بتاريخ ١٩ ديسمبر لسنة ١٩٦١[2] والذي أكدت فيه على حماية التوقعات المشروعة للأفراد فيما يتعلق بقانون ضريبي «Loi fiscale» وقضت بأن القانون قد صدر مشوبا بعدم الدستورية لمخالفته لمبدأ التوقعات المشروعة للأفراد.

ثانيا: الدستور الإسباني والحق في التوقع المشروع:

لم ينص الدستور الإسباني الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر عام ١٩٧٨ المعدل[3]

(1) Zimmer Willy, Op. Cit., p.94

(2) Sylvia Brunet, Op. Cit.,, p.81
BVerfGE 13, 261, 19 décembre 1961

(3) The Spanish constitution, 6 December 1978, (Last amended in 27 September 2011)

كلية الحقوق جامعة القاهرة

صراحة على مبدأ التوقعات المشروعة أو الثقة المشروعة للأفراد، ولكن رغم ذلك استندت المحكمة العليا الإسبانية إلى نص المادة (٣/٩)[1] من الدستور لتقرير ذلك الحق، حيث نصت تلك الفقرة على أن «يكفل الدستور مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية ونشر القوانين، وعدم رجعية القوانين الجزائية التي لا تتوافق مع الحقوق الفردية أو تقيدها، كما يضمن سيادة القانون، ومساءلة السلطات العامة ومنع تعسفها عند استعمالها لسلطاتها»، وقد كفلت المحكمة حماية التوقعات المشروعة استنادا لنص تلك المادة لأول مرة عام ١٩٨٩[2] فيما يتعلق برفض جهة الإدارة منح إعانة مالية لإحدى المدارس الخاصة بالرغم من حصول المدعي على تلك الإعانة في العام الدراسي السابق، الأمر الذي ارتأته المحكمة انتهاك لمبدأ حسن النية، ولذا قضت بأحقية المدعي في الحصول على تلك الإعانة.

ويذهب الأستاذ «L. Arroyo» والأستاذ «G. Doménech» إلى أنه على الرغم من تأسيس المحكمة لحكمها على مبدأ حسن النية «Good faith»،

«3. The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the non- retroactivity of punitive measures that are unfavorable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter. »

(1) Art. 9, The Spanish constitution, 6 December 1978, (Last amended in 27 September 2011)

«3. The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the non- retroactivity of punitive measures that are unfavorable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter. »

(2) Judgment of the Spanish Supreme Court (Administrative Law Chamber) of 28 February 1989 (RJ 1989\145

وعدم ذكرها في الحكم "لمبدأ اليقين القانوني" أو استخدام مصطلح "التوقعات المشروعة" أو "الثقة المشروعة" صراحة، لكن حقيقة الحكم هو التأكيد على اعتبار مبدأ حماية التوقعات المشروعة يُعد من المبادئ التي تتمتع بقيمة دستورية[1].

ويرى الباحث– أن مبدأ التوقعات المشروعة قد أصبح له قيمة دستورية في إسبانيا استنادا لحكم المحكمة الدستورية العليا السابق، بالرغم من عدم ذكر المحكمة لمصطلح التوقعات المشروعة في ذلك الحكم.

ثالثا: الدستور الأمريكي والحق في التوقع المشروع:

تفضل المحاكم الأمريكية استخدام مصطلح مبدأ الإتساق « The consistency principle» بدلا من مصطلح التوقع المشروع « Legitimate Expectation»، ويتمثل مضمونه في الالتزام بالممارسات القانونية السابقة والتنفيذية دون الدخول في التفرقة بين القوانين الإجرائية والموضوعية « Procedural and substantive law»[2].

ويذهب البعض –وهو ما نؤيده– إلى أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة ١٧٨٧م[3] يضمن مبدأ الاتساق أو التوقع المشروع من خلال بعض الأحكام التي يجب مراعاتها من قبل كل من الحكومة الفيدرالية وحكومات الولايات «Federal and state governments» وذلك مثل الأحكام المتعلقة بالأثر الرجعي للقوانين «Ex post facto laws»[4]، وعدم معاقبة الشخص على ذات

(1) L. Arroyo & G. Doménech, The Europeanisation of Spanish administrative law through the principle of legitimate expectations, 4/19 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019, p.4

(2) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.29

(3) Robert A. Dahl, How Democratic is the American Constitution?, Second Edition, Yale University Press, Connecticut, 2003, pp. 1-2

(4) Clause 3 of Art. I Section 9, U.S. Constitution,

الفعل مرتين «Double jeopardy» الوارد بالتعديل الخامس[1]، ومبدأ اتباع الوسائل القانونية السليمة «Due process of law» الوارد في التعديلين الخامس[2] والرابع عشر[3]، والحق في الحماية المتساوية « Equal protection» الوارد في التعديل الرابع عشر للدستور[4]، وتلك المبادئ مدرجة في الدستور الفيدرالي ودساتير الولايات، حيث يذهب هذا الفريق إلى أنه يمكن تأسيس التوقعات المشروعة بالاستناد إلى المبادئ الدستورية السابقة.

يرى الباحث– إمكانية تأسيس مبدأ التوقعات المشروعة على المبادئ الدستورية الواردة بوثيقة الدستور الأمريكي الصادر سنة ١٧٨٧م بتعديلاته المختلفة السابق الإشارة إليها، بالرغم من تشكيك البعض في ذلك من خلال عدم وضوح ذلك المبدأ بشكل كامل في التطبيقات القضائية لقضاء المحكمة العليا الأمريكية، وهو ما نوضحه لاحقا في التطبيقات القضائية لذلك المبدأ، ونرى ضرورة التفرقة بين السند الدستوري لمبدأ التوقعات المشروعة ومدى تفعيل القضاء له في الواقع العملي.

رابعا: دستور دولة جنوب أفريقيا والحق في التوقع المشروع:

نص دستور دولة جنوب أفريقيا الصادر عام ١٩٩٦[5] صراحة في الجدول السادس منه والذي جاء تحت عنوان الترتيبات الانتقالية « Transitional arrangements» في المادة (٢٣) والتي جاءت تحت عنوان وثيقة الحقوق

(1) U.S. Constitution, Fifth Amendment, (1791)
(2) U.S. Constitution, Fifth Amendment, (1791)
(3) U.S. Constitution, 14th Amendment, (1868)
(4) U.S. Constitution, 14th Amendment, (1868)
(5) Art. 23, Schedule 6: Transitional arrangements, Constitution of the Republic of South Africa, 1996, (Last amended in 1 February 2013) «b. procedurally fair administrative action where any of their rights or legitimate expectations is affected or threatened».

كلية الحقوق جامعة القاهرة

«Bill of Rights» على «...(ب) الإجراءات الإدارية العادلة إجرائيا عند تهديد أو التأثير على أي حق من حقوقه أو توقعاته المشروعة»، وبالتالي يمثل ذلك النص أساسا دستوريا لمبدأ التوقعات المشروعة والذي يتعين على جميع السلطات العامة في الدولة احترامه، وجاء ذلك النص في إطار انتقال دولة جنوب افريقيا إلى الديمقراطية، وقد كان ذلك النص موجود في دستورها المؤقت في نص المادة (٢٤)[1].

يرى الباحث– ضرورة تبني الدول لذلك النهج في دساتيرها الحالية، بالنص في دساتيرها صراحة على مبدأ حماية التوقعات المشروعة، لتحقيق الأمن القانوني على نحو كامل.

خامسا: ديباجة الدستور الفرنسي ١٩٥٨ والحق في التوقع المشروع:

نصت ديباجة «Préambule» الدستور الفرنسي الحالي ١٩٥٨ المعدل[2] على أن «يعلن الشعب الفرنسي رسميًا تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان 1789 وكما أكدت عليها وأكملتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦...».

ويرى الباحث– تأسيس الحق في التوقعات المشروعة بالاستناد إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» الذي كفل الأمن القانوني للأفراد كما جاء بالمادة

(1) Matthew Groves, Greg Weeks, Legitimate Expectations in the Common Law World, Hart Publishing, Portland, 2017, p.170

(2) Art. préambule, Constitution du 4 octobre 1958, Modifié par Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet

« Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 »

الثانية منه[1]، وهو ما تم الإشارة إليه تفصيلا، وبالتالي يمكن الاستناد لنص تلك المادة في القول بوجود أساس دستوري لمبدأ التوقعات المشروعة في ظل دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي. ويُدعم رأينا في ذلك ما استقرت عليه أحكام المجلس الدستوري الفرنسي «Conseil constitutionnel» من إعطاء قيمة دستورية لديباجة الدستور المشار إليه مما يعني أن ذلك الحق يُعد من الحقوق الدستورية، حيث توسع المجلس الدستوري في تحديد القواعد ذات القيمة الدستورية ولا يقصرها على مواد الدستور الحالي بل تشمل ديباجة الدستور السابق لسنة ١٩٤٦ وكذلك المبادئ التي أرستها القوانين الصادرة في ظل الجمهوريات الثلاث الأولى وكذا المبادئ العامة غير المكتوبة التي يعتبرها المجلس الدستوري مبادئ ضرورية للعصر الحالي، وهو ما تم تأكيده في الحكم الصادر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٧١[2] بشأن الحق في حرية تكوين الجمعيات «Liberté d'association»، واستند في ذلك إلى المبادئ الأساسية«principes fondamentaux» المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية «Lois de la République» والتي أكدتها رسميا

(1) Art. 2, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

(2) C. C. 71-44 DC, 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association
«2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ;»

«Solennellement réaffirmés» ديباجة الدستور « Le préambule de la Constitution»، وأن مبدأ حرية تكوين الجمعيات هو الأساس الذي قامت عليه أحكام القانون ١ يوليو ١٩٠١ بشأن تكوين الجمعيات، وكذلك حكمه الصادر بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣[1] بشأن القانون المالي لسنة ١٩٧٤، حيث أكد على القيمة الدستورية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ وكذلك ديباجة الدستور، حيث جاء بحكمه أن ذلك القانون يُقيم تمييزا بين المواطنين «Discrimination entre les citoyens» مما يُعد انتهاكا لمبدأ المساواة أمام القانون «Principe de l'égalité devant la loi» الوارد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩٩ والذي تم التأكيد عليه رسميا «Solennellement réaffirmé» بديباجة الدستور « Préambule de la Constitution»، وكذلك حكمه الصادر بتاريخ ١٥ يناير ١٩٧٥[2] بشأن إعلانه

---

(1) C. C. , 73-51 DC, 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974

«2. Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution;»

(2) C. C. , 74-54 DC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse

«8. Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; 9.

عن مدى توافق قانون الإجهاض الطوعي للحمل « L'interruption volontaire de la grossesse» مع أحكام الدستور والذي قرر فيه عدم مخالفة ذلك القانون للدستور، بل أنه يحترم حرية الأشخاص « Respecte la liberté des personnes» سواء من تريد التخلص من حملها أو من يشاركها في ذلك، سواء أكان بسبب الاحتياج والعوز «Situation de détresse» أم لأسباب طبية «Thérapeutique»، ومن ثم فإنه لا ينتهك مبدأ الحرية «Principe de liberté» المنصوص عليها بالمادة (٢) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، ولا تتعارض مع المبادئ الأساسية « Principes fondamentaux» التي أقرتها قوانين الجمهورية « Lois de la République» ولا تتجاهل المبدأ (الحادي عشر) الوارد بديباجة الدستور السابق الصادر بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦، والذي نص على أن «تضمن الأمة للجميع لا سيما الطفل والأم والعمال المسنين حماية الصحة...»[1].

Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ; 10. Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ; 11. Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ;»

(1) Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

وهو ما أكده أيضا الحكم الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢[1] فيما يتعلق بقانون التأميم «Loi de nationalisation»، حيث راقب المجلس الدستوري مدى دستورية نصوص ذلك القانون ببحث مدى توافقها مع إعلان حقوق الإنسان والمواطن، وقضى فيها بعدم دستورية بعض نصوص القانون بسبب عدم تعويض أصحاب الأسهم في الشركات التي تم تأميمها، وذلك في مخالفة صريحة للمادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والتي نصت على أن «الملكية حق مقدس لا يُنتهك ولا يجوز أن يُحرم منه أحد إلا إذا استدعت الضرورة العامة ذلك

«11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé,…»

(1) C. C. , 81-132 DC, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation

«16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ; 17. Considérant que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité ; que cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes sus rappelés de la Déclaration de 1789;»

بوضوح وتأكدت قانونا بشرط أداء تعويض عادل مسبق»[1]، وأكده كذلك الحكم الصادر بتاريخ ٢٨ أبريل ٢٠٠٥[2] بشأن مدى دستورية القانون المتعلق بإنشاء

(1) Art. 17, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

(2) C. C. , 2005-514 DC , 28 avril 2005, Loi relative à la création du registre international français

«. En ce qui concerne le respect des huitième et onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : 24. Considérant que les requérants reprochent aux dispositions du titre II de la loi déférée de ne pas permettre aux navigants résidant hors de France de participer à la détermination de leurs conditions de travail et de méconnaître plusieurs exigences fondamentales, notamment leur droit à la santé et au repos ; qu'ils estiment, en conséquence, que le législateur aurait privé de garanties légales les exigences résultant des huitième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ; 25. Considérant qu'aux termes du huitième alinéa du Préambule de 1946 : " Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises " ; qu'en vertu de son onzième alinéa, la Nation " garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs... " ; qu'il incombe au législateur de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de leur mise en œuvre ; 26. Considérant, en premier lieu, qu'en application du II de l'article 24 de la loi déférée, les navigants résidant hors de France participent à l'élection des délégués de bord ; qu'en outre, l'article 12 réserve l'application des clauses plus favorables des conventions ou accords collectifs ; qu'enfin, le I de l'article 23 dispose que : " Tout navigant, quels que soient son sexe, son âge ou sa nationalité, peut adhérer librement au

السجل الدولي الفرنسي « La création du registre international français»، نصت المادة (٢/٣) على "عدم خضوع البحارة المقيمين في فرنسا لأحكام الباب الثاني من القانون" وبالتالي فإن تلك الأحكام مشوبة بعيب عدم الاختصاص السلبي بالإضافة إلى تجاهل مبدأ وضوح القاعدة القانونية وسهولة الوصول إليها، وبيان ذلك أن المشرع في ذلك القانون لم يحدد ما هو النظام الواجب التطبيق على البحارة المقيمين في فرنسا « Navigants qui, résidant en France»، وهذا يُعد خروجا على مبدأ وضوح القانون « Le principe de clarté de la loi» المستمد من نص المادة (٣٤) من الدستور، وكذلك سهولة الوصول للقانون المستمدة من المواد (٤، ٥، ٦، ١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩.

يرى الباحث– ضرورة تأسيس مبدأ حماية التوقعات المشروعة على إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ نتيجة استناد المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من أحكامه السابق الإشارة إليها إلى مواد ذلك الإعلان عند تقريره لمدى توافق نصوص القوانين المحالة إليها مع الدستور.

سادسا: دستوري مصر والكويت والحق في التوقع المشروع:

لم ينص الدستور المصري صراحة على مبدأ الأمن القانوني ولا مبدأ التوقعات المشروعة، ولكن يمكن استنباطه من خلال نص المادة (٩٤) من دستور مصر لسنة ٢٠١٢ المعدل سنة ٢٠١٤[1] والتي نصت على أن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات»، فيمكن تأسيس التوقعات

---

syndicat professionnel de son choix " ; que le législateur a ainsi prévu des mesures répondant aux exigences du huitième alinéa du Préambule de 1946 ;»

(1) دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل، الجريدة الرسمية، العدد 3 مكرر (أ)، بتاريخ 18 يناير سنة 2014

المشروعة بالاستناد إلى مبدأ سيادة القانون والذي ينبثق منه الحق في الأمن القانوني والذي من بين عناصره الأساسية مبدأ التوقعات المشروعة.

ولم ينص دستور دولة الكويت الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢ على مبدأ الأمن القانوني ولا مبدأ التوقعات المشروعة ولكنه نص في المادة (٦) على أن «نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعا، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور»، الأمر الذي نميل فيه إلى تأسيس حماية التوقعات المشروعة للأفراد استنادا إلى مبدأ سيادة القانون.

يرى الباحث– إمكانية تأسيس مبدأ حماية التوقعات المشروعة في كل من دستور مصر ٢٠١٢ المعدل ٢٠١٤ ودستور الكويت الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٦٢ على "مبدأ سيادة القانون" والذي ينبثق منه الحق في الأمن القانوني والذي يُعد مبدأ حماية التوقعات المشروعة من أهم عناصره.

وبعد بيان الأساس الدستوري للحق في حماية التوقعات المشروعة، وقد ظهر التباين في مواقف دساتير الدول في ذلك، نلاحظ أن الوضع لم يختلف أيضا بالنسبة لموقف الدول من مدى اعتبار مبدأ حماية التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي، وهو ما نوضحه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

مدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي

نتناول في هذا المطلب مدى اعتبار القضاء الدستوري التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «الفرع الأول»، ومدى اعتبار القضاء الإداري التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «الفرع الثاني».

كلية الحقوق جامعة القاهرة

الفرع الأول

مدى اعتبار القضاء الدستوري التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي

نتناول في هذا الفرع المجلس الدستوري الفرنسي ورفض الاعتراف بمبدأ التوقعات المشروعة بالقانون الداخلي «أولا»، وموقف المحكمة العليا الأمريكية من مبدأ التوقعات المشروعة «ثانيا»، وموقف المحكمة العليا للمملكة المتحدة من مبدأ التوقعات المشروعة «ثالثا»،وموقف القضاء الدستوري في مصر والكويت من مبدأ التوقعات المشروعة «رابعا».

أولا: المجلس الدستوري الفرنسي ورفض الاعتراف بمبدأ التوقعات المشروعة بالقانون الداخلي:

١ – تشدد المجلس الدستوري الفرنسي في الاعتراف بمبدأ التوقعات المشروعة كجزء من القانون العام الداخلي:

قرر المجلس الدستوري «Conseil constitutionnel» الفرنسي صراحة في حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦[1] بأنه لا توجد أي قاعدة دستورية تتضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة « Qu'aucune norme

---

(1) C. C. 96-385 DC, 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997

«Considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait ; qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime " ; Considérant enfin que le prélèvement mis en cause par les requérants est opéré sur les excédents financiers centralisés des organismes collecteurs de la contribution des entreprises au financement de la formation en alternance et non directement sur les entreprises contributrices ; que dès lors le moyen tiré de discriminations dans l'établissement de l'assiette de l'impôt manque en fait ;»

constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime "»، وذلك بمناسبة بحث مدى دستورية القانون المالي «Loi de finances» لسنة ١٩٩٧، بشأن الضريبة المفروضة على الدخل «L'impôt sur le revenu»، حيث تم الادعاء بأن هذا القانون قد جاء بضريبة قاسية وبشكل مباغت مما يُعد انتهاكا لمبدأ التوقعات المشروعة «Principe de confiance légitime»، ويُعد تمييزا بين الخاضعين للضريبة بالإضافة إلى إخلال القانون بمبدأ حرية التعاقد « Liberté contractuelle» وهو ما نفاه المجلس الدستوري، وقد أكد على ذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٩٧[1] بشأن الطلب المقدم إليه من (٦٠) نائبا بشأن بحث مدى

(1) C. C. , 97-391 DC , 07 novembre 1997, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier « 5. Considérant que les auteurs de la requête font grief aux dispositions du premier alinéa d'être entachées de rétroactivité et de contrevenir ainsi à un principe de "sécurité juridique" ; qu'ils soutiennent à cet égard que leur application à des revenus ponctuels, provenant notamment de la cession d'éléments du patrimoine professionnel, décidée en fonction des règles fiscales en vigueur le jour de cette décision, n'est pas justifiée par une nécessité impérieuse et méconnaît dès lors un principe de "confiance légitime" ; qu'ils exposent, en outre, qu'en portant au niveau de droit commun le taux d'imposition de plus-values qui peuvent être purement nominales en raison de l'érosion monétaire, les dispositions contestées sont entachées, à ce titre également, d'une rétroactivité inconstitutionnelle en portant une atteinte excessive au droit de propriété ; qu'à tout le moins, les nouvelles dispositions ne devraient pas s'appliquer aux plus-values constatées en comptabilité avant le 1er janvier 1997 et dont l'imposition fait l'objet d'un sursis d'imposition ; qu'enfin, en traitant différemment une cession réalisée en 1997, selon qu'elle est ou non antérieure au début de l'exercice ouvert en 1997, ces dispositions sont contraires au principe d'égalité ;

دستورية القانون الصادر بشأن التدابير المالية والضريبية المستعجلة « Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier»، حيث طالب المدعون المجلس الدستوري بأن يعلن أن المادة (٢) من ذلك القانون لا تتفق مع أحكام الدستور، المتعلقة بفرض ضريبة على الأرباح والخسائر الرأسمالية طويلة الأجل «Plus ou moins values à long terme» المحققة بمناسبة التصرف في أصولها الثابتة «Actif immobilisé»، وذلك لانطباق أحكام الفقرة الأولى منها بأثر رجعي «Rétroactivité» مما يتعارض مع مبدأ الأمن القانوني «Sécurité juridique»، بالإضافة إلى عدم وجود ضرورة مُلحة «Nécessité Impérieuse» تبرر سن تلك الأحكام، وبالتالي فإن ذلك يُعد تجاهل لمبدأ التوقعات المشروعة «confiance légitime»، وأكد المدعون عدم دستورية الأثر الرجعي «Rétroactivité inconstitutionnelle» لتلك المادة، والذي يُعد اعتداء صارخ «Atteinte excessive» على حق الملكية «Droit de propriété»، فقضى المجلس بأن مبدأ عدم رجعية القوانين «Principe de non rétroactivité des lois» له قيمة دستورية فقط في المسائل ذات الطبيعة الجنائية وذلك بموجب المادة (٨) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن « la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen»، وبالتالي يحق للمشرع «législateur» أن يسن أحكام ضريبية تطبق بأثر رجعي طالما أنها لا تخل بالضمانات الدستورية المقررة، وأنه لا توجد أي قاعدة دستورية تتضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة.

---

6. Considérant que le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; qu'il est loisible au législateur d'adopter des dispositions fiscales rétroactives dès lors qu'il ne prive pas de garantie légale des exigences constitutionnelles ; qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime" ;»

وهو ما أكده أيضا في حكمه الصادر بتاريخ ٢٢ ديسمبر ٢٠١٢[1] حيث طلب (٦٠) عضوا من أعضاء مجلس الشيوخ «Sénateurs» وفي نفس اليوم تقدم أيضا (٦٠) نائبا من أعضاء الجمعية الوطنية لمطالبة المجلس الدستوري بالإعلان عن عدم دستورية القانون المالي لسنة ٢٠١٣ مع الدستور استنادا إلى مخالفة العديد من مواد القانون للدستور، واستند أعضاء مجلس الشيوخ إلى أن أحكام المواد المطعون عليها ذات الأثر الرجعي «Caractère rétroactif» تنتهك مبدأ الأمن القانوني «Sécurité juridique» لدافعي الضرائب «Contribuable» من خلال تعديله للمعاملة الضريبية « Traitement fiscal» للمعاملات الجارية «Opérations en cours» مما يُعد اخلالا بمبدأ التوقعات المشروعة «Confiance légitime» التي تضمنتها المادتان (٢، ١٦) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩، ورفض المجلس الدستوري تلك الادعاءات فيما يتعلق بمخالفة مبدأ التوقعات المشروعة حيث قرر صراحة بأنه يجوز للمشرع «Législateur» في أي وقت «à tout moment» طالما لم

---

(1) C. C. , 2012-662 D , 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013

«106. Considérant que les sénateurs requérants soutiennent que ces dispositions, qui ont un caractère rétroactif, portent atteinte à la sécurité juridique du contribuable par la modification du traitement fiscal d'opérations en cours et à la confiance légitime garanties par les articles 2 et 16 de la Déclaration de 1789 ;

107. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ;»

يخرج عن مجال اختصاصه «Le domaine de sa compétence» أن يُعدل «Modifier» النصوص القائمة أو يلغيها «Abroger» أو يستبدلها بقواعد أخرى عند اللزوم «Le cas échéant»، بشرط ألا يخل ذلك بالضمانات الدستورية وألا يؤثر على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت بشكل مشروع، وأن المواد (٢٢، ٢٣، ٢٤) من ذلك القانون والمتعلقة بالضرائب المستحقة والتي قامت بتعديل المزايا الضريبية «Avantages fiscaux» الممنوحة في السابق غير مشوبة بعدم الدستورية، وأنه لا توجد أي قاعدة دستورية «Aucune règle constitutionnelle» تفرض استمرار تلك الامتيازات وتمنع من تعديلها، وأن نصوص تلك المواد المطعون عليها لا تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد ولا على المراكز القانونية التي تمت بشكل مشروع وفقا للقانون والتي يجوز المساس بها إذا وجد ما يبرر ذلك لدواعي المصلحة العامة «Intérêt général».

ويرى الباحث– عدم الاتفاق مع ذلك الاتجاه المتشدد للمجلس الدستوري في عدم الاعتراف بمبدأ حماية التوقعات المشروعة، بالرغم من وجود العديد من الأسانيد الدستورية الواردة بإعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩ والتي يمكن تأسيس حماية التوقعات المشروعة عليها كما أوضحنا ذلك سلفا.

٢– ملطفات عدم اعتراف القاضي الدستوري بمبدأ التوقعات المشروعة:

بالرغم من أن المجلس الدستوري «Le Conseil Constitutionnel» رفض من البداية الاعتراف بمبدأ التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل، وأكد في العديد من أحكامه أنه لا توجد قاعدة دستورية تضمن مبدأ يُعرف باسم التوقعات المشروعة « Qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit…un principe dit de confiance légitime»[1]، ولكننا نجد

(1) C. C. 96-385 DC, 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997

أن المجلس الدستوري قد لطف من ذلك التشدد من خلال اعترافه بتطبيق ذلك المبدأ عند تطبيق قانون الاتحاد الأوروبي أو قانون الجماعة الأوروبية، وكذلك تأكيده على الحماية الدستورية للحقوق المكتسبة للأفراد والمراكز القانونية التي تمت على نحو مشروع[1]، مع تأكيده على حق المشرع في تعديل القانون بشرط عدم الإخلال بالضمانات الدستورية الواجب إتباعها[2].

ثانيا: موقف المحكمة العليا الأمريكية من مبدأ التوقعات المشروعة:

لا تستخدم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية « The American Supreme Court» مصطلح "التوقعات المشروعة" « Legitimate Expectation» وإنما تستخدم مصطلح مبدأ الاتساق « The consistency principle»، وتعترف المحكمة بحماية التوقعات المشروعة تحت مظلة ذلك المبدأ، ومن ذلك ما قضت به في قضية «Shaball» عام ١٩٩٠[3]، حيث رأت أن مبدأ الاتساق يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ سيادة القانون « The consistency principle is closely related to the rule of law» والذي يقر لكل مواطن «Each citizen» حماية توقعاته المشروعة فيما يتعلق بتصرفات ممثلي جهة الإدارة بأن تكون متوافقة مع القانون المعمول له والممارسات التي اعتادت عليها تلك الجهات، ولا تعتد المحكمة العليا الأمريكية بحماية التوقعات المشروعة للأفراد في حالة تعارضها مع المصلحة العامة «Public interest» بشكل صارخ، ومن ذلك حكمها في قضية «Mathews v. Eldridge» الصادر بتاريخ

(1) C. C. , 2012-662 D , 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013

(2) C. C. , 2015-474 QPC, 26 juin 2015 , Société ICADE (Imposition des plus-values latentes afférentes à des actifs éligibles à l'exonération postérieurement à l'option pour le régime des SIIC)

(3) SHABALL v. State Compensation Insurance Authority, 799 P.2d 399 (1990)

كلية الحقوق جامعة القاهرة

٢٤ فبراير ١٩٧٦[1] فيما يتعلق باستحقاق العمال المُعاقين للمزايا المُقررة في قانون الضمان الاجتماعي «the Social Security Act»، والتي قضت فيها بأن تمسك المدعي بحماية توقعاته الإجرائية المعقولة يتعارض مع المصلحة العامة، ولكن أحيانا لا تُقر بحماية التوقعات المشروعة في أحكام أخرى[2]، وتشترط لحماية تلك التوقعات أن تستند إلى قانون أو لائحة أو عقد ضمني.

ثالثا: موقف المحكمة العليا للمملكة المتحدة من مبدأ التوقعات المشروعة:

تبنت المحكمة العليا للمملكة المتحدة « The Supreme Court of the United Kingdom» مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد في العديد من أحكامها، والتي من بينها الحكم الصادر بتاريخ ٢٦ يوليو ٢٠١٧[3]، حيث قضت بإلغاء المرسوم الصادر بشأن تحديد الرسوم القضائية في الدعاوى العمالية، بناء على الطعن المقدم من اتحاد العمال «UNISON» ضد المدعى عليه « Lord Chancellor»، وكان من ضمن أسباب الطعن أن تلك الرسوم تتعارض على نحو غير مبرر مع حق العمال في اللجوء للقضاء، فقبل صدور ذلك المرسوم كان المدعي يستطيع رفع تلك الدعاوى واستئناف الأحكام الصادرة فيها دون دفع أية رسوم، فقضت المحكمة العليا بإلغاء ذلك المرسوم لمخالفته للقانون الداخلي وقانون الاتحاد الأوروبي، نظرا لمساسه بالحق في الوصول للعدالة « The right of access to justice»، وأكدت على مشروعية فرض رسوم قضائية على الدعاوى العُمالية ولكن يتعين أن يكون ذلك التقدير معقولا وغير مُبالغ فيه،

(1) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)

(2) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972)

(3) R (UNISON) v Lord Chancellor [2017] UKSC 51

«Furthermore, it is not only where fees are unaffordable that they can prevent access to justice. They can equally have that effect if they render it futile or irrational to bring a claim. As explained earlier, many claims which can be brought in ETs do not seek any financial award»

وبالتالي فإن ذلك التقدير المبالغ فيه سيحول دون إمكانية اللجوء للعدالة، كما سيجعل رفع تلك الدعاوى أمر غير مجد «futile» أو غير منطقي «irrational».

يرى الباحث- أنه على الرغم من عدم استخدام المحكمة لمصطلح التوقعات المشروعة «Legitimate expectation»، واستنادها في إلغاء المرسوم محل الطعن إلى انتهاكه للحق في الوصول للعدالة « the right of access to justice» المقرر بمقتضى القانون الداخلي وقانون الاتحاد الأوروبي، لكننا نميل إلى أن ذلك الحكم يُعد تطبيقا واضحا لمبدأ التوقعات المشروعة، حيث كان يتم رفع الدعاوى العمالية واستئنافها دون دفع أية رسوم قضائية قبل صدور المرسوم محل الطعن، ثم صدر هذا المرسوم ووضع تقديرا للرسوم القضائية في تلك الدعاوى بشكل مُبالغ فيه وعلى نحو غير متوقع وبشكل مفاجئ ويتسم بالمباغتة، الأمر الذي دفع المحكمة لإلغائه.

رابعا: موقف القضاء الدستوري في مصر والكويت من مبدأ التوقعات المشروعة:

نبحث تباعا موقف القضاء الدستوري في مصر من مبدأ التوقعات المشروعة، وموقف الدائرة الإدارية في الكويت من ذلك المبدأ.

١- موقف القضاء الدستوري في مصر من مبدأ التوقعات المشروعة:

نبحث تباعا اعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مجال التشريعات الضريبية، واعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مجال تحصيل الرسوم، واعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مبدأ عدم رجعية القوانين وحماية حق الملكية.

أ- اعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مجال التشريعات الضريبية:

اعترفت المحكمة الدستورية العليا في مصر بمبدأ حماية التوقعات

المشروعة للأفراد في مجال التشريعات الضريبية، حيث قضت صراحة بعدم دستورية القانون بسبب مصادمة التوقع المشروع للأفراد، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٧، حيث قضت بأن « جباية الأموال في ذاتها لا يعتبر هدفا يحميه الدستور, فضلاً عن مصادمته للتوقع المشروع من جانب المكلفين بأداء هذه الضريبة، والذي ينافيه غموض عبارة "خدمات التشغيل للغير" وعدم تحديدها للبناء القانوني للضريبة على نحو يتحقق به علم المكلفين بها – بالأداة التي حددها الدستور – بالعناصر التي يقوم عليها على نحو يقيني واضح، بحيث لا يكون عبؤها ماثلاً في أذهانهم، بما يجعل تقرير الأثر الرجعي في هذه الحالة، نوعاً من المداهمة والمباغتة تفتقر لمبرراتها»[1].

وهو ما أكدته في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ مايو ٢٠١٣ حيث قضت بأن «وحيث إن المشرع قد أورد النص المطعون فيه ضمن الأحكام العامة الواردة بالباب السادس من الكتاب الأول من قانون الضرائب على الدخل المشار إليه، ولم يحقق فيه التوازن المطلوب بين أمرين هما حق الدولة في استئداء الضريبة المستحقة قانونا، لما تمثله من أهمية بالغة نحو وفاء الدولة بالتزاماتها العامة تجاه الأفراد، وبين الضمانات الدستورية والقانونية المقررة في مجال فرض الضرائب على المواطنين، لا سيما من حيث تحديد وعاء الضريبة تحديدا حقيقيا كشرط لعدالتها. ذلك أن المشرع قد منح بهذا النص مصلحة الضرائب سلطة عدم الاعتداد بالإقرار وتحديد الإيرادات والأرباح بطريق التقدير الجزافي، دون تقييد سلطتها في هذا الشأن بضوابط ومعايير حاكمة، يُعد التزامها شرطا لعدالة الضريبة، ولصون مصلحة كل من الممولين والخزانة العامة، وتكفل أن يكون وعاء الضريبة ممثلاً في المال المحمل بعبئها محققا ومحددا على أسس واقعية يضحى ممكنا معها الوقوف على حقيقته بعيدا عن شبهة الاحتمال أو الترخص، وصولاً إلى تقدير حقيقي لهذا الوعاء، وتحديد المقدرة التكليفية للممولين تحديدا حقيقيا بعيدا عن الشطط في

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 232 لسنة 26 ق، بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٧

التقدير الذي يجاوز أرباح الممولين الفعلية، ويتعداها إلى أصل رأس المال فيدمره، ويقيم الربط الضريبي على أسس غير واقعية، تصادم التوقع المشروع لهم، وتباغت حياتهم وتعصف بمقدراتهم، وتصم الإقرارات المقدمة منهم بعدم الصحة فلا يكون مقدار الضريبة الملزمين بأدائها معروفا لهم قبل استحقاقها، ولا عبؤها ماثلاً في أذهانهم عند سابق تعاملاتهم، بما لازمه ترخص مصلحة الضرائب في تحديد وعاء الضريبة ومادتها ومصرفها ومقدارها تبعا لذلك، بعيدا عن الضوابط الدستورية الحاكمة لإنشاء الضرائب العامة»[1]

ب- اعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مجال تحصيل الرسوم:

اعترفت المحكمة الدستورية العليا في مصر بمبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد في مجال تحصيل الرسوم، حيث قضت صراحة بعدم دستورية القانون بسبب مصادمة التوقع المشروع للأفراد، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١١ يونيو ٢٠٠٦ حيث قضت بأن «حيث إن البند (ج) من المادة (75) المطعون عليه في النطاق المحدد لم يضع معياراً، تُحدد على أساسه قيمة الأراضي الزراعية الكائنة في ضواحي المدن، في الأحوال التي تُحصل الرسوم النسبية على أساسها، معتداً فقط بالقيمة التي يوضحها الطالب. غير أنه لم يركن إلى ذلك، فاتخذ من الجباية منهاجاً له، إذ عوّل على نظام التحري الذي يقوم به قلم الكتاب عن القيمة الحقيقية للأراضي المشار إليها، تمهيداً لإخضاع ما قد يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسوم تكميلية، بعد الحكم في الخصومة القضائية، واستكمال إجراءاتها، دون أن يضع معايير دقيقة تنضبط بها أسس التقدير، متوخياً أن يوفر عن طريقها وعلى غير أسس موضوعية موارد للدولة تعينها على إشباع جانب من احتياجاتها، وهو ما يعنى ملاحقتها للممولين من أجل استئدائها، تأميناً لمبلغها بعد أن أدرجها

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 229 لسنة 29 ق، بتاريخ ١٢ مايو ٢٠١٣

بموازنتها على ضوء توقعها الحصول عليها من خلال الرسوم القضائية وجنوحها بالتالي إلى المغالاة في تقدير رسومها، فكان طلب تلك الرسوم التكميلية من ذوى الشأن مصادماً لتوقعهم المشروع، فلا يكون مقدارها معروفاً قبل انعقاد الخصومة القضائية، ولا عبؤها ماثلاً في أذهانهم عند التقاضي، فلا يزنون خطاهم على ضوء تقديرهم سلفاً لها، ولا يعرفون بالتالي لأقدامهم مواقعها، بل يباغتهم قلم الكتاب بها، ليكون فرضها نوعاً من المداهمة التي تفتقر لمبرراتها، وعدواناً على الملكية الخاصة من خلال اقتطاع بعض عناصرها دون مسوغ»[1]

ج- اعتراف المحكمة الدستورية العليا بمبدأ التوقعات المشروعة في مبدأ عدم رجعية القوانين وحماية حق الملكية:

اعترفت المحكمة الدستورية العليا في مصر بمبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد في حالة خروج المشرع على مبدأ عدم رجعية القوانين في غير الحالات المسموح بها من المشرع الدستوري، وكذلك في حال اعتداء المشرع على حق الملكية، حيث قضت المحكمة صراحة بعدم دستورية القانون بسبب مصادمة التوقع المشروع للأفراد، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٨ والذي قضت فيه بأنه «وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان المشرع قد قرر، بنصي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (3) من القانون رقم 3 لسنة 1986 المشار إليه، إشراك المقبولين في بحث التوزيع أو الورثة عنهم مع المنتفع الأصلي أو الورثة عنه مشاعا، حسب الأحوال، في ملكية الأرض محل العقد المبرم بين مالكها المنتفع الأصلي، والهيئة العامة للإصلاح الزراعي، فبذلك يكون المشرع قد عدل عن التنظيم القانوني الذي تضمنه المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المشار إليه؛ الذي أبرم ذلك العقد في ظل سريان أحكامه، إلى تنظيم جديد انطوى عليه القانون رقم 3 لسنة 1986 على النحو سالف البيان، مرتبا أثرا رجعيا موضوعيا؛

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 308 لسنة 24 ق، بتاريخ ١١ يونيو ٢٠٠٦

مخلا بذلك بحرية المالك في التعاقد، مما أدى إلى تقسيم الملكية بين المنتفع الأصلي أو الورثة عنه من ناحية، والمقبولين في بحث التوزيع أو الورثة عنهم من ناحية أخرى، بالرغم من أن المنتفع الأصلي هو المالك دون غيره، أما المقبولون في بحث التوزيع فقد تم إدراجهم في استمارة البحث لبيان من يعولهم المنتفع الأصلي؛ من أجل تحديد أفضلية وتقدير مساحة الأرض التي آلت إليه طبقا لأحكام القانون الأول المشار إليه، بما مؤداه الانتقاص من حقوق بعض ورثة المنتفع الأصلي، ومنهم المدعيان، لصالح المقبولين في بحث التوزيع أو الورثة عنهم، مما يعد تمييزا تحكميا غير مبرر بين الورثة بالرغم من وحدة مركزهم القانوني، وشقاقا يمزق تماسك الأسرة ووحدتها واستقرارها وترسيخ قيمها، فضلا عن مصادمة التوقع المشروع من جانب وارثي المنتفع الأصلي؛ نظرا لتطبيق النصين المطعون فيهما بأثر رجعي في شأن المنتفعين الذين لم يستكملوا إجراءات تسجيل ملكيتهم، ومن بينهم مورثهم، بالإضافة إلى كفالة هذين النصين الحق في الميراث لغير ورثة المنتفع الأصلي الشرعيين، من ناحية؛ مثل مطلقة المنتفع الأصلي التي سبق أن ورد أسمها باستمارة البحث عند أيلولة ملكية الأرض إليه، ومن ناحية أخرى؛ حرمانهما الابن الذي لم يرد اسمه بتلك الاستمارة نظرا لحدوث واقعة ميلاده بعد تحريرها، وتبعا لذلك يكون النصان المطعونان فيهما قد خالفا مبادئ الشريعة الإسلامية، وانتقصا من حق الملكية الخاصة، وأخلا بمبدأ المساواة وبالحرية الشخصية، وأهدرا الحق في التوقع المشروع، ومن ثم يقع هذان النصان في حومة مخالفة المواد (2 و10 و35 و53 و54 و225) من الدستور؛ مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريتهما»[1].

٢- موقف القضاء الدستوري في الكويت من مبدأ التوقعات المشروعة:

نجد أن المحكمة الدستورية الكويتية قد أكدت على حماية مبدأ الأمن

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 236 لسنة 26 ق، بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٨

القانوني في العديد من أحكامها، ويتم الاستناد إلى ذلك المبدأ عند الطعن بعدم الدستورية نص في قانون أو لائحة، باعتباره من المبادئ الدستورية التي كفلها الدستور، وهو ما أكدته في العديد من أحكامها، ومن ذلك على سبيل المثال ما قضت به من أن «حسم الخلاف حول تحديد الخط الفاصل بين ملكية الدولة وملكية الأفراد الخاصة ليتوافر الامن القانوني، وتستقر الأوضاع المتصلة بهذه الملكيات باعتبارها ثروة وطنية، ولا شك ان تدخل المشرع بالقانون المطعون فيه يتمشى وينسجم مع المصلحة العامة التي على أساسها صدر القانون 69/18»[1]، ولكنها لم تذكر مبدأ التوقعات المشروعة في أحكامها، ولا تعترف به كمبدأ مستقل يجوز الاستناد إليه عند الطعن بعدم الدستورية.

ويرى الباحث– تأييد موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر فيما ذهبت إليه من كفالة الحق في حماية التوقعات المشروعة للأفراد على نحو صريح، في حين يحث الباحث كل من القضاء الدستوري في فرنسا والكويت بكفالة هذا المبدأ، على أن يتم تأسيسه في الكويت على مبدأ سيادة القانون، في حين يوجد في فرنسا العديد من الأسانيد التي يمكن الاستناد إليها والتي أوضحناها سلفا.

وبالتالي يتضح اختلاف موقف القضاء الدستوري من مسألة مدى اعتبار مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد جزء من القانون العام الداخلي، وقد تكرر ذلك الخلاف أيضا فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري من مدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي، وهو ما نبينه في الفرع الثاني.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ١ لسنة ١٩٨١ق، بتاريخ ١١ يوليو ١٩٨١
حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٠٠٨ق، بتاريخ ١٨ فبراير ٢٠٠٩
حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٢ لسنة ٢٠٠٩ق، بتاريخ ٩ يونية ٢٠٠٩
حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠٨ق، بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٨

الفرع الثاني

مدى اعتبار القضاء الإداري التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي

نتناول في هذا الفرع القضاء الإداري الفرنسي ومدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «أولا»، ومدى اعتبار قضاء المملكة المتحدة التوقعات المشروعة جزء من القانون الداخلي «ثانيا»، ومدى اعتبار قضاء الولايات المتحدة الأمريكية التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «ثالثا»، ومدى اعتبار القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت للتوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي «رابعا».

أولا: القضاء الإداري الفرنسي ومدى اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي:

قصر مجلس الدولة الفرنسي ومحاكم الاستئناف الإدارية وأيضا المحاكم الإدارية تطبيق الحق في التوقعات المشروعة على حالة تطبيق قانون الجماعة الأوروبية فقط، فنبحث تباعا موقف مجلس الدولة الفرنسي، ومحاكم الاستئناف الإدارية، والمحاكم الإدارية.

١- مجلس الدولة الفرنسي وتطبيق مبدأ التوقعات المشروعة في حال تطبيق قانون الجماعة الأوروبية فقط:

أ- الاتجاه المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي ورفض اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون الداخلي:

يؤكد مجلس الدولة الفرنسي في قضائه على أن مبدأ التوقعات المشروعة يتم تطبيقه فقط في حالة تطبيق قانون الاتحاد الأوروبي أو قانون الجماعة الأوروبية «Le droit communautaire» على المنازعة المعروضة عليه، أما في غير تلك الحالة فإنه لا يوفر الحماية القانونية لتلك التوقعات، وهو ما أكده في

كلية الحقوق جامعة القاهرة

حكمه الصادر بتاريخ ٥ مارس ١٩٩٩[1]، وكذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٩ مايو ٢٠٠١[2] حيث أكد أن المرسوم محل الطعن لا يعتبر تنفيذا لقانون الجماعة الأوروبية، وبالتالي لا يجوز الادعاء بعدم الوفاء بمبدأ التوقعات المشروعة تأسيسا

(1) C.E., Ass., 5 mars 1999, M. Rémi Z...et Mme Hélène Y..., n° 194658 et n° 196116, publié au recueil Lebon

«Sur le moyen tiré du principe de confiance légitime : Considérant que les dispositions de l'article L. 521-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue de la loi du 19 décembre 1997, ne sont pas au nombre des actes pris par les autorités nationales pour la mise en œuvre du droit communautaire ; qu'ainsi, et en tout état de cause, les requérants ne sauraient valablement soutenir, en se référant au droit issu du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne devenue la Communauté européenne, que le Conseil d'Etat devrait écarter l'application de l'article L. 521-1 du code précité au motif qu'il serait contraire au principe de confiance légitime».

(2) C.E., 9 mai 200,L'entreprise personnelle de transports X..., n° 210944

«Considérant que ce principe qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors, d'une part, que le décret du 18 août 1992 n'a pas été pris pour la mise en œuvre du droit communautaire et, d'autre part, qu'il a été pris antérieurement à l'intervention du règlement n° 259/93 (CE) du Conseil du 1er février 1993 ; que, par suite, en rejetant la demande de l'ENTREPRISE PERSONNELLE DE TRANSPORTS X... au motif que les conditions d'application du principe de confiance légitime n'étaient pas réunies, alors qu'il était en réalité inapplicable, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'une erreur de droit ;»

عليه؛ حيث أن ذلك المبدأ غير قابل للتطبيق في تلك الحالة، وهو ما تم تأكيده في حكمه الصادر بتاريخ ١٨ يونيو ٢٠٠٨ بأن مجلس الدولة الفرنسي لا يتجاهل بأي حال من الأحوال مبادئ التوقعات المشروعة « Principes de confiance légitime» ولا الأمن القانوني «sécurité juridique» الذي يكفله قانون الجماعة الأوروبية « Le droit communautaire» علاوة على ذلك فإن الاتفاق المؤرخ في ١٨ مارس ١٩٩٩ بشأن العمل محددة المدة « Le travail à durée déterminée» والذي وضع موضع التنفيذ بموجب التوجيه الأوروبي رقم (CE/70/1999) بتاريخ ٢٨ يونيو ١٩٩٩ فإن ذلك النص ومبدأ التوقعات المشروعة غير قابلين للتطبيق على النزاع المرفوع من الطاعن، لعدم انطباق قانون الجماعة الأوروبية على النزاع الماثل[1]، كما أكده في حكمه الصادر بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠٠٩ بأن مبدأ التوقعات المشروعة يُعد جزء من المبادئ العامة لقانون الجماعة الأوروبية، لكن لا يمكن تطبيقه باعتباره جزء من النظام القانوني الداخلي «L'ordre juridique national» إلا إذا كان النزاع خاضعا لقانون الجماعة الأوروبية، حيث كان يدعي الطاعن انتهاك فرنسا للالتزامات الناتجة عن التوجيه رقم (CEE/440/75) الصادر بتاريخ ١٦ يونيو ١٩٧٥ بشأن تحديد جودة المياه المتطلبة لإنتاج مياه الشرب[2].

(1) C.E., 18 juin 2008, M. Robert A, n° 295831

« Considérant, enfin, que les décisions des 3 juillet 2002 et 19 novembre 2003 du Conseil d'État ne méconnaissent pas, en tout état de cause, les principes de confiance légitime et de sécurité juridique garantis par le droit communautaire ainsi qu'un accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 dès lors que ni ce principe ni ce texte n'étaient applicables dans le litige relatif à la situation de M. A réglé par ces décisions ;»

(2) C.E. 10 avr. 2009, L'association pour le maintien de l'élevage en Bretagne, n° 310184

كما قضى بأنه لا يوجد نص في قانون الاتحاد الأوروبي يضع تنظيم بشأن إجراءات أخذ رأي الجمهور «Consultation du public» فيما يتعلق بالمشروعات التي يكون هناك احتمالية لتأثيرها على البيئة « Les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement»، الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية تمسك مقدمي الطعن «requérantes» بمبدأ التوقعات المشروعة[1]، وكذلك بعدم انطباق مبدأ التوقعات المشروعة على رقابة تملك وحيازة الأسلحة « Contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes»، وأن توجيه المجلس الأوروبي رقم (CEE/477/91)

«Considérant en quatrième lieu que le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que lorsque la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel est le cas d'un recours dirigé contre un décret pris pour tirer les conséquences d'une procédure en manquement engagée contre la France par la Commission européenne en raison de l'inobservation des obligations résultant de la directive 75/440/CEE du 16 juin 1975 du Conseil relative à la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire ;»

(1) C.E., 22 juin 2016, l'Association pour une taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne (ATTAC) et autres, n° 400704
«Considérant, en quatrième lieu, que le principe de confiance légitime, qui est au nombre des principes généraux du droit de l'Union européenne, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; qu'aucun texte de droit de l'Union n'a pour objet de régir les modalités de consultation du public concernant les projets susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement ; que, par suite, les requérantes ne peuvent utilement invoquer le principe de confiance légitime ;»

الصادر بتاريخ ١٨ يونيه ١٩٩١ لا يُطبق على كاليدونيا الجديدة «Nouvelle-Calédonie»، لكون المرسوم محل الطعن «Le décret attaqué» لا يُعد تنفيذا لقانون الاتحاد الأوروبي[1].

ب- محاولة مجلس الدولة الفرنسي إقرار التوقعات المشروعة كجزء من القانون الداخلي من خلال المسألة الدستورية الأولية:

ويُحمد لمجلس الدولة الفرنسي محاولة إدخاله لمبدأ حماية التوقعات المشروعة بالقانون العام الداخلي عبر المسألة الدستورية الأولية، ولكن قوبلت تلك المحاولة بالرفض من قبل المجلس الدستوري، حيث قرر المجلس الدستوري صراحة أنه يحمي فقط الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت بشكل مشروع وفقا للنظام القانوني ولا تمتد تلك الحماية لمبدأ التوقعات المشروعة ولا يمكن اعتباره جزء من القانون الداخلي، وكان ذلك في حكم حديث له بتاريخ ٢٦ يونيو ٢٠١٥[2]، حيث قام مجلس الدولة الفرنسي «Conseil d'État» بإحالة مسألة

---

(1) C.E., 28 septembre 2016, M. B...et Syndicat des armuriers de Nouvelle-Calédonie, n° 389283

«11. Considérant que les requérants ne sauraient utilement invoquer la directive 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, qui n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie ; que le décret attaqué n'étant pas pris pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, ils ne peuvent utilement soutenir que ses dispositions porteraient atteinte au principe de confiance légitime ;»

(2) C. C. , 2015-474 QPC, 26 juin 2015 , Société ICADE [Imposition des plus-values latentes afférentes à des actifs éligibles à l'exonération postérieurement à l'option pour le régime des SIIC]

«12. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de

مدى دستورية قانون الضريبة على الأرباح الرأسمالية غير المحققة والمتعلقة بالأصول المعفاة وفقا لنظام «SIIC»، وذلك وفقا لنص المادة (61-1) من الدستور المتعلقة بالمسألة الدستورية الأولية « Question prioritaire de constitutionnalité» والتي تنص على أنه «إذا ثبت أثناء النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا يمثل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكلفها الدستور جاز إبلاغ المجلس الدستوري، وذلك بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض بتلك المسألة التي يفصل فيها خلال أجل محدد»[1].

يرى الباحث– أن مجلس الدولة الفرنسي بتلك المبادرة قد كان أكثر جرأة من المجلس الدستوري، وكان الأولى بالمجلس الدستوري أن يستجيب لذلك الطلب، حتى يقضي على التفرقة بين المنازعات التي ينطبق عليها قانون الجماعة الأوروبية والتي يطبق فيها مبدأ التوقعات المشروعة، في حين لا يتم تقرير تلك الحماية في المنازعات التي لا يُطبق عليها ذلك القانون.

٢– محاكم الاستئناف الإدارية وتطبيق مبدأ التوقعات المشروعة في حال تطبيق قانون الجماعة الأوروبية فقط:

---

garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ;»

(1) Article 61-1, Constitution du 4 octobre 1958, Création LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.»

وقد سارت محاكم الاستئناف الإدارية على نفس نهج مجلس الدولة الفرنسي، ومن ذلك حكم محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة نانت « Cour administrative d'appel de Nantes» بتاريخ ١٥ سبتمبر ٢٠١٦ والذي قضت فيه بأنه على الرغم من أن مبادئ التوقعات المشروعة « les Principes de confiance légitime» تشكل جزء من المبادئ العامة لقانون الاتحاد الأوروبي « Principes généraux du droit de l'Union européenne» لكنها لا تنطبق في إلا في حالة ما إذا كان النزاع المعروض على القاضي يخضع لقانون الجماعة الأوروبية، وهو ما لا ينطبق في الطعن الماثل أمام المحكمة الذي يتعلق بالضريبة الإضافية « La taxe additionnelle» على المساهمات بشأن القيمة المضافة للمشروعات « La valeur ajoutée des entreprises»، حيث طلبت الشركة الطاعنة من المحكمة الغاء الحكم الصادر من المحكمة الإدارية في رين « Tribunal administratif de Rennes» والذي رفضت بموجبه إلغاء القرار الصادر من جهة الإدارة برفض استعادة الشركة الطاعنة ما دفعته من ضرائب على القيمة المضافة والتي سددتها عن عام ٢٠١١[1]، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف

(1) CAA Nantes, 15 sept. 2016, La société par actions simplifiée (SAS) Les Délices de la Mer, n° 14NT02252

«Considérant, en cinquième lieu, que les principes de confiance légitime et de sécurité juridique, qui font partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, ne trouvent à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel n'est pas le cas, en l'espèce, de la taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que les dispositions du II de l'article 39 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative ont méconnu ces principes doit être écarté comme inopérant»

الإدارية في فرساي «Cour administrative d'appel de Versailles» بتاريخ ١٦ يوليو ٢٠١٦ والذي يتعلق باسترداد ما تم تسديده من مبالغ بشأن الضريبة المضافة على المشروعات« Valeur ajoutée des entreprises»[1]، وهو ما أكده حكم محكمة الاستئناف في ليون «Lyon» في الحكم الصادر بتاريخ ٥ يوليو ٢٠١٦[2] حيث قامت شركة « SA Dupessey» والتي تعمل بنشاط النقل البري «Activité de transporteur routier» برفع دعواها أمام المحكمة الإدارية في غرونوبل «Grenoble» للمطالبة باستعادة «Restitution» ما قامت بدفعه كضريبة على القيمة المضافة « La valeur

(1) CAA Versailles, 5 juill. 2016, SAS BABOU, n° 14VE00904

«En ce qui concerne la violation des principes communautaires de sécurité juridique et de confiance légitime : 14. Considérant que les principes de confiance légitime et de sécurité juridique invoqués en tant que principes généraux du droit communautaire ne trouvent à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit de l'Union européenne ; que tel n'est pas le cas en l'espèce du recouvrement de la taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises ; que les moyens tirés de la méconnaissance de ces principes ne peuvent, par suite, qu'être écartés comme inopérants ;»

(2) CAA Lyon, 5 juillet 2016, SA Dupessey, n°14LY02422

«…,la SAS Dupessey n'est pas fondée à soutenir, en l'absence de modification de l'état du droit applicable au cours de la période litigieuse, que le refus de restitution qui lui est opposé méconnaît les principes communautaires de confiance légitime et de sécurité juridique ; que, pour les mêmes motifs, elle n'est pas fondée à faire valoir qu'elle est en droit de se prévaloir d'une espérance légitime constitutive d'un bien auquel il serait porté atteinte en méconnaissance de l'article 1er du premier protocole à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;»

ajoutée» والمدرجة في رسم المرور بنفق «Fréjus» ونفق «Mont-Blanc» اللذان يربطان بين فرنسا وإيطاليا والمدفوعة عن الفترة من الأول من يناير ١٩٩٦ حتى ٣١ ديسمبر ٢٠٠٠ بالإضافة إلى القضاء بتقرير مسئولية الدولة والحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها، وهو ما رفضته المحكمة الإدارية في غرونوبل «Tribunal administratif de Grenoble»، فقامت الشركة الطاعنة بتاريخ ٢٧ مايو ٢٠١٤[1]، باستئناف ذلك الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية في ليون «Cour administrative d'appel» للقضاء بإلغاء الحكم المطعون فيه، وأسست الطعن على العديد من الأسباب ومن بينها انتهاك مبدأ التوقعات المشروعة «Confiance légitime»، وهو ما رفضته المحكمة لعدم انتهاك جهة الإدارة للمادة الأولى من البروتوكول الأول من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية « La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

٣- المحاكم الإدارية وتطبيق مبدأ التوقعات المشروعة في حال تطبيق قانون الجماعة الأوروبية فقط:

لم تختلف المحاكم الإدارية في نهجها عن نهج مجلس الدولة الفرنسي ومحاكم الاستئناف الإدارية فقد قضت المحكمة الإدارية في فرساي « Le Tribunal administratif de Versailles»[2] بأن مبدأ التوقعات المشروعة لا يُطبق إلا في حالة كون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو قانون الجماعة الأوروبية «Le droit communautaire» وذلك فيما يتعلق بالطعن المقدم من الشركة الطاعنة «RAIMOND-THOMAS»، بإلغاء القرار الصادر من محافظ

(1) T.A, Grenoble, 27 mai 2014, SA Dupessey, n° 0903280-0902216

(2) TA Versailles, 8 nov. 2005, SARL « RAIMOND-THOMAS », n° 0503547

إقليم «Yvelines» بتاريخ ١٧ فبراير ٢٠٠٥ والذي بموجبه تقرر منع أنشطة تخزين وإعادة تدوير نفايات المعادن والسبائك « Activités de stockage et de récupération de déchets de métaux et d'alliages » التي تمارسها الطاعنة على أراضي إحدى بلديات «Commune» الإقليم، وعندما تم الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية في فرساي « Cour Administrative d'Appel de Versailles» قضت المحكمة برفض الطعن، استنادا إلى أن مبدأ التوقعات المشروعة لا يعتبر جزء من القانون العام الداخلي[1].

ثانيا: مدى اعتبار قضاء المملكة المتحدة التوقعات المشروعة جزء من القانون الداخلي:

تم إدخال مبدأ حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري في إنجلترا «Administrative law in England» عن طريق القاضي الشهير اللورد دينج «Lord Denning » في الحكم الشهير الصادر سنة ١٩٦٩[2]، ضد وزير الداخلية «Schmitd v. Secretary of State for Home Affairs»، وقد

---

(1) CAA Versailles, 18 oct. 2007, SARL «RAIMOND-THOMAS», n° 06VE00123

«Considérant, en troisième lieu, que le principe de confiance légitime qui est au nombre des principes généraux du droit communautaire auxquels renvoie le § 2 de l'article 6 du traité sur l'Union européenne ne peut trouver à s'appliquer dans l'ordre juridique national que lorsque, la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que par suite le moyen tiré de la méconnaissance de ce principe est inopérant ;»

(2) Schmidt v Secretary of State for Home Affairs (1969) All ER 904

«an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say.»

قضت فيها المحكمة بإلزام جهة الإدارة بتمكين الفرد من فرصة الاستماع إليه في حالة تأثر حقوقه أو مركزه القانوني أو توقعاته المشروعة بسبب قرار صادر عن جهة الإدارة، وتتلخص وقائع الدعوى في أن اثنين من طلاب السانتولويجيا «Scientology» أو العِلمولوجيا وهي طائفة دينية «A religious sect» كانا قد قدما لبريطانيا من الولايات المتحدة الأمريكية وتقدما بطلب تمديد اقامتهما في بريطانيا، وهو ما تم رفضه حيث اتجهت الحكومة في ذلك الوقت إلى إلى الحد من انتشار تلك الطائفة الدينية بالمملكة المتحدة، فطعنا على ذلك القرار تأسيسا على أنهما لم يتم الاستماع إليهما قبل اتخاذ ذلك القرار، وقد قام القاضي الشهير «Lord Denning » باجابة طلبهما استنادا إلى فكرة التوقعات المشروعة «Legitimate expectation» وتم الاعتراف بذلك المبدأ في تلك القضية.، وقد جاء على لسان اللورد دينينج «Lord Denning» في ذلك الحكم قوله: «تلتزم الجهة الإدارية بأن تتيح للفرد الفرصة لتقديم إقرارات " making representations" اذا كانت ستصدر قرارا سيؤثر عليه، وذلك يتوقف على ما إذا كان لديه حق أو مصلحة، أو...، أود أن أضيف "توقعا مشروعا"، وبالتالي لن يكون من العدل حرمانه دون سماع ما سيقوله».

وبالتالي قد يُفهم من الحكم السابق أن مصطلح "تقديم إقرارات" « Making representations» سيقتصر فقط على تقديم "إقرارات مكتوبة" « Entitled only to make written representations» بالنسبة للشخص الذي سيؤثر عليه القرار الإداري المزمع إصداره من جهة الإدارة، ولكن إذا تعهدت الجهة التي سيتصدر القرار بمنح جلسة استماع شفهية «Oral hearing» لمن يكون في نفس المركز القانوني للمدعي، فيتعين عليها الوفاء بذلك، لأنه يُعد من حُسن الإدارة الذي يُوجب على جهة الإدارة أن تتصرف بنزاهة، وأن تنفذ ما قدمته من وعود «Implement its promise»، طالما كان هذا التنفيذ لا يتعارض مع واجبها القانوني «Statutory duty»، وكما يمنح التوقع المشروع حقوقا إجرائية

للأفراد فإنه يمنحهم أيضا حقوقا موضوعية، وقد أصبحت حماية التوقعات الإجرائية في القضاء البريطاني أكثر اتساعا مع مرور الوقت[1].

وقد تواترت أحكام القضاء البريطاني في تأكيدها على حماية التوقعات المشروعة للأفراد، ومن ذلك الحكم الصادر بتاريخ ٢٠٠٧[2] في الدعوى المرفوعة من منظمة السلام الأخضر وهي منظمة غير حكومية والتي تعرف باسم «Greenpeace»، ضد وزير الدولة للتجارة والصناعة « Secretary of State for Trade and Industry»، حيث أصدر الوزير المدعى عليه « The defendant Minister » تقريرا حكوميا في عام ٢٠٠٣ لا يحتوي على مقترحات لبناء محطات طاقة نووية جديدة « does not contain proposals for building new nuclear power stations»، مع التأكيد على عدم استبعاد احتمالية أن تكون المحطات النووية الجديدة ضرورية في المستقبل إذا أرادت الدولة أن تحقق أهدافها في الحد من انبعاثات غاز الكربون « Carbon targets»، وقد تعهد الوزير بإجراء مشاورات عامة كاملة قبل اتخاذ أي قرار بشأن بناء تلك المحطات، وقد طعنت المنظمة في عملية التشاور التي استمرت (١٢) شهرا والتي تم الإعلان عنها في نوفمبر ٢٠٠٥، وكانت المنظمة الطاعنة من بين الأطراف الذين تم استشارتهم وتقدموا بملاحظات في ذلك الشأن، والتي أكدت فيها على أنها ضد استخدام الطاقة النووية « Against nuclear energy نظرا لخطورتها على البيئة، بالإضافة إلى التقارير العديدة التي تقدمت بها جهات أخرى والمؤيدة لذلك الرأي، ولكن فوجئ الجميع بقيام الوزير المدعى عليه بنشر تقرير أعلن فيه أن الحكومة تؤيد بناء محطات نووية جديدة في البلاد

(1) Mark Elliott, Jason N. E. Varuhas, Administrative Law: Text and Materials, Fifth edition, Oxford University Press, Oxford, 2017, p.206

(2) Greenpeace v. Secretary of State for Trade and Industry, [2007] EWHC 311

The Government was favorable to the construction of new » nuclear plants«، فطعنت المنظمة في ذلك استنادا إلى أن عملية التشاور كانت معيبة، وهو ما أيدته المحكمة حيث قضت بأن عملية التشاور كانت معيبة بشكل كبير «Very seriously flawed»، وأكدت على التزام الحكومة بموجب القانون الدولي بإجراء مشاورات عامة كاملة فيما يتعلق بالمسائل البيئية، وفقا للاتفاقية التي صدقت عليها الدولة بشأن الوصول إلى المعلومات والمشاركة العامة في صنع القرار وإمكانية اللجوء إلى القضاء في الشؤون البيئية[1]، والتي يُطلق عليها «The Aarhus Convention»[2] نسبة إلى مدينة "آرهوس" «Aarhus» في الدنمارك، وأكدت المحكمة على أنه من بين أوجه القصور الأخرى عدم كفاية المعلومات المقدمة من الحكومة لمن تم استشارتهم « Insufficient information was given to consultees«، بالإضافة إلى أن وثيقة التشاور كانت مضللة بشكل خطير« the consultation document was seriously misleading»، وبالتالي تكون الحكومة قد خالفت التوقعات المشروعة لعدم إجراء المشاورات التي تعهدت بها على نحو صحيح.

ثالثا: مدى اعتبار قضاء الولايات المتحدة الأمريكية التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي:

١- ارتباط حماية التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي بانطباق القانون الدولي:

نود أن ننوه في البداية إلى أنه يتم تطبيق مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر في حالة تطبيق معاهدات الاستثمار التي تنص على ذلك المبدأ سواء

(1) Isabel Feichtner, Markus Krajewski, Ricarda Roesch, Human Rights in the Extractive Industries: Transparency, Participation, Resistance, Springer, Switzerland, 2019, pp. 89-92

(2) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, Denmark, On 25 June 1998

بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن ذلك على سبيل المثال اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية «North American Free Trade Agreement» والتي تعرف اختصارا «NAFTA»[1] وهي اتفاقية تجارية تتضمن إنشاء منطقة تجارية حرة بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك، ودخلت حيز النفاذ «Entering into force» في يناير عام ١٩٩٤، والتي بموجبها تم انشاء واحدة من أكبر تكتلات التجارة الحرة في العالم « The world's largest free trade blocs» وتشجع تلك الاتفاقية على الاستثمار الأجنبي المباشر «foreign direct investment»[2].

ويعتبر مبدأ التوقعات المشروعة مقررا بموجب اتفاقية «NAFTA» السابق الإشارة إليها، باعتباره أحد العناصر الرئيسية والهامة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة «Fair and equitable treatment standard» (FET) بموجب نص المادة رقم (1105) والتي نصت في فقرتها الأولى على أن « يلتزم كل طرف في أن يُعامل المستثمرين للطرف الآخر وفقا لأحكام القانون الدولي، بما في ذلك المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكاملين»[3]، وقد كانت تلك المادة من أكثر المواد إثارة للجدل، حول ما إذا كانت التوقعات المشروعة «Legitimate expectations» تعتبر من جزء من معيار المعاملة العادلة والمنصفة (FET)، ومدى وجود التزام قانوني على الدولة المضيفة بحماية

(1) NAFTA, The North American Free Trade Agreement, 1994

(2) Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, NAFTA Revisited: Achievements and Challenges, Institute for International Economics, Washington, DC, 2005, pp. 1-5

(3) NAFTA, The North American Free Trade Agreement,1994, Art. (1105):

« 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. »

التوقعات المشروعة للمستثمر « Investor's legitimate expectations»[1].

وقد ثارت الكثير من المنازعات بشأن مدى التزام الولايات المتحدة الأمريكية بمبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر وفقا لأحكام تلك الاتفاقية، ومنها حكم تحكيم «The Glamis award» الصادر بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٩[2] وتتلخص وقائع النزاع في قيام شركة كندية بتقديم اقتراح بشأن القيام بعمليات تعدين الذهب «A gold mining» على الأراضي الفيدرالية الأمريكية، داخل منطقة محمية «Conservation Area» بصحراء ولاية كاليفورنيا، وقد أثار ذلك المشروع بعض المخاوف بشأن التأثير على البيئة والموارد الثقافية لمواطني أمريكا الأصليين، فوافقت جهة الإدارة المختصة على ذلك المقترح، ولكن تم سحبه تلك الموافقة بناء على رأي قانوني صدر بعد ذلك، وفي الوقت نفسه اصدر مجلس التعدين والجيولوجيا بولاية كاليفورنيا أمرا بردم المناجم التي سيتم فتحها في المستقبل، نظرا للتأثير الخطير لذلك المشروع على البيئة، فقام المستثمر بالطعن في تلك القرارات لانتهاكها لمبدأ التوقعات المشروعة، وأشارت هيئة التحكيم إلى أن الرأي القانوني المشار إليه قد غير قاعدة سارية منذ عقود والتي بنى عليها المدعي توقعاته المشروعة، وأكدت على ضرورة مراعاة التوقعات المشروعة للمستثمر، ثم قضت بأنه لا يوجد انتهاك لتلك التوقعات في الدعوى الماثلة، لأنه يشترط للتمسك بحماية التوقعات المشروعة تقديم الدولة المضيفة لالتزامات أو تأكيدات محددة، ولا يجوز أن يبني المستثمر توقعاته على التعليمات العامة والغامضة التي تصدر عن الدولة المضيفة حول بعض عناصر الإطار القانوني

(1) Patrick Dumberry, The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105, Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1, 2014, pp. 47- 49

(2) Glamis Gold, Ltd. v. United States, UNCITRAL, Award, 8 Jun. 2009

للاستثمار، الأمر الذي يقتضي على الأقل وجود علاقة شبه تعاقدية «Quasi-contractual relationship» بين المستثمر والدولة المضيفة لحماية تلك التوقعات، وأنه لا يجوز الاستناد إلى قواعد القانون المحلي في ذلك الشأن.

ومن ثم لا يُمكن أن تستند التوقعات المشروعة إلى التشريع المحلي للدولة المضيفة «the host state's existing domestic legislation» بشأن الاستثمارات الأجنبية في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك استنادا إلى تأكيد حكم «Glamis award» السابق الإشارة إليه، وغيره من الأحكام التي تؤيد ذلك[1]، والتي من بينها على سبيل المثال حكم «Grand Rive» الصادر ضد الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ ١١ يناير ٢٠١١[2] والذي تم التأكيد فيه على أن التشريع العام «general legislation» لا يمكن أن يكون مصدرا يمكن الاستناد إليه بشأن التوقعات المشروعة « could not be the source of legitimate expectations»، وأن مطالبة المستثمر الأجنبي بحماية توقعاته المشروعة يتعين أن تستند إلى وجود اتفاقات أو التزامات مؤكدة من قبل الدولة المضيفة أو على الأقل وجود علاقة شبه تعاقدية بينهما.

٢- تردد القضاء الأمريكي في اعتبار التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي:

كما أوضحنا سلفا فإن المحاكم الأمريكية تفضل مبدأ الاتساق « The consistency principle» على مصطلح التوقعات المشروعة « Legitimate Expectation»، ويمكن الاستناد لذلك المبدأ في العلاقات غير التعاقدية مع الحكومة، كأن تغير الحكومة أو الهيئات الحكومية مواقفها فجأة أو ما اعتادت عليه من سلوك في تعاملها مع الأفراد خلال فترة زمنية طويلة نسبيا، ففي تلك

(1) Patrick Dumberry, Op. Cit., pp. 67- 69

(2) Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America, 12 January 2011

الحالة يمكن للأفراد اللجوء إلى مبدأ حماية التوقعات المشروعة على الرغم من عدم استخدام المحاكم الأمريكية لذلك المصطلح، ويوجد مبدأ الاتساق أيضا في مختلف القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات «Federal and state statutes»[1]، ويذهب البعض[2] إلى أن مبدأ حماية التوقعات المشروعة لا يُمثل مبدأ قائم بذاته في القضاء الأمريكي يمكن الاستناد إليه مباشرة، ولكن يتم تأسيسه على مبدأ سيادة القانون كما في الحكم المشار إليه أعلاه، أو تأسيسه على قانون العقود «Law of contracts».

ويذهب الأستاذ «Alexander Brown»[3] إلى أن القانون الإداري الأمريكي لا يعترف على نحو كامل بمبدأ حماية التوقعات المشروعة كجزء من القانون العام الداخلي مثل المملكة المتحدة أو أي دولة أخرى تتبنى ذلك المبدأ، كما لا يعترف القضاء بتقرير مسئولية الدولة عن مخالفة التوقعات المشروعة للأفراد، وهو ما يتضح في حكم المحكمة العليا الأمريكية « The US Supreme Court» في قضية «Perry v Sindermann» عام ١٩٧٢[4]، وتتلخص عناصر النزاع في أن المدعي «Robert Sindermann» كان يقوم بالتدريس في كلية «Odessa College» لمدة أربع سنوات بناء على عقد، وكان على خلاف مع مجلس الكلية، وبعد انتهاء مدة العقد لم يتم تجديده، ولم يُقدم مجلس الكلية سببا يبرر عدم تجديد العقد للمدعي، كما لم يتم منحه جلسة استماع بشأن إنهاء خدمته، فرفع دعوى أمام القضاء للطعن على هذا القرار وكان من ضمن أسباب الطعن أنه كان لديه "توقع معقول باستمراره في الوظيفة" « He had a reasonable expectation of continued employment» فقضت

(1) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., pp. 29-30
(2) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., pp. 29-30
(3) Alexander Brown, A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration, Oxford University Press, Oxford, 2017, p.199
(4) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972)

المحكمة العليا بأنه توقع شخصي من جانب واحد «unilateral expectation» فيما يتعلق بعمل سيصدر من جهة الإدارة لصالحه، وبغض النظر عن مدى صحة الأساس الذي يستند إليه «No matter how well-founded» في تلك التوقعات، فإن أي مطالبة بحماية التوقعات المشروعة يجب أن تستند إلى قانون أو لائحة أو عقد ضمني.

ويشير مصطلح العقد الضمني «Implied contract» إلى العقد الذي لا يستند إلى الموافقة الصريحة للمتعاقدين، حيث يقبل طرفي العقد شروط التعاقد ضمنيا ويدخل العقد مرحلة التنفيذ، وأحيانا يستخدم مصطلح العقود الضمنية الفعلية، كامتداد العقد بعد نهاية مدته دون تعبير صريح من طرفي العقد[1].

يرى الباحث- أنه لا يمكن القول بعد بأن قضاء المحكمة العليا الأمريكية يتبني مبدأ التوقعات المشروعة على نحو كامل، بحيث يُعتبر مبدأ مستقل بذاته وجزء من القانون العام الداخلي، فتوجد بعض الأحكام التي تُقر بوجود ذلك المبدأ، في حين تُنكره أخرى وهو ما نعرضه لاحقا، وبالتالي ما نميل إليه هو عدم إكتمال رسوخ هذا المبدأ بعد في القانون الإداري الأمريكي.

رابعا: مدى اعتبار القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت للتوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي:

نبحث تباعا مدى اعتبار القضاء الإداري في مصر للتوقعات المشروعة باعتبارها جزء من القانون الداخلي، والتوقعات المشروعة في قضاء الدائرة الإدارية في الكويت.

١- مدى اعتبار القضاء الإداري في مصر للتوقعات المشروعة باعتبارها جزء من القانون الداخلي:

(1) R.L. Meena, Textbook On Contract Law, Universal Law Publishing, New Delhi, 2008, p.252

كلية الحقوق جامعة القاهرة

اعترف القضاء الإداري في مصر بحماية التوقعات المشروعة في العديد من المجالات والتي نعرضها تباعا، حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق باستكمال إجراءات التعيين وإعادة التعيين في وظائف هيئة التدريس، وحماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق باستكمال إجراءات تثبيت وتعيين الموظفين العموميين، وحماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق بالحقوق المالية للموظف العام، وحماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق بمجال الاستثمار بإلزام الإدارة باستكمال إجراءات إبرام العقد.

أ. حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق باستكمال إجراءات التعيين وإعادة التعيين في وظائف هيئة التدريس:

بالرغم من عدم استخدام المحكمة الإدارية العليا لمصطلح "التوقعات المشروعة" في الأحكام المتعلقة بالتعيين أو إعادة التعيين في وظائف هيئة التدريس، لكن الحكم يستفاد منه تأكيده على حماية التوقعات المشروعة للأفراد في ذلك المجال، ومن ذلك حكمها الصادر في الأول من أغسطس ٢٠١٥ في مجال التعيين في وظائف هيئة التدريس، حيث قضت بأن «يكون التعيين في وظائف هيئة التدريس بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب مجلس الجامعة، وبعد أخذ رأي مجلس الكلية ومجلس القسم المختص، هذه المراحل مرتبة تشريعيًا لتصل في النهاية إلى قرار التعيين، وهي مراحل قُصِدَ منها تحقيقُ العدالة والضمانات الأساسية لمن يُعين في هذه الوظيفة أو يُرفض تعيينه، ومن ثم يتعين عدم إغفال أية مرحلة من هذه المراحل، وإلا ترتب على هذا الإغفال إهدار للضمانات التي قررها المشرع للتعيين في هذه الوظائف، وبالتالي فإن امتناع رئيس الجامعة عن عرض طلب عضو هيئة التدريس إعادة تعيينه (كأستاذ متفرغ) مشفوعا برأي مجلس الكلية ومجلس القسم المختص على مجلس الجامعة لاتخاذ ما يراه مناسبا؛

يشكل قرارا سلبيا مخالفا للقانون»[1].

كما أكد نفس الحكم السابق ذات القاعدة فيما يتعلق بإعادة التعيين في وظائف هيئة التدريس، حيث جاء بحيثيات الحكم أنه «لئن كان المشرع في قانون تنظيم الجامعات لم ينص على (إعادة التعيين) كطريق من طرق شغل وظائف هيئة التدريس، إلا أن ذلك لا يحول دون الرجوع إلى قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة باعتباره الشريعة العامة واستدعاء أحكامه في هذا الشأن، حيث لا تتأبى مع أحكام القانون الخاص، ولا تتصادم مع نصوصه، ولا تتعارض مع طبيعة الوظائف التي تحكمها، مع الرجوع إلى قانون تنظيم الجامعات فيما يخص المراحل المتطلبة لتعيين عضو هيئة التدريس بالجامعة وما احتوته من إجراءات، وبالتالي يجوز إعادة تعيين الأستاذ المتفرغ بقرار من رئيس الجامعة، بناء على طلب مجلس الجامعة، وبعد أخذ رأي مجلس الكلية ومجلس القسم المختص».

ب. حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق باستكمال إجراءات تثبيت وتعيين الموظفين العموميين:

أكدت محكمة القضاء الإداري على حماية مبدأ التوقعات المشروعة فيما يتعلق بتثبيت وتعيين الموظفين العموميين ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مارس ٢٠١٩ والذي طالبت فيه المدعية بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن تعيينها وتثبيتها والقضاء مجددا بإلزام المدعي عليهم بتعيينها وتثبيتها علي احدي فئات المستويات الوظيفية وتسوية حالتها المالية مع كل ما يتبع ذلك من أثار، فقضت المحكمة بأن «ولا ينال من ذلك ما تذرعت به الجامعة المدعى عليها – في معرض ردها الموضوعي على الدعوى – من عدم موافقة وزارة المالية والجهاز المركزي للتنظيم والإدارة على توفير درجات خالية للتثبيت، فإنه بافتراض – جدلا – ذلك (وهو فرض يناقضه صدور قرار التثبيت من السلطة المختصة "رئيس جامعة

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 43971 لسنة 60 ق، بتاريخ ١ أغسطس ٢٠١٥

القاهرة" ، ويناقضه أيضا المفهوم الصحيح لعبارة " ويكون التعيين في الوظائف الأخرى بقرار من السلطة المختصة" الواردة بالمادة (16) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة المشار إليه على النحو السالف بيانه)، فلا يؤدى ذلك إلى وصف هذا القرار بعدم المشروعية، لأن هذه الوقائع وتلك الموافقات – بافتراض تخلفها – فهى سابقة على صدور القرار وتمهد لإصداره ، كما أن القرار الإدارى في صورته النهائية، والذى يترتب عليه الأثر القانونى، لا يصدر إلا بعد دراسة وتمحيص واستيفاء الوقائع المقررة قانونا من قبل الجهة المختصة، ومن ثم لا يؤثر ذلك كله على مشروعية قرار التثبيت لا سيما وأن المخاطبين به لا شأن لهم بهذه الوقائع ولا يفترض فيهم عقلا أن يتحروا قبل صدور قرار التثبيت عن استكمال جهة الإدارة لجميع الوقائع المتممة لذلك الأمر، وما كان ليقبل منهم ذلك في حالة حدوثه، مثلهم في ذلك مثل أى قرار يصدر من السلطة المختصة بجهة الإدارة بمقتضى سلطتها المنوطة بها، فهو يتوقع توقعا مشروعا أن جهة الإدارة استنفدت جميع الوقائع المقررة قانونا قبل صدور قرار التثبيت، فتحميل المخاطبين بهذا القرار عواقب عدم استكمال جهة الإدارة لبعض الوقائع (بافتراض تخلف بعض الوقائع أو الموافقات) الواجب إتباعها لصدور مثل هذا القرار يجافى التوقع المشروع لهم ويؤدى إلى معاقبتهم بما لا شأن لهم به وبما ليس في مقدورهم دفعه بما يجاوز ما يلتزم به الشخص المعتاد ، فلا تكليف إلا بما هو مستطاع»[1].

ج. حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق بالحقوق المالية للموظف العام:

أكدت محكمة القضاء الإداري على حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق بالحقوق المالية للموظف العام ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ ديسمبر ٢٠١٧ حيث قضت المحكمة بأن «المدعية تهدف من دعواها الماثلة إلي طلب

(1) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 74 لسنة 50 ق، بتاريخ ٢٥ مارس ٢٠١٩

الحكم بقبولها شكلاً وفي الموضوع بأحقيتها في صرف المكافأة المقررة بموجب نص المادة 129 من لائحة شئون العاملين بالهيئة العامة للتنمية الصناعية بواقع نصف شهر عن كل سنة خدمة فعلية بالهيئة محسوبة على أساس آخر مرتب شامل، مع ما يترتب على ذلك من آثار وفروق مالية »، ...ويضاف إلي ما تقدم انه بافتراض- جدلاً- عدم إتباع الهيئة للإجراءات التي كان من الواجب عليها إتباعها قانوناً لتقرير المكافأة أو بافتراض عدم الحصول علي الموافقة المسبقة على تقريرها من وزارة المالية، إذ لا يؤدي ذلك إلي وصف هذه المكافأة بعدم المشروعية، لأن هذه الوقائع وتلك المرافعات بافتراض تخلفها فعلاً فإنها لا تعد ركناً في صحة هذا القرار، ولا يؤثر ذلك كله على أصل الاستحقاق المقرر لهذه المكافأة ولا على مقدارها ولا على مشروعية صرف العاملين لها ولا سيما وأن العاملين بالهيئة لا شأن لهم بهذه الوقائع ولا يفترض فيهم عقلاً أن يتحروا قبل صرف مستحقاتهم المقررة قانوناً عن استكمال مجلس إدارة الهيئة لجميع الوقائع المتممة لمسألة تقرير هذه المكافأة، وما كان ليقبل منهم ذلك في حالة حدوثه، مثلهم في ذلك مثل أي مستحق لمقابل قررته السلطة المختصة بجهة الإدارة بمقتضي سلطتها المنوطة بها، فهو يتوقع توقف مشروعا أن جهة الإدارة استنفذت جميع الوقائع المقررة قانوناً قبل صرف مستحقاته بعد أن أفنى عمره في هذه الجهة، فتحميل العاملين بالهيئة عواقب عدم استكمال جهة الإدارة لبعض الوقائع- بافتراض تخلف بعض الوقائع أو الموافقات- الواجب إتباعها لتقرير هذه المكافأة يجافى التوقع المشروع لهم ويؤدي إلي معاقبتهم بما لا شأن لهم به وبما ليس في مقدروهم رفعه بما يجاوز ما يلتزم به الشخص المعتاد ، فلا تكليف إلا بما هو مستطاع.»[1]، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ أبريل ٢٠١٩ فيما

(1) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 79471 لسنة 69 ق، بتاريخ ٢٤ ديسمبر ٢٠١٧

يتعلق بحق الموظف في صرف مكافأة نهاية الخدمة[1]، وكذلك الحكم بأحقية المدعين في صرف حافز التقدير المستحق لمورثهم والذي سبق صرفه لجميع العاملين بالهيئة التي كان يعمل بها مورثهم[2].

د. حماية التوقعات المشروعة فيما يتعلق بمجال الاستثمار بإلزام الإدارة باستكمال إجراءات إبرام العقد:

أكدت محكمة القضاء الإداري على حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار بإلزام جهة الإدارة باستكمال إجراءات إبرام العقد، وهو ما قضت به في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٩[3]، حيث جاء بحكمها أن «المدعية طالبت بقبول الدعوى شكلا وبصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار الصادر في 2015/1/26والمعتمد في 2015/3/11 والمتمم بكتاب الهيئة العامة للاستثمار برقم 71 في 2017/11/5 .وفى الموضوع بإلغاء القرار السلبي لجهة الإدارة بالامتناع عن تنفيذ قرار اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار الصادر في 2015/1/26 والمعتمد في 2015/3/11 والمتمم بكتاب الهيئة العامة للاستثمار برقم 71 في 2017/11/5 الذي أفاد بالالتزام بقرار اللجنة الوزارية والتعامل مع شركة اسيتس في ضوء ما طرأ من تغيرات علي مالكيها وإزالة العقبات التي حالت دون تنفيذ القرار المطعون فيه وذلك بعدم

(1) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 57500 لسنة 71 ق، بتاريخ ٢٨ أبريل ٢٠١٩
حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى 63641 لسنة 71 ق، بتاريخ ٢٣ يونيو ٢٠١٩
حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 59645 لسنة 69 ق، بتاريخ ٢٤ مارس ٢٠١٩
(2) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 7330 لسنة 71 ق، بتاريخ ٢٤ فبراير ٢٠١٩
(3) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 941 لسنة 73 ق، بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٩

كلية الحقوق جامعة القاهرة

الاعتداد بقرار رئيس الجمهورية رقم 62 لسنة 2018 المعمول به اعتبارا من 2018/2/12 والكتاب الدوري لمجلس الوزراء الصادر برقم 11658- 6 بتاريخ 2018/5/31 علي ارض التداعي مع ما يترتب علي ذلك من أثار اخصها إلزام محافظة مطروح بتوقيع مشروع العقد الذي أعدته المحافظة في مايو 2018، ... قبول الدعوى شكلا وفي الموضوع بإلغاء قرار جهة الإدارة ممثلة في محافظ مرسي مطروح السلبي بالامتناع عن تنفيذ قرار اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار الصادر بتاريخ 2015/1/26 والمعتمد من مجلس الوزراء في 2015/3/11 والمؤكد بتاريخ 2017/11/15 فيما تضمنه من إلزام محافظة مرسي مطروح باستكمال السير في إجراءات تخصيص قطعة ارض بمساحة مسطح مقداره 527341/85 م بناحية قرية جلالة للشركة التي تمثلها المدعية لإقامة مشروع قرية سواني السياحية مع ما يترتب علي ذلك من أثار اخصها إلزام محافظة مرسي مطروح بالسير في استكمال إجراءات التخصيص والتوقيع علي العقد مع صاحب الصفة في تمثيل الشركة أو من يمثله قانونا بعد اخذ المحافظة الضمانات التي تراها ضرورية لضمان حقوقها وألزمت الجهة الإدارية المصروفات».

٢- التوقعات المشروعة في قضاء الدائرة الإدارية في الكويت:

لم يرد في أحكام الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز مبدأ حماية التوقعات المشروعة سواء للأفراد بوجه عام أو للمستثمرين بوجه خاص، وإن أكدت في أحكامها على أهمية حماية مبدأ الأمن القانوني بشكل عام، وتعرضت في أحكامها لبعض العناصر التي يقوم عليها مثل احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.

فقد أكدت المحكمة في العديد من أحكامها على حماية الحقوق المكتسبة، حيث قضت بأن«يقصد بعبارة مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة للعاملين في الجهات الحكومية الموجودين بالخدمة عند صدور هذا القانون، ذلك الذي يكون

الموظف قد حصل عليه بالفعل عند صدور القانون»[1]، كما أكدت على أنه ليس هناك حق مكتسب في حالة ما إذا كان القرار مجرد تنفيذ وتقرير للحق الذي يُستمد من القانون مباشرة وبالتالي يجوز لجهة الإدارة سحبه في أي وقت، حيث قضت بأن « من المقرر أنه يشترط لصحة الاستناد إلى الحصانة التي تكتسبها القرارات الإدارية بفوات مواعيد طلب إلغائها أن تكون تلك القرارات منشئة لمراكز قانونية لأصحاب الشأن فيها صادرة في حدود السلطة التقديرية المخولة للجهات الإدارية بمقتضى القانون، أما إذا كانت تلك القرارات كما هو الحال في القرار مثار الطعن ليست إلا تطبيقا لقواعد آمرة مقيدة، فإنه لا يكون ثمة قرار إداري منشئ لمركز قانوني وإنما يكون القرار مجرد تنفيذ وتقرير للحق الذي يستمد من القانون مباشرة ومن ثم يجوز للسلطة الإدارية سحب قراراتها التي من هذا القبيل في أي وقت ومتى استبان لها مخالفتها للقانون إذ ليس هناك حق مكتسب في هذه الحالة يمتنع معه على الجهة الإدارية المساس به»[2]، كما قضت بأن «الحق المكتسب في العلاوة الاجتماعية عما زاد عن خمسة أولاد إنما ينصرف على الموجودين في الخدمة بتاريخ 2000/5/10 ويتقاضون هذه العلاوة لأكثر من خمسة أولاد أما الذين انتهت خدمتهم وتم تعيينهم في وظائف جديدة تختلف عن وظائفهم السابقة في النوعية والطبيعة فإنه يتم معاملتهم مثل الموظفين الجدد ولا يستصحبون العلاوات الاجتماعية التي كانوا يحصلون عليها في وظائفهم السابقة»[3].

كما أكدت أيضا في العديد من أحكامها على عدم جواز تطبيق القرار الإداري بأثر رجعي، لكفالة الأمن القانوني للأفراد، حيث قضت بأن «تطبيق القرار

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 260 لسنة 2006ق، بتاريخ ١٣ نوفمبر ٢٠٠٧

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 280 لسنة 2001ق، بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠٠٢

(3) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 408 لسنة 2007ق، بتاريخ ١ فبراير ٢٠١٢

فور العمل به على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها لآثارها أو في انقضائها وتطبيقه أيضا منذ نفاذه على الآثار المستقبلية التي تترتب على المراكز القانونية السابقة»[1]، كما أكدت على زوال القرار الإداري منذ صدوره إذا انبنى على نص قانوني تم القضاء بعدم دستوريته، حيث جاء بحكمها أن «محل طلب التعويض لا ينصرف إلى العمل التشريعي وإنما ينصب على القرار الصادر من الجهة الإدارية، لا سيما أن المركز القانوني الذي يتضرر منه المستأنف لم ينشأ مباشرة من القانون، وإنما من القرار الإداري الفردي المطعون فيه الذي أعملت الجهة الإدارية جانباً من تقديرها فيه بانطباق الحكم الوارد بالفقرة الأخيرة من المادة (5) من القانون سالف الذكر على حالة المستأنف وإعمال مقتضى هذا الحكم عليه بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ سابق على صدور القانون، فضلاً عن أن القرار المطعون فيه وقد أنبنى على النص المقضي بعدم دستوريته، فإنه يكون مفتقداً لأساس وجوده بزوال سنده القانوني منذ صدوره. ومتى كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه قد ترتب عليه . ولا ريب أضرار مادية وأدبية لحقت بالمستأنف، والتي تمثلت في إقصائه من وظيفته الحكومية واعتباره مستقيلاً منها، وإنهاء خدمته إنهاءً مبتسرا، وحرمانه من المزايا المادية المقررة لها، وما صاحب ذلك من إيلامه ومعاناته نفسياً بالقدر الذي يصعب تحديد مداه، وإذ كان المستأنف قد قصر طلبه على إلزام الجهة الإدارية بمبلغ (5001) د.ك على سبيل التعويض المؤقت، فإنه يتعين إجابته إلى طلبه»[2].

ويترتب على حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار تحقيق العديد من المزايا للمستثمر وكذلك العديد من المزايا للدولة المضيفة وهو ما نوضحه في

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 22 لسنة 2011 قضائية، بتاريخ ١٠ ديسمبر ٢٠١٣

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 99 لسنة 2009ق، بتاريخ ٢ نوفمبر ٢٠١٠

المطلب الثالث.

المطلب الثالث

أهمية التوقع المشروع في مجال الاستثمار وأنواع الحماية التي يوفرها

نتناول في هذا المطلب أهمية مبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار «الفرع الأول»، وأنواع الحماية التي يوفرها مبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار «الفرع الثاني».

الفرع الأول

أهمية مبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفرع دور حماية التوقعات المشروعة في حل مشكلة عدم وضوح معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمجال الاستثمار «أولا»، ودور حماية التوقعات المشروعة في توفير الأمن القانوني للمستثمر «ثانيا»، ودور حماية التوقعات المشروعة في تشجيع المستثمر على اتخاذ قرار الاستثمار «ثالثا»، ودور حماية التوقعات المشروعة في حماية الدولة المضيفة من تقرير مسئوليتها «رابعا».

أولا: دور حماية التوقعات المشروعة في حل مشكلة عدم وضوح معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمجال الاستثمار:

تتمثل أهمية حماية مبدأ التوقعات المشروعة « Legitimate expectations» في أنها تساهم في حل مشكلة عدم وضوح «Indeterminacy» النصوص المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة « fair and equitable treatment» في المعاهدات المتعلقة بالاستثمار، حيث يعتبر عدم احترام الدولة المضيفة للتوقعات المشروعة للمستثمر من قبيل السلوك غير العادل أو غير المنصف «Unfair or inequitable»، ونتيجة عدم تحديد الفقه لفكرة المشروعية «Legitimacy» وفكرة المعقولية «Reasonableness» كما هو الحال بالنسبة لفكرة الإنصاف «Fairness»، فإن القضاء قد تصدى لتلك المشكلة

لحماية المستثمر من سلوك الدولة المضيفة بحماية توقعاته المشروعة باعتبارها أحد عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة، الأمر الذي ينعكس بدوره على تشجيع الاستثمار عندما يقوم القضاء بتقرير تلك الحماية[1].

ثانيا: دور حماية التوقعات المشروعة في توفير الأمن القانوني للمستثمر:

يعتبر الأمن القانوني من ركائز دولة القانون «L'État de droit»، وتُعد التوقعات المشروعة من أهم العناصر الأساسية لتحقيقه، ومن ثم فإن حماية التوقعات المشروعة للمستثمر يساعد في توفير الأمن القانوني له داخل الدولة المضيفة، بما يجعله في وضع يسمح له بتحديد ما هو مباح وما هو محظور بموجب القوانين المعمول بها، على ألا تخضع القوانين والقواعد التي تنطبق على الاستثمار لتغييرات متكررة بشكل لا يمكن توقعه، الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بحماية تلك التوقعات والمساس بالأمن القانوني للمستثمر، وبالتالي يتعين أن تتميز القواعد القانونية بالاستقرار النسبي بما لا يُخل بقدرة الفرد على التنبؤ بالقواعد القانونية المطبقة على نشاط المستثمر، والتزام السلطات العامة بعدم خداع الأفراد بمصادمة توقعاتهم وتغيير تلك القواعد بشكل تعسفي[2]، ومن ثم يتضح التلازم الحتمي بين حماية التوقعات المشروعة وتوفير الأمن القانوني لأصحاب تلك التوقعات.

ثالثا: دور حماية التوقعات المشروعة في تشجيع المستثمر على اتخاذ قرار الاستثمار:

حتى تحقق الدولة المضيفة حماية التوقعات المشروعة للمستثمر على النحو المطلوب يتعين عليها التصرف بطريقة تتسم بالمعقولية والشفافية التامة فيما يتعلق بكافة القواعد القانونية المُطبقة على الاستثمار، الأمر الذي يؤدي إلى تمكين المستثمر من المعرفة المسبقة للقوانين واللوائح التي ستنطبق على نشاطه، ليتمكن

(1) Teerawat Wongkaew, Op. Cit., p. xv

(2) Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit, Op. Cit., pp. 281-283

من التخطيط لنشاطه على نحو صحيح في ضوء تلك القواعد[1]، حيث يستند قرار المستثمر بالاستثمار إلى العديد من العوامل والتي من بينها تقييمه للنظام القانوني داخل الدولة وبيئة العمل وقت الاستثمار وتوقعاته المشروعة لسلوك الدولة المضيفة «The host State» عقب البدء في الاستثمار وأنها سوف تعامله بطريقة عادلة ومنصفة «Fair and equitable»[2]، ويؤدي التزام الدولة المضيفة بذلك إلى تشجيع المستثمر على اتخاذ قراره بالاستثمار فيها، وستتمتع تلك الدولة ببيئة تعمل على جذب الاستثمار الوطني والأجنبي مقارنة بغيرها من الدول، مما يساهم في تطويرها ووضعها في ركاب الدول المتقدمة.

رابعا: دور حماية التوقعات المشروعة في حماية الدولة المضيفة من تقرير مسئوليتها:

لا يترتب على حماية التوقعات المشروعة مزايا للمستثمر فقط، والتي يتمثل أهمها في اطمئنانه إلى أن الدولة المضيفة لن تقوم بإصدار أي عمل قانوني يصادم تلك التوقعات، وأنه سوف يجني ثمار مشروعه طبقا للتوقعات والحسابات التي أجراها قبل الإقدام على اتخاذ قرار الاستثمار، لكن أيضا يحقق مبدأ التوقعات المشروعة مزايا عديدة للدولة المضيفة والتي من بينها عدم تعرضها لتقرير مسئوليتها أمام القضاء الوطني أو هيئات التحكيم نتيجة انتهاك ذلك المبدأ، الأمر الذي قد يترتب عليه إلزامها بدفع مبالغ طائلة كتعويض للمستثمر عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، مما يُثقل كاهل ميزانية الدولة بأعباء مالية إضافية، خاصة إذا علمنا أنه عادة ما يقوم بعض المستثمرين بالنص على حماية توقعاتهم المشروعة كأحد بنود العقد المبرم بينهم وبين الدولة المضيفة والتي يُطلق عليها

(1) ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003 (Grigera Naon, Fernandez Rozas, Bernam Verea), paras. 153-4.

(2) Jean Ho, State Responsibility for Breaches of Investment Contracts, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p.103

البعض شروط عدم المساس بالعقد[1].

الفرع الثاني
أنواع الحماية التي يوفرها مبدأ التوقع المشروع
في مجال الاستثمار

نبحث في هذا الفرع حماية التوقع المشروع الإجرائي «أولا»، وحماية التوقع المشروع الموضوعي «ثانيا».

يقوم مبدأ التوقعات المشروعة على حماية الأفراد من التغييرات المفاجئة التي تقوم بها جهة الإدارة، وتمنح تلك التوقعات للأفراد الحق بالمشاركة في اتخاذ القرارات الإدارية « By giving individuals a right to participate in administrative decision-making»؛ وذلك في فرض التزام جهة الإدارة بإتباع إجراءات معينة عند اتخاذ القرار كالاستماع إلى ذوي الشأن، وهو ما يُعرف بالتوقع المشروع الإجرائي، وقد تمنح الفرد أيضا إمكانية حصوله على حق أو ميزة أو منفعة معينة كالحصول على ترخيص أو امتياز أو إعانة أو تخفيض ضريبي، وذلك ما يُعرف التوقع المشروع الموضوعي[2]، وهو ما نوضحه تباعا.

أولا: حماية التوقع المشروع الإجرائي: « Legitimate expectations Procedural»

تتمثل التوقعات المشروعة الإجرائية في العديد من الأمثلة والتي من بينها سعي الأفراد للحصول على مشورة بعض الهيئات العامة والتي يعتمدون عليها بشكل كبير، الأمر الذي يثير التساؤل عن المدى الذي يُمكن فيه إخضاع تلك الهيئات وموظفيها لذلك الالتزام، فإذا وضعت هيئة عامة معايير معينة كسياسة

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: لعماري وليد، الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، الجزائر العاصمة، ٢٠١٩، ص١٨٤ وما بعدها

(2) Abhijit P.G. Pandya, Op. Cit., p.46

للتعامل مع الجمهور في مجال معين لصنع قراراتها، واعتمد الأفراد على تلك المعايير ويتوقعون على نحو مشروع صدور قرار لمصلحتهم إذا تم إتباعها عند صنع القرارات التي تمس بمركزهم القانوني، ثم قامت الهيئة المعنية بتغيير سياستها وسعت لتطبيق معايير مختلفة في ذلك الشأن مما قد يراه الأفراد إخلالا بتوقعاتهم المشروعة، فهل يحق لهم المطالبة بعدم تغيير جهة الإدارة لتلك السياسة، فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فتلك هي التوقعات الإجرائية « Procedural protection»، ومن الأمثلة عليها أيضا الحق في الاستماع « A right to be heard»[1]، وحق الفرد في تمكينه من الدفاع عن نفسه أمام جهة الإدارة إذا قررت حرمانه من ميزة معين، ونود التأكيد على أن الحماية الإجرائية تهدف إلى تمكين الفرد من القيام بإجراء معين ولكن ذلك لا يضمن له الحصول على الميزة أو المنفعة أو الإعفاء، كتمكينه من أن تستمع الإدارة إليه قبل اتخاذ القرار الذي سيؤثر على مركزه القانوني، أو قيام جهة الإدارة باستشارة جهات معينة قبل إصدار القرار، كل ذلك لا يضمن له أن يصدر القرار لصالحه، وبالتالي يتضح أنه لفهم التوقعات المشروعة الإجرائية فإن الأمر يقتضي التمييز بين الإجراء والمضمون « Distinction being made between procedure and substance»[2]، فتقتصر التوقعات الإجرائية على النواحي الإجرائية فقط دون أن تمتد إلى مضمون القرار الصادر بعد مراعاة تلك النواحي.

ثانيا: حماية التوقع المشروع الموضوعي: « A substantive legitimate expectation»

يظهر التوقع المشروع الموضوعي في احتمالين، يتمثل الأول عندما يتمتع

(1) Robert Thomas, Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, HART Publishing, Oxford, 2000, p.57

(2) Melanie Roberts, Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations, The Modern Law Review, vol. 64, no. 1, 2001, pp. 112–114.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

الفرد بمنفعة أو ميزة معينة، ثم يتوقع استمرار تمتعه بتلك المنفعة أو الميزة، في حين يتمثل الاحتمال الثاني في عدم تمتع الأفراد بميزة أو منفعة معينة ولكنهم يتوقعون الحصول عليها في المستقبل ويطالبون جهة الإدارة بمنحهم إياها بناء على تلك التوقعات، ويترتب على احترام التوقع المشروع الموضوعي منع جهة الإدارة من ممارسة سلطاتها المخولة لها وفقا للقانون لتحقيق المصلحة العامة على حساب التضحية بتلك التوقعات، إلا إذا كانت مصلحة عامة تبرر بشكل قوي وكافي مخالفة تلك التوقعات[1].

ونلاحظ أنه فيما يتعلق بالبُعد الموضوعي للتوقعات المشروعة« The substantive dimension» فإنه ينطلق من الحاجة إلى معالجة عدم المساواة بين المواطن والسلطات العامة، والتي تَعد من المسائل الجوهرية في القانون العام، والتي يمكن توضيحها من خلال قضية السيدة «Pamela Coughlan»[2]، والتي تُلقي مزيدا من الضوء على فكرة حماية التوقعات المشروعة الموضوعية للفرد في مواجهة الدولة، حيث خضعت المدعية للعلاج لعدة سنوات بالمستشفى للاعتناء بصحتها نتيجة إعاقتها الشديدة «Severe disability»، ثم وافقت الطاعنة على الانتقال لأحد المرافق العامة للرعاية الصحية والذي تم إقامته لهذا الغرض وتعهدت جهة الإدارة للمدعية بأن ذلك المرفق سيكون بمثابة منزلها طوال حياتها «Home for life»، ومع ذلك وبعد خمس سنوات فقط، قررت السلطات الصحية إغلاقه متعللة بأسباب مالية، وهنا يثور التساؤل[3] حول ما إذا كان القضاء سيقوم بحماية التوقعات الموضوعية المشروعة للأفراد بناء على ذلك

(1) John Bell, Mark Elliott, Jason NE Varuhas, Philip Murray, Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance, HART Publishing, Oxford, 2015, p.179

(2) R. v. North and East Devon Health Authority, ex p. Coughlan [2000] 2 W.L.R. 62

(3) Mark Elliott, Op. Cit., pp. 421–422

كلية الحقوق جامعة القاهرة

التعهد الصادر من جهة الإدارة، وهو ما أجابت عنه المحكمة بالإيجاب، والسبب في ذلك التساؤل هو أن المحاكم كانت تحمي فقط التوقعات المشروعة الإجرائية، ولكن في تلك القضية ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك حيث قررت عدم اقتصار مبدأ التوقع المشروع على التوقع الإجرائي فقط بل يشمل أيضا التوقع المشروع الموضوعي، ووجدت المحكمة أن المبررات التي ساقتها الجهات الصحية لا تبرر التضحية بالتوقع المشروع للمدعية.

ويتعين التنويه إلى أن حماية التوقعات المشروعة الموضوعية تثير حساسية السلطة التنفيذية، حيث قد ترى أن ذلك يُعد مساسا باستقلالية الهيئات التنفيذية، لذا حاولت المحاكم المحافظة على عدم إثارة تلك الحساسية من خلال تركيزها وبشكل أساسي على كيفية اتخاذ تلك الهيئات التنفيذية للقرارات عوضا عن التركيز على محتواها « Focusing primarily on how decisions are made rather than on their content»، وذلك يوضح مدى الارتباط الوثيق بين القضاة وصانعي القرار بالهيئات التنفيذية، والتي جسدها القانون الإداري الإنجليزي «English administrative law» منذ فترة طويلة من الزمن[1].

ويثور التساؤل بشأن أثر حماية التوقع المشروع في المنازعات الإدارية على تشجيع الاستثمار في الدول المضيفة، وهو ما نوضحه في الفصل الثاني.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) Mark Elliott, Op. Cit. p. 422

الفصل الثاني
أثر حماية التوقع المشروع
في المنازعات الإدارية على تشجيع الاستثمار

نتناول في هذا الفصل الاتجاهات القضائية الحديثة لحماية التوقعات المشروعة في المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار «المبحث الأول»، والوسائل التقليدية لحماية التوقعات المشروعة للمستثمر في المنازعات الإدارية في مصر والكويت وأثرها على مناخ الاستثمار «المبحث الثاني»، وتحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار وسبل مواجهتها «المبحث الثالث».

المبحث الأول
الاتجاهات القضائية الحديثة لحماية التوقعات المشروعة
في المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار

نتناول في هذا المبحث الاتجاهات القضائية الحديثة للقضاء الإداري المقارن في حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار«المطلب الأول»، وموقف القضاء الإداري في مصر والكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «المطلب الثاني».

المطلب الأول
الاتجاهات القضائية الحديثة للقضاء المقارن في حماية التوقعات المشروعة
في المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار

نتناول في هذا المطلب دور القضاء الأمريكي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «الفرع الأول»، ودور قضاء المملكة المتحدة في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «الفرع الثاني»، ودور القضاء الأوروبي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «الفرع الثالث»، ودور مجلس الدولة الفرنسي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال

كلية الحقوق جامعة القاهرة

الاستثمار «الفرع الرابع».

الفرع الأول
دور القضاء الأمريكي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفرع القضاء الأمريكي ومبدأ الاتساق «أولا»، ودور القضاء الأمريكي في حماية مبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار «ثانيا»، والأهمية الحالية لمبدأ التوقعات المشروعة في القضاء الأمريكي «ثالثا».

أولا: القضاء الأمريكي ومبدأ الاتساق:

تفضل المحاكم الأمريكية مصطلح مبدأ الاتساق، فنبحث تباعا مبدأ الاتساق والتوقع المشروع، ومبدأ التوقع المشروع في العقود الخاصة، ومبدأ التوقع المشروع في الإطار غير التعاقدي مع الجهات الإدارية، وأساس مبدأ الاتساق في قضاء المحكمة العليا الأمريكية، وأنواع مبدأ الاتساق "التوقع المشروع" في النظام الأمريكي، وذلك على النحو التالي:

١- مبدأ الإتساق والتوقع المشروع:

تفضل المحاكم الأمريكية -كما أوضحنا سلفا- مصطلح مبدأ الإتساق «The consistency principle» بدلا من مصطلح التوقع المشروع «Legitimate Expectation»، ويتمثل مضمونه في الالتزام بالممارسات القانونية السابقة والتنفيذية دون الدخول في التفرقة بين القوانين الإجرائية والموضوعية «Procedural and substantive law»، وبالتالي يكفل ذلك المبدأ الحماية الإجرائية والموضوعية للتوقعات المشروعة[1].

٢- مبدأ التوقع المشروع في العقود الخاصة:

(1) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.29

يتم التمسك بمبدأ التوقع المشروع في العقود الخاصة عندما يرفع أحد طرفي العقد دعواه أمام القضاء للمطالبة بتنفيذ العقد « Enforcement of contract» لأنه وفقا للمنطق العادي للأمور كان المدعي لديه توقع مشروع بتنفيذ ذلك العقد الذي أبرمه مع المدعى عليه، وبالتالي فإن التخلف عن تنفيذ العقد يُعد مصادما للتوقعات المشروعة للمدعي[1].

٣- مبدأ التوقع المشروع في الإطار غير التعاقدي مع الجهات الإدارية:

يظهر مبدأ الاتساق «The consistency principle» أو التوقع المشروع أيضا في الإطار غير التعاقدي «Non-contractual settings»، مع الجهات الإدارية، وذلك في الحالات التي تقوم فيها الحكومة « The government» أو الإدارات الحكومية التابعة لكل ولاية بتغيير مواقفها بشكل مفاجئ أو تغيير سلوكها الذي اعتاد عليه الأفراد منذ عدة سنوات، فهنا يحق للأفراد التمسك بالحق في التوقع المشروع «Legitimate expectation» بالرغم من أن المحاكم الأمريكية لم تستخدم ذلك المصطلح في الكثير من أحكامها بل درجت على استخدام مصطلح مبدأ الاتساق « The consistency principle»[2].

٤- أساس مبدأ الاتساق في قضاء المحكمة العليا الأمريكية:

أسست المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية « The American Supreme Court» مبدأ الاتساق أو التوقع المشروع على مبدأ سيادة القانون «The rule of law» حيث جاء بحكمها أن «مبدأ الاتساق يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ سيادة القانون الذي يعترف بأن لكل مواطن توقعات مشروعة وأن تصرفات الموظفين العموميين يتعين أن تكون متوافقة مع القوانين النافذة والممارسات

(1) Jayanta Chakraborty, Ibid., p.29
(2) Jayanta Chakraborty, Ibid., p.29

القانونية التي تتبعها الدولة»[1].

٥- أنواع مبدأ الاتساق "التوقع المشروع" في النظام الأمريكي:

ينقسم مبدأ الاتساق «Consistency» أو مبدأ التوقعات المشروعة إلى صورتين الأول اتساق أفقي «Horizontal consistency» والثاني اتساق رأسي «Vertical Consistency» وذلك على النحو التالي[2]

أ- أتساق أفقي: «Horizontal consistency»

يتوافر الاتساق الأفقي «Horizontal consistency» بشكل عام على المستوى الاتحادي «Federal level» وذلك بين السلطات الفيدرالية الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتكون تلك السلطات على مستوى أفقي واحد ولا تعلو سلطة على غيرها، وتتبع تلك السلطات الثلاث مبدأ الاتساق فيما يتعلق بعلاقتهم ببعضهم البعض من ناحية، وكذلك في علاقتهم مع الأفراد من ناحية أخرى، وهذا ما يُطلق عليه الفقه الاتساق الأُفقي.

ب- اتساق عمودي: «Vertical Consistency»

يشير الاتساق العمودي «Vertical Consistency» إلى العلاقة بين السلطات الثلاث الفيدرالية التنفيذية والتشريعية والقضائية وغيرها من الجهات الحكومية للولايات، وذلك بما تملكه السلطات الفيدرالية المشار إليها من سلطة على تلك الجهات الحكومية، من التزام الأخيرة باتباع واحترام القرارات الصادرة عن السلطات الفيدرالية.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) Shaball v. State Compensation Ins. Auth., 799 P.2d 399 (1990), No. 88CA1242.

(2) Jayanta Chakraborty,Op. Cit., p.30

ثانيا: دور القضاء الأمريكي في حماية مبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار:

يحمي القضاء الأمريكي التوقعات المشروعة، ويقضي ببطلان تصرف جهة الإدارة إذا خالف تصرفها تلك التوقعات عند توافر الشروط المتطلبة لذلك، وتوجد العديد من المظاهر التي يعتمد عليها القضاء والتي تُعد قرائن على الخروج على هذا المبدأ، والتي من بينها التعسف «Arbitrary»، وتغيير المواقف «Capricious» غير المبرر، وبالتالي إذا اتضح تعسف جهة الإدارة مع المدعي فيما قامت بإصداره من قرارات أو قامت بتغيير مواقفها السابقة بشكل غير مبرر والتي قد اطمئن إليها الأفراد نتيجة إتباعها من قبل الإدارة فترة زمنية طويلة نسبيا، فإن ذلك يُعد قرينة على انتهاك ذلك المبدأ، مع ضرورة التأكيد على حق جهة الإدارة في تغيير مواقفها أو تغيير السياسة العامة بشأن نشاط معين ولكن بشرط أن يكون هناك سبب كافي يبرر ذلك التغيير[1].

وقد طبقت المحكمة العليا الأمريكية مبدأ الاتساق في قضية « Ashbacker Radio Corp. v. Federal Communications Commission»[2]، والتي تتعلق بتقدم أثنين للجنة المختصة بطلب للحصول على ترخيص محطة إذاعية وفقا لقانون الاتصالات الفيدرالي « The Federal Communications Act» على نفس التردد، فمنحت اللجنة الترخيص لأحدهما بعد منحه جلسة استماع دون منح هذه الفرصة لمن تم رفض طلبه، فقضت المحكمة بأن اللجنة قد ميزت بينهما بعدم منح جلسة استماع لمن تم رفض طلبه، وبالتالي فإن اللجنة المذكورة قد وفرت فرصة إجرائية لأحدهما ترتب عليها انتهاك التوقعات المشروعة للمدعي.

ثالثا: الأهمية الحالية لمبدأ التوقعات المشروعة في القضاء الأمريكي:

يستخدم مبدأ التوقعات المشروعة في العديد من المسائل القانونية، وأهمها

---

(1) Jayanta Chakraborty, Ibid., p.31

(2) Ashbacker Radio Corp. v. FCC, 326 U.S. 327 (1945)

العقود الحكومية «Government contracts»، ولكن هناك مجالات أخرى يتم استخدام ذلك المبدأ فيها والتي من أهمها[1]:

1- الأحكام الجنائية.

2- الحق في الخصوصية.

3- تنظيم الملكية الخاصة.

4- الإعانات والمزايا الحكومية.

5- القوانين المتعلقة بالمهاجرين.

6- القوانين المتعلقة بالإعسار.

7- قواعد المرافعات المدنية.

8- قواعد المسئولية التقصيرية.

9- فرض الضرائب.

يرى الباحث- ضرورة تأكيد القضاء الأمريكي على أن مبدأ الاتساق (التوقع المشروع) يُعد مبدأ قائم بذاته في القانون العام الداخلي، يمكن الاستناد إليه مباشرة عند انتهاك التوقعات المشروعة من قبل جهة الإدارة، مع وضع تنظيم كامل له لتحقيق الأمن القانوني للأفراد بشكل عام وللمستثمرين الوطنيين على وجه خاص، وحتى لا يختلف الفقه بشأن مدى تبني القضاء لذلك المبدأ بشكل مكتمل، أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فنرى أن حماية التوقعات المشروعة يكفلها القانون الدولي للاستثمار، ومعاهدات الاستثمار الثنائية، وغيرها من المعاهدات التي صدقت عليها الدولة، بالإضافة إلى أن حماية تلك التوقعات تُعد عنصرا من عناصر معيار المعاملة العادلة والمشروعة.

(1) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.32

الفرع الثاني

دور قضاء المملكة المتحدة في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

يرى البعض[1] أن المملكة المتحدة هي مهد مبدأ التوقعات المشروعة، وقد تبنته محاكم القانون العام «Common law courts» في الحالات التي لا يوجد أمامها أي طريق آخر لتعويض المضرور عما لحق به من ضرر، وقد نشأ ذلك المبدأ في القانون الخاص، ثم انتقل فيما بعد إلى مجال القانون العام « Public law»، ويُمكن اعتبار هذا المبدأ جزء من فكرة الإنصاف الإجرائي « Procedural fairness» ومبدأ المعقولية «Doctrine of reasonableness».

ويتم تأسيس الحق في حماية التوقعات المشروعة في القضاء الانجليزي على الأسس التي تقوم عليها فكرة الرقابة القضائية «Judicial review»، والتي تستند إلى مبدأ سيادة القانون «The rule of law »، من خلال إخضاع جميع تصرفات أجهزة الدولة للرقابة القضائية، وأيضا حماية الأفراد من القرارات التعسفية «Arbitrary decisions» الصادرة عن الهيئات الحكومية، من خلال التأكد من معقولية تلك القرارات، ويُعد مبدأ سيادة القانون من المبادئ المتجذرة بعمق في القانون العام الإنجليزي، والذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال رقابة التصرفات والقرارات الصادرة عن الجهات الإدارية، وبالتالي يمكن القول أن مبدأ التوقعات المشروعة في القانون الإنجليزي هو جزء من عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة «Judicial review of administrative action» ، ويتعلق بالطريقة التي يتم بها اتخاذ تلك القرارات « The manner in which a decision is made»[2].

وبالرغم من أن بريطانيا هي مهد مبدأ التوقع المشروع « Legitimate

(1) Jayanta Chakraborty, Ibid., pp. 23-24
(2) Abhijit P.G. Pandya, Op. Cit., p.47

expectation» لكن لم يتم تطبيقه إلا حديثا في القانون الإداري، وقد اكتسب شعبية كبيرة وبدأ تطبيقه في العديد من الحالات على النحو التالي[1]:

أ. تتمثل الحالة الأولى في اعتماد الشخص على تطبيق جهة الإدارة لسياسة معينة أو قاعدة عامة ثم تقوم بتغيير تلك السياسة أو القاعدة.

ب. وتتمثل الحالة الثانية في استمرار تطبيق جهة الإدارة لسياسة معينة أو القاعدة العامة التي كانت تتبعها ولم تقم بتعديلها ولكن لم يتم تطبيقها على الواقعة محل الادعاء.

ج. وتتمثل الحالة الثالثة في تلقي الفرد وعدا أو وصف معين من جهة الإدارة لم تقم بالوفاء به بسبب التغيير اللاحق في سياستها أو القواعد العامة واجبة التطبيق.

د. وتتمثل الحالة الرابعة في تلقي الفرد وعدا أو وصفا معينا من جهة الإدارة، ولم يتم الوفاء به بسبب أن المختص بإصدار القرار قد غير رأيه فقط في تلك الحالة المعروضة عليه، وبالتالي لم يكن سبب الرفض التغيير اللاحق في سياسة جهة الإدارة أو في القواعد العامة واجبة التطبيق.

ويتعين التأكيد على أن تأسيس المستثمر لتوقعاته المشروعة على ما قدمته الدولة المضيفة «The Host State» من وعد «Promise»، يشترط فيه أن يكون قد خلق لدى المستثمر توقعات مشروعة، ترتبط بنشاطه الاستثماري بشكل مباشر أو غير مباشر، وأن يترتب على تحققها حصوله على منافع جوهرية كمنحه امتياز أو حصوله على ترخيص أو قرار إداري أو خفض ضريبة أو إلغائها[2].

ويرى الباحث– أن تلك المبادئ السابقة تنطبق على الاستثمارات الوطنية،

(1) Jayanta Chakraborty, Op. Cit., p.24
(2) Marcin Kałduński,. Op. Cit., p.237

أما فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية فإن ذلك المبدأ مكفول باعتباره أحد المبادئ العامة لقانون الجماعة الأوروبية، باعتبار أن المملكة المتحدة من أعضاء الاتحاد الأوروبي ولم تخرج بشكل كامل من الاتحاد –حتى كتابة هذا البحث– وهو ما يطلق عليه «Brexit»[1] ومن ثم يتم سيتم كفالة التوقعات المشروعة في حالة انطباق قانون الجماعة الأوروبية على النزاع، وفيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية التي تتم خارج مظلة الاتحاد الأوروبي فسيتم كفالة ذلك المبدأ أيضا ولكن من خلال قانون الاستثمار الدولي ومعاهدات الاستثمار الثنائية وغيرها من معاهدات الاستثمار التي صدقت عليها الدولة، حيث يعتبر ذلك المبدأ أحد أهم عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

الفرع الثالث
دور القضاء الأوروبي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة
في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفرع محكمة العدل للجماعة الأوروبية وحماية التوقعات المشروعة «أولا»، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وحماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: محكمة العدل للجماعة الأوروبية وحماية التوقعات المشروعة:

يؤكد الفقه[2] على أن مبدأ الثقة المشروعة «Confiance légitime» لم يظهر في أي نص من نصوص قوانين الجماعة الأوروبية، وبالتالي فهو مبدأ قضائي النشأة مستوحى بشكل أساسي من القانون الألماني الذي يحمي المواطنين من التصرفات الصادرة من جهة الإدارة وتمثل اعتداء على مبدأ الثقة المشروعة، ويظهر هذا المبدأ عندما تقوم الجهات المختصة بتعديل القواعد القانونية دون

(1) Marcello Sacco, Brexit: A Way Forward, Vernon Press, Wilmington, 2019, p. xi

(2) Académie de Droit International, Op. Cit., p.173

مراعاة شروط معينة، ويظهر أن ذلك المبدأ يتداخل جزئيا مع مبدأ احترام الحقوق المكتسبة «Droits acquis»، وقد تم اثارة مبدأ التوقعات المشروعة أمام قضاء المجموعة الأوروبية منذ الستينات، وقد قضت بتطبيق ذلك المبدأ بشأن تطبيق المجلس لنص يتعلق بمراجعة وتعديل أجور الموظفين الأوروبيين، ويلاحظ أن حماية مبدأ الثقة المشروعة قد ظهر في بادئ الأمر بالنسبة للقرارات الفردية «Les décisions individuelles» ولكن القضاء يطبق ذلك أيضا بالنسبة للقرارات التي تتصف بالعمومية[1].

وقد أكدت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي صراحة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ يناير ١٩٩٧[2] بأنه يتضح من السوابق القضائية للقضاء الأوروبي أنها اشترطت أن يكون تشريع الجماعة الأوربية « La législation communautaire» يقينيا، وأن تكون قواعده متوقعه «Prévisible» بالنسبة للمخاطبين بأحكامه، لارتباط ذلك بمبدأ الأمن القانوني « La sécurité juridique»، الأمر الذي يقتضي أن تكون الأعمال القانونية الصادرة عن السلطات العامة واضحة ومحددة «clair et précis».

---

(1) CJCE, arrêt du 15 juin 1973, Commission/Conseil, aff. 81/72, Rec., p. 575.

(2) Arrêt du Tribunal de première instance (quatrième chambre) du 22 janvier 1997. Opel Austria GmbH c. Conseil de l'Union européenne, no T-115/94, Européen Court Reports 1997 II-00039

«Au surplus, il ressort de la jurisprudence que la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables. Le principe de la sécurité juridique exige que tout acte des institutions qui produit des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire ses effets juridiques »

وقد أكد قضاء المجموعة الأوروبية على أن مبدأ التوقعات المشروعة أو الثقة المشروعة «La protection de la confiance légitime» ومبدأ اليقين القانوني «La sécurité juridique» من المبادئ التي تشكل جزء من النظام القانوني للجماعة الأوروبية والتي يتعين على جميع الدول الأعضاء احترامها عند ممارستها للسلطات المخولة لها في ضوء توجيهات الجماعة الأوروبية، وأنه يتعين على المحاكم الوطنية للدول أعضاء الاتحاد التأكد من عدم انتهاك تلك المبادئ[1].

كما أكدت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٥٧ على ضرورة الالتزام بضمان التوقعات المشروعة « La sauvegarde de la confiance légitime» مما يساعد في استقرار المراكز القانونية[2]، وهو ما تم تكريسه لاحقا في حكم صادر بتاريخ ٥ يونيو ١٩٧٣[3]، ثم تم تأكيده في الحكم الصادر بتاريخ ٣ مايو ١٩٧٨[4] حيث تم وصف مبدأ التوقعات المشروعة لأول مرة بأن هذا " المبدأ جزء من النظام القانوني للجماعة الأوروبية" « Principe faisant partie de l'ordre juridique de la Communauté»، وأكدت المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٥ مايو ١٩٨١ على أن مبدأ التوقعات المشروعة هو "مبدأ أساسي للجماعة الأوروبية" «Principe fondamental de la Communauté»[5]، وتم تطبيقه بشكل كبير في مجال النشاط الزراعي «Agricole» وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق

(1) Case C-381/97, Belgocodex SA contre État belge, 3 décembre 1998, Recueil de jurisprudence 1998 page I-08153
(2) CJCE, 12 juillet 1957, Algera c/ Assemblée commune de la CECA, n° 7/56
(3) CJCE, 5 juin 1973, Commission contre Conseil, n° 81/72
(4) CJCE, 3 mai 1978, Töpfer c/ Commission, n° 112/77
(5) CJCE, 5 mai 1981, Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen, n° 112/80

بمبالغ التعويض التي يحق للأفراد المطالبة بها، حيث نشأ للأفراد العاملين بهذا المجال ثقة مشروعة في تمكينهم من التصدير استنادا إلى الشهادات التي تم الحصول عليها في ذلك الشأن[1]. كما أقرت بالأثر الكبير لمبدأ حماية التوقعات المشروعة «Principe de confiance légitime» والاتجاه المتصاعد لذلك المبدأ في حكمها الصادر عام ١٩٧٩[2] والذي تم السماح فيه للأفراد بالاستناد لذلك المبدأ ضد دولة عضو في الاتحاد.

كما أكدت أيضا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٨٣ بأنه يحق للفرد التمسك بمبدأ التوقعات المشروعة في كل حالة تكون فيها جهة الإدارة أدت بتصرفاتها إلى تولد توقعات مشروعة لديه، مع التأكيد على أن هذا الحق لا يقتصر على موظفي المؤسسات التابعة للجماعة الأوروبية[3]، كما ألقت المحكمة أيضا بظلال ذلك المبدأ على قانون الجمارك «Droit douanier»، حيث سمحت للمكلف بدفع الرسوم الجمركية بالاستفادة من نظام معين تتحقق معه مصلحته إذا كانت نية الإدارة العامة للجمارك « L'administration douanière» قد ظهرت بشكل واضح لا بس فيه «Sans équivoque» لتطبيق هذا النظام، مع التأكيد على أن ذلك مرهون بعدم التعارض مع قانون الجماعة الأوروبية[4].

(1) CJCE, 14 mai 1975, Comptoir national technique agricole (CNTA), n° 74/74

(2) CJCE, 5 avr. 1979, Tullio Ratti c. Italie, n° 148/78

(3) CJCE, 19 mai 1983, Vassilis Mavridis c. Parlement européen, n° 289/81

(4) CJUE, 11 juill. 2013, Directeur général des douanes et droits indirects c. Harry Winston, n° C-273/12

«La cour d'appel a ainsi considéré que Harry Winston avait pu estimer, en se fondant sur le principe de confiance légitime, qu'elle ne devait pas acquitter de droits de douane en l'espèce, sous réserve de démontrer que ce vol avait résulté d'un cas de force majeure.»

ثانيا: المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وحماية التوقعات المشروعة:

أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان « La Cour européenne des droits de l'homme» أيضا على مبدأ الأمن القانوني « Le principe de sécurité juridique» باعتباره من المبادئ المتأصلة في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية « La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[1]، وذلك منذ حكمها الصادر بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٧٩[2] في الدعوى المرفوعة من السيدة «Paula Marckx» ضد دولة بلجيكا، والتي أكدت فيه صراحة على كفالة الحماية القانونية للتوقعات المشروعة للأفراد، كما قضت بأن ذلك المبدأ من المبادئ المتأصلة أيضا في قانون الجماعة الأوروبية «Droit communautaire»، وضرورة التزام الدولة باستقرار القوانين وإمكانية توقعها «La stabilité et la prévisibilité»، وعادة ما تربط المحكمة بين مبدأ الأمن القانوني ووجود مدة زمنية محددة للطعن « Délais de recours»، ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٨٤[3]، والتي أكدت فيه على السلطة التقديرية للمشرع في سن التشريعات ولكن بشرط عدم إهدار مبدأ

---

(1) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950

(2) CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, no. 6833/74
«Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire»

(3) CEDH, 28 novembre 1984, Rasmussen c/ Danemark, no 8777/7
« La Cour a considéré les circonstances et le contexte général, sans oublier la marge d'appréciation dont les autorités doivent bénéficier en la matière. A ses yeux, celles-ci étaient en droit de penser que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique »

الأمن القانوني، كما أكدت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ أكتوبر ١٩٩٩[1] على عدم جواز تطبيق القوانين المدنية بأثر رجعي « Rétroactivité des lois civiles» إلا في الحالة التي تتوافر فيها أسباب قوية تجيز ذلك ولضرورات المصلحة العامة «Intérêt général».

ويؤكد الفقه[2] على أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ترى أن مبدأ التوقعات المشروعة يعادل أو يكافئ مبدأ الأمن القانوني « La confiance légitime est considérée comme l'équivalent subjectif du principe de sécurité juridique»، وكمثال على ذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٥ يونيو ٢٠٠٦[3] وقد عرفت فيه التوقعات المشروعة بأنها "حق المواطنين في حالات محددة وظروف معينة في أن يكون بمقدورهم الاطمئنان إلى بقاء واستمرار القواعد القانونية المعمول بها"، وأكدت صراحة في تلك القضية على أن المحكمة العليا الخاصة «la Cour suprême spéciale » قد تجاهلت مبدأ التوقعات المشروعة «Méconnu le principe de confiance légitime» والمادة رقم (٣) من البروتوكول رقم (١).

---

(1) CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, affaire numéro 24846/94 et 34165/96

(2) Mirentxu Aguerre, David Gilles, Panorama de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'année 2006. In : Revue Québécoise de droit international, volume 19-2, 2006. pp. 308-309

(3) CEDH, 15 juin 2006, Lykourezos c. Grèce, no 33554/03

«57. Dans ces conditions, la Cour conclut…la Cour suprême spéciale a déchu l'intéressé de ses fonctions parlementaires et privé les électeurs du candidat qu'ils avaient librement et démocratiquement choisi pour les représenter pendant quatre ans au Parlement, en méconnaissance du principe de la confiance légitime. »

يرى الباحث– ضرورة التزام الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي بحماية التوقع المشروع للأفراد سواء كان توقع مشروع إجرائي أو موضوعي، نظرا لتأكيد القضاء الأوروبي على أنه يُعد من المبادئ العامة لقانون الجماعة الأوروبية، ونحث الدول أعضاء الاتحاد على عدم قصر حماية التوقعات المشروعة على المنازعات التي ينطبق عليها قانون الجماعة الأوروبية، بل النص على ذلك المبدأ في القانون العام الداخلي، أو يقوم القضاء الوطني بتلك الدول باعتبار ذلك المبدأ من المبادئ العامة للقانون الوطني، وذلك لإزالة التفرقة بين الدعاوى التي ينطبق فيها قانون الجماعة الأوروبية والتي يتم فيها حماية تلك التوقعات، دون غيرها من المنازعات، وذلك لما له من أثر كبير في تشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي بتلك الدول..

الفرع الرابع
دور مجلس الدولة الفرنسي في حماية مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

حماية مجلس الدولة الفرنسي للتوقعات المشروعة في مجال الاستثمار رهين بتطبيق قانون الجماعة الأوروبية «أولا» ومدى إمكانية تقرير مسئولية الدولة عند مخالفتها لمبدأ التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: حماية مجلس الدولة الفرنسي للتوقعات المشروعة في مجال الاستثمار رهين بتطبيق قانون الجماعة الأوروبية:

لا يعتبر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ حماية التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي، وبالتالي لن يتمتع المستثمر بأية حماية لتوقعاته المشروعة إلا في حالة انطباق قانون الجماعة الأوروبية، وهو ما يتضح من الأحكام العديدة لمجلس الدولة الفرنسي في ذلك الشأن.

ومن ذلك حكم مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٣ فبراير لسنة ٢٠٢٠[1]،

(1) C.E., 13 février 2020, La société par actions simplifiée EAP Group, n°423430

وتتلخص عناصر النزاع في أن شركة «EAP Group» قد أقامت دعواها أمام المحكمة الإدارية بمدينة تولوز «Toulouse» لوقف تنفيذ الأمر الصادر بتاريخ ٥ يوليو ٢٠١٨ والذي بموجبه أمر المحافظ بوقف طرح وتسويق منتجات الشركة الطاعنة والمتعلقة بالحشرات المعدة للاستهلاك البشري حتى يتم الامتثال لأحكام لائحة «Règlement» الاتحاد الأوروبي رقم «n° 2015/2283» بتاريخ ٢٥ نوفمبر لسنة ٢٠١٥، فقضى قاضي الأمور المستعجلة «Juge des référés» برفض الطلب المقدم من الشركة الطاعنة، فتقدمت الشركة إلى مجلس الدولة الفرنسي لإلغاء الأمر المشار إليه وإلزام الدولة بالتعويض، وأسست طلباتها على انتهاك جهة الإدارة لمبدأ اليقين القانوني « Principe de sécurité juridique» والتوقعات المشروعة «Confiance légitime» وهو ما استجاب له المجلس استنادا إلى أن قانون الجماعة الأوروبية هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وهو ما أكده في حكمه الصادر بتاريخ ٨ فبراير ٢٠١٩[1]، حيث قضى بأن التمسك بمبدأ الثقة المشروعة مسألة لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز التمسك بها لأول مرة أثناء الطعن بالنقض، وذلك فيما يتعلق بالطعن المقدم من شركة فولكس فاجن جروب فرنسا « La société Volkswagen Group France»، والتي ادعت فيه أن فرض جهة الإدارة لتلك الضرائب عليها قد خالف توقعاتها المشروعة، حيث كانت تتوقع استفادتها من الإعفاءات الضريبية لمدة تزيد عن ثلاثين عاما، وكذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٢٤ يونية ٢٠١٣[2]، فيما يتعلق بالطعن المرفوع من شركة الاقتصاد المختلط «هيروفيلايس» للتنمية « La Société hérouvillaise d'économie mixte pour

(1) C.E., 8 février 2019, La société Volkswagen Group France, n° 409619

(2) C.E., 28 juin 2013, La Société Hérouvillaise d'économie mixte pour l'aménagement (SHEMA), n° 344021

l'aménagement » التي تعرف اختصارا «SHEMA» والتي طالبت في طعنها بالإلغاء لتجاوز السلطة للقرار الصادر بتاريخ ٣١ أغسطس ٢٠١٠ والذي يحدد شروط شراء الكهرباء التي تنتجها المنشآت باستخدام الطاقة الشمسية على النحو المشار إليه في البند (٣) من المادة الثانية من المرسوم رقم «n°2000-1196» بتاريخ ٦ ديسمبر لسنة ٢٠٠٠، بالإضافة إلى إلزام الدولة بالتعويض عما سببه القرار المطعون فيه من أضرار، وذلك لمخالفته لمبدأ الثقة المشروعة، حيث يتعين أن يتم تحديد شروط الشراء مع مراعاة تكاليف استثمار التشغيل، حيث قام الوزراء المعنيين بالاقتصاد والطاقة بإصدار قرار ٣١ أغسطس ٢٠١٠ والذي بموجبه تم إلغاء القرار الصادر بتاريخ ١٢ يناير ٢٠١٠ الذي يحدد شروط شراء الكهرباء التي تنتجها المنشآت باستخدام الطاقة الشمسية، ووضع شروط جديدة تتضمن تعديلا في الرسوم المتطلبة، فقضى المجلس برفض الطعن لعدم مخالفة القرار المطعون فيه لمبدأ الثقة المشروعة نظرا لعدم انطباق قانون الاتحاد الأوروبي على ذلك النزاع.

ثانيا: مدى إمكانية تقرير مسئولية الدولة عند مخالفتها لمبدأ التوقعات المشروعة:

يقضي مجلس الدولة الفرنسي بتقرير مسئولية الدولة عن انتهاك مبدأ الثقة المشروعة في حالة وحيدة وهي انطباق قانون الجماعة الأوروبية على النزاع المعروض عليه وتكون مسئولية الدولة في تلك الحالة هي مسئولية الدولة عن القوانين ويتعين أن تتوافر شروط تطبيق تلك المسئولية، ويكون تقريرها إما على أساس المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة، أو عدم امتثال الدولة لالتزاماتها الدولية، وفي الحالة الأخيرة يكون محل المخالفة هو مخالفة الدولة لالتزامات المقررة بموجب الاتفاقات الدولية التي صدقت عليها، والذي يتمثل في مخالفة مبدأ الثقة المشروعة الذي يُعد من المبادئ العامة لقانون الجماعة الأوربية.

وقد تعرض مجلس الدولة لتلك المسألة بمناسبة نزاع تتلخص عناصره في أن شركة «Société d'édition et de protection route» عام ١٩٩٦

قامت بفصل أربعة عشر موظفا لديها لاعتراضهم على قيام الشركة بإجراء بعض التعديلات الجوهرية في أجورهم، اعتقادا من الشركة الطاعنة بأن ذلك يتفق مع تطبيق المادة «L. 321-1-3» من قانون العمل «Code du travail» الصادر بالقانون «loi n° 92-722» ٢٩ يوليو ١٩٩٢، لكن محكمة النقض «Cour de cassation» قضت بعد أربعة سنوات ونصف بمسئولية الشركة وإلزامها بدفع مبلغ (٩٢٠,٠٠٠) يورو كتعويض لهؤلاء الموظفين، الأمر الذي على إثره قامت الشركة برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بباريس « Le TA de Paris» لتقرير مسئولية الدولة عن اعتمادها لقوانين تتجاهل التزامات فرنسا الدولية وعلى وجه الخصوص «Notamment» الغموض « L'ambiguïté» الذي شاب صياغة المادة «L. 321-1-3» من قانون العمل، الأمر الذي يُعد تجاهلا لمبادئ اليقين القانون والتوقعات المشروعة، فقضت المحكمة[1] برفض تقرير مسئولية الدولة في حكمها الصادر بتاريخ ٥ مايو ٢٠١٠، وهو الأمر الذي تم تأكيده من قبل محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٢ سبتمبر ٢٠١١[2]، فطعنت الشركة أمام مجلس الدولة الفرنسي في ذلك الحكم، فقضى المجلس برفض طلبات الشركة الطاعنة بالتعويض بتاريخ ٢٣ يوليو ٢٠١٤[3]، واشترط مجلس الدولة

(1) TA de Paris, 5 mai 2010, Société d'édition et de protection route (SEPR), n° 0720707

(2) CAA de Paris, Société d'édition et de protection route (SEPR), n° 10PA03557

(3) C.E., 23 juillet 2014, Société d'édition et de protection route (SEPR), n° 354365

«7. Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est, outre l'hypothèse évoquée au point 3, également susceptible d'être engagée en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements

لتقرير مسئولية الدولة لمخالفة التوقعات المشروعة أن يكون قانون الجماعة الأوروبية هو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وبالتالي يتضح من ذلك الحكم السابق أن مجلس الدولة يساهم في إرساء مبدأ تقرير مسئولية الدولة عن تجاهل مبادئ اليقين القانوني والتوقعات المشروعة التي يعترف بها قانون الجماعة الأوروبية «Droit communautaire» وقانون الاتحاد الأوروبي«Droit de l'Union européenne» وذلك عبر القوانين التي يتم اعتمادها داخل الدولة بالمخالفة لتلك المبادئ، ويتم تأسيس تلك المسئولية على أساس مسئولية الدولة عن القوانين « La responsabilité de l'État du fait des lois»[1] وهو ما أكدته الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في الحكام الصادر بتاريخ ٨ فبراير ٢٠٠٧[2]، حيث قضى مجلس الدولة بأن مسئولية

---

internationaux de la France, au nombre desquels figure le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime reconnus par le droit communautaire et, désormais, par le droit de l'Union européenne ;»

(1) La lettre du tribunal administratif de paris, No. 40, Octobre 2014, p.19

(2) C.E., Ass., 8 févr. 2007, M. Alain A, n° 279522

«Considérant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée, d'une part, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi à la condition que cette loi n'ait pas entendu exclure toute indemnisation et que le préjudice dont il est demandé réparation, revêtant un caractère grave et spécial, ne puisse, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés, d'autre part, en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi

الدولة عن القوانين يمكن تأسيسها من ناحية أولى استنادا إلى مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة « L'égalité des citoyens devant les charges publiques» وتعويض المضارين عن ذلك القانون بشرط إلا يستبعد القانون التعويض عن الأضرار الناجمة عن تطبيقه، وكذلك أن يتصف ذلك الضرر بالخصوصية والجسامة، ومن ناحية ثانية يمكن تأسيس المسئولية على أساس التزام السلطات العامة للدولة بالامتثال للاتفاقيات الدولية، الأمر الذي يترتب عليه تقرير مسئولية الدولة في حالة اعتمادها لقانون يتجاهل تلك الالتزامات كالتزامها بضمان الأمن القانوني للأفراد أو بحماية توقعاتهم المشروعة وفقا لقانون الجماعة الأوروبية وقانون الاتحاد الأوروبي.

يرى الباحث- أهمية عدول مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك الاتجاه، بألا يقصر حماية التوقعات المشروعة على الحالة التي يكون فيها قانون الجماعة الأوروبية هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، فالأولى بمجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري أن يقرا بمبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ من المبادئ العامة للقانون العام الداخلي، لما لذلك من كبير الأثر في تشجيع الاستثمار.

المطلب الثاني

موقف القضاء الإداري في مصر والكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

نتناول في هذا المطلب موقف مجلس الدولة في مصر من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «الفرع الأول»، وموقف الدائرة الإدارية في الكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار «الفرع الثاني».

---

adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France ;»

الفرع الأول

موقف مجلس الدولة في مصر من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفرع دور مجلس الدولة المصري في حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار «أولا»، وعدم تبني مجلس الدولة المصري لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في حالة صدور وعود عن جهة الإدارة «ثانيا»، وتقييم دور المحاكم الاقتصادية في تشجيع الاستثمار «ثالثا».

أولا: دور مجلس الدولة المصري في حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار:

يؤكد مجلس الدولة المصري دوما على « أهمية دور القضاء الإداري في حماية الاستثمار وتعزيز الثقة في العدالة الوطنية ضمانا لجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال وإنشاء قضاء متخصص في مسائل الاستثمار وحماية الاستثمارات الدولية في ظل القوانين الحاكمة المحلية والدولية، خاصة توظيف تكنولوجيا المعلومات لرفع جودة الخدمات المقدمة للمتعاملين مع أمور الاستثمار، وإدماج البُعد الرقمى فى استراتيجية تحديث قضاء الاستثمار...بالإضافة إلى أنه قد أرسى العديد من المبادئ القانونية المستجدة التى تعكس الحرص على المناخ الاستثمارى الجيد، خاصة أن الاقتصاد العالمى يشهد تنافسية شديدة، وأصبحت قضية دول العالم هي تحسين مناخ الاستثمار وحماية الاستثمارات المحلية والأجنبية، وهو ما يقتضي التعاون والتقارب بين الأنظمة القانونية والقضائية لتتقاسم التجارب الناجحة للنهوض بالاستثمار، وجعل العدالة أهم مفتاح لتحسين مناخ الاستثمار»[1].

---

(1) أ. محمد عيسى، رئيس مجلس الدولة: القضاء الإداري يحمي الاستثمار ويضمن جذب رؤوس الأموال، بوابة الوطن الإلكترونية، ٥ نوفمبر ٢٠١٩ https://www.elwatannews.com/news/details/4409405 (Last visit: November 2020)

كلية الحقوق جامعة القاهرة

ويرى البعض أن إعادة تفعيل دور المجلس الأعلى للاستثمار لا يقل أهمية عن دور القضاء الإداري في تشجيع الاستثمار حيث يذهب إلى أن «إعادة تفعيل دور المجلس الأعلى للاستثمار لكى يتولى مراجعة الإجراءات والقوانين المتعلقة بالاستثمار فى الأنشطة والمجالات كافة الأمر الذى يُعطى ثقة لجميع المستثمرين المصريين والأجانب بأن المرحلة المقبلة ستشهد نقلة نوعية فى منظومة الاستثمار، وهو ما سينعكس إيجابا على معدلات الاستثمار داخل السوق المصرى، كما أن القرارات التى ستصدر عن المجلس ستلتزم بها الوزارات الموجودة خاصة من ناحية الاستراتيجية الاستثمارية ومتابعه التغيرات فيها وعرض المشكلات غير التنفيذية وسبل معالجتها مما سيساهم فى تسريع الجهود المبذولة لعودة مصر كدولة رائدة وجاذبة للاستثمار وسيكون ضمانا لسرعة حل مشاكل المستثمرين وإنهاء الخلافات بين الأجهزة الحكومية والمستثمرين، خاصة من قاموا برفع دعاوى قضائية أو لجأوا للتحكيم الدولى»[1].

ويؤكد مجلس الدولة المصري حمايته للتوقعات المشروعة من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠١٧ والتي أكدت فيه على عدم جواز تجاوز اللائحة للدستور والقانون وذلك لضمان تحقيق الأمن القانوني الذي يحمي التوقع المشروع، حيث قضت بأن « الإجراءات في مجال القانون العام إنما شرعت لتحقيق المصلحة العامة لا المصلحة الخاصة وقد قدر الدستور حينئذ والمشرع ان إتباع إجراء مراجعة التشريعات قبل إصدارها من شانه تحقيق سلامة التشريع لضمان عدم خروج القانون علي الدستور وعدم تجاوز اللائحة الدستور والقانون ولضمان تحقيق الأمان القانوني وكفاءة النظام القانوني الذي يحمي

(1) أ. محسن عادل، خطوات تشجيع الاستثمار في مصر، الموقع الإلكترونية لجريدة البورصة، ٢ يناير ٢٠٢٠
https://alborsaanews.com/2020/01/02/1281587 (Last visit: November 2020)

التوقع المشروع وغير ذلك من أهداف»[1].

كما تؤكد محكمة القضاء الإداري على حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار بإلزام الإدارة باستكمال إجراءات إبرام العقد مع المستثمر، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٩[2]، حيث طلبت الشركة المدعية بإلغاء القرار السلبي لجهة الإدارة بالامتناع عن تنفيذ قرار اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار والمعتمد من مجلس الوزراء فيما تضمنه من إلزام المحافظ بتوقيع مشروع العقد الذي أعدته المحافظة، فقضت المحكمة بإلغاء قرار جهة الإدارة السلبي بالامتناع عن تنفيذ قرار اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار والمعتمد من مجلس الوزراء فيما تضمنه من إلزام المحافظ باستكمال السير في إجراءات تخصيص قطعة الأرض للشركة المدعية.

ومن أهم الأحكام أيضا التي تؤكد حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار –وفقا لما نميل إليه– هو الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بخصوص إبطال عقد "مدينتي" الصادر بتاريخ ١٤ سبتمبر ٢٠١٠، وقد كان من بين أسباب نعي الشركة الطاعنة على الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بإبطال ذلك العقد أنه «أخطأ الحكم المطعون فيه حين قضى ببطلان العقد، بعد أن دخل حيز التنفيذ وبعد خمس سنوات من تمام التعاقد والتنفيذ، وبعد أن أصبح الحاجزون في المشروع بالآلاف من المواطنين، مخالفاً بذلك قواعد حسن النية في تنفيذ العقود، واحترام الحقوق والمراكز القانونية المستقرة، وهو ما يندرج ضمن السلام الاجتماعي والأمن القانوني للمجتمع، وهي مصلحة أولى بالاعتبار من أي مصلحة أخرى»، ونرى أن المحكمة الإدارية العليا قد راعت مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار من خلال توفير الحماية للمتعاقدين على وحدات

(1) حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم 39606 لسنة 62 ق، بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠١٧

(2) حكم غير منشور، محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 941 لسنة 73 ق، بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٩

سكنية أو محلات أو وحدات أخرى بقصد التجارة والاستثمار أو إقامة مشروعات الخدمات سواء كانوا قد تسلموها أو لم يتسلموها، فقد قضت في حكمها أنه «بالنسبة للمتعاقدين على وحدات سكنية أو محلات أو وحدات أخرى بقصد التجارة والاستثمار أو إقامة مشروعات الخدمات بمشروع (م)، سواء كانوا قد تسلموها أو لم يتسلموها، فإن مركزهم القانوني لن يضار عند معالجة آثار الحكم ببطلان عقد بيع أرض المشروع المشار إليه، فلقد تعاملوا مع بائع ظاهر بحسن نية، ومن ثم لن يضاروا من آثار الحكم ببطلان العقد المشار إليه. وعلى الجهات المختصة مراعاة ذلك عند إعمال آثار الحكم ببطلان العقد نفاذاً للحكم، والتي من مؤداها إنهاء العقد وإعادة الأرض محل العقد إلى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، مع تقييد التصرف فيها بإتباع الإجراءات القانونية السليمة وبالمقابل العادل في الوقت الحالي، والذي تسفر عنه هذه الإجراءات التي فرضها القانون للتصرف بالبيع في أراضي الدولة؛ ذلك أنه من المقرر قانوناً – على وفق ما تقضي به المادتان (466) و(467) من القانون المدني – أن البيع الصادر من غير مالك وإن كان باطلاً، فإن بطلانه ليس مطلقاً، وإنما بطلانه مقرر لمصلحة المشتري، وللمالك الحقيقي (هيئة المجتمعات العمرانية) أن يقر هذا البيع في أي وقت، فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحا في حق المشتري، كما ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد إبرام العقد»[1].

يرى الباحث– أن مجلس الدولة المصري وإن لم يتبن بعد بشكل كامل ومستقر مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد كمبدأ مستقل بذاته، ولكننا نميل إلى أنه بخصوص الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا بشأن عقد مدينتي، وإن طبقت المحكمة أحكام القانون المدني بشأن "البيع من غير مالك"، وحماية المتعاقدين على وحدات سكنية أو محلات أو وحدات أخرى بقصد التجارة والاستثمار

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ق، بتاريخ ١٤ سبتمبر ٢٠١٠

أو إقامة مشروعات الخدمات استنادا إلى أنهم قد تعاملوا مع بائع ظاهر بحسن نية، فإن ذلك يُعد تطبيقا عمليا لمبدأ حماية التوقعات المشروعة لكل من الشركة الطاعنة والمتعاقدين معها من المستثمرين أو غيرهم سواء تسلموا الوحدات محل التعاقد فعليا أم لا.

ثانيا: عدم تبني مجلس الدولة المصري لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في حالة صدور وعود عن جهة الإدارة:

أكدت المحكمة الإدارية العليا على أنه لا يكفي الوعد بالتعاقد الصادر من جهة الإدارة كسند قانوني أو اتخاذ إجراءات ممهدة له، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠[1]، وكانت تتخلص عناصر النزاع في أن «قال المدعيان شرحا للدعوى بأنهما يضعان اليد على مساحة 175 مترا كائنة بزمام مدينة سرس الليان بحوض داير الناحية رقم 19 قطعة رقم 316 وذلك خلفا عن مورثهم ثم قامت الدولة بردمها ضمن مشروع ردم البرك، وأعلنت ممثلة في إدارة أملاك الدولة الخاصة بالمنوفية عن عزمها بيع هذه القطع لواضعي اليد عليها فتقدما لشرائها ووافقت إدارة الوحدة المحلية والمجلس الشعبي المحلى على ذلك بجلسة 1989/4/29 كما وافقت إدارة الأملاك على هذا البيع إلا أن رئيس مجلس مدينة سرس الليان رفض الموافقة على الطلب رغم موافقته للآخرين من واضعي اليد على قطعة أخرى وأصدر القرار الطعين بإزالة تعديهما على قطعة الأرض المذكورة»، فقضت المحكمة بأنه «ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن وضع اليد على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة يجب أن يستند على سند من القانون ويدرأ عنه صفة التعدى وإلا شكل تعديا عليها وحقت إزالته إداريا ولا يكفى لقيام هذا السند القانونى لوضع اليد المشروع مجرد – وجود وعد بالتعاقد أو اتخاذ إجراءات ممهدة له حيث إن الوعد بالتعاقد لا يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه إلا إذا صدر بذلك حكم قضائى حائز لقوة الشئ المقضى به».

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٣٩٣ لسنة ٤٢ق، بتاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠٠

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٣[1] حيث قضت بأن «المشرع قد نظم إجراءات وقواعد إدارة أملاك الدولة الخاصة واستغلالها وكيفية التصرف فيها سواء بالبيع أو الإيجار أو التوزيع أو غيرها من الوسائل, كما أحاط هذه الأملاك بسياج قوي من الحماية القانونية يضمن عدم التعدي عليها أو غصبها إذ حظر على أي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع يده بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة إلا وفقا لأحكام هذه القوانين – وضع اليد على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة يجب أن يستند على سند من القانون يدرأ عنه صفة التعدي بأن يخول صاحبه حق بسط يده عليها أو حيازته لها مثل عقد بيع ولو ابتدائي أو عقد إيجار بها وإلا شكل وضع اليد تعديا عليها حق إزالته إداريا ولا يكفي لقيام هذا السند القانوني لوضع اليد المشروع مجرد وجود إرهاصات تعاقد أو اتخاذ إجراءات ممهدة له من قبل أن تتوج بعقد يخول وضع اليد حتى ولو شكلت هذه المقدمات وعدا بالتعاقد، فالوعد بالتعاقد لا يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه إلا بمقتضى حكم حائز لقوة الشيء المقضي به».

يرى الباحث– عدم تأييد مجلس الدولة المصري فيما ذهب إليه من عدم إلزام الإدارة بتنفيذ وعودها التي تقدمت بها للأفراد سواء أكانوا من المستثمرين أم من غيرهم، حيث أكد في الأحكام السابقة على ذلك، حتى ولو ثبت فعلا وجود وعد منها بإبرام العقد، وأيضا حتى لو اتخذت إجراءات ممهدة لإبرامه، ونرى أن ذلك يتعارض مع مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد، ولن يشجع على الاستثمار، مع ضرورة التأكيد على أن حماية التوقعات المشروعة يكون في ظل احترام قواعد الدستور والنظام العام للدولة، على أن يتم تقرير مسئولية الدولة على أساس الخطأ في حالة عدم وفاء جهة الإدارة بما قدمته من وعود إذا كانت مخالفة للدستور أو

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٧٩٦١ لسنة ٤٥ق، بتاريخ ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٣

للنظام العام، أو توجد مبررات قوية تقتضيها المصلحة العامة لعدم الوفاء بها.

ويظهر من ذلك عدم تبني مجلس الدولة في مصر لمبدأ التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل قائم بذاته بعد، ولكن يتردد في إعمال ذلك المبدأ أو بعض مظاهره، ويثور التساؤل بشأن موقف الدائرة الإدارية في الكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

ثالثا: تقييم دور المحاكم الاقتصادية في تشجيع الاستثمار:

لا يكفي لطمأنة المستثمرين تحديد حقوقهم والتزاماتهم بالدولة المضيفة وتنظيم إطار تشريعي واتفاقي على نحو دقيق، فقد أدى التطور الهائل في معدلات التنمية الاقتصادية وتشعب العلاقات بين الدول في مجال التجارة الدولية والعلاقات الاقتصادية إلى ظهور العديد من المشاكل، الأمر الذي يتوجب معه البحث عن أساليب جديدة لفض تلك المنازعات، ومن ضمن تلك الأساليب إنشاء محاكم اقتصادية، نظرا لما يحققه الاستثمار من فوائد عدة، نذكر منها تعويض العجز في الادخار المحلي وأثره على زيادة الناتج المحلي الإجمالي، ودوره الكبير في نمو عمليات التصدير بوجود قطاع تصديري قوي، بالإضافة إلى نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات التسويقية والإدارية وزيادة فرص العمل داخل الدولة[1].

وينظم المحاكم الاقتصادية في مصر القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨[2] بإصدار قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية وقد نصت المادة الأولى منه على أن « تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف محكمة تسمى "المحكمة الاقتصادية" يُندب لرئاستها رئيس بمحاكم الاستئناف لمدة سنة قابلة للتجديد بقرار من وزير

(1) لمزيد من التفصيلات: راجع في ذلك د. أيمن رمضان الزناتي، المحاكم الاقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون والاستثمار، المنعقد بجامعة طنطا خلال الفترة من ٢٩-٣٠ أبريل ٢٠١٥، ص٣ وما بعدها

(2) القانون ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية، الجريدة الرسمية، العدد ٢١ (تابع)، بتاريخ ٢٢ مايو ٢٠٠٨

العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، ويكون قضاتها من بين قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، يصدر باختيارهم قرار من مجلس القضاء الأعلى. وتُتشكل المحكمة الاقتصادية من دوائر ابتدائية ودوائر استئنافية، ويصدر بتعيين مقار هذه الدوائر قرار من وزير العدل بعد أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى. وتنعقد الدوائر الابتدائية والاستئنافية المنصوص عليها في الفقرة السابقة في مقار المحاكم الاقتصادية، ويجوز أن تنعقد، عند الضرورة، في أي مكان آخر وذلك بقرار من وزير العدل بناءً على طلب رئيس المحكمة الاقتصادية».

يرى الباحث- أن إنشاء تلك المحاكم لن يؤتي ثماره وذلك بسبب نص المادة (٦) من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية والمعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩، حيث تنص على أنه «فيما عدا المنازعات والدعاوى التي يختص بها مجلس الدولة، تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية، دون غيرها، بنظر المنازعات والدعاوى، التي لا تجاوز قيمتها عشرة ملايين جنيه، والتي تنشأ عن تطبيق القوانين الآتية: ..... ٢٠- قانون الاستثمار»، ونرى أنه كان من الأفضل أن تكون تلك المحاكم جزء من مجلس الدولة وتختص دون غيرها بجميع منازعات الاستثمار سواء تعلقت تلك المنازعات بعقود الدولة الخاصة أم بالعقود الإدارية، على أن يتم إجراء التعديلات القانونية اللازمة في ذلك الشأن، وأن يُراعي في تشكيل تلك المحاكم تعيين القضاة الذين لديهم خبرة في تلك المنازعات سواء أكانوا من جهة القضاء العادي أم من جهة القضاء الإداري، الأمر الذي سيكون له كبير الأثر -في اعتقادنا- على تشجيع الاستثمار وخلق مناخ جاذب له.

الفرع الثاني

موقف الدائرة الإدارية في الكويت من حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار

نتناول في هذا الفرع الاتجاهات العامة لحماية وتشجيع الاستثمار في دولة الكويت «أولا»، وعدم تبني الدائرة الإدارية في الكويت لمبدأ حماية التوقعات

المشروعة «ثانيا».

أولا: الاتجاهات العامة لحماية وتشجيع الاستثمار في دولة الكويت:

في إطار خطة دولة الكويت لحماية وتشجيع الاستثمار صدر القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣[1] في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، وفي إطار حث هيئة تشجيع الاستثمار المباشر « Kuwait direct investment promotion authority» على الاستثمار داخل الكويت فقد قامت بإصدار دليل الفرص الاستثمارية يتضمن القطاعات الواعدة والخدمات التي سيتم تقديمها للمستثمر المحلي والأجنبي على السواء، مع إلقاء الضوء على أهمية الاستثمار في دولة الكويت والذي جاء في دليل الاستثمار الذي أعدته الهيئة عام ٢٠١٦[2]، كما قامت الهيئة بإعداد المؤتمر الترويجي الأول "ملتقى الكويت للاستثمار" لعام ٢٠١٦، وكذلك ملتقى الكويت للاستثمار لعام ٢٠١٨، وتقوم الهيئة على الدوام بمتابعة تحسين بيئة الأعمال في الكويت وتعزيز تنافسيتها ورصد تطورات وضع الدولة في المؤشرات الدولية المعنية بذلك[3].

كما تسعى الحكومة على كافة المستويات لتشجيع الاستثمار داخل دولة الكويت مع الدول الأجنبية، وكمثال على ذلك ملتقى اللجنة الاقتصادية المشتركة بين دولة الكويت وبلجيكا والتي عقدت في العاصمة بروكسل[4]، وقد أطلقت

(1) قانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، جريدة الكويت اليوم، العدد ١١٣٦، بتاريخ ١٦ يونية ٢٠١٣

(2) Kuwait direct investment promotion authority, Investing in Kuwait: A guide for Investment Opportunities in Kuwait, Kuwait, 2016, pp. 4-9

(3) هيئة تشجيع الاستثمار المباشر، التقرير السنوي الثاني، الكويت، ٢٠١٦، ص ٥١ وما بعدها

(4) وكالة الأنباء الكويتية (كونا)، الكويت تستعرض الفرص الاستثمارية المتاحة للشركات البلجيكية، ٢١ نوفمبر ٢٠١٩

https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2836537 (Last visit: November 2020)

المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات (ضمان)، التقرير السنوي الـ 35 لمناخ الاستثمار في الدول العربية لعام 2020، والذي تضمن إصداراً جديداً من حيث الشكل والمحتوى لتسهيل مواكبة التطورات الخاصة بالمشاريع الاستثمارية الأجنبية الوافدة إلى المنطقة وبيئة الاستثمار فيها والوضع الاستثنائي الناجم عن الأثر الاقتصادي لجائحة كوفيد-١٩، وخصوصاً الأثر على حركة التجارة العالمية وتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر، وتوقع التقرير أن تكون الكويت من الدول الأقل تأثرا بتابعات جائحة كورونا بمجال الاستثمار الأجنبي «واستحدث التقرير جزءا كاملا لآفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية في ضوء تفشي فيروس كوفيد-19، استند إلى أحدث المعلومات المتاحة حول مراجعات الأرباح والنفقات الرأسمالية لأهم 5000 شركة متعددة الجنسيات حسب المنطقة والقطاع. وتوقع التقرير ان تنخفض تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الواردة إلى المنطقة العربية بنسبة تتراوح ما بين ٢١٪ في حدها الأدنى و٥١٪ في حدها الأقصى خلال عام 2020، بخسائر تتراوح ما بين 7.1 و17.2 مليار دولار. كما توقع التقرير أن تكون العراق تليها مصر والسعودية وموريتانيا وتونس الأكثر تضررا، فيما يتوقع أن تكون الكويت ولبنان الأقل تأثرا. أما على المستوى القطاعي فينتظر ان يتأثر قطاعا الصناعة والتعدين بشدة، ثم قطاعا البناء والتعليم»[1].

وبالرغم من كل تلك الجهود المبذولة من قبل هيئة تشجيع الاستثمار المباشر فإن الملاحظ عدم فاعلية تلك الإجراءات في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال لدولة الكويت، وذلك وفقا لتقرير المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات «ضمان» وذلك بتاريخ ٣ أغسطس ٢٠٢٠ حيث جاء بتقريرها

(1) «ضمان للاستثمار»: العراق ومصر والسعودية.. الأكثر تضرراً...الاستثمار الأجنبي في الكويت الأقل تأثراً بـ «كورونا»، جريدة القبس، بتاريخ ٦ يوليو ٢٠٢٠
https://alqabas.com/article/5784895-ضمان-للاستثمار-العراق-ومصر-والسعودية-الأكثر-تضرراالاستثمار-الأجنبي-في-الكويت (Last visit: November 2020)

الفصلي أنه «...تذيلت الكويت قائمة أكبر الدول الخليجية المستثمرة في الخارج بحصة 1 في المائة فقط... وأن الاستثمارات الأجنبية في المنطقة تواصل التركيز في كل من الإمارات والسعودية ومصر على التوالي بحصة إجمالية بلغت 65.4% من التكلفة الاستثمارية للمشاريع في المنطقة»[1].

وتسعى الدائرة الإدارية في الكويت إلى تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية من خلال توفير الحماية اللازمة للمستثمر، وذلك من خلال المبادئ التي تقوم بإرسائها في ذلك الخصوص ومن بين ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يونيه ٢٠٠٩[2] بشأن تعديل شروط الترخيص والعقود الخاصة بالمباني والمنشآت التي أقيمت على أملاك الدولة الخاصة، والسماح للمستثمر بالتجديد بناء على طلب كتابي برغبته في التجديد قبل انقضاء مدة العقد بسنة، وبالنسبة لعقارات المستثمرين التي انتهت عقودها أو تراخيصها قبل إصدار تلك اللائحة عليهم التقدم بطلب التجديد خلال ثلاثة شهور من تاريخ نشر اللائحة بالجريدة الرسمية، حيث جاء بحكمها أن «اللائحة الخاصة بالتراخيص والمنشآت التي أقيمت على أملاك الدولة الصادرة بالقرار رقم 56 لسنة 2001 من وزير المالية تضمنت تعديلاً لشروط الترخيص والعقود الخاصة بالمباني والمنشآت التي أقيمت على أملاك الدولة الخاصة العقارية والمشمولة بقرار مجلس الوزراء رقم 592/ سادساً لسنة 2001، ويشمل ذلك التراخيص والعقود التي انتهت بنظام ترخيص أو عقد لاستغلال قطعة أرض لإقامة عقار مدة التعاقد لهذه التراخيص أو العقود المبرمة بين وزارة المالية والمستثمرين هي عشر سنوات من نهاية مدتها الأصلية أياً كانت المدة المتفق عليها عند التجديد. ويجب على المستثمر التقدم بطلب

(1) الكويت تتذيل قائمة الاستثمارات الخليجية بالخارج، الموقع الإلكتروني لجريدة القبس، بتاريخ ٣ أغسطس ٢٠٢٠

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 317 لسنة 2007 ق، بتاريخ ٣٠ يونية ٢٠٠٩

كتابي برغبته في التجديد قبل انقضاء مدة العقد بسنة، وبالنسبة لعقارات المستثمرين التي انتهت عقودها أو تراخيصها قبل إصدار تلك اللائحة، فعليهم التقدم بطلب التجديد خلال ثلاثة شهور من تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية، وفي حالة موافقة وزارة المالية على التجديد يبرم عقد وفق شروط والتزامات وقيمة إيجارية جديدة، أما في حالة عدم موافقة المستثمر على تجديد العقد والترخيص تؤول المباني والمنشآت للدولة مستحقة الإزالة».

كما تكفل الدائرة الإدارية ضرورة توافر ضمانات التأديب في القرارات الصادرة من لجنة التأديب بسوق الكويت للأوراق المالية والتأكد من أنها قد صدرت غير مشوبة بالعيوب التي تلحق بالقرارات الإدارية كعيب إساءة استعمال السلطة[1]، كما تؤكد حمايتها للإعلان عن المصالح فيما يتعلق بشكاوى الإفصاح والتي يتم تقديمها إلى لجنة سوق الكويت للأوراق المالية، وتقضي بإلغاء القرارات الصادرة عن تلك اللجنة إذا تبين للمحكمة قيام تلك اللجنة بحفظ الشكاوى المقدمة إليها بالرغم من وجود مخالفات بشأن المصالح الواجب الإفصاح عنها[2]، وهو ما يؤكده أيضا القضاء العادي حيث تذهب الدائرة المدنية بمحكمة التمييز إلى أن الأساس هو حماية المستثمرين ولكن بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام داخل الدولة وإلا كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا[3].

وبالتالي يتضح أن الأساس لدى الدائرة الإدارية في الكويت هو حماية المستثمرين من خلال توفير الحماية اللازمة لهم ببسط رقابتها على كل القرارات المتعلقة بالاستثمار والتي تدخل في اختصاصها، وذلك بهدف تشجيع الاستثمار

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 131 لسنة 2007 ق، بتاريخ ٢٧ يناير ٢٠٠٧

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 400 لسنة 2010 ق، بتاريخ ٢ أبريل ٢٠١٤

(3) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية، الطعن رقم 773 لسنة 2006 ق، بتاريخ ٦ أبريل ٢٠٠٨

وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، ولكن يثور التساؤل فيما يتعلق بمدى امتداد تلك الحماية إلى حماية التوقعات المشروعة للمستثمر، وهو ما نوضحه في البند التالي.

ثانيا: عدم تبني الدائرة الإدارية في الكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

لم يتبن المشرع الكويتي ولا القضاء الكويتي مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد بشكل عام وللمستثمرين بوجه خاص، حيث لم يقم بسن قواعد قانونية في ذلك الشأن يمكن للقضاء الاستناد إليها لحماية المستثمرين داخل الدولة، كما لم يُبادر قضاة الدائرة الإدارية بتبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد كمبدأ مستقل وقائم بذاته، يخول للأفراد والمستثمرين الاستناد إليها للمطالبة بالإلغاء أو التعويض أو كلاهما عن القرارات الصادرة من جهة الإدارة والتي تخالف بها تلك التوقعات.

يرى الباحث– ضرورة قيام الدائرة الإدارية في الكويت بتبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر، وذلك لما له من أثر كبير على تشجيع الاستثمار داخل الدولة، فضمان الأمن القانوني للمستثمر من خلال حماية توقعاته المشروعة يُعد أحد العوامل الهامة في تشجيع المستثمر على اتخاذ قرار الاستثمار في دولة الكويت.

ويثور التساؤل بشأن مدى إمكانية حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالرغم من عدم إقرار القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت لذلك المبدأ، وذلك عبر اللجوء إلى الوسائل التقليدية التي تحمي تلك التوقعات مثل نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة. وهو ما نحاول الإجابة عليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الوسائل التقليدية لحماية التوقعات المشروعة للمستثمر في المنازعات الإدارية في مصر والكويت وأثرها على مناخ الاستثمار

نتناول في هذا المبحث دور نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت «المطلب الأول»، وأثر حماية التوقعات المشروعة على خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت «المطلب الثاني».

المطلب الأول

دور نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت

نتناول في هذا المطلب دور نظرية فعل الأمير في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت «الفرع الأول»، ودور نظرية الظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت «الفرع الثاني».

الفرع الأول

دور نظرية فعل الأمير في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع دور نظرية عمل الأمير في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت «أولا»، ومدى إمكانية الاكتفاء بنظرية عمل الأمير كبديل عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: دور نظرية عمل الأمير في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت:

تُعد نظرية فعل الأمير «La théorie du fait du prince» من النظريات التي تحمي الثقة المشروعة أو التوقعات المشروعة للمستثمر، ولكن في

مجال ضيق جدا بالمقارنة بالحماية التي يوفرها مبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل بذاته، ولا يتم إعمال تلك النظرية إلا عند توافر شروط محددة، ويعرف عمل الأمير بأنه «عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، يؤثر سلبا على مركز المتعاقد في عقد إداري، وتلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويضه عن كافة ما لحقه من أضرار بما يحقق التوازن المالي للعقد»[1]. وقد حددت محكمة القضاء الإداري منذ بواكير أحكامها شروط المطالبة بالتعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير، حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥[2] بأنه «يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص. والضرر الخاص يتحقق إذا ما أصاب التشريع الجديد –على الرغم من عمومية نصوصه– المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب».

وقد حددت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٦١[3] شروط انطباق نظرية عمل الأمير، والتي أوردتها في ستة شروط على النحو التالي:

« إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري، فإن شروط نظرية فعل الأمير التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض، غير متوافرة في حالته، ذلك أن شروطها هي:

(1) أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

(2) أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١١، ص٥٩٨ وما بعدها

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ١٩٥ لسنة ٧ق، بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٦٥ لسنة ٢ق، بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٦١

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(3) أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.

(4) افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ.

(5) أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

(6) أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام.

والشرطان الخامس والسادس غير متوافرين في خصوصية هذه الدعوى، إذ طالما أن عقد المدعي قد أضحى بالقانون رقم 106 لسنة 1958 عقد استثمار فإن للجهة الإدارية أن تنظره في أي وقت وقبل نهاية مدته، ومن ثم يكون الإخلاء أصبح حقيقيا بطبيعته كما أن هذا التشريع عام يصدق على كل مستغل للعقارات ذات النفع العام، فإن كان قد مس المدعي ضرر، فليس هذا من قبيل الضرر الخاص الذي لا يشاركه فيه سواه».

ويقتصر تطبيق نظرية عمل الأمير على التدابير الصادرة من السلطة المتعاقدة «L'autorité cocontractante» وحدها[1]، ونلاحظ أن الشرط الخامس من شروط تطبيق النظرية والمتمثل في "عدم التوقع" يحمي المستثمر مع جهة الإدارة، ويحقق له الأمن القانوني، بحيث إذا صدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ما يخالف التوقعات المشروعة للمستثمر مع توافر سائر الشروط الأخرى حق للمتعاقد معها الحصول على تعويض عما لحقه من أضرار.

ويعترف القضاء الكويتي بنظرية "عمل الأمير" ويتم التعويض على أساسها، وفقا لشروط تلك النظرية كما أوضحناها سلفا، وهو ما يؤكده القضاء الكويتي في

(1) Jamil Sayah, Droit administratif, Studyrama, Levallois-Perret, 2004, p69

أحكامه، حيث ذهبت لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية الكويتية إلى أن انتفاء شروط نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة يؤدي لانتفاء المصلحة الشخصية والمباشرة للمدعي، ومن ثم يغدو الفصل في دستورية القانون محل الطعن غير منتج وغير لازم للفصل في الدعوى، حيث جاء بحكمها أن «واذ لم يثبت وقوع ضرر فعلي على المدعية أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد من جراء صدور القرار 96/216 فضلاً عن انتفاء شروط إعمال نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، فإنه لا يكون هناك أية مصلحة شخصية مباشرة للمدعية في طلب إلغاء القرارات المطعون عليها، ويغدو الفصل في دستورية القانون 96/26 غير منتج وغير لازم للفصل في الدعوى الماثلة، ويضحى الدفع بعدم الدستورية المبدى في هذا الخصوص غير جدي»[1].

كما أكدت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز على أن قيام جهة الإدارية بتحويل بعض الشاحنات من ميناء إلى آخر مما أدى لانخفاض الواردات، فإنه وإن استند المطعون ضده إلى نظرية الظروف الطارئة، فإن ذلك لا يحول بين محكمة الموضوع وبين إعمال نظرية "فعل الأمير" متى كان عنصر الضرر خاضعا لمجال تطبيقها، وهو ما أكدته المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ ديسمبر ١٩٨٨[2]، حيث جاء بحكمها أن «ولما كان من بين عناصر الضرر التي لحقت بالمطعون ضدها وطالبت بالتعويض عنها قيام المؤسسة الطاعنة بتحويل بعض الشاحنات من ميناء الشويخ إلى ميناء الشعيبة مما أدى إلى انخفاض الواردات من وإلى ميناء الشويخ ، فان استناد المطعون ضدها إلى نظرية الظروف الطارئة لا يحول بين محكمة الموضوع وبين إعمال نظرية (فعل الأمير) متى كان عنصر الضرر خاضعاً

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، لجنة فحص الطعون، الطعن رقم 3 لسنة 1999ق، بتاريخ ٢٧ أبريل ١٩٩٩

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 189 لسنة 1988 قضائية بتاريخ ٢٥ ديسمبر ١٩٨٨

لمجال تطبيقها ولا يعتبر القضاء منها بذلك حكما بما لم يطلبه الخصوم ».

ثانيا: مدى إمكانية الاكتفاء بنظرية عمل الأمير كبديل عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة:

يرى الباحث- أن نظرية عمل الأمير لا تغني عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار بشكل عام وفي مصر والكويت بشكل خاص؛ حيث تقتصر النظرية على حدوث أمر غير متوقع صادر عن السلطة المتعاقدة في العقد المُبرم بين جهة الإدارة والمستثمر، ومن ثم لن تغطي الكثير من الحالات التي يغطيها مبدأ حماية التوقعات المشروعة، فلن تغطي النظرية على سبيل المثال حدوث تغير في القواعد التنظيمية من خلال جهة غير الجهة المتعاقدة، كما أنها لا تُغطي الوعود التي قدمتها الجهة المتعاقدة أو السلطات داخل الدولة للمستثمر والتي دفعته إلى إصدار قراره بالاستثمار في الدولة المضيفة، كما أن أثرها سيقتصر على تعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي له، ولن تمتد إلى إلغاء القرارات الصادرة عن جهة الإدارة، ولن توفر حماية إجرائية أو موضوعية بالشكل الواسع الذي يتحقق في حال تبني القضاء في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة على النحو سالف البيان، الأمر الذي يدعونا إلى حث المشرع والقضاء في الدولتين على تبني ذلك المبدأ لما يحققه من فوائد لا يُمكن إنكارها في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية.

الفرع الثاني

دور نظرية الظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع دور نظرية الظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات الإدارية في مصر والكويت «أولا»، ومدى إمكانية الاكتفاء بنظرية الظروف الطارئة كبديل عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: دور نظرية الظروف الطارئة في حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بالمنازعات

الإدارية في مصر والكويت:

تساهم نظرية الظروف الطارئة «La théorie de l'imprévision» في حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين في كل من مصر والكويت، ومثلما هو الحال في نظرية "فعل الأمير" فإن نطاق تلك النظرية أضيق بكثير من نطاق الحماية التي يوفرها مبدأ حماية التوقعات المشروعة، ونلاحظ أن نظرية "الظروف الطارئة" توفر –في حدود معينة– حماية للمستثمر المتعاقد مع جهة الإدارة أذا تم المساس بتوقعاته المشروعة عند توافر شروط تطبيقها، وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية "الظروف الطارئة" في الحكم الصادر عنه بتاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦[1] في القضية التي رفعتها شركة الإضاءة لمدينة بوردو « Compagnie

(1) C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928

«Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au-delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêté attaqué, de renvoyer les parties

générale d'éclairage de Bordeaux» المتعاقدة مع جهة الإدارة بعقد التزام « Le contrat de concession» حيث خرج فيها المجلس على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين «Pacta sunt servanda» للحفاظ على دوام سير المرافق العامة وذلك بسبب ارتفاع أسعار الفحم «Prix du charbon» بسبب الحرب العالمية الأولى، مما أثر على شركة الإضاءة لمدينة بوردو وأخل بالتوازن المالي للعقد، ورفضت جهة الإدارة مانحة الالتزام رفع أسعار الفحم لإعادة التوازن المالي للعقد، فلجأت الشركة إلى مجلس الدولة والذي قضى بأنه يحق للملتزم أن يُطالب الإدارة بالمساهمة في الحد من الخسائر التي لحقت به.

وقد تبنى القضاء الإداري في مصر نظرية الظروف الطارئة، فقد قامت المحكمة الإدارية العليا بوضع شروط تطبيق تلك النظرية في العديد من أحكامها، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٢[1] حيث قضت بأن « نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية و روابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة و ليس بعدها حوادث و ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية و لو كانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل شخص آخر لم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة و لا يملك لها دفعا أو علاجا ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها وأن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث

---

devant le conseil de préfecture auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ».

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٢٢ لسنة ٢٦ق، بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٢

تهدد، بخسارة فادحة و تجعل تنفيذه لالتزامه مرهقاً له».

وقد تبنى المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي تطبيقا لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهو ما نص عليه المشرع في المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري[1] والتي نصت على أنه:

«1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وهو ما تشير إليه المحكمة الإدارية العليا في أحكامها، ومن ذلك حكمها الصادر بتاريخ ٥ أبريل ٢٠١٥، حيث قضت بأن «...أُخذت من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي نظرية "الظروف الطارئة" في نطاق العقد، وهي المسئولية التي رسخها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية "غاز مدينة بوردو" في 1916/3/30، وهي مسئولية دون خطأ في نطاق التعاقد، وطبقها مجلس الدولة الفرنسي، وتقضي بتدخل القاضي في حال وجود ظروف طارئة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا على المتعاقد مع الإدارة، برد الالتزام المرهق للحد المعقول، وكان ذلك من مجلس الدولة عملا على مبدأ "دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد"، وقد انتقل هذا المبدأ إلى الفقه والتشريع المدني، ونصت عليه المادة (147) من القانون المدني المصري، وهذا تكريس للمسئولية العقدية

(1) القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد (١٠٨ مكررا)، بتاريخ ١٩ يوليه ١٩٤٨

دون خطأ من المتعاقد، وخروج على مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني»[1].

كما تطبق المحاكم الاقتصادية نظرية الظروف الطارئة على منازعات الاستثمار التي تدخل في اختصاصها وتقضي برد التزام المستثمر للحد المعقول إعمالا لتلك النظرية، ومن ذلك ما قضت به محكمة القاهرة الاقتصادية بتاريخ ٦ يوليو ٢٠١٥[2] بشأن أثر ثورة ٢٥ يناير سنة ٢٠١١ على مجال السياحة حيث قضت بأنه «وإذ كان ما تقدم وكانت ثورة 25 يناير سنة 2011 وما صاحبها من انفلات في الأمن تعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في وسع المدعي في الدعوى الماثلة توقعها وترتب عليها أن أصبح تنفيذ التزامه مرهقاً تمثل – حسب المعلوم للكافة – في الركود الذي أصاب النشاط الاقتصادي خاصة في مجال السياحة نتيجة تحذير الدول الأوربية رعاياها من السفر إلى مصر مما ترتب عليه انخفاض إيرادها وعدم الوفاء بالتزاماتها وتحققت بالنسبة لها شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإن المحكمة بما لها من سلطه تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها تأخذ ببعض ما جاء بتقارير الخبرة المقدمة في الدعوى وتقضي بما توافر لديها من معلومات مستقاة من الخبرة بالشئون العامة برد الالتزام إلى الحد المعقول وفقا لنظرية الظروف الطارئة عملاً بحكم المادة (٢/١٤٧) مدني استناداً إلى ما جاء بكشوف الحساب المقدمة من البنك المدعي عليه الأول وهى تمثل مشاركة من جانب البنك في الخسارة التي أصابت المدعي من جراء الآثار التي ترتبت على الثورة لان كُثر من الشركات قد تأثرت بالأحداث التي أعقبت الثورة وتوقف نشاطها وقلت إيراداتها الأمر الذي يتعين معه والحال كذلك القضاء بإلزام المدعي بصفته بأن يؤدي للبنك المدعي عليه الأول في الدعوى الأصلية (والمدعي في الدعوى الفرعية) مبلغ الفائدة القانونية بواقع 5% سنويا من تاريخ قفل الحساب اعتبارا من 2011/10/18 وحتى تمام السداد

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٢٨٧٤٦ لسنة ٥٤ق، بتاريخ ٥ أبريل ٢٠١٥

(2) حكم محكمة القاهرة الاقتصادية، الدعوى رقم ٨٥٥ لسنة ٤ق، بتاريخ ٦ يوليو ٢٠١٥

بالإضافة إلى مبلغ المديونية المستحق».

كما تبنى قضاء الدائرة الإدارية في الكويت نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية وفقا للشروط السابق الإشارة إليها والتي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ثم تبناها بعد ذلك المشرع والقضاء المصري، حيث تؤكد الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٨[1] على حق المتعاقد مع جهة الإدارة في التوازن المالي للعقد وفقا لتلك النظرية، حيث قضت في حكمها بأن «من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ولا يملك المتعاقد لها دفعاً، ويكون من شأنها، وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً، أن تجعله مرهقاً إرهاقاً شديداً فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة غير مألوفة في التعامل، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، وأن استخلاص مدى توافر شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة من قبيل فهم الواقع الذي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة له أصلها الثابت من الأوراق وكافية لحمله».

كما أكدت أيضا على أنه يتعين لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يتم النظر إلى جميع عناصر العقد كوحدة واحدة، سواء من حيث مدته، أو كميته، إذ قد يكون ما تم من تنفيذه من العقد مربحا، قبل تحقق الظروف التي نشأت عنها الخسارة، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٦ مايو ٢٠٠٨[2]، حيث جاء بحكمها أنه يتعين «...أن ينظر إلى جميع عناصر العقد كوحدة واحدة، سواء من حيث مدته، أو

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 1001 لسنة 2016 ق، بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١٨

(2) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 319 لسنة 2007 ق، بتاريخ ٦ مايو ٢٠٠٨

كميته، إذ قد يكون ما تم تنفيذه من العقد مربحاً، قبل تحقق الظروف التي نشأت عنها الخسارة، بما يعوض المتعاقد، ويعيد له التوازن المالي».

كما أكدت أيضا على أن تحقق شروط تلك النظرية يُجيز للمتعاقد المضار المطالبة بتعويضه جزئيا عما لحقه من خسارة، وهو ما أكدته المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠٠٩[1] حيث جاء بحكمها أنه «وحيث أن المحكمة تطمئن إلى تقرير لجنة الخبراء لاقتناعها بسلامة الأبحاث التي قام عليها وكان الثابت من هذا التقرير أن الخسارة التي لحقت بالشركة المستأنف ضدها عن كامل مدة العقد محل النزاع بلغت 4.574.850 بسبب التغيير الذي طرأ على أسعار الحديد الخام وأن هذه الخسارة تشكل نسبة 21.80% من إجمالي قيمة العقد بما في ذلك الكميات الإضافية وهي تعد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً خلال مدة التعاقد كاملة وهو ما يكفي لإعمال نظرية الظروف الطارئة، تلتزم معه جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة معها في تحمل نصيب من هذه الخسارة بتعويضها بما يغطي جزءاً من هذه الخسارة التي لحقتها لإعادة التوازن المالي للعقد، وكانت المحكمة ترى في ضوء الخسارة التي لحقت بالشركة المستأنف ضدها، مُناسبة مشاركة الوزارة بما يوازي 50% من الخسارة المترتبة على الظروف الطارئة».

وبالتالي يتضح أن نظرية الظروف الطارئة تحمي المستثمر في حالة حدوث ظرف طارئ يخالف توقعاته التي بنى عليها قرار الاستثمار داخل الدولة، وذلك عند توافر شروط إعمال كل من النظريتين، والتي من بينها أن يترتب على تلك الظروف قلب التوازن المالي للعقد، ويحق للمستثمر في تلك الحالة مطالبة الإدارة بالتدخل لمساعدته على الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية، وإعادة التوازن المالي للعقد،

(1) حكم محكمة التمييز، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 149 لسنة 2006 ق، بتاريخ ١٠ أبريل ٢٠٠٩

وتتعلق تلك النظرية بالنظام العام، حيث نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني –السابق الإشارة إليها– على « ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»، وتشترك تلك النظرية مع نظرية فعل الأمير «Le fait du prince» في "فكرة عدم القدرة على التوقع" لظروف تطرأ بعد إبرام العقد، وتمنح المتعاقد الحق في التوازن المالي للعقد «Le droit à l'équilibre financier du contrat»[1]، ويستفيد المستثمر من التعويض استنادا لمبدأ "الثقة المشروعة" أو "التوقعات المشروعة"، حيث تعمل كل من نظرية فعل الأمير والظروف الطارئة على الحد من الآثار السلبية التي تلحق بنشاط المستثمر نتيجة حدوث تلك الظروف غير المتوقعة[2].

ثانيا: مدى إمكانية الاكتفاء بنظرية الظروف الطارئة كبديل عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة:

يرى الباحث– أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تغطي ما يطرأ من حوادث وظروف طبيعية واقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو عمل شخص آخر، وذلك في حالة ما إذا كانت تلك الحوادث استثنائية وعامة ومؤثرة في التزامات المتعاقد مع جهة الإدارة وتهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزامه مرهقا، فإنها لا توفر نفس الحماية التي يوفرها مبدأ حماية التوقعات المشروعة، حيث لا تشمل تلك النظرية إلزام الإدارة بتنفيذ ما قدمته من وعود للمستثمر، ولا يترتب عليها إلغاء القرارات الصادرة عن جهة الإدارة بالمخالفة لتلك التوقعات، كما لا تكفل التزام الإدارة بدفع تعويض كامل عما لحق المستثمر من خسارة، بل تقتصر تلك النظرية على إلزام الإدارة بتحمل جزء من تلك الخسارة، كما لا توفر تلك النظرية الحماية الإجرائية والموضوعية التي يوفرها إعمال مبدأ حماية التوقعات المشروعة.

---

(1) Jamil Sayah, Op. Cit., p69

(2) بلجراف سامية، خلود كلاش، ضمان مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمتعاملين الاقتصاديين خلال فترة انتشار فيروس كورونا، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، مج34 عدد خاص، ٢٠٢٠، ص٣٥٤

الأمر الذي يستتبع منا حث المشرع والقضاء في كل من مصر والكويت على تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار، نظرا لاختلاف مجال نظرية عمل الأمير عن مجال نظرية الظروف الطارئة، وكلتا النظريتان لا تغطيان المجال الذي يغطيه مبدأ حماية التوقعات المشروعة، فالأخير أوسع نطاقا ويوفر حماية أكثر فعالية للمستثمرين، ومن خلال تطبيق مجلس الدولة في مصر والدائرة الإدارية في الكويت لذلك المبدأ في مجال المنازعات الإدارية بمجال الاستثمار، وتطبيقه أمام القضاء العادي في منازعات الاستثمار التي تدخل في اختصاصه، سيتم كفالة الأمن القانوني للمستثمر، مما يشجعه على اتخاذ قرار الاستثمار بتلك الدولتين.

ويثور التساؤل عن ماهية محددات الاستثمار وأثر توافرها على خلق بيئة تجذب الاستثمار في كل من مصر والكويت، وهو ما نجيب عنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

أثر حماية التوقعات المشروعة على خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت

نتناول في هذا المطلب العوامل التي تؤدي إلى خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت «الفرع الأول»، وأثر حماية التوقعات المشروعة على خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت «الفرع الثاني».

الفرع الأول

العوامل التي تؤدي إلى خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع المقصود بمناخ الاستثمار «أولا»، والعوامل التي تؤدي إلى خلق مناخ جاذب للاستثمار «ثانيا».

كلية الحقوق جامعة القاهرة

أولا: المقصود بمناخ الاستثمار: «The Investment Climate»

يمكن تعريف مناخ الاستثمار «The Investment Climate» بأنه «البيئة المؤسسية والسياسية والتنظيمية التي يعمل بها المستثمرون»[1]، ويعرفه الأستاذ «Nicholas Stern» النائب الأول لرئيس البنك الدولي بأنه «البيئة السياسية والمؤسسية والسلوكية، الحالية والمتوقعة والتي تؤثر على العائدات والمخاطر المرتبطة بالاستثمار»[2]، أو «مجموعة العوامل التي تشكل الفرص والحوافز للمستثمرين للقيام بالاستثمار بشكل منتج وتوفر فرص للعمل والتوسع في النشاط»[3]، أو مجموع عدة عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية وقانونية تخلق البيئة التي يتم فيها الاستثمار، وتؤدي إلى حث المستثمرين على اتخاذ قرار بالاستثمار وتوقع نجاح مشروعاتهم في تلك البيئة داخل الدولة المضيفة[4]، كما يعرفه البعض بأنه «مجمل الأوضاع القانونية والاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية التي تكون البيئة الاستثمارية التي على أساسها يتم اتخاذ قرار الاستثمار»[5].

ويلاحظ أن العامل المشترك في كل التعريفات السابقة هو التركيز على البيئة

(1) Qimiao Fan, José Guilherme Reis, Michael Jarvis, Andrew Beath, Kathrin Frauscher, The Investment Climate in Brazil, India, and South Africa, World Bank Publications, Washington, D.C., 2008, p.5

(2) World Bank Group, Investment Climate Reforms: An Independent Evaluation of World Bank Group Support to Reforms of Business Regulations, World Bank Publications, Washington, D.C., 2015, p.9

(3) World Bank Group, Investment Climate Reforms: An Independent Evaluation of World Bank Group Support to Reforms of Business Regulations, World Bank Publications, Washington, D.C., 2015, p.9

(4) لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: د. فاتن عبد الأول منشي، الاستثمارات العربية كمدخل للتكامل الاقتصادي، مركز الخبرات المهنية للإدارة، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٣٥

(5) السيد أونيسي العياشي، مناخ الاستثمار وأهميته في جذب الاستثمارات، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد ٣، ٢٠١٦، ص ٤٧٢

الحالية والمتوقعة التي يعمل فيها المستثمر بكل ما تشمله من عناصر وما يتوقعه من مزايا وحوافز تؤدي لنجاح مشروعه وجني ثمار ذلك النجاح، والتي تدفعه لاتخاذ قرار الاستثمار بالدولة المضيفة.

يرى الباحث- أنه من خلال ما سبق يمكن تعريف مناخ الاستثمار بأنه «البيئة المؤسسية والتنظيمية والسلوكية القائمة أثناء الاستثمار والمتوقعة أثناء تنفيذه والتي تشكل فرصا وحوافزا للمستثمر لاتخاذ قرار الاستثمار على نحو يتوافق مع تلك التوقعات، بما يكفل نجاح ذلك الاستثمار وفقا لتوقعاته التي تتسم بالمعقولية والمشروعية والقائمة على أسس موضوعية».

ثانيا: العوامل التي تؤدي إلى خلق مناخ جاذب للاستثمار:

توجد العديد من العوامل التي يؤدي توافرها إلى خلق مناخ جاذب للاستثمار ويختلف الفقه في تحديد تلك العوامل، فيرى البعض[1] أنها تتمثل في الآتي:

١- الاستقرار الاجتماعي والسياسي في ظل نظام ديمقراطي يقوم على التداول السلمي للسلطة.

٢- توافر الموارد الطبيعية مع استقرار ووضوح السياسيات الاقتصادية والمالية والنقدية.

٣- وجود بنية تشريعية قائمة على البساطة والوضوح وسلطة قضائية تتمتع بالاستقلال وتطبق مبدأ العدالة الناجزة.

٤- توفير بنية معلوماتية متطورة.

٥- تنامي الطلب واتساع السوق المحلية المصاحب لارتفاع متوسط دخل الفرد في الدول المضيفة.

(1) السيد أونيسي العياشي، المرجع السابق، ص ٤٧٤ وما بعدها

كلية الحقوق جامعة القاهرة

٦- محاربة الفساد وتوفير قواعد المساءلة القائمة على الشفافية والوضوح وعدم المحاباة.

٧- الاعتماد على نظام الحوكمة «Governance» في النظام المصرفي والمؤسسات المالية والائتمانية وأسواق الأوراق المالية.

في حين يرى البعض[1] أن المحددات الرئيسية «Key determinants» لخلق مناخ جاذب للاستثمار تتمثل في الاستقرار الاقتصادي والسياسي «Economic and political stability»، وسيادة القانون «rule of law»، والبنية التحتية «infrastructure»، والنظام المتبع في سن القواعد القانونية ومنها التشريعات المتعلقة بالضرائب «taxes»، وأداء سوق العمل والأسواق المالية «Functioning of labor and finance markets»، وتوسع الدولة في تطبيق نظام الحوكمة «Governance»، ومحاربة الدولة للفساد «Corruption».

وبالإضافة للعوامل السابقة مجتمعة يرى البعض[2] ضرورة عدم إغفال أهمية تخفيض المدة اللازمة لإنهاء الإجراءات الجمركية داخل الدولة المضيفة، وتوفير مصادر الطاقة، والبنية التحتية اللازمة للتصدير والوصول إلى الأسواق العالمية، في حين يرى البعض[3] أنه يصعُب حصرها لوجود عدد كبير من العوامل «A wide range of factors» التي تشمل السياسات العامة « Public

(1) Qimiao Fan, José Guilherme Reis, Op. Cit., p.5

(2) David Dollar, Mary Hallward-Driemeier, Taye Mengistae, Investment Climate and International Integration, World Bank Publications, Washington, D.C., 2004, p.21

(3) Pablo Fajnzylber, J. Luis Guasch, J. Humberto Lopez, Does the Investment Climate Matter?: Microeconomic Foundations of Growth in Latin America, World Bank Publications, Washington, D.C., 2009, p.29

policies» والسمات المميزة للقطاع الخاص «Private sector» والتي تؤثر بشكل كبير على خلق مناخ جاذب للاستثمار، لكن يمكن حصر تلك العوامل في أربعة مجالات واسعة وهي التي تحظى باهتمام كبير من رجال الاقتصاد والمهتمين بدراسة الاستثمار، ويتمثل المجال الأول في طبيعة نظام الحكم والمؤسسات والنظام القانوني داخل الدولة المضيفة، ويتمثل الثاني في مدى توافر بنية تحتية مادية «Physical infrastructure» ومدى جودتها، والثالث في مدى تطور القطاع المالي وإمكانية استفادة المستثمرين من الخدمات المالية، والرابع في نظام التعليم والتدريب والنظام الوطني للابتكار داخل تلك الدول.

في حين يرى البعض[1] ضرورة عدم إغفال أهمية سعر الصرف، وتكلفة الأيدى العاملة «Le coût du travail » والسيولة المالية « Liquidité financière»، ودرجة انفتاح التجارة « Le degré d'ouverture au commerce» والإنفاق على البحث العلمي والتطوير « Dépenses relatives en R-D»، في حين يرى آخرون[2] أن أهم تلك العوامل هو حماية التوقعات المشروعة للمستثمر فيما يتعلق بضمانات حق الملكية في مجال الاستثمار، بألا يُحرم من ذلك الحق إلا على سبيل الاستثناء وفقا لحالات محددة سلفا، وعدم تقييد حرية ممارسة التجارة إلا لضرورات النظام العام وضوابط حرية المنافسة، وحماية توقعات المستثمر المشروعة فيما يتعلق بالضرائب والرسوم والمزايا والإعفاءات وحرية تحويل الأرباح للخارج.

ويرى البعض أن الأمن القانوني يساهم في توفير المناخ القانوني للاستثمار، وإيجاد الآليات القانونية التي تحفز على الاستثمار، فإن كان المستثمر الوطني أو الأجنبي دائما ما يبحث عن الفعالية والسرعة والأمن الثقة في إنجاز

(1) Robert Bernier, Réalités nationales et mondialisation, Presses de l'Université du Québec , Québec, 2006, p.77

(2) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: لعماري وليد، المرجع السابق، ص ١٨٤ وما بعدها

معاملاته أو عند وقوع نزاع بشأنها، فإن كل ذلك يتحقق عن طريق احترام الدولة لمبدأ الأمن القانوني والذي يُعد مبدأ حماية التوقعات المشروعة من أهم عناصره الأساسية[1].

يرى الباحث– أن تضافُر جميع تلك العوامل السابقة سيؤدي لخلق مناخ جاذب للاستثمار، مع أهمية التركيز على ضرورة كفالة الدولة المضيفة لمبدأ الأمن القانوني والذي يُعد مبدأ التوقع المشروع من أهم عناصره الأساسية، نظرا لكونه من المحددات الرئيسية لخلق ذلك المناخ بالدولة المضيفة، فعدم حماية تلك التوقعات سيؤدي بكل تأكيد إلى عدم فاعلية باقي العوامل المشار اليه أعلاه في تحقيق الأهداف المرجوة منها.

الأمر الذي يثير التساؤل بشأن مدى فاعلية العوامل التقليدية وحدها في تشجيع الاستثمار، وهل يتغير الوضع في حالة حماية التوقعات المشروعة للمستثمر، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني
أثر حماية التوقعات المشروعة على خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع عدم فاعلية العوامل التقليدية في خلق مناخ جاذب للاستثمار في الوقت الحالي «أولا»، وأثر حماية مبدأ التوقعات المشروعة في خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر والكويت «ثانيا».

أولا: عدم فاعلية العوامل التقليدية في خلق مناخ جاذب للاستثمار في الوقت الحالي:

لطالما كان الاستثمار أحد المتغيرات الأساسية « The key variables» التي تساعد في تحقيق التقدم الاقتصادي داخل الدول، ويؤدي توفير البيئة الجيدة

(1) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. فاطمة العلوي، دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، مجلد ٢، العدد ٤، سنة ٢٠١٦، ص١٥٠ وما بعدها

للاستثمار إلى تحقيق ذلك الهدف، ويلاحظ فقط في الآونة الأخيرة قيام الباحثين بمجال التنمية الاقتصادية بإلقاء الضوء على أهمية خلق البيئة المناسبة للاستثمار لتحقيق التقدم الاقتصادي، ولقد تغيرت عوامل «Factors» جذب الاستثمار بالبلدان النامية «Developing countries» بشكل جذري في العقدين الماضيين، لدرجة أن العديد من العوامل التي كان يتم اعتبارها من الأمور المسلم بها قديما كمحددات للاستثمار لم تعد فعالة في جذب الاستثمار في الوقت الحالي، فقبل بضعة عقود كان الاستثمار في البلدان النامية يرجع لعامل من عاملين أساسيين يتمثل الأول منهما في الاستثمار من أجل استخراج المواد الخام من الدول النامية الغنية في مواردها الطبيعية « Natural resources»، ثم تصديرها للدول الصناعية لتحويلها إلى سلع، الأمر الذي ترتب عليه جذب تلك الدول للمستثمرين الأجانب بسبب ما لديها من احتياطيات كبيرة من الموارد الطبيعية كالغاز الطبيعي والنفط والمعادن النادرة مثل اليورانيوم والبلوتونيوم وغيرها من الموارد، وتميز ذلك الاستثمار بالسهولة النسبية إلى حد كبير، في حين يستثمر آخرون بهدف الوصول إلى الأسواق المحلية بالدولة المضيفة لتوزيع منتجاتهم في شكلها النهائي وهذا النوع لم يكن يتمتع بذات السهولة السابقة خاصة مع اتخاذ الدول المضيفة العديد من الإجراءات لحماية الأسواق المحلية « Domestic markets» من المنافسة الأجنبية «Foreign competition»[1].

والملاحظ أن وفرة الاحتياطيات من الموارد الطبيعية كان من أهم عوامل جذب الاستثمار داخل تلك الدول حتى ولو كان مناخ الاستثمار بتلك الدول في غاية السوء «Investment climate was awful»، وحتى لو كانت تلك البلدان واقعة في مناطق تمزقها الحروب، أو أنظمة سياسية استبدادية

(1) Gudrun Kochendörfer-Lucius, Boris Pleskovic, Investment Climate: Growth and Poverty, World Bank Publications, Washington D.C., 2005, p.95

«Arbitrary regimes» غير دستورية، أو دول بها معدلات مرتفعة للجريمة«Crime rates»، فرغم كل ذلك اجتذبت تلك الدول الاستثمارات الأجنبية لاستخراج النفط «Extract petroleum» والغاز وغيره من الموارد الطبيعية، وكان يمكن تعويض المستثمرين المحتملين عن كل تلك المظاهر السلبية من خلال نظام الحماية الجمركية «The tariff protection»، مما يُحقق لهم الشعور بالأمان «Feel secure» باعتبار أن استثماراتهم ستزدهر بشكل مستقل عن تلك المظاهر السلبية. بالإضافة إلى أنه يمكن للدولة جذب الاستثمار حتى لو كانت تكاليف الإنتاج أعلى من مثيلتها في البلدان الأخرى؛ وذلك لأن المنافسين المحليين «Local competitors» قد تحملوا نفس التكاليف ويعانون من نفس المشاكل، علاوة على ذلك يمكن للمستثمرين –إذا لزم الأمر– التفاوض مع الدول المضيفة بشأن شروط الاستثمار التي من شأنها أن تمنحهم احتكارات «Monopolies» بالأسواق المحلية «Domestic markets»، الأمر الذي يجعلها من الدول الجاذبة للاستثمار حتى لو كانت من البلدان ذات الاقتصادات الصغيرة والمشوهة «Small and heavily distorted economies». وكانت تلك الاستثمارات غير فعالة «Inefficient» إلى حد كبير، وفي كثير من الحالات أسفرت عن قيمة مضافة سلبية «Negative value-added» عند قياسها بالأسعار الدولية «When measured at international prices»، وقد أدى انهيار نموذج التنمية القائم على الانغلاق والحماية الشديدة للأسواق المحلية في الثمانينات والتسعينات بسبب أوجه القصور العديدة التي تشوب النظم الاقتصادية بمعظم الدول، إلى موجه عالمية تدعو إلى تحرير التجارة «Trade liberalization»، كما أتاح الجمع بين الحوسبة والاتصالات السلكية واللاسلكية والنقل السريع والقدرة على تنسيق المهام المعقدة وإدارتها عن بُعد على التأثير بشكل كبير على الاقتصاد العالمي بعد أن أصبح ذلك هو المصدر الرئيسي للثروة، فزادت قيمة المنتجات القائمة على التكنولوجيا مقارنة بالمنتجات الأخرى التي لا تتطلب ذلك، مما أدى

إلى انخفاض أسعار تلك المنتجات بشكل ملحوظ، الأمر الذي أدى إلى تسريع عملية انهيار النموذج القديم للتنمية الصناعية القائمة على فكرة الحماية «Based on protection»، ونتيجة القدرة على القيام بالمهام المعقدة عن بُعد، لم تعد الدول الصناعية بحاجة إلى أن تكون سلاسل الإنتاج « Production chains» موجودة في نفس المكان، مما سمح لها بإنتاج بعض مكونات المنتج النهائي في بعض البلدان التي قد تبعُد عنها آلاف الأميال بحثا عن خفض تكلفة الإنتاج، وبالتالي أدت العولمة الحالية «Current globalization» إلى تنافس جميع الدول المتقدمة على الاستثمار في الدول النامية[1].

يرى الباحث- أن اعتماد كل من الكويت ومصر على العوامل التقليدية في جذب الاستثمار لم يعد يتوافق مع ظروف العصر الحالي، فاعتماد الكويت على ما لديها من وفرة نفطية لم يُعد من عوامل جذب وتشجيع الاستثمار، نظرا لانخفاض أسعار النفط عالميا، وثورة النفط الصخري وما ترتب عليها من « تحول الولايات المتحدة من أكبر مستورد للنفط والغاز في العالم إلى إحدى أكبر المصدرين، وأصبحت أكبر منتج لكل منهما في العالم. ويكفي أن نذكر أن إنتاج النفط الصخري حالياً أكبر من إنتاج الإمارات والكويت معاً من النفط، وأكبر من صادرات النفط السعودية»[2]، كما أنه لا يمكن لمصر جذب الاستثمار عن طريق ما لديها من وفرة نسبية في بعض الموارد الطبيعية، وبالتالي فإنه يتعين لتشجيع الاستثمار في كل من مصر والكويت إتباع آليات حديثة غير تقليدية والتي من أهمها حماية التوقعات المشروعة للمستثمر لما لها من أثر كبير على تشجيع الاستثمار في البلدين.

ثانيا: أثر حماية مبدأ التوقعات المشروعة في خلق مناخ جاذب للاستثمار في مصر

(1) Gudrun Kochendörfer-Lucius, Boris Pleskovic, Ibid., p.96

(2) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: أنس بن فيصل الحجي، ثورة النفط الصخري: نعمة أم نقمة على دول الخليج؟ اندبندنت عربية، ٩ يوليو ٢٠١٩
https://www.independentarabia.com/node/39541/آراء/ثورة-النفط-الصخري-نعمة-أم-نقمة-على-دول-الخليج؟

والكويت:

فيما يتعلق بدور حماية مبدأ التوقعات المشروعة في خلق مناخ جاذب للاستثمار نبحث تباعا دور مبدأ حماية التوقعات المشروعة في تشجيع المستثمر باتخاذ قرار الاستثمار، والآثار المترتبة على المساس بالتوقعات المشروعة للمستثمرين.

١- دور مبدأ حماية التوقعات المشروعة في تشجيع المستثمر باتخاذ قراره بالاستثمار:

يعتمد القرار الاستثماري على المبادئ التي يقوم عليها علم الاقتصاد وهو البحث عن كيفية استخدام الموارد الاقتصادية المتاحة أفضل استخدام، مع الأخذ في الاعتبار لتكلفة الفرصة البديلة أو الضائعة، وتعتبر دراسة الجدوى الاقتصادية قاعدة هامة لاتخاذ القرار الاستثماري على نحو صحيح، وتقوم على مدى إمكانية الاستثمار في الدولة المضيفة ضمن نظامها القانوني القائم، والقيام بعمل دراسة تحليلية للتشريعات واللوائح التي ستحكم ذلك الاستثمار من حيث القيود والحوافز. وبالتالي فإن اتخاذ ذلك القرار يقوم على دراسة النظام القانوني للدولة المضيفة، فإذا كان النظام القانوني بتلك الدولة يتميز بكثرة التعديلات أو عدم احترام مبدأ عدم رجعية القوانين فإن ذلك معناه عدم كفالة التوقعات المشروعة للمستثمر، وبالتالي ستزيد نسبة المخاطرة في اتخاذ ذلك القرار، الأمر الذي يؤدي إلى الإحجام عن الاستثمار[1]، على أنه يجوز للمشرع أن يخرج على مبدأ عدم الرجعية ولكن مع

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: بلخير محمد آيت عودية، عبد الرحمان زهواني، التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التّوقّعات المشروعة، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة، الجزائر، ٢ ديسمبر ٢٠١٩

https://manifest.univ-ouargla.dz/archives/faculté-de-droit-et-des-sciences-politiques-fdsp/195--24-القانوني-للأمن-أساسي-مظهر-التوقعات-احترام-المشروعة-التّوقّعات-حماية-لمبدأ-الإقتصادي-التحليل-2958/2016-فبراير-25.html و(Last visit: November 2020)

وجود مبررات قوية تحقق المصلحة العامة، ويختلف الفقه بشأن مدى اعتبار القواعد القانونية التفسيرية التي يصدرها المشرع استثناء على ذلك المبدأ، فيرى البعض أنها تُعد استثناء، في حين يرفض اتجاه آخر ذلك استنادا إلى أن ذلك لا يعد خروجا على ذلك المبدأ لأن تلك القواعد لا تتضمن حكما جديدا[1].

ولتحقيق الأمن القانوني يتعين أن ينظر المشرع للمستقبل أثناء سن التشريع، حتى لا يتعرض ذلك التشريع للتعديل والتبديل المتكرر لمسايرة ما يُستجد من تطورات في المستقبل، وحتى لا يكون تعديل القانون ميدانا للهزات والمفاجآت العنيفة والغير متوقعة، ولا يعني ضمان مبدأ الأمن القانوني الاقتصار على حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية القائمة والتي تكونت بشكل مشروع، ولكن الأمر يتعدى ذلك إلى ضرورة احترام التوقعات والآمال المشروعة للمستثمر، وهذا ما يبحث عنه المستثمرون، وبالتالي يتعين على الدولة المضيفة تحقيقه من خلال سياستها الاستثمارية المبينة في القواعد القانونية التي تحكم الاستثمار[2]، فينبغي التدرج في سن التشريع ابتداء لتحقيق العدالة بعدم مباغتة المخاطبين بأحكامه، ومن ذلك أن يتم العمل بالقوانين الجديدة بعد فترة من صدورها، بتقرير فترة انتقالية، احتراما لمبدأ الثقة المشروعة، وهو ما ينطبق أيضا على تعديل التشريع أو الغاؤه[3].

وبالتالي تظهر الأهمية الكبيرة لإستقرار القانون الذي يحكم الاستثمار في جذب المستثمر الأجنبي، حيث يولي ذلك المستثمر أهمية كبرى للنظام القانوني الذي سينطبق على استثماراته بالدولة المضيفة، وما اذا كان يتماشى مع مصالحه،

كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. بواب بن عامر، الحق في التوقع المشروع "الثقة المشروعة" كأحد ركائز الأمن القانوني، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها

(2) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: لعماري وليد، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها

(3) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. أحمد لعروسي، دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مرجع سابق، ص١٠٩ وما بعدها

ومن ثم فإن حماية الثقة المشروعة لذلك المستثمر ستكون من أهم العوامل التي ستشجعه على اتخاذ قراراه بالاستثمار بتلك الدولة[1].

٢- الآثار المترتبة على المساس بالتوقعات المشروعة للمستثمرين:

يترتب على المساس بالتوقعات المشروعة للمستثمرين سواء من السلطة التشريعية عن طريق ما تسنه من قوانين، أومن جهة الإدارة عن طريق ما تصدره من قرارات، العديد من الأضرار المادية والمعنوية، وتتمثل الأضرار المادية في الخسارة التي ستلحق بالمستثمر بزيادة نفقات المشروع نتيجة زيادة التكلفة أو الحرمان من المزايا التي لولاها ما اتخذ قراراه بالاستثمار في الدولة المضيفة، سواء تمت تلك المخالفة في شكل تشريع جديد أو قرارات إدارية أو مخالفة الدولة المضيفة لما قدمته من وعود أو معلومات للمستثمر، وتتمثل الأضرار المعنوية العامة في شعور المستثمر بالإحباط وتزايد المشاعر السلبية لديه تجاه تلك الدولة، مما يكون له كبير الأثر في عدم وجود مناخ جاذب للاستثمار للمستثمرين الحاليين والمحتملين في المستقبل، وقد يترتب على ذلك أحقية المستثمر في الحصول على التعويض اللازم لجبر ما لحقه من ضرر الأمر الذي سيترتب عليه إثقال كاهل ميزانية الدولة بالعديد من الأعباء المالية اللازمة لدفع تلك التعويضات، فضلا عن تحول بيئة الاستثمار بالدولة المضيفة إلى بيئة غير جاذبة له[2].

يرى الباحث- أهمية حماية التوقعات المشروعة للتشجيع على الاستثمار بالدولة المضيفة، وكذلك لتجنب الآثار السلبية المترتبة على عدم كفالة الدولة لتلك الحماية.

ويثور التساؤل بشأن طبيعة التحديات التي تواجه كل من مصر والكويت في

(1) للمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: د. نبيل ونوغي، الأمن القانوني محدد أساسي للقرار الاستثماري، مرجع سابق، ص٣٤٨ وما بعدها

(2) لمزيد من التفصيلات راجع في ذلك: بلخير محمد آيت عودية، عبد الرحمان زهواني، المرجع السابق.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

تبني مبدأ التوقعات المشروعة سواء من قبل المشرع أو القضاء، وما هي ضوابط تفعيل ذلك الحق في حالة إقرار الدولة له، وهو ما نوضحه في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

تحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار وسبل مواجهتها

نتناول في هذا المبحث تحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار «المطلب الأول»، وضوابط تفعيل الحق في التوقع المشروع في مصر والكويت بمجال الاستثمار «المطلب الثاني».

المطلب الأول

تحديات تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقع المشروع في مجال الاستثمار

نتناول في هذا المطلب التحديات الدستورية والتشريعية والقضائية أمام تبني حماية التوقعات المشروعة «الفرع الأول»، وجائحة كورونا والأسباب المالية كتحدي أمام تبني حماية التوقعات المشروعة «الفرع الثاني».

الفرع الأول

التحديات الدستورية والتشريعية والقضائية أمام تبني حماية التوقعات المشروعة

نتناول في هذا الفرع غياب الأساس الدستوري في كل من مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد بشكل عام وللمستثمرين على وجه الخصوص «أولا»، وغياب الأساس التشريعي «ثانيا»، وتأثر القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بالاتجاهات العامة لمجلس الدولة الفرنسي «ثالثا»، وتأثر القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بالمجلس الدستوري الفرنسي «رابعا»، واكتفاء مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في

الكويت بكل من نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة كبديل «خامسا»، والاكتفاء بمبدأ حماية الحقوق المكتسبة «سادسا»، والاكتفاء بمدأ عدم رجعية القوانين «سابعا».

أولا: غياب الأساس الدستوري في كل من مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد بشكل عام وللمستثمرين على وجه الخصوص:

لم ينص دستور مصر المعدل لسنة ٢٠١٤، وكذلك دستور الكويت الصادر في ١١ نوفمبر عام ١٩٦٢ على مبدأ حماية التوقعات المشروعة من قريب أو من بعيد، مما يُعد –من وجهة نظرنا– أحد أهم الأسباب في عدم تبني المشرع والقضاء لذلك المبدأ كمبدأ مستقل بذاته، وإن كانت المحكمة الدستورية في مصر قد قضت بأن ذلك المبدأ له قيمة دستورية[1]، في العديد من الأحكام التي سبق الإشارة إليها، بالإضافة إلى الأسس الدستورية التي أشرنا إليها سابقا في كل من مصر والكويت والتي تُمكن القضاء من تبني ذلك المبدأ، ولكن غياب النص الدستوري الصريح يمثل أهم التحديات في ذلك الشأن.

ثانيا: غياب الأساس التشريعي في كل من مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

يلاحظ الباحث غياب الأساس التشريعي في كل من مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، سواء في التشريعات العادية أو تشريعات الاستثمار، فلم ينص في كلتا الدولتين على ذلك المبدأ، مما يمثل –إلى حد كبير– تحديا آخر أمام القضاء.

ثالثا: تأثر القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بالاتجاهات العامة لمجلس الدولة الفرنسي:

كما أوضحنا سلفا لم يتبن مجلس الدولة الفرنسي بعد مبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ من المبادئ العامة للقانون

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 232 لسنة 26 ق، بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٧
حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم 229 لسنة 29 ق، بتاريخ ١٢ مايو ٢٠١٣

كلية الحقوق جامعة القاهرة

«Principes généraux du droit» العام الداخلي، والتي يُعرفها الأستاذ[1] «Nadine Poulet-Gibot Leclerc» بأنها مبادئ يصوغها القاضي ولا ترتبط بالضرورة بقاعدة مكتوبة، ويتم تطبيقها في حالة عدم وجود نص، ويتم استخلاصها من الفلسفة العامة للنظام القانوني للدولة، ولا تعتبر من القواعد العرفية، وتختلف عن المبادئ الأساسية التي اقرتها قوانين الجمهورية، وتختلف عن المبادئ المعترف بها من قبل الدول المتمدنة « Principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées»، وتمثل مجالا مفتوحا أمام القاضي الإداري « Juge administratif»، وكان للقضاء الإداري الفرنسي دورا خلاقا في ذلك الشأن، ولكن للأسف الشديد فإن المجلس يطبق ذلك المبدأ فقط في حالة انطباق قانون الجماعة الأوروبية على النزاع المعروض عليه وهو ما أكده في العديد من أحكامه[2].

يرى الباحث- أن تأثر مجلس الدولة في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بالقضاء الإداري الفرنسي وما يقوم بإقراره من مبادئ وتوجهات مختلفة يُعد من أحد الأسباب في عدم تبني ذلك المبدأ وإسباغ الحماية القانونية الواجبة له.

رابعا: تأثر القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بالمجلس الدستوري الفرنسي:

رفض المجلس الدستوري الفرنسي صراحة الإقرار بمبدأ حماية التوقعات المشروعة، حيث صرح بأنه لا توجد أي قاعدة دستورية تتضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة « Qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime

(1) Nadine Poulet-Gibot Leclerc, Droit administratif: sources, moyens, contrôles, 3e édition, Bréal, Paris, 2007, pp. 68-89

(2) C.E., 9 mai 2012, Le ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, n° 308996

"»[1]، وبالتالي فإن ذلك له كبير الأثر –أيضا– على القضاء في كل من مصر والكويت؛ نظرا لتأثرهما بالمبادئ التي يُقرها، وبالتالي فإنه يُعد تحديا آخر أمام القضاء في كل من البلدين.

خامسا: اكتفاء مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت بكل من نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة كبديل:

نلاحظ أن مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت قد يمثل تبنيهما لنظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير تحديا آخر في عدم الاعتراف بمبدأ التوقعات المشروعة كمبدأ مستقل، نظرا لما توفره كلتا النظريتين من حماية للتوقعات المشروعة للمستثمر عند توافر شروط تطبيق أيا منهما، ومن ثم فقد يرى القضاء في كل من الدولتين الاكتفاء بذلك وعدم التوسع فيه، مما يُمثل تحديا آخر أما تبني القضاء لذلك المبدأ.

سادسا: اكتفاء القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بمبدأ حماية الحقوق المكتسبة:

قد يمثل تحديا آخر أمام القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت توافر الحماية القانونية للحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت على

---

(1) C. C. 96-385 DC, 30 décembre 1996, Loi de finances pour 1997
«Considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait ; qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit " de confiance légitime " ; Considérant enfin que le prélèvement mis en cause par les requérants est opéré sur les excédents financiers centralisés des organismes collecteurs de la contribution des entreprises au financement de la formation en alternance et non directement sur les entreprises contributrices ; que dès lors le moyen tiré de discriminations dans l'établissement de l'assiette de l'impôt manque en fait ;»

نحو مشروع، فقد يرى كلاهما في ذلك بديلا عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين، والاكتفاء بذلك وعدم التوسع فيه.

سابعا: الاكتفاء بنص الدستور في كل من مصر والكويت على مبدأ عدم رجعية القوانين كبديل عن حماية التوقعات المشروعة:

نص الدستور في كل من مصر والكويت على مبدأ "عدم رجعية القوانين" «Le principe de La non-rétroactivité des lois»، والذي يؤكد أن الأصل هو عدم تطبيق القوانين بأثر رجعي ولكن ويجوز للمشرع «Législateur» سن قانون يُطبق بأثر رجعي «loi rétroactive»، بشرط أن يتم الإشارة إلى ذلك صراحة «L'indiquer expressément» في نص القانون ووفقا للشروط المنصوص عليها في الدستور، ولا يجوز في المواد الجنائية «Matière pénale» سن قوانين تطبيق بأثر رجعي إلا في حالة القوانين الأصلح للمتهم «Lois plus favorables»[1]، وقد نصت المادة رقم (٢٢٥) من دستور مصر المعدل لسنة ٢٠١٤ على ذلك المبدأ، فقد نصت على أن «تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويُعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر. ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب». كما نص دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ في المادة (١٧٩) منه على أنه «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ. ويجوز، في غير المواد الجزائية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة»، وأن الأصل هو عدم رجعية القوانين العقابية والضريبية –ما

(1) Muriel Parquet, Introduction générale au droit, 4e édition, Bréal, Paris, 2007, p.60

لم تكن اصلح- سواء للمتهم أو للمكلف بدفع الضريبة[1].

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية لدولة الكويت في العديد من أحكامها، ومنها الحكم الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠٠٢[2] والذي أكدت فيه على أن "مبدأ عدم رجعية القوانين" يسري على القوانين الموضوعية ذات الأثر الرجعي التي تتضمن قواعد عامة مجردة تتناول الوقائع السابقة على صدورها، فقد قضت بأن « المادة 179 من الدستور تنص على أنه" لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ، ويجوز في غير المواد الجزائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة". بما يعني أن التساؤل يتحدد في أي المادتين أولى بالإعمال والتطبيق بالنسبة لإقرار قانون الميزانية إذا ما أريد إصداره والعمل به بعد مضي تاريخ بدء السنة المالية، سواء نص فيه على تنفيذه اعتبارا من تاريخ بداية السنة المالية أو لم ينص على ذلك، أهي الأغلبية العادية أي الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين إعمالا لحكم المادة 97 من الدستور. أم يلزم لإقراره أغلبية خاصة هي أغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس الأمة تطبيقا لحكم المادة 179 من الدستور واللازمة لإقرار القوانين الموضوعية ذات الأثر الرجعي، أي التي تتضمن قواعد عامة مجردة تتناول الوقائع السابقة على صدورها».

يرى الباحث- أن هناك أفضلية لنص المادة (٢٢٥) من دستور مصر المعدل لسنة ٢٠١٤ مقارنة بنص المادة (١٧٩) من الدستور الكويتي، حيث ساوى الدستور المصري صراحة في إعماله لمبدأ عدم رجعية القوانين بين المواد الجنائية والضريبية، بينما قصرها المشرع الدستوري في الكويت بالمادة (١٧٩) على المواد الجزائية فقط، وبالتالي سيتحقق الأمن القانوني للمستثمرين على نحو أكبر في ظل المادة (٢٢٥) من الدستور المصري لشمولها للتشريعات الضريبية،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ٨٨ لسنة ٣٢ قضائية، بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١٨
(2) حكم المحكمة الدستورية، الطعن رقم ٩ لسنة ٢٠٠٢ق، بتاريخ ٣٠ يناير ٢٠٠٢

وهي أحد حوافز الاستثمار الهامة. وبعيدا عن مدى أفضلية كلا النصين السابقين فإن القضاء الوطني في كل من الدولتين قد يرى في تبني الدستور لمبدأ "عدم رجعية القوانين" ما يحقق الأمن القانوني للمستثمرين، وأنه ليس بحاجة إلى التوسع في ذلك بكفالة التوقعات المشروعة لهم كمبدأ من المبادئ المستقلة، وبالطبع حماية التوقعات المشروعة لا تقتصر فقط على احترام مبدأ "عدم رجعية القوانين" ولكن تشمل أيضا عدم مفاجئة جهة الإدارة للمستثمرين بقرارات تخل بتوقعاتهم المشروعة، ووفاء جهة الإدارة بوعودها تجاه المستثمر والتزامها بالبيانات والمعلومات التي استند إليها المستثمر عند اتخاذ قرار الاستثمار، وبالتالي فإن حماية التوقعات المشروعة أوسع نطاقا من مبدأ عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية.

ويثور التساؤل عن أثر جائحة كورونا بالإضافة إلى الأزمات المالية التي تعرضت لها كل من مصر والكويت، ووضعهما المالي الحالي، في تبني مجلس الدولة في مصر والدائرة الإدارية في الكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار، وهو ما نوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

جائحة كورونا والأسباب المالية كتحدي أمام تبني حماية التوقعات المشروعة

نتناول في هذا الفرع آثار جائحة كورونا كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة «أولا»، والتحديات المالية كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: آثار جائحة كورونا كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

نبحث تباعا أثر جائحة كورونا على التوقعات المشروعة للمستثمر، وجائحة

كورونا كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقعات المشروعة.

١- أثر جائحة كورونا على التوقعات المشروعة للمستثمر:

خلفت جائحة كورونا «COVID-19 Pandemic» آثارا مدمرة على الاقتصادات المحلية «Local economies» بكافة قطاعاتها، وكذلك على الاقتصاد العالمي «Global economy»، وبناء عليه لن يفكر القضاء ولا المشرع في الأجل المنظور في إقرار ذلك المبدأ في ظل التداعيات الاقتصادية التي تسببت فيها تلك الجائحة[1]، فقد خلقت تلك الجائحة حالة من عدم اليقين الاقتصادي ومصادمة للتوقعات المشروعة للمستثمرين في كافة دول العالم دون استثناء، وقد فرض ذلك على جميع الدول ضرورة إتباع إجراءات للوقاية الصحية وتعليق كل الأنشطة للأفراد والمؤسسات، مما ترتب عليه توقف الكثير والعديد من الأنشطة الاقتصادية، وغلق العديد من المؤسسات وتسريح العمال، ووقف عمليات الاستيراد والتصدير، وقد أفلست العديد من المشروعات والشركات بسبب قرار الغلق العام في معظم دول العالم، وذلك كنتيجة أساسية لحق الدولة في التنظيم وفي اتخاذ إجراءات الحماية الصحية رغم مصادمة ذلك للتوقعات المشروعة للمستثمرين على وجه الخصوص، كما أدت تلك الجائحة إلى انعدام اليقين القانوني لدى المستثمرين، وأثرت على نشاط المؤسسات المالية وتعديل القواعد المنظمة للاقتراض[2].

٢- جائحة كورونا كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ التوقعات المشروعة:

(1) Prita, Mallya, Rodney D'Silva, Impact Of Covid – 19 Crisis On The Global Economy And Other Sectors Worldwide, Idea Publishing, 2020, pp. 3-5

(2) بلجراف سامية، خلود كلاش، المرجع السابق، ص٣٥٣ وما بعدها

أثرت جائحة كورونا على التوقعات المشروعة للمستثمرين بشكل كبير، نتيجة تعديل الأنظمة القانونية القائمة للحماية من تلك الجائحة، وفرض قيود على عمليات الاستيراد والتصدير والقواعد المنظمة لجهات التمويل داخل الدولة، كل ذلك يُعد تحديا كبيرا أمام مجلس الدولة في مصر والدائرة الإدارية في الكويت –على الأقل في الوقت الراهن– في تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار، حيث سيؤدي ذلك إلى زيادة العبء على ميزانية الدولة في منح المستثمر المزايا التي تم حرمانه منها في ضوء حماية التوقع المشروع الموضوعي، أو عدم تغيير الإجراءات المتبعة في اصدار القرارات الإدارية التي تمس بمصالحه في ضوء حماية التوقع المشروع الإجرائي، أو تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية إضافية بتعويض المستثمر عما أصابه من ضرر مادي ومعنوي نتيجة مخالفة تلك التوقعات. في حين تسعى الدول في ظل تلك الأزمة إلى توفير السيولة اللازمة لتأمين الحاجات الأساسية للمجتمع، و توفير الرعاية الصحية اللازمة للمصابين بهذا الوباء، ونتيجة لذلك لن يفكر المشرع أو القاضي في كل من مصر والكويت في تبني ذلك المبدأ، كما سيجد القاضي الإداري بكلتا الدولين في نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة بديلا لتعويض المستثمر عما لحق به من اضرار جراء تلك الجائحة.

ثانيا: التحديات المالية كتحدي أمام تبني القضاء الإداري في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

تُعد الأسباب المالية من أهم الأسباب التي قد تؤدي إلى تردد القضاء الوطني في كل من مصر والكويت في تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة، وتواجه مصر تحديات اقتصادية كبيرة، ويكفي أن نستدل على ذلك بما يشير إليه البنك المركزي «Central Bank of Egypt External» المصري في التقرير الصادر عنه بشأن الوضع الخارجي للاقتصاد المصري « External Position of the Egyptian Economy» في الفترة «يوليو/ ديسمبر

٢٠١٩/٢٠٢٠»[1] وبين فيها أن حجم الدين الخارجي يبلغ (١١٢,٧) مليار دولار، حتى نهاية ديسمبر ٢٠١٩، بالإضافة إلى ما تواجهه مصر من تحديات على كافة الأصعدة الداخلية والإقليمية والدولية، فضلا عن الآثار المدمرة لجائحة كورونا على الاقتصاد العالمي.

ولا يختلف الوضع في دولة الكويت عن غيرها من الدولة التي تعاني من أزمات مالية في ظل انخفاض أسعار النفط فوفقا للميزانية العامة للدولة للسنة المالية (٢٠١٩/٢٠٢٠) الصادرة بالقانون رقم (٩٠) لسنة ٢٠١٩ فإن العجز في ميزانية الدولة قد بلغ ما يقرب من (٦) مليار دينار كويتي تقريبا[2]، كما سجلت الادارة المالية للدولة عجزا فعليا يصل إلى 20.7 مليار دينار في خمس سنوات في ميزانيتها للسنة الخامسة على التوالي منذ بداية أزمة انخفاض اسعار النفط عالميا عن مستوياتها التاريخية، وقد ألقت جميع تلك المعطيات السابقة ظلالها على التصنيف الائتماني السيادي للكويت اذ تغيرت النظرة المستقبلية من مستقرة الى سلبية بسبب عدم اظهار استجابة كافية لمعالجة القيود الصعبة للميزانية العامة للدولة[3]، بالإضافة إلى ثورة النفط الصخري وأثرها على أسعار النفط عالميا.

يرى الباحث– أن الأسباب المالية تُعد أحد العوامل الهامة في احجام المشرع والقضاء في كل من مصر والكويت عن تبني مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار، لعدم اثقال كاهل الدولة بالمزيد من الأعباء المالية الإضافية.

---

(1) Central Bank of Egypt, External Position of the Egyptian Economy, Volume No. (68), July/December 2019/2020, p.11

(2) قانون رقم ٩٠ لسنة ٢٠١٩ بربط ميزانيات الوزارات والإدارات الحكومية للسنة المالية ٢٠١٩/٢٠٢٠، جريدة الكويت اليوم، العدد ١٤٥٦، السنة الخامسة والستون، بتاريخ ٤ أغسطس ٢٠١٩

(3) أحمد مغربي، ميزانية الكويت 2020/2021.. 94% من الإيرادات تتركز في 5 جهات.. والمصروفات في 6 فقط!، جريدة الأنباء، بتاريخ ٤ سبتمبر ٢٠٢٠

https://www.alanba.com.kw/ar/economy-news/991152/04-09-2020-ميزانية-الكويت-الإيرادات-تتركز-جهاتوالمصروفات-فقط/ (Last visit: November 2020)

ويثور التساؤل عن الضوابط التي يتعين مراعاتها عند محاولة تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار وهو ما نجيب عليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني
ضوابط تفعيل حماية التوقعات المشروعة
في مصر والكويت بمجال الاستثمار

نتناول في هذا المطلب الضوابط الدستورية والتشريعية لتفعيل حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت «الفرع الأول»، والضوابط القضائية لتفعيل حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت «الفرع الثاني».

الفرع الأول
الضوابط الدستورية والتشريعية لتفعيل حماية التوقعات المشروعة
بمجال الاستثمار في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع الضوابط الدستورية لحماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت «أولا»، والضوابط التشريعية لحماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت «ثانيا».

أولا: الضوابط الدستورية لحماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت:

نحث كل من المشرع الدستوري في مصر والكويت على تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة بالنص عليه في الدستور، وذلك بعد تعديله؛ لما له من أثر كبير على جذب المستثمرين ورؤوس الأموال الأجنبية لكل من الدولتين، على أن يراعي المشرع الدستوري بعض الضوابط عند تقرير ذلك الحق، والتي من أهمها:

١- أن ينص المشرع الدستوري صراحة على مبدأ حماية التوقعات المشروعة للأفراد، وباعتباره جزء من النظام القانوني الداخلي للدولة.

٢- يحدد المشرع الدستوري ضوابط عامة للتمسك بذلك الحق بأن يشترط أن تتصف تلك التوقعات بالمعقولية والمشروعة، على أن يترك للمشرع العادي بقانون تنظيم ذلك الحق على نحو تفصيلي.

ثانيا: الضوابط التشريعية لحماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت:

نقترح على المشرع في كل من مصر والكويت مراعاة بعض الضوابط أثناء تقريره للحق في التوقع المشروع، والتي نجملها في الأتي:

١- تحديد المشرع لشروط التمسك بمبدأ حماية التوقعات المشروعة على نحو يتسم بالدقة والوضوح، ونقترح عليه أن يتبنى الشروط التي أقرها القضاء المقارن والتي تتمثل في الآتي:

أ- وجوب أن يكون التوقع مبينا على تصرف إداري سابق.

ب- وجود تصرف من ذوي الشأن بالاستناد إلى ذلك التوقع.

ج- صدور تصرف من جهة الإدارة يخالف تلك التوقعات المشروعة.

د- معقولية التوقع.

هـ- مشروعية تصرف الإدارة.

و- الوقت الذي يُعتد به في تقرير وجود الحق في التوقع المشروع هو وقت إجراء الاستثمار.

٢- النص على أن يكون التقاضي على درجة واحدة في منازعات الاستثمار المتعلقة بالحق في التوقعات المشروعة، وهو ما لا يتعارض مع أحكام الدستور؛ حيث أن التقاضي على درجتين ليس أصلا دستوريا وإنما هو ضمانة قانونية تدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية في الكويت، حيث قضت بأن « التقاضي على درجتين ليس أصلا دستوريا وإنما هو ضمانة قانونية تدخل أساسا في السلطة التقديرية للمشرع العادي، فهو يستطيع – بناء

على التفويض الدستوري سالف الذكر – أن يجعل التقاضي على درجة واحدة او على درجتين أو على ثلاث، وحقه هذا ثابت لا شك فيه، فهو الذي ينظم السلطة القضائية ويرتبها في حدود أحكام الدستور»[1]، وهو ما أكدته أيضا محكمة التمييز في الكويت[2].

٣- النص على كفالة حماية التوقعات المشروعة للمستثمر بنوعيها الإجرائية والموضوعية.

٤- يقع على المستثمر عبء إثبات معقولية توقعاته ومشروعيتها على أن يُعتبر ذلك من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام رأيه على أسباب تسوغه.

٥- نقترح على المشرع أن يتم تعويض المستثمر عن انتهاك ذلك الحق في البداية –وكمرحلة أولى– عما لحقه من خسارة فقط، على أن يتم التعويض لاحقا عن الكسب الفائت بمقتضى تعديل تشريعي، وذلك بهدف منح القضاة فترة لاكتساب الخبرة اللازمة في حماية تلك التوقعات.

٦- نقترح على المشرع التأكيد على حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار في كافة المنازعات الإدارية والمدنية التي تثور بين جهة الإدارة والمستثمر.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الفرع الثاني

الضوابط القضائية لتفعيل حماية التوقعات المشروعة بمجال الاستثمار في مصر والكويت

نتناول في هذا الفرع ضوابط القضاء الدستوري عند إقراره لمبدأ حماية التوقعات المشروعة «أولا»، وضوابط القضاء الإداري والعادي عند إقراره لمبدأ

(1) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ١ لسنة ١٩٧٥ق، بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٧٦
(2) حكم محكمة التمييز، الطعن رقم ٢٠٠٦/٦٠٤، الدائرة المدنية، بتاريخ ٧ يناير ٢٠٠٨

حماية التوقعات المشروعة «ثانيا».

أولا: ضوابط القضاء الدستوري عند إقراره لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

نقترح على القاضي الدستوري بعض الضوابط التي يتعين مراعاتها عند كفالة الحق في حماية التوقعات المشروعة والتي تتمثل في الآتي:

١- في حال تقنين المشرع الدستوري في مصر والكويت لمبدأ حماية التوقعات المشروعة صراحة، يتعين على القضاء الدستوري الحكم بعدم دستورية القواعد القانونية المطعون فيها في حال مخالفتها لذلك المبدأ، سواء كان ذلك النص متعلقا بمجال الاستثمار أو بأي مجال آخر، على يرتد الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور القانون، واعتباره كأن لم يكن.

٢- أما في حال عدم تقنين المشرع الدستوري لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، نحث القضاة بالمحكمة الدستورية العليا في مصر وبالمحكمة الدستورية في الكويت بأن يقوموا بتبني ذلك الحق استنادا إلى مبدأ الأمن القانوني المستمد من مفهوم سيادة القانون، وفي تلك الحالة سيتحمل القاضي الدستوري عبء تأسيس ذلك المبدأ وإيجاد سنده القانوني ثم تحديد ضوابط التمسك به.

ونود أن ننوه إلى أن دستور مصر المعدل لسنة ٢٠١٤ لم ينص على مبدأ الأمن القانوني صراحة، ولكنه نص على مبدأ «سيادة القانون» في المادة الأولى من الدستور والتي نصت على أن «جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة، موحدة لا تقبل التجزئة، ولا ينزل عن شيء منها، نظامها جمهوري ديمقراطي، يقوم على أساس المواطنة وسيادة القانون»، كما جاء الباب الرابع من الدستور تحت عنوان «سيادة القانون»، ونصت المادة (٩٤) من ذلك الباب على أن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة»، كما نصت المادة (١٩٨) على أن «المحاماة مهنة حرة، تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة، وسيادة القانون»، ونجد في ذلك سندا قانونيا كافيا أمام القضاء الدستوري في مصر يؤسس عليه مبدأ

التوقع المشروع.

في حين نجد أن دستور الكويت الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٦٢ لم ينص في مواده على مبدأ «الأمن القانوني» أو مبدأ «سيادة القانون» صراحة، ولكنه نص في المادة (٦) منه على أن «نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعا، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور»، وبالتالي نحث المحكمة الدستورية الكويتية على الاستناد لتلك المادة لتقرير الحماية الدستورية لمبدأ التوقعات المشروعة.

ثانيا: ضوابط القضاء الإداري والعادي عند إقراره لمبدأ حماية التوقعات المشروعة:

١- في حال تقنين المشرع الدستوري والعادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، فإن قضاء مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت والقضاء العادي، سيلتزم بوضع تلك النصوص موضع التطبيق على المنازعات التي تدخل في اختصاصهم، مع الالتزام بالضوابط التي نص عليها المشرع، ونحث القضاء الإداري على ألا تمنعه تلك الضوابط التشريعية من إرساء مبادئ جديدة لما له من دور خلاق، على أن يراعي في تلك المبادئ الموازنة بين حق جهة الإدارة في تعديل القواعد التنظيمية تحقيقا للمصلحة العامة، وحماية التوقعات المشروعة للمستثمر.

2- تطوير القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت للمبادئ التي سيتم إرسائها لإعمال الحق في التوقعات المشروعة، أو القيام بشكل مباشر بتبني التطورات الحديثة لذلك المبدأ بالقضاء المقارن على أن يتم ذلك على نحو تدريجي.

3- على فرض عدم تقنين مبدأ حماية التوقعات المشروعة سواء عن طريق المشرع الدستوري أو المشرع العادي، فإننا نأمل أن يقوم القضاء الإداري بتبني ذلك المبدأ صراحة ويعتبره من المبادئ العامة للقانون العام الداخلي ويتصدى

لتحديد ضوابط إعماله، على أن يتبنى ذلك في مجال الاستثمار في البداية كخطوة تمهد لخطوات أكثر جرأة في المستقبل، على أن يستهدي في ذلك بما تم إرسائه من مبادئ من قبل القضاء المقارن.

4- يكون للقضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت اللجوء لأعمال الخبرة في منازعات الاستثمار بشأن التمسك بمبدأ حماية التوقعات المشروعة، على أن يكون ذلك من إطلاقات القاضي، وله أن يأخذ بتقرير الخبير أو يلتفت عنه وهو في جميع الأحوال غير ملزم بالإجابة لطلب ندب الخبراء أو إعادة تكليفهم طالما لم ير في ذلك جدوى.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الخاتمة

نخلص في ختام هذه الدراسة، إلى أن مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر هو الأداة المُثلي لتشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية داخل الدولة المضيفة، من خلال المحافظة على استقرار النظام القانوني بها، ويجوز في حالة ضرورة أن يتم تعديل القانون والقواعد المنظمة للنشاط الاستثماري بشرط وجود تدابير انتقالية قبل وضع تلك التعديلات موضع التنفيذ، بما يحقق الحماية من التغييرات التي قد تتم بطريقة فجائية، بما لا يُخل بقدرة المستثمر على التنبؤ بالقرارات التي تتخذها جهة الإدارة مستقبلا.

وبينت الدراسة أوجه الاختلاف بين مبدأ التوقعات المشروعة وغيره من المصطلحات التي قد تتشابه معه، كمبدأ الأمن القانوني، حيث يُعد الأول من عناصره الهامة والتي تساعد على تحقيقه، وكذا اختلافه عن الحق المكتسب، كما أشار الباحث أن مبدأ التوقع المشرع يُعد أحد العناصر الهامة المكونة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة «FET» في معاهدات الاستثمار، مع بيان مدى صعوبة وضع تعريف واحد جامع لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، ولكن يمكن تعريفه من خلال العناصر المكونة له والتي من أهمها حماية التوقعات المشروعة للمستثمر، كما يختلف مبدأ التوقعات المشروعة عن شرط الثبات التشريعي، مع ضرورة التأكيد على أن الثبات لا يعني تجميد قوانين الدولة ومنع المشرع من تعديلها، ولكن للمشرع سلطة تقديرية في اجراء ما يراه من تعديلات على ألا تخالف تلك التعديلات الالتزامات المحددة الملقاة على عاتق الدولة أو التوقعات المشروعة للمستثمر.

وأشار الباحث إلى وجود العديد من الأسس التي تُبرر الحق في التوقع المشروع، كارتباطه بالحرية الفردية والتي يتم كفالتها حينما يكون للأفراد القدرة على التنبؤ بتصرفات السلطات العامة، كما يستند إلى العديد من المبررات المنطقية؛ فيشترط لممارسة جهة الإدارة لسلطاتها أن يكون هناك سبب كافي يُبرر

ذلك التدخل وإلا كان ذلك صورة من صور إساءة استعمال السلطة، كما يتم تأسيسه على الحق في الإدارة الجيدة والذي يعني ضرورة وفاء السلطة العامة بتعهداتها طالما كان ذلك لا يتعارض مع القواعد القانونية واجبة التطبيق، كما يجد أيضا أساسا له في مبدأ الثقة، كما يتم النظر إلى التوقعات المشروعة في منازعات الاستثمار باعتبارها من المبادئ العامة لقانون الاستثمار الدولي، وبالرغم من عدم ظهور ذلك المبدأ في أي نص من نصوص قوانين الجماعة الأوروبية إلا إنه من المبادئ العامة للقانون المعترف بها في ذلك القضاء، كما يمكن تأسيسه على شرط الثبات التشريعي في حالة وجود اتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة بعدم تعديل القواعد المطبقة على ذلك الاستثمار، كما يمكن تأسيسه على مبدأ حسن النية في حالة بطلان ذلك الشرط.

كما القت الدراسة مزيدا من الضوء على شروط التمسك بالحق في التوقع المشروع من وجوب أن يكون التوقع مبنيا على تصرف إداري سابق، ومعقولية التوقع، ومشروعية تصرف الإدارة، مع مراعاة الوقت الذي يتمسك فيه المستثمر بتلك التوقعات وهو وقت اجراء الاستثمار، مع التأكيد على عدم إمكانية الاستناد إلى الوعود الانتخابية التي تتقدم بها الأحزاب إبان دعايتها الانتخابية عند المطالبة بحماية التوقعات المشروعة.

كما بينت الدراسة أساس ذلك المبدأ في المواثيق الدولة والتي من بينها إعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ وفقا لما نصت عليه المادة الثانية من كفالة الحق في الأمن القانوني، والمادة (١٦) التي نصت على أن المجتمع الذي لا يضمن الحقوق ولا يفصل بين السلطات لا دستور له، كما يجد المبدأ سندا له في نص المادة (38/c) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية باعتباره من المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الأمم المتمدنة. كما أظهرت الدراسة الأساس الدستوري لذلك المبدأ في بعض الدساتير المقارنة كالدستور الألماني والأسباني والفرنسي ودستور دولة جنوب افريقيا والولايات المتحدة الأمريكية، مع بيان موقف

دستوري مصر والكويت في ذلك الشأن.

وعرضت الدراسة لمدى اعتبار القضاء الدستوري التوقعات المشروعة جزء من القانون العام الداخلي وخلصت إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي ينكر ذلك تماما حيث قرر صراحة بأنه "لا توجد أي قاعدة دستورية تضمن ما يُعرف باسم التوقعات المشروعة" وإن كان قد لطف من ذلك فيما بعد ولكنه لم يقر بذلك المبدأ، في حين اعترفت المحكمة الدستورية العليا بذلك الحق كقيد على المشرع بألا يصادم التوقعات المشروعة للأفراد، في حين لم تتعرض أحكام المحكمة الدستورية في الكويت لذلك المبدأ صراحة، ولكنها أكدت على ضرورة حماية الأمن القانوني، في حين ذهب القضاء الإداري في فرنسا إلى قصر ذلك المبدأ على المنازعات التي يكون قانون الاتحاد الأوروبي أو الجماعة الأوروبية هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، في حين كفلت المحكمة الإدارية العليا في مصر ومحكمة القضاء الإداري التوقعات المشروعة للأفراد في بعض المجالات المحدودة، في حين لم تتعرض الدائرة الإدارية في الكويت لذلك المبدأ في أحكامها.

وألقت الدراسة مزيدا من الضوء على أهمية التوقع المشروع في مجال الاستثمار وأثر ذلك على تشجيع الاستثمار داخل الدولة المضيفة، وبينت أن ذلك المبدأ يشمل حماية التوقع المشروع الموضوعي والإجرائي، كما أوضحت الآثار المترتبة على حماية التوقع المشروع في المنازعات الإدارية بين المستثمر والدولة المضيفة، وأوضحت أن القضاء الأمريكي يكفل -إلى حد ما حماية- ذلك المبدأ تحت عنوان "مبدأ الاتساق"، وكذا قضاء المملكة المتحدة، وقضاء الاتحاد الأوروبي، وكذا مجلس الدولة الفرنسي في حال تطبيق قانون الاتحاد الأوروبي وقانون الجماعة الأوروبية، ولكن لا يعترف القضاء في مصر بذلك المبدأ كمبدأ مستقل قائم بذاته في منازعات الاستثمار، سواء في قضاء مجلس الدولة المصري أو الدائرة الإدارية في الكويت.

كما خلصت الدراسة إلى ضرورة استفادة المستثمر من البدائل القانونية المتاحة في الدولة المضيفة لحمايته من وقوع حوادث غير متوقعة أثناء تنفيذه للعقد المُبرم مع تلك الدولة وذلك في حالة عدم تطبيقها لمبدأ التوقع المشروع، ومن ذلك تمسكه بتطبيق نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة في حال توافر شروطهما، وقد ركزت الدراسة على حث المشرع والقضاء على تبني مبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار من خلال تبيان أثره على خلق مناخ جاذب للاستثمار في كل من مصر والكويت، مع تعداد العوامل والمحددات التي تساعد على توفير ذلك المناخ.

وختاما قدمت الدراسة أهم التحديات التي تواجه القضاء الإداري في مصر والكويت حال تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار، من خلال دراسة الواقع المعاصر بالدولتين، مع بيان أهم تلك التحديات على المستوى الدستوري والمستويين التشريعي والقضائي، بالإضافة إلى التحديات التي سببتها جائحة كورونا «COVID-19 Pandemic» من تأثير مُدمر على الاقتصاد العالمي، بالإضافة إلى الأسباب المالية والوضع الاقتصادي في كل من البلدين، مع تقديم مقترحات بشأن الضوابط الدستورية التشريعية والقضائية عند تبني ذلك المبدأ، والتي من خلالها يحدونا الأمل في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية بما ينعكس على تحسين الوضع الاقتصادي وتنويع مصادر الدخل، وقيام مجلس الدولة المصري والدائرة الإدارية في الكويت بوضع نظرية عامة شاملة لمبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار، تكون بمثابة أساس لدراسات تفصيلية في المستقبل.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

النتائج والتوصيات

- أهم النتائج:

- مازال مصطلح التوقعات المشروعة محل جدل كبير في مجال الاستثمار.
- يستخدم القضاء مبدأ التوقعات المشروعة لحماية الأفراد من عدم معقولية وعدم يقين التصرفات الصادرة عن جهة الإدارة.
- حماية التوقعات المشروعة من أهم العناصر التي تشجع مناخ الاستثمار في الدول المضيفة.
- تولي لجنة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية أهمية كبيرة حول حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين.
- مبدأ التوقعات المشروعة من أهم العناصر الأساسية لمبدأ اليقين القانوني.
- يختلف التوقع المشروع عن الحق المكتسب في أن التوقعات المشروعة مجرد مصلحة لم تصل بعد لمرتبة الحق.
- يختلف مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة عن مبدأ حماية التوقعات المشروعة، ولكن ذلك الاختلاف لا يعني استقلال التوقعات المشروعة عن ذلك المعيار تماما، بل هي أحد عناصره.
- يوجد ارتباط حتمي بين حماية التوقعات المشروعة وكفالة الحريات الفردية داخل المجتمع.
- ينطبق مبدأ التوقعات المشروعة للأفراد أيضا في مجال السوابق القضائية الراسخة إذا ما اتجه القضاء إلى تطويرها بشكل يتوائم مع ظروف المجتمع.
- تم الاعتراف في إطار علاقات الاستثمار الدولية بمبدأ حماية التوقعات المشروعة كمبدأ من المبادئ العامة للقانون، وذلك في حالة عدم النص على ذلك المبدأ صراحة.
- إمكانية تأسيس مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمستثمر على شرط الثبات التشريعي.
- يوفر مبدأ التوقع المشروع حماية إجرائية وموضوعية للأفراد.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- يعترف القضاء الأمريكي بمبدأ التوقعات المشروعات ولكنه يفضل استخدام مصطلح مبدأ الاتساق.
- لا تحقق نظريتي عمل الأمير والظرف الطارئة نفس الحماية التي يوفرها مبدأ حماية التوقعات المشروعة.

- أهم ما يوصي به الباحث:

- الحد من كثرة تعديل القواعد القانونية بشكل مفاجئ لعدم الإخلال بالتوقعات المشروعة للأفراد.
- تطبيق التعديلات التشريعية بمجال الاستثمار بعد مضي فترة انتقالية لعدم إحباط التوقعات المشروعة للمستثمرين.
- تبني مبدأ التوقعات المشروعة بالنص عليه في الدستور صراحة كمبدأ عام على أن يترك للمشرع بقانون تنظيم ذلك الحق تفصيليا.
- سن قانون ينص صراحة على حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار مع تحديد ضوابط وشروط إعمال ذلك الحق، سواء تم النص على ذلك المبدأ في الدستور أم لم يتم النص عليه.
- مبادرة القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بتبني مبدأ التوقعات المشروعة حتى في حالة عدم النص عليه تشريعا، واعتباره من المبادئ العامة للقانون.
- حماية المشرع والقضاء للتوقعات المشروعة الإجرائية والموضوعية على حد سواء، لما له من أثر كبير في تشجيع الاستثمار.
- التوسع في إعمال مبدأ التوقع المشروع من قبل كل القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت بحيث يشمل الوعود التي قدمتها جهة الإدارة للمستثمر وكذا ما صدر عنها من إقرارات واتفاقات شفوية أو مكتوبة.
- تأسيس القضاء الإداري في مصر والدائرة الإدارية في الكويت للتوقعات المشروعة على مبدأ حسن النية عند بطلان شرط الثبات التشريعي المُدرج في العقد بين جهة الإدارة والمستثمر.
- تبني القضاء الدستوري لمبدأ التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار في حال

تراخي المشرع الدستوري عن النص على ذلك المبدأ صراحة.

- تبني مبدأ حماية التوقعات المشروعة في مجال الاستثمار من قبل قضاة المحاكم الاقتصادية في مصر والقضاء العادي في الكويت، حتى نوفر حماية كاملة للمستثمر تغطي كافة المنازعات التي تنشب بينه وبين جهة الإدارة.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

د. إبراهيم العسري:

- التحكيم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد (١١-١٢)، سنة ٢٠١٦

- د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي:

- العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨

د. أحمد لعروسي:

- دور القاضي الدستوري في تحقيق العدالة التشريعية، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، العدد ٩، سنة ٢٠١٨

- السيد أونيسي العياشي:

- مناخ الاستثمار وأهميته في جذب الاستثمارات، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد ٣، ٢٠١٦

- أيمن رمضان الزناتي:

- المحاكم الاقتصادية ودورها في تشجيع الاستثمار، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القانون والاستثمار، المنعقد بجامعة طنطا خلال الفترة من ٢٩-٣٠ أبريل ٢٠١٥

- بلجراف سامية، خلود كلاش:

- ضمان مبدأ حماية التوقعات المشروعة للمتعاملين الاقتصاديين خلال فترة انتشار فيروس كورونا، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر، مج34 عدد خاص، ٢٠٢٠

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- بلخير محمد آيت عودية، عبد الرحمان زهواني:

- التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التّوقّعات المشروعة، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة، الجزائر، ٢ ديسمبر ٢٠١٩

د. بواب بن عامر:

- الحق في التوقع المشروع "الثقة المشروعة" كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، مجلد ٧، العدد ١، سنة ٢٠٢٠

د. بوعزاوي بوجمعة:

- الأمن القانوني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، العدد ١١١، سنة ٢٠١٣

د. حسين أحمد مقداد عبد اللطيف:

- مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، حلوان، العدد ٢٩، سنة ٢٠١٣

د. حسين جبر حسين الشويل:

- نظرية التوقع المشروع في القانون العام، مجلة الجامعة العراقية، بغداد، العدد ٢/٣٨، سنة ٢٠١٧

أ. حورية أوراك:

- مدى مساهمة القضاء الإداري في تحقيق الأمن القانوني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، العدد ١١، سنة ٢٠١٧

د. رفعت عيد سيد:

- مبدأ الأمن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، شركة ناس للطباعة، القاهرة، سنة ٢٠١١

كلية الحقوق جامعة القاهرة

د. سري محمود صيام:

- صناعة التشريع، الكتاب الأول: المعايير الحاكمة للتشريع وقواعد الصياغة التشريعية والمواءمة الوطنية مع المعايير الدولية للقانون الدولي الإنساني ومكافحة الفساد والاتجار بالبشر وحماية البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٥

– د. سليمان الطماوي:

- الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١١

– د. فاتن عبد الأول منشي:

- الاستثمارات العربية كمدخل للتكامل الاقتصادي، مركز الخبرات المهنية للإدارة، القاهرة، ٢٠١٩

د. فاطمة العلوي:

- دور الأمن القانوني في دعم مشاريع الاستثمار في الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، مجلد ٢، العدد ٤، سنة ٢٠١٦

د. فطيمة بن جدو:

- الأمن القانوني ولأمن القضائي: علاقة تكامل، مجلة الشهاب، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، مجلد ٤، عدد ٢، سنة ٢٠١٨

د. فؤاد الصامت:

- دور القاعدة القانونية في توفير الأمن القانوني، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، العدد ٢، سنة ٢٠١٦

– لعماري وليد:

- الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، الجزائر العاصمة، ٢٠١٩

د. محمد محمد عبد اللطيف:

- مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة، العدد ٣٦، سنة ٢٠٠٤

كلية الحقوق جامعة القاهرة

د. مختار دويني:

– مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، العدد ٥، سنة ٢٠١٦

د. نبيل ونوغي:

– الأمن القانوني محدد أساسي للقرار الاستثماري، مجلة رماح للبحوث والدراسات، الأردن، العدد ٤٤، سنة ٢٠٢٠

د. هانم أحمد محمود سالم:

– ضمانات تحقيق مبدأ الأمن القانوني، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مجلد ٢٩، العدد ١، سنة ٢٠٢١

د. وليد محمد الشناوي:

– حماية التوقعات المشروعة في القانون الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦، سنة ٢٠١٨

– د. يسري محمد العصار:

– دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩

–هيئة تشجيع الاستثمار المباشر:

– التقرير السنوي الثاني، الكويت، ٢٠١٦

ثانيا: باللغة الفرنسية

- Académie de Droit International :

– Recueil Des Cours 265 (1997), Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 1999

- Alexandre Ciaudo :

– L'irrecevabilité en contentieux administratif français, L'Harmattan, Paris, 2009

كلية الحقوق جامعة الإسكندرية

- Aurélien Portuese :

– Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne, Publibook, Saint-Denis, 2014

Conseil d'État :

– Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2006, Études et documents, La Documentation française, Paris, 2006

- Georges Vedel, Pierre Delvolvé :

– Droit administratif, Tom 1 Presses universitaires de France, Paris, 1992

- Jamil Sayah:

– Droit administratif, Studyrama, Levallois-Perret, 2004

- Martine Lombard :

– Droit Administratif, 3e édition, 1999, Dalloz, Paris, 1999

- Michel Fromont :

– Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne, Publications de la Sorbonne, Paris, 2000

- Mirentxu Aguerre, David Gilles :

– Panorama de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'année 2006. In : Revue Québécoise de droit international, volume 19-2, 2006

- Muriel Parquet :

– Introduction générale au droit, 4e édition, Bréal, Paris, 2007

- Nadine Poulet-Gibot Leclerc :

– Droit administratif : sources, moyens, contrôles, 3e édition, Bréal, Paris, 2007

- René Chapus :

– Droit administratif général, 7e édition, Montchrestien, Paris, 1993

- Robert Bernier :

– Réalités nationales et mondialisation, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2006

Sylvia Brunet :

– La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne, Titre VII, vol. 5, no. 2, 2020

- Zimmer Willy :

– Constitution et sécurité juridique, Annuaire international de justice constitutionnelle, XV - 1999

ثالثا: باللغة الإنجليزية

- Abhijit P.G. Pandya:

– Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration, Ph.D. Law, London School of Economics, 2011

-Alexander Brown:

– A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration, Oxford University Press, Oxford, 2017

-Ana Maria Daza-Clark:

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- International Investment Law and Water Resources Management: An Appraisal of Indirect Expropriation, Brill | Nijhoff, Leiden, 2017

- Andrey V. Kuznetsov:

- The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the Prism of The Sakhalin 2 PSA: Mandatory law, the umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard, Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, vol. 22, no. 2, 2015

- Andrea Gattini, Attila Tanzi, Filippo Fontanelli:

- General Principles of Law and International Investment Arbitration, BRILL NIJHOFF, Leiden, 2018

- Andrew Newcombe, Lluís Paradell:

- Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Wolters Kluwer, Netherlands, 2009

- Central Bank of Egypt:

- External Position of the Egyptian Economy, Volume No. (68), July/December 2019/2020

- G. M Danilenko:

- Law-Making in the International Community, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993

- Jayanta Chakraborty:

- Doctrine of Legitimate Expectation - A Comparative Study of UK, USA & India, Indian Journal of Law & Public Policy, vol. 5, no. 1, Winter 2018

- David Dollar, Mary Hallward-Driemeier, Taye Mengistae:

– Investment Climate and International Integration, World Bank Publications, Washington, D.C., 2004

- Dumitru Filip:

– The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in «International Investment Law, 5 Manchester Rev. L. Crime & Ethics 28 (2016)

- Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott:

– NAFTA Revisited: Achievements and Challenges, Institute for International Economics, Washington, DC, 2005

- Gerald D. Silver:

– Friendship, Commerce and Navigation Treaties and United States Discrimination Law: The Right of Branches of Foreign Companies to Hire Executives "Of Their Choice", 57 Fordham L. Rev. 765 (1989)

- Gudrun Kochendörfer-Lucius, Boris Pleskovic:

– Investment Climate: Growth and Poverty, World Bank Publications, Washington D.C., 2005

- Haftu Tekleab Alema:

– Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia, Jimma University Journal of Law, 9, 2017

- Ioana Tudor:

– The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University publishing, Oxford, 2008

- Isabel Feichtner, Markus Krajewski, Ricarda Roesch:

  – Human Rights in the Extractive Industries: Transparency, Participation, Resistance, Springer, Switzerland, 2019

- Jayanta Chakraborty:

  – Doctrine of Legitimate Expectation - A Comparative Study of UK, USA & India, Indian Journal of Law & Public Policy 5, no. 1 (Winter 2018)

- Jean Ho:

  – State Responsibility for Breaches of Investment Contracts, Cambridge University Press, Cambridge, 2018

- John Bell, Mark Elliott, Jason NE Varuhas, Philip Murray:

  – Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance, HART Publishing, Oxford, 2015

- Jola Gjuzi:

  – Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach, Springer, Switzerland, 2018

- Kam-por Yu, Julia Tao, Philip J. Ivanhoe:

  – Taking Confucian Ethics Seriously: Contemporary Theories and Applications, SUNY Press, New York, 2010

- Karen Steyn:

  – Substantive Legitimate Expectations, Judicial Review, vol. 6, no. 4, December 2001

- L. Arroyo & G. Doménech:

  – The Europeanisation of Spanish administrative law

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

through the principle of legitimate expectations, 4/19 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019

- Laura Pineschi:

- **General Principles of Law: The Role of the Judiciary, Springer, Switzerland, 2015**

- Lucja Magdalena Nowak:

- **Exploring the limits of the concept of legitimate expectations in investment treaty law, PhD Thesis. SOAS, University of London, 2014**

- M. Sornarajah:

- **The International Law on Foreign Investment, 3e edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010**

Marcin Kałduński:

- **Some Remarks on the Protection of Legitimate Expectations in International Investment Law. Comparative Law Review, [S.l.], v. 25, dec. 2019**

- Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring, Andrew Paul Newcomb:

- **Sustainable Development in World Investment Law, Wolters Kluwer, Netherlands, 2011**

- Mark Elliott:

- **Legitimate Expectation: The Substantive Dimension, The Cambridge Law Journal, vol. 59, no. 3, 2000**

- Mark Elliott, Jason N. E. Varuhas:

– **Administrative Law: Text and Materials, Fifth edition, Oxford University Press, Oxford, 2017**

- Matthew Groves, Greg Weeks:

– **Legitimate Expectations in the Common Law World, Hart Publishing, Portland, 2017**

- Melanie Roberts:

– **Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations, The Modern Law Review, vol. 64, no. 1, 2001**

- Pablo Fajnzylber, J. Luis Guasch, J. Humberto Lopez:

– **Does the Investment Climate Matter? : Microeconomic Foundations of Growth in Latin America, World Bank Publications, Washington, D.C., 2009**

- Patrick Dumberry:

– **The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105, Journal of International Arbitration, Vol. 31, No. 1, 2014**

- Prita, Mallya, Rodney D'Silva:

– **Impact Of Covid – 19 Crisis On The Global Economy And Other Sectors Worldwide, Idea Publishing, 2020**

- Qimiao Fan, José Guilherme Reis, Michael Jarvis, Andrew Beath, Kathrin Frauscher:

– **The Investment Climate in Brazil, India, and South Africa, World Bank Publications, Washington, D.C., 2008**

- R.L. Meena:

- Textbook on Contract Law, Universal Law Publishing, New Delhi, 2008

- Robert A. Dahl:

- How Democratic is the American Constitution?, Second Edition, Yale University Press, Connecticut, 2003

- Robert Thomas:

- The Protection of Legitimate Expectations under Administrative Law, University of Bergen, Norway, 10th-12th October 2012
- Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, HART Publishing, Oxford, 2000

- Philip Sales:

- Legitimate Expectations, Judicial Review, vol. 11, no. 2, 2006

- Simon Maynard:

- Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation, European Investment Law and Arbitration Review 1, no. 1 (2016)

- Stephan W. Schill:

- International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford University Press, Oxford, 2010

-Teerawat Wongkaew:

- Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2019

كلية الحقوق
جامعة القاهرة