وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار

دراسة مقارنة

رسالة تقدم بها

غسان عبيد محمد

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

حسن حنتوش رشيد

١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م

بابل

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة – آية (١)

الاهداء

إلى كَل مَنْ يَسْعى مُخْلِصاً لبناء العراق

الباحث

شكر وتقدير

لابد لي وقد فرغت من كتابة هذه الرسالة المتواضعة أن أتقدم بالشكر الموصول إلى أساتذتي الاكارم في قسم القانون الخاص من كلية القانون/جامعة بابل لإسدائهم النصح وتقديم ما في الوسع لكتابة هذه الرسالة وأولهم الأستاذ الدكتور جعفر الياسين عميد الكلية ويليه الأستاذ المساعد الدكتور حسن حنتوش رشيد الذي لم يزل يقدم لي النصح وتقويم ما يعوج من منهج وطريقة البحث من الناحيتين العلمية والشكلية ، كما لم يَغِبْ عن بالي كل من الأساتذة الدكتور إبراهيم إسماعيل والدكتور عباس علي محمد والدكتور صفاء تقي، والدكتور ميري كاظم والأستاذ فراس كريم شيعان وكافة الأساتذة في السنة التحضيرية الذين لم يبخلوا بالإجابة حيث السؤال . والى كافة موظفي كلية القانون/ جامعة بابل لما بذلوه من مساعدة لنا خلال هذا المشوار ، ونسأل الله العزيز القدير التوفيق إلى كل من يسعى إلى طلب العلم ومعلمه إنه العزيز العليم.

الباحث

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (**غسان عبيد محمد**) الموسومة بـ (**عقد الاستثمار الأجنبي للعقار**) قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وانها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية .

التوقيع :

المقوم الغوي:أ.م.د

الكلية : التربية – جامعة بابل

إقرار المقوم العلمي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (**غسان عبيد محمد**) الموسومة بـ(**عقد الاستثمار الأجنبي للعقار**) قد تمت مراجعتها من الناحية العلمية وهي صالحة للمناقشة .

التوقيع:

المقوم العلمي:

كلية القانون- جامعة بابل

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (**غسان عبيد محمد**) الموسومة بـ (**عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة**) قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وإنها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية .

التوقيع :

المقوم الغوي:أ.م.د

الكلية : التربية – جامعة بابل

إقرار المشرف

أشـهد بـأن الرسـالة الموسـومة بـ (**عقـد الاسـتثمار الأجنبـي للعقـار، دراسـة مقارنة**) قد جرت تحت إشرافي فـي كليـة القـانون / جامعـة بابـل وهـي جزء من نيل درجـة الماجستير ، وهي جديرة بنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :

المشرف:أ.م.د حسن حنتوش رشيد

التاريخ : / /٢٠٠٦

بناء على التوصيات المطلوبة أرشح هذه الأطروحة للمناقشة .

التوقيع :

الاسم : أ.م.د حكمت عبد الرزاق الدباغ

م.العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

/ / ٢٠٠٦

إقرار المقوم العلمي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (**غسان عبيد محمد**) الموسومة بـ(**عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة**) قد تمت مراجعتها من الناحية العلمية وهي صالحة للمناقشة .

التوقيع:

المقوم العلمي:

كلية القانون- جامعة بابل

إقرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد اطلعنا على هذه الرسالة والموسومة بـ(**عقد الاستثمار الأجنبي للعقار، دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**غسان عبيد محمد**) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وكل ماله علاقة بها ونرى بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع **التوقيع**

التوقيع **التوقيع**

صدَّقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل

المحتويـــات

الموضوع	الصفحة
عنوان الرسالة	١
إقرار المقوم اللغوي	٢
إقرار المشرف	٣
إقرار المقوم العلمي	٤
إقرار لجنة المناقشة	٥
الآية القرآنية	٦
الإهداء	٧
الشكر والتقدير	٨
قائمة الاختصارات	٩
المحتويات	١٠
المقدمة	١٥
١.أهمية موضوع البحث	١٥
٢.مشكلة البحث	١٦
٣.خطة البحث	١٧
الفصل الأول/ التعريف بالاستثمارات الأجنبية وأنواعها	١٨-٥٢
تمهيد وتقسيم	١٩
المبحث الأول : تعريف عقود الاستثمارات الأجنبية	٢٠
المطلب الأول : تعريف الاستثمار الأجنبي لغةً وفقهاً .	٢٠
المطلب الثاني : تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية القانونية .	٢٤
الفرع الأول : المحاولات الفقهية الفردية .	٢٤
الفرع الثاني : المحاولات الفقهية الجماعية.	٢٥
الفرع الثالث : تعريف الاستثمار الأجنبي في تشريعات الاستثمار.	٢٦
المبحث الثاني : أنواع الاستثمارات الأجنبية	٣٢
المطلب الأول : الاستثمار الأجنبي المباشر	٣٤
المطلب الثاني : الاستثمار الأجنبي غير المباشر.	٣٩
المبحث الثالث : نماذج عقود الاستثمار الأجنبية	٤٢
المطلب الأول : عقود البترول	٤٢
الفرع الأول : عقود الامتياز	٤٣
الفرع الثاني : عقود المشاركة والمقاولة	٤٣
أولاً : عقود المشاركة	٤٥
ثانياً : عقود المقاولة	٤٦
المطلب الثاني : عقود التعاون الصناعي	٤٧
المطلب الثالث : عقود الأشغال الدولية	٤٩
الفصل الثاني/طبيعة عقد الاستثمار الأجنبي وخصائصه وأطرافه	٥٣-١٠٣
تمهيد وتقسيم	٥٤

المبحث الأول : طبيعة عقد الاستثمار.	٥٥
المطلب الأول : عقد الاستثمار عقد إداري	٥٥
المطلب الثاني : عقد الاستثمار من عقود القانون الخاص .	٥٦
المطلب الثالث : تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار بتجزئته وفقاً لمكوناته التعاقدية .	٦٢
المبحث الثاني : خصائص عقد استثمار الأجنبي للعقار.	٦٣
المطلب الأول : عقد استثمار الأجنبي للعقار من العقود الملزمة للجانبين.	٦٤
الفرع الأول : الالتزامات في مرحلة التفاوض .	٦٤
الفرع الثاني : الالتزامات اللاحقة لمرحلة إبرام العقد.	٦٩
أولاً : التزامات المستثمر الأجنبي .	٦٩
ثانياً : التزامات الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.	٧١
المطلب الثاني : المحل في العقد هو عقار بالطبيعة وبالتخصيص.	٧٤
المطلب الثالث :عقد الاستثمار الأجنبي هو من العقود الدولية .	٧٦
الفرع الأول : المعيار القانوني .	٧٦
الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي .	٧٧
الفرع الثالث : المعيار المختلط .	٧٩
المطلب الرابع : ظهور ملامح المصلحة العامة في عقود الاستثمار الأجنبي للعقار .	٨٠
المطلب الخامس : عقد استثمار الأجنبي للعقار من العقود طويلة الأمد .	٨١
المبحث الثالث : أطراف عقد استثمار الأجنبي للعقار	٨٢
المطلب الأول : الدولة الطرف الأول في العقد .	٨٣
الفرع الأول : المعيار القانوني .	٨٥
الفرع الثاني : المعيار الاقتصادي	٨٧
المطلب الثاني : المستثمر الأجنبي كطرف في العقد .	٩١
الفرع الأول : الشخص الطبيعي الأجنبي .	٩٢
الفرع الثاني : الشخص الاعتباري الأجنبي	٩٧
أولاً : معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء .	٩٨
ثانياً : معيار التأسيس.	٩٩
ثالثاً : معيار مركز الاستغلال .	١٠٠
رابعاً : معيار مركز الإدارة.	١٠٠
خامساً : معيار الرقابة.	١٠٠
الفصل الثالث/القانون الواجب التطبيق على عقد استثمار الأجنبي للعقار	١٠٣-١٣٥
تمهيد وتقسيم	١٠٥
المبحث الأول : خضوع عقد استثمار الأجنبي للعقار لقانون الإرادة	١٠٦
المطلب الأول : خضوع عقد الاستثمار للقانون المختار وآلية تحديده .	١٠٧
المطلب الثاني : مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وآلية تحديد نطاقه .	١١٤
الفرع الأول : مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق .	١١٤
الفرع الثاني : آلية اختيار المتعاقدين للقانون الواجب	١١٦

التطبيق على العقد.	
أولاً : الاختيار الصريح .	١١٨
ثانياً : الاختيار الضمني .	١١٩
الفرع الثالث : وقت اختيار قانون العقد .	١٢١
الفرع الرابع : لغة العقد .	١٢٣
المبحث الثاني : اختيار المتعاقدين لقوانين أخرى وما مدى مشروعيتها .	١٢٥
المطلب الأول : اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.	١٢٦
المطلب الثاني:اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام الحق والمشروعية.	١٢٨
المطلب الثالث:اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدوليةLex Moratoria	١٣١
الفرع الأول : نشأة قواعد التجارة الدولية وتسميتها .	١٣١
الفرع الثاني: مشروعية اللجوء إلى قواعد قانون التجارة الدولية .	١٣٣
الفصل الرابع/وسائل حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد استثمار الأجنبي للعقار	١٣٦-١٨٢
تمهيد وتقسيم	١٣٧
المبحث الأول : الوسائل الوقائية .	١٣٨
المطلب الأول : شرط الثبات التشريعي ودوره في تجنب المنازعات .	١٣٨
المطلب الثاني : شرط إعادة التفاوض ودوره في تجنب المنازعات	١٤٣
المبحث الثاني : الوسائل القضائية .	١٤٨
المطلب الأول : القضاء الوطني .	١٤٨
الفرع الأول : لجوء الأطراف للقضاء الوطني .	١٤٩
الفرع الثاني : موقف تشريعات الاستثمار من تطبيق القضاء الوطني .	١٥١
الفرع الثالث : تقدير دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.	١٥٣
المطلب الثاني : القضاء الدولي.	١٥٥
الفرع الأول : إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها في عقود الاستثمار.	١٥٦
الفرع الثاني : آلية تطبيق القضاء الدولي.	١٥٧
المبحث الثالث:التحكيم ودوره في تسوية منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية الواقعة على العقار.	١٦٠
المطلب الأول : تعريف التحكيم ومسوغات اللجوء إليه .	١٦١
الفرع الأول : تعريف التحكيم	١٦٢
أولاً : التحكيم لغة	١٦٢
ثانياً : التعريف اصطلاحا	١٦٢
ثالثاً : التعريف لدى فقهاء القانون الوضعي	١٦٣
الفرع الثاني : مسوغات اللجوء إلى التحكيم .	١٦٥
المطلب الثاني : أنواع التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية الواقعة على العقارات .	١٦٩
الفرع الأول : التحكيم الخاص .	١٦٩
الفرع الثاني : التحكيم المؤسسي .	١٧٢
الفرع الثالث : التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق .	١٧٤
المطلب الثالث : إجراءات اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المعروضة أمام	١٧٣

المركز .	
الفرع الأول : الأجهزة الرئيسة للمركز .	١٧٦
الفرع الثاني : إجراءات التحكيم أمام المركز	١٧٩
أولاً : الطلب .	١٧٩
ثانياً : اختيار هيئة المحكمين .	١٨٠
ثالثاً : مدة إجراءات التحكيم .	١٨٠
رابعاً : تكاليف التحكيم .	١٨٠
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز	١٨١
اولاً : الاتفاق الصريح على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع	١٨١
ثانياً : غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع	١٨١
الفرع الرابع : حجية الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة المركز.	١٨٢
الخاتمة	١٨٣
النتائج	١٨٤
المقترحات	١٨٧
المصادر	١٩٠
الملاحق	٢٠٠
ملحق رقم (١)	٢٠٠
ملحق رقم (٢)	٢١٠
ملحق رقم (٣)	٢١٣
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية	a-b

قائمة الاختصارات

ABREVIATIONS

I.C.S.I.D International Centre For Settlement of Investment Disputes	المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .
F.D.I Foreign Direct Investment	الاستثمار الأجنبي المباشر
M.A.I Multilateral Agreement on Investment	اتفاقية الاستثمار الثنائية
O.E.C.D Organization and Development	المنظمة الاقتصادية للتعاون والتطوير
W.T.O. World Trade Organization	منظمة التجارة العالمية

ISO	الجودة
Unidroit	لجنة الأمم المتحدة لتوحيد القانون الخاص
UNCITRAL United Nation Commission on International **Trade**	لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية
UNCTAD United Nation Conference on Trade and **Development**	مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتطوير
UNIDROIT United Nation International Droit	مبادئ معهد روما لتوحيد عقود القانون الخاص
ICC International Commercial Chamber	غرفة التجارة الدولية
AAA American Arbitration Association	جمعية التحكيم الأمريكية
CRCICA Center Regional Cairo International commercial Arbitration	مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

Abstract

The thesis contain four chapters, the first one is specified for the definition of the contract of the foreign investment, their types, and their classifications. The first section of the chapter are present the contract definition from economical and legal perspective. The contracts fall in any types many and we show some of them in a recent section. The parochial reality divided these contracts into certain examples, these examples are illustrated in section three.

In chapter two we analyze the nature of the contract, its characteristics and its parties, in section one two and three.

In chapter three we analyze the law participation upon contract, through overview of the recent opinion of the philology, legislation and Judicial. This is done into sections the first illustrate the law of will of the contractual parties. Section two present the choice of contractual parties to other laws.

Chapter four the most important one because its show main issue for the contractual parties and the means for

solving the disputes results from execution of the foreign investment contract, the chapter have three sections the first one, classify the means which avoidance the disputes, the second for the judicial means which help to solute the disputes. The third section for the international and specified arbitration and its role in solving the disputes of this contracts, because the arbitration is represent a recent and specified mean in show the disputes of the investment, in this thesis we by upon both theoretical and practical in research to prove our objective.

المقدمـــة

١. أهمية موضوع البحث :

مع تزايد ثورة التكنولوجيا والمعلومات ومحاولة بعض الدول التي امتلكت ناصيتها أن توظف هذه الملكية إلى مشاريع رأسمالية هائلة فقد حاول البعض الآخر من الدول التي تمتلك الثروات الطبيعية وتفتقر إلى التكنولوجيا أو لرأس المال ولم يَتَسَنَّ لها الاستفادة من هذه الثروات بمفردها لكي تحقق التنمية فقد أصبح عالم اليوم الاقتصادي منقسماً إلى أصحاب رساميل كبيرة تهدف إلى تحقيق الأرباح وإلى دولٍ تسعى إلى إنجاز التنمية الاقتصادية ، فقد تطورت الوسائل الاقتصادية والقانونية التي يتمكن من خلالها الأطراف من تحقيق أهدافهم ولعل من أحدث ما وصل إليه الفكر الاقتصادي والفكر القانوني هو إيجاد صيغ الاستثمار الأجنبي الذي تتمكن من خلاله الدول النامية من توسيع بنيتها التحتية وترصينها كالاتصالات والطرق والمباني والمطارات من جهة والحصول على التكنولوجيا المتقدمة في المجالات جميعها وتدريب الملاكات العاملة من جهة أخرى ، وقد كانت الاستثمارات الأجنبية بعد الثورة الصناعية قد اصطبغت بصبغة سياسية وكانت تتخذها الدول الصناعية سلاحاً لسياستها الخارجية وعلى شكل منح وقروض إلى الدول النامية حينذاك .

أما الواقع العالمي الجديد فقد أفرز صيغاً جديدة عملية ومنظمة بشكل قانوني رصين وبصيغ تعاقدية بين أطراف العلاقة في المشروع الاستثماري يتمكن من خلالها الأطراف من تحديد كافة الحقوق والالتزامات في العقد إذ أدت صيغ المشاركة والاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر دوراً فاعلاً في تحقيق الخطط التنموية في البلدان المتقدمة والنامية على حدٍ سواء .

٢. مشكلة البحث :

أن عقد استثمار الأجنبي للعقار بمفهومه القانوني وبوصفه علاقة قانونية بين أطراف المشروع الاستثماري قد أثار جدلاً فقهياً واسعاً في إطار القانون بعامةٍ والقانون الدولي الخاص بخاصة.

وقد تأتى هذا الجدل من جوانب عديدة لعل من أبرزها أطراف هذه العقود ، في الغالب دولة نامية ذات سيادة وطرف خاص أجنبي يمثل عادة بشركة أجنبية أو متعددة الجنسيات تتمتع بمركز اقتصادي وفني هائل.

وهذا من شأنه أن يؤدي إلى خلق حالة من اللاتوازن القانوني والاقتصادي بين طرفي العلاقة العقدية . فالطرف الأول يحاول ، ما أستطاع ، أن يدفع بحصانته السياسية والقضائية إلى الحصول على مركز قانوني في العلاقة العقدية ، ويهدف أيضاً إلى تقوية وتوسيع بنيته التحتية من خلال المشروع الاستثماري ليحقق منها مصلحة عامة ترتبط بخطط اقتصادية وتنموية معينة . أما الطرف الثاني المتمثل بالمستثمر الأجنبي فقد ينتابه شعور بعدم الأمان في الأحوال التي يحاول فيها الطرف الأول الدفع بالحصانتين المذكورتين في أعلاه لمصلحته في الوقت الذي يبحث الطرف الثاني فيه عن الربح في مشروعه الاستثماري الذي يملك فيه رأس المال والتكنولوجيا اللتين يفتقر إليهما الطرف الأول .

بإزاء ما تقدم من قول سنلاحظ في هذه الرسالة أن معظم الدول النامية شرّعت قوانين خاصة بها محاولةً منها لجذب وتشجيع الاستثمار الأجنبي وحمايته غير أن هذه القوانين لم تعالج هذه العقود تفصيلياً وإنما اقتضت المعالجة الاتجاه نحو القواعد العامة في التشريعات المدنية والتجارية وتشريعات القانون الدولي الخاص في بعض الدول التي شرّعت قواعد خاصة بها تُنَظِّمُ فيها العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ولكن في بعض الأحيان قد تتعقد مسألة تحديد الحقوق وإلتزامات الأطراف من جهة ومسالة تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أو تفسير هذه العقود من جهة أخرى مما تضطر هذه الأطراف إلى الاستعانة بالقواعد الدولية المتمثلة بالقانون الدولي العام وقوانين التجارة الدولية (Lex Moratoria) .

أن الرسالة أجابت عن التساؤلات الخاصة المثارة حول هذه العقود ، ومن أهمها :

أ. تعريفها .
ب. أطرافها وطبيعتها وخصائصها .
ج. القانون الواجب التطبيق عليها .
د. وسائل حل منازعاتها .

٣. خطة البحث :

وقد تناولنا الإجابة عن التساؤلات أعلاه على وفق خطة بأربعة فصول ، الأول منها في تعريف العقود محل الدراسة وأنواعها وأهم نماذجها إذ خصصنا المبحث الأول إلى تعريف العقد من الناحيتين الاقتصادية والقانونية ، وأن لهذه العقود أنواعاً عديدة حاولنا تسليط الضوء على أهمها في المبحث الثاني

وقد افرز الواقع العملي لهذا النوع من العقود نماذج عديدة تواكب الحياة الاقتصادية في ظل العولمة الاقتصادية ، في المبحث الثالث .

أما الفصل الثاني من هذه الدراسة فقد حاولنا أن نبحث فيه طبيعة العقد محل الدراسة وخصائصه وأطرفه ، إذ تناولنا في المبحث الأول منه طبيعته والمبحث الثاني خصائصه والمبحث الثالث أطرافه .

أما الفصل الثالث فقد تناولنا فيه مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد استثمار الأجنبي للعقار وذلك من خلال الإطلاع على أحدث الاتجاهات في الفقه والتشريع والقضاء وعلى مبحثين الأول منهما هو ما اتجهت إليه إرادة الطرفين بإخضاع العقد لقانون الإرادة ، والمبحث الثاني تناولنا فيه اختيار المتعاقدين لقوانين أخرى وعن مدى مشروعية اللجوء إليها .

أما الفصل الرابع فقد تناولنا فيه مسألة غاية في الأهمية إذ قد يحرص عليها الأطراف بشكل يفوق مسألة تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على عقود الاستثمار وتلك المسألة هي وسائل حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد استثمار الأجنبي للعقار وذلك من خلال ثلاثة مباحث الأول منها تناولنا فيه الوسائل الوقائية والثاني الوسائل القضائية والثالث التحكيم ودوره في تسوية منازعات عقد استثمار الأجنبي للعقار بوصفه آلية حديثة ومتخصصة في نظر منازعات الاستثمار وعلى النحو الذي سنراه من خلال هذه الرسالة .

واعتمدنا في منهج البحث في هذه الرسالة على الجانبين النظري والعملي على وفق مقتضيات البحث.

الفصل الأول

التعريف بالاستثمارات الأجنبية وأنواعها

تمهيد وتقسيم:

يتطلب التعريف بالاستثمارات الأجنبية تسليط الضوء على هذا المصطلح من الناحيتين الاقتصادية والقانونية بوصفه نتاجاً لمجموعة من العلاقات الاقتصادية والقانونية التي تتشابك مع بعضها في إطار قانوني يستلزم علاقات قانونية بين طرفين أحدهما وطني تمثله الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها ، والطرف الآخر أجنبي تابع لدولة أخرى وأن هذا الإطار القانوني بجميع تفاصيله يؤكد بأن عقود الاستثمار هي أقرب لعلوم القانون منها لعلوم الاقتصاد إذ أن الأول منهم يبدأ بتهيئة المناخ التشريعي الذي يستظل بظله أطراف العلاقة التعاقدية ومن بعد ذلك يأتي دور الاقتصادي الذي يحدد دور هذا النوع من العقود أو ذاك في هذا القطاع الاقتصادي أو غيره ودوره في تحقيق التنمية المطلوبة وسنحاول من خلال هذا الفصل تسليط الضوء على محاولات تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحيتين الاقتصادية والقانونية من خلال المبحث الأول وتحديد أنواع هذه الاستثمارات في ظل التغيرات الاقتصادية والقانونية التي شهدها النصف الثاني من القرن المنصرم ومطلع القرن الحالي ، في المبحث الثاني . أما في المبحث الثالث فسنشير إلى نماذج عقود الاستثمارات الأجنبية .

المبحث الأول

تعريف عقود الاستثمارات الأجنبية

سنحاول هنا بيان التعريفات المتاحة والمتداولة في الفقه الاقتصادي والقانوني وعرضها وذلك في مطلبين الأول منها لتعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية الاقتصادية ، والثاني لتعريفه من الناحية القانونية .

المطلب الأول

تعريف الاستثمار الأجنبي لغةً وفقهاً

الاستثمار في اللغة[١] يعني طلب الحصول على الثمرة وثمرة الشيء ما تولد عنه أو نفعه المقصود منه ، وثَمَرَّ الرجل ماله أي أحسن القيام عليه ونَمَّاه.

أما الفقه الاقتصادي فقد عرّف الاستثمار الأجنبي بأنه أحد أهم وسائل تحقيق التنمية الاقتصادية في البلدان الآخذة في النمو[٢]، إذ أن معظم دول العالم وفي مقدمتها البلدان المتقدمة تأخذ وتنظم عملية جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها إذ تشير الدراسات الاقتصادية إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية قد استحوذت على النسبة الكبيرة من حركة الاستثمارات الأجنبية المباشرة الداخلة والخارجة عام ٢٠٠١م وتلتها دول الاتحاد الأوربي ثم اليابان وفي عام ٢٠٠٤م كانت الصين البلد الأول في العالم في جذب الاستثمارات الأجنبية على أراضيها[٣].

أما بالنسبة للبلدان النامية التي تعاني من مشاكل اقتصادية وتنموية متأتية من طبيعة أوضاعها الاقتصادية والسياسية والقانونية وحاجتها الكبيرة لهذه الاستثمارات لتحقيق مستوى أعلى من التراكم الرأسمالي ومنذ منتصف القرن المنصرم وعلى خلفية استقلال العديد من بلدان العالم الثالث فقد بدت الحاجة باستمرار للإتيان بالتمويل اللازم لبرامج النمو الاقتصادي والاجتماعي المتزايدة ، وهذا ما دفع العديد من هذه البلدان ، بما فيها بعض البلدان النفطية ، من السعي لإيجاد مناخ ملائم للاستثمار الأجنبي[٤]، لجذب رؤوس الأموال اللازمة للنهوض بأوضاعها الاقتصادية وحل العديد من المشكلات التي تعاني منها في نمو تدويل رأس مال (Internalization of Capital) ومن خلال الشركات

---

[١] لسان العرب لأبن منظور ، دار بيروت ، ١٩٥٦ .

[٢] المقصود بالنمو الاقتصادي "زيادة في الدخل الحقيقي التي تحدث كنتيجة لازدياد المعرفة الإنسانية وتراكم رأس المال " أما التنمية الاقتصادية فيقصد بها "قيام الدولة بدفع المتغيرات الاقتصادية في سبيل النمو بأسرع من معدل نموها الطبيعي".
د. هشام خالد : عقود ضمان الاستثمار ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٧ .

[٣] د. هيثم كريم صيوان : الاقتصاد العراقي في ضوء إعادة الهيكلة الاقتصادية ودخول الشركات المتعددة الجنسية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٥ ، ص٤٨-٤٩.

[٤] يقصد بمناخ الاستثمار مجموع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية في بلدٍ ما تشجع المستثمر الأجنبي للاستثمار خارج بلاده، د. هشام خالد، المصدر السابق، ص٨.

المتعددة الجنسية التي أضحت من أهم أدوات الاستثمار الأجنبي في العالم ومن أهم قنوات التمويل الدولي في إقامة مشروعات مملوكة لها بالكامل أو بضعة مشروعات مشتركة (Joint Venture) بينها وبين طرف محلي[٥].

ونعود إلى الفقه الاقتصادي الذي حاول إضفاء تعريف للاستثمار الأجنبي ونبدأ بالإشارة إلى الفقه الاقتصادي العراقي إذ عرّفه أحد الفقهاء بأنه "الاتفاق على الإضافات الجديدة إلى السلع الإنتاجية بأنواعها ، كالمواد الأولية والمكائن والآلات والمعامل ودور السكن وغيرها مما يشكل جزء من الثروة الوطنية . وهو بمجموعه يمثل الإضافات الصافية إلى خزين رأس المال الحقيقي في البلاد"[٦].

كما يعرّفه آخر بأنه "تخصيص رأس المال للحصول على وسائل إنتاجية جديدة أو لتطوير الوسائل الموجودة لغاية زيادة الطاقة الإنتاجية"[٧].

أما الفقه الاقتصادي العربي فقد تبنّى عدة تعريفات للاستثمار الأجنبي منها "أنه إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية"[٨].

أو أنه "مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة القومية أي مجموع المنتجات التي لا تستخدم ولا تستهلك خلال مدة حساب الناتج القومي بل تضاف إلى الثروة القومية أو إلى رصيد المجتمع من رأس المال"[٩].

وكذلك "تمويل المدخرات إلى أصول رأسمالية أي تمويلها إلى عدد وآلات ومبانٍ"[١٠].

أو أنه "العملية الناشئة عن تدخل إيجابي لأحد الأفراد بهدف إيجاد تجهيزات دائمة تؤمن خدمات عاجلة أي الحصول على قيمة جديدة إلى القيمة الاقتصادية الأساسية المستثمرة"[١١].

كما أن هناك تسميات أخرى للاستثمار عند الاقتصاديين ومن هذه التسميات (التوظيف) الذي يعني "توظيف النقود لأي أجل ، أو كما يرد في الأدب الاقتصادي الاشتراكي (الماركسي) بالتراكم"[١٢].

ونود الإشارة إلى أن الاستثمار وعقود الاستثمار قد يستعمل كرديف للتنمية أو لعقود التنمية الاقتصادية التي سنتناول أشكالها فيما بعد وأن لغة القانون تتداول مصطلح عقود الاستثمار ونقصد به في إطار الموضوع محل الدراسة عقود الاستثمارات الأجنبية .

---

[٥] عوني محمد الفخري : التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة ، بيت الحكمة ، ٢٠٠٢ ، ص١٩.
[٦] د. عبد المنعم سيد علي : اقتصاديات النقود والمصارف في النظم الرأسمالي والاشتراكية والأقطار النامية مع إشارة خاصة للعراق ، مطابع وزارة التعليم العالي ، الجامعة المستنصرية ، ط٢ ، ١٩٨٦ ، ص٢٨٠.
[٧] د. هناء عبد الغفار السامرائي : الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية (الصين أنموذجاً) ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١٣.
[٨] د. محمد سلطان علي : مبادئ الاقتصاد التجميعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٧١.
[٩] نقلاً عن : د. عبد الحميد الغزالي : مقدمة في الاقتصادات الكلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥، ص٩١.
[١٠] نقلاً عن : د. السيد عبد المولى : أصول الاقتصاد ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ٢٨٨.
[١١] نقلاً عن : د. عبد الستار أبو رغدة : التوجه الإسلامي للاستثمار ، دراسة منشورة بمجلة الاقتصاد الإسلامي ، العدد (١٧٣) السنة الخامسة عشرة ، ١٩٩٥ ، ص٦٣.
[١٢] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص١٩.

يضاف إلى ذلك أن تعريف الاستثمار من الناحية الاقتصادية قد اختلف بحسب الجهة القائمة به فهو عند البنوك التجارية التقليدية "شراء أوراق مالية كاحتياطي (ثانوي) للسيولة أو لتشغيل الأموال المتاحة في أصول سهلة التمويل نسبياً إلى نقدية وهذه الأوراق قد تكون حكومية أو مضمونة من الحكومة أو أسهماً ناجحة حيث أن الأصل يمكن بيعه بسهولة ويصبح سائلاً مثل الأصل الذي يتحول بالتصفية إلى نقدية"[١٣].

أما لدى الشركات التجارية فهو "نوع من الاتفاق على أصول يتوقع فيها تحقيق عائد على مدة من الزمن ويطلق عليه "الإنفاق الرأسمالي" تمييزاً له عن الأنفاق الجاري الذي يمثل صورة من صور الإنفاق الحكومي كالأجور والمرتبات والصيانة وشراء المواد الخام"[١٤] . والاستثمار الرأسمالي يشكل المفردات اللازمة والضرورية لتقدم المنشأة أو الدولة لآجالٍ طويلة سواءً أتخذ هذا صورة مشروعات جديدة أم استخدم لتوسع مشروعات قائمة أو إحلال مشروعات أو أجزاء منها للتجديد أو التي تندرج تحت لواء التحديث (Modernization) الذي انتشر بشكل واسع في العقود الثلاثة الأخيرة من القرن المنصرم من خلال تهيئة مناخ ملائم للاستثمار العقاري الوطني والأجنبي في بلدان الخليج العربي والذي أثمر عن نقله نوعية لهذه البلدان في البناء والتحديث والذي جعل المستثمر الأجنبي يتجه صوبها من الشركات متعددة الجنسية والمتخصصة بالاستثمار العقاري بكافة أشكاله مثل (Domos group) و (Chiefiled) للعقارات و (Bairan Riel) الألمانية[١٥].

من خلال عرض التعريفات الاقتصادية الأجنبية يتضح لنا أنها لم تصل إلى تعريف محدد للاستثمار وأن كانت جميعاً تتفق على مفهوم واسع له ، أي بمعنى أن الاستثمار "هو أي توظيف للنقود لأي أجلٍ في أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميتها سواء بأرباحٍ دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية"[١٦]. وأن هذا المفهوم المتفق عليه هو للاستثمار بصفة عامة ولكن في ظل عالم اليوم ومن خلال الاتفاقيات الثنائية والجماعية والمنظمات العالمية فأن الاستثمار قد تجاوز حدود الوطنية فذلك هو الاستثمار الأجنبي الذي تغلغل في جميع مرافق الحياة الاقتصادية للبلدان المضيفة له والتي ترمي إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية مجسدة رأي أحد رجال القانون، أن للقانون هدفاً آخر علاوة على تحقيق الأمن والعدل والحق فهو يحقق التنمية[١٧].

---

[١٣] د. أحمد شرف الدين : استثمار المال العربي ، تأثير الفكرة الاقتصادية في قواعده القانونية ، مجلة غرفة الإسكندرية التجارية ، العدد (٤٣٦) ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٢٧.

[١٤] نقلاً عن : د. عبد الستار أبو رغدة ، ص٦٥.

[١٥] هذا المقال على شبكة الانترنت :

http:// suhf. Net leconomic,٢٠٠٥.٠٢٢٣١in ٢١.htm.

[١٦] د. خليل حسن خليل : دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المتخلفة ، أطروحة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص٨٠ .

[١٧] د. إبراهيم شحاتة : معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص١٢.

المطلب الثاني

تعريف الاستثمار من الناحية القانونية

لقد بُذلت عدة محاولات لتعريف الاستثمار من قبل رجال القانون سواء كان ذلك على صعيد الفقه أم التشريع"[١٨]، فمن الناحية الفقهية كانت المحاولات فردية أو جماعية مثلّها مجموعة من فقهاء القانون العام والخاص واعتبروا فيها العقود الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية تخضع في جانب منها إلى إحكام القانون العام وفي جوانب منها إلى أحكام القانون الخاص على وفق ما سنراه في هذه الدراسة .

الفرع الأول

المحاولات الفقهية الفردية

لقد حاول العديد من رجال الفكر القانوني وضع تعريف محدد للاستثمار الأجنبي وكانت أُولى تلك المحاولات هي تعريف الاستثمار الأجنبي بأن "كل استخدام يجري في الخارج لموارد* مالية يملكها بلد من البلدان"[١٩].

كما عرّفه فوشارد :

بأنه "الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تهدف إلى إنشاء أو التوسع في مشروع قائم"[٢٠].

وكذلك يُعرّف الاستثمار الأجنبي بأنه "توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية إلى العمل بمناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية"[٢١].

أو أنه "انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة"[٢٢].

---

[١٨] د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٢٨.

* الموارد هي أما مالية أو بشرية .

[١٩] جيل برتان : الاستثمار الدولي ، ترجمة : علي زيعور وعلي المقلدي ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٢، ص٧.

[٢٠] النص الفرنسي :

"Touls de biens corporles ou incorporels agant seri a creation o l eytonsion de une enterprise"

فوشارد : الضمانات القانونية للاستثمارات في تونس ، مكان الطبع بلا ، ١٩٧٧ ، ص١٤.

[٢١] د. محسن شفيق : المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الأول والثاني ، حقوق القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص٢٣٨.

كما يعرف بأنه "تقديم الأموال المادية والمعنوية والأداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلة للمساهمة المباشرة وغير المباشرة في مشروع قائم أو نشاط اقتصادي جديد من خلال مدة محددة من الزمن"[٢٣].

ويعرف أيضاً بأنه "استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من قبل شخص طبيعي أو اعتباري خارج حدود دولته وسواء خَوَّله هذا الاستخدام السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا ، بهدف تحقيق عائد مُجزٍ"[٢٤].

ويتضح لنا من خلال المحاولات الفردية لتعريف الاستثمار الأجنبي بأنها لم تأت بتعريف مانع جامع لعملية الاستثمار بحيث يستشف من خلالها على عناصر وأركان هذه العملية والتي تبلورت في شروط هذه العملية والتي تتمثل بالحصة وعنصر الزمن وعنصر المخاطرة[٢٥]، وأن ما ركزت عليه التعاريف الفردية على الهدف من الاستثمار وهو تحقيق الربح بشكل عام .

الفرع الثاني

المحاولات الفقهية الجماعية

لم تقتصر محاولات تعريف الاستثمار الأجنبي على جهود فردية بل تعدى ذلك إلى العديد من المحاولات الفقهية الجماعية إذ تبنّت اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين تعريفاً يفيد بأنه "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر" وفي الاتجاه نفسه ذهب معهد القانون الدولي لتعريفه (توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ، ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية"[٢٦].

وقد عَرّفت الانكتاد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه "استثمار يشمل علاقات طويلة الأجل ويعكس المصلحة الدائمة والمسيطرة على كيان مقيم في أحد الاقتصاديات (المستثمر الأجنبي المباشر أو المشروع الأم) في أحد المشروعات المعنية في أحد الاقتصاديات غير اقتصاد المستثمر الأجنبي المباشر أو المشروع التابع للفرع الأجنبي"[٢٧].

---

[٢٢] د. جميل الشرقاوي : المقاصد الأساسية لقوانين الاستثمار في البلاد العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص٣٣.

[٢٣] للمزيد يراجع : د. أبو العلا علي العلا النمر : نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٩.

[٢٤] د. علي حسن ملحم : دور المعاهدات الدولية في مادة الاستثمارات الأجنبية الحاضرة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٦٦.

[٢٥] الدكتور : صالح الزحاف : مذكرات في مادة الاستثمارات الدولية ، مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا في أكاديمية الدراسات العليا والبحوث الاقتصادية ، طرابلس ، العام الجامعي ١٩٩٨-١٩٩٩.

[٢٦] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص٢٢-٢٣.

[٢٧] د. هيثم كريم صيوان ، مصدر سابق ، ص٤٥.

أما منظمة التجارة العامة (WTO) فقد عَرَّفت الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه "يحصل عندما يقوم مستثمر في بلد ما (البلد الأم Home country) بامتلاك أصول أو موجودات في بلد آخر (البلد المستقل Host country) مع وجود النية في إدارة ذلك الأصل[٢٨].

أما مشروع اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد ضَمنت مفهوم الاستثمار بأنه "الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات واستثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أصلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين"[٢٩].

الفرع الثالث

تعريف الاستثمار الأجنبي في تشريعات الاستثمار

أما قوانين الاستثمار الأجنبي فأنه من المناسبة بمكان الإشارة إلى أن تسمية قوانين الاستثمار قد اختلفت من بلد لآخر ولعل أول ما نبدأ به تسمية التشريعية للاستثمار الأجنبي في العراق وتعريفه إذ يسمى بالأمر الذي صدر عن سلطة الائتلاف المؤقتة والمرقم بـ(٣٩) في ١٢ سبتمبر- أيلول ٢٠٠٣ وسمي بالاستثمار الأجنبي وتعني عبارة الاستثمار الأجنبي بموجب هذا الأمر (الاستثمار من قبل مستثمر أجنبي في أي من الأصول المتواجدة في العراق بما في ذلك الملموسة وغير الملموسة وحقوق الملكية المتعلقة بها والأسهم وغيرها من أشكال وصكوك المشاركة في الكيان التجاري كما تعني حقوق الملكية المعرفة والخبرة التقنية)[٣٠]. أما القانون اللبناني رقم ٣٦٠ في ١٦ آب ٢٠٠١ يسمى قانون تشجيع الاستثمارات في لبنان ولم يتضمن بين نصوص مواده الأثنين والعشرين تعريفاً للاستثمار الأجنبي[٣١].

أما في المملكة العربية السعودية فقد أطلق عليه تسمية نظام الاستثمار الأجنبي الذي صدر بموجب مرسوم ملكي في ١٤٢١/١/٥ هجرية متضمناً في مادته الأولى نصاً محدداً في تعريف الاستثمار الأجنبي "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام"[٣٢].

وفي سوريا أطلق عليه قانون رقم ١٠ لتشجيع الاستثمار المعدل على وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم ٧ لعام ٢٠٠٠ معبراً عن المشروع المنشأ من الاستثمار الأجنبي في الفقرة (د) من المادة الثانية منه على

---

[٢٨] د. صلاح عبد الحسن : الاستثمار الأجنبي المسوغات والأخطار ، سلسلة المائدة الحرة ٢٥ ، بيت الحكمة، ١٩٩٨ ، ص٨.

[٢٩] د. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص١١.

[٣٠] ينظر القسم ١ ف ٣ من الأمر رقم ٣٩ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة والمنشور في الجريدة الرسمية جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٠ في أذار ٢٠٠٤

[٣١] قانون تشجيع الاستثمارات الأجنبية رقم ٣٦٠ في ١٦ آب ٢٠٠١م

[٣٢] ينظر نص الفقرة (د) المادة (١) من نظام الاستثمار الأجنبي للمملكة العربية السعودية.

أنه "المشروع الذي يقيمه شخص طبيعي أو اعتباري برأس مالٍ محلي أو خارجي أو بكليهما والموافق على شموله بأحكام هذا القانون "[٣٣].

أما في دولة قطر أطلق عليه قانون ١٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي ومعرفاً الاستثمار الأجنبي في نص الفقرة (هـ) من المادة الأولى من هذا القانون بـ "رأس المال الأجنبي المستثمر في أحد الأنشطة المسموح بها وفقاً لأحكام هذا القانون"[٣٤] .

وفي الأردن صدر قانون الاستثمار المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ مطلقاً تسمية المشروع على الاستثمار الأجنبي في المادة الثانية منه حيث عرفته "أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي أو خدمي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه"[٣٥].

وفي جمهورية مصر العربية أطلق عليه قانون ضمانات وحوافر الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ولم يتضمن بين نصوصه تعريفاً محدداً للاستثمار الأجنبي وترك سلطة تقديرية لرئيس الوزراء بإدخال ما يراه مناسباً من المشاريع بأحكام هذا القانون[٣٦].

---

[٣٣] ينظر القانون رقم ١٠ لتشجيع الاستثمار المعدل وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم ٧ لعام ٢٠٠٠ في سوريا .
[٣٤] ينظر نص ف (هـ) م (١) قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ القطري.
[٣٥] ينظر نص م٢ من قانون الاستثمار المؤقت ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ الأردني .
[٣٦] ينظر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار قم (٨) لسنة ١٩٩٧ .

ومن التشريعات المقارنة التي وضعت تعريفاً محدداً للاستثمار الأجنبي هو القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ في جمهورية بلاروسيا حيث جاء في نص المادة الأولى منه:

" استخدام لوسائل مالية أو مادية من قبل شخص طبيعي أو معنوي في مشاريع أو نشاطات كحق الملكية والملكية الفكرية من خلال المؤسسات التجارية في الاقتصاد البيلاروسي والتي يقوم بها مستثمر أجنبي "[٣٧]

من خلال هذا العرض يتضح لنا عدم وجود تعريف جامع مانع للاستثمار الأجنبي جرى الإجماع عليه بين الاقتصاديين والأمر نفسه عند القانونيين الذين لم يكونوا بأوفر حظاً منهم إذ أن تشريعات الاستثمار كما بينا قد تفاوتت في وضع نص خاص بتعريف الاستثمار الأجنبي ويتأتى هذا من أن الاستثمار يمثل مفهوماً متغيراً ومتطوراً يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي فهو مفهوم قد يضيق وقد يتسع حسب ظروف الدولة السياسية والاقتصادية إزاء هذه التطورات يتضح بأن الدول قد انقسمت على ثلاثة مجاميع بصدد الاستثمارات الأجنبية فمنها جاذبة وأخرى مانعة وثالثة مراقبة[٣٨].

ولابد لنا من الوقوف على الأسباب التي أدت إلى عدم إجماع من الفقهاء والاقتصاديين والقانونيين على تبني تعريف جامع مانع للاستثمار الأجنبي ولعل من أبرزها هو حداثة موضوع عقود الاستثمارات الأجنبية بالمقارنة بالظواهر القانونية التقليدية إذ يرجع بداية تطوره إلى نهاية الحرب العالمية الثانية (١٩٣٩-١٩٤٥) وكانت فترته الذهبية لنمو التجارة الدولية وظهور عقود الاستثمار هي المدة من عام ١٩٥٠-١٩٧٠ فقد أخذ العقد مكاناً مهيمناً في مجال التجارة الدولية بعد زوال حقبة الاستعمار المباشر لدول العالم الثالث التي حاولت أن تستعين بوسائل لبنائها التحتاني وقد نشأت من خلال هذه الوسائل عقود جديدة لم تكن معروفة من قبل مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي وعقود الإنشاءات ، وعقود المفتاح في اليد والمنتج في اليد ، وعقود الامتياز[٣٩]. التي تزايدت مع تزايد التوجهات نحو الخصخصة ومحاولات إعطاء دور أوسع للقطاع الخاص المحلي والأجنبي في تخفيف أعباء المرافق التي يديرها القطاع العام[٤٠] .

---

(٣٧) **The Low of the Republic of BELARUS , Nov, ١٤ , ١٩٩١ ,, Foreign Investment shall be financial and Material means invested by foreign artificial or physical persons into various objects of activity, as well as the right to proprietary or intellectual ownership transferred to economic subjects of the Republic of Belarus and enterprises with the foreign investment,, .**

(٣٨) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٢٧٣.

(٣٩) د. محمد عزيز بكر : المصدر السابق ، ص٣.

(٤٠) للمزيد من المعلومات عن الخصخصة يراجع : د. أحمد منير نجار : الخصخصة أحدى وسائل الإصلاح الاقتصادي ، حالة دولة الكويت ، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية ، ٢٠٠١ ، ص١٩٥ وما بعدها.

ويرى جانب من الفقه القانوني أنه ليس من الحكمة في شيء حصر مفهوم الاستثمار الأجنبي في تعريف فقهي يتسم بالثبات والجمود إذ لا يتلاءم ذلك مع كون مفهوم الاستثمار يمثل مفهوماً متغيراً متطوراً حسب مستجدات العصر خصوصاً الاقتصادية منها ، وأن السائد حالياً هو تبني الأسلوب القائم على البيان التفصيلي للاستثمارات المشمولة بالحماية والضمان . والذي تفضل الاتفاقيات الثنائية المتعلقة حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية اللجوء إليه كثيراً[٤١].

أما السبب الآخر فهو الأفكار الاشتراكية التي هيمنت على دساتير الكثير من دول العالم الثالث وبالأخص منها العربية مثل العراق[٤٢] ومصر[٤٣] إذ أن للفلسفة السياسية والاقتصادية تأثيراً واضح على النظام العام القانوني والاقتصادي والذي هو بحد ذاته فكرة متطورة ومتغيرة من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر[٤٤]. وليس أدل على كلامنا هذا من حالة العراق للحقبة التي سبقت أحداث ٢٠٠٣/٤/٩ إذ كان ينظر للاستثمار الأجنبي على أنه وسيلة جديدة من شأنها أن تحول الاقتصاد العراقي من الاستقلال إلى التبعية. وهذه الفكرة قد أثرت بشكل مباشر في الفكر القانوني في العراق أبان تلك الحقبة ، وقد كانت العلاقة بين العراق والشركات الأجنبية علاقة مقاول برب العمل وانعكس ذلك أيضاً على موقف القضاء العراقي من الشركات التي كانت تنفذ مشاريع التنمية في العراق[٤٥]. وهذا أدى إلى صدمة في ظل الأوضاع الحالية التي يعيشها العراق وقبوله في منظمة التجارة العالمية (**WTO**) بصفة مراقب ريثما يحصل على شهادة الجودة (**ISO**) وهذا من شأنه أن يملي على العراق إملاءات تشريعية وفق نظام منظمة التجارة العالمية[٤٦].

ومن التجارب المقارنة التي تعزز الرأي أعلاه هي تجربة روسيا مع الاستثمارات الأجنبية بعد انهيار الاتحاد السوفيتي السابق عام ١٩٩١ إذ كان يطبق فيه نظام الاقتصاد الموجه وإذا بالأوضاع الجديدة حولته إلى اقتصاد السوق حيث فتحت الحكومة الروسية أبوابها أمام الاستثمار الأجنبي بشكل غير مسبوق في معظم تشريعات الاستثمار في دول العالم فقد حاولوا احتواء أزمتهم الاقتصادية بدفعة واحدة (one Shot) وأطلق على هذا العلاج مجازاً تسمية العلاج بالصدمة (Shock Therapy) إذ بموجبه سمحت روسيا للمستثمر الأجنبي أن يستثمر في روسيا بصفته مُقرضاً[٤٧] والبلد المضيف للاستثمار أي روسيا مقترضة لرأس المال وهذا يعد من أخطر الجوانب التي يقوم بتهيئتها البلد المستقيل للاستثمار الذي قد يقوم بعرض أصول إنتاجية للبيع للمستثمر الأجنبي الذي قد يستغل حاجة ذلك البلد إليه ويحاول أن يفرض شروطه وأسعاره التي تلائمه وهذا ما حدث فعلاً في روسيا في ظل تلك التحولات التي اشرنا إليها قبل قليل إذ تقدمت مؤسسات مالية أمريكية لشراء أصول إنتاجية بأقل من أسعارها الحقيقية بكثير ، والذي

---

[٤١] د. منى محمود مصطفى ، مصدر سابق الإشارة إليه ، ص١١.
[٤٢] د. هيثم كريم صيوان : رسالته السابق الإشارة أليها ، ص١٣٥.
[٤٣] د. أحمد سلامة عبد : العقود الإدارية وعقود .B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٧٠-٣٧١.
[٤٤] د. حسن حنتوش رشيد : موانع تطبيق القانون الأجنبي ، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ، القسم الخامس ، كلية القانون ، جامعة بابل للعام الدراسي ٢٠٠٣-٢٠٠٤ (غير مطبوعة) .
[٤٥] للمزيد يراجع : نجدت صبري عقراوي : تنفيذ الشركات الأجنبية لمشاريع التنمية في العراق ، ط١ ، دار القادسية ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٤٥.
[٤٦] د. إبراهيم العيسوي : ألجات وأخواتها النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط٢ ، ١٩٩٧ ، ص٢٨.
[٤٧] نورهان الشيخ : صناعة القرار في روسيا وانعكاسه على العلاقات الروسية العربية ، مركز الدراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٦ ، ص٩٢.

نأمله من الحكومة العراقية المنتخبة أن تستفيد من التجارب المقارنة وأن تكون على حذرٍ من بعض الهفوات[٤٨].

المبحث الثاني

أنواع الاستثمارات الأجنبية

يرى الاقتصاديون أن الاستثمار الأجنبي ينقسم من الناحية الاقتصادية إلى استثمار منتج أو غير منتج تبعاً لتأثيره على الاقتصاد الوطني الذي يتوقف على مجالات الاستثمار التي تقوم بها الشركات الأجنبية لاسيما في البلدان النامية[٤٩].

كما تنقسم الاستثمارات الأجنبية من حيث الأمد إلى استثمار قصير الأجل ذي المدة التي تقل عن سنة والاستثمار المتوسط الأجل وهو من سنة إلى خمس سنوات ، والاستثمار طويل الأجل الذي يزيد على خمس سنوات[٥٠]. وينقسم من حيث القائم عليه إلى خاص وعام ومختلط، فالخاص هو الذي يقوم به فرد خاص سواء أكان فرداً طبيعياً أم معنوياً (Private Investment) وتكون بشكل قروض أو سلفيات التي تقدم للحكومات أو الأفراد وكذلك الاستثمارات التي تتم بطريق مباشر من خلال شراء العقارات في الدولة المضيفة مثل المصانع وحقول البترول والمناجم والمزارع[٥١] فهذه تحكمها اعتبارات أخرى تختلف عن الاعتبارات السائدة في الاستثمار العام[٥٢] (Public Investment) وعلى وفق الوصف أعلاه فأن عقد استثمار الأجنبي للعقار هو من قبيل الاستثمار الأجنبي المباشر والخاص والذي سنراه في المطلب الأول من هذا المبحث .

أما الاستثمار العام أو العمومي فهو الذي يتم عادة بناءاً على اتفاقية ثنائية أحد أطرافها مُقرض ويكون عادةً وكالة حكومية أو مؤسسة مالية دولية مثل البنك الدولي للإنشاء والتعمير والطرف الآخر مقترض في دولة ما (الدولة المضيفة) ويكون عادةً متمثلاً في أحد مشروعاتها العامة التي تضمنها الحكومة .

---

[٤٨] أ.د. عبد علي كاظم المعموري : التكلفة الاقتصادية والاجتماعية للتحول من نظام التخطيط المركزي إلى اقتصاد السوق ، مجلة جامعة كربلاء ، ع (١) ، ٢٠٠٢ ، ص١٥.

[٤٩] د. كريم نعمة النوري : دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية ، مجلة علوم إنسانية ، كلية التجارة – جامعة فيليكوتر-بلغاريا ، ٢٠٠٥ ، ص٢.

[٥٠] جيل برتان : المرجع السابق ، ص١٠.

[٥١] المادة ٦٢-١ مدني عراقي – العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والسدود والمناجم وغير ذلك .

[٥٢] د. منى محمود مصطفى : المصدر السابق ، ص١٣.

والنوع الأخير للتقسيم أعلاه هو الاستثمار المختلط وهو الذي يضم النوعين السابقين[٥٣]. إلا أن أهم التقسيمات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية التي أستقر عليها الاقتصاديون والقانونيون على الأقل في العقود الأخيرة من القرن المنصرم هو تقسيمها إلى استثمارات مباشرة وأخرى غير مباشرة إذ يمثل هذا التقسيم محوراً لاهتمام الكثير من رجال الأعمال والحكومات في الدول النامية والمتقدمة معاً وذلك منذ بداية النصف الثاني من هذا القرن سواء من حيث جدوى هذه الاستثمارات في الدول النامية ، أو أساليب تنفيذها ودوافع الشركات المتعددة الجنسية من ورائها وهذا ما سنبحثه في مطلبين الأول منهما للاستثمار الأجنبي المباشر والثاني للاستثمار الأجنبي غير المباشر.

المطلب الأول

الاستثمار الأجنبي المباشر

لقد تعددت المحاولات لتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر كما هو الحال في تعريف الاستثمار الأجنبي فهناك من المحاولات ما صدر عن منظمات دولية وأخرى محاولات فقهية فردية مثلها مجموعة من المعنيين بالفقه القانوني ومن أساتذة القانون الدولي الخاص والعام وأساتذة القانون التجاري ومحاولات جماعية أو مؤسسية وعلى النحو الآتي :

فقد عرّفه صندوق النقد الدولي بأنه : "الاستثمار الذي يتم الحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في إطار اقتصادي خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف المستثمر به الحصول على الحث في القيام بدورٍ فعال في إدارة المشروع"[٥٤].

كما تعرفه منظمة التجارة العالمية بأنه "الاستثمار الذي يحدث عندما يمتلك مستثمر مقيم في بلد (البلد الأم) أصلاً إنتاجياً في بلدٍ آخر (البلد المضيف) يقصد إداراته"[٥٥]. يتضح من التعريفين أعلاه أنهما قد ركّز (على جانبي الإدارة والمصلحة التي يستهدفها المستثمر من خلال مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة ومحاولة منح المستثمر الحق في إدارة المشروع بشكل مباشر وهذا الحق قد يناله من خلال مساهمته في رأس مال المشروع أو من خلال الاتفاق مع المستثمر لديه وتبعاً لموضوع الاستثمار الذي قد يكون في مشروع يستلزم تكنولوجيا وتقنيات عالية لا يقوى المستثمر لديه على الحصول عليها دون الموافقة على منح المستثمر جانب الإدارة كما في عقود التشغيل والتشييد والاستغلال[٥٦] أو عقود التأجير التمويلي[٥٧].

---

[٥٣] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٣٢.

[٥٤] نقلاً عن : د. عبد السلام أبو قحف : اقتصاديات الاستثمار الدولي ، المكتب العربي الحديث ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩١ ، ص١٩.

[٥٥] د. هناء عبد الغفار السامرائي : المصدر السابق ، ص١٥.

[٥٦] للمزيد يراجع : د. جابر جاد نصار : عقود البوت .B.O.T والتطور الحديث لعقود الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٢ .

[٥٧] هناك عقد للتأجير التمويلي للمنقولات إذ يعرف بأنه "عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي تشتريها المشروعات لأجل التأجير وتظل مالكة لها"

أما المحاولات الفردية لتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر فهي على النحو الآتي :

فيرى البعض أن الاستثمار المباشر يتجسد في إنشاء مشروع أو توسيعه أو الاشتراك في إدارته بأية وسيلة بهدف إنشاء علاقات اقتصادية أو استمرارها بين صاحب المال والمشروع في أحد مجالات التنمية[٥٨] .

أو أنه "قيام مشروع أجنبي بممارسة نشاط اقتصادي على أقليم دولة ما"[٥٩].

أو أنه "تعبير عن ممارسة نشاط اقتصادي لمشروع أجنبي في دولة معينة على نحو دائم ومستقر"[٦٠].

أو أنه "ذلك النشاط الاقتصادي الذي يستلزم السيطرة على المشروع"[٦١].

كما عرفت الاستثمارات الأجنبية المباشرة بأنها تلك الاستثمارات التي يمتلكها الأجانب ويديرونها سواء أ كانت الملكية كاملة أم كانت بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع[٦٢].

ويعرف كذلك بأنه "كل عمليات شراء أو خلق أو توسيع لمحال تجارية أو منشآت فردية أو فروع أو مشروعات ذات طابع شخصي كما يعد استثماراً مباشراً لكل العمليات التي يكون الهدف منها لشخص أو لعدة أشخاص بالسيطرة أو تدعيمها على شركة تمارس أنشطة صناعية أو زراعية أو تجارية أو مالية أياً كان الشكل الذي تتخذه هذه الشركة ويشترط في العمليات السابقة لكي تعد استثماراً مباشراً أن يكون القائم بها شخصاً من غير المقيمين أو شركة تكون تحت سيطرة أجنبية مباشرة أو غير مباشرة"[٦٣].

ويتضح من التعريف أعلاه قد جاء بصيغة شمولية فقد تضمن فيه معظم مجالات الاستثمار الأجنبي المباشر على وفق حاجة البلدان النامية لهذه المجالات[٦٤].

يتضح من التعريفات أعلاه أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو استثمار حقيقي طويل الأجل في أصول إنتاجية ويعني ضمناً أن المستثمر الأجنبي يمارس درجة مهمة من التأثير على إدارة المشروع المقام في بلد آخر غير بلده الأم[٦٥]، ويتوقف قوة هذا التأثير في ظل اتجاه الدول بشكل عام نحو تشريعات الاستثمار التي تعني بتنظيمه على مقدار مشاركة رؤوس الأموال المحلية في عملية الاستثمارات الأجنبية

وعقد التأجير التمويل للعقارات ويعني : تلك العمليات التي بموجبها يقوم أحد المشروعات بتأجير أموال عقارية مخصصة لأغراض امتهانية والتي يشتريها المشروع أن يتم بناؤها لحسابه إذا كانت هذه العمليات أياً كانت طبيعتها القانونية تسمح للمستأجرين بتملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها في موعدٍ أقصاه انتهاء الإيجار .
للمزيد ينظر : د. هاني محمد دويدار : النظام القانوني للتأجير التمويلي ، مكتبة الاتساع القانونية ، الإسكندرية ، ط٢ ، ١٩٩٨ ، ص٥٩ وما بعدها .

[٥٨] د. أحمد شرف الدين : المصدر السابق ، ص٣٣٤ ، بند ٢١.

[٥٩] د. إبراهيم شحاتة : المصدر السابق ، ص١٩٤ .

[٦٠] د. جميل الشرقاوي : المصدر السابق ، ص٣.

[٦١] جيل يرتان : المصدر السابق ، ص١١ .

[٦٢] د. خليل حسين خليل : المصدر السابق ، ص٨٢.

[٦٣] د. سامي عبد الباقي أبو صالح : الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٤-٥.

[٦٤] للمزيد يراجع : د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : مصدر سابق الإشارة إليه ، ص٣٤-٣٥.

[٦٥] د. هناء عبد الغفار السامرائي : مصدر سابق الإشارة إليه ، ص١٤.

المباشرة ومجالاتها هذا من جهة ومن جهة أخرى الشروط التي يتفق عليها المستثمر الأجنبي مع البلدان المضيفة له[٦٦].

وعلى أية حال قد يتخذ الاستثمار الأجنبي المباشر صورة من الصور الآتية :

١. إنشاء مشروع جديد أو التوسع فيه .
٢. تملك مشروع قائم أو جزء منه .
٣. تملك العقارات
٤. القروض طويلة الأجل التي تجاوز مدتها خمس سنوات .

وقد لوحظ أن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر بدأت تتزايد بعد الحرب العالمية الثانية، إذ اقبل عليه المستثمرون وفضلته الدول النامية لأسباب عديدة إذ يفضل المستثمر الأجنبي هذا النوع من الاستثمار لأنه يخوله ممارسة حقه في إدارة المشروع الاستثماري ورقابته وتوجيهه بما يكفل تحقيق مصلحته فضلاً عن أنه هو الذي يختار المشروع الذي يستثمر فيه أمواله من بين المجالات التي تعرضها الدولة[٦٧].

كما أن للمستثمر الأجنبي فرصة في اختيار شريكه في المشروع واستبعاد شركاء محتملين وأن الفرصة الاستثمارية المتاحة للمستثمر الأجنبي تكون أكبر في الاستثمار المباشر الذي يتجه عادة إلى القطاعات الإنتاجية[٦٨].

وهذا يعني أن إمكانية الربح في القطاعات المذكورة كبيرة على المدى الطويل ولا يتأثر بطريق مباشر بالتضخم النقدي بل أنه سلاح أكثر فاعلية في محاربة التضخم من الاستثمار غير المباشر وفي الغالب لا يتم تحويل الأرباح في حالة انخفاضها بل يعاد استثمارها، ولعل من أهم مزايا هذا النوع من الاستثمار هي الأولوية في الضمان ضد المخاطر غير التجارية والتي تشكل العامل الأول الجاذب للاستثمار الأجنبي [٦٩].

أما بالنسبة للدولة المضيفة فهي غالباً ما تكون دولة تسعى لتحقيق تنمية اقتصادية فهي بهذا الحال تفضل الاستثمار الأجنبي المباشر لأنه يتضمن استيراد المال بالإضافة إلى استيراد الخبرة الفنية والإدارية من الخارج واستخدام الخبرة والوسائل الإنتاجية الحديثة من شأنه أن يؤدي إلى تطوير الاقتصاد الوطني ويخلق فرص عمل جديدة فضلاً عن عدم تحمل الدولة بأعباء المديونية في هذا الاستثمار بخلاف القروض التي يجب سدادها مع فوائدها[٧٠].

---

[٦٦] د. عبد الفتاح مراد : موسوعة الاستثمار الموقع على الانترنت
http:// www.alexcomm.het/mourad

[٦٧] د. علي حسين ملحم : المصدر السابق ، ص٥.
[٦٨] د. أحمد شرف الدين : المصدر السابق ، ص٢٥-٢٦.
[٦٩] د. أحمد شرف الدين : المصدر السابق ، ص٢٧.
[٧٠] د. أحمد شرف الدين: المصدر السابق ، ص٢٧

وعلى وفق المزايا أعلاه للاستثمار الأجنبي المباشر يمكننا القول أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو وسيلة فعالة لنقل التكنولوجيا[٧١]، وطريق مهم لتدريب الكوادر الفنية الوطنية غير أن هذه المزايا تستلزم اهتماماً من الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر وهي تشرع للاستثمار الأجنبي أو تتفاوض[٧٢] أو تتعاقد[٧٣] مع المستثمر الأجنبي ، اذ نجد في نص المادة الحادية عشرة من القانون رقم ٣٦٠ الخاص بتشجيع الاستثمارات في لبنان التي تلزم المستثمر الأجنبي "باستخدام لبنانيّين اثنين مقابل كل أجنبي وتسجليهم في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي"[٧٤]، وبهذه المثابة نأمل من المشرع العراقي وهو ينظم الاستثمار الأجنبي أن يراعي مثل هذه الشروط والمزايا[٧٥].

أما الأدوات التي يتم بها الاستثمار الأجنبي المباشر كما أسلفنا فأن الشركات ذات النشاط العالمي (متعددة الجنسيات) التي غالباً ما تفضل الانفراد بملكية وإدارة المشروع أو تكون في صورة المشروع المشترك مع الدولة المضيفة أو مواطنيها ، هي الصورة الثانية لهذه الأدوات وهذه ما تحرص عليه الدول النامية[٧٦]. وذلك بالنص على ضرورة اشتراك رأس المال الوطني مع رأس المال الأجنبي في المشروعات التي تستفيد من المزايا والحصانات التي ينص عليها قانون الاستثمار الوطني ولعل المشرع السوري كان أوضح من غيره من التشريعات الخاصة بالاستثمار بهذا الصدد إذ نصت المادة ١٩ من القانون رقم (١٠) والمعدل بالمرسوم رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتشجيع الاستثمار الأجنبي إذ نصت من (أ) "تتخذ المشاريع المشتركة المرخصة بموجب أحكام هذا القانون والتي يساهم بها القطاع العام بنسبة لا تقل عن (٢٥%) من رأس مالها ، شكل شركة مساهمة مغفلة أو محدودة المسؤولية . ويجوز عند الاقتضاء بقرار من المجلس ، أن تكون مساهمة القطاع العام نقداً أو عيناً مقابل عقارات أو تجهيزات أو معدات أو آليات جديدة أو مستعملة..الخ"[٧٧].

---

[٧١] تعرف التكنولوجيا : "بأنها مجموعة المعارف اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى سلع وخدمات التي تستمد من العلم المجرد وتنبثق عن عمليات البحث والتطوير التي تستهدف إدماج المعارف المجردة في الإنتاج بمعناه الواسع"
للمزيد يراجع : حسام عيسى : نقل التكنولوجيات دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، دار المستقبل العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٦٢.

[٧٢] د. عوض شيبة الحمد : النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ١٩٩٣ ، ص٢٧٩.

[٧٣] د. عصام الدين بسيم : اتفاق المشروع الدولي المشترك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص٥.

[٧٤] ينظر نص م١١ من القانون رقم ٣٦٠ الخاص بتشجيع الاستثمارات الأجنبية في لبنان لعام ٢٠٠١ .

[٧٥] ينظر نص القسم (٣) من الأمر رقم ٣٩ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة في ١٢ سبتمبر _أيلول ٢٠٠٣ الخاص بالاستثمار الأجنبي والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٨٠ في آذار ٢٠٠٤.

[٧٦] د. عصام الدين بسيم : مصدر سابق ، ص١٣.

[٧٧] أنظر نص م ١٩ من القانون رقم ١٠ والمعدل بالمرسوم (٧) لسنة ٢٠٠٠ السوري.

المطلب الثاني

الاستثمار الأجنبي غير المباشر

وهو استثمار قصير الأجل ويسمى استثمار في حافظة الأوراق المالية أي أنه استثمار في الأسهم والسندات الخاصة أو العامة من أجل الاستفادة من أرباح تلك الأسهم والسندات عن طريق المضاربة في أسواق الدول المضيفة له وبعبارة أخرى أن يقوم مستثمر في دولة معينة (الدولة الأم) بشراء أسهم وسندات في دولة أخرى (الدول المضيفة أو المستقبلة) بقصد المضاربة ، ويتم عادةً من قبل مؤسسات التمويل ، كالبنوك مثل صناديق التقاعد وشركات التأمين من قبل الأفراد[٧٨].

وهذا النوع من الاستثمار لا ينطوي على حق للمستثمر بأن يقوم بمهمة الإشراف والرقابة والإدارة المباشرة وكذلك ليس له إمكانية اتخاذ القرارات الاستثمارية إذا كانت نسب مساهمته في المشروع الاستثماري لا تبيح له ذلك [٧٩].

ولابد من الإشارة إلى أن الاستثمار الأجنبي غير المباشر قد لاقى ترحيباً في مراحل سابقة من قبل الدول النامية[٨٠] ، وسوغت بعض هذه الدول ذلك الترحيب بأن الاستثمار غير المباشر يعمل على توفير العملة الصعبة التي هي بحاجة إليها من جانب ، ومن جانب آخر لا ينطوي على تحكم الطرف الأجنبي وإمكانية تدخله في الحياة الاقتصادية للبلد المستقبل أو المضيف[٨١]، وان تدخل الطرف الأجنبي في الحياة الاقتصادية من شأنه أن يؤدي إلى التعارض الدستوري في العديد من الدول التي نصت دساتيرها على منع الخصخصة[٨٢] في بعض القطاعات الاقتصادية دون الأخرى ومن ثم يستلزم التعامل مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعديلات دستورية أو قوانين خاصة كما حصل في ألمانيا إذ تنص المادة (٨٧) من الدستور الألماني على أنه "بالنسبة لمناطق الإدارة الفيدرالية المباشرة أن البريد والاتصالات مسؤولية الحكومة " ، ولقد تم تعديل هذا النص في أيلول ١٩٩٤ ,أضيفت المادة (١٣٤) والتي فصلت الخدمات البريدية عن شركة الاتصالات وسمحت بخصخصتها .

وأيضاً فأن المادة (١١٠) من دستور السلفادور تشير إلى الخدمات البريدية والاتصالات على أساس ضرورة أن تقدمها الدولة أو أجهزتها العامة المستقلة وهذا ما تضمن به كذلك المادة ٤٣ من دستور إيطاليا بأن بعض الأنشطة أو أجزاء منها والتي تتعلق بالخدمات العامة الرئيسة مثل الطاقة أو الاحتكارات يمكن للصالح العام أن يحتفظ بها القطاع العام[٨٣].

---

[٧٨] د. هناء عبد الغفار : الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص١٧.
[٧٩] نقلاً عن : د. عبد السلام أبو قحف ، المصدر السابق ، ص٣٨.
[٨٠] د. هناء عبد الغفار السامرائي : المصدر السابق ، ص٢٥.
[٨١] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٣٧.
[٨٢] الخصخصة : يرى أحد الباحثين بأن الأدق هي الخوصصة على وزن فوعله وهي تمويل الشيء ، للمزيد يراجع : السيد حسن بحر العلوم : العولمة بين التصورات الإسلامية والغربية ، معهد الدراسات العربية الإسلامية ، لندن ، ٢٠٠٣ ، ص٤٨.
[٨٣] أحمد سلامة بدر : المصدر السابق ، ص٣٧٢.

كما أن قصر المدد الزمنية للاستثمار الأجنبي غير المباشر فأنه ينطوي على عدم فائدة كبيرة للدول النامية ، كذلك فأن الشركات متعددة الجنسية لا تفضل هذا النوع من الاستثمار ألا من باب واحد إذ بالإمكان أن يكون أداة فاعلة تمهيدية للشركات متعددة الجنسية للانتقال للاستثمار الأجنبي المباشر .

وتتخذ الاستثمارات غير المباشرة (استثمارات الحافظة)[٨٤] صورة :

١. شراء السندات الدولية وشهادات الإيداع المصرفية الدولية المقومة بالعملات الأجنبية وشهادات الإيداع في سوق العملات الدولية .
٢. شراء سندات الدين العام أو الخاص[٨٥].
٣. شراء القيم المنقولة .
٤. الإيداع في البنوك المحلية .
٥. شراء الذهب والمعادن النفسية
٦. قروض للحكومات الأجنبية أو هيئاتها العامة أو الخاصة أو الأفراد ، وسواء كانت قصيرة الأجل أو طويلة الأجل بهدف المضاربة وليس بهدف إنشاء علاقات اقتصادية ثابتة ، وغالباً ما تكون هذه القروض في صورة قروض تقدمها البنوك الخاصة والتي تلجأ إليها الدول النامية لتمويل العجز الموسمي في موازين مدفوعاتها أو العجز المؤقت الذي قد يطرأ على هذه الموازين نتيجة لانخفاض حصيلتها من النقد الأجنبي وقد تكون صورة (قروض الصادرات أو تسهيلات الموردين)[٨٦].

وتتميز الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة بأنها تتجه نحو الأغراض غير الاستهلاكية والاتفاق العام بالميزانية وإمكانية الربح فيها أكبر على المدى القصير وأقل على المدى الطويل ولا تؤدي بذاتها إلى تغيير يذكر في العمالة على خلاف الاستثمارات الأجنبية المباشرة ، كما أن الاستثمارات غير المباشرة " القروض" عرضة للتأثر بالتضخم وبالتقلبات النقدية مما يؤدي إلى ضياع المال المستثمر بفعل الموجات التضخمية كما لا تنتقل على أثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة المرافقة لرأس المال ، كما هو الحال في الاستثمارات المباشرة[٨٧].

وعلى وفق ما عرضناه من نوعي الاستثمارات الأجنبية التي استقر عليها الفقهان الاقتصادي والقانوني في الآونة الأخيرة فأن مما لاشك فيه فأن لكل بلدٍ من بلدان العالم سواء أكان من البلدان المتقدمة أم النامية الحرية في التعاطي مع هذا النوع أو ذاك على وفق قدرة اقتصاده في قطاعاته المختلفة على التعامل مع نوعي الاستثمارات الأجنبية (المباشرة وغير المباشرة) من جانب ومن جانب آخر النظر إلى المصلحة الوطنية التي تمثلها حكومات تلك البلدان ، وما يعني العراق نأمل من المشرع العراقي أن

---

[٨٤] د. عوني محمد الفخري : مصدر سابق الإشارة إليه ، ص٨٥.
[٨٥] نبيل شاكر وادي : مشكلة الديون الخارجية في الوطن العربي وأثرها على التنمية الاقتصادية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدفاع الوطني ، ٢٠٠٠ ، ص١١١.
[١] راجع في ذلك : د. عبد الواحد الغار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص١٠٨.
[٢] نقلاً عن حازم حسن جمعة : القانون الدولي الاقتصادي المعاصر ،دار النهضة العربية -١٩٩٢، ص١٩٤-١٩٥.

يتعامل مع الاستثمار الأجنبي في المرحلة القادمة على وفق هيكلية الاقتصاد العراقي الذي طاله الخراب والتدمير قبل أحداث ٢٠٠٣/٤/٩ وفي أثنائها وبعدها[٨٨] .

ونحن نرى إن الاستثمار الأجنبي المباشر أكثر تلبية لمتطلبات الواقع الاقتصادي العراقي بجميع قطاعاته ومنها القطاع العقاري ذلك لكون هذا النوع من الاستثمار يمتد لفترة زمنية طويلة ويكون أداة فاعلة لتدريب وتشغيل العمالة ونقل التكنولوجيا المتطورة .

المبحث الثالث

نماذج عقود الاستثمارات الأجنبية

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب والذين عادة يكونون على شكل شركات متعددة الجنسية وتهدف الدولة من تلك العقود تحقيق تنميتها الاقتصادية وهذا التنوع في العقود ينبع من حاجة تلك الدول إلى هذا المشروع أو ذاك بحسب ثرواتها الطبيعية والبشرية وإمكاناتها الاقتصادية وقدرتها على توظيف الاستثمارات الأجنبية بشكل يؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة منها[٨٩].

ولعل من أهم نماذج هذه العقود وأكثرها شيوعاً في الوقت الحاضر هي عقود البترول[٩٠]، وعقود التعاون الصناعي[٩١] وعقود الأشغال العامة الدولية[٩٢] وسنحاول تسليط الضوء على هذه النماذج في هذا المبحث وعلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

عقود البترول

---

[٨٨] أ.د. عبد علي كاظم المعموري ، قرارات سلطة الاحتلال وتأثيراته على الاقتصاد العراقي ، مؤتمر جامعة ستوكهولم "مستقبل الاقتصاد العراقي " ، (١-١١/٥) ٢٠٠٤ أصل البحث ، ص٧.

[٨٩] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٣٥.

[٩٠] د. أحمد عبد الرزق خليفة السعيدان : المصدر السابق ، ص٣١.

[٩١] د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن : عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٢٤.

[٩٢] د. محمد عبد المجيد إسماعيل : المصدر السابق ، ص١٤.

لا يخفى على أحد أن أهمية البترول كمصدر للطاقة لازالت تتمتع بالمرتبة الأولى من بين أهم السلع في عالم اليوم إذ أن أهميته سواء بالنسبة للدول المنتجة والتي هي غالباً ما تكون دولاً نامية أو بالنسبة للدول المستهلكة والتي هي غالباً دول منها محل اهتمام بالغ من لدن كافة الأطراف واختلط في هذا الاهتمام الجانب العلمي والسياسي والاقتصادي والقانوني وكل حسب اختصاصه وقد تطورت العلاقات بين الدول المنتجة والمستهلكة لهذه السلعة من ما يسمى بعقود الامتياز التقليدية [٩٣] إلى صور عقدية أخرى أكثر عدلاً وإنصافاً كعقود المشاركة وعقود المقاولة وسنتناولهما في فرعين مستقلين:

الفرع الأول

عقود الامتياز

تعد عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول إذ ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين وبمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقاً خالصاً وقاصراً عليها في البحث والتنقيب عن المواد البترولية في إقليمها ، واستخدام الناتج البترولي واستثماره خلال مدة زمنية محددة[٩٤].

ولعل الدراسات تشير إلى أن بدايات اكتشاف البترول في الدول المنتجة في المدة المذكورة أعلاه تعود إلى الدول المستهلكة والتي هي في الأعم الغالب قد جمعت في يديها العلم والقوة في آن واحد إذ كانت معظم الدول المنتجة للبترول ترزح تحت سيطرة الدول الاستعمارية وهذا أعطى سمة اختلال التوازن العقدي للامتياز لصالح شركات التنقيب والاستغلال إذ تضمنت تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة بوجه عام[٩٥] .

من أمثلة ذلك عقد امتياز بترول العراق عام ١٩٣١ الذي أُطلِق به يد الشركة ولم يلزمها بأي نظام للتخلي عن المناطق التي لم تستثمرها. ومن السمات الأخرى التي تلاحظ على مثل هذه العقود في تلك المدة هو طولها غير العادي وتعطي شركات التنقيب دون غيرها الحق في ملكية المواد المستخرجة وما ينجم عن حق الملكية من مكنة التصرف فيها دون قيود . فقد نصت المادة الأولى من عقد امتياز البترول المبرم بين شاه إيران والمليونير البريطاني Willaim Kont Darcy على منح الطرف الأجنبي المذكور الحق في البحث عن البترول ومشتقاته واستغلاله وتسويقه نقله وبيعه لمدة ستين عاماً[٩٦].

---

[٩٣] هناك جدل فقهي واسع حول تسمية عقود الامتياز في هذا الإطار هل عقود الامتياز أم اتفاقات الامتياز وفي إطار عنوان البحث محل الدراسة اتفاقيات التنمية الاقتصادية ، للمزيد يراجع : د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان : مصدر سابق ، ص٣٠-٣١.

[٩٤] حفيظة السيد حداد : مصدر سابق ، ص١٧٥.

[٩٥] عبد الرزاق الحسني : تاريخ الوزارات العراقية ، ج١ ، ط٧ ، مطبعة دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٢٨٣.

[٩٦] للمزيد يراجع : د. سراج حسين محمد أبو زيد : التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط١ ، ٢٠٠٠ ، ص١٧.

وبعد أن اتضحت لنا سمات عقود امتياز البترول في مراحلها الأولى والصيغ القانونية التي تنظم تلك العقود لابد من القول أنه مع نهاية الحرب العالمية الثانية وتغير الظروف السياسية الاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول فأن هذه الأوضاع ما كان لها أن تستمر بين كل من الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة عليها . فبدأت حكومات الدول المنتجة للنفط تعي قيمة ثروتها النفطية وما للنفط من تأثير فعال في مسار اقتصاديات التنمية العامة فاتجهت إلى مراجعة عقودها مع الشركات الأجنبية على نحو يحقق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة ولكن حاجة البلدان المنتجة للبترول إلى الشركات الأجنبية استمرت إلى يومنا هذا لاسيما في الجوانب الفنية المتعلقة بتطوير وتحديث آبار النفط وليس أول على كلامنا هذا حالة العراق الذي يمتلك احتياطي للنفط بقدر وفقاً للمسوحات الأخيرة بمائتي مليار برميل[٩٧]، فأنه لازال يتعاقد مع شركات أجنبية لتطوير إنتاجه النفطي لتصليح وتشغيل آبار النفط فيه[٩٨]. وكذا الحال في قطر ومصر وغيرها من البلدان المنتجة للنفط .

ولكن مع استمرار حاجة البلاد المنتجة للنفط إلى خبرة وتقنية الدول المستهلكة التي اتسعت وتطورت كثيراً فقد ظهرت ملامح جديدة للعلاقة التعاقدية بين الطرفين وقد انخفضت حدة الإذعان التي شهدتها المرحلة الأولى إلى حدٍ معين إذ اعتمدت قاعدة مناصفة الأرباح بين الحكومات والشركات وظهور شركات النفط المستقلة بدءاً من عام ١٩٤٨ وخاصة في الكويت والسعودية عام ١٩٤٩ ، وفي عام ١٩٥٧ منحت الحكومة السعودية امتياز المنطقة المغمورة السعودية من المنطقة المحايدة لها وللكويت إلى الشركة التجارية اليابانية للبترول التي تحولت بعد ذلك إلى شركة الزيت العربية اليابانية المحدودة وقد تضمنت الاتفاقية معها شروطاً وقواعد أفضل في تنظيم علاقة طرفي الامتياز من ذلك ما يتعلق بمدة الامتياز (لمدة أقصر) والتكامل في عمليات الشركة والرقابة على الأسعار ومصروفات الشركة ومشترياتها إلى الجانب حق الحكومة في المشاركة في رأس المال وعضوية مجلس الإدارة ، واستخدام الموظفين الوطنيين وتدريبهم[٩٩].

الفرع الثاني

عقود المشاركة والمقاولة

كما اشرنا سابقاً فأن المرحلة التي تلي المرحلة الأولى لعقود الامتياز البترولي فهي ظهور اتجاهات جديدة ظهرت في ظل المرحلة الثانية واستخدمت أدوات قانونية مستحدثة في التعامل بين الحكومات المنتجة والشركات المستثمرة وكبديل لنظام الامتيازات التقليدية وتمثلت هذه الأدوات بعقدي المشاركة والمقاولة .

---

[٩٧] حمزة الجواهري : نقال بعنوان (المطلوب مسودة لقانون الاستثمار في صناعة النفط والغاز ، منشور على شبكة الانترنيت
http//www. Aljecamm. Net / new article ph/ pg :articles &id=١٠٣٠٣, ١٦/٠١/٢٠٠٥.

[٩٨] د. هيثم كريم صيوان : المصدر السابق ، ص١٣٧.

[٩٩] نقلاً عن : د. غسان رباح : العقد التجاري الدولي (العقود النفطية) ، دار الفكر العربي ، ط١ ، ١٩٨٨ ، ص٣٤.

أولاً : عقود المشاركة

يقصد بعقود المشاركة قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأسمال الشركة التي تقوم باستثمار البترول ، فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة التي تقوم باستثماره، تتخذ هذه الشركة عادة شكل شركة مساهمة عامة وتتحدد حقوق والتزامات الطرفين بموجب العقد المبرم بينهما.

وبمقتضى عقود المشاركة تتحمل الشركة الأجنبية مسؤولية الكشف عن البترول وتمويل هذه العمليات إلى أن يكتشف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري . فإذا لم يكتشف البترول فأن الخسارة تقع على الشركة الأجنبية فقط دون أي التزام على الطرف الثاني المتمثل بالدولة أما إذا تم اكتشاف البترول فأن الدولة تشترك مع الشركة الأجنبية في أعداد الحقل المكتشف للإنتاج فيساهم الطرفان في تمويل المشروع وعندما يبدأ الإنتاج ، يحصل كل من الطرفين الوطني والأجنبي على نصيبه من الإنتاج تبعاً لمساهمته . ولكن حصول الدولة على هذا النصيب من الإنتاج لا يتعارض مع حصولها على الضرائب والرسوم التي تحصل عليها عادة الشركات العاملة لديها.

وتتخذ عقود المشاركة أحدى صور ثلاث فأما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة عينها والشركة الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحدى مؤسساتها بمصر في رأسمالها وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية كالعقد الذي أبرم بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية أوكسيراب عام ١٩٦٥ وأما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين أحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى مثل عقود المشاركة التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع المؤسسة المصرية العامة للبترول وشركتي بان أمريكان وفيلبيس عام ٦٣-١٩٦٤.

وقد يبرم عقد المشاركة بين أحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية وهذا ما اتبعته السعودية في عقود المشاركة بين تروسين وشركتي سنكلير واينى.

وتحقق عقود المشاركة العديد من المزايا للطرفين فهي تسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثرواتها الوطنية عن طريق ما تمارسه من رقابة داخلية على المشروع، وكذلك اكتساب الخبرات الفنية في مجال البترول كما تسهل عمليات التسويق الخارجية ، كما تحقق للشركات الأجنبية نوعاً من الاستقرار والاطمئنان في علاقاتها مع الدول المنتجة وذلك باعتبار أنها أصبحت شريكاً وليست مجرد صاحب امتياز أجنبي نظراً لما تنص عليه عقود المشاركة عادة من قواعد واضحة لمعاملة المستثمر الأجنبي[١٠٠].

ثانياً : عقود المقاولة :

تعرف المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر"[١٠١].

---

[١٠٠] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : مصدر سابق ، ص٤٠-٤١.
[١٠١] ينظر نص م ٨٦٤ من القانون المدني العراقي .

ويقابل نص المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي نص المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري إذ نصت على أنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً ، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[١٠٢].

بيد أن مبدأ المقاولة الذي ظهر في أواخر الأربعينات في عقود البترول يختلف عن ما ورد في تعريف القوانين المدنية لعقد المقاولة ، فمن جهة صاحب العمل وهو الدولة أو الشركة الوطنية المشرفة على البترول تستعين بمقاول أجنبي يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وأعداد للإنتاج ثم إنتاجه بالفعل ويتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع إلى أن يصبح مورداً للدخل ولذلك فأن المقاول في هذه المشروعات لا يأخذ أجراً محدداً كما يحدث في عقود المقاولة العادية وإنما يسترد ما أنفقه على المشروع ويحصل كذلك على نصيب معين من الإنتاج أو الأرباح حسبما يتفق عليه في العقد ويستمر في الحصول على هذا النصيب لمدة تتراوح بين ٢٠ و ٣٠ سنة بموجب عقد المقاولة أيضاً.

ومن أمثلة هذه العقود العقد الذي أبرمته الحكومة العراقية مع شركة ايراب الفرنسية في عام ١٩٦٨ فقد حددت مدة البحث عن البترول بست سنوات كحد أقصى مدة الاستغلال ٢٠ سنة تبدأ من تاريخ الاستغلال التجاري[١٠٣].

وكذلك العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة أموكو للزيت في مصر بشأن البحث عن البترول واستغلاله في منطقة السلوم بالصحراء الغربية سنة ١٩٩١ فقد حددت مدة البحث بثلاث سنوات ومدة الاستغلال ٢٠ سنة تبدأ من تاريخ الاكتشاف التجاري .

وتتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة مع المدد التي كانت عليها عقود الامتياز وبأن دور الشركة المستثمرة لا يتعدى دور المقاول بمواصفات محددة بينما تبقى ملكية الامتياز والزيت الناتج عنه للدولة وحدها ، وتتحمل الشركة وحدها إلى حين اكتشاف الكميات التجارية تكاليف المقاولة بالإضافة إلى تحملها لمخاطر المشروع بحيث يقع على عاتقها تلك التكاليف كاملة بدون أية مسؤولية على الدولة المنتجة إذا خابت آثار البحث ويكون للشركة في حالة الاكتشاف التجاري الحق في شراء نسبة معينة من الإنتاج بأسعار خاصة وفي تسويق الزيت المملوك لشركة النفط مقابل عمولة خاصة.

المطلب الثاني

عقود التعاون الصناعي

تعد عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبياً إذ ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن المنصرم وذلك أبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم والحاجة إلى

---

[١٠٢] ينظر نص م ٦٤٦ من القانون المدني المصري .

[١٠٣] تحدد مدد الاستغلال ونسب مساهمة رأس المال الوطني في بعض المشروعات وفقا لقوانين الدولة المضيفة . للمزيد يراجع : د. عبد الرزاق أحمد خليفة السعيدان ، مصدر سابق الإشارة إليه ، ص٢٨.

التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية بهدف تضييق الفجوة العلمية العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نمواً من جانب آخر ولا يخفى على أحد أن الرغبة في تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد يعتمد بصفة أساسية على التعاون بوسائل المساعدات الفنية التي تملكها الدول المتقدمة والتي تسيطر على تصديرها بواسطة شركاتها العملاقة ذات الجنسيات المتعددة هو أمل تسعى إليه الدول النامية[١٠٤].

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنه "صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي ، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة"[١٠٥].

ولعقود التعاون الصناعي صور متعددة من العقود التي تهدف إلى تحقيق التقدم التكنولوجي ومن أهمها عقود نقل التكنولوجيا وعقود المساعدة الفنية وعقود تسليم المفتاح وعقود تسليم المنتج في اليد ، وخشية الاستطراد والتوسع بالبحث من جانب وأهمية صور عقود التعاون الصناعي لما تتضمنه من أسرار علمية يحرص عليها الطرف المصدر إليها فقد تبنتها الكثير من الدراسات القانونية والعلمية بالتنظيم ونحيل من يريد الإطلاع أكثر على دراسات أفردت لكل صورة من صور التعاون الصناعي [١٠٦]، وقد تولتها بعض التشريعات بالتنظيم القانوني ومنها قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إذ عدّ عقود نقل التكنولوجيا من الأعمال التجارية[١٠٧]، وهذا بحد ذاته يمثل خروجاً عن الفقد التقليدي لا بل والتشريعات الوطنية التي كانت تنطلق من فكرة العمل التجاري واتخاذها كأساس لتحديد تجارية أي عقد بل كأساس لتطبيق قواعد القانون التجاري ، فإن ما يمكن قوله بهذا الصدد أن تأثير العولمة الاقتصادية قد سمح بتوجيه الفكر إلى هجر هذه النظرية المستقرة منذ زمن ليس بالقليل والانطلاق من فكرة العمل الرأسمالي واتخاذها كأساس لتحديد ماهية الأعمال أو لأعمال أحكام القانون التجاري[١٠٨].

المطلب الثالث

عقود الأشغال العامة الدولية

---

[١٠٤] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤١.

[١٠٥] نقلاً عن : د. صلاح الدين جمال الدين : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص١٥.

[١٠٦] د. يوسف عبد الهادي الأكيابي : النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه ، غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٨٩ . و د. سميحة القليوبي : مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص٣١٥ . و د. محسن شفيق : عقد تسليم المفتاح ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، د.ت ، ص٥١.

[١٠٧] أنظر المواد ٧٣-٧٧ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

[١٠٨] د. محمد إبراهيم مرسي : انعكاسات العولمة على عقود التجارب الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٣٥.

استلزمت الثورة الصناعية وما رافقها من تطور وتقدم إنشاء بنية أساسية لخدمة هذا التقدم ، من خلال إنشاء محطات للكهرباء وشبكات الاتصالات ومياه الشرب والصرف الصحي وكذلك إقامة المستشفيات والمطارات والطرق والجسور وغيرها من الإنشاءات وتلجأ الدول النامية إلى الشركات الأجنبية العملاقة بدوافع عديدة ولعل أبرز هذه الدوافع هي الدافعين الاقتصادي والفني في آن واحد إذ يتمثل الجانب الاقتصادي بالكلف العالية التي تستلزمها مثل هذه المشاريع أما الجانب الفني فيتمثل بدقة وإمكانية التخصص الدقيق في الإنشاءات المعينة .

فعقد الأشغال العامة الدولي يعرفه البعض بأنه "العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية ، وفقاً لقواعد خاصة لاشتغال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى"[١٠٩]. ويتضح من التعريف أن عقد الأشغال العامة الدولي يستلزم توافر العناصر الآتية :

أ. أن ينصب موضوع العقد على عقار

ب. أن تكون الغاية من تنفيذ الأشغال العامة تحقيق نفع عام .

ت. أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام .

ث. صفة الدولية في عقد الأشغال العامة . فمتى توافر هذه العناصر في عقد كان عقداً للأشغال العامة الدولية[١١٠].

وتمثل هذه العقود أهمية قصوى في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية من أنها تمكن الدولة من تطوير بنيتها الأساسية وتحديث مرافقها العامة دون اللجوء إلى عملية الاستدانة من العالم الخارجي وفي نفس الوقت الذي تحافظ فيه على ما هو موجود لديها من أرصدة أجنبية.

وتأخذ هذه العقود صوراً عديدة من أهمها عقود تسليم المفتاح وكذلك عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت (B.O.T.) Building Operate transfer وتعد هذه العقود من العقود الحديثة نسبياً في ميدان العلاقات الاقتصادية . وقد بدأ الاهتمام بهذه العقود في إطار التغير الذي يشهده العالم في دور الدولة بسبب التغيرات الاقتصادية التي أدت إلى تراجع بعض المعايير القانونية المستقرة وجعلت الحكومات معنية أساساً بالرقابة والضوابط من خلال النظم الإدارية والتشريعية لحماية المصالح الاقتصادية للمجتمع[١١١].

ويقصد بعقود البوت تلك المشروعات التي تقوم الشركة الأجنبية بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة حيث تبرم الجهة الحكومية عقداً مع المستثمر لتمويل وتشييد مرفق من مرافق البنية الأساسية مثل إنشاء مطار أو محطة كهربائية لحساب الجهة الحكومية ، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه لمدة معينة تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق ومسؤولية إداراته إلى السلطة المتعاقدة فملكية أصول المشروع تظل للجهة الحكومية[١١٢].

---

[١٠٩] د. أحمد حسان حافظ مطاوع : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، غير منشورة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص١٠٦.

[١١٠] د. عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٤٨-٤٩.

[١١١] د. محمد إبراهيم مرسي : المصدر السابق ، ص٥٠.

[١١٢] د. جابر جاد نصار : عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٣٨-٣٩.

وتلجأ الحكومة إلى تمويل مشروعاتها العامة عن طريق اتفاقات البوت في مجالات عديدة أهمها :

أ. مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية مثل مشروعات الطرق والجسور والمطارات .

ب. المجمعات الصناعية .

ج. تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة ، مثل مشروعات استصلاح الأراضي البور أو الأراضي الصحراوية[١١٣].

وهذه العقود ليست شكلاً واحداً وأنما تتعدد صورها وتتباين فعلاوة على الصورة الرئيسة وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فأن التعامل قد أفرز صوراً عديدة من هذه العقود وأهمها :

١. عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية

B.O.O.T Build , Own , Operate Transfer

٢. عقود البناء والتملك والتشغيل .

B.O.T Build , Own , Transfer

٣. عقود البناء والإيجار ونقل الملكية .

B.O.O.T Build , Lent , Transfer

٤. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل

D.B.O.F.O Design, Build , Finance , Operate .

ولقد اتبعت الحكومة المصرية هذا النهج من التعاقدات ، إذ تعاقدت في ٢٠٠١/٢/٢١ مع الشركة الأسبانية المصرية للغاز (سيجاس) لإنشاء وتشغيل وإعادة تشغيل رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام .B.O.T ، وكذلك الترخيص للشركة المذكورة في إنشاء وامتلاك وتشغيل مجمع لتسييل الغاز الطبيعي وتصديره ، كما أبرمت الحكومة المصرية العديد من العقود على وفق هذه الأنظمة في مشاريع عديدة تتصل بشكل مباشر بمشاريع البنية الأساسية[١١٤].

ويرى احد الأساتذة بأن مجرد إلقاء نظرة واقعية على هذه العقود تشير إلى إنها تساهم في تحقيق تنمية اقتصادية واسعة للدولة كبناء مرافق اقتصادية تحتاج إليها دون تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية مباشرة ، ودون التجاء الدولة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل التجارية وغيرها وهو ما يساعد الدولة على مواصلة بناء مرافق اقتصادية جديدة وتوجيه موارد الخزانة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية

---

[١١٣] د.محمد الروبي : النظام القانوني لعقود التشييد والاستغلال والتسيم (BOT)، دار النهضة العربية ٢٠٠٤ ص ٢٥ .

[١١٤] د. جابر جاد نصار : المصدر السابق ، ص٩٠-٩١.

التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة مثل قطاع التعليم والصحة وذلك دون أحداث عجز في الموازنة[١١٥].

وينطبق هذا القول إلى حدٍ قريب من حالة العراق اليوم إذ يعاني من نقص حاد في العملة الأجنبية والذي انعكس هذا النقص في الخزانة إلى استمرار الإصدار النقدي الجديد والذي مؤداه استمرار حالة التضخم الاقتصادي على خلفية الحصار الاقتصادي وما رافقه من آثار سلبية على الاقتصاد العراقي قد تستمر لمدة طويلة[١١٦].

الفصل الثاني

[١١٥] د. طاهر الجنابي : علم المالية العامة والتشريع الضريبي ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، ١٩٨٢، ص١٨٢ .
[١١٦] حديث تلفازي للأستاذ سنان الشبيبي محافظ البنك المركزي العراقي على شاشة العراقية في ٢٠٠٥/٤/٨ .

طبيعة عقد الاستثمار الأجنبي للعقار وخصائصه وأطرافه

تمهيد وتقسيم :

تتميز العقود محل الدراسة بسمات خاصة متأتية من طبيعتها التي احتدم الجدل الفقهي حول تحديدها كما سنرى في هذا الفصل ، وأن طبيعة أطراف ومحل وسبب هذه العقود أدى إلى تفردها بخصائص تميزها عن سائر العقود الأخرى . إذ أن أحد الأطراف هو دولة ذات سيادة وحصانة قضائية تنتمي إلى نظام قانوني واقتصادي قد يكون مختلفاً تماماً مع الطرف الآخر الذي عادةً ما يكون طرفاً خاصاً ينتمي إلى نظام قانوني واقتصادي آخر وسنحاول من خلال هذا الفصل تسليط الضوء على كل ما يتعلق بالطبيعة القانونية لعقود الاستثمار وخصائصها وأطرافها وسنجعل لكل منها مبحثاً مستقلاً:

المبحث الأول : طبيعة عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

المبحث الثاني : خصائص عقد الاستثمار الأجنبي للعقار .

المبحث الثالث : أطراف عقد الاستثمار الأجنبي للعقار.

المبحث الأول

طبيعة عقد الاستثمار الأجنبي

من المعروف إن تحديد طبيعة أي عقد من العقود تعني تكييفه وبالتالي معرفة القانون الواجب التطبيق عليه لاسيما وان العقد محل الدراسة ومن العقود التي تتطرق إليها الصفة الأجنبية المتأتية من جهة رأس المال أو جنسية المستثمر بغض النظر عن كونه شخصا طبيعيا أو معنويا وقد أشارت المادة ١٧ من القانون المدني العراقي إلى مسألة التكييف إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة إلى : ((القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها))[١١٧]

المطلب الأول

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار عقد إداري

يرى جانب من الفقه[١١٨] أن عقد استثمار الأجنبي للعقار هو من العقود الإدارية وحجتهم في ذلك هي :

أ. أن هذه العقود ما هي إلا صورة من صور عقود التزام المرافق العامة والتي ظهرت في فرنسا منذ القرن الثامن عشر ، كما عرفتها مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند منحها امتيازاً للشركة العالمية لقناة السويس التي تكونت بغرض إنشاء القناة وتشغيلها مدة ٩٩ عاماً تنتهي عام ١٩٦٨ ثم إعادتها إلى الحكومة المصرية في نهاية المدة على وفق ما نص عليه عقد الامتياز ، ويرى أصحاب الاتجاه أعلاه أن قيام المستثمر الأجنبي الذي يكون شخصاً خاصاً بتعهده بالاستثمار في مشاريع البنية الأساسية .

وعلى نفقته الخاصة وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو أحدى هيئاتها الإدارية وطبق للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح[١١٩]. وما تسميه عقود الاستثمار إلا صورة جديدة من عقود التزام المرافق العامة .

ب. ظهور بعض معايير العقود الإدارية وشروطها في عقد استثمار الأجنبي للعقار .

ويؤكد أنصار الطبيعة الإدارية للعقود محل الدراسة[١٢٠] ، إن شروط العقد الإداري هي:

---

(١١٧) ينظر نص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي لرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(١١٨) للمزيد ينظر : د. مازن ليلو : العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، منشأة المعارف ، ط١ ، ٢٠٠٣ ، ص٨ وما بعدها .

(١١٩) د. محمد عبد المجيد إسماعيل : المصدر السابق ، ص٤٥ وما بعدها.

(١٢٠) د. محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية "دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها" دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص٦١ وما بعدها.

١. أن تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرف في العقد .
٢. أن يتصل بنشاط مرفق عام .
٣. أن تستعمل فيه الإدارة أساليب القانون العام.

وعلى وفق الشروط أعلاه فأن الطرف الأول في العقد والذي تمثله الدولة أو أحدى هيئاتها العامة التدخل في تعديل العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين الطرفين ولها أن تعدل بالعقد في أي وقت وحقها في الفسخ وفي توقيع جزاء على المتعاقد وفي استبعاده العطاءات في المزايدات والمناقصات وغير ذلك[١٢١].

المطلب الثاني

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من عقود القانون الخاص

ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أن العقود محل الدراسة هي من قبيل عقود القانون الخاص التي تخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وليس لقواعد القانون الإداري[١٢٢]، ويسوق أصحاب هذا الاتجاه حججاً عديدة أهمها :

١. عدم توافر شروط اكتساب العقد الصفة الإدارية : لقد اشرنا في الفرع الأول من هذا المطلب أن الدول التي تأخذ بالقضاء المزدوج كالعراق ومصر وفرنسا قد وضعت شروطاً خاصة يلزم توافرها لاكتساب العقد الصفة الإدارية وقد أثار أصحاب هذا الاتجاه بأن العقود محل الدراسة لا يتوافر فيها شروط اكتساب العقد الصفة الإدارية إذ أنه وبالرغم من كون جهة الإدارة طرفاً في هذه العقود واتصالها بمرفق عام إلا أنها تفتقر إلى أن تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد تتعاقد جهة الإدارة بنفس الطريقة التي يتعاقد بها أطراف القانون الخاص وتقف فيها على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي متجردة من سلطاتها التقليدية المتعارف عليها في إطار نظرية العقود الإدارية مما يكون معه العقد خالياً من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص وهو ما يجعله في النهاية عقداً مدنياً أو تجارياً ، وليس عقداً إدارياً ويدعم الرأي المتقدم كذلك أحد أساتذة القانون الإداري للأسباب ذاتها[١٢٣].

أما عن موقف القضاء فنجد أن الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كالعراق ومصر وفرنسا فأنها قد تمسكت بمواقفها حيال العقد الإداري في ظل الفقه التقليدي الذي يستلزم توافر الشروط الخاصة

---

[١٢١] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد ، دار الكتب ، ١٩٩٣ ، ص٤٧٥-٤٧٨.

[١٢٢] يمثل هذا الاتجاه كل من د. محمد بهجت عبد الله قايد . إقامة المشروعات الاستثمارية وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ، دار النهضة العربية ، د.ت ، ص٢٨.
د. هاني سري الدين الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تحويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل في مصر "مجلة القانون والاقتصاد" ، ١٩٩٩ ، ص١٦٩.
د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٥٠ .
د. يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي : النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، ١٩٨٩ ، ص٣٨٨.

[١٢٣] د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٣٦٤.

بالعقد الإداري في ظل الفقه التقليدي الذي يستلزم توافر الشروط الخاصة بالعقد الإداري ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ٣١ آذار سنة ١٩٦٢ أنه "إذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي وهي من أشخاص القانون العام قد أبرمت عقداً يقوم الطرف الثاني فيه بتوريد عدد من العجول إليها لخدمة المرفق العام القائمة على إدارته ذلك أنه تزرع مساحات شاسعة من الأراضي التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصد إصلاح هذه الأراضي ولتعذر تصريفه فقد حولت الهيئة تسعين ألف جنيه من ميزانيتها على ذمة شراء عجول الاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسماد العضوي لا بغرض الربح وإنما لتسيير المرفق في نظامه العام بالوصول إلى الهدف الذي قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض المزروعة فيتزايد بذلك الإنتاج الزراعي والحيواني بما يسد حاجة البلاد المتزايدة ، ومتى كان الأمر كذلك ، يكون التعاقد قد أنصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره"[١٢٤].

واستمر اتجاه الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا حتى أدخلت في تشريعاتها نصوص تبيح التحكيم في العقود من هذا النوع مما انعكس على طبيعتها القانونية وعلى النحو الذي سنراه في الفصل الرابع من هذه الرسالة .

أما موقف القضاء في النظام الأنجلو سكسوني Common Low فأن السوابق القضائية تعد ذات صفة شبه إلزامية إذا ما تمثلت بادئ عامة يطبقها ويعترف بها القضاء هناك[١٢٥].

٢. تتعارض الطبيعة الإدارية مع سياسة تشجيع الاستثمار ومقتضيات التجارة الدولية : لقد تصاعدت موجة الخصخصة في معظم دول العالم وشملت تلك الموجة البلدان التي تأخذ بنظام الاقتصاد المخطط وذلك بفعل التحولات الاقتصادية والسياسية التي تشهدها دول العالم في ظل العولمة الاقتصادية ومن هذه البلدان العراق حيث يؤشر في الآونة الأخيرة اتجاه معظم الاستشارات الاقتصادية للنهوض بواقع الاقتصاد العراقي تشير إلى خصخصة العديد من الشركات العامة كواحد من أهم الحلول المطروحة وهذا ما أكده وزير الصناعة العراقي إذ قال "أن الاستثمارات الكبيرة والتخصيص يمثلان الحل الأمثل لمشكلات الاقتصاد العراقي ، لاسيما الصناعة لأن متطلبات كثيرة تعتمد على هذه الأموال التي ستأتي من الخارج"[١٢٦].

كما أن محاولة بعض الدول التخفيف من الأعباء التي يضطلع بها القطاع العام وتحويلها نحو القطاع الخاص في بعض القطاعات الخدمية والتي تدخل ضمن البنى التحتية لتلك الدول يستلزم تمويل مالي كبير جداً قد لا يقوى عليه القطاع الخاص المحلي[١٢٧] ، وأن اعتبار هذه العقود من العقود الإدارية من شأنه أن ينأى بالمستثمر الأجنبي ببعيد ذلك لتخوفه من المخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرض لها وفق هذا الوصف ، ولكي يتسنى للدول أن تجذب الاستثمار الأجنبي إلى أراضيها وأن تحتفظ بعلاقات قوية بالخارج يرى أصحاب اتجاه الخصخصة بأن عليها الابتعاد عن أساليب القانون

---

[١٢٤] د. سليمان الطاوي : المصدر السابق ، ص٦٨-٧٥.

[١٢٥] نقلاً عن :

Nael G. Bunni , The HDIC From of contrail ٤th Edition of the Red BOOK, ٢nd Edition ١٩٩٦ , p. ٣٤.

[١٢٦] مقابلة لوزير الصناعة العراقي أسامة النجفي في منتدى العراق الاقتصادي منشور على شبكة الانترنت:

http:/www. Iraq directory .com /display News Ar. Aspy? Id=٧٠٢

[١٢٧] د. محمد الروبي : المصدر السابق ، ص٥٨.

العام واللجوء إلى العقود المدنية والتجارية وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي[١٢٨].

أن الطبيعة الإدارية لعقد استثمار الأجنبي للعقار يتعارض مع ملكية شركة المشروع محل التعاقد ملكية خالصة وتامة ونهائية : يشير أنصار خصخصة العقود محل الدراسة على أن "ملكية المشروع تكون خالصة وتامة ونهائية للقطاع الخاص ، وهو الأمر الذي لا يتحقق في التزام المرافق العامة والأشغال العامة والذي يفترض ملكية أصول المشروع للدولة"[١٢٩] . ولم تكتف بعض الدول بالاستثمارات الاقتصادية من لدن الاقتصاديين بل نظمت مسألة الخصخصة بتشريع ومنها الأردن إذ نظمت عملية الخصخصة بقانون يسمى قانون التخاصية ذي الرقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ حيث نصت المادة الثالثة من هذا القانون إلى التخاصية ومقاصدها وعرفتها بأنها (اعتماد نهج اقتصادي يتمثل في تعزيز دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي ليشمل مشاريع القطاع العام التي تقتضي طبيعتها إداراتها على أسس تجارية) . ومن مقاصد التخاصية تحقيق ما يلي :

أ. رفع كفاءة المشروعات الاقتصادية وزيادة إنتاجيتها وقدرتها التنافسية .

ب. الإسهام في تشجيع الاستثمارات المحلية والعربية والدولية بتوفير مناخ استثماري لها .

ج. تحفيز الإدارات الخاصة وتوجيهها نحو الاستثمار الطويل المدى تعزيزاً لسوق رأس المال المحلي والاقتصاد الوطني .

د. تخفيف العبء المالي عن الخزينة العامة بوقف التزاماتها بتقديم المساعدات والقروض للمشاريع المتعثرة والخاسرة .

ه. إدارة المشاريع الاقتصادية بأساليب حديثة بما في ذلك استخدام التقنية المتطورة بهدف تمكين هذه المشاريع من إيجاد أسواق مستقرة وفتح أسواق جديدة من خلال قدرتها على المنافسة في الأسواق العالمية[١٣٠].

٣. أن أحكام التحكيم الدولي تدعم نفي الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار :

لقد عُرض على التحكيم الدولي نزاعان كانا بمثابة حجر الزاوية للاحتجاج بها على كون عقود الاستثمار هي من عقود القانون الخاص وكان أول تحكيم بين حكومة المملكة العربية السعودية وبين شركة (Aramco) ، والتي رفضت محكمة التحكيم اعتبار العقد المبرم بين الطرفين المتحاكمين عقداً إدارياً استناداً إلى أن القانون السعودي والمنبثق من الشريعة الإسلامية خاصة مذهب الأمام (أحمد بن حنبل) لا يتضمن أية قواعد خاصة تنظم استغلال الثروة البترولية حيث من المقرر في الفقه الحنبلي أنه لا يوجد تفرقة بين المعاهدات المبرمة بين الدول وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة والعقود المدنية والتجارية حيث تخضع جميعها لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين[١٣١].

---

[١٢٨] د. أحمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص١٠٧.

[١٢٩] د. هاني سري الدين : التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية المحولة عن طريق القطاع الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٢٤٩.

[١٣٠] ينظر نص المادة ٣ من قانون التخاصية الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ .

[١٣١] للمزيد من التفاصيل حول قضية تحكيم (Aramco) يراجع كل من
د. حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠١ ، ص٤٦٤-٤٦٨.

وقد أضاف الحكم أنه حتى لو كان القانون السعودي يعرف فكرة القانون العام أو الإداري على غرار ما هو مقرر في فرنسا فأنه لا يمكن اعتبار العقد محل النزاع عقداً إدارياً وعلى وجه التحديد من عقود التزام المرافق العامة ذلك لتخلف شرط أداء الخدمة العامة للجمهور كما أن الشركة لا تتقاضى أية رسوم أو مبالغ من المنتفعين ومن ثم ينتفي عن العقد وصف امتياز المرفق العام وينتفي تبعاً لذلك الطابع الإداري له[١٣٢].

أما التحكيم الثاني فهو تحكيم Texaco بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic Oil Company and Texaco Overseas Petroleum Company) حيث نفى الحكم من العقد المبرم بين الطرفين الصفة الإدارية مستنداً في ذلك على أن "العقد لا تتوافر فيه معايير الصفة الإدارية لاعتباره عقداً إدارياً على وفق القانون الليبي، لأنه من ناحية لا يمكن القول بأن العقد قد أبرم بغرض تسير مرفق عام أو استغلاله لأن استغلال حقول البترول لا يعد مرفقاً عاماً بالمفهوم المتعارف عليه في القانون الإداري . كما أنه من ناحية أخرى لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص لأن الحكومة الليبية قبلت التعامل على قدم المساواة مع الشركتين المذكورتين ولم يتضمن العقد أية شروط استثنائية لا يمكن مصادقتها في عقود القانون الخاص بل تضمن العقد شرطاً صريحاً يمتنع بمقتضاه على الحكومة الليبية تعديل القوانين واللوائح بالحقوق التعاقدية المقررة بموجب العقد يغير موافقة الشركتين المذكورتين ، وهو ما ينفي عن العقد الصفة الإدارية[١٣٣].

٤. نصوص الاتفاقات العقدية تشير إلى القانون الخاص :

يذهب بعض الفقه[١٣٤] إلى القول بأن الكثير من عقود الاستثمار الأجنبي تنص صراحة على أن هذه العقود ذات طبيعة مدنية وتجارية ، إذ "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" وأن نصوص هذه العقود تؤكد أنها من عقود القانون الخاص ومنال ذلك ما تنفى المادة ١٨ من العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة أنتجن لتوليد الكهرباء . إذ نصت على أن توافق الهيئة أي هيئة كهرباء مصر موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على ان تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل ضمن برنامج الضمان والتي هي طرف فيها تعد تصرفات خاصة وتجارية.

وتعزيزاً لما تقدم ، توافق الهيئة موافقة غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة على ما يلي:

أ. أنها لن تطالب هي ومن ينوب عنها بأي حصانة من الإجراءات نفسها أو لأي من أصولها غير الأصول التي تتمتع بالحماية ، وذلك إذا أقيمت أي إجراءات ضدها أو ضد أصولها.

ب. أنها تتنازل عن أي حق في الحصانة وقد يكون لها أو لأي من أصولها حالياً أو مستقبلاً في أي جهة اختصاص فيما يتعلق بأي من هذه الإجراءات .

ت. أنها توافق بشكل عام فيما يتعلق بنفاذ أي حكم ضدها أي من الإجراءات وفي أي جهة اختصاص على منح أي إعفاء أو إصدار أي إجراء فيما يتعلق بهذه الإجراءات.

وكتابها الاتفاق على التحكيم في عقود الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٤٨.

[١٣٢] د. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٤٨.

[١٣٣] د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٥١-٥٣.

[١٣٤] د. هاني سري الدين : المصدر السابق ، ص٢٤٥.

واستناداً على مثل النص أعلاه يقرر المنادون بتكييف العقود محل الدراسة بأنها عقود مدنية وتجارية مادام أن هذه العقود تصرح بأنها من قبيل العقود أو الاتفاقات الخاصة والتجارية[١٣٥].

المطلب الثالث

تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي للعقار بتجزئته على وفق مكوناته التعاقدية

أن طبيعة تنفيذ العقود محل الدراسة تقتضي أن ترتبط بعدة مفاصل مترابطة تبدأ من مرحلة إيجار الأرض أو إجراء أي من التصرفات القانونية اللازمة للعملية ومروراً بأعمال المقاولات الرئيسة والثانوية والتي تنطوي على عديدٍ من الأعمال ذات الصلة بها ولا تقل عملية الإدارة المالية والمحاسبة أهمية وارتباطاً بسابقاتها ، من كل هذا حاول جانب من الفقه أن يتوسط بين الرأيين السابقين في بحث الطبيعة القانونية للعقود محل الدراسة بأن ينظر إلى كل عقد من العقود التي يتضمنها عقد الاستثمار على حدة لتحديد طبيعته القانونية وأن اتجاههم هذا تأتى من السمات الخاصة التي تتسم بها هذه العقود وعلى وفق ما سنرى في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وكذلك عملية التعاقد التي تنطوي على صعوبات فنية وعملية كون أن الطرفين قد يمثلان نظامين قانونيين متباينين وأن استمرارية هذه العقود لمدد زمنية طويلة تكون مسألة ظهور خلافات محتملة أكثر مما لو كانت مدد تنفيذها اقصر . لذلك نلاحظ أن العقود محل الدراسة أصبحت ظاهرة قانونية وأخذت لا تزال تأخذ حيزاً واسعاً وميداناً رحباً في مجال الدراسات القانونية المعاصرة بعد أن طرحت الخصخصة نفسها كظاهرة جديدة على الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو لم يوجد فيها قضاء إداري أصلاً[١٣٦]، لذلك رأى أصحاب هذا الاتجاه أن وضع تكييف محدد وثابت للعقود محل الدراسة قد يجعل منها قالباً جامداً ولا يسمح لها بمواكبة التطور الحديث لمثل هذه العقود ولا يتلائم مع حاجات الواقع العملي ومستوى عمليات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي للدول التي تحاول أن تحقق تنمية اقتصادية مستدامة[١٣٧].

أما ما انعقد عليه الرأي فأن العقود محل الدراسة قد أضحت وللأسباب أعلاه كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات تستمد قوتها من الشروط التعاقدية والتي طرأ عليها ما هو جديد في الحياة القانونية وهو شرط الثبات التشريعي وإعادة التفاوض وشرط التحكيم وغيرها من الشروط التي تستند إلى القوانين الخاصة بالاستثمار وعلى وفق ما سنرى لاحقاً.

---

[١٣٥] د. عوض الله شبيه الحمد : المصدر السابق ، ص٨٥ . و د. أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق، ص٤٥ وما بعدها .

[١٣٦] د. محمد حسين إسماعيل : النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٥ ، ص٢٥ وما بعدها.

[١٣٧] د. محمد الروبي : المصدر السابق ، ص٨١-٨٥.

ومن خلال مراجعة الاتجاهات السابقة في تحديد الطبيعة القانونية للعقود محل الدراسة يتضح لنا أن حجج أصحاب الاتجاه القائل بأنها من عقود القانون الخاص هي أقرب للواقع ولكن هناك واقعا عمليا وتشريعيا واقتصاديا يحيط بتنفيذ هذه العقود دفع أصحاب الاتجاه الثالث إلى اعتبار مسألة تحديد طبيعة هذه العقود في قالب معين من شأنه أن لا تلبي حاجات الدول التي تحاول أن تجذب الاستثمار الأجنبي إلى أراضيها ولذات الأسباب أعلاه نحن نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه.

المبحث الثاني

خصائص عقد الاستثمار الأجنبي للعقار

لقد اشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى أن عقود الاستثمارات الأجنبية قد اتخذت العديد من الأشكال وعلى وفق المتغيرات الاقتصادية الدولية التي فرضت أشكالاً جديدة لها ، وقد يتبادر إلى الذهن أن هذا التغيير في الأشكال والصيغ لهذا النوع من العقود بأن خصائصها تتغير تبعاً لذلك وسينأى بها بعيداً عن القواعد العامة والخاصة المتعلقة بذاتيتها إلا أن الواقع العلمي والعملي لهذه الخصائص أثبت خلاف ذلك إذ لا يمكن إنكار وجود خصائص أساسية تجتمع في الأنواع المتعددة لهذه العقود ولعل أول ما نبدأ به من هذه الخصائص ما يتعلق بالقواعد العامة وعلى النحو الذي سنراه.

المطلب الأول

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من العقود الملزمة للجانبين

تقسم العقود من حيث الأثر إلى عقود ملزمة لجانب واحد أو ملزمة لجانبين والتي يقصد بها "العقود التي تنشئ منذ إبرامها التزامات متقابلة في ذمة عاقديها بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائناً ومديناً للآخر"[١٣٨].

ومن المستقر في القواعد العامة لنظرية الالتزام أن العقد لا يرتب آثاراً ألا من لحظة الإبرام بحيث يتطابق الإيجاب مع القبول أو استيفاء الشكلية أن كان شكلياً أو القبض والتسليم أن كان عينياً[١٣٩]، إلا أن خصوصية المحل في العقود محل الدراسة تشير إلى إمكانية ترتب آثار في المرحلة السابقة للتعاقد والتي تتمثل بمرحلة التفاوض وعلى النحو الذي سنراه في الفرعين التاليين :

---

[١٣٨] د. عبد المجيد الحكيم : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٢٤-٢٥.

[١٣٩] د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ ، ف١٠٠ ، ص٢٢١.

الفرع الأول

الالتزامات في مرحلة التفاوض

توصف عملية التفاوض بأنها تحمل شيئاً من التعقيد في بعض جوانبها منها الاتفاق المبدئي (العقد الأساسي أو عقد الإطار) كما تتضمن بعض العقود مثل العقود الصناعية ذات التنفيذ المتتابع شروطاً تقتضي إعادة التفاوض عند انتهاء مدة العقد . ومثل هذه الشروط تفرض على الأطراف الالتزام بالتفاوض ويترتب على عدم تنفيذ الالتزام به إمكانية الحكم بالتعويض على المدين الذي أخل بهذا الالتزام ، كما تدخل ضمن هذه المرحلة أشكال أخرى من العقود التمهيدية تسمى العقود المؤقتة والتي تربط بين الأطراف فقط في أثناء المفاوضات كما أن هناك ما يسمى بالعقود الجزئية والتي تعد من العقود المألوفة في إطار التعامل الدولي وتطلق الأطراف المتفاوضة على المسائل التي تم الاتفاق بشأنها وصف المسائل الأصلية بينما نوصف المسائل الخلافية بالمسائل التبعية ومثل ذلك النظام الذي يفترض أن الوفاق قد تحقق بالنسبة للعناصر الجوهرية في العقد يسمح بالإسراع في إبرام العقود دون تعليق مسألة نفاذه على تحضير النص النهائي للعقد طالما أن الرضاء قد تحقق حول العناصر الجوهرية ، والواقع العملي لما تقدم من تسميات لمرحلة ما قبل التعاقد وما وصفت به من أوصاف يشير جانب من الفقه إلى ان الفقه اللاتيني حاول مجاراة الفقه الأنجلو سكسوني الذي عمل على إيجاد صيغ خاصة وتحرير أوراق خاصة للتحاور وذلك بفعل امتلاكه لناصية العمل الاقتصادي علماً وعملاً وأصبحت تؤثر الدول الأنجلو سكسونية في اتجاهات السياسة الاقتصادية العالمية ولم يكن الاختلاف في اللغة والثقافة القانونية كافياً لوحده في هذه الصياغة[١٤٠].

ولا ينبغي من خلال عرض الرأي المتقدم أن نجعله سجالاً بين الفقهين اللاتيني والأنجلو سكسوني ولكن باختصار شديد أن الفقه اللاتيني قد وضع نظرية واضحة تعرف بنظرية العقد الابتدائي أو التمهيدي على العقود المتتابعة التنفيذ وقد أخذت التشريعات التي تأثرت بهذا الاتجاه ومنها التشريع المدني العراقي بذلك . إذ نصت المادة ١/٩١ من القانون المدني العراقي (الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها) [١٤١].

وأن ما أفرزه الواقع العملي في العقود الدولية فأن ظهور ما يعرف بخطاب النوايا والذي كان لا يشكل اتفاقاً نهائياً إلا أن يعبر عن رضاء الطرفين الضمني بمواصلة المفاوضات تحسباً لإبرام العقد

---

[١٤٠] تتمثل هذه الأوراق الخاصة أو المصطلحات بمذكرة التفاهم Memoranda of understanding وخطاب التفاهم Letter of understanding ، والاتفاق من حيث المبدأ Agreement in principle وعهد الشرف Honiara clause وخطاب الثقة Letter of contort وخطاب النوايا letter of Intent وبروتوكول اتفاقي Protocol of accord والاتفاق المرحلي punctuation والاتفاق على الاتفاق Agreement to Agree .
للمزيد يراجع : د. حسام محمود لطفي : المصدر السابق ، ص٥-٦.

[١٤١] وبذات المعنى إشارة المادة ٩٥ من القانون المدني المصري (على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفقا عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولإحكام القانون العرف والعدالة) .

النهائي فإذا أخل طرف بالتزامه الضمني بالتفاوض فأنه يترتب على هذا الإخلال انعقاد مسؤولية هذا الطرف تجاه الطرف الآخر والتزامه بالتعويض[١٤٢].

أما عن التساؤل الآخر فما هي طبيعة المسؤولية المترتبة على قطع التفاوض هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية وما هو موقف كل من القضاء الأنجلو سكسوني واللاتيني والجرماني والتحكيم الدولي .

بالنسبة للقضاء اللاتيني والذي يمثل القضاء الفرنسي جزءاً منه فيرى إخلال الطرف بالتزامه الضمني بالتفاوض مع وجود خطاب نوايا مسؤولية تقصيرية إذ أنها المسؤولية الوحيدة المتصور انعقادها في غياب وجود العقد النهائي[١٤٣]. وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية صدر عام ١٩٧٢ أخذت المحكمة بمبدأ يقضي بأن مخالفة مبدأ حسن النية في العلاقات التجارية يترتب عليها قيام المسؤولية .

أن وقائع هذه القضية تخص قيام المدعي بإجراء مفاوضات مع الموزع الوحيد لبعض الأجهزة الأمريكية في فرنسا ، ومن خلال هذه المفاوضات قام المدعي بالسفر إلى الولايات المتحدة الأمريكية لمشاهدة بعض النماذج من هذه الأجهزة وبعد عودته من السفر قام بالطلب من الموزع بتزويده ببعض المعلومات لكي يتمكن من اتخاذ قراره النهائي بخصوص الشراء ، ألا أن الموزع لم يقم بتزويده بالمعلومات المطلوبة ، وقام بإخفاء تقدير تقريبي للأسعار كانت قد أرسلته الشركة المصنعة إلى المدعي ، وبعد مضي أسبوعين على هذا الأمر قام الموزع بالتعاقد مع أحد التجار المنافسين للمدعي ببيع هذه الأجهزة وكان العقد بينهما يتضمن شرطاً يتعهد بمقتضاه الموزع بعدم بيع مثل هذه الأجهزة في منطقة البيع لمدة (٤٢) شهراً .

قررت المحكمة أن تكيد أحد طرفي التفاوض بعض الخسائر نتيجة لهذه المفاوضات يخالف مبدأ حسن النية في التعامل وخاصة إذا لم يقدم الطرف الذي قطع المفاوضات أسباباً مقنعة لهذا القطع وأضافت المحكمة أن مثل هذا النوع من المفاوضات والتي جرت بين الطرفين ، لا يمكن إنهاؤها بإجراء اتصال هاتفي ولهذا فأن القطع يرتب مسؤولية تقصيرية على الطرف الذي قام به[١٤٤].

أما القضاء الألماني فيؤسس هذه المسؤولية على أنها تنشأ بقوة القانون الذي يستلزم على المفاوض عند البدء بإجراء المفاوضات استخدام درجة من العناية المتبعة والمعتادة في العلاقات التجارية بين الأشخاص وهي تنشأ بصورة مستقلة عن إرادة الشخص فالتعويض عن الخسائر التي تكبدها المتضرر يحكم فيها إذا ما قام الطرف الآخر من خلال تصرفه بخطأ أدى إلى قيام مقتضيات الثقة بأن العقد أصبح على وشك الإبرام.

وفي حكم للقضاء الألماني في قضية عرضت عليه عام ١٩٦١ حيث قام أحد الأشخاص بقطع إجراءات التفاوض بعد أن قطع الطرفان شوطاً كبيراً فيها ، أعلنت المحكمة أنه يمكن الحكم بالتعويض للطرف المتضرر في مثل هذه الحالة إذا لم يكن قطع المفاوضات قد قام على أسباب وأسس معتبرة وكان

---

[١٤٢] فؤاد العلواني و د. عبد جمعة موسى : الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، بيت الحكمة ، ٢٠٠٣ ، ص٢٢.
[١٤٣] هشام صادق : عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص٢٨١.
[١٤٤] نقلاً عن : يزيد أنيس منصور : مجلة المنارة – جامعة آل البيت – الأردن ، العدد الثالث – تشرين الأول ، ٢٠٠١ ، ص٢٢٢.

اعتماد الطرف المتضرر على إمكانية إبرام العقد كان معقولاً ومبرراً وكانت هذه الإمكانية قد نشأت عن تصرف قام به الآخر[١٤٥].

أما اتجاه القضاء الأنجلو سكسوني حيال مرحلة التفاوض فيؤكد الفقيه الأمريكي (فنامنا) أن أعمال التجارة ليست تصرفات قانونية منفصلة تتم بين أفراد مستقلي الإرادة بل تتصف بعمليات متكاملة تتطلب فرض نوع من المسؤولية في مرحلة إبرام العقد وان المبدأ الأقرب لنظرية الخطأ العمدي في النظام الأنجلو سكسوني هو مبدأ الثقة التعاقدية الذي بموجبه أسس القضاء الأمريكي حكمه على أساس المسؤولية العقدية وليست التقصيرية ويحق للطرف المضرور المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

وفي حكم لمحكمة استرالية قررت المحكمة المذكورة في عام ١٩٨٨ في قضية تتلخص وقائعها أن المدعي "م" الذي يعمل مقاولاً للإنشاءات قام بالتفاوض لعقد اتفاق مع (والتون) المستأنف للقيام بإزالة بناء قائم على قطعة ارض يملكها المدعي ومن ثم إنشاء بناء جديد عليها بحسب المواصفات التي طلبها (والتون) على أن يقوم الأخير باستئجار البناء بعد إتمامه.

جرت المفاوضات بشكل هادئ توصل الطرفان إلى قناعة كاملة بأن الاتفاق على وشك الإبرام ، قام المدعي بإزالة البناء القديم والمباشرة بتشييد البناء الجديد ومن ثم طلب من (والتون) توقيع العقد قبل الانتهاء بشكل كامل من إتمام البناء إلا أن والتون رفض التوقيع وأعلن عدم رغبته بإتمام العقد نتيجة لتغيير خططه قامت المحكمة بتطبيق مبدأ الثقة التعاهدية وأعلنت أن هناك عقداً ضمنياً قد نشأ على أساس تصرف كل واحد من الطرفين في المفاوضات التي دارت بينهما حيث قام (والتون) بالتعهد للمدعي بأنه سيستأجر البناء بعد إنشاءه ولهذا فأنه لا يجوز السماح له بالانسحاب وعدم الوفاء بما تعهد به يمكن القول أن التسبيب في هذا القرار جاء كما يأتي :

١. أن هناك تعهداً ضمنياً تقدم به والتون أوجد ثقة لدى المدعي.
٢. أنه ليس من المعقول إنكار هذا التعهد بعد اعتماد المدعي على ذلك التعهد .
٣. أن التنفيذ العيني ليس ممكناً في هذه الحالة .
٤. لما تقدم يمكن للمحكمة الحكم بالتعويض لاستحالة التنفيذ العيني[١٤٦].

أما قضاء التحكيم الدولي فيعد المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية تقصيرية إلا إذا وجد اتفاق على التفاوض يفرض على الأطراف التزاماً عقدياً فعندها تكون المسؤولية عقدية ويستخلص الالتزام العقدي من خطابات النوايا المتبادلة بين أطراف التفاوض وكذلك ما يسمى باتفاقات الشرف Gentlemen Agreements والتي يعدها المحكمون ارتباطات حقيقية وملزمة [١٤٧]. ففي حكم في إطار غرفة التجارة الدولية تحت رقم ٢١٣١ في ١٩٧٩/١٠/٢٦ قضت محكمة التحكيم التجاري الدولي باعتبار المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية تقصيرية فذلك في قضية (NORSOLOR) بين فرنسا والنمسا والتي أكدت فيها محكمة التحكيم الدولي أيضاً أن المسؤولية عن قطع المفاوضات لا تعد عقدية إلا

---

[١٤٥] يزيد أنيس منصور : المصدر السابق ، ص٢٢٥.
[١٤٦] يزيد أنيس منصور : المصدر السابق ، ص٢٣٥.
[١٤٧] د. هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الإسكندرية ، دار المعارف ، ١٩٩٩٥ ، ص٢٨٩.

في حالة وجود اتفاق على التفاوض يفرض على الأطراف التزاماً عقدياً بمواصلة التفاوض بهدف إبرام العقد النهائي[١٤٨].

وخلاصة القول في تحديد طبيعة المسؤولية بشأن العقود محل الدراسة التي تدخل الدولة طرفاً فيها مع الطرف الأجنبي تحكمه مجموعة من القواعد والمبادئ المستقرة يؤدي أعمالها على هذه العقود لتقرير مسؤولية الطرف المُخِلْ بالالتزام بإتمام العقد النهائي وتكون هذه المسؤولية مسؤولية عقدية إذا كان مسلك الطرف المخل قد تم بمخالفة لشروط العقد التمهيدي أو الإطار الاتفاقي الذي تضمنت عهداً من الأطراف بالالتزام بإبرام العقد النهائي إذ أن هذه النظرة تعد مجرد أعمالاً لمبدأ حسن النية في إبرام العقود والذي من مقتضاه يتعين على الأطراف المتعاقدة الوفاء بالتعهدات الصادرة عنها وإلا تحققت المسؤولية على عاتقهم[١٤٩].

الفرع الثاني

الالتزامات اللاحقة لمرحلة إبرام العقد

لقد أشرنا بفقرة سابقة إلى أن العقود محل الدراسة هي من العقود الملزمة للجانبين وتناولنا الفقرة الأولى الالتزامات في المرحلة السابقة للتعاقد ولابد من الإشارة على التزامات الأطراف في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد ومن الضروري الإشارة إلى أن هذه الالتزامات تتنوع وتختلف تبعاً لاختلاف نوع العقد المبرم بين طرفي العلاقة العقدية إذ أن عقود الاستثمار المبرمة في إطار استغلال الثروات النفطية تنشئ على عاتق أطرافها التزامات تختلف بالضرورة عن عقود الاستثمار الأجنبي الواقع على العقار وهذه الالتزامات بدورها تختلف عن العقود الخاصة بتسليم مفتاح في اليد وعقود تسليم المصنع في اليد وهكذا ، ولكن ما يمكن قوله أنه برغم اختلاف المحل في هذه العقود لكن تبقى مجموعة من الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشتركة تتواجد في غالبية عقود الاستثمارات الأجنبية وتنقسم هذه الحقوق والالتزامات إلى قسمين الأول منها حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمار وحقوق والتزامات المستثمر الأجنبي وعلى النحو الآتي:

أولاً : التزامات المستثمر الأجنبي:

أ. الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل العقد : ينبغي على المستثمر الأجنبي وهو ينفذ مشروعه الاستثماري أن يلتزم باحترام القواعد الفنية السائدة وما يجري عليه العمل على وفق المواصفات الفنية المنصوص عليها في العقد من جهة ومجال تخصص المشروع من جهة أخرى إذ قد يتعلق المحل بمجال البحث عن البترول أو القيام بالأعمال الهندسية أو محال التشييد فأن العقود محل الدراسة تحرص دائماً على النص صراحة بأن على المستثمر الأجنبي أن يحترم القواعد الفنية السائدة والمعترف بها دولياً في مجال التعاقد.

---

[١٤٨] د. أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق ، ص١٩٤-١٩٥.
[١٤٩] د. محمد حسام محمد لطفي : المصدر السابق ، ص١٦-١٨.

ب. الالتزام بإمداد الدولة المضيفة للاستثمار بالمواد الملائمة للمشروع واستخدام التكنولوجيا المتطورة : من المؤكد أن معظم الدول التي تستضيف الاستثمار الأجنبي هي بحاجة إلى قدرات فنية وتكنولوجية تفتقر إليها لذلك فأنه في الأعم الغالب أن تتضمن مثل هذه العقود نصوصا وتعهدات تلزم المستثمر الأجنبي بأن يكون البناء متمشياً مع ما يمثل الجوانب الفنية الأكثر حداثة من التكنولوجيا المستخدمة بالمجال محل التعاقد تتعدد هذه النقطة من الجوانب المهمة والتي قد تنشأ عنها عدة خلافات لذلك يستلزم الإشارة إليها وتفسيرها بدقة تلافياً لإثارة المشاكل التي قد تنجم عن تفسير الوسائل الفنية والتكنولوجية في المشروع[١٥٠].

ج. التزام المستثمر الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار : لقد أشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة أن الاستثمار في معناه اللغوي يعني زيادة ثمرة الشيء وتنميته ومن هذا المنطلق فأن الدولة المضيفة للاستثمار عادة ما تفرض على المستثمر الأجنبي المتعاقد معها على الالتزام بضرورة القيام باستثمار محدد يتم تحديدها وتعيين مقداره في خلال مدة معينة يتفق عليها ومن المعروف أن الدول المضيفة للاستثمار تسعى من وراء عملية الاستثمار إلى تحويل النفقات المخصصة للمحل في عقد الاستثمار إلى قطاعات أخرى غير منتجة كقطاع التربية والتعليم والصحة.

وفي تساؤل بهذا الصدد هل أن هذا الالتزام الملقى على عاتق المستثمر الأجنبي ينطبق على حالة العراق اليوم ؟ . فقد أجاب أحد الاختصاصيين بأن للاستثمار الأجنبي دورا حيويا يلبي حاجة العراق إذ أنه بأمس الحاجة للاستثمار الأجنبي وبجميع مكوناته الأساسية الأصول الثابتة (المكائن والمعدات والأدوات المرتبطة بها) والملكية الفكرية والمعرفة الفنية التي تتضمنها (المحتوى العلمي والإدارة الفنية لرأس المال) الذي يعني التقدم العلمي والفني المباشر الذي يصاحب الاستثمار أو ذلك المرتبط بإدارة وتنظيم وتشغيل رأس المال وإعادة الدورة الاقتصادية بشكل موسع[١٥١].

ومؤدى هذا الكلام أن المشروع الاستثماري ينبغي أن يحقق شيئاً من النمو الاقتصادي الذي تسعى إليه الدول المضيفة للاستثمار وعلى مستوى معين ولمدة زمنية معينة.

د. التزام المستثمر الأجنبي بالأعلام والإخبار : ترد حول هذا الالتزام عدة تساؤلات من أبرزها هو هل أن هذه العقود تمنح الدولة المضيفة للاستثمار أو الجهاز التابع لها والمتعاقد مع المستثمر الأجنبي حقاً في الإطلاع والرقابة الدائمة على سير العملية الاستثمارية في المشروع محل التعاقد وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فما هو الجزاء المترتب على إخلال المستثمر الأجنبي بهذا الالتزام؟

من البديهي أن المحل في العقد محل الدراسة يرتبط بخطة اقتصادية معينة وتكون قيمة المبلغ لهذا المحل قد تصل إلى عشرات ومئات الملايين من الدولارات[١٥٢]، كما أنها تتصل بنظام قانوني ويرتبط بسياسة تشريعية واقتصادية دقيقة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية ، فإن هذا كله يمنح الحق للدولة المضيفة للاستثمار بمراقبة المشروع الاستثماري بمراحله كافة وفي

---

[١٥٠] د. حسام محمد عيسى : النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا،دراسة الآليات القانونية ، دار المستقبل ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٣٨ .

[١٥١] د. جعفر عبد الغني : ملاحظات سريعة حول الاستثمار الأجنبي ، مجلة الثقافة الجديدة ، العدد ٣١٦ ، ٢٠٠٥ ، ص١٧.

[١٥٢] من المتوقع إن يبلغ حجم الاستثمار في قطر ١٢٠ مليار دولار أمريكي يتم ضمنها إلى مشاريع البنية التحتية للبلاد وفي مختلف القطاعات : تصريح لوزير الاقتصاد والتجارة القطري لقناة إيلاف الإعلامية منشور على شبكة الانترنت Htt;//www.elaph.com /Elaph web/Economics.٢٠٠٦/٤١/٣٦٤٠٩.

ذات الوقت يقع على المستثمر الأجنبي التزاماً بتقديم كل الأوراق والمستندات والخطط والوثائق وجميع ما يتعلق بالمشروع كما أنه يلتزم بتقديم تقارير دورية وتفصيلية تتعلق بالحالة التي يمر بها المشروع ، وتشير المصادر إلى أن نزاعاً نشب حول هذا الالتزام بين شركة Kloncker الألمانية وحكومة الكاميرون مَنْشَأَ أن الشركة المذكورة قد اخفت على المتعاقد معلومات ذات أهمية حيوية في مرحلة من المراحل التي يمر بها المشروع وثبت امتناعه عن الإفصاح عن عدد من الوقائع لو كان المتعاقد الآخر قد علم بها في حينها لأنهى المشروع[١٥٣].

ثانياً : **التزامات الدولة المضيفة للاستثمار** :

تتمثل أبرز هذه الالتزامات بما يلي :

أ. التزام الدولة المتعاقدة بمساعدة المستثمر الأجنبي من القيام بالاستثمار على أراضيها : ينبغي على الدولة المضيفة للاستثمار أن تتعهد بتقديم كل مساعدة ممكنة للمستثمر الأجنبي كي يتمركز على إقليمها وتتمثل هذه المساعدة بإجراءات قانونية وإدارية ، وتتمثل الأولى بمنح المستثمر جميع التراخيص الخاصة بالبناء والاستيراد وحمايته من المنافسة الدولية على نحو يساعده في إنجاز مشروعه الاستثماري الذي يصب في النهاية في تحقيق التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار وقد أشارت المادة الثانية من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي رقم ١ في ١٤٢١/١/٥ هجرية إلى "تختص الهيئة بالترخيص لأي استثمار لرأس المال الأجنبي في المملكة سواء بصفة دائمة أو مؤقتة وفي جميع الأنشطة الاستثمار عدا الأنشطة المستثناة بموجب المادة الثالثة من النظام"[١٥٤].

وبالمعنى عينه نصت المادة ١٧ من قانون رقم ٣٠٦ الخاص بتشجيع الاستثمارات في لبنان لسنة ٢٠٠١ إذ نصت على "تخفيض على رسوم رخص البناء بالنسبة للأبنية المنوي تشييدها واللازمة لتحقيق المشروع الاستثماري المستفيد من أحكام سلة الحوافز بنسبة تصل إلى ٥٠% كحدٍ أقصى"[١٥٥].

أما الإجراءات الإدارية التي تلتزم بها الدولة المضيفة للاستثمار قبل المستثمر الأجنبي فتتمثل بتسهيل دخول المختصين بالعمل من الفنيين والإداريين ومنح تصاريح العمل والسماح له بإدخال الآلات والمكائن اللازمة للمشروع الاستثماري وقد أشارت المادة السابعة من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ والخاص بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي إذ نصت الفقرة ب في هذه المادة على "منح مشروعات الاستثمار الأجنبي إعفاءاً جمرجياً على وارداتها من الآلات والمعدات اللازمة لإنشائها"[١٥٦].

---

[١٥٣] للمزيد من التفاصيل تراجع : د. حفيظة السيد الحداد ، المصدر السابق ، ص٢٠٠ وما بعدها . و د. محمد حسام محمود لطفي : المصدر السابق ، ص١٩-٢٠.

[١٥٤] ينظر نص المادة ٢ من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي رقم /١ لسنة ١٣٢١هجرية.

[١٥٥] ينظر نص م ١٧ / من قانون تشجيع الاستثمار اللبناني.

[١٥٦] ينظر نص المادة ٧ من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي في قطر.

ب. التزام الدولة المتعاقدة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي : لعل أول ما يتبادر إلى الذهن هو ما نوع الحماية التي يمكن أن يلتزم بها الدولة المضيفة للاستثمار تجاه المستثمر الأجنبي ؟ أن من ابرز أنواع الحماية هي الحماية القانونية والحماية المادية وتتمثل الأولى وكما أشرنا في غير موضع من هذه الرسالة على أن الدول التي تسعى إلى جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها فأنها عادة ما تسعى إلى تشريعات خاصة تتعلق بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال نصوص خاصة تقرر تلك الحماية سواء أ كانت تلك الحماية مقررة بشكل عام أو كانت حماية موصوفة بأوصاف خاصة وتتحقق هذه الحماية من عدة جوانب أولها الجانب التشريعي المتقدم ذكره ، والجانب الآخر يتم عن طريق إبرام المعاهدات سواء أ كانت ثنائية أو جماعية بهدف حماية الاستثمارات الأجنبية التي يقوم بها أحد مواطني الدول المتعاقدة بها على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى.

وعادة ما يكون هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية تلتزم به الدولة المتعاقدة ، أما النوع الثاني من الحماية فهي الحماية المادية إذ تلتزم الدولة المضيفة للاستثمار الحماية المشروع الاستثماري وتوفير الحماية الكاملة والأمن على إقليمها وعادة ما تكون هذه الحماية بموجب اتفاقية بين الدولة التي ينتمي إليها المشروع الأجنبي بجنسيته والدولة المضيفة للاستثمار[١٥٧].

[١٥٧] للمزيد تراجع : د. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص١٠-١٢.

المطلب الثاني

المحل في العقد هو عقار بالطبيعة وبالتخصيص

إن المحل في العقد محل الدراسة ينصب على العقار بالمعنى القانوني له كالاستثمار الواقع على إنشاء قناطر أو مبان أو سدود أو مطارات أو مترو أنفاق وخلافه مما قد يرد على العقار من أعمال إنشائية، ويستوي أن يرد عقد الاستثمار على عقار بطبيعة أو عقار بالتخصيص، كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء[١٥٨] ، أما إذا كان موضوع العقد من المنقولات فلا يمكن اعتبار العقد من عقود الاستثمار العقاري وما يؤكد صحة هذا القول أن معظم تشريعات الاستثمار العربية قد أشارت إلى المحل في عقد الاستثمار في نصوص تشريعية صريحة[١٥٩]، تشمل العديد من المرافق الحيوية التي تمثل البنية التحتية وجميع ما يدخل ضمن العقار بمفهومه القانوني[١٦٠].

وقد أشارت مسودة مشروع الاستثمار الإسكاني المقدمة إلى مجلس النواب العراقي في ٢٠٠٥/١٠/٤ إلى إن الفرص الاستثمارية المتاحة أمام الأجنبي في ظل هذا القانون تنصب على بناء المجمعات السكنية والمنشآت العقارية الأخرى المتمثلة بالمستشفيات والمباني وغيرها من مشاريع البنى التحتية[١٦١].

أما التشريعات العربية فقد جاء في نص المادة الأولى من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المصري تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أي كان النظام القانوني الخاضع له تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية :

أ – استصلاح الأراضي البور والصحراوية أو احدهما .

ب – الصناعة والتعدين .

ج – الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية .

ء – الإسكان الذي تؤجر وحداته بالكامل خالية لأغراض السكن غير الإداري .

هـ - البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق اتصالات [١٦٢].

---

[١٥٨] د. عيسى عبد القادر الحسن : التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٧.

[١٥٩] للمزيد ينظر نص تشريعات الاستثمار العربية على شبكة الانترنت : www.Arablaw.org.com

[١٦٠] تنص المادة ١/٦٢ من القانون المدني العراقي : العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تمويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والفرامل والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية. كما تنص المادة ٦٣ على أنه يعد عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

[١٦١] ينظر نص مشروع قانون الاستثمار الإسكاني رقم ٤٤ في ٢٠٠٥/١٠/٤ .

[١٦٢] ينظر نص المادة الأولى من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٨ .

المطلب الثالث

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار هو من العقود الدولية الخاصة

لا يخفى على الباحث أن الأوضاع المحيطة بالعقود محل الدراسة يجعل لها أهمية بارزة على صعيد العلاقات الدولية إذ تتشابك فيه العلاقات السياسية والاقتصادية والقانونية لاسيما في المجال الاتفاقي لأكثر من نظام قانوني واحد.

أن من المسلم به أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام[١٦٣]، ولا تكاد توجد مصاعب في تطبيق المسلمة أعلاه إذا ما كان إبرام عقود الاستثمار على وفق نظام قانوني واحد وضمن العلاقات الداخلية . غير أن وجود الطرف الأجنبي في هذه العلاقة التي تتصل بطرف وطني آخر منذ لحظة البدء بالتفاوض وصولاً إلى التعاقد والتنفيذ إذ تتشابك فيها الكثير من الأنظمة القانونية التي تختلف تماماً عن النظام القانوني للطرف الآخر لذلك نجد أن المحاولات الفقهية كانت ولا تزال مستمرة في تحليل هذه العلاقة . وردها إلى عناصرها الرئيسة وهي (الأطراف – المحل- السبب) ذلك لوضع تعريف جامع مانع للعقد الدولي ، إلا أن هذه المحاولات لم تقطع بتعريف معين بل وضعت معايير معها يمكن للعقد أن يكتسب الصفة الدولية وعلى النحو الذي سنراه .

الفرع الأول

المعيار القانوني

يعد المعيار القانوني هو الأسبق في تحليل هذه العقود ويتخذ صورتين الأولى منهما هي الصورة التقليدية التي تقتضي بأن تحديد دولية العقد تكون بشكل تلقائي لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية . ويرى أنصار هذا المعيار أن التسوية بين عناصر الرابطة القانونية كفيل باكتساب العقد الصفة الدولية وهذا من شأنه أن يخضع لأحكام القانون الدولي الخاص[١٦٤].

غير أنه يلاحظ على هذا المعيار صفتا الجمود والتطبيق الآلي إذ أنه لا يميز بين أهمية عنصر دون آخر في الرابطة ويساوي بين هذه العناصر في الأهمية لذلك ظهرت الصورة الثانية لهذا المعيار ويسمى المعيار القانوني الحديث الذي يرى أنصاره إلى وجوب التفرقة في العناصر القانونية للعقد والتي تطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية إذ لا يكفي توافر العناصر غير الفاعلة أو المحايدة لإضفاء الطابع الدولي للعقد على هذه الرابطة وإنما ينبغي لاكتساب الطابع الدولي أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر فاعل أو

---

[١٦٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات . نظرية العقد ، دار الفكر ، سنة الطبع بلا ، ص٢٨.
[١٦٤] د. حسن الهداوي : المصدر السابق ، ص٢٥ وما بعدها.

مؤثر ، ففي العقود محل الدراسة تظهر فاعلية وتأثير الصفة الأجنبية على الرابطة بشكل واضح إذ يكون المستثمر الأجنبي عنصراً فاعلاً في العلاقة المذكورة كونه أحد أطراف العلاقة القانونية .

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

أن المعيار الاقتصادي قد نشأ في أروقة القضاء الفرنسي وقد بحثه الفقهاء فيما بعد ليستحيل إلى نص تشريعي بعد أن تبناه المشروع الفرنسي في قانون المرافعات وعلى النحو الذي سنراه .

لقد ظهر المعيار الاقتصادي على يد المحامي العالم الفرنسي Matter وذلك بمناسبة قضية Prissier طرحت على محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢٧/٥/٧[١٦٥] .

وقد تلقف الفقه هذه القضية وقام بتحليلها إذ وضع لها صورتين باكتمالهما يكتمل المعيار الاقتصادي والصورة الأولى تعرف مجازاً بـ (معيار المد والجزر) والتي بموجبها تنعقد الصفة الدولية للعقد بمناسبة ذهاب وإياب لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر . أما الصورة الثانية لهذا المعيار فتستلزم تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية التي تقتضي حركة للأموال والخدمات أو بموضوعات عبر الحدود حتى لو كانت في اتجاه واحد .

أما على الصعيد التشريعي فنجد أن الأمر ٣٩ الخاص بتنظيم الاستثمار الأجنبي في العراق قد يظهر من خلال قراءة نص القسم ١٠ منها إلى أن (تتم تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار في العراق والتي تنشئ بين مستثمر أجنبي وشخص عراقي عادي أو معنوي وفقاً لأحكام تسوية الخلافات الواردة في أي من الاتفاقات المكتوبة ذات العلاقة التي تنظم العلاقة بين الطرفين ويجوز للطرفين إن يختارا في أي اتفاق يتوصلان إليه استخدام آليات التحكيم المحددة في القانون العراقي)[١٦٦] .

أما المادة الثالثة من قانون التحكيم المدني والتجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقد أشارت إلى إن العقد الدولي يكتسب هذه الصفة في الحالات الآتية :

ثانياً : إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية.

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

---

[١٦٥] د. محمد عبدالمجيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(١٦٦) ينظر نص القسم ١٠ من الأمر ٣٩ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة في ١٢ سبتمبر ٢٠٠٣ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٩٨٠ آذار ٢٠٠٤.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة

أ. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية نفيه .
ب. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .
ج. المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع[١٦٧].
التجارة الدولية"[١٦٨].

وكذلك تنص المادة ٨٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه "يعد دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية"[١٦٩] .

المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الصادر في ١٢ مايس ١٩٨١ قد اعتمد الصورة الثانية من هذا المعيار إذ أشارت المادة ١٤٩٢ إلى "يكون دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح اتفاق التحكيم فإذا كان أحد الأهداف عدة مراكز فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم . إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتادة"[١٧٠]

الفرع الثالث

المعيار المختلط (الاقتصادي – القانوني)

يتضح لنا من عنوان هذا المعيار بأنه يستلزم توفر المعيار القانوني الذي ينطوي على وجود عنصر أجنبي فاعل ومؤثر في الرابطة العقدية والمعيار الاقتصادي الذي يستلزم أن يكون محل العقد مرتبطاً بمصالح التجارة الدولية ، وقد أخذ المشرع المصري صراحة بالمعيار المختلط في نص المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إذ نصت على أنه "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمراكز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا التحكيم لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد[١٧١].

---

[١٦٧] ينظر نص المادة (٣) من قانون التحكيم المدني التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .
[١٦٨] ينظر نص المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي على شبكة الانترنت :
http:// www.jus.uio.no/im/france.arbitration.code.of.civil.procedure.١٩٨١/doc.htral.
[١٦٩] ينظر نص المادة ٨٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على شبكة الانترنت .
[١٧٠] ينظر نص المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر في ١٢ مايس ١٩٨١.
[١٧١] ينظر نص المادة (٣) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية .

وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ تموز ١٩٧٢ إلى كل من المعيارين القانوني والاقتصادي في نفس الوقت لتقرير دولية العقد المبرم بين الشركة الهولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلا للشركة الهولندية مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني لهولندي والفرنسي ولم تكتف المحكمة بتوافر المعيار القانوني لتقرير دولية العقد بل اشارت في معرض تأكيدها لدوليته إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) [١٧٢].

المطلب الرابع

ظهور ملامح المصلحة العامة في عقود الاستثمارات الأجنبية الواقعة على العقار

تسعى الدولة في السماح للاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) في الارتكاز على المبدأ العام في النظم القانونية المحلية والدولية بأن استغلال الموارد الطبيعية للدولة والسعي الحثيث لاستجلاب رؤوس الأموال اللازمة مع مستويات التكنولوجيا المتطورة من أجل رفد البنية التحتية (Infra-structure) في الاقتصاد ، مما يفتح الباب واسعاً لتنشيط عملية الاستثمار اللاحق وهي في هذا ترمي إلى تحقيق الآتي :

١. تخفيف الضغط والالتزامات على موازنة الحكومة .
٢. تلبية جزء من الخدمات المطلوبة للسكان .
٣. الاستفادة من الإمكانات الأجنبية في مجالي التكنولوجيا والإدارة وعلى الرغم من أن الدول الساعية لجذب الاستثمار الأجنبي بما فيها الأكثر التزاماً بالقطاع العام والاشتراكي من مثل الصين ناهيك عن الكثير من الدول النامية قد عمدت جميعاً بهذه الدرجة أم تلك من إعادة النظر برؤاها السياسية ومناهجها وفلسفاتها الاقتصادية إلا أن ذلك كله هو عدم غياب الدولة ودورها التنظيمي في توجيه الاستثمار الأجنبي نحو تحقيق المصلحة العامة للجمهور.

وليس أدل عن كلامنا هذا من أن العراق بوضعه الحالي قد توجه نحو تهيئة مناخ الاستثمار بطرق عديدة ومنها تقديم وزارة الإسكان مشروع مسودة قانون الاستثمار الإسكاني رقم ٤ في ٢٠٠٥/١٠/٤ للجمعية الوطنية للمصادقة عليه[١٧٣]، وكذلك المباشرة بتنفيذ مطار النجف الدولي على وفق نظام الاستثمار العالمي BOT[١٧٤].

---

[١٧٢] نص الحكم مترجم عن الفرنسية ومنشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص لشهر تموز ١٩٧٤ ، ص ٨٢ .
[١٧٣] ينظر مسودة مشروع قانون الاستثمار الإسكاني رقم (٤) في ٢٠٠٥/١٠/٤ على شبكة الانترنت .
[١٧٤] جريدة الصباح ٦٨٩ في ٢٠٠٥/١٠/٣١.

المطلب الخامس

عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من العقود طويلة المدة

تقسم العقود من حيث أهمية الزمن في تنفيذها إلى عقود فورية التنفيذ وأخرى مستمرة التنفيذ كعقود التوريد أو عقود الإجارة الطويلة[١٧٥]. ويمكن القول أن طبيعة العقود محل الدراسة هي من دون أدنى شك من العقود المستمرة التنفيذ وتتصف هذه العقود بأن حجم الاستثمار فيها كبيراً وتحمل درجة من المخاطرة التجارية وغير التجارية وكذلك فإن إنتاجية رأس المال فيها تتسم بالانخفاض في السنوات المباشرة للاستثمار . لهذا يعول المستثمر الأجنبي على طول مدة العقد لاسترجاع تكاليف من خلال عوائد الاستثمار التي عادة ما تكون لاحقة وليست مباشرة وحتى في الاستثمار الخدمي أو الصناعي فقد تكون مددها ليست بالقصيرة[١٧٦].

ويفسر الاقتصاديون سلوك المستثمرين في المدة المتوسطة والطويلة بعوامل أساسية حاكمة هي :

١. سعر الفائدة ويكون هذا عادة في استثمارات الحافظة أو الاستثمارات المالية وعادة تكون غير مباشرة .
٢. الإنتاجية الحدية لرأس المال – الكفاية الحدية لرأس المال .
٣. المردود السنوي والعمر الإنتاجي لرأس المال الثابت (مباني ، آلات ، مكائن ..الخ)

وتشير الدراسات إلى أن بعض العقود تصل مددها إلى (٩٩) عام وخاصة في مصر مما أثار عدة تساؤلات حول هذا الموضوع والواقع أن مثل هذه المدد الطويلة جداً إلا أن هناك مدداً أخرى تتراوح بين ٢٠-٣٠ عاماً[١٧٧]. ولا يمكن الجزم بتحديد مدة معينة أو اقتراحها ذلك لأن لكل بلد من البلدان ظروفه الاقتصادية التي تدفعه إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وفي قطاعات معينة نتيجة لأزمة اقتصادية أو حالة أخرى.

---

[١٧٥] عبد المجيد الحكيم : المصدر السابق ، ص .

[١٧٦] د. سلامة فارس عرب : المصدر السابق ، ص٥٨٢-٥٨٣.

[١٧٧] من الجدير بالذكر في هذا الإطار أن برلمان إقليم كردستان قد وافق على مشروع محطة كهرباء حرارية في ناحية طق طق التابعة لمحافظة أربيل لإنتاج الطاقة الكهربائية تقوم بتنفيذه شركة أمريكية بكلفة أكثر من ٢٠٠ مليون دولار وكانت الشركة الأمريكية التي تقوم بتنفيذ المشروع قد طلبت من حكومة الإقليم وضع تأمينات بمبلغ ١٤٠ دولار كضمانة للمشروع ولكن الحكومة عجزت عن تدبير المبلغ فتم الاتفاق على صدور قرار من برلمان الإقليم للموافقة على المشروع كشرط ضماني واتفقت الشركة مع حكومة الإقليم المحلية على أن تؤول جميع إيرادات المشروع إليها خلال السنوات العشر القادمة من بدء إنتاج المحطة ثم تتحول المحطة إلى ملكية الحكومة بعد انتهاء تلك المدة . جريدة الصباح العدد ٦٦٩ في ٢٠٠٥/١٠/٣.

المبحث الثالث

أطراف عقد الاستثمار الأجنبي للعقار

تقوم عقود الاستثمار كأي عقود أخرى على تلاقي إرادتين بقصد إحداث اثر قانوني وهذا المعنى تضمنته المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي إذ عرفت العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[١٧٨]. كما عرفته المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني وأنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[١٧٩] .

وعرفته أيضاً المادة ١٦٥ من قانون الموجبات اللبناني بأنه "الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية ، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سميّ عقداً"[١٨٠]

بيد أن العقود محل الدراسة تتميز بحقيقة مهمة تميزها عن سائر العقود الأخرى التي تنصب على المنقول والعقار على حدٍ سواء وتلك الحقيقة هي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها والمتأتي من حقيقة أن أحد الأطراف قد يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي وهذا الطرف هو الذي تمثله الدولة والذي سنحاول الإجابة عن كثير من التساؤلات والتصورات عنه في العلاقة العقدية من هذا النوع. أما الطرف الثاني فهو المستثمر الأجنبي والذي يثار بصدده تساؤلات الأول منها هو ما مدى اشتراط هذا الشخص بأن يكون طبيعياً أم معنوياً والثاني ما هو معيار أجنبية هذا الطرف على النحو الذي سنراه في هذا المبحث من هذا الفصل .

المطلب الأول

الدولة الطرف الأول في العقد

لقد دفعنا لاختيار الدولة بالدراسة في هذا المبحث وتقديمها على الطرف الآخر في العلاقة العقدية عدة اعتبارات الأول منها كونها الطرف الذي يتمتع بحصانة قضائية والثاني أن هذا الطرف يمثل أحد أبرز أشخاص القانون الدولي العام ويتمتع بسيادة على أراضيه وموارده وتشريعاته وهذا بحد ذاته يثير عدة تساؤلات نحاول الإجابة عليها في هذا المطلب ، كما اشرنا في مقدمة هذا الفصل ولعل من أبرز هذه

---

[١٧٨] ينظر نص المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي.
[١٧٩] ينظر المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
[١٨٠] ينظر نص المادة ١٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ وتعديلاته .

التساؤلات هو أن الدولة وهي تبرم عقود الاستثمار من الذي يمثلها ومن يتحمل مسؤولية وآثار هذا النوع من العقود . لاسيما وأن هناك طريقين تتعاقد بهما الدول مع الطرف الأجنبي الطريقة المباشرة والتي يمثل الدولة فيها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء ، أحد الوزراء) والطريقة غير المباشرة هي قيام إحدى المؤسسات العامة التابعة لها بإبرامها ومرجع التقسيم أعلاه هو نص المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في ١٩٦٥ التي تعد أقدم وأول اتفاقية عنت بهذا الشأن إذ تنص ف١ من المادة ٢٥ (يمتد اختصاص المركز إلى نزاع قانوني ينشأ مباشرة من أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو (هيئة عامة ، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز)[١٨١].

والذي لابد من الإشارة إليه أن هذا التساؤل قد نصت عليه تشريعات الاستثمار المعاصرة في معظم الدول النامية ونخص العربية منها والتي مكننا البحث عن هذه التشريعات والتي صدرت في نهايات القرن المنصرم ومطلع هذا القرن وهي آخذة بمواكبة التحولات العالمية في التشريع ومحاولات تسهيل العلاقات من هذا النوع تبعاً لحاجتها للخبرة والتنمية إذ نلاحظ أن الإمارات العربية المتحدة قد أعلنت عن بناء مدينة للإنتاج السينمائي عن طريق الاستثمار[١٨٢] ، هذا على سبيل المثال ، والذي نريد أن نقوله بأن قراءة نصوص تشريعات الاستثمار العربية نجد فيها أن هناك هيئات أو مجالس متخصصة للتعاقد مع المستثمر الأجنبي وتكون مرتبطة بمجلس الوزراء أو بوزير مختص ، إذ نجد في جمهورية مصر العربية هناك وزارة خاصة سميت بوزارة الاستثمار بعد أن كانت هيئة ، وفي الأردن هيئة تسمى الهيئة الأردنية لتنمية البيئة الاستثمارية والأنشطة الاقتصادية)[١٨٣] وفي لبنان نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١ على (تنشأ مؤسسة عامة تدعى المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي وترتبط برئيس مجلس الوزراء الذي يمارس سلطة الوصاية عليها . وهي تخضع لأحكام الواردة في هذا القانون وفي نصوصه التطبيقية)[١٨٤].

وفي العربية السعودية أنشئت كذلك هيئة مختصة تسمى الهيئة العامة للاستثمار تتولى عملية التنظيم والتعاقد مع المستثمر الأجنبي[١٨٥].

أما في العراق فأنه يؤشر تطوراً ملحوظاً في هذا الصدد إذ استحدثت دائرة خاصة لترويج الاستثمار الأجنبي ترتبط بوزارة التخطيط والتعاون الإنمائي قد تولت عملية التعاقد مع الشركات متعددة الجنسيات كي تستثمر في العراق إذ أُقَرَت مبدأ النافذة الواحدة أو الباب الواحد كي تعمل على تجاوز الصعوبات التي تعترض عمله ومنها البيروقراطية[١٨٦].

أما قانون الاستثمار الأجنبي في إقليم كوردستان فقد يؤشر بأنه قد حاكى قوانين الاستثمار العربية والمقارنة بهذا الصدد إذ اشارت المادة العاشرة من الفصل الأول ـ الباب الثالث :

---

[١٨١] نص الاتفاقية منشور على شبكة الانترنت :
http://www.jus.uio.no/im/icsid.settelment.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.counention.washington./٩٦٥/doc.

[١٨٢] النشرة الاقتصادية على قناة العربية ليوم ٢٠٠٥/٣/٢٢.

[١٨٣] ينظر نص م٢ من قانون الاستثمار المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣.

[١٨٤] ينظر نص م ٣ من القانون رقم ٣٦٠ في ٢٠١ اللبناني.

[١٨٥] ينظر نص م ١١ج من نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية رقم /١ ١٤٢١/١/٥هجرية.

[١٨٦] لقاء صحفي أجرته صحيفة التجارة الحرة مع السيد غسان محمد سعيد العبطان المشرف على دائرة التخطيط الاقتصادي في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في يوم ٢٠٠٥/٤/٩.

أولا : تشكل هيئة باسم هيئة الاستثمار في إقليم كوردستان وتكون لها شخصية معنوية واستقلال مالي وإداري ولها القيام بجميع التصرفات القانونية لأغراض تنفيذ هذا القانون .

ولكي لا نستطرد كثيراً فإن الرجوع إلى الفقه والقضاء يكشف عن وجود معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهما للقول بانصراف آثار العقد الذي تبرمه مؤسسة أو هيئة عامة إلى الدولة التي تتبعها وهذا ما سنبحثه في مطلبين الأول منهما يسمى المعيار القانوني والثاني المعيار الاقتصادي.

الفرع الأول

المعيار القانوني

يعتمد هذا المعيار[١٨٧] على العملية المادية للتوقيع[١٨٨] ، والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد بمعنى أنه طالما أن المؤسسة أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها دون أن تشاركها الدولة في هذه المسؤولية ومن ثم لا تعد الدولة نفسها طرفاً في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة .

ومن الجدير بالذكر إن التشريع المصري قد أشار نظم مسألة الالكتروني في القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في المادة ١٤ التي اشارت إلى انه (للتوقيع الالكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في الموارد المدنية والتجارية إذا رُوعِي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة الفنية لهذا القانون للعقود المدنية والتجارية والإدارية) [١٨٩] .

وقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم مثل الحكم الذي أصدرته هيئات التحكيم في إطار تحكيم نظام غرفة التجارة الدولية بباريس في ٢٤/تموز/ ١٩٨٥ وتتلخص وقائع هذه القضية في أن دولة آسيوية اتفقت مع شركة أوربية على إنشاء مصنع للوقود النووي فيها وذلك لأغراض سلمية وتم الاتفاق على أن

---

[١٨٧] يراجع بشأن هذا المعيار د. سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قاموس التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ١٩٩٨ ، ص٨.

[١٨٨] ما زالت عملية التوقيع هي التي يعول عليها في الإثبات رغم ثورة المعلومات والتكنولوجيا التي أفرزت موضوع التعاقد عن بعد والتي ألقت بظلالها على الفكر القانوني وأحدثت جدلاً بين رجال التقنية ورجال القانون ، أما الختم فقد اعتبره المشرع المصري والياباني توقيعاً وقد حرمه المشرع الفرنسي بالمرسوم الصادر في سنة ١٩٦٧ وتبعه القضاء بحجة. أنه لا يسمح بالتعيين الدقيق لشخص الموقع .
للمزيد يراجع : د. محمد حسام محمود لطفي : استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ، القاهرة ، مكان الطبع بلا ، ١٩٩٣ ، ص١٠.

[١٨٩]) ينظر نص المادة ١٤ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ .

يقوم هذا المصنع بكافة مراحل صناعة هذا الوقود مع خضوعه لإشراف الوكالة الدولية للطاقة الذرية وقد اشتمل العقد على تقديم الآلات والمواد والمستندات والخبرة الفنية والتدريب الكافي للدولة الآسيوية . ولقد أثار هذا الاتفاق عاصفة من الاعتراضات من دول أوربية أخرى خوفاً من استخدام المصنع لأغراض عسكرية مما دفع الدول الأوربية التابعة لها الشركة إلى الامتناع عن الموافقة لها على نقل المعدات والأسرار وهو ما أضطر الشركة الأوربية على إخطار الدولة الآسيوية بقرار الحظر وأنها تعده قوة قاهرة تجعل تنفيذ التزاماتها مستحيلاً . فلجأت الدولة الآسيوية إلى التحكيم وفي بحث مسألة القوة القاهرة ذهبت هيئة التحكيم إلى أن القوة القاهرة تعني ثلاثة أمور :

الأمر الأول : وجود حادث خارج عن سيطرة الشركة .

الأمر الثاني : أن يشكل هذا الحادث عقبة أمام تنفيذ العقد بحيث لا يمكن مقاومة هذه العقبة أو تفاديها.

الأمر الثالث: أن يكون الحادث غير متوقع.

وما يعنينا هنا هو الأمر الأول فقد انتهت هيئة التحكيم إلى أن الحادث الخارج عن سيطرة الشركة هو قرار الخطر ، ولما كانت الشركة لا تعد جزءاً من الحكومة لأن لها شخصية معنوية مستقلة وتستطيع اتخاذ القرارات بمفردها فأن هذا القرار يعد عملاً من أعمال الحكومة أو أعمال السيادة التي تعد بالنسبة للشركة الأوربية قوة قاهرة ، وهو ما يعني أن هيئة التحكيم استندت إلى تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة لتقرير عدم انصراف الآثار التي ترتبها تعاقداته إلى الدولة دون النظر إلى اعتبارات أخرى[١٩٠]. فاعتماد المعيار القانوني أي المعيار الذي يعتمد على العملية المادية للتوقيع يترتب عليه تضييق نطاق الضمان والأمان اللذين ينشدهما المستثمر الأجنبي لاسيما في العقود الكبرى مثل العقود محل الدراسة فضلاً عن كونه يغض الطرف عن أشخاص مارسوا دوراً فعالاً في تكوين العقد أو في تنفيذه بالرغم من أنهم لم يوقعوا مادياً عليه لذلك فإن التوقيع على العقد ليس هو المعيار الوحيد لتحديد مفهوم الطرف فيه وهو غير كافٍ غير أنه يتمتع بميزةٍ هامة وهي تحقيق الاستقرار القانوني في الروابط العقدية إذ يعرف كل طرف مقدماً من سيكون ملتزماً أمامه ومن ثم أخذه في الاعتبار الحدود المالية والقدرات الاقتصادية له[١٩١].

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

---

[١٩٠] للمزيد ينظر هذا الحكم في : د. محيي الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكيم التجاري الدولي ، ج١ ، بدون دار نشر ، ١٩٨٦ ، ص٢٢٤.

[١٩١] د. سلامة فارس عرب : المصدر السابق ، ص٩٩-١٠٠.

أما المعيار الاقتصادي [١٩٢] بموجبه أن مجرد تمتع الهيئات والمؤسسات العامة بالشخصية القانونية يجب أن لا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقامت مادياً بالتوقيع عليه تسهر على تطبيق وتنفيذها سياسات مرسومة سلفاً من قبل الدولة التي تنتمي إليها وتمثل مصالحها العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية على نحو تبدو فيه هذه المؤسسة برغم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة ، بمقتضاها تمارس هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارته أو الأعمال التي تقوم بها إذ أنه في مثل هذه الحالات من الصعب فصلها عن الدولة .

ومن ضمن ما يؤكد خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي للعقارات وطبيعتها كما أسلفنا هو شرط أعمال التحكيم فإن هيئات التحكيم قد توسعت في تحديدها لمفهوم الطرف في العقود المبرمة بواسطة إحدى المؤسسات العامة المستقلة عند العملية المادية للتوقيع على العقد، ، وإنما يبحث في الخلفية الاقتصادية التي ينشئها العقد بغرض الوصول إلى الطرف إلا أن الدولة التي تعمل المؤسسة في إطارها تعد طرفاً في هذه العقود ، بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة والمؤسسة العامة رغم الاستقلال القانوني الظاهري الذي تتمتع به هذه الأخيرة.

ففي الحكم الصادر عن إحدى هيئات التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[١٩٣]، في القضية رقم ٩٤/٥١ وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الأفريقية ووزير إسكان وجهاز حكومي أفريقي خاص بالصرف الصحي . وتتلخص وقائعه في أنه قد تم الاتفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي لحساب الجهة الحكومية الأفريقية، ولما كانت المادة ١٢ من الاتفاق تنص على أنه يحق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء ، وكان قد اعترض تنفيذ الأعمال المتعلقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن إرادة الشركة ، فقد لجأت الشركة إلى التحكيم للمطالبة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها[١٩٤]، وجاء دفاع المحتكم ضدها متمثلاً في ثلاثة دفوع :

الدفع الأول: الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة .

الدفع الثاني: الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود شرط تحكيم .

الدفع الثالث : ومن باب الاحتياط الكلي الدفع بانعدام العقد بالنسبة للجهاز التنفيذي.

وما يهمنا هنا هو الدفع الأول والذي يقضي بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة[١٩٥]، إذ ورد به : أن العبرة هي بالعقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم الماثل ، فلا توجد الدعوى إلا من أحد أطراف العقد ، ولا توجه إلا للطرف الآخر في العقد فلا يجوز تبعاً لذلك أن توجه المطالبة إلى

---

[١٩٢] د. عوض الله شبيه الحمد : المصدر السابق ، ص١٧٨.

[١٩٣] مركز القاهرة الإقليم للتحكيم التجاري الدولي : شخص معنوي من أشخاص القانون الدولي العام وقد أنشئ بجهود مصرية لدى اللجنة القانونية الاستشارية الآسيوية الأفريقية سنة ١٩٨٤ .
للمزيد يراجع د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، دون دار نشر ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص٩.

[١٩٤] د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، ص٤٨.

[١٩٥] للمزيد يراجع ذو الصفة في الدعوى : د. وجدي راغب فهمي : مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، الإسكندرية ، دار الفكر العربي ، ط١ ، ١٩٨٦ ، ص١٢٣.

من لم يكن طرفاً في التعاقد ومن لا يتحمل بالالتزامات الناشئة عنه طالما أن المطالبة هنا أساسها هو العقد الذي يكون حجة قاصرة على طرفيه دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفاً فيه وحيث أنه من الثابت أن العقد الذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الراهنة على هدي من أحكامه وأسست طلباتها على ما تضمه من التزامات تعاقدية تحكم طرفيه لم يوقع بين الجهاز التنفيذي للصرف الصحي والشركة وإن ذلك الجهاز لم يكن طرفاً فيه ، فلا يجوز توجيه هذه المطالبة إليه ، وهو ما يؤدي إلى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة.

وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الذي أصدرته في ٢٣مارس ١٩٩٦ إلى أنه لما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة قد أدرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير وذلك من موازنة ٨١-١٩٨٢ حتى ١٩٨٤-١٩٨٥. كما تم إدراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الإسكان من موازنة ٨٥-١٩٨٦ الأمر الذي يؤكد أن الجهاز أضحى واجهة الدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي سواء تحت مظلة الجهاز المركزي للتعمير ثم من بعده وزارة الإسكان ، ومن ثم فأن الدولة تعد طرفاً في هذا العقد .

ويظهر لنا من خلال قراءة المعيارين القانوني والاقتصادي في تحديد الطرف في عقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة ، أن المعيار الاقتصادي يعبر عن حقيقة الواقع الاقتصادي الذي ينشئه العقد فالعائد الاقتصادي والاجتماعي لعقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئات يمس بشكل مباشر وأساسي المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدول بل أن الدولة لم تسع إلى إنشاء مثل هذه المؤسسات ومنحها الشخصية المعنوية إلا بهدف الاستفادة من هذا العائد أو الأثر الناجم عن الأنشطة التي تنهض بها هذه المؤسسات والتي لا تعدو أن تكون سوى الأداة المنفذة لسياسة الدولة التي تتبعها تستخدمها كيفما تشاء.

ويتضح من خلال دراسة الدولة كطرف في العقد فهي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة) . وهي قد تعاقد مع الطرف الأجنبي بشكل مباشر أو غير مباشر كما أسلفنا[١٩٦].

ولكن يبقى تساؤلٌ آخر يفرض نفسه في هذه الدراسة هل بالإمكان أن تعاقد الدولة مع المستثمر الأجنبي بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الدولي الخاص وعلى وفق مفهومه المعاصر وهذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذه الدراسة .

إن الإجابة عن التساؤل أعلاه وعلى وفق المفهوم الحديث للقانون الدولي الخاص تكون بالإيجاب إذ أصبح من المألوف أن يدخل إلى جانب أشخاص القانون الدولي الخاص بعض أشخاص القانون الدولي العام في إطار العلاقات التي يحكمها ، فنجد الآن أن الدول بدأت تدخل في بعض العلاقات التعاقدية مع الأشخاص الخاصة وبات من الجلي أن هذه العلاقات تدخل دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص وهذا بحد ذاته لا يعني أن الدولة عندما بدأت تدخل في اهتمام هذا القانون يعني أنها باتت من الأشخاص الخاصة ولكن ما يفسر به هنا أن الدولة سلكت في هذه العلاقات التعاقدية مسلك الأساليب نفسها المألوفة لدى الأشخاص الخاصة ومن ثم فأن من الأفضل أن تدخل هذه العلاقات في المجال الذي يعني به القانون الدولي الخاص.

---

[١٩٦] مقدمة هذا البحث ، ص٣.

ومن الطبيعي وعلى وفق التصوير السابق فأن ما يعنينا من الإجابة عن التساؤل السابق هو ما مدى تنازل الدولة عن حصانتها القضائية ووقوفها على قدم المساواة مع شريكها الأجنبي في الرابطة العقدية كما لو كانت أحد الأشخاص الخاصة.

وأن دخول الدولة في العلاقات التعاقدية وإتباعها نفس أساليب القانون الدولي الخاص نفسها مرجعه بداية القرن المنصرم فيلاحظ أن بعض الدول ولاسيما الاشتراكية منها والتي تتبع سياسة التخطيط الموجه وكان منها العراق قد بدأت تحتكر ممارسة عمليات التجارة الدولية سواء أ كان ذلك بنفسها أم عن طريق مشروعاتها العامة والتي تنشئها خصيصاً لهذا الغرض ومن بداية ستينات القرن الماضي ظهرت دول العالم الثالث الآخذة بالنمو والتي بدأت تدخل في روابط تعاقدية مع الأشخاص الأجنبية مستخدمة الأساليب نفسها المألوفة في القانون الدولي الخاص وذلك رغبة منها في تشجيع الأشخاص الأجنبية على الدخول في هذه العلاقات التي تكون هذه الدول في أمس الحاجة إليها إذ أن لجوء الدول إلى أساليب القانون الدولي الخاص يوفر عوامل الثقة والاطمئنان والتي تعد من أهم مستلزمات العلاقات الدولية الخاصة.

ويبدر تساؤل آخر مفاده بأن ما فرضه الواقع العملي في القرن المنصرم ومطلع القرن الحالي من إمكانية دخول الدولة أو إحدى هيئاتها العامة التابعة لها كطرف في علاقة تعاقدية مع طرف آخر هو بالضرورة شخص خاص أجنبي فهل أن ذلك يستلزم تنازلاً ضمنياً عن حصانتها القضائية أم يستلزم ذلك النص صراحة من خلال العقد على ذلك التنازل يرى جانب من الفقه أن إبرام الدولة لأحد العقود الدولية مع أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة مستخدمة نفسها الأساليب المألوفة في مجال العقود الدولية الخاصة ومتى كان هذا العقد خالياً من اية شروط صريحة أو ضمنية يستفاد منها احتفاظ الدولة بصفتها الدولية العامة فإن ذلك مفاده رضاء الدولة بالخضوع للأحكام المقررة في القانون الدولي الخاص للعقود الدولية ، وأما الاستثناء على هذا الأصل العام هو تضمن العقد لشروط تفيد خلاف ذلك أي أن الدولة تتعاقد كأحد أشخاص القانون الدولي العام وأنها لم تتخل عن حصانتها القضائية والتشريعية بالرغم من دخولها في هذه الرابطة العقدية[١٩٧].

وكان للقضاء حكمٌ إزاء ما تقدم إذ يظهر جلياً في الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية في ١٠ فبراير ١٩٦٠ في تلك القضية الخاصة (بالسيدة النمساوية ضد الجمهورية العربية المتحدة حينذاك)والمتعلقة بنزاع بشأن عقد إيجار أبرم بين تلك السيدة والحكومة المصرية والذي كان موضوعه استئجار أحد الأماكن التي تملكها هذه السيدة بقصد تخصيصه مقراً للبعثة الدبلوماسية المصرية وأيضاً كمقر لإقامة الوزير المصري في مدينة فينا ، وقد دفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاص القضاء السويسري نظراً لتمتعها بالحصانة القضائية . والتي تمنع القضاء السويسري من أن نظر هذا النزاع إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع واستندت في اختصاصها بنظر النزاع إلى أن العقد أبرم بين السيدة النمساوية والحكومة المصرية على قدم المساواة فيما بينهما . وانتهت المحكمة إلى أن العقد المبرم يخضع لأحكام القانون الدولي الخاص وذلك لأنه يحمل الخصائص نفسها كما لو كان قد أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص.

من كل الذي تقدم يظهر أن ارتياد الدول مجال العلاقات الدولية الخاصة وأتباعها لأساليب مألوفة في القانون الدولي الخاص دون أن تبدي من جانبها تحفظات تفيد احتفاظها بصفتها السيادية فإن ذلك

---

[١٩٧] د. عوض الله شيبه الحمد : المصدر السابق ، ص١٧٨.

يؤدي إلى القول بأن هذه الدول ارتضت القبول بأحكام القانون الدولي الخاص الذي يحكم هذه الأنواع من العلاقات لأننا في هذا الصدد نكون أمام روابط تعاقدية كما لو كان أطرافها جميعاً من الأشخاص الخاصة ومن بين هذه الروابط عقود الاستثمارات الأجنبية التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب الذين هم الطرف الثاني في هذه العلاقة التعاقدية وهذا ما سنراه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المطلب الثاني

المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

لعل أول ما يتبادر إلى الذهن في إطار هذا النوع من العقود من هو الطرف الأجنبي وما هو معيار أجنبيته وهل هو شخص طبيعي أم اعتباري أم من الممكن أن يكون كلاهما وهل أن كل عقد تبرمه الدولة بصفتها طرفاً في هذه العلاقة التعاقدية مع الشخص الطبيعي الأجنبي هو عقد استثمار هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب .

أن المستثمر الأجنبي كطرفٍ في عقود الاستثمار هو الشخص التابع لدولة أخرى ، ومن المستقر عليه أن هذا المستثمر الأجنبي قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً فقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمراً أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً[١٩٨] وكذلك مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (AMI) والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OICD) الذي عرف المستثمر بأنه "ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة ولكنه أيضاً من المقيمين بصفةٍ قانونية دائمة على أراضي دولة موقعه ، وهواي شخص حقيقي أو اعتباري حتى وإن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح[١٩٩] .

فقد عرفت بعض التشريعات المستثمر الأجنبي كما أسلفنا في الفصل الأول من هذه الدراسة[٢٠٠].

وقبل البدء ببحث المستثمر الأجنبي سواء أ كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً نجيب عن التساؤل الذي ورد في مقدمة المطلب وهو هل أن كل عقد تبرمه الدولة مع الشخص الأجنبي يعد من عقود الاستثمار؟ . أن الإجابة تكون بالنفي أي أنه ليس بالضرورة أن يكون كل تعاقد تبرمه الدولة مع طرف خاص أجنبي هو عقد استثمار[٢٠١] ، ولكن في الوقت نفسه لابد من أن نشير إلى إن بعض عقود الاستثمار

---

[١٩٨] نص الاتفاقية المشار إليها في ص ٢٥ من المبحث الأول في هذا الفصل .
[١٩٩] قائمة بمختصرات المنظمات وبعض المصطلحات سترفق قبل مقدمة البحث.
[٢٠٠] تشريعات الاستثمار العربية منشورة على شبكة الانترنت :
http://www.arifonet.org.ma/dataladlil٪٢٠investment.countnies/٠٧saudia/lawar.htm.
[٢٠١] العقد الذي أبرمته الحكومة الكويتية مع الصحفي البريطاني .

والتي تعد الدولة أحد أطرافها والطرف الثاني شخص طبيعي أو أجنبي هو العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية مع المليونير اليوناني أناسيس الذي يملك شركة عملاقة في ناقلات النفط والذي أدى تعارضه مع العقد المبرم بين المملكة العربية السعودية إلى نشأة النزاع الذي تم الفصل فيه بوساطة تحكيم أرامكو المعروف[٢٠٢].

الفرع الأول

الشخص الطبيعي الأجنبي

كما أوضحنا في مقدمة البحث أنه لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها ، ولقد جاءت تشريعات الاستثمار المعاصرة في معظم البلدان العربية بالنص صراحة على إمكانية أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً ومنها الأردني والسعودي والسوري واللبناني ، وكما أسلفنا فليس كل عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي يعد من عقود الاستثمار محل الدراسة .

ولعل أحكام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار تسعفنا بقضية تؤيد ما نصت عليه التشريعات إذ كانت إحدى قضاياه أحد أطرافها شخصاً طبيعياً في قضية رفعها المواطن السعودي غيث رشاد ضد الحكومة التونسية وقد وافق الأطراف في هذه القضية على وقف الإجراءات واللجوء إلى التسوية بين الطرفين[٢٠٣].

ولعل من أبرز التساؤلات التي تطرح نفسها في هذا المجال ما هو المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب في العصر الحالي وما مدى كفايته في ظل التطورات التي طغت الحياة الاقتصادية والقانونية على عالم اليوم .

أن المعيار الذي مازال يهيمن على معظم تشريعات العالم الخاصة بالجنسية أو التشريعات الخاصة بالاستثمار هو معيار الجنسية[٢٠٤]. إذ تعرف بأنها "رابطة قانونية سياسية تربط شخصاً بدولة"[٢٠٥].

للمزيد يراجع حفيظة السيد الحداد ، المصدر السابق ، ص٥٠ .

[٢٠٢] عبد الرزاق خليفة أحمد السعيدان ، المصدر السابق ، ص٣٥.

[٢٠٣] ملخص القضية منشور على شبكة الانترنت:

http://www.worldbank.or/icsid/cases/conclude.htm.

[٢٠٤] وهو معيار حديث إذ ورد النص عليه لأول مرة في مجموعة نابليون سنة (١٨٠٤) ، وكان لفقه (ماتشيني / سنة ١٨٥١) أكبر الأثر في تدعيم معيار الجنسية ، إذ أكد أن من حق كل أمة أن تكون دولة وأن كل دولة تصدر قوانينها للمواطنين فيها ز نقلاً عن :

د. إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص (الوطن ، مركز الأجانب) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٨٦.

كما يعرفها أستاذ آخر بأنها "رابطة قانونية وسياسية وروحية ما بين فرد ودولة ينتج عنها حقوق والتزامات متبادلة"[٢٠٦].

ويعرفها أستاذ آخر بأنها "رابطة قانونية سياسية ينتمي بمقتضاها الشخص لدولة معينة"[٢٠٧].

ويتضح من تعريف الجنسية انه يكفي لمعرفة الأجنبي في أية دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يحدد من هو الوطني حتى يمكن تحديد الأجنبي فالأجنبية كما يقال صفة سلبية تقابل صفة الوطنية فيكفي إذن أن تتحدد هذه حتى يمكن أن تتحدد تلك ويلاحظ أن بعض تشريعات الجنسية في بعض البلدان تكتفي بتحديد من هو الوطني بحمله جنسية بلده وتترك تحديد من هو الأجنبي الذي هو من لا يحمل جنسية تلك الدولة والبعض الآخر من الدول يحدد في تشريعات الجنسية من هو الوطني ومن هو الأجنبي مثل تشريع الجنسية في العربية السعودية حيث أنسحبت تشريعات الجنسية إلى نظام الاستثمار الأجنبي فيها إذ حدد النظام المذكور الأجنبي هو كل إنسان لا يحمل جنسية المملكة العربية السعودية وقت بدئه لنشاطه أو وقت تقديمه لطلب الاستثمار ولو كان سعودياً قبل هذا التاريخ , والفرد يبقى أجنبياً عن الدولة السعودية مهما طالت مدة إقامته فيها ولو كان مستوفياً لشروط منحه الجنسية مادام لم يحصل عليها ويستوي في ذلك أن يكون الأجنبي عديم الجنسية على الإطلاق أو مزدوج الجنسية[٢٠٨]. ومن التساؤلات التي يمكن إثارتها في ضوء العديد من الاعتبارات المرتبطة بالجنسية بسبب اتساع معاملات واتصالات عالم اليوم الاقتصادية والاجتماعية والقانونية ومن هذه الاعتبارات هي (حق الإنسان في جنسية حق الإنسان في جنسية واحدة وحق الإنسان في تغيير جنسيته)[٢٠٩].

وأن أكثر ما يثير الجدل في هذا المضمار ماذا لو كان الشخص الطبيعي المتعاقد مع الدولة يتمتع بجنسية أكثر من دولة أي أنه متعدد الجنسيات وكانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة فهل يعد أجنبياً بالنسبة لهذه الدولة؟

تقضي القواعد العامة بأنه لا يمكن ان يعد شخصاً أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى ، ومن المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يحمل في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما سواها[٢١٠].

ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام ١٩٦٥ في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي :

١. أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم وكذلك أيضاً في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم .

---

[٢٠٥] د. غالب علي الداودي : القانون الدولي الخاص (الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب) وأحكامه في القانون العراقي ، بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي ، سنة الطبع بلا ، ص٣١.

[٢٠٦] د. محمود عبد الكريم حافظ : القانون الدولي الخاص ، بغداد : دار الحرية للطباعة ، ط٢ ، ١٩٧٧ ، ص.

[٢٠٧] د. هشام علي صادق : الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص١١٤.

[٢٠٨] د. محمد حسين إسماعيل : النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في المملكة العربية السعودية ، الرياض ، مطبعة معهد الإدارة العامة ، ١٩٩٤ ، ص٢٧.

[٢٠٩] د. ممدوح عبد الكريم حافظ : المصدر السابق ، ص٤١-٤٨.

[٢١٠] د. حسن الهداوي : تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوطنية في القانون الأردني) ، عمان ، دار الثقافة ، ٢٠٠١ ، ص٨٦.

٢. أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتفاق الطرف على القيام بالتوفيق أو التحكيم وكذلك يوم تسجيل الطلب .

وهكذا فأن الشخص الطبيعي الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً ومن ثم لا يمكن أن يخضع لاختصاص المركز[٢١١].

ونود الإشارة في هذا المضمار أن التصورات أعلاه التي وردت بشأن جنسية الشخص الطبيعي الأجنبي عقود الاستثمار تجد مجالاً واسعاً في واقع العراق اليوم إذ بالإمكان أن نتصور تعاقد الحكومة العراقية مع أشخاص طبيعيين لتحقيق التنمية في العراق وهؤلاء يحملون الجنسية العراقية وجنسيات أخرى على وفق الاعتبارات المذكورة سابقاً بسبب إشكالية الجنسية في التشريع العراقي[٢١٢]، ولكن من خلال قراءة نص المادة العاشرة من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ إذ أشارت الفقرة (١) من المادة أعلاه إلى أن (يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريرياً عن تخليه عن الجنسية العراقية .

أن نص الفقرة أعلاه يؤكد هذا الاحتمال إذ قد لا يتخلى العراقي عن جنسيته العراقية على الرغم من أنه يحمل جنسية أخرى وما نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة إلا تأكيد أيضاً لوجود مثل هذا الاحتمال إذ أشارت إلى "تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية"[٢١٣] وهذا من شأنه أن يجعل ولاية للقضاء العراقي على حامل الجنسية العراقية وغير العراقية لذا ينبغي الاهتمام بهذا الجانب المهم على الرغم من أن العراق لم ينضم إلى اتفاقية واشنطن لحل منازعات الاستثمار لكن من الممكن أن ينضم إليها لاحقاً [٢١٤]، ومن جانب آخر لوحظ أن هيئات التحكيم للمركز تتجه إلى التوسع في اختصاص المركز ففي القضية المرفوعة من شركة WENA للفنادق (وهي انجليزية) ضد الحكومة المصرية قضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر النزاع بالرغم من أن رافع الدعوى التحكيمية السيد (نائل الفرارجي) رئيس مجلس إدارة شركة (WENA) للفنادق يتمتع بالجنسية المصرية ويحمل (جواز سفر مصري) وهي جنسيته الأصلية ، وقد رفع الدعوى على اعتبار أنه انجليزي اكتسب الجنسية البريطانية ولم يصدر قرار من مجلس الوزراء المصري بإسقاط الجنسية عنه ، ويمتلك ٩٠% من أسهم الشركة وقد حكمت هيئة التحكيم بجلسة ٢٠٠٠/١٢/١٨ بإلزام الحكومة المصرية بدفع تعويض للشركة بالإضافة إلى العوائد ومصاريف التحكيم .

من كل الذي تقدم يظهر لنا أنه لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار كون المتعاقد مع الدولة شخص طبيعي أجنبي مادام موضوع العقد يتعلق بتحقيق التنمية اللازمة لهذه الدولة وأن الضابط في تحديد أجنبية هذا المتعاقد هو الجنسية التي يتمتع بها.

---

[٢١١] د. جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، الإسكندرية ، دار الجامعة ، ٢٠٠١ ، ص٢٥.

[٢١٢] للمزيد يراجع : د. عبد الحسين شعبان : من هو العراقي ؟ (إشكالية الجنسية واللاجنسية في القانونيين العراقي والدولي) ، بيروت ، دار الكنوز الأدبية ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص٨.

[٢١٣] ينظر نص الفقرة أولاً وثانياً من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ .

[٢١٤] من الدول العربية التي انضمت إلى اتفاقية واشنطن كل من منازعات الاستثمار (مصر ، السعودية ، قطر، البحرين ، الكويت ، تونس ، المغرب ...) .

وأن اتجاه هيئة التحكيم في التوسع في مفهوم شرط الجنسية كما لاحظنا في القضية أعلاه فهو يشكل مخالفة لنصوص الاتفاقية إذ أن نص الاتفاقية قاطع في عدم اختصاص المركز في مثل هذه الأحوال.

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري الأجنبي

تعرف الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بأنها مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمي إلى تحقيق غرض معين ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض[٢١٥].

كما تعرف أيضاً بأنها "مجموعة أشخاص أو أموال لها كيانها الذاتي ، وتقلها الاقتصادي المؤثر ليس فقط في التطور الاجتماعي والاقتصادي للدولة ، بل في توجيه أيديولوجيتها وسياستها الخارجية"[٢١٦].

وقد حددت المادة ٤٧ من القانون المدني :

الأشخاص المعنوية هي :

أ-الدولة .

ب-الإدارات والمنشات العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها .

ج – الألوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.

د-الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها .

هـ - الأوقاف .

و-الشركات التجارية والمدنية إلا ماستثني منها بنص خاص .

ز-الجمعيات المؤسسة وفقاً للأحكام المقررة في القانون.

ح – كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون .[٢١٧]

---

[٢١٥] زهير البشير : المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٨٧ ، ص٣٢٣.

[٢١٦] نقلاً عن : د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٤٣.

[٢١٧] نص المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

ومن المعلوم أن الأشخاص المعنوية تقسم على قسمين ، شخصية معنوية عامة ، وأخرى خاصة ، وما يعنينا في إطار هذه الدراسة هي الشخصية المعنوية الخاصة التي هي مجموعة من الأموال أو الأشخاص ومثال جماعة الأشخاص من الشركات والجمعيات ، وفي إطار دراستنا فأن الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار في الغالب يأخذ شكل الشركة[٢١٨]. وقد تأخذ هذه الشركة الأجنبية التي تتعاقد معها الدولة للاستثمار في أراضيها بهدف تحقيق تنميتها الاقتصادية أكثر من صورة أو شكل ، فقد تكون شركة متعددة الجنسيات أو مشروعاً مشتركاً وكما أشرنا إلى ذلك سابقاً[٢١٩].

ولا يخفى على الباحث في الفكر القانوني بأن الخلاف بين الفقهاء ، قد ثار بداية حول إمكانية تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية من عدمه. قبل أن يستقر الأمر في الفقه والقضاء[٢٢٠] ومعظم التشريعات الوطنية على الاعتراف للشركات وغيرها من الأشخاص الاعتبارية بالشخصية القانونية وذلك تمكيناً لها من مباشرة نشاطها التجاري أو الاقتصادي وتسهيلاً لها على ممارسة التصرفات القانونية التي تلزم لتحقيق الغرض الذي تسعى لأجله .

وهكذا فإن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية وأن رابطة الجنسية هي التي يتم الاستناد إليها للتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية إذ يتم تحديد الصفة الأجنبية للشركة إلى ضابط الجنسية ، لذلك يمكن القول بأن تعبير الشركة الأجنبية تصرف إلى كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد.

وعلى الرغم من الاستقرار حول الاعتراف للشركات بالجنسية فقد ثار الخلاف حول المعيار الذي يتعين الاعتداد به لتحديد هذه الجنسية إذ أن هناك عدة معايير قد تم اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركات على وفق ما سنراه في الفقرات الآتية ونرى من خلالها مع موقف القانون العراقي من هذه المعايير :

أولاً : معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء

بموجب هذا المعيار فأن جنسية الشركة تستمد من جنسية الأشخاص الذين يكونونها فإذا كان الشركاء يتمتعون بالجنسية العراقية فأن الشركة تعد عراقية وهكذا[٢٢١] ، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن المشروع هو المعبر عن إرادة أفراده وهو المحقق لمصالحهم وتكون تلك الجنسية هي جنسية الدولة التي ينتمي إليها أغلبهم أن اختلفوا جنسية[٢٢٢].

ويؤخذ على هذا المعيار هو إنكاره للوجود القانوني المستقل للشخص الاعتباري وهذا يخالف الفن القانوني من أن الشخص الاعتباري إذا نشأ كانت له الشخصية القانونية المستقلة وذمته المالية

---

[٢١٨] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٣٧.
[٢١٩] يراجع الفصل الأول من هذه الدراسة المبحث الأول ص٤٦ .
[٢٢٠] تنازع الفقه اتجاهان حيال منح الجنسية للشخصية المعنوية أصحاب مذهب المجاز وأصحاب مذهب الحقيقة.
للمزيد يراجع : د. إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٣ ، ص٣٤.
[٢٢١] د. باسم محمد صالح و د. عدنان أحمد ولي : الشركات التجارية ، بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي ، سنة الطبع بلا ، ص ٤٩.
[٢٢٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة : المصدر السابق ، ص٤٨.

المتميزة عن ذمة أعضائه لاسيما في شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي الشخصي كشركات المساهمة[٢٢٣] .

ثانياً : معيار التأسيس

على وفق هذا المعيار فأن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها باعتبار أن قانون الدولة التي تأسست فيها الشركة هو الذي يمنحها الشخصية القانونية ، وهكذا تعد الشركة الأجنبية على وفق هذا المعيار وينطبق عليها الوصف في عقود الاستثمار متى كان التأسيس قد تم في دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة ويتميز هذا المعيار بطابع الثبات والاستقرار إذ أن مكان التأسيس معيار مادي محدد من السهل معرفته وهو لا يتغير ، ومن ثم فأن الأخذ به من شأنه توفير الطمأنينة اللازمة في المعاملات المتصلة بالشركات.

وعلى ذلك فأن الشركة التي تؤسس في العراق تعد عراقية فإذا ما استثمرت خارج العراق فهي عراقية وهذا ما أخذ به المشرع العراقي تعيين جنسية الشركة[٢٢٤]. وكذلك المشروع المصري[٢٢٥].

وعلى رغم الميزة التي ذكرناها لهذا المعيار فأنه لم يسلم من سهام النقد إذ أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى ترك تحديد جنسية الشركة لهوى المؤسسين إذ يمكن للأفراد اختيار مكان التأسيس الذي تتحدد بمقتضاه الجنسية على وفق ما تمليه مصالحهم الخاصة في يد الدولة التي تتعامل معها على وفق استحقاقاتها الاقتصادية والقانونية[٢٢٦].

ثالثاً : معيار مركز الاستغلال :

وبموجب هذا المعيار فأن الشركة تتمتع بجنسية مركز الاستغلال ونشاط الشركة فالشركة التي تزاول نشاطها في العراق مثلاً تعد عراقية وهكذا ولكن يلاحظ على هذا المعيار عيباً لاسيما عند تعدد مراكز الاستغلال والنشاط كما لو تأسست شركة لاستغلال المعادن في العراق والكويت واليمن وغيرها من هذه الدول وهذا ما حصل فعلاً في شركات إنتاج المعادن وتطويرها والتي غالباً ما تتوزع مراكز استغلالها ونشاطها في العديد من الدول[٢٢٧].

رابعاً: معيار مركز الإدارة

---

[٢٢٣] اشترط قانون الاستثمار السوري أن تأخذ الشركة الأجنبية التي تتخذ من المشروع المشترك أداة لها للاستثمار شكل شركة مساهمة أو مغفلة أو محدودة المسؤولية ينظر نص م ١٩/م ، ونأمل من المشرع العراقي أن يحذو هذا الحذو لضمان دخول رؤوس الأموال المحلية في عملية الاستثمار وذلك لاعتبارات سياسية واقتصادية وقانونية.

[٢٢٤] ينظر نص المادة ٢٣ من قانون الشركات النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته .

[٢٢٥]ينظر نص المادة ٤١ من قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٢٢٦] د. باسم محمد صالح و د. عدنان أحمد ولي العزاوي : المصدر السابق ، ص١٠.

[٢٢٧] تتكون عدة شركات عن الشركة الواحدة وتسمى فروع الشركات أو الشركات المتفرعة إلا أنه هناك فرق بين النوعين (ج) للمزيد يراجع : د. عز الدين عبد الله ، المصدر السابق ، ص٤٧٥.

وبموجب هذا المعيار فأن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيس ، ويقصد بمركز الإدارة الرئيس هو المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره كمجلس الإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية الأخرى ، وكما يسمى في الفقه العراقي بالمركز الرئيس[٢٢٨].

خامساً : معيار الرقابة

وعلى وفق هذا المعيار فأن الشركة تعد أجنبية متى ما كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية سواء من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية حتى لو كان مركز الإداري الرئيس الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني[٢٢٩] .

ولقد ظهرت فكرة معيار الرقابة لأول مرة أبان الحرب العالمية الأولى فقد ابتدعها الفقه والقضاء الأوربي لتبرير اتخاذ إجراءات الحراسة على أموال الشركات التي يتبين خضوعها الفعلي لسيطرة رعايا الأعداء وأشرافهم والتي كان يمكن عدها شركات وطنية في حالة الأخذ بأي من المعايير الأخرى غير معيار الرقابة ، ولكن يؤاخذ على هذا المعيار إغفاله حقيقة أن الشخص الاعتباري له كيان ذاتي مستقل عن الأعضاء المحكومين له[٢٣٠].

ولابد من القول أن فكرة الرقابة أساساً فكرة سياسية أكثر منها قانونية إذ بموجبها يجب الفصل بين النظام القانوني وبين الخضوع والتبعية السياسية ، فمن حيث النظام القانوني تخضع الشركة لقانون الدولة التي يوجد على إقليمها مركز إدارتها الرئيس أما التبعية السياسية أو جنسية الشركة فتتمثل بجنسية الشركاء فيها أو جنسية الأموال المستثمرة فإذا كانوا أجانب عدت أجنبية ، ولقد استطاع القضاء الفرنسي الالتجاء إلى فكرة الرقابة وأن يخضع للحراسة شركات كانت تعد فرنسية ولكنها تطبيقاً لتلك الفكرة عدت أجنبية على أساس أن مديرها ومعظم الشركاء فيها ورأس المال المستثمر من الأجانب ولما وضعت الحرب العالمية الأولى أوزارها بدء الفقه والقضاء يترددان في الأخذ بفكرة الرقابة لتحديد جنسية الشركة بل وقد استبعدتها محكمة النقض الفرنسية صراحة ، غير أنها ما لبثت أن ظهرت ثانية أبان وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية.

من كل ما تقدم يمكن القول أن المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية متعددة وأن لكل معيار من هذه المعايير مزايا وعيوب ولكن في الوقت نفسه نرى أن لكل دولة الحرية في أن تعتمد المعيار الذي يلائمها لتحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها وهذا ما نجده في نص المادة ٤١ من قانون التجارة المصري إذ اشترط القانون المصري لاكتساب الشركة الجنسية المصرية أن تؤسس في مصر وتتخذ فيها مركز إدارتها الرئيس الفعلي أي أنه اشترط توافر معياري مكان التأسيس ومركز الإدارة الرئيس الفعلي مجتمعين .وكذلك القانون السوري الذي اشترط في المادة ٩٩ من قانون التجارة لعام ١٩٤٩ توافر المعيارين أعلاه[٢٣١].

---

[٢٢٨] د. باسم محمد صالح و د. عدنان أحمد ولي العزاوي : المصدر السابق ، ص٤٩.
[٢٢٩] د. أحمد عبد الكريم : المصدر السابق ، ص٥١.
[٢٣٠] د. باسم محمد صالح و د. عدنان أحمد ولي ، المصدر السابق ، ص٥٠ .
[٢٣١] ينظر نص المادة ٩٩ من قانون التجارة السوري لعام ١٩٤٩ ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ٢٠٠٠ .

أما المشرع الكويتي فقد ميّز بين أنواع الشركات إذ اعتمدت على معياري مكان التأسيس ومركز الإدارة في منح الجنسية الكويتية لكل من الشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة[٢٣٢].

وما أردنا أن نشير إليه رأي مستجد في خصوص المعايير فأن جانباً من الفقه الحديث يرى الركون إلى ضابطين لتحديد مسألة أجنبية الشركات الأجنبية المتعاقدة الأول منها يطلق عليه الضابط الأصلي وهو مركز الإدارة إذ تعد الشركة أجنبية متى كان هذا المركز خارج إقليم ممارسة النشاط حتى لو تواجد لها فروع على ذلك الإقليم ويسوغ أصحاب هذا الرأي بأنه أكثر استجابة من الناحية العلمية وأنه من السهل أعماله والتحقق من توافره من عدمه[٢٣٣]. والثاني هو الضابط الاحتياطي إذ يمكن أعماله متى تعلق الأمر بضرورة حماية كيان الدولة الاقتصادي والسياسي في ظل الظروف والمنازعات والأزمات السياسية وهذا الضابط الاحتياطي هو فكرة الرقابة والتي أعملها القضاء الفرنسي أبان الحربين العالميين الأولى والثانية كما اشرنا سابقاً[٢٣٤].

وقبل أن نشير إلى ما أستجد من رأي حيال المعايير التي تعتمدها التشريعات بصدد تحديد جنسية الشركة الأجنبية لابد من القول أن هناك توافقاً بين الفقهيين اللاتيني والأنجلو سكسوني بشأن هذه المعايير إذ أخذا بمعياري التأسيس ومركز الأشغال مع خلاف لفظي إذ أن القانون الدولي الخاص الإنجليزي يستخدم كلمة الموطن بدل الجنسية فيما يتعلق بجنسية الشركة[٢٣٥]، على وفق الفقه اللاتيني .

وثمة تصور آخر يطرح نفسه على وفق اعتبارات الجنسية التي أشرنا إليها سابقاً والتي تعني الشخص الطبيعي[٢٣٦]، وهذا التصور هل هو بإمكان الشخص المعنوي المتمثل بالشركة الأجنبية القائمة بالاستثمار على أراضٍ غير أراضيها أن يغير جنسيته التي حصل عليها بموجب نظام قانوني معين ؟

أن الإجابة عن هذا التصور تكون بالإيجاب إذ بإمكان الشخص الاعتباري الأجنبي أن يغير جنسيته بنقل مركزه من الدولة التي تتمتع بجنسيتها إلى دولة أخرى[٢٣٧].

وخلاصة القول أن ضابط الجنسية لابد من توافره بالنسبة للشخص الاعتباري الأجنبي المتعاقد للاستثمار على أراضي دولة أخرى وفي التاريخ الذي يرتضي فيه الطرفان عرض النزاع للتوفيق أو طرحه للتحكيم لدى مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ولا يؤثر في انعقاد الاختصاص للمركز أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري[٢٣٨].

كما يستوي أن يكون المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار الأجنبي بجميع أشكاله شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً دون أن يؤثر ذلك في طبيعة هذه العقود طالما أن موضوعها يتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة[٢٣٩]

---

[٢٣٢] د. ابود زيد رضوان : الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن ، الكويت ، ط١ ، ١٩٧٨ ، ص١٢٠.
[٢٣٣] د. عوض الله شيبه الحمد : المصدر السابق ، ص٢٠٥-٢٠٦.
[٢٣٤] معيار الرقابة في هذا المبحث .
[٢٣٥] د. أبو زيد رضوان : المصدر السابق ، ص١١٧.
[٢٣٦] د. عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص .
[٢٣٧] د. عز الدين عبد الله : المصدر السابق ، ص٤٧٥.
[٢٣٨] نص المادة (٢٥/ب) من الاتفاقية.
[٢٣٩] د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٣١.

الفصل الثالث

القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبـي للعقـــار

تمهيد وتقسيم :

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي واحدة من أهم وأدق المسائل التي تؤثر في تكوين هذه العلاقة ومن ثم استمرارها وحل المنازعات التي تنشأ عنها فقد اتضح لنا من خلال قراءة الفكر القانوني الذي عني بهذه المسألة منذ زمن ليس بالقصير إذ تشير المصادر إلى أنه مع نهايات القرن التاسع عشر حاول الفكر القانوني أن يبحث هذه المسالة متأثراً بالمذاهب الفكرية والفلسفية السائدة حينذاك فتارة يعطي للنظرية الشخصية مدى واسعاً ويترك لإرادة طرفي العلاقة القانونية اختيار ما يجدانه ملبياً لمصلحتها من قانون ليطبق على هذه العلاقة أو تلك ، ويستمر الجدل القانوني ليقلص من نفوذ النظرية الشخصية لتطل علينا النظرية الموضوعية والتي عنت بتنظيم العلاقات من هذا النوع وركزت على موضوع العلاقة لتحديد القانون الذي يحكمها حيث يطبق قانون محل تنفيذ العلاقة عليها وهذا قد افرز نظرية حديثة تعرف بنظرية الأداء المميز وعلى وفق ما سنراه من خلال هذا الفصل من هذه الرسالة .

ومع تزايد وتنوع عقود الاستثمارات الأجنبية نجد عناية بالاهتمام بهذا الموضوع من لدن أطراف العلاقة التعاقدية ومحاولة إيجاد أيسر الطرق التي يمكن من خلالها ضمان تدفق الاستثمارات الأجنبية من وإلى الدول كافة إلا أن التباين في الأنظمة القانونية لأطراف العلاقات في العقود محل الدراسة من جهة وارتباطها بخطط التنمية في البلدان المضيفة للاستثمار الأجنبي من جهة أخرى جعل من مسالة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود مرتبطة بأكثر من نظام قانوني واحد إذ أن بعض الدول لاسيما الأوربية منها قد عالجت العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي بتشريعات خاصة بالعلاقات الدولية الخاصة ومنها القانون السويسري والألماني والإيطالي ، خلافاً للعديد من الدول التي عادة ما تكون بحاجة لمثل هذه العلاقات فأنها تركن تنظيم العلاقات الأجنبية للتشريعات المدنية أو التجارية والتي معها يخشى المستثمر الأجنبي من عدم تلبيتها لمصلحته ما يؤدي إلى نفوره من الاستثمار على أراضي هذه الدول .

كما أن ذيوع قواعد التجارة الدولية والمسماة بقواعد Lex moratoria ومحاولة الاستناد عليها في مثل هذه التعاقدات قد جعل منها أحد الجوانب التي يمكن أن يستمد منها الأطراف قانون عقدهم وعلى وفق ما سنرى في هذا الفصل حيث سيتضمن مبحثين : الأول : سنتناول فيه خضوع عقد استثمار الأجنبي للعقار لقانون الإرادة ، أما الثاني فسنتناول فيه اختيار المتعاقدين لقوانين أخرى وما مدى مشروعيتها .

المبحث الأول

خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للعقار لقانون الإرادة

لقد بينا سابقاً أن أحد طرفي العلاقة العقدية في العقود محل الدراسة هو طرف أجنبي ومعنى هذا الكلام اتصال العلاقة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد وهذا يؤدي بالضرورة إلى وقفه من الأطراف عند موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق ومحاولة الأطراف بشكل أو بآخر إخضاع هذه العلاقة إلى قانون معين يلبي مصلحتيهما في آن واحد ولا تتم هذه المسألة إلا بإرادتيهما معاً وتظهر هنا النظرية الشخصية التي تنتمي إلى تعاليم المذاهب الفردية وعلى وفق ما سنرى في المطلب القادم ، وأن مشكلة اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي تتخذ في محاولة الأطراف من إفلات عقدهم من أي من النظامين الذين ينتميان إليهما عملاً بمبدأ سلطان الإدارة ومحاولة إدماج قانون إرادتهما بوصفه مجرد شروط تعاقدية ويصبح هذا الاختيار ضمن الشروط التعاقدية . وسنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء عن مدى حرية الأطراف في العقود نحل الدراسة من أعمال مبدأ سلطان الإرادة وذلك في مطلبين هما :

المطلب الأول : خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للعقار للقانون المختار وآلية تحديده.

المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وآلية تحديد نطاقه.

المطلب الأول

خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للعقار للقانون المختار وآلية تحديده

لابد لنا قبل الدخول في هذا الموضوع من الإشارة بنظرة سريعة إلى فكر قانون الإرادة والكيفية التي أدت إلى استقرارها كمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص المعاصر سيما وأن هذه القاعدة لم يكن لها مكان في ظل القوانين الرومانية القديمة[٢٤٠]، وإنما كان المستقر أن العقد يخضع لمحل إبرامه[٢٤١] وهذا ما جرى عليه الفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة إذ أن العقود تخضع إلى قانون الدولة التي أبرمت فيها شكلاً وموضوعاً.

وأن إخضاع العقد لقانون محل الإبرام يشكل بحد ذاته اجتهاد إذ قد يصيب المجتهد وقد يخطأ لذلك فإن الأفكار أعلاه قد تعرضت للانتقاد الذي تأتى من أن العقد ينشأ عن إرادة إنسانية مؤهلة ومكان

---

[٢٤٠] د. حسن الهداوي : المصدر السابق ، ص٢٩-٣٠.

[٢٤١] وتعد هذه من أقدم قواعد الإسناد وقد تأثرت بعض التشريعات المدنية في هذا الاتجاه ومنها القانون المدني العراقي في نص المادة ٢٥ / ١ من القانون المدني العراقي : " يسري على الالتزامات التعاقدية لقانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا أخر يراد تطبيقه " أما الفقرة الثانية من المادة /٢٥ فقد اشارت إلى " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه " .
للمزيد يراجع : ممدوح عبد الكريم حافظ : القانون الدولي الخاص ، ١٩٧٧ ، ص٤٥.

الإبرام لا يعدو عن كونه مسألة خارجة عن العقد ذاته وقد تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية[٢٤٢]. وتأسيساً على ذلك فأن فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين في القرن الخامس عشر قد حاولوا تفسير قاعدة إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس آخر هو "أن خضوع العقد لقانون محل الإبرام هو الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد"[٢٤٣].

وكان تفسير الفقه الإيطالي بمثابة التمهيد لنظرية الفقيه الفرنسي Domulin ديمولان في القرن السادس عشر والتي قرر بموجبها خضوع العقد من حيث الموضوع لقانون إرادة المتعاقدين وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين "فقد أراد هذا الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس بغية تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي نقع فيها أموالها ولقد أفتى ديمولان بأنه "وإن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي لهما يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون ، وهو العرف السائد في باريس"[٢٤٤] . وبهذه المثابة يمكن لنا القول بأن القاعدة المذكورة قد أخذت بالاستقرار بشكل تدريجي وبالرغم من المدة الزمنية الكبيرة التي تمتد لمدى ثلاثة قرون أي من فتوى ديمولان وصولاً على القرن التاسع عشر إذ تناولها كل من الفقهين Savigny و Muncihi، فقد أخضع الأول العقد لمكان تنفيذه حيث كان يعتد أساساً بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة آثارها ثم يخضع الرابطة للقانون السائد في هذا المكان، وبعد أن انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها للقانون السائد في هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها[٢٤٥].

أما ما نشيني فكان يرى إخضاع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف عملاً بمبدأ شخصية القوانين كأحد مبادئ نظريته[٢٤٦].

لقد لاحظنا فيما سبق الكيفية التي تدرجت فيها (قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة) لدى رجال الفقه من المدرستين الإيطالية والفرنسية والمدارس الأخرى غير أن هذا لم يكن كافياً لتستحيل هذه القاعدة مبدأ مستقراً يلجأ إليه أطراف العلاقة العقدية المشوبة بعنصر أجنبي دون أن يتوفر لها المناخ السياسي والتشريعي والتطبيقي الكافي لهذا الاستقرار ويكشف لنا البحث أن القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في تشرين الثاني من عام ١٩١٠ في قضية Co. C. Quebec Steamship American Trading co التي اعترفت بهذه القاعدة مقررة أن : القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها وشروطها هو ذلك الذي تبناه الأطراف[٢٤٧].

---

[٢٤٢] نقلاً عن : عوض الله شيبة الحمد : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٧ ، ص٥٠٦.

[٢٤٣] د. أحمد عبد الكريم سمة : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني . التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٤٤٣-٤٤٤.

[٢٤٤] د. عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، ص٤١٩

[٢٤٥] نقلاً عن د. هشام صادق : دروس تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٢٢.

[٢٤٦] نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة : المرجع السابق ، ص٢٤٤.

[٢٤٧] القضية المؤرخة في ١٩١٠/١٢/٥ ، محكمة النقض الفرنسية ، ص١١٥٦ ، ملاحظة جاليبورج . محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار العقد العدلي بين النظرية والتطبيق ومنشأ المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٦١٣.

ومما ساعد على استقرار هذه القاعدة علاوة على الجانب التطبيقي الذي تبناه القضاء الفرنسي في القضية أعلاه هو ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية ، ونظام الاقتصاد الحر أو الليبرالي الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية أما على الصعيد التشريعي فأن غالبية التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة وتلك المتعلقة بالتحكيم فقد كرست قاعدة قانون الإرادة والتي تقرر حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها وسنرى لاحقاً ما مدى هذا الحق[٢٤٨].

ولعل أول ما نبدأ به هو موقف التشريع العراقي إذ جاء في نص المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا موطناً قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"[٢٤٩] .

وكذلك جاء التشريع المصري في نص المادة ١/١٩ من القانون المدني "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فأن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"[٢٥٠].

كما أخذ بنص مماثل المشروع السوري في المادة ١/٢٠ من القانون المدني السوري، وأيضاً المشرع الأردني في المادة ١/٢٠ من القانون الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٦ إذ نصت على أنه "تسري الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"[٢٥١].

أما التشريعات المقارنة ، الأوربية منها بالذات فقد اعترفت صراحة بحرية أطراف العقود الدولية في اختيار القانون الذي تخضع له علاقتهم إذ تنص المادة ٥/١٠ من القانون المدني الأسباني لعام ١٩٧٦ على "تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الالتزامات التعاقدية بين الطرفين للقانون الذي يختارانه.."[٢٥٢].

وكذلك جاء المشرع السويسري في نص المادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ على أن "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف.."[٢٥٣]

---

[٢٤٨] انظر الفصل الثالث . المبحث الأول من هذه الرسالة .
[٢٤٩] ينظر نص المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي .
[٢٥٠] ينظر نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري .
[٢٥١] ينظر نص المادة ١/٢٠ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
[٢٥٢] نص المادة ٥/١٠ من القانون المدني الاسباني بالأسبانية .
"La Relacion entre los partes contrantes somete en las obligaciones contractules la ley lo que. Elegian ".
منشور على شبكة الانترنت على الموقع :
http://www.dmin.ch/ch/f/rs/٢٩٧.

[٢٥٣] ينظر نص المادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري على شبكة الانترنت :

إن ما تقدم من نصوص أشارت إليها التشريعات الوطنية والتي أكدت إمكانية خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة الذي يختاره الأطراف فأن الاتفاقيات الدولية قد جاءت بالمعنى نفسه والتي عنت بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة وحاولت تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص صريحة ولعل من أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٥ حزيران ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المنقولات المادية ذات الصفة الدولية في المادة ١/٢ على أن "يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي عينه طرفا العقد"[٢٥٤].

كما نصت المادة ١/٧ من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٦ والتي ستحل محل الاتفاقية المتقدمة باكتمال التصديقات اللازمة عليها من قبل الدول الأعضاء[٢٥٥] على " أن عقد البيع يسري عليه القانون الذي اختاره الأطراف".

أما اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد عبرت عن هذه القاعدة بأن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق تتم عبر آلية الاختيار المطلق للأطراف إذ تنص المادة ١/٣ من هذه الاتفاقية على أن "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف.."[٢٥٦] .

ولا يفوتنا أن نذكر أن مبدأ الحرية التعاقدية أي حرية الأطراف في إبرام ما يريدون من العقود وتحديدهم لمضمون عقدهم فقد ورد النص عليه في المادة ١م١ من مبادئ معهد روما "اليونيدورا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية والتي يعدها البعض بمثابة تقنين حقيقي للعقود الدولية[٢٥٧] .

أما القواعد المنظمة للتحكيم لا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يتفق الأطراف عليه بشأن موضوع الأنواع الذي يخل بالتحكيم . كما أخذت معاهدة جنيف المبرمة في ٢١ نيسان ١٩٦١ بشأن التحكيم التجاري الدولي إذ تنص المادة ١/٧ منها على أن :(يتمتع الأطراف بموجب الاتفاق بحرية تحديد قانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع)[٢٥٨]

أما على صعيد الاتفاقيات العربية أخذت المادة ١/٢١ من معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ إذ نصت على أن : "تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان ..."[٢٥٩].

من كل الذي تقدم يمكننا القول أن معظم التشريعات العربية والمقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة قد أقرت بحق الأطراف في العقد الدولي في اختيار القانون الذي يحكم موضوع عقدهم وهذا من

---

http://www.dmin.ch/ch/f/rs/٢٩٧.

[٢٥٤] نص الاتفاقية على شبكة الانترنت :

http:/www.us.uio.no/m/lawconvention.

[٢٥٥] لا تزال اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ سارية المفعول على العقود الخاصة بالبيع الدولي للبضائع وجاءت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ مؤكدة لهذه القاعدة . نص الاتفاقية بالانجليزية على شبكة الانترنت :

http://wwwjus.uio.no/m/,hcpil.applicable.law.sog.convention.

[٢٥٦] نص الاتفاقية على شبكة الانترنت باللغتين العربية والانجليزية :

Http://www.jus.uio.no/(m)ec.apphcable.law.contvacts.١٩٨٠/doc,htm/

Article ٣- Freedom of a choice:

١. A contract shall be governed by the law chosen by the parties….

[٢٥٧] تنظر هذه المبادئ المنشورة على شبكة الانترنت :

http://www.jus.uio

[٢٥٨] تنظر نصوص المعاهدة المنشورة بالانجليزية على شبكة الانترنت :

Http://www.jus.uio.no/(m)ec.apphcable.law.contvacts.١٩٦١/doc,htm/

Article ٣- Freedom of a choice:

١. A contract shall be governed by the law chosen by the parties….

[٢٥٩] د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٤٣٩. وما بعدها.

شأنه أن يؤكد إستقرارية هذه القاعدة بوصفها أمراً واقعياً معترفاً به وأن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المضمار ما مدى ملائمة القاعدة المذكورة ومدى انطباقها على عقد الاستثمار الأجنبي الواقع على العقار بمفهومه القانوني بشكل عام[٢٦٠].

أن عقد استثمار الأجنبي للعقار هو من العقود الدولية الخاصة كما أشرنا في مطلع هذه الرسالة[٢٦١] وأن هذه العقود هي من عقود التنمية الاقتصادية التي تدخل فيها الدول وخصوصاً النامية منها في علاقات تعاقدية مع أطراف أجنبية خاصة ، لذلك فأن هذه المثابة والمتمثلة بدولية العقد التي تفرض على المتعاقدين ما يترتب من آثار على هذه العقود في جميع مراحلها ولعل من ابرز هذه الآثار هو منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وهذا يقودنا إلى الاعتقاد بأن الإجابة عن التساؤل أعلاه تكون بالإيجاب أي أنه بالإمكان تطبيق القاعدة المذكورة على عقود الاستثمار بشكل عام بالإرادة المشتركة للأطراف ولا يؤثر وجود الدولة أو أحد مشروعاتها كطرف في العقد إذ أن لمبدأ سلطان الإرادة أثراً واضحاً في عقود الاستثمارات الأجنبية فهذه العقود كغيرها من العقود الدولية الخاصة تخضع لقاعدة قانون الإرادة[٢٦٢].

وما يدعم الرأي المتقدم أن الاتفاقيات الدولية وكذلك قرارات الهيئات الدولية أقرت هذه القاعدة بشأن هذا النوع من العقود مع الأخذ بنظر الاعتبار الأنظمة القانونية لكل بلدٍ من بلدان.

ومن أولى هذه الاتفاقيات هي اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، إذ نجد المادة ٤٢ منها تجعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساس الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة في الشطر الأول منها أن : "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي تتفق عليها الأطراف المتنازعة..."[٢٦٣]. ومما لاشك فيه أن ترك الاتفاقية الحرية للأطراف في اختيار القانون المطبق على عقدهم من شأنه أن يضمن المرونة للاتفاقية.

وكذلك فقد كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية الأطراف في عقود الاستثمار لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك بمناسبة دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩ والتي خصصت لهذا الموضوع وبالذات لموضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى إذ نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القرار على أن : "تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي على القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة.."[٢٦٤]، وفي نفس المعنى أكد المجمع نفسه في دورته الثالثة والستين في عام ١٩٨٩ والمنعقدة في Sandhogs de complot والتي خصصت للتحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية موافقاً لقراره الصادر قبل اثنتي عشرة سنة إذ جاء في تقريره حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك في المادة السادسة من القرار المذكور والتي تنص على أن : "يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم..."[٢٦٥].

أما على الصعيد التطبيقي فقد اعترفت أحكام التحكيم الصادرة بشأن المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار أن للأطراف القدرة على اختيار النظام القانوني الحاكم لعقدهم بوصفه قانون إرادتهم وجاء ذلك في عدة قرارات تحكيمية ومنها تحكيم Aramco الذي سبق لنا وأن اشرنا إليه فقد ذهبت هيئة التحكيم إلى

---

[٢٦٠] المفهوم القانوني للعقار ما جاء في نص المادة ١/٦٢ أن القانون المدني العراقي في تعريف العقار ينظر نص المادة .

[٢٦١] للمزيد في تحديد مفهوم العقد الدولي يراجع د. سلامة فارس عرب : المصدر السابق ، ص١٩-٣٩. و د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٢٥.

[٢٦٢] د. فؤاد رياض وسامية راشد : الوسيط في تنازع القوانين ، دار النهضة العربية : القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢٩٨.

(٢٦٣) Articles : the Tribunal shall decide & dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties.

[٢٦٤] تنص المادة المذكورة على أن :

١. the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties."

[٢٦٥] د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص١٦٦ وما بعدها.

أنه لابد من اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص ، والمعروف باسم حرية أو استقلالية الإرادة وبناءً على هذا المبدأ في أي عقد ذو طابع دولي ينبغي أولاً أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره الإطراف صراحة"[٢٦٦].

وكذلك ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في قضية Agip ضد حكومة الكونغو إلى تطبيق القانون الكونغولي استناداً لتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة على تطبيقه[٢٦٧].

وكذلك انتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بشأن النزاع الناشئ عن عقد استيراد مصنع وإنشاءه وتشغيله بين شركة إنجليزية وحكومة سلطنة عمان إلى تطبيق القانون العماني بوصفه القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيقه .

من كل الذي تقدم نجد أن قاعدة حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لهذه العقود تجد لها مجالاً رحباً في عقود الاستثمار وأنها تستجيب لهذه العقود وتلائمها إلى حد كبير ، ولكن يبقى التساؤل الآخر عن مدى حرية الأطراف باختيار هذا القانون أو ذاك ليكون حاكما لعقدهم بسبب التباين في مراكز الأطراف المتعاقدة وما هي الآلية التي يتسنى بها للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق ؟ .

المطلب الثاني

مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وآلية تحديد نطاقه

أن من ابرز التصورات والتساؤلات التي يمكن أن ترد في هذا المضمار لاسيما وقد بيّنا في المطلب السابق اتجاهات الفقه والتشريع والقضاء والاتفاقيات بشأن قاعدة حرية الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم والتصور والتساؤل في آن واحد هو هل أن للأطراف وهم يتمتعون بهذه الحرية مدى معيناً يتمكنون من خلاله اختيار قانون عقدهم وبمعنى أدق ما هو القانون الذي ينبغي لهم اختياره وهل أن هناك شروطاً معينة في هذا القانون عليهم مراعاتها وإذا وقع اختيارهم على قانون معين . ما هي الآلية التي يتمكن بها الطرفان من التعبير عن القانون الذي وقع اختيارهم عليه وما هو الوقت الذي ينبغي لهما اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم واللغة التي يجب أن تعتمد في تحرير العقد هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول

مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

---

[٢٦٦] د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص ١٦٧.

[٢٦٧] د. جلال وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠١ ، ص٤٥.

لعل من التساؤلات التي ترد في هذا الإطار هو هل أن للتفاوت بين مركزي أطراف العلاقة العقدية في العقود محل الدراسة تأثير فيما يتمتع به كل طرف من طرفي العقد بالحرية الكافية لاختيار القانون الواجب التطبيق؟

أن للأطراف قدراً متساوياً من حرية في هذا الاختيار إذ يتساوى أطراف العقود محل الدراسة والتي أغلبها تكون الدولة سواء أ كانت بنفسها أم مشروعاتها العامة وكذا المتعاقد الأجنبي ولا يمكن تصور انفراد أحد الأطراف بهذا الاختيار دون الآخر إلا في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها تحديد هذا القانون مفروضاً على الأطراف بحكم القوانين المعمول بها في الدول التي تتبعها الأطراف المتعاقدة كما في حالات قواعد التطبيق الضروري او قواعد الأمن الوطني[٢٦٨] . وبهذه المثابة فأن التساؤل محل الدراسة عن مدى الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تحديد هذا القانون فأن الإجابة عن هذا التساؤل تشير إلى انقسام فقه القانون الدولي الخاص بالنسبة لهذه المسألة إلى عدة اتجاهات وعلى النحو التالي :

الاتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم[٢٦٩] دون قيد أو شرط وكل ما يجب توافره هو أن يكون هذا الاختيار قائماً على حسن النية وأن يكون معقولاً فإذا توافر ذلك وحسب الأخذ بهذا الاختيار وحتى لو كان القانون المختار منبت الصلة عن العقد[٢٧٠].

الاتجاه الثاني : ذهب أصحاب هذا الاتجاه على القول بقيد مشروط لحرية المتعاقدين في الاختيار وهذا الشرط هو أن يكون القانون المختار تربطه بالعقد صلة حقيقية ويعتمد هذا الاتجاه في أسانيده على فكرة تركيز العقد[٢٧١] وينحصر دور إرادة الأطراف في أن يقوموا بتركيز العقد في مكان معين طبقاً لملابسات هذا العقد ويطلق عليها مركز الثقل العقدي Centre Gamer لذلك فأن إرادة المتعاقدين يجب أن تعبر عن مركز الثقل هذا فأن اتجهت إلى قانون بعيد عنه فأنها تكون قد تجاوزت الهدف المقصود من تخويلها هذا لاختيار القانون وذلك لأن الهدف هو أن يقوم المتعاقدان بتركيز العقد في المكان الذي يرتبطان به فعلاً فإذا انحرفت الإرادة عن ذلك كان لزاماً إهمالها وطرح القانون المختار جانياً واختيار قانون آخر أكثر اتصالاً بالعقد من الناحية الواقعية[٢٧٢].

الاتجاه الثالث : وهو اتجاه يتوسط الاتجاهين السابقين إذ يرى أصحابه أن إرادة المتعاقدين في الاختيار ليست مطلقة كما ذهب الاتجاه الأول ، وليست مقيدة على حد قول الاتجاه الثاني وإنما يشترط فقط لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد بحيث لا يكون الأول منبت الصلة بالعقد ويتحقق ذلك باختيار قانون جنسية أو موطن أحد المتعاقدين[٢٧٣]، أو قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد . ويظهر من خلال قراءة الاتجاهات الثلاثة بهذا الشأن .

أن أصحاب الاتجاه الثالث أكثر اعتدالاً من الاتجاهين الآخرين وقد تبنت بعض التشريعات كالبولندي في نص المادة السابعة من القانون الصادر في عام ١٩٢٦ والخاص بتنازع القوانين نفس هذا

---

[٢٦٨] د.صفوت احمد عبدالحفيظ :المصدر السابق ، ص ٢٧٣.

[٢٦٩] يتضمن هذا النوع من العقود عقود كثيرة إذ تقسم حسب نوع الأعمال التي يمارسها المستثمر الأجنبي ومنها الأعمال المدنية وأعمال الهندسة الكهربائية والأعمال التي ينفذها المقاول الثانوي وأعمال أخرى .
للمزيد يراجع : د. محمد محمود عبد الحميد إسماعيل : مصدر سابق ، ص٢٥٠ وما بعدها .

[٢٧٠] د. عز الدين عبد الله : مصدر سابق ، ج٢ ، ص٤٢٠ و هشام صادق : مصدر سابق ، ص٦٧.

[٢٧١] د. فؤاد رياض و سامية راشد : أصول التنازع ، ص٢٥٩-٢٦٠.

[٢٧٢] د. فؤاد رياض و د. سامية راشد : مصدر سابق ، ص٢٥٩-٢٦٠.

[٢٧٣] النظام الإنكليزي الأمريكي أو ما يسمى بنظام القانون العام Common Law Counties الذي يقتضي في حالة عدم الاختيار الصريح للقانون بمعرفة المتعاقدين أن :
تخضع العلاقة التعاقدية للقانون الأكثر صلة بها أياً كان هذا القانون .
للمزيد يراجع : د. صلاح الدين جمال الدين محمد : نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة ٤٢ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية : القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص٣٧-٣٨-٣٩.

المعنى إذ جاء بهذه المادة : يجوز للمتعاقدين إخضاع التزامهما لقانون الجنسية أو لقانون محل إبرام العقد أو لقانون محل التنفيذ أو لقانون موقع الشيء"[٢٧٤].

ويظهر من خلال قراءة الاتجاهات سالفة الذكر أنها تتفق على حرية الاختيار للمتعاقدين وأن ما يستلزم هو وضع قيد سلبي على هذه الإرادة بحيث لا يجوز لها أن تختار قانوناً منقطع الصلة بالعقد وذلك بأن تتوافر في الاختيار لهذا القانون شروط ثلاثة :

١. ضرورة أن ينتمي هذا القانون لنظام قانوني معين .
٢. أن يكون الاختيار من قبل المتعاقدين جدياً وأميناً وعلى حد تعبير الفضاء الإنجليزي بأن يكون هذا الاختيار بحسن نية وشرعياً .
٣. ضرورة توافر الصلة بين القانون المختار والعقد[٢٧٥].

الفرع الثاني

آلية اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد

ترتبط مسألة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد بمسالة التعبير عن الإرادة والتي تدخل ضمن إطار دراسة نظرية العقد وهذا التعبير قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً أن القانون لم يشترط مظهراً خاصاً أو شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة إلا في أحوال نادرة[٢٧٦] ، والقاعدة العامة بهذا الصدد هي أن يتم اختيار القانون الذي يحكم العقد بإرادة المتعاقدين الصريحة بحيث إذا تضمنت العقد تحديداً لقانون ما ليحكمه بعبارات صريحة وجلية وجب على المحكم أو القاضي أعمال هذا الاختيار وعدم طرحه جانباً وهو الأمر الذي تسير عليه أحكام المحاكم القضائية ومحاكم التحكيم في الظروف العادية وقد أيَّد بعض الفقه وبعض التشريعات الوطنية الاتجاه القائل بضرورة أن يكون الاختيار صريحاً ويلتزم بعد ذلك المحكم أو القاضي بالأخذ بهذا الاختيار وإذا لم يكن هناك اختيار صريح فيجب على القاضي أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها دون البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية ومن التشريعات التي نصت على هذا الاتجاه القانون المدني الأسباني[٢٧٧] . ويلاحظ على هذا الاتجاه إهماله للإرادة الضمنية للأطراف سيما وأن قاعدة الإسناد تقتضي بخضوع العقد لقانون الإرادة وهذا معناه وجود الإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الصريحة للمتعاقدين والتي ينبغي عدم تجاهلها متى تأكد القاضي من وجودها من خلال شرط العقد والظروف المحيطة به كافة"[٢٧٨]. وهذا يعني أن الاختيار الضمني بمجرد استنباطه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح وينبغي الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار الضمني . أن ما تقدم يمثل الاتجاه الغالب من الفقه الذي يرى في وجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد وهذا يدعو القاضي في حالة تخلف الإرادة

---

[٢٧٤] نص المادة السابعة من القانون الدولي الخاص البولندي الصادر عام ١٩٢٦.

[٢٧٥] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤٧ .

[٢٧٦] للمزيد يراجع د. عبد المجيد الحكيم : المصدر السابق ، ص٣٢-٣٣. و د. محمد وحيد الدين سوار : الشكل في الفقه الإسلامي ، مكان الطبع بلا ، ١٩٨٥ ، ص١٢٣-١٢٥.

[٢٧٧] نص المادة ١٠ من القانون المدني الأسباني .

ومن الفقه : Niboyet –Traite de International privet Francis

وللمزيد يراجع : محمود محمد ياقوت : المصدر السابق ، ص٧٨.

[٢٧٨] تتمثل الظروف المحيطة بالعقد على سبيل المثال لا الحصر (مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي تتبعها اللغة المحرر بها العقد أو قانون الدولة العملة المستخدمة في الدفع في هذا العقد) .

للمزيد يراجع : د. فؤاد رياض ، و د. سامية راشد : المصدر السابق ، ص٢٥٩.

الصريحة للمتعاقدين أن يبحث من الإرادة الضمنية من خلال قرائن تؤكد وجود هذه الإرادة[٢٧٩]. وسنحاول في فقرتين تاليتين أن نبحث الاختيار الصريح والموقف منه على الصعيدين التشريعي والقضائي في فقرة والاختيار الضمني في فقرة ثانية والوقت الذي يختار لأطراف القانون الواجب التطبيق في فقرة ثالثة ولغة العقد في فقرة رابعة

أولاً : الاختيار الصريح

يعني الاختيار الصريح عندما يقع اختيار المتعاقدين على قانون معين بالذات وبعبارة صريحة تكون فيها نية الطرفين قد اتجهت صوب قانون معين ومصرح بهذه النية بوضوح ومكتوبة وقد تتعدى ذلك إلى شكل معين لهذا الاختيار يسمى عقد الاختيار إذ يعرف بأنه "توافق إرادة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فهو الإطار الذي يعبر عن إرادة الأطراف في إخضاع كل العقد أو أجزاء منه لقانون معين . ويظهر جلياً أن تحديد القانون المطبق على العقد من قبل الطرفين لن يكون صعباً طالما توافقت إرادة المتعاقدين على ذلك كما أنه يوفر جانباً كبيراً من المشاكل التي يمكن أن تثار في حالة غياب مثل هذا الاختيار الصريح إذ أن هناك من يرى أن إضافة أو تحديد الشرط الذي يحدد الاختصاص التشريعي كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتشفه من أخطار محتملة[٢٨٠].

وقد دعا مجمع القانون الدولي عند بحثه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية في دورته المنعقدة بمدينة أثينا عام ١٩٧٩ الأطراف أن يعينوا بأنفسهم وعلى نحوٍ صريح القانون الواجب التطبيق على عقودهم إذ نصت المادة ١/٤ من قرار المجمع على أنه "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم"[٢٨١].

وعلى الصعيد التطبيقي نجد نص المادة التاسعة من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company ودولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على هذا العقد .

وكذلك المادة ٣٩ من العقد المبرم بين شركة Vacuum Salt Products L-d وحكومة غانا وأيضاً ما ورد في العقد المبرم بين حكومة جامايكا وشركة Alcoa Minerals of Jamaica من أن "محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها[٢٨٢] .

أن قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق الذي يريد إن يحكم العقد صراحة يؤدي إلى إلزام الممكن بتنفيذ اختيارهما وذلك على أساس أن أطراف العقد أحرار ف اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشأن المسائل التي ضمت صلاحيتهم التعاقدية باعتبارهم الأقدر على اختيار القانون الملائم (The Proper Law)[٢٨٣] لطبيعة العلاقة القانونية القائمة .

ثانياً : الاختيار الضمني

كما اشرنا سابقاً إلى أن الاتجاه الذي أكد على الاختيار الصريح دون الاختيار الضمني لم يلاق ترحيباً في معظم أوساط الفقه والتشريعات المختلفة وهذا مؤداه أن الطرفين في حالة عدم تعبيرهما

---

[٢٧٩] د. عوني محمد الفخري : المصدر السابق ، ص١٩٤.

[٢٨٠] د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية – القانون واجب التطبيق وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠١ ، ص٩٠ .

[٢٨١] نقلاً عن المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٨٠ ، ص٤١٨.

[٢٨٢] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤١٠-٤١٥.

[٢٨٣] د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٣٧.

صراحة من اختيار قانون معين فأن يكون من واجب المحكمة استنباط ذلك القانون من العوامل المحيطة بالعقد من القرائن والمؤشرات التي تدل على وجود الإرادة بوصفها إرادة حقيقية تنبئ عن ميلٍ واضح وأن كان كامناً ، إلى اختيار قانوني معين .

وقد أكدت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة على ضرورة استجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب الإرادة الصريحة ومنها التشريع المدني العراقي في المادة ١/٢٥ "تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"[٢٨٤] وبالصياغة نفسها جاء نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري وكذلك المشروع السوري في المادة ١/١٠[٢٨٥]، ومن التشريعات المقارنة نصت المادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ على أن "اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف"[٢٨٦].

كما نصت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة ١/٣ على أن : "يحكم العقد القانون المختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد.."[٢٨٧].

ولابد لنا من الوقوف أمام موقف اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن منازعات الاستثمار والتعرض لموقفها إزاء التعبير عن إرادة المتعاقدين بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم إذ نصت المادة ١/٤٢ والتي تعرضت لهذا الموضوع على أن : "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة.." .

ويلاحظ على هذا النص أنه قد جعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساس الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه ، إلا أنه لم يبين فيما إذا كان يلزم لإرادة الأطراف أن تكون صريحة لأعمال هذا المبدأ أم يكفي أن تكون ضمنية يمكن الاستدلال عليها من شروط العقد والظروف المحيطة بها وأدت هذه الملاحظة إلى انقسام الفقه في تفسير هذه المادة فبينما ذهب البعض إلى انه يشترط لأعمال قانون الإرادة أن يكون اختيار الأطراف له صريحاً، فقد ذهب البعض الآخر إلى أن اتفاق الأطراف قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[٢٨٨].

ومن التساؤلات التي ترد في إطار الاختيار الضمني أن تطبيق قواعد التفسير يتطلب وضع الاختيار الصريح والضمني للقانون على مستوى واحد . وهذا معناه كيف يتسنى للقاضي أو المحكم الكشف عن الاختيار الضمني لقانون الإرادة.؟ توجد عدة مؤشرات من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعقد؟

لعل من المؤشرات التي يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم أن يفهم القرينة على اتجاه إرادة الخصوم على اختيار هذا القانون أو ذاك من خلال قراءة كافة ظروف العقد وعدم الاقتصار على عنصر دون الآخر ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين لاسيما لو أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من الوصول إلى قصد المتعاقدين[٢٨٩].

ومن أبرز المؤشرات العامة التي يتفق الفقه والقضاء على الأخذ بها بهذا الصدد :

أ. اختيار المحكمة المختصة أو وجود شرط للتحكيم يشير على دولة بعينها كمكان للتحكيم .

ب. مكان تنفيذ العقد .

---

[٢٨٤] نص المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي .

[٢٨٥] نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري والمادة ١/٢٠ من القانون المدني السوري.

[٢٨٦] نص المادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري على شبكة الانترنت :
. http://wwwadmin.ch/ch/I/rs/٢٠١

[٢٨٧] نص الاتفاقية باللغتين العربية والإنجليزية على شبكة الانترنت :
http://jus.vio.no//m/ex.applicablo.law.contrac١٩٨٠/du/btm/

[٢٨٨] للمزيد يراجع : د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٥١٣.

[٢٨٩] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤١٣.

ج. استخدام لغة معينة في العقد.
د. مكان إقامة الطرفين وأحياناً جنسيتهم المشتركة .
ه. تضمين العقد أحكام وقواعد مستمرة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد[٢٩٠].

وأخيراً وفي عقود الاستثمار محل الدراسة حين تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو وهيئاتها طرفاً في العقد يكون القانون الذي له صلة جوهرية بالعقد هو قانون الدولة التي هي طرف في العقد وهذا أمر كان مستقراً لحد معين غير أن التطبيقات والممارسات التحكيمية بهذا الشأن تعد وجود شروط في العقد ومنها التحكيم في عقود الاستثمار تدل على قرينة سلبية تدل على أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت إلى استبعاد القانون الوطني للدولة الطرف في العقد كما فسرت البنود الخاصة بالتزام الأطراف في هذه العقود باحترام قواعد "الصدق" و "الثقة المتبادلة" و "حسن النية" على أنها اختيار سلبي يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة "أن نية الأطراف تتجه بموجبها إلى إحلال مبادئ العدالة والإنصاف وحسن النية محله[٢٩١].

وخلاصة القول من كل ما تقدم في هذا الفرع أن الاختيار الضمني بمجرد استنباطه استنباطاً صحيحاً والاستدلال عليه بقرائن مؤكدة فأنه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح وتعيين الأحكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه الاختيار ولكن ما هو الوقت الذي يتعين فيه على الأطراف ممارسة حقهم في اختيارات قانون العقد لكي يعتد به هذا ما سنجيب عليه في الفرع الثالث.

الفرع الثالث

وقت اختيار قانون العقد

الأصل أن يقوم الأطراف عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق والذي وقع اختيارهم عليه وذلك بتضمين العقد بنداً يحددون فيه ذلك القانون وأن اختيار هذا الوقت بالذات أي عند التعاقد فأن هذا من شأنه أن يحدد اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات والرابطة القانونية من هذا النوع لما يوفره هذا الوقت للأطراف المتعاقدة من علم وإدراك تام لما سيقع اختيارهم عليه مسبقاً[٢٩٢].

وكما أسلفنا بأن انعدام اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف لا يؤثر على إبرام العقد وسيلقى عبء تحديد ذلك القانون على القاضي فهنا يرد تساءل هو هل للأطراف بعد إبرام العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

يرى جانب من الفقه[٢٩٣] إمكانية تخويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد إذ يمكنهم تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل من العقد وحتى في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع القائم بينهم أمام المحكمة المختصة بالموضوع وقبل الفصل في النزاع ومرد هذا الاتجاه هو التيسير على المتعاقدين من جهة وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة من جهة أخرى[٢٩٤]، ذلك أن تحديد القانون الواجب التطبيق هو مهمة الأطراف بالدرجة الأولى فمن باب أولى يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون .

وتشير الممارسة التحكيمية في مجال عقود الاستثمار بمساندة الرأي الفقهي السابق إذ تضفي الهيئات التحكيمية أهمية متساوية على اتفاقات اختيار القانون الواجب التطبيق سواء تلك التي تحدد هذا

---

[٢٩٠] د. عبد الرزاق خليفة السعيدان : المصدر السابق ، ص٤٩.
[٢٩١] د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٢ ، ٢٠٠٢ ، ص١٦٢.
[٢٩٢] محمود محمد ياقوت : المصدر السابق ، ص٨٤-٨٥.
[٢٩٣] د. هشام صادق : المصدر السابق ، ص٤٧١.
[٢٩٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة : المصدر السابق ، ص١٧٩.

القانون عند التعاقد أم في مرحلة لاحقة وبعد ظهور النزاع ففي النزاع الذي عرض على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتعلق بتنفيذ العقد بموجب الاتفاقية الثنائية للاستثمار الموقعة بين المملكة المتحدة وسريلانكا ، فقد صرحت المحكمة عند نظر النزاع بخصوص القانون الواجب التطبيق بما يلي : "في ظل الظروف الخاصة سوف تتجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع ، وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك وتصرف الأطراف عبر وقائع التحكيم . وفي حالتنا هذه تصرف كل من الطرفين بشكل يظهر الموافقة المتبادلة على احترام ومراعاة بنود الاتفاقية السريلانكية-البريطانية (ثنائية الأطراف) لتكون المصدر الأساس للقواعد القانونية واجبة التطبيق وهذه القواعد الأساسية استند عليها الطرف المدعي وقوبلت بموافقة تامة من قبل المدعي عليه[٢٩٥].

خلاصة القول أن الوقت الذي يختاره الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق يمكن أن يكون عند إبرام العقد ويمكن أن يكون بوقت لاحق فهو يكون ملزماً للأطراف ولهيئة التحكيم عملاً بالقاعدة أن من اختار القانون اختار القاضي.

الفرع الرابع

لغة العقد

تبرز أهمية اللغة التي يحرر بها العقد في العقود الدولية أو عقود الدولة بصفة خاصة من جهة أن هذه العقود ومنها العقود محل الدراسة تبرم بين طرفين يتكلمان لغتين أو لغات مختلفة لذا يستلزم من الطرفين الاتفاق على اللغة التي يحرر بها العقد لأنها ستصبح مستقبلاً وسيلة للاتصال بينهما ولا تقتصر أهمية اللغة على مجرد الاتصال والتفاهم بل تتعداه إلى ابعد من ذلك بعد دخول العقد إلى حيز التنفيذ إذ تظهر حينذاك العديد من المسائل الخلافية بين الأطراف حول تفسير الشروط الفنية أو نص من النصوص القانونية[٢٩٦]، وهنا يوصي الفقه بضرورة أن يولي الخبراء القانونيون الموكول إليهم مهمة تحرير العقد لتحديد اللغة التي يكتب بها العقد أهمية قصوى وأن تكون استخداماتهم لهذه اللغة في صياغة العقد واضحة وبعيدة عن الغموض واللبس .

تظهر أهمية ثالثة للغة المحرر بها العقد بالإضافة إلى ما سبق ذكره أن هذه اللغة تعتد بها المحاكم التي تنظر المنازعات الناشئة عن العقد وذلك في حالة تضمنه نصاً يقضي بذلك وقد تستعين المحكمة في هذه الحالة بأحد الخبراء المختصين بالترجمة ، وفي حالة غياب هذا النص فأن المحكمة تستخدم لغة دولة القانون الواجب التطبيق[٢٩٧].

ومن الجدير بالذكر أن جانباً من الفقه العراقي[٢٩٨]، قد أشار إشارة إيجابية وهو يفسر نص المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي إذ اعتبر اللغة المحرر بها العقد من الدلائل التي يمكن أن يستعان بها

---

[٢٩٥] د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن : المصدر السابق ، ص٧٨.
[٢٩٦] د. فؤاد رياض و د. سامية راشد : المصدر السابق ، ص٣٨٥.
[٢٩٧] د. عوض الله سيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤١٢.
[٢٩٨] د. حسين الهداوي : المصدر السابق ، ص١٥٢.

لاستخلاص الإرادة الضمنية لاختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية مجاراة لاتجاه الفقه العربي في هذا الصدد[٢٩٩].

أما على الصعيد التطبيقي فقد تبنت محكمة استئناف باريس استخدام اللغة كإحدى القرائن الدالة على القانون الواجب التطبيق وذلك في حكم لها في ١٩٨٠/١١/٢٢ والصادر في قضية بين الشركة التايلندية وإحدى الشركات الفرنسية . والتي كانت مسؤولة عن تشييد مصنع في تايلند[٣٠٠].

ويتضح أن غالبية الفقه والقضاء يعول على اللغة التي يحرر بها العقد كإحدى القرائن الضمنية لإرادة طرفي العقد في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق ولكن مع ملاحظة أن اللغة التي يحرر بها العقد ليست هي إحدى اللغات الناطق بها أطراف العقد وإنما تكون إحدى اللغات الدارجة في تحرير العقود الدولية مثل اللغة الإنجليزية وبحيث تنعدم أية صلة قانونية بين العقد المحرر بها والنظام القانون الذي ينتمي إليه ، وبمعنى آخر أن استخدام اللغة الإنجليزية بوصفها من اللغات الدارج استخدامها في العالم لا يعد قرينة على تطبيق القانون الإنجليزي وذلك لانعدام الصلة بين العقد وهذا القانون[٣٠١].

أما الإجابة عن الافتراض الثاني الذي يقوم على اختيار الأطراف بتحرير عقدهم بأكثر من لغة فمما لاشك فيه فأن هذا الافتراض تشوبه الكثير من الصعوبات ويمكن للأطراف تلافياً لأية منازعات تثور بهذا الخصوص أن يضمنوا عقدهم نصاً صريحاً خاصاً باللغة أو اللغات المعتمدة للعقد على إن يشيرا إلى تمتع كافة اللغات التي حرر بها العقد بالحجية نفسها في التفسير وعلى مستوى واحد[٣٠٢] .

ويثار تساؤل عن آلية تحديد لغة العقد هل يحرر بلغة واحدة أم بأكثر من لغة ؟ فإذا حرر بأكثر من لغة فأن التساؤل الذي يفرض نفسه أية لغة تعتمد كلغة خاصة بالعقد؟

أن تحرير العقد بلغة واحدة محكمة الصياغة ويفضل الفقه أن تكون الصياغة في هذا النوع من العقود صياغة جامدة* ومن لدن خبراء قانونيين وفنيين يعتمدها طرفا العلاقة العقدية وبمحض إرادتهما لا يثير أية مشاكل قانونية وتكون هذه اللغة الأصيلة والرسمية للعقد وأن تحرير العقد بلغة واحدة يستوي فيه أن تكون اللغة لغة أحد الأطراف أو كلا طرفي العقد وقد لا تكون هي لغة أطراف العقد وإنما إحدى اللغات الدارجة أو الشائعة في مجال العقود من هذا النوع ولا يشترط أن تكون لغة التفاوض هي نفسها لغة العقد إذ بإمكان الأطراف بعد أتمام المفاوضات بنجاح أن يحرروا عقدهم بلغة أخرى خلاف التي كانت مستخدمة في المفاوضات[٣٠٣].

المبحث الثاني

---

[٢٩٩] بذات المعنى جاء تفسير المادة (١٩) من القانون المدني المصري والقانون المدني السوري (مادة ٢٢) والقانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ (مادة ١٨) والقانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ (مادة ٢٠) وفي القوانين المقارنة القانون المدني اليوناني (مادة ٢٥) والقانون المدني الإيطالي (مادة ٢٠) والقانون الدولي الخاص البولندي ١٩٦٥ مادة (٢٥) .

للمزيد يراجع : د. محمود محمد ياقوت : المصدر السابق ، ص٣٥.

[٣٠٠] جاء اتجاه استئناف باريس كرد فعل على حكم لمحكمة استئناف بوخارست في ١٩٧٢/٤/٧ إذ ذهبت هذه المحكمة إلى القول "بأن لغة العقد لا يمكن أن يعول عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد" إذ قررت في الحكم "

"La Langue de Kedaction d. un contrat ne presm'sent aucume importance gumt a la determination du drioit materiel pour la so lution de lifiges nes snter les parties lors Ae execution du lonrat.

[٣٠١] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٣٠٦.

[٣٠٢] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤٩٦.

*يقصد بالصياغة الجامدة هي التعبير عن الالتزام العقدي بطريقة قطعية ومحددة مثل رقم أو تاريخ معين بحيث يصبح المتعاقد مخلاً بالتزامه إذا هو لم يحقق هذا الرقم أو التاريخ أو أي تفصيل يذكر في العقد . للمزيد يراجع د.طالب حسين موسى ، صياغة عقود التجارة الدولية ، بحث منشور على شبكة الانترنت

http:Avokato .com

[٣٠٣] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٣٠٧.

اختيار المتعاقدين لقوانين أخرى ومدى مشروعيتها

لقد بينا في المبحث الأول مدى أهمية الاتفاق المسبق على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية إذ أن عدم النص عليه قد يؤدي إلى نشوء وضع خطير من ناحيتي حسم المنازعات ومن إمكانية نشوء نزاع جديد على ماهيته وعلى حدٍ سواء، ويلاحظ عملياً أن الغالب هو اتفاق الأطراف في العقود محل الدراسة على تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف ومن النادر أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر[٣٠٤]• ، إلا أن هناك محاولات من جانب الفقه والتحكيم الدولتين تدفع باتجاه تدويل هذه العقود باتفاق الأطراف ومنها إخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام أو القواعد عبر الدولية (قواعد قانون التجارة) أو Lex mercatoria ولكن يرد تساؤل مهم ما مدى شرعية هذه الاشتراطات العقدية المتنوعة التي تحدد القانون الواجب التطبيق وما مدى قابلية القانون الذي يختاره الأطراف؟ سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات في ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول : اختيار لأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني : اختيار لأطراف القانون الدولي العام.

المطلب الثالث : اختيار لأطراف قواعد قانون التجارة الدولية .

المطلب الأول

اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

يعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عندما يقع اختيار الأطراف على هذا القانون بشكل صريح أو يستجلى من الملابسات والظروف المحيطة بالعقد بأن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون ليحكم هذا العقد والأمثلة على ما تقدم من القول عديدة وعلى سبيل الدلالة والمثال لا على سبيل الحصر وكما أشرنا لها في موضع سابق من هذه الرسالة[٣٠٥].

وبالنسبة لعقود الاستثمار فأن وجود الدولة طرفٌ في العقد يجعل القانون الذي للعقد صلة جوهرية به هو قانونها الوطني إذ يكاد يكون هذا أمراً أكثر ملائمة من تطبيق قوانين أخرى وقد تبنى الفقه بهذا الصدد اتجاهين إذ يرى أصحاب الاتجاه الأول بأن قانون الدولة المضيفة للاستثمار وهي تتعاقد مع المستثمر الأجنبي لتحقيق التنمية الاقتصادية بأن قانونها هو الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية وأن هذه الفكرة تنبع من مصدرين أساسين :

أولهما أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان وجوداً مادياً على إقليم الدولة المضيفة فضلاً عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادي .

---

[٣٠٤] د. صلاح الدين جمال الدين : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٢٧-٢٨.

• حصل أن طبق قانون دولة المستثمر بمناسبة قيام شركة فرنسية بإنشاء طريق في مدينة جدة السعودية رفضت المحكمة تطبيق القانون السعودي وإيران محكمة النقض الفرنسية اتجاه محكمة استئناف باريس من أن استبعاد القانون السعودي من منطلق عادم مناسبته للطبيعة الاقتصادية للعقد المبرم ولذلك طبق القانون الفرنسي .
للمزيد يراجع : د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤٥٢-٤٥٣.

[٣٠٥] ص ٢٨ وما بعدها من هذا الفصل .

وثانيهما أن مكان إبرام التعاقد في العقود التي تبرمها الدولة يغلب أن يكون هو إقليم الدولة التي سيتم على أراضيها عملية الاستثمار[٣٠٦] كما أن للاختصاصين التشريعي والقضائي دوراً فاعلاً في تحديد هذا الاختيار.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب الفقهاء في الدول النامية إلى أن اتجاه المستثمر للاستثمار في الدولة المضيفة للاستثمار يعني رضاء المستثمر بالاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار وبتطبيق قانونها الوطني[٣٠٧]. ويماشي أحكام التحكيم التي تتسم بالحياد مع هذا الاتجاه ففي حكم لهيئة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم ١٥٢٦ لسنة ١٩٦٨ المثارة بشأن عقد امتياز مبرم بين إحدى الدول الأفريقية وشركة بلجيكية على أنه "في حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف فأن القانون الذي يطبق على العقد المتنازع عليه هو قانون الدولة (س)، على الرغم من أن العقد قد ابرم في بروكسل ومع أحد الرعايا البلجيكيين وبالرغم من صفته الدولية فذلك العقد يخضع في موضوعه لقانون الدولة (س) ويظهر من خلال هذا الحكم أن المحكم قد اتجه إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً على أن إرادة الأطراف قد انصرفت لتطبيق هذا القانون من جهة وأن العقد ينفذ في إقليم هذه الدولة من جهة أخرى[٣٠٨].

ويرى جانب من الفقه العربي أن تضمين عقود الاستثمار شروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي والتي من شأنها إلزام الدولة المتعاقدة من عدم تعديل الشروط التعاقدية بإرادتها المنفردة وتأمين العقد من كل ما قد يسيطر على تشريع الدولة المتعاقدة إذ أن القول خلاف ذلك وإخضاع العقد لقانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة يجعل من الشروط أعلاه عديمة الجدوى إذ أن الدولة المتعاقدة لا يمكن أن تمتلك إمكانية تعديل قانون أجنبي عنها وخاص بدولة أخرى ذات سيادة مماثلة لسيادتها وذلك عملاً للاختصاص الإقليمي للقوانين[٣٠٩].

وعلى الرغم من حالة استقرار مختلف الأطراف لقانون محل الالتزام التعاقدي بحالة اختيار الأطراف لقانون الدولة المتعاقدة لكي يطبق على عقدهم ومن ثم يتوجب على القاضي أو المحكم تطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة إلا أن امتزاج المسائل السياسية والاقتصادية والقانونية قد دفع بعض هيئات التحكيم إلى استبعاد ما وقع عليه اختيار المتعاقدين بمحض إرادتهما محتجين بحجج تبدو لأول وهلة بأنها مقنعة عير أنه سرعان ما يتضح بأن هذه الحجج هي غير واقعية ومنها :

١. عدم ملائمة قواعد القوانين الوطنية لمعاملات التجارة الدولية[٣١٠].
٢. النقص في قواعد القانون الدولي[٣١١].
٣. تعارض قواعد القانون الوطني مع المبادئ العامة للقانون الدولي[٣١٢].

---

[٣٠٦] د. صلاح الدين جمال الدين : نظرات في القانون الواجب وفقاً للمادة ١/٤٢ من اتفاقية مركز منازعات الاستثمار ، ص٤٩.

[٣٠٧] د. صلاح الدين جمال الدين : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة ... ، ص١٨-٢٣.

[٣٠٨] د. جمال محمود الكردي : المصدر السابق ، ص١٦٢.

[٣٠٩] د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٢٠٢-٢٠٣.

[٣١٠] هذا ما ذهب إليه المحكم Asquith of Bistone في التحكيم بين شيخ أبو ظبي وشركة Petroleum Development L+D في عام ١٩٥١ إذ يقول المحكم (أن حاكم أبو ظبي يحكم بالاستناد إلى القرآن لتطبيق عدالة يقدرها شخصياً ، وسيكون من باب الخيال القول أن هناك في هذه المنطقة البدائية جداً كياناً مستقراً من المبادئ القانونية القابلة للتطبيق على تكوين عقود تجارية عصرية .."
للمزيد يراجع : د. أحمد خليفة السعيدان : المصدر السابق ، ص .

[٣١١] التحكيم في قضية هضبة الأهرام أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .
للمزيد يراجع : د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٥١٦ وما بعدها .

[٣١٢] اتجاه هيئة التحكيم في قضية Aminoil ضد حكومة دولة الكويت .
للمزيد يراجع : د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٣٨٥.

المطلب الثاني

اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام الحق والمشروعية

يتضح من خلال عنوان المطلب أن اختيار الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمارات الأجنبية بشكل عام ومنها العقود محل الدراسة قد يقع على تطبيق قواعد القانون الدولي العام كقانون يحكم للجوانب الموضوعية في هذا العقد ويقصد بقواعد القانون الدولي العام "مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات ، ولاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية واتفاقات حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول" ولعل أول ما يتبادر إلى الأذهان هو التساؤل عن مدى حق الأطراف في اختيارها هذا النوع من القواعد وما مدى مشروعيتها[٣١٣]، هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب.

لقد أشرنا في غير موضع من هذه الرسالة أن هذه العقود تتسم بسمات خاصة لعل من أبرزها التفاوت في المراكز القانونية للطرفين (الدولة ، المستثمر الأجنبي) وهذا بحد ذاته ينسحب بشكل تلقائي على شخصيتها الدولية التي استوقفت رجال الفقه لينقسموا إزاء التساؤل أعلاه إلى معارض وآخر مؤيد إذ أنكر البعض من رجال الفقه حق الأطراف المتعاقدة في اختيار قواعد القانون الدولي لتحكم عقدهم ويحتجون بذلك على أن قواعد القانون الدولي لا تسري إلا بين أشخاصه وبهذه المثابة فأن المستثمر الأجنبي وهو عادة شخص خاص لا يمكن أن يقف بمستوى الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي الذي يحكم العلاقات بين الدول أو غيرها من الأشخاص الدولية[٣١٤].

أما من يؤيد الاتجاه الذي يعطي حق للأطراف باختيار قواعد القانون الدولي فيحتج بأنه "يمكن للأطراف في عقود الاستثمار الدولية أعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يختاروا قواعد القانون الدولي العام لحكم عقدهم . وذلك انطلاقاً من أنه إذا كان للأطراف نزولاً عند مبدأ سلطان الإرادة الحق في اختيار قانون وطني ليحكم العقد . ذلك الاختيار الذي يقره القانون الدولي الخاص ، فأن احترام هذا المبدأ يقتضي خضوع عقود الدولة للقانون الدولي إذا ما قامت الأطراف المتعاقدة باختيار هذا القانون أعمالاً للمبدأ المذكور حيث أن مبادئ القانون الدولي العام لا تنطبق بنفسها وإنما باتفاق الأطراف أي على اعتبار أنها شرط تعاقدي"

كما يؤكد جانب آخر من الفقه هذا الخصوص على أنه "وأن كانت بعض الدول النامية تحرص على اختيار قانونها الداخلي لينطبق على المنازعات المحتملة مع المستثمرين الأجانب إلا أن صياغة بنود القانون المطبق قد ترد في صورة تسمح بتطبيق قواعد أخرى كالقانون الدولي مثلاً في حالات معينة أو تعليق تطبيق القانون الداخلي على شرط اتساقه مع مبادئ القانون الدولي العام"[٣١٥] .

ويرى جانب آخر من الفقه أن من الصعوبة بمكان إيجاد تبرير من شأنه أن يقيد حرية أطراف النزاع إذا ما وقع اختيارهم على قواعد القانون الدولي العام وارتضوا لأنفسهم تطبيقها في الوقت الذي اعترفت فيه معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كما أسلفنا في موضع سابق من هذه الرسالة[٣١٦].

وقد استقر الأخذ بحرية الإرادة وأفضى إلى نتيجة مفادها أن لأطراف العقد اختيار القانون الذي

---

[٣١٣] د. صلاح الدين جمال الدين : دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٧-٣٨.

[٣١٤] يشير الأستاذ الدكتور فوزي محمد سامي على أن اتفاقية واشنطن لحل منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ هي الاتفاقية الأولى التي أجازت لأشخاص القانون الخاص طبيعية –اعتبارية أن يقاضوا الدول لا بل قد منحت هذه الاتفاقية أشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية .
للمزيد يراجع : د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص٥٩-٦٠.

[٣١٥] للمزيد يراجع : د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٣٤-٣٧.

[٣١٦] الصفحات من الفصل الثالث المبحث الأول :المطلب الأول .

يتفق ومصالحهم ومن ثم لأطراف العقد اختيار قواعد القانون الدولي العام كنظام قانوني مثل باقي الأنظمة القانونية إلا أن هذا الاختيار مشروط بعدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد القانونية الآمرة في الأنظمة القانونية ذات العلاقة .

أن الأخذ بالرأي أعلاه قد أدى إلى انتقاد صريح لاتجاه المشرع المصري في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[٣١٧]. والذي قيد حرية أطراف عقود نقل التكنولوجيا في اختيار القانون المطبق على موضوع العقد حين اشترط تطبيق حكم القانون المصري على ما ينشأ من منازعات بمناسبة تفسير أو تنفيذ عقود التكنولوجيا وذلك سواء أ كان أمام المحاكم الوطنية ام هيئات التحكيم[٣١٨].

أما على الجانب التشريعي فنجد أن المادة ٢/٢ من التوصيات التي أصدرها مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا ١٩٧٩ إذ نصت على أنه "ويكون للأطراف الحق في اختيار كقانون حاكم للعقد ، أما قانون أو عدة قوانين داخلية والمبادئ المشتركة بين هذه القوانين ، وأما المبادئ العامة للقانون وأما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية ، وأما القانون الدولي ، أو مزيج من هذه المصادر القانونية .

وبالعودة إلى نص المادة ١/٤٢ من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ والتي تنص على أن : "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة"[٣١٩]. فأن الفقه يحلل هذه الفقرة من هذه المادة أن محل الاختيار هو قواعد وليس قانوناً فأن الأطراف يستعينون بسلطة تدويل النزاع أي يستمتعون بحرية الاختيار بين قواعد القانون الداخلي وقواعد القانون الدولي العام[٣٢٠].

وخلاصة القول يمكن لأطراف عقود الاستثمار اختيار القانون الدولي العام لحكم عقدهم ما لم يوجد قيد يقرر أن هذا الاختيار يخالف النظام العام للدول المتعاقدة وأن مبدأ سلطان الإرادة يشكل القاعدة التي يمكنهم الاستناد عليها.

وقبل الفراغ من هذا المطلب لابد من الإشارة إلى الآلية التي يصار إليها من قبل المتعاقدين في اختيار قواعد القانون الدولي العام على عقود الاستثمار وما مدى كفايتها لحكم هذه العقود.

تشير المصادر المعنية وأحكام المحكمين في خصوص منازعات الاستثمار إلى أن اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد القانون الدولي العام يجب أن تتم بشكل صريح بين الأطراف باستخدام مصلحة[٣٢١] أو باستخدام مصطلح يشير إلى أحد مصادره[٣٢٢].

كما أن هناك محاولات لتدويل هذا النوع من العقود بشكل صريح[٣٢٣] أو بشكل ضمني[٣٢٤] إذ أخذت بعض أحكام التحكيم بهذه الفقرة .

---

[٣١٧] د. أبو العلا علي أبو العلا النمر : المصدر السابق ، ص١٧.

[٣١٨] د. أبو العلا علي أبو العلا النمر : المصدر السابق ، ص١٨.

[٣١٩] د. صلاح الدين جمال الدين محمد : المصدر السابق ، ص٨٩ وما بعدها .

[٣٢٠] د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٩١ .

[٣٢١] الإشارة الصريحة على تطبيق القانون الدولي باستخدام مصطلح القانون الدولي بمفرده تعد نادرة ولكن تأخذ صراحتها من تطبيق مبادئ القانون الدولي بجانب مبادئ العدالة والإنصاف كما جاء في المادة ٤١ من الباب الخامس من الاتفاق الموقع بين شركة أيراب الفرنسية لبترول إيران Sofrian .
للمزيد يراجع : د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٥٩٦-٥٩٧.

[٣٢٢] يبدو أن إمكانية اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق القانون الدولي باستخدام مصطلح يشير إلى أحد مصادره هو أيسر من استخدام مصلحة بشكل صريح وذلك عن طريق الاتفاقية الدولية التي تعد من مصادر القانون الدولي العام وفقاً لنص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية التي نصت على أن (وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي وهي تطبق في هذا الشأن :
الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة .
العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عبيه تواتر الاستعمال ، ج١ مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة .

[٣٢٣] ينظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية منشور باللغة العربية على شبكة الانترنت:
http://www.un.or,/arabic/abouth/statute.htm.

[٣٢٤] د. محمود ياقوت ، المصدر السابق ، ص٧٨.

وأمام السمات الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي فقد وردت عدة ملاحظات حول عدم كفاية قواعد القانون الدولي العام لحكم مثل هذا النوع من العلاقات لعل من أبرزها غياب طابع الإلزام القانوني الدولي لذا فأن معظم الاتجاهات لازالت تؤيد إسناد العقد إلى قانون وطني في الغالب هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها كما أسلفنا على أن يتم الاحتفاظ للقانون الدولي بدورٍ تكميلي أو تصحيحي لقواعد القانون الوطني[٣٢٥].

المطلب الثالث

اختيار الأطراف قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria :

أن من الخيارات التي افرزها الواقع العملي لعقود التجارة الدولية التي تتطلب السرعة في التداول هو الخيار المتمثل باختيار الأطراف المتعاقدة لقواعد قانون التجارة الدولية والمسمى بـ(Lex Mercatoria) ولعل هذا الخيار يثير عدة تساؤلات في المجالين النظري والعملي على حدٍ سواء ومن أبرز هذه التساؤلات في المجال النظري هو النشأة والتسمية والتعريف بهذه القواعد .

أما على المجال العملي فأن التساؤل الذي يثار هو ما مدى مشروعية القواعد وكفايتها لكي تكون واجبة التطبيق على عقود الاستثمارات الأجنبية إذا ما وقع اختيار الأطراف المتعاقدة عليها لتحكم عقدهم .

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المطلب وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

نشأة قواعد التجارة الدولية (Lex Mercatoria) وتسميتها

لا يخفى على الباحث في الفكر القانوني أن العادات والأعراف التي دأب التجار على ممارستها قد أضحت من قبيل التقنينات أو من مصادرها وتتأثر هذه الأعراف والعادات بحرص التجار على الالتزام بها لذلك فان القواعد محل الدراسة هي من هذا القبيل إذ أن هناك من يرجعها إلى القرون الوسطى في أوربا وهناك من أوغل في قدمها إذ أرجعها ا في جذورها إلى قانون الشعوب الروماني[٣٢٦]، وكلا الأمرين يشير إلى أنها قواعد عرفية تشكلت لدى التجار لتستجيب لضرورات العمل التجاري في الأسواق[٣٢٧]، وقد أطلق عليها مصطلح(Lex Mercatoria) أي قواعد قانون التجارة الدولية وهو المصطلح الأكثر شيوعاً في الاستعمال والأكثر تعبيراً عن المعنى المقصود[٣٢٨] .

---

[٣٢٥] د. عوض الله شيبة الحمد : المصدر السابق ، ص٤٢٥.

[٣٢٦] يذهب بعض المناصرين لنظرية قانون التجارة الدولية على أن هذه الظاهرة تجد جذورها في قانون الشعوب الروماني jus gentuim الذي كان يحكم العلاقة بين أطراف بينهم من يتصف من حيث حالة المواطنة بكونه أجنبي .
للمزيد يراجع : د. نادر محمد إبراهيم : مركز القواعد عبر الدولية أمام تحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص١١٤ وما بعدها.

[٣٢٧] هناك جدل فقهي حول إمكانية أن يكون العرف مصدراً من مصادر القانون التجاري إذ أن البعض ينفي عنه هذه الصفة غير أن البعض الآخر يتخذ موقفاً مغايراً وأصحاب هذا الاتجاه يرون نص المادة ١/٦٣ من القانون المدني العراقي ما يدعم رأيهم إذ تنص هذه المادة على أن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) والمعين بالعرف كالتعين بالنص ونص من نفس المادة (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) .

ولكن هذا القانون المتشكل ما لبث أن اندثر ولم يعد له وجود منذ القرن السابع عشر وبداية القرن العشرين على شكل قواعد عبر دولية أصطنعها المتعاملون في المعاملات التجارية الدولية وبوجه خاص في إطار متطلباتهم المهنية[٣٢٩].

أما تعريفها فقد تعددت التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولية فقد عرفها أحد الأساتذة بأنها "أن قانون التجارة الدولية يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية والعلاقات المالية لتلك التعاملات"[٣٣٠].

كما يعرفها آخر بأنها "النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلاً المعاملات التجارية الدولية"[٣٣١].

كما يعرفها آخر بأنها : مجموع عمليات التبادل في الأموال والخدمات التي تقع بين دولتين أو أكثر وتخضع لقواعد وأحكام قانونية خاصة تتجاوز القوانين الداخلية[٣٣٢]. والتي عدت هذه التشريعات من بين المصادر الوطنية لهذه القواعد علاوة على المصادر الدولية[٣٣٣].

الفرع الثاني

مشروعية اللجوء لقواعد التجارة الدولية

أما عن موقف الفقه والتحكيم الدوليين من تطبيق قواعد ليكس ميركاتوريا ، تشير المصادر إلى أن الفقه قد انقسم حيالها إلى مناصر ومناهض ولكل من الاتجاهين مبرراته إذ يرى أصحاب الاتجاه المناصر للأخذ بهذه القواعد وقناعته بكفايتها لكي تحكم هذا النوع من العقود حيث أن لأطراف عقود الاستثمار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة والذي أصبح يتمتع بأقصى درجات تحرره أمام التحكيم الدولي أن يتفقوا على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية إذ أن السمات الخاصة لعقود الاستثمار لا تتعارض مع منهج تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية ، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها فالاتجاه العام هو نحو حرية الأطراف في تدويل العقود ولو كانت استثمار وذلك بإخضاعها ولو جزئياً لقواعد قانون التجارة الدولية[٣٣٤] ، إذ يشير البعض في معرض حديثه عن الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود البترول التي تعد من الجوانب المهمة من عقود الاستثمار بالنسبة للدول النامية : "أن للأطراف أن يتفقوا على تطبيق العادات السارية في مجال معين أو الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف"[٣٣٥].

للمزيد يراجع د. باسم محمد صالح : القانون التجاري ، النظرية العامة ، مكان الطبع بلا سنة الطبع ، بلا ، ص٢١.

[٣٢٨] تشير المصادر إلى أن المترادفات التي تعطى لهذه القواعد كثيرة ومتعددة ومن أمثلتها : قانون عبر الدول أو القانون العراقي عبر الدولي أو قانون الأعمال عبر الدولي أو القواعد عبر الدولية أو القانون الطائفي أو القواعد غير الوطنية أو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أو القانون الاقتصادي عبر الدول .

للمزيد حول التسميات يراجع : د. نادر محمد إبراهيم : المصدر السابق ، ص١٦٦-١٦٧.

[٣٢٩] د. نادر محمد إبراهيم : المصدر السابق ، ص١١١.

[٣٣٠] نقلاً عن :

Van Houtte (H) The law of International trade , London (sweet and Maxwell), ١٩٩٥, p.١.

فان هوت : قانون التجارة الدولية ، لندن ، ١٩٩٥ ، ص١.

[٣٣١] د. ثروت حبيب : دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بال؟؟ الدولية (اتفاقية فينا ١٩٨٠) ، مكتبة علاء ، المنصورة ، ط٢ ، ١٩٩٥ ، ص١٦.

[٣٣٢] د. نغم رؤوف نيس : التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا ١٩٨٠ ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤ ، ص٧.

[٣٣٣] يتمثل الاتجاه المناصر لأعمال قواعد قانون التجارة الدولية بـ د. نادر محمد إبراهيم : المصدر السابق ، ص٢٥٣ ، ود. ثروت حبيب : المصدر السابق ، ص٣٦٨ وما بعدها.

[٣٣٤] د. صفوت أحمد عبد الحفيظ : المصدر السابق ، ص٢٥٠ وما بعدها .

[٣٣٥] د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٧٣-٧٤.

أما أصحاب الاتجاه المناهض لأعمال هذه القواعد فيتخذون موقفاً متشدداً إزاء هذه القواعد وحجتهم في ذلك غياب صفة الإلزام لهذه القواعد ، انطلاقاً من الخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار[٣٣٦].

ومن أصحاب الاتجاه المناهض يظهر اتجاه أقل تشدداً إذا اكتفى باشتراط سماح القانون الواجب التطبيق لاتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية[٣٣٧].

وبالعودة إلى موقف العديد من التشريعات الوطنية والهيئات الدولية ذات الصلة وكذلك الاتفاقيات الدولية ، ما يكرس مشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وذلك بإقرارها حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق وليس مجرد القانون الواجب التطبيق ، وبذلك أصبح كافياً لخضوع المنازعات لقواعد التجارة الدولية اختيار الأطراف لهذه القواعد صراحة أو ضمناً .

بالنسبة للتشريعات العربية نجد أن المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يشير في مادتيه الأولى والثانية على عقود الإدارة ومنها عقود نقل التكنولوجيا والاستثمار والتنمية بمشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد التجارة الدولية عندما منح الأطراف بموجب المادة ١/٣٩ سلطة تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع والتي تنص على أن [٣٣٨]: ١. تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان..." .

ومن التشريعات المقارنة التشريع الفرنسي إذ اقر مشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في نص المادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أن : "يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"[٣٣٩].

ولا يمكن إغفال ما نصت عليه اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ في المادة ١/٤٢ التي تنص على أن "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة"[٣٤٠].

أما على الصعيد التحكيمي فقد جاء قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٩٨٩ بشأن "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية ليكرس مشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية إذ نصت المادة السادسة من القرار المذكور على أن : "يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الموضوعية والإجرائية الواجب تطبيقها على التحكيم . وبصفة خاصة :

١. يجوز اختيار مصدر مختلف للقواعد والمبادئ الواجبة التطبيق في حق كل مسألة تثور .
٢. يجوز أن تستخلص هذه القواعد والمبادئ من أنظمة قانونية مختلفة بالإضافة للمصادر غير الداخلية كما هو الحال في شأن مبادئ القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون ، وأعراف التجارة الدولية"[٣٤١].

وخلاصة القول أن أعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارات الأجنبية ما زال يحظى بقدر كبير من الرعاية والتقدير من قبل الفقه والقضاء والتشريعات بشكل عام وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم إهدار اختيار الأطراف المتعاقدة في العقود محل الدراسة لقواعد قانون التجارة الدولية مع مراعاة أن هذه العقود تمتع بخصوصية عن سائر العقود الأخرى وهذه الخصوصية في هذا المضمار تتأتى من ارتباطها بخطط التنمية للدول المتعاقدة والتي غالباً ما تكون دولة نامية وكذلك عدم وجود قواعد عبر دولية كافية لحكم هذه العقود مع الحاجة إلى مثل هذه القواعد التي

---

[٣٣٦] للمزيد يراجع : د. حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص٧٦١-٧٦٢.

[٣٣٧] للمزيد يراجع : د. عبد الكريم مصطفى عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص١٠٠-١٠١.

[٣٣٨] نقلاً عن : د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال ، ص٢٦٧.

[٣٣٩] "the arbitrator shall decide the disputes in accordance with the rules of the law chosen by the parities.."

[٣٤٠] د. صلاح الدين جمال الدين : نظرات في القانون الواجب ... مرجع سابق ، ص١١٩-١٢٠.

[٣٤١] د. صلاح الدين جمال الدين : نظرات القانون الواجب التطبيق وفقاً للمادة ١/٤٢ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص١٢٠-١٢١.

يستلزم اللجوء إليها مراعاة هذه الطبيعة الخاصة ولاستكمال النقص في هذه القواعد على القواعد القانونية الأكثر ارتباطاً بموضوع العقد والتي غالباً ما تكون قواعد قانون الدولة الطرف في العقد .

من كل الذي تقدم يمكننا القول أن قانون الدولة المتعاقدة لازال يتمتع بقدرة عالية لتوجيه ما وقع عليه اختيار الأطراف المتعاقدة أما مسالة الاختيارات الأخرى والتي تتمثل بتطبيق قواعد القانون الدولي وقواعد قانون التجارة الدولية Lex Marcatoria والتي أتاحها الواقع العملي لهذه العقود وتصدى لها الفقه بالدراسة وتفاوتت التشريعات في إضفاء صفة النظام القانوني عليها ، فأنها لا تزال تتمتع بدور تكميلي لقواعد قانون الدولة المتعاقدة دون أن يكون لها دور أساسي في حكم هذه العقود.

الفصل الرابع

وسائل حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقد الاستثمار الأجنبي للعقار

تمهيد وتقسيم :

تعد مسألة حسم منازعات عقود الاستثمار من المسائل ذات الأهمية الكبيرة إذ نلاحظ أنها موضع اهتمام طرفي العلاقة العقدية في هذا النوع من العقود بشكل عام وعناية المستثمر الأجنبي بشكل خاص حيث لا يقتصر اهتمامه بالجدوى الاقتصادية وحسب بل تمتد وبالدرجة نفسها اختيار المكان الذي يتلاءم مع مصالحه القانونية التي تتمثل بتنفيذ القوانين واحترام حق الملية والوفاء بالعقود من جهة والبحث عن وسائل يسيره وسريعة وذات فعالية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار ، من جهة أخرى ، أن محاولات قوانين الدول المضيفة للاستثمار والتي يخشى معها بأن تدفع بحصانتها القضائية في الفروض التي لم تحسم بها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق أو مسألة حسم المنازعات في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة لاحقه .

ولا يخفى على الباحث في هذا النوع من العقود أن موضوع وسائل حسم المنازعات قد ازداد أهمية واتساعاً مع زيادة حجم الاستثمارات الأجنبية وتوسعها إذ تتناسب طردياً وظاهرة الاستثمار من جهة وتنوع أشكال هذه العقود وأنماطها من جهة أخرى .

وكما اشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة [٣٤٢]، أن الدول التي تسعى إلى جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها قد حاولت وبشتى السبل أن تعمل على تهيئة المناخ الملائم والجاذب للاستثمار الأجنبي إذ أشارت معظم تشريعات الاستثمار العربية مسألة حسم منازعات الاستثمار بوسائل

---

[٣٤٢] الفصل الأول : المبحث الأول : تعريف الاستثمار الأجنبي ص ٢٤ وما بعدها.

متعددة في محاولة منها بعث روح الطمأنينة والأمان في نفس المستثمر الأجنبي وهو يقوم بالاستثمار على أراضيها .

وسنحاول من خلال هذا الفصل تسليط الضوء على الوسائل التي يتمكن من خلالها الأطراف من حسم المنازعات التي تطرأ من خلال تنفيذ العقد المبرم بينهما ، وسنتناول هذا الفصل في ثلاثة مباحث :

يكون المبحث الأول في الوسائل الوقائية والمبحث الثاني في الوسائل القضائية والمبحث الثالث سنتناول فيه التحكم ودوره في تسوية منازعات عقد استثمارات الأجنبي للعقار .

المبحث الأول

الوسائل الوقائية

لقد أثرنا أن نسمي هذا الوسائل بالوقائية ذلك لأنها تعمل على تجنب النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف لاسيما وان الواقع العملي لهذا النوع من العقود يشير إلى أنها من العقود طويلة المدة التي يستمر تنفيذها لمدة طويلة جداً كما أشرنا إلى ذلك في موضع سابق من هذه الرسالة [٣٤٣]حيث ينصب هذا النوع من العقود على مشاريع البنية الأساسية للدول النامية كبناء الجسور ، المطارات ، المنشآت الصناعية كما يلعب الجانب الاقتصادي دوراً فاعلاً في امتداد تنفيذ التشغيل في بعض أنواع هذه العقود حيث يحاول المستثمر الأجنبي أن يقسم رأسماله والعوائد المتولدة عنه على سني الاستغلال ، لذلك ابتدع الفقه وسيلتين من شأنهما أن يسهما ولو بشكل جزئي في تجنب النزاع بين أطراف العقود محل الدراسة وتتمثل هاتان الوسيلتان بشرط الثبات التشريعي والذي سنحاول أن نبحثه في مطلب أول والوسيلة الثانية هي أعادة التفاوض التي سنحاول أن نبحثها في مطلب ثان .

المطلب الأول

شرط الثبات التشريعي ودوره في تجنب المنازعات

لابد لنا قبل أن نبحث دور شرط الثبات التشريعي بوصفه آلية من شأنها أن تجنب طرفي العلاقة العقدية في العقود محل الدراسة ، من إلقاء نظرة سريعة على تعريفها وتمييزها عن شرط عدم المساس

---

[٣٤٣] الفصل الثاني : المبحث الثاني ، الطبيعة القانونية لعقد استثمار الأراضي للعقار وخصائصه .

بالعقد الذين وضعا لمجابهة إمكانية الدولة الطرف في عقد الاستثمار باتخاذ إجراء معين بوصفها سلطة عامة ، إذ تتضمن العديد من عقود الاستثمار شروط الثبات التشريعي (Stabilization Clause) وقد تباينت تشريعات الاستثمار بالأخذ بها وعلى النحو الذي سنراه .

وتعر شروط الثبات التشريعية بأنها " تلك الشروط التي تهدف تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامها حيث تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويترتب عليه الأضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها"[٣٤٤].

أما شروط عدم المساس بالعقد فتعني تلك الشروط التي تهدف تجنب إجراء أية تغييرات في العقد من جانب الدولة مستغلة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يضفيها عليها قانونها الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية أو بوصفها سلطة الإدارة .[٣٤٥].

ومن خلال تعريف شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد يتضح التمييز بينهما إذ يلتقيان في كونهما وسيلة وقائية إلا إنهما يختلفان من ناحية الهدف إذ أن هدف الأولى هو تجميد دور الدولة بصفتها سلطة تشريعية وطرف بالعقد من إصدار تشريع يتنافى ونص عقد الاستثمار المبرم بينهما وبين الطرف الأجنبي .

أما الثانية فتهدف الحيلولة دون تغيرات في العقد من جانب الدولة بوصفها سلطة تنفيذية أو سلطة إدارة .

أما عن موقف التشريعات من شرط الثبات فقد وردت نصوص خاصة في تشريعات بعض الدول تنص على منح المستثمر الأجنبي التعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع المتعهد باستمرار حتى في حال تعديل هذا القانون ومن التشريعات العربية التي قررت مبدأ الثبات التشريعي قانون الاستثمار الجزائري لسنة ٢٠٠١ إذ أكد على انه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة والحصول على التعويض العادل والمنصف إذا تمت مصادرة إدارية التي لا يمكن أن تطبق إلا وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة عشرة منه على انه "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إذ طلب المستثمر ذلك صراحة "[٣٤٦].

كذلك نص قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ في المادة السادسة من انه : "للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون أن يختار بشأن مشروعه أيا مما يلي :

---

[٣٤٤] د.حفيظة السيد الحداد : المصدر السابق ، ص ٣٢٤ .

[٣٤٥] د. احمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، دار النهضة العربية، العدد ٤٣، ١٩٩٥.

[٣٤٦] نص م ١٥ من قانون الاستثمار الجزائري في ٢٢ /٨ /٢٠٠١ وينص القانون منشور على شبكة الانترنت http://www.arifonet.org.ma/data/dalil٪٢٠inverment/countries/٠٥algeriallow.htm

أ- الاستمرار بالاستفادة من الإعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح له بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها.

ب- الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون شريطة توفيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه وفي هذه الحالة تقتصر استفادة من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه "[٣٤٧]

ويستشف من قراءة شرط الثبات التشريعي أن هدفه واضح في تحقيق التوازن العقدي ببين الطرفين وذلك لأنه يحد من السلطة العامة للدولة في تعديل أو إلغاء إجراءات تشريعية أو إدارية عقب توقيعه .

ويبقى التساؤل الأخر عن الآلية التي يتم إتباعها من الأطراف في العقود محل الدراسة والتي يمكن من خلالها أن يتحقق هدف هذا الشرط.

كما اشرنا في أعلاه أن بعض تشريعات الاستثمار أشارت صراحة إلى اعتماد شرط الثبات التشريعي ، غير أن التشريعات الخاصة بالاستثمار قد تفاوتت بالأخذ بهذا الشرط ولكن للإجابة عن التساؤل المذكور نتجه صوب الواقع العملي الذي يترجم لآليات متنوعة لهذا الشرط إذ يشير لثلاثة آليات قانونية يتم أتباعها وعلى النحو التالي :

أ – أن تسود بنود العقد صدرت لاحقاً ، أما بتشريع أو تنظيم و لائحة إدارية . ويتحقق هذا من خلال اشتراط أن يصبح العقد ملزماً بحيث تصبح قابلية لان يعدلها التشريع العام .

وتتضح الآلية أعلاه في نص المادة الثانية من العقد المبرم بين الهيئة المصرية للبترول EGPC وشركة SAmoil من انه : " تتمتع القواعد والإجراءات المذكورة في الفقرات والبنود الملحقة بقوة القانون ،وتعتبر ملزمة بصرف النظر عن أي بنود تشريعية"[٣٤٨].

ب – ألا يتم أي تعديل لبنود عقد الاستثمار بأية وسيلة أخرى سوى القبول المتبادل بين الطرفين وهذا مانصت عليه المادة ١٧ من عقد الامتياز المبرم بين الكويت وشركة Aminoil من انه : "لا يجوز للشيخ أن يبطل تلك الاتفاقية بموجب أية إجراءات تشريعية أو إدارية كانت إلا حسب ما هو مشروط في المادة ، ولا يجوز إجراء أية تغيرات في الاتفاقية من طرف واحد وتغيرات مسموح بها فقط في حالة اتفاق جميع الأطراف لتحقيق المصلحة المشتركة"[٣٤٩].

ج – أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة المضيفة والمطبق وقت توقيع العقد وهذا يعني بشكل واضح استبعاد أو استثناء تطبيق أي قوانين ولوائح مستقبلية تصدرها الدولة التي اختير

---

[٣٤٧] ينظر نص المادة ٦ من قانون الاستثمار الأردني المؤقت من رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ .

[٣٤٨] نقلا عن :

El-Kosheri(A.S) : The Particularly of the Conflict Avoidance Methods pertaining to petroleum Agreements , ICSID Rev. F.I.L.J., Vol ١١ No ٢, ١٩٩٦, P.٢٧٥

ترجمة الهامش العربية الكوشري :

التطبيق العملي لوسائل (طرق) تجنب النزاعات في الاتفاقيات النفطية ، لمجلة الصادرة عن مركز منازعات الاستثمار ، ١٩٩٦ ، ص ٢٧٥ .

[٣٤٩] للمزيد تراجع : أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق ، ص ٢٥ .

و د. عصام الدين القصبي . خصوصية التحكم في منازعات الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ١٩٩١،ص٦٥.

قانونها ليطبق على العقد . وتتضح هذه الآلية في العقد المبرم بين حكومة زامبيا واحد المستثمرين الأجانب من انه : "تلتزم أية هيئة تحكيم عند تفسير وتطبيق أية اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما هو ذو صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في ٢٤ ديسمبر ١٩٦٩ مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في زامبيا وكنها صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التاريخ"[٣٥٠].

ويثار التساؤل الأخير عن مدى فاعلية شروط الثبات التشريعية في تجنب الأطراف للنزاعات فيما بينها وبمعنى أخر هل أن شروط الثبات التشريعية تعد ضمانة قانونية كافية لتلافي النزاع من جهة ومنع المشرع الوطني من ممارسة سيادته الكاملة لمصلحته العامة .

يلاحظ أن شروط الثبات التشريعية غير كافية لمجابهة السياسة التشريعية للدولة المضيفة للاستثمار إذ بالإمكان أن تطغى قاعدة تشريعية لاحقه على أي نص تعاقدي يؤدي حرمان شرط لثبات من قيمته القانونية ، وما يدعم الرأي أعلاه الرجوع إلى نزاعات التأميم ، إذ بالرغم مما كان متوقعاً من أن تلك الشروط سوف تحمي المستثمرين فقد أعلن المحكمون في قضية Aminol أن : "حالة التأميم لا تحظرها بالضرورة شروط الثبات"[٣٥١] ، وقد اعتبر الحكم الصادر في هذه القضية أن التأميم الذي قامت به الحكومة الكويتية سنة ١٩٧٧ يعتبر ممارسة شرعية من قبل دولة ذات سيادة بالرغم وجود شرط الثبات في عقد الامتياز المبرم بين الطرفين[٣٥٢].

ولكن ما تقدم من قول لا يعني أن شروط الثبات ليس لها أي مفعول قانوني إذ يرى البعض بأن فاعليتها تكمن في تقوية الوضع التفاوضي للمستثمر عند إحالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة ما أو هيئة تحكيم معينة إذ يمكن لشرط الثبات أن يمارس قوته القانونية من حيث كونه باعثا على الوصول لحلول وسط أو تسوية فضلاً عن أن التحكيم عدَّ هذه الشروط محكاً أو معياراً لما تفرضه من عواقب قانونية نتيجة لانتهاك بنود العقد ، إذ أن إلغاء متوقعاً يجري انتهاكه لمثل هذه الشروط التعاقدية من شأنه إنشاء حقاً خاصاً بالتعويض ولابد أن يكون مقدار التعويض أكثر بكثير من حالات اعتيادية لان وجود مثل هذه الشروط هو حالة ذات صلة وثيقة بالأمر ويجب أخذها بالاعتبار عند تقدير التعويض المناسب ، ذلك لان من عناصر التعويض التي يجب الأخذ بها هي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت (المتوقع) الذي كان من الممكن أن يحصل المستثمر الأجنبي عليه عن ما تبقى من مدة العقد.[٣٥٣]

هذا ومن الجدير بالذكر أن القضاء الأمريكي قد أرسى مبدءاً خاصاً بهذا الخصوص يعرف بمبدأ (Hell) ليغطي ويتلافى مثل هذه الحالات.[٣٥٤]

وهكذا يجب الاعتراف بأن هنالك شكاً كبيراً في فاعلية شروط الثبات التشريعية في تلافي الوقوع في النزاعات بين أطراف عقد أطراف عقد الاستثمار إذ توجهت إليها سهام النقد، فقد ذهب رأي في الفقه أن

---

[٣٥٠] د.عصام الدين القصبي : المصدر السابق ،ص ٦٦ .
[٣٥١] د. عصام الدين القصبي ، المصدر السابق ، ص٦٦.
[٣٥٢] د. حفيظه السيد الحداد، المصدر السابق ، ص٢٣.
[٣٥٣] أحمد عبد الكريم سلامه : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص٣٥.
[٣٥٤] يقضي مبدأ (Hell)بأن التعويض عن إلغاء الدولة المضيفة للاستثمار العقد قبل انتهاء مدته بن يكون (عادلاً سريعاً فعالاً) وتكون أجراءته ليس كإجراءات غيره من أنواع التعويض وللمزيد يراجع: د.عبد الرزاق خليقة السعيدان ، المصدر السابق ، ص ٣٩-٤٠.

التغيرات الاقتصادية الديناميكية على المستويين الدولي والوطني ومبادئ picta Sut seven وقدسية العقد والتي تؤكد عليها وسائل كثيرة من بينها شروط الثبات كل هذا قد يصبح بلا فاعلية أمام التطورات العالمية وكذلك الأوضاع سريعة التغيير الدول النامية"[٣٥٥]

كما ذهب رأي آخر : "أن مدة بقاء تلك العقود هي طويلة للغاية ، لدرجة انه يصعب تصديق أن الحكومات المتتالية قد لا يحاول تعديل هذه الاتفاقيات التي تحرمها من جزء أساسي من سلطتها المالية"[٣٥٦]

وخلاصة القول بشأن دور شروط الثبات في تلافي المنازعات يتلخص كما أشرنا في تقوية الوضع التفاوضي للمستثمر كما أنها تعد جانبا مساعداً للمستثمرين الحصول على التعويض المناسب في حالة وقوع المحاذير التي كان يحذرها لذلك فأن المخاطر التي تكتنف شروط الثبات فيما يتعلق يتلاقي المنازعات دفع الفقه اقتراح بديلا عنها وهو الاستعانة بشروط تتعلق بإعادة التفاوض وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

شرط إعادة التفاوض ودوره في تجنب المنازعات

لابد لنا ونحن نبحث شرط إعادة التفاوض من أن تشير إلى تعريفه وموقف التشريعات والاتفاقيات الثنائية منه إضافة إلى آليات استخدمه كوسيلة وقائية لتجنب النزاعات بين الأطراف أبان مرحلة التنفيذ وبعد ذلك نتعرض إلى تقييمه وفق الوصف أعلاه.

فقد عرفه جانب من الفقه بأنه : "التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي حدثت بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المعقول لرفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين من جراء ذلك"[٣٥٧].

كما عرفه جانب آخر بأنه: "شرط بمقتضاه يكون لأطراف العقد حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغيراً يخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه ويجعل تنفيذ احدهما أو كليهما لالتزاماته مرهقاً ، ملائمة العقد مع الظروف الجديدة"[٣٥٨].

أما عن موقف التشريعات من هذا الشرط فأن الإجابة تكون بالتساؤل عن إمكانية تطبيق الظروف الطارئة في هذا النوع من العقود من عدمه لاسيما أن المسألة ترتبط بشكل مباشر في عملية التوازن الاقتصادي في العقد وهذا ما سنحاول الإجابة عليه .

---

[٣٥٥] أبو العلا علي أبو العلا النمر : المصدر السابق ، ص ٤٥

[٣٥٦]

[٣٥٧] د.أحمد عبد الكريم سلامه : قانون العقد الدولي ، مرجع السابق ، ص ٦٧ .

[٣٥٨] د.شريف محمد غنام : اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق،ص٣٧ .

ابتداء لابد من القول أن النظرية أعلاه تجد مجالاً رحباً في العقود محل الدراسة إذا كان القانون المختار الذي يحكم العقد هو ذاته قانون القاضي الذي ينظر النزاع ، إذ يطبق القاضي العراقي القانون العراقي والقاضي المصري القانون المصري وهكذا .

ولكن هل يؤخذ هذا الكلام على عمومه أم تقف أمامه ونتحرى عن مدى إمكانية تطبيقه وبمعنى أدق ما دور القاضي من هذا التطور في الوقت الذي تشير المادة ١٤٦ / ١ من القانون المدني العراقي "إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراض" [٣٥٩].

وبذات المضمون جاء نص المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدني المصري [٣٦٠]، ومن القوانين المقارنة المادة ١١٣٤ مدني فرنسي .

ومن خلال قراءة ف ١ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي يتضح أن للأفراد أن يتفقوا على تعديل عقدهم الذي يعد بالنسبة إليهم بمثابة القانون كما أن المادة المذكورة قد منحت للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد تبعاً للتغيير في الظروف بشرط الموازنة بين مصالح الطرفين وبذات المعنى والتفسير أشارت المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري ومعنى ذلك بإمكاننا القول أن المادتين ١٤٦ من القانون المدني العراقي والمادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري قد عالجنا اختلال التوازن عند تنفيذ العقد [٣٦١] .

ولكن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هو هل أن حدود سلطة القاضي تصل إلى أن يبحث الأطراف إلى إعادة التفاوض لمعالجة اختلال التوازن الذي حصل من خلال تنفيذ في مثل هذا النوع من العقود؟ .

أن الإجابة تكون بالإيجاب إذ بالإمكان القاضي أن يحث الأطراف على إعادة التفاوض حول شروط العقد لتخطي الأزمة التي تعرض سبل تنفيذه في ضوء المتغيرات والظروف الجديدة .

أما بالنسبة لتشريعات الاستثمار فيلاحظ أنها لم تُشر صراحة إلى موضوع إعادة التفاوض بوصفها وسيلة وقائية لتجنب المنازعات سوى قانون الاستثمار الفلسطيني المرقم والصادر في ١٩٩٨ إذ يعد خطوة متقدمة في هذا الاتجاه حيث لم نعثر على أي نص في معظم تشريعات الاستثمار العربية يشير بشكل صريح إلى إمكانية إعادة التفاوض في الشروط التعاقدية سوى في الفقرة (أ) في المادة ٤٠ من القانون أعلاه إذ ينص على :-

---

[٣٥٩] نص المادة ١٤٦ / أن القانون المدني العراقي .

[٣٦٠] نص المادة ١٤٧ / ١ أن القانون المصري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

[٣٦١] للمزيد يراجع سلامه فارس عرب : المصدر السابق ، ص ٣٥٠ وما بعدها

أ. عندما يعتقد المستثمر أو السلطة الوطنية بأن نزاعا بينهما ينشب عندها يمكن لأي منهما أن يطلب المباشرة بأجراء مفاوضات وفقاً للإجراءات المحددة في الأنظمة ويمكن لأحد طرفي النزاع أن يطلب إجراءات مفاوضات قبل لجوئه تسوية النزاعات المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة [٣٦٢].

وعلى صعيد الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار يشير إلينا الواقع العملي إمكانية الأطراف مراجعة وإعادة التفاوض في العقود المنبثقة من الاتفاقيات الثنائية بين الأطراف إذ تشير المادة التاسعة عشر من الاتفاقية الذي ورد في مشروع اتفاقية التزام البحث عن البترول واستغلاله بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول من جهة وبين شركة أوديس بتروليم (القنطرة) وميرلسسيون بتروليوم (القنطرة) كومباني للبحث عن البترول في منطقة القنطرة بدلتا النيل والذي ينص على ما يلي : "في حالة ما إذا حدث عن البترول وتنميته وإنتاجه ، مما يكون له تأثير هام على المصالح الاقتصادية لهذه الاتفاقية في غير صالح المقاول ، أو تفرض على المقاول التزاماً بأن يحول جميع المبالغ الناتجة عن بيع بترول المقاول حينئذ يحضر المقاول الهيئة بهذا التشريع اللاحق أو اللائحة ، وفي هذه الحالة يتفاوض الأطراف بشأن التعديلات الممكنة لهذه الاتفاقية والتي تهدف إعادة التوازن الاقتصادي للاتفاقية الذي كان موجوداً منذ تاريخ السريان"[٣٦٣].

أما على الصعيد الجماعي فنجد أن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية المُشكلّة في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة مراجعة العقود والتفاوض بشأنها فقد نص على أن : "العقود والاتفاقيات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية . كما أن هذه العقود والاتفاقيات ، لاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأمد ، يجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها أولاً عادة التفاوض بشأنها . وفي حالة تخلف هذه الشروط السابقة ، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيّراً جوهرياً . فأنه 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".

كما نصت على التفاوض في حالة تغير الظروف والمبادئ المتعلقة بعقد التجارة الدولية، والتي أقرها معهد روما لتوحيد القانون الخاص Unidroit عام ١٩٩٤ إذ ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٢.٦ من أنه : "في حالة شرط الصعوبة (تغير الظروف) hardship

يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبقاً"[٣٦٤].

أما عن آلية تطبيق شرط إعادة التفاوض فلابد من القول أن هذه الشروط ليست ذات تطبيق آلي وإنما مشروطة بحالة اختلال التوازن تهدف كما بينا في العقود محل الدراسة بشكل رئيس إلى المحافظة

---

[٣٦٢] ينظر نص المادة (٤٠) من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ الخاص بتشجيع الاستثمارات في فلسطين على شبكة الانترنت :
http://www.arilonet.org.ma/data/dail/٪٢٠investement /countries/٥٠ palastine/lare.ar.thm

[٣٦٣] د.محمد الروبي : المصدر السابق ، ص٩٥ .

[٣٦٤] أنظر مبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية على شبكة الانترنت :
http://www.jus.uio.no./m/undroit.international.commercial.contracts.princiiples.١٩٩٤.commented/toc.html

على التوازن الاقتصادي للعقد لذلك فأن آلية تطبيقه ترتبط بحالة اختلال التوازن الاقتصادي الناجم عن تنفيذ العقد حين يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الاداءات العقدية ، أي أن الالتزام الرئيس الذي يفرضه الشرط عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف على مائدة التفاوض[٣٦٥]. ومعنى الكلام المتقدم أن الشروط أعلاه لا تقدم حلولاً مباشرة لمواجهة التغيرات في الظروف التي سببت اختلالاً في توازن اداءات الأطراف فهو لا يطبق بشكل آلي.

أما عن تقييم شروط إعادة التفاوض فيرى جانب كبير من الفقه بأنها تمتع بميزتين أساسيتين هما : الأولى: أن هذه الشروط تسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف ، والثانية : أن وجود هذه الشروط يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه[٣٦٦].

وهكذا فأن وجود شروط إعادة التفاوض في ظل الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي فأنها تؤدي دوراً وقائياً في تجنب المنازعات المحتمل أن تثيرها هذه العقود وذلك من خلال الثبات في العقد دون التقيد الواضح في ممارسة الدولة المضيفة للاستثمار لسيادتها ومن ثم تفادي أي تعطل مفاجئ وعلى هذا النحو عدها البعض بأنها بمثابة تأمين ضد أي رد فعل شديد بحيث يحدث نتيجة إدراك أن اتفاقية الاستثمار تخطر أية عملية مراجعة مبررة أو عقلانية.

ونرى أن لهذه دوراً واضحاً في إنعاش العقود الاستثمارية التي تتسم بطول المدة مع عدم إمكانية تكهن المستقبل لاسيما في البلدان الغير مستقرة سياسياً أو اقتصادياً وحتى في البلدان المستقرة فلا يمكن أن تكون الظروف تحت السيطرة بشكل دائم تفرض إرادتها على جميع الأطراف ومؤدى هذا الكلام أن الاعتراف بوجود هذه الشروط والتعامل معها يعطي أماناً أكثر ويعد من العوامل الجاذبة للاستثمار في البلدان التي ترمي إلى تقوية بنائها التحتاني.

---

[٣٦٥] د. شريف محمد غنام : المصدر السابق ، ص٧٢.

[٣٦٦] نقلاً عن :

Bernardini (p): The Renegotion of the Investment Contraets, Op. cit.P.٤١٩.

المبحث الثاني

الوسائل القضائية

يستمد القضاء ضرورته في دولة ما من ضرورة وجود قواعد قانونية في المجتمع ذلك لأن القاعدة القانونية تتميز بأنها قاعدة عامة مجردة لا تنظم رابطة بين أشخاص معينين وبأنها قاعدة ملزمة لا يتوقف تطبيقها على إرادة الأشخاص الذين تنظم روابطهم وعلى وفق المجرى الاعتيادي للأمور فأن الأشخاص يقومون باختيارهم بالتقيد بالقواعد القانونية التي تحكم سلوكهم وذلك أما عن اقتناع أو عن خوف من التعرض لما تتضمنه من جزاء وعلى وفق لما تقدم فأن اللجوء للقضاء هو وسيلة لابد منها لمن يحاول أن يعيق تطبيق القاعدة القانونية في حالة معينة وفي ميدان العلاقات الدولية الخاصة والتي يتمثل العقد محل الدراسة فأنه لا غرابة من اللجوء إلى الوسائل القضائية لنظر المنازعات التي تنشأ من تنفيذها أو تفسيرها ويختص القضاء الوطني بنظر هذه المنازعة في أروقته في الحالة التي يكون القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار والتي تحرص عادة الدول النامية منها على اختياره لأسباب تتعلق بسيادتها وحصانتها القضائية ولكن يلاقي نفوراً من المستثمرين الأجانب وعلى وفق ما سنرى . ولا تقتصر الوسائل القضائية على القضاء الوطني بل تتعداه إلى القضاء الدولي متى توفرت شروط اللجوء إليه وعلى وفق ما سنرى في هذا المبحث وسنتناوله في مطلبين الأول منهما هو اللجوء إلى القضاء الوطني والثاني اللجوء إلى القضاء الدولي .

المطلب الأول

القضاء الوطني

يثير اللجوء إلى القضاء الوطني عدة تساؤلات لعل من أبرزها هو ما مدى إمكانية أطراف العلاقة التعاقدية في العقود محل الدراسة باللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد وهل تطبق مبادئ القضاء الوطني ذاتها على هذا النوع من العقود ، أما التساؤل الآخر فهو عن موقف تشريعات الاستثمار من ولاية القضاء الوطني على هذا النوع من العقود في التشريع العراقي والمقارن ، والتساؤل الأخير عن تقدير دور القضاء الوطني بوصفه وسيلة من الوسائل القضائية لحل المنازعات وهذا ما سنتناوله بفروع ثلاثة من خلال هذا المطلب :

الفرع الأول : لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني .

الفرع الثاني : موقف التشريع العراقي والمقارن من القضاء الوطني .

الفرع الثالث : تقدير اللجوء إلى القضاء الوطني .

الفرع الأول

لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني .

ابتداءً لابد من القول إن اختيار الدولة المضيفة للاستثمار قانونها الوطني ليكون حاكماً للعقد هو الاتجاه الذي تسعى إليه معظم الدول المضيفة للاستثمار ، وبالأخص منها الدول النامية إذ تعد خلافه مساساً بسيادتها ، كما أن نظرية الأداء المميز هي النظرية التي لاقت قبولاً وترحاباً من قبل رجال الفقه الذين عنوا بهذه المسألة[٣٦٧] ، وان الكلام أعلاه يؤدي إلى الإجابة عن التساؤل الخاص بإمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني بشأن المنازعات التي تنشأ من خلال تنفيذ العقد إذ أن من اختار القانون اختار القاضي ومن ثم يمكن لأطراف العلاقة التعاقدية في العقود محل الدراسة عرض النزاع أمام القاضي الوطني وهنا يكمن تساؤل آخر عن مدى انطباق مبادئ القضاء الوطني على العقود محل الدراسة .

أن تطبيق القانون الوطني على العقود محل الدراسة بواسطة القاضي يعني التزامه بجميع القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام الواردة في قوانين المرافعات المدنية والمتعلقة بكفالة حقوق الدفاع ، واحترام المواعيد القضائية وقواعد الاختصاص وإجراءات سير الخصومة ووقفها وانقطاعها ولا خلاف كذلك في الالتزام بقواعد الإثبات المعمول بها في الدولة أو تلك[٣٦٨] .

أما القواعد الموضوعية التي ينبغي على القاضي الوطني الالتزام بها فهي عادة تكون على طائفتين هما :

الطائفة الأولى : الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون الخاص التي تضم إليها الدولة المضيفة للاستثمار وتنطوي هذه الطائفة على نوعين من الاتفاقيات الأول منها اتفاقيات تتضمن قواعد موضوعية تسري فقط على المعاملات الدولية الخاصة دون المعاملات الداخلية بمعنى آخر تسري على العقود الدولية دون العقود الداخلية ولا يترتب عليها إلغاء القانون الوطني في شأن الموضوع الذي تتناوله هذه الاتفاقيات وإنما يكون مفعول هذا القانون في حدود الدولة ولا يسري إلا على المعاملات الداخلية وتسري على المعاملات الدولية ومثال ذلك هو اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فينا أو التي دخلت إلى حيز التطبيق عام ١٩٩١ إذ قامت بعض الدول الداخلة في نطاق الاتفاقية بإدخالها في تشريعاتها الداخلية ومنها جمهورية مصر العربية إذ أخذت بتطبيق أحكام الاتفاقية على عقود البيع الدولي إذا توافرت الشروط الواردة في المواد من ١-٦ من الاتفاقية[٣٦٩].

---

[٣٦٧] راجع في ظهور هذا المعيار : د. هشام صادق : المصدر السابق ، ص٥٨١ وما بعدها .
و د. أحمد عبد الكريم سلامة : المصدر السابق ، ص١٩٩
و د. طرح البحور علي حسن فرج : المصدر السابق ، ص١٩ .
ونص المادة (٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على شبكة الانترنت:
http://www/jus.uio/m/ec.applicabk.law.controcts.١٩٨٠/doc/htm/

[٣٦٨] للمزيد يراجع د. سلامة فارس عرب ، المصدر السابق ، ص١٥٨.

[٣٦٩] للمزيد يراجع د. محسن شفيق : المصدر السابق ، ص٤٨ وما بعدها .

أما النوع الثاني من الاتفاقيات الدولية فهي الاتفاقيات التي تتضمن قواعد موضوعية أو مادية موحدة تسري على المعاملات الدولية والداخلية على السواء بحيث تلتزم كل دولة متعاقدة بإدخال هذه القواعد في تشريعاتها الداخلية لتنطبق على المعاملات الداخلية الدولية معاً ومثال هذا النوع من الاتفاقيات هي اتفاقية جنيف (١٩٣٠-١٩٣١) بشأن الكمبيالة والشيك وكذلك الأقطار العربية ومنها العراق الذي تولى نقل أحكام الاتفاقيات الدولية المبرمة في جنيف عامي ١٩٣٠-١٩٣١ بشأن توحيد أحكام الأوراق التجارية في القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والقوانين اللاحقة له[٣٧٠].

أما الطائفة الثانية فتشمل القواعد القانونية العامة في القانون المدني والقانون التجاري والقوانين الخاصة مثل قانون العمل وقوانين التأمينات الاجتماعية وقوانين الجمارك وقوانين حماية النقد وحماية المستهلك وقانون مكافحة الغش وهذه الطائفة تشمل على نوعين من القواعد الأولى منها القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والثانية منها القواعد المكملة أو المقررة أي تلك التي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها باتفاقاتهم الخاصة فهي تحكم فقط حالة سكوت الأطراف[٣٧١].

وما تجدر ملاحظته من خلال قراءة القواعد القانونية التي تحتوي عليها الطائفتان أعلاه أنهما يتركان هامشاً واسعاً للقاضي الوطني يمكنه من استخدامه للوصول إلى حلول مناسبة للنزاع الذي يطرح أمامه ، غير أن جميع ما قدمته هاتان الطائفتان لا يثني المستثمر الأجنبي عن رغبته بتجنب رفع المنازعات التي تنشأ عن عقد الاستثمار من ولاية القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار[٣٧٢].

الفرع الثاني

موقف تشريعات الاستثمار من تطبيق القضاء الوطني

لقد أشرنا في غير موضع من هذه الرسالة إلى أن معظم البلدان النامية والآخذة بالنمو قد اعتنت بتنظيم موضوع الاستثمار في تشريعات خاصة أو من خلال اتفاقيات ثنائية وجماعية وأسبغت على هذه الاتفاقيات صبغة شرعية بحيث أعطتها قوة القوانين وحاولت جاهدة منح تسهيلات لاجتذاب استثمار أراضيها[٣٧٣].

وسنحاول من خلال هذا الفرع إلقاء نظرة على موقف قانون الاستثمار في العراق والتشريعات المقارنة وموقفها من القضاء الوطني كآلية لتسوية النزاعات التي قد تنشأ من خلال تنفيذ عقود الاستثمار.

ولعل أول ما نبدأ به هو موقف قانون الاستثمار العراقي الصادر بموجب الأمر ٣٩ في ١٢ أيلول ٢٠٠٣ إذ نص القسم العاشر على أنه "تم تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار في العراق والتي تنشأ بين مستثمر أجنبي ومستثمر عراقي أو بين مستثمر أجنبي وشخص عراقي عادي أو معنوي وفقاً لأحكام

---

[٣٧٠] للمزيد يراجع د. فوزي سامي و د. فائق الشماع : القانون التجاري، الأوراق التجارية ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٧.

[٣٧١] د. سلامة فارس عرب : المصدر السابق ، ص٤٧٥ وما بعدها .

[٣٧٢] د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٤٢.

[٣٧٣] د. هشام صادق : المصدر السابق ، ص٧-١٥.

تسوية الخلافات الواردة في أي من الاتفاقيات المكتوبة ذات العلاقة التي تنظم العلاقة بين الطرفين ويجوز للطرفين أن يختارا في أي اتفاق يتوصلان إليه استخدام آليات التحكيم المحددة في القانون العراقي"[٣٧٤].

أما عن موقف التشريعات المقارنة نجد أن المشرع السوري في قانون الاستثمار المرقم ١٠ لسنة ١٩٩١ والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٧/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١٣ وذلك في المادة ٢٦ منه إذ تنص على أنه : "تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق أحكام هذا القانون بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمار وعائداته ألا إذا كان الغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بقرار قضائي ، وتسوى الخلافات في جميع هذه الحالات باللجوء إلى القضاء السوري المختص".

ب. تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشمولة مشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي :

- عن طريق الحل الودي ، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية .
- اللجوء إلى التحكيم .
- أو اللجوء إلى القضاء السوري .
- أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية وفق الدول العربية لعام ١٩٨٠.
- أو أن يتم تسوية الخلاف وفق أحكام اتفاقية ضمان وحماية الاستثمار الموقعة بين الجمهورية العربية السورية وبلد المستثمر[٣٧٥].

وقد سار بالاتجاه نفسه المشرع الجزائري إذ جعل للجهات القضائية الجزائرية الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار ، فأكد في المادة ١٧ من قانون الاستثمار لسنة ٢٠٠١ على أن كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يخضع للجهات القضائية الجزائرية ، إلا في حالة وجود اتفاقيات دولية تتعلق بالمصالحة والتحكيم ، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناءً على تحكيم خاص[٣٧٦].

وكذلك فقد رأى المشرع الكويتي في القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت أن طريق السلطة القضائية بالدولة هو الطريق العادي للفصل في المنازعات الناشئة عن استثمار أجنبي أياً كان نوعها فقد نصت المادة السادسة عشر في الفصل السادس

---

[٣٧٤] ينظر القسم العاشر من المر (٣٩) من قانون الاستثمار الأجنبي في ١٢ سيتمر ٢٠٠٣.

[٣٧٥] ينظر نص المادة ٢٦ قانون تشجيع الاستثمار السوري رقم ١٠ لسنة ١٩٩١ وتعديلاته على شبكة الانترنت.
http://www.arifonet.org.na/data/dali/٪٢٠investment/comntries٠٥syria/lawar.htm

[٣٧٦] ينظر نص المادة (١٧) من قانون الاستثمار الجزائري لسنة ٢٠٠١ وهو منشور على شبكة الانترنت :
http://www.arifonet.org.na/data/dali/٪٢٠investment/comntries٠٥Algeria/lawar.htm

من هذا القانون على أنه "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أياً كان ، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم[٣٧٧].

كما نص قانون الاستثمار الليبي رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ والذي بدا العمل بـه ٢٩ مـايس ١٩٩٧ وذلك في نص المادة ٢٤ إذ نصت على أنه "يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة أما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها هذه الدولة على المحاكم المختصة في الجماهيرية إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الجماهيرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الجماهيرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم"[٣٧٨].

ولا يمكن لنا إغفال الجانب الاتفاقي على ولاية القضاء الوطني للنظر في منازعات الاستثمار إذ يشير العقد المبرم بين مصر وشركة Amoco في المادة ١/٢٣ على أنه يلزم إحالة أي نزاع ينشأ بين الحكومة والأطراف حول تفسير أو تطبيق أو تنفيذ الاتفاقية إلى محاكم جمهورية مصر العربية[٣٧٩].

الفرع الثالث

تقدير دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار

ويبقى لنا أن نسلط الضوء على تقدير دور القضاء الوطني بوصفه آلية من آليات تسوية منازعات الاستثمار بين طرفي العلاقة العقدية . ومدى استجابتها لعملية تسوية النزاع من جهة وجذب الاستثمار الأجنبي من جهة أخرى.

لقد أشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود محل الدراسة وعدت مسالة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو الأصل ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ما يؤدي بالضرورة إلى تطبيق ذلك القانون أما القضاء الوطني عملا بقاعدة (من اختار القانون اختيار القاضي) ، إلا أن الأصل المذكور قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرته على حسم منازعات العقود محل الدراسة إذ أصبحت هناك قناعة شبه عامة بأن التسوية القضائية أمام القضاء الوطني ليست أفضل الوسائل لحسم المنازعات في العقود محل الدراسة وذلك للأسباب التالية :

١. الشك في حياد القضاء الوطني حيال دعاوى تكون دولته طرفاً فيها ذلك أن المستثمر الأجنبي عادة ينظر إلى القضاء الوطني لدولة الاستثمار بعين الريبة لظنه تحيزه إلى دولته باعتبارها طرفاً في المنازعة وكما أن الدول التي تحرص على جذب الاستثمار الأجنبي لأراضيها قد نجد

---

[٣٧٧] ينظر نص المادة (١٦) من قانون الاستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ على شبكة الانترنت :
http://www.arifonet.org.na/data/dali/%٢٠investment/comntries٠٥Kuwait/lawar.htm

[٣٧٨] ينظر نص المادة (٢٤) من قانون الاستثمار الليبي رقم ٥ لسنة ١٩٩٧ على شبكة الانترنت :
http://www.arifonet.org.na/data/dali/%٢٠investment/comntries٠٥Kuwait/lawar.htm

[٣٧٩] د. محمد الروبي : المصدر السابق ، ص١٧. ود. جابر جاد نصار : المصدر السابق ، ص٩٧.

أنه ليس من الفضل تقديم منازعات الاستثمار إلى فضائها الوطني لأن توالي صدور أحكام لصالحها في مثل هذه المنازعات قد يؤدي إلى نفور المستثمرين الأجانب وعدم الإقدام على إبرام عقود استثمار مع هذه الدولة[٣٨٠].

٢. أن الإجراءات القضائية أمام القضاء الوطني عادة تتسم بالبطء الشديد وهذا البطء متأتي من جانبين أولهما عملي إذ تكون هذه المحاكم مثقلة بالعمل المتراكم الذي تنظر به والثاني متأتي من تعدد درجات التقاضي والتي معها تستمر الإجراءات لمدد زمنية أطول[٣٨١] .

٣. افتقار القضاء الوطني لاسيما في البلدان النامية إلى الخبرة الفنية اللازمة للنظر بمثل هذا النوع من المنازعات التي تتسم بالتعقيد إذ الخبرة القانونية غير كافية لحل هذا النوع من المنازعات التي استلزم الجانب العملي فيها على ضرورة توافر الجانب الفني من لدن متخصصين خصوصاً في العقود محل الدراسة إذ أصبح الخبير الفني والذي عادة يكون مهندساً يعمل جنباً إلى جنب مع القانوني[٣٨٢].

المطلب الثاني

القضاء الدولي

لقد أشرنا في موضع سابق من هذه الرسالة إلى أن الأصل يقضي باتجاه الدول المضيفة للاستثمار إلى تطبيق قضائها الوطني من خلال اللجوء إلى محاكمها المختصة التي يلجأ إليها المستثمر الأجنبي كمُدّعٍ من أجل الحصول على الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني ، ولكن هل أن المستثمر هذا يتمكن في كافة الفروض والحالات أن يحصل على الحماية المطلوبة في الوقت الذي لازال هناك من يدفع بأن العديد من الدول النامية . والتي هي بحاجة متزايدة للاستثمار ، بأن أنظمتها القانونية والقضائية للدول المذكورة تخلو من طرق مضمونة لتحقيق الحماية القضائية التي يرجوها المستثمر ؟ هذا من جانب ومن جانب آخر حتى في حالة توافر النظام القضائي والقانوني الذي يرجوه المستثمر الأجنبي فقد تدفع بعض الدول بنظرية أعمال السيادة وأن تراجعت هذه النظرية قليلاً في العقود الأخيرة ولكن المستثمر الأجنبي بأخذها بالحسبان لذلك فأن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو ما الذي يفعله المستثمر الأجنبي في حالة إخفاق النظم القضائية والقانونية الوطنية ودفع الدول بنظرية السيادة بوجه المستثمر الأجنبي وما هي الوسيلة التي يتمكن من خلالها الحصول على حقه؟ أن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بتساؤل آخر أيضاً وهو هل هناك إمكانية للأخير أن يقاضي الدولة المضيفة للاستثمار دولياً ؟ وإذا كان بالإمكان ما هي الآلية التي يمكن له أن تتبعها لتحريك مسؤولية الدولة في هذا الغرض؟

سنحاول الإجابة عن التساؤلات أعلاه في هذا المطلب بفروع ثلاثة :

الفرع الأول : إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها في عقود الاستثمار والمسؤولية المترتبة عليها .

---

[٣٨٠] د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٨-١١.

[٣٨١] هناك سقوف زمنية يلتزم بها القضاء الوطني في كل مرحلة من مراحل الدعوى القضائية وللمزيد يراجع: د. آدم وهيب النداوي : شرح قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

[٣٨٢] د. عوض الله طيب الحمد : المصدر السابق ، ص٤.

الفرع الثاني : آلية تطبيق القضاء الدولي .

الفرع الثالث : تقدير دور القضاء الدولي في حسم منازعات عقود الاستثمار.

الفرع الأول

إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها في عقود الاستثمار والمسؤولية المترتبة عليها

ابتداء لابد لنا من القول أن الدول تعد من أهم أشخاص القانون الدولي العام ، وكما بحثنا في موضع سابق من هذه الرسالة ، أن أحد أطراف العقد في العقود محل الدراسة هو الدولة وهي بهذه المثابة قد قبلت النزول إلى ميدان العلاقات الخاصة والقبول بالوقوف بمنزلة واحدة مع الطرف الآخر (المستثمر الأجنبي) الذي هو في الأعم الغالب شخص خاص أجنبي ولكن يثار التساؤل هنا في هذا الصدد هل إن نزولها في ميدان العلاقات الخاصة يمكن أن ينسحب على شخصيتها الدولية[٣٨٣]. وإذا لم ينسحب فهل بإمكان الطرف الآخر أن يقاضيها دولياً إذا ما أخلت بالتزاماتها تجاهه ومن ثم ترتب المسؤولية عليها في هذا النوع من العقود؟

للإجابة عن التساؤلات أعلاه لابد لنا من الوقوف على مفهوم المسؤولية الدولية والوقوف على شرط تحققها ومن ثم الوقوف على مدى ملائمة تطبيقها على العقود محل الدراسة من عدمه .

يعرف البعض المسؤولية الدولية بأنها "نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعه طبقاً للقانون الدولي الالتزام بإصلاح ما ترتب على ذلك الفعل حيال الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدها أو ضد رعاياها"[٣٨٤].

أما من شروط تحققها فانه يلزم توافر ثلاثة شروط هي :

أ. وجود إخلال بالتزام دولي .

ب. إسناد هذا الإخلال إلى الدولة .

ت. أن يترتب على هذا الإخلال ضرر جسدي يلحق بالشخص من أشخاص القانون الدولي أو برعاياه"[٣٨٥]

وهنا يبرز مدى ترتب هذه الشروط على العقود محل الدراسة إذ أن الشرط الأول هو المجاز الذي يمكن من خلاله ترتب المسؤولية الدولية لذلك فأن إخلال الدولة بالتزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي لا يرتب خطا دولياً ومن ثم يمكن أن يشكل إخلالاً بالتزام دولي. وذلك من جهة أن العقود محل الدراسة عادة ما تخضع للقوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمار وهذا يعني اختصاص تلك القوانين بتحديد ما إذا

---

[٣٨٣] د. علي صادق أبو هيف : القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٢١٥ وما بعدها .

[٣٨٤] د. طلعت الغنيمي ، الأحكام العامة في قانون الأمم – قانون السلام - ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ ، ص٨٦٨-٨٦٩.

[٣٨٥] د. علي صادق أبو هيف : المصدر السابق ، ص٢١٨-٢١٩.

كانت الإجراءات التي قامت باتخاذها في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها مخالفة لهذا النظام القانوني أم متمشية معه ومن ثم القانون الدولي لا يمكنه أن يعد مسألة من المسائل مخالفة للقانون على وفق المعايير الخاصة بهذا القانون بينما تعد تلك المسالة من وجهة نظر القانون الواجب التطبيق عليها عملاً مشروعاً من الناحية القانونية[٣٨٦].

مما تقدم أعلاه يمكننا القول أن مجرد مخالفة العقد من جانب الدولة لا يؤدي إلى ترتب مسؤولياتها دولياً إذ يضع جانب من الفقه شرطاً به يمكن أن تتحقق هذه المسؤولية وبالتالي إمكان مقاضاتها دولياً . وهذا الشرط هو أن يكون هذا الإخلال مقترناً بخطأ تعسفي أو جسيم ، كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن ما يحرك مسؤولية الدولة ليس هو الإخلال بالعقد وإنما وجود فعل غير مشروع مستقل عن الحق . وان معنى الكلام المتقدم أن المسؤولية الدولية تدور وجوداً وعدماً مع الفعل غير المشروع الذي ترتكبه الدولة المضيفة للاستثمار وكانت قد تعاقدت بصفتها السيادية لا بصفتها العادية ، وهنا يثار التساؤل ما هو الحال لو تكاملت أركان المسؤولية الدولية في تصرف الدولة المضيفة للاستثمار وما هي الآلية القانونية التي يمكن من خلالها تحريك هذه المسؤولية ومقاضاة الدولة .

الفرع الثاني

آلية تطبيق القضاء الدولي

من المستقر على الأقل في عالم اليوم أن المؤسسة المعنية بالقضاء الدولي وإلى يومنا هذا هي محكمة العدل الدولية التي تعني بمقاضاة أشخاص القانون الدولي فيما بينهم إذ نصت المادة ١/٣٤ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن الدول وحدها هي التي يمكن أن تكون طرفاً في القضايا التي تنظر فيها المحكمة[٣٨٧].

وبهذه المثابة فأن المستثمر الأجنبي بوصفه فرداً عادياً لا يمكنه اللجوء إلى القضاء الدولي للمطالبة بموقفه في مواجهة الدولة المضيفة ولم يبق لديه سبيل سوى اللجوء لدولته التي يحمل جنسيتها الفعلية كي تمارس حمايتها الدبلوماسية وتعرف الأخيرة بأنها : "إحدى الوسائل التي تعبر بها الدولة عن ممارسة الاختصاص الشخصي تجاه رعاياها ، وبحيث يؤدي الضرر الذي يلحق فرداً بعينه إلى تحمل الدولة التي ارتكب الفعل المخالف للقانون الدولي تبعة المسؤولية الدولية إزاء الدولة التي يتبعها أجنبي بجنسيته"[٣٨٨].

---

[٣٨٦] د. علي صادق أبو هيف : المصدر السابق ، ص١٩.

[٣٨٧] ينظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على شبكة الانترنت :
http://www.un.org/arabic/aboutun.htm

[٣٨٨] نقلاً عن : أحمد أبو الوفا : الوسيط في القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٤ ، ٢٠٠٤ ، ص٨٧٦-٨٧٧.

كما يعرفها آخر بأنها "الإجراء الذي تلجأ إليه الدولة سعياً لتأمين حقوق واستثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي.

ويضع الفقه عدة شروط يمكن معها لدولة المستثمر أن تمارس الحماية الدبلوماسية وهذه الشروط تتمثل بـ :

أ.شرط الجنسية : يعد شرط الجنسية واحداً من أهم هذه الشروط وأدقها لما تثير من شكوك وتساؤلات حوله لاسيما وأن الدول تتباين في وضع تشريعات الجنسية إذ بات من الممكن للفرد أن يتمتع بأكثر من جنسية واحدة أو بإمكانه أن يغير جنسيته من مكان لآخر ، وما يعنينا في هذا الإطار هو ما هي الجنسية التي يتعين على المستثمر الأجنبي (المضرور) أن يحملها . ويستطيع معها الحصول على الحماية الدبلوماسية من تلك الدولة؟

تشير أحدث الاتجاهات الفقهية في هذا الصدد إلى أن الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية يستلزم في الجنسية التي ينتمي بها المضرور إلى الدولة المدعية أن تعبر عن ارتباط فعلي (اجتماعياً واقتصادياً وروحياً) بين الدولة والمتمتع بجنسيتها وهو ما يطلق عليه بالجنسية الفعلية Effective Nationality وممارسة الدولة لحمايتها الدبلوماسية تستلزم أن تكون الجنسية التي ينتمي بها المضرور إلى الدولة المدعية جنسية واقعية لا جنسية صورية ، لذلك قيل بأن الواقعية هي الأساس الوحيد الذي يسمح بالاحتجاج بالجنسية في مجال الحماية الدبلوماسية.

وينبثق عن الاتجاه أعلاه تساؤل آخر مفاده ما هو الحال لو تعددت جنسية المستثمر الأجنبي سواء أ كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً ، فقد استقر الفقه على الاعتداد بالجنسية (الفعلية) وذلك وفق عدة معايير أهمها :

- جهة التأسيس حيث يسجل الاستثمار كشخص معنوي[٣٨٩].
- مركز الاستثمار حيث يمارس المستثمر أنشطته .
- جنسية الأشخاص القائمين على إدارة الاستثمار.

ويلاحظ عملياً أن المعيار الثاني هو الأرجح أي مركز النشاط الاستثماري .

ب. استنفاذ طرق التقاضي الداخلية : لا يكفي لكي يحصل المستثمر الأجنبي (المضرور) على الحماية الدبلوماسية أن يكون متمتعاً بجنسية فعلية لدولة ما قبل أن يطرق جميع الأبواب القضائية المتاحة أولاً أي أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي نالت من الاستثمار الخاص به .كما يشترط لحصول الفرد المستثمر على حماية دولته الدبلوماسية بشرط يسمى بالشرط الأيدي النظيفة أي إن لا يكون الفرد المستثمر قد تسبب

---

[٣٨٩] للمزيد يراجع : د. محمود عبد الحميد سليمان : الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي ، المجلة المصرية للقانون الدولي : المجلد الثامن والخمسون ، ٢٠٠٢ ، ص٣٩٥-٣٩٨.
ود. منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي:

بالضرر الذي أصابه[٣٩٠]، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية من ضرورة استنفاذ السبل القضائية في دولة الاستثمار قبل لجوء المستثمر لدولته طالباً حمايتها الدبلوماسية.

أما عن تقدير الحماية الدبلوماسية يوصفها وسيلة من وسائل حل المنازعات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي فيلاحظ أنها قد تقف في حدود معينة إذا حاولت الدولة المضيفة للاستثمار أن تدفع بسيادتها الإقليمية بوجه هذه الوسيلة[٣٩١].

وفي ختام هذا الفرع لابد لنا من القول أن للقضاء الدولي دوراً مهماً في تسوية الخلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ولكن اتجاه المستثمر الأجنبي نحو التحكيم وآلياته ومن ثم تطور هذه الآلية لم يعد للقضاء الدولي تلك الأهمية البارزة لاسيما وأن اللجوء إليه مازال محكوماً بالعديد من القواعد الدولية المستقرة وكما أوضحنا ذلك ولكن هذا لم يمنع من أن تكون هناك آليات تقدم فائدة من دون أدنى شك[٣٩٢]. إلا أنها لا ترقى إلى مستوى التحكيم .

المبحث الثالث

التحكيم ودوره في تسوية منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية الواقعة على العقار

يعد التحكيم في الوقت الحاضر واحداً من أهم الوسائل التي يلجأ إليها المتعاملون في عقود الاستثمارات الأجنبية على اختلاف أنواعها لحسم منازعاتهم الناجمة عن تفسير أو تنفيذ هذه العقود إذ أنها كما أشرنا تختلف عن العقود الداخلية ذلك لأن الأخيرة يحكمها القانون الداخلي.كما إن معظم التشريعات ومنها التشريع العراقي قد نظم مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق بموجب إجراءات معينة ينبغي إتباعها من قبل الأطراف كما انه دخل في اتفاقيات إقليمية ودولية حول تنفيذ الإحكام الأجنبية .

ومما عزز من مكانة التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في هذا النوع من العقود من أنه الوسيلة التي يرى فيها الأطراف جانبي الحيادية والتخصص ، إذ لا نكاد نجد عقداً من عقود الاستثمارات الأجنبية إلا وبضمنه شرط التحكيم وأدى هذا الاتجاه إلى ظهور مؤسسات متخصصة في التحكيم ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل تطور إلى تنظيم عملية التحكيم تشريعياً في بعض الدول التي تحاول أن تجذب الاستثمار الأجنبي إلى أراضيها بغية تطوير بنيتها التحتية أو جلب التكنولوجيا إلى مشاريعها . وسنحاول في هذا المبحث أن نسلط الضوء على تعريف التحكيم في هذا الإطار ومسوغات اللجوء إليه في مطلب أول وعن أنواعه في مطلب ثان والقانون الواجب التطبيق على عقد التحكيم في مطلب ثالث.

---

[٣٩٠] د.حسين حنفي عمر :دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج ، المكتبة القانونية ، القاهرة، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥.

[٣٩١] محمود عبد الحميد سليمان : المصدر السابق ، ص٤٠٢-٤٠٣.

[٣٩٢] هناك آلية الوساطة والمفاوضة والتوفيق للمزيد يراجع : د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٣٥ وما بعدها . ود. سلام الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٤٥.
ود. حفيظة السيد الحداد : التحكيم في العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص١٥.

المطلب الأول

تعريف التحكيم ومسوغات اللجوء إليه

قبل أن نبدأ بمحاولات تعريف التحكيم لابد لنا من أن تشير إلى الإطار العام لموضوع التحكيم والوقوف على تسميته ضمن العلاقات الدولية الخاصة إذ قد يتبادر إلى الذهن هل أن التحكيم محل الدراسة نعني به التحكيم التجاري الدولي أم التحكيم الدولي الخاص أم التحكيم في منازعات الاستثمار وهل أن هناك تمايز بين العناوين أعلاه؟

تشير العديد من الدراسات إلى أن التحكيم التجاري الدولي ما هو إلا نوع من أنواع التحكيم بصفة عامة ومن ثم ما يسري على التحكيم الاختياري يسري بدوره على التحكيم التجاري الدولي وغاية ما هنالك أن التحكيم التجاري الدولي ينصب على علاقة تجارية دولية ولكن واقع العلاقات الدولية الخاصة بصفةٍ عامة قد أجاز التحكيم بغض النظر عن طبيعة العلاقة مدنية كانت أم تجارية لاسيما في بعض النظم القانونية في البلدان التي لا تعرف التفرقة التقليدية بين القانون المدني والقانون التجاري مثل بلدان الشريعة الأنجلوسكونية وهذا أدى إلى أن بعض الفقهاء يفضلون استخدام اصطلاح "التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص" أو التحكيم الدولي الخاص وذلك بدلاً من اصطلاح "التحكيم التجاري الدولي" على أساس أن الاصطلاح الأول أعم وأشمل من الثاني ، ولكن ذيوع استخدام اصطلاح "التحكيم التجاري الدولي" على صعيد الدول من جانب الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم الدولي أو من جانب الفقه والقضاء الدوليين من جهة وأن الوصف أو التسمية الخاصة بالتحكيم على أنه تجاري أو مدني أو إداري بحسب المنازعة التي يراد فضها هي تسمية لا أهمية لها سوى من ناحية القانون الموضوعي الواجب التطبيق إذا لم يُعف المحكم من الالتزام بتطبيق هذا القانون ، من جهة أخرى[٣٩٣].

أن مقتضى البحث دفعنا إلى الإشارة إلى التسمية أعلاه خشية اختلاط التسمية ذلك لأن ما يعني التحكيم في منازعات العقود محل الدراسة فان هناك مؤسسة تعني بمنازعات الاستثمار كما أشرنا إليها في عدة مواضع من الرسالة وهذه المؤسسة الدولية هي مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ولكن اللجوء إليها مشروط وإلى جانبها توجد محكمة منازعات الاستثمار العربية ومراكز إقليمية للتحكيم التجاري الدولي تعني أيضاً بنظر المنازعات الناجمة عن العقود محل الدراسة[٣٩٤].

بعد الفراغ من الإشارة أعلاه نحاول أن نتعرض لمحاولات تعريف التحكيم في الفرع الأول ومسوغات اللجوء إليه في فرع ثان .

الفرع الأول

---

[٣٩٣] د. أحمد حسان حافظ مطاوع : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩١ ، ص١٩-٢١.

[٣٩٤] للمزيد يراجع د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص١٧.
ود. حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٣.

تعريف التحكيم

سنتناول تعريف التحكيم في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي ولدى فقهاء القانون الوضعي وعلى النحو الآتي :

أولاً: التحكيم لغةً

معناه : التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم (أحكمه) استحكم أي صار (محكما) في ماله (تحكيما) إذ جعل إليه الحكم فيه (فاحتكم عليه ذلك)[٣٩٥]. وحكمه فيما بينهم أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً فيما بينهم قال تعالى "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"[٣٩٦] أي جعلوك حكماً فيما حلّ بينهم من شجار .

ثانياً : التعريف اصطلاحاً

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح الشرعي "تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما" أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهم ومن ثم فأن التحكيم شرعاً يعني تولية وتقليداً من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعاه[٣٩٧].

ثالثاً : التعريف لدى فقهاء القانون الوضعي

لقد تعددت تعريفات التحكيم في القانون الوضعي وبالاتجاهات الفقهية القضائية والتشريعية على الصعيد الفقهي بأنه "إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع"[٣٩٨].

ويؤكد التعريف أعلاه اختيارية قضاء التحكيم من جهة وإلزامية اختياره كشرط في العقد يختاره الأطراف إذ يفترض القبول المسبق عليه من جانب الأطراف .

كما يعرفه آخر بأنه : "الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو أشخاص معينين يفصلون فيها بدلاً من أن يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة"[٣٩٩].

---

[٣٩٥] أنظر : القاموس المحيط للفيروز أبادي ، المجلد الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص٩٨.
ومختار الصحاح للرازي ، دار المعارف ، ص١٤٩.
ولسان العرب لبن منظور والمنجد في اللغة والأعلام .

[٣٩٦] سورة النساء ، الآية ٦٥.

[٣٩٧] د. عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ط١ ، ص٢٩١.

[٣٩٨] د. إبراهيم شحاتة : نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة والاستثمار الدولي ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة الثمانون ، العددان ٤١٧-٤١٨ ، ١٩٨٩ ، ص٣٨٧.

[٣٩٩] د. أنطوان قسيس : الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سورية ، مطبعة الداودي ، دمشق ، بدون تاريخ ، ص٢٧٦.

كما يعرفه آخر بأنه "نظام خاص للتقاضي ، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[٤٠٠].

ويؤكد التعريف أعلاه على الصيغة الاتفاقية التي بموجبها ينشأ عقد التحكيم وأضفى عليه صفة الالتزام لتمتعه بحجية الأمر المقضي به.

أما على الصعيد القضائي فقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها التحكيم بأنه "عرض نزاع بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المغالاة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان غليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال جلسة التقاضي الرئيسة.."[٤٠١].

كما تصدى قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لتحديد المقصود بالتحكيم فنص في المادة ١/٤ على أنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"[٤٠٢].

وهناك محاولات في الفقه والتشريع المقارن لتعريف التحكيم ففي الفقه الفرنسي يرى الأستاذان Me Bertrand Morea, Jean Robert أن "التحكيم هو منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطات القانون العام لتحكم بواسطة أفراد يمنحوا مهمة قضائية"[٤٠٣] بينما يرى الأستاذ Rene David "هو وسيلة تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تهم العلاقات بين عدة أشخاص عن طريق واحد أو أكثر يسمى محكماً أو محكوما يستمدون سلطتهم في اتفاق خاص ويقضون بمقتضى هذا الاتفاق دون أن تمنحهم الدولة هذه المهمة ويلاحظ أن هذا استخدم لفظ وسيلة وليس مؤسسة مما يجعل التعريف واسعاً فضفاضاً[٤٠٤].

أما الفقه الإنجليزي فيلاحظ عليه أنه لم يهتم كثيراً في تعريف التحكيم قدر اهتمامه بدراسة جوانبه العملية كافة وتغطيها بالبحث والدراسة المستفيضة فنجد بعض التعريفات في بعض المؤلفات توضح فكرة التحكيم وتعرفه بأنه "ممارسة التحكيم جاءت بعد إنشاء المحاكم بواسطة الدولة أو أصبحت الوسيلة

---

[٤٠٠] د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٤٤.

[٤٠١] ينظر : حكم المحكمة الدستورية ، ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ ، في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية ، منشور في الجريدة الرسمية ، ديسمبر ١٩٩٤.

[٤٠٢] ينظر نص المادة ١/٤ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

[٤٠٣] نقلاً عن :

Jean Robert, Moreau, Arbitrary civil ei commercial " en droit interne international prive. Quatrieme edition.

[٤٠٤] نقلا عن :

Rene David, L'arbitrage Dans Le comere international Economica, ١٩٨٢, paric, p.g.

الطبيعية لفض المنازعات وقد استمرت الممارسة حيث أن أطراف المنازعة يريدون ممارستها بطريق أقل رسمية واقل في نفقاتها عن المحاكم العادية[٤٠٥].

ويذهب رأي آخر أن التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثار عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مراكز التحكيم لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد العامة أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز[٤٠٦].

أما على الصعيد التشريعي فقد حاولت بعض التشريعات المقارنة تعريف التحكيم بنصوص تشريعية فقد عرّفت المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم"[٤٠٧].

أما المشرع الهولندي فقد نص في المادة ١٠٢٠ من قانون التحكيم لسنة ١٩٨٦ بأنه "اتفاق الأطراف إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية أو على غير عقدية للتحكيم"[٤٠٨].

الفرع الثاني

مسوغات اللجوء إلى التحكيم

يعد البعض من الفقهاء في المرحلة الراهنة بأن التحكيم هو الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تدخل الدولة طرفاً فيها[٤٠٩] ويعده البعض الآخر بأنه الملاذ النهائي والأخير لحسم المنازعات الخاصة بالاستثمار[٤١٠].

وقد جاءت تشريعات الاستثمار بشكل عام تؤيد اتجاه الفقه إذ أشارت في نصوص صريحة إلى التحكيم كوسيلة مستقلة لحل المنازعات الناجمة عن الاستثمار[٤١١].

ومن خلال قراءة الاتجاهات الفقهية يتضح لنا أن هناك عدة مسوغات للأطراف اتخاذ التحكيم كوسيلة لحل المنازعات لعل أبرزها :

---

(٤٠٥) نقلاً عن : Hols worth. History of English law (١٩٦٤).vol.x١v,p١٨٧.

(٤٠٦) نقلا عن : د. مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٥،ص٥.

(٤٠٧) ينظر نص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

(٤٠٨) ينظر نص المادة ١٠٢٠ من قانون التحكيم الهولندي.

(٤٠٩) د. حفيظة الحداد : التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإرادي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٣.

(٤١٠) د. عكاشة محمد عبد العال : الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية .

(٤١١) بعض التشريعات الخاصة بالاستثمار قد تضمنت بنود تشير بشكل صريح على إلزامية خضوع المتلزمات في عقود الاستثمار إلى التحكيم مثل القانون الألباني لسنة ١٩٩٣ وقانون الاستثمار في جمهورية أفريقيا الوسطى لسنة ١٩٨٤ وقانون الاستثمار الموريتاني ١٩٨٩ وقانون الاستثمار الصومالي لسنة ١٩٨٧.

أولاً: التناسب بين مزايا التحكيم من جهة وطبيعة منازعات عقود الاستثمار من جهة أخرى ولعل هو التناسب يظهر في السرعة بإجراءات التحكيم والسرية فيها .

كما أن لأطراف النزاع الحرية الكاملة في أن يختاروا بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسَّس كما أشرنا إلى ذلك في تعريف التحكيم في العقود محل الدراسة ، ولا يفوتنا أن نذكر التخصص الدقيق في قضاء التحكيم إذ يكفل للأطراف المعرفة الفنية والخبرة القانونية المتخصصة واللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معرفة اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلائم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي[٤١٢].

ثانياً : تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم

يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم ويدفعه إلى ذلك خصوصية هذه العقود من حيث الأطراف إذ يكون الطرف الأول عادة دولة ويخشى المستثمر معها أن تتمسك بحصانتها القضائية من جهة وعدم حيادية ونزاهة وكفاءة محاكم الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى لذلك نجد أن المستثمر الأجنبي يحرص بشدة على إدراج شرط التحكيم في العقد بموجب شرط يتضمنه أو بموجب مشارطة التحكيم مع الدولة المضيفة للاستثمار[٤١٣].

ثالثاً : التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار

ان عملية جذب الاستثمار الأجنبي لأراضي الدولة المضيفة له تستلزم ضمانة قضائية لحماية هذا الاستثمار وهذه الضمانة من وجهة نظر المستثمر تتمثل بقضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال فقد أصبحت العلاقة متوازية بين التحكيم وتدفقات ورؤوس الأموال وتنوعها وهو من أهم الضمانات ضد المخاطر غير التجارية[٤١٤]. وحرصاً من الدول بشكل عام والنامية بشكل خاص على جذب الاستثمارات الأجنبية فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار .

ونبدأ بالإشارة إلى الأمر ٣٩ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة في أيلول ٢٠٠٣ فقد جاء في القسم ١٠ منه في مسألة تسوية الخلافات أنه لم يشر إلى التحكيم الدولي كقضاء متخصص في نظر المنازعات التي تنشأ بين العراق والمستثمر الأجنبي ولعل هذا الجانب قد ساهم أو يساهم مع الأوضاع الأمنية التي يعيشها العراق اليوم في عدم إقبال المستثمرين الأجانب أو انسحاب العديد منهم من مشاريع التنمية في العراق بعد أحداث٢٠٠٣/٤/٩.

أما مسودة قانون الاستثمار الإسكاني في العراق رقم ٤ في ٢٠٠٥/٩/٢٨ فقد خطت خطوة إيجابية في هذا الاتجاه إذ أشار الفصل العاشر من المسودة في البند ٢/٣٩ إلى (تحويل الخلاف إلى

---

[٤١٢] نقلاً عن د. حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الجلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٤٣-٤٤.

[٤١٣] شرط التحكيم : شرط يدرج في العقد وفي مرحلة التعاقد ، أما مشارطة التحكيم فهي تكون في اتفاق لاحق للعقد وتكون مستقلة عن وللمزيد يراجع د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص٤٠-٤١ و د. هشام خالد : المصدر السابق ، ، ص٤٧١ وما بعدها .

[٤١٤] د. هشام خالد : المصدر السابق ، ص١٦٣ وما بعدها و رزاق سلمان مشكور الواسطي : مصدر سابق ، ص٦٥.

محكمة ذات صلاحية كفوءة)[٤١٥]. ويفهم من خلال النص إلى أن هناك إمكانية من إحالة النزاع بين العراق كبلد مضيف للاستثمار والمستثمر الأجنبي إلى التحكيم وكان الأجدر أن يشار إلى التحكيم كآلية جديدة لحل المنازعات بشكل أكثر صراحة مما قد يكون وسيلة فعالة لجذب الاستثمار الأجنبي للمساهمة في إعادة البنى التحتية للاقتصاد العراقي[٤١٦].

ولو كان الأمر المذكور وقانون المرافعات أشار صراحة إلى التحكيم الدولي فيكونا قد تماشيا مع معظم تشريعات الاستثمار العربية والمقارنة ، وغير أن المشرع المصري قد خطى خطوات هامة في هذا الاتجاه ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار فقد جاء قانون ضمانات وحوافز تشجيع الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في المادة السابعة منه وعلى الوجه الذي يتفق عليه مع المستثمر ولم يكتف بذلك بل أجاز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقية الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى أو وفقاً لأحكام رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار غليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[٤١٧].

وكذلك فقد أقر كل من قانون الاستثمار السوري رقم ١٠ اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وذلك في المادة ٢٦/ب التي تنص على أنه "تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشمولة مشاريعهم بأحكام هذا القانون مع الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي : عن طريق الحل الودي وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية : اللجوء إلى التحكيم[٤١٨].

وكذلك فقد اعتمد المشرع اللبناني التحكيم كوسيلة لحل منازعات الاستثمار إذ نصت المادة ١٨ من قانون تشجيع الاستثمار وفي لبنان رقم ٣٦٠ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦ على أن تحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية وفي حالة تعذر الحل الودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي آخر[٤١٩] .

وتؤشر لبنان واحداً من أهم الدول العربية الجاذبة للاستثمار برؤوس الأموال العربية والأجنبية بما هيأته من مناخ ملائم للاستثمار على الصعيد التشريعي إذ أن إقرار مبدأ جواز منازعات الاستثمار

---

[٤١٥] ينظر نص البند ٢/٣٩ من مشروع قانون الاستثمار الإسكاني على شبكة الانترنت :
? http://www.alsabah.com/modules.php

[٤١٦] للوقوف على الموقف الحقيقي لاتجاهات الفقه والتشريع والقضاء في العراق يراجع د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص٤١٦-٤٦٨.

[٤١٧] ينظر نص المادة ٧ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته على شبكة الانترنت .

[٤١٨] ينظر المادة ٢٦/ب من قانون الاستثمار السوري رقم السنة ١٩٩١ والتعليمات المنفذة له والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٧ الصادر في ٢٠٠٠/٥/١٣ على شبكة الانترنت :
http://www,arifonet.org.maldetadalo/٪٢٠investment/countries/lo.ebanalaw.at.htm

[٤١٩] ينظر قانون الاستثمار اللبناني في الجريدة الرسمية ، العدد ٤١ ، في ٢٠٠١/*/١٨ ، ص٣٥٥ وهو منشور على شبكة الانترنت:
http://www,arifonet.org.maldetadalo /٪٢٠investment/countries/lo.ebanalaw.at.htm

على جهاز يثق المستثمر بحيادة شل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة فما لاشك فيه أن إقرار مثل هذا المبدأ من شأنه أن يزيد من مصداقية التزام الدولة المضيفة في الوفاء بتعهداتها التي قطعتها على نفسها . ونأمل من المشرع العراقي أن يضع في حسبانه بعض الاتجاهات المقارنة في محاولة لجذب الاستثمار المبرمج وبما يتلاءم ومعطيات الواقع الاجتماعي والتشريعي في العراق.

وبالاتجاه نفسه أشار المشرع الفلسطيني في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٨ بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين إذ أشارت المادة ٤٠/(١) (إذا أخفقت المفاوضات في تسوية النزاع في المدة الزمنية المحددة في الأنظمة يحق لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى تحكيم مستقل ملزم كما تنص على ذلك الأنظمة[٤٢٠].

وتعد هذه خطوة متقدمة إذ أشار إلى إلزامية القضاء تشريعياً لأن يعمل على إحالة النزاع إلى التحكيم .

المطلب الثاني

أنواع التحكيم في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية الواقعة على العقارات

لعل من أبرز التساؤلات التي ترد في هذا الإطار هو هل أن لعقد التحكيم في العقود محل الدراسة تمايزاً عن غيره من عقود التحكيم الأخرى؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون باتجاهين الاتجاه الأول بالنفي إذ لا تختلف مع غيره من العقود وتتفق بوجه عام معها إذ تخضع لبعض القواعد الخاصة ببدء الإجراءات والأخطار بها وتعين المحكمين وردهم وإبداء الخصوم لطلباتهم واتخاذ هيئات التحكيم للقرارات الخاصة بتعيين الخبراء وسماع المرافعات والشهود وتقديم المذكرات وإصدار الأحكام وتنفيذها .

أما الاتجاه الآخر فيكون بالإيجاب إذ أن التحكيم في منازعات العقود محل الدراسة تتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى وذلك لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها والتي تنبع بلا شك من نوعية الأطراف ومحل العقد الذي غالباً ما يكون مرتبطاً بتحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة للاستثمار ومؤدى هذا الكلام أن منازعات هذه العقود لا تخلو من خلفية سياسية واقتصادية دولية ويترتب على أحكام التحكيم الصادرة في مثل هذه المنازعات آثاراً بعيدة المدى ترتبط وتؤثر في حياة شعوب دول برمتها مما جعل اختيار نوع التحكيم كي يتفق مع

---

[٤٢٠] ينظر في المادة ١/٤٠ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين على شبكة الانترنت :
http://www,arifonet.org.maldetadalo/ ٪٢٠investment/countries/lo.ebanalaw.at.htm

خصوصية هذه المنازعات أمراً مهماً جداً وقد أفرزت اختيارات أطراف التحكيم في هذه المنازعات أنواع عديدة من التحكيم سنعرض لها مع التعرض لمزايا وعيوب كل نوع منها وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

التحكيم الخاص

يضم هذا النوع من التحكيم عدة مرادفات ومنها التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الذاتي[٤٢١] وعلى الرغم من تعدد وترادف التسميات لهذا النوع من التحكيم إلا أنها تحمل ذات المعنى وهو (الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أية مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم)[٤٢٢] ، إذ يتولى الخصوم إقامة هذا التحكيم بمناسبة نزاع معين للفصل فيه وبعبارة أخرى فأن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه هو مما حدا بالبعض إلى أن يصف هذا التحكيم بأنه "نفذ التحكيم بنفسك"[٤٢٣] فهو يحتاج من يختاره من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله ويتميز التحكيم الخاص بأنه يغلب أن يكون أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة ويكون اللجوء إليه في بعض المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين .

ويشير الواقع العملي إلى عدة أمثلة للتحكيم الخاص ومنها اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٨ بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من اجل تنفيذ ما يسمى الأوتوستراد العربي من أن فض الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعاً في التحكيم وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه[٤٢٤].

ولعل قراءة ما ورد في المادة ٣٤ من الصيغة النموذجية لاتفاقية امتياز أبو ظبي ما يشير بشكل واضح وصريح إلى اتفاقية التحكيم الخاص بكل ما ينطوي عليه الاتفاق من معنى إذ تنص هذه الفقرة على ما يلي :

أ. إذا ظهر أي شك أو خلاف أو نزاع في أي وقت بين الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ أي بند منصوص عليه في العقد ، أو فيما يتعلق بحقوق والتزامات أي طرف ، وفشل الأطراف في تسوية ذلك النزاع أو الخلاف بأية طريقة أخرى فأنه يلزم إحالة الأمر إلى محكمين يعين

---

[٤٢١] د. إبراهيم أحمد إبراهيم : اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم" وكذلك : د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية.

[٤٢٢] د. إبراهيم أحمد إبراهيم : المصدر السابق ، ص١٢٢.

[٤٢٣] أنظر قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ منشور على شبكة الانترنت : http://www.jus.uio.no/lm/un/arbitration.rules.١٩٧٦/doc.

[٤٢٤] د. عبد الحميد الأحدب : آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوربية ، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية منشور على شبكة الانترنت : http://www.mafhoum.com/press٢/٦٠E٣٠.htm .

كل طرف محكماً عنه ثم يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث للفصل في النزاع خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب أحد الطرفين كتابة .

ب. يلتزم كل طرف بترشيح محكمه خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطرف الآخر طلب التحكيم ، فإذا فشل أحد الطرفين في تسمية محكمة يتولى رئيس المحكمة العدل الدولية تسميته باء على طلب الطرف الآخر ، وإذا فشل المحكمان في الاتفاق على المحكم الثالث فيتولى رئيس محكمة العدل الدولية تسميته استجابة لطلب المحكمين أو لطلب أحدهما .

ج. الفرار من المحكمين أو الاختلاف في الرأي بينهما بشأن المحكم الثالث يعتبر نهائياً وملزماً لكلا الطرفين .

د. يجب أن يحدد القرار مدة زمنية كافية تمكن الطرف الذي صدر القرار ضده من تنفيذه ، فإذا فشل هذا الطرف في تنفيذ القرار قبل انتهاء تلك المدة فأنه يصبح متخلفاً عن الأداء .

ه. يكون مكان التحكيم أبو ظبي أو أي مكان آخر يحدده المحكم .

و. يلزم أن يحدد المحكم إجراءات التحكيم وذلك بالاستناد إلى القواعد الإجرائية ذات الصلة في المواد من ٣٢-٦٩ شاملة قواعد محكمة العدل الدولية الصادرة في ٦ مايس ١٩٤٦.

ز. تتمتع هذه الاتفاقية بقوة القانون ويلزم تفسيرها وتطبيقها بما يتفق مع المبادئ العامة بها في الدول المتمدنة بما في ذلك المبادئ القانونية التي طبقتها المحاكم الدولية .

يتضح لنا من خلال ذكر المثالين أعلاه أن اتفاق التحكيم الخاص يتواءم مع الرأي الفقهي السائد في كل من الفقد الإيطالي وجانب من الفقه الفرنسي وبعض الفقهاء في مصر من أن التحكيم له طبيعة تعاقدية أساسه اتفاق التحكيم وقمته حكم التحكيم[٤٢٥].

ومع تغير المسار من التحكيم الخاص إلى التحكيم المؤسسي الذي ظهرت فيه عدة مزايا جعلت منه الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة الفنية المعقدة ولعل من ابرز هذه المزايا هي :

أ. أن مؤسسات التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين بمختلف أنواع المنازعات يستطيع المحتكمون اختيار محكميهم من بينهم وهذا شأنه أن يقلل من مشقة البحث عن المحكم المناسب لاسيما إذا كان الأمر متعلقاً بمسالة فنية يحتاج فهمها إلى خبرة لا تتوفر على نطاق واسع[٤٢٦].

ب. أن التحكيم المؤسسي يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفاً والمختبرة من قبل .

ت. أن التحكيم المؤسسي يضمن صلاحيات مناسبة للمحكمين تعينهم على ممارسة اختصاصاتهم ومن أبرز القواعد التي حفلت بها المؤسسات التحكيمية الحديثة مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يتيح لهيئة التحكيم النظر بالدفوع الخاصة باختصاصها ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد[٤٢٧].

---

[٤٢٥] لمراجعة الطبيعة القانونية لعقد التحكيم يراجع : د. أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق ، ص٣٩ وما بعدها ، و د. هشام خالد : المصدر السابق ، ص٤٦٥ وما بعدها .

[٤٢٦] د. محمد عبد المجيد إسماعيل : المصدر السابق ، ص٣٠٦-٣٠٨.

[٤٢٧] مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعني في حالة طعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم فأنه يكون لهيئة المحكمة سلطة الفصل في صحة اختصاصها وأن هذا المبدأ يحول دون لجوء الأطراف إلى تأخير أو عرقلة سير التحكيم عن طريق الإدلاء بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية هو الذي يعطي المحكمين صلاحية البت باختصاصهم .

ث. أن التحكيم المؤسسي يعتبر أكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة معروفة مسبقاً .

ج. أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه.

الفرع الثاني

التحكيم المؤسسي

ويسمى كذلك تحكيم هيئات التحكيم الدائمة[٤٢٨] أو (التحكيم النظامي)[٤٢٩] ويعني به "هو اختبار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقاً لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدتها .

ويرى البعض أننا سنكون أمام تحكيم مؤسسي متى جرى في ظل منظمة لم تكتفِ بوضع لائحتها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكانتها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتضنت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحتها المذكورة ولا يهم حينئذ كون المنظمة تتناول مهمة نظر النزاع والفصل فيه[٤٣٠] .

وبموجب هذا النوع من التحكيم على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها ويكون ذلك في الأعم الغالب في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشارطة التحكيم التي وقعها الأطراف لاحقاً وبشكل مستقل عن العقد.

ويلاحظ مع ازدياد حاجة الدول إلى جذب الاستثمار الأجنبي زيادة مؤسسات التحكيم الدائمة بعد أن فرض أسلوب التحكيم نفسه كآلية مقبولة لدى أطراف النزاع في منازعات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي ومن أهم هذه المؤسسات هي :

١. مؤسسة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس .ICC .
٢. المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطنICSID .
٣. المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA .
٤. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA[٤٣١].

المزيد ينظر : عبده جميل عضوب : وسائل المماطلة في التحكيم الدولي "دراسة مقارنة (، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، العدد السابع ، تموز ٠يوليو) ، ٢٠٠١ ، ص١٦٠ .

[٤٢٨] في استخدام هذا المصطلح د. إبراهيم شحاتة المصدر السابق : ص٣٩٠.

[٤٢٩] د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال : المصدر السابق ، ص١٢٦.

[٤٣٠] د. ثروت حبيب : المصدر السابق ، ص٢٦٦.

[٤٣١] د. محي الدين إسماعيل علم الدين : المصدر السابق ، ص٥-١٢.

ولم تقف عملية العمل بمبدأ التحكيم المؤسسي عند هذا الحد بل ذهبت إلى أبعد من ذلك إذ تخصصت بعض المؤسسات بنوع معين من المنازعات دون غيرها مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وكذلك مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO وأيضاً مركز الإسكندرية للتحكيم البحري الدولي.

وعلى الصعيد العملي نجد أن من اتفاقات التحكيم المؤسسي التي يتفق عليها أطراف العلاقة التعاقدية ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة ٢١ من عقد امتياز البحث عن البترول في عام ١٩٨٧ بين الشركات الألمانية Deutsch-Schactbau٠und وشركة رأس الخيمة الوطنية Recoil من "أن جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد" .

ومن الجدير بالذكر أن سبعينات وثمانينات القرن المنصرم وأمام التطورات الهائلة في عمليات التجارة الدولية والاستثمار وزيادة وتنوع المنازعات التي تثيرها فقد اتجهت العديد من المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها حتى تتمكن من مواكبة هذه التطورات.

الفرع الثالث

التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق

بقصد بالتحكيم بالقانون هو التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في النزاع المعروض عليه متقيداً في حكمه بقواعد القانون الموضوعي[٤٣٢]. ويترتب على هذا النوع من التحكيم أن يتقيد المحكم بالقواعد الخاصة للتحكيم في القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه وبالتالي يكون حكمه قابلاً للطعن فيه .

أما التحكيم الطليق فهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي ولا يكون حكمه كقاعدة قابلاً للطعن فيه إذ أن المحكم في هذا النوع من التحكيم يحكم في النزاع المعروض عليه على وفق قواعد العدالة والإنصاف ، أو على وفق ما يراه هو عادلاً أو ملائماً لمصلحة الطرفين بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي أو عدم موافقته[٤٣٣].

ويرد تساؤل في هذا الإطار أي من النوعين أعلاه يمثل الأصل في التحكيم ثم أيهما أكثر ملائمة واستجابة لما يقع عليه اختيار الأطراف في اتفاق التحكيم في العقود محل الدراسة؟

---

[٤٣٢] د. أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق ، ص٤٩-٥٠.
[٤٣٣] د. عصام الدين القصبي : المصدر السابق ، ص٧٨.

ابتداءً لابد من القول أن التحكيم بالقانون هو الأصل وأن التحكيم الطليق يرد كاستثناء على هذا الأصل ومعنى هذا الكلام أن ينص اتفاق التحكيم صراحة عليه وأن تدل الإرادة الصريحة للأطراف كما أنه يجب التزام التفسير الضيق لهذا الاتفاق[٤٣٤].

ويثار هذا أيضاً تساؤل فني هو هل لإطلاق التحكيم آثار على القواعد الموضوعية للقانون وقواعد المرافعات من جهة وهل يوجد ما يقيد هذا الإطلاق؟

أن الإجابة على الشق الأول من التساؤل أعلاه تفيد بأن المحكم في التحكيم الطليق لا يتقيد بالقواعد الموضوعية فضلاً عن أنهم لا يتقيدون بقواعد المرافعات وما تفضي به ولكن بالرغم مما تقدم فأن المحكم أو المحكمين يتقيدون بالمبادئ الأساسية للتقاضي وأهمها ضرورة احترام حقوق الدفاع وسائر القواعد المتعلقة بالنظام العام بالإضافة إلى التزامهم بمراعاة القواعد القانونية المنظمة للتحكيم[٤٣٥].

وبالرجوع على الإجابة عن الشق الثاني من التساؤل الأول هو هل أن التحكيم بالقانون أم التحكيم الطليق أكثر ملائمة واستجابة للعقود محل الدراسة ؟

أن أهمية عقود الاستثمار الأجنبي وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدول المضيفة للاستثمار من جهة وتشابك العلاقات القانونية المرتبطة معها يجعل من الصعوبة بمكان أن تفوض المنازعات الناشئة عنها إلى نوع من التحكيم الذي ينظر في فض النزاع إلى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد قانون معين وهذا بحد ذاته يشكل اضطراباً في حياة عقد الاستثمار قد يعوق تنفيذه لذلك فأن الالتجاء إلى التحكيم بالقانون يعد هو الأفضل والأكثر ملائمة للعقود محل الدراسة ذلك لأن تعيين قانون للموضوع محل النزاع يعد مُطَمْئِناً للأطراف[٤٣٦].

المطلب الثالث

إجراءات اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المعروضة أمام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار

طبقاً لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار يمر التحكيم الدولي بمراحل ثلاثة أولها تبدأ باتفاق التحكيم والمرحلة الثانية هي تشكيل هيئة التحكيم والسير في إجراءاته ، أما الثالثة فتتعلق بقرار التحكيم وتنفيذه وطرق الطعن فيه ولكي نصل إلى القانون الواجب التطبيق على التحكيم لابد من المرور بالمرحلة الأولى وهي اتفاق التحكيم والتي معها يعبر الأطراف عن إرادتهم باللجوء إلى التحكيم وبإحدى صورتين الأولى منهما أن يضعا شرطاً في العقد يسمى شرط التحكيم وبموجبه يتفق الطرفان على أنه إذا حدث خلاف أو نزاع عن العقد أو في مسألة معينة يصار إلى حلها بالتحكيم.

---

[٤٣٤] د. هشام خالد : المصدر السابق ، ص٤٦٩ وما بعدها .
[٤٣٥] د. هشام خالد : المصدر السابق ، ص٤٧٥-٤٧٨.
[٤٣٦] د. أحمد حسان حافظ مطاوع : المصدر السابق ، ص٥١-٥٢.

أما الصورة الثانية فتكون على شكل اتفاق مستقل عن العقد يعرف بمشارطة التحكيم وهذا الاتفاق يتم بعد نشوء النزاع أي أن الطرفين يقرران اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي نشأ عن العقد بينهما[٤٣٧].

وفي إطار العقود محل الدراسة فأن الصورتين جائزتان ولضرورة البحث عن موضوع القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود محل الدراسة تحت مظلة مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) الذي أضحى المؤسسة الأكثر تخصصاً بنظر هذا النوع من المنازعات لابد من تسليط الضوء على جميع ما يرتبط بهذا الموضوع من مسائل وسنقسم هذا المطلب على أربعة فروع هي :

الفرع الأول : الأجهزة الرئيسة للمركز

الفرع الثاني : إجراءات اللجوء إلى التحكيم

الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز.

الفرع الرابع : حجية الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة المركز.

الفرع الأول

الأجهزة الرئيسة للمركز

لقد نظمت اتفاقية واشنطن لحل منازعات الاستثمار في مركز واشنطن آلية اللجوء إلى التحكيم في ظله من خلال أجهزة رئيسة ينبغي على طرفي التحكيم المرور من خلالها لتنظيم عملية التحكيم وذلك في نصوص صريحة من هذه الاتفاقية أطلعت عليها الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية بشكل واضح قبل الدخول فيها ولم تكتفِ الاتفاقية بذلك بل تعدته إلى بحث حجية القرار التحكيمي الصادر عن مركز التحكيم وقواعد الاعتراف بعد إصداره ، وما يعنينا في هذا الفرع هو الأجهزة الرئيسة التي يتألف منها المركز بما يلي :

اولاً : المجلس الإداري

---

[٤٣٧] تعرف المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي شرط التحكيم بأنه "هو الاتفاق الذي يدرج في عقد ما يتعهد بمقتضاه طرفي العقد بأن يحيلا إلى التحكيم الأنزعة التي تنشأ عن هذا العقد.

ويتمثل بممثل كل دولة متعاقدة ويرأس هذا المجلس رئيس البنك الدولي ، ويتمتع كل عضو في المجلس الإداري بصوت واحد عدا الرئيس الذي لا يكون له حق التصويت ويجتمع المجلس سنوياً وتتخذ قراراته بأغلبية ثلثي الأصوات[٤٣٨].

ووظيفة هذا المجلس هي وضع القواعد الإدارية واللوائح المالية للمركز وإرساء القواعد الإجرائية لإقامة المصالحة والتحكيم القواعد الخاصة للقيام بالعملية التحكيمية .

ثانياً: سكرتارية المركز

لقد أشارت المواد (١٠) و(١١) من الاتفاقية إلى موضوع سكرتارية المركز ودورها بالإضافة إلى العاملين بها[٤٣٩] ، ولعل من أبرزهم هو السكرتير العام للمركز الذي يتبنى تعيينه المجلس الإداري لمدة ست سنوات ويكون قرار التعين بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس ويتولى السكرتير العام مسؤولية إدارة المركز ويقع قرار توافر شروط المنازعة المعروضة أما المركز من عدمه ويتولى كذلك تعيين المحكمين في حالة غياب الاتفاق بين الأطراف على ذلك ، ويتولى كذلك بموجب نص المادتين العاشرة والحادية عشرة من الاتفاقية التصديق على الأحكام التحكيمية التي تصدرها محكمة المركز[٤٤٠].

ثالثاً : هيئة المحكمين

وقد استمرت الاتفاقية في تحديدها للجهة الرئيسة للمركز لتستكمل عملية اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة المركز فقد بينت المادتين الثانية والثالثة عشر على عدد المحكمين الذين تلتزم كل دولة متعاقدة بتعيينهم لدى هذه الهيئة إذ نصت الأولى على ضرورة التزام كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص لدى

---

[٤٣٨] نص المادة من الاتفاقية :

And (council) shall be composed of one representative of each contracting state. Am alternate may act as representative on case of his principal's absence from a meeting or inability.

وكذلك نص المادة الرابعة من الاتفاقية

The president of the Bank shall be ex officio chainman of the Administrative council (here in after called the chairman) but shall have no vote.

[٤٣٩] نص المادة التاسعة من الاتفاقية :

the secretariat shall consist of a secretary of a secretary –General , one or more Deputy Secretaries –General and staff.

[٤٤٠] نص المادة العاشرة من الاتفاقية :

the secretary –General and any Deputy secretary -General shall elected by the Administrative council by a majority of tow-thirds of its members upon the nomination of the chairman for a term of service not exceeding sex years and shall be eligible for reelection.

ونص المادة الحادية عشر من الاتفاقية :

the secretary –General and any shall be the legal the representative and the principal officer of the center and shall be responsible for its administration, including appointment of staff, in accordance with the provision of this convention and the rule, adapted by the Administrative council. He shall perform the function of regattas and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this convention and to certify copies thereof.

هذه الهيئة ويكون هؤلاء الأشخاص من جنسية تلك الدولة التي تولت التعيين مع جواز أن يكونوا من جنسية أية دولة[٤٤١].

كما أشارت الفقرة الثانية من المادة الثالثة إلى منح صلاحية إلى المجلس الإداري بتعيين عشرة أشخاص في الهيئة على أن يكون هؤلاء من جنسيات مختلفة[٤٤٢].

واشترطت الاتفاقية كذلك بموجب المادة الرابعة عشر منها على أن يكون الأعضاء في هيئة التحكيم من الشخصيات المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال والدين تتوفر لهم المقدرة على النظر بمختلف أشكال النزاعات القانونية الناشئة من عقود الاستثمار وزيادة على ذلك أن يراعى في تمثيلهم التمايز في النظم القانونية المختلفة والمتعددة الشرائع والأشكال الاقتصادية السائدة في عالم اليوم كما اشرنا إلى ذلك في مقدمة الرسالة .

الفرع الثاني

إجراءات التحكيم أمام المركز

لابد لأطراف العلاقة التحكيمية عند اللجوء إلى التحكيم أمام المركز (ICSID) من أتباع إجراءات عدة من أهمها :

أولاً : الطلب

على الطرف المتقدم للتحكيم أمام المركز سواء أ كان دولة متعاقدة أم فرداً أو شركة بجنسيتها إلى دولة متعاقدة أخرى أن يقدم طلباً كتابياً بهذا المعنى إلى السكرتير العام للمركز وللأخير قبول الطلب أورده بحسب موافقته إلى الشروط التي نصت عليها المادة (٢٥) من اتفاقية إنشاء المركز والتي نصت على :

١. أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر مواطناً أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة .
٢. رضاء الأطراف.
٣. أن تكون المنازعة قانونية وناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار ويجب أن يشمل طلب التحكيم على معلومات محددة وهي :

---

[٤٤١] نص المادة الثانية عشر من الاتفاقية:

The panel of conciliators and the panel of arbitrators shall each consist of qualified persons , designated as hereinafter provided who are willing to serve thereon.

[٤٤٢] نص الفقرة الثانية من الثالثة عشر من الاتفاقية :

٢- the chairman may designate ten persons to each panel. The person who so. Designate to a penal shall each have a different nationality.

أ- التعيين بدقة لكل طرف في النزاع وعنوان كل منهم .

ب- ذكر ما إذا كان أحد الأطراف مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة المتعاقدة.

ج- الإشارة على تاريخ الرضاء بالتحكيم والوثيقة التي سجل فيها هذا الرضاء .

د- الإشارة إلى أن الطرف الثاني تحمل جنسية دولة متعاقدة أخرى ويجب على وجه الخصوص تحديد الجنسية في تاريخ الرضاء بالتحكيم .

هـ- بيان النزاع بين الأطراف أنما هو نزاع قانوني نشا عن استثمار[٤٤٣].

ثانياً : اختيار هيئة التحكيم

ينبغي على الأطراف طبقاً للاتفاقية اختيار المحكمين في أقرب فرصة من وقت تسجيل طلب التحكيم أمام المركز . وقد قررت الاتفاقية بموجب نص المادة ٣٨ والتي تلزم الأطراف بتحديد المحكمين خلال يوم من وقت تسجيل الطلب لدى السكرتير العام للمركز إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الأطراف على تعيين المحكمين في مدة أطول فإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق حول اختيار المحكمين خلال المدة المذكورة فأنه يحب على رئيس المجلس الإداري القيام بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم اختيارهم بعد ويقوم الرئيس في الحالة الأخيرة بتعيين المحكمين من قائمة هيئة تحكيم المركز[٤٤٤] (Center Panel of Arbitrators) .

ثالثاً : مدة إجراءات التحكيم

لابد من الإشارة إلى مدة إجراءات التحكيم تحت مظلة المركز تختلف باختلاف القضايا التحكيمية المعروضة أمامه ذلك لارتباطها بنوعية العقود محل التحكيم إذ إن الأخيرة بحد ذاتها تمثل نوعية معقدة من النزاعات التي تنشأ عن تنفيذها أو تفسيرها ذلك لانطوائها على نوعين من المنازعات منها فنية وأخرى قانونية إضافة إلى التأطير الذي يحدث من وجهة هيئة التحكيم كوفاة أحد المحكمين مثلاً أو اعتزال أحدهم ، أو قد يكون التأخير بسبب إدعاء أحد الأطراف المتنازعة باحتياجه إلى وقت إضافي لأعداد مذكرات الدفاع أو لاعتراضه على اختصاص المركز، لذلك قد لا يكون التحكيم وسيلة سريعة لتسوية المنازعات إذا ما اعتوره مثل هذه العقبات لذلك فأن المدة التي يستغرقها التحكيم هي سنتان ونصف تقريباً[٤٤٥].

---

[٤٤٣] إشارة إلى تلك المعلومات الفقرة ٢١ من القواعد الإجرائية للتحكيم أمام مركز واشنطن (ICSID) . ينظر للمزيد من التفاصيل عنها د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٤٨.

[٤٤٤] د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٥٤-٥٥.

[٤٤٥] د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٦٠

رابعاً : **تكاليف التحكيم**

تعد تكاليف التحكيم في ظل المركز بأنها قليلة الكلفة ، إذ تبلغ رسوم تسجيل طلب التحكيم أمام المركز حوالي ثلاثمائة دولار أمريكي . على أن نفقات التحكيم أمام المركز تختلف أيضاً بحسب ظروف كل قضية ، وذلك تبعاً لطول أو قصر الإجراءات وعادة يجري تقسيم هذه النفقات بين الأطراف إلا إذا تم خلاف ذلك وعند غياب الاتفاق بين الأطراف على التقسيم تكون لهيئة تحكيم المركز السلطة في توزيعها على الأطراف طبقاً لظروف النزاع ووفقاً لقواعد العدالة . أما أجور المحكمين فهي خمسمائة دولار أمريكي عن اليوم الواحد . يضاف إلى ذلك أن المحكم يسترد كل النفقات التي يتكبدها في سبيل القيام بعمله[٤٤٦].

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة التحكيم المركز

أن من أبرز التصورات التي يمكن أن تتصور في دراسة القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي أمام المركز هو التفرقة بين حالة اتفاق الأطراف الصريح بموجب شرط أو مشارطة للتحكيم[٤٤٧]، ومن عدمه وسنحاول تسليط الضوء على الحالتين في فقرتين متتابعتين:

أولاً : الاتفاق الصريح على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع

قد يُضَمَّن أطراف عقود التحكيم عقدهما نصاً صريحاً في اعتماد قانون معين ليطبق على هذا العقد ، وعندها تلتزم محكمة تحكيم المركز بهذا الاتفاق وقد أشارت المادة ١/٤٢ من الاتفاقية إلى هذا المعنى إذ تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف"[٤٤٨].

---

[٤٤٦] أن الكلف أعلاه لا تعني أن التحكيم تحت مظلة المركز قليل وإنما يعتمد على حجم القضايا المطروحة أمامه وطول مدتها حيث تضاف إلى أصل الكلفة أتعاب المحامين ونفقات التنفيذ ، حيث تشير المصادر إلى أنه في إحدى القضايا وهي فقهية Mine V. Guhiea حكما المحكمة لصالح شركةMine المبلغ المقدر ٢٧٥.٠٠٠$ مقابل التحكيم ، وللمزيد يراجع :

Nurick. Costs in International Arbitrations, Volume ٧ No. ١ ICSID Review, foreign Investment Law Journal . pp.٥٧-٨١ (spring ١٩٩٢).

[٤٤٧] د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص٢٠٧.

[٤٤٨] نص مادة ١/٤٢ :

The Tribunal shall decided a dispute in accordance with such rules of law many be agreed by the parties. In the absence agreement, the tribunal shall applied the law of contracting state party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of International law as may be applicable.

ثانياً : غياب الاتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع

لقد أشارت المادة ١/٤٢ السابق ذكرها من إلزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملاً القواعد الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي وعليه يمنع في هذه الحالة تطبيق أي قانوني وطني آخر من خلال قواعد تنازع القوانين وقواعد الإسناد في الدولة المضيفة للاستثمار والعلة في تطبيق قانون الأخيرة هي أن الأجنبي قد قبل ضمناً بقانون الدولة حال قبوله الاستثمار على أرضها ولا يخلو هذا الفرض من مصاعب في حالة وجود فجوة أو فراغ قانوني في تلك الدولة إذ ينبغي على الهيئة التحكيمية البحث عن القواعد المناسبة في نظم قانونية أخرى مثل قانون دولة المستثمر أو حتى في قانون دولة ثالثة إذا كانت قواعد القانون الدولي لا تغطي المسألة محل النزاع[٤٤٩].

ويلاحظ على الفرض المتقدم عدة صعوبات عملية تؤدي على عرقلة عملية التحكيم لذلك نجد أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٢ من الاتفاقية قد حول هيئة التحكيم في المركز سلطة الفصل في المنازعات طبقاً لقواعد العدالة إذ نصت على أن نص الفقرتين (١) و (٢) من المادة ٤٢ لا يمنح هيئة التحكيم من الحكم بموجب قواعد العدالة وفقاً لاتفاق الأطراف[٤٥٠].

الفرع الرابع

حجية الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة المركز

بعد أن بحثنا في الفروع المتقدمة الأجهزة الإدارية في المركز وآلية اللجوء إليه والقانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم المركز فقد تبادر إلى الأذهان عدة تساؤلات من أبرزها ما حجية حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم وبمعنى آخر هل يستلزم تنفيذه الحصول على أذن بالتنفيذ ورقابة قضائية أي اعتماد نظام (double exequatur)[٤٥١] في الدولة المتعاقدة الطرف في عقد التحكيم أو في الدولة التي ينتمي إليها الطرف الآخر بجنسيته أي المستثمر الأجنبي ، والتساؤل الآخر هم بعد صدور الحكم هل بالإمكان الطعن به وما هي حالاته ؟

---

[٤٤٩] د. صلاح الدين جمال الدين : المصدر السابق ، ص٤٤-٤٥.

[٤٥٠] نص المادة ٤٢ من الاتفاقية باللغة الإنجليزية :

١. The Tribunal shall decide a dispute in accordance such law as may be agreed by the parties . In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the contracting state party to the dispute)including its rules on the conflict of law) and such rules of the international law as may be applicable .
٢. The Tribunal may not bring in a finding of non liquate on the ground of silence of obscurity of the law.]
٣. the provisions of paragraphs (١) and (٢) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aqua et bono if the parties so agree.

[٤٥١] ويقصد بنظام double exequatur هو الحصول على أمر بالتنفيذ النهائي للحكم من الدولة التي صدر فيها الحكم والحصول ثانية على أمر آخر من الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها ، ويلاحظ على هذا النظام أنه إدارة بيد الطرف الخاسر لتعقيد إجراءات التنفيذ . للمزيد يراجع : د. جلال وفاء محمدين : المصدر السابق ، ص٦٦.

تشير نصوص الاتفاقية التي عنت بموضوع حجية حكم التحكيم وحالات الطعن فيه إلى أنها تجاوزت ما سبقها من اتفاقيات دولية بهذا الصدد[٤٥٢] إذ استلزمت الأخيرة الحصول على أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة الطرف في التحكيم أو النزاع وكذلك قضاء الدولة التي ينتمي إليها الطرف الآخر بجنسيته وذلك من دون أدنى شك يستلزم إجراءات لاحقة لحكم التحكيم أما في ظل اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار فأن الحالة تختلف تماماً إذ أشارت المادة ٥٣ من الاتفاقية بأن حكم التحكيم يكون ملزماً للأطراف ولا يمكن استئنافه أو استبعاده لأي سبب كان إلا ما ذكرته الاتفاقية نفسها إذ على كل طرف أن يلتزم بتنفيذ الحكم ما عدا في الحالات التي تنص فيها الاتفاقية ذاتها على عدم التنفيذ أي أن الحكم الصادر من محكمة تحكيم المركز له صفة الشيء المقضي به Rees Judicator [٤٥٣].

أما المادة (٥٤) من الاتفاقية فقد فرضت على الدول المتعاقدة الاعتراف بحكم التحكيم الصادر من المركز واعتباره ملزماً لها بتنفيذ كافة الالتزامات المالية المقررة في الحكم كما لو كان الحكم صادراً من محكمة في إقليم الدولة المتعاقدة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ومؤدى هذا الكلام بأن حكم تحكيم المركز يعد نهائياً دون اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإصدار أمر بالتنفيذ كما أشرنا إلى ذلك[٤٥٤] ، ومن ثم فأن حكم تحكيم المركز بمجرد صدوره يكون قابلاً للتنفيذ في كل الدول المتعاقدة في الاتفاقية أي أن الحكم يتصف بصفة عالمية (Supper national award)[٤٥٥].

أما التساؤل عن إمكانية الطعن في الحكم الصادر من محكمة تحكيم المركز فأن الاتفاقية قد أشارت إلى عدم جواز الطعن في الحكم المذكور أو رفض تنفيذه حتى على أساس الدفع المتعلق بالنظام العام للدولة المتعاقدة The defense of public polity ، ولكن أشارت المواد ٥٠ و ٥١ و ٥٢ إلى أسباب معينة للطعن في الحكم الصادر عن محكمة تحكيم المركز وتتمثل هذه الأسباب بما يلي :

١. طلب مراجعة الحكم ويستلزم أن يكون هذا الطلب كتابياً وعن طريق إخطار السكرتير العام للمركز ومبنياً على اكتشاف وقائع جديدة من شأنها أن تؤثر على تغير الحكم ويشترط بهذه الوقائع أن تكون غير معلومة لكل من المحكمة وللطرف الطالب المراجعة على حد سواء وينبغي تقديم الطلب الخاص بالمراجعة خلال تسعين يوماً من تاريخ اكتشاف هذه الوقائع وفي كل الأحوال خلال ثلاث سنوات من يوم صدور الحكم[٤٥٦].

---

[٤٥٢] عن الاتفاقية الدولية التي استلزمت حصول أمر بالتنفيذ للحكم الصادر عن محاكم دولة متعاقدة هي اتفاقية جنيف لعام ١٩٥٥ بشأن البيع الدولي للبضائع واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ التي لم ينضم إليها العراق لحد الآن . للمزيد يراجع : د. فوزي محمد سامي : المصدر السابق ، ص١١٧ و د. حسن الهداوي : المصدر السابق ، ص٢٨٨.

[٤٥٣] نص المادة ٥٣ من الاتفاقية :

١.the award shall be binding on the parties and shall not be subject to any for their convention . each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this convention.

[٤٥٤] نص الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من الاتفاقية :

١. Each contracting state shall recognize an award rendered an award rendered pursuant to this convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that state. A contracting state with federal constitution may enforce such an award in or its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

[٤٥٥] د. جلال وفاء محمدين، المصدر السابق ، ص٦٢.

[٤٥٦] نص المادة (٥١) من الاتفاقية :

٢. يجوز لأي من طرفي التحكيم الطلب من المحكمة تفسير معنى أو مضمون الحكم أو نطاقه ويجب أن يكون هذا الطلب كتابياً ويودع لدى السكرتير العام للمركز . وتكون مهمة الفصل في الطلب على عاتق المحكمة .

٣. يجوز لأي من طرفي التحكيم تقديم طلب إبطال الحكم وذلك عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز وبناء على أحد الأسباب التي حددتها الاتفاقية خلال ١٢٠ يوم من صدور الحكم ، أما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب خلال ١٢٠ يوم من تاريخ اكتشافه.

---

١. Either party may request revision of the award by an application in writing to the secretary ٠General on the ground of discovery of same fact of such a neurons as decisively to affect the award , provided that when the award was rendered that fact was unknown to the tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of the fact was not due to negligence.

٢. the application shall be made with go days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award rendered.

٢. نص المادة الفقرة الأولى من المادة (٥٢) من الاتفاقية :

١. Either party may request annulment of the award by application in writing addressed to the secretary- General on one or more of the following grounds:

a. that the tribunal was not properly constituted .

b. that the tribunal has manifestly exceeded its powers.

c.. That there was corruption on the part of a member of the tribunal.

d. that there has been series departure from a fundamental rule of procedure.

e. that the award has fainted to state the reasons on which it is based.

المصادر

المصادر

- **القرآن الكريم .**

أولاً : المعجمات

١. أبن منظور ، محمد بن مكرم الإفريقي المصري ، لسان العرب ، الطبعة الأولى ، بيروت ، دار صادر ، ١٩٥٦ .
٢. الرازي ، قاموس مختار الصحاح ، الطبعة ، لبنان ، دار الكتاب العربي ، ١٩٧٩ .
٣. الفيروز آبادي ، عبد بن أبي الوفاء بن أبي الوفاء القرشي ، القاموس المحيط ، جمعية إحياء التراث الاسمي ، الطبعة الأولى ، الكويت ، ١٩٨٧ .

ثانياً : الكتب القانونية

١. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٢. د.إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٣.
٣. د. ابو العلا علي أبو النمر ، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،٢٠٠٣ .
٤. د.ابراهيم العيسوي، الجات وأخواتها ، النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية ، الطبعة الأولى، بيروت، مركز دراسات النهضة العربية، ١٩٩٧.
٥. د.أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون الكويتي والمقارن ، بيروت ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ .
٦. د.إبراهيم شحاته، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر ، الطبعة الأولى ، القاهرة، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ .
٧. د.أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
٨. د.أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية والتحكم فيها، الطبعة الأولى، القاهرة،دار النهضة العربية ،٢٠٠٣.

٩. د.أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، الطبعة الثانية ، بيروت ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ١٩٩٧ .
١٠. د.أحمد حسان الغندور، التحكم في العقود الدولية للإنشاءات، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ .
١١. د.أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
١٢. د.أنطوان قسيس، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد اختصاص القضاء في المنازعات على عقود شركات القطاع العام ، دمشق ، مطبعة الداوودي، بدون تاريخ نشر .
١٣. د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، المنظمة العامة ، بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٨٤.
١٤. د.جابر جاد نصار، عقد البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام ، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
١٥. د.جلال وفاء محمدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠١ .
١٦. د.جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ .
١٧. د.جميل الشرقاوي ، المقاصد الأساسية لقوانين الاستثمار في البلاد العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٧٨ .
١٨. جيل برتان ، الاستثمار الدولي ، بيروت ، ١٩٨٢ .
١٩. د.حازم حس جمعة ، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
٢٠. د.حسام عيسى ، نقل التكنولوجيا ، دراسة الآليات القانونية، القاهرة ، دار المستقبل العربي ، ١٩٨٧ .
٢١. د.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، عمان دار الثقافة القانونية ، ٢٠٠٢ .
٢٢. د.حسن بحر العلوم، العولمة بين التطورات الغربية والإسلامية ، لندن ، ٢٠٠٣.
٢٣. د.حفيظة السيد الحداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
٢٤. د.حسين حنفي عمر ، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، ٢٠٠٦ .
٢٥. د.حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠١ .
٢٦. د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثانية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠١.
٢٧. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي،١٩٨٧.
٢٨. د.سامي عبد الباقي ابو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
٢٩. د.شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ .
٣٠. د.صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القوانين الواجب التطبيق وفقاً للمادة ١/٤٢ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥-

١٩٩٦ .
٣١. د.صلاح عبد الحسن ، الاستثمارات الأجنبية المسوغات والأخطار ،بغداد ، بيت الحكمة ، ١٩٩٨ .
٣٢. د.طاهر الجنابي، علم المالية والتشريع الضريبي، بغداد، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٢ .
٣٣. د.طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
٣٤. د.عبد الحسن شعبان ، من هو العراقي إشكالية الجنسية في التشريع العراقي، الطبعة الأولى، لندن، ٢٠٠٣ .
٣٥. د.عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، الطبعة الأولى، القاهرة، لندن، ٢٠٠٣ .
٣٦. د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٤.
٣٧. د.عبد الرزاق الحسني، تاريخ الوزارات العراقية، الجزء الثاني، بغداد، دار الشؤون الثقافية، ١٩٨٨ .
٣٨. د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة العربية ، ١٩٦٤ .
٣٩. د.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١ .
٤٠. د.عصام الدين القصبي ، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣.
٤١. د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام الإداري ، بغداد ، دار الكتب، ١٩٩٣ .
٤٢. د.عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، بغداد ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
٤٣. د.عبد المنعم السيد علي، اقتصاديات النقود والمصارف في النظم الرأسمالية والاشتراكية والأقطار النامية مع إشارة خاصة للعراق، الطبعة الثانية، بغداد، مطابع وزارة التعليم العالي، ١٩٨٦.
٤٤. د.عبد الواحد الفار، أحكام التعاون الدولي، القاهرة، دار الكتب، ١٩٧٩ .
٤٥. عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة ، الطبعة الأولى، بغداد ، بيت الحكمة، ٢٠٠٢ .
٤٦. د.عيسى عبد القادر الحسن ، التزامات وحقوق المتقاعدين في عقود الأشكال الدولية، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ،١٩٩٧.
٤٧. د.غالب علي الداوودي، القانون لدولي الخاص (الجنسية المواطن ومركز الأبحاث) بغداد ، مطابع وزارة التعليم العالي ، ١٩٨٠.
٤٨. د.غسان رباح، العقد التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي ، ١٩٨٨.
٤٩. د.فؤاد رياض وسامية رشاد ، الوسيط في تنازعات القوانين ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
٥٠. فؤاد العلواني ، صيغ التحكيم في سندات الشحن ومشارطات الإيجار ولمحة عن التحكيم التجاري الدولي في العراقي، بغداد ، الثقافة ، القانونية ، ١٩٩٢ .
٥١. فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى، الأحكام العامة للتفاوض والتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة ، الطبعة الأولى، بغداد، دار الحكمة، ٢٠٠٣.
٥٢. د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد، مطابع وزارة التعليم العالي، ١٩٩٢.
٥٣. د.مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٣ .

٥٤. د.محمد إبراهيم مرسي، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ .
٥٥. د.محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات استثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥.
٥٦. د.محمد حسن إسماعيل، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية، السعودية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، مطبعة الإدارة العامة ، ١٩٩٥.
٥٧. د.محمد الرومي، النظام القانوني لعقود البناء والتشييد والتسليم والتملك، الطبعة الأولى، القاهرة ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ .
٥٨. د.محمد سلطان علي، مبادئ الاقتصاد التجميعي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٩ .
٥٩. د.محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون السلام، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٣.
٦٠. د.محمد عبد العزيز علي بكر، منازعات الاستثمار آسيا بين القانون والمصلحة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية،٢٠٠٠.
٦١. د.محمد علي جواد ، العقود الدولية، الطبعة الأولى، عمان ، دار الثقافة القانونية،١٩٩٣.
٦٢. د.محمد وحيد الدين سواد، الشكل في الفقه الإسلامي ، ١٩٨٥.
٦٣. د.محمود حسام لطفي، المسؤولية المدنية للمتفاوضين في مرحلة ما قبل التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٥ .
٦٤. د.محمود محمد ياقوت ، حرية المتقاعدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤ .
٦٥. د.محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، القاهرة ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٥.
٦٦. د.مصطفى محمد الجمال ، ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى ، بدون دار نشر، ١٩٩٨.
٦٧. نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الأجنبية لمشايع التنمية في العراق، الطبعة الأولى، بغداد، دار القادسية ، ١٩٨٦.
٦٨. د.نرمين محمد محمود، مبدأ العقد شريعة المتقاعدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ٢٠٠٣ .
٦٩. نورهان الشيخ، صناعة العراق في روسيا وانعكاساته على العلاقات الروسية – العربية ، الطبعة الأولى، بيروت ، مركز دراسات الوحدة العربية ، ١٩٩٦.
٧٠. د.هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٨.
٧١. د.هشام خالد، عقد ضمان استثمار، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠ .
٧٢. د.هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢ .
٧٣. د. هشام خالد، دروس تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣.
٧٤. د.هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي والتجارة الخارجية (الصين أنموذجا) ، الطبعة الأولى، بغداد، دار الحكمة ، ٢٠٠٢.
٧٥. د.وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، الطبعة الأولى، الإسكندرية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦.

ثالثاً : الرسائل الجامعية والبحوث

١. د.حنا رؤوف نيس، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٤.
٢. د.سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨.
٣. د.علي حسين ملحم دور المعاهدات الدولية في الاستثمارات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨.
٤. د.عوض الله شيبه الحمد، النظام القانوني لعقود المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط،١٩٩٣.
٥. د.منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣.
٦. نبيل شاكر وادي، مشكلة الديون الخارجية في الوطن العربي وأثرها على التنمية الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية الدفاع الوطني، بغداد، ٢٠٠٠.
٧. د.يوسف عبد الهادي الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٩.

رابعاً : المقالات والبحوث والمحاضرات

١. أ.د. جعفر عبد الغني، ملاحظات سريعة حول الاستثمار الأجنبي ، مجلة الثقافة الجديدة ، العدل ،٢٠٠٥.
٢. د.حسن حنتوش رشيد، موانع تطبيق القانون الأجنبي، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
٣. حمزة الجواهري، المطلوب مسودة لقانون الاستثمار في صناعة النفط والغاز، شبكة الانترنت.

٤. د.صالح الزحاف، مذكرات في مادة الاستثمارات الدولية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا ، أكاديمية طرابلس، ١٩٩٨-١٩٩٩.
٥. د.عبد الحميد الأحدب، آليات فض المنازعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية والأوربية، مقال على شبكة الانترنت.
٦. أ.د. عبد علي كاظم المعموري، التكلفة الاقتصادية والاجتماعية للتحول من نظام التخطيط المركزي إلى اقتصاد السوق ، مجلة جامعة كربلاء ، العدد الأول، ٢٠٠٢.
٧. أ.د. عبد علي كاظم المعموري، قرارات سلطة الاحتلال وتأثيراتها على الاقتصاد العراقي ،مؤتمر جامعة استوكهولهم ، مستقبل الاقتصاد العراقي ، ٢٠٠٤.
٨. د. طالب حسين موسى، صياغة عقود التجارة الدولية منشور على شبكة الانترنت: http://avokato.com
٩. د.كريم نعمة النوري، دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية ، مجلة علوم إنسانية ،كلية التجارة ، جامعة فيليكو ترنفو، بلغاريا، ٢٠٠٥ ، مقال منشور على شبكة الانترنت :

http:// www.uloominsania.com
١٠. د.محمود عبد الحميد سليمان ، الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي ، فقال منشور

في المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون، ٢٠٠٢.
١١. د.هاني سري الدين، الإطار القانون لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٩٩.

خامساً : الموسوعات والدوريات

١. د.عبد الفتاح مراد ، موسوعة الاستثمار .
٢. مجلة الحقوق الكويتية الإعداد .
٣. مجلة القانون والاقتصاد .
٤. مجلة القانون الدولي .
٥. مجلة الاقتصاد الإسلامي .
٦. جريدة الصباح .

سادساً : متون القوانين

(١) القوانين العراقية :

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون التجارة العراقي رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٤ .
٤. قانون الاستثمار العربي رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٨.
٥. قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.
٦. قانون الاستثمار العربي رقم ٦٢ لسنة ٢٠٠٢.
٧. قانون الشركات والاستثمار الأجنبي رقم ٣٩ في ٢٠٠٣.
٨. الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥.
٩. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
١٠. قانون الاستثمار الأجنبي لمحافظة النجف .
١١. قانون الاستثمار الأجنبي لإقليم كردستان الصادر في ٢٠٠٦/٧/٤.

(٢) القوانين العربية

١. دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١.
٢. القانون المدني المصري
٣. قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
٤. قانون المرافعات المدنية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٥. قانون التحكيم المدني والتجاري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
٦. قانون تشجيع وحوافز وضخامة الاستثمار رقم ٧ لسنة ١٩٩٧.
٧. قانون الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٨. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .
٩. قانون الاستثمار الأجنبي في لبنان رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١.

١٠. القانون المدني الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠.
١١. قانون تشجيع الاستثمار المؤقت في الأردن رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣.
١٢. قانون التخاصية الأردني رقم لسنة ٢٠٠٠ .
١٣. القانون المدني السوري رقم لسنة ١٩٤٨.
١٤. قانون تشجيع الاستثمار الأجنبي في سوريا رقم لسنة ١٩٩١.
والمعدل وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم ٧ في سنة ٢٠٠٠.
١٥. قانون الاستثمار الأجنبي الجزائري لسنة ٢٠٠١.
١٦. قانون الاستثمار الأجنبي في الكويت رقم ٨ لسنة ٢٠٠١.
١٧. نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية لسنة ١٤٢١ هجرية .
١٨. قانون الاستثمار القطري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ .
١٩. قانون الاستثمار الأجنبي الليبي رقم ٥ لسنة ١٤٢٦ هجرية .
٢٠. قانون الاستثمار الأجنبي الفلسطيني رقم لسنة ١٩٩٨.

(٣) التشريعات الأجنبية

١. القانون المدني الفرنسي .
٢. قانون المرافعات المدنية الفرنسي .
٣. القانون المدني الاسباني .
٤. القانون الدولي الخاص السويسري .
٥. قانون التحكيم الهولندي .
٦. القانون الدولي الخاص البولندي .
٧. قانون الاستثمار الأجنبي البيلاروسي .

سابعاً : الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

١. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .
٢. اتفاقية فينيا للبيع الدولي للبضائع .
٣. اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بالغتين الانجليزية والاسبانية.
٤. اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التنفيذ على الالتزامات التعاقدية

ثامناً : جدول الملاحق

١. اتفاقية الاستثمار بين دولة الكويت وحكومة الجمهورية العربية السورية.
٢. نموذج مشارطة تحكيم تجاري.
٣. نموذج عقد استثمار عبر شبكة الانترنت.

الملاحق

الملحق رقم (١)

اتفاقيـــة بين حكومة دولة الكويت وحكومة الجمهورية العربية السورية لتشجيع وحماية الاستثمار

إن حكومة دولة الكويت و حكومة الجمهورية العربية السورية والمشار إليهما فيما بعد بـ"الطرفين المتعاقدتين".

انطلاقا من الروابط القومية والوشائج الأخوية التي تربط بين دولة الكويت والجمهورية العربية السورية ،ورغبتهما في التعاون على أساس من المصلحة المشتركة ، وإيماناً منهما بضرورة توفير مناخ استثماري مناسب في بلديهما مبني على توفير الثقة والطمأنينة للمستثمرين ،وإتاحة الفرص الاستثمارية المفيدة لهم وتشجيعهم على إقامة المشاريع الاقتصادية في بلد الطرف الآخر .

قد اتفقتا على ما يلي :

المادة الأولى

تعريفـــات

لأغراض هذه الاتفاقية :

١ ـ يعني مصطلح " استثمارات " جميع أنواع الأصول التي يمتلكها أحد مستثمري طرف متعاقد وتستثمر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر في وقت لاحق لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ والذي يقترن بقبول الطرف الضيف بكونه "استثماراً" وفقاً لقوانين وأنظمة تشجيع الاستثمار المرعية لديه .

٢ ـ يشمل مصطلح " استثمار" بوجه خاص وليس على سبيل الحصر :

أ – الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة للمشاريع الاستثمارية المشملة بأحد قوانين الاستثمار المرعية في البلد المتعاقد المضيف ، وكذلك الضمانات المتعلقة بها ، كالرهون العقارية والامتيازات والرهون الأخرى .

ب – أسهم الشركات وسنداتها والأوراق المالية والحصص في ملكية الشركات المسموح تداولها وفقاً للقوانين والأنظمة المرعية في البلدين .

ج - حقوق الملكية الصناعية والفكرية وتشمل الحقوق المتعلقة بالنشر وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والأسماء التجارية والتصاميم الصناعية والأسرار التجارية وعمليات التصنيع التقني والمعرفة الحرفية والسمعة التجارية التي تقرها قوانين الطرفين المتعاقدين والمستخدمة في مشروع استثمار مرخص وفق أحكام أحد قوانين الاستثمار المرعية لديهما .

د – ينطبق أيضاً مصطلح " استثمار " على العائدات المحتفظ بها في البلد المضيف لغرض إعادة الاستثمار .

٣ – يعني مصطلح " مستثمر " :

أ – الأشخاص الطبيعيون من جنسية أحد الطرفين المتعاقدين بموجب قوانينه ، ويمارسون النشاط الاستثماري في إقليم الطرف المتعاقد الآخر ، وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة لديه .

ب – الأشخاص الاعتباريون (الكيانات والوحدات المعترف لها بهذه الشخصية وفق قوانين الطرف المتعاقد) بما فيها الشركات والمؤسسات العامة والخاصة والمشتركة الذين يمارسون النشاط الاستثماري في بلد الطرف المتعاقد الآخر .

جـ – الهيئات والمؤسسات الحكومية .

٤ – يعني مصطلح " عوائد " المبالغ الصافية الناتجة عن الاستثمار وفقاً للقوانين النافذة في البلد المضيف بما فيها على وجه الخصوص وليس الحصر ، الأرباح وأرباح الأسهم.

٥ – يعني مصطلح " إقليم " :

أ – بالنسبة لدولة الكويت : إقليم دولة الكويت ويشمل أي منطقة خارج البحر الإقليمي لدولة الكويت والتي وفقاً للقانون الدولي تحددت أو يجوز فيما بعد تحديدها وفقاً لقانون دولة الكويت كمنطقة يجوز لدولة الكويت أن تمارس فيها حقوق السيادة أو الولاية .

ب – بالنسبة للجمهورية العربية السورية : يقصد بتعبير سورية (الجمهورية العربية السورية) بمعناها الجغرافي ،وهي تعني أرض الجمهورية العربية السورية بما في ذلك البحر الإقليمي والبر القاري وباطن الأرض تحتها والفضاء الجوي فوقها وجميع المناطق الأخرى الواقعة

خارج المياه الإقليمية السورية حيث تمارس عليها سورية حق السيادة طبقاً للحقوق الدولية ولتشريعها الوطني لغايات استخراج واستثمار الموارد الطبيعية والحيوية والمنجمية وكافة الحقوق الأخرى التي تتواجد في المياه والأرض وتحت قاع البحر .

المادة الثانية

تشجيع الاستثمارات

١ ـ يشجع كل من الطرفين المتعاقدين ويهيئ ظروفاً مؤاتية للمستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر لاستثمار رؤوس الأموال في إقليمه ويقبل هذه الاستثمارات وفق قوانينه وأنظمته وسياساته الوطنية .

٢ ـ يقدم كل من الطرفين المتعاقدين التسهيلات والتصاريح اللازمة للدخول والخروج والإقامة والعمل للمستثمر ولمن تتصل أعمالهم اتصالاً دائماً أو مؤقتاً بالاستثمار من خبراء وإداريين وفنيين وعمالاً وفقاً للتشريعات والقوانين المعمول بها في البلد المضيف.

٣ ـ يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بمنح معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر ، كما يلتزم بألا تكون إدارة أو صيانة أو استخدام أو تحويل أو التمتع أو التنازل عن الاستثمار الذي يقوم به المستثمرون التابعون للطرف المتعاقد الآخر في إقليمه وكذلك الشركات والمشاريع التي تمت فيها هذه الاستثمارات ، خاضعة لأية إجراءات خاصة أو غير مبررة قانوناً .

٤ ـ تتمتع الاستثمارات وعائداتها التي يوظفها أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في بلد الطرف المتعاقد الآخر بالتسهيلات والحوافز وأشكال التشجيع الأخرى بما فيها الإعفاءات من الضرائب والرسوم المنصوص عليها في قوانين وأنظمة الاستثمار المرعية في البلد المضيف للاستثمار . ويحدد صك الترخيص لكل من هذه الاستثمارات قانون الاستثمارات الذي يطبق عليها وفقاً لطبيعة المشروع وتكوينه .

- تستفيد هذه الاستثمارات وعائداتها من المزايا المقررة بموجب الاتفاقية العربية الجماعية المتعلقة بالاستثمار والتي يكون كل من الطرفين المتعاقدين طرفاً فيها ومصادقاً عليها أصولاً .

المادة الثالثة

حماية الاستثمارات

لا يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين إلحاق الضرر بالاستثمارات العائدة للطرف الآخر وبإدارة تلك الاستثمارات أو استمرارها أو تجديدها أو بيعها أو تصفيتها من خلال إجراءات مخالفة للقوانين وللأنظمة المرعية ، وذلك وفقاً لما يلي :

١ – لا يجوز بصورة مباشرة أو غير مباشرة تأميم أو نزع ملكية أو تجميد استثمارات أي من الطرفين المتعاقدين في أراضي الطرف المتعاقد الآخر أو استثمارات أي من أشخاصهما الطبيعيين أو الاعتباريين كما لا يجوز إخضاع هذه الاستثمارات لإجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها إلا إذا كان ذلك لنفع عام وفي سبيل المصلحة العامة لهذا البلد مقابل تعويض فوري وعادل وذلك على أسس غير تمييزية ووفقاً للقوانين النافذة ويسمح بإعادة تحويله وفقاً للمادة (٤) من هذا الاتفاق .

٢ – مع مراعاة أحكام المادة الخامسة من هذه الاتفاقية ، يكون للمستثمر حق الاعتراض على أي من هذه الإجراءات وله في سبيل ذلك الحق في اتباع مختلف الإجراءات القانونية والقضائية النافذة في البلد المضيف .

٣ – يتم احتساب التعويض على أساس القيمة السوقية العادلة للاستثمار ، قبل إعلان قرار نزع الملكية مباشرة أو بمجرد الإعلام عن نزع الملكية للجمهور ، وتحدد هذه القيمة وفقاً لمبادئ تحديد القيمة السوقية المتعارف عليها ، وفي حال عدم إمكان تحديد القيمة السوقية يتم تحديد قيمة التعويض وفقاً للمبادئ العادلة مع الأخذ في الاعتبار رأس المال المستثمر ،واهتلاك رأس المال ،واسم الشهرة ،وغيرها من الأمور المماثلة .

٤ – يعامل المستثمرون التابعون لأي طرف متعاقد ممن تلحق باستثماراتهم خسائر في اراضي الطرف المتعاقد الآخر ، بسبب نشوب حرب أو نزاع مسلح أو ثورة أو حالة طوارئ أهلية أو عصيان ، معاملة لا تقل عن تلك المعاملة التي يمنحها الطرف المتعاقد الآخر للمستثمرين من رعاياه فيما يتعلق باسترداد أموالهم أو التعويض عن الأضرار أو التعويضات الأخرى كما ويسمح لهم بتحويلها إلى الخارج وفقاً لأحكام المادة (٤) من هذا الاتفاق .

المادة الرابعة

إعادة تحويل رأس المال والعائدات

يسمح كل من الطرفين المتعاقدين بإعادة تحويل رأس المال وعائداته إلى الخارج بنفس العملة التي وردت بها أصلاً أو بأية عمله قابلة للتحويل بحرية ودون تأخير وفق قوانين وأنظمة الاستثمار النافذة ويشمل ذلك على سبيل المثال :

١ ـ رأس المال المستثمر بما فيه العوائد المعاد استثمارها لغرض التطوير والتوسيع والمرخص بها أصولاً من الجهات المختصة في البلد المضيف .

٢ ـ الأرباح أو حصص أرباح الأسهم والفوائد أو العائدات الأخرى المستحقة عن أي استثمار يقوم به مستثمر في البلد المتعاقد الآخر وفق قوانين الاستثمار النافذة فيه .

٣ ـ الأموال الناتجة عن التصفية الكلية أو الجزئية لأي استثمار يقوم به مستثمرون من البلد المتعاقد الآخر وفق الأصول المحددة في قوانين تشجيع الاستثمار المرعية في البلدين المتعاقدين .

٤ ـ سداد أقساط القروض وفوائدها التي يحصل عليها من الخارج بمعرفة البلد المضيف للاستثمار بالعملات الأجنبية بغرض تمويل الاستثمار أو التوسع فيه .

٥ ـ التعويضات المذكورة في المادة (٣) من هذه الاتفاقية والمدفوعات المتحصلة عن منازعات مرتبطة بالمشروع .

المادة الخامسة

تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة

تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمارات والأنشطة المتصلة بها والعائدة لأحد الطرفين المتعاقدين أو رعاياهما عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك وفق أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وملحقها التي وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقراره رقم ٨٤١ بتاريخ ١٩٨٠/٩/١٠ ، المتخذ في دورته التاسعة والعشرين المنعقدة في تونس .

وللمستثمر الحق في اللجوء إلى القضاء المحلي في البلد المضيف للاستثمار في الحالات التالية :

١) عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق .

٢) عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة .
٣) عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق .
٤) عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم .
٥) عدم صدور قرار هيئة التحكيم لأي سبب من الأسباب .

المادة السادسة

الحلول محل المستثمر

١ ـ إذا كان الاستثمار المرخص به أصولاً لمستثمر من أحد الطرفين المتعاقدين مؤمناً عليه ضد المخاطر غير التجارية بموجب نظام محدث بقانون وبموافقة الطرف المتعاقد الآخر، فإن أي حلول للضامن ينجم عن شروط اتفاق الضمان يجب أن يعترف به من قبل الطرف المتعاقد الآخر .

٢ ـ لن يكون الضامن مخولاً بممارسة أي حقوق أخرى غير تلك التي يكون المستثمر مخولاً بممارستها .

٣ ـ إن الخلاف بين طرف متعاقد ومثل هذا الضامن يتم تسويته بموجب أحكام المادة (٥) من هذا الاتفاق .

المادة السابعة

تطبيق قواعد أخرى والتزامات خاصة

يجوز للاستثمارات التي تحكمها هذه الاتفاقية أن تستفيد من الأحكام والمزايا الأفضل المنصوص عليها في اتفاقيات أخرى تكون الدولتين طرفاً فيها أو تلك المنصوص عليها في القانون المحلي الساري في الدولة المضيفة .

المادة الثامنة

تسوية المنازعات بين الطرفين المتعاقدين

- تتم تسوية الخلاف بين الطرفين المتعاقدين حول تفسير نصوص هذه الاتفاقية بالتشاور بين ممثلي الطرفين المتعاقدين ، أما إذا كان الخلاف ناشئاً عن تطبيق هذه الاتفاقية فيمكن- إذا لم يتم التوصل

إلى اتفاق ودي بينهما خلال ستة أشهر من بدء الخلاف بناءً على طلب أحد الطرفين المتعاقدين – اللجوء إلى هيئة تحكيم من ثلاثة أعضاء .

- وعلى كل طرف متعاقد أن يعين محكماً واحداً ويجب على هذين المحكمين أن يعينا رئيساً للهيئة التحكيمية يكون مواطناً من بلد ثالث .
- إذا لم يعين أحد الطرفين المتعاقدين محكمه ولم يراع دعوة الطرف المتعاقد الآخر لإجراء ذلك التعيين خلال شهرين وجب تعيين ذلك المحكم بناءً على طلب ذلك الطرف المتعاقد من جانب أمين عام جامعة الدول العربية .
- إذا تعذر على كلا المحكمين التوصل إلى اتفاق حول اختيار رئيس الهيئة التحكيمية خلال شهرين بعد تعيينهما وجب تعيين ذلك الرئيس بناءً على طلب أي من الطرفين المتعاقدين من جانب أمين عام جامعة الدول العربية .
- مع مراعاة الأحكام الأخرى التي اتفق عليها الطرفان المتعاقدان ، تقرر الهيئة التحكيمية إجراءاتها القانونية .
- يتحمل كل طرف متعاقد نفقات المحكم الذي عينه ونفقات تمثيله في الجلسات التحكيمية ويشترك الطرفان المتعاقدان في تحمل نفقات رئيس الهيئة التحكيمية والنفقات المتبقية بالتساوي .
- تكون قرارات الهيئة التحكيمية نهائية وملزمة لكل طرف متعاقد .

المادة التاسعة

لجنة متابعة تنفيذ الاتفاقية

في سبيل تحقيق هذه الاتفاقية تشكل لجنة مشتركة على مستوى الوزراء أو من يمثلهم لتشجيع وحماية الاستثمارات ويكون من مهامها :

١ – متابعة تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية .

٢ – بحث الوسائل والسبل التي تؤدي إلى تشجيع الاستثمارات بين الطرفين المتعاقدين .

٣ – العمل على إزالة الصعوبات التي تعوق تنفيذ الاستثمارات .

٤ – بحث سبل ووسائل إنشاء وتمويل المشروعات المشتركة في كلا البلدين .

٥ – دراسة المقترحات التي تحال إليها من الجهات المعنية في البلدين .

٦ – القيام بدور توفيقي للخلافات المتعلقة بالنشاط الاستثماري والعمل على حلها ودياً .

وتجتمع اللجنة المشتركة سنوياً بصورة دورية في كل من البلدين بالتناوب كما تجتمع كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك ، ولا تكون قراراتها أو توصياتها نافذة إلا بعد تبادل إشعار المصادقة عليها من الجهات المعنية في كلا البلدين .

المادة العاشرة

الدخول في حيز التنفيذ

تصبح هذه الاتفاقية سارية المفعول بعد (٣٠) يوماً من تاريخ آخر الإشعارين باستكمال إجراءات المصادقة عليها من قبل الطرفين المتعاقدين .

المادة الحادية عشر

المدة والإنتهاء

تسري هذه الاتفاقية لمدة عشرين عاماً ، تجدد بعدها تلقائياً لمدد مماثلة ما لم يقم أحد الطرفين المتعاقدين بإخطار الطرف المتعاقد الآخر كتابة برغبته في إنهائها قبل سنة واحدة من تاريخ انتهاء سريانها ، وتبقى الاستثمارات المنجزة قبل تاريخ إنهائها خاضعة لها لمدة عشرين عاماً من تاريخ هذا الانهاء .

إشهاداً على ذلك ، تم التوقيع على هذه الاتفاقية من قبل الموقعين أدناه بموجب تخويل من قبل حكومتيهما .

حررت في يوم الخميس السابع والعشرون من شهر جمادى الأولى ١٤٢٢هـ الموافق السادس عشر من شهر أغسطس (آب) ٢٠٠١ م من نسختين أصليتين باللغة العربية لكل منهما ذات الحجية .

عن حكومة دولة الكويت **عن حكومة الجمهورية العربية السورية**

الدكتور محمد العمادي
وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية

الدكتور يوسف حمد الإبراهيم
وزير المالية ووزير التخطيط ووزير الدولة
لشؤون التنمية الإدارية

الملحق رقم (٢)

نموذج مشارطة تحكيم تجارى

بتاريخ ..... بالقاهرة ..... حرر بين كل من :
أولاً: مستشفى ..... ويمثلها السيد الدكتور ..... رئيس مجلس الإدارة - مصري الجنسية ومقيم ..... (طرف أول)

ثانياً: شركة ..... للأعمال الهندسية والمقاولات ويمثلها السيد ..... رئيس مجلس الإدارة والمدير العام – مصري الجنسية ومقيم .....(طرف ثاني)

أقر الطرفان بعدم خضوعهما للحراسة أو المنع من التصرف وبأهليتهم للتصرف والتعاقد واتفقا على ما يلي:

"**تمهيد** "

بموجب عقد مقاولة مؤرخ ..... أسند الطرف الأول إلى الطرف الثاني القيام بأعمال التوسعة والإنشاء الجديدة في المستشفى طبقاً للرسومات الهندسية وكراسة الشروط والمواصفات وطبقاً للأسعار المتفق عليها في العقد ، إلا أنه بعد مضى ثمانية عشر شهراً من التنفيذ لاحظ الطرف الأول أن بعض الإنشاءات قد تمت على خلاف المواصفات المتفق عليها ،كما تبين أن الطرف الثاني قد إستعمل أدوات وخامات لا تتفق مع ما هو وارد بكراسة الشروط الملحقة بعقد المقاولة. ولما كان البند .... من العقد ينص على أنه في حالة حدوث أي خلاف فى تنفيذه أو تفسيره ،يلجأ الطرفان إلى التحكيم ، ولم يحدد العقد قواعد التحكيم وإنما ترك ذلك لاتفاق الطرفين عند نشوب الخلاف.

ولما كان الطرفان يرغبان في إنهاء هذا الخلاف عن طريق التحكيم فقد اتفقا على إحالة الموضوع إلى هيئة تحكيم طبقاً للمادة ١٠ والمادة ١٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك على التفصيل التالي .

(البند الأول)

التمهيد السابق جزء مكمل ومتمم لهذا الاتفاق .

(البند الثاني)

وافق الطرفان على اختيار السيد ..... بصفته رئيساً لمجلس إدارة شركة ..... للمقاولات محكماً .

* ملحوظة : تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر. فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين ، كان عددهم ثلاثة (مادة ١٥). وطبقاً لهذا النص يجوز لكل طرف اختيار محكم ثم يتفق المحكمين الثلاثة وفى هذه الحالة ، يجب تسميتهم فى العقد .

(البند الثالث)

المهمة التحكيمية الموكولة إلى المحكم (أو المحكمين) هي معاينة ما تم من انشاءات طبقاً للمواصفات والرسوم الهندسية وكراسة الشروط لبيان ما إذا كانت الأدوات والخامات المستعملة طبقاً لهذه المواصفات وتحديد أوجه القصور في البناء وتحديد قيمة ما تم إنشاؤه، وهل يتناسب مع القيمة المتفق عليها في العقد وبالجملة بحث جميع أوجه الاعتراضات من جانب المستشفى على الأعمال التي قام بها المقاول .

(البند الرابع)

فوض الطرفان المحكم (أو المحكمين) فى تحديد الإجراءات التي يرون أنها مناسبة لإجراء التحكيم ويلتزم الطرفان بالخضوع لهذه الإجراءات والمواعيد التي يراها المحكمون .

(البند الخامس)

يكون للمحكم المختار (أو المحكمين) حق الاستعانة بالخبراء أو من يرون الاستعانة بهم وتدخل أتعاب هؤلاء ضمن مصروفات وأتعاب المحكمين .

(البند السادس)

على هيئة التحكيم (المحكم الفرد أو الثلاثة) أن تراعى عند فحص هذا النزاع شروط عقد المقاولة أو الأعراف الجارية في مثل هذا النوع من الأعمال وقد أرفق الطرفان نسخة من عقد المقاولة مع هذه المشارطة كما أرفق به ملاحق عقد المقاولة .

(البند السابع)

حدد الطرفان مدة قدرها ثلاثة أشهر للمحكمين لإصدار حكمهم ويجوز باتفاق الطرفين من هذه المهلة لفترة يتفق عليها إذا تطلب فحص النزاع أجلاً أطول وبشرط الاتفاق بين الطرفين كتابة على ذلك .

(البند الثامن)

يصدر حكم هيئة التحكيم بأغلبية الآراء (إذا كانوا ثلاثة).

ملحوظة : وإذا كان المحكم واحداً ، فيتعين الخضوع لحكمة لأن الطرفين وافقا على اختياره وإتفقا على الامتثال لما يأمر به .

(البند التاسع)

يجب أن يشتمل حكم المحكمين على تحديد الحقوق والالتزامات الفاصلة بالنسبة للنزاع وبيان أوجه التقصير من جانب المقاول (إن وجد) وما يقابله من إنقاص التزامات المستشفى (إن وجدت) وأن يكون الحكم حاسماً فى هذه الأمور .

(البند العاشر)

ارتضى الطرفان سلفاً بحكم المحكمين ، وأقر بقبوله أيا كان وبعدم الطعن عليه بأي مطعن .

(البند الحادي عشر)

مع عدم الإخلال بما جاء بالبند العاشر سالف الذكر يحق لأي من الطرفين الطعن على حكم التحكيم إذا تبين أنه قد شابه عيوب تتعلق بانحراف المحكمين عن جادة الصواب أو مخالفة النظام العام في مصر أو شابه البطلان طبقاً للقواعد العامة .

(البند الثاني عشر)

يقوم ..... (أحد المحكمين ويذكر بالاسم) بإيداع أصل حكم التحكيم بعد صدوره قلم كتاب محكمة..... (المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع سواء كانت المحكمة الواقع اختصاصها في دائرة إقامة المدين أو المحكمة الواقع في دائرتها محل العمل موضوع المقاولة)

(البند الثالث عشر)

تعتبر أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم هى الأساس الذى يستند إليه المحكمون ولا يجوز لهم الالتجاء إلى أية أحكام أخرى أو قواعد تحكيم فى أية مؤسسة أو مركز محلى أو دولي للتحكيم .

(البند الرابع عشر)

يتحمل الطرفان أتعاب ومصروفات المحكمين مناصفة بينهما .

(البند الخامس عشر)

تحرر من نسختين لكل طرف نسخة .

الطرف الأول .....

الطرف الثاني .....

الملحق رقم (٣)

استثمار طلب رخص و خدمات

المستثمر بيانات

الاســـم :

تاريخ التسجيل : / / 1423 / /هـ **مدة العرض :** **يـوم**

الاتصال وســائل

ص . ب : **الرمز البريدي :**

المـدينة : **الـدولـة :**

ا لهـاتف : **الـجـوال :**

الفاكس : **البريد الإلكتروني :**

إبداء رغبة الاستثمار

نـوع الاستثمار :

سـعودي **مُشترك** **غير سعودي**

النـشـاط :

سياحـة **صناعة** **عقـار**

تعليم / تدريب **ترفيـه** **آخـــر**

الخدمة المطلـوبة :

ترخيص خدمات مشاركة

فكرة و نشاط المشروع:

عرض البيع / الشراء

عرض بيع طلب شراء

القيمة المتوقعة : ريال

تفاصيل العرض :

إجمالي ر أ س المال : ريال العائد المتوقع : %

الخاتمة

بعد أن أمدنا الله بعونه الموصول، قد انتهينا من إلقاء الضوء في هذا البحث الذي لا ندعي كماله إذ الكمال لله وحده، وان هو إلا عمل إنساني خاضع للتصويب أو للتخطئة، فقد وصلنا إلى بعض النتائج والمقترحات وعلى النحو التالي :

أولا : النتائج .

ثانيا : المقترحات .

النتائج :

١. تعدد تعريفات الاستثمار وأتساعها في الفكر الاقتصادي والقانوني وهذا متأت من وجهة نظرنا من حداثة المصطلح من جهة وديناميته وخطورته من جهة أخرى.

٢. تنوع الأدوات الاستثمارية من تشريع لآخر فمنها من يتخذ شكل مشروعات مشتركة (Joint Venture) مع الدول المضيفة ومنها ما يتخذ شكل مساهمة رأسمالها محلي وأجنبي وهذا يعتمد على السياسة التشريعية والاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار.

٣. استقرار تصنيف الاستثمار الأجنبي إلى مباشر وغير مباشر وهذا يشكل ركيزة قانونية سليمة لاعتبار عنصر الإدارة وهو من الجوانب القانونية معيارٌ للتمييز بين أنواع الاستثمار المتعددة . وقد أنعكس هذا التصنيف على تعاطي الدول مع هذا النوع أو ذاك تبعاً لمعطيات الواقع الاقتصادي والتشريعي لهذا البلد أو ذاك.

٤. يتكون عقد الاستثمار الأجنبي للعقار من طرفين هما الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي وتنتج عن هذا العقد علاقات قانونية بين الطرفين وتظهر في صورتها الكاملة في الاستثمار الأجنبي المباشر ، خلافاً لما لو كان الاستثمار الأجنبي غير مباشر إذ قد يكون هناك طرف متداخل مع المستثمر الأجنبي وهو الطرف المُموَّل.

٥. أن اعتماد المعيار القانوني والمتمثل بالتوقيع على العقد بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي غير كافٍ لاعتماد الأول كطرفٍ في العلاقة التعاقدية في العقود محل الدراسة ، ما لم يكن مرتبطاً بالمعيار الاقتصادي.

٦. أن المستثمر الأجنبي في الأعم الغالب هو شخص اعتباري يتمتع بمركز اقتصادي مهم ولا ينفي أن يكون المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً كما لاحظنا في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الرسالة.

٧. عدم وجود معيار موحد للتعامل مع المستثمر الأجنبي في مسالة جنسيته ، فقد تتباين التشريعات في هذا الأمر على الرغم من أهمية تحديد أجنبية هذا الطرف من عدمه لاسيما وأن مسالة الجنسية في ظل عالم اليوم قد أخذت طابعاً سياسياً لا يقل أهمية عن الطابع القانوني.

٨. استمرار الجدل الفقهي الواسع وانعكاس ذلك على التشريعات الخاصة بالقانون الدولي الخاص في بعض الدول وقوانين الاستثمار والقوانين المدنية حول مسالة اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ، إذ أن هناك الكثير من الآراء ما يدفع باتجاه ترك الحرية الواسعة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

٩. تعرض مبدأ ترك الحرية للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق لانتقادات كثيرة وأفضت إلى أن لا تكون هذه الحرية مطلقة بل يجب أن يكون القانون ذا صلة بالعلاقة التعاقدية .

١٠. أن الرأي القائل بأن إرادة الأطراف تعلو على إرادة التشريعات في عقود التجارة الدولية لا يمكن التعامل معه في العقود محل الدراسة ذلك لارتباطها بمسائل اقتصادية وقانونية غاية في التعقيد والأهمية.

١١. آلية اختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن تكون بشكل صريح أو ضمني يمكن الاستدلال عليه من خلال الملابسات والظروف المحيطة وتكون النتيجة نفسها إذ يكون القانون الواجب التطبيق هو ما أختاره المتعاقدان بشكل صريح أو ضمني.

١٢. تمثل لغة العقد أمراً غاية في الأهمية في العقود محل الدراسة ويستلزم ذلك تحديد اللغة أو اللغات التي يحرر بها العقد والاتفاق على جمعية أي منها تلافياً للمنازعات التي تنجم عن الترجمة أو التفسير.

١٣. تعد مسألة حل المنازعات في العقود محل الدراسة من المسائل المهمة التي يقف عندها المستثمر الأجنبي ويعتني بتحديدها في جميع مراحل التعاقد السابقة وخلال التنفيذ واللاحقة له ذلك لتخوفه من محاولة الدول المضيفة للاستثمار وخصوصاً النامية منها بالدفع بحصانتها القضائية لذلك فأن المستثمر الأجنبي بالرغم من تمتعه بمركز اقتصادي يفوق الدولة المضيفة للاستثمار إلا أنه يتحسب لهذه المسألة وكانت من أهم ما يتحسبه هو محاولته لفرض شرط الثبات التشريعي الذي بموجبه يجد من سلطان الدولة المضيفة للاستثمار من استخدام حصانتها القضائية من جهة ومنعها إصدار أية تشريعات من شأنها أن تضعف المركز القانوني أو الاقتصادي للمستثمر الأجنبي في مشروعه الاستثماري وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى هذا الشرط إلا أنه ذو فاعلية غير قليلة في حياة العقد وتأديته لوظيفته ، أما المحاولة الثانية فهي فرض المستثمر الأجنبي لشرط إعادة التفاوض الذي بموجبه يتمكن طرفا العلاقة التعاقدية من مراجعة العقد حسب المتغيرات لاسيما وأن العقد من العقود مستمرة التنفيذ وكما لاحظنا بأن الفقه لم ينتقد هذا الشرط وأشار إلى فاعليته في إعطاء ديمومة ومرونة للعقد.

١٤. لا غنى عن الوسائل البديلة في تسوية المنازعات في العقود محل الدراسة ذلك لكونها تستهدف التوصل إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة للأطراف بغير رضاها.

١٥. يثير اللجوء إلى المحاكم الوطنية في تسوية المنازعات وكما أشرنا إلى صعوبات منها عدم التخصص وطول الإجراءات القضائية والقلق الذي يبديه المستثمر الأجنبي تجاهها مما قد يجعل منه بالتالي وسيلة طاردة للاستثمار.

١٦. اللجوء للحماية الدبلوماسية التي قد يعدها المستثمر الأجنبي وسيلة ناجعة متأنية من حق دولته في حماية حقوق ومصالح رعايتها لدى الدول الأخرى ألا أن اللجوء إليها مشروط باستنفاذ المستثمر الأجنبي كافة طرق التسوية في الدول المضيفة للاستثمار فضلاً عن أن دولة لها الحرية في قبول حماية رعاياها من عدمه وهذا تحدده الجوانب السياسية التي تتغلب على الجوانب القانونية في هذا النوع من الحماية.

١٧. على الرغم من وجود الوسائل الوقائية والقضائية لتسوية منازعات العقود محل الدراسة فأن التحكيم قد أضحى الوسيلة الأكثر قبولاً من لدن الأطراف بغض النظر عن آلية اللجوء إليه سواء أ كانت بموجب شرط أم مشارطة التحكيم من شأنها إحالة المنازعات الناجمة عن هذه العقود آلية وهذه الآلية المتقدمة بحد ذاتها تعد تنازلاً ضمنياً من الدولة المضيفة للاستثمار عن حصانتها القضائية من جهة وقبولها لتنفيذ حكم التحكيم من جهة أخرى.

١٨. تنوع أشكال التحكيم الدولي ألا أن اللجوء الى التحكيم تحت مظلة مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على وفق ما أشارت إليه نصوص الاتفاقية بين الدول المتعاقدة يعطي للمستثمر الأجنبي أماناً كبيراً وذلك للمزايا التي يقدمها المركز من تخصص آلي حجة في تنفيذ الحكم التحكيمي وغيرها.

المقترحات

١. من المناسبة بمكان أن نشير إلى أن الواقع الاقتصادي والتشريعي للعراق يستلزم إصدار تشريع خاص بالاستثمار الأجنبي يستمد تسميته من هذين الواقعين وأن يتناغم البعد البراغماتي والأيديولوجي ونقترح أن يُسمى قانون تشجيع وحوافز وضمانات الاستثمار ، ليس من باب محاكاة الغير في التسمية بل أن الواقع المشار إليه يستلزم هذه التسمية.

٢. في حالة تشريع قانون تشجيع وحوافز وضمانات الاستثمار نقترح تحديد مفهوم الاستثمار والمستثمر الأجنبي في نصوص خاصة من شأنها أن تعطي فكرة واضحة لجميع الأطراف من معرفة ماهية هذين المفهومين . وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار مع مراعاة أن يكون تحديد هذا القانون وسيلة جاذبة للاستثمار الأجنبي لا طاردة له .

٣. تحديد وسيلة حل المنازعات التي تنشأ عن تفسير أو تنفيذ عقود الاستثمار من خلال النص عليها تشريعياً.

٤. إنشاء أو تأسيس جهة خاصة تعني بتنظيم الاستثمار الأجنبي في العراق لتكون الجهة التي تمثل الطرف الأول والمتمثل بالدولة المضيفة للاستثمار واعتماد نظام النافذة الواحدة وهذا من شأنه أن يبعث الاطمئنان لدى الطرف الثاني (المستثمر الأجنبي)، وعلى الأقل في المدى المنظور سيما وأن الدستور العراقي الحالي قد أشار إلى مسألة الفيدرالية (سلطات الأقاليم) في الباب الخامس من الفصل الأول المواد (١١٢-١١٧) .

٥. ونقترح تأسيس هيئة تسمى بالهيئة الوطنية للاستثمار الأجنبي وكذلك إعادة النظر بالاتفاقات الدولية مثل اتفاقية نيويورك واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لتكون وسيلة جاذبة للاستثمار الأجنبي الإشارة وبشكل صريح في نصوص قانون الاستثمار إلى حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي قدر المستطاع ونقترح أن يكون من بين هذه الالتزامات ، التزام المستثمر الأجنبي بنقل التكنولوجيا المتطورة وتشغيل العمالة الوطنية بنسب محددة والالتزام بتدريبها.

٦. أشارت التجارب الاستثمارية إلى أن صيغة المشروع المشترك (joint venture) هي من الوسائل الأكثر فعالية في تحقيق الغرض من الاستثمار الأجنبي والذي يتمثل بشكل عام بتوفيره لرؤوس الأموال وتقديم العون التكنولوجي وتشغيل العمال ونقترح أن يعتمد العراق هذه الصيغة.