



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص القانون الدولي الخاص للأعمال

تنازع القوانين في عقود الاستثمار

مزايعاد الطالب:

إشرافاً د:

ليبيك شوقي

يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة

د. ميكالي الهواري	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيساً
أ.د يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفة ومقررة
د. بن عصمان جمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مناقشاً
د. بلاق محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيارت	مناقشاً

المنحة الجامعية : 1440-1441هـ / 2019-2020 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي * وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي * وَاحْلُلْ عُقْدَةً
مِّنْ لِّسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾

سورة طه، الآيات: 25-28.

﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا
تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

سورة المجادلة، الآية: 11.

شكرا وتقديرنا لأستاذنا الدكتور

لحمد الله تعالى الذي وفقنا لإجازه هذا العمل المتواضع أقدم بالشكر الكبير
أولا وأخيرا للمولى عز وجل، الذي يقول في محكم تنزيله: ﴿لئن شكرتم
لأزيدنكم﴾.

و أقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة الدكتورة "يوسف فتيحة" التي أضفت
علي بقبولها الاشراف لإجازه هذه الأطروحة، والتي كانت لعظيم فضلها، وغزير علمها
وحسن توجيهها، ما أعانني على إجازهها، فحماها الله ورعاها، وزادها بسطة في العلم
والرزق، وجزاها عني جزاء العلماء المخلصين.

كما أقدم بالشكر الخالص و الاحترام الكبير إلى الأستاذ الدكتور
"ميكالي الهواري" باعتبارها رئيس لجنة المناقشة، والذي طالما استقدنا من
ملاحظاته العلمية والمنهجية القيمة.

وأشكر كذلك الأساتذة الدكتور "بن عصمان جمال" والدكتور "بلاق
محمد" اللذان تكبدا عناء قراءة هذا البحث وتقييمه.

كما أقدم بالشكر إلى كل أساتذة وعمال كلية الحقوق بجامعة أبي بكر
بلقايد- تلمسان-

إلى كل هؤلاء، شكرا جزيلاً.

الإهداء

إلى من أحيا بصالح دعائهما... إلى من أستلهم الصبر
والعزيمة منهما...

أبي العزيز-أمي الغالية
أطال الله في عمرهما.

إلى إخوتي وكامل أفراد العائلة.

إلى أصدقائي وفقني ووقفهم الله.

إلى كل من كان سنداً لي طوال مشواري الدراسي.

إلى كل من قدم لي النصيح والمعونة.

أهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة أهم المختصرات

ج.ر: الجريدة الرسمية

ج: الجزء

د.س.ن: دون سنة النشر

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ف: الفقرة

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد

ق.د.خ: القانون الدولي الخاص

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

Liste des principales abreviations

Art: Article.

B.Y.B.I.L : British Year Book of International Law.

C.I.R.D.I : Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissement.

Cass : Cour de Cassation.

Ch.cv : Chambre Civile.

D.I.P : Droit International Privé.

éd: édition.

I.C.C : International Chambre of Commerce.

I.C.S.I.D : International Center for Settlement of Investment Disputes.

I.L.M: International Legal Materials.

I.L.R : International Law Reports.

J.D.I : Journal du Droit International.

N°: numéro.

O.P.U: Office des Publications Universitaires (Alger).

Op. cit: Option Cité.

P: Page.

Rev.Crit.D.I.P: Revue Critique de Droit International Privé.

T : Tome.

UNCTAD : United Nations Conference on Trade and Development.

Vol : Volume.

مقامت

يُعد الاستثمار الأجنبي من أهم أوجه النشاط الاقتصادي في واقعنا المعاصر، ذلك أنه يتمتع بدورٍ كبيرٍ على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة له، لأنه القناة التي يتدفق عبرها رأس المال والخبرة الفنية والعملية، وقد أصبحت الحاجة مُلحة إليه سواء بالنسبة للاقتصاديات النامية أو المتقدمة على حد سواء. إذ يُمكن الدولة المضيفة من استغلال مواردها الطبيعية، كما يسهم في تنمية بنيتها التحتية كالاتصالات والطرق والمطارات، وكذلك تدريب الأيدي العاملة المحلية، وتنمية وتطوير مختلف الصناعات من خلال ما يُقدمه من أصولٍ متنوعة، منها رأس المال والتكنولوجيا والقدرات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية، كما يُعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والابتكار وروح المبادرة داخل الاقتصاد المحلي.

لذلك أضحى من الثابت أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، ولاسيما النامية منها، هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية، سواء كان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أم خاصة.¹

وأمام الأهمية التي يحظى بها الاستثمار الأجنبي، تمكنت العقود المرتبطة به ألا وهي عقود الاستثمار من أن تحجز لنفسها مكانة مُتقدمة في سلم العلاقات الدولية، وأصبح لها دور كبير في خدمة أهداف التنمية والتقدم، لما لها من تأثيرٍ ملموس على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، وصارت الأداة المثلى التي تبلغ بها الدول أهدافها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، من خلال مساهمتها في تعزيز الإنتاج وتوفير الخدمات للأفراد والرفع من مستواهم المعيشي، وضمانها لخدمات أفضل لهم بصورة مواكبة للعصر.

¹ والجدير بالذكر أن هذا هو النوع المفضل بالنسبة للدول النامية، والتي تسعى إلى جذبه بُعْية إنجاز عملية الإنماء الاقتصادي فيها، حيث تلجأ عادة لأجل هذا الغرض إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية، كعقود استغلال ثرواتها وعقود نقل التكنولوجيا، عقود بناء المصانع وعقود الأشغال العامة.. إلى غير ذلك من نماذج عقود الاستثمار والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً بشيء من التفصيل.

ونتيجة للمكانة التي استطاعت عقود الاستثمار أن تحجزها على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية، فقد وُجّهت نحوها اهتمامات الفقه من أجل دراستها وإيجاد حلول مناسبة لها لما ينشأ عنها من منازعات.

وحقيقة الأمر أن هذه العقود تُبرم بين طرفين ينتمي كلٌّ منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من ناحية، وهي تُعد من أشخاص القانون الدولي العام وتمتع بسلطة سيادية، وبين الأطراف الأجنبية الخاصة وهم المستثمرين الأجانب، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين طالما أن موضوعها يتعلق بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، مما يُثير مشكلة أساسية في هذه العقود، ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، والتي تحرص في أغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في السيادة والسلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية والمصير الاقتصادي لهذه الدولة، ومن جهة أخرى الأهداف الشخصية التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي.

وُتعى هذه الأطروحة كما يتضح من عنوانها بدراسة "تنازع القوانين في عقود الاستثمار" ومن غير المبالغ فيه هنا التأكيد على أن دراسة هذه العقود في إطار القانون الدولي الخاص، قد أثارت من الخلاف والجدل ما لم تثره مسألة قانونية أخرى، وهذا ما سيتضح في ثنايا البحث، ويرجع ذلك إلى الخلاف حول ماهية هذه العقود من جهة،¹ وعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى كونها تُبرم بين طرفين ينتمي كلٌّ منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر على نحو ما بيناه آنفاً.

¹ وسبب الخلاف الكبير حول تحديد ماهية هذه العقود راجع للخلط الذي وقع فيه البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى، وكذلك لعدم وجود عقد مُسمى يمكن أن يُطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، حيث أن هذه العقود هي أقرب ما تكون إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة وهو ما يستوجب معه أن تُحدد بدقة طبيعة أطراف هذه العقود وموضوعها وصولاً إلى تحديد طبيعتها التي تقف على الحدود الفاصلة بين كل من القانون الخاص والقانون العام والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص. راجع بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 5.

وبما أن منازعات عقود الاستثمار مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمشكلة تنازع القوانين¹ فقد تعددت أساليب ومناهج حلها، إلا أن دراستنا ستقتصر على تبيان دور كل من منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية في حل هذه المشكلة.²

بالنسبة لمنهج قواعد الإسناد فرغم تسيدته في حل مشكلة تنازع القوانين لفترة طويلة، إلا أنه ومنذ فترة لا تزيد على نصف قرن ظهر خلاف محتمل بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول دور قاعدة الإسناد في حل هذه المشكلة، نظرًا لما أثاره البعض منهم من عدم كفاية هذا المنهج، بسبب القصور والجمود الذي أصبح يتصف بهما، ما دفع ذات الفقه إلى الحديث عما أسموه بـ"أزمة منهج قاعدة الإسناد".³

وأمام القصور الذي يشوب منهج قاعدة الإسناد وعدم ملاءمته للعلاقات ذات الطابع الدولي الخاص، والتي من بينها "عقود الاستثمار" فهو منهج لا فائدة منه -في نظر البعض- طالما أن قاعدة الإسناد تكتفي بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق دون أن تعطي حلاً مباشراً للنزاع، فضلاً عن أن أهميته لا تظهر إلا في الحالات التي تُرفع بشأنها دعوى أمام القضاء، مما يُفقد الوظيفة الوقائية للقاعدة القانونية، ويجعل من قواعده وسيلة تحكيمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته

¹ تُعد مشكلة تنازع القوانين وفقاً لهذا المنهج هي مشكلة اختيار قانون من بين عدة قوانين لحكم موضوع النزاع، وهذا القانون قد يكون وطنياً وقد يكون أجنبياً، وفي كلتا الحالتين لا يعدو أن يكون هذا القانون قانوناً داخلياً يضعه المشرع الوطني في كل دولة ليحكم علاقات ذات عنصر أجنبي.

² من الجدير بالذكر أن منهج القواعد الموضوعية لم يكن هو المنهج الوحيد الذي ظهر لينافس منهج قاعدة الإسناد، بل ظهر إلى جانبه منهج ثالث يُعالج مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، ساهم في تضييق الخناق على منهج قاعدة الإسناد عن طريق وضع قواعد أمره واجبة التطبيق على الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها أيًا كانت طبيعتها وطنية أم دولية، وتُسمى هذه القواعد بـ"القواعد ذات التطبيق الضروري" إلا أن دراستنا ستقتصر فقط على منهجي "قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية" وسنكتفي بالإشارة إلى القواعد ذات التطبيق الضروري كقيد يعترض تطبيق قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار، على أمل أن تكون هناك دراسات مستقبلية حول دور هذه القواعد في حسم منازعات عقود الاستثمار.

³ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015، ص1، هامش رقم1.

الشخصية عن العدالة، ظهر اتجاه آخر يرى بأن أفضل السبل لتلافي ذلك القصور هو اللجوء إلى منهج القواعد الموضوعية لحل مشكلة تنازع القوانين.¹

والقواعد الموضوعية تضع حلولاً موضوعية مباشرة للمنازعات ذات الطابع الدولي، فإذا ما عُرض نزاع يخص هذه العلاقات على القضاء، فإنه يُطبقها مباشرة دون حاجة إلى إعمال قاعدة الإسناد، وتأخذ هذه القواعد بعين الاعتبار الصفة الدولية للعلاقة، ليتم إخضاعها لنظام قانوني يختلف عن ذلك النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الوطنية البحتة، ومُبتغى هذه القواعد هو المحافظة على ازدهار العلاقات ونموها عبر الحدود، وتُشكل هذه القواعد في النهاية منهجاً مستقلاً لتنظيم العلاقات الدولية يختلف عن منهج قاعدة الإسناد.

ويُعالج المنهج الموضوعي بعض القصور الذي يعترى أو يشوب منهج قاعدة الإسناد في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، لاسيما افتقاده للصفة الدولية.

من هذا المنطلق فإن أنصار المنهج الموضوعي يذهبون إلى إحلال هذه القواعد محل قاعدة الإسناد ليكون المنهج الموضوعي بديلاً لمنهج قاعدة الإسناد، في حسم منازعات عقود الاستثمار. أمام هذه اللوحة الوجيزة لمنهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية، حاولنا صياغة إشكالية رئيسية لهذه الأطروحة، تتمحور حول ما يلي:

أيهما أنسب لحل مشكلة تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أمام عدم تكافؤ المراكز القانونية المكونة لها، منهج قواعد الإسناد؟ أم منهج القواعد الموضوعية؟ أم أن الأمر يستدعي التكامل والتعايش بين المنهجين دون التخلي عن أي منهما؟

¹ من الجدير بالذكر أن منهج القواعد الموضوعية لم يكن هو المنهج الوحيد الذي ظهر لينافس منهج قاعدة الإسناد، بل ظهر إلى جانبه منهج ثالث يُعالج مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، ساهم في تضييق الخناق على منهج قاعدة الإسناد عن طريق وضع قواعد أمره واجبة التطبيق على الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها أياً كانت طبيعتها وطنية أم دولية، وتُسمى هذه القواعد بـ "القواعد ذات التطبيق الضروري" إلا أن دراستنا ستقتصر فقط على منهجي "قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية" وسنكتفي بالإشارة إلى القواعد ذات التطبيق الضروري كقيد يعترض تطبيق قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار، على أمل أن تكون هناك دراسات مستقبلية حول دور هذه القواعد في حسم منازعات عقود الاستثمار.

والإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية تسبقها ضرورة البحث في الإجابة عن أسئلة فرعية أخرى على شاكلة:

➤ ما المقصود بعقود الاستثمار؟

➤ ماهي معايير دوليتها؟

➤ ما هي أهم نماذجها؟

وتوجد العديد من الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع والبحث فيه طوال السنوات الماضية يمكننا إيجازها فيما يلي:

- الأهمية الكبيرة التي تحظى بها عقود الاستثمار، لما تلعبه من دور بارز في الاقتصاد القومي سواء بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار أو الدول التي يتبعها المستثمرون.

- الأهمية المتزايدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، والتي تُعتبر مسألة شديدة الحساسية، نظرًا لطبيعتها الخاصة الناجمة عن عدم تكافؤ المراكز القانونية المكونة لها، وكذلك ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار.

فبينما تحاول الدولة تأمين العقد أو تركيزه في قانونها الوطني، يسعى المستثمر الأجنبي المتعامل معها إلى محاولة إبعاد العقد من القانون الداخلي لهذه الدولة أو محاولة تدويله.

ومما لاشك فيه أن البحث في هكذا مواضيع متعلقة بالقانون الدولي الخاص تعترضه جملة من الصعوبات يُمكننا حصرها فيما يلي:

- ندرة المراجع العلمية المتخصصة في هذا الموضوع،¹ سواء تعلق الأمر بالمؤلفات أو الأطروحات والرسائل الجامعية أو المقالات.

¹ رغم ندرة المراجع المتخصصة التي اهتمت بهذا الموضوع إلا أن ما وجدناه منها حاول الإحاطة به والغوص في ثناياه، ومن أهم الدراسات المتخصصة التي استندنا إليها في هذه الدراسة نذكر "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" للمؤلف بشار محمد الأسعد، طبعة سنة 2006، قسم المؤلف دراسته هذه إلى بابين، عالج في الأول مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، إلا أنه ركز بشكل كبير على منهج قاعدة الإسناد، أما عن منهج القواعد الموضوعية، فقد اكتفى بالإشارة إلى بعض حالات تطبيق قواعد القانون الدولي، فيما عالج في الباب الثاني مسألة تسوية منازعات عقود

- تشعب موضوع الدراسة وارتباطه بمواضيع عديدة، كمنهج قاعدة الإسناد، منهج القواعد الموضوعية، دولية عقود الاستثمار... الخ، وكلها مواضيع تصلح لأن تكون أطروحة دكتوراه الأمر الذي يجعل المتصدي لموضوع البحث في حيرة من أمره، وذلك خشية أن يقع في أحد المحظورين: الإطناب الممل أو الإيجاز المخل.

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة، فنظرًا لخصوصية الموضوع وتشعب القضايا المرتبطة به اعتمدنا بشكل أساسي على منهجين يُكمل أحدهما الآخر، بغرض إغناء هذا الموضوع ومحاولة الإلمام بجميع دقائقه وتفصيلاته:

المنهج المقارن: لأننا لم نقتصر على نظام قانوني واحد وإنما عالجنا الموضوع كذلك في بعض القوانين والتشريعات الأخرى، كما استعرضنا أهم الاتفاقيات الدولية التي تتناسب معه، وعلى وجه الخصوص اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965، المنبثق عنها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكذلك اتفاقية روما لسنة 1980، المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

المنهج التحليلي: أين عمدنا على تحليل كل جزئية من جزئياته في القوانين المقارنة، كما استعرضنا الآراء الفقهية وأحكام التحكيم الدولي في مواطن عدة من هذه الدراسة. وترتيبًا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذا البحث اقتضت تقسيمه إلى باين: تناولنا في الأول "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية قواعد الإسناد"، خصصنا الفصل الأول منه للإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار وقواعد الإسناد، والفصل الثاني منه لكيفية إعمال منهج قاعدة الإسناد في منازعات عقود الاستثمار.

=الاستثمار مُركَّبًا بشكل كبير على دور التحكيم في تسوية منازعات هذا النوع من العقود، وأسبق هذين البابين بباب تمهيدي تطرق من خلاله لماهية عقود الاستثمار. إضافة إلى استنادنا إلى بعض الدراسات المتخصصة الأخرى مثل "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي- النظام القانوني لعقد الاستثمار - دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص - الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها... الخ"، ومثل هذه الدراسات المتخصصة ساعدتنا في رسم خطة هذه الدراسة والبحث في ثنايا عناوينها.

أما الباب الثاني عاجلنا فيه جزئية "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية القواعد الموضوعية"، خصصنا الفصل الأول منه للإطار النظري للقواعد الموضوعية، من خلال الإشارة بداية إلى الحاجة الملحة لهذا المنهج في ظل أزمة منهج قواعد الإسناد، ومن ثم تطرقنا في الفصل الثاني إلى كيفية إعماله في منازعات عقود الاستثمار، وبحثنا في نهاية هذا الباب مدى إمكانية التكامل والتعايش بين المنهجين في التطبيق على عقود الاستثمار دون التخلي عن أي منهما.

وعليه جاء تقسيم موضوع الأطروحة كالتالي:

الباب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية قواعد الإسناد

الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية القواعد الموضوعية

الباب الأول:

القانون الواجب التطبيق على

عقود الاستثمار في ظل آية

قواعد الإسناد

إذا كان العقد يلعب دورًا أساسيًا في القانون الداخلي من حيث تبادل و تداول الثروات، فإن ذلك الدور يزيد و يتعاضد في العقود الدولية فهو الأداة التي تُسيّر هذه الأخيرة، ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، و أهم تلك العقود هي عقود الاستثمار.¹

وقد حظيت هذه العقود بأهمية كبيرة، نظرًا للدور الذي تلعبه في التنمية الاقتصادية سواء بالنسبة للاقتصاد القومي للدول المضيفة للاستثمار، والتي غالبًا ما تكون من الدول النامية، أو بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون،² حيث قامت التشريعات و القوانين المختلفة بضبطها عن طريق قواعد قانونية تضمن حسن تنفيذها على أكمل وجه دون إخلال و تقصير.

ووجود مثل هذه العقود يؤدي إلى بروز مشكلة تنازع القوانين التي ترتبط وجودًا و عدمًا بوجود علاقة ذات طابع دولي من عدمه، فلا تثار المشكلة في حالة وجود علاقة داخلية، كونها تبقى خاضعة للقانون الداخلي الذي يُنظمها.

ويتلزم مع مشكلة تنازع القوانين مشكلة القانون الواجب التطبيق الذي اختلفت النظم القانونية بشأن الآليات المتبعة لفضه،³ ولعل أهم تلك الآليات و أكثرها تداولاً بين فقهاء القانون الدولي الخاص، آلية قواعد الإسناد و القواعد الموضوعية.

وعلى اعتبار أننا سنخصص هذا الباب لبحث مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل الآلية الأولى (قواعد الإسناد) فإن ضروريات الدراسة تقتضي منا التطرق بشكل أولي إلى الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار و قواعد الإسناد (الفصل الأول) ومن ثم التطرق إلى مسألة إعمال قاعدة الإسناد في مجال عقود الاستثمار (الفصل الثاني).

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 21.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 11.

³ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2011، ص 10.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار و قواعد الإسناد

أدت الظروف والتطورات داخل الدولة أو بين الدول بعضها مع البعض الآخر إلى قيام العديد من المشروعات الاقتصادية، وذلك أدى إلى اتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية بوجه عام وانتشار نوع خاص من هذه المعاملات يُعرف بمعاملات الاستثمار، وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، بيد أن هذه المشروعات يتوافر لها جميعاً وصف الدولية الاقتصادية، إذ أنها تلمس نشاطات ذات طابع دولي نظراً لوجود أحد العناصر الدولية فيها كأن يكون النشاط دولياً أو أن المساهمين فيها ينتمون لأكثر من دولة أو أن القائمين بإدارتها من جنسيات مختلفة، كما أن الطابع الدولي يظهر في هذه المشروعات سواء اقتصرت المساهمة فيها على الدول أم على أشخاصها العامة، أم ساهم في تكوينها الأفراد والشركات الخاصة بمفردهم والذين ينتمون لدولتين أو أكثر.¹

وفي كل هذا تُطرح إشكالية تنازع القوانين عند حدوث نزاعات بشأن هذه العقود الاستثمارية الدولية، ومسألة البحث عن القانون الأنسب لحكمها، ويُعتبر منهج قواعد الإسناد هو المنهج التقليدي المتبع لحل هذه الإشكالية، وعليه قبل البحث في كيفية إعمال هذا المنهج في منازعات عقود الاستثمار، فإن ضروريات الدراسة تقتضي منا التطرق من خلال هذا الفصل وبشكل أولي لماهية كل من عقود الاستثمار و قواعد الإسناد (التنازع) وذلك من خلال مبحثين اثنين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار

المبحث الثاني: ماهية قواعد الإسناد

¹ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 81.

المبحث الأول

ماهية عقود الاستثمار

إن الأهداف المنشودة من عقود الاستثمار تتمثل في المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من خلال استغلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للطرف الأجنبي، وذلك في عمليات استغلال الموارد الطبيعية والتصنيع والإنشاء وغيرها من المشروعات المحددة في خطط الدولة التنموية.

وبالتالي فهي تُعد إحدى مصادر التمويل التي تلجأ إليها الدول النامية وذلك لردم فجوة الموارد المحلية التي تُعاني منها، من جهة أخرى فإن رأس مال الأجنبي تاريخياً ساعد على حركة تنمية التصنيع لغالبية الدول الصناعية كالأقطار الأوروبية وأمريكا الشمالية، علاوة على بعض الدول النامية وخاصة المصنعة حديثاً.¹

وسنعرض في هذا المبحث من الدراسة لمفهوم هذه العقود من خلال التركيز على تعريفها وذكر أنواعها وتحديد أطرافها ومن ثم تحديد معايير دوليتها وإبراز نماذجها المختلفة وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار

المطلب الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار ونماذجها المختلفة

¹ ياسمينة مرابطي، العلاقات الاقتصادية للجزائر مع الاتحاد الأوروبي وتطورها في ظل الشراكة الأورو-متوسطة، رسالة ماجستير في العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، 2007، ص 129.

المطلب الأول

مفهوم عقود الاستثمار

تسعى الدول من خلال إبرام عقود الاستثمار إلى الحصول على الاستثمار الأجنبي الخاص كي يساعد في تحقيق تنميتها الاقتصادية،¹ وهنا يثور التساؤل حول المقصود بالاستثمار الأجنبي والعقود المرتبطة به، وكذلك أنواعه، ثم إن عقود الاستثمار تتميز بطبيعة خاصة تُميزها عن سائر العقود الأخرى، وهي عدم التكافؤ في المراكز القانونية، وهنا يُثار تساؤل آخر حول من هم الأطراف المكونة لها؟

هذا ما سيتم توضيحه والإجابة عنه تباعاً من خلال ثلاثة فروع:

الفرع الأول

تعريف عقود الاستثمار

أدت التطورات في ظروف الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، وما شهدته العصر الحديث من سهولة الاتصالات بين المجتمعات المختلفة إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن معروفة من قبل مثل "الاستثمارات الأجنبية" والتي أولتها التشريعات معاملة خاصة تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي.² وقد كان للاقتصاديين فضل السبق على فقهاء القانون في تعريف الاستثمار الأجنبي محل الدراسة، إذ عرضوا تعريفات متعددة من الوجهة الاقتصادية، وبذل رجال القانون جهوداً حثيثة لغرض وضع تعريف جامع مانع للاستثمار الأجنبي.³

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 39.

² خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 84.

³ مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة)، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 11.

وعليه سنحاول من خلال هذا الفرع أن نُبرز التعريف الاقتصادي (أولاً) وكذا القانوني للاستثمار الأجنبي (ثانياً) مبيينين موقف المشرع الجزائري، ثم نخلص في الأخير بعرض أبرز الآراء التي عرفت عقود الاستثمار.

أولاً: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي

إذا كان الاستثمار في اللغة لم يخرج عن كونه طلب الحصول على الثمرة، وثمره الشيء ما تولد عنه، وثمر الرجل ماله أي أحسن القيام عليه ونمائه، فإنه عند علماء الاقتصاد لا يخرج عن هذا المعنى اللغوي، حيث يُقصد به أي زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع، مثل إقامة المصانع والمباني والمزارع والطرق، وغيرها من المشروعات التي تُعد تكثيراً للرصيد الاقتصادي للمجتمع.¹

وقد عرفته الموسوعة الاقتصادية بأنه "توظيف للنقود لأي أجل في أي أصل أو حق ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تنميته، سواء بأرباح دورية أو زيادة في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية".²

وعرفه البعض بأنه "عملية من عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي"، هذا المفهوم الاقتصادي المبني على عنصر الهدف تبناه معهد القانون الدولي الذي عرف الاستثمار بأنه:

(L'investissement consiste en une fourniture de biens ou de services en une d'un gain).³

¹ محمد محمد أحمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، ط1، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، مصر، 2009، ص23.

² مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص23.

³ عيوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص123.

ويُعرف كذلك على أنه "عملية ضرورية تتطلب تدخل فعال وتنشيط لأحد المتعاملين الاقتصاديين من أجل خلق رأس المال بمعنى ثروة المستثمر".¹

كما يُعرف بأنه "التوظيف المنتج لرأس المال من خلال توجيه المدخرات نحو استخدامات تؤدي إلى إنتاج سلع وخدمات والتي بدورها تؤدي إلى إشباع الحاجات الاقتصادية للمجتمع وزيادة رفاهيته".²

وهكذا نستنتج من خلال ما سبق تعذر الإجماع من جانب الاقتصاديين على إيجاد تعريف محدد لعملية الاستثمار، بحيث يستشف منها عناصر العملية وأركانها واكتفوا بتعريف الهدف من عملية الاستثمار ألا وهو تحقيق الربح.

الأمر الذي استلزم منا البحث عن التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي من خلال العنصر الموالي.

ثانياً: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

إذا كان الاقتصاديون قد عجزوا عن وضع تعريف محدد وشامل للاستثمار فإن القانونيين لم يكونوا بأحسن حظ منهم، حيث تعددت تعريفاتهم للاستثمار وعلى الأخص الاستثمار الأجنبي الذي يهمننا في هذه الدراسة فُعرف بأنه:

- كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان.³

¹ لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 7.

² مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص ص 23-24.

³ محمد محمد أحمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، المرجع السابق، ص 25.

- كما عرفه البعض بأنه "تحرّكات الأموال النقدية أو العينية والحقوق المعنوية من بلد إلى آخر سواء رافقها العمل أو دونه، كإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأس مال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يُتوقع الحصول عليه من البلد المصدر لها".¹

وقد تم تعريفه من قبل أحد رجال القانون على النحو التالي: "يُفهم من عبارة استثمار، أنها عمل أو تصرف لمدة معينة من أجل تطوير نشاط اقتصادي، سواء كان هذا العمل في شكل أموال مادية أو غير مادية، أو في شكل قروض".²

أما على صعيد التشريعات الداخلية، فقد شاب العديد منها النقص بسبب عدم شمولية مفهوم الاستثمار وغموضه، فقد اقتصر قانون تشجيع الاستثمار الأردني في تعريفه للاستثمار على المشروع واصفًا إياه بأنه "أي نشاط اقتصادي ينطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه"، وعلى نقيض ما جرح إليه المشرع الأردني فقد أسهب المشرع السعودي في تعريفه للاستثمار حيث تناول مفهومه ومن ثم صنف أشكاله فجاء تعريفه للاستثمار بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام".³

وهناك قسم آخر تجنب وضع تعريف محدد للاستثمار كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري إذ يُقصد بالاستثمار في مفهوم القانون 09/16 المؤرخ في 3 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار ما يلي:

1. اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الانتاج و/ أو إعادة التأهيل.

¹ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 87.

² عليوش قريوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 2.

³ خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 88.

2. المساهمات في رأسمال شركة.¹

يُلاحظ من خلال هذه المادة أنها لم تُعرف الاستثمار، وإنما أعطت أنواعه و صورته التي اتخذتها على سبيل الحصر، حيث قد يكون الاستثمار إما بإنشاء مشروع جديد باسم المستثمر، كما قد يكون في شكل مساهمة في رأسمال مشروع قائم.²

بما أن المشرع قد حدد صور الاستثمار، فإن تعريف الاستثمار الذي يدخل في نطاق تطبيق القانون الجزائري للاستثمار ينبغي أن يكون مبنيًا على أساس هذه الصور وفي حدودها.

ومما تقدم نستنتج أن التشريع الجزائري وبعض قوانين الاستثمار العربية قد تجنبت وضع تعريف محدد للاستثمار واكتفت بتعريف المال المستثمر وذلك لأن تعريف الاستثمار ليس من مهام المشرع.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار الدولي والتي لها علاقة كبيرة بموضوع الدراسة، نجد اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)،³ واتفاقية سيول (SOUL) لعام 1985 الخاصة بالوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات (AMGI).⁴

فبالنسبة لاتفاقية واشنطن لسنة 1965، فإنه ومن أجل توسيع مجال نشاط مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات، امتنع واضعي هذه الاتفاقية عن تحديد تعريف دقيق للاستثمار، مما

¹ المادة 2 من القانون المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، عدد 46، سنة 2016، و الملغي للأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 52، سنة 2001.

² تجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري قلص من صور الاستثمار بصور قانون الاستثمار الجديد لسنة 2016، حيث كان ينص في المادة 2 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 على صورة أخرى من صور الاستثمار، والتي تكون عن طريق شراء كل أو جزء من المشاريع القائمة بما يسمى بالخصوصية، وهذا ما يستشف من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 2 السالفة الذكر بنصها " يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر استفادة النشاطات في إطار حوصصة جزئية أو كلية."

³ الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 (اتفاقية واشنطن)، صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي 1995، ج.ر، عدد 7، سنة 1995.

⁴ عيوبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 125.

سمح بالحفاظ على وحدة النزاع وفتح المجال أمام التطورات في مجال الاستثمار الدولي، لذلك أصبح المركز مختص بالنظر في كل الخلافات ذات الطبيعة القانونية والتي لها علاقة بالاستثمار والشرط الوحيد يتمثل في موافقة الأطراف على عرض النزاع المطروح على المركز، وهذا ما يُستفاد من خلال المادة الخامسة من الاتفاقية.¹

وبخلاف اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي لم تتضمن تعريفاً محدداً للاستثمار فقد تضمنت اتفاقية سيول لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمارات تعريفاً محدداً للاستثمار، لأن رأس مال هذه الوكالة محدد، فلا بد أن يوجه لضمان عمليات الاستثمار فقط.

هذا المفهوم الضيق الوارد في المادة 12 يندرج في إطار القانون الأساسي للوكالة وأهدافها، بحيث تُعتبر جهاز دولي لضمان الاستثمارات وإمكاناتها المالية ضعيفة ولا تستطيع أن تُغطي أشكال الاستثمار التقليدية أو الجديدة، بحيث تُميز بين الاستثمارات الصالحة وغير الصالحة للضمان.²

وهكذا بعدما تطرقنا إلى تعريف الاستثمار الأجنبي وفق منظور الاقتصاديين والقانونيين، لنا أن نستعرض بعض الآراء التي قيلت في شأن تعريف عقود الاستثمار.

فقد عرفها البعض بأنها "كل العقود التي تُبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد."³

كما يميل جانب آخر من الفقه إلى تعريف عقود الاستثمار كما يلي:

¹ تنص المادة 5 من اتفاقية واشنطن على ما يلي:

La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique... qui sont en relation avec un investissement et que les parties ont consenti a soumettre au centre.

² فطلباً للمادة 12 من الاتفاقية (تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل ويمكن لمجلس الإدارة إضافة أنواع أخرى من الاستثمارات)، لمزيد حول مضمون هذه الاتفاقية راجع عيبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 126.

³ عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 1.

"هي عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى، وتتعلق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوباً عادة باتفاق المساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية، وتحتّم أن تكون مدة هذه العقود طويلة نسبياً."¹

وأخيراً وصفها أحد الأساتذة بقوله "عقود الاستثمار، هي تلك المشروعات التي تشترك فيها الدولة مع المستثمر الأجنبي بقصد ممارسة نشاط اقتصادي يعود بالنفع على جميع الشركاء ويحتاج في العادة إلى استثمار طويل الأجل وتنظيم مستمر."²

الفرع الثاني

أنواع الاستثمار الأجنبي

ازدادت أهمية الاستثمارات الأجنبية ودورها في عملية التنمية خصوصاً بعد التغيرات الكبيرة التي طرأت على النظام المالي في أعقاب أزمة المديونية الخارجية في أوائل الثمانينات، فقد أخذت معظم الدول النامية تسعى إلى جذب هذه الاستثمارات للاستعانة بها في تمويل مشاريعها وفي مواجهة بعض مشاكلها الاقتصادية، وأصبحت الاستثمارات الأجنبية مجالاً خصباً لدراسة العلاقات بين الدول المتقدمة والدول النامية من خلال تدفق هذه الاستثمارات في صور متعددة لتحقيق العديد من الأهداف الاقتصادية والاجتماعية.³

¹ حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 30.

² حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 28-29.

³ نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 30.

وكثيرة هي أنواع الاستثمار، وتختلف باختلاف المعيار الذي يُستخدم في تصنيفها، فنجده ينقسم من حيث الأمد إلى استثمار قصير الأجل ذي المدة التي تقل عن سنة، والاستثمار المتوسط الأجل وهو من سنة إلى خمس سنوات، والاستثمار طويل الأجل الذي يزيد عن خمس سنوات.¹

ومن حيث القائم عليه فيقسم إلى استثمار خاص وعام، فالخاص هو الذي يقوم به فرد خاص سواء أكان فرداً طبيعياً أم معنوياً، ويتعلق الاستثمار الخاص بنوع من الأنشطة الاقتصادية للأجنبي المقيم في الدولة، أما الاستثمار العام فهو الذي تقوم به الدولة أو أحد أجهزتها العامة أو جهاز ذي كيان دولي وله هدف إشباع حاجيات الصالح العام ويمارس من خلال مشروع عام.²

إلا أن أهم التقسيمات التي شغلت بال الاقتصاديين والقانونيين هو تقسيمه إلى استثمار غير مباشر واستثمار مباشر، وذلك بحسب قدرة المستثمر على السيطرة والرقابة.

وبناءً على ذلك سنركز من خلال هذا الفرع على هذين النوعين من الاستثمار:

أولاً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر

الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو ذلك الاستثمار الذي يقتصر فيه دور المستثمر الأجنبي على تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة لتقوم هي بهذا الاستثمار دون أن تكون له أي سيطرة أو رقابة على المشروع، ولا تنتقل على إثر هذا النوع من الاستثمار المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المرافقة لرأس المال، كما هو الحال في الاستثمار الأجنبي المباشر.³

¹ صفوت محمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 32.

² خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 94.

³ نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 56.

ويُطلق أيضا على الاستثمار غير المباشر تسمية الاستثمار المالي (المحفظي)، لأنه مرتبط بوجود بورصة أي بأسواق الأوراق المالية التي تُعد القنوات التي يتم من خلالها تنفيذ عمليات الاستثمار.¹

فالبلدان النامية تستطيع أن تحصل على رأس مال الأجنبي عن طريق إصدار السندات في أسواق رأس مال الدول المتقدمة، وذلك بأن تقوم الدولة التي ترغب في الاقتراض بطرح سندات ذات قيمة معينة، وبسعر فائدة معين، وتستهلك بعد حلول أجل محدد لكي يكتب فيها المستثمرون الأفراد والهيئات الخاصة في هذه الدول، وتلتزم الدولة التي أصدرت السند بالوفاء بقيمته عند حلول أجل استحقاقه بالإضافة إلى الفائدة الدورية التي يستحقها حامل السند.

ويمكن للدول النامية أيضا في سبيل حصولها على رأس مال الأجنبي أن تقوم بطرح نسبة من أسهم الشركات والمشروعات التي تود إنشائها وذلك للاكتتاب فيها بمعرفة الأفراد والمؤسسات الخاصة. ونظرا للدور الذي تلعبه أسواق رأس المال في تجميع رؤوس الأموال لتنشيط مجالات الاستثمار العام والخاص وتنشيط الاقتصاد القومي ككل، فقد حرصت الدول النامية على إنشاء أسواق لرأس المال بها، ولم تعد أسواق رأس المال مقتصرة على الدول المتقدمة فقط.²

وقد تتخذ الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة الأشكال التالية -والتي سنتعرض لأبرزها- لاحقًا بشيء من التفصيل:

- 1- عقد الترخيص
- 2- عقود التسويق
- 3- عقود التصنيع
- 4- مشروعات أو عمليات تسليم المفتاح
- 5- عقود الإدارة
- 6- عقود أو اتفاقيات الوكالة
- 7- عقود تسليم المشروعات مع الإنتاج³

¹ بعلوج بولعيد، معوقات الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 4، جوان 2006، ص 73.

² نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 56-57.

³ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 98.

ثانياً: الاستثمار الأجنبي المباشر

يُقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر ذلك الاستثمار الذي يملكه أو يديره المستثمر الأجنبي، إما بسبب ملكيته الكاملة له، أو ملكيته لنصيب منها يكفل له حق الإدارة.¹

ويُعرفه تقرير منظمة التجارة والتنمية للأمم المتحدة (UNCTAD) بأنه "ذلك النوع من الاستثمار الذي ينطوي على علاقة طويلة الأمد تعكس مصالح دائمة ومقدرة على التحكم الإداري بين شركة في البلد الأم (البلد المستثمر) وشركة أو وحدة إنتاجية في بلد آخر هو (البلد المضيف)."²

وقد عرفه جانب من الفقه القانوني بأنه "تلك المشروعات التي يُقيمها ويملكها ويديرها المستثمر الأجنبي، إما بشكل جزئي أو كلي، وتكون تلك المشروعات مستثمرة بشكل مباشر عن طريق الأفراد أو الشركات الأجنبية وتشمل الاستثمارات المباشرة: انتقال رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدولة المضيفة وأيضا إعادة استثمار الأرباح فضلاً عن نقل وسائل التقنية والتكنولوجيا الحديثة إلى مشروعات قائمة بالفعل أو إلى مشروعات جديدة."³

ما يمكن استخلاصه من خلال التعاريف السابقة أن الاستثمار الأجنبي المباشر يتميز بطابع مزدوج: الأول يتمثل في وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الأجنبي في البلد المضيف، والثاني ملكيته الكلية أو الجزئية للمشروع.

وعليه فإن معيار التمييز بين ما هو مباشر وغير مباشر يكمن في مسألة التحكم الفعلي (المراقبة الفعلية) *controle effectif* في الشركة، فإذا كان الشخص المستثمر متحكماً في الشركة فهو يُعد

¹ آمال تحوني، بلال ملاحسو، الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر المحلي والدولي وأثره على التنمية الاقتصادية، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و19 نوفمبر، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2015، ص 213، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: manifest.univ-ouargla.dz/fdsp

² باسم حمادي الحسن، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 17.

³ أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر (دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 14.

مستثمرًا مباشرًا، أما إذا لم يكن فهو غير مباشر، ويتحدد التحكم (المراقبة) بمقدار المساهمة في رأس مال الشركة، وهذا المقدار يتغير وفق القوانين المختلفة للدول.

وعلى الرغم من أن الاستثمار الأجنبي بشكله غير المباشر والمباشر مازال قائمًا، إلا أن الاستثمار الأجنبي المباشر أصبح الشكل السائد، حيث نرى اليوم عددًا كبيرًا من البلدان النامية تسعى إلى جذبته بشتى الطرق لما يترتب عليه من نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات الفنية والمهارات التنظيمية إلى الدولة المضيفة.

ويقوم المستثمرون الأجانب عادة بالاستثمار المباشر من خلال إيجاد فروع للشركات متعددة الجنسيات Sociétés multinationales،¹ أو من خلال مشروعات مشتركة Projets communs.

وهذه المشروعات المشتركة تنشأ بين حكومة أو مستثمر محلي من جهة، و مستثمر أجنبي من جهة أخرى، ويشترك الطرفان في تمويل المشروع المقام في إقليم الطرف الأول أو يستقل الطرف الأول في ملكية المشروع ويتولى الطرف الثاني خدمات الإدارة والتوزيع وما شابه ذلك.²

الفرع الثالث

أطراف عقود الاستثمار

عندما تنزل الدولة إلى ميدان التجارة الدولية كشخص عام من أشخاص القانون الدولي العام بل أهم أشخاص هذا القانون على الإطلاق، فهي تهدف من ذلك أولاً: دفع عجلة التنمية على جميع مساراتها، ثانياً: زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي، ونتيجة لذلك تزايدت اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول وتم التوسيع في حجم

¹ لقد تعددت التعريفات التي اقترحها الفقه للشركات متعددة الجنسيات، ومن بين تلك التعريفات أنها: "مجموعة شركات وليدة أو تابعة تزاوّل كل منها نشاطاً إنتاجياً في دول مختلفة وتخضع لسيطرة شركة واحدة هي الشركة الأم التي تقوم بإدارة هذه الشركات الوليدة كلها في إطار عالمية موحدة"، لمزيد حول تعريفات الشركات المتعددة الجنسيات راجع، بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 41.

² بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص 44.

المبادلات التجارية الدولية مما حفز المستثمرين التابعين لتلك الدول على القدوم بأموالهم لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو، والتي تُعد في حاجة ماسة لتلك الاستثمارات.¹

لذلك نجد أن عقود الاستثمار تتميز عن غيرها من العقود الأخرى بعدم التساوي وبعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة فأحد أطراف هذه العقود هو الدولة وهي شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو في إطار القانون الدولي العام.

أما الطرف الثاني هو شخص خاص أجنبي لا يتمتع على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة، وهو ما يتمثل في المستثمر الأجنبي.²

وعليه سنحاول من خلال هذا الفرع أن نُبرز هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، ونُوضح هل أن المقصود بعقود الاستثمار هي تلك التي تبرمها الدولة بنفسها عن طريق من يمثلها؟ أم أنها تشمل أيضاً العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها؟

أولاً: الدولة كطرف في العقد

نظراً للانفتاح الاقتصادي الذي يشهده العالم، فإن الدول لم تعد تكتفي بدور الدولة الحارسة³ فسعيها منها لمواكبة الركب وتحقيق التنمية الاقتصادية، أصبحت تُبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب، التي أثارت العديد من المنازعات،⁴ ولا يُثير تحديد الدولة على أنها طرف في هذه العقود بينها وبين المستثمرين الأجانب أية صعوبة تُذكر، إذا كانت الدولة نفسها قد قامت عن طريق من يُمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء) بإبرام هذه العقود، فالدولة بوصفها شخص من

¹ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية (دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 31.

² حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 35.

³ الدولة الحارسة: يقصد بها أن الدولة تقصر وظائفها على توفير الأمن الداخلي والخارجي، والفصل في المنازعات التي تنشأ بين المواطنين.

⁴ مصلح أحمد الطروانة و فاطمة الزهراء أحمد محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ج 1، دار وائل للنشر، عمان، 2013، ص 21.

أشخاص القانون الدولي العام مفهوم قانوني خاص لا يحتاج إلى إيضاح أو إشارة خاصة في هذا المجال.

ولكن قد تثار الصعوبة إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي (المستثمر الأجنبي) ليس الدولة ذاتها، وإنما جهاز تابع لها ويعمل لحسابها.

فهل يتسع اصطلاح عقود الاستثمار ليشمل هذه الطائفة الأخيرة من العقود أم أنه ينحصر عنها؟¹

يُمكن التفرقة في هذا الصدد بين اتجاهين: اتجاه مضيق لنطاق عقود الاستثمار الدولية، واتجاه موسع لنطاقها.

1: الاتجاه المضيق لعقود الاستثمار

يقصر هذا الاتجاه عقود الاستثمار الدولية على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها من خلال من يمثلها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء)، أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص أو المستثمرين الأجانب التابعين لدول أخرى، فإنها تُعد عقوداً من عقود التجارة الدولية التقليدية، لا تدخل في إطار طائفة عقود الاستثمار الدولية بالمعنى الضيق.

2: الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار

وفقاً لهذا الاتجاه فإن عقود الاستثمار تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها.²

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 37.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص 38.

ويستند مؤيدو هذا الاتجاه إلى نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي تنص على أنه:

"1- يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو (هيئة عامة، أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدده أمام المركز)....."¹

أي أن الاتفاقية لم تقصر اختصاص المركز على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها إحدى أطرافها، ولكنها جعلت اختصاصه يشمل أيضا المنازعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم هذه الدولة بتحديدده أمام المركز.²

ويُقصد بتحديدده أمام المركز أن يكون معرفاً أو معيناً للمركز بواسطة الدولة، الأمر الذي يُستفاد منه أن عقود الاستثمار الدولية، تشمل بالإضافة إلى العقود التي تُبرمها الدولة بنفسها كذلك العقود التي تُبرمها بواسطة الأجهزة التابعة لها.³

ونشير في هذا الصدد أن المحكم cavin في قضية sapphire (الشركة الكندية Sapphire Petr oléums Ltd) والشركة الوطنية الإيرانية NIOS، اعتبر أن العقود المبرمة بواسطة الشركات التابعة للدولة تختلف اختلافاً جوهرياً عن العقود التجارية التي تحكمها القواعد التقليدية، وهو ما يُستفاد منه أن

¹ راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

² بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 19-20.

³ وفي هذا يشير الأستاذ Verhoever إلى أن المعيار الذي وضعته اتفاقية واشنطن من أجل إعمالها وتطبيق أحكامها يتسم بالدقة والوضوح في آن واحد، فالمؤسسة العامة أو الجهاز التابع للدولة يجب أن يتم تحديده بواسطتها أمام المركز، فلكي يوجد عقد من عقود الدولة للاستثمار في الحالات التي يكون الطرف المتعاقد فيه طرف غير الدولة، فلا بد من وجود جهاز تكون الدولة قد أنشأته و عينته ليحل محلها في العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية، بحيث لا يمكن إغفال السيطرة الصارمة التي تمارسها الدولة على هذه الأجهزة ولو بطريقة غير مباشرة، على نحو يصبح معه من المناسب اعتبار العقود التي تبرمها هذه الأجهزة الخاضعة لسيطرة وهيمنة الدولة على عقود الاستثمار. لمزيد راجع، حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 40.

خصوصية عقود الاستثمار ليست قاصرة على العقود التي تُبرمها بواسطة الأجهزة والمؤسسات التابعة لها.¹

وخلاصة لما تقدم فإن الدولة كطرف في عقود الاستثمار هي الدولة بمفهوما المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة) وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر إما بشكل مباشر بواسطة حكومتها، أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يُؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة.

ثانياً: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

لا يُثير تحديد الطرف الآخر (الطرف الخاص الأجنبي) المتعاقد مع الدولة صعوبات لتحديده كطرف في هذه العقود، إذ أنه من المتفق عليه أن الطرف المتعاقد مع الدولة يُشترط أن يكون شخص تابع لدولة أخرى،² ويستوي أن يكون هذا الشخص شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وهذا ما نصت عليه اتفاقية واشنطن في المادة 2/25 منها.³

وعليه سنحاول تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي، ثم المقصود بالشخص المعنوي الأجنبي تبعاً:

1: الشخص الطبيعي الأجنبي

لا يُؤثر في طبيعة عقود الاستثمار أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصاً طبيعياً طالما أن محل العقد، ومضمونه، يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 20.

² طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص ص 49-50.

³ حيث تنص على أنه " يُقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي: أ- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع.... ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع..."

ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك، العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في 20 يناير 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس، والذي بمقتضاه منحت لهذا الأخير الحق في أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية، والتي يُطلق عليها SACTO.¹

ومن القضايا التي تم طرحها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وكان أحد أطرافها شخصاً طبيعياً قضية (Ghaith R. Pharaon v. Republic of Tunisia, case No.ARB/86/1)²

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: ما هو المعيار الذي يُعتبر بواسطته هذا الشخص أجنبياً بالنسبة للدولة المتعاقدة؟

إن المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب حالياً هو الجنسية، والجنسية كما يُعرفها الدكتور أحمد إبراهيم أحمد في كتابه القانون الدولي الخاص (الموطن و مركز الأجانب) هي "رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة".³

وعلى ذلك فيكفي لمعرفة الأجنبي في أية دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يُحدد من هو الوطني ومن هو الأجنبي، وإن كانت مختلف تشريعات الجنسية في مختلف الدول تكتفي بتحديد من هو الوطني دون تحديد من هو الأجنبي، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة والأجنبي هو من لا يتمتع بها.

إلا أن الإشكالية التي تُثار في حالة ما إذا كان الشخص الطبيعي المتعاقد مع الدولة يتمتع بجنسية أكثر من دولة، أي أنه متعدد الجنسيات وكانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، فهل يُعتبر أجنبياً بالنسبة لهذه الدولة؟

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 29.

² وقد تم رفع هذه الدعوى من المواطن السعودي غيث رشاد فرعون ضد الحكومة التونسية، وقد وافق الأطراف في هذه القضية على وقف الاجراءات واللجوء إلى التسوية الودية، راجع في ذلك بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 25.

³ أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص (الموطن و مركز الأجانب)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 86.

في هذه الحالة تقضي القواعد العامة بأنه لا يُمكن اعتبار شخصاً ما أجنبياً في دولة يحمل جنسيتها مجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى.

ومن المستقر عليه أن تعدد الجنسيات يُحل في إحدى الدول التي يحمل الفرد جنسيتها بتغليب هذه الجنسية عما عداها.¹

وقد اعتبرت اتفاقية واشنطن السالفة الذكر أن الشخص الطبيعي الذي يجوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع، والدولة المتعاقدة الأخرى لا يُعد مواطناً أجنبياً، ومن ثم لا يُمكن أن يخضع لاختصاص المركز.²

نخلص مما سبق أنه لا إشكال أن يكون الطرف الآخر الأجنبي في عقود الاستثمار شخصاً طبيعياً أجنبياً، مادام الأمر يتعلق بتحديد التنمية المنشودة في الدولة المضيفة وبالنسبة للضابط الذي يُحدد أجنبية هذا الطرف هو الجنسية التي يتمتع بها.

2: الشخص الاعتباري الأجنبي

يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار في الغالب شكل شركة، وقد تأخذ هذه الشركة الأجنبية التي تتعاقد معها الدولة للاستثمار في أراضيها بهدف تحقيق تنميتها

¹ كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري في حالة ما إذا تعلق الأمر بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شخص متعدد الجنسيات، ومن بين تلك الجنسيات الجنسية الجزائرية، فهذه المسألة حسمها المشرع في الفقرة 2 من المادة 22 من الق م، بأن القانون الجزائري وحده هو الذي يطبق ونص هذه الفقرة كالتالي: "... غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول." راجع: القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44 لسنة 2005.

² وهذا ما نصت عليه المادة 2/25 من الاتفاقية التي اشترطت لاختصاص المركز ما يلي:

1- أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم

2- أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخ يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم وكذلك يوم تسجيل الطلب".

الاقتصادية أكثر من صورة أو شكل، فقد تكون شركة متعددة الجنسيات، والتي سبق وحددنا المقصود بها، وقد تكون مشروعاً مشتركاً.¹

المطلب الثاني

معايير دولية عقود الاستثمار و نماذجها المختلفة

مما لا شك فيه أن إيجاد تعريف جامع مانع لعقد الاستثمار الدولي، أضحي بالنسبة للفقهاء أمراً مستحيلاً ليس بالأمر اليسير أمام تعقيد عناصره، حيث أنه من الأمور التي اختلفت فيها الآراء واتسع فيها الجدل القانوني، مما يجعل مسألة تحديد دولية هذا العقد من عدمها أكثر تعقيداً و ترتبط ارتباطاً مباشراً بالإجابة على التساؤل التالي، ما هو معيار التمييز بين عقد الاستثمار الداخلي و عقد الاستثمار الدولي؟²

ثم إن أهم ما يميز عقود الاستثمار هو كثرتها و تنوعها، بالنظر إلى المحل الذي تنصب عليه لذلك نتساءل عن أهم النماذج المختلفة لها؟ سيتم الإجابة عن هذين التساؤلين من خلال فرعين اثنين على النحو التالي:

الفرع الأول

معايير دولية عقود الاستثمار

إن العقد أو الالتزام التعاقدي ذو الطابع الدولي عموماً، هو ما يدخل وحده في الإطار التنظيمي لقواعد القانون الدولي الخاص،³ بينما يظل الالتزام أو العقد الداخلي خاضعاً للقانون

¹ المشروع المشترك « Projet commun » هو المشروع الذي تسهم في تكوينه أكثر من دولة على أساس القيام بنشاط استثماري تمون له فوائد على الشركاء.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص 59.

³ Y.LOUSSOUARN & P.BOUREL :Droit international privé, Paris 4^{ème} éd. Dalloz 1993, p 395 ; B.AUDIT :Droit international privé, Paris éd, Economica 1991, pp 5, 73.

الوطني، ومن هذا المنطلق، يبدو ضرورياً تحديد معيار دولية العقد الدولي، فتنازع القوانين لا بد واقع في ميدان العقود الدولية،¹ والدراسة التي نحن بصدددها، تقع في إطار الق د خ، ومن ثم لن يدخل فيها سوى العقد أو الالتزام التعاقدية ذو الطابع الدولي، فدولية العقد تُعد مسألة أولية لازمة و ضرورية لإعمال قواعد الق د خ،² وإسباغ تلك السمة الدولية، يكون بترجيح أحد المعايير التي قيل بها من جانب الفقهاء، وفي إطار العقود بصفة عامة، ولذا نقوم باستعراضها تباعاً لترجيح إحداها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: المعيار القانوني Le critère juridique

لاشك أن العقد الذي يتم إبرامه في دولة معينة، يتمتع أطرافه بجنسيتها، ويتوطنون فيها، ويتم على إقليمها تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، وتقع الأموال محل العقد بها، يخضع للقانون الداخلي لهذه الدولة، حيث لم تتطرق الصفة الأجنبية إلى أي من عناصر العلاقة العقدية، المتمثلة في أشخاصها، أو موضوعها، أو واقعها المنشئة³ حيث يذهب البعض⁴ إلى أن العقد يُعد دولياً، إذا اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وكانت هذه الأنظمة القانونية تتبنى بشأنه حلولاً قانونية مختلفة. وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، وتأثير كل منها في اتسام العقد بالصفة أو بالطابع الدولي، وذلك إلى فريقين:

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق و أزمته)، ط1، دار النهضة العربية، 2000-2001، القاهرة، ص 6.

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص 12.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 13.

⁴ H.BATIFOL & P.LAGARDE : Droit international privé, T.II, Paris 7^{ème} éd.L.G.D.J. 1983, p. 275, n.575 ; J.M.JACQUET :Le contrat international, Paris 2^{ème} éd. Dalloz 1991, p 5.

الفريق الأول: يُمثله الفقه التقليدي،¹ والذي يكتفي بتطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر الرابطة العقدية، فالعقد الدولي لدى هذا الفريق هو: العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بإبرامه، أو بتنفيذه، أو بموطن المتعاقدين، أو بجنسيتهم...²

وقد قيل: إن هذا المعيار آلي وجامد، يقضي إلى اعتبار العقد دوليًا، متى كان أحد أطرافه أجنبيًا، متوطنًا بالخارج، أو تم إبرامه أو تنفيذه في دولة أجنبية، وذلك دون تفرقة بين عناصر العقد المختلفة، وبصرف النظر عن أهمية، وفاعلية كل عنصر منها في إضفاء الصفة الدولية على العقد.

ولهذا ذهب **الفريق الثاني:** ويُمثله الفقه المعاصر،³ إلى التفرقة بين العناصر القانونية المؤثرة أو الفاعلة والعناصر القانونية الأخرى غير المؤثرة أو المحايدة، فليس كل عنصر أجنبي يحويه العقد من شأنه أن يُضفي عليه وصف الدولية... فالأمر يتطلب لدى هذا الفريق تحليلاً خاصاً للعقد وعناصره القانونية، حتى يتم التوصل إلى العنصر المميز لطبيعته،⁴ ويتم ذلك عن طريق الظروف المحيطة به فالجنسية التي يتمتع بها أطراف العقد، تُعد على سبيل المثال عنصرًا غير مؤثر في عقود المعاملات المالية، في حين أنها تعد من العناصر المؤثرة في عقود الزواج، كما أنه لا يعقل أن يُعتبر العقد دوليًا لمجرد أنه حُرر على ورق مصنع في دولة أجنبية.

وعلى عكس ما تقدم يُعد محل التنفيذ من العناصر المؤثرة، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين أو محل مركز إدارتهم الرئيسي، في إضفاء صفة الدولية على العقد.⁵

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 14.

² و يؤكد الأستاذ H.BATIFFOL هذا المعنى بقوله: يكون العقد دوليًا عندما:

« Quand, par les actes concernant sa conclusion, ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il y a des liens avec plus d'un système juridique ».

Voir : H.BATIFFOL : Contrats et conventions, Rép.D. Int. T.I. 1968, p 564, n.9.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 14 - 15.

⁴ وتحديد طبيعة العقد على هذا النحو تعد مسألة قانون، ومن ثم تخضع لرقابة محكمة النقض، راجع:

J.F.AUBERT : Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisses, Rev.Crit. D.I.P. 1962, pp 19 ets, Spéc. P.34, n.21.

⁵ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 16.

ثانياً: المعيار الاقتصادي Le critère économique

لقد ظهرت فكرة المعيار الاقتصادي على يد المحامي العام الفرنسي، و هو الأستاذ ماتيه P.MATTER في قضية Pelissier du Besset والتي طُرحت أمام محكمة النقض الفرنسية في السابع عشر من شهر مايو عام 1927م، حيث قضت المحكمة بأن العقد الدولي هو ذلك العقد الذي "يرتبط بحركة المد و الجزر للأموال و البضائع عبر الحدود".¹

وتحقيقاً لهذا المعيار الاقتصادي أكتفي في تلك المرحلة بالحركة في اتجاه واحد "مد" أو "جزر" "تصدير" أو "استيراد" للقيم الاقتصادية عبر الحدود، ثم أعتبر العقد دولياً في مرحلة تالية، عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية.²

وأخيراً تم النظر إلى العقد و اتسامه بالدولية، عن طريق تبعاته و آثاره، فكل عقد يتعد بتبعاته و آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، يُعد عقداً دولياً.³

وبمقتضى هذا المعيار الاقتصادي، تتحقق دولية العقد مثلاً، إذا تم إبرامه بين شخص يُقيم في الجزائر وشخص يُقيم في فرنسا، وذلك لشراء منقول أو عقار يقع في الجزائر، حيث يعبر مبلغ الشراء الحدود الفرنسية، فالدولية في هذا المثال تحققت نظراً لانتقال الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود متمثلة في مبلغ الشراء، وإن كان هذا المثال السابق يوضح لنا مدى ارتباط كلا المعيارين، المعيار القانوني، و المعيار الاقتصادي، حيث ارتبط العقد بأكثر من نظام قانوني واحد (المعيار القانوني)، وفي

¹ ففي نزاع حول مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة بالجنه الاسترليني، بمناسبة عقد إيجار في الجزائر، حيث كان المؤجر إنجليزية و المستأجر فرنسياً، و كان مكان الوفاء بالأجرة هو مدينة لندن أو مدينة الجزائر، وهنا لم تكتفِ محكمة النقض الفرنسية باختلاف جنسية الأطراف، أو اختلاف مكان الوفاء عن مكان التنفيذ (المعيار القانوني التقليدي)، و قضت بعدم مشروعية هذا الشرط، لأنها اعتبرت تلك المنازعة من المنازعات الداخلية، حيث إن عملية استئجار العقار لم تؤدي إلى دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا، فلقد كانت العملية محلية بشكل تام، راجع في ذلك: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 16.

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 17.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولاً و منهجاً"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص 1089 و ما بعدها.

الوقت نفسه حدث انتقال للأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود (المعيار الاقتصادي)، فتوافر المعيار الاقتصادي يستتبع بالضرورة توافر المعيار القانوني.

وإن كان البعض¹ يرى العكس غير صحيح، ولكن يبدو أن هذا الأمر لا يصدق على الالتزامات التعاقدية المالية الدولية، حيث تُمثل في الحقيقة عمليات مالية، لا يُمكن تحقيقها إلا بتبادل الأموال و القيم الاقتصادية عبر الحدود، فتطرق العنصر الأجنبي (المعيار القانوني)، يستتبع بالضرورة انتقالاً للأموال و القيم الاقتصادية عبر الحدود (المعيار الاقتصادي).

وبمقتضى هذا التلازم و الارتباط بين المعيارين (القانوني و الاقتصادي) ظهر اتجاه يرى ضرورة الجمع بينهما، و هو ما يُطلق عليه (المعيار المزدوج)، ونعرضه فيما يلي:

ثالثاً: المعيار المزدوج Le critère dual

لقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث إلى الجمع بين المعيارين القانوني و الاقتصادي لتحديد دولية العقد حيث لم يكتفِ بالتحقق من دولية العقد، باتصاله بأكثر من نظام قانوني واحد، وإنما حرص على التأكد من مساسه بمصالح التجارة الدولية، وهذا هو المعيار المزدوج الذي يتم من خلاله تحديد دولية العقد.²

وقد قيل: إن هذا المعيار يضيق عن معيار الدولية، ويُمكن الاستغناء عنه، والتوصل إلى النتيجة نفسها من خلال الالتجاء إلى ما يُسمى " بالمعيار القانوني المرن " وحده، والذي يعتد بعناصر العقد القانونية المؤثرة أو الفاعلة حتى يحكم بدولية العقد.³

¹ J.M.JACQUET : Principe d'autonomie et contrats internationaux, paris, éd 1983, p 371.

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 18-19.

³ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2000، ص 61.

وعلى ذلك فإن معيار دولية العقد، يجب النظر إليه من خلال العنصر المؤثر في العلاقة، والذي يُؤدي إلى جعلها تتعدى إطار القانون الداخلي، فالأمر يتوقف على تحليل العلاقة التعاقدية، والوقوف على طبيعتها، حتى يُمكن التوصل إلى معيار دوليتها.

ونميل إلى تأييد الدور الأساسي، الذي يتعين الاعتراف به، لاختلاف موطن، أو محل إقامة، أو مركز الإدارة الرئيسي للمتعاقدين، حيث يجب لإضفاء صفة الدولية على العقد، أن تكون منشأة أو محل إقامة كل من المتعاقدين في دول مختلفة، باعتبار هذا العنصر عنصراً مؤثراً في العلاقة التعاقدية يُضفي عليها الطابع الدولي ويكفي وحده لاعتبار العقد دولياً، مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني واحد تعدت تبعاته و آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، فتطرق العنصر الأجنبي (المعيار القانوني)، يستتبع بالضرورة انتقالاً للأموال وللقيم الاقتصادية عبر الحدود (المعيار الاقتصادي)، وهذا هو مقتضى أعمال المعيار المزدوج لدولية العقد.¹

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من معيار دولية العقد، فهو لم يهتم بوضع معيار يُحدد ماهية العقد الدولي، غير أننا نرى إمكانية استخلاص ماهية العقد الدولي، من خلال الرجوع إلى النصوص التي تُنظم التحكيم التجاري الدولي، والتي جاء فيها تحديد المقصود بالتحكيم الدولي ومعيار التفرقة بينه وبين التحكيم الداخلي، ومنه و طبقاً للمادة 1039 من ق.إ.م.إ.ج التي نصت على أنه: "يُعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص نزاعات متعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".²

فالمعيار إذن هنا هو ارتباط النزاع بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو معيار يجمع بين معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ومعيار قانوني يتعلق بتعدد الموطن، أو المقر أو

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 19-20.

² راجع هذه المادة في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

الجنسيات، وإذا حاولنا إسقاط ما هو مقرر في التحكيم على العقود، فإننا سنستخلص أن العقد لكي يكون دولياً، يجب أن يتوفر فيه كل من المعيارين.

وفي النهاية نميل إلى ترجيح المعيار القانوني المرن لإضفاء صفة الدولية على العلاقة التعاقدية وذلك لأنه المعيار الذي يُحقق نوعاً من عالمية الحلول، وثباتها داخل الق د خ، ويُحقق في ذات الوقت انتقالاً للأموال و القيم الاقتصادية عبر الحدود أو المساس بمصالح التجارة الدولية.

الفرع الثاني

النماذج المختلفة لعقود الاستثمار

تتسم العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية بكثرتها و تنوعها بالنظر إلى المحل الذي تنصب عليه هذه العقود،¹ وبحسب حاجة الدول لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية فيها.

ولعل أهم نماذج هذه العقود و أكثرها شيوعاً: عقود البترول، وعقود التعاون الصناعي، وكذلك عقود الأشغال العامة الدولية،² وسوف نُلقي الضوء على هذه العقود تباعاً:

أولاً: عقود البترول

إن أهمية البترول كمصدر للطاقة لا تخفى على أحد، فهو ذو أهمية قصوى سواء بالنسبة للدول المنتجة له، والتي تنتمي غالباً إلى الدول النامية، أو بالنسبة للدول المستهلكة له و التي تنتمي غالباً إلى الدول الصناعية المتقدمة، حيث يُعتبر بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له المصدر الرئيسي للدخل القومي كالجائر مثلاً، إذ تعتمد هذه الدول على العوائد البترولية لتحقيق تنميتها الاقتصادية و الاجتماعية وكذلك الأمر بالنسبة للدول المتقدمة لاعتمادها على البترول في تقدمها و تطورها الصناعي.

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 174.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 48.

ويتطلب استغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتنقيب و الإنتاج و التسويق من ناحية أخرى، والغالب أن يكون هذا الطرف من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة، والتي تملك من الأموال و الخبرة التكنولوجية ما يُمكنها من الدخول في هذا الميدان. و مما لا شك فيه أن تحقيق قدر مقبول من التوازن العادل بين مصالح الطرفين ليس بالأمر السهل، فقد شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة، وتم التحول من عقود الامتياز التقليدية، إلى صور عقدية أخرى أكثر عدلاً كعقود المشاركة و عقود المقاول، والتي نستعرضها من خلال التفصيل التالي:¹

1: عقود الامتياز

يُعرف عقد الامتياز بأنه التصرف الذي بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقًا خالصًا له للبحث في إقليمها عن البترول، واستخدامه و استغلاله، و ذلك خلال مدة زمنية محددة.² و تُعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر و بدايات القرن العشرين.³

¹ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 36-37.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 175. و راجع أيضا: بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 55. عبد الكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي والعشرين "الطاقة بين القانون و الاقتصاد"، أبوظبي، 20-21/5/2013، ص 711. مقال منشور على

الرابط الإلكتروني التالي: slconf.uaeu.ac.ae/Docs/BDF%20conf%2021/.../3%20Fayaad.pdf

³ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 37.

ولقد اتسمت عقود الامتياز في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية باختلال التوازن لصالح شركات التنقيب و الاستغلال، حيث تضمنت تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحق و مصالح الدول المتعاقدة بوجه عام.¹

حيث كانت تمنح الشركات حقوق مطلقة في البحث و الاكتشاف و الانتاج، فأغلب تلك الاتفاقيات لم تكن تُلزم صاحب الامتياز باستخدام الوطنيين أو تدريبهم، ولا باتخاذ إجراءات للمحافظة على الثورة البترولية، و لم تشر إلى التخلي التدريجي عن المناطق غير المستغلة، و لم تكن تُلزم صاحبة الامتياز بأن تُجري داخل الدولة المضيفة عمليات تكرير الزيت الخام المنتج في إقليمها من أجل تصديره.²

ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك، عقد امتياز البترول المبرم في 29 ماي 1901 بين "شاه إيران و المليونير البريطاني وليام دراسي"، والذي يُعد أول عقد امتياز بترولي تم إبرامه في منطقة الشرق الأوسط والذي منح طبقاً للمادة الأولى منه الطرف الأجنبي، الحق في البحث عن البترول و مشتقاته و استغلاله و نقله و تسويقه و بيعه لمدة ستون عامًا، ومن الأمثلة الأخرى كذلك عقد امتياز بترول العراق عام 1931 الذي أطلق يد الشركة و لم يلزمها بأي نظام للتخلي عن المناطق التي لم تستثمرها.³

¹ كون أن هذه العقود طغت عليها ظروف و عوامل متضاربة من أهمها: عدم تقدير حكومات الدول المنتجة للبترول قيمة تلك المادة و لا أهميتها الاقتصادية، إلى جانب فقدان تلك الدول لرؤوس الأموال و كذلك الخبرة الفنية، بالإضافة إلى غلبة الطابع السياسي على العقد البترولي، فقد تم إبرامها في ظل سياسة لم تعط فيها للدول مانحة الامتياز القدرة على مناقشة شروط الامتياز، حيث أن معظم الدول المنتجة للبترول، كانت واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى و التي تنتمي إليها الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول، وذلك في الفترة التي أبرمت فيها هذه العقود، وقد كانت حكومات الدول المستعمرة دائمة التدخل لمساندة هذه الشركات، عن طريق الضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول من أجل منح عقود امتياز البترول بالشروط التي تتفق مع مصالح هذه الشركات. لمزيد من التفاصيل راجع: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 38.

² عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي و تسوية منازعاتها، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 32-33.

³ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 39.

ولقد ظل عقد الامتياز هو الشكل القانوني السائد لتنظيم العلاقة التعاقدية بين الشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال و الدول، و لما كانت هذه العقود قد أُبرمت في ظل ظروف اقتصادية واجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الاستفادة القصوى من هذه العقود في أقل فترة زمنية ممكنة فإنه مع تغير الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية للدول المنتجة للبترو، لم تعد العقود صالحة لحكم العلاقات المستمرة بين كل الدول و الشركات الأجنبية المتعاقدة معها. ولذا كان من الطبيعي أن يتم تعديل هذه العقود على نحو يُحقق مصالح كل من الأطراف المتعاقدة و يحول دون اتساع الهوة التي تفصل بين الدول النامية و الدول الصناعية.¹

2: عقود المشاركة

يُقصد بعقد المشاركة قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأس مال الشركة صاحبة الامتياز النفطي، بما يسمح لهذه الدولة بممارسة أعباء الإدارة و مسؤولياتها.

وهذا يعني اشتراك الدولة المنتجة للنفط مع الشركة الأجنبية في مشروع البحث و التنقيب وكذلك الاستغلال بشروط تختلف عما يحدث بين الشركات بعضها مع بعض، وذلك في صالح الدولة المنتجة، ويهدف هذا النظام إلى تحقيق قدر من السيطرة على استغلال نفط الدولة المنتجة لتمكين من زيادة دخلها.²

والواقع أن مساهمة الدول المنتجة للبترو في رأس مال الشركة، كان بمثابة الحل الوحيد المطروح كبديل عن التأميم.

وهو الحل الذي حاولت الحكومة الجزائرية من خلاله اقناع الشركات الأمريكية العاملة في مجال البترول اتباعه بتخليها عن عقود الامتياز لصالح عقود المشاركة، ولقد أثمرت الجهود الجزائرية في هذا

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 175-176.

² عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 34.

الشأن عن إقناع Getty Petr oléum بقبول هذا الحل و تم تنظيم العلاقات التعاقدية بين الحكومة الجزائرية و الشركة الأمريكية من خلال عقدين مستقلين يتعلق الأول، و هو accord cadre بالأنشطة الخاصة بالبحث و إنتاج مواد الطاقة hydrocarbures و أطرافه هي الحكومة الجزائرية و شركة Getty.

والثاني يتعلق بالبحث واستغلال مواد الطاقة في الجزائر مُبرم بين Sonatrach و Getty و يعتبر هذا الاتفاق بمثابة عقد مشاركة بمقتضاه تتنازل Getty لـ Sonatrach عن 51% من حقوقها و كذا مصالحها، بما في ذلك حقول البترول التي في مرحلة الاستغلال التجاري، ولقد تضمن العقد علاوة على المساعدة الفنية و المساهمة المالية من قبل Getty إقامة تعاون مستمر بين Sonatrach و Getty في مجال تسويق الطاقة غير المصنعة.

ولقد أدى نجاح الجزائر في هذا المجال إلى دفع الدول المنتجة للبترول للمطالبة بشكل جديد ينظم العلاقات التعاقدية بينها و بين الشركات الأجنبية، وهذا الشكل هو المعروف بالمشروع المشترك،¹ الذي سبق ذكره في هذه الدراسة.

ولكن رغم ذلك لم تقف الدول المنتجة عند حد المطالبة بالمشاركة مع الشركة الأجنبية في استغلال ثروتها النفطية، بل عرفت صياغات تعاقدية جديدة عُرفت باسم عقود المقابولة.

3: عقود المقابولة

وهو من أحدث الأشكال التعاقدية التي سادت العلاقات التعاقدية، بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية، و هو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدولة ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط و إعداده للإنتاج، على أن يتحمل

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 186-187.

كافة المصاريف و مسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع إلى أن يصبح مورداً للدخل.¹

والمقاول في هذه المشروعات لا يأخذ أجرًا محددًا كما يحدث في عقود المقاوله العاديه، و إنما يسترد ما أنفقه على المشروع و يحصل كذلك على نصيب معين من الانتاج أو الأرباح حسبما يتفق عليه في العقد، ويستمر في الحصول على هذا النصيب لفترة تتراوح بين 20 و 30 سنة بموجب عقد المقاوله أيضًا.²

وعقد المقاوله أفضل من عقد المشاركة من حيث مضمونه و آثاره، حيث يقتصر دور الشركة الأجنبية في عملها كمقاول يُؤمر بأداء عمل تحت إشراف الدولة المنتجة للنفط، كما أنه يُرسي ملكية النفط لحكومة الدولة المنتجة له، خصوصًا و أن الدولة و سلطاتها في هذا العقد طرفٌ قوي، و يغلب فيه طبيعة العقد الإداري.³

ثانيًا: عقود التعاون الصناعي

يُعرف البعض التعاون الصناعي بأنه: "صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي، تتعاون فيه مشروعات مُستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص و التعاون في الإنتاج و البحث و التطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة"⁴

¹ غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 35.

² غسان رباح، المرجع نفسه، ص 42.

³ عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 43.

⁴ نقلاً عن الدكتور صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 150. وراجع في نفس السياق: عباسه حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الشلف، 2007/2008، ص 55.

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

1: عقود نقل التكنولوجيا

عرفت بعض التشريعات عقد نقل التكنولوجيا¹ بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه مُورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مُستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يُعتبر نقلًا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطًا به"² و إذا كنا خارج نطاق العقد فإن "نقل التكنولوجيا" يُعرف بأنه: تلك العملية الفكرية التي تقوم بين مُورد التكنولوجيا و مُستوردها أو مُتلقياها، إذ على المورد أن يُتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته و خبراته، كما عليه أن يُقرّبها و يُوفرها للمستورد، وهذا يقتضي قيام تعاونًا و تبادلًا فيما بينهما تمهيدًا لإتمام هذا النقل.³

وتكتسب عقود نقل التكنولوجيا أهمية بالغة باعتبارها من أهم النماذج لعقود الاستثمار، سواء من الناحية القانونية، النظرية، والعلمية، ويمكن ملاحظة الأهمية العلمية والعملية والقانونية لهذه

¹ راجع مثلاً المادة 73 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 19 مكرر، مايو سنة 1999. ولإشارة أن مصر عالجت لأول مرة بواسطة هذا القانون عقود نقل التكنولوجيا في الفصل الأول من الباب الثاني منه (المواد من 72-87)، الذي بدأ العمل به اعتبارًا من أول أكتوبر 1999.

² وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية-دراسة مقارنة-)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 37. وراجع في نفس السياق: عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، ط2، دار هومة، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 197. و راجع أيضًا: سوزان غازي مصطفى، فض منازعات عقود توريد التكنولوجيا عن طريق التحكيم، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2009، ص 54؛ مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 39.

³ صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 19.

العقود من كونها غالبًا ما تُبرم بين طرفين مستقل كل منهما عن الآخر، وهذه الصفة تتحقق عندما تنتقل التكنولوجيا خارج حدود الدولة الناقلة لها. وفضلاً عن ذلك، فإن هذه العقود تُتيح الفرصة باستخدام العمالة المحلية و استغلال الموارد المتوافرة لديها و تحقيق السيطرة الفنية، ونكون أمام هذا النمط من العقود إذا انتقلت التكنولوجيا من مُورد مقيم في ألمانيا ألمانيًا كان أم غير ألماني، إلى مُستورد يُقيم في الجزائر جزائريًا كان أم غير جزائري. وبالتالي فإن الصفة الدولية لهذا العقد تتم إذا كان موضوع اتفاق نقل التكنولوجيا عبر حدود دولة ما، سواء أكان طرفا الاتفاق يُقيمَان أو يُمارسان نشاطًا تجاريًا أو صناعيًا في نفس الدولة أم في دولتين مختلفتين، فلا عبرة لجنسية الطرفين، فقد يكونان من نفس الجنسية أو من جنسيتين مختلفتين.¹

2: عقود المساعدة الفنية

تُعرف عقود المساعدة الفنية بأنها "تلك العملية التي تُمكن من نقل المعارف التكنولوجية في مجال تخصص معين من الطرف الذي يعلم بها إلى الطرف الذي لا يعلم بها"، ولذلك كانت حاجة الدول النامية و المشروعات التابعة لها للمساعدة التقنية، القادرة على استيعاب المعرفة التكنولوجية المنقولة بغية تطويعها لتلائم ظروف البيئة المحلية.

وهناك من يُعرف المساعدة الفنية بأنها (عبارة عن تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة المنقولة موضع التنفيذ)، وعُرِّفت أيضًا بأنها (أداة لتغطية التدريب والتعليم، ونقل المعرفة والكفاءات والخبرات التي تُتيح اكتساب تكنولوجيا محددة).²

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 198.

² مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، المرجع السابق، ص 59. و راجع في نفس السياق: وليد عودة الممشري، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 76؛ ابراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، عدد 7، 2015، ص 297.

ويتضح من ذلك أن هذه العقود تتضمن الالتزام بتوفير العمالة الفنية و الخبراء لتدريب العمالة المحلية على طريقة التشغيل السليمة للمنشأة الصناعية، بالإضافة إلى التزام الشركة الأجنبية بالمساعدة على التشغيل من خلال البقاء لفترة زمنية محددة في بداية مرحلة تشغيل المنشأة، وتكون مسؤولة عن هذا التشغيل، وقد يكون موضوع المعونة الأمرين معاً أي التدريب و التشغيل¹

3: عقود تسليم المفتاح في اليد²

لقد تعددت المحاولات الفقهية التي تناولت تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد، و من بينها نجد التعريف القائل بأنه "عقد يلتزم فيه مُورد التكنولوجيا بأن يُقدم إلى المشتري مجمع صناعي في حالة التشغيل مع تحمله المسؤولية الكاملة من تشييد المصنع و ضمان الأداء و التشغيل".³

كما عرفه الأستاذ PHELEP FAUCHARD بأنه "عقد يلتزم المنشئ بموجبه لقاء عائد معين بإيجاز و توريد منشأة صناعية في حالة التشغيل إلى عميل وفقاً للقدرات و المواصفات التي يُبرهن عليها وقت بدء التشغيل".⁴

ويحتل هذا النموذج من التعاون مكاناً متميزاً في مجال التصنيع، حيث يُعتبر القالب القانوني السائد لنقل التكنولوجيا و تنفيذ خطط التنمية الاقتصادية في الدول النامية.

¹ راجع في هذا الصدد: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 42.
² عقد تسليم مفتاح هو عقد موضوعه الأساسي الاستثمار التكنولوجي، يُبرم بين طرفين (طالب الاستثمار و المستثمر)، بحيث ينوي طالب الاستثمار القيام بمشروع معين، و يُكلف المستثمر، لقاء بدل معين القيام بجميع الأعمال التي تُؤدي إلى إنجاز هذا المشروع بصورة كاملة و جاهزة للعمل حالياً وذلك عن طريق تسليم طالب الاستثمار مفتاح المشروع، و تسليم المفتاح يعني أن جميع المتطلبات اللازمة لإتمام المشروع قد تمت فعلاً، و أن بإمكان طالب الاستثمار أن يبدأ استعماله في الغاية التي وُجد من أجلها. لمزيد راجع: مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، المرجع السابق، ص 52 و ما يليها.

³ عباسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، المرجع السابق، ص 50. و راجع في نفس السياق: وليد عودة الممشري، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 69.

⁴ صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي)، المرجع السابق، ص 116.

نقلا عن : PHILIPPE FOUCHARD, L'arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965, p 103.

4: عقود تسليم المنتج في اليد

عقود تسليم المنتج في اليد تُعتبر في حقيقة الأمر امتدادًا للصيغة السابقة، بحيث لا يلتزم المورد فقط بإقامة المنشآت و توريد التجهيزات و الآلات و طريقة التصنيع، بل أيضًا بتدريب مُستخدمي المتلقي و ضمان الحصول على إنتاج معين.¹

فهي عقود يلتزم بمقتضاها الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بتشغيل المصنع و قيادته فنيًا وكذلك صناعيًا خلال مدة مُتفق عليها، بشرط أن تُصبح العمالة المحلية على درجة من الدراية الفنية تُمكنها من استيعاب و تشغيل التكنولوجيا المركبة و استخدامها حتى الانتاج النهائي المرجو من هذه التكنولوجيا.

وقد نشأت هذه العقود في التجربة الجزائرية على الخصوص، بهدف جعل الطرف الأجنبي يعمل على التحويل الفعلي للتكنولوجيا و المعرفة الصناعية، و تظهر في شكل عقد مركب يضع على عاتق الشركة الأجنبية ثلاثة التزامات أساسية هي: تسليم المواد الملموسة و تحويل التكنولوجيا و ضمان إنتاج خصوصي.²

ثالثًا: عقود الأشغال العامة الدولية

لقد تطلبت الثورة الصناعية و ما رافقها من تطور و تقدم إنشاء بنية أساسية لخدمة هذا التقدم، من خلال إنشاء محطات للكهرباء و شبكات الاتصال و مياه الشرب و الصرف الصحي وكذلك إقامة المستشفيات و المطارات و الطرق و غيرها من الإنشاءات.

¹ وليد عودة الممشري، عقود نقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 72.

² قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ط2، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 40.

ونظرًا أن هذه المشروعات تحتاج تكاليف عالية وبالغة التخصص، فإن الدولة تلجأ على الأغلب من أجل تنفيذها إلى إبرام العقود مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة وكذلك مُتخصصة في هذا المجال.¹

ويُعرف عقد الأشغال العام الدولي بأنه "توافق إرادتي جهة الإدارة و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة، من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة، لحساب شخص معنوي عام وتحقيقًا لمصلحة عامة على نحو معين و لقاء ثمن معين"²

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أن عقد الأشغال العامة الدولي يستوجب توافر العناصر

التالية:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار.
- أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام.
- أن تكون الغاية من تنفيذ الأشغال العامة تحقيق مصلحة عامة.
- صفة الدولية في عقد الأشغال العامة.

وعقود الأشغال العامة الدولية ليست شكلاً واحداً، فعلاوة على الصورة الرئيسية، و هي البناء و التشغيل و التحويل أو ما يُعرف بـ"عقد البوت" B.O.T،³ فإن التعامل قد أفرز صوراً عديدة من أهمها:

¹ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 45-46.

² ريتا سايد سيدة، العقود التجارية الدولية و العمليات المصرفية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 123.

³ عقود البناء و التشغيل و التحويل أو البوت (B.O.T) Building Operate Transfert: يُقصد بها تلك المشروعات التي تُموّلها الشركة الأجنبية على أن تظل ملكاً للحكومة أو إحدى هيئاتها، حيث تُبرم الجهة الحكومية عقداً مع المستثمر لتمويل و تشييد مرفق من مرافق البنية التحتية، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري و تحصيل أرباح التشغيل لحسابه لفترة معينة تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق و مسؤولية إدارته إلى السلطة المتعاقدة، فملكية أصول المشروع تظل للدولة. راجع في هذا الصدد: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 70.

- عقود البناء والتملك و التشغيل و نقل الملكية "B.O.O.T"
- عقود البناء و التملك و التشغيل "B.O.O"
- عقود البناء و الإيجار و نقل الملكية "B.L.T"
- عقود التصميم و البناء و التمويل و التشغيل "D.B.F.O"¹

وتمثل هذه العقود أهمية قصوى في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية، إذ أنها تُمكن الدولة من تطوير بنيتها الأساسية، و تحديث مرافقها العامة، دون اللجوء إلى مغبة الاستدانة من العالم الخارجي في نفس الوقت الذي تُحافظ فيه على ما هو موجود لديها من أرصدة أجنبية.

من خلال ما تقدم ذكره حول ماهية عقود الاستثمار، نستخلص أن هذه الأخيرة تتميز بطبيعة خاصة، ناجمة عن عدم تكافؤ الأطراف المكونة لها، وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، وهذه الطبيعة الخاصة تنشأ عنها مشاكل عديدة لا محال، ولعل أهم تلك المشاكل هي مشكلة تنازع القوانين، والبحث عن أنسب القوانين لحكم تلك العقود، وكما أشرنا سابقاً فإن منهج قواعد الإسناد يُعتبر المنهج التقليدي في حسم مشكلة التنازع، وهذا ما يفرض علينا البحث عن ماهية القواعد التي يتركز عليها هذا المنهج، قبل التطرق لمسألة إعمالها في منازعات عقود الاستثمار.

المبحث الثاني

ماهية قواعد الإسناد

يحرص غالبية مُشرعي دول العالم في النص على قواعد إسناد معينة تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية و المدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي، من خلال حرص القضاء في كل دولة على الالتزام بتطبيقها في كل حالة تُثار فيها مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية.

¹ راجع في تعريف هذه الأنواع من العقود: ابراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، المرجع السابق، ص ص 293-294.

وتختلف هذه القواعد باختلاف طبيعة العلاقة المعروضة على القاضي، وما يهمنا من هذه القواعد قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، ما دام أن دراستنا تتركز في ميدان العقود (عقود الاستثمار)، وما دام أن تلك القاعدة تُعالج كافة المسائل الموضوعية للعقد باستثناء شكل العقد و أهلية التعاقد اللذين خصهما المشرع بقاعدة إسناد مستقلة تختلف عن تلك التي تحكم موضوع العقد، كما سنأتي على تبيان ذلك لاحقاً.

وعليه سنركز من خلال هذا المبحث على مفهوم قاعدة الإسناد (المطلب الأول) ومن ثم نتطرق إلى شروط تطبيقها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم قاعدة الإسناد

ظهرت فكرة قاعدة الإسناد إلى الوجود بسبب أن العلاقة ذات الطابع الأجنبي محل النزاع تؤدي غالباً إلى وجود أكثر من قانون مختص بنظرها والفصل فيها، ونظراً لهذا التزاحم الذي يُعيق طريق إيجاد الحل المناسب و الملائم لهذه العلاقة، قامت معظم التشريعات بإيجاد قواعد خاصة بمثل هذه العلاقات الأجنبية أُطلق عليها تسمية قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد وفقاً للاستعمال الشائع بين فقهاء الق د خ.¹

ومن أجل فهم قاعدة الإسناد، سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق و بشكل مختصر لا يُسقط الوضوح إلى تعريفها و إبراز خصائصها، وكذا عناصرها، من دون التطرق إلى باقي الأمور المتشعبة عنها، وذلك من خلال ثلاثة فروع تباعاً:

¹ عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 90.

الفرع الأول

تعريف قاعدة الإسناد

تُعد قواعد الإسناد من الأدوات الفنية القديمة و التقليدية التي استخدمتها القوانين المحلية لحل مشاكل القانون الواجب التطبيق، حيث تبنتها معظم الأنظمة القانونية في العالم مع بعض الاختلافات التي ترجع إلى طبيعة تلك الأنظمة.

ويلاحظ أن الفقه يتحاشى في الأغلب الأعم تعريف قاعدة الإسناد، مكتفياً بتوضيح وظيفتها و عرض أوصافها و خصائصها، بالرغم من أن هذا التعريف هام من ناحيتين:

1. أنه يميز تلك القاعدة عن سائر قواعد القانون الدولي الخاص، بحيث يُظهر الطابع الفني لمضمونها المتمثل في كونها أداة للاختيار بين القوانين التي تدعي قابليتها لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، وبالتالي تكتفي بالإشارة إلى القانون الذي تلمس فيه الحل دون تقديم الحل الموضوعي للنزاع.

2. أن ذلك التعريف ضروري لتمييز قاعدة الإسناد كمنهج لتنظيم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي عن قواعد المناهج الأخرى التي ظهرت على ساحة ذلك التنظيم، وصارت تُنافس تلك القاعدة.¹

ومن بين أهم التعريفات المقترحة لقاعدة الإسناد أنها " القاعدة القانونية التي تُرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي،² وهي قاعدة من صنع المشرع

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 25-26.

² حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 23. و راجع في نفس السياق: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الاجراءات المدنية و التجارية الدولية- تنازع القوانين)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 6؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 67؛ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 12.

الوطني، و بمقتضاها يختار من بين هذه القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يُحقق مصالحه الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية".¹

ويُعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "قاعدة تُسند كل مجموعة من العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لقانون معين تكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع".

ويتضح من هذه التعريفات أنها تتفق من حيث هدف قاعدة الإسناد في حل مشكلات تنازع القوانين، ويُشير البعض منها إلى خصائصها و أركانها.

وتم تعريفها أيضاً بأنها "قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي أكثر القوانين مناسبة و ملاءمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها"²

كما عرفها جانب آخر بأنها "قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح، لها خصائصها العامة ومكوناتها الفنية، أي عنصر الفرض و عنصر الحكم أو الأثر القانوني، و باعتبارها كذلك فهي تنهض بوظيفة محددة داخل الفرع القانوني الذي تنتمي إليه، وهي تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو فني معين، ويلتزم القاضي بتطبيقها و إلا ترتبت مسؤوليته القانونية".³

وتُعرف كذلك بأنها "تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها أو وظيفتها إسناد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، لأكثر القوانين ملاءمة لها و تنتهي مهمتها بالإسناد، لتبدأ مهمة القانون المسند له الاختصاص لذا تُسمى بقواعد الإسناد بالنظر لذلك، كما تُسمى بقواعد

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 113.

² رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 112. وراجع أيضاً: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2008، ص 68.

³ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 26.

تنازع القوانين لأنها تفض التنازع،¹ وقد أُستعمل الاصطلاح الأخير من قبل اتفاقية واشنطن لعام 1965م لتسوية المنازعات الاستثمارية بين دولة و رعايا دولة أخرى، التي سبق و أشرنا إليها في هذه الدراسة، وذلك في المادة 42 منها.

ومن مجمل التعريفات السابق ذكرها، يُمكننا تعريف قاعدة الإسناد بالشكل الذي يُبين خصائصها و أركانها و أهدافها ليكون شاملاً بالآتي: "هي قاعدة قانونية إلزامية غير مُباشرة يضعها المشرع الوطني تُسند كل مجموعة من العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي عن طريق ضوابط الإسناد إلى القانون المسند إليه يكون أكثر ملاءمة لحكمها".

وعلى ضوء هذا التعريف يُمكننا إبراز خصائص و عناصر قاعدة الإسناد، وهذا ما سنُعالجه في الفرعين المواليين.

الفرع الثاني

خصائص قاعدة الإسناد

لقاعدة الإسناد خصائص عديدة مُشتركة بين جميع تشريعات الدول، وبعض هذه الخصائص يعكس آلية حل مشكلات تنازع القوانين بموجبها، فهي من جانب قاعدة وطنية يضعها المشرع في كل دولة، وهي من جانب آخر قاعدة غير مباشرة، وقاعدة مزدوجة الجانب، ثم إنها قاعدة محايدة وستتناول كل هذه الخصائص تباعاً:

¹ عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 28.

أولاً: قاعدة الإسناد قاعدة وطنية

إن المشرع الوطني في كل دولة هو الذي يضع قواعد الإسناد و له الحرية و الاستقلالية في وضعها، مراعيًا في ذلك طبيعة النزاع، وسيادة الدولة على إقليمها، وحاجة التعامل الدولي، و المصلحة المشتركة للدول في وقت واحد.¹

لذلك نجد أن لكل دولة قواعد إسناد خاصة بها،² وهي تختلف من دولة إلى أخرى، تبعًا لاختلاف المصالح السياسية، والاقتصادية والاجتماعية و الأخلاقية، التي تسعى الدولة إلى حمايتها.³ ومادامت قواعد الإسناد هي قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني، ويوجه خطابه بشكل مباشر إلى القاضي الوطني، فالفرض و الحال كذلك أن يقوم القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه نزولاً على الطابع القانوني الملزم للقواعد القانونية بصفة عامة بما في ذلك القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام و التي تُعرف بالقواعد المكتملة، إلا أنه و على الرغم من وضوح هذا الأثر المترتب على الطابع الوطني لقواعد الإسناد، إلا أن التشريعات اتخذت موقفًا متباينًا منه⁴ فكان هناك ثلاث اتجاهات بهذا الخصوص:

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 140.

² بالنسبة للجزائر نجد بأن المشرع نظم قواعد الإسناد في القانون المدني تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان" و ذلك في المواد من 9 إلى 24 ولقد تم إدخال تعديلات على هذه المواد بمقتضى التعديل الذي مس القانون المدني في 2005، والجدير بالذكر أن قواعد التنازع الجزائرية تجد مصدرها في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، عكس غالبية باقي نصوص القانون المدني التي تجد مصدرها في القانون المدني الفرنسي. راجع في هذا الصدد: لبيك شوقي، مدى تنافسية قواعد التنازع الجزائرية في مجال الأعمال، مداخلة أُلقيت في اليوم الدراسي حول "تنافسية التشريع الجزائري في مجال الأعمال"، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، يوم 14 فيفري 2018، ص 2، غير منشورة.

³ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 28.

⁴ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 34.

فمجموعة من هذه التشريعات لا تعترف بالقوة الملزمة لقاعدة الإسناد،¹ فلا تكون المحاكم مُلزَمةً بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسها، و يتوجب عليها تطبيق القانون الوطني على المنازعات كافة بما فيها المشتمة على عنصر أجنبي، ما لم يتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تُشير إليه قواعد الإسناد الوطنية، وما لم يُثبتوا أيضاً اختلاف مضمون أحكامه عن مضمون أحكام القانون الوطني.²

والإتجاه الثاني من هذه التشريعات يعترف بالقوة الملزمة لقاعدة الإسناد،³ فالقاضي هنا يُعلق تطبيق قاعدة الإسناد على طلب من الخصوم، بل أن ذلك يُعد واجباً على القاضي في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً سواء طلب بها الخصوم أم لا، و سواء كانت أحكامه متطابقة مع أحكام قانون القاضي أم لا، ومن ثم أجاز القضاء في هذه الدول التمسك بقاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحاكم العليا، كما يأخذ القضاء في بعض الدول بهذا الإتجاه على الرغم من عدم توافر نص صريح في ذلك.⁴

أما عن الإتجاه الثالث فهو إتجاه مُختلط يمثله القضاء الفرنسي، إذ يُستفاد من الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية، أن القضاء الفرنسي لا يعد القاضي ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء

¹ ويسود هذا الإتجاه في بعض الأنظمة القانونية لاسيما الأنظمة الأنجلوسكسونية، كإنجلترا و كندا، نقلاً عن: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 140.

² خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 141.

³ من التشريعات التي نصت على إلزامية قاعدة الإسناد نذكر المادة 6/16 من القانون الدولي الخاص السويسري، وهو منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

[/http://www.admin.ch/ch/f/rs/291](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291)

و المادة 2 من القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982. منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

[http://www.justice.gov.tr/basiclaws/private International.pdf](http://www.justice.gov.tr/basiclaws/private%20International.pdf)

⁴ كالقضاء البلجيكي إذ أوضحت محكمة النقض البلجيكية موقفها من هذه المسألة في الحكم الصادر بتاريخ 9 تشرين الأول 1980 و الحكم الصادر في 23 شباط 1995، فوضعت على عاتق قاضي الموضوع الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه. نقلاً عن: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 142.

نفسه، إلا أنه في الوقت ذاته لا يجرمه من هذا الحق لو أراد هو ذلك على الرغم من عدم تمسك الخصوم بتطبيقه.¹

وعن وجهة نظرنا الشخصية فإننا نميل إلى الاتجاه القائل بأن قاعدة الإسناد هي قاعدة ملزمة يتعين على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه، لأن قاعدة الإسناد قاعدة قانونية لا تختلف عن أية قاعدة من قواعد القانون بمعناه العام.

و إذا جئنا إلى موقف القانون الجزائري نستخلص أن القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه حتى لو لم يطلب الخصوم ذلك، وصيغ نصوص قواعد الإسناد في الق م تدل على ذلك فالمرجع الجزائري استخدم عبارات إلزام مثل: " يسري، تطبق، تخضع، يرجع... " فقواعد الإسناد تلزم المحكمة في تطبيقها.²

ثانياً: قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة

تتميز قواعد الإسناد من حيث مضمونها بكونها قواعد غير مباشرة، إذ أنها لا تنطبق مباشرة على موضوع النزاع، و إنما يقتصر دورها على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً.³

ولقد دعت هذه الحقيقة جانباً من الفقه الفرنسي إلى تشبيه قواعد الإسناد - تشبيهاً طريفاً- بمكتب الاستعلامات في محطة السكة الحديدية، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على الإشارة إلى

¹ وهذا ما يُمكن استخلاصه من حكم محكمة النقض الفرنسية في 13 أيار 1959 في قضية (Bisbal) إذ جاء في هذا الحكم أن "قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تُشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، وعلى ذلك لا ينعي على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم" والحكم منشور في (Receueil Dalloz) سنة 1960، مع تعليق الأستاذ (Maulaurie)، نقلاً عن: خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 143.

² راجع نصوص المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

³ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 31. و راجع في نفس السياق: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 70؛ إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 13؛ عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 91.

رصيف القطار الذي يرغب المسافر في استقلاله، فكذلك تنحصر وظيفة هذه القواعد في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع.¹

ثالثاً: قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة الجانب

نعني بالصفة المزدوجة لقاعدة الإسناد أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني، و إما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية،² فالقاعدة التي تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية³ قد تُشير باختصاص القانون الجزائري، وقد تُشير باختصاص القانون الأجنبي و ذلك حسب الجنسية التي يحملها المعني. كما أن قاعدة الإسناد التي تقضي بتطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار على المسؤولية التقصيرية ستمنح الاختصاص للقانون الفرنسي إذا وقع هذا الفعل في فرنسا، أو للقانون الجزائري إذا وقع الفعل في الجزائر.⁴

وفائدة هذه الميزة أنها لا تترك فراغاً في مشكلة التنازع إذ أنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المطروحة على القاضي إما لقانونه أو القانون الأجنبي.

¹ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 31.

² أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 70. و راجع في نفس السياق: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009، ص 62؛ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسات الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 24؛ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 14.

³ كما ورد في المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم....) فضايط الجنسية هنا قد يفضي إما إلى تطبيق القانون الجزائري أو قانون آخر أجنبي حسب الحالة.

⁴ على اعتبار أن المسؤولية التقصيرية تحكمها قاعدة الإسناد المتعلقة بقانون مكان وقوع الفعل الضار، أو كما عبر عليها المشرع الجزائري بقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وهذا ما يستفاد من خلال المادة 1/20 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...."

رابعاً: قاعدة الإسناد قاعدة محايدة

معنى هذه الخاصية، أن القاضي لما يُعمل قاعدة الإسناد، فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونه، وقد يكون قانوناً أجنبياً.¹

الفرع الثالث

عناصر قاعدة الإسناد

تنقسم قاعدة الإسناد إلى ثلاثة أركان رئيسية: الركن الأول يتعلق بالفئة المسندة، أما الركن الثاني فهو يتعلق بضابط الإسناد، أما الركن الأخير فهو القانون الواجب التطبيق.

أولاً: الفئة المسندة

لحل مشكلات تنازع القوانين عن طريق قواعد الإسناد، يتم تقسيم العلاقات المختلفة إلى أفكار أو فئات أو مجموعات مسندة، ويتم إخضاع كل فكرة أو فئة أو مجموعة للقانون الملائم لها عبر ضوابط الإسناد، و سبب هذا التقسيم يرجع إلى صعوبة حصر مختلف العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ذلك أن المراكز القانونية متعددة و من الصعوبة وضع قاعدة إسناد خاصة لكل مركز قانوني منها، لذلك يلجأ المشرع الوطني إلى تقسيم المراكز القانونية على مجموعات أو طوائف، ويضع المشرع قاعدة إسناد خاصة لكل مجموعة متقاربة أو طائفة متشابهة منها، تدور حول محور واحد أي فكرة واحدة تُسمى الفكرة المسندة.²

¹ Pierre Mayer , Droit international privé, 3^éme éd, Montchrestien, 1987, p 118.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 124.

وهكذا فإن الفكرة المسندة هي عبارة عن "مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطاً خاصاً بما يُسندها به إلى قانون معين".¹

فالأهلية مثلاً قد أخضعها المشرع لقانون الجنسية (المادة 10 من ق م ج) كما بينا ذلك سابقاً فهي بذلك فئة مسندة تتضمن جملة من المسائل القانونية.

الالتزامات التعاقدية أخضعها المشرع لقانون الإرادة (المادة 18 من ق م ج) فهي بذلك تُشكل فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود (عقد البيع، عقد الاستثمار، عقد الإيجار، عقد الوديعة.... إلخ)

شكل التصرفات القانونية قد أخضعه المشرع لقانون بلد الإبرام، فهو يشكل فئة مسندة تتضمن كل التصرفات القانونية من حيث شكلها... وهكذا.

وعليه إذا طُرح أمام القاضي نزاع معين يتعلق بمركز معين يتضمن عنصراً أجنبياً، فعلى القاضي أن يقوم بوصف هذا المركز و تحديد طبيعته، تمهيداً لإدراجه في الفكرة المسندة الملائمة، وهو ما يتم عن طريق عملية التكييف.

و إذا ما تحقق له ذلك أمكنه أن يُحدد القانون الواجب التطبيق على هذا المركز القانوني عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن المسألة المتنازع عليها.²

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 68. و راجع في نفس السياق: محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 12؛ عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 92.

² حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 25.

ثانياً: ضابط الإسناد

ضابط الإسناد هو المعيار المختار الذي يُرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المركز القانوني، ويُستمد من عناصر العلاقة القانونية مثل: (جنسية الشخص أو موطنه، أو محل إقامته، أو موقع الشيء، أو موقع الشركة وهكذا).¹ أو هو الوسيلة الفنية التي يتم من خلالها ربط العلاقة ذات العنصر الأجنبي بقانون معين بنظر جانب من الفقه،² كما عرفه جانب من الفقه بأنه أداة وصل بين الفئة المسندة و القانون المسند إليه.³

ومن المفترض أن يكون لكل فئة مسندة ضابط إسناد وحيد يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، إلا أنه في كثير من الأحيان، ورغبة من المشرع الوطني في التيسير على الأطراف في العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، يقوم بصياغة ضابط الإسناد بشكل خاص تتعدد فيه ضوابط الإسناد على نحو يؤدي إلى صحة العلاقة أو المركز القانوني الوارد في الفكرة المسندة، إذا تم هذا المركز وتلك العلاقة وفقاً لأي ضابط من ضوابط الإسناد الواردة في قاعدة الإسناد،⁴ ومن أمثلة قواعد الإسناد التي تتضمن ضوابط إسناد اختيارية، نجد قاعدة الإسناد الواردة في المادة 19 من ق م ج، والخاصة بصحة التصرفات القانونية من حيث الشكل، إذ تنص هذه المادة على أنه: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

وإذا كانت ضوابط الإسناد التخييرية الواردة في المادة 19 من ق م ج تتسم بالمساواة فيما بينها بحيث يصح التصرف القانوني من حيث الشكل إذا تم إبرامه وفقاً لأي قانون من القوانين المشار إليها في هذه المادة، فإنه في حالات أخرى تتم صياغة ضوابط الإسناد التخييرية بشكل تدرجي، بحيث

¹ رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 114.

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 253.

³ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 68.

⁴ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 26.

يطبق أولاً ضابط الإسناد الرئيسي، فإذا لم يتحقق هذا الضابط تم اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية الواردة بذات قاعدة الإسناد.

ومن أبرز قواعد الإسناد التي حذت هذا الحذو قاعدة الإسناد الواردة في المادة 18 من ق م ج التي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة 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...".

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق (القانون المسند إليه)

يُعد القانون الواجب التطبيق أو القانون المسند إليه الركن الثالث و الأخير من قواعد الإسناد ويُقصد به "القانون الذي يُرشد إليه ضابط الإسناد أو النظام القانوني الذي يتعين تطبيقه و أعمال أحكامه، ويُنظر إليه على أنه أفضل القوانين و أنسبها لحكم العلاقة أو المسألة التي يثور بصددتها تنازع القوانين، وقد يكون هذا القانون قانوناً وطنياً وقد يكون أجنبياً وفق معطيات ومضمون ضابط الإسناد،¹ نظراً للطابع المزدوج الذي تتسم به قاعدة الإسناد".²

وعندما يتحدد القانون المختص (المسند إليه) تثار مسألة تحديد نطاقه و معرفة ما إذا كان المقصود به قواعده الموضوعية أم قواعد التنازع فيه، وتُعرف هذه المسألة بالإحالة، وهي تُثير جدلاً واسعاً في الفقه و الاجتهاد.³

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 137 - 138.

² حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 27.

³ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 32.

المطلب الثاني: شروط تطبيق قاعدة الإسناد

إذا استعرضنا تشريع أي دولة نجد أنه يتضمن قواعد خاصة لحل تنازع القوانين و تحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي، لكن هذه القواعد ليست وفيرة ولا مُجمعة في مجموعة واحدة، بل تتنوع بين نصوص قوانين عدة و يستأثر كل مشروع بوضعها حسب النزعة السائدة في دولته.

وباعتبار أن قاعدة الإسناد قاعدة أدائية تُشير إلى القانون الواجب التطبيق، فإن موقف التشريعات متباين بخصوص تنظيمها، ولعل أهم ما نلاحظه بشأنها هو:

- أنها قواعد وطنية، بمعنى أنها تجد مصدرها - في أغلب الأحوال - في المصادر الداخلية للقاعدة القانونية من تشريع و عرف و مبادئ عامة للقانون، ولما كان الأمر كذلك فإنها تتأثر دون شك بالنزعة السائدة في كل دولة من الدول، استناداً إلى الاعتبارات الوطنية التي تُضفي من ذاتيتها على التنظيم الوضعي لقواعد الإسناد.
- رغم كون قواعد الإسناد قواعد وطنية إلا أن ذلك لا ينفي على البعض منها صفة العمومية و العالمية عند غالبية التشريعات، ومن ذلك خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة، فإعمال قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية أصبح من المبادئ العالمية، بل يُمكن القول أن احترام هذا المبدأ يُعتبر من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها، وهو ما يُعد هدفاً تسعى إليه كل التشريعات تشجيعاً للتعامل في مجال التجارة الدولية.¹

و المتأمل في قواعد الإسناد يجد أن ثمة شروطاً أو مفترضات أولية لازمة لتشغيلها لتؤدي وظيفتها وصولاً إلى حسم مشكلة تنازع القوانين و تحديد القانون الواجب التطبيق،² وقد أكد الفقه التقليدي أن التنازع لا يُتصور إلا في إطار القانون الخاص، أي أن يتوافر الطابع الخاص للعلاقة

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 27.

² عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 29.

موضوع النزاع، أما فروع القانون العام فهي لا تُثير مشكلة النزاع أصلاً، وإنما تُثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.¹

ومن جهة أخرى فإن النزاع لا يُتصور إلا بين قوانين دول اكتسبت كل منها صفة الدولة وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، بحيث يجب أن تتصل العلاقة موضوع النزاع بأكثر من نظام قانوني ويتحقق هذا الشرط في كل مرة تتعدى فيها المسألة القانونية المثارة نطاق حدود قانون القاضي الناظر في النزاع، فتكون متصلة بنظام قانون أجنبي آخر أو أكثر.²

وسنلقي الضوء على هذين الشرطين من خلال فرعين اثنين على النحو التالي:

الفرع الأول

الطابع الخاص للعلاقة موضوع النزاع

لا يثور تنازع القوانين إلا بصدد علاقات القانون الخاص، ذلك الفرع الذي يُنظم و يحكم علاقة الفرد بالفرد أو علاقة الفرد بالدولة في الفرض الذي تتعامل خلاله هذه الأخيرة بوصفها شخص عادي مع الطرف الأجنبي، كما هو الحال في عقود الاستثمار محل الدراسة، بحيث تتنازل عن جزء من سيادتها أو سلطتها،³ فهذه العلاقات وحدها تطرح عملية اختيار أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة بحكم ارتباطها بها، ومن ثم احتمال تطبيق قانون أجنبي، ويستوي أن تكون هذه العلاقة ذات طابع مالي أو متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.⁴ فإذا أُثير نزاع أمام القاضي المدني الجزائري يتعلق بحالة أو أهلية شخص أجنبي، فلا يكفي أن يقرر القاضي الجزائري بصورة سلبية عدم

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الاجراءات المدنية و التجارية الدولية- تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 20.

² عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 32.

³ عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 58.

⁴ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 32. وراجع في نفس السياق: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 29-30.

حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 39. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، المرجع

السابق، ص 229.

اختصاص القانون الجزائري بل يجب عليه أن يُحدد القانون الأجنبي المختص و يُطبقه، بعبارة أخرى لا يقتصر دور أحكام القانون الخاص في الجزائر على تحديد الأشخاص و العلاقات التي يحكمها القانون الجزائري، بل تُحدد القانون المختص من بين القوانين المتصلة بالعلاقة و تُطبقه، فقاعدة الإسناد قد تُشير إلى اختصاص القانون الجزائري أو الأجنبي.

أما العلاقات الداخلة في نطاق القانون العام فإنه لا يُتصور فيها أن يُطبق عليها القاضي قانوناً غير قانونه، لذلك فهي تخرج من نطاق تنازع القوانين، فهو يكفي بشأنها فقط ببيان أنها غير خاضعة لقانونه، ولا يبحث عن القانون الأجنبي الذي تخضع له.¹

إلا أن هناك جانب من الفقه الحديث يُدافع عن إمكانية تطبيق القانون العام الأجنبي، من مُنطلق أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تقوم بتعيين قانون أجنبي ليحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي لا تختار من هذا القانون القواعد المتصلة بالقانون الخاص، بل تقوم بعملية إسناد إجمالي إلى هذا القانون بما يتضمنه من قواعد متعلقة بالقانون العام طالما كانت ترغب في الانطباق.

ولقد وجدت هذه الآراء الفقهية صدى لها في أعمال مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في مدينة wiesbaden بألمانيا عام 1975، في المادة الأولى منه.²

ولم يقتصر الأمر في تأثير الرأي الفقهي القائل بإمكانية إعمال القاضي الوطني لقواعد القانون العام الأجنبي على مجرد التوصيات الصادرة في إطار معهد القانون الدولي في دورته المشار إليها، بل امتد هذا التأثير إلى اتفاقية من أهم الاتفاقيات الدولية التي دخلت طور النفاذ بين العديد من الدول

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 45.

² حيث جاء في هذه المادة من التوصيات التي تبناها مجمع القانون الدولي ما يلي : "1- الطابع العام لأحد قواعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لا يحول دون تطبيق هذه القاعدة مع مراعاة التحفظ الرئيسي بشأن النظام العام الدولي". نقلاً عن: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 41.

الأوروبية و هي اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في 19 يونيو 1980. والتي سنحلل بعض موادها لاحقاً، لأهميتها في هذه الدراسة.

حيث نصت المادة السابعة من هذه الاتفاقية على أنه "عند تطبيق قانون دولة معينة بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون دولة أخرى ترتبط بالمركز المعروض برابطة وثيقة، ذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون هذه الدولة، أي بغض النظر عن قانون العقد، وللإقرار بمدى الآثار التي ستمنع بمقتضى هذه النصوص الآمرة فإنه يجب الاعتداد بطبيعتها و موضوعها و الآثار المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها".¹

وفي ذات الاتجاه قام المحكم في قضية Hilmarton بإعمال أحكام القانون الجزائري المتعلقة بحظر أعمال الوساطة و السمسرة في العقود التي تكون الدولة الجزائرية طرفاً فيها، وهي قواعد تتصل بالقانون العام الجزائري وذلك على الرغم من أن العقد محل المنازعة كان خاضعاً للقانون السويسري.²

كذلك فإن الق د خ السويسري الصادر في 1987 نص في المادة 13 منه على أن "تعيين قانون أجنبي بمقتضى أحكامه، يشمل كل القواعد التي تُعتبر وفقاً لذلك القانون الأجنبي واجبة التطبيق، ولا يُستبعد القانون الأجنبي لمجرد اصطباغ حكمه بطابع القانون العام".³

من جانبنا نميل إلى أن مسألة إعمال قاعدة الإسناد لا يُمكن أن تُثار إلا بمناسبة العلاقات التي يحكمها القانون الخاص، لكن ذلك لا يعني أن مسائل القانون العام مُستبعدة من نطاق التنازع تماماً.

¹ والواقع أن هذه المادة تجاوزت تعليمات الفقه التقليدي بالنسبة لقواعد البوليس المقررة في تشريع أجنبي غير مختص بمقتضى قاعدة الإسناد المقررة في دولة القاضي، إذ سمحت بإعمال القواعد الآمرة المتعلقة بالقانون العام في قانون آخر غير القانون الحاكم للعقد و لكن على صلة وثيقة به، استناداً إلى رغبة هذه القواعد في الانطباق. نقلاً عن: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 41-42.

² لمزيد حول تفاصيل هذه القضية راجع: حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 219.

³ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 43.

فقد يُؤخذ أحياناً في كل دولة بعين الاعتبار بقوانين عامة أجنبية و تُطبق بصفة تبعية لا أصلية لإعمال القواعد الوطنية، فإذا تعلق الأمر مثلاً بأحكام أجنبية يُراد تنفيذها في الجزائر، فإن ذلك يستلزم صدورهما من محكمة مختصة و أن تكون حائزة على صفة التنفيذ في تلك البلاد، أي أنها نهائية و غير قابلة لطرق الطعن.¹ لذلك فإن إصدار قرار تنفيذ حكم أجنبي يجرنا إلى البحث في تحقق هذه الشروط بمقتضى القانون الأجنبي و الشروط الشكلية للحكم الأجنبي هي من القانون العام للدولة الأجنبية.

ويتضح من هذا المثال أن القانون العام الأجنبي قد تعلق بالق د خ، و طُبق بصورة تبعية لتطبيق القانون الوطني و لكنه لم ينافس القانون العام الوطني و لم يجل محله.

الفرع الثاني

اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني (الصفة الدولية)

المقصود بهذا الشرط، هو إلزامية أن تتعدى العلاقات التي تحكمها قواعد الإسناد الحدود الإقليمية للدولة واحتوائها بذلك على عنصر أجنبي أو أكثر.²

فالعلاقات التي يحكمها الق د خ تتميز بكونها علاقات تتجاوز بطبيعتها الحدود الإقليمية و هو المعنى الذي يُعبر عنه الفقه حينما يُطلق على هذا الفرع من فروع القانون اصطلاح "قانون الحدود".³

¹ وفي هذا الصدد نصت المادة 605 من ق.إ.م.إ.ج. على ما يلي: "لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية: 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه....."

² هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، المرجع السابق، ص 233. وراجع في نفس المعنى: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 54. وراجع أيضاً: عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 34.

³ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الاجراءات المدنية و التجارية الدولية- تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 23.

ومن هذا المنطلق لا يُمكن أن تنشأ ظاهرة تنازع القوانين إذا كانت عناصر العلاقة القانونية مركزة كلها في إقليم الدولة، ودون وجود حركة دولية للأشخاص وتعامل تجاري بين الدول.¹

كما أن تعدد القوانين في الدولة الواحدة قد يؤدي إلى التنازع بشأن علاقة قانونية، إلا أن هذا النوع من التنازع يُعتبر تنازحاً داخلياً، ولا يدخل في نطاق الق د خ، لأن العلاقة القانونية تستند إلى وحدة تشريعية لها قواعد خاصة بما لحل هذا النوع من التنازع.²

ويُرتب الفقه التقليدي على الصفة الدولية للتنازع نتيجة هامة وهي أن قيام التنازع على النحو السابق غير متصور إلا بين قوانين دول اكتسبت منها صفة الدولة، وفقاً لأحكام القانون الدولي العام.³

وبالتالي فإن هذا الشرط يطرح العديد من التساؤلات أبرزها: هل يُشترط أن تكون دولة القاضي معترفة بالدولة التي لقانونها صلة بالنزاع؟ وهل يُشترط إضافة إلى الاعتراف بالدولة ذات صلة بالنزاع الاعتراف بحكومتها؟ هذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال عنصرين اثنين:

أولاً: الاعتراف بالدولة

يذهب الفقه الراجح إلى استبعاد تطبيق القوانين الصادرة عن دول غير معترف بسيادتها من طرف دولة القاضي، على أساس أن عدم الاعتراف بالدولة يعني إنكار كل وجود قانوني لها، وبالتالي إنكار كل ما يصدر عنها من قوانين باعتبار أن هذا العمل مظهر من مظاهر سيادتها.

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 28.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 22.

³ حفيفة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 43.

وتطبيقاً لذلك فإنه لا يُمكن أن ينشأ مثلاً تنازع بين القوانين الجزائرية و القوانين الإسرائيلية باعتبار أن الجزائر غير مُعترفة بإسرائيل كدولة.¹

ثانياً: الاعتراف بالحكومة

إذا كان عدم الاعتراف بالدولة يمنع قيام التنازع، فإن الأمر يدق في حالة عدم الاعتراف بالحكومة، وقد أثبتت هذه المسألة بمناسبة القوانين الصادرة من حكومة روسيا السوفياتية بعد الثورة البلشفية سنة 1917، ذلك أن الكثير من دول العالم لم تكن تعترف بحكومة الثورة في ذلك الوقت مما أثار البحث حول مدى إمكانية تطبيق القوانين الصادرة عن السلطة الجديدة في روسيا.²

وقد رفضت المحاكم الفرنسية والبلجيكية و الإنجليزية تطبيق القوانين التي أصدرتها حكومة روسيا السوفياتية بدعوى أنها صدرت عن سلطة غير معترف بها.³

أما قضاء كل من ألمانيا والنمسا فقد طبقا القانون السوفياتي، على أساس أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يمنع من تطبيق القوانين التي تُصدرها لأنها هي المعمول بها فعلاً داخل الدولة السوفياتية.⁴

وقد تطور قضاء كل من سويسرا و إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية نحو هذا الحل، بل وحتى القضاء الفرنسي قد مال إليه مؤخراً.

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 42.

² حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 52.

³ وفي هذا الصدد عُرضت على القضاء الفرنسي قضية تتعلق بصفقة تجارية من الحرير الخام اشتراها تاجر فرنسي من تاجر روسي في ميناء أوديسا في روسيا لإرسالها إلى ميناء مرسيليا في فرنسا و لكن الحكومة الروسية الجديدة صادرت الصفقة وفقاً للقوانين الاشتراكية الجديدة وباعتها إلى شخص آخر أيضاً في ميناء مرسيليا، وعند وصول الشحنة إلى ميناء مرسيليا أوقع القضاء الفرنسي الحجز عليها بناءً على طلب المشتري الأول وفقاً للقوانين الفرنسية على أساس أن المحاكم الفرنسية لا تُطبق القانون السوفياتي لعدم اعتراف فرنسا بنظام الحكم الجديد في الاتحاد السوفياتي. نقلاً عن: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 108.

⁴ Batiffol (H) et Lagard (P) : Droit international privé, T.1, Paris 7^{ème} éd.L.G.D.J, 1981, p 327.

فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية فُضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من أن عدم الاعتراف بحكومة أجنبية يسمح للقاضي الفرنسي تجاهل القوانين الصادرة عنها والسابقة على الاعتراف بها، باعتبار أنها السارية المفعول فعلاً على الإقليم الذي تُمارس عليه سلطتها.¹

ويتجه الفقه الحديث نحو هذا الحل على أساس أن عدم الاعتراف بالحكومة أو بالسلطة القائمة في الدولة ما هو إلا مسألة سياسية لا علاقة لها بالأفراد.

وفضلاً عن ذلك فإن الامتناع عن تطبيق القوانين التي تُصدرها السلطة الجديدة قد يُغري القضاء بتطبيق القوانين التي كان معمولاً بها من قبل في ظل السلطة القديمة، وهو ما اتجه إليه بالفعل القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، حيث طبق القانون الروسي الذي كان سائداً قبل قيام الثورة الشيوعية.

ومثل هذا الاتجاه يتنافى لا شك مع حكمة قاعدة الإسناد، والتي تستوجب أن يكون القانون الذي تُشير باختصاصه هو القانون السائد بالفعل في الدولة الأجنبية.²

تلك هي الشروط التي يجب توافرها لتطبيق قواعد الإسناد على العلاقات القانونية بصفة عامة وياجماع الفقهاء، وبدون التقاء هذه العوامل لا يُمكن أن تظهر إلى الوجود مشكلة تنازع القوانين التي تفترض قيام علاقات ودية بين الدول و الاعتراف لكل منها بتشريعتها و سيادتها، وقيام علاقات تجارية متواترة بين الشعوب وانتقال الأشخاص و الأموال من إقليم لآخر، كما نفترض أيضاً أن يجري توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول توزيعاً موضوعياً، يختار لكل طائفة من النظم القانونية القانون الملائم لحكمها حسب طبيعتها عن طريق قواعد الإسناد.³

¹ نقلاً عن: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص ص 42-43.

² حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص ص 53-54.

³ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 30.

فقط ما تجدر الإشارة إليه هو أن بعض الفقهاء أوردوا شروطاً أخرى، كالإلزامية أن يكون هناك تباين بين القواعد القانونية المتصلة بعناصر العلاقة القانونية، أي وجود اختلاف بين تشريعات الدول. فلا شك أن هذا الاختلاف يُبرز أهمية وضرورة إيجاد حل للتنازع أي معرفة أي القوانين يجب تطبيقه، إذ أن نتيجة الحل النهائي للنزاع ترتبط بالقانون الذي يسري عليه.

من الشروط الأخرى التي يُضيفها الفقه، وهي ضرورة أن يكون هناك قبول من طرف الدول بتطبيق القانون الأجنبي أمام محاكمها، أي أن يكون هناك نوع من التسامح داخل كل دولة بحيث يسمح قانونها للقاضي بتطبيق قانون غير قانونه، لأنه إذا تمسك كل مشرع وطني بالإقليمية المطلقة أو الشخصية المطلقة في تطبيق القانون الوطني، فلن يحصل عندئذ أي تنازع للقوانين و لا حاجة معه لإعمال قواعد الإسناد، ويكون بذلك قانون القاضي هو الواجب التطبيق لعدم قبوله مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.¹

وما يمكننا قوله بخصوص هذا الشرط، هو أن غالبية الدول تُكرس في صلب قوانينها مجموعة من القواعد سبق وأطلقنا عليها تسمية قواعد الإسناد، والتي سبق كذلك وأن قلنا أن مهمتها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وبهذا الشكل فقد قبلت هذه الدول منطقيًا بتطبيق القانون الواجب التطبيق عندما تُشير إليه إحدى هذه القواعد.

وعليه عندما تنص مثلاً المادة 19 من ق م ج على خضوع الالتزامات التعاقدية من حيث شكلها لقانون مكان إبرامها كقاعدة اختيارية يستند إليها القاضي المطروح أمامه النزاع، فإن ذلك يعني قبول المشرع الجزائري بتطبيق القانون الإنجليزي إذا كان العقد قد أُبرم في إنجلترا.

¹ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 111.

الفصل الثاني

إعمال قاعدة الإسناد في مجال عقود الاستثمار

نتولى في هذا الفصل دراسة قاعدة الإسناد الخاصة بعقود الاستثمار، وتتفق غالبية التشريعات مهما كان الاختلاف بينها في التفاصيل، على الاعتراف أساسًا بالإرادة كضابط للإسناد بالنسبة لهذا النوع من العقود.¹

وإذا كانت قد استقرت في معظم النظم القانونية قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان، بوصفها قاعدة الإسناد الأولى فيما يتعلق بالنواحي الموضوعية في العقد، فإنها مع ذلك لم تسلم من محاولات التهميش التي استهدفتها، للحد من اختصاص القانون المطبق على عقود الاستثمار، وخاصة إذا كان القانون المختار هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة.²

وفي حالة انعدام اختيار أطراف عقود الاستثمار لقانون العقد، فإن كل طرف يُحاول عند إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إقناع الهيئة بالقانون الذي يرى وجوب تطبيقه، وذلك قبل البدء في عرض ومناقشة الوقائع الموضوعية للقضية بشكل كامل. حيث يثور الجدل حول تحديد النظام القانوني المطبق على هذه العقود بالنظر لخصوصيتها، فبينما تحرص الدولة المتعاقدة على تطبيق قانونها الوطني على هذه الطائفة من العقود لاعتبارات تتعلق بالسيادة و المصلحة العامة، فإن المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها يحرصون على تدويل هذه العقود و إخراجها من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة.³

وعليه سنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

¹ حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 407.

² عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص 421.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 92.

المبحث الأول: حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

المبحث الثاني: حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

المبحث الأول

حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

من المتعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين، أن تحديد القانون الذي يُطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ الق د خ المعروف بـ "حرية واستقلالية الإرادة"، أو ما يُطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، والذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار الق د خ.¹

على أن القاعدة المذكورة وفقاً لغالبية تشريعات دول العالم التي تأخذ بها في مجال العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار، لا تُطبق بصفة مطلقة وإنما ترد عليها بعض القيود، وعليه سنقسم الدراسة من خلال هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

المطلب الثاني: القيود الواردة على قانون الإرادة في عقود الاستثمار

المطلب الأول

اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

تُعتبر قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم قواعد تنازع القوانين و أكثرها شيوعاً، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تُعتبر ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية.²

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 119.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 94.

ولنا أن نتساءل هنا حول المقصود بهذه القاعدة؟ ومدى ملاءمتها لعقود الاستثمار؟ وعن كيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق؟ وعن أهم المسائل التي تخرج من نطاق تطبيق هذه القاعدة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه على النحو التالي:

الفرع الأول

المقصود بقانون الإرادة

كما سبق و أشرنا تُعد قاعدة خضوع العقود أو الالتزامات التعاقدية الدولية لقانون الإرادة المختار من جانب الأطراف، من أهم القواعد المستقرة في فقه الق د خ،¹ و أكثرها شيوعاً، وقد استقر العمل بها بعد تطور تاريخي.²

فيؤكد جانب من الفقهاء أن خضوع العقد لقانون الإرادة، هي من الأفكار القديمة التي ظهرت مع وجود العلاقات التي تتم عبر الحدود، فقد عُرفت تلك الفكرة في مصر البلطمية، خلال المائتي عام السابقة على الميلاد. عندما كان المتعاقدون يختارون القانون الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق تحريره إما باللغة المصرية أو باللغة الإغريقية، فإذا حُرر باللغة المصرية دلّ ذلك على اختيارهم للقانون المصري، وإذا حُرر باللغة الإغريقية دلّ على اختيارهم لأحكام القانون البلطمي.³

¹ راجع حول هذه القاعدة:

P.KAYSER : L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française, Clunet 1931, p 32. Etss, G.R.DELAUME : L'autonomie de la volonté en droit international privé, Rev.Crit.D.I.P 1950, p 321. Etss ; K.H.NEUMAYER : Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev.Crit.D.I.P.1957, p 579 etss.

² حيث مرت قاعدة خضوع العقود أو الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية لقانون الإرادة بعدة مراحل أهمها: عندما أخضع فقه الأحوال الإيطالي القديم تلك العقود موضوعاً و شكلاً لقانون بلد إبرامها، فقال الفقيه الإيطالي Curtius بإخضاع العقد لقانون بلد إبرامه على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً لاختيار هذا القانون، أما الفقيه الفرنسي ديمولان Dumoulin فقد أكد أيضاً على إخضاع العقد لقانون الإرادة. راجع: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، ط1، المرجع السابق، ص 21. وراجع أيضاً حول التطور التاريخي لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة: محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 24 وما يليها؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 19 وما يليها.

³ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة (دراسة مقارنة)، ط1، دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2013، ص 50.

ولقد استقرت تلك القاعدة في القضاء الفرنسي منذ 5 ديسمبر 1910م، من خلال الحكم الذي يعتبره البعض¹ بمثابة دستور قانون الإرادة و مقننه.

حيث قررت فيه المحكمة أن: "القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء من حيث تكوينها أو من حيث آثارها، وشروطها، هو ذلك القانون الذي يتبناه الأطراف..."²

وبهذا الحكم أصبحت الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية للقانون المختار من جانب الأطراف.

ويؤكد جانب من الفقهاء³ أن هذا المبدأ أصبح عالمياً، بل و أغلق باب المناقشة والجدل الفقهي حول إقراره ولذا نجد أن معظم التشريعات الوطنية المقارنة الحديثة قد قننته،⁴ والتي من بينها التشريع الجزائري كما سنأتي على تبيان ذلك لاحقاً، بالإضافة إلى إقراره من قبل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنازع القوانين في موضوع العقود الدولية، والتي نذكر منها:

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 22-23. نقلاً عن:

H.BATIFOL & P.LAGARDE : Droit international privé, T.II, op.cit, p210. Etss, A.E.SCHNITZER : La loi applicable aux contrats, Rev.Crit..D.I.P.1955, p462.

وراجع في نفس السياق: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق و أزمته) ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 160.

² حيث قالت:

« La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée... »

نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 23.

³ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 484.

⁴ فمن التشريعات الوطنية المقارنة التي أكدته نذكر منها: الق د خ الإسباني لعام 1974م في المادة 5/10 التي تقضي بأنه "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يريد الأطراف أن يخضعوا له صراحة." والق د خ النمساوي لعام 1978م في المادة 1/35 التي تقضي بأنه: "تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يعينه الأطراف صراحة أو ضمناً." وكذلك أكدها الق د خ التركي لعام 1982م في المادة 24 منه، والق د خ السويسري لعام 1987 في المادة 1/116، والروماني لعام 1992 في المادة 73، والق م الإيطالي لعام 1995 في المادة 57، والق د خ الفنزويلي لعام 1998 في المادة 29، وكذلك القانون الصيني الجديد الخاص بالعقود الدولية، والصادر في 15 مارس 1999م، والمعمول به من أول أكتوبر عام 1999م، في المادة 1/126، بالإضافة إلى العديد من التشريعات الوطنية العربية: كالق د خ التونسي لعام 1998م في المادة 62 والق م الأردني في المادة 59، والسوري في المادة 1/20، والليبي في المادة 19، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985م، والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1987م، في المادة 1/19، وقانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013م في المادة 1/20، والتي تأثرت جميعها أسوة بالتشريع الجزائري بالمادة 1/19 من الق م المصري. نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 24-25.

اتفاقية لاهاي لعام 1955م والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات
 المادة 1/2،¹ واتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين
 الدول و رعايا الدول الأخرى، والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً بشيء من التفصيل، وذلك في المادة
 1/42 منها التي تنص في جملتها الأولى على أن: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون
 التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة...". واتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978م، والمتعلقة بالقانون
 الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، في المادة 1/5 منها، واتفاقية روما المبرمة بين
 دول السوق الأوروبية المشتركة في 19 يونيو 1980م، والتي دخلت حيز التنفيذ في الأول من أبريل عام
 1991م، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة 1/3² هذه الأخيرة التي
 سنفصل فيها أيضاً لاحقاً بشيء من التفصيل، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986م والخاصة بالقانون
 الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، والتي ستحل محل اتفاقية لاهاي السابق ذكرها، وذلك
 في المادة 1/7 منها،³ واتفاقية مكسيكو المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي عام 1994م، في المادة
 السابعة.⁴

وعلى الرغم من استقرار قانون الإرادة والعمل به قضاءً، وتقنينه في معظم التشريعات الوطنية
 منها و الدولية؛ إلا أن مفهومه في إطار العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار يُثير بعض الصعوبات
 نتناولها على النحو التالي:

¹ راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/doc.html>

² حيث نصت على أنه: "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف...". راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/ec/applicable.law.contracts.1980/doc.html>

³ إذ نصت على ما يلي: "عقد البيع يسري عليه القانون الذي اختاره الأطراف...". راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/hcpilapplicable.law.sog.convention.1986/doc.html>

⁴ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 27.

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الداخلي و القانون الدولي الخاص

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة « Le principe d'autonomie de la volonté » في إطار القانون الداخلي أن الأطراف لهم الحرية في تنظيم عقودهم، وتضمينها من الشروط ما يُحقق مصالحهم، ولهم ممارسة إرادتهم بهدف إنشاء مراكز قانونية مطابقة للتنظيم الاجتماعي، فالإرادة وحدها قادرة على إنشاء ما تريد من العقود و التصرفات مادامت تلتزم الضوابط الشرعية الصحيحة، وقواعد النظام العام و الآداب العامة، فالأمر يتعلق بتحديد إطار قانوني Cadre légal، يمكن من خلاله تحقيق تصرف قانوني على نحو صحيح ومنتج لآثاره، فالعقد أو الالتزام التعاقدي قانون مصغر بين الأطراف، وهو من صنعهم،¹ ولذا يُعبر على هذا المبدأ بالقاعدة التي استقر العمل بها في مختلف النظم القانونية الوطنية وهي قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" Pacta sunt servanda.²

على أن قاعدة الإرادة المستقلة تجدد مجالاً خصباً في العلاقات الخاصة الدولية، عنها في العلاقات الداخلية³ وذلك راجع لتطور العلاقات القانونية الخاصة الدولية.

فإذا كان الق د خ هو الذي ينظم العلاقة بين الأفراد و المؤسسات عبر الحدود، فإنه من الطبيعي أن نسمح لأطراف العلاقات بحرية اختيار قانون معين، واستبعاد آخر لا يتفق مع مصالحهم باعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ العام في الق د خ Le principe général en droit international privé.

والنظر للإرادة ووصفها بالمبدأ الأساسي في الق د خ، يستتبع أن دورها لم يقف عند تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة الدولية، بل يمتد أيضاً إلى تحديد المحكمة المختصة التي تفصل في المنازعة، وهو الأمر الذي أقرته التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وطبقته أحكام

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 28-29.

² محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 40.

³ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 418 وما بعدها.

القضاء في هذا الشأن بالرغم من أن المسائل الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم وتنفيذ الأحكام الأجنبية وثيقة الصلة بسيادة الدولة.

غير أن التقدم الحادث في المجال المدني والتجاري و الآثار الاقتصادية و الاجتماعية التابعة لذلك، اقتضت فرض مبدأ سلطان الإرادة، وبسط سيطرته كمؤسس للحرية التعاقدية، و مترجماً للمصالح المشروعة لأطراف المعاملات الدولية.¹

وعلى الرغم من قانونية هذا المبدأ، واستقراره في مجال العقود الدولية، إلا أن هذا الاستقرار وكما يرى البعض،² لم يكن سوى واجهة خارجية تحمل في داخلها اختلافاً عميقاً في وجهات النظر، مرده الاختلاف حول حقيقة دور إرادة الأطراف، بل ودور القضاء المعروض أمامه النزاع.

وقد ظهرت في هذا الإطار نظريات و اتجاهات، يهدف كل منها إلى تحديد مضمون مبدأ قانون الإرادة وما لهذه الإرادة من حرية في هذا الشأن، وما زالت تلك الاتجاهات محل جدل ومناقشة بل وتأثير على الواقع الخاص بالعقود الدولية، وتجاوزت الحدود النظرية و الفلسفية التي نشأت في رحابها، وتجد حظاً كبيراً من التطبيقات القضائية التي تختلف بحسب اعتناق أحد تلك الاتجاهات من عدمه،³ لذا نتناول تلك الاتجاهات، من خلال العنصر الموالي.

ثانياً: الاتجاهات الحديثة في تحديد مفهوم قانون الإرادة

إذا كان قانون الإرادة يعني حرية الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي، وإخضاعه للنظام القانوني الذي يروونه أكثر ملاءمة لحكمه، فهل لهم حرية مطلقة في هذا الاختيار؟ وهل في مقدور الإرادة أن تُحرر العقد الدولي من سلطان القانون، وتُخرجه من إطار تنازع القوانين؟ ولقد اختلفت

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص ص 8-9.

² J.CH.POMMIER : La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit, le rôle de l'arbitre, Clunet, 1992, p5.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 30-31.

الإجابة عن تلك التساؤلات بين الإطلاق و التقييد و التوفيق، حيث جاءت النظرية الشخصية لتعطي لأطراف العقد الدولي حرية مطلقة في اختيار قانون العقد، وعلى النقيض جاءت النظرية الموضوعية لتقيّد هذا الاختيار بحدود القانون، أو بحدود التركيز Localisation أو التوطن الموضوعي للعقد في دولة معينة، وأخيراً جاءت النظرية الازدواجية لتوفق بين الإطلاق في النظرية الأولى و التقييد في النظرية الثانية، ونتطرق لهذه النظريات تباعاً ومن ثمّ نُبين حقيقة قاعدة قانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري منها، وذلك على النحو التالي:

1: النظرية الشخصية

وتسمى أيضاً بالنزعة الذاتية في قانون الإرادة،¹ ومضمونها أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون مطلقة و أن القانون المختار يفقد صفته كقانون أمر، ويتحول إلى تنظيم اتفاقي، وبهذا تُصبح إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها، فتكون هذه الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحقيق العدل في ظل تعاليم المذهب الفردي، وإخراج العقد الدولي من تنازع القوانين وتزاحمها.²

ويترتب على هذه النزعة نتائج في غاية الخطورة أهمها:

- إن العقد لا يتأثر بالقانون المختار، ولو كان من العقود الدولية والمستمرة التنفيذ إذا عُدل أو أُلغي القانون، بحيث أنكر فقه النظرية الشخصية على القانون المختار قدرته على إبطال العقد عند مخالفة أحكامه الآمرة، فمثل هذا الجزاء يفترض احتفاظ قانون الإرادة به، وهو ما يُخالف منطق النظرية، فضلاً عن مناهضته لإرادة المتعاقدين وتوقعاتهم.

¹ هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 39 وما يليها.

² أحمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، عدد 13، 2013، ص 197. وراجع في نفس السياق: سامي بديع منصور و آخرون، تنازع الاختصاص التشريعي، ج1، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2009، ص 601، وراجع أيضاً: محمود محمد باقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص ص 73-74؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 127 وما يليها؛ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص ص 26-27.

- أن للأفراد الحق في استبعاد القواعد الآمرة في القانون المختار، كما أن حرية الاختيار مطلقة حتى ولو لم يكن للقانون المختار صلة بالعقد أو المتعاقدين.
 - إن أحكام القانون المختار وقد أعتبرت مجرد شروط تعاقدية، فهي تُعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحو معاملة الوقائع سواء من حيث إثباتها، أو رقابة محكمة النقض على تفسيرها.
 - يستتج من مفهوم المخالفة لحرية الاختيار، أن للمتعاقدين الحق في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون ليحكم كل واحد جزء منه، ليكون حينها للمتعاقدين حق انتقاء الأحكام التي يرونها من القانون أو القوانين المختارة من قبلهم، لتصبح تلك الأحكام شروطاً تعاقدية بعد اندماجها في العقد، كما أنه يجوز ألا يستند العقد إلى أي قانون ويُصبح مجرد من القانون.¹
- وعلى إثر تلك النتائج الخطيرة المترتبة عن النظرية الشخصية، فقد تعرضت لانتقادات لاذعة أهمها:

- إن ركونها إلى مبدأ الحرية المطلقة غير صحيح تاريخياً، وأن الشخص إذا التزم فيجب أن يلتزم في حدود القانون.
- أن للمتعاقدين حق اختيار القانون، ولهذا الأخير أن يُقرر ما هي العلاقة التي يحكمها، لأن العقد لا يكون ملزماً إلا بموجب القانون.
- أنه في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، فالقاضي لا يعتد بالحرية، وإنما يستخلص القانون الواجب التطبيق من ملابسات العقد و ظروفه.
- إن الحديث عن الحرية المطلقة للمتعاقدين، لم يعد مناسباً في ظل عالمنا المعاصر، الذي يتميز بالتدخل المتزايد للدولة في العلاقات الاقتصادية، بل وفي شتى المجالات، بوضع قواعد حمائية أمرة سواء أكانت تلك القواعد لحماية الاقتصاد الوطني، أم لحماية بعض الأشخاص الذين يحتاجون لتلك القواعد الحمائية. بل إن الأمر لم يقتصر على تلك القواعد الحمائية التي

¹ أحمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 198.

يضعها المشرع في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع، أو في دولة القانون المختص بحكم النزاع، وإنما تجاوزه إلى الأخذ في الاعتبار بعض القواعد الآمرة دوليًا في التشريعات الأخرى المعنية، والتي يكون العقد على صلة بها، لأن ترك الحرية للأطراف بلا ضوابط، يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة في المراكز القانونية، ويعد مدعاة لتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف.¹

وهذه الانتقادات قد أدت إلى ظهور أفكار النظرية الموضوعية، التي تدعو إلى إسناد العقد الدولي إلى قانون وطني معين، وفقًا لأسس موضوعية، وليست شخصية، وفيما يلي نتناول هذه النظرية.

2: النظرية الموضوعية

مضمون هذه النظرية هو أن القانون الواجب التطبيق على العقد، يُستخلص من تركيزه حسب معطياته الخارجية، أي على أساس فكرة تركيز العقد، بمعنى أن للمتعاقدين دور في تحديد مقر العقد لكن يرجع للقاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر، وعلى ذلك وإن كانت الإرادة عنصرًا رئيسيًا في عملية التركيز، إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، فقد تُهدر الإرادة المصرح بها، إذا تبين أنها لا تُعبر عن حقيقة المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه بالنظر إلى مجموع المميزات الأخرى ومن هنا يقول BATIFFOL، يجب أن نتكلم عن قانون الإرادة ونتجنب العبارات المضللة مبدأ سلطان الإرادة.

فإذا كانت الإرادة حرة في اختيار قانون العقد، فإن هذه الحرية ليست مُطلقة، فهي مُقيدة بضرورة أن يقع الاختيار على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية، فالإرادة في الأصل تستند إلى

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 37-38.

نصوص القانون التي تسمح لها بهذا الاختيار، وعليه فدور الإرادة هو الاختيار و ليس الخلق، ولا يعني قدرتها على إخراج العقد من دائرة القانون.¹

وقد اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 25 تشرين الأول 1979، بأن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق نظرًا لأن الإرادة العقدية قد اتجهت إلى تطبيقه من خلال تركيز العلاقة في هذه الدولة وقضت "...فمن خلال التفسير المطلق للإرادة المشتركة لأطراف العقد، تكون محكمة الاستئناف بعد أن بينت أن مجموعة الظروف التي من شأنها تركيز العلاقة العقدية تتجه إلى الدولة الجزائرية، وبعد أن استنتجت بأن الموجب الذي يطبع الالتزام الموصوف في العقد منفذ في هذه الدولة وقد اعتبرت أن هذا العقد بمعزل عن واقعه إنه قد أبرم في فرنسا هو خاضع للقانون الجزائري الذي يحكم بطلانه..."².

على الرغم من أهمية هذه النظرية إلا أنها لم تسلم بدورها من النقد:

- حيث قيل إن مصطلح: التركيز ذاته يعتره الغموض، فقد يُراد به ظرف واقعي *Circonstance de fait* وبهذا يدعو إلى استعراض جميع الروابط التي تربط عناصر العقد بمختلف الدول، وذلك لاختيار واحدة منها، يتحدد بها اختصاص قانون هذه الدولة، وقد يُراد به الرابطة أو الصلة القانونية، التي تربط دولة ما بعقد معين، متمثلة في اختصاص قانون هذه الدولة لحكم العقد ويكون التركيز هنا تعبيرًا عن هذا الاختصاص، وليس سببًا له.³
- والمدافعون عن هذه النظرية، لم يأخذوا في اعتبارهم الصعوبات التي تُقابل هذا التركيز للعلاقة القانونية الدولية، والتي لها صلات كثيرة ومتنوعة، حيث يصعب في هذه الحالة تحديد أيًا من

¹ أحمد سعد الدين قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 199. وراجع في نفس السياق: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 74؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 36.

² نقلًا عن: ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 31.

³ Pierre Mayer , Droit international privé, op. cit, p224.

التشريعات يمكن من خلاله تركيز العقد، ويُعد هذا الإعمال لفكرة التركيز متعذرًا تمامًا - وبصفة خاصة - لدى التشريعات التي تضع قاعدة إسناد تُحول للأفراد سلطة الاختيار للقانون الذي يحكم عقدهم، وهي جل التشريعات الوطنية والدولية الحديثة.¹

- فكيف يسمح هؤلاء المشرعون للأفراد حق الاختيار، ثم تأتي النظرية الموضوعية لتقول لنا: إن هذا الاختيار مجرد عنصر من عناصر تركيز العقد، وهو غير مُلزم للقاضي، ثم إنها تتجاهل بذلك الاختيار الصريح للقانون، الذي يقدر الأطراف ملاءمته لحكم عقدهم، وتُعطي كامل الدور في هذا التحديد للقاضي، في حين أن ازدهار المبادلات الاقتصادية عبر الحدود، يرجع إلى الثقة التي أولها المشرعون لتلك الإرادة، كما أن تجاهل تلك الإرادة الصريحة أو الضمنية لقانون العقد تحت ستار التركيز الموضوعي للعقد يُعد تضييعًا لقاعدة الإسناد، التي تعترف للمتعاقدين بحق تحديد ذلك القانون، وإرباكًا للأطراف، وإخلالاً بتوقعاتهم حول مصير عقدهم.²

وأمام هذه الانتقادات التي وُجّهت للنظرية الموضوعية، ذهب البعض إلى أن التركيز الذي يُجرىه القاضي ليس له محل، إلا حيث يتخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وهنا فقط يمكننا الحديث عن التركيز الموضوعي للعقد، وتلك أفكار النظرية الازدواجية التي نتعرض لها فيما يلي:

3: النظرية الازدواجية

تقوم هذه النظرية على التوفيق بين النظرية الشخصية من ناحية، بنصها على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، وبين النظرية الموضوعية من ناحية ثانية، بنصها على إخضاع العلاقة التعاقدية إلى قانون مركز العلاقة أي قانون الدولة التي تتركز فيه العلاقة العقدية.

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 42-43.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 173.

وبحسب أنصار النظرية الازدواجية فإنه إذا كان هناك اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق يتوجب احترام هذا الاختيار و يُطبق القانون المختار، ولا يجوز للقاضي بالتالي تجاهل هذا الاختيار الصريح بحجة عدم تركيز العلاقة في مكان معين، فقاعدة قانون الإرادة هي قاعدة موضوعية خاصة بالعقود الدولية ويتوجب على القاضي احترامها، ولا ينبغي تقييد إرادة المتعاقدين واشتراط صلة بين العقد و القانون المختار، كما أنه يجوز قبول الإحالة في حالة وجود إرادة صريحة من قبل أطراف العلاقة التعاقدية.¹

أما في حالة انعدام الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، ففي هذه الحالة يتم قبول فكرة تركيز العقد في مكان معين، وهنا يأتي دور القاضي ليستنتج القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لأنه لا مكان للإرادة الضمنية للمتعاقدين التي لا وجود لها. بمعنى أن التركيز يُمثل حلاً احتياطياً، ويتم التركيز في الافتراضات التي لم يتوقع الأطراف فيها المشكلة أو في الفروض التي يكون فيها الأطراف على علم بالمسألة ولكنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق بشأنها، فيعهدوا بها إلى شخص من الغير، قد يكون المشرع أو القاضي أو المحكم.²

وقد اعتمدت تلك النظرية بعض التشريعات الوطنية المقارنة نذكر منها: تشريع تنازع القوانين الأمريكي Restatement seconde في الفقرتين (187،188) والى دخ البولندي لعام 1965م في المادة 25، والى دخ البرتغالي الصادر في 25 نوفمبر 1966م، في المادة 1/41، والى دخ الإسباني لعام 1974م، في المادة 10 والى دخ التركي لعام 1982م، في المادة 24.³

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولاً و منهجاً"، المرجع السابق، ص 1071.

² ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 35.

³ إضافة إلى التشريعات الوطنية المقارنة، فقد اعتمدت هذه النظرية بعض الاتفاقيات الدولية: كاتفاقية لاهاي لعام 1955م، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية في المادتين 2 و 3، واتفاقية لاهاي المبرمة في 14 مارس 1978م، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري في المادتين 5 و 6، واتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980م، في المادتين 3 و 4، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1986م، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادتين 7 و 8. نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 46-47.

ورغم الواقعية التي تتميز بها هذه النظرية، من حيث أنها تُركز على نقطة جوهرية مفادها أنه إذا قام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة، فإنهم يفعلون ذلك عن إدراك ووعي حقيقيين بأهمية تلك المسألة، وقيمتها، وإن هم أعرضوا عن هذا الاختيار، فإن ثمة اختلاف قد وقع بينهم، أو على أسوأ الظروف، أنهم لم يكونوا على دراية بأهمية هذا الاختيار، وفي هذه الحالة لا يمكن الحديث عن اختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد، وقيام القضاء في هذه الحالة بعملية التركيز تخفياً وراء الإرادة، لا يعدو عندئذ أن يكون نوعاً من الحيلة أو المجاز.

إلا أنه قد تم توجيه بعض الانتقادات لها أهمها: ما قيل من تجاهلها للإرادة الضمنية، حيث لم تعتد إلا بالإرادة الصريحة فقط، فالإرادة لديهم إما أن توجد في شكل صريح أو لا توجد، فليس هناك ما يسمى بالإرادة الضمنية، وهذا ما لا يمكن التسليم به.

حيث اعتنقت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها مبدأ إمكانية الكشف عن الإرادة الضمنية استخلاصاً من ظروف التعاقد وملا باسأته،¹ فالإرادة الضمنية، إرادة حقيقية يُتصور وجودها ويمكن الكشف عنها وهذا ما أكدته أحدث التشريعات الوطنية والدولية، وأكدته الفقهاء، كما سنأتي على توضيحه لاحقاً.

4: حقيقة قاعدة قانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري منها

أ/ حقيقة قانون الإرادة: لقد تعددت الآراء حول التكييف القانوني لتلك القاعدة، حيث قيل إنها قاعدة موضوعية، قاعدة تنازع قوانين ذات غاية موضوعية، قاعدة تتصف في آن واحد بالطابع التنازعي والموضوعي، أو هي قاعدة موضوعية ناقصة، وهذا ما نتناوله على النحو التالي:

قاعدة قانون الإرادة "قاعدة موضوعية": يُقرر البعض أن قاعدة قانون الإرادة ليست قاعدة تنازع قوانين بل هي قاعدة قد تدخل موضوعية، خاصة بالعلاقات الدولية وموضوعها المباشر هو

¹ وذلك في حكمها الصادر في 28 يونيو 1966م، المنشور في المجلة الانتقادية 1967، ص 134، تعليق الأستاذ باتيفول.

اختيار القانون و يُطبقها القاضي تطبيقاً مباشراً على منازعات العقود الدولية التي تُعرض أمامه، في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وهي قاعدة عالمية الذبوع، تبنتها غالبية الأنظمة القانونية.¹

إلا أنه لا يمكن الاستناد لذبوع تلك القاعدة للقول إنها قاعدة موضوعية، وإلا كان من الواجب إضفاء تلك الصفة على كل قواعد الإسناد، لاسيما قاعدة خضوع المال لقانون الموقع الخاص به وقاعدة خضوع المسؤولية عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه، وقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام... وهكذا يتم القضاء على نظرية التنازع الدولي بين القوانين،² ولكل ما تقدم قيل: إن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة تنازع قوانين ذات غاية موضوعية.

قاعدة قانون الإرادة "قاعدة تنازع قوانين ذات غاية موضوعية": يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى القول بأن قاعدة قانون الإرادة وإن لم تكن فرضاً قاعدة مادية، إلا أنها قاعدة تنازع ذات غاية مادية أو موضوعية إذ أن المتعاقدين غير محايدين إزاء مضمون القانون المختار، فهم يضعون في اعتبارهم مضمون هذا القانون أو ذاك قبل اختياره، وأن هذا الاختيار غالباً ما يكون نتيجة لملاءمة القانون المختار، على خلاف الأصل في قواعد التنازع التقليدية.³

غير أن هذا الاتجاه أغفل حقيقة القواعد المادية—ذات الغاية الموضوعية—وفن إعمالها، إذ أنه إذا كانت قاعدة قانون الإرادة تُحول المتعاقدين حرية اختيار القانون، إلا أنها لا تفرض عليهم مثل هذا الاختيار في أي مرحلة من مراحل التعاقد، فإذا وُجد الاختيار طبقه القاضي، وإن لم يوجد طبقت ضوابط الإسناد الاحتياطية المنصوص عليها في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع إن وجدت،⁴ بيد

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 48.

² أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولاً و منهجاً"، المرجع السابق، ص 1067.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 49-50.

⁴ W.WENGLER : L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, Rev.Crit.D.I.P 1990, p 657.

أن الأمر يختلف بشأن قواعد التنازع ذات الغاية الموضوعية، تلك التي لا تعدو أن تكون تعبيراً عن سياسات تشريعية لدولة القاضي، وفي مسائل محددة، مثل حماية العامل في عقد العمل، أو حماية المستهلك، فهذه القاعدة هي أمرة من حيث الغاية التي تهدف إلى تحقيقها وعليه فإن قاعدة قانون الإرادة ليست بقاعدة تنازع ذات غاية موضوعية لأن طبيعة هذه الأخيرة لا تعترف بدور إرادة الأطراف إلا في إطار تحقيق الغاية الموضوعية المستهدفة، ومتى كان من شأن الإرادة الإطاحة بهذه الغاية، فلا سبيل للاعتداد بهذه الإرادة،¹ ولذا قيل: إن قاعدة قانون الإرادة تتصف بآن واحد بالطابع التنازعي و الموضوعي.

قاعدة قانون الإرادة "قاعدة تتصف بآن واحد بالطابع التنازعي و الموضوعي": أي أن قاعدة قانون الإرادة، لا تمثل قاعدة قانون دولي مادية، على أساس أنها لا تُعطي حلاً مباشراً للنزاع ولكن تُشير إلى القانون الذي يُعطي هذا الحل، كما أنها ليست بقاعدة إسناد بالمعنى الدقيق، بل تمثل قاعدة قانونية تتسم في آن واحد بالطابع التنازعي والموضوعي، أو بمعنى آخر قاعدة إسناد ذات هدف موضوعي محدد، بحيث تظهر طبيعتها كقاعدة إسناد أمام القاضي الوطني، في حين يتم تغليب صفتها المادية أمام المحكم.²

وهذا الاتجاه يُؤدي في الحقيقة إلى جعل قاعدة قانون الإرادة، بمثابة القاعدة القلقة، التي يتغير لونها، تبعاً لعرض النزاع أمام القاضي الوطني أو المحكم،³ لذا قيل: إن قاعدة قانون الإرادة قاعدة موضوعية ناقصة.

قاعدة قانون الإرادة " قاعدة موضوعية ناقصة": فحسب هذا الرأي لا يُتصور أن تُبطل الإرادة العقد كما لا يمكن أن تُصبح إرادة الأطراف ضابط إسناد خاص بالعقود الدولية، بحيث أن

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 136.

² حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 504.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 52.

حق المتعاقدين في الاختيار يسند إلى قاعدة قانون مادي في الدولة المسند إلى قانونها النزاع، فيندمج القانون في العقد، وتُصبح أحكامه بمثابة نصوص تعاقدية تخضع هي والعقد المندمجة فيه للأحكام الآمرة في قانون محدد سلفًا، ولا شأن للإرادة في هذا الاختيار.¹

حيث يتم تحديد القانون الذي يحكم العقد، وفقًا لأسس موضوعية، وطبقًا لكل طائفة من طوائف العقود التي تنتمي إليها الرابطة التعاقدية محل النزاع، وفي ضوء مصالح الدولة المتصلة بالعقد وكذلك في ضوء مصالح الأطراف المتعاقدة، ومصالح الغير، وهذا القانون المحدد وفقًا لأسس موضوعية، يكون هو القانون السائد في محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد، على افتراض أنه الأوثق صلة به، فقاعدة قانون الإرادة، وإن كانت قاعدة ق د خ موضوعي، إلا أنها قاعدة ناقصة، لا يترتب عليها آثار الاندماج كاملة، وأهمها سلخ العقد من سلطان القوانين الوطنية.²

هذا عن حقيقة قاعدة قانون الإرادة، وتُوضح فيما يلي موقف المشرع الجزائري منها:

ب/ موقف المشرع الجزائري من قاعدة قانون الإرادة:

سبق و أشرنا بأن المشرع الجزائري نظم قواعد الإسناد في الق م تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان" و ذلك في المواد من 9 إلى 24 ولقد تم إدخال تعديلات على هذه المواد بمقتضى التعديل الذي مس القانون المدني في 2005، والجدير بالذكر أن قواعد التنازع الجزائرية تجدد مصدرها في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، عكس غالبية باقي نصوص الق م التي تجدد مصدرها في القانون المدني الفرنسي.

¹ أحمد سعد الدين قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 202.

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 53.

وقد وضع المشرع القاعدة الخاصة بالعقود الدولية في المادة 18 من الق م التي تنص على ما يلي: "يسري على الالتزامات 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."

ما يمكننا استخلاصه من خلال هذه المادة، هو أن المشرع الجزائري، قد اعتد بمبدأ قانون الإرادة من خلال فقرتها الأولى، غير أنه قيد هذه الإرادة بضرورة أن يكون القانون المختار ذو صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. عكس ما كان عليه الوضع قبل تعديل هذه المادة،¹ أين لم يكن أي أثر لهذا القيد، بحيث ترك المشرع للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، وحسب بعض الفقه أن مثل هذا الموقف يتماشى مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية.²

ما يمكن استخلاصه أيضاً من خلال هذه المادة، هو أنها لا تشتمل على الفقرة التي تُقرر الاعتماد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين، في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما، مما يُفيد بأن المشرع

¹ حيث حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه."

² أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 307.

الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين خلافاً للمشرع المصري¹ وغيره من المشرعين العرب الذين يعتدون أيضاً بالإرادة الضمنية.

وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار، ذهب المشرع نحو تفضيل التصدي لهذا الوضع من خلال التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى ضوابط إسناد محددة مسبقاً تتمثل على الترتيب في: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، إذا اتحدا موطناً، أو كانت لهما جنسية مشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، هذه الضوابط سنأتي على التفصيل فيها لاحقاً من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل، عندما نتطرق للحالة التي يسكت فيها المتعاقدان عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد وضع مبدأ قانون الإرادة بمقتضى قاعدة تنازع القوانين، وأن القانون المختار يُعد قانوناً بالمعنى الفني الدقيق، وليس شرطاً تعاقدياً كما ذهب أنصار النظرية الشخصية، وأن اختيار الأطراف ينصب مباشرة على القانون الذي سيحكم العقد، وليس على تركيز العقد في مكان معين.

والمتمتعن في ظاهر المادة 18 من الق م المشار إليها أعلاه، سيستخلص أن المشرع الجزائري اعتنق النظرية الشخصية في حالة وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدان، بينما اعتنق النظرية الموضوعية في حالة عدم وجود هذا الاختيار، وبذلك يكون قد اعتمد مذهباً يكاد يكون مزدوجاً، فحيث توجد إرادة مؤكدة يكون المشرع قد اعتنق النظرية الشخصية من حيث المبدأ متى كانت عليها مسحة موضوعية، تتمثل في ضرورة وجود صلة مرنة بين القانون المختار و المتعاقدان أو

¹ حيث نص المشرع المصري في المادة 19 من الق م على ما يلي: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدان إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه." فعبارة "يتبين من الظروف" يقصد بها هنا الإرادة الضمنية، وبالتالي فقد اعتد المشرع المصري بالإرادة الضمنية في العقود الدولية بخلاف المشرع الجزائري.

العقد الذي يخضع لحكمه، وحيث لا توجد تلك الإرادة تعمل النظرية الموضوعية من خلال تركيز العقد في أماكن محددة سلفاً.

هكذا وبعد أن تطرقنا للمقصود بقاعدة قانون الإرادة من خلال التركيز على عرض الاتجاهات الحديثة في تحديد مفهومها، وتبيان موقف المشرع الجزائري من هذه الاتجاهات، لنا أن نتساءل الآن حول مدى ملاءمة هذه القاعدة لعقود الاستثمار وهو ما سنحاول أن نعالجه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مدى ملاءمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الاستثمار

لقد أضحت قاعدة قانون الإرادة كما أوضحنا فيما تقدم واقعاً مكرساً ومعترفاً به بمقتضى التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، إلا أن التساؤل الذي يثور هنا هو مدى ملاءمة هذه القاعدة لعقود الاستثمار؟

كما سبق الإشارة إليه، فإن عقود الاستثمار هي عقود دولية مما يترتب عليه خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود، ومن أهمها منح الأطراف مكنة اختيار القانون الحاكم لعقدتهم، لذلك فإننا نرى وجوب أعمال قاعدة قانون الإرادة على عقود الاستثمار، حيث أن لأطراف هذه العقود الحرية في إخضاع عقدتهم للقانون الذي تتجه إرادتهم المشتركة إلى تطبيقه على موضوع عقدتهم. فوجود الدولة أو أحد مشروعاتها العامة لا يُؤثر البتة في خضوع العقد المتواجدة فيه لقانون الإرادة، وذلك لأن طبيعة وصفة هذا الطرف يجب ألا تُبعد بالعقد عن هذه القاعدة.¹

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 128-129.

حيث أن لمبدأ سلطان الإرادة أثر كبير في عقود الدولة، فهذه العقود كغيرها من العقود الدولية تخضع لقاعدة قانون الإرادة.¹

وهو ما أقرته الاتفاقيات الدولية وكذلك قرارات الهيئات الدولية بشأن هذه الطائفة من العقود الدولية فبموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فإن المادة 42 منها تجعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة في جملتها الأولى على أن: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة...". وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتها التعاقدية، واضعة الدولة على قدم المساواة مع الأشخاص الخاصة.

كذلك فقد كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بموجب القرار الصادر عنه في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979، والمخصصة لدراسة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى فقد نصت المادة 1/2 من القرار على أن: "تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة...".

وبهذا يكون مجمع القانون الدولي قد طبق مبدأ استقلال الإرادة المقررة في مجال العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية.²

¹ وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ P.Jalive إلى القول: "لماذا يكون أحد الأطراف في العقد الدولي محروماً بسبب كونه شخصاً عاماً من مُكفّة معترف بها عموماً للأطراف الأخرى المتعاقدة، فكما أن للدولة أو الشخص العام السلطة في أن يلتزم بموجب العقد، مُكفنا القول بأن الدولة الطرف في علاقة تجارية دولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، وإلا ستكون محرومة من الاستفادة من بعض العقود التي تُقدر أنها مفيدة أو ضرورية لتنميتها الاقتصادية." نقلاً عن: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 220.

² علي محمد عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 221.

كذلك فقد اعترفت أحكام التحكيم الصادرة بشأن المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار بأن للأطراف القدرة على اختيار النظام القانوني الحاكم لعقدتهم بوصفه قانون إرادتهم.

ففي تحكيم Aramco ذهبت هيئة التحكيم إلى أنه: "لابد من اللجوء إلى مبدأ الق د خ والمعروف باسم حرية واستقلالية الإرادة، وبناءً على هذا المبدأ وفي أي عقد ذو طابع دولي ينبغي أولاً أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف صراحة.

كما ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات ICSID في قضية Agip ضد حكومة الكونغو، إلى تطبيق القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بمبادئ القانون الدولي وذلك استناداً لتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة على تطبيقه.¹

وهو أيضاً ما ذهبت إليه هيئة تحكيم أخرى تابعة لذات المركز في 21 فبراير 1996 في قضية AMT ضد حكومة الكونغو الديمقراطية، حيث طبقت هيئة التحكيم اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين الولايات المتحدة والكونغو الديمقراطية، بوصفها النظام القانوني الذي اختاره الطرفان ليحكم عقدهما.

كما انتهت إحدى هيئات التحكيم المشككة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، بشأن النزاع الناشئ عن عقد استيراد و إنشاء وتشغيل وصيانة مصنع بين شركة إنجليزية وحكومة سلطنة عمان إلى تطبيق القانون العماني، بوصفه القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيقه.²

وعليه فإن عقود الاستثمار تخضع مثل بقية العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة، فيحق لأطراف هذه العقود اختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم عقدهم، حيث تستجيب فكرة حرية الأطراف

¹ نقلاً عن: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، 131-132.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 104-105.

في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم للتعدد الكبير وللاختلاف في التعاملات العقدية الدولية فضلاً عن ضمانها لاحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

ولنا أن نتساءل الآن عن كيفية تحديد هذا القانون المختار من قبل الأطراف؟ وهو ما سنعالجه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث

كيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الاختيار يُمكن أن يكون صريحاً، وقد لا يُعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذلك يلجأ القاضي أو المحكم إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، ويستعين القاضي أو المحكم لمعرفة ذلك بقرائن أو مؤشرات تعينه للكشف عن القانون الواجب التطبيق الذي انصرفت إرادتهما إليه.

أولاً: الإرادة الصريحة

يكون الاختيار صريحاً إذا تم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يُدرج ضمن شروط عقد الاستثمار أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه،¹ وهذا الاختيار الصريح لقانون العقد يتمثل في إفصاح الأطراف عن إرادتهم في تحديد القانون، أو القوانين التي يُريدون تطبيقها على العقد صراحةً.

¹ مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، المرجع السابق، ص 480.

وعادةً ما يكون ذلك عن طريق الكتابة، والتي تُعد شرطاً فيما يُعرف بشرط الاختصاص التشريعي، الذي يُحقق للمتعاقدين الأمان القانوني ضد المخاطر التي يُمكن أن تحدث أو تظهر عند تنفيذ العقد في المستقبل.¹

ويحمي توقعاتهم المشروعة للقانون الذي سيحكم ما قد ينشأ من منازعات في المستقبل، "فإن هم عملوا ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، تحوطاً للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة".²

وقد جاء قرار مُجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979، مؤكداً على ضرورة الاختيار الصريح للعقد، وذلك في المادة 1/4 والتي تقضي بأنه: "من المأمول فيه أن يُعين الأطراف صراحةً القانون الواجب التطبيق على عقدهم". وحتى التشريعات الوطنية والدولية فقد أكدت على وجوب الاختيار الصريح لقانون العقد.³

ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد ما نصت عليه المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited و دولة غينيا، من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق على هذا العقد، وإذا قام الطرفان صراحةً باختيار القانون الذي يريدان أن يحكم العقد، فمن الواجب على المحكمة أن تنفذ اختيارهما، وذلك على أساس أن أطراف العقد أحرار في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشأن المسائل التي تدخل ضمن صلاحياتهم التعاقدية، باعتبارهم الأقدار على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم.⁴

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 71.

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 72.

³ راجع نص القرار منشور في:

Rev.crit, 1980, p 427.

⁴ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، 136-137.

ثانياً: الإرادة الضمنية

إذا لم يُعبر المتعاقدان صراحةً عن إرادتهم في اختيار قانون معين ليحكم موضوع عقدهم، فإنه يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد.

وتؤكد غالبية تقنيات الق د خ المعاصرة¹ على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لأنه اختيار حقيقي، ولكنه غير معلن يستخلصه القاضي أو المحكم من ظروف الحال،² وهو ما أقرته كذلك محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 21 فيفري 1975.³

كما نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 1/3 على أن: "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً، أو مستخلصاً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد..."⁴

أما بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد نصت المادة 1/42 والتي تعرضت لمسألة القانون المطبق على منازعات الاستثمار على أن: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف المتنازعة...". والملاحظ على هذا النص أنه قد جعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، إلا أنه لم يُبين فيما إذا كان يلزم

¹ من بين التقنيات التي نصت على الإرادة الضمنية نذكر الق د خ السويسري في المادة 1/16، والتي تقضي بأنه: "اختيار القانون يجب أن يكون صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف...".

وكذلك المادة 1/19 من الق م المصري والتي سبق وذكرناها من خلال هذه الدراسة.

² عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2012، ص 106.

³ C.cass Belgique 27/11/1974, et 21/2/1975 en Rev.Crit. Dip 1976, p660. « a défaut du stipulation expresse constatant de la volonté des parties, le juge peut, en cas de conflit de lois, rechercher dans les éléments de la cause a quelle loi elles ont entendu soumettre leur engagement contractuelle ».

⁴ راجع نصوص اتفاقية روما لعام 1980 على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/ec/applicable.law.contracts.1980/doc.html>

لإرادة الأطراف أن تكون صريحة لإعمال هذا المبدأ أم يكفي أن تكون ضمنية، يُمكن الاستدلال عليها من شروط العقد و الظروف المحيطة به.¹

ومن وجهة نظرنا، نرى أن نص المادة 1/42 من هذه الاتفاقية جاء بصيغة عامة، ومن ثم لا يُمكن تخصيصه وقصره فقط على حالة الاختيار الصريح دون الاختيار الضمني، والذي يُعبر كما أوضحنا عن إرادة حقيقية طالما كانت هناك قرائن مؤكدة تدل عليه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري كما سبق وذكرنا في هذه الدراسة، فهو لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، ونص على أن يُطبق القاضي الضوابط الاحتياطية المنصوص عليها في المادة 18 ق م السالفة الذكر، دونما أية إشارة إلى الإرادة الضمنية.²

وبخلاف العقد الدولي نجد أن المشرع يعتد بالإرادة الضمنية فقط إذا تعلق الأمر بعقد وطني في جميع عناصره.³

وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكفي عادة بوحدة منها للدلالة على تلك النية المعلنة، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط نية المتعاقدين،⁴ ومن أمثلتها إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة، أو يتم إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامه، وتم اختيار القانون الواجب التطبيق فيه.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، 138.

² إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجًا" أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 20.

³ وما يؤكد لنا اعتداد المشرع الجزائري بالإرادة الضمنية في مجال العقود الوطنية هو نص المادة 60 من الق م التي تقضي بما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفًا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا."

⁴ الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1991، ص 230.

كذلك يُمكن استخلاص الإرادة من خلال اللغة التي حُرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، بل أحياناً يعتد القاضي بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم، كما قد يُستدل على هذا القانون من خلال مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.¹

وفي عقود الاستثمار حين تكون الدولة طرفاً في العقد يكون القانون الذي للعقد صلة جوهرية به، هو قانون الدولة التي هي طرف في العقد، إذ يكاد هذا يكون أمراً لا مناص منه، ومع ذلك فإن استقراء التطبيقات و الممارسات التحكيمية في شأن هذه الطائفة من العقود يتضح منها اتجاه المحكمين إلى اعتبار توافر بعض الشروط في هذه العقود كمؤشرات على اتجاه إرادة أطرافها إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة، إذ يستند البعض من المحكمين على وجود شرط التحكيم في عقود الاستثمار كقرينة سلبية تدل على إرادة الأطراف الضمنية استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد. كما فسر المحكمون البنود الخاصة بالتزام الأطراف في هذه العقود باحترام قواعد "الصدق" و "الثقة المتبادلة" و "حسن النية" على أنها اختيار سلمي يُؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وأن نية الأطراف تتجه بموجبها إلى إحلال مبادئ العدالة و الإنصاف.²

ومن خلال ما سبق نخلص القول بأن الاختيار الضمني بمجرد استنباطه و الاستدلال عليه بقرائن مؤكدة فإنه يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار، وعليه فإننا نُؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الغالب من الفقه، في وجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد.

وهكذا بعد أن حددنا الكيفية التي يتم بها اختيار القانون الذي يحكم عقد الاستثمار، يتبادر في أذهاننا تساؤل آخر حول مدى إمكانية تجزئة عقد الاستثمار بحيث يخضع كل جزء منه لقانون

¹ عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 107.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 219.

معين؟ وهذا ما سنعالجه في الفرع الموالي المعنون ب: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

الفرع الرابع

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إذا ما اختار طرفا عقد الاستثمار قانوناً معيناً، فإن هذا القانون يحكم العقد من جميع الوجوه ويُستثنى من خضوع عقد الاستثمار للقانون الواجب التطبيق عليه، التكييف، و الأهلية، والشكلية. وفي الحقيقة إن تطبيق ذلك قد يؤدي إلى تجزئة العقد وخضوعه إلى أكثر من قانون واحد فكل من التكييف و الأهلية و الشكلية تخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم شروط الانعقاد والآثار الناتجة عن انعقاد العقد.¹

وبناء على ذلك سنبحث في مسألة القانون الواجب التطبيق على تكييف عقد الاستثمار، ومن ثم نتطرق للقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف عقد الاستثمار، ثم القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الاستثمار، وذلك على النحو التالي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على تكييف عقد الاستثمار

المقصود بالتكييف هو تحديد الوصف القانوني الصحيح، وهو في نطاق تنازع القوانين يُمثل عملية أولية و لازمة من أجل تحديد القانون المختص، إذ من خلاله يتم التعرف على الفكرة المسندة (العنصر الأول في قاعدة الإسناد)،² ولا يستقيم القول بخضوع تكييف عقد الاستثمار للقانون نفسه

¹ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 109.

² إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط1، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 12.

الذي يحكمه، فعندما يُرفع نزاع أمام القضاء في مسألة معينة من مسائل عقد الاستثمار يتوجب على المحكمة المعروض أمامها النزاع أن تقوم بتكييفها للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.¹

ولقد ظهرت عدة نظريات في الق د خ بشأن القانون الواجب التطبيق على التكييف أهمها:

1: نظرية القانون المختص بحكم النزاع: ويذهب أنصار هذه النظرية² إلى القول بأن

القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية هو الذي يجب أن يحكم مسألة التكييف ويجب أن يكون له اختصاص كامل، أي لا يجوز فصل القواعد الموضوعية عن أمور التكييف بالنسبة للقانون الأجنبي الذي يحكم الاختصاص.³

وقد أنتقدت هذه النظرية لما تُمثله من مصادرة على المطلوب، فنحن نبحث عن القانون الذي تُكيف في ظلّه العلاقة القانونية للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليها، فكيف يخضع التكييف لحكم القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، أي أن القانون الأجنبي لا يتم إلا بعد التكييف.⁴

2: نظرية القانون المقارن: يرى أهل هذه النظرية،⁵ عدم التقيد عند إجراء التكييف بقانون

وطني لدولة محددة، بل يقولون وجوب أعمال القانون الوطني في ضوء مفاهيم دولية تكون وليدة دراسة مقارنة لقوانين الدول المختلفة.⁶

¹ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 110. وراجع في نفس السياق: هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنور بشأنه)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 392.

² من أبرز الفقهاء الذين يدافعون على هذه النظرية نجد Despagnet و Surville في فرنسا، و Pacchioni في إيطاليا و Wolff في ألمانيا، لمزيد راجع: حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 87.

³ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 129.

⁴ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 56.

⁵ يعود الفضل في بروز هذه النظرية إلى الفقيه الألماني Rabel، لمزيد راجع: ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (تنزاع القوانين)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 43.

⁶ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 63.

وعلى الرغم من أن هذه النظرية تهدف إلى إضفاء العمومية على حلول مشكلات تنازع القوانين، فهي تواجه صعوبة في التطبيق، فالبحث عن الحل في ظل القانون المقارن يحتاج إلى دراسات وبحوث عميقة، كما أن القاضي لا يُفترض به الإمام بالقوانين المقارنة بقدر إمامه بالقانون الوطني.¹

3: نظرية قانون القاضي:² إن التكييف في هذه النظرية يخضع للقانون الوطني الخاص بالمحكمة التي تنظر إلى النزاع وهو الحل الراجح فقهاً وقضائياً، وقد أخذ به المشرع الجزائري وذلك بموجب نص المادة 9 من الق م.³

وتُحقق هذه النظرية وحدة التكييف وعدم تغييره من قانون بلد إلى آخر مادامت المحكمة نفسها تنظر إلى النزاع، كما تتميز بسهولة التطبيق، فالمفروض إمام القاضي بأحكام قانونه الوطني، ومن ثم يُجري عملية التكييف وفقاً لها، ويُستثنى من خضوع التكييف لقانون القاضي تحديد كون المال عقاراً أو منقولاً،⁴ أو تحديد نوع الفعل الضار،⁵ أو إذا كانت متعلقة بالجنسية أو إذا كان النظام القانوني غير معروف لقانون القاضي، وحالة وجود معاهدة دولية نافذة لحكم تلك المسألة أو قانون خاص.⁶

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 55. وراجع أيضاً: غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 126؛ صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية "دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 178.

² يعود الفضل في إقامة هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي Bartin ولتفاصيل أكثر حولها راجع: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 110 وما يليها.

³ حيث تقضي هذه المادة بما يلي: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

⁴ فتكييف المال من كونه عقاراً أو منقولاً يخضع لمكان تواجده، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1/17 من الق م، التي تقضي بما يلي: "يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها..."

⁵ فالفعل الضار يخضع لمكان وقوعه، وذلك بصريح المادة 1/20 من الق م التي تنص على أنه: يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام...."

⁶ وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 21 من الق م على مايلي: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر."

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف عقد الاستثمار

تُعد الأهلية من المسائل المهمة الداخلة في القانون الشخصي، كما أنها: "في جوهرها صفة لصيقة بشخص المتعاقد، ومن ثم تتأثر بتأثر حالته مما أدى إلى اختصاصها بتنظيم قانوني متميز يتمثل في قاعدة الإسناد التي تحكمها والخارجة عن مسائل التصرف الإرادي".¹

والأهلية في هذه المثابة تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين، ومن ثم تخضع لقانون جنسيتها،² على أن القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف عقد الاستثمار يواجه صعوبة خاصة من حيث التطبيق، فقد يكون المتعاقد في حالة تعدد للجنسيات، وهنا نتساءل عن المعيار الواجب الاتباع لتفضيل جنسية على جنسية أخرى يحملها المتعاقد وصولاً إلى تحديد القانون الذي سيحكم أهليته.

ويرى بعض الفقه أن احترام سيادة الدولة يُلزم المحكمة التي تنظر إلى النزاع أن لا تُرحح بين الجنسيات المختلفة التي يحملها المتعاقد، على فرض أن اكتسابه لتلك الجنسيات كان مطابقاً للقوانين المختصة، فمثل هذا الترجيح يتضمن إهداراً لسيادة دولة أو لدول أخرى، وهو أمر غير جائز استناداً إلى فكرة تكافؤ السيادة.

وذهب بعض آخر من الفقه إلى وجوب اتباع الحل الدبلوماسي لحسم هذا التنازع بين الجنسيات، لعدم وجود الحل المتبع دولياً بوصفه قاعدة عامة.

¹ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 112. وراجع في نفس السياق، هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 395.

² وهو نفس الحل المكرس في المادة 1/10 من الق م، التي سبق وذكرناها من خلال هذه الدراسة إذ تنص على ما يلي: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..." مع مراعاة الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة و الذي مفاده تطبيق قانون القاضي على أهلية الأشخاص ولكن متى توافرت شروط أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر، أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات و مؤسسات وغيرها فيسري عليها حسب الفقرة 3 من ذات المادة قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي كقاعدة عامة، واستثناءً إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.

في حين يرى فريق ثالث من الفقه وجوب اللجوء للجنسية الأقرب لقانون دولة الانعقاد، فإذا كان الأخير يأخذ بحق الدم ويأخذ بهذا الحق أحد التشريعين المتنازعين، فهذا الأخير يكون أولى بالترتيب على سواه، وأشار آخرون إلى تغليب إرادة المتعاقد المزدوج الجنسية بتحديد الجنسية التي يُريد تطبيق قانونها.¹

ولحسم هذه المسألة نرى وجوب الرجوع إلى الجنسية الفعلية من بين الجنسيات المتنازعة² والمقصود بالجنسية الفعلية هنا "هي الجنسية التي تقوم على أقوى رابطة حقيقية بين الشخص وإحدى الدول التي تتنازع جنسيتها و لا بأس في هذا الصدد من الاستعانة عند تحديدها بموطن هذا الشخص ومقر مصالحه و روابطه العائلية واشتراكه في الحياة العامة ورغبته في الارتباط بدولة معينة".

وما يسوغ هذا الرأي هو قيامه على فكرة منطقية مؤداها وجوب التعويل على الجنسية التي يعيش الشخص في كنفها ويرتبط بها أكثر من سواها، وفضلاً عن ذلك فهذا المعيار يستجيب إلى إرادة الفرد ورغباته المشروعة ويضاف إلى ذلك أنه الرأي الراجح فقهاً وقضاً.³

ويصطدم القانون المختص بصعوبة أخرى، وهي حالة ما إذا اتضح للمحكمة جنسية المتعاقد واتجهت إلى تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية، فهل تُطبق القواعد الموضوعية للقانون المختص أم ترجع إلى قواعد الإسناد؟

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه تطبيق القانون المختص تطبيقاً كاملاً، إذ من غير المقبول أن يُطبق هذا الأخير في حالة لا يعترف فيها بالاختصاص لنفسه ووفقاً لما تقدره قواعد التنازع فيه.

¹ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 113-114.

² وهو الحل الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 1/22 من الق م التي تنص على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية..." مع الإشارة أن المشرع الجزائري أورد استثناء في الفقرة 2 من نفس المادة مفاده، أنه إذا كانت الجنسية الجزائرية من بين تلك الجنسيات المتنازعة، يطبق القاضي القانون الجزائري، وحسب الفقرة 3 من ذات المادة، فإنه في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

³ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 114.

وانتقد هذا الرأي بأنه يؤدي إلى الدخول في حلقة مُفرغة، فالقانون المختص يُحيلنا إلى قانون آخر وهذا يحيلنا إلى آخر وهكذا.¹

ومن المعروف أن الإحالة نوعين: إحالة من الدرجة الأولى و إحالة من الدرجة الثانية، وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وبالضبط المادة 23 مكرر 1 من الق م، نجد أن المشرع الجزائري أخذ فقط بالأولى دون الثانية، حيث نصت هذه المادة على مايلي: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تُطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يُطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص."

ومن نافلة القول أنه إذا كان القانون المختص بالتطبيق لحكم أهلية أطراف عقد الاستثمار هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن قانون تلك الدولة هو الذي يحدد أية شريعة من هذه الشرائع يجب تطبيقها.²

كما يحق للقاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة،³ أو تطبيقاً لاستثناء المصلحة الوطنية، وكذلك في حالة وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في البلد المعني بالأمر.

¹ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، المرجع السابق، ص 115.

² وهو الحل الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 1/23 والتي تقضي ما يلي: "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه..."

³ راجع بهذا الخصوص المادة 24 من الق م ح، والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الاستثمار

تعرف الفقه على إخضاع شكل عقد الاستثمار لقانون بلد الإبرام،¹ الأمر الذي تحولت به إلى قاعدة أخذت بها كثير من القوانين المعاصرة،² وقد أغرت بعضهم بالاعتقاد أن القاعدة المذكورة تستجيب إلى التزام دولي تفرضه مبادئ القانون الدولي العام.³

وفي الواقع أن اتفاق معظم الدول على الأخذ بهذه القاعدة يرجع إلى سلامة الاعتبارات التي تقوم عليها، واتفاق الحكم الذي قرره مع حاجة المعاملات الخاصة الدولية، فأساس هذه القاعدة هو التيسير على المتعاقدين اللذين قد يصعب عليهما العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، بل لو افترضنا علمهما بأحكام قانون آخر فقد لا يتيسر لهما اتباع الشكل الذي يُقرره ذلك القانون، وهو ما يؤدي إلى تعذر مباشرة التصرف، ولهذا أملت الاعتبارات العملية السالفة ضرورة إخضاع شكل التصرف للقانون المحلي أي قانون بلد الإبرام.⁴

ولا مانع من القول بأن الحقيقة السابقة وإن كانت قد أصبحت قاعدة لها رواج خاص، إلا أنها قد جابهت مذاهب أخرى، فذهب جانب منها ولاعتبارات توحيد القانون الذي يحكم العقد إلى تطبيق قانون الموضوع على شكل عقد الاستثمار. وبناءً على ما سبق، فالقانون الواجب التطبيق على شكل عقد الاستثمار هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، سواء أكانت تلك الدولة طرفاً في عقد الاستثمار أم ليست كذلك، على أن الفقه الراجح يُشير إلى أن إباحة اتباع الشكل المقرر في بلد

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 377.

² كالتشريع الجزائري، إذ نجد بأن المشرع الجزائري نص على خضوع العقد من جانبه الشكلي إلى قانون بلد إبرامه في المادة 19 من الق م، ولكن كقاعدة اختيارية، إذ منح للأطراف الحرية في اختيار أي قانون يحكم عقدهما من الجانب الشكلي من خلال ثلاث ضوابط اختيارية أخرى، وهذا ما يستفاد من عبارة بجوز، ومضمون المادة هو كالاتي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

³ أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 116.

⁴ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 170-171.

الإبرام يهدف أساسًا إلى التيسير على المتعاقدين اللذين قد يصعب عليهما العلم بأحكام قانون آخر ومادام أن ذلك هو هدف القاعدة، وتلك هي حكمتها، فليس هناك ما يدعو إذن إلى إجبار المتعاقدين على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام، إذا كان في استطاعتها العلم بأحكام قانون آخر أكثر ارتباطًا بالتصرف المبرم بينهما مثل القانون الذي عينته إرادتهم المشتركة الذي يحكم موضوع التصرف.¹

والقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار بعد ذلك يحكم الشكل اللازم للانعقاد بوصفه ركنًا في العقد أو للإثبات فقط.²

المطلب الثاني

القيود الواردة على قانون الإرادة في عقود الاستثمار

انتهينا في المطلب السابق إلى أن للأطراف في عقود الاستثمار الدولية حرية اختيار القانون أو النظام القانوني الذي يحكم عقدهم، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه بعض القيود، هذه الأخيرة منها ما تفرض ضرورة توافر صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين (الفرع الأول) ومنها ما يُجمد قانون الإرادة من حيث الزمان، والتي يُطلق على تسميتها شروط الثبات التشريعي (الفرع الثاني) ومنها ما تستبعده تمامًا ليحل محله قانون آخر، بحجة مخالفته للنظام العام (الفرع الثالث) أو بحجة اصطدامه بقوانين البوليس (الفرع الرابع) أو بحجة تحايل الأطراف على قانون معين، فيما يُعرف بالغش نحو القانون (الفرع الخامس).

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 379.

² أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، المرجع السابق، ص 117.

الفرع الأول

ضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين

يرى جانب من الفقه وجوب تقييد حرية الأطراف في العقد الدولي، عند قيامهم باختيار القانون الواجب التطبيق بضرورة أن يكون هذا الاختيار مبنياً على عنصر موضوعي، وذلك لتجنب وقوع كل غش نحو القانون، الذي يشترط أن تكون له صلة حقيقية أو جدية بالعقد أو المتعاقدين.¹

وهذا ما استوجبه المشرع الجزائري كما أشرنا إلى ذلك سابقاً في الفقرة الأولى من المادة 18 ق م التي نصت على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...."

وإن كانت بعض القوانين الوطنية المقارنة، لم تشترط في الصلة أية أوصافٍ محددة: كالتقديرات البرتغالي لعام 1966م في المادة 41/ف2 منه.²

فحسب البعض من الفقه³ إذا كان من الواجب وجود صلة أو رابطة بين القانون المختار والعقد الدولي أو المتعاقدين، يجب في الوقت نفسه، عدم المغالاة في استلزام مواصفات محددة في هذه الصلة حيث تُعد هذه المسألة نظرية بحتة، فالغالب أن العقد يكون له صلة بالدولة التي ينتمي إليها القانون المختار.

والمأمل في الأحكام القضائية يُدرك أنها لم تُغفل القانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا لأنه مخالف للنظام العام، أو قصد به الأطراف الغش نحو القانون، والتهرب من أحكام القانون الذي كان

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 75.

² راجع نص المادة منشور في:

Rev. crit. 1968, p 369.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 193.

من الواجب أن يخضع له العقد، لتتحقق معظم الآثار القانونية داخل القانون المتهرب من أحكامه أو لأن القانون المختار يتعذر إعماله.¹

ولذا قيل أيضاً من جانب بعض الفقهاء: أن هذه المسألة لا يجب أن تبعث على القلق مطلقاً حيث الدفع بالغش، والدفع بالنظام العام، وتعدد قوانين البوليس في دولة القاضي، وإمكانية تطبيقها كلها أمور واعتبارات تُقيد من إطلاق حرية الأطراف في اختيار قانون ليس له صلة بالعقد أو المتعاقدين،² كما سنأتي على توضيح ذلك لاحقاً.

ومن هذا المنطلق اتجه جانب من الفقهاء الآخرين نحو عدم اشتراط وجود أي صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وذلك لأن قواعد الق د خ من وجهة نظرهم، تهدف إلى حماية المصالح الفردية، دون الاهتمام بالتدخل الأمر، الذي يسعى إلى الحد من تلك الحريات، وهذا على عكس قواعد القانون الداخلي، فإرادة الأطراف تتمتع بحرية واسعة في إطار الق د خ، تستطيع من خلالها اختيار قانون ليس له صلة بالعقد، ولا يُباح للقاضي أو المحكم تغيير هذا الاختيار بدعوى عدم وجود صلة بينه وبين العقد أو المتعاقدين، حيث يجب المحافظة على توقعات الأطراف وعدم التضحية بها.³

ويستند هذا الاتجاه إلى ما جاءت به اتفاقية روما لعام 1980م، من إعطاء الأطراف حرية مطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق، بل ويؤكد البعض أن هذه الحرية من أهم الخصائص المميزة لنظام القانون واجب التطبيق، الذي أقرته الاتفاقية، حيث يستطيع الأطراف اختيار القانون الذي يحكم العقد، أيًا كان هذا القانون، بل من الواجب السماح لهم باختيار قانون محايد، ليس له صلة لا بالعقد، ولا بالأطراف أنفسهم، دون التزامهم بتبرير هذا الاختيار -فقط- عليهم عدم المساس بالقواعد الآمرة في القانون المختار، وهذا ما أكدته المادة 3/ف 3، فبعد أن قررت الاتفاقية حرية

¹ كأن يختار الأطراف مثلاً في عقد بيع دولي، قانون دولة موقع الأدوات المبيعة، وتكون تلك الأدوات خاصة بالتنقيب عن البترول -مثلاً- في أعالي البحار، أو في المياه الإقليمية غير تابعة لأي دولة، فهنا يصعب تحديد الدولة التي ينتمي إليها القانون المختار.

² نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 77.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص ص 73-74.

الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، عادت وقيدت هذا الاختيار بعدم المساس بالنصوص الآمرة في القانون الأجنبي المختار، وهذا التقييد لا يقوم على القانون الذي له صلة بالعقد أو المتعاقدين، وإنما إعمالاً للقواعد الآمرة المنصوص عليها في المادة السابعة من أحكام الاتفاقية.¹

وهذا ما أكد عليه الفقه المصري أيضاً في ظل المادة 19/ف1، من القانون المدني المصري، والتي جاءت مطلقة من كل قيد أو شرط بخصوص تلك الصلة.²

الفرع الثاني

شرط الثبات التشريعي كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار

إن دراسة شرط الثبات التشريعي كقيد يرد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار، يتطلب منا تعريفه (أولاً)، وتحديد صورته (ثانياً) ومن ثم تقييمه (ثالثاً).

أولاً: تعريف شرط الثبات التشريعي

يُقصد بشرط الثبات التشريعي ذلك الشرط الذي يتم بموجبه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، وهو أكثر شيوعاً في العقود التي تُبرم بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية.³

ويُقصد به أيضاً، ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تُبرمه مع الطرف الأجنبي، على اعتبار أن القانون الوطني للدولة المضيفة هو عادة الذي يتفق عليه الأطراف لحكم عقدهم، أي أن هذا الشرط يهدف إلى تجميد

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 75.

² راجع نص هذه المادة في الصفحة 86 هامش رقم 3 من هذه الدراسة. ونصوص القانون المدني المصري متوفرة أيضاً بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf>

³ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 144.

القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كان عليها في تاريخ إبرام العقد، بغية حماية هذا الطرف الأجنبي من المخاطر التشريعية.¹

ويُعرف أيضا بأنه ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها، مما يغير الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين.²

وعليه فإن شرط الثبات التشريعي يهدف لإخضاع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى قانون ثابت ومحدد ومعروف لدى الأطراف منذ لحظة إبرامه حتى انقضاءه.³

ثانياً: صور شرط الثبات التشريعي

يُميز الفقه في هذا الصدد بين الشروط التي ترد في العقد، والمسماة بالشروط التعاقدية، وبين الشروط التي ترد في تشريع الدولة أي تلك التي ترد في نص تشريعي للدولة، والتي تُسمى بالشروط التشريعية.

1: الشروط التعاقدية: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية، هي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الاستثمار ذاته وتنص صراحة على أن القانون الذي يسري على عقد المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليه.⁴

ومن أمثلة هذه الشروط ذات الأصل التعاقدية ما نصت عليه المادة 1/16 من العقد المبرم سنة 1977 بين جمهورية مالي وشركة Nucléaires du Général des Matières من أنه "تتعهد الحكومة بأن

¹ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 132.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 144.

³ حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 56.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 309.

تضمن طوال مدة العقد، أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة القانونية والاقتصادية و المالية التي ستعمل الشركة في ظلها، وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بشكل خاص.¹

كما تضمنت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة "أوراسكوم تيليكوم" هذا الشرط في مادتها السادسة التي تنص على أنه: "تمتع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية."²

كما أقرت بصحة شروط الثبات التشريعي أحكام التحكيم الصادرة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ومن أشهر القضايا في ذلك قضية Agip ضد حكومة الكونغو.³

2: الشروط التشريعية: تُعد الشروط التشريعية للثبات تلك المتعلقة بتشريعات الدولة التي تتعاقد مع أحد الأشخاص الأجنبية، والتي تجعل الدولة تنص في صلب قوانينها على نصوص تمنعها من تعديل أو إلغاء قوانينها واجبة التطبيق على العقد.⁴

وقد تبني هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد عدة تشريعات من بينها، قانون الاستثمار الجزائري في المادة 22 منه، التي تنص على أنه:

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 294-295.

² اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 416/01 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج.ر، عدد 80، المؤرخة في 2006/12/26.

³ والتي تضمنت اتفاق استثمار بين حكومة الكونغو والشركة المدعية نصت فيه على وجود شرط يقضي بتجميد القواعد القانونية التي تطبق على الاتفاق المذكور وبحيث تكون وحدها هي السارية دون غيرها من التعديلات أو التغييرات اللاحقة في القوانين التي تصدرها دولة الكونغو، قضت هيئة التحكيم بأن من سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية باعتبار أن ذلك ينبثق مما لها من سيادة على إقليمها، ومع ذلك متى وافقت الدولة المضيفة للاستثمار على تضمين عقد الاستثمار شرطاً يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق فإن القوانين الجديدة لا تؤثر ولا تنتقص من الالتزامات التعاقدية للدولة، راجع في ذلك: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 208.

⁴ راجع مقالنا: لبيك شوقي، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الاستثمار، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، عدد 14، سنة 2017، ص 56.

"لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة." ¹

ويأتي في هذا السياق أيضاً ما نص عليه قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2003 في المادة السادسة من أنه: "للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون، أن يختار بشأن مشروعه أيّاً مما يلي:

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

ب- الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون شريطة توفيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه، وفي هذه الحالة تقتصر استفادة المشروع من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه." ²

ثالثاً: تقييم شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

يرجع الحرص على إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار إلى قدرة الدولة المتعاقدة على تغيير قانونها والذي عادة ما يكون القانون المختار لحكم هذه العقود، أثناء سريان العقد، مما قد يُخل بالتوازن والأمان الذي ينشده المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، بمعنى أن غاية هذا الشرط تتمثل في تحقيق الاستقرار للرابطة التعاقدية بين الدولة والشركات الأجنبية، من خلال تقييد حق الدولة في تعديل قانونها الواجب التطبيق على العقد، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل نجح شرط الثبات التشريعي في تحقيق الغاية من إدراجه في عقود الاستثمار؟

¹ راجع نص المادة 22 من القانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، عدد 46، لسنة 2016.

² قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2003، وهو منشور على شبكة الأنترنت من خلال الرابط الإلكتروني التالي:

في الحقيقة إن غالبية الفقه لا يستشعر بالتفاوت إزاء هذا الشرط الذي توافق الدولة على تضمينه في عقود الاستثمار، إذ أنه لا يقف حائلاً دون استخدام هذه الدولة لسلطتها السيادية و إقدامها على تغييرات تشريعية تُؤثر على هذه العقود وما تحويه من ضمانات إذا ما رأت الدولة أن ذلك يحقق مصالحها القومية.¹

وواقع الحال يثبت فشل شرط الثبات التشريعي في أداء الوظيفة التي وُضع هذا الشرط لتحقيقها، حيث أن من الصعوبة بمكان إدراك اعتبارات التوازن بين المتعاقدين التي يسعى الأطراف إليها من خلال شرط الثبات التشريعي، نظراً لكون عقود الاستثمار تتميز بطول مدة تنفيذها، الأمر الذي يستحيل معه افتراض عدم تغيير الدولة لتشريعها بما يتلاءم مع الظروف المتغيرة ويُحقق مصلحتها العامة، خاصة وأنه لا يوجد في أي نظام قانوني تغليب للمصالح الخاصة للأفراد على المصلحة العامة على نحو يؤدي إلى استحالة قيام الدولة بالتعديلات التشريعية بهدف تحقيق هذه المصلحة، بل العكس هو الصحيح.

وهكذا فإن وجود شرط الثبات التشريعي لن يمنع الدولة من تعديل قوانينها كلما اقتضت ذلك مصلحتها العامة وكذلك سريان هذه التعديلات في مواجهة المستثمر الأجنبي، لاسيما وأن الواقع يُظهر أن قيام الدولة بالتنازل المؤقت عن سلطتها التشريعية لن يحول دون استعادتها لتلك السلطة وتجاوز الشروط المقررة للثبات التشريعي لقانونها واجب التطبيق على العقد كلما اقتضت ذلك مصلحتها العامة.²

¹ عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 161.

² أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 84.

وقد تجسد فشل شرط الثبات التشريعي على وجه الخصوص في النزاعات المتعلقة بالتأميم، فعلى الرغم مما كان متوقعا من أن تلك الشروط سوف تحمي المستثمرين، فقد أعلن المحكمون في قضية ¹Aminoil أن "حالة التأميم لا تحظرها بالضرورة شروط الثبات". وهكذا فقد اعتبر الحكم الصادر في هذه القضية أن التأميم الذي قامت به الحكومة الكويتية سنة 1977 يُعتبر ممارسة شرعية من قبل دولة ذات سيادة، رغم وجود شرط الثبات في عقد الامتياز المبرم بين الطرفين.

الأمر الذي يؤكد عدم ملاءمة شرط الثبات التشريعي لقانون العقد، و يُعبر الأستاذ موحد إسعاد عن رأيه بشأن مدى صحة هذه الشروط بقوله: "مهما يكن من أمر فإن شروط التثبيت تُدرج بصورة متواترة في العقود وسواء قبلنا بها برضانا أو تحملنا وجودها، فإنه لا جدوى من مناقشة شرعيتها القانونية لأنها تنبع مباشرة من الممارسة الواقعية للسلطة الاقتصادية ومن موازين القوى، ولعله من الممكن الحد من نتائجها عن طريق القول بأنه لا بد من تطبيق الأحكام اللاحقة الآمرة على الرغم من وجود هذه الشروط، غير أنه يجب في هذه الحالة السهر على بقاء توازن المصالح على حاله، لأنه إذا تبين نتيجة لتعديلات تشريعية أو تنظيمية، أن التزامات أحد المتعاقدين أصبحت مرهقة جدا، فإنه يحق للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة،² تطبيقا للفقرة 3 من نص المادة 107 من الق م ج".³

¹ قضية Aminoil: هي قضية دارت بين الحكومة الكويتية و شركة Aminoil الأمريكية هذه الأخيرة التي تحصلت على امتياز سنة 1948 من قبل الحكومة الكويتية وكان من المقرر أن يدوم هذا الامتياز لمدة ستين عاما، وقد نصت اتفاقية الامتياز صراحة في مادتها 17 على عدم إجراء أية تغييرات في شروط الاتفاقية لا من قبل حاكم الكويت ولا من قبل الشركة إلا إذا وافق الطرفان على مثل هذه التغييرات، لمزيد راجع بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 175.

² إسعاد موحد : القانون الدولي الخاص، ج 1 "قواعد النزاع"، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 369.

³ تنص الفقرة 3 من المادة 107 من القانون المدني على مايلي: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

من جانبنا نقول أن التثبيت لا يسمح لقواعد تنازع القوانين أن تلعب دورها العادي، فقواعد تنازع القوانين هي التي تحدد لوحدها متى يكون القانون الجديد قابل للتطبيق أو غير قابل للتطبيق في العلاقات التعاقدية التجارية، وبالتالي فإن حرية الأطراف مقيدة بمضمون قاعدة التنازع نفسها. فالدولة إن هي التي تنازلت عن اختصاصاتها في تعديل تشريعها في وقت معين، فإن تنازلها عن ذلك ليس أبدياً، و لا يحول دون استعادة سلطاتها في إصدار تشريعات جديدة، خصوصاً إذا كانت ترتبط بالمصلحة العامة و تؤكد فيه سيادتها، وهو ما يعترف به القانون الدولي العام و قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

و يمكن القول بأن شروط الثبات ليست مجردة من كل فائدة بالنسبة للدولة، فهي من الشروط التي تُساعد على جذب الاستثمار الأجنبي للدولة التي هي في حاجة إليها، فيكون لهذه الدولة الالتزام بها في حالة عدم تعارضها مع المصالح العامة.¹

وقد تعرض مبدأ شرط الثبات التشريعي للعديد من الانتقادات: أهمها مخالفة الأصول الفنية للقانون، ذلك أن منح الأطراف سلطة تحديد سريان التعديلات التشريعية التي تطرأ على قانون الإرادة يُشكل تعدياً على مبدأ سيادة الدولة واستقلالها في إصدار التشريع، ومن جهة أخرى فإن عقد الاستثمار بعد خضوعه لقاعدة قانون الإرادة يُصبح كأحد العقود الداخلية، ومن ثم تسري عليه أحكامها، ولا يُسمح إلا باستبعاد القواعد الجديدة المكتملة ما لم يُقر القانون خلاف ذلك.

إن الأثر المترتب على إقرار شروط الثبات التشريعي هو عدم تطبيق النصوص القانونية الجديدة على عقد الاستثمار، وهذا يُعتبر مخالفة صريحة لقواعد تنازع القوانين بسبب تجاوز الأطراف لحدودهم، فمن الواجب عليهم أن يتوقفوا فقط عند عملية تحديد القانون الواجب التطبيق وليس إعماله، لأن ذلك من اختصاص القاضي والذي يستمد من قاعدة الإسناد وليس من إرادة

¹ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 170.

الأطراف، ومنه ينتفي على الأطراف المتعاقدة أي دور للقيام بمسألة تقرير تطبيق الأحكام الجديدة على عقد الاستثمار من عدمه.¹

وفضلاً عما تقدم فإنه إذا كان الدفع بالنظام العام هو الوسيلة الوحيدة التي يُمكن بمقتضاها استبعاد التعديلات الجديدة التي طرأت على قانون العقد، نظراً لأن سريان التعديلات التشريعية بأثر رجعي يتعارض في الغالب مع النظام العام في دولة القاضي المطروح عليه النزاع، فإن كون عقود الاستثمار من العقود الممتدة يُؤدي إلى سريان التعديلات التشريعية اللاحقة بأثر فوري، وبهذه المثابة تنطبق هذه التعديلات التشريعية على العلاقة العقدية الممتدة بوصفها قانون العقد الذي ارتضاه الأطراف، وهو رضا يتضمن إرادة الخضوع لأحكام هذا القانون في جملته، أي بما يشمل من قواعد للنزاع الزمني للقوانين، وهو ما يتضمن إرادة الخضوع للتعديلات التشريعية.²

الفرع الثالث

النظام العام³ كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار

إذا كانت قواعد الق د خ تهدف إلى تنظيم المجتمع و الأفراد، و إلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجود تنازل القانون الوطني عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولي وإخضاع العقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه اتفاقاً مع مقتضيات دولية، غير أن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على

¹ راجع في هذا الصدد مقالنا: لبيك شوقي، ضمانات جذب الاستثمار الأجنبي للجزائر على ضوء القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، عدد8، مارس 2018، ص 242. وراجع في نفس السياق: مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 12.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 151.

³ من المسلم به أن لا تعريف جامع مانع للنظام العام، رغم تحديد معالمه التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يُؤمن بها المجتمع وتكون لها صلة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية، وفي هذا الصدد قال أحد الفقهاء الفرنسيين:

Meme pour un juriste, le concept d'ordre public est une notion vague, complex, changeant, quelque peu mystérieuse en tous cas difficile et meme dangereuse à définir, car elle est relative à la circonstance à l'époque et au lieu ou elle est invoquée, et en meme temps dépend d'un environnement politique moral et religieux. »

نقلاً عن: دوني هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي حول موضوع النظام العام والعلاقات القانونية 23 و 24 أبريل 2007، مجلة دراسات قانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، عدد5، سنة 2008، ص ص 11-12.

حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني، فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الأنسب الذي يَناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع،¹ فإذا ما توفرت شروط تتحقق على إثرها المساس بهذه المصالح وجب استبعاد هذا القانون.

ولا شك أن أغلب الفقه يُؤكد على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي وبالتالي الحد من إرادة الأطراف متى تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.²

لذلك نجد معظم الأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام،³ التي تُحقق المصلحة العامة، وتحمي المصالح الاقتصادية و الاجتماعية وحتى الدينية من التجاوزات التي تلحقها عملية اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق، سواء تعلق الأمر بقاعدة موضوعية أم إجرائية.

وعليه يقع على عاتق أطراف النزاع في مجال عقود الاستثمار ضرورة الأخذ بعين الاعتبار هذه المبادئ و الأسس الجوهرية في التشريعات الأجنبية، أو على الأقل توقعها.

فمن الواضح أن فكرة النظام العام و إن كانت لا تتعارض مع حرية أطراف عقود الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنها ترد على تطبيقه كقيد عام يجب أخذه بعين الاعتبار.⁴

وانطلاقاً مما سبق يمكن تعريف النظام العام بأنه أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تُشير قاعدة الإسناد باختصاصه، لاسيما قانون الإرادة، نظراً لكون هذا الدفع له دور رقابي على القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يستبعد القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم عقد الاستثمار، إذا

¹ André-Chapelle : Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, Thèse, Paris, 1979, p 305.

² جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص 85.

³ كالمادة 1/24 من القانون الم ج، والمادة 29 من القانون المدني الأردني و المادة 17 من الق د خ السويسري... إلخ

⁴ الطيب زوتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص 326.

كان من شأن تطبيق هذا القانون أن يتعارض مع الأسس الجوهريّة التي يقوم عليها كيان المجتمع في دولة القاضي.¹

وفكرة النظام العام على النحو السالف ذكره، هي فكرة مرنة و متطورة، يكتنفها الكثير من الغموض لذلك يصعب تحديدها على وجه دقيق، لأنه ليس من السهل تعريف النظام العام تعريفًا جامعًا و مانعًا وتحديد نطاقه مسبقًا، نظرًا لكونه فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول،² وتتغير في الدولة الواحدة نفسها بتعاقب الزمن، فما كان بالأمس القريب من النظام العام قد يكون غير ذلك في فترة أخرى، وما يُعد من النظام العام في دولة معينة قد يكون غير ذلك في دولة أخرى.³

لذلك يستحيل وضع قائمة بالحالات التي يشملها النظام العام نظرًا لتطور و تبدل فكرته باستمرار، مما يجعل من الصعب وضع مفهومه في قالب علمي واضح.⁴

ورغم اختلاف الفقه في ضبط مفهوم فكرة النظام العام إلا أنه حاول مع ذلك وضع بعض المعايير التي يُمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة:

¹ كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية (أدرار)، الجزائر، عدد 42، لسنة 2018، ص 489. وراجع في نفس السياق:

Nicolas Nord :Ordre Public et Lois de Police en Droit International Privé, Thèse de Doctorat, Mention « droit international » Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, p1.

² واختلاف الدول حول مفهوم النظام العام والنظرة الوطنية البحتة في تقديره انعكس سلبًا على التعامل الدولي، بحيث أصبح يُدفع بالنظام العام في كل مرة تخالف فيها الاتفاقيات الدولية في مجال تنازع القوانين متطلبات النظام العام...لمزيد راجع: بليعتوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، عدد5، سنة 2008، ص ص 198-199.

³ جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 87. وراجع في نفس السياق: يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، عدد5، سنة 2008، ص 216.

⁴ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 200.

فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بوجود استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا ما تضمن أفكاراً قانونية غير معروفة في دولة القاضي،¹ وذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول أن استبعاد القانون الأجنبي يكون في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقه مع المصالح الحيوية، أو المصلحة العامة، كالقوانين التي تُخل بالسياسة النقدية.

بينما يُميز جانب آخر من الفقه بين الحالات التي تؤدي إلى إنشاء حقوق متعارضة مع النظام العام و الحالات التي يتمسك فيها بحقوق اكتسبت في الخارج ولكنها متعارضة مع النظام العام في قانون القاضي.²

وفي معرض بيان مدى تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يرى جانب من الفقه أن "الحرية الممنوحة للأطراف تنحصر في إطار السماح لهم باختيار الشكل الذي يمكن إعطائه للعلاقات القانونية الدولية الخاصة بهم حسب رغبتهم، وفي كل مرة يتم فيها المساس بمصالح الجماعة يوضع سلطان الإرادة جانباً، ليحل محله إلزامية الخضوع لهذه القواعد سواء في المجال الداخلي أو المجال الدولي".³

ونظراً لكون فكرة النظام العام صعبة الضبط و التحديد، فقد اتجه الفقه إلى ترك أمر تحديد الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي لتقدير القاضي، مع تقييد سلطته

¹ وفي هذا الصدد لاحظ الأستاذ مارتن وولف Martin Wolff أن وجود عدم تعارض القانون المختار مع النظام العام، إنما هو شرط ثابت بالضرورة، فكل نظام قانوني إنما يعطي نفسه حق عدم الاعتراف بأية تصرفات قانونية قائمة قائمة على قانون مخالف للنظام العام في دولة القاضي. نقلاً عن: هشام خالد، قانون الإرادة بين الإطلاق والتقييد في نطاق العقود التجارية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 711.

² الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص 332.

³ جارد محمد، دور الإرادة في التحكم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 88. نقلاً عن:

Karl H. Neumayer, autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev-crit-DIP, 2^e me partie, 1958, p. 69.

بهذا الشأن بمعيار موضوعي يلتزم به في أعمال الدفع بالنظام العام، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.¹

وقد اختلفت القوانين الوطنية بدورها في تحديد فكرة النظام العام، فهناك من الدول من استبعدت تطبيق القانون الأجنبي المختص بعد أن نصت عليه قوانينها ضمن قواعد الإسناد كقيد عام على اختصاص القانون الأجنبي مع اختلاف صياغة فكرة النظام العام، وهناك قوانين أخرى اكتفت بذكر مضمونه بأن اشترطت أن لا يكون القانون الأجنبي مخالفاً للمبادئ الأساسية للنظام القانوني في بلد القاضي.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي و المصري، جعل من النظام العام قيماً على تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي فإن اللجوء إلى النظام العام في القانون الجزائري يتم في صورة دفع و ليس في شكل قاعدة إسناد، حيث نصت المادة 1/24 من الق م الج على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر..." والملاحظ أن المشرع الجزائري تأكيداً منه لمبدأ استقرار عليه القضاء في أغلب دول العالم أورد عبارة "الآداب العامة" إلى جانب "مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام" و يرجع السبب في ذلك إلى أن فكرة الآداب العامة هي تعبير يدخل في مفهوم النظام العام بمعناه الاجتماعي و الأخلاقي في دولة القاضي.

في الأخير يُمكن القول أنه على الرغم من المعايير التي ساقها الفقه في سبيل وضع معيار ثابت يمكن من خلاله الكشف عن مضمون فكرة النظام العام، إلا أنه لم يوفق في إيجاد معيار موحد في هذا الصدد، لأن فكرة النظام العام فكرة لا يمكن تحديدها نظراً لطبيعتها الخاصة، التي تتسم بالمرونة والغموض، الذي هو إحدى ميزاتها في مجال الق د خ على حد تعبير الأستاذ علي سليمان، وإن

¹ الطيب زوتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص ص 333-334.

كان الفقه الحالي قد استقر على أن يترك تقدير ذلك لقضاء كل دولة، ويطورها طبقاً لتطور المبادئ الأخلاقية و الاجتماعية و التقاليد في بلده و عصره، ويستخدمها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافاً جوهرياً عن قانون دولته، سواء في مفهومها أو في أهدافها الأخلاقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وقيام القضاء بهذه الوظيفة يُعتبر كهيئة رقابة تمنح القانون الأجنبي أولاً تأشيرة الدخول في إقليمها.¹

والنظام العام يُثير إشكالية أخرى تتمثل في نوع القواعد التي يجب على القاضي أو المحكم مراعاتها عند الفصل في النزاع: هل هي قواعد النظام العام الداخلي، أم قواعد النظام العام الدولي؟ في الحقيقة إن الإجابة على هذه الإشكالية تفرض علينا طرح جدلية النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، وتبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولاً: التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي

حاول بعض الفقهاء التفرقة بين النظام العام الدولي الذي يعمل في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وبين النظام العام الداخلي الذي يقتصر أثره على العلاقات الخاصة الداخلية، غير أن هذه التفرقة لم تجد استحابة كبيرة، على اعتبار أن النظام العام في تنازع القوانين هو خاص بكل دولة ويتميز بكونه وطني، فلكل دولة نظامها العام الوطني، وأن هذا الأخير واحد لا يتعدد، فلا يوجد نظام عام دولي ونظام عام داخلي في الدولة الواحدة.²

غير أن تطبيق النظام العام على المستوى الداخلي يختلف عن تطبيقه على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، ويتبين ذلك في الجوانب التالية:

¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 149.

² كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 490-491.

1. فيما يتعلق بمضمون النظام العام:

يترتب على اختلاف الدور الفني الذي تلعبه فكرة النظام العام في الق.د.خ عن دورها في القانون الداخلي، وكذلك على الطابع الاستثنائي للنظام العام في تنازع القوانين نتيجة هامة، تتمثل في وجوب إعمال النظام العام في أضيق نطاق الق.د.خ لاستبعاد القانون الأجنبي، وذلك بقصرها على الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الأجنبي مصلحة عليا في المجتمع لا يجوز تجاوزها، ومتى ما وجد القاضي أن هذه المصلحة تفقد أهميتها في العلاقات الدولية حق له التغاضي عنها وعمل بأحكام القانون الأجنبي،¹ فالمخالفة للأحكام الآمرة في قانون القاضي لا تؤدي في جميع الأحوال إلى استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام.²

وهكذا يضيق نطاق تطبيق النظام العام في مجال تنازع القوانين عن مجال تطبيقه في القانون الداخلي، وهذا رغم وحدة المفاهيم التي يفرضها الالتزام بها في كلا الجانبين، فعلى سبيل المثال يُعتبر شرط الوفاء بالذهب مخالفاً للنظام العام في العقود الوطنية، حيث توجب النصوص القانونية التعامل بالعملة الوطنية لأن خلاف ذلك يؤدي إلى إضعاف الثقة بها، أما على مستوى العلاقات الدولية الخاصة فقرر القضاء الفرنسي بصحة اشتراط الدفع بالذهب كما سنأتي على ذكر ذلك لاحقاً³ لأنه يؤدي إلى تنشيط العلاقات الخاصة بين رعايا الدول، دون أن يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية.⁴

2. فيما يتعلق بدور النظام العام:

تُستخدم فكرة النظام العام في مجال العلاقات الداخلية لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، فيقيّد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بعدم السماح للأفراد بالاتفاق على ما

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 189.

² كبحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 491.

³ راجع الصفحة 261 وما يليها من هذه الدراسة، تتضمن بعض القرارات التي أقر فيها القضاء الفرنسي صحة الشرط بالذهب في مجال العقود الدولية.

⁴ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، المرجع السابق، ص 189.

يُخالف تلك القواعد، ويترتب على أعمال النظام العام في هذا المجال إبطال كل تصرف أو اتفاق تقرر بصورة مخالفة له.

أما في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فيقوم النظام العام بدور دفاعي يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد في قانون القاضي، فهو يُعتبر دفع استثنائي يُقيد حكم قاعدة الإسناد، يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي اختصاصًا عاديًا طبقًا لقاعدة الإسناد، وتطبيق قانون القاضي بديلاً عنه.¹

فالنظام العام في الق.د.خ يُعتبر سببًا لمنع تطبيق القانون الأجنبي، وحمية النظام القانوني الوطني من انتهاك أسسه أو مبادئه من طرف القانون الأجنبي.

وذهب جانب من الفقه إلى أنه نظرًا للعجز في تحديد مفهوم النظام العام الدولي وتحديد مجاله تبقى العلاقات الدولية الخاصة خاضعة لاختصاص القضاء الوطني للدول المختلفة يُطبق في شأنها القانون الذي تُشير إليه قواعد التنازع في دولة القاضي، ومن ثم تظل فكرة النظام العام فكرة وطنية محضة بالدرجة الأولى، حيث يُؤكد في هذا السياق الأستاذ "زروقي الطيب" أن "النظام العام الداخلي ليس له إلا أثرًا مماثلاً لفكرة النظام العام الدولي، وأن وحدة النظام الداخلي والدولي حقيقة مؤكدة ولكن الغرض من اللجوء إليها يختلف في كل من المجالين".²

ثانيًا: موقف المشرع الجزائري من مسألة النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي

أدرج المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي في إطار التحكيم التجاري الدولي في الق 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

¹ كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 493.

² الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص ص 336-337.

من خلال دراستنا لهذا القانون يتضح لنا أن فكرة النظام العام الدولي أشار إليها المشرع الجزائري بشكل غامض في المواد 1/1051¹ و 6/1056² لا يمكن من خلالها معرفة عناصر هذا النظام و لا ماهيته، حيث كان من المفروض أن يدخل ضمن هذا المفهوم عدة مسائل نذكر منها تحكيمية النزاع، واكتفى فقط بوضع قيد عام على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وجعل من مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي سبباً للطعن في هذا الحكم و إمكانية إبطاله³.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نقل نفس العبارة "النظام العام الدولي" الواردة في القانون الفرنسي للتحكيم لسنة 1981، على خلاف بعض القوانين التي نصت على "النظام الدولي" فقط دون ذكر لفظ "العام" كالقانون السويسري. في حين أن المشرع المصري نص صراحة في المادة 58 فقرة/ ب من قانون التحكيم لسنة 1994 "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية" وبهذا يكون المشرع المصري قد اعترف بنظامه العام الداخلي، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على النظام العام الدولي، في القانون 09/08 وجاءت مواده خالية من ذكر النظام العام الوطني.

فالمشرع الجزائري لم يُميز بوضوح بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، وترك مهمة تقدير وتحديد معنى ومضمون النظام العام الدولي للقاضي، دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة.

¹ حيث تنص المادة 1/1051 من ق. إ. م. إ. ج على ما يلي: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان الهدف من هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي..."

² حيث تنص المادة 6/1056 من ق. إ. م. إ. ج على ما يلي: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف و التنفيذ إلا في الحالات التالية: 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي"

³ نقلاً عن: جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ص 96-97.

لكن في كل الحالات فإن النظام العام الدولي، يعني أن يُؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دوليًا، والتي تكون لها علاقة وثيقة بالنزاع، وتكون الأولوية للأحكام الجزائية، على أن تُؤخذ بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية.¹

ونُشير في الأخير إلى أن السياسة الاقتصادية الحديثة التي تنتهجها الجزائر، من خلال الجهود التي تبذلها في سبيل تشجيع و ترقية الاستثمارات الأجنبية، جعلها تتعامل مع النزاعات التي يقع فيها مساسًا بالنظام العام الوطني بكثير من المرونة،² وهذا جعل القضاء الجزائري لا يستقر على رأي موحد في تحديد مفهوم النظام العام الدولي، لأن التوسيع من مجال استعمال الدفع بالنظام العام و الإكثار من اللجوء إليه سيؤدي حتمًا إلى شلل المبادلات التجارية الدولية، وعليه لابد من اللجوء إلى الدفع بالنظام العام في الحالات التي يتعلق الأمر فيها المساس بمصالح جوهريّة في قانون القاضي، تكون عرضة للخطر و جديرة بالحماية فعلاً.³

الفرع الرابع

قوانين البوليس كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار

إن فكرة قوانين البوليس لم تجد اهتمام الفقه بها إلا حديثًا، أي بعد النصف الأول من القرن الحالي،⁴ حيث نُسبت بصفة أساسية في الفقه الحديث إلى الأستاذ « Ph.Frances Cakis » الذي عرض لها لأول مرة في أطروحته للدكتوراه سنة 1958 بعنوان "نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في

¹ جارد محمد، المرجع السابق، ص 97.

² Terki Nourddine : L'arbitrage commercial en Algerie, O.P.U, 1999, p 06.

³ الطيب زوتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، المرجع السابق، ص 341.

⁴ وقد ارتبط ظهور قوانين البوليس ب بروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الاقتصادي و الاجتماعي للأفراد، تحقيقًا للمصلحة العامة، و حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، وهو المبدأ الذي جاء ليعبر عن رواج الفكر الاشتراكي في العالم في القرن "19"، حين تطور دور وظيفة الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، فكان لزامًا على المشرع في ظل هذا المبدأ التدخل بتدعيم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. نقلًا عن: جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 98.

الق.د.خ¹، وأيده في هذه النظرية جانب كبير من الفقه نذكر منهم « De Nova » والفقيه الإيطالي « Sperduti » الذي يرى أنها قوانين ضرورية التطبيق.²

ورغم تنبه الفقه لهذه القواعد في الآونة الأخيرة، واهتمامهم بها، إلا أنه ثار جدل كبير حول مسمى هذه القواعد التي يجد القاضي نفسه ملزماً بتطبيقها على النزاع المطروح أمامه، بغض النظر عن طبيعة هذا النزاع -وطني أم دولي- وبغض النظر عن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد المزدوجة الجانب.³

أهي قواعد البوليس والأمن المدني، أم القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر،⁴ أم هي القواعد المتعلقة ب"النظام العام"، وإن كان الفقه الغالب يأخذ في هذا الشأن بتعبير القواعد ذات التطبيق الضروري، وذلك تجنباً للخلط المتصور بين تنازع القوانين من حيث الزمان، وتنازعها من حيث المكان، وذلك فيما لو أستخدم تعبير فورية التطبيق أو ذات التطبيق المباشر حسبما هو سائد في الفقه الفرنسي، أو لأن الضرورية في التطبيق تأتي من الصلة العقلانية التي تربط مضمون وأهداف هذه القاعدة من جانب، وبين نطاق تطبيقها من جانب آخر حتى يمكنها أن تحقق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي شرعت من أجلها، أو لأن ضرورية التطبيق تأتي من كون القواعد التي تتصف بها لا

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 279.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، د س ن، ص 20.

³ صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 280.

⁴ استبدل جانب من الفقه اصطلاح قواعد البوليس بمصطلح جديد هو "القواعد ذات التطبيق المباشر" حيث لم يرق لهم استخدام اصطلاح "قواعد البوليس"، ورأوا أن تعبير "القواعد ذات التطبيق المباشر" يحقق بعض المزايا التي لا يحققها تعبير "قواعد البوليس و الأمن"، فمن ناحية يُقدم هذا الاصطلاح أساساً منطقيًا لاختصاص قانون القاضي، ومن ناحية ثانية يُظهر هذا الاصطلاح أن أعمال القواعد اللازمة لحماية أسس المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، يتم مباشرة دون إسناد إلى قاعدة الإسناد، ومن ناحية أخيرة فإن اصطلاح "القواعد ذات التطبيق المباشر" يعالج القصور الوارد في عبارة "قواعد البوليس و الأمن" في حين هناك بعض القواعد الأخرى التي لا يمكن نعتها بقواعد البوليس ومع ذلك يطبقها القاضي مباشرة. راجع في هذا الصدد: أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

تنطبق إلا بالقدر الضروري، وفي الحدود اللازمة لتحقيق الأهداف التي أرادها المشرع من وراء تطبيقها.¹

ومادام الفقه لم يتفق حول مُسمى هذه القواعد، فالاختلاف سيمتد بالضرورة إلى تعريفها، فهناك من عرفها بأنها: "مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها إلى القانون العام أو القانون الخاص، ودون الحاجة إلى أعمال منهج قواعد الإسناد".²

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن "قواعد البوليس هي كل قاعدة تعتبرها الدولة التي أصدرتها واجبة التطبيق على العلاقات التي تربطها بها والتي تجعل نظامها القانوني مختصاً"، و أن مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة".³

وعلى الرغم من اختلاف الفقه حول مُسمى هذه القواعد واختلافه في تعريفه لها، إلا أن هذا الاختلاف لم يكن ليحول دون إجماعهم على وجود هذه القواعد، واعتبرها نتاج تطور الق.د.خ بحيث تعمل هذه القواعد على معالجة إفراط قواعد الإسناد في دوليتها، الناجم عن المساواة في المعاملة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، مما قد يُفضي أحياناً إلى تطبيق القانون الأجنبي على بعض الحالات التي يتعين فيها تطبيق القانون الوطني، تحقيقاً لمصلحة دولة القاضي، إذ أنه في هذه الحالات يُمكن التغاضي عن اللجوء إلى قاعدة الإسناد التقليدية والبحث عما إذا كانت هناك قاعدة ذات تطبيق ضروري يمكن تطبيقها على النزاع من أجل المصلحة الوطنية.⁴

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 281-282.

² تعريف الأستاذ Frances Cakis، مشار إليه في مرجع أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، ص 25-26.

³ تعريف الدكتور Frances Cakis مشار إليه في أطروحة: كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016، ص 328.

⁴ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 287-288.

ومن جانبنا نعتبر أن هذه القواعد تُعتبر مفهوم دقيق وحديث للنظام العام، و أن مسألة مراعاتها في مجال عقود الاستثمار هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي و الاجتماعي للدولة المضيفة. بوصفها قواعد تتضمن قيودًا على حرية الأفراد في إبرام العقود و تنفيذها يقتضي إعمالها على كافة الروابط العقدية التي تُهدد كيان المجتمع، بغض النظر عن القانون الذي يحكم عقد الاستثمار، ولما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته بما في ذلك نصوصه الآمرة (قوانين البوليس)، فإن الأمر يبدو طبيعيًا أن تُؤدي هذه النصوص بالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها.

الفرع الخامس

الغش نحو القانون كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار

إذا اتضح للقاضي أن القانون المختص الذي عينته قاعدة الإسناد المتعلقة بعقود الاستثمار يصطدم في حكمها مع مفهوم النظام العام السائد في دولته، تعين عليه استبعاده من ميدان التطبيق وإحلال قانون آخر مكانه، نفس الحالة قد تحدث إذا تبين للقاضي وجود غش نحو القانون الواجب التطبيق. وقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بقولهم: "هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية عمدًا أو غير عمد، لإيجاد مركز يتفق و حرفية القانون ولكن يُخالف غرضه"، لكن ما يُعاب على هذا التعريف أنه لا يُعطي لنية التحايل أهمية كبيرة بذكره لفظ غير عمد، ومن المعروف أنه من شروط إقامة الدفع بالغش وجود قصد التحايل على القانون،¹ لذلك حاول آخرون إعطاء تعريف

¹ شوپرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 82-83.

آخر على أنه: " الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق.¹

ومن خلال هذين التعريفين، يتبين لنا أن إثارة الدفع بالغش نحو القانون أو التحايل نحو القانون، تكون في الحالة التي يتضح فيها للقاضي في العلاقات الدولية الخاصة بأن طريقي العلاقة العقدية قد تمكنا من التوصل إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد، عن طريق التحايل و التغيير في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد، لما يُحقق ذلك من مصالح ما كان ليحققها لهم القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال أن خضعوا لأحكامه.²

هذا و لا يُشترط في الوسيلة التي تم على ضوءها تغيير ضابط الإسناد أن تكون غير مشروعة بل العكس من ذلك، فالأرجح أن تكون الوسيلة المستخدمة في التحايل مشروعة في حد ذاتها، إلا أن الهدف الذي ترنو إلى تحقيقه غير مشروع، لما ينجم عنه من تطبيق أحكام قانون غير مختص أصلاً في حكم النزاع، ويستوي في هذا القانون أن يكون قانون القاضي أو أي قانون أجنبي تسعى إليه مصالحهم الخاصة، وهو ما يُعد استخفافاً بقواعد الإسناد وانحرافاً عن غايتها في تحقيق العدالة المستمدة من تطبيق القانون الأولى بحكم النزاع، وفي ذلك يرى البعض أن الغش نحو الق د خ لا يعدو كونه انعكاساً للصراع المستمر ما بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة التي يرنوا إليها طرفا العقد أو أحدهما لاعتبارات شخصية.³

¹ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 150.

² ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 257.

³ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 557.

والغش نحو القانون أكثر حدوداً في العقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار، لأن هذا الدفع لا يُتصور إلا إذا كانت قاعدة الإسناد تتوقف على إرادة الأشخاص، وعقود الاستثمار هي بطبيعتها عقود إرادية يُترك فيها اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.¹

وحتى يُمكن إثارة الدفع بالغش نحو القانون لا بد من توافر شرطين نعالجهما على النحو التالي:

أولاً: الشرط المادي (تغيير مادي في ضابط الإسناد)

يُقصد بهذا الشرط: تغيير الظروف التي يتحدد على أساسها الضابط الذي تقوم عليه قاعدة الإسناد، فيتغير تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق على العلاقة، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب فيها الإرادة دوراً جوهرياً في تغيير ضابط الإسناد، مثل ضابط جنسية طرفي العلاقة أو موطنهما، وفقاً للدولة المراد الخضوع لقانونها واعتدادها بقانون الموطن أم بالجنسية.²

وتُعد هذه المخالفة التي ارتكبتها أي من المتعاقدين أو كلاهما غير مباشرة، لأنها تُرتكب بواسطة ذات القانون، وما أجازته هذا الأخير من تغيير الفرد لجنسيته أو موطنه، والذي تغير على أساسه ضابط الإسناد المتعلق بهما، ليخضع العقد بذلك لقانون يُغير ما كان سيخضع له سابقاً.³

أما التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية، فيتحقق ذلك في الحالات التي لا يعمد فيها طرفاً العقد على تغيير ضابط الإسناد، وإنما التلاعب في وصف ذات العلاقة القانونية، كأن يكون ضابط الإسناد هو موقع المال غير المنقول، وسعيًا وراء تغيير القانون الذي يحكم العقد يقوم الأطراف

¹ شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 83.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 260.

³ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 152.

بالتلاعب في وصف هذا المال ليبدو المال منقولاً، أي يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يترك ذلك أثراً، وبذلك يتم تغيير النظام القانوني الذي يحكم العقد.¹

ثانياً: الشرط المعنوي (نية التحايل أو الغش نحو القانون)

إن القول بوجود غش نحو القانون يستلزم معرفة نية فاعلة للتحقق من وجوده، إلا أن هذه الطريقة للتأكد تعترضها صعوبات كثيرة، فطريقة التمحص و البحث عما يُكنه القلب من نوايا داخلية لأفعاله يجب معرفتها، إلا أنه لا يمكن التكهن بذلك، فنية الغش يمكن أن تُسيء استعمال السلطة من قبل القاضي أو قد لا يُصيب ويقع بخطأ في استنتاج هذه النية.

وفي مجال الغش نحو القانون تتحقق النية في انبعاث النفس إلى الإفلات من القاعدة القانونية الآمرة بوسائل قانونية، ولإعمال الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يتوافر إلى جانب التغيير في ضابط الإسناد، أن يهدف الشخص إلى الإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد بذلك، حيث إن تغيير عناصر العلاقة المؤدية بدورها إلى تغيير القانون الواجب التطبيق لا يُعد مخالفاً للقانون في ذاته، فللفرد الحق في تغيير جنسيته وفي اكتساب الجنسية إذا ما توافرت شروط ذلك، كما أن له الحق في تغيير موطنه أيضاً، إلا أن التحايل سيتحقق في هاتين الحالتين، مثلاً إذا ما اقترنت نية التحايل بضابط الإسناد الذي تم إعماله بقصد الإفلات من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق لقانون آخر تراعي فيه مصلحتها، فالنية يجب أن تكون هي الباعث الرئيسي في تغيير ضابط الإسناد، لإمكان التمسك بالدفع بالغش نحو القانون، فإن لم يكن ذلك فلا يُمكن القول عندها بوجود غش نحو القانون، وإن ترتب على هذا التغيير ذات النتيجة المترتبة على وجودها من استبدال القانون الواجب التطبيق، حيث إن هذا التغيير في القانون لم يكن الهدف الرئيسي المقصود منه.

¹ في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تغيير طبيعة المال من مال غير منقول إلى حصص في شركة -وهي بنظر النظام القانوني الفرنسي مال منقول- بهدف تغيير الفئة القانونية التي ينتمي إليها المال بطبيعته تمهيداً لإخضاع التركة إلى قانون موقع العقار يستتبع عدم الأخذ بما تم من تغيير مصطنع واحتيالي:

Cass. Ch. Civ. 20 Mars. 1985 (arrêt Caron) Rev. Crit. D.I.P, 1986. P, 66

=نقلاً عن: سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، ط1، بيروت، 1994، ص 802.

وقد أثار هذا الشرط (نية الغش) خلافًا فقهيًا، حول كيفية معرفة توافر نية الغش من عدمه وسُبل توصل القاضي إلى هذه المسائل الباطنية، الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار هذا الشرط متوافرًا دون حاجة للبحث عن النية.¹

إلا أن الرأي الغالب يرى عدم التسليم بذلك، ويرى ضرورة التيقن من توافر هذا الشرط ليتسنى التمسك بالدفع بالغش نحو القانون، ويُمكن الاستدلال على هذه النية من قرائن الحال التي بُجسدها الوقائع المادية، مثل حالة التلازم الزمني بين تغيير ظروف العلاقة و إجراء التصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد.²

وإلى جانب هذا الاختلاف في ضرورة التيقن من توافر نية الغش وعدمه، اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد أثر الدفع بالغش نحو القانون، حيث ذهب اتجاه إلى عدم الاعتداد بالتغيير الذي أجراه الأطراف، وتطبيق القانون الذي تُشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال هذا التغيير، ذلك أن القصد من التحايل هو الهروب من أحكام القانون المختص، وعليه يكون الجزاء بتطبيق أحكام القانون المختص الذي سعت إليه إرادة الأطراف إلى تجنبه باتفاقهم.

بينما ذهب اتجاه آخر يُمثله الأستاذ بيجونير، إلى أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن ينصرف إلى كل من الوسيلة والنتيجة، أي عدم الاقتصار على إبطال التصرف الذي قام به الأطراف و إغفاله، بل و إلى النتيجة أيضًا، والتي تم التوصل إليها بناءً على هذا التغيير، فالغش يُفسد كل شيء، والقصد غير المشروع يُفسد العمل المشروع وبالتالي يصعب عدم الاعتراف بالنتيجة دون الوسيلة.³

¹ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 154-155.

² ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 260-261.

³ سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 154-155.

وقد اتجه الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم¹ إلى الاكتفاء بإبطال النتيجة دون الوسيلة التي لا يملك القاضي إبطالها، والتي لا تدخل ضمن صلاحياته غير الممتدة إلى الحكم على الوسيلة التي تم بمقتضاها تحقق النتيجة، وهو ما تؤيده فيه.

ونشير أخيراً إلى أن أعمال هذا الدفع كان يقوم في السابق إذا ما تمت أعمال الغش للهروب من أحكام القانون الوطني لدولة القاضي، أما في حال أن كان القانون المختص أصلاً في نظر النزاع قانوناً أجنبياً، فلا مجال عندها لإعمال هذا الدفع، على أساس أن وظيفة القاضي تقوم على حماية قانونه الوطني في منع الأطراف من الخروج عليه، إلا أن هذه النظرة قد تغيرت، حيث يذهب الفقه الحديث إلى إعمال نظرية الغش نحو القانون في أي من الحالتين السابقتين، ذلك أن الاعتبارات التي يستند إليها الغش هي اعتبارات فلسفية، يستوي في شأنها الغاية من التحايل، سواء في الهروب من قانون القاضي، أو من حكم قانون أجنبي، كما أن مضمون التحايل قد وُجه أساساً إلى ذات قانون القاضي، حيث أن القانون الأجنبي إنما يحكم العقد ذات الطابع الدولي بناءً على قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة القاضي، وبذلك يكون التحايل للهروب من القانون الأجنبي قد قُصد به التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية في بلد القاضي.²

هذا بالنسبة للحالة التي يختار فيها الأطراف القانون المطبق على عقود الاستثمار، لكن هناك حالة أخرى لا يختار فيها المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، مما يفترض أن لا تُترك العلاقة العقدية دون قانون يحكمها، وهذا سيكون محل دراسة المبحث الثاني.

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 263.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، المرجع السابق، ص 156.

المبحث الثاني

حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

عندما يتقاعس الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يقع على القاضي أو المحكم عبء تحديد، وهو ما يُمليه عليه التزامه بأداء العدالة، وتؤكد هنا أننا إزاء وضع يتخلف فيه قانون الإرادة تمامًا، فلا يوجد اختيار صريح سابق على وقوع النزاع، ولا يوجد كذلك اتفاق لاحق بين الأطراف على اختيار قانون معين، ولا اختيار ضمني مُؤكد،¹ وبطبيعة الحال يستند القاضي أو المحكم في تحديد قانون العقد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون، حيث يقضي الأصل بأنه في حالة سكوت إرادة الأطراف في العقد الدولي عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن تحديد هذا القانون يتم من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون د.خ. وفي هذا الصدد أعلنت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية عام 1929 أن:

"كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون د.خ أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون".²

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 92.

² « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats, en tant que sujet du droit international, a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois ».

راجع الحكم رقم 14 الصادر في 12 جويلية 1929، C.P.J.I، في قضية القروض الصربية مجموعة 8 رقم 20-21 ص 81، وراجع أيضًا الحكم رقم 15 الصادر في 16 جويلية 1929 نفس المكان في شأن قضية القروض البرازيلية.

« Un Etat souverain qui ne peut être présumé avoir Soumis la substance de sa dette et la validité de ses engagements pris par lui a ce sujet, a une loi autre que sa propre loi ».

نقلًا عن: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 417، هامش رقم 1.

وعلى الرغم من بساطة هذا المعيار وسلامته من الناحية القانونية في اعتقادنا بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فإن محاولات المحكمين لتحديد هذا القانون على عقود الاستثمار قد تتأثر بعدة عوامل، ومن ثم تظهر تحديات كثيرة للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

فالتبيعة الخاصة لهذه العقود والناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار وكذلك بنية السلطة في هذه العقود، تجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة شديدة الحساسية، إذا لم تكن مسألة إيديولوجية أو سياسية تنطوي على اعتبارات كثيرة وليس مجرد اعتبارات قانونية.

وفي ضوء هذه الاعتبارات ظهرت عدة اتجاهات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة غياب أية إرادة للأطراف في تحديده، فهناك اتجاه يعبر عن مصالح الدولة المضيفة للاستثمار، والتي غالبًا ما تكون من الدول النامية، حيث يسعى هذا الاتجاه إلى محاولة تأمين هذه العقود من خلال محاولة تسكينها في النظام القانوني للدولة المتعاقدة، بينما هناك اتجاه يُعبر عن مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة، يسعى إلى تجنب تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بما لها من سلطة عامة تمكنها من تعديل أو تغيير القانون الذي تم التعاقد على أساسه وفقًا لمطلق إرادتها، من خلال محاولة أنصار هذا الاتجاه تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة على نحو تصبح معه هذه العقود غير خاضعة لأي قانون محلي، وإنما تكون خاضعة لمجموعة من القواعد المستقلة مع الاختلاف في تحديد هذه القواعد.¹

في حين هناك من يُفضل الرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في الق د خ، في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، من مُنطلق أن هذه الأخيرة و إن اتسمت

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 250.

بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة و إلى كون الدولة أحد أطرافها، فإنها لا تخرج عن كونها عقوداً دولية تدخل في إطار الق د خ المعاصر.¹

وانطلاقاً مما سبق نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

المطلب الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

المطلب الأول

الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

كما سبق وذكرنا فقد ظهرت عدة اتجاهات بشأن تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عند غياب أية إرادة للأطراف في تحديد هذا النظام، إلا أننا سنقتصر على اتجاهين أساسيين، الاتجاه الذي يُنادي بخضوعها للقانون الوطني للدولة المضيفة (الفرع الأول) مع إقصاء أية قواعد قانونية أخرى وطنية أو دولية، وذلك استناداً إلى العديد من الحجج التي تبرر ذلك الخضوع والاتجاه الذي ينادي بخضوع عقود الاستثمار لقواعد القانون الدولي العام (الفرع الثاني).

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 251.

الفرع الأول

إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

على الرغم من أن عقود الاستثمار الأجنبية، ولاسيما تلك المبرمة في إطار البحث عن البترول واستغلاله في الفترة السابقة على الحرب العالمية الثانية، لم تُشر صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فإن هذا القانون كان على ما يبدو هو القانون الذي انصرفت نية الأطراف إلى إعماله على العقد.

ويظهر ذلك من تضمن هذه العقود شروطاً تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بإرادتها المنفردة، أو إصدار تشريعات أو لوائح تسري على العقد على نحو يؤدي إلى التغيير في مضمونه، وذلك دون الاتفاق مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها، ومن المعروف أن هذه الشروط الموصوفة بشروط الثبات التشريعي أو تجميد العقد لا يتم النص عليها عادة إلا إذا كان قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق على العقد.

وإذا كان استخلاص تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على عقود الاستثمار المبرمة في الفترة المحددة أعلاه، قد تم على نحو ضمني ومن خلال تفسير الشروط التي يتضمنها العقد، فإن الغالبية العظمى من العقود المبرمة بين الدول و الأطراف الأجنبية التي تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية تُشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذه العقود.

ففي إحصائية قام بها الأستاذ Delaume على 80 عقداً تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية لاحظ الأستاذ Delaume أن أكثر من 50% من هذه العقود أشارت إلى قانون الدولة المتعاقدة وباقي العقود موزعة بين عدم تركيز العقد في قانون الدولة المتعاقدة dénationalisation أو تم تدويله internationalisation.¹

¹ نقلاً عن حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 413-414.

ولا غرابة في الأمر، إذ أن تغير الظروف السياسية للعديد من الدول المبرمة لهذه العقود وتحولها من المركز القانوني للدولة المستعمرة إلى دول مستقلة ذات سيادة، دفع بهذه الدول إلى التمسك بتطبيق قانونها على العقود المبرمة بينها وبين الشركات الأجنبية كنوع من التأكيد على سيادتها على اعتبار أن أعمال القانون الوطني هو رمز وتعبير عن هذه السيادة.

وخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، والذي يُعد في كثير من الأحوال، كما وصفه جانب من الفقه *The quite natural applicable law of contract*، يُعد اتجاهًا يميل جانب من الفقه إلى تأييده، بل وتذهب إلى الحكم وفقًا له، العديد من أحكام التحكيم، علاوةً على أن اتفاقية واشنطن التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، تنص في المادة 42 منها على: *إعمال أحكام قانون الدولة المتعاقدة، في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم العقد.*

كذلك فإن مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 قد أشار في توصيته إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على نحو ما أشرنا إليه سلفًا.¹

وتختلف الحجج والأسانيد التي تدعم مبدأ خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، فهناك من يؤكد على حق الدولة بتنظيم عقود الاستثمار استنادًا إلى تكييفها كعقود إدارية مما يُبرر خضوعها للسلطات التنظيمية بقانون الدولة المضيفة استنادًا لقانونها العام، وهناك من يبيّن حق الدولة المتعاقدة بتنظيم هذه العقود استنادًا إلى اعتبارات سياسية وقانونية، وفيما يلي نعرض هذه الاتجاهات و الحجج و الأسس التي استندت إليها:

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 414-415.

أولاً: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية

سنحاول من خلال هذا العنصر أن نسلط الضوء على الاتجاه الفقهي القائل بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية، ومن ثم نبين موقف أحكام التحكيم من هذا الاتجاه، ونخلص في الأخير بتقييمه.

1- عرض الاتجاه الفقهي القائل باعتبار عقود الاستثمار عقوداً إدارية:

يذهب جانب من الفقه¹ إلى تعدية الحلول التي استخلصها القضاء، ولاسيما القضاء الفرنسي بصدد العقود الإدارية وإعمالها على عقود الاستثمار، إذ يرى أن تعدية هذه الحلول وإعمالها على عقود الاستثمار يُعد أمراً طبيعياً بالنظر لما تتمتع به هذه العقود من خصائص تجعلها تقترب من فكرة العقد الإداري، فعقود الاستثمار تُبرمها سلطة عامة من أجل تحقيق مصلحة عامة، ومن هذه الزاوية لا تختلف هذه العقود عن العقد الإداري.

وإعمال نظرية العقد الإداري على عقود الاستثمار يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، فتستطيع الدولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية تعاقدية، وذلك بخلاف الأمر إذا كانت هذه العقود من عقود القانون الخاص، والتي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به وثباته والمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه، إذ أنه من المعروف أن القضاء الإداري يستبعد إعمال هذه المبادئ، مع الاحتفاظ بحق المتعاقد مع الدولة بالتعويض.²

وبذلك فعقود الاستثمار يجب أن تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وليس للقانون الدولي استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية، وذلك حتى تسري عليها كافة التعديلات والتغييرات الجارية في القانون الوطني، ويكون للدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة.

¹ Prosper Weil : Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Réc des Cours, La Haye 1969, p 95 .

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 462-463.

وفي هذا الصدد انتهى أحد الأساتذة إلى أن عقد الامتياز البترولي، وهو من عقود الاستثمار - هو امتياز مرفق عام - وبالتالي فهو عقد إداري يخضع لقانون الدولة مانحة الامتياز.¹

وقد استند هذا الجانب من الفقه في تكييفه لعقود الاستثمار كعقود إدارية إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية، حيث تتوافر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الدولة طرفاً في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.²

والواقع أن تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية لم يقتصر استخدامها فقط على الصعيد الفقهي، بل أن هذا التكييف أثير أكثر من مرة أمام هيئات التحكيم وتلك هي المسألة التي نستعرضها في العنصر الموالي.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 257.

² فبالنسبة للشرط الأول وهو كون الإدارة طرفاً في العقد، فلا شك لدينا في تحققه في عقود الاستثمار، حيث تُعتبر الإدارة دائماً أحد أطرافها، فالدولة وكما سبق القول عند حديثنا عن أطراف العقد، قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة وذلك بقيام من يُمثلها من الحكومة بإبرام العقد، وقد تتدخل بطريقة غير مباشرة بقيام أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد.

وبالنسبة للشرط الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية يرون فيها نموذجاً لتعلق العقد بالمرفق العام، فيقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص: "إن عقود الاستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية، وإن كانت تهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، فإنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام... فلا أحد يستطيع إنكار أن قيام شركة أجنبية بإنشاء مشفى تخصصي ليس مرفقاً عاماً. كذلك فإن مظاهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جلية في عقود الاستثمار، كالرقابة على تنفيذ العقد، والحق في مراجعته، وأيضاً الحق في التأميم، ولاسيما عقود استغلال المصادر الطبيعية، حيث يتميز استكشاف مثل هذه الموارد بأن الدولة تمنح لنفسها عدداً من السلطات التنظيمية تتناول تنظيم التنقيب و الإنتاج وإصدار اللوائح الخاصة بهما.

أما بالنسبة للشرط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تُقررها للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، يضاف إلى ذلك ما تحتويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد والقوة القاهرة وعدم التوقع مما تتميز به العقود الإدارية. نقلاً عن: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 210 وما يليها.

2- موقف أحكام التحكيم من تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية:

أثيرت مسألة إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة في العديد من القضايا التحكيمية المتعلقة بمنازعات هذه العقود، وعلى سبيل المثال لا الحصر لهذه القضايا نذكر قضية (أرامكو) ¹ Aramco وقضية (تكساكو) ² Texaco وقضية إيتالوك. ³

ففي الأولى، والتي كان طرفاها المملكة العربية السعودية و شركة Arabian American Oil (Aramco) انتهت هيئة التحكيم إلى استبعاد تكييف العقد بأنه عقد إداري، تأسيساً على أن القانون السعودي المستمد من القانون الإسلامي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري

¹ راجع تحكيم Aramco منشور في:

I.L.R, vol 27, 1963, p 117.

² راجع تحكيم Texaco منشور في:

I.L.M, vol 17, 1978, pp 3-37.

³ "تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 1989/11/30 أمرت الشركة الإيطالية إيتالوك عقداً مع هيئة النقل العام بالقاهرة لتوريد عدد يدوية وقطع غيار، وتضمن في المادة 12 منه على أنه في حالة الخلاف بين المشتري والمورد يُحل النزاع حسب قواعد التحكيم والتوفيق لغرفة التجارة الدولية، وقاموا بتحديد القانون المصري كقانون واجب التطبيق على العقد، وأن تكون مصر مقراً للتحكيم.

نشأ خلاف بين الطرفين حول تنفيذ بنود العقد، قامت على إثره الشركة الإيطالية بتقديم دعوى أمام هيئة التحكيم ضد الطرف المصري، أصدر المحكم المنفرد قراره الصادر في 1997/11/28 القاضي بإلزام هيئة النقل العام المصرية بسداد مبالغ مختلفة للشركة الإيطالية. تقدمت هيئة النقل المصرية بطعن في حكم التحكيم أمام محكمة استئناف القاهرة بالبطلان لاستبعاده للقانون الواجب التطبيق، ذلك أن القانون الواجب التطبيق في النزاع هو القانون الإداري المصري باعتبار أن هيئة النقل العام بالقاهرة هي إحدى أشخاص القانون العام، وخاصة أن العقد محل التحكيم هو عقد إداري وليس عقداً مدنياً.

أصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتاريخ 1999/9/7 قضت فيه أنه: "لما كان ذلك ومن غير المتنازع فيه بين الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع المائل، وكان من غير المتنازع فيه أن العقد محل التداعي مُبرم بين هيئة النقل العام بالقاهرة-وهي من المرافق العامة- وبين الشركة المدعى عليها وهي إحدى شركات القطاع الخاص الإيطالية، وإن العقد ينصب على قيامها بتوريد عدد يدوية لها وقطع غيار لزوم تسيير مرفق عام. ولما كان القانون المصري لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تُميزها عن غيرها من العقود التي يهتدي بها القول بتوافر الشروط اللازمة لها. ... ولما كان من المقرر أن العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلق بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه، وأظهرت الإدارة بشأنها بأسلوب من القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بتضمين العقود شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص.

وعلى هدي ما تقدم، وكان من الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري مُبرم بين مرفق عام لتوريد عدد يدوية وقطع غيار لازمة لتسييره وتنظيمه، وبالتالي إذا تضمن العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق -بمعرفة هيئة التحكيم- هو القانون المصري، فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري، فإذا عمل حكم التحكيم للقانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق في العقد إعمال أحكامه بما يتوافر معه حالة من حالات بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة 53 في فقرتها الأولى بند (د) من القانون رقم 27 لسنة 1994" نقلاً عن: ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 132-133.

على النحو السائد في القانون الفرنسي، وأن امتياز Aramco يُعد عقدًا غير مُسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود.¹

أما في الثانية، والمتعلقة بقضية Texaco ضد الحكومة الليبية انتهى الأستاذ Dupuy إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية والشركة الأجنبية بأنه عقد إداري، استنادًا إلى المبادئ القانونية المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي بصفتها لا تُقر تطبيق نظرية العقد الإداري.

فنظرية العقد الإداري نظرية فرنسية خالصة، كرسها القانون الفرنسي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى التي استلهمت روح هذا القانون ومبادئه، ولكنها نظرية غير معروفة في الأنظمة القانونية الأخرى.²

3- تقييم الاتجاه الفقهي القائل بتكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية:

تجدر الإشارة بداية، ودون الخوض في تفاصيل الجدل القائم بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار بين أنصار تكييفها كعقود إدارية وبين اعتبارها عقود عادية من عقود القانون الخاص، إلى أن هذه المسألة إنما تتوقف على الدراسة التفصيلية لكل عقد على حدا لبيان أركانه ومن ثم رده إلى النظام القانوني الذي يحكمه، فهذه العقود وكما يرى البعض، بحق ليست ذات طبيعة واحدة، فتارة تكون عقودًا إدارية وتارة أخرى تكون عقودًا عادية.

ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الأستاذ بشار محمد الأسعد،³ بأن الطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من القانون العام أو من عقود القانون الخاص، وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها ومن ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، ومن ثم لا جدوى للاستناد إلى تكييف هذه العقود إلى عقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك لما يلي:

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 128.

² بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 261-262.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 212.

- عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية، حيث يوجد عدد كبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني، مثل دول الشريعة الأنجلوسكسونية.

- إن الربط بين الطبيعة العامة لعقود الاستثمار وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها سيجعل تحديد هذا القانون مرتبط بعنصر غير موضوعي، ألا وهو السياسة الإدارية للشخص العام الطرف في العقد، فعلى الرغم من وجود عقود إدارية بطبيعتها مثل عقود الأشغال العامة، إلا أن هناك عقودًا تدور بين الطبيعة الإدارية والخاصة بقدر اختيار الدولة لأن تُبرمها مستخدمة وسائل القانون العام فيعد العقد إداريًا، أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيُعد العقد من العقود العادية.

- إن تكييف عقود الاستثمار بأنها عقود إدارية يهدف إلى وضع عقبة أمام المستثمر الأجنبي والذي عادة ما يأخذ موقف العداء والريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية.¹

ثانياً: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى اعتبارات سياسية

وقانونية

تقتضي منا هذه الجزئية أن نعالجها من جانبين (خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة للاستثمار استناداً إلى القرارات الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي) و (خضوعها لقانون الدولة المضيفة للاستثمار استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة).

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 212-213.

1- خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن

المحكمة الدائمة للعدل الدولي

ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولي، كما سبق و أشرنا في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية إلى أن "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف بالق د خ، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون".

ولقد أكدت المحكمة على أنه "لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يُمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها".¹

إذن ما يلاحظ من خلال هذا الحكم أن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني، وليس القانون الدولي، وذلك مجرد أن الدولة طرفاً في العقد ولم تتصرف باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام.²

فقد فصلت المحكمة الدائمة للعدل الدولي على نحو قاطع باستبعاد طائفة عقود الدولة من الخضوع للقانون الدولي، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فعلى الرغم من أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد أقرت صراحة بأن هذه العقود تجد أساسها في القانون الوطني، فإنها مع ذلك لم تذهب إلى حد إخضاع هذه العقود إلى النظام القانوني الذي تُشير إليه قواعد الإسناد، بل أنها ونظراً لذاتية هذه العقود، أخضعتها للقانون

¹ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 417.

² هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص ص 319-320.

الوطني للدولة المتعاقدة،¹ بناءً على قرينة مستفادة من وجود الدولة كطرف في العقد، تُؤدي إلى انجذاب العقد لقانونها و خضوعه لها.²

ولقد ذهب تحكيم أرامكو³ أيضًا إلى تبني الاتجاه السابق الذي كرسته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضايا القروض الصربية والبرازيلية.

فذهبت محكمة التحكيم إلى أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنه من المتفق عليه في الق د خ، أن الدولة ذات السيادة، يُفترض حتى إثبات العكس، خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى، لقانونها الوطني.⁴

هذا ويُشترط لإعمال المبدأ الذي صاغته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، والذي من مقتضاه أن يخضع العقد المبرم بين الدولة وطرف خاص إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ألا يكون هذا العقد قد أبرمته الدولة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، فإذا كان العقد قد أبرمته الدولة على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام، فكأن المعيار الذي وضعته يتركز على الصفة التي تعاملت بها الدولة. فإذا تعاملت الدولة مع غيرها من الدول على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام خضعت لأحكام هذا القانون، أما إذا تعاملت على أساس أنها شخص من أشخاص القانون الداخلي فإنها تخضع للقانون الداخلي.⁵

ولقد أشار جانب من الفقه أن القضاء الفرنسي قد ساير من خلال أحكامه المبدأ الذي صاغته المحكمة الدائمة للعدل الدولي، إلا أنه توصل إلى نتائج مختلفة تمامًا، فبدل أن يطبق القضاء

¹ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 302.

² حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 418.

³ راجع تحكيم أرامكو، أشرنا إليه سابقًا وهو منشور في:

I.L.R, vol 27, 1963, p 117.

⁴ Bouhacene Mahfoud : Droit international de la coopération industrielle, O.P.U, Alger, Algérie, 1984, p 393.

⁵ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 419.

الفرنسي القانون الأجنبي أين كان العقد الذي أبرمته الدولة الفرنسية مع الطرف الأجنبي تتركز جميع عناصره فيه على نحو يدحض القرينة المستفاد لصلاح الدولة فإن هذا القضاء طبق القانون الفرنسي.¹ كما يؤكد الفقه نقض هذه القرينة من خلال عدول محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق الذي كان في حكم سنة 1849، وقضت في حكمها الصادر في 31 ماي 1932 بعدم وجود أي قرينة خاصة تطبق على العقود المبرمة بين دولة و أحد الرعايا الأجانب، وذلك عندما تدخل هذه العقود بطبيعتها وبالشكل الذي أبرمت فيه على حد سواء، ضمن طائفة اتفاقات القانون الخاص والمشابهة للاتفاقات التي تُبرم بين الأشخاص الخاصة.²

كما يؤكد هذا الحكم ما توصل إليه أصحاب هذا الرأي، حيث أن رفض وجود قرينة لصلاح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يُعد متناقضاً مع ما نصت عليه المادة 1/42 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بنصها: "في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع -بما في ذلك قواعد تنازع القوانين- وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص".

وقد اعتمدوا في ذلك على أمرين:

¹ حيث أن الحكومة الفرنسية أبرمت عقداً بواسطة سفارتها في إسرائيل عام 1955 مع محامٍ إسرائيلي للدفاع عن مصالح جمعية "وقف" أمام المحاكم الإسرائيلية، وعندما تعرضت المحكمة لطبيعة العقد ذكرت: "حيث أن العقد المبرم بين Szczupak والدولة الفرنسية لا تتوافر فيه خصائص العقد الإداري ولا يتضمن شرط غير مألوف كذلك الشروط السائدة في القانون العام، ولا يتضمن المساهمة في إدارة مرفق عام، حيث أن المدعي كان ملزماً تجاه الدولة الفرنسية بأن يؤدي عمله المعتاد أمام المحاكم الإسرائيلية لصلاح الوقف ونظراً لانعدام الطبيعة الإدارية للعقد فإن اختصاص القضاء العادي به بات أمراً طبيعياً" ولقد كان من الطبيعي أن يُطبق القضاء الفرنسي القانون الإسرائيلي، وعلى العكس من ذلك طبقت محكمة السين القانون الفرنسي، وهو ما أثار انتقاد الفقه لأن الدولة الفرنسية في هذه القضية تكون قد تصرفت شأنه في ذلك شأن أي شخص عادي". نقلاً عن: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 306-307.

² تتعلق وقائع هذه القضية في النزاع القائم بين الدولة الفرنسية و مواطن تركي بشأن دعوى المسؤولية المرفوعة أمام المحاكم الفرنسية من قبل المواطن التركي المالك للعقار في تركيا والذي قام بتأجيرها للدولة الفرنسية، والذي تدمر بسبب حريق فيه.

حيث فصلت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على النحو التالي: "لما كان القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بنشأتها أو فيما يخص الآثار المتولدة عنها وشروطها، هو القانون الذي اختاره الأطراف، وأنه فيما يتعلق بالأشخاص مختلفي الجنسية، يكون هذا القانون هو قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، وكمبدأ عام يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو ذلك القانون الذي يتعين الإسناد إليه، إلا إذا تم استخلاص نية مخالفة، من العقد ذاته أو من الظروف المحيطة به". نقلاً عن: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية المرجع السابق، ص ص 307-308.

- إن إشارة النص إلى قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع قد تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة، مما ينجر عن تطبيقه الإحالة إلى قانون آخر سواء كان قانون الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي أو قانون دولة ثالثة.

- إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تبريرها بفكرة الإسناد إلى مكان التنفيذ الرئيسي هذا بالإضافة إلى إشارة النص إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي على قدر المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.¹

بالإضافة إلى أن الدولة إذا تعاقدت كأي شخص عادي، فإن العقود التي تُبرمها تعد عقودًا تندرج ضمن عقود القانون الخاص، ولا تتمتع فيها الدولة كطرف بأي ميزة أو معاملة خاصة على نحو يقتضي افتراض قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة.

وقد سار في نفس الاتجاه حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 10 أبريل 1957 في قضية Myrtoon Streamship حيث أقرت بأن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي، حيث أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تكون فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليها مشابهة للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة، وهذا عندما يكون لهذه العقود سمة عقود القانون الخاص.²

إذن كون أحد الأطراف دولة ذات سيادة فإن ذلك لا يُمثل قرينة على تطبيق قانون ذلك الطرف، ولا يُعد حتى مجرد إشارة ذات دلالة قوية في هذا الصدد، لاسيما عندما لا تتصرف تلك الدولة بوصفها شخصًا من أشخاص القانون العام.

¹ علي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 308.

² وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقدًا للنقل البحري أبرم بين شركة Myrtoon streamship وبين البحرية التجارية الفرنسية بلندن بالجنية الاسترليني، حيث كانت السفينة محل التعاقد بميناء ليفربول، والذي نص فيه على منح الاختصاص لهيئة التحكيم التي تعقد في لندن، كما أن العقد ذاته يخضع للقانون الإنجليزي، فذهبت محكمة استئناف باريس إلى أنه لا يمكن التذرع بوجود الدولة كطرف في العقد للقول بالتطبيق الضروري للقانون الفرنسي. نقلاً عن: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 425-426.

2- خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم

المتحدة

يذهب البعض في تأسيسه لحق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة، على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، فهذه القرارات بوصفها تؤكد القانون الدولي العرفي، وتعكس المبادئ المهمة السائدة في المجتمع الدولي، فإنه بالإمكان تقديمها كبرهان عند عدم وجود البرهان أمام هيئات التحكيم.¹

حيث صدرت عن الأمم المتحدة عدة قرارات حددت سيطرة الدولة على مواردها الطبيعية فسررها البعض على أنها تأكيد على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

ومن بينها قرار الجمعية للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962، والذي نصت المادة الرابعة منه على ما يلي: "يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية، المسلم برجحانها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية أو الوطنية، وللمالك في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم، الذي يتم تقديره وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها، ووفقاً للقانون الدولي."²

وكذا القرار رقم 3171 الصادر في 17 ديسمبر 1973 المتعلق بحق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، ورقم 3201 الصادر في 1 ماي 1974، المتضمن الإعلان عن إنشاء نظام عالمي اقتصادي جديد.³

وكذا قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 الصادر في 12 ديسمبر 1974 "ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول" والذي تضمن في مادته الثانية النص على أن: "لكل دولة الحق

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 268.

² هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، المرجع السابق، ص 325.

³ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 297.

بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطنية ولا يجوز أن تُجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي".¹

وفي الحقيقة إننا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه بعدم جدوى الاستناد إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة من أجل تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الاستثمار التي تُبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة، وبالرغم من أن قراراتها تُعد التزامات ذات طبيعة قانونية، إلا أن المشكلة لا تكمن في الطابع الإلزامي لهذه القرارات بقدر ما تكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها لا تُعد قاعدة قانونية، ومن الثابت أن القانون الدولي العام المعاصر لا يلزم الدول مطلقاً بتنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فكما هو معروف أن قرارات مجلس الأمن فقط التي يتم تنفيذها.²

وعلى خلاف ذلك فقد ذهب البعض، إلى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة يُمكنها أن توجد قاعدة عرفية دولية، أو تُساهم في بلورتها أو تقنينها، أو تُوضح وتكشف عن قاعدة موجودة سابقاً. ذلك أن الجمعية العامة للأمم المتحدة تُمثل منتدىً دولياً يجتمع فيه كل الدول للتشاور والتداول، وحينما تتفق الدول المكونة للمجتمع الدولي على قاعدة معينة وتُطبقها في علاقتها المتبادلة فلا شك أن هذه القاعدة سوف تصبح جزءاً من القانون الدولي.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 221.

² ولقد أُثيرت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم ويُعد تحكيم "ليامكو" و "تكساكو" من أهم القرارات التحكيمية التي تعرضت لهذه المسألة، حيث ورد في قرار تحكيم "ليامكو" أن: "القرارات وإن لم تُشكل مصدرًا جماعيًا للقانون فإنها تُعد الدليل على اتجاه يحظى بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يُمارس في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض، واعتبر أن القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة أصلية هو القانون الليبي، إلا أن هذا التطبيق سيُحل بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة" ولكن العبارة الأوضح كانت في حكم التحكيم بين الحكومة الليبية والشركتين Topoco & Calasiatic حيث توصل الأستاذ ديوي إلى تصنيف هذه القرارات على نحو يجعلها في منطقة وسطى، فهي ليست مجرد توصيات لا تتمتع بأية قيمة قانونية على الإطلاق، وهي أيضًا لا تتمتع بقوة مُلزِمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية حلت محل قاعدة عرفية سابقة. نقلًا عن: هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، المرجع السابق، ص ص 329-330.

في حين يرى البعض أن تقرير الأثر القانوني لهذه القرارات هو أمر يتطلب تحليلاً دقيقاً لكل قضية، وبشأن كل نص وفقرة في القرار المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار من بين أمور أخرى صياغة نص القرار و الأصوات التي حققها والبيانات التي أدلى بها الأعضاء من خلال المناقشات والتصرفات اللاحقة للدول بشأن كل قرار.¹

الفرع الثاني

إخضاع عقود الاستثمار لقواعد القانون الدولي العام

يذهب جانب من الفقه،² إلى تدويل عقود الاستثمار بُغية إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام وتحريرها من الخضوع للسيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، لما يُمثله هذا الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة من مخاطر للطرف الخاص المتعاقد معها بوصفه طرفاً ضعيفاً يتعين حمايته.

إذ أن خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يُمكن هذه الأخيرة من تعديل عقدها مع المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، أو إنهائه بإرادتها المنفردة، وذلك بوصفها سلطة عامة.

لذلك يُؤكد أنصار التدويل أن درأ هذا الخطر لا يُمكن تحقيقه على نحو كامل عن طريق تقييد سلطات الدولة من خلال تبني شروط معينة في العقد، كشروط الثبات التشريعي على سبيل المثال وإنما يكون بخضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي، حيث أن أعمال قواعد هذا القانون يُحقق حماية فعالة للمتعاقد الأجنبي الضعيف.³

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 272.

² حيث يرى الأستاذ الفرنسي Weil أن النظام القانوني الأساسي لعقود الدولة ومنها عقود الاستثمار هو القانون الدولي للعقود، ومن ثم فإن عقود الاستثمار التي تُبرمها الدولة أو الأجهزة والمؤسسات التابعة لها مع مستثمر خاص أجنبي تتصل بالنظام القانوني الدولي بطبيعتها، وهي تستقي جذورها من هذا النظام الأخير بحسبانه النظام القانوني الأساسي لها، بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، سواء المحدد مباشرة عن طريق اختيار الأطراف، أو المحدد بناءً على إشارة من قاعدة الإسناد. وبالتالي فحسب هذا الأستاذ فإن عقود الاستثمار تخضع للنظام القانوني الأساسي المستمد من الق.د.ع بمجرد توافر بعض السمات الذاتية في هذه الطائفة من العقود. راجع في هذا الصدد:

Weil (P) : Droit International et contracts d'Etat ; en mélanges offerts a Paul Reuter : sous le titre « Le Droit International : Unité et Diversité, Pedone, Paris, 1981, p 566-567.

³ طالي حسن، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، عدد1، الجزائر، سنة 2008، ص ص 117-118.

فأنت محاكم التحكيم في القانون الدولي الحل الأمثل للمشاكل المتعلقة بتواتر حركة التأميم التي تقوم بها الدول النامية، وكذا مخاوف هذه المحاكم من عدم تقرير القوانين الوطنية التعويضات المناسبة.¹

ويؤدي تدويل العقد على النحو المتقدم، إلى إعطاء هذا المتعاقد إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة، وما يترتب عن ذلك من حقوق يتمتع بها، ومن ذلك مثلاً حقه في مُسائلة الدولة دولياً. حيث تؤسس مسؤولية الدولة في هذا الفرض على أن القانون الدولي يتطلب الاحترام المطلق للعقود، وأن أي مساس بالعقد أيّاً كانت أسبابه يؤدي إلى قيام مسؤوليتها.²

غير أننا لا نُؤيد هذا الاتجاه ونرى عدم سلامة رأيه، على اعتبار أن وجود شخص من أشخاص القانون الخاص وهو المستثمر الأجنبي طرفاً في العقد يتنافى مع إمكانية القول بإخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام، الذي يقوم أصلاً على معالجة العلاقات بين الدول وغيرها من الأشخاص الدولية.

إذن ما يمكن قوله هو أن الحجج السابقة التي تم الاستناد إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، سواء تلك التي هدفت إلى توطين هذه العقود في القانون الوطني للدولة المضيفة، أم تلك التي رأت بضرورة إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، إنما تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية، على هذا الأساس ذهب رأي آخر إلى ضرورة الرجوع إلى المبادئ العامة للق.د.خ في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، من هذا المنطلق خصصنا المطلب الموالي لهذا الاتجاه نظراً لأهميته.

¹ هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، المرجع السابق، ص 332.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 318-319.

المطلب الثاني

دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق

انتهينا في المطلب السابق من دراستنا إلى عدم وجود قرينة حاسمة أو قاطعة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت الأطراف عن التصريح بهذا القانون وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية بشأن هذا القانون.

ولقد لاحظنا أن أبرز الحجج التي تم الاستناد إليها في تحديد هذا القانون، سواء تلك التي هدفت إلى توطين هذه العقود في النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة، أم تلك التي سعت إلى تحرير هذه العقود من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إنما تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية.

ومن هذا المنطلق فإننا نفضل الرجوع في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في الق د خ.

فهذه العقود وإن اتسمت بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة وإلى كون الدولة أحد أطرافها، فإنها لا تخرج عن كونها عقوداً دولية تدخل في إطار الق د خ المعاصر. فالدولة هنا كما يرى البعض قد تدخلت في المجال المحجوز للأفراد الخاصة، فهي عندما تتعاقد مع متعاقد خاص أجنبي فإنها تُبرم العقد في ذات الظروف التي يجري فيها أي تعاقد عادي، فالأمر يجري كما لو كان التعامل يتم بين أفراد القانون الخاص، ونتيجة لذلك يجب تطبيق قواعد تنازع القوانين المقبولة في مجال الروابط بين أشخاص القانون الخاص.¹

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 251.

ووفقاً لأحدث الاتجاهات في الق د خ المعاصر، فإن معظم التشريعات والاتجاهات الفقهية الحديثة تميل عند سكوت الإرادة عن الاختيار إلى إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به (الفرع الأول) أو من خلال نظرية الأداء المميز، التي تقوم على إسناد كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة إلى القانون الذي يُناسب طبيعتها هذه (الفرع الثاني) فضلاً عن أن مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت الإرادة عن اختياره كانت محل اهتمام الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالعقود محل الدراسة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إخضاع عقود الاستثمار للقانون الأوثق صلة بها

تفترض الحالة التي نحن بصدددها أننا أمام عقد استثمار دولي سكت أطرافه عن الاختيار الصريح للقانون الذي يحكمه، وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية المؤكدة، أو كان اختيارهم لهذا القانون على نحو غير صحيح، وهنا لا يستطيع القاضي اختصار عملية البحث عن القانون الذي يحكم العقد، وإسناده لقانونه الوطني مثلاً على اعتبار تماثل أحكامه مع أحكام القانون الأجنبي، وهو ما تسمح به النظم الأنجلوسكسونية، ولا يستطيع القاضي كذلك أو المحكم أن يرفض الفصل في النزاع المتعلق بعقد الاستثمار الدولي، وإنما عليه أن يبحث عن القانون الذي يرتبط بهذا العقد، من خلال تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية، واعتبار القانون الذي يرتبط بالعقد بأكثر الروابط وثوقاً هو الواجب التطبيق عليه.¹

ولا يجوز للقاضي أو المحكم كذلك البحث عما يُسمى بالإرادة المفترضة للأطراف، فقد قيل بأنها مجرد وهم ومجاز، فالإرادة إما أن تكون صريحة أو ضمنية، أما الإرادة المفترضة ما هي إلا إرادة القاضي الذي يُطرح أمامه النزاع، وبمقتضى ذلك تم إسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، وعليه

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 94.

سنحاول من خلال هذا الفرع أن نُحدد المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد وأهم المشكلات التي تُثار عند البحث عنه، ومن ثم نتطرق لأهم ضوابط تحديده.¹

أولاً: المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد

يتحدد هذا القانون من خلال الرجوع لمركز الثقل في العلاقة العقدية، ومن خلال عناصر شخصية Subjective، هذا قبل دخول اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيز النفاذ، أما بعد دخولها حيز التنفيذ في أول أبريل عام 1991م، أصبح تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية، يتم من خلال عناصر موضوعية، أي بالرجوع لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد موضوعياً Objectivement.²

حيث تقضي المادة 1/4 من اتفاقية روما بأنه: "في الحدود التي يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد... يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً..."³، وهو ما أكدته أيضاً المادة 1/28 من القانون الألماني لعام 1986م،⁴ والسويسري لعام 1987 في المادة 1/117 منه والفقرة 188 من تنازع القوانين الأمريكي، حيث عبرت عن ذلك بقولها The most significant relationship وكذلك القانون الصيني الجديد لعام 1999م، الخاص بالعقود الدولية.⁵

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 96.

² Foyer Jacques : Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet 1991, pp607-608.

³ راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

⁴ راجع نص القانون منشور في:

Rev.Crit, 1987, p 171.

⁵ حيث تقضي المادة 126 منه بأنه: "في حالة عدم وجود القانون الواجب التطبيق، يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً". نقلاً عن: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 98.

غير أنه عند البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد قد تظهر بعض المشكلات التي تحتاج إلى حل، من هذه المشكلات: مشكلة الإحالة، ومشكلة تجزئة عقد الاستثمار، وهذا ماسنحاول توضيحه على النحو التالي:

1- مشكلة الإحالة: Problème de renvoi: عند إسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به تظهر إشكالية هامة أمام القاضي المعروض عليه النزاع، تتعلق باستشارة قواعد الإسناد الموجودة في قانون الدولة الأوثق صلة بعقد الاستثمار، والتي قد تُحيل الاختصاص بحكمه إلى قانون دولة أخرى وبذلك تنتفي الأسس الموضوعية التي بنى عليها القاضي إسناد العقد لقانون الدولة الأولى، وهذه هي مشكلة أو نظرية الإحالة، ويُمكن التساؤل في هذه الحالة، عن مدى ما للقاضي من إمكانية في تطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد؟ وبالتالي القول برفض الإحالة فإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، فإن القاضي سوف يُطبق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختار، وليس القواعد الخاصة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد)،¹ حيث استقر منذ وقت طويل وجوب استبعاد الإحالة في الموضوعات التي يُخضعها الق د خ لضابط إسناد إرادي أو اتفاقي إذ لا يُتصور الإذعان لما قد تُفضي إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من إحالة الاختصاص إلى قانون آخر، وإلا لأدى ذلك إلى عكس ما قصده المتعاقدان، ومن ثم الإخلال بتوقعهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق.

ولذا استقر الفقهاء على رفض الإحالة في هذا الفرض، حتى داخل الأنظمة القانونية التي تأخذ بهذه الفكرة.²

¹ حفيظة السيد الحداد، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد "دراسة تحليلية وانتقادية"، دار الفتح، الإسكندرية، 1989، ص 20 وما يليها.

² هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 165 وما يليها. وراجع لنفس المؤلف: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 405-406.

أما فيما يتعلق بمشكلة الإحالة، فيما نحن بصدد، وهي الحالة الخاصة بسكوت المتعاقدين عن الاختيار تمامًا، وقيام القاضي بإسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، فهي من المسائل محل الخلاف بين الفقهاء، حيث يذهب البعض إلى قبول الإحالة في حالة قيام القاضي بإسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، وذلك استناداً إلى أن الاختيار الصريح من الأطراف، أساسه قاعدة من قواعد الق د خ الموضوعي، وليس قاعدة من قواعد تنازع القوانين، ومن ثم فالإحالة تُعد طريقة من طرق حل تنازع القوانين بين قواعد التنازع نفسها، وليست طريقة لحل التنازع بين قواعد التنازع وقواعد الق د خ الموضوعي، والمنطق يقضي باستبعاد الإحالة في حالة الاختيار الصريح.

أما في حالة عدم وجود هذا الاختيار الصريح فإن الإحالة تكون مقبولة، عند إعمال قاعدة الإسناد التي تقضي بإسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، وهذه القاعدة الأخيرة لا شأن لها بإرادة الأطراف، ومن ثم ينبغي استشارة قواعد الإسناد المعمول بها في قانون الدولة المعمول بها في قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد. فطبيعة قاعدة الإسناد تختلف في حالة الاختيار الصريح عنها في حالة عدم الاختيار، فالإسناد في الحالة الأولى يتم بناءً على قاعدة موضوعية في الق د خ لدولة القاضي، ومن ثم يتم رفض الإحالة، بينما في الحالة الثانية يتم الإسناد بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، ومن ثم تكون الإحالة مقبولة.

بينما ذهب البعض إلى رفض الأخذ بالإحالة عند تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاستثمار بل وفي مجال العقود -بصفة عامة- حيث يتعين لدى هذا الجانب أن يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأوثق صلة بالعقد، وبدون الرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون المحدد عن طريق القاضي، ويؤكد هذا الاتجاه رفضه للإحالة في هذا الفرض بقوله: إن قبول الإحالة سيؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك الذي اعتبره القاضي مرتبطاً بالعلاقة القانونية بأوثق الروابط وثوقاً وواقعية.¹

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 100-101.

ومن جانبنا نميل إلى القول: أن الإحالة مرفوضة في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، وقيام القاضي بتحديد القانون الأوثق صلة به، وعندها يُطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانون الدولة المعنية، وليس قواعد الإسناد. وقد أكدت اتفاقية روما لسنة 1980م، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على رفض الأخذ بالإحالة في مجال الالتزامات التعاقدية، وعند تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وذلك في المادة 15 منها.¹

2- مشكلة تجزئة العقد²: التجزئة ظاهرة تُفيد إخضاع المركز القانوني أو العلاقة القانونية لأكثر من نظام قانوني واحد، وقد رأينا سابقاً أن احترام إرادة المتعاقدين في إسناد عقد الاستثمار لقانون معين، تقتضي لهذه الإرادة بتجزئة العقد، وإسناده لأكثر من نظام قانوني واحد، مادامت عناصر هذا العقد قابلة للانفصال والاستقلال، بإسناد مستقل له صلة بهذا العنصر القابل للانفصال. أما في حالة تصدي القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند غياب إرادة المتعاقدين، وتحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاستثمار، فهل يكون للقاضي المختص هذه الحرية التي سبق و أكدناها -بقيود معينة- للأطراف في حالة اختيارهم للقانون الواجب التطبيق؟ أو بمعنى آخر هل يكون للقاضي تجزئة عناصر العقد وإخضاعها لأكثر من قانون على حسب القانون الأكثر صلة بكل عنصر من عناصر العلاقة العقدية؟

¹ راجع النص باللغة الفرنسية:

Art 15 : « Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ».

² يُقصد بالتجزئة في نطاق العقد، إخضاع العقد الدولي الواحد لأكثر من نظام قانوني واحد، وقد يقوم المشرع بهذه التجزئة وذلك بإسناد بعض جوانب العقد إلى قانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد بمجموعه من حيث الموضوع، كما قد تلجأ المحكمة إلى هذه التجزئة بإسناد جانب واحد أو أكثر من العقد إلى قانون يختلف عن القانون الذي يحكم الجوانب الأخرى منه، كما قد يقوم المتعاقدون بتجزئة قانون العقد، وبالتالي هناك ثلاثة أنواع من تجزئة العقد: تجزئة تشريعية، وتجزئة قضائية وتجزئة تعاقدية. نقلاً عن: عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 149.

وللإجابة عن هذا السؤال نقول: إن الفقهاء الأوروبيين يميلون في هذا المجال إلى ضرورة وحتمية الحفاظ على وحدة العقد، ومن ثم فهم يرفضون الأخذ بالتجزئة في حالة تحديد القاضي للقانون الأوثق صلة بالعقد، وقد تأثر القضاء الأوروبي - بصفة عامة - بهذه الوجهة من النظر، حيث يفترض أن إرادة الأطراف تسعى دائماً إلى إدراك هذه الوحدة، على الأقل ما لم تُصرح بعكس ذلك، وبالتالي فلا يجوز للقاضي أن يُخالف هذا المسعى لإرادة الأطراف، ويقوم هو بالإخلال بوحدة العقد وانسجام عناصره، ويقوم بتجزئة العقد.¹

وعلى الرغم من الاتجاه السابق، فإن القضاء الألماني يميل في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إلى السماح للقاضي بإخضاع كل من الالتزامات المتبادلة التي يفرضها العقد الملزم للجانبين إلى قانون الدولة التي يُنفذ فيها هذا الالتزام، وهو ما يؤدي إلى تجزئة العقد، وإسناده لأكثر من قانون واحد، وقد جاءت المادة 1/28 من القانون الألماني لعام 1986م لتؤكد أن للقاضي تجزئة العقد - على سبيل الاستثناء - حين تقضي الظروف المحيطة بالعلاقة المطروحة هذه التجزئة، وذلك شريطة أن يكون الجانب المستقل بإسناد خاص، قابل للانفصال عن باقي أجزاء العقد، بحيث يكون لهذا الجانب المستقل القدرة على أن يُصبح موضوعاً لحل مستقل للنزاع، يختلف عن الحل المقرر لباقي أجزاء العقد.²

وهذا الحل الذي قرره المشرع الألماني، كانت قد أكدت عليه اتفاقية روما لعام 1980م، وذلك في المادة 1/4 حيث استبعدت الحل القديم الذي كان يأخذ به القضاء الألماني، انطلاقاً من فرضية الأخذ بالإرادة المفترضة للأطراف، والذي كان يقبل التجزئة فيما يتعلق بالالتزامات المتبادلة، حيث لا يُمكن تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية بإجراء التجزئة التي تُحل بالترايط المنطقي ووحدة العقد.

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 103-104.

² وهذا ما يظهر بوضوح في العقود الصناعية المركبة، كعقود إنشاء الجماعات الصناعية، حيث تستوجب مجموعة من الالتزامات والأداءات المتعددة من بناء وبيع وصيانة ونقل للتكنولوجيا... الخ، راجع: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع نفسه، ص 105، هامش 1.

وعلى الرغم من ذلك فقد قبلت الاتفاقية - وإن كان على سبيل الاستثناء- وحصرًا للحالات في أضيق الحدود، إجراء التجزئة من قبل القاضي المختص، وذلك بقولها: "إذا كان جزءًا من العقد يقبل أو يُمكن فصله عن باقي أجزاء العقد الأخرى، وكان هذا الجزء يرتبط بصلة وثيقة مع قانون دولة أخرى، ففي هذه الحالة يُمكن تطبيق قانون هذه الدولة الأخيرة على الجزء الذي يرتبط بها، وذلك على سبيل الاستثناء.¹

ونخلص مما تقدم إلى أنه: من حيث المبدأ يجوز للقاضي المختص عند قيامه بتحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاستثمار، أن يقوم بتجزئة العقد، وإخضاع عناصره المختلفة لأكثر من قانون، بل يتحتم عليه كذلك، كأن يتبين عدم ملاءمة القانون المحدد والأكثر صلة بعقد الاستثمار الدولي، لكي يُطبق على عنصر معين من عناصر الرابطة العقدية، أو تكون التجزئة بهدف إخضاع بعض جوانب العملية العقدية للاختصاص الأمر للقواعد أو القوانين ذات التطبيق الضروري في الدول المرتبطة بالعقد.

وإذا كان للقاضي -على هذا النحو- تحديد القانون الأوثق صلة بعقد الاستثمار، فما الضوابط التي يستطيع الإستعانة بها عند تحديده لهذا القانون؟ بما يؤدي إلى تحقيق الأمان القانوني للمتعاقدين، من خلال المعرفة المسبقة بالقانون الواجب التطبيق على العقد، إن هم تركوا هذا التحديد للقاضي، ويحتمى أيضًا توقعاتهم في هذا الصدد، ويُساعد كذلك على تجنب التحكم، الذي يُمكن أن يتصف به سلوك القاضي المختص، عند تحديده للقانون الأوثق صلة بالعقد،² وهذا ما سنعالجه في العنصر الموالي.

¹ Art.4 « 1-...Toutfois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays ».

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 106-107.

ثانيًا: ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد

في غياب الاختيار -الصريح أو الضمني المؤكد- للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ولجوء القاضي المختص إلى تحديد مركز الثقل في العلاقة العقدية، هناك اتجاهان تبعًا لهما يتم البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد، يتمثل أولهما في وجود بعض التشريعات التي تضع ضوابط إسناد احتياطية *Des rattachements subsidiaires* مرتبة ترتيبًا تنازليًا يُفيد الأولوية، ويستطيع من خلالها القاضي التوصل إلى القانون الأوثق صلة بالعقد، فإذا لم يتوفر أولها يأخذ القاضي بالثاني وهكذا وتُسمى هذه الضوابط أيضًا **بالضوابط الجامدة**، ويتمثل الاتجاه الثاني في ترك تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد، للقاضي المختص، من خلال البحث في طبيعة العقد المعروض أمامه، وعلى حسب ظروف إبرامه، وعناصره المختلفة، فلا تخضع جميع العقود لضابط إسناد واحد محدد سلفًا، وإنما يختلف بحسب طبيعة كل عقد، وفي كل حالة على حدة (وهذا هو مقتضى **إعمال الضوابط المرنة**) عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد، وتعرض لكل من الضوابط الجامدة والمرنة فيما يلي:

1: الضوابط الجامدة: تتمثل الضوابط الجامدة، في إسناد العقد عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف، لضوابط إسناد محددة سلفًا ومعلومة للأطراف، حددها المشرع ورتبها بحيث إذا لم توجد إحداها، انتقل القاضي للضابط الذي يليها... وهكذا. فهي ضوابط يكون الفرض فيها محددًا تحديدًا دقيقًا، والحل أيضًا بحيث لا يملك القاضي أدنى سلطة تقديرية، سواء في تحديد مدى انطباق الضابط أو نوع الحل الذي يترتب على انطباقه.

وقد أخذت العديد من التشريعات بهذه الضوابط، ومنها التي نصت في المادة 18 الفقرة 2 و 3 منه على: "...وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد..."

فبعدما نص المشرع الجزائري في الفقرة 1 من ذات المادة على قانون الإرادة كضابط أصلي يُلزم القاضي بالرجوع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وعبر عليه بالقانون المختار من المتعاقدين، وأقرنه بشرط توافر صلة بينه وبين المتعاقدين أو العقد، كما بينا ذلك سابقاً. يأتي دور الضوابط الاحتياطية، والتي يُرجع إليها في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق على القانون الواجب التطبيق، ويصعب على القاضي التوصل إلى الإرادة الضمنية، وهذه الضوابط جاءت وفق ترتيب يُفيد الأولوية فأمام انعدام الاتفاق يتم الرجوع إلى موطن الأطراف أو جنسيتهم بحسب الأحوال، فإذا لم يتحقق هذا الاتحاد تم الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم فيها إبرام العقد. ونجد تطبيق للقضاء الجزائري في قراره الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 أبريل 1988 في قضية رقم 48455، تنازع القوانين من حيث المكان - عقد أبرم في الخارج - تطبيق قانون مكان العقد - تطبيق صحيح القانون، حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يُبرم فيه العقد، ومن ثم فإن النص على القرار المطعون فيه مخالفة للقانون في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن أبرم العقد مع الشركة الأجنبية في بلدها، فإن قضاة الموضوع بتطبيقهم قانون مكان العقد طبقوا صحيح القانون." وتجدر الإشارة إلى أن هناك من التشريعات من أدرجت ضابط آخر من الضوابط الجمادة، وهو ضابط محل تنفيذ العقد،¹ نذكر منها: الق د خ التركي لعام 1982م في المادة 24، التي تقضي بأنه:

¹ يعد الفقيه الألماني SAVIGNY هو أول من نبه الأذهان إلى أهمية إسناد العقود الدولية إلى قانون محل تنفيذها، على اعتبار أن الآثار الخاصة بالعلاقة التعاقدية تترتب في هذا المكان، وتظهر للعالم الخارجي داخل هذه الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد، وهو الأمر الذي يهم كثيراً الأشخاص المتعاملين مع الأطراف المتعاقدة من الغير، كما تُعد المسائل الخاصة بتنفيذ العقد هي حل هدف العملية التعاقدية، بالإضافة إلى كون قانون محل التنفيذ غالباً ما يكون هو قانون موطن أحد المتعاقدين على الأقل. نقلاً عن: أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولاً و منهجاً"، المرجع السابق، ص 1106.

"إذا لم يوجد اختيار صريح من قبل الأطراف، يسري على الالتزام التعاقدى مكان تنفيذ العقد..."¹

وإن كانت هناك بعض المزايا لتطبيق قانون محل تنفيذ العقود الدولية وبالأخص عقود الاستثمار، عند سكوت الأطراف عن الاختيار، إلا أن هناك بعض المثالب تبدو عندما تتعدد أماكن التنفيذ، ويتعذر تحديد مكان من بينها لاعتماده، وذلك عندما يرد العقد على أدوات من طبيعتها الانتقال والحركة، وعدم التواجد في مكان ثابت، كوسائل النقل، الطائرات، أو السفن، ويصعب تحديد أي قانون من هذه القوانين المتعددة، يُمكن اعتباره مكان تنفيذ العقد الدولي.²

والواقع أن الأخذ بهذه الضوابط الجامدة من شأنه أن يُمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مقدّمًا، الأمر الذي من شأنه أن يُحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم على هذا النحو توقعاتهم المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى.

غير أنه مما يُؤخذ على هذه الضوابط أنها تتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد، وكثيرًا ما لا تُعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يبدو على حد تعبير الأساتذة نشازًا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة.³

ومن جانبنا نرى بأن هذه الضوابط تُشكل عقبة رئيسية في تطوير الحلول، وملاحقة مستجدات الفن القانوني، الذي تفرضه العقود الحديثة التي ظهرت في عصر التكنولوجيا، ومن ثم فهي لا تصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي تتميز بطبيعة خاصة لا تسمح بإدراجها تحت أي من طوائف العقود المسماة.

¹ راجع النص باللغة الفرنسية:

Art.24 « Lorsque les parties n'ont pas fait un choix exprès, l'obligation contractuelle est régie par la loi du lieu d'exécution ... ».

² السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 115.

³ عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 60.

وبصرف النظر عن الضوابط الجامدة، ومدى صلاحية الأخذ بها، ظهرت ضوابط الإسناد المرنة التي يُمكن الاستعانة بها، والتي يُراعى فيها طبيعة العقد محل النزاع، وتعرض لتلك الضوابط فيما يلي:

2- الضوابط المرنة: تسعى هذه الضوابط وعلى عكس الضوابط الجامدة إلى مزيد من المرونة

في الإسناد، وذلك حسب مقتضيات التعاقد ودواعيه في كل حالة على حدا، سعياً وراء إدراك العدالة على نحو أفضل، حيث يقوم القاضي وفقاً لهذه الضوابط بالبحث في كل حالة على حدا عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والذي يُعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تُشير به ظروف التعاقد وملاساته، فالقانون المناسب هو ذلك الذي أشار إليه العقد فعلاً.

وعلى هذا النحو فإن الاتجاه الذي يُنادي بإعمال هذه الضوابط في الإسناد، والذي قاده الأستاذ الفرنسي الراحل باتيفول متأثراً في ذلك بالقضاء الإنجليزي، كما أخذ به القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ اتفاقية روما في فرنسا، قد أراد التوصل إلى إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدا. فقد أسند القضاء الإنجليزي الروابط العقدية الدولية إلى ما أسماه بالقانون الملائم أو الخاص بالعقد *The proper law of contract* والذي يُحدده القاضي في ضوء ظروف التعاقد وملاساته وفقاً لما تُشير به أحداثه المادية.¹

وكان طبيعياً أن يمضي الأستاذ باتيفول في منطقته بشأن تركيز العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث فضل التصدي لتركيز العقد وفقاً لظروف التعاقد وملاساته وهذا التركيز يعني اختيار مقر العقد، وتحديد استناداً إلى ما يحيط به من أحداث خارجية وواقعية، ثم اختيار أحدث هذه الأحداث، وترجيحه على ما عداه من أحداث أخرى، واعتبار أن محل وقوع هذا الحدث، هو مقر العقد.

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 312.

ويتحتم على القاضي عند سكوت الإرادة عن الاختيار أن يُفضل من بين القوانين التي تتزاحم لحكم العقد، والتي تكون على صلة به، ذلك القانون الذي تتوافق نصوصه مع الوسط الاقتصادي للعقد، وهذا هو المقصود بالقانون الملائم للعقد.¹

ولقد ظهرت هذه الفكرة داخل اللائحة التنفيذية الصادرة في 12 مايو 1981م، والتي أُدخلت في التقنين الجديد الخاص بالإجراءات المدنية في فرنسا، وذلك في الكتاب الرابع الخاص بالتحكيم وفيما يخص التحكيم الدولي تقضي المادة 1496 بأن: "يقوم المحكم بحل النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي حالة غياب الاختيار، فوفقاً للقوانين التي يُقدر هو أنها الأكثر ملاءمة".² وعلى الرغم من المزايا الواضحة لهذه النظرية: من تفادي الإسناد الجامد والمحدد سلفاً ومحاولاتها لإدراك العدالة على نحو أفضل، إلا أن خطورتها تكمن في تضحيتها بالأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، والذي تهدف إليه قواعد الق د خ، حيث يتعذر على الأطراف العلم المسبق بما سينتهي إليه القاضي عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك في ضوء الظروف الواقعية، والتي قد يصعب عليهم معرفتها و الإلمام بها، وما عسى أن يستخلصه القاضي منها، ولذا تحولت الأنظار -وبصفة خاصة- بعد دخول اتفاقية روما لعام 1980م حيز النفاذ في أول أبريل 1991م نحو نظرية التركيز الموضوعي للعقد بمقتضى فكرة الأداء المميز، كضابط إسناد مرن، يُمكن أن يحقق للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق على العقد، بمقتضى تحديد الشخص المدين بالأداء الأكثر تميزاً في العقد،³ فما مدى ملاءمة هذه الفكرة لعقود الاستثمار؟ هذا ماسنحاول الإجابة عنه من خلال الفرع الموالي:

¹ H.BATIFFOL :La loi appropriée au contrat, études off, à B.GOLDMAN, Paris éd.LITEC, 1987, p 1.

² راجع النص باللغة الفرنسية:

Art.1496 « L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées ». Cité par H.BATIFFOL :La loi appropriée, op.cit, p1.

³ السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 123-124.

الفرع الثاني

نظرية الأداء المميز وتطبيقاتها على عقود الاستثمار

سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى المقصود بفكرة الأداء المميز، ومن ثم نستعرض تطبيقات هذه الفكرة على بعض نماذج عقود الاستثمار وذلك على النحو التالي:

أولاً: المقصود بفكرة الأداء المميز *La prestation caractéristique*

فكرة الأداء المميز - بصفة عامة - من الأمور التي يصعب أن نضع لها تعريفاً جامعاً مانعاً، أو نُصيغ لها قاعدة تجمع السمات الرئيسية لها، وإنما يتوقف الأمر على تحليل كل عملية تعاقدية للوقوف على طبيعة الأداء المميز أو الأكثر تميزاً فيها،¹ بمعنى أن هذه الفكرة تعني باللجوء عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد إلى تفريد معاملة عقود الاستثمار، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية والفعلية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به، أو تقديمه.

أي أنه عند انتفاء الإرادة يتوجب على القاضي من أجل تحديد القانون الذي يحكم العقد أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية، والتي يُمكن من خلالها أن تُحدد منذ البداية الأداء المميز فيها، أي الالتزام الجوهرية الذي يفرضه العقد.

حيث يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي، والذي يُعد على هذا النحو مركزاً للرابطة العقدية في مجموعها.²

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه ظهرت فكرته أولاً في الفقه و القضاء السويسري، حيث افترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي أو المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 11 ماي 1966 إلى أنه: "وفقاً لقواعد الق د خ، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق

¹ السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص 124.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 199.

على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يُعد أدائه مميزًا في العقد محل النزاع".¹

وقد أخذت بنظرية الأداء المميز اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وذلك في المادة 4 منها التي تنص على أنه: "عند عدم الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا، ويُفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصًا اعتباريًا".²

كما جاءت التشريعات الوطنية المقارنة في إطار العقود الدولية، مؤكدة على الأخذ بنظرية الأداء المميز، وعلى اعتبار القانون الأوثق صلة، هو قانون الدولة التي يتواجد بها محل الإقامة العادية للمدين بالأداء المميز، وذلك في كل مرة يتخلف فيها الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد لقانون العقد، ونذكر من هذه التشريعات: الق د خ السويسري لسنة 1987 وذلك في المادة 117 منه والتي نلمس من خلالها أن القانون السويسري قد أكد موقف قضاائه، حيث تقضي هذه المادة بأنه:

"1- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق، يخضع العقد للقانون الأوثق صلة به. 2- وهذه الصلة يُفترض وجودها في قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز في العقد أو الدولة التي يوجد بها منشأة هذا الأخير فيما لو كان العقد قد أُبرم لممارسة نشاطه المهني أو التجاري". وقد وضع المشرع السويسري بعض الأمثلة التي يتم من خلالها تحديد صاحب الأداء المميز في بعض العقود، حيث أشارت الفقرة 3 من المادة 117، في البند b منها بأنه: "في العقود المنصبة على استعمال شيء أو حق، يكون أداء الطرف الذي يمنح الاستعمال أو المنفعة... هو صاحب الأداء المميز.

¹ راجع الحكم منشور في:

J.D.I, 1970, p 418.

² راجع نص الاتفاقية منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

ومن التشريعات الأخرى التي نصت على هذه النظرية نجد الق د خ النمساوي لعام 1978 في المادة 1/38 منه،¹ والق د خ الألماني لعام 1986 في المادة 28،² وكذلك الق د خ الروماني لعام 1992 في المادة 78/ بند³ b... الخ.

أما عن موقف التشريع الجزائري، فقد اعتمد المشرع في المادة 2/18 و 3 من الق م السابق ذكرها على ضوابط إسناد جامدة، وذلك عند غياب الاختيار للقانون الواجب التطبيق على العقد وبتمتع جيد في هذه الضوابط، نجد أن المشرع قد أغنانا عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فيما لو سكت المتعاقدون عن إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين وتعذر على القضاء استخلاص إرادتهم الضمنية من ظروف وملابسات الحال".

وهذا الموقف من المشرع الجزائري يُخالف ما استقرت عليه الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعات المقارنة الحديثة، ولذا نتساءل هنا عن إمكانية أن يؤدي الاجتهاد في إطار القاعدة الخاصة بالعقود الدولية الواردة في المادة 18 إلى مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها العقود الدولية الحديثة والتي من بينها عقود الاستثمار.

وإن كنا نعتقد هنا أن الأمر يتطلب وضع قواعد إسناد تفريدية عند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود، وعليه يُطرح تساؤل آخر بهذا الخصوص، عن مدى الاستفادة من القانون المقارن في تبني فكرة الأداء المميز، وتطبيق القانون الذي له بالمسألة أكثر

¹ راجع النص باللغة الفرنسية:

Art.33 « 1- Les opérations bancaires sont régies par le droit de L'État dans lequel l'entreprise de crédit a son établissement... »

² إذ تنص هذه المادة على مايلي: "1- عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. 2- ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز في العقد". راجع نص القانون منشور في:

Rev.Crit, 1987, p 171.

³ راجع النص باللغة الفرنسية:

Art.78 « b) La prestation de la partie qui en vertu d'un contrat de louage ou d'autres similaires, met à la disposition d'une personne, pour une durée déterminée, la jouissance d'un bien... ».

الروابط وثوقاً، وهي فكرة تجدر رواجاً في التقنيات المقارنة الحديثة، كما سبق الإشارة إلى ذلك، وحبذا لو أشار المشرع الجزائري على وجه عام إلى فكرة الأداء المميز.

وأمام غياب نص صريح في التشريع الجزائري يُمكن القاضي العمل بهذه النظرية، نرى بأنه بإمكانه الأخذ بما استناداً إلى المادة 23 مكرر 1 من الق م التي تقضي بأنه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

حيث يستطيع القاضي الجزائري الأخذ بها، لكي يُفرد لكل طائفة من العقود إسناداً احتياطياً يتماشى مع طبيعتها، مع اعتبار نص المادة 18 من النصوص العامة، التي يتم الرجوع إليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص يتعلق بالعقد المطروح أمام القضاء.

وهكذا فإن نظرية الأداء المميز في العقد تقوم على تحليل موضوعي بحث للطبيعة الذاتية للعقد وصولاً إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه، حتى يُمكن للقاضي في ضوء ذلك إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام عند التعاقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً بوصفه الحل المفترض لتنفيذ هذا الأداء.¹

غير أنه وإن كان معيار النظام القانوني السائد في موطن المدين بالأداء المميز هو الذي يكشف وفقاً لهذه النظرية عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، وهو ما يُسهل على القاضي مهمته عند التركيز الموضوعي لهذه الرابطة ويُحقق الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، فإنه قد يتبين للقاضي أن ظروف التعاقد وملا باساته تُشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، وهو ما قد ينهار معه أساس الافتراض بأن محل إقامة المدين بالأداء المميز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة.²

¹ وفي هذا الصدد ذهبت إحدى هيئات التحكيم المشكّلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بشأن منازعة بيع منازل سابقة التجهيز بين بائع من تكساس وإحدى الوزارات السورية إلى اختيار قانون ولاية تكساس، ذلك أن الأداء الأساسي والمميز للعقد يتمثل في بيع مواد تتصف أساساً بكونها أمريكية عن طريق شركة في ولاية تكساس بموجب التسليم سيف انطلاقاً من ميناء تكساس والوفاء في الولايات المتحدة الأمريكية. قضية رقم 4338 لسنة 1984، مشار إليها في مؤلف بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 260.

² بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 316.

بمعنى أن هذه النظرية تُجيز للقاضي أن يخرج على هذا الإسناد المسبق القائم على فكرة محل الأداء المميز فيما لو تبين لهذا القاضي من ظروف التعاقد وملابساته أن هناك نظامًا قانونيًا آخر أكثر ارتباطًا بالعقد، باعتباره النظام الذي تُؤدي الرابطة العقدية في إطاره وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية.¹

وهكذا فإنه إذا تبين للقاضي أن محل الأداء المميز لا يُعبر عن أوثق صلة بالعقد جاز له ألا يعتد به كأساس لإسناد الرابطة العقدية، وهو ما يستلزم الرجوع في هذا الفرض الاستثنائي للقانون الأكثر تعبيرًا عن هذه الصلة.

والواقع أن مثل هذه العودة الاستثنائية للمعيار العام لإسناد العقود للقانون الأوثق صلة بها تستلزمها اعتبارات المرونة المتطلبة في الإسناد، إزاء تنوع الروابط العقدية وتعدد صورها في الواقع العملي على نحو يستحيل معه أحيانًا مواجهتها بمعيار محدد مهما كانت درجة مرونته.²

وانطلاقًا مما سبق فإننا نُرجح الأخذ بهذه النظرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت أطراف العقد عن اختيار هذا القانون، وذلك للمزايا العديدة التي تتسم بها هذه النظرية والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وهذا ما سنحاول تبيانه في العنصر الموالي.

¹ فقد نصت اتفاقية روما في المادة 4 منها، وبعد أن قررت إسناد العقد إلى قانون الدولة الأوثق صلة به، على أنه من المفترض أن هذه الدولة هي التي يوجد بها محل إقامة المدين بالأداء المميز فيما لو كان هذا الأداء قابلاً للتحديد. مما يعني أنه في حالة تعذر تحديد الأداء المميز في العقد فيجب على القاضي أن يطبق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وفقًا لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدى.

كما أخذ بذلك أيضًا المشرع الألماني، فبعد أن أقر في المادة 1/28 مبدأ إسناد العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد، فقد أضاف بأنه إذا تعذر تحديد هذا الأداء فلا مجال لإعمال هذه الفقرة، الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى الفقرة الخامسة من ذات المادة التي تقرّر تعطيل الإسناد إلى قانون دولة محل المدين بالأداء المميز فيما لو تبين من الظروف أن العقد يرتبط بأوثق صلة بدولة أخرى.

² بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 317-318. وراجع في نفس السياق: السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 138-139.

ثانياً: تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار

سُحاول من خلال هذا العنصر التطرق إلى تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار، مركزين على عقود التعاون الصناعي و عقود الأشغال الدولية.

1- تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التعاون الصناعي:

يحتل الاستثمار في القطاع الصناعي اليوم مكاناً بارزاً في أولويات الدول المستوردة له، حيث صارت عقود التعاون الصناعي على اختلاف صورها الأداة الهامة لتبادل الأسرار ونقل التكنولوجيا بين مختلف دول العالم، ولاسيما بين الدول المتقدمة صناعياً من ناحية والدول النامية من ناحية أخرى.

ولما كان أحد أطراف تلك العقود هو الدولة والطرف الآخر شخص طبيعي أو اعتباري أجنبي فإن تنازع القوانين لا بد واقع خصوصاً مع تضارب مصالح الأطراف، ومع اختلاف أحكام التشريعات المنظمة لحماية الاختراعات وكيفية استغلالها والحقوق عليها.¹

ومثل غيرها من العقود الدولية، فإن القاعدة العامة بشأن عقود التعاون الصناعي تقتضي بخضوعها لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، وعند تخلف هذه الإرادة فإننا نرى إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره قانون المكان الذي يتجسد فيه الأداء المميز في العقد ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، فضلاً عن كون هذه الدولة هي في الغالب من الدول النامية مما يجعلها في موقف الطرف الضعيف والمستحق للحماية وتشريعاتها في هذا الخصوص تهدف إلى حمايتها اقتصادياً و لا تسمح باستيراد التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية إلا في الحدود التي تُساهم فيها في خطة التنمية وبما لا يمس تشجيع وحماية التكنولوجيا المحلية وبما يحمي الاقتصاد وميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهضة والمقيدة لحرية مُستورد التكنولوجيا والتي يفرضها الطرف الآخر.²

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ص 269-270.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 211.

وهو الحل الذي أخذ به بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا المشرع المصري في المادة 87 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 حيث تنص على أنه: "...2- في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري...."¹.

كما أيدت هذا الحل محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1980 بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية وحكومة تايلاند والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار السيارات في تايلاند، حيث انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون التايلندي بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد، حيث أنها محل تنفيذ المنشآت الصناعية، فالعقد أبرم وتم تنفيذه فيها.²

2- تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود الأشغال الدولية:

يحتوي عقد الأشغال عدة أطراف تكون في الغالب مختلفة الجنسية، فهناك المقاول الأجنبي وهناك المقاولون من الباطن، أو قد يُوزع العمل بين عدة مقاولين أصليين وهناك أيضاً رب العمل. كما أن هذا العقد يتعلق عادة بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، ويكلف مئات الملايين من الدولارات، وتشابك العلاقات الناشئة عنه نظراً لطبيعته الخاصة، إذ يتعلق مثلاً بإنشاء نفق ضخم أو مصانع كبيرة أو مطارات دولية أو محطات لتوليد الكهرباء... الخ. ويتم إبرام هذه العقود عادة بين مقاول أو عدة مقاولين ينتمون إلى دول متقدمة صناعياً واقتصادياً وبين الدولة التي يُقام فيها المشروع وهي غالباً من الدول النامية التي ينقصها التقدم الصناعي، كما تفتقر معظمها إلى التمويل لذلك تلجأ في تمويل هذه المشروعات إلى الدول المتقدمة التي ينتمي إليها المقاول الأصلي.³

لذلك فإن تنفيذ هذه العقود يُثير العديد من المشاكل، مما يتعين معه تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، حيث تخضع هذه العقود لمبدأ استقلال الإرادة في تعيين هذا القانون كقاعدة عامة غير

¹ راجع نص القانون منشور في الجريدة الرسمية المصرية، عدد 19 مكرر، مايو سنة 1999.

² نقلاً عن: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 271.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 327.

أن إغفال بعض هذه العقود عند إبرامها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يوقع هيئات التحكيم في حيرة لتحديد هذا القانون.

ونحن نميل في هذا الصدد إلى ما ذهب إليه الأستاذ بشار محمد الأسعد، في أن الأداء المميز في العقد يتجسد في مكان تنفيذ الأشغال، مما يجعل قانون الدولة الطرف هو الواجب التطبيق على العقد. ومما يفرض هذا الحل هو أن الشخص العام الطرف في العقد غالباً ما يكون خاضعاً لبعض اللوائح والتنظيمات التي تُصدرها الدولة لأشخاصها العامة، وكثيراً ما تمثل تصرفات الدولة وما يصدر عنها من تشريعات قوة القاهرة لبعض العقود، و لا شك أن تأثير هذه التصرفات ومدى إلزاميتها لأشخاص القانون العام في الدولة وتعاقداتها من الأهمية بمكان، الأمر الذي يجعل من قانون الدولة المضيفة هو الأصلح للتطبيق على هذا النوع من العقود.¹

وقد انتهت إحدى هيئات التحكيم المشككة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 18 ديسمبر 1985، بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية والمتعلق بإنشاء خط سكك حديدية وفي غياب شرط القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق القانون الجزائري على العقد، حيث أن العقد يتركز في القانون الجزائري، فقد أُبرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها.²

الفرع الثالث

موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن الاختيار

انتهينا في الفرعين السابقين إلى أنه عند سكوت إرادة الأطراف عن اختيار القانون الحاكم لعقدهم، فإنه يتعين الاستعانة بالمبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في الق د خ، والتي تقضي وفقاً لأحدث الاتجاهات بشأن تنازع القوانين بإخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، والذي يفترض وفقاً لنظرية الأداء المميز، والتي أيدنا إعمالها على عقود الاستثمار .

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 272.

² نقلاً عن: علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 269.

واتضح لنا أن أعمال هذه النظرية على عقود الاستثمار يقود في الغالب إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، حيث يُعتبر هذا القانون الأكثر صلة بهذه الطائفة من العقود على اختلاف نماذجها، إذ أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان وجودًا ماديًا على إقليم الدولة المضيفة فضلًا عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادي في هذه الدولة.

وقد جاء هذا الاتجاه في إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة مراعيًا للطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تتطلب إخضاعها للنظام القانوني الذي يُراعي هذه الخصوصية، وقد تم تكريسه أيضًا في العديد من الاتفاقيات الدولية، ولعل أهمها تلك التي تُخدم دراستنا، والمتمثلة في اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واتفاقية روما 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وفيما يلي نعرض موقف هاتين الاتفاقيتين من القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت إرادة الأطراف عن اختياره.

أولاً: اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى

بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وفي غياب شرط يُحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن سلطة المحكم في تحديد هذا القانون تخضع للجملة الثانية من المادة 1/42 والتي تقضي بأنه:

"...وعند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق".¹ أي أنه يتعين على المحكم عند عدم قيام الأطراف باختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، أن يقوم بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار وكذلك قواعد القانون الدولي.

¹ راجع نص الاتفاقية منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

والواقع أن الإشارة التي أوردتها المادة المشار إليها إلى قواعد القانون الدولي، من الممكن تفسيرها على أنها تُجيز لهيئة التحكيم بحث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي مما يمكن أن يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الوطني وتركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي.

غير أن هذا التفسير لا يُمكن قبوله، حيث أن نص المادة 1/42 لا يُجيز أصلاً تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي، فلا تسمح هذه المادة للمحكم بتأسيس قراره على مبادئ القانون الدولي وحده. فقد انتهت لجنة الطعن الخاصة على الحكم الصادر في قضية Klockner¹ إلى أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتغاضى عن قانون الدولة الطرف عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق و الاقتصار على تطبيق القانون الدولي".

فالإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والطرف في النزاع لم تأت من فراغ، ولم تكن مُطلقة من كل قيد، وإنما جاءت نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد الاستثمار لذلك القانون الذي يُحدد شروط تحديد من هو الأجنبي وما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد.²

وهكذا فإن القانون الوطني للدولة المضيفة يُصبح هو القانون الواجب تطبيقه في غياب شرط اختيار القانون، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي على منازعات الاستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه، وهو ما طبقتة العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز.³

¹ قضية Klockner: هي قضية طرفها كل من حكومة الكاميرون و مجموعة Klockner التي تتمتع الشركة الأم فيها بالجنسية الألمانية، حيث أبرمت معها حكومة الكاميرون مجموعة من العقود المتتالية وذلك بغرض مساعدة الشركة الألمانية لها في إقامة صناعة متقدمة في مجال السماد engrais. لتفاصيل أكثر حول هذه القضية راجع: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 133 ومايليها.

² علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 293-294.

³ ففي قضية Benvenuti and Bonfant ضد الكونغو، طبقت هيئة التحكيم الجملة الثانية من المادة 1/42 نظرًا لغياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وانتهت إلى تطبيق قانون دولة الكونغو فضلاً عن قواعد العدل والإنصاف التي اتفق الأطراف على تطبيقها بعد نشوء النزاع. نقلاً عن: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 332.

ثانياً: اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تُعتبر اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في 19 يونيو 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أبريل عام 1991 بمثابة التقنين الأوروبي للعقود.

وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تنص على استبعاده بنص صريح وباعتبار أن عقود الاستثمار لم تكن من بين العقود التي استبعدتها الاتفاقية في مجال تطبيقها فيمكن القول بمفهوم المخالفة أن الاتفاقية تسري عليها.¹

ولقد تناولت الاتفاقية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند انعدام اختيار الأطراف لهذا القانون في المادة الرابعة منها، حيث يتعين إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ويُفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز في العقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً.

وهو ما يقود في الغالب بالنسبة لعقود الاستثمار إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، حيث يتركز فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي للمدين في عقود الاستثمار على نحو ما أوضحنا بخصوص تطبيق نظرية الأداء المميز على نماذج عقود الاستثمار المختلفة.²

وأكثر من ذلك، فإنه وعلى فرض أن قانون الدولة المضيفة ليس أوثق صلة بالعقد إذا ما تم الأداء الرئيسي في العقد خارج إقليمها - وهو أمر نادر الحدوث - فإنه وفقاً للفقرة الرابعة من المادة الرابعة من الاتفاقية يتم استبعاد تطبيق قانون الأداء المميز على النحو المتقدم، وذلك.... عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد ارتباطه بروابط أكثر وثوقاً مع دولة أخرى".

¹ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 294.

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 277-278.

وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتبار أن عقود الاستثمار غالبًا ما ترتبط بطبيعتها باستغلال الثروات الطبيعية في الدولة، أو إقامة المنشآت الصناعية في إقليمها، أو نقل التكنولوجيا إليها، أو إقامة مشروعات البنية الأساسية فيها...، وتفوق قوة هذه الروابط وثوقًا أية رابطة أخرى تقوم مع دولة المستثمر الأجنبي.¹

ويتضح مما تقدم أن أعمال القواعد التي أوردتها كل من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 واتفاقية روما لسنة 1980 من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عند سكوت إرادة الأطراف عن الاختيار تُكرس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، حيث يتركز فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي للمدين في عقود الاستثمار.

ومن خلال ما تقدم ذكره حول "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية قواعد الإسناد" اتضح لنا أن جل التشريعات الحديثة جرت على تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الاستثمار، على اعتبار أن هذا الأخير يُعتبر من العقود الدولية، ولا يؤثر وجود الدولة كطرف في العقد في خضوعه لقاعدة قانون الإرادة، إلا أن إرادة الأطراف هنا ليست طليقة في هذا الاختيار، وإنما هي مقيدة بالدور الذي حدده لها المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد.

إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار أدت إلى تباين الاتجاهات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديده، بين اتجاه يُنادي بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، واتجاه يتمسك بضرورة إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، واتجاه آخر وهو الذي رجحناه يُنادي بضرورة الرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في الق د خ.

ورغم أن منهج قواعد الإسناد هو المنهج التقليدي المتبع لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار، إلا أنه لم يعد المنهج الوحيد نظرًا للقصور الذي شابه

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 334.

من نواحٍ عدة كما سنأتي على ذكر ذلك، فهو لم يعد يتماشى مع الحركية الخاصة الدولية ومعطيات المعاملات ذات الطابع الدولي.

وأمام القصور الذي مس منهج قاعدة الإسناد، ظهر اتجاه يدعو إلى البحث عن مناهج بديلة لحل مشكلات تنازع القوانين، ويرى هذا الاتجاه أن أفضل السبل لتلافي ذلك القصور هو اللجوء إلى المنهج الموضوعي لحل هذه المشكلات، وهذا ما سنبحثه في الباب الثاني من هذه الدراسة، مسلطين الضوء بداءةً على أزمة منهج قاعدة الإسناد، ومن ثم تحديد ماهية القواعد الموضوعية، وكيفية إعمالها في منازعات عقود الاستثمار، ومن ثم ندرس مدى إمكانية تكامل وتعايش المنهجين في حسم هذه المنازعات دون التخلي عن أي منهما.

الباب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على

عقود الاستثمار في ظل آية

القواعد الموضوعية

بحثنا في الباب السابق مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية قواعد الإسناد (قواعد التنازع) وتوصلنا إلى أن منهج قواعد الإسناد هو المنهج التقليدي المتبع لحل مشكلات تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، إلا أنه لم يعد المنهج الوحيد نظرًا للقصور الذي شابهه من نواحٍ عدة، فلم يعد متمشيًا مع متطلبات ومعطيات المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، هذا الأمر أدى إلى ظهور اتجاهات حديثة تُنادي بإيجاد قواعد موضوعية مباشرة تتلاءم ومتطلبات هذه المعاملات التي تتم عبر الحدود لتُعالج مشكلات العلاقات الخاصة الدولية.

وقد ارتبط منهج القواعد الموضوعية ارتباطًا وثيقًا بالعقود الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار، لذلك سنبحث من خلال هذا الباب مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل هذا المنهج، مركزين بداية على الإطار النظري للقواعد الموضوعية، ومن ثم نتطرق إلى دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، حتى نستخلص في الأخير أيهما أصلح للتطبيق على هاته الطائفة من العقود (القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد) أم أن الأمر يستدعي التكامل والتعايش بينهما دون إقصاء أي منهما؟

ويكون ذلك من خلال التطرق إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص

كان منهج النزاع حتى وقت المنهج السائد لحل مختلف المشاكل الناشئة عن العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي، غير أنه ونتيجة لتطور العقود الدولية، وتنوع أنماطها في النصف الثاني من القرن العشرين، بات من المؤكد البحث عن قواعد موضوعية تتلاءم مع طبيعة ومقتضيات هذه العقود وتُلبي احتياجاتها بعيداً عن منهج الإسناد التقليدي.¹

وقد ظهر منهج القواعد الموضوعية كنتيجة حتمية لما عُرف بأزمة منهج النزاع، التي كان مردها الانتقادات التي وُجّهت لهذا الأخير، باعتباره منهجاً غريباً يفتقد للحلول الدولية،² لذلك سنتطرق من خلال هذا الفصل للإطار النظري للقواعد الموضوعية، مسلطين الضوء على أزمة منهج قواعد الإسناد، ومن ثم نتطرق لمصادر القواعد الموضوعية، وذلك من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الحاجة إلى القواعد الموضوعية في ظل أزمة منهج قواعد الإسناد

المبحث الثاني: مصادر القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية

¹ فقواعد الإسناد التي يقوم عليها هذا المنهج صُممت من أجل مواجهة النزاع الدولي للقوانين، أي النزاع بين قوانين الدول فقط، كما أنها قامت -من حيث المضمون- على فكرتين تتمحور كل منهما حول الدولة وهما: إقليم الدولة (قانون الموقع، قانون المقر، قانون مكان التنفيذ، قانون بلد الإبرام، قانون الموطن) و شعب الدولة (قانون الجنسية)، وهاتان الفكرتان تتران بأزمة حقيقية في إطار النزاع الكوني للقوانين، فمن ناحية أولى، لم تعد العلاقات القانونية المطروحة الآن يُمكن تركيزها بسهولة داخل "إقليم الدولة"، فالسمة التي امتازت بها العلاقات القانونية بعد الحدثة أنها علاقات كونية (غير إقليمية)، تتخطى النظام القانوني المتمركز حول الدولة، وعلى ذلك فلا يُمكن توطينها في إقليم دولة ما، ومنها على سبيل المثال علاقات التجارة الإلكترونية، منازعات الاستثمار، والشركات المتعددة الجنسيات. ومن ناحية أخرى، فإن فكرة الإسناد المبني على شعب الدولة (الجنسية)، أصبحت تمر بأزمة حقيقية في ظل تعدد الكيانات التي ينتمي إليها الإنسان ما بعد الحدثة، خاصة مع ظهور الكيانات فوق وطنية كالاتحاد الأوروبي مثلاً، والذي أصبح يرتبط به المواطن في الدول الأعضاء ارتباطاً مباشراً، متخطياً بذلك دولته التي ينتمي إليها، وهو ما يُعطي للمواطن في الدول الأعضاء بُعداً آخرًا للانتماء إلى أوروبا ككيان فوق الدولة. وفي كل هذا تبدو الحاجة ملحة لقواعد موضوعية تنطبق مباشرة على نزاعات العلاقات الخاصة الدولية مواجهة بذلك أزمة منهج النزاع. نقلاً عن: حسام أسامة شعبان، النزاع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحدثة (نحو نهاية منهج النزاع السافيني)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص ص 95-96.

² جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017/2018، ص 154.

المبحث الأول

الحاجة إلى القواعد الموضوعية في ظل أزمة منهج قواعد الإسناد

نتيجة للتطور الذي اتسمت به العلاقات التجارية الدولية وما أصابها من تغيير، خصوصاً من حيث تنوع أنماط العقود الدولية كما سبق الإشارة إليه، لم يعد برأي البعض بمقدور قواعد التنازع أن تتماشى مع هذا التطور.¹

فأصبح من الضرورة بمكان البحث عن قواعد موضوعية تُسائر التطور الذي لحق بالعقود الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، من هذا المنطلق ارتأينا أن نُسلط الضوء على أزمة قواعد الإسناد كمنهج للتطبيق على عقود الاستثمار (المطلب الأول) ومن ثم التطرق لماهية القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أزمة قواعد الإسناد كمنهج للتطبيق على عقود الاستثمار

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي تلعبه قاعدة الإسناد في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، وفي منازعات عقود الاستثمار بصفة خاصة، إذ تُعد مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبياً، ولم يُلفت النظر إليها إلا منذ فترة ليست بالبعيدة، حيث لم يكن قبل ذلك جدال في هيمنة قاعدة الإسناد في تحقيق حلول للمشاكل التي تُثيرها هذه العقود.² ومما لاشك فيه أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة الدولية، وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، وإبرام الاتفاقيات الخاصة والاتفاق فيها صراحةً على تحديد القانون الواجب التطبيق

¹ بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، 2017، ص 335.

² محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 63.

على النزاع المزمع وقوعه دون المرور بقواعد الإسناد، قد أفقد هذه الأخيرة دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة.¹

وعن الأسباب التي زادت في عزلة قواعد الإسناد، فهي تتمثل في مجموعة الانتقادات الموجهة إليها، والتي من أهمها أن: قاعدة الإسناد أداة فنية بالغة التعقيد (الفرع الأول)، قاعدة الإسناد تُحقق العدالة الشكلية لا الموضوعية (الفرع الثاني)، قاعدة الإسناد تفتقد للأمن القانوني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

قاعدة الإسناد أداة فنية بالغة التعقيد

إن الهدف التقليدي لتنازع القوانين كما تصوره سافيني، والمتمثل في وجوب تسوية النزاع من خلال تطبيق القانون ذاته أيًا كانت المحكمة التي تنظر في النزاع يبقى هدفًا خياليًا على النطاق الواسع، يقوم على فكرة فلسفية أكثر من التقييم الواقعي للحالة، فضلاً عن استخدام الفقه تعابير ونظريات يجدها جانب آخر صعبة وغامضة، كنظرية المسألة الأولية ونظرية صراع النظم ونظرية تجزئة العقد، مما يجعل من منهج التنازع صعبًا على القضاة كيف بالأفراد!²

وفي هذا الصدد إن أهم أوجه النقد التي وُجّهت إلى النظرية التقليدية، هي اعتمادها على أداة فنية بالغة التعقيد، هي قاعدة الإسناد التي يقتضي إعمالها، دقة وفهم عميق لمنهج التنازع، وهو ما قد لا يدركه غير الصفوة من المتخصصين.³

إذ تتنوع القواعد المطبقة والتفسيرات المختلفة التي تُعطيها كل دولة لقواعد الق د خ، ولنظرية تنازع القوانين بما فيها قواعد الإسناد والإحالة، كما أن إعمال هذا المنهج يستلزم من القاضي القيام

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 64.

² بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 336.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 149.

بمجموعة من العمليات الفنية قبل الوصول إلى ما يبتغيه ويحدد القانون الواجب التطبيق، منها مثلاً: تفسير ضابط الإسناد، التكييف القانوني للمسألة محل النزاع، تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق في القانون الذي تم اختياره، القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد، ناهيك بعد ذلك عن احتمال عدم التوصل إلى الكشف عن مضمون تلك القواعد.. إلخ.¹

فضلاً عن أن تنوع القواعد العملية والفنية المتعلقة بالتجارة الدولية في مختلف القوانين الوطنية يُفاقم النزاع بسبب اختلاف تقييم وتحديد الوسائل والمعطيات الفنية للعمليات الاقتصادية الدولية.² وقد غالى البعض في التعبير عن هذا المعنى إلى حد تشبيه نظرية النزاع بـ"المستنقع الكئيب الذي يسكنه أساتذة وعلماء غريبو الأطوار يتصدون لموضوعات غامضة بلُغَةً غير مألوفة يصعب على غيرهم فهمها".³

الفرع الثاني

قاعدة الإسناد تُحقق العدالة الشكلية لا العدالة الموضوعية

إن العدالة التي تستهدفها قواعد الإسناد ليست عدالة موضوعية، فهي لا تسعى للحل العادل للنزاع المطروح على القاضي، وإنما هي تكتفي بالاختيار العادل أو المناسب للقانون الواجب التطبيق مراعيةً في هذا الاختيار طبيعة المسألة المطروحة ودرجة الصلة التي تربطها بالنظم القانونية التي سيحري هذا الاختيار من بينها.⁴

¹ بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 336-337.

² بلال عدلان بدر، المرجع نفسه، ص 339.

³ نقلاً عن: بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد، نشرة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بسطيف، الجزائر، مارس 2007، عدد 5، ص 56.

⁴ بلال عدلان بدر، المرجع السابق، ص 340.

تؤدي وظيفتها، برأي البعض في اختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية وهي معصوبة العينين، كونها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمونه وآثار تطبيقه على النزاع ودون اهتمام بالأهداف السياسية والاقتصادية التي يسعى مُشرعها إلى تحقيقها، وهو ما يُناهض الإدراك المتطلب للعدالة الموضوعية في ضوء ظروف وملاسات النزاع، اكتفاءً بتحقيق مجرد العدالة الشكلية التي تؤدي إليها قواعد الإسناد ذات الأعمال الآلي والتي تكفي بإسناد العلاقة القانونية، مجردة عن ظروفها الواقعية الملازمة، إلى القانون الإقليمي الذي حدده المشرع بصفة مسبقة.¹

الفرع الثالث

قاعدة الإسناد تفتقد للأمن القانوني

لا يقتصر الانتقاد الموجه لمنهج قاعدة الإسناد على ماسبق ذكره، بل يتعداه ليشمل عدم قدرة هذا المنهج على تحقيق الأمان القانوني المتطلب لأطراف النزاع الخاص الدولي، فقاعدة الإسناد غير قادرة على تمكين المتعاقدين من معرفة الحلول الممكنة تطبيقها على نزاعاتهم، بحيث يظلون على جهل بهاته الحلول حتى يُعرض النزاع على القاضي، ويقوم بتطبيق قاعدة الإسناد المختصة في قانونه الوطني، وبهذا يُصبح هذا المنهج وسيلة تحكيمية بيد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة.²

لأنه عادة ما يتم تطبيق وتفعيل قواعد الإسناد فقط بمعرفة المحاكم، ولذلك فهي لاتساعد أبداً على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة الحلول المباشرة التي يمكن أن تُطبق قبل الدخول في نزاع ما

¹ بلال عدلان بدر، المرجع السابق، ص 340.

² محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 79-80. وراجع في نفس السياق: بلعامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد، المرجع السابق، ص 56؛ بلال عدلان بدر، المرجع السابق، ص 345.

ذلك أنه غالبًا ما يرغب التجار والشركات في معرفة الحلول القانونية التي يُمكن أن تُطبق على أعمالهم منعا للمفاجآت الغير مستحبة، وقاعدة الإسناد لا تُساهم في خلق هذه البيئة المطلوبة.¹

ولهذا لم يكن غريبًا أن يُؤكد الفقه على أهمية القواعد الموضوعية الموحدة التي تتولى التنظيم المباشر لروابط التجارة الدولية، وحرص الدول على الإنضمام إلى المعاهدات الدولية التي تُعنى بهذا الجانب على نحو يستبعد بصفة آلية قواعد الإسناد لانتفاء المصلحة في البحث عن القانون الواجب التطبيق.

ولاشك أن الاحترام المتطلب لتوقعات الأطراف وتحقيق اليقين القانوني يُعد من أهم أهداف الق د خ المعاصر،² لذلك يعتقد البعض بأن منهج التنازع وما ينطوي عليه من مخاطر يجب أن يختفي على اعتبار أن اللجوء إلى القواعد الموضوعية أصبح الطريقة المثلى للقضاء على مشاكل التجارة الدولية.³

وعليه يتبادر في الأذهان عدة تساؤلات حول: المقصود بهذه القواعد، خصائصها التي تُميزها عن قواعد الإسناد، عوامل ظهورها وانتشارها؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

مفهوم القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية

شغلت مشكلة تعدد مناهج تنازع القوانين أذهان فقه الق د خ، وراودتهم آمالهم بلوغ نتيجة حاسمة بشأنها، منذ فترة قصيرة لا تزيد عن الأربعين عامًا بعد أن كانوا مستبشرين قبل ذلك كل منازع لهيمنة منهج قواعد الإسناد، لكن سُرعان ما تغير الأمر نتيجة تضافر عدة عوامل إنسانية ودولية

¹ محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 66.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة سنة 2001، المرجع السابق، ص 334.

³ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 80.

وقانونية ومنهجية، وما أثاره الفقه من عيوب وآفات شديدة تشوب هذا المنهج والتي سبق وأشرنا إليها، أحدثت انقلاباً عليه في علم الق د خ شبيهاً بالثورة الأمريكية التي امتدت شرارتها إلى أوروبا وأرجائها المعمورة.¹

ولما كان المجتمع الدولي له ظروفه ومعطياته الذاتية ومشكلاته الخاصة تُميزه عن المجتمع الداخلي فإن ذلك يقتضي وجود قواعد موضوعية مباشرة تتلاءم ومتطلبات المعاملات التي تتم عبر الحدود لتُعالج مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، وتنسجم مع معطياتها وخصائصها الذاتية بعد أن ثبت عدم ملاءمة القواعد الوطنية، وبعد أن أصبحت العقود الدولية هي الأداة الوحيدة لتبادل الثروات عبر الحدود وتنوعت أنماطها وتعقد تركيبها بصورة لم تعرف لها القوانين الوطنية مثيلاً.²

ووجود هذه القواعد يقتضي منا التطرق للمقصود بها (الفرع الأول) كما يساعد بيان خصائصها مقارنة بقواعد الإسناد (الفرع الثاني) على إيضاح سمات هذه القواعد، والتي تعكس الطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية والتطورات التي حصلت في مجالها، ثم إن ظهورها وانتشارها ارتبط بعدة عوامل (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص

القواعد الموضوعية في مجموعها لها تسميات عديدة في نظر الفقه، فيُطلق عليها بالقانون عبر الدول، والقانون اللاوطني، والقانون فوق وطني، والقانون التجاري بين الشعوب، والقانون الموضوعي

¹ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، المرجع السابق، ص 170.

² محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه، ص 171.

للتجارة الدولية، والقواعد الموضوعية عبر الدولية،¹ وعلى قدر تعدد التسميات تعددت معها التعاريف الموجهة للقواعد المعنية، وفيما يلي عرض لأهم التعاريف التي قيلت في شأنها من قبل الفقه:

عرفها جانب من الفقه بأنها "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتُقدم تنظيمًا قانونيًا وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقلًا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة".²

ويتبين من هذا التعريف أنه يركز على هدف هذه القواعد في تقديم الحل الذاتي والمباشر للنزاع ذات الطابع الدولي، مما يُعطي لهذه القواعد ذاتيتها واستقلالها، واختلافها عن قواعد الإسناد غير المباشرة، فضلاً عن أنه يبين أن مصادر هذه القواعد متعددة دون بيان ماهيتها.

والقواعد الموضوعية من وجهة نظر فقيه آخر هي "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتُعطي حلاً مباشراً يُنهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي". فمنهج القواعد الموضوعية وفقاً لهذا الجانب من الفقه، الطريقة أو الوسيلة التي تظم مجموعة تلك القواعد بخصائصها ومصادرها المتعددة وحالات تطبيقها المختلفة.³

كما عرّف البعض الآخر القواعد الموضوعية بشكل عام بأنها "مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية أو الدولية" بيد أن هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا ما أُضيف إليه ما يُضيق من مفهومه الواسع، كأن يتعلق الأمر فقط بالقواعد الموضوعية التي تحكم العقود الدولية، مما يؤدي إلى تخصيص مدلولها السابق فتعني حينئذ مجموعة القواعد القانونية التي توضع حلولاً موضوعية للمشاكل التي تواجه العقود الدولية.⁴

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 163.

² أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصلاً و منهجاً"، المرجع السابق، ص 267.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 164.

⁴ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 41.

وعرف الفقيه Goldman القواعد الموضوعية بأنها "مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستمدة من كل المصادر التي تُغذي باستمرار وتواصل تغذية البناء القانوني وسير جماعة العاملين في التجارة الدولية".¹

ويتضح من هذا التعريف أنه يُركز على مصادر القواعد الموضوعية وليس تعريفها، فالقواعد التي تدخل فيه هي المكونة للقانون التجاري الدولي، ولهذا فهي تشمل المبادئ العامة للقانون والنظم العابرة للدول وغيرها، إذ أن العلاقات الاقتصادية الدولية من الممكن أن تكون محكومة بمجموعة من القواعد المحددة بما فيها الأعراف العابرة للدول، والمبادئ العامة للقانون والعادات العامة والثابتة في التجارة الدولية.

في حين يُفضل البعض تعريف هذه القواعد بأنها "تلك القواعد التي تضع حلاً موضوعياً للعلاقات الخاصة الدولية تحديداً دون أن تختلط بالقواعد التي تحكم العلاقات الوطنية المطبقة من خلال منهج التنازع أو بتلك التي تتقرر لحماية المصالح الوطنية الحيوية، بغض النظر عن طبيعة العلاقة محل التنظيم وإن استند تطبيقها على قاعدة من قواعد تنازع القوانين".²

ويتضح من هذا التعريف أنه قد بين هدف هذه القواعد في إيجاد الحل الموضوعي المتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية، مفرقاً إياها عن القواعد الموضوعية للقانون الداخلي التي تُطبق بموجب قاعدة الإسناد، ويتبين من هذا التعريف كذلك أنه أوضح جانباً من جوانب التكامل بين هذا المنهج ومنهج قاعدة الإسناد من خلال إمكانية استعانة هذا المنهج بقواعد الإسناد.

¹ Goldman Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux réalité et perspectives, clunet, 1973, p487.

² أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص 9.

وعلى الرغم من تعدد التعريفات التي وضعها الفقه لهذه القواعد علاوة على اختلافها وتنوعها في الشكل والعناصر الخاصة بها، فإنها ذات مضمون واحد مفاده أن القواعد الموضوعية هي التي تُعطي مباشرةً الحل واجب التطبيق في موضوع النزاع.¹

الفرع الثاني

خصائص القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص

بعد تطرقنا للمقصود بالقواعد الموضوعية، اتضح لنا بعض الخصائص التي تُميز هذه الأخيرة عن قواعد الإسناد، وهذه الخصائص تُمثل الجانب الإيجابي للمنهج الموضوعي، الذي ظهر كما أسلفنا الذكر نتيجة الجانب السلبي لمنهج الإسناد، وخصائص المنهج الموضوعي تعكس آلية هذا المنهج في حل مشكلات العلاقات الخاصة الدولية، فهي قواعد مباشرة تضع الحلول بشكل مباشر للعلاقة محل النزاع ودون وسيط (أولاً)، كما أنها تأخذ بعين الاعتبار خصوصية العلاقة الدولية (ثانياً)، ثم إنها قواعد طائفية ونوعية (ثالثاً) وتلقائية النشأة (رابعاً)، وهي قواعد ذات وظيفة علاجية ووقائية في نفس الوقت (خامساً).

أولاً: القواعد الموضوعية قواعد مباشرة

توصف القواعد الموضوعية بأنها قواعد مباشرة كونها تعطي حلولاً مباشرة للنزاع المعروض من دون الإسناد لقانون معين، مستبعدة بذلك الوساطة التي يُمكن أن تنشأ بين القاضي والقانون الواجب التطبيق، حيث أن هذا الأخير يُصبح في متناوله مباشرة وبالتالي يسهل تطبيقها والعلم بها سلفاً، مما

¹ عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، عدد2، 2016، ص 244.

يصون توقعات الأطراف قبل ما يُقبلون عليه في تعاقداتهم، على اعتبار أن الاحترام المتطلب لتوقعاتهم يُعتبر من أهم أهداف القواعد المعاصرة.¹

وخاصية التطبيق المباشر هي التي تعطي لمنهج القواعد الموضوعية الاستقلالية والذاتية لتمييزه عن منهج قواعد الإسناد، والفقهاء الذي تناول هذه الخصلة قد أشار إلى أن الأسلوب المباشر لهذه القواعد يجعلها تنطبق بشكل مستقل ومباشر وبعيداً عن قاعدة الإسناد ودون وساطتها، إلا أنه وكما سيتبين لنا أن الصفة المباشرة للقواعد الموضوعية لا تنفي اعتماد هذه القواعد على منهج إسناد فهي إن لم تنطبق بالاستناد إلى منهج قاعدة الإسناد، فإن هذه القواعد تحتاج هذا المنهج في إكمال النقص والقصور في القواعد الموضوعية، وذلك في البحث عن القانون الداخلي الذي يُكمل هذا النقص، وهذا القانون يتم التعرف عليه بمقتضى منهج قاعدة الإسناد،² وهذا الأمر يعكس جوانب التكامل بين المنهجين كما سنوضحه في عنصر لاحق من هذه الدراسة.

ثانياً: القواعد الموضوعية قواعد دولية

تتميز هذه القواعد بالعالمية والدولية كونها موجودة أصلاً في النظم القانونية الداخلية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات تطبيق عالمي، ووضعت خصيصاً لتحكم العلاقات التجارية الدولية وتلائم معها، ولأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية، مادام الطابع التعاقدية لهذه العلاقات دولياً، بل أبعد من ذلك

¹ دربة أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2017، ص 176-177. وراجع في نفس السياق: كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 240؛ جندولي فاطمة الزهراء، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 164-165؛ عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص 245.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 170.

حتى ولو كانت أحد أطرافها الدولة أو أحد أشخاص القانون الدولي العام،¹ كما هو الشأن في عقود الاستثمار.

فالقواعد الموضوعية تسري على المعاملات ذات الصفة الدولية، وهذه المعاملات موجهة لأن تتخطى حدود الدولة لتتركز آثارها في دولة أخرى، ومن البديهي أن التعامل الذي يتركز في ذات الدولة، ويُنْتَج آثاره فيها من كل وجه لا يدخل في هذا النطاق، فالأمر يتعلق بالنشاط أو المبادلات عبر الحدود ومتصلة بمصالح آخرين في بلاد أخرى، وتُعنى الاتفاقيات بتحديد معايير الدولية هذه.²

كما أن القواعد الموضوعية تم صياغتها لمواجهة مواقف وظروف واقعية تنسجم مع العلاقة ذات الطابع الدولي وحاجة العقود الدولية إلى السرعة والأمان وتوقع الحلول،³ ويترتب على اتصاف القواعد الموضوعية بالدولية النتائج التالية:⁴

- أنها تُحقق مرونة أكثر في المسائل الدولية وتنطلق هذه الروح الدولية للقواعد الموضوعية ليس من مصلحة العلاقات الدولية وازدهارها فحسب، بل من مصلحة الدولة كذلك، إذ أن الدولة التي لا تُراعي أي قدر للعلاقات الخاصة الدولية، يُحجم الأجانب عن التعامل مع رعاياها، ومن ثم يقود بالنهاية إلى عزلة اقتصادية لتلك الدولة، فالواقع يُؤكد تلازم مصالح التجارة الدولية وضرورتها، مع مصلحة الدولة ذاتها.

¹ درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 178. وراجع أيضاً: محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 92؛ ولفس المؤلف، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 28-29.

² حيث انصرفت الجهود الدولية إلى هذا التنظيم فعقدت الكثير من الاتفاقيات منها: اتفاقيات البيع الدولي للبضائع لعام 1980 و 1994 والنقل الدولي كاتفاقيات بروكسل للنقل البحري لعام 1924 و 1926 و 1952 والأوراق التجارية كمعاهدي جنيف لسنتي 1930 و 1931 بشأن الكمبيالة والسند لأمر وتوحيد أحكام الصك. أشار إليها: عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص 245.

³ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص ص 10-11.

⁴ راجع في هذه النتائج: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 173.

- إن القواعد الموضوعية و على وجه الخصوص التي تجدد مصدرها في الاتفاقيات الدولية، تضع ضوابط للدولية لا تتوقف على جنسية الأطراف لأجل تطبيقها،¹ حتى لو كانوا من رعايا دول غير متعاقدة، مادامت القواعد الموضوعية محل التوحيد قد استوفت شروط تطبيقها المحددة.
- سهولة معرفة الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية التي تُشكل أحد مصادر القانون الموضوعي من جانب أفراد الدول المتعاقدة وقضاء هذه الدول، ومعرفة هذه القواعد من قبل الأطراف تبث فيهم الاطمئنان ومن ثم تنزع شكوكهم في ثبات تلك القواعد التي تحكمها ومنعهم من العبث بها.²
- إن توحيد القواعد الموضوعية الاتفاقية دون قواعد الإسناد، لا ينفي أن تتضمن هذه القواعد الموضوعية بعض قواعد الإسناد، وذلك نظرًا لصعوبة الاتفاق على بعض القواعد الموضوعية والاختلافات بين الدول بشأن تكييفها، فيقتضي الأمر تضمينها بعض قواعد الإسناد لصعوبة التوصل إلى حل موضوعي موحد بشأنها،³ وهذا لا يؤثر في السمة الدولية للاتفاقية، فالمزج بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد أمر واقع بين المنهجين، وهو يعكس جانبًا من جوانب التكامل بينهما.

¹ وفي هذا الصدد نصت المادة 3/1 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 على أنه: "لا تُؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف... في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية" راجع نصوص هذه الاتفاقية متاحة بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>

كما نصت المادة 3/1 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية على أنه: "لا تُؤخذ جنسية الأطراف.. في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية". وهذه الاتفاقية متاحة أيضًا بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

www.uncitral.org>06-57450_Ebook

² فالسرعة والأمان وتوقع الحلول، تُعد من أهم متطلبات العلاقات التجارية الدولية المعقدة والمتشابكة والتي تزداد فيها أهمية اليقين القانوني. نقلًا عن:

خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 174.

³ كالمادة 1/1/أ، من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 المشار إليها سابقًا.

ثالثاً: القواعد الموضوعية قواعد طائفية ونوعية

تُوصف القواعد الموضوعية بأنها قواعد طائفية ونوعية،¹ فهي طائفية لأنها تُخاطب طائفة معينة من الأفراد هم المتعاملون في مجال التجارة الدولية، وهي قواعد نوعية لأنها تضع حلاً لنوع معين من المشكلات وهي تلك الناشئة في الأوساط التجارية الدولية،² وطائفية هذه القواعد تظهر كذلك إزاء الموضوعات التي تتولى تنظيمها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية لكل نوعٍ من أنواع التجارة فإن هناك أنواعاً أكثر تفصيلاً في تنظيم جنس هذا النوع، إذ في مجال التجارة الواحدة هناك قواعد خاصة بتجارة الصوف والحزير، وتقنيات السلوك في مجال نقل التكنولوجيا، يُضاف إلى ماسبق، القواعد الموضوعية التي وضعتها الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية بكل مهنة.³

رابعاً: القواعد الموضوعية قواعد تلقائية النشأة

تتميز القواعد الموضوعية بكونها قواعد تلقائية النشأة، فهي تُعد ذات نمو تلقائي من حيث الصدور والتطبيق، فهي تلقائية من حيث الصدور لكونها خرجت من مجتمع معين وفق شروط معينة دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القانون،⁴ وهي تلقائية من حيث التطبيق لأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة حيث يكفل ذلك وفاء المتعاملين بها وكذلك ملاءمتها للنزاعات في نطاق التجارة الدولية، وهو قول لا ينطبق طبعاً على القواعد ذات المصدر التشريعي الداخلي أو الاتفاقي الدولي.⁵

¹ عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص 245.

² محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007، ص 64.

³ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 14.

⁴ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، المركز الجامعي أكلي محمد أولحاج، البويرة، عدد 5، 2008، ص 175.

⁵ بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 475. وراجع في نفس السياق: كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 238.

خامسًا: القواعد الموضوعية قواعد ذات وظيفة علاجية ووقائية في نفس الوقت

لقد أصبح الق د خ يلعب دورًا مهمًا من خلال القواعد الموضوعية كوسيلة تنظيم مباشرة تستجيب لمبادئ وأهداف التعاملات الخاصة ذات الطابع الدولي، بحيث تتلافى تعقيدات منهج النزاع المجهول النتائج، والذي من أهم خصائصه أنه منهج بعدي، أي يُلجأ إليه بعد نشوء النزاع بخلاف منهج القواعد الموضوعية الذي يُعد بمثابة وجهين لعملة واحدة، هما الوقاية والعلاج.¹

فمن حيث كون القواعد الموضوعية ذات وظيفة وقائية، فذلك راجع إلى أنها تمنع نشوء النزاع ومشكل النزاع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، فيُستعان بها في المرحلة الأولى لنشوء النزاع، كما أنها تُساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود، وهو ما يُقلل -إلى حد كبير- من فرضية نشوء النزاع في المستقبل.

أما الوظيفة العلاجية فتأتي في مرحلة تالية لوقوع النزاع، إذ تُساعد الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ للالتزامات التعاقدية، وذلك عن طريق اللجوء للقضاء الذي يُفضي إلى حكم ملزم في النزاع، فيُعطي حلاً مباشرًا يُنهي به النزاع، وحتى في هذه المرحلة فالقواعد الموضوعية قد تدفع المحكوم عليه لتنفيذ الحكم إجباريًا دون الأمر بالتنفيذ، وذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي.²

الفرع الثالث

معطيات وجود القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية

إذا كانت أزمة منهج تنازع القوانين التي تطرقنا إليها في المطلب الأول من هذا المبحث، من بين العوامل القريبة التي أدت إلى ظهور القواعد الموضوعية كمنهج آخر في تنظيم العلاقات الخاصة

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 31.

² محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 92

الدولية، فإن هناك عوامل أخرى بعيدة تفاعلت فيما بينها لتؤدي إلى ظهورها وانتشارها، وتمثل هذه العوامل بداية في: الاعترافات الاجتماعية (ثانيًا) كذلك تطور الفكر القانوني (ثانيًا) التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية (ثالثًا) التغيرات السياسية الدولية (رابعًا) و أخير الحركة الخاصة الدولية (خامسًا).

أولاً: الاعترافات الاجتماعية

إن أي مجتمع -في أي مرحلة تاريخية كان- له معطياته ومشكلاته الخاصة به والتي تقتضي وضع قواعد وحلول تتماشى مع تلك المعطيات وتتوافق مع الذاتية التي تُميزه على نحو يجعل من هذه القواعد أكثر قابلية وملاءمة لحاجاته.¹

وكما هو معروف بأن القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية فرضتها الحاجة الملحة لوسط معين الأمر الذي يعكس بوضوح دور الفكر الاجتماعي في تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف في المعاملات الداخلية أو الدولية.²

وفي سياق ذلك أكد أحد الفقهاء الألمان من خلال مناقشة للنظريات الأمريكية في تصوراتها من حيث الهجوم على قواعد الإسناد، إلى أن هذه الأخيرة لا تُحقق العدالة الموضوعية وأن مستقبل علم تنازع القوانين سيعتمد إلى حد كبير على الاعتداد بالأبعاد الاجتماعية للعلاقات أكثر مما هو متبع وفقاً للقواعد التقليدية، ويرى بأن الأسلوب الأمثل لحل مشاكل تنازع القوانين يكون باتباع أفضل قاعدة بما يُحقق أفضل حماية للشخص،³ وفي نفس الإطار يرى Loussouarn بضرورة الأخذ في الاعترافات المعطيات الاجتماعية في قانون التجارة الدولية وأسباب تنازع القوانين، على أمل إحلال

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 53.

² درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 186.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 122.

القانون الموضوعي بوسط المجتمع الدولي للبائعين والمشتريين محل البحث عن القانون الواجب التطبيق بواسطة منهج التنازع.¹

فاستيعاب الظواهر الاجتماعية على هذا النحو، سيعود بدون شك بالفائدة المرجوة من وراء إقرار القواعد الموضوعية في مجتمع التجار الدولي، وما يُعزز هذه الحقيقة هو أن الدراسات الحديثة ذات الصبغة الواقعية والاجتماعية في مجال التجارة الدولية، كشفت بأن تطور العلاقات والمعاملات في هذا المجال قد أدى إلى تكوين مجتمع مجاور لمجتمع الدولة، أعضاؤه ينتمون لطائفة التجار ورجال الأعمال، وسلطته الذاتية تركز على وضع قواعد تنظيمية -تكون موضوعية في أغلبها- تستهدف سلوك أفرادها وضبط ما ينشأ بينهم من علاقات، وهذه القواعد تُشكل نظاماً قانونياً.

فقد نادى مجتمع التجار وأيده في فكرته عدة منظمات ومؤسسات التحكيم بعدم ملاءمة القوانين الداخلية مع العمليات المتنوعة التي تُميزه، وحاجته لقواعد ذاتية تخص فتحه وتتفق مع حاجاته ومتطلباته، دون إعطاء أدنى اعتبار لطبيعة النظام القانوني أو الاقتصادي الذي تنتهجه هذه الدول أكان اشتراكياً أم رأسمالياً، مادامت هذه القواعد تقترب من تحقيق الأمان القانوني الذي ينشده أطراف العلاقات التجارية الدولية وتُعزز توجهاتهم المستقبلية.²

فتحقيق اليقين والأمان القانوني للأطراف من هذا الجانب، يكون مصدره القواعد التي صُنعت من الأوساط المهنية النابعة تلقائياً من عمليات التجارة الدولية.³

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54. نقلاً عن:

Yvon Loussouarn, Droit international privé, éd 1993, p54.

² درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 187.

³ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 123.

ثانياً: تطور الفكر القانوني

أدى التباين الواضح في النظم القانونية إلى قصورها في مواجهة الظروف والتغيرات الجديدة التي طرأت على التجارة الدولية، فكان سعي الفقه حثيثاً لإيجاد الحل من خلال إقامة نوع من التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام المتطلب للنصوص الآمرة في القوانين الوطنية من ناحية أخرى، لتظهر نتاج ذلك معالم تطور قواعد جديدة ومستقلة بصورة عملية تسيدت التجارة الدولية.¹

ولعل من بين أهم العوامل القانونية التي ساعدت في ظهور ونمو هذه القواعد، هو الطابع الاختياري لها، إذ يكاد يُجمع الفقه بأن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد هي قاعدة من قواعد الق د خ في دولة القاضي،² تستند إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يُحول للمتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية التي يلتزمون بأحكامها أسوة بما يجري عليه الأمر في القانون الداخلي، حيث يستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة.³

وبناءً عليه يتضح بأنه ليست هناك صعوبة بالغة في خلق القواعد الموضوعية، إذ أن الرجوع إلى قواعد وأصوليات الأنظمة القانونية المختلفة يكشف عن تماثل وتشابه لا بأس به كبداية لانتشار قواعد موضوعية مقبولة على المستوى الدولي، فأغلب هاته الأنظمة تُحول للمتعاقدين أن يتصدوا

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 56.

² وقد نوه الدكتور محمود محمد ياقوت، في مؤلفه، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 96، هامش 1، إلى ضرورة عدم الخلط بين هذه القاعدة الموضوعية وبين قواعد الق د خ الموضوعي، حيث إن هذه الأخيرة هي قواعد موضوعية وُضعت خصيصاً لحكم العلاقات الخاصة الدولية وتطبق في شأنها انطباقاً مباشراً دون حاجة لقواعد الإسناد، أما القاعدة الموضوعية التي يستند إليها الاختيار الإرادي لقانون العقد فهي لا تُعد من القواعد المباشرة لأنها لا تتضمن في ذاتها حلولاً موضوعية لتنظيم الرابطة العقدية، وإنما هي تكتفي فقط بتحويل المتعاقدين حرية تنظيم هذه الرابطة على النحو الذي يرونه. كذلك فهذه القاعدة الأخيرة تقترب من قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع العقد لقانون الإرادة من حيث أن كلاهما يُعد من القواعد غير المباشرة التي لا تتضمن في ذاتها حلاً للمسألة المطروحة، إلا أنها تختلف عن قاعدة الإسناد حيث لا تملك الإرادة بمقتضى هذه الأخيرة إلا الاختيار التنازعي للقانون الذي لا يستطيع المتعاقدون مخالفة قواعد الآمرة، بينما يحق للإرادة بمقتضى القاعدة الموضوعية السالفة الذكر حرية الاختيار الموضوعي للأحكام التي تُنظم الرابطة العقدية، وهي أحكام تندمج في العقد وتفلت على هذا النحو من سلطان القانون الذي تخضع الرابطة العقدية لأحكامه.

³ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع نفسه، ص 96.

لوضع القواعد المتعلقة بتنظيم روابطهم التعاقدية، على أساس أن القانون هو الذي منح للإرادة القدرة على تنظيم هذه الروابط، فالإرادة حرة في حدود القانون الذي تستمد منه سلطاتها، لأن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط، وإنما حلقة في نظام قانوني متكامل، وهذا هو توجه الق د خ المعاصر.¹

كما ساهم التحكيم التجاري الدولي، كما سنأتي في تفصيل ذلك لاحقاً في خلق قواعد موضوعية خاصة بالعقود الدولية بصفة عامة، وعقود الاستثمار بصفة خاصة، وذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تُلائم هذه العقود، وإرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، وبتكرار حلول التحكيم لمنازعات العقود الدولية صار القانون الموضوعي للتجارة الدولية قانون السوابق الذي تتبلور فيه القواعد لمجابهة تلك المنازعات، الأمر الذي يُمكن معه القول أن التحكيم قد أضحى أحد العوامل الرئيسية في خلق وتطبيق القواعد الموضوعية.²

ثالثاً: التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية

كان من نتائج ظهور فكرة النظام الاشتراكي³ هو تزايد تدخل الدولة في شؤون العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، أين أصبحت الدولة تُسيطر على ميادين الاقتصاد والتجارة الدولية

¹ فاختيار القانون وفق هذا النظر هو اختيار موضوعي، كونه يُفضي إلى اندماج القانون المختار في العقد ونزول أحكامه منزلة الشروط التعاقدية التي يستطيع المتعاقدون الاتفاق على مخالفتها حتى لو اتسمت بالطبيعة الآمرة، مما يؤدي لإخراج العقد من دائرة التنازع، وبالتالي من حكم القانون الذي تُشير قواعد الإسناد باختصاصه، ومع ذلك يرى مؤيدوا هذا النظر بأن اندماج القانون المختار في العقد وإن كان سيؤدي إلى تحريره من الأحكام الآمرة في هذا القانون إلا أنه لن يؤدي إلى تحرير العقد من مطلق سلطان القانون الذي سيخضع في جميع الأحوال لقانون محل الأداء المميز. راجع: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 348، هامش 1.

² محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص ص 91-92.

³ هذا النظام الذي ظهر نتيجة التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي عرفتها أوروبا بعد الثورة الصناعية، أين ظهرت طبقة اجتماعية تضررت من انتقال المجتمع الأوروبي من مرحلة الإقطاع إلى المرحلة الرأسمالية الصناعية وهي الطبقة العاملة، فتشكلت حركات ثورية من بين صفوفها صاحبها بروز نظريات فكرية فلسفية راحت تُساهم في بلورة هوية تلك الطبقة وفي تعرية وانتقاد ممارسات النظام الرأسمالي في استغلاله للعمال بطول ساعات العمل وقساوة ظروف القيام به وضعف الأجور واتساع رقعة الفقر.

جاء على رأس تلك النظريات والأفكار الفكر الماركسي نسبة لماركس الذي حمل النظام الرأسمالي مسؤولية ذلك الاستغلال ودعى إلى التخلي عنه والتحول إلى النظام الاشتراكي الذي أضحت فيه الدولة جهاز سيطرة، تحملت لوحدها مسؤولية التنمية الاقتصادية والاجتماعية فلم يعد دورها قاصراً على توفير الأمن في الداخل والخارج وضمان استقرار الإطار القانوني للنشاط الاقتصادي، بل أصبحت أيضاً مسؤولة عن توفير قدر من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين وضمان تحقيق درجة أكبر من العدالة والمساواة بينهم، وذلك بحماية مستوى النشاط الاقتصادي والعمالة ودفع

والصحة والتأمين والطيران والاستثمار... الخ، فتغير بذلك المفهوم التقليدي للدولة الحارسة إلى مفهوم الدولة المتدخلة،¹ التي تظهر بمظهر الشخص العادي بائعة ومشتري، مقرضة أو مقترضة، ناقلة ومقولة صناعية... وهكذا، وعليه أصبح لزاماً عليها أن تسعى لتنظيم المسائل المتعلقة بهذه التجارة على نحو غير تقليدي، تكون على إثره منقادة إلى قبول واحترام القواعد التي يفرضها واقع ومقتضيات التجارة عبر الدولية.²

فإذا كان التنظيم التلقائي للمجتمع الدولي للبائعين والمشتريين قد تم خارج سلطان الدولة إلا أنه نشأ وتطور بتسامح ورضا الدول ذاتها، التي أدركت أهميته لمصالح مواطنيها من التجار ورجال الأعمال.³

والدولة في وقتنا الحالي أصبحت تضطلع بمهام شتى وتتدخل في تسيير دواليب العمليات الاقتصادية وتوجيه الحياة الاجتماعية، لتغدو بذلك الروابط القانونية رهينة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية التي يُفرزها التدخل المتزايد للدول في العلاقات التعاقدية.⁴

فضلاً عن ذلك فإن الدولة وعلى الرغم من أنها تُعتبر مجرد طرف تعاقدية في العقود المبرمة بينها وبين المتعاملين الأجانب إلا أنها تبقى محتفظة بصفة الطرف غير العادي، وهذا من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تُمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد الإخلال

=التنمية الاقتصادية عن طريق خلق الاستثمار والتصنيع لمزيد حول تدخل الدولة في ظل النظام الاشتراكي راجع: أحمد سبع، دور الدولة في الاقتصاد بين الضرورة والحدود، المجلة الجزائرية للعملة والسياسات الاقتصادية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن مخر العملة في السياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر 03، عدد7، 2016، ص 158.

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 112.

² محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 51.

³ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 47.

⁴ درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 184.

أيضاً بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية التي يُمكن عرض النزاع عليها في حال نشأته.¹

وأصبح أصحاب المشروعات المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها في إطار عقود الدولة يحرصون على ضرورة تضمين شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهما، لتفادي اعتبارات السيادة والحصانة القضائية التي تُميز تعاملات الدول، من أجل بعث الأمان في نفوس المتعاقدين.²

وصاحبت هذه التطورات مجموعة من التدابير على أنقاض الحرب العالمية الثانية وقيام هيئة الأمم المتحدة التي سعت لتنظيم مسائل التجارة الدولية في مرحلة مابعد الحرب، وإيجاد تنظيم شامل لها، بما يحقق التوافق بين مصالح الدول ويحترم في نفس الوقت المبادئ التي تقوم عليها هذه التجارة كُلت في الأخير بوضع موثيق دولية، وإبرام اتفاقيات دولية كان من أهمها اتفاقية الجات لعام 1948م، (الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة في ميدان التجارة)³ واتفاقية لاهاي لسنة 1964م بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، وكذا اتفاقية فيينا لعام 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع.⁴

رابعاً: التغييرات السياسية الدولية

كان من نتاج التغييرات السياسية التي طرأت على الساحة الدولية، منذ الحرب العالمية الأولى مروراً بالحرب العالمية الثانية، وصولاً إلى الحرب الباردة وما آلت إليه من نتائج على كافة الأصعدة، أن ظهرت مؤسسات للتعاون السياسي تستهدف القيام بعمليات التوحيد القانوني، وبالأخص تشجيع

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 52.

² منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 6.

³ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 53.

⁴ نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 16، عدد 1، 2009، ص 345.

عمليات توحيد القانون التجاري الدولي، والهدف الرئيسي التي كانت ولا زالت تسعى إليه هذه المؤسسات هو تهيئة المناخ الملائم لثقافة الاندماج العالمي.¹

ومن بين الجهود الدولية التي اهتمت أو ساهمت بعمليات التوحيد القانوني ذلك التعاون السياسي بين الدول الإسكندنافية منذ 1962م، حيث تم عقد مؤتمرات دورية للقانونيين في هذه الدول تمهيداً لدراسة عمليات التوحيد القانوني، وكانت حججهم في ذلك أن القواعد الموضوعية لا تكتسب أهمية كبرى على المستوى الدولي ما لم تُتَّوَّج بتوحيد القانون.²

كما لا ننسى الجهود المبذولة من طرف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في صياغة قواعد موضوعية خاصة بالمعاملات التجارية الدولية، هذا فضلاً عن المنظمات الدولية غير الحكومية كغرفة التجارة الدولية وجمعية القانون الدولي ومنظمات الطيران الدولية واللجنة البحرية الدولية... الخ

كما برزت للوجود مؤسسات سياسية أخرى كان همها الأكبر هو إرساء قواعد للتعاون السياسي من أجل بلوغ أهداف التجارة الدولية، نذكر منها مجلس أوروبا و منظمة الدول الأمريكية.³

خامساً: الحركية الخاصة الدولية

لا يخفى على أحد منا اليوم أننا نعيش مرحلة هامة من تاريخ الحضارة الإنسانية، يُطلق عليها "ثورة المعرفة" أو "ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات" هذه الأخيرة التي أدخلتنا إلى عصر العولمة

¹ أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، المرجع السابق، ص 64.

² درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 192.

³ إذ عمل الأول على تنمية العلاقات في شتى المجالات بين الدول الأوروبية وفي مقدمتها مسائل التوحيد القانوني، الأمر الذي عزز أكثر فأكثر تطور الوحدة الأوروبية وأدى إلى إنشاء السوق الأوروبية المشتركة، بينما بذلت الثانية (منظمة الدول الأمريكية) جهوداً كبيرة بدورها في إطار حيزها المكاني لتحقيق التوحيد القانوني في مسائل المعاملات التجارية الدولية، تكللت هي الأخرى بإعداد قواعد مادية خاصة بالبيع الدولي للأموال المادية المنقولة، لكنها عُدلت فيما بعد بناءً على قرار لجنة هيئة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بمهدف إعداد اتفاقية لاحقة في هذا الموضوع. نقلاً عن: محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 64.

وتدويل الانتاج، وحرية التجارة في السلع والخدمات، وزيادة حركة رؤوس الأموال وتدفق الاستثمار الأجنبي، وهو العصر الذي لم يعد الصراع فيه صراعاً بين من يملك ومن لا يملك أو صراع بين اليمين واليسار أو الرأسمالية والاشتراكية، أو الشمال والجنوب، وإنما صراع بين من يعرف ومن لا يعرف.¹

لذلك أُطلق على العصر الحالي (عصر المعلومات فائقة السرعة) هذا العصر الذي جعل من العالم قرية صغيرة، أدى إلى تغيير جوهري في القيم المادية في ركائز المشاريع الكبرى والمحددات الاقتصادية الاستراتيجية، لصالح القيم المعنوية المتمثلة في تبادل المعلومات والملكية الفكرية وامتلاك التكنولوجيا واستخداماتها.²

وقد كان من الطبيعي أن يُؤثر هذا التطور في الحضارة الإنسانية بدوره على العلوم القانونية ومن بينها القانون الذي يتصدى لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، حيث لم يعد منهج التنازع السافيني التقليدي قادراً بمفرده على مواجهة عصر العولمة، مما أفسح المجال لمنهج آخر يقوم إلى جانبه وهو منهج القواعد الموضوعية الذي صُنِعَ خصيصاً لحكم المراكز القانونية الناشئة في إطار التجارة الدولية، وهي مراكز لم يعد من المناسب في ظل تطورها المعاصر أن تبقى خاضعة للقوانين الداخلية التي تُشير قواعد الإسناد التقليدية إلى اختصاصها.³

¹ لبيك شوقي، دور الاستثمار التكنولوجي في إنتاج المدن الذكية بدول العالم الثالث "الجزائر نموذجاً"، مداخلة أُلقيت في المؤتمر الدولي الأول حول "المدينة الذكية في ظل التغيرات الراهنة - واقع وآفاق"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، يومي 29 و 30 مارس 2019، وهي منشورة في كتاب المؤتمر، ج1، ص 174. وكذلك في مجلة الدراسات الثقافية واللغوية والفنية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ج1، برلين، ألمانيا، عدد 6، مارس 2019، ص 186.

² كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 9.

³ راجع في هذا الصدد تقاسم الدكتور هشام علي صادق رحمة الله عليه، مؤلف صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. "أ".

المبحث الثاني

مصادر القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية

كما سبق وأشرنا، فإن التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية وما صاحبه من عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات، أدى إلى ظهور قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على هذه العلاقات أطلق عليها الفقه الحديث مسمى القواعد الموضوعية للق د خ، بحيث أصبح مفهوم الق د خ يشمل إلى جانب قواعد الإسناد التقليدية تلك القواعد الموضوعية أيضاً، والتي تهدف هي الأخرى أسوةً بقواعد الإسناد إلى حل المشاكل المترتبة على اختلاف القوانين.¹

فمن ناحية تصدت بعض التشريعات لوضع تنظيم مباشر للعقود الدولية يتضمن بعض القواعد الموضوعية التي تستجيب لهذه العقود، واستحدث القضاء من ناحية أخرى بعض القواعد الموضوعية لتحكم العقود الدولية مباشرة دون النظر لما يُشير به القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد² وهذا ما سنعالجه في (المطلب الأول) المعنون بـ "القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي"

ومن ناحية أخرى وفي سبيل تلافي عجز قواعد الإسناد عن الاستجابة لمتطلبات المعاملات الخاصة الدولية، فقد اتجهت الدول المختلفة إلى إبرام بعض المعاهدات التي تتضمن قواعد موضوعية موحدة واجبة التطبيق مباشرة،³ دون أن ننسى قواعد التجارة الدولية المستمدة هي الأخرى من مصادر دولية، ممثلة في "العادات والأعراف الدولية، العقود النموذجية، المبادئ القانونية المشتركة قواعد العدالة) والتي تُعرف أيضاً بالقواعد تلقائية النشأة، وهو ما سنحاول توضيحه في (المطلب الثاني) المعنون بـ "القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي".

¹ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 19.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 295.

³ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 20.

المطلب الأول

القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي

تتجه بعض التشريعات – في سبيل تلافي أوجه النقد التي وُجّهت إلى منهج التنازع – كما أسلفنا الذكر، إلى تنظيم العقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار عن طريق سن بعض القواعد الموضوعية الخاصة التي تتواءم وطبيعة هذه العقود، بحيث تتضمن هذه التشريعات تنظيمًا موضوعيًا يخص العقود الدولية يختلف عن التنظيم القانوني الذي يحكم المعاملات الداخلية.

وبالتالي فلا تنطبق هذه القواعد الموضوعية إلا على الروابط العقدية الدولية – ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك – كما أنها تستغني في انطباقها وفقًا لما يراه البعض عن الحاجة لمنهج التنازع طالما كانت تنتمي لقانون القاضي، حيث تنطبق القواعد الموضوعية لدولة القاضي على العلاقات العقدية الدولية التي تدخل في إطار سريانها بصرف النظر عن القانون الذي تُشير به قواعد الإسناد، وهذا ما سنتولى توضيحه في (الفرع الأول).

كما اتجه القضاء من ناحية أخرى في بعض الدول إلى استحداث بعض القواعد الموضوعية التي تتلاءم مع طبيعة عقود الاستثمار،¹ وهو ما سنبينه من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي

إن تصدي التشريعات الداخلية لوضع تنظيم شامل للعقود الدولية هو فرض نادر في الواقع العملي وفق ما تُشير إليه الدراسات القانونية للتشريعات المعاصرة، وذلك مرده أن المشرع الداخلي لا يهتم عادة إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية.

¹ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 21.

إلا أن موقف التشريعات الداخلية على هذا النحو ليس مُطلقاً، بدليل أن هناك أمثلة لبعض التشريعات التي حاولت خلق تنظيم قانوني وطني معد خصيصاً لحكم المعاملات الدولية المرتبطة بالتجارة الدولية، وتشتتت فيها القواعد الموضوعية بين التقنيات المدنية والتجارية وبين القوانين الخاصة التي تُنظم أنواعاً محددة من العلاقات ذات العنصر الأجنبي كقوانين الاستثمار الأجنبي.¹

ومن أمثلة هذه التشريعات يُمكننا ذكر تقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر في 4 ديسمبر 1963 والذي بدأ العمل به اعتباراً من 1 أبريل 1964 والذي يحتوي على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية.²

وهذا التنظيم الموضوعي تم تشييده بالاستناد إلى معيار أساسي هو الاختلاف الثابت بين الروابط التي تنشأ بصورة تامة في النطاق الداخلي للاقتصاد التشيكي من جهة، والروابط الخارجية من جهة أخرى، فالروابط الداخلية الصرفة يحكمها القانون المدني أو القانون الاقتصادي على حسب الأحوال، أما الروابط ذات العنصر الأجنبي أو روابط التجارة الخارجية في جملتها فتحكمها قواعد خاصة بها، وتنحصر بالتشريع الذي أصدره المشرع التشيكي.³

ومن الأمثلة كذلك على هذا النوع من التشريع الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، التشريع الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابقاً، في 5 فبراير 1976.⁴

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 99.

² لتفصيل أكثر حول هذا القانون راجع:

Kalenski :Les traits essentiels des nouvelles codifications Tchécoslovaques du droit du commerce international et du droit international privé, Rev.int.dr.comp, 1964, p 565 et s ;Kopoac :Le code Tchécoslovaque du commerce international, clunet, 1967, p 789.

³ تمثلت في ثلاث تشريعات، الأول هو القانون رقم (97) لسنة 1963 الخاص بقواعد القانون الدولي والتنازع القضائي، والثاني هو القانون رقم (101) لسنة 1963 الخاص بالروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية، ويُكمل هذين القانونين القانون رقم (98) لسنة 1963 الخاص بالتحكيم في العلاقات التجارية الدولية وتنفيذ أحكام المحكمين. نقلاً عن: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 178، هامش .2.

⁴ نقلاً عن: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ص 297-298.

وينطوي هذا القانون على العديد من القواعد الموضوعية التي تخص العقود التي تتم في ميدان التجارة الدولية، سواء من حيث إبرام تلك العقود والالتزامات المتبادلة بين الأطراف وكيفية الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك.¹

ويشترط لتطبيق القواعد الموضوعية في أي من التشريعين السابقين، أن تتسم الرابطة العقدية المطروحة على أي من القضاء التشيكي أو الألماني بالصفة الدولية، وأن يكون القانون التشيكي أو الألماني على حسب الأحوال هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وهو ما يُفيد عدم انطباق نصوص أي من التقنينين السابقين انطباقاً مباشراً على عقود التجارة الدولية المطروحة على القضاء التشيكي أو الألماني على حسب الأحوال ما لم يكن كلا القانونين مختصان بمقتضى قواعد الإسناد.²

ولعل اشتراط التشريعين السابقين لاختصاص القانون التشيكي أو الألماني على حسب الأحوال كشرط لازم لانطباق أحكامهما الموضوعية على العقود الدولية هو ما حدا بالفقه للانقسام إلى تيارين حول مسألة تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي انطباقاً مباشراً أو من خلال منهج التنازع.³

ومن أمثلة التشريعات العربية التي تضمنت القواعد الموضوعية، يمكننا ذكر قوانين التحكيم التجاري الدولي لكل من مصر وتونس،⁴ وكذلك ما ورد في قانون التجارة المصري الجديد في مجال

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 202-203.

² محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 22.

³ حيث رفض جانب من الفقه التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية للقد د خ في دولة القاضي ما لم تُشر قواعد الإسناد في هذه الدولة باختصاص قانون القاضي الذي يتضمن تنظيمًا موضوعيًا خاصًا بالعقود الدولية. نقلاً عن:

Mayer : Droit international privé, 4^{ème} éd, Paris, 1991, p 17.

في حين يرى الفقه الغالب تطبيق هذه القواعد الموضوعية التي تنتمي للنظام القانوني للقاضي تطبيقاً مباشراً على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في مجال سريانها، وبصرف النظر عن اختصاص هذا النظام بمقتضى قواعد الإسناد من عدمه. نقلاً عن:

Simon Depitre : Les règles matérielles dans le conflit de lois, Rev.crit, 1974, p 591 et s.

ويوجه جانب ثالث من الفقه إلى قصر التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي دون تلك التي ترتد إلى أصل قضائي. نقلاً عن:

Vitta (E) : Cours général de droit international privé, Recueil, 1979, vol, 162-1, p 9 et s.

⁴ كقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، وقانون التحكيم التونسي الصادر بموجب القانون رقم (46) لسنة 1993 المؤرخ في 26 نيسان 1993.

نقل التكنولوجيا،¹ إذ وضع قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على هذا العقد، ومن الأمثلة أيضًا على القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي قانون الاستثمار الجزائري الجديد رقم 09/16 المشار إليه سابقًا، إذ ورد فيه قواعد موضوعية تنطبق على عقود الاستثمار.²

الفرع الثاني

القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي

حاول القضاء في بدايات القرن الماضي إيجاد قواعد موضوعية تهدف لتنظيم مسائل التجارة الدولية، مُستترًا في البداية وراء أفكار أخرى في الق د خ،³ وبصفة خاصة وراء الأعمال التقليدية لمنهج التنازع حتى يُضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، وما إن اكتسبت حلوله طابعًا عامًا مُجردًا نتيجة استقرار العمل بهذه القواعد، سارع هذا القضاء إلى إعلان استقلال هذه الحلول، وما اشتملت عليه من قواعد بوصفها ق د خ موضوعي.⁴

والقواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي تتميز مثل غيرها من قواعد الق د خ الموضوعي بكونها وُضعت لتتماشى مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية.⁵

فالضرورات والحاجات العملية والواقعية الدولية تجعل القضاء يتدخل لإيجاد قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات التجارية الدولية، وهو ما حصل في العديد من الأحكام التي قررت مبادئ للقانون الدولي للعقود وأصبح لها طابع العموم، وهذه العقود والتي من بينها عقود الاستثمار تتطلب قواعد خاصة لا تتلاءم معها القواعد الوطنية، ولهذا فإن القواعد الموضوعية خصوصًا ذات المصدر القضائي

¹ راجع المادة 72 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، ص 261، هامش رقم 1 من هذه الدراسة.

² راجع المادة 1 و 21 و 24 من هذا القانون.

³ كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 260. وراجع في نفس السياق: بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 371.

⁴ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 227.

⁵ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة سنة 2014، المرجع السابق، ص 560.

تبدو وسيلة خاصة مرضية لتأمين الحلول في الروابط القانونية في أنواع العلاقات عبر الدولية كلها.¹ وعلى سبيل المثال اتجه القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من هذا القرن إلى إقرار شرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي وذلك في العقود التي تتصل بمصالح التجارة الدولية.²

والقاعدة التي تُؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية على الرغم من الحظر الوارد في القانون الداخلي.³ والقاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية.⁴ وعليه يمكن القول أن القضاء الفرنسي من خلال القضايا التي تم طرحها، والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً بشيء من التفصيل يكون قد أوجد قواعد موضوعية هو مصدرها.

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي

تتفق القواعد ذات المصدر الدولي مع قواعد الق د خ الموضوعي التي تستمد مصدرها من القانون الداخلي، في كونها قواعد قد وُضعت خصيصاً لمواجهة الحياة الخاصة الدولية، ومع ذلك فقد لاحظ البعض بحق أن صدور هذه القواعد الأخيرة عن المشرع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة بالمصالح الوطنية رغم أنها قد وُضعت أساساً لرعاية الاعتبارات الدولية، فهي على هذا النحو بمثابة اقتراب وطني للحلول الخاصة بالمشاكل الدولية.

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 250.

² راجع على سبيل المثال الأحكام التي أخذت بهذا النظر:

Cass 7/5/1963 D. 1963-545 note Robert, Clunet 1965-311 note Goldmen, Rev.crit.1964-543 note Mezger.

نقلاً عن: محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 24.

³ حيث أقر القضاء الفرنسي اتفاق التحكيم الذي تُبرمه الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة في العقود الدولية التي تكون طرفاً فيها وذلك بالمخالفة لنص المادتين 83 و 1004 من قانون المرافعات الفرنسي اللتين تحظران مثل هذا الاتفاق في العقود التي تُبرمها الدولة أو أحد الأشخاص العامة. نقلاً عن: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 300.

⁴ بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 371. وراجع في نفس السياق: كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 260.

والوضع يختلف بالنسبة للقواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، والتي لا يستجيب مضمونها إلا للاعتبارات الدولية الخاصة، مما يجعلها أكثر تحقيقاً للأهداف التي تسعى إلى إدراكها.¹

ولعل من أهم القواعد الموضوعية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشاكل الخاصة بالعقود الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار، هي تلك المستمدة من اتفاقيات دولية تُعنى بوضع قواعد موضوعية في مجالات مختلفة تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية (الفرع الأول)، على أن هذه الاتفاقيات الدولية ليست هي المصدر الوحيد للقواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي، إذ يوجد إلى جانبها قواعد موضوعية مصدرها قانون التجارة الدولية مستمدة من العادات والأعراف الدولية العقود النموذجية، المبادئ القانونية المشتركة، وقواعد العدالة، وهذا ما سنعالجه في (الفرع الثاني)، كما أصبح التحكيم التجاري الدولي يشكل مصدرًا دوليًا هامًا للقواعد الموضوعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات الدولية

تُعتبر الاتفاقيات الدولية من أهم المصادر المتعلقة بالقواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية،² إذ أنها تحتوي على تنظيم مباشر للعقود المرتبطة بها، وقد تقوم هذه الاتفاقيات بتوحيد القوانين الداخلية للدول المنضمة إليها، وتصبح القواعد الناتجة عنها جزءًا من التشريعات الوطنية لهذه الدول، وبالتالي تُصبح هذه القواعد بالإضافة إلى وجوب انطباقها على الروابط الدولية واجبة التطبيق على الروابط الداخلية.³

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة سنة 2014، المرجع السابق، ص 568.

² والدور الفعال الذي تلعبه هذه القواعد الموضوعية الاتفاقية في تسوية المنازعات الدولية، لا يكون فقط عندما يسكت أطراف العقد الدولي عن تعيين القانون المختص، ولكن أيضًا عندما يستأنس بما المحكم لعملة القواعد القانونية استجابة للفكر المسيطر في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية. نقلاً عن: محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العمولة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007، ص ص 115-116.

³ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 180.

وأبرز مثال على ذلك اتفاقية جنيف بشأن القانون الموحد المتعلق بالسفحة والسندات لأمر لسنة 1930، وكذلك في شأن الشيكات عام 1931م.¹

الأمر الذي حدا بالفقه الغالب إلى اعتبار هذا النوع من المعاهدات مصدرًا للقواعد الموضوعية في الق د خ بلا نزاع.

ومن الأمثلة الأخرى للاتفاقيات الدولية التي تضمنت قواعد موضوعية متعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية نذكر: اتفاقية الأمم المتحدة في شأن البيوع الدولية للبضائع المبرمة في فيينا في 11 أبريل 1980 والتي سبق وأشرنا إليها، حيث تتضمن قواعد موضوعية موحدة وُضعت خصيصًا لتنظيم هذا النوع من البيوع الدولية، إذ يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيق هذه القواعد الأخيرة تطبيقًا مباشرًا دون حاجة لإعمال منهج التنازع، إضافة إلى اتفاقية وارسو المبرمة عام 1929 بتعديلاتها المتعاقبة في شأن النقل الجوي، واتفاقية بروكسل المبرمة في 25 أوت 1924 الخاصة بتوحيد بعض قواعد سندات الشحن والمعدلة جزئيًا ببروتوكل سنة 1968م.² وكذلك اتفاقية هامبورغ عام 1978 في شأن النقل

¹ حيث انعقد في 13 مايو 1930 مؤتمر انتهى في السابع من يونيو 1930 بالاتفاق على ثلاث معاهدات خاصة بالأوراق التجارية هي: المعاهدة الأولى: وقد التزمت فيها الدول الموقعة بإدخال أحكام القانون الموحد الذي توصل إليه المؤتمر في تشريعاتهم الداخلية، وأُرفق به ملحقان Deux annexes الأول: يتضمن نصوص القانون الموحد لقواعد الكمبيالة والسند الأذني، والثاني: يتضمن التحفظات Reserves أي المسائل التي تُرك لكل دولة حرية تنظيمها بما يتفق وتقاليدها القانونية، مثل مسألة ملكية مقابل الوفاء وأسباب انقطاع التقادم ووقفه وضياح السند و سرقته وتحديد أيام العطل الرسمية و شكل الاحتجاج وغيرها.

المعاهدة الثانية: وهي خاصة بتنازع القوانين في بعض حالات التنازع الخاصة بالكمبيالة والسند لأمر. المعاهدة الثالثة: وهي خاصة برسم الدمغة الذي تفرضه القوانين الداخلية على الأوراق التجارية وتقضي بعدم إبطال هذه الأوراق في حالة مخالفتها لتلك القوانين.

ولم يمضي عام على هذا المؤتمر حتى انعقد مؤتمر آخر في جنيف تمخض في 19 مارس 1931 عن توقيع ثلاث اتفاقيات مماثلة متعلقة بتوحيد أحكام الشيك. راجع في هذا الصدد مداخلتنا: لبيك شوقي، إشكاليات الأهلية في القانون الدولي الخاص، مداخلة أُلقيت في الندوة الدولية الأولى حول "ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب بعد مرور أكثر من مئة سنة على صدوره"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، يومي 19 و 20 مارس 2018، ص 5، هامش 5، غير منشورة.

² وتجدر الإشارة بهذا الخصوص أن عدد اتفاقيات بروكسل في شأن النقل البحري بلغ 18 اتفاقية، ولمزيد حول هذه الاتفاقيات راجع: هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 5، هامش 2.

البحري الدولي للبضائع، وكل من هذه الاتفاقيات وغيرها تنطبق مباشرة على النزاع المعروض في حال توفرت شروط انطباقها.¹

إلا أن ما يختص بموضوع دراستنا هو الاتفاقية التي تتناول في قواعدها عقود الاستثمار، أو العقود المماثلة ومن أهمها اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لعام 1965م، والتي سبق و ذكرناها في مواطن عدة من هذه الدراسة.

ولا شك أنه قد تم وضع الكثير من الاتفاقيات الثنائية والإقليمية التي تُعنى بتشجيع وضمانات الاستثمار،² وإذا كانت جل تلك الاتفاقيات الاستثمارية قد توجهت إلى تحديد نطاق ومضمون كل من الحقوق والالتزامات العائدة لأطراف هذه العقود الاستثمارية، إلا أن هذه العقود والالتزامات كثيراً ما ينتج عن استخدامها العديد من المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة والمضيئة للاستثمار، إن من ناحية إساءة تنفيذ المشروع الاستثماري من قبل المستثمر الأجنبي، أو من ناحية نقض الدولة لالتزاماتها واتخاذ تدابير من شأنها أن تُؤثر على حقوق المستثمر، من خلال إصدار تشريعات، أو نزع الملكية، أو القيام بتأميم المشروع الاستثماري، مما يضر بمصالح المستثمر الأجنبي.³

لذلك يطمح المستثمر إلى إيجاد وسيلة تضمن له حقوقه، ويحرص على أن تكون هذه الوسيلة محايدة ومسقلة، وأن يكون بإمكانه اللجوء إليها كضمانة لحل النزاعات الناشئة بينه وبين الدولة المضيفة. وفي المقابل فإن الدولة المضيفة للاستثمار وبهدف إعطاء المستثمر الأجنبي الضمانة الكافية

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 181.

² كالاتفاقية المغربية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي والتي وُقعت في الجزائر، ينظر في ذلك: المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على هذه الاتفاقية، بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق ل 23 يوليو سنة 1990، ج ر، عدد 6. وكذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 1995، ج.ر، عدد 59.

³ لمزيد حول الصور التي يمكن أن تتخذها الدولة بإجراء إجراءات فردية وتضر بمصالح المستثمر الأجنبي راجع مداخلتنا، لبيك شوقي، الإجراءات الفردية للدولة كعائق لتدفق الاستثمار الأجنبي بالجزائر، مداخلة أُلقيت في اليوم الدراسي الوطني حول "معوقات الاستثمار الأجنبي في الجزائر"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يوم 7 ديسمبر 2017، ص 2 وما يليها، غير منشورة.

لكي يستثمر أمواله داخل إقليمها، فإنها تُوافق على إيجاد قضاء مستقل، قادر على تسوية النزاعات الناشئة بينهما لما في ذلك من إغناء للمناخ الاستثماري الذي يُساعد على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة.¹

وقد عكست اتفاقية واشنطن ظهور نوع جديد من التحكيم الذي يتعلق بحل النزاعات الناشئة عن الاستثمارات في العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، وبالنظر إلى القواعد التي صدرت عن هذه الاتفاقية، نرى أنها توجهت مباشرة إلى تنظيم وسيلة لحل النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة بين طرف عام تابع للقانون العام، وطرف آخر تابع للقانون الخاص، وذلك عن طريق التحكيم التابع للمركز، الذي تم إنشاؤه بموجب الاتفاقية للنظر بهذه النزاعات.²

فاتفاقية واشنطن قامت بوضع قواعد تهدف إلى كيفية حل النزاعات الناشئة بين الأطراف المتعاقدة، حيث تطرقت إلى كيفية اعتبار موافقة الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى تحكيم المركز قانونيًا. إذ أنه يمكن أن ترد هذه الموافقة في الاتفاق الاستثماري، أو في قانون الاستثمار الخاص بالدولة المتعاقدة، تُعلن فيه موافقتها على قبول اختصاص المركز، كما هو منصوص عليه في قانون الاستثمار الجزائري رقم 09/16 المشار إليه سابقًا في المادة 24 منه.³

وبهذا تكون القواعد المنظمة لحل النزاعات الناشئة بين الدول والمستثمر الأجنبي ضمن إطار عقود الاستثمار وفي ظل معاهدة واشنطن، هي القواعد الإجرائية لتسوية النزاعات، حيث أنها لا

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 182.

² أنشأ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمعروف اختصارًا بـ (I.C.S.I.D) بموجب اتفاقية واشنطن السابق ذكرها والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، حيث وُجد أنه من الأفضل إنشاء مركز للتحكيم يبت في مسائل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات، وذلك لطمأنة أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة الذين يخشون على أموالهم المستثمرة من تأميمها من قبل الدول المضيفة للاستثمار، كما يخشون من عرض موضوع نزاعاتهم أمام المحاكم الوطنية للدول النامية، وفي المقابل فإن تلك الأخيرة لا تقبل عرض نزاعاتها أمام محاكم الدول الأجنبية التابعة للمستثمر الأجنبي. نقلاً عن: ليندا جابر، المرجع نفسه، ص 138، هامش 1.

³ حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميًا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص."

تحتوي على قواعد موضوعية تُعطي الحل مباشرة في حال نشوب نزاع، كما فعلت غيرها من الاتفاقيات الدولية، بل إنها وضعت وسيلة إجرائية للوصول إلى حل النزاعات التحكيمية، وفي إطار القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار يكون من نصيب القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، وفي الحالة التي يغيب فيها عن العقد تحديد لهذا القانون، فإنه يكون للهيئة التحكيمية أن تقوم بتطبيق قانون الدولة المضيفة الطرف في المنازعة بما فيها من قواعد إسناد خاصة بها، وقواعد القانون الدولي.

وبهذه المثابة فإن اتفاقية واشنطن لم تُحدد القواعد التي يجب تطبيقها بصورة مباشرة على النزاع الاستثماري القائم، بل يجب التوجه إلى قانون معين بمجمله ليتم اختيار إحدى القواعد التي يُمكن أن تكون أكثر اتصالاً بالنزاع المعروض، وهذا الأمر يُعتبر نقصاً في الاتفاقية التي كان يتوجب أن تتضمن تلك القواعد الموضوعية لتلك الاستثمارات، التي هي بأهمية كبيرة على المستوى الدولي، حيث يتم اللجوء إلى المركز من قبل الأطراف وهم على بينة من أمرهم بالقواعد التي سوف تُطبق على نزاعهم بشكل محدد مسبقاً.

وتكمن أهمية تلك القواعد الموضوعية في أنها ليست من صنع دولة واحدة ومعينة وبارادتها المنفردة، بل إنها قواعد اتفاقية ناتجة عن إرادة الدول الأعضاء في الاتفاقية، مما يُؤكد الصفة الدولية لهذه القواعد التي تجعل القاضي يقوم بتطبيقها تطبيقاً مباشراً، دون الرجوع إلى قاعدة الإسناد في منهج التنازع التقليدي، مادام أن القاضي يتبع دولة متعاقدة والنزاع المطروح أمامه يدخل ضمن إطار أحكام الاتفاقية،¹ تأكيداً لمبدأ سمو الاتفاقية على القانون الداخلي.²

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص ص 185-186.

² وفي هذا السياق نصت المادة 21 من الق م ج والواردة في الفصل الثاني منه، المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان على ما يلي: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر."

الفرع الثاني

القواعد الموضوعية المستمدة من قواعد القانون التجاري الدولي

يُصطلح على قواعد القانون التجاري الدولي « Lex Mercatoria » أيضًا بقواعد القانون التلقائي النشأة، الذي تتعدد مصادره لتشمل عادات وأعراف التجارة الدولية، والعقود النموذجية، والمبادئ القانونية المشتركة، وقواعد العدالة، وهذه المصادر سنعالجها تباعًا على النحو الآتي:

أولاً: عادات وأعراف التجارة الدولية

يُفضل المتعاملون في حقل التجارة الدولية تدويل القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقود الدولية، للبعد عن هيمنة القوانين الوطنية الموضوعية بحسب الأصل لتنظيم علاقات قانونية داخلية لا تقوى على مسايرة المستجدات الحادثة على واقع التجارة الدولية، من هنا برزت قواعد موضوعية درج هؤلاء المتعاملون في ميدان التجارة الدولية على اتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف التجارة الدولية، بحسبانها أكثر تطورًا وقدرة على إعطاء حلول لمنازعات التجارة الدولية، فهي مجموعة من القواعد غير الوطنية الموضوعية التي تهدف إلى تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة الدولية إزاء ملاءمتها لأهدافها ومتطلباتها.

وتتميز هذه القواعد بنشأتها التلقائية دون تدخل من جانب الدولة، ومما لا شك فيه أن إخضاع منازعات التجارة الدولية لهذه القواعد يُلي طموحات المتعاملين في حقل التجارة الدولية من إخضاع عقودهم لقواعد قانونية تُلائم ما لهذه المنازعات من ذاتية وخصوصية، ويُحقق لهم الأمان القانوني المنشود في علاقاتهم التجارية.¹

كما أن تطور العلاقات الخاصة الدولية، وقصور العديد من النظم القانونية الوطنية عن مواكبة هذا التطور، زاد في حاجة قواعد جديدة تكون أكثر ملاءمة للعقود الدولية، مثل عقود نقل

¹ محمد إبراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص ص 223-224.

التكنولوجيا والمساعدة الفنية، وعقود تسليم المفتاح في اليد، والتي تندرج في العقود المركبة ويصعب تصنيفها ضمن العقود التقليدية.¹

وهذا المصدر من مصادر القواعد الموضوعية مصدر بطيء التكوين، لا ينشأ عادة في فترة وجيزة، وإنما بكثرة الاعتياد على اتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار إلى أن يُثبت لها طابع الاستقرار ويستقر الإيمان في نفوس المخاطبين بأحكامه، بأنه اكتسب صفة الإلزام بحقهم وتُشكل عادات التجارة الدولية وأعرافها المصدر الأول للقواعد الموضوعية.

وتستمد هذه العادات والأعراف جذورها التاريخية من قانون التجارة القديم «Lex Mercatoria» الذي تَكَوَّنَ عبر المدن الإيطالية، على يد طوائف التجار في العصر الوسيط إذ كانت لها عاداتها وأعرافها الخاصة التي نشأت بعيداً عن سلطان الدولة، لتلبية حاجات التجارة وما تتطلبه من سرعة وفعالية وبساطة وثقة وائتمان، وأدى التطور السريع والتوسع في ميدان هذه التجارة الدولية إلى إيجاد قواعد وحلول عادلة ومُقنعة تتفق وخصوصية المعاملات الدولية ومصالح التجارة الدولية عبر الحدود، الأمر الذي أدى إلى الاعتراف بوجود قواعد موضوعية تكون مقبولة بسبب تكرارها ووحدة طبيعة المشاكل التي تُعالجها.²

وباعتبار أن هذه العادات والأعراف التجارية وُضعت خصيصاً لتنظيم عقود التجارة الدولية فإن الأمر يقتضي حسب البعض تطبيقها تطبيقاً مباشراً، ودون حاجة إلى منهج قاعدة الإسناد، وذلك فيما لو كان النزاع مطروحاً على المحكمين الذي تُعد هذه العادات والأعراف جزءاً من النظام القانوني الذي ينتمون إليه، على عكس القضاء الداخلي، إذ أن عدم انتماء العادات والأعراف التجارية الدولية للنظام القانوني الذي ينتمي إليه، هو السبب الرئيسي لاختلاف معاملتها أمام هذا القضاء الذي لا يملك تطبيقها تطبيقاً مباشراً، بل ولا يملك إعمالها حتى من خلال منهج قاعدة الإسناد، لأن

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 188.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 187-188.

التنازع لا يُتصور وفقاً للأفكار التقليدية في القود د خ، إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، لذا لا يُتصور الرجوع إلى هذه العادات والأعراف التجارية أمام القضاء الداخلي، إلا إذا تصدى المتعاقدون لاختيارها وهو اختيار مادي تنزل بمقتضاه أعراف وعادات التجارة الدولية منزلة الشروط العقدية التي لا تقوى على مخالفة القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تُشير قواعد الإسناد باختصاصه.¹

وقد تم تجميع الكثير من هذه العادات والأعراف التجارية المتداولة في العمل من قبل الهيئات المتخصصة، وتؤدي غرفة التجارة الدولية «I.C.C.» دوراً مهماً في هذا المجال فأصدرت سنة 1953 مجموعة يُطلق عليها «Incoterms» جمعت الأعراف المستقرة في البيوع البحرية كالبيع «F.O.B» والبيع «C.I.F» كما وضعت مجموعة أخرى سنة 1964 تسمى بـ"القواعد والعادات المتعلقة بالاعتماد المستندي" وقد احتوت تقنياً للأعراف المصرفية المستقرة في هذا المجال.²

ثانياً: العقود النموذجية

العقد النموذجي هو عبارة عن وثيقة تم إعدادها مسبقاً ويجوز اعتبارها بمثابة العقد نفسه، إذ تنطوي على جميع القواعد التي تحكم هذا العقد من موجبات للأطراف إلى ضمانات التنفيذ ومكانه وميعاد التسليم وشروط الإعفاء من المسؤولية والقوة القاهرة وشروطها وآثارها، وانتقال الملكية وجزاء التأخير عن الوفاء بالموجبات وغيرها من الشروط التي يُمكن أن ترد في العقد، يتم تحديدها بشكل مسبق ولا يكون على المتعاقد إلا توقيعها وملء بياناتها الإضافية التي تترك له تحديد الثمن وتاريخ التنفيذ والكمية والوزن، كما يكون بإمكان الأطراف المتعاقدة إدخال بعض التعديلات عليها بحيث تُلائم العقد الذي يكون الأطراف بصدده إبرامه، فالعقد النموذجي لا يُمكن اعتباره اتفاقاً من قبل

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص ص 188-189.

² محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص ص 11-12.

إرادتين، بل هو مجرد صيغة بسيطة وُضعت ليتم استخدامها كنموذج للعقود المماثلة التي سوف يتم إبرامها لاحقاً.¹

والعقود النموذجية أيًا كان نوعها،² لها دورٌ لا يُنكر في خلق القواعد الموضوعية كونها تعمل على تجنيب الطرفين الكثير من الخلافات والمشاكل التي قد تُثير تنازع القوانين، أو على الأقل لتخفيف حدته عند ظهوره، هذا فضلاً عن فائدتها العملية في تخفيض تكاليف التعاقد واختصار الزمن اللازم لإبرام العقد، إذ يكفي في بعض الأحيان بالإشارة إلى إحدى القواعد المطبقة (الأنكوتيرمز) عند إنشاء العقد، لكي يتم تحديد حقوق والتزامات الطرفين ببساطة وأمان.

ونجد أن جانبًا من الفقه يُشير إلى القواعد الموضوعية بأنها إحدى الوسائل الفعالة في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، وتكييفها على هذا النحو باعتبارها قواعد مفسرة أو مكملة حقيقية بالنظر إلى أنها تُطبق إذا سكت الأطراف عن مخالفتها أو الخروج عليها، وهي على الأقل قواعد عرفية تُعد كأنها مندمجة في العقد، حتى لو لم يشترط الأطراف تطبيقها على نحو صريح، ثم يُتوصل من خلال ذلك إلى الاستنتاج بأن السلطات التي تضعها إنما تمارس سلطة قاعدية ولذلك يجب خضوعها لتفسير موحد ولرقابة محكمة النقض شأنها شأن القانون لأنه قانون حقيقي (veritable droit) للمجتمع الدولي للبايعين والمشتريين.³

وردًا على الاتجاه السابق، يؤكد جانبٌ آخر بأن القواعد المنصوص عليها في العقود النموذجية ليست أحكامًا مفسرة أو مكملة، وإن كانت تشترك معها في جواز مخالفة أو استبعاد كلٍّ منهما أو

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 189.

² يميز الفقه بين عقود نموذجية عامة لا تتعلق بسلعة معينة كالأنكوتيرمز، والشروط العامة للكوميكون والشروط العامة للجنة الاقتصادية الأوروبية لبيع المصانع والأخشاب و الحمضيات والوقود الصلب، وبين عقود نموذجية ذاتية تكون بمقتضاها الصيغة المطبوعة ذاتها محلاً للعقد ووسيلة إثباته كتابة، بعد ملء الفراغ الموجود فيه بشأن أسماء المتعاقدين، ونوعية البيع، ومكان شحنه، وتاريخ الشحن، ومكان وصوله وثمانه، وتاريخ الوفاء، ثم يُدرج في النهاية توقيع كل من البائع والمشتري، ومثالها العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية لبيع الحبوب ومختلف العقود الأخرى. نقلاً عن: بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص 416-417.

³ بلال عدلان بدر، المرجع نفسه، ص ص 417-418.

استبدال غيرهما بهما في أي وقت، لأن واضعي العقود النموذجية ليسوا من المشرعين، وإنما من الجماعات المهنية ورجال الأعمال، وإن كانوا بصفة رسمية فهي لا تُحولهم سن القوانين سواء أكانت أمرة أم مفسرة، ومن جانب آخر فقد أثبت الواقع العلمي استحالة اكتفاء العقد ذاتياً وأن العقود التي يُقال عنها (نموذجية) تظل الحاجة معها قائمة إلى قاعدة الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل أغفلها المتعاقدون، كحالة التعويض عن فسخ العقد أو إنهائه قبل أوانه أو مسألة تقادم الالتزامات أو مشاكل عيوب الرضا، ولهذا نجد أن بعض العقود النموذجية قد وضعت قاعدة إسناد احتياطية فإذا ما تركنا الكفاية الذاتية جانباً، نجد أن بعض العقود النموذجية في بعض الأحيان بقيمة تفوق قيمة الاتفاقيات في تحقيقها لتوحيد الممارسات التجارية. فضلاً عن الخلافات الكبيرة بشأن بعض العقود النموذجية كالشروط العامة للكوميكون، والتي صدرت بشكل توصية من اللجنة الدائمة للتجارة الخارجية في الكوميكون ثم أُدمجت في القوانين الداخلية للدول الأعضاء.

وعليه فالعقود النموذجية تلعب دور مهم في خلق قواعد موضوعية معدة خصيصاً لكي تُنظم العقود والروابط الدولية دون اللجوء لمنهج قواعد الإسناد، وما يترتب عليه من تطبيق قوانين داخلية غير متكيفة مع طبيعة تلك الروابط.

أما عن الدور الآخر الذي تُمارسه العقود النموذجية وهو أكثرها أهمية، فهو مساهمتها في تكوين العرف التجاري الدولي، والذي سبق وأشارنا إليه، حيث يُؤكد أحد الأساتذة بأن العقد النموذجي الدولي الذي طوّر العرف التجاري هو عملية تدريجية، تبدأ غالباً كتصرف تجاري لقلّة من المؤسسات البارزة، ثم يُصبح ممارسة عامة في تجارة محددة مبيّنة على توازي وتقابل في التصرف، ثم تنحو لاحقاً لتتحول إلى عادة أو ممارسة تجارية، وتكتسب في النهاية الثبات والحالة القانونية للعرف (Custom) وقد لا يقتصر تطورها على النطاق الوطني، بل أنها قد تصبح دولية في طبيعتها.¹

¹ بلال عدلان بدر، المرجع السابق، ص ص 418-419.

ثالثاً: المبادئ القانونية المشتركة¹

إزاء صعوبة التوصل إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المتعددة، ذهب العديد من الفقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى مصدر أعلى هو المبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على العقود الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار.

ويُقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ المشتركة بين النظم القانونية الوطنية، يستخلصها القاضي أو المحكم عندما تستند العلاقة إليه كقانون واجب التطبيق،² وقوام هذه المبادئ أنها تركز على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الإثراء بلا سبب، حسن النية في التعاقد، ومبدأ استقلال وسيادة الدولة، عدم التعسف في استعمال الحق،³ مبدأ الحقوق المكتسبة وغيرها من المبادئ التي جرى التحكيم على إعمالها.

وفيما يتعلق بعقود الاستثمار فإن المبادئ العامة للقانون كثيراً ما يُشير إليها أطراف النزاع بغض النظر عن مناسبتها للنزاع، ذلك أن منازعات عقود الاستثمار تتعلق بوجود الحق المدعى به أو بمضمون وحدود هذا العقد أو بتعارض حقوق أحد الأطراف مع حقوق الطرف الآخر، وفي مثل هذه المنازعات فإن المبادئ العامة للقانون لا تُقدم سوى العون القليل، وعلى الرغم من ذلك فإن أطراف النزاع و المحكمة كثيراً ما يُشيرون إليها.⁴

¹ هناك من الفقه من يرى أن تطبيق المبادئ العامة للقانون يُعتبر الأداة المناسبة لحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية، وقد لوحظت المبادئ منذ عشرات السنين، بيد أنها لم تسترِع انتباه الفقهاء إلا حديثاً، وما زال هذا النظام يستند بصفة رئيسية على دراسات الفقهاء أكثر من استناده على سلوك الدول والمنظمات الدولية والتطبيقات القضائية، فالالتجاهات الحديثة للتعاقد بالنسبة لاختيار القانون الذي يحكم عقود الاستثمار تميل إلى أن يكون شرط تطبيق قانون الدولة المتعاقدة متوافق مع المبادئ العامة للقانون، وليس لإحلال الأخيرة محل قانون الدولة المتعاقدة. نقلاً عن: عبد الله الناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 208.

² صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 246.

³ مراد محمود الموحدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 253.

⁴ عبد الله الناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 209.

وقد استلهم قضاء التحكيم بعض القواعد الأخلاقية عن طريق استخدامه لفكرة المبادئ العامة وذلك لمحاربة الفساد واحترام القواعد الآمرة في الدولة المضيفة للاستثمار، ومن هذه القواعد القاعدة التي تحظر الوساطة في العقود التي تُبرمها الدولة مع المستثمر الخاص الأجنبي، وكذلك فإن بعض القرارات التحكيمية قضت ببطان الاتفاق على العمولة بين المستثمر وأحد كبار مسؤولي الدولة المضيفة للاستثمار، وكان بُطلاناً مطلقاً لمخالفته المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تقضي بمحاربة الفساد وذلك لاتصالها بالنظام العام الدولي.¹

وقد توجهت بعض الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة مراعاة المحكم الدولي لهذه المبادئ العامة ومنها اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار في المادة 42 منها، وكذلك المادة 26 من بروتوكول الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترو "أوبيك"، وقد شكلت قاعدة موضوعية تنطبق مباشرة على النزاع المتعلق بالاستثمار والتجارة الدولية.²

وعلى هذا النحو تُعد المبادئ العامة القانونية مصدرًا من مصادر القانون التجاري الدولي، وإذا كانت هذه المبادئ القانونية المشتركة هي في رأي البعض بمثابة رداء حديث للقانون الطبيعي - أي للعدل في حد ذاته بالمقارنة بالعدل المصنوع أو العدل داخل المجتمع طبقًا للتفرقة الشهيرة التي أقامها الفيلسوف أرسطو - يستطيع قضاء التحكيم الاستناد إليه في استلهامه للحلول المناسبة لمجتمع التجار ورجال الأعمال، حين تسكت أعرافه الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح.³

فهل تستطيع قواعد العدالة بدورها أن تقوم بنفس دور هذه المبادئ المشتركة، ومن ثم اعتبارها على هذا النحو من مكونات قانون التجارة الدولي؟ هذا ما سنبحثه في العنصر الموالي.

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة سنة 2014، المرجع السابق، ص 182.

² ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 192-193.

³ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 65.

رابعًا: قواعد العدالة

تعني العدالة تحقيق التوازن لنتائج النشاط الإنساني بما يستجيب لمصالح الأطراف من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية، وفي نفس الوقت التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه، وهي بذلك تختلف عن القانون الذي لا يهتم بنتائج هذا التطبيق.

فالقاعدة القانونية يجب أن تُطبق كما هي حتى لو أدى تطبيقها إلى نتيجة لا تتفق وإحساس القاضي بالعدالة.¹

والأخذ بفكرة العدالة لا يعني استبعاد قواعد القانون كليةً، إذ أن الرجوع إلى فكرة العدالة سيقود المحكم إلى أن يأخذ في الاعتبار المبادئ العامة للقانون، وواقع التجارة الدولية حتى يتوصل في النهاية باسم العدالة إلى تقرير الحل الواجب الإتياع عند عدم توفر قاعدة موضوعية في العادات والأعراف التجارية أو في المبادئ القانونية المشتركة.²

كما لا يتم اللجوء إلى قواعد العدالة إلا عندما تنعدم القاعدة القانونية واجبة التطبيق على النزاع، أو أن تكون قاعدة غير ملائمة لحكم النزاع، أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد الأطراف، وتأخذ الكثير من تشريعات التحكيم بقواعد العدالة والإنصاف، كما تأخذ بها العديد من الاتفاقيات الدولية.³

¹ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 66.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 329.

³ راجع في هذا الصدد المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على أن تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون تقييد بأحكام القانون" وراجع أيضًا المادة 3/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 التي تنص على أنه "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحةً". وكذلك المادة 3/42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

الفرع الثالث

التحكيم التجاري الدولي كمصدر للقواعد الموضوعية

ذكرنا في مواطن عدة من هذه الدراسة مصطلح التحكيم التجاري الدولي والعديد من المصطلحات الأخرى المرتبطة به، نظرًا لأهميته التي يحظى بها في الوقت الراهن، حيث وُجّهت إليه أنظار جميع المتعاملين في مجال التجارة الدولية بصفة عامة، والمتعاملين في مجال الاستثمار بصفة خاصة، فأصبح يُشكل مصدرًا دوليًا هامًا للقواعد الموضوعية، لذلك قبل تبرير قولنا هذا، ارتأينا أن نسلط الضوء على الإطار النظري للتحكيم التجاري الدولي (أولاً) ومن ثم نتطرق إلى دوره في خلق قواعد موضوعية للعلاقات الخاصة الدولية (ثانيًا).

أولاً: الإطار النظري للتحكيم التجاري الدولي

إن من أهم الضمانات القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي الخاص في البلدان المضيفة له، هو ضرورة وجود وسائل تتوفر على مجموعة من الامتيازات تدخل في إطار حل المنازعات بين المستثمرين كالمرونة وسرعة البث في هذه الأخيرة، وحفاظاً على سرية المعاملات بين الأطراف وإيجاد الحلول لمنازعاتهم. هذا فضلاً عن قلة التكلفة، لذلك اهتمت الجزائر كغيرها من الدول على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية بخلق وسائل كفيلة لحماية المستثمر، أهمها التحكيم الذي يُعتبر أحسن الوسائل ملائمة للفصل في المنازعات، خاصة في ميدان التجارة الدولية وكذا الوساطة والصلح والتوفيق، لكننا سنركز من خلال هذه الدراسة على التحكيم التجاري الدولي كنموذج فعال لفض منازعات الاستثمار، مقتصرين على تعريفه، وتحديد أهم أنواعه، و من ثم مبررات اللجوء إليه في هذا النوع من العقود، وذلك على النحو التالي:

1. المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

بغض النظر عن التعريفات اللغوية، فقد حظي التحكيم بالعديد من التعريفات في الاصطلاح الفقهي، وفي مجمل تلك التعريفات يُمكننا الخروج بالتعريف التالي له:

(هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف بإرادتهم فضاءهم ويُخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية، أو غير العقدية وفقاً لمبادئ وأحكام القانون والعدالة، بإصدار حكم مُلزم يفصل في النزاع).¹

ولم تبقى الدول العربية بما فيها الجزائر بمعزل عن الدول في هذا المجال، بحيث عمدت إلى سن قوانين تُنظم التحكيم التجاري الدولي خاصة منذ بداية التسعينات، وفي هذه الفترة مرت الجزائر بحركة إصلاحية واسعة على الصعيدين الاقتصادي والسياسي،² حيث رغبت في تحرير التجارة الخارجية، مما أدى إلى حتمية سن و اعتماد تشريع وطني عصري في مجال التحكيم التجاري الدولي.³

فكانت البوادر الأولى لسيرها إلى هذا الاتجاه هو إبرامها منذ مطلع الثمانينات لاتفاقيات دولية تتعلق أساساً بترقية الاستثمارات الأجنبية و حمايتها، تم فيها اعتماد التحكيم كنظام لحل الخلافات الناشئة، كما صادقت على أهم اتفاقية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ويتعلق الأمر هنا باتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958، الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية

¹ لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 16.

² وكان من بين مساعي الجزائر من وراء هذه الحركة الإصلاحية، رغبتها في تدفق رؤوس الأموال الأجنبية من خلال الاستثمار الأجنبي والشراكة مع شركات جزائرية والتي تعرف تطوراً كبيراً بعد تسجيل تحدة الأوضاع في الكثير من المناطق التي كانت تُعرف بالساحنة. نقلاً عن: ميكالي الهواري، انعكاسات الإجراءات المتخذة في الواقع الجزائري ابتداء من أحداث أكتوبر إلى غاية دخول ميثاق السلم والمصالحة حيز التنفيذ (1988-2006)، مجلة أنثروبولوجية الأديان، جامعة تلمسان، عدد 23، سبتمبر 2018، ص 102.

³ راجع مقالنا: لبيك شوقي، أثر اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي على مناخ الأعمال في الجزائر، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول "مناخ الأعمال في الجزائر بين التكريس الدستوري والواقع الاقتصادي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، يومي 11 و 12 أبريل 2018، ص 8، غير منشورة.

وانضمت إليها،¹ ووقعت فيما بعد على اتفاقية واشنطن المنبثق عنها المركز الدولي للفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمار التي تأسست سنة 1965، والتي ذكرناها في مواطن عدة من هذه الدراسة نظراً لأهميتها.

وزاد من تعجيل ذلك تأسيس دستور عام 1989 الذي جاء نتيجة الحراك الشعبي المطالب بالتخلي عن رموز الاشتراكية،² إذ تضمن العديد من النصوص التي مهدت كثيراً و ساعدت على التحولات الجذرية التي شهدتها الساحة السياسية و الاقتصادية فيما يتعلق بالنهج الليبرالي فيما بعد و الذي تم تجسيده فعلاً بموجب دستور 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002،³ ثم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،⁴ ثم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016،⁵ حيث أقرت المادة 43 من هذا الأخير بحرية التجارة والاستثمار وتحسين مناخ الأعمال.⁶

فضلاً عن منظومة تشريعية قيمة هادفة إلى تعزيز أرضية الاستثمارات الأجنبية و مختلف الضمانات التي يتعين تقديمها للمستثمرين الأجانب، حيث كُرس ضمانات إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للمنازعات التي يُمكن أن تثور بين المستثمرين الأجانب والدولة الجزائرية أو المؤسسات التابعة لها، سواء في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 41 منه، أو في الأمر رقم 03 /01 المعدل والمتمم بالأمر 08/06 المتعلق بتطوير الاستثمار و

¹ اتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958، انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم رقم 88-233 الموافق 5 نوفمبر 1988، ج.ر، عدد 48، لسنة 1988.

² بن عصمان جمال، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني حول "إصلاح المنظومة القانونية للاستثمار في الجزائر بين الرغبة في تحرير مناخه ومطلب تحقيق التنمية"، كلية الحقوق - جامعة تلمسان يومي 14 و 15 ديسمبر، 2015، ص 4، غير منشورة.

³ القانون رقم 02-03 المتضمن التعديل الدستوري و المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر المؤرخة في 14 أبريل 2002، عدد 25.

⁴ القانون رقم 08-19 المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، عدد 63.

⁵ القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر المؤرخة في 7 مارس 2016، عدد 14.

⁶ راجع المادة 43 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري.

الملغي للمرسوم 93-12 وذلك بموجب المادة 17 منه، كما نص القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار والذي صدر مؤخرا على الضمانة المتعلقة بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات و هذه المرة بموجب المادة 24 منه في الفصل الرابع المعنون بالضمانات الممنوحة للاستثمارات.¹

على أن المميز مع بداية التسعينات كما أسلفنا الذكر، بداية الانفتاح الاقتصادي في الجزائر هو صدور المرسوم التشريعي 09/93، المعدل و المتمم لقانون الاجراءات المدنية الصادر عام 1966 فبموجبه عُدلت المادة 442 من قانون 1966، قرر فيها المشرع السماح للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام باللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.² بعدما كان محظور عليهم ذلك في قانون الاجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 1966 بموجب الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966.³

وقد أضاف قانون عام 1993 بابًا رابعًا خاصًا بالأحكام المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ليُصبح عددها تسعة و عشرين قاعدة مادية دولية، تخص كل فروض التحكيم من بدء انشاء اتفاقية التحكيم إلى غاية فرضية تنفيذ القرار التحكيمي، هذه المواد التي جاءت في مجملها متأثرة بالقانون الفرنسي لسنة 1981 و القانون السويسري الصادر سنة 1987، ظلت سارية المفعول إلى غاية أبريل 2009، تاريخ العمل بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، والذي تضمن هو أيضًا مواد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وهي المواد من 1039 إلى 1061.

¹ راجع المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

² حيث نصت الفقرة 3 من هذه المادة على مايلي: (...ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

³ أمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، عدد 47 لسنة 1966، ملغى.

2. أنواع التحكيم التجاري الدولي

تجدر الإشارة بداية بأن التحكيم لا يتخذ بصفة عامة صورة واحدة، ولكنه يتخذ عدة صور فإذا كان الأصل أن يتفق الطرفان على اللجوء للتحكيم، إلا أنه قد يحدث أحيانا أن يفرض المشرع على الطرفين اللجوء إليه، وهذا ما يؤدي إلى انقسامه إلى تحكيم إجباري وتحكيم إختياري .

وقد يختار أطراف النزاع شخصًا ثالثًا ليفصل بينهم بحكم ملزم، وقد يختارون منظمة أو مركزًا دائمًا للتحكيم، وهذا ما يؤدي إلى انقسام التحكيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي .
وقد يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه وفقًا لأحكام القانون، وقد يُفوضه أطراف النزاع فيه وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، وهذا ما يؤدي إلى انقسام التحكيم إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح.¹

وبالنتيجة، فإن أي تصنيف يُمكن أن يُعطى للتحكيم، فإنه يُعطى وفقًا للزاوية التي يُنظر من خلالها التحكيم له.

وسنقتصر في هذه الدراسة على شرح وتحليل أنواع التحكيم التي تمس مباشرة بموضوع البحث والتي تتمثل في التحكيم الحر (الخاص) و التحكيم المؤسسي.

أ- التحكيم الحر "الخاص": هو الذي يتولى الأطراف إقامته في نزاع معين ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والقواعد و الإجراءات التي تُطبق بشأن هذا النزاع²، أو أن يتم الاتفاق على بعض هذه الأمور واختيار أسماء المحكمين أو كيفية اختيارهم، ومكان التحكيم وترك الأمور الأخرى للمحكمين أنفسهم يقومون بها.³

ويتميز هذا النوع من التحكيم بأنه يغلب أن يكون أقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة، ويسود اللجوء إليه في بعض المنازعات، كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين.

¹ خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 52.

² حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 18.

³ محمد حسن حاسم المعماري، التحكيم التجاري الدولي وتدخلات القضاء الوطني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013، ص 41.

ويمكن أن نُشير كمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار إلى ما ورد في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة، من أجل تنفيذ ما يسمى الأوتوستراد العربي من أن فض الخلافات الناشئة عن هذه الاتفاقية يكون خاضعا للتحكيم، وفقاً لدفتر الشروط وملاحقه، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال)، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية وعلى أن يُطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع.¹

ب- التحكيم المؤسسي: هو التحكيم الذي يتم تحت إشراف مؤسسة أو منظمة دولية مختصة بالتحكيم، مثل مركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي، أو مركز تحكيم غرفة تجارة باريس، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار التابع للبنك العالمي للإنشاء والتعمير (C.I.R.D.I).²

وتقتصر مهمة هذه المؤسسة أو المركز على وضع قوائم بأسماء المحكمين لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة، ويوجد حالياً مؤسسات وهيئات تحكيمية دائمة ويبلغ عددها حوالي أربعة آلاف هيئة تحكيم، ويكتفي المتعاقدون بالإحالة إلى نظامها ولوائحها حتى يتم التحكيم في إطارها، هذا وأصبح التحكيم المؤسسي يُشكل الحجر الأساسي في التحكيم.³

ومن أمثلة اتفاقات تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تُحيل إلى التحكيم المؤسسي نذكر اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة "أوراسكوم تيليكوم" في مادتها التاسعة، الفقرة الثانية، التي

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 359-360.

² يُعتبر المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار واحد من أهم مؤسسات التحكيم الدولي في الوقت الحالي، إلى جانب غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، إلا أن ما يميز هذا المركز عن غيره هو أنه أُسس بهدف حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد هو الاستثمار الدولي، وليس أي نوع من الاستثمارات وإنما فقط تلك التي يكون أحد طرفيها دولة والطرف الآخر مستثمر أجنبي. نقلاً عن: لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 14.

³ علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 29-30.

نجدها أحالت إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I)، في حالة استمرار الخلاف بين الدولة الجزائرية وهذه الشركة دون التوصل إلى تسوية ودية بينهما.¹

وما يعيب التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الحر هو أنه غالبًا ما تكون تكلفته عالية مقارنة بالتحكيم الحر، وكذلك تطبيق القواعد و الإجراءات المحددة في نظام المركز نفسه دون اختيار القانون الأقرب للأطراف مثلًا أو لموضوع النزاع.²

3. مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

إن اللجوء إلى التحكيم وإن كان من المسائل المتفق عليها في العقود الدولية عمومًا، إلا أنه في عقود الاستثمار، هناك مبررات تدعو إلى الأخذ به كآلية وضمانة في تسوية المنازعات التي يُمكن أن تنشأ بين أطراف هذه العقود، وأهم هذه المبررات تتمثل في الآتي:

أ- التنمية الاقتصادية

إن اتساع الهوة بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة صناعيًا من الناحية التكنولوجية جعل من الأولى وهي في حاجة إلى المعرفة التكنولوجية لتنمية اقتصادها، رهن إرادة الشركات المتعددة الجنسيات التي تملك المعرفة التكنولوجية.

وقد وجدت الشركات المتعددة الجنسيات في النظم الوطنية عائقًا أمام نشاطها، فكان عليها أن تسعى إلى الانعتاق منها أو على الأقل تحجيم آثارها باللجوء إلى نظام قضائي موحد يقوم على المفاهيم الغربية التي تعمل في ظلها، وأخصها مبدأ الإرادة وحرية التعاقد، وقد كان نظام التحكيم هو الأداة الرئيسية التي أستخدمت لتحقيق هذا الغرض.

¹ حيث نصت على ما يلي: "...غير أنه إذا استمر الخلاف، يفصل فيه نهائيًا عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (C.I.R.D.I) الذي أنشئ بموجب اتفاقية تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني دول أخرى، تلك الاتفاقية التي تم التوقيع عليها بواشنطن يوم 18 مارس سنة 1965، وذلك عن طريق حكم أو عدة حكام يُعينون وفقًا للتنظيم المذكور سلفًا...."

² لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 32.

والجدير بالذكر أن هذه الوسيلة مفضلة حتى بالنسبة للدول النامية التي تُحاول تحاشي الخضوع لقضاء دولة أجنبية في عقودها بعد أن أصبحت تتدخل وتُشرف على عقود التنمية الاقتصادية، إذ أن الدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام يصعب خضوعها لقضاء دولة أجنبية، لذا تُفضل التحكيم الذي تُشارك فيه باختيار المحكمين وفي تحديد القانون الواجب التطبيق، ما يجعلها أقل حساسية تجاه التحكيم.¹

ب- التحكيم قضاء متخصص

التحكيم التجاري الدولي يكفل المعرفة و الخبرة القانونية المتخصصة و الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار، التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية و فنية حديثة و خبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون في الأغلب الأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية و القانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم، فضلاً عن تمتعهم غالباً بالخبرة العلمية و العملية في المنازعات التي يتم اختيارهم للفصل فيها، وما يمتازون به من الإحاطة بأعراف و عادات العقود محل النزاع، و كذلك اللغات التي تُحرر بها العقود و تُجرى بها المراسلات بين الأطراف، و مما لا شك فيه أن وجود قضاء متخصص من شأنه أن يُحقق عدالة مستوحاة من رغبات الأطراف و لعلّ مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموماً هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى اختيار أنسب المحكمين الذين تحتاجهم خصوصية القضية محل النزاع.²

¹ راجع في هذا الصدد مقالنا: لبيك شوقي، دور الاستثمار التكنولوجي في إنتاج المدن الذكية بدول العالم الثالث "الجزائر نموذجاً"، مجلة الدراسات الثقافية واللغوية والفنية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ج1، برلين، ألمانيا، عدد 6، مارس 2019، ص 194.

² جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 5 وما يليها.

ج- السرعة في الإجراءات

الفصل في النزاع في أوقات قياسية، مقارنة مع تلك الإجراءات المتبعة أمام القضاء، حيث أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، سيما متى عُلم حجم الأموال المجردة و توقف المشاريع المرتبطة بها انتظارًا لصدور حكم قضائي.¹

د- سرية التحكيم التجاري الدولي

فاختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية، ذلك أن جلسات التحكيم غير العلنية و عدم نشر الأحكام تُعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد و المخترعات سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم و أسبابها و دوافعها، نظرًا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية، وتمتد السرية في التحكيم إلى مداوات هيئات التحكيم وتشمل المعلومات والمستندات التي يُقدمها الأطراف أثناء التحكيم.

و تُعتبر السرية أمرًا بالغ الأهمية فهو يتعلق بأسرار مهنية أو اقتصادية يترتب على إعلانها الإضرار بمركز أطراف العلاقة.²

هـ- حرية الأطراف في ظل التحكيم

إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم، لأنه ينفر من القوالب الجامدة حيث يملك الأطراف أولاً اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصًا أو تحكيمًا مؤسسيًا، كما يفسح التحكيم المجال أمام إرادة الأطراف في اختيار مكان انعقاد

¹ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري المتعدد الأطراف (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 22.

² ذلك أن المعلومات تُمثل قيمة مالية كبيرة قد توازي قيمة العقد البترولي نفسه، و التي يصعب التحكم في سريتها إذا عُرضت المنازعة للفصل فيها أمام القضاء الوطني في ظل فساد الإدارة القضائية و تطلع العديد من الشركات المنافسة للحصول على هذه المعلومات، و على رأس هذه المعلومات الإنتاج اليومي آبار البترولية، أنواع البترول المنتج و جودته، فإذا حدث و تسربت هذه المعلومات، من شأنها أن تُقلل من سعر الخام المنتج من هذه الآبار في السوق العالمي، راجع في ذلك: هاني محمد كامل المنابلي، اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 70.

التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءات التحكيم و موضوع المنازعة محل التحكيم.¹

وعليه فالتحكيم التجاري الدولي يُعتبر ضماناً وآلية مهمة جداً في جذب الاستثمارات الأجنبية في الجزائر والدول التي تسير في فلكها، بغية تحقيق التنمية الاقتصادية.

وبعد تطرقنا بشكل وجيز للإطار المفاهيمي له، لنا أن نتساءل الآن حول دوره في خلق القواعد الموضوعية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وهذا ما سنعالجه في العنصر الموالي.

ثانياً: دور التحكيم في خلق القواعد الموضوعية في مجال العلاقات الخاصة الدولية

يلعب التحكيم دوراً هاماً في خلق وتكريس القواعد الموضوعية في مجال منازعات العقود الدولية، بحسبانه القضاء المختص بإنهاء هذه المنازعات، ويحرص المحكم حال إعماله للقواعد الموضوعية خصوصاً المستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية، على إظهار عدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات العقود الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار، فضلاً عن استناده للنصوص القانونية المنظمة للتحكيم التي تُلزمه بالعمل على مراعاة العادات والأعراف المستقرة في نوع المعاملة² وكما هو معلوم فإن عقود الاستثمار تتطلب الخضوع لنظام قانوني يتلاءم مع ما تتمتع به من ذاتية وخصوصية، وأول ما يشغل ذهن المحكم هو البحث عن النظام القانوني الذي تخضع له المنازعة، وإزاء اختلاف أطراف هذه العقود واختلاف أهدافهم على نحو ما بيناه في الباب الأول من هذه الدراسة يسعى كلٌّ منهم لاختيار النظام القانوني الذي يُحقق له أهدافه وآماله،³ وهو من دون أدنى شك القانون الوطني كوسيلة للأمان القانوني الذي ينشدونه.

والأصل أن المحكم ملزم بتطبيق قانون يتلاءم مع الذاتية والخصوصية التي تتمتع بها العقود الدولية، وحال إعماله للقوانين الوطنية على هذه العقود سيصطدم حتماً بعدم ملاءمة هذه القوانين

¹ لبيك شوقي، دور الاستثمار التكنولوجي في إنتاج المدن الذكية بدول العالم الثالث "الجزائر نموذجاً"، المرجع السابق، ص 195.

² محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 246.

³ محمد ابراهيم قطب غانم، المرجع نفسه، ص 247.

أو بعدم تقديمها حلولاً للمنازعات المثارة، إذ سجل الفقه منذ أمد بعيد عدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات العقود الدولية. حيث رفض القضاء الفرنسي تطبيق القواعد الوطنية التي أشارت بإعمالها قواعد الإسناد الفرنسية على منازعات التجارة الدولية، مؤكداً عدم صلاحية شرط الدفع بالذهب في نطاق معاملات التجارة الدولية، واعترف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي على الرغم من بطلانه وفقاً لأحكام القانون الفرنسي.¹

وأكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 20 ديسمبر 1993 في قضية Dalico أنه "وفقاً لإحدى القواعد الموضوعية التي يقرها قانون التحكيم الدولي، يُعد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة أو بالإحالة،² وكذلك وجوده وفاعليته لا يمكن إنكارهما وذلك دون المساس بالقواعد الآمرة التي يقرها القانون الفرنسي أو تلك التي تُعد من قواعد النظام العام الدولي، دون أن يكون ضرورياً الإحالة إلى قانون وطني معين".³

وأمام هذا الوضع أصبح أمراً مألوفاً أن يلجأ المحكمون إلى عادات وأعراف التجارة الدولية عند عدم وجود قانون وطني مناسب، باعتبارها قواعد موضوعية وُضعت خصيصاً لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال، مما يسمح لهم باستبعاد القوانين الداخلية التي يُقدرون نقصها وعدم ملاءمتها، وتفضيل الاحتكام لهذه القواعد العرفية التي يعرفونها مسبقاً ويأمنون للعمل بمقتضاها ويجدون فيها الأمان القانوني الذي ينشدونه.⁴

ودور التحكيم في خلق القواعد الموضوعية يُعتبر إنشائياً حسب البعض، فالمحكمون يخلقون القانون عن طريق تبنينهم لإحدى القواعد المعيارية أو المبادئ العامة في أكثر من قرار حتى يُصبح عرفاً قضائياً، وعن طريق إلزام المحكمين باحترام القواعد التي يستخلصها زملائهم في حالات سابقة، وهو

¹ محمد ابراهيم قطب غانم، المرجع السابق، ص 248.

² وهذا ما أقره كذلك المشرع الجزائري في المادة 4/1040 من ق إ م إ ج، حيث نصت على ما يلي: "...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

³ محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 248.

⁴ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 151.

ما يعني أنهم يستندون أساساً على التسليم بأن للتحكيم طبيعة قضائية أيضاً، وللقضاء دور منشئ للقانون باعتباره أحد المصادر الشكلية.¹

ومن هنا يظهر الدور الإنشائي للتحكيم وبصورة خاصة في التحكيم مع التفويض بالصلح فالمحكم في هذا النوع من التحكيم يُعتبر شخصاً ثالثاً مفوضاً بإصدار قراره وفقاً للعدالة، دون التزام بأي قانون وضعي، ودون مراعاة للقواعد الإجرائية المعتادة، حيث يُشير Loussouarn إلى أن المحكمين المفوضين بالصلح هم الذين يستطيعون بصفة خاصة خلق الأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية، نظراً لأن المتعاقدين لا يُشيرون في مثل هذه الحالة إلى القانون الواجب التطبيق على عقدهم عملاً بقاعدة الإسناد المستقرة في هذا المجال، مما يُخولهم فرصة الإفلات من تطبيق القوانين الداخلية والتصدي مباشرة للفصل في النزاع وفقاً للمبادئ المقررة في مجتمع التجارة والأعمال العابرة للحدود وبهذا المعنى يصير المحكم غير ملزم بتطبيق القانون وله سلطة إنشاء القواعد الموضوعية.²

إلا أن التحكيم حسب البعض الآخر يُعتبر كاشفاً للقواعد الموضوعية وليس منشئاً لها، حيث يرى مؤيدوا هذا الطرح أن القانون التجاري الدولي يتكون فقط من ممارسات التجار الدوليين دون أدنى تدخل من التحكيم أو أي من فقهاء ورجال القانون، على أساس أنه نظام سابق التكوين قبل تدخل القانونيين، وبالتالي فإن دور التحكيم يقف عند مجرد الكشف عن وجود القاعدة القانونية وإبرازها.³

ثم إن قواعد التحكيم التجاري الدولي سواء كانت في مصدرها أو أثرها لا تُنبئ عن سلطة عليا تكفل إصدارها أو ضمان تحقيقها لاستقرار المعاملات، فضلاً عن تعدد تفسيراتها لغياب الحجية التي يتطلبها تفسير الأحكام بصفة عامة، وحتماً سيكون الأمر مدعاة لنفي الدور الخلاق للتحكيم

¹ محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 272.

² محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 153. نقلاً عن:

Yvon Loussouarn et Bredin, droit du commerce international, Sirey, Paris, p 34 et 36.

³ محمد بلاق، المرجع نفسه، ص ص 155-156.

التجاري الدولي، هذا الموقف دفع البعض للقول بأن قرار التحكيم لا يُعبر عن رغبة جماعية لدى هيئة التحكيم، لذلك يبدو وكأنه قرار توفيقى بين جملة من آراء المحكمين الأعضاء، ومعه لا يمكن اعتباره ممثلاً لقواعد التجارة الدولية، كما أن الإقرار بسلطة مطلقة لهذا القضاء في إنشاء تلك القواعد سيُمثل خطرًا حقيقياً حال تعلق الأمر بالتوازنات العقدية بغير ضابط، خاصة أمام الوضعية المزاجية في تحديد القواعد الواجبة التطبيق ومضمونها والميل العاطفي لأحد طرفي العلاقة.¹

ومهما يكن من أمر الخلاف الدائر بين الاتجاهين، إلا أنهما يُقران معاً للمحكم دورٍ في خلق أو كشف القواعد الموضوعية، فدور التحكيم التجاري الدولي في تنمية معاملات التجارة الدولية لا يتمثل في مجرد المحافظة على التقاليد أو دأب صدع القواعد الوطنية واجبة التطبيق أو استنباط وتشديد قواعد موضوعية، وإنما كذلك إعادة التهيئة لما يُطبق منها والإبداع في تطويرها مع ضبط المبادئ والمفاهيم الحاكمة لتلك الأنماط، لتصبح حاجات التجارة الدولية ذاتها هي ما يُضفي على قرارات التحكيم الطبيعة المنشئة أو الكاشفة لقواعده، وسبباً للصفة الملزمة لتلك القرارات.²

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن أزمة منهج قواعد الإسناد ساهمت وبشكل كبير أسوءً بعوامل أخرى في بروز منهج القواعد الموضوعية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، كما أن مصادر القواعد الموضوعية بنوعيتها، الداخلية و الدولية، جعلت منها منهجاً مؤهلاً لاستيعاب مقتضيات الحركة الخاصة الدولية، ما يدفعنا للتساؤل من جديد حول كيفية إعمال هذه القواعد في منازعات عقود الاستثمار سواء أمام القاضي أو المحكم؟ وهل أصبح بإمكاننا القول بإمكانية الاستغناء عن منهج قواعد الإسناد والاكتفاء فقط بالقواعد الموضوعية في سبيل فض تلك المنازعات؟ أم أن الأمر يستدعي التكامل بين المنهجين دون الاستغناء عن أي منهما؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفصل الثاني من هذا الباب.

¹ محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 135.

² محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ص 156-157.

الفصل الثاني

إعمال القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار

هناك جدل فقهي كبير حول مدى اعتبار منهج القواعد الموضوعية منهجاً مستقلاً عن منهج قواعد الإسناد، إذ لو أُعتبر كذلك فإنه سوف يحل محله، أو على الأقل يأخذ دوراً رئيسياً في مجال التجارة الدولية ليحل تدريجياً محل منهج الإسناد في حل مشكلات التنازع، ووفقاً لوجهة النظر هذه فإن هناك علاقة تنافس وعداء بين المنهجين. هذه النظرة يرفضها جانب آخر من الفقه، الذي يرى أن منهج القواعد الموضوعية ليس مستقلاً عن منهج قاعدة الإسناد، وأن هناك تكاملاً وتعايشاً بين المنهجين يقتضي إعمالهما جنباً إلى جنب.¹

وأمام هذا الجدل الفقهي سنبحث في كيفية إعمال القواعد الموضوعية في منازعات عقود الاستثمار، من خلال تبيان دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الطائفة من العقود (المبحث الأول) ثم نُركز من خلال (المبحث الثاني) على دراسة علاقة التكامل بين منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، ومدى إمكانية إعمالهما معاً في حسم منازعات العلاقات الخاصة الدولية.

المبحث الأول

الحلول العملية للقواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار

إن توضيح الحلول العملية للقواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار يقتضي منا التطرق بصفة أولية إلى تطبيق هذه القواعد عن طريق الأعمال الإرادي المباشر لها سواء أمام القضاء أو المحكم (المطلب الأول)، ثم إن مسألة تمتعها بصفة النظام القانوني من عدمه كانت محل خلاف فقهي، سنحاول أن نشير إليه من خلال (المطلب الثاني) المعنون ب: تقييم القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار.

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 198.

المطلب الأول

الإعمال الإرادي للقواعد الموضوعية في منازعات عقود الاستثمار

مما لا شك فيه أن إعمال القواعد الموضوعية على العقود الدولية عمومًا، وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، ليس سوى تعبير عن الحاجات المشروعة للروابط التعاقدية المتصلة بمعاملات التجارة الدولية، وطالما أن القواعد الموضوعية تُعتبر مستقلة وتنتمي إلى بيئة معينة فهي تُشكل نظامًا أجنبيًا بالنسبة للقاضي الوطني الناظر بالنزاع، وإن كانت تُعتبر قانونًا مستقلًا بالعلاقة التعاقدية، إلا أن الأمر يختلف عنه أمام قضاء التحكيم، إذ أن المحكم لا ينتمي إلى قانون وطني معين،¹ وعليه يُثار التساؤل حول كيفية إعمال هذه القواعد أمام كل من القضاء والمحكم؟ وعن الجدل الفقهي حول مدى التطبيق المباشر لهذه القواعد على عقود الاستثمار؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال ثلاثة فروع على النحو التالي.

الفرع الأول

إعمال القواعد الموضوعية المباشرة أمام القضاء

يحتل التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية حيزًا كبيرًا في مجالات تطبيقها على المستويين الوطني والدولي، وهذا دون الحاجة للجوء إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة على نحو ما وضعناه سابقًا.

وعلى هذا النحو يُصبح تطبيق القواعد الموضوعية متوقعًا على قوتها الذاتية بغض النظر عن انصراف إرادة المتعاقدين للأخذ بها، فتكون واجبة التطبيق بمجرد تعلق المنازعة بعقد من العقود

¹ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 198.

الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار، على اعتبار أن التنظيم الموضوعي والمباشر الذي يتضمنه منهج هذه القواعد يجعل منها منهجًا مستقلاً عن كل قاعدة إسناد.¹

وقد تم تكريس بعض القواعد الموضوعية في التشريعات الوطنية ونذكر منها نص المادة 370 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تقضي بأنه "إذا وُجدت نواقص في نص العقد، وجب على القاضي أن يسدها إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى وإما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبًا مع العقد الذي يُراد تفسيره" كما نصت المادة 371 من ذات القانون على أنه "يجب على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبند المرعية عرفًا، وإن كانت لم تُذكر صراحة في نص العقد".²

والتطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام القضاء الوطني، يكون في الحالة التي تكون هذه القواعد ذات مصدر داخلي أو مُكرسة في معاهدة دولية تكون الدولة التي ينتمي إليها القاضي طرفًا فيها، فيكون إعمالها عندئذٍ بطريقة مباشرة، ودون الحاجة في الرجوع إلى قاعدة الإسناد، التي يتم عبرها إعمال القاعدة الموضوعية في قانون أجنبي وذات صلة بالعلاقة العقدية المطروحة أمام القاضي الوطني، والذي لا يعتمد على العرف التجاري الدولي إلا بصورة احتياطية، في حالة وجود نقص في بعض النصوص التشريعية الوطنية.³

¹ خصوصًا لما نعلم أن هذه القواعد سُرعَت في الأصل لتستجيب لمتطلبات التجارة الخارجية، لذلك كان من الطبيعي أن يتصدى المحكمون لتطبيقها تطبيقًا مباشرًا دون حاجة لمنهج التنازع، على خلاف لو كان النزاع مطروحًا أمام القضاء الداخلي إذ قد يصدق حينئذٍ الرأي القائل ببقاء الحاجة لمنهج التنازع كشرط لتطبيق القواعد الموضوعية، بداعي أن القضاء لا يستطيع تطبيق هذه القواعد الأخيرة تطبيقًا مباشرًا لكونها لا تُشكل أصلًا جزءًا من نظامه القانوني... لمزيد راجع: محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 181. وراجع أيضًا: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 358.

² راجع نصوص قانون الموجبات والعقود اللبناني، وهو منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/lebanon/ObligationsAndContractsLawAr.pdf>

³ ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 199.

كما يُمكن تطبيق القواعد الموضوعية بطريقة مباشرة إذا كانت ذات مصدر داخلي، وشُرِّعت أصلاً لتُنظم عقود القانون الداخلي إلا أن صفتها الآمرة جعلتها واجبة التطبيق حتى على الروابط الدولية.¹

وقد بدأ الإعتراف بقواعد التجارة الدولية من قبل القضاء الفرنسي أولاً بشكل غير مباشر من خلال اعترافه بأحكام التحكيم التي طبقت قواعد *Lex Mercatoria* أو عن طريق رفض الطعن بالبطلان على الأحكام التحكيمية التي استندت إلى أحكام هذه القواعد، ولم تقم بتطبيق قانون وطني محدد.

و يذهب جانب من الفقه وخاصة الغربي منه إلى أنه عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق، فعلى المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار، وبما أن القانون الدولي العام والقانون الداخلي لا يصلحان في رأي أنصار هذا الاتجاه للإعمال على عقود الاستثمار- كما أشرنا لذلك سابقاً- فإن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يتحقق بالبحث عن نظام قانوني آخر لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام، وهو النظام الذي يُطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية *Lex Mercatoria*.²

كما يؤكد أحد الأساتذة على أن قانون التجارة الدولية هو نظام قانوني صالح للتطبيق بغض النظر عما يعترضه من نقص.³

¹ ليندا جابر، المرجع السابق، ص 200.

² بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 297-298.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 246. نقلاً عن:

Mc Nair : The General Principles of Law Recognized by Civilized Nation, B.Y.B.I.L, vol 33, 1957, p p.18-19.

وقد وجد أنصار الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار دعمًا في قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة و الستين المنعقدة في Santiago de Compostela سنة 1989 تحت عنوان "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها و المشروعات الأجنبية".¹

وذلك في المادتين الرابعة والسادسة من القرار واللذان تعرضتا للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.²

كما أشارت لذلك منظمة الدول المصدرة للبترول (الأوبك) حيث نصت على أنه: "في المنازعات الناشئة عن الامتيازات النفطية تُطبق هيئة التحكيم:

ب- الأعراف الدولية الملزمة

ج- المبادئ القانونية العامة المعمول بها في المجتمع الدولي

د- المبادئ العامة المشتركة في قوانين الدول الأعضاء".³

¹ راجع نص القرار منشور في:

ICSID Rev-F.I.L.J, vol 5, N1, 1990, pp.139-141.

² فقد نصت المادة الرابعة من القرار على أنه: "عندما يتم الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم فإن هيئة التحكيم ستحسم النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي: القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يُشير إليه نظام الق د خ الذي نص عليه الأطراف، أو المبادئ العامة للقانون الدولي العام أو الخاص، أو المبادئ العامة للتحكيم الدولي، أو القانون الذي ستطبقه محاكم الإقليم حيث مقر هيئة التحكيم، وعند القيام بهذا الاختيار فإن هيئة التحكيم في كل حالة سيقودها مبدأ ترجيح النص الذي يُرتب الصحة".

أما المادة السادسة من القرار فقد نصت على أنه: "يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم...، ويقدر ما يترك الأطراف هذه الأمور دون تحديد فإن هيئة التحكيم ستلتزم بأن تُحدد القواعد والمبادئ الضرورية المستمدة من ذات المصادر المشار إليها في المادة الرابعة".

³ نقلاً عن: ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 140.

كما اعترف القضاء الفرنسي لهذه القواعد بشكل مباشر عن طريق تأصيل أحكامه وذلك بالاستناد إلى أحد المبادئ المستعملة في ميدان التجارة الدولية وهو مبدأ ESTOPPEL.¹

وتطبيقاً لذلك الإقرار المباشر بقواعد قانون التجارة الدولية نرى الحكم الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية في 6 تموز عام 2005. والتي قضت بأن الطرف الذي تقدم بطلب التحكيم أمام محكمة التحكيم المشكلة من أجل حل النزاعات الناشئة بين دولتين، والذي شارك دون أدنى تحفظ في إجراءات التحكيم لمدة تزيد عن تسع سنوات، لا يُقبل منه وفقاً لقاعدة الـ ESTOPPEL أن يتمسك بوسيلة مخالفة لما صدر عنه سابقاً، بأن محكمة التحكيم قد فصلت في النزاع دون وجود اتفاق تحكيمي باطل، أو بالاستناد إلى اتفاق تحكيمي لا ينطبق عليه.²

وفي وقائع هذه القضية تقدم السيد Abrahim Golshani أمريكي من أصل إيراني، بطلب في 9 يناير 1982 إلى محكمة التحكيم والمشكلة وفقاً لاتفاق الجزائر بهدف تعويضه بمبلغ 1.7 مليار دولار أمريكي، وذلك عن التأميم الذي طاول شركاته من قبل الدولة الإيرانية أثناء الثورة الإيرانية في عام 1979. ومن المفيد ذكره أن الهيئة التحكيمية التي تقدم أمامها السيد Abrahim Golshani والتي مقرها لاهاي بهولندا، قد تم إنشاؤها بموجب معاهدة دولية وُقعت بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية ودولة إيران من أجل حل النزاعات الناشئة بين الدولتين.

وقد جاء في نص مادتها 2/7 على أنه "تُعتبر الطلبات التي يتم تقديمها أمام محكمة التحكيم من تاريخ إيداعها لدى المحكمة بمثابة تنازل عن اللجوء للمحاكم الوطنية". بمعنى أن مجرد أن يتقدم شخص عادي باللجوء إلى محكمة التحكيم، فإنه بالتالي ينضم إلى إتفاق التحكيم الذي أخذ شكل معاهدة ويصبح طرفاً فيه.

¹ مبدأ ESTOPPEL هو مايعرف بعدم التناقض إضراراً بالغير، ويُعرف اصطلاحاً بأنه "قاعدة إجرائية شكلية تُطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التناقض في الأقوال والأفعال... لمزيد راجع: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 201، هامش رقم 1. وفي نفس السياق: إيناس محمد البهجي، البعد القانوني للأجانب داخل الدولة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 183.

² ليندا جابر، المرجع السابق، ص 202.

وقد قامت الهيئة التحكيمية بالنظر بالدعوى المقدمة من السيد Golshani والتي لم يُبادر من خلالها بأي تحفظ على المحكمة وبأي شكل من الأشكال.¹

أصدرت هيئة التحكيم قرارها النهائي في عام 1993 قضت فيه برفض طلبات السيد Golshani وألزمته بدفع 50000 دولار للحكومة الإيرانية كأتعاب محام ومصاريف قضائية، نجحت الحكومة الإيرانية على إثر هذا القرار بتذييله بالصيغة التنفيذية في فرنسا من أجل التحفظ على بعض الأموال المملوكة للسيد Golshani.

إلا أنه استأنف الأمر الصادر بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم، بتاريخ 28 حزيران 2001 رفضت محكمة استئناف باريس الاستئناف، وقامت بتأييد الحكم الصادر بتذليل الحكم بالصيغة التنفيذية مبررة ذلك أن "الأشخاص الخاصة التي تقوم بالالتجاء إلى المحكمة التحكيمية الخاصة بالمنازعات الإيرانية الأمريكية، تتضمن التصرف في اتفاق التحكيم الدولي المنعقد في شكل معاهدة دولية بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران، ويُصبحون بهذه المثابة أطرافاً في هذا الاتفاق".

ونتيجة لذلك فإن المستأنف الذي تقدم بطلب تعويض أمام الهيئة التحكيمية الخاصة بالمنازعات الأمريكية الإيرانية عن الأضرار اللاحقة من جراء التأميم، لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بأن هذه المحكمة التحكيمية قد فصلت في الدعوى في ظل عدم وجود اتفاق على التحكيم.

إلا أن السيد Golshani تقدم بطعن على الحكم الصادر أمام محكمة التمييز الفرنسية، والتي أصدرت حكمها في 6 تموز عام 2005 بتأييد الحكم الاستئنافي مؤكدة أن محكمة الاستئناف قد أصابت في حكمها حيث أن السيد Golshani قد قدم بنفسه طلب التحكيم أمام المحكمة التحكيمية الخاصة بالنزاعات الإيرانية الأمريكية، والذي شارك في إجراءات هذه المحاكمة دون أدنى تحفظ لمدة تزيد عن تسع سنوات.

¹ نقلاً عن: ليندا جابر، المرجع السابق، ص 203.

استناداً لقاعدة الـ ESTOPPEL فإنه لا يجوز له التمسك بما يُناقض ما تقدم به سابقاً، بأن القضاء قد حكم بناءً على اتفاق تحكيمي باطل، أو بناءً على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بناءً على أن الاتفاق التحكيمي ينطبق عليه.¹

وعليه فإن الاعتراف المباشر بقواعد قانون التجارة الدولية من قبل محكمة التمييز الفرنسية في الحكم المتقدم، وذلك وإن لم تتم هي مباشرة بتطبيق هذه القواعد، إلا أنها قامت بالاعتراف بالأحكام التحكيمية الصادرة بالاستناد إليها بصورة مباشرة، وقضت بصوابية الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمية، والمستند بشكل أساسي إلى قاعدة موضوعية ذات مصدر أساسي من مكونات قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria.²

فالقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي يتم إعمالها بصورة مباشرة على العقود الدولية دون الحاجة إلى المرور بقاعدة الإسناد، والتي تقضي بوجوب إخضاع العقد لقانون الإرادة.

الفرع الثاني

إعمال القواعد الموضوعية المباشرة أمام المحكم

يستطيع المحكم تطبيق القواعد الموضوعية بشكل مباشر على العقد محل النزاع، دون حاجة لإعمال منهج النزاع، معتمداً على اكتساب القواعد الموضوعية صفة القواعد القانونية، الأمر الذي يُعطيها مكنة استخدام قوة الإلزام الذاتي التي تتمتع به هذه القواعد، مقررًا إعمالها بشكل مباشر على العقد محل النزاع، دون حاجة لإعلان المتعاقدين عن رغبتهم في تطبيقها، فالغاية من هذه القواعد

¹ ليندا جابر، المرجع السابق، ص ص 202-203.

² ليندا جابر، المرجع نفسه، ص 204.

المساعدة في تقديم الحلول الموضوعية والمباشرة الملائمة للطبيعة الذاتية للمنازعات التي تُثيرها عقود الاستثمار.¹

ويؤكد البعض قدرة عادات وأعراف التجارة الدولية على تقديم العدالة الموضوعية لأطراف العقود الدولية، إزاء قدرتها على المحافظة على التوازن العقدي لأطراف العقد، فضلاً عن مساهمتها في تحقيق حماية الطرف الضعيف، في حين أن العدالة التنازعية يقتصر دورها في إرشاد المحكم إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، دون النظر لمدى ملاءمته لمتطلبات التجارة الدولية أو قدرته على توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد، بيد أن هذا الرأي يصطدم بحقيقة لا يُمكن إغفالها أو إنكارها والمتمثلة في أن عادات وأعراف التجارة الدولية هي في حقيقتها مجموعة من القواعد القانونية المكرسة لمصالح الدول الاستعمارية الكبرى، وتُعبّر عن رغبتها في السيطرة على الموارد الاقتصادية للدول النامية أي أنها وُضعت بحسب الأصل للمحافظة على ميزان القوى في العلاقات الدولية، وعليه فهذه القواعد لا توفر الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية كما يتصور هذا الرأي، لاسيما وأن الدول النامية لم تُشارك في تكوين هذه القواعد، الأمر الذي يجعل من عادات وأعراف التجارة الدولية وسيلة لفرض قانون الطرف القوي على الطرف الضعيف، بيد أن ذلك لا يُؤثر على أحقية المحكم في إعمال عادات وأعراف التجارة الدولية بشكل مباشر على النزاع، فافتقاد المحكم لقانون يستمد منه ولايته في نظر النزاع أسوة بالقاضي الوطني، يجعل من عادات وأعراف التجارة الدولية بمثابة قانون اختصاص المحكم، وهو ما يُلزمه بالسهر على حمايتها، ويُعطيهِ الحق في تطبيقها بحسبانها النظام القانوني الذي يسهر على حمايته.²

ويلعب التحكيم دورًا هامًا في تكريس اتخاذ عادات وأعراف التجارة الدولية كقواعد قانونية حاكمة للعقد، إزاء مساهمته الفعالة في تكوين هذه القواعد، ولجوء الأطراف للتحكيم يُعد تعبيرًا عن

¹ محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 254. وراجع أيضًا: صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (تنازع القوانين وتسوية المنازعات)، بدون ناشر، 2011، ص 198.

² محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 255-256.

رغبتهم في تحرير العقد من ربة القوانين الوطنية، وإخضاعه لقواعد قانونية تتفق مع متطلبات التجارة الدولية وتوفر لهم الأمان القانوني المنشود في علاقاتهم القانونية وتُحافظ على توقعاتهم المشروعة، ومما لاشك فيه أن أعمال المحكم لعادات وأعراف التجارة الدولية واتخاذها كقواعد قانونية حاكمة للعقد قادر على تلبية هذه الاحتياجات، فتطور العلاقات الاقتصادية الدولية وتشابكها، يُلقي على التحكيم بحسبانه القضاء المتخصص لفض منازعات هذا المجتمع، مسؤولية تطوير القواعد القانونية المنظمة لهذا المجتمع، فالتحكيم ليس فقط من العناصر اللازمة لتطوير قانون التجارة الدولية، بل هو شرط يصعب حدوث التطور بدونه.¹

ويمكن القول بأن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم، تُعطي للمحكم حق أعمال القواعد الموضوعية على العقد محل النزاع بشكل مباشر، فكافة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم تؤكد التزام المحكم بحسب الأصل بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف على العقد محل النزاع، وتُلزمه بالتصدي لاختيار أنسب القوانين لحكم النزاع حال تخلف الأطراف عن التصدي لاختيار القانون الواجب التطبيق، بيد أنها تلزمه في جميع الأحوال بمراعاة الشروط العقدية المدرجة بالعقد والعادات والأعراف السائدة وفقاً لنوع المعاملة، حيث تنص المادة 28 من القانون الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي لسنة 1958 على أن:

1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يُؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.

¹ محمد ابراهيم قطب غانم، المرجع السابق، ص 265. وراجع في نفس السياق: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ص 352-353.

2- إذا لم يُعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تُطبق القانون الذي تُقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.

3- يجوز للمحكمة التحكيمية إصدار حكمها بموجب قواعد العدالة إذا كان المحكم محكمًا بالصلح وفوضه الأطراف تفويضًا صريحًا بذلك.

4- وفي جميع الأحوال يجب على المحكمين إصدار حكمهم بمقتضى شروط العقد وأن يضعوا في اعتبارهم الأعراف التجارية الواجبة التطبيق على العملية التحكيمية.

وهو ما تنص عليه المادة 2/17 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1998 "يجب على هيئة التحكيم أن تُراعي في كل الأحوال أحكام العقد وأعراف التجارة الدولية، كما تنص المادة 3/33 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقًا لشروط العقد وبمراعاة الأعراف التجارية السارية في نوع المعاملة".

وهو ما أكدته كذلك المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.¹

ومن تطبيقات القواعد الموضوعية المباشرة أمام الهيئات التحكيمية نذكر القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية في قضية Primary Coalin « USA »/Valanciana Company بباريس 1988، عندما طبقت هيئة التحكيم عادات وأعراف التجارة الدولية بطريقة مباشرة على المنازعة، حيث تحتوي هذه الأعراف والعادات على خصائص تجعلها دولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي يُمكن أن يُطبقه في حالة غياب إرادة الأطراف عن تحديد هذا القانون، وإن هذه العادات

¹ حيث نصت هذه المادة على مايلي: "1- تُطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يُتفق على غير ذلك.

2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع.

3- ويجب أن تراعي هيئة التحكيم، عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة."

والأعراف يُمكن استخلاصها شيئاً فشيئاً من التعامل وتحديدًا من العمل التحكيمي الذي حظي باعتراف الاجتهاد لدى المحاكم الوطنية.¹

كما أقر تحكيم Aramco الذي أشرنا إليه سابقًا بأهمية العادات المهنية المتبعة في صناعة البترول حيث أن قانون البترول يُعد نتاجًا للعادات العابرة للدول والمتبعة دوليًا في هذا المجال، وبذلك فهو جزء من القانون التجاري الدولي.²

فالمحكم يتمتع بجرية واسعة في حل النزاعات وفقًا للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية، بوصفها قواعد قانونية حقيقية لها أهميتها الكبيرة في تنظيم التجارة الدولية، بل أكثر من ذلك فإن هذه القواعد تفرض نفسها على المحكم الدولي.

وعلى اعتبار أن المحكم هو قاضٍ خاص له قواعده ونطاقه الذي لا يرتبط بقاعدة إسناد معينة وباستقلاله عن أي دولة، فإن العادات والأعراف التجارية الدولية، وكقاعدة موضوعية تلعب دورًا يُوازي الدور الذي يلعبه القانون الوطني بالنسبة لقاضي النزاعات، إذ أنها تشكل المادة الأولية التي يركز إليها العمل التحكيمي حيث لا يحتاج قرار المحكم إلا إلى منح الصيغة التنفيذية على الأراضي التي يحتج به على إقليمها.³

وقد تتحقق نقطة إتصال بين المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية الدولية عبر العقود المبرمة ما بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، ولاسيما عقود الاستثمار التكنولوجية، وفي الق د خ، إذ يؤدي تطبيق قواعد الإسناد إلى تعيين قانون الدولة المتعاقدة بوصفه القانون الواجب التطبيق ومخاوف المستثمر الأجنبي إنما تلخص في هذا الصدد من إمكانية استفادة الدولة من هذا الوضع والمبادرة إلى تغيير تشريعاتها بصورة تتلاءم مع مصالحها، ومن هنا كانت الضرورة إلى إمكانية تصحيح

¹ نقلًا عن: ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص ص 208-209.

² مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 271.

³ سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 209.

هذا الوضع عن طريق المبادئ العامة للقانون الدولي،¹ بإعمال تلك المبادئ التي استلهمها القضاء الوطني ومحاكم التحكيم كجزء من قانون التجارة الدولية، والتي يُمكن تطبيقها بصورة مباشرة على موضوع النزاع بوصفها من القواعد الموضوعية، والتي تنطبق مباشرة دون الحاجة إلى إعمال قواعد الإسناد.

على هذا قد يلجأ المحكم إلى تطبيق هذه القواعد الموضوعية في الحالة التي يتبين فيها استحالة تطبيق قانون معين على المنازعة المعروضة، وذلك عندما يكون هناك نقص في العقد، أو عندما لا يكون بالإمكان ربط النزاع بقانون معين، والمثال على ذلك في أن يتمسك كل طرف في المنازعة بتطبيق قانونه الوطني، الأمر الذي يستحيل معه على المحكم ترجيح أي من هذه القوانين على الأخرى، وفي حالة ثانية قد يسكت فيها الأطراف عن تحديد القانون الذي سيحكم العقد سواء في مشاركة التحكيم أو في مراسلاتهم، ما يعني تفويض المحكم بصورة غير مباشرة باعتماد عادات وأعراف التجارة الدولية كأساس للحكم في موضوع المنازعة، وتحديد وتفسير التزامات وحقوق كل من طرفي النزاع.²

ومن خلال ما سبق ذكره يمكننا القول بأن القواعد الموضوعية تختلف عن قواعد الإسناد في كونها تُطبق مباشرة على المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية، في حين أن قواعد الإسناد لا تُقدم حلاً مباشراً لهذا النزاع، بل أن وظيفتها تنحصر بالإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق.

¹ مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، المرجع السابق، ص 521.

² ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المرجع السابق، ص 210.

الفرع الثالث

جدلية التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على عقود الاستثمار

إن الهدف من وراء التطرق لتطبيق القواعد الموضوعية هو التحقق من مدى وجود ما يحد من صلاحيتها للإنطباق بشكل عام، على خلفية أن عقود الاستثمار ذات الطبيعة الخاصة دعت البعض للحفاظ بشأن مدى خضوعها للقواعد الموضوعية.¹

وعلى اعتبار أن عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية كما ذكرنا، ناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية في الدول المضيفة للاستثمار، مما يجعل هذه الدول لا تقبل بسهولة إخضاع العقد لقانون آخر غير قوانينها الوطنية، أضف إلى ذلك أن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود، والإحساس المتبادل لكل منهم بأنه هو الطرف الضعيف، فبينما تسعى الدولة إلى محاولة تسكين العقد في القانون الوطني لها، يسعى المستثمر الأجنبي المتعامل معها إلى محاولة سلخ العقد من القانون الداخلي لهذه الدولة أو محاولة تدويله.

من هذا المنطلق ثار جدل فقهي حول مدى خضوع هذه العقود للقواعد الموضوعية، فأتجاه يرفض خضوعها للقواعد الموضوعية "أولاً" واتجاه آخر يُؤيد خضوعها لها "ثانياً"

أولاً: الاتجاه الذي يرفض خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية

يتجه جانب من فقه الدول النامية وبعض من الفقه الغربي إلى رفض خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية،² ويستندون في تبرير موقفهم هذا إلى المبدأ الذي أشارت إليه محكمة العدل الدولية بمناسبة حكمها في قضية القروض الصربية في 12 يوليو 1929، حينما قررت أن "أي عقد لا يكون بين الدول بصفتهم أشخاص القانون الدولي، فإنه يُؤسس على القانون الداخلي لأحد الدول".

¹ محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 193.

² محمد بلاق، المرجع نفسه، ص 194. وراجع أيضاً: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 361.

ومن بين الأسانيد الأخرى التي ساقها الفقه من أجل تبرير موقفهم هذا، هو إنكار الصفة القانونية للقواعد الموضوعية، على اعتبار أن هذه القواعد لاتزال مجرد محاولات ومقترحات فقهية¹ كما سنأتي على توضيح ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث، عندما نقيم القواعد الموضوعية في فض منازعات عقود الاستثمار.

كما يذهب البعض إلى التفرقة بين العقود التي تُبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة، وبين العقود التي تُبرمها بوصفها شخص عادي، فهذه الأخيرة تنطبق عليها القواعد الموضوعية، في حين لا تنطبق على الأولى، انطلاقاً من الطبيعة الخاصة التي تتميز بها.

ثانياً: الاتجاه الذي يُؤيد خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية

يرى جانب آخر من الفقه وأغلبه من الفقه الغربي جواز خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية الدولية،² عند غياب شرط القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف المتعاقدة، ويذهب هذا الاتجاه نحو تحرير عقود الاستثمار من القانون الداخلي وإخضاعها لقواعد القانون الدولي، وبما أن القانون الدولي العام والقانون الداخلي لا يصلحان في رأي أنصار هذا الاتجاه للإعمال على عقود الاستثمار- كما أشرنا لذلك سابقاً- فإن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يتحقق بالمبحث عن نظام قانوني آخر لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام، وهو النظام الذي يُطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria.³

حيث تُعتبر هذه الأخيرة حسب بعض أنصار هذا الاتجاه هي الأكثر ملاءمة للتطبيق على منازعات عقود الاستثمار.

¹ وهذا ما أشارت إليه الدكتورة حفيفة السيد الحداد في مؤلفها العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 763.

² محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 196.

³ بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 297-298.

بل إن البعض منهم ذهب إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، فيذهب في تأكيده لصلاحيه قانون التجارة الدولية لحكم عقود الاستثمار إلى أن هذا القانون لا يتضمن فقط القواعد الموضوعية التي تتجاوز الحدود الوطنية، ولكنه يهدف أيضاً إلى تنظيم، من ضمن أمور أخرى، العلاقات التعاقدية بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني وذلك طالما ظهر من إرادة الأطراف أو من الظروف المحيطة أنهم استهدفوا استبعاد وطرح كل أعمال لقانون وطني محدد.

كما يؤكد أحد الأساتذة على أن قانون التجارة الدولية هو نظام قانوني صالح للتطبيق بغض النظر عما يعتره من نقص.¹

وعلى الرغم من إقرار البعض من الفقه مثل Gaillard بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، إلا أنه يُنادي بعدم تعارض تلك الطبيعة مع منهج قانون التجارة الدولية عند السكوت المطلق للأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يُوجد في رأيه ما يطلق عليه المبادئ المشتركة والمبادئ الخاصة بعقود الدولة.²

¹ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 246. نقلاً عن:

Mc Nair : The General Principles of Law Recognized by Civilized Nation, op.cit, p p.18-19.

² نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي "دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به"، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 472.

وقد وجد أنصار الاتجاه المناهض بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار دعمًا في قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة و الستين المنعقدة في Santiago de Compostela سنة 1989 تحت عنوان "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها و المشروعات الأجنبية".¹

وذلك في المادتين الرابعة والسادسة من القرار واللذان تعرضتا للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.²

كما اتجهت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها في مجال قواعد قانون التجارة الدولية كلية، بحجة أنها أكثر ارتباطًا بالنزاع، كما هو الحال بشأن بعض منازعات امتياز البحث عن البترول.³

في الحقيقة إن بحث مدى خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية، يكون من خلال الإجابة عن مدى تمتع هذه الأخيرة بصفة النظام القانوني وهذا ما سنبحثه في المطلب الموالي.⁴

¹ راجع نص القرار منشور في:

ICSID Rev-F.I.L.J, vol 5, N1, 1990, pp.139-141.

² راجع هذين المادتين في الصفحة 235 من هذه الدراسة.

³ فقد انتهت إحدى هيئات التحكيم المشككة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في شأن نزاع حول عقد امتياز البحث عن البترول والمرفوع من الشركة الألمانية Deutsch-Schachtbau-und-Tiefbohr-gesell-schaft والمشار إليها اختصارًا بمصطلح (DST) ضد حكومة إمارة رأس الخيمة و شركة رأس الخيمة الوطنية للبترول والتي يشار إليها اختصارًا بمصطلح Rakoil إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إعمالاً للفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من نظام تحكيم الغرفة، وفي ظل عدم الاتفاق الصريح بين الأطراف هي: مبادئ القانون المقبولة عالميًا والحاكمة للالتزامات التعاقدية، وبناءً على ذلك طبقت هيئة التحكيم المبادئ المستقر عليها في أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة. نقلاً عن: بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 300. كما أخذت بهذا الاتجاه الأحكام التي صدرت في تحكيم Sapphire ضد شركة البترول الإيرانية. لمزيد راجع تحكيم Sapphire منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.trans-lex.org/261600/_sapphire-award-ilr-1963-at-136-et-seq/

⁴ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص ص 757-758.

المطلب الثاني

تقييم القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار

إن البحث في مدى القوة الملزمة للقواعد الموضوعية التي يتكون من مجموعها ما يُسمى بالقانون التجاري الدولي، يُعد من الموضوعات الدقيقة التي شغلت اهتمام فقهاء القانون المعاصر، ذلك أن النتيجة التي ينتهي إليها الباحث في هذا الصدد سوف تُؤثر بطريقة مباشرة على مدى سلامة القول بتحرر بعض العقود الدولية -والتي تُعتبر عقود الاستثمار أهمها- من حكم القانون.

فإذا كانت الأعراف الدولية على سبيل المثال لا تتمتع بصفة القانون، وإنما لا تعدو أن تكون مجرد عادات اتفاقية يجري المتعاقدون على النص عليها في عقودهم، فهي ستكون إذن أقرب إلى الشروط التعاقدية التي تستمد قوتها الملزمة من مبدأ سلطان الإرادة، ويظل العقد في هذه الحالة طليئاً ومتحرراً من حكم القانون مادامنا نُسلم مع البعض بأن ثمة عقود دولية تُفعلت من سلطان القوانين الداخلية السائدة في دولة معينة، و لا تخضع إلا للعادات والأعراف السائدة في المهنة أو التجارة التي تم التعاقد في إطارها.¹

وعلى العكس فإن الاعتراف بالقوة الملزمة للأعراف الدولية والمبادئ المشتركة، والتي يُمكن أن يتشكل من مجموعها ما يسمى بالنظام القانوني *ordre juridique*² المستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية، سيؤدي إلى نتيجة هامة، وهي أن إفلات بعض عقود الاستثمار من سلطان القوانين الداخلية لم يعد يعني تحررها المطلق من حكم القانون بصفة عامة، إذ ستخضع هذه العقود للقواعد

¹ وبالمثل فإن كانت المبادئ القانونية المشتركة المستخلصة من القوانين المختلفة لا تتمتع بصفة القواعد القانونية الوضعية، فسوف يظل العقد الذي نص المتعاقدون فيه على ضرورة تطبيق هذه المبادئ متحرراً من سلطان القانون. نقلاً عن: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة سنة 2014، المرجع السابق، ص 158.

² عرّف جانب من الفقه النظام القانوني *ordre juridique* على أنه "مجموعة متناسقة من القواعد تتأني من مصادر مرتبطة على نحو تدرجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة وللحياة وللحياة داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها". راجع في هذا الصدد: بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 480. وراجع في نفس السياق: محمد أحمد علي الحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 204.

الموضوعية الدولية سواء كان مصدرها المبادئ القانونية المشتركة أو كان مصدرها العرف التجاري والمهني المستقر في سوق التعامل الدولي، دون حاجة إلى تبني المتعاقدين لهذه القواعد في عقودهم صراحةً أو ضمناً وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما تنطبق هذه القواعد على العقد الدولي في هذا الفرض الأخير تطبيقاً مباشراً وبصرف النظر عن إرادة المتعاقدين أو رغبتهم في ذلك، وبالتالي تظل القواعد الموضوعية محتفظة بصفتها القانونية.¹

وانطلاقاً مما سبق أُثير جدل فقهي حول مدى تمتع القواعد الموضوعية بصفة النظام القانوني وأمام ذلك الجدل نلمس اتجاه ينكر وصف النظام القانوني للقواعد الموضوعية (الفرع الأول) واتجاه يعترف بالنظام القانوني للقواعد الموضوعية إلا أنه نظام غير متكامل (الفرع الثاني) واتجاه يعترف بصفة النظام القانوني الكامل للقواعد الموضوعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية

أنكر جانب من الفقه² صفة النظام القانوني على مجموع القواعد الموضوعية ويستند في تبرير موقفه هذا إلى أسباب عدة نذكرها تباعاً من خلال الآتي:

أولاً: افتقاد القواعد الموضوعية للعمومية والتجريد

كما هو معلوم أن من أهم خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة، أي أن خطابها لا يتوجه إلى شخص معين أو واقعة معينة، وإنما العبرة فيها بعموم الصفة وبتحقق الشروط، إذ تنطبق القاعدة على كل واقعة تتحقق بشأنها الشروط المطلوبة، وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات

¹ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة 2014، المرجع السابق، ص 159.

² راجع في هذا الصدد: محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 73؛ ولفس المؤلف، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 332.

اللازمة، وصفة التجريد تنصرف إلى عنصري القاعدة القانونية وهما الفرض والحكم، فالقواعد الموضوعية حسب هذا الاتجاه لا تتصف بالعمومية والتجريد، لأنها تُراعي مصلحة الطرف القوي اقتصاديًا على حساب الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، وذلك برعاية مصلحة الشركات عبر الدولية وتحييد دور القاضي الوطني كأداة توجيه للاقتصاد القومي، وبصفة خاصة داخل الدول النامية وحتى بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تستقر بمقتضى القضاء الخاص بالتحكيم الدولي، وعلى الرغم من اتصافها بالتجدد المستمر، فإنها هي الأخرى لا تتصف بالتجريد، نظرًا لكونها غير سابقة الوجود بل وُجدت لواقعة بذاتها، ولأجل أشخاص معينين، وهذا ينفي عنها صفة العمومية.¹

ثانيًا: افتقار القواعد الموضوعية لجزء يكفل احترامها

المأخذ الثاني على القواعد الموضوعية، يتمثل في افتقادها القدرة على توقيع الجزاءات، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تفتقر قواعد جزاء يكفل احترامها وبقائها، على غرار النظام القانوني للدولة الذي يتميز بوجود ذلك الجزاء الذي تضطلع الدولة بواسطة أجهزتها بتوقيعه عند الاقتضاء،² وما يُلاحظ أن القواعد الموضوعية تفتقد هذا الجزاء. وإن ما ذكره فقهاء قانون التجارة الدولي من جزاء في شكل نوع خاص لا يتماشى مع الواقع، إذ أن تنفيذ الأحكام، لا سيما التحكيمية، لا يتأتى في التجمع المهني أو الوسط التجاري، بل في اللجوء إلى السلطات العامة في الدولة التي تبقى لها الصلاحية في رفض ذلك التنفيذ ويُصبح قرار التحكيم عديم القيمة.

فحتى أنصار المنهج الموضوعي لا يُنكرون ذلك بكونه لا يُمكن التأكيد على وجود جزاء مستقل للقواعد الموضوعية من كل تدخل للدولة، فهو منهج لا يعرف غير وسائل الجبر التي تملكها الدولة.

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 200-201.

² محمد طارق، منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، المملكة المغربية، 2011-2012، ص 268. وراجع في السياق ذاته: جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 200.

ويُصنف الأستاذ باتيفول القانون بأنه "تعبير عن إرادة السلطة" بحيث يقوم على ما يُفرزه المشرع التابع للدولة من قواعد، لكن رغم ذلك يلزم أن يكون هناك تلازم بين تلك السلطة والنظام القانوني.¹

ثالثاً: افتقاد القواعد الموضوعية للصفة الآمرة

لا يقوم أي نظام قانوني مُتكامل إلا بوجود قواعد قانونية آمرة، والملاحظ على القواعد الموضوعية للعقود الدولية، أنها تتسم بالطابع المكمل في أغلب قواعدهما، إذ يتوقف إعمالها على إرادة المتعاقدين فهي لا تصلح من ثم لأن ينشأ عنها نظام قانوني مستقل.²

لذلك نجد أن جانب من الفقه يُشير إلى أن عادات التجارة الدولية وأعرافها وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا قواعد تختيارية أو تكميلية فهي لا تُطبق بقوة سريانها بل لابد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو حتى الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها.³

رابعاً: افتقاد القواعد الموضوعية للجماعة والتنظيم

إذا كان جوهر قيام أي نظام قانوني يقتضي توافر عنصرين: الأول- هو وجود تنظيم له وجود حقيقي وملموس لوحدة اجتماعية معينة، والثاني- هو وجود القواعد القانونية، فإنه يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية، لأنه من العسير القول بتوافر عنصر التنظيم لجماعة التجار ورجال الأعمال العابرة للحدود والذي يعطيها صفة الوحدة أو التماسك، والحال أن التوسع الحالي في التجارة الدولية بين أشخاص ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة قد أدى إلى وجود جماعات متباينة من

¹ بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 483.

² محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 333.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 202.

التجار لكل منها أعرافها وعاداتها الخاصة التي تُعبر عن مصالحها التي تتعارض ومصالح غيرها، الأمر الذي لا يتفق وفكرة التنظيم اللازمة لوجود أي نظام قانوني بصفة عامة.¹

الفرع الثاني

النظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية

لم يذهب الاتجاه الثاني من الشراح إلى حد إنكار صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية كما فعل أصحاب الاتجاه السابق، بل تبني موقفًا معتدلاً يتفق أكثر مع المعطيات الحديثة لتطور الفكر القانوني المعاصر، حيث يرى هذا الاتجاه أن القواعد الموضوعية تُشكل نظامًا قانونيًا، ولكنه نظام غير كامل أو نظام جنيني في طور التكوين وذلك اعتماداً على عدة مبررات² أهمها مايلي:

- لا يحتوي هذا المنهج على القواعد الكافية التي تُغطي جميع جوانب العلاقات الخاصة الدولية فهو يخلو من الكثير من القواعد القانونية التي تحكم مسائل عديدة على درجة كبيرة من الأهمية، كالقواعد الخاصة بأهلية أطراف العلاقة الخاصة الدولية، والتراضي على العقد والتقادم... الخ.³
- إنعدام الأمن القانوني من خلال إطلاق سلطة القاضي أو المحكم وعدم ضمان تنفيذ الحكم إذ أن القواعد الموضوعية في أغلبها - كالعقود النموذجية والشروط العامة، وعادات التجارة الدولية، ومبادئ العدل والإنصاف - لم ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح، من ثم فإن إعمالها سوف يخضع لسلطة القاضي أو المحكم التقديرية، وهو تقدير يخضع للانطباعات الشخصية والمهنية لكل منهما، والتي قد لا تتفق مع الحل القانوني السليم، وهذا التحكم لا يحول دونه إلا منهج قاعدة الإسناد، إذ أن تطبيق القانون الوطني بمقتضى هذا

¹ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 73-74.

² بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 488.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 372.

المنهج هو الذي يُحافظ على توقعات الأطراف ويُقدم لهم الضمان اللازم لعلاقاتهم العقدية وذلك بالمقارنة مع منهج القواعد الموضوعية، وعلى وجه الخصوص في الحالات التي يتفق فيها هؤلاء الأطراف على تطبيق قانون وطني معين، إذ أن وجود القواعد القانونية المحددة التي يضعها المشرع في نطاق القوانين الداخلية، وتكفل لها السلطات العامة الاحترام، وتُلزم الأفراد والقضاة بها، يُعد في ذاته عاملاً للأمان والطمأنينة اللازمين لحسن علاقات وروابط الأفراد سواء فيما بينهم أم فيما بينهم وبين السلطات العامة.¹

- نسبية العدالة في القواعد الموضوعية، فمن جهة إذا كانت هذه القواعد تستجيب لحاجات التجارة الدولية وعدالة أداءات الأطراف فإنها عدالة عرجاء، لكونها تكون فقط لصالح الطرف القوي اقتصادياً في العلاقة الخاصة الدولية، كما أن منهج القواعد الموضوعية يتجاهل تنوع العدالة الإقليمية أو نسبيتها من دولة إلى أخرى في مختلف النظم القانونية الوضعية، وهذا الاعتراف بنسبية فكرة العدالة يفرضه المجتمع الدولي المنقسم إلى نظم قانونية متساوية مع بعضها ومن الناحية الفنية، هذا المنهج في القواعد لا يؤدي إلى انسجام الحلول خصوصاً إذا كانت تلك القواعد وطنية.²

- إن الهدف الأساسي والجوهرى للقواعد هو الأمان وليس العدالة، فالأولوية تكون للتنظيم الذي يؤدي أعماله إلى ما يتوافق مع توقعات الأفراد، بينما قواعد المنهج الموضوعي تُطبق بصرف النظر عن تحقيق التوازن الفعلي بين أطراف المعاملة وعن الصفة العادلة الخاصة بهذا التطبيق، فيكون من الخطر الاعتماد على منهج القواعد الموضوعية وحده في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وبالتالي ضرورة الاستناد إلى المناهج الأخرى في العلاقات الخاصة الدولية.³

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 378.

² بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 490.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 383.

الفرع الثالث

الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية

يذهب هذا الاتجاه إلى الاعتراف بتوافر خصائص القاعدة القانونية في القواعد الموضوعية وبالتالي الاعتراف بكونها تُشكل نظامًا قانونيًا مستقلًا موازيًا للنظام القانوني الذي تضعه الدولة لتنظيم الروابط الدولية، إذ أن القواعد الموضوعية لا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى حيث تتصف بالعمومية والتجريد، وتكون مصحوبة بجزاء تُوقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء، فسلطة الدولة لا تُعد هي الوحيدة لإيجاد القواعد القانونية، ولا يجب الربط بين الدولة والقانون وإلا كان ذلك إنكارًا لقانونية القواعد القانونية التي نشأت على هامش قانون الدولة كالقواعد العرفية، لأن هناك من القواعد القانونية التي نشأت على هامش قانون الدولة صدرت عن منظمات مهنية واكتسبت صفة الإلزام ووضعت جزاءات على مخالفتها،¹ وينتهي هذا الاتجاه إلى أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تُعد من القواعد التي تُشكل قواعد قانونية حقيقية تتخذ صفتها وقيمتها القاعدية من عدة عوامل نوجزها فيما يلي:

1. وجود المجتمع المتماusk للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية²
2. وجود الأجهزة التي تعمل على احترام القواعد الموضوعية (ومن أمثلة هذه الأجهزة هيئات التحكيم).
3. وجود جزاءات ذاتية خاصة للقواعد الموضوعية

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 203.

² إذ أن وجود الجماعات المتعددة داخل مجتمع التجارة الدولية يؤدي حتمًا إلى وجود مصالح مشتركة تدفع تلك الجماعات إلى التعاون والتضامن فيما بينها، وهذا التضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية أضحت حقيقة واضحة وتكون لهذا المجتمع العناصر اللازمة لنشأة النظام القانوني، فمؤسسات ومنظمات مجتمع التجارة الدولية، بل وجهازه القضائي المتمثل بالتحكيم يؤكد ذلك، وضرورة التعامل على المستوى الدولي تستلزم أن يكون لهذا المجتمع قانونه الذي يوجد بنفسه وفقًا لحاجاته ومتطلباته الذي يشعر هو بأهميتها، وإذا ما وُجدت الجماعة المتماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها اكتسبت قواعد صفة القواعد القانونية ذات الأصل العرفي. لمزيد راجع: خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 203-204.

وفي الأخير فإن مضمون هذا الاتجاه هو أن القواعد الموضوعية للعقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار، تُشكل نظامًا قانونيًا بكل ما تحمله الكلمة من معنى، مادامت قد اجتمعت له العناصر اللازمة لنشأته، وهي قواعد سلوكية يحترمها المخاطبون بها ويُطبقها القاضي أو المحكم، وأجهزة تكفل فعالية هذا النظام القانوني.

المبحث الثاني

تكامل منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في منازعات عقود الاستثمار

قبل أن نتطرق إلى دراسة علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد في منازعات عقود الاستثمار، لنا أن نُشير إلى أن هناك جانب من الفقه من يرى بأن العلاقة بينهما هي علاقة تنافسية، بحيث أن ظهور منهج القواعد الموضوعية قد ارتبط بعدم ملاءمة منهج قاعدة الإسناد لحكم العقود الدولية، كما بينا ذلك في بداية الباب الثاني من هذه الدراسة. ومقتضى علاقة التنافس هذه هي أن وجود أحد المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، وفي ذلك يقول بعض الشراح أن "النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، وتلك الملاحظة تُبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين".

إلا أن جانب آخر من الفقه وعلى عكس الاتجاه السابق، يرى بأن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش وليست علاقة عداء أو منافسة، وهو ما حمل البعض إلى رفض الحديث عن تنازع المناهج في الق.د.خ المعاصر، مُؤكدًا أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تكاملاً بين المنهجين في إطار هذا الفرع من فروع القانون.¹

وما يهمنا في هذا الصدد هو دراسة علاقة التكامل بين المنهجين، على اعتبار أن مبررات الاختلاف والتنافس بين المنهجين قد تطرقنا إليها في مواطن عدة من هذه الدراسة ولو بشكل غير مباشر، عندما استعرضنا ماهية كل من المنهجين.

¹ نقلاً عن: محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 121.

ومثلما رأينا سابقاً، فالقواعد الموضوعية من حيث المصدر، إما تكون داخلية تتمثل في التشريعات التي تضعها الدول وتكون خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، أو تتمثل بالقواعد التي أقرها القضاء الداخلي، كما يُمكن أن يكون مصدرها دولي، سواء كانت مستمدة من الاتفاقيات الدولية أو القانون التلقائي للتجارة الدولية.

وبالتالي سنعرج على علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية بمصدره الوطني والدولي ومنهج قواعد الإسناد، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي وقواعد الإسناد

إن دراسة علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية من حيث مصدرها الداخلي وقواعد الإسناد، يتطلب معالجتها من ناحيتين: التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي وقواعد الإسناد (الفرع الأول) والتكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي الداخلي وقواعد الإسناد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي وقواعد الإسناد

لا يكاد نظام قانوني وضعي يخلو من وجود عدد معتبر من القواعد الموضوعية للق.د.خ المتعلقة بالمعاملات الدولية الخاصة، مثل تلك القواعد المتعلقة بين الدول المضيفة للاستثمار والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي.

إلا أن هذا لا يعني أن المشرع الداخلي يُفضل التصدي لوضع تنظيم موضوعي شامل لعقود العلاقات الاقتصادية الدولية، كون هذا الأمر نادر الحدوث في الواقع العملي حسبما كشفت عنه

الدراسات المقارنة للتشريعات المعاصرة،¹ أكثر من ذلك فإن المشرع الداخلي لا يهتم إلا بالتنظيم الموضوعي للعقود الداخلية، إما لعجزه عن التنظيم الشامل لعقود العلاقات الاقتصادية الدولية، وإما لعدم رغبته في تنظيم أمور لا سلطان له عليها، وتمس دولاً أخرى يخشى ردود فعلها إن هو قام بالتصدي لمثل هذا التنظيم، بل إنه يُفضل فقط التنظيم الموضوعي للروابط المتعلقة بالتجارة الدولية إذا ما أراد عن طريق المعاهدات الدولية.

إلا أن البعض من التشريعات الداخلية قد اتجهت، وفي سبيل تلافي النقد الموجه إلى قواعد الإسناد، إلى تنظيم العقود الدولية عن طريق سن بعض القواعد الموضوعية الخاصة التي تتلاءم مع طبيعة هذه العقود، إذ تتضمن هذه التشريعات تنظيمًا موضوعيًا يخص العقود الدولية تختلف عن التنظيم القانوني الذي يحكم عقود المعاملات الداخلية، ومن ثم فإن هذه القواعد التشريعية لا تنطبق إلا على الروابط العقدية الدولية ما لم ينص مُشرعها على خلاف ذلك.²

وكان الهدف من هذه القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي أن تستغني عن منهج قواعد الإسناد، إذ تنطبق هذه القواعد في دولة القاضي على العلاقات الدولية التي تدخل في إطار سريانها بصرف النظر عن القانون الذي تُشير إليه قواعد الإسناد.

إلا أنه ومن خلال استعراض البعض من التشريعات، سيتبين لنا أن هذا المنهج الموضوعي ذا المصدر التشريعي الداخلي لا يُطبق بعيداً عن قاعدة الإسناد وإنما يتكامل معه، فهذه القواعد الموضوعية قد تتضمن قواعد للإسناد وقد لا تطبق إلا من خلال منهج قاعدة الإسناد.

ومن أمثلة هذه التشريعات يُمكننا ذكر تقنين التجارة الدولية التشيكي الصادر في 4 ديسمبر 1963، المشار إليه سابقاً، والذي بدأ العمل به اعتباراً من 1 أبريل 1964 إذ يحتوي على 726 مادة

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 233. نقلاً عن:

Loussouarn et Bredin : Droit du commerce international, Sirey, Paris, 1969, p52.

² محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 22.

تُعالج علاقات الأطراف في العقود الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تُنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية.

ومن الأمثلة كذلك على هذا النوع من التشريع الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، التشريع الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابقاً، في 5 فبراير 1976، والمشار إليه هو الآخر سابقاً.¹ وبذلك صار هذان التشريعان مضرب المثل في كتابات الفقهاء، بشأن القواعد الموضوعية في الق.د.خ ذات المصدر التشريعي الوطني.²

غير أن الملاحظ على هذين التقنينين اللذين يعتبران من المصادر المهمة للقواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي التي تُنظم العقود الدولية، أنهما لا ينطبقان ولا يمكن إعمالهما إلا من خلال منهج قاعدة الإسناد، وهذا ما يعكس جانب التكامل بين كلاً المنهجين، منهج القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي ومنهج قاعدة الإسناد.

حيث يُشترط لتطبيق القواعد الموضوعية في التشريعين السابقين: أن تتصف الرابطة العقدية المطروحة على القضاء التشيكي أو الألماني بالصفة الدولية، وهذا الشرط هو عينه الواجب توافره لتطبيق قاعدة الإسناد، وأن يكون كل من القانون التشيكي والقانون الألماني على حسب الأحوال هو الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد، وهذا الشرط يُفيد بأن نصوص القانونين السابقين لا ينطبقان انطباقاً مباشراً على العقود الدولية المطروحة على كل من القضاء التشيكي والألماني بحسب الأحوال ما لم يكن القانون التشيكي والألماني مختصاً بمقتضى قواعد الإسناد.³

¹ راجع ص ص 201-202 من هذه الدراسة.

² صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 234.

³ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 298.

ومن جانب آخر يتضح جانب التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي وبين منهج قاعدة الإسناد، فيما إذا كانت هناك قواعد موضوعية تشريعية ذات مصدر داخلي في قانون أجنبي.¹

ومن الأمثلة كذلك على القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي ما ورد في قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999 في مجال نقل التكنولوجيا، والذي ذكرناه في مواطن عدة من هذه الدراسة. إذ وضع قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على هذا العقد، وذلك في المواد (74-86) من هذا القانون، إذ ينطبق حسب رأي جانب من الفقه على موضوع النزاع دون ثمة حاجة إلى الالتجاء إلى قواعد الإسناد.

وتخضع أيضاً المسائل التي لم تتناولها المواد 72 وما بعدها للتنظيم المباشر فيما لو كان العقد دولياً إلى القواعد العامة في القانون المصري، أيًا كان مصدرها ويمتنع على الأطراف تطبيق قانون أجنبي في شأنها.²

وقد انتقد الدكتور خليل محمد إبراهيم³ هذا النص، لأنه إذا تكرر في بلدان مختلفة فإنه سوف يقضي على الق.د.خ، لأنه لا يدع مجالاً لانطباق قانون أجنبي على النزاعات المتعلقة بهذا النوع من العقود (عقود نقل التكنولوجيا)، إلا أنه أشار في نفس الوقت أن وجود مثل هكذا نصوص يُمكن أن يعكس جانب من جوانب التكامل بين هذه القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد، خصوصاً في مجال الأهلية والتراضي وشكل العقد، إذ لو أُثِّرت مثل هذه المسائل في عقد نقل التكنولوجيا سيتم الرجوع إلى منهج قاعدة الإسناد للإشارة إلى القانون الذي يحكم هذه المسائل.

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 285.

² وقد نصت المادة 72 من قانون التجارة المصري الجديد رقم (17) لسنة 1999 في مجال نقل التكنولوجيا على مايلي: "1. تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً. ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو محل إقامتهم. 2. كما تسري أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يُبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر".

³ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص 287.

ومن الأمثلة كذلك على التشريعات الوطنية التي تُنظم مسائل التجارة الدولية تلك القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، كمجلة التحكيم التونسية التي صدرت بموجب القانون رقم 42 لسنة 1993،¹ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الفصل المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي وهذه التشريعات الوطنية في شأن تنظيم التجارة الدولية لا يُعمل بها إلا إذا اختارها الأطراف وهي لا تنطبق إلا على العقود الدولية، بمعنى أنه يُستبعد تطبيقها على العقود الداخلية، وهذه الطائفة من التشريعات تُعد قواعد قانون دولي من مصدر تشريعي داخلي، وهي تخضع لنظام قانوني تنتمي إليه بمعنى أنها لا تنطبق إلا إذا اتفق الأطراف على اختيارها، وهي بهذه المثابة تخضع لقواعد الإسناد.

ومن الأمثلة كذلك على القواعد الموضوعية في القانون الجزائري نجد القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، إذ تضمن بعض المواد التي تضمنت أحكاماً موضوعية تُطبق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.²

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح جلياً أن القواعد الموضوعية التي أقرتها التشريعات الداخلية الخاصة بالعقود الدولية، لا تنطبق مباشرة كما يدعي أنصار منهج القواعد الموضوعية بل من خلال منهج قاعدة الإسناد.

الفرع الثاني

التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي الداخلي وقواعد الإسناد

لقد أخذ القضاء الفرنسي زمام المبادرة بشأن خلق قواعد موضوعية تتجاوب مع التطور الذي حدث مؤخراً في مجال عقود العلاقات الدولية، مخالفاً في ذلك ما هو مألوف ومستقر في نظامه القانوني الداخلي، لكن هذا القضاء أثر عدم الإعلان عن موقفه صراحة في هذا الشأن، بل لجأ إلى طرق ملتوية، حتى إذا تدعم موقفه من خلال الواقع العملي نتيجة اضطراده على ما أتى به من حلول

¹ قانون رقم 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلّق بإصدار مجلة التحكيم، ج. ر. عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993 .

² راجع المادة 1 والمادة 21 والمادة 24 من هذا القانون.

جديدة متعارضة مع القواعد الآمرة في نظامه القانوني، سارع إلى إبداء موقفه صراحة في أحكام واضحة الدلالة على حقيقة ما أراد إرساءه من حلول وقواعد، ثم ترك للفقه بعد ذلك مهمة الخوض في عباب معركة فكرية لتأكيد قانونية أو عدم قانونية ما انتهى إليه هذا القضاء من حلول عبر أحكامه المتواترة.¹

يتضح هذا من خلال التطور التاريخي لقضاء النقض الفرنسي بشأن ما أرساه من قواعد موضوعية في الق د خ، حيث إن هذا القضاء لم يُعلن منذ البداية عن ابتداعه لمثل هذه القواعد ذات التطبيق المباشر على منازعات العقود الدولية، دون حاجة إلى منهج الإسناد، بل إنه حاول التستر وراء أفكار أخرى في الق د خ، بصفة خاصة الأعمال التقليدية لمنهج الإسناد أو فكرة النظام العام حتى يُضفي على هذه القواعد السمة الموضوعية في إطار هذه المبادئ العامة، حتى إذا اكتسبت حلوله طابعًا عامًا مجردًا نتيجة استقرار الأخذ بها من جانبه ومن جانب ممارسة التجارة الدولية، فإنه لم يتردد في الإعلان عن استقلال هذه الحلول بوصفها قواعد ق د خ موضوعية،² لذلك كان مسلك القضاء الفرنسي في هذا الشأن متذبذبًا ولم يتطور بشأن إرساء هذه القواعد.

واستخلاص علاقة التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي الداخلي وقواعد الإسناد، يتبين لنا من خلال استعراض القرارات التي أقر من خلالها القضاء هذه القواعد الموضوعية وبيان رأي الفقه بشأنها.

وبالبداهة كانت بحكم النقض الفرنسي³ الصادر في 21 يونيو 1950 في قضية «Messageries Maritimes» حيث قرر صحة شرط الدفع بالذهب الوارد في عقد قرض خاضع للقانون الكندي الذي يقضي ببطالان هذا الشرط، مبررة ذلك بأن القانون الكندي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 227-228.

² هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 540.

³ هذا الحكم منشور في: Rev.Crit. 1950 ص 609 مع تعليق Batiffol و Clunet.

والذي يحظر هذا الشرط، إنما هو قانون مخالف للنظام العام في فرنسا، لكن لم يقنع الفقه بهذا التبرير من جانب محكمة النقض، حيث يرى أن إعمال فكرة النظام العام يقتضي استبعاد للقانون الكندي الواجب التطبيق بمقتضى منهج الإسناد، ويؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي، ومن شأن هذا عدم الإقرار بصحة شرط الذهب، لأن القانون الفرنسي كان مثله في ذلك مثل القانون الكندي حينذاك يتضمن قاعدة أمرّة تحظر هذا الشرط، إلا أن الفقه انتهى إلى أن حكم النقض الفرنسي سالف الذكر، قد قرر قاعدة موضوعية جديدة في الق د خ الفرنسي، مخالفاً بذلك القاعدة المقررة بشأن العقود الداخلية، سواء في القانون الفرنسي أو في القانون الكندي المختص بمقتضى منهج التنازع وهي القاعدة التي تحظر شرط الذهب.¹

وعلى الرغم من إقرار القضاء الفرنسي لقاعدة موضوعية جديدة في الق د خ الفرنسي المذكورة أعلاه "صحة شرط الدفع بالذهب"، إلا أنه قد استخدم أسلوب الإسناد في إقراره لهذه القاعدة الموضوعية، وهو ما يعكس حاجة هذا المنهج إلى منهج الإسناد وهو ما يعكس كذلك أهمية تكامل المنهجين وتعاونهما في حل مشكلات تنازع القوانين.²

وقد عادت محكمة النقض مرة أخرى إلى الاستناد إلى تطبيق منهج الإسناد فيما تُقرره من قواعد موضوعية تتعلق بالعقود الدولية، ويتبين ذلك من خلال حكمها الصادر في 14 أبريل 1964³ الذي قررت فيه أهلية الدولة للخضوع للتحكيم خروجاً على المادتين 83 و 1004 من قانون المرافعات الفرنسي، اللتان تحظران إدراج شرط التحكيم في العقود التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها، وبررت ذلك بأن الحظر المقرر في القانون الفرنسي على حق الدولة في هذا الصدد، إنما هو

¹ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 228-229.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 294.

³ صدر هذا الحكم بخصوص قضية « San-Carlo » لتفاصيل أكثر حولها راجع: أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص 41 ومايلها.

حظر يتعلق بالعقود الداخلية، بينما حق الدولة في الخضوع للتحكيم إنما هو نوع من الأهلية الخاصة التي تخضع لقانون العقد، مادام أن الأمر يتعلق بعقد دولي.¹

ولا يحتاج هذا الحكم إلى تعليق في اعتماد المحكمة على منهج قاعدة الإسناد في إيجاد قاعدة موضوعية من قواعد الق د خ ذات الأصل القضائي، مما يعكس جانب التكامل بين المنهجين.

قضية أخرى يُمكننا من خلالها استخلاص علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قواعد الإسناد في حسم العقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار محل الدراسة، هي قضية « Hecht » التي أكدت فيها على "وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهي قاعدة واجبة التطبيق على العقود الدولية، بصرف النظر عن مضمون القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وأنها لم توجد إلا لتطبق خصيصاً على هذه العقود، دون غيرها من عقود القانون الداخلي".²

ونجد نفس هذه الصراحة في حكم النقض الفرنسي الصادر في 20 ديسمبر 1993 في قضية « Dalico » السابق ذكره،³ والذي قررت فيه أنه "وفقاً لقاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم، يُعد شرط التحكيم مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم وصحته تقرر وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، دون ضرورة

¹ لكن الفقه يرفض إخضاع أهلية الدولة لقانون أجنبي ولو كان الأمر يتعلق بعقد دولي، بل إن الأساس الخفي وراء قرار المحكمة هو أن هذه الأخيرة وجدت أن هناك اتفاقاً في المضمون بين القاعدة التي انتهت إليها والقانون الأجنبي المختص وفقاً لمنهج الإسناد. نقلاً عن: صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 230.

² لتفاصيل أكثر حول هذه القضية راجع: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 298 ومايليها.

³ راجع الصفحة 228 من هذه الدراسة. علماً أن النزاع الذي صدر بموجبه هذا الحكم، كان يتعلق بعقد دولي أبرم في 15 يونيو 1981 بين الشركة الدنماركية « Dalico » وإحدى الوحدات المحلية الليبية، يُحوّل الشركة القيام بالأعمال اللازمة لصرف المياه، وهو منشور في: Rev.Crit، 1994، ص 663، تعليق P.Mayer.

إلى الاستناد إلى قانون وطني، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي، والنظام العام الدولي".¹

وعليه إذا كان من المتفق عليه أن القضاء قد أقر قواعد موضوعية في مجال منازعات العلاقات الخاصة الدولية، فإن المناسبة التي أُقرت فيها هذه القواعد كانت بمناسبة أعمال منهج قاعدة الإسناد وأن إقرار قاعدة موضوعية واحدة في النزاع لا يعني بأي حال من الأحوال كفايتها لحل النزاع، وهذا ما لمسناه من خلال القرارات السابق ذكرها، حيث أن جوانب النزاع ظلت محكومة بالقانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، وإذا أستبعد هذا القانون فإن قانون آخر يطبق مرتبط بالعلاقة برابطة ما وهذه المنهجية إنما هي منهجية قاعدة الإسناد.

المطلب الثاني

التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي وقواعد الإسناد

رأينا سابقًا أن القواعد الموضوعية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني متكامل، لأن الأمر يتعلق بمنهج مازال في بداياته الأولى، يشوبه القصور والنقص في جوانب عديدة منه، وبالتالي فلا غرو من الاستعانة بقواعد الإسناد ولو بصفة جزئية، والعمل على تطويرها في معظم النظم القانونية الوطنية لمختلف الدول لمعالجة النقص في هذه الأحكام، حتى أنا الفقيه Batiffol أقر بأن تطبيق القواعد الموضوعية لا يؤدي إلا نادرًا إلى استبعاد اللجوء إلى قاعدة الإسناد.²

وحتى تُبين علاقة التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي وقواعد الإسناد، فإن ذلك يستوجب منا معالجتها من ناحيتين: التكامل بين القواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات

¹ وشرط استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي اعتمده أيضًا المشرع الجزائري، وذلك في المادة 3/1040 من ق.إ.م.إ التي تقضي بأنه "...لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

² محمد بلاق، قواعد النزاع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 124.

الدولية وقواعد الإسناد (الفرع الأول) والتكامل بين القواعد الموضوعية تلقائية النشأة وقواعد الإسناد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التكامل بين القواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات الدولية وقواعد الإسناد

بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بموضوع التوحيد الدولي لقواعد الإسناد، وكذلك بعض التشريعات الحديثة للقدح، نجدتها قد اهتمت بمسألة التوفيق بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية خصوصاً في الفرض الذي لا يتفق فيه المتفاوضون على مضمون بعض القواعد، مما يُجتم على واضعي هذه الاتفاقيات بذل عناية من أجل تحديد مضمونها أو مجالها تحديداً دقيقاً، ويُصبح حينئذٍ لجوء القاضي إلى منهج قواعد الإسناد أمراً لازماً للقيام بعملية التكييف من أجل أعمال نصوص هذه الاتفاقية، وهو الحل الذي اعتمده اتفاقيتي جنيف الخاصتين بالشيك والسند لأمر السالفتي الذكر¹ بحيث واكب إعدادهما اتفاقية أخرى حول تنازع القوانين في هاتين المادتين، ونفس الشيء بالنسبة لمشروع معاهدة السوق الأوروبية المشتركة بشأن مسائل الاندماج الدولي للشركات حيث احتلت فيه قواعد الإسناد مكاناً إلى جانب القواعد الموضوعية، ناهيك عن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961م الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي،² التي نصت في مادتها السابعة الفقرة الأولى على أن "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يُطبقه المحكمون على موضوع النزاع، وفي حالة انعدام إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق فعلى المحكمين أن يُطبقوا القانون الذي تُعينه قاعدة الإسناد التي يُقدرون ملاءمتها للنزاع، وفي كلتا الحالتين السابقتين يُراعي المحكمون شروط العقد وعادات التجارة".

¹ راجع الصفحة 206 من هذه الدراسة.

² الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961، وقد وُضعت موضع التنفيذ في 7/1/1964 وفقاً لأحكام المادة 8/10 وباستثناء الفقرات 3 حتى 7 من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18/10/1965 بموجب أحكام الفقرة 4 من ملحق الاتفاقية. راجع نصوص الاتفاقية متاحة على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173

وفي هذا النص إشارة صريحة لعلاقة التعايش والتكامل بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد بصدد العقود الدولية.¹

ومن بين أهم الاتفاقيات الدولية الأخرى التي يُمكننا من خلالها استخلاص علاقة التكامل بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، هذه الأخيرة التي تنطبق على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول متعاقدة، وقد تتعدد مراكز أعمال الأطراف كما قد تنعدم.²

ولا يكفي لتطبيق أحكام هذه الاتفاقية مجرد كون المتبايعين ممن توجد أماكن عملهما في دول مختلفة، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أحد أمرين: إما أن تكون دولتا مكاني عمل المتبايعين من الدول المتعاقدة، التي وَقَعَتْ على هذه الاتفاقية، أو انضمت إليها، أو أن تُؤدي قواعد الإسناد في الدولة التي رُفِع فيها النزاع إلى تعيين قانون دولة متعاقدة لينطبق على هذا النزاع، فيُطبق القاضي الذي ينظر هذا النزاع أحكام الاتفاقية عن طريق قاعدة الإسناد، حتى لو كان مكان عمل أحد المتبايعين أو حتى مكان عمل كل منهما في دولة أو في دول غير متعاقدة.³ وللقضاء تطبيقات كثيرة قرر فيها تطبيق

¹ بر الأستاذ هشام علي صادق علاقة التعايش بين المنهجين بأنه: إذا كان الأصل في المنهج المادي أنه يستبعد الحاجة لمنهج التنزع من الوجهة النظرية إلا أن واقع الحال خلاف ذلك، خصوصاً في هذه المرحلة من مراحل تطور النظام القانوني للتجارة الدولية، ذلك أن استبعاد القواعد المادية في قانون التجارة الدولية لمنهج التنزع هو مجرد استبعاد جزئي، الأمر الذي يُؤكد أن مسألة التعايش بين المنهجين أصبحت حقيقة يصعب إنكارها. نقلاً عن: محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، هامش رقم 5، ص ص 242-243.

² ويُقصد بالبيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا، عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، فالعبرة فيه إذن باختلاف العمل بين المتبايعين "البيع والمشتري" ووجود هذه الأماكن في دول مختلفة ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف، كما أنه لا أهمية للصفة المدنية والتجارية لهم أو للعقد المبرم بينهم، كما تُطبق هذه الاتفاقية إذا كانت قواعد الق د خ تُؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة. راجع المادة 1 من هذه الاتفاقية وهي متاحة على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>

³ فلو فرضنا على سبيل المثال أن جزائرياً مقرر عمله في الجزائر، أبرم أثناء تواجده في مصر عقد بيع مع مشتري تونسي مقرر عمله في ليبيا، ولما لم ينفذ البائع التزاماته في هذه الصفقة، ورفع المشتري الدعوى عليه أمام القضاء الجزائري، عندئذٍ فإن اتفاقية فيينا هي التي ستحكم هذا النزاع حتى بافتراض أن كلاً من الجزائر وليبيا وتونس من الدول غير المتعاقدة أو غير المنضمة للاتفاقية، لأن أحكام الاتفاقية تُطبق وفقاً لصراحة المادة 1/ب التي نصت على أن تطبق الاتفاقية "...عندما تؤدي قواعد الق د خ إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة..". وقواعد الق د خ -قواعد الإسناد- في الجزائر، وهي المرفوع أمام محاكمها النزاع- تؤدي إلى تطبيق القانون المصري، على اعتبار أن مصر هي الدولة التي أبرمت فيها الصفقة، ومصر من الدول المتعاقدة، الطرف في الاتفاقية.

الاتفاقية من خلال قواعد الإسناد. منها قرار لمحكمة Oberlandesgericht Frankfurt الألمانية¹ " أين طبقت المحكمة اتفاقية الأمم المتحدة معتبرة أنها تشكل القانون الإيطالي ذات الصلة عملاً بقواعد الق د خ -قواعد الإسناد- النافذة في ألمانيا.²

كما يوجد قرار لمحكمة الاستئناف في باريس، ذهبت فيه إلى تطبيق القانون الفرنسي الذي يُحيل بدوره -بموجب قاعدة الإسناد- إلى اتفاقية البيع الدولي للبضائع³.

وإذا كانت علاقة الاتفاقية بمنهج قاعدة الإسناد بدت واضحة من خلال معيار الانطباق، إلا أنها تظهر وبشكل أوضح حتى لو لم تنطبق هذه الاتفاقية بموجب منهج قاعدة الإسناد، فإذا كانت الغاية من قواعد اتفاقية البيع الدولي للبضائع، أن تُؤدي مباشرة إلى الحل في مجال العلاقات الخاصة الدولية وتجنب تطبيق القوانين الوطنية تحقيقاً للتوحيد، وهو الهدف الأساسي الذي تسعى الاتفاقية إلى بلوغه.⁴

كما أن من أهداف الاتفاقية تقليل ضرورة اللجوء إلى قواعد الإسناد، إلا أن العلاقة بين قواعد الاتفاقية وقواعد الإسناد تظهر في أكثر من جانب، ومن ثم فإن الطبيعة الذاتية للاتفاقية لا تعني انفصال أحكامها بالكامل عن القوانين الوطنية، التي يتم التوصل إلى تطبيقها من خلال قواعد الإسناد.⁵

¹ خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، المجلد (10)، عدد 35 لسنة 2008، ص 96.

² قرار في القضية رقم 2، ألمانيا: Oberlandesgericht Frankfurt a. M ; 5 U 164/90، 17 أيلول 1991، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/abstract1.html>

³ قرار في القضية رقم 223، فرنسا: محكمة الاستئناف في باريس، 15 تشرين الأول 1997، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/abstract19.htm>

⁴ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 307.

⁵ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 308.

الفرع الثاني

التكامل بين القواعد الموضوعية تلقائية النشأة وقواعد الإسناد

رأينا سابقاً أن مصادر القانون التلقائي النشأة، تتكون من عادات وأعراف التجارة الدولية والشروط العامة والعقود النموذجية، والمبادئ العامة للقانون، فضلاً عن قواعد العدالة والإنصاف وعادةً ما تجد قواعد قواعد القانون التلقائي تطبيقاتها في مجال التحكيم التجاري الدولي، بحيث يُقدم هذا الأخير جهداً كبيراً في إثراء هذه القواعد وتأكيد وجودها، وتحديد مضمون المبهم منها، فضلاً عما يتدعه من حلول لمنازعات العقود الدولية، ومن خلال هذه التطبيقات المختلفة للتحكيم نستنبط علاقة التعايش والتكامل بين هذه القواعد التلقائية النشأة وقواعد الإسناد ونعالجها على النحو التالي:

أولاً: تكامل عادات التجارة الدولية وأعرافها مع منهج قواعد الإسناد

حتى نستخلص علاقة تكامل عادات التجارة الدولية وأعرافها مع منهج قواعد الإسناد، لنا أن نستعرض بعض النصوص القانونية الواردة في التشريعات المقارنة، وكذا الاتفاقيات الدولية ذات الصلة إذ نصت مجلة التحكيم التونسية على أن "1- تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لأحكام القانون الذي يُعيّنه الأطراف. 2- إذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق فإن هيئة التحكيم تعتمد القانون الذي تراه مناسباً 3- يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدالة والإنصاف 4- في جميع الأحوال تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة"¹.

¹ راجع الفصل 73 الوارد في القسم السادس من مجلة التحكيم التونسية.

كما نص قانون التحكيم الإنجليزي على أن "1- تلتزم هيئة التحكيم في النزاع وفقاً ل: أ- القانون الذي اختاره الأطراف لينطبق على موضوع النزاع...2- ولهذا الغرض فإن اختيار قوانين دولة معينة ينبغي أن يُفهم على أنه إشارة إلى القوانين الموضوعية لتلك الدولة، وليس إلى قواعد تنازع القوانين فيها 3- وطالما يوجد مثل ذلك الاختيار أو الاتفاق، فإن هيئة التحكيم تلتزم بتطبيق القانون الذي تُحدده قواعد تنازع القوانين التي تراها واجبة التطبيق".¹

كما نصت المادة 1050 من ق.إ.م.إ.ج الواردة في الفصل السادس المعنون بـ "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على ما يلي: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".
ومن الاتفاقيات التي استند إليها أنصار منهج القواعد الموضوعية في التطبيق المباشر لعادات التجارة الدولية وأعرافها "اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع" السابق ذكرها.² وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عام 1985.³

ويتضح من خلال هذه النصوص التي استعرضناها أنه إذا تعلق الأمر بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق أمام قضاء التحكيم، فإن على هيئة التحكيم أن تتجه أولاً إلى تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، ولا خلاف أن القاعدة التي تُحول الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق هي "قاعدة الإسناد" والتي تنص عليها مختلف التشريعات، ومن ثم يلجأ بعدها المحكم إلى الأخذ بعين الاعتبار عادات التجارة الدولية وأعرافها، وهو ما يعكس جانب التكامل بين المنهجين، فصياغة هذه النصوص تُشير وبوضوح إلى الجانب التكاملي بين عادات التجارة الدولية وأعرافها وبين القانون

¹ المادة 46 من قانون التحكيم الإنجليزي، وهو منشور باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/england.arbitration.act.1996/doc.html#361>

² حيث نصت المادة 1/9 منها على مايلي: " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما....".

³ راجع المادة 28 من هذا القانون، وهو متاح بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

الواجب التطبيق على موضوع النزاع بموجب قاعدة الإسناد. وهذه النصوص إنما أوجبت على المحكم الأخذ بنظر الاعتبار هذه العادات والأعراف وليس تطبيقها بمفردها على النزاع.

ثانياً: تكامل الشروط العامة والعقود النموذجية مع منهج قواعد الإسناد

تنص بعض قوانين التحكيم على ضرورة مراعاة الشروط العقدية من قبل المحكم عند الفصل في النزاع،¹ كما أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية قد أدت إلى ظهور ما يُعرف بالعقود النموذجية، التي سبق وتطرقنا إليها عند حديثنا عن مصادر القواعد الموضوعية، هذه العقود التي بمقتضاها يفقد المتعاقدون حريتهم في إبرام العقود ولا يملكون سوى الانصياع لشروطها المحددة سلفاً فلا تتوافر لهم حرية مناقشتها فتضعف فيها إرادتهم وتكاد تنمحي.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل في حالة الاستناد إلى الشروط العامة والعقود النموذجية التي تمثل أحد مصادر القواعد الموضوعية للقانون التلقائي، يكون ذلك بعيداً عن منهج الإسناد؟ أم يكون أسوأ معه؟²

مما لا شك فيه أن تطبيق الشروط العامة والعقود النموذجية، لا يعني الابتعاد عن منهج قاعدة الإسناد، ذلك أن الأصل في العقود النموذجية غياب صفة الإلزام، ولا يمكن إعمالها إلا باتفاق الأطراف على تطبيقها، واتفاق الأطراف هنا يتم بموجب قاعدة الإسناد، فهذه العقود لا تجب لها

¹ ومن هذه القوانين نذكر: مجلة التحكيم التونسية في الفصل 1/73 منها، وقانون التحكيم المصري في المادة 3/39، كما ورد هذا الحكم في اتفاقيات سبق وذكرناها، منها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في نص المادة 7 منها، وفي القوانين النموذجية كنص المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

² في هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن بعض العقود -كعقود الاستثمار مثلاً- يُمكن أن تخضع لهذا النظام الذي يستمد مصدره من العقد ذاته ومن إرادة الأطراف دون ثمة حاجة للرجوع إلى نظام قانوني معين، بمعنى أن هذه العقود تخضع لفكرة العقد دون قانون يحكمه، لكن هذا الاتجاه تعرض إلى النقد على اعتبار أن الإرادة التي تُعد الأصل في موضوع التصرفات ليست إلا نتيجة مبادئ حدها المشرع، ووضع ضوابطها، كما أن هذا الاتجاه يتجاهل أن الإرادة الفردية لا تُنتج آثارها إلا إذا اعترف بها القانون، إذ لا توجد في إطار التصرف القانوني إلا نظرية واحدة تتمثل في تنظيم الإرادة وفقاً للقانون، فليس هناك تنظيم للقوانين الملزمة وآخر للإرادة الحرة، ومن ناحية أخرى فإن الإرادة وحدها لا تستطيع أن تُحيط بكل جوانب العقد وتوقعات الأطراف، ومن ثم لا يمكن أن تستند هذه العقود إلى فراغ قانوني. نقلاً عن: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 383.

تطبيقاً خارج الإطار الذي رسمته قاعدة الإسناد المتمثلة في إرادة الطرفين، ومن جانب آخر فهذه العقود ذاتها تتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق من ضمن البنود التي تتضمنها.¹

ومثال ذلك ما تضمنته مبادئ Unidroit وهي مبادئ موحدة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص. أين نجدها اعتمدت على منهج قاعدة الإسناد، حيث ورد في التمهيد لهذه المبادئ عنوان "الغرض من هذه المبادئ" ما يأتي: "تضع المبادئ التالية قواعد عامة خاصة بالعقود التجارية الدولية تُطبق عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لها، ويُمكن تطبيقها عندما يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم للمبادئ العامة للقانون أو قانون التجارة أو ما شابه ذلك، ويُمكن تطبيقها عندما لا يختار الأطراف قانوناً بعينهم ليحكم عقدهم، ويُمكن استخدامها في تفسير أو تكميل وثائق أخرى للقانون الدولي الموحد، ويُمكن استخدامها في تفسير أو تكميل القانون الوطني، ويُمكن أن تُفيد في اعتبارها قانوناً نموذجياً للمشرعين الوطنيين أو الدوليين."²

ومثل هذه المبادئ إنما تعكس جانب التكامل بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج قاعدة الإسناد، على اعتبار أنها لا تنطبق إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيقها، واتفاق الأطراف هذا يتم بموجب منهج إسناد العقود.

ثالثاً: تكامل المبادئ العامة للقانون مع منهج قواعد الإسناد

رأينا سابقاً أن المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في الدول المتعدنة تُعد من أهم مصادر مكونات القانون التلقائي النشأة.³

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص ص 425-426.

² للاطلاع على هذه المبادئ راجع الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.areejhamadah.com/newsDetails/74>

³ راجع الصفحة 215 من هذه الدراسة.

وقد أشارت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 إلى مراعاة تطبيق المبادئ العامة للقانون وذلك في المادة 1/42 منها.¹

ويتم الأخذ بهذه المبادئ عادة في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها مع الأشخاص الخاصة كعقود الاستثمار موضوع دراستنا. نظرًا لأن هذه العقود تُثير بعض الحساسية لما تتضمنه في الغالب من إشارات ذات طابع سياسي، تتعلق بضرورة احترام مبدأ سيادة الدولة وحصانتها القضائية، على نحو ما بيناه سابقًا.

وهذا من شأنه أن ينعكس بصورة أو بأخرى على حلول هذه المنازعات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن إخضاع هذه العقود لأي من القوانين الوطنية، لاسيما للدولة الطرف في العقد، ربما يتمثل في نوع من عدم الاستقرار القانوني أو التوازن في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يتعارض وطبيعة التعامل بمثل هذه العقود الدولية.²

ومن أهم القضايا التي استند إليها المحكمون إلى المبادئ العامة للقانون يمكننا ذكر قضية "شيخ أبوظبي" و "أرامكو" أين لاحظ المحكمون أن القانون المختار هو الشريعة الإسلامية باعتبارها قانون الدولة المضيفة، ثم استنتجوا أن هذا القانون لا يحتوي على قواعد تنظم المعاملات العصرية، وخاصة منها عقود الامتياز والمعاملات في الميدان النفطي بشكل عام، ومن ثم فهو قانون منقوص وكثير الثغرات -حسب تعبير المحكم- ومن ثم فهو غير جدير بالتطبيق وفضلاً عليه المبادئ العامة للنظم القانونية للبلدان المتحضرة.³

¹ راجع نص الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص 386-387.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 389.

في قضية شيخ أبوظبي، نجد أن المحكم طبق قانون داخلي وهو القانون الإنجليزي، ووجد أن مبادئ الأمم المتحضرة موجودة فيه، فعلى الرغم من أن المحكم توصل إلى أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون إمارة أبوظبي، لأن العقد قد أبرم وُنُفذ فيها، إلا أنه استبعده بحجة تخلفه وعدم قدرته على تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية، وقد أعمل المحكم في النزاع القانون الإنجليزي كونه يمثل في رأيه المبادئ العامة للأمم المتحضرة، وذلك بعد أن نجح في استبعاد القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة المطروحة أمامه.¹

وهو ما فعله المحكم Sir Alfred Buck Nill في تحكيم قطر عام 1953 مع شركة International Marine Oil² عندما قرر بأن القانون القطري هو واجب التطبيق استناداً إلى قرينة وجود دولة ذات سيادة في العقد الذي حُرر باللغة العربية و الإنجليزية معاً.

إلا أنه استبعد القانون القطري لاحقاً باعتباره لا يتضمن مبادئ كافية لحكم النزاع ومن ثم طبق المبادئ العامة للقانون.³

وفي قضية "أرامكو"⁴ عام 1958 عندما اعترضت شركة "أرامكو" على تعاقد المملكة العربية السعودية مع شركة "أوناسيس" لنقل البترول الذي تُصدره، بدأت هيئة التحكيم بالبحث في اتفاق التحكيم لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق. وكان اتفاق التحكيم يقضي بأن يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقانون السعودي فيما يتعلق بالمسائل التي تدخل في الاختصاص القانوني للسعودية، وفيما

¹ Petroleum Development Ltd v Sheikh of Abu Dhabi. (1952) 1 ICLQ 247 Invoking Article 17 of the agreement between the parties the arbitrator held that it would apply general principles of English law and not municipal English law. In his words: "The application of such principles rooted in the good sense and practice and common practice of civilised nations". See; Dimitrios Athanasakis: Law applicable to merits of the arbitration dispute (an overview of the English, Swiss and French arbitration laws), Online at <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/10334>

² Ruler of Qatar V. International Marine Oil co. LTD. June 1953, International law, vol.20 (1953) p534.

³ حيث ذهب المحكم Buck Nill إلى أنه "ليس لدي أي سبب يدفعني إلى الافتراض أن الشريعة الإسلامية ليست مطبقة تماماً في إمارة قطر، إلا أنني مقتنع أن هذه الشريعة لا تحتوي على أي مبدأ قانوني كافٍ لتفسير هذه النوعية الخاصة من العقود." نقلاً عن: عبد الحميد الأحمد، نظرة على التحكيم في البلاد العربية، ص 1، مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

file:///C:/Users/Lenovo%20G50%20celeron/Downloads/AbdelHamidAlAhdab.pdf

⁴ راجع تحكيم Aramco منشور في:

I.L.R, vol 27, 1963, p 117.

عدا هذا تقضي وفقاً للقانون الذي تقرر أنه واجب التطبيق، وقد أشار المحكم إلى أن العقود التي تُبرمها الدولة تخضع لقانون هذه الدولة ما لم يُثبت العكس، وقد قرر المحكم بأنه بالنسبة للمسائل غير المستندة للقانون السعودي يتعين البحث بخصوصها عن أكثر الأنظمة اتفاقاً مع طبيعة العلاقات التي تُرتبها على عاتق الأطراف بتطبيق قانون الدولة ذات الصلات الطبيعية والفعالية الأوثق، حتى يتفق القانون الواجب التطبيق مع الطبيعة الاقتصادية التي يجب أن يُحققها العقد.

وانتهت هيئة التحكيم إلى إخضاع المسائل المتعلقة بالقانون العام كقاعدة عامة للقانون السعودي، وعند الضرورة يُكمل هذا القانون بمبادئ القانون الدولية والعادات المتبعة في صناعة البترول على اعتبار أن هذه العادات وتلك المبادئ تُكمل قانوناً وضعياً غير كاملاً.

ويتضح جانب التكامل بين المنهجين من خلال قول المحكم "سوزر هول" في هذه القضية "إن القانون السعودي هو الذي يُفترض أن يُطبق على المسائل موضوع النزاع، إلا أنه يجب إتمامه عند الاقتضاء أو تأويله على ضوء المبادئ العامة للقانون والأعراف المتبعة في صناعة النفط ومعطيات العلوم القانونية المحضنة".¹

وقد لاقت الأحكام الثلاثة المذكورة آنفاً انتقادات لاذعة من قبل جانب من الفقه.²

ويتضح أيضاً مظهر التكامل بين المبادئ العامة للقانون وقواعد الإسناد في قضية شركة SPP ضد جمهورية مصر العربية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المعروفة بـ "قضية هضبة

¹ وهذا ما أكدته هيئة التحكيم بقولها: "نظراً للنقص الكائن في الشريعة الإسلامية، وفقاً لما يذهب إليه مذهب الإمام أحمد بن حنبل وبما أن القانون الساري المفعول في المملكة، لا يحتوي على أية قاعدة محددة في ما يخص الاستثمارات البترولية، فإنه بات من الضروري اللجوء الى المبادئ القانونية العامة." نقلاً عن: الحميد الأحمد، نظرة على التحكيم في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 2.

² حيث أشار جانب من الفقه في تعليقه على هذه الأحكام الثلاثة بالقول "عكرت ثلاثة أحكام تحكيمية الأجواء... وقد كرس تلك الأحكام بشدة في أذهان رجال القانون... فكرة أن الغرب يرفض شريعتهم... وفي هذه القضايا الثلاث خسرت الطرف العربي، وقد تكرس سريعاً في أذهان الناس الربط بين النتيجة التي توصلت إليها الأحكام الثلاثة واستبعاد تطبيق القوانين العربية ذات العلاقة". لمزيد راجع: خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 391-392.

الأهرام"¹ إذ ذهبت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 20 أيار 1992 إلى رفض تطبيق القانون المصري على أساس أنه قانون داخلي ناقص بطبيعته، وعند وجود مثل هذا النقص فإن هيئة التحكيم تتمتع بالسلطات التي نصت عليها المادة 42 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، لاسيما تتمتع بسلطة تطبيق قواعد القانون الدولي.

وعلى الرغم من أن هذا الحكم استند إلى نص المادة 42 المذكورة آنفًا وبموجبه يطبق القانون المتفق عليه صراحةً أو ضمناً، وكان هناك اتجاه ضمني لتطبيق القانون المصري، إلا أن الحكم استبعده مطبقاً مبادئ القانون الدولي، وكان عليه طبقاً للنص المذكور تطبيق القانون المصري، ومن ثم إكمالته إن وجد فيه نقصاً أو قصوراً بقواعد القانون الدولي، لذلك انتقد جانب من الفقه هذا الحكم بقوله "مما لاشك فيه أن مثل هذا الحكم يُعيد إلى الأذهان التطبيقات التحكيمية الخاطئة التي كانت تستبعد أساساً تطبيق القوانين الداخلية للدول النامية استناداً إلى أنها غير متطورة بما يكفي".²

ويتضح جانب التكامل بين المنهجين أيضاً من خلال بعض القضايا التي سبق وتطرقتنا إليها من خلال هذه الدراسة، مثل قضية «Aminoil» ضد حكومة الكويت،³ وقضية شركة Liamco ضد الحكومة الليبية.⁴

¹ راجع تحكيم "قضية هضبة الأهرام" منشور في:

ICSID Rev-F.I.L.J., vol 8, No 2, 1993, p 328.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 392.

³ هذه القضية مشار إليها سابقاً، ص 110، هامش رقم 1.

⁴ راجع تحكيم Liamco منشور في:

I.L.M., vol 20, 1981, pp, 1-87.

كما نصت العقود المبرمة بين الجزائر و شركة « Getty Petroleum »¹ على تطبيق قانون دولة الجزائر وبصورة تكميلية إعمال المبادئ العامة للقانون.²

وعليه فإن المبادئ العامة للأمم المتعدنة تُطبق كما سبق وذكرنا على عقود الاستثمار أو العقود الإقتصادية الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، إلا أن السائد أن يُطبق على هذه العقود القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون دولة المستثمر أو قانون مقر التحكيم أو القانون الدولي العام ذاته، إلا أن هذه الحلول قد لا تكون كافية نتيجة لوجود النقص في قواعدهما أحياناً أو للاختلاف على تطبيقها في أحيان أخرى. لذا على هيئة التحكيم أن تبحث عن المبادئ المستمدة من الأنظمة القانونية، التي تُستخلص من القانون الوطني للدولة المضيفة أو القانون الدولي، والمبادئ العامة حيث تستخدمها المحكمة في ملء الثغرات التي تُواجه المحكمة أو لتحقيق التوازن لها بين مصالح الأطراف المتنازعة، ويجب على المحكمة عندئذٍ أن تتبع اتجاهًا معينًا بالبحث في نظم قانونية معينة مثل القانون الوطني للدولة المضيفة، الذي يُعتبر ذا صلة وثيقة بالعلاقة، والقانون الدولي الذي يُوصف بأنه النظام القانوني لحماية مصالح المستثمرين الأجانب، والمبادئ العامة للقانون تتطور في ظل القانون الوطني للدولة المضيفة أو في القانون الدولي أثناء الحكم الفاصل في النزاع.³

وهذا الجانب من التكامل عكسته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار في المادة 1/42 أين بينت جوانب التكامل بين القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار، بما فيها قواعد الإسناد ومبادئ القانون الدولي، عندما نصت على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فإن المحكمة تطبق قانون

¹ لمزيد حول هذه القضية راجع:

TRARI-TANI Mostefa, « Etude d'un Contrat d'Investissement dans le domaines des Hydrocarbures : l'association GETTY-SONARACH » , Revue de Droit des Affaires International, RDAI/IBLJ, N°01, 2008, Paris, pp 09-11.

² خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 395.

³ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع نفسه، ص 396.

البحث والتطوير، ذلك أن التحكيم وإن كان عنصرًا مخففًا لتنازع القوانين إلا أنه لا يُعد سببًا لاختلافه تمامًا في العلاقات الاقتصادية الدولية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التحكيم لا يتجرد من طابعه القضائي الذي يتعين في إطاره مراعاة حقوق الدفاع.¹

وإذا كان يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف فإن ذلك مقرون بشرط إجازة الطرفان، فإذا ثار الشك في تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجري التحكيم طبقًا للقانون.²

ومن جهة ثالثة فإن قواعد لجنة الأمم المتحدة السابق ذكرها، تُجيز التحكيم استنادًا إلى قواعد العدالة والإنصاف، بشرط أن تُجيزها إرادة الأطراف، والقانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد.³

كما تطلبت هذا الشرط اتفاقية جنيف لسنة 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي،⁴ لذلك وفقًا لهذه النصوص لا بد من اللجوء إلى منهج الإسناد ومعرفة القانون الواجب التطبيق، لمعرفة جواز اللجوء إلى مبادئ العدالة والإنصاف أو عدمه.

واستناد التحكيم إلى قواعد العدالة والإنصاف، يُظهر لنا جانبًا آخر من جوانب العلاقة بين هذه القواعد ومنهج الإسناد، فعندما يُطبق القاضي أو المحكم قواعد هذا القانون التلقائي، فإن ذلك

¹ خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص ص 403-404.

² يكمن الفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح في أن المحكم في التحكيم بالقانون يكون ملزمًا بالفصل في النزاع وفقًا لقواعد القانون، في حين يكون المحكم المفوض بالصلح له سلطة في أن يفصل في النزاع وفقًا للعدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي غير المتعلقة بالنظام العام، غير أن تفويض المحكم بالصلح لا يمنع الأطراف من أن يطلبوا منه الفصل في مسألة قانونية إذا كانت تلك المسألة ضرورية للفصل في النزاع.

³ إذ تنص المادة 3/28 من قانون الأونسترال النموذجي على عدم جواز التحكيم وفقًا لقواعد و الإنصاف إلا إذا رخص لها الأطراف في ذلك صراحة، راجع نص المادة على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

⁴ حيث نصت المادة 2/7 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "... يصدر المحكام قراراتهم بالصلح إذا كانت تلك هي إرادة الفرء وإذا كان القانون الذي يرضى التحكيم يجيزها. راجع نص الاتفاقية على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173

لا يؤدي إلى استبعاد اللجوء لمنهج قاعدة الإسناد تمامًا، إذ لا يكون هذا القانون في واقع الأمر كياناً متكاملًا من القواعد التي يُمكن تطبيقها على المنازعات كافة.

ومن خلال ما تقدم ذكره نخلص بضرورة الإبقاء على منهج الإسناد (التنازع)، لسد النقص الذي يشوب القواعد الموضوعية، وهو ما يضطر المحكمين أحياناً إلى إسناد العقد لقانون دولة معينة خاصة عند سكوت المتعاقدين عن اختيار مثل هذا القانون، ويستمد المحكمون عادة حلولهم الخاصة بتنازع القوانين من المبادئ العامة في الق.د.خ، وهي المبادئ التي أصبحت على هذا النحو جزءاً مكماً للقانون الموضوعي.

لذلك نرى أنه من الضرورة بمكان التكامل بين منهج القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في حسم منازعات العلاقات الخاصة الدولية، والتي من بينها عقود الاستثمار محل دراستنا.

الخلاصة

حاولنا في هذه الأطروحة أن نستعرض بقدر الإمكان لمجمل القضايا التفصيلية المتعلقة بموضوع

"تنازع القوانين في عقود الاستثمار" وقد توصلنا من خلاله إلى بعض النتائج والمقترحات كالتالي:

إن عقود الاستثمار هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تُبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي.

هذه العقود تتميز بطبيعة خاصة تُميزها عن سائر العقود الأخرى، تتمثل في كونها تُبرم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدول من ناحية، وهي تُعد من أشخاص القانون الدولي العام وتمتع بسلطة سيادية، وبين الأطراف الأجنبية الخاصة وهم المستثمرين الأجانب سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين.

فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية قواعد الإسناد، فقد جرت التشريعات الحديثة على تأكيد حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم عقد الاستثمار، على اعتبار أن هذا الأخير يُعتبر من العقود الدولية، ولا يُؤثر وجود الدولة كطرف في العقد في خضوعه لقاعدة قانون الإرادة، لذلك يتمتع الأطراف في عقود الاستثمار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة بسلطة اختيار أي قانون يرونه مُلائماً ليحكم علاقاتهم العقدية، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً لدولة معينة، أم كان نظام قانوني لا ينتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة.

إذا كان الاعتداد بقانون الإرادة في اختيار قانون العقد هو مبدأ أُستقر عليه في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أن إرادة الأطراف هنا ليست طليقة في هذا الاختيار، وإنما هي مقيدة بالدور الذي حدده لها المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد.

وعلى الرغم كذلك من استقرار قاعدة قانون الإرادة في معظم النظم القانونية، بوصفها قاعدة الإسناد الأولى فيما يتعلق بالنواحي الموضوعية في العقد، إلا أنها لم تسلم من محاولات التهميش التي استهدفتها، فقد تعرضت القاعدة المذكورة للعديد من المحاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها

بتنظيم العقود الدولية، ومنها عقود الاستثمار على وجه الخصوص، ومن أهم المحاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها، هي التجميد الزمني لقانون الإرادة على حالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد، وذلك إذا ما أدى إعمال قانون الإرادة إلى تطبيق قانون وطني معين، فيسعى الأطراف استناداً إلى مبدأ حرية وسلطان الإرادة إلى ممارسة هكذا محاولات على نحو يخلع عنه صفته كقانون.

بسبب الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، فقد اختلفت الاتجاهات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديده، فذهب اتجاه إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على هذه العقود مع إقصاء أية قواعد قانونية أخرى وطنية أو دولية، إلا أن هناك اختلاف في الحجج والأسانيد التي تدعم مبدأ خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة، فهناك من يؤكد على حق الدولة بتنظيم عقود الاستثمار استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية مما يُبرر خضوعها للسلطات التنظيمية بقانون الدولة المضيفة استناداً لقانونها العام، وهناك من يبيّن حق الدولة المتعاقدة بتنظيم هذه العقود استناداً إلى اعتبارات سياسية وقانونية.

في حين يتمسك رأي آخر بضرورة إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام، بما يسمح بترتيب مسؤولية الدولة في حال قيامها بتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية إلا أننا رأينا عدم سلامة هذا الرأي، على اعتبار أن وجود شخص من أشخاص القانون الخاص وهو المستثمر الأجنبي طرفاً في العقد، يتنافى مع إمكانية القول بإخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام الذي يقوم أصلاً على معالجة العلاقات بين الدول وغيرها من الأشخاص الدولية.

بينما ذهب رأي آخر وهو الذي نميل إليه إلى ضرورة الرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، على اعتبار أن الحجج السابقة التي تم الاستناد إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، سواء تلك التي هدفت إلى توطين هذه العقود في القانون الوطني للدولة المضيفة، أم تلك التي رأت بضرورة إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، إنما تنطوي على اعتبارات أيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية.

لذلك فضلنا الرجوع في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، فهذه العقود وإن اتسمت بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، وإلى كون الدولة أحد أطرافها، فإنها لا تخرج عن كونها عقوداً دولية في إطار القانون الدولي الخاص المعاصر، لأن الدولة هنا قد تدخلت في المجال المحجوز للأفراد الخاصة، فهي عندما تتعاقد مع طرف خاص أجنبي فإنها تُبرم العقد في ذات الظروف التي يجري فيها أي تعاقد عادي، فالأمر يجري كما لو كان التعامل يتم بين أفراد القانون الخاص، ونتيجة لذلك يجب تطبيق قواعد الإسناد المقبولة في مجال الروابط بين أشخاص القانون الخاص.

فنجد أن أحدث الاتجاهات والتشريعات في القانون الدولي الخاص المعاصر تميل عند سكوت الإرادة عن الاختيار إما إلى إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به، من خلال الرجوع إلى مركز الثقل في العلاقة العقدية عن طريق ضوابط إسناد احتياطية مرتبة ترتيباً تنازلياً يُفيد الأولوية، ويستطيع من خلالها القاضي التوصل إلى القانون الأوثق صلة بالعقد، فإذا لم يتوفر أولها يأخذ بالثاني وهكذا وتسمى هذه الضوابط أيضاً بالضوابط الجامدة، وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 18/ الفقرة 2 و 3 من الق.م، بعدما نص في الفقرة 1 من ذات المادة على قانون الإرادة كضابط أصلي يحكم العقود الدولية.

وإما إسناده إلى فكرة الأداء المميز، وهذه هي التي نُرحح تطبيقها في مجال عقود الاستثمار ومؤدى هذه الفكرة أنه في حالة سكوت أطراف العقد عن اختيار القانون الواجب التطبيق، يُلجأ عند تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد إلى تفريد معاملة عقود الاستثمار حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية والفعلية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد أو مكان الوفاء به، أو تقديمه، وتكمن أهمية هذه الفكرة في كونها تُراعي الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود، ويُؤدي أعمال هذه النظرية إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، لكونه قانون الدولة التي يتم فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي في عقود الاستثمار، حيث أن الاستثمار وما

ينتج عنه يتواجدان وجوداً مادياً على إقليم الدولة المضيفة، فضلاً عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادي في هذه الدولة.

أما عن موقف اتفاقيتي واشنطن لسنة 1965 "الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار" و اتفاقية روما لسنة 1980 من القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت الإرادة عن تحديده من قبل الأطراف، هو إقرارهما بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، باعتباره قانون الدولة التي يتم فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي في عقود الاستثمار، وذلك ما يتضح من خلال الجملة الثانية من الفقرة 1 للمادة 42 من اتفاقية واشنطن، والمادة 4 من اتفاقية روما.

لاحظنا من خلال الدراسة أن منهج قواعد الإسناد هو المنهج التقليدي المتبع لحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية، إلا أنه لم يعد المنهج الوحيد نظراً للقصور الذي شابه من نواح عدة، فهو منهج مُعقد يحتاج إلى سلسلة من العمليات الفنية لإيجاد الحل لمشكلات التنازع من تكييف، وإحالة، وإثبات القانون الأجنبي والعلم بمضمونه وتفسيره وموانع تطبيقه... الخ، فهو لم يعد يتماشى مع الحركة الخاصة الدولية، ومعطيات المعاملات ذات الطابع الدولي.

أمام القصور الذي مس منهج قاعدة الإسناد، ظهر اتجاه يدعو إلى البحث عن مناهج بديلة لحل مشكلات تنازع القوانين، ويرى هذا الاتجاه أن أفضل السبل لتلافي ذلك القصور هو اللجوء إلى المنهج الموضوعي لحل هذه المشكلات، وقد ارتبط منهج القواعد الموضوعية ارتباطاً وثيقاً بالعقود الدولية والتي من بينها عقود الاستثمار، وإضافة إلى أزمة منهج قاعدة الإسناد فقد ارتبط ظهور هذا المنهج بعدة عوامل أخرى، كالاختبارات الاجتماعية، وتطور الفكر القانوني، التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية، والتغيرات السياسية الدولية، الحركة الخاصة الدولية، وهذه العوامل تطرقنا إليها بشيء من التفصيل في ثنايا بحثنا.

توصلنا من خلال الدراسة كذلك إلى أن القواعد الموضوعية يُقصد بها تلك القواعد القانونية ذات المضمون الدولي أو العالمي، والمعنية بوضع الحلول الموضوعية التي تُنهي النزاع أو تنفاداه في العلاقات الخاصة الدولية، وأما المراد بمنهجها، فهو الطريقة أو الوسيلة التي تضم مجموعة تلك القواعد ذات

المصادر المتعددة والتي تُضفي عليه استقلالية وتميزًا في معالجة مشاكل العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، وعقود الاستثمار بصفة خاصة.

ومن خلال تعريف القواعد الموضوعية استخلصنا أهم خصائصها، من حيث اعتبارها قواعد قانونية مباشرة في مضمونها، دولية عالمية وموحدة في أغلبها، سهلة، ملائمة وواقعية في حلولها، مما جعل منها منهجًا مستقلاً، ويحظى باهتمام كبير في القانون الدولي الخاص المعاصر.

هناك مصادر عديدة للقواعد الموضوعية، منها مصادر داخلية تتمثل في التشريعات التي تضعها الدول لتتطبق على العلاقات الاقتصادية الدولية، كتشريعات الاستثمار، ونقل التكنولوجيا، والتحكيم وغيرها، ومنها ذات مصدر قضائي داخلي، كالقواعد الموضوعية التي أقرها القضاء الفرنسي كشرط الدفع بالذهب و أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم، واستقلالية شرط التحكيم وغيرها، كما أن من المصادر المهمة للقواعد الموضوعية ما تضعه الاتفاقيات من قواعد في مجال القانون الخاص، كما أن هناك قواعد موضوعية ذات مصدر تلقائي تتمثل في عادات التجارة الدولية وأعرافها، والشروط العامة والعقود النموذجية، والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة الإنصاف.

لاحظنا من خلال الدراسة أيضًا أن التحكيم التجاري الدولي يلعب دورًا هامًا في خلق وتكريس القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار، بحسبانه القضاء المختص بإنهاء هذه المنازعات إضافة للمزايا العديدة التي تُميزه عن القضاء العادي، سواء من حيث السرعة في الفصل في النزاعات أو من حيث السرية التي يتمتع بها أو من حيث حرية الأطراف... الخ، وهذه المزايا استعرضناها بشيء من التفصيل في مضمون البحث. ويحرص المحكم حال إعماله للقواعد الموضوعية خصوصًا المستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية، على إظهار عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات هذا النوع من العقود، فضلًا عن استناده للنصوص القانونية المنظمة للتحكيم والتي تُلزمه بالعمل على مراعاة العادات والأعراف المستقرة في نوع المعاملة، وقد بينا في ثنايا البحث بعض القضايا التي كرس وطبق فيها المحكمون القواعد الموضوعية.

إن مسألة إعمال منهج القواعد الموضوعية على عقود الاستثمار طرحت أكثر من علامة استفهام وذلك بسبب الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها هذه العقود، والتي أبرزناها في مواطن عدة من هذه الدراسة، وهذه الطبيعة الخاصة دعت البعض للحفاظ بشأن مدى خضوعها للقواعد الموضوعية، وتبعاً لذلك استعرضنا الجدل الفقهي حول مدى إمكانية خضوع تلك العقود للقواعد الموضوعية، وميزنا بين اتجاهين بهذا الخصوص "اتجاه يرفض خضوعها للقواعد الموضوعية" و "اتجاه يؤيد خضوعها لها" وقبل ذلك أوضحنا حالتنا الإعمال الإرادي المباشر لهذه القواعد سواء أمام القاضي أو المحكم.

أثير جدل فقهي كبير حول مدى تمتع القواعد الموضوعية بصفة النظام القانوني، فذهب جانب من الفقه إلى إنكار صفة النظام القانوني لهذه القواعد، وذهب جانب آخر إلى الاعتراف بالنظام القانوني الكامل لهذه القواعد، في حين ذهب جانب ثالث، وهو الذي رجحناه وأيدناه إلى أن منهج القواعد الموضوعية يتمتع بنظام قانوني غير كامل، وهو في طور التكوين، لأن هذا المنهج لا يحتوي على القواعد الكافية التي تُعالج جميع جوانب العلاقات الدولية الخاصة، ولكن ذلك لا يُنكر بأي حال من الأحوال حتمية وجود هذا النظام القانوني الذي تواترت عليه قرارات التحكيم وأحكام المحاكم، إذ سيكون مستقبلاً لعامل الوقت والجهود الدولية الدور الكبير في بناء هذا النظام بشكل متكامل.

لمسنا من خلال هذه الدراسة أنه بالرغم من وجود بعض الفقه الذي يُقر بأن طبيعة العلاقة بين منهج قاعدة الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية هي علاقة تنافس وعداء، وأن منهج القواعد الموضوعية يؤدي إلى استبعاد منهج قاعدة الإسناد لاسيما في مجال عقود الاستثمار، نتيجة لقصور منهج قاعدة الإسناد من نواحٍ عدة كما تم توضيحه آنفاً.

إلا أننا وجدنا أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكامل وتعايش، ذلك أن منهج القواعد الموضوعية بمختلف مصادره يتكامل مع منهج قاعدة الإسناد، فالقواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي وجدناها تنطبق من خلال منهج قاعدة الإسناد أو أنها ذاتها تحتوي على قواعد الإسناد مما يعكس جانب التكامل بين المنهجين، والقواعد الموضوعية الداخلية ذات المصدر القضائي تم إعمالها من خلال منهج قاعدة الإسناد أو بمناسبة إعماله، كما أن القواعد الموضوعية التي أرسنها

الاتفاقيات الدولية وجدناها تتكامل مع منهج قاعدة الإسناد من خلال تطبيقها هذا المنهج أو من خلال اللجوء إلى هذا المنهج لتكملة ما يعتري منهج القواعد الموضوعية من نقص وقصور، كما أن القواعد الموضوعية ذات المصدر التلقائي من عادات التجارة الدولية وأعرافها، والعقود النموذجية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة، والتي أجازت قوانين التحكيم أخذها بعين الاعتبار، وجدناها ذات طابع مكملٍ للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بموجب منهج قاعدة الإسناد، وهو ما يعكس التكامل بين المنهجين.

ومادامت العلاقة بين المنهجين هي علاقة تكاملٍ فالأهمية في تحديد أولوية تطبيق كل منهما، فإذا كانت القواعد الموضوعية ذات مصدر تشريعي داخلي، فقد وجدنا أن هذه التشريعات لا تنطبق إلا من خلال منهج قاعدة الإسناد، ومن ثم تكون الأولوية في الرجوع إلى منهج الإسناد، وهذا الأمر وجدناه في القواعد الموضوعية الداخلية التي أرساها القضاء، فهي كانت قد أقرت بمناسبة منهج قاعدة الإسناد، وإذا كانت القواعد الموضوعية ذات مصدر اتفاقي دولي، فإن هذه القواعد إذا كانت تحدد مجال تطبيقها فتكون الأولوية في التطبيق لها، ليكون لمنهج الإسناد طابعاً احتياطياً مكماً لما يعتري هذه القواعد من نقص وقصور، وإذا كانت هذه القواعد تنص على تطبيقها من خلال منهج قاعدة الإسناد، فتكون الأولوية للمنهج الأخير على حساب القواعد الموضوعية الاتفاقية، أما القواعد الموضوعية ذات المصدر التلقائي فلها طابع احتياطي ومكمل لمنهج قاعدة الإسناد، وهو ما لمسناه من خلال صياغة نصوص قوانين التحكيم التي أشارت إلى مراعاة تطبيق عادات التجارة الدولية وأعرافها والمبادئ العامة للقانون، ومن ثم تكون الأولوية لمنهج قاعدة الإسناد، ليتم إكمال ما يعتري القانون الواجب التطبيق من نقص وقصور بمراعاة القواعد التلقائية الناشئة.

إن سالف النتائج المتوصل إليها دفعتنا إلى تكريس أهمية تكامل منهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في سبيل حسم منازعات عقود الاستثمار من خلال اقتراح التوصيات التالية:

- على القضاة والمحكمين الأخذ بنظر الاعتبار أهمية التكامل بين منهجي قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في منازعات عقود الاستثمار، والاستفادة من المزايا الإيجابية لكل منهما لأن العبرة بتعاون هذين المنهجين وإيجاد حلول لمشكلات التنازع وليس التنافس بينهما.
- نُشير كذلك إلى ضرورة إدراج نص قانوني في التشريع الجزائري يتضمن إمكانية إعمال فكرة الأداء المميز في العقود الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، وذلك في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، هذه الفكرة التي أخذت بها غالبية التشريعات المقارنة، كما هو موضح في مضمون البحث، وذلك للمزايا العديدة التي تتسم بها، والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.
- فيما يتعلق بمنهج القواعد الموضوعية فإننا ندعو المشرع الجزائري إلى مواكبة التطورات الحاصلة في هذا المجال، والانضمام والتصديق على الاتفاقيات الدولية التي تُبرم في مجالات القانون الخاص التي تضع قواعد موضوعية تُعالج مسائل العلاقات الاقتصادية الدولية، لأن هذه الاتفاقيات يُعدها خبراء متخصصون في هذه المجالات، وبالتالي وجب إلحاق التشريع الوطني بالتشريع العالمي، لاسيما فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي.
- الاهتمام بإنشاء مركز للتحكيم في الجزائر، كما هو الحال بالنسبة لمركز القاهرة الإقليمي وباقي المراكز التحكيمية الأخرى على المستوى الدولي، وذلك لتكريس الثقة بين المستثمرين الأجانب وقضاء الدولة الجزائرية.
- بما أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار هي اتفاقية دولية وكثير من الدول العربية طرفاً فيها، فمن الأفضل إيجاد مراكز خاصة تابعة للمركز الدولي المنبثق عنها (C.I.R.D.I) في إحدى الدول العربية على الأقل من أجل تقديم الإرشادات للمستثمرين حول العملية التحكيمية التي تتم في المركز، وبالتناوب إجراء العملية التحكيمية المتعلقة بالاستثمارات التي تكون الدول العربية ومواطنيها طرفاً في ذلك الفرع من المركز.

"تم بحمد الله وشكره"

قائمة المراجع

والمصادر

القرآن الكريم

المراجع والمصادر باللغة العربية:

1/ المراجع:

أ/ المؤلفات:

• المؤلفات العامة:

- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص (الموطن و مركز الأجنبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري و قواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بدون سنة الطبع.
- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولاً و منهجاً"، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996.
- إسعاد موحد : القانون الدولي الخاص، الجزء الأول " قواعد التنازع "، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
- إيناس محمد البهجي، البعد القانوني للأجانب داخل الدولة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

قائمة المراجع والمصادر

- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.
- باسم حمادي الحسن، الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- بلال عدلان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، لبنان، 2017.
- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- ريتا سايد سيده، العقود التجارية الدولية و العمليات المصرفية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- سامي بديع منصور و آخرون، تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2009.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، بيروت، 1994.

قائمة المراجع والمصادر

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري المتعدد الأطراف (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسات الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

قائمة المراجع والمصادر

- عيبوط محمد واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر، 2006.
- كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- لبيك شوقي وآخرون، "المدن الذكية في ظل التغيرات الراهنة - واقع وآفاق -"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2019.
- زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقًا لقانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2012.
- مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2008.
- محمد ابراهيم قطب غانم، انعكاسات العولمة على التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- محمد أحمد ابراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

قائمة المراجع والمصادر

- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2013.
- محمد حسن حاسم المعماري، التحكيم التجاري الدولي وتدخلات القضاء الوطني، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2013.
- محمد محمد أحمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، مصر 2009.
- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007.
- مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- نزيه عبد المقصود مبروك، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
- هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الاجراءات المدنية و التجارية الدولية- تنازع القوانين)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

قائمة المراجع والمصادر

- هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة الطبع.
- هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة و الشروط التقييدية "دراسة مقارنة")، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.
- المؤلفات المتخصصة:**
- أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق و أزمته)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

قائمة المراجع والمصادر

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- جلال وفاء محمددين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- حسام أسامة شعبان، التنازع الكوني للقوانين في القانون الدولي الخاص ما بعد الحداثة (نحو نهاية منهج التنازع السافيني)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2010.
- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاضم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- السيد عبد المنعم حافظ السيد، قانون الالتزامات التعاقدية الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

قائمة المراجع والمصادر

- صفوت محمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (تنازع القوانين وتسوية المنازعات)، بدون ناشر، 2011.
- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية (دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.

قائمة المراجع والمصادر

- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، الإسكندرية 2000.
- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.
- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- مصلح أحمد الطروانة و فاطمة الزهراء أحمد محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، 2013.
- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي "دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم و عقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

قائمة المراجع والمصادر

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- هشام خالد، قانون الإرادة بين الإطلاق والتقييد في نطاق العقود التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الإسكندرية، طبعة سنة 2001.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

ب/ الأطروحات الجامعية ورسائل الماجستير

• أطروحات الدكتوراه:

- إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجًا" أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2015.
- جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2017.
- درية أمين، منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018/2017.
- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

قائمة المراجع والمصادر

- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة الجزائر، 1991.
- علي محمد عبد الكريم، النظام القانون للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010.
- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016.
- محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي (دراسة تأصيلية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
- رسائل الماجستير:
 - أحمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
 - أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر(دراسة في قانون الاستثمار الكويتي رقم 8 لسنة 2001)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.
 - بلاق محمد ، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010/2011.
 - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009-2010.
 - سوزان غازي مصطفى، فض منازعات عقود توريد التكنولوجيا عن طريق التحكيم، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2009.

قائمة المراجع والمصادر

- عبابسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية جامعة الشلف، 2008/2007.
- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2012.
- لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010.
- ياسمينه مرابطي، العلاقات الاقتصادية للجزائر مع الاتحاد الأوروبي وتطورها في ظل الشراكة الأورو-متوسطة، رسالة ماجستير في العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، 2007.

ج/ البحوث والمقالات:

- إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد7، 2015.
- أحمد سبع، دور الدولة في الاقتصاد بين الضرورة والحدود، المجلة الجزائرية للعملة والسياسات الاقتصادية، مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن مخبر العملة في السياسات الاقتصادية، جامعة الجزائر 03، العدد7، 2016.
- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد43، 1987.
- أحمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد13، 2013.
- آمال تحنوني، بلال ملاحسو، الاتجاه المعاصر لواقع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر المحلي والدولي وأثره على التنمية الاقتصادية، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، يومي 18 و19 نوفمبر، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2015، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: manifest.univ-ouargla.dz>fdsp >

قائمة المراجع والمصادر

- بلوج بولعيد، معوقات الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 4، جوان 2006.
- بلمامي عمر، نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد، نشرة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بسطيف، الجزائر، العدد5، مارس 2007.
- بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد5، سنة 2008.
- بن عصمان جمال، دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول "إصلاح المنظومة القانونية للاستثمار في الجزائر بين الرغبة في تحرير مناخه ومطلب تحقيق التنمية"، كلية الحقوق - جامعة تلمسان يومي 14 و15 ديسمبر، 2015، غير منشورة.
- حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، المركز الجامعي أكلي محمد أولحاج، البويرة، العدد 5، 2008.
- خليل ابراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، المجلد (10)، العدد 35 لسنة 2008.
- دنوبي هجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي حول موضوع النظام والعلاقات القانونية 23 و 24 أبريل 2007، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد5، سنة 2008.
- طالبي حسن، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، العدد1، الجزائر، سنة 2008.
- عبد الحميد الأحذب، نظرة على التحكيم في البلاد العربية، مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

file:///C:/Users/Lenovo%20G50%20celeron/Downloads/AbdelHamidAlAhdab.pdf

قائمة المراجع والمصادر

- عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد2، 2016.
- عبد الكريم محمد محمد السروي، النظام القانوني لعقود الطاقة، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين "الطاقة بين القانون و الاقتصاد"، أبوظبي، 20-21/5/2013. مقال منشور على الرابط الإلكتروني التالي: slconf.uaeu.ac.ae/Docs/BDF%20conf%2021/.../3%20Fayaad.pdf
- كيجل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية (أدرار)، الجزائر، العدد 42، لسنة 2018.
- لبيك شوقي، إشكاليات الأهلية في القانون الدولي الخاص، مداخلة أقيمت في الندوة الدولية الأولى حول "ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب بعد مرور أكثر من مئة سنة على صدوره"، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، يومي 19 و 20 مارس 2018، غير منشورة.
- لبيك شوقي، الإجراءات الانفرادية للدولة كعائق لتدفق الاستثمار الأجنبي بالجزائر، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي الوطني حول "معوقات الاستثمار الأجنبي في الجزائر"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يوم 7 ديسمبر 2017، غير منشورة.
- لبيك شوقي، دور الاستثمار التكنولوجي في إنتاج المدن الذكية بدول العالم الثالث "الجزائر نموذجًا"، مجلة الدراسات الثقافية واللغوية والفنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، العدد 6، مارس 2019.
- لبيك شوقي، شرط الثبات التشريعي كآلية لتوفير الأمن القانوني في عقود الاستثمار، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 14، سنة 2017.
- لبيك شوقي، مدى تنافسية قواعد التنازع الجزائرية في مجال الأعمال، مداخلة أقيمت في اليوم الدراسي حول "تنافسية التشريع الجزائري في مجال الأعمال"، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، يوم 14 فيفري 2018، غير منشورة.

قائمة المراجع والمصادر

- لبيك شوقي، ضمانات جذب الاستثمار الأجنبي للجزائر على ضوء القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة (الجزائر)، العدد8، مارس 2018.
- لبيك شوقي، أثر اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي على مناخ الأعمال في الجزائر، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول "مناخ الأعمال في الجزائر بين التكريس الدستوري والواقع الاقتصادي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، يومي 11 و 12 أبريل 2018، غير منشورة.
- ميكالي الهواري، انعكاسات الإجراءات المتخذة في الواقع الجزائري ابتداء من أحداث أكتوبر إلى غاية دخول ميثاق السلم والمصالحة حيز التنفيذ (1988-2006)، مجلة أنثروبولوجية الأديان، جامعة تلمسان، العدد 23، سبتمبر 2018.
- نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 16، عدد 1، 2009.
- يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد5، سنة 2008.

2/ المصادر

أ/ التشريعات الدولية:

- اتفاقية لاهاي لسنة 1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات
المادية منشورة باللغة الانجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:
<http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/doc.html>
- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 نيسان 1961 منشورة
على الرابط الإلكتروني التالي:
http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173

قائمة المراجع والمصادر

➤ اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965، متاحة على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/landscape.pdf>

➤ اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية منشورة باللغة الانجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/ec/applicable.law.contracts.1980/doc.html>

➤ اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، متاحة بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>

➤ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وهو متاح بصيغة pdf على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

➤ اتفاقية لاهاي لسنة 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، منشورة باللغة الانجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.jus.uio.no/lm/hcpilapplicable.law.sog.cotion.1986/doc.html#ven>

ب/ التشريعات الداخلية:

التشريع الجزائري:

➤ أمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، عدد 47 لسنة 1966.

➤ أمر رقم 58/75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44 لسنة 2005.

قائمة المراجع والمصادر

- أمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على (اتفاقية واشنطن)، الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965 ج.ر، عدد7، سنة 1995.
- أمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر، عدد 52، سنة 2001، ملغى.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر، عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري والمؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر. المؤرخة في 7 مارس 2016، عدد 14.
- القانون رقم 16/09 المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر، عدد 46، لسنة 2016.
- مرسوم رقم 88-233 الموافق 5 نوفمبر 1988، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958، ج.ر، عدد 48.
- المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المغاربية لتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي ، بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق لـ 23 يوليو سنة 1990، ج ر، عدد 6.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ج.ر، عدد 59.
- المرسوم التنفيذي رقم 01/416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر ج.ر، عدد 80، المؤرخة في 26/12/2006.

قائمة المراجع والمصادر

التشريعات المقارنة:

➤ قانون التحكيم التونسي الصادر بموجب القانون رقم (46) لسنة 1993 المؤرخ في 26 نيسان 1993.

➤ قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 19 مكر، مايو سنة 1999.

➤ القانون المدني المصري لسنة 1948، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.incometax.gov.eg/New%20LAWs/law-131-1948.pdf>

➤ القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.justice.gov.tr/basiclaws/private_Intedrnational.pdf

➤ القانون الدولي الخاص السويسري، وهو منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

[/http://www.admin.ch/ch/f/rs/291](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291)

➤ قانون التحكيم الإنجليزي، وهو منشور باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/england.arbitration.act.1996/doc.html#361>

➤ قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68 لسنة 2003، وهو منشور على شبكة الأنترنت:

<https://track.unodc.org>Jordan>Laws>

➤ قانون الموجبات والعقود اللبناني، وهو منشور على الرابط الإلكتروني التالي:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/lebanon/ObligationsAndContractsLawAr.pdf>

Listes des Matières En Langue Etrangère:

I. Ouvrages:

- AUDIT.B :Droit international privé, Paris, Economica , éd 1991.
- Bouhacene Mahfoud : Droit international de la coopération industrielle, O.P.U, Alger, Algérie, 1984.
- Foyer Jacques : Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Clunet, 1991.
- Goldman Berthold, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux réalité et perspectives, clunet, 1973.
- H .Batiffol et Lagard (P) : Droit international privé, T.1, Paris 7^{ème} éd.L.G.D.J, 1981.
- H.BATIFFOL : Contrats et conventions, Rép.D. Int. T.I. 1968.
- H.BATIFOL & P.LAGARDE : Droit international privé, T.II, Paris 7^{ème} éd.L.G.D.J. 1983.
- J.M.JACQUET :Le contrat international, Paris 2^{ème} éd. Dalloz, 1991.
- J.M.JACQUET :Principe d'autonomie et contrats internationaux, paris, éd 1983.
- Kopoac :Le code Tchécoslovaque du commerce international, clunet, 1967.
- P.KAYSER : L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française, Clunet 1931.
- PHILIPPE FOUCHARD, L'arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965.
- Pierre Mayer , Droit international privé, Montchrestien, 3^{ème} éd, 1987.
- Pierre Mayer : Droit international privé, Paris, 4^{ème} éd, 1991.
- Prosper Weil : Droit International et contracts d,Etat ;en mélanges offerts a Paul Reuter : sous le titre « Le Droit International :Unité et Diversité, Pedone, Paris, 1981.
- Prosper Weil : Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, Réc des Cours, La Haye 1969.
- Terki Nourddine : L'arbitrage commercial en Algérie, O.P.U, 1999.
- Y.LOUSSOUARN & P.BOUREL :Droit international privé, Dalloz, 4^{ème} éd, Paris, 1993.

- Yvon Loussouarn et Bredin, droit du commerce international, Sirey, Paris, 1969.
- Yvon Loussouarn, Droit international privé, Paris, éd 1993.

II. Thèses :

- André-Chapelle :Les fonctions de l'ordre publics en droit international privé, Thèse, Paris, 1979.
- Nicolas Nord : Ordre Public et Lois de Police en Droit International Privé, Thèse de Doctorat, Mention « droit international » Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003.

III. Revue:

- A.E.SCHNITZER : La loi applicable aux contrats, Rev.Crit..D.I.P.1955.
- Dimitrios Athanaskis: Law applicable to merits of the arbitration dispute (an overview of the English, Swiss and French arbitration laws), Online at <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/10334>
- G.R.DELAUME : L'autonomie de la volonté en droit international privé, Rev.Crit.D.I.P 1950.
- J.CH.POMMIER : La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit, le rôle de l'arbitre, Clunet, 1992.
- J.F.AUBERT : Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisses, Rev.Crit. D.I.P. 1962.
- K.H.NEUMAYER : Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev.Crit.D.I.P.1957.
- Kalenski :Les traits essentiels des nouvelles codifications Tchécoslovaques du droit du commerce international et du droit international privé, Rev.int.dr.comp, 1964.
- Karl H.Neumayer, autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev-crit-DIP, 2ème partie, 1958.
- Mc Nair : The General Principles of Law Recognized by Civilized Nation, B.Y.B.I.L, vol 33, 1957.
- Ruler of Qatar V. International Marine Oil co. LTD. June 1953, International law, vol.20 (1953) .
- Simon Depitre :Les règles matérielles dans le conflit de lois, Rev.crit, 1974.

- TRARI-TANI Mostefa, « Etude d'un Contrat d'Investissement dans le domaines des Hydrocarbures : l'association GETTY-SONARACH », Revue de Droit des Affaires International, RDAI/IBLJ, N°01, 2008, Paris.
- Vitta (E) : Cours général de droit international privé, Recueil, 1979, vol, 162-1.
- W.WENGLER : L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, Rev.Crit.D.I.P 1990.

IV. *Lois de droit international privé.*

Allemagne : Loi de droit international privé du 25 juillet 1986, *Rev. crit.* 1987, p170, commentaire H.-J. Sonnenberger , « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit.* 1987, 1.

Portugal : Dispositions de droit international privé du nouveau Code civil approuvé par le décret-loi n° 47-344 du 25 novembre 1966, entré en vigueur le 1er juin 1967, *Rev. crit.* 1968, 369.

V. *Cour internationale de Justice*

- C.cass Belgique 27/11/1974, et 21/2/1975 en *Rev.Crit. Dip* 1976, p660.
- Cass. Ch. Civ. 20 Mars. 1985 (arrêt Caron) *Rev. Crit,D.I.P*, 1986.
- Cass 7/5/1963 D. 1963-545 note Robert, *Clunet* 1965-311 note Goldmen, *Rev.crit.*1964-543 note Mezger.

الفہرہ

الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ	شكر وتقدير
ب	الإهداء
ج	قائمة أهم المختصرات
01	مقدمة
09	الباب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آية قواعد الإسناد
10	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار و قواعد الإسناد
11	المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار
12	المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار
12	الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار
13	أولاً: التعريف الاقتصادي للاستثمار الأجنبي
14	ثانياً: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي
18	الفرع الثاني: أنواع الاستثمار الأجنبي
19	أولاً: الاستثمار الأجنبي غير المباشر
21	ثانياً: الاستثمار الأجنبي المباشر
22	الفرع الثالث: أطراف عقود الاستثمار
23	أولاً: الدولة كطرف في العقد
24	1: الاتجاه المضيق لعقود الاستثمار
24	2: الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار
26	ثانياً: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد
26	1: الشخص الطبيعي الأجنبي
28	2: الشخص الاعتباري الأجنبي
29	المطلب الثاني: : معايير دولية عقود الاستثمار ونماذجها المختلفة
29	الفرع الأول: معايير دولية عقود الاستثمار
30	أولاً: المعيار القانوني Le critère juridique

الفهرس

32	ثانيًا : المعيار الاقتصادي Le critère économique
33	ثالثًا: المعيار المزدوج Le critère dual
35	الفرع الثاني: النماذج المختلفة لعقود الاستثمار
35	أولاً: عقود البترول
36	1: عقود الامتياز
38	2: عقود المشاركة
39	3: عقود المقاوله
40	ثانيًا: عقود التعاون الصناعي
41	1: عقود نقل التكنولوجيا
42	2: عقود المساعدة الفنية
43	3: عقود تسليم المفتاح في اليد
44	4: عقود تسليم المنتج في اليد
44	ثالثًا: عقود الأشغال العامة الدولية
46	المبحث الثاني: ماهية قواعد الإسناد
47	المطلب الأول: مفهوم قاعدة الإسناد
48	الفرع الأول: تعريف قاعدة الإسناد
50	الفرع الثاني: خصائص قاعدة الإسناد
51	أولاً: قاعدة الإسناد قاعدة وطنية
53	ثانيًا: قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة
54	ثالثًا: قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة الجانب
55	رابعًا: قاعدة الإسناد قاعدة محايدة
55	الفرع الثالث: عناصر قاعدة الإسناد
55	أولاً: الفئة المسندة
57	ثانيًا: ضابط الإسناد
58	ثالثًا: القانون الواجب التطبيق (القانون المسند إليه)
59	المطلب الثاني: شروط تطبيق قاعدة الإسناد
60	الفرع الأول: الطابع الخاص للعلاقة موضوع النزاع

الفهرس

63	الفرع الثاني: اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني (الصفة الدولية)
64	أولاً: الاعتراف بالدولة
65	ثانياً: الاعتراف بالحكومة
68	الفصل الثاني: إعمال قاعدة الإسناد في مجال عقود الاستثمار
69	المبحث الأول: حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
69	المطلب الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار
70	الفرع الأول: المقصود بقانون الإرادة
73	أولاً: مبدأ سلطان الإرادة ما بين القانون الداخلي و القانون الدولي الخاص
74	ثانياً: الاتجاهات الحديثة في تحديد مفهوم قانون الإرادة
75	1: النظرية الشخصية
77	2: النظرية الموضوعية
79	3: النظرية الازدواجية
81	4: حقيقة قانون الإرادة وموقف المشرع الجزائري منها
82	أ: حقيقة قانون الإرادة
84	ب: موقف المشرع الجزائري من قاعدة قانون الإرادة
87	الفرع الثاني: مدى ملاءمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الاستثمار
90	الفرع الثالث: كيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
90	أولاً: الإرادة الصريحة
92	ثانياً: الإرادة الضمنية
95	الفرع الرابع: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
95	أولاً: القانون الواجب التطبيق على تكيف عقود الاستثمار
96	1: نظرية القانون المختص بحكم النزاع
96	2: نظرية القانون المقارن
97	3: نظرية قانون القاضي
98	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف عقد الاستثمار
101	ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على شكل عقد الاستثمار
102	المطلب الثاني: القيود الواردة على قانون الإرادة في عقود الاستثمار

الفهرس

103	الفرع الأول: ضرورة توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين
105	الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار
105	أولاً: تعريف شرط الثبات التشريعي
106	ثانياً: صور شرط الثبات التشريعي
106	1: الشروط التعاقدية
107	2: الشروط التشريعية
108	ثالثاً: تقييم شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار
112	الفرع الثالث: النظام العام كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار
117	أولاً: التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي
118	1: فيما يتعلق بمضمون النظام العام
118	2: فيما يتعلق بدور النظام العام
119	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من مسألة النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي
121	الفرع الرابع: قوانين البوليس كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار
124	الفرع الخامس: الغش نحو القانون كقيد على قانون الإرادة في مجال عقود الاستثمار
126	أولاً: الشرط المادي (تغيير مادي في ضابط الإسناد)
127	ثانياً: الشرط المعنوي (نية التحايل أو الغش نحو القانون)
130	المبحث الثاني: حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
132	المطلب الأول: الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
133	الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار
135	أولاً: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية
135	1: عرض الاتجاه الفقهي القائل باعتبار عقود الاستثمار عقوداً إدارية
137	2: موقف أحكام التحكيم من تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية
138	3: تقييم الاتجاه الفقهي القائل بتكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية
139	ثانياً: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى اعتبارات سياسية وقانونية
140	1: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي
144	2: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن

الفهرس

	الأمم المتحدة
146	الفرع الثاني: إخضاع عقود الاستثمار لقواعد القانون الدولي العام
148	المطلب الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق
149	الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الأوثق صلة بها
150	أولاً: المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد
151	1: مشكلة الإحالة problème de renvoi
153	2: مشكلة تجرئة العقد
156	ثانياً: ضوابط تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد
156	1: الضوابط الجامدة
159	2: الضوابط المرنة
161	الفرع الثاني: نظرية الأداء المميز وتطبيقاتها على عقود الاستثمار
161	أولاً: المقصود بفكرة الأداء المميز la prestation caractéristique
166	ثانياً: تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار
166	1: تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التعاون الصناعي
167	2: تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود الأشغال العامة الدولية
168	الفرع الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن الاختيار
169	أولاً: اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى
171	ثانياً: اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية
175	الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في ظل آلية القواعد الموضوعية
176	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص
177	المبحث الأول: الحاجة إلى القواعد الموضوعية في ظل أزمة منهج قواعد الإسناد
177	المطلب الأول: أزمة قواعد الإسناد كمنهج للتطبيق على عقود الاستثمار
178	الفرع الأول: قاعدة الإسناد أداة فنية بالغة التعقيد
179	الفرع الثاني: قاعدة الإسناد تُحقق العدالة الشكلية لا العدالة الموضوعية
180	الفرع الثالث: قاعدة الإسناد تفتقد للأمن القانوني
181	المطلب الثاني: مفهوم القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية

الفهرس

182	الفرع الأول: المقصود بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص
185	الفرع الثاني: خصائص القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص
185	أولاً: القواعد الموضوعية قواعد مباشرة
186	ثانياً: القواعد الموضوعية قواعد دولية
189	ثالثاً: القواعد الموضوعية قواعد طائفية ونوعية
189	رابعاً: القواعد الموضوعية قواعد تلقائية النشأة
190	خامساً: القواعد الموضوعية قواعد ذات وظيفة علاجية ووقائية في نفس الوقت
190	الفرع الثالث: معطيات وجود القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية
191	أولاً: الاعتبارات الاجتماعية
193	ثانياً: تطور الفكر القانوني
194	ثالثاً: التدخل المتزايد للدولة في مجال المعاملات الدولية
196	رابعاً: التغيرات السياسية الدولية
197	خامساً: الحركة الخاصة الدولية
199	المبحث الثاني : مصادر القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية
200	المطلب الأول: القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي
200	الفرع الأول: القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي
203	الفرع الثاني: القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي
204	المطلب الثاني: القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي
205	الفرع الأول: القواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات الدولية
210	الفرع الثاني: القواعد الموضوعية المستمدة من القانون التجاري الدولي
210	أولاً: عادات وأعراف التجارة الدولية
212	ثانياً: العقود النموذجية
215	ثالثاً: المبادئ القانونية المشتركة
217	رابعاً: قواعد العدالة
218	الفرع الثالث: التحكيم التجاري الدولي كمصدر للقواعد الموضوعية
218	أولاً: الإطار النظري للتحكيم التجاري الدولي
219	1: المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

الفهرس

222	2: أنواع التحكيم التجاري الدولي
222	أ: التحكيم الحر "الخاص"
223	ب: التحكيم المؤسسي
224	3: مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي
224	أ: التنمية الاقتصادية
225	ب: التحكيم قضاء متخصص
226	ج: السرعة في الإجراءات
226	د: سرية التحكيم التجاري الدولي
226	هـ: حرية الأطراف في ظل التحكيم
227	ثانياً: دور التحكيم في خلق القواعد الموضوعية في مجال العلاقات الخاصة الدولية
231	الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار
231	المبحث الأول: الحلول العملية للقواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار
232	المطلب الأول: الإعمال الإرادي للقواعد الموضوعية في منازعات عقود الاستثمار
232	الفرع الأول: إعمال القواعد الموضوعية المباشرة أمام القضاء
238	الفرع الثاني: إعمال القواعد الموضوعية المباشرة أمام المحكم
244	الفرع الثالث: جدلية التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية على عقود الاستثمار
244	أولاً: الاتجاه الذي يرفض خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية
245	ثانياً: الاتجاه الذي يُؤيد خضوع عقود الاستثمار للقواعد الموضوعية
248	المطلب الثاني: تقييم القواعد الموضوعية في مجال منازعات عقود الاستثمار
249	الفرع الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية
249	أولاً: افتقاد القواعد الموضوعية للعمومية والتجريد
250	ثانياً: افتقاد القواعد الموضوعية لجزءٍ يكفل احترامها
251	ثالثاً: افتقاد القواعد الموضوعية للصفة الآمرة
251	رابعاً: افتقاد القواعد الموضوعية للجماعة والتنظيم
252	الفرع الثاني: النظام القانوني غير الكامل للقواعد الموضوعية
254	الفرع الثالث: الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية
255	المبحث الثاني: تكامل منهجي القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في منازعات عقود الاستثمار

الفهرس

256	المطلب الأول: التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الداخلي وقواعد الإسناد
256	الفرع الأول: التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر التشريعي الداخلي وقواعد الإسناد
260	الفرع الثاني: التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر القضائي الداخلي وقواعد الإسناد
264	المطلب الثاني: التكامل بين القواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي وقواعد الإسناد
265	الفرع الأول: التكامل بين القواعد الموضوعية المستمدة من الاتفاقيات الدولية وقواعد الإسناد
268	الفرع الثاني: التكامل بين القواعد الموضوعية تلقائية النشأة وقواعد الإسناد
268	أولاً: تكامل عادات التجارة الدولية وأعرافها مع منهج قواعد الإسناد
270	ثانياً: تكامل الشروط العامة و العقود النموذجية مع منهج قواعد الإسناد
271	ثالثاً: تكامل المبادئ العامة للقانون مع منهج قواعد الإسناد
277	رابعاً: تكامل قواعد العدالة والإنصاف مع منهج قواعد الإسناد
281	الخاتمة
290	الملاحق
297	قائمة المراجع والمصادر
319	الفهرس

الملخص:

أمام الطبيعة الخاصة التي تحظى بها عقود الاستثمار، الناجمة عن عدم تكافؤ الأطراف المكونة لها من ناحية وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة من ناحية أخرى، تُثار إشكالية تنازع القوانين، والبحث عن القانون الأنسب لحكم هذه العقود.

وقد ارتكزت الدراسة حول تبيان دور كل من منهج قواعد الإسناد ومنهج القواعد الموضوعية في حسم منازعات هذه العقود، وخلصنا بضرورة التكامل والتعايش بين المنهجين في حسم تلك المنازعات دون التخلي عن أي منهما.

الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار - تنازع القوانين - قواعد الإسناد - أزمة منهج التنازع - القواعد الموضوعية.

Résumé :

Face à la nature spécifique des contrats d'investissements marqués essentiellement par le déséquilibre des parties contractantes d'une part, et leur lien avec les plans de développement économique du pays (Etat) d'accueil d'autre part, surgit la problématique du conflit de lois. La recherche de la loi à appliquer à ces contrats devient primordiale.

L'étude se base sur l'exposé du rôle de la méthode des règles de rattachement d'une part, et celle des règles de fond d'autre part afin de résoudre les conflits de lois liés à ce type de contrats.

A l'issue de l'étude, il a été préconisé la nécessité de la complémentarité et la cohabitation des deux méthodes comme moyen efficace pour résoudre la question des conflits de lois dans ce domaine.

Mots-clés : Contrats d'investissement - Conflit de lois - Règles de rattachement - Crise de la méthode de conflit - Règles de fond.

Abstract:

In view of the specific nature of the investment contracts resulting from the non-equivalence between the constituents' parties on the one hand and their link with the host State's economic development plans, on the other hand. The problematic of the laws conflict arises and to find the most appropriate law to apply to these contracts.

The study was essentially based on the role of each of the two methods: the conflict rules and the substantive rules for resolving disputes related to these contracts.

We have achieved the need for the complementarity and coexistence between the two methods in order to resolve these conflicts without excluding one.

Keywords: Investment contracts - Conflict of laws - Rules of conflict- Crisis of the conflict method - Substantive rules.