

عقود الاستثمار الدولية

The International Investment Contracts

حيتم هبة¹¹ كلية الحقوق – سعيد حمدين – جامعة الجزائر-1-، (الجزائر)، h.hitem@univ-alger.dz

تاريخ النشر: جوان/2021

تاريخ القبول: 2021/04/15

تاريخ الإرسال: 2019/07/25

المخلص

تكتسي عقود الاستثمار الدولية أهمية بالغة، باعتبارها من المفاهيم المتجددة. فهذه العقود تجمع بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية: الدولة المضيفة كطرف أول، والتي تتمتع بحق سيادي، والمستثمر الأجنبي الخاص كطرف ثاني، الذي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة. كما أن هدف كل من طرفي هذه العلاقة يختلف: فالدولة تسعى إلى تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، بينما يهدف المستثمر الأجنبي إلى تحقيق أهداف شخصية، تتمثل في الزيادة في رأس المال. الأمر الذي يظهر معه أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود.

فهي عقود من طبيعة خاصة، تجمع بين عناصر القانون العام، وعناصر القانون الخاص. كما أن دولية هذه العقود، تظهر من توفر العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية، بالإضافة إلى ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية: العقد، الاستثمار، الدولية، الدولة المضيفة، المستثمر.

Abstract

Since they are part of the renewed concepts, international investment contracts are probably of extreme importance today. Indeed, these contracts are agreements between two parties, that do not have the same legal status. Also, the objectives of the two parties are different.

These contracts are of particular nature, which combines elements of public law and elements of private law. Also, the internationalism of these contracts appears in the foreign element of the contractual relation-ship, in addition, these contracts are closely related to the international trade.

Key words : Contracts – investment – foreign – private – investor.

مقدمة

أضحى الاستثمار الدولي من بين أهم مصادر التمويل الخارجي، التي تلجأ إليه الدول النامية، لمساهمته ودوره الفعال على المدى الطويل، والمتوسط في تحقيق التنمية المتوخاة، من خلال رفع معدلات النمو وخلق فرص العمل ونقل التكنولوجيا الحديثة. كما يعتبر الركيزة الأساسية لبناء الهياكل

الاقتصادية الثابتة للدولة، وتنظيم بيئتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة. ولتحقيق ذلك تلجأ هذه الدول إلى إبرام عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب المالكين لرؤوس الأموال. فعقد الاستثمار الدولي المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يؤدي إلى ميلاد مجموعة من الآثار ذات الطابع الدولي. الأمر الذي أدى إلى اهتمام القانون الدولي المعاصر بهذا الموضوع، إلى جانب تزايد المطالب الدولية بتنظيم هذا المجال. حيث تطالب الدول النامية بضرورة إيجاد نظام قانوني يمكنها من الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية، وفق إجراءات وشروط عادلة، لتحقيق التنمية المستهدفة من إبرام هذه العقود. بينما تطالب الدول المالكة لرؤوس الأموال، بضرورة حماية مصالحها وحقوقها عند قيامها بالاستثمار خارج حدود إقليمها.

إن أهمية البحث، تزداد بالنظر لمحدودية تناول هذا الموضوع على مستوى الأبحاث والدراسات. فأغلب الدراسات تركز على القانون الواجب التطبيق على هذه العقود. كما أن الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود، تزيد من أهميتها. فهي ترم بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية، فالطرف الأول فيها دولة ذات سيادة، أما الطرف الثاني، فهو مستثمر أجنبي خاص، لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة. فالدولة تهدف إلى تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، بينما يهدف المستثمر الأجنبي إلى تحقيق الزيادة في رأس المال. ففي ظل الاختلافات الجوهرية، في أهداف ومصالح كل من طرفي عقد الاستثمار الدولي، تظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية.

إن طرفي العلاقة في الاستثمار الدولي، قد يواجهان العديد من المخاطر أثناء التعامل بينهما، الأمر الذي يستوجب معه، بيان الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولي، حتى يتم التعاقد وفق آلية تحقيق الأهداف المرجوة منها لأطرافها. وهو ما يقودنا إلى طرح الإشكالية الآتية:

ما هي الطبيعة القانونية للقواعد المنظمة لعقود الاستثمار الدولي، وكيف يمكن التمييز بين هذه العقود وغيرها من العقود الأخرى؟

ارتأينا للإجابة على هذه الإشكالية تقسيم الدراسة إلى مبحثين:

نتناول في المبحث الأول ماهية عقود الاستثمار الدولي.

أما المبحث الثاني، فنخصصه للحديث عن التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي.

المنهج المتبع: أما المنهج المتبع في هذه الدراسة، فهو المنهج الوصفي، المقارن و التحليلي، أين قمنا بتحليل موقف المشرع الجزائري، كلما سمحت الفرصة بذلك.

المبحث الأول: ماهية عقد الاستثمار الدولي

إن دراسة عقد الاستثمار، تتطلب بالضرورة فهم فحواه وخصائصه في مرحلة أولى (المطلب الأول)، ولأن عقود الاستثمار الدولي، تهدف إلى تحفيز النمو الاقتصادي بشكل عام في الدولة المضيفة، وكذا تحقيق المنفعة المتبادلة، فإن عقد الاستثمار الدولي يتميز بخصوصية، تجعله يختلف عن باقي العقود، وجب علينا التطرق إلى خصوصية عقد الاستثمار الدولي في مرحلة ثانية. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فحوى عقد الاستثمار الدولي

تقتضي دراسة عقد الاستثمار الدولي، معرفة ما يتضمنه هذا العقد من معاني ومفاهيم (الفرع الأول)، إذ رغم الاهتمام الذي لاقتة عقود الاستثمار من قبل الفقه، إلا أنه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، ذلك لأن عقود الاستثمار تتداخل مع عقود الدولة. لذلك كان لابد منا التطرق إلى تصنيف عقود الدولة، في مجال الاستثمار وتحديد نماذجها المختلفة. (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار الدولي

إن تعدد الآراء واختلاف المضامين حول عقود الاستثمار، والخلط بينها وبين العقود الدولية الأخرى، حال دون التوصل إلى تعريف قانوني لها. فمعظم التعاريف التي قيلت حول عقود الاستثمار، اقتصادية أكثر منها قانونية.¹ ويرجع الفقهاء مشكلة تعريف عقود الاستثمار، إلى التشابك في الجوانب الاقتصادية، والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف.² ومن التعاريف التي قيلت حول عقد الاستثمار نذكر ما يلي:

1- "كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد."³

2- "العقود المبرمة من قبل الدولة، أو الهيئات التابعة لها، مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار."⁴

3- "مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية، أو مشروع أجنبي، بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساعدة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية، والاجتماعية للبلد المضيف، الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية."⁵

كما عرفت عقود الاستثمار في أحكام التحكيم، من ذلك تعريف المحكم "Cavin"، في قضية "SAPPHIRE" ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية بأنه: "عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام."⁶

فعقد الاستثمار إذا، يجمع بين طرفين أحدهما الدولة المضيضة والآخر المستثمر الأجنبي، الذين يتفقان على إقامة مشاريع استثمارية من شأنها تحقيق التنمية الاقتصادية.

الفرع الثاني: نماذج عقود الاستثمار الدولية

لا يقصد بعقود الدولة تلك العقود المبرمة في إطار القانون الدولي العام، وإنما هي العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية سواء كانت أشخاصاً طبيعيين أو معنوية.

وتتميز عقود الاستثمار عن العقود الأخرى المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية من حيث هدفها، حيث أن الباعث الأساسي للدولة، يتمثل في تحقيق التنمية بكل أنواعها داخل مجتمعاتها. بينما يكون هدف المستثمر الأجنبي هو تحقيق الربح من خلال نجاح مشروعه.

وتختلف نماذج عقود الاستثمار باختلاف الخطط التنموية التي تتبعها الدول المضيفة للاستثمار. إذ أن الخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، هي التي تلعب الدور الكبير في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة المضيفة مع المستثمر صاحب رأس المال.

ومن أهم نماذج عقود الاستثمار والتي تعد أكثر تداولاً: عقود البترول (أولاً)، عقود التعاون الصناعي (ثانياً)، وعقود الأشغال العامة الدولية (ثالثاً).

أولاً: عقود البحث واستغلال البترول

تعتبر عقود البترول من العقود الحديثة النشأة نسبياً، إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية، سواء في مجال المعاملات الداخلية، أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة. فهذه العقود التي تعد بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية، لم تظهر إلى حيز الوجود، إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته، أي منذ أواخر القرن العشرين⁷.

إن تضارب المصالح في هذا النوع من العقود، هو الذي أدى إلى تنوع أشكال عقود البترول. حيث كانت حتى منتصف القرن الماضي في شكل عقود الامتياز، ثم ظهرت أشكال أخرى يمكن حصرها في عقود المشاركة، وعقود المقاول.

1- عقود الامتياز

تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول. حيث ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر بداية القرن العشرين. وفحوى هذا النوع من العقود، أن تمنح الدولة المضيفة لشركة أجنبية حقاً خالصاً، واستثمارياً وقاصراً عليها، في البحث والتنقيب عن المواد البترولية في إقليمها، واستخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة⁸، مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ معينة⁹.

2- عقود المشاركة

عقود المشاركة، تعني المشاركة في رأس المال والإدارة، والحصول على الربح بحسب نسبة المساهمة في رأس المال. باعتباره عائداً لرأس المال المستثمر، وليس ضريبة على دخل الشركة المنقبة. وتتخذ عقود المشاركة إحدى الصور الثلاثة: فهي إما أن تبرم بين الدولة المنتجة والشركة الأجنبية. وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية، وإحدى مؤسساتها الوطنية وبين الشركة الأجنبية من ناحية أخرى. أو إما أن يبرم بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية.

وتنص عقود المشاركة، على أن يقوم طرفي العقد، بتأسيس شركة في الدولة المنتجة. وتكون جنسية هذه الشركة، هي جنسية الدولة المنتجة. يشارك الطرف الوطني بحصة في رأس مال الشركة القائمة بالعمليات. وتكون ملكية البترول المنتج، من حق كل من الشريكين الوطني والأجنبي، كل حسب حصته المتفق عليها. أما مصاريف التنقيب فيتحملها الطرف الأجنبي وحده¹⁰.

كما تنص عقود المشاركة أيضا، على التزام الشركة القائمة بالاستغلال، بإنشاء معمل أو أكثر، لتكرير البترول في إقليم الدولة المنتجة.

إن ما يميز عقود المشاركة بالمقارنة مع عقود الامتياز هو كونها قصيرة المدة.¹¹ كما أن عقود المشاركة، مكنت الدول المنتجة من المشاركة في عملية استغلال ثرواتها النفطية، حيث لم تعد الشركات الأجنبية الكبرى الناشطة في مجال النفط، هي المهيمنة على صناعة النفط في جميع مراحله.

3- عقود المقايضة

تعتبر عقود المقايضة من أحدث الأشكال التعاقدية في مجال التنقيب عن البترول. وفي هذا النوع من العقود، تعتبر الشركة الأجنبية مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقد معها. حيث تتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث، والتنقيب عن البترول، وإنتاجه وتسويقه. وتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول، مع التزامها بإنفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها في العقد. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية، فإن المبالغ التي أنفقتها تضيع عليها نهائيا. أما إذا اكتشف بكميات يمكن استغلالها تجاريا، فإن هذه المبالغ تعتبر قروضا بدون فائدة، تسدها الشركة الوطنية خلال المدة المتفق عليها¹². كما تلتزم الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم، وتطوير حقول البترول المكتشفة. وتعتبر هذه الأموال قرضا بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسدادها. كما تتولى الشركة الأجنبية بمساعدة الشركة الوطنية، في تسويق جزء من كميات البترول المنتج. وفي مقابل ذلك يكون للشركة الأجنبية الحق في شراء نسبة معينة من البترول المنتج، بأسعار خاصة طوال مدة العقد.¹³

ثانيا: عقود التعاون الصناعي

لا يمكن تحقيق التطور التكنولوجي والصناعي، إلا بتعاون صناعي قوي يربط بين الدول الصناعية الكبرى، والدول النامية. ويأخذ هذا التعاون الصناعي عدة صور والتي من أهمها:

1- عقود نقل التكنولوجيا

تعتبر عقود نقل التكنولوجيا من أهم عقود الدولة. والتي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة. ويمكن تعريفها بأنها: الأساليب والوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج، بما يحقق خفض نفقات

إنتاج سلعة، أو خدمة جديدة، أو تحسين طريقة العمل، باستخدام أساليب أفضل. وعلى ذلك تعد عنصرا أساسيا مع عناصر الإنتاج الأخرى¹⁴، هذا من الجانب الاقتصادي. أما من الناحية القانونية، فيمكن تعريف عقود نقل التكنولوجيا بأنها: " اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا، بأن ينقل مقابل تقديم معلومات فنية، إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة، لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات"¹⁵. ولا يعتبر بيع أو شراء تأجير السلع وبيع العلامات التجارية أو التراخيص لاستعمالها نقلا للتكنولوجيا، إلا إذا كان جزءا من عقد نقل التكنولوجيا أو مرتبطا به.¹⁶

يرتكز موضوع عقود نقل التكنولوجيا في التزام المستثمر الأجنبي، بترويد منشأة وطنية بالفنيين، لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة، في الإنتاج لتدريب العمالة الوطنية على تشغيلها، وإدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة، وقد يكون للتشغيل والتدريب معا. ولكن قد يتولى الطرف الأجنبي بنفسه عملية الإنتاج، والإدارة عوضا أن تتولى المنشأة الوطنية ذلك بنفسها. غير أن هذا الوضع قليل الوقوع في الوقت الحالي¹⁷.

2- عقود المساعدة الفنية

يقصد بعقد المساعدة الفنية الاتفاق الذي يتعهد به مورد التكنولوجيا، بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية، بتقديم المساعدة الايجابية والخدمات الضرورية، والتي من شأنها أن تحقق الهدف الذي يرجوه مستورد التكنولوجيا من استيراد هذه التكنولوجيا¹⁸.

ويلتزم مورد التكنولوجيا في عقود المساعدة الفنية، بتوفير العمالة الفنية والخبراء أو بتدريب العمالة الفنية أو بتركيب الآلات أو اصلاحها أو صيانتها¹⁹. ويمكن أن يتم تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد نفسه، كما قد تكون في عقد مستقل²⁰.

3- عقود تسليم المفتاح

تبرم البلاد النامية هذا النوع من العقود بهدف تسريع وتيرة تصنيعها، ببناء بنية صناعية قبل التحكم في عملية الإنشاء الصناعي. بحيث يتعهد المتعامل الأجنبي بتقديم مجمعات صناعية عاملة، وتأجيل الحصول على الثمن²¹، حتى تتمكن تلك المنشآت ذاتها من توليد رأس المال.

وعادة ما تبدأ هذه العقود بدراسة "القابلية" "étude de faisabilité"، مروراً بالمساهمة التكنولوجية والمعرفة التقنية والمخططات بل والهندسة المدنية، ثم تسليم المصنع جاهزا. وتسمى هذه العقود بـ "المفتاح في اليد"، لأن التزامات الشريك الأجنبي تنتهي بانتهاء بناء المصانع، أو المنشآت المعنية واعدادها للعمل. كي يتكفل الشريك المحلي بعد ذلك، بتشغيلها وإدارتها في عملية الإنتاج. إلا أنه يحدث أن تمتد التزامات الشريك الأجنبي إلى ما بعد الإنجاز، عندما يكون البلد المضيف مفتقرا إلى الخبرات في بعض الميادين. بحيث يقوم الشريك الأجنبي بتقديم خبراته في مختلف عمليات الإنتاج والإدارة، حتى تكتمل قدرات الشريك المحلي على الإنتاج وتشغيل المنشآت. وهي بذلك منظورة على أنها وسيلة لإرساء

البنية الصناعية دون التحكم في التكنولوجيا، وذلك في مرحلة أولية وانتقالية، قبل التمكن من التحكم في تلك التكنولوجيا²².

غير أن هذا النوع من العقود لم يلب حاجات البلدان النامية، التي ظلت مقبرة للعمال الأكفاء في ميدان الاستغلال والتسيير. ما أدى إلى ظهور نوع آخر، هو "عقد المفتاح في اليد الثقيل". حيث يلتزم فيه الطرف الأجنبي بتقديم المساعدة التقنية والمساهمة في تكوين اليد العاملة المحلية. غير أن الالتزام بالنتيجة يظل غائبا. ولم يؤد هذا النوع من العقود إلى نتائج أحسن بكثير من العقود السابقة²³، الأمر الذي أدى إلى ظهور عقود المنتج في اليد، وهي عقود نشأت في التجربة الجزائرية، على الخصوص بهدف جعل الطرف الأجنبي يعمل على التمويل الفعلي للتكنولوجيا والمعرفة الصناعية. وتظهر في شكل عقد مركب، يضع على عاتق الشركة الأجنبية ثلاثة التزامات أساسية: هي تسليم المواد الملموسة، تحويل التكنولوجيا، وضمان إنتاج خصوصي. وهي بخلاف عقود المفتاح في اليد تلزم بتكوين العمال المحليين مهنيا.

ويتم التسليم عبر ثلاثة مراحل:

- المرحلة الأولى: هي مرحلة التسليم المؤقت، ويتم النظر خلالها في القدرات النظرية للمصنع أو المنشآت على العمل.
- المرحلة الثانية: هي مرحلة التسيير الأولى، وتكون تحت إشراف الشريك الأجنبي.
- المرحلة الثالثة: هي مرحلة نهاية التسيير، وتتحقق بعد تمكن العمال المحليين فعلا من الإنتاج، ويتم الحكم على قدرتهم بعد تجارب يقومون بها.²⁴

إن ما يميز عقود تسليم المنتج عن عقود تسليم المفتاح، هو أن هذا الأخير من الممكن أن تتبعه عقود لتدريب العمال وتقديم المساعدة الفنية. عكس عقد تسليم الإنتاج الذي يبدو كعقد واحد متعدد الالتزامات. ويضمن تنوع التزامات مورد التكنولوجيا استمرارية تدفق المعلومات الفنية، بين كل من مرحلة إبرام العقد ومرحلة تسليم الإنتاج. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجنب عدم مواكبة التطور التكنولوجي²⁵ خاصة بسبب وجود التزام صريح بنقل القدرات التكنولوجية في تلك العقود. الأمر الذي يمكن الطرف المحلي من التوصل لما يمكن تسميته "بالاكتفاء التكنولوجي"، وهو ما لا نجده في عقود المفتاح في اليد.²⁶

وأهم ما يعاب على هذا النوع من العقود أنها باهظة التكلفة،²⁷ كما يعاب عليها أنها تجعل البلد المتلقي مرتبطا لمدة طويلة بالبلد المصدر للمنشآت. والنتيجة تكون وضعاً معاكساً لهدف التوصل إلى تنمية مستقلة.²⁸ فالشركات الأجنبية التي تحوز التكنولوجيا، تعمل جاهدة لأجل التحكم والسيطرة على كافة مراحل إنشاء المشروع، أين تزعم أنها لن تتمكن من ضمان المنتج النهائي والتحكم فيه، إلا بشرط تحقيق السيطرة الكاملة لها على كل عناصر الإنتاج، والتحكم في اختيار أسلوب واختيار الآلات والمدخلات اللازمة للحصول على المنتج.²⁹

هذه الوضعية أدت بالفاعلين في الميدان التنموي، إلى وضع نمط جديد من العقود هو: "عقد السوق في اليد". يتميز هذا العقد بوجود مسؤوليات للطرف الأجنبي أكثر اتساعا مما يحدث في العقود السابقة. بحيث نجد تلك المسؤوليات تشمل التسيير التجاري من فنيات تسويق، وتسويق فعلي للمنتجات. أي أن الميزة هنا تكون بإضافة التعهد بحصول البلد المستقبل على عقود لشراء المنتجات، حتى يتمكن الشريك الأجنبي من تصريف منتجاته لفترة يحددها العقد، وهكذا لا يتعهد الشريك الأجنبي بنقل التحكم في العملية الصناعية فحسب، بل وينقل المعرفة في قطاع الخدمات للشريك المحلي.

وهذه الخاصية تمكن البلد المضيف للاستثمار من سد العجز المتعلق بروح المبادرة في قطاع التجارة والتصدير. غير أن الملاحظ عدم العمل بهذه العقود، نظرا لتخوف الطرف الأجنبي من أن يصبح الطرف المحلي منافسا له مستقبلا³⁰.

ثالثا: عقود الأشغال العامة الدولية

يمكن تعريف عقود الأشغال العامة الدولية بأنها: "توافق إرادتين، الإدارة من جهة ممثلة في الدولة أو إحدى هيئاتها أو الشركات التابعة لها، والشخص الأجنبي الخاص من جهة أخرى من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، وتحقيقا لمصلحة عامة، على نحو معين ولقاء ثمن معين".³¹ فالدولة تلجأ إلى إبرام مثل هذا النوع من العقود، من أجل القيام بالمشاريع الضخمة كالبنى التحتية من طرق ومطارات، موانئ، شبكات المواصلات، إضافة إلى محطات الكهرباء وشبكات الاتصالات وغيرها من المشاريع، التي لا تستطيع الدول النامية القيام بها، لأنها عالية التكلفة من جهة، وتتطلب درجة عالية من التخصص من جهة أخرى.

فعقود الأشغال العامة الدولية تتميز بأربعة عناصر أساسية: أولها يتمثل في المحل، والذي يجب أن يكون دائما أعمالا ترتبط بعقار. وتتمثل هذه الأعمال في البناء، الترميم أو الصيانة. ثانيهما، المستفيد من هذا العمل، والذي يشترط فيه أن يكون شخص معنوي عام ولا يشترط فيه أن يكون مالكا للعقار محل التعاقد. وثالثهما، يتعلق بالتعاقد مع الإدارة الذي يجب أن يكون مستثمرا أجنبيا. وآخر هذه العناصر الهدف المبتغى من وراء هذا التعاقد، والذي يجب أن يكون تحقيق النفع العام. وبذلك فاصطلاح عقود الأشغال العامة الدولية يطلق على كافة المشروعات المتصلة بعقار، وتتم لحساب شخص عام وينفذها طرف أجنبي³².

وتتخذ عقود الأشغال العامة الدولية عدة صور أهمها: عقود البناء والتشغيل والتحويل أو ما يطلق عليها عقود البوت. (BOT) Building Operate Transfer.

ويقصد بعقود "البوت" "BOT"، تسليم الدولة للمستثمر الأجنبي صاحب رأس المال، قطعة أرض لإقامة مشروع من مشروعات البنية التحتية الأساسية والمراقبة العامة وفقا لمواصفات محددة سلفا بين الدولة والطرف الأجنبي. ويتحمل المستثمر الأجنبي كافة أعباء أو تكاليف التشغيل. ويكون من حقه الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة، يتم الاتفاق عليها في عقد البوت. وتختلف من

مشروع لآخر³³. وعند انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها، يتم تسليم المشروع بكل ما فيه من أجهزة ومعدات وآلات للدولة لتقوم بتشغيله لحسابها.³⁴

وتتخذ عقود البوت أشكالاً عديدة من أهمها:

- عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOT)

تأخذ هذه العقود صورة التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والتملك، حيث يقع على المستثمر الأجنبي كافة المخاطر التجارية للمشروع، ويكون مالك له طول مدة الترخيص التي تنتهي بنقل الملكية³⁵.

- عقد البناء والتملك والتشغيل (BOO)

تمنح الدولة في هذا النوع من العقود ترخيصاً للمستثمر الأجنبي، لبناء مرفق جديد وتملكه وصيانته وتشغيله وتحمل جميع مخاطره، وتكون ملكيته له نهائية³⁶.

- عقد البناء والتأجير والتحويل (BLT)

في هذا العقد تتفق الدولة مع المستثمر الأجنبي، على أن يقوم ببناء مشروع أو مرفق عام وتأجيره له خلال فترة زمنية معينة، بحيث يحصل فيها المستثمر الأجنبي على إيرادات المشروع، مقابل أن يقدم للدولة بدل إيجار المشروع³⁷.

إن عقود الأشغال العامة الدولية تساهم بفعالية في إنشاء البنى التحتية للدولة، دون أن تكلف الخزينة العامة أموالاً هي في الأصل غير قادرة على دفعها. بالإضافة إلى ضمان عدم اتجاه الدولة إلى الاقتراض من أجل تغطية هذه التكاليف الباهظة. وهو ما يساعد الدولة على المضي في إنشاء مرافق اقتصادية جديدة وتحقيق التنمية.³⁸

المطلب الثاني: الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الاستثمار الدولي

يرتب عقد الاستثمار الدولي التزامات على عاتق طرفيه، (الدولة من جانب والمستثمر من جانب آخر).

ورغم أنه يتم الاتفاق في عقد الاستثمار الدولي، على حقوق وواجبات كل من الطرفين، إلا أنه من المحتمل أن يثور نزاع حول تطبيق أو تفسير التزام معين، ذلك لأن عقود الاستثمار الدولي، هي من العقود الطويلة الأجل، وتتضمن عمليات متعددة، ترتبط بشؤون لصيقة بكيان الدولة وسيادتها. (ثروات طبيعية) ولذلك يتم اللجوء إلى التحكيم، باعتباره قضاءً محايداً لحل هذه النزاعات.

فما هي أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية؟

يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الدولية، نظراً لكونها تثير مسائل وصعوبات قانونية لا يوجد بشأنها حلول مستقرة. فالتحكيم هو قضاء خاص، يتيح لأطراف النزاع أن يختاروا بمقتضى اتفاق مكتوب تسوية المنازعات الناشئة بينهم.³⁹

ولأن الدول النامية تحرص على تشجيع الاستثمارات الأجنبية في بلدانها، فإنها تجد نفسها مضطرة على قبول التحكيم التجاري الدولي تشجيعاً للمستثمر الأجنبي.

وللتحكيم في عقود الاستثمار الدولية خصوصية تميزه عن سائر التحكيم في المنازعات الأخرى وذلك بسبب:

- اختلاف نوعية المشاكل في منازعات عقود الاستثمار، كون أحد أطراف العلاقة يمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة.
- إن تطور التحكيم وقوانينه، جعله المرجع الأساسي للتجارة الدولية، بينما القضاء الوطني أصبح هو الاستثناء.
- لأن التحكيم فضلا عن مميزات السرعة والسرية، ميزته الأساسية والأهم هي أنه قضاء دولي، يمثل فيه الطرفان كل بمحكم يختاره هو.⁴⁰

أما عن أهمية التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، فتكمن في:

- تشجيع الاستثمارات الأجنبية بتوفير الضمانات ضد المخاطر السياسية والاقتصادية. ويوفر للمستثمر الأجنبي هيئة محايدة، نتيجة ضعف مركزه القانوني اتجاه الدولة التي توجد فيها استثماراته،⁴¹
- توفير البنية القانونية الملائمة، (قانون التحكيم، اتفاقيات دولية)
- خصوصية الأطراف في تحديد القانون والإجراءات،
- التحرر من الشكليات وتقاضي اختلاف الإجراءات والقواعد الوطنية،
- تحقيق الحلول الذاتية التي تتناسب مع عقود التجارة الدولية.

وتتمثل أهم مراكز التحكيم التجاري الدولي، خاصة فيما يتعلق بالاستثمار في:

- غرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، واشنطن (ICSID)، محكمة التحكيم الدولية، لندن، (LCIA)، معهد التحكيم في استوكهولم (SCC)، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)، مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC).

والسؤال الذي يبدو ملحا في هذا المقام، ماهي ضمانات فعالية التحكيم الدولي في عقود الاستثمار؟

1- استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يعتبر اتفاق التحكيم تصرف قانوني مستقل، يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع، وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءاته. لذلك فإن صحة العقد الأساسي، أو بطلانه أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان مدرجا في العقد أو مستقل عنه. وقد تأكد ذلك في المادة الثامنة (08) من قواعد الغرفة التجارية (ICC) والمادة 27 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري.

وهو ما تم الحكم به في محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس عام 1985، بين السعودية وشركة المقاولات الأمريكية بخصوص انشاء مدينة الملك خالد الطبية.⁴²

2- عدم إمكانية الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة

بما أن التحكيم يستند إلى الرضا والاختيار، فلا يجبر شخص على سلوكه، لذلك وجب وضع قيود على إرادة الأطراف بخصوص الانسحاب بعد الموافقة على بند التحكيم.

كما أن توقيع الدولة على العقد، ثم عدم التزامها بتوقيعها، يهدد كثيرا الثقة بهذه الدولة. ولكن خطأ يكمن في التسريع في التوقيع على العقد من دون معالجة الوضع القانوني الذي لا يجيز البند التحكيمي في العقود الإدارية.

ومثال ذلك، ما قامت به فرنسا عند المفاوضة على مشروع عقد Euro Disney، وقبل التوقيع على العقد، وللتأكد من سلامة وصحة البند التحكيمي في العقد، سألت الحكومة الفرنسية مجلس الشورى الفرنسي عن صحة البند القانوني، فأصدرت الحكومة قانونا يجيز التحكيم في عقد Euro Disney وانتهت المشكلة.⁴³

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي

نظرا لأهمية عقود الاستثمار في الوقت الراهن سواء في المجال القانوني، أو الاقتصادي، أصبح من الأهمية والضرورة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، والأساس القانوني الذي ترتكز عليه. وذلك لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف، سواء فيما يتعلق بفض النزاعات الخاصة بها، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات.

لذلك سنتناول التكييف القانوني لعقود الاستثمار الدولي، من خلال تحديد طبيعة هذه العقود، هل هي عقود بالمعنى الفني الدقيق أم هي اتفاقيات دولية؟ (المطلب الأول)، ثم نستعرض دولية هذه العقود من خلال الوقوف على المعايير التي تناولها الفقه الدولي، سواء فيما يتعلق بالمعيار القانوني أو الاقتصادي لإضفاء صفة الدولية على هذه العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي

اختلف الفقه في تحديد طبيعة عقود الاستثمار الدولي، بين كونها مجرد عقود تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، أو أنها تصرف قانوني مرده الاتفاقيات الدولية، أو أنها عقود من طبيعة خاصة تجمع بين عناصر القانون العام، وعناصر القانون الخاص.

الفرع الأول: الطبيعة الدولية لعقود الاستثمار

اعتبر هذا الجانب من الفقه أن عقود الاستثمار الدولية ما هي إلا نتائج اتفاقيات تعقدها الدول. حيث يستند هذا الاتجاه من الفقه على عدم وجود أي اختلاف بين العقود الدولية والاتفاقيات الدولية، من حيث كونها اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية، وتحديد القواعد التي

تخضع لها هذه العلاقة.⁴⁴ كما أن عقود الاستثمار الدولية تبرم في صورة اتفاقية دولية، يكون أحد أطرافها شخصا قانونيا دوليا مثل الاتفاق الدولي تماما، وتنشئ آثارا على عاتق الدولة المتعاقدة، ويكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة عنها مسند إلى هيئات دولية، وغالبا تستبعد القوانين الداخلية من التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود.⁴⁵

فهذا الاتجاه يسوي بين عقود الاستثمار الدولية، التي قلنا بأنها العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص، والتي تتعلق بالأنشطة في إطار الخطط التنموية،⁴⁶ وبين الاتفاقيات الدولية التي يعرفها بعض الفقهاء بأنها: "توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في إحداث آثار قانونية معينة طبقا لقانون الدولة". وعرفها البعض الآخر بأنها: "اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة".⁴⁷

ومن أجل تقادي الفكرة السائدة في الفقه والقضاء الدوليين، والتي مفادها أن العقود التي تبرم بين الدولة والطرف الخاص الأجنبي الذي لا يملك أدنى قدر من الشخصية القانونية الدولية، والذي لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام حتى يكون مخاطبا بأحكامه، وتطبيق قواعد القانون الدولي على تصرفاته القانونية وما يبرمه من تعاققات. ذهبوا إلى القول بأن دولية العقود المبرمة بين الدولة والشخص الخاص الأجنبي، لا يعني بالضرورة إعطائه اختصاصات مماثلة لاختصاصات الدولة. ولكنه يهدف الاعتراف بتمتعته بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى الدولي والدفاع عن حقوقه، بإسناد قواعد القانون الدولي العام. واعتبروا أن صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي، لا تخوله إلا الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد.⁴⁸

نقد هذا الاتجاه

انتقد أغلب الفقه هذا الاتجاه، حيث ذهبوا إلى القول أن العقد الدولي سواء كان لأغراض التنمية، أو أن أحد أطرافه شخص قانوني دولي، لا يخرج من فئة العقود الدولية، بل تبقى الصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود.

علاوة على أن إجراءات نفاذ هذه العقود يكون طبقا للشروط الواردة فيها، وليس لما ورد في الاتفاقيات الدولية. الأمر الذي يجزم بأن الصفة الغالبة في تلك العقود هي الصيغة العقدية.⁴⁹ كذلك فإن محكمة العدل الدولية لم يشهد لها أن فصلت في المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، بالرغم من اختصاصها في الفصل في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية،⁵⁰ وفق نص المادة 38 من نظامها الأساسي. كما أن هيئة التحكيم الدولية في قضية التحكيم ضد دولة ليبيا بشأن التأميم،⁵¹ قد اتجهت إلى تحقيق مصلحة المستثمر الأجنبي كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، وليس تطبيق أحكام القانون الدولي العام، وبذلك صرف النظر عن اعتبار هذه العقود اتفاقيات دولية.

الفرع الثاني: الطبيعة الادارية لعقود الاستثمار الدولي

ساق جانب من الفقه العديد من الاعتبارات والحجج لتبرير وجهة نظرهم، والتي مفادها أن عقود الاستثمار الدولية هي عقود إدارية. وتتلخص هذه الحجج في:

- تتمتع الدولة في هذا النوع من العقود بصفة السيادة، والتي هي أحد أهم مبادئ القانون الدولي المعاصر. وهذه الصفة تمنح لها عدة امتيازات، من ذلك حقها في تأمين المشروع إذا استدعت المصلحة العامة ذلك، وهو ما يصطلح عليه بالشروط غير المألوفة.⁵² وهي من خصائص العقد الإداري.⁵³
- عقود الاستثمار الدولية، هي عقود تنمية بالدرجة الأولى، تنصب في خدمة أحد المرافق العامة للدولة. وتستهدف الدولة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة، وهذه أيضا من الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري.
- كل من عقد الاستثمار الدولي والعقد الإداري تكون فيه الدولة، أو أحد هيئاتها أو مؤسساتها العمومية طرفا في العقد، وهذا أيضا يعتبر من بين العناصر التي يقوم عليها العقد الإداري.
- من المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري تطبيق نظريات إعادة توازن العقد، وذلك للمحافظة على مصالح طرفي العقد مدة سريانه. وهو ما أيدته أحكام التحكيم الدولي في قضية BP ضد ليبيا والتي أكدته نظريات القضاء الإداري السابقة، الأمر الذي يؤدي الى اعتراف التحكيم الدولي بأن تلك العقود هي عقود إدارية.⁵⁴

نقد هذا الاتجاه

إن الحجج التي اعتمدها أصحاب هذا الاتجاه، للقول بأن عقود الاستثمار الدولية هي عقود إدارية، لا يمكن الجزم بصحتها من الناحية العملية: فصفة السيادة التي بنى عليها أصحاب هذا الاتجاه فكرهم غير متوفرة في العديد من هذه العقود. حيث توجد شروط وبنود في عقود الاستثمار تتساوى فيها المراكز القانونية بين أطراف العقد، وبالتالي تنتفي فكرة السيادة ولا تعد أساسا يميز هذه العقود واعتبارها عقودا إدارية. بالإضافة إلى أن معظم أطراف عقد الاستثمار احتكاريين مما يعطيهم مراكز قوة في هذه العقود، الأمر الذي يحقق المساواة الاقتصادية بينهم وبين الدولة. كما أن الواقع العملي أثبت أن عقود الاستثمار الدولية، لا تتضمن شروط غير مألوفة كالعقود الإدارية، ذلك لأن الدولة المضيفة عادة ما تضع امتيازات وضمانات من شأنها العمل على جذب الاستثمار الأجنبي، كشرط الثبات التشريعي. كما أن المستثمر الأجنبي اليوم، أضحى هو من يضع الشروط وليس الدولة المضيفة، ويرجع ذلك إلى أنه يمتلك مركزا تفاوضيا أقوى من الدولة. كما أن كل المؤسسات التحكيمية تطبق قانون إرادة الأطراف، وقد يكون قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، خلافا للعقد الإداري الذي يظل عقدا وطنيا يخضع فقط لقانون الدولة الطرف في النزاع. كما أن أحكام التحكيم، لم تعترف بما ذهب إليه هذا الاتجاه من بينها تحكيم "ليمكو" بين الشركة الأمريكية ليمكو والحكومة الليبية. حيث جاء في حكم المحكم صبحي محمصاني الى

ان:"الفقه الحديث والقواعد العامة السائدة بخصوص عقود الامتياز البترولية، ترى في تكييف هذه العقود أنها من قبيل عقود القانون الخاص، استنادا إلى أن الأنشطة التي يقوم بها المستثمر المتعاقد لا تعد من أعمال المرفق العام، لأنها مشروعات لها طبيعة خاصة، ومنه فانه يحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود".⁵⁵

الفرع الثالث: الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الدولي

ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى القول بأن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة التابعة لها مع طرف أجنبي خاص، لا تعد عقود إدارية، وإنما هي عقود من القانون الخاص. واستند أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم، الى أن عقود الاستثمار الدولية تتطلب وجود قدر كبير من المرونة، كي تستطيع الدولة الموازنة بين مصالحها ومصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد معها. وهو ما ليس له وجود في نطاق تنفيذ العقد الإداري.⁵⁶ كما أن الدولة وان كانت تستطيع ممارسة أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها، فان نشاطها التعاقد مع المستثمر الأجنبي لا يمكن أن يبنى، الا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف.⁵⁷ كما أن حاجة الدولة المضيئة الى الاستثمار الأجنبي، تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص. كما أن المتعاقد مع الدولة غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبيرة تتمتع بحماية دولية وسياسية تمنع بذلك تطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية.⁵⁸

كما يرى أصحاب هذا الرأي بأن الشروط الاستثنائية الموجودة في قانون الاستثمار إنما هي مقرة لمصلحة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة وليس العكس في حين أن الأصل أن تلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضيف على العقد الصفة الإدارية تكون مقرة لصالح جهة الإدارة وليس المتعاقد معها.

نقد هذا الاتجاه

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اعتبار عقد الاستثمار من قبيل عقود القانون الخاص، يتعارض مع ذاتية عقود الاستثمار. ذلك لأن هذه الأخيرة ترتبط بتحقيق المصلحة العامة ما يجعلها تحتوي على ملامح السلطة العامة.⁵⁹

كما أن شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد، يثبت إدارية عقد الاستثمار وليس انتمائه لفئة القانون الخاص. فشرط الثبات التشريعي يعد اعترافا غير مباشر من الطرف الأجنبي، بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في أي وقت، إلا أن الطرف الأجنبي اتفق مع الدولة على عدم استعمال هذه السلطة.⁶⁰

الفرع الرابع: الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار

يرى بعض الفقه أن عقود الاستثمار هي من العقود المختلطة أو ذات طبيعة خاصة، تجمع بين القانون العام والخاص. فعقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل واحد منهما إلى نظام قانوني مختلف

عن الآخر،⁶¹ وأكثر عقود الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفا فيها. ويعتبر عقد الاستثمار في هذه الحالة عقدا إداريا. غير أنه قد يحدث ألا تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في العقد، فيصبح عقد الاستثمار في هذه الحالة من عقود القانون الخاص.

فإذا كانت خصوصية عقد الاستثمار ترجع إلى طبيعة أطرافه، فإن هذه الخصوصية تظهر أيضا في مساهمة عقود الاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. وهو ما يستوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة لتحقيق الهدف المنشود من إبرامها بغض النظر عما إذا كان يتوفر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه. إذ أن الطبيعة الخاصة لا ترجع من كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، بل تستمد هذه الخصوصية من ارتباط موضوعها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.⁶²

إن فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار، تلزما بتحديد العناصر الغالبة فيه، إذا ما كانت عناصر القانون العام أو القانون الخاص، وهذا الأمر يختلف من عقد لآخر. وتعد الطبيعة العقدية والتجارية للصفقة من أهم عناصر القانون الخاص، حيث تناقش بنودها من قبل الطرفين وتفرض من قبل أحدهما، بالإضافة إلى أنها تتضمن شروط بالقانون الواجب التطبيق، وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم.⁶³ وهو ما لا نجده في العقود المبرمة بين طرفين متساويين في المراكز القانونية. في حين تعتبر أهم عناصر القانون العام في عقد الاستثمار، وجود الدولة في حد ذاتها، بالإضافة إلى منح المستثمر الأجنبي عدة امتيازات وتسهيلات استثنائية واشتراط المصادقة التشريعية على بعض العقود.⁶⁴

وعلى الرغم من صعوبة تحديد غلبة عناصر القانون العام والخاص، فإن الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار تبقى حقيقة لا يمكن إنكارها. وهو ما يستوجب تطبيق القواعد القانونية الملائمة، سواء كانت مما يتعلق بالقانون الخاص أو العام، ولكن بمراعاة أن قواعد القانون الخاص هي القواعد الأساسية والأكثر تطبيقا لتلائمها مع مرونة شروط العقد واحتياجات المشروع لبعض الامتيازات.⁶⁵

ونحن نرى أن هذا الاتجاه الأخير هو الأقرب للصواب، ذلك لأن عقود الاستثمار الدولية تنتمي غالبا إلى أكثر من فرع من فروع القانون، كأحكام القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. كما أن للقانون الدولي العام نصيب في تنظيم جوانب من عقود الاستثمار الأجنبي، خاصة القواعد المتعلقة بحماية المستثمر الأجنبي.

المطلب الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار

لم يستقر الفقه القانوني على وضع معيار محدد لإضفاء صفة الدولية على عقود الاستثمار، التي تبرم بين الدولة أو أحد هيئاتها الاعتبارية التابعة لها كطرف، وبين المستثمر الأجنبي كطرف ثاني. حيث اتجه جانب من الفقه إلى تبني المعيار القانوني (الفرع الأول)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الاقتصادي "الفرع الثاني"، أما الاتجاه الثالث فقد جمع بين المعيارين السابقين لإضفاء صفة الدولية على عقود الاستثمار "الفرع الثالث".

الفرع الأول: المعيار القانوني لدولية عقود الاستثمار

يعتمد أصحاب هذا الاتجاه في تحديد صفة الدولية لعقود الاستثمار على أساس توفر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية. فالعقد يعتبر دولياً، إذا كان أحد أطرافه أجنبياً أو كان محله أو الواقعة المنشئة له ذات صبغة أجنبية⁶⁶. وعليه فإن إبرام العقد في دولة أجنبية أو بين أطراف أحدهما أجنبياً أو مقيماً في دولة غير دولته أو كان محل العقد في دولة أجنبية أو كان تنفيذ هذا العقد في دولة أجنبية يضيف عليه الصفة الدولية.⁶⁷ ولقد عرف الفقيه "باتيفول" العقد الدولي بأنه: "العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي". أما الفقيه "رابل" اعتبر أن، "العقد الدولي يستخلص مفهومه من مفهوم المخالفة للعقد الداخلي، لأن عناصره مترابطة بسيادة واحدة فيكون بذلك خالياً من أي عنصر أجنبي"⁶⁸.

ولقد تعرض أصحاب هذا المعيار للنقد على أساس الجمود وعدم المرونة، حيث نادوا بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بصرف النظر عن فاعلية كل عنصر في إضفاء الصفة الدولية على العقد.

لذلك ظهر اتجاه حديث يأخذ بالمعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد، غير أن هذا الاتجاه يذهب إلى وجوب التفرقة بين العناصر الفعالة والمؤثرة، والعناصر غير الفعالة أو المحايدة للعنصر الأجنبي لإضفاء الصفة الدولية للعقد. فتحديد الصفة الدولية على هذا الأساس يعتبر مسألة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، بتغليب العناصر الإيجابية والفعالة في العقد. فإذا كانت عناصر الرابطة العقدية تشمل أحد طرفي العقد أجنبي الجنسية وتوقف العنصر الفعال على واقعة الإبرام، أو كان تنفيذ العقد في دولة أجنبية وأن فاعلية التنفيذ هي محور هذا العقد، يكتسب هذا العقد الصفة الدولية.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، ذلك لأنه ترك مسألة تحديد مدى فاعلية عناصر العقد وعدم فاعليتها لسلطة القاضي التقديرية. الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر القضائية من دولة إلى أخرى ومن حالة إلى حالة، بل يمكن أن تختلف وجهة نظر القاضي نفسه من عقد لآخر، وبالتالي لا تصلح وجهات النظر المتضاربة لوضع معيار قانوني جامع ومانع يؤخذ به لتحديد الصفة الدولية للعقد. لذلك ظهر

جانب آخر من الفقه أخذ بالمعيار الاقتصادي لتحديد الطابع الدولي لعقد الاستثمار بوصفه معياراً أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي لدولية عقود الاستثمار

يعتبر العقد دولياً وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه، إذا نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد إلى آخر بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو محل إبرام العقد أو تنفيذه. وقد أضاف الفقيه الألماني "Matterpaul" إلى هذا المعيار حركة المد والجزر⁶⁹ لرؤوس الأموال عبر الحدود. وأقر أن مجرد توفر الصفة الأجنبية في أحد عناصر العقد، غير كافية لإضفاء الصفة الدولية. وإنما يجب أن يسفر العقد عن انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود. وهو ما أدى ببعض الفقهاء وكذلك القضاء الفرنسي إلى القول أنه، إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية عد العقد دولياً⁷⁰.

وبذلك فإن العقد الدولي وفقاً للمعيار الاقتصادي يجد أساسه في فكرة توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف. فإذا ما استجاب العقد لمتطلبات هذا المعيار، تمتع بالصفة الدولية حتى ولو لم يكن متضمناً عنصراً أجنبياً، فهو بذلك يلبي مصالح التجارة الدولية والتي تأخذ صورة تصدير أو استيراد للسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود الدولية⁷¹.

إضافة إلى أن هذا المعيار جعل القضاء الفرنسي يقر بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية. وأيضاً حكم بصحة الشروط النقدية التي تستهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة، لما في ذلك من تحقيق مصالح التجارة الخارجية والمعاملات الدولية، رغم بطلان مثل هذه الشروط إذا وجدت في عقد داخلي⁷². ومن بين التشريعات التي اعتمدت هذا المعيار التشريع اللبناني في المادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والتي قضت بأنه: "يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية"⁷³.

بالرغم من منطقية الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه، وربط فكرة دولية العقد بفكرة مصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا المعيار يعتبر من زاوية أخرى تحصيل حاصل للمعيار القانوني. إذ أن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية وكذلك السلع والخدمات عبر الحدود لا يمكن تصوره، إلا في حالة عقد تتوفر فيه الصفة الأجنبية. ومن جانب آخر يعتبر المعيار القانوني أكثر اتساعاً ووضوحاً في إضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار الدولية، بما تمليه من حماية خاصة للمتعاقد الأجنبي وعدم خضوعه للقانون والقضاء الداخلي، الذي قد يهضم الكثير من حقوقه وضماناته في العقد.

وحيث أن كلا المعيارين تعرضا للنقد، الأمر الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والاقتصادي وهو ما أدى إلى ميلاد المعيار المختلط.

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي القانوني لدولية عقود الاستثمار

لا يكفي هذا الاتجاه عند تقرير دولية عقود الاستثمار التحقق من توفر العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية "المعيار القانوني"، وإنما يحرص أيضا على التأكد من ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية أي المعيار الاقتصادي.

وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 يوليو 1976، حيث قامت بتطبيق المعيار المختلط وذلك بالاعتماد على المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي معا. فلم تكتف بالبحث عن مدى توفر المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل ذهبت الى البحث عن مدى توفر المعيار الاقتصادي أي انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود.⁷⁴

كذلك ما ذهبت اليه الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، حيث جمعت بين المعيار الاقتصادي لدولية العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية، والمعيار القانوني المستمد من اختلاف محل إقامة أطراف العقد، بمعنى انتماء كل منهم لدولة مختلفة، لتنتهي الى دولية العقد في هذه القضية وبالتالي دولية التحكيم.⁷⁵

أما المشرع الجزائري فيتضح موقفه من المعايير المحددة لدولية العقود في نص المادة 458 من المرسوم التشريعي رقم 09/93، والذي تعرض الى دولية التحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج. معنى ذلك أن المشرع الجزائري وحسب هذه المادة يأخذ بالمعيارين، القانوني والاقتصادي لإضفاء صفة الدولية على العقود.

غير أن موقف المشرع الجزائري قد تغير بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08⁷⁶، حيث نصت المادة 1039 على أن: "التحكيم يعد دوليا إذا كان يخص الالتزامات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". معنى ذلك أن المشرع الجزائري أصبح يأخذ بالمعيار الاقتصادي فقط لتحديد صفة الدولية للعقود.

ونحن نرى وجوب الأخذ بالمعيار المختلط، أي توفر المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ذلك لأن توفر المعيار الاقتصادي يقتضي بالضرورة توفر المعيار القانوني فلا يمكن تصور انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود والقيام بعمليات الاستيراد والتصدير دون أن يكون طرف أجنبي في العلاقة العقدية.

الخاتمة

لا يخفى ما لعقود الاستثمار الدولية من فوائد عملية كبيرة، سواءا للدولة المضيفة أو للمستثمر الأجنبي. حيث أنها تساهم في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية، لاسيما في الدول النامية. لذلك أصبح

الاستثمار الدولي من بين العوامل التي تؤثر على العلاقات بين الدول بصفة خاصة، وعلى المجتمع الدولي بصفة عامة. وذلك في جميع المجالات سواء السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية وحتى الثقافية.

لذلك أضحي موضوع عقود الاستثمار الدولية من بين المواضيع التي يهتم بها القانون الدولي ويسعى الى تنظيمها.

فعقود الاستثمار الدولية وفقا لما سبق بيانه، هي عقود تبرم بين طرفين: الدولة أو أحد هيئاتها أو مؤسساتها التابعة لها من جهة، والمستثمر الأجنبي الخاص، الذي يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى. ويكون الهدف من هذه العقود المساعدة في انجاز خطط التنمية الاقتصادية. فعقود الاستثمار الدولي بهذا المعنى، تربط بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية، وترتبط بتحقيق التنمية في البلد المضيف. فهي ذو طبيعة خاصة تجمع بين عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص.

ان عقود الاستثمار الدولي نظرا لما لها من أهمية في تقوية الروابط الاقتصادية والمساهمة في تحقيق التقدم للشعوب خاصة الدول النامية، تحتاج الى تدخل من المشرع الدولي لإرساء المبادئ التي تحكم هذه العلاقات التعاقدية عند حصول تنازع بشأنها، يطبق على كافة العقود التي تشترك في ذات العناصر، من أجل المحافظة على استقرار هذه المعاملات.

التوصيات

ان الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الدولي، تجعلنا نحث القائمين على إبرام عقد الاستثمار، بضرورة التروي عند صياغة بنود عقد الاستثمار، خاصة تلك البنود المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، والبنود الخاصة بالجهة المختصة بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن تلك العقود. لما لهذين البندين من آثار هامة على التوازن الاقتصادي للعقد.

كما يتعين الحرص على تضمين هذه العقود، شروطا لإعادة التفاوض، اذ يمكن لهذه الشروط في ضوء الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، أن تؤدي دورا هاما في تجنب المنازعات التي من المحتمل أن تنثيرها هذه العقود.

كما نحث من مقامنا هذا المشرع الجزائري الى ضرورة الأخذ بالمعيار المختلط في تحديد دولية عقود الاستثمار، ذلك لأن توفر المعيار الاقتصادي يقتضي بالضرورة توفر المعيار القانوني، فلا يمكن تصور انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود والقيام بعمليات الاستيراد والتصدير، دون أن يكون طرف أجنبي في العلاقة العقدية.

الهوامش

- 1- أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2016، ص 27.
- 2- هبة هزاع، عقود الاستثمار الأجنبي بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 63.
- 3- هبة هزاع، نفس المرجع، ص 64، أنظر أيضا، عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1/1993، ص 10.
- 4- أزاد شكور صالح، مرجع سابق، ص 28.
- 5- علي إبراهيم علي، العلاقات الدولية وقت السلم: دار النهضة العربية، القاهرة، 1997-1998، ص 317.
- 6- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولي الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 12-13، أنظر أيضا جابر فهمي عمران: الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية الطبعة لم تذكر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص 384.
- 7- عبد الرحيم محمد سعيد: النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2007، ص 02.
- 8- عدلي عبد الكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 37.
- 9- محمد يونس الصائغ: أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص 199.
- 10- أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الطبعة لم تذكر، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص 57.
- 11- سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة لم تذكر، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، سنة 2010، ص 49.
- 12- عبد الرحيم محمد سعيد، مرجع سابق، ص 141، أنظر أيضا، سراج حسين أبوزيد، مرجع سابق، ص 79.
- 13- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تجديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، مصر 2001، ص 22، أنظر أيضا عبد الباري أحمد عبد الباري: النظام القانوني لعمليات البترول، دون ناشر، ط1، ص 50.
- 14- فتح الله عوض بن خيال: التحكيم في عقود الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002، ص 212.
- 15- عبد الخالق دحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار، دار الآفاق المغربية، الطبعة لم تذكر، 2015، ص 115.
- 16- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، الطبعة لم تذكر، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، سنة 2010، ص 49.
- 17- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 41، أيضا: حسان نوفل، مرجع سابق، ص 49.

- 18- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 58.
- 19- مرتضى جمعة عاشور: عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص 52.
- 20- أقلولي محمد، مرجع سابق، ص 60.
- 21- قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمار، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 38.
- 22- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 38.
- 23- نفس المرجع، ص 40.
- 24- نفس المرجع، ص 40-41.
- 25- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 192.
- 26- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 41.
- 27- صلاح الدين جمال الدين: التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 81.
- 28- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 42.
- 29- صلاح الدين جمال الدين، نفس المرجع، ص 82.
- 30- قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 42-43.
- 31- سليمان لطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، 1991، ص 127.
- 32- عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006، ص 160-161.
- 33- عصام أحمد البهجي: التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2008، ص 12.
- 34- هاني صلاح شرف الدين: التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 44.
- 35- حسان نوفل، مرجع سابق، ص 29.
- 36- المرجع نفسه، ص 29.
- 37- أحمد سلامة بدر: العقود الإدارية وعقود البوت BOT، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2003، لم يتم ذكر الطبعة، ص 360.
- 38- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 64.
- 39- رضا السيد عبد العاطي، مدونة التحكيم في مصر والبلاد العربية، المجلد الأول، الط1، الشرق الأوسط للإصدارات القانونية، 2015، ص 13.
- 40- نفس المرجع، ص 14-15.
- 41- Gary Born, Int, Arbitration cases and materials, p 87.
- 42- أنظر الموقع الإلكتروني: www.aradous-aca.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021./01/03/04

- 43- نفس المصدر السابق.
- 44- علي صادق أو هيف: القانون الدولي العام، الأصول والمبادئ العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط11، 1995، ص 278.
- 45- صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 102.
- 46- جابر فهمي عمران: الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، الطبعة لم تذكر، ص 389.
- 47- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 70.
- 48- محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، الطبعة لم تذكر، ص 181.
- 49- صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 103.
- 50- من ذلك حكم محكمة العدل الدولية لعام 1952 في قضية تأمين شركة النفط البريطانية الإيرانية حيث حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بشأن الطلب الذي قدمته بريطانيا حول بطلان التأمين الإيراني مبررة ذلك بأن عقد الامتياز الذي أبرمته إيران وشركة النفط المذكورة والتي تحمل الجنسية البريطانية لا يعد اتفاقية دولية.
- 51- يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد: القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والاستثناءات الدولية المنعقد في الفترة من 26 إلى 28 أغسطس 2014، عمان، ص 128 وما بعدها، منشور عبر الموقع الإلكتروني: <http://www.gcac.biz>
- 52- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 76.
- 53- عصام أحمد البهجي: الطبعة القانونية لعقود BOT، ط1، دار الفكر الجامعي، سنة 2014، ص 92.
- 54- أحمد سيد علي: النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1983، ص 53.
- 55- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 86.
- 56- أحمد رشاد محمود سلام: عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 194.
- 57- حمادة عبد الرزاق حمادة: عقود BOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 59.
- 58- المرجع نفسه، ص 60- 61.
- 59- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 83.
- 60- حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 62، أيضا محمد الروبي، مرجع سابق، ص 117.
- 61- رمضان علي عبد الكريم: الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2009، ص 110-111.
- 62- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 85.
- 63- المرجع نفسه، ص 84-85.

- 64- المرجع نفسه، ص 85.
- 65- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 75.
- 66 - Chatillon Stéphane : le contrat international, 3^{eme}ed, Vuibert, Paris, France, 2007, p 10.
- 67- أحمد القشيري: الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 1965/21، ص 75.
- 68- شويرب خالد: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2009، ص 15.
- 69- وهو انتقال رؤوس الأموال من إقليم دولة الى إقليم دولة أخرى، أو عملية انتقال البضائع بالاستيراد والتصدير أو تبادل السلع والخدمات عبر الحدود، أفلولي محمد، مرجع سابق، ص 83.
- 70- أنظر حكم محكمة النقض الفرنسي لعام 1927 في قضية "Besset du Pellisier" والذي جاء فيه أن: "العقد يكون دوليا بتوفر المد والجزر بين الحدود اذ يترتب عليه دخول العملية وخروجها من إقليم دولة الى إقليم دولة أخرى، بحيث يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود" راجع تفاصيل القضية في: أفلولي محمد، مرجع سابق، ص 83.
- 71- أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم أسلوبك لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية المصرية، سنة 2001، بدون طبعة، ص 66.
- 72- أحمد القشيري، مرجع سابق، ص 54، أنظر أيضا أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 66.
- 73- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 87.
- 74- المرجع نفسه، ص 83-84.
- 75 - Jacquet Jean Mechile : le contrat international, Doller, p 248.
- 76- مؤرخ في 25 فيفري 2008، ج ر عدد 21.