

عيواج طالب (ب.د)

النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي

جامعة خنشلة

د. قصوري رفيقة

جامعة باتنة

عيواج طالب (باحث دكتوراه)

ملخص

أن عقود الاستثمار تعتبر من العقود التي يبتغى من ورائها تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة. هذه الأخيرة التي تظهر كطرف في هذا العقد جنباً إلى جنب مع شخص طبيعي أو معنوي وهو الأمر الذي يميز هذا النوع من العقود التي تقوم على أساس علاقة غير متكافئة بين الأطراف المتعاقدة فيه.

وأمام هذا الدور البالغ الأهمية لهذه العقود في تحقيق التنمية المرجوة للدول النامية فإن الأمر يستوجب دراسة الملامح الأساسية لهذه العقود وتحديد معالم العلاقة المميزة التي تربط أطرافها. وكذا تحديد الطبيعة القانونية لها والتي تستدعي إقرارها بمعاملة تتلائم مع خصوصيتها من خلال إظهار أهم الصور الذي تظهر فيها هذه العقود وأهم المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لإصباح صفة الدولية عليها.

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا البحث يتجلى في: كيف يمكن للدولة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة أن تحافظ على مركزها السيادي باعتبارها طرفاً وجنباً إلى جنب مع شخص يفتقر إلى ميزات السيادة والسلطة؟

Abstract:

Investment contracts are one of the contracts which intended to be a propeller of the state economic development, the state in this equation appears as a party of the contract alongside with a natural person or a legal entity and this is the main distinction of these contracts type which are based on an unequal relationship between the contracting parties.

Facing the extremely important role of these contracts in achieving the desired development of the underdeveloped countries, the issue requires a study of the basic lineaments and characteristics of these contracts and to identify the special relationships that binds its parties, as well as to determine its legal nature which require approval of a treatment who fit with its singularity by showing the most important modality were the contracts appears under ,and the most important criteria that can be relied upon to the take the attributive of international status .

Based on the previous introduction the question that arises between the lines of this study is reflected on: How can the state which possesses sovereignty and authority maintain its position as an exclusive sovereign party side by side with someone who lacks sovereignty and power features?

مقدمة:

أصبح من الثابت في العصر الحالي أن أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية في الدول عموماً والدول النامية على وجه الخصوص هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية سواء أكان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أم خاصة. ذلك أن هذه الدول تلجأ في أغلب الحالات إلى تجسيد صورة تلك المعاملات في إطار عقود تبرم مع أصحاب المشاريع الاستثمارية والمساهمين في تمويل التنمية الاقتصادية لهذه البلدان.

وتعتبر هذه العقود بالنسبة للدول النامية الركيزة التي بواسطتها يتم بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة لهذه الدول. على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق الخطة الاقتصادية والخروج بهذه الدول من عالم التخلف إلى العالم المتقدم.

ودراسة موضوع العقود التي تبرم بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة أصبح غير مقتصر فقط على القانون الدولي الخاص بل حضي باهتمام الكثير من المختصين في القانون العام على نحو غير مسبوق في أي موضوع آخر. نظراً لما يعكسه هذا الموضوع من أهمية وما يثيره من مشاكل قانونية نابعة من التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها⁽¹⁾، وهو الأمر الذي أدى إلى تعدد التعريفات والآراء المنساقاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها⁽²⁾. ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة.

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا البحث يتجلى في: كيف يمكن للدولة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة أن تحافظ على مركزها السيادي باعتبارها طرفاً وجنباً إلى جنب مع شخص يفتقر إلى ميزات السيادة والسلطة؟

وستتم معالجة هذا الموضوع وفق الطرح الآتي:

أ: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار

(1) Denis Bettems: les Contrats entre Etats et Entreprises Etrangères, perspectives Internationales, Méta Editions, Lausanne 1988m p20.

(2) تضاربت الاجتهادات في تحديد المصطلح الأكثر صلة بعقود الاستثمار الأجنبي وتنوعت المصطلحات التي أريد من خلالها توصيف العلاقة التعاقدية بين الأطراف. وقد شاع لدى الفقه القانوني استخدام مجموعة من المصطلحات القانونية من أبرزها: مصطلح اتفاقيات التنمية الاقتصادية- ومصطلح العقود أو الاتفاقيات شبيه الدولية- ومصطلح العقود عبر الدولية- ومصطلح عقود العلاقات الاقتصادية الدولية- ومصطلح عقود التجارة الدولية- واصطلاح العقود الاقتصادية الدولية- واصطلاح عقود الدولية. إلا أن الفقه استقر أمام تباين المصطلحات إلى إدراج عود الاستثمار الأجنبي ضمن أحد الاصطلاحين التاليين وهما: اصطلاح العقود الاقتصادية الدولية- واصطلاح عقود التجارة الدولية باعتبارهما الأكثر شيوعاً لدى الفقه الحديث.

- راجع ذلك بالتفصيل في: د/ جورج حزيون حزيون و د/ مصلح أحمد الطراونة، التكييف القانوني لعقود الاستثمار الاجنبي في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الاول يناير 2006، ص 285 إلى 288.

II: النماذج المختلفة لعقود الاستثمار.

III: معيار دولية عقد الاستثمار.

A: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار

اتفقت واتحدت التعاريف المنساقة لعقود الاستثمار رغم اختلاف وجهاتها ومدلولاتها. إلا أنها أشارت جميعها أنها عقود تقوم على توافق إرادتين أو أكثر وهي إرادة أحد أشخاص القانون العام مع إرادة أحد أشخاص القانون الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية⁽¹⁾.

ومن ثم فإننا سنبحث أهم التعاريف و المفاهيم المنساقة لعقد الاستثمار و ننتقل الى تحديد الاطراف القانونية لهذا العقد.

اولا/ تعريف عقد الاستثمار

عند بحث تعريف القانون الدولي لعقود الاستثمار فقد اعتمد غالبية الفقه التعريف الذي أوردهته محكمة النقض الفرنسية التي عرفت العقد الدولي بأنه «ذلك العقد الذي يتجاوز الإطار الاقتصادي الداخلي ويتضمن في محتواه انتقالاً للأموال والسلع والخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول. بمعنى يكون العقد دولياً حين ترجح كفة ميزان مصالح التجارة الدولية»⁽²⁾.

ويعرف البعض الآخر هذا النوع من العقود بأنها «العقود التي تبرم بين دولة نامية أو من يعمل لحسابها ومشروع خاص أجنبي يكون موضوعه إما استغلال ثروة طبيعية أو إقامة منشآت صناعية بهدف التنمية لأجل طويل»⁽³⁾.

ويعرف البعض الآخر هذا النوع من العقود بأنها «كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد»⁽⁴⁾.

في حين يعتمد جانب من الفقه لتعريف عقود الاستثمار انطلاقاً من تعداد وحصر للعناصر التي تعد من وجهة نظرهم مرجحة لاعتباره عقداً من العقود الدولية. ومن أهم الميزات التي اعتمدها عليها لتمييز هذه العقود عن غيرها مايلي:

أ) يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص.

(1) راجع هذا التعريف في: د/ جورج حزبون حزبون. د/ مصلىح أحمد الطراونة. مرجع سابق ذكره. ص 291.

(2) د/ أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية. مطبعة أبناء وهبة حسان. بدون سنة طبع. ص 81.

(3) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص. مكتبة النصر. جامعة القاهرة. ص 22.

(4) د/ عصام الدين القصبى: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار. دار النهضة العربية. 1993. القاهرة. ص 01.

عيواج طالب (ب.د)

ب) تتسم هذه العقود بطول مدتها فهي لا تنصب على عملية واحدة، وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية لفترة زمنية طويلة على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة تظل مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدة العقد... (1).

وفي رأي آخر أنها «اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشرع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية» (2).

وهناك من يعرف هذه العقود من خلال وضع تعريف شامل جامع وذلك بقوله «أنها عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة، وشخص طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوبا عادة 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 وتتم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبيا» (3).

ولم يقتصر الأمر على الجهود الفقهية في الاجتهاد لتحديد مفهوم أو تعريف لهذه العقود بل تعدى إلى اهتمام العديد من المحكمين وإقرار تعاريف مختلفة ضمن الأحكام الصادرة بشأن العقود الأجنبية التي تكون الدولة طرفا فيها، ومن أشهر وأبرز الأحكام التحكيمية التي أشارت إلى وصف عقد الاستثمار الحكم الذي أصدره المحكم Cavin في تحكيم Sapphire وهي شركة كندية ضد شركة النفط الإيرانية أين وصف 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 أنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، مع إلزام الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام» (4).

(1) لمزيد من الإطلاع حول موقف هذا الجانب من الفقه راجع: د/ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ذكره، ص 27.

(2) د/ علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم: دار النهضة العربية 1998/1977، القاهرة، ص 317.

(3) راجع هذا التعريف في: د/ حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 ص 30.

(4) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة عين شمس القاهرة 2004، ص 13، وكذا في د/ حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 32.

عيواج طالب (ب.د)

وما يميز هذا الحكم أنه أبرز أهم خصائص عقد الاستثمار محل النزاع والتي من خلالها يمكن تمييزه عن باقي العقود التجارية العادية التي تخضع في تنظيمها إلى القواعد التقليدية للقانون الخاص.

وكذلك جاء حكيم Texaco للأستاذ Dupuy ضد الحكومة الليبية⁽¹⁾ مركزا على إبراز ذاتية عقود الدولة "عقود الاستثمار" من خلال الدور الذي تلعبه في تحقيق التنمية الاقتصادية باعتبارها الهدف الأساسي للدولة المتعاقدة وذلك عند وصفه لهذه العقود بأنها «عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون طويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة»⁽²⁾.

ثانيا/ اطراف عقود الاستثمار

ما يفيد أن عقود الاستثمار تقوم على تطابق إرادتين كغيرها من عقود القانون العام إلا أن ما يميز هذه الفئة من العقود خاصية التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، ذلك أنها تضم طرفين احدهما "الدولة" يمثل الطرف السيادي الذي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو إطار القانون الدولي العام، في حين يظهر الطرف الثاني "المستثمر الأجنبي" كطرف خالي من أي امتياز أو سيادة مقارنة بالطرف الأول، رغم ما يتمتع به هذا الأخير من قوة اقتصادية ومالية، فهذا الاختلاف والتباعد في المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار يطرح العديد من التساؤلات التي تستوجب الوقوف عليها ودراستها:

هل يجب أن تظهر الدولة كطرف في هذا العقد بمفهومها المعروف في قواعد القانون الدولي العام حتى ينصرف هذا العقد بآثاره إلى الدولة، أم أن الأمر يستوجب أن تظهر الدولة كطرف في العقد من خلال أحد المؤسسات العامة التابعة لها؟

وما هي الشروط التي يجب أن يظهر بها الشخص الأجنبي كطرف ثاني في هذه العقود، بمعنى هل يشترط أن يظهر الطرف الأجنبي بصورة شخص اعتباريا كما هو متعارف عليه في أغلب الحالات أم أنه يمكن أن يكون شخصا طبيعيا؟ وما هو المعيار الذي يمكن من خلاله ضبط الصفة الأجنبية بالنسبة لهذا الشخص؟

فهذه التساؤلات وغيرها سنحاول دراستها من خلال التقسيم التالي:

(1) لمزيد من الإطلاع على وقائع حكيم Texaco ضد الحكومة الليبية راجع: د/ حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 52، 56.
(2) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 13.

1: الدولة كطرف في العقد.

2: الطرف الأجنبي في العقد الدولي للاستثمار.

1: الدولة كطرف في العقد.

تقوم الدولة النامية بالسعي نحو إيجاد تنمية اقتصادية لما تعانيه من تخلف وتأخر في اقتصادها. وهو الأمر الذي لا يتأتى إلا من خلال العمليات والمشاريع الاستثمارية التي تساعد وتساهم في التمويل والتنمية الاقتصادية هذه المشاريع التي تظهر فيها الدولة كطرف ضمن عقد من العقود الدولية للاستثمار التي تبرمها لتحقيق وتنفيذ خططها الاقتصادية.

وتعد الدولة طرفا في عقد الاستثمار عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية فتقوم بإبرام عقود الاستثمار. وقد تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة أو الأشخاص الطبيعية⁽¹⁾.

ويرى البعض أن الدولة التي تظهر كطرف في عقد الاستثمار يلزم أن تكون من الدول النامية كواقع فرضته الظروف الاقتصادية⁽²⁾. وتظهر الدولة كطرف في العقد عادة في شكل رئيس الدولة أو رئيس الوزراء. أو أحد الوزراء أو عن طريق جهاز تابع لها كالمؤسسات والهيئات العامة.

وقد أثارَت الصور التي تظهر بها الدولة كطرف في عقود الاستثمار العديد من الإشكالات القانونية والتي تنحصر على وجه الخصوص في الحالة التي يكون فيها الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام وإنما بشكل جهاز تابع لها ويعمل لحسابها. فتعددت الاتجاهات في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد. بمعنى

- هل يتسع اصطلاح عقود الاستثمار أو كما اصطلح عليه البعض⁽³⁾ بعقود الدولة ليشمل هذه الطائفتين من العقود. أم أن أحد الطائفتين خرج عن معنى هذه العقود؟

وانقسمت الآراء في هذا الصدد بين اتجاهين. أحدهما يضيق من سعة عقود الاستثمار بمعنى أن خصوصية عقود الاستثمار تكون قاصرة على العقود التي تكون الدولة طرفا فيها بشكل مباشر⁽⁴⁾. وهذه الحالة عادة لا تثير أي إشكال أو صعوبة باعتبار الدولة ذات سيادة

(1) د/ جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 11.

(2) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية، مرجع سابق ذكره، ص 40.

(3) د/ حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 37.

(4) راجع في مفهوم الدولة كطرف في التعاقد بأوجهه المختلفة في: د/ عوض الله شيبه الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدولة والشركات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة أسيوط، 1992، ص 126 وما بعدها.

عيواج طالب (ب.د)

وسلطة وبوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، وبالتالي فوضعها كطرف في العقد لا يحتاج إلى تفسير كون أثر العقد المبرم ينصرف بطريقة مباشرة.

في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى تمديد خصوصية عقود الاستثمار إلى العقود التي تبرمها الدولة بواسطة الأجهزة والمؤسسات العامة التابعة لها. وقد عبر البعض المؤيد لهذا الاتجاه بالقول أن قيام الدولة بالتعاقد مباشرة أمرا يكاد يكون نادرا ذلك أن هذه الأخيرة أنشأت وحدات اقتصادية لها شخصية مستقلة عن الدولة تقوم بتنفيذ أعمال الخطة الاقتصادية وفقا للبرنامج المرسوم⁽¹⁾.

أما البعض الآخر من الفقه ومن أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لنطاق عقود الاستثمار اعتمدوا الاستدلال بنص المادة: 1/25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار التي تقضي بأنه «يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز». ذلك أن الاتفاقية لم تحدد اختصاص المركز بنظر المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها بل مدت من اختصاصه ليشمل أيضا نظر المنازعات التي تكون إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة طرفا فيها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المذكور ربط امتداد اختصاصه لنظر المنازعات التي تكون إحدى الهيئات العامة التابعة للدولة طرفا فيها بشرط وهو أن تكون هذه الهيئات معروفة أو معينة للمركز بواسطة الدولة. إلا أن هذا التعيين لا يتطلب شكلا بعينه بل قد يكون بواسطة إخطار منفصلا أو بمجرد ذكرها في بعض الوثائق المقدمة بين الطرفين للمركز⁽³⁾.

إلا أنه وبناء على الدراسات العديدة والمختلفة التي عاجلت وبحثت موضوع الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الهيئات العامة باسم الدولة ولحسابها مع طرف أجنبي أكدت في معظمها أن هذه العقود تثير العديد من الإشكالات القانونية أهمها تحديد الآلية أو المعيار الذي بواسطته يمكن تحديد صفة ومدى اندماج هذا الجهاز في الدولة، وبالتالي تمتعه بالحصانة القضائية⁽⁴⁾، كما تميز دال على تبعيته للدولة وبالتالي تصنيف العقود التي يبرهما هذا الجهاز أو المؤسسة العامة مع طرف أجنبي بمثابة عقود استثمار، وبمعنى آخر

(1) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 40.

(2) راجع ذلك في: د/ حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 39.

(3) د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 15.

(4) لمزيد من التفصيل بشأن الحصانة القضائية راجع: د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، القاهرة 2000، ص 373 إلى ص 428.

عبواج طالب (ب.د)

- ما هي الصفات والمميزات التي يجب توافرها في الأجهزة أو الهيئات التي تتعاقد مع طرف أجنبي حتى يصنف هذا التعاقد ضمن عقود الاستثمار الدولية؟

تعددت الآراء الفقهية والقضائية التي جاءت لمعالجة هذا الإشكال وذلك بطرح العديد من المعايير التي يمكن من خلالها تحديد مدى تمتع الهيئات والمؤسسات العامة بالحصانة من عدمه.

أين ذهب البعض إلى اقتراح معيار الشخصية القانونية المستقلة⁽¹⁾، الذي يعتمد على العملية المادية للتوقيع، والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على هذا العقد والتي تتحمل نتيجة هذه الاستقلالية المسؤولية الكاملة للتعاقد دون أن تشاركها الدولة "بمفهومها الضيق" في هذه المسؤولية⁽²⁾ بمعنى أن المشروع أو الهيئة التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة تجب عنها الحصانة القضائية، وبالتالي تخضع لسيادة القضاء الوطني للدولة الأجنبية، وعليه فوجود أو انعدام هذا المعيار للمشروع أو الهيئة العامة يحدد مدى تمتعها بالحصانة القضائية أو انتقائها، ولقد ساند هذا الاتجاه وعززته مجموعة من الأحكام القضائية التي اعتمدت في قضائها على معيار الشخصية القانونية كأساس في منح الحصانة القضائية أو منعها على طالبيها، ونستدل بأحد الأحكام القضائية التي عبرت عن هذا الاتجاه بقضائها نذكر على سبيل المثال لا الحصر ما عبر عنه القضاء الصادر عن المحكمة العليا الألمانية في 07 جوان 1955 التي قضت بمايلي⁽³⁾ «أن مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى يعد انتهاكا لسيادتها، إلا أن مثل ذلك النظر يجب التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن أيضا على الصعيد القانوني». ونذكر كذلك في نفس السياق الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية هضبة الأهرام في النزاع القائم بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق EGOth وشركة جنوب الباسفيك SPP من جانب آخر⁽⁴⁾، أين قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12 جويلية 1984 مايلي: "إن الهيئة العامة للسياحة والفنادق EGOth لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية، وتوقيعها على العقد المشتتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهذه الشركة تحمل الشخصية المعنوية الخاصة بها، ولها ميزانية مستقلة، كما أنها تخضع

(1) راجع فيما يتعلق بهذا المعيار بالتفصيل في د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق ذكره، ص 44، 46.

(2) راجع: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 17.

(3) راجع هذا الحكم في د/ حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 44، 54.

(4) راجع بالتفصيل حيثيات هذا النزاع في د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2000، ص 105 وما بعدها.

عيواج طالب (ب.د)

لقواعد المحاسبات المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية. وبالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد وليست الحكومة المصرية".

إلا أن هذا المعيار - معيار الشخصية القانونية - رغم تقريره في العديد من الأحكام القضائية وأحكام هيئات التحكيم غير أنه لاقى جانب من النقد على أساس أنه معيار تحكيمي وان إضفاء الشخصية القانونية على مشروع ما أو منعها لا يعد سوى قرار إداري أو وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على وجه أفضل. ومن ثم فإنه لا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة سببا في حرمان هذه الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها من الحصانة القضائية التي تعتبر حقا مقرررا لها وفقا لمبادئ القانون الدولي العام⁽¹⁾.

فهذا الموقف دفع إلى ظهور معيار آخر لتحديد الطبيعة القانونية للطرف المتعاقد مع شخص أجنبي باسم وحساب الدولة وعرف بالمعيار الاقتصادي. ووفقا لهذا المعيار فإن تمتع الهيئات العامة والأجهزة التابعة للدولة بالشخصية القانونية ليس سببا وجيها وكافيا ليحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني. طالما أن هذه الهيئات من خلال تعاقدتها مع طرف أجنبي تخدم المصالح الأساسية للدولة وتسهر على تطبيق وتنفيذ السياسة المرسومة وذلك تحت رقابة وإشراف وتوجيه الدولة التي ينتمي إليها⁽²⁾.

ويعد الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 نوفمبر 1952 من أشهر الأحكام التي طبق هذا المعيار في قضية الزوجان مارتن ضد البنك الإسباني⁽³⁾. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الزوجان المذكوران وبموجب القرار الصادر من طرف الجنرال فرانكو في 12 نوفمبر 1936 القاضي بمصادرة النقود الإسبانية القادمة من الخارج لاسيما من فرنسا واستبدالها بكوبونات جديدة صالحة للتعامل بها في اسبانيا. فقاما الزوجان بإيداع الأوراق المالية الإسبانية في مكتب الجمارك الإسباني وطالبا البنك الإسباني بتمكينهم بما يقابلها من أوراق جديدة مقابل ما أودعوه من أوراق قديمة. إلا أن البنك لم يستجب لطلبهما مما دفع الزوجان اللجوء إلى القضاء الفرنسي. أين قررت محكمة النقض بموجب الحكم المذكور أعلاه بمايلي: «أنه على الرغم من أن البنك الإسباني يتمتع بشخصية قانونية مستقلة فإن ذلك يمنع من التمسك بالحصانة القضائية بالنسبة للتصرفات الصادرة باسمه وحسابه. ولكن منذ اللحظة التي يعهد إلى البنك بالقيام بعملية استبدال الأوراق المالية. ووفقا للشروط الصارمة

(1) د/ حفيظة السيد الحداد. مرجع سابق ذكره. ص 46.

(2) أنظر فيما يتعلق بهذا المعيار: د/ شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية. مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض hardship. دار النهضة العربية. 2000. ص 299.

(3) أنظر: د/ حفيظة السيد الحداد. نفس المرجع. ص 52-53.

عيواج طالب (ب.د.)

المفروضة من قبل الدولة الاسبانية. فإنه وأمام هذا الوضع الجديد يعتبر البنك ممثل للدولة الاسبانية وينفذ عمل من أعمال السلطة العامة. وبالتالي لا يخضع بهذه الصفة لاختصاص المحاكم الفرنسية» .

وعليه فإنه وفقا لهذا المعيار فإن الدولة تعتبر طرفا بواسطة المؤسسات والهيئات العامة في العقود المبرمة مع طرف أجنبي طالما أن هذه الأخيرة تظهر بمظهر المنفذ والمطبق لسياسة وبرنامج الدولة التابعة لها.

ومن جانبنا نعتقد بالأخذ بالمعيار الاقتصادي في تحديد الطبيعة القانونية للطرف المتعاقد مع مستثمر أجنبي والذي يمثل أحد المؤسسات العامة التابعة للدولة. كونه يوسع من النطاق الممنوح لهذا الطرف ليكون تابعا للدولة ولا يجرم من امتيازات الممنوحة لهذه الأخيرة عندما تظهر بصورة مباشرة في العقد لاسيما امتياز الحصانة القضائية. ذلك أن حصر هذه الامتيازات وتقييدها في شروط وعوامل معينة - كمعيار الشخصية القانونية- سيرتب تضيق في حدود وامتيازات الضمان والأمان الممنوحة للطرف الآخر -المستثمر الأجنبي- لاسيما في العقود الكبرى. علاوة على ذلك فإن هذا التضيق سيؤدي إلى إهمال وتهميش أشخاص كان لهم الدور الفعال في تكوين العقد أو تنفيذه. وبالتالي فإعمال المعيار الاقتصادي سيسلط الضوء على هؤلاء الأشخاص وسيساهم في تشجيع الأجهزة التابعة للدولة في زيادة العائد الاقتصادي والأثر الناجم عن الأنشطة التي تنهض بها هذه المؤسسات والتي لا تعدوا أن تكون سوى الأداة المنفذة لسياسة الدولة التي تستخدمها وفقا لما تسطره من برنامج لها.

وعليه نقول أن الطرف العام في عقود الاستثمار يتمثل في:

- الأجهزة المركزية للدولة بما فيها من حكومة ووزارات.
- الكيانات القانونية التي تمتع بشخصية قانونية عن الدولة ولكنها تتبعها من خلال تنفيذ السياسة والبرامج الاقتصادية التي تضعها الدولة وتشرف عليها.

2: الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار.

لم يثر المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار إشكالات قانونية كتلك التي أثارها الدولة كطرف في نفس العقد.

ويعرف الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار بأنه ذلك الشخص الذي لا يتمتع بجنسية الدولة التي تعاقدها معها.

عيواج طالب (ب.د)

وقد عرفت المادة الأولى فقرة (أ) من اتفاقية ترويج وحماية الاستثمارات لرابطة دول جنوب شرقي آسيا⁽¹⁾: «تعريف كلمة رعايا هو التعريف الوارد في دساتير وقوانين كل واحدة من الدول الأطراف المتعاقدة».

ويؤكد البعض أن الصفة الأجنبية للشخص لا تنتفي عنه حتى ولو توثقت صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة، فيفضل أجنبيا وإن كان اتصاله بالدولة عابرا أو طالته إقامته بها⁽²⁾.

في حين يذهب البعض الآخر إلى تعريف الشخص الأجنبي بأنه «الشخص الذي يتمتع بالشخصية القانونية وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ويستوي الأمر في ذلك بين الشخص الأجنبي الطبيعي "الفرد" والشخص الأجنبي الاعتباري كالشركات»⁽³⁾.

وعليه فإن تحديد مصطلح المستثمر أو الطرف الأجنبي يتم من خلال بيان أي الأشخاص والكيانات التي يمكن أن تكون طرفا يضمها عقد الاستثمار، بمعنى آخر هل يثير تحديد المقصود بالشخص الأجنبي "طبيعي أو اعتباري" أي صعوبة أو إشكالات من حيث التعامل معه "الجانب العملي"؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تستوجب دراسة طبيعة العلاقة التي تجمع بين الدولة والشخص الاعتباري الأجنبي وأثارها، ثم تحديد طبيعة العلاقة بينها وبين الشخص الطبيعي الأجنبي في العقود المبرمة بينهما.

أ: تحديد العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاعتبارية الأجنبية.

يعرف الفقه القانوني الشخص المعنوي بأنه وحدة أو كيان اجتماعي ينشأ من أجل تحقيق أغراض معينة ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكونين له ونظام قانوني خاص به وقادر على أن يكون طرفا في العلاقات القانونية⁽⁴⁾، ويظهر عادة الشخص الاعتباري الأجنبي في شكل شركة استثمارية تقوم بالتعاقد مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها بهدف تحقيق التطور الاقتصادي للدولة.

ولعل أن أهم إشكال يطرحه وجود الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار هو الطبيعة القانونية لهذا العقد الذي يظم طرفا وطنيا "الدولة" وطرف آخر أجنبي، فهل يظل

(1) د/ لمياء متولي يوسف مرسي: التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 2006، ص 182.

(2) راجع: د/ شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1968، ص 331.

(3) راجع التعريف في د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة 27، سبتمبر 2003، ص 277.

(4) أنظر هذا التعريف في: د/ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 76.

عيواج طالب (ب.د)

هذا العقد محتفظا بصفة العقد الوطني أم يصنف ضمن العقود الدولية؟ وكيف تعامل الشركة الأجنبية الطرف في العقد. هل تعامل كشركة وطنية أو وفقا لأحكام الشركات الأجنبية؟

لقد تعددت واختلقت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة العقد الذي ينشأ بين الدولة والشركة الأجنبية وكذا في تحديد المعايير التي يتعين الاعتداد بها لتحديد جنسية الشركات الأجنبية⁽¹⁾. إلا أن نص المادة 25-2-ب من اتفاقية واشنطن كان لها الأثر الواسع في الإجابة على عدة إشكالات قانونية مرتبطة بالمركز القانوني للشركة الأجنبية الطرف في عقد الاستثمار. وذلك على أساس أن هذا النص القانوني تم الاعتماد عليه في العديد من القضايا وكان بذلك عرضة لكثير من التفسير⁽²⁾.

وقد نصت هذه المادة على مايلي: «كل شخص معنوي يحمل جنسية دولة طرفا في الاتفاقية غير الدولة الخصم في النزاع في التاريخ الذي ارتضى فيه الخصوم إخضاع النزاع للتحكيم والتوفيق. وكذا كل شخص معنوي يحمل في ذات التاريخ جنسية الدولة الطرف الآخر في النزاع واتفق الخصوم في إطار الاتفاقية على اعتباره في حكم رعية دولة أخرى طرف في الاتفاقية بما تمارسه المصالح الأجنبية من رقابة عليه».

وما يفهم من نص المادة المذكورة أعلاه فإن الاتفاقية أقرت شروطا يتعين توافرها في الشخص الاعتباري وهو أن يكون متمتعا بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع. وهو معيار أساسي لتحديد المركز القانوني للشركة الطرف في عقد الاستثمار. ومن ثم تحديد التصنيف القانوني لهذا العقد وتمييزها عن باقي الشركات الوطنية.

ومن المتفق عليه -رغم بعض الخلافات الفقهية- أنه يتم تحديد جنسية الشخص الاعتباري الطرف في عقد الاستثمار بناء على ثلاث معايير أساسية وهي: التأسيس. المركز الرئيسي. الرقابة⁽³⁾.

ورغم أن اتفاقية واشنطن لم تحدد تعريفا أو ضابطا معيننا لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية. إلا أنها ومن خلال ما أصدره المركز من أحكام ظهر من خلالها اعتماده على بعض المعايير التقليدية في تحديد جنسية الشركات المذكورة أعلاه. كتحكيم Amco ضد الحكومة

(1) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد: مرجع سابق ذكره. ص 29 وما بعدها.

(2) حيث جاء بالنص الفرنسي المادة المذكورة أعلاه كمايلي:

toute Personne morale qui possède la nationalité d'un état contractant autre que l'état pâtre au différend a la conciliation ou a l'arbitrage du centre et toute personne qui possède la nationalité de l'état contractant partie au différend à la même date et que les parties ont convenu aux fins d la présente commentions, de considérer comme ressortissant d'un autre état contractant en raison du contrôle exercé sur elle par les intérêts étrangers.

(3) د/ علي حسين ملحم. مرجع سابق ذكره. ص 230.

عيواج طالب (ب.د)

الاندونيسية⁽¹⁾، الذي تم القضاء بموجبه على اعتبار شركة p.t.Amco اندونيسيا شخص اعتباري أجنبي على أساس الحكومة الاندونيسية وافقت على الطلب الذي قدمته الشركة وهي على علم بأن p.t.Amco شخصا اعتباريا يخضع للرقابة الأجنبية⁽²⁾، فمعرفة الحكومة الاندونيسية بذلك الأمر وإعطائها الموافقة على الطلب المقدم لها وموافقتها على شرط التحكيم يفيد بكل وضوح رضائها بمعاملة p.t.Amco على أساس أنها شخص اعتباري تابع لدولة أخرى.

في حين استقر رأي آخر⁽³⁾ على اعتبار جنسية الشركة مرتبطة بجنسية الدولة التي فيها مركز استغلال أو مركز إدارة الشركة الرئيسي⁽⁴⁾.

كما أكدت اتفاقية واشنطن ضمن نفس النص القانوني المذكور أعلاه على ضرورة أن يتمتع الشخص الاعتباري بالجنسية المطلوبة في التاريخ الذي يوافق فيه طرفا التعاقد عرض النزاع للتوفيق أو طرحه على التحكيم لدى المركز. بمعنى أنه إذا حدث تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري فإن هذا التغيير لا يؤثر في بقاء اختصاص المركز قائما. وهو ما ذهب إلى تطبيقه المركز في قضية شركة KLOCKNER الألمانية المقامة ضد جمهورية الكاميرون. حيث تتمتع الشركة الأم بالجنسية الألمانية والتي أبرمت معها حكومة الكاميرون مجموعة من العقود المتتالية وذلك بغرض إقامة صناعة متقدمة في مجال السماد L'engrais. وقد تعرضت هيئة التحكيم للنزاع المرفوع أمامها في حيثيات حكمها إلى عدم الاعتداد بالتغيير اللاحق للجنسية أو للسيطرة والرقابة وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف فقهي حول تحديد الآثار المترتبة على التغيير اللاحق للجنسية والرقابة بموجب شرط التحكيم وذلك خلافا لما أقرته اتفاقية واشنطن ضمن المادة 25-2-ب. حيث يذهب جانب من الفقه إلى رأي مخالف بالقول أنه إذا كان الشخص المتنازل له تابع للدولة في العقد أو الدولة غير المتعاقدة فإن ذلك يرتب زوال اختصاص المركز⁽⁶⁾.

(1) راجع تفاصيل هذا النزاع في: د/ حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق ذكره. ص 128 وما بعدها.

(2) وفقا لمعيار الرقابة فإن الشركة تعتبر أجنبية متى كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية ولو كان المركز الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني. راجع ذلك في د/ احمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص. الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب (الجزء الأول). دار النهضة العربية 2001-2002. القاهرة. ص 60.

(3) راجع: د/ باسم محمد صالح و د/ عدنان احمد العزاوي: القانون التجاري- الشركات التجارية- بيت الحكمة. بغداد. ص 48، 49.

(4) يقصد بمركز الإدارة الرئيسي المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره كمجلس الإدارة. والجمعية العمومية والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية الأخرى. راجع في ذلك: د/ أحمد عبد الكريم سلامة. نفس المرجع. ص 51.

(5) راجع تفاصيل هذا النزاع وحيثيات حكم التحكيم في د/ حفيظة السيد الحداد. نفس المرجع. ص 133 وما بعدها.

(6) نفس المرجع المذكور في الهامش رقم 01 ص 140.

عيواج طالب (ب.د)

خلص مما تقدم أن تحديد المركز القانوني للشخص الاعتباري في عقد الاستثمار يتأثر تواجد كطرف أجنبي في هذا العقد بناء على توافر الشروط المحددة لجنسيته، والتي بدورها تخضع لمعايير تتحكم في تحديدها، ولقد لعبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دورا بالغ الأهمية وذا تأثير دولي من خلال العديد من النزاعات المتعلقة بتحديد جنسية الشخص الاعتباري ومدى اعتباره طرفا أجنبيا في التعاقد .

على أنه نعتقد بحسب رأينا مع البعض⁽¹⁾ أن هذا النص القانوني يكون قد ضيق من صلاحية الدول في تحديد الضابط أو الأساس الذي بمقتضاه تمنح الجنسية للشخص الاعتباري الأجنبي الطرف في العقد. كما أن المسلك الذي اتخذته هيئات التحكيم في المركز في تفسير نص المادة: 25-2-ب من اتفاقية واشنطن يعتبر استثناء عن الأصل. ذلك أن الإقرار للشخص الاعتباري الذي يحمل نفس جنسية الطرف في النزاع واعتباره رعية لدولة أخرى طرفا في الاتفاق يعتبر استثناء خارج عن الأصل العام والذي تكون قد فرضته ضرورات عملية تساهم في تطبيق أحكام الاتفاقية على أكبر عدد ممكن من النزاعات التي تنشأ بين الدولة والشخص الاعتباري الأجنبي الطرف معها في عقد الاستثمار.

ب: الشخص الطبيعي الأجنبي.

يرى البعض أن تعريف الأشخاص الطبيعيين يتم من خلال تحديد رابطة فعلية تكمن في الجنسية التي تربطهم بدولة متعاقدة طرف في الاتفاق⁽²⁾.

وتعد مسألة تحديد الجنسية أمرا خاضعا للتشريعات الداخلية لكل دولة مضيئة للاستثمار. وقد أقرت بعض الدول المضيئة للاستثمار تعريفات خاصة للمستثمر الأجنبي ضمن قوانينها المتعلقة بالاستثمار⁽³⁾، وهو أمر بحسب رأينا يجب أن يتوافر على مستوى تشريع كل الدول التي تنوي فتح مجالها الاقتصادي للتعامل مع أطراف أجنبية والدخول معهم في ارتباطات تعاقدية حتى لا يتعرض طرفي العقد أو الالتزام إلى إشكال بحث المعيار الذي بواسطته يتم تحديد صفة الأجنبي بالنسبة للدولة المتعاقدة.

(1) راجع ذلك في: د/ عوض الله شيبه الحمد السيد. النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدولة والشركات الأجنبية الخاصة. رسالة دكتوراه. حقوق. جامعة اسيوط 1992. ص 186 وما بعدها. وكذا راجع د/ حفيظة السيد الحداد. نفس المرجع. ص 154. 155.

(2) د/ لمياء متولي يوسف مرسى: مرجع سابق ذكره. ص 182.

(3) لم يأت المشرع الجزائري ضمن قانون ترقية وتشجيع الاستثمار على تحديد تعريف للمستثمر الأجنبي على غرار قانون الاستثمار المصري. في حين جاء كل من قانون الاستثمار اليمني رقم 22 لسنة 2002 في المادة 2 ف14 وقانون الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 ضمن المادة: 02 ف11 والقانون الليبي رقم 05 لسنة 1997 في المادة 3 ف7. وقانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991 في المادة 02 ف هـ. والقانون الكويتي رقم 8 لسنة 2001 ضمن المادة الأولى منه، وغيرها من قوانين الاستثمار التي تعرضت لتحديد تعريف المستثمر الأجنبي ضمن نصوصها المذكورة أعلاه.

عيواج طالب (ب.د)

ولعل اتفاقية الجنسية التي أعدها مؤتمر لاهاي لتقنين القانون الدولي حثت بدورها الدول على ذلك بنصها: «تختص كل دولة بأن تحدد في قوانينها الأشخاص الذين يستمتعون بجنسيتها، وتعترف الدول الأخرى بتلك القوانين في حدود عدم تعارضها مع الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ القانونية المعترف بها من الدولة على وجه العموم في مسائل الجنسية»⁽¹⁾.

ولقد كان لاتفاقية واشنطن المشار إليها أنفا الدور الفعال في تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي حتى ينعقد اختصاص المركز. أين ركزت في نشأة ذلك على شرطين أساسيين هما⁽²⁾:

01- أن يتمتع الشخص جنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة الطرف في النزاع وان يكون

حاملا لهذه الجنسية بين لحظة اتفاق الأطراف على عرض النزاع للمركز للفصل في

النزاعات الناشئة بينهما. ولحظة تسجيل طلب التحكيم وفقا لقواعد المركز.

02- أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة الطرف في النزاع في إحدى التواريخ التالية:

يوم اتفاق الأطراف على اللجوء إلى المركز. ويوم تسجيل طلب التحكيم.

وقد أثار تطبيق هذا النص القانوني بعض الإشكالات القانونية لاسيما في مسألة تحديد

جنسية هؤلاء الأشخاص. على أساس أن تواجد طرف أجنبي إلى جانب الدولة في إطار التزام

تعاقدي هل يضيف على هذا العقد صفة عقد استثمار أم أنه هناك ضوابط ومعايير تحكم

ذلك؟

إن مسألة تحديد جنسية الشخص الطبيعي في عقد الاستثمار الذي تكون الدولة طرفا

فيه لا يطرح في حد ذاته إشكالا فيكفي الرجوع إلى تشريع الدولة الذي يحدد من هو الوطني

حتى نتمكن من تحديد الأجنبي وفقا لما سبق ذكره وتباينه أعلاه. إلا أن الإشكال الذي يمكن أن

يطرح في هذا الشأن هو طبيعة القيد الذي وضعته اتفاقية واشنطن على الشخص الطبيعي

وبضرورة تمسكه بجنسية واحدة ضمن فترة محددة ممتدة بين تاريخ الاتفاق على التحكيم وتاريخ

تسجيل الطلب أمام المركز. فهل يشترط وفقا لأحكام هذه الاتفاقية أن يظل الشخص

الطبيعي متمسكا ومتمتعاً بجنسية واحدة وبشكل مستمر وغير متقطع طيلة الفترة التي

حدتها هذه الاتفاقية؟

(1) راجع ذلك في: فؤاد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام.

رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة أسيوط 2007. ص 98-99.

(2) راجع نص المادة: 1/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المذكورة سابقا.

عيواج طالب (ب.د)

اختلفت بعض الآراء الفقهية⁽¹⁾ حول مسألة اشتراط استمرارية جنسية نفس الدولة في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وتسجيل الطلب أمام المركز بالنسبة للشخص الطبيعي الأجنبي الطرف في العقد مع الدولة، ولعل التفسير الأقرب لتطبيق مقتضيات المادة: 1/02/25 ومواجهتها الحالات الاستثنائية التي تنجم عن قيام أحد الأشخاص التابعين لدولة متعاقدة بعد الاتفاق على التحكيم بتغيير جنسيته وحصوله على جنسية دولة أخرى متعاقدة، مما يتعين التعامل مع شرط الجنسية بنوع من المرونة. وذلك بقبول تمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة متعاقدة لحظة الاتفاق على التحكيم دون اقتضاء أن تكون هي نفس الجنسية التي يتمتع بها هذا الشخص وقت تسجيل الطلب أمام المركز. وهو تفسير يتماشى مع أهداف المعاهدة ويعمل على زيادة حالات انطباقها وتطبيقها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى التأكيد على أنه ليست كل العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها إلى جانب شخص طبيعي أجنبي تكتسي صفة عقود الاستثمار بل يشترط إلى جانب هذا الشرط «صفة الأطراف» أن يكون محل العقد ومضمونه متعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطويرها.

ولعل أبرز مثال على ذلك العقد الذي أبرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الأنباء الكويتية مع الصحفي البريطاني Parrot والذي قضت بشأنه محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في 12/06/1990، بحجب الحصانة القضائية عن وكالة الأنباء الكويتية على الرغم من أن هذه الوكالة تعد جهازاً حكومياً رسمياً. إلا أن التصرف الصادر بشأن عدم تجديد عقد الصحفي البريطاني يعد تصرفاً يدخل في أداء الوظيفة لصالح مرفق عام⁽³⁾.

كما يحسن بنا أن نشير إلى أن اتفاقية واشنطن لم تشر إلى معيار التعامل مع الأشخاص مزدوجي الجنسية أو عديمي الجنسية، إلا أن الرأي المستقر عليه في هذا الشأن أن المركز لا يختص بشكل مطلق وخال من أي استثناءات بنظر منازعات الأشخاص مزدوجي الجنسية إذا كانت جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة إحدى الجنسيتين التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، كما يجب عن اختصاص المركز الأشخاص عديمي الجنسية حتى ولو اتفقت الدولة الطرف في النزاع على غير ذلك وقبلت اللجوء إلى اختصاص المركز⁽⁴⁾.

(1) أنظر الآراء الفقهية حول شرط استمرارية الجنسية للشخص الطبيعي الأجنبي في د/ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ذكره، ص 166، 168.

(2) نفس المرجع، ص 169.

(3) نفس المرجع، ص 50.

(4)، ولزبد من التفصيل راجع حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 170، 169.

II: النماذج المختلفة لعقود الاستثمار

خملت الكثير من الدول لاسيما النامية منها أعباء التقدم التكنولوجي الذي بلغته الدول المتقدمة علميا وتكنولوجيا. فكان لابد لهذه الدول المتخلفة أن تلجأ إلى نقل التكنولوجيا وأن تبحث عنها في سوق التكنولوجيا ولن يتوفر لها هذا الطلب إلا بموجب إفراغ طلبها في قالب معين يكون على شكل عقد تبرمه الدولة النامية مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب.

وتتنوع هذه العقود وتتعدد صورها بحسب حاجة الدول النامية الطرف فيها لتنفيذ مشروع تنميتها الاقتصادية. ولن يسعنا المجال لذكرها ودراستها جميعها. وبذلك سنحاول التركيز من خلال هذه الدراسة على أهم نماذج هذه العقود وأكثرها انتشارا وذلك بما يتماشى ومنهج وهدف هذا البحث وفقا للتقسيم التالي:

- 1: عقود الخدمة في مجال البترول.
- 2: عقود نقل التكنولوجيا.
- 3: عقود الأشغال العامة الدولية.

1: عقود الخدمة في مجال البترول.

يكتسي البترول كثرة باطنية أهمية كبرى لدى كل دول العالم بدون استثناء. إذ أنه يمثل الطاقة الإنتاجية والمحرك الأساسي لنمو الاقتصاد وازدهاره. ولا تنحصر هذه الأهمية لدى الدول النامية فقط لاسيما وأنها تعتبر من أكبر الدول من حيث العد في إنتاج هذه الثروة ولكن تتعدى أهميته إلى الدول المتقدمة التي تصنف كدول مستهلكة للبترول.

وتعتمد الدول النامية على وجه الخصوص على هذا المصدر "البترول" لإنعاش اقتصادها وتنميته. إلا أن ذلك لا يتأت إلا بإشراكها لأطراف أجنبية تدخل للمساهمة في التنقيب والبحث وتسويق هذا المادة وهو الأمر الذي يتجسد في إطار عقود واتفاقيات بين الدول المنتجة لهذه الطاقة والشركات والأشخاص الأجنبية التي تملك الخبرة والتكنولوجيا التي تحتاجها هذه الدول في استغلال هذه الثروة الطبيعية والتي تعجز عن تسييرها والتعامل معها وتسويقها دون تدخل هذه الأخيرة - الطرف الأجنبي- وما لا شك فيه أن دخول الطرفين -الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية- يحتاج إلى خلق نوع من التوازن في هذه العلاقة التعاقدية. وهو الأمر الذي يشكل نوع من الصعوبة في تجسيده فلقد شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة على مستوى العقود المنظمة

عيواج طالب (ب.د.)

لاستغلال البترول ابتداء من عقود الامتياز التقليدية ووصولاً إلى ظهور عقود أكثر عدل كعقود المشاركة وعقود المقاول⁽¹⁾.

وسنحاول تبين أهمية ودور كل واحد من هذه العقود في مجال استغلال البترول بين الدولة والطرف الأجنبي على النحو التالي:

أ: عقود الامتياز.

عرف البعض عقد الامتياز بأنه اتفاق يتم بموجبه التزام هيئة أجنبية عامة أو خاصة بإعادة مرفق عام في الدولة المضيفة، واستغلاله لمدة محددة، وذلك باستخدام عمال وأموال يقدمها الملتزم، مقابل رسوم من المنتفعين⁽²⁾.

وقد عرفت عقود الامتياز انقراضاً تدريجياً ثم انهارت فجأة بعد تطور محاربة شروطها الأساسية، التي كانت متركزة على حق استخدام واستخدام مناطق شاسعة من أجل الاكتشاف لفترة طويلة من الزمن دون أن يكون للدولة حق المشاركة في إدارة المشروع البترولي⁽³⁾. بمعنى أن هذه العقود كانت تقضي أن تتنازل الدولة عن حقوق الاستغلال لمرفق معين وبصفة مؤقتة ولكن لمدة قد تطول لشخص أو شركة أجنبية، إلا أن وعي وتفطن حكومات الدولة المنتجة للبترول والثروات الباطنية للقيمة الاقتصادية الكبيرة لهذه الثروات دفعها إلى مراجعة الشروط التي كانت تتضمنها هذه العقود مع الشركات الأجنبية، على الرغم من أن البعض⁽⁴⁾ يرى أن نظام الامتياز يعد من الأنظمة الملائمة للدول النامية التي تحتاج إلى رؤوس الأموال والتكنولوجيا، والتي تسعى لإقامة بنية أساسية في نظامها الاقتصادي.

وقد شهدت المرحلة الانتقالية لعقود الامتياز التقليدية تطوراً ملحوظاً ومهما لعلاقة طرفي الامتياز في استغلال الثروة البترولية التي امتازت بتحكم الدول المنتجة أكثر في تسيير شروط العقد، وكانت من أبرز ملامح هذه المرحلة: - اعتماد قاعدة المناصفة في الأرباح بين الحكومات والشركات الأجنبية، ومن أكثر البنود شيوعاً في الوقت الحالي في فئة العقود الجديدة هو وضع حدود زمنية لأعمال الاستكشاف يسقط بعده امتيازها - تغيير نظام الرقابة على

(1) د/ حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ذكره، ص 175.

(2) د/ محمد حمدي محمد بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية طبقاً لقوانين الاستثمار الحديثة الصادرة في مصر وبعض الدول العربية المجلة القانونية الاقتصادية كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ص 176.

(3) د/ محمد السيد السعيد، الشركات المتعددة الجنسية في الوطن العربي... والازمة الاقتصادية العالمية، حوار الشمال و الجنوب و ازمة تقسيم العمل الدولي و الشركات المتعددة الجنسية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع 1986، ص 136.

(4) نفس المرجع، ص 177.

(3) لمزيد من التفصيل راجع: د/ محمد السيد السعيد، نفس المرجع، ص 136، 137، وكذا راجع: د/ بشار محمد الأسعد: مرجع سابق ذكره، ص 52.

عيواج طالب (ب.د)

الأسعار ومصروفات الشركات الأجنبية ومشترياتها- التمسك بحق الدولة المنتجة عن طريق الحكومات أو الهيئات التابعة لها بالمشاركة في رأسمال المال وعضوية مجلس الإدارة. ومع ذلك فإن هذا التغيير والتحول وما صاحبه من امتيازات لصالح الدول المنتجة للبتترول إلا أنه لا تزال العديد من الثغرات تعتري هذه العقود لاسيما بالنسبة للبلدان ذات الوضع البترولي الأضعف⁽¹⁾.

ب: عقود المشاركة وعقود المقاوله

ظهرت هذه الفئة من العقود لتحل محل عقود الامتيازات التقليدية بعد أن لاقت هذه الأخيرة تراجعاً في الاعتماد عليها من طرف الدول النامية والمنتجة للبتترول. وتعرف عقود المشاركة أو ما يسمى بالمشروعات المشتركة بأنها مشروعات تؤسسها الدولة مع أشخاص أجنبية بموجب عقود تدخل ضمن طائفة عقود الدولة أو كما يسمى بعقود الاستثمار.

وتتميز هذه العقود - عقود المشاركة - بوجود شخص عام يتمتع بسلطات واسعة لما لديه من سيادة على أراضيه وهو الدولة وشخص أجنبي غالباً ما يتمتع بثقل اقتصادي⁽²⁾. وبمقتضى هذه العقود تتحمل الشركة الأجنبية مسؤولية الكشف عن البترول كما تتولى تمويل وتنفيذ عمليات التطوير والتشغيل والإنتاج. إلا أنها تجني أرباحها ونصيبها بما يقابل حصتها في الإنتاج. كما تقوم هذه الشركات بإدارة العمليات النفطية طيلة فترة العقد⁽³⁾. بمعنى أن هذه الشركة إذا لم تتمكن من إيجاد البترول فإنها تتحمل الخسارة لوحدها دون أي التزام من الدولة. أما إذا تم الكشف عن البترول فإن الدول تتدخل لتشارك مع الشركة الأجنبية لتهيئة المشروع للإنتاج. ويتحدد بناء على ذلك نصيب كل طرف من أرباح الإنتاج بقدر حجم مساهمة كل طرف في المشروع⁽⁴⁾.

ويستفيد الطرف الأجنبي في هذا العقد بامتيازات عديدة أهمها الاستفادة بالمزايا والضمانات المقررة بقانون الاستثمار للدولة المتعاقدة معه باعتباره شريكاً له ومستثمراً أجنبياً فيها⁽⁵⁾.

(1) د/ محمد حمدي محمد بهنسي. مرجع سابق ذكره. ص 178.

(2) د/ عبد الإله الأمير "العقود البترولية الإنتاجية". مقال منشور على الموقع:

[WWW.iier.or/oil law/ the 20% nature 20% oil 20% contacts. Rtf.](http://WWW.iier.or/oil%20law/the%20nature%20oil%20contacts.Rtf)

(3) د/ محمد حمدي محمد بهنسي. مرجع سابق ذكره. ص 178.

- د/ عبد الإله الأمير "العقود البترولية الإنتاجية". مقال منشور على الموقع:

[WWW.iier.or/oil law/ the 20% nature 20% oil 20% contacts. Rtf.](http://WWW.iier.or/oil%20law/the%20nature%20oil%20contacts.Rtf)

(4) وكمثال على ذلك: الاتفاقية الأولية التي وقعتها شركة سونطراك الجزائرية وشركة آل ثاني الإماراتية في مارس 2005 للاستثمار في التنفيذ المشترك لمشاريع الاستكشاف عن النفط داخل الجزائر وخارجها.

(5) د/ محمد حمدي محمد بهنسي. نفس المرجع. ص 179.

عيواج طالب (ب.د)

كما تمثل هذه المشروعات للدول المتقدمة شكل البديل عن القروض، ذلك أن الشركات الأجنبية الاستثمارية تفضل المشاركة المباشرة في المشروعات فتطمئن إلى طريق استغلال أموالها ويعود عليها بربح. غالباً ما يكون أكبر من سعر الفائدة السائد على القروض الدولية⁽¹⁾. كما تخض الدول المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة داخلية على العناصر المكونة للمشروع. وكذا اكتساب الخبرات الفنية في مجال البترول، كما يسهل هذا النوع من العقود عمليات التسويق الخارجية⁽²⁾.

- أما بالنسبة لعقود المقاولات فهي بدورها تعتمد على مبدأ المشاركة بين الشركة الأجنبية والدولة. إلا أن ما يميز هذا النوع من العقود -المقاولات- عن سابقتها أنها عقود قصيرة المدة مقارنة بالمدد التي تستغله عقود الأمتياز وفي مجال التنقيب عن البترول فإن عقود المقاولات تنشأ بناء على مبادرة الحكومة بإعداد المواصفات والشروط المتعلقة بالمشروع ليتقدم المقاول الأجنبي الذي تستوفى فيه الشروط المطلوبة ليتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج⁽³⁾. ويتحمل المقاول في هذا النوع من الالتزامات كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تشوب هذا النوع من المشاريع إلى أن يحقق النتيجة المطلوبة منه. ومن ذلك يسترد نفقات استثماره إلى جانب حصوله على نصيبه من الإنتاج والأرباح وفقاً لما هو متفق عليه في عقد المقاولات⁽⁴⁾.

2: عقود ما قبل التكنولوجيا

على الرغم من أهمية الدور الذي تلعبه عقود نقل التكنولوجيا في التنمية، إلا أن الدول النامية لم توجه اهتماماً كافياً لتنظيم هذه العقود فضلت داخلية في عداد العقود غير المسماة التي لا تخضع لتنظيم تشريعي خاص في كثير من الدول النامية. وتنصب عقود نقل التكنولوجيا تارة على نقل معلومات فنية في استعمالها في إنتاج السلع أو في تطبيق طريقة فنية في الإنتاج أو تقديم الخدمات⁽⁵⁾.

ونقل التكنولوجيا بواسطة العقود الدولية عدة صور. فقد تظهر بشكل بسيط يقتصر على التزام الشركة الموردة على نقل المعرفة الفنية إلى المشروع المستورد وذلك بموجب عقود المساعدة الفنية. التي تمثل اتفاق يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل

(1) د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة. دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق جامعة. عين شمس القاهرة. الطبعة الثانية 1981، ص 197.

(2) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية. مرجع سابق ذكره. ص 30، 31.

(3) د/ راجع: د/ عبد الاله الأمير. مرجع سابق ذكره.

(4) راجع د/ بشار محمد الأسعد: مرجع سابق ذكره. ص 54.

(5) د/ حسام الدين عبد الغني الصغير: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا. مقال منشور على الموقع:

www.wipo.net/edocs/mdocs/arab/ar/wipo.ip-mct-04-9.doc[1]

عيواج طالب (ب.د)

المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية للملقى التكنولوجيا حتى يتسنى لهذا الأخير تحقيق الغاية المرجوة من هذا العقد⁽¹⁾.

كما يظهر عقد نقل التكنولوجيا في صورة عقود تسليم مفتاح، وهو عقد يلتزم بموجبه المقاول- مورد التكنولوجيا- بالإضافة إلى نقل وتقديم تكنولوجيا أداء مجموعة من المسؤوليات المرتبطة بتصميم وإنشاء وتشغيل مشروع ما، وذلك بتوفير المعرفة الفنية التصميم الأساسية والعمليات الهندسية والإمداد بالمعدات والتشييد والتركيب واختبار التشغيل حتى مرحلة بدء الإنتاج⁽²⁾.

وما يميز هذا النوع من العقود -عقد تسليم المفتاح- أنه يجمع بين عدة عقود ضمن عقد واحد متكامل الأداء، وتنتهي مهمة المقاول بانتهاء تسليم المشروع بعد اختبار صلاحيته وإدارته بشكل ناجح وفقا لما يقتضيه الالتزام المتفق عليه في العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الطرق الموردة للتكنولوجيا والتي غالبا ما تتجسد في الشركات الاستثمارية الأجنبية.

فعلى الرغم من الوجه الإيجابي لهذه الشركات الذي يتجلى في تلبية حاجات الدول النامية لما تورده من تكنولوجيا وخبرات فنية، إلا أنها تسعى دائما إلى المحافظة على سرية هذه التكنولوجيا والمعرفة العلمية التي تنقلها إلى الدول المضيفة وهو ما اصطلاح على تسميته بالممارسات التقييدية الممارسة من هذه الشركات في مجال نقل التكنولوجيا للدول المحتاجة والطالبة لها لاسيما الدول النامية، حتى تفرض وتضمن هيمنتها على هذه الدول، ومن أمثلة هذه الممارسات عدم السماح بتصدير البضاعة المنتجة بواسطة استخدام التكنولوجيا المنقولة، أو فرض سعر احتكاري لنقل التكنولوجيا، أو اشتراط شراء التكنولوجيا على شكل رزنامة متكاملة حتى لو كان الطلب شراء جزء منها فقط.

03: عقود الأشغال العامة الدولية

عقب انتهاء الحرب الباردة وانهيار الكتلة الاشتراكية وبرزو الفكر الرأسمالي إلى انطلاق نظام اقتصادي موحد وجدت الدول النامية نفسها -أمام تضافر عوامل كثيرة- على السير في هذا المسلك الاقتصادي ومواكبة ما رافقه من تطور وتقدم لاسيما في مجال إنشاء البنى التحتية الأساسية التي يتطلبها الوضع الاقتصادي الجديد من خلال التركيز على المنشآت الكبرى كالطرق والمطارات والمستشفيات... الخ، هذه المشاريع التي تمتاز بطبيعتها بالتكلفة

(1) انظر هذا التعريف في: بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 58.

(2) د/ عبد السلام أبو قحف: إدارة الأعمال الدولية، الدار الجامعية الإسكندرية، 2000-2001، ص 313-314، وراجع أيضا:

د/ محمد السيد سعيد، مرجع سابق ذكره، ص 140-141.

عيواج طالب (ب.د.)

العالية والتخصص الدقيق. وهو ما يتطلب من الدول النامية اللجوء إلى التمويل الخارجي لتحقيقه وذلك عن طريق الاستعانة بشركات أجنبية ضخمة متخصصة تستطيع توفير رأس المال المطلوب والخبرة اللازمة في هذا النوع من المشاريع العملاقة.

وعلى هذا الأساس تعمل الدول النامية بصفة مباشرة أو عن طريق هيئاتها ومؤسساتها العامة من أجل تنفيذ هذه المشاريع إلى إبرام العقود مع هذا النوع من الشركات ضمن عقود أطلق عليها تسمية عقود الأشغال العامة الدولية. والتي تعرف بأنها عقود تبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى⁽¹⁾.

وتجسد غالبا هذه العقود في صورة عقد البناء والتشغيل والتحويل أو كما يطلق عليها تسمية "B.O.T" وهي الصورة الأكثر انتشارا منذ العقدين الماضيين لتجسد عقود الأشغال العامة الدولية.

وتعرف عقود البوت بأنها اتفاق بين الجهة الحكومية أو إحدى المؤسسات التابعة لها مع شركة أجنبية لإنشاء مرفق عام على حساب هذا المستثمر الأجنبي الذي يظل مشرفا على الإدارة والتشغيل لفترة محددة من الزمن وبشروط محددة وتحت إشراف ورقابة الجهة الحكومية المتعاقدة. على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الجهة الأخيرة بعد نهاية المدة المتفق عليها بالحالة التي تسمح باستمرار تشغيل واستغلال المشروع بذات الكفاءة التي كان عليها وقت ما كانت الشركة الأجنبية تتولى إدارته⁽²⁾.

ولهذا النوع من العقود - البوت - أنماط متفرعة وعديدة إلا أن ما يميزها أنها تعتبر اشتقاقات من التطبيق الأساسي القائم على فكرة "البناء - التشغيل - التحويل" وأهم هذه الصور⁽³⁾:

* عقد التمويل والبناء والتملك والتشغيل والتحويل (FBOOT).

* عقد البناء والتشغيل والتأجير (BOL).

* عقد التصميم والبناء والتشغيل والتحويل (DBOT).

* عقد البناء والتشغيل والتسليم (BOD).

* عقد البناء والتملك والتشغيل والدعم والتحويل (BOOST).

(1) هذا التعريف موجود في: د/ بشار محمد الأسعد: مرجع سابق ذكره. ص 61.

(2) تعريف مأخوذ من ملخص لورقة عمل بعنوان "كيفية إدارة القطاع الخاص للمرافق العامة". منشور على الموقع الإلكتروني: www.unpan1.un.org/intradoc/groups/boblic/doucouments/arado/unpan_024942.pdf

(3) أ/ هاشم عوض عبد المجيد: الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية: مقال منشور على الموقع: <http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?p=769298>.

عيواج طالب (ب.د.)

وهي إصلاحات تستخدم أحيانا كأسماء بديلة لنظام البوت (BOT). وعلى الرغم من أن بعضها يرمز إلى مشاريع تختلف في بعض جوانبها عن تعريف مشروع البوت إلا أنها في غالب الأحيان لا تخرج عن الوظيفة الرئيسية التي تتميز بها المشاريع المنفذة بأسلوب "البوت". وما يميز هذا النوع من العقود أنها تعتمد أسلوب التمويل لمشاريع تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية بطريقة تضمن فيها الدولة رقابتها وملكيته للمشروع المنفذ وفي نفس الوقت ضمان حصولها على رؤوس الأموال الأجنبية التي تسمح بالمحافظة على الاستثمارات الأجنبية لما لها من أهمية بالغة في تمويل مشاريع التنمية في هذه البلدان.

III: معيار دولية عقود الاستثمار.

عكف الفقه منذ زمن لمحاولة تأصيل مفهوم العقود الدولية وتحديد صفة الدولية فيها. ذلك أن محاولات الفقه والقضاء لتحديد هذه الصفة في العقد تبلورت واقعا على مدى ما يقارب السبعين عاما⁽¹⁾. وذلك لأجل تحديد الوصف القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ومعاملتها على أساس أنها أشخاص اعتبارية وطنية أو أجنبية في هذا النوع من العقود "عقود الاستثمار".

فمبدئيا يمكن القول أن أهم ما يميز العقد الدولي من غيره من العقود التي تنصب على المشروعات الاقتصادية الوطنية هي فكرة استقلاله بنظام قانوني دولي يحكم علاقات الأطراف فيه. وبالتالي فالمشروع الأجنبي في هذا العقد يتمتع بشخصية اعتبارية غير خاضعة لأية ولاية سياسية للدولة⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق يمكن أن نطرح التساؤل التالي: هل أن الصفة الدولية التي يتمتع بها الشخص الاعتباري يمكن أن تضي على عقد الاستثمار الذي يجمعه مع الدولة كطرف فيه، أم أن هذه الصفة مختزلة على الشخص الأجنبي فقط دون أن يكون لها امتداد على باقي أطراف العقد؟ وما هي المعايير التي بموجبها يمكن تحديد الوصف القانوني الدولي لهذا العقد؟.

انقسمت وتعددت وجهات النظر حول محاولة تحديد معيار لعقد الاستثمار أو تحديد الشروط التي يمكن من خلالها إضفاء صفة الدولية على هذا العقد إلى اتجاهين:

حيث اعتمدت مجموعة من الشراح في تحديد الصفة الدولية للعقد على الاجتهادات الفقهية التي تنادي بفكرة تدويل العقود والتي تقسم العقود إلى ثلاثة طوائف:

1) العقود الدولية التي يبرمها أشخاص القانون الدولي فيما بينهم وهي عقود يحكمها القانون الدولي.

(1) د/ جورج حزبيون ود/ مصلح طراونة. مرجع سابق ذكره مذكور في الهامش. ص 281.

(2) د/ هشام علي صادق. الجنسية والمواطن ومركز الأجانب. المجلد الثاني. منشأة المعارف. الإسكندرية. ص 525.

عيواج طالب (ب.د)

(2) العقود التي يبرمها الأشخاص العاديون فيما بينهم وهي طائفة يحكمها القانون الوطني.

(3) العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الدولي العام "الدولة" مع الأفراد أو الهيئات الأجنبية والتي أطلق عليها تسمية "عقود شبه الدولية" وهي طائفة من العقود موضوع الدراسة الحالية ومحل الإشكال المطروح أعلاه. هذه الفئة من العقود التي يرى أصحاب هذا الاتجاه أنها تخضع إلى قواعد القانون الدولي استنادا إلى أن الطرف الأجنبي يتمتع بالشخصية القانونية الدولية⁽¹⁾. التي تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات الدولية.

وفي نفس السياق فإن هذه العقود تخول للدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها حق الحلول محله مطالبة الدولة المضيفة للاستثمار بحقوق ذلك المستثمر استنادا لفكرة الحماية الدبلوماسية. مما يسبغ صفة الدولة على هذه العقود وخضوعها بالتالي لقواعد القانون الدولي⁽²⁾. بمعنى أن أصحاب هذا الرأي اعتمدوا لتحديد صفة الدولية للعقد مجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية. بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر ودوره في إنشاء العقد. وهو الاتجاه الذي تعرض للنقد على أساس أن هذا المعيار لا يكفي لوحده لتحديد أو إضفاء صفة الدولية على العقد. كما أن فكرة الحماية الدبلوماسية التي اعتمدها أصحاب هذا الاتجاه ليس من شأنها إضفاء صفة الدولية على هذه العقود كونها لا تعدوا أن تكون مجرد سلطة تقديرية تتمتع بها الدولة.

وقد كان لهذه الانتقادات الصدى في ظهور اتجاه آخر ذهب أنصاره إلى القول بانتفاء فكرة العقود شبه الدولية على أساس أن العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الداخلي -عقد الاستثمار- إما تخضع لقواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة⁽³⁾. ذلك أن الفرد لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية استنادا إلى أن أشخاص القانون الدولي هم فقط الدول والمنظمات الدولية. ومن ثم فإن القول بتطبيق أحكام القانون الدولي على هذا العقد يعني خضوع الدولة الطرف في العقد لهذه الأحكام دون الطرف الثاني المستثمر والذي لا يمكنه أن يخضع إلا للأحكام المتفق عليها في التعاقد أو لأحكام القانون الوطني لأحد طرفي العلاقة

(1) إلا أن البعض يرى أن اتسام الطرف الأجنبي بالصفة الدولية على هذا النحو لا يعني بالضرورة تمتعه بشخصية قانونية دولية واعتباره بالتالي شخصا من أشخاص القانون الدولي. إذ قد يتمتع الطرف الأجنبي بشخصية قانونية مستمدة من مفهوم القوانين الداخلية لدول أطراف العقد ويحتفظ في نفس الوقت باستقلاله القانوني عن الأنظمة الداخلية للدولة الطرف في العقد. راجع في ذلك: د/ هشام علي صادق. نفس المرجع. ص 526.

(2) د/ حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة 1978. ص 270.

(3) نفس المرجع. ص 271.

عيواج طالب (ب.د)

التعاقدية، وهو ما يجعلنا أمام حالة خضوع عقد الاستثمار لأحكام القانون الدولي وأحكام القانون الوطني في نفس الوقت وهو أمر غير مقبول من الناحية القانونية ذلك أنه لا يمكن لأي التزام تعاقدي أن يقضي بشأنه أكثر من قانون⁽¹⁾.

وحضي هذا الاتجاه عموماً بتأييد واسع على صعيد القضاء، وتجسد ذلك من خلال الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة لسنة 1929 وذلك بشأن النزاع القائم حول عقد قرض مبرم بين دولة البرازيل وأحد الأشخاص التابع لدولة أخرى، أين أقرت المحكمة أن هذا العقد لا يخضع لأحكام القانون الدولي، وبررت هذا الحكم على أساس أن أي عقد لا يبرم بين الدول بما لها من أهلية قانونية وباعتبارها أشخاصاً دولية فإنه يخضع لأحكام القانون الداخلي⁽²⁾.

وفي نفس السياق يذهب بعض الشراح إلى تحديد صفة الدولية لعقود الاستثمار بناء على معيار التمييز بين العناصر المكونة للعقد، وذلك بتحديد العناصر الفعالة والمؤثرة عن العناصر غير الفعالة والحيادية فيه، إذ يتعين لإضفاء صفة الدولية على العقد أن تكون الصفة الأجنبية فيه تشمل وتقوم على عنصر فعال ومؤثر في العلاقة التعاقدية⁽³⁾.

الخاتمة

وفي ضوء ما تقدم خلص إلى القول أن عقود الاستثمار محل الدراسة هي عبارة عن طائفة تدخل ضمن العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي - طبيعي أو اعتباري- مما يترتب مجموعة من الآثار والالتزامات في عاتق المستثمر الأجنبي لتحقيق الهدف المرجو من العقد وهو تنفيذ خطط التنمية وتحقيق التنمية الاقتصادية للدول المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي، وتظهر في الغالب هذه العقود بصورة العقود الطويلة المدة نسبياً نظراً لطبيعة المشاريع التنموية التي تحققها والتي تتطلب في أغلب الأحيان استمرار تواجد المستثمر الأجنبي لمدة قد تطول، وتتميز هذه الفئة من العقود باكتسابها لصفة الدولية هذه الصفة التي تجمع مجموعة من العناصر والمعايير المكونة للعقد لتحقيقها، مما يجعلها تتمتع بطبيعة خاصة ومختلفة عن باقي العقود التي تبرمها الدولة، لاسيما وأن هذه الطائفة من العقود تخضع في أحكامها وتنفيذ التزاماتها إلى القانون الذي يختاره أطراف التعاقد ويرونه مناسباً وملائماً ليحكم علاقاتهم التعاقدية بغض النظر إذا كان هذا القانون وطنياً لدولة معينة أم كان نظاماً قانونياً ينتمي لسيادة إقليمية لدولة أخرى غير الدول الأطراف في العقد.

(1) نفس المرجع، ص 267.

(2) راجع ذلك في: د/ دريد محمود علي السمرائي، ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، رسالة دكتوراه، جامعة صدام حسين بغداد، 2001، ص 287.

(3) أنظر بالنسبة لهذا: د/ بشار محمود الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 80.

قائمة المراجع:

- 1- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص. دار النهضة العربية 2000.
 - 2- د/ احمد عبد الكرم سلامة: القانون الدولي الخاص. الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب (الجزء الأول). دار النهضة العربية 2001-2002. القاهرة.
 - 3- د/ أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية. مطبعة أبناء وهبة حسان. بدون سنة طبع.
 - 4- د/ باسم محمد صالح و د/ عدنان احمد العزاوي: القانون التجاري- الشركات التجارية- بيت الحكمة. بغداد.
 - 5- د/ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. رسالة دكتوراه. حقوق جامعة. عين شمس القاهرة 2004.
 - 6- د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة. دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة و قواعد حمايتها في القانون الدولي. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق جامعة. عين شمس القاهرة. الطبعة الثانية 1981.
 - 7- د/ حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2001
 - 8- د/ حفيظة السيد الحداد. الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2001.
 - 9- د/ حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة 1978.
 - 10- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا. مقال منشور على الموقع:
- www.wipo.net/edocs/mdocs/arab/ar/wipo.ip-mct-04-9.doc[1] -
- 11- د/ جورج حزبون حزبون و د/ مصلح أحمد الطراونة. التكييف القانوني لعقود الاستثمار الاجنبي في العلاقات الخاصة الدولية مجلة الحقوق. جامعة البحرين. المجلد الثاني. العدد الاول يناير 2006.
 - 12- د/ جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. دار الجامعة الجديدة للنشر.
 - 13- د/ دريد محمود علي السمرائي. ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني. رسالة دكتوراه. جامعة صدام حسين بغداد 2001
 - 14- د/ عبد الإله الأمير" العقود البترولية الإنتاجية". مقال منشور على الموقع:
[WWW.iier.or/oil law/ the 20% nature 20% oil 20% contacts. Rtf.](http://WWW.iier.or/oil%20law/the%2020%20nature%2020%20oil%2020%20contacts.Rtf)
 - 15- د/ عبد السلام أبو قحف: إدارة الأعمال الدولية. الدار الجامعية الإسكندرية. 2000-2001.
- تعريف مأخوذ من ملخص لورقة عمل بعنوان " كيفية إدارة القطاع الخاص للمرافق العامة". منشور على الموقع الإلكتروني:

عيواج طالب (ب.د.)

- 16- د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة.
- 17- د/ عصام الدين القصبى: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، القاهرة.
- 18- د/ علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم: دار النهضة العربية 1998/1977، القاهرة.
- 19- د/ عوض الله شيبه الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدولة والشركات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة أسيوط، 1992.
- 20- د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور احكام القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، القاهرة 2000.
- 21- د/ شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض hardship، دار النهضة العربية، 2000.
- 22- د/ شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1968.
- 23- فؤاد محمد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أسيوط 2007.
- 24- د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار في اطار اتفاقية استثمار متعددة الاطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة 2006.
- 25- د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة 27، سبتمبر 2003.
- 26- د/ محمد حمدي محمد بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية طبقا لقوانين الاستثمار الحديثة الصادرة في مصر وبعض الدول العربية المجلة القانونية الاقتصادية كلية الحقوق جامعة الزقازيق.
- 27- د/ محمد السيد السعيد، الشركات المتعددة الجنسية في الوطن العربي العرب...و الازمة الاقتصادية العالمية، حوار الشمال و الجنوب و ازمة تقسيم العمل الدولي و الشركات المتعددة الجنسية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع 1986 .
- 28- أ/ هاشم عوض عبد المجيد: الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية: مقال منشور على الموقع:

<http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?p=769298>.

- 29- د/ هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 30- Denis Bettems: les Contrats entre Etats et Entreprises Etrangères, perspectives Internationales, Méta Editions, Lausanne 1988.