خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية

د. أحمد سيد أحمد السيد
دكتوراه في القانون الجنائي
جامعة عين شمس

د. أحمد حمود أحمد الحبسي
دكتوراه في القانون المدني
جامعة عين شمس

(ISSN : 2537 - 0758)

خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية

د. أحمد سيد أحمد & د. أحمد حمود أحمد

المقدمــة

أولا: التعريــف بموضــوع البحــث: يعتبـر موضـوع الاسـتثمار الـدولي مـن أبـرز المواضيع الحديثة التي تحظى باهتمام القانون الدولي المعاصر، وذلك لعدة أسباب منها: أولاً: مساهمة الاستثمار الدولي بشكل أساسي في تنمية الدول وتطورها، ذلك الهدف الذي يعتبره القانون الدولي حقاً مشروعاً لكل الدول. ثانياً: تزايد المطالب الدولية بتنظيم هذا المجال، حيث طالبت الدول النامية بضرورة إيجاد نظام قانوني دولي يكفل لها الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية وفق إجراءات وشروط عادلة، حتى تتمكن هذه البلدان من تحقيق التنمية المرجوة من الروابط العقدية التي تبرمها مع المستثمر الأجنبي، بينما طالبت الدول المالكة لرؤوس الأموال بضرورة حماية مصالحها وحقوقها عند قيامها بالاستثمار خارج حدودها الإقليمية. ثالثاً: تعدد وتنوع الأطراف الممارسين لعقود الاستثمار الدولي وتمخض مجموعة من الآثار ذات الطابع الدولي عن هذه العقود.

ثانياً: إشكاليــة البحث: تكمن مشكلة البحث في أن العديد من الدول تسعى إلى تعزيز الوضع الاستثماري فيها من أجل جذب رؤوس الأموال الأجنبية، خاصة في ظل تنامي دور الخدمات في اقتصاديات البلدان بوجه عام، إلا أن طرفي العلاقة في الاستثمار الدولي قد يواجهان العديد من التحديات والمخاطر في التعامل مع هذه الاستثمارات، مما يستوجب معه بيان الطبيعة القانونية لهذه العقود، حتى يتم التعاقد وفق آلية تحقق الأهداف المرجوة منها لأطرافها(١).

فشهد العصر الحديث توسيع هذه الاستثمارات الدولية حيث أنها تحاول رفع مستوى المعيشة للبلدان المضيفة وذلك من خلال نقل رأس المال والتكنولوجيا، وبالتالي تقود إلى تقارب في المستويات المعيشية العالمية؛ ولذلك تعمل الدول المضيفة على توفير أو تهيئة المناخ لهذه الاستثمارات، وذلك بتقديم حوافز لتشجيعها كالإعفاءات الجمركية

(١) د/ إبراهيم محمد العقود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الزاوية، الجزائر، ص٢٨٣ وما بعدها.

وضمانات الاستثمار الوافد، وأيضاً دراسة الأسلوب الضريبي، وذلك من خلال تخفيضات في الضرائب على المستثمر الدولي، ومن الملحوظ أن المستثمرين الدوليين أو هذه الكيانات العملاقة قد تقدم على مجازفة ومغامرة نتيجة مواجهتها لبعض الصعوبات والمخاطر المتعلقة بالعائد الاستثماري، أو صعوبات سياسية خاصة من ناحية عدم توفر الاستقرار السياسي في البلد المضيف(٢).

ثالثاً: أهداف البحث: يتمثل الهدف من هذه الدراسة في الوقوف علي خصائص عقد الاستثمار، وتحديد طبيعته القانونية.

رابعاً: أهمية موضوع البحث: تسعى جميع الدول لجذب الإستثمارات الأجنبية داخلها، حتى أصبح هذا هدف رئيسي وأساسى تسعى الدول لتحقيقه من أجل التنمية، ومن أجل زيادة الدخل القومي.

فيعد الاستثمار هو أحد الظواهر الاقتصادية والمالية التى انتشرت مع زوال عصر القوميات وظهور العالم كوحدة واحدة، لذلك تسعى الدول جاهدة لتعزيز الوضع الاستثماري فيها؛ من أجل جذب العديد من عقود الإستثمارات الدولية بأنواعها، وهذا في ظل تنامي اقتصاديات البلدان، وتسعى أيضاً لخلق مناخ استثماري تشجيعي للاستثمار، عن طريق إما تحديث تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار، ومواكبتها للتطورات العالمية، أو عن طريق وضع اتفاقيات لتشجيع الاستثمار، أو عن طريق وضع مجموعة من الضمانات التي يسعى إليها المستثمر.

وعليه تسعى الدول لجذب الاستثمارات إليها، وحل جميع المنازعات التي تتعلق بالاستثمارات، وابتكار العديد من الضمانات والمزايا التي تشجع عملية الاستثمار.

لذلك فمن الأمور التى تشغل المهتمين بالاستثمارات هو محاولة إيجاد مشكلات وعقبات التى يواجهها رأس المال سواء كان (وطني أو أجنبي) فكيف يمكن حمايته من الناحية القانونية،وكيف يمكن حل مشكلة الخسائر التى تتعرض لها الاستثمارات من:

- رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية من التحرر من القيود الوطنية.

---

(٢) أ/ سيف هشام الفخري، الاستثمار الدولي والمخاطر، رسالة ماجستير، جامعة حلب، كلية الاقتصاد، قسم العلوم المالية والمصرفية، ٢٠١٠، ص١.

(ISSN : 2537 - 0758)

- تسوية المنازعات بطريقة غير قضائية وطنية.
- عدم التناسب بين الحماية والضمانات المقدمة من المؤسسات المعنية بحماية الاستثمار والدور الذي يلعبه الاستثمار في بناء الهياكل الاقتصادية للدول المضيفة والمصدرة لرأس المال(٣).

لذلك ظهرت مجموعة من المؤسسات التى تعني بحماية الاستثمار قانونيًا ضد أي مخاطر مثل الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في ١٩٨٥ والمؤسسة الإسلامية للتأمين على الاستثمار ١٩٩٠.

فبعد أن كانت الدول النامية يسود لديها التخوف من الآثار السلبية المحتملة للاستثمار المباشر على أنه قد يخلق بتعيين اقتصادية، وتدخل سياسي وأضعاف الشركات المحلية كان من شأن ذلك أن الاستثمارات شهدت تراجع ملحوظ(٤).

ولكن مع التطورات الاقتصادية التي شهدها العالم والتي تتمثل في التوقيع على اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، وما تضمنته من تحرير حركة التجارة الدولية وحرية انتقال الأموال والاستثمارات هذا أدى لزيادة الاستثمار من خلال الشركات متعددة الجنسيات، والتى أصبحت تقوم بدور هام في النشاط الاقتصادي العالمي، فالعولمة وما تتضمنه من تزايد ظاهرة الاعتماد على الاقتصاد الدولي المتبادل وإلغاء القيود والحواجز والمسافات أمام حركة التجارة الدولية ورؤوس الأموال والاستثمارات أدت إلى تعاظم دور الشركات متعددة الجنسيات في الاقتصاد العالمى ومن ثم زيادة تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر على المستوى العالمي وزيادة مساهمته في عملية التنمية والنو الاقتصادي(٥).

---

(٣) د/ عاطف ابراهيم محمد، المستشار القانوني للبنك الدولي، واشنطن سابقاً؛ ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمانات اللاستثمار ١٩٩٨، ١٤١٨، ص٤ وما بعدها.

(٤) د/ عيسى محمد الغزالي، أ. حسان خضر، الاستثمار الأجنبي المباشر، تعاريف وقضايا، سلسلة حبر لتنمية المعهد العربي للتخطيط بالكويت، ٢٠٠٤م، ص٣.

(٥) د/ بول هيرست، جراهام طوميسون: ما العولمة، الاقتصاد العالمي وإمكانيات التحكم، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ٢٠٠١، ص١٠١ وما بعدها.

وصدر مؤخراً قانون حوافز وضمانات الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م، والذي يعد خطوة من خطوات عديدة اتخذها المشرع المصري، في محاولة منه لجذب الاستثمارات الأجنبية واستثمارها في اقتصاد يعاني من التضحم، رغم ما تبذله الحكومة من جنود في سبيل تحقيق نمو مستدام وذلك بتشجيعها الأجانب كي يحلوا ضيوفاً على مصر باستثماراتهم، للحد من مشكلة بطالة اليد العاملة المصرية بما يحقق قفرة نوعية في الاقتصاد المصري عبر تلك الاستثمارات، فالفلسفة التي أتى بها قانون الاستثمار الجديد، هو إعطاء ضمان للمستثمر الأجنبي مقابل المحافظة على المصلة العليا للدولة للوصول إلى وضع قانوني يمكنه من خلال تهيئة المناخ المحلي في مصر للحاق بركب التنمية العالمية، وجعل مصر مناخاً استثمارياً يجذب الاستثمارات من حدب وصوب في عالم تتحرك فيه السلع والخدمات ورأس المال عبر الدول بلا حدود وأصبحت سيمته العولمة(٦).

كل ذلك أتى ضمن سياسات المشرع المصري، لمواكبة ما يعرف بالنظام العالم الجديد، الذي يسيطر عليه في المقام الأول سوق التجارة الدولية، لذلك فإن الاستثمار في مصر اقتضى إجراء تعديلات هيكلية في شتى القوانين التي تحكم الاقتصاد في الدولة؛ لأن جذب الاستثمارات تتطلب في المقام الأول تهيئة منظومة قانونية تشكل ضمانة للمستثمر الأجنبي وتوفر له أماناً سواء من حيث ديمومة نشاطه الاستثماري أم أرباحه أم جميع منازعاته التي تنشأ بمناسبة مشروعه الاستثماري، ولعل ما يكشف عن ذلك بجلاء في القانون المصري التعديلات الواسعة في شتى النظم القانونية الأخيرة وأهمها قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، وكذلك قانون التحكيم لسنة ١٩٩٤م المعدل في سنة ١٩٩٧م والقوانين الأخرى المرتبطة بها(٧).

كل هذا وذاك جعل موضوع الاستثمار ذو أهميه بالغة، فوجب علينا أن نقف حول طبيعة عقد الاستثمار وخصائصة القانونية.

---

(٦) د/ رضا عبد السلام، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في عصر العولمة، ودراسة مقارنة لتجارب كل من دول شرق وجنوب شرق آسيا أمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، بحث منشور، مصر، ٢٠٠٢.

(٧) د/ أحمد عبد الله المراغي، القانون الدولي الاستثماري، ٢٠١٥، دار الفكر الجامعي، ص١٩.

(ISSN : 2537 - 0758)

خامساً: منهج البحث: يستخدم الباحث المنهج التأصيلي، لتحديد خصائص عقد الاستثمار، وما تتميز به تلك العقود، بالإضافة للمنهج التحليلي لتحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار.

سادسا: خطة البحث: تتبلور الخطة الإجمالية لهذا البحث في الآتي:

المبحث الاول: خصائص عقد الاستثمار

المطلب الأول: عقد ملزم للجانبين أو التبادلية

المطلب الثاني: عقد الضمان عقد احتمالي (أي عقود الضرر)

المطلب الثالث: تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة

المطلب الرابع: عقد الاستثمار عقد تعويض

المطلب الخامس: عقد الاستثمار عقد زمني نموذجي

المطلب السادس: عقد الاستثمار من عقود حسن النية

المطلب السابع: عقد الاستثمار عقد دولي

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار المشترك وآثاره

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار

الفرع الأول: الطبيعة العقدية لعقود الاستثمار

الفرع الثاني: الطبيعة الدولية لعقد الاستثمار

الفرع الثالث: الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار

الفرع الرابع: رأينا في الموضوع

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الاستثمار

الفرع الاول: حقوق والتزامات الدولة المضيفة (النامية)

الفرع الثاني: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي

- الخاتمــة
- التوصيـات
- قائمة المراجع

خصائص عقد الاستثمار
وطبيعته القانونية

سنقسم هذه الدراسه إلى مبحثين: ندرس في الأول، خصائص عقد الاستثمار، ونستعرض في الثانى الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار.

المبحث الاول
خصائص عقد الاستثمار

ظهر عقد الضمان العربي إلى الوجود بميلاد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام ١٩٧٤، وكان هذا الأمر تتويجاً لجهود كبيرة بذلتها الدول العربية لمدة ثمان سنوات سابقة. وقد ولدت فكرة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام ١٩٦٦، حيث صدرت توصية من المؤتمر العربي للتنمية الصناعية مفادها تكليف دولة الكويت بالإعداد لمؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل العرب فكرة وضع اتفاقية لضمان الاستثمارات الخاصة في البلاد العربية، إيماناً بأهمية تشجيع هذه الاستثمارات فيها.

وامتثالاً للتوصية عهدت الحكومة الكويتية إلى الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية بالإعداد للمؤتمر سالف الذكر.

وعلى اثر ذلك قام الصندوق المتقدم بإعداد تقرير بعنوان "نحو اتفاقية لضمان الاستثمارات العربية" قام برفعه إلى اجتماع خبراء التمويل العرب والمنعقد في الكويت في ١٩٦٧/٩/٦.

وأوضح هذا التقرير ضرورة قيام الدول العربية بإبرام ثلاثة اتفاقيات الأولى تتعلق بالحماية الموضوعية التي ينبغي كفالتها للاستثمارات العربية في المنطقة، والثانية تتعلق بالحماية الإجرائية التي ينبغي أن تتمتع بها هذه الاستثمارات، والثالثة تتصرف إلى حماية الاستثمارات العربية عن طريق التأمين عليها ضد المخاطر التي عسى أن تتعرض لها في الدول العربية المضيفة.

ولكن نظراً لصعوبة اتفاق الدول العربية على القواعد الموضوعية والإجرائية التي يجب أن تحكم الاستثمارات العربية لدى كل منها، فقد رؤى أن تقتصر مهمة الصندوق على إعداد اتفاقية وحيدة تتعلق بضمان الاستثمارات العربية، مع تأجيل المسألتين المتقدمين، سيما وأن الضمان هو "الإجراء الأكثر إقناعًا في تشجيع المستثمرين، وذلك

(ISSN : 2537 - 0758)

بالنظر إلى اتحاد مصالح هذه الدول في تحقيق الضمان وتنوعها في مسألة قواعد المعاملة".

وفي نوفمبر ١٩٦٨ أتم الصندوق مشروع اتفاقية بإنشاء شركة عربية لضمان الاستثمار، وقد تم وضع هذا المشروع على أثر دراسة تفصيلية لنظم الضمان الوطنية في الدول الصناعية المتقدمة والرائدة في هذا المضمار، وللاقتراحات العديدة لإنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار وخصوصًا المشروع الذي أعده البنك الدولي في هذا الخصوص.

وفي مارس ١٩٧٠ انعقد المؤتمر الثاني لخبراء التمويل العرب في الكويت، وقد ناقش المؤتمر المشروع المتقدم وانتهى إلى إقراره مع إدخال بعض التعديلات عليه ثم أحاله إلى لجنة الصياغة التي يشكلها الصندوق لهذه المهمة، وقد اجتمعت هذه اللجنة في يونيو ١٩٧٠ حيث وضعت المشروع في صيغته النهائية، وقد تم إرسالها إلى الدول العربية تمهيدًا لتوقيعه.

وقد لقى المشروع قبولاً حسنًا لدى الجهات العربية المعنية، حيث وافق عليه مجلس الوحدة الاقتصادية العربية، ثم وافق عليه بعد ذلك المجلس الاقتصادي العربي.

وفي ٢٧ مايو ١٩٧١ تم التوقيع على الاتفاقية في الكويت من جانب كل من الأردن، السودان، الكويت، سوريا، مصر، ثم توالت التوقيعات عليها حتى أصبح عدد الدول الموقعة عليها الآن ٢٢ دولة عربية، وقد تم نفاذ الاتفاقية بعد أن صدقت عليها خمس دول عربية اكتتبت في ٦٠% من رأسمال المؤسسة(٨).

وعليه يتميز عقد الاستثمار بعدة خصائص:لذلك سنقسم هذا المبحث إلى سبعة مطالب، نستعرض فيها الخصائص من أنه عقد ملزم للجانبين في الاول، كما أنه عقد احتمالي في الثاني، كما أنه يتميز بطبيعة خاصة في الثالث، وفي مطلب رابع نستعرض أنه عقد تعويض، وفي مطلب خامس نبين أنه عقد زمن نموذجي، وفي مطلب سادس نستوضح أنه عقد من عقود المدة، وأخيراً هو عقد يتصف بالصفة الدولية.

المطلب الأول

(٨) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية– الإسلامية– الدولية– الوطنية، ٢٠١٢، دار الفكر الجامعي، ص٧٦–٧٨.

عقد ملزم للجانبين أو التبادلية

يرتب عقد الاستثمار التزامات متقابلة في حق طرفيه(٩)، فالمستثمر يلتزم بالعديد من الالتزامات الثابتة في هذا العقد، وأهمها أداء الأقساط، ومن ناحية أخرى تلتزم المؤسسة بتعويض هذا المستثمر حال تعرضه لأحد الأخطار المضمونة في العقد، ولكن يلاحظ أن التزام المستثمر المضمون بدفع الأقساط التزام محقق ينفذ في الميعاد المنصوص عليه في العقد، أما التزام المؤسسة بالتعويض فهو التزام وليس التزامًا معلقًا على شرط واقف لأمكن تصور قيام التزام غير محقق أو احتمالي(١٠).

المؤسسة بدونه التزامًا بسيطًا منجزًا، وهذا أمر لا يمكن تصوره؛ لأن التزام الأخيرة مقترن دائمًا بتحقق الخطر، ولا يمكن فصل الاثنين: أحدهما عن الآخر، ونظرًا لهذا التقابل بين الالتزامات، يكون سبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الآخر، وعلى هذا الأساس، فإذا لم يقم المستثمر المضمون بأداء القسط المستحق للمؤسسة، فلها أن تمتنع عن تعويضه حال تحقق الخطر المضمون، كما يحق للمؤسسة أن تقوم بإنهاء العقد إذا أخل المستثمر المضمون بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه(١١).

(٩) د/ هشام صادق، النظام العربي للمضان ضد المخاطر غير التجارية ١٩٧٨، دار النهضة العربية ص٤٣.

(١٠) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية- الإسلامية- الدولية- الوطنية، المرجع السابق، ص٩٠.

(١١) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية- الإسلامية- الدولية- الوطنية، المرجع السابق، ص٩٠، وما بعدها.

(ISSN : 2537 - 0758)

المطلب الثاني
عقد الضمان عقد احتمالي (أي عقود الضرر)

بمعنى أن التعويض قد يستحق كاملاً بعد دفع قسط واحد أو قسطين، وقد لا يستحق(١٢).

ومن جانب آخر يظهر جانب الاحتمال بالنسبة للمؤسسة في انها لا تبني تقديرها للخسائر المحتملة على أسس رياضية، ثم تقوم بتغطيتها من واقع ما يدفعه مجموع المستثمرين المتعاقدين معهم(١٣).

وتتعهد المؤسسة بأن تعوضهم، الأمر الذي يعرضها لخسائر كبيرة أو يحقق لها أرباحًا وفيرة، وذلك طبقاً لأمور لم يكن تقديرها بصورة دقيقة.

ومع ذلك يمكن القول بأنه مع تكرار حدوث المخاطر غير التجارية في نطاق المؤسسة، وبالنظر للتقدم المضطرد الذي حققه علم الإحصاء فإننا يمكن أن تصل في المستقبل الغريب إلى إخضاع هذه المخاطر للقياس الرياضي وستكون عناصر عملية الضمان محسوبة بدقة أكبر، الأمر الذي سينفي صفة المضاربة بالنسبة للمؤسسة(١٤).

المطلب الثالث
تتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة

يمكن توضيحها بأن عقود الاستثمار غالباً تبرم بين طرفين ينتمي كل منهم إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، وهو ما يسمى بالعقود الإدارية، والتي هي أغلب عقود الاستثمار، وأن أكثر عقود الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفاً فيها، ويعتبر عقد الاستثمار في هذه الحالة عقدًا إداريًا، ولكي يكون عقداً إدارياً يجب أن يكون أحد طرفين من أشخاص القانون العام سواء تعلق الأمر بالدولة أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية المرفقية، والتي تتعلق بمرفق عام، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، بينما

(١٢) د/ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٩٨-١٤١٨، ص٨٢.

(١٣) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية- الإسلامية- الدولية- الوطنية، المرجع السابق، ص٩٠، وما بعدها.

(١٤) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية الإسلامية- الدولية- الوطنية، المرجع السابق، ص٩١ وما بعدها،

بعض عقود الاستثمار لا تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفًا فيها[١٥]. وقد أقر القضاء الإداري المصري هذا المبدأ حيث اعتبر عقود الأشخاص الخاصة عقودًا إدارية إذا عرفت هذه الأشخاص باسم ولحساب شخص عام[١٦]. وعليه فإن عقود الاستثمار تعتبر في هذه الحالات عقدًا إداريًا تسري عليه قواعد وأحكام العقود الإدارية[١٧].

المطلب الرابع

عقد الاستثمار عقد تعويض

أساس التزام المؤسسة هو تحقق الضرر بالمستثمر نتيجة خطر مؤمن ضده، فإذا انتفى الضرر فلا تلتزم المؤسسة بتعويض المستثمر[١٨]، ولا يشترط بالضرورة تناسب ما تدفعه المؤسسة مع ما ينص عليه التعديل يجب أن يكون تغطية لخسارة فعلية لحقت بالمستثمر عند تحقق خطرهما من المخاطر المنصوص عليها، ويترتب على اعتباره من العقود التعويضية أن للمؤسسة العربية حق الرجوع على من تسبب في وقوع الضرر لتقضي منه ما دفعته من تعويض المستثمر وهو ما يسمى بحلول المؤسسة محل المستثمر المضمون في مواجهة محدث الضرر[١٩].

المطلب الخامس

عقد الاستثمار عقد زمني نموذجي

(١٥) د/ رأفت فوده، دروس في القانون الإداري، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤، ص١٥ وما بعدها.

(١٦) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٤/٣٧؛ وحكم القضاء الإداري ١٩٥٦ لسنة١٠ق مجموعة الأحكام، ص٧٦٣.

(١٧) د/ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، ٢١١ الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص١١١.

(١٨) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية الإسلامية- الدولية- الوطنية، المرجع السابق، ص٩٨.

(١٩) د/ عاطف إبراهيم، محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ١٩٩٨، ص٨٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

أي أنه مع توافر فترة معينة من الزمن يتصور تنفيذ الالتزام الاحتمالي من جانب المؤسسة(٢٠).

وأساس ذلك أن التزامات طرفيه عبارة عن أداءات مستمرة من الزمن، فالمستثمر يلتزم بأداء الأقساط المقررة في العقد كل فترة (سنة أو ستة أشهر)، كما أن التزام المؤسسة بتعويض المستثمر يتعلق بفترة زمنية محددة هي عقد الضمان(٢١).

كما أنه عقد نموذجي يبرم بين المستثمر والمؤسسة العربية؛ لضمان الاستثمار في إطار شروط موضوعة بصورة مسبقة وموحدة من جانب المؤسسة(٢٢).

المطلب السادس

عقد الاستثمار من عقود حسن النية

المقصود بحسن النية هنا ليس هو المعنى المألوف، وإلا فإن كل العقود– وليس عقد الضمان وحده– تعد من عقود حسن النية، وإنما المقصود بذلك أن عقد الضمان بوجه خاص يجعل المؤسسة بوصفها الجهاز الضامن تحت رحمة المستثمر المضمون في خصوص البيانات التي يدلي بها إليها عند التعاقد، والتي تتعلق بالخطر المضمون، فالمؤسسة هنا إنما تعتمد في ذلك اعتمادًا كاملاً على حسن نية المستثمر المضمون، فإذا أخل هذا المستثمر بواجب حسن النية، فلم يدل بجميع البيانات اللازمة لدرء الخطر أو لمنع تفاقمه بعد وقوعه، فإن هذا الإخلال يبرر حق المؤسسة في إسقاط حق المستثمر في التعويض(٢٣).

المطلب السابع

عقد الاستثمار عقد دولي

يتمتع عقد الاستثمار بالصفة الدولية، وتوفير فرص استثمار هادفة في الدول العربية الأعضاء. فيخضع العقد لأحكام اتفاقية دولية، ويجمع بين طرفين لا تجمعهما

(٢٠) د/ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص٨٢.

(٢١) د/ هشام خالد، عقود ضمانات الاستثمار العربية الإسلامية– الدولية– الوطنية، المرجع السابق، ص٩٢.

(٢٢) د/ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص٨٢.

(٢٣) د/ هشام خالد، عقود ضمانات الاستثمار العربية الإسلامية– الدولية– الوطنية، المرجع السابق، ص٩٨.

جنسية دولة واحدة إذ تتطرق للعقد الصفة الأجنبية كأحد عناصره الفعالة، وينصب عقد ضمان الاستثمار على استثمار دولي أي لا ينصرف إلى الاستثمارات الوطنية، فهي تخضع للقانون الوطني. وطالما كان عقد الاستثمار دولي، فإن القانون الواجب التطبيق عليه اختلف حوله الفقهاء إلى عدة اتجاهات. يرى اتجاه أن القول بأن عقود الاستثمار هي عقود اقتصادية لا تحتاج لقانون ينطبق عليها فهي تكفي ذاتها بذاتها وتستمد قوتها من إرادة المتعاقدين.

ويرى غالبية الفقه وأحكام القضاء إلى وجوب أن يكون القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين على صلة بنطاق العقد، وإلا امتنع على القاضي تطبيقه وطبق بدلاً منه أكثر القوانين مناسبة للعقد في ضوء عناصره الفعلية، وما يحيط به من ظروف واقعية(٢٤).

والقاعدة أن العقود الدولية التي تتضمن عنصراً أجنبياً تخضع للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمنًا، وفقاً لمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص(٢٥).

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار المشترك وآثاره

نظراً لما تتلقاه عقود الاستثمار من أهمية خاصة في عصرنا الراهن سواء في المجال القانوني أو الاقتصادي، فإنه يصبح من الأهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، والأساس القانوني الذي ترتكز عليه، وذلك لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف سواء في ما يتعلق بفض المنازعات الخاصة بها، أو لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، خاصة بعد انتشار التحكيم الدولي.

وعليه فيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار المشترك، ونستعرض في الثاني الآثار المترتبة على عقد الاستثمار.

المطلب الأول
الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار

(٢٤) د/ هشام صادق، النظام العربي للضمان ضد المخاطر غير التجارية، المرجع السابق، ص٢٥٣.
(٢٥) د/ هشام صادق، تنازع القوانين، جامعة الإسكندرية، ط٣، بدون دار نشر، فقرة ١٨٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، فمنهم من يرى أنها لها طبيعة عقدية، ومنهم من يرى أن لها طبيعة اقتصادية، ومنهم يرى أن لها طبيعة دولية، وأخيراً يرى اتجاه أن لها طبيعة خاصة.

وعليه سينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: ندرس في الأول: الطبيعة العقدية لعقود الاستثمار؛ ونوضح في الثاني: الطبيعة الدولية لعقود الاستثمار؛ وأخيراً: الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.

الفرع الأول
الطبيعة العقدية لعقود الاستثمار

تعددت الاتجاهات التي تناولت الطبيعة العقدية لعقود الاستثمار بين فريقين، يرى الأول منهم أن لها طبيعة إدارية، ويرى الثاني أن لها طبيعة مدنية.

الفريق الأول: الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار(٢٦):

إن عقود الاستثمار ليست عقود بيع أو إيجار، فالموضوع الجوهري لها ليس نقل حق ذمة إلى ذمة أو تحويل استغلال براءة اختراع، وبالتالي تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة يمكن توضيحها بأن عقود الاستثمار غالباً تبرم بين طرفين ينتمي كل منهم إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، وهو ما يسمى بالعقود الإدارية، والتي هي أغلب عقود الاستثمار، وأن أكثر عقود الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفاً فيها،

(٢٦) تعدد الفقهاء الذين أخذوا بهذا الاتجاه منهم، : د/ أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتخويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٩١ وما بعدها؛ وللمزيد انظر: د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٠٥ وما بعدها؛ د/ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١٣ وما بعدها؛ د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة لتحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص١١٣ وما بعدها؛ د/ أحمد سيد علي، النظام القانوني للشركات غير الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ١٩٨٣، ص٥٣؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٩٢.

ويعتبر عقد الاستثمار في هذه الحالة، عقداً إدارياً، ولكي يكون العقد إداري يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام سواء تتعلق الأمر بالدولة أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية المرفقية، والتي تتعلق بمرفق عام وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما بعض عقود الاستثمار لا تكون الدولة، أو أحد مؤسساتها طرفاً فيها[٢٧]. كما ذهب جانب آخر من الفقه[٢٨] بالقول أن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة، أو أحد أجهزتها العامة التابعة مع المستثمر الأجنبي الخاص عقود إدارية محل بحسب القطاع الاقتصادي الذي ينتمي إليه سواء من حيث (نفط، أدوية، مطارات، سياحة، زراعة، صناعة) وغيرها، وهذا كله في ضوء قانون تشجيع وحماية الاستثمار.

هذا ولا يمكن يدل الشكل الخارجي أبدًا على أن هذه العقود عقود خاصة، فهذا الشكل لا يعد سبب كافي بل لابد من اعتباره عقد إداري يخضع للقانون الإداري، وذلك لعدة أسباب هي:

السبب الأول: تهدف عقود الاستثمار غلى تحقيق الربح إلا أنه من وجهة نظر الدول المضيفة فإنه يهدف لتسيير مرفق عام حيوي.

السبب الثاني: قد يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

السبب الثالث: قد يكون أحد أطراف العقد هو أحد الأجهزة العامة التابعة للدولة والقائمة عليها[٢٩].

(٢٧) د/ رأفت فوده، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤، ص١٤ وما بعدها.

(٢٨) د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة لتحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، المرجع السابق، ص٢٢٥.

(٢٩) عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

السبب الرابع: أن عقود الاستثمار هي عقود تنمية من الدرجة الأولى، فتهدف الدولة من خلالها لتحقيق المصلحة العامة، وهذا الهدف هو أحد أهم معايير تمييز العقد الإداري.

السبب الخامس: إن من المستقر عليه في الفقه والقضاء تطبيق نظريات إعادة التوازن للعقد، وذلك للمحافظة على مصالح طرفي العقد مدة سريانه(٣٠).

ولكن ظهر اتجاه آخر ينتقد الاتجاه المقابل بأن العقد له طبيعة إدارية، فقال أنه: بالرغم من وجاهة ما استند إليه الرأي القائل بأن عقود الاستثمار عقود إدارية إلا أنهم انطلقوا من خلفية اقتصادية وليست قانونية؛ فنظروا إلى هذه العقود من حيث أهدافها الاقتصادية، ومرجع ذلك إلى أن الدول النامية التي تسعى إلى التنمية الاقتصادية، وتحقيق النمو الاقتصادي من وراء إبرام هذه العقود، كما أن صفة السيادة التي بني عليها أصحاب هذا الرأي فكرهم في اعتبار أن هذه العقود هي عقود إدارية ليست متوافرة في العديد من هذه العقود، حيث أنه توجد شروط وبنود في تلك العقود تتساوى فيها المراكز القانونية بين أطراف العقد، وبالتالي تنتفي فكرة السيادة، ولا تعد أساسًا يميز هذه العقود واعتبارها عقودًا إدارية، بالإضافة إلى أن منعظم أطراف عقود الاستثمار احتكاريين مما يعطيهم مراكز قوة في هذه العقود، الأمر الذي يحقق المساواة الاقتصادية بينهم وبين الدولة، كما أن إضفاء صفة العقود الإدارية على تلك العقود يتطلب بالضرورة وجود قضاء إداري دولي للنظر في المنازعات التي تنشأ عنها، والواقع يثبت لنا أن هذا النوع من المنازعات عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي(٣١).

ولكننا نرى أنه من الأفضل تكييف العقد على حسب الشروط والظروف والعناصر والملابسات التي تحيط به، بحيث يكون التكييف متفق مع جوهر العقد والخصوصية التي تميز كل عقد عن غيره، وبالتالي قد يكون عقد الاستثمار إما عقد إداري أو تجاري

(٣٠) د/ أحمد سيد علي، النظام القانوني للشركات غير الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ١٩٨٣، ص٥٣.

(٣١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي، وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٩١.

بحسب كل نوع وكل حالة على حدة، فقد تتمتع الدولة بمزايا لا يتمتع بها الشخص الأجنبي في الدولة، وهذا يسمى اختلاف في المراكز القانونية للطرفين في العقد، فكل منهم يسعى جديًا أن يؤمن نفسه ضد أي مخاطر تحدث في العقد، وهذا الأمان يقتضي مجموعة من الشروط التي توضع في العقد تتضمن كلاً منها حقه.

ومن هذه الشروط يضع الطرفان شروط تتعلق بمدة العقد، والقانون الواجب التطبيق عليه وبوسيلة فض المنازعات بينهم، لذلك فمدة العقد تكون طويلة نسبيًا سواء كيفنا العقد على أنه تجاري أم إداري؛ لأنه يتعلق بالتنمية، كما أنه يتم اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يعتمد عليه العقد اعتماد ذاتي كافي، أيضاً يتم الوصول لوسيلة حل منازعات محايدة وكفؤ وفعالة؛ لتحقيق التوازن بين الطرفين أثناء العقد وبعد إبرامه.

لذلك يتضح لنا أن الهدف الأساسي والرئيسي الذي تسعى إليه العقود الاستثمارية هي عملية الإسهام في تحقيق التنمية للدولة.

الفريق الثاني: عقود الاستثمار عقود مدينة:

ذهب فريق من الفقه أن هذه العقود ما هي إلا عقودًا مدينة تخضع للقانون الخاص، واستندوا إلى أن أحكام التحكيم ذهبت إلى أن عقود الاستثمار لا ترتبط بالمرافق العامة، بل هي لها طبيعة خاصة ينظمها القانون الخاص، وتستند على مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود المشتقة من مبدأ سلطان الإرادة في القانون الخاص، ولكن هذا الاتجاه لم يلاقي استحسان من فقهاء القانون، ولم يقدم تفسيرات لبعض المظاهر لعقود الاستثمار التي تتمتع بها الدولة بما فيها من ملامح السلطة العامة؛ سعيًا منها لتحقيق المصلحة العامة[٣٢].

الفرع الثاني
الطبيعة الدولية لعقد الاستثمار

ذهب جانب من الفقه أن عقود الاستثمار تعد عقود دولية لأنها نتاج لاتفاقيات دولية، حيث عرفت اتفاقية فيينا[٣٣] المعاهدة بأنها هي: "اتفاق دولي بين دولتين أو أكثر

(32) PhlipeLeboulacer, les controts, center les etat set enter prisesetran 9ees p.118.

(٣٣) المادة (٢/١/أ) من اتفاقية فيينا للمعاهدات ١٩٦٩.

(ISSN : 2537 - 0758)

كتابة، ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر ومهما كانت التسمية التي تطلق عليه"[٣٤].

وهذا يطبق على عقد الاستثمار الذي يبرم بين شخص قانون دولي (الدولة المصدرة للاستثمار الدولة المضيفة له، فتبدأ بمرحلة التفاوض، وتنتهي بمرحلة التصديق، وعليه فتخضع عقود الاستثمار لاتفاقية فيينا.

وقد استند الفقه إلى عدة أسباب لتبرير أن عقود الاستثمار هي عقود دولية:

١- لا يختلف العقد الدولي عن الاتفاقية في أنهما اتفاقات تتعقدها الدول لتنظيم علاقة قانونية دولية[٣٥].

٢- عقود الاستثمار هي عقود هدفها التنمية لا تقوم بها إلا الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع أطراف دولية أخرى.

٣- عقود الاستثمار تبرم في صورة اتفاقية دولية يكون أحد أطرافها شخصًا قانونيًا دوليًا، مثل الاتفاق الدولي تمامًا، وتنشئ آثاراً على عاتق الدولة المتعاقدة، ويكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة منها يسند إلى هيئات دولية متمثلة في التحكيم الدولي، وغالباً تستبعد القوانين الداخلية من التطبيق على المنازعة على العقود[٣٦].

ولكن وعلى الرغم من أهمية هذه العقود إلا أنه لا يمكن اعتبارها معاهدات دولية، كما أنها لا تخضع لآليات تسوية النزاعات الدولية التي تقرها محكمة العدل الدولية، والتي تختص بالفصل في النزاعات بين الدول دون غيرها، وبالتالي يكون من أهم مزايا اتفاقيات الاستثمار أنها عند حدوث نزاع بين الدولتين، حول تنفيذ الاتفاقيات تسمح

(34) Salacvse, I.W., "The law of investment treaties", Oxford university, press 2010, p.17.

(٣٥) د/ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام الأصول والمبادئ العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ١١، ١٩٩٥، فقرة ٢٧٨.

(٣٦) د/ الفقيه الألماني Matter مشار إليه: في د/ صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص أو القانون التجاري الدولي، رسالة مقدمة إلى جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص١٠٢.

بإمكانية اللجوء إلى القضاء الدولي لحل النزاع بين الدولتين، بحكم كونهما من أشخاص القانون الدولي، مما ينعكس على المستثمر الأجنبي الذي يعمل في الدولة المضيفة بموجب اتفاقية ثنائية بين دولته وتلك الدولة(٣٧).

ذهب اتجاه فقهي ينتقد الطبيعة الدولية لعقد الاستثمار من ناحيتين: الأولى: أنه تتنوع آليات حماية الاستثمار بموجب اتفاقيات الاستثمار وباستطاعة المستثمر أن يرفع دعواه أمام التحكيم الدولي استناد الاتفاقية الاستثمار مباشرة، وهنا تطبق الاتفاقية من تلقاء نفسها وفي حاجة لتصرف قانوني خاضع للقضاء الوطني(٣٨).

والثانية: فالعقد الدولي سواء كان لأغراض التنمية أو أن أحد أطرافه شخص قانوني دولي لا يخرجه من فئة العقود الدولية، بل تنص الصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود(٣٩).

وتعدد معايير دولية العقد إلى معيار قانوني وآخر اقتصادي:

(37) Sornarajah, M., The International Law of foreign investment, Cambridge university press, 2010, pp.64-69.

(38) New Combe.A., "Law and Practice of investment treaties "Kluwer Law 2009, p.62.

(٣٩) د/ صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة مقدمة لجامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص١٠٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

المعيار الأول (القانوني):

يقوم هذا المعيار على توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية، حيث يميل الفقه لوجود عنصر أجنبي في العقد، وهذا يضفي عليه الطابع الدولي وتوسع بعض الفقهاء للقول أن العقد دولي لو كان أحد أطرافه أجنبي أو كان محله أو الواقعة المنشئة له لها صبغة أجنبية، وعليه فإن إبرام العقد في دول أجنبية أو بين طرفين، إحداهما أجنبي فإن العقد له صفة دولية(٤٠).

إن دولية عقود الاستثمار وفق المعيار القانوني الحديث لـلا تقوم فحسب على عناصره الفاعلة والمؤثرة، وإنما تترك لسلطة القاضي التقديرية التقرير بهذا الشأن، فيطرح السؤال نفسه هل يستطيع المعيار القانوني لدولية العقد على النحو السابق أن يستجيب للتفرقة بين متطلبات الحياة الاقتصادية الدولية والحياة الاقتصادية الداخلية؟ حيث أن التفرقة بينهما أضحت من الأمور الدقيقة نظراً لصعوبة عزل تلك الحياة عن الأخرى في الوقت الراهن، حيث تتشابك وتتداخل الظواهر الاقتصادية الداخلية والدولية بالرغم من أن الفصل بين الأمرين يعد شرطًا جوهرياً لما يترتب عليه من نتائج قانونية هامة. ولعل هذه الملاحظة الأخيرة هي التي جعلت جانباً من الفقه يتحدث عن المعيار الاقتصادي لتحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية في هذا النوع من العقود، بوصفه معيارًا أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية(٤١).

المعيار الثاني: المعيار الاقتصادي لدولية عقود الاستثمار:

ذهب أنصار هذا المعيار إلى تصور يتركز على موضوع التعاقد نفسه، أي محل العقد وتحليل محتواه المادي والاقتصادي، مثل حركة رؤوس الأموال عبر الحدود وأثرها على الاقتصاد العام لكل الدول المعنية، فالعقد يعتبر دوليًا وفقًا لأصحاب هذا المعيار إذا نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد إلى بلد آخر، بصرف النظر عن جنسية

(٤٠) د/ أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥، ص٧٥.

(٤١) د/ محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، بدون دار نشر، ص٥١.

المتعاقدين، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، وقد أضاف الفقيه الألماني Matter 43 إلى هذا المعيار حركة المد والجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود، وقرر أن مجرد تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد– المعيار القانوني– غير كافية لإضفاء الصفة الدولية على العقد، وإنما يجب وفقًا لرأيه أن يسفر العقد عن انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود، وهو ما أطلق عليه بعض الفقهاء، وكذلك القضاء الفرنسي في بعض أحكامه أنه إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية يعد عقدًا دوليًا.

لذلك وفق ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وبعض الفقهاء أن كل عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية يعتبر عقدًا دوليًا، وبناء على ذلك فإن المعيار الاقتصادي يستجيب لمتطلبات اقتصادية صرفة، حيث يجد أساسه في فكرة توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف، فإذا ما استجاب العقد لمقتضيات هذا المعيار تمتع بالصفة الدولية حتى ولو لم يكن متضمنًا عنصر أجنبيًا، حيث أنه بذلك يلبي مصالح التجارة الدولية والتي تأخذ صورة تصدير أو استيراد للسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود الدولية(٤٢).

إضافة إلى أن هذا المعيار جعل القضاء الفرنسي يقر بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية، وأيضًا حكم بصحة الشروط النقدية التي تستهدف توخي مخاطر تغير سعر العملة لما في ذلك من تحقيق مصالح التجارة الخارجية والمعاملات الدولية، رغم بطلان مثل هذه الشروط إذا وجدت في عقد داخلي. وبالرغم من منطقية حجج أصحاب المعيار الاقتصادي وربطه فكرة دولية العقد بفكرة مصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا المعيار يعتبر من زاوية أخرى تحصيل حاصل المعيار 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 اتساعًا ووضوحًا في إضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار الدولية بما تمليه من حماية خاصة لمتعاقد الأجنبي وعدم خضوعه للقانون والقضاء الداخلي الذي قد يعسف بالكثير من حقوقه وضماناته في العقد.

---

(٤٢) د/ محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص٥٤.

(ISSN : 2537 - 0758)

وحيث أن كلا المعيارين تعرض للنقد مما حدي بالقضاء الفرنسي عند التصدي لمدى دولية عقود الاستثمار إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، وعلى هذا النحو لا يكتفي عند تقرير دولية عقود الاستثمار التحقق من وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية "المعيار القانوني" وإنما يحرص أيضًا على التأكد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية "المعيار الاقتصادي"(٤٣).

وهذا ما انتهت إليه أيضًا الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جينيف سنة ١٩٦١م، 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 لدولية العقد في هذا الفرض وبالتالي دولية التحكيم(٤٤).

الفرع الثالث

الطبيعة الخاصة لعقد الاستثمار

أصحاب هذا الاتجاه(٤٥) لا يعتبروا عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أو إحدى الأجهزة العامة التابعة لها من طرف أجنبي خاص عقود إدارية وإنما تعد عقد من عقود القانون الخاص ولها طبيعة خاصة، وهذا لعدة حجج، وهي:

١- وجود قدر كبير من المرونة في العقد؛ كي تستطيع الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي الموافقة بين مصالحها ومصالح المستثمر الأجنبي معها، وهذا ما ليس له وجود في نطاق لتقيد العقد الإداري(٤٦).

٢- في معظم عقود الاستثمار، قد لا تكون الدولة طرفًا فيها، وقد تكون جهة الإدارة طرفًا في العقد ومع ذلك لا يعد عقدًا إداريًا متى ما تطرقت جهة الإدارة بوصفها شخصًا عاديًا لا شخصًا عامًا(٤٧).

---

(٤٣) أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المرجع السابق، ص٥٤.

(44) Jean MechileJaceuet, le contract imernational, op, cit, P.248.

(٤٥) د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول الشركات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٩٤.

(٤٦) د/ أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص١٩١، ص١٩٤ وما بعدها.

٣- كما أن متطلبات التجارة الدولية يفرض على الدول أن تنزل للتعاقد، شأنها في ذلك شأن الشخص العادي حتى تتحقق مصالحها، وحتى تحتفظ بعلاقات اقتصادية كبيرة بالخارج.

٤- كما أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تستخدم أساليب القانون العام على رعاياها داخل نطاق إقليمها، إلا أن ذلك محدد بنطاقها الإقليمي حيث لا تستطيع ممارسة ذلك على من تتعاقد معه من الأجانب، استنادًا إلى أن سيادة الدولة محدودة النطاق داخل إقليمها وخارج ذلك تقف موقف المساواة بالنسبة للأجنبي المتعاقد معها.

٥- كما أن الشروط الاستثنائية الموجودة في القانون للاستثمار، إنما هي مقدرة لمصلحة المستثمر الأجنبي وفي مواجهة الدولة وليس العكس(٤٨).

الفرع الرابع
رأينا في الموضوع

الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار تجاوزت نطاق القانون الداخلي، وأصبح موضوع له صلة بالقانون الدولي حيث أنه أصبح من أهم الموضوعات الدولية.

فأصبح هذا الأمر يؤثر على الدولة وعلى علاقاتها مع الدول الأخرى التي تدخل معها في هذه العقود وأيضًا يؤثر على الدولة اجتماعيًا اقتصاديًا، سياسيًا، ثقافيًا.

ونظراً لاختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذه العقود فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع داخلياً ودولياً؛ لتحديد طبيعة هذه العقود؛ لأن هذه العقود تمتاز بأهمية فائقة في أنها تعمل على تنمية العلاقات بين الدول وتقوية الروابط الاقتصادية فيما بينهم، وتحقيق التقدم للدول، وخاصة الدول النامية، أياً كانت طبيعة عقد الاستثمار، ولكننا نرى أن عقد الاستثمار هو عقد إداري مصبوغ بصبغة اقتصادية ويرجع ذلك لعدة أسباب، منها:

---

(٤٧) يوسف عبد الهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة بني سويف، ١٩٨٩، ص٣٠٨.

(٤٨) د/ يوسف عبد الهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، جامعة بني سويف، ١٩٨٩، ص٣٠٨ وما بعدها.

(ISSN : 2537 - 0758)

السبب الأول: أطراف العقد هم الدولة أو أحد أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية، وشخص خاص يلتزم بنقل قيمة اقتصادية إليها لاستقلالها وهذا بهدف تحقيق ربح.

السبب الثاني: المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة غالبًا يكون أحد الشركات الكبرى في مجال الاستثمار، أو شركات متعددة الجنسيات أو دولة متقدمة؛ لذلك فإن هذا العقد وتنفيذه يحتاج لرؤوس أموال ضخمة وخبرات فنية عالية لا تملكها أبدًا الدول النامية.

لذلك فنحن نرى أن عقد الاستثمار له طبيعة إدارية مصبوغة بالصبغة الاقتصادية.

المطلب الثاني
الآثار المترتبة على عقد الاستثمار

يترتب على عقود الاستثمار كغيرها من العقود مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق طرفيها، وعلى الرغم من الاختلافات فإنه من الطبيعي أن تكون هذه الالتزامات والحقوق إلزام على كل طرف، وهذا يعدد على حسب طبيعة ونوعية العقد وأطرافه.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: ندرس في الأول: حقوق والتزامات الدولة المضيفة (النامية)، ونستعرض في الثاني: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي.

الفرع الاول
حقوق والتزامات الدولة المضيفة (النامية)

نتناول في هذا الفرع حقوق والتزامات الدولة المضيفة، على النحو التالي:

أولاً: حقوق الدولة المضيفة:

تمنح عقود الاستثمار مجموعة من الحقوق تتمثل في الآتي:

١- حق الدولة في الرقابة والإشراف:

تعطي عقود الاستثمار للدولة المضيفة الحق في ممارسة نوع من الرقابة والإشراف على مشروع الاستثمار حتى تتأكد تمامًا من قيام الطرف الآخر بأداء التزاماته طبقًا لما هو متفق عليه كما لها أن تفرض مجموعة قواعد الرقابة على ممارسة الحقوق داخل حدود الدولة وبالقدر المناسب؛ لتحقيق الأهداف والمصالح الوطنية[٤٩].

---

(٤٩) د/ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية سياسية لدور المركز الدولي لتسوية الاستثمار، منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٨، صفحة ٩٥ وما بعدها.

وحق الدولة هنا يتجاوز الحد إلى أن تتدخل الدولة بدرجة تزيد على مجرد التأكد من السلامة وتغير بعض الأوضاع إن استلزم الأمر حتى وإن لم يرد ذلك صراحة في العقد(٥٠).

وتختلف سلطة الدولة في الرقابة والإشراف والتوجيه تبعاً لطبيعة عقد الاستثمار ففي مجال عقود الاستثمارات تتمتع الدولة المضيفة للاستثمار النفطي بدور كبير نظرًا لطبيعة عقد الاستثمار النفطي واحتوائه على شروط خاصة، تستدعي رقابة دائمة مستمرة من الإدارة على الشركة لضمان قيام الشركة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها وفقًا لما هو متفق عليه في العقد وبأحسن السبل(٥١).

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية المباشرة، كما قد يختلف مداها وأهدافها من دولة مضيفة إلى دولة أخرى(٥٢).

كما أن للدولة الحق في عدم الموافقة على نقل حقوق الشركة للغير، إذا كان هذا الغير غير مرغوب فيه، فلا يجوز لها البيع أو نقل الحق إلا بموافقة الدولة.

وفي عقود الإنشاءات الصناعية، تتمتع الدولة بالحق في مراقبة تنفيذ العقد حسب المواصفات المتفق عليها، ويقوم مندوب الحكومة، والجهاز التابع لها بالإشراف على التجهيزات في مواقع التنفيذ، ولهم حق التوجيه والتعديل في التنفيذ، ولوكلاء الدولة الحق في الحصول على الوثائق الفنية وإجراء الاتصالات؛ كي تقوم الشركة الأجنبية المتعاقدة بالتنفيذ الجيد لأعمالها، وهكذا فإن الدولة المتعاقدة تتمتع بحق الرقابة والإشراف والتوجيه في جميع عقود الاستثمار، وفقاً للشروط المتفق عليها مع الشركات الأجنبية(٥٣).

---

(٥٠) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص٤١١.

(٥١) د/ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص١٠٣.

(٥٢) د/ عصام الدين بسلم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٢، ص٨٠.

(٥٣) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص٤٦٧.

(ISSN : 2537 - 0758)

٢- حق الدولة في أخذ ملكية المال المستثمر:

تمتلك الدولة ذات السيادة الحق في اتخاذ مجموعة من الإجراءات مثل التأميم ونزع الملكية والمصادرة .

فلها اتخاذ تلك الإجراءات على ملكية المال الأجنبي، فالدولة يمكنها أن تتخذ هذه الإجراءات في مواجهة جميع الأموال الموجودة على إقليمها إذ تمارس الدولة اختصاصًا مستمدًا من سيادتها الإقليمية على أرضها، كما تمارس الدولة هذا الحق بمقتضى سيادتها الإقليمية على كافة الأموال الموجودة داخل إقليمها سواء أكان المال مملوك لشخص طبيعي أو معنوي وسواء أكان هذا الشخص وطنيًا أم أجنبيًا وسواء أكان المالك الأجنبي مقيم داخل إقليم الدولة أو خارجها(٥٤).

٣- حق الدولة في إلغاء عقد الاستثمار وتوقيع الجزاءات:

إذا أخل أحد أطراف العقد بأي من الالتزامات فيحق للطرف الآخر فسخ العقد وإنهاؤه دون الرجوع على الطرف المخل، كما أن عقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر تنشئ التزامات على عاتق طرفيها، كما يهتم المستثمر الأجنبي بالبحث عن حقوقه ويلزم طرف الدولة المضيفة بتنفيذ ما على عاتقها من التزامات، فيجب عليه أن ينفذ التزاماته(٥٥).

كما تملك الدولة الحق في توقيع الجزاءات على المستثمر الأجنبي المتعاقد معها إذا أهمل أو قصر أو تأخر في تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في عقد الاستثمار أو تنازل عن العقد دون إخطار الدولة المضيفة بذلك، وتختلف طبيعة الجزاءات التي تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعها على المتعاقد معها من حالة لأخرى ويمكن حصرها في الصور الآتية:

أ- الجزاءات المالية:

(54) Friedman (S.) Expropriation in international law London, 1953, PL.88.

(٥٥) د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ٢٠٠٩، دار الجامعة الحديثة، ص١٩٩.

هي عبارة عن مبالغ مالية توقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله لإحدى التزاماته وتملك الإدارة حق توقيع هذه العقود المالية حتى ولم يترتب على الإخلال الناتج من جانب المتعاقد(٥٦).

ومن حق الجهة الإدارية في المطالبة المتعاقد معها بكامل التعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة تأخيره عن الوفاء بالتزاماته.

ب- الجزاءات الضاغطة:

تعد وسيلة تستخدمها جهة الإدارة لإرغام المتعاقد على الوفاء بتنفيذ التزاماته التعاقدية عن طريق حلول الغير محل المتعاقد الأصلي، ولذا يظل المتعاقد الأصلي مسئولاً أمام جهة الإدارة على أن يكون تنفيذ الالتزامات المقررة على حساب ذلك الأخير، ذلك إنما يعني جهة الإدارة هو ضمان تنفيذ العقد من أجل تحقيق المشروع الاستثماري المزمع إنشاؤه وهي جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، ولكنها توكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي وعلى مسؤولية الأخير.

وتمثل الجزاءات الضاغطة في صور ثلاثة هي:

١- وضع المشرع تحت الحراسة بالنسبة لعقود الامتياز.

٢- الشراء على حساب المتعاقد بالنسبة لعقود التوريد.

٣- وعلى حسب العمل من المتعاقد (الأصلي) وتنفيذه على حسابه مسؤولية بالنسبة لعقود الأشغال العامة(٥٧).

ثانياً: التزامات الدولة المضيفة:

تتعدد التزامات الدولة المضيفة ومن هذه الالتزامات هي:

١- التزام الدولة بمساعدة المستثمر الأجنبي في تنفيذ المشروع:

(٥٦) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ص٤٨٠.

(٥٧) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ص٤٨١.

(ISSN : 2537 - 0758)

تلتزم الدولة المضيفة بتقديم كافة المساعدات الممكنة بالحصول على تراخيص وإنشاء مصنع أو مزاولة النشاط أو كل الإجراءات المطلوبة في كافة المصالح الحكومية وغير الحكومية داخل إقليم الدولة المضيفة(٥٨).

كما تلتزم الدولة المضيفة للاستثمار بتقديم كافة المزايا والحوافز الاستثمارية التي تعهدت بمنحها للمستثمر الأجنبي، كما تلتزم الدولة بتوفير البيئة القانونية المناسبة للاستثمار حيث يقوم المستثمر بناء على وضوح قوانين الدولة بمعرفة مخاطر وفوائد الاستثمار في تلك الدولة.

لذا فعلى الدولة المضيفة للاستثمار مراجعة تشريعاتها وفي حالة عجزها على توفير التأمين المستثمر أن تعمل على إصدار التشريعات اللازمة والتي تعمل على جذب الاستثمار الأجنبي الخاص(٥٩).

٢- تلتزم الدولة باحترام شروط العقد وتقديم الحماية للمستثمر:

يجب على الدولة احترام نصوص العقد وإصدار كافة القرارات الإدارية والفنية والمالية اللازمة لهذا الغرض ولا يقتصر التزام الإدارة باحترام شروط العقد فقط بل يشمل كل ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والمعاملات، وبما أن المستثمر الأجنبي يبحث عن المكان الذي توجد فيه الحماية الكاملة لأمواله ويطمئن على مشروعاته فيه فغالباً ما تكون المشروعات بمبالغ طائلة لذلك فيحتوي العقد على شروط خاصة تلزم كل من الدولتين خاصة المضيفة بتوفير أكبر حماية للمستثمر الأجنبي، هذه الشروط تمثل الضمان الكافي له.

(٥٨) د/ حفيظة حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، طبعة ٢٠٠١، ص٢٣٦.

(٥٩) د/ أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإلغاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٠٩.

الفرع الثاني
حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي

سوف نتناول حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي على النحو التالي:

أولاً: حقوق المستثمر الأجنبي:

١- الحق في إزالة كافة المعوقات:

للمستثمر الأجنبي الحق في أن تقوم الدولة المضيفة له بإزالة كافة المعوقات التي تحول دون تنفيذ التزامه فهي ملزمة بتقديم كل مساعدة ممكنة من أجل تسهيل قيامه بمهماته على أتم وجه وفقاً لما اتفق عليه في بنود العقد(٦٠).

كما أن عقود الاستثمار هي عقود تتعلق بنقل التكنولوجيا ووسائل الإنتاج المتقدمة التي تحتاج إلى عناصر معينة يمكن أن تتعامل مع هذه التكنولوجيا، فغالبًا ما تكون هذه العناصر غير موجودة بالدولة المضيفة للاستثمار(٦١).

بناءً عليه فقد نصت أغلب قوانين الاستثمار على ضرورة إنشاء هيئة مختصة تتولى شئون الاستثمار تهدف إلى إزالة كافة العقبات التي قد تواجه المستثمر في فترة إقامة المشروع إذ تتولى هذه الهيئة إعداد دراسة شاملة تتعلق بإقامة المشروع الاستثماري وتصدر التراخيص الإدارية الخاصة بإنشائه والتراخيص الخاصة بتملك الأراضي اللازمة لإقامة المشروع كما تقوم باستصدار القرارات الإدارية اللازمة لإقامة رجال الأعمال والخبراء والعمال الذين يستقدمهم المستثمر الأجنبي للعمل في المشروع الاستثماري(٦٢).

---

(٦٠) د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٣٩ وما بعدها.

(٦١) د/ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي، لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨، الهامش، ص١٠٢.

(٦٢) فعلى سبيل المثال نجد أن المادة (٥) من قانون الاستثمار ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لعام ١٩٩٧ قد أناطت برئيس الجمهورية تحديد الجهة الإدارية التي تتولى تطبيق أحكام هذا القانون ومراعاة تنفيذها وأعمالاً لما تقدم قد صدر قرار رئيس الجمهورية رقم (٢٨٤) لعام ١٩٩٧ نص على ضرورة إنشاء الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة وجاء في المادة (٢) من هذا القرار أن الهيئة هي الجهة المختصة بتنفيذ أحكامه وإزالة جميع العوائق التي تواجه المستثمرين

(ISSN : 2537 - 0758)

وتطبيقًا لذلك نجد أن عقود الاستثمار الخاصة بالبترول تنص صراحة "بالسماح لمستخدمي صاحب الامتياز "المستثمر الأجنبي" في الدخول إلى إقليم الدولة المضيفة، ويخضع لقوانين الهجرة النافذة في الدولة المضيفة، فقد نصت المادة "٢٩" من عقد الاستثمار بين الحكومة المصرية وشركة أيني الإيطالية سنة ١٩٦٣ على: (لغير المصريين من موظفي المرخص له أو موظفي مقاولين في حدود القوانين واللوائح السارية الحق في دخول أراضي الجمهورية العربية المتحدة والتنقل بداخلها والخروج منها، ويلزم أرباب العمل المذكورين أعلاه ألا يستخدموا داخل أراضي الجمهورية العربية المتحدة أشخاص غير مرغوب فيهم من قبل الحكومة لأسباب سياسية أو أسباب تتعلق بالأمن العام"(٦٣).

ولا شك في أن مساعدة السلطات الإدارية أمر ضروري فالمستثمر غالباً ما يحمل الجنسية الأجنبية، مما يتطلب ذلك الحصول على الموافقات والتأشيرات اللازمة لدخول العاملين والتصاريح الجمركية، والموافقات الخاصة بالأعمال داخل البلد المضيف إذ تعلق الأمر بحاجات أخرى، تنص القوانين والأنظمة والتعليمات على وجوب حصول موافقتها على ممارسة هذه الأعمال وعليه فإن الغرض المرجو من وجود هذه الهيئة

الأجانب، وذلك فيما عدا المناطق التي يعهد فيها رئيس مجلس الوزراء باختصاصات هذه الهيئة أو جهة أخرى.

كما نصت المادة (٧) من قانون الاستثمار الكويتي رقم (٨) لعام ٢٠٠١ على أن ينشأ مكتب يسمى (مكتب استثمار رأس المال الأجنبي) يتولى تلقي طلبات الترخيص واستيفاء إجراءاتها مع الجهات المعنية وإعداد الدراسات وتقديم المقترحات اللازمة في شأنها وعرضها على لجنة الاستثمار للبت فيها خلال مهلة لا تتجاوز أربعة أشهر من تاريخ تقديم الطلب ويجوز تمديدها لمدة مماثلة بقرار مسبب من الوزير.

(٦٣) د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٧٥، ص٩٨. للمزيد أيضاً أنظر نص المادة ٨/ب من اتفاقية الحكومة الكويتية وشركة نفط الكويت سنة ١٩٣٤، وكذلك المادة ٣/١٥ من اتفاقية الكويت مع شركة شل سنة ١٩٦١، والمادة ٢١ من اتفاقية البترول المبرمة بين المملكة العربية السعودية وشركة جيني سنة ١٩٤٩.

يتحقق عندما تنحصر تعاملات المستثمر معها فقط دون حاجة إلى تعامله مع الوزارات المتعددة مما يؤدي في نهاية الأمر إلى تلافي تعقيدات العمل(٦٤).

كما يحق للمستثمر الأجنبي الاستفادة من كافة الامتيازات التي تقررها قوانين الاستثمار الوطنية في الدولة المضيفة له ويمكن بيان أهم هذه الامتيازات التي يحق له التمتع بها:

١- الحق في الحصول على الأراضي اللازمة التي سيقام عليها المشروع وضمان عدم تعرض الغير لها.
٢- الحق في التعاقد مع الجهات المختصة لغرض توصيل الماء والكهرباء وأجهزة الاتصالات لموقع العمل.
٣- الحق في استقدام الأيدي العاملة الأجنبية.
٤- الحق أيضاً في الاستعانة بالموردين والمقاولين المحليين وإسناد بعض أعمال المشروع إليهم في حالة كونهم على درجة من الكفاءة تسمح لهم بذلك.
٥- الحق في التعامل مع الأيدي العاملة المحلية والتعاقد معهم بشأن تنفيذ وإنشاء المشروع.
٦- الحق في شراء أي مواد ضرورية للمشروع من السوق المحلية سواء كانت مواد خام أو قطع غيار سواء أكانت بنفسها أو عن طريق مقاول من الباطن.
٧- الحق في ضمان عدم المنافسة من قبل الغير وذلك بالتزام الدولة بعدم المساح بقيام مشاريع منافسة (Exclusivity) خلال فترة العقد.
٨- الحق في استيراد الآلات والمعدات التي يتطلبها المشروع الاستثماري.
٩- الحق في إقامة الإنشاءات والخدمات التي يتطلبها المشروع الاستثماري.
١٠- الحق في التمتع بالإعفاءات الضريبية.
١١- الحق في التحويل الخارجي لأصل الاستثمار وعوائده ومرتبات مستخدمي المستثمر الأجنبي.

---

(٦٤) د/ محمد يونس محي الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص٦٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

١٢- الحق في فتح حساب بالعملات الحرة.

كما يحق للمستثمر الأجنبي التمتع بحماية مشروعه، إذ تلتزم الدولة المضيفة له بتوفير الحماية الكافية والمناسبة للمشروع الاستثماري الذي يقوم على أرضها والحماية ليست في الأحوال الاستثنائية كظروف الحرب والثورات والفتن الداخلية وأعمال الشغب والعنف فقط ولكن الحماية المقررة أيضاً في الأوقات العادية سواء بالحراسة أو المحافظة على المنشآت محل تنفيذ العقد من السرقة والتلف، وغيرها من الحوادث العادية التي يمكن أن يتعرض لها المشروع الاستثماري لكونه يقع على أرض الدولة(٦٥).

٢- التزام المستثمر الأجنبي:

يلتزم المستثمر الأجنبي بمجموعة من الالتزامات، فهي تنشئ التزام أساسي وجوهري ألا وهو:

أ- التعهد بتنفيذ الالتزامات محل التعاقد:

يتعهد المستثمر الأجنبي بتنفيذ الالتزام سواء كان إنشاء أو توريداً أو استغلالاً، والتي هي السبب الباعث الدافع إلى التعاقد فإذا لم يقوم المستثمر الأجنبي بتنفيذ التزامه الأساسي بإنجازالمشروع وفق لما اتفق عليه في بنود العقد، التزم بتعويض الدولة من جراء عدم التنفيذ(٦٦).

والأمثلة كثيرة في القضاء الدولي على عدم تنفيذ المستثمر الأجنبي للالتزام الأساسي بتنفيذ المشروع، أو العمل المتفق عليه في بنود العقد ولعل من أهمها الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) في النزاع الذي حدث بين دولة إفريقية وشركة فرنسية حول تنفيذ عقد بينهما لإقامة معرض دولي لوسائل التجهيز في الدولة الإفريقية، على أن تلتزم الشركة الفرنسية بالتسويق الدولي، وتأجير مساحات للشركات التي تشترك في هذا العرض، وقامت الدولة الإفريقية بتخصيص مساحة ٣٦٠٠ متراً

(٦٥) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، دار الفكر الجامعي، ص٢٣٧.

(٦٦) د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، المرجع السابق، ص١٨٥.

مربعاً للشركة الفرنسية، للقيام بتأجيرها مجزأة أكبر عدد ممكن من الشركات الأجنبية تم هذا الاتفاق في نهاية ١٩٨١، وقبل افتتاح المعرض بما يقرب عن عام فقد كان مقرراً افتتاحه في نهاية عام ١٩٨١، وقد اتفق الطرفان في العقد على أنه في أول آب من عام ١٩٨١ يقرر الطرفان موقفهما، فيجيب على الشركة الفرنسية أن تكون قد تعاقدت على تأجير مساحة لا تقل عن ٢٧٠٠ متر مربع، تؤجر لعدد من العارضين لا تقل عن ٦٠ عارضاً، فإذا لم يتم ذلك كان من حق إدارة المعرض أن تنتهي العقد بالإرادة المنفردة على أن تعوض الشركة الفرنسية بنصف المقابل المتفق عليه، بمعنى أن تمنحها تعويضاً قدره ٢٠ مليون فرنك من الأربعين مليون، ألا أن الشركة الفرنسية أنهت العقد من جانبها في آب ١٩٨١ ولم تنفذ التزامها، فأدانتها محكمة التحكيم وحكمت عليها بالتعويض(٦٧).

ب- التزام المستثمر الأجنبي باحترام ونقل المعايير الفنية الدولية:

يلتزم المستثمر الأجنبي عند تنفيذه للمشروع محل عقد الامتياز المتفق عليه مع الدولة المضيفة، باحترام القواعد الفنية السائدة، وما يجري عليه العمل في إطار المعاملات الدولية في مجال التخصص محل عقد الاستثمار، وهو ما تحرص عليه الدولة المضيفة في أن يتضمنه عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي، وعلى الرغم من أن هذا الالتزام يمكن مصادفته في عقود التجارة الدولية التقليدية، فمع ذلك يظل هذا الالتزام الواقع على عاتق المستثمر الأجنبي متميزًا عنه، إذ أنه التزام متفرع من الالتزام الجوهري ملتزم به المستثمر الأجنبي، وهو الالتزام بالمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

ويتمثل مضمون التزام المستثمر الأجنبي بنقل عناصر المعرفة الفنية بالطرق اللازمة لنقل هذه العناصر إلى المستفيد، والمتمثل في الدولة المضيفة، وإذا علمنا أن

(٦٧) د/ محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٧٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

عناصر المعرفة الفنية التي يلزم المستثمر الأجنبي بنقلها تتكون من أشياء مادية وأخرى غير مادية فإنه يتعين التفرقة بينهما بخصوص تنفيذ مضمون هذا الالتزام(٦٨).

ج- التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة الوطنية:

غالبًا ما تتضمن عقود الاستثمار شروطًا تلزم المستثمر الأجنبي بالمشاركة في تحقيق ما يعرف بالتنمية البشرية وذلك عن طريق تعهد المستثمر الأجنبي بإنشاء المدارس والمستشفيات ومراكز الخدمات الاجتماعية لأسر العاملين الذين يستخدمهم في المشروع الاستثماري، ومثل هذه الأمور والتي تعد بالأساس من المهمات الرئيسية التي تقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، تمنح المستثمر الأجنبي دوراً بارزاً في القيام بها على غرار المهمات التي تقوم بها المرافق العامة في الدولة الطرف في العقد(٦٩).

إذ تتمثل خصوصية هذا الالتزام في أن الاستثمار يعطي الحق للدولة المضيفة في استغلال المعرفة الفنية الخاصة بالمستثمر الأجنبي، غير أن الطبيعة المعنوية لهذا الحق تجعل من المتعذر على المستثمر الأجنبي استرداده عند انتهاء العقد بعد أن تكون الدولة المضيفة علمت بهذه المعرفة(٧٠).

خاتمة

أصبح الاستثمار الدولي يؤثر علي المجتمع الدولي سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وحتى ثقافيا، كما أصبح ايضا من العوامل التي تؤثر في العلاقات ما بين الدول. ولا يخفي ما لعقود الاستثمار الدولية من فوائد عملية كبيرة لما تحققه من امتيازات كثيرة جدا

---

(٦٨) د/ محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٠٢.

(٦٩) نص المادة (٢٨) فقرة (أ) من عقد الاستمثار النفطي المبرم بين الحكومة الكويتية وشركة الزيت العربية المحدودة (اليابان) على أنه (تساهم الشركة بعد اكتشاف النفط بكميات تجارية في إصلاح أحوال الشعب الكويتي بتقديم الخدمات التعليمية والطبية والصحية وغيرها مما تتفق عليه مع الحكومة.

(٧٠) د/ ماجد عبد الحميد السيد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنه، ص١٧٢.

لطرفي هذه العقود ويمكن توظيف مزاياها لتحقيق مستويات كبيرة في النمو الاقتصادي لاسيما في الدول النامية.

اذا ومن خلال ما بيناه في هذه الدراسة يمكننا ان نستنتج ان عقود الاستثمار تتمتع بمجموعة من الخصائص تمييزها عن غيرها من العقود، فما هي إلا عقود ملزمة للجانبين أو تبادلية، كذلك فهي تتميز بطبيعة خاصة، بالاضافة الي انها من عقود التعويض، ايضا عقد الاستثمار عقد زمني نموذجي، وهو من عقود حسن النية، بالاضافة الي انه انه عقد دولي.

كذلك توصلنا وفقا لرأينا أن عقد الاستثمار هو عقد إداري مصبوغ بصبغة اقتصادية ويرجع ذلك لعدة أسباب، منها:

السبب الأول: أطراف العقد هم الدولة أو أحد أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية، وشخص خاص يلتزم بنقل قيمة اقتصادية إليها لاستقلالها وهذا بهدف تحقيق ربح.

السبب الثاني: المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة غالبًا يكون أحد الشركات الكبرى في مجال الاستثمار، أو شركات متعددة الجنسيات أو دولة متقدمة؛ لذلك فإن هذا العقد وتنفيذه يحتاج لرؤوس أموال ضخمة وخبرات فنية عالية لا تملكها أبدًا الدول النامية.

ونخلص اخيرا الي ايراد بعض التوصيات تتلخص في مجملها إلي أنه ونظراً لاختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذه العقود فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع داخلياً ودولياً؛ لتحديد طبيعة هذه العقود؛ لأن هذه العقود تمتاز بأهمية فائقة في أنها تعمل على تنمية العلاقات بين الدول وتقوية الروابط الاقتصادية فيما بينهم، وتحقيق التقدم للدول، وخاصة الدول النامية، أياً كانت طبيعة عقد الاستثمار.

(ISSN : 2537 - 0758)

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١) د/ إبراهيم محمد العقود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشركة، كلية القانون، جامعة الزاوية.

٢) د/ أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥.

٣) د/ أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤.

٤) د/ أحمد سيد علي، النظام القانوني للشركات غير الوطنية المعاصرة، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ١٩٨٣.

٥) د/ أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٧٥.

٦)د/ أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي بين القانون الدولي وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٧) د/ حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة لتحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

٨) د/ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية.

٩) د/ رأفت فوده، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤.

١٠) د/ سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.

١١) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، ١٩٧٦.
١٢) د/ صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة مقدمة لجامعة عين شمس، ١٩٩٣.
١٣) د/ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية سياسية لدور المركز الدولي لتسوية الاستثمار، منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٨.
١٤) د/ عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٩٨-١٤١٨.
١٥) د/ عصام الدين بسلم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٢.
١٦) د/ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٧) د/ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام الأصول والمبادئ العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ١١، ١٩٩٥.
١٨) د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ٢٠٠٩، دار الجامعة الحديثة.
١٩) د/ ماجد عبد الحميد السيد عمار، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
٢٠) د/ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول الشركات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢١) د/ محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق.

(ISSN : 2537 - 0758)

٢٢) د/ محمد يونس محي الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، ٢٠٠٥.

٢٣) د/ محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٨٦.

٢٤) د/ هشام خالد، عقود ضمان الاستثمار العربية- الإسلامية- الدولية- الوطنية، ٢٠١٢، دار الفكر الجامعي.

٢٥) د/ هشام صادق، النظام العربي للضمان ضد المخاطر غير التجارية ١٩٧٨، دار النهضة العربية.

٢٦) د/ هشام صادق، تنازع القوانين، جامعة الإسكندرية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.

٢٧) د/ يوسف عبد الهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، مقدمة لجامعة بني سويف، ١٩٨٩.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1) Friedman (S.)Expropriation in international law London, 1953.
2) Jean MechileJaceuet, le contract imernational, .
3) New Combe.A., "Law and Practice of investment treaties "Kluwer Law 2009.
4) PhlipeLeboulacer, les controts, center les etat set enter prisesetran 9ees.
5) Salacvse, I.W., "The law of investment treaties", Oxford university, press 2010.
6) Sornarajah, M., The International Law of foreign investment, Cambridge university press, 2010.