الأكاديمية العربية الدولية
Arab International Academy

قانون الاستثمار الدولي

International investment law

الدكتور: محمد علي المليجي

كلية القانون – بكالوريوس قانون

المحاور:

أولاً-الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولي.

ثانياً- القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي

المخرجات المتوقعة من الدرس

1- معرفة أنواع عقود الاستثمار الدولي.

2- التعرف على الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولي.

3-التعرف على القانون الواجب التطبيق لعقود الاستثمار الدولي.

المقدمة

بعد ترسخ مبدأ السيادة على الموارد الطبيعة ، ومبدأ حق تقرير المصير ، كان من الضروري البحث في الخطوط التنظيمية لعقد الاستثمار الدولي ، وذلك من أجل تحديد طبيعته القانونية ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بشأنه.

ضمن هذا الإطار شكل أن عقد الاستثمار الدولي تربة خصبة للجدال الفقهي حول تحديد طبيعته القانونية ، فهناك من يرى أنه عقد من عقود القانون العام ، وهناك من يرى أنه عقد من عقود القانون الخاص ، وبين هذين الاتجاهيين ظهر أتجاه أعتبره عقد ذو طبيعة خاصة.

التكيف القانوني لعقود الاستثمار الدولي

يقصد بالتكيف في المجال القانوني : تلك العملية الفنية التي تهدف إلى تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعات ، و إدراجها ضمن طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية ، تمهيداً لتحديد القانون الذي يحكمها و القضاء الذي ينظرها.

ومن هذا المنطلق فإن التكييف القانوني يعد من المسائل و المواضيع الأولية ذات الأهمية الكبرى في جميع العلاقات القانونية عموماً ، و عقود الاستثمار الدولي على وجه الخصوص ، ذلك أن هذه العقود تمثل أهم أنواع العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة أو الخاصة ، حيث أن تكييفها مثلاً بأنها عقود إدارية ، فإن ذلك يستتبع إخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة ، في حين أن تكييفها كاتفاقية دولية فإن ذلك يستتبع إخضاعها لقواعد القانون الدولي و هكذا .

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

يعرف العقد الإداري في الفقه بأنه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، و تظهر فيه نية الإدارة في الاخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية ، وغير مألوفة في القانون الخاص ، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام).

أما القضاء السوري فقد عرفه (العقد الإداري هو العقد الذي تكون فيه أحد الجهات العامة طرفاً فيه ، و يهدف إلى إدارة أو تسيير مرفق عام ، و يتضمن شروطاً استثنائية و غير مألوفة في القانون الخاص).

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

يلاحظ من التعريفين السابقين أنه لا بد لاعتبار العقد أداري يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

1 – أن يكون أحد أطرف العقد شخصاً معنوياً عاماً

2 – أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام

3 - أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

أمام هذه التعاريف و الشروط نجد هذا الجانب من الفقه ينادي باعتبار عقد الاستثمار الدولي عقداً إدارياً ، على اعتبار أن أسقاط هذه الخصائص على العقد الدولي سيؤدي حتماً إلى اعتباره عقداً إداريا

فحص سريع

أجب بصح او خطأ عما يلي:

العقد الإداري هو القعد المبرم بين أشخاص القانون الخاص؟

ليعتبر العقد اداري يجب ان يتعلق بتسيير مرفق عام؟

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

فالنسبة للشرط الأول – أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً

فمن المبادئ المسلم بها في فقه القانون الإداري ، أن العقد الذي لا تكون الإدارة العامة طرفاً لا يعتبر عقداً إداريا، و يقصد بالجهة الإدارية ، التي يمكن أن تكون طرفاً في العقد الإداري كل شخص معنوي عام سواء أكان مركزياً أو غير مركزي، وحيث أن أطراف عقد الاستثمار هم الدولة والتي تمثل شخص المعنوي العام الوحيد على المستوى المركزي ، و المؤسسات العامة والتي تعد أحد الأشخاص العامة اللامركزية المرفقية.

أما بالنسبة للشرط الثاني المتمثل بتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام ، فإنه من الواجب علينا قبل إسقاط هذا الشرط على عقد الاستثمار الدولي أن نعرف المرافق العامة، (وهي كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهاتها و رقابتها و إشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور) كما أن المرافق العامة عادةً تنشأ بقانون و تلغى بقانون ، أو تنشأ بقرار تنظيمي وتلغى بقرار تنظيمي.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

نستنتج من التعريف السابق أن المرفق العام يقوم على عناصر ثلاثة هي:

1-المشروع : الذي يتجلى بجهاز العاملين الذين يعملون وفقاً لإجراءات قانونية معنية عن طريق ما يكون تحت أيديهم من أموال و معدات

2-النفع العام :إذ يجب أن يهدف المشروع إلى تحقيق الصالح العام المتمثل في تقديم خدمة عامة للجمهور

3-الخضوع للسلطة العامة : يجب أن تخضع المشروعات التي تسعى لتحقيق النفع العام للسلطة العامة ، وعلى هذا فالمشروع الذي يهدف إلى تحقيق النفع العام لا يعد مرفقاً عاماً اذا كان يعمل وفقاً لأساليب القانون الخاص.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

و السؤال الذي يطرح هنا ، هل يتعلق عقد الاستثمار الدولي بإدارة أو تسيير مرفق عام؟

بناء على تقدم فإن من الواضح أن فكرة المرفق العام تحمل في طياتها كثير من المرونة و الغموض ، ولكن وفقاً للشروط السابق ذكرها ، فإننا نرى أن عقود الاستثمار الدولي تتعلق بنشاط مرفق عام ، لكونها تحمل كثير من سمات المرفق العام ، منها اشتراط الحصول مسبقاً على موافقة الدولة في إبرام مثل هذه العقود وملكية النفط مثلاً كثروة طبيعية للدولة و عدم قدرة مشاركة القطاع الخاص في استثمار أو استخراجه وذلك بدلالة المادة 3 الفقرة ب من قانون التشاركية بين القطاعين العام و الخاص والتي نصت (يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون عقود استكشاف و استثمار الثروات الطبيعة مثل عقود النفط).

تكييف عقود الاستثمار الدولي كعقود قانون عام

فيما يتعلق بالشرط الثالث – أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

فمن الجلي للباحثين في عقود الاستثمار الدولي وجود هذه الشروط الاستثنائية في حيثيات العقد بشقيها المتمثلين والتي لا توجد عادة في عقود القانون الخاص، سواء تلك الشروط التي تعطي للإدارة سلطات إزاء المتعاقد معها أو تلك الامتيازات الممنوحة للمتعاقد في مواجهة الغير، ومن أمثلة سلطات الإدارة إزاء المتعاقد ، الحق في توقيع الغرامات على الشركة الأجنبية ، و كذلك الحق في فسخ العقد في بعض الحالات اذا أخل الطرف الأجنبي بالتزاماته ، أما بالنسبة للامتيازات الممنوحة للمتعاقد في مواجه الغير ، فتتمثل بالإعفاءات الجمركية و الضريبة و التسهيلات المصرفية كذلك تتضمين العقد لشرط الثبات التشريعي ، وغيرها من التسهيلات الكثرة التي تتمتع بها الشركة الأجنبية.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كمعاهدات دولية

حاول مؤيدي هذا الاتجاه إسباغ الطبيعة الدولية على عقود الاستثمار الدولي ، و إلحاقها بالنظام القانوني الدولي بعدها معاهدات دولية ، بغرض إخراجها من الخضوع للنظام القانوني للبلد المضيف ، و بالتالي الارتقاء بالشركات الأجنبية من شخص قانوني خاص إلى شخص قانوني عام ، على نحو يحرك المسؤولية الدولية اذا ما قامت الدولة المضيفة باتخاذ أي تدبير من شأنه الإخلال ببنود الاتفاقية.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كمعاهدات دولية

يخلص هذا الجانب من الفقه إلى اعتبار عقود الاستثمار الدولي معاهدات دولية ، و بالتالي تخضع للقانون الدولي العام و المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتمدنة حسب الاصطلاح الشائع في الفقه القانوني الدولي ، مستندين في تبرير رأيهم هذا للأسباب التالية :

من حيث الشكلية : إذ أن إبرام عقود الاستثمار الدولي عادةً يتم طبقاً للشكليات و الإجراءات التي تبرم المعاهدات وفقها ، وعن طريق السلطات و الأجهزة الوطنية المختصة ، بموجب القانون الداخلي الذي يحكم إبرام المعاهدات، كما تخضع هذه العقود لتصديق السلطة التشريعية تماماً مثلما تخضع المعاهدات.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كمعاهدات دولية

من حيث الاعتبارات العملية: وتتمثل هذه الاعتبارات في أن مقتضيات التجارة الدولية تستلزم عدم تمسك الدولة بأحكام القانون الداخلي عند التعاقد ، لأن الدولة اذا تمسكت بسيادتها و سلطاتها العامة فإنها تهدم العلاقات التعاقدية مع الطرف الأجنبي ، كما أنها يمكن أن تثير مشاكل سياسية بينها وبين دولة المتعاقد الأجنبي ، اذا ما لجأ للحماية الدبلوماسية لدولته ، ومن هنا يجب على الدولة أن تنزل لمستوى المتعاقد حتى تتحقق مصالحها الخاصة ، طالما أنها دولة ساعية لجلب الاستثمار.

من حيث توافر شروط خاصة : فمثل تلك العقود غالباً تتضمن شروطاً تلزم الدولة المتعاقدة بعدم اتخاذ بعض الإجراءات الداخلة في اختصاصاتها السيادية ، أو الإجراءات التشريعية التي من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد ، كما هو الحال في شرط الثبات التشريعي أو شرط عدم المساس بالعقد.

امتحان سريع

أجب بصح او خطأ عن الأسئلة التالية:

من مبررات اعتبار عقود الاستثمار الدولي معاهدات دولية، خضوعها لتصديق السلطة التشريعية؟

اعتبار عقود الاستثمار الدولي كمعهدات دولية، يعني خضوعها للقضاء الأجنبي ؟

تكييف عقود الاستثمار الدولي كمعاهدات دولية

من حيث بعض الآراء القضائية الدولية: استند انصار هذا الاتجاه لفكرة تطور مفهوم الشخصية الدولية في القانون الدولي العام ، و بالتالي ليس هناك ما يمنع من تمتع الأشخاص الطبيعية بالشخصية القانونية الدولية و كذلك الحال بالنسبة للشركات الخاصة الأجنبية ، ومن الحجج التي دعموا رأيهم بها الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في عام 1949 في موضوع الاعتراف بالشخصية القانونية للأمم المتحدة ، حيث جاء في رأي المحكمة:

(أن الأشخاص القانونية في أي نظام قانوني ليسوا بالضرورة متماثلين فيما يتعلق بطبيعتهم وفيما يتعلق بالحقوق التي يتمتعون بها ، ثم إن طبيعتهم تتوقف على حاجات الجماعة ...) و أكدت محكمة العدل الدولية أن الدول ليست وحدها من أشخاص القانون الدولي ، و يمثل هذا القرار تراجعاً عن فكرة النظرية التقليدية في القانون الدولي ، التي كانت تعتبر أن الدول وحدها تشكل أشخاص هذا القانون في ميدان العلاقات الدولية ، و نظراً لما أثبته العمل الدولي من ظهور متزايد و متطور لوحدات اقتصادية و قانونية في المجتمع الدولي تباشر دوراً هاماً استوجب الاعتراف لها بشخصية قانونية دولية ، وهذا يؤكد التطور الحاصل في مفهوم الشخصية الدولية

إجابة الاختبار

إجابة السؤال الأول: الإجابة خاطئة.

إجابة السؤال الثاني: الإجابة خاطئة.

تكييف عقود الاستثمار الدولي كمعاهدات دولية

و مع ذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه ، أن ليس كل اتفاق مبرم بين دولة وشخص أجنبي خاص يندرج بالضرورة ضمن اتفاقيات القانون الدولي العام ، فالاتفاقيات المقصودة هنا هي التي تبرم مع شركات أجنبية على مستوى دولي عالي ، بحيث يحصل الطرف الخاص بموجبها على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية الالتزام بها تجاه شخص أجنبي عادي.

وهذا المستوى العالي لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركة تملك قدرات و إمكانيات مالية و تكنولوجية ضخمة ، مما يجعلها قادرة على المطالبة بمزايا ضريبة و تسهيلات جمركية ، و فرض شروط استثنائية ،كشرط الثبات التشريعي أو شرط التحكيم.

المراجع

قانون الاستثمار الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة دمشق، الباحث محمد علي المليجي.

قانون الاستثمار الدولي

انتهت المحاضرة