الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار
(دراسة قانونية مقارنة)

م.م محمد عامر شنجار **أ.م.د علي غسان احمد**

مُقدمة:

تعد مسألة وجود المنازعات في أي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية ؛ وذلك لأن الاحتكاك والتعامل بين الأشخاص بصورة عامة يولد تصادم وخلافات بينهم ، نتيجة لتعارض المصالح التي يبتغونها من وراء ذلك . فإذا كانت مسألة وجود المنازعات بين أشخاص أي نظام قانوني أمراً لا يمكن إنكاره ، فإن التعامل في إطار عقود الاستثمار لا بد أن تنشأ عنه العديد من المنازعات ، خصوصاً وأن هذه العقود تبرم في الغالب بين دولة ، وبين مستثمر من القطاع الخاص ، وهو شركة مشروع تحمل جنسية تلك الدولة أو جنسية دولة أخرى ، وهذا ما يثير العديد من الخلافات أو المنازعات.فتعرف المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بأنها تلك المنازعات التي تنشأ بين أطراف العقد الاستثماري (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر) والتي تكون نتيجة لانتهاك أحد الأطراف لحقوق الطرف الآخر أو خرقه للالتزامات الواردة في العقد أو إنهاء العقد إنهاءً مبتسراً أو اتخاذ أي إجراء انفرادي من قبل أحد الأطراف مما ينتج عنه أضراراً جسيمة للطرف المقابل يستلزم عنها تعويض الطرف المتضرر عما أصابه من أضرار بسبب تلك الانتهاكات أو الإجراءات

ومن جانب آخر نرى أن بعض التشريعات الوطنية وخاصة في الدول النامية تسعى لجذب الاستثمارات – التي تلعب دوراً أساسياً في عملية تنمية الدول المضيفة لها – من خلال توفير بعض المزايا والضمانات التي من شأنها زرع الثقة في نفوس المستثمرين ، كالضمانات المتعلقة بتوفير الوسائل القانونية أمام المستثمر لتسوية المنازعات التي تثار بينه وبين الدولة ، أو الضمانات المتعلقة في إمكانية تضمين عقود الاستثمار شروطاً معينة تقيّد من سلطة الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان.

وعلى الرغم من أن مسألة حسم المنازعات لا تكون بالتأكيد اول ما يفكر فيه الأطراف عند إبرامهم للعقد الاستثماري ، إلا إنهم يجب أن يأخذوا في اعتبارهم احتمال نشوب الخلافات

والمنازعات في أي وقت أثناء تنفيذ العقد ؛ لذلك فإن المشكلة الأساسية التي تثار بمناسبة عقود الاستثمار هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والأهداف التي ينشدها المستثمر ، وبمعنى آخر كيف يمكن خلق حالة من التوازن بين أهداف المستثمر والمتمثلة في أن يظل العقد كما هو بدون المساس به من جهة ، ومتطلبات التنمية الأساسية التي تحرص الدولة على تحقيقها لأقصى درجة ممكنة، حيث يعد التوازن العقدي امراً مهماً لإستمرار العلاقة التعاقدية بين الطرفين .

وعلى هذا الاساس فأن من الضروري البحث اولا عن الاسباب التي تؤدي الى منازعات الاستثمار ، والتي من خلال معرفتها يستطيع الاطراف ايجاد اهم الوسائل التي تساعدهم على تجنب هذه المنازعات . لذا سنقسم هذه البحث الى مبحثين نتكلم في الاول منهما عن اسباب منازعات الاستثمار ، وفي الثاني عن وسائل الحد من هذه المنازعات .

مشكلة البحث : تتمثل مشكلة البحث في كيفية ايجاد وسائل معينة يستطيع من خلالها المتعاقدون تجنب المنازعات التي قد تحدث مستقبلا بينهم ، خصوصاً وأن هذه العقود تبرم في الغالب بين دولة، وبين مستثمر من القطاع الخاص، وهو شركة تحمل جنسية تلك الدولة أو جنسية دولة أخرى، وهذا مايثير العديد من الخلافات أو المنازعات، حيث أن الدول المضيفة للاستثمار تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر مما يؤدي إلى محاولة هذه الدول من ممارسة سلطاتها وامتيازاتها على مرافقها العامة لغرض تحقيق الصالح العام للمجتمع، فيحين نجد أن المستثمر المتعاقد مع الدولة (المستثمر) لايتمتع بأي مركز سيادي بالرغم من قوته الاقتصادية .لذا فأن من الضروري البحث عن وسائل تضمن للمستثمر عدم تأثره بأي اجراء انفرادي تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار .

منهجية البحث :اعتمد الباحث على المنهجين التحليلي والمقارن في هذه الدراسة، نحاول بيان موقف قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل من هذه الوسائل ، وتحليل نصوصه بالمقارنة مع تشريعات استثمار أخرى لدول عربية، والوقوف على أوجه التشابه والاختلاف فيما بينها وبين قانون الاستثمار العراقي المذكور، وتحديد مواقع القصور ان وجدت. وذلك لاعتقادنا بأهمية الاستفادة والتعلم من تجارب الدول الاخرى في هذا الموضوع، حيث هناك حكمة مفادها (أنّ أكثر المعرفة تكتسب من الآخرين عبر الحدود). وقد اخترنا كل من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، وقانون الاستثمار الاردني رقم

٣١ لسنة ٢٠١٤ ، وقانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦ ، محلا للمقارنة مع قانون الاستثمار العراقي المذكور .

خطة البحث: لتحقيق أهداف البحث في هذا الموضوع وتكامله، رأينا أن نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين ، نتناول في الاول منهما الاسباب التي تؤدي الى منازعات الاستثمار ، وذلك خلال مطلبين ، نتكلم في المطلب الاول عن الاسباب التي تعود الى الدولة المضيفة للاستثمار ، وفي المطلب الثاني نتكلم عن الاسباب التي تعود الى المستثمر المتعاقد معها . فاذا انتهينا من ذلك نطرح للبحث في المبحث الثاني وسائل الحد من منازعات الاستثمار ، وذلك خلال ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الاول شروط الثبات ، وفي المطلب الثاني شرط أعادة التفاوض ، واخيرا نتكلم في التأمين عن الاستثمار.

المبحث الاول
أسباب منازعات الاستثمار

الغالب في عقود الاستثمار أنها طويلة المدة ، كما تتسم بالسمة الدولية إذا كان المستثمر أجنبياً، وهذا يعني ضرورة التوفيق بين أهداف كلا الطرفين (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي) لكي يؤدي العقد أهدافه المشروعة؛ لذلك فإن هذه العقود تثير مجموعة من المنازعات التي تنشأ نتيجة لتغير الظروف التي عاصرت مرحلة إبرام العقد، ويرجع ذلك لأسباب متنوعة منها تعود إلى الدولة المضيفة ومنها تعود إلى المستثمر.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتكلم في الأول عن الأسباب التي تعود إلى الدولة المضيفة، وفي الثاني نتكلم عن الأسباب التي تعود إلى المستثمر.

المطلب الاول
الاسباب التي ترجع إلى الدولة المضيفة

تتمتع الدولة المضيفة للاستثمار بسلطات استثنائية ناتجة عن كونها شخصاً عاماً صاحب مركز سيادي، والذي يعطيها مكنة اتخاذ بعض التصرفات أو الإجراءات التي تؤدي إلى نكولها عن جميع أو بعض الالتزامات المفروضة عليها، فقد تقوم الدولة بنزع ملكية المشروع الاستثماري أو مصادرته أو تأميمه، أو تقوم بتغيير القانون. ومن جانب آخر فقد تقوم الدولة باتخاذ إجراءات انفرادية ناتجة عن إرادتها المنفردة على عقد الاستثمار كإنهاء العقد إنهاءً مبتسراً أو عدم الالتزام بالشروط المنصوص عليها في العقد. وبالتالي فإن قيام الدولة بأيٍّ من التصرفات السابق ذكرها يؤدي إلى تضارب المصالح بينها وبين المستثمر والتي تكون سبباً لنشوء نزاع بينهما.

وعليه ، يمكن توضيح أهم الأسباب التي ترجع إلى الدولة المضيفة، وذلك كالآتي :

(أولاً) نزع الملكية للمنفعة العامة: قد تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بنزع ملكية المشروع الاستثماري لغرض الصالح العام للمجتمع، مما يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر المتعاقد معها، والذي يعتبر سبباً لحدوث النزاع بينهما. وتعرف نزع الملكية بوجه عام بأنها (الإجراء الذي تتخذه الدولة أو أحد هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقاً لدواعي الصالح العام، بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة)[1].

([1]) د. ناصر عثمان محمد عثمان ، ضماناتالاستثمارالأجنبيفيالدولالعربية،ط١،دارالنهضةالعربية،القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٩ .

وعرفت أيضاً بأنها (تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة)[١] .

إن نزع ملكية المشروع الاستثماري للمنفعة العامة يتميز بخصائص معينة، منها[٢]:

١- دائماً ما يكون قرار نزع الملكية قراراً إدارياً صادراً من جهة مختصة طبقاً لنصوص القانون، ويعد هذا القرار من القرارات المتعلقة بأعمال السيادة التي تتولاها السلطة العامة في حدود اختصاصها، وبذلك فهو يطبق على كل من الوطنيين والأجانب.

٢- أن محل هذا الإجراء دائماً هو عقار وليس منقول، فلا يمكن أن يكون محل نزع الملكية منقول وإنما تكون المنقولات دائماً محلاً للاستيلاء[٣].

٣- وفقاً لمبدأ السيادة الإقليمية فإن القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة يتميز بانه نسبي الأثر من حيث المكان فهو لا يجوز أن يمتد إلى الأموال في إقليم دولة أخرى حتى وإن كانت مملوكة لوطنيين.

٤- إذا كان حق الدولة وفقاً لمبدأ السيادة الاقليمية التدخل ومن ثم نزع الممتلكات الخاصة عندما تقتضي المصلحة العامة لذلك، فالقرار الإداري الصادر بنزع الملكية ينطبق بدوره على الأجانب أسوة بالوطنيين، ومن جانب آخر فإن القانون قد كفل للأشخاص المطالبة بالتعويض العادل، وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل والتي نصت على أنه: ((لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً)). ويجب ملاحظة أن مصطلح نزع الملكية يسمى في العراق بالاستملاك، ونظمت أحكامه بموجب قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة (١٩٨١).

إن نزع الملكية للمنفعة العامة يعتبر من أخطر القيود التي تلجأ إليها الإدارة لاستيفاء مطالبها واحتياجاتها؛ وذلك لما فيه من طابع الاعتداء على الملكية الخاصة؛ لذلك لا يحق للإدارة أن تتخذ قرارات نزع الملكية بإرادتها المنفردة إلا إذا أجاز لها القانون ذلك، وفي الحدود

---

(١) د. عبد الباقي نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد ١٤ ، ١٩٨٧ ، ص ١٧٢ .

(٢) د. رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)،دار الكتب القانونية،القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٣٣-٢٣٤ .

(٣)د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية) ، الجزء الأول ، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٥٨ .

التي يرسمها لها، وإن هذا التصرف يجب أن تتوافر فيه الشروط التي تسوغ للإدارة القيام به وهي المنفعة العامة والتعويض العادل.

ومما تجدر الإشارة إليه هو إذا كانت الصورة الشائعة لنزع الملكية للمنفعة العامة تكمن في نزع ملكية العقار من الأشخاص بشكل مباشر، فإن الفقه الدولي أوجد صورة أخرى تتم من خلالها نزع الملكية للمصلحة العامة والتي تتمثل في قيام الدولة باتخاذ إجراءات نزع الملكية بشكل غير مباشر عن طريق تقييد سيطرة المستثمر على ممتلكاته أو استغلالها، مثل فرض ضرائب مبالغ فيها، أو انتزاع مشروعه الاستثماري بالقوة، ويطلق على جميع هذه الإجراءات (نزع الملكية الزاحف أو نزع الملكية التدريجي)[١].

ففي المنازعة التي حصلت بين شركة وينا (Wena Hotels Limited) البريطانية وشركة (ايجوث) المصرية للسياحة، حيث تم إبرام عقد استثمار بين الطرفين بأن تقوم الشركة البريطانية بإدارة واستغلال وتأجير فندقي الأقصر والنيل، مع تدريب الكوادر الفندقية في مؤسسات الشركة في لندن، ومن ثم نشب نزاع بين الأطراف مما دفع المستثمر إلى رفع دعوى ضد الشركة المصرية التابعة للحكومة المصرية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد) مطالباً بالتعويض استناداً إلى ان الطرف المضيف (وهي الشركة المصرية التابعة لوزارة السياحة) وبمساعدة وزارة الداخلية المصرية قامت بالاستيلاء على فندق النيل، وهو ما يعتبر إخلالاً من الحكومة المصرية بالتزاماتها، وإن هذا الإخلال يصل إلى حد نزع الملكية. وقد أصدرت هيئة تحكيم المركز حكمها بإلزام الشركة المصرية بدفع مبلغ (٢١ مليون دولار) تعويضاً للشركة البريطانية[٢].

وعليه يمكن القول بأن قيام الدولة بنزع ملكية المشروع الاستثماري من المستثمر دون أن يجيز لها القانون ذلك أو دون تحقيق الشروط اللازمة لنزع الملكية وهي المنفعة العامة والتعويض العادل يعتبر سبباً لنشوء النزاع بين الطرفين .

لذلك نجد أن بعض قوانين الاستثمار نصت على عدم جواز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومنها قانون الاستثمار الأردني رقم (٣٠) لسنة (٢٠١٤)، حيث نصت المادة (٤٢)

---

(١) د. أحمد شرف الدين، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي (دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في التأمين والضمان)، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٥٤-٢٥٥؛ و د. رواء يونس محمود النجار ، المرجع السابق ، ص٢٣٤.

(٢) د. جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية (حمايتها ، تسوية منازعاتها)، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٣٩٣ .

على: ((لا يجوز نزع ملكية أي نشاط اقتصادي أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل دون تأخير))، أما قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) فلم ينص صراحة على عدم نزع الملكية إلا للمصلحة العامة.

وعند الرجوع إلى قانون الاستثمار العراقي فلا نجد نصاً معيناً يتطرق إلى نزع الملكية للمنفعة العامة، ويمكن تعليل ذلك بأمرين: الأمر الأول هو أن نزع الملكية للمنفعة العامة ينصب فقط على العقارات، وأن الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥)[١] أصلاً لا يسمح للمستثمر الأجنبي بتملك الأراضي والعقارات في العراق، وهذا ما جاءت به المادة (٢٣/ثالثاً/أ) حيث نصت على : ((للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول إلا ما استثني بقانون)). وعليه فإن الأصل هو عدم الجواز للمستثمر الأجنبي من تملك العقارات في العراق والاستثناء هو وجود قانون خاص يجيز ذلك.

والأمر الثاني هو أن قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) لا يجيز للمستثمر الأجنبي بتملك الأراضي والعقارات في العراق، وذلك لعدم وجود نص صريح يسمح بذلك، حيث اكتفى المشرع بالإشارة إلى مصطلح "حق الاحتفاظ بالأرض" في المادة (١٠) من هذا القانون، وقد أثار ذلك جدلاً واسعاً في مدى إمكانية المستثمر من تملك العقارات والأراضي، خصوصاً وأن هذا النص لا يرقى إلى أن يبرر هذا الحق للمستثمر وإن كان في نطاق الإسكان فقط[٢]. وهذا ما دفع المشرع إلى حسم المسألة في المادة (١٤/سابعاً) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة (٢٠٠٩)[٣]، حيث نصت على أنه: ((تراعي الهيئة في مشاريع الإسكان المنصوص عليها في المادة (١٠) من قانون الاستثمار تخصيص الأراضي بأية طريقة لا تؤدي إلى نقل الملكية وبمقابل مناسب لضمان تخفيض الكلفة على المستثمر ... إلخ)).

إلا أنه وبعد تعديل قانون الاستثمار العراقي بالقانون رقم (٢) لسنة (٢٠١٠)[٤]، أصبح من حق المستثمر الوطني أو الأجنبي تملك الأراضي والعقارات العائدة للدولة، حيث نصت المادة (٢) منه على ما يلي: ((يُلغى نص المادة (١٠) من القانون ويحل محله ما يأتي : ثانياً–

---

(١) نشر دستور جمهورية العراق في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠١٢) في (٢٠٠٥/١٢/٢٨) .

(٢) د. قيصر يحيى جعفر ، تمليك وتخصيص العقارات لأغراض الاستثمار وفقاً لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، العدد ٣٢ ، ٢٠١٢ ، ص ١٧٠ .

(٣) نشر هذا النظام في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤١١١) في (٢٠٠٩/٣/٢) .

(٤) نشر هذا القانون في الوقائع العراقية بالعدد (٤١٤٣) في ٢٠١٠/٢/٨ .

للمستثمر العراقي أو الأجنبي حق تملك الأراضي والعقارات العائدة للدولة ببدل تحدد أسس احتسابه وفق نظام خاص، وله حق تملك الأراضي والعقارات العائدة للقطاعين المختلط والخاص لغرض إقامة مشاريع الإسكان حصراً)). وعليه فإن هذا النص يعتبر استثناءً للمبدأ العام في المادة (٢٥) من الدستور العراقي التي اشترطت في تمليك الأجنبي للعقار أن يجيز له القانون بذلك؛ لذلك يجب على المشرع الالتفات إلى هذه المسألة وعليه أن ينص صراحة على عدم جواز نزع الملكية إلا للمصلحة العامة دون الاعتماد على مواد القانون المدني ذات الصلة بنزع الملكية.

وقد اتبع قانون الاستثمار في إقليم كردستان رقم (٤) لسنة (٢٠٠٦) نفس النهج الذي اتخذه قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦)، من خلال عدم ذكر نص معين يقضي بعدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري، وإن وجود مثل هكذا أمر يؤدي إلى تنافر المستثمرين بدلاً من جذبهم إلى الدولة المراد الاستثمار فيها، خصوصاً وأن المستثمر يبحث دائماً عن الضمانات التي تؤمن له المشروع الاستثماري، ومن هذه الضمانات عدم جواز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة.

وفي إطار الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الاستثمار نجد أن معظمها يتضمن شروطاً تقيد من سلطة الدولة في نزع ملكية المشروعات الاستثمارية. ففي اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين جمهورية العراق وجمهورية فرنسا[١]، نصت الفقرة (٢) من المادة (٦) على أنه: ((لا يتخذ أي من الطرفين المتعاقدين إجراءات استملاك أو تأميم أو أية إجراءات أخرى تقود بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى نزع ملكية الاستثمارات التي يملكها مستثمرو الطرف الآخر على أراضيه أو في منطقته البحرية، إلا من أجل المنفعة العامة وشرط أن تكون تلك الإجراءات غير تمييزية وغير مناقضة لالتزام خاص)).

(ثانياً) المصادرة : تعرف المصادرة بوجه عام بأنها (إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل)[٢]. وتنقسم المصادرة إلى قسمين:

---

(١) أبرمت هذه الاتفاقية في بغداد بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٣١ وتمت المصادقة عليها بموجب القانون رقم (٢٤) لسنة (٢٠١٠) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٤١) في ٢٠١٢/٦/٤ .

(٢) د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧ ، ص ١١٧ .

القسم الأول (مصادرة إدارية)، وهي عبارة عن إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة، فالسلطة الإدارية تقوم بمصادرة الأغذية ذات الصلاحية المنتهية (الفاسدة)، ويجب على السلطة المختصة أن تحترم القانون عند اتخاذ هذا الإجراء، ولكن لا يلزم صدور حكم قضائي لمباشرته[١].

القسم الثاني (مصادرة قضائية)، وهي المصادرة التي تتم عن طريق السلطة القضائية كعقوبة تكميلية لجرائم جنائية معينة، كمصادرة الأشياء المتحصلة من الجريمة إذا كان استعمالها أو حيازتها يعد جريمة في ذاته، ويترتب على المصادرة أيلولة المال المصادر إلى الدولة دون مقابل[٢]. وأهم ما يميز المصادرة عن نزع الملكية للمصلحة العامة هو التعويض؛ إذ إنه في الأولى لا يوجد تعويض بينما في الأخيرة يكون النزع وفقاً لتعويض عادل.

أما عن موقف قوانين الاستثمار من المصادرة، فإن الأصل العام في هذه القوانين هو عدم جواز المصادرة، وهذا ما جاء به قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧)، حيث نصت المادة (٩) على أنه: ((لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها)).

وإن هذا النص واضح في عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري ، ومحل المنع هنا هو المشروع الاستثماري بأكمله او جزء معين منه ، ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الحظر المقرر بنص المادة سالفة الذكر إنما ينصب على المصادرة التي تتم بالطريق الإداري ولا تتعلق بالمصادرة التي تتم بموجب حكم قضائي، وهذا الأمر هو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون؛ لذا فإن التشريع المصري قد منع المصادرة التي تتخذها السلطة الإدارية وتظل إجراءاتها محكومة بالقواعد العامة التي تقضي باختصاص القضاء بذلك[٣].

ولا يختلف الحكم المتقدم على ما جاء به التشريع العراقي في المادة (١٢) من قانون الاستثمار المعدل النافذ، حيث نصت هذه المادة على أنه: ((يضمن هذا القانون للمستثمر ما

---

(١) د. باسم علوان طعمة، قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ في الميزان،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق،السنة الخامسة،العدد الثاني، ٢٠١٣، ص ٤٧ .

(٢) محمد علي عوض الحرازي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات (دراسة مقارنة)، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٢ .

(٣) رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) ولائحته التنفيذية، ط ٣، بدون ذكر جهة ومكان النشر، ٢٠٠٧، ص ٢٩٠.

يأتي: ثالثاً– عدم مصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات)).

من خلال ما تقدم يتضح أن عدم جواز المصادرة هو الأصل العام، لكن أجازت التشريعات مصادرة المشروع الاستثماري كلاَ أو جزءاً إذا كانت تلك المصادرة مستندة إلى حكم قضائي بات وهذا هو الاستثناء، وبالتالي فإن قيام السلطات الإدارية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار بمصادرة المشروع الاستثماري من دون أن تستند إلى حكم قضائي يعتبر سبباً لنشوء النزاع بين أطراف العلاقة الاستثمارية .

(ثالثاً) التأميم : تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بتأميم المشروع الاستثماري من المستثمر مما يؤدي إلى نشوب النزاع بينهما، ويقصد بالتأميم الإجراء الذي يراد به نقل مشروع أو مجموعة من المشاريع الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات – الملكية الخاصة – إلى ملكية الأمة – الملكية العامة – ممثلة في الدولة بقصد تحقيق الصالح العام[١]. ويعتبر التأميم وسيلة قانونية تؤدي إلى سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج المختلفة – كلها أو بعضها – التي توجد داخل إقليمها والتي تكون مملوكة للأشخاص الخاصة بحيث تصبح هذه المشروعات ملكاً للدولة[٢].

ويتفق التأميم مع نزع الملكية في إن كلاهما يؤدي إلى انتقال الملكية للدولة مقابل تعويض يُدفع إلى المالك، ولكن يختلف عن نزع الملكية من حيث إن التأميم يرد على مشروع إنتاجي في حين أن نزع الملكية للمنفعة العامة يرد على عقار مملوك للأشخاص[٣]. وبالرغم من أن التأميم يخضع لإجراءات معينة في تشريعات الكثير من الدول بهدف إضفاء المشروعية عليه في ظروف معينة، إلا إنه تترتب عليه آثار سلبية متعددة تصل إلى حد النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة. حيث يمثل اللجوء إليه هاجساً مزعجاً للمستثمرين الوطنيين والأجانب، مما قد يؤدي إلى عدم استقرارهم في الدولة وفرارهم منها طلباً لملجأ يستثمرون فيه، وهو الأمر الذي يؤثر بطبيعة الحال على اقتصاد الدولة المضيفة وينعكس على مجمل الجوانب والقطاعات المختلفة في الدولة، وخير

---

(١) د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٥٣.

(٢) د. عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، ط ١ ، بيت الحكمة، بغداد ، ٢٠٠٢، ص ٩٣ .

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، الجزء الثامن، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١ ، بند ٣٨٦ ، ص ٦٢٦ .

مثال على ما تقدم هو ما عانى منه الاقتصاد المصري من آثار سلبية خلال حقبة الستينيات من القرن الماضي نتيجة لعمليات التأميم والمصادرة التي تعرضت لها بعض الاستثمارات، وهو ما تسبب في تشكيل عامل طرد للمستثمرين الوطنيين والأجانب وهروبهم بأموالهم إلى دول أخرى تضمن لهم عدم خضوع مشروعهم الاستثماري للتأميم[1].لذلك اتجهت بعض التشريعات الوطنية بحظر تأميم المشاريع الاستثماري مما يعتبر ذلك وسيلة لطمأنة نفوس المستثمرين من مثل هكذا إجراء، وبطبيعة الحال فإن النص على عدم جواز تأميم المشاريع الاستثمارية يعتبر من قبيل الضمانات المهمّة التي يبحث عنها المستثمر لحماية مشروعه الاستثماري. وفي هذا الصدد، حظر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) تأميم الشركات والمنشآت، حيث نصت المادة (٨) من هذا القانون على أنه :((لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها)).

أما التشريع الأردني رقم (٣٠) لسنة (٢٠١٤) فقد عالج الموضوع بشكل آخر، حيث نصت المادة (٤٢) من قانون الاستثمار الأردني على أنه: ((لا يجوز نزع ملكية أي نشاط اقتصادي أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل دون تأخير)). ويتضح من هذا النص بأن التشريع الأردني في الأصل منع حرمان المستثمر من ملكية المشروع الاستثماري من خلال نزع الملكية أو إخضاعه لإجراءات تؤدي إلى ذلك والذي يعتبر التأميم من ضمنها، ولكنه أجاز ذلك على سبيل الاستثناء وبشرط أن يتم الاستملاك لغرض المصلحة العامة، بالإضافة إلى وجوب دفع تعويض عادل إلى المستثمر وبتعويض عادل وبعملة قابلة للتحويل[2].

وقد أكّد المشرع العراقي في الفقرة (ثالثاً) من المادة (١٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) على عدم جواز تأميم المشاريع الاستثمارية، حيث نصت المادة المذكورة سلفاً على: ((عدم مصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات))، ومن خلال مفهوم المخالفة لهذا النص يجوز تأميم بعض المشاريع التي لا تخضع لأحكام قانون الاستثمار بدون حكم قضائي، وهو الاستثمار في مجالي الاستخراج وإنتاج النفط والمعادن والاستثمار في قطاعي المصارف وشركات التأمين.

([1]) د. رمضان صديق محمد ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

([2]) هفال صديق اسماعيل ،المركز القانوني للمستثمر الأجنبي (دراسة تحليلية مقارنة) ،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، ٢٠١٤ ، ص ٩١.

وبخصوص موقف قانون الاستثمار في إقليم كوردستان من التأميم، فنجد أنه جاء خالياً من الإشارة إلى ذلك، ويعتبر ذلك نقصاً تشريعياً يجب تلافيه بأسرع وقت ممكن.

يتضح مما تقدم أن قيام الدولة بتأميم المشروع الاستثماري دون مسوغ قانوني او دون توافر الشروط التي ينص عليها القانون أو دون تعويض عادل يعتبر سبباً لنشوء النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة.

(رابعاً) اتخاذ الدولة إجراءات انفرادية: من حق المستثمر على الدولة المضيفة أن تحترم التزاماتها التعاقدية، ومن أهم هذه الالتزامات العمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، وتلتزم الدولة عند تنفيذ العقد باحترام كافة الشروط الواردة فيه وفقاً لمقتضيات حسن النية، وعليها ان تنفذ شروط العقد بأكملها[١]. بالإضافة إلى ذلك فإن من ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة هو دفع المقابل للمستثمر، ويتجسد ذلك بصورة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا، فيجب على الدولة عند إبرامها لمثل هذه العقود أن تقوم بدفع مقابل المعرفة الفنية باعتبارها محل عقد نقل التكنولوجيا[٢].لكن قد تتخذ الدولة المضيفة إجراءات انفرادية على عقد الاستثمار كإنهاء العقد أو عدم الالتزام ببعض الشروط المنصوص عليها في العقد، أو قد تتأخر في دفع المقابل، أو قد يمتد الأمر إلى أكثر من ذلك فقد يصل إلى الحد الذي تمتنع فيه الدولة امتناعاً كلياً عن أداء هذا المقابل؛ لذا نجد ان غالبية عقود نقل التكنولوجيا تتضمن نص يلزم الدولة بدفع فائدة محددة في حالة التأخير عن أداء المقابل في الميعاد المتفق عليه، أو قد ينص في العقد على أنه عند امتناع الدولة عن أداء المقابل يحق للمستثمر أن يقوم بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض[٣]. وعليه فإن هذه الإجراءات الانفرادية الصادرة عن إرادة الدولة المنفردة تعتبر سبباً لحدوث النزاع بينها وبين المستثمر المتعاقد معها.

وأخيراً فقد تقوم الدولة المضيفة بإحداث تغييرات تشريعية على القوانين المتعلقة بالاستثمار تؤدي إلى حرمان المستثمر المتعاقد معها من بعض أو جميع المزايا التي كان يتمتع بها في ظل القوانين المعاصرة لإبرام العقد، ويترتب على ذلك ضرراً للمستثمر مما يؤدي إلى قيام النزاع بينهما، وسنتكلم عن هذه التغييرات التشريعية في المبحث القادم.

---

(١) د. إلياس ناصيف، العقود الدولية (عقود البوت BOT) في القانون المقارن، ط ٢، مكتبة الحلبي، بيروت – لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٢٨٧ .

(٢) صادق زغير محسن ، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٤٥ .

(٣) د. جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا (في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد) ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص (٨٥ – ٨٧) .

وعوداً على ما تقدم، فإن المنازعات التي ترجع إلى تصرفات الدولة المضيفة يمكن حصرها في ثلاثة أسباب، وهي :

السبب الأول: نزع ملكية المشروع الاستثماري، ومصادرته، وتأميمه لصالح الدولة المضيفة.

السبب الثاني: اتخاذ إجراءات انفرادية بإرادة (الدولة المضيفة) منفردة على عقد الاستثمار كإنهاء العقد أو عدم الالتزام ببعض الشروط المنصوص عليها في العقد أو عدم دفع المقابل.

السبب الثالث: قيام الدولة المضيفة بإحداث أو عمل تغييرات تشريعية على قوانينها الداخلية ذات الصلة بعقود الاستثمار[1].

المطلب الثاني
الأسباب التي ترجع إلى المستثمر

على الرغم من أن الدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر والذي هو بطبيعة الحال شخص خاص لا يتمتع بأيٍّ من المزايا السيادية، وأن هذا المركز السيادي يعطي للدولة مكنة اتخاذ إجراءات انفرادية تؤدي إلى عرقلة المشروع الاستثماري وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر. إلا إنه لا يمكن القول أن جميع اسباب منازعات الاستثمار ترجع إلى قيام الدولة المضيفة بإخلالها بالتزاماتها مع المستثمر، سواء أكانت انتهاكاً لحقوق المستثمر أو خرقاً للالتزامات الملقاة على عاتق هذه الدولة ، فقد تعود تلك الأسباب إلى المستثمر بان يكون هو الذي أخل بالالتزامات المفروضة عليه.

لذلك سنتكلم عن بعض الالتزامات المفروضة على المستثمر والذي يعد الإخلال بها سبباً لقيام النزاع بينه وبين الدولة، وذلك كالآتي:

(أولاً)عدم التزام المستثمر بالإعلام والإخبار: يحق للدولة أو أحد اجهزتها المتعاقدة مع المستثمر الرقابة والمعرفة الدائمة على كيفية سير المشروع الاستثماري؛ لذلك يقع على عاتق المستثمر التزاماً متمثلاً بالإعلام والإخبار. فيجب على المستثمر أن يعطي للدولة المضيفة أو للجهاز التابع لها كل الأوراق والمستندات والخطط والوثائق التي تطلبها، مع تقديم تقارير دورية تفصيلية بالحالة التي تكون عليها المشاريع، وإن هذه الأوراق أو الوثائق المتنوعة تصبح ملكاً خالصاً للدولة[2].وهذا يعني أننا لسنا بصدد التزام واحد فقط، بل يمكن التعبير عنه بأنه عدة التزامات تتمثل في إخبار الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد أجهزتها ببعض البيانات الشخصية

---

(1) د. جابر فهمي عمران ، المرجع السابق ، ص ٤٠٠ .

(2) د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢١ .

والمعلومات عن المستثمر ذاته، بالإضافة إلى تقديم المعلومات الكافية عن المشروع المراد إقامته وتقديم دراسة الجدوى وتقديم كافة الوثائق والمستندات المتعلقة بالمشروع الاستثماري، وأخيراً يلتزم المستثمر بمكاشفة الدولة بكافة الظروف الفعلية للمشروع الاستثماري[١]. والحقيقة أن هذه الالتزامات تساعد بشكل كبير على تحقيق قدر من العدل بين أطراف العقد الاستثماري، كما تحقق قدراً من التوازن في العلاقة العقدية بينهما[٢]، وأن إخلال المستثمر بها يؤدي إلى حدوث نزاع بينه وبين الدولة المتعاقد معها. ففي المنازعة التي حصلت بين حكومة الكاميرون وشركة (Klokner)، حيث أنه تم إبرام عقد الاستثمار بين الطرفين وأن تقوم الشركة المستثمرة بإنشاء مصنع في الكاميرون متخصص في إنتاج السماد، وبعد إنشاء السماد امتنعت حكومة اليابان عن تسديد قيمة المصنع حسب ما هو متفق عليه في عقد الاستثمار المبرم بين الطرفين، وقامت الشركة بإحالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تطالب فيه الحكومة الكاميرونية بسداد قيمة المصنع ووفقاً للاتفاق الذي بينهما. لكن علل الجانب الكاميروني سبب رفضه دفع قيمة المصنع بأن الشركة المستثمرة قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت بالتزاماتها بإخبار وإعلام حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالعقد سواء اثناء مرحلة التعاقد أو بعدها. وهذا التصرف يؤدي إلى إعفاء حكومة الكاميرون بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب به الشركة المعنية، إضافة إلى ذلك فإن الشركة المستثمرة أخفت الكثير من المعلومات والحقائق التي لو علمت بها حكومة الكاميرون لامتنعت عن الاستمرار في المشروع، وركزت حكومة الكاميرون على إخلال الشركة المستثمرة بالالتزام العام بالإخبار ومكاشفة الدولة بكافة الظروف الفعلية. وعليه فقد انتهت هيئة التحكيم بأن الشركة المستثمرة (Klokner) خالفت الالتزامات الجوهرية الناشئة عن عقد الاستثمار المبرم بينها وبين حكومة الكاميرون (الدولة المضيفة)، ولا يحق لها التمسك بمطالبة الدولة المضيفة بالثمن الكامل للمصنع الذي تم إقامته كما هو منصوص عليه بقانون الاستثمار[٣].

(ثانياً) عدم تنفيذ المشروع الاستثماري في وقته المحدد: يتعين على المستثمر المرخص له بالبدء بالإجراءات اللازمة لتنفيذ المشروع الاستثماري وفقاً للجدول الزمني المقدم من قبل الهيئة المختصة بذلك، وعليه الالتزام بالمواعيد التي حددها لأغراض تنفيذ المشروع الاستثماري. ولعل

---

(١) هفال صديق اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ١٤٠-١٤١.

(٢) د. عصام أحمد البهجي، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٨.

(٣) د. جابر فهمي عمران ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨-٣٩٩ ، ود. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ٢٢٢-٢٣٣ .

الحكمة من وراء ذلك واضحة وجلية من خلال ما يمثل الوقت من أهمية كبيرة في إنجاز المشاريع الاستثمارية، وإن هذه المشاريع تسهم بشكل أو بآخر في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار؛ لذلك يتم في أحيان كثيرة التعاقد مع مستثمر معين دون الآخر بحكم التزام الأول بإنجاز المشروع والبدء فيه في وقت أقل مما يتطلبه غيره[١]. وعليه فإن تأخير المستثمر عن البدء في المشروع الاستثماري، أو تأخيره عن إتمام تنفيذه في الوقت المحدد أو عدم البدء أصلاً في تنفيذ المشروع الاستثماري يعتبر سبباً رئيساً لنشوء النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر. وتأكيداً على ما سبق ذكره ، فقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية العراقية قراراً يقضي بفسخ العقد المبرم بين وزارة الكهرباء وشركة (الكترو انيرجي) للاستثمارات الأردنية ، حيث إنه سبق وأن تم التعاقد بين الطرفين على تزويد أحمال كهربائي في المنطقة الغربية، إلا أن الشركة الأردنية لم تنفذ التزاماتها العقدية على الرغم من مضي سبعة سنوات على توقيع العقد واستلام الشركة الأردنية الدفعة الأولى من المبلغ والبالغة (١٥٠٠٠٠٠٠) خمسة عشر مليون دولار امريكي؛ لذا قررت المحكمة فسخ العقد بين الطرفين والحكم بإلزام المدعى عليه (المدير المفوض بالشركة) إضافة لوظيفته بأن يؤدي المدعي (وزير الكهرباء إضافة لوظيفته) مبلغاً مقداره (١٥٠٠٠٠٠٠) وتحميل المدعى عليه الرسوم والمصاريف[٢].

(ثالثاً)عدم التزام المستثمر بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها: تتضمن بعض عقود الاستثمار التزاماً يقع على عاتق المستثمر وهو نقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة، فيجب على المستثمر اتخاذ كافة الوسائل التي تكفل النقل الفعلي للتكنولوجيا بحيث تصبح الدولة مالكة للعناصر المادية والمعنوية للتكنولوجيا وليس فقط منتفعة بها، أو تمنح حقاً استئثارياً كما في الترخيص باستعمال براءات الاختراع؛ لأن هذه الملكية تسمح للدولة أن تتصرف فيها على نحو البنود العقدية التي نظمت من خلالها الحق الاستئثاري مع مراعاة احترام الشروط الواردة في ذات العقد كشرط المحافظة على السر التكنولوجي أو شرط عدم المنافسة[٣]؛ لذا فأن محل عقد نقل التكنولوجيا يتمثل في نقل المعرفة الفنية من المستثمر إلى الدولة المضيفة[٤].

---

(١) هفال صديق اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، العدد ٣٤٦ / الهيئة الموسعة المدنية الأولى / ٢٠١٢ ، قرار غير منشور .

(٣) د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠٩، ص ٨٨.

(٤) د. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص ٤٣.

ويعد نقل التكنولوجيا من أهم الالتزامات المترتبة في عقد الاستثمار؛ وذلك لطول مدة العقد وضخامة المشروعات التي يتضمنها، مما يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا والعمل على تطويرها باستمرار، كما يحق للدولة المضيفة أن تطلب نوعاً من التكنولوجيا يتناسب مع خططها التنموية. وتعتبر المعلومات التي تحتوي عليها التكنولوجيا بالمفهوم القانوني مالاً معنوياً يسمى بـ(حق المعرفة)، مثل نقل المعرفة والخبرة الفنية بكافة أشكالها، كدراسات الجدوى وخراط الرسوم والتصاميم والنماذج والتركيبات، وتقديم الخدمات الفنية كتدريب الخبرة الهندسية وتدريب العمال والمعلومات الفنية اللازمة لتركيب أو تشغيل أجهزة او آلات، والمعلومات الفنية التي تمكن الدولة المضيفة من التعرف على حقيقة الآلات أو الأجهزة أو السلع التي تنتقل ملكيتها إليه، أو على كيفية تركيبها أو استعمالها[1].وإذا كنا قد أشرنا إلى أن بعض المعلومات التي تحتوي عليها التكنولوجيا تعتبر مالاً معنوياً، فإن ذلك لا يعني أن التزام المستثمر ينحصر فقط بتقديم العناصر غير المادية المجسدة بحق المعرفة، بل إنه في بعض الأحيان يتعدى ذلك ويشمل التزاماً بتقديم العناصر المادية المتمثلة في خدمات متنوعة تتعلق بتسليم المعدات الصناعية أو تركيب منشأة صناعية كاملة وفق الصيغ التعاقدية المعروفة بصيغ تسليم مفتاح أو تسليم إنتاج أو تسليم مع التسويق[2].

وبناء على ما تقدم فإن امتناع المستثمر عن بعض أو جميع الالتزامات المتعلقة بنقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة للاستثمار، يعتبر انتهاكاً واضحاً للالتزامات المفروضة عليه مما يؤدي بطبيعية الحال إلى نشوء النزاع بينه وبين الدول المضيفة للاستثمار.

المبحث الثاني

وسائل الحد من منازعات الاستثمار

سبق وأن بينّا أن عقود الاستثمار تتسم بخصوصية معينة، ألا وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، والناجمة عن حقيقة مفادها أن أحد الأطراف هو شخص عام سيادي يتمتع بمزايا خاصة (والذي يتمثل في الدولة)، والطرف الآخر هو شخص خاص لا يتمتع بأية سيادة أو ميزة (وهو ما يتمثل في المستثمر سواء أكان مستثمراً وطنياً أم مستثمراً أجنبياً). وهنالك حقيقة يجب عدم إغفالها وهي أن الدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإن مصدر القلق الأساس يتمثل

---

(1) د. إلياس نصيف ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ .

(2) صادق صغير محسن ، تنازع القوانين في عقود نقلا لتكنولوجيا، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد، ٢٠١١، ص ١٤٤ .

في محاولة الدولة لاستغلال نفوذها وسلطاتها كحامية للمصلحة العامة إلى الحد الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين.

إن توازن العقد الاستثماري يعتبر أمراً حاسماً لتجنب المنازعات، وبالرغم من أن مسألة حسم المنازعات لا تكون بالتأكيد اول ما يفكر فيه الأطراف عند إبرامهم للعقد الاستثماري، إلا إنهم يجب أن يأخذوا في اعتبارهم احتمال نشوب الخلافات والمنازعات في أي وقت أثناء تنفيذ العقد؛ لذلك فإن المشكلة الأساسية التي تثار بمناسبة عقود الاستثمار هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والأهداف التي ينشدها المستثمر، وبمعنى آخر كيف يمكن خلق حالة من التوازن بين أهداف المستثمر والمتمثلة في أن يظل العقد كما هو بدون المساس به من جهة، ومتطلبات التنمية الأساسية التي تحرص الدولة على تحقيقها لأقصى درجة ممكنة[1].

وعليه فإنَّ من الضروري إيجاد وسائل معينة يستطيع من خلالها أطراف العقد الاستثماري الحد أو تجنب المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وتتمثل هذه الوسائل بشرط الثبات وشرط إعادة التفاوض بالإضافة إلى التأمين على الاستثمار؛ لذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، وكالآتي:

([1]) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدوليةا لخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها) ،ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت – لبنان ،٢٠٠٦، ص ٢٨٩ – ٢٩١ .

المطلب الاول
شروط الثبات

يعتبر التشريع الأداة التي تعبر بها الدولة المضيفة للاستثمار عن سياستها الاستثمارية ، وإن استقرار الأحكام التشريعية في الدول المضيفة يعتبر أساساً ثابتاً لتوقعات المستثمر وحساباته، إلا أن الاستقرار التشريعي إذا كان يخدم المستثمر في حصوله على الأمان الكافي لمشروعه الاستثماري لتحقيق هدفه في الحصول على الربح ، ففي الجانب الآخر نجد أن الدولة المضيفة للاستثمار تسحب المعاملة التي كان يعامل بها الاستثمار في السابق أو تلغي المشروع المنظم له أو تقوم بإجراء التعديلات عليه ، وهذا الأمر يؤثر بطبيعة الحال على المستثمر خصوصاً وإن هذه التغييرات تؤدي إلى عدم التوازن العقدي بين الطرفين ، مما يسبب ضرراً للمستثمر[١] . ولضمان المستثمر عدم تأثره بالتغيرات التي تقوم بها الدولة على تشريعاتها الداخلية ، وحمايته من الإجراءات الانفرادية التي تؤدي إلى تعديل أو تغيير بعض أحكام العقد . يعمد غالبية المستثمرين بإدراج شرط معين في العقد الاستثماري يسمى بـ(شرط الثبات) ، والذي من شأنه منع سريان التعديلات التشريعية التي تقوم بها الدولة على العقد الاستثماري ، ومنع تدخل الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة .

وممّا تقدم سنقسم هذا المبحث إلى فرعين ، نتكلم في الفرع الأول عن المقصود بشروط الثبات ، وفي الفرع الثاني سنتكلم عن دور هذه الشروط في الحد من المنازعات .

الفرع الأول
المقصود بشروط الثبات

بالنظر لإمكانية الدولة الطرف في عقد الاستثمار بتعديل الحقوق التعاقدية ، وذلك عن طريق اتخاذها إجراءات معينة بوصفها سلطة عامة ، فإن من الطبيعي أن يتضمن عدد كبير من عقود الاستثمار شروطاً تعرف بشروط الثبات ، وإن وظيفة هذه الشروط هي ضمان أن لا يتغير العقد وأن يظل ثابتاً ، حيث تعمل هذه الشروط على تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة وتمنع السلطات العامة في هذه الدولة من اتخاذ أية إجراءات او إصدار أية قوانين أو لوائح تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي وتعرض مصالح المستثمر للخطر[٢] .

ويتم التمييز في إطار شروط الثبات التي يتم إدراجها في عقود الاستثمار بين شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد ، وذلك كالآتي :

---

(١) ينظر : د. رواء يونس محمود النجار ، المرجع السابق، ص ٢٢٧ .

(٢) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق، ص ٢٩٣ .

(أولاً) شروط الثبات التشريعي : يقصد بشروط الثبات التشريعي بأنها أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع ، والتي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت ، بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، حيث تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ، ويترتب عليه الإضرار بالطرف الآخر المتعاقد (المستثمر)[١] . وإن هذه الشروط قد ترد بشكل مطلق لتشمل أي تعديلات أو تغييرات تشريعية لاحقة على إبرام العقد والتي تؤثر على حقوق المستثمر ، أو قد ترد بصورة محددة كالاتفاق على شروط ثبات تتعلق بالتزامات قانونية معينة (كتثبيت نسبة الضريبة المدفوعة أو التزامات تتعلق بمعايير السلامة البيئية)[٢] .

وفي إطار العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار ، فإن أطراف العلاقة العقدية يرغبون في تضمين العقد الاستثماري العديد من الشروط، ويدفع إلى ذلك أسباب عديدة تتنوع مع تنوع هذه الشروط ، ولعل من بين هذه الأسباب هو أن عقود الاستثمار تعتبر من العقود ذات المدة الطويلة ، وإن الطرف المتعاقد مع الدولة يحاول تأمين نفسه ضد الكثير من المخاطر التشريعية أو المشاكل التي تستجد من خلال التنفيذ الذي يستمر لمدة طويلة من الزمن ، ومن هذه الشروط هو شرط الثبات التشريعي الذي يجهد أطراف العلاقة التعاقدية في تضمينها عند إبرامهم لعقود الاستثمار[٣] . وعليه فإن الاتفاق على إدراج مثل هذه الشروط يعتبر بمثابة تنازل من الدولة المضيفة لصالح المستثمر على جزء من سيادتها في مجال التشريع ، من خلال تعهدها بتحصينه من الخضوع لتطبيق أية تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تضر بمركزه الاقتصادي[٤].

(ثانياً) شروط عدم المساس بالعقد : يقصد بهذه الشروط هو تعهد الدولة بعدم إجراء أية تغييرات في العقد بإرادتها المنفردة ، مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يسبغها عليها قانونها

---

(١) ينظر : فيصل عليان الياس الشديفات ، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة دمشق ، ٢٠١٠ ، ص ٣٣٤ وما بعدها .

(٢) ينظر : د. محمود الفياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة (بين فرضيات وإشكاليات التطبيق) ، بحث منشور في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين ، ٢٠١٣/٥/٢٠ ، ص ٦٠٦ .

(٣) ينظر : د. غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧٢ .

(٤) ينظر : د. باسم علوان طعمة ، المرجع السابق، ص ٢٣ .

الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية او بوصفها سلطة إدارية ، حيث تشكل هذه الشروط نوعاً من الحصانة للطرف (المستثمر) المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به الدولة من سيادة وسلطان لصفتها الإدارية[١] . ويهدف المستثمر من وراء شروط الثبات العقدي الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ومن ثم حمايته من الأضرار التي تنجم عن تعديل العقد[٢] .

وتأسيساً على ما تقدم ، تقوم الدولة المضيفة عند إبرامها للعقد الاستثماري بالتعهد بعدم قيامها بإجراء أية تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة مما يؤدي هذا التعهد إلى استقرار التوازن العقدي بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر .

وبالرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف من الناحية النظرية عن شروط عدم المساس بالعقد ، فإن العقد المبرم بين الدولة والمستثمر قد يتضمن كل من النوعين من الشروط في آن واحد ، بالإضافة إلى ذلك فإن التفرقة بين شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد قد تبدو أقل وضوحاً عند إعمال كل من هذين الشرطين ، فشروط الثبات التشريعي تهدف في النهاية إلى عدم المساس بالعقد ؛ إذ إنها تسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، كما إن شرط الثبات نفسه لا يحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس به[٣] . وعليه فإن شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد يعتبران شرطين أساسيين للمستثمر المتعاقد مع الدولة ؛ وذلك لما يضيفانه من القدرة على التوقع للمستقبل ، فضلاً عن توفير قدر كبير من الحماية للمستثمر فهما يعتبران عنصراً مهماً من عناصر الأمان التي تبحث عنها الشركات المتعاقدة مع الدولة ، فهذه الشركات تتحصن ضد الاجراءات السيادية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار[٤] .

الفرع الثاني
دور شروط الثبات في الحد من المنازعات

---

(١) ينظر : فيصل عليان الياس الشديفات ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) ينظر : د. باسم علوان طعمة ، المرجع السابق ، ص٢٣ .

(٣) ينظر : د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧ .

(٤) ينظر : د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٥ .

إن شروط الثبات تؤدي دوراً مهماً في تحقيق التوازن العقدي ، حيث تهدف هذه الشروط إلى الحد من السلطة العامة للدولة في تعديل أو إلغاء العقد ؛ وذلك لحماية العقد من أن تطبق عليه أية إجراءات تشريعية أو إدارية بعد توقيعه[١] . ونظراً لأهمية شروط الثبات ودورها في الحد من المنازعات التي تنشأ عن الاستثمار ، فقد نصت بعض التشريعات الوطنية على مثل هذه الشروط ، ومن هذه التشريعات قانون الاستثمار الأردني رقم (٣٠) لسنة (٢٠١٤) ، حيث نصت المادة (٩) منه على :

((أ- مع مراعاة ما ورد في هذا القانون ، تبقى الأنشطة الاقتصادية التي تتمتع بمزايا أو إعفاءات جمركية أو ضريبية بمقتضى أي تشريعات سابقة للاستثمار وأي قرارات صادرة بموجبها والنافذة قبل سريان هذا القانون مستفيدة من تلك الإعفاءات والمزايا حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح لها بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها ، ولا تستفيد الأنشطة الاقتصادية التي تمتعت بحوافز مرتبطة بضريبة الدخل بموجب تشريعات سابقة من الحوافز والمزايا الواردة في المادة (٥) من هذا القانون ، ولهذه الغاية تمارس الهيئة مهام الجهات واللجان المختصة وفقاً لتلك التشريعات .

ب - ١ - إذا كان المشروع قد حصل على مزايا وإعفاءات من ضريبة الدخل بمقتضى التشريعات السابقة ، ولم يكن قد باشر عمله أو انتاجه الفعلي ، فيشترط لغايات تطبيق حكم الفقرة (أ) من هذه المادة أن يباشر العمل أو الانتاج الفعلي خلال سنتين من تاريخ نفاذ هذا القانون تحت طائلة فقدان الحق في تلك المزايا أو الإعفاءات)) .

وفيما يخص موقف قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) من شرط الثبات ، فقد نصت المادة الثالثة عشرة على إنه : (أي تعديل لهذا القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبه) . إن مضمون هذه المادة ينفي أي أثر رجعي لأي تعديل لقانون الاستثمار من شأنه تقليص أو إلغاء الضمانات المقررة للمستثمر بموجب هذا القانون ، بل وعلى العكس من ذلك إن المفهوم المخالف لهذا النص يمكن أن يحتمل ترتب الآثار الرجعية للتعديلات الجديدة للقانون بصورة تعزز من الضمانات أو تزيدها إذا ما نص المشرع على الأثر الرجعي ، وذلك بقرينة العبارة (أي أثر رجعي يمس الضمانات) ، فالأثر الرجعي المنفي هو المقيد بالمساس بالضمانات ، ومع انتفاء قيد المساس ينتفي الحكم

---

(١) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ .

كما هو واضح[1] ، بالإضافة إلى ذلك فإن المادة المذكورة تنفي أي مساس في الضمانات التي يتمتع بها المستثمر عن صدور تعديلات على القانون ، ولكن عدم المساس مقيد بالفترة السابقة على صدور التعديل ، فإذا كان العقد الاستثماري في فترة التنفيذ وصدر تعديل معين فإن هذا التعديل وفقاً لنص المادة (١٣) يسري على المدة المتبقية لانتهاء العقد . ومن جانب آخر فإن المادة (١٣) قد شملت التعديلات التي تصدر فقط في قانون الاستثمار ، ومع هذا فإن هناك بعض القوانين ذات علاقة وثيقة بالاستثمار وتسهم بشكل أو بآخر في تحديد الضمانات والمزايا التي يتمتع بها المستثمر ، ومن هذه القوانين قانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة (٢٠٠٤) وقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة (١٩٨٦) والقانون المؤقت لسوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) بالإضافة إلى قانون الشركات رقم (٢١) لسنة (١٩٩٧) . وبالتالي فإن إجراء أية تعديلات على مثل هذه القوانين قد تمس المزايا أو الضمانات أو الحقوق المقررة للمستثمر ، فإن هذه التعديلات تسري بحق المستثمر وبالتالي فإنها قد تلحق ضرراً بالمستثمر ؛ لذلك نقترح على التشريع العراقي إعادة صياغة المادة (١٣) وذلك على النحو التالي : (اي تعديل في القوانين ذات الصلة بموضوع الاستثمار لا يترتب عليه أي أثر يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبها للمستثمر) .

وعوداً على ما تقدم ، فإن شروط الثبات تعتبر بمثابة ميزة تقررها الدولة للاستثمارات التي تشكل أهمية كبيرة في عملية النمو الاقتصادي فيها ، وهذه الميزة تعتبر تنازل من الدولة عن مظهر من مظاهر سيادتها الإقليمية ، وبما ان التعديلات التي تطرأ على القانون الحاكم للعقد تؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي لذلك العقد على نحو يلحق الضرر بأحد الطرفين المتعاقدين ، فإن وجود مثل شروط الثبات تؤدي إلى استقرار الرابطة التعاقدية بين الدولة والمستثمر وذلك من خلال عدم تأثر العقد بالتعديلات التي تطرأ على قانون العقد ؛ لذلك تشكل شروط الثبات أهمية خاصة في ضمان حقوق المستثمر في علاقته بالدولة التي يقوم بالاستثمار فيها[2] .

وإن هذا التثبيت للنظام القانوني الذي يحكم العلاقة العقدية – الذي يحدث بفعل شروط الثبات – يعتبر الطريقة القانونية الأكثر تأثيراً من أجل ثبات النظام الذي تنشئه بنود عقود الاستثمار ، وفي ذات الوقت إن هذا التثبيت يمكّن أطراف العلاقة التعاقدية من تجنب

---

(1) ينظر : د. باسم علوان طعمة ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(2) ينظر : دريد محمود علي السامرائي ، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٢٧٨ وما بعدها .

المنازعات النهائية التي تظهر في الغالب كنتيجة لظهور تشريع مستقبلي أو اتخاذ إجراء تنفيذي يزيد الضرائب أو يفرض التزامات أخرى تؤثر على التوازن المادي الذي استند إليه تصور التوازن العقدي[١] .

والسؤال الذي يثار هنا : مدى نجاح شروط الثبات في الحد من وقوع المنازعات ؟ وما هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة الدولة لشروط الثبات ؟

ذهب البعض إلى ان شروط الثبات المدرجة في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر هي شروط صحيحة ومنتجة لجميع آثارها والمتمثلة بعدم جواز الدولة المتعاقدة بإنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة أو إحداث أية تغييرات او تعديلات في قوانينها يكون من شأنها المساس بشروط العقد إلا إذا نص صراحة في العقد على خلاف ذلك عن طريق وجود شرط يسمح للدولة بفسخ العقد أو عن طريق الإشارة إلى نظام قانوني يقرر هذا الأثر[٢] .

ومن جانب آخر ، يرى البعض أن وجود مثل شروط الثبات لا يحقق الضمان الكافي للمستثمرين ، فإن قدسية العقد لا تمنع المشرع الوطني من أن يمارس سيادته التي تمكن الدولة من تعديل او إصدار قانون معين او اتخاذ إجراء تعتبره يخدم الصالح العام ، حتى ولو كانت هذه التعديلات أو الإجراءات متعارضة بشكل مباشر مع بنود العقد ، حيث يؤدي في الحقيقة طغيان وسيادة قاعدة تشريعية لاحقة على أي نص تعاقدي إلى حرمان شرط الثبات من قيمته القانونية[٣] . ويتجسد ذلك على وجه الخصوص في المنازعات التي تنشأ عند قيام الدولة بتأميم المشروع الاستثماري ، فقد تتضمن تعديلات جديدة جواز قيام الدولة بتأميم او نزع ملكية المشاريع الاستثمارية ، فإن قيام الدولة بمثل هكذا إجراءات يعتبر من ضمن سيادتها على مواردها الاقتصادية ، فلها الحق ان تمارس اجراءات التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة بدون أية مسؤولية طالما كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك بغض النظر عن تضمن هذا العقد

---

(١) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ .

(٢) ينظر : د. حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ . و غسان عبيد محمد المعموري ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ .

(٣) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٢٩٩ .

لشروط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد ، فهذه الشروط لا تشكل قيداً على إرادة الدولة وسيادتها في تعديل هذه العقود[١] .

أما عن الجزاء المترتب على إخلال الدولة بشروط الثبات ، فيتوقف على طبيعة المزايا والضمانات التي تم المساس بها ، فإذا ورد التعديل على القوانين المالية كزيادة نسبة الضرائب أو الرسوم المفروضة على المستثمر ، وأرادت الدولة تطبيق القانون الجديد على المستثمر رغم وجود شرط الثبات ، كان للمستثمر أن يحتج بهذا الشرط وبالتالي عدم سريان التعديل الجديد في حقه وصولاً إلى الامتناع عن دفع الضرائب والرسوم التي يفرضها القانون الجديد أو القانون القائم بعد تعديله ، أما إذا تضمنت التعديلات الجديدة جواز نزع الملكية للمصلحة العامة أو قيام الدولة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل حلول أجل انتهاء عقد الاستثمار أو قيام الدولة بإجراء تعديلات على العقد الاستثماري دون موافقة الطرف المتعاقد معها وبالرغم من وجود شرط الثبات أو شرط عدم المساس بالعقد ، فإن ذلك ينشئ حقاً خالصاً في تعويض المستثمر من قبل الدولة المضيفة للاستثمار[٢] .

إن ما ذكر مسبقاً لا يعني ان شروط الثبات ليس لها أي مفعول قانوني وبالتالي فشلها كشرط تعاقدي في لفت الأنظار إلى الصراع القائم بين مصالح أطراف العقد الاستثماري ، مصلحة الدولة المضيفة في تأكيد سيادتها على الموارد الاقتصادية وبالتالي مساسها بالتوازن الأصلي للعقد عن طريق تعديله أو إنهائه بالإرادة المنفردة أو تعديل القوانين الجديدة الصادرة لتسري عليه بالرغم من وجود شروط الثبات ، ومصلحة المستثمر المتعاقد مع الدولة في ثبات العقد وعدم المساس به ؛ لأن في ذلك المساس انهيار للتوازن المالي والاقتصادي الذي في ضوئه تعاقد المستثمر مع الدولة[٣] . إذ إن فاعلية شروط الثبات تكمن في كونها تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند إحالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة ما او إلى هيئة تحكيم معينة ، حيث يمكن لشرط الثبات ان يمارس قوته القانونية من حيث كونه باعثاً على الوصول لحلول وسط أو تسوية ، بالإضافة إلى ما تقدم فإن التحكيم اعتبر هذه الشروط معياراً لمدى تنفيذ العقد بما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة لانتهاك بنود العقد ، إذ إن الغاءً متوقعاً يجري انتهاكاً لمثل هذا الشرط التعاقدي من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض ، وإن وجود مثل هذا الشرط

---

(١) ينظر : د. طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة ٣ ، العدد ٣ ، ٢٠١١ ، ص ٩ .

(٢) ينظر : د. طارق كاظم عجيل ، المرجع نفسه ، ص (٩-١٢) .

(٣) ينظر : د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ وما بعدها .

يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب ، ولا بد أن يكون مقدار التعويض أكثر بكثير مما يكون عليه في حالات اعتيادية[1] .

المطلب الثاني

شروط إعادة التفاوض

إن ضخامة الأعمال التي تحتويها عقود الاستثمار كعقود نقل التكنولوجيا وعقود إنشاء المصانع الجاهزة والطرق الدولية وبناء الجسور وإنشاء المطارات تجعل مسألة تنفيذها تحتاج إلى وقت طويل ، مما يجعل هذه العقود عرضة لبعض الظروف والمتغيرات التي تطرأ على العقد الاستثماري وقد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين ، خصوصاً وإن سلّمنا بأن أحد أطراف العقد الاستثماري هو دولة تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر المتعاقد معها ، وبالتالي فإن هذا المركز السيادي يبيح للدولة باعتبارها حامية للمصلحة العامة ان تتخذ بعض الإجراءات من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي . ومن هنا تبرز أهمية إبراز شرط في العقد الاستثماري يسمى بشرط إعادة التفاوض . وعليه سنبحث في هذا المطلب عن المقصود بهذا الشرط ومن ثم عن دوره في الحد من المنازعات وإعادة التوازن العقدي ، وذلك بما يأتي :

الفرع الأول

المقصود بشروط إعادة التفاوض

إن الفاعلية القانونية لشروط الثبات التشريعي أمر يحيط به الشك ؛ وذلك لإمكانية الدولة المضيفة بمخالفة هذه الشروط ، لذا يتم تضمين عقود الاستثمار ذات المدة الطويلة شروطاً لإعادة التفاوض كبديل لشروط الثبات ، حيث يمكن لهذه الشروط أن توفر الحماية الكافية ضد الإلغاء أو التعديل الذي تقوم به الدولة في العقد كنتيجة لسلطاتها العامة ، فمن خلال شروط إعادة التفاوض وعند ظهور ظروف طارئة (بما في ذلك حدوث تغيير في سياسة الدولة) تلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها بدلاً من أن تغيّر أو تعدّل شروط العقد بإرادتها المنفردة[2] . وتعرف شروط إعادة التفاوض بانها تلك الشروط التي يتم إدراجها من قبل أطراف العلاقة العقدية ، وتتضمن اتفاقهم على إعادة التفاوض بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف من شأنها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد

([1]) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٠ .

([2]) ينظر : د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

المتعاقدين بضرر جسيم[١] . وإن هذه الشروط تمكّن اطراف العقد الاستثماري حال تغيّر الظروف التي واكبت إبرام العقد تغيّراً يؤدي إلى خلل التوازن الذي رسمه له أطرافه من التفاوض فيما بينهم وملائمة هذا العقد مع الظروف الجديدة[٢] .

ويتضح من خلال ما تقدّم أمرين ، هما :

١-إن شروط إعادة التفاوض هي شروط اتفاقية ، إذ إن مضمونها متوقف على ما يتفق عليه الأطراف في العقد ، وغالباً ما يتم تنظيم شروط إعادة التفاوض بشكل مفصل ، حيث يبين الأطراف مفهومهم للشرط والأحداث التي تتم مواجهتها وأثرها على العقد وبيان الحلول التي سوف يتم اتخاذها من قبل الأطراف في حالة وقوع تلك الأحداث ، بالإضافة إلى بيان مصير العقد أثناء فترة التفاوض وما إذا كان الأطراف سوف يستمرون في التنفيذ أم سيعلنون وقف تنفيذ العقد انتظاراً لنتيجة التفاوض .

٢- إن شروط إعادة التفاوض تختلف باختلاف العقود والظروف ، أي إن مضمون هذه الشروط ليس واحداً في كل العقود ، بل إنه يتخذ صوراً متعددة تبعاً لرغبات أطراف العقد وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام وتنفيذ العقد .

فقد يواجه شرط إعادة التفاوض بمجرد تضرر أحد أطراف العقد وبغض النظر عن جسامة ذلك الضرر ، وقد يشترطون أن يكون الضرر جسيماً وغير مألوف لتطبيق الشرط ، وقد يتم الاتفاق في بعض العقود على إجراء التفاوض بين أطراف العقد في ضوء التفاهم وحسن النية ، وقد يتفقون في عقود أخرى على اللجوء إلى أشخاص متخصصين للإشراف على عملية التفاوض[٣] .

وقد تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية التي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية المشكلة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها ، فقد نص على : "العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها ، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية . كما إن هذه العقود والاتفاقات، ولا سيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأجل ، يجب أن تتضمن شروطاً

---

(١) ينظر : أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية ، المجلد ٣ ، الإصدار ١ ، ٢٠١١ ، ص ١١٧ .

(٢) ينظر : د. شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ومساهمتها في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٧ .

(٣) ينظر : أسيل باقر جاسم ، المرجع السابق ، ص ١١٧ وما بعدها .

لإعادة مراجعة بنودها أو لإعادة التفاوض بشأنها ، وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة ، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيراً جوهرياً ، فإنه يتعين على الشركات عبر الدولية أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية ، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من أجل إعادة مراجعة هذه الاتفاقات أو إعادة المفاوضة بشأنها"[١] .

ومن تطبيقات شرط إعادة التفاوض أيضاً ما جاء في نص المادة (١٩) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية للبترول وشركة (ربسول إكسبلور إيجبتد أس . إيه) وشركة (موبيل اكسبلوريشن ايجبت انك) ، حيث أشارت هذه المادة إلى أنه:((في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو لائحي يؤدي إلى انتقاص او زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات))[٢].

ويتضح من تلك البنود المتضمنة لشروط إعادة التفاوض بأن وظيفة هذه الشروط هي الحفاظ على التوازن العقدي طوال فترة العقد ، مما يؤدي إلى استمرار هذا العقد وعدم محاولة أي من الأطراف الخروج عنه . ومن جانب آخر فإن إدراج مثل هذه الشروط يعني التزام كل من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الطرف في العقد بمبدأ حسن النية ، ويكون من خلال إيجاد نوع من التعاون المشترك بين أطراف هذا العقد ، وبالتالي يجب على كل من الدولة المضيفة والمستثمر إعادة التفاوض بحسن نية وأمانة ونزاهة طيلة فترة المفاوضات مما يؤدي إلى نجاح العملية التفاوضية ، وبالتالي انقاذ العقد الاستثماري من نشوء النزاع بين أطرافه والذي يكون سببه الإخلال في التوازن العقدي الذي رسمه له أطرافه[٣] .

الفرع الثاني

دور شروط إعادة التفاوض

يهدف شرط إعادة التفاوض بشكل رئيس إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساس في توازن الأداءات العقدية ، ومن جانب آخر فإن وجود مثل هكذا شرط في عقد الاستثمار لا يؤدي إلى تقديم حلول مباشرة لمواجهة التغيرات في الظروف التي سببت إختلالاً في توازن أداءات

---

(١) أشار إلى ذلك فيصل عليان الياس الشديفات ، المرجع السابق ، ص ٣٦٩ .

(٢) أشار إلى ذلك د. بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٣) ينظر : ماهر محسن عبود الخيكاني ، التنظيم القانوني لضمانات الاستثمار (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠١١ ، ص ١١٢ .

الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي ؛ لذا فإن الالتزام الذي يفرضه هذا الشرط عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف على مائدة التفاوض . وعليه فإن وجود شرط إعادة التفاوض في العقد الاستثماري يؤدي إلى أمرين : الأول هو السماح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن ، ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة الأضرار التي لحقت بأحدهما والتي سببها تغير الظروف ، والثاني هو إن هذا الشرط يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل بعض أحكامه[١] .

إن تغير الظروف التي على أساسها تم إبرام العقد الاستثماري يعني نشوء حالة واقعية تؤدي إلى دخول الأطراف إلى مرحلة التفاوض ، ومتى ما نشأت هذه الحالة فإنه يترتب على كل من الطرفين الالتزام بأصول التفاوض والتي هي عبارة عن جملة من الالتزامات تفرض عليها ، ومن أهم هذه الالتزامات هي كالآتي :

(أولاً) الالتزام بإعادة التفاوض : إن الالتزام الرئيس الذي يفرضه شرط إعادة التفاوض عند إعماله في عقود الاستثمار هو قيام أطراف العقد بإعادة التفاوض فيما بينهم . فعند حدوث أي تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يلتزم الأطراف بالجلوس إلى مائدة التفاوض ومراجعة العقد المبرم بينهم .لذلك فالمفاوضات هي عبارة عن اتصال مباشر بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر بهدف الوصول إلى تضييق الخلاف بينهم مما يؤدي إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد[٢] .

وتعد المفاوضات عملية معقدة لما تحتوي عليه من محاورة ومراوغة وإقبال وإدبار وإصار وما شابه ذلك ، حيث يحاول كل متفاوض الحصول على اكبر قدر من المزايا والتخلص من أكبر قدر ممكن من الالتزامات ، وتلعب تلك المفاوضات دوراً مزدوجاً فلها دور وقائي في منع حدوث النزاع ، ودور علاجي يتمثل في تخفيف حدة التوتر بين الطرفين نتيجة لتضييق شقة الخلاف بينها وتسويته ، وتمتاز تلك المفاوضات بأنها لا تتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية ، وتتم في صورة شفوية أو في صورة مكتوبة[٣] .

([1]) Bernartdini (p) : The Rengotiaticn of the investment contracts , ICSID Rev–F.J.L.J , vol. 13 , no. 2 , 1998 , P. 419 , . أشار إلى ذلك فيصل عليان الياس الشديفات ، المرجع السابق ، ص ٣٧١

([٢]) ينظر : هفال صديق اسماعيل ، المرجع السابق، ص ١٧٩ .

([٣]) ينظر : مصطفى خالد مصطفى النظامي ، الحماية الاجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٢ .

وأياً كان الأمر ، فإن المتعاقدين يلتزمون بإعادة التفاوض في العقد الاستثماري وفقاً لمبدأ حسن النية ، ويعتبر التعاون بين الأطراف شكلاً من أشكال حسن النية في عقود الاستثمار التي تأبى استئثار أحد الأطراف بالفائدة على حساب الطرف الآخر؛ لذلك يلتزم طرفا العقد بالتعاون البنّاء والمثمر بينهما للوصول إلى أجدى وأنفع اتفاق لكليهما[١] .

وتجسيداً لواجب التعاون بين الأطراف ، فإنهم يلتزمون في مرحلة التفاوض بما يأتي :

١- تحديد مكان معين يجري فيه التفاوض ، وأن يكون هذا المكان يسيراً على المتعاقدين الوصول إليه .

٢- عدم التأخير والمماطلة في تحديد المواعيد لجلسات التفاوض ، كما ينبغي على المتعاقدين احترام تلك المواعيد المقررة .

٣- إبداء المرونة الممكنة أثناء الاجتماعات ، وعدم التصلب في مناقشة العروض المقدمة من أحد الأطراف وعدم رفضها من دون مبرر .

٤- تجنب تقديم العروض المبالغ فيها بهدف دفع الطرف الآخر إلى طرفها .

٥- عدم الامتناع عن تقديم الوثائق والمستندات اللازمة إلى الطرف الآخر دون مبرر .

٦- الالتزام بالاستمرار في التفاوض لحين نجاح المفاوضات والوصول إلى صياغة بنود جديدة للعقد ، وفي حالة عدم قدرة الأطراف على التوصل إلى اتفاق جديد فعليهم إعلان إنهاء تلك المفاوضات[٢] .

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن التزام أطراف العقد الاستثماري بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، فالتزام الأطراف بالتفاوض لا يعني وجوب التوصل إلى اتفاق ، وإنما ينبغي عليهم بذل العناية اللازمة لغرض الوصول إلى اتفاق جديد[٣] .

(ثانياً) الالتزام بالإعلام : وهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات والذي يوجب على كل طرف أن يطلع الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات وحقائق تتعلق بالتفاوض[٤] .

---

(١) ينظر : أسيل باقر جاسم ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

(٢) ينظر : د. جمال فاخر النكاس ، العقود والاتفاقات الممهدة إلى التعاقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة٢ ، العدد ١ ، ١٩٩٦ ، ص ١٦٤ .

(٣) ينظر : د. ناصر عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

(٤) ينظر : مصطفى خالد مصطفى النظامي ، المرجع السابق ، ص ٦٦ .

والالتزام بالإعلام يرتبط بالشفافية ، فينبغي التحلي بالصدق والصراحة والوضوح في تقديم المعلومات ، ولا يجوز لأحد أطراف التفاوض إخفاء شيء عن الطرف الآخر ، أو تركه مخدوعاً في أمر يعلم حقيقته . فلو كان يعلم أحد الأطراف بواقعة معينة وبنفس الوقت يجهلها الطرف الآخر ، إلا أنها بالغة الأهمية إليه بحيث لو علم بها لتغيرت طبيعة المناقشات والعروض المقدمة من قبله أثناء التفاوض ، فيجب على ذلك الطرف الذي يعلم بتلك الواقعة إعلام الطرف الآخر ، وإلا فإنه يعتبر مخلاً بالالتزام بالإعلام مما يعتبر إخلالاً بمبدأ حسن النية في حسن التفاوض[١] .

وتجسيداً لذلك ، ذهبت غرفة التجارة الدولية بباريس إلى إلزام المتفاوض بإطلاع الطرف الآخر على ما يوجد لديه من أحكام خاصة في قانون الموطن الواجب التطبيق ، حيث قضت في حكمها الصادر في عام (١٩٨١) بعدم إمكان تمسك المتعاقد بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي ، ما دام المتفاوض قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط[٢] .

ويتم الإعلام بصور مختلفة ، فقد يكون عن طريق الإخبار المباشر للطرف المتعاقد الآخر بكل ما يعلمه المتفاوض من حقائق ومعلومات ، وقد يكون ذلك عن طريق تقديم بيانات مكتوبة وهذا ما يعرف بـ(الإعلام المحض) . وقد يتم الإعلام بصورة تنبيه أو تحذير الطرف المتعاقد الآخر بوجود مجموعة مخاطر مادية أو قانونية ؛ وذلك لكي يتمكن المتعاقد من وضع هذه المخاطر في حساباته عند التفاوض ويطلق على هذه الصورة بـ(الإعلام بالتحذير) . وأخيراً قد يتجلى الإعلام في صورة تقديم النصح والإرشاد إلى الطرف المتعاقد الآخر في مسائل معينة يكون أحد الأطراف ذي خبرة فيها نتيجة إبرامه لعقود أخرى سابقة مماثلة للعقد الحالي ، ويطلق على هذه الصورة بـ(الإعلام بالنصيحة)[٣] .

أخيراً وبعد أن بيّنا الدور الذي تقوم به شروط إعادة التفاوض ، يمكن القول بأن أسلوب إعادة التفاوض (والذي بناءً عليه يصبح أطراف العقد الاستثماري ملتزمين بالجلوس إلى مائدة التفاوض والاتفاق على إعادة تعديل علاقتهم التعاقدية إذا ما أصبح لازماً) يمثل أداة في غاية الأهمية والفائدة للحد وتجنب المنازعات التي قد تحصل بين الدولة المضيفة والمستثمر . حيث

---

(١) ينظر : أسيل باقر جاسم ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

(٢) ينظر : د. ناصر عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها .

(٣) ينظر : أسيل باقر جاسم ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

يمكن بمقتضاه إنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه ، حفاظاً على الصلة والتعاون المستمر بين أطرافه ، والذي من غيره ستتوقف علاقات الطرفين مما يعمل على تفاقم الضرر بالنسبة لأحد طرفيه ، وقد ينفسخ العقد إن وصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ الالتزامات.

وهكذا فإن شروط إعادة التفاوض تؤدي دوراً هاماً في الحد وتجنب المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها عقود الاستثمار نتيجة لتغير الظروف التي من المحتمل أن تثيرها عقود الاستثمار نتيجة لتغير الظروف التي تم التعاقد على أساسها ، فهي تسمح للأطراف التفاوض المباشر فيما بينهم بهدف الوصول إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وذلك عن طريق تعديل بعض أحكامه .

المطلب الثالث
التأمين على الاستثمار

تتعرض الاستثمارات بصورة عامة إلى مخاطر مختلفة ، بعضها ناشئ عن الدولة المضيفة للاستثمار والبعض الآخر ينشأ عن فعل الغير ، وبطبيعة الحال فإن تحقق هذه المخاطر يؤدي إلى الإضرار بالمستثمر مما يسبب الإخلال بالتوازن العقدي بين الدولة المضيفة والمستثمر . وعلى الرغم من قيام بعض الدول (ومنها العراق) بالنص صراحة في تشريعاتها الوطنية على حماية المستثمر من المخاطر التي قد يتعرض لها بسبب الإجراءات الانفرادية التي تقوم بها تلك الدول ، وتتمثل هذه الحماية في إلزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر في بعض الأحيان إذا ما تعرض لأخطار غير تجارية كالتأميم ونزع الملكية وعدم تحويل العملة . إلا إن هذه التشريعات تشكل مصدر قلق للمستثمرين ؛ وذلك لكونها صادرة بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة ، وهي عرضة للتغيير في أي وقت ولأي سبب ، سيما إذا تعلق الأمر بالدول النامية والتي تعاني من عدم ثبات تشريعاتها ، بحيث لن يتأتى للمستثمرين أن يعولوا عليها أو يطمئنوا إلى ما تقرره من حماية لاستثماراتهم ، وحتى لو افترضنا ثبات هذه التشريعات فإن مطالبة المستثمر بحقوقه المتولدة عنها تصادفها العديد من العقبات[1] .

ولتلافي العقبات التي يصادفها المستثمر عند مطالبته للدولة المضيفة للاستثمار بتعويضه عن الأضرار الناجمة عن المخاطر غير التجارية . ولكي يتجنب التصادم مع الدولة المضيفة للاستثمار وما ينتج عنه من احتمالية حصول النزاع بينهم وبالتالي قد يكسب المستثمر النزاع أو

([1]) ينظر : د. هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢ .

قد يخسره ، وحتى في حالة كسب المستثمر للنزاع المنظور أمام هيئة قضائية أو تحكيمية يبقى التخوف قائماً من إمكانية تنفيذ هذه الأحكام (بالأخص الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم) في الدولة المضيفة للاستثمار ؛ لذلك يقوم المستثمر بإبرام عقد تأمين على مشروعه الاستثماري مع مؤسسة دولية للتأمين ، بمقتضاه تقوم هذه المؤسسة بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تصيبه جراء تحقق خطر غير تجاري ناجم عن الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير .

وبناءً على ما تقدم ، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين : نخصص الأول منهما إلى بيان المقصود بعقد التأمين على الاستثمار ، ونخصص الثاني إلى دور المؤسسات الدولية في التأمين على الاستثمار .

الفرع الأول
المقصود بعقد التأمين على الاستثمار

يعرف عقد التأمين بصورة عامة بأنه : (اتفاق يتعهد بموجبه شخص يدعى المؤتمن ، لشخص آخر يدعى المؤمن له ، بتعويضه عن المخاطر التي يتعرض لها ، لقاء وفاء المؤمن له إلى المؤمن مبلغ مسمى يدعى قسط التأمين)[١] .أما عقد التأمين على الاستثمار فيعرف بأنه ذلك العقد الذي تلتزم بموجبه مؤسسة دولية للتأمين على الاستثمار بتعويض المستثمر طالب التأمين على الاستثمار بتعويض المستثمر طالب التأمين عن الأضرار التي تصيبه من تحقق خطر غير تجاري ناتج عن تصرف قانوني أو أي عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم يدفعه المستثمر[٢] . وعليه فإن عقد التأمين على الاستثمار يتم بين طرفين ، وهما كل من المؤسسة الدولية التي تقوم بمهمة التأمين والتي تعتبر بمثابة شركة تأمين والمستثمر ، وتلتزم المؤسسة الدولية بتعويض المستثمر المضمون المتعاقد معها عند تحقق الخطر المراد التأمين ضده وهو بطبيعة الحال خطر غير تجاري ناجم عن قيام الدولة بتصرف قانوني أو عمل مادي صادر منها أو من الغير ، ويلتزم المستثمر (المؤمن له) بدفع أقساط التأمين المحددة سلفاً من قبل المؤسسة[٣] .

وبالنظر لأهمية العقد المذكور ، والدور الذي يؤديه في حماية المستثمر من المخاطر التي يتعرض لها عند تنفيذ مشروعه الاستثماري ، فقد نصت غالبية التشريعات الوطنية على

---

(١) ينظر : د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٢٤٥ .

(٢) ينظر : د. هشام خالد ، المرجع السابق ، ص ١٢ .

(٣) ينظر : د. زمن غازي جعفر ، عقد التأمين على الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر السياسية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٦ ، العدد ٤ ، ٢٠١٤ ، ص ٧٠ .

إمكانية لجوء المستثمر إلى إبرام عقد تأمين يؤمن فيه على مشروعه الاستثماري ضد هذه المخاطر . وما يلاحظ في هذا الخصوص إن بعض التشريعات قد جعلت من التأمين على المشروع الاستثماري التزاماً مفروضاً على المستثمر ، أما البعض الآخر من التشريعات فقد اعتبرت التأمين على المشروع الاستثماري حقاً للمستثمر وليس التزاماً مفروضاً عليه[1] .

ومن التشريعات التي اعتبرت التأمين على المشروع الاستثماري التزاماً مفروضاً على المستثمر هو قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ، حيث نص على أنه : (يلتزم المرخص له بالتأمين على المباني والآلات والمعدات ضد جميع الحوادث..)[2] .

أما قانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق فقد اعتبر التأمين على المشروع الاستثماري حقاً للمستثمر وليس التزاماً مفروضاً عليه ، حيث نصت الفقرة (أولاً) من المادة السابعة على أنه : (للمستثمر أن يؤمن على مشروعه الاستثماري من قبل أية شركة تأمين أجنبية أو وطنية يعتبرها ملائمة ، ويتم بموجبه تأمين جميع جوانب العمليات التي يقوم بها) .

وفيما يخص موقف قانون الاستثمار العراقي ، فنجد أنه أيضاً أعطى الحق للمستثمر في التأمين على مشروعه الاستثماري، حيث نصت المادة (١١) منه على أنه : (يتمتع المستثمر بالمزايا الآتية : .. رابعاً :- التأمين على المشروع الاستثماري لدى أية شركة تأمين وطنية أو أجنبية يعتبرها ملائمة) .

ومما تقدم نجد أن التأمين على الاستثمار يكون من خلال عدة قنوات ، فقد يكون عن طريق شركة التأمين الوطنية التابعة للدولة المضيفة للاستثمار ، أو عن طريق شركة تأمين أجنبية ، وأخيراً قد يكون عن طريق مؤسسات دولية لضمان الاستثمار ، وتعتبر الطريقة الأخيرة من أفضل طرق التأمين على الاستثمار ؛ وذلك لما تحققه من مزايا . فغالباً ما تضم هذه المؤسسات العديد من الدول المصدرة والمضيفة للاستثمار ، وهذا يعني أن العمل سيكون على وفق نظام قانوني موحد وملزم لجميع المستثمرين والدول الأعضاء في الاتفاقية ، وهذا ما لا يمكن تصوره في نظام التأمين الوطني ، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه المؤسسات تقوم بتوزيع المخاطر على الدول الأعضاء وبالتالي فإنها تحقق فائدة للمستثمر من خلال تخفيض أقساط التأمين ، فالتأمين من خلال هذه المؤسسات سوف يحقق فوائد للمستثمر والدولة المصدرة

---

(١) ينظر : د. باسم علوان طعمة ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

(٢) المادة (٣٨) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) .

والمضيفة للاستثمار[1] . وهذا ما جعلنا أن نتناول عقد التأمين على الاستثمار فقط في إطار المؤسسات الدولية .

الفرع الثاني
دور المؤسسات الدولية في التأمين على الاستثمار

توجد مؤسسات دولية متخصصة بضمان وحماية الاستثمارات ضد المخاطر التي يتعرض لها المستثمرين عند تنفيذ مشروعاتهم الاستثمارية ، وذلك عن طريق اتفاقيات جماعية منشئة لهذه المؤسسات . ومن أهم هذه الاتفاقيات هي اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، واتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار . وقد حددت المؤسسات المذكورة المستثمر الذي يصلح للضمان ، ونوعية الأخطار المضمونة ، بالإضافة إلى الاستثمارات الصالحة للضمان ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً (المستثمر المضمون) :- إن ما يلاحظ على مؤسسات التأمين أنها قصرت الضمان على المستثمر (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً) الذي يحمل جنسية الدولة العضو في المؤسسة ، وبالتالي فإن المستثمر الذي لا يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء في مؤسسة التأمين لا يحق له إبرام عقد تأمين على الاستثمار مع هذه المؤسسة[2] . وقد اشترطت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على المستثمر الذي يُقبل طرفاً في عقد التأمين أن يكون أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار ، أي لا يكون متمتعاً بجنسيتها[3] .

وقد ذهب البعض إلى أن شرط عدم امتداد الضمان إلى مواطني الدول المضيفة للاستثمار يعتبر قصوراً في أحكام اتفاقية إنشاء المؤسسة ؛ لما يترتب عليه من حرمان المستثمر الذي ينتمي بجنسيته للدولة المضيفة من حقه في التأمين على مشروعه الاستثماري ، وإن الحل يكون بتعديل الفقرة الأولى من المادة (١٧) من الاتفاقية بامتداد التأمين إلى

---

(١) ينظر : د. رواء يونس محمود النجار ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .

(٢) ينظر نص المادة (١٣/أ) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المنشورة على الموقع الالكتروني:
http://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=1002&language=ar
وكذلك ينظر نص المادة (١/١٧) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المنشورة على الموقع الالكتروني الآتي : http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php

(٣) تنظر المادة (١/١٧) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

المشروعات الوطنية المملوكة للدولة المضيفة بشرط امتلاك الأخيرة أو أحد مواطنيها وبصفة جوهرية الحصص أو الأسهم[1] .

أما الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فإنها اشترطت أيضاً على المستثمر الذي يمكن له أن يتمتع بصلاحية الضمان أن لا يكون متمتعاً بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار ، وقد أجازت ذلك بشرط تقديم طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار ، وأن تكون الأصول المستثمرة محولة من خارج الدولة المضيفة ، حيث نصت المادة (١٣/ج) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على إنه : (يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة، وبناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة ، أن يضفي الصلاحية للضمان على شخص طبيعي ينتمي بجنسيته إلى الدولة المضيفة أو على شخص اعتباري يكون قد تم تأسيسه في الدولة المضيفة أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة ،وذلك بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة) .

والسؤال الذي يثار هنا هو : ما الحكم إذا كان المستثمر متمتعاً بأكثر من جنسية واحدة ؟؟ للإجابة على هذا السؤال ينبغي التمييز بين أمرين : الأمر الأول هو امتلاك المستثمر للجنسية الدولة العضو في المؤسسة (غير الدولة المضيفة) وجنسية دولة أخرى غير عضو في المؤسسة ، ففي هذه الحالة يعتد بجنسية الدولة العضو في المؤسسة . وبالتالي يحق للمستثمر إبرام عقد التأمين معها ، والأمر الثاني هو امتلاك المستثمر لجنسية الدولة المضيفة للاستثمار مع جنسية دولة أخرى ، عندها يعتد بجنسية الدولة المضيفة ويعد من مواطنيها مما يؤدي إلى عدم صلاحية هذا المستثمر لإبرام عقد التأمين مع المؤسسة[2] .

ثانياً (الاستثمارات الصالحة للتأمين) :- عند الرجوع إلى نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نجد أنها لم تقصر التأمين على نوع محدد دون غيره من أنواع الاستثمارات ، فالتأمين لدى اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار يشمل الاستثمارات المتعلقة بحقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها او يضمنها المشاركون في ملكية المشروع ، بالإضافة إلى ما يحدده مجلس إدارة

---

(1) ينظر : د. ناصر عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(2) نصت المادة (١٣/ب) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه : (في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فإن جنسية العضو تجُبّ جنسية الدولة غير العضو، كما تجُبّ جنسية الدولة المضيفة جنسية غيرها من الأعضاء) . وجاء هذا النص مماثلاً لنص المادة (٣/١٧) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

الوكالة من صور الاستثمار المباشر بحيث يتضمن ذلك عقود الخدمات والإدارة والامتياز والترخيص واتفاقيات الشراكة[١] .

أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد حددت في المادة (١/١٥) منها على أنه : (تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات مابين الأقطار المتعاقدة سواء كانت من الاستثمارات المباشرة بما فيذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات أو من استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين) . وبذلك يتضح أن الاستثمارات الصالحة للتأمين هي الاستثمارات المباشرة والاستثمارات غير المباشرة[٢] .

وفي كل الأحوال يشترط في الاستثمار محل التأمين أن يكون جديداً (أي تالياً في تنفيذه على إبرام عقد التأمين) ، ويشترط أيضاً موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على عملية التأمين من خلال إذن صادر من السلطة الرسمية المختصة بذلك ، ويلاحظ أن اشتراط حصول المستثمر طالب التأمين على إذن من الجهة الإدارية في الدولة يعتبر عائقاً خطيراً أمام المستثمر ؛ وذلك نظراً للتعقيدات الإدارية في منح الإجازات والموافقات في الدول العربية . لذلك يرى البعض ضرورة قيام مؤسسات التأمين بإبرام اتفاقيات مع الدول لتنظيم هذه المسألة ، كأن يتفق على افتراض موافقة الدولة المضيفة للاستثمار بمجرد حصول موافقتها على تنفيذ هذا المشروع في إقليمها[٣] .

ثالثاً (المخاطر الصالحة للتأمين) :- حددت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتفاقية إنشا الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المخاطر الصالحة للتأمين ، ونصت هذه الاتفاقيات على ضمان المخاطر غير التجارية وذلك على اعتبار أن المخاطر التجارية تكون ضمن توقعات المستثمرين عند تحديدهم لمفهوم مخاطر المشروع واحتمالية الربح والخسارة، ومن جانب آخر إن ضمان مؤسسات التأمين للمخاطر التجارية يؤدي إلى إضعاف

---

(١) ينظر : د. عبد الله عبد الكريم عبد الله ، دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ونطاق أعمالها ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية، العدد الثاني ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩١ .

(٢) ينظر في تفاصيل أنواع الاستثمارات : د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٤-٣٨ .

(٣) ينظر : د. زمن غازي جعفر ، المرجع السابق ، ص ٨٣ .

المقدرة المالية لهذه المؤسسات ويجعلها عاجزة مع مرور الوقت عن الإيفاء بالتزاماته تجاه المستثمرين المؤمن لهم ، ولذلك فإن وظيفة هذه المؤسسات تقتصر على ضمان المخاطر غير التجارية فقط[١] .

وعند الرجوع إلى نصوص الاتفاقيات المنشئة لهذه المؤسسات نجد أن المخاطر المشمولة بالتأمين هي : المخاطر السياسية ، ومخاطر تحويل العملة ، بالإضافة إلى مخاطر الحرب والاضطرابات الأهلية ، وذلك كالآتي :

١- **المخاطر السياسية** : أشارت المادة (١٨) من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى هذه المخاطر ، حيث نصت في فقرتها الأولى على إنه : (غطي التأمين الذي توفرها لمؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقيق واحد أو أكثر منا لمخاطر غير التجارية التالية :أ – اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف في هو تأجيلا لوفاء بالدين إلى أجل غير معقول) .

وعليه فإن المخاطر السياسية تتمثل باتخاذ الدولة المضيفة إجراءات معينة من شأنها حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره كقيامها بالمصادرة أو التأميم أو نزع الملكية أو فرض الحراسة ، أو منع الدائن من استيفاء حقه أو تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول. ويتعلق هذا الخطر بالاستثمارات غير المباشرة مثل القروض التي تمنح للدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة وامتناع الدولة أو هذه الهيئات عن سداد ديونها في موعدها ، ويكون ذلك لأجل غير معقول لمدة ستة أشهر مثلاً من تاريخ استحقاقها[٢] .

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن البنك العربي الدولي للاستثمار أعطى قرضاً على نفسه (وبصفته ممثلاً عن خمسة بنوك أخرى) لهيئة عامة "مشروع عام" في العراق والتي من ضمنها بنك الرافدين ، وعقد البنك العربي للاستثمار عقد تأمين مع المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ضد المخاطر الناجمة عن عدم وفاء البنك الضامن ، حيث تلتزم بدفع المبلغ في حالة عدم تسديد المشروع العراقي أو بنك الرافدين . ولم يسدد المشروع العراقي ولا المصرف ما

---

(١) ينظر : د. عبد الله عبد الكريم عبدالله ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

(٢) ينظر : د. زمن غازي جعفر ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

عليه من مستحقات مالية ، وبعد ذلك رجع البنك العربي إلى المؤسسة طالباً بدفع الأقساط بصفتها ضامنة ، وفعلاً قامت المؤسسة بالتسديد تنفيذاً لعقد التأمين[١] .

٢- **مخاطر تحويل العملة** :- وتتحقق هذه المخاطر عندما تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى الهيئات العامة التابعة لها بوضع موانع أو قيود تحد من قدرة المستثمر على أن يحول أصول استثماره أو الفوائد الناشئة عنه أو أقساط استهلاكه للاستثمار إلى خارج الدولة المضيفة ، وتتم هذه الموانع أو القيود عن طريق صدور قانون أو لائحة أو مجرد قرار إداري[٢] .

ويستبعد من نطاق التأمين إجراءات التخفيض العام التي تقوم بها الدولة على سعر الصرف ؛ لأن ذلك يعد ضمن سياسة الدولة العامة ، ولا تعتبر هذه الإجراءات تمييزاً ضد المستثمر وحده ، بل إنها تعد من الأمور التي قد تتعرض لها كل الدول مما يفترض بالمستثمر توقعها على اعتبارها بمثابة مخاطر تجارية[٣] .

٣- **مخاطر الحرب والاضطرابات والفتن الأهلية العامة** :- ويقصد بهذه المخاطر الثورات والانقلابات والحروب والاضطرابات المدنية والأحداث السياسية التي تخرج عن سيطرة الحكومة المضيفة ، إلا إنه ما يلاحظ على الاتفاقيتين إنها لا تشمل الأعمال الإرهابية والأنشطة المماثلة لها التي يتعرض لها المستثمر في الدولة المضيفة ، وبالتالي فإن هذه الأعمال لا تكون صالحة للتأمين[٤].

إن ما تعانيه غالبية الدول العربية (وبالأخص العراق) هو كثرة الأعمال الإرهابية داخل إقليمها ، وهذا ما يجعلنا أن نطرح تساؤل بهذا الخصوص ، وهو : ما حكم تعرض المشروع الاستثماري الذي يملكه المستثمر لأعمال إرهابية داخل إقليم الدولة المضيفة والتي تؤدي إلى إلحاق الضرر والخسائر بالمستثمر ؟

ذكرنا مسبقاً أن التأمين على الاستثمار لدى المؤسسات الدولية لا يشمل الأعمال الإرهابية والأنشطة المماثلة لها ، بل إن حتى شركات التأمين الوطنية لا تغطي مثل هكذا أنواع من

---

(١) للتفاصيل حول هذه القضية ينظر : د. عبدالله عبد الكريم عبدالله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .

(٢) ينظر : د. ناصر عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ .

(٣) ينظر : د. عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة) ، ط١ ، ٢٠٠٨، ص ١٤٥ .

(٤) ينظر : د. عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، دون سنة نشر ، ص ٨٢ .

المخاطر ؛ وذلك ربما لمحدودية رأس مالها[١] . وبالتالي فإن المستثمر المتعاقد مع الدولة لو أراد أن يحصل على التعويض ، يجب أن يحدد الشخص المسؤول عن ذلك ، وهو إما أن يكون الشخص الإرهابي أو أن تكون الدولة هي المسؤولة عن التعويض ، على اعتبار أن الدولة هي الضامن للأشخاص على ما وقع عليهم من أضرار جراء العمليات الإرهابية . فلو أراد المستثمر المتضرر أن يطالب الإرهابي شخصياً بالتعويض ، فيجب أن يكون أساس مطالبته مرتكزاً على الخطأ الواجب الإثبات ، الذي نعني به تحديد أفعاله الجرمية المؤذية وما يسبقها من تخطيط ومتابعة خطوة خطوة قبل ارتكاب الجريمة واثنائها ، وهذا يستلزم تحليل عنصر الخطأ إلى عنصرين مادي ومعنوي[٢]. وإن الأساس القانوني لمطالبة المستثمر المتضرر من العمل الإرهابي هو نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)[٣] . لكن في حقيقة الأمر أن ما ذكر مسبقاً بشأن مطالبة الإرهابي شخصياً بالتعويض هو أمر مرهق للمتضرر ، خصوصاً أن الشخص الإرهابي غالباً ما يكون مجهولاً وبالتالي يصعب تحديده شخصياً أو العثور عليه ، بالإضافة إلى ذلك يصعب على المستثمر المتضرر إثبات الخطأ بركنيه المادي والمعنوي من جانب الإرهابي[٤]

أما عن مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار في تعويض المستثمرين عن أضرار العمليات الإرهابية فإنها تقوم متى ما أعلنت الدولة وذلك بموجب قانون خاص . وعند الرجوع إلى نصوص قانون الاستثمار العراقي فلا نجد أي نص يتضمن تعويض الدولة للمستثمر في حالة تعرض مشروعه لعمل إرهابي ، وهذا يعد نقص في القانون يجب تداركه . وقدر تعلق الأمر بالأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية فإنه يوجد قانون خاص في العراق ينظم هذا الجانب وهو قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (٢٠) لسنة (٢٠٠٩)[٥] ، إلا إنه بعد الاطلاع على نصوص هذا القانون نجد أنه يقضي

---

(١) ينظر : د. زمن غازي جعفر ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

(٢) ينظر : د. أكرم فاضل سعيد ، دراسة في تأسيس المسؤولية المدنية عن الإصابات الجسدية على عنصر الضرر في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٤ ، العدد الأول ، ٢٠١١ ، ص٢٠٧ .

(٣) حيث نصت على : "كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" .

(٤) ينظر : د. أكرم فاضل سعيد ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

(٥) تم نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٤٠٤) في (٢٠٠٩/١٢/٢٨) .

بتعويض الأشخاص الطبيعية عن الأضرار الجسدية التي تلحق بهم دون الأشخاص المعنوية ، وبالتالي فإن تعرض المشروع الاستثماري لعمل إرهابي داخل العراق لا يجعل المستثمر مستحقاً للتعويض وفق هذا القانون . وبطبيعة الحال ، فإن قصور التعويض على الأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية أمر لا مبرر له ؛ وذلك لكون الشخص المعنوي حاله كحال الشخص الطبيعي من حيث إنه يتضرر عن الأعمال الإرهابية ، وبالتالي يجدر بالمشرع العراقي أن يقضي بتعويض الأشخاص المعنوية أيضاً .

أخيراً ، وقبل أن نختم الكلام عن التأمين على الاستثمار يجب الالتفات إلى مسألة معينة وهي أن لجوء المستثمرين لإبرام عقد تأمين على استثماراتهم ضد المخاطر غير التجارية لا يعني أنهم يرتضون تحمل مخاطر تجارية غير معتادة على اعتبار أن المخاطر التجارية قد أصبحت مألوفة بالضمان الدولي[١] . ومن جانب آخر ، فإن إبرام المستثمرين لمثل هذه العقود يكون لتلافي العقبات الناشئة عن مطالبتهم للدولة المضيفة بتعويضهم عن الأضرار الناجمة عن المخاطر غير التجارية ، بالإضافة إلى تجنب تصادمهم مع الدولة وما ينتج عنه من احتمالية حصول النزاع.

---

(١) ينظر : د. إبراهيم شحاتة ، نظام الضمان الدولي للاستثمار (تطوره والحكمة منه) ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٢٥ ، ١٩٦٩ ، ص ٨٣ .

الخاتمة :

اولا : الاستنتاجات

١- تتسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بخاصية مهمة وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها ، والناجمة عن حقيقة مفادها أن احد الاطراف هو شخص عام سيادي وهو الدولة التي تهدف الى التنمية الاقتصادية والاجتماعية لها ، والطرف الثاني هو شخص خاص لا يتمتع بأي سيادة وهو ما يتمثل بالمستثمر الذي يسعى دائما لتحقيق الارباح .

٢- على الرغم من التفاوت في المراكز القانونية لأطراف المنازعة الاستثمارية ، الان ان ذلك لا يعني جميع منازعات عقود الاستثمار يرجع سببها الى الدولة المضيفة فقط ، وذلك عن طريق اتخاذها اجراءات انفرادية من شأنها عرقلة المشروع الاستثماري ، فهناك بعض المنازعات يكون سببها اخلال المستثمر بجميع أو بعض الالتزامات التي تفرضها عليه هذه العقود . فالمنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار قد يكون سببها الدولة المضيفة لهذا الاسلوب ، أو قد يكون سببها المستثمر المتعاقد معها .

٣- تعد شروط الثبات وسيلة مهمة لتجنب المنازعات التي قد تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار ،حيث تهدف الى حماية المستثمرين من التعديلات التشريعية التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار ، والتي من شأنها المساس بالحقوق والمزايا التي كان يتمتع بها المستثمر في ظل التشريعات السابقة ، كما تهدف الى تقييد سلطة الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ومن ثم حمايته من الأضرار التي تنجم عن تعديل العقد .

٤- تهدف شروط إعادة التفاوض بشكل رئيس إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد ، حيث يمكن لهذه الشروط أن توفر الحماية الكافية ضد الإلغاء أو التعديل الذي تقوم به الدولة في العقد كنتيجة لسلطاتها العامة ، فمن خلال شروط إعادة التفاوض وعند ظهور ظروف طارئة (بما في ذلك حدوث تغيير في سياسة الدولة) تلزم الدولة نفسها بالتفاوض مع المستثمر المتعاقد معها بدلاً من أن تغيّر أو تعدّل شروط العقد بإرادتها المنفردة .

٥- يلجأ المستثمر الاجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة الى تأمين مشروعه الاستثماري ضد الاخطار التي يتعرض لها نتيجة لأتخاذ الدولة اجراءات ناتجة عن ارادتها المنفردة كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية والتي من شأنها الحاق الضرر بالمستثمر ، حيث تقوم المؤسسات المعنية بالتأمين بتعويض المستثمر حالة تحقق أي خطر غير تجاري .كما يلجأ المستثمر الى

مثل هذا الاسلوب لتلافي العقبات التي يصادفها المستثمر عند مطالبته للدولة المضيفة للاستثمار بتعويضه عن الأضرار الناجمة عن المخاطر غير التجارية .

ثانيا : المقترحات

١- إعادة صياغة نص المادة (١٣) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦)، وعلى النحو التالي: ((أي تعديل في القوانين ذات الصلة بموضوع الاستثمار لايترتب عليهأ يأثر يمس الضمانات والإعفاءات والحقوق المقررة بموجبها للمستثمر)).

٢- نقترح على المشرع العراق يإضافة مادة في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) تقضي بعدم جواز نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمصلحة العامة .

٣- ضرورة النص في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) على تعويض المستثمر عن الأعمال الإرهابية التي يتعرض لها داخل العراق وعند تنفيذه للمشروع الاستثماري؛ حيث أن النص على مثل هكذا أمر يعد وسيلة اطمئنان للمستثمر على ما قد يتعرض له من أعمال إرهابية،خصوصا وأن المؤسسات الدولية المعنيّة بالتأمين على المشاريع الاستثمارية ضد المخاطر غير التجارية لا تضمن هذه الاعمال. لذا نقترح على المشرع العراقي أن ينص على أنه: ((تلتزم الدولة بتعويض المستثمر الوطني أو الأجنبي عن الأضرار التي يتعرض لها جراء العمليات الإرهابية التي تحدث داخل البلاد)).

اولا: كتب القانون

١. د. أحمد شرف الدين، نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي (دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في التأمين والضمان)، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧.

٢. د. إلياس ناصيف، العقود الدولية (عقود البوت BOT) في القانون المقارن، ط ٢، مكتبة الحلبي، بيروت – لبنان ، ٢٠١١.

٣. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١.

٤. د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها) ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ،٢٠٠٦.

٥. د. جابر فهمي عمران ، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية (حمايتها ، تسوية منازعاتها)، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠١٣.

٦. د. جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا (في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد) ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.

٧. د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣.

٨. رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) ولائحته التنفيذية، ط ٣، بدون ذكر جهة ومكان النشر، ٢٠٠٧.

٩. د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

١٠. د. رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.

١١. د. شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ومساهمتها في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

١٢. د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩.

١٣. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، الجزء الثامن، ط٣، نهضة مصر، ٢٠١١.

١٤. د. عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة) ، ط١ ، ٢٠٠٨.
١٥. د. عصام أحمد البهجي، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤.
١٦. د. عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، دون سنة نشر.
١٧. د. عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، ط ١ ، بيت الحكمة، بغداد ، ٢٠٠٢.
١٨. د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية) ، الجزء الأول ، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٩. د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣.
٢٠. محمد علي عوض الحرازي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات (دراسة مقارنة)، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
٢١. مصطفى خالد مصطفى النظامي ، الحماية الاجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٢.
٢٢. د. ناصرعثمانمحمدعثمان،ضماناتالاستثمارالأجنبيفيالدولالعربية،ط١،دارالنهضةالعربية،القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٣. د. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٤. هفال صديق اسماعيل ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤.
٢٥. د. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠٩.

ثانيا :الرسائل والأطاريح

١. دريد محمود علي السامرائي ، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠١.

٢. صادق زغير محسن ، تنازع القوانين في عقود نقل التكنولوجيا ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد ، ٢٠١١.
٣. د. غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩.
٤. فيصل عليان الياس الشديفات ، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة دمشق ، ٢٠١٠.
٥. ماهر محسن عبود الخيكاني ، التنظيم القانوني لضمانات الاستثمار (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠١١.
٦. د. محمود الفياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة (بين فرضيات وإشكاليات التطبيق) ، بحث منشور في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين ، ٢٠/٥/٢٠١٣.

ثالثا :المقالات والبحوث

١. د. إبراهيم شحاتة ، نظام الضمان الدولي للاستثمار (تطوره والحكمة منه) ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد ٢٥ ، ١٩٦٩.
٢. أسيل باقر جاسم ، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض (دراسة في عقود التجارة الدولية) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية ، المجلد ٣ ، الإصدار ١ ، ٢٠١١.
٣. د. أكرم فاضل سعيد ، دراسة في تأسيس المسؤولية المدنية عن الإصابات الجسدية على عنصر الضرر في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٤ ، العدد الأول ، ٢٠١١.
٤. د. باسم علوان طعمة، قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ في الميزان، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثاني، ٢٠١٣.
٥. د. جمال فاخر النكاس ، العقود والاتفاقات الممهدة إلى التعاقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، السنة ٢ ، العدد ١ ، ١٩٩٦.
٦. د. زمن غازي جعفر ، عقد التأمين على الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر السياسية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٦ ، العدد ٤ ، ٢٠١٤.

٧. د. طارق كاظم عجيل ، القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، السنة ٣ ، العدد ٣ ، ٢٠١١.
٨. د. عبد الباقي نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد ١٤ ، ١٩٨٧.
٩. د. عبد الله عبد الكريم عبد الله ، دراسة في الأحكام العامة لاتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ونطاق أعمالها ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية ، العدد الثاني ، ٢٠٠٤.
١٠. د. غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩.
١١. د. قيصر يحيى جعفر ، تمليك وتخصيص العقارات لأغراض الاستثمار وفقاً لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، العدد ٣٢ ، ٢٠١٢.
١٢. د. محمود الفياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة (بين فرضيات وإشكاليات التطبيق) ، بحث منشور في كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين ، ٢٠١٣/٥/٢٠.

رابعا: القوانين والأنظمة

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
٢- قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة (١٩٨١).
٣- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧).
٤- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦).
٦- قانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق رقم (٤) لسنة (٢٠٠٦)
٧- نظام الاستثمار العراقي رقم (٢) لسنة (٢٠٠٩).
٨- قانون الاستثمار الأردني رقم (٣٠) لسنة (٢٠١٤).