

سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة

د. صقر الرويس

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق، جامعة البحرين

الملخص

يتناول هذا البحث سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة من خلال التطرق إلى الأساس القانوني لها، وحدودها من حيث أسبابها ومقدارها ووضعها في ظل الشروط العقدية والاتفاقيات الدولية المتصلة بعقد الاستثمار، في إطار القواعد القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات العلاقة بهذا الموضوع.

ويخلص البحث إلى توصيات تعزز النتائج التي انتهى إليها البحث، والتي تتمثل في أن للإدارة حق تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة انطلاقاً من الصفة الإدارية للعقد، تحقيقاً للمصلحة العامة، أو تحقيقاً للتوازن في حالة الظروف الطارئة، أو بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها من الظروف التي من الممكن أن تؤثر في العقد تأثيراً جوهرياً، دون حاجة لوجود نص قانوني يؤكد على هذا السلطة، ودون الحاجة لموافقة المتعاقد معها على هذا التعديل، على أن تكون هذه السلطة في حدود المعقول بحيث لا يكون المتعاقد مع الإدارة أمام عقد جديد، مع حفظ حقه بالتعويض عن التعديلات التي تجريها الإدارة إذا كان لذلك مقتضى، وتنعدم هذه السلطة في ظل عقد استثمار محمي بموجب اتفاقية دولية لا تعطي هذه السلطة للإدارة، وأن أي تصرف على خلاف ذلك يوجب المسؤولية الدولية، ولا يغير من سلطة الإدارة هذه وجود شروط عقدية يكون هدفها تقييد هذه السلطة كشرط ثبات العقد (عدم المساس بالعقد) أو شرط إعادة التفاوض.

كلمات دالة: سلطة الإدارة في تعديل العقد، العقود الإدارية، عقد الاستثمار.

المقدمة

برزت عقود الاستثمار في بدايات القرن التاسع عشر بالتزامن مع الثورة الصناعية آنذاك كنتيجة للتطور الجذري لدور الدولة ووظائفها التنموية، حيث انتقلت الدولة من وضعها الحارس إلى المتدخل في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، هذا التحول تطلب وسيلة ناجعة لتحقيق هذه الوظائف التي تعجز الدولة بمفردها عن تحقيقها لاسيما الدول النامية، إن أفضل مسلك لتحقيق هذه الوظائف كانت عقود الاستثمار التي شكلت أداة فعالة في هذا المجال.

إن المعادلة دقيقة جداً في عقود الاستثمار، فنحن أمام عقد يتمتع بذاتية خاصة، فالإدارة طرف قوي تسعى من خلال عقد الاستثمار إلى تحقيق أهداف اقتصادية وتنموية واكتساب رؤوس الأموال والتكنولوجيا، وهي أهداف مهمة بل قد تكون مصيرية تنفذ على فترات طويلة نسبياً، وبالمقابل هناك طرف آخر لا يقل قوة عن الدولة في الوقت الراهن هو المستثمر الأجنبي الذي يهدف إلى جني الأرباح وتجنب الخسائر في ظل أجواء اقتصادية واجتماعية وسياسية تسمح بالاستثمار، يجسدها إطار قانوني واضح وشفاف يحقق الأمن القانوني اللازم للمستثمر ويدفعه إلى التعاقد مع الإدارة دون تردد، وعادة ما تبرم هذه العقود مع شركات أجنبية عملاقة تحت مظلة اتفاقيات دولية ثنائية أو جماعية تجعل المتعاقد مع الإدارة في مركز قانوني قوي.

إن طبيعة وظيفة الإدارة جعلتها تتميز بسلطات استثنائية تجاه المتعاقد معها في العقود الإدارية بشكل عام، كالسلطات المتعلقة بالرقابة والإشراف وتوقيع الجزاءات والتنفيذ على حساب المتعاقد وفسخ العقد بالإرادة المنفردة، إلا أن من بين أهم هذه السلطات سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وهي سلطة لا غبار عليها بشكل عام في العقود الإدارية على اختلاف أنواعها، يعترف بها الفقه والقضاء والمشرع، تقوم بها الإدارة وفق مقتضيات المصلحة العامة، فلها أن تزيد من أعباء المتعاقد معها أو تنقصها، وتعد هذه السلطة أبرز خصائص العقد الإداري المميزة له عن نظام العقود الخاصة على النحو الذي لا يتوافق مع مبدأ قدسية العقود، إلا أن هذه السلطة لا تكون بالمستوى نفسه في كل العقود الإدارية، فيختلف تطبيقها حسب درجة اتصال العقد بالمرفق العام ومساهمة الإدارة في العقد، فإذا كان الوضع كذلك في العقود الإدارية، فهل يسري على عقود الاستثمار ما يسري على العقود الإدارية؟

إن هذا التساؤل يقودنا للبحث في طبيعة عقود الاستثمار، هل هي عقود إدارية؟ أم أنها عقود ذات طبيعة أخرى؟ لا شك إن الإلمام بطبيعة أي عقد يقودنا إلى معرفة النظام

القانوني الذي يحكم هذا العقد، ومن ثم إن البحث في مسألة طبيعة عقود الاستثمار سوف يسهم في بيان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار، وإن كان للإدارة سلطة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار، فما هي حدود هذه السلطة؟ من حيث أسبابها ومقدارها أو مداها؟

ترتبط عقود الاستثمار عادةً باتفاقيات دولية ثنائية أو جماعية على خلاف المؤلف في العقود الأخرى، فهل لهذه الاتفاقيات دور في سلطة الإدارة في تعديل العقد؟ كما أن عقود الاستثمار عادةً تنص على نوع معين من الشروط لا تمثل لها في القانون العام أو الخاص، كشرط ثبات العقد (شرط عدم المساس بالعقد) وشرط إعادة التفاوض، التي وضعت أصلاً لتقييد سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، فما مدى هذه السلطة في ظل هذا النوع من الشروط؟

مشكلة البحث

إن الإبقاء على كافة السلطات المقررة للإدارة في عقود الاستثمار بالشكل الذي عليه في العقود الإدارية بشكل عام يتنافى مع سياسة جذب الاستثمار والتشجيع عليه، وإن التفريط في سلطات الإدارة كاملة يجعل المصلحة العامة رهينة في يد المستثمر والتجارة الدولية، على ذلك ينبغي الموازنة بشكل دقيق بين سلطات الإدارة وحقوق المستثمر بما يحقق الأهداف المرجوة من الاستثمار، إن البحث في سلطة مهمة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها كسلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار يختلف تماماً عن البحث عن هذه السلطة في أي عقد آخر، فنحن أمام عقد يجمع عناصر مركبة بين القانون الإداري والقانون المدني والقانون الدولي، فهذا النوع من العقود يتمتع بخصائص العقد الإداري، وفي الوقت نفسه يرتبط باتفاقيات دولية ثنائية أو جماعية، ويتضمن شروطاً غير مألوفة في القانونين العام والخاص كشرط عدم المساس بالعقد وشرط إعادة التفاوض، وإن جميع هذه العناصر تنعكس على سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، من ثم ينبغي البحث في هذه السلطة من كافة الزوايا بشكل متوازن ودقيق بما يخدم المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي.

أغراض البحث

يهدف هذا البحث إلى الإلمام بكافة الجوانب القانونية لسلطة الإدارة في تعديل العقد تجاه المتعاقد معها في عقود الاستثمار من خلال التطرق للقواعد القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية المتصلة بهذا الموضوع.

أهمية البحث

يتمتع هذا البحث بأهمية خاصة، حيث يتناول موضوعاً مفصلياً في مسألة العقود بشكل عام وفي عقود الاستثمار بشكل خاص، تتصل به مسائل قانونية ثار حولها الكثير من الجدل القانوني، إذ مازالت عقود الاستثمار محل لغط كبير وتحتاج إلى مزيد من الدراسات، ومن ثم فإن الوقوف على سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار سوف يسهم في بلورة جزء من القواعد القانونية التي تحكم عقود الاستثمار.

منهج البحث

اتبع البحث المنهج الوصفي التحليلي كمنهج رئيسي، بوصف وتحليل عناصر ومشكلات البحث والقواعد القانونية التي تحكمها في ضوء الآراء الفقهية والأحكام القضائية، كذلك عالج البحث بعض قضاياها بأسلوب المنهج المقارن للاستفادة من التجارب المقارنة في حل مشكلة البحث وتحقيق أهدافه.

تقسيم البحث

بالنظر إلى مشكلة البحث وأهميته وأهدافه، سوف نتناول هذا الموضوع من خلال التطرق لماهية عقود الاستثمار (مبحث تمهيدي)، ومن ثم دراسة سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار في ثلاثة مباحث، على النحو الآتي:

المبحث الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: حدود سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة.

المبحث الثالث: سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة في ظل الشروط العقدية.

المبحث التمهيدي ماهية عقود الاستثمار

الاستثمار في اللغة يأتي بمعنى تنمية المال واستخدامه من أجل الربح⁽¹⁾، وعرف مجمع اللغة العربية الاستثمار على أنه: «استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريقة غير مباشرة ك شراء الأسهم والسندات»⁽²⁾، ويشير الفقه الإسلامي عادةً إلى الاستثمار على أنه استخدام الوسائل المتنوعة بقصد تنمية المال بالطرق المشروعة، وهذا ما أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى: «وَكَانَ لَهُ ثَمْرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا»⁽³⁾، وأن الشريعة الإسلامية بمختلف مصادرها تحث وتشجع على الاستثمار وتؤكد أجر القائمين عليه⁽⁴⁾.

أما في الاصطلاح، فهناك صعوبة للوصول إلى تعريف جامع مانع للاستثمار بسبب تعدد جوانبه الاقتصادية والقانونية، فضلاً عن تنوع أشكال الاستثمار ومصادره التي تتطور سريعاً وفقاً للظروف والأوضاع الاقتصادية والسياسية على المستوى الوطني والدولي⁽⁵⁾.

عند تعريف الاستثمار يتعرض الفقه إليه من الناحية الاقتصادية ومن الناحية القانونية على اعتبار أن الاستثمار هو عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وعناصر قانونية، إلا أنها تتشابه كثيراً بحيث يمكن حصر نقاط الخلاف فيما بينها، فالبعض يرى الاستثمار بنظرة توسعية على أنه استغلال لرأس المال بهدف تحقيق أرباح، وهذا المفهوم قريب من المعنى الاصطلاحي للاستثمار وينصرف إلى الاستثمار الأجنبي والوطني على السواء، والبعض الآخر يرى أن الاستثمار عبارة عن أموال أياً كانت طبيعتها تدخل دولة غير دولتها بقصد إنشاء مشروع معين وفقاً لتشريعات الدولة المضيفة بقصد تحقيق مكاسب

(1) القاموس المحيط، 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص 459. لسان العرب، ج 8، دار المعرفة، بيروت، 1994، ص 279.

(2) المعجم الوجيز، ط 4، باب الثاء، منشورات مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1995، ص 87.

(3) سورة الكهف، الآية 34.

(4) د. أشرف محمد دوابه، الاستثمار في الإسلام، دار السلام، القاهرة، 2012، ص 157.

(5) د. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، ص 287، 2015، د. الوليد صالح عبد العزيز، دور السياسة الضريبية في تحفيز الاستثمار في ظل التطورات العالمية المعاصرة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 33.

M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 4th Edition, Cambridge University Press, UK, 2017, p.7.

مجزية للمستثمر، وهذا المفهوم لا يختلف عن سابقه إلا في أنه يحصر الاستثمار في طرف أجنبي⁽⁶⁾.

لقد اختلفت تشريعات الاستثمار العربية في وضع تعريف شامل للاستثمار، فمنها من اكتفى في تحديد مجالات الاستثمار دون الإشارة إلى تعريف محدد كقانون الاستثمار السوداني لسنة 2007 ومعظم قوانين الاستثمار العربية القديمة الملغاة، حيث كانت تميل إلى تعداد حالات الاستثمار أو تحديد حالات رأس المال الأجنبي كالقانون المصري الملغى لسنة 1997، وقانون الاستثمار الكويتي الملغى لسنة 2001، وقانون الاستثمار اليمني الملغى لسنة 2002، وهذا على عكس توجه التشريعات العربية الحديثة التي تميل إلى وضع تعريف موسع للاستثمار، بحيث يشمل أكبر قدر من حالات الاستثمار ويواكب تطوراتها، منها قانون الاستثمار المصري الجديد لسنة 2017 الذي عرّف الاستثمار في مادته الأولى بأنه: «استخدام المال لإنشاء مشروع استثمار أو توسيعه أو تطويره، أو تمويله، أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة المستدامة للبلاد»، وقانون الاستثمار العراقي لسنة 2006 الذي عرّف الاستثمار بأنه: «توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد»، وبذات الاتجاه جاء قانون الاستثمار الكويتي الجديد لسنة 2013، وقانون الاستثمار اليمني لسنة 2010⁽⁷⁾.

تجنب القانون الدولي تعريف الاستثمار بشكل عام، حيث لم تتعرض المعاهدات المتعلقة بالاستثمار إلى تعريف محدد له، وكذلك الأمر بالنسبة لمحكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم الدولية⁽⁸⁾، فعلى سبيل المثال أغفلت الاتفاقية الدولية الخاصة بالبنك الدولي وضع تعريف للاستثمار على الرغم من إنشائها للمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار، ويهدف هذا المسلك إلى إضفاء قدر أكبر من المرونة على مفهوم الاستثمار بشكل يواكب التطورات⁽⁹⁾.

(6) د. معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 29-33. د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم، الشركات دولية النشاط وآثارها في تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر والدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 14 - 16.

(7) د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم، مرجع سابق، ص 17-21، د. عبدالستار أحمد مجيد الجبوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2019، ص 22 وما بعدها، د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للمشروعات الاستثمارية وفقاً لقانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.

(8) د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 344.

(9) د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 16.

وفي اتفاقيات الاستثمار الدولية المتعددة والثنائية، يُلاحظ أنها تعطي تعريفاً للاستثمار الأجنبي المشمول بأحكامها، فسلكت ذات النهج المتبع في التشريعات الوطنية عند تعريفها للاستثمار الأجنبي من خلال الاستعانة بمفهوم المال المستثمر وبيان الأموال المستثمرة التي تدخل في نطاق الاتفاقية الدولية، ومن تلك الاتفاقيات اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي عرّفت مصطلح الاستثمار بأنه: «الاستثمار الذي يشمل الاستثمارات المباشرة كالمشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، كما يُشكّل كافة الاستثمارات غير المباشرة مثل الاكتتاب في الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يجاوز أجلها ثلاث سنوات».

إن الملاحظ على التعريفات الواردة في الاتفاقيات الدولية أنها تعطي مفهوماً موسعاً للاستثمار، بحيث يدخل في نطاق الاستثمار كل مساهمة في مشروع، سواء أكانت مادية أم غير مادية، كما تنطوي معظم التعريفات الواردة في الاتفاقيات الدولية على خلط بين مصطلحي الاستثمار والمال المستثمر⁽¹⁰⁾، ومن الاتفاقيات الثنائية التي تناولت مفهوم الاستثمار بشيء من التوسع الاتفاقية الثنائية لتشجيع الاستثمار بين طاجكستان واليمن⁽¹¹⁾.

إن الاختلاف في تعريف الاستثمار انعكس على تعريف عقد الاستثمار، وبالنظر إلى المحاولات التي تناولت تعريف عقد الاستثمار نجد أن هناك اختلافاً بحسب الزاوية التي يحاول التركيز عليها، فتأتي تارة مختصرة، بحيث يمكن أن يدخل في ثناياها العديد من المسائل التي لا تتعلق بعقود الاستثمار، وهو ما تحقق في التعريف الذي أشار إليه مجمع القانون الدولي عندما عرّف عقود الاستثمار بأنها: «العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية»⁽¹²⁾، وعلى ذات النهج تُعرّف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقد الاستثمار بأنه: «عقود تقوم بترتيب علاقة تعاقدية ذات طابع تجاري»⁽¹³⁾.

ومن الفقهاء من يُعرّف هذه العقود بأنها: «عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها

(10) د. أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 31-32-35.

(11) د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم، مرجع سابق، ص 22.

حول مفهوم الاستثمار في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، راجع:

Julian Davis Mortenson, The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, 51 Harvard International Law Journal, p. 257, (2010).

(12) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 13.

(13) د. إبراهيم محمد القعود، مرجع سابق، ص 287.

هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، وشخص طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوباً عادةً باتفاق بالمساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع هذا العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية، وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبياً⁽¹⁴⁾.

وعرّفت بعض أحكام التحكيم عقد الاستثمار بأنه: «عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية، إذ إنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، مع إلزام الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام»⁽¹⁵⁾.

إن الاختلافات في التعريفات السابقة وتفاوتها لم تمنع الفقه من تحديد خصائص وعناصر معينة لعقود الاستثمار، هي⁽¹⁶⁾:

- 1- يجب أن تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفاً في العقد.
- 2- ينبغي أن يكون الطرف الثاني أجنبياً، سواء أكان دولة أم شخصاً طبيعياً أم معنوياً.
- 3- يجب أن يكون محل العقد مرفقاً عاماً.
- 4- الهدف من العقد يجب أن يكون تحقيق مصلحة عامة، وأن يكون متصلاً بالمرفق العام سواء تعلق الأمر بالإنشاء أو الصيانة أو الإدارة أو التطوير أو غيرها من المسائل ذات العلاقة.
- 5- تخضع عقود الاستثمار الدولية في إبرامها لنظام خاص تخرج عن القواعد العامة في العقود الإدارية، من حيث التفاوض والاتفاق المباشر بين الإدارة والمستثمر، بدلاً من الخضوع لنظام المناقصات، وتتنوع عقود الاستثمار وتتعدد صورها بحسب حاجة الدول لها، إلا أنها تتركز بشكل كبير في عقود تنقيب واستخراج وإدارة البترول، وعقود نقل التكنولوجيا وتطويرها، وعقد الأشغال العامة الدولية في مجالات عدة أبرزها إنشاء وتطوير البنية التحتية⁽¹⁷⁾.

(14) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 30.

(15) المرجع السابق، ص 32.

(16) د. إبراهيم محمد القعود، مرجع سابق، ص 288-289.

(17) د. رفيقة قصوري، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، الجزائر، العدد الخامس، 2016، ص 196 وما بعدها.

المبحث الأول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة

يعترف الفقه والقضاء والمشرع بشكل عام بسلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد في العقود الإدارية على اختلاف أنواعها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، فلها أن تزيد من أعباء المتعاقد معها أو تنقصها، وتعد هذه السلطة أبرز خصائص العقد الإداري التي تميزه عن نظام العقود المدنية، وذلك على خلاف قاعدة الحق المكتسب وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذه السلطة لا تكون بالمستوى نفسه في كل العقود الإدارية، فيختلف تطبيقها حسب درجة اتصال العقد بالمرفق العام ومساهمة الإدارة في العقد، فسلطة الإدارة في تعديل العقد في عقود الامتياز تكون أكبر من عقود التوريد، حيث تكون مساهمة الإدارة في العقد أكبر⁽¹⁸⁾، وبالتالي فإن البحث في مسألة طبيعة عقد الاستثمار ومدى صلته بالمرافق العامة يُشكّل محوراً مهماً في تحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة.

يرى جانب كبير من الفقهاء أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية يسري عليها ما يسري على العقود الإدارية، بما في ذلك سلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، ويرجع أنصار هذا الاتجاه رأيهم إلى عدة حجج تستند إلى توفر عناصر العقد الإداري⁽¹⁹⁾، وفي المقابل هناك من لا يرى أن هذه العقود لها الصفة الإدارية، وأنها عقود لا تخرج عن نطاق العقود الخاصة، وهناك آراء لا تنتمي إلى أي من الفريقين، حيث يرى أصحابها أن عقود الاستثمار هي اتفاقيات دولية، ورأي آخر يقول إن هذه العقود لها طبيعة خاصة، تفصل هذه الآراء في مطلبين، نبحت في الأول الرأي القائل أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية، ونتطرق في الثاني إلى الآراء الأخرى التي لا ترى أن عقد الاستثمار له الصفة الإدارية، وذلك على النحو الآتي:

(18) د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط4، الآفاق المشرقة، الشارقة، 2012، ص 333-335.

(19) محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010، ص 181، دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص 58، د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 209، د. حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 463.

المطلب الأول

الصفة الإدارية لعقود الاستثمار

تُعتبر العقود وسيلة مهمة للدولة تسعى من خلالها لتحقيق أهدافها، وهي في ذلك قد تلجأ إلى التعاقد بأسلوب القانون الخاص أو بأسلوب القانون العام، وإن التعاقد وفقاً للأسلوب الأخير يُعتبر أساس العقود الإدارية، ويُعرّف العقد الإداري بأنه: «العقد الذي تبرمه الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام حول موضوع يتصل بنشاط مرفق عام وفق أسلوب القانون لعام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون لخاص»⁽²⁰⁾.

قد تتحقق صفة العقد عن طريق المشرّع عندما يضيف على بعض العقود صفة العقود الإدارية بنص القانون⁽²¹⁾، وفي حال نص المشرّع على أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية، فإن العقد يكون إدارياً بنص القانون، وفي حال خلو القانون من أي نص حول طبيعة عقود الاستثمار، يبدأ البحث في مدى توافق عقود الاستثمار مع الشروط اللازمة لوصف العقد بأنه عقد إداري.

وبالنظر إلى تعريف العقد الإداري، نجد أن العقد حتى يوصف بأنه إداري، لا بد من تحقق ثلاثة شروط رئيسية، نبين هذه الشروط ومدى ارتباطها بعقود الاستثمار على النحو الآتي:

1- لا يوصف العقد بأنه إداري حتى يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، وهي الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، كذلك يضيف البعض إلى هؤلاء المشروعات الاقتصادية العامة التي تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً، بل اتجه القضاء الإداري في العديد من المناسبات إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد دون أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، حيث كانت جميع الأطراف من أشخاص القانون الخاص، لكن العقد كان باسم أو لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، هذا هو مسلك القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه الذي اتجه إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد متى كان لحساب الإدارة، حتى لو تم من قبل شخص معنوي خاص أو فرد عادي، سواء أكان مواطناً

(20) د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، ج2، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 95-97.

(21) د. نواف كنعان، مرجع سابق، ص 294.

أم أجنبياً⁽²²⁾.

لا خلاف في مجال عقود الاستثمار على أنها عقود ضخمة من الناحية الاقتصادية هدفها التنمية في الدولة، تتصل عادة بالطاقة ونقل التكنولوجيا والأشغال العامة، وهي عقود تفترض وجود الدولة كطرف فيها أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، فضلاً عن أن العقد لا يوصف بأنه عقد استثمار حتى تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في العقد⁽²³⁾.

2- الشرط الثاني يفترض اتصال العقد بمرفق عام، بأن يكون محله أو موضوعه مرفقاً عاماً، سواء من حيث التنظيم أو الإدارة أو التنفيذ أو أي مسألة أخرى ترتبط بالمرفق العام⁽²⁴⁾، والمرفق العام هو مشروع عام يُدار بواسطة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام باتباع أساليب معينة لإشباع حاجة عامة⁽²⁵⁾، لا خلاف أن عقود الاستثمار ترتبط عادةً بالمرافق العامة سواء بإنشائها أو إدارتها أو تقديم خدمات لها أو غيرها من المسائل التي ترتبط بالمرافق العامة، فطبيعة محل عقود الاستثمار تحتم ارتباطها بمرفق عام كعقود نقل التكنولوجيا وعقد الأشغال العامة وعقود البترول⁽²⁶⁾.

3- ولكي يوصف العقد بأنه عقد إداري، لا بد أن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويُعتبر هذا الشرط شرطاً أساسياً استقر عليه القضاء الإداري سواء وردت هذه الشروط في العقد أو تقررت بمقتضى القوانين واللوائح، ومن أمثلة هذه الشروط سلطة الإدارة في تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة، أو توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، أو التي تمنح المتعاقد مع الإدارة امتيازات السلطة العامة⁽²⁷⁾.

يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الشرط لم يعد ضرورياً، فقد لا يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة، لكن الجو العام للعقد يُشير إلى النظام غير

(22) د. رمضان محمد بطيخ، د. نوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، ط 1، إثراء للنشر، عمان، الأردن، 2012، ص 492 وما بعدها. د. نواف كنعان، مرجع سابق، ص 297، 298.

(23) د. رفيقة قصوري، مرجع سابق، ص 184.

(24) د. حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 100-101.

(25) د. محمد أحمد عبد النعيم، مبادئ القانون الإداري، جامعة البحرين، 2017، ص 252.

(26) دارا رمزي توفيق، مرجع سابق، ص 55، د. محمد عبد الله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها ذاتيتها، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، العدد السادس عشر، يوليو- ديسمبر، 2003، ص 162.

(27) د. حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 101.

المألوف باتباع النظام السيادي محل الشروط السيادية⁽²⁸⁾.

ويرى جانب كبير من الفقهاء أن الإدارة تتمتع في عقود الاستثمار بسلطات استثنائية كسلطة الإدارة في الرقابة والتفتيش وتوقيع الجزاءات حال التقصير، وسلطة تعديل وإنهاء العقد، ومنع المتعاقد معها من التعاقد مع طرف ثالث، وغير ذلك من السلطات التي تعتبر غير مألوفة في نطاق القانون الخاص⁽²⁹⁾.

وفي الجانب الآخر يتمتع المتعاقد مع الإدارة بالعديد من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص التي يكون مصدرها عقد الاستثمار أو القوانين والقرارات المنظمة للاستثمار، نذكر منها شرط التحكيم⁽³⁰⁾ وشرط الثبات التشريعي⁽³¹⁾ وشرط إعادة التفاوض⁽³²⁾، وامتيازات و ضمانات تتعلق بالمسائل المالية والجمركية والاحتكار والتملك الاستثنائي⁽³³⁾.

وعلاوة على ما ذكر حول عناصر العقد الإداري، يرى جانب من الفقهاء أن الدولة عندما تبرم عقود الاستثمار، فإنها تبرمها بصفقتها صاحبة سيادة، حيث إن محل العقد يتعلق

(28) د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص 285.

(29) دارارمزي توفيق، مرجع سابق، ص 56. د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 166.

(30) حول شرط التحكيم راجع: د. شيرزاد حميد هاروري، منازعات التحكيم بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018. د. عامر أحمد الجارحي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الصلة الدولية، الكتاب الأول، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.

Susan D. Franck, Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, 19 Pac. McGeorge Global Business and Development Lqw Journal, 337 (2006), p.365.

Bruno Simma, Foreign investment arbitration: A place for human rights?, British Institute of International and Comparative Law, Volume 60, Issue 3, July 2011, p. 573-596.

(31) د. بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 3، العدد 2، يونيو 2018.

(32) د. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 3، 2011، ص 115-155.

(33) د. نادية إسماعيل محمد الجبلي، المزايا والضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2018، ص 203 وما بعدها. د. عبد الستار أحمد مجيد الجبوري، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها.

عادةً بثروات الدولة الطبيعية التي يعترف القانون الدولي بسيادة الدولة عليها⁽³⁴⁾، وإن السيادة تفترض أن لا تخضع الدولة لقانون غير قانونها، ومن ثم يُعد هذا العقد من عقود القانون العام⁽³⁵⁾، ويتجه القضاء الدولي في مجال العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي إلى أن سيادة الدولة تقتضي خضوع تعهداتها وصحة التزاماتها لقانونها⁽³⁶⁾، كذلك من يرى أن عقود الاستثمار هي عقود تنمية بالأساس، ومن ثم يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة التي تعتبر أبرز معايير العقد الإداري⁽³⁷⁾.

هناك اعتراف في التحكيم الدولي لكثير من عقود الاستثمار بأنها عقود إدارية، وطبقت خلال حكمها نظريات تتصل بالقانون الإداري كنظريات إعادة التوازن المالي، ونخص بالذكر هنا قضية شركة البترول البريطانية (BP) ضد ليبيا، وقضية الشركة الكندية (سافير) ضد شركة إيران للبترول (نيوك)⁽³⁸⁾، وفي ذات الاتجاه اتجهت غرفة التجارة الدولية CCI في العديد من أحكامها، حيث أكدت في حكمها رقم 5769 لسنة 1990 على الصبغة الإدارية للعقد الذي كان أحد طرفيه جهة حكومية عامة يتعلق بتنفيذ مشاريع في القطاع الزراعي للمصلحة العامة ويتضمن شروطاً استثنائية، وعلى النهج نفسه سارت الغرفة في حكمها بين الشركة الأمريكية والجزائر بشأن مشروع سكك الحديد⁽³⁹⁾.

المطلب الثاني

عقود الاستثمار ليست لها الصفة الإدارية

في مقابل الرأي السابق، هناك آراء فقهية لا ترى أن عقود الاستثمار عقود إدارية، وأنها لا تخرج عن نطاق العقود الخاصة أو العقود المدنية، وهناك آراء تتجه إلى اعتبار عقود الاستثمار اتفاقيات دولية، ورأي آخر يرى أن هذه العقود لها طبيعة خاصة.

بالنسبة للرأي القائل بأن عقود الاستثمار من عقود القانون الخاص أو عقود مدنية⁽⁴⁰⁾،

(34) د. إبراهيم محمد القعود، مرجع سابق، ص 302.

(35) د. خلود الصادق بيوض، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012، ص 315.

(36) د. عبد الرحيم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982، ص 208.

(37) د. إبراهيم محمد القعود، مرجع سابق، ص 302.

(38) د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية: دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1982، ص 305.

(39) د. حفيظة السيد، مرجع سابق، ص 418. مراد محمود مواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 213-222.

(40) د. إبراهيم محمد القعود، مرجع سابق، ص 303.

فإنه يستند إلى عدة اعتبارات، منها ما تطرق إلى بعض أحكام التحكيم التي تؤكد هذا التوجه، ومنها ما يتصل بالاعتبارات العملية المتعلقة بجذب الاستثمار التي تحتم على الدولة التخلي عن فكرة القانون العام والدخول في عقود خاصة مع الطرف الأجنبي⁽⁴¹⁾، وأيضاً هناك من يرجعون هذا الرأي إلى اعتبارات قانونية تتعلق أساساً برفض الاتجاه القائل بأن عقود الاستثمار عقود إدارية، ويقدمون في ذلك عدة أسانيد⁽⁴²⁾، نوضحها على النحو الآتي:

1- إن تطبيق عناصر العقد الإداري المتعارف عليها بالقانون الإداري على عقود الاستثمار ليس بالأمر الدقيق، حيث لا يعني وجود الإدارة في العقد أن هذا العقد إداري، فقد يكون عقداً خاصاً رغم وجود الإدارة فيه متى اتبعت قواعد القانون الخاص عند إبرامه، وأن ربط المشاريع الاستثمارية بالمرفق العام مسألة غير دقيقة، حيث يختلف المرفق العام عن محل عقود الاستثمار التي عادةً ما ترتبط باستغلال الثروات كعقود النفط مثلاً، وهي في ذلك لا تقدم حاجة عامة للجمهور، حيث يقتصر دورها على الإنتاج والبيع وتسليم الإدارة أموالاً تُصرف في مسائل التنمية، كما أن وجود شروط استثنائية في العقد لا يؤدي إلى اعتباره إدارياً، فكثير من هذه الشروط تمت لمصلحة المتعاقد مع الإدارة كشرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد وشرط التحكيم، فضلاً عن أن عقود القانون الخاص كعقد البيع مثلاً قد تتضمن شروطاً استثنائية في كثير من الأحيان، مثل حق أحد الأطراف في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

2- إن نظرية العقد الإداري من خلق القضاء الإداري الفرنسي لمواجهة عقود الدولة الداخلية، ومن ثم لا مجال لإعمالها في عقود الإدارة الدولية.

3- إن إضفاء صفة العقود الإدارية تتطلب قضاءً إدارياً دولياً للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، وهذا يخالف الواقع الذي عادةً ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي.

4- إن حجج الفريق الذي يرى أن عقود الاستثمار لها الصفة الإدارية قامت على خلفيات اقتصادية من قبل الدول النامية لتكون في موقف قوي في مواجهة

(41) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 158-161.

(42) د. حفيظة السيد، مرجع سابق، ص 474-481. د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 177-178. محمد عبد العزيز علي بكر، مرجع سابق، 2010، ص 200-206. دارا رمزي توفيق، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها. د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 604 - 606.

الطرف الأجنبي، كما أن صفة السيادة التي انطلق منها أصحاب هذا الرأي غير متواجدة في كل العقود، حيث هناك عقود تتساوى فيها المراكز القانونية للطرفين، كما أن السيادة تكون في إطار إقليم الدولة، وأن كل تعاقد مع طرف أجنبي يُحجّم هذه السيادة.

5- استند المعارضون لفكرة العقد الإداري إلى مجموعة من الأحكام التحكيمية، التي لم تُكَيّف عقد الاستثمار على أنه عقد إداري، نذكر منها: قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية، التي اعتبر فيها التحكيم أن العقد لم يكن عقداً إدارياً، على أساس أن المملكة العربية السعودية تستند إلى القانون الإسلامي، الذي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو المعروف في القانون الفرنسي، وقضية تكسيكو ضد الحكومة الليبية التي لم يُكَيّف فيها التحكيم عقد الاستثمار على أنه عقد إداري، على أساس أنه لم يتضمن الشروط الثلاثة اللازمة للعقد الإداري.

لم يصمت أصحاب الاتجاه الذي يرى أن عقود الاستثمار عقود إدارية في تنفيذ هذه الانتقادات والرد عليها⁽⁴³⁾، نبين ردهم على النحو الآتي:

1- إن القول بوجود شروط استثنائية في العقود المدنية على غرار العقود الإدارية غير صحيح، حيث لا يُتصور وجود شروط استثنائية تتعلق بالإعفاء من الضرائب مثلاً في عقود القانون الخاص، كذلك إن وجود شروط الثبات في العقد تؤكد الصفة الاستثنائية للعقد ولا تنفيذها، حيث لا تمثل لهذه الشروط في عقود القانون الخاص، كما أن الشروط الاستثنائية قد تكون لمصلحة الإدارة، وقد تكون لمصلحة المتعاقد معها لتمكنه من أداء مهامه في تحقيق المصلحة العامة، بمعنى أن وجود شروط استثنائية لمصلحة المتعاقد مع الإدارة لا ينفي وصفها بالاستثنائية.

2- عدم اعتبار المشاريع محل عقد الاستثمار كمشاريع النفط مرفقاً عاماً يعتبر أمراً يخالف الواقع، حيث تعتبر هذه المشاريع مرافق عامة رئيسية في كثير من الدول كدول الخليج العربي.

3- فكرة وجود العقد الإداري في فرنسا فقط، ومن ثم لا تعرفها كثير من الأنظمة أمر غير صحيح، ففكرة العقد الإداري موجودة في جميع الدول، متى توافرت عناصره بصرف النظر عن تسميته، ومن ذلك النظام الأنجلوساكسوني، الذي يطلق على هذه العقود عقود الدولة.

(43) دارارمزي توفيق، مرجع سابق، ص 66-69.

4- لا يمكن اعتبار أن الدولة عندما تبرم عقداً مع طرف أجنبي أنها تتخلى عن سيادتها التي كانت محدودة في إقليمها، فإن هذا النوع من العقود عادةً يُبرم في إقليم الدولة، وأن الطرف الأجنبي يعلم أنه تعاقد مع طرف ذي سيادة يتمتع بسلطات عامة.

ومع ذلك، هناك آراء قليلة خرجت عن نطاق القانون العام ونطاق القانون الخاص، حيث اعتبرت أن عقود الاستثمار اتفاقيات دولية يسري عليها ما يسري على الاتفاقيات الدولية، ومن ثم فإن الإخلال بها يُعد إخلالاً دولياً يستلزم قيام المسؤولية الدولية، ولم يلق هذا الرأي قبولاً لدى الفقه العربي والغربي على السواء، والحجة في ذلك واضحة لا لبس فيها، فالاتفاقيات الدولية تكون بين الدول ذات السيادة وتخضع للقانون الدولي، ولا مجال لإعمال هذا الرأي مهما كانت حجته الفرعية⁽⁴⁴⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن عقود الاستثمار هي عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة، ومن ثم لا بد من قانون خاص يحكمها بشكل يتلاءم مع طبيعتها، حيث يرى البعض أنها عقود إدارية عالمية تجمع بين عناصر القانون الإداري والقانون الدولي⁽⁴⁵⁾، ويرى جانب آخر أنها تجمع بين عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص، حيث تجمع بين مظاهر السلطة العامة المألوفة في العقود الإدارية ومظاهر مساواة الطرفين في العقود الخاصة⁽⁴⁶⁾، وهذا الاتجاه يرى أن عقد الاستثمار يحكمه كلا القانونين العام والخاص، ولقد توجه القضاء الدولي في بعض أحكام التحكيم إلى مثل ذلك في قضية الشركة الكندية والحكومة الإيرانية، انتقد هذا الرأي على أساس صعوبة تحديد العناصر في العقد بين القانون العام والقانون الخاص، حيث يختلف الوضع من عقد لآخر ومن نظام قانوني إلى الآخر، الأمر الذي دعا البعض إلى المناداة بتحديد طبيعة كل عقد على حدة في ضوء عناصره وشروطه، والتعامل معه على أساس الظروف والملابسات المحيطة به، بحيث يتفق التحديد مع جوهر العقد وحقيقته⁽⁴⁷⁾.

لاحظنا في ما تقدم أن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار مسألة ليست بالسهلة، حيث يوجد اختلاف فقهي كبير حولها، الأمر الذي يصعب معه تحديد اتجاه راجح، إن مرد هذا الاختلاف يعود إلى طبيعة المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف، فنحن أمام

(44) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 156-157، ص 170-171.

(45) Gus Van Harten, Martin Loughlin Search for other works by this author on: Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, European Journal of International Law, Volume 17, Issue 1, February 2006, p.121-150.

(46) د. عبد الرحيم محمد سعيد، مرجع سابق، ص 238.

(47) دارا رمزي توفيق، مرجع سابق، ص 69-71.

طرف يُفترض أنه قوي من الناحية القانونية ذو سيادة يتمثل في الدولة، التي تهدف إلى تحقيق التنمية بما يخدم المصلحة العامة على أرضها ووفقاً لقوانينها، وطرف ثان قوي من الناحية الاقتصادية، يملك الإمكانيات المادية التي تؤهله لفرض شروط عقدية، تسلب الدولة سلطتها وسيادتها وإرادتها في كثير من الأحيان.

من جانبنا نميل إلى الرأي الذي يرى أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية يسري عليها ما يسري على العقود الإدارية، بما في ذلك سلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وذلك لعدة أسباب منها ما يتصل بتوفر عناصر العقد الإداري الرئيسية بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، فالذي قيل بشأن عدم ضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وإنما يكفي أن يكون لمصلحتها حتى يتحقق العنصر الأول، فمن باب أولى أن يسري ذلك على عقود تتصل في كل جوانبها بشكل مباشر وغير مباشر بالإدارة، وما قيل بشأن ارتباط العقد بمرفق عام بشكل مباشر أو غير مباشر، فإن عقود الاستثمار ترتبط بالدولة ككل والتي ترتبط بها كل المرافق العامة، وبالنسبة للشروط الاستثنائية وما قيل عن أن هذا الشرط لم يعد ضرورياً ويكفي الجو العام للعقد عندما يشير إلى نظام غير مألوف باتباع النظام السيادي محل الشروط السيادية، فإن أفضل تطبيق لهذا الرأي يكون في عقود الاستثمار، حيث إن طبيعة هذه العقود، وإن لم تتوفر فيها شروط غير مألوفة، فإن ظروفها تدل على أنها عقود غير عادية ترتبط بمصالح الدولة العليا في كثير من الأحيان، وتتعلق بثروات الدولة الطبيعية التي يعترف القانون الدولي بسيادة الدولة عليها، وإن السيادة تفترض ألا تخضع الدولة لقانون غير قانونها، وبالتالي من العبث بمقدرات الدولة أن نخضع مثل هذه العقود إلى القانون الخاص.

ويُعزز وجهة نظرنا هذه ضعف موقف القائلين بتبعية عقود الاستثمار إلى القانون الخاص، أو أن عقود الاستثمار اتفاقيات دولية، فكان الرد في تنفيذ حججهم من قبل مؤيدي وجهة نظر أن عقود الاستثمار لها الصفة الإدارية كافية، فضلاً عن عجزهم في تقديم مبررات عن عقود الاستثمار التي تبرز فيها خصائص السلطة العامة، وعن التدخل المتزايد في الآونة الأخيرة من قبل الدول في مشاريع الاستثمار وتنظيمها بموجب قوانين داخلية.

ولذات الحجج التي سقناها، لا ينبغي القول إن عقود الاستثمار هي عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص، يحكمه كلا القانونين العام والخاص، أو القول بتحديد طبيعة كل عقد على حدة في ضوء عناصره وشروطه، والتعامل معه على أساس الظروف والملابسات المحيطة به، فإن هدفنا من إضفاء الصفة الإدارية على العقد هو إبعاد المصلحة العامة العليا للدولة عن القانون

الخاص وتساوي المراكز القانونية فيه، ومن ثم فإن ترك تحديد طبيعة العقد للتقدير في كل مرة على حدة يتنافى مع استقرار الاستثمار وطبيعته المرتبطة بمصالح الدولة في كل جوانبها.

ونميل في مجال عقود الاستثمار إلى أن يتولى المشرع مهمة النص على الصفة الإدارية للعقد على غرار ما ينص عليه المشرع في بعض التشريعات بشأن بعض العقود الإدارية، فإن المشرع عند القيام بذلك يختصر كثيراً من الإشكالات القانونية وعناء البحث في طبيعتها.

ولا يُغيّر من رأينا هذا الرأي القائل بأن إضفاء الصفة الإدارية يُقلّل من فرص جذب الاستثمار، فإذا كانت هذه الفكرة صحيحة نوعاً ما في السابق في ظل سوق عالمي ضعيف ومحتكر، ودول نامية ضعيفة في بداية استقلالها، فإنها حالياً تكاد تتلاشى في ظل التنافسية العالمية والأسواق المفتوحة وكثرة الشركات الراغبة في الاستثمار وموقف الدول النامية الذي أصبح أكثر قوة، مما يجعلها في موقف تفرض شروطها فيه.

على ذلك تثبت للإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار، انطلاقاً من الصفة الإدارية للعقد التي تخول الإدارة مثل هذه السلطة، لكن إلى أي حد تكون هذه السلطة؟ سوف يكون هذا موضوع بحثنا في المبحث القادم.

المبحث الثاني

حدود سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة

إن كان للإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار على أساس توفر الصفة الإدارية لها، فما هي حدود هذه السلطة؟ من حيث أسبابها ومقدارها أو مداها، ومدى لزوم موافقة الطرف الأجنبي عليها، وما هي حدود هذه السلطة في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالاستثمار؟ على ذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصص الأول لأسباب ومقدار تعديل الإدارة لعقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، ونبحث في الثاني سلطة تعديل العقد في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالاستثمار، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أسباب ومقدار تعديل الإدارة لعقد الاستثمار بالإرادة المنفردة

يرى جانب كبير من الفقهاء أن الإدارة في مجال العقود الإدارية تتمتع بهذه السلطة دون حاجة لوجود نص قانوني يؤكد عليها، ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها على هذا التعديل، وتأتي هذه الصلاحية بسبب مسؤولية الإدارة عن تحقيق الرفاهية العامة والمصلحة العامة التي تسمو على كل اعتبار قانوني، ومن ثم فإن أي اتفاق حول نزاع هذه السلطة من يد الإدارة يُعد باطلاً⁽⁴⁸⁾.

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بشكل عام تُعد استثناء على الأصل العام الذي يفترض بقاء واستقرار العقود، من ثم ينبغي أن تكون هذه السلطة في أضيق الحدود بعدم المساس بالمسائل الجوهرية المتصلة بموضوع العقد والمزايا المالية المقررة للمتعاقد معها، وأن تقتصر سلطة التعديل على الامتيازات المتعلقة بسير المرفق العام والخدمة التي تؤديها للجمهور والتي تحقق المصلحة العامة، وإن أي تجاوز عن ذلك يستوجب قيام مسؤولية الإدارة وتعويض المتعاقد معها⁽⁴⁹⁾.

ومن أبرز عقود الاستثمار التي يقر فيها الفقه بهذا الحق هي عقود الاستثمار النفطي، التي يرى الفقه أن سلطة الإدارة في التعديل بالإرادة المنفردة حق ثابت، متى ما رأت أن ذلك يحقق نفعاً عاماً للشعب، وهي سلطة لا تستدعي النص عليها في العقود، وأن أي

(48) د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 311، 312، أشار إلى آراء الفقهاء حول هذا الموضوع:

د. رمضان محمد بطيخ، د. نوفان منصور العجارمة، مرجع سابق، ص 518.

(49) د. حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 147

نص يتعارض مع ذلك لا يُعتد به، ولا يجوز للإدارة التنازل عن هذا الحق لارتباطه بفكرة الصالح العام الاقتصادي والسياسي والتشريعي، وبسبب طول مدة العقود النفطية والتي يمتد تأثيرها على خطط التنمية الاقتصادية، فلإدارة حق تعديل مقدار الإنتاج النفطي زيادة أو نقصان، ولها أن تعدل مدة العقد، كذلك لها أن تعدل مناطق الاستغلال المحتركة من قبل الشركة، وهذا ما حدث بالفعل عندما عدلت الكويت والعراق والسعودية مناطق الاستغلال التي تمت فترة طويلة دون استغلال من قبل الشركات المتعاقدة⁽⁵⁰⁾، ويضيف البعض على ذلك أن من حق الشركة المتعاقدة الحصول على التعويض عند حدوث خلل في الالتزامات⁽⁵¹⁾.

وقد يأتي التعديل على العقد بسبب اختلال التوازن العقدي بسبب ظروف طارئة غير متوقعة لا يد للمتعاقدين فيها أدت إلى جعل التزام الإدارة مُرهقاً، وتُشكّل هذه النظرية خروجاً على مبدأ قدسية العقود، ونشأت في ظل القانون الخاص ومن ثم طبقت في مجال القانون الإداري، وأنها نظرية ثابتة في كل الأنظمة الغربية والعربية وفي كل التشريعات المدنية والإدارية والدولية، وتجد أساسها في افتراض وجود شرط ضمني في العقد يقضي بالتزام الأطراف بالعقد ما بقت ظروف التعاقد على حالها⁽⁵²⁾.

وقد يكون التعديل من قبل الإدارة بسبب قاعدة تغير الظروف، وإن كانت هذه النظرية غير مألوفة في العقود الإدارية بشكل عام، إلا أنها عرفت في مجال عقود الاستثمار، تحديداً في مجال العقود النفطية، حيث كانت الدول النفطية ترتبط بعقود استثمار نفطي مع شركات عملاقة في بدايات القرن التاسع عشر، تفرض عليها شروطاً تمنع من خلالها الدولة من تعديل حجم الإنتاج أو أن تبدي رأياً في إدارة المشروع أو تحديد الأسعار أو رسم السياسة النفطية، إلا أنه وبعد تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية بعد عام 1945 بدأت الدول النفطية بتعديل عقودها بالإرادة المنفردة بالاستناد إلى نظرية تغير الظروف، ففرضت مبدأ الشراكة على الشركات النفطية، وتدخلت في حجم ومكان وسياسة الإنتاج النفطي، ومن الشركات من قبل هذا الوضع ومنها من لجأ إلى التحكيم

(50) د. عبد الرحيم محمد سعيد، مرجع سابق، ص 219-223.

(51) دارا توفيق رمزي، مرجع سابق، ص 158.

(52) د. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي في ظل الأزمة المالية العالمية «نظرية الظروف الطارئة»، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2009.

الذي أقر بهذه النظرية⁽⁵³⁾، وفي اعتقادي أن هذه النظرية تختلف عن سابقتها في أنها تركز فقط على تغير الظروف، أيًا كان نوعها، دون اشتراط لباقي شروط نظرية الظروف الطارئة، وبالذات مسألة جعل الالتزام مرهقاً أو أنها غير متوقعة، وأن تطبيق هذه النظرية قد يبرز في مجال العقود طويلة المدة كعقود النفط مثلاً.

ومن جانبنا نرى أن ما يسري على العقود الإدارية بشكل عام وعلى العقود النفطية كأحد عقود الاستثمار، يسري على كافة عقود الاستثمار، مهما كان نوعها، سواء تعلقت بنقل التكنولوجيا أو الأشغال العامة أو غيرها، فيحق للإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة تحقيقاً للمصلحة العامة، أو تحقيقاً للتوازن في حالة الظروف الطارئة، أو بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها من الظروف، التي من الممكن أن تؤثر في العقد تأثيراً جوهرياً، وأن الإدارة تتمتع بهذه السلطة دون حاجة لوجود نص قانوني يؤكد عليها، ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها على هذا التعديل، ومرد هذه السلطة ارتباط عقود الاستثمار بمصالح الدولة الاقتصادية التي من الممكن أن تنعكس على الرفاهية العامة والمصلحة العامة، التي ينبغي أن تسمو على كل اعتبار قانوني، كما إن الإدارة مسؤولة عن تحقيق الضوابط الحاكمة للمرافق العامة كمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد ومبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، ومن ثم إن أي اتفاق حول نزع هذه السلطة من يد الإدارة لا يتفق مع طبيعة وظيفة الإدارة والتزاماتها، ومن ثم لا تملك الإدارة حق التنازل عن هذه السلطة، وأن أي شرط يسلب الإدارة حقها في التعديل يُعد باطلاً.

وإن كان لنظرية الظروف الطارئة شروط ثابتة في مجال القانون الإداري، فإن تطبيقها في عقود الاستثمار لا يثير لبساً حال تحقق شروطها لاسيما أنها نظرية تقتضيها العدالة وتطبق في كافة الأنظمة، لكن واقع التجارب الإدارية في هذا المجال والأحكام القضائية تشير إلى وجود نوع من التعديل بالإرادة المنفردة بسبب قد يكون راجعاً إلى المصلحة العامة فقط، دون وجود خلل في التوازن العقدي، وعادة ما تكون هذا التعديلات طفيفة ويقبلها المتعاقد مع الإدارة، فإن هذا النوع من التعديل يُعد استثناء على الأصل العام الذي ينبغي أن يكون في أضيق الحدود، بحيث لا يمس بالمسائل الجوهرية للعقد أو المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، وأن تكون هذه التعديلات في حدود المعقول بحيث لا يكون المتعاقد مع الإدارة أمام عقد جديد، مع حفظ حقه بالتعويض عن هذا التعديل.

(53) د. صعب ناجي عبود، سعدية عزيز دفار، أثر قاعدة تغير الظروف في تعديل العقود النفطية، المجلة العلمية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، مجلد 19، عدد 3، ديسمبر 2017، ص 49 وما بعدها.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار

في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالاستثمار

شهدت الساحة الدولية العديد من المساعي التي لم يكتب لها النجاح لإيجاد اتفاقية دولية جماعية لتنظيم وحماية الاستثمارات منذ عام 1929، عندما فشلت عصبة الأمم في مؤتمرها الدولي لمعاملة الأجانب في التوصل لاتفاقية حول هذا الموضوع، واستمر الوضع كذلك حتى يومنا هذا، ومرد ذلك إلى تعارض المصالح بين أطراف الاستثمار، فنحن أمام دول حاضنة لشركات عملاقة ترغب في فرض قواعد تجلب لها مكاسب مادية مجزية في ظل وضع قانوني يوفر لها الحماية من قوانين وتصرفات الدولة المضيفة، وفي المقابل هناك دول ترغب في التنمية بكافة أشكالها لتحقيق خططها التنموية من خلال المشاريع الاستثمارية في ظل الحفاظ على سيادتها وتحقيق المصلحة العامة من هذه الاستثمارات، ولذات الأسباب لم ينشأ عرف دولي حول الاستثمارات الأجنبية حتى الآن، لكن هناك قواعد دولية مستقرة في القانون الدولي تمت الاستفادة منها في مجال الاستثمار كمبدأ المساواة ومبدأ المعاملة بالمثل ومبدأ المعاملة الوطنية⁽⁵⁴⁾، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وضمن الحماية الدبلوماسية وحق اللجوء إلى التحكيم التجاري.. إلخ⁽⁵⁵⁾.

تعتبر الاتفاقيات الجماعية متعددة الأطراف حلاً وسطاً لعدم توافق المجتمع الدولي في إيجاد اتفاقية عالمية للاستثمار، حيث عمل هذا النوع من الاتفاقيات على وضع تنظيم عام وشامل للاستثمارات الأجنبية وحمايتها، نخص منها بالذكر: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965، واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 1985، واتفاقية السوق الأوروبية المشتركة لسنة 1956، واتفاقية التكامل الاقتصادي بين دول أمريكا اللاتينية لسنة 1969، واتفاقية الاستثمار الخاصة بين دول أعضاء المؤتمر الإسلامي لسنة 1981، واتفاقيات الاستثمار العربية لسنوات 1953 و1957 و1970 و1980، واتفاقية الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990⁽⁵⁶⁾.

(54) د. أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 85 وما بعدها.

(55) د. نورة حسين، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص 210 وما بعدها.

(56) المرجع السابق، ص 251.

ولرسم حماية أوضح وأكثر دقة للاستثمارات الأجنبية، لجأت الدول إلى الاتفاقيات الثنائية في خمسينيات القرن الماضي⁽⁵⁷⁾، حيث يعتبر الفقه أن الاتفاقيات الثنائية أكبر فائدة من الاتفاقيات الجماعية بسبب أن توافق عدة أطراف تختلف في اهتماماتها أمر فيه صعوبة، وتُعد الاتفاقيات الثنائية بمثابة غطاء لتحويل الالتزامات العقدية من التزامات داخلية إلى التزامات دولية، وعادةً ما تنص هذه الاتفاقيات على عدم جواز اتخاذ الدولة لإجراءات تخل بالالتزامات العقدية أو تمس بالمزايا الممنوحة للمستثمر، ومن أمثلة الاتفاقيات الثنائية التي تنص على ذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا بشأن الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات لسنة 1991 في المادة (1/10) التي نصت على أن: «الاستثمارات التي كانت محل التزام خاص من إحدى الدولتين حيال المواطنين والأشخاص المعنويين للدولة الأخرى، تخضع لمضمون هذا الالتزام خاصة إذا كان هذا الأخير يحتوي على أحكام أكثر امتيازاً من تلك المشار إليها في هذا الاتفاق»، كذلك تنص المادة (2/10) من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسويسرا بشأن ترقية وحماية الاستثمارات لسنة 2004 على أنه: «يطبق كل طرف متعاقد كل التزامه تجاه الاستثمارات المنجزة على إقليمه من قبل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر»، ومن الاتفاقيات الجماعية التي نصت على ذلك اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي التي نصت في المادة (12) منها على أنه: «يستحق المستثمر تعويضاً عما يصيب استثماره من ضرر نتيجة قيام الطرف المتعاقد أو إحدى سلطاته العامة أو المحلية أو مؤسساته بالإخلال بأي من الالتزامات والتعهدات الدولية المفروضة على عاتق الطرف المتعاقد والناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر المغربي، أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء أكان عن عمد أم إهمال»⁽⁵⁸⁾.

وتذهب بعض الأحكام القضائية والآراء الفقهية إلى عدم جواز الاتفاق على نص يخالف بنود الاتفاقية، بل إن أعمال قواعد الاتفاقية الدولية أولى بالتطبيق حال تعارضها مع القانون الوطني⁽⁵⁹⁾.

وتنص بعض قوانين الاستثمار على ضرورة احترام هذا النوع من الاتفاقيات، فعلى سبيل المثال نصت المادة رقم (24) من قانون الاستثمار الكويتي لسنة 2013 على أنه: «ما لم يوجد نص خاص في هذا القانون، تُطبق على الاستثمار المباشر الخاضع لأحكامه

(57) Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 2nd Edition, Oxford University Press, UK, 2012, p.13.

(58) د. نوارة حسين، ص 179-183-256.

(59) د. عامر أحمد الجارحي، اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الإدارية ذات الصلة الدولية، الكتاب الثاني، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 282-305.

القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد، كما تراعى كافة الاتفاقيات الدولية النافذة في البلاد ذات العلاقة بالاستثمار وتجنب الازدواج الضريبي».

كما أكد القضاء الدولي على مسؤولية الدولة الناتجة عن إخلالها بالتزام ناتج عن اتفاقية دولية وإن تعلق الأمر بعقد استثماري، من ذلك ما ذهب إليه القضاء في قضية المصالح الألمانية بسيليزيا العليا الصادر عام 1926، وحكمها في قضية مصنع شورزو، حيث أكد على أن المسؤولية الدولية تنهض نتيجة إخلال الدولة بالتزاماتها عن عدم القيام بالتأميم بمقتضى معاهدة دولية⁽⁶⁰⁾.

من جانبنا نميل إلى الرأي القائل أن المسؤولية الدولية تقوم عند انتهاك الدولة لقاعدة من قواعد القانون الدولي بفعل غير مشروع، سواء أكان مصدر هذه القاعدة اتفاقية أم عرفاً أم مبدأً من مبادئ القوانين التي أقرتها الأمم المتحدة، ومتى ما أخلت الدولة بالتزام عقدي مع المستثمر الأجنبي ناتج عن عقد استثمار محمي بموجب اتفاقية دولية عد هذا انتهاكاً دولياً للقواعد الدولية يستلزم إثارة المسؤولية الدولية، وهذا ما اتجه إليه القضاء الدولي في العديد من الأحكام⁽⁶¹⁾.

ويتضح مما تقدم أن سلطات الإدارة تتقيد تجاه المتعاقد معها في عقود الاستثمار في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بها بما تنص عليه هذه الاتفاقيات، وما يسري بشأن هذه السلطات يسري على سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، فإن هذه السلطة يبدو أنها تنعدم في عقد استثمار محمي بموجب اتفاقية دولية لا تعطي هذا الحق للدولة، أو تنص على احترام الالتزامات العقدية وعدم تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وأن أي تصرف على خلاف ذلك يوجب المسؤولية الدولية بسبب انتهاك القواعد الدولية، فالقانون الدولي يلزم الدول الموقعة على المعاهدات الدولية سواء أكانت جماعية أم ثنائية بمضمون هذه المعاهدات، مهما كان موضوعها مادام أنها التزمت بها بحرية تامة، وهي بذلك تنقل الالتزام من الإطار الداخلي إلى الإطار الدولي، بصرف النظر عن مدى اتفاق أو اختلاف ما تعهدت به مع القانون الداخلي، إلا أنه ينبغي أن يكون النص الذي يسلب الإدارة حقها في التعديل في الاتفاقيات الدولية محدداً بشكل دقيق، وليس مطلقاً كما هو الحال عند النص على احترام الدولة لالتزاماتها، فإن مثل هذا النص العام يدخل فيه الكثير من التاويلات، ومن ثم ينبغي أن يكون النص محدداً بعدم قيام الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد.

(60) هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 44 وما بعدها.

(61) د. محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 158، 194 وما بعدها.

المبحث الثالث

سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة

في ظل الشروط العقدية

تتضمن عقود الاستثمار عادةً بعض الشروط التي لم نشهد لها مثيلاً في إطار القانونين الإداري والمدني، كشرط ثبات العقد (شرط عدم المساس بالعقد) وشرط إعادة التفاوض، التي لم توضع إلا لتقييد سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، من هنا يثور التساؤل عن مدى سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة في ظل شروط عقدية وضعت أصلاً لتقييد هذه السلطة؟ نتناول هذه الشروط ومدى تأثيرها على سلطة الإدارة في تعديل العقد الاستثماري في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

شرط ثبات العقد (شرط عدم المساس بالعقد)

إن وجود الدولة كطرف قوي في عقود الاستثمار يجعل الطرف المتعاقد مع الإدارة (المستثمر) يبحث عن شروط عقدية تؤمن له الحماية القانونية، فيلجأ إلى تضمين العقد شرطاً يسمى شرط الثبات العقدي⁽⁶²⁾، أو شرط عدم المساس بالعقد أو شرط الحفاظ على العقد، ويقتضي هذا الشرط عدم مساس الدولة بالعقد بشكل انفرادي، فلا يجوز لها وفقاً لهذا الشرط تعديل عقد الاستثمار بما تملكه من سلطة وسيادة⁽⁶³⁾.

وتتضمن عقود الاستثمار عادةً هذا الشرط لاسيما في عقود الاستثمار النفطي، نخص منها العقد المبرم بين إيران ومجموع شركات الكونسيتروم سنة 1954، والعقد المبرم بين المؤسسة العامة للبترول (بترومين) السعودية وشركة (أجيب) الإيطالية سنة 1967، والعقد المبرم بين الحكومة المصرية وشركة فيلبس سنة 1963⁽⁶⁴⁾. بشكل عام نصت عقود النفط السابقة وعدد من الاتفاقيات الحالية على عدم جواز تعديل العقد من قبل الإدارة بالإرادة المنفردة دون موافقة الطرف الآخر، فتستلزم مثل هذه الاتفاقيات إبرام اتفاقية جديدة تسمى الاتفاقية المعدلة، ويصدر بها قانون خاص، ومن أمثلة الاتفاقيات

(62) د. بو سماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العراق، السنة 7، المجلد 2، العدد 28، ديسمبر 2015، ص 15.

(63) د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 327.

(64) أشار إلى هذه الاتفاقيات: دارا توفيق رمزي، مرجع سابق، ص 110-111.

المعدلة اتفاقية شركة نفط العراق في سنة 1931، رغم ذلك ومع تمسك شركات النفط الأجنبية بقدرسية العقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا إن الدول قامت بإجراء تعديلات عقدية بالإرادة المنفردة دون اعتبار لمثل هذا الشرط، مستندة في ذلك إلى قواعد الاقتصاد الدولي المتمثل في حق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية، وقاعدة تغيير الظروف الاقتصادية والسياسية التي حدثت في القرن العشرين⁽⁶⁵⁾.

وحول مدى صحة هذه الشرط بشكل عام انقسمت الآراء إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، نُبئها على النحو الآتي:

الاتجاه الأول⁽⁶⁶⁾

هذه الاتجاه يرى أن شرط ثبات العقد صحيح، منتج لآثاره، ومن ثم فإن الإخلال بهذا الالتزام من قبل الدولة يُرتب المسؤولية عليها، على أساس أن هذا الشرط مستقل بذاته عن أي نظام قانوني في الدولة، وهو بهذه الخاصية كشرط التحكيم، وأن قبول الدولة لهذا الشرط يُعد تنازلاً منها عن مزايا السلطة العامة التي تتمتع بها، وأن هذا الشرط لم يأت إلا تطبيقاً لقاعدة قدسية العقود، التي لا يجوز المساس بها في مواجهة فكرة سيادة الدولة وقدرتها على تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

ولقد تعرض هذا الاتجاه للنقد على أساس أن قياس هذا الشرط على شرط التحكيم يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، نظراً لاختلاف النطاق الموضوعي لكل منهما، حيث إن شرط التحكيم يهدف إلى منع الإدارة من اتخاذ إجراءات سيادية تؤثر على صفتها كجهة متعاقدة، أما شرط الثبات فيؤدي إلى المساس بسيادة الدولة، فضلاً عن أن استقلالية شرط التحكيم تُعد مسألة مُستقرّاً عليها في غالبية الأنظمة القانونية على خلاف فكرة استقلالية شرط الثبات، كما أن شرط الثبات يتنافى مع متطلبات التعديل والتغيير التي تستلزم المرافق العامة ومواجهة الظروف والمستجدات، وأن سلطة الإدارة في تعديل العقد تأتي من طبيعة العقود الإدارية التي تعطي الصلاحيات للإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة، حيث إن الإدارة عندما تتعاقد بغرض الاستثمار تتعاقد بصفتها صاحبة سيادة، وهذا أمر ثابت ومستقر في مجال القانون، ولا تعارض بين مسألة السيادة ومسألة التعاقد.

(65) نصت الاتفاقية النفطية بين حكومة البحرين وشركة سيبروبور لسنة 1970 على عدم جواز إجراء أي تعديل إلا بموافقة الطرفين.

(66) د. سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 117 - 120، د. حفيفة السيد، مرجع سابق، ص 347 - 351.

وفي نطاق هذه الاتجاه ذهب البعض إلى أبعد من ذلك، حيث يرون أن المبادئ المستقرة في نطاق القانون الدولي التي تقتضي حسن سير واستمرار العلاقات الدولية تفرض على الدولة أو أحد أجهزتها حال تعهدها بالتزامات معينة تجاه الدول أو الأفراد كمستثمرين أجانب أن تلتزم بهذه التعهدات، سواء أكان ذلك قبل التعاقد أم أثناء التعاقد أم بعد التعاقد، ومهما كان مصدر هذا الالتزام سواء أكان الاتفاقيات الدولية أم عقد الاستثمار أم التصريحات أو الإعلانات الرسمية، فإن هذه التعهدات أيّاً كان نوعها، تكون محل التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ولا يجوز للدولة في حال من الأحوال أن تتنصل من هذه الالتزامات لأي سبب غير مشروع، حتى وإن كانت تتعارض مع القوانين الداخلية، ما دام أنها صدرت بإرادة الدولة الحرة⁽⁶⁷⁾.

الاتجاه الثاني⁽⁶⁸⁾

إن الانتقادات التي وُجّهت إلى الاتجاه الأول تُشكّل مبررات الاتجاه الثاني، الذي يرى أن القيمة القانونية لشرط الثبات لا تتجاوز القيمة القانونية للعقد نفسه، ومن ثم فإن سيادة الدولة وتوخي اعتبارات المصلحة العامة تغلب على العقد وما يتضمنه، وأن الدولة لا يجوز لها التخلي عن سيادتها أو التنازل عن امتيازاتها أو عدم قيامها بواجباتها، وأن أي تكييف يخرج عقود الاستثمار من طبيعتها الإدارية أو يخضعها لقانون غير قانونها، يكون غير مقبول، بسبب أن أي تكييف من هذا القبيل سوف يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ترتبط بمصلحة الدولة العليا وسيادتها على ثرواتها، وتأثر مرافقها التي تهدف إلى المصلحة العامة.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد على أساس أنه يسمح بحلول رابطة الخضوع والتبعية بدلاً من الرابطة العقدية، ويكون ضحيتها الطرف الأضعف، وإن إدراج مثل هذا الشرط مع مخالفته يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وأنه يجب التفرقة بين عقود الدولة الداخلية وعقود الاستثمار الدولية التي من الممكن أن تُقيد سلطة الدولة على خلاف الأولى، فضلاً عن أن التأسيس لمثل هذه القواعد في إطار العلاقات العقدية الدولية يؤثر على فكرة الاستثمار بشكل عام، مما ينعكس سلباً على الدول التي تحتاج مثل هذا الاستثمار.

(67) د. نوارة حسين، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها.

(68) دارارمزي توفيق، مرجع سابق، ص 119-121.

الاتجاه الثالث⁽⁶⁹⁾

يحاول هذا الاتجاه التوفيق بين مسألة السيادة وحرية التعاقد، حيث يرى أن القيمة القانونية لشرط ثبات العقد تعتمد على النظام القانوني الذي يحكم العقد بحسب الشروط التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، فإذا كان النظام القانوني للعقد هو قانون الدولة المتعاقدة، فإن شرط الثبات يخضع له كباقي شروط العقد، ولا مسوغ من أن يعامل هذا الشرط بمعزل عن الشروط السابقة، أما في حال سريان القانون الدولي على العقد، فإن القانون الدولي يكون واجب التطبيق على مثل هذا الشرط الذي يُجيزه ويُقر بمسؤولية الدولة عن الإخلال به.

وتعرض هذا الاتجاه إلى النقد انطلاقاً من أنه يقيم تفرقة وهمية لا أساس لها بين النظام القانوني للعقد الذي يبين صحة العقد وقوته الملزمة، وبين القانون الواجب التطبيق، دون وجود معيار معين لهذه التفرقة مع انعدام فائدتها العملية، ثم إن قبول الدولة للقانون الدولي وهو ما تم في حالات نادرة لا يعني بشكل من الأشكال استبعاد القانون الوطني بشكل كامل، أو تنازل الإدارة عن سلطتها لصالح الشركات الأجنبية، بسبب أن حالات التدويل تكون في بعض القواعد النادرة فقط.

أما بالنسبة لموقف التحكيم الدولي من شرط الثبات العقدي، فقد تعرض التحكيم في قضايا كثير إلى مسألة صحة شرط الثبات في عقود الاستثمار بمناسبة تأميم المشاريع النفطية في الربع الأخير من القرن السابق، حيث كانت ترى أغلب أحكام التحكيم أن الدولة لا يجوز لها التمسك بمبدأ السيادة في خرق تعهداتها الدولية التي اتخذتها بإرادتها الحرة دون أن يصدر من الطرف الآخر أي إخلال بالتزاماته العقدية متى ما وافقت الإدارة المتعاقدة على هذه الشروط بحرية تامة، وهذا الأمر لا يُشكّل مساساً بالسيادة، وبالتالي فإن الإدارة ملزمة في التعويض عن أي ضرر لحق المتعاقد معها من جراء الإجراءات التي اتخذتها، متى ما شكلت إخلالاً بالتزاماتها العقدية، وفي المقابل هناك أحكام أخرى للتحكيم ترى أن شرط الثبات العقدي، الذي يكون في العقود طويلة الأجل يجب أن لا يتعارض مع حق الدولة في التأميم، ومن ثم يتعين عدم إعمال شرط الثبات في ظل مثل هذه العقود، وأن مسألة التأميم يجب أن يكون فيها نص صريح ينص على عدم قيام

(69) د. سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 122-126، د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 368-383.

الدولة بالتأميم ولا يدخل في شروط الثبات العامة⁽⁷⁰⁾.

من جانبنا نرى أن الاتجاه الأول الذي ذهب إلى أن سلطة الدولة في تعديل العقد تتقيد في ظل شرط الثبات العقدي هو من أنصار الرأي القائل بعدم انتماء عقود الاستثمار إلى العقود الإدارية، فهو يؤمن بمبدأ قدسية العقود، وأن عقود الاستثمار هي عقود خاصة لا تعطي الصلاحيات للإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وهو بذلك ينكر كل صلة لعقود الاستثمار بالعقود الإدارية كالمصلحة العامة والسيادة، وسبق أن فندنا هذا الرأي في المبحث الأول من هذا البحث، ومن ثم لا يمكن الأخذ به في مجال شرط الثبات العقدي لذات الأسباب التي سقناها، وأما الاتجاه الثاني فهو يتماشى مع نظرية أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية، وأن هذا الشرط لا قيمة له في عقود الاستثمار، ولا يمنع الإدارة من التعديل بشكل مطلق دون قيود على الإدارة في ذلك، وهذا الاتجاه جاء بشكل مطلق بحيث ينكر دور الاتفاقيات الدولية في تفعيل شرط الثبات، أما الاتجاه الثالث فكان الرد على حججه كافية لدحضه.

ونحن في القيمة القانونية لشرط الثبات، نذهب إلى ما ذهب إليه الاتجاه الثاني في أن للإدارة حق التعديل حتى في حال وجود هذا الشرط في عقد الاستثمار، ومن ثم لا قيمة لهذا الشرط متى ما رأت الإدارة أنها ترغب في تعديل العقد للمصلحة العامة، ونضيف على هذا الاتجاه أن الإدارة مقيدة بهذا الشرط متى ما وجدت اتفاقية دولية تضمن فعالية شرط الثبات، بسبب ما أشرنا إليه في المطلب السابق من أن الاتفاقيات الدولية تنقل الالتزام من المجال الداخلي إلى النطاق الدولي.

وضماماً لسمعة الدولة المتعاقدة وحفاظاً على التزاماتها العقدية، ينبغي على الدول تجنب وضع مثل هذا الشرط في عقود الاستثمار لاسيما في ظل انعدام فائدته العملية.

المطلب الثاني

شرط إعادة التفاوض

يعتبر شرط إعادة التفاوض من بين أهم الشروط التي تضعها أطراف عقد الاستثمار بشكل معتاد لحماية أنفسهم من خطر التغيرات والظروف أيّاً كان نوعها، ومفاد هذا الشرط أن أطراف العقد يقومون بالتفاوض عند وجود مستجدات خارجة عن إرادتهم

(70) د. سامية كسال، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص 185-192.

وتوقعاتهم عند إبرام العقد⁽⁷¹⁾، فهل يعد وجود مثل هذا الشرط قيداً على سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة في عقود الاستثمار؟

يُعرّف شرط إعادة التفاوض بأنه: «شرط يُدرجه الأطراف في العقد، يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد، عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف، من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم»⁽⁷²⁾.

ولقد ورد هذه الشرط في العديد من الموائيق والاتفاقيات، نذكر منها مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولي، الذي تم إعداده من قبل لجنة الشركات عبر الدولية في إطار الأمم المتحدة، حيث أكدت على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها لاسيما العقود طويلة المدة كعقود الاستثمار، كما نصت كذلك على هذا الشرط المبادئ القانونية المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي اعتمدها معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1994، حيث نصت المادة (2) في فقرتها الثالثة على أنه: «في حالة تغير الظروف، يجوز فتح باب المفاوضات بناء على طلب الطرف المتضرر»، وعلى النهج نفسه سارت مبادئ القانون الأوروبي في الفصل (111) منها على ضرورة الالتزام بالتفاوض بهدف ملائمة العقد أو إنهائه، كلما أصبح تنفيذ هذا الأخير أكثر صعوبة وإرهاقاً لأحد الطرفين نتيجة تغير الظروف، وكذلك يُفهم هذا الشرط من نص المادة (13) في اتفاقية الاستثمار بين وكالة الاستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات⁽⁷³⁾.

يتجه كذلك قضاء التحكيم الدولي إلى ترسيخ هذا الشرط في مجال نزاعات عقود الاستثمار لاسيما التعديلات التي تكون نتيجة تغير الظروف، وفي هذا الإطار أكدت على هذا الأمر هيئة التحكيم الدولية في القضية رقم 2291 بتاريخ 1970، وحول حدود هذا الشرط وأسباب طلبه بينت هيئة التحكيم في القضية رقم 5617 لسنة 1989 أن: «اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها التغيرات الجوهرية في

(71) د. عبد الكريم بوخالفة ود. السعيد خويلي، دور الإدارة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد 16 يناير 2017، ص 190.

klaus peter berger, Renegotiation and Adaption of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1347 (2003), p.1348. Abba Kolo and Thomas W. Waled, Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects, The Journal of World Investment & Trade, 2000, Volume 1, Issue 1

(72) أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 3، 2011، ص 115.

(73) د. عبد الكريم بوخالفة ود. السعيد خويلي، مرجع سابق، ص 190

الظروف المحيطة بالعقد والتي تؤثر في تنفيذ العقد، فلا يجوز طلب إعادة التفاوض لمجرد تغير الظروف بصورة لم تتجاوز الحد المعقول»⁽⁷⁴⁾.

الجدير بالذكر أن أغلب الآراء عند الحديث عن شرط إعادة التفاوض تشير إلى تعلق هذا الشرط بالتوازن العقدي⁽⁷⁵⁾، فمضمون هذا الشرط يختلف من اتفاقية إلى أخرى، فقد يكون شرطاً عاماً ينص عليه على شكل إعادة التفاوض في حال وجود مستجدات معينة، وقد تتضمن الاتفاقية شرط التفاوض في حال اختلال التوازن العقدي، أو حال وجود الضرر الجسيم أو غير المألوف، ومن الاتفاقيات ما تبين هذا الشرط بالتفصيل من حيث حالة الضرر التي تستوجب إعادة التفاوض، وبيان الحلول المتبعة في هذا الصدد، والأشخاص الذين يشرفون على عملية التفاوض⁽⁷⁶⁾، وهناك من يرى أنه لا يكفي الإشارة إلى هذا الشرط بشكل عام بسبب ما تثيره العمومية من لبس وغموض، حيث إن هذا الشرط يهدف إلى المرونة وحل المشكلات التي قد تنتج جراء تغير الظروف، لكن النص عليه بشكل عام قد يولد مشكلة تتمثل في مدى حصول الحالة التي تستوجب إعادة التفاوض⁽⁷⁷⁾.

ويهدف هذا التفاوض إلى إجراء تعديلات في العقد الأصلي وليس إبرام عقد جديد، وقد يحدث أن تؤدي عملية التفاوض إلى إبرام عقد جديد، وقد يمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ هذا الشرط حال تحقق حالاته دون مبرر قانوني، في هذه الحالة قد يتضمن عقد الاستثمار الجزاء الذي من الممكن أن يُتخذ في حق الطرف المحجم عن تنفيذ الالتزام، فإما أن ينص على استمرار العقد وحل النزاع بالوسائل المقررة لحل النزاعات كاللجوء إلى القضاء أو التحكيم، أو ينص على حق الطرف المتضرر في فسخ العقد بإرادته المنفردة، أو يتم اللجوء إلى طرف أجنبي كأن يكون خبيراً أو محكماً ليحدد مدى توفر حالة إعادة التفاوض من عدمها، ويعتبر اللجوء إلى التحكيم في هذا المجال أنجع الطرق التي من الممكن أن يأمر بالتنفيذ الجبري للالتزام، أو الحكم بتعويضات نتيجة الإخلال بالالتزام في إجراء عملية التفاوض⁽⁷⁸⁾، وقد يلجأ المحكم إلى وقف تنفيذ العقد إلى أن يتم الانتهاء من

(74) المرجع السابق، ص 191.

(75) د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سابق، ص 441.

(76) أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 43، 1987، ص 64.

(77) يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، عدد 17 يناير 2018، ص 792، أسيل باقر جاسم، مرجع سابق، ص 99.

(78) د. عبد الكريم بوخالفة ود. السعيد خويلدي، مرجع سابق، ص 192. د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سابق، ص 449 - 456.

مرحلة إعادة المفاوضات، فقد اتجهت غرفة التجارة الدولية في باريس إلى أن الأطراف ملزمة بوقف تنفيذ العقد حال وجود شرط التفاوض الذي لم يحد أثره على تنفيذ العقد خلال مرحلة التفاوض⁽⁷⁹⁾.

بالنسبة لأثر هذا الشرط على سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، فإننا نرى أن هذا الشرط لا يُقيد هذه السلطة وذلك لسببين: الأول، يرتبط بما ذكرنا عن شرط الثبات العقدي في المطلب السابق، فإذا كان شرط ثبات العقد كشرط واضح ومحدد لا يقيد سلطة الإدارة في التعديل، فمن باب أولى ألا يلزمها شرط إعادة التفاوض في حال وجوده في عقد الاستثمار، ولذات الأسباب التي سقناها، والسبب الثاني، أن هذا الشرط عديم الفائدة من حيث النتائج القانونية، حيث إن اللجوء إلى التفاوض قد يأخذ وقتاً طويلاً لا يتماشى مع طبيعة المصلحة العامة التي لا تحتل التأخير، ومن ثم قد تترك الإدارة المفاوضات وتلجأ إلى التعديل الانفرادي، على الرغم أننا لا ننكر الدور الذي تلعبه المفاوضات في تجنب النزاعات مع المستثمرين من الناحية العملية، ومن ثم يمكن اللجوء إليها من قبل الإدارة متى ما كان هذا اللجوء لا يتعارض مع المصلحة العامة، وبالتالي - قياساً على شرط الثبات العقدي - لا يكون هذا الشرط ملزماً للإدارة إلا إذا ارتبط باتفاقية دولية، مع ضرورة أن يكون شرط التفاوض - حال وجوده بشكل محمي بموجب اتفاقية دولية - محدد المعالم، من حيث آلية اللجوء إليه وحالاته ومدته، وغير ذلك من العناصر الجوهرية التي تجعل الشرط ذا قيمة في حل النزاعات المحتملة لا سبباً فيها.

(79) يسمينة لعجال، مرجع سابق، ص 792-793.

الخاتمة

تناول هذا البحث سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة من خلال البحث في الأساس القانوني لهذه السلطة، وحدودها من خلال التطرق لأسبابها ومقارها ووضعها في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالاستثمار، ومدى تأثير الشروط العقدية عليها، وفق القواعد والآراء القانونية ذات الصلة بهذا المجال.

وللوصول إلى الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة، بحثنا في الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار في ظل الاختلاف الفقهي والقضائي الذي دار حولها، وتوصلنا إلى أن عقود الاستثمار هي عقود إدارية يسري عليها ما يسري على العقود الإدارية، بما في ذلك سلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، مهما كان نوعها سواء تعلقت بالطاقة أو بنقل التكنولوجيا أو بالأشغال العامة أو غيرها، وينبغي على التشريعات التي تنظم عقود الاستثمار أن تلجأ إلى التحديد التشريعي لطبيعة عقد الاستثمار، بأن تتولى مهمة النص على الصفة الإدارية للعقد، على غرار ما ينص عليه المشرع في بعض التشريعات بشأن بعض العقود الإدارية اختصاراً للعديد من الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة البحث في طبيعة عقود الاستثمار.

ولا يغير من ذلك، الرأي القائل بأن وصف عقود الاستثمار بالإدارية يُقلل من فرص جذب الاستثمار، فإذا كانت هذه الفكرة صحيحة نوعاً ما في السابق في ظل سوق عالمي ضعيف ومحتكر ودول نامية ضعيفة في بداية استقلالها، فإن ذلك لا وجود له حالياً في ظل التنافسية العالمية والأسواق المفتوحة، وكثرة الشركات الراغبة في الاستثمار، وموقف الدول النامية الذي أصبح أكثر قوة، مما يجعلها في موقف تفرض فيها شروطها، وتضع من القوانين ما ينظم هذه النوع من العقود بما يحفظ سيادتها ويحقق مصلحتها العامة.

وفيما يخص حدود هذه السلطة، يسري على عقد الاستثمار ما يسري على العقود الإدارية، فيحق للإدارة سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة تحقيقاً للمصلحة العامة، أو تحقيقاً للتوازن في حالة الظروف الطارئة، أو بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وغيرها من الظروف التي من الممكن أن تؤثر في العقد تأثيراً جوهرياً، دون حاجة لوجود نص قانوني يؤكد هذا الحق، ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها على هذا السلطة، مع الإشارة إلى أن حدود هذه السلطة ترتبط بسبب التعديل، فإذا كان هذا التعديل راجعاً إلى نظرية الظروف الطارئة، فإن نطاق هذا التعديل يكون في إطار شروط وقواعد هذه النظرية الثابتة في مجال القانون الإداري، أما التعديل بالإرادة

المنفردة بسبب قد يكون راجعاً إلى المصلحة العامة فقط دون وجود خلل في التوازن العقدي الذي عادةً ما يكون طفيفاً ويقبله المتعاقد مع الإدارة، فإن هذا النوع من التعديل يُعد استثناءً على الأصل العام الذي ينبغي أن يكون في أضيق الحدود، بحيث لا يمس بالمسائل الجوهرية للعقد، أو المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، وأن تكون هذه التعديلات في حدود المعقول، بحيث لا يكون المتعاقد مع الإدارة أمام عقد جديد، مع حفظ حقه بالتعويض عن هذا التعديل، ونوصي في هذا الصدد المشرع عند تنظيمه للاستثمار أن يكون واضحاً في تحديد هذا السلطة بالنص عليها كسلطة استثنائية عن الأصل العام، ويبيّن حدودها ونتائجها على المستثمر بشكل دقيق، بما يساهم في تعزيز الأمن القانوني للمستثمر.

إن سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة تنعدم في ظل عقد استثمار محمي بموجب اتفاقية دولية لا تعطي هذا الحق للدولة أو تنص على احترام الالتزامات العقدية وعدم تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وأن أي تصرف على خلاف ذلك يوجب المسؤولية الدولية بسبب انتهاك القواعد الدولية، لذا يتعين على الدولة أن تكون دقيقة في صياغة الاتفاقيات الاستثمارية بما لا يسلبها سلطتها في التعديل الانفرادي على العقد الاستثماري.

أما بالنسبة للشروط العقدية التي عادةً ما تتضمنها عقود الاستثمار على النحو غير المألوف في العقود الإدارية أو المدنية كشرط ثبات العقد أو شرط إعادة التفاوض، فإن للإدارة حق التعديل حتى إذا ما وجد هذا النوع من الشروط، ومن ثم لا قيمة لها من الناحية القانونية، متى ما رأت الإدارة أنها ترغب في تعديل العقد للمصلحة العامة، ولا يحدها في ذلك إلا حالة وجود اتفاقية دولية تضمن فعالية هذا النوع من الشروط، مع ضرورة أن تتوخى الدول الحذر في اتفاقياتها الدولية حول صياغة مثل هذه الشروط بشكل تكون محددة المعالم، من حيث آلية اللجوء إليها وحالاتها ومدتها وغير ذلك من العناصر الجوهرية التي توازن بين المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمر.

ويبدو أنه من المهم أن تعمل الأمم المتحدة على صياغة اتفاقية دولية شاملة تُوفّق بين وجهات النظر المختلفة، وتضع قواعد محددة للاستثمار وعقوده بشكل موحد بين الدول، تختصر كثيراً من الإشكاليات القانونية والآراء المختلفة على كافة الأصعدة الفقهية والقضائية والتشريعية.

المراجع

أولاً- باللغة العربية

- د. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، 2015.
- د. أحمد رجب عبد الخالق قرشم، الشركات دولية النشاط وآثارها في تطوير الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر والدول النامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 43، لسنة 1987.
- د. أسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 3، 2011.
- د. أشرف محمد دوابة، الاستثمار في الإسلام، ط1، دار السلام، القاهرة، 2012.
- د. أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- د. الوليد صالح عبد العزيز، دور السياسة الضريبية في تحفيز الاستثمار في ظل التطورات العالمية المعاصرة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- د. بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد 3، العدد 2، يونيو 2018.
- د. بو سماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العراق، السنة 7، المجلد 2، العدد 28، ديسمبر 2015.
- دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

- د. هشام علي صادق،
- الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- يسمينة لعجال، فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم السياسية، جامعة بغداد، عدد 17 يناير 2018.
- د. حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- د. حمدي القبيلات، القانون الإداري، ج2، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
- د. محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
- د. محمد أحمد عبد النعيم، مبادئ القانون الإداري، جامعة البحرين، 2017.
- د. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي في ظل الأزمة المالية العالمية «نظرية الظروف الطارئة»، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للأزمة المالية العالمية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2009.
- د. محمد عبد الله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، العدد السادس عشر، يوليو- ديسمبر، 2003.
- د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، 2010.
- د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية: دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1982.
- مراد محمود مواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

- د. معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- د. نادية إسماعيل محمد الجبلي، المزايا والضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2018.
- د. نورة حسين، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017.
- د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط4، الآفاق المشرقة، الشارقة، 2012.
- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للمشروعات الاستثمارية وفقاً لقانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- د. سامية كسال، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الثالث، ديسمبر 2016.
- د. عامر أحمد الجارحي،
 - الإطار القانوني لاتفاق التحكيم في العقود الإدارية ذات الصلة الدولية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
 - اتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الإدارية ذات الصلة الدولية، الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.
- د. عبد الرحيم محمد سعيد، النظام القانوني لعقود البترول، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982.
- د. عبد الستار أحمد مجيد الجبوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2019.

- د. علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2009.
- د. صعب ناجي عبود وسعدية عزيز دفار، أثر قاعدة تغير الظروف في تعديل العقود النفطية، المجلة العلمية، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، مجلد 19، عدد 3، ديسمبر 2017.
- د. رفيقة قصوري، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، جامعة خنشلة، الجزائر، العدد الخامس، 2016.
- د. رمضان محمد بطيخ و د. نوفان منصور العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، إثراء للنشر، عمان، الأردن، 2012.
- د. شيرزاد حميد هاروري، منازعات التحكيم بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.
- د. خلود الصادق بيوض، عقد الامتياز النفطي وتطبيقاته، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012.

ثانياً- باللغة الأجنبية

- Abba Kolo and Thomas W. Waled, Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects, The Journal of World Investment & Trade, 2000, Volume 1, Issue 1.
- Bruno Simma, Foreign investment arbitration: A place for human rights?, British Institute of International and Comparative Law, Volume 60, Issue 3, July 2011.
- Gus Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, European Journal of International Law, Volume 17, Issue 1, February 2006.
- Julian Davis Mortenson The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, 51 Harv. Int'l L.J. 257 (2010).
- klaus peter berger, Renegotiation and Adaption of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1347 (2003).

- M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 4th Edition, Cambridge University Press, UK, 2017,
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, 2nd edition, Oxford University Press, UK , 2012.
- Susan D. Franck, Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, 19 Pac. McGeorge Global Bus & Dev. L.J. 337 (2006).

المحتوى

الصفحة	الموضوع
475	الملخص
476	المقدمة
479	المبحث التمهيدي - ماهية عقود الاستثمار
483	المبحث الأول - الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة
484	المطلب الأول - الصفة الإدارية لعقود الاستثمار
487	المطلب الثاني - عقود الاستثمار ليست لها الصفة الإدارية
493	المبحث الثاني - حدود سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة
493	المطلب الأول - أسباب ومقدار تعديل الإدارة لعقد الاستثمار بالإرادة المنفردة
496	المطلب الثاني - سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار في ظل الاتفاقيات الدولية المرتبطة بالاستثمار
499	المبحث الثالث - سلطة الإدارة في تعديل عقد الاستثمار بالإرادة المنفردة في ظل الشروط العقدية
499	المطلب الأول - شرط ثبات العقد (شرط عدم المساس بالعقد)
503	المطلب الثاني - شرط إعادة التفاوض
507	الخاتمة
509	المراجع