



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاى الطاهر - سعيده



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر
التخصص: القانون الإقتصادي

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار أمام قضاء التحكيم

- تحت إشراف الدكتور:

بن أحمد الحاج

- من إعداد الطالب:

صغير يوسف

أعضاء اللجنة المناقشة

رئيساً	عثماني عبد الرحمان	الدكتور:	-
مشرفاً ومقرراً	بن أحمد الحاج	الدكتور	-
عضواً مناقشا	لريبي المكي	الأستاذ	-
عضواً مناقشا	عبو تركية	الأستاذة	-

الموسم الجامعي: 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ۗ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۗ وَسَخَّرْنَا مَعَ

دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحُنَ وَالطَّيْرَ ۗ وَكُنَّا فَاعِلِينَ "

صدق الله العظيم .

شكر وعرفان

أشكر الله العليّ القدير الذي أنعم عليّ بنعمة العقل و الدين،

القائل في محكم التنزيل " وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ " صدق الله العظيم

سورة يوسف

أتوجه بجزيل الشكر و متنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل، و في تذليل ما
وا ني من صعوبات و أخص بالذ ر ستاذ المشرف الدكتور " ن أحمد الحاج" الذي لم يبخل علي
بتوجيهات نصائح القيمة التي كانت عونًا لي في إتمام هذه المذ رة حفظه الله ورعاه. كما أتوجه بخالص شكري
وتقديري إلى أستاذتي، ريمة العلم رفيعة الخلق، الأستاذة الدكتورة/ لرا أ يتمس الأخ الكريم ن راهيم جمال
الذي كان الفضل الكا ير في تقديم يد المساعدة

كما أتقد بجزيل الشكر و خاص الإمتنان إلى كل أستاذتي الأكار كلية الحقوق والعلوم والسياسية الذين أفادوا وأجادوا
في إبداء العلم النافع راجياً من المولى عز وجل أن يشم بحلى فعلهم خير م وبة.

ثم الشكر موصول لجامعة سعيدة ممث ر سسيها ولكي الحقوق بعميدها ولسا ر أعضاء هيئة التدريس.

إهداء

إلى من أحيا بصالح دعائهما... إلى من أستلهم الصبر والعزيمة منهما... إلى من عشقا العلم فأراداني قطرة في بحره...

أبي العزيز... أمي الغالية

أطال الله في عمرهما

إلى من أحاطوني بالرعاية ووقفوا إلى جانبي وكانوا لي يد العون ولم ييخلوا بجهنم لي...

إخوتي وأخواتي الأعزاء (عامر، علي، عبد القادر، أمينة، فتيحة).

إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي التي قاسمتني حلو الحياة ومرها فكانت خير معين لي لبلوغ غايتي وهدني...

زوجتي العزيزة

إلى ميراثي الثمين وفلذات كبدي... (يحيى، عبد الرؤوف، أمينة، إيناس، يوسف، ملاك، إسراء، دعاء، زكرياء، ياسر).

إلى أستاذي ومعلمي ومنازة دربي...

إلى من أمدني بالعلم الصادق وزودني بيزاد المعرفة ولم ييخل علي بشيء...

مشرقي العزيز... الدكتور بن أحمد الحاج.

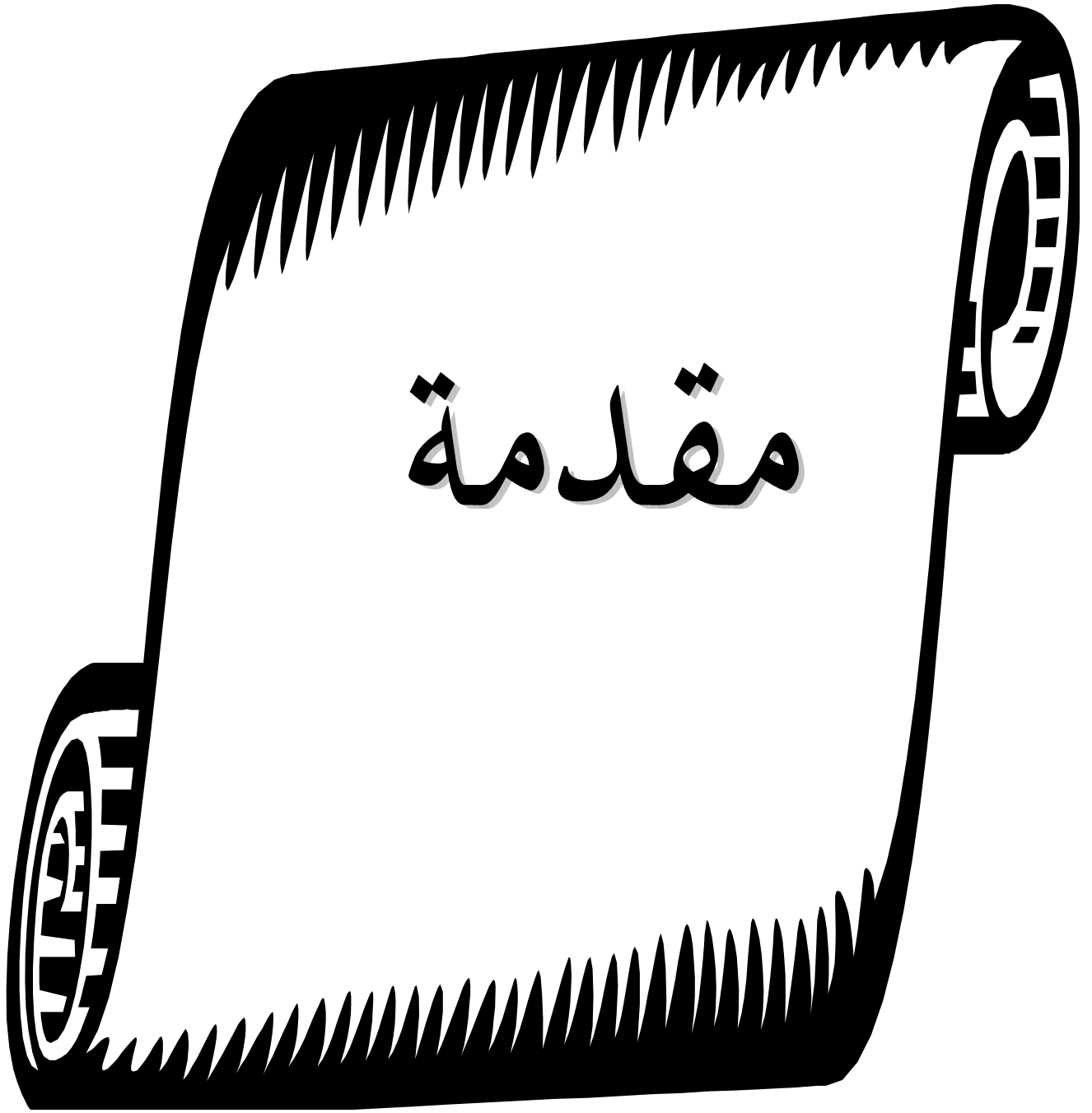
إلى كل يد بيضاء أسدت إلي العون خلال دراستي...

إلى الصديق والأخ الوفي دائماً وأبداً جمال بن إبراهيم الذي كان لي الظل خلال دراستي الجامعية، وفتح لي قلبه.

إلى الأخ والصديق يحيى أمين الذي كان له الفضل في كتابة هذا البحث المتواضع.

إلى جميع الزملاء الذين رافقوني في مقاعد الدراسة خاصة (يعقوب ناجي، سلام عبد المجيد، بوسماحة رضوان،

بوبكري محمد، فيصل عباد، يوسف، عبد الصمد، عماد،... وإلى كل من عرفته خلال هذا المسار).



مما لاشك فيه أنّ الإستثمار والقانون مجالان مختلفان لكنهما متكاملان يتأثر كل منهما بالآخر فسياسة الإستثمار لا بد من أن توازيها سياسة القانون ، فطالما كان القانون يعد من خلال شرعيته وخاصة نجاعته سببا رئيسيا في التنمية¹.

كما تعد الإستثمارات في هذا العصر العنصر الرئيسي الذي تركز عليه الخطط الإقتصادية العامة في معظم بلدان العالم.

إنّ من أهم الإشكاليات التي تمخضت عن التجربة الإستثمارية التي شهدها العالم أواخر القرن الماضي وبداية هذا القرن هو قصور النظم التشريعية والقضائية عن الوفاء بمتطلبات النظام العالمي الجديد ، خاصة في العالم العربي تحديدا ذلك راجع لأسباب سياسية أو إقتصادية أو أمنية ،شغلت حركة التطور التشريعي عن الإستعداد لمواجهة العديد من التطورات العالمية الإقتصادية والإستثمارية².

¹أنظر :أزاد شكور صالح ،الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية،الطبعة الأولى،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2016 11

²أنظر:صادق علاوة،القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،2015/2016 2.

إنّ القاعدة العامة هي أنّ القضاء الداخلي للدولة هو الذي يتولى تسوية المنازعات التي تثار بين الأطراف، فالقضاء يعتبر الطريق الطبيعي والوسيلة المعتادة لحسم تلك المنازعات.

لكن مع نمو الإستثمار والتجارة الدولية وتشابك المصالح الإقتصادية وثورة الإتصالات التي جعلت العالم عبارة عن قرية صغيرة، وسهولة إنتقال رؤوس الأموال في شكل إستثمارات ضخمة وتزايد عقود الإستثمار الدولية نجد أنّ الدولة في كثير من العقود طرفاً يتعاقد مع شركات خاصة أو مع أفراد، ومع كثرة المنازعات الإستثمارية وتعدد الإجراءات القضائية وتوسع أنماط الحياة، وحرص المستثمر على الوقت كان لابد من البحث الجاد عن وسائل بديلة وكفيلة لتسوية المنازعات التي تتوافر فيها متطلبات الإستثمار، وأهمّها السرعة والإقتصاد في الوقت، فقد أثبت أسلوب التقاضي التقليدي على مر السنين¹، أنّه مكلف وبطيء فضلاً عن أنّ نتائجه غير متوقعة وعكسية بإعتبار أنه سيسفر عن طرف رابح وآخر خاسر².

¹ أنظر: مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة دات الطابع الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، 13.

² أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص3

لقد ساهم في ذلك وبشكل كبير إنحصار دور الدولة في قيادة النشاط الإقتصادي وتبني فلسفة إقتصاد السوق تحت مظلة النظام العالمي الجديد، فظهرت بعض الإرهاصات لمواجهة هذه التطورات الإقتصادية والإستثمارية، وتم إستحداث بعض النظم القضائية ووسائل أخرى إختيارية تتناسب مع النظام العالمي الجديد والتي يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بدلا من لجوئهم إلى القضاء الوطني لحسمها¹.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه من أجل إيجاد مناخ ملائم فإنه يتعين على الدول أن تقدم كل التسهيلات والضمانات التي تدفع المستثمر الأجنبي للإستثمار رأس ماله في أراضيها، أو بمعنى آخر يجب توفير نوع خاص من المعاملات يعرف بمعاملات الإستثمار.

كما هو معلوم أن عقود الإستثمار هي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة، تتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيئة للإستثمار وهذه العقود يبرمها المستثمرون سواء كانوا هيئات إستثمارية دولية، أو تلك التي تبرمها الدولة أو أحد

¹ يُعتقد البعض أن المستفيدين الوحدين من نقل الطلبات إلى المحاكم هم المحامون، في حين أن الشركات والمستثمرين دوما أطرافا خاسرة وهو ما ينعكس بشكل جذري على اقتصاديات الدول وخطط التنمية بها.

الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو معنوي، و بمقتضاها يلتزم المستثمر الأجنبي بنقل موارد إقتصادية إلى الدولة المضيفة لإستغلالها في مشروعات على أرضها¹.

غير أن أكبر العوائق التي تواجه الإستثمار هي تخوف المستثمر الأجنبي من المناخ التشريعي للدولة المضيفة، حيث تتمثل هذه المخاوف أساساً من عدم حياد القضاء الوطني للدولة المستضيفة للإستثمار، إضافة إلى تخوفه من إستعمال الدولة لسلطتها في تعديل تشريعاتها الوطنية، التي يخضع إليها عقد الإستثمار والذي من شأنه التأثير على العلاقة التعاقدية وینعكس ذلك وبصفة غير مباشرة على حقوق المستثمر، لذلك يسعى المستثمر الأجنبي من أجل إنتزاع عقد الإستثمار من حكم القانون الوطني للدولة المضيفة بشتى الطرق وإلحاقه بنظام قانوني آخر أو إدراج شرط الثبات التشريعي إذا لم يتمكن من ذلك².

والملاحظ في هذا السياق أن جل المستثمرين ينحازون إلى قضاء التحكيم بل إن غالبية عقود الإستثمار تتضمن بندا يحيل إلى التحكيم لما لهذا الأخير من

¹ أنظر: هبة هزاع، التوازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، 11.
² أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص3.

مزايا وإستقلالية وحياد،بالإضافة إلى أن إدراج شرط التحكيم أصبح ضماناً من ضمانات الإستثمار ولايخلو قانون أي دولة من هذا النظام¹.

لقد بات التحكيم يقدم على أنه نظام عالمي لفض المنازعات التي تنشأ عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي ،بما فيها عقود الإستثمار ،والوسيلة الأكثر قبولاً بين الأطراف المتعاقدة².

ويطرح هذا البحث إشكالية هامة لها علاقة بالإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق أمام قضاء التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار ، وهل يعد القانون قانوناً وطنياً فقط ،كما ينظر إليه القاضي الوطني، أم أنه يجوز للمحكم تدويل النظام القانوني لتلك العقود على نحو يحقق الأمان القانوني ويخدم مصالح جميع الأطراف؟.

إنّ التحكيم يعد إحدى وسائل حسم المنازعات وهو طريق إستثنائي يقوم على إرادة الأطراف ،حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة ،وقد يكون الإتفاق على التحكيم وقائياً ،يمتاز بالطابع التحسبي في صورة شرط التحكيم والذي يكون إما بنود العقد وإما في وثيقة مستقلة عن العقد

¹أنظر :مراد محمود المواجدة،المرجع السابق،ص15.

²أنظر :هبة هزاع،المرجع السابق،ص14.

بإتفاق لاحق، أما الصورة الثانية وهي مشاركة التحكيم وذلك في حالة إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم عقب إثارة النزاع بينهما¹.

كما هو معلوم أنّ عقود الإستثمار لا تنتمي لنظام قانوني معين لذلك يمكن لطرفي العقد إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في حالة نشوب أي نزاع أثناء مرحلة التنفيذ، إذ أن للقانون الواجب التطبيق على العقد أهمية كبيرة تتمثل في أن تحديده على العقد يمكن من تحديد أي طرف في العقد لحقوقه وعدم تجاوزها كما يحدد الإلتزامات ومشروعية العقد من عدمها، وهو بذلك يمثل القاعدة التي من خلالها يتم تقدير مدى صحة العقد وتحديد إلتزامات أطرافه وبيان القوة الملزمة للعقد وكذا كيفية إنقضائه².

وإذا كان للقانون الواجب التطبيق هذه الأهمية، فإنه يكتسي أهمية أكبر في إطار عقود الإستثمار، نظرا لطبيعتها الخاصة، ونظرا لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة، إضافة إلى عدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف، فالطرف الأول فيها دولة ذات سيادة والطرف الثاني مستثمر أجنبي لا يتمتع بأدنى

¹ أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص3.

² أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص13.

قدر من السيادة ،هذا مايجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة في غاية الأهمية في ظل الإختلافات الجوهرية بين أهداف ومصالح كل طرف¹.

إنّ هذه الأهمية البالغة التي يتمتع بها القانون الواجب التطبيق كانت من أهم الأسباب والدوافع وراء إختيار هذا الموضوع ،إضافة إلى كون قطاع الإستثمار من أهم قطاعات التنمية الإقتصادية ،خاصة بالدول النامية ،كذلك من بين الأسباب التي قد تؤدي إلى دراسة هذا الموضوع هو وجود عدة آراء واتجاهات فقهية مختلفة قد تصل حد التناقض والتي أوجبت دراستها وإيضاح الحجج التي إستندت إليها،والإنتقادات التي تعرضت لها،إضافة إلى الحساسية البالغة لهذه المسألة وثقلها في العلاقة التعاقدية ،خاصة وأنها تمس سيادة الدولة في حالة تطبيق قانون أجنبي ،حيث تتعارض هذه الحالة مع مبدأ إقليمية القوانين المعترف بها دوليا هذا من جهة ومن جهة أخرى تمس بمصالح المستثمر الأجنبي في حالة ما إذا كان القانون المطبق هو القانون الوطني للدولة المضيفة².

ولقد قامت هذه الأخيرة بإستخدام سلطانها في تعديل تشريعاتها الوطنية،أما الأسباب الشخصية وراء إختيار القانون الواجب التطبيق فهو محاولة لإزالة

¹أنظر: علاوة صادق،المرجع السابق،ص4.

²أنظر :هبة هزاع،المرجع السابق،ص15.

الغموض الذي يعتري مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار أمام قضاء التحكيم بصفة خاصة¹.

إنّ الدولة المضيفة تتمتع بالسيادة بينما يفتقدها المستثمر الأجنبي، ولكن في بعض الأحيان تكون الدولة المضيفة في حالة ضعف، وذلك حينما تكون بحاجة ماسة لرأس المال أو للتكنولوجيا التي يحتكرها المستثمر الأجنبي والتي تجعله في مركز قوة، يمكن من خلالها أن يفرض شروطه وحتى الشرط الخاص للقانون الواجب التطبيق، إضافة إلى تحديد النظام القانوني الأنسب لحكم عقد الإستثمار والذي يراعي كل من الطبيعة الخاصة لهذه الطائفة من العقود وأهداف ومصالح كل من الطرفين والذي من شأنه أن يلاقي قبولا من قبل الدول المضيفة التي أغلبها دول نامية والمستثمرون الأجانب الذين ينتمون في الغالب إلى دول متقدمة.

¹ أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص16.

ولمعالجة الإشكالية المطروحة، فإنه سيتم الإعتماد في هذه الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي باعتبارهما الأنسب للدراسات القانونية، ويتخللهما في بعض الأحيان المنهج المقارن الذي لا تكتمل الدراسة إلا به.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه رغم الصعوبات التي واجهت الباحث بصدد دراسة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، أمام قضاء التحكيم والمتمثلة في تفرعها وعدم القدرة على الإلمام بها وتوجه الباحثين في هذا المجال إلى تكرار الأفكار والإطناب فيها دون التوسع فيها، مما يمكن القول معه بندرة المراجع التي تتناول الموضوع بالتفصيل والدقة رغم كثرتها، وما يعاب أيضا على هذه المراجع أنها ركزت وحصرت دراستها على دول المشرق دون باقي الدول العربية¹.

أما عن أهداف الدراسة فتتمحور دراسة القانون الواجب التطبيق في محاولة تسليط الضوء على ضرورة وأهمية هذه المسألة لما لها من آثار قانونية على الصعيدين الوطني والدولي²، وهذا مادفعنا للفت الإنتباه لجعل المناخ الإستثماري

¹ أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص4.

² أنظر: مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص17.

أكثر إستقرارا وملاءمة من خلال توفير الضمان والحماية للمستثمر الأجنبي وبعث الثقة والطمأنينة في نفسه¹.

ولقد تم تناول هذا الموضوع بإسهاب، وذلك نظرا للأهمية الكبيرة التي يحوزها، فالتطور الحاصل في الإقتصاد الدولي جعل الدول تهتم بقطاع الإستثمار وخاصة الدول النامية، وهذا يعود إلى ضرورة مواكبة التطور الحاصل في الدول المتقدمة ومحاولة تحقيق التنمية الإقتصادية، لذا نجد أن أغلبية الدول تسعى جاهدة إلى ضرورة الإهتمام بهذا القطاع وعلى جميع الأصعدة، خاصة القانونية منها ويتجلى ذلك من خلال إبرامها للعديد من الإتفاقيات حول هذا القطاع وتنظيمها للكثير من الملتقيات والمؤتمرات الرامية إلى دراسة قطاع الإستثمار بمختلف جوانبه².

وسيتم دراسة وتحليل الإشكالية المطروحة للوصول إلى إجابات عنها وتبعا

لذلك سيتم تقسيم بحثنا إلى مبحث تمهيدي وفصيليين :

المبحث التمهيدي: مفهوم عقود الإستثمار.

¹أنظر : صادق علاوة، المرجع نفسه 5.

²أنظر : هبة هزاع، المرجع السابق، ص16

الفصل الأول: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقد الإستثمار.

الفصل الثاني: النظام القانوني لعقد الإستثمار عند تخلف إختيار الأطراف.

المبحث التمهيدي

مفهوم عقد الإستثمار

إنّ التطرق للإستثمار يتطلب بالضرورة فهم معانيه و أبعاده في ظل ما يسمى بعصر العولمة (lobalisation) فغالبا ما تكون نشاطات الإستثمار الدولية متعلقة بحركة البضائع و الخدمات و رؤوس الأموال و الأشخاص عبر الحدود الوطنية لدولة مختلفة. و عادة ما يتخذ الإستثمار الأجنبي شكل الإستثمار الأجنبي المباشر (F.D.I) و الذي يشكل العصب الأساسي للعولمة أو يتخذ شكل الإستثمار غير المباشر¹ (Portfolio).

إنّ قيام العديد من المشروعات الإقتصادية بين الدول بعضها مع البعض الآخر أدى إلى إتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية و على الخصوص ما يعرف بمعاملات الإستثمار التي تعتبر عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للإستثمار، و هذه العقود الدولية يبرمها المستثمرون سواء أكان هؤلاء المستثمرون هيئات إستثمارية دولية أو تلك التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي.²

¹أنظر:محمودي مسعود،أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون،الجزائر،2006، 20.
² أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 25.

بالنظر لما يغلب على الإستثمارات الأجنبية العامة التي تستفيد منها الدول النامية بغية الإنماء الإقتصادي من إعتبرات سياسية، حيث تلجأ الدول عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية و مثال ذلك عقود إستغلال الثروات الطبيعية و عقود نقل التكنولوجيا و عقود الأشغال العامة الدولية و عقود التعاون الإقتصادي و عقود المساعدة والإستثمارات الفنية... إلخ.

إنّ لعقود الإستثمار دور فعال بالنسبة للدول النامية و التي تكون غالبا المضيفة للإستثمار و وسيلة بناء هيكلها الإقتصادي و تقوية بنيتها الأساسية و تجديدها و إدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا و رئيسيا في تحقيق التنمية الإقتصادية و الإجتماعية التي تطمح إليها البلدان النامية¹.

أما المستثمرون فينتمون إلى الدول التي غالبا ما تكون من الدول الغنية التي ينمو رأس مالها بإزدياد فرص العمل و الإستثمارات.

¹أنظر: جابر فهمي عمران، الإستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، 383.

إن عقود الإستثمار لها دور فعال في التجارة الدولية و تعتبر الركيزة الأساسية التي تستند عليها معظم الدول و المنظمات و الأفراد و ذلك تحقيقها لمصالحها التجارية على الصعيد الدولي و من بين الأسباب التي أرجعت إلى تزايد في إنتشار هذه العقود :

- 1- سرعة و تطور و إزدهار التجارة العالمية.
- 2- تقدم الإقتصاد و إنتشار إستخدام التكنولوجيا.
- 3- إزدياد حجم التبادل التجاري و توسع نطاق الشركات المتعددة الجنسيات.¹

حيث سيتم التعرض في هذا المبحث لتعريف عقد الإستثمار (المطلب الأول) ثم الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار (المطلب الثاني)، و معايير دولية عقود الإستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول : تعريف عقد الإستثمار.

إن تعدد الآراء و إختلاف المضامين المعطاة لعقود الإستثمار، و الخلط بينها و بين العقود الدولية الأخرى و الإهتمام البالغ لفقهاء القانون و الإقتصاد لهذه العقود حال دون التوصل لتعريف قانوني لها، حيث أن معظم التعريفات إقتصادية أكثر من كونها قانونية² ويعود السبب في هذا لأن القانون يتولى حماية

¹ أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 26.

² أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 27.

و تنظيم العلاقات الإقتصادية، و يوفر لها الإستقرار و الأمان، و يعمل على تطويرها، و عليه فقد أرجع الفقهاء مشكلة تعريف عقود الإستثمار إلى التشابك في الجوانب الإقتصادية و السياسية و القانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف.¹ ويمكن إيراد بعض التعريفات المتعلقة بعقد الإستثمار فيما يلي :

فيعرفها أحدهم بأنها " العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الإستثمار".²

لقد عرفها آخر بأنها " كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الإقتصادية للبلاد".³

رأي آخر عرفها بأنها " إتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاها شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية و المالية، بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الإقتصادية و الإجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية".

كما عرف أغلب الفقهاء عقود الإستثمار بأنها " تلك العقود التي بمقتضاها يتم إنتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضييفة على نحو مباشر و تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، و ذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة

¹ أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 63.

² أنظر: أزد شكور صالح، المرجع نفسه، ص 28.

³ أنظر: هبة هزاع، المرجع نفسه، ص 64.

بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيضة إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني".¹

كما عرفه آخر بأنها " العقد المبرم بين الدولة أو أجهزتها أو مشروعاتها الإقتصادية، مع شخص خاص أجنبي، يلتزم بمقتضاه بنقل قيم إقتصادية إليها لإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق ربح لأطراف العقد".²

إنّ أراء الفقهاء تجلّى واضحا في تعريف و إعطاء نماذج هذه العقود بحسب كل دولة و ما تحتاج له من اجل تنفيذ خططها التنموية و تحقيق تنمية إقتصادية لها و الربح للمستثمر الأجنبي و الأرجح أن نذهب إلى تعريف عقد الإستثمار إلى ما هو متعارف عليه في العقد التجاري الدولي عموما، حيث عرف بأنه علاقة قانونية دولية خاصة محكومة بموجب قانون العقد الذي تم الإتفاق عليه و صياغته من الأطراف.³

الفرع الأ : التعريف الإقتصادي للإستثمار.

يقصد بالإستثمار غالبا إكتساب الموجودات المادية، و عليه فإنّ رجال الإقتصاد ينظرون إلى توظيف الأموال على أنه مساهمة في الإنتاج. و عليه فهم في تعريفهم لعملية الإقتصاد يعتمدون على عنصر المساهمة مهملين العناصر الأخرى التي تقوم عليها هذه العملية.⁴

¹ أنظر: عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للإستثمارات الاجنبية في الجزائر" واقع و أفاق"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص05.

² أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 65.

³ أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 29.

⁴ أنظر : عزرين عبد الرزاق، المرجع السابق، ص06.

يرى رجال الإدارة بأن الإستثمار هو كل إتفاق يحدث مداخل في فترة طويلة و بالتالي يتم إعادته خلال سنوات عديدة و الملاحظ في التعريفين أن أساس قيام عملية الإستثمار يركز على عنصرين مهمين و هما المساهمة و الربح.

الفرع الثاني : التعريف القانوني للإستثمار

إنّ معظم التعريفات لعقود الإستثمار هي تعريفات إقتصادية أكثر من كونها قانونية، و إن كان القانون يتولى حماية و تنظيم العلاقات الإقتصادية، ويوفر لها الإستقرار و الأمان، و يعمل على تطويرها حيث تختلف التعاريف التي وضعتها مختلف الدول بالرغم من أنها تهتم بتنظيم عملية واحدة وذلك لإختلاف نظرة كل دولة إلى الإستثمار، فالجزائر من بين الدول التي إختلفت نظرتها للإستثمار بحسب إختلاف المراحل التي مرّ بها إقتصادها من مرحلة الإقتصاد الموجه إلى مرحلة إقتصاد السوق.

لكن قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من هذه العملية لابد من معرفة الموقف الدولي منها ذلك أن المشرع الجزائري تأثر بما تبنته الإتفاقيات الدولية فيما يتعلق بتنظيم الإستثمار.¹

أولاً- تعريف الإستثمار على الصعيد الدولي:

سيتم التطرق في هذا التعريف إلى بعض الإتفاقيات الدولية الشاملة، الجهوية، و الثنائية و ذلك كما يلي:

أ- تعريف الإستثمار في الإتفاقيات الدولية الشاملة:

¹ أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 66.

من أهم الإتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع الإستثمار نجد معاهدة واشنطن لسنة 1965م¹ التي أنشئ بموجبها المركز الدولي لحل النزاعات الدولية بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الإستثمار.¹

هذه المعاهدة تناولت الإستثمار و لكنها لم تعرفه و ذلك بهدف ضمان المرونة لهذا المصطلح إذ يتوسع النص ليشمل أنواع عدة من الإستثمارات عليه نجد أن هذه الإتفاقية تعمدت ترك عملية التعريف لمحاكم التحكيم لتعرفه حسب الحالات المعروضة عليها.

ضف إلى التعريف الذي جاءت به معاهدة سيول الدولية التي أنشأت الوكالة الدولية للإستثمار² و عرفت هذه المعاهدة الإستثمار من خلال المادة 12 و اعتبرت أن عملية الإستثمار تشمل الإستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية و القروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعين و ما يحدده مجلس الإدارة من صور للإستثمار المباشر.

¹ أنظر: المادة 12 من إتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 346/95 بتاريخ 1995/10/30، الجريدة رقم 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

² أنظر: عزرين عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 07.

حيث نجد أنّ هذه المادة لا تعرف الإستثمارات و إنما تصنفها إلى :

- إستثمارات مباشرة و غير مباشرة.
- إستثمارات مباشرة بطرق أخرى غير المساهمات.
- الإستثمارات التي لا تدخل في الأصناف السابقة.

ب- تعريف الإستثمار في الإتفاقيات الدولية الجهوية :

هذه الإتفاقيات تهدف إلى إزالة العوائق أمام حرية تنقل وسائل الإنتاج و

منها رؤوس الاموال، و مثال ذلك تقنين منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية

حول تحرير حركة رؤوس الاموال¹.

لقد تبنت هذه الإتفاقيات فكرة أن التنمية الإقتصادية تتطلب حرية تنقل

السلع و وسائل إنتاج و رؤوس أموال و لا يمكن تحقق ذلك إذا لم يكن هناك

تنقل للإستثمارات، و بالتالي يتبين من هذه الفكرة أن الإستثمار يقوم على

مجموعة من العناصر تتمثل في :

- العطاء أو المساهمة.
- أن تكون هناك علاقة بين المستثمر و شركة تمارس نشاط إقتصادي.
- أن يكون المستثمر قادرا على التأثير على تسيير الشركة ونجد أنّ هذه

الإتفاقيات إهتمت بتعريف الإستثمار المباشر².

¹ أنظر: أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 35.

² أنظر: عزرين عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 08.

ج- تعريف الإستثمار في الإتفاقيات الثنائية :

تعرف الإستثمار و تعطيه معنى واسع حيث تنص على أنه يشمل

الأمم — و الحقوق من أي طبيعة كانت و تتمثل عموما في :

المنقولات و العقارات و الحقوق العينية و الأسهم و السندات و الديون وحقوق التأليف و حقوق الملكية الصناعية.

يلاحظ من هذا التعريف و إن كان يأخذ بعين الإعتبار المساهمة إلا أنه لا يشترط أن تكون المساهمة متوسطة أو طويلة المدى و لا تكون العوائد مترتبة عن إستغلال المشروع أولا، و عليه فإن مفهوم الإستثمار نجده موسع جدا. يتبين من خلال هذه الإتفاقيات أنها لم تهتم فعلا بإيجاد تعريف للإستثمار¹.

ثانيا- تعريف الإستثمار في التشريع الجزائري:

إن توجه الجزائر نحو إقتصاد حر و تفتحها على الإستثمار الأجنبي بكل

أشكاله و بصدور القانون 01/16² المتعلق بتطوير الإستثمار تناولت المادة

الثانية منه تعريف الإستثمار بنصها يقصد بالإستثمار في مفهوم هذا الامر ما

يأتي :

¹أنظر :هاني محمد كامل المنايلي،اتفاق التحكيم وعقود الإستثمار البترولية،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2014 52.

²أنظر :المادة الثانية ،القانون ترقية الإستثمار الجزائري،المؤرخ في 06 مارس 2016 .

- إقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، و توسيع قدرات الإنتاج، و/ أو إعادة التأهيل.
- المساهمات في رأسمال الشركة.

إنّ التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، و الذي أعتبر أنّ الإستثمار هو استحداث نشاطات جديدة و قدرات الإنتاج عن طريق الأصول أو المساهمة النقدية أو العينية في رأسمال المؤسسة، و كذا استعادة النشاطات في إطار الخصوصية جزئية أو كلية و هذا في إطار ما يسمى بمنح الإمتياز لإنجاز المشاريع و النشاطات الإقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات¹.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار

لقد اختلف الفقهاء في إيجاد أو تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار الدولية و ذلك لكون الدول أو إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها طرف من أطراف العقد، و عليه فمسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بين الدولة و أشخاص القانون الخاص قد أثارت العديد من المشكلات القانونية التي تتسم بالصعوبة و الجدية.

إنّ السبب في هذه الصعوبات هو عدم تساوي طرفي العقد في المراكز القانونية، فطرفا هذا العقد كلاهما ينتميان لنظام قانوني مختلف و يدخلان في المعاملات التعاقدية بمفاهيم خاصة فالأول متعاقد كدولة ذات سيادة لها سلطة

¹ أنظر: عزرين عبد الرزاق، المرجع السابق، ص08.

عامة. و الثاني شخص أجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا. يتعاقد بمفهوم العلاقات التعاقدية الخاصة، وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و أنه يتعامل على قدم المساواة مع الطرف الآخر - الدولة - و لا يرضى بغير ذلك بديلا غالبا¹.

إنّ حالة عدم التكافؤ من جهة أخرى في المراكز الإقتصادية بين الدولة كطرف في هذا النوع من العقود و ذلك نظرا لإمكانياتها الإقتصادية و المعرفية المحدودة و بين الطرف الثاني في العقود و المتمثل في الشركات العملاقة الإقتصادية وما تملكه من قدرات على جميع المجالات التي تتركها تتفوق على الدول أو طرف العقد الثاني، الذي يسعى لجلب الإستثمارات الأجنبية للعمل في مثل هذه المشروعات، حيث يتحتم عليها في تقديم بعض التنازلات و الحوافز للمستثمر الأجنبي و هو ما قامت به الدول في تشريعاتها.²

كل هذه المميزات أثارت جدلاً كبيراً لدى الفقهاء حيث تم تكيف هذه الطبيعة إلى أربعة آراء مختلفة سوف نتناولها في أربعة فروع.

الفرع الأول : عقود الإستثمار الدولية عقود إدارية.

يرى أنصار هذا الرأي بأنّ عقود الإستثمار تعد إدارية و ذلك حسب طبيعة النشاط الذي تقوم به أحد الأجهزة الحكومية التابعة للدولة أو الدولة بحد ذاتها عند إبرامها لعقود الإستثمار، فالنشاطات قد تكون صناعية، زراعية نفطية، تجارية... إلخ حيث تقوم كل هذه النشاطات بناء على قوانين

¹ و قد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري رقم 05/07 التي تنص على أنه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون".

² أنظر: أزيد شكور صالح، المرجع السابق، ص 38-39.

الإستثمار، و التشريعات الوطنية، تحت إشراف الهيئات (الهيئة العامة للإستثمار، هيئة الإستثمار للأقاليم و المحافظات). وتقوم بذلك مع المستثمرين مع الأشخاص سواء أكانوا و طنين أو أجانب¹. إن بعض الفقهاء يرى بأن هذه العقود خاصة و يؤخذ بعين الإعتبار طبيعة محلها و موضوعها، ضف إلى إسناد الإختصاص بشأن منازعتها للقضاء الخاص أو لجهات التحكيم و التي ينص عليها في عقد الإستثمار.

كل هذه الأشكال لهذا العقد لا يمنعنا من وصفها بالعقود الإدارية و بالتالي تطبيق القانون الإداري عليها، و أستند أصحاب هذا الرأي إلى عدة إعتبرات لإعطاء قوة لرأيهم تجلت فيما يلي²:

- إن أحد طرفي العقد هو الحكومة، أو أي جهاز من الأجهزة التابعة لها و التي تمثلها و القائمة على النشاط الإقتصادي.
- ما دام أن عقود الإستثمار هدفها الأساسي هو تحقيق منفعة عامة أو تسيير مرفق عام. و تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة فهذا يتركنا أن نصرف النظر عن ما تحققه عقود الإستثمار إلى الربح أم لا.
- إن الميزات التي يستفيد منها المستثمر على ما تمنحه عقود الإستثمار. فكل هذه الميزات غير معتادة و مألوفة في مجال العقود مع الأفراد و التي تتعلق بمجال القانون الخاص كالإعفاء من الضرائب و تخفيض الجمارك، وتمنح المستثمر أرضاً يقيم عليها مشروعه الإستثماري.

¹ أنظر : هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 54

² أنظر: أزداد شكور صالح، المرجع نفسه، ص 40-41.

- حق الدولة (الهيئة) في الرقابة و التفتيش و زيارة موقع العمل، و طلب تنفيذ العقد و فقا للشروط الموضوعية.
- حق الدولة المضيفة للإستثمار في تأمين المشروع إذا كان ذلك من مقتضيات المصلحة العامة.¹

لقد عرف الفقه الإداري هذه العقود بأنها عمل قانوني ينتج عن توافق إرادتين أو أكثر، سواء إرادة الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام مع إرادة أخرى، أو مع إرادة أحد أشخاص القانون الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية² من الإعتبارات السابق ذكرها يظهر لنا جليا بأنّ هناك تقارب كبير بين كل من العقد الإداري و عقود الإستثمار الدولية، فإنّ هناك مجموعة من العوامل ترفض هذا التقارب، ومن ثم تؤدي إلى إنهيار فرضية إطلاق الصفة الإدارية على عقود الإستثمار الدولية، من تلك العوامل موضوع العقد و القانون الذي يفترض تطبيقه عند حصول نزاع ما.

فالثابت إن كثيرا من هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنية أو التجارية. و أن جل المؤسسات التحكيمية تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف ومن ثم قانون الدولة و القانون الدولي، في حين إن العقد الإداري يبقى

¹ أنظر: حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010، ص37.

² أنظر: محمودي مسعود، المرجع السابق، ص22.

عقدا وطنيا و يخضع في كل الأحوال إلى قانون الدولة الطرف فيه ولا تسري عليه قواعد التحكيم في القانون الخاص.

إنّ القول بالطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار أمر يتعارض مع سياسة تشجيع الإستثمار¹.

حيث يؤدي لجوء الدول إلى الطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار من شأنه أن يبعد المستثمرين وذلك لتجنب المخاطر التشريعية والقضائية التي يتعرضون لها. و عليه فعلى الدولة المستضيفة للإستثمار أن تبتعد عن أحكام القانون العام و تلجأ إلى تطبيق أحكام القانون الخاص على عقود الإستثمار الدولية وهذا كله يعود بالإيجاب على الزيادة في الاستثمارات الأجنبية و الوطنية².

الفرع الثاني : عقود الإستثمار الدولية من عقود القانون الخاص.

نتيجة للإعتبارات العملية، فإن مقتضيات الإستثمار و التجارة الدولية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام في التعاقد، لأنه بتمسك الدولة بسيادتها و سلطاتها العامة فإنّها تهدم العلاقات التعاقدية مع الطرف الأجنبي و عليه كان لزاما على الدولة أن تنزل إلى المستوى المتعاقد الخاص وذلك لتحقيق مصالحها الخاصة، مما يستوجب بالتعاقد بأسلوب القانون الخاص و ذلك تحفيزا للإستثمارات الأجنبية و تحقيق أهداف الدولة الإقتصادية. مما يحقق المساواة و الأمان مع الطرف المتعاقد (الأجنبي)³.

¹ أنظر : ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 36.

² أنظر : حسان نوفل، المرجع السابق، ص 38.

³ أنظر: أزيد شكور صالح، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها.

إنّ قضاء التحكيم قد قرر في كثير من أحكامه على فكرة عقود القانون الخاص التي تبرمجها الدولة.

فعقود الإستثمار الدولية تعتبر عقود لم تعد تربط بالمرافق العامة و تقديم الخدمات و إنّما صارت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الدولي الخاص للعقود. و عليه يخلص هذا الرأي إلى أنّ عقود الإستثمار الدولية من عقود القانون الدولي الخاص. حتى لو كان أحد طرفيها شخصا من أشخاص القانون العام.

الفرع الثالث : عقود الإستثمار الدولية ذات طبيعة خاصة.

تعتبر الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار بأنها عقود قائمة بذاتها و لها خصوصيتها و بنيتها و آثارها القانونية المستقبلية و هذا ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي¹ حيث يرون تمتع عقود الإستثمار بطبيعة خاصة و ذلك لطبيعة الأطراف و إرتباطهم بخطط التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة. فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع لكونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، حيث تستمد خصوصيتها من موضوعها و إرتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، و عليه فإن طبيعة و محل و موضوع هذه العقود يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة، و هذا ما يكسبها بعدعاما يتمثل في الإرتباط بالمجتمع، و مهما قلنا بأنّ عقد الإستثمار ينتمي إلى طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة فهذا لا ينسينا بأنّه يحتوي جانبا من عناصر العقود الإدارية و سماتها².

¹ أنظر : هبة هزاع، المرجع السابق، ص 72.

² أنظر :حسان نوفل، المرجع السابق، ص 39.

لقد خلص الفقه القانوني إلى أن الطبيعة المختلطة لتلك العقود تجعل من البحث في طبيعتها القانونية مسألة نظرية بحتة يصعب معها الإنتهاء إلى نتائج حاسمة لها، و عليه تم إستخلاص أمر مهم بحيث أعتبر أن عقود الإستثمار الدولية عقود ذات طبيعة خاصة مختلفة تجمع بين خصائص القانون العام و الخاص.¹

الفرع الرابع : عقود الإستثمار من العقود التجارية الدولية.

العنصر الأجنبي في العقد يعطيه صفة الدولية و هو من قبيل عقود التجارة الدولية، سواء أكان ذلك بسبب إختلاف جنسية أطرافها أو إختلاف مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد، فإتصال العناصر القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد من شأنه أن نعتبر عقد الإستثمار من عقود التجارة الدولية و هذا وفقا للمعيار القانوني أما بالنسبة للمعيار الإقتصادي فإن عقود الإستثمار تعد كذلك من عقود التجارة الدولية و ذلك لتعلقها بمصالح التجارة الدولية.²

لقد أكد الفقه أنه في حالة تطبيق المعيار المزدوج للدولية فإن عقود الإستثمار تعد من عقود التجارة الدولية لأنه يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد (المعيار القانوني) و عليه فإن عقد الإستثمار الذي يبرم بين طرفين ينتمي كلاهما إلى نفس الدولة يعد داخليا، أما إذا كان أحد أطراف العقد يحمل جنسية دولة أخرى فإنه هذا العقد يعد عقدا تجاريا دوليا أيّا كان المعيار الذي يأخذ به الفقه و القضاء في الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي، سواء كان قانونيا أم إقتصاديا أمر مزدوجا و عليه نستطيع القول أن عقود الإستثمار إذ

¹ أنظر : أزاد شكور، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها.

² أنظر: حسان نوفل، المرجع السابق، ص39.

تعلقت بمصالح التجارة الدولية فهي عقود إستثمارية دولية و بالتالي تكون قابلة للتحكيم التجاري الدولي¹.

إنّ عقود الإستثمار تتمتع بطبيعة خاصة مختلفة تجمع بين خصائص القانون العام و القانون الخاص، و إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية فهي تصبح عقودا إستثمارية دولية وهذا ما يذهب بنا إلى إدماج تلك العقود في مصطلح عقود التجارة الدولية. و الأراء السابقة الذكر مكملان لبعضهما البعض. و الأمر المفيد الذي تسعى إليه الأراء هو تحقيق الهدف الأسمى و الغاية منه هو جلب تشجيع المستثمرين لإبرام عقود إستثمارية دولية مع تبيد مخاوفهم بإستبعادهم من تطبيق النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة أو الدولة المضيفة و إختصاص محاكمها.²

المطلب الثالث : معايير دولية عقود الإستثمار.

إنّ العقد لا يختصر داخل نظام قانوني واحد و إنّما يتصل بعدة أنظمة قانونية، فالفقه و جد صعوبة في إيجاد تعريف جامع و مانع مما إستوجب عن البحث عن معيار يحدد التعريف أو المقصود بالعقد الدولي و من الملاحظ أنّه تم التطرق إلى ثلاثة معايير تستخدم في تحديد الصفة الدولية للعقد، و عليه سوف نتناولها في ثلاثة فروع معيار قانوني و معيار إقتصادي و معيار ثالث جمع بين المعيارين و هو المعيار المختلط.³

¹ أنظر : هبة هزاع، المرجع السابق، ص 74.

² أنظر: أزيد شكور صالح، المرجع نفسه، ص 48.

³ أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص 38-39.

الفرع الأ : المعيار القانوني.

إنّ الفكرة التي يعتمد عليها هذا المعيار في تحديد دولية العقد وأنه بمجرد التطرق إلى الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية، إلا أن أصحاب هذا الإتجاه الذي يعتمد على المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقود قد اختلفوا على مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية و آثارها على إلحاق الصفة الدولية بهذه الرابطة العقدية حيث تجلّى ذلك في ظهور صورتين من المعيار القانوني الأولى تقليدية و الثانية حديثة.¹

أولاً-المعيار القانوني التقليدي :

يذهب أنصار هذا المعيار في إلحاق الصفة الدولية بالرابطة العقدية على أساس التسوية بين العناصر القانونية بالرابطة العقدية حيث أنه يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي من العناصر القانونية يؤدي إلى إكتساب العقد الطابع الدولي بمعنى أنه يكفي إعتبار العقد دولياً و ذلك بأن يكونوا الأطراف من جنسيات مختلفة² أو مكان تمثيل العقد مختلف عن دولة القاضي.²

هذا المعيار يعتبر وفقاً لأنصاره هو المعيار القادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص فقوام هذا المعيار هو أن مناط الدولية إنما تكمن في إتصال العناصر القانونية للعقد المعني بعدد الأنظمة القانونية المختلفة و على

¹ أنظر : هبة هزاع، المرجع السابق، ص 77.

² أنظر :صادق علاوة،المرجع السابق،ص40.

هذا الأساس يجب علينا تحليل العقد محل التساؤل و الوقوف على طبيعة العقد

أن يكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة.

إنّ الفقه الحديث إنتقد هذا المعيار و أعتبره معيارا آليا جامد إذ

يقضي بأنّ و جود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية يعتبر عقدا دوليا

بغض النظر عن الأهمية و الثقل لذلك العنصر القانوني أو طبيعة الرابطة

القانونية المطروحة¹.

ثانيا-المعيار القانوني الحديث :

يرى أنصار هذا المعيار أنه يتعين التفرقة بخصوص العناصر القانونية

المكونة للعقد، و التي قد تطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر القانونية الفعالة

و المؤثرة في العلاقة التعاقدية بين العناصر القانونية و غير الفعالة أو المحايدة،

إذ لا يعتبر مجرد توافر العناصر الأخيرة كافيا لإضفاء الطابع الدولي على العقد

و إنما يستوجب لإكتساب هذا الطابع أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت

إلى عنصر قانوني فعال أو مؤثر فتحديد دولية العقد من عدمها على هذا الأساس

هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية.²

الفرع الثاني : المعيار الإقتصادي.

لهذا المعيار صورا عديدة تلبى الحاجيات الإقتصادية و من أهم هذه الصور :

- أولا : معيار المد و الجزر :

¹أنظر: هبة هزاع، المرجع نفسه، ص78.

² أنظر: هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 74.

لإعتبار العقد الدولي يجب أن يكون هناك حرية مد و جزر أي ذهاب و إياب القيم الإقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر و لقد تعرض إلى النقد و ذلك لانعدام قدرته على إستيعاب جميع العلاقات الإقتصادية الدولية. ضف إلى ذلك عدم أخذه بعين الحسبان تنوع طرق الوفاء، فهناك طرق عديدة أو أخرى للوفاء لذلك فلا مناص من تطور هذا المعيار.¹

- ثانيا : معيار مصالح التجارة الدولية :

يعتبر كل عقد دولي ينصب على العمليات الإقتصادية التي تتضمن حركة الأموال أو الخدمات أو مدفوعات عبر الحدود حتى و لو كانت في إتجاه واحد و من بين التشريعات التي إعتمدت على هذا المعيار التشريع اللبناني حيث نصت المادة 809 من قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني على أنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية كما أن المعيار الإقتصادي الذي تبناه الفقه و القضاء الفرنسيان يتميز بأنه يعطي التحكيم الصفة الدولية بغض النظر عن جنسيته أطرافه مدام يتصل بمصالح التجارة الدولية.²

الفرع الثالث : المعيار المختلط (المعيار الإقتصادي و القانوني)

هذا المعيار يجمع بين المعيارين الإقتصادي و القانوني إذ لا يكفي من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية ليقرر دولية العقد المعني، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.³

¹ أنظر: صادق علاوة، المرجع السابق، ص40.

² أنظر: أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية المصرية، مصر، 2001، ص 65.

³ أنظر: هشام خالد، المرجع السابق، ص76.

إنّ المشرع الجزائري و بخصوص موقفه من تحديد الصفة الدولية للعقد فإنه لا يوجد نص صريح يدل على أي المعيارين قد أخذ به، إلا أنّ ما جاء به المرسوم التشريعي 09/93 و الذي تعرض إلى دولية التحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج هذا حسب نص المادة 458 من المرسوم رقم 09/93 و الملاحظ من خلالها أن المشرع أخذ بالمعيارين معا، لكن و بعد صدور القانون 09/08 فإنه يلاحظ تغليب المشرع الجزائري للمعيار الإقتصادي و ذلك يتضح من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

ختاما و ما يمكن إستخلاصه من خلال هذا المبحث التمهيدي، أنّ عقود الإستثمار هي عقود تبرمها الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها أو المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمرين يستوي في ذلك أن يكونوا أشخاصا طبيعية أو معنوية يمكن التفرقة بين المواطنين منهم و الأجانب، بمعيار الجنسية في حالة كانوا أشخاصا طبيعية أو بإحدى المعايير المتبقية كمعيار الرقابة أو تأسيس أو جنسية الشركاء في حالة كانوا أشخاصا اعتبارية.

إضافة إلى ذلك فإن عقود الإستثمار تختلف على أساس ثلاثة أصناف تمثل نماذج هذه الأخيرة، هي عقود البترول، عقود التعاون الصناعي و عقود الأشغال العامة الدولية.

¹ المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري 09-100 مؤرخ 10 مارس 2009 التي تنص على أنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل"

أما فيما يخص الطبيعة القانونية لعقد الإستثمار فبالرغم من الإختلاف حولها، فإن لعقد الإستثمار طبيعة خاصة ليس لأنه خليط من عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص بل لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافه وإرتباطه بالخطط التنموية للدولة المضيفة¹.

¹ أنظر : أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص66.

الفصل الأول

اختصاص قانون الإرادة بحكم عقد الاستثمار

من المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص، أنّ تطبيق الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد، في إطار التجارة الدولية، حيث أنه في إطار المنهج التنازعي يقتضي التمييز بين مسألة الأهلية للتعاقد و بين الشروط التشكالية و الموضوعية في العقد.

فمن حيث الأهلية، إتجه الفقه الغالب إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد سواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية أو قانون محل الإقامة (الموطن). أما من حيث الشكل، فقواعد الإسناد في هذه المادة هي قواعد عالمية التطبيق و وضعت لتأمين سلامة التعاقد و تسهيلات لإجراءات المعاملات الدولية، و قد إتجه الفقه الغالب إلى إخضاعها إختياريا إما لقانون العقد أو لقانون بلد الإبرام¹.

إنّ القانون الذي يخضع له هذا العقد من حيث الموضوع هو قانون الإرادة، حيث لا تستطيع هذه الإرادة أن تقوم بدورها في الإختيار إلا إذا كان العقد يتسم بالطابع الدولي. فتحديد دولية العقد هي مسألة أولوية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، و لا شك أن تكييف العقد ما إذا كان دوليا من عدمه، لا يتوقف على إرادة الأطراف، بل يعود أمر تكييف هذه الرابطة العقدية المتسمة بالطابع الدولي لقانون القاضي الذي يطرح أمامه النزاع و بناء على تكييفه لهذه العلاقة يتقرر ما إذا كان العقد دوليا، فإذا كان كذلك فإنه يخضع لقانون الإرادة و إذا تبين العكس، أي أنه يتصف بالطابع الداخلي².

¹ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 36.

² أنظر: أحمد مخلوف، المرجع السابق، 67.

المبحث الأول : إختصاص القانون الوطني بحكم العقد.

إنّ من أهم المبادئ التي إستقر عليها الفقه في القانون الدولي الخاص هو خضوع العقد لقانون الإرادة و هذا ما تقر به العديد من التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية و أحكام القضاء و التحكيم الدولي و يعتبر القانون الوطني للدولة المضيضة الإستثمار قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقودها المبرمة بينها و بين المستثمر الأجنبي خاصة إذا تم إختيار هذا الأخير صراحة لهذا القانون ليحكم العقد أو إذا كان كانت الملايسات و الظروف المحيطة بالعقد تعبر أو توضح إتجاه الإرادة الضمنية إلى إختيار هذا القانون¹.

المطلب الأول : صور إختيار الأطراف للقانون الوطني.

إنّ أغلبية عقود الإستثمار الدولية مضمنة ببند يشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المضيضة للإستثمار. و كما هو معروف فإنّ وجود الدولة كطرف في العقد الذي يبرم مع الطرف الأجنبي يجعل من قانونها الوطني قانونا و اجب التطبيق أمرا لا محال منه، حيث يعتبر أنه قانون دولة التنفيذ و في الغالب يكون قانون محل الإبرام و موضوع العقد كما أنه قد يتم بناءا على إعتبار هذه العقود إدارية أو بناءا على إعتبرات سياسية².

الفرع الأول : الإختيار الصريح.

¹ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 65-66.

² أنظر: صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 193.

إنَّ إغفال النص الصريح على إختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد إلى نظام قانوني قد يخل بتوقعات الأطراف و الملاحظ في عقود الإستثمار المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة، أنه من النادر أن تخلو عقود الدولة ذات الطابع الدولي من تحديد القانون الواجب تطبيقه الذي يثير الكثير من الخلافات الحادة بين الأطراف هذه الأخيرة كان في مقدرتها تجنب ذلك و قاموا بنص على القانون الوطني الواجب التطبيق صراحة.

كما تعد إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب تطبيق على العقد ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية فيكون من حق الأطراف الإتفاق على إخضاع عقدهم للقانون الذي إتجهت إليه إرادتهم الصريحة عن طريق إدراج صريح للإختيار¹ قانون الدولة المتعاقدة في متن العقد و بصورة مكتوبة توضح و تبين النية المعلنة لإرادتهم التي تقرر القانون الذي يحكم العقد و من أمثلة الإختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المضيفة ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين شركة Products LTD Vocum Salt و حكومة غانا التي نصت على تطبيق القانون الوطني لدولة غانا على العقد، ومن

¹ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 67.

هنا تظهر الإرادة الصريحة التي تم الإتفاق عليها كأحد شروط العقد، كما تبنت جميع المعاهدات و الموائيق الدولية الإختيار الصريح للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد و منها قانون الدولة المتعاقدة الطرف في العقد و كذلك الحال عند القضاء و التحكيم الدولي فإنهما يقومان مباشرة بتطبيق قانون الدولة المختار صراحة من قبل الأطراف¹.

ففي كثير من الأحكام الدولية الصادرة في هذا الشأن نجدتها تتماشى و منطق الإختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة. و من أمثلة ذلك الحكم الصادر من CCI في العام 1975 بشأن النزاع الناشئ بين شركة ألمانيا الغربية و اليمن الشمالي بخصوص إنشاء و إدارة مشروع لتربية المواشي] و قد طبقت المحكمة القانون اليمني و هو القانون الذي إختارته إرادة المتعاقدين صراحة في متن العقد] و كان من نتيجة تطبيقه رفض طلب الفوائد المقدم من الشركة الألمانية لتعارضه مع القانون اليمني المستمد من الشريعة الإسلامية التي تحرم الفوائد².

الفرع الثاني : الإختيار الضمني.

¹ أنظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 194-195.

² أنظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 196.

إنَّ الإرادة الضمنية هي حالة وسط بين الإرادة الصريحة و بين الإحتمال الخاص بعدم إختيار قانون العقد أصلا و لاسيما إذا كانت الإرادة الضمنية تنبأ حقيقة عن إختيار قانون محدد.

من المتعارف عليه أن التعبير عن الإرادة يكون ضمنيا متى كان المظهر الذي إتخده هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة و لكنه مع ذلك يدل عن هذه الإرادة الضمنية، حيث يسهل خلاصه منها. و قد أوضع كل من الفقه و القضاء و التحكيم أن هناك عدة قرائن للدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد فعلى سبيل المثال يمكن الأخذ بقانون إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم التي إختارها الأطراف أو قانون الدولة التي تتبعها اللغة المحرر بها العقد¹.

كما أنَّ الإرادة الضمنية يمكن أن نستخلص من شروط العقد و ملاسبات الحال و الظروف التي أحاطت بتكوين العقد.

إنَّ الحالة التي لا يوجد فيها إختيار صريح للقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار في متن عقد الإستثمار المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي ليحكم

¹ أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005، ص 209.

النواحي الموضوعية فيه، في هذا الفرض يتوجب على القاضي أو المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف إذا كانت الملابسات و الظروف المحيطة بالعقد تشير أو تدلي بشكل قاطع بأن إرادة الأطراف تتجه إلى إختيار هذا القانون ليطبق على العقد⁰ إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذي سيحكمهم بشكل صريح هو قانون الدولة المتعاقدة¹.

إن القرار رقم 1526 و الذي تم الفصل فيه و فقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1967، إعتبر المحكم أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإمتياز المبرم بين الدولة و شركة بلجيكية في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة لقوانين يحكم العقد هو قانون الدولة المتعاقدة.

يتضح من هذا الحكم أن المحكم طبق قانون الدولة المتعاقدة بالرغم من أن العقد قد أبرم في بروكسل و مع شخص يحمل الجنسية البلجيكية. و بالرغم من صفته الدولية إلا أن شروطه الموضوعية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إستنادا إلى أن إرادة الأطراف إنصرفت إلى تعيين القانون الوطني للدولة المضيفة

¹ أنظر : عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 211.

ليطبق على العقد بالإضافة إلى أن هذا العقد يتوجب تنفيذه داخل إقليم هذه الدولة¹.

إلا أن استخدام فكرة الإرادة الضمنية يجب أن تتم بصورة حذرة حتى لا يتم إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم فهذا الأخير و في معرض إختياره للقانون الواجب التطبيق على العقد في إطار الإرادة الضمنية فإنه يقوم باستخدام قرائن قاطعة تدل على تركيز العقد في القانون الذي سوف يطبق عليه.

يكون من قبيل الإختيار الضمني لقانون الدولة المضيفة للإستثمار إدراج شروط عدم المساس بالعقد و شروط الثبات التشريعي و التي تؤدي إلى غل يد الدولة المتعاقدة و منعها من تعديل الشروط التعاقدية بإرادتها المنفردة و تجميد القانون المختار وقت إبرام العقد و على الرغم من قيام الدولة بتعديلات لاحقة على قانونها².

بمفهوم المخالفة فإن الدولة لا تستطيع تعديل أو تغيير أو إلغاء مثلا قانون التجارة الدولية و لا قانون أية دولة أخرى عدا قانونها، أو ما دام المستثمر قد أدرج

¹ أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 61.

² أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 67-68.

شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد فإن إرادته الضمنية قد إتجهت
 حتما إلى إختيار قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للإستثمار و هذه قرينة قاطعة
 على الإرادة الضمنية.¹

الفرع الثالث : التسوية بين الإختيار الضمني و الإختيار الصريح

كما هو معروف أنه في حالة الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق
 على العقد يحسم بذلك الأمر، إلا أن الإشكالية تثور حينما يسكت المتعاقدان عن
 الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فهل يتصدى القاضي عندئذ مباشرة
 للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية و إسنادها للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة
 أم أنه يجب عليه إستخلاص و إستجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين في إختيار
 القانون الواجب التطبيق من خلال القرائن الدالة ومن ثم الإعتداد بها؟

أولا : الإتجاهات الفقهية المختلفة حول الإختيار الضمني.

لقد إنقسم الفقه بشأن مسألة الإختيار الضمني إلى رأيين بين رافض و مؤيد :

1- الإتجاه الفقهي الرافض لفكرة الإختيار الضمني :

¹ أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 62.

إنَّ إعطاء الحرية للمحكم في البحث عن الإرادة الضمنية في نظر أنصار هذا الإتجاه يؤدي حتما إلى تحكمه و إخلاله بتوقعات الأطراف المتعاقدة و أن البحث عن الإرادة الضمنية ما هو إلا مجرد وهمي و خيال مسندين إلى أن غياب الإختيار الصريح يرجع لسببين إما إلى أن أطراف قد أغفلوا هذا الإختيار و لم ينتبهوا له و هذا إحتمال نادر الحدوث في ظل العقود الحديثة¹ و إما أن أطراف العقد تعمدوا عدم إثارة هذه المسألة و ذلك خوفا من الخلاف الذي قد يؤدي إلى عدم التعاقد] و في كلتا الحالتين لا يمكن الجزم بوجود إرادة ضمنية في إختيار القانون الواجب التطبيق و تصدي المحكم أو القاضي للبحث عن هذه الإرادة يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف و لم يعبر عن إرادتهم الحقيقية، و قد إستند أنصار هذا الإتجاه إلى الأحكام التحكيمية في قضية SPP ضد جمهورية مصر العربية و على الرغم من وجود الإشارات و القرائن التي أثارها الجانب المصري في هذا النزاع، و التي تشير إلى إختيار الطرفين القانون المصري ليحكم النزاع، إلا أن محكمة التحكيم أعرضت عن ذلك و لم تأخذ بفكرة الإختيار الضمني².

إنَّ من التشريعات الوطنية التي تؤيد هذا الإتجاه هو التشريع الإسباني و ذلك حسب نص المادة 10 الفقرة 5 من القانون الإسباني التي تنص على انه "يسري على الإلتزام و التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له صراحة ...".

¹ أنظر :بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، 151.

² أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 63-64.

لقد أثبت الواقع أن مثل هذا الإتجاه يعاب عليه نقص المنطق القانوني السليم لما يؤدي إليه من تجاهل إلى قاعدة الإسناد التي تقضي لخضوع العقد لقانوني الإرادة فعدم الإعتداد بالإرادة الضمنية و إلحاقها بالغرض الخاص بعدم إتفاق المتعاقدين على إختيار القانون الواجب التطبيق أمري يناهض المنطق الصحيح لما يؤدي إليه إلغاء قاعدة الإسناد الرامية إلى إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة.¹

2- الإتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الإختيار الضمني :

أجمع أنصار هذا الإتجاه على أنه توجد منطقة و سطر بين الإختيار الصريح و حالة عدم الإختيار وهي الإختيار الضمني الذي هو حقيقة وليس خيال وينبغي التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد شريطة أن يتأكد المحكم □ القاضي من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن يطمأن لها لأنها تكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

إنّ الإرادة الضمنية يجب إعتبارها والإعتداد بها وعدم تجاهلها لأنها تعتبر إرادة حقيقية تنبئ عن ميل واضح إن كان كامنا إلى نظام قانوني معين،

¹ أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 65.

بحيث نكون أمام تحديد أو إختيار ضمنى للقانون الواجب التطبيق على العقد أو إعتقاد حقيقى وكافى شأنه¹.

لقد إستند أنصار هذا الإتجاه إلى ما أقر مجمع القانون الدولى بدورة إنعقاده بمدينة بايل بسويسرة بعام 1991م و الذى جاءت المادة 203 منه على النحو التالى " عند عدم إختيار صريح لقانون العقد فإنه يتعين أن يستخلص الإختيار الضمنى لهذا القانون من ظروف معبرة تكتشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين بهذا الشأن".

لقد إستند أنصار هذا الإتجاه إلى الأحكام التحكيمية التى أخذت لفكرة الإختيار الضمنى و مثال ذلك العقد الذى أبرم بين شركة من القطاع العام الجزائرى و إحدى الشركات الأمريكية بهدف إنشاء و مد سكك حديدية إلى منطقة جبال جارة فى الجزائر و عندما ثار خلاف بين الطرفين و تم اللجوء إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC.

قامت محكمة التحكيم بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد حيث أن هذا الأخير جاء خاليا من الإختيار الصريح لقانون العقد فإن محكمة التحكيم

¹ أنظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 276.

قررت البحث عن الإرادة الضمنية وقررت تطبيق القانون الجزائري بإعتباره مكان إبرام وتنفيذ العقد¹.

من خلال ما تقدم أن جانبا كبيرا من الفقه نادى بضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية شريطة أن يتأكد القاضي أو المحكم من وجودها من خلال قرائن قاطعة أو ظروف وملابسات الحال التي تكشف عن الاختيار الحقيقي مما يتعين معه الاعتداد بالإختيار البين القاطع والمؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد ولو لم يكن صريحا فصاحب الإرادة حر في إختيار الصور التي يريدتها للتعبير عن إرادته².

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من الإختيار الضمني

إنّ غالبية التشريعات الداخلية الوطنية قامت بالمساواة بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة معتبرة الإرادة الضمنية إرادة حقيقية ونذكر من بين هذه القانونين الداخلية على سبيل المثال المشرع المصري حيث نصت المادة 1/119 من القانون المدني المصري على أنه "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف انه قانون آخر يراد تطبيقه " بالإضافة إلى المادة 19 من القانون المدني الليبي والمادة 19 من القانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 29 من القانون المدني اليمني الصادر عام 2002 و المادة 20 من القانون المدني السوري والمادة 13 مدني سوداني، وهذا هو الرأي المستقر عليه في الفقه و

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود دولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأذن، 2010، ص 182-183.

² أنظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 278.

القضاء الأردني، و كذلك المادة 1/35 من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام 1979 و كذلك المادة 1/27 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986 و القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 و التي نصت على أنه "اختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف" والقانون الايطالي الصادر عام 1995 في المادة 1/57 والقانون الروسي الصادر عام 2001 في المادة 2010.¹

أما موقف المشرع الجزائري من الإختيار الضمني فإنه يمكن استنتاجه من خلال كل من المادة 18 والمادة 60 من القانون المدني الجزائري حيث تنص المادة 60 على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك للدلالة على مقصود صاحبه".²

يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم بنص القانون أو ينفق الطرفين على ذلك وبما أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون التعبير عن إرادة اختيار القانون صريحا في كل من المادة 18 مدني والمادة 1050 إجراءات مدنية وإدارية فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز الإعتداء بالاختيار الضمني.³

¹ أنظر: صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 67.

² أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 68.

³ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 69.

المطلب الثاني: عدم إلتزام المحكم بإختيار الأطراف للقانون الوطني للدولة المضيفة.

لقد سبقت الإشارة إلى أنه في حال ما إتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة في العقود الدولية عموما وعقود الإستثمار خصوصا لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء كان هذا التعيين صريحا أم يتم تعبير عنه بصورة ضمنية، حيث يمكن إستخلاصه من الملابسات والظروف المحيطة بالعقد على أن تكون هذه الإرادة الضمنية مؤكدة فإنه يجب على المحكم الإلتزام بهذا الإختيار المستمد من مبدأ سلطان الإرادة الذي سوف يجعل من هذا القانون يفلت من القيود التي يمكن فرضها من قبل القاضي أو المحكم المعروض أمامه النزاع، ويتعين بالتالي تطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة¹.

فعند إختيار الأطراف للقانون الوطني أو أية قواعد قانونية أخرى فعلى المحكم أن يلتزم بتطبيق هذا الإختيار، و بكافة أبعاده حتى و إن أدت هذه القواعد إلى إبطال جزئي لبند العقد، و عندما لا يلتزم المحكم بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف فإن قراره معرض للطعن و الإبطال و يكون بذلك خرج عن المهمة المعينة له بالإرادة.

فعندما يلتزم بالإختيار فإن القضاء لا يملك في معرض إقراره بالحكم التحكيمي و إعطائه الصيغة التنفيذية أن يراقب الحكم بالأساس وإنما يكتفي بوجوده وبأن لا يكون مخالفا للنظام العام الدولي في دولة المحكمة.

¹ أنظر: صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 68.

و على الرغم من إعتبار القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار هو القانون المختص عادة ليحكم هذه العلاقة بإعتباره قانون دولة التنفيذ و في الغالب قانون مكان الإبرام إلا أنه أحيانا قد يتم إستبعاده من قبل بعض أحكام التحكيم، على الرغم من إختياره صراحة من قبل الأطراف و قد أستند بذلك إلى حجج مختلفة منها عدم ملائمة قواعده و تخلفها و بأنها لا تصلح لمعاملات التجارة الدولية الحديثة و مقتضياتها كما أنها لا تحافظ على التوازن المفروض في العلاقة التعاقدية و تلحق الضرر بالطرف الخاص الأجنبي و بالتالي يجب إستبعادها بحجة تعارضها مع النظام العام¹.

الفرع الأول : عدم الإلتزام بحجة عدم ملائمة القانون الداخلي لنظم التجارة الدولية.

إن قضاء التحكيم إستند إلى حجج لإستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة للإستثمار، و الذي تم إختياره من طرف إرادة الأطراف و أعتبره كقانون واجب على تطبيق العقد المبرم بينهما، و حجتهم في ذلك أن هذا القانون غير ملائم لتطبيق على العقد الدولي الذي نظم في إطار التجارة الدولية و هذا ما ذهب إليه حكم التحكيم الصادر بسنة 1951 بين شركة Pétroleum Development و بين شيخ أبوظبي، حيث لاحظ المحكم في القضية اللورد الإنجليزي Asquith of Bishaps Tome أنه و على الرغم من أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون إمارة أبوظبي وذلك لأن العقد قد أبرم و نفذ فيها² حيث قرر أنه

¹ أنظر :محمودي مسعود،المرجع السابق،ص27-28.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 69.

إذا كان هناك تم قانون وطني واجب التطبيق فإنه القانون الوطني لدولة أبوظبي الذي تم فيها إبرام و تنفيذ العقد.

إلا أنه و بالرغم من هذه النتيجة التي توصلت إليها فقد قام باستبعاد هذا القانون و ذلك بحجة تخلفه و إعتبره نظاما قانونيا غير قابل للتطبيق في مجال المعاملات التجارية الحديثة، كما إعتبر بأنه لا يمكن القول أن مثل هذا القانون له وجود على نحو يؤدي إلى الإعتراف به قائلًا إن شيخ أبوظبي يحكم بالإستناد إلى القرآن الكريم و يمارس بذلك سلطة تقديرية لذلك فإنه يعد ضربا من ضروب الخيال الاعتقاد بوجود مجموعة من المبادئ القانونية واجبة الأعمال على معاملات التجارة الحديثة و خصوصا في هذه المنطقة البدائية¹.

كنتيجة حتمية فإن القانون الإنجليزي التابع لدولة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، هو القانون الواجب إعماله، مستندا في ذلك إلى أحد البنود الواردة في عقد الإمتياز بالنسبة لحسن النية و الثقة المتبادلة، مقرا بأن إرادة الأطراف إنصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتعدنة، و هي نوع من القانون الطبيعي الجديد، و بذلك يكون المحكم قد نجح في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة للدولة المتعاقدة ليحل محله القانون الوطني للطرف الخاص الأجنبي المتعاقد معها، بإعتبار أن القانون الإنجليزي يحتوي على مبادئ جرى العمل بها في الدولة المتحضرة²، ولقد إتضح أيضا في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية حول تطبيق الشريعة الإسلامية، في شأن القانون الواجب

¹ أنظر : حسين يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة ماجيستر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 16.

² أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 73.

التطبيق على النزاع التحكيمي، و هو قانون الدولة التي كانت محلا لتنفيذ عقد المفاوضة، أثرت مسائل متعلقة بكون الشريعة الإسلامية هي قانون الأصل في تلك الدولة، وهي واجبة التطبيق، وتطبيقها يؤدي إلى بطلان إتفاق التحكيم في إحدى الشروط العامة للعقد، ويترتب على ذلك البطلان عدم إختصاص المحكم بالفصل في النزاع التحكيمي عليه تم تعيين خبيرين لتقديم شهادتهما بشأن الشريعة الإسلامية و مدى ملائمة قواعدها للتطبيق و بعد سماعهما تبين الإختلاف بين المقاربة الإجمالية بينهما بعد تحليل بسيط، و هم يتفقون على أنه ثبت التطبيق الكامل لمبادئ الشريعة الإسلامية من قبل العديد من السلطات القضائية، هو غير ملائم في مجال العقود التجارية¹.

إن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، يتم تحديده بطريقة مجردة بدون إهتمام لمضمون الأحكام و القواعد التي يحتويها هذا القانون و بدون النظر إلى مدى ملاءمتها للعقد الدولي، فضلا عن أن هذا القانون وضع أصلا لحكم العلاقات والإتفاقيات الداخلية والوطنية والتي لا تحتوي على عنصر أجنبي أي ليس للعلاقات والعقود الدولية².

فتوجه الأطراف إلى إختيار قانون وطني معين ليطبق على عقدها الدولي فإنه يجب على المحكم الالتزام بتطبيق هذا القانون و إن أدى هذا التطبيق إلى إبطال جزئي لذلك العقد فلا يحق للمحكم استبعاد الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة التي أقرت معظم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، وأحكام القضاء

¹ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 74-75.

² أنظر: أسعد فاضل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته، الطبعة الأولى، دار بينور، العراق، 2011، ص

والتحكيم الدولي هذا الحق في الاختيار ، بحجة عدم ملاءمة هذا الاختيار للتطبيق على النزاع.

لقد علقت الأستاذة الدكتورة حفيظة الحداد على مسألة إستبعاد القانون المختار من الأطراف المتعاقدة بانها من الامور المثيرة للعجب أن الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة يتم إهدارها بالإستناد إلى نية مفترضة لا يوجد أى دليل ، إلا خيال المحكم الخصب ¹.

الفرع الثاني: عدم الإلتزام بحجة تعارض القانون الداخلي مع النظام العام.

إنّ تعارض القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار مع النظام العام من شأنه لجوء المحكم الدولي لإستبعاد هذا القانون، فالمحكم يلجأ إلى تزويد الأطراف بقرار تحكيمي قابل للتنفيذ وهذا الأمر يتطلب منه أن يأخذ بعين الاعتبار احترام القواعد الأمرة والنظام العام، فالسؤال المطروح: ماه و واجب المحكم إتجاه احترام النظام العام ؟ وما هي قواعد هذا النظام الملائمة للتطبيق؟².

أولا : إلتزامات المحكم.

يكون من واجب المحكم الإلتزام كليا بالقواعد التي إتفقت عليها إرادة الأطراف وذلك عند إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وعندما يقوم المحكم بهذا الإلتزام يكون قد جنب حكمه الذي سيصدره لاحقا الطعن بالبطلان. إلا أنه يتوجب عليه أن يأخذ بعين الإعتبار و خلال مختلف مراحل التحكيم النظام العام. و أن يصدر قرارا غير مخالف لهذا الأخير

¹ أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص348.

² أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 75.

حتى يضمن منح قراره الصيغة التنفيذية، و بالتالي فإنه يترتب على المحكم و لكي يتمتع قراره بفعالية التنفيذ موجبين:

1- احترام إرادة الأطراف بإخبارهم القانون الواجب الأعمال على العقد.

2- إصدار قرار يتمتع بالفعالية اللازمة للتنفيذ.

إنّ المحكم يلتزم عليه أن يحترم مبدأ سلطان الإرادة وهو واجبه إتجاه أطراف النزاع، وإحترام تطبيق ما أختاره الأطراف من قواعد قانونية، أي إحترام الأنظمة القانونية التي سيتم تطبيقها على النزاع، وبالتالي الإلتزام بضرورة الوصول إلى قرار عادل لأطراف النزاع المعروض عليه من ناحية، و مراعاة مصلحة المجتمع الذي قد يتأثر بنتيجة الحكم من ناحية ثانية، وذلك من خلال احترامه للنظام العام.

فالإلتزام المحكم بمراعاة واحترام قواعد النظام العام في منازعات التجارة الدولية يستند إلى عدة مصادر منها ما هو مستمد من واجبه بمراعاة مصالح المجتمعات ذات الصلة الوثيقة بموضوع النزاع ومنها ما يفرضه عليه الإلتزام بحماية قواعد و أعراف التجارة الدولية وبذلك يكون القرار الصادر عنه قرارا قابلا للتنفيذ بصفة الحامي لنظام التجارة الدولية¹.

ثانيا: قواعد النظام العام الملائمة للتطبيق.

تعددت آراء الفقهاء حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يؤخذ به في إطار العلاقات القانونية الدولية فالبعض من سماه بالنظام العام الدولي الحقيقي، أما البعض الآخر أطلق عليه النظام العام للقانون التجاري الدولي، و آخرين

¹أنظر: أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص349-350.

أشاروا إليه بإسم النظام العام غير الوطني، و أخيرا أطلق عليه البعض النظام العام عبر الدولي.

يقصد بالنظام العام "مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف التحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة و تحقيقها. و لا يجوز لهم أن يناهضوها بإتفاقيات فيما بينهم حتى و لو حققت هذه الإتفاقيات مصالح فردية، و لذلك لأنّ المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة.¹

حيث يتصف النظام العام بأنه مفهوم نسبي، متحرك قابل للتدرج من حيث الموضوع و درجة مساسه بالمصلحة العامة و أهميتها. في إطار عقود الإستثمار، السؤال المطروح أي من النظام العام هو المقصود و الذي يتوجب على المحكم إعماله؟ هل هو النظام العام الداخلي أم النظام العام الدولي؟

يظهر جليا أنه من مضمون القانون الذي نصت عليه المادة 814 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية في قسم المخصص للإعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج أو في التحكيم الدولي و تنفيذها، إنّ المشرع قد ميز بين نوعين من النظام العام الداخلي فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في المادة 800 و التحكيم الدولي في المادة 814 أي التحكيم الذي يتعلق بالمصالح التجارية الدولية. فالنظام العام في مفهوم المادة 814 هو النظام العام الدولي الذي يلعب

¹ أنظر: نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هوما، الجزائر، 2004، ص 91-92.

في العلاقات الدولية الخاصة دور إستبعاد القانون الأجنبي المخالف له، و في إطار القرار التحكيمي دور المانع من الإعتراف بالقرار التحكيمي في الداخل و تنفيذه¹.

فقد وصف النظام العام التحكيمي بأنه نظام عام دولي مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة أي التي تشكل قاسما مشتركا بين الأمم المتمدنة، و الذي يتعين على جميع الدول إحترامه كالقاعدة التي تحرم الرشوة أو تلك التي تمنع تهريب المخدرات و التي تحظر تبييض الأموال².

وتشير القرارات التحكيمية إلى أن البعض منها قد عمد إلى إستبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة بحجة مخالفتة للنظام العام، إلا أن هذا الإستبعاد كان يشار إليه بصورة ضمنية بهدف تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي.

ففي قرار صادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية رقم 1434 لعام 1975 قامت المحكمة بإستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة و لكن ليس بإسم النظام العام صراحة، إلا أن هذه الفكرة كانت وراء الإستبعاد بشكل أو بآخر دون أن تظهر على نحو كامل، فقد ذهبت المحكمة إلى أن خضوع هذا العقد المبرم بواسطة الدولة لقانونها يعني تفويض أحد طرفي العقد، سلطة تعديل مضمونه بإرادته المنفردة، الناتج عن تركيز العقد في قانون هذه الدولة، الأمر الذي لا يستطيع الأطراف تفاديه نظرا لعدم وجود شرط الثبات التشريعي وأعتبرت المحكمة بالنتيجة أن هذا الأثر يترتب في حد ذاته مخالفة للنظام العام³.

¹ أنظر: نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 93.

² أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 79.

³ نظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 80

يستخلص من هذه الأحكام أن هيئات التحكيم تعتبر أنه يتوجب على الدول أن تجعل قوانينها مطابقة للقانون الدولي و إلا كان نهايتها الإستبعاد. و تقول الأستاذة الدكتور حفيظة الحداد أن إستخدام التحكيم للمبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام، على إعتبار أنها تشكل نظاما عما تخضع له قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، على نحو يؤدي إلى إستبعادها إذا رأى المحكم أنها لا تتماشى مع قواعد القانون الدولي، يعد إتجاها تجريبيا يهدف أساسا إلى تدويل عقود الدولة عن الإطار القانوني التي تكون هذه العقود في بعض الأحوال متصلة به على نحو لا يمكن فصلها عنه.¹

المطلب الثاني : مدى ملائمة القانون الوطني لحكم عقد الإستثمار.

إن تطبيق القانون الوطني للدولة المستضيفة على عقود الدولة سيقودنا حتما إلى تطبيق قواعد قانونية في غير محيطها التي أنشأت من أجله، و هذا من شأنه أن يجبرنا إلى فقدان الأمان القانوني و يخل بتوقعات الأطراف المتعاقدة طالما أنها نظم قانونية و وضعت في الأصل لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية و ليست دولية، علاوة على كونها نظم قانونية مختلفة و متباينة فيما بينها و هذا ما إتجه إلى جانب من الفقه.²

فتطبيق القوانين الوطنية على عقود الدولة بتشويه مساوئ عديدة و من هذه المساوئ قدرة الدولة على تغيير الأحكام الواردة في قانونها الوطني بإرادتها، و هو ما يخل بالتوازن بين طرفي العقد، و يقلب إقتصاديات العقد و توجيهها لصالح

¹ أنظر : بن أحمد الحاج، مقياس عقود الدولة، محاضرات غير منشورة، السنة الثانية ماستر تخصص القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2016/2017.

² أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

أحدهما على نحو يخلف ضررا بالطرف الآخر، حيث أن جل العقود التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة زمنية طويلة، خاصة عقود التنقيب عن البترول و إستغلاله و عقود التنمية الإقتصادية، مما يجعلها معرضة لمخاطر عن إختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و ضرورة خضوعها لكافة التعديلات و التغييرات التي قد يجريها المشرع فيها و هو ما يتعارض مع الأمان القانوني الذي يعد تأخره العدو الأول للمعاملات في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية¹.

و لعل هذه الأسباب هي التي دفعت بالمحكمة في الكثير من النزاعات المطروحة أما مهم إلى تحرير عقود الدولة من القوانين الوطنية و اللجوء إلى تدويلها بتطبيق أعراف و مبادئ التجارة الدولية على النزاعات المتعلقة بها².

المبحث الثاني : تدويل النظام القانوني لعقد الإستثمار أمام قضاء التحكيم.

إنّ العلاقات الإقتصادية الدولية تحكمها قواعد قانونية نشأت بعيدة عن سيطرة الدولة و من بين العلاقات القائمة بين الدول من جهة و المشروعات الأجنبية من جهة ثانية، هذه الظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الإقتصادية الحديثة خاصة أمام قضاء التحكيم الذي لم يعد يهتم في تدويل قانون العقد و ذلك بما يملكه من سلطة منحها إياه الإتفاقيات الدولية و حتى التشريعات الوطنية نفسها.

إنّ خضوع عقود الإستثمار الدولية لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، نابع أساسا

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 81.

² أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع نفسه.

من عامل ظاهري يؤكد عليه المستثمر الأجنبي مفاده أن هذه العقود تتمتع بخاصية مستمدة من أطراف الذين يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة لأن الدولة طرف سيادي تتمتع بامتيازات لا يملكها المشروع الأجنبي، مما يعني أن إخضاعها لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية و وضعت أساسا لمواجهة العلاقات الناشئة عن أطراف يتساوون في مراكزهم¹.

إضافة على ذلك يبدوا أكيد أن الفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة و المستثمرون الأجانب لا يقتصر على النظم القانونية الوطنية بل يشمل أيضا قواعد القانون الدولي العام التي لا تقدر هي الأخرى على تقديم الحلو الملائمة لهذا النوع من العقود على إعتبار أنها قواعد جاءت لتنظيم العلاقات القائمة بين الدول فيما بينها².

لما كان المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة من أشخاص القانون الخاص فمن غير المعقول إعمال تلك القواعد بشأن العلاقات التي يبرمها هذا المتعام حتى و إن كان متفوقا من حيث مركزه الاقتصادي لعدم تمتعه بوصف الدولة. أمام هذا الوضع كان لزاما البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، وبدون الإضرار بمصالح أي طرف .

فالتحكيم التجاري الدولي وبناءا على ما سبق أضحى يتجه إلى التأكيد على أن النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود الإستثمار الدولية له هو نظام عبر الدولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي ووجد مصدره في

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 83.

² أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملائمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الإستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها.

إذا كانت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى قد نصت في الفقرة الثانية من المادة 42 على أن قانون الدولة المستضيفة هو القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة عدم الإتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق إلا أنها أجازت أيضا إعمال قواعد القانون الدولي مما يفتح الباب أمام المحكم للتدويل، حيث أكد الواقع العملي أن غالبية العقود المبرمة في مجال التنقيب عن البترول وإستغلاله تتضمن اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة عامة في هذا المجال¹.

لما كان "قانون البترول يعد جزءا من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول"² فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقدهم².

المطلب الأول : إختصاص قانون التجارة الدولية بحكم عقد الاستثمار.

إعتادا على مبدأ سلطان الإرادة و ما أسسته العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية و إقرارها لحق الأطراف في إختيار قواعد التجارة

¹ أنظر : بن أحمد الحاج،(تدويل عقد الإستثمار)، المرجع السابق.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق،ص84.

الدولية بالتطبيق على عقد الإستثمار المبرم فيما بينهم فقد إعترف المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 76 لعام 1994 بحق الأطراف بإختيار قواعد القانون التجاري الدولي وذلك عندما منح الأطراف بموجب المادة 1/39 سلطة تعين القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع والتي تنص على أنه " تطبق هيئة التحكيم القواعد التي يتفق عليها الطرفان".

الأمر الذي نراه أيضا لدى المشرع اللبناني في المادة 813 الجديد تقابلها المادة 1011 من القانون المرافعات الفرنسي التي تنص على أن "يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، و إلا وفقا للقواعد التي يراها مناسبة، وهو بعيد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية".

فإنفاقية واشنطن لعام 1965 في مادتها 1/42 والتي تنص على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون المختارة من الأطراف...2 وطبقا لما جاء في نصوص المواد من عمومية و إطلاق على كلمة قواعد قانونية بحيث تستوعب إتفاق الفرقاء على تطبيق قواعد التجارة الدولية¹.

حيث حمل مجمع القانون الدولي الصادر في سنة 1989 قرار بشأن التحكيم بين الدول و المشروعات الأجنبية حيث نصت المادة السادسة على أن "يتمتع الأطراف بإستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم، وبصفة خاصة:

-يجوز إختيار مصدر مختلف للقواعد والمبادئ الواجبة التطبيق في حق كل مسألة تثور.

¹ أنظر: مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997، ص 267.

-يجوز أن تستخلص هذه القواعد والمبادئ من أنظمة قانونية مختارة بالإضافة للمصادر غير الداخلية كما هو الحال في شأن مبادئ القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون، وأعراف التجارة الدولية" ومن النص الذي إحتوى حق الأطراف في تعيين القواعد القانونية الواجبة الأعمال وليس حصر هذا الإختيار بالقانون الواجب التطبيق فإنه أصبح كافيا خضوع المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار لقواعد التجارة الدولية، بوصفها قواعد قانونية إختارها الأطراف لتطبق على هذه العقود صراحة أو ضمنا¹.

الفرع الأول : الإختيار الصريح.

عند لجوء الأطراف لقواعد التجارة الدولية لتطبق على عقودهم. فإنهم في الأغلب قد يعبرون عن ذلك عن طريق رغبتهم في عدم تطبيق قانون داخلي على العقد وفي هذه الصياغة يرى التحكيم التجاري الدولي أحيانا إتفاقا صريحا من قبل الأطراف على إخضاع عقودهم لأحد أنواع القواعد التجارية الدولية منفردة أو مجتمعة مع القانون الداخلي².

فالعقد المبرم بين حكومة الكويت وشركة Aminoil نص على أن " القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية بين الأطراف المتعاقدة والصفة غير الدولية لعلاقتهم] ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم " وقد تم إعتبار هذا النص من قبل هيئة التحكيم على أن ذلك هو إتفاق صريح من قبل الأطراف على تطبيق قواعد التجارة الدولية³.

¹ أنظر: مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص 268.

² أنظر: نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 95.

³ أنظر: محمد محسوب عبد المجيد الدرويش، قانون التجارة الدولية "les mercatoria" دار النهضة العربية القاهرة، 1995، ص 536.

الفرع الثاني: الإختيار الضمني.

إنّ المحكم أحيانا يعتمد في تطبيق قواعد التجارة إلى الاتفاق الضمني للأطراف والمستمد من مجرد الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة أو بالاتفاق على التحكيم بالصلح. إن اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء يكون بحد ذاته تعبيراً عن رغبة الأطراف في حسم منازعاتهم بمقتضى الأعراف والعادات و الممارسات السائدة في التجارة الدولية .

كما يمكن الإستدلال على الإرادة الضمنية في تطبيق قواعد التجارة الدولية بالاتفاق على تطبيق قواعد تلزم المحكم بمراعاة الأعراف التجارية، خاصة قواعد التحكيم لدى منظمات التحكيم الدائمة، مثل قواعد التحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة 1998 إذ تنص المادة 2/21 و المادة 17 قبل تعديل 2012 على أن " تأخذ هيئة التحكيم بعين الإعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إ كما تأخذ بعين الإعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة"¹.

إنّ عادات التجارة الدولية يكمن دورها على المساعدة في تحديد وتقدير الإلتزامات العقدية ويكون ذلك عند الحاجة إلى تفسير العقد أو إكمال النقص فيه ومراعاة القضاة أو المحكمين لعادات التجارة الدولية إنما يتأسس على الإرادة الضمنية لأطراف العقد، أو على تفويض القانون الوطني الواجب التطبيق وأمره بمراعاة العادات عموماً وعادات التجارة خصوصا عند تحديد و تقدير الإلتزامات العقدية.

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 97.

على ضوء ما تقدم فإنه يمكن القول إنه يتوجب عند إعمال قواعد التجارة الدولية في عقود الإستثمار، مراعاة التوفيق بين إحترام إرادة الأطراف و بين إمكانية تطبيق هذه القواعد على عقود لها خصوصية في التنمية الإقتصادية لدولة ما، بحيث لا تكون مراعية لمصالح الشركات الأجنبية ذات إقتصاد أقوى في هذه المعادلة، مقارنة مع الدول المضيفة للإستثمار، و التي غالبا ما تكون دول نامية ضعيفة إقتصاديا¹.

وأخيرا فالنقص الحاصل في القواعد الوطنية لهذه الدولة المتعاقدة يستوجب اللجوء إلى قواعد التجارة الدولية لإستكمال هذا النقص و خاصة عندما يكون القانون الواجب التطبيق لهذه الدولة و ذلك لما تتمتع به هذه القواعد من ملاءمة المعاملات التجارة الدولية بالرغم من النقص في بعض جوانبها.²

المطلب الثاني : موقف الأنظمة القانونية من تدويل قانون العقد.

لقد كان للضغوط التي يمارسها المتعاقد على الدولة دور كبير في تدويل قانون العقد حتى أنه كان يتوقف إبرام العقد كلية على موافقة الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة على إدراج شرط التحكيم في العقد لأن الطرف المتعاقد معها لا يثق بأن يخضع العقد للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة خوفا من تحيزه. و ما كان من جانب الدولة إلا الموافقة بوصفها الطرف الضعيف في هذه العلاقات التعاقدية و عملت في سبيل الوصول إلى ذلك إما إلى إصدار قوانين جديدة تزيل بموجبها

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 98.

² أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 94.

حظر التدويل بتفسير القوانين، بحيث تسمح لنفسها و الأشخاص المعنوية باللجوء إلى ذلك و لقد اختلفت مواقف الأنظمة القانونية في الدول حول هذه المسألة ما بين الإجازة و المنع و التقييد لأسباب مختلفة كمخالفة اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود للنظام العام الداخلي أو تعارض ذلك مع ما تتمتع به الدول من سيادة¹.

سيتم التطرق في هذا المطلب لموقف بعض الأنظمة القانونية المقارنة و على رأسها موقف المشرع الجزائري إتباعا كما يلي :

الفرع الأ : موقف المشرع الجزائري .

إنّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 نص في مادته 1050 على أنّه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف و في غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة"²

الظاهر من خلال استقراءنا لنص المادة 1050 أن المشرع الجزائري قد منح للأطراف سلطة إختيار قواعد القانون الواجب التطبيق على النزاع. و في ذلك إعمال لمبدأ قانون الإرادة الذي يعتد بهذه الأخيرة كضابط لتحديد تلك القواعد، و قد إنتهى القانون الجزائري إلى الإعتماد بالإرادة كضابط للإسناد لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمام المحكم و هذا يدل على أنّ للمتازعين حق ممارسة هذا الإختيار بشكل صريح، بل أكثر من ذلك يستوجب أيضا ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية إذا أهمل هؤلاء تضمين

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 95.

² أنظر : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، المرجع السابق، ص 229.

إتفاقهم شرط الإختصاص التشريعي و أما في الحالة التي تتخلف فيها الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف و جب على المحكم التدخل لتحديد تلك القواعد¹.

تجدر الإشارة هنا أنه و إعمالاً لهذا النص فإنّ تدويل النظام القانوني لعقود الإستثمار الدولية جائز طبقاً للقانون الجزائري سواء في حالة إتفاق الأطراف المتعاقدة على إختتبار قواعد قانونية غير وطنية لتتطبق عليها. أو حتى عند تخلف إتفاق هؤلاء حول القانون الواجب التطبيق إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم بإختتبار القواعد المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالإعتماد على الأعراف و العادات السائدة فيها و كذا المبادئ العامة المعتمدة بشأنها.

إنّ إستخدام المشرع الجزائري في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لمصطلح " قواعد القانون " و ليس قانون الواجب التطبيق يستشف منه قبول القانون الجزائري لتدويل قانون العقود الدولية بما في ذلك عقد الاستثمار².

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي.

لقد نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي علي أنه " يفصل المحكم في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يختاره الطرفان، و في حالة عدم وجود

¹أنظر: مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص 270.

²أنظر : محمد محسوب عبد المجيد الدرويش، المرجع السابق، ص 537.

خيار من هذا القبيل يفصل وفقا لقواعد القانون الذي يراه مناسباً و في جميع الحالات يأخذ بعين الإعتبار الأعراف التجارية " .

من خلال نص هذه المادة يظهر أن المشرع الفرنسي قد أخذ هو الآخر بصياغة متحررة في شأن سلطة المحكم و الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق علي موضوع النزاع مما يعني إمكانية تطبيق قواعد قانونية غير وطنية سواء تمثلت في أعراف التجارة الدولية أو مبادئ عامة عبر دولية أو قواعد العدالة و غيرها¹.

لقد لاحظ الفقه الفرنسي بأن نص المادة 1496 قد ساوى بين سلطة الأطراف والمحكم في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق و ليس القانون الواجب التطبيق و هذا يعني أن المسألة تتجاوز مجرد تطبيق نظام قانوني وطني، بل قد تضم مجموعة من القواعد التي تنتمي لأنظمة قانونية داخلية منفردة أو مجتمعة مع تطبيق قواعد عبر دولية أو حتى تطبيق هذه الأخيرة و من دون الإستعانة بقواعد تنتمي لقانون وطني معين.

الفرع الثالث : موقف المشرع المصري .

¹ أنظر : بن أحمد الحاج ، المرجع السابق.

لقد نصت المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1997 على أنه تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان و إذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك¹.

في نفس السياق تقريبا نجد أن المشرع المصري قد خطى خطأ المشرع الفرنسي. حيث جعل لإرادة الأطراف الدور الكبير في إختيار القانون الواجب التطبيق و أعطاهما بذلك حصة الأسد، و معلوم أن الإرادة لا تتجه إلا إلى ما يحقق مصلحتها فإن رأت مصلحتها في قانون دولة معينة إتجهت إلى إختيار قانون تلك الدولة و إن رأت مصلحتها في قواعد القانون عبر الدولي إتجهت إلى إختيار قواعده لتكون هي القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و طالما أن المشرع المصري قد ترك الحرية لأطراف النزاع في إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق دون أن يشترط عليهم إختيار قانون دولة معينة فهذا يعني أنه ترك إمكانية تطبيق أعراف و قواعد التجارة الدولية و بالتالي أقر بتدويل العقد².

¹ أنظر: مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص 272.

² أنظر: بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على تدويل عقد الاستثمار.

رغم أن أغلب التشريعات قد أقرت و أجازت تدويل عقود الإستثمار إلا أن ذلك يتعارض مع مصالحها، فكما هو معلوم إن تدويل العقد مفاده إخضاع هذا الأخير لقواعد القانون عبر الدولي التي هي من صنع الدول المتقدمة و التي وضعتها خدمة لمصالحها لذا يؤكد العديد من الباحثين على أن هذه القواعد الدولية لا تخدم مصالح الدول النامية و رغم ذلك أقرتها في تشريعاتها لما لها من دور كبير في جذب الإستثمار و تحقيق المصلحة العامة و الملاحظ على هذا الصعيد أن تدويل العقد يخدم بالدرجة الأولى مصلحة الطرف المتعاقد مع الدولة المستثمرة بينما تتجر مخاطره على الدولة المضيفة للاستثمار و هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع¹.

الفرع الأول : تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار يتعارض مع مصالح الدول المضيفة.

¹أنظر : مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص 273.

إنّ خضوع عقود الاستثمار للقواعد عبر الدولية يتعرض مع الطبيعة الخاصة و المتميزة لها و التي تعود بالدرجة الأولى إلى ضرورات تحقيق المصلحة العامة، حيث تقتضي هذه الأخيرة إخضاعها لقواعد تتماشى و أهداف الدولة و هو ما لا يتحقق فيما لو تم إعمال القواعد عبر الدولية على منازعاتها، و هذا ما أكده العديد من الباحثين¹.

من المعلوم أن النظام القانوني عبر الدولية هي قواعد من إملاء و صنع الدول المتقدمة، و قد جاءت في الأصل لتعكس مصالحها، و التي يصعب القول بتطابقها مع مصالح الدول النامية مما يعني أن إعمالها على العقود التي تكون فيها هذه الدول طرفا سيشكل مصدر خطورة بما تحويه من أحكام. فهذه الأخيرة تعبر عن مصالح الأشخاص الذين أنشأوا و شكلوا هذه القواعد و هؤلاء هم الأشخاص المنتمون للدول الرأسمالية بينما لم يكن للأشخاص و الشركات المنتمية للدول المتخلفة أي دور يذكر في هذا المجال.

¹أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 96.

إن عقود الإستثمار الدولية هي عقود تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق التنمية الإقتصادية، خاصة في الدول المتخلفة، و تطبيق القواعد عبر الدولية بشأنها سيحول حتما دون الوصول إلى ذلك الهدف¹.

تجدر الإشارة إلى أن تطبيق هذه القواعد على المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها سيجردها من سلطات عديدة كانت ستسمح بها فيما لو خضعت لقانونها الوطني كسلطة التدخل لتعديل بنود العقد. أو إنهائه أو تأميم المشروع، حتى و إن رأت أن الإستمرار في تنفيذ العقد أضحي يتعارض مع ما كانت تهدف إليه من وراء إبرامها إياه أو إتضح لها أن ضرورات تحقيق التنمية الإقتصادية أصبحت تستدعي تأميم المشروع محل العقد.

الفرع الثاني: تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار يحقق مصلحة المستثمر الأجنبي .

إن السبب الذي دفع المشروعات الأجنبية إلى المناداة بضرورة تدويل عقود الإستثمار و إخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع عبر الدولي هو تخليصها من سطوة الأحكام الآمرة التي تعطي للدولة المتعاقدة إمتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، وبهذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع القانون العام اللصيق بها أصلا و تحويلها إلى حطيرة القانون الخاص و هو قانون يحقق

¹ أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

حسب رأي أنصار الإتجاه المناهض لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية مصلحة الطرف يسعي لتدويله وذلك من دون الاكتراث بمصالح دول أطراف العقد¹.

إن دافع من وراء إخضاع عقود الإستثمار للقواعد عبر الدولية هو الرغبة في إبعاد الإستثمارات الأجنبية الخاصة عن الإجراءات الإستثنائية و المخاطر غير التجارية التي قد تصادفها في الدولة المضيفة و التي قد تصل إلي حد التجريد من الملكية سواء بالمصادرة أو الاستيلاء أو نزع الملكية أو التأميم².

وبعد إنتهاء الحرب العالمية الثانية و في ظل الصعوبة التي حالت إليها دون فرض الدول الرأسمالية سيطرتها الإقتصادية على الدول النامية خاصة و أن المبدأ الذي كان سائدا هو خضوع هذا النوع من العقود لقانون الدولة المضيفة للاستثمار بما يسمح لهذه الأخيرة من تعديل الأحكام الواردة في تشريعاتها و على نحو يحقق مصلحتها.

إن إعمال هذا المنهج لا يتماشى و مصالح المشروعات الإقتصادية التابعة للدول المتقدمة فكان الحل هو إعتقاد أسلوب تدويل عقودها المبرمة مع الدول النامية و أجهزتها و ذلك باشتراط إخضاع النزاعات المتعلقة بها لقضاء التحكيم بما ينتهي إليه في النهاية من تطبيق قواعد ليست بها صلة لقانون الدولة

¹ أنظر : مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص276.

² أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.

و هذه القواعد تجعل العديد من التصرفات التي تقدم عليها الدولة الطرف في العقد تصرفات غير مشروعة تستوجب إقرار المسؤولية العقدية بشأنها حتى وإن كان الدافع إلي ذلك هو تحقيق المصلحة العامة و بالتالي نجد هذه القواعد تحمي الطرف الأجنبي المستثمر الذي هو غالبا طرف ينتمي للدول المتقدمة التي أنشأت و شكلت هذه القواعد خدما لها و لي مشروعاتها¹.

¹ أنظر : بن أحمد الحاج، المرجع السابق.



الفصل الثاني : النظام القانوني لعقد
الإستثمار عند تخلف إختيار الأطراف

إنَّ أغلبية عقود الإستثمار عقود تكون خاضعة لقانون الإرادة، أي للقانون الذي إختاره الأطراف، فإن تخلف الأطراف عن هذا إختيار سواء كان صريحا، أو لم يتمكن القاضي أو المحكم أن يستخلص على نحو مؤكد الإرادة الضمنية، هنا يتبادر للأذهان السؤال المطروح ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ عن العقد في حال غياب هذه الإرادة؟¹

فالمحكم بعد تحديد القانون الأكثر ملاءمة للعقد عليه، أن يقوم بتكيف العلاقة القانونية محل النزاع حتى و إن جاء هذا التكيف معارضا لمصالح و رغبات الطرف الأجنبي في العلاقة العقدية، و على المحكم في هذا الإطار أن يعتمد على المؤشرات التي يستنتجها من العقد نفسه، ليحدد بالتالي طبيعة النظام القانوني العائد له.

إنَّ العقود التي يتم إبرامها من طرف الدولة تتميز بنظام مختلف عن الأنظمة الأخرى، و تقسم إلى عقود إدارية و أخرى مدنية، فالأولى تخضع إلى القانون الإداري، في حين تخضع الأخرى إلى القانون المدني و من جهة ثانية، نرى أن إتفاقية روما في المادة الرابعة منها، نصت على أنه في حال سكوت الأطراف عن إختيار القانون الواجب التطبيق، فإنّه يتوجب إخضاع العقد لقانون

¹أنظر:مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص278.

الدولة الأوثق صلة بالعقد، و يفترض أن هذا الأخير يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها محل المدين بالأداء المميز¹.

قد يتم فك قيد عقد الإستثمار من خضوعه للقانون الوطني للدولة المضيفة والمختص أصلا بحكم هذا النوع من العقود، على نحو تصبح معه غير خاضعة لأي قانون و طني، و إنما تكون خاضعة لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن أي من النظر القانونية الوطنية ففي حالة سكوت الإرادة عن التعيين، قد يقوم المحكم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، و هذا لابد من البحث عن القواعد التي تتلاءم مع هذه العقود.

و بإعتبار عقد الإستثمار هو عقد دولي، فقد كرس معظم الإتفاقيات الدولية ذات الصلة بالقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار في حال عدم الإختيار، و من أهم هذه الإتفاقيات² إتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار، و ذلك بناء على أحكام المادة 1/42 في جملتها الثانية : "... و في حال عدم وجود إتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 101.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 100.

تطبق قانون الدولة المتعاقدة، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين و مبادئ

القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها"¹.

المبحث الأ : إختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم العقد.

إنّ القانون الوطني للدولة المتعاقدة كرّسته أغلبية الإتفاقيات بأن يكون القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار. فالدول عندما تقوم بإبرام معاهدات سواء كانت ثنائية أم جماعية مختصة بتنظيم عقود الإستثمار التي تبرم بين الدولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، فالهدف من وراء ذلك تلاشي التناقض الحاصل بين القانونين الخاص و العام، فجل إتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن تشير إلى إعمال المحكم الدولي لمعيار الأداء المميز في العلاقات القانونية. لذلك

¹أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 97.

فإن أهم هذه الإتفاقيات و أبرزها و التي تعرضت للقانون الـ ب التطبيق على العقود الدولية: إتفاقية روما لعام 1980 بين الدول السوق الأوروبية المشتركة بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، بالإضافة إلى التشريعات الوطنية و المؤلفات الفقهية التي تناولت فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال ملايسات و ظروف التعاقد¹.

المطلب الأول : إخضاع العقد لقانون الدولة المتعاقدة.

إن في حالة تخلف الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد صراحة أو تعذر إستخلاص الإرادة الضمنية بشكل مؤكد فيبرز هنا دور كل من القاضي و المحكم في التصدي لإختيار القانون الواجب التطبيق، فليس من المعقول أن ينكر العدالة تحت ذريعة عدم وجود قانون ليحكم العقد، و في هذا الصدد تظهر عدة معايير و مناهج أو نظريات يمكن للقاضي أو المحكم إتباعها من أجل تحديد القانون المطبق² على موضوع النزاع، حيث إذا كان دور القاضي أو

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 101.

² أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 99.

المحكم تركيز العلاقة العقدية في نظام قانوني معين فإنّ هذه المناهج تعتبر آليات التركيز.¹

الفرع الأول : المنهج التشريعي أو نظرية التركيز التشريعي

إنّ تخلف الإختيار صراحة أو ضمنا من شأنه أن يقوم المشرع بتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد و هذا ما يقصد به التركيز التشريعي.

و كان للعديد من التشريعات الوطنية نهج التركيز التشريعي و ذلك عند عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحة كان أو ضمنا، و من بين هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت المادة 18² .

ومن بين الدول التي تضمنت أو تبنت منهج التركيز التشريعي نجد بعض الدول العربية، مصر، سوريا ، الإمارات و السودان، الكويت،الأردن،اليمن.

¹ أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 101.

² أنظر : القانون المدني الجزائري، رقم 07- 05 المؤرخ في 13/05/2007/يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

إنّ إعتداد منهج التركيز التشريعي من قبل التشريعات الوطنية عند تخلف إتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، و ذلك بمقتضى أن هذا المنهج يتصف بالمعرفة و الإحاطة و الإلمام بالقانون الواجب التطبيق مسبقا، مما يجنب أطراف العقد خطر المفاجئة بتطبيق قانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه على عقدهم و هو ما يضمن الأمان القانوني في المعاملات الدولية¹.

غير أنه يأخذ على منهج الإسناد الجامد أو منهج التركيز التشريعي أنه يتجاهل الطبيعة و ذلك لأنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، كذلك لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية في كثير من الأحيان، ضف إلى ذلك أن الضوابط التي يضعها المشرع تتسم بالجمود حيث يجبر القاضي على إعمالها بغض النظر عن طبيعة الرابطة العقدية أو نوعية العقد، و بصرف النظر عما إذا تبينا خلال الفصل في موضوع النزاع أن القانون الواجب التطبيق بالإعتداد على المنهج تربطه مع موضوع النزاع روابط وثيقة و جدية أو روابط ضعيفة و واهية.

ومفاد ذلك أن منهج التركيز التشريعي يعني إسناد العلاقة التعاقدية لقانون معين إسنادا جامدا على كل العقود التي يختلف فيها الإختيار الصريح و الضمني

¹أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 129.

لقانون العقد دون مراعاة طبيعته و نوع كل عقد، و منه فإن منهج التركيز

التشريعي أو الإسناد الجامد لا يصلح أن يطبق على عقود الإستثمار¹.

و ذلك لعدم مراعاته التعقيدات التي تتصف بها كعقود نقل التكنولوجيا أو

تسليم المفتاح أو تسليم المنتج في اليد، و هذا ما أوجب إيجاد مناهج جديدة

تستجيب التطورات المعاملات الدولية و تطلعات المتعاقدين.

الفرع الثاني : نظرية التركيز الموضوعي.

إنّ أساس نظرية التركيز الموضوعي مبني على البحث على القانون الواجب

التطبيق في حالة تخلف الإختيار عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يعتبر

قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة، إذ يتم إسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به

على ضوء ظروف و ملابسات التعاقد في كل حالة على إحدى سعي لتحقيق

العدالة على أحسن وجه².

ولأنصار هذه النظرية الموضوعية أن في حالة تخلف الإختيار

الصريح و الضمني المؤكد أي إنعدام إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل

الأطراف فإنه لا بد أن يتم توطين أو تركيز العلاقة التعاقدية و إسنادها إلى

¹أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص101.

²أنظر: ليندا جابر، المرجع السابق، ص102.

القانون الأوثق صلة به و هو القانون السائد في مركز ثقل العلاقة العقدية و ينحصر عمل القاضي أو المحكم في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في نظام قانوني معين مرتبط به على ضوء مقتضيات التعاقد و ظروفه و ملابساته و من خلال هذا التركيز يقوم القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية¹.

إن أنصار هذه النظرية يرون أن مركز الثقل في هذه العلاقة العقدية يتحدث في كل حالة على حدة على ضوء ظروف التعاقد و مجموع العناصر الموضوعية و الشخصية للعلاقة التعاقدية، و يكون ذلك بإستعراض القاضي أو المحكم جميع هذه العناصر و من تم الموازنة بينها ثم يعين العنصر الراجع على باقية العناصر بالنظر إلى أهمية و صلته بالعقد و ثقله في ميزان العلاقة العقدية بحيث يظهر أن هذا العنصر يمثل مركز العلاقة و يعكس وجود روابط وثيقة مع نظام قانوني معين².

و منه يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب التطبيق إسنادا لهذا العنصر، و في حالة عدم القطع بوجود هذا العنصر فيمكن للقاضي أو المحكم أن

¹ أنظر : صادق علاوة ، المرجع السابق، ص 129-130.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 103.

يزواج بين عنصرين أو أكثر من عناصر علاقة التعاقدية التي يراها تتركز في نظام قانوني معين و الذي يكون بذلك هو القانون الواجب التطبيق على العقد، و من أمثلة النظم القضائية التي قامت بإعمال هذه النظرية القضاء الإنجليزي و كذلك القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما حيث قررت محكمة النقض الفرنسية بحكم صادر سنة 1909 أنه إذا لم يقم المتعاقدون بالإختيار فإن العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء الظروف التعاقدية و ملابساته¹.

إنّ إصلاح عيوب المنهجين السابقين التركيز الموضوعي و التركيز التشريعي و لد عنه ميلاد منهج جديد لا يكون جامدا و لا يرتقي إلى متطلبات التجارة الدولية ولا يحتوي على عنصر المفاجأة، فيكون هذا المنهج مرن من أجل مسايرة متطلبات و مقتضيات التجارة الدولية، بالإضافة إلا ذلك يعتمد على إسناد توقعات المتعاقدين، و لا يحتوي على عنصر المفاجأة، و هذا المنهج يعرف بنظرية الأداء المميز.

الفرع الثالث : نظرية الأداء المميز.

¹أنظر:صادق علاوة،المرجع السابق،ص131.

إنَّ أحدث الإتجاهات التي ظهرت في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، حيث تعتمد على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالعقد من خلال نظرية الأداء المميز، و ذلك في حال غياب الإرادة عن إختيار القانون الذي سيحكم العقد¹.

تتمحور فكرة الأداء المميز على أن أي علاقة قانونية تفرض على أطرافها عدة أداءات تختلف فيما بينها، إلا أن أحد هذه الأداءات يمكن أن يميز هذه العلاقة عن غيرها من العلاقات، حيث يكون هو الأداء أو الوسيلة الملائمة لربط العلاقة بمكان معين دون غيره عن طريق تركيز العقد في دولة معينة، و يكون بالتالي قانونها هو الواجب التطبيق على تلك العلاقة، بمعنى أن يكون القانون الواجب التطبيق أو الأعمال هو قانون الدولة التي ينفذ فيها الاداء المميز، حيث يخضع العقد لقانون مكان الذي يكون تنفيذ الإلتزام الرئيسي متحققا فيه كان يكون مركز المشروع، أو مركز الفرع أو مكان المؤسسة أو مكان ممارسة مهنة معينة، و ذلك دون النظر أو التفتيش عن إرادة الأطراف في العقد، و دون

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 103.

البحث عن عنصر خارج إطار العلاقة العدية، مما يحقق أساسا مرنا و قويا لتحديد القانون الواجب التطبيق¹.

فبداية نظرية الأداء المميز كانت مع القضاء السويسري، الذي اعتبر أن التنفيذ المفترض للأداء الرئيسي في العقد هو محل إقامة المدين بالأداء المميز، إلا أن القضاء السويسري و قبل أن يصل إلى هذه النتيجة كان قد مر بعدة مراحل، حيث كانت البداية عام 1906، عندما اتجه إلى تجزئة العقد عند تحديد القانون الواجب الأعمال بشأنه، حيث أسند تكوين العقد لقانون بلد الإبرام، و اخضع آثاره لقانون الإرادة، و في حال غياب هذا الأخير كان الإسناد لقانون بلد التنفيذ².

إلا أن القضاء ما لبث إن تراجع في شأن التجزئة، و فضل إسناد العقد لقانون واحد. إن من حيث تكوين العقد أو من حيث آثاره، إلا أن ما عاب هذا الإتجاه انه لم يوضح المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد و الذي يحدده القاضي في كل حالة على حدة. فالقضاء الفرنسي و ضع معيار مسبق يكشف عن المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد، من خلال التركيز الموضوعي لهذه الرابطة

¹ أنظر : مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، المرجع السابق، ص272.

² أنظر ليندا جابر، المرجع السابق، ص106-107.

العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية و ذلك عبر تحديد الأداء المميز فيها منذ البداية.

و في النهاية إعتبر القضاء السويسري أن محل التنفيذ المفترض للأداء الرئيس - أو المميز- في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، و قد حدد كل طائفة من العقود ما هو المقصود بالأداء المميز لكل منها عند سكوت إرادة الأطراف المتعاقدة عن إختيار قانون العقد¹.

و تم تقنين نظرية الأداء المميز من طرف المشرع السويسري و ذلك في المادة 117 من القانون الدولي الخاص عام 1987 حيث نصت على أنه "1- يسري على العقد عند غياب إرادة الأطراف للقانون الواجب التطبيق قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا.2- و تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يقدم الأداء المميز..."²

لقد حرص أيضا المشرع الألماني في القانون الدولي الخاص الصادر عام 1986 على تأكيد هذا المعنى في المادة 28 منه و التي نصت على " 1- عند سكوت الإرادة عن إختيار القانون الواجب التطبيق، إلى قانون الدولة الأوثق صلة

¹ أنظر :أزاد شكور صالح،المرجع السابق،ص85.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع نفسه، ص109.

بالرابطة العقدية 2- و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز.

أما المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 فقد نصت على " ... 2- و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى إنه أكثر إتصالاً بالنزاع"¹.

إن واقع نظرية الأداء المميز في عقود الإستثمار، و ذلك بإخضاع هذه العقود التي تبرم بين الدولة و المستثمر الخاص الأجنبي² إلى القانون الوطني للدولة المضيفة، حيث يعتبر أنه الحل الطبيعي الذي يتوجب تطبيقه على هذه العقود.

و نظرا لما قدمه نظرية الأداء المميز من خلال مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، فهي وفقت بين هدفين ضروريين لإستقرار التجارة الدولية، و هما المرونة في الإسناد، و الحفاظ على التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

¹أنظر : جابر فهمي عمران ،المرجع السابق،ص389.

²أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 112.

و هذا الأمر يراعي بإعتقادنا طبيعة عقود الإستثمار بالإضافة إلى أن الإستثناء الوارد في النظرية من خلال السماح للقاضي أو المحكم الناظر بالنزاع أن يعتد بظروف و ملابسات التعاقد، و تطبيق القانون الأكثر إتصالا بالرابطة العقدية، فيما إذا تبين له أنه أكثر وثوقا من قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز، و هما يتيح بالتالي تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار بشكل أكبر و فرص أوسع لهذا التطبيق.

فالإستثمار بوجه عام ما يرتبط به من وسائل تنمية إقتصادية للدولة المضيفة له، و من تواجهه ماديا في إقليم هذه الدولة يتعين تطبيق قانونها الوطني بشأن هذه العقود، إذ يعتبر هذا القانون هو قانون الدولة التي يتم فيها الأداء الرئيسي أو المميز فضلا على أنه يعتبر القانون الأكثر إتصالا بالعقد¹.

ففي عقود البترول و التي تحظى بأهمية كبرى بالنسبة للدول المنتجة و صاحبة هذه الثروة الطبيعية، و بالنسبة للدولة المستهلكة، حيث تعتبر الأولى مصدر دخل قومي و تحسين الإقتصاد العائد لها، و تعتبر الثانية إحدى الأعمدة الرئيسية التي يبني عليها الإنتاج الصناعي، و من أجل إستغلال هذه الثروة تقوم الدول المنتجة للبترول بإبرام العقود مع شركات كبرى متخصصة من الدول

¹أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص66.

الصناعية و المستهلكة للطاقة، من أجل التنقيب و الإنتاج و التسويق للبترو¹.

وبما أن هذه الثروة النفطية و التي تعتبر الإلتزام الأساسي و المميز في هذه العقود موجودة في الدولة المضيفة للإستثمار، فإنه يكون من الطبيعي في هذه الحالة عند عدم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق أن يكون قانون هذه الدول هو الواجب التطبيق عليها.²

وهذا الحل إعتدته العديد من التشريعات الوطنية حيث قامت بإخضاع المنازعات الناشئة عن عقود البترول لقانونها المحلي، و منها المادة 1/13 من قانون البترول في جمهورية منغوليا الشعبية سنة 1991 و يؤكد على أنه " ما لم ينص في عقود على خلاف ذلك، فإن أي نزاع بشأن عمليات البترول سوف يتم تسويته من قبل محاكم جمهورية منغوليا الشعبية و وفقا لقوانينها.³

المطلب الثاني : موقف الإتفاقيات الدولية.

إنّ مضمون الإتفاقيات الدولية بعكس قدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم في عقودها ذات الطابع الدولي، فالإتفاقيات

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 113

² أنظر : هبة هزاع، المرجع نفسه، ص 67.

³ أنظر : ليندا جابر، المرجع نفسه، ص 114.

الدولية تعكس مدى إهتمام المجتمع الدولي بتنظيم أمر معين لأهمية بالنسبة له، و أمام اختلاف و تباين النظم القانونية الداخلية في تنظيم التحكيم، الأمر الذي سنيكس سلبا على تطور متطلبات التجارة الدولية، ثم إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية الجماعية أو الإقليمية في مجالات التحكيم المختلفة كإبرام إتفاق التحكيم، و تشكيل هيئة التحكيم، و صدور الحكم و ضمان الإعتراف به و تنفيذه¹.

لقد تناولت بعض هذه الإتفاقيات الشكل غير الصريح كإتفاقية نيويورك لسنة 1958، و منها ما تعرض لهذه المسألة بشكل صريح كإتفاقية الأوربية سنة 1961 و إتفاقية واشنطن لسنة 1963 و إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين مواطني الدول المضيفة للإستثمار العربية و مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1976².

وسوف نتطرق إلى مواقف الإتفاقيات الدولية من مسألة مدى قدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم في هذه الفروع.

الفرع الأول : موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958.

¹ أنظر: مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 162.

² أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 68.

تعد هذه النظرية ذات صبغة عالمية، نظرا لكثرة الدول المنظمة إليها و كان الهدف الأساسي من هذه النظرية هو بحث مشكلة الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و لم تتعرض هذه لقدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم بصورة مباشرة و صريحة، حيث تعرضت لذلك بطريقة غير مباشرة، كما إستبعدت أية قيود تتعلق بطبيعة الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم، و أستبعدت ما تورده التشريعات الداخلية على أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من قيود للإتفاق على التحكيم خارج الدولة أو وضع هذه الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم أصلا¹.

كما نصت المادة الخامسة فقرة أولى من الإتفاقية على أنه (لا يجوز رفض الإعتراف و تنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف و التنفيذ الدليل على : (أ) إن أطراف الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الإتفاق المذكور غير صحيح

¹أنظر :عزيرين عبد الرزاق،المرجع السابق،ص78.

وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون

البلد الذي صدر فيه الحكم¹.

فالنزاع الناشئ عن عقود الدولة من شأنه أن يؤدي بنا إلى اللجوء إلى

التحكيم إلى قانون الدولة المطلوب الإعتراف بالحكم أو تنفيذه بمعرفة محاكمها

و هذا ما ركنت إليه الإتفاقية.

ولا يجوز في ظل التنظيم الدولي المعاصر و في المعاملات الدولية

الخاصة، الإحتجاج بنصوص تشريعية وطنية قديمة و ذلك للإدعاء بأن

الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لا تملك الأهلية لإبرام إتفاق التحكيم، و هذا

الإدعاء يتنافى مع مرتكزات الحياة الدولية المعاصرة حيث تم التوافق مع هذه

المرتكزات عندما أطلقت مجال اتفاقات التحكيم، لتشمل الإتفاقات التي تبرم بين

أشخاص القانون الخاصة أو بين أشخاص القانون العام أو الإتفاقات المختلطة

المبرمة بين أحد أشخاص القانون الخاص في تعامله مع أحد أشخاص القانون

العام²

¹ أنظر: مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 163.

² أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع نفسه، ص165.

الفرع الثاني : موقف الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف)

لسنة 1961.

إنّ النص الذي إعتري إتفاقية نيويورك لسنة 1958 تم سده من طرف هذه الإتفاقية حيث تم تنظيم التحكيم في مجال التجارة الدولية، و تعرضت لقدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم بطريقة مباشرة، و كان لهذه الإتفاقية قاعدة عامة، حيث تم فتح المجال أمام لجوء الدولة و الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم¹.

وتحت عنوان (أهلية الأشخاص المعنويين في القانون العام للخضوع للتحكيم). أوردت المادة الأولى بتطبيق هذه الإتفاقية (على إتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين على أن يكون لهم عند إنشاء الإتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقديا بهذه الإتفاقية)².

لقد أوردت المادة الثانية ما يلي:

¹أنظر :ليندا جابر،المرجع السابق،ص116.

²أنظر : ليندا جابر،المرجع نفسه،ص117.

- في الحالات المحددة في المادة الأولى فقرة (أ) من هذه الإتفاقية، فإن الأشخاص الموصوفين في القانون المطبق بصددهم بالأشخاص المعنويين في القانون العام لهم الأهلية في إتفاقية التحكيم بصورة أصولية.

- عند توقيع هذه الإتفاقية أو عند إبرامها أو عند الإنضمام إليها يمكن لكل دولة أن تصرح عن تحديدها لكل ذلك ضمن الشروط التي يحددها القانون.

و عليه فقد تم القرار من طرف هذه الإتفاقية الأوروبية من خلال النصوص السابقة بالقاعدة المادية التي تعطي من خلالها للدولة الأشخاص المعنوية العامة أهلية إبرام إتفاق التحكيم سواء في صورة شرط أو مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم بالإحالة.

والقاعدة التي جاءت بها هذه الإتفاقية أعطت للدولة الحق في الإعلان عن تحديدها لي هذه القدرة عند التوقيع أو التصديق أو الإنضمام و ذلك وفقا للشروط الواردة في الإعلان¹.

إنّ إعتراف هذه الإتفاقية للدولة و الأشخاص المعنوية العامة بالقدرة على اللجوء إلى التحكيم، و إجازتها في الوقت نفسه تقييد هذه القدرة، فإنه على الطرف الخاص الأجنبي أن يتأكد من أهلية الشخص العام المتعاقد معه في الإتفاق على التحكيم، و ما إذا كانت هناك قيود عليه عن طريق الإطلاع على إعلان الدولة التابع لهذا الشخص العام، و الذي أو دعتة الدولة لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة أو على قوانين هذه الدولة ذاتها².

الفرع الثالث : موقف إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 167.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 119.

تكتسب إتفاقية و اشنطن صيغة عالمية، حيث تعتبر مفتوحة أما كل أعضاء البنك الدولي للإنشاء و التعمير للإنضمام إليها، و لقد ساهم هذا البنك بدور أساسي في وضع هذه الإتفاقية نظرا لأنه مؤسسة للتطوير تعني بصورة أساسية بإنقال الأموال من الدول المتقدمة إلى الدول النامية.

إلا أنه و رغم الترحيب من قبل الدول النامية بهذه الإستثمارات إلا هناك منازعات قد نشأت بين المستثمرين و بين الحكومات، مما أدى إلى تدخل دولة المستثمر لحماية مصالحه، كل ذلك دفع البنك للتفكير بإيجاد وسيلة للحل الإختياري لهذه المنازعات عن طريق الصلح أو باللجوء إلى التحكيم، بحيث يقف كلا من المستثمر و الدولة المضيفة على قدم المساواة من الناحية الإجرائية دون السماح للدولة التي يتبعها المستثمر لجنسيته بالتدخل، و وضعت الإتفاقية في 18/03/1965 و أصبحت نافذة بمفعول في 14/10/1966¹.

و تتصف هذه الإتفاقية بأنها تعطي للأفراد و الشركات الحق في مقاضاة الدولة مباشرة و تهدف إلى إبعاد الخلافات الناتجة عن الإستثمار و عن مجال السياسة و الدبلوماسية و إدخالها في مجال القانون، و إيجاد التوازن بين مصالح المستثمرين الأجانب و مصالح الدولة المضيفة لهم.

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 169.

ضف إلى أنها تمثل خرقاً لمبدأ الحظر الذي تفرضه التشريعات الوطنية على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم، حيث أنشأت هذه الإتفاقية مجموعة آليات دولية متخصصة لتسوية المنازعات و يعد من أهمها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، حيث يعد الهيئة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات التي تنور بين الدولة المضيفة أو المتعاقدة و المستثمر الأجنبي سواء أكان فرداً أو شركة خاصة.

كما يقوم بإدارة العملية التحكيمية وفق لما ورد بالإتفاقية، و هو بذلك لا يقوم بإجراء التحكيم بنفسه و إنما يتولى فقط إدارة هذه العملية، فإجراءات التحكيم تدار بمعرفة محكمين يعينون لهذا الأمر طبقاً لما ورد بهذه الإتفاقية.

و التي تعتبر ركيزة أساسية لبحث قدرة الدولة و الأشخاص المعنوية العامة على اللجوء إلى التحكيم، حيث أنها تضمنت قاعدة موضوعية لمواجهة ذلك، ضف إلى ذلك أن لها أهمية فريدة من حيث أنه يمكن للشخص - طبيعياً أو معنوياً الوقوف على قدم المساواة مع الدولة ذات السيادة في إجراءات التحكيم.¹ و تمكن لها أن تنشئ أساساً تشريعياً لإزالة القيود التي تفرضها التشريعات الداخلية

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 169-170.

على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة، لاسيما أنه قد يكون لتلك الإتفاقيات قيمة قانونية أعلى من القانون الوطني أو على الأقل تكون مساوية له.

الفرع الرابع : موقف اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول

المضيفة للإستثمارات العربية و مواطني الدول العربية الأخرى لسنة

1974.

تعتبر إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار العربية تعريب للإتفاقية واشطن 1965 و كان الدافع وراء ذلك مزيد من التعاون و التكامل الإقتصادي بين الدول العربية، و تقديرا لأهمية الدور الذي تؤديه الإستثمارات العربية الخاصة لمشروعات التنمية الإقتصادية في الدول العربية الفقيرة، حيث تم الإنتقال من إتفاقية ذات إطار دولي إلى إتفاقية ذات إطار إقليمي نتيجة لجهود المسؤولين في مجلس الوحدة الإقتصادية التابع لجامعة الدول العربية.

إنّ الهدف من إبرام هذه الإتفاقية إيجاد حل مناسب لكل نزاع قانوني قد ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات بين الدول العربية المضيفة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة و بين مواطني الدول العربية الأخرى سواء أكان شخصا طبيعيا أو

معنويا من أجل ضمان إيجاد مناخ مناسب يعمل على تشجيع الإستثمارات العربية بصورة متزايدة¹.

فمنازعات الإستثمار تم إستبعادها من طرف هذه الإتفاقية التي تنشأ بين الدول من نطاق تطبيقها حيث أنها تخضع للقانون الدولي العام. ضف إلى إستبعادها أيضا للمنازعات التي تقع بين المستثمرين أنفسهم و الذين يكونون مواطنين لدول عربية مختلفة و تتطلب هذه الإتفاقية أن يكون طرف النزاع عربيين أي بين دولة عربية و مواطن من دولة عربية أخرى و بمفهوم المخالفة، فإن التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين الدولة العربية و مواطني دولة غير عربية لا تدخل في إطار تطبيق هذه الإتفاقية، حيث يجب أن يكون هذا النزاع قانونيا و متعلقا بالإستثمار، و أستبعدت الإتفاقية بقية المنازعات القائمة بين الدول و الأجانب، و يخرج من نطاق تطبيقها نزاعات المساهمون في الشركات و الدائنون و شركات التأمين².

ومن الملاحظ أن التحكيم في المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الناشئة ما بين دولة عربية موقعة على الإتفاقية و بين مواطن من مواطني دولة عربية أخرى يعتبر الوسيلة الوحيدة من وسائل حل المنازعات التي يمكن تطبيقها.

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 171-172-173.

² أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 117.

ومن أجل تنفيذ الأحكام التي جاءت بها هذه الإتفاقية أنشأت هيئة دائمة تسمى مجلس تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة للإستثمارات العربية و بين الدول مواطني الدول العربية الأخرى، و يتألف المجلس من ممثل أو أكثر لكل من الدول الأعضاء، و للمجلس أن يجتمع في أي مكان يختاره، و يعين اللجان الضرورية لتحقيق أغراض نظام التوفيق و التحكيم و يتمتع المجلس بإستقلال مالي و إداري و يكون له ميزانية خاصة¹.

حيث تشترط الإتفاقية في المادة 28 في من يلجأ إلى التحكيم :

- أن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول الأعضاء و ذلك في تاريخ تسجيل موافقة الطرفين علي عرض النزاع للتوفيق أو طرحه للتحكيم لدى الأمين العام.
- ألا يكون من مواطن الدولة الطرف في المنازعة وقت التسجيل موافقتها و يستثنى من ذلك الشخص المعنوي إذا وجد له فرع رئيسي في الخارج و كان متمتعاً بجنسية دولة عضو أخرى².

¹ أنظر: هبة هزاع، المرجع السابق، ص 70.

² أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 175.

المبحث الأول : إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة.

قد يلجأ المحكم إلى تحرير عقود الإستثمار من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار، و ذلك عند غياب إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، و يملك المحكم في هذا المجال حرية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، هذه الحرية تجعله غير بتطبيق قواعد قانونية تابعة لدولة معينة و هذا ما نصت عليه بعض التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية التي أعطت المحكم الحق في إختيار قواعد قانون التجارة

الدولية، أو المبادئ العامة للقانون الدولي، فالمحكم على عكس القاضي الوطني الملزم بتطبيق قانون دولة معينة فقط و غير ذلك لا يمكن تطبيقه، إذ لا يستطيع أن يطبق قواعد قانون التجارة الدولية مثلا، بينما نجد المحكم يطبق أية قواعد ملائمة لحكم العلاقة موضوع النزاع حتى و لو كانت هذه القواعد مجرد شروط إتفاقية من صنع الأطراف، شريطة عدم تعرضها مع النظام العام الدولي.¹

المطلب الأ : تحرير عقود الإستثمار من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة.

تتظافر جميع الإتجاهات إلى ترشيح قانون الدولة المتعاقدة على أن يكون هو القانون الذي يخضع له العقد و يعد هو الحل الطبيعي الذي يتماشى مع ذاتية هذه العقود، و يرشح هذا القانون سواء بناءا على قرينة مفترضة مستفادة من وجود الطرف كطرف في العقد أو بناءا على الإشارة إلى أفكار سياسية أو مبادئ قانونية²، أو إعمالا لمنهج القانون الدولي الخاص، أو بالتطبيق للأحكام والمعاهدات الدولية، فمن الملاحظ أن بعض أحكام القضاء الوطني و أيضا بعض

¹ أنظر : ليندا جابر، المرجع السابق، ص 157.

² أنظر : حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية، منشورات الحلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 545.

التحكيمات بشأن عقود الدولة تعتمد إلى إستبعاد هذا القانون، مستندة في ذلك إلى أسباب متنوعة بعضها يركز على عدم ملاءمة القانون الوطني للدولة المتعاقدة لحاجة المعاملات الدولية التجارية، و لذا يتعين إستبعاده بإسم المبادئ العامة للأمم المتمدينة و البعض الآخر يرى أن أعمال قواعد هذا القانون يشكل إهدار لمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة و الإضرار بالطرف الخاص المتعاقد مع الدولة، ويتعين إستبعاده تحت إطار فكرة النظام العام و سيتم التطرق إتباعا لهذين الأمرين ثم نتبع بذلك تقدير مسألة إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة¹.

الفرع 45 : إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة بإسم المبادئ العامة.

إن الأمم المتمدينة لعدم ملاءمتها لحاجة المعاملات الدولية، و في هذا الصدد سنتعرض إلى حكم التحكيم الصادر من Lord Asquith Of Bishop في 28 أوت 1951 في المنازعة القائمة بين شركة Petroleum Tone في 28 أوت 1951 ضد شيخ أبو ظبي معبرا عن هذا الإتجاه في إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناء على عدم تماشيه مع المبادئ العامة للدول المتمدينة، إذ بدأ المحكم أولا بالتساؤل عن القانون الذاتي الذي يحكم عقد

¹ أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص177.

إمتياز البترول بين أبو ظبي و الشركة المذكورة و أستبعد قانون دولة أبو ظبي و وفقا له فإنّ هذا القانون لابد أن يكون هو قانون وطني و على وجه التحديد قانون الدولة المتعاقدة نظرا لأنّ هذا العقد أبرم في هذه الدولة و يتعين تنفيذه أيضا فيها.

و على هذا الأساس إرتأ المحكم أنه لا يمكن القول بأنّ مثل هذا القانون له وجود على نحو يؤدي إلى الإعتراف به، إذ أن الشيخ يقوم بالقضاء على نحو لا يتسم بالحياد، و لذا فإنه يعد ضربا من ضروب الخيال أن يعتقد الفرد أنه توجد مبادئ قانونية مستقرة واجبة الأعمال على تفسير المعاملات القانونية الحديثة في هذه المنطقة البدائية.

وإستنادا إلى ما تقدم و على ضوءه فإنه يتعين إستبعاد هذا القانون بإسم المبادئ المستخلصة من حسن النية و ما جرى عليه العمل في عموم الدول المتمدينة أو بمعنى آخر ما يمكن أن يطلق عليه القانون الطبيعي الجديد.¹

ولقد أضاف المحكم أيضا أن القانون الإنجليزي لا يمكن إعماله على واقعة الحال، و مع ذلك فإنّ بعض القواعد هذا القانون يمكن إعمالها بإسم هذا القانون الطبيعي في ثوبه الجديد.

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 547.

وبهذا الصدد يلاحظ أن المحكم قد نجح في إستبعاد القانون المختص أصلا بحكم العلاقة المطروحة أمامه، و هو القانون للدولة المتعاقدة ليحل محله القانون الوطني للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.¹

و في صدد آخر سيتم التعرف لحكم تحكيم صادر في سنة 1953 في المنازعة بين International Marine Woill Company و حاكم قطر حيث تم إستبعاد القانون الوطني لدولة قطر إستنادا إلى نفس المبادئ السابقة، إذ ذهب المحكم إلى أن المسألة الأولى التي يتعين تحديدها هي القانون الواجب التطبيق على تنفيذ العقد الأصلي، و هل هذا القانون الذاتي للعقد هو القانون الإسلامي أو مبادئ العدالة و الإنصاف، و أستطرد المحكم إلى أنه لا يوجد في العقد الأصلي و العقد المكمل له، أن ذكر يعبر عن حقيقة نية الأطراف المتعاقدة على نحو يفيد في الفصل في المسألة المتقدمة، إلا أنه أخذ بعين الإعتبار لموضوع العقد محل المنازعة، فإن هذا العقد يصعب تفسيره دون إعمال القانون القطري علاوة على أن الحكومة القطرية طرف في هذا العقد، و لها الحق في تعيين قطر لمقر لانعقاد جلسات التحكيم، كذلك فإن هذا العقد حرر

¹ أنظر : إنتقادات مقالة B.GOLDMAN مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 548

باللغتين العربية و الإنجليزية يشير إلى تطبيق القانون الإسلامي على العقد على النحو المعمول به في قطر¹.

و رغم تظافر القرائن جميعها في تحديد قانون الدولة المتعاقدة قد عددها المحكم، إلا أن تعدادها ليس من أجل إعمال القانون القطري و لكن من أجل إستبعاده إذ إنتهى المحكم إلى نفس الرأي الذي إنتهى إليه Lord Asquith Of Bishop Tone و هو أنه لا يوجد في قطر مبادئ قانونية صالحة لإعمال على معاملات التجارة الدولية².

و علاوة على ذلك فإنه أضاف أن أي من الأطراف المتعاقدة ليست لديه النية لتطبيق أحكام القانون الإسلامي و لكن تنصرف إرادتهم إلى خضوع العقد لمبادئ العدالة و الإنصاف و حسن النية و يتم إهدار الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة بالإستناد إلى نية مفترضة لا يوجد عليها أي دليل إلا خيال المحكم

الخصب

¹أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص548 .

²أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص79.

و هذه من الأمور المثيرة للتعجب¹، و الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 29 أكتوبر لسنة 1973 و على الرغم من الإنتقادات التي توجه إلى إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة لعدم ملاءمته للأحكام العالقة المبرمة في الإطار التجاري الدولي.

و مضمون الوقائع الناشئة بصددها النزاع الذي فصلت فيه محكمة النقض الفرنسية بالعقد الذي أبرمته مؤسسة التجارة و إبرام العقود بصفتها ممثلة للحكومة السعودية مع الشركة الفرنسية و الذي يتعلق بالتزام هذه الأخيرة بتقديم المساعدة الفنية اللازمة بصدد بناء طريق في المملكة العربية السعودية، و لقد شارك البنك التجاري الوطني السعودي في المفاوضات الخاصة بهذا العقد و بتاريخ 23 ماي 1966، و بعد توقيع العقد قام البنك المذكور بإرسال خطاب إلى الشركة الفرنسية مجددا فيه أنه بالنظر إلى الإتفاق المشار إليه أعلاه، فإنه يقبل تبعا لتعليمات الإدارة العامة التي يتبعها و الإتفاق بين المؤسسة المذكورة أعلاه أن يقوم بتمويل الأعمال المعنية لحين الإنتهاء منها كلية .

¹ أنظر : C.cass.1erch.civ.29 Oct1975.Clunet 1975 p.314 note Philippe fouchard. Rev. Crit.1976.P.91 note Batiffol ، مشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 549.

لقد قام المشروع بوقف الأعمال نظرا لل صعوبات التي صادفته و طلب من البنك السعودي دفع الفواتير المستحقة له¹. و التساؤل الذي يطرح هو هل يعد البنك السعودي ملزم على نحو مباشر بالوفاء بهذه المبالغ نحو المشروع الفرنسي و هي مسألة لا يمكن معرفتها و الفصل فيها إلا من خلال تحديد القانون الذي يحكم العقد.

بالنظر في هذا الأمر قامت محكمة الإستئناف بإعطاء الأفضلية لقواعد القانون الفرنسي و أستبعدت القانون السعودي نظرا لعدم ملاءمته لمقتضيات العقد و هو القضاء الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية، فكأن هذه الأخيرة قد قامت بوضع تصنيف تدريجي للقواعد القانونية، و جعلت قواعد القانون الفرنسي في مرتبة أعلى من قواعد القانون السعودي و بناء عليه لا يمكن إعمال قواعد هذا الأخير².

الفرع الثاني : إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحجة مخالفته للنظام العام الدولي.

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 550.

² أنظر: أنظر : مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 80.

هناك جانب من الفقه و بعض أحكام التحكيم التي إستبعدت تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إستنادا إلى إستخدام فكرة النظام العام على نحو ضمني. و يعد حكم التحكيم الصادر من المحكمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس الصادر سنة 1975 تحت قم 1434 خير مثال على ذلك، حيث قامت المحكمة بإستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة على الرغم من أن جميع القرائن الموضوعية تستند إلى هذا القانون، و يرى الأستاذ Dominique Berlin أن المحكمة قد ذهبت إلى أن خضوع هذا العقد المبرم بواسطة الدولة لقانونها يعني تفويض أحد طرفي العقد سلطة تعديل مضمونه بإرادته المنفردة و هو الأثر المترتب على تركيز العقد في قانون هذه الدولة، و الذي لم يستطع الأفراد تقاديه نظرا لعدم وجود شرط الثبات و يشكل هذا الأثر في حد ذاته مخالفة للنظام العام، و رغم المحكمة لم تستبعد هذا القانون بإسم النظام¹ العام صراحة إلا أن هذه الفكرة كانت وراء هذا الإستبعاد على نحو أو آخر دون أن تظهر على نحو كامل.

و ذهب الأستاذ cavin المحكم في قضيةة sapphire عن الفكرة السابقة بتعبير واضح، و قال بأن العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الخاصة تعد

¹أنظر: مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص82.

عقودا تختلف عن العقود التجارية العادية التي تحكمها القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص، و لقد قدمت الشركة الأجنبية بمقتضى الإتفاق المبرم بينها و بين " IOC " مساعدات مالية و فنية لإيران تضمنت استثمارات مسؤوليات و مخاطر وبالتالي، فإنه يبدو طبيعيا ضرورة حمايتها من أي تشريع يؤثر في حقوق و إلتزامات الأطراف، كما يتعين منحها بعض الضمان القانوني و لا يمكن أن يتحقق ذلك إذا طبقنا القانون الإيراني التي تملك الدولة الإيرانية حق تعديله، ولقد أضاف الأستاذ cavin أنه من مصلحة كل طرف في هذا العقد أن لا يتم خضوع المنازعات الناشئة بينهم لقواعد معينة في القوانين الوطنية.¹

و بشكل ضمني غير صريح استبعد القانون الوطني تحت ستار فكرة النظام العام و هذا ما يفسر حكم التحكيم الذي أصدره الأستاذ cavin في المنازعة بين شركة Spphire " " petrolum و " nioc ". إذ إستند المحكم من أجل إستبعاد القانون الإيراني على فكرة العادات المتبعة في العقود الأخرى التي أبرمتها الشركة الإيرانية الوطنية للبتترول فجميع هذه العقود تتعلق بذات الموضوع وستتم بذات الخصائص، و تتضمن نفس الشروط و لاسيما ما يتعلق

¹أنظر : jean michel jacquet المشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص553.

منها بتنفيذ العقد و اللجوء إلى التحكيم، و بالتالي فإن الأطراف المتعاقدة في العقد محل المنازعة إذا إرتأوا إستبعاد هذه المبادئ المتقدمة المعمول بها في العقود المبرمة السابقة عليه منكرين على شركة sapphire أحد الضمانات التي قررت العقود السابقة شرعيتها لعبرت عن تلك الإرادة صراحة.¹

و ما أشار إليه الأستاذ المحكم في إبرام هذه العقود سواء بخصوص هذه القضية أو في إطار عقود البترول بصفة عامة، يشكل قاعدة قانونية من قواعد القانون الدولي لا يمكن للأطراف مخالفتها دون المساس بالمبادئ التي تقوم عليها أشخاص المجتمع الدولي ولاسيما أن هذه العقود تتضمن شرط الفصل في المنازعات الناشئة عنها تبعا لمبادئ حسن النية و إنصراف إرادتهم إلى أعمال قواعد القانون المستمدة من المنطق و التي تعد مبادئ عامة مشتركة بين الأمم المتمدينة يفيد بأن هذا الشرط يعبر عن نية الأطراف في عدم تطبيق القواعد الخاصة بنظام قانوني وطني محدد.²

¹ أنظر : رسالة dominique berlin، المشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 554.

² أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 553.

و من أجل إستبعاد القانون الذي يتصل به العقد على نحو صريح و هو القانون الإيراني كأن المحكم إستند إلى نية الأطراف المفترضة و الدفع بالنظام العام.

صحيح أن الأطراف لم يقوموا بالإشارة صراحة إلى أعمال نصوص هذا القانون إلا أن عدم الإشارة إليه لا يعني إنصراف إرادتهم إلى إستبعاد أعمال أحكامه بقدر ما يفسر ذلك على أنه رغبة منهم في تقادي الخوض في مسألة قد تعرقل إتمام إبرام العقد.¹

المطلب الثاني : التدويل غير المباشر و خضوع العقد لنظام قانوني آخر.

لقد نادى جانب من الفقه إلى تطبيق قواعد قانونية لا تنتمي للقانون الدولي العام و اختلفت آراؤهم فمنهم من رأى تطبيق قواعد التجارة الدولية و المبادئ العامة للقانون، حتى أن هناك من نادى بتطبيق قواعد قانونية شبه دولية و التي تحاول الحد من مشاكل صعوبات تطبيق القانون الدولي العام و

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 556.

القانون الوطني على هذه العقود. بينما ذهب فريق آخر إلى أنسب القوانين التي يمكن أن تحكم عقود الإستثمار يجب أن تراعي المبادئ العامة للقانون التي إتفق على إحترامها دوليا بالإضافة إلى قواعد التجارة الدولية.¹

و هناك من قال بأن مثل هذا النوع من العقود و الذي لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق عليه، لا يسيطر عليه أي نظام قانوني، فهو عقد بلا قانون، و المحكمون هم من يبتكرون قواعد قانونية ملائمة للعلاقات العابرة للدول آخذة من روح المبادئ العامة للقانون الدولي لتتكيف مع عقود الإستثمار.

و نظرا لأنّ هذه العقود هي عبارة عن معاملات تقوم بها الدولة فقد قرروا أن أنسب القوانين التي تطبق على هذه العقود هي القواعد العابرة للحدود أو قواعد التجارة الدولية.²

الفرع الأول : تطبيق القانون الذاتي للعقد.

أولا : المقصود بالقانون الذاتي للعقد.

¹ أنظر : عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 345.

² أنظر : : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص557.

إنّ المستقر في الفقه و القضاء الدوليين أن العقد ذو العنصر الأجنبي لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني، بل لابد من خضوعه للقانون، هذا القانون رضائي فهو قانون دولة أو محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه حسب ما أتفق الأطراف على مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، أو حسب ما يستخلص القاضي من وقائع النزاع، غير أن هذا الحل إنما يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون دولة معينة و ينتهي إلى نطاق قواعد قد لا يكون الأطراف قد ارتضوها عند التعاقد¹.

وهي فضلا عن كونها قد تلاءم عقود التجارة الدولية فإنها لا تتناسب العقود الدولية المبرمة بين الأشخاص دولية بهذه الصفة أو بين إحداها و أجنبي من دولة أخرى، ناهيك عن أن القوانين الوطنية التي تشير إليها قواعد الإسناد لم تعد تقوى على مواجهة أنماط مستحدثة من العقود في نطاق التجارة الدولية المعاصرة و هي عقود تنشذ في أنماطها عن القوالب الشكلية للعقود الوطنية (بيع، رهن، إيجار... إلخ)².

¹أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص346.

²أنظر: رسالة dominique berlin، المشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.555.

و هذا الوضع دفع بالفقهاء إلى الميل إلى فكرة تحرير العقد الدولي من الخضوع لأحكام قانون وطني لدولة معينة فذهب البعض للقول بأنه " إذا انتوى المتعاقدان في الحالة الراهنة للقانون الوضعي، عدم وضع عقدهم تحت سلطان قانون معين، فيمكنهم أن يقولوا ذلك و يفعلونه شريطة أن يحترموا النظام العام للدول التي يمكن أن يتصل بها عقدهم".¹

فالعقد و على خلاف الكثير من النظم القانونية لا يستلزم لوجوده تدخل أية سلطة خارجية أو نظامية، فهو تصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدها، و دورها في وضع الإشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي ودون الرجوع إلى أية قواعد قانونية فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة بإعتراف المشرع نفسه منذ تكريس مبدأ سلطان الإرادة على إنشاء قواعد قانونية و إن كانت فردية.²

و هكذا فإنه وفقا لهذا الإتجاه ينبغي أن تنظم هذه العقود بناء على مبدأ واحد و هو أن العقد هو القانون الذي يرجع إليه في فصل النزاعات حيث

¹ أنظر : سعيد عبد الغفار أمين شكري، مشار إليه لدى عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص

² أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، نفس المرجع، ص 346

أن بنود هذه العقود و شروطها هي التي توجد القانون الذي ينظم العلاقة بين أطرافها و لهذا لا ينبغي الإقرار بالزاميتها.

و يجعل أنصار القانون الذاتي للعقد من العقد قانونهم الأصلي و لا يرجع إلى القوانين الوطنية للمتعاقدين أو للقانون الدولي إلا إحتياطاً و بقدر ما يفوضه قانون المتعاقدين حيث يعد القانون الأساسي للعقد.

و يقول أحد الأساتذة في هذا الصدد " إن أية إتفاقية إمتياز نفطي في الشرق الأوسط تصبح القانون الأساسي للمشروع المشترك بين الحكومة و صاحب الإمتياز"¹

ثانيا : تقييم هذا الرأي.

في معرض تقييم فكرة عقد بلا قانون، أو العقد الطليق من القانون فإن هذه الفكرة في الواقع منتقدة، ذلك أن العقد لا يكون في الواقع طليقا عن القانون فهو ينشأ و يرتب آثاره طبقا للقانون، صحيح أن مجمع القانون الدولي في دور إنعقاده بمدينة أثينا باليونان عام 1979 قرر في ديباجة القرار الذي إتخذه بصدد مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة و أحد الأشخاص الأجنبية

¹ أنظر عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 350.

أنه " في حالة العقد بين الدولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية فإن المبادئ

العامة للقانون الدولي تسمح للأطراف بتعيين قانون العقد".¹

و أضاف أنه " إذا كانت تلك هي إرادتهم فيمكنهم إخراج ذلك العقد من

التطبيق المانع لقانون داخلي محدد" و إلى هذا المعنى ذهب محكمة إستئناف

باريس في حكم لها صادر في 1940/04/24 و فيه إنتهت المحكمة إلى أن "

الأطراف قد قصدوا مقدما، لإخراج إتفاقاتهم من سلطات كل الإجراءات التشريعية

التي يمكن أن تنقص من مبلغ الدين على أن هذا الرأي ذهب إليه القرار أو الحكم

الذي لا يعني عقد بلا قانون، و إنما قد أعطى سلطان الإرادة الحق في تحرير

العقد من قانون وطني، و أن يكون دور الإرادة ينحصر في بيان قاعدة الإسناد

التي تشير إلى مزيج من القوانين الوطنية التي لا تتفق مع طبيعة العقد و إرادة

المتعاقدين.

فالإرادة في القانون الدولي للعقود لا يقتصر دورها على إنشاء العقد، بل

تمتد إلى ترتيب آثاره و طبقا لقواعد إرتضاها المتعاقدان من بداية الأمر هي تلك

التي يكشف عنها القاضي أو المحكم دون التقيد بقواعد الإسناد التي تشير إلى

¹ أنظر، سعيد عبد الغفار شكري، المرجع السابق، ص 348.

قانون وطني غير صالح للحكم عقد ذي طبيعة دولية إرتضي الأطراف على إخضاعه لغير القوانين الوطنية.¹

و لعلّ ما يقال في هذا الصدد أنه غالبا ما يقال أن المتعاقدين يضعون شريعتهم بأنفسهم و حقيقة أنهم أحرار أن لا يخالفوا النظام العام و لكن فإن الإتفاقات التي ترمي إلى عملية قانونية تنشئ حقوقا و واجبات لا بد لها من مكان في النظام القانوني الذي يتناول أمورا كصحة الأمور و شروطها و تطبيقها و تفسيرها، و غالبا ما تأتي هذه العقود على إشارة ما للنظام القانوني الذي يقصد أن يجري تطبيقها كلية أو جزئيا ضمن نطاقه فالعقود إنما تبرم على أساس نظام قانوني معين بكل ما ينطوي عليه من جوانب.²

كما أن إنصياح الدول و الأشخاص الدولية لتلك القواعد المادية التي تمثل قانونا يحكم عقود الإستثمار، إنما هو إستجابة لواقع إقتصادي سريع التطور له رجاله و ممتنيه بحيث لا تستوعب قدرات الدولة التشريعية أن تحيط بتقنيات إبرام و تنفيذ تلك العقود على نحو يستجيب مع حاجة الدولة للإستثمار و

¹ أنظر : دباجة القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي في دورة إنعقاده بمدينة أثينا باليونان، عام 1977 بصدد مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية مشار إليه لدى عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 347.
² أنظر : سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص 33-34.

حاجة الأجنبي في ذات الوقت للإحتماء بضمانات كافية ضد تعسف القوانين الوطنية.

هذا فضلا عن فكرة السيادة و السيطرة إن صلحت للتطبيق داخل الدولة، فهي لا تصلح للتطبيق خارج حدودها بذات النطاق إذ تصطدم بإرادات أخرى في المجتمع الدولي.¹

الفرع الثاني : خضوع العقد للقانون عبر الدولي.

عندما تتعدم إرادة الأطراف في إختيار صريح لقانون الدولة المتعاقدة فإن القانون الدولي العام لا يصلح لإعماله على عقود الإستثمار مما يتعين عندها البحث عن هذا القانون بعيدا عن القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار و عن القانون الدولي العام و لكن في نظام قانوني جديد إسمه " القانون عبر الدولي "

و في هذا الصدد يمكن أن نفرق بين الإتجاه الذي يجعل القانون عبر الدولي يتطابق مع قانون التجارة الدولية حيث يرى هذا الإتجاه أن هذه القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية و بتنظيم العلاقات الإقتصادية الدولية الناشئة بين المتعاملين من الأشخاص الخاصة يصلح لأن يحكم العلاقات بين الدولة و

¹ أنظر : سعيد عبد الغفار أمين شكري، المرجع الساب، ص 35.

الأشخاص الخاصة، و بين الإتجاه الذي ينظر إلى قانون التجارة الدولية على أنه لا يعد إلا أحد العناصر المكونة للقانون عبر الدولي الذي يتضمن إلى جانب قانون التجارة الدولية بمفهوم المبادئ العامة للقانون و الأعراف التجارية و المهنية.¹

أولا : المقصود بالقانون عبر الدولي .

لقد كان هذا الفضل في لفت الإنتباه إلى هذا المصطلح إلى الفقيه *essup* الذي و جد فيه إنعكاسا للقانون الدولي العام و القانون الدولي الخاص بالإضافة إلى بعض القواعد التي يصعب إدراجها تحت هذين النظامين و كان هذا القانون يشمل وفقا لمفهومه الموسع القانون التجاري الدولي كأحد مكوناته المتعددة.²

يعتبر الأستاذ *essup* أول من أشار إلى هذا القانون وأعتبره القانون التجاري الدولي جزء من المفهوم الواسع الذي يستوعبه القانون عبر الدولي و أعتبره " كل القوانين التي تنظم التصرفات و الأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة"

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 755.

² أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 558.

لعل هذا التعريف يحاول كسر الحاجز بين ما جاء به التقسيم التقليدي بين القانون الدولي العام و القانون الدولي الخاص بشأن عدد من المشاكل التي تتعدى نطاق الدولة الواحدة.

و قد وجد هذا الإتجاه صدها عندما عبر الفقيه F.Lalive . الذي و جد في مصطلح transnational la نظاما يقع في منتصف الطريق بين القانون الدولي بمفهومه التقليدي و القانون الوطني دون أن يخلط بالقانون الدولي العام أو بفكرة العقد الطليق. و لعل الأستاذ F.Lalive . ذكر أن القانون عبر الدولي لا يتضمن القواعد المادية التي تتخطى الحدود الوطنية فحسب، بل يهدف إلى تنظيم العلاقات التعاقدية بين طرفين غير متساويين في النظام القانوني، طالما أن إرادة الأطراف إستبعت تطبيق كل قانون وطني محدد. و يؤكد الفقه على أن القانون عبر الدولي هو قانون مستقل بدا للظهور، و هو يختلف عن كل من القانون الوطني و القانون الدولي العام، و يجعل المحكم يبتعد عن سيطرة القوانين الوطنية و الإنطلاق إلى مجال العلاقات الدولية للفصل في النزاع كما يشمل كذلك التنظيم القانوني الداخلي للمؤسسات الدولية العامة التي ليست لها

صلة بالنظام القانوني الدولي ولا الوطني، ويشمل القضاء الإداري الدولي و قضاء
محاكم التحكيم.¹

و القانون عبر الدولي نظام قانوني يتكون بشكل تلقائي و ينشأ من خلال
العادات و الأعراف التي يتبعها المتعاملون في الأوساط التجارية الدولية دون
تدخل من جانب أي جهاز تشريعي لدولة ما في إصداره، و هو بذلك يتميز بأنه
في تجدد مستمر لا يصيبه الجمود، مما يجعله يتلاءم مع طبيعة العقود التي
ينظمها.

و لما كان قانون التجارة الدولية يعتبر أهم مكونات هذا القانون، لابد من
معرفة المقصود بقانون التجارة الدولية *lex mercatoria*.

لقد كان الأستاذ *oldman* هو أول من كتب عن قانون التجارة الدولية
في حلتة الجديدة عام 1964 و منذ ذلك الحين توالى الأبحاث و المقالات التي
تتكلم عن هذا القانون.²

¹ أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات
الكلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 147.

² أنظر : أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 183.

و قد أوضح الأستاذ oldman أن قانون التجارة الدولية لم يكن إكتشافا جديدا فقد كان موجودا منذ أسلافنا في قانون الشعوب، و ما يحدث الآن ما هو إلا إعادة ميلاد له.

و دون الخوض في غمار المتردقات فإن إستخدام مصطلح قواعد قانون التجارة الدولية يعبر عن المقصود بهذا القانون لشيوعه و وضوحه.

و قد تعددت تعريفات الفقه لهذا القانون حيث تبينت فيه أنه لم يتفق فيه الفقهاء على توحيد تعريف لهذا القانون فقد عرفه البعض على أنه " يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية و العلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات".

بينما عرفه البعض الآخر على أنه¹ " النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية"

¹ أنظر :أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 184.

في حين عرفه الأستاذ oldman بأنه " مجموعة من القواعد و المبادئ و العادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية و التي تتجدد بصفة مستمرة، لحكم العلاقات بين المتعاملين فيه.¹

و يمكن أن نعرف هذا القانون بناء على العديد من التعريفات الفقهية على أنه " مجموعة القواعد عبر الدولي المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية و عن نظام القانون الدولي العام و التي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي و تقدم تنظيمًا قانونيًا و حلولًا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"².

ثانيا : تقييم هذا الرأي

لقد إختلف الفقه بشأن تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني فمنهم من أنكر تمتعها بهذه الصفة و منهم من اعترف لها بصفة النظام القانوني.

فأما الفريق المناهض فإنه يرى في هذه القواعد مجرد عادات و ممارسات تجارية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام و لا يكون لها ذلك إلا إذا أحال إليها

¹ أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 148.

² أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 559.

طرفا المعاملات أو أعال إليها القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد، بل إنه حتى و لو أعال إليها القانون الوطني أو الطرفان فإن محكمة التحكيم قد تستبعدها و إذا ما تعارضت مع النظام العام الدولي في هذا القانون.¹

و يستند أنصار هذا الرأي على عدم إستيفاء هذه القواعد للركن الوضعي، فهي لا تتصف بالتجريد و العمومية صفتي القاعدة القانونية، كما يغيب فيها الجزاء المادي، كما أنه يسودها التناقض و الطابع المكمل، علاوة على أنها لا تنتمي إلى مجتمع منظم و متجانس.

ولعل الأستاذ pierre mayer حاول التخفيف من تطرف هذا الرأي بعد الانتقاد الذي تلقاه، حيث أقر بوجود مبادئ عبر الدول تحكم عقود الدولة لا ترقى إلى فكرة نظام قانوني متكامل حيث قال بأن عقود الدولة ليست من قبيل المعاهدات حتى ينطبق عليها القانون الدولي العام و لا من قبل العقود المبرمة بين المتعاملين على مسرح الحياة الإقتصادية الدولية لينطبق عليها القانون التجاري الدولي، كما أنه لا يمكن مقارنة هذه العقود بعقود القانون الخاص المعتادة، و لا تعد كذلك من عقود القانون العام أو العقود الإدارية، فهي لا ريب

¹ أنظر : عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 354.

طائفة من العقود تتميز بذاتية خاصة، و لعل المبادئ العابرة للحدود أو المبادئ بين الدول لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا بل مجرد إقتراحات قانونية تعين المحكمين، يبقى من الصعب تحديد هويتها و طبيعتها و لو لم تتجاوز هذا النطاق.¹

أما الرأي المناصر لهذا الإتجاه فيرى أن قانون التجارة الدولية ينطوي على مفهوم القانون بالمعنى المتعارف عليه، مما يجعله يشكل نظاما قانونيا مستقلا و قائما بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية و العقود التي تبرمها الدولة في مجال الإستثمار و من ثمة لا حاجة لإرادة الأطراف لإختيارها و لو لم يختاره الأطراف فإن هذا لا يفقدها الصفة القانونية، لتلعب دورا تكميليا لما اتفق عليه الأطراف.²

و يدعم أنصار هذا الإتجاه وجهة نظرهم في أن الترابط الداخلي و الخارجي لمجمل قواعد هذا القانون تجعله نظاما قانونيا منفردا و مستقلا بذاته، فالترابط الداخلي ينعكس من خلال إنتهاج المتعاملين في ميدان معين على نهج محدد

¹ أنظر حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 760.

² أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 149.

إستنادا إلى مبدأ الحرية العقدية، ثم تكرار ذلك العمل حتى يغدو أبعد من كونه شرطا تعاقديا و جدير بأن يتبناه قضاء التحكيم.

بينما يكفل الترابط الخارجي لقواعد هذا القانون التحكيم الذي حاول أكثر من مرة تحطيم العقبات التي تقف في وجه أعماله إنطلاقا من ملاءمته لحكم منازعات عقود الإستثمار مقارنة بقواعد القوانين الوطنية، و استنادا إلى إعتبره القضاء الفعلي الحقيقي لمجتمع التجار الدولي.

و يحتج أنصار هذا الإتجاه أن قواعد هذا القانون مستوفية لطابع التجريد و تتمتع بجزاء ذو طبيعة خاصة، كما أنها غير متناقضة و تحتوي على حلول ملائمة تخلص منها القوانين الوطنية، سيادة الطابع المكمل لا يمنع من إلزامها الذاتي خاصة في ظل قواعد عبر دولية آمرة، علاوة على أنها تتوفر على الركن المؤسساتاتي إذ تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم و وحدة المصلحة.¹

الفرع الثالث : خضوع العقد للمبادئ العامة للقانون.

أولا : المقصود بالمبادئ العامة للقانون.

¹ أنظر : بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 150.

أمام صعوبة الوصول إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المختلفة ذهب العديد من الفقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى مصدر أعلى و هو ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة بصفة عامة و عقود الإستثمار بصفة خاصة.

لم تكن المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق في القضاء الدولي إلا بناء على إتفاق خاص إلا أنها استخدمت كمصدر مباشر للقانون الدولي منذ وقت طويل نسبياً ثم إستخدمت في قضاء المحكمة الدائمة للعدل عام 1920.¹

و تعد هذه المبادئ أحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي و قد نصت عليها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية و توضح الأعمال التحضيرية لهذه المادة أن إضافة هذا المصدر لم يهدف إلى إعتبره بديلاً للمصادر الإتفاقيّة أو العرفية للقانون الدولي و إنما قصد من هذه الإضافة تزويد المصادر الأخرى بضمان إحتياطي ضد ما قد يعتبرها من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي حيث تخول المحاكم سلطة تطبيق المبادئ العامة للقانون لملى ما قد يوجد فيه من ثغرات.

¹ أنظر : هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2008 0 8 380.

ويؤيد هذا القول سلوك المحكمة الدولية التي لا تجد من الضروري أن تبحث أو تطبق المبادئ العامة للقانون عندما تكون هناك قواعد إتفاقية أو عرفية لذلك و على سبيل المثال تمسكت البرتغال في قضية the indien over of right teritorry بأن القوانين الداخلية في الدول المتمدنة تجمع على الإعتراف بأن لحائز الأرض إلى لا منفذ لها الحق في سبيل الوصول إليها أن يمر خلال الأرض المجاورة له و المؤدية إليها و هذا ما يسمى بحق إرتفاق المرور، غير أن المحكمة قضت بأنه لما كان السلوك المحلي واضحا و مستقرا بين الطرفين فليس هناك من ضرورة لبحث ما إذا كان العرف الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدنة تؤدي إلى نفس النتيجة من عدمه.¹

و يبدو أن شراح القانون الدولي العام يختلفون في تفسير المقصود من هذه المبادئ العامة للقانون فهل هي المبادئ العامة للقانون الدولي العام أم المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط أم للقانونين معا؟ فمنهم من يجيب بأن المقصود هو المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط و هكذا يجب فهم نص المادة 38 سابقة الذكر، لا يجوز تحميل النص أكثر مما يجب بإعتبار أن تعبير المبادئ العامة

¹ أنظر : طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005 0 5 80-81.

لل قانون جاء دون نعت لهذه المبادئ الأمر الذي لا يحتفل معه شمولها لمبادئ القانونين معا كما يذهب البعض الآخر و يضيف هؤلاء لتفسيرهم بأن النص يتعلق بالمبادئ العامة للقانون الداخلي هو ما تم من نقاش من قبل اللجنة القانونية التي أعدت النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة حيث استخدم تعبير القواعد العامة للقانون الدولي المعترف بها من قبل الضمير القانوني للشعوب المتمدنة.

و قد أثار هذا المقترح إعتراض عدد كبير من أعضاء اللجنة إلى أن تم حذف تعبير للقانون الدولي و يصل هؤلاء الكتاب في تحليلهم هذا القول بأن المادة 38 ليست مادة تشريعية للحقوق و الإلتزامات و إنما مادة قضائية تحدد وظيفة القاضي الدولي و حدود سلطته فهي أقرب إلى كونها قانونا إجرائيا.

مما يعني إعتبار موضوع هذه المادة مصدرا للقانون امراً متعذرا هذا و قد درج تقييد إصطلاح المبادئ العامة للقانون¹ للدلالة على تلك المبادئ السائدة في الأمم المتحدة، أي مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي التي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي عند عدم وجود مصدر قانوني دولي آخر معترف به كالمعاهدة أو العرف بشرط أن تستقي تلك المبادئ من الدول المتمدنة، أما اليوم و قد تجاوز الزمن هذا المصطلح فقد أصبحت المبادئ العامة تستمد من

¹ أنظر : طالب حسن موسى، نفس المرجع ، ص 82.

مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية و بغض النظر عن درجة تقدمها

الفعلية و ذلك إستنادا على مبدأ المساواة و السيادة فيما بينها جميعا.¹

و في هذا السياق يقول الدكتور هشام علي صادق " يعمل المحكمون في

المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين

أنفسهم عن النص على القانون الواجب التطبيق و هم بمسلكهم على هذا النحو

يهدفون بدورهم إلى تدويل العقد و إخراجهم من دائرة إختصاص القوانين الوطنية

الخاصة فيما لو سكتت الأعراف و العادات الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح

على قضاء التحكيم. و هذا يعني أن العقد لا يخضع لمبادئ قانون داخلي

لإحدى الدول أو أكثر من قانون داخلي و إنما يخضع لنظام قانوني أشمل

يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في مضمون مختلف النظم القانونية

الأخرى.²

ثانيا : تقييم هذا الرأي.

إنّ المبادئ العامة للقانون الداخلي لا تعني حتما صلاحياتها في كل

الأحوال لأن تكون مصدرا للقانون الدولي للأسباب التالية:

¹ أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 882-883.

² أنظر : طالب حسن موسى، نفس المرجع ، ص 83.

اللجوء إلى القياس على المبادئ العامة للقانون الداخلي ليس شائعا بسبب القيود الواردة على عملية نقل هذه المبادئ إلى القانون الدولي من خلال صعوبة العثور على مبادئ من هذا النوع معترف بها من جميع الدول، لإختلاف النظم السياسية و الإجتماعية للدول التي تنتمي إلى حضارات متباينة¹.

كما يوجد تفاوت بين بعض المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ الحقوق المكتسبة في مواجهة التأميم و مبدأ منع الإضراب و إعتباره حقا مشروعاً و مبدأ إباحة الربا و منعه، و فيما عدا هذا يمكن تصور كون المبادئ العامة للقانون مصدرا لهذا القانون، فلا جدال بأن القانون الدولي يأخذ بهذه المبادئ فمثلا الفعل غير المشروع

و هو مصدر الإلتزام و مبدأ القوة القاهرة و الظروف الطارئة و مبدأ حسن النية و عدم الإلتزام بعرض النزاع على المحاكم و مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، و قد كان موقف التشريعات و الأنظمة القضائية الوطنية موقف المعادي الصريح من تطبيق المبادئ العامة للقانون، حيث تفضل الرجوع إلى قانون وطني على وجه التحديد تخضع له عقود الدولة، و إن كان سيخلف من

¹أنظر:بشار محمد الأسعد،المرجع السابق،ص150

حيث المبدأ وفقا لمنهج الإسناد و يعد هذا الموقف هو ذاته موقف المحاكم الوطنية من تطبيق تلك المبادئ.¹

أما عن موقف الإتفاقيات و الجهات الدولية فعلى الرغم من أن لجنة unictal لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. قد أشارت إلى إمكانية إسناد عقود الدولة و من بينها عقود نقل تكنولوجيا إلى هذه المبادئ فيما لو اتجهت إرادة المتعاقدين لذلك، إلا أنها فضلت إسناد تلك العقود إلى قانون وطني محدد²، ذلك أن أولى الأدوار التي لعبتها هذه المبادئ على منصة التحكيم الدولي كان دورا سلبيا قوامه قرينة لإستبعاد القانون الوطني الذي أشارت إليه قواعد الإسناد ترجيحاً لإعمال نظام قانوني غير وطني، ثم ما لبث أن تعدت ذلك الدور بإتجاه دور آخر أكثر إيجابية و ذلك على إعتبارها نظاماً قانونياً صالحاً للتطبيق مباشرة على موضوع النزاع إما :

أ- بشكل موضوعي و مستقل.

ب- أو كنظام مكمل للنظام آخر.

¹ أنظر : عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 359-360.

² أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 84.

و يمكن أن نميز عموماً في معرض تطبيق قضاء التحكيم الدولي لهذه المبادئ بين فرضين رئيسيين، أحدهما هو فرض وجود نص صريح يقضي بإعمالها، أما الآخر فهو حالة غياب مثل ذلك النص الصريح¹.

الفرض الأول : حالة وجود نص صريح يقضي بإعمال المبادئ العامة للقانون.

قد تنص عقود الدولة على الرجوع إلى المبادئ القانونية المشتركة في الدول التي ينتمي إليها المتعاقدون كالإتفاق المبرم عام 1954 بين إيران و مجموعة الشركات البترول الأمريكية و الإنجليزية و الهولندية و الفرنسية.

و رغم أن قضاء التحكيم قد عمد في الغالبية العظمى من أحكامه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون، إلا أنه إختلف في تفسيره من تحكيم إلى آخر: ففي تحكيم B.P بين ليبيا و شركة بريطانيا للبترول تحدث المحكم عن المبادئ المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي وأنتهى إلى عدم وجودها ثم قرر إعمال المبادئ العامة للقانون "الشائعة بين مختلف النظم" مع تميزها "عن مبادئ القانون الدولي"².

أما في تحكيم lianco فقد إنتهى المحكم كذلك الى عدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض، كما إنتهى إلى تفسير تلك المبادئ على أنها القواعد

¹ أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 887.

² أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 361.

المطبقة من قبل المحاكم الدولية في هذا الشأن على نحو تشير معه إلى مبادئ العدالة والإنصاف، ومن ثم إلى تطبيق فكرة التعويض العادل.¹

وفي تحكيم texaco إعتبر المحكم أن مبادئ القانون الدولي أكثر إتساعاً من المبادئ العامة للقانون، وأن تطبيق هذه الأخيرة من شأنه إدراج العقد في نطاق القانون الدولي على إعتبارها أحد مصادره إلا أنه عثر هنا على مبدأ عام مشترك مابين القانون الليبي والقانون الدولي، وهو مبدأ " القوة الملزمة للعقد"² وقرر إعماله دون الحاجة للإستعانة بالمبادئ العامة للقانون التي يؤخذ بها على نحو مكمل في حالة تخلف تلك المبادئ المشتركة وفقاً لنص المادة 25 من العقد نفسه.

كما طبق مبدأ آخر هو مبدأ "التنفيذ العيني للعقد" رغم مهاجمة القضاء التحكيمي ذاته لهذا المبدأ في معرفة نزاعات أخرى مشابهة، إذ أننا نجد المحكم الأستاذ lagergreen قد ذهب إلى رفض تنفيذ المبدأ العيني في قضية B.P حيث توصل إلى أنه لا يوجد مبدأ قانون عام موحد يقرر إستمرار تنفيذ الإتفاق بعد فسخه من قبل أحد المتعاقدين دون موافقة الطرف الآخر، كما أنه لا يوجد مبدأ موحد من مبادئ القانون وفقاً له يكون من حق المضرور إلزام الطرف الآخر

¹ يجد هذا المبدأ أساسه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، أنظر في ذلك : فيلاي علي، الإلتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 359.

² أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 889.

على تنفيذ العقد كنوع من الجزاء الملائم فمثل هذا الحق غير قائم لاسيما بالنسبة

للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.¹

أما في تحكيم Aminoil فإن الوضع يختلف قليلا :

حيث إتخذ المحكم موقفا سلبيا من هذه المبادئ وخاصة من مبدأ القوة الملزمة للعقد بإعتباره شيئا مقدسا، وقبل فكرة مساس الدولة به فيما لو إقتضت مصلحتها ذلك بشرط التعويض العادل، كما أظهر قبوله بتطبيق القانون الكويتي تطبيقا كاملا إستنادا إلى أنه القانون الملائم، مما يعني رفضه الضمني لطلب الشركة الأجنبية بتطبيق القانون عبر الدولي، إلا أنه قام بترك نسخة معينة يسمح من خلالها بتدخل المبادئ العامة بفرض تدويل العقد، وذلك عندما إعتبر تلك المبادئ مصدرا إحتياطا للقانون الوطني الكويتي وبأن القانون الدولي يمثل جزءا مكملا لهذا القانون، وبأن تلك المبادئ تعترف بحق الدولة في حماية مصالحها العامة.²

الفرض الثاني: غياب الإرادة الصريحة حول أعمال المبادئ العامة للقانون.

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 794-795.

² أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 890.

ويمكن أن نميز مع غياب الإشارة ثلاث فروض متباينة :

أولهما عدم الإتفاق على تحديد القانون المختص، ولا تجد هيئة التحكيم مع هذا الفرض أي حرج في منح نفسها صلاحية تطبيق تلك المبادئ.

أما الفرض الثاني: فيتجلى في النص على مبادئ أخرى من قبيل حسن النية في التعامل ويجد هذا الفرض صداه في تحكيم Sapphire حيث قام المحكم بإعمال "المبادئ العامة للقانون" دون أن يبين مدى علاقتها بالنظام القانوني الدولي وبالنظم الوطنية لدرجة أثارته معها الشك حول تبنيتها كنظام قانوني ثالث ومستقل¹.

أما الفرض الثالث والأخير: فهي حالة وجود نص صريح يشير إلى إعمال قانون وطني معين ، وهنا تبلغ هيئة التحكيم ذروة جرأتها بإستبعاد ذلك القانون لصالح إعمال هذه المبادئ، ولعل خير مثال على هذا الإستبعاد كان تحكيم Aramco الذي إدعى فيه المحكم بغموض العقد ونقصه على نحو إستلزم تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع، فالقانون السعودي لا يعرف فكرة العقود الإدارية، كما أن المحكمة قضت بأن مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة هو أحد المبادئ الأساسية في النظامين الدولي والداخلي لغالبية الدول المتحضرة وعلى

¹أنظر :هاني محمود حمزة،المرجع السابق،ص382.

ذلك لا تستطيع الحكومة أن تنقض أو تقيد الحقوق التي منحتها في إتفاق سابق

بإبرام إتفاق لاحق حول نفس الموضوع كله أو بعضه.¹

1- الجانب المناصر لتطبيق المبادئ العامة للقانون:

ذهب مؤيدوا هذه المبادئ إلى ضرورة التمسك بإعمالها انطلاقاً من منظورين

رئيسيين هما:

- أزمة منهج تنازع القوانين ومقتضيات التجارة الدولية: ذلك أن قواعد التنازع تشير إلى تطبيق أحد القوانين بطريق معصوبة العينين و غير ملائمة لحاجات التجارة الدولية، حتى إنها تقوم على افتراض خاطئ مفاده تماثل العلاقات الدولية الخاصة مع العلاقات الوطنية وهو ما برز لجوء بعض الدول إلى صياغة قوانين خاصة لتطبق مباشرة على عقود التجارة الدولية.

- إنتشار نظام التحكيم مع منحه للمحكم الدولي من مكانة واسعة بغرض الإفلات من النظم الوطنية لصالح أعمال هذه المبادئ كفكرة موضوعية مستقلة لحكم العلاقات الدولية الحديثة وخاصة لو تم تفويضه بالصلح، والمحكم بدوره يرغب في تسبيب حكمه إستناداً على تدليل قانوني مجرد وذلك بمنحه طابعا عالميا من جهة وبإبعاده من نفس الوقت عن مظنة التحيز لقانون وطني معين من جهة أخرى .

¹ أنظر : محمد عبد العزيز بكر، منازعات الإستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2001، ص 23.

- كما يتم تكيف سلطات التحكيم الدولي بشكل ينسجم مع الظروف الخاصة لهذه العقود، فإن كانت نظرية الظروف الطارئة مثلا تمنح القاضي حق تعديل العقد حفاظا على العدالة فإن عقود من نموذج عقد تسليم الإنتاج في اليد أو غيرها من العقود المتراخية زمنيا والتي تفترض توقع أطرافها لمخاطر السوق، تستوجب تقييد سلطة المحكم فيما يتعلق بتعديلها.¹

2- الجانب المعارض لتطبيق المبادئ العامة للقانون:

يرى البعض أنه من المستحيل ومن غير الواقعي الإحالة إلى المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتعدنة، فهي ليست بقانون، أو نظام قانوني يمكن تطبيقه أو الإحالة إليه.

إن أي عقد يبرم بين الأشخاص لابد من رده وإسناده إلى نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد آثاره، فالمبادئ العامة للقانون يجب أن تتحقق فيها درجة كافية من التجريد والعمومية لأجل الدخول في إطار القياس القانوني الذي يسمح بالتمييز بين المبدأ العام والعادات المهنية أو العرف، كما أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد النظامين الوطني أو الدولي، وبالتالي لا يمكن أن توجد كطائفة قانونية مستقلة إلا إذا شكلت مصدرا مستقلا للقانون.²

و هذا التوصيف السابق للمبادئ العامة للقانون إنما مرده عجزها تغطية كافة المنازعات، و الذي يعزى بدوره إلى عدة أسباب أهمها طابعها النسبي و يقصد بنسبية هذه المبادئ إختلاف مفهوم المبدأ من نظام إلى آخر رغم

¹ أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 892.

² أنظر : هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 881.

الإتفاق عليه بحد ذاته و هذا هو الوضع بالنسبة لمبدأ حسن النية و الذي يمثل قاسما مشتركاً في تسبب غالبية أحكام التحكيم الدولي.

إذ لا يعد حقيقة إلا موجهها فلسفياً لسلوك البشر أكثر من كونه قاعدة قانونية حقيقية لإفتقاره الدقة و التحديد و من هنا فإن نفي الطابع النسبي عن تلك المبادئ يستوجب التغاضي عن كافة الفوارق القائمة بين النظم القانونية المختلفة حول شروط أعمالها و قيود ممارستها و الإجراءات المتبعة و ما إلى ذلك من مسائل ذات صلة.

إلا أن الوضع يشير إلى عكس ذلك حيث تمثل المبادئ طرق النجاة للمحكم الدولي الذي لا يصادف أية صعوبة في إيجاد مبدأ عام لإنزال حكمه على النزاع و تبرير إستبعاد القانون الوطني لعدم ملائمة أو لإستكمال نقصه على حد ما يدعيه كما إن عدم تحديد فكرة المبادئ العامة تجعل منها عموماً أداة قابلة للتطويع و خير دليل على صدق هذا القول هو إستخدام المبدأ ذاته لخدمة مواقف متعارضة في آن واحد¹.

كما أن التطبيق الكامل للمبادئ العامة يفضي إلى صعوبة أعمال الرقابة على القرار التحكيمي و ذلك أن مثل هذه القرارات و التي مبناه المبادئ العامة للقانون هي في حقيقتها و جوهرها قائمة على هدى من أصدرها، و بالتالي تؤدي إلى عدم تحقيق الأمان القانوني المطلق، فهذه المبادئ لم تتضح بعد، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وجود ضمان حول مضمونها، و بذلك يفتح المجال لتحكم المحكم.²

¹ أنظر : وفاء مزيد فلهوط، المرجع السابق، ص 895.

² أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 810.

و بذلك يتحول التحكيم الدولي إلى " تحكيم طليق" قادر على الإفلات من أي رقابة و فيما عدا ذلك و رغم إعتقاد المحكم على تلك المبادئ إتضح من خلال تحليل عملي لمجمل قراراته قائمة عليها، بأنه كان يلجأ لإثبات عمومية مبدأ ما إلى البحث عما هو سائد في قوانين الدول الغربية، لذلك نعتقد أن المصطلح القديم " المبادئ العامة للقانون في الأمم المتحدة" لا زال موجودا إلا أنه متكرر بثوب آخر أقل إجهارا بتلك الدلالة.

كما وجه جانب هام من الفقه التقليدي على وجه الخصوص عددا من الإنتقادات الجادة التي استهدفت قوام تلك المبادئ على الصعيدين القانوني و العملي.

و كان الإنتقاد الأول يدور حول ما ينطوي عليه أعمال تلك المبادئ من خطر إهدار مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يجمع القضاء بين يديه إلى جوار مهامه الطبيعية سلطة التشريع حين يضع القاضي الوطني نفسه محل الأطراف في صياغة إتفاقهم، و رغم قدرة المحكم الدولي على تحاشي هذا الإنتقاد إلا أنه لم يستطع من جهة أخرى تجنب خطر عدم إعتراف الدول بقراره المؤسس على تلك المبادئ الخاصة مع عدم وجود قاعدة دولية عامة ملزمة تذهب إلى خلاف ذلك.

أما الإنتقاد الثاني فينطلق من حقيقة مفادها أن النظام القانوني الواجب على عقد الدولة يجب أن لا يتعدى أحد الفرضين لا ثالث لهما و هما القانون الدولي أو أحد القوانين الوطنية أما إذا تدخلت المبادئ العامة للقانون فإن ذلك سيكون بوصفها جزءا أو مصدر لأي منهما.¹

¹ أنظر : وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 897.

حرف أن المبادئ العامة للقانون الأكثر إستخداما من قبل المحكمين لا يوجد إتفاق كامل على تحديد مضمونها و لا تتسم بالعمومية المدعى اتصافها بها كما أن الإدعاء بعالمية هذه المبادئ يحولها إلى أفكار مثالية لا يمكن أن تتواجد في عالم يتسم بالإنقسام و عدم الوحدة القانونية.

أما ما آل إليه القضاء التحكيمي من تدويل العقد إستنادا إليها فإنه مسلك يفتقر إلى الأساس القانوني أو السند العلمي خاصة و انه يثير الكثير من التساؤلات حول أسباب إمتناع الأطراف عن الإشارة الصريحة لإعمال القانون الدولي إقام عقدهم في نطاق هذه المصطلحات الغامضة.

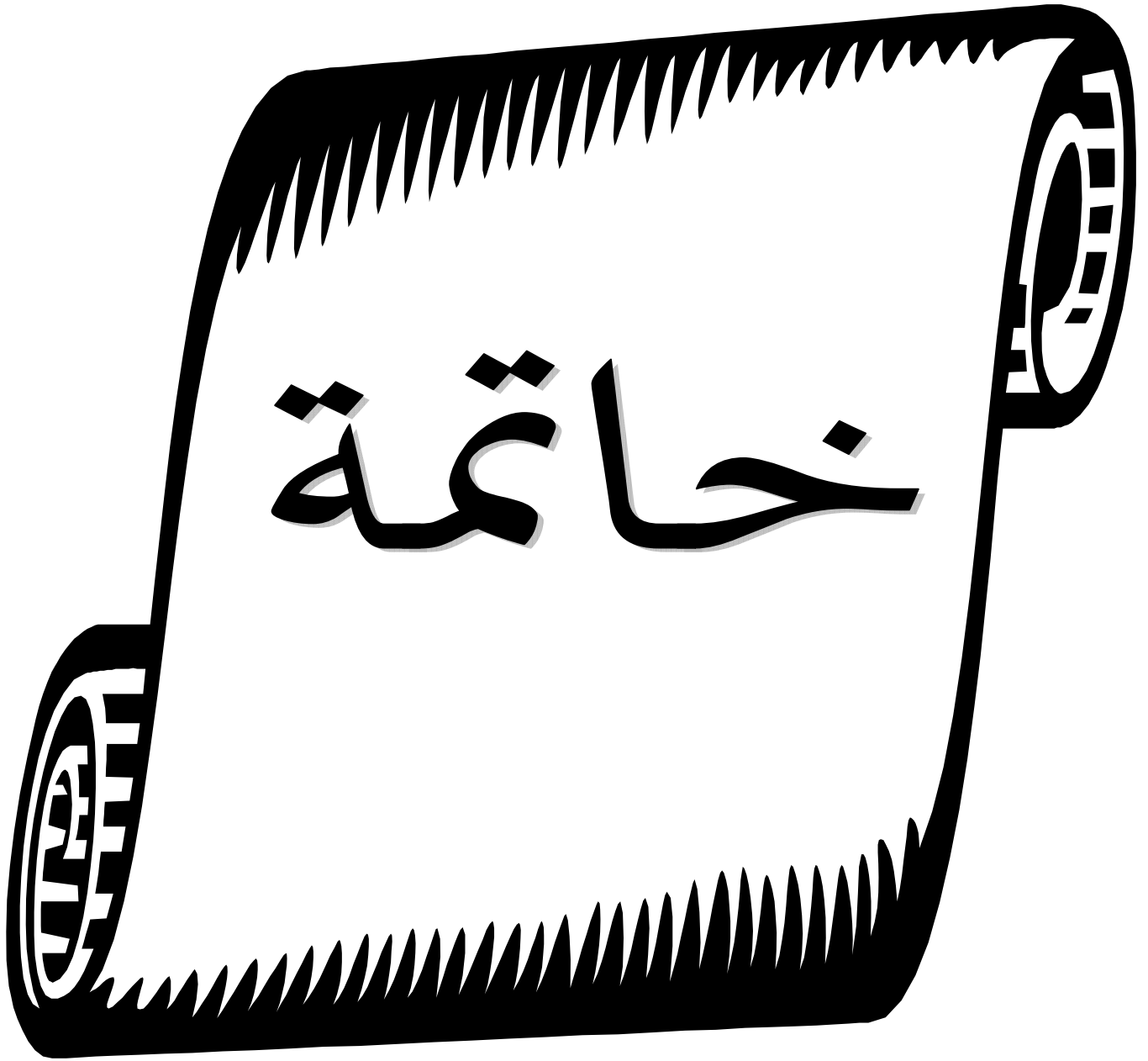
و يفضي الإنتقاد السابق إلى الإنتقاد الثالث الذي يعد من أهم ما أعيب على هذه المبادئ و إعتبرها بأحسن الفروض " مصدر إحتياطيا" حسب ما إستقر عليه العمل على الصعيد القانون الدولي أو على مستوى القوانين الوطنية حيث لم تصل إلى مرتبة التطبيق الشامل و إن كان قضاء التحكيم قد ذهب في بعض أحكامه في محاولة منه لتدويل العقد محل النزاع لإعتبرها مصدرا أساسيا و وحيدا لفرع جديد من فروع القانون الدولي و هو "القانون الدولي للعقود" إلا أن تلك الأحكام لم تغير من الحقيقة السابقة لأنها جاءت متناقضة لا تصلح للإستناد عليها.

ويتضح أن اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون كنظام واجب الإعمال على عقود الإستثمار يعد حلا سيئا في نتائجه و آلياته الفنية كما أن رفض هذه المبادئ ليس نابعا من غاية حماية الدولة التي تسيء إستعمال سلطتها و تلجأ إلى القيام بتجاوزات كالقيام بالإستلاء على أموال الأجانب أو معاملتهم معاملة تتسم بعدم

المساواة حيث أنه لا يثور في مثل هذه الحالات بلا أدنى شك حول حق الطرف الأجنبي في التعويض المناسب.

بل إن عمومية هذه المبادئ تحول دون أن تكون حلولاً فنية ملائمة و كافية لعقود الإستثمار كما أن الحالات الملموسة للمبادئ العامة من قبل هيئات التحكيم ورجال الفقه لا تعد في حقيقة الأمر سوى مبادئ قائمة في بعض قوانين الدول الغربية أطلق عليها وصف العالمية.¹

¹ أنظر : حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 812.



بالنظر إلى ما سبق فإنّ موضوع الإستثمار أصبح يحتل مكانة مهمة و أساسية في أولويات الدراسة الإقتصادية، المالية الإدارية و غيرها من التخصصات التي تهتم بالتطورات الهيكلية التي شهدتها المجتمعات المتقدمة وفي هذا الصدد تلجأ العديد من الدول لاسيما النامية منها إلى تنمية إقتصادها و تطوير منشآتها و بناها التحتية عن طريق الإستثمارات الأجنبية وبما أن المستثمر الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لتسهـ عمله و تحفظ حقوقه في مواجهة دول ذات سيادة بإمكانها أن تأمم إستثماره أو تعدل تشريعاتها الداخلية.

مما قد يضعف مركزه القانوني , وحتى يأتي الاستثمار بثماره لابد من توفير بيئة إستثمارية صحيحة تشجع الإستثمار من خلال توفير ضمانات قانونية و إقتصادية كفيلة بتوفير الأمان القانوني و الإقتصادي للمستثمر و تحقيق التوازن بين أطراف العملية الإستثمارية ولعلّ أهم هذه الضمانات التي يسعى إليها أي مستثمر عدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ بصدد إستثماره مع الدولة المضيفة إلى إقتصادها الوطني نظرا لتخوف هذا الأخير لعدم حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة للإستثمار.

وذلك إلى الخصوصية التي تتميز بها عقود الإستثمار كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى، ونظرا لإرتباطها بتحقيق التنمية في الدولة المستضيفة فإن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكمها تزداد صعوبة وتعقيدا بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة.

خاصة وأن المستثمر الأجنبي يأمل دائما في أن يظل قانون العقد ثابت كما كان وقت إبرام العقد، تجنباً لأي تغيير قد يطرأ في المستقبل من شأنه أن يمس بمصالحه الإقتصادية.

وتحقيقاً لذلك، فقد أقر المشرع الجزائري إدراج شروط الثبات التشريعي في قانون الإستثمار 09-16 والذي له دور في تحقيق التوازن العقدي خصوصا وأن الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية للمصالح العام وهذا ما قد يثير مخاوف المستثمر المشروعة في عدم تحقيق أهدافه الخاصة والذي يسعى في الغالب إلى تدويل العقد و إخضاعه لقانون غير وطني.

وبما أن عقود الإستثمار تعتبر من العقود الدولية لتوفرها على عنصر أجنبي في العلاقة العقدية مع مستثمر أجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا

فإنها وكبقية العقود الدولية قد تم تكريس مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وتم إخضاع عقود الإستثمار لمبدأ سلطان الإرادة.

فالأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية وهو ما كرّسته غالبية التشريعات الوطنية والدولية وذلك تحقيقاً للتوقعات المشروعة للأطراف و تحقيق الأمان القانوني غير أن الفقه إختلف بخصوص مدى حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وتتعدد هذه الإتجاهات الفقهية فمنهم من يرى إشتراط أن يكون القانون على صلة وثيقة بالعقد، ومنهم من لا يشترط صلة مثبتة بالعقد و يعطي ذلك الحرية الكاملة للأطراف.

وكذلك هناك من يرى إلزامية إختيار قانون وطني لدولة معينة ومنهم من يرى إمكانية إختيار مجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون داخلي معين، وهذا ما تبنته أغلب الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية ،وهذا الإختيار قد يكون صريح وهنا لا يثير أية مشكلة وقد يكون الاختيار ضمنى يتم استكشافه من خلال جملة من القرائن و الملابسات.

لكن الإشكال يثار في حالة إنعدام الإختيار الصريح و الضمني ففي هذه الحالة على القاضي أو المحكم أن يجتهد ليحدد القانون المطبق على العقد المبرم بين الطرفين وفي هذا الصدد ظهرت العديد من الإتجاهات و النظريات بشأن القانون الواجب التطبيق في حالة تخلف إختيار الأطراف فالأولى إعتمدت على التركيز التشريعي بحيث يقوم المشرع بنفسه بتصدي لأختيار القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار.

ويعاب على هذه النظرية أنها تعتمد على منهج إسناد جامد، لا يعبر عن مركز ثقل العلاقة العقدية ولا يهتم بطبيعة أو نوع العقد، أما النظرية الثانية فاعتمدت على التركيز الموضوعي مستتدة على منهج إسناد مرن ويتم إسناد العلاقة العقدية وفقا لهذه النظرية للقانون الأكثر صلة بالعلاقة الأكثر إستنادا لظروف التعاقد وملابساته .

ولكن يؤخذ عليها بإفتقارها لعنصر المعرفة المسبقة والذي من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين بخصوص القانون الواجب التطبيق، أما النظرية الثالثة فهي نظرية الأداء المميز التي جاءت لإصلاح عيوب النظريتين السابقتين والإستفادة منهما ومن ومحاسنهما فالإعتماد على نظرية الأداء المميز يؤدي بنا

إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد مع ضمان إمكانية العلم المسبق به وذلك وقت إبرام العقد.

حيث تعتبر نظرية الأداء المميز هي النظرية الأنسب للتطبيق في العقود بصفة عامة وعقود الإستثمار بصفة خاصة ومن خلال الدراسة السابقة تبين لنا أن الإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وكذا الثنائية والقضاء الدولي وقرارات وتوصيات الأمم المتحدة يحدها جميعا تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار.

أما المشرع الجزائري فقد حسم الأمر من خلال المادة 81 من القانون المدني والمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أما في حالة غياب الإختيار فإن المشرع الجزائري تبنى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة غياب الإختيار بالإضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي وذلك ما يقع نتيجة لإنضمام الجزائر و مصادقتها سنة 1995 على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

وفي ختام الدراسة خلصنا الى جملة من التوصيات و النتائج يمكن إجمالها على النحو التالي :

- ✓ ضرورة إيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين الكثير من القواعد المادية
التفصيلية لحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها
الدول النامية وعلى رأسها 143 .
- ✓ يجب تقادي إدراج شروط الثبات التشريعي متى كان الهدف من
وضعها هو الهروب من القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار ولا يمكن
إطلاق العنان لقانون الإرادة تقاديا لمشكلة تحول عقد الإستثمار الدولي إلى
عقد حر أو طليق.
- ✓ التأكيد على أهمية إدراج البدائل الأخرى مثل المراجعة أو إعادة
التفاوض في حالة تغير ظروف العقد وإنعدام التوازن العقدي في الحفاظ
على إستقرار العلاقة التعاقدية ومن ثم الإستفادة إقتصاديا واجتماعيا من
هذا الإستثمار الأجنبي الخاص.
- ✓ إن من شأن قضاء التحكيم الإسهام بشكل كبير في مد قوانين الدول
بأحكام موضوعية للتطبيق على عقود الإستثمار وغيرها من العقود الأخرى
المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى.
- ✓ ضرورة البحث عن حلول خارج القواعد الوطنية للحد من قيام تنازع
القوانين في عقود الإستثمار لاسيما الإستثمارات الأجنبية و العمل على
تهيئة المناخ الإستثماري الملائم لجذب الإستثمارات الأجنبية من خلال
الأبعاد الثلاثة الأساسية والمتمثلة بالبعد السياسي والبعد الإقتصادي والبعد
القانوني.
- ✓ -يجب على الدولة أن تعمل على زيادة الوعي لدى جميع شرائح
المجتمع بمضمون □ الإستثمار وإنعكاساته الحقيقية على الواقع

الإقتصادي والإجتماعي والثقافي أي بمعنى نشر الثقافة الإستثمارية لدى المجتمع مع ضرورة تدخل المشرع الوطني بتعديل القوانين الداخلية المتعلقة بالإستثمار لمواجهة المستجدات الدولية.

✓ ضرورة إهتمام الدول النامية بصياغة الشروط العقدية بإعتبارها أساس الفصل في النزاع وخاصة الشروط العقدية المتعلقة بعقود الإستثمار.

✓ ضرورة إهتمام الدول بالإنضمام إلى الإتفاقيات و المعاهدات الدولية المتعلقة بالإستثمار من أجل توفير الحماية الإقتصادية والقانونية بشكل أكبر للمستثمرين الأجانب، وتوفير بيئة الإستثمار التي توفرها لهم باقي دول العالم المتقدمة في مجال الإستثمار و النص صراحةً على التحكيم في إتفاقيات الإستثمار الدولية، على نحو لا يثير أي لبس، بحيث يتم توضيح جميع عناصر النزاع والقانون الواجب التطبيق واللغة ومكان التحكيم واختيار نوع التحكيم - سواء أكان حراً أم مؤسسياً.

تم بعون الله وحفظه

قائمة المصادر والمراجع

1. قائمة الكتب

- 1- أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية المصرية، مصر، 2001.
- 2- آزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2016.
- 3- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.
- 4- بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 5- جابر فهمي عمران، الإستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 6- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 7- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 8- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 9- سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الاولى، القاهرة، مصر، 2007 .
- 10- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005.
- 11- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005.

- 12- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005.
- 13- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- 14- محمد عبد العزيز بكر، منازعات الإستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة،، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2001.
- 15- محمد محسوب عبد المجيد الدرويش، قانون التجارة الدولية " les mercatoria" دار النهضة العربية القاهرة، 1995.
- 16- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 2006.
- 17- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود دولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- 18- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، 2015.
- 19- مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997.
- 20- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هوما، الجزائر، 2004.
- 21- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الإستثمار البترولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

- 22- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- 23- هبة هزاع، التوازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الإستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 24- هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 25- وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

II. مذكرات و محاضرات

- 1- صادق علاوة، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2016.
- 2- عزرين عبد الرزاق، النظام القانوني للإستثمارات الاجنبية في الجزائر " واقع و أفاق"، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.
- 3- حسين يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكرة ماجيستر، جامعة مولود معمري تيزي F 2011.
- 4- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد،
تلمسان، 2011 0 1 345.

5- بن أحمد الحاج، مقياس عقود الدولة، محاضرات غير منشورة، السنة
الثانية ماستر تخصص القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم
السياسية، جامعة سعيدة، 2016/2017.

III. الاتفاقيات

1- إتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة
بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المصادق عليها في الجزائر
بالمرسوم رقم 346/95 بتاريخ 1995/10/30 ،الجريدة رقم
66،الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

IV. القوانين

1- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري 09-100 المؤرخ في
2009/03/10.
2- القانون المدني الجزائري 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
3- قانون ترقية الإستثمار الجزائري 16-09 المؤرخ في
2016/03/06.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفهرس

المحتويات

الصفحة

شكر و تقدير

الإهداء

1.....	مقدمة.....
10.....	المبحث التمهيدي : مفهوم عقد الإستثمار.....
12.....	المطلب الأول : تعريف عقد الإستثمار.....
14.....	الفرع الاول : التعريف الإقتصادي للإستثمار.....
14.....	الفرع الثاني : التعريف القانوني للإستثمار.....
15.....	اولا- تعريف الإستثمار على الصعيد الدولي.....
17.....	ثانيا- تعريف الإستثمار في التشريع الجزائري.....
18.....	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار.....
19.....	الفرع الأول : عقود الإستثمار الدولية عقود إدارية.....
22.....	الفرع الثاني : عقود الإستثمار الدولية من عقود القانون الخاص.....
22.....	الفرع الثالث : عقود الإستثمار الدولية ذات طبيعة خاصة.....
23.....	الفرع الرابع : عقود الإستثمار من العقود التجارية الدولية.....
25.....	المطلب الثالث : معايير دولية عقود الإستثمار.....

- 25..... الفرع الأول : المعيار القانوني.
- 27..... الفرع الثاني : المعيار الإقتصادي.
- 28..... الفرع الثالث : المعيار المختلط (المعيار الإقتصادي و القانوني).
- 31..... الفصل الأول: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقد الإستثمار.
- 32..... المبحث الأول : إختصاص القانون الوطني بحكم العقد.
- 32..... المطلب الأول : صور إختيار الأطراف للقانون الوطني.
- 33..... الفرع الأول : الإختيار الصريح.
- 34..... الفرع الثاني : الإختيار الضمني.
- 36..... الفرع الثالث : التسوية بين الإختيار الضمني و الإختيار الصريح.
- المطلب الثاني: عدم إلتزام المحكم بإختيار الأطراف للقانون الوطني للدولة المضيفة.....
- 41.....
- الفرع الأول: عدم الإلتزام بحجة عدم ملائمة القانون الداخلي لنظم التجارة الدولية...42
- الفرع الثاني: عدم الإلتزام بحجة تعارض القانون الداخلي مع النظام العام.....45
- المطلب الثاني : مدى ملائمة القانون الوطني لحكم عقد الإستثمار.....48
- المبحث الثاني : تدويل النظام القانوني لعقد الإستثمار أمام قضاء التحكيم.....49
- المطلب الأول : إختصاص قانون التجارة الدولية بحكم عقد الاستثمار.....52

- 53..... الفرع الأول : الإختيار الصريح.
- 54..... الفرع الثاني: الإختيار الضمني.
- 55..... المطلب الثاني : موقف الأنظمة القانونية من تدويل قانون العقد.
- 56..... الفرع الاول: موقف المشرع الجزائري.
- 57..... الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي.
- 58..... الفرع الثالث : موقف المشرع المصري.
- 59..... المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تدويل عقد الاستثمار.
- الفرع الأول : تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار يتعارض مع مصالح الدول المضيفة.....
- 59.....
- الفرع الثاني:تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار يحقق مصلحة المستثمر الأجنبي.61
- 64 الفصل الثاني:النظام القانوني لعقد الإستثمار عند تخلف إختيار الأطراف... 64
- 66..... المبحث الأول : إختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم العقد.....
- 66..... المطلب الأول: إخضاع العقد لقانون الدولة المتعاقدة.....
- 67..... الفرع الأول: المنهج التشريعي أو نظرية التركيز التشريعي.....
- 69..... الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي.....
- 71..... الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز.....

- 76.....المطلب الثاني: موقف الإتفاقيات الدولية.....
- 77.....الفرع الأول: موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958.....
- الفرع الثاني: موقف الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف) لسنة
- 781961.....
- الفرع الثالث: موقف إتفاقية واشنطن لسنة 1965.....80.....
- الفرع الرابع: موقف إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول: المضيفة
- للإستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974.....82.....
- المبحث الثاني: إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة.....85.....
- المطلب الأول: تحرير عقود الإستثمار من الخضوع للقانون الوطني للدولة
- المضيفة.....85.....
- الفرع الأول: إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة بإسم المبادئ العامة.....86.....
- الفرع الثاني: إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحجة مخالفته للنظام العام
- الدولي.....88.....
- المطلب الثاني : التدويل غير المباشر و خضوع العقد لنظام قانوني آخر.....93.....
- الفرع الأول: تطبيق القانون الذاتي للعقد.....94.....
- الفرع الثاني : خضوع العقد للقانون عبر الدولي.....99.....

الفرع الثالث: خضوع العقد للمبادئ العامة للقانون.....105

خاتمة.....120

قائمة المصادر والمراجع.