

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

د. أحمد المصطفى محمد صالح
عميد كلية القانون - جامعة شندي

مقدمة:

تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين بغرض الحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية بأهمية كبيرة، ويرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد القومي لكل من الدولة المضيفة للإستثمار والدول التي يتبعها المستثمرون ، فهي بالنسبة للدول المضيفة للإستثمار والتي غالباً ما تكون من الدول الراغبة في النمو ، الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة ، وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة ، على نحو يجعل من هذه العقود عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق خططها الاقتصادية، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيداً من فرص العمل ، ومزيداً من الاستثمارات ونمو لرأس المال. إن تحديد ماهية عقود الاستثمار يتطلب تحديد ملامحها الأساسية التي تميزها عن غيرها من عقود الدولة وكذلك عن سائر العلاقات التعاقدية الأخرى ، الأمر الذي يتطلب أن نقوم بتحديد أطرافها ، وكذلك أنواعها وموضوعها وأهم نماذجها. كما أن التكيف القانوني لعقود الاستثمار ، يستلزم تحديد خصائصها التي تميزها عما يختلط بها من عقود الدولة الأخرى ، ومن ثم الوقوف على طبيعتها القانونية.

أهمية البحث:

1. يعتبر الاستثمار من أهم العوامل المساعدة في عملية التنمية وتطوير اقتصاديات الدول.
2. حاجة الدول الراغبة في النمو على وجه التحديد إلى استقطاب رؤوس الأموال في شكل عقود استثمار.
3. إرتفاع التكلفة المالية لإقامة مشاريع البنية التحتية.
4. أحد طرفي العلاقة في الغالب دولة أو أحد مؤسساتها ، في حين الطرف الآخر (طبيعي أو اعتباري) ، وطني أو أجنبي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى.

أهداف البحث:

1. معرفة عقود الاستثمار ، وما قد يختلط بها من عقود الدولة الأخرى.
2. تحديد خصائصها ومن ثم الوقوف على طبيعتها القانونية.

أسباب اختيار الموضوع:

1. الدور المتعاظم الذي تلعبه عقود الاستثمار في ردم الفجوة بين الموارد المحلية ومتطلبات التنمية الاقتصادية في الدولة ، والبعد الاقتصادي الدولي للدولة المصدرة لرأس المال ، فهي تمثل للأولى مصدراً لبناء بنيتها التحتية وداعماً لانطلاقها الاقتصادية ، وتعتبر للطرف صاحب المال تنمية لرأس ماله وفتح مزيد من فرص العمل.
2. الرغبة الجادة من حكومة السودان في تطوير بيئة الاستثمار وجذب المستثمرين العرب والأجانب ، والتدفقات الكبيرة من المستثمرين الذين جاءوا إلى السودان بقصد تأسيس استثمارات في مجالات البترول والتعدين والزراعة وغيرها من المجالات الخدمية الأخرى.

مشكلة البحث:

ماهية عقود الاستثمار ، أي تحديد المقصود بها وبيان طبيعتها من أهم أطرافها وما هي طبيعتهم؟ ما هو موضوعها وكذلك أهم نماذجها؟ ما هي الخصائص التي تميّزها عن بقية العقود الأخرى ومن ثم تسهم في تحديد طبيعتها القانونية.

منهجية البحث:

تعتمد الدراسة على المنهج العلمي الحديث الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط باعتباره أقرب مناهج البحث العلمي القانوني المقارن.

الدراسات السابقة:

من خلال طوافي على مكاتب الجامعات وإطلاعي على الرسائل الجامعية في الجامعات السودانية لم "أقف على دراسة بعنوان الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار.

هيكـل الدراسة:

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة فصول جاءت في سبعة مباحث:

الفصل الأول: ماهية عقود الاستثمار وأطرافها.

الفصل الثاني: موضوع ونماذج عقود الاستثمار.

الفصل الثالث: خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية.

الفصل الأول

ماهية عقود الاستثمار وأطرافها

تتال عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين بغرض تشجيع الاستثمار ، لتحقيق التنمية الاقتصادية بأهمية كبيرة ، وقد نشعت الآراء حول تحديد ماهيتها ، والاتفاق على تعريف لها ، نسبة لعقود الدولة المتعددة والمتنوعة في المجالات الأخرى ، هذا ما سنعرض له في المبحث الثاني ، كما أن هذه العقود وغيرها تقوم على تلاقي إرادتين بغرض أحداث أثر قانوني معين، تمثل أطراف العقد ، الدولة المضيفة لرأس المال (الطرف الأول) ، والدولة المصدرة لرأس المال (الطرف الثاني) وما بينهما من هيئات ومؤسسات وأشخاص طبيعية ، هذا ما ستناوله في المبحث الثالث ، غير أن البحث في هذه الظاهرة القانونية الاقتصادية ألا وهي الاستثمار يقتضي التعريف بالمقصود به في مبحث أول.

المبحث الأول

التعريف بالاستثمار

نتناول في هذا المطلب تعريف الاستثمار في اللغة والمصطلح الاقتصادي ومن ثم القانوني، وكما يلي:
أولاً: تعريف الاستثمار لغة:

أصل كلمة استثمار في اللغة يقال ثمر الشجر ثموراً ، ظهر ثمره قبل أن ينضج فهو مثمر ، وشجرة ثمراء : أي ذات ثمر ، والثمر الذي بلغ أوان الاستثمار ونضج ، والمثمر الذي فيه ثمر⁽¹⁾.

يقال أثمر الرجل: كثر ماله ، وثمر الرجل ماله: أحسن القيام عليه ، ومال ثمر: مال كثير ، واستثمر المال: ثمره وجعله يثمر ، وثمر المال: ما ينتجه في أوقات دورية⁽²⁾.

(1) ابن منظور لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، بدون تاريخ ، (107/4).

(2) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، بيروت ، (84/1).

والثمر كثرة المال المستفاد كما في قوله تعالى: { وَكَانَ لَهُ ثَمْرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا }⁽¹⁾ ، فالاستثمار هو استخدام المال وتشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام فيكثر المال وينمو على مدى الزمن⁽²⁾.
من التعريفات المتقدمة حول الاستثمار ، تبين أن الاستثمار في اللغة يعني الزيادة والنماء.

ثانياً: تعريف الإستثمار في الاصطلاح الاقتصادي:

يعد الاستثمار عنصراً رئيسياً في النشاط الاقتصادي لما له من مكانة بارزة في نظرية الدخل والتشغيل، فالاستثمار مصدر للتوسع في الطاقة الإنتاجية من ناحية، وجزء مهم من الطلب الكلي من ناحية أخرى، لذلك كان الاقتصاديون - وعلى خلاف شراح القانون - أكثر حسماً وسرعة في تعريف الاستثمار عندما عرضوا عدة تعريفات من الوجهة الاقتصادية⁽³⁾، أذكر بعضها على نحو ما يلي:

- 1- التوظيف المنتج لرأس المال من خلال توجيه المدخرات نحو استخدامات تؤدي إلى إنتاج سلع وخدمات تؤدي إلى إشباع الحاجات الاقتصادية للمجتمع وزيادة رفاهيته⁽⁴⁾.
- 2- استعمال الموجودات اللاتي هي من صنع الإنسان في إنتاج السلع الاستهلاكية والرأسمالية⁽⁵⁾.
- 3- تكوين رأس المال العيني الجديد الذي يتمثل في زيادة الطاقة الإنتاجية⁽⁶⁾.

(1) سورة الكهف ، الآية (34).

(2) د. عباس زيدان مطر ، الاستثمار في البلاد العربية ، الواقع والمأمول ، منشورات الحلبي الجغرافية ، بيروت ، ط1 ، 2011م ، ص 23.

(3) د. محمد عبد العزيز عجمية ود. عبد الرحمن يسري أحمد، التنمية الاقتصادية، دار الجامعة المصرية، الإسكندرية، 1980 ، ص 20.

(4) د. ناظم محمد نوري الشمري وآخرون، أساسيات الاستثمار اليمني المالي، دار الأوتل للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، ط1، 1999م، ص51.

(5) د. محمد عبد العزيز، الاستثمار الأجنبي المباشر ، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1 ، 2005م ، ص 15.

(6) د. عبد الله المالكي، تدابير تشجيع استثمار رؤوس الأموال العربية في المشاريع الصناعية والسياحية العمرانية، مجلس البحث العلمي ، عمان، الأردن، ط1، 1974م، ص12.

4- الزيادة في رأس المال الحقيقي للمجتمع كالمعدات والمباني والمخزون من السلع⁽¹⁾.

5- تحويل المدخرات إلى أصول رأسمالية أي آلية عدد وآليات ومباني، ويتضمن الاستثمار بهذا المعنى، الانفاق الرأسمالي لإنشاء مشروعات جديدة أو استكمال مشروعات قائمة، وكذلك الأموال التي تنفق من أجل الامتلاك الكلي أو الجزئي لمشروع قائم عن طريق الشراء المباشر له أو شراء أسهم فيه⁽²⁾.

6- تلك الأنشطة التي تتعلق بشراء أصول الإنتاج للبضائع أو الخدمات وذلك بهدف زيادة الثروات إلى حدها الأعلى⁽³⁾، وأنه توجيه المدخرات إلى مجالات إنتاجية تسد حاجة اقتصادية من ناحية، وتوفر عائداً من الناحية الأخرى⁽⁴⁾.

التعريفات السابقة تركز على جوانب المخاطرة والسعي نحو الربح وعلى أن الاستثمار ينطوي على إضافة إجمالية إلى رؤوس الأموال أو السلع الإنتاجية المستعملة في عمليات الإنتاج⁽⁵⁾. ويبدو ذلك أمراً منطقياً ومعقولاً، إذ أن تحقيق جانب من الربح يعتبر أمراً مهماً وضرورياً لإبقاء المستثمرين على استثماراتهم القائمة، ولدفعهم للمضي قدماً في مواصلة إنجاز مشروعاتهم الإنتاجية والخدمية وتحفيزهم على الدخول في توظيفات مالية مستقبلية في مختلف القطاعات الاقتصادية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تبدل الظروف والمتغيرات، الاقتصادية والاجتماعية والسياسية (وهو ما يعبر عنه بالمناخ الاقتصادي) ذات التأثير على ربحية وأداء المشروع المستقبلي، من شأنه أن يهدد المكتسبات والمنافع المتوقعة من جراء تنفيذ هذا الاستثمار.

(1) د. محمد صالح جبر، الاستثمار بالأسهم والسندات، دار الرشيد للنشر، بغداد، ط1، 1982م، ص 28.

(2) د. سيد عبد المولى، أصول الاقتصاد، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 1997م، ص 288.

(3) د. عاصم أحمد علي، الاستثمار في سوق الأوراق المالية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2010م، ص 19.

(4) سهام سوادى الطائي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، حقوق جامعة القاهرة، 2010م، ص 15.

(5) د. مصطفى خالد مصطفى، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية، الدار العالمية ودار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2002م، ص 12.

فالاستثمار بالنسبة للاقتصاديين هو إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الأوقات التالية، أو مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة القومية، أي مجموع المنتجات التي لا تستهلك خلال مدة احتساب الناتج القومي، بل تضاف إلى الثروة القومية أو إلى رصيد المجتمع من رأس المال⁽¹⁾.

ومما سبق يمكن تعريف الإستثمار بأنه إضافة طاقات إنتاجية جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بإنشاء مشروعات جديدة أو التوسع في مشروعات قائمة، أو إحلال أو تجديد مشروعات إنتهى عمرها الافتراضي.

ثالثاً: تعريف الاستثمار في الاصطلاح القانوني:

مثلاً لم يجمع الاقتصاديون في وضع تعريف متفق عليه للاستثمار، كذلك الحال بالنسبة للقانونيين في ذلك أيضاً، حيث تعددت تعريفاتهم للاستثمار دون أن يتفقوا على تعريف محدد له، وفيما يلي نعرض لبعض التعريفات التي وردت في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وعند الشراح.

1- تعريفات الجهات الدولية:

فيما يتعلق بتعريف الاستثمار في الاتفاقيات الجماعية نجد أن هذه الاتفاقيات منها ما أغفل عن عمد تعريف الاستثمار، وقسم آخر اعتمد مفهوماً موسعاً للاستثمار. ويأتي على رأس هذه الاتفاقيات التي أغفلت وضع تعريف للاستثمار، اتفاقية واشنطن لعام 1965م، المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث لم تتضمن هذه الاتفاقية تعريفاً واضحاً للاستثمار ذلك للحيلولة دون قصر دور المركز على مجموعة محددة من المنازعات تاركة ذلك لاتفاق الأطراف، وبناء على ذلك فقد أمكن من التوسع في أنواع الاستثمارات التي يمكن إخضاع المنازعات الناجمة عنها لاختصاص مراكز التحكيم⁽²⁾.

(1) د. عبد الحميد الغزالي، مقدمة في الاقتصاديات الكلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1995م، ص 91.
(2) بحث الأبعاد المعاصرة لدور الأجهزة الأمنية في تهيئة المناخ الاستثماري في مصر، المؤتمر القومي نحو إستراتيجية أمنية لتشجيع الاستثمار في مصر، تحت رعاية اللواء حسن الألفي وزير الداخلية الأسبق، القاهرة، 1996/3/24م، ص 86.

عرّف معهد القانون الدولي الاستثمار الأجنبي بأنه: توريد الأموال والخدمات بهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي، ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية⁽¹⁾. كما عرفته اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين بأنه: تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو المستفيد بغير تنظيم مباشر⁽²⁾. وجاء في وثيقة قرارات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام 1999م أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو تشغيل لرأس المال عبر حدود الدول شريطة أن يملك المستثمر على الأقل 10% من الأسهم ذات الحق في التصويت في المشروع، سواء أكان المشروع جديداً أو عاملاً وقائماً بالفعل⁽³⁾.

وأقترحت جمعية القانون الدولي تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه: حركة رؤوس الأموال من دولة مستثمرة إلى دولة مستفيدة دون تنظيم فوري⁽⁴⁾. ويلاحظ أن الجهات الدولية فقط تعرف الاستثمار الأجنبي ولا علاقة لها بتعريف الاستثمار الوطني. وعرفه صندوق النقد الدولي بأنه: الاستثمارات التي تتم في إطار هدف الحصول على فائدة دائمة ومستمرة من خلال مشروع يمارس نشاطاً معيناً على إقليم دولة أخرى⁽⁵⁾.

2. في التشريعات الوطنية:

عرّف قانون تشجيع الاستثمار القومي السوداني لسنة 2013م المال المستثمر في المادة (5) وشمله في النقد المحلي المدفوع من المستثمر وذلك الذي يتم الوفاء به بموافقة الجهات المختصة ، وكذلك النقد الأجنبي القابل للتحويل ، ورأس المال العيني

(1) د. عبد العزيز سعد يحي ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م ، ص 21 - 22.

(2) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أخطار القانون الدولي، مرجع سابق ، ص 22.

(3) د. نسرین نصر الدين أحمد حسين، الاستثمار الأجنبي في مصر المعاملة والمحصلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2006م ، ص 15.

(4) د. عبد الحلیم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، دار النهضة العربية، ط1، 1990م ، ص 40.

(5) د. حسين السيد حسين القاضي، مبادئ التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 2004م، ص9.

وحقوق الملكية الفكرية والأرباح التي يحققها المشروع إذا استكمل بها رأس مال المشروع أو أستثمرت في أي مشروع آخر.

يلاحظ أن قانون الاستثمار السوداني تجنب وضع تعريف محدد للاستثمار، واكتفى بأن يعرف المال الأجنبي المستثمر على أساس أن اصطلاح المال الأجنبي المستثمر يعبر عن طوائف الأموال التي يراد استثمارها.

وعلى ذات النهج سار قانون الاستثمار اليمني الحالي رقم (22) لسنة 2002م، حيث عرّفت المادة (17/2) منه المال المستثمر بأنه: يقصد بالمال المستثمر في تطبيق هذا القانون القيمة المقدرة بالمال الأجنبي أو المحلي المستثمر في المشروع.

أما قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار فقد أنتهج سياسة مغايرة عند تعريفه للاستثمار تختلف عن القوانين العربية المقارنة، وتختلف أيضاً عن القوانين المصرية السابقة الخاصة بتشجيع الاستثمار، وذلك أنه لم يعرف الاستثمار الأجنبي كما فعل قانون الاستثمار الكويتي الذي عرفه بأنه: (توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون)، ونظام الاستثمار السعودي الذي جاء بتعريف مشابه لسابقه: (توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام) ، كما أنه لم يحدد المال المستثمر كما فعل قانون الاستثمار اليمني وبقية قوانين الاستثمار العربية، ولكنه عدد أوجه مجالات الاستثمار التي سوف تستفيد من أحكامه⁽¹⁾، وذلك في المادة الأولى منه والتي ذكرت عدداً كبيراً من المجالات الاقتصادية التي يمكن الاستثمار فيها مع إمكانية إضافة مجالات أخرى قد تتطلبها حاجة البلاد وذلك بواسطة مجلس الوزراء.

مما تقدم يمكن القول أن معظم التشريعات العربية الخاصة بتشجيع الاستثمار تجنبت وضع تعريف معين للاستثمار ، وقامت مقابل ذلك بوضع بيان تفصيلي للمال المستثمر، الذي لا يخرج في مجمله عن الأموال السائلة والعينية والحقوق المعنوية والأرباح القابلة للتحويل للخارج إذا أعيد استثمارها بالداخل.

3- تعريف الإستثمار في الفقه القانوني:

(1) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2006م، ص 15.

بالنسبة لشراح القانون فقد تعددت تعريفات الاستثمار تعدداً كبيراً بحيث يصعب حصرها، ولتعدد هذه التعريفات لم يتم التوصل إلى تعريف محدد متفق عليه، ومن ناحية ثانية لم يتم التوصل أيضاً إلى تعريف جامع مانع للاستثمار، حيث أرتكز كل تعريف على واحدة أو أكثر من خصائص الاستثمار التي يَتميّز بها، لكن كل هذه التعريفات تدور حول مفهوم أو فكرة معينة للاستثمار، وهي انتقال رؤوس الأموال أو الخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن، ومصلحة البلد المضيف المتمثلة في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثروة القومية لهذا البلد⁽¹⁾.

ومن هذه التعريفات، تعريف الاستثمار:

1. انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة⁽²⁾.
 2. انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في النمو الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز⁽³⁾.
- ويلاحظ من التعريفين السابقين رغم عدم تطابقهما واتفاقهما على إرتباط الاستثمار الأجنبي بفكرة انتقال رؤوس الأموال وعوامل الإنتاج عبر الحدود بين الدول، بحيث أصبح الاستثمار الأجنبي مرادفاً لانتقال رؤوس الأموال، ومن ناحية ثانية يلاحظ عليهما أنهما لم يحيطا بجميع عناصر الاستثمار الأجنبي، كما أنهما أدخلتا عليه عناصر ليست منه وذلك مثل أنهما لم يبيّنا حق المستثمر في إعادة رأس ماله وتحويل أرباحه، وأدخلا فيه انتقال الأموال في صورة التبرعات والإعانات وغير ذلك⁽⁴⁾.

(1) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(2) د. جميل الشرقاوي، المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار في البلاد العربية، مصر، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، 1998م، ص 33.

(3) د. حازم حسن جمعة، الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981م، ص 168.

(4) د. عبد الحليم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص 40.

1. استخدام أصول ماليه مهما كانت طبيعتها أو نوعها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواء خوله هذا الاستقلال والسلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا، بهدف تحقيق عائد مجز (1).

2. أسهام غير وطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو خبرة، في مشروع محدد، بقصد الحصول على عوائد مجزية، وفقاً للقانون (2).

مما تقدم يتضح أنه من الصعب التوصل إلى تعريف اقتصادي وقانوني محدد متفق عليه في الاتفاقيات الدولية والقوانين وعند الشراح للاستثمار ، وذلك لتعدد الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تعرض نفسها عند وضع هذا التعريف، فهو ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة التي يمكن حصرها في إطار تعريف يتسم بالثبات والجمود، بل على العكس من ذلك إنه يمثل مفهوماً متغيراً ومتطوراً، يتغير ويتطور بتطور الظروف والأوضاع ليس على مستوى الدولة فحسب وإنما على المستوى الدولي أيضاً. ولكن على الرغم من كل ذلك يمكن أن نقول بأن تعريف الإستثمار على ضوء ما إستقر عليه التشريع والفقهاء القانوني والقضاء السوداني هو: إستقطاب رؤوس الأموال بغية إنشاء مشاريع جديدة أو ما هو قائم ، تحقق الربحية للمستثمر وتسهم في زيادة الإنتاج والتنمية للدولة المضيفة.

(1) د. علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار، مرجع سابق، ص 66.

(2) د. عبد العزيز سعد يحيي ، المركز الثانوي للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص 21 - 22.

المبحث الثاني

تعريف عقود الاستثمار

لقد تعددت وجهات النظر ، واختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود من أجل تحديد ماهيتها ، وذلك يرجع إلى الخلط بينها وبين عقود الدولة الأخرى ، كما أنه لا يوجد عقد مسمى نستطيع أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار ، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة⁽¹⁾. وقد عرفت بأنها:

1- كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد⁽²⁾.

2- مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية ، بهدف المساعدة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صور مالية أو عينية⁽³⁾.

كذلك تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود ، حيث وصفها أحد المحكمين في تحكيم SAPHIRE ضد شركة النفط الإيرانية عقد الاستثمار بأنه : "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام ، وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي ، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية ، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة ، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام"⁽¹⁾.

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2004م ، ص 11.

(2) د. عصام الدين القسبي ، خصوصية التحكم في منازعات عقود الاستثمار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1993م ، ص 10.

(3) د. علي إبراهيم علي ، العلاقات الدولية وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997-1998م ، ص 317.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 12 - 13.

يلاحظ في القوانين الخاصة بالاستثمار لم تعرف عملية الاستثمار في إطار التعريف الفني كعقد ، ولعل هذا الأسلوب يتناسب مع عمليات المشروع الاستثماري وتنوعها ، إذ تتم بعض هذه العمليات من أطراف مختلفة كالبنوك التي تقوم بها ضمن عملياتها المصرفية والتمويل ، خاصة البنوك الإسلامية في صور عقود المضاربة والمراوحة وعقود السلم ، إلا أن هذا لا يقف حجرة عثرة مانعة أمام المحكمة في تكييف هذه العقود ، هذا ما نلاحظه في القوانين الخاصة بالاستثمار في القانون السوداني وهي عديدة⁽²⁾ .

ومن تعريفات عقد الإستثمار يلاحظ أن أحد أطرافه دائماً ما يكون الدولة المضيفة ، وهذا لا يمنع من أن يكون أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين التابعة لجنسية الدولة المضيفة تبرم مثل هذه العقود مع المستثمر الأجنبي ، وذلك من أجل تنمية الدولة المضيفة اقتصادياً واجتماعياً وبخاصة المجالات المختلفة ، بمعنى أن عقود الاستثمار ليست قاصرة على قيام الدولة المضيفة وحدها بأن تبرمها مع المستثمر الأجنبي ، بل يمكن لشخص طبيعي وليكن رجل أعمال بمفرده ، أو شركة اعتبارية ذات كيان قانوني مستقل عن الدولة يقوم أو تقوم بعمل مثل هذه العقود لنقل التكنولوجيا التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي والتقدم العلمي . ذلك لتنمية الاقتصاد الوطني والعمل على رفع تقدمها ، فمثلاً يجوز لشركة سودانية أن تبرم عقد استثمار مع شركة أجنبية (مستثمر) في مجال معين ، وليكن مجال صناعة السيارات أو الآلات الزراعية أو معدات صناعة الطرق أو نشاط عقاري ، وتكون الدولة ليست طرفاً فيه ، حيث أن العقد من أجل استثمارات مشتركة بين شركتين ، سواء بإنشاء شركة مشتركة بينهما أو عمل وكالة تجارية للشركة السودانية (شركة الدولة المضيفة) ، فمثل هذه العقود تعتبر عقود استثمار لرأس المال الأجنبي.

هذا من ناحية الطرف الأول وهو طرف الدولة المضيفة ، كما أنه لا مانع من أن يكون الطرف الثاني طرف الدولة المصدرة لرأس المال ، أي أن تكون هي الدولة المضيفة نفسها متمثلة في الحكومة أو هيئات تابعة لها ، فلا يشترط أن يكون الطرف

(2) رنا سيد بيومي ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة النيلين ، 2008م ، ص7 .

الثاني فرداً أو شركة طالما أن العقد المبرم بين الدولتين المضيفة والمصدرة لرأس المال من أجل التنمية الاقتصادية واستثمار لرأس المال في هذه الحالة ينطبق عليها وصف عقد الاستثمار .

وفي الواقع المعاصر لا يستطيع أحد الجزم بأن المشروعات الصناعية الكبيرة في أي بلد بأنها وطنية بجميع عناصرها وأشكالها وتفصيلها ، وفي الغالب لا بدّ من توافر عنصر أجنبي أو أكثر في مثل هذه المشروعات ، وقد يقوم العنصر الأجنبي بالتمويل ، والمتمثل في وجود مساهمين أو مقرضين أجانب ، أو في الخبرة، أو براءة الاختراع ، أو في المادة الأولية ...⁽¹⁾. كما استعانت الدول الآخذة في هذا النمو بالاستثمار الأجنبي الخاص وذلك لتوفير رأس المال اللازم وفي ظروف مختلفة بإنشاء صناعات متطورة في عدة مجالات⁽²⁾.

يتفق الباحث مع الرأي الذي أورده أحد الشراح لعقود الاستثمار بأنها: "هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري ، يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها ، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر"⁽³⁾.

غير أن هذا التعريف قصرها على الشخص الخاص دون العام ، وعلى الشخص الأجنبي دون الوطني ، في الوقت الذي يمكن أن يكون فيه أحد الأطراف الموقعة مع الدولة المضيفة للإستثمار دولة أخرى ، أو شخص وطني من رعاياها .

ومما سبق يمكن تعريف عقود الإستثمار بأنها: تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص عام أو خاص ، طبيعي أو إعتباري ، أجنبي أو وطني ، يلتزم بمقتضاها المستثمر بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة

(1) د. إبراهيم شحاتة ، المشروعات الاقتصادية الدولية المشتركة ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1999م ، ص 6 .

(2) د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1993م ، ص 9 .

(3) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 485 .

المضيضة لإستغلالها في مشروعات على أراضيها ، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التتموية ، بهدف تحقيق التتموية الإقتصادية للدولة المضيضة والريح للمستثمر والرفاهية للمواطن.

المبحث الثالث

أطراف عقود الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار كأى عقود أخرى عند تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين⁽¹⁾ ، حيث أنها تتميز في أغلبها بحقيقة هامة ، وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها ، وذلك عندما يكون أحد أطراف العقد هو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي ، وهو ما يتمثل في الدولة عندما تباشر أعمال أخرى التي لا تتعلق بالسيادة⁽²⁾ ، في حين أن الطرف الثاني هو شخص خاص - طبيعي اعتباري - لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بركن السيادة ، وهو غالباً ما يكون الطرف المستثمر⁽³⁾.

أولاً: الطرف الأول: الدولة المضيفة

طرف الدولة المضيفة قد يكون:

1. الشخص الطبيعي أو الاعتباري كطرف في عقد الاستثمار:

كما وضح عند تعريف عقد الاستثمار أنه يتم من أجل التنمية الاقتصادية في كافة المجالات للدولة المضيفة وتنفيذاً لخطة تنميتها ، ووضح أن عقد الاستثمار ليس قاصراً على الدولة المضيفة فقط ، حيث يمكن للشخص الطبيعي - فرد عادي - وشخصية اعتبارية تتمتع بجنسية الدولة المضيفة أن تبرم مثل هذه العقود وتسري عليها أحكامها وتتمتع بالحماية القانونية الخاصة بها ، وذلك في حالة إذا كانت هذه العقود تتم من أجل إنشاء مشروع كبير إقتصادي تستفيد منه الدولة المضيفة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر وعادة ما يتم من خلال إنشاء شركة مشتركة بين الشخص الوطني والمستثمر الأجنبي لإنشاء مشروع ضخم سواء في

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1992م ، ص 56.

(2) د. عبد العزيز نجم ، حصانات السيادة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1989م ، ص 42.

(3) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الحديثة ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2009م ، ص 17.

المجال الصناعي أو الزراعي (استصلاح الأراضي وزراعتها) حيث أن مثل المشاريع لا تكون الدولة طرفاً فيها على الرغم من أنها تتعلق باستثمارات تختص برأس المال للمستثمر الأجنبي داخل الدولة المضيفة ، على الرغم من أن الشخص الوطني يسعى إلى الربح ولكن مقابل تحقيقه للربح تعود هذه النوعية من العقود على الدولة المضيفة بفائدة كبيرة فهي تعمل على توفير فرص العمل وتقليل البطالة ، وهو ما يساعدها لحلّ هذه المشكلة ، وتقوم الدولة بتحصيل الضرائب عن أرباح هذه المشاريع ، ودخول عملة أجنبية داخل الدولة وتحقيقاً لتنميتها ، وفقاً لما نتج من خطط موضوعة من قبلها ، وكل هذا يتفق مع سيادة الدولة المضيفة بمشاركة القطاع الخاص في تنميتها والعمل على تقدمها.

وقد بدأت الدعوة لدور أكثر فاعلية للقطاع الخاص منذ السبعينات وحتى الآن في معظم دول العالم المتقدمة والنامية حتى تكاد تكون نسبة القطاع الخاص أكثر من نسبة القطاع العام في معظم الدول⁽¹⁾.

في الفترة الأخيرة إتجهت معظم الدول المضيفة إلى مشاركة القطاع الخاص في تنميتها ، فقد كان سابقاً لا يقوم القطاع الخاص بمثل هذه العقود ، ولكن مع التقدم العلمي والسماح للقطاع الخاص بالمشاركة بدأ هؤلاء بإبرام العقود ، بدأت تظهر على الساحة الدولية مشاركة المستثمرين الوطنيين في الدولة في تنميتها وتنفيذ خططها الاقتصادية مما جعلهم يبرمون هذه العقود⁽²⁾.

على الرغم من مشاركة القطاع الخاص (الشخص الطبيعي أو الاعتباري) ، رجال الأعمال الوطنيين في إبرام عقود الاستثمار التي تتم مع المستثمر الأجنبي من أجل تنمية الدولة المضيفة ، تنفيذاً لخططها الاقتصادية إلا أن هذه العقود لا تكون أكثر من العقود التي تبرمها الدولة المضيفة ، بمعنى أن عقود الاستثمار غالباً ما تتم أغلبيتها عن طريق الدولة المضيفة. من أمثلة ذلك:

(1) د. هدى محمد صبحي مصطفى ، دور الاستثمار الخاص في تحقيق التنمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1988م ، ص 74.

(2) د. غسان علي علي ، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم .. ، مرجع سابق ، ص 221.

توقيع شركتين كويتيتين عقد استثمار سكني ضخم يطل على الحرم المكي بقيمة 390 مليون دولار (مجموعة عارف الاستثمارية) و (الشركة الدولية للايجارة والاستثمار) في جدة على عقد استثمار مشروع جديد وفريد من نوعه باسم "برج زمزم" تبلغ تكلفته الإجمالية 390 مليون دولار أمريكي⁽¹⁾.

2. الدولة كطرف في عقد الاستثمار:

تقدم الدولة في سعيها إلى تحقيق تميمتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها إلى تنفيذ خططها الاقتصادية ، وعندما تبرم الدولة هذه العقود غالباً ما تبرمها بطريق مباشر عن طريق رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء ، أو تبرمها بطريق غير مباشر عن طريق أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها بإبرامها.

لما كان ذلك من المتفق عليه أنه في حالة قيام الدولة بإبرام عقود الاستثمار بشكل مباشر عن طريق الحكومة لا يثير أي صعوبة ، حيث أن الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي لها الحق أن تبرم مثل هذه العقود فلا مجال هنا في هذا البحث لشرح التفاصيل الخاصة بمفهوم الدولة⁽²⁾.

بينما تثار الصعوبة عندما يكون الطرف الأول الذي أبرم عقد الاستثمار مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة ، ولكن في ذات الوقت توجد علاقة تبعية بينها وبين الدولة ، فهل تعتبر الدولة طرفاً في عقد الاستثمار؟

(1) وقد وقع العقد عن مجموعة عارف الاستثمارية رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب الدكتور علي الفهد الزميع وعن الشركة الدولية للايجارة والاستثمار رئيس مجلس الإدارة والرئيس التنفيذي خالد راشد الهاجري وعن مجموعة بن لادن السعودية - مطور المشروع - بكر بن لادن رئيس مجلس الإدارة. . ولمزيد من التفاصيل الموقع الالكتروني

<http://www.Asharqulawsat.com/details.asp?section=68&article=165320&issueno=8920>

(2) د. عبد العزيز عبد الغفار نجم ، حصانات السيادة ، مرجع سابق ، ص 59.

بالرجوع للقضاء والشرح نجد أن هناك معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهم لتحديد آثار العقد الذي تبرمه هيئة عامة أو مؤسسة تابعة للدولة يمكن تلخيصها فيما يلي⁽³⁾:

المعيار الأول: المعيار القانوني:

يعتمد هذا المعيار على عملية التوقيع المادي على العقد والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الهيئة الحكومية التي قامت بالتوقيع على العقد⁽¹⁾، بمعنى أنه طالما أن الذي وقع على العقد وأبرمه هو الهيئة أو المؤسسة التي تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة ولها ميزانيتها المالية الخاصة وغيرها من الأمور ، فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة الناتجة عن هذا العقد ولا دخل للدولة فيه ، وبالتالي استناداً لهذا المعيار لا تكون الدولة طرفاً في العقد المبرم بواسطة المؤسسات أو الهيئات طالما هذه الأجهزة تتمتع بذمة مالية وشخصية قانونية مستقلة عن الدولة ، وقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم ، منها على سبيل المثال قضية هضبة الأهرام⁽²⁾.

(3) د. رمضان على عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2009م ، ص 102.

(1) د. سلافة فرس عزب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 1998م ، ص 99.

(2) يتعلق النزاع في هذه القضية بعقد أصلي أبرم في 1974/9/23م بين وزير السياحة المصري ممثلاً لحكومة جمهورية مصر العربية والهيئة العامة للسياحة والفنادق المصرية (إيجوث) EGOH من جهة وشركة ممتلكات جنوب الباسفيك S.P.P وشركة جنوب الباسفيك الشرق الأوسط S.P.P.M.E بهونج كونج طرف ثاني. وذلك بهدف إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يجاور مقر الإهرامات والآخر برأس الحكمة . يولد هذا العقد إلتزامات على عاتق الطرفين. تلا ذلك في 1974/12/12م إتفاق وقعته شركة الفنادق المصرية وشركة جنوب الباسفيك ، إشارة إلى الإتفاق الأصلي المتقدم ذكره ، وكان وزير السياحة حاضراً عند توقيع الاتفاقية ، وفي نهاية عقد الاتفاق وبخط يده كتب عبارة: (وفقاً عليه مؤكد ومصدق) ، وفي نفس تاريخ التوقيع 1974/12/12م أكد وزير الإسكان والتعمير لمدير شركة الباسفيك أن الدولة بسبيل مد المرافق لمقر المشروع.

ولقد ورد العقد الأصلي خالياً من شرط التحكيم ، بينما تضمن العقد الثاني شرط تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية I.C.C بباريس. وإزاء معارضة شعبية وطنية جارفة للمشروع اضطرت السلطات المصرية إلى الرضوخ لها وإعتبار هضبة الإهرام منطقة أثرية ، ووفق أعمال المشروع ، وعدم صحة نقل حيازة الأراضي وتعيين إدارة قضائية على الشركة المشتركة (شركة التنمية السياحية) وإلغاء المشروع ككل.

وحيث أن تحديد الطرف في العقد سيترتب عليه تحديد مساحة الضمان والأمان الذي سوف يتوفر للمستثمر الأجنبي عند نشوب نزاع يتعلق بالعقد.

وفي تقدير الباحث أن الأخذ بهذا المعيار القانوني سيترتب عليه تضيق نظام الضمان والأمان الذي يتوفر للمتعاقد الآخر ، وهو المتمثل في المستثمر الأجنبي الذي يبحث عن الضمانات الكافية والأمان لاستثمار أمواله من أجل تحقيق أكبر ربح ممكن دون التعرض لأي خسارة مستقبلية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى أن الأخذ به بغض النظر عن أشخاص قد مارسوا دوراً فعالاً ومؤثراً في تكوين العقد أو تنفيذه على الرغم من أنهم لم يوقعوا على العقد مادياً.

هذا المعيار يمتاز بتحقيق الاستقرار القانوني في الروابط العقدية ، حيث يعرف كل طرف مقدماً من سيكون ملتزماً أمامه بتنفيذ العقد والآثار المترتبة عليه.

المعيار الثاني: المعيار الاقتصادي:

يستند هذا المعيار على تحديد مفهوم الطرف في العقد على الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تمارسها الدولة من جراء العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات التابعة لها⁽¹⁾ ، بمعنى أن مجرد تمتع المؤسسات والهيئات العامة بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني ، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقعت عليه مادياً تقوم بتطبيق وتنفيذ سياسات مرسومة سلفاً من قبل الدولة التي تنتمي إليها وتمثل مصالحها العامة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية على الرغم من تمتعها بالشخصية المستقلة عن الدولة ، إلا أن هذه المؤسسات أو الهيئات العامة في حالة تبعية للدولة تمارس الأخيرة عليها الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق

فتمسكت شركة الباسفيك بشرط التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، ورفعت دعوى تحكيم ضد الحكومة المصرية وشركة الفنادق المصرية ، فدفعت الحكومة المصرية بحصانتها وأنها ليست طرفاً في العقد ، ف قضى حكم التحكيم لصالح الشركة ، فلجأت مصر إلى محكمة استئناف باريس بدعوى إبطال حكم التحكيم متمسكة بحصانتها ، وانتهت المحكمة إلى ابطال حكم التحكيم ، باعتبار أن الهيئة العامة للفنادق لها شخصية مستقلة عن الدولة. د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 105.

(1) د. شريف محمد غانم ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000م ، ص 299.

برأس مالها أو إدارتها أو بالأعمال التي تقوم بها ، حيث يصعب فصلها عن الدولة في هذه الحالات⁽²⁾.

يمتاز هذه المعيار بأنه تتسع فيه مساحة الأمان والضمان أمام الطرف الآخر وهو المستثمر الأجنبي عند نشوب أي خلاف ، حيث يضيفي صفة الطرف على الأشخاص ذوي النفوذ الاقتصادية والمقدرة الاقتصادية الواسعة ، بما يعنيه ذلك التزامهم بتنفيذ بنود العقد على الرغم من أنهم يمارسون دورهم سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه بشكل مستتر خلف آخر يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة ، في هذا المعيار يتم تحديد صفة الطرف على أساس وظيفي يتحرى حقيقة الواقع الاقتصادي للعملية التعاقدية في مجملها ، وبالتالي النظر خارج الوثيقة العقدية (العقد) لتحديد من يعدُّ طرفاً ومن يعدُّ من الغير⁽¹⁾ من أمثلة ذلك:

الحكم الصادر عن هيئة تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 94/51⁽²⁾ ، وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الأفريقية ووزير إسكان وجهاز حكومي أفريقي خاص بالصرف الصحي.

فإذا تم عقد مقارنة بين المعيارين القانوني والإقتصادي نجد أنهما:

1. المعيار القانوني تضيق فيه مساحة الضمان والأمان للمستثمر ، بينما يمتاز المعيار الإقتصادي بإتساع تلك المساحة أمام الطرف الآخر.
2. المعيار القانوني يحقق إستقرار الروابط العقدية وذلك بتحديد الطرف الملتمزم بتنفيذ العقد ، في حين أنه في المعيار الاقتصادي قد تتداخل وتتعدد الأطراف الملتمزمة بالتنفيذ.
3. المعيار القانوني لا يؤدي إلى إشباع رغبة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تنشدها في حين أن الأخذ بالمعيار الاقتصادي يؤدي إلى ذلك الإشباع وتحقيق تلك الرغبة.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 20.

(1) د. سلافة فارس عزب ، اختلال العلاقات العقدية ، مرجع سابق ، ص 100.

(2) هذه القضية بالتفصيل في :د. محي الدين إسماعيل علم الدين ، أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي

(1984 - 2000م) ، ط 1 ، 2002 ، ص 48.

يرجح الباحث المعيار الاقتصادي في تحديد الطرف في عقود الاستثمار التي تقوم بإبرامها المؤسسات والهيئات العامة⁽¹⁾ وذلك على أساسين هما:

الأول: أن العائد الاقتصادي والاجتماعي لعقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة التابعة للدولة ، يتمشى بشكل مباشر و أساسي مع المصالح الاقتصادية والاجتماعية التابعة لها. حيث أن الدولة قامت بإنشاء هذه المؤسسات والهيئات ومنحتها الشخصية القانونية المستقلة للاستفادة منها ومن العائد ، والأثر الناتج عن مباشرة هذه المؤسسات والهيئات لعملها والتي لا تعد سوى الأداة المنفذة لسياسة الدولة التي تتبعها وتستخدمها كيفما تشاء.

الثاني: أن الأخذ بهذا المعيار تتسع فيه مساحة الضمان والأمان أمام الطرف الآخر ، وهو في هذه الحالة المستثمر الذي يبحث عن استثماره لأمواله إلى الضمانات والأمان الكافي لاستثمارته حتى تعود له بالربح ، واستناداً على هذا المعيار يمكن للمستثمر الرجوع على الدولة عند نشوب أي نزاع ينشأ بينه وبين المؤسسة أو الهيئة العامة التابعة للدولة.

خلاصة ما تقدم أن الطرف الأول في عقود الاستثمار (طرف الدولة المضيفة) قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً (شركة) تتمتع بجنسية الدولة المضيفة، وقد تكون الدولة بمفهومها المعروف في القانون الدولي العام ، الدولة ذات السيادة ، سواء تعاقدت مع الطرف الآخر المستثمر الأجنبي إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها ، أو التعاقد معه بواسطة أحد الهيئات العامة والمؤسسات التابعة لها ، وفي الحالتين تتصرف آثار العقد إلى الدولة المضيفة طالما أن هذه الهيئات العامة والمؤسسات تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة المضيفة دون أن يؤثر ذلك في تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات والمؤسسات بالشخصية القانونية المستقلة.

ثانياً : الطرف الثاني:

(1) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 20.

المستثمر الوطني:

ويقصد بالمستثمر الوطني في الدولة ذلك الشخص الذي يحمل جنسيتها ، ويتمتع بكافة الحقوق السياسية ، سواء كان يقيم فيها إقامة دائمة أو مستقراً في دولة أخرى ويحمل جنسيتها ، إذ أن قانون الجنسية السوداني يتيح لمن يحمل الجنسية السودانية أن يتمتع بجنسية دولة أخرى ، أضف إلى ذلك إمتيازات عقود الإستثمار في قانون تشجيع الإستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2003م متاحة للوطنيين والأجانب.

المستثمر الأجنبي:

يقصد بالأجنبي في الدولة ذلك الذي لا يتمتع بوطنيتها ، وبمفهوم آخر هو كل من لا يحمل جنسيتها طبقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية ، ولا تنفي عنه الأجنبية ، عندما تتوثق صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة ، فيظل أجنبياً وإن كان إتصاله بالدولة عابراً ، أم طالته إقامته بها⁽¹⁾.

ونتيجة لأن الدولة لا تستطيع عزل نفسها عن العائلة الدولية ، لوجود الترابط بين مصالح الدول في المجتمع الدولي وقيامه ، وسهولة الاتصال المتبادل فيما بينها في جميع مختلف النواحي الاقتصادية والتجارية ، وهذه الظروف دفعت الدول إلى عقد إتفاقيات مشتركة أو دولية بشأن تنظيم مركز الأجانب⁽²⁾.

فالمراد بالأجنبي في القانون الدولي الخاص ، بالنسبة لدولة ما كل من لا يحمل جنسيتها. وهذا التعريف السالب لتحديد من هو الأجنبي ، يشمل بشكل عام جميع الأجانب الطبيعيين والاعتباريين ، سواء من كان منهم منتماً إلى جنسية دولة معينة ، أو يكون مجرداً من الجنسية ، وسواء كان الأجنبي عابراً أم مقيماً أم

(1) د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3 ، 1968م ، ص 331.

(2) د. أحمد قسمت الجداوي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجنسية ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1977م ، ص 351.

متوطناً في إقليم الدولة⁽¹⁾. والجنسية كما عرفها أحد الشراح هي (رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة)⁽²⁾.

وعليه فإن الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار ، هو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

واشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965م لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني مع الدولة المضيفة مستثمراً أجنبياً منتماً لدولة أجنبية أخرى طرف في الإتفاقية ، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو إعتبارياً . فنصت في المادة (2/25) منها على أنه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي⁽³⁾:

1. كل شخص يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

2. كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.

وكذلك أيضاً مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (MAI) والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) والذي عرّف المستثمر بأنه: ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة ولكنه أيضاً من المقيمين بصفة قانونية دائمة ، وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى وأن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح.

قانون الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل سنة 2003م ، خلا من أي تعريف للمستثمر سواء كان وطنياً أو أجنبياً ، وعلى ذات النهج كان قانون الإستثمار المصري الحالي رقم (8) لسنة 1997م لم يتضمن تعريفاً للمستثمر .

(1) د. عبد العزيز سعد يحي النعمان ، القانون الدولي الخاص مركز الأجنب ، دار الشوكاني للطباعة والنشر ، صنعاء ، ط1 ، 2004م ، ص 16.

(2) د. هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2002 ، ص 144.

(3) د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، طبعة 2001م ، ص 112 - 113.

أما قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 2002م عرّف المستثمر في المادة (14/2) بأنه: (كل شخص طبيعي أو اعتباري يمني أو عربي أو أجنبي يرغب بالاستثمار أو يملك مشروعاً أو يسهم فيه طبقاً لأحكام هذا القانون)⁽¹⁾. وهذا التعريف يقصر الأجنبي عن غير العربي وغير اليمني ، بمعنى أن الأجنبي ليس عربياً ، وأن العربي ليس أجنبياً ، وإن لم يكن يمينياً ، وبهذا ينتفي صفة الأجنبي عن كل عربي لا يحمل الجنسية اليمنية ، بينما القوانين التي تقدمت لم تعرّف المستثمر تعريفاً دقيقاً ، وأعتمدت في ذلك على ممارسة النشاط لتعريف المستثمر . مما سبق يتضح أن المستثمر الأجنبي كطرف ثاني في عقد الاستثمار هو الشخص الخاص التابع لدولة أخرى سواء كان اعتبارياً أو طبيعياً .

ولكن يمكن التحفظ على ذلك ، حيث سبق البيان عند تحديد الطرف الأول في عقد الاستثمار والمتمثل في الدولة المضيفة أو أحد رعاياها ، يمكن أن يكون الطرف الثاني لعقد الاستثمار أيضاً هو دولة مصدر رأس المال ، سواء كانت طرف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق هيئات ومؤسسات تابعة لها . فالمنطق لا يمنع من أن يكون للدولة المصدرة لرأس المال والراغبة في استثمار أموالها لدى الدولة المستوردة لرأس المال (المضيضة) أن تكون طرفاً في عقود الاستثمار ، حيث استناداً لمبدأ سيادة الدولة في مفهوم القانون الدولي العام أن تبرم العقود ، ومن هذه الفكرة يمكن القول بأن الطرف الثاني في عقود الاستثمار (طرف رأس المال) قد يكون الدولة المصدرة لرأس المال ذاتها ، وقد يكون الشخص الطبيعي ، وقد يكون الشخص الاعتباري طالما يتمتع بجنسية أخرى خلاف جنسية الدولة المضيفة (الطرف الأول) ، فلا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن يكون الطرف الثاني (الأجنبي) المتعاقد مع الدولة المضيفة (الطرف الأول) ، هي الدولة المصدرة لرأس المال ، طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطويرها ، وبالتالي يكون الطرف الآخر (الثاني) لعقد الاستثمار هو إما أن يكون:

(1) قانون الاستثمار اليمني رقم (22) لسنة 2002م ، المادة (14).

1. الدولة المصدرة لرأس المال سواء كانت طرفاً أصيلاً أو أحد الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها.
 2. الشخص الطبيعي الأجنبي الذي يتمتع بجنسية الدولة المصدرة لرأس المال.
 3. الشخص الاعتباري الذي يتمتع بجنسية الدولة المصدرة لرأس المال.
- بالنسبة للدولة المصدرة لرأس المال عندما تكون طرفاً ثانياً مع الدولة المضيفة أو أحد رعاياها في عقود الاستثمار لا تثير أي مشكلة سواء تم التعاقد مع الدولة الأجنبية مباشرة أو مع أحد المؤسسات أو الهيئات التابعة لها⁽¹⁾.
- بينما عندما يكون الطرف الآخر أو المستثمر الأجنبي شخصاً طبيعياً فهناك مشكلة ما هو المعيار الذي يعتبر بواسطته هذا المستثمر الأجنبي (الشخص الطبيعي) أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة المتعاقدة معه.
- من هو الأجنبي:**

حيث أن المعيار المأخوذ به في هذه الحالة للتمييز بين الوطنيين والأجانب هو الجنسية وهي رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة. تكفي تشريعات الجنسية في مختلف الدول بتحديد من هو الوطني دون أن تعني من هو الأجنبي ، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة ، والأجنبي هو من لا يتمتع بها⁽²⁾.

من الثابت أن الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة إذا كان لا يتمتع بجنسيتها فالأمر لا يسبب مشكلة ، بينما إذا كان هذا الشخص الطبيعي يحمل ذات جنسية الدولة المتعاقدة المضيفة (أي مزدوج الجنسية) ، فهل يعتبر هذا الشخص أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة على الرغم من أنه يحمل جنسيتها.

وفقاً للقواعد العامة أنه لا يمكن اعتبار شخص ما أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى حيث أن المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يعالج في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما عداها⁽³⁾.

(1) د. رمضان علي عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 247.

(2) د. عادل محمد خير ، مقدمة في قانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995م ، ص 43.

(3) فؤاد محمد محمد أبوظالب ، التحكيم الدولي ... ، مرجع سابق ، ص 121.

ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام 1965م في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي⁽¹⁾:

1. أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق عليه الطرفان على القيام بالتوثيق أو التحكيم ، وكذلك أيضاً التاريخ الذي سجل فيه طلب التوثيق أو التحكيم.
2. ألا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوثيق أو التحكيم وكذلك يوم تسجيل الطلب.
3. وبالتالي لا يكون الشخص الطبيعي الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً ومن ثم لا يخضع لاختصاص المركز.

مما سبق يتضح أن الضابط في تحديد أجنبية الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة المضيفة أو أحد رعاياها هو ضابط الجنسية التي يتمتع بها. يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار شكل شركة ، وهذه الشركة غالباً ما تكون متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك ، وبالتالي أن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية ، وأن رابطة الجنسية هي التي يتم الاستناد إليها للفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية ، حيث يتم تحديد الصفة الأجنبية للشركة بالاستناد إلى ضابط الجنسية، لذلك تعتبر الشركة الأجنبية كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة (الطرف الأول في العقد)⁽²⁾.

ثار الخلاف حول كيفية تحديد جنسية الشركات فهناك عدة معايير تم اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركات ومن أهمها⁽³⁾:

(1) أ.د. محمود مختار بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 74.
(2) د. عصام بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 211.
(3) د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 29.

1- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

تحدد جنسية الشخص الاعتباري على أساس جنسية الأعضاء المكونين له ، وفي حالة إختلاف جنسية الأعضاء تكون جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية أغلبهم.

2- معيار التأسيس:

تحدد جنسية الشركة وفقاً لجنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها ، و بإعتبار أن قانون الدولة التي تأسست بها الشركة هو الذي يمنحها الجنسية القانونية.

3- معيار مركز الاستغلال:

تحدد جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطها الرئيسي باعتباره المكان الذي تتجمع فيه مصالحها الحقيقية.

4- معيار مركز الإدارة الرئيسي:

يحدد جنسية الشركة بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي ، ومركز الإدارة الرئيسي هو المكان الذي توجد به أجهزة الشركة المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره كمجلس الإدارة والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والفنية الأخرى.

5- معيار الرقابة:

تعتبر الشركة أجنبية متى كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية سواء من حيث الأموال ، أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية التي لو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني. يرى الباحث ترجيح الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي في تحديد جنسية الشركة ، حيث أنه يتميز بالواقعية وكذلك إنتقاء الإحتيال على القانون ، إضافة إلى ثباته مما أدى لأن يصبح المرجح بين المعايير المتقدم ذكرها وفقاً للرأي الراجح⁽¹⁾ ، غير أنه يؤخذ عليه إذا كان رأس مالها أجنبياً أو تدار بواسطة أجنب ، فهو يتجافى مع الشركات الوطنية التي تستفيد من بعض التمييز للشركات الوطنية

(1) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1997م ، (739/1).

، حيث دفعت الإعتبارات الوطنية القضاء في بعض الدول إلى الخروج عن معيار المركز الرئيسي في بعض الأحيان ، من ذلك ما ذهبت إليه المحاكم المختلطة في مصر من إعتبار شركة قناة السويس مصرية على الرغم من إتخاذ باريس مركزاً رئيسياً لها⁽²⁾. وهو ما ذهب إليه قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م في المادة (2/2/24) منه ، والتي تتحدث عن الشخص الإعتباري : (.. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته..)، وكلمة موطنه تعني أنه ينتمي إلى جنسية هذا الموطن.

وقد نصت المادة (25) من اتفاقية واشنطن لعام 1965م في تحديدها لاختصاص المركز على أنه: (يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، والتي تتصل إتصلاً مباشراً بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع على طرحها على المركز ... ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي⁽³⁾:

1. كل شخص طبيعي يحمل جنسية خلاف جنسية الدولة المتعاقدة.
2. كل شخص يحمل جنسية أحد الدول المتعاقدة الأخرى بخلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق والتحكيم ، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بغض النظر عن الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.

يتضح من النص سالف الذكر أن إتفاقية واشنطن قد اعتمدت ضابط الجنسية كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للشركة ، حيث أن اختصاص المركز قاصر على نظر منازعات الاستثمار بين دولاً متعاقدة ومستثمراً يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة ، أي أنه يشترط لانعقاد هذا الاختصاص ألا يكون النزاع بين دولة ومستثمر يتمتع بجنسية ذات الدولة الطرف في العقد.

(2) استئناف مصري مختلط ، في 20 مارس 1988م ، المجموعة المصرية.

(3) د. محمد عبد الخالق الزغبى ، قانون التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م ، ص 222.

ولكن هناك استثناء من هذا الأصل ، فقد استثنت الاتفاقية من ذلك الشخص الاعتباري الذي يحمل جنسية الدول الطرف في النزاع إذا اتفق الأطراف معاملته معاملة المستثمر الأجنبي ، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه ، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً ، أي يتم إستخلافه من الظروف المحيطة بالعقد المبرم⁽¹⁾.

ومما تقدم ذكره أن الطرف الثاني لعقد الاستثمار هو المستثمر ، أما أن يكون الدولة المصدرة لرأس المال نفسها سواء هي التي أبرمت العقد مع الطرف الأول مباشرة أو عن طريق أحد هيئاتها العامة بطريقة مباشرة ، و أما أن يكون شخصاً طبيعياً وأما شخصاً معنوياً ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة هذه العقود طالما موضوعها يتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

(1) فؤاد محمد محمد أبوطالب ، التحكيم الدولي... ، مرجع سابق ، ص 134.

الفصل الثاني

موضوع ونماذج عقود الاستثمار

إن عدم توفر رؤوس الأموال الكافية واللازمة التي تسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، لدى الغالبية العظمى من الدول النامية ، جعلها تفتح الباب واسعاً أمام تدفق رأس المال من الدول المصدرة في شكل عقود استثمار من خلال استقلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للطرف المستثمر، وذلك في عمليات استغلال الموارد الطبيعية والتصنيع والإنشاء وغيرها من المشروعات المحددة في خطط الدولة التنموية. أتناول في هذا المبحث موضوع عقود الاستثمار ، وكذلك لأهم نماذج تلك العقود وأكثرها شيوعاً بما يمكن من إدراك ماهيتها. كل في مطلب مستقل.

المبحث الأول

موضوع عقود الاستثمار

يتضمن الاستثمار الأجنبي أنواع عديدة من العمليات المختلفة ، والتي يمكن التمييز بينها وفق طرق عدة أهمها:

أولاً: نوعية الاستثمار:

1. الاستثمار العام:

وهذا النوع من الاستثمار يتم عادة بناءً على اتفاقية ثنائية أحد أطرافها مقرض - ويكون عادة وكالة حكومية أو مؤسسة مالية دولية مثل البنك الدولي للإنشاء والتعمير - والطرف الآخر مقترض في دولة ما ، ويكون في العادة مؤسسة أو هيئة حكومية ، والتي تمثل أحد المشروعات العامة التي تضمنها الحكومة.

2. الاستثمارات الخاصة:

وهي ما يقدم للأفراد والحكومات من قروض أو سلفيات ، أيضاً الاستثمارات التي تتم بطريقة مباشرة ، كسواء العقارات في الدولة المضيفة مثل المصانع وحقول البترول والمناجم والمزارع⁽¹⁾.

(1) فؤاد محمد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ط1 ، 2010 ، ص 74.

ثانياً : نوعية الاستثمار وصفة القائم به:

وهذا النوع من التمييز يفرق بين الاستثمار الخاص الذي يقوم به فرد خاص، أو شركة خاصة ، وبين الاستثمار العام الذي تقوم به دولة ، أو مجموعة دول ، أو جهاز ذو كيان عام ، أو دولي ، وبين الاستثمار المختلط والذي يجمع بين النوعين السابقين (أي الاستثمار الذي يجمع بين الاستثمار الخاص والعام) وهذا الاستثمار يسمى ثنائي الأطراف ، كما قد يكون متعدد الأطراف⁽¹⁾.

وأن عملية انتقال الاستثمار الأجنبي من بلد لآخر تتم بإحدى طريقتين:

1. صورة مساهمة مالية:

المساهمة المالية أو الحصة المالية تكون بصورة عامة ، إما في شكل استثمار مباشر أو غير مباشر ، وهذا الاستثمار يتم بهذه الطريقة عندما تكون الدولة المضيفة تقتصر إلى رأس المال الأجنبي ، وتحتاج إلى مستثمر أجنبي يملك المال ، وتقوم بالاتفاق معه بإنشاء مشروع في إقليمها ، سواء أكانت ملكية المستثمر الأجنبي بمفرده ، أم مشتركة فيما بين الطرفين.

2. الحصة الفنية:

الحصة الفنية تتمثل في تقديم التكنولوجيا ، أو أي شكل من أشكال فن الإنتاج وبراءة الاختراع ، أو حق استعمال النماذج والعلامات التجارية ، أو العمل الفني المدرب ، حيث أن الدول النامية عندما تملك رأس المال النقدي ، ولكنها بحاجة إلى الخبرة الفنية والتكنولوجيا ، وهو ما تجده لدى الشركات متعددة الجنسيات ، وهذا يعد أحد عوامل الاستثمارات الأجنبية التي تعمل هذه الدول على جذبها⁽²⁾.
أن الإسهام المالي أو الحصة المالية تكون إما في شكل استثمار مباشر أو غير مباشر والذي نتعرض له بالدراسة وبصورة موجزة:

(1) د. منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي وفقاً لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1984م ، ص 33.

(2) د. فيصل حسن صالح الزهاوي ، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1982م ، ص 52.

(أ) الاستثمار المباشر:

تعددت تعريفات الشراح للاستثمار المباشر منها:

1- تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية كاملة ، أو كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني ، بما يكفل السيطرة على إدارة المشروع ، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فرداً ، أو شركه أجنبية ، أو فرعاً لإحدى الشركات الأجنبية ، أو مؤسسة خاصة⁽¹⁾.

2- قيام المستثمر سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، بإستثمار أمواله داخل الدولة المضيفة ، وذلك بإنشاء مشروع يحتفظ لنفسه فيه بحق السيطرة والإدارة واتخاذ القرار .

في هذا النوع يملك المستثمر الرقابة على المشروع الاستثماري والسيطرة عليه ، بحيث يكون له وحده الحق في اتخاذ القرار في الإدارة ، سواء كان يملك المشروع بكامله أم يملك جزءاً منه⁽²⁾ ، ومن الاستثمارات التي تتم فيه القيام بإنشاء مشاريع جديدة ، أو توسعة مشاريع قائمة ، سواء أكان المستثمر يملك هذه المشاريع بالكامل ، أم كان يمتلك أسهم إحدى الشركات في نفس الوقت. أما الاستثمار في الأوراق المالية ، فهو تملك الأفراد والهيئات والشركات على بعض الأوراق المالية ، بدون أن يكون هناك أي نوع من أنواع الرقابة أو المشاركة في إدارة المشروع الاستثماري وتنظيمه ، وهو استثمار قصير الأجل مقارنة بالاستثمار المباشر⁽³⁾.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تعريف الاستثمار المباشر ، هو عبارة عن إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة أو جزئية ، أو حصص تمكنهم من السيطرة والرقابة على هذه المشروعات ، وتمنحهم حق الإدارة واتخاذ القرار .

(ب) الاستثمار غير المباشر:

(1) د. عبد الواحد محمد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط1 ، 1999م ، ص 97.

(2) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2010م ، 99.

(3) د. عبد السلام قحف ، اقتصاديات الاستثمار الأجنبي، المكتب العربي الحديث ، القاهرة ، ط3 ، 1991م ، ص 21.

عرّف الاستثمار غير المباشر بأنه:

(قيام المؤسسات أو الأفراد بشراء أحد الأصول المالية ، التي تنتج عوائد معينة في فترة زمنية معينة وذلك بأقل الأخطار الممكنة)⁽¹⁾.

هذا النوع يقصر دور المستثمر على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة، لتقوم هي بهذا الاستثمار دون أن يكون له أي سيطرة على المشروع. فالاستثمار غير المباشر يعني ، توظيف الأموال النقدية في موجودات مالية (كأسهم والسندات) نقل عائداً ، أما في صورة أرباح سنوية أو فوائد سنوية ، بعبارة أخرى ، يراد بالاستثمار غير المباشر قيام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين باستخدام أموالهم المدخرة في شراء الأسهم والسندات التي تصدرها الحكومة أو الشركات العامة أو الخاصة ، بقصد الحصول على إيراد سنوي من توظيفها في السندات أو الاستفادة من فروقات الأسعار ، وهي الفروقات التي تنشأ عادة من التقلبات السوقية في قيمة الأصول⁽²⁾.

ويكتنف الاستثمار غير المباشر مخاطر معينة ، تتمثل في انحراف العائد الفعلي من العائد المتوقع ، أي احتمالية الحصول على عائد يختلف مقداره عما يتوقعه المستثمر ، والمخاطر التي تنطوي عليها الأوراق المالية (الأسهم والسندات) تتفاوت فيما بينها ، فمثلاً ، أن الأوراق المالية التي تصدرها الدولة تعتبر خالية من المخاطر ، بمعنى أن درجة الخطر فيها تساوي صفراً ، لعدم احتمال النكول عن سداد المبالغ الموظفة مع الفوائد عند تاريخ استحقاقها ، بعكس الأوراق المالية غير الحكومية⁽³⁾.

الاستثمار بشقيه المباشر وغير المباشر ، مازال قائماً إلا أن الاستثمار المباشر أصبح الشكل السائد ، لأنه يساعد على خلق فرص جديدة للعمل ، أيضاً يساعد على تنمية الموارد البشرية في الدولة النامية وتدريبها واستغلالها ، ويعد مصدراً

(1) د. محمد صالح جبر ، مرجع سابق ، ص 101.

(2) د. عبد الغفار حنفي ، الاستثمار في الأوراق المالية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط1 ، 2010م ، ص 25.

(3) د. محمد صالح جبر ، الاستثمار بالأسهم والسندات ، دار الرشيد للنشر ، بغداد ، ط1 ، 2010م ، ص 28.

جيداً وفعالاً لنقل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة والمتطورة إلى الدول المضيفة ، ويعد عاملاً مهماً من عوامل التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية لجذبها⁽¹⁾. ويتضح مما سبق أن الفرق بين الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة ، هو أن الاستثمارات المباشرة يقترن فيها انتقال رأس المال بانتقال العمل والإدارة للمستثمر ، ولكن في الاستثمارات غير المباشرة يقتصر الانتقال عادة على عنصر رأس المال فقط. كذلك أهمية الدور الذي يقوم به الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول المضيفة بصفة عامة والتنمية بصفة خاصة ، الأمر الذي يتحتم معه ضرورة تهيئة الظروف الملائمة لجذب المزيد منه ، خاصة الدول النامية في ظل ما تقوم به من برامج إصلاح اقتصادي وتعديل هيكلية ، وما يتطلبه ذلك من توافر التمويل المناسب لتمويل برامجها الاستثمارية اللازمة لتحقيق معدلات النمو المستهدفة.

(1) د. جلال وفاء محمد ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 7.

المبحث الثاني

نماذج لعقود الاستثمار

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة المضيفة لرأس المال الأجنبي ، مع أصحاب رؤوس الأموال بهدف الاستثمار في إقليمها ، وتتعدد صورها حسب حاجة تلك الدولة من مشاريع تنمية سواء أكان ذلك في الجانب الاقتصادي أو الخدمي أو ما تتطلبه البنية التحتية اللازمة لوضع الدولة على طريق الانطلاق. ولعل من أهم النماذج وأكثرها شيوعاً وانتشاراً عقود البترول ، عقود التعاون الصناعي ، عقود الأشغال العامة الدولية.

أولاً: عقود البترول:

تعتبر عقود البترول من العقود الحديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية ، سواء في مجال المعاملات الداخلية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة . فهذه العقود ، بالنظر إلى كونها بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية ، لم تظهر إلى حيز الوجود إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته. أي منذ أواخر القرن العشرين. ومع ذلك ، فإنه بانتشار عقود البترول في النصف الأول من القرن الحالي ، أصبحت هذه العقود محلاً للكثير من الدراسات الفقهية ، ومجالاً خصباً لأعمال العديد من الأفكار والنظريات التقليدية والحديثة على حد سواء⁽¹⁾.

ويتطلب استقلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية ، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى ، والغالب أن يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة ، والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان⁽²⁾.

(1) د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقود البترول ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2007م ، ص 2 ، هامش رقم 1.

(2) د. أكثم أمين الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، يناير 2000م ، ص 46.

شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبتروول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة ، فقد اتخذت في البداية شكل عقود الامتياز ، ثم ظهرت إلى الوجود أشكال تعاقدية جديدة يمكن حصرها في ثلاثة : عقود المشاركة ، وعقود المقاوله وعقود قسمة الإنتاج .

1. عقود الامتياز:

تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن المواد البترولية الكامنة في إقليمها أو في جزء منه ، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها خلال فترة زمنية معينة ، في مقابل حصول هذه الدولة على فرائض مالية معينة⁽¹⁾ . وهذا النوع يمنح الشركات الأجنبية الحق المطلق ، ولمدة تفوق المعقول في مساحات شاسعة من إقليم الدولة ، وحصانة دولية حقيقية ، مقابل إتاحة أو نسبة مئوية أو إيجاره بمبلغ يتم دفعه سنوياً ، مع إنفراد الشركات بالحق في استقلال البترول دون استفادة الكادر البشري الوطني من التدريب والتعرف على التكنولوجيا والتقنية المستخدمة في هذا المجال⁽²⁾ .

وقد ظهرت اتفاقيات الامتياز أول الأمر في اندونيسيا وبعض الأقطار الأخرى في نهاية القرن الماضي . أما امتيازات الشرق الأوسط فإنها بدأت بالامتياز البريطاني (امتياز دراسي) سنة 1901م والذي أبرم في إيران⁽³⁾ ، وهذا وقد منحت الحكومة السودانية أول ترخيص للتنقيب عن البترول ، عن طريق اتفاق امتياز لشركة شيفرون الأمريكية سنة 1972م .

2. عقود المشاركة:

عقود المشاركة تعني المشاركة في رأس المال والإدارة وإقتضاء حصة من الأرباح بنسبة المساهمة في رأس المال بإعتبارها عائداً لرأس المال المستثمر وليس بإعتبارها ضريبة على دخل الشركة المنقبة .

(1) د. عبد الباربي أحمد عبد الباربي ، النظام القانوني لعمليات البترول ، بدون ناشر ، ط1 ، 1408هـ ، ص 58 .
(2) د. سراج حسين أبوزيد ، التحكم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2010م ، ص 45 .
(3) د. أحمد المفتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م (18-56، 20) .

تتخذ عقود المشاركة من حيث أطرافها ، إحدى صور ثلاث: إما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركة الأجنبية ، وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى ، وأخيراً قد يبرم عقد المشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية. وتنص عقود المشاركة على أن يقوم طرفي العقد بتأسيس شركة في الدولة المنتجة تتمتع بجنسيتها ، يشارك الجانب الوطني بحصة في رأس مال الشركة القائمة بالعمليات ، كما تكون ملكية البترول المنتج من حق كل الشريكين الوطني والأجنبي كل حسب حصته المتفق عليها ، وأن يتحمل الشريك الأجنبي وحده مصاريف البحث والتقيب⁽¹⁾ ، كما يتضمن جانب من هذه العقود نصاً يلزم الشركة القائمة بالاستغلال بإنشاء معمل أو أكثر لتكرير البترول في إقليم الدولة المنتجة . وتتميز عقود المشاركة بأنها قصيرة المدة مقارنة بعقود الامتياز ، كما أن معظم عقود المشاركة تضمنت نصاً يقضي بتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بطريقة التحكيم⁽²⁾.

أول مشاركة تمت في الامتيازات القائمة ، هي ما قامت به حكومة الجزائر في 19/10/1968م ، ففي ذلك التاريخ عدلت الجزائر الإمتياز الذي سبق أن منحته لشركة جيبي وحصلت شركة البترول الوطنية (سونا طراك) على 51% من مصالح شركة جيبي في الجزائر إعتباراً من 31/12/1967م ، وتم تعويض جيبي بترول خام يسلم على دفعات لمدة أربع سنوات⁽³⁾ ، ومن نماذج عقود المشاركة في البترول السوداني ، الإتفاق الموقع بين الحكومة السودانية وشركة هجليج لخدمات البترول والاستثمار المحدودة⁽⁴⁾.

(1) د. أكثم الخولي ، التحكيم في منازعات الطاقة ، مجلة التحكيم العربي ، العدد الثاني ، يناير 2000م ، ص 57.

(2) د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 49.

(3) د. أحمد المفتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م (18-56، 28).

(4) مقابلة شخصية مع: عثمان صديق محمد طه ، مدير عام شركة هجليج لخدمات البترول والاستثمار المحدودة ، بمكتبه بالخرطوم ، حي الصفا ، شارع عبيد ختم ، في يوم الاثنين الموافق 2012/1/30م ، الساعة العاشرة صباحاً

مما تقدم يمكن القول بأن عقود المشاركة تحقق للدولة المنتجة العديد من المزايا مقارنة بعقود الامتياز ، حيث أنها تلقي على عاتق الشركة الأجنبية مسؤولية البحث والتنقيب عن البترول واكتشافه ، مع إتاحة الفرصة للدولة المنتجة في عمليات تسويق البترول ، وتكوين جيل من الخبراء المتخصصين في شتى مراحل صناعة البترول . كما تحقق هذه العقود للشركات الأجنبية نوعاً من الاستقرار والاطمئنان في علاقاتها مع الدول المنتجة وذلك باعتبار أنها أصبحت شريكاً لها.

3. عقود المقاوله⁽¹⁾ :

وطبقاً لهذا النوع من العقود ، فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة لا تعتبر صاحبة امتياز ، كما كان عليه الحال في عقود الامتياز ، أو شريكاً فيه ، على نحو ما هو متبع في عقود المشاركة . وإنما تعتبر مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقدة معها. وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإنتاجه وتسويقه. وتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول مع التزامها بإنفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها في العقد. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن المبالغ التي أنفقتها تضيع عليها نهائياً ، أما إذا أكتشف البترول بكميات تصلح للاستقلال التجاري فإن هذه المبالغ تعتبر قروضاً بدون فائدة تسدها الشركة الوطنية خلال المدة المتفق عليها. كما تلتزم الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم وتطوير حقول البترول المكتشفة. على أن هذه الأموال تعتبر قرضاً بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسدادها. كما تتولى الشركة الأجنبية مساعدة الشركة الوطنية في تسويق جزء من كميات البترول المنتج. في مقابل هذه الالتزامات التي تتحمل بها الشركة الأجنبية ، يكون لها الحق في شراء نسبة معينة من البترول المنتج بأسعار خاصة طوال مدة العقد.

(1) د. عبد الرحيم محمد سعيد ، النظام القانوني لعقد البترول ، مرجع سابق ، ص 141 ، د. سراج حسين أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، مرجع سابق ، ص 79 ، د. عبد الباري أحمد عبد الباري ، النظام القانوني لعمليات البترول ، مرجع سابق ، ص 50.

من أمثلة ذلك أن شركة واراب التي تملكها الحكومة الفرنسية أبرمت عقد مقاولة (خدمة) في إيران والعراق في عامي 1966م و 1968م على التوالي وكانت الشركة الفرنسية مجرد وكيل يعمل بمقابل ويقع عليه عبء توفير كافة الأموال اللازمة للعمليات البترولية⁽¹⁾.

والذي يترجح أن عقود المقاولة هي الأفضل من بين العقود المتقدم ذكرها إذ تعتبر الشركة الوطنية المتعاقدة مع الشركة الأجنبية هي المالك الوحيد للبترول المنتج ، على الرغم من التزام الشركة الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة للبحث والتقيب عن البترول ، مع التزامها بتسويق جزء من البترول المنتج متى طلبت الشركة الوطنية ذلك . في مقابل تمتعها بسعر تفضيلي وفقاً لما هو متفق عليه في العقد ، مع عدم إلزامها بدفع أي إيجارات أو عوائد ، كما تعفى من دفع الضرائب والرسوم التي تقع على عاتق الشركة الوطنية.

عقود البترول في السودان:

بالنظر إلى بداية النظام التشريعي الخاص بالتقيب عن البترول في السودان، وهو قانون الثروة البترولية ، نجد أن ذلك القانون عند صدوره عام 1972م ، قد ألزم المسؤولين بأن يكون تعاقدهم مع شركات البترول إما باتفاقيات امتياز حديثة تنص على أتاوة وضريبة على أرباح الشركات ، أو اتفاقيات مشاركة في رأس مال الشركة المنقبة⁽²⁾.

وتجد الإشارة إلى أن شركة شيفرون قد بدأت نشاطها التقبيني في السودان بترخيص صادر بموجب ذلك القانون ، وفي عام 1975م تم تعديل القانون المذكور أعلاه حيث أضيفت إليه مادة جديدة وهي المادة (35) التي تنص على: (على الرغم من أحكام هذا القانون يجوز لوزير الطاقة والتعدين بموافقة رئيس الجمهورية أن يعقد أي إتفاقيات للبحث عن البترول وتنميته واستغلاله ، وتنص على قسمة الإنتاج بين الحكومة والطرف المتعاقد الآخر وفقاً للشروط والتعهدات

(1) د. أحمد المفتي ، عقود البترول وتسوية منازعاتها ، مجلة العدل ، العدد 24 ، أغسطس 2008م (18-56، 35).

(2) قانون الثروة البترولية السوداني لسنة 1972م ، المواد (14، 11).

والأحكام المضمنة في تلك الاتفاقيات أو تنص على البحث عن البترول وتتميته واستغلاله بأي صورة أخرى يتم الاتفاق عليها وتحكم تلك الاتفاقيات حقوق ومصالح والتزامات الطرفين المتعاقدين وتسود نصوصها على أي حكم مخالف من أحكام هذا القانون بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما⁽¹⁾

وهكذا فتح ذلك التعديل الباب على مصراعيه للتعاقد وفق أي نوع من أنواع اتفاقيات البترول بعد أن كان التعاقد مقصوراً على إبرام امتيازات حديثة أو عقود مشاركة. ولقد استفادت شركة شيفرون من تلك المرونة حيث دمجت كافة التراخيص التي منحت لها في إتفاقية اقتسام إنتاج واحدة ، ومن ناحية أخرى نجد أن كافة اتفاقيات البترول الأخرى التي أبرمت في السودان في ذلك الوقت هي عبارة عن اتفاقيات اقتسام إنتاج ، أما الوضع الحالي في ظل قانون الثروة النفطية لسنة 1998م ، قد اتخذ طابعاً أكثر مرونة ، حيث ترك الباب مفتوحاً لاختيار نوع التعاقد المناسب لكل حالة على حدى.

وفي تقديري أنه بالإمكان أن تباشر الدولة العمليات البترولية بنفسها ، وتحمل كافة النفقات التي تتطلبها العمليات البترولية وخاصة تلك الدول التي سبقت في إنتاج البترول ، حيث أن الخبرات الفنية يمكن توظيفها بمقابل ، والمبالغ المطلوبة يمكن إقتراضها.

ثانياً: عقود الأشغال العامة الدولية:

فالعقد الأشغال الدولي كما يعرفه البعض هو: (توافق إرادتي جهة الإدارة ، واحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة ، لحساب شخص معنوي عام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة ، على نحو معين و لقاء ثمن معين⁽²⁾)، وهذا التعريف يتفق مع التعريفات المستقرة لعقد الأشغال الداخلي عند الشراح والقضاء مع إضافة الدولية عليه. كما عرّفه آخر هو: (العقد الذي يبرم بين شخص معنوي

(1) قانون الثروة البترولية السوداني لسنة 1972م ، تعديل 1975م ، المادة (16).

(2) د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ط 5 ، 1991م ، ص 127.

عام ومقاول أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية ، وفقاً لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة لأخرى⁽¹⁾.

ويتضح من هذين التعريفين أن عقد الأشغال العامة يستلزم توافر الخصائص التالية⁽²⁾.

1. أن يكون محل عقد الأشغال عقاراً.
2. أن تكون الغاية من تنفيذ العقد تحقيق المصلحة العامة.
3. أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام.
4. صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.
5. عقد الأشغال الدولي من العقود طويلة المدة.

أخذ عقد الأشغال العامة العديد من الأشكال في العصر الحديث ، مع وجود الكثير من المتغيرات الاقتصادية الدولية التي فرضت أشكالاً جديدة له. إلا أنه لا يمكن إنكار وجود خصائص أساسية في هذا العقد وسمات لا تتغير بتغير شكله. وقد كانت هذه السمات هي المعالم الأساسية لعقد الأشغال في صورته التقليدية⁽³⁾. ولما كانت مشروعات البنية التحتية عالية التكاليف ، وبالغة التخصص ، فإن الدولة تلجأ على الأغلب من أجل تنفيذ هذه المشروعات إلى إبرام العقود مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة ، وكذلك متخصصة في إنشاءات معينة.

وتأخذ عقود الأشغال العامة الدولية صوراً عديدة ومنها عقود البناء والتشغيل

والتحويل أو البوت (B.O.T) Building Operate Transfer

ويقصد بعقود البوت تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال ، قطعة من الأرض لإقامة مشروع من مشروعات البنية التحتية الأساسية والمرافق العامة ، وفقاً لمواصفات محددة سلفاً بين الدولة والمستثمر ، ويتحمل المستثمر كافة أعباء

(1) د. أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1998م ، ص 106.

(2) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق ، ص 26.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003م ، ص 24.

البناء والتشغيل ويكون للمستثمر الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة يتم الاتفاق عليها في عقد البوت وتختلف من مشروع لآخر⁽¹⁾.

فكلما زادت تكاليف إنشاء المشروع وقل إيراده كلما طالت هذه المدة الزمنية، وكلما قلت تكاليف إنشاء المشروع وزادت الإيرادات كلما قلت المدة الزمنية المتفق عليها ، وذلك حسبما تبينه دراسات الجدوى الاقتصادية ، وبعد انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها يتم تسليم المشروع بكل ما فيه من أجهزة ومعدات وآلات للدولة لتقوم لتشغيله لحسابها⁽²⁾.

ولقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت B.O.T بأنه: (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الإتحاد المالي للمشروع امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً أو أياً من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز. وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح الامتياز للمشروع)⁽³⁾.

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

1. مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية مثل مشروعات الطرق والكباري والمطارات.
2. المجمعات الصناعية.

(1) د. عصام أحمد البهجي ، التحكيم في عقود البوت ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، طبعة 2008م، ص 12.

(2) د. هاني صلاح شرف الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2001م ، ص 44.

(3) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الدورة التاسعة والعشرين ، نيويورك في 28 مايو إلى 14 يونيو 1996م بعنوان: الأعمال المقابلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية. مشار إليه لدى د. ماهر محمد حامد أحمد في رسالته القيمة النظام القانوني لعقد البوت ، جامعة الزقازيق ، فرع بنها ، 2004م ، ص 18.

3. تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة ، مثل مشروعات استصلاح الأراضي البور أو الأراضي الصحراوية⁽¹⁾.

وهذه العقود ليست شكلاً واحداً ، وإنما تتعدد صورها وتباين ، فعلاوة على الصورة الرئيسية وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن التعامل قد أفرز صوراً أخرى من هذه العقود أهمها⁽²⁾:

1. عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T

2. عقود البناء والتملك والتشغيل B.O.O

3. عقود البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T

4. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O

وفي تقديري أن هذه العقود تسهم بفاعلية في إنشاء البنية التحتية للدولة ، دون أن تكلف الخزينة العامة أموالاً هي أصلاً عاجزة عن الإيفاء بها نسبة للأموال الطائلة التي تتطلبها مثل هذه المشروعات والفجوة المالية الكبيرة بينها وموارد الدولة ، وتوجيه موارد الخزينة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مورد اقتصادي وأرباح مباشرة مثل قطاع التعليم والصحة والبنى التحتية.

ولقد إتبعته الحكومة السودانية هذا النهج في التعاقدات ، حيث تعاقدت الهيئة القومية للكهرباء التابعة للحكومة في عام 1996م مع شركة ALPINE الماليزية ، لإنشاء محطة لتوليد الطاقة الكهربائية بمدينة بورتسودان على نظام B.O.O.T⁽³⁾.

ثالثاً : عقود التعاون الصناعي:

(1) د. صالح بكر الطيار ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2000م ، ص 38-39.

(2) د. جيهان حسن سيد أحمد ، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1 ، 2009م ، ص 19.

(3) د. مأمون عوض السيد إبراهيم ، عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع ، رسالة دكتوراه ، جامعة شندي ، 2009م ، ص 103.

تعتبر عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبياً ، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينيات من القرن العشرين⁽¹⁾. وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم ، والحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى النامية بهدف تضيق الفجوة العميقة في التقدم الاقتصادي والصناعي والفني بين الدول المتقدمة من جانب والدول الأقل نمواً من جانب آخر⁽²⁾.

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنه: (صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي ، وتتعاون 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⁽³⁾).

وتتضمن عقود التعاون الصناعي صوراً متعددة من العقود التي تهدف إلى تحقيق التقدم التكنولوجي والصناعي ، ومن أهمها:

عقود المساعدة التقنية:

ومن تعريفات عقود المساعدة التقنية:

1- عبارة عن تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة المنقولة موضع التنفيذ⁽⁴⁾.

2- أداة لتغطية التدريب والتعليم ونقل المعرفة والكفاءات والخبرات التي تتيح اكتساب تكنولوجيا محددة ، ويشير أحد الشراح إلى أن المساعدة التقنية بمعناها الضيق تتمثل في قيام المستثمر بتعليم وتدريب وتلقين

(1) د. عوض الله شيبية الحمد السيد ، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، 1992م ، ص 126-130.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 56.

(3) د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ط1 ، 1996م ، ص 150.

(4) د. محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 406 ، أكتوبر 1986م ، ص 588 ، نقلا عن د. مرتضى جمعة عاشور ، مرجع سابق ، ص 60.

مستخدمي طالب الاستثمار على كيفية استغلال المعرفة التكنولوجية المنقولة⁽¹⁾.

تتبع أهمية عقود المساعدة التقنية من كونها عملية تكمن من نقل المعارف التكنولوجية من الطرف الذي يعلم بها إلى الطرف الذي لا يعلم بها ، ولذلك كانت حاجة الدول النامية والمشروعات التابعة لها ، للمساعدة التقنية القادرة على استيعاب المعرفة التكنولوجية المنقولة وتطويعها لتلائم ظروف البيئة المحلية⁽²⁾.

الواقع أن المساعدة الفنية تلعب دوراً كبيراً ومؤثراً في عملية نقل التكنولوجيا إلى طالب الاستثمار في الدول النامية ، نظراً لما تؤدي إليه من إعداد فني ومهني لمستخدمي هذا الأخير سواء تم هذا الإعداد محلياً داخل منشأة طالب الاستثمار أم في الخارج ، ويشمل هذا الإعداد الفني والمهني المستخدمين المنوط بهم مهمة تشغيل الوحدة الإنتاجية فضلاً عن هؤلاء المكلفين بإدارة هذه الوحدة فنياً وتنظيمياً⁽³⁾.

أن عقد المساعدة التقنية يعتبر بحق من العقود الأكثر ملائمة لنقل المعرفة التكنولوجية إلى الدول النامية ، لسبب بسيط هو أن المهمة الأساسية للمساعدة التقنية تتمثل في تمكين طالب الاستثمار من اكتساب المعرفة التكنولوجية وذلك من خلال نقل المعارف التقنية بوصفها أداة ملائمة لاكتساب السيطرة والتمكن التكنولوجي.

ويتضح مما سبق أن نماذج عقود الاستثمار تتنوع وتتعدد من حيث الصيغ والأنماط العقدية في الإستثمار ، وذلك تبعاً للأشكال التي تتطلبها عملية التنمية في البلد المضيف للإستثمار ، ومضمون عملية التعاقد التي قد تختلف من حالة إلى أخرى ، بحسب النوعية التي يحتاجها طالب الإستثمار سواء أكانت في الجانب الاقتصادي أو الخدمي أو البنية التحتية.

(1) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، 1983م، ص4.

(2) د. مرتضى جمعة عاشور ، عقد الاستثمار التكنولوجي ، مرجع سابق ، ص 59.

(3) د. يونس عرب ، عقود نقل التكنولوجيا ، بحث على شبكة المعلومات العالمية الموقع: www.arablawnet.net.

الفصل الثالث

خصائص عقود الاستثمار وطبيعتها القانونية

عقود الاستثمار باختلاف أنواعها ، تسهم في التنمية الاقتصادية للدول ، وذلك عن طريق المستثمرين الأجانب بنقل القيم الاقتصادية إليها عبر الحدود ، لإقامة المشروعات الاستثمارية التنموية التي تتطلبها الدولة المضيفة للعقود التنموية ، فإن هذه العقود لها ميزتها الخاصة بها وطبيعتها القانونية. بناءً على ذلك يقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فيهما خصائصها وطبيعتها القانونية.

المبحث الأول

خصائص عقود الاستثمار

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين ، كل منهما ينتمي لنظام قانوني يختلف عن الآخر، الدولة من جهة ، والمستثمر التابع لدولة أخرى من جهة ثانية ، سواء أكان ذلك المستثمر شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، وتتميز هذه العقود بخصائص تميّزها عن عقود الدولة الأخرى⁽¹⁾.

ذهب جانب من الشُّرَّاح وما خلصت إليه أحكام التحكيم من أجل تأكيد ذاتية عقود الاستثمار ، إلى تعداد وحصر العناصر التي تعد من وجهة نظرهم مرجحة لاعتبار عقد الاستثمار من العقود التي تخرج من زمرة عقود الدولة الأخرى المألوفة. فذهبوا إلى تعداد الخصائص المميزة لعقود الاستثمار على النحو التالي⁽²⁾:

- 1- يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص وطني أو أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناءً على أحكام قانون الدولة التي يتبع لها.
- 2- تنتم هذه العقود بأنها من العقود طويلة المدة ، متعددة العمليات ، ليست كعملية شراء القمح أو بناء سفينة مثلاً ، وإنما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية يتم في خلال

(1) فؤاد محمد أبو طالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 116.

(2) أ. د. حفيفة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، طبعة 2003م ، ص 27.

فترة زمنية طويلة ، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة ، تظل مملوكة الطرف المستثمر طوال مدة العقد.

3- تمنح هذه العقود الطرف المستثمر وطني كان أو أجنبي المتعاقد مع الدولة حقوقاً وطنية ، كحقه في تملك مساحات مناسبة من إقليم الدولة المتعاقدة ، لإقامة مشروعه الاستثماري ، أيضاً ممارسته سلطات واسعة في نطاق هذه المنطقة.

4- يتمتع الطرف الأجنبي طبقاً لهذه العقود ، ببعض الحقوق غير المألوفة والتي لها طابع شبه سياسي ، كحريته مثلاً في الاستيراد والتصدير ، الإعفاء سواء من كل أو بعض الضرائب⁽¹⁾.

5- تخضع هذه العقود ، والتي تسمى عقود التنمية الاقتصادية ، في جانب منها للقانون العام ، بينما يسري القانون الخاص على بعض جوانبها.

6- تثير بعض هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.

7- تستبعد هذه العقود في حالة الإستثمار الأجنبي ، تطبيق قانون الدولة الطرف ، وأيضاً اختصاص محاكمها.

8- إن المنازعات الناشئة عن تلك العقود ، يتم الفصل فيها باللجوء للتحكيم ، وذلك بتضمين شرط التحكيم في هذه العقود ، والذي يعد حافزاً وضماناً مهماً للاستثمار الأجنبي ، كما أن شروط اختيار القانون الذي يمثل ضماناً في هذه العقود للتحرك من سلطان القوانين الداخلية للبلد المضيف ، واعتماد الكفاية الذاتية لهذا العقد وتدويله ، وذلك بإخضاعه لقواعد القانون الدولي العام ، أو قواعد قانون التجارة الدولية⁽²⁾.

9- كما أن هذه العقود تخلق نوعاً من التعاون الطويل المدة ، بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة.

10- تحتوي هذه العقود على نصوص تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي ، وعدم المساس بالعقد ، وإخضاعه لنظام خاص به ، أو للقانون الدولي ، لأن ذلك يعد حماية

(1) فؤاد محمد محمد أبوطالب ، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 117.

(2) د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 67.

للطرف المستثمر المتعاقد مع الدولة من المخاطر الناجمة عن طبيعة الدولة ذاتها ، لأنها شخص سيادي قادر على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادته المنفردة⁽¹⁾.
مما سبق يتضح أن عقود الاستثمار تحمل بعض الخصائص الأصولية للعقد الإداري في الفقه القانوني العام ، كما أنها ليست عقداً من عقود القانون الخاص، وإنما تجمع بين خصائصها شروطاً جديدة دخيلة على عقود الدولة بصفة عامة ، منها شروط الثبات التشريعي ، وشروط ثبات العقد ، وشروط التحكيم ، وما قد يستتبعه من وجود شرط القانون الواجب التطبيق على العقد خلافاً للقانون الوطني ، وهو ما يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري ، وتلك الخصائص هي المحفز لاستيعاب رؤوس الأموال الوطنية و الأجنبية ، وتشجيعها لتسهم في التنمية الإقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة.

(1) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، المعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، 33.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

عقود الاستثمار ليست عقود بيع أو إيجار ، فالموضوع الجوهرى لها ليس نقل حق من ذمة إلى ذمة ، أو تحويل استغلال براءة اختراع ، وإنما أساس عقود الاستثمار على اختلافها يتمثل في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة ، عن طريق قيام المستثمر (المصدر لرأس المال) بنقل التكنولوجيا والتقدم بكافة أنواعها ودرجاتها ومجالاتها الاقتصادية إلى الدولة المعنية المحتاجة إلى التقدم والتنمية في شتى المجالات عبر الحدود ، من أجل إقامة المشروعات التي تحتاجها الدولة المستثمرة وفقاً لخططها التنموية وغالباً ما تكون مشروعات عابرة القارات (متعددة الجنسيات).

تنتسب عناصر عقود المشاريع الاستثمارية غالباً إلى أكثر من فرع من فروع القانون ، كأحكام القانون الدولي الخاص ، وقانون التجارة الدولية ، كما أن للقانون الدولي العام نصيب في تنظيم جوانب من عقود الاستثمار الأجنبي ، خاصة القواعد المتعلقة بحماية المستثمرين⁽¹⁾.

تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة يمكن توضيحها بأن عقود الاستثمار ربما تبرم بين طرفين ، ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الطرف الآخر⁽²⁾، وهو ما يسمى بالعقود الإدارية والتي هي أغلب عقود الاستثمار ، وأن أكثر عقود الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفاً فيها ، ويعتبر عقد الاستثمار في هذه الحالة عقداً إدارياً ، ولكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام ، سواء تعلق الأمر بالدولة ، أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية المرفقية والتي تتعلق بمرفق عام ، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما بعض عقود الاستثمار لا تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفاً فيها⁽³⁾.

(1) رنا سيد بيومي ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة النيلين ، 2008م ، ص4.

(2) د. رمضان على عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2009م ، ص 110 - 111.

(3) هناك نوعان من العقود، عقود تسمى بعقود القانون العام ، وتخضع لنظام القانون العام ، وعقود القانون الخاص وتخضع للقانون المدني ولاختصاص القاضي العادي . وقد بيّن ذلك حكم مجلس الدولة الصادر في 1956/12/9م ، درأفت فودة ، دروس في القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، طبعة 1994م ، ص 14 - 15.

أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار من أصعب وأدق المسائل التي يواجهها الشراح عن دراسة هذه العقود ويرجع ذلك إلى⁽¹⁾:

1- لا يوجد تنظيم تشريعي لهذه العقود سواء على المستوى الوطني أو الدولي ، وبالتالي أصبحت هذه المسألة محل إجتهد من الشراح والقضاء.

2- تعددت موضوعات هذه العقود ، وتنفذ من خلال صور وأساليب تعاقدية متعددة ، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية على حدى.

وعليه فقد اختلفت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار إلى مذهبين هما عقود إدارية وعقود تجارية.

العقود الإدارية:

ونفرق بين نوعين من العقود الإدارية هما:

العقود الإدارية الوطنية: ويعد العقد وطنياً إذا كان يخضع للقانون الداخلي.

العقود الدولية: يعد العقد دولياً إذا كان ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة.

ويعرف العقد الإداري الوطني بأنه: (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام مستخدماً أساليب القانون العام ، ويتجلى ذلك إما بتضمين العقد شروطاً إستثنائية أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)⁽²⁾.

يعرف العقد الإداري الدولي بأنه: (هو العقد الذي تبرمه الدولة بإعتبارها سلطة عامة أو أحد الأشخاص المعنوية الأخرى مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى)⁽³⁾.

(1) د. عمرو طه بدوي ، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد - دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2004م ، ص 484.

(2) د. سليمان الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، طبعة 1988م ، ص 299.

(3) المستشار وائل عز الدين ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010م ، ص 16.

وعرفه القضاء السوداني بأنه : (هو العقد الذي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيه ويتصل بمرفق عام ويتضمن شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة) (1).
وقد استقر الفقه على أنه يشترط وجود ثلاثة عناصر تميز العقود الإدارية وذلك على الوجه التالي:

- 1- وجود شخص معنوي عام طرفاً في العقد.
- 2- وأن يهدف العقد إلى تسيير مرفق عام.
- 3- مستخدماً أساليب القانون العام بتضمين العقد شروطاً إستثنائية تمنح إمتيازات لجهة الإدارة(2).

الشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً ، كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين ، يقوم على إحتياجات المرافق العام ، الذي يستهدف العقد الإداري تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، فهي في العقود الإدارية غير متكافئة ، ويجب أن يعطى الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة.

وقد اختلفت الآراء حول إصباح صبغة العقود الإدارية على هذه النوعية ، حيث نجد أن:

1. في الإجتهد القضائي السوداني لم نقف على سابقة قضائية(3) بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ، وذلك لأن الاستثمار في السودان يعتبر حديثاً بعض الشيء مقارنة بالدول الأخرى ، كما أن حجم الاستثمارات التي

(1) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1982م ، ص 282.

(2) المستشار وائل عز الدين ، التحكيم في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 10.

(3) مقابلة شخصية مع د. عبد الرحمن محمد شرفي ، نائب رئيس القضاء بمكتبه بالخرطوم ، الهيئة القضائية القومية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الواحدة والنصف بعد الظهر. وأيضاً مقابلة شخصية مع د. وهبي محمد مختار ، نائب رئيس القضاء بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الثانية بعد الظهر ، وأيضاً مقابلة شخصية مع د. حيدر أحمد دفع الله ، قاضي المحكمة العليا ، بمكتبه بالخرطوم ، المحكمة العليا الاتحادية ، في يوم الأحد الموافق 2012/1/29م ، الساعة الثانية والنصف بعد الظهر .

دخلت السودان في فترة ما قبل 2005م ، تعتبر ضعيفة جداً بالقدر الذي لا يثير في الغالب الأعم منازعة استثمارية ، كما أن المشرع السوداني من خلال قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وقبل صدور قانون خاص بالتحكيم جعل دور المحكمة إشرافياً على هيئات التحكيم.

2. القضاء في فرنسا قد أصبح طبيعة العقود الإدارية على العقود التي قد يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون الخاص ، وهي التي تتعلق بأشغال طبيعتها تخص الدولة، وقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير في 8 يوليو 1964م بأن يعتبر عقداً إدارياً العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين متعلقاً بمسائل عقد الأشغال العامة⁽¹⁾.

3. وقد أقرَّ القضاء المصري هذا المبدأ حيث أعتبر عقود الأشخاص الخاصة عقوداً إدارية إذا تصرفت هذا الأشخاص باسم ولحساب شخص عام⁽²⁾.
فالدولة باعتبارها دولة ذات سيادة فإنها تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة ، وحيث أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح وتتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وهو ما يطلق عليه اختلاف المراكز القانونية في العقد بين أطرافه⁽³⁾، فمن الضروري للطرف المستثمر أن يؤمن نفسه بعدد من الضمانات القانونية بغرض حمايته بقدرٍ كافٍ من احتمال تضييع حقوقه أو إخلال التوازن التعاقدية ، لذلك فإن المستثمر الأجنبي يصر على الحصول على الضمانات الكافية قبل إبرام عقد الاستثمار والتي تنترجم إلى شروط تعاقدية يمكن إجمالها فيما يلي:

(1) د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 17 ، د. رأفت فودة ، دروس في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 25.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1964/3/7م ، وحكم القضاء الإداري في 1956/4/24م ، السنة 10م مجموعة الأحكام ص 763. نقلاً عن: د. رمضان علي عبد الكريم ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 112.

(3) أ.د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص 12-14.

1. إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ، فدائماً ما يعمل المستثمر الأجنبي على تحرير عقد الاستثمار من سلطات القانون اعتماداً على الكفاية الذاتية لعقد الاستثمار أو خضوعه لقواعد القانون الدولي العام أو قواعد التجارة الدولية.

2. إختيار وسيلة فض المنازعات ، بهدف وجود وسيلة محايدة وفعّالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود حتى يعيد التوازن بين الأطراف أثناء نظر النزاع وغالباً ما يلجأ المستثمر إلى شرط اللجوء إلى التحكيم.

3. شروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي والتي تهدف إلى تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، ومنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي قوانين أو لوائح تعرض التوازن العقدي ومصالح الطرف الأجنبي للخطر في تاريخ لاحق على توقيع العقد⁽¹⁾.

نخلص من جملة ما تقدم إلى أن عقد الاستثمار يعتبر في هذه الحالات عقداً إدارياً تسري عليه قواعد وأحكام العقود الإدارية ، ويبقى التساؤل قائماً إذا كان عقد الاستثمار عقداً إدارياً في هذه الحالات ، فما هو تكييف العقد في الحالات الأخرى⁽²⁾.

العقود التجارية:

العقود التجارية نوعان:

الأول: عقود التجارة الداخلية وهذه تجري داخل إقليم الدولة.

الثاني: عقود التجارة الدولية وهذه تتجاوز حدود الدولة ، فتقع بين دولتين أو أكثر وتشمل جميع الأنشطة في الأموال والخدمات.

(1) وقد عرفت شروط الثبات التشريعي طريقها لأول مرة في عقود الاستثمار في عقد الامتياز المبرم في 1933م بين إيران والشركة الانجليزية Anglo Iranian فقد نصت المادة (21) على أنه: (لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيّاً كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية . نقلاً عن :د. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 98.

(2) الحالات الأخرى: عند ما تكون عقود الاستثمار أطرافها أشخاصاً خاصة ولا تتم باسم ولحساب شخص عام، ويكون موضوعها باسم ولحساب هؤلاء الأشخاص الخاصة ، مثلاً لذلك : إبرام عقد استثمار من أجل إنشاء مصنع سراميك - مصنع حديد - مصنع أجهزة كهربائية

فقيام الدولة بإبرام عقود استثمار مع الطرف المستثمر ، ولا تتعلق بمرفق عام ، وتكون ذات طبيعة تجارية مثل: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات وتبادلها ، إتفاق البيع ، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية ، إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير الشرائي ، التمويل ، الأعمال المصرفية ، التأمين ... وغيرها ، فمثل هذه النماذج يصدق عليها تكييف العقود التجارية⁽¹⁾.

وحتى يصدق تكييف عقود الاستثمار بأنها عقود تجارية دولية لا بد أن يتضمن ثلاثة مبادئ رئيسية هي:

1- تخطيه الحدود الجغرافية لإقليم الدولة.

2- ومساسه بمعاملات تتعلق بالتجارة الدولية.

3- وتخطيه عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي⁽²⁾.

في تقديري أنه من الأفضل تكييف كل عقد على حدى في ضوء شروطه وعناصره والظروف والملابسات التي أحاطت به ، بحيث يكون التكييف متنسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وكاشفاً في نفس الوقت عن الخصوصية التي تميّز كل عقد عن غيره. وبالتالي قد يكون عقد الاستثمار عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة على حدى . ولا شك أن هذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية.

خلاصة القول إن العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي ليست عقوداً خاصة على إطلاقها ، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال إشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية ، على اعتبار أن الدولة تقوم بصنفيين من الأنشطة ، أنشطة مرتبطة بممارسة السيادة ، وأخرى ذات صبغة صناعية تجارية تتمثل في إدارة مشاريع أو أعمال تجارية.

(1) د. عبد الحميد الأحديب ، موسوعة التحكيم ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 14.

(2) أ.د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط1 ، 2008م ، ص 32.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

1. في الاجتهاد القضائي السوداني لم نقف على سابقة قضائية بشأن الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار ، وذلك لأن الاستثمار في السودان يعتبر حديثاً بعض الشيء مقارنة بالدول الأخرى ، كما أن حجم الاستثمارات التي دخلت السودان في فترة ما قبل 2005م ، تعتبر ضعيفة جداً بالقدر الذي لا يثير في الغالب الأعم منازعة استثمارية ، كما أن المشرع السوداني من خلال قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م وقبل صدور خاص بالتحكيم جعل دور المحكمة إشرافاً على هيئات التحكيم.

2. العقود التي تبرمها الدولة في المجال الدولي ليست عقوداً خاصة على إطلاقها ، وإنما يمكن خلع الصفة الإدارية عليها حال اشتغالها على الخصائص المميزة للعقود الإدارية ، على اعتبار أن الدولة تقوم بصنفين من الأنشطة ، أنشطة مرتبطة بممارسة السيادة ، وأخرى ذات صبغة صناعية تجارية تتمثل في إدارة مشاريع أو أعمال تجارية.

3. تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة ، لا ترجع لكونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص ، حيث أن الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعها الدولة في تعاقدتها ، فقد تستخدم في تعاقدتها وسائل القانون العام فيعد العقد إدارياً ، أو تستخدم وسائل القانون الخاص ، فيعد العقد من عقود القانون الخاص. هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار ترجع إلى طبيعة أطرافها ، من ناحية أولى فهي تبرم بين طرف عام ممثل في الدولة وطرف خاص هو المستثمر ، ومن ناحية ثانية إلى موضوعها وهو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعداً عاماً يتمثل في مصلحة المجتمع.

4. الدولة إذا تعاقدت مع المستثمر الأجنبي بشكل مباشر بواسطة حكومتها ، أو تمّ التعاقد معه بواسطة أحد الهيئات العامة والمؤسسات التابعة لها ، في الحاليتين تتصرف آثار العقد إلى الدولة المضيفة ، طالما أن هذه الهيئات

والمؤسسات العامة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة المضيفة ، دون أن يؤثر ذلك في تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات والمؤسسات بالشخصية القانونية المستقلة.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة إختيار القائمين على أمر الاستثمار على أساس الكفاءة العلمية والفنية ، وتدريب العاملين في تلك الأجهزة والآليات لإكسابهم مزيد من الخبرات داخل وخارج السودان مما يؤهلهم للقيام بدورهم بكفاءة.
2. التروي الشديد عند صياغة بنود عقود الاستثمار وخاصة تلك البنود المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ، والبنود الخاصة بالجهة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن تلك العقود ، لما لهذين البندين من آثار هامة على التوازن الاقتصادي للعقد ولو بطريق غير مباشر.
3. الحرص على تضمين عقود الاستثمار شروطاً لإعادة التفاوض ، إذ يمكن لهذه الشروط في ضوء الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار ، أن تؤدي دوراً هاماً في تجنب المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها هذه العقود.