

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

النظام القانوني للعقود المبرمة
بين الدول والأشخاص الأجنبية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور
بن حمو عبد الله

إعداد الطالب
عدلي محمد عبد الكريم

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د بن حمو عبد الله
عضوا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د بن مويسات عبد الوهاب
عضوا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د قاسم العيد عبد القادر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قُلْ مَنْ رَبُّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلِ اللَّهُ قُلْ أَفَاتَّخَذْتُمْ مِنْ دُونِهِ

أَوْلِيَاءَ لَا يَمْلِكُونَ لِأَنْفُسِهِمْ نَفْعًا وَلَا ضَرًّا قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَى

وَالْبَصِيرُ أَمْ هَلْ تَسْتَوِي الظُّلُمَاتُ وَالنُّورُ أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ

خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَبَّهُ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ

وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ

الآية 16 من سورة الرعد

شكر و تقدير

أحمد الله عز وجلّ الذي أنعم علينا بنعمة العقل والعلم وعلى أن أمدني بالعزيمة و الإرادة لإتمام هذا العمل.

ثم أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم امتناني إلى الأستاذ الدكتور بن حمو عبد الله على تكرمه بالإشراف على رسالتي هذه ، وتقديمه لي النصيحة والمشورة ومنحه لي من علمه ووقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاته و إرشاداته سندا وعونا لي خلال إعدادي لهذا البحث ، له مني عظيم الشكر والامتنان .

كما أتوجه بالشكر ذاته إلى الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي ، والأستاذ الدكتور بن مويسات عبد الوهاب والأستاذ الدكتور قاسم العيد عبد القادر، على قبولهم لمناقشة هذه الرسالة ، على الرغم من إنشغالاتهم العلمية والإدارية ، لهم مني عظيم شكري وامتناني .

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الموظفين في قسم ما بعد التدرج بكلية الحقوق بجامعة تلمسان - التي تشرفت "صدقا" بالانتساب إليها-، والذين لم يدخروا جهدا من أجل تيسير الإجراءات الإدارية خلال الأربع سنوات حتى إيداع هذه الرسالة.

جزا الله عنا الجميع أوفر الجزاء.

إهداء

إلى روح والدي الطاهرة
إلى من هي أحب إلى من نفسي
إلى من أطلب رضاها ما حييت
إلى من وهبتني نور الحياة فأنارت دربي...والدتي العزيزة
إلى القلوب التي تخفق حولي حبا أبدا
إلى الورود التي تحيط بي وتبعث في نفسي الأمل
إلى من كانوا وما زالوا شمس حياتي وبلسم جروحي
...إخوتي ، زوجتي ، ابني محمد ضياء الدين

عدلي محمد عبد الكريم

مقدمة

لقد أدت التطورات المتلاحقة على صعيد التجارة الدولية إلى ظهور ما يعرف بعقود الدولة ، التي أثير حولها الكثير من المشاكل القانونية سواء فيما يتعلق بالإختصاص القضائي أو حول القانون الواجب التطبيق عليها¹.

هذا وبالرغم من أن عقود الدولة ليست عقدا من العقود المسماة التي لها تنظيم خاص ، بل إنها طائفة من العقود التي جعل لها الفقه تمييزا عن غيرها هذه التسمية هذه الفئة من العقود ، و إن اختلفت في مسمياتها و مضامينها و طرق إبرامها ، إلا أنها تشترك في الكثير من الأحكام ، لعل أهمها أنها تشكل أداة أساسية لا غنى للدول النامية عنها في تحقيق تنميتها الاقتصادية خاصة في وقتنا الحالي .

ولعل استخدام العديد من الدول النامية عقود الدولة كأحدى الأدوات الهامة لتحقيق أهداف خطط التنمية الاقتصادية و الإجتماعية ، جعل منها محل إهتمام الكثير من رجال القانون ، بل أكثر من ذلك حيث تجاوزت هذه العقود نطاق الدول النامية ولم يعد استخدامها مقصورا عليها فامتد إلى أكثر دول العالم تقديما فاستخدمتها في بعض أوجه أنشطتها مما جعل الفقه يسميها "عقود التنمية الاقتصادية " من زاوية أنها تساعد الدول على تنفيذ خططها الاقتصادية والاجتماعية حين تقبل على إبرامها².

فلهذه العقود دورا كبيرا في التأثير على الاقتصاد القومي لكل من الدول النامية الدول الأجنبية التي يتبعها المشروع الأجنبي ، فهي تؤدي دورا هاما في اقتصاديات الدول النامية الغنية على حد سواء .

و إذا كانت العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل ، فإنه ومن باب أولى أن تتعقد المشاكل التي

¹ هاني محمود حمزة : النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 07.

² عوض الله شيبية الحمد السيد : النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 1992 ، ص 01.

تثيرها تلك العقود التي تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي المنتمي لدولة أخرى .

ذلك أن مصطلح عقود الدولة و إن تقاطع مع مصطلح العقود الدولية ، إلا أن عقود الدولة تتميز بخصوصية عدم التكافؤ المراكز القانونية لأطرافها وفي إمكاناتهم الفعلية، إذ تبرم عقود الدولة بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بوساطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها، وبين شخص أجنبي، طبيعي أو اعتباري، وغالباً ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات، بقصد القيام بعملية تهدف إلى استغلال ثروة طبيعية عبر إنشاء مشروع استثماري، في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء أكان مبلغاً من المال، أم حصة من الثروة المستخرجة، أو نسبة من الأرباح المتحصلة، حيث أنه من الأشكال السائدة لعقود الدولة تلك المتعلقة بالتنمية الاقتصادية كعقود الاستثمار والأشغال العامة والخدمات والتوريد والتعاون الصناعي والمساعدة الفنية والاستشارات والمشروعات المشتركة والمقاولات والتنقيب عن البترول واستغلاله وتسويقه وبناء المصانع ونقل التكنولوجيا والمعرفة العلمية. وتتميز هذه العقود بطول مدة تنفيذها ، لأنها تتعلق غالباً باستثمار الموارد الطبيعية ، كما تمنح أحياناً الطرف الأجنبي الخاص بعض الحقوق والامتيازات القانونية كحريته في الاستيراد والتصدير والحصول على بعض المزايا الضريبية والجمركية. وتتسم هذه العقود بعدد من الخصائص التي تميزها من غيرها من العقود الدولية ، وذلك مما تملكه من أثر مهم في تطور الاقتصاد الوطني للدولة المتعاقدة، وفي العلاقات الدولية الاقتصادية.

كما أننا نلمس وبشكل جلي اختلاف عقود الدولة بطبيعتها القانونية عن تلك المبرمة بين أفراد القانون الداخلي للدولة، بما في ذلك العقود المسماة أو الشائعة كعقد البيع والإيجار والوكالة. وعلى الرغم من أن عقود الدولة تخضع مبدئياً للقواعد العامة التي تحكم العقود الرضائية كافة، إلا أنها تبرم عادة بين طرفين غير متكافئين ؛ إذ تتمتع الدولة المتعاقدة بمزايا سيادية لا يتمتع بها الطرف المتعاقد الآخر، والذي هو شخص أجنبي خاص . هذا التفاوت في المراكز القانونية يضي على العقود الدولية استقلالية تميزها من غيرها من التصرفات التعاقدية الأخرى، وتخضع من ثم إلى نظام قانوني ذاتي مستمد من مبدأ سلطان الإرادة . فبينما يحكم القانون الوطني العقود التي

تنظم في ظلّه ، تبقى مشكلة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية مسألة شائكة لا يمكن تسويتها تسوية حاسمة وقطعية ؛ لأنها تثير كثيراً من المسائل المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم التفاوض بشأنها وإبرامها وتسوية النزاعات الناجمة عن تفسيرها وتنفيذها. ويطبق بشأنها أيضاً فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة التي يتبع لها الطرف المتعاقد مع الدولة الأخرى.

هذا وإن كان الفقه الغربي قد أدرك و منذ وقت مبكر أهمية عقود الدولة ، وأصح عن هدفه صراحة عندما قال أحدهم " إن الإجراءات التي تعرضت لها الشركات الأوروبية والأمريكية من جانب الدول المستقلة ، كانت الدافع الرئيسي لاهتمام الفقه الغربي بدراسة هذه العقود ، بغرض البحث عن حلول تمكن الشركات التابعة للدول الغربية من الدفاع عن مصالحها " ¹.

كما أنه ومن ناحية أخرى ، نجد أن الصراع الذي تشهده الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المستثمرة في هذا المجال ، ولربما كان هذا ما يحدث اليوم في الجزائر إلى جانب ما يحدث في العراق بعد الحرب الممهدة لهذه الإستثمارات ، يثير مصالح الدول الأجنبية بغية إبعاد هذه العقود من نطاق القوانين الداخلية الوطنية للدول المتعاقدة ومحاولة إخضاعه إلى القانون الدولي العام أو لمبادئ القانون التجاري الدولي أو كما يسميه البعض القانون الدولي للأعمال .

ولعل كل هذا قد جعل الفقه يدلي بآراء ونظريات تحاول إخضاع عقود الدولة لأنظمة قانونية جديدة ، ولقد كان لهذه النظريات والآراء أثر كبير ومباشر على أحكام التحكيم التي عالجت هذه العقود ، بل إن الأمر كان يشوبه نوع من التناقض بين هذه الأحكام في قضايا تكاد تتفق في وقائعها وأسباب النزاع فيها ، مما جعل هذا الموضوع محل خلاف فقهي قد لا ينتهي .

ومما زاد الأمر تعقيداً تلك التحولات السياسية والاقتصادية التي شهدتها العالم ، حيث حصلت العديد من الدول على استقلالها وشرعت في إصدار تشريعات تنظم عقود الاستثمار الأجنبي ، وغيرها من العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية ، هذه

¹ أحلام عبد الجليل أبو زيد : أهلية الدولة للتحكيم ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 98.

التشريعات الداخلية التي صارت عائقا أمام الشركات العملاقة عابرة القارات ، وكان على هذه الشركات التخلص من هذه القوانين التي تقف أمام تطلعاتها واستثماراتها . و إذا كانت عقود الدولة قد تفلت من سلطان قانون الدولة المتعاقدة ، فهي لن تفلت بطبيعة الحال من سلطان القانون بوجه عام ، إذ لا بد من إخضاعه لنظام قانوني قد يوجد خارج مجتمع الدولة .

ولعل الكلام عن نظام قانوني آخر ، يمكن أن يخضع له عقد الدولة يقتضي التسليم بأن النظام القانوني للدولة المتعاقدة ليس النظام الوحيد الذي يحكم وينظم الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، وهذا يجعل من نظم قانونية متعددة والتي قد تستقي منها القوانين الوطنية بعضا من أحكامها ، قد تصلح لأن تكون أهلا لحكم هذه الطائفة من العقود ، أو على الأقل تسهم إلى جانب القوانين الوطنية في حل منازعاتها .

وقد شدني إلى إختيار هذا الموضوع ليس فقط ما يثار من مشاكل قانونية وفنية ، بل إن كثرة الدراسات حول هذه العقود وتشعبها وتعاقبها ليست كافية لتغطية هذا الموضوع على نحو كاف ، على اعتباره من المواضيع التي تطرح مفاهيم متجددة ، تبعا للتغير المستمر الذي تشهده الحياة الاقتصادية الدولية ، وما يستتبعه من تطور لدور الدولة على مسرح العلاقات الاقتصادية الدولية ، وكذا تطور أشخاص المجتمع الدولي على ضوء تطور هذه المعطيات .

ذلك أنه إذا كانت عقود الدولة تستمد قوتها الإلزامية من تراضي الأطراف المعنية، وتحرره من الخضوع الحكمي لأحكام القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، لكي يتلاءم وتطور الحياة الاقتصادية، ويتلافى الاختلاف الناتج من تباين التشريعات الوطنية، فقد استقر الفقه على إعمال مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد أحد المبادئ المهمة في ميدان العقود والالتزامات ، وبمقتضاه تتمتع الأطراف المتعاقدة بحرية تنظيم العقد، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، وتحقيق الكفاية الذاتية له، أيا كانت جنسية الأطراف المتعاقدة أو موطنهم أو مكان إبرام العقد ومن ثمَّ يصبح عقد الدولة منشأ لقواعد قانونية ومصدرا مستقلا للحقوق والالتزامات.

إن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة تعكس الصراع الفكري بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية وهو صراع يتعين حسمه بما يحقق

التوازن المطلوب بين حرية التعاقد باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه التجارة الدولية من ناحية ، والعدالة الاجتماعية بوصفها الدرع الذي يقي الطرف الضعيف اقتصاديا من تحكم الأقوياء من ناحية أخرى .¹

ونتيجة لهذا الصراع صارت مثل هذه العقود أرضا خصبة لإعمال كل النظريات التقليدية والحديثة و المستحدثة في إطار النظرية العامة للعقود الدولية.

فالعقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى تثير العديد من المشاكل حول تحديد القانون الذي ينبغي أن يطبق على هذا النوع من العقود فهي من جهة ليست من قبيل العقود المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية ومن جهة أخرى ليست من قبيل المعاهدات الدولية التي تبرم بين الدول وتخضع للقانون الدولي العام. ولكي نتمكن من تحديد النظام القانوني المناسب لمثل هذه العقود لا بد لنا من معرفة ماهيتها وتحديد خصائصها المميزة لها ، هذا ما يجعلنا نطرح الإشكاليات التالية :

ما هي الضوابط القانونية التي تحدد معالم هذه العقود ؟ و أين تظهر خصوصية هذه العقود ومن أين تستمد ذاتيتها التي تميزها عن تلك العقود المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية ؟ وما إنعكاسات هذه الخصوصية على محتوى هذه العقود ؟ وما هو النظام القانوني المناسب ليحكمها ؟.

وللإجابة على هذه الإشكاليات تم الإعتماد على منهج وصفي تحليلي في الغالب ، فوقفت في الباب الأول لهذه الدراسة عند تحديد جملة من الضوابط التي تحدد ماهية هذه العقود، فحاولت أن أوظف المنهج التحليلي للوصول إلى المعنى الحقيقي لهذه العقود ، وذلك من خلال البحث في التعريف الفقهي الدقيق لهذه الطائفة من العقود ، ثم إظهار الخصوصية التي تنعكس أساسا من الوصف اللامتجانس لأطراف هذه العقود ، وتناول وضع المتعاقد الأجنبي مع الدولة ، لتحليل المقاربة الواقعة بين مركز هذا الأخير سواء كان شخصا طبيعيا ، أو شركة من الشركات الموصوفة بمتعددة الجنسيات ، ومن ثمة

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 ، ص 22.

الكلام عن ترجمة هذا التباين في أطراف هذه العلاقة العقدية ، وذلك من خلال فرض بعض الشروط التي قد لا تتلاءم مع طبيعة هذه العقود ، كشرط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد ، باعتباره شرطا محددًا للإختصاص التشريعي للدولة الطرف في عقود الدولة ، فضلا عما يترتب من غل ليد الدولة في سريان تلك التعديلات التي تمارسها بفضل حقها السيادي ، وباعتبار التشريع مظهر جوهريا من مظاهر سيادة الدولة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن الشرط الثاني المتعلق بالتحكيم يحد من الإختصاص القضائي لهذه الدولة في الفصل بوصفها صاحبة الإختصاص الأولي في الفصل في منازعات هذه العقود .

ذلك أن الجزائر قد مهدت إيدانا بدخولها- إبتداء من نهاية الثمانينيات- إلى مرحلة انتقالية من الاقتصاد الإشتراكي إلى اقتصاد السوق بإصدار ترسانة تشريعية ، تمس الإصلاحات الإقتصادية على ما يسمى بالقانون الإقتصادي ، فأصدرت نصوصا قانونية جديدة في مختلفة المجالات ، وعلى غرار العديد من الدول قد فتحت الجزائر أبوابها للمستثمرين ، وذلك من خلال الترحيب بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناجمة عن العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب ، وهو ما يشكل دعامة فاعلة في جذب المستثمرين ، و رفع الهواجس التي كانت تتتابهم إزاء القضاء الوطني ، وعدم ضمان حياته.

بينما قد حاولت في الباب الثاني أن أترجم نتائج الخصوصية والذاتية التي تتفرد بها عقود الدولة ، ونتائجها المؤثرة في تحديد النظام القانوني الملائم لحكم عقود الدولة ، و ذلك إنطلاقا من أن هذه العقود تنتمي أساسا إلى فئة العقود الدولية ، وهذا ما يؤدي إلى صلاحية مبدأ قانون الإرادة أن يتولى تحديد هذا القانون الواجب التطبيق ، فعرجت على تحديد المقصود بهذا المبدأ ، ومدى قابليته للإنطباق على عقود الدولة ، وحاولته إبراز دور المحكمين وحدوده في تحديد ملامح هذا القانون ، من خلال آليات قد يتخذها المحكم إنطلاقا من مناهج يجدها في نطاق القانون الدولي الخاص .

على أن تخلف إتفاق الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، لن يؤدي بطبيعة الحال إلى إفلاتها من سلطان قانون ما ، فحاولت إيراد النظريات التي تتازعت تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، بين من يسعى إلى توطين العقد و

إخضاعها للقانون الوطني للدولي المتعاقدة ، تحت آراء ونظريات متعددة ، تختلف حجة، وتتفق غاية ، وبين من يرى أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا يناسب هذه العقود ليحكمها ، بل لا بد من إخضاعها لقانون ذو بعد دولي سواء تعلق الأمر بوسائل التدويل المباشر ، والتي تجعل من القانون الدولي صالحا لتنظيم هذه العقد ، تحت لواء نظريات تعددت مضمانها وحججها ، ولكنها تسعى في النهاية إلى إخضاع هذه العقود للقانون الدولي العام ، وصولا إلى عرض النظريات التي حاولت الوقوف موقف الوسط إزاء الرأيين السابقين ، والتي أطلق عليه الفقه تسمية نظريات التدويل غير المباشر ، وجعل هذه العقود محكمة بنظام قانوني جديد يقف في منطقة وسطى فلا هو بالقانون الدولي العام ، ولا هو بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة .

الباب الأول

ضوابط تحديد عقود الدولة

لقد كان مصطلح عقود الدولة ، يطلق على تلك العقود التي تبرم بين الدولة من جهة ، وبين متعاقد أجنبي من جهة أخرى ، غالبا ما يكون منتما إلى القانون الخاص ، ولكن الإشكال يتدخل في هذا المفهوم ، وذلك من خلال الخلاف حول صفة الدولة ، باعتبارها مزدوجة الشخصية ، فهي من ناحية موضوع القانون الدولي العام ، كما هي أيضا شخصا من أشخاص القانون الداخلي ، فأى الوصفين يشترط في عقود الدولة ليصلح عليها إطلاق هذه التسمية ، وهذا ما نحاول تحري إيضاحه من خلال الفصل الأول " عقود الدولة : دقة في المفهوم و تباين في الوصف" ، وبعد أن نتمكن من توضيح التوصيف القانوني الذي تتخذه الدولة في هذه العقود ، نحاول الوقوف عند خصوصية هذه العقود ، والتي تقوم بلا شك على أحد مقومات أي عقد في الأساس وهي أطرافه ، الذي ينتمي كل منهم إلى نسيج مجتمعي لا يتجانس إطلاقا مع البيئة القانونية التي ينتمي إليها الطرف الآخر ، لعل هذا سيولد فروقا جوهريا في المساواة بين هذه الأطراف ، لتأتي الشروط المدرجة في هذه العقود لتتلافى هذا التفاوت ، وهذا ما نستشفه من خلال الوقوف على شرطي الثبات ، والتحكيم ، وهذا ما نحاول معالجته في الفصل الثاني من هذا الباب " أطراف عقود الدولة : طبيعة غير متجانسة وشروط مميزة".

الفصل الأول

عقود الدولة : دقة في المفهوم و تباين في الوصف

لقد ساهم الفقه ، من خلال الاتجاهات المختلفة التي تستهدي إلى آرائها بأحكام محاكم التحكيم التي تحاول بلورة مفهوم قانوني فقهي لهذه العقود ، ولعل هذا ما سنخرج عليه في المبحث الأول من هذا الفصل "المساهمة الفقهية في تحديد عقود الدولة"، على أن الخلاف الفقهي حول الوصف المطلوب إطلاقه على هذه الطائفة من العقود لا زال موضوع خلاف بين مختلف التيارات التي تجد أسسها ومبرراتها أحيانا بعيدا عن المبررات القانونية ، وقوفا عند الخلفيات التي تكون وراء إعطاء الوصف الدولي أو الوصف الداخلي لهذه العقود ، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل "التنازع الفقهي في وصف عقود الدولة" ، ولعل ملامح هذه العقود لن تستبين إلا من خلال المعرفة الحقيقية للمقصود بأطراف هذه العقود ، وذلك من خلال تحديد المقصود بالدولة الطرف ، وكذا المتعاقد الثاني الشخص الاعتباري أو الطبيعي الأجنبي ، والذي يمثل المتعاقد الثاني في عقود الدولة ، وهذا ما نبرز معالمه في المبحث الثالث من هذا الفصل " أطراف عقود الدولة " .

المبحث الأول

المساهمة الفقهية في تحديد عقود الدولة

لقد تعددت الآراء واختلفت المضامين التي يمكن أن نعطيها للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية من أجل تحديد معالم هذه العقود ، ونظرا لكون عقود الدولة ليست فكرة وصفية تنطبق بسهولة على عقد مسمى ، سنحاول الوصول إلى محاولة "التعريف العام لعقود الدولة" من خلال المطلب الأول ، و من ثمة سنزيل الالتباس الواقع في التداخل بين مصطلح عقود الدولة ، وتلك العقود التي قد تماثل عقود الدولة في بعض من خصائصها ، إلا أنها قد لا تمثل مصطلح مرادفا لمعناها الحقيقي ، لذا سنتناول "تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة" في المطلب الثاني ، على أننا عند انتهائنا من تحديد التعريف القانوني لهذه العقود ، ولكونها عقودا تتباين ميادينها المتعلقة دوما بالتنمية الاقتصادية ، فإنه وبالضرورة سيستتبع هذا التنوع تنوع في نماذجها و هذا ما نحاول إيرادها في المطلب الثالث من هذا المبحث "التصنيف الموضوعي لعقود الدولة".

المطلب الأول

التعريف العام لعقود الدولة

لكي نتمكن من التعريف العام لعقود الدولة ، فإن هذا يستوجب الوقوف عند التأصيل التاريخي لظهور هذا المصطلح ، فضلا على أن هذه العقود تتغير باستمرار لتغير الظروف التي قد نشأ فيها هذا المصطلح وذلك من خلال الفرع الأول "تأصيل مفهوم عقود الدولة" ، وكذا المقصود به أي "المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة" وذلك ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول : تأصيل مفهوم عقود الدولة .

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة ، وأصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل إهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر

وبداية القرن العشرين ، ولعل أحكام محاكم التحكيم ، وكذا مجهودات المنظمات الدولية التي كرست لجان متخصصة التي أوكلت لها مهمة دراسة وإيجاد الحلول لمثل هذه العقود ، ساهمت في بلورة أحكام خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية.¹

و لقد ولد هذا المصطلح منذ سبعينيات القرن الماضي ، والذي جاء بمفهوم دقيق ، لنوع معروف من العقود ليس فقط على صعيد القانون الدولي ، بل على مستوى القانون الداخلي ، ولكن هذه العقود بدأت اليوم في التغير ، والذي جعل هذه الطائفة من العقود تتراوح بين العقد الإداري الداخلي ، والعقود المبرمة بين الدول المنتمية إلى النظام القانوني الدولي.²

ويرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل إنجليزي ، فهو مأخوذ من ترجمة مصطلح " State contracts " ، ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية ، ومن هذا المصطلح الإنجليزي اشتق المصطلح الفرنسي "Contrats d'Etat" ، على أنه يمكن الإشارة إلى أن هنالك من يطلق على تسمية هذه العقود بمصطلح " le contrat gouvernemental " ولعل الأستاذ قادري عبد العزيز يرى أنه مما يعاب على هذه التسمية هو أنها تبرز أحد طرفي العقد فقط ، ويرى أن تسمية عقد الدولة إلى جانب عبارة العقد الدولي هي الأكثر صحة مع أنها قد تدخل بعض الغموض بما تحوي عليه من إحياء إلى العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام لكن العبارة قد شاعت وكرست في المعاملات الدولية على أنها تعني العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصين الذين يكون مقر سكنهم أو تمركزهم التجاري في دول غير الدولة المتعاقدة.³

ولكن مصطلح عقد الدولة كذلك نرى فيه أنه يظهر أحد الأطراف وهو الدولة ، ويتجاهل الطرف الأجنبي مما يجعل التسمية غير منتقدة .

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 01.

² Berlin Dominique : Contrat d'Etat , Recueil Dalloz , 2^{ème} Année , 15 avril 1998 , p 02.

³ قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مجلة إدارة ، العدد 01 ، رقم 07 ، سنة 1997، ص ص 32، 33.

الفرع الثاني : المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة .

تباين المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة من خلال استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة أولاً ، و محاولة منا تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة ثانياً ، لنخلص في الأخير إلى بيان التعريف الفقهي لعقود الدولة ثالثاً .

أولاً : استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة.

تناولت كثير الدراسات هذه العقود باستخدام مصطلح " إتفاقات Accords" بدلاً من مصطلح "العقود Contrats" مع أن هناك فرقا ظاهرا بين الاتفاق والعقد ، لا سيما في هذا النوع من الدراسات ، والتي من بينها الدراسة التي قام بها الأستاذ " Berlin " ، حيث إستند في إستخدامه لمصطلح الاتفاق على أمرين :

الأمر الأول : هو افتقاد هذه التعاقدات لمبدأ المساواة القانونية بين الأطراف والذي يعد من بين أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد ، ومرجع ذلك هو أن هذه التعاقدات يكون أحد طرفيها سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة ويكون الطرف الآخر مفتقرا إلى ذلك .

الأمر الثاني : تتعرض هذه التعاقدات لمسائل تكون معالجتها غير مدرجة في العقود الدولية التقليدية مما يجعل من المناسب تسميتها " إتفاقات".¹

لكننا إذا رجعنا إلى المبادئ العامة التي عرفناها في نظرية العقد في باب مصادر الإلتزام نجد أن الفقه المدني قد عرف الاتفاق على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . أي : " تطابق إرادتي طرفين على ترتيب أثر قانوني بقصد إنشاء إلتزام أو نقله " ولم يرد للعقد تعريف في القانون المصري على خلاف القانون الفرنسي الذي عرفه في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي بأنه: "العقد إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين ، بإعطاء شيء ، أو بفعله ، أو بالامتناع عن فعله " والذي نقله المشرع

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 06.

الجزائري من خلال نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري* ، ويظهر من هذين التعريفين أن الاتفاق أعم من العقد ، حيث يكون العقد بمثابة النوع من الجنس أو بمعنى آخر يكون العقد أخص من الاتفاق " ، فكل عقد يكون اتفاقا ، أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشأ لالتزام أو ناقلا له فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد¹ .

ومن جهة أخرى يرى الأستاذ عوض الله أن ما ذهب إليه غالبية الفقه من تسميته لهذه التعاقدات بالعقود هو الأجر بالمناصرة ، أما ما ذهب إليه الأستاذ " Berlin " فيمكن الرد عليه بأن هذه التعاقدات لا تقتصر إلى مبدأ المساواة بين أطرافها لأن الدولة عند إيرامها لمثل العقود تتخلى عن صفتها السيادية ، وتقف على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي ، بدليل أن معظم هذه التعاقدات تتم بواسطة الأشخاص المعنوية التابعة للدولة ، ومن جهة أخرى يلاحظ أن المعاملات الاقتصادية الدولية المعاصرة شهدت ميلاد الكثير من العقود التي لها مسميات مستحدثة تختلف عن مسميات العقود الداخلية التقليدية ، وإذا كانت تعاقدات الدولة على المستوى الدولي بدأت تتمرد على المسميات التقليدية لنظرية العقود الداخلية ، فإن هذا لا يعد كافيا لتسميتها باتفاقات و أن تسمية عقود الدولة هي الأكثر دقة في هذا المقام² .

هذا وإن كان ما ذهب إليه الأستاذ عوض الله ليس له ما يبرره ، وإن كان هذا الخلاف سابق لبيان ، فإن الكلام عن صفة الدولة في التعاقد لكي يعد العقد عقد دولة ، فيه ما يقال عند الوصول إلى تحديد طرفي هذه العقود ، ولكن مما تجدر إليه أن المساواة بين الأطراف ليست بالشرط الذي تستوجبه العقود ، بل إن عقود الدولة بطبيعتها الحال تفتقد للمساواة بين أطرافها ، على الأقل من الناحية الاقتصادية والسياسية ، ولكن هذا لا ينفي عليها إطلاقا وصفها بالعقود .

* تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري والمعدلة بموجب القانون 10/05 الصادر في 20 يونيو 2005 ، ج ر 44 على أنه : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما . "

¹ السنهوري عبد الرزاق أحمد : نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص ص 80 ، 81 .

² عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 08 .

ثانيا : تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة .

لقد تباينت الآراء بشأن عقود الدولة ، لكن الإجماع ينفي وجود عقد الدولة كعقد مسمى ، إذن نحن أمام مفهوم قانوني إبتدعه الفقه ، ليصلح تمييزا لطائفة من العقود عن غيرها من العقود التي تتخذ نماذج عدة ولكنها تتفق في مفهوم أطراف العقد والنظام القانوني الملائم الذي تنتمي إليه ، ولكي نبحت عما قصده الفقه بمصطلح عقود الدولة سنجد أنه من الناحية اللغوية : يقصد به كل عقد يكون أحد أطرافه الدولة، وليس كلا طرفيه دول ، و إلا سنقع أمام عقد بين دولتين ، إذ من الممكن إبرام عقد بين دولتين ولكنه ليس بمعاهدة.¹

ولكي نتمكن من تحديد مفهوم عقود الدولة بإعتبارها تتدرج ضمن زمرة العقود الدولية ينبغي لنا في مقام أول أن نميز بين المعاهدة والعقد الدولي ، حيث أن كلاهما يعد من قبيل التصرفات القانونية المتعددة الأطراف يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية إلا أن المعاهدة تبرم في إطار الجماعة الدولية بين اثنين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام ووفقا لأحكامه ، تتعلق بشأن عام من شؤون تلك الجماعة أو بأمر من الأمور السيادية للدول ، لتنظيم العلاقات بينها بوصفها السيادي أو مع المنظمات الدولية من خلال بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة أو إرساء قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها.

أما العقد الدولي " le Contrat international " فقد يتعلق أحيانا بشأن من الشؤون الخاصة كتبادل السلع و المنتجات والخدمات ويكون أحد أطرافه من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي.²

بيد أن جانبا من الفقه الدولي وذلك من خلال الأستاذ محمد طلعت الغنيمي قد تناول هذه المسألة على نحو يؤكد فيه بأن العقود الدولية نوعان : عقود تبرمها الدول فيما بينها في شأن من الشؤون الخاصة ، وعقود تبرمها الدول مع هيئات أجنبية عامة أو

¹ **Leben Charles** : L'évolution de la notion de contrat d'Etat , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris , 24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 , N° 3, éditions LITEC , pp 330 ,331.

² **محمد حسين منصور** : العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص 10.

خاصة و أن هذا النوع الأخير لا شأن للقانون الدولي التقليدي بتفاصيله ، ويستنتج من خلال القول سالف الذكر أن العقود التي تبرمها الأشخاص الدولية فيما بينها تعتبر عقودا دولية ، بينما تلك التي تبرمها هذه الأشخاص مع أحد أشخاص القانون الداخلي فلا علاقة لها إطلاقا بالقانون الدولي العام¹.

لكن الكثير من الفقهاء من لا يتفق مع ما ذهب إليه هذا الإتجاه ، الذي يؤكد على وجود نوعين من العقود الدولية ، بمعنى أن لكلا النوعين الصبغة الدولية ، مما يترتب عليه أن تكون لقواعدهما الصفة الدولية ، بيد أنه يعود ليقرر أنه لا علاقة لأحدهما البتة بالقانون الدولي ، ومن ثمة يثار التساؤل حول كيفية تقسيم العقود الدولية إلى صنفين ثم يستبعد الصفة الدولية عن أحدهما ؟ .

وحتى لا نكيف العقد المبرم بين الشخص الدولي بوجه عام وشخص القانون الداخلي على أنه عقد يخضع للقانون الدولي العام ، لما في هذا التكيف من مصادرة على المطلوب ، حيث أن المسألة أثارت أقلام العديد من رجال القانون الدولي العام ، الذين استكانت أفكارهم لخضوع العقد الذي تبرمه الدولة مع شخص القانون الداخلي لقانون دولة ما².

وهذا ما لا يتفق مع التعريف الرامي إلى تعريف البعض لعقود الدولة في مجال القانون الدولي بأنها العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع أطراف أجنبية ، كعقود شراء الأسلحة وعقود إمتياز المرافق العامة ، أما العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي في نطاق القانون الخاص ، فهي لا تتدرج تحت ما يسمى إصطلاحا بعقود الدولة³.

ثالثا : التعريف الفقهي لعقود الدولة .

لقد عرف الفقيه Jean Pièrè Regli عقود الدولة بأنها عقود شبيهة بعقود القانون العام : طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة و شخص طبيعي أو اعتباري ،

¹ مصطفى أحمد فؤاد : القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص 09.

² مصطفى أحمد فؤاد : المرجع السابق ، ص 10 ، 11.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 40.

و تتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل و بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج و تصنيع و توزيع المنتجات الأولية و هو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة و استثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا.

كما أنه اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة الطرف فيها.¹

أما الأستاذ McNair* فقد عرف عقد الدولة من خلال تعداد العناصر المميزة للعقد ، فاعتبر أن : "عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة ، طويلة المدة ، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي وتتضمن شرط تحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام ، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص".²

ومن خلال هذا التعريف يمكننا إبراز أهم العناصر المميزة لهذه العقود :

- عقود الدولة تبرم بين الدولة و هي شخص من أشخاص القانون العام و بين الشخص الطبيعي أو الاعتباري الأجنبي والذي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها . وهو في مجمل الأحوال و هي شخص من أشخاص القانون الخاص أو شخص من أشخاص القانون الداخلي .

- تتمثل الغاية الأساسية من إبرام عقود الدولة تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المتعاقدة والتي عادة ما تكون من الدول النامية، وذلك من خلال إنشاء مشاريع تساهم في إنعاش البنية التحتية .

إذ أن الباعث وراء إبرام هذه العقود على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة ، وذلك من خلال ما يستفيد منه اقتصاد الدولة المتعاقدة من

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص ص 61 ، 62.

* وإلى جانبه كل من : Bockstiegel و Seidl-Hohenveldern . أنظر : حفيفة السيد الحداد : مرجع سابق ، ص 29.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 40.

رأس مال وتكنولوجيا وقدرات ومهارات إدارية ، وغيرها من العوامل التي تسهم بشكل كبير في دفع وتيرة الاقتصاد الوطني .¹

ولقد كانت هذه العقود تضطلع بدور فاعل في التنمية الاقتصادية* للدول النامية وحتى الدول المتقدمة.

إن طبيعة عقود الدولة وارتباطها في غالب الأحيان بالخطط التنموية للدولة تتطلب التعاون المستمر بين الأطراف ، حيث أن حجم الأنشطة المطلوب تنفيذها في مثل هذه العقود يستلزم التعاون المستمر بين الأطراف ، فيقوم المستثمر مثلا في عقود الاستثمار بإمداد الدولة بأفضل المواد المناسبة لمشروع التعاقد على أن الدولة كذلك من جهتها تقدم التسهيلات اللازمة من أجل إنجاز المشروع .²

قد لا تتفق مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة المتعاقدة مع مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي ، مما يلزم الأطراف على اختيار النظام القانوني الذي يرضونه ليكون النظام القانوني الواجب الأعمال على العقد .³

- تتميز عقود الدولة بآجالها الطويلة في الغالب ، إذ أن عامل الوقت ذو أهمية بالغة في مثل هذه العقود ، سواء بالنسبة للدولة المتعاقدة أو للطرف الأجنبي . فهذا الأخير لا

¹ **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 68. و أنظر : **سعد الله عمر** : قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة - ، الطبعة الأولى ، دار هومه ، الجزائر ، 2007 ، ص 196.

* كان علينا أن نحدد أولا ما المقصود بالتنمية الاقتصادية :

التنمية الاقتصادية تعني زيادة الطاقة الإنتاجية بحيث يزداد تبعاً لها الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي ، و تتحقق تلك النتيجة عن طريق الارتقاء بالإنتاج ونتائجه وعناصره . أنظر في ذلك : **دريد محمود السامرائي** : الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية - ، الطبعة الأولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان ، 2006 ، ص 83-84 . وقد كانت أول النظريات التي عالجت مفهوم التنمية الاقتصادية من أصل أوروبي ، حيث كان هدفها الخروج من الأزمات الاقتصادية التي عصفت بأوروبا نتيجة الأحداث والتطورات المختلفة التي مرت بها ، كما أن التنمية تعد هدفاً وفي نفس الوقت طريقاً للتغيير الاقتصادي والحضاري . أنظر في ذلك : **صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي** : حق الإنسان في التنمية الاقتصادية وحمايته دولياً ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2005 ، ص 143.

² **بشار محمد الأسعد** : مرجع سابق ، ص 69.

³ **طه أحمد علي قاسم** : تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص 15.

يلزم نفسه بالدخول في أية تعاقدات إلا بعد أن يحصل على الضمانات الكافية من الدولة التي تضمن له البقاء لفترة تمكنه من الخروج مستفيداً من هذا العقد ، وكذلك الأمر بالنسبة للدولة المتعاقدة التي تريد تحقيق أهداف تنموية تعود بالفائدة للاقتصاد الوطني والتي تحتاج إلى وقت طويل حتى تظهر آثارها على التنمية.¹

- لا تؤدي هذه العقود إلى منح الطرف الأجنبي حقوقاً تعاقدية صرفة ، بل يتمتع الطرف الأجنبي من خلالها ببعض الحقوق غير المألوفة والتي قد يطغى عليه الطابع شبه السياسي .²

تتضمن هذه العقود النص على شرط التحكيم والذي بناء عليه يسلب الاختصاص الأصلي من المحاكم الوطنية لكل من المتعاقدين .

على أن هناك من يرى بضرورة أن ينظر إلى التحكيم على أنه صاحب الإختصاص الأصلي بالنظر في منازعات هذه العقود ، ولا يعتبره استثناءً فقط .

- و قال McNair أيضاً بصدد تعداده لخصائص عقود الدولة ، أن هذه العقود تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة التي يعتبر الشخص الأجنبي طرفاً فيها .
فكرة الحماية الدبلوماسية معناها أنه إذا قامت الدولة الوطنية الطرف بالعقد ، بالمساس بحقوق الشخص الأجنبي فإن هذا الشخص من حقه أن يلتمس الحماية الدبلوماسية من الدولة المنتمية إليها.³

¹ بشار محمد الأسعد : مرجع سابق ، ص ص 70،71. و أنظر : سعد الله عمر : مرجع سابق ، ص 196.

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 15. إذ أنها في بعض الأحيان تعترف له بتملك الأراضي التي يقيم عليها المشروع و تعترف له بسلطات استثنائية على هذه الأراضي التي يملكها، مثلاً شركات البترول الأميركية و الإنكليزية و الموجودة في المنطقة الشرقية للمملكة العربية السعودية أعطيت سلطات لا أول لها و لا آخر من قبل هذه الدولة. إلى حد أنها تعتبر خارجة عن سلطة المملكة (أي دولة موجودة ضمن دولة). أنظر حفيظة السيد الحداد : مرجع سابق ، ص 28.

³ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 15.

المطلب الثاني

تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة

ليس خفيا أن مفهوم عقود الدولة يقترب من المفاهيم المقاربة له في المعنى ، ذلك أن مفاهيم بعض العقود تجعل من عقود الدولة تستغرقها ، بينما نجد بعض العقود تتوازي مع مفهوم عقود الدولة ، دون أن تتطابق معها ، بل إن بعض المفاهيم تكاد تنتفخ في عناصر عقود الدولة إلا في بعض الصفات المتعلقة بكيفية ظهور الأطراف المتعاقدة، لا سيما و أن الدولة أحد أطراف هذه العقود بلا شك .

فحاولت أن أميز بين كل هذه العقود ، بدء بالخلط الواقع بين عقود الدولة وعقود الاستثمار "الفرع الأول" ، ثم التمييز بين عقود الدولة وعقود التجارة الدولية "الفرع الثاني" ، وكذا التفرقة بين عقود الدولة والعقود التي تبرمها بقية أشخاص المجتمع الدولي مع الأشخاص الأجنبية "الفرع الثالث"، وأخيرا إجماع الفرق بين عقود الدولة و العقود المبرمة بين الدولة شخص القانون الدولي العام و العقود المبرمة في إطار الأنشطة العادية للدولة "الفرع الرابع" .

الفرع الأول : عقود الدولة وعقود الاستثمار

يقصد بعقود الاستثمار * " les Contrats d'investissement " تلك العقود التي بمقتضاها يتم انتقال المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر ، وتستهدف في

* كم هي كثيرة تعاريف الاستثمار من فقهاء القانون والاقتصاد على حد سواء ، وحيث أن الاستثمار عملية مركبة تحتوي على عناصر اقتصادية وعناصر قانونية ، ولكن ما يعنينا هو تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية القانونية ، والذي يعرف بأنه توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي أو خبراته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية . أنظر في ذلك : ناصر عثمان محمد عثمان : ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص ص 9 ، 13 .

حيث ينصرف مفهوم الاستثمار عند رجال الاقتصاد إلى توظيف النقود أو الأموال لأجل طويل أو لأجل متوسط لا يقل عن خمس سنوات ، من أجل الحصول على الربح . أنظر في ذلك : صفوت أحمد عبد الحفيظ : دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 19 .
ومما نلاحظه أن تعريف الاقتصاديين للاستثمار هو عملية إنماء للذمة المالية أو عملية تهدف إلى خلق رأس المال ، أو إيجاد مشروعات اقتصادية من أجل تحقيق فوائد مالية ، وبالتالي فإن رجال الاقتصاد لم ينفقوا على تعريف =

المقام الأول تسيير مرفق عام ، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إما بنفسه ، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني ، وقد تشترط التشريعات الوطنية في الدول المضيفة للاستثمار أن يجري الاستثمار الأجنبي فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني.¹

وقد عرفت اللجنة المنبثقة عن مؤتمر إتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين والمنعقد بمدينة طوكيو الاستثمار الأجنبي بأنه تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر.²

وفي محاولة لتعريف جامع لعناصر الاستثمار عرفه البعض على أنه: "إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة ، في مشروع محدود ، بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا للقانون".

ولعل أبرز ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر صفة المستثمر على المستثمر الأجنبي دون الوطني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.³

إن مصطلح عقود الاستثمار ينصرف إلى تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي خاص في مجال الاستثمار ، بمعنى أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناها الواسع ويشكل مرادفا لما يطلق عليه تسمية عقود التنمية الاقتصادية .

فقد تعددت الآراء بهذا الشأن لكنها لم تحدد المقصود بعقد الدولة ، لا سيما أن الكثير وقع في الخلط بين عقود الاستثمار وعقود الدولة ، ونظرا لعدم وجود مسمى يمكن أن

= لعملية الاستثمار تبين صفة هذا العقد ، وإنما اكتفوا بتوضيح الغاية من عملية الاستثمار وهي تحقيق الربح . عمر هاشم محمد صدقة : ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 2006 ، ص 05.

¹ عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص ص 111 ، 112.

² صفوت أحمد عبد الحفيظ : مرجع سابق ، ص 22.

³ ناصر عثمان محمد عثمان : مرجع سابق ، ص 15. ويجدر التنويه إلى أن البعض يجعل عقود الاستثمار الوطني من العقود غير المسماة التي لم ينظمها المشرع ويخصها بأحكام خاصة ، وبالتالي تطبق عليه أحكام العامة للعقود ، على الرغم من أن هذا القول مردود عليه إذ أننا نجد المشرع قد خصه بأحكام دون غيره من العقود عن طريق قوانين الاستثمار. أنظر في ذلك : محمد بشير جزائري : عقد الاستثمار ، مجلة المحامون ، سوريا ، العدد 12 ، السنة 56 ، 1991 ، ص 738.

نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، ففكرة هذه العقود هي أقرب ما تكون فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة .

ونلاحظ أن عقود الاستثمار تتقاطع مع تعريف عقد الدولة الذي سنأتي إلى بيانه من خلال التعاريف المتعددة لعقد الاستثمار.

حيث تشير عقود الاستثمار عبر الدولية إلى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة ، والتي غالبا ما تكون من أقطار العالم الثالث ، مع مستثمر أجنبي عادة ما يكون شركة عبر دولية من أجل إقامة مشروع استثماري .

أو بمعنى آخر عقود الاستثمار هي العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف أجنبي خاص في حقل الاستثمار .¹

بيد أنه بدأ و بشكل دقيق بمناسبة عقود الاستثمار تطور مفهوم عقد الدولة ، حتى ولو أن التعبير اتضح أنه بهذا الصدد يضاف إلى صنف آخر من العقود ، كالقروض الدولية (قروض الدولة من قبل دائنين في الخارج)، وهذا ما جعل مصطلح عقود الدولة يمثل مصطلحا بمثابة المصطلح العائلي بالنسبة لعقود الاستثمار .

ولكن هل هذا يعني أن كل عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية هي عقود دولة ؟.

إن الإجابة حتما لا ، ولعل الفقه قد بحث عن تعريف للشروط التي يجب أن تتوفر في عقود الاستثمار حتى تنتمي إلى فئة عقود الدولة ، وفكر الفقهاء أيضا في أن بعض عقود الاستثمار لأهميتها ولغاياتها و أهدافها لها طبيعة خاصة ، وهي ما اصطلح عليه في الستينيات والسبعينيات باتفاقات التنمية الاقتصادية* . ولعل هذا المفهوم يحيلنا إلى

¹ بشار محمد الأسعد : مرجع سابق ، ص ص 11 ، 12.

* وتستعمل عبارة " اتفاقات التنمية الاقتصادية " التي كانت قد اشتهرت في بداية الخمسينيات في كتابات الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية " اللورد ماك نير" Lord Mc Nair ، ثم عادت لتحتل مكانا هاما في القانون الدولي للتنمية وهي منقذة لكون عبارة تنمية إن كانت تعبر عن هدف الدولة فهي قد أهملت تماما هدف المستثمر الأجنبي الذي لا تعبر عنه وه الربح لا تنمية البلد المضيف للاستثمار أنظر في ذلك : قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مجلة إدارة ، العدد 01 ، رقم 07 ، سنة 1997، ص 33.

عقود الاستثمار أين نجد بعض الالتزامات الخاصة المفروضة على الشركة الأجنبية والتي تساهم في تنمية الدولة المضيفة للاستثمار : تشييد طرق ، مطارات ،... إلخ.¹ حيث أن هذه العقود لخصوصيتها تعامل و تستفيد من نظام خاص هو نظام عقد الدولة ، على الرغم من أن معيار التحقق من إنتماء هذه العقود إلى فئة عقود الدولة المتمثل في المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار يحمل الكثير من الإبهام ، إلى حد أنه يغطي كل إتفاقات الاستثمار ، و إذا أردنا تحديد بعض الاتفاقات فقط ، يجب أن نقترح معايير أكثر دقة وإن أمكن قانونية تسمح بالترقية بين اتفاقات التنمية الاقتصادية أو عقود الدولة وبقية عقود الاستثمار.²

الفرع الثاني : عقود الدولة وعقود التجارة الدولية *

تعد عقود التجارة الدولية من أهم العقود الدولية ، فهي الأداة التي تتم بها معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة ، ويقصد بهذه العقود عقود المعاملات المالية غير العقارية، أو العقود المتعلقة بالعلاقات الإقتصادية الدولية .

ويمكن أن تكون الدولة كما سبق أن تبين لنا أحد أطراف عقود التجارة الدولية ، بل إن تدخل الدولة على مسرح الحياة الخاصة الدولية يتطور يوماً بعد يوم ، بل أكثر من ذلك بعض فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر يميل إلى القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون عقود الدولة.³

لكن الشروط التي سنعددتها كنماذج لعقود الدولة في نظر الفقه لا تتوافر في كل العقود التي تبرم بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة ، لا سيما تلك العقود التجارية العادية التقليدية كعقود بيع البضائع ، حتى ولو أنها تتضمن شرط التحكيم ، ولكن العناصر الذاتية الخاصة لعقد الدولة وخاصة شرط الثبات و القانون الواجب التطبيق الذي يحيل بشكل أو آخر إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون غائبة في مثل هذه العقود ،

¹ **Leben Charles** : Op.Cit pp 633- 634.

² **Leben Charles** : Ibid , p 634.

* ولعل هذا المعنى يقابله باللغة الفرنسية : **Contrats d'Etat et contrats conclus par l'Etat** ، من أجل تمييز عقود الدولة عن بقية العقود التي تبرمها الدولة كعقود التجارة الدولية .

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 30.

وهذا ما يدفع بغالبية الفقهاء إلى إستبعاد طائفة عقود التجارة التقليدية التي تبرمها الدولة من طائفة عقود الدولة¹.

وهذا لا يعني أن هذه العقود لا تثير أي من الإشكالات التي تتعلق بعقود الدولة ، كالمشاكل المتعلقة بسبب الحصانة السيادية للدول ، وعلى وجه الخصوص عندما يتعلق الأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية التي هي نفسها ، إذن لم يبقى إن لم نقل سوى تلك العقود الخاضعة أكثر أو أقل لنفس القواعد التي تخضع لها العقود التجارية بين الشركاء الخواص .

لكن ، أحيانا نواجه الشروط الذاتية المميزة لعقود الدولة (الثبات ، الإحالة للقانون الدولي أو للمبادئ العامة للقانون ، شرط التحكيم) في بعض عقود البيع كعقود بيع المجمعات الصناعية ، عقود الهندسة المدنية ، عقود الأشغال العامة ، لكن في هذه العقود ، فإن العقد لا يتعلق ببيع بضائع عادية ، بل جد متطورة حيث يتعلق الأمر بتسليم مجمعات في حالة عمل (مصانع ، سدود ، مركز توليد الطاقة الكهربائية،...إلخ)، تكوين العمال المحليين ، نقل التكنولوجيا ، وفي بعض الحالات حتى تسيير في وقت معين المجمع الذي تم تسليمه لحساب صاحب المشروع ، وفي الحقيقة هذا ما صار يسمى بـ " الأشكال الجديدة للإستثمار " ، و العقد أو العقود المبرمة بهذا الشأن تنتمي إلى فئة عقود الإستثمار أكثر من إنتمائها إلى عقود التجارة التقليدية العادية (عقود بيع البضائع الدولية) ، وهذا ما تبنته وذهبت إليه محاكم التحكيم كالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار C.I.R.D.I.².

الفرع الثالث : عقود الدولة و العقود المبرمة بين الدولة شخص القانون الدولي العام و العقود المبرمة في إطار الأنشطة العادية للدولة " Jure Gestionis "

لقد أبرز الأستاذ " ماير P.Mayer " تحليلا قانونيا يسمح بفهم خصوصية عقود الدولة فانطلق من تحليل نظري يفرق بين الدولة شخص أو موضوع القانون الدولي أي

1 **Leben Charles** : Op.Cit , pp 631, 632.

2 **Leben Charles** : Ibid , pp 632,633.

الدولة بمفهوم القانون الدولي العام ، والدولة شخص القانون الداخلي بمفهوم القانون الداخلي منطلقا من نقطة هي فكرة التعريف المزدوج للدولة الذي جاء به الفقيه كلسن¹. وهذا ما نستخدمه عليه " الإدارة باللغة الانجليزية "Government" والذي تفرم من خلاله الدولة عقدا إداريا، على خلاف الدولة شخص القانون الدولي باللغة الانجليزية "State".² والذي يظهر من خلاله مفهوم عقد الدولة بالمعنى الحقيقي من خلال سمتين : الأمر يتعلق بعقد مبرم بين دولة صاحبة سيادة ، الدولة شخص القانون الدولي و شركة أجنبية ، و يتعلق الأمر بعقد مبرم خارج النظام القانوني للدولة المتعاقدة وهذه السمة الثانية مرتبطة بالسمة الأولى في الواقع.³

العقود المبرمة في إطار النظام القانوني للدولة هي عقود مبرمة مع الدولة تحت القانون الداخلي ، أو الإدارة وينظمها قانون الدولة كالقانون الإداري لتلك الدولة . إذا توصلنا إلى مفهوم عقد الدولة بالمفهوم الدقيق للكلمة كعقد مبرم بين الدولة شخص القانون الدولي من جهة وشخص أجنبي خاص وهذا سيمكننا من التفرقة بين عقود الدولة وعقود القانون الداخلي الخاص المبرمة بين الدولة في إطار الأنشطة العادية للدولة **Jure gestionis** ، هذه العقود تبرمها الدولة بوصفها شخصا عاديا وهذا ما

¹ P. Mayer prend comme point de départ la double définition de l'Etat de Kelsen . a coté du concept général d'Etat qui s'identifie avec l'ordre juridique total et qui règle la conduite de la totalité des individus présents sur un territoire , Kelsen présente un concept restreint de l'Etat comme ordre juridique partiel « comprenant les individus ayant la qualité de fonctionnaire de l'Etat ... : c'est l'Etat en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires , avec à tête le gouvernement .» Mais Kelsen .cependant , refuse tout dédoublement de la personnalité de l'Etat . Pour une discussion de la position Kelsénienne . voir : **Leben Charles** : Op.Cit,p 634

حيث يفرق هذا التعريف بين الدولة التي تكون أحد الأشخاص الدولية ، وتارة أخرى كأحد أشخاص القانون الخاص، ولعل هنالك من يرى أنه لا يمكن للدولة إلا شخصية واحدة لا تتعدد ، وإنما سيكون التعدد فقط من خلال نشاطها الذي يتعدد يتنوع من صورة الأعمال السيادية إلى الصفة الدولية الخاصة .أنظر في ذلك : عوض الله شيبية **الحمد السيد** : مرجع سابق ، ص 139.

² **Leben Charles** : Op.Cit,p 634.

³ **Solus Henry – Jacques Ghestin –Sophie Lemaire** : Les contrats internationaux de l'administration , L.G.D.J, Paris , France, 2005, p 24.

لا نلمسه في الدولة الطرف في عقد الدولة الذي نحاول إبراز معالمه ، فالدولة هنا ليس باعتبارها شخصا عاديا ولكن كشخص من أشخاص القانون الدولي والعقد ينطوي على شروط غير مألوفة كشرط الثبات ، ولكنها ليست نفس شروط العقد الإداري بل تختلف تماما في أهدافها وغايتها.¹

وما يجب أن نؤكد هو أن عقد الدولة ليس بالضرورة عقد استثمار بل إن كل عقد مبرم مع الدولة بمفهوم القانون الدولي يعد كذلك سواء كان ينتمي إلى فئة عقود الاستثمار أم لا .

ولعل المعيار القانوني الذي ابتدعه الفقه الغربي والذي يسمح لنا بالتمييز بين عقود مبرمة من قبل الدول مع الشركات الأجنبية هو كون هذه العقود مبرمة في إطار النظام القانوني للدولة المتعاقدة (عقود إدارية أو عقود قانون خاص) ، أو مبرمة خارج هذا النظام القانوني (عقود الدولة).

وإن كان البعض يتساءل عن إخراج العقد من إطار النظام القانوني الداخلي للدولة ، فإن من البداية أن هذا سيجعل العقد يتملص من تحكم الدولة الشريكة المتعاقدة ، هذه الأخيرة أي الدولة عن طريق تدخل أجهزتها التشريعية ، التنظيمية تسيطر على البيئة القانونية التي تتواجد فيها ، ومن الطبيعي أن تكون عقودها مع الشركات الأجنبية تواجهها مخاطر السيادة ، والتي تحاول هذه الشركات تقليصها من خلال تقليت العقد من النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، وهذا ما يستتبعه بالضرورة فض منازعاتها أما محاكم التحكيم لا أمام المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة .²

ولكن هذا المعيار ليس سليما على الأقل أنه لا ينظر إلا من زاوية المتعاقدين الأجانب الذي يفضل طبعاً هذا القول ، ولكن هذا المعيار ليس فيه من الحياد القانوني الذي يرى لموضوع العقد وأطرافه بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق عليه ، ولم ينظر إلى هذه العقود من منظور دولي . فلا مانع من خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة وعلى الرغم من ذلك وصنع بعقد الدولة .

¹ **Leben Charles** : Op.Cit, p 634 . et **Solus Henry – Jacques Ghestin –Sophie Lemaire** : Op.cit , p 82.

² **Leben Charles** : Op.Cit, pp 635, 636.

و في مقام الكلام عن الخلاف الشديد القائم حول المقصود بالدولة في مجال عقود الدولة فإن هناك رأياً فقهيًا يستبعد مفهوم الدولة المستقر في فقه القانون الدولي العام والذي لا نرجح الأخذ به ، ذلك أن استبعاد هذا المفهوم يأتي من منطلق أن دخول الدولة في العلاقات التعاقدية بصفتها أحد الأشخاص الدولية العامة ذات السيادة ، يقتضي حتماً أن يكون شريكها أحد أقرانها ممن يحملون نفس صفتها ، أي أن شريك الدولة في هذه الحالة ، إما أن يكون دولة أخرى أو أحد المنظمات الدولية ، وعندئذ لا نكون بصدد رابطة عقدية يعنى بها القانون الدولي الخاص ، و إنما نكون بصدد معاهدة تعتبر من صميم اختصاص القانون الدولي العام¹.

وهذا ما يكذبه الواقع والمنطق السليم ، ذلك أنه ليس بالضرورة أن يكون المتعاقد مع الدولة أحد الدول الأخرى أو على الأقل أحد الأشخاص المكونة للنسيج المتجانس لأشخاص المجتمع الدولي .

لذلك فإننا نميل إلى خلاف ما رآه الأستاذ **عوض الله شيبه** في هذا الصدد بشأن تحديد صفة الدولة المتعاقدة و أن المقصود منها هي الدولة التي تدخل في الروابط العقدية مع الأشخاص الخاصة الأجنبية متبعة نفس الأساليب المألوفة في القانون الدولي الخاص ، أي أن الدولة هي التي تدخل على قدم المساواة مع شريكها الأجنبي ، كما لو كانت أحد الأشخاص الخاصة².

ذلك أن هناك من يقول بأن دخول الدولة بوصفها ذات سيادة سيجعل المتعاقد الأجنبي في موقف ضعيف ويخشى تغيير تشريعاتها على حسابه ، بيد أنه هناك من يرى أن سيادة الدولة النامية ما هي إلا سيادة ظاهرية نتيجة لضعفها الاقتصادي والمالي ، هذا الضعف يجعلها في حاجة للمستثمر الأجنبي ليساهم في تنميتها ، ويستدل بعضهم بأن هنالك تنازلات كبيرة تمنح للمستثمرين ، والتي كانت بفعل طغيان القوة الاقتصادية للشركة الأجنبية على القوة القانونية للدولة المتعاقدة ، لكن الأخذ بهذه الفكرة سيكذبه الواقع القانوني الذي يتحدد وفقاً لموازن القوة السائدة والمختلفة من ظرف لآخر³.

¹ عوض الله شيبه الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 127 ، 128.

² عوض الله شيبه الحمد السيد : المرجع السابق ، ص 129 .

³ قادري عبد العزيز : مرجع سابق ، ص ص 37 ، 38.

صفوة القول أن : النقطة الأكثر تعقيدا في عقود الدولة ، هي ضرورة إبرام العقد بعيدا عن سيطرة النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، فعقود الدولة تقف متوسطة الفرضين التاليين :

الفرض الأول هو أن تكون هذه العقود تبرم ويطبق عليها قانون هذه الدولة وتختص محاكمها بالنظر في منازعاتها* وهي لا تعد عقود دولة على الإطلاق ، بل هي كالعقود الإدارية تماما أو كتلك العقود العادية تبرم في إطار الأنشطة العادية للدولة . أو أن يطبق على هذه العقود القانون الدولي ، بشكل أو بآخر ، و تختص هيئات التحكيم - التي لا تقتصر تماما إلى الطابع الدولي - بالنظر في منازعاتها .

وبين هذا وذاك نجد العديد من الاحتمالات بينهما ، تجعل المسألة محل نقاش فيما إذا القانون المختص هو قانون الدولة المتعاقدة ، وفيما إذا كان القضاء المختص هو قضاء هذه الأخيرة ، و لعل هذا مثار الخلاف الذي جعل عقود الدولة تتأرجح بين القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، والقوانين ذات البعد الدولي ، وبين القضاء الداخلي والتحكيم بوصفه قضاء ذو صبغة دولية¹ .

و إذا كان الإشكال في تعريف عقد الدولة وتوضيح ملامحه موضوعا متجددا كونه متعلقا شديد التعلق بوصف الدولة وتطور مفهومها في الفقه والقضاء الدوليين ، ناهيك على أن مسألة المساواة بين طرفي عقود الدولة لا يتحقق فقط بنزول الدولة منزلة الأشخاص الأجنبية الخاصة ، بل إن الأمر قد تجاوز هذا ليتعدى هذه المساواة إلى مساواة ناجمة عن سمو الأشخاص المتعاقدة لبلوغ منزلة الدولة المتعاقدة ، على الأقل إن لم تكن مساواة قانونية ، فإنها قد تعدو لتكون مساواة اقتصادية على الأقل .

* من المبادئ المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص أنه لا تلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي ، فالمحكمة المختصة يصح أن تكون غير محكمة الدولة التي يجب تطبيق قانونها ، والعكس فإن القانون المطبق بواسطة محكمة ما يصح أن يكون قانونا غير قانون دولة هذه المحكمة ، ولقد أقر هذا المبدأ الفقيه " سافيني " ، وصار قاعدة أساسية في مجال تنازع القوانين . أنظر في ذلك : **حسام الدين فتحي ناصف** : تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1997 ، ص 10 . وأنظر أيضا : **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص ص 15 ، 16 .

¹ **Leben Charles** : Op.Cit , pp 636 , 637.

الفرع الرابع : عقود الدولة والعقود التي تبرمها بقية أشخاص المجتمع الدولي مع الأشخاص الأجنبية .

إن الطبيعة غير المتجانسة لطرفي عقد الدولة تثير الاهتمام بتحديد الخصوصيات المترتبة عن مشاركة شخص ذو سيادة في علاقة تعاقدية ، وهذا الشخص ذو السيادة هو شخص القانون الدولي العام ، لكن وما دام المقصود من عبارة شخص القانون الدولي كل أشخاص المجتمع الدولي من دول ومنظمات ، فإن تناول الشامل للعقود التي تبرمها تلك الأشخاص يحتم عدم إهمال العقود المبرمة بين المنظمات الدولية والأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية الخاصة.¹

جدير بالملاحظة أن العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي قد يتشابه، وقد يختلف من زوايا متعددة مع ذلك المبرم بين الدولة وشخص القانون الداخلي لدولة أخرى ، وهذا ما حدا بالعديد من الفقهاء إلى قياس أحدهما على الآخر من حيث القانون واجب التطبيق .

ومن زاوية أخرى استقر قضاء المحاكم الدولية منذ فترة على أن العقد الذي يخضع للقانون الدولي هو ذلك العقد المبرم بين الدول ، ومع هذا الاستقرار تبرز مشكلة منطقية إذا ما أثير تحديد القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي.²

و إن كان هذا الموضوع يخرج عن نطاق دراستنا إلا أن العقود المبرمة بين المنظمات الدولية والأشخاص الخاصة لا يختلف كثيرا عن عقود الدولة ، لا سيما من ناحية انتماء كل من المنظمات الدولية والدول إلى مجتمع واحد .

والواقع أن المشكلة الحقيقية تنحصر في خلاف عميق الجذور بين فقهاء القانون الدولي يتمثل في مركز المنظمة الدولية ، وكذا مركز أشخاص القانون الداخلي (الخاص والعام) على صعيد العلاقات الدولية ، إذ من البديهي أن من الفقهاء من يعترف للمنظمة والفرد بالشخصية القانونية الدولية ، ومن ثمة يتجه إلى أن العقد المبرم بينهما يخضع بالضرورة للقانون الدولي العام ، والعكس صحيح بطبيعة الحال ، بمعنى أن من ينكر

¹ قادري عبد العزيز : مرجع سابق ، ص 36.

² مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص 17.

الشخصية الدولية سواء على المنظمة أو الفرد ، أو على كليهما يرى أن عقدهما لا يخضع للقانون الدولي ، ويسري ذات الشأن فيما يتعلق بأشخاص القانون الداخلي الأخرى ، وربما خضع العقد في هذا الصدد لقانون دولة ما خاصة دولة المقر¹.

وعلى غرار المشاكل التي تطرحها عقود المنظمات الدولية و أشخاص القانون الخاص فإن طبيعة المشاكل المطروحة على صعيد عقود الدولة تكاد تكون مماثلة لها .

حيث تجدر الإشارة إلى وجود أوجه متعددة للتشابه بين العقد المبرم من قبل المنظمة الدولية مع أحد أشخاص القانون الداخلي ، وذلك العقد المبرم بين الدولة وشخص القانون الداخلي لدولة أخرى ، إذ لا يخفى على أحد أن كل من الدولة والمنظمة الدولية شخصان من أشخاص القانون الدولي العام ، ويترتب على ذلك أن كل منهما مخاطب بقواعد القانون الدولي العام كقواعد التحكيم مثلا .

بيد أن الخلاف بينهما متعدد وجوهي ، خاصة فيما يتعلق بالإقليم ، أو قواعد تنازع القوانين ، فالدولة لها مجموعة من القواعد المفصلة تطبق على تلك المنازعات المختلفة التي تنجم عن العقود التي تبرمها . وتستطيع بقواعد التنازع أن تحدد الحلول التي تثار عن عقودها ، وفي المقابل لا تملك المنظمة الدولية مثل هذه القواعد أو إجراءات خاصة بها².

إذن فالدولة والمنظمة الدولية على الرغم من اعتبارهما شخصان لمجتمع واحد ، إلا أن لكل منهما طبيعته الخاصة التي تجعله يستأثر بقواعد خاصة تحكمه على الصعيد الداخلي ، وعلى الصعيد الدولي على حد سواء .

ولعل الخلاف الثاني يتمثل في تلك الشخصية القانونية الخاصة بكل منهما ، فالدولة لها من السيادة والسلطة المطلقة التي لا يتصور أن تقارن بتلك السلطات المصبغة على المنظمة الدولية ، إذ أن هذه الأخيرة لها شخصية قانونية دولية ، بيد أنها شخصية وظيفية ، بحيث لا يتصور للمنظمة الدولية أن تتمتع بأية شخصية خارج إطار وظيفتها³.

¹ مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص ص 17 ، 18.

² مصطفى أحمد فؤاد : المرجع السابق ، ص 19.

³ مصطفى أحمد فؤاد : المرجع السابق ، ص ص 19 ، 20.

فالدولة و إن كانت تنتمي إلى نفس المجتمع الذي تنتمي إليه المنظمات الدولية ، إلا أن طبيعتها تجعل من شخصيتها التي يمنحها لها القانون الدولي تختلف كثيرا عن تلك التي تمنحها للمنظمات الدولية ، فهي شخصية قانونية دولية كاملة ، إذا ما قورنت بتلك الممنوحة للمنظمات الدولية .

وكما يذهب الأستاذ محمد سامي عبد الحميد إلى أنه "إذا كان لنا أن نستعير - والقياس مع الفارق بطبيعة الحال - تفرقة فقهاء القانون الداخلي بين الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية ، لأمكننا القول بأن الدولة هي الشخص الطبيعي للقانون الدولي العام القادر - أساسا - على التمتع بكافة الحقوق والالتزامات . وأن المنظمات الدولية هي أشخاصه الاعتبارية ذات المجال الوظيفي المحدود ضرورة . والواقع أن هذا الطابع الوظيفي للأشخاص الاعتبارية - بصفة عامة - من مسلمات النظرية العامة للقانون الداخلي ."

ويمكن أن نستنبط فارقا آخر يتمثل في أنواع العقود المعتبرة لدى كل شخص دولي . إذ أن أكثر العقود أهمية وشيوعا والتي تداوم الدول على إبرامها مع أشخاص القانون الداخلي لدولة أخرى عقود الاستثمار ، و استغلال المصادر الطبيعية للبلاد ، أو تلك المتعلقة بالتطور الاقتصادي لدولة ما .

وهذا ما يجعل هذه العقود مرتبطة ارتباطا وثيقا بمصالحها الاقتصادية ، وما يترتب على ذلك من نتائج قانونية .

أما المنظمات الدولية فإن العقود الأكثر أهمية بالنسبة لها والتي تقوم بإبرامها مع أشخاص القانون الداخلي تتمثل في عقود التوريد أو الإدارة أو التوظيف ، وكذا عقود التعاون الفني بغية تحقيق المصلحة العامة الدولية¹ .

¹ مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص ص 20 ، 21.

المطلب الثالث

التصنيف الموضوعي لعقود الدولة

لا يتصور بطبيعة الحال ، أن تكون عقود الدولة محددة بنموذج أو قالب قانوني معين ، فهذه العقود تتعدد و تنتوع صورها و نماذجها طبقا لطبيعة موضوع العقد المبرم ، وأصبح لكل صورة أو نموذج منها تسمية مستقلة يعرف بها بالرغم من أن كل تلك الصور والنماذج تنتمي إلى نظرية واحدة ألا و هي " نظرية عقود الدولة " ومن بين أهم هذه الصور و النماذج عقود التعاون الصناعي ، وعقود البترول و عقود الأشغال الدولية العامة .

ولما كانت مواضيع عقود الدولة تتعدد وتباين ، كان لا بد قبل الإشارة إلى صور عقود الدولة ، و نماذجها عرض المعيار المستخدم في تحديد صورها و نماذجها المختلفة ، و ذلك من خلال التعرض لأهم التصنيفات المعتمدة في هذا الصدد .¹ و لذلك سوف نتعرض للمعايير المقترحة من قبل الفقه عبر (الفرع الأول) "معايير التصنيف " ، ثم نحدد هذه النماذج بمقتضى المعيار الذي رأيناه مناسبا في هذا الصدد من خلال (الفرع الثاني) "نماذج عقود الدولة " .

الفرع الأول : معايير التصنيف .

إن مواضيع عقود الدولة تتعد وتباين ، تبعا للنماذج الكثيرة التي يمكن أن تتخذها ، و إن كان هناك اتفاق حول نوعية هذه العقود ، إلا أن تصنيفها سيخضع لعدة معايير اقترحها الفقه ، حتى نستطيع تقسيمها من زوايا متعددة . وهذا ما يجعلنا نورد المعايير التقليدية (أولا) ، ومن ثم تحديد المعيار الأكثر اعتمادا ، و الأكثر ملاءمة في تحديد النماذج التي تنتوع فيها عقود الدولة ، وهو معيار موضوع العقد (ثانيا) .

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 34 .

أولاً : المعايير التقليدية .

سنعرج أولاً على معيار الأستاذ Kahn المقترح على الرغم من عدم جدوى أعماله على عقود الدولة ، ثم التكلم عن معيار تقسيم العقود الداخلية ، ومدى انطباقه على عقود الدولة.

1- معيار الأستاذ Kahn " كان " :

في محاولة لتصنيف عقود الدولة بادر الأستاذ Kahn " بتصنيف العقود الدولية بصفة عامة ، حيث أسمى بعضها بعقود التبادل " Contrats d'échange " ، و مثالها الواضح عقد البيع ، و أطلق على البعض الآخر تسمية عقود الإنتاج " contrats de production " ، في حين أطلق على البعض تسمية عقود التمويل " contrats d'approvisionnement " .

و رأى أنه يمكن اعتماد هذا التصنيف بالنسبة لعقود الدولة حيث أشار إلى أن الدولة تبرم بعض هذه العقود تحت القسم الأول و مثالها عقود البيع ، و وضع في القسم الثاني عقود الاستثمار ، و عقود التعاون الصناعي .

أما القسم الثالث فقد أدرج في إطاره عقود امتيازات البحث و التنقيب عن البترول .¹

2- معيار تقسيم العقود الداخلية :

إن الدولة نظراً لتوجهاتها الإقتصادية لم تعد تكتفي بالمهام التقليدية ، إنما تدخلت بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الأشخاص العامة التابعة لها في الأنشطة الإقتصادية فعلى الصعيد الداخلي إما تبرم عقوداً بقصد ضمان تسيير المرافق العامة ، و تضمن فيها إستثناءات غير مألوفة في شروط التعاقد و تطبق عليها أحكام القانون العام ، و إما أن تبرم عقوداً أخرى تتعامل فيها وفق للقانون الخاص شأنها شأن الأفراد.

لهذا فقد اتجه معيار ثان إلى اعتبار العقود الدولية لا تختلف عن تلك العقود الداخلية وبالتالي فإن معايير تقسيم العقود الداخلية يصلح لأن يكون معيار لتقسيم عقود الدولة .

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 35.

حيث اتجه فريق آخر من الفقه إلى تبني المعيار المعتمد في تقسيم عقود الدولة الداخلية ، وطبقا لهذا المعيار نقسم عقود الدولة ، إلى عقود القانون الخاص "contrats de Droit privé" و عقود القانون العام "contrats de Droit public" ، والتي تسمى أيضا بالعقود الإدارية "contrats administratifs" ، فالعقود الأولى تخضع للقانون الخاص ، بينما الثانية يحكمها القانون العام .¹

حيث يعمد هذا التقسيم إلى اعتبار العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، مرتدية ثوب السلطة العامة ، والتي تخضع للقانون العام ، ويختص بها القضاء الإداري ، عقود الدولة الإدارية ، بينما تعد من قبيل عقود الدولة الخاصة تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، ليس بوصفها صاحبة سلطة ، بل باعتبارها شخصا عاديا ، تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها وتستخدم فيها أساليب القانون الخاص .²

و إن كان هذا المعيار قد قرره القضاء الإداري منذ فترة طويلة ، إذ يقوم على فكرة تضمن العقد من عدمه ما يطلق عليه في القانون العام بالشروط الاستثنائية ، فإذا تضمن العقد مثل هذه الشروط فإنه يدخل في إطار ما يسمى القانون العام و في حالة خلوه من مثل هذه الشروط فإنه يوضع في عداد عقود القانون الخاص .

و في محاولة إعمال هذا المعيار على عقود الدولة ذهب أنصاره إلى التفرقة بين فرضين ، أولهما يثور في حالة تضمن هذه العقود الشروط الاستثنائية المألوفة في مجال عقود القانون العام الداخلية ، أو بمعنى آخر فإنه في حالة تضمن العقد شروط غير مألوفة في مجال العقود الدولية العادية فإن هذه العقود تعد من عقود القانون العام و بالتالي فإنها تخضع طبقا لذلك القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

¹ عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 35 ، 36.

² مراد محمود حماد المواجدة : التحكيم في عقود الدولة -دراسة مقارنة - ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص ص 36 ، 37.

أما الفرض الثاني يتعلق في حالة خلو العقود من الشروط سالفة الذكر فإن هذه العقود تعد من عقود القانون الخاص ، و بالتالي فإنها تخضع للأحكام التي يقررها القانون الدولي الخاص للعقود الدولية العادية.¹

ولعل هذا التصنيف يجاريه مساهمة القضاء الإداري في إرساء نظريات وقواعد تحقق وحدته وتجانسه ، وتؤكد استقلالية القانون الإداري وعقوده عن تلك المبرمة في إطار القانون الخاص ، وقد أشار مجلس الدولة المصري في العديد من المرات إلى أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام ، وقواعد القانون المدني قد شرعت لتحكم روابط القانون الخاص ، ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام ، إلا إذا وجد نص إلى تطبيقها ، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية بالضرورة وكما هي ، وإنما له حرিতে واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية الناشئة في نطاق القانون العام.²

ثانيا : معيار موضوع العقد .

لقد اتضح أن تقسيم الأستاذ "فيليب كان" Kahn ليس من المناسب إعماله على عقود الدولة ، فإن هناك بعض النماذج من هذه العقود يكون من الصعب إدراجها تحت أي من الأقسام الثلاثة القائل بها Kahn ، أما عن معيار المعتمد بالنسبة لعقود الدولة الداخلية فنرى من الصعب إعماله في هذا الصدد ، وذلك لتطرق الصفة الأجنبية لهذه العقود وبالإضافة إلى أن تلك العقود قد تتطرق إلى موضوعات غير مألوفة بالنسبة لعقود الدولة الداخلية .

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 35 ، 36. وقد تبنت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 أبريل 1958 المعيار المذكور أعلاه حيث جاء فيه أن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الرعايا الأجانب هو نفس القانون الذي يحكم العقود التي تبرم بين الأفراد حيث أن تلك العقود تحمل خصائص اتفاق القانون الخاص فقد جاء بحكم:

« Qu'en effet les contrats conclus entre Etat et les ressortissants étrangers sont , relativement à la loi applicable ,assimilables aux contrats entre particuliers lorsqu'ils présentent les caractères d'une convention droit privé. »

ثم أضافت المحكمة بأن العقود السالفة لم تتضمن أية شروط من الشروط الخاصة بالقانون العام أي أنها لم تتضمن شروطا غير مألوفة في العقود العادية. أنظر في ذلك : عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 37 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 181.

ولهذا نميل للمعيار القائل به الإتجاه الغالب من الفقه المعاصر وهو معيار إعتدال موضوع العقد فمما لا شك فيه يلاحظ أن متغيرات الحياة الدولية المعاصرة قد لعبت دورا فعالا بالنسبة لعقود الدولة ، ويبين ذلك من ظهور أشكال جديدة أكثر تعقيدا من عقود الدولة مثل عقود التعاون الصناعي وبعض الأشكال الجديدة من عقود الاستثمار إلى جانب التطور الذي طرأ على بعض الأشكال التقليدية لعقود الدولة كعقود البترول ، لذلك كان معيار موضوع العقد هو المعيار المناسب في هذا الصدد فيمكن النظر لموضوع العقد المبرم ، وبعد ذلك يكون من السهل تصنيف هذا العقد تحت أحد المسميات المختلفة لعقود الدولة ، كأن يكون على سبيل المثال موضوع العقد نقل التكنولوجيا أو إنشاء المنشآت الصناعية المتكاملة فإنه يمكن إدراجه تحت عقود الدولة للتعاون الصناعي¹.

الفرع الثاني : نماذج عقود الدولة .

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية الأخرى من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود ، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم إلا أنه يكاد يكون سبب التعاقد من جانب الدولة واحدا و هو تحقيق التنمية الإقتصادية و الاجتماعية في إطار السياسية العامة للدولة .

أما الباعث عند التعاقد لدى الطرف الأجنبي فمنذ زمن ليس ببعيد كان الهدف من التعاقد للطرف الأجنبي مع الدولة هو تحقيق الهيمنة و أكبر قدر من الربح و عقود الامتيازات النفطية أكبر دليل على ذلك إلا أنه قد تطور هذا الباعث و أصبح الهدف إلى المساهمة و المشاركة في تحقيق الأهداف الإقتصادية للدولة و الحصول على الأرباح من خلال تلك المساهمة أو المشاركة².

و قد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود من حيث الموضوع إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها إلى عقود البترول ، و عقود الاستثمار و عقود التعاون الصناعي و عقود الإنشاءات الدولية و سوف نلقي الضوء على هذه العقود تباعا :

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 38 .

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 173 .

أولاً : عقود البترول .

إن أهمية البترول كمصدر للطاقة ليست في حاجة إلى تأكيد ، فهو ذو أهمية قصوى سواء بالنسبة للدول المنتجة له والتي تنتمي غالبا إلى الدول النامية ، أو بالنسبة للدول المستهلكة له والتي تنتمي غالبا للدول الصناعية المتقدمة ، حيث يعتبر بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له المصدر الرئيسي للدخل القومي إن لم يكن المصدر الوحيد له ؛ حيث تشكل العوائد البترولية نسبة جد مرتفعة من دخلها القومي ، وهي تعتمد أساس على هذه العوائد للنهوض بتنميتها الاقتصادية والاجتماعية.¹

ومن جهة أخرى تزداد أهمية البترول بالنسبة للدول الصناعية المتقدمة ، لاعتمادها الأساسي عليه في تقدمها وتطورها الصناعي ، فالبتترول لم يعد استخدامه قاصرا على الإنارة والتدفئة كما كان الحال في الماضي ، بل أدى التقدم العلمي إلى التوسع في استعمالاته ، فأصبح مصدرا للطاقة والحرارة والإنارة والتشحيم و توليد مركبات كيميائية وطبية وصناعية لا حصر لها .²

ولعل هذا ما جعل عقود البترول تعد من أهم عقود الدولة ، سواء بالنسبة للدولة المنتجة أو للدول الصناعية ، فالبتترول ذو أهمية إقتصادية و سياسية ، و يكاد يكون يمثل بالنسبة للدول المنتجة المصدر الرئيسي للدخل القومي كالجائر مثلا .

وإذا كان استغلال طاقة البترول يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى ، والغالب أن يكون هذا الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية المستهلكة للطاقة ، والتي تملك من الأموال والخبرة التكنولوجية ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان .³

¹ سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول - دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيلا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 35 ، 36.

² بشار محمد الأسعد : مرجع سابق ، ص 79.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010 ، ص 55.

ومما لا شك فيه أن تحقيق أكبر قدر مقبول من التوازن العادل بين مصالح الطرفين ليس بالأمر السهل . ولقد شهدت العلاقة بين الدول المنتجة للبتروول والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدة تطورات متلاحقة، فقد تم التحول من صور الامتياز التقليدية إلى صور عقدية أخرى أكثر عدلا كعقود المشاركة وعقود المقاوله وعقود الانتاج .

وهذا ما جعل تضارب المصالح في هذه العقود يؤدي إلى تنوع أشكال عقود البترول ، حيث كانت في شكل عقود الامتياز حتى النصف الأول من القرن الماضي ، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها في عقود المشاركة و عقود المقاوله و عقود اقتسام الإنتاج .¹

1- عقود الامتياز البترولي :

تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول ، حيث ترجع نشأة هذا النوع من عقود البترول إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين ، وبمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث و التنقيب عن الموارد البترولية في إقليمها ، واستخدام و استغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة .² يمكن تعريف عقود الإمتياز* بأنها (ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 43.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص79.

* اعتبر الدكتور سليمان الطماوي عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله كما قال أهمها أيضا في الدول غير الاشتراكية . وعرفه أنه "عقد إداري يتولى الملتمزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنتها عقد الامتياز". أنظر في ذلك : سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، مصر ، 1991، ص108؛ أما عن التعريف القضائي لعقد الامتياز جاء في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 9 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 ما يلي: "أن عقد الامتياز التابع لأملك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل ، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل مقابل دفع أتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..." أنظر في ذلك : مجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004 ، ص57=.

في جزء منه و إستغلال هذه الموارد و التصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة)¹.

وتمثل عقود الإمتياز المرحلة السيئة للدول المنتجة التي إستغلت فيه الدول الأوروبية المستعمرة بما تملكه من خيارات و رؤوس أموال في إستغلال هذه الثروات ، حيث فرضت شروط تعاقدية على الدول المنتجة كما يتم فيها الحق المطلق لهذه الشركات في البحث و التنقيب و الاستخراج و التكرير و تصدير المواد الخام ، نظير عوائد معينة للدول المنتجة و خلال فترات طويلة الأجل و دون أن تفرض على هذه الشركات أية رسوم أو ضرائب في أغلب الأحيان ² .

ولقد طغت على ظروف العقود المذكورة عوامل متضاربة من أهمها : عدم تقدير حكومات الدول المنتجة للبتروول قيمة تلك المادة ولا أهميتها الاقتصادية ، إلى جانب فقدان تلك الدول لرؤوس الأموال وكذلك الخبرة الفنية ، بالإضافة إلى غلبة الطابع السياسي على العقد البتروولي ، فقد تم إبرامها في ظل ظروف سياسية لم تعط فيها للدول مانحة الامتياز القدرة على مناقشة شروط الامتياز ، حيث أن معظم الدول المنتجة للبتروول ، كانت واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى والتي تنتمي إليها الشركات الأجنبية العاملة في مجال البتروول ، وذلك في الفترة التي أبرمت فيها هذه العقود ، وقد كانت حكومات الدول المستعمرة دائمة التدخل لمساندة هذه الشركات ،

= بينما عرف جانب من الفقه في الجزائر عقد الامتياز بأنه : عقد أو اتفاق ، تكلف الإدارة المانحة سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو من القانون الخاص (شركة مثلا) يسمى صاحب الامتياز بتسيير و استغلال مرفق عمومي لمدة محددة ، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله وأمواله ومتحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك وفي مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي ، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق. ورغم أن عقد الامتياز يعتبر عقدا يتجلى فيه مبدأ سلطان الإرادة كأى عقد ولو في جوانب جزئية ومحددة، إلا أنه مع ذلك يتضمن جوانب عامة ويحتوي على سلطات إدارية معترف بها لجهة الإدارة تمارسها تجاه المتعهد بما يجعله أكثر اقترابا من عقود القانون العام . أنظر في ذلك : لباد ناصر : الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد ، سطيف ، الجزائر ، 2006 ، ص 212.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 44.

² فتح الله عوض بن خيال : التحكيم في عقود الدولة ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص 15.

عن طريق الضغط على حكومات الدول المنتجة للبتروول من أجل منح عقود امتياز البتروول بالشروط التي تتفق مع مصالح هذه الشركات .

ولقد اتسمت عقود الامتياز في صورتها التقليدية ما قبل الحرب العالمية الثانية باختلال التوازن لصالح شركات التنقيب والاستغلال ، حيث تضمنت في تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة بوجه عام .¹

حيث أن أهم ما يميز عقود الامتياز عن بقية الأشكال التعاقدية الأخرى الحق في ملكية البتروول المنتج والتصرف فيه ، ومن الأمثلة الشهيرة على ذلك عقد امتياز البتروول المبرم في 29 ماي 1901 بين شاه إيران والملونير البريطاني وليام دارسي ، والذي يعد أول عقد امتياز بتروولي تم إبرامه في منطقة الشرق الأوسط ، والذي منح طبقاً للمادة الأولى منه الطرف الأجنبي الحق في البحث عن البتروول ومشتقاته واستغلاله ونقله وتسويقه وبيعه لمدة ستون عاماً .²

كما اتسمت هذه العقود بضخامة مساحات مناطق الامتياز وعدم جدية نظام التخلي عن مناطق الامتياز غير المستعملة ، ومثال ذلك عقد امتياز بتروول العراق عام 1931 الذي أطلق يد الشركة ولم يلزمها بأي نظام للتخلي عن المناطق التي لم تستثمرها ، كما كانت تعطي لشركات التنقيب دون غيرها الحق في ملكية المواد المستخرجة ، وما ينجم عن حق الملكية من مكنة التصرف فيها دون قيود .³

لكن ومع نهاية الحرب العالمية الثانية التي كانت نقطة تحول حاسمة في تاريخ صناعة البتروول ، حيث تغيرت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبتروول ، ولعب البتروول دوراً هاماً في هذه الحرب ، مما أدى إلى اشتداد الطلب عليه .⁴

فكان لا بد لهذه الأوضاع ألا تستمر بين كل من الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها . فبدأت حكومات الدول المنتجة للنفط تعي قيمة ثروتها النفطية وما للنفط من تأثير

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 79.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 45 ، 46.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 79.

⁴ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 56.

فعال في مسار اقتصاديات التنمية العامة ، فاتجهت إلى مراجعة عقودها مع الشركات الأجنبية على نحو يحقق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة.

حيث ما فتئت الدول المنتجة أن تحصل على إستقلالها السياسي و الاقتصادي حتى طالبت بإعادة مراجعة عقود الإمتياز المبرمة مع هذه الشركات، والدخول في مفاوضات لتغيير طبيعة هذه العقود ، و الدخول في حصص المشاركة من العائد البترولي.¹ ومن أهم ملامح هذه المرحلة : اعتماد قاعدة مناصفة الأرباح بين الحكومات والشركات، وظهور الشركات النفطية المستقلة بدء من عام 1948 وخاصة في الكويت ثم في السعودية عام 1949 ، وفي عام 1957 منحت الحكومة السعودية امتياز المنطقة المغمورة السعودية من المنطقة المحايدة لها وللكويت إلى الشركة التجارية اليابانية للبترول التي تحولت بعد ذلك إلى شركة الزيت العربية اليابانية المحدودة ، وقد تضمنت الاتفاقية معها شروطا وقواعد أفضل في تنظيم علاقة طرفي الامتياز ، من ذلك ما يتعلق بمدة الامتياز (لفترة أقصر) والتكامل في عمليات الشركة ، والرقابة على الأسعار ومصروف الشركة ومشترياتها ، إلى جانب حق الحكومة في المشاركة في رأس المال وعضوية مجلس الإدارة ، واستخدام الموظفين الوطنيين وتدريبهم.²

2- عقود المشاركة البترولية :

كانت بعض عقود الامتياز تنص على إمكانية مشاركة الدول المنتجة في رأس المال الشركة صاحبة الامتياز ، إلا أنه لتأكيد سيطرة هذه الشركات للدول المنتجة لم توضع موضع التنفيذ . و في أعقاب تعديل قانون البترول الإيراني في 21 يوليو عام 1957، الذي نص على الأخذ بنظام عقود المشاركة في مجال الصناعة البترولية ، بدأت الدول العربية المنتجة للبترول تأخذ به.³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص79.

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 58 ، 59.

³ فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص 15 ويعتبر أول عقد مشاركة تم إبرامه وفقا لهذا القانون هو العقد المبرم في مارس 1957 بين الشركة الإيرانية للبترول والشركة الإيطالية " أجيب Agip وهي إحدى فروع المؤسسة الإيطالية " أيبي " وبموجب هذا العقد أنشأ الطرفان شركة مختلطة تدعى " الشركة الإيرانية الإيطالية للبترول " تتولى أعمال البحث والانتاج والتوزيع وبيع البترول ومشتقاته . " Société Irano-Italienne des Pétroles " أنظر : سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 67.

و تتخذ عقود المشاركة عددا من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو أحد شركاتها مع الشركة الأجنبية على تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحد شركاتها بحصة في رأس مالها ، تتمتع فيها بجنسية الدولة المنتجة ، و يكون فيها لجانب الدولة الحق في الدخول في العمليات النفطية من اكتشاف و إنتاج و تكرير و تسويق و حصول كل من الشريكين الوطني و الأجنبي كل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد .¹

و لكن رغم ذلك لم تقف الدول المنتجة عند حد المطالبة بالمشاركة مع الشركة الأجنبية في إستغلال ثروتها النفطية ، بل عرفت صياغات تعاقدية جديدة عرفت بإسم عقد المقاوله البترولية .

3- عقود المقاوله البترولية :

و هو من أحدث الأشكال التعاقدية التي سادت العلاقة 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 كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع .²

وتقوم هذه الشركة بأعمال البحث و التنقيب عن البترول و إستخراجه لحساب الشركة الوطنية، إما بمقابل مادي حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه .³

4- عقود إقتسام الإنتاج :

في هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي وكافة مصاريف البحث و التنقيب عن البترول و تطويره و إنتاجه مع النص في العقد ، على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد بإنفاقها الطرف الأجنبي ، مع توزيع إنفاقها على فترات متعاقبة ، و في حالة عدم

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 65.

² غسان رباح : الوجيز في العقد التجاري الدولي - نموذج العقد النفطي-، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 35.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 187 ، 188.

وجود اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة المصاريف و النفقات دون أن يكون لها الحق في الحصول على أي تعويض ، و في حالة إكتشاف البترول بكميات تصلح للإستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد هذه المصروفات ، و ذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج يتم الاتفاق عليها في العقد .¹

ومن أمثلة هذه العقود ما أبرم بين الشركة الوطنية الإندونيسية "برتامينا Pertamina" وشركات متعددة الجنسيات تعوض فيها الأموال المستثمرة في التنقيب والاستغلال بمقدار 40 % من المنتج السنوي عند حدوث الاكتشاف . وكذا ماحدث في البيرو ، حين أبرمت الشركة الوطنية "بيترو بيرو" عقدا مع الشركة البترولية للبيرو الفرعية الأمريكية بتاريخ 22 جوان 1971.²

ثانيا :عقود التعاون الصناعي .

صاحب التطور التكنولوجي نشأة عقود التعاون الصناعي في العالم بين مختلف الدول، خاصة بين الدول الصناعية و الدول النامية ، وتتخذ هذه العقود عدة أشكال :

1- عقود المساعدة الفنية :

وموضوعها في المجال الدولي التزام مشروع أجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين لتشغيل الأجهزة و الآلات المستعملة في الإنتاج أو لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها أو على إدارة النشأة بالأساليب الفنية الحديثة . و قد يكون موضوع المعونة الأمرين معا، أي التشغيل و التدريب. و قد تبلغ إلى حد أن يتولى المشروع الأجنبي بنفسه الإنتاج و الإدارة بدلا من المنشأة الوطنية. غير أن هذا الوضع قليل الوقوع في العمل في الوقت الحاضر.³

¹ عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص ص 123 ، 124 .

² قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، ص ص 43 ، 44 .

³ محسن شفيق : المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص 48 .

2- عقود إنشاء المنشآت الصناعية :

تمثل هذه العقود أهمية قصوى للدول النامية ، لما تحقّقه من تنمية اقتصادية ، و قد تعددت الأشكال لإنشاء المنشآت الصناعية ، وتطورت ، فبعد أن كانت مقصورة على تسليم منشأة صناعية قادرة على الإنتاج " عقد المفتاح في اليد " بواسطة الأيدي العاملة الوطنية التي قام المتعاقد بتدريبها ، تعدت ذلك إلى التزام المتعاقد الأجنبي بتسويق جزء من المنتج ، علاوة على الخدمات السابقة المتمثلة في تسليم المنشأة بعد التزام الشركة الأجنبية بالتشغيل بعد التنفيذ ، و تدريب العمالة الوطنية و إجراء الصيانة اللازمة.¹

3- عقود نقل التكنولوجيا :

وهي تعد من أهم عقود الدولة حديثا و هي التي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة ، و تعرف إقتصاديا بأنها (الأساليب و الوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج بما يحقق خفض نفقات الإنتاج أو الإنتاج سلعة أو خدمة جديدة أو تحسين طريقة العمل بإستخدام أساليب أفضل، و على ذلك تعد عنصرا أساليب أفضل ، و على ذلك تعد عنصرا أساسيا مع عناصر الإنتاج الأخرى)².

وتعرف قانونيا بأنها اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات.³

وفي بيان تعريف لهذه العقود نجد أن المقصود بالنقل في الاصطلاح لا يختلف كثيرا عن معناه اللغوي ، و هو بالنسبة للتكنولوجيا يعني خروجها من مكان توأجدها ، إما في الإطار الجغرافي داخل الحدود الوطنية للدولة الواحدة ، أو عبر الحدود الوطنية للدولة التي توجد بها، و يتحقق ذلك عندما يتمكن الطرف المتلقي لها ، من تنفيذه

¹ عوض الله شيببة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 02 ، 03.

² فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص 17.

³ سعد الله عمر: مرجع سابق ، ص 197. و أنظر : إبراهيم المنجي : عقد نقل التكنولوجيا - التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الالكترونية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص 16،

التكنولوجيا المستوردة كمرحلة أولى ثم يعيد إنتاجها في مرحلة ثانية ، ثم يصل إلى مرحلة التجديد ، و كل هذا يتوقف على حالة التنمية للدولة المعنية ، و إذا كانت الدولة المستوردة نامية ، و هذا هو الغالب ، فإن المرور بالمراحل السابقة يصح ضرورة حتمية لا مفر منها.¹

و في الاصطلاح التكنولوجي هي : الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي، في تطوير أساليب أداء العمليات الإنتاجية بالمعنى الواسع، الذي يشمل الخدمات و الأنشطة الإدارية و التعليمية و الاجتماعية ، و ذلك بهدف التوصل إلى أساليب جديدة يفترض أنها أفضل للمجتمع و تعتبر التقنية الجانب التطبيقي للعلم في مجال الإنتاج بالمعنى الواسع ، و هي بهذا المعنى تغطي كافة المجالات .

و يقصد بنقل التكنولوجيا بصفة عامة و في أغلب الصور، نقلها من المجتمعات التي حققت فيها تقدمها إلى المجتمعات التي تكون في حاجة إليها لتحقيق ذات النتائج بمختلف المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و غيرها.²

ولعل جوهر عقود نقل التكنولوجيا هو تلك العناصر المعنوية المتمثلة في حقوق الاختراع أو حق المعرفة الفنية أو الخدمات الفنية ، وليس العناصر المادية التي يشملها هذا العقد من معدات و آلات و أجهزة.³

4- عقود تسليم المفتاح :

ويقصد بها ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد ، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية وتسليمها جاهزة للتشغيل للدولة المتعاقدة .

وقد اتخذت عقود تسليم المفتاح صوراً متعددة ، إذ نجد عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط ، و الذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بتصنيع متكامل من آلات

¹ نصيرة بوجمعة سعدي : عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، 1987 ، ص 27.

² فهد بجاد الملا فح : تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا - دراسة في القانون المصري ونظام التحكيم السعودي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص 18. و أنظر إبراهيم المنجي : مرجع سابق ، ص 26.

³ عبد الرؤوف جابر : الوجيز في عقود التنمية التقنية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2005 ، ص 30.

وبراءات إختراع وعلامات تجارية ، كما نجد عقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل الذي يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي علاوة على تسليم المصنع والمساعدة الفنية تدريب العمالة المحلية فنيا وتشغيل المصنع .¹

ثالثا : عقود الاستثمار .

يعرف عقد الاستثمار بأنه (العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم إقتصادية لإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد .

وقد عرفته لجنة مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادية و الخمسون بأنه (تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير إنتظام مباشر) .

و وفقا لعقود الاستثمار يلزم المستثمر الأجنبي بموجب مباشرة و ذلك بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدمية ، أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة ، و يقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات .²

رابعا: عقود الأشغال العامة الدولية * .

لقد تطلبت الثورة الصناعية وما رافقها من تطور وتقدم إنشاء بنية تحتية لخدمة هذا التطور ، وذلك من خلال إنشاء محطات للكهرباء وشبكات الاتصالات وإقامة

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 66 ، 67 .

² عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 112 .

* قد يطرح التساؤل حول اعتماد تسمية " عقود الأشغال الدولية " و إن كان من الأصوب تسميتها بالعقود الدولية للأشغال العامة ، فعنوان " العقود الدولية للأشغال العامة " يقرن صفة الدولية بالعقد ، و صفة العمومية للأشغال فتأتي الصفة خلف الموصوف مما يسبغ عليه دقة و إحكاما في الصياغة ، فقد يبدو للبعض أن عنوان " عقود الأشغال الدولية " ينعت الأشغال بالدولية مما لا يتصور معه كون محل الأشغال عقارا داخل الدولة ، و ينبغي أن تتسحب صفة الدولية على العقد وليس على الأشغال ، فضلا عن إخفاء صفة العمومية للأشغال إلا أن ذلك مردود كون كلمة الأشغال تقترب بالضرورة بالعمومية دون أن تستلزم الإشارة إلى هذه الصفة لفظا فهو يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ولحساب شخص معنوي عام ، كما أن إقاب كلمة الأشغال بكلمة " الدولية " يجب أن يفهم على أن هذا الوصف ينصرف إلى هذه العقود التي يشترط لكونها كذلك شروط معينة . أنظر في ذلك : محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص ص 15 ، 16 .

المستشفيات والجسور والطرق ، ولما تحتاجه هذه المشروعات من تكاليف عالية ، وتقنية متخصصة ، فإن الدولة تلجأ لأجل تنفيذ هذه المشروعات إلى التعاقد مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة ، وذات خبرة وتخصص في هذا المجال ¹. تعرف بأنها (توافق إرادتي جهة الإدارة و شخص أجنبي خاص، من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام ، وتحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين و لقاء ثمن معين)².

وهي عقود تبرمها الدولة لإنشاء المشاريع الكبيرة على أرضها في كافة المجالات ، و التي قد تحتاج إلى رأس مال الأجنبي ، أو التي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية أو الخبراتية ³.

تعرف عقود الإنشاءات الدولية بأنها : " العقود التي تبرم في الغالب بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة من جهة وطرف أجنبي خاص من جهة أخرى ، يتعهد بموجبه الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما كأعمال البناء أو أشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى ، وما يلحق به من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا ، وذلك في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني ، الذي قد يتمثل في حصة في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزيع أرباحه وخسائره بينهم."⁴

وتأخذ هذه العقود صوراً متعددة ، منها عقود البناء والتشغيل والتحويل أو البوت B.O.T* ، ويقصد بها تلك المشروعات التي تمويلها الشركة الأجنبية ، على أن تظل

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 68.

² محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 41.

³ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق، ص 18

⁴ عمرو طه بدوي محمد علي : الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشديد - دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص ص 472 ، 473.

* وهذه العقود ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها ، فعلاوة على الصيغة الرئيسية وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن التعامل قد أفرز صيغاً جديدة من هذه العقود ، أهمها :

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

-عقود البناء والتملك و التشغيل B.O.O .

-عقود البناء والإيجار ونقل الملكية =B.L.T .

ملكا للحكومة أو إحدى هيئاتها ، حيث تبرم الجهة الحكومية عقدا مع المستثمر لتمويل وتشيد مرفق من مرافق البنية التحتية ، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه لفترة معينة تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق ومسؤولية إدارته إلى السلطة المتعاقدة ، فملكية أصول المشروع تظل للدولة¹.

المبحث الثاني

التنازع الفقهي في وصف عقود الدولة

مما لا شك فيه أن العقد باعتباره مصدرا من أهم مصادر الالتزام التي تستقل بدراستها نظرية العقد يمكن أن يكون من بين أحد تطبيقاته في مجال العلاقات القانونية الدولية التي تمارس على مستوى قانون التجارة الدولية على وجه الخصوص . فالعقد يحتل الصدارة في النظم القانونية المختلفة فهو التطبيق العملي الأساسي للمعاملات على الصعيدين المحلي والدولي ، فمن خلاله تنشأ الحقوق والالتزامات وتستقر به المراكز القانونية المختلفة ، لذا يلعب العقد دورا هاما في تداول الثروات والخدمات ونجد هذا الدور يتزايد على مستوى الجماعة الدولية التي تشهد تطورا ملحوظا في ظل العولمة وحرية التجارة والتكتلات الاقتصادية².

وحيث كانت العلاقات الدولية ولا زالت أهم مظاهر الحياة الدولية الحديثة ، ومهما اختلفت العوامل البشرية التي تشكل السياسة الخارجية للدول فإنها نابعة أساسا من التصرفات البشرية والرغبات الفردية والجماعية التي تمارس على النطاق الإقليمي لكل

=عقود التصميم و البناء و التمويل والتشغيل D.B.F.O. أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 71.

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 70.

² محمد حسين منصور: مرجع سابق ، ص 07.

دولة و تتشكل بخصائص شعب هذا الإقليم و بشكل حكومته ، وبالحالة الاقتصادية و الزعامات الفردية وبالنظريات والأفكار السائدة التي يتبناها الرأي العام داخل الدولة¹ . من المعروف أن العقود الداخلية تخضع لأحكام القانون الوطني ، و يستبعد تماما تطبيق أي قانون أجنبي عليها ، بينما تخضع العقود الدولية على وجه العموم لأحكام القانون الدولي الخاص ، والتي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق عليها، فالصفة الدولية للعقد إذن هي الشرط الضروري لصحة إختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه ، ومن ثمة لا يمكن الحديث عن القانون الواجب التطبيق إلا بعد التبين أولا من أننا أمام عقد دولي ، فهذا النوع من العقود هو الذي يثير مشكلتي تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص القضائي ، ومن هنا تتجلى أهمية تكييف ووصف عقد الدولة ، وهو أمر يتعدى إرادة الاطراف بل يتولى القاضي تحديد الصفة الدولية للعقد على ضوء عناصره وخصائصه الذاتية² .

إن الإجابة على مسألة دولية عقد الدولة من عدمها ، وكذا تحديد المعيار الذي يحدد العقد الدولي ستساعدنا على تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على هذه العقود. حيث أن الآراء انقسمت بين رافض لفكرة دولية عقود الدولة (المطلب الأول) و مؤيد لها (المطلب الثاني) ، و بين من يضيف على هذه العقود الصفة الدولية الجزئية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

الاتجاه الرافض لفكرة دولية عقد الدولة

يقوم الاتجاه الرافض لفكرة تدويل عقود الدولة على إنكار الشخصية القانونية الدولية على المتعاقد مع الدولة ، و بالتالي فإن العقد في أغلب الأحوال لن يتجاوز النطاق الداخلي للدولة المتعاقدة ، و على ذلك نحاول بسط هذا الرأي من خلال بيان و عرض الاتجاه في الفرع الأول ، على أن نأت حججه و مبرراته في الفرع الثاني .

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : القانون الدولي العام للعقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2007 ، ص 26.

² محمد حسين منصور: مرجع سابق ، ص 11.

الفرع الأول : عرض الاتجاه .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدولة فقط هي التي تتمتع بالشخصية الدولية ، ولعلنا من خلال تفحص الأحكام الصادرة عن المحكمة الدائمة للعدل الدولية التي قررت من خلالها موقفها الصريح بشأن تقرير حقيقة ثابتة هي عدم تدويل عقود الدولة ، بل ذهبت إلى اعتبار هذه العقود بمثابة تصرفات قانونية داخلية تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، ومن بين هذه الأحكام وعلى الخصوص قرار محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية و البرازيلية عام 1929¹ ، والتي تقضي بأن : "كل عقد لا يكون بين دولتين باعتبارهما أشخاصا للقانون الدولي، إنما نجد أساسه في قانون وطني لدولة ما ، ومسألة تحديد هذا القانون تعتمد على القانون الذي سمي اليوم عادة بالقانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، الذي قد تشترك قواعده بين عدة دول ، وقد تنشأ من الاتفاقات أو العرف الدولي ، وقد تحمل في هذه الحالة الأخيرة صفات القانون الدولي الصحيح ، الذي يحكم العلاقات بين الدول ، بيد أن هذه القواعد تشكل جزءا من القانون الوطني ."²

ومن هذا المنطلق ، فالفرد لا يمكنه التمتع بالشخصية الدولية ، وبالتالي ينكر هذا الاتجاه كل تدويل لهذه العقود ، وتعتبر هذه الأخيرة عقودا إدارية تخضع فقط للقانون الداخلي.³

¹ Berlin Dominique : Op.cit , p 04. et :

Verhoeven Joe : Contrats entre Etats et ressortissants d'autre Etats , VII Journées d'études juridiques Jean Dabin , centre de Droit international , Le contrat économique international – Stabilité et évolution , les 22-23 novembre 1973 , p 22.

² محمد عبد العزيز بكر : منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة - بحث تحليلي لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا - ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2001 ، ص 14.

³ معاشو عمار : الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، ، 1998 ، ص 34.

ودون أن نغوص في تفصيل لمفهوم العقد الإداري لأننا سنتكلم عنه لاحقاً في مقام الخلاف حول التكييف القانوني لعقد الدولة ، فإن هذا الإتجاه يلاحظ على هذه العقود أي عقود الدولة توافر صفات وشروط تتمثل في :

_ وجود شخص معنوي عام (الدولة) كطرف في العقد .

_ إبرام عقد يتعلق بسير مرفق عام أو أشغال عامة .

_ إختيار وسائل القانون العام لتطبيق على العقد .¹

ولعل هذه الشروط هي التي يمكن أن تعطي للعقد وصف العقد الإداري وهي متوفرة في العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية ، هنا يأتي دور القانون الداخلي للدولة الذي يحدد شروط إبرام هذه العقود ، وتكون للدولة هنا سلطات وإمميزات أوسع من تلك التي تمنح للمتعاقد معها .²

الفرع الثاني : حجج رافضي التدويل .

تظهر حجج رافضي التدويل من خلال السوابق القضائية و عوائق التدويل القانونية .
أولاً : السوابق القضائية .

ولهذا الإتجاه حججه من خلال تأييد بعض السوابق القضائية لموقفه الرافض لفكرة تدويل عقد الدولة نستعرض بعضاً منها :

في القضية المشهورة المتعلقة بقضية الشركة الأنجلو-إيرانية للبترول بشأن الخلاف الذي وقع بين الحكومة الإيرانية والبريطانية حول طبيعة عقد الامتياز المتعلق باستغلال النفط المبرم في 1933/04/29 بين إيران والمملكة المتحدة والذي حاولت الحكومة البريطانية تدويله بحجة أن العقد إتفاق مزدوج الصفة فله صفة عقد امتياز وصفة معاهدة بين الطرفين³ . فقضت محكمة العدل الدولية بأن : "هذا العقد لا يعدو أن يكون أكثر من عقد امتياز بين حكومة وشركة أجنبية و أن العقد لا ينظم روابط

¹ الروبي محمد : عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 180 . -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 ، ص 68 . و أنظر : معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 34 .

² معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 34 .

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 713 .

بين الحكومتين بحال من الأحوال¹، " فهو بناء على ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية لا يعد معاهدة و إنما مجرد عقد .²

كما ذهب مجلس قضاء باريس سنة 1932 في تكييف طبيعة عقد أبرم بين الطرفين على أن:

" كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع نفسه لقوانين هذه الدولة بمجرد التعاقد معها " .

وهذا الإتجاه الذي يكرس الحفاظ على النظام القانوني الداخلي لقي إقبالا كبيرا في الدول النامية لما يوفره من مبررات تحفظ سيادتها التشريعية و القضائية وهو ما تبحت عنه هذه الأخيرة .³

ثانيا : عوائق التدويل القانونية .

ومن جهة أخرى فإن تدويل عقود الدولة يواجهه العديد من العوائق القانونية ، ولعل أهمها أن الفقه يعتبر الطرف المتعاقد مع الدولة الذي يملك طبيعة تختلف عن أشخاص القانون الدولي ، حيث أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه ، ولما كان الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة ليس من أشخاص القانون الدولي* ، فإنه لا يمكن أن

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص ص 34 ، 35.

² في قضية شركة البترول "الإيرانية-الإنجليزية" " Anglo-Iranian oil Com " والتي منحت فيها إيران هذه الشركة إمتيازاً لأجل التنقيب عن البترول ، ومعالجته ليكون جاهزا للتسويق كمنتجات بترول في المدة من عام 1933 حتى سنة 1993 وهي حوالي ستون عاما ، وعلى الرغم من أن الاتفاق لم يكن معاهدة فقد كان محكوما بقواعد القانون الدولي وهو المستفاد من المادة 22 من عقد الامتياز، وبمقتضى هذه المادة فإن أي قرار أو حكم تحكيم يكون مؤسسا على المبادئ القانونية المتضمنة في المادة 38 من مواثيق المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، والتي تتكلم عن إمكانية و أثر الخضوع للقانون الدولي العام . أنظر في ذلك : سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 159.

³ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص ص 34 ، 35.

* أشخاص القانون الدولي هم المخاطبون بأحكامه والذين لهم أهلية الوجوب والآداء ، وهذه الصفة تثبت لكل دولة تتمتع باستقلال سياسي على إقليمها ، حيث لها القدرة على إنشاء القواعد الدولي وعلى الإلتزام بقواعد القانون الدولي إذ أنها مخاطبة بأحكامه ، والفرد بهذا الوصف قد يكون له أهلية دولية بيد أنه ليس من أشخاص القانون الدولي حيث لا يملك القدرة على إنشاء قواعده ، وحتى و إن تفررت له بعض الحقوق الدولية ، فهو لا يعد من أشخاص القانون الدولي طالما أن معيار الشخصية هذه لم يكتمل لها بالقدرة على إنشاء القواعد القانونية ، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 يعطي حقوقا في مواجهة أعضاء الجماعة الدولية على =

يتمسك بقواعد القانون الدولي في مواجهة الدولة الطرف في العقد والتي تعد شخصا من أشخاص هذا القانون .

فعقد الدولة لا يعد إتفاقا دوليا وفقا للمفهوم التقليدي لهذه الفكرة في القانون بسبب وجود طرف خاص في العقد .¹

و يؤكد الأستاذ محمد طلعت الغنيمي أن :**"على المتعاقد الأجنبي أن يتحمل إفتراضا بتعاقد هـنا بعضا من المجازفة التي يحتويها التعاقد مع السيادة "**.

ومن خلال هذا الطرح نجد أن المتعاقد الأجنبي سيخضع للقانون الداخلي في أغلب الحالات إلا الاستثنائية منها كأن :

- _ لا توجد أحكام في القانون الداخلي تحكم مثل هذه العقود وهذا نادرا ما يكون .
 - _ أو أن يتضمن العقد في نصوصه تطبيق المبادئ العامة للقانون . ففي هذه الحالة فإن العقد موجب التنفيذ من قبل الدولة و تكون بذلك قد تنازلت عن سلطتها السياسية.²
- وفي هذا السياق نجد أن هناك ما يناقض هذا المذهب حيث أن العقد الخاضع لقانون الدولة المتعاقدة يثير مشكلة هامة تتعلق بانتهاك العقد في هذه الحالة الذي يثير مسؤولية الدولة عن خرق التزاماتها التعاقدية ، فالدولة المدعى عليها والتي يدير قانونها العقد تكون قد مارست سلطتها التشريعية أو التنفيذية بطريقة خاصة لإلغاء العقد أو المساس بعقدها الذي التزمت بمقتضاه ، والضرر يشكل الصفة التحكيمية في ممارسة سيادة الدولة أو ما يصطلح على تسميته بـ " إساءة إستعمال الحق " ، وهنا يطرح السؤال حول الكيفية التي يعتبر بها مسلك الدولة الذي باشرته كان إستخداما لحقها السيادي والذي مس أو ألغى أو انتهك التزاماتها التعاقدية قدرتب مسؤولية دولية على الدولة ، على الرغم من أن العقد في ذاته غير محكوم بقواعد القانون الدولي العام .³

=المرغم من أن الفرد ليس له القدرة على إنشاء قواعد دولية ومن ثمة ليس له الشخصية الدولية : أنظر في ذلك : سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 49.

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 687 ، 688.

² معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 35.

³ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص ص 158 ، 159.

و تأكيداً على رفض التدويل يذهب كثير الفقهاء إلى وجود قرينة لصالح تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أبرزهم جورج فودال "G.VEDEL" و جارسيا أمادور "Garcia amador" الذي يقول: "من المقبول به حالياً في الفقه ومما يجري عليه العمل أن العقود بين حكومة إحدى الدول و أحد الأجانب يحكمها فيما يتعلق بنشأتها وتنفيذها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة وليس القانون الدولي " ويضيف قائلاً: "لا يمكن إنكار خضوع الفرد الذي يتعاقد مع حكومة دولة أجنبية للقانون الوطني لهذه الدولة في كل ما يسمى الآثار القانونية للعقد " ويعتبر هذا الاتجاه هذه العقود عقوداً داخلية تشبه العقود الإدارية إلى حد بعيد.¹

لكن الدول الرأسمالية ومختلف شركاتها لم تتقبل هذا الموقف في مجال المعاملات التجارية الدولية ، خاصة في فترة الخمسينيات والستينيات ، وذلك لاستقلال العديد من الدول وقيام أغلبها بعمليات تأميم لمواردها الطبيعية .

حيث أن مثل هذه التصرفات المشروعة اصطدمت مع مصالح الشركات الإحتكارية ودولها ، مما دفع بهذه الأخيرة إلى العمل بكل ما في وسعها من أجل إضفاء الطابع الدولي على العقود التجارية الدولية و إخراجها من دائرة القانون الداخلي ، ونقلها إلى المحاكم الدولية.²

و أبرز هذه المواجهات ما وقع في الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة النقاش حول الإعلان عن السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية ، بحيث عدة وفود من الدول لدى الأمم المتحدة واجهت بشدة التعديل المودع من طرف الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة بهدف تكريس الطابع الإلزامي للإتفاقات الخاصة بالاستثمارات ، معتبرة هذه الأخيرة كبقية العقود تخضع للقانون الداخلي ، وأن لكل دولة الحق في تنظيمها بكل حرية ، وأن هذا الموضوع ليس له أي دخل بالقانون الدولي .

كما أن منظمة الدول المصدرة للبترول أكدت في العديد من المرات خضوع كل النزاعات التي تنشأ بين الحكومة والمتعاملين معا ، بصفة مطلقة ، لقضاء المحاكم الوطنية إن لم يكن هناك مخالفة في القوانين الوطنية لدول عضو .

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص ص 35 ، 36 .

² معاشو عمار : المرجع السابق ، ص 36 .

وقد أدت مختلف مواقف الدول النامية السالفة الذكر إلى تجاوز لدى الأمم المتحدة ،
فتمكنت من تكريس هذا الاتجاه وذلك باستصدار اللوائح الخاصة بالاعتراف بحق
الدول في ممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية على أن تخضع مسألة
التأميم أو نزع الملكية الأجنبية لقانونها الوطني والتي وردت في ميثاق الحقوق و
الواجبات الاقتصادية للدول.¹

وفي الحقيقة ، فإن هذا الموقف كان ذا أهمية عندما كان تدخل الدول في المجال
الاقتصادي بشكل كبير ، تاركة مجالاً ضيقاً للشركات الخاصة ، أما الآن فكل شيء قد
انقلب وأصبحت الدولة تتهرب وتترك مجالات اقتصادية كانت حكرها لها فقط إلى
شركات خاصة ، وطنية منها أو دولية ، وامتد هذا التطور حتى إلى الدول الاشتراكية
(سابقاً) ومنها الجزائر .وعليه فإن هذا الاتجاه من شأنه أن يمس أو يؤثر في العلاقات
الاقتصادية الدولية والحرية المعطاة للمتعاملين و المستثمرين الأجانب ، في إطار النظام
الاقتصادي الدولي الجديد ، والاتفاقيات المبرمة في مجال الاستثمارات الدولية.²

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لدولية * عقود الدولة

الفرع الأول : عرض الاتجاه .

إن الاتجاه المؤيد لدولية عقود الدولة ، لم يكن وليد تصور قانوني سليم ، بل إن الأمر
وراءه بواعث سياسية ، ناجمة عن الخلفية الفقهية التي كانت تدافع عن مصالح

¹ قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة" le Contrat d'Etat"، مرجع سابق ، ص 42.

² معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 37.

* تعبر كلمة دولي في المجال القانوني و السياسي عن الدولة ، كما تشير إلى تغير عميق في بيئة الموضوع و إجراءاته و جوهره في ستينات وسبعينات القرن العشرين ، فإذا ما أخذنا بعين الاعتبار إجمالي أرقام الحركة السنوية لكثير من شركات الأعمال تفوق الناتج القومي الإجمالي للعديد من أعضاء الأمم المتحدة الذين يتمتعون بحق التصويت ، وبالنظر إلى أن الشركات المالية الكبيرة الخاصة يمكنها إحباط السياسات المالية حتى لدول قوية ذات سيادة ، ولذلك فإن الحاجة تدعو إلى إعادة النظر في كلمة دولي المتجهة أصلاً نحو الدولة إذا ما أردنا إدراك التطورات الراهنة في المجتمع الدولي. أنظر في ذلك : سعد الله عمر: معجم في القانون الدولي المعاصر ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 238.

الشركات الأجنبية العملاقة التي تسعى لأجل تدويل العقد واقتلعه من القانون الوطني بأي شكل من الأشكال ، وهذا ما نلمسه في : أولا " خلفية الاتجاه المؤيد للتدويل " ، على أن هذا الاتجاه له من المبررات القانونية ، والسوابق القضائية التي تدعمه ، وهذا ما نخرج عليه ثانيا من خلال " المبررات المؤيدة لهذا الإتجاه " .

أولا : خلفية الاتجاه المؤيد للتدويل .

لقد كرست جهود الفقه الغربي في سبيل تدويل عقود الدولة ، وذلك لما يتفق مع مصالح الدول الغربية ، إذ يذهب هذا الاتجاه من الفقه إلى ضرورة تدويل العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية وبالتالي تمنح صفة الشخص الدولي للمتعامل الأجنبي مع الدولة ، معترفة إذا بأنه يشكل شخصا من أشخاص القانون الدولي .

وهذه الأفكار ليست وليدة السنوات الأخيرة ، إنما ظهرت البوادر الأولى لمنح الصفة الدولية للمستثمر اثر علاقته الاستثمارية مع الدول المستقبلية لهذه الاستثمارات بفضل العديد من الفقهاء و على رأسهم الفقيه "سيلس G.Scelles " الذي قال في سنة 1943 أن : "كل شخص مهما كان نظامه القانوني بصفته مواطنا ، يخضع بصفة مباشرة للنظام القانوني الدولي و يحمى به . " ¹ .

كما أن الفقيه الأمريكي " Jessup " أطلق لأول مرة تعبير "قانون عبر الدول " Transnational law وذلك سنة 1956 محاولة منه للتخفيف من تشدد الموقف الرافض للتدويل ، فاتخذه أنصار التدويل كوسيلة للقول بأن العقود التي تبرمها الدول النامية مع الشركات الأجنبية ، وإن كانت لا تدخل في إطار القانون الدولي العام التقليدي الذي يحكم أساسا العلاقات فيما بين الدول ، تخضع لذلك القانون عبر الدولي ، الذي جعل منه ذريعة حتى تنفلت عقود الدولة من سلطان قانون الدولة المتعاقدة .²

و في نفس السنة 1956 ، ذكر الأستاذ "كافار Cavare " بأن "القانون الدولي باعتباره ينظم فقط العلاقات ما بين الدول فكرة لم تعد صالحة"³ .

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص ص 38 ، 39 .

² Verhoeven Joe :Op.cit , p p 27, 28.

³ « Regarder le droit international public comme réglementant exclusivement les relations entre Etats est une conception singulièrement dépassée aujourd'hui. »

و في عام 1957 خرج اللورد "ماك نار" MC Nair الذي كان القاضي البريطاني في قضية المملكة المتحدة ضد إيران أمام محكمة الدول الدولية بمقاله الذي يشير بأن الإسناد في مجال اتفاقات التنمية الدولية التي تبرمها دول العالم الثالث مع الشركات الكبرى الغربية ، يكون بالخضوع للمبادئ العامة للقانون المعترف بها في العالم المتمدين و ليس للنظام القانوني الوطني في الدول المتعاقدة .

و في نفس الوقت الصدد اعتبر الأستاذ فايل "P. Weil" أن : "بعض العقود التي يمكن وصفها باتفاقات التعاون الاقتصادي تنتمي بحسب خاصيتها إلى نظام قانوني لا يمكن أن يكون سوى النظام القانوني الدولي" ، كما دعا أيضا إلى إنشاء قانون دولي للعقود مشتملا على مجموعة قواعد القانون الدولي العام الخاصة بالعقود المبرمة بين دولة و شخص أجنبي¹.

وقد كانت كل الدوافع المبررة للتدويل تستتر وراء مصالح الدولة الغربية بما في ذلك شركاتها الأجنبية ، وقد كانت الأسانيد القانونية للمدعمة لفكرة التدويل تجعل الدول النامية تقف حائرة أمام تكذيب هذا الوضع القانوني الثابت والذي لم تجد السبيل لدحضه على اعتبار أنها ترفض التدويل التام لهذه العقود .

ثانيا : المبررات المؤيدة لهذا الإتجاه .

لقد قامت مختلف الآراء الفقهية على ثلاثة أسس هي :

- أن الدولة عندما تتعاقد مع مستثمر أجنبي إنما تبرم اتفاقا يجد أساسه القانوني و سند قوته الإلزامية في قاعدة من قواعد القانون الدولي العام ، ألا و هي مبدأ قدسية العقد Pacta sunt servanda الذي يعد قاعدة أساسية لكل نظام قانوني متمدين .

- إن القانون الداخلي للدولة المتعاقدة يتعين استبعاده كلية في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس وجود قاعدة إسناد خاصة قوامها اختيار سلبي يستبعد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة . و مما يؤكد هذا الاختيار السلبي وجود شروط تقضي

أنظر في ذلك : معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 39.

¹ معاشو عمار : المرجع السابق ، ص 39 .

بتثبيت العلاقة العقدية وحل المنازعات عن طريق التحكيم باعتبارها عناصر تعكس حسب نظرهم ، إرادة المتعاقد إقصاء الإسناد لقانون وطني.¹

- إن النظام القانوني الذي يحكم عقود الدولة مع أطراف خاصة أجنبية هو في نهاية الأمر عدد من المبادئ العامة للقانون المعترف بها في العالم المتمدين التي تستخلص من دراسة نظم القانون الخاص في أهم الدول المتمدنة .²

الفرع الثاني : إسهام الاتجاه المؤيد لدولية عقد الدولة في إسقاط مفهوم العقد

الدولي على عقد الدولة .

لما كان هذا الاتجاه قد رجح دولية هذه العقد ، كان علينا لزاما أن نحدد أولا ما هو المقصود بالعقد الدولي في هذا الصدد ، ومن ثم تحديد متى نكون أمام عقد دولي ثانيا . حيث أنه على إفتراض أن عقد الدولة ينتمي إلى طائفة العقود الدولية ، فإن الوقوف على معرفة حقيقة عقد الدولة بالمفهوم القانوني تدفعنا إلى محاولة تعريف العقد الدولي ، وكذا تحري المعايير التي تجعل من العقد يتصف بالصبغة الدولية .

و بما أن التأكد من إعتبار عقد الدولة عقدا دوليا في الأساس ، سيجعل الحلول والنتائج القانونية المؤثرة على العقد ونظامه القانوني تختلف و تتأرجح باختلاف طبيعة العقد ؛ فإذا كان العقد الداخلي البحت تحكمه القواعد الوطنية ولا تثار نهائيا مشكلة تنازع القوانين بشأنه ، فإن العقد الدولي بصفة عامة يمكنه التخلص من سلطة القواعد الآمرة في دولة ما بخضوعه للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره مبدأ قانونيا هاما في القانون الدولي الخاص ، فإن الأمر قد لا ينطبق عندما يتعلق بعقد دولة .³

ولذا سنتطرق أولا إلى "مفهوم العقد الدولي" ، والذي يجرنا طبعا إلى تحديد "معايير دولية العقد" ثانيا .

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 40 .

² وفاء مزيد فحوظ : المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 881 . وأنظر : معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 40 .

³ محمد وليد هاشم المصري : العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 20 ، سنة 2004 ، ص 159 .

أولاً: مفهوم العقد الدولي .

نعمد لبيان مفهوم العقد الدولي بالوقوف بدء عند مجالات هذا الأخير و مدى التداخل بينها و بين مجالات عقد الدولة ، ثم نتلو ذلك بمحاولة وضع تعريف للعقد الدولي ، فالنتائج المترتبة على اتصاف عقد الدولة بالوصف الدولي .

1- تداخل مجالات العقد الدولي و عقد الدولة .

يندرج ضمن مصطلح العقود الدولية طائفة من العقود تشترك في إنطوائها على الطابع الدولي منها : العقود الدولية التقليدية والتي يندرج ضمنها مثلا عقود الزواج والبيع والهبات والتأمين والنقل والعمل وعقود المعاملات العقارية ، وعقود القروض الدولية¹ ، وعقود التجارة الدولية Contrats du commerce international ، وعقود التنمية الصناعية والاقتصادية وعقود التراخيص الصناعية وعقود المساعدة الفنية وعقود تسليم المفتاح وعقود التعاون الصناعي وعقود المشاركة وعقود إمتياز البترول وعقود البحث وعقود الخدمات وعقود المقاولات العامة وعقود القروض الدولية وعقود البيوع الدولية وعقود الوكالة والوساطة التجارية الدولية والعقود الالكترونية الدولية وعقود الإيجار التمويلي .

ويعتبر العقد الدولي صورة للعقد المعروف في العلاقات الداخلية مع اختلاف واحد يعود إلى احتواء العقد الدولي على عنصر أجنبي.² ، ومن خلال هذا التصور يمكننا أن نعتبر القواعد القانونية المنظمة للعقد صالحة الانطباق على العقد الدولي .

2- محاولة تعريف العقد الدولي .

إن الفقه يكاد يجمع على صعوبة تحديد مفهوم العقد الدولي فيرى الأستاذ " Jean Christophe pommer " أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي بينما يؤكد الأستاذ " Lagard " أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة ذلك أنه من ناحية أولى يتعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على جميع أنواع العقود الدولية ، وأنه إذا استثنينا غموض التعريفات المقترحة فإن عموميتها لن تكون مفيدة لأن خصوصية بعض أنواع

¹ محمد حسين منصور: مرجع سابق ، ص12.

² محمد وليد هاشم المصري : مرجع سابق ، ص 157.

العقود الدولية قد يؤدي للتأثير على التعريف المقترح ومن ناحية أخرى فإن تحديد معيار جامد تتحدد به صفة الدولية في العقد يتعين أن يأخذ في الاعتبار تعدد وتعقد أشكال هذه العقود بالإضافة إلى أن ذلك قد يؤدي إلى عدم انطباق المعيار على عقد غير نمطي *Un contrat atypique* على الرغم من توافر صفة الدولية فيه.¹

3- نتائج اتصاف عقود الدولة بالصفة الدولية .

وباعتبار العقود الدولية تتصل بأكثر من نظام قانوني لاتصالها بدول مختلفة فإن الصفة الدولية لهذه العقود يترتب عليها نتائج قانونية هامة هي :

- تمتع العقد بالصفة الدولية يمنع من تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه مباشرة دون حاجة لقواعد الإسناد .

- إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص .²

وحيث أن إيجاد تعريف جامع مانع للعقد الدولي أضحي بالنسبة للفقهاء أمرا مستحيلا أمام تعقيد عناصره ، بيد أنه ليس بالأمر اليسير حيث أنه من الأمور التي اختلفت فيها الآراء ، واتسع فيها الجدل القانوني ، مما يجعل مسألة تحديد دولية عقد الدولة من عدمها صارت أكثر تعقيدا وترتبط ارتباطا مباشرا بالإجابة على التساؤل التالي ، ما هو معيار التمييز بين العقد الداخلي والعقد الدولي ؟

ثانيا : معايير دولية العقد .

إن المحاكم الوطنية لا يمكنها أن تسلم مطلقا لإرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون أجنبي لمجرد أنه يوفر لهم التسهيلات المختلفة التي قد لا يمنحها لهم القانون الوطني، على الرغم من غياب أي عنصر يمنح هذا العقد الصفة الدولية.³

لقد تعددت الآراء الفقهية والقضائية لتحديد صفة الدولية في العقد الدولي، وأفرزت هذه الآراء ثلاث اتجاهات رئيسية تتمثل في :

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص ص 32 ، 33 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص 76 .

³ Glavinis Panayotis: Le contrat international de construction , Paris ,France , 1993, p 410.

1- المعيار القانوني لتدويل العقد .

لقد تبنى الفقه التقليدي هذا المعيار و مضمونه هو إعتبار العقد دوليا لمجرد تدخل العنصر الأجنبي على العقد سواء من حيث الأطراف أو الموضوع ، محل الإبرام أو محل التنفيذ أو إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية¹ .

أي أنه بموجب هذا المعيار يعد العقد دوليا إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة² ، أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل، سواء كان ذلك العنصر شخصا كجنسية الأطراف المتعاقدة أو موضوعيا كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه³ .

وبمعنى آخر يعد العقد دوليا متى كان من شأنه تحريك بعض القواعد القانونية التي أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية بحيث تتعدى نطاق القانون الداخلي وترتبط بأنظمة قانونية أخرى⁴ .

وقد أشار مجلس قضاء باريس إلى أن العقد يعتبر دوليا إذا كان : " مرتبنا بقواعد قانونية لعدة دول."⁵

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 78.

و يجدر بنا التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المعيار في معرض تحديده متى تعتبر العلاقة دولية بالنسبة إلى العلاقة الداخلية ، بينما أخذ به المشرع التونسي و ذلك عن طريق المادة 02 من القانون 97/98 حيث جاء فيها :

« Est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants , à un ou plusieurs ordres juridiques que l'ordre juridique tunisien . »

أي أنه يمكن اعتبار العقد دوليا إذا توافرت فيه العناصر الواردة في هذه المادة أي يعتبر دوليا إذا كانت لأحد عناصره صلة على الأقل بنظام أو عدة أنظمة قانونية خارج النظام القانوني التونسي. أنظر في ذلك : عليوش قربوع كمال : القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار هوميه ، الجزائر ، 2007 ، ص 319.

² Chatillon Stéphane : Le contrat international , 3 ème édition , Vuibert , Paris , France , 2007 , p 10.

³ محمد وليد هاشم المصري : مرجع سابق ، ص 161.

⁴ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 32.

⁵ عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 321.

و ينجر الطابع الدولي للعقد من وجود عناصر أجنبية محضة ، كموطن أحد المتعاقدين ، جنسيته أو مكان تنفيذ العقد .¹

لكن هذا المعيار انتقد انتقادا لاذعا ، لأنه يتسم بالجمود ، ويعتبر العقد دوليا لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية ، بغض النظر عن ثقل هذا العنصر ، أو أهميته داخل الرابطة العقدية .

لذلك حاول الفقه الحديث من مؤيدي هذا المعيار تلافي هذا النقد عن طريق التفرقة بين العناصر المؤثرة في العقود والتي تكسبها الصفة الدولية ، وبين العناصر غير المؤثرة في مثل هذه العقود ، والتي لا تكسبها نفس الوصف .²

وهذا ما أدى إلى ظهور صورتين متباينتين لهذا المعيار القانوني الأولى تقليدية والثانية حديثة .

أ - المعيار القانوني التقليدي :

يذهب أنصار هذا المعيار إلى التسوية التامة بين كل العناصر القانونية للرابطة العقدية من حيث الثقل ، بحيث يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا ليضفي على العقد الصفة الدولية ، كأن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن تكون جنسياتهم مختلفة ، أو عنصر الموضوع عندما يكون مكان تنفيذ العقد يختلف عن دولة القاضي ، حتى يتصف العقد بالطابع الدولي .³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 78 .

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 79 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 79 . و أنظر : هشام خالد : ماهية العقد الدولي - دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوساكسونية - اللاتينية - العربية والاتفاقيات الدولية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص ص 98 ، 99 .

ومن ناحية أخرى نلاحظ أن العقد يستمد صفته الدولية في واقع الأمر من طبيعة العلاقة التي يحكمها ومع ذلك فإن دولية العلاقة قد أثار بعض الصعوبات ، ويمكننا أن نعتد على المعيار الذي أتى به القانون الموحد للبيع الدولي الذي وضع بموجب اتفاقية لاهاي سنة 1964 ، فالبيع الدولي وفقا لهذا المعيار لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين إذ قد يعد البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم العادية وبالإضافة إلى هذا المعيار الشخصي أضاف القانون الموحد أحد المعايير الموضوعية الثلاثة : =

ويميل الفقه التقليدي إلى التأكيد على أن العقد يكون دولياً عندما يتطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو واقعها المنشئة ، وعلى هذا يعد العقد دولياً إذا كان أطرافه أو أحدهما متمتعاً بجنسية أجنبية أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي الذي طرح عليه النزاع ، أو يكون المال محل التعاقد كائناً في دولة أجنبية ، أو كان العقد قد تم إبرامه أو تنفيذه في غير دولة القاضي .¹

ولكن هذا المعيار انتقد ، كونه معياراً آلياً جامداً، فهو غير كاف لوحده لتقرير الصفة الدولية للعقد ، فقد فقد يكون العنصر الأجنبي في العقد مجرد أمر عرضي ولا يمت بأي صلة بالعلاقات الدولية ، ليعطي الطابع الدولي للعلاقة التعاقدية ، فعلى سبيل المثال لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا المعيار ورفضت الاعتراف بالصفة الدولية لعقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين على أن يمثل أحدهما الآخر في كولومبيا .²

ب- المعيار القانوني الحديث :

على خلاف المعيار القانوني التقليدي فإن أنصار هذا المعيار يفرقون بين العناصر القانونية التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية للعقد ، وبين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية ، بحيث لا يعد - بناء على هذا المعيار - العقد دولياً لمجرد توافر العناصر المحايدة ، ولا تكفي لإصباح الطابع الدولي

= (أ) وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلاً لنقل من دولة إلى أخرى (بيع البضاعة في الطريق) أو ستكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل .

(ب) صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكون الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية إذ العبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول .

(ج) تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول ويعتبر البيع دولياً في هذا الفرض ولو لم يقتض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى .

ومن خلال ما تقدم يمكننا أن نصل إلى ماهية العقد الدولي فهو عقد يستمد هذه الصفة من طبيعة العلاقة التي يحكمها ويتخذ عادة شكل شروط عامة أو عقد نموذجي وبناء على ذلك فإن الشكل النموذجي للعقد وإن كان من خصائص العقد الدولي إلا أنه ليس من مستلزماته . أنظر في ذلك : محمود سمير الشرفاوي: العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع -، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص ص 16 ، 17 .

¹ هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2001 ، ص 74 .

² محمد وليد هاشم المصري : مرجع سابق ، ص 161 .

على هذا العقد ، بل يتعين على اكتساب الصفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر.¹

فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر محايد من عناصر العقد ، فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية على هذا العقد ، فلا يعقل أن يعتبر العقد دوليا مثلا لمجرد أنه حرر على أوراق صنعت في دولة أجنبية²!

ويشير الفقه في هذا الصدد إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد تعد عنصرا سلبيا ولا تعد عنصرا مؤثرا في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية على وجه العموم ، ومن ثمة فهي لا تصلح أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود .

ومن جهة أخرى فإن عنصر مكان إبرام العقد كثيرا ما يكون عنصرا محايدا لا يصلح كذلك لإضفاء الطابع الدولي على العقد ، خاصة فيما لو كان إبرام العقد في دولة أجنبية مثلا قد كان بمحض الصدفة ليس إلا .

وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد ، وكذا إختلاف موطن المتعاقدين حتى لو اتحدا جنسية ، يعتبر من العناصر الفاعلة التي تكفي لإضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات الدولية وعقود التجارة الدولية .

وبناء على هذا فإن عقد البيع الذي يبرم بين وطنيين يقيم أحدهما في الخارج يعد عقد دوليا في غالب الفروض ، حيث أن تسليم المبيع سيتم في دولة تختلف غالبا عن الدولة التي سيؤدى فيها الثمن لاختلاف محل إقامة الطرفين.³

ولعل مسألة تحديد دولية العقد من عدمها على هذا النحو هي مسألة نسبية تختلف باختلاف طبيعة الرابطة العقدية ، فإذا كانت جنسية المتعاقدين وإن كانت تعتبر عنصرا سلبيا غير مؤثر في عقود المعاملات المالية ، فهي تعد عنصرا حاسما في عقود الزواج حيث أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء الصفة الدولية عليه.⁴

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 80. و أنظر : هشام خالد : مرجع سابق ، ص ص 100 ، 101.

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 75.

³ هشام علي صادق : المرجع السابق ، ص ص 76 ، 77.

⁴ محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2000 ، ص 46.

ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية أن تحديد هذه الصفة يتم مروراً بمعيار "كيفي" هو العنصر الأجنبي المؤثر والفاعل في هذه الرابطة بغض النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تنطبق لها الرابطة .

وعلى ذلك فقد تتعدد العناصر الأجنبية في العقد إلا أنها تعجز عن إلحاق الوصف الدولي به، بينما قد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية بعنصر وحيد من عناصره ما دام أن هذا العنصر يعد فاعلاً أو مؤثراً ، فتكييف العقد لا يتم على أساس "عددي" بل وفق منهج "كيفي" يقوم على طبيعة ونوعية العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان عنصراً مؤثراً أو دون ذلك ، بغض النظر تماماً عن الكم العددي لعناصر العقد التي لحقتها هذه الصفة .¹

2 - المعيار الاقتصادي *

لقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية ، ومن ذلك إقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة و احد الأشخاص الأجنبية رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي ، وإقرارها بسلامة شرط الذهب وغيره من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا تضمنها عقد دولي ، على الرغم من بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلاناً مطلقاً لتعارضها مع النظام العام الداخلي .²

وقد ظهر هذا المعيار على أنقاض المعيار القانوني في أواخر العشرينيات من القرن الماضي ، ويعتبر العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا اتصل العقد بمصالح التجارة الدولية ، ولما كان مصطلح التجارة الدولية في حد ذاته غامضاً ، فقد تعددت صور هذا المعيار ، حيث كانت كل صورة تمثل حلاً يلبي حاجات اقتصادية معينة يشهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه هذا المعيار .³

¹ هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 79.

* يطلق الفقه على هذا المعيار كذلك تسمية "الاتجاه القضائي" ، أنظر في ذلك : محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 33

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 104. و أنظر :

Glavinis Panayotis : Op.cit , p 411 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص 81.

وقد تطورت أفكار هذا المعيار على النحو التالي :

أ- فكرة المد والجزر للبضائع عبر الحدود الدولية :

ولعل هذه الفكرة أول ما ظهرت على يد المحامي العام Matter وذلك بمناسبة قضية Plissier du Best والتي طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 17/05/1927 ، ولقد كان السؤال المطروح يدور حول مدى صحة شرط الثبات التعاقدى المتعلق بوسائل الدفع النقدي في العقود الدولية ، وقد كان هذا الشرط باطلا في فرنسا عقب صدور قانون 05/08/1914 ، وانتهت المحكمة إلى عدم سريان هذا البطلان على العقود الدولية إذا ما تضمنت هذا الشرط ، ولكن السؤال هو متى نكون بصدد عقد دولي حتى نتجنب القول ببطلان شروط الثبات النقدي ؟ فرأى الأستاذ Matter المحامي العام أن يكون العقد دوليا متى ترتب عليه تحركات للأموال عبر الحدود بمعنى أن ينشئ العقد عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود .وقد رأت المحكمة تبعا لرأي الأستاذ Matter بعدم سريان هذا البطلان على العقود الدولية .¹ حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية أن " العقد يعتبر دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية ، ولو كان خاليا من العنصر الأجنبي ، ويعتبر العقد داخليا إذا لم يترتب عليه مدفوعات دولية " .²

ب - العقد الذي يرتبط بعملية تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني .

طورت محكمة النقض الفرنسية فكرة الأستاذ Matter في حكمها الصادر بتاريخ 14/02/1934 فقررت أن يكون العقد دوليا إذا تعلق بعملية تتجاوز نطاق الاقتصاد

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص ص 33 ، 34. و أنظر :

Fontaine Marcel : La notion de contrat économique international , VII Journées d'études juridiques Jean Dabin , centre de Droit international , Le contrat économique international – Stabilité et évolution , les 22-23 novembre 1973 , p 09.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 80.

الوطني ، ولكن هذا المعيار لم يدم طويلا حيث رأت المحكمة ضرورة تفحص العملية في مجملها حتى يكون الحكم أكثر دقة على العقد .¹

ج - العقد الذي يراعي مصالح التجارة الدولية .

ومن خلال هذا المعيار يمكن أن نطلق على العقد وصف العقد الدولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية ، أي إذا انطوى العقد على رابطة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة معينة ، كأن يتضمن استيراد بضائع من الخارج ، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية ، وكل ما يترتب عليه حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود.²

و تختلف هذه الصورة من المعيار الاقتصادي عن الصورة السابقة ، كون معيار تعلق العقد بمصالح التجارة الخارجية يشترط أن يتعلق العقد بحركة للأموال والخدمات عبر الحدود حتى لو كانت في اتجاه واحد .³

وقد رأى البعض أن هذه الفكرة غير محددة المعالم ، كما يرون أنها تتبع من ذات فكرة الأستاذ Matter فتتحقق الدولية إذا أدى العقد إلى تحرك للأموال والخدمات أو مقابلها عبر الحدود ، ولكن هذه الفكرة أكثر اتساعا ، حيث تترك للقاضي تحديد ما إذا كان العقد يراعي مصالح ومقتضيات التجارة الدولية أم أنه يظل عقدا داخليا يقع تحت سيطرة قانون وطني محدد .⁴

ولعل المعيار الاقتصادي بهذا المفهوم سيفضي بالضرورة إلى المعيار القانوني بينما العكس غير صحيح ، فإذا مس العقد مصالح التجارة الدولية فهذا حتما يؤكد ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد ، ولكن ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد لا يستدعي بالضرورة أنه يمس مصالح التجارة الخارجية أو سيترتب عليه حركة الأموال أو البضائع ذهابا وإيابا .⁵

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 34.

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 105.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 80.

⁴ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 35.

⁵ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 18 ، 19 .

3- المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط):

يمزج هذا المعيار بين المعيارين السابقين ، القانوني والاقتصادي ، حيث أن المعيار القانوني ، يمكنه نظريا إثارة مشكلة تنازع القوانين ، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه لوحده لإسباغ الصفة الدولية على العقد ، فلا يكفي مثلا اختلاف جنسية المتعاقدين فحسب للاعتراف لهذا العقد بالصفة الدولية و إخضاعه لقانون أجنبي ، كما أنه من جهة أخرى قد لا يكون المعيار الاقتصادي كافيا أيضا لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد ، بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على الصعيد الدولي، فلا يمكن اعتبار شخص يتسوق في بلد أجنبي بأنه قد أبرم عقدا دوليا ، فهذا لا يحقق تماما مسألة التعلق بالاقتصاد الدولي ومصالح التجارة الدولية ، بينما لو أقدم هذا المتسوق على شراء كمية كبيرة من البضائع ليبيعهها في بلده ، أو لينقلها لبلد آخر فإن العقد هنا يعتبر دوليا لتحقيقه مصلحة التجارة الدولية .¹

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي في شأن إسباغ الصفة الدولية على العقد من خلال هذا المعيار المزدوج ، بالجمع بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ، وهذا ما نلمسه في حكم محكمة باريس في 19 / 11 / 1984 م ، وذلك بمناسبة نزاع على عقد وكالة تجارية أبرم بين شركتين سويديتين وفرنسي ليمثلهما في فرنسا ، وتم إبرام العقد في كل من السويد وفرنسا ، وقد اعتبرته المحكمة دوليا على أساس أن : إزدواج مكان إبرام العقد فرنسا والسويد ، وهنا يظهر المعيار القانوني .

ومن جهة أخرى أن العقد يخول الوكيل إبرام تصرفات باسم شركات أجنبية بقصد زيادة صادرات منتجات هذه الشركة وهنا يظهر المعيار الاقتصادي .²

وعن موقف القانون الجزائري فقد كان المشرع الجزائري يمزج بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، أي أنه كان يأخذ بالمعيار المختلط .

¹ محمد وليد هاشم المصري : مرجع سابق ، ص ص 165 - 167.

² مصطفى الحبشي : التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية - دراسة مقارنة - ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص 46.

حيث أن المزج بين المعيارين يؤدي إلى اعتبار أنه لكي يكون العقد دوليا يجب أن يكون موطن أحد الطرفين على الأقل موجودا بالخارج ، على هذا الأساس ، فإن العقد المبرم بين الأجانب بالجزائر حتى ولو كان من أجل التصدير لا يعتبر دوليا .

وقد جسدت هذه الفكرة القرار الصادر عن مجلس قضاء باريس حيث اعتبر عقد دوليا " العقد المبرم بين فرنسيين ، حيث كان أحدهما يقطن بكندا حيث أعطيت لهذا الأخير وكالة من أجل ضمان البيع في كندا والولايات المتحدة الأمريكية لأنابيب تم إنتاجها في فرنسا وبهذا تكون قد أدت إلى أعمال مصالح التجارة الدولية ."¹

و لئن كان المشرع الجزائري يأخذ بالمعيار المختلط فقد تراجع عنه ، وصار يتبنى المعيار الاقتصادي ، وذلك باستقراء نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² التي تنص على أنه : " يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل ."³

¹ عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 322.

² أنظر القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر العدد 21 مؤرخة في 2008/04/23 .

³ حيث أنه إذا عدنا إلى المرسوم التشريعي 09/93 نجد أنه أعطى تعريفا للتحكيم التجاري الدولي ، حيث جاء في المادة 458 مكرر أنه : " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج " أنظر في ذلك : المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر 27 لسنة 1993 ، والذي قد ألغاه القانون 09/08 السالف الذكر .

وما دام التحكيم التجاري الدولي يتعلق بالعقود الدولية فإنه من الممكن أن ينقل هذا التعريف للعقود الدولية .

لقد مزج هذا التعريف بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على : " يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية " والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص التي تنص على : " يطبق القانون الجديد :

- إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا .

- أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشاركة التحكيم .

وبهذا تكون المادة 458 مكرر قد أخذت بمعيارين : المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني . أنظر في ذلك : عليوش

قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 320.

المطلب الثالث

الدولية الجزئية لعقود الدولة

في محاولة التخفيف من شدة تطرف الاتجاهين السابقين ، ظهر مذهب ثالث على الرغم يحاول أن يقف موقفا وسطا بين الرأيين السابقين ، نحاول أن نستعرض مضمون هذا الرأي من خلال الفرع الأول ، على أن نحاول في معرض تقييمنا لهذا عرض الانتقاد الموجه لهذا الرأي في الفرع الثاني .

الفرع الأول : مضمون الرأي.

نظرا للانتقادات التي وجهت للرأي السابق فقد حاول مجموعة من الفقهاء أخذ موقف وسط معتبرين أن هذه العقود هي من نوع خاص ، فلا هي عقود دولية ولا هي عقود داخلية إدارية .

و قد سلك جانب من الفقه ذو الأغلبية الأنجلوساكسونية هذا الحل ، وقد تزعم هذا الاتجاه الأستاذ بازارشي " H.PAZARCI " ومجموعة أخرى من الفقهاء ، مضمون هذه الفكرة أن الأصل أن الإتفاقات بين الدول والأشخاص الأجنبية تخضع للقانون الداخلي للدولة ، ولكن بعض الإشتراطات تكون ضمن بنود العقد مثل إجراء التحكيم وبالتالي فإن هذه الإتفاقات توضع تحت حماية القانون الدولي .

وبالتالي يعترف فقهاء هذا الاتجاه بغياب الشخصية الدولية للمستثمر من جهة ، ويدعون إلى تطبيق القانون الدولي على هذه العقود من جهة أخرى ، وعليه فإن هذه العقود ليست عقود دولية بمعنى الكلمة ولكن عقودا شبه دولية ¹.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء التحكيمي ، فلعل الحكم الصادر في قضية الحكومة الإيرانية ضد الشركة الأنجلوإيرانية ، قد رفض إدعاء بريطانيا بأن هذا الاتفاق له بطبيعة مزدوجة فهو عقد إمتياز بين حكومة إيران والشركة البريطانية ، وكذلك له صفة المعاهدة بين الدولتين ، و قرر أن المحكمة لا يمكن لها أن تقبل بهذا الرأي ، حيث أن حكومة بريطانيا ليست ممثلة في العقد ، وبالتالي لا توجد ثمة رابطة عقدية

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 37.

بين الحكومتين ، وهو لا ينظم أي موضوعات عامة تتعلق بالدولتين ، ومن ثمة ليس في الإمكان إخضاعه للقانون الذي يحكم علاقتهما¹.

و في عام 1958 انضم إلى هذا الاتجاه الأستاذ النمساوي "فردروس " Verdross الذي أطلق على عقود الدولة مع أطراف خاصة أجنبية تعبير الاتفاقات شبه الدولية " agreements Quasi –international " إحياء لتعبير ألماني قديم كان يستخدم في مجال آخر مغاير.²

كما أن الحكم الذي ورد في قضية أرامكو "Aramco" قد اعترف بإمكانية تطبيق القانون السعودي ، على بعض جوانب العقد ، وهي مسائل ثانوية ، وفي هذا إشارة إلى عدم ملاءمته لحكم معاملات دولية ، حيث توصل المحكم في النهاية إلى تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي العام مبررا ذلك بأن القواعد القانونية المنظمة لعقود إمتياز البترول تعلق على القانون السعودي³.

وبالتالي فإن هذا الاتجاه يجعل عقود الدولة ، تقع في منطقة وسطى بين الاتفاقيات المبرمة بين الدول والعقود المبرمة بين الأشخاص ، فلا يمكن أن يطبق عليها القانون الدولي لكونها لا تتسم بالطابع الدولي الكلي ، لمجرد أن أحد أطرافها دولة ، كما أنها ليست عقودا داخلية بحتة حتى لا يثار بشأنها العنصر الأجنبي الذي يؤدي تطبيق القانون الوطني بصفة آلية .

الفرع الثاني : نقد الاتجاه .

لم يكن هذا الاتجاه محل ترحيب من غالب الفقه والقضاء الدوليين حيث أن من بين إيجابيات هذا الاتجاه أنه مستوحى من إرادة المتعاقدين (الدولة والشخص الأجنبي) و هو خاص بهما فقط ، إلا أن بعض العقود لا تخضع لقانون وطني ، ومع ذلك ليست محكومة بالقانون الدولي لأنها تشكل مجموعة ثالثة يميزها أنها تخضع لنظام قانوني ثالث ينشأ من إرادة الأطراف و يستمد قانونيته من المبدأ العام "العقد شريعة

¹ محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص ص 20 ، 21 .

² معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 40 .

³ محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص 52.

المتعاقدين" ، و عليه فان هذه العقود التي تشكل نظاما قانونيا ثالثا تحدد بذاتها حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة دون حاجة إلى نظام آخر .

وقد حاول الأستاذ لاليف "Lalive" وصف هذا القانون المقترح بقوله :

"إن القانون المقترح ما هو إلا نظام قانوني ثالث لا يزال في طور التكوين و أنه يقع في وسط الطريق بين القانون الدولي بالمعنى الضيق و القانون الداخلي ويستمد مضمونه جزئيا من القانون الداخلي و جزئيا من نصوص العقد نفسه و جزئيا ، أخيرا من المبادئ العامة ... و يضيف أن القانون المقترح يستجيب للتطور في العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية ، كما أن القانون المقترح من شأنه هدم التفرقة التقليدية بين النظام القانوني الداخلي و النظام القانوني الدولي و ذلك بإضافة نظام ثالث جديد".¹

المبحث الثالث

أطراف عقود الدولة

إن الكلام عن خصوصية عقود الدولة ، سيجعلنا أمام مشكلة تحديد أطراف هذه العقود ، و المقصود بها ، من ناحية الوصف التشخيصي الذي تحمله في نظام قانوني أو آخر ، و من ناحية المقصود بالدولة في هذه العلاقة التعاقدية ، وهذا ما سنحدده من خلال المطلب الأول "الدولة كطرف في عقود الدولة" ، و من جهة أخرى لا بد لنا من معرفة الطرف الثاني الذي سيؤثر وصفه و انتماؤه إلى نظام قانوني مخالفا تماما للنظام الذي تنتمي إليه الدولة على طبيعة هذه العقود ، وهذا ما سنعالجه في المطلب الثاني " تحديد المقصود بالشخص الأجنبي الطرف في العلاقة التعاقدية" .

¹ معاشو عمار : مرجع سابق ، ص 38.

المطلب الأول

الدولة كطرف في عقود الدولة

إن تحديد المقصود بالدولة ، في نطاق عقود الدولة ليس بالأمر اليسير ، إذ يتطلب هذا البحث في وصف الدولة المقصود في عقود الدولة وذلك من خلال الفرع الأول " تحديد المقصود بالدولة كطرف في العلاقة التعاقدية" ، ومن ثمة عندما نصل إلى أن نطاق الدولة يتجاوز المفهوم التقليدي للدولة والمعروف في فقه القانون الدولي إلى الأشخاص التابعة لها ، سنحاول استيضاح " معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة" في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تحديد المقصود بالدولة كطرف في العلاقة التعاقدية

لقد كان ولا يزال وصف الدولة من النقاط التي اختلف فيه الفقهاء ، وتباينت آراؤهم بشأن الوصف المطلوب في الدولة حتى يكون العقد عقد دولة ، فيظهر هنا أولا "تأرجح مفهوم الدولة بين القانون الدولي والقانون الداخلي"، في حين قد يكاد الفقه يجمع بشأن حل حول " المفهوم الموسع و المضيق للدولة كطرف " ثانيا.

أولا : تأرجح مفهوم الدولة بين القانون الدولي والقانون الداخلي .

قد لا يمثل تعريف الدولة مشكلة عندما يتعلق الأمر بتعريفها ذاتها ، بإعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الدولي العام ، و بديهي أن لكل شخص من أشخاص القانون الدولي أجهزته و تنظيماته الداخلية التي تتصرف و تعد الممثل الفعلي و الممارس القانوني لأهليته الدولية.¹

و لا يثير تحديد المقصود بالدولة باعتبارها طرفا في عقد الدولة أية صعوبة ، وذلك عندما تتولى فيه الدولة إبرام العقد بنفسها عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة أو رئيس

¹ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في إطار القانون الدولي

الخاص والقانون التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، مصر ، 1993 ، ص

الحكومة أو أحد الوزراء ، فالدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام مفهوم قانوني لا يحتاج إلى بيان.¹

و لئن كان البعض يخالف هذا المفهوم ويشير إلى أن مفهوم الدولة كطرف في التعاقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام ، ويرى استبعاد مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام ، وهو مجموعة من الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين وتخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة ، أما المفهوم الذي يرى الأخذ به فهو مفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر ، وهو دخول الدولة في علاقات خاصة كما لو كانت أحد الأشخاص الخاصة وعلى قدم المساواة مع شريكها الأجنبي وما يتبع ذلك من تنازل عن حصانتها.²

فالدولة هي شكل التنظيم السياسي للمجتمع وهي حاملة السلطة العليا في نفس الوقت وتتمتع بالأهلية القانونية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام ، بل إنها أهم أشخاص القانون الدولي على الإطلاق، حيث لولاها لما كان للقانون الدولي أي وجود.³ بيد أن الصعوبة تظهر عندما نرغب في تحديد هذه الأجهزة التي تتصرف في العلاقات الإقتصادية الدولية .

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 20 ، 21.

حيث أن الدولة في نظر فقهاء القانون الدولي العام هي حسب الأستاذ حامد سلطان نظام قانوني وسياسي ، ويمكن تعريفها بأنها جمع من الناس من الجنسين معا ، يعيش على سبيل الاستقرار على إقليم معين محدود ، ويدين بالولاء لسلطة حاكمة ، لها السيادة على الإقليم وعلى أفراد هذا الجمع ، بينما يعتبرها السعيد الدقاق : "تجمع بشري يقيم على درجة الدوام بنية الاستقرار فوق إقليم معين ، وتقوم بينهم سلطة سياسية تنظم العلاقات داخل هذا المجتمع كما تتولى تمثيله في مواجهة الآخرين"، أما الفقه الغربي فيركز على جانب الشخصية القانونية ولذلك فهو يبحث عن الأركان المشتركة توافرها لذلك فقط. أنظر في ذلك : بوسلطان محمد : مبادئ القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، وهران ، الجزائر ، 2002، ص 77.

² عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 126-129.

³ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 32. و أنظر :

و القاعدة العرفية السائدة أن لكل دولة أن تحدد الجهات التي تمثلها و تعقد إتفاقها و تكسبها الحقوق و تحملها بالإلتزامات في إطار من النظام القانوني الدولي ، ولقد كان هذا التحديد القانوني من مهمة القانون الدستوري و القوانين المكملة له .¹

ثانيا : المفهوم الموسع و المضيق للدولة كطرف .

عندما تكون الدولة ذاتها طرفا في العقد يمكن أن القول أن هذا العقد ضمن طائفة العقود التي تسمى "عقود الدولة " Contrat d'Etat " أو " State Contracts " ، بيد أن الإشكال يطرح عندما لا تتولى الدولة بنفسها إبرام العقد مع الطرف الأجنبي ، و إنما يتم إبرام العقد بواسطة إحدى الشركات أو المؤسسات العامة التابعة لها ، فهنا يطرح الإشكال عما إذا كانت الدولة طرفا في العقد أم لا ؟ وبعبارة أخرى هل يعد هذا العقد من قبيل عقود الدولة أم لا ؟²

لا سيما وأن الدولة كانت في الماضي تتولى بنفسها إبرام هذه العقود مع الشركات الأجنبية صاحبة الامتيازات ، لكن الدولة في بعض الأحيان قد لا تتدخل بشكل مباشر في لإبرام العقد ، و إنما تخول إحدى المؤسسات أو الشركات العامة التابعة لها والمنشأة لهذا الغرض، فقد أنشأت العديد من الدول المنتجة للبتروك شركات وطنية تتولى إبرام عقود البتروك على سبيل المثال مع الشركات الأجنبية ، منها الشركة الوطنية العراقية للنفط "ينوك " INOC " والشركة الوطنية الإيرانية للبتروك "NIOC" والشركة الجزائرية سوناطراك " SONATRACH " *والشركة الأندونيسية "برمينا" " PERMINA" ، وغيرها ...³

¹ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص 309.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 24.

* من أمثلة هذه العقود التي أبرمتها هذه الشركة أنظر مثلا : المرسوم التنفيذي رقم 269/96 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1417 الموافق 03 غشت سنة 1996 ، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 25 مايو سنة 1992 للبحث عن المحروقات واستغلالها في المساحة المسماة "غورد - يعقوب " الكتلة : 406 أ" المبرم بمدينة الجزائر في 13 ديسمبر سنة 1995 بين المؤسسة الوطنية " سوناطراك" من جهة ، وشركة " لاکومبانيا إسبانيولا دي بيتروليوس س- أ "سييسا " من جهة أخرى ، ج ر العدد 48 المؤرخة في 29 ربيع الأول عام 1417.

³ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 25.

و على ضوء هذا الطرح ما هو مفهوم الدولة المتعاقدة ؟ أو بعبارة أخرى ما المقصود بالدولة كطرف في العلاقة العقدية حتى يندرج ضمن المقصود بعقود الدولة ؟
يمكن أن نستخلص أن هنالك معيارين أو مفهومين للدولة المتعاقدة .

1- الاتجاه المضيق لعقود الدولة :

يقصر هذا الاتجاه عقود الدولة على العقود التي تقوم الدولة بنفسها بإبرامها من خلال من يمثلها ، فعقود الدولة هي تلك العقود التي تقوم بإبرامها الدولة مع طرف أجنبي ، أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى فإنها تعد عقودا من عقود التجارة الدولية التقليدية ، ولا تدخل في فئة عقود الدولة من خلال هذا الإتجاه .¹

وبالتالي فإن عقود الدولة هي مصطلح ينصرف إلى العقود التي تبرمها لدولة بنفسها عن طريق من يمثلها سواء كان رئيس الدولة، رئيس الوزراء أو احد الوزراء .
أما العقود التي يتم إبرامها من خلال شخص اعتباري عام ، فإن هذه العقود لا تعتبر عقود دولة بالمعنى الضيق بل مجرد عقود تجارة عادية .

وهذا المفهوم هو الذي لا يشمل إلا الدولة بمفهومها الضيق "L'Etat stricto sensu"
أما المفهوم الثاني والذي يعد أكثر إتباعا و هو الذي يلحق بالدولة بمفهومها السابق تقسيماتها السياسية و الإدارية و وحداتها الإقتصادية .²

وإن كان هذا الاتجاه مهجورا من قبل الفقه ، إلا أن الأخذ بالمعيار المضيق لتحديد نطاق عقود الدولة قد يكون له دوافع عملية وقانونية ، بغية تفادي ما قد يثيره تبني المعيار الموسع من مشاكل خاصة ، من بينها تحديد المعيار أو المعايير التي نعتمد عليها لمعرفة ما إذا كان الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي يعد جهازا تابعا للدولة ويعمل لحسابها على نحو يسمح بإدراج العقد الذي أبرمه في عقود الدولة .³

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 37، 38.

² صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص ص 311 ، 312.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 42.

2- الاتجاه الموسع لعقود الدولة :

لقد كان من بين الأفكار الحديثة التي ظهرت في النصف الثاني من القرن العشرين فكرة التعاون لأجل التنمية التي تأسست على مجموعة من الأفكار المتعلقة بالتضامن ووجوب المساواة في الفرص بين المجتمعات في الفكر الإقتصادي ، وقد ارتبطت هذه الفكرة بوجود المذهب التدخل " L'interventionisme " للدولة في الشؤون الاقتصادية والتجارية ، فسلكت الدولة عند تدخلها في المجالات الاقتصادية أحد السبيلين : إما أن تترك الدولة زمام المبادرة للقوى الاقتصادية الخاصة على أن تتخذ من التدابير والأساليب ما يكفل توجيهها إلى الاتجاه الذي يتفق وسياستها ، بمعنى أنها تترك التعاقد للقطاع الخاص ، ووفقا للقواعد المعروفة في علم الاقتصاد وقواعد السوق على أن تكتفي بإصدار القوانين واللوائح التي تنظم هذا الأسلوب .

ومن البديهي أن تدخل الدولة بإصدار القوانين المنظمة لنشاط القطاع الخاص سيكون تجسيدا لسلطاتها العامة أي باستخدام أساليب القانون العام .

وقد تجد الدولة أنه من الضروري أن تتدخل الدولة بنفسها للقيام بالنشاط الاقتصادي، إذا رأت ضرورة لذلك عندما يتعلق الأمر بتلك الأنشطة التي لا تضطلع بها إلا الدولة ، كأن تتعاقد الدولة بنفسها في مجال عقود إنشاء المطارات وتوليد الطاقة و الصناعات الحربية¹.

وعلى هذا الأساس فقد تدخل الدولة كطرف في عقد الدولة بصورة مباشرة ، و في هذه الحالة لا يشكل تحديدها أية صعوبة ، بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام ، وقد تدخل بصورة غير مباشرة من خلال إبرام الأشخاص العامة الاعتبارية مثل الوزارات أو الولايات أو البلديات أو الهيئات أو المؤسسات أو الشركات العامة عقودا ضمن الأنشطة الاقتصادية ، حيث بات تدخل الدولة في مجال الأنشطة الاقتصادية الدولية أمرا واضحا في الدول الاشتراكية و الدول النامية ، فضلا عن قيامها بمهامها التقليدية.

¹ السائحي سعاد : التحكم في العقود الدولية للإنشاءات ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2003 ، ص 92.

وهذا ما جعل من الخطأ حصر دراسة العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص التي تنتمي بجنسيتها أو بروابط إقتصادية أو سياسية معينة لدولة أخرى في نطاق تلك العقود التي تبرمها الأجهزة الدستورية المعتادة ، و التي تمثل الدولة في علاقتها السياسية و الإقتصادية الدولية .¹

إذ أن للدولة العديد من المؤسسات الأخرى التي تتبعها بصورة أو بأخرى من صور التبعية الإدارية أو الإقتصادية أو الرقابية مثل المؤسسات العامة Etablissements publics و المشروعات العامة و نصف العامة Semi- publics و هي كلها تجمع بين السمات العامة التي للدولة و ممثليها و السمات الخاصة التي لأشخاص القانون الخاص .

و هي أيضا تمارس أنشطة تقتضي أن تدخل في إبرام تعاقدات لصالح الدولة سواء تدخلت تلك الأخيرة بشكل مباشر أم لم تتدخل في إبرام الإتفاق .² كما أن الدولة قد تساهم في الحياة الإقتصادية من خلال تدخل بعض المؤسسات التي تكتسي سمات الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص ، والمعروفة بالمؤسسات ذات الطابع المختلط .³

¹ Verhoeven Joe : op.cit, p 04.

² من ذلك الإتفاق الذي عقد بين الهيئة المصرية (العربية) للتصنيع و شركة و يست لاند البريطانية بشأن نقل تكنولوجيا تصنيع الطائرات الهليكوبتر إلى مصر .

و كذلك إتفاق شركة pine sewing machine التابعة للحكومة اليابانية و شركة singer manufacturing company بشأن دخولهما في استثمار مشترك لتطوير تكنولوجيا صناعة نوع من الماكينات سنة 1954 ، وكذا فضلا عن الإتفاق المبرم بين شركة قطاع عام مصري و شركة كلورايد للبطاريات السائلة بشأن نقل تكنولوجيا صناعة البطاريات إلى مصر ، و غير ذلك كثير من الأمثلة لتلك العقود .

و بديهي أن تلك المشروعات تعمل تحت السيطرة من الدولة إلا أن ذلك لا يمنع من إستقلال الأولى عن الثانية من حيث الكيان القانوني و تمتعها بالشخصية المعنوية المستقلة. أنظر في ذلك : صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص ص ، 310 ، 311.

³ Philippe Malinvaud : Le cadre juridique des relations économiques , Librairies technique , Paris , France , p 79.

3- أسس تبني الاتجاه الموسع :

لقد أيد هذا الاتجاه الأستاذ Weil ، عندما طرح هذا السؤال منذ الأعمال الأولى التي انشغل بها الفقه حول عقود الدولة ، وذلك بمناسبة المحاضرة التي ألقاها الأستاذ Weil بأكاديمية القانون الدولي بلاهاي سنة 1969 حيث تبني مفهوم عقد الدولة بمعناه الواسع ، وأقصى كل عقد لا يكون أحد أطرافه دولة بهذا المفهوم ، مستبعدا العقود التي تبرمها المنظمات الدولية من جهة ، في حين أدرج الاتفاقات المبرمة من الهيئات نصف العامة ونصف الخاصة المتدخلة لحساب الدولة والتي تمتلك شخصية قانونية مستقلة ، و أدرج لأجل التوضيح كحالة نموذجية الهيئات المستقلة قانونا والتي تستوي مع الدولة المتعاقدة كالشركة الإيرانية (NIOC) التي تعد هيئة تجارية رأسمالها مقسم على شكل أسهم تضطلع وتتكفل وتتعهد بمهمة ويضفي عليه الطابع الغالب العمومي من خلال أن الأعضاء المسيرين لهذه الشركة هم معينين من السلطات العامة ، وهي تتعهد وتعمل لحساب الدولة الإيرانية ، ولم يتردد الأستاذ Weil في إضفاء صفة عقود الدولة على العقود التي تبرمها مثل هذه الشركات ، بيد أن الإجتهد القضائي كان مترددا نوعا ما في جعل عقود هذه الشركات تندرج ضمن مصطلح عقود الدولة.¹

وبالرغم من أن هناك خلافا حول معيار تحديد الدولة الطرف في عقود الدولة ، إلا أننا ننتبين ترجيحا واضحا لصالح المعيار الموسع للدولة حيث يقول الأستاذ Verhoven "إن المعيار في اعتبار عقد ما من عقود الدولة هو ما إذا كان للدولة أو إحدى مؤسساتها أثر في التعاقد من عدمه"²

ويستند بعض الفقهاء في معرض تأييدهم لهذا الاتجاه إلى اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول

¹ **Maurice Kamto** : La notion de contrat d'Etat :une contribution au débat ، Revue de l' arbitrage ، les Etats dans le contentieux économique international ، Paris ،24 janvier 2003 ، comité français de l'arbitrage ، 2003 ،N° 3،éditions LITEC ، pp 722 ،723.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 233.

الأخرى والتي تم التوقيع عليها في واشنطن عام 1965* فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 25 من هذه الإتفاقية على أن :-" يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديدتها للمركز..."¹

فكما هو واضح من النص فإن المركز لا يختص فقط بنظر المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أحد أطرافها ، بل يمتد اختصاصه ليشمل أيضا المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز .² كما ذهب إلى نفس الإتجاه الأستاذ Lalive الذي ساوى بين العقود التي تبرمها الدولة مع تلك التي تبرمها المؤسسات العمومية* ، وذلك بعد أن عرف الدولة كشخص قانوني

* بعد إبرام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، دعت الدول الغربية بعد أن انضمت غالبية دول العالم الثالث إليها ، أرادت الدول الغربية وشركاتها أن توكل مهمة الدعوة إلى عقد اتفاقية دولية إلى البنك الدولي للإنشاء والتعمير ، وينصب موضوع هذه الاتفاقية على عقود الدولة والقانون الواجب التطبيق عليها ، فتم إبرام اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في رحاب البنك المذكور، والتي لم تدخل حيز النفاذ إلا في شهر أكتوبر سنة 1966.و أنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "C.I.R.D.I".أنظر في ذلك : الروبي محمد : مرجع سابق ، ص ص 199 ، 200.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 27 و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 39. يقول النص باللغة الفرنسية :

« la compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant ou telle collective publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre ... »

أنظر : الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 19 شعبان عام 1415 الموافق 21 يناير سنة 1995، يتضمن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية، العدد 7، 15 فبراير سنة 1995، ص 07. وعن نص الاتفاقية راجع المرسوم الرئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 06 جمادى الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر عدد 66 ، سنة 1995، ص 24 وما يليها .

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 27.

* أنظر كل من : القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر العدد 02 الموافق 13 يناير 1988.=

من أشخاص القانون الدولي حيث نجد الشركاء المعتادين على هذا المستوى هم بقية أشخاص المجتمع الدولي : الدول و المنظمات الدولية التي ترتبط بمفهوم مؤسسات الدولة أو المؤسسات العمومية التي تعرف بالمعنى الاقتصادي أكثر من المعنى القانوني و الأمر يتعلق بها في الواقع العملي لأن الكثير من الدول تبسط و تمارس عموما أنشطتها الاقتصادية الدولية تحت غطاء هيئات على الأقل مستقلة تخضع أحيانا للقانون العام وأحيانا أخرى للقانون الخاص.¹

و الحقيقة أن إنشاء هذه الفروع و الهيئات و الشركات الوطنية التي تتميز بالقدرات الاقتصادية الضخمة قد يكون أمرا مفيدا للدولة إذ أن تخصصها و قوتها الاقتصادية قد تسمح لها بتطوير الذاتي للتكنولوجيا الوطنية ، أو بتطوير تلك الأخيرة بإبرام العقود الدولية التي تتضمن نقلا للتكنولوجيا و هي أثناء ذلك تتيح الفرصة للإطارات الوطنية للمشاركة في أعمال البحث و التطوير و تكوين الإطارات المتخصصة و توفر لها القدرة الاقتصادية المركزة فيها إمكانية أفضل للتفاوض بشأن مختلف صور العقود التي

= و القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية ، الجريدة الرسمية العدد 02 الموافق 13 يناير 1988.

و الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 30 ربيع الثاني عام 1416 الموافق لـ 25 سبتمبر 1995 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة ، ج ر العدد 55 ، 02 جمادى الأولى عام 1416 هـ ، إن المادة 28 من هذا الأمر تلغي القانون 01/88 باستثناء البابين الثالث والرابع والقانون 03/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بصناديق المساهمة ، ج ر 02 لسنة 1988 ، والقانون 04/88 غير أن الأمر 04/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها ، ج ر العدد 47 الموافق لـ 22 غشت 2001 ، قد ألغى الأمر رقم 25/95 وذلك بالمادة 42 فقرة 02. المتمم بموجب الأمر 01/08 مؤرخ في 21 صفر عام 1429 الموافق 28 فبراير 2008 يتم الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها ، ج ر العدد 11 مؤرخة في 02 مارس 2008.

إذ تنص المادة الثانية منه على أن : " المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام ."

¹ Maurice Kamto :Op.cit , p 723.

تبرم لتحقيق التنمية التكنولوجية في القطاع الإقتصادي الذي تعمل في نطاقه و بجانب ذلك التدخل من الشركات العامة و الدولة كل على حدة نجد أن هنالك إشتراكا بين الدولة و مشروعاتها في التعاقد بصورة ما أو أخرى¹.

كما أن الأستاذ Verhoeven اعتبر عقود الأجهزة التابعة للدولة عقود الدولة ، تأسيسا على أن هذه الأجهزة منشأة و معينة من قبل الدولة ذاتها لتحل محلها في العلاقات الاقتصادية الدولية ، خاصة و أن تلك الأجهزة تخضع لسيطرة محكمة من قبل الدولة التابعة لها .ومما يدعم رأيه أن العديد من عقود تلك الأجهزة مع المتعاقد الأجنبي تخضع لموافقة أو تصديق السلطات التنفيذية أو التشريعية في تلك الدولة مما يدعو إلى التقارب بين عقود الدولة بالمعنى الضيق والعقود التي تبرمها الأجهزة التابعة للدولة.²

ولعل ما يدعم هذا الاتجاه ما آل إليه قضاء التحكيم في قضية Sapphire Petroleum Ltd والشركة الإيرانية للبترول NIOC ، إذ اعتبر المحكم Cavin أن العقد المبرم بين الشركة الكندية والشركة الإيرانية باعتبارها جهازا حكوميا يتعاقد باسم دولة إيران عقدا يختلف عن العقود الدولية العادية ، وانتهى المحكم إلى اعتبار العقد محل النزاع عقدا يختلف اختلافا جوهريا عن العقود التجارية العادية التي تحكمها القواعد التقليدية.³

¹ من ذلك أنها قد تتدخل لضمان إحدى مؤسساتها الوطنية في تعاقد تبرمه الأخيرة مع الشركة الأجنبية مثل تدخل الحكومة المصرية ممثلة في وزير السياحة لضمان شركة "إيجوث" في تعاقدتها مع شركة جنوب الباسفيك بشأن إنشاء الشركة المصرية للتنمية السياحية و قد أوكلت الدولة أحد مشروعاتها المتخصصة في تنفيذ جزء من سياستها الوطنية عملا على ضمان تنفيذها على نحو أفضل تحقيقا للمصلحة العامة بحيث يكون هذا المشروع مجرد أداة Instrument للدولة تقوم على تنفيذ سياساتها الإقتصادية و التكنولوجية لصالح مرفق عام .أنظر في ذلك : صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص ص 312 ، 313.

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 234. و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 39.

³ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 234 ومحمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص 60. وكذا أنظر : حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 40-41. و سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 29. إذ يذكر الحكم :

« Le présent contrat diffère profondément des contrats commerciaux usuels ...tout d'abord il lie d'une part une société nationale ; soit une corporation dont le statut=

الفرع الثاني : معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة .

إن أعمال هذا الاتجاه الفقهي السائد بالنسبة لتحديد مفهوم الدولة المتعاقدة الطرف في عقود الدولة يمكن أن نعد العقود التي تكون المؤسسات العامة والهيئات التابعة للدولة من قبيل عقود الدولة .¹

و قد أثار تدخل الدولة بصورة غير مباشرة في إبرام العقود الاقتصادية الدولية العديد من المشاكل ، و اختلفت المعايير التي بمقتضاها يمكن تحديد مدى تبعية الأشخاص العامة للدولة من عدمه .

حيث يؤكد الأستاذ Verhoven على أن الفصل في مسألة وجود جهاز تابع للدولة من عدمه مسألة يتم الفصل فيها لكل حالة على حدى إذ أن الأشكال التي تأخذها هذه الأجهزة من الناحية القانونية تتنوع وتتباين بشكل كبير .²

وحيث أن إمكانية إعتبار الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها كطرف في عقود الدولة ، اتجاه لا يمكن تبنيه على إطلاقه فلا بد من تحديد ما المقصود بتلك الأجهزة ، وذلك من خلال تحديد معيار تبعيتها للدولة.

وانطلاقاً من هذه الضرورة تم اقتراح عدة معايير تقليدية لتوضيح الأجهزة المقصودة والقادرة على التعاقد باسم الدولة أو لصالحها (أولاً)، وعندما عجزت هذه المعايير تم الإعتماد على معيار حديث مركب الذي يقوم على تظافر عدة عناصر تدل على تبعية تلك الأجهزة دون الإرتكاز على عنصر معين لمفرده (ثانياً) .

أولاً : المعايير التقليدية المقترحة لتحديد تبعية الأجهزة للدولة .

1- معيار تمتع الجهاز أو المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة :

يعتمد هذا المعيار أساساً على التفرقة بين ما إذا كان المشروع العام يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة أم لا ، فإذا كان المشروع العام يتمتع بشخصية قانونية

=dominant est celui d'une corporation publique ,d'autre part une société commerciale étrangère , régie par un statut civil étranger. »

أنظر في ذلك : سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 29.

¹ سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق ، ص 27.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ،

مرجع سابق ، ص 40.

مستقلة عن الدولة فإنه لا يتمتع بالحصانة القضائية و يخضع بالتالي لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية ، أما إذا كان المشروع لا يتمتع بالشخصية القانونية و يعد مندمجا في شخص الدولة فإنه يتمتع بالحصانة القضائية ولا يخضع لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية ، فأساس التمتع بالحصانة القضائية يرتكز وفقا لهذا المعيار الشخصي على وجود أو انتفاء الشخصية القانونية المستقلة للمشروع العام .¹

ويعتمد هذا المعيار الذي يسميه البعض المعيار القانوني ، على التوقيع المادي على العقد ، والاستقلالية الظاهرية للمؤسسة الموقعة على العقد ، لكن ما يعاب على هذا المعيار هو إستبعاد أطراف أخرى لها دور فعال في تكوين العقد دون أن يوقعوا ماديا عليه ، كاستبعاد الشركة الأم بالنسبة للشركة التابعة لها والموقعة على العقد ، و استبعاد الدولة كشخص معنوي مسؤول عن المؤسسات الإدارية التابعة لها .²

وقد عبر عن هذا الاتجاه قضاء المحكمة العليا الألمانية في 07 جويلية 1955 حيث قضى "إن مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى يعد انتهاكا لسيادتها ، إلا أن مثل ذلك النظر يجب التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن أيضا على الصعيد القانوني" .³

وقد كان أهم انتقاد وجه لهذا المعيار أنه معيار تحكيمي ، إذ أن إضفاء الشخصية القانونية على جهاز ما من عدمه ، يعد مجرد قرار إداري ليس له دلالة سياسية ، ولا يؤثر على تمتع مشروع ما بالحصانة القضائية .

حيث أن منح الشخصية المعنوية القانونية المستقلة ما هو إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها بأفضل وجه ممكن ، ولا علاقة له بمنح أو عدم منح الحصانة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام .⁴

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 43.

² فراحتية كمال : عقد المقابلة الدولي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2005 ، ص 07.

³ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 44 ، 45.

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 236.

كما أن الدولة قد تحاول التحلل من التزامات دولية معينة و ذلك عن طريق أجهزتها العامة والتي لا يتضح من قريب أو بعيد أنها أجهزة تابعة للدولة مما يجعل المتعاقد مع الدولة يتضرر كونه لا يستطيع إثبات تبعية هذا الجهاز المتسبب في الضرر مما ينعكس سلبا على العلاقة بين الجهاز العام ودولة المتعاقد الأجنبي ، فيؤثر بالسلب على الصعيد الدولي ، فالقرارات الإدارية التي تتخذها الدولة لا ينبغي أن تلحق ضررا برعايا الدول الأخرى لتتأفي ذلك مع قواعد القانون الدولي المتعلقة بالحق الأدنى لمعاملة الأجانب .¹ وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعدل عن هذا المعيار ، ويمنح الحصانة القضائية لمشروعات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة ويحرم منها مشروعات و أجهزة أخرى تتبع الدولة تبعية مطلقة وتعد مجرد انبثاق عنها ولا تتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عنها .²

2- معيار المرفق العام :

وينطلق هذا المعيار من مسلمة مؤداها : كلما اعتبر مشروع مرفقا عاما ، كلما تمتع بالحصانة القضائية وذلك بصرف النظر عن تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة ، وتمتد تلك الحصانة للتصرفات التي يقوم أي مشروع بإجرائها لصالح مرفق عام من مرافق الدولة .³

ولعل حكم محكمة استئناف انجلترا عام 1965 في القضية المعروفة باسم Baccus S.R.L ضد Servicio Nacional de Trigo أفضل تعبير عن هذا الإتجاه .

حيث أن Servicio Nacional de Trigo مشروع عام أنشأته الدولة الاسبانية ومنحته شخصية قانونية مستقلة لأجل القيام باستيراد في مجال الحبوب لصالح الحكومة الاسبانية وتحت توجيهات وزير الصناعة الاسباني ، قد أبرم عام 1952 عقدين مع إحدى الشركات الإيطالية التجارية ، لتقوم هذه الأخيرة برفع دعوى تعويض ضد المشروع الاسباني أمام المحاكم الإنجليزية بسبب إنهاء العقد من قبل المشروع

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 44.

² حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 46.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 236.

الاسباني، فتمسك هذا الأخير بالحصانة القضائية مستندا على أنه يعد مرفقا من مرافق الدولة، فقدرت المحكمة أن الحكم يتوقف على معرفة ما إذا كان Servicio Nacional de Trigo يعد فعلا من مرافق الدولة ، أو أن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عنها لا يسمح له بالتمتع بهذا الوصف ، فقدرت المحكمة استنادا على تأكيد سفير اسبانيا بأن Servicio Nacional de Trigo يعد مرفقا من مرافق الدولة وهو ما جعلها تعترف له بالحصانة القضائية على الرغم من تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة .¹

ولعل أعمال هذا المعيار شأنه شأن بقية المعايير يتأثر عند تطبيقه بالاعتبارات السياسية التي تتغلب على الاعتبارات القانونية ، وهذا ما سيجعل من الأحكام القضائية الصادرة في مجال الحصانة القضائية أحكاما تتسم بعدم الموضوعية و التحكم .² ذلك أن قضاء مثل قضاء محكمة النقض الفرنسية عامل جهتين مختلفتين " الشركة الوطنية الإيرانية للغاز و الوكالة الكويتية للأنباء " مارستا التصرف المتنازع عليه لصالح مرفق عام على نحو مغاير ، حيث قضت مرة بمنح الحصانة القضائية للشركة الإيرانية بينما حرمت الوكالة الكويتية منها وكان وراء هذا التناقض اعتبارات سياسية محضة .³

3- معيار الغاية " الهدف " :

لا ينظر إلى فكرة تمتع الجهاز بالشخصية القانونية المستقلة ولا على أساس إندماجه في الدولة على اعتبار أنه مرفق من مرافقها و إنما يعد الجهاز تابعا للدولة كلما كانت غايته خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة .⁴

فالمشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إذا لم يكن يخدم المصالح الأساسية للدولة . ومن تطبيقات هذا المعيار حكم القضاء الأمريكي في قضية الشركة الإيرانية الإنجليزية للبتترول وتتلخص وقائع القضية في مخالفة هذه الشركة لقوانين الاحتكار في الولايات

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 46 ، 47 .

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 46 .

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 237 و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 51 .

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 237 .

المتحدة الأمريكية ، حيث تمسكت الشركة بالحصانة و أبرزت الحكومة الانجليزية أن الشركة قد أسست لأجل إمداد البحرية الأمريكية بالبتروول والمنتجات الأخرى ، ذلك أن المحكمة اعترفت للشركة بالحصانة القضائية على الرغم من أن الدولة البريطانية لها فقط نصف رأس المال فيها ، مؤسسة في ذلك المحكمة حكمها على الغاية التي تسعى لتحقيق وهي المصلحة العامة المتمثلة في تأمين إمداد القوة البحرية ، وهو ما قدرت المحكمة أنه يشكل وظيفة أساسية للدولة .¹

إلا أن الدكتور فؤاد رياض يشير إلى أنه من المثير للإنتباه أن تتمكن شركة أجنبية تملك دولة نصيب الأقلية فيها من أن تحصل على الحصانة القضائية لتلك الدولة .²

4- المعيار الاقتصادي :

وفقا للمعيار الاقتصادي فإن مجرد تمتع الهيئات والمؤسسات العمومية بالشخصية القانونية يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على الصعيد القانوني ، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد وقعت عليه تسهر على تنفيذ سياسات محددة سلفا من قبل الدولة التي تنتمي إليها ، مما يتعين القول معه أنه وعلى الرغم من الاستقلال الظاهر إلا أن التبعية الفعلية ظاهرة وتتجلى في خضوع تلك المؤسسات لأن تمارس الدولة تجاهها حق الإشراف والتوجيه والرقابة .³

وهو بذلك يأخذ بعين الاعتبار الآثار الاقتصادية ومدى ارتباطها بالنسبة لكل الأشخاص المساهمين في الأعمال المتعلقة بتكوين العقد أو بتنفيذه ، و إن غاب توقيعهم المادي على العقد مما يضيف عليهم صفة الطرف في التعاقد رغم أنهم يمارسون دورهم بشكل خفي في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ و بالاستعانة بالأطراف الموقعة والمتمتعة بالشخصية القانونية .⁴

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 51 ، 52 .

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 237 و حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 51 ، 52 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 20 .

⁴ فراحتية كمال : مرجع سابق ، ص 08 .

حيث أن هذه المؤسسات تمثل المصالح العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، على نحو تبدو فيه هذه المؤسسة رغم كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة ، بمقتضاها تمارس هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارته أو بالأعمال التي تقوم بها ، حيث أنه في مثل هذه الحالات من العسير فصلها عن الدولة .

والواقع أن هناك اتجاها متناميا في أحكام التحكيم لا يتوقف تحديده لمفهوم الطرف في العقود المبرمة بواسطة إحدى المؤسسات العمومية المستقلة على مسألة التوقيع على العقد فحسب، وإنما يبحث أيضا في الخلفية الاقتصادية التي ينشئها العقد بغرض الوصول إلى أن الدولة التي تعمل المؤسسة العامة في إطارها تعد طرفا في هذه العقود، بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط بين الدولة والمؤسسة العامة رغم الاستقلال القانوني الظاهري الذي تتمتع به هذه الأخيرة.¹

5- معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز :

فإن تصرف الجهاز باسمه ولصالحه لا يعد تابعا ، بينما إذا لم يتصرف باسمه ولا لحسابه فيعد تابعا.²

ولقد برز هذا المعيار في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 03 نوفمبر 1952 وهو الحكم الشهير في قضية الأزواج مارتن ضد البنك الاسباني .

وتتلخص وقائع القضية في أن الجنرال فرانكو أصدر قرارا بمصادرة النقود الاسبانية القادمة من الخارج ولا سيما فرنسا ومبادلتها مقابل أوراق جديدة صالحة للتعامل بها في إسبانيا ، فقام الزوجان مارتن بإيداع أوراقهم المالية الاسبانية في مكتب الجمارك الاسباني وطالبا البنك الاسباني بمنحهم الأوراق الجديدة مقابل أوراقهم القديمة ، فلم يستجب لهما البنك ، فخاصموا البنك أمام المحاكم الفرنسية ، مما أدى إلى صدور قرار محكمة النقض الفرنسية الذي قرر أنه وعلى الرغم من أن البنك الاسباني يتمتع بشخصية قانونية مستقلة وبالتالي لا يمكنه التمسك بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة باسمه ولصالحه ، وبعد إصدار الحكومة الاسبانية لتلك التعليمات

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 20 ، 21.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 237.

المتعلقة باستبدال الأوراق المالية، فإن البنك يعد مجرد ممثل للدولة الإسبانية ينفذ عمل من أعمال السلطة العامة، ولا يخضع بهذا الشكل لإختصاص المحاكم الفرنسية¹.

ثانيا : المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة.

بعد عجز حقيقي للمعايير المقترحة في مجال الحصانة القضائية عن تحديد ما هي الأجهزة التابعة للدولة، وعدم ملاءمتها لواقع الحال، فإن هذا أدى إلى ظهور معايير جديدة ومتطورة مقارنة بالمعايير التقليدية، وتقوم على المزج بين عدة معايير على نحو تدريجي بحيث تعطي الأولوية لمعيار ما ليحتل الصدارة، دون أن يكفي بذاته، و الذي يكون مع المعايير المصاحبة له وحدة متجانسة².

وفي معرض الكلام عن هذه المعايير لا بد أن تستعرضين حكيمين قضائيين قد كرسا هذه المعايير المركبة، نبدأ بحكم محكمة استئناف Rouen :

حكم محكمة استئناف Rouen في 13 نوفمبر 1984 في معرض نزاع ثار بين شركة أوروبية "فرنسية" ودولة يوغسلافيا عند تنفيذ عقد من عقود نقل التكنولوجيا "عقد تسليم مفتاح"³.

تتلخص وقائع النزاع حول تنفيذ عقد لإنشاء خط سكة حديد في يوغسلافيا، و إمداده بالتجهيزات اللازمة للتشغيل من قبل الشركة الأوروبية، حيث اشتمل العقد على شرط نقدي لتفادي تقلبات العملة، كما اشتمل على شرط تحكيم⁴.

¹ **حفيظة السيد الحداد :** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، مرجع سابق، ص ص 52، 53. وفي هذا الحكم قررت محكمة النقض الفرنسية :

«... L'arrêt déclare que la banque, en la circonstance, n'a été qu'un agent de l'Etat espagnol, accomplissant dans la plénitude de ses pouvoirs un acte de la puissance publique. que des lors les actes critique, même abstraction fait de principe de l'immunité de juridiction, constituaient des actes d'autorité échappant à tout juridictionnel Français. »

أنظر : عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق، ص 177.

² **وفاء مزيد فلحوط :** مرجع سابق، ص ص 237، 238.

³ **وفاء مزيد فلحوط :** مرجع سابق، ص 238 وأنظر : **حفيظة السيد الحداد :** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، مرجع سابق، ص 57.

⁴ **حفيظة السيد الحداد :** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، مرجع سابق، ص 57.

وقد قامت الشركة الأوروبية بتنفيذ التزامها ، إلا أن الحكومة اليوغسلافية توقفت عن الدفع بعد الحرب العالمية الثانية ، و نتيجة التفاوض بين فرنسا و يوغسلافيا دفعت الأخيرة مبلغا معيناً من جديد ، إلا أن الشركة الفرنسية الموردة لجأت إلى قضاء التحكيم "استناداً إلى شرط التحكيم " باعتبار أن المبلغ المتفق عليه بين الدولتين ليس هو المتفق عليه عقدياً .¹

و ما يهمننا من دفوع الطرفين هي تلك الدفوع المتعلقة بالحصانة القضائية والتي أثارها الحكومة اليوغسلافية بغية الوصول إلى أن العقد المبرم بينها وبين شركة S.E.E.E هو عمل من أعمال السلطة العامة ، وإن احتواءه شرط التحكيم لا يفسر بأنه تنازل من الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية خاصة وأن الحكومة الاشتراكية ليوغسلافيا قد رفضت إقرار الشرط أصلاً.

و لما نظرت محكمة استئناف Rouen في ذلك الدفع ، قررت أنه يتعين لتقرير الحصانة و بالتالي تبعية الجهاز للدولة إعتقاد عدة معايير تتمثل في البحث في طبيعة العقد ، و تحليل شكله ، و تحديد أثر وجود شرط التحكيم فيه .²
ولما قامت المحكمة بتحليله وجدت أن :

- غرض إنشاء خط سكك الحديد ينحصر أساساً في الوفاء باحتياجات نقل الأشخاص ، فهو من هذه الزاوية نشاط خاص ، أما الاستخدام العرضي للخط لأغراض الدفاع الوطني لا يمكنه أن يغير من طبيعة العقد.

- الشكل الذي أفرغ فيه العقد لا يشير بأنه تصرف من تصرفات السلطة العامة ، إذ أنه لا يتضمن أي شرط تعسفي من الشروط غير المعتادة .

- إحتواء العقد شرطاً للتحكيم يفيد بأن إرادة الحكومة اليوغسلافية قد اتجهت لأن تعامل معاملة الأشخاص العادية .³

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 238.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 59.

³ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 239.

و بالتالي و إسنادا إلى الضوابط المتعددة السابقة فإنه لا يمكن اعتبار الدولة " يوغسلافيا " أو أحد أجهزتها التابعة هي التي أبرمت العقد إنما تصرفت كشخص عادي ليس له التمسك بالحصانة القضائية.¹

وبالنتيجة يمكن القول بأن المعيار الحديث ، و القائم على مزج عدة دلائل "قرائن" على تابعة جهاز ما أو مشروع لدولة يكتب له النجاح أكثر من غيره ، لأنه يعد من الخطر على مستقبل العلاقات الدولية اعتبار جهاز ما "شركة مثلا" تابعا لدولة ، لمجرد قيام معيار وحيد "أو قرينة ضعيفة" على تلك التابعة ، مما قد يعرضه لخطر الحجز على أمواله لسداد ديون مترتبة على تلك الدولة . وهذا ما يحتم توخي مزيدا من الدقة الموضوعية عند تطبيق معيار تبعية جهاز ما إلى الدولة ، إذ إن العيب لا يلحق بالمبدأ "التبعية" إنما بكيفية تطبيقه.²

أما الحكم الثاني فهو حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 جويلية 1987:
تتلخص وقائع القضية في أن :

أصدر المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار حكما بإلزام الحكومة الشعبية للكونغو بدفع 6.463.583 فرنك إلى الشركة الإيطالية Benvenuti ولما تأخرت حكومة الكونغو في الوفاء حجزت الشركة على أموال حكومة الكونغو والبنك التجاري للكونغو B.C.C لدى بنك Crédit Lyonnais والذي كان حساب البنك التجاري للكونغو لديه حسابا دائنا ، وعند عرض النزاع على محكمة الاستئناف ألغت الحكم مما جعل الشركة تطعن بالنقض مستندة على أن قضاء محكمة الاستئناف يفتقر للأساس السليم حيث أن الأجهزة الأجنبية حتى تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة التي تتبعها لا بد أن تعامل معاملة الدولة ، وأنه يكفي أن تكون حق الرقابة على هذه الأجهزة من الدولة حتى تتحقق المساواة في المعاملة بين هذه الأجهزة والدولة ، وهذا ما تتعرض له محكمة الاستئناف ، أي هل تمارس حكومة الكونغو الرقابة على البنك التجاري للكونغو أو لا .

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 60.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 239 ، 240.

ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت الإعتماد على معيار الرقابة وحده حتى تقرر تبعية البنك التجاري للكونغو لدولته ، حتى يمكن إجراء الحجز التحفظي على أمواله لدى بنك آخر ، و أسست المحكمة قضائها على أن الرقابة ليست كافية لوحدها لتحديد تبعية الجهاز للدولة ، وبالتالي يعد البنك المذكور الذي يعد شركة مساهمة تمتلك دولة الكونغو جزءا من رأس ماله ، جهازا مستقلا عن الدولة ، وبناء عليه فإن الشركة الإيطالية لا تعد دائنة للبنك التجاري للكونغو على الرغم من أن الكونغو مدينة لها .¹

ولعل الوصول إلى تبعية جهاز ما للدولة يحدد من خلال استقراء بعض العناصر الواردة النظام الأساسي أو القرار أو القانون المنشئ له ، ويأتي في مقدمة هذه العناصر ملكية الجهاز و طرق إدارته ، و النظام القانوني الحاكم لتصرفاته ، ووسائل تمويله ، ويلعب عنصر ملكية رأس المال تحديدا دورا حاسما في تحديد مدى تبعية الجهاز ، فمن يملك رأس المال عادة ما يملك سلطة إصدار القرارات ، وهذا ما يمكننا إدراجه في نطاق المعيار العضوي ، الذي يرى البعض وجوب تدعيمه بمعيار آخر يتعلق أساسا بطبيعة النشاط الذي يمارسه الجهاز ، و ما إذا كان الجهاز يتصرف باسمه ولحسابه الخاص ، أو لحساب الدولة وباسمها ، ولا يكون ذلك إلا إذا كان الجهاز يتصرف بناء على توجيهات الدولة . وكل هذا ما يؤكد توجّه القضاء الفرنسي السابق الإشارة إليه.²

و أمام صعوبة أعمال كل المعايير السابقة فإنه المعيار الأكثر تقبلا هو أن تقوم الدولة بتحديد الأجهزة العامة التابعة لها ، حتى يستطيع المتعاقد مع الدولة تخطي الصعوبات التي تواجهه في التعامل مع الأجهزة التابعة للدولة ، كون هذه الأخيرة تتمتع بالحصانة القضائية ، فيتجنب تلك العقبات التي تترتب على هذه الحصانة .

كما تجعل الأمر يسيرا على دولة جنسية المتعاقد الأجنبي لمعرفة كيفية ووقت استخدام حقوقها في منح الحماية الدبلوماسية لرعاياها عند وقوع نزاع بينهم وبين الأجهزة التابعة لتلك الدول ، فنتحمل دول هذه الأجهزة المسؤولية الدولية عند عدم

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 63 ، 63 .

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 240 . و أنظر : طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 47 .

التزام هذه الأجهزة التزاماتها المتعلقة بالحماية الموضوعية والإجرائية للمتعاقد الأجنبي في ظل قواعد القانون الدولي العام¹.

المطلب الثاني

تحديد المقصود بالشخص الأجنبي الطرف في العلاقة التعاقدية

قد يكون الطرف الأجنبي في عقود الدولة شخصا اعتباريا عاما أو شخصا خاصا أجنبيا ، سواء كان شركة أو شخصا طبيعيا ، و لا يترتب عن ذلك اختلاف في طبيعة عقود الدولة نتيجة كون الطرف الأجنبي شركة أجنبية عامة² أو خاصة أو شخصا

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 49.

² و من تطبيقات ذلك أن بعض الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدول المنتجة للبترول تعتبر من أشخاص القانون العام في الدول التي يحملون جنسيتها ، ومن قبيل هذه الشركات الشركة الوطنية الإيطالية للمواد الهيدروكربونية Ente Nazionale idrocarburi (E.N.I) فهذه الشركة الإيطالية تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام بموجب القانون الإيطالي الصادر بشأنها في 10 فيفري 1952 كما أن الشركة الفرنسية إيراب " Entreprise de recherche et d'activité pétrolière (ERAP) تعتبر مؤسسة عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية وفقا للمرسوم الصادر في 17 ديسمبر 1967.

ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان يجب معاملة عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية العامة نفس المعاملة من الناحية القانونية التي تلقاها عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية الخاصة أم أنه يجب التمييز بينهما ؟ في معرض الإجابة عن هذا التساؤل يرى جانب كبير من الفقه عدم وجود أي ضرورة للتفرقة بين عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية العامة و عقود الدولة المبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية الخاصة ، وذلك على أساس أن الطائفة الأولى من العقود تثير نفس المشاكل القانونية التي تثيرها الطائفة الثانية ، ومن ثمة يجب أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة وبرر بعض منهم هذه المساواة بقوله أنه إذا كانت صفة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على قدر كبير من الأهمية ، لكنها ليست مؤثرة على تحديد النظام القانوني على العقد ولا على طبيعته القانونية. أنظر في ذلك سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 32 - 34. كما تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ عوض الله شيبية الحمد السيد أشار أن العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية العامة لا تتجاوز نسبتها 10 % من إجمالي العقود التي تبرمها الجزائر بشكل عام. أنظر في ذلك عوض الله شيبية الحمد السيد: مرجع سابق ، ص 185. هذا و يرى الأستاذ صلاح الدين جمال الدين بإمكانية أن يكون الطرف الأجنبي أحد المشروعات العامة أو نصف العامة Semi- public أو مؤسسة عامة. صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص 317.

طبيعيا ، ذلك أن عقود الدولة لا تستمد طبيعتها من صفة الطرف الأجنبي ، بل من مجموعة من العناصر وفقا للمعيارين الاقتصادي والقانوني .

ومما نلاحظ أن لفظ "الشخص الأجنبي" المتعاقد مع الدولة جاء مطلقا في متن المادة 25 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار ، بحيث يشمل الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي* .

ولهذا سنحاول تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي من خلال فرع أول ، ثم توضيح مفهوم الشخص الاعتباري الأجنبي في فرع ثان .

الفرع الأول : الشخص الطبيعي

إن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في عقود الدولة عادة ما يكون إحدى الشركات الأجنبية ، أي شخص من الأشخاص المعنوية ، ونادرا ما يكون شخصا طبيعيا ، ولعل هذا مرده إلى أن هذه الطائفة من العقود تتطلب خبرات فنية وموارد مالية عملاقة قد لا تتوفر إلا لدى الأشخاص المعنوية وهذا ما نلمسه في عقود البترول بانتمائها إلى عقود الدولة حيث لا تتوفر هذه الخبرات إلا لدى الشركات البترولية الكبرى¹.

كما أن الطرف الثاني في عقود نقل التكنولوجيا بإعتبارها عقد من عقود الدولة قد يكون أحد الأشخاص الطبيعيين أو شركة من شركات الأشخاص ، و هو أمر نادر قد يقتصر على إبرام عقود إستخدام الخبراء الفنيين في بعض الصناعات أو مشروعا خاصا أجنبيا بمفهومه الواسع².

* وقد جاء استعمال عبارة الشخص المعنوي الأجنبي بمناسبة تنظيم المادة 05 فقرة 40 قانون المحروقات الجزائري إذ تنص : "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : ... الشخص : كل شخص معنوي أجنبي وكذا كل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام الجزائري ، بما في ذلك المؤسسة الوطنية سونطراك ، شركة ذات أسهم تتوفر لديه القدرات المالية و/ أو التقنية المطلوبة بموجب هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه....." أنظر القانون رقم 07/05 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أفريل سنة 2005 يتعلق بالمحروقات ، ج ر العدد 50 لسنة 2005 ، والمعدل بموجب الأمر 10/06 مؤرخ 29 يوليو سنة 2006 ، يعدل ويتمم القانون 07/05 ، ج ر العدد 48 لسنة 2006.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 30.

² صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص 317.

وحيث أنه لا يؤثر على طبيعة عقد الدولة كون المتعاقد الأجنبي شخصا طبيعيا¹ ، طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة و المساهمة في تطورها ، و أن الضابط في تحديد أجنبية هذا المتعاقد هو الجنسية التي يتمتع بها.²

فقد تبنى الفقه المعني بدراسة عقود الدولة ضابط الجنسية لتحديد صفة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة ، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Berlin أن الصفة الأجنبية تلحق بكل شخص يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد.³ ولعل هذا الضابط يجد أساسه القانوني في إتفاقية واشنطن لعام 1965 فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 25* منها على أنه : " يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة :

¹ ولعل من أبرز الأمثلة ذلك العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في 20 جانفي 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس ، والذي منح بمقتضاه لهذا الأخير الحق في تأسيس شركة ناقلات البحرية السعودية ، والتي يطلق عليها اسم SATCO. أنظر في ذلك : **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 24.

والمتمثل بنقل البترول والذي كان سببا في النزاع الذي ثار بين حكومة السعودية وشركة البترول "أرامكو" ARAMCO ، وكذا العقد الذي أبرمته الحكومة الإيرانية مع الإنجليزي وليام دارس . أنظر في ذلك : **سراج حسين أبو زيد** : مرجع سابق ، ص 30.

وكذا العقد المبرم بين حكومة هايتي مع السيد تشارلز فالنتين في 22 نوفمبر 1962 ، من أجل البحث عن البترول و إنشاء مصافي بترول ومصانع بتروكيماويات في هايتي ، حيث لا يؤثر هذا على تكييف هذه العقود بأنها "عقود الدولة". ومن القضايا التي تم طرحها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وكان أحد أطرافها شخصا طبيعيا قضية Ghait R Pharaon ضد الحكومة التونسية . أنظر في ذلك : **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 25.

ونذكر هنا أيضا العقد المبرم بين الشيخ عمر عبد العزيز المطوع "كويتي الجنسية" ، وجمهورية مصر سنة 1998 ، بغرض استصلاح واستزراع أراضي فلاحية تابعة لميناء القاهرة الجوي ، وذلك بموجب عقد إمتياز وفقا لنظام "B.O.T". أنظر في ذلك : **الروبي محمد** : مرجع سابق ، ص 18 .

² **بشار محمد الأسعد** : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 33.

³ **عوض الله شبيبة الحمد السيد** : مرجع سابق ، ص 186 ، 187.

* و نوه أن المادة 25 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 في فقرتها الثانية حددت المقصود برعايا الدول الأخرى المتعاقدة حيث نصت أنه : " يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة :

أ- كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع...

ب - كل شخص معنوي يحوز جنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع.

- كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع...¹ و إذا كان الفقه يتفق على أن الأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية الوطنية ، ومن ثمة فإن صفة الأجنبيّة تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية بمعنى أن الأجنبي هو كل شخص لا يعد وطنيا ، وهذه التفرقة وجدت في كل النظم القانونية ومنذ عهود قديمة .²

فإن الجنسية كما يعرفها الدكتور فؤاد رياض على أنها : " علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير بمقتضاها عضوا في شعب الدولة ."³

وعلى اعتبار الأصل أن لكل دولة الحرية في وضع قواعد جنسيتها ، فلها أن تحدد بمطلق الحرية من هم رعاياها دون أن تضع في اعتبارها ما تضعه الدول الأخرى من قواعد لجنسية رعاياها ، حيث أن نص المادة الأول من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجنسية المبرمة في 1930/04/12 نصت على أن : " لكل دولة أن تحدد في تشريعاتها من هم رعاياها " ، وقد أقر معهد القانون الدولي هذا المبدأ سنة 1927 ، و أكدته محكمة العدل الدولية بتاريخ 1955/04/06 في قضية نوتبوهم Nottebohm والواقع أن هذا المبدأ منطقي بما أن الرعايا هم أحد أركان الدولة .

إلا أن هنالك قيودا تحد من حرية الدولة في وضع هذه القواعد إما أن تكون اتفاقية أو غير اتفاقية كأن تحترم الدولة القواعد الدولية المتعلقة بمنح الجنسية ، إذ أنه من المقرر دوليا أنه ليس لدولة ما أن تمنح جنسيتها على شخص لا يمت لها بأية صلة من رابطتي الإقليم أو الدم ، وقد ذكرت اتفاقية لاهاي قيودا جاءت في المادة 12 منها ،

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 31. و أنظر أيضا بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 23. و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 112.

² أبو العلا النمر : موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص 139.

³ أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1975 ، ص 445.

هذا و إن كان هنالك تيار فقهي يقر بالحرية المطلقة في منح الدولة لجنسيتها التي لا يحد منها حسب أنصاره إلا مبادئ القانون الطبيعي فقط.¹

و إذا كان تحديد جنسية الشخص الطبيعي لا يتسع له المقام هنا بشأن اختلافات الروابط التي يتم على أساسها منح الدولة جنسيتها ، فإن الأمر لا يطرح إشكالا عندما يتعلق بشخص قد تم تحديد جنسيته وفقا للبلد المنتمي إليه .

لكن الأمر يثير إشكالا بالنسبة لوضع متعددي الجنسيات حيث أن الفقه اعتنق في بداية الأمر ما سمي بـ " نظرية تكافؤ السيادة " التي تتكرر أي ترجيح بين هذه الجنسيات المتراكمة على الشخص استنادا إلى احترام سيادة كل من الدول التي يحمل الفرد جنسيتها ، والذي يعد إهدارا لسيادة الدولة الأخرى ، ولكن سرعان ما هجر الفقه هذا الاتجاه ، ليوجد القضاء الدولي حينئذ حلا مؤكدا أن هنالك معيارا مفضلا لهذه الجنسيات هو معيار الجنسية الفعلية .²

الفرع الثاني : الشخص الاعتباري .

قد تكون عقود الدولة مبرمة مع الأشخاص الأجنبية العامة ، كما يمكن أن تكون مبرمة بواسطة الدولة مع الشركات الأجنبية الخاصة ، و أشرنا إلى أن الفقه اتجه إلى ضرورة أن تلقى كل من الطائفتين معاملة قانونية واحدة حيث يرى غالب الفقه أن هذه المساواة مردها أن صفة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة و إن كانت على قدر كبير

¹ علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ، ص ص 181 ، 182.

² كمال سمية : النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2003 ، ص 13.

وإن كانت إتفاقية واشنطن لعام 1965 قد اشترطت تمتع الشخص الطبيعي بجنسية خلاف الدولة الطرف في النزاع إلا أن هيئات التحكيم قد تتجه إلى التوسع في اختصاص المركز ، ولو كانت النصوص لا تتضمن تفسيراً موسعاً لشرط الجنسية ، ففي القضية المرفوعة من شركة WENA للنفادق الإنجليزية الجنسية ، ضد الحكومة المصرية قضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر النزاع على الرغم من أن رافع الدعوى السيد "نائل الفرارجي " مصري الجنسية ، لكنه رفع الدعوى على اعتبار اكتسابه الجنسية البريطانية ، ولم يصدر قرار من مجلس الوزراء بإسقاط الجنسية عنه . أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ص 32.

من الأهمية ، لكنها ليست مؤثرة على تحديد النظام القانوني على العقد ولا على طبيعته القانونية .

وإذا كانت في معظم الأحيان الشركات الأجنبية الأطراف في عقود الدولة تكون شركات خاصة من أشخاص القانون الخاص في الدول التي تحمل جنسيتها. فإننا قد نجد في بعض الأحيان أن الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وعلى الرغم من صفتها كشخص من أشخاص القانون الخاص إلا أنها تخضع للرقابة والإشراف من قبل الدولة التي تنتمي إليها و تتصرف و كأنها جهاز وطني ذو نشاط تجاري ، ومن بين هذه الشركات شركة بريتيش بتروليوم " B .P " البريطانية ، حيث تحوز الحكومة البريطانية على 51 % من رأس مالها ، كما أن للحكومة عددا من الممثلين في مجلس إدارتها .¹ و على الرغم من الاستقرار حول الاعتراف للشركات بالجنسية فإن الخلاف كان حول المعيار الذي يعتد به لأجل تحديد هذا الجنسية .

أولا : الاستقرار حول الاعتراف للشخص الاعتباري بالجنسية.

و إذا كان من المتفق عليه أن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية، و أن رابطة الجنسية هي الضابط الذي يمكن الإعتماد عليه للتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية ، حيث يتم تحديد صفة الجنسية للشخص المعنوي بالاستناد إلى معيار الجنسية ، ويمكن القول أن الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة ينطبق على كل من يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد .² أي أنه بمفهوم المخالفة يجب ألا يكون النزاع بين متعاقد يتمتع بجنسية ذات الدولة الطرف في العقد.

و حيث أن تحديد انتماء أو انتساب الشخص الاعتباري إلى دولة معينة هو مسألة أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، وكذلك تحديد مدى تمتعه بالحقوق السياسية

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 32 - 34.

تجدد الإشارة إلى أن الأستاذ عوض الله شيبية الحمد السيد أشار أن العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية العامة لا تتجاوز نسبتها 10% من إجمالي العقود التي تبرمها الجزائر بشكل عام .أنظر في ذلك : عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 185.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ، ص 29.

نظرا لانتمائه لهذه الدولة ، إلا أن الفقهاء اختلفوا حول الإقرار بوجود جنسية للشخص الاعتباري ، فقد أنكر البعض وجعلها حكرا على الشخص الطبيعي¹ ، وقد برروا ذلك باعتبار الجنسية رابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بدولة معينة فتجعله عضوا في شعبها ، فالشخص الطبيعي وحده هو الذي يشعر بالولاء لدولته ، بما يتمتع به من إرادة أو شعور والجنسية بهذا المفهوم لا تصدق على الأشخاص الاعتبارية التي تعد تجمعات لأشخاص و ، أو أموال تستهدف غاية معينة* ، فشعب الدولة أي ركن الشعب إنما يشمل الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين ، والدليل على ذلك عدم تمتع الأشخاص الاعتبارية بالحقوق السياسية ، وعلى الرغم من إنكار البعض الجنسية للأشخاص الاعتبارية ، إلا أن غالب الفقه المعاصر وكذا التشريعات الوطنية يسلم بتمتع الشخص المعنوي بالجنسية ، ويفرق أنصار هذا الرأي بين الجنسية كرابطة اجتماعية والجنسية كنظام قانوني ، فهي تقوم على الانتماء للدولة قانونا وهذا الانتماء يتحقق للشخص الطبيعي و الشخص الاعتباري على حد سواء².

¹ أحمد عبد الحميد عشوش : مرجع سابق ، ص 449.

* تنص المادة 49 والمعدلة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، يعدل ويتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج ر ، العدد 44 لسنة 2005 ، على أن : "الأشخاص الاعتبارية هي :
-الدولة، الولاية، البلدية.
-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
-الشركات المدنية والتجارية.
-الجمعيات والمؤسسات.
-الوقف.

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية."

وقد كانت محررة في ظل الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي :

" الأشخاص الاعتبارية هي : - الدولة، الولاية، والبلدية.

- المؤسسات، والدواوين العامة، ضمن الشروط التي يقرها القانون.

- المؤسسات الاشتراكية، والتعاونيات، والجمعيات، وكل مجموعة، التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية."

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 58 ، 59. وقد ذهب الفقيه Batiffol إلى القول بوجود الاعتراف بجنسية الأشخاص المعنوية شأنه شأن الشخص الطبيعي ، إلا الدكتور عبد المنعم رياض يقول أنها جنسية من نوع خاص . أنظر : أحمد عبد الحميد عشوش : مرجع سابق ، ص 452.

ثانيا : اختلاف معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري .

إختلف الفقه في معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري بين قائل بمعيار جنسية الأعضاء أو الشركاء ، و مناد بمعيار مكان التأسيس ، و معتمد على معيار مركز الاستغلال ، و بين من يرجح معيار مركز الإدارة الرئيسي ، و من يقيم جنسية الشخص الاعتباري على معيار الرقابة .¹

1 - معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء :

بمقتضى هذا المعيار فإن الشخص الاعتباري يستمد جنسيته من جنسية أعضائه ، ويستند هذا المعيار إلى واقع أن الشخص الاعتباري ليس في الحقيقة إلا مجموعة أفراد.²

وعلى اعتبار أن المشروع هو المعبر عن إرادة أفرادِهِ وهو المحقق لمصالحهم ، تكون بذلك جنسية الشركة هي جنسية أغلب الشركاء إن تعددت جنسياتهم .³

ولعل من مزايا هذا المعيار أنه يستند إلى ذات الأسس التي تبنى عليها جنسية الأشخاص الطبيعية باعتبار أن الشخص الاعتباري تابع لهم وتتحدد جنسيته على أساس جنسيته مما يغني عن البحث في أسس جديدة خاصة بالأشخاص الاعتبارية .⁴

ولكن ما يؤخذ على هذا المعيار هو إنكاره الوجود القانوني المستقل للشخص الاعتباري ، وهو ما يخالف المبادئ القانونية التي تجعل من الشخصية القانونية للشخص الاعتباري و ذمته المالية تختلف وتستقل عن شخصية الأعضاء المكونين للشخص الاعتباري وعن ذممهم المالية أيضا ، ناهيك على أن هذا المعيار لا يصلح للإعمال على الأشخاص الاعتبارية التي يغلب عليها تجميع الأموال لا الأشخاص كشركات المساهمة .⁵

¹ ونشير إلى إن اتفاقية واشنطن و إن لم تعرف جنسية الأشخاص الاعتبارية ، إلا أن الممارسات العملية للمركز تؤكد تبني المركز على وجه الخصوص لمعيار مركز الإدارة الرئيسي أو معيار مكان التأسيس . أنظر في ذلك : **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 33.

² **أبو العلا النمر** : مرجع سابق ، ص 205.

³ **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 29.

⁴ **أبو العلا النمر** : مرجع سابق ، ص 205.

⁵ **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 30.

2 - معيار مكان التأسيس :

مضمون هذا المعيار هو منح الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي اتخذت فيها إجراءات تأسيسه ، ونظرا لأن تأسيس الشركة في دولة معينة لا يفيد وجود رابطة فعلية بين هذه الدولة والشركة ، إذ يمكن للشركاء تأسيس الشركة في دولة معينة ترتبط بها برابطة حقيقية سواء من حيث الإدارة أو النشاط أو رأس المال ، لذلك يشترط لتمتع الشركة بجنسية الدولة التي تم فيها إبرام العقد المنشئ له ، أن تكون إجراءات تأسيسه قد اتخذت وفقا لقانون هذه الدولة و أن يكون قد منح الشخصية القانونية بناء على قوانينها .¹

ولكن هذا لم ينأى بهذا المعيار عن النقد ، حيث أنه يترك تحديد جنسية الشركة لهوى المؤسسين ، و من المفروض أن يبقى الأمر بيد الدولة ، حتى لا يملي الأفراد مصالحهم الخاصة في اختيار مكان التأسيس الذي يناسبهم .²

وقد تبنت الدول الأنجلوساكسونية هذا المعيار ، فتمنح للشركات الجنسية الدولة التي تتخذ في إقليمها إجراءات تكوينها ، وتأسيسها .³

3 - معيار مركز الاستغلال :

يقصد بهذا المعيار أن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي تمارس فيها نشاطها الرئيسي باعتبارها المكان الفعلي لمصالحها الحقيقية ، ولكن هذا المعيار يعبر حقيقة عن ارتباط فعلي بين الشخص الاعتباري والدولة التي تحمل جنسيتها ، وهو ما يقلل فرص التحايل والغش نحو القانون .⁴

وقد تبنى هذا المعيار القضاء الفرنسي ، بصدد الشركات الأجنبية التي لها عدة فروع ، والتي لا تمارس نشاطها في فرنسا إلا بصفة عرضية ، فعاملتها على أنها شركات أجنبية ، حيث أنها تسوق منتوجاتها المصنوعة في مقر الشركة الأم .⁵

¹ أبو العلا النمر : مرجع سابق ، ص 207..

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 30.

³ علي علي سليمان : مرجع سابق ، ص 177.

⁴ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 36.

⁵ Dusan Kitic : Droit international privé , Ellipses , France , p199.

وحجج أنصار هذا المعيار أن مركز استغلال هو المكان الذي تتجمع فيه مصالح الشخص الاعتباري الحقيقية ومن ثم تبدو الدولة التي يقع بها هذا المركز وثيقة الصلة بهذا الشخص على نحو يبرر تمتعه بجنسيتها.¹

ولكن هذا المعيار لم يسلم من النقد حيث أنه يتعذر في الواقع الأخذ به من الناحية العملية ، لا سيما في الحالات التي تكون فيها للشركة مراكز أنشطة أو استغلال عديدة ومتساوية من حيث الأهمية ، ومن ثم لا يتسنى تفضيل أحد هذه المراكز على الآخر عند تحديد الجنسية ، كما هو الحال بالنسبة للشركات التي تؤسس لاستغلال آبار البترول في أكثر من دولة ، وكما أن مركز النشاط قد يكون ذو طابع مؤقت نظرا لطبيعة الأنشطة التي تمارسها الشركة ، فقد يحث أن يكون هذا المركز دائم التنقل ، كما هو الحال في الشركات المختصة في إنشاء المنشآت الصناعية ، فهي بمجرد أن تنتهي من تنفيذ المشروعات في دولة ما تنتقل بعدها لتنفيذ مشروعات في دولة مختلفة ، وحينئذ يترتب على الأخذ بهذا الضابط أن تتغير جنسية الشركة بصفة مستمرة وذلك كلما انتقل مركز الشركة من دولة لأخرى وهو ما يتنافى مع ضرورة تمتع جنسية الشركات بطابع الاستقرار لتوفير الطمأنينة في المعاملات.²

4 - معيار مركز الإدارة الرئيسي .

يعد هذا المعيار الأكثر تأييدا من جانب الفقه والقضاء الحديث ، وقد عرفه البعض على أنه " المكان الذي توجد به الإدارة الفعلية للشركة " ، بينما عرفه البعض الآخر على أنه " المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشركة ".³

ومقتضى هذا المعيار أن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد بها مركز إدارتها الرئيسي ، والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص

¹ أبو العلا النمر : مرجع سابق ، ص 215.

² عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 195 ، 196. و أنظر أبو العلا النمر : مرجع سابق ، ص ص 217 ، 218.

³ عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 199.

الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة به ، كمجلس الإدارة والجمعية العامة ، والإدارة المالية والأجهزة الإدارية والتقنية الأخرى .¹

ولتحديد مركز الإدارة الرئيسي لا ينبغي الإكتفاء بالمكان الذي اتفق عليه المؤسسون للشركة من اعتبار مركز الإدارة الرئيسي في دولة معينة بل يجب البحث عن مركز الإدارة الفعلي الحقيقي ، حيث يصادف أن تقوم هذه الأجهزة بمباشرة نشاطها الفعلي في مكان آخر خلافا لما ذكر في العقد التأسيسي .²

وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه ، وذلك من خلال محكمة النقض الفرنسية فبعد أن كان يرى هذا الرأي ضمناً قبل سنة 1870 ، استقر منذ ذلك التاريخ أن جنسية الشركات تقوم على أساس مركز إدارتها الرئيسي Le siège social فتكون لها جنسية الدولة التي يوجد بإقليمها مركز إدارتها الرئيسي بغض النظر عن مركز ممارسة النشاط ، وقد تبنت المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في قضية شهيرة " قضية كانيفارو Canevaro التي أصدرت حكماً بتاريخ 1912/05/03 قالت فيه بقيام الجنسية على أساس مركز إدارة الشركة الرئيسي ، وهذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء في أوروبا .

ويراد بالمركز الرئيسي لإدارة الشركة المحل الذي توجد به أجهزتها القانونية وتتخذ به جمعيتها العمومية وتعقد به الشركة عقودها مع الغير ، وقد برر هذا الأساس بأن مركز الإدارة الرئيسي واحد لا يتعدد ، بينما قد يتعدد مكان ممارسة النشاط .³ ويبرر أيضاً الفقه والقضاء الأخذ بهذا الضابط بالقول بأن مركز الإدارة للشركة يعد بمثابة العقل المحرك لها حيث يتركز فيه نشاطها وحياتها القانونية ، ومن ثم فهو يكفل قيام الجنسية على رابطة اقتصادية وثيقة بين الشركة وهذه الدولة التي يتواجد على

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 31.

² هشام خالد : شرط الجنسية وفقاً للنظام العربي لضمان الاستثمار ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، مصر ، 1988 ، ص 72.

³ علي علي سليمان : مرجع سابق ، ص 176. و هشام خالد : شرط الجنسية وفقاً للنظام العربي لضمان الاستثمار ، مرجع سابق ، ص 72. و أنظر :

إقليمها مركز الإدارة الرئيسي ، كما أن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى جعل الشركة تساهم بصورة أكثر فعالية في الحياة الاقتصادية .

كما أن سهولة هذا المعيار ووضوحه يجعله أهلا للإعتداد به ، ذلك أنه من اليسير معرفة مكان مركز الإدارة فاجتماع الجمعية العمومية أو مجلس إدارة الشركة يتم بطريقة علنية ، كما أن تحديد مكان الهيئات القائمة بشؤون الإدارة أمر مادي يسهل تحديده ؛ على أن يكون هذا المركز حقيقيا ليس بالمركز الصوري.¹

وقد تبني المشرع الجزائري² معيار مركز الإدارة الرئيسي في المادة 10 من القانون المدني الجزائري إلى أن : " ...أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي . غير أنه ، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر ، فإنها تخضع للقانون الجزائري ."³

وسايرت في ذلك نص المادة 11 من القانون المدني المصري بعد أن كان يشوب موقف المادة 10 قبل التعديل الغموض في اعتماد معيار مركز الإدارة الرئيسي وبهذا يكون للأشخاص الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر الجنسية الجزائرية ، ويؤيد ذلك ما ورد في المادة 50 من القانون المدني الجزائري . * إذ أن

¹ عوض الله شيبية الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 200 ، 201. وكذا : أحمد عبد الحميد عشوش : مرجع سابق ، ص 459.

² ومما نلاحظه أن قانون الجنسية الجزائري الصادر بتاريخ 15/12/1970 لم يتعرض لجنسية الشخص المعنوي حتى بعد تعديله سنة 2005 أنظر الأمر رقم : 01/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 يعدل ويتم الأمر 86/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية ، ج ر العدد 15 ، 27 فبراير 2005.

³ حيث اتخذت من معيار مركز الإدارة الرئيسي كمعيار . أنظر في ذلك :

Mohand Issad : Droit international privé – Les règles matérielles– , O.P.U , Alger

,Algérie, 1986, p208.

* تنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري : "ينتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان ، وذلك في الحدود التي يقرها القانون .

يكون لها خصوصا :

- ذمة مالية .

- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون . =

المشرع الجزائري يضع هنا قرينة مفادها أن الشركات التي لها مقر اجتماعي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعد مركزها في نظر القانون الجزائري في الجزائر ، وهذا النص مقارب لنص المادة 547 من القانون التجاري الجزائري الذي يعتبر أن الشركات التي تمارس نشاطا في الجزائر تعد خاضعة للقانون الجزائري¹. حيث تنص: " يكون موطن الشركة في مركز الشركة.

و تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري " *.

5- معيار الرقابة :

ظهر هذا الضابط في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية حيث نادى به الفقه الفرنسي في هذا الوقت عندما لوحظ تواجد بعض الشركات تحمل الجنسية الفرنسية لتواجدها بالإقليم الفرنسي ، في حين أنه في الحقيقة مملوكة لأشخاص ينتمون للأعداء في ذلك الوقت وهم الألمان².

حينها بدأ الفقه الفرنسي في البحث عن ضابط يمكن قضاء وطنهم من إصدار قرارات فرض الحراسة على أموال الأعداء واهتدى الفقه الفرنسي إلى فكرة الرقابة حيث تعد الشركات أجنبية متى كان القائمون عليها من غير الفرنسيين أو كان رأس مالها كله أو في معظمه مملوكا لغير الفرنسيين³.

= - موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها .

- الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها ، في نظر القانون الداخلي في الجزائر .

- نائب يعبر عن إرادتها .

- حق التقاضي .

¹ بسعي امحمد توفيق : أطراف التجارة الدولية : عن بعض التطورات في مركزها القانوني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 ، ص 329 .

* أنظر الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم ، ج ر 101 ، لسنة 1975 .

² Derruppé Jean : Droit international privé , 2 ème édition , Dalloz , Paris , France , 1997 , 52.

³ عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص ص 196 ، 197 . و بيار ماير و فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص 907 .

و تعد طبقا لهذا المعيار الشركة أجنبية كلما كانت خاضعة لرقابة أو سيطرة أجنبية ، سواء من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية ، حتى لو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في إقليم الدولة المتعاقدة¹ . وفي معرض نقد هذا المعيار ذهب البعض إلى القول بأنه لا يعد أكثر المعايير اتفاقا مع الأساس الذي يجب أن تقوم عليه جنسية الشركات ، فالقول بغير ذلك ينطوي على مغالطة واضحة وذلك لأن تحديد انتماء الشخص الاعتباري للدولة يقوم على تواجدها رابطة اقتصادية حقيقية كافية لتجعله يحمل جنسيتها وهذه الرابطة لا تتحقق حتما بانتماء الأفراد المهيمنين على الشركة لدولة ما ، فقد تمارس الشركة كافة نواحي نشاطها الاقتصادي بدولة أجنبية فتتعدم بذلك الرابطة بينها وبين هذه الدولة بالرغم من انتماء كافة الأفراد المكونين للشركة لهذه الدولة ، وعلى العكس من ذلك كثيرا ما ترتبط الشركة اقتصاديا ارتباطا وثيقا بممارسة كل أنشطتها لهذه الدولة بالرغم من أن الأفراد المهيمنين عليها من الأجانب . كما يثير هذا المعيار صعوبات عملية تتمثل في إمكانية خضوع الشركة لهيمنة الأشخاص الطبيعيين القائمين على إدارتها أو لهيمنة أصحاب رؤوس الأموال ، فيثور الإشكال عندها حول معرفة من هم الأفراد الذين يهيمنون على الشركة² .

ثالثا : الاستثناء الوارد على ضابط الجنسية .

على الرغم من وضوح معيار الجنسية للتمييز بين الأجنبي والوطني ، فإن التطبيق العملي لهذا المعيار قد يثير بعض المشاكل القانونية عندما يتعلق الأمر بتلك العقود المبرمة بين الدولة والشركات متعددة الجنسية ، ففي كثير من الحالات قد يحدث أن الدولة أو شخصا قانونيا عاما آخر يتفق على إنشاء شركة في هذه الدولة المتعاقدة ، تساهم هذه الدولة في رأس مالها بنسبة معينة ، يتوقف تحديدها على قانون هذه الدولة ، أو على بعض الاعتبارات الأخرى ، وتتمتع هذه الشركة بجنسية هذه الدولة إلا أنها تخضع لسيطرة المصالح الأجنبية عليها . فهل تتوافر الصفة الدولية في هذا العقد المبرم

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 31.

² عوض الله شبيبة الحمد السيد : مرجع سابق ، ص 198.

بين الدولة وهذه الشركة ، أم أنه يعد عقدا داخليا على أساس أن الشركة تعتبر شركة وطنية ؟¹.

لقد أجابت على هذا الإشكال المادة 02/25/ب من اتفاقية واشنطن لعام 1965 السالفة الذكر حيث أنها أدخلت في فئة الأشخاص التابعين لدولة أخرى ، كل شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في النزاع اتفق الطرفان من أجل أعمال أحكام المعاهدة على اعتباره شخصا تابع لدولة أخرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية عليه .²

فهي بذلك استتنت الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق الأطراف على معاملته معاملة المتعاقد الأجنبي ، وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه ، ومع عدم وضع تعريف محدد لما يشكل " السيطرة الأجنبية" فقد اتجهت هيئات التحكيم التابعة للمركز إلى بحث هذه المسألة كلما عرضت عليها في سبيل البحث عن معيار معاملة الشركة الوطنية كشركة أجنبية ، وقد انتهت إلى أن مجرد إبرام الدولة عقد مع شخص اعتباري خاضع للرقابة الأجنبية على الرغم من تمتعها بنفس جنسية الدولة المتعاقدة ، ومع احتوائه على شرط تحكيم أمام المركز يعتبر موافقة من الدولة على معاملة هذا الشخص كشخص اعتباري تابع لدولة أخرى متعاقدة غير طرف في المنازعة ، حتى ولو لم يكن هذا الاتفاق صريحا .³

حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية Amco ضد الحكومة الإندونيسية⁴ إلى أن شركة Indonesia P.T. Amco هي شخص اعتباري يتمتع بالجنسية الإندونيسية ، لأنه نشأ في ظل قوانينها وفي إقليمها .

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 139. و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 112.

² عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 139.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 42 ، 43.

⁴ في عام 1968 حصلت من إندونيسيا هذه الشركة على الحق في الاستثمار على أراضيها ، بإقامة فندق و استغلاله لمدة 30 سنة ، إلا أنه في عام 1980 قامت إندونيسيا بالاستيلاء العسكري على الفندق ، مما دفع الشركة للجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للحصول على تعويض ، فدفعت الحكومة الإندونيسية بعدم اختصاص المركز لعدم التزامها بشرط التحكيم ، وأنها لم توافق على اعتبار الشركة التي تتمتع بالجنسية الإندونيسية =

وتمت الموافقة على اعتباره شخصا أجنبيا كما ورد صراحة في المادة الأولى من طلب الإقامة ، كما أن رأس المال عند الشراء مملوك كله لأجانب ، وبالتالي فإن الحكومة الإندونيسية كانت تعلم عندما وافقت على الطلب أن P.T Amco سوف تعامل على أنها تابعة لدولة أخرى ، وبالتالي حكمت محكمة التحكيم باختصاص المركز في نظر القضية.¹

= أنها شركة أمريكية ، وبالتالي تثار نفس مشكلة صفة الشخص التابع الذي يخضع للسيطرة الأجنبية . أنظر في ذلك : محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص 29 - 32.
¹ محمد عبد العزيز بكر : المرجع السابق ، ص 30.

الفصل الثاني

أطراف عقود الدولة : طبيعة غير متجانسة وشروط مميزة

أمام تطور التجارة الدولية و التدخل المتزايد للدول في مجالات المعاملات الإقتصادية، خاصة في الدول النامية محاولة منها لتنمية و إستغلال ثرواتها الوطنية ، أصبحت الدولة تبرم عقود دولة مع الأشخاص الأجانب لتنفيذ هذه الأعمال ، و غالبا ما تتضمن هذه العقود شروطا لم تكن تعرف في العقود الأخرى ، أو إن لم تخلو منها بعض العقود الأخرى فإنها لا تتمتع بنفس الخصوصية .

وقبل أن نتكلم عن هذه الشروط و باعتبارها مرتبطة ارتباطا وثيقا بأطراف عقود الدولة، لا سيما الدولة ، فإنه يتعين علينا أولا دراسة وضع الطرف الأجنبي المتعاقد الثاني في هذه العقود ، فقد يكون شخصا طبيعيا نحاول معرفة تأثير مركزه في القانون الدولي على تكييف هذه العقود ، وكذا دراسة وضع الشركات متعددة الجنسيات و موقعها على خريطة القانون الدولي ومدى تأثيره تطور مركزها القانوني على الصعيد الدولي على عقود الدولة و محاولات تدويلها ، ومن ثم الكلام عن حقوق والتزامات أطراف عقود الدولة ذات الطبيعة الخاصة التي تمنح لهذه العقود ذاتية نابعة من مركز هذه الأطراف على الصعيد القانوني وهذا في **مبحث أول** ، ولعل تميز هذه العقود ينبع أحيانا من تلك الشروط التي يشترطها الطرف الأجنبي لأجل درء اختلال التوازن التعاقدية الذي تمليه الطبيعة غير المتجانسة لأطراف هذه العقود والتي قد تحد من سبل الاختصاص القضائي والتشريعي للدولة ، حيث نخصص **المبحث الثاني** للكلام عن شرط الثبات في عقود الدولة ، بينما نحاول تسليط الضوء على شرط التحكيم في عقود الدولة ، وذلك عبر **المبحث الثالث** .

المبحث الأول

الطبيعة غير المتجانسة لأطراف عقود الدولة

مما لا ريب فيه أن تحديد أطراف عقود الدولة بالوصف الذي رأيناه في الفصل الأول سيجعل منا نحاول تسليط الضوء على الطرف المتغير في هذه الرابطة العقدية ، وذلك من خلال التركيز على مركز هذا الطرف في النظام القانوني الدولي ، والذي قد يمنحه وصفا يتعدى نطاقه الموضوعي الذي يتحدد آنفا بناء على إعتبارات تتعلق بشخصيته القانونية التي يعطيها إياه هذا النظام ، وهذا ما نحاول تحليله من خلال " دراسة المقاربة في وضع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة " كمطلب أول ، كما أن تأكيد هذا التباين سيؤثر حتما في الطبيعة الخاصة للحقوق والإلتزامات التي تفرزها عقود الدولة ، وهذا ما نستشفه من خلال الوقوف على أهم "حقوق و إلتزامات طرفي عقود الدولة" ، و إن تعددت وتباينت من نموذج لآخر من تطبيقات هذه العقود ، وذلك عبر مطلب ثان.

المطلب الأول

دراسة المقاربة في وضع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة

نحاول الإنطلاق من فكرة التعاقد مع الأشخاص الطبيعيين ، على الرغم من ندرة التعامل العقدي على هذا الصعيد مع هذه الفئة من الأشخاص القانونيين ، وهذا أولا ، وصولا إلى صورة التعاقد الغالبة مع تلك الأشخاص التي يصفها الفقه بالشركات متعددة الجنسيات ، لما تطرحه من تساؤلات حول ماهية هذه الشركات ، وما موقعها على مستوى العلاقات الإقتصادية الدولية ، وذلك إستهداء برأي الفقه ، والنظر في مدى تأثير هذا الوضع القانوني على عقود الدولة ، وتكييفها وطبيعة القانون المطبق عليها .

الفرع الأول : دراسة المقاربة بين مركز الشخص الطبيعي الطرف في العقد و مدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية .

يتعين علينا من خلال معرفة وضع الفرد على خريطة القانون الدولي ، الوقوف عند النتائج القانونية المترتبة على هذا المركز القانوني الممنوح وتأثيره على الوضع في عقود الدولة وتكييفها ، حيث أن هذا الوضع قد أثار الكثير من الجدل الفقهي على الصعيد الدولي ، ذلك أن القانون الدولي و إن كان يهتم بأشخاصه المعروفين فقط*، إلا أنه يضع الفرد نصب عينيه ، وقد اختلفت الآراء حول التكييف القانوني لمركز الشخص أمام القانون الدولي ؛ فظهرت في هذا المقام ثلاثة اتجاهات متباينة ، منها ما يستبعد تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية** ، ومنها ما تمنحها له بشكل مباشر ، أو بطريق غير مباشر .

* إن الشخصية القانونية تكمن في القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والقيام بالتصرفات القانونية من رفع دعاوى لها أو عليها في حالة إخلالها بحقوق الغير . وكما هو معروف فقد كان القانون الدولي العام حتى بداية القرن العشرين يعتبر أن الدول وحدها هي التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية ، لأن هذا القانون لم يكن لينظم إلا علاقات الدول فيما بينها ، ولأن الدول هي التي كانت تملك سلطة التصرف على الصعيد الدولي . ومع ذلك فقد بدأ الفقه الدولي وتحت ضغط الوقائع التي ترجع إلى ظهور متزايد لوحدات في المجتمع الدولي تقوم بدور فعال في ميدان العلاقات الدولية من ناحية ، والى تدخل القانون الدولي لحماية الفرد ضد دولته من ناحية أخرى ، الأمر الذي اضطر الفقه إلى العمل على توسيع دائرة سريان القانون الدولي من حيث الموضوع ، وبالتالي الاعتراف بالشخصية القانونية لوحدات أخرى غير الدول متمثلة في المنظمات الدولية والأفراد . أنظر في ذلك : السيد مصطفى أحمد أبو الخير : الدولة في القانون الدولي العام ، الطبعة الأولى ، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص ص 27-31.

** فإذا كانت الشخصية القانونية تقتضي أن وظيفة القاعدة القانونية تقرير حقوق أو فرض التزامات في الحالات التي تحدث فيها وقائع معينة ، ومن تقرر له القاعدة القانونية حقاً أو تفرض عليه التزاماً فهو المخاطب بهذه القاعدة ويسمى أو يطلق عليه الشخص القانوني . ومن الطبيعي أن يكون لكل نظام قانوني أشخاص تخاطبهم قواعده فترتب لهم الحقوق وتفرض عليهم الالتزامات ، وهؤلاء الأشخاص هم أعضاء الهيئة التي ينظمها ويحكمها هذا النظام القانوني . فالشخصية القانونية ، هي التعبير عن العلاقة التي تقوم بين وحدة معينة ونظام قانوني محدد . ويترتب على ذلك أن الأشخاص القانونية لا توجد في نظام قانوني معين بطبيعتها وإنما بفعل هذا النظام وفي الدائرة التي يقوم برسمها ، وقد تكون الوحدة المعينة شخصاً في نظام قانوني ما ، ولكن هذا لا يستتبع بالضرورة - أن تكون شخصاً قانونياً في نظام قانوني آخر . ذلك لأن كل نظام قانوني يستقل بتعيين أشخاصه - . كما أنه من الممكن أن تكون الوحدة المعينة شخصاً قانونياً في أكثر من نظام قانوني نتيجة لاكتسابها هذا الوصف في هذه النظم عن طريق =

أولاً : عدم تمتع الفرد بأي مظهر من مظاهر الشخصية الدولية و توطين عقود الدولة
ذهب مفكرو المدرسة الوضعية إلى إنكار تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية تحت أي ظرف من الظروف ، وتتمثل أهم ملامح الشخصية القانونية الدولية في العديد من المظاهر كإبرام المعاهدات الدولية ، وتحمل تبعة المسؤولية الدولية و إمكانية الانضمام إلى المنظمات الدولية ، و غيرها من المظاهر التي لا تتوفر للشخص العادي ولا يمكنه القيام بها .¹

ولعل هذا ما يؤيد الفقه المنادي بتوطين عقود الدولة ، وكذا نفي الصفة الدولية عنها ، حيث أن الطرف المتعاقد مع الدولة في هذه الحالة ليس إلا شخصا من أشخاص القانون الداخلي ، والذي يترتب عليه بالضرورة أن العقد لا يمكن تدويله بأي حال من الأحوال . ومن جهة أخرى فإن هذه العقود المبرمة مع الأشخاص الطبيعية ، لا يعقل تماما بعد تكييف مركز الفرد بهذه الطريقة أن نسحب عليها وصف التصرفات القانونية الدولية كالاتفاقيات الدولية .

ثانياً : تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر وعقود الدولة .
يذهب بعض الآراء إلى التسليم للفرد بشخصية دولية غير مباشرة و ذلك لأن القانون الدولي لا يتوجه إليه بالخطاب إلا عن طريق دولته كما أن تطبيق القانون الدولي على الأفراد لا يتحقق إلا بواسطة الأوامر التي تصدرها إليهم دولهم .²

=الإعتراف لها بالأهلية القانونية ، وعندئذ تكون هذه الوحدة المعينة محلاً للتكليف بالقدر والأوصاف وفي الحدود التي يقوم بتعيينها كل نظام من هذه الأنظمة القانونية . بيد أن هناك فريق من الفقهاء يرى أنه لا يكفي لإثبات الشخصية القانونية لوحدة معينة أن تكون لها حقوق ، أو تقع على عاتقها التزامات بمقتضى نظام معين بل يضيفون إلى ذلك شرطاً آخر هو أن يعترف القانون الوضعي مباشرة بتلك الحقوق والالتزامات للوحدة القانونية . أنظر في ذلك : **طلعت جياذ لحي الحديدي** : المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد ، عمان ، الأردن ، 2008 ، ص ص 123 - 125 .

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 24.

² طه أحمد علي قاسم : المرجع السابق ، ص 24 . وأنظر أيضا : سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص ص 335 ، 336 .

والواقع أن الفقه المؤيد لتدويل عقود الدولة واجه هذا الانتقاد من خلال إعتبره أن صفة الشخص يمكن أن يتمتع بها وفقا لأحكام القانون الدولي كل من يتصل على نحو مباشر بقواعد القانون الدولي ، ويكون صالحا للتمتع بالحقوق الدولية ، ويتحمل الالتزامات الدولية كما أنه يملك الحق في الإدعاء أمام الهيئات القضائية الدولية.¹

فكما يقول الأستاذ "جارسيا أمادور" حول ما قدمه بشأن الشخصية القانونية الدولية والأهلية القانونية المسبغة على أفراد ينتمون للقانون الخاص وذلك في عقودهم مع الدولة المتعاقدة ، غير أن هذه الشخصية محدودة ونسبية ، لذلك فإن هذا يؤيده ما جاء في امتداد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي يكون أحد أطرافها شخصا طبيعيا يتمتع بجنسية دولة خلاف الدولة الطرف في النزاع ، وهو ما جاءت به المادة 25 من اتفاقية واشنطن.²

ثالثا : تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق مباشر و تدويل عقود الدولة .
على خلاف المبدأ السائد وفقا للاتجاه الذي يمنح الفرد قدر من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر، و ذلك من خلال منح الأجنبي حال تضرره من سلوك الدولة التي يقيم بها حق اللجوء إلى دولته الأصلية لتتبنى قضيته في القضاء الدولي للحصول على التعويض المناسب عما أصابه من ضرر ، وفقا لشروط الحماية الدبلوماسية.³

ينظر مفكرو المدرسة الإجتماعية إلى حقيقة المجتمع الدولي المعاصر على أنه مكون من مجموعة من الأفراد و على ذلك لا يوجد أي فوارق بين المجتمع الدولي و المجتمع الداخلي باعتبار أن كل منهما مجتمع أفراد ، فالفرد هو صاحب الشخصية الأولى في المجتمع الدولي ، و لا يتغاضى هذا الاتجاه عن الدولة كحقيقة قائمة لكنه يرفض فكرة الدولة كشخص و يقبلها كمفهوم يتم النظر إليها كإطار أو كوسيلة لتنظيم المرافق العامة اللازمة للجماعة .⁴

¹ أنظر في ذلك: **حفيفة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 688.

² **سعيد عبد الغفار أمين شكري** : مرجع سابق ، ص 336 ، 337.

³ **يحيياوي أعر** : قانون المسؤولية الدولية ، دار هومه ، الجزائر ، 2009 ، ص 25.

⁴ **طه أحمد علي قاسم** : مرجع سابق ، ص 24 ، 25.

غير أن ازدهار حركة التقنين لحقوق الإنسان فسح للفرد كشخص قانوني دولي المجال للمطالبة الدولية المباشرة لحقوقه أمام اللجان التي وضعتها اتفاقيات حقوق الإنسان كجنة حقوق الإنسان ، بل أمام محاكم دولية كمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية ، والمحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب ، ولعل ما جعل الفرد يمنح هذه الشخصية الدولية ، ومساءلته تبعاً لها هو إنشاء محكمة دولية جنائية تضطلع بالنظر في الجرائم الدولية التي يرتكبها الأفراد.¹

ويعتبر تمتع الفرد بقدر من الشخصية الدولية بطريق مباشر استثناء في إطار القانون الدولي الحالي وهو لا يترتب بطريق تلقائية وإنما لا بد أن تقرره قاعدة قانونية دولية عرفية أو اتفاقية ، وتتمثل أهم ملامح ذلك الوضع على سبيل المثال في انعقاد المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في حال قيامه بأعمال القرصنة في أعالي البحار أو أفعال إرهابية، وفي إنشاء قضاء دولي جنائي وفي لجوء الفرد مباشرة إلى الأجهزة الدولية ، كاللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واللجوء مباشرة إلى محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي ومسألة حقوق الإنسان . وعلى الرغم من ضعف المركز القانوني للفرد على مستوى القانون الدولي ، إلا أن هذا لا يعني أن الفرد لا يتمتع بقدر من الحماية التي يكفلها له ذلك القانون وتلتزم به جميع الدول ويعرف ذلك بالحد الأدنى لحماية حقوق الأجانب ويطلق عليه أحياناً تسمية " المستوى العادي للحضارة ".²

فقرارات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ملزمة لأطراف المنازعة ، فالفرد الأجنبي صار طبقاً لهذه الاتفاقية يقف على قدم المساواة مع الدولة المتعاقدة أمام المركز والذي يعد هيئة دولية ، وله هذه الضمانة من دون تدخل دبلوماسي من دولته التي ينتمي إليه وهي طرف في الاتفاقية.³

إن منح الفرد الشخصية الدولية ، ولو كان بطريق غير مباشر يعد منحا لنوع من الشخصية الجزئية الظاهرية التي لا ينكرها أحد على الشخص الطبيعي لكنها لا يمكن

¹ يحيواوي أعر : مرجع سابق ، ص ص 26 ، 27.

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 25.

³ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 337.

أن تجعل الشخص الطبيعي يتخفى كل ما يقره القانون الدولي العام من مبادئ ، حتى ينضم إلى أعضاء المجتمع الدولي بأي حال من الأحوال .

ولعل الفقه المنادي بتدويل عقود الدولة يحاول دائما تخطي عقبة التدويل المتمثلة في إعتبار المتعاقد مع الدولة ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي .

إلا أنه إذا سلمنا بفكرة تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية لصارت تلك العقود التي يبرمها مع الدول تنتمي إلى طائفة المعاهدات الدولية ، أو على الأقل لصارت محكومة بقواعد القانون الدولي العام ، وهذا ما لا يتفق مع المنطق القانوني السليم .

الفرع الثاني : دراسة المقاربة بين مركز الشركات متعددة الجنسيات الطرف في العقد

و مدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية

إن الطرف الثاني في عقود الدولة يغلب أن يكون إحدى الشركات المتعددة الجنسيات¹ عبر دولية النشاط و لا شك أن لوصفها هذا أثره على هذه العقود ، فضلا عما للسياسات التي تتبعها الدولة التي تنتمي إليها الشركة المتعددة الجنسيات من أثر على مسلكها في إبرام و تنفيذ هذه العقود .

أولا : المقصود بالشركات متعددة الجنسيات :

يقصد بالشركة المتعدد الجنسية بمعناها الفني الدقيق " المؤسسة الاقتصادية التي توجد جذورها في دولة ، وعملياتها من مختلف الأنواع في دولة أو دول أخرى ." ، أو " هي شركات تمارس نشاطا إنتاجيا في دولتين أو أكثر ، طبقا لتخطيط يتم في مركز ينتمي إلى دولة واحدة ، وبناء على قرارات تأخذ بعين الاعتبار اختيارات ذات طابع دولي ." فهي تفترض وجود نشاط انتاجي يعتمد على وجود سوق متعدد الدول ، سواء تم هذا النشاط عن طريق شركة واحدة لها فروع في دول أجنبية ، أو عن طريق عدد من الشركات تنتمي كل منها لجنسية مختلفة وتخضع جميعها لسيطرة إدارة عليا² ،

¹ تختلف مسميات هذه الشركات فهناك من يسميها : بالمشروعات متعددة الجنسيات أو كما يطلق عليها البعض متعددة القوميات ، وهناك من يصفها بالشركات عبر الوطنية .

² عصام الدين مصطفى بسيم : نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة ، العدد الأول، يناير 1980، ص ص 135-

هي إدارة الشركة الأم¹ .

و مما سبق يمكن استخلاص تعريف من مجموع وظائف و خصائص هذه الشركات ، بأنها نوع من شركات الاستثمارات الأجنبية المباشرة يمتد نشاطها الإنتاجي أو التسويق أو المالي عبر الحدود في إطار إستراتيجية عامة للشركة الأم ، حيث يكون لهذه الأخيرة حق ممارسة الإدارة لكل فروع مختلف الدول المضيفة لتحقيق أهداف الشركة الإدارية والإنتاجية بهدف تحقيق أقصى ربح ممكن.²

تتجه التعريفات القانونية إلى معنى محدد، يشير إلى مجموعة شركات تتوزع فروعها بين أنظمة قانونية وطنية مختلفة ، بحيث تبدو كتنظيم تدريجي أقواه المركز الرئيسي و يتشعب إلى عدة فروع الشركات التابعة، و لعل ما يستفاد من هذه التعريفات قيام الشركة متعددة الجنسية بعاملين متناقضين نظريا متكاملين عمليا و هما وحدة الشركة و العامل التعددي لها.

- **الطابع الموحد للشركة :** و يتجسد ذلك الطابع بوحدة اتخاذ القرارات ووحدة التصرف ، ووحدة الإستراتيجية ، ووحدة الموارد الإنسانية و المادية والفنية ، فوجود شركة موجهة الشركة الأم يدعم تنفيذ استراتيجية موحدة عبر ما تمارسه من سيطرة على الفروع لتتنسق سياستها مع سياسة تلك الشركة .

-**الطابع التعددي للشركة :** إذ أنه في تكوين الشركة الأم عدد من الشركات المتمتعة بالشخصية القانونية المستقلة التي يتم تشكيلها وفقا لقوانين وطنية متعددة ، و بالتالي تتمتع بجنسيات مختلفة.

¹ أما فيما يتعلق باكتساب الشركة الفرع للشخصية القانونية المتميزة عن الشركة الأم فإن هذا ليس كافيا ، لإمكانية استقلالية شخصيتها لتعلق كيانها بالشركة الأم خصوصا إذا كانت تبرم عقودها بصفة منفذة لسياسة و أوامر الشركة مما ينجم عنه أن كافة الآثار العقدية المبرمة في مجال عقود الدولة تسري على الشركة الأم. أنظر في ذلك:

Bouhacene Mahfoud : Droit international de la coopération industrielle , O.P.U, Alger, France ,1982, p 202.

² **السيد عبد المنعم المراكبي :** التغيرات التي لحقت سيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، مصر ، 2004 ، ص 197.

و مهما بلغ الوزن الاقتصادي للشركة متعددة الجنسية ، فإنها لا تستطيع الإفلات من حكم القانون ، عاما كان أو خاصا سواء على الصعيد الداخلي أم حتى على الصعيد الدولي.¹

أما عن تاريخ تكوين هذه الشركات ، فقد كانت نواتها الأولى في القرنين السابع و الثامن عشر ، بعد أن توسعت الشركات التجارية الاستعمارية بتشجيع و رعاية من الدول التي تتبعها هذه الشركات ، و كان نشاط هذه الشركات يتمثل في عمليات تجارة الجملة على نطاق واسع ، إلا أن تفجر الثورة الصناعية و رسوخها كان له الأثر الأكبر في تحولات عميقة في نشاط و هيكل الشركات متعددة الجنسية التي أخذت في التطور رويدا رويدا حتى استقر شكلها الحديث في منتصف القرن التاسع عشر ، واستمر نمو الشركات متعددة الجنسية ، و تنوعت نشاطاتها بعد الحرب العالمية الأولى حيث غزت نشاطات لم تكن مطروحة لها من قبل،² حيث إنتقلت العملية الإنتاجية نحو تدويل الإنتاج الأمر الذي ساعد عليه التقدم العلمي الهائل الذي حدث منذ ذلك الوقت بما مكن تلك الشركات من التعامل مع الكم الهائل من المعلومات بتكنولوجيا متطورة ساعدت على وضع الإستراتيجيات الكلية للشركات العابرة للقوميات.³

و قد تباطأ هذا النمو عقد الثلاثينيات من القرن الماضي نتيجة الكساد الكبير الذي ساد العالم في هذه الفترة ، و الذي تبعته الحرب العالمية الثانية التي أدت إلى توقف النشاط التجاري الدولي و كذا نشاط الشركات متعددة الجنسيات.⁴

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 244 ، 245.

² السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 197.

³ صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : مرجع سابق ، ص ص 317 ، 318.

⁴ السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 197.

ثانيا : الشركات المتعددة الجنسية وسيادة الدولة* .

قد كانت النتيجة التي أفرزها توسع هذه الشركات و تعدد نشاطاتها استغناؤها عن خدمات رجال الشرطة الحكومية ، وأصبحت تعتمد على شركات أمن خاصة تمتلك أحدث المعدات و تتنقي أفضل عمالة متاحة ، و كذلك استعانت هذه الشركات بالتمثيل التجاري في الخارج ، وأصبح لممثليها التجاريين حصانات تفوق التمثيل الدبلوماسي الرسمي من الناحية الواقعية و أصبح بوسع هذه الشركات أن تضغط على عدة حكومات في وقت واحد ، و أصبحت لها آلياتها في التحرك بعيدا عن السفارات ، و تتعامل بمعايير واقعية ، و استمرت الرشوة و الفساد لدى صناعات القرار في الدول

* المعنى الأصلي للسيادة ينتمي في الواقع لفكرة السلطة " Superurity " وهي كلمة لاتينية أصلها " Supra " وفي النظرية القانونية والسياسية فإن السيادة بمثابة قوة مطلقة نهائية طالما أنها السيطرة المطلقة على ما يقع تحت نطاقها في مواجهة القوى الخارجية . غير أنه في مجال القانون الدولي العام فإن المعنى الذي ينبغي للسيادة إنما يستمد من فكرة الاستقلال في نطاق تطبيق ذلك القانون من حيث الأشخاص والكيانات الدولية ذات السيادة ، أي المستقلة . فهي إذن حق الدولة في ممارسة وظائفها على الجزء من الأرض الخاص والإقليم مستقلة عن أي دولة أخرى ، وهي فكرة نسبية ، فهي سيادة من خلال قانون يعطى تأثيرا ينتمي لفكرة قاعدة القانون الدولي في المجتمع الدولي . والحقيقة أن هناك كيانا متناميا لنظام دولي يضع قيودا ودرجات متفاوتة على تصرفات الدولة بصفة عامة وهو كيان مؤكد الوجود في العلاقات المألوفة بين الدول أي في السياسة الخارجية ، غير أنه قائم أيضا وموجود من خلال السياسة الداخلية للدول . أنظر في ذلك : **سعيد عبد الغفار أمين شكري** : مرجع سابق ، ص 134-135. هذا و إن كان البعض يرى في طبيعة السيادة ، وما إذا كانت "حقا" للدولة ، أم أنها صفة ، أو خاصية أو عنصرا ، أو ركنا من أركان الدولة ؟ فإذا قلنا أنها حق للدولة ، فإنه سيترتب على ذلك إمكانية أن توجد دولة بلا سيادة ، بل ويمكن للدولة أن تتخلى عن سيادتها ، أو تتصرف بها كيفما تشاء ، وبالمقابل يمكن تصور وجود مجموعات من الناس تقيم على إقليم معين ، وتدعي بأنها دول ، وهي ليست لها سيادة ، وطبعا هذا غير معقول ، بينما إذا قلنا أن السيادة خاصية ملازمة للدولة أو ركنا من أركانها أو عنصرا من عناصرها ، فإن ذلك يعني للوهلة الأولى أن فقدان الدولة لسيادتها يؤدي إلى زوال هذه الدولة . إن السيادة أو السلطة التي تمارس السيادة بالنسبة للدولة هي ركن أو خاصية وليست حقا ، حيث أن فقدان الدولة لسيادتها لسبب من الأسباب دون أن تحل محلها جهة أخرى في ممارسة هذه السيادة كليا أو جزئيا نكون أمام حالة زوال للدولة ؛ بينما إذا تم احتلال الدولة من قبل دولة أخرى ، أو وضعها تحت الإنتداب أو الوصاية ، فإن السيادة هنا تكون موجودة ، وإنما تمارس فعليا من قبل جهة غير الجهة صاحبة الحق قانونيا بممارستها ، وعليه فلا تنهار الدولة ولا تزول ، ولكننا نكون بصدد إغتصاب للسيادة ، إذ يكفي أن تسيطر السلطة فعليا على إقليم الدولة وسكانه ، لتكون صاحبة السيادة في الدولة ، وبالتالي تكون الدولة موجودة ، ولا يشترط الوصول إلى الحد الذي تكون فيه هذه السلطة من القوة والتفرد ، بحيث لا تستطيع معها سلطة أخرى تنافسها أو تتحداها . أنظر : **تدمري خالد** : واقع نظرية السيادة في ظل المتغيرات الدولية الجديدة ، مذكرة ماجستير ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، سوريا ، 2010 ، ص ص 946 ، 947.

لتمير عقود بملايين و أحيانا بمليارات الدولارات ، و حتى لا تخضع هذه الشركات لسيادة القضاء في الدول المتخلفة لجأت إلى شرط التحكيم و كل عقد تبرمه تضمنه ذلك الشرط وقد يكون هو الشرط الأهم في العقد و لا يتم توقيع العقد إلا بالموافقة على هذا الشرط.¹

إن القدرات الهائلة التي تمتلكها هذه الشركات مكنتها من تحدي الغالبية العظمى من أعضاء المجتمع الدولي التي ترغب في إقامة النظام الاقتصادي العالمي الجديد ، واستطاعت أن تثبت موقفها على أرض الميدان مصرة على الاستمرار في العدوان على سيادة بلدان العالم الثالث التي تتعامل معها بدافع الضرورة ، وذلك بالسيطرة على اقتصادياتها الوطنية دون اعتبار لاستراتيجياتها التنموية واحترام تشريعاتها الداخلية ، فهي كما يرى الأستاذ حماد محمد شطا " لا ترغب في توظيف رأسمالها في بلد أجنبي لتساعده على التنمية ، فتغلق في وجه منتوجاتها سوقا رابحة لأن هذا يعني كساد نشاطه في بلده الأم ، وحتى إن رغبت في ذلك بدافع أنانيته سعيا وراء الربح ، فإن دولته قد لا تتمكن من ذلك ، ثم يضيف قائلاً : "إن هذه الشركات المتعددة الجنسيات تؤثر في توجيه سياسة البلاد ، فتتقصد من استقلالها التي ضحت في سبيل الحصول عليه من زاوية ، ومن زاوية أخرى ، فإن هذه الشركات سوف تحول ربحها إلى بلدها الأصلي".²

لقد أصبحت الشركات الكبرى ، شركات متعددة الجنسيات عندما بدأت إدارتها في التخطيط و التنظيم و السيطرة و التسويق ، و تخطي الحدود الوطنية لتصبح ذات وجود عالمي ، و عند ذلك بدأ تأثير هذه الشركات على سيادة الدولة ، و ازداد هذا التأثير بمرور الزمن وزادت قوة هذه الشركات حيث أصبحت سياستها التي يتم تخطيطها خارج الحدود الوطنية تؤثر على الدول ، و قراراتها السياسية و قدرات الحكومة ، بل ووحدة مجتمعاتها ، من خلال خطط هذه الشركات في العمل و التشغيل و الاستثمار ، و أصبح من الصعوبة بمكان على أي حكومة أن تتجاهل هذه الشركات دون أن تتأثر

¹ السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 199.

² سي علي أحمد : النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام ، دار هومه ، الجزائر ، 2009 ، ص 202.

اقتصادياتها ، خاصة و أن هذه الشركات تراعى مصالحها الدولة الأم و التي يكون بها عادة مقر الشركة الرئيسي ، ولا تظهر هذه العلاقة- بين الدولة الأم و الشركة متعددة الجنسيات - إلا عند حدوث مشكلات بين الشركة و دولة أخرى .

و لذا فإن علاقات هذه الشركات و الدول الوطنية تتضارب وتتوافق حسب اتفاق و تضارب المصالح مع الدولة الأم ، خاصة و أن ملاك أسهم هذه الشركات هم في الغالب أجانب عن الدول النامية ، و بالتالي فإن لها تأثيراتها الفعالة على الاستثمار الأجنبي المباشر التي تعمل الدولة على جذبها و الحفاظ عليه، مما يكن له الأثر على مراعاة الدول لمصالح هذه الشركات، حتى لو اضطرت للتغاضي عن بعض مصالحها لإرضاء هذه الشركات ، وهذا ما له علاقة مباشرة بالسيادة.¹

وعليه فإنه و على الرغم من أهمية نشاط هذه الشركات ودورها الفاعل في الاقتصاد والتجارة الدوليين ، إلا أن سلوك الهيمنة والتحكم الاحتكاري في الأسواق العالمية وتدخلها في شؤون البلاد الداخلية ، وكذا تعسفها في أساليب العمل التقييدية قد أثر سلبا على البلدان النامية ، ناهيك على ما تتخذه من قرارات تصب دوما في خدمة مصالحها العالمية ، و كل هذا من شأنه أن يعرقل التنمية في الدول النامية ، الأمر الذي دعا المجتمع الدولي إلى ضرورة مراقبة هذه الشركات على أساس السيادة التامة لهذه البلدان التي تعمل فيها.²

ثالثا : الخلاف الفقهي حول منح الشخصية القانونية الدولية لهذه الشركات .

في كل مرة تظهر فيها ظاهرة جديدة في النظام المتطور للقانون الدولي ، يحاول رجال القانون إيجاد تبرير نظري له ، و هذا ما جرى فعلا ، فبروز الشركات متعددة الجنسية كوحدة اقتصادية قوية مؤثرة في مجرى العلاقات الدولية ، جعل الجدل الفقهي يحتدم حول إمكانية اعتبارها شخصا قانونيا دوليا من عدمه، و هذا مرده في الحقيقة إلى غياب تأصيل نظري واضح للمركز الحقيقي للشركات متعددة الجنسية في القانون الدولي العام من جهة ، و غياب تنظيم دولي محدد المعالم لتنظيم عملها من جهة أخرى،

¹ السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 193.

² صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي : مرجع سابق ، ص 681.

مما جعل فكرة تمتع الشركات متعددة الجنسية بالشخصية القانونية الدولية مازالت في مدارجها الأولى و هي الآن تشق طريقها نحو الإستقرار.¹ و أمام غياب رؤية واضحة عن حقيقة مكانة الشركات متعددة الجنسية ، فإن هذه الفكرة لم تلقى إقبالا بشكل مجمع عليه ، فتراوحت بين تيار مؤيد ، وتيار متخوف ، و آخر معتدل .

حيث أنه قد كانت ، الدول ذات السيادة و منذ وقت طويل هي التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية دون غيرها من الكيانات الدولية الأخرى²، غير أن ما طرأ على العلاقات الدولية في السنوات التي تلت الحرب العالمية الثانية من عوامل و اعتبارات عديدة ، نتج عنها تغير جذري في الكثير من أنماط و صيغ هذه العلاقات و ترك الباب مفتوحا أمام دخول أعضاء جدد في المجتمع الدولي ، و كان بروز الشركات متعددة الجنسية كقوة فاعلة في العلاقات الدولية إيذانا بأن هنالك نوعا من التغيير على المستوى البعيد سيحصل في بنية الجماعة الدولية أو بتعبير أوسع ، في بنية القانون الدولي العام ، ذلك أنه على حد تعبير الأستاذ " De Visscher " إلى وجوب تطابق القانون الدولي مع واقع العلاقات الدولية.³

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ V.Pibhs أن " جهود الإنسان قد توصلت إلى اكتشاف مشروع جديد يجعل من العالم شركة ضخمة ".⁴

و حيث أن الشخصية القانونية الدولية تمثل الفاصل ما بين تحديد من هم أشخاص القانون الدولي العام من عدمه فإن تحديد معالمها و بيان نطاقها أمر في غاية الأهمية

¹ طلعت جياذ لجي الحديدي : مرجع سابق ، ص 117 .

² فهناك من يرى أن منح الشخصية القانونية الدولية لهذه الكيانات التي هي حق لأشخاص القانون الدولي فقط ، إذ يعتبر الأستاذ حماد محمد شطا أنه لا يعقل أن تكون الشركة ندا للمنشئ لها وهو الشخص الإقليمي ، في الوقت الذي تعجز فيه الشركة عن مجرد الإفلات من رقابة الشخص الإقليمي منشئه وصاحب القرار في بقائه و إلغائه ، ويتساءل كيف إذن يستنى فهم أو قبول أن المؤسسات العامة تشكل شخصا عاما بجوار الدولة ، اللهم إلا إذا كانت إدارتها قد اكتسبت صفة السلطة السياسية المستقلة و أصبحت بذلك عضوا في منظمة الأمم المتحدة أو يمكن حتى قبول فكرة أنها شخص يقف ندا للأشخاص الإقليمية ، والتي قد تكون موجدتها وصاحب رأسمالها والوصية عليها. أنظر في ذلك: سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص204.

³ طلعت جياذ لجي الحديدي : مرجع سابق ، ص 117 .

⁴ سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص 87.

لأنه يمثل المدخل نحو إضفاء وصف الشخصية القانونية الدولية على أشخاص تتوافر فيهم عناصر هذا الوصف دون أن يعترف لهم المجتمع الدولي بشكل كلي بهذه الشخصية ومنهم الشركات متعددة الجنسيات .

ومن دراسة بيئة الشخصية القانونية الدولية وهي المجتمع الدولي ، يتبين لنا أن هذا المجتمع في حالة تغير مستمر لما يطرأ على أخصائه من تغيرات ، تتعلق بتحديد أدوار هذه الأشخاص ، ودخول أشخاص جدد تفرضها واقع العلاقات الدولية .¹ حيث يرى الأستاذ محمد بجاوي أن " هناك علاقة جدلية بين الشركات المتعددة الجنسيات والنظام الاقتصادي الدولي ، حيث أن الشركة هي نتاج هذا و في نفس الوقت تساهم في إيجاده ."²

ف نجد أن العديد من فقهاء القانون الدولي العام يعارض منح الشخصية القانونية الدولية لهذه الشركات³ ، في حين أن هناك عددا قليلا يطالب بمنحها إياها ، وذلك لأجل ممارسة نشاطها من جهة وفرض الرقابة عليها من جهة أخرى ، وعلى الرغم من التعارض الشديد بين الموقفين السابقين ، إلا أن هنالك من يقف موقفا وسطا بينهما ، حيث أنه لا يطالب بإعطائه الشخصية القانونية الدولية ، ولكنه يطالب بمنحها مركزا قانونيا دوليا متميزا ، نتيجة تسليمهم بالحقيقة الواقعية المتمثلة في كونها قوة لا يستهان بها من حيث تأثيرها على مجرى العلاقات الدولية .

فاعتبرها البعض شكلا من أشكال الدولة الاقتصادية ، لما لا و دخلها المرتفع يجعل منها توشك أن تتحول إلى "دول إقتصادية مستقلة" تتمتع بالسيادة الواقعية ، حيث أن ممثلي هذه الشركات يعاملون معاملة السفراء ويقومون بوظيفتهم .⁴

¹ طلعت جياذ لحي الحديدي : مرجع سابق ، ص ص 119 ، 121 .

² سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص 201 .

³ إن فقه الدول النامية قد عبر عن موقفه المعادي لكل مساس بالسيادة ، فرفض مقترحات الفقه الغربي بمنح المركز القانوني الدولي للشركات عبر الوطنية المعاصرة لتكون شخصا من أشخاص القانون الدولي شأنها في ذلك شأن الدول ، حيث تكون بتلك الفتية القانونية منها هي المتضرر الأول وليس الدول الكبرى التي في معظمها دول أصلية بالنسبة لها . أنظر في ذلك : سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص 203 .

⁴ طلعت جياذ لحي الحديدي : مرجع سابق ، ص ص 131 ، 133 .

ويحاول تيار من الفقه الغربي رفع مركز الشركات عبر الوطنية إلى مصاف أشخاص القانون الدولي متحججا بأسانيد مختلفة يدعم بها أنصار هذا التيار آرائهم ، ومن هؤلاء يلاحظ الأستاذ "فريدمان ولفغانغ" Wolfgang Friedman أن الشركات المتعددة الجنسيات رغم أنها لا تزال شخصا من أشخاص القانون الخاص مثل الأفراد تماما ولكنها تقوم بأشغال عالمية النطاق ومعقدة تدفعها للقيام باتصالات عديدة مع مختلف الحكومات ، وفي حالات كثيرة مع الوكالات المالية الدولية فتقوم بإبرام العديد من العقود معها ، مما دفع البعض إلى منحها الصفة الدولية ، وعندما يثور خلاف بينهما وبين الدول المضيفة فهي تفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يقوم على مبادئ القانون العام للأطراف ، وبذلك تتجنب الخضوع إلى القوانين الداخلية للدول التي تعمل فيها فصاحب الأعمال لم يعد إذن شخصا عاديا كبقية الأشخاص¹.

ولعل هذا سيضعنا أمام ضرورة التفرقة بين ما إذا كان المتعاقد شخصا طبيعيا أو شركة غير متعددة الجنسيات ، وإذا ما كانت دون ذلك ، لما في ذلك من أثر على المعاملة التفضيلية التي تبرر فعلا ضرورة الفصل في عقود الدولة بين حالتي المتعاقد العادي ، والمقصود به شخصا طبيعيا أو شركة عادية ، أو ما إذا كان المتعاقد شركة متعددة الجنسيات لما تحظى به هذه الشركات من معاملة تفضيلية تجعل في وضع أحسن من بقية الأشخاص المتعاقدة ، وهذا قد لا يتفق مع النظام العام الذي وضعه الفقه لعقود الدولة دون تمييز ولا تأثير لشخص المتعاقد على هذا النظام .

ويضيف الأستاذ "فريدمان ولفغانغ" قائلا : " صحيح أنه لا يمكن إعطاء مركز قانوني لشركة خاصة مشابه لمركز الدول والمنظمات الدولية لأنها لا تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، ومع ذلك فإنها تشارك في تطوير القانون الدولي ، لذلك ينبغي منحها شخصية قانونية دولية محدودة ، بحيث تخضع اتفاقاتها لقواعد القانون العام لا الخاص " ، ويخلص في الأخير إلى أن " التطور الذي عرفه المجتمع الدولي يفرض عليه أن يمنح هذه الكيانات ، بعد أن أحرزت على المكانة التي وصلت إليها ، مركزا قانونيا مساويا للدول "².

¹ سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص 179.

² سي علي أحمد : المرجع السابق ، ص 179.

ولكن الواقع القانوني يكذب هذا الرأي ، لما له من زعزعة لقانون العلاقات الدولية ، بل لو أن الأمر يكون على هذا النحو لكان منعطف منح هذه الشركات مركزا مماثلا للدول - حتى وإن كانت تعامل معاملة تشبه معاملة الدول - نقطة تحول في تاريخ القانون الدولي المعاصر .

ومما نلاحظه على رأي الأستاذ فريدمان هو أنه يتخذ موقفا مترددا من موضوع مركز هذه الشركات ، حيث يتجلى من هذا العرض أنه يعد أن سلم من أنها تعتبر من أشخاص القانون الخاص ، يأتي بعد ذلك ليمنحها شخصية قانونية دولية محدودة تخضع للقانون العام لا الخاص ، وينتهي في الأخير بمطالبة المجتمع الدولي بمنحها مركزا قانونيا دوليا ، وعليه نخرج ببعض الملاحظات حول أسانيده :

- وهي أن العقود التي تبرمها الدول والمنظمات الدولية مع هذه الشركات هي عقود عادية ولا تعد عقودا دولية ، لذا فإن منح الصفة الدولية لهذه العقود معناه إعتداء على سيادة الدول ورفع شأن أشخاص القانون الخاص إلى مرتبة أشخاص القانون الدولي دون سند قانوني سليم .

- التحكيم لا يتم إلا بعد استنفاد الوسائل القضائية الداخلية ، ويتوقف على إرادة طرفي العقد .¹

وعندما أصبحت الشركات متعددة الجنسيات أقوى إقتصادا من العديد من الدول * ، حيث أنه في الوقت التي تنهار فيه اقتصاديات الدول أمام المضاربات المالية فإن هذه الشركات تزداد قوة على قوة وعلى سبيل المثال قدرت موجودات بنك" سيتي جروب ترافلرز" عام 1998 بمبلغ 700 مليار دولار و هو مايزيد على موجودات جميع

¹ سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص ص 179 ، 180.

* إن دخل أكبر عشرة شركات متعددة الجنسيات في العالم يفوق ثلاث مرات دخل أفقر 38 دولة في العالم و الذي يبلغ عدد سكانها أكثر من بليون نسمة ، ويقود 100 رجل اقتصاد في العالم خمسون شركة متعددة الجنسيات تسيطر على 40 % من التجارة الدولية حيث تسيطر خمسة شركات من هؤلاء الخمسين على 70% من أسواق السيارات و الطائرات والصناعات الكهربائية و الصلب ، و تسيطر خمسة شركات أخرى على 50 % من التجارة العالمية في النفط ، و الكمبيوتر ، و صناعة المعلومات ، و التأمين ، وتقع جميع هذه الشركات في الدول المتقدمة حيث يتم 40% من التجارة الدولية بين الشركات في الدول المتقدمة أساسا .أنظر في ذلك : السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 194.

المصارف العربية مجتمعة، و التي تبلغ 410 مليار دولار بل أن شركة " اكسون موبيل" تمتلك احتياطات مالية أكبر من احتياطي نيجيريا و أندونيسيا البالغ سكانها حوالي ربع مليار نسمة ، و تمتلك تلك الشركة طاقة تكرير بترولية يومية 6.66 مليون برميل و تزيد عن الإجمالي النفطي لكل من الكويت و البحرين و قطر و الإمارات و ليبيا وتحصل عائدات تبلغ 200 مليار دولار سنويا ، و هو مبلغ يعادل تقريبا ضعف إيرادات دول أوبك من إنتاج النفط.¹

ازداد الخوف والقلق من الحجم الذي بلغته والوزن الذي أصبحت تملكه في حقل العلاقات الاقتصادية الدولية وحتى السياسية متحدية التشريعات الداخلية لدولها وكذلك الدول المضيفة لها.²

إذ من الملاحظ سيطرة الدول المتقدمة على أكبر عدد من هذه الشركات ، حيث أن أغلبها تنتمي إلى الدول المتقدمة* ، ولذا فإن هذه الشركات متعددة الجنسيات تعد هي اللاعب الأساسي في الاقتصاد العالمي في ظل منظمة التجارة العالمية ، فهي تعد الأداة الوحيدة لتدويل الإنتاج وعولمته، حيث أصبحت لهذه الشركات هيئاتها الإشرافية و العلمية القوية و النفوذ الواسع سواء داخل الدولة أو خارجها، حيث توزع نشاطاتها الإنتاجية حول العالم ، لأجل الاستعداد لنقل نشاطاتها من دولة إلى دولة وفق ما يتوفر من زيادة العائد الاقتصادي من مشروعاتها أو شروط استثمارية أفضل.³

ولما صار المسؤولون في الحكومة الأمريكية يشعرون بأنهم يفقدون التحكم في هذه الشركات بصورة ملحوظة بسبب قدرتها على التهرب من تشريعها الداخلي وأوامر وزارة العدل ، وهكذا فقد أمرت محكمة أمريكية فرعا بريطانيا متخصصا في المواد الكهربائية يقيم على تراب الدولة إقامة قانونية وفقا للتشريع الداخلي كغيره من فروع

¹ السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 193.

² سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص 192.

* حيث يشير تقرير إحدى المنظمات الدولية إلى أن 25 شركة دولية لعام 2004 تنتمي إلى الدول التالية بحسب ترتيب عددها : الولايات المتحدة الأمريكية ، ألمانيا ، فرنسا ، اليابان ، بريطانيا ، إيطاليا ، هولندا ، سويسرا ، استراليا ، الصين . أنظر في ذلك : محمد علي عوض الحرازي : الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات - دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 ، ص 211.

³ السيد عبد المنعم المراكبي : مرجع سابق ، ص 180.

الشركات متعددة الجنسيات الأخرى ، علما أن الولايات المتحدة الأمريكية ليست أكبر دولة أصلية للشركات عبر الوطنية المعاصرة و إنما أيضا دولة مضيضة ، باستعادة حق الاختراع الذي كان قد قدمه إلى الشركة البريطانية الأم ، ولكنه لم يستجب لهذا الأمر ، كما طلب من فرع كندي بتقديم سجلات أمام لجنة خاصة لكنه رفض .

إن التجاوزات التي قامت بها هذه الشركات قد أحدثت ردود فعل في الدول الرأسمالية نفسها وفي الولايات المتحدة الأمريكية بالذات من جانب العمال أولا ثم الاقتصاديين والقانونيين ، وهكذا فقد احتجت عدة نقابات أمريكية على خروج الشركات الأمريكية من بلدها الأصلي لأنها تخرج معها الأموال والتقنيات والمناصب وتخضع لتشريعها الداخلي ، وفي أوروبا كان رد الفعل عندما اجتمعت في لندن عدة أحزاب يسارية تابعة لـ15 دولة رأسمالية تحت شعار " نضال الطبقة العمالية للبلدان أمام تطور الشركات المتعددة الجنسيات " .¹

ونخلص في الأخير إلى أن الصراع الفقهي حول إعطاء شخصية قانونية دولية لهذه الشركات ولو بصفة محدودة له بالغ الأثر على تحديد طبيعة عقود الدولة ، وإن كانت هناك جملة من التوازنات على الصعيد الدولي تحول دون إعطائها هذه الشخصية ، و لعل تطور وحركية المجتمع الدولي لا تمنع إطلاق من فتح المجال لأشخاص دولية جديدة ، كالشركات متعددة الجنسيات ، ولو على المدى الطويل ، ولعل هذا سيؤثر حتما على عقود الدولة ، وقد يجسد حقيقة تجديد مفهوم بطريق جذري .

¹ سي علي أحمد : مرجع سابق ، ص ص 192 ، 193 .

المطلب الثاني

حقوق و إلتزامات طرفي عقود الدولة

تختلف الإلتزامات و الحقوق في هذه العقود تبعا لاختلاف العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي ، فعقود البترول تنشئ حقوقا و الإلتزامات على طرفي العقد ، و تتميز عن تلك التي تنشئها عقود الأشغال العامة أو عقود الاستثمار ، إلا أنه على رغم ذلك الاختلاف إلا أن هناك الإلتزامات و حقوقا عامة و مشتركة تنشئها هذه العقود .

لذلك سنعرض في هذا المطلب لحقوق و الإلتزامات الدولة "الفرع الأول" ثم حقوق و الإلتزامات الطرف الأجنبي في "الفرع الثاني".

الفرع الأول : حقوق و الإلتزامات الدولة.

تؤدي عقود الدولة إلى إعطاء الدولة طائفة من الإلتزامات التي تمكنها من الرقابة على الشركة الأجنبية أحيانا ، والتي تبرر في أحيان أخرى وضعها المتميز الذي يجعلها تبرز ذاتية هذه العلاقة التعاقدية .

أولا : حقوق الدولة .

تنشئ عقود الدولة لصالحها عدة حقوق أهمها ، الحق في الإشراف و الرقابة على أعمال الشركة ، و الحق في تعديل العقد أو فسخه ، و الحق في إنهاء العقد . و سنوجز هذه الحقوق فيما يلي :

1- الحق في الإشراف و الرقابة على أعمال الشركة :

تتضمن عقود الدولة دائما نصوصا تعطي للدولة الحق في الرقابة و الإشراف على أعمال الشركة الأجنبية المنفذة ، و ذلك للتأكد من تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليها وفقا للعقد ، ولذا نجد أغلب هذه العقود تتضمن آليات ووسائل تمكن الدولة من القيام بهذا الإلتزام¹.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 104 ، 105 . و أنظر : الروبي محمد : مرجع سابق ، ص ص 28 ، 29.

و يتنوع حق الرقابة و الإشراف بنوعية عقود الدولة ، فللدولة في عقود البترول حق زيادة المواقع و رقابة البترول الخام و جودته و شحنه ، و فحص الدفاتر و الإحصائيات و حق مراقبة العمليات النفطية ، و أيضا حق مراقبة و الإشراف على تنفيذ الإنشاءات الصناعية أو الخدمية المرتبطة بعقود البترول .

كما للدولة في عقود الأشغال الدولية أو التنمية الصناعية الرقابة على تنفيذها وفقا لدفاتر المواصفات ، و لإصدار الأوامر في ذلك ، و أيضا حقها في الموافقة على التنازل في تنفيذ جزء أو كل العقود لطرف آخر ، و الحق في رقابة سير العمليات التنفيذية و فقا للمدة المحددة في العقد.¹

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية باختلاف مداها و غاياتها من دولة لأخرى ومن ظروف لأخرى ، ويمكننا أن نجملها في الرقابة الحكومية الخارجية التي تمارسها الحكومات داخل أقاليمها وتشرف عليها عن طريق لجان وهيئات حكومية لا تربطها بالمشروع أية صلة ، إلا ما حولها القانون ، وتنقسم إلى : رقابة حكومية خارجية أولية ، و رقابة حكومية خارجية مستمرة ، إلى جانبها رقابة حكومية داخلية .²

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص ص 141 ، 142.

² أما الرقابة الحكومية الخارجية الأولية فهي رقابة تمارس من قبل هيئات أو لجان حكومية مشكلة لهذا الغرض وظيفتها فحص الطلبات المقدمة من المتعاقدين الأجانب من أجل الترخيص لهم ببداية تنفيذ المشروع الجديد أو التوسع في مشروع قائم ، و تتحقق هذه اللجان من الشروط التي يتطلبها القانون الداخلي لبداية المشروع الجديد . بينما الرقابة الحكومية الخارجية ، فهي رقابة تستمر إلى حين تشغيل المشروع الأجنبي ضمانا لاستمراره في عملياته الاستثمارية ، بالشروط التي منح الموافقة الحكومية على أساسها ، وتأكيدا لاستمرار التزام الاستثمارات الأجنبية بالقواعد والشروط المطلوبة قد تنص بعض الدول في قوانينها الاستثمارية على جزاءات معينة يمكن أن توقعها السلطات على الشركات الأجنبية المستثمرة التي قد تخرق هذه الالتزامات ، ربما تصل إلى حد سحب الموافقة على المشروع الاستثماري .

و النوع الثاني من الرقابة هو الرقابة الحكومية الداخلية التي تراقب فيها الدولة المتعاقدة الشركة الأجنبية من داخل الشركة عن طريق ممثلين لها مشتركين في إدارة المشروع ، و يتحقق هذا النوع من الرقابة بالنص عليها في القوانين الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار ، بعدم السماح للمشروعات الأجنبية في قطاعات اقتصادية معينة داخل البلاد إلا بعد اشتراط العناصر الحكومية الوطنية في رأس مال و إدارة المشروع الأجنبي ، وهذا ما يضمن مراقبة المشروع الأجنبي عن كثب ، مما قد يحقق سيطرة فعلية للحكومة على المشروع . أنظر في ذلك : طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص ص 97 ، 98.

2- الحق في تعديل العقد أو فسخه :

تحرص الدولة على أن ينص في عقود الدولة المبرمة مع الطرف الأجنبي على حقها في تعديل العقد في حدود معينة أو فسخه عند إخلال الطرف الأجنبي بالالتزامات المفروضة ، و غالبا ما تتحدد الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد .

فعلى الرغم من أن الأصل أنه لا يجوز تعديل العقد إلا بموافقة الطرف الآخر ، إلا أنه في عقود الدولة ، للدولة الحق في تعديل العقد بدون موافقة الطرف الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة ، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي عند حصول إخلال في الإلتزامات ، و سبب ذلك هو طبيعة عقود الدولة التي يسري لفترات طويلة عادة ، و تأثيرها على خطط التنمية الإقتصادية في البلاد مما يجعل ، من الضروري للدولة الحق في تعديلها و فقا لهذه الظروف و لو لم ينص في العقد على ذلك.

كما أن للدولة الحق في فسخ العقد وفقا للأحكام التي تنطبق على العقود في القانون الخاص ، و ذلك عند إخلال الشركة الأجنبية بالالتزامات الجوهرية المفروضة عليها في العقد ، و عادة ما يتم حصر هذه الإلتزامات في العقد و حالات الفسخ ، إلا أن حق الدولة في الفسخ يكون قائما بثبوت الإخلال الجوهري للالتزامات المفروضة على الأجنبي ، و من ضمن حالات الفسخ عدم تنفيذ الأعمال طبقا لمواصفات العقد ، و توقف الشركة عن دفع الرسوم و الضرائب المفروضة ، و تنازل الشركة عن تنفيذ أعمال العقد لطرف آخر دون موافقة الدولة ، و حالة الإعلان عن إفلاس الشركة الأجنبية و عدم إلتزام الشركة بالحد الأدنى للإستثمار و غيرها .¹

3- الحق في إنهاء العقد :

للدولة الحق في إنهاء العقد ، وذلك عندما تقوم الدولة المضيفة للإستثمار عادة أولا بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون بنقل ملكية المشروع الإستثماري إلى الدولة المضيفة للإستثمار ثم القيام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع و منع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها ، و قد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي من أراضي الدولة المضيفة للإستثمار .

¹ سراج حسين أبوزيد : مرجع سابق ، ص ص 105 - 107.

وقد يتخذ هذا العمل إحدى الصور التالية :

أ- **التأميم**¹ : وهو مصادرة مشروع استثماري أو أكثر يتعلق بمصدر من مصادر الثروة الطبيعية ، و يعتبر من ضمن التأميم ما يسمى بالتأميم الزاحف وهو مصادرة المشروع الاستثماري بطريقة غير مباشرة و تدريجيا ، مثل زيادة الضرائب بين فترة وأخرى أو إجبار المستثمر الأجنبي على زيادة العمالة الوطنية في المشروع .

ب- **الاستيلاء** : و هو أخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة معينة تتعلق بأمن الدولة أو الدفاع الوطني مثل الحرب .²

ج- **التجريد أو المصادرة** : وهو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص ، وهي أخذ الممتلكات العائدة للأجانب دون تعويض ،³ فهو بذلك يعد عقوبة توقع في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، وبموجبها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهؤلاء الأشخاص دون أي تعويض .⁴

د- **التصفية** : و هي حل الشركة و تصفيتها مع توزيع حصيلة التصفية على الدائنين . و جدير بالذكر أن ملكية المستثمر الأجنبي للمشروع الاستثماري ليست على نمط واحد ، فقد يكون المشروع مملوكا بالكامل من قبل المستثمر الأجنبي أو المستثمرين الأجانب ، وقد يكون المشروع مملوكا بالمشاركة بين المستثمر الأجنبي وأحد أشخاص الدولة المضيفة للاستثمار طبيعيا كان أو اعتباري . و قد يكون المشروع مملوكا من المستثمر الأجنبي و أحد الأجهزة الحكومية في الدولة المضيفة للاستثمار .⁵

¹ يعرف جانب من الفقه التأميم بأنه نقلا ملكية مشروع معين إلى الأمة ، بينما يرجح الفقه تعريف معهد القانون الدولي له : " التأميم هو عملية تتصل بالسياسة العليا ، تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كلياً أو جزئياً بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية ، لتضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة . " أنظر في ذلك : **دريد محمود السامرائي** : مرجع سابق ، ص 112 ، 113.

² **خالد محمد الجمعة** : إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 23 ، العدد الثالث ، سنة 1999 ، ص 75.

³ **ناصر عثمان محمد عثمان** : مرجع سابق ، ص 53.

⁴ **دريد محمود السامرائي** : مرجع سابق ، ص 109.

⁵ **خالد محمد الجمعة** : مرجع سابق ، ص 76.

وإذا كانت عقود الدولة و خصوصا عقود البترول المبرمة مع الشركات الأجنبية تنص على عدم إمكانية الدولة المتعاقدة بتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة ، و الإلتزام بقدرسية العقود و عدم المساس بها .

إلا أنه عقب التأميمات الإيرانية للشركات الأجنبية للبترول و صدور قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بحق الشعوب و الدول في السيادة الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية ، و التي كان أولها القرار رقم 1803 لسنة 1962¹ ، ثم قرارها رقم 3281 الصادر في 13 ديسمبر 1974 بشأن ميثاق الحقوق و الواجبات الإقتصادية ، للدول حيث نصت المادة (2/ج) من القرار الأخير على أنه " لكل دولة الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ، و لكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض ملائم طبقا للقوانين و اللوائح النافذ فيها ، و أيضا تبعا لكل الظروف التي تراها ضرورية " .²

إذ أصبح حق الدولة في التأميم حقا ثابتا ، بصدور قرار الأمم المتحدة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، و الذي اعتبر قرار التأميم ما هو إلا إجراء من قبل الدولة للتعبير عن سلطتها للمحافظة على مصادرها الطبيعية ، فأعاد للدول صاحبة الثروات الطبيعية سلطة التصرف في تلك الثروات ، بإعطائها الحق في التأميم مع التعويض .

و إن كان المفهوم التقليدي للتعويض قد لقي معارضة شديدة من الدول النامية ، باعتبار أن هذا المفهوم التقليدي يتعارض مع حق الدولة في التأميم ، كما أنه يتعارض مع السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها ، ومع حق الدولة في إعادة تنظيم الهيكل الاقتصادي و إدخال إصلاحات اقتصادية .³

¹ شريط الأمين: حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 ، ص 105 ، 106.

² فتح الله عوض بن خيال : التحكم في عقود الدولة ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص 23.

³ عمر هاشم محمد صدقة : مرجع سابق ، ص 63.

كما أن الدول الغربية المستثمرة في الدول النامية لم تتقبل فكرة التعويض دون الأخذ بعين الاعتبار مبلغ الكسب الفائت .

وبين مصالح الدول النامية ومصالح الدول الغربية فقد جاءت قرارات الأمم المتحدة لدعم حق الدولة في تأمين الأموال الأجنبية ووضع قاعدة أكثر مرونة للتعويض ، فقد جاء في قرار الجمعية العامة رقم 1803 بشأن السيادة الدائمة على المصادر الطبيعية أن : " تؤسس المصادرة أو نزع الملكية أو التأميم على المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية التي يعترف بأرجحيتها على المصالح الفردية الأجنبية ، وسوف يحصل المالك السابق على تعويض مناسب وفقا للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقا للقانون الدولي ."

ومما يلاحظ أن القرار قد أقام نوعا من التوازن بين موقف الدول الغربية المصدرة لرأس المال والدول النامية المستوردة له ، لأنه لم يأخذ بقاعدة التعويض التقليدية ، فهو اعتمد قاعدة التعويض الملائم أو المناسب والذي يجب أن تقدره الدولة في ضوء قواعد القانون الدولي¹.

إلا أنه وعلى نقيض ما يبرر فكرة التأميم فإن الكثير بالمقابل يعتقد أن شروط نجاح أي قانون للاستثمارات تتمثل في تبنيه لثلاثة مبادئ أساسية متصلة بتحقيق مشاريع الاستثمار الأجنبية ألا هي : عدم اللجوء إلى التأميم ، حرية تحويل رأس المال و العوائد الناتجة عنه و التحكيم الدولي ، ولعل قانون الاستثمارات الجزائري يسير في هذا الإتجاه و يتماشى و هذه المبادئ الثلاثة و هذا ما سيمنحه بالتأكيد فعالية أكبر في جلب الاستثمارات الأجنبية . و الملاحظ أن التطور الذي حصل في موقف السلطات العمومية الجزائرية فيما يخص مسألة التأميم يرجع بصورة خاصة إلى التناقص التدريجي لموارد الدولة المالية و ندرة مواردها من العملة الصعبة بحيث تبين لها بعد فترة أنها لم تعد و حدها قادرة على تمويل التنمية الإقتصادية للبلاد ، إلى جانب

¹ عمر هاشم محمد صدقة : مرجع سابق ، ص 64.

طبعاً عوامل أخرى و لا سيما التطورات السياسية و الاقتصادية التي حصلت على المستوى العالمي.¹

وهذا مما يؤكد أن حجج الدول النامية في حقها في التأميم لم تعد قوية كما كانت في الماضي ، حيث أن مرحلة الاستعمار قد ولت ، كما أن حجج الدول الصناعية في التعويض قد ازدادت قوة ، خاصة في حالة غياب اتفاقيات لحماية الاستثمار مع الدول النامية التي تستثمر في أراضيها ولثرواتها .²

و إذا كان جوهر المسألة هل يحق للدولة المضيفة للاستثمار أن تقوم بإرادتها المنفردة بإنهاء إتفاقية الاستثمار المبرمة مع المستثمر الأجنبي؟³

فإن حق الدولة في إنهاء عقد الاستثمار ، وما يستتبع ذلك من تعويض لا يزال موضوع غير مستقر في القانون الدولي ، ولعل مرد هذا الخلاف إلى تباين آراء لجان التحكيم الدولي وفقهاء القانون الدولي .

ذلك أن إنهاء الدولة لعقد الاستثمار بإرادتها المنفردة لا يعد مخالفاً للقانون الدولي العام ، إلا إذا كان ذلك الإنهاء تحكيمياً ، حيث تقوم حينها مسؤوليتها ، أو كانت قد

¹ يوسف محمد : مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمارات ، مجلة إدارة ، الجزء 09 ، العدد 02 ، 1999 ، ص 59.

² خالد محمد الجمعة : مرجع سابق ، ص 131.

³ حيث أن كلا الطرفين له حججه ومبرراته ، فمثلاً لو أن الاستثمار في ثروة من الثروات الطبيعية ، فإن هذا يجعل المستثمر يتحجج بأنه قد وظف أمواله وخبراته الفنية لتطوير هذه الثروة التي كانت تفقدتها الدولة المضيفة للاستثمار ، و لهذا دعت المستثمرين لأراضيها ، وبعد مرور سنوات من العمل الشاق والأموال الطائلة المنفقة ، وعندما بدأ المشروع يسترجع عائداته وأرباحه تأتي فجأة الدولة المضيفة للاستثمار لتصدر قراراً أو قانوناً بتأميم شركة المستثمر الأجنبي ، وتستولي على أصولها ، مع العلم أن الأمر لو كان بعكس ذلك أي عندما يعجز المستثمر عن اكتشاف الثروة الطبيعية من خلال منطقة الامتياز الممنوحة له في المدة المحددة ، فإنه يلتزم بإعادة المنطقة للدولة ويرحل دون تعويض عما بذله من نفقات لأجل البحث عن الثروة الطبيعية.

ومن جهة أخرى فإن الدولة ترى أن المستثمر قد جاء إليها تحت ظل الاستعمار أو تحت حماية نظام سياسي فاسد ، وحصل على إتفاقية استثمار غير عادلة ، حيث أن له بموجبها كل الحقوق مقابل القليل من الأرباح التي يسددها للدولة كل سنة ، وبعد مرور مدة من استنزاف ثروات شعب هذه الدول ، وتحويل الأرباح إلى دولته ، فإن هذا الشعب لا بد من أن يثور يوماً ليسترد ثرواته الطبيعية ، ويوظف عوائدها في سبيل تطوير بلاده . أنظر في ذلك : خالد محمد الجمعة : المرجع السابق ، ص 67 ، 68.

حرمت المستثمر الأجنبي من اللجوء إلى القضاء الداخلي للطعن في قرار المصادرة أو المطالبة بالتعويض .

وعندما تبرم الدولة مع دولة المستثمر الأجنبي اتفاقية حماية الاستثمار ، وتنص فيها على عدم جواز التأميم أو المصادرة فإن مخالفة ذلك يقيم مسؤولية الدولة تجاه دولة المستثمر ، لما فيه من إخلال ببنود الاتفاقية .

أما إذا لم تكن هناك اتفاقيات لحماية الاستثمار ونص عقد الاستثمار ذاته على عدم جواز التأميم والمصادرة ، فإن فقهاء القانون الدولي وسوابق التحكيم قد انقسمت آراؤهم بشأن أثر مخالفة الدولة لهذا البند .¹

ثانيا : إلتزامات الدولة .

تختلف الإلتزامات الواقعة على الدولة تبعا لاختلاف نوع العقود التي تبرمها الدولة مع الطرف الأجنبي ، إلا أن هناك الإلتزامات تكاد تكون ذات طبيعة مشتركة في جميع هذه

¹ انقسم الفقه في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات :

الفريق الأول يرى عدم جواز ذلك ، ويجعل من تصرف الدولة غير قانوني ، فيوجب على الدولة رد ممتلكات المستثمر ، ولكن هذا الرأي لا يلقى تأييدا كبيرا .

الفريق الثاني : يرى أنه حتى مع وجود هذا البند ، فإن بإمكان الدولة القيام بالمصادرة لأن حقها في ذلك مرتبط بالسيادة .

بينما يرى الفريق الثالث أن للدولة هذا الحق ، ولعل المصادرة قانونية لارتباطها بسيادة الدولة ، لكنه يشترط ثلاثة شروط ، وهي شرط المصلحة العامة أي أن تأميم المشروع الاستثماري أو مصادرته تكون لأسباب تتعلق بمصلحة الدولة وليس لمصلحة فردية ، وقد ورد في قرار الأمم المتحدة بخصوص السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ذكر أسباب متعلقة بالمنفعة العامة ، الأمن أو المصلحة الوطنية ، وشرط دفع تعويض .

وشرط عدم التفرقة أي أن الدولة إذا أرادت التأميم أو المصادرة فإنها تقوم بذلك في مواجهة جميع المشروعات الاستثمارية ذات الطبيعة الواحدة ، و ألا تستثني أحدها بسبب جنسية مالكيها ففي دعوى Oscar Chin case قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولية " أن صورة التفرقة الممنوعة هي التفرقة القائمة على أساس الجنسية والتي تتضمن معاملة مختلفة بسبب الجنسية بين أشخاص ينتمون إلى مجموعات وطنية مختلفة بسبب الجنسية "

وفيما يتعلق بالتعويض ، فيرى فقهاء القانون الدولي أن تلتزم الدولة بدفع تعويض فوري وعادل .و أن تقدر قيمة التعويض وفق قيمة المشروع كمشروع ذي دخل ، بينما يرى فريق آخر مع الدول النامية أن الدولة عليها أن تدفع تعويضا مناسباً ، لا يشمل مبلغ الكسب الفائت. أنظر في ذلك : خالد محمد الجمعة : مرجع سابق ، ص 96 ، 100 ، 129 ، 130 .

العقود منها التي قبل فترة التعاقد الأصلي أي خلال فترة المفاوضات و أخرى بعد مرحلة التعاقد الأصلي :

1- الإلتزامات خلال فترة المفاوضات :

نظرا لأهمية عقود الدولة فغالبا ما يحتاج الأمر عند التعاقد إلى المرور بمراحل عديدة قبل إبرام العقد النهائي ، مما قد يتكبد من أحد أطراف العلاقة نفقات باهظة ، نظرا لطبيعة هذه العقود.

لذلك تحرص أطراف العلاقة إلى إبرام عقود تفاوضية تحدد حقوق و التزمات الأطراف خلال فترة ما قبل إبرام العقد الأصلي ، و ذلك بدلا من المفاوضات الحرة التي قد ينهي فيها أحد الأطراف هذه المفاوضات ، و التي قد يترتب عليها المسؤولية التقصيرية و التي قد يفشل أحد أطرافها بإثبات عناصرها.

و أهم الإلتزامات المفروضة على الدولة خلال فترة المفاوضات ، الإلتزام ببداية التفاوض و الإستمرار فيه بإتخاذ الإجراءات الكفيلة لفتح عملية التفاوض مثل توجيه دعوة بالتفاوض و تقديم المقترحات ، و الإلتزامات بحسن النية في التفاوض ، و الإلتزامات بالتعاون و تقديم المعلومات ، حيث يلتزم فيه الطرفان بالتعاون و المساعدة في تنفيذ إلتزاماتها¹.

و إلى جانب هذه الإلتزامات العامة هنالك إلتزامات خاصة لا بد من الإلتزام بها عند النص عليها في عقود المفاوضات، منها : الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية أي فتح المفاوضات مع طرف آخر على ذات الموضوع ، و الإلتزام بالحفاظ على السرية عند النص عليه في عقد المفاوضات ، لما تشمله غالبية عقود الدولة من أسرار تكنولوجية أو فنية للطرفين.

2- الإلتزامات خلال فترة العقد الأصلي :

أيضا تتنوع هذه الإلتزامات باختلاف العقود المبرمة ، إلا أنه يمكن إيجاز أهم الإلتزامات المفروضة على الدولة ، وهي :

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق و أزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2001 ، ص 60.

أ- أعمال التسهيلات خلال فترة العقد .

كثيرا ما تنص العقود على مجموعة التسهيلات بما يتطلب من الدولة الإلتزام بتنفيذها خلال مرحلة التنفيذ ، مثل السماح للطرف الأجنبي بتوريد المعدات و الآلات و المواد اللازمة لأعمال العقد ، و أيضا منح التراخيص لذلك و تسهيل الدخول هذه التراخيص إلى الأراضي الوطنية ، و أيضا تسهيل منح تراخيص البناء أو إحضار المواد من الخارج ، و قد تلتزم الدولة للطرف الأجنبي بالعديد من الضمانات الأخرى مثل الامتيازات في تنفيذ الأعمال أو الإعفاءات الجمركية أو الضريبية .¹

ب- إلتزام الدولة بتقديم الحماية اللازمة .

غالبا ما ينص في عقود الدولة أو قوانين الاستثمار الوطنية أو المعاهدات الثنائية أو الجماعية على ضرورة توفير قدر من الحماية للمستثمر الأجنبي من الأخطار التي قد يتعرض لها خلال فترة تنفيذ العقد بأراضي الدولة ، و قد إختلف الفقه و أحكام التحكيم في تحديد ماهية هذا الإلتزام ، هل هو التزم بتحقيق نتيجة ، أو التزم ببذل عناية و ذلك بإختلاف مصادر الإلتزامات المفروضة على الدولة وفقا للعقود المبرمة أو المعاهدات أو القانون الدولي العام .²

الفرع الثاني : حقوق و إلتزامات الطرف الأجنبي

تتنوع الحقوق و الإلتزامات للطرف الأجنبي بتنوع العقود المبرمة ، إلا أن هنالك من الحقوق و الإلتزامات التي تنص عليها في أغلبية عقود الدولة أيا كان نوع التعاقد و هي:

أولا : حقوق الطرف الأجنبي .

تفرض عقود الدولة العديد من الإلتزامات على الدولة خلال فترة التنفيذ ، و تكون هذه الإلتزامات في ذات الوقت حقوقا لصالح الطرف الأجنبي ، و من ضمنها أعمال التسهيلات التي تلتزم بها الدولة ، مثل منح التراخيص بدخول العمالة الأجنبية ، و إستيراد المواد اللازمة لتنفيذ أعمال العقد ، و الحق في الإعفاءات الجمركية و

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص ص 100 ، 102.

² فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص ص 26 ، 27.

الضريبية و الضمانية أو إجراء التحويلات النقدية ، و الحق في الحماية اللازمة ، سواء في الأحوال العادية أو الإستثنائية .

كما تمنح عقود الدولة حقوقا للدولة المتعاقدة ، فإنها تمنح المتعاقد مع الدولة حقوقا وتضع على عاتقه التزامات .

1- الحق في استخدام الأجانب :

تخول معظم عقود الدولة خاصة عقود الاستثمار المستثمر الأجنبي الحق في استخدام أشخاص أجانب وخصوصا الفنيين والإداريين تستعين بهم في تنفيذ أعمال العقد ومع ذلك فإن هذا الحق ليس مطلقا بل تكفلت برسم حدوده وبيان مداه الشروط العقدية ، ولعل هذه الشروط قد جعلت الاستعانة بالعمالة الأجنبية متوقف على عدم توفر الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال ، في حين ألزمت عقود أخرى ألا يقل عدد العاملين الوطنيين عن نسبة معينة.¹

2- الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية :

لقد خولت جل عقود الاستثمار الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في استيراد المعدات والآلات وغيرها مما تحتاجه في تنفيذ عمليات العقد مع الإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية.²

وقد اتخذت الجزائر عدة آليات لأجل استقطاب الاستثمار الأجنبي ، وذلك من خلال العديد من الحوافز الضريبية ، وكذا الحوافز التمويلية ، بالإضافة إلى حوافز تتعلق بإمكانية تملك الأراضي والمشروعات الاستثمارية ، وكذا تخفيض قيمة إيجار العقارات والأراضي المتعلقة بالاستثمارات ، علاوة على إمكانية تحويل الأرباح إلى الخارج.³

¹ سراج حسين أبو زيد :مرجع سابق ، ص ص 92 ، 93. و طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 102.

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 102.

³ ناصر مراد : واقع الاستثمار الأجنبي المباشر وعواقبه في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 ، ص ص 92 ، 93 .

كما تجدر الإشارة إلى أنها قد كانت تعتمد سياسة المناطق الحرة* تشجيعاً للاستثمارات الأجنبية لكنها سرعان ما تخلت عن هذا النظام.¹

وفي هذا الصدد نجد أن المادة 09 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار* تنص على أنه :

" زيادة على الحوافز الجبائية و شبه الجبائية و الجمركية المنصوص عليها في القانون العام ، تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 1 و 2 أعلاه مما يأتي :

1- بعنوان إنجازهما كما هي مذكورة في المادة 13 أدناه ، من المزايا الآتية:
أ) الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة والمستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار .

* إن المناطق الحرة ، هي إنحصارات إقليمية تتميز بكونها لا تخضع كلية للنظام القانوني الجمركي و المالي و الجبائي الذي تخضع له النشاطات التي تتم داخل الإقليم الوطني . و الملاحظ أنه من الناحية القانونية ومن جهة نظر السيادة الإقليمية للدولة .

فإن المنطقة الحرة وهي جزء لا يتجزأ من التراب الوطني ، إلا أنها تخضع لنظام رقابة جمركية خاصة أكثر مرونة من ذلك المطبق عادة على بقية الإقليم الجمركي.

و الجدير بالذكر انتشار المناطق الحرة عبر العالم يرجع أساساً إلى ظاهرة تدويل العلاقات الاقتصادية فنشاطات المناطق الحرة انتقلت من فعل المتاجرة المتعارف عليه إلى الإنتاج ، ثم إلى النشاط المالي وبذلك اكتسبت أشكالاً متعددة وقد مرت من شكل المنطقة الحرة الصناعية المخصصة للتصدير إلى أشكال أخرى كالمناطق الحرة للمشروعات ، المناطق الحرة المصرفية ، ومنذ زمن طويل رأت كثير من الدول ضرورة إقامة مناطق حرة تجارية وصناعية فوق إقليمها رغبة منها في تنمية وترقية صادراتها وبصفة عامة تجارتها الخارجية.

ومما يجدر التنويه إليه أن الغاية من تشجيع الاستثمار بإنشاء مناطق حرة هي التوصل إلى خلق مناطق شغل وتمكين الدولة المضيفة من الحصول على مبالغ هامة من العملة الصعبة ، علاوة على جلب التكنولوجيا وتقنيات التسيير والتسويق الحديثة ، ودخول الدولة المضيفة الأسواق الدولية.أنظر في ذلك : يوسف محمد : مرجع سابق ، ص 105 ، 106 .

¹ أنظر الأمر 02/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 يتعلق بالمناطق الحرة ، ج ر العدد 43 ، 20 يوليو 2003. والملغى بالقانون رقم 10/06 مؤرخ في 28 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 24 يونيو 2006 ، يتضمن إلغاء الأمر 02/03 المتعلق بالمناطق ، ج ر العدد 42 ، 25 يونيو 2006.

* والمعدلة بموجب الأمر 08/06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 ، ج ر العدد 47 لسنة 2006 يعدل ويتم الأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 غشت سنة 2001.

ب) الإغفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة أو المقتناة محليا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار .

ج) الإغفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني .

2- بعنوان الاستغلال ولمدة ثلاث (3) سنوات بعد معاينة الشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر :

أ) الإغفاء من الضريبة على أرباح الشركات .

ب) الإغفاء من الرسم على النشاط المهني .

3- الحق في التنازل عن العقد :

تتضمن جل عقود الدولة ، وخاصة عقود الاستثمار نصوصا تسمح للشركة أن تنتازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء كانت تابعة لها أم مستقلة عنها ، ولكن هذا الحق ليس حقا مطلقا بل تقيده شروط¹.

وهنا نميز بين نوعين من العقود : النوع الأول هو تلك العقود المبرمة بين الدول والشركات وقد أجازت للشركات المتعاقدة بأن تنتازل عن كل أو بعض حقوقها والتزاماتها العقدية إلى شركة أخرى سواء كانت مستقلة أو تابعة لها ، وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة وبعد توافر شروط تملئها هذه العقود . تختلف لكن الشروط المشتركة التي اجتمعت عليها جل العقود هي :

- أن توفي الشركة المتعاقدة بكل التزاماتها حتى تاريخ الطلب .

- أن تقدم الشركة المتنازل إليها الأدلة التي تطلبها الدولة والتي تثبت قدرتها المالية.

- أن تتضمن وثيقة التنازل النص على أن المتنازل إليه سيلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد الأصلي².

أما النوع الثاني ، فنميز بين حالتين : الحالة التي تنتازل فيها الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها إلى شركة مستقلة ، والتي يشترط فيها موافقة حكومة الدولة

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 177.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 99-100 و طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 103.

المتعاقدة مسبقا ، والحالة التي يتم فيها التنازل لمصلحة شركة تابعة للشركة المتعاقدة، وذلك بدون الحاجة إلى موافقة مسبقة من قبل الحكومة المتعاقدة.¹

ثانيا : إلتزامات الطرف الأجنبي .

تختلف هذه الإلتزامات حسب الشكل القانوني للعقد و نوعية الأعمال المطلوب تنفيذها سواء كانت إنشاء أو إستغلالا ، و تنص العقود دائما على الجزاءات التي تفرضها الدولة عند إخلال الطرف الأجنبي بهذه الإلتزامات ، و يتمثل حق الدولة في الحصول على التعويض أو التنفيذ العيني أو إنهاء العلاقة التعاقدية .

وقد نظرت محاكم التحكيم العديد من هذه القضايا التي كان فيها الطرف الأجنبي مخلا بالإلتزاماته العقدية ، و كان للدولة الحق في التعويض أو إنهاء العلاقة .

و يمكن تصنيف هذه الإلتزامات العقدية الواردة في عقود الدولة إلى مايلي :

1- التنفيذ وفق أفضل المواصفات و المعايير الدولية :

تنص عقود الدولة على الإلتزام الطرف الأجنبي بتنفيذ أعمال العقد و وفق أفضل المواصفات و المعايير العالمية، سواء كانت هذه الأعمال إنشاء أو توريدا أو استغلالا و دائما ما يراعي ، ثبوت حق الدولة عند إخلال الشركة الأجنبية بهذا الإلتزام ، وفي هذا الصدد نذكر تعرض قضاء التحكيم لقضية HoleayInns حيث قامت الحكومة المغربية تطوير مجال الفنادق بإنشاء أربعة فنادق خمس نجوم ، ولما ثار النزاع و عرض على محكمة التحكيم اختلف الطرفان في تفسير عبارة خمس نجوم ، فهل يقصد بها مستوى الفنادق ذات الخمس نجوم المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية أم المقصود المستوى المعروف في المغرب ، وقد قضت محكمة التحكيم بأن المقصود هنا هو ذلك المستوى المعروف في المغرب وقت إبرام العقد.²

2- الإلتزام بتنفيذ الحد الأدنى من الإستثمار :

تتشرط الدولة على الطرف الأجنبي خاصة في عقود الإستثمار و عقود البحث و التنقيب عن المصادر الطبيعية ، سواء كانت مصادر نفطية أو معادن إستثمار رأس مال محدد القيمة و المدة ، فمثلا ينص على تعهد المستثمر بإنفاق أموال معينة خلال فترات

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 100 و طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 104.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص ص 191 ، 192.

الإستثمار أو التتقيب حسب مراحل التنفيذ ، ففي هذه الحال يلتزم الطرف الأجنبي إنفاق الحد الأدنى المخصص للإستثمار و يترتب عند إخلاله بذلك توفير مسؤوليته العقدية ، كما أنه يقع على المتعاقد مع الدولة ضرورة القيام بالأعمال المحددة في الوقت المتفق عليه ، والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار و ضمان تحقق الهدف المنشود الذي يتمثل في التنمية الاقتصادية للدولة ، وعلى سبيل المثال تنص بعض العقود على أنه في الخمس سنوات الأولى من المشروع يجب على المستثمر أن ينجز نسبة معينة منه .¹

3-إلتزام الطرف الأجنبي بالإعلام والإخبار عن كافة الظروف المحيطة بمسائل

العقد : يرى البعض أن للدولة أن تتمسك بهذا الحق ولو لم يتضمن العقد نصاً صريحاً يقضي بذلك ، و ذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية .²

فخلال مراحل تنفيذ العقد يحق للطرف الأجنبي الإطلاع على جميع المستندات و المعلومات الخاصة بالعقد المبرم ، و في مقابل ذلك يكون المقاول ملزماً بالإخبار و الإلتزام للدولة مراحل التنفيذ و مدى توفر الجدوى الإقتصادية من التنفيذ .³ وقد أثير هذا الإلتزام بمناسبة قضية "شركة klockner الألمانية" ضد حكومة الكاميرون أمام غرفة التجارة الدولية بباريس . *

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 208. و عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 104. و أنظر : علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 192.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 194.

³ فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص 29.

* حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن حكومة الكاميرون أبرمت مع مجموعة شركات klockner الألمانية مجموعة من العقود المتتالية بغرض نقل العمليات التكنولوجية و الهندسية الحديثة في مجال السماد. وقد اتفق الطرفان بعد مفاوضات طويلة و متعثرة على إنشاء مشروع مشترك هو عبارة عن مصنع يتم تسليمه للحكومة الكاميرونية وفقاً لأسلوب "المفتاح في اليد" وتم توقيع عقد التسليم في 14 مارس 1972 ، إلا أن حكومة الكاميرون رفضت الوفاء بالقيمة الكاملة للمصنع ، مما حدا بالشركة الألمانية اللجوء إلى التحكيم ، فطالبت الشركة الألمانية الحكومة الكاميرونية بضرورة دفع القيمة الكاملة للمصنع الذي أقامته ، وردت على ذلك حكومة الكاميرون بأن الشركة الألمانية قد تصرفت على نحو يتسم بالتدليس و الخداع و أخلت بالتزامها بإخبار حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالتعاقد و استندت الحكومة الكاميرونية إلى دراسة الجدوى التي أعدتها الشركة الألمانية في عام 1971 و =

4- إلتزام الطرف الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية :

غالبا ما تتضمن عقود الدولة شرطا خاصا بتدريب العمالة المحلية ، وذلك تمهيدا لإحلال العمالة المحلية مكان العمالة الأجنبية ، ولعل جانبا كبيرا من الفقه يذهب إلى اعتبار هذا الإلتزام إلتزاما بتحقيق نتيجة ، وليس مجرد إلتزام ببذل عناية ، حتى لا يتصل المتعاقد الأجنبي من المسؤولية بإثباته أنه قد بذل العناية المعقولة بهذا الشأن¹.

ويختلف هذا الإلتزام حسب درجة نمو الدولة المتعاقدة ، ففي الدولة التي حققت قدرا ملموسا من النمو الاقتصادي بمقارنتها بالدولة الأكثر تخلفا اقتصاديا نجد أن هذا الإلتزام يأخذ شكل التزام تبغي للمساعدة الفنية التي يقوم بها المشروع الأجنبي ، كما يختلف

= توقعت فيها أن المصنع المذكور قادر على تحقيق الربح بمجرد إتمامه و هو ما لم يتحقق ، و أن الشركة أخفت عن الحكومة الكاميرونية الكثير من المعلومات و الحقائق التي لو علمت بها ، لامتعت عن الاستمرار في المشروع. فذهبت محكمة التحكيم إلى أن توقعات و تنبؤات الشركة الألمانية لم تكن صحيحة تماما ، لكنها لم تؤكد على ضلوع الشركة الألمانية في تعمد الإيقاع بالحكومة الكاميرونية في الغلط ، وذلك لأن محكمة التحكيم لم تجد قرائن أو أدلة قاطعة تدل على أن الشركة الألمانية قد تعمدت إيقاع حكومة الكاميرون في الغلط ، و رغم ذلك فإن الشركة الألمانية لم تتوخ الصراحة و الوضوح المتطلب في مثل هذه الظروف ، ذلك لأن الحكومة الكاميرونية قد قدمت الضمانات المطلوبة منها الإنجاز المشروع ، و حيث إنها تفنقد الخبرة في مجال إنتاج للسماذ الذي تخصص في إنتاجه الشركة الألمانية.

و حيث إن العقد كان بنص على أن الشركة الألمانية يقع على عاتقها أن تقوم بشراء كل الأجهزة و الآلات التي يقوم عليها المصنع و تقوم بإدارته و استغلاله، و يقع عليها أيضا التزام بالحصول على المواد الأولية اللازمة للإنتاج ، و تسويق منتجات المصنع و قد استخلصت محكمة التحكيم من مجمل الإلتزامات السابقة أن الشركة الألمانية كان واجبا عليها إخبار حكومة الكاميرون بكل أمر من شأنه أن يؤثر على قرار الحكومة الكاميرونية في الاستمرار في تنفيذ المشروع ، و تحملها للتكاليف الباهظة التي تطالب بها الشركة الألمانية إلا أن قد أخلت بهذا الإلتزام و أخفت عن الحكومة الكاميرون الكثير من المعلومات و الحقائق و التغيرات التي حدثت في السوق الاقتصادي للسماذ في سنوات 1973 حتى 1975 بل على العكس من ذلك أكدت الشركة للحكومة الكاميرونية قدرتها على تحقيق الربحية ، و لو أنها أخبرتها بالتغيرات التي طرأت على السوق الاقتصادي للسماذ لأعدت الكاميرون حسابها و ما أنفقت كل هذه الأموال الباهظة ، و ما استمرت في تنفيذ هذا العقد .

و انتهت محكمة التحكيم إلى الشركة الألمانية لم تحترم الإلتزام الواقع عليها و الذي يتعلق بضرورة إخبار الحكومة الكاميرونية بكافة الظروف المحيطة بمسائل التعاقد.

و بالتالي تكون الشركة الألمانية قد خالفت أحد الإلتزامات الجوهرية الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين حكومة الكاميرون ، و لا يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة هذه الأخيرة بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده. أنظر في ذلك :
علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص ص 194-196.

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 197.

مضمون هذا الالتزام على القيمة المالية الهائلة التي تنعكس على ضرورة تحقيق اندماج كامل للعقد في الوسط الاجتماعي والاقتصادي للدولة.¹

ولعل هذا الالتزام يعد التزاما جوهريا لا قيمة للعقد من دونه ، عندما يتعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا ، والتي يظهر فيها الالتزام الرئيسي في هذا العقد المتمثل في تقديم المساعدة الفنية من جانب مورد التكنولوجيا إلى مستوردها ، وهذا طبعا لن يتحقق إلا بتدريب العمالة الوطنية ، وذلك من خلال استقدامها الخبراء المتخصصين لاستيعاب التكنولوجيا الحديثة التي تعمل على تشغيل المشروع وصيانته ، وتعد الشركة مخلة بهذا الالتزام إذا كان الخبراء ليسوا على قدر من المستوى المطلوب ، أو أنها لم تقم بتدريب العمال أصلا.²

المبحث الثاني

شروط الثبات

إن تناول شروط الثبات يتطلب منا معرفة حقيقة هذه الشروط ، وذلك من خلال تعريفها وبيان المقصود بها ، و كذا تحديد طبيعتها القانونية ، عبر المطلب الأول "التكييف القانوني لشروط الثبات" ، وبعد معرفة كل هذا ، سنحاول تقييم تحقق الغرض المنشود منها ، إسقاط على واقع الممارسات العقدية في عقود الدولة ، وهذا من خلال المطلب الثاني "شروط الثبات وواقع عقود الدولة".

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 234. و طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 105.

² وائل محمد السيد إسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص ص 203 ، 204 .

المطلب الأول التكييف القانوني لشروط الثبات

لا بد من الوقوف أساساً على " تحديد المقصود بشروط الثبات " الفرع الأول ،
ومن ثم تحديد "طبيعة شروط الثبات التشريعي" الفرع الثاني ، على أن لشروط الثبات
آثار تؤدي إلى الإعتراض على هذه الشروط لما تحويه من آثار على أطراف عقود
الدولة "فرع ثالث " .

الفرع الأول : تحديد المقصود بشروط الثبات .

أولاً : تعريف شروط الثبات .

لا أحد ينكر حق الدولة المضيفة في تعديل تشريعاتها الداخلية وفقاً لما تقتضيه مصالحها
في ضوء المتغيرات الاقتصادية ، و هي مضطرة لذلك لمسايرة التطور حتى إن
أضرت بالمستثمر الأجنبي .

فالدولة تستطيع أن تلغي أو تعدل تشريعاتها الداخلية دون أية مسؤولية دولية عليها،
مادامت لم تخالف أحكام القانون الدولي ، و لا يغير من ذلك أن يكون التشريع قد صدر
مخاطباً الأجانب ، و ذلك لأنه حتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي
في بعض الحدود ، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون
الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي ، و ليس في تشريع الاستثمار الداخلي شيء
من ذلك ، لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي ، ويفترض فيه أنه
عرضة للتعديل و الإلغاء.¹

غير أنه وخروجاً على هذا الأصل تقرر بعض التشريعات و أحكام التحكيم للأطراف
سلطة التجميد الزمني لقانون العقد ، بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على

¹ هدى سليم : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء اتفاقيات ومراكز التحكيم العربية
والأجنبية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ،
2008 ، ص ص 92 ، 93 .

أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل.¹

إن تعديل التشريع في حد ذاته يعتبر أمراً مشروعاً ما دام لا يتعارض مع أساسيات متعارف عليها كالعدالة و المساواة ، لكن المستثمرين الأجانب يفتقدون عنصر الأمان في تعاملهم مع الدول المضيفة لهم ، ويظلون يبحثون عن الاستقرار لاستثماراتهم ، وهذا ما جعل الكثير من الدول تمنحهم ضماناً بأن العقد لن يتغير ، و إنما يبقى ثابتاً عند اللحظة التي أبرم فيها ، ويتم تطبيق ذلك إجرائياً بأن تتضمن العديد من عقود الدول شروطاً تعرف باسم شروط أو بنود الثبات التشريعي .²

و يقصد بشروط الثبات التشريعي *Clauses de stabilité législative* تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون واجب التطبيق على العقد ، على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه أكثر ذيوماً في العقود التي تبرم بين دولة وأحد الأشخاص الأجنبية.³

ويعرف شرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها مما يغير من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين .⁴ ولعل مثال ذلك تعديل النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، لا سيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة ، فيأتي شرط الثبات التشريعي ليعفي الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة .⁵

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 162.

² هدى سليم : مرجع سابق ، ص 93.

³ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 ، 1987 ، المجلد 43 ، ص 68.

⁴ وائل محمد السيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص ص 265 ، 266.

⁵ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 106.

حيث أن الدولة المتعاقدة تتعهد ، بموجب هذه الشروط ، بوصفها تملك سلطة تشريعية في ذات الوقت بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد .
و يعد الأستاذ " Prosper Weil " أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد بحيث ينصرف معنى شرط عدم المساس بالعقد إلى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية " مما يعطي للطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن " هذه الصفة الإدارية " .

أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من " المخاطر التشريعية " أي ما ينجم عنها بوصفها " سلطة تشريعية " على وجه التحديد .¹
وعلى الرغم من أن شروط الثبات التشريعي تختلف نظريا عن شروط عدم المساس بالعقد ، فإن التفرقة بينهما تكاد تتلاشى عمليا ، فشروط الثبات التشريعي تهدف في النهاية إلى عدم المساس بالعقد ما دامت تستبعد تطبيق القواعد التشريعية الجديدة على العقد ، كما أن شروط الثبات ذاتها لا تحقق الأمان القانوني إلا إذا كان من غير الممكن المساس بها ، لهذا فإن المشاكل التي تثار بالنسبة للنوعين واحدة .²

ثانيا : الصور المختلفة لشروط الثبات .

يميز الفقه طبقا للمعايير الشكلية التي تتركز على المظهر الخارجي لهذه الشروط لأجل تقسيمها من حيث المصدر ، ومن حيث المضمون ، و من حيث الفئات المستفيدة منها ، فيصنفها من حيث المصدر إلى نوعين من الشروط : شروط تعاقدية وأخرى تشريعية .

1- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية Les clauses conventionnelles :

الشروط التعاقدية أو الاتفاقية هي تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الدولة ذاته و تنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة ، بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة تطرأ عليها.³

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 760 ، 761 .

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 115 .

³ الروبي محمد : مرجع سابق ، ص ص 115 ، 116 .

2- الشروط التشريعية *Les clauses législatives* أو بما يسمى بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي :

تعد الشروط التشريعية للثبات تلك المتعلقة بتشريعات الدولة التي تتعاقد مع أحد الأشخاص الأجنبية ، والتي تجعل الدولة تنص في صلب قوانينها نصوصا تمنع الدولة من تعديل أو إلغاء قوانينها واجبة التطبيق على العقد.¹

بينما يقسم الفقه هذه الشروط من جهة مضمونها إلى :

شروط عامة مطلقة تتعهد بموجبها الدولة بعدم تغيير التشريعات الجديدة المتعلقة بالعقد ، و أخرى خاصة نسبية تمنع الدولة من تعديل تلك التشريعات المتعلقة ببعض نشاطات الشركة والتي قد تزيد من أعبائها كتشريعات الضرائب أو الجمارك مثلا .²
كما يقسم الفقه الشروط من حيث نطاقها الفعلي ، وهل تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد تصدره الدولة المتعاقدة ، أم أن الحظر في عدم سريان القانون الجديد لا يأخذ به في حالة ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتعاقد من القانون القديم .³

حيث يمكن وفقا لهذا التمييز بين " النطاق الفعلي " للشرط ما بين شرط لكل القوانين ، و آخر مقيد بالألا يكون القانون الجديد أصلح للمتعاقد ، ولعل المثال على ذلك ما ورد في المادة 01/08 من قانون الاستثمار الأجنبي لطاجيكستان والتي قررت أعمال قانون الاستثمار القديم في حالة ما إذا لو تم تعديله بشكل أسوأ مما كان عليه .⁴
ومن جهة الأشخاص المستفيدين من تلك الشروط ، نميز بين شروط مطلقة لا تحدد الأشخاص المستفيدين منها ، وبين شروط نسبية تقتصر على الطرف المتعاقد مع الدولة دون الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة .⁵
بينما يميز المعيار الوظيفي¹ بين :

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 70.

² قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مرجع سابق ، ص 58. وكذا : دريد محمود السامرائي : مرجع سابق ، ص 241.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 330.

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 762.

⁵ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 75.

شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على ما هو عليه لحظة إبرام العقد ، وقد يتم هذا التجميد دون اندماج لهذا القانون في العقد ، أو أن هذا التجميد يكون مع اندماج هذا القانون في العقد .

وهنا يتضح أن النوع الأول من شروط الثبات وفقاً للمعيار الوظيفي يهدف إلى قطع الصلة بين القواعد والأحكام القانونية التي تم تثبيتها والقانون الوطني الذي اشتقت منه ، وذلك بعد مرور فترة زمنية معينة ، ولا سيما إذا تغير هذا القانون .² وقد تذهب هذه الشروط إلى إدماجه في ذلك العقد ليصبح شرطاً فيه ليس إلا ، ومثال ذلك المادة 14 من عقد الامتياز بين دولة قطر وشركة تكساس عام 1964 حيث نصت على إلزام الأطراف بقوانين البترول السارية وقت إبرام العقد وأدمجت هذه النصوص في متن العقد³ .

وشروط الثبات التي تتخذ شكل تعهد من الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي وتحصينه ضد أي تعديلات تشريعية تطرأ مستقبلاً ، والنص على عدم سريانها على العقد .⁴ ومن بينها ما جاء في العقد المبرم بين الكامبيرون وإحدى شركات الأبحاث والاستغلال حيث قضت المادة 15 من العقد " لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق."⁵

¹ تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة هي إخضاع عقد الدولة إلى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد وحتى انقضائه ، ولتحقيق هذه الغاية فإن الأطراف تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو من شأنه تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء تم إدماج هذا القانون في العقد أم لا ، وإما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد . أنظر في ذلك : **حفيفة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 331 .

² **حفيفة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 332 .

³ **وفاء مزيد فلحوظ** : مرجع سابق ، ص 763 .

⁴ **حفيفة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 335 .

⁵ **سراج حسين أبو زيد** : مرجع سابق ، ص 113 .

الفرع الثاني : طبيعة شروط الثبات التشريعي .

لم يتعرض الفقه بشكل صريح أو مباشر لتحديد الطبيعة القانونية لشروط تثبيت أو تجميد قانون العقد على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد . وقد تباينت آراء الفقه في النظر إلى هذه الشروط على أنها :

أولا : شروط تحويلية لطبيعة القانون :

يرى فريق من الفقه أن التعديلات التي تطرأ على القانون واجب التطبيق ، بعد إبرام العقد ، لا تسري عليه ، بالنظر إلى أن ذلك القانون يندمج في العقد ، و يصبح عبارة عن شرط تعاقدى كباقي شروط العقد أو بنوده و هنا لا يكون لذلك القانون إلا اسمه فقط و يفقد صفته القاعدية .

حيث لا تسري التعديلات الجديدة على العقد نظرا لأن القانون قد أصبح بمثابة شرط عقدي يعبر عن إرادة الأطراف لا إرادة مشرعه .¹

وهنا يمكن أن نستخلص أن شروط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي تمارس أثرا تحويليا *Effet transformateur* لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد .

ولا يخفى على أحد أن ذلك التحويل انطلقا من مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الدولية للعقود ، فاستنادا إلى هذا المبدأ ، تستطيع الأطراف المتعاقدة ليس فقط استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من التطبيق على العقد الدولي ، بل أيضا صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها لها الأطراف أنفسهم ، أو كما يجعل البعض قانون الإرادة المستقلة قد أضحى ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد منه لا سلطة إبطال تعهدهم ، ولا سلطة تعديله دون رضائهم .²

و يجدر التنويه هنا إلى أن هذا الرأي لا يصلح إلا بصدد الشروط التعاقدية أو الإتفاقية للثبات أو التجميد الزمني للقانون ، حيث أن الأطراف المتعاقدة تقوم باختيار القانون واجب التطبيق و إدماجه في العقد بل بشكل أدق يمكننا القول أنه لا يصلح إلا في الحالة

¹ وفاء مزيد فحوظ : مرجع سابق ، ص 765 . و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 339 - 342 .

² أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 78 .

التي يكون هناك اختياراً صريحاً لقانون ، أما في حال غياب إرادة الأطراف فإن فكرة الاندماج و الطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر .¹

أما شروط الثبات أو التجميد الزمني لقانون العقد ، ذات الطابع التشريعي فإن علم المتعاقد مع الدولة بوجود ذلك الشرط في تشريعاتها يعد أحد دوافعه الرئيسية للتعاقد مما يستوجب إقرار أثره كاملاً استناداً لإرادتها في إعماله ، وكل ما في الأمر أن الدولة وفرت عليه التفاوض معها بشأنه .²

**ثانياً : شروط الثبات التشريعية " استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر
للقانون الجديد بما لها من أثر واقف للتشريعات اللاحقة " .**

إذا اتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعد ذلك ، فإنه لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون ، الذي تدرج تلك القواعد تحت لوائه، بل فقط يتوقف سريان القواعد الجديدة التي تستجد بعد انعقاد العقد ، فهي تظل قواعد قانونية بالمعنى الفني.³

وعلى هذا الأساس يمكننا القول أن لشروط التجميد أو الثبات أثر توفيقى لقوة سريان قانون العقد ، في تعديلاته اللاحقة على العقد .

و يستند الرأي عدة اعتبارات :

فمن ناحية نجد أن قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف ، بل هو صادر عن سلطة تشريعية ، يفرض على هؤلاء فهم المخاطبون بأحكامه ، حقيقة أن إرادة الأطراف تتدخل في مرحلة معينة لتحديد و اختيار القانون المختص بحكم العقد ، و هنا تنتهي سلطان إرادة الأطراف ، فلا تستطيع تلك الأخيرة أن تدمج القانون في العقد ، بل عند اختياره ليسرى على العقد ، تحدد حالته التي يطبق بها على هذا العقد.⁴

ومن ناحية أخرى فإن القاضي، إذ يطبق القانون المختص، فهو يطبقه باعتباره قانوناً ، وليس شرطاً تعاقدياً ، و هو يوقع الجزاء الذي يتضمنه ولا يصح التحدي هنا بأنه من

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 321.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 765.

³ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 79.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 322.

غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون ، فالغالب أن شروط الثبات أو التجميد التي يكون لها هذا الأثر التوقيفي هي شروط تشريعية موجودة بالقانون واجب التطبيق خصوصا قانون دولة معينة طرف في عقد خاص أو عام دولي . و ليس في هذا الفرض ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها فهي مشرعة .

على أن البعض قد ارتأى إمكان تحقق الأثر التوقيفي حتى في خصوص شروط التجميد أو الثبات التعاقدية و هنا يكون ذلك الأثر من عمل الأطراف في العقد و يستند هؤلاء إلى أن " قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض إسنادا زمنيا " Rattachement Temporel " إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد ، وهي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائما أخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار ¹.

الفرع الثالث : آثار شروط الثبات على أطراف عقود الدولة .

يتم إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة من أجل منع الدولة الطرف في العقد بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد ، وتثبيتته على ما كان عليه وقت التعاقد ، بحيث لا يتضرر المتعاقد الأجنبي المتعاقد مما قد يطرأ على تشريعاتها بعد انعقاد العقد ².

ويبرر البعض شرعية هذه الشروط إلى مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة ، حيث يقصد بمبدأ إحترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي أن الدولة المضيفة للاستثمار لها مطلق الحرية في تغيير أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل على شرط ألا يشكل هذا التغيير أي مساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم ³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 80.

² **Mebroukine Ali** : Quelques réflexions a propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XIX , N 01 , 1982, pp 309, 310.

³ خالد محمد الجمعة : مرجع سابق ، ص 89. وأنظر كذلك : شريط الأمين: مرجع سابق ، ص 50.

ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين " Pacta sunt servenda " ، بيد أن هناك اختلافا فقهيًا في إمكانية تفسير هذه الشروط على أنها سلب لحق الدولة في تعديل تشريعاتها لأجل المصلحة العامة .¹

وقد أثارت شروط الثبات جدلاً كبيراً أمام الفقه لم تحويه هذه الشروط من مبدئين مختلفين : مبدأ سيادة الدولة في التعاقد ، ومبدأ حرية التعاقد والمساواة بين الأطراف في الحقوق والالتزامات في العقود الدولية ، وفي عقود الدولة على الأخص وقد ظهرت ثلاث اتجاهات تحاول عرض موقف الفقه بشأن آثار هذه الشروط على مبدأ سيادة الدولة ، وحقها في تعديل قوانينها وفق ما تقتضيه مصالحها العامة .

الأول : يرى بأن هذه الشروط تتفق مع حرية الأطراف في التعاقد .

الثاني : يرى عدم مساس هذه الشروط بسيادة الدولة .

الثالث : يحاول التوفيق بين الاتجاهين .

أولاً : شرط الثبات التشريعي وحرية الأطراف .

يقول هذا الاتجاه أن شروط الثبات التشريعي تعد أثراً لما أراده الأطراف ، ومن ثم يترتب على هذه الإرادة حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في إجراء أي تعديل في قانون العقد ، والذي يكون من شأنه المساس بشروط العقد دون موافقة الطرف المتعاقد معها ، فالحق في التأميم وفقاً لهذا الرأي لم يعد نقطة خلاف ، بيد أن هذا الحق سيقع باطلاً إذا خالف معاهدة أو عقداً ينص على شرط الثبات ولا يتم لأجل مصلحة عامة .²

كما أنه يتقرر وفقاً لهذا الرأي ثبات القواعد القانونية التي تحكم العقد ، و عدم مساس بالعقد من جانب الدولة ، فهي شروط تستمد صحتها من إرادة الأطراف و الدولة التي كانت أحد أطرافها ، فهي بذلك تجعل العقد ثابتاً و مستقلاً عن أي نظام قانوني آخر ، و أصبحت مثل مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، و قاعدة صحة الدفع بالذهب في العقود الدولية .³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 170 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 210 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 171 .

بينما يرى البعض في معرض تبريره لهذه الشروط ، ودون أن يجعل عقود الدولة اتفاقيات دولية ، أن أي إلغاء أو تعديل إنفرادي للعقد يشكل حسبهم عملا غير مشروع دوليا ، لأن هذه العقود يحكمها القانون الدولي وليس القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، و أي خرق لهذه الشروط يترتب المسؤولية الدولية للدولة ، لذا فإن عددا كبيرا من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع الاستثمارات الدولية وحمايتها تؤكد صحة شروط الاستقرار في هذه العقود ، وتمثل اعترافا وتكريسا للممارسة الاتفاقية في القانون الاتفاقي ، وبالتالي فإن صحتها كانت تدخل ضمن القواعد العرفية للقانون الدولي للعقود.¹

غير أن هذا الاتجاه الفقهي قد تعرض للعديد من الانتقادات حيث أن تبني هذا الاتجاه يؤدي إلى تحرير العقد من الخضوع لأي قانون مكتفيا بالتنظيم الذاتي للعقد ، وهو ما لا يمكن قبوله ، فلا يمكن للأطراف ولا لهيئة التحكيم الاستناد إلى قاعدة العقد سريعة المتعاقدين لتحرير العقد من الخضوع لأي قانون ، فقد انتهت هيئة التحكيم في قضية Aramco إلى أنه : " من الواضح أنه لا يوجد عقد في فراغ ، فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي ما يعطي أثرا قانونيا لإرادات الأطراف المتبادلة والمتطابقة في شأن التعديل ، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني وفقا له يتم تكوينه ."²

كما أن قياس شرط التثبيت على قاعدة استقلالية شرط التحكيم بغية إثبات صحته فإن هذا القياس يقوم على افتراض يفتقد للإثبات ، حيث لا تظهر أية ذاتية لهذا الشرط مقارنة مع الآخر نظرا لاختلاف نطاقهما الموضوعي ، إذ تهدف قاعدة استقلالية اتفاق التحكيم إلى التمييز بين تصرفات الدولة كسلطة عامة أو كطرف متعاقد على نحو يمنعها من اتخاذ إجراءات سيادية تؤثر على صفتها كجهة متعاقدة خلافا لشرط الثبات الذي يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة.³

¹ إقلولي محمد : شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، العدد 01 ، جانفي 2006 ، ص 108 ، 109.

² محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص 21 ، 22. و أنظر : إقلولي محمد : مرجع سابق ، ص 111 ، 112.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 771.

علاوة على أن القول بتدويل العقد بموجب شروط الثبات قول يكذبه الواقع العملي الذي لا نجد فيه إلا حالات نادرة يتم فيها تدويل العقد ، وخضوعه للقانون الدولي وهذا لا يعني الاستبعاد الكلي لقانون الدولة المتعاقدة ، فأخضاع العقد للنظام القانوني الدولي لا يمكنه تجريد الدولة من الامتيازات التي تتمتع بها ومنحها للطرف الأجنبي ، ذلك أن شروط الثبات لن تعلق بالعقد إلى مرتبة أعلى من القانون الحاكم له .¹

ثانيا : شرط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و سيادة الدولة.

يرى هذا الاتجاه أن شروط الثبات لا تشكل أي قيد على الدولة و سيادتها فهي تملك الحق في التعديل للعقد بالإدارة المنفردة ، إذا كان ذلك يتعلق بالمصلحة العامة ، مع تعويض الطرف الأجنبي عن إخلال بتوازن العقد .

و يستند هذا الرأي إلى أن حق الدولة في تأمين و مراجعة العقود حق مستمد من سيادتها على مصادر الثروة الطبيعية على إقليمها ، وفقا لقرارات الأمم المتحدة التي كان أولها قرار لجمعيتها العامة هو القرار رقم 1803 لسنة 1962.²

ومن ثمة فإن شروط الثبات تعد مثل بقية شروط العقد الأخرى ، ومن ثم فليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد الذي تضمنها .³

و يبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم على اعتبارات السيادة التي تمنح الدولة حقها في إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي ، وهذا بصرف النظر عن احتواء العقد لشروط الثبات التشريعي ، فهذا الشرط لا يقيد إرادة الدولة ولا يعرقل ممارستها لسيادتها في تعديل العقود ، وذلك راجع إلى طبيعة عقود الدولة التي تمتد لفترات طويلة مما يتوجب معها مراجعتها تحسبا للظروف التي قد تطرأ مع مرور الزمن .⁴

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 172. وأنظر :

Leben Charles : Op.Cit , p 629. وهاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 357.

² شريط الأمين : مرجع سابق ، ص ص 105 ، 106.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 173.

⁴ Mebroukine Ali :Op.cit , p 311.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد ، إذ أن السماح لأحد الأطراف أن يتحلل من التزاماته بحرية مطلقة ، ستحول الرابطة العقدية إلى رابطة خضوع وتبعية ، يذهب ضحيتها الطرف الأضعف ، أيا كان هذا الطرف ، الأمر الذي سيؤثر حتما على استمرار العلاقات الدولية الخاصة .¹

ثالثا : التوفيق بين تحقيق التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة .

ابتدع الأستاذ " Prosper Weil " نظرية جديدة تعتمد في إقرارها لصحة شرط الثبات على النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ، على أن لا يقصد بهذا الأخير القانون الواجب التطبيق ، إنما النظام الذي يتخذه العقد كإطار له يستمد منه صحته ، ويحدد القواعد القانونية المطبقة على موضوعه ، وهذا النظام من وجهة نظره إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي .

و حاول هذا الإتجاه التوفيق بين فكرتي الحرية التعاقدية و سيادة الدولة ، فيفرق بين فرضين أوليين يتوقف عليهما صحة شروط الثبات .

فإن كنا أمام **الفرض الأول** فإن صحة شروط الثبات أو كيفية إعمالها ستقف رهينة المواقف المتغيرة للتشريعات الوطنية في صدد إقرارها ، إلا أنه لا خلاف حول إثارة المسؤولية الدولية للدولة فيما لو قامت احتراماً لنصوص قانونها الوطني بالمساس بشرط الثبات الوارد في عقدها لاعتبار تصرفها السابق فعلاً غير مشروع دولياً إما بسبب سوء نيتها عند إبرام العقد نظراً لعلمها بموقف قانونها من تلك الشروط ، أو على الأقل نتيجة لفكرة "**الإهمال العمدي**" .²

وبالتالي فإذا كان العقد يتمركز في النظام الوطني و يستمد فيه قوته و هو القانون واجب التطبيق عليه ، ففي هذه الحالة تعد شروط الثبات خاضعة للقانون الوطني للدول المتعاقدة ، و تسري عليها التعديلات التشريعات بأثر فوري.³

أما إذا تحقق **الفرض الثاني** أي حالة العقد المتمركز في القانون الدولي ، وذلك إما بالإشارة إليه مباشرة أو الخضوع الجزئي لقانون الدولة المتعاقدة مع اتصال العقد

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 173.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 774.

³ إقنولي محمد : مرجع سابق ، ص 119.

بالقانون الدولي في ذات الوقت، فإنه لا مجال للشك بصحة شروط الثبات كنتيجة لازمة لتدويل عقد الدولة.¹

فإذا كان العقد يقع في دائرة القانون الدولي و يستمد منه قوته و هو القانون الواجب التطبيق ، ففي هذه الحالة يكون هذا القانون هو الذي يحدد القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي و نطاق الإلتزامات و الآثار المترتبة على مخالفتها ، فتصبح شوط الثبات شروط ملزمة لا يجوز للدولة تعديلها أو إصدار تشريعات جديدة ، و يترتب على الدولة المسؤولية إن خالفت ذلك ، والحجة في ذلك أن إرادة الأطراف قادرة على عكس قرينة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة ، فهي قرينة بسيطة ، وعليه تصبح شروط الثبات صحيحة ونافاذة .²

و قد حاول الأستاذ René-Jean Dupuy المحكم الناظر في النزاع ما بين الحكومة الليبية و الشركتين الأمريكيتين ، و المعروف بتحكيم **Texaco** تطبيق نظرية Weil حين توصل إلى صحة شرط الثبات نتيجة لتدويل العقد و الذي نجم بدوره عن خضوعه لقانون الدولة المضيفة على اعتباره القانون الواجب التطبيق و لكن بحسب الحالة التي هو عليها وقت نفاذ العقد .

و واضح أن ذلك المحكم قد استخدم شرط التثبيت على نحو غير مسبوق من جهة ربط وجوده بتدويل العقد رغم خضوع الأخير لقانون الدولة المتعاقدة ، وهذا ما لم يقل به الأستاذ Weil أو غيره ، وكل ما قصده بتلك النظرية أو تدويل العقد من شأنه إقرار صحة شرط الثبات لكنه لم يقل بأن تدويل العقد مرده وجود ذلك الشرط . ثم إن النظرية ذاتها محل شك ذلك أنها تعتمد على تفرقة مفترضة و وهمية ما بين نظام تمركز العقد و القانون واجب التطبيق ، نظرا لأن هذا القانون حقيقة هو من يحكم عمليا صحة العقد و شروطه الموضوعية بما في ذلك مسألة صحة شرط الثبات من عدمها.³

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 774 ، 775.

² إقلولي محمد : مرجع سابق ، ص 119.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 775.

المطلب الثاني

شروط الثبات وواقع عقود الدولة

من خلال بحثنا في طبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي ، سنواجه خلافا فقهيا حادا حول صحة هذه الشروط "الفرع الأول" ، ولعل هذا يستدعي محاولة "تقييم عملي لدور شروط الثبات في عقود الدولة" ، وهذا ما نعالجه من خلال الفرع الثاني .

الفرع الأول : الجدل الفقهي في إعمال شروط الثبات

أولا : الاتجاه المناصر .

يبرر أنصار هذا الرأي استنادا إلى اعتبارات قانونية وعملية تضي على هذا الشرط شرعيته ، انطلاقا من مبدأ القوة الملزمة للعقود أو مبدأ قدسية العقود ، ومنها ما يستند إلى قواعد الإسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون ، وذلك لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع وقت التعاقد وهكذا يخدم شرط التثبيت توقعاتهم ويعكس رغباتهم في اختيار الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد ، وثمة من يعتبر تلك الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني للبحث عن مدى صحتها ، وذلك إما استنادا إلى نظرية العقد الطليق عندما يتحول القانون إلى شرط عقدي ، أو باعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر على غرار القواعد الأخرى المتعارف عليها في إطار العلاقات التجارية الدولية.¹

ويبرر البعض هذا الشرط وصحته استنادا على اعتبارات عملية خاصة مع قدرة الدولة على تغيير تشريعاتها ، بحيث يضمن هذا الشرط حدا أدنى من إستقرار الروابط العقدية يحفظ معه توقعات الأطراف² ، دون أن ينطوي ذلك على مساس بسيادة الدولة لما تتمتع به من حرية في هذا المجال.³

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 766 و أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 77.

² أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 76.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 767.

ثانيا : الاتجاه المعارض .

يغلب هذا الاتجاه سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود بحيث يرتب حقها في المساس بالعقد ، ولو تضمن شرطا تقتضيه المصلحة العامة يذهب إلى خلاف ذلك ، وذلك انطلاقا من أن من يملك سلطة اختيار القانون هو السلطة التشريعية في الدولة التي أصدرت القانون الواجب التطبيق وليس الأطراف ، وكل ما يخالف ذلك يعد انتهاكا لسيادة الدولة التي تم اختيار قانونها ليحكم العقد .¹

فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقضي احترام كل النطاقات التي يقرها له مشرعه ، ومن ثم فإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك الخضوع أم لا ، على أنه إحترام كامل لهذا القانون بما فيه قواعده الانتقالية.² ومن هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي ، فكلاهما لا يقبل ترجيح المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ، ولا يجعل الدولة في مرتبة أدنى من الطرف الخاص ، في الوقت الذي لا يتمتع به ذلك الطرف بذات المرتبة في علاقته بدولته الأصلية ، بل ستخضع تلك العلاقة و لو تمت مع طرف خاص آخر وبغض النظر عن جنسيته إلى مجمل القواعد الآمرة ذات الصلة ، وهذه القواعد الآمرة يمكن اعتبار قرارات الدولة ومساسها بالعقد من قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر التي تسري في مواجهة المتعاقد الخاص حتى ولو كان العقد يخضع لنظام قانوني آخر غير قانونها الوطني .³

وهذا ما نلمسه من خلال :

1- إدانة القضاء لشروط الثبات :

لقد أدانت أحكام القضاء هذه الشروط في أكثر من مناسبة ، وعلى الرغم من أن أنصار هذه الشروط قد استندوا على أحكام القضاء إلا أن كثير من الأحكام تدين هذه الشروط

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 352. و أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 82.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 180.

³ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 769.

وتدعو لهجرها ، وإن كانت لا تبرر هذه المعارضة ، فقد قضت محكمة استئناف بروكسل في قضية Ville d'Anvers بحكمها الصادر في 04 فيفري 1936 أن : " الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضا لكل تعديل له . " كما قررت المحكمة العليا الألمانية في 27 ماي عام 1936 أنه : " من المستحيل أن يقرر الأطراف عند إخضاع عقدهم لتسريع دولة معينة استثناء لقانون واحد يتعلق بمسألة معينة سواء كان هذا القانون ساريا ، أو أن الأطراف يخشون بدء سريانه لاحقا ، هذا ما لم يتعلق الأمر بقانون مكمل ، ولا يكون استبعاده بالتالي مخالفا لخضوع الأطراف لنظام التشريع في تلك الدولة ، ففي الواقع ان الخضوع غير المحدود لتشريع معين هو فقط الذي يضمن تنظيم الرابطة القانونية ."¹

وهذا القول الذي ذهب إليه التوجه الفقهي والقضائي بما فيه قضاء التحكيم المتعلق بعقود الدولة ، قد ازداد جلاء من خلال مشروع التوصيات المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على العقود الدولية والذي أعدته لجنة القانون والعادات التجارية في غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1980 ، إذ نصت المادة التاسعة منه على " ضرورة اعتراف المحكم بالآثار المترتبة على القوانين ذات التطبيق المباشر في قانون الدولة المتعاقدة إذا كان العقد على صلة وثيقة بها ، طالما كانت تلك القوانين ضرورية للتطبيق وفقا لقانون تلك الدولة وذلك بغض النظر عن القانون واجب التطبيق " ، بمعنى حتى ولو لم يكن قانون تلك الدولة .²

2- مناقضة المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص :

بالإضافة إلى إدانة القضاء لشروط الثبات التشريعي فإن هذه الشروط تتنافى و المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص ، وهي أن العقد الدولي بعد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه يصبح كأحد العقود الداخلية وتسري عليه أحكامه من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة ، ولما كان أطراف هذه العقود غير مسموح لهم إلا

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ص 90 ، 91.

² حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 393 - 395. و وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 769.

باستبعاد القواعد الجديدة ذات الطبيعة المكملّة وبنص صريح ، فإن ذات الأمر يجب أن يكون في مجال العقود الدولية بعد الإسناد .

كما أن اعتبار القانون أسمى من العقد يعني رفض شرط الثبات لما ينطوي عليه من تحديد لآثار القانون الواجب التطبيق من خلال العقد لأنه يفترض على الأقل معاملة العقود الدولية كالعقود الداخلية من ناحية النصوص أو التعديلات الجديدة ، بحيث يمكن الأطراف من استبعاد الأحكام المكملّة فقط على يتم ذلك عن طريق إرادة صريحة وواضحة ، وأن يبقى دافع النظام العام هو السبيل الوحيد لاستبعاد الأحكام الجديدة وليس إرادة الأطراف ، كما لا يعد الأثر الرجعي للقانون الجديد مخالفا للنظام العام استنادا إلى حق المشرع في حماية مصالحه بإصدار مثل تلك القوانين بأثر رجعي¹.

و بالنسبة لتبرير هذا الشرط من خلال قواعد التنازع فإن هذه القواعد تثبت بطلان هذا الشرط ، وذلك أن اتفاق الأطراف على قانون معين يجب أن يفسر على أنه رضى بمجمل هذا القانون أي بما يحتويه من " قواعد للتنازع الزماني " على نحو تغطي معه إرادتهم لما يطرأ عليه من تعديلات².

وحيث أن هذا سيؤدي إلى الخلط بين عملية تحديد القانون وعملية إعماله ، وهذا ما يجعل هذه الشروط تصطدم بأصول فنية ثابتة في نظرية تنازع القوانين ، فإذا كانت عملية تحديد القانون من سلطة إرادة الأطراف ، فإن إعمال قانون العقد من اختصاص القاضي .وفي هذا المعنى يقول الأستاذ Niboyet أن " الإرادة المبدئية تتدخل لكي تضع في حالة حركة عملية تخضع لقواعد جبرية خاصة بها ، والتي تفلت من ذلك الوقت فصاعدا ، وغالب الوقت ، من إرادة ذلك الذي فجرها أو استثارها " فكأن القانون واجب التطبيق يفلت بمجرد تحديده من نطاق سلطان إرادة الأطراف³.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ص 84 ، 92.

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 770.

³ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 331 - 333 .

3- مخالفة شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية في علم القانون :

يرى البعض أنه يمكن لإرادة الأطراف بموجب شروط الثبات التشريعي تجميد القانون المختار لحكم العقد في الزمان عند لحظة إبرامه ، تأسيساً على أن قاعدة القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ، ولا تفرض إسناداً زمنياً إلى التشريع المختار في مضمونه لحظة إبرام العقد ، وهي تعطي الحرية للأطراف في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون فيها ملائماً أخذ مضمون ذلك القانون في الاعتبار ، أي أن القانون المختص هو ذلك الذي يريده الأطراف ويرغبونه ، ومن ثم يكون من المقبول لهم أن يختاروا هذا الجزء من ذلك التشريع الذي يتمنون تطبيقه كما هو موجود في تاريخ محدد ، لكن بامعان النظر في ذلك نجد أن شروط الثبات التشريعي تنطوي على مخالفة العديد من الأصول الفنية في علم القانون ، حيث أن منح الأطراف بمقتضى هذا الشرط سلطة تحديد سريان التعديلات التشريعية التي طرأت على قانون الإرادة على عقدهم من عدمه ، يشكل انتهاكاً على سيادة الدولة التي اختير قانونها لحكم العقد، كما يتنافى مع صحيح القانون إذ أن الذي يملك الحق هو ليس الأطراف إنما هو مشرع الدولة التي يصدر عنها القانون الواجب التطبيق على العقد.¹

الفرع الثاني : التقييم العملي لدور شروط الثبات في عقود الدولة .

لقد كرس الممارسات التعاقدية المستمرة من جانب الدولة هذه الشروط وقد سمحت العديد من التشريعات الوطنية بشكل واضح وصريح ، كما أكدت أحكام التحكيم على مشروعية هذه الشروط ، لكن السؤال هو البحث عن الدافع من وراء إدراج مثل هذه الشروط في عقود الدولة؟² وهل قد تم فعلاً تحقيق الهدف المنشود منها .

أولاً : الهدف من شروط الثبات من خلال تكريسها في الممارسات التعاقدية و

التشريعات الداخلية .

لا يخفى على أحد أن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد هي استقرار الرابطة العقدية ، وحفظ توقعات الأطراف ، فقد تكون الأحكام الجديدة التي تطرأ على قانون العقد ، مؤدية حال تطبيقها إلى قلب التوازن

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 82.

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 202.

التعاقدية ، وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح أحد الطرفين على نحو يلحق الضرر بالطرف الآخر .¹

و لقد كانت عقود الدولة المجال الخصب لظهور شروط الثبات التشريعي² وتطورها ، والتي جاءت لتحقيق ضمانا من بين الضمانات التي يحاول الطرف الأجنبي حماية نفسها من مخاطر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة ، خشية أن تضيع حقوقه ، فالدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية من جهة ، والمستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا والذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى ، يحاول أن يدرء اختلال التوازن التعاقدية ، نتيجة تدخل الدولة بإصدار قواعد تشريعية جديدة ، خاصة مما له علاقة مباشرة بميدان الاستثمار ، كتعديل القانون الجبائي أو التعريفات الجمركية مما يؤثر على مردودية هذه الشركات الأجنبية .³

فالشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة تحرص دائما على ثبات و إستقرار الحقوق و الالتزامات العقدية ، و قد كان هذا الحرص نتيجة للطبيعة الخاصة للعقود المبرمة مع الدولة لتميزها بطول مدة سريان التعاقد ، و إحتياجات العقد إلى الدراسات الأولية و الخبرات و رأس المال الوافر الذي غالبا ما تسعى إلى توفيره من المؤسسات المالية ، فهي بذلك ترتبط بخطط تنفيذ هذه المشروعات في الأجل المحدد ، أضف إلى ذلك أن هذه الشركات عند إعدادها الدراسات في ما قبل مرحلة التعاقد تضع في حساباتها الرسوم و الضرائب المفروضة عليها وفقا للقانون الساري في الدولة المضيضة عند التعاقد .⁴

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ، ص 164.

² حيث كان أول ظهور لشروط الثبات التشريعي حين أدرج لأول مرة في عقد الامتياز المبرم بين إيران و الشركة الإنجليزية L'anglo-iranien ، وذلك بتاريخ 18 ماي 1933 حيث نصت المادة 21 من هذا العقد على أنه : " لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية " . أنظر في ذلك : إقلولي محمد : مرجع سابق ، ص ص 98 ، 99.

³Giardina Andrea : Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : Vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? ، Revue de l' arbitrage ، les Etats dans le contentieux économique international ، Paris ،24 janvier 2003 ، comité français de l'arbitrage ، 2003 ،N° 3،éditions LITEC ، p 649.

⁴ فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص ص 31 ، 32.

فكان من أبرز هذه الضمانات تضمين المتعاقد الأجنبي في عقده مع الدولة المتعاقدة شرط الثبات التشريعي بهدف الحيلولة بين الدولة كطرف في العقد ، وبين استخدامها بوصفها سلطة تشريعية قادرة على سن التشريع و إعماله على العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأجنبي ، فهذه الشروط تستجيب لاعتبارات الاستقرار المنشود للرابطة العقدية وهو ما يشكل نوعا من الاستقرار و الأمان الذي تبحث عنه بصفة خاصة الشركات الأجنبية .¹

فهي لذلك تحرص على وضع شروط مع الدولة تضمن فيها تجميد القواعد القانونية السارية وقت التعاقد ، و تضمن فيها ثبات الإقتصاديات التي بنيت عند التعاقد . أما الدولة الطرف في التعاقد أمام هذه الشروط ، فقد وافقت على ذلك فهناك عقود لاستثمار الثروات الطبيعية أبرمت إبان الإحتلال الأجنبي لهذه الدولة ، و حتى الدول المستقلة لم تكن بأحسن حال من الدول المحتلة من حيث إقتصادياتها الضعيفة فتكون قد دخلت مع الشركات الأجنبية في عقود كطرف ضعيف ، و الدولة عند قبولها هذه الشروط أرغمت طائفة على تجميد سلطات الدولة التشريعية و أيضا التنفيذية و الإدارية في تعديل العقد بالإدارة المنفردة لصالح المتعاقد الأجنبي ، و هي بذلك أعطت لها حصانة ضد كافة تدخلات الدولة ، و قد كان عمليا أن وافقت عدد من الدول على هذه الشروط في العديد من العقود التي أبرمت مع الشركات الأجنبية ، و خاصة في عقود البترول في كل من إيران و ليبيا و الجزائر و بعض الدول الأخرى الإفريقية و الآسيوية ، بل كانت هذه الدول تتعهد للطرف الأجنبي في قوانينها بعدم إلغاء أو تعديل العقود المبرمة معها .²

وقد ورد النص على هذه الشروط في العقد المبرم بين الحكومة الأندونيسية وشركة Freeport Indonesia Inc في 07 أبريل 1967 حيث نصت المادة 14 منه على أنه : " تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الإندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الأندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير

¹ Berlin Dominique : Op.cit , p 12 .

² فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص 32.

المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك ."

وأيضاً ما نصت عليه المادة 21 من العقد المبرم بين حكومة ليبيريا وشركة الحديد و الصلب الليبيرية حيث نصت : " اتفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا ، ويتم تأويلها وتفسيرها بموجبها ، إنما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتفاقية أو بعده ، ويكون غير متوافق أو مناقض لنصوصها " ¹.

ونجد أيضاً في حكم التحكيم الصادر في 12 أبريل 1977 في النزاع بين الحكومة الليبية و شركة " ليامكو " L.I.A.M.C.O البترولية ، حيث نص الحكم على أن " شرط التجميد الزمني لقانون العقد له معصومية - أو عدم جواز خرق - العقود المعترف به عموماً في القانون الداخلي وفي القانون الدولي ، كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين " ².

وعلاوة على الممارسات التعاقدية فقد سمحت تشريعات العديد من الدول النامية خاصة بإدراج شروط الثبات التشريعي في عقودها مع الشركات الأجنبية ، وذلك في إطار السياسة التي تتبعها هذه الدول من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية ، لمال يحققه من اطمئنان للمستثمر في عقود الاستثمار .

ومن بين هذه القوانين نجد القانون الليبي للبترول رقم 52 لعام 1955 الذي قررت مادته 24 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره ، فضلاً على أن التعديلات التي لحقت هذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المبرمة قبل العمل بها.

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 165.

² وائل محمد السيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 272.

وكذا ما ورد في قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 من تقرير لمبدأ الثبات¹ ، حيث أكد أنه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ، والحصول على التعويض العادل والمنصف إذا تمت مصادرة إدارية والتي لا يمكن أن تطبق إلا وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .حيث تنص المادة الخامسة عشرة منه على أنه : " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في هذا إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ."²

كما قد انتهى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أئينا عام 1979 والمخصصة لمناقشة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة إلى الاعتراف بمشروعية اتفاق الأطراف على التجميد الزمني للقانون المختار ، حيث تنص في المادة الثالثة من التوصية الصادرة عنه أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"³ .

ثانيا : عدم فاعلية الغرض المنشود من شروط الثبات .

يبدو أن التطور المعاصر للعقود الدولية قد أثبت عدم ملاءمة شروط التجميد الزمني لقانون العقد ، فلم تعد تلك العقود أداة لغزو الأسواق ، بل أصبحت أداة للتعاون بين المتعاقدين و لنمو التجارة الدولية ، و أدى ذلك إلى ظهور عقود ذات مضمون متحرك

¹ ففي اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر و شركة "أوراسكوم تيليكوم" ، نصت المادة 06 على أنه : " تمنع 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 .

- إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية ، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية" .أنظر 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 80 المؤرخة في 2001/12/26 .

² أنظر في ذلك : الأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 غشت سنة 2001 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 167 ، 168 .

بفعل شروط المراجعة أو التوافق مع الظروف الاقتصادية ، ذلك أن وجود مثل هذه الشروط يؤكد الشك مع عدم الثقة في نوايا الدولة باللجوء إلى تعديل تشريعها ، لقلب التوازن العقدي لصالحها ، مما قد يعكر مناخ النزاهة وحسن النية المفترض بين المتعاملين على هذا الصعيد .¹

لذلك عندما تم إعداد العقد النموذجي من قبل جمعية القانون الدولي بشأن الاستثمارات 1980-1981 كانت لا تنص على هذه الشروط ، كما أثبتت متابعة العمل الجاري ، وعلى الرغم من اعتبارها إجراء لا يرغب فيه المتعاقد الأجنبي ، أنها إجراء استثنائي يظل قبوله متوقفا على المصلحة العامة للدولة ، مع حفظ حق المتعاقد الآخر في إثارة مسؤوليتها العقدية ، على اعتبار أن شرط الثبات هو مجرد شرط عقدي تتوقف فعاليته على القانون الواجب التطبيق ، ويمكن عند محاولة تحديد مسؤولية الدولة الاعتماد على النية الحقيقية للدولة ، وكما هو معروف فإن مبدأ حسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس ، كما لو تستهدف من خلال إخلالها بالشرط تحقيق غرض عام أو تستهدف مركزا تعاقديا خاصا بذاته دون غيره من المراكز القانونية .²

وعليه يمكن القول أن شروط الثبات لم تحقق الهدف المنشود منها وهو عدم المساس بالعقد ، وهذا في نظر ما يمثل المتعاقد الأجنبي في مواجهة الدول النامية ، وهو يلعب في أحسن الأحوال دورا مشابها للدور الذي يلعبه الشرط الجزائي في القانون المدني ، له وظيفة مالية يترتب على وجوده قيام ظرف خاص أو عامل من العوامل المحددة لقيمة التعويض المستحق للطرف الأجنبي ، بحيث ترتفع مع وجوده قيمة التعويض على خلاف عدم النص عليه ، كأن تشمل ما لحق العاقد من خسارة إضافة إلى ما فاتته من كسب ، فإن تم العقد في بدايته و قبل تنفيذ المتعاقد لجزء مهم من التزاماته ، فإن قيمة التعويض ستقل مقارنة بها لو كان الجزء الأعظم من التزاماته الاستثمارية قد تم تنفيذها مما يجعل الدولة أكثر حذرا عند محاولة المساس بالعقد وتعويض المتعاقد الأجنبي ، الذي سيفضل طبعاً ترتيب ذلك الأثر عوض السير في طريق منع الدولة من

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 776.

² وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص 776 و أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 95-97.

اتخاذ تدابير سيادية كتعديل القوانين و إصدار القرارات وفق مقتضيات المصلحة العامة، كما يتفق هذا التكييف مع القواعد التقليدية في إطار المسؤولية العقدية للدولة ، خاصة من جهة عدم اعتباره مجرد المساس بالعقد عملا غير مشروع أو كاف لقيام مسؤوليتها الدولية.¹

ويرى الأستاذ أحمد محيو أن شروط الثبات التشريعي لم تعد مؤثرة في العقود المدرجة فيها ، ولعلها تبعث الشك وعدم الثقة بين أطرافها ، كما تؤدي إلى الاعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعاتها بما يتفق مع مصالحها ، ولو كان ذلك على حساب مصلحة الطرف الأجنبي ، وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراء التحكيم.² أما عن موقف القانون الجزائري بشأن شروط الثبات فقد رأى الفقه الجزائري أن الاتفاق على مثل هذه البنود يعتبر مساسا مؤكدا بسيادة الدولة ، زيادة على هذا إذا كانت هذه البنود مدرجة في عقود الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص فإنها لا تظهر غير شرعية فقط ، بل كأنها لم تكن ، ذلك أن الشركات الخاضعة للقانون الخاص لا يمكنها أن تستعمل سلطة لا تملكها ، إذ لا يمكن التوفيق بين هذه البنود وسيادة الدولة وعمومية القانون .

و يعبر الأستاذ موحد إسعاد عن رأيه بشأن مدى صحة هذه الشروط بقوله : "مهما يكن من أمر فإن شروط التثبيت تدرج بصورة متواترة في العقود ، وسواء قبلنا بها برضانا أو تحملنا وجودها ، فإنه لا جدوى من مناقشة شرعيتها القانونية لأنها تتبع 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 ، فإن

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 777.

² إقولي محمد : مرجع سابق ، ص 117.

التزامات أحد المتعاقدين أصبحت مرهقة جدا ، فإنه يحق للقاضي إعادة توازن المصالح المتواجدة تطبيقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري .¹

بل و يذهب الأستاذ علي بن شنب إلى القول بأن التثبيت يشكل تعسفا في استعمال السلطة ، لأنه لا يسمح لقواعد تنازع القوانين أن تلعب دورها العادي ، إن قواعد 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 نفسه .²

و يرى الأستاذ علي مبروكين أن المؤسسة العمومية الاقتصادية التي تلتزم بحماية مؤسسة أجنبية ، ضد تغيير محتمل للتشريع الجزائري والذي قد يخل بتنفيذ العقد ، تكون قد خرجت عن موضوعها الاجتماعي .

ومما نلاحظه أن كل هذه الآراء تصب في الاتجاه المتمثل في أن المؤسسات الجزائرية ليست مؤهلة لتجميد القانون الجزائري وقت توقيع العقد .

وبالتالي فإنه ليس سليما أن تقوم المؤسسات التجارية الجزائرية بإتفاق مع الشركات الأجنبية بتثبيت القانون الجزائري الواجب التطبيق ، الساري المفعول وقت توقيع العقد . ذلك أن الدولة هي وحدها التي تملك سلطة سن القوانين وتملك كذا تثبيتها وفقا لمبدأ توازي الأشكال ، فإن من يسن القانون هو الذي يكون له الحق في أن يعدله أو يجمده أو يلغيه ، وبالتالي يمكن للسلطة العليا أن تلغي القرارات الصادرة عن السلطة السفلى أي الخاضعة لها ، وعلى ذلك فإن المؤسسة الجزائرية لا تملك حق ممارسة هذه السلطة التي تختص بها السلطة التشريعية.³

¹ إسعاد موحد : القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول " قواعد التنازع " ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 ، ص ص 368 ، 369 .

² **Bencheneb Ali** : les mécanismes juridiques des relations commerciales internationale de l'Algérie ,OPU, Alger, Algérie, 1984, p 293.

³ عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 353 .

حيث لاحظ الأستاذ علي بن شنب أن المادة 29 من قانون الاستثمارات لسنة 1966 أنها نصت على ما يلي: "إن التعديلات التي قد تلحق هذا القانون لا يمكن أن تلزم المؤسسات المرخصة بموجب هذا الأمر بشروط ذات منافع أدنى".¹

كما إن المرسوم التشريعي 12/93² الملغى قد نص صراحة في المادة 39 على أنه: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك بصراحة".

ولعل مسألة تثبيت عقود الاستثمار مراعاة لمصلحة المستثمر الأجنبي ، لم تكن فقط محلا للاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار ، بل جاءت في صلب النصوص الوطنية لتشجيع الاستثمار ، لتؤكد وبشكل عام أن هذا المبدأ أضحى مبدأ عاما ليس بحاجة إلى الاتفاق بشأنه ، و صار حقا مكفولا يضمن له على الدوام مصالحه المهددة بهذا التعديل أو ذلك.³

و لقد جاء تأكيد هذا المبدأ في المادة 15 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار ، وتبين هذه المواد أن الدولة يمكنها أن تقيد نفسها وهي في الحقيقة مرتكزة على سيادتها حتى و إن كانت هذه السيادة منقوصة ، من أن تحصل على مقابل ، وهو في هذه الحالة جلب المستثمرين الأجانب . غير أنه لا ننسى أنه باسم نفس السيادة يمكن للدولة أن تتخلص من هذه الالتزامات ، إذن فأساس تثبيت التشريع هو سيادة الدولة .

¹ **Bencheneb Ali** : Op.cit , p 290.

² المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بتطوير الإستثمار ج ر 64 لسنة 1993 ملغى بالأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 غشت سنة 2001. الملغى بالأمر 08/06 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 ، يعدل ويتمم الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر 47 لسنة 2006.

³ **Terki Noureddine** : La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIX , N 02 , 2001, pp 18 ,19.

وبالتالي يمكن للدولة أن تدرج بندا في اتفاقية الاستثمار ينص على تجميد التشريع من أجل حماية المستثمر الأجنبي من الخطر التشريعي في حالة ما إذا كان هناك إخلال باتفاقية الاستثمار تنجر عن ذلك المسؤولية التعاقدية .

فالهدف من شروط الثبات هو إيجاد نوع من التسوية بين امتيازات السيادة و حاجة الشخص أو الفرد إلى الاستقرار و إقرار الأوضاع الثابتة بالإضافة إلى قضاء عملي مستقر.¹

و مهما يكن من أمر فإننا نقرر في النهاية أن شروط التجميد الزمني أو الثبات التشريعي لقانون العقد في لحظة إبرام العقد محل النزاع تقود إلى نتيجتين :

- الأولى أن يفقد في النظام الدولي طبيعته كما حددها القانون الداخلي ، بمعنى أن اختصاصه لا يكون إلا اختياريا ، أي حيث يرغب في ذلك أطراف العقد الدولي و هنا ينتهي الأمر، إلى أن احترام الحقوق الفردية ، يخل بإحترام القانون في طبيعته الجوهرية وفي معنى قريب يقول الأستاذ "باتيفول" أن " الإعراف للأطراف بسلطة اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم ... يؤدي إلى أن الأطراف يكونون أحرارا في عدم اختيار قانون إلا تحت شرط ، لا سيما استبعاد كل حكم جديد سوف يصدر و يؤثر على العقود السارية " .

- الثانية أن العقد يصير في الحقيقة و كما سنرى مع ذلك الشروط كأنه غير خاضع لأي قانون أي طليقا من سلطان القانون و ذلك على الأقل ابتداء من وقت حدوث تعديل في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق عليه.²

ومهما يكن من اتجاه فإنه قد ثبت عدم فاعلية شروط الثبات ، فالدولة هي التي تصدر القانون و تعطي للأطراف الحق في سريانه ، و لا يمكن أن تستغني عن سيادتها المرتبطة بإستغلال ثروتها الوطنية أو أن تفقد سلطاتها التقديرية في تغيير أساليب إستغلال مصادر ثرواتها الوطنية .

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 108.

² أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص

فالدولة إن هي تنازلت عن إختصاصاتها في تعديل تشريعها في وقت معين ، فإن تنازلها عن ذلك ليس أبديا ، و لا يحول دون إستعادة سلطاتها في إصدار التشريعات جديدة ، خصوصا إذا كانت ترتبط بالمصلحة العامة و تؤكد فيه سيادتها ، و هو 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 تساعد على جذب الاستثمار الأجنبي للدولة التي هي في حاجة إليها ، فيكون لهذه الدولة الالتزام بها في حالة عدم تعارضها مع المصالح العامة .

المبحث الثالث

شرط التحكيم

من الثابت أن منازعات عقود الدولة تتمتع بخصوصية ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العلاقة التعاقدية غير متجانسة الطبيعة ، فنجد الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بما تمتلكه من سيادة ، أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لهذه الدولة من جهة ، و نجد من جهة أخرى طرفا أجنبيا خاصا في غالب الأحوال ، وهذا ما يطرح المشكلة الأساسية المتمثلة في كيفية الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة ، حيث تسعى الدولة لتحقيق إحدى خططها التنموية الاقتصادية عندما تكون بصدد إبرام هذه العقود ، ويسعى من جهته الطرف الأجنبي إلى تحقيق المصالح والأهداف التي يسعى إليها ، وهذا ما يجعل تسوية منازعات عقود الدولة لا تتحقق إلا بضرورة البحث عن توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود وذلك حسبما تقتضيه الطبيعة الخاصة لهذه العقود ، وهذا ما نحاول معالجته من خلال تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي وتكريسه في عقود الدولة في مطلب أول، ومن ثمة الكلام عن مبررات اللجوء إلى التحكيم في مطلب ثان ، وصولا إلى تشخيص المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفا في العقد وذلك من خلال مطلب ثالث.

ومما لا شك فيه أن التحكيم هو القضاء الخاص الذي سيحاول تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية ، ومصلحة المتعاقد الأجنبي الذي تتملكه هو اجس مساس الدولة بحياد قضائها .¹

المطلب الأول

مفهوم التحكيم التجاري الدولي وتكريسه في عقود الدولة

للقوف عند شرط التحكيم في عقود الدولة ، وكتوطئة لهذا الموضوع لا بد من تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي " ، ومن ثم تجسيد مراحل تكريسه في عقود الدولة تكريسا راسخا من خلال "تبدد المخاوف بشأن تكريس التحكيم التجاري الدولي في التشريعات الداخلية " فرع ثان.

الفرع الأول : تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي .

إذا كان الأصل هو أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك وهي السلطة القضائية ، حيث لا يمكن لغير الدولة أن يمارس هذه السلطة ، إلا أن الدولة بما لديها من سلطة بإمكانها أن تعترف لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض الخصومات التي تدخل في الولاية المقررة للقضاء في نطاق معين ، ومتى تحققت شروط معينة ، ويسمى هؤلاء بالمحكّمين حيث يعهد إليهم بالفصل في المنازعات التي أجاز القانون للأفراد إخراجها من ولاية و اختصاص القضاء في الدولة .²

¹ Elie Kleiman : Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage : Les perturbations de la procédure arbitrale , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC , p 828.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 11.

أولاً : تعريف التحكيم التجاري الدولي .

في معرض تعريف التحكيم التجاري الدولي¹ ، يمكننا أن نقول أن التحكيم طريقة إبتدائية، حيث تعود بدايته عندما كان يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلع المسلمة فيلجآن إلى شخص آخر ليفصل بينهما ، خاصة وأنه يعهد فيه عرض النزاعات على أشخاص خواص يستمدون ميزتهم الوحيدة من كونهم تم اختيارهم من قبل طرفي النزاع .

كما نلاحظ أن نظام التحكيم التجاري يعمل بمعية تشكيلة معقدة من القوانين ، هي الاتفاقيات الدولية ، والقوانين الداخلية لمختلف الدول ، فنجد القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ اتفاق التحكيم والقانون الذي يحكم وينظم إجراءات التحكيم ذاتها والقانون أو مجمل القواعد التي تطبق على موضوع النزاع ، وكذا القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم².

¹ لو كنا نود العودة لبعض محطات تطور التحكيم الدولي لعدها إلى مؤتمر السلام الأول المنعقد بلاهاي الذي توصل إلى إبرام اتفاقية للتسوية السلمية للمنازعات الدولية في 29 من جويلية 1899 ، حيث تضمنت تلك الاتفاقية إنشاء محكمة تحكيم دائمة ، ثم تم مراجعة هذه الاتفاقية في مؤتمر السلام الثاني المنعقد في لاهاي سنة 1907 ، وعوضت تلك المحكمة بأخرى لها نفس الاسم ، إلا أنها لم تكن بالفعل محكمة دائمة بقدر ما كانت هيئة تقدم تسهيلات إدارية ولها قائمة بأسماء محكمين يتم اختيار أعضاء هيئة التحكيم منهم باختيار الأطراف المتنازعة ، وسرعان ما ينتهي دور تلك المحكمة بفض النزاع

وعند النظر في المادة 47 من اتفاقية 1907 نجد أنه تتيط بأمانة المحكمة سلطة تقديم تسهيلات لأطراف الاتفاقية لاستعمالها في أي مجلس تحكيم خاص ، وهذا ما جعل أمانة المحكمة تعلن سنة 1939 عن استعدادها لخدمة الدول المتعاقدة ولو كان أحد أطرافها ليس دولة ، كما اقترحت الأمانة على الأطراف صيغة اتفاق يسهل عليهم المهمة ، إلا أن قيام الحرب العالمية الثانية قد أوقف المحاولة .

وبعد ذلك بوقت طويل وافق المجلس الإداري لتلك المحكمة في 26 مارس 1962 على قواعد التحكيم والتوفيق لفض النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى و تم تنقيح القواعد الواردة في المادة 47 من اتفاقية 1907. لكن اللجوء إلى هذه القواعد ظل اختياريا ومقصورا على أطراف هذه الاتفاقية.

وما فتئ المتعاملون الدوليون في تجسيد فكرة التحكيم بإدماج نصوص متعلقة به في القوانين الداخلية عن طريق تنظيم طرق الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفق القوانين الداخلية . أنظر في ذلك : **قادي عبد العزيز** : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص 217 ، 218.

² **قادي عبد العزيز** : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، المرجع السابق ، ص 222.

إذ أن القوانين الداخلية التي تكرر نية استمرارية قبول الدولة للتحكيم والذي يؤكد انضمامها إلى الاتفاقيات المتعلقة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها ، حيث تلعب هذه القواعد دورا هاما على هذا الصعيد ، ومن ناحية أخرى فإن الدولة تهيء للتحكيم مناخا ملائما ، من خلال الرقابة على قرارات التحكيم ، ونظامها القانوني الذي يكرس الاعتراف بهذه القرارات .¹

وقد عرف الأستاذ Phillipe fouchard التحكيم بأنه "اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء يختارونه ."²

بينما يعرفه الأستاذ تركي نور الدين بأنه " إجراء خاص لحل الخلافات ، فهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى أشخاص خواص ، يختارهم مبدئيا الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم ."³

أما عن نعته بـ " التجاري " : فنشير فيما يتعلق بهذا النعت عند الحديث عن التحكيم التجاري الدولي ، إلى أنه نعت لا يقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة

¹Leurennet Bruno et Jean-christophe Honlet : Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage : reconnaissance et continuité des Etats , Revue de l'arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC , p 777.

² ياسمينة مجدوب : التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود البترول ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص 18.

³ « D'une manière générale, l'arbitrage peut être défini comme un procédé privé de règlement des différends. Il s'agit d'un système peu banal de justice dans lequel un litige est soustrait on ravi à la compétence de tribunaux de l'Etat pour être confié à des personnes privées, de surcroît choisies en principe par les parties on avec leur concours . » voir : Terki Noureddine : L'arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U, Alger, Algérie , 1999, P 01.

في القوانين التجارية بل يأخذ مفهوما واسعا يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي. ولتوضيح ذلك نعتد على ما جاء في القانون النموذجي لـ " ل . أ . م . ق . ت . د " " U.N.C.I.T.R.A.L " إذ نجد أن المادة الأولى من هذا القانون تعرف بمعنى موسع " التجاري " بحيث يشمل العلاقات التجارية التعاقدية وغير التعاقدية دون الاقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات وكذا اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري والتحصيل واعتماد التأجير ، وتشديد المصانع والخدمات الاستشارية والأعمال الهندسية والتراخيص والاستثمارات والتمويل والمعاملات المصرفية و التأمين واتفاقات الاستغلال أو الامتيازات والمشروعات المشتركة و أشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى ونقل البضائع والمسافرين جوا أو بحرا أو برا أو بالسكك الحديدية أو الطرق .¹

و مما يلاحظ أن القانون الجزائري يشترط شرطا أساسيا واحدا من أجل السماح بلجوء الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي و هو أنه :

لابد أن يتعلق التحكيم بمصالح تجارية دولية للأشخاص العمومية و يرجع في تحديد الطبيعة التجارية للنزاع إلى أحكام القانون الداخلي تماشيا مع النظرة الحضرية المستخلصة من اتفاقية نيويورك في 10/06/1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم التجاري الدولي و تنفيذها² ، و التي تنص في مادتها الأولى الفقرة الثالثة (مادة 3/1) على أنه يمكن للدولة كذلك أن تصرح بأنها تطبق نصوص الاتفاقية فقط على النزاعات الناتجة عن العلاقات القانونية ، التعاقدية أو غير التعاقدية ، المعتمدة ، ذات طبيعة تجارية بمقتضى قانونها الوطني.³

¹ قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص 223 ، 224 .

² أنظر المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر 1988 ، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، الجريدة الرسمية ، العدد 48 ، 23 نوفمبر 1988 ، ص 1599 .

³ إضافة إلى الطابع التجاري للنزاع كانت المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى تشترط شرطا آخر ، وهو وجوب كون أحد الأطراف على الأقل يوجد موطنها أو مقرها بالخارج سواء كان هذا الطرف =

وعن النعت بـ " الدولي " :

تستعمل عبارة " الدولي " بالنسبة للتحكيم الذي يتجاوز الحدود الوطنية للدول ، وهذا التمييز مهم ما دام أن الدول التي وضعت قوانين للتحكيم تعترف عموما بمنح حرية في مجال التحكيم الدولي أكبر منها في المجال الداخلي ، والسبب في ذلك أن التحكيم الداخلي عادة ما يجري بين مواطني أو قاطني البلد المعني ، وهو يعد بديلا عن قضاء ذلك البلد .

ومن الطبيعي أن تريد الدولة المعنية ممارسة رقابة على ذلك النوع من التحكيم الذي يخص مواطنيها أو قاطنيها ، أكبر من الرقابة على التحكيم الدولي الذي لا يجري في إقليمها إلا لضرورات جغرافية . كما أن التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي يكون ضروريا عندما تكون قوانين الدولة لا تسمح إلا للدولة نفسها أو لمؤسساتها ، فقط بحق اللجوء إلى التحكيم في مجال المبادلات الدولية .¹

وعلى هذا الأساس فقد سعت أهم هيئات التحكيم الدولية ، وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية بشكل كبير في تعميم الحلول التي تتطلبها عقود الدولة على وجه الخصوص والعقود الدولية بوجه عام ، وتوحيدها وتقريب التحكيم الدولي من المتعاملين على صعيد الحياة الدولية ، وتدعيمه بالأجهزة الفنية الضرورية اللازمة حتى يصبح الوسيلة المفضلة لفض منازعاتهم .

وهذا حتما إلى لن يتأتى إلا من خلال تدويل هذه العقود شكلا وموضوعا ، ذلك أن المحلل لقرارات التحكيم الدولية يجدها تسعى لأجل فصل قضاء التحكيم الدولي عن أي نظام قانوني وطني ، متخذين منه جهة قضائية خاصة مستقلة ، تحت ستار عدة مسوغات ، لعل أهمها أن المحكم لا يصدر أحكامه في ظل سيادة معينة تلزمه باحترام نظامها القانوني في تنازع القوانين أو إتباع قوانينها الإجرائية خلال آدائها لمهامها ، لأن المسائل الإجرائية تحظى بأهمية ، و لهذا ينبغي تحرير العقد من سلطان القوانين

=شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا .و النتيجة المترتبة على هذا الشرط أنه إذا كان طرفي النزاع يقيمان في الجزائر فإنه يستبعد تطبيق التحكيم التجاري الدولي ، حتى ولو كان موضوع النزاع تجاريا.

¹ قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص

الوطنية ، و تطبيق الاتفاقيات الدولية الموضوعية و الأعراف والمبادئ العامة للقانون.¹

وهناك معياران أساسيان قد يستعملان مجتمعين ، أو منفصلين لتحديد مفهوم " الدولية " في التحكيم ويتعلق الأول بتحليل طبيعة النزاع بحيث يعتبر التحكيم دوليا إذا كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية (المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية / المرسوم رقم 81500 في 12 ماي 1981) أما الثاني فيتعلق بأطراف النزاع كي تعرف جنسياتهم أو المكان المعتاد لإقامتهم أو مقراتهم إذا كانوا من الشركات .²

ثانيا : أنواع التحكيم .

1- التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي :

أما عن تمييز التحكيم الوطني لدولة ما عن التحكيم غير الوطني فإن التحكيم يكون وطنيا إذا كانت عناصره منتمية إلى دولة واحدة ، وما يستتج إذن هو أنه إذا كان أحد عناصر التحكيم خارجيا أو أجنبيا يكون التحكيم أجنبيا أو دوليا ، ومن تلك العناصر موضوع النزاع وجنسية ومحل إقامة الأطراف وجنسية المحكمين ومكان التحكيم والقانون المطبق لحل النزاع ..إلخ ، إلا أن الدراسات تلخص أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي في ثلاثة معايير منها الجغرافي ويتعلق بمكان التحكيم ، والقانوني ويتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، والاقتصادي ويتعلق بارتباط العقد موضوع النزاع.

ولو نظرنا إلى العمل الإتفاقي نجد أن اتفاقية نيويورك تأخذ بالمعيار الجغرافي أساسا مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار القانوني ، حيث تجيز للقاضي الوطني رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إذا ثبت لديه مخالفة إجراءات التحكيم للقواعد التي اتفق عليها الطرفان أو

¹ زروتي الطيب : النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، الجزء الثاني ، رسالة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1991 ، ص ص 355، 356.

² قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص ص 225 ، 226.

مخالفتها لقانون البلد الذي جرت فيه عملية التحكيم عند غياب اتفاق الطرفين على تلك القواعد.¹

كما أن القاعدة أن التشريعات الوطنية تملك سلطة منع تنفيذ القرارات التحكيمية إذا ما اتضح أنها مخالفة للنظام العام الدولي ، هذا و إن كان الاجتهاد القضائي الأمريكي جد صارم في شأن تنفيذ القرارات التحكيمية ، فيجعل منها قرارات جبرية التنفيذ فور صدورها ، و إن استعملت في أسانيد وحجج الأطراف وثائق أو بيانات أو شهادات غير حقيقية ، أو ثبت فيما بعد أن المحكمين قد أصدروا قرارهم ، بناء على رشاوى قدمت لهم ولعل القضاء الأمريكي يعتبر سكوت الأطراف وعدم الطعن فيها قرينة ضمنية على الاعتراف بهذه القرارات.²

2- التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي :

من المعروف أن التحكيم ينقسم إلى "تحكيم خاص" * "Ad Hoc"، و"تحكيم مؤسساتي" ** "Institutionnel" و أمام الطابع التعاقدى للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه الاتفاق على أن يستقلوا بإدارة العملية التحكيمية كما في التحكيم الخاص، أو

¹ قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص 224 ، 225.

² **Bernard Hanotiau** : Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre : les perturbation par l'Etat de la procédure arbitrale ، Revue de l' arbitrage ، les Etats dans le contentieux économique international ، Paris ، 24 janvier 2003 ، comité français de l'arbitrage ، 2003 ، N° 3،éditions LITEC,p 813.

* يسمى أيضا التحكيم الحر أو التحكيم بالمناسبة و هو الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أي مؤسسة تحكيمية .

** هو الذي يختار الأطراف فيه إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة كقواعد غرفة التجارة الدولية مثلا."C.C.I". أنظر في ذلك :

Trari-tani Mostefa : Autonomie de l'entreprise publique et arbitrage commercial en Algérie ، Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIV ، N 02 ، 1996, pp 231.

إحالة إدارة هذه العملية إلى إحدى هذه المؤسسات التحكيمية الدائمة.¹ وما يميز نظام التحكيم المؤسسي التطبيق الآلي للقواعد المنظمة للتحكيم ، كما يكفل هذا النوع من التحكيم الاستفادة من الإطارات الفنية المتخصصة ، لكن ما يعاب عليه كثرة النفقات فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية ، وفي المقابل يتميز نظام التحكيم الخاص بأنه ينشأ لفض منازعة بعينها فيحقق بذلك سرية الإجراءات ويتطلب التعاون بين الأطراف دون الحاجة إلى تكاليف باهضة ، لكنه قد يجعل الأطراف عند عدم الاتفاق أمام إشكال يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.²

و أمام خصوصية منازعات عقود الدولة فإن التحكيم الأجدى بتسوية منازعات هذه العقود انطلاقا من المفاضلة بين مزايا كل من التحكيمين ، هو التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية و التي تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة و ذات الطبيعة الفنية المعقدة ، و ذلك من خلال كونه يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفا و كذا ضمان صلاحيات مناسبة للمحكمن تعيينهم على ممارسة اختصاصاتهم و توفر مؤسسة التحكيم الدائمة على قوائم بأسماء المحكمن المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة .

و يعتبر التحكيم المؤسسي الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ معروفة مسبقا علاوة على أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في التنفيذ.³

¹ أحمد شرف الدين : دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، مصر ، 1993 ، ص 34.

² محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص ص 372 ، 373.

³ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص ص 28_38 و أنظر : يوسف محمد : مرجع سابق ، ص ص 73 ، 74.

الفرع الثاني : تبدد المخاوف بشأن تكريس التحكيم التجاري الدولي في التشريعات الداخلية .

لقد شهد العالم خلال الأعوام الماضية تطوراً ملحوظاً في دور الدولة تمثل في قيامها وكذلك الأشخاص الاعتبارية التابعة لها بأنشطة اقتصادية كانت تقتصر من قبل على المبادرات الفردية أو أشخاص القانون الخاص الاعتبارية بوجه عام . وقد واكب التدخل المتعاضم للدول في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة خاصة لفض المنازعات المتعلقة بأنشطة التجارة الدولية لتلائم مع طبيعتها وتتفق مع مقتضياتها وتلبي احتياجاتها.

وفي الواقع ، فإن هناك إحساساً لدى الكثيرين بأن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية ، فقبول الدول النامية للجوء للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملائمة التحكيم لفض منازعات الاستثمار.¹

أولاً : تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم .

أما عن موقف الدول النامية خاصة منها العربية فكان موقفاً ناتجاً عن تلك الاختلافات السياسية والإيديولوجية العميقة ، والتي جعلت هذه الدول ترفض في بداية الأمر كل الوسائل دون قضائها الرسمي لحل النزاعات المتعلقة بهذه العقود .² ولعل هذه العوامل تتعلق بتمسك البلدان النامية حديثة الاستقلال بسيادتها إلى حد تخشى كل القيود التي ترد على تلك السيادة ، بل حتى أنها كانت لا تثق بالقانون الدولي التي

¹ عمر مشهور حديثة الجازي : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09 ، الأردن ، 2002 ، ص 04 .

² Zahi Amor : L'Etat et l'arbitrage – Etude comparée principalement du Droits des Etats arabes ، tome 2 ، thèse de Doctorat d'Etat ، Faculté de Droit et des sciences économiques ، Orléans ، France, 1979, p p 371,372.

ترى في قواعده عدم ملاءمته لظروفها ومتطلباتها ، بل تقول أنها لم تشارك في وضعه.¹

وقد أيد هذا التوجه في عدم الأخذ بنظام التحكيم بعض الفقهاء بدعوى مخالفته لسيادة الدولة ، وقد عبر عن ذلك الأستاذ Rundstein بقوله : "إن القضاء مظهر من مظاهر السيادة ، غير القابلة للتصرف فيها ، فلا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة - كلياً أو جزئياً - لشخص من أشخاص القانون الخاص .." ، كما أن التحكيم ظاهرة غير عادية تمس مبادئ القانون العام التي تخول الدولة سلطة تقديرية تسمح لها بأن تأتي ما تراه مناسباً للصالح العام.²

ولكن سعي الدول النامية - خاصة العربية منها و على رأسها الجزائر - إلى إستقطاب الاستثمارات الأجنبية وضعها أمام واقع إما أن تقبل التحكيم أو تتبخر كل أحلامها التنموية ، على أساس أن هذا البند أحد أهم الضمانات الاستثمارية ، لذلك فهي تقبل التحكيم على مضض الذي يعتمد على آليات تختلف تمام مع تلك التي يعتمد عليها القضاء الوطني ، لعل مرجع ذلك إلى أن الدولة تعتقد أن هذا القضاء ليس القضاء الذي يطبق القانون الذي اتفق عليه الأطراف ، وهي تستند إلى واقع أن كل عشر دعاوى تحكيمية بها طرف عربي يربح الطرف العربي دعوى واحدة فقط ، و أن المحكمين هم بالعادة مجموعة من ثلاثين إلى خمسين محكماً أوربياً ، يفصلون خلافات الاستثمارات الأوربية في البلاد العربية ، وعادة ما يكون مقر التحكيم باريس أو لندن أو جنيف .

ولعل هذا التخوف ليس له ما يبرره ذلك أن الهيئات التحكيمية التي ستفصل في النزاع عادة ما تختار من بين أكبر أساتذة القانون في العالم ، و أشهر المحكمين من الفقهاء الفرنسيين ، فضلاً على أن أشهر مركز تحكيمي في العالم يوجد بباريس وهو غرفة التجارة الدولية.³

¹ قادري عبد العزيز : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، مرجع سابق ، ص ، 220.

² أحمد عبد الحميد عشوش : مرجع سابق ، ص 421.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 154 ، 156.

وحيث أن تعدد المحكمين يعد من أهم المزايا التي ينتفع بها الأطراف في عقود الدولة، والذي عادة ما يتكون في غرفة التجارة الدولية "C.C.I" بثلاثة محكمين ، والذي يمنح ثقة الدولة في هذا القضاء الذي تساهم في تعيين محكميه ¹.

إن الاعتبارات التي يستند إليها الأطراف في اختيار المحكمين مصدرها الثقة إما بالنظر إلى كفاءته القانونية أو لانتمائه إلى الفئة المعينة التي ينتمي إليها المتنازعان و إما بالنظر للسلطة المعنوية التي يتمتع بها المحكم والتي تبرر ثقة المتنازعين فيه ، ولعل عناصر الثقة صارت أمرا متعارف عليه ، ذلك أن إحصاء أجري بفرنسا أظهر أن 30 % من المحكمين هم من رجال القانون ، مقابل 70% من رجال الفن والعلم ، وداخل فئة رجال القانون يوجد 60 % من المحامين ، نظرا للثقة التي يمكن أن توجد بين المحامي و أحد المتنازعين ، ونظرا لكفاءته القانونية ².

ثانيا : التطور التاريخي لتبني التحكيم التجاري الدولي في الجزائر .

عرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغا تشريعيا كبيرا ، لذلك استمرت على العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية ³. و إذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي ، فإن الجزائر اعتبرته مخالفا للسيادة وكانت النزاعات بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تختص به المحاكم الداخلية ⁴. وتمتد مرحلة إنكار نظام التحكم التجاري الدولي منذ الاستقلال إلى غاية مرحلة التأميمات ، وهي مرحلة مؤقتة بالنسبة لموقف الجزائر من التحكيم ، إذ يظهر على الصعيد الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الاقتصادية الدولية بين الجزائر

¹ Silva –Romero Eduardo : L'arbitrage de la C.C.I et les contrats d'Etat,Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I , vol 13 /n °01 , 1^{er} semestre , 2002 ,p 58.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 156 ، 157.

³ أنظر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1962/12/31 ماعدا ما يخالف السيادة الوطنية ، ج ر ، العدد 20 ، المؤرخة في 1963/01/11 ، ص 18.

⁴ Zahi Amor :Op.cit , p 394.

وفرنسا من خلال اتفاقية إيفيان¹، وقد استمرت مرحلة التحفظ هذه حتى بداية الثمانينيات أين كرس التحكيم بموجب الاتفاق بين فرنسا والجزائر سنة 1982، والذي أدى إلى ظهور هذا النظام لأول مرة سنة 1983.²

حيث أنه و في إطار المعاهدات الثنائية، لأجل حل منازعات المؤسسات المختلفة بمقتضى هذا الاتفاق المبرم في 27 مارس 1983، قبلت الجزائر التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية، و شركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين.³

لهذا فقد كانت الجزائر ولفترة طويلة تستبعد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية، وهو ما أثر سلبا على حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر. ولعل مرد هذا الاستبعاد كان مرتبطا بفكرة السيادة خاصة و أن الجزائر من الدول حديثة الاستقلال مقارنة بالدول المتقدمة، فهي تشعر حيال التحكيم أنه يطعن في قضائها الوطني.⁴

وقصد رفض مطلق للتحكيم جاء تفسير نص المادة 03/442 من قانون الاجراءات المدنية الملغى، بأن المقصود بعبارة "دولة" هنا، الدولة والجماعات المحلية والهيئات العامة ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وهو ما لا يحتمله التفسير الضيق لهذه المادة.*

¹ حيث تقرر بموجب اتفاقية إيفيان المبرمة بتاريخ 1963/03/29 اللجوء إلى التحكيم الدولي، فرضت الجزائر إلى هذا الأسلوب و ذلك أمام غياب قضاء داخلي من شأنه منح الضمانات الكافية والفعالة للمستثمرين الأجانب. أنظر في ذلك: واتيكى شريفة: النظام القانوني للعقد الصناعي المطبق في قطاع المحروقات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 271.

² كولا محمد: تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادى، الجزائر، 2008، ص 08 وما يليها.

³ Mahiou Ahmed : L'arbitrage en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXVII , Décembre , 1989 , p 702.

⁴ بن سهلة ثاني بن علي - نعيمى فوزي : تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، المجلد 17، العدد 02، سنة 2007، ص 36.

* تنص المادة 03/442: " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم."

ولهذا فإنّ تبني القانون الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي جاء في مرحلة متأخرة ، إذ أنّ قانون الإجراءات المدنية (الأمر 66- 154) المعدل و المتمم ، كان إلى وقت قريب يرفض هذا النظام و يمكن ملاحظة من خلال المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية القديمة التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التعرف فيها ، و لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملابس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ، و لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " .

غير أنّ الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر في 1993/04/25 ، حيث أصبحت صياغتها الجديدة " ... و لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية " .

يلاحظ إذن من خلال هذا التعديل أنّ المشرع الجزائري قد عدل و بشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة و أشخاص القانون العام الأخرى . و ذلك حينما أعلنت بشكل صريح عن إمكانية لجوء هذه الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية .

كما أضافت المادة الثانية (02) من المرسوم التشريعي 09/93 فصلا كاملا (النص الرابع) للكتاب الثامن من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي " يتضمن (29) مادة (المواد من 458 مكرر من 458 مكرر 28).

ليأتي بعد ذلك القانون 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لينص في المادة 1006 على أنه : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية " .

و قد حدد المشرع الجزائري مفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".¹

وقد تم تكريس التحكيم من خلال نص المشرع الجزائري في مقام الضمانات الممنوحة للمستثمرين من خلال المادة 17 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار إذ تنص: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده ، للجهات القضائية المختصة ، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم والمصالحة أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص ."

كما كرس التحكيم التجاري الدولي القانون المتعلق بالمحروقات الصادر سنة 2005* في مادته 58 حيث نصت على أنه: "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتنمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد ، ينجم عن تفسير و / أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و / أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد ."

في حالة عدم التوصل إلى حل ، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد ."

¹ وهو النص الذي جاء ليلغي النص السابق للمادة 458 مكرر التي تنص على أنه:

" يعتبر دوليا ، مفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج ."

* أنظر القانون رقم 07/05 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 18 أفريل سنة 2005 المتعلق بالمحروقات ، ج ر العدد 50 ، سنة 2005 ، المؤرخ في 12 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 19 يوليو 2005 . والمعدل بموجب الأمر 10/06 مؤرخ في 03 رجب عام 1427 الموافق 29 يوليو سنة 2006 ، يعدل ويتم القانون 07/05 ، ج ر العدد 48 30 يوليو سنة 2006 .

المطلب الثاني

مبررات اللجوء إلى التحكيم

إذا كان سلوك الدولة قد إعتاد على حسم نزاعاتها الداخلية أمام القضاء الوطني فإن وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة قد حتم عليها تغيير هذا الأسلوب ، على الرغم من أنها تنظر إلى التحكيم نظرة ريبية وتعتبره انقاصاً من سيادتها ، ومن جهة أخرى فإن الطرف الأجنبي يساوره الشك دائماً في حياد هذا القضاء أو البطء في إجراءات التقاضي مما سيكون سبباً في تعطيل التنفيذ في العقود المبرمة و يعرض حقوقه إلى الخطر ، الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم ، حتى نشب النزاع بينه و بين الدولة أطمأن إلى أنه لن تكون خصماً و حكماً في آن واحد ، لذلك تحرص الشركات الأجنبية على أن يكون شرط التحكيم مسألة أساسية يتوقف عليها التعاقد ، و لأن الدولة تحرص على تحقيق مصالحها و خاصة إذ تعلق الأمر بخططها الاقتصادية الطموحة فإنها ستقبل شرط التحكيم.¹

الفرع الأول : الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة .

أولاً : عجز الوسائل غير القضائية " البديلة " في حسم منازعات عقود الدولة .

إن الوسائل المختلفة لحسم منازعات عقود الدولة تنقسم بحسب ما تنتهي إليه هذه الوسائل من حلول ومدى إلزاميتها ، إلى وسائل غير قضائية ووسائل قضائية . أما الوسائل غير القضائية فهي الوسائل البديلة لحسم المنازعات "ADR" كالوساطة* و التوفيق* والخبرة الفنية والمحاکمات المصغرة ومجلس مراجعة المطالبات ، ولعلها تنتم

¹ أحمد شرف الدين : طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار - تشخيص الحالة المصرية - ، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، مصر ، 1993 ، ص 14.

* الوساطة : تعرف الوساطة بأنها وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات ، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف عن طريق فحص طلبات وإدعاءات الأطراف ، ويساعدهم في التفاوض لأجل حل الخلاف . والوسيط في ممارسته لمهنته قد يجمع الأطراف ، وقد يعمل أحياناً متردداً بينهم منفرداً بكل طرف على حدى لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية للنزاع ، دون أن يملك إجبارهم على قبول التسوية . وقد يتفق المتعاقدين في شكل شرط في العقد على اللجوء إلى الوساطة أو في شكل مشاركة يتفق فيها الطرفان على الوساطة . ويجب أن يتوفر في الوسيط صفتي الحياد والاستقلال فضلاً عن كونه قادراً على الحوار =

بعدم إلزاميتها للأطراف على عكس الوسائل القضائية المتمثلة في قضاء محاكم الدولة والتحكيم ، وهي على خلاف الأولى ملزمة لأطرافها .¹
وإن كانت الوسائل البديلة قد لعبت دورا أساسيا وهاما في حسم منازعات عقود الدولة²، حيث أنها تعنى في النزاع بأسبابه أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية ، كما أنها تهدف الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع لا تلزم أحدا من الطرفين دون رضاه .

= والإقناع ، على أن يملك الخبرة الكافية في موضوع النزاع ، فيعمل على تقريب وجهات النظر دافعا الحواجز النفسية والاعتبارات البيروقراطية التي تكون سببا في أغلب النزاعات .ويمكن للوسيط أن يخفف من شدة الخصومة بين الأطراف للوصول إلى أرضية إتفاق مشتركة محاولا تقليل الهوة بين الطرفين وتوضيح الجوانب الهامة من عناصر التسوية وتقليل شأن نقاط الخلاف المتنازع بشأنها ليصل في النهاية إلى مشروع التسوية الذي يخطر به إدارة الوساطة أي المؤسسة التي تتكفل بهذه العملية ، وإذا ما تيقن الوسيط من أنه لا جدوى من محاولاته فبإمكانه إنهاء الإجراءات و إعلام المؤسسة أو المركز بذلك .كما يمكن للأطراف كذلك إيقاف الإجراءات في أي وقت ما إن تحققوا من عدم جدواها . **أنظر : بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 316-320.**

* **التوفيق** : يعد التوفيق مثول الأطراف أمام طرف محايد من اختيارهم بغرض تسوية نزاعهم ، حيث يسعى الموفق دوما إلى أن يعرض على الأطراف أفضل الأوجه للتوفيق بينهم ، وهو يمارس دورا في التفاوض أكبر من دور الوسيط حيث يقدم التوصيات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار ، ويدير عملية التوفيق مستهديا بما تمليه مبادئ العدالة والإنصاف ، وإذا ما نجحت إجراءات التوفيق يثبت اتفاق التسوية في محضر التوفيق موقعا عليه من الأطراف والموفق .

ويعد كالوساطة الإتفاق على التوفيق أمرا ضروريا للإنتقال في إجراءاته ، فيكون الاتفاق مدرج في العقد أو في شكل اتفاق توفيق لاحق يوافق عليه الأطراف ضمنا ، ويمكن أن يتم التوفيق بتوجيه من محكمة أو هيئة حكومية مختصة ، حيث تؤكد تشريعات بعض الدول على ضرورة اللجوء إلى التوفيق قبل اللجوء إلى القضاء ، كما تجيز بعض القواعد التشريعية أن تفرض محكمة أو هيئة تحكيم إدارية على الأطراف اللجوء إلى التوفيق في منازعات محددة .

وكقاعدة عامة لا يعين الموفق كمحكم في نفس القضية حال فشل التوفيق حسب ما تقضي به المادة 19 من نظام التوفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، ولا تلزم المقترحات أو التوصيات التي يقدمها الموفق ، فلأطراف مطلق الحرية في قبولها أو رفضها كما يمكن للأطراف إصباغها بالطابع الإلزامي .أنظر في ذلك : **طه أحمد قاسم علي : مرجع سابق ، ص 409 ، 412 ، 441.**

¹ **بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 311 ، 312.**

² فقد زاد التركيز في السنوات الأخيرة على الوسائل البديلة لحسم منازعات عقود الدولة بطريقة ودية .
ويقصد بها تلك الوسائل التي لا تكون التسوية المتوصل إليها عن طريق هذه الوسائل ملزمة إلا إذا قبلها الأطراف ، بمعنى أن إجراءات الوسائل البديلة لحسم المنازعات تعتمد على رضى الأطراف وتكون قراراتها غير ملزمة ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك . فقد يمثل الأطراف لهذه التسوية أو يرفضونها حسب حسن نيتهم ، وقد يلزم=

من عيوب هذه الوسائل الودية هي كونها لا تنتهي بقرار ملزم للأطراف مما يعني فشلها والعودة إلى نقطة الانطلاق مع خسارة الوقت والمال المبذولين .¹

فافتقار هذه الوسائل للطابع الإلزامي ، وتجردها من الفعالية دون رضى الأطراف ، الذين يملكون مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات التي يصدرها الموفق أو الوسيط ، تجعلها لا تضاهي أحكام القضاء التحكيمي ، وهذا ماجعل هاتين الوسيلتين كوسيلتين بديلتين مدمجتين مع القضاء والتحكيم ، حيث نجد العديد من العقود تنص على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات ، اللجوء إلى الوسائل البديلة كخطوة أولى ومن ثمة اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم كخطوة ثانية عند فشل هذه الوسائل .

ثانيا : آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الدولة .

إن من بين ما يميز التحكيم في عقود الدولة و الذي لأجله عد شرطا تتمسك به غالبية الأشخاص المتعاقدة مع الدول ، حرية الاختيار في نوع التحكيم الملائم لخصوصية المنازعة ، و كذا اختيار المحكمين الذين يتوافر لهم التكوين الملائم و الخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات ، و مما يبرز الخصوصية في التحكيم

=الأطراف أنفسهم بهذه التسوية تعاقدوا بهذه التسوية ، و إذا لم يلتزم بها أحد الأطراف على الرغم من الاتفاق عليها مسبقا فسيلجأ الطرف الآخر للقضاء أو للتحكيم لعرض قضيته .

وتتسم هذه الوسائل بميزات مشتركة لعل أهمها :

1/ **سيطرة الأطراف على الإجراءات** : حيث يتمتع الأطراف بالسيطرة الكاملة على الإجراءات ، ذلك أنهم لا يكونون تحت إي إلتزام باتباع إجراءات معينة ، و إذا لم يرضوا بما يعرض عليهم من مشروعات للتسوية فإنهم ينسحبون من الإجراءات

2/ **السرعة** : حيث تتميز إجراءات الوسائل البديلة بالسرعة لتحقيق التسوية وحتى لا ينسحب الأطراف من الإجراءات ، وذلك مقارنة مع الوقت الذي تستغرقه إجراءات المحاكم و التحكيم .

3/ **المرونة** : حيث تمتاز إجراءاتها بالمرونة في البحث عن تسوية دون الإلتزام بقواعد القانون وإجراءاته ، وتبقي على الجو الودي وتسمح باستمرار علاقات العمل بين الأطراف .

4/ **السرية** : حيث تبقي على أسرار عمل الأطراف بينهم دون أن يطلع عليها أحد من الغير .

5/ **الاقتصاد في النفقات** : على خلاف النفقات الباهضة للمحكمن و أتعايهم المكلفة . أنظر في ذلك : **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 316.

¹ طه أحمد قاسم علي : مرجع سابق ، ص 446.

كشروط يطالب به الأطراف المتعاقدة مسألة السرية التي تعد قوام العمليات الاقتصادية الاستثمارية السرية في إجراءات التحكيم و التي تحقق ذات المزية بالنسبة للدول التي تسعى إلى الحفاظ على سرية مشاريعها خاصة ما كان من المشاريع الإستراتيجية لها.¹ فالتحكيم يتميز بعدد من المزايا تدفع الأشخاص المتعاملة على صعيد التجارة الدولية ، تفضل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ كبديل لقضاء الدولة ، ومن بين أهم هذه المزايا أن التحكيم يتسم بالسرعة والسرية ، وكذا الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص .

1 - عوامل اختيار المحكمين في عقود الدولة :

يجب أن تتوفر في المحكم الذي يفصل في منازعات عقود الدولة مؤهلات تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود و محلها ، فقد تتعلق هذه المنازعات بأحكام القانون الدولي العام عندما تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري و قد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لدولية هذه العقود بطبيعتها ، و قد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة ، كأن تتعلق بتحديد معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعامل الصناعي ، و لهذا يجب توافر التخصص القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم إلى جانب الخبرة الفنية الكافية حتى تسمح بما يمكن تسميته بالتحكيم الفني " Arbitrage technique " لأجل تقادي أي خلاف حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط المنتج لفترة معينة.²

فالمحكم على خلاف القاضي، لا يشترط فيه أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال ، مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة النزاع والتحكم في وقائعه دون أن يكون مضطرا للاستعانة بالخبراء ، وهو الأمر الذي لا يمكن الاستغناء عنه إذا كان النزاع معروضا على القضاء. حقا أن القاضي في النهاية هو الخبير الأعلى، ولكن

¹ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 27.

² بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، المرجع السابق ، ص ص

تعقد وتتووع المعاملات التجارية الدولية مثلا وتعلقها بعقود تتضمن شروطا وتفاصيل فنية معقدة، تضطر القاضي للاستعانة بالخبراء وإعداد تقارير فنية ، لا شك أن المحكم الخبير أقدر على استيعابها من رجل القانون، وسيكون مصدر الطمأنينة وثقة الأطراف في القرار الذي سيصدره في النزاع، فضلا عما توفره له خبرته الفنية من قدرة على التصدي ومنع إطالة أمد النزاع عن طريق تقديم تقارير الخبراء المتضادة من قبل أطراف النزاع .

2- التحكيم قضاء من درجة واحدة :

إن كيفية سير العدالة التقليدية ، القائم أساسا على تعدد قضاة الحكم وتعدد درجات التقاضي ومبدئي الشفوية وعلائية المحاكمة ونشر الأحكام القضائية ، لم يعد يتماشى ومتطلبات السرعة والمرونة التي تستوجبها المعاملات التجارية الدولية . لذا فإن المتعاملين الاقتصاديين اتخذوا مسلكا جديدا لفض المنازعات التي تظهر فيما بينهم ، وذلك بعدم لجوئهم للعدالة التقليدية ، مع البحث على سبل وإجراءات يتمكن من خلالها القاضي من تقدير المنازعات بالنظر للمصالح محل النزاع .¹

فلا أحد منا يجهل مبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستوريا في القضاء الوطني ، لكن التحكيم بوصفه قضاء خاصا يخالف هذا المبدأ الأساسي ، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه ، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية الطعن فيه بطرق غير عادية عن طريق الطعن بالبطلان وللأسباب الواردة حصرا في القانون ، وكما هو معلوم أن الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم كقاعدة عامة . ولعل سرعة الفصل في المنازعات باعتبارها من مزايا التحكيم ، لا تعني بالضرورة أن هذا القضاء يحقق هذه الميزة على حساب الضمانات الأساسية للتقاضي ، وذلك من خلال إحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتخاصمة و إحترام مبدأ الوجاهية .²

¹ أحمد بركات مصطفى : حق الإلتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية ، بدون دار نشر ، مصر ، 2008 ، ص 26.

² حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 ، ص ص 18 ، 19.

وكذا احترام حق كل خصم في أن يستمع إليه المحكمون ، و حق كل خصم في مناقشة طلبات ومستندات خصمه ، و إحترام مبدأ التسبيب في الحكم التحكيمي ، إذا لم يتفق الطرفان صراحة على إعفائه من التسبيب .¹

3- السرعة والسرية في إجراءات التحكيم :

القضاء العادي تتصف إجراءاته بالعلانية وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع ، لما تؤدي إليه تلك العلانية من كشف لأسرارهم المهنية أو لمركزهم الاقتصادي الذي يلحق بهم ضررا قد تفوق جسامته خسranهم للدعوى.

بينما يعد الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم ، بل إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة والتي تمتلك السمعة والشهرة العالمية التي تدفع المتنازعين إلى اللجوء إلى التحكيم ، و تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة عن أهميتها في ما عداها من منازعات لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية و اقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول و على الشركات العملاقة نظرا لحساسية المعلومات و الوثائق و أسرار هذه العقود ، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات و اضطرابات اقتصادية قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في السوق العالمية ، كما يؤدي عدم احترام السرية إلى تسرب الأسرار التكنولوجية لو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي كعقود نقل التكنولوجيا أو عقود تراخيص استغلال براءة إختراع .²

و على الرغم من التشكيك في الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالسرية في إجراءات التحكيم فإن الالتزام بالسرية يمكن اعتباره قاعدة عرفية إذ تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية .

¹ أحمد حسان حافظ مطاوع : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007 ، ص 620 .

² أحمد بركات مصطفى : مرجع سابق ، ص ص 30 ، 31 .

و حيث أن السرية تعتبر أحد الدوافع وراء لجوء الأشخاص إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، فإن الاعتقاد بضرورة وضع شروط لضمان السرية عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم أمر لا بد منه ¹.

وعلى خلاف ذلك يرى البعض في أن السرية عيب وليس ميزة ، وذلك من خلال ما يفسره قلة الاحصائيات المتعلقة به ، وندرة ما ينشر من أحكام المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم ، كما أن الإحجام عن نشر هذه القرارات يحول دون تكوين قضاء تحكيمي يسهم في تطوير تنظيم عقود الدولة . على الرغم من أن غرفة التجارة الدولية قد بدأت من خلال نشرها للقرارات الصادرة عنها في التغلب على هذا العيب .

4- حرية الأطراف في قضاء التحكيم .

من بين الأسباب الجدية التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، ما يتمتعون به من حرية لا يتحقق لهم في ظل القضاء الوطني ، و تستمر هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على التحكيم ذاته ، إلى حين صدور الحكم التحكيمي ، بل وحتى بعد صدوره ، فلأطراف حرية إختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ويناسب نزاعهم ، كما لهم أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم و وقته و القانون المطبق على إتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع محل التحكيم ، كما أن لهم أيضا مكنة تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل بشأن منازعتهم ، وكل هذا لا يملكه الأطراف في القضاء الوطني مهما بلغت درجة نزاعته وتطوره ².

الفرع الثاني : الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الدولة.

إن التحكيم يعمل لمصلحة كل من الدولة و الأطراف الأجنبي المتعاقد معها ، حيث يوفر للطرف الأجنبي الأمان القانوني القضائي إذ يبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي نادرا ما يكون يلقي قبولا لدى الطرف الأجنبي ، و من جهة

¹ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع السابق ، ص ص 42-44.

² حفيفة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 27.

ثانية فإن الدولة تتمتع بمزايا التحكيم لمواجهة تدخل الدول بذريعة حماية رعاياها و المطالبة بالتعويض بحجة الحماية الدبلوماسية.¹

وتنقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى إشتراط التحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن صحة أو تنفيذ أو تفسير هذه العقود إلى مجموعة من الأسباب : النوع الأول يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد الدولة لحياده ، أما النوع الثاني فيتعلق بخشية تمسك الدولة بالحصانة القضائية ، في حين أن النوع الثالث من الأسباب هي تلك التي تجعل من التحكيم حتمية في عقود الدولة حيث أن لمنازعات عقود الدولة طبيعة خاصة تحتم اللجوء إليه².

أولا : إنعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها.

على الرغم من أن الدولة مجرد طرف كمتعاقد في عقود الدولة ، إلا أنها مع ذلك ليست بالطرف العادي ، من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد ، الإخلال أيضا بالحياد الذي ينبغي أن يتوفر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها حال نشأته . فالقضاء الوطني للدولة المتعاقد ، أيا كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد واستقلال عن الدولة ذاتها ، فإنه في النهاية يمثل قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها، ويكون سببها عقد يتصل بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة .

ولعل تجنب هذا الخطر المتمثل في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة ، لن يتأتى إلا بسلب الاختصاص منه ، وإعطائه لقضاء أكثر حياد ونزاهة هو قضاء التحكيم.³

¹ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 27.

² حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، 2001، ص ص 06 ، 07.

³ حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 32 ،

لعل ما يمر به عالمنا حالياً من تطور خاصة في مجال التجارة الدولية ، يجعل من الأهمية بمكان النظر إلى رؤوس الأموال الأجنبية والسعي لجذبها ، وهذا ما حدا بالدول النامية إلى أن تبذل الغالي والنفيس لأجل تحقيق هذا الهدف ، تارة عبر منح مزايا وتارة عبر إعطاء ضمانات¹.

كما أن الطرف الأجنبي قد يحجم بصفة عامة والمستثمر على وجه الخصوص عن استثمار أمواله أو التعاقد مع دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة النزاع ، وعلّة ذلك تكمن في عدم معرفة المستثمر بمعطيات المثل أمام هذا القضاء كما أنه يجهل الإجراءات الواجبة الإلتباع أمامه في الغالب ، وقد يعوق تلك الإجراءات مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية ، الأمر الذي يحول دون هذه الأجهزة القضائية الداخلية والتعرض لتصرفات الدولة . فضلا عن ذلك فإن إناطة الاختصاص بالقضاء الوطني في الدولة للفصل في المنازعات بينها وبين المستثمر ، إنما يجعل من تلك الدولة خصما وحكما في آن واحد . وبما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي ، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام التحكيم التجاري بوصفه نظاميا قانونيا بديلا لتسوية المنازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي . ويحظى نظام التحكيم عموما بثقة المستثمر و تأييده عموما وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه.² وحيث أن التحكيم قد صار يحقق للمستثمر والدولة على حد سواء أكبر الامتيازات، فيعد ضمانا للمستثمر تبديد مخاوفه بشأن خضوع منازعاته لقضاء الدولة الداخلي، ويعتبر للدولة سببا نافيا للأشكال التحكيمية الدولية الأخرى لا سيما الحماية الدبلوماسية* التي قد تلجأ إليها

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 07.

² دريد محمود السامرائي : مرجع سابق ، ص 338.

* تعرف الحماية الدبلوماسية على أنها حق تمارسه الدولة تجاه رعاياها إذا لحق بهم ضرر في دولة أجنبية جراء مخالفة هذه الأخيرة لأحكام القانون الدولي، واشترط الفقه شرط المواطنة للرعية واستنفاده للوسائل القضائية الداخلية وسلوكه المستقيم أو ما يعبر عنه بمبدأ الأيدي النظيفة ولعل الخلاف واضح بين الحماية الدبلوماسية والتحكيم في أن هذا الأخير يلجأ إليه لاستبعاد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة .أنظر في ذلك **خنيش سنوسي**: "المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية" محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور بالجلفة، =

دولة الشخص المتعاقد مع الدولة ، وكذا إحدى السمات الأساسية التي تستند إليها الدول في تشجيع العلاقات الاقتصادية والتجارية .¹

هذا وإن كان لا بد من النظر إلى التحكيم التجاري الدولي في نطاق عقود الدولة باعتباره قضاء أصيلا في الاختصاص بمنازعات هذه العقود ، لا باعتباره استثناء على القضاء الداخلي ، لأنه صار أمرا ضروريا لا مناص منه .²

ثانيا : خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية.

لقد كان المبدأ السائد فيما مضى هو اعتبار الحصانة مبدأ مطلقا بغض النظر عن النشاط الذي تقوم به الدولة ، حيث تتمتع الدولة بما لها من استقلال وسيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى ، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها ، لكن الاتجاه الحديث قد غير من هذا المبدأ فصارت الحصانة نسبية ، وذلك بصد مجموعة من الأعمال التي تمارسها الدولة فحسب .³

حيث يميل الاتجاه الحديث يميل إلى التقييد من الحصانة التي تتمتع بها الدولة على نحو يؤدي إلى عدم استفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون فيها التصرف الصادر عنها تصرفا سياديا استخدمت فيه مزاياها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام* ، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام ، بل يظل الأصل

=2009-2010 ، غير منشورة . و أنظر في تفصيل شروط الحماية الدبلوماسية : يحيوي عمر : مرجع سابق ، ص 25 . في الهامش .

¹ **بشار محمد الأسعد** : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 148 . و أنظر أيضا : **محمد عبد المجيد اسماعيل** : مرجع سابق ، ص 348.

² **جورج حزبون** : الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الخاص الدولي ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 29 ، العدد 01 ، 2002 ، ص 116.

³ **ناصر عثمان محمد عثمان** : الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 ، ص 30 ، 31 . و أنظر : **صفوت أحمد عبد الحفيظ** : مرجع سابق ، ص 375 وما يليها.

* إن القضاء الإداري في مصر يرى أن معيار التفرقة بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية هو معيار مادي ، أساسه طبيعة العمل فإعمال السيادة هي تلك التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة في نطاق وظيفتها السياسية ، بينما الأعمال الإدارية هي تلك التي تقوم بها عادة في حدود وظيفتها الإدارية ، على الرغم من ذلك يرى هذا=

هو التمتع بها ، وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها شأن الدولة ، إذ أن هذا المشروع في حالة قيامه برفع دعواه ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإنه سوف يواجه هذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة .¹

ومن هنا كان حرص الأشخاص الأجنبية مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تفادياً للأخطار الناجمة عن طبيعة الشخص المتعاقد معها كونها دولة و دولة تتمتع بالسيادة وما يتبعها من التمتع بالحصانة القضائية . فدرء المخاطر المتولدة عن هذه السيادة والمتمثلة في إمكانية هدر حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية ، تعد من الأسباب التي تدفع المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم .²

ثالثاً : الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الدولة .

تبرز خصوصية التحكيم في مثل هذه المنازعات لكون الأطراف لا يريدون في الغالب إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة³ ، بل يرون ضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد وذلك على خلاف القواعد العامة التي تحكم العقود .

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها إنهاء الإلتزام وعدم تحمل المدين تبعه عدم تنفيذه فإن الأمر في التحكيم مختلف لحرص الأطراف المتعاقدة على مواجهة الأحداث المستقبلية ضماناً لإستمرارية العلاقة التعاقدية الإستثمارية في الغالب .

=القضاء أن هذا المعيار غير حاسم ، إذ أن ما يعد عملاً إدارياً قد يسمو في ظروف وملابسات سياسية لدولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة ، كما أن ما يعد عملاً من أعمال السيادة قد ينزل في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية . أنظر في ذلك : هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 160 .

¹ حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 33 .

² حفيظة السيد الحداد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق مرجع سابق ، ص 9 .

³ أنظر نص المادة الخامسة في فقرتها 20 من القانون رقم 07/05 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 يتعلق بالمحروقات ، ج ر العدد 50 التي تنص على أنه :"-القوة القاهرة : كل حدث مثبت ، غير متوقع ، لا يمكن مقاومته ، وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره ، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آتياً أو نهائياً ، غير ممكن ."

هذا ونشير إلى أن المنازعة التي تدور حول تحقق القوة القاهرة أو النتائج المترتبة على ثبوتها تعد منازعة فنية تتميز بالصعوبة في الإثبات وتتطلب مستو عال من التخصص لدى الهيئات التحكيمية التي يقع عليها عبء إعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطراف العقد ومحاولة إعادة توازنه تطبيقاً لمبدأ إستمرارية العقد.¹ كما أنه بعيداً عن الجانب الفني الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة فإن المهمة الأساسية لا تقف عند حد التحقق من الأحداث التي أوجدت هذه القهرية ، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها والذي يركز غالباً حول أثر هذه القوة على العقد الأصلي ، وهنا تظهر أهمية تدخل المحكمين لأجل تحقيق غاية الأطراف الذين لا يودون إنهاء رابطتهم العقدية ، و إنما يجدون من الأنسب إعادة النظر في الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الأوضاع الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها.²

المطلب الثالث

المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفاً في العقد

إن أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً في هذه المنازعات مما يضيف على هذا التحكيم طابعاً خاصاً ، هذا الطابع الخاص يستمد أساسه في بعض الحالات من واقعة عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على الدخول طرفاً في اتفاق تحكيمي أو نظراً إلى اعتبارات السيادة التي قد تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري.³

الفرع الأول : اتفاق التحكيم و الدولة .

إن التحكيم بوصفه اختيارياً لا يكون إلا برضى الأطراف ، فإن مسألة التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء للتحكيم لا تثور إلا إذا وجد اتفاق بين الدولة أو

¹ عمر مشهور حديثة الجازي : مرجع سابق ، ص 06.

² طه أحمد قاسم علي : مرجع سابق ، ص 111.

³ عمر مشهور حديثة الجازي : مرجع سابق ، ص 04.

إحدى مؤسساتها التابعة لها على اللجوء للتحكيم بصدد عقد من العقود التي أبرمتها تلك الجهة ، حيث تسعى هذه الجهات إلى التخلص من التحكيم ، محتجة بعدم أهليتها أو بعدم توافر القدرة الكافية من أجل اللجوء للتحكيم ، مستندة في ذلك إما إلى أن قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود ، وإما إلى أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز للدولة اللجوء للتحكيم في هذه العقود.¹

أولاً : التشكيك في أهلية الدولة للتحكيم

من أولى المشاكل القانونية التي تثيرها اتفاق تحكيم الدولة و التي نستطيع أن نتبينها من خلال العديد من أحكام التحكيم و الأحكام القضائية ، مشكلة أهلية الدولة أو قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم الدولي .

و قد أثرت هذه المشكلة بسبب وجود تشريعات عديدة تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية و تجعلها ليست أهلاً لإبرام مثل هذا الاتفاق . فهل تتحدد أهلية الدولة في ضوء العمل الذي تمارسه، أم أنها تتمتع بالأهلية بصرف النظر عن طبيعة العمل الذي تجريه؟²

فقد تتمسك الدولة ، من أجل التخلص من التزامه باللجوء للتحكيم ، بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام إتفاق التحكيم أثناء سريانه يحظر على الدولة أو هيئاتها العامة اللجوء للتحكيم ، مما يجعل هذا الاتفاق باطلاً.³

و إن كان الواقع يشهد إذن على تمتع الدولة بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها الخاصة و العامة ، و هو الأمر الذي يعطي لها الحرية التعاقدية في أن تجري اتفاقات التحكيم في المعاملات التجارية الدولية التي تتعلق بهذه الأموال . فإذا أقدمت على ذلك رغم ثمة حظر مفروض عليها في التشريع الداخلي ، فإن تصرفها لا يقع في هذه الحالة باطلاً، و ذلك لسببين رئيسيين :

¹ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 49.

² أحمد مخلوف : اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية -دراسة تحليلية تأصيلية -، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 ، ص 296.

³ بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 85.

السبب الأول : أن توقيع الدولة لاتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ليس فيه مخالفة للنظام العام الدولي ، و هو المرجع الذي يتعين الاستناد إليه للحكم على صحة أو بطلان الاتفاق ، باعتباره قد ورد بشأن إحدى المعاملات التجارية الدولية.

و يعني ذلك أنه يتحتم استبعاد القانون الوطني للدولة عند الحكم على أهليتها في مجال إبرام اتفاق التحكيم الدولي.¹

وهذا ما أثبتته العمل الدولي في كثير من الحالات ، حيث تلجأ الدولة إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية ، والذي يقابل برفض أحكام المحاكم² وهيئات التحكيم دائما³.

السبب الثاني : أن إبرام الدولة لاتفاق التحكيم الدولي رغم الحظر المفروض عليها في التشريع الداخلي يعتبر كما عبر الأستاذ Carabiber تنازل من جانبها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء هذا الحظر . و هذا التنازل هو أمر جائز ، لأن الدولة التي وضعت هذا الخطر لتلتزم به، هي ذاتها التي تحررت منه.

فالدولة كما أشار بعض الفقه هي مصدر قانونها الوطني ، و تستطيع في كل وقت أن تعفي نفسها من القواعد التي وضعتها .⁴

كما أن الدولة إذا قبلت مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه ، حيث أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل من اتفاق التحكيم في هذا الصدد لا يخضع إلا للنظام العام الدولي وحده ، ومن مبادئ هذا النظام أنه لا يجوز للمشروع العام التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم المبرم⁵.

¹ أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص ص 297 ، 298 .

² حيث انتهت محكمه النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 ماي 1966 في قضية San Carlo إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية .
أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 50.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق، ص 374.

⁴ أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص 300.

⁵ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق، ص ص 375 ، 376.

ثانيا : إجراءات الدولة الانفرادية بتعديل تشريعاتها.

قد لا يتضمن قانون الدولة عند توقيع اتفاق التحكيم مانعا من اللجوء إلى التحكيم ، غير أنه أثناء سريان هذا الاتفاق قد يصدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر ، فما مدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم القائم ؟.

أقرت معظم التشريعات الحديثة مبدأ استقلالية شرط التحكيم ويعتبر هذا المبدأ الأساس القانوني لمبدأ آخر هو الاختصاص بالاختصاص والذي يمنح هيئة التحكيم الفصل في مسألة اختصاصها ، وهذا ما أكدته معاهدة واشنطن المنشئة للبنك الدولي للبناء والتعمير في مادتها 41 والتي نصت على أن: "المحكمة هي التي تحدد اختصاصها".¹

فلا يمكن للمحكم الذي ينكر عليه الأطراف الاختصاص ، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة إتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه.

وكثيرا ما ترفض الدول اختصاص هيئات التحكيم بالنظر في إجراءاتها الانفرادية سواء فيما قامت به من تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية في مجال التحكيم أو ما لجأت إليه من سبل لنقض العقد مع الطرف الأجنبي الذي يتضمن الاتفاق التحكيمي ، لكن تعامل الدولة على نقيض قصدها وليس لهيئة التحكيم أن تتخلى عن اختصاصها تطبيقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص من جهة وتحقيقا لمبدأ استمرارية العلاقة التعاقدية ضمانا وموازنة بين الأطراف وتكريسا لتميز التحكيم في فض منازعات الدول مع الأشخاص الأجنبية المتعاقدة.²

و عند التزام طرفي التعاقد على إيراد شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في مشاركة التحكيم ، فإنه يتمتع على أحد الطرفين إنهاء شرط التحكيم إلا بعد موافقة الطرف الآخر.

¹ حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 229-233.

² بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 85.

و لأن الدولة عند موافقتها على شرط التحكيم قد تبرم العقد و هي كارهة لما تتميز به هذه العقود من عدم التكافؤ و فرض الشروط ، و ما قد يمس سيادة الدولة على إقليمها و خضوعها للقضاء الأجنبي ، فقد تتراجع الدولة عن إلزامها بشرط التحكيم إذا حدث نزاع و صدر الحكم في غير صالحها ، إذ قد تتمسك في مثل هذه الحالة بالنص الوارد في التشريع الداخلي الذي يحظر عليها التحكيم في مثل هذه العقود .¹

لقد نصت المادة 25 فقرة أولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على " ...متى أبدى طرفا النزاع موافقتهم المشتركة ، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده " .

¹ وقد يحدث أن تتهرب الدولة من شرط التحكيم عن طريق تعديل قانونها الوطني ، أو إتخاذ قرارات إدارية تمنع إتخاذ التحكيم كوسيلة لفض النزاعات ، و المثال على ذلك تعاقده شركة عامة للإقليم الشرقي في باكستان عام 1960 و هذا الإقليم الشرقي هو الذي أصبح فيما بعد دولة بنجلاديش إبتداء من عام 1971 و قد تم النص في العقد على شرط التحكيم ، على أن يفصل فيه وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس و أن يتم تطبيق القانون الباكستاني على موضوع العقد .

ووقع النزاع بين الشركتين الفرنسية و الباكستانية عام 1969 و إتفقوا على التحكيم و أعدت وثيقة مهمة و تم التوقيع عليها عام 1972 أي بعد إستقلال بنجلاديش إلا أن رئيس دولة بنجلاديش أصدر قرار بإنشاء شركة أخرى و ألغى الشركة الباكستانية و جميع إجراءات التحكيم التي اتخذت و بالتالي فإن كان سوف يترتب على هذه الإجراءات من آثار ، و بعد نظر المحكم القضية قرر اختصاصه و أصدر حكما باعتبار الشركة البنغالية الجديدة و حكومة بنجلاديش مسؤولة عن التعويض .وقد يحدث أيضا أن تقوم الدولة بالإتفاق مع الطرف الأجنبي بإبرام أحد العقود الذي ينص على تسوية منازعاته بطريقة التحكيم ، ثم تحاول إنهاء العقد الأصلي بإرادتها المنفردة فما مدى تأثير ذلك على شرط التحكيم ؟.

سبق للحكومة الليبية تعاقدها مع إحدى الشركات الأجنبية النفطية بموجب عقد إمتياز أدرج به شرط التحكيم ، و بعد إثارة النزاع أمام المحكم المعين من قبل رئيس محكمة العدل الدولية ، تقدمت الحكومة الليبية بطلب إلى رئيس المحكمة¹ المذكورة تضمن اعتراضها على تعيين المحكم و عن عدم وجود صفة للشركة الأجنبية في طلب التحكيم ، إلا أن المحكم لم يعتد بذلك و أصدر حكمه .

نلخص مما تقدم أن الدولة حاولت جاهدة الحد من شرط التحكيم ، تارة بإستعباده و تارة بإصدار تشريع يحد من تطبيق شرط التحكيم ، إلا أن ذلك لم يعتد به أمام قضاء التحكيم ، و بدأت الدول الاعتراف بشرط التحكيم في عقود الدولة . أنظر في ذلك : فتح الله عوض بن خيال : مرجع سابق ، ص ص 36 -38.

فإذا ما قبلت الدولة التحكيم بتوقيعها على شرط التحكيم ، ثم رفضت بعد ذلك يستمر التحكيم ويطبق على الدولة المتعاقدة القاعدة الشرعية التي تقضي بأن من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه .¹

الفرع الثاني : قابلية موضوع النزاع للتحكيم في عقود الدولة . أولاً: إجراءات إنهاء العقد من قبل الدولة .

قد تقدم الدولة الطرف في عقود الدولة كعقود الإستثمار على تأمين أو نزع ملكية المشروع محل هذا الاتفاق ، فهل تحول اعتبارات السيادة التي دفعت الدولة لاتخاذ هذه التدابير دون عقد الاختصاص لهيئة التحكيم للنظر في المنازعات الناشئة عنه ؟ وهل يجوز لهيئة التحكيم أن تراجع بواعث هذا العمل السيادي وأن تحكم بإلغائه؟ .
لقد عبرت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هذه الاجراءات الانفرادية التي تتخذها دولها بهدف تحقيق الصالح العام خصوصاً اذا اتخذت

¹ ومن تطبيقات ذلك قضية "ليامكو" ضد الحكومة الليبية : (حيث سعت شركة بترولية أمريكية لتنفيذ حكم تحكيم ضد ليبيا لكون الأخيرة قامت بتأمين الحقوق بإتفاقية إنترام بترولية ، وقد رفضت ليبيا المشاركة في الإجراءات ، وقد صدر الحكم في جنيف سنة 1977 بمبلغ يقدر بـ 8 ملايين دولار ، وقد حاولت شركة البترول الإتراف بحكم التحكيم بولاية كولومبيا وقد قرر القاضي بكولومبيا أنه مختص بنظر النزاع إلا أنه رفض ممارسة الإختصاص فيما يتعلق بقانون صادر من الدولة المتعاقدة بالتأمين مبرراً ذلك بالمادة 05 فقرة 2 من معاهدة نيويورك لسنة 1958 والتي تنص على أن المحاكم يمكنها ألا تعترف بالأحكام الأجنبية إذا ما كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم فيه وفقاً لقانون هذا البلد ، حيث تنص المادة 05 فقرة 2 على أنه : "...كذلك يمكن أن تفرض إعتقاد قرار تحكيمي وتنفيذه إذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد والتنفيذ ما يأتي :

أ_ إن موضوع الخلاف ، حسب قانون هذا البلد ، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم ، أو :

ب_ أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد .".

ولقد قررت ليامكو الحجز على عدد من الأصول الليبية بفرنسا والسويد وسويسرا . ففي فرنسا تم الإتراف من قبل المحاكم الفرنسية وفي السويد قررت محكمة الاستئناف أن الحكومة الليبية قد تنازلت عن حصانتها بالتوقيع على إتفاق التحكيم ، وفي سويسرا قررت المحكمة الفيدرالية إلغاء قرار محكمة زيورخ لكون ألا إختصاص لها بتوقيع الحجزات دون أن تتكرر حكم التحكيم) .

وتعد هذه القضية سبباً رئيسياً في التطور التشريعي الحاصل في العديد من الدول ومن بينها الولايات المتحدة الأمريكية التي أحدثت تعديلات عام 1998 بقانون الحصانات الأجنبية إذ أصبح من الممكن تنفيذ حكم التحكيم ضد أصول دولة أجنبية سواء أكانت سبباً للتحكيم من عدمه ، بل إن الأمر تزايد وصولاً إلى حد سعي الفقه إلى منح الشخص الأجنبي حق اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة المتعاقدة حتى وإن لم توقع هذه الدولة إتفاق التحكيم . أنظر في ذلك : محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص ص 350، 351.

هذه الاجراءات في إطار تحقيق برنامج اقتصادي ذو نفع عام ، مثال على ذلك ، تأكيد الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية أن تأميم صناعة البترول مرتبط بممارسة إيران لسيادتها وبالتالي تعتبر هذه الاجراءات من المسائل غير القابلة للتحكيم.¹ فالدولة تنظر إلى النزاع وكأنه منازعة ذات طابع سياسي ، إذ أن مبعث المنازعة يتعلق بسيادة الدولة و مصلحتها القومية ، بينما يرى المستثمر أن مبعث المنازعة أن الدولة قد اغتصبت حقا من حقوقه ، فالمنازعة تقوم على حق متنازع عليه ، وهي بذلك ذات طابع قانوني لا سياسي.²

ومفاد هذا التوجه أنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تتعرض لشرعية إجراءات التأميم أو المصادرة وإنما يتعين أن ينحصر اختصاصها في حدود النظر في التعويضات الملائمة . ويلاحظ في هذا المجال أن التحديد الذي أوردته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار يخلو من أي تحديد في هذا السياق ، فالمادة (25) من هذه الاتفاقية اقتصرت على تحديد اختصاص بالمنازعات ذات الطابع القانوني ، فاختصاص المركز هنا يتحدد بالنظر في المنازعة حول التعويض التي هي منازعة ذات طابع قانوني ، وعليه فإنه إذا كانت هذه السلطات السيادية التي تملكها الدولة تمكنها من اتخاذ إجراءات استثنائية كالتأميم أو المصادرة ، فإن شرط التحكيم يظل له جدواه و فاعليته. إن هذه الإجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليها الطابع السياسي فإن المنازعات التي تدور حولها هي ذات طابع قانوني يتعلق بتحديد مدى الضرر الذي لحق بالمستثمر حيال نقض الدولة لالتزاماتها وتعهداتها وهي من المسائل التي في الإختصاص الأصيل لهيئة التحكيم.³

ثانيا : عدم جواز التحلل من التحكيم بالدفع بسيادة الدولة.

يعارض جانب من الفقه الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معه بحجة مخالفته لسيادة الدولة ، ذلك أن القضاء يمثل مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف ولا يجوز للدولة أن

¹ عمر مشهور حديثة الجازي : مرجع سابق ، ص 11.

² طه أحمد قاسم علي : مرجع سابق ، ص 140.

³ عمر مشهور حديثة الجازي : مرجع سابق ، ص 11، 12.

تتنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص . كما أن قيام هيئة تحكيم دولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة المضيفة للاستثمار سيستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هذه الدولة ، وفي ذلك إعتداء جسيم على سيادتها الوطنية ، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة ، فمثل هذه القرارات ينبغي أن تصدر من المحاكم الداخلية للدولة وطبقا لقوانينها الوطنية.¹

وللإجابة عن التساؤل: هل يعد تضمين العقد بندا تحكيميا أن الدول قد تنازلت عن سلطتها؟.

فقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به إحدى الدول الإفريقية في نزاعها مع شركة فرنسية ، على أساس أن حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي ، غير أن الهيئة رفضت هذا الدفع لكون أن الحكومة أبرمت إتفاق التحكيم بإرادتها وكان لها أن ترفضه في البداية.² وإذا كانت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها الخامسة الفقرة الأولى تعطي الدولة أهلية إبرام اتفاق التحكيم الدولي ، فإن إتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي أكدت صراحة على أهلية الأشخاص المعنوية عموما في اللجوء إلى التحكيم حيث نصت في مادتها الثانية على أنه : "الأشخاص المعنوية التي تعتبر وفقا للقانون الواجب التطبيق عليها من أشخاص القانون العام تكون لها القدرة على إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة ."

ومنه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشأ عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم ، فإن هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة أمام دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها أو بموجب قانونها، فلا يمكن قبول إدعاءات الحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة و تسيد لأن ذلك يتعارض مع إتفاق التحكيم الذي أبرمته.³

¹ دريد محمود السامرائي : مرجع سابق ، ص 340.

² بشار محمد الأسعد : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، مرجع سابق ، ص 96.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 409.

إن معظم النزاعات التي تثور في عقود الدولة مبعثها تمسك الدولة بضرورة توفير المزيد من المرونة في النظام العقدي الذي يربطها مع المتعاقد الأجنبي ، لكي يتمكن من تقبل التغييرات الجذرية في الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد ، في حين أن الشركات تتمسك عادة باستقرار هذه الروابط واستمرارها دون تعديل أو تبديل فيها .

ولعل الفقه قد أجمع على أن الدولة التي تقبل بالتوقيع على بند التحكيم تكون قد ارتضت بمحض إرادتها أن تمتنع عن التذرع لاحقا بأي حصانة أو سيادة ، مع تكرار أن العلم والاجتهاد ينظران إلى مفهوم السيادة من الناحية الإيجابية ، أي أنه يعطي للدولة السيادة حرية أن تقرر أنه ستلتزم وتفي بما التزمت به، أما القول بأن الدول صاحبة السيادة لا تتنازل عن صلاحية المحاكم الوطنية فهذا قول قائم على افتراض سوء النية ، وقد ورد في اتفاق التحكيم المبرم بين الحكومة السعودية وشركة " أرامكو " بشأن النزاع على ناقلات البترول أن شرط التحكيم الذي يرد في هذا العقد لا يمس بسيادة الدولة .¹

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 164 ، 165 .

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

إن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود بشكل عام من المسائل الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص ، ولعل المسألة تزداد تعقيدا عندما يكون أحد طرفي العقد دولة ذات سيادة أو أحد أجهزتها التابعة لها، كما في عقود الدولة ، حيث أن الدولة تتجنب خضوع العقد لغير قانونها الوطني ، خصوصا قانون الدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية الطرف في العقد ، ومن جهة أخرى فإن الشركة الأجنبية المتعاقدة تسعى لأجل استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، إذ يشكل تطبيق قانون هذه الدولة مساسا بالتزاماتها التعاقدية، وذلك عن طريق تغيير قانونها بما يحقق مصالحها ويضر بالشركة المتعاقدة معها.¹

وفي هذا الصدد يبرز المحكم Dupuy "ديبوى" في تحكيم "تكساكو" ضد الحكومة الليبية أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على العقد بقوله : "إن القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها".²

ولما كانت مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد لها أهمية بالغة لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة ، حيث يشكل القانون المطبق على العقد من الناحية العملية الأساس الذي يجري في إطاره تحديد حقوق والتزامات أطرافه ، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته، فالعقد لا بد له من أن يخضع لقاضي سواء كان وطنيا أو ينتمي لهيئة تحكيمية ، كما أنه يواجه مشاكل عدة

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 563.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 91 .

تتعلق بالقانون الواجب التطبيق ، تتعلق الأولى بالتقنيات المتبعة لأجل الوصول إلى القانون الواجب الأعمال ، بينما تتعلق المشكلة الثانية بمسألة عقد بلا قانون .¹ وعلى أساس هذا الطرح ، فإننا سنتعرض للآليات القانونية الممنوحة للأطراف والمحكمين بغية الوصول إلى هذا القانون وفق ضوابط معينة ، وهذا ما سنعرضه في **الفصل الأول** من هذا الباب دور المتعاقدين و المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق ، على أن يكون البحث في الخلاف الفقهي الشديد حول تحديد هذا القانون إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحديد هذا القانون ، وهذا ما سنعالجه من خلال **الفصل الثاني**.

الفصل الأول

دور المتعاقدين و المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق

تتفق القوانين الوضعية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في عقود الدولة ، باعتباره منتمية إلى طائفة العقود الدولية ، فهي لن تفلت من هذه القاعدة العامة ، والتي تنطبق أساسا على هذه الطائفة من العقود ، وهذا ما نحاول إبرازه في المبحث الأول "خضوع عقود الدولة لقانون الإرادة المستقلة". في حين أنه عند تخلف تحديد إرادة الأطراف لهذا القانون سينعقد الاختصاص للهيئة التحكيمية ، التي ستنتهي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال إعماله لجملة من الضوابط ، والقواعد التي يتحدد بواسطتها هذا القانون ، لذا سنخصص المبحث الثاني لتوضيح " مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة" .

¹ Verhoeven Joe Op.cit , pp 15, 16.

المبحث الأول

خضوع عقود الدولة لقانون الإرادة المستقلة

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا بارزا في الاتفاق على الشروط التعاقدية في عقود الدولة، وفروعها ومؤسساتها مع الأشخاص الأجنبية ، حيث تعترف كافة التشريعات في الدول المتحضرة بهذا المبدأ ، أي ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، وهو المبدأ السائد دوليا لأن المتعاقدين أعلم بظروف العقد من غيرهم .

إلا أن هذا الدور ليس مطلقا ، حيث أن هناك مجالا محفوظا للاختيار ، وذلك إذا كان هناك اختيار سابقا من قبل المشرع ، وهذا الاختيار لا يقبل التعديل لأنه محدد بقواعد تشريعية آمرة ، أما ما يخرج عن هذا المجال المحفوظ فتسري عليه قاعدة " حرية الأطراف في الاختيار " ¹.

فقد كرست العديد من القوانين الوضعية في مجال التحكيم التجاري الدولي إرادة الخصوم في تحديد هذا الاختيار ² ، ومن بين بعض التطبيقات العملية للاختيار نجد أن المادة 08 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر و شركة أوراسكوم تيليكوم تنص على أنه :

" يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و تنظيماها " ³.

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 518.

² حيث نجد أن نص المادة 01/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تنص على أنه:

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de Droit que les parties ont choisies"

أنظر في ذلك : كولا محمد : مرجع سابق ، ص 205.

³ أنظر 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 80 المؤرخة في 2001/12/26.

ولعل القاعدة تجد أسسها الفنية في أن القانون إعترف إبتداء للأطراف بحق إنشاء وتكوين عقودهم ، ومعروف أن العقد هو نظام قانوني ، خلصت له القدرة على إنشاء قواعد قانونية و إن كانت فردية ، فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد باختيار القواعد القانونية ، أو القانون الذي يحكم عقودهم ، فمن يملك الأكثر يملك الأقل¹ . ولعل خضوع عقود الدولة لهذا المبدأ يستدعي منا أن نحدد "مفهوم مبدأ قانون الإرادة" كمطلب أول ، ثم نعرض على "مبادئ اختيار قانون الإرادة" ، على أن نقف على تبيان العراقيل التي تحاول تهميش دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتعطيل أعمال هذا المبدأ ولو بشكل جزئي وهذا من خلال معرفة "معوقات تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولة" كمطلب ثالث .

المطلب الأول

مفهوم مبدأ قانون الإرادة

في مقام الحديث عن مفهوم مبدأ قانون الإرادة ، لا بد من تحديد المقصود من مبدأ قانون الإرادة وهذا في الفرع الأول ، ثم التطرق للصور التي قد تتخذها هذه الإرادة مع تحديد موقف الفقه بشأنها في الفرع الثاني ، على أن نختم هذا المطلب بمحاولة إسقاط هذا المبدأ على عقود الدولة حتى نتأكد من صلاحية المبدأ للإختصاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، وذلك عبر الفرع الثالث "مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة".

الفرع الأول : المقصود من مبدأ قانون الإرادة

أولاً : جذوره التاريخية .

لم تكن القاعدة في بادئ الأمر قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين هي الفكرة السائدة من قبل ، بل إن فكرة خضوع العقد لقانون محل الإبرام هي الفكرة المستقرة ،

¹ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص 164.

فقد جرى الفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال القديمة على إخضاع العقود لقانون الدولة التي أبرمت فيها من ناحية شكلها وموضوعها ، على اعتبار أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف ، ومن ثمة يتعين إخضاع العقد لقانون هذا المكان باعتباره المكان الذي نشأ فيه التصرف .¹

حيث ترجع الجذور التاريخية لمبدأ " سلطان الإرادة " في العقود إلى ما آل إليه الفقه الإيطالي القديم منذ القرن الثاني عشر من إخضاع العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد الإبرام ، حتى فسر ذلك في القرن الخامس عشر الميلادي من قبل الفقيه الإيطالي " كورسيوس " بإرادة المتعاقدين الضمنية بالخضوع لهذا القانون .²

ومع نهاية القرن الخامس عشر قام الفقيه الإيطالي Ruchus Gurtius أحد فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة بتفسير إخضاع العقد لقانون محل إبرامه على أساس أن إختيار محل الإبرام هو بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقدين الضمنية في إختيار قانون هذا المكان ليحكم العقد ، ومع ذلك فإن الفقه لم يرتب على أفكاره هذه نتائجها وهي قدرة الإرادة على الإختيار الصريح لقانون آخر ليحكم العقد ، وبهذا بدت فكرة قانون الإرادة لدى هذا الفقيه مجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بطابع أمر لا تملك الإرادة تغييره.³ وبعد ذلك جاء الفقيه الفرنسي " Dumoulin⁴ ليستكمل القاعدة بقوله إذا كان قانون محل الإبرام قد فرض اختصاصه إستنادا للإرادة الضمنية ، فإنه بإمكان المتعاقدين ، بإرادتهما الصريحة إختيار قانون آخر ليحكم عقدهما.¹

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 96.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 738.

³ محمود محمد ياقوت : مرجع سابق ، ص 27.

⁴ حيث قرر Domoulin خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة ، وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين Gani ، فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس من أجل تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما ، ولقد أفتى Domoulin بأنه و إن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية ، على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى إختيار ذلك القانون وهو العرف السائد في باريس .وبذلك سعى domoulin إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسيسا على دور الإرادة في العقد ، فهي أي الإرادة من يوجد العقد وليس القانون ، وهي التي تحدد القانون الذي يخضع إليه العقد : أنظر في ذلك : محمود محمد ياقوت : المرجع السابق ، ص 27 وما يليها .

إذ أنه مادام العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيراً عن رضا المتعاقدين الضمني فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر ليحكم العقد وتعرف هذه الفكرة بمبدأ سلطان الإرادة والتي على أساسها بنيت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة.²

وعندما طرح الفقيه سافيني نظرية " المقر المكاني للعلاقات القانونية " كأساس لتحديد القانون المختص - وذلك في القرن التاسع عشر - كان قد قرر خلالها خضوع العقد لقانون مكان تنفيذه إستناداً لإرادة المتعاقدين ذاتها ، لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقاً الخضوع لقانون مركزها.

ولما جاء " مانشيني " بنظرية " شخصية القوانين " ، أي تطبيق قانون الجنسية على نحو يخالف مبدأ إقليمية القوانين فإنه لم يتمكن بدوره من تجاهل قانون الإرادة فأورده كأحد الاستثناءات المقررة على نظريته.³

ومنذ القرن التاسع عشر استقرت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين ، و تبناها كل من الفقيه الإيطالي Mancini و الفقيه Savigny فأخضع هذا الأخير العقد لمكان تنفيذه ، حيث كان يعتد أساساً بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين هو المكان الذي تنتج فيه الرابطة آثارها ، ثم يخضع الرابطة لقانون ذلك المكان ، وبعد أن انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسر إخضاعها لقانون هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري ، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها ؛ بينما رأى Mancini إخضاع العقد للقانون المختار من قبل المتعاقدين عملاً بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته.⁴

¹ أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، الزيتونة للإعلام والنشر ، الجزائر ، بدون تاريخ نشر ، ص 275.

² محمود محمد ياقوت : مرجع سابق ، ص 27.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 737.

⁴ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 97.

ومنذ ذلك الوقت استقرت تلك القاعدة فقها وقضاء وتشريعا ، حتى غدا مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة عرف دولي أو مبدأ عام معترف به¹ في كافة النظم القانونية².

ولعل العقد الدولي يخضع كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الإرادة ، وبوجه عام فإن قانون الإرادة هو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقدية ، وهو

¹ هذا وعلى الرغم من هذا الإجماع بشأن المبدأ ، إلا أنه لم يسلم من الانتقاد من قبل الفقه ، وتتمثل أساسا هذه الانتقادات في اعتراضين أساسيين يتعلقان بمسألتين : يتعلق الاعتراض الأول بمن هو صاحب الحق في التشريع ووضع القواعد القانونية ؟ أما الثاني فيقوم على أن هذا المبدأ يضعنا في حلقة مفرغة يدور فيها المبدأ ذاته .

حيث أنه من البديهي أن الدولة هي من يملك الحق في التشريع ، وهي من يحدد نطاق تطبيق ما يصدر عنها من تشريعات . فإذا كان هذا المبدأ يترك المجال للأشخاص القانونية غير الدولة الفرصة للقيام بدور الدولة في التشريع ، وعندها طرح التساؤل عن الجهة المانحة للمتعاقد هذه السلطة عندما يمنحهم سلطة وضع القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد وتحديد نطاقها ؟

أما الرد على هذه المسألة فكان من خلال اتجاهات متباينة ، إذ ذهب البعض ومنهم الأستاذ H. Batiffol إلى القول بأن الأطراف المتعاقدة لا تقوم بموجب مبدأ سلطان الإرادة باختيار القانون الذي يسري على عقدهم بصفة مباشرة ، بل أن كل ما يملكونه هو مجرد مكنة لتوطين العقد في الدولة التي يختارونها ومن ثم ينتقل عبء تطبيق قانون تلك الدولة على القاضي.

بينما ذهب الأستاذ A.C Gialdino إلى أن مكنة الاختيار والتحديد التي يمنحها المبدأ للأطراف لا تمارس بعيدا عن كل قانون ولا ضد القانون، ذلك أنه ليس للأطراف القيام بهذا التحديد إلا بناء على ترخيص ضمني مسبق من الدولة. ولعل هذا الإذن المسبق نلمسه من خلال المادة 03 من اتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تنص على أنه : " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف " .

كما أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فإنه ولكي يصح العقد يستوجب أن يتطابق مع قانون معين ، بينما يتوقف تطبيق هذا القانون المختار على العقد الذي يعينونه للتطبيق بموجب شرط فيه ، أي أنه يمكن أن نطرح التساؤل : إذا كان قانون الإرادة هو القانون الحاكم للعقد والذي يمنحه قوته الملزمة ، فما هو القانون المختص ؟ وهذا من شأنه أن يضعنا في حلقة مفرغة ، حيث يستمد القانون المختار اختصاصه من سلطان الإرادة ، بينما تستمد الإرادة قوتها من هذا القانون . وقد ذهب البعض منهم الأستاذ هشام علي صادق للرد على هذا الاعتراض بوجود التمييز بين عقدين متباينين هما : العقد الأساسي والذي يكرس موضوع التعاقد ونطاق التزامات الأطراف ، وعقد ثان هو عقد اختيار القانون ، وهذا العقد ما كان إلا ليحاول تحقيق الهدف من العقد الأول. أنظر في ذلك : عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 522-524.

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 737 ، 738 .

يحكم معظم المسائل المتعلقة بالعقد وليس كلها بالضرورة ، فقد لا تدخل المسائل المتعلقة بأهلية المتعاقدين وشكله في نطاق القانون المختار نفسه .¹

ثانيا : تعريف مبدأ سلطان الإرادة .

ذهب البعض إلى تعريف هذا المبدأ بأنه "السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لوحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود ، أو لوجدت ولكن في صورة مختلفة " .

فالواقع أن السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانوني معين بإنشاء مراكز قانونية معترف بها داخل هذا النظام هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يقوم على أساس حرية التعاقد ، فالتسليم بمبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى أسباب عملية منها أن هذا المبدأ يستجيب لفكرة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث أنه يسمح للمتعاقدین باختيار القانون المناسب الذي يتلائم مع النتيجة التي يريجونها ، ومن ثم فإن دور المبدأ لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدین .²

الفرع الثاني : صور الإرادة

هل يشترط أن تكون إرادة الأطراف صريحة لإعمال القانون الذي اتجهت إليه الإرادة ، أم يكفي أن تكون إرادة ضمنية بحيث يمكن استنتاجها باستخدام مؤشرات في غياب الإرادة الصريحة ؟ .

إن صور الإرادة في معرض اختيار عن القانون واجب التطبيق إما أن تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية .³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 95 .

² عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 521 ، 522 .

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 751 .

وهي إرادة غير حقيقية ، يبحث فيها المحكم عما كان سيختاره الأطراف فيما لو اتجهت إرادتهم لتعيين قانون العقد ، ونظرا لإبتعاد هذه الإرادة عن الواقع ، فهي تمثل إرادة للمحكم تحت ستار فكرة النية المفترضة التي لا وجود لها ، وهذا ما جعل جل القوانين تستبعتها تماما ، لافتقارها للأساس القانوني السليم : أنظر في ذلك : وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 754 . و عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 535 . في الهامش .

أولاً : الإرادة الصريحة :

وذلك بأن يتضمن العقد نصاً صريحاً يشير إلى القانون واجب التطبيق ، بحيث يلزم كل من القاضي الوطني و المحكم الدولي إذا أُحيل النزاع إلى هيئة تحكيم باحترام تلك الإرادة ، إلا أن المحكم يمتاز عن القاضي الوطني بعدم تقييده بالرجوع إلى قانون وطني معين وبالضبط لقواعد النزاع فيه للتأكد من صحة ذلك الاختيار ، لأن تنفيذ إرادة الأطراف قد صار في القضاء التحكيمي قاعدة مادية نشأت وثبتت بتكرارها .¹ ويكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وبعبارة تعبر بوضوح عن نية مصرحيها ، وتعلن بصورة عامة عن القانون الحاكم للعقد .

وهكذا فإن تحديد القانون الذي يحكم العقد سيكون غاية في السهولة طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي سيخضع لها العقد ، ومن هنا تظهر أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد تفادياً لما يمكن أن يثار لو غاب مثل هذا الاختيار الصريح ، حيث يرى البعض "إن المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد الاختصاص التشريعي فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتفه من أخطار محتملة " .²

ويكون الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد يتحقق في حالة قيام المتعاقدين في العقد بتعيين قانون معين لكي يطبق على العقد عند حدوث أي نزاع بينهم ، و إذا ما حددا المتعاقدين في عقدهم صراحة مادة الاختصاص التشريعي، فإنهم يحققون حماية لهم من أخطار عدم وجود ذلك النص حالة نشوب نزاع ، فالاختيار الصريح قد يكون تعبير الأطراف صراحة في اختيار قانون محدد تضمنه بنداً من بنود عقدهم ، وقد يكون وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي .

ومتى قام المتعاقدون بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد فإننا نكون أمام الاختيار الصريح ، حيث تتضمن عادة عقود الدولة مادتان : الأولى تتعلق بتحديد القضاء الذي له ولاية الفصل في النزاع إذا نشأ حول الالتزامات التعاقدية ، وهذا ما يعرف باسم

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 751.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 107 ، 108.

"شرط الاختصاص القضائي" ، والمادة الثانية يحدد فيها الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقودهم ، وهذا ما يعرف باسم " شرط الاختصاص التشريعي " .¹ وقد حرص مجمع القانون الدولي عند بحثه لمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الأجنبية في دورته المنعقدة بمدينة أثينا عام 1979 على دعوة الأطراف إلى أن يعينوا بأنفسهم وبشكل صريح القانون واجب التطبيق على عقودهم ، فنصت المادة 01/04 من قرار المجمع على أنه : " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم " .

ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد ما نصت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق .

وكذلك ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين شركة Vacuum Salt products Ltd وحكومة غانا والذي أشار إلى تطبيق القانون الغاني . وكذا العقد المبرم بين شركة Alcoa Minerals of Jamaica وحكومة جامايكا من أن : " محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها " .²

ثانيا : الإرادة الضمنية .

قد يعتمد أطراف عقد الدولة أحيانا إلى إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق خوفا من أن يكون هذا سببا في فشل عملية إبرام العقد³ ، خاصة وأن مهمة إبرام مثل هذه العقود قد يعهد بها إلى فنيين أكثر منهم رجال قانون ، مما يفترض معه إغفال الإشارة إلى مسألة القانون المختص سهوا .

كما أن إغفال ذكر القانون المختص يسهل تخطي عقبة إبرام العقد لا سيما لو تم الاتفاق الكلي على مسائله المالية والفنية التفصيلية ، فيرجئون مسألة تحديده إلى نشوء النزاع خاصة لو كانت قد تمت تعاملات سابقة بين الطرفين دونما أي نزاعات .

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 537 ، 538 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 108 .

³ هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 327 .

وإذا ما أغفل المتعاقدون الإشارة الصريحة إلى القانون واجب التطبيق ، أصبح أمر تحديده مهمة القاضي أو المحكم الذي سيستدل عليه من خلال تحليله المنطقي لظروف وملابسات العقد ، وهذه المسألة تعد مسألة واقع لا خضوع فيها لرقابة المحكمة العليا.¹

1- موقف الفقه من الإرادة الضمنية .

أ- الاتجاه الرفض للإرادة الضمنية.

يرى هذا الجانب من الفقه وتأييده بعض التشريعات الوطنية أن المقصود باتفاق المتعاقدين على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على العقد هو الاتفاق الصريح ، ولا مجال للبحث عن القانون واجب التطبيق تحت ستار الإرادة الضمنية وذلك من خلال بعض المؤشرات أو القرائن العرضية ، فالأمر ليس مجرد إسناد لقانون ما وإنما هو تكريس تطبيق قواعده الموضوعية.²

وبالتالي فإنه بناء على هذا الرأي ليس للقاضي أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولة إلا في حالة الاختيار الصريح لهذا القانون من قبل المتعاقدين ، فإذا لم يتم التعبير عن هذا الاختيار صراحة فيجب على القاضي أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها ودون البحث عما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف .

ولعل الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه تتمثل في :

أن أغلب العقود التي تبرمها الدولة تتضمن بندا ينص على القانون الواجب التطبيق ، وإذا لم يدرج الأطراف هذا البند ، فإن ذلك يعد مقصودا ومتعمدا من قبل الأطراف وبالتالي لا مجال للبحث عن وهم وخيال يسمى الإرادة الضمنية ، كما أنه من غير المعقول أن ينسى الأطراف - في ظل العقود التي تتضمن أموال طائلة - الإشارة الصريحة إلى قانون العقد ، ويتركوا مصير تحديده إلى إجتهد المحكم.³

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 751 ، 752.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 130 وكذا حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 486. أنظر بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 106. حيث تنص المادة 05/10 من القانون الإسباني على أنه "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة "

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 131.

حيث ينتهي هذا الاتجاه إلى أن رفض الاختيار الضمني لقانون العقد تأسيساً على أن سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح إنما يرجع إلى فشلهم في الوصول إلى اتفاق في هذا الشأن ، أو عدم إدراكهم عند التعاقد للطابع الدولي للعقد ، ومن ثم فإن تصدي القاضي للبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقعاتهم لكونه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية¹.

حيث أنه قد يؤدي إعطاء المحكم هذه السلطة سيجعل المحكم قد يتعسف في استعمال هذه السلطة ، وقد يصل به الأمر إلى أن يعين قانون العقد بأهوائه الشخصية تحت ستار الإرادة الضمنية².

ولعل المسألة تطرح بشدة أما المحكم أكثر منها أمام القاضي لما يتمتع به من سلطة التوسع في تفسير هذه القرائن .

كما لا يجوز إجبار المحكم على تقصي ما إذا كانت هنالك ثمة إرادة ضمنية أم لا، فمثل هذا الإجبار يؤدي إلى إحياء قواعد التنازع التي يجب على المحكمين الإعتماد عليها لتحديد الاختيار الضمني مما يؤدي إلى حرمان الاختيار الشخصي للمحكمين ، وتحديد غير دقيق للاختيار الضمني .

إعمال قاعدة التنازع تفضي إلى إسناد العقد للقانون الأكثر صلة به ، مما يحقق طمأنينة قانونية أفضل من تخويل المحكم حرية البحث عن إرادتهم الضمنية³.

وقد أفلح المشرع الجزائري عندما تجنب الدخول في متاهات الإرادة الضمنية ، حين أوجب تطبيق قانون محل الإبرام مباشرة في حالة تخلف وجود الإرادة الصريحة ، على الرغم من أن القضاء التحكيمي يذهب إلى الأخذ بالإرادة الضمنية ، بل يذهب إلى إفراز مفهوم جديد للإرادة الضمنية ، إلى جانب المفهوم المعروف لدى رجال القانون ، وهو الإرادة المفترضة⁴.

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 106.

² الروبي محمد : مرجع سابق ، ص 238.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 131 ، 132.

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 752.

ب - الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية .

إذا لم يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم في اختيار قانون معين ليحكم موضوع عقدهم ، فإن القاضي أو المحكم يجبر على إستجلاء إرادة الأطراف الضمنية من خلال جملة من القرائن والمؤشرات التي تستنبط منها هذه الإرادة ، وذلك بوصفها إرادة حقيقية تنبئ عن ميل جلي ، وإن كان كامنا إلى إختيار نظام قانوني معين .وقد نصت عليه إتفاقية روما لسنة 1980 في المادة 03/فقرة 01 على أن: "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد ..."¹.

ويرى الفقه الغالب أنه يجب على المحكم أن يحترم الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، وإذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون واجب التطبيق على العقد ، فإن مهمة المحكم تبقى هي البحث عن الإرادة الضمنية من خلال بعض المؤشرات .

ذلك أن نصوص أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية سوت بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية ،² ولم تكثف بالنص على التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية بطريقة خالية من الضوابط ، بل شددت على وجوب أن تكون الإرادة الضمنية للأطراف مستنبطة بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أم من ملابسات التعاقد³.

وقد استندوا في ذلك إلى ما أقره مجمع القانون الدولي بدورة انعقاده بمدينة Bal بسويسرا عام 1991 ،الذي جاء فيه أن "عند عدم وجود اختيار صريح لقانون العقد ،

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 110.

² فقد نصت المادة 01/19 من القانون المدني المصري على أنه " يسري على العقد القانون الذي يتفق عليه الأطراف ، وعند تخلف الاتفاق الصريح يسري القانون الذي يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه " وينص قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 الساري منذ 31جانفي 1997 في مادته 47 على أنه " تلتزم هيئة التحكيم بأن تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف ليطبق على موضوع النزاع أو إذا لم يتفق الأطراف وفقا لأية اعتبارات أخرى يتفقوا عليها أو تحددها هيئة التحكيم ". أنظر في ذلك : هاني محمود حمزة : مرجع سابق، ص 133.

³ الروبي محمد : مرجع سابق ، ص 234.

فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن.¹

2- ضوابط تحديد الإرادة الضمنية.

يستدل على الإرادة الضمنية من خلال الملابسات والظروف المحيطة بالعقد ، حيث توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم الكشف على الإختيار الضمني ، ويقيم بذلك القرينة على اتجاه إرادة الخصوم إلى اختيار هذا القانون أو ذلك ، مع مراعاة أن يقوم القاضي أو المحكم بدراسة كافة ظروف العقد ، وعدم الاقتصار على عنصر دون آخر ، ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين لا سيما لو أمكن الجمع بين أكثر من عنصر للتأكد من نية المتعاقدين . ويتفق الفقه والقضاء على جملة من المؤشرات العامة ، من بينها وجود اختيار للمحكمة المختصة أو وجود شرط التحكيم يشير إلى دولة بعينها كمقر للتحكيم ، وكذا مكان تنفيذ العقد مع مراعاة صعوبة تطبيق هذه القرينة ما إذا تم التنفيذ في دول متعددة ، وكذا استخدام لغة معينة أو مكان إقامة الأطراف أو جنسيتهم المشتركة ، ومن المؤشرات أيضا تضمين العقد أحكاما وقواعد مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم في العقد.²

3 - أنواع الإرادة الضمنية .

أ- الإرادة الضمنية الإيجابية .

وهي تلك الإرادة التي تشير إلى تطبيق قانون معين ، إما تطبيقا للنظرية الموضوعية أي القانون الأوثق صلة بالعقد ، أو من خلال أعمال النظرية الشخصية بافتراض نية الأطراف من خلال تحليل نصوص العقد ، إلا أن الاستدلال عن تلك النية ليس بالأمر اليسير خصوصا أمام عقد الدولة الذي يتسم بالتعقيد والصعوبة في التكييف على اختلاف مواضعه.³

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 353.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 111.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 752.

ب - الإرادة الضمنية السلبية .

فهي تستبعد قانون معين ، ولعله قانون الدولة المتعاقدة ومن هنا تتضمن هذه الإرادة خلطا بين إرادة الأطراف و إرادة المحكم نفسه ، وقد قضى من خلال المحكم هذا المفهوم في تحكيم تكساكو باستبعاد القانون الليبي على الرغم من وجود اتفاق صريح على القانون واجب التطبيق مما يعفي المحكم من مسألة البحث عن الإرادة الضمنية ، وذلك استنادا إلى وجود شرط التثبيت التشريعي الذي يمثل من وجهة نظر هذا القضاء إحدى القرائن الرئيسية لنية الضمنية السلبية .¹

وحيث أنه باستقراء الممارسات التحكيمية في شأن عقود الدولة يتضح منها اتجاه المحكمين إلى اعتبار توافر بعض الشروط في العقد تعد مؤشرات على اتجاه أطرافها إلى استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، إذ يستند البعض منهم على وجود شرط التحكيم في العقد كقرينة سلبية تدل على إرادة الأطراف الضمنية استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد ، كما يفسر المحكمون البنود الخاصة بالتزام الأطراف في هذه العقود باحترام قواعد " الصدق " و " الثقة المتبادلة " و " حسن النية " على أنها اختيار سلبي يؤدي إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة ، وأن نية الأطراف تتجه إلى تطبيق مبادئ الدالة والإنصاف وحسن نية مكانه .²

الفرع الثالث : مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة .

أولا : تمتع الدولة بحق الاختيار .

أي هل يمكن أن ينطبق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، أم أن خصوصية هذه العقود وتميزها عن بقية العقود الدولية العادية ، وتواجد الدولة طرفا في هذه العلاقة القانونية الدولية يجعل المبدأ معطلا بالنسبة لهذه العقود .

أي أنه هل تتمتع الدولة والأشخاص العامة بالحرية في إختيار القانون واجب التطبيق على عقد الدولة ؟

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص753.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 112.

يرى غالب الفقه أن للدولة والأشخاص العامة شأنها شأن أي متعاقد آخر القدرة على إختيار القانون واجب التطبيق على العقد الذي تكون طرفا فيه مع أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة حيث لا يوجد أي إختلاف فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد إذا تعلق الأمر بعقد دولة أو أي عقد دولي عادي ، فصفة الأطراف المتعاقدة ليس لها أي تأثير بهذا الصدد، ولا يوجد أي سبب يبرر عدم الأخذ بقاعدة إستقلال الإرادة في مجال عقود الدولة ، فإن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق يظل هو المبدأ الرئيسي واجب الاتباع ، و إذا اختار الأطراف القانون الذي يحكم عقدهم كان المحكمون ملزمين بهذا الاختيار ، فالدولة ليست ملزمة عند دخولها في علاقة عقدية مع شخص أجنبي بتطبيق قانونها الوطني ، وإنما تتمتع بحرية مساوية لتلك التي يتمتع بها الشخص الأجنبي في تحديد القانون واجب التطبيق.

ولقد ذهب الأستاذ P. Lalive إلى القول : "لماذا يكون أحد الأطراف في العقد الدولي محروما بسبب كونه شخصا عاما من مكنة معترف بها عموما للأطراف الأخرى المتعاقدة . فكما أن للدولة أو الشخص العام السلطة في أن يلتزم بموجب العقد . يمكننا القول بأن الدولة الطرف في علاقة تجارية دولية يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون واجب التطبيق ، وإلا ستكون محرومة من الاستفادة من بعض العقود التي تقدر أنها مفيدة أو ضرورية لتنميتها الاقتصادية."¹

وكما سبق و أن وضحنا أن عقود الدولة هي في بداية الأمر عقود دولية مما يترتب عليها خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود ، ومن بينها مكنة إختيار الأطراف لقانون عقدهم ، لذلك فإن أعمال قاعدة قانون الإرادة على عقود الدولة يبدو أمرا منطقيا، حيث أن أطراف هذه العقود يملكون الحرية أيضا في إخضاع عقدهم للقانون الذي تتجه إليه إرادتهم المشتركة ، فوجود الدولة أو أحد مشروعاتها العامة لا يؤثر إطلاقا على خضوع العقد لقانون الإرادة ، لأن طبيعة هذا الطرف لا يجب أن تبعد العقد عن هذه القاعدة.²

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 571 ، 572.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 102.

وهو الأمر الذي أقرته الاتفاقيات الدولية وقرارات الهيئات الدولية بشأن طائفة عقود الدولة ، حيث اعترفت إتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى للدولة والأشخاص العامة عموماً بالقدرة على إختيار القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفاً فيه ، فقد نصت المادة (1/42) من هذه الاتفاقية على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف ... " وبهذا تكون الاتفاقية قد قررت وبشكل صريح أن للدولة والأشخاص العامة القدرة على إختيار القانون واجب التطبيق على التزاماتها التعاقدية واضعة الدولة على قدم المساواة مع الأشخاص الخاصة .¹

ثانياً : تكريس المبدأ على الصعيد الدولي والداخلي .

1- على الصعيد الدولي .

لقد كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الاستثمار عند تناوله لمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية في دورة إنعقاده بمدينة أثينا سنة 1979 فقد نصت المادة الأولى من التوصيات التي أصدرها المجمع على أن : " تخضع العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف ... " ، وبهذا يكون مجمع القانون الدولي قد طبق مبدأ استقلال الإرادة المقرر في مجال العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية .²

و إلى جانب ذلك نصت المادة الثانية من هذه التوصيات على العديد من الحلول التي يجوز للأطراف الإختيار من بينها ، وذلك بنصها على أنه : " يجوز للأطراف أن يختاروا كقانون حاكم للعقد إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين ، وإما المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية ، و إما القانون الدولي أو خليطاً من هذه المصادر القانونية ."³

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 572.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 103.

³ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 574. و عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 516.

كما جاء قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة والستين عام 1989 والمنعقدة في Santiago de compostela تحت عنوان " التحكيم بين الدول ومشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية "موافقا لقراره الصادر في دورة أثينا لسنة 1979 من حيث إقراره لحرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق ، وذلك في المادة السادسة منه بقوله : "يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم ..."¹

كما أن القضاء التحكيمي لم ينازع مطلقا أو يشكك في قدرة الأطراف في أن يختاروا بأنفسهم القانون واجب التطبيق على العقد ، ، وسلطة الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق معترف بها من قبل المحكمين حتى في عقود الدولة .

ففي قضية أرامكو ضد الحكومة السعودية أكدت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في 22 أوت 1958 على أنه : " وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص فإن القانون واجب التطبيق على العقد ذي الطابع الدولي هو في المقام الأول القانون المختار صراحة من قبل الأطراف وفي حالة غياب مثل هذا الاختيار يطبق في المقام الثاني قانون الإرادة المفترضة ."²

وأضاف الحكم : "لا بد من اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص ، والمعروف باسم حرية أو استقلالية الإرادة ، وبناء على هذا المبدأ وفي أي عقد ذو طابع دولي ينبغي أولا أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف صراحة ."³

وفي قضية سافير الدولية ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول فإن المحكم الوحيد القاضي السويسري Cavin قد أكد في حكمه الصادر في 15 مارس 1963 على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية ، وبعد أن اتضح له أن العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن أي إختيار صريح للقانون واجب التطبيق أكد المحكم أنه هو الذي سيتولى تحديد النظام القانوني

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 103 ، 104 .

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 574 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 104 .

واجب التطبيق الأكثر ملاءمة طبقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصا تلك التي يتضمنها العقد.¹

ولعل هذا أهم ما يستشف من هذا الحكم أن الإختيار الصريح هو صاحب الأولوية الأولى في تحديد القانون الواجب التطبيق ، لأن هذا يؤكد إحترام توقعات الأطراف المشروعة لإختيار قانون يحكم عقدهم .

كما أنه في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية فإن المحكم الوحيد الأستاذ Dupuy الذي أصدره في هذه القضية في 19 جانفي 1977 أجاب على التساؤل عما إذا كان للأطراف الحق في تعيين القانون أو النظام الذي يحكم عقدهم بقوله : " إن الإجابة على هذا التساؤل ليست محل شك ، حيث أن كل الأنظمة القانونية أيا كانت تطبق مبدأ إستقلال الإرادة في مجال العقود الدولية " .

وفي قضية ليامكو أوضح المحكم الوحيد الأستاذ محمصاني في الحكم الذي أصدره في هذه القضية في 12 أفريل 1977 " أن على محكمة التحكيم أن تسترشد بالمبادئ العامة المنظمة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وطبقا لهذه المبادئ فإن القانون واجب التطبيق على عقد ما هو القانون الذي اختاره الأطراف أو الذي يمكن إفتراض أنهم أرادوا إخضاع العقد له " .

وفي قضية ELF-Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية NIOC (نيوك) أكد المحكم أن للأطراف في مجال العقود الدولية مصلحة مشروعة في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم وذلك بأن يدرجوا على سبيل المثال في العقد شرطا صريحا يقضي بتطبيق نظام قانوني معين " .²

وقد ذهبت كذلك هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID في قضية Agip ضد حكومة الكونغو إلى تطبيق القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بمبادئ القانون الدولي ، وذلك استنادا لتلاقي إرادة الأطراف المتنازعة على تطبيقه .

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 575.

² سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق ، ص ص 575 ، 576 ..

كما طبقت هيئة التحكيم التابعة لنفس المركز في القضية التي بين حكومة الكونغو الديمقراطية (الزائير) و شركة AMT حيث طبقت هذه الهيئة إتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين الولايات المتحدة وزائير بوصفها النظام القانوني الذي اختاره الطرفان ¹. و قد كرست نفس المبدأ إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وذلك بمناسبة النزاع الناشئ عن عقد استيراد و إنشاء وتشغيل وصيانة مصنع بين شركة إنجليزية وحكومة عمان إلى تطبيق القانون العماني باعتباره قانون إرادة الأطراف ².

و كخلاصة لما سبق فإن عقود الدولة تخضع كبقية العقود الدولية التقليدية لقاعدة قانون الإرادة ، وذلك لما يحقق اختيار المتعاقدين لقانون عقدهم من مزايا ، كضمانه لاحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين .

كما أن الدولة والأشخاص المعنوية العامة تملك القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق على عقودها مع الأشخاص الأجنبية ، ويكون كنتيجة لذلك القانون واجب التطبيق على هذه العقود هو القانون الذي اختاره الأطراف أولاً.

2- على الصعيد الداخلي .

في محاولة البحث عن أساس هذا المبدأ على الصعيد الداخلي نجد المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانون العقد ، لكنه قد تتردد قبل تعديله للقانون المدني و إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في ترتيب أولوية هذه الإرادة في إختيار قانون العقد ³.

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 132.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 105.

³ إن القراءة الحرفية لنص المادة 18 قبل التعديل تدلي بوجود قاعدتي "إسناد ، يبدو لنا أن القاعدة الأساسية عي قاعدة مكان إبرام العقد والقاعدة الثانوية أو الاختيارية هي قاعدة سلطان الإرادة .على هذا الأساس فإن قاعدة مكان إبرام العقد هي القاعدة الواجبة التطبيق . ويمكن للقانون الذي يقوم الطرفان باختياره أن يستخلف (إختيارياً) قانون مكان إبرام العقد ، ذلك لو أراد المشرع الجزائري أن يجعل من قاعدة سلطان الإرادة القاعدة الأساسية لوردت صياغة المادة على النحو التالي : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يختاره الطرفان ، وفي غياب ذلك قانون مكان إبرام العقد " . =

حيث كانت المادة 18 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر ."

فصار النص بعد تعديله سنة 2005 بموجب القانون 10/05 كآتي: "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 بال عقار قانون موقعه ."

بينما كانت تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 على ما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة."

فصار ما يقابلها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي نص المادة 1050 إذ تقول:

" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي

غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ."

إذن لقد وضعت المادة 18 قاعدتي إسناد : تتعلق الأولى بقانون مكان إبرام العقد ، وتتعلق الثانية بقانون سلطان الإرادة . غير أنه ثار نقاش حول معرفة ما هو الإسناد الأساسي والإسناد الثانوي .

ذهب الأستاذان موحد إسعاد وعلي بن شنب إلى اعتبار أن الإسناد الأساسي هو قانون سلطان الإرادة والإسناد الثانوي هو قانون مكان إبرام العقد .

يرتكز الأستاذ موحد إسعاد على أن قاعدة إسناد قانون سلطان الإرادة هي السائدة في التعامل الدولي .

=إن المشرع الجزائري قد أخذ بقواعد الإسناد المتعلقة بالعقود وفقا لظهورها التاريخي ، كما أنه أخذ هذه الحلول عن القانون المدني للاتحاد السوفياتي.أنظر في ذلك : عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 325 . و أنظر : إسعاد موحد : مرجع سابق ، ص 362.

يرتكز الأستاذ علي بن شنب إلى القول بأولوية قانون سلطان الإرادة دون أن يقدم أي تفسير لذلك¹.

و خلافا لذلك يرى الأستاذ G. PEYRARD أن قاعدة الإسناد الأساسية هي قاعدة قانون مكان إبرام العقد والقاعدة الثانوية هي قاعدة سلطان الإرادة ، ويرتكز لتعليل ذلك على أن الشريعة الإسلامية تقيد قانون سلطان الإرادة². ولعل هذا الخلاف قد فصل فيه التعديل لهذين النصين بشكل واضح فقطعت الشك باليقين فيما يتعلق بقاعدة الإسناد الأساسية الموجودة في المادتين 18 بعد التعديل ، و1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي وضحت أن قاعدة الإسناد الأساسية هي قانون الإرادة ، بينما قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، و محل إبرام العقد هما قاعدتي الإسناد الثانويتين .

المطلب الثاني

مبادئ اختيار قانون الإرادة

إن حق الاختيار ليس حقا مطلقا ، بل تحكمه قواعد و أسس ترسم للإرادة طريقها في تحديد القانون الواجب التطبيق ، دون أن تملك مكنة الإنحراف عنه إلا في المجال المحفوظ لها ، وهذا ما نحاول تناوله بالكلام عن "كيفية الاختيار" في الفرع الأول ، ثم تحديد "نطاق حق الاختيار" وذلك في الفرع الثاني ، على أن نخصص الفرع الثالث لضوابط أو "محددات قانون الإرادة" .

الفرع الأول : كيفية الاختيار .

أولا : وقت اختيار قانون العقد .

الأصل أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يكون عند إبرام العقد الأصلي بموجب شرط يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه ، ليعلم

¹ Bencheneb Ali : Op.cit , p p 279-281.

² عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 324.

المتعاقدين قبل التعاقد قانون العقد ، ومع ذلك فقد يتم هذا الاختيار في وقت لاحق لمرحلة إبرام العقد الأصلي سواء كان بطريقة صريحة أو بطريقة ضمنية يستخلصها القاضي من دلائل معينة .¹

فالاتفاق على اختيار قانون العقد هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي ، ومن ثم ليس هناك ما يجبر إتمام اختيار عند إبرام العقد الأصلي .

على أنه يرى بعض من الفقه أن الأطراف إذا ما سكتوا عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، فإنه لا يجوز لهم تحديده في مرحلة لاحقة ، على أساس أن هذا القانون سيخل بتوقعات الأطراف خاصة في مرحلة التنفيذ قبل الاختيار .

وقد قررت في هذا الصدد محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في 28 يونيو 1966 على أنه : " يجب أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق . " ويرى هذا الفقه أنه إذا فصل قضاة الموضوع في الدعوى على أساس القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار ، أو الإرادة الضمنية المستخلصة ، فلا يمكن تصور أن يعاب عليهم بعد ذلك عدم تطبيقهم للقانون الذي اتفق المتعاقدون على تطبيقه صراحة في مرحلة لاحقة .²

وعلى خلاف ذلك فقد ذهب القضاء السويسري إلى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد ليس فحسب عند إبرام العقد ولكن في أي مرحلة لاحقة للتعاقد ، حتى ولو أثير هذا الاختيار لأول مرة أمام المحكمة التي طرح عليها النزاع ، شريطة أن تكون هذه المحكمة محكمة موضوع ، و أن يكون لكل من المتعاقدين رغبة في الخضوع لهذا الاختيار اللاحق ، و يعود سبب السماح للمتعاقدین بالاختيار في هذا الوقت إلى كون اتفاق المتعاقدين على هذا الاختيار اللاحق هي مسألة واقع لا يجوز إيدؤها لأول مرة أمام المحكمة العليا .³

ويؤيد هذا الاتجاه على الصعيد الدولي ما ذهبت إليه تشريعات القانون الدولي الخاص ، وكذا اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 ،

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 539 ، 540 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 125 ، 126 .

³ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 540 .

فالمادة 02/03 تفيد إمكانية اختيار أو تحديد القانون وقت إبرام العقد أو بعده مع التحفظ الخاص بحماية حقوق الغير .¹

ويشترط لهذا الاختيار في هذا الوقت ألا يترتب عليه إضراراً بحقوق الغير ، الذي بنى توقعاته على تحديد المشرع للقانون الواجب التطبيق عند إغفال الأطراف لهذه المسألة ، و أن يكون هذا الاختيار اللاحق قبل الفصل في النزاع أمام محكمة الموضوع .² فقد أقرت المادة 06 في فقرتها الأولى من المشروع الذي أعده معهد القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة " بال " عام 1991 حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد ، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة من الغير .³

ثانياً : تعديل الاختيار .

لا يوجد ما يحول دون أن تغير إرادة طرفي عقود الدولة القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فالقانون قد منح المتعاقدين الحق في اختيار هذا القانون عند إبرامه ، وحتى في مرحلة لاحقة لمرحلة التعاقد ، أي بعد مرور فاصل زمني على الإبرام ، لذلك فإن للأطراف الحق في تعديل اختيارهم السابق للقانون الواجب التطبيق ، فالاختيار لا يقتصر فقط على تعيين القانون وقت إبرام العقد بل يمتد أيضاً إلى حقهم في التعديل ، متى اتضح لهم أن القانون الأول لا يتفق مع اقتصاديات العقد أو الطبيعة الخاصة لمحل العقد أو لمكان التنفيذ ، أو إذا تفاجئ الأطراف أن القانون المختار يتضمن أحكاماً مختلفة ، لا تتفق مع التطور الذي لحق القانون المراد تطبيقه .⁴

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 540 ، 541 . و أنظر : محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - دراسة تحليلية ومقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 93 .

² عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 541 .

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 126 . و أنظر : محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية - دراسة تحليلية ومقارنة ، مرجع سابق ، ص 93 .

⁴ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 541 .

وقد أيد فكرة التعديل ما ورد في نص المادة 02/03 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تنص على أنه: "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا".¹ حيث سمحت للأطراف بأن يتداركوا إهمالهم في تحديد قانون العقد و بأن يعدلوا اتفاقهم إذا رغبوا في ذلك.²

وفي ذات السياق ينص القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة 1986 في المادة 02/27 على أنه: "يجوز للأطراف في أي وقت ، الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا".³

ثالثا : قانون الإرادة وتجزئة العقد .

إذا كان لأطراف عقود الدولة الحق في الاختيار الصريح لقانون العقد ، عند إبرامه وبعد ذلك ، ولهم كذلك الحق في تعديل هذا الاختيار ، استنادا على مبدأ سلطان الإرادة، فهل يجوز لهم اختيار أكثر من قانون واحد لحكم العلاقة العقدية بحيث يطبق قانون مثلا على تكوين العقد ويطبق قانون آخر على آثاره ، أم أن الحرية التعاقدية تقتصر فقط على مجرد اختيار قانون واحد ؟ أي هل يجوز تجزئة العقد أم لا ؟

لقد اختلفت الآراء بشأن هذه المسألة ، لكن الفقه الغالب يرى ضرورة إخضاع العقد لقانون واحد من حيث تكوينه و آثاره ، وذلك انطلاقا من أن العقد عبارة عن وحدة واحدة يجب المحافظة على هذه الوحدة بإخضاع العقد لنظام قانوني يكفل تحقيق التجانس بين الأحكام التي تطبق في شأن عناصر هذه الوحدة .⁴

إلا أن جانبا من الفقه رأى إمكانية تجزئة عناصر العقد و إختيار أكثر من قانون لحكمه ، دون الاعتداد بأي قيود ، بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد بالنظر إلى كل عنصر من عناصره و آثاره ، حيث يفترض مثلا صياغة أو إبرام العقد في بلد ما ، بينما يتم تنفيذ الالتزامات في بلد آخر ، على أن تنفذ بقية الالتزامات في بلد ثالث ، مما

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 542. و هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 127.

² محمد وليد هاشم المصري : مرجع سابق ، ص 172.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 127.

⁴ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 542.

يستوجب تخصيص كل عنصر بقانون البلد الذي تم فيه ، والمهم هو وجود صلة بين هذا العنصر والقانون الواجب التطبيق عليه ، وتطبيقا لذلك يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه ، و إخضاع تنفيذه لقانون بلد التنفيذ¹ . مع مراعاة أنه يشترط لتجزئة العقد ألا تخل هذه التجزئة بانسجام العقد و إفلاته من سلطان القانون ، فإذا كان من شأن تجزئة العقد أن تؤدي بالضرورة إلى الإخلال بمبدأ وحدة القانون المطبق على العقد فلا داعي لها ، لذلك يشترط لسلامة التجزئة أن تكون تجزئة معقولة حتى لا تفسد الانسجام المتطلب في الرابطة العقدية ، وبالتالي لا يمكن تصور تجزئة العقد في المسائل غير القابلة للإنفصال ، دون إخلال بانسجام العقد ، ومنه فإن هذه التجزئة غير الموزونة بالمطلوب في العقد ، لا يعتد بها القاضي ، وله أن يطبق ما أشارت إليه قواعد الإسناد دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين ، ولا يعني تعليق تجزئة العقد بإرادة المتعاقدين أن الطريق محضر للممارسات التي ترمي إلى اختراق حكم القواعد الأمرة في القوانين التي يرتبط بها العقد ، إذ تقرر اتفاقية روما في مادتها السابعة مبدأ عاما يلزم باحترام إرادة الأطراف في التجزئة عند تطبيقه للقواعد الأمرة في قوانين الدول وثيقة الصلة بالعقد² .

و تتجه بعض التشريعات إلى إمكانية تجزئة القانون الواجب التطبيق على العقد³ ، ومنها الجزائر فباستقراء العبارة الواردة في المادة 18 من ق م ج التي تنص على أنه: " 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 إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد .
غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه ."

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 746.

² عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 543.

³ كما ينص على ذلك مثلا القانون الدولي الخاص الألماني في مادته 01/27. أنظر في ذلك : عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 543.

نجد بأن الالتزامات التعاقدية تخضع للقانون ، و تتعلق الالتزامات التعاقدية بتكوين العقد و آثاره ، إذن فالعقد يخضع من حيث تكوينه و آثاره لقانون واحد ، يقول في هذا الصدد الأستاذ عز الدين عبد الله بشأن المادة 19 من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة 18 من القانون المدني الجزائري : " وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تعليقا على المادة 42 من المشروع التي صارت المادة 19 من القانون " ولذلك توخى هذا المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقرارا في نطاق التشريع¹ ، فقرر في المادة 42 أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدون الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا . وهذا حكم عام يمكن لسultan الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد ، وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها ، وقد استرشد المشروع فيه بالمادة 07 من القانون المدني الملحق بالتقنين المدني الياباني والمادة 15 التي صارت المادة 25 من التقنين الإيطالي الجديد ، ويضيف " وهذا الذي جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع يدل على انصراف قصد المشرع إلى الأخذ بفكرة وحدة القانون الذي يحكم العقد " يمكننا الأخذ بهذا الرأي فيما يتعلق بالمادة 18.

كما نستنتج وحدة العقد من القضاء الفرنسي ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن: " القانون المطبق على العقود ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها و شروطها هو القانون الذي اختاره الأطراف ".²

ولعل ما يؤيد ما ذهب إلى الاتجاه الرافض لمبدأ التجزئة ، وضرورة إخضاع العقد لقانون واحد من حيث الآثار والتكوين ، وذلك على أساس أن :

أولا : ضرورة المحافظة على وحدة الرابطة العقدية ، التي تتطلب إخضاع العقد لنظام قانوني واحد يكفل له تحقيق التجانس ، حيث أن إخضاع العقد لأكثر من نظام قانوني واحد ينجم عنه تشتيت العملية العقدية ، مما يؤدي في النهاية إلى الإخلال بالتوازن العقدي واستمرار العلاقة العقدية.

ثانيا : تجنب العقد مخاطر احتمالات البطلان الذي ينجر عن تطبيق أحد القوانين .

¹ عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 350.

² عليوش قربوع كمال : المرجع السابق ، ص 351. و أنظر : أعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 278.

ثالثا : أن قاعدة الإسناد في العقود الدولية تقرر للأطراف الحق في اختيار " قانون " وليس قوانين .

رابعا : إذا أراد الأطراف تجزئة العقد فلا بد أن يكون مقيدا بقيدين :

01/ ضرورة وجود صلة بين العنصر والقانون الواجب التطبيق عليه ، فإذا لم تتوافر هذه الصلة تعين على القاضي ألا يعتد بهذه التجزئة .

02/ يجب ألا تخل هذه التجزئة بالإنسجام المطلوب توافره في العقد ، أي أن تكون تجزئة معقولة لا تفقد العقد ما يجب أن يتحقق فيه من انسجام .¹

رابعا : مدى التزام المحكم أو القاضي بالاختيار الصريح للأطراف .

هناك من يرى بأن القاضي مقيد باختيار المتعاقدين ، لأن هذا الاختيار ناتج عن مبدأ سلطان الإرادة ، مما يجعله غير خاضع لأي قيود يفرض عليه من القاضي أو المحكم ، وهذا لا يتطلب أية رابطة موضوعية بين القانون المختار والعقد ، ولعل القيد الوحيد الذي يراه هذا الاتجاه هو ضابط النظام العام في دولة القاضي ، فالمحكم الذي لا يتصل بأي نظام قانوني وضعي لا يملك إنكار هذا الاختيار .²

والواقع أن هذا الاتجاه أيده الكثير من التشريعات ، وكذا أحكام القضاء الوطني ومحاكم التحكيم ، ومن بين الأحكام التي جاءت مؤيدة لهذا الاتجاه الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية عام 1983 في النزاع بين الحكومة الليبية ، بخصوص عقد أشغال عامة مع مقاول فرنسي ، طبقت الغرفة فيه القانون الليبي باعتباره القانون الذي اختاره الطرفان صراحة .³

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف صراحة لا يمكن إعماله إلا إذا قرر القاضي أو المحكم أم مثل هذا الاختيار تقره قاعدة الإسناد التي منحت ضابط الإرادة قوته القانونية كضابط إسناد، وبما أن المحكم لا يملك قواعد إسناد خاصة به على عكس القاضي الوطني فإن المحكم عليه استعارة هذه القواعد لتقدير

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 545.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 487 ، 488.

³ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 547.

صحة إختيار الأطراف ، وربما باللجوء إلى هذه القواعد قد يجد مؤشرات تؤدي إلى تركيز العقد في قانون غير الذي اختاره الأطراف .

فالمحكم شأنه شأن القاضي يحتاج إلى أعمال قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق ويستعير هذه القواعد إما من قواعد الإسناد في القانون المختار أو قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم .¹

الفرع الثاني : نطاق حق الاختيار .

إن نقطة التقاطع بين عقود الدولة وعقود القانون الدولي الخاص تتمثل في دولية هذه العقود ، ولعل حق الأطراف في عقود الدولة في اختيار القواعد القانونية كقاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص تطرح تساؤلاً يتمثل في مدى إمكانية تطبيق قواعد تنازع القانون المختار .

لقد انقسم الفقه في هذا إلى رأيين :

الرأي الأول : يرى أن اختيار الأطراف لقانون وطني يقصد به التطبيق الكلي لقواعد هذا القانون بما فيها قواعد تنازع القوانين .

بينما الرأي الثاني : يرى بإطلاق حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإن اختيار الأطراف للقانون يقصد به القواعد الموضوعية وليس قواعد تنازع القوانين .²

وانقسم الرأي الأول إلى فريقين : الأول دعا إلى أعمال قواعد التنازع للقانون المختار، ودعا الفريق الثاني إلى أعمال قواعد التنازع في قانون دولة مقر التحكيم .
أولاً : التطبيق الكلي للقانون .

1 - أعمال قواعد الإسناد في القانون المختار :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن المحكم يجب عليه أن يطبق قواعد الإسناد في قانون الدولة الذي اختاره الأطراف ، بشرط ألا ينص صراحة على استبعاد قواعد الإسناد فيه.

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 489 ، 490 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 89 ، 90 .

وذلك على اعتبار أن أساس حرية الأطراف في اختيار القانون لا يبنى على معيار شخصي ، ولكن على أساس تخويل الأطراف الحق في تركيز علاقتهم التعاقدية داخل نظام قانوني معين .¹

كما أن قاعدة قانون الإرادة لا تعطي حلا مباشرا ينهي النزاع ، بل تبقى قاعدة غير مباشرة تقتصر على بيان القانون الذي يمنح الحل الموضوعي والنهائي للنزاع ، وبالتالي فهي لا تتفق مع المفهوم الفني للقاعدة الموضوعية التي تحكم مباشرة وبشكل موضوعي النزاع بالنظر إلى صفته الدولية .

وإن كانت جل النظم القانونية تعترف بهذه القاعدة ولو كان الأمر كما يدعي أنصار تطبيق القواعد المادية لكانت كل قواعد تنازع القوانين تتصف بالصبغة الموضوعية لا الإسنادية ، لاسيما قاعدة خضوع المال لقانون موقعه .²

والواقع أن هذا الاتجاه يعيبه تناقضه مع الصفة الرضائية التي تميز التحكيم حيث يستند في جانب من جوانبه إلى إرادة الأطراف ، هذه الإرادة التي تريد إعمال بعض القواعد القانونية ، مما يعني إساءة استعمال السلطة الممنوحة للمحكم على نحو مصطنع يؤدي إلى تطبيق مسائل غير تلك التي نص الأطراف على إخضاعها لقانون العقد ، والتي ترفض الأطراف إعمال قواعد الإسناد عليها .³

وعقب هذا الانتقاد فإن على المحكم من أجل تحديد قواعد الإسناد المرجعية التي تحدد صحة اختيار القانون المختار من المتعاقدين الاسترشاد بقواعد إسناد أخرى في نظام قانون آخر غير الذي اختاره الأطراف ، وهو ما دفع البعض إلى ترشيح إعمال قواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم .⁴

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 490 ، 491 ..

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 91 ، 92 .

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 491 .

⁴ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، المرجع السابق ، ص 492 .

2- إعمال قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم:

دعا البعض إلى إعمال المحكم لقواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم على إعتبار أن هذا القانون يعتبر بمثابة قانون القاضي للمحكم Lex fori واعتبروا أن مشكلة الـ Lex fori هي مشكلة وهمية على أساس أن التحكيم لا بد له من دعامة وضعية يستند عليها وهي قانون دولة مقر التحكيم.¹

ووفقا لهذا الاتجاه فإن للأطراف الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحدود التي يرسمها قانون دولة مقر التحكيم ، على إعتبار أن الإسناد إلى قانون دولة مقر التحكيم تبعا للنظام الذي دافع عنه الأستاذ Sauser Hall يصلح لتحديد القانون الذي يحكم التحكيم ذاته و يصلح لتحديد قواعد الإسناد التي تعين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.²

وتطبيقا لذلك إعتبر المحكم في قضية Sapphire أن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص السويسري من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد تؤدي إلى نفس النتيجة وهي تعيين قانون الإرادة.³ وقد أخذ على هذا الاتجاه عدة مآخذ منها :

1/ لا يوجد أي ارتباط حقيقي وفعلي بين المنازعة ودولة مقر التحكيم.

2/ إعتقاد هذا الاتجاه على التركيز الجغرافي وهو لا يتضمن بتاتا أي تركيز قانوني .

3/ إذا كان قانون دولة مقر التحكيم هو قانون القاضي للمحكم فإن معنى ذلك ضرورة احترام قواعد النظام العام في دولة المقر ، مما يؤدي إلى استبعاد قانون الإرادة إذا ما خالف أحكامه.⁴

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 92. وهو ما ذهب إليه الفقيه Mann حيث يرى أن التحكيم لا يوجد في فراغ إذ يتعين على كل محكم أن يحكم وفقا لقانون دولة معينة ، أنظر **حفيظة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 493.

² **حفيظة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 492.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 92.

⁴ هاني محمود حمزة : المرجع السابق ، ص ص 92، 93.

ثانيا : إعمال القواعد الموضوعية وليس قواعد تنازع القوانين .

إن القاعدة التي تسمح للأطراف باختيار القانون واجب التطبيق على العقد هي قاعدة قانون دولي خاص مادي تختص بالعلاقات الدولية وتستند على مبدأ حرية التعاقد وذلك تأسيا بالقاعدة المادية المماثلة في نطاق العقود الداخلية والتي تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين ، ويحكمها منهج متميز عن المنهج الذي يحكم تنازع القوانين .

وإذا كان القاضي الوطني مقيدا بقواعد الإسناد الوطنية التي هي من صنع المشرع الوطني والتي ترشد إلى القانون واجب التطبيق باعتباره أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة ، فإن الوضع يختلف بالنسبة للمحكم الدولي لأن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم الدولة كالقاضي الوطني ، ولا يخضع لسيادة أي دولة ، مما يجعل كل القوانين الداخلية بالنسبة له تتصف بالأجنبية ، ما يؤكد الطابع المادي للقاعدة التي تجيز للأطراف اختيار قانون العقد أمام المحكم الدولي ، الأمر الذي يفقد معه قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة على هذا النحو طابعها التنازعي ، وهكذا إذا اختار الأطراف في العقد الإداري الدولي قانون وطني لأي دولة ، فإنه يقصد بذلك القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس قواعد التنازع فيه .

وبالتالي تمنح هذه القاعدة على هذا النحو للمتعاقدين القدرة على التنظيم الذاتي للعقد بما لا يتعارض والأحكام الآمرة في هذا القانون ، وتخول للمتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية التي تناسبهم بما في ذلك حقهم في اختيار قانون دولة معينة لتنظيم العلاقة بينهم¹.

أخيرا يرى البعض أن قاعدة قانون الإرادة ليست قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص ولا قاعدة إسناد بمعنى الكلمة لها كل خصائص هذه القاعدة ، بل إننا طبيعة هذه القاعدة كقاعدة تنازع ، تظهر بشكل أكبر أمام القاضي الوطني بهذه الصفة، على الرغم من أنها تهدف إلى احترام توقعات الأطراف دون اقتضاء وجود رابطة موضوعية بين العقد والقانون المختار تقديرا بأن في تحقيق ذلك مصلحة مشروعة

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 96.

مشتركة ، ولعل هذا ما يجعل قاعدة قانون الإرادة تتسم بالصفة المادية والتنازعية في أن واحد ، والتي تضعف لصالح الصفة المادية أمام المحكم الدولي .¹ فالمحكم الدولي ليس له Lex fori ، لذلك فإن قانون الإرادة لا يستند إلى قاعدة تقليدية، بل إلى قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ، وتلزم المحكم من أجل حل تنازع القوانين في مجال العقود الدولية بتطبيق القانون المختار من المتعاقدين ، وتضفي على الاختيار طابعا قانونيا ، وهو مبدأ يستقل بذاتيته عن كل نظام قانوني ، ويلجأ الأطراف إليه دون إسناده إلى قانون وطني أو غير وطني ، ولا يحتاج المحكم إلى هذه القوانين للتأكد من أساس قانون الإرادة .²

الفرع الثالث : محددات قانون الإرادة .

أولا : عدم وجود أي رابطة بين القانون المختار و العقد .

تساءل البعض عما إذا كان يفترض بالقواعد التي اختارها الأطراف أن تتصل موضوعيا بالعقد .

فيرى البعض أنه يجب أن توجد رابطة توطين بين القانون المختار و العقد ، مثل اختيار الأطراف لقانون دولة المنشأة التي تصنع السلع محل التعاقد أو قانون دولة تنفيذ العقد أو اختيار الأطراف لقانون مهنة التجار . فإذا انعدمت هذه الرابطة اعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي ويجب على المحكم الدولي أن يسلك في هذا الشأن مسلك القاضي الوطني و أن يقطع الطريق على هذا الغش و لو ولى الأطراف الفصل في نزاعاتهم إلى هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي .

وقد اتجه الأستاذ Battifol باتيفول صاحب نظرية التركيز الموضوعي في بداية الأمر إلى ضرورة وجود ارتباط بين العقد أو التصرف القانوني و بين القانون الواجب التطبيق عليه على اعتبار أن إرادة المتعاقدين لا تقوى على اختيار قانون العقد و إنما هي تقوم فقط بإبداء رغبتها في تركيز الرابطة العقدية في مكان معين في ضوء طبيعة هذه الرابطة ومعطيات التعاقد و ملابساته المادية إلا أنه تراجع و اعتد بالاختيار

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 504.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 97.

الواضح لقانون العقد و لو جاء هذا الاختيار مخالفا للتركيز الفعلي للرابطة العقدية بشرط ألا يكون هذا القانون منبت الصلة نهائيا بهذه الرابطة .¹

كقانون محل الإبرام ، أو بشكل أكثر خصوصية قانون دولة التنفيذ، وذلك لتحاكي تعطيل إنتاج العقد لآثاره نتيجة لإعمال القواعد الوطنية المتعلقة بالنظام العام في تلك الدولة والتي قد ترفض ما اختاره الأطراف لحكم عقدهم.²

ورغم منطقية هذا الحل وعدالته ، إلا أنه غالبا ما يرفضه الطرف الأجنبي لأن التنفيذ يجري عادة في إقليم الدولة المتعاقدة ، مرجحا تطبيق قانونه على القانون الوطني للدولة المتعاقدة.³

أما عن موقف القانون الجزائري فقد كان يشوبه الغموض⁴ بشأن هذه المسألة إلى حين تعديل نص المادة 18 من ق م ج التي صارت تؤكد ضرورة الصلة الحقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو بينه وبين العقد.

وهذا ما نصت عليه هذه المادة بعد تعديلها في فقرتها الأولى : " 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 ."

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 99.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 781.

³ مثال ذلك ما يتعلق بعقد ميرم بين الشركة الكاميرونية للاتصالات اللاسلكية و إحدى الشركات الأمريكية كطرف أجنبي بصدد توريد وتركيب وتسليم محطة أرضية للاتصال بالأقمار الصناعية جاهزة للتشغيل ، وكان العقد يتضمن شرطا للتحكيم وبندا يحدد قانون " ولاية كاليفورنيا" كقانون واجب التطبيق على منازعاته أنظر في ذلك : وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 782.

⁴ حيث أنه من الناحية العملية يتبين من التعامل التعاقدى الجزائري أن الأولوية ترجح تطبيق القانون الجزائري غير أن الأستاذ موحند إسعاد قد عثر على عقدين من 17 عقدا قام بفحصهما نصا على قانونين غير القانون الجزائري هما القانون الإنجليزي والقانون السويسري . ولم يبين الأستاذ موحند إسعاد إذا كان القانون المختار قانون إحدى الطرفين أم لا ؟ وعلى الرغم من أن هذه القوانين قد تبدو القوانين التي لها صلة بالعقد .أنظر في ذلك : عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص 348.

بينما رأى جانب آخر من الفقه أنه إذا كانت إرادة الخصوم هي الركيزة الأساسية في التحكيم فمن الطبيعي أن يتمتع الأطراف بحرية اختيار القواعد التي يرغبون بتطبيقها على النزاع العالق بينهم فلا يشترط أن يكون القانون الذي اختاره الأطراف على اتصال بالمنازعة ، وليس لهيئة التحكيم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بحجة عدم ارتباطه بالعلاقة التعاقدية أو بحجة تصحيح مسار قاعدة الإسناد لأن الأمر يتعلق بمجرد إسناد من الأصل .

و في ذلك يرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أنه "إذا كانت هنالك إرادة صريحة تعين على القاضي احترامها و كذلك الحال بالنسبة للإرادة الضمنية المؤكدة و الحقيقية أما فكرة التوطين أو التركيز فهي لا تكون مقبولة إلا في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في العقد، و بالتالي فإنه لا يجوز للحكم الدولي أن يغض النظر عن الاختيار الصريح للقانون بحجة أنه لا يتقابل مع التوطين أو التركيز الموضوعي للعقد ."

وقد سلمت هذه النظرية بحرية طرفي العقد التصرف في اختيار القانون الذي يريانه أكثر مناسبة لحكم علاقتهما ، على اعتبار أن اختيار الأطراف للقواعد القانونية مجرد اختيار مادي لا يفترض أي صلة بين هذه القواعد القانونية و العلاقة القانونية التي يختار لحكمها و لا يؤخذ بأي تعديل يطرأ على هذه القواعد .¹

كقانون دولة ثالثة لا علاقة له بالدولة ولا بالشركة ، على نحو يضمن وضع كل منهما على قدم المساواة سواء من جهة المزايا أو المساوى و المخاطر ، وهو ما تفضله عادة المشروعات الأمريكية والأوربية الغربية في معرض عقودها .²

رغم أن اختيار ذلك القانون ينطوي عموماً على خطر جهل القضاء الناظر في النزاع لأحكامه على نحو قد يسفر في النهاية إلى تطبيقه خلافا لتوقعاتهم.³

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 99، 100.

² مثال ذلك العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية عن طريق الهيئة المصرية (العربية) للتصنيع مع الشركة البريطانية" و يست لاند" للهليكوبتر بشأن نقل تكنولوجيا تصنيع طائرات الهليكوبتر إلى مصر ، حيث نصت المادة 02/12 منه على تطبيق القانون السويسري. أنظر في ذلك : وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 780.

³ وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص 781.

و الواقع أن الأطراف المتعاقدة تتمتع بحرية مطلقة في الاختيار حتى و لو لم يوجد أية رابطة موضوعية بين القانون المختار و العقد لأن الأطراف في عقد الدولة هم الذين يعملون قانونهم فإذا اختاروا القانون الوطني للدولة المتعاقدة فان المحكم الدولي لن يستطيع أن يستبعد هذا الاختيار الصريح لأنه ليس لديه Lex fori ليحميه و لا يمكنه تبعاً لذلك أن يستبعد القانون الذي اختاره الأطراف صراحة ولكن تطبيق هذا القانون مقيد بأن لا يخالف القانون المختار النظام العام الدولي.¹

ثانياً : المقصود بقانون الإرادة الذي يخضع له العقد .

قانون الإرادة هو القانون الذي تشير إليه إرادة الأطراف ليحكم عقدهم ، إلا أن السؤال يثور حول مدى قدرة الإرادة على إختيار قانون لا ينتمي لسيادة إقليمية معينة ، أم أنها دور الإرادة يقتصر على تلك القوانين الوطنية لدولة معينة ؟

يؤكد البعض الذي يركز على التنازع بين القوانين بالمفهوم الضيق أن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام ، ويرفض هذا الاتجاه دراسة التنازع بين قانون دولة والشرائع السائدة في بلد لا يتمتع بهذا الوصف . وعليه فإنه إذا اختار المتعاقدون قانوناً معيناً فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة.²

ومن ثمة فإن فكرة قانون الإرادة لا تعني إختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة إن كان مناسباً للعقد ، بمعنى أنه إذا قام المتعاقدان باختيار قانون العقد إعمالاً لقاعدة التنازع التي تجيز لهم هذا الاختيار في مجال الروابط العقدية الدولية، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع إختيارهم عليه هو القانون الوطني لدولة معينة ، وكذلك فإنه وفقاً لهذا الفقه التقليدي فإن الشرائع التي لا تنتمي إلى سيادة إقليمية

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 100.

² محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص

معينة كقواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج من نطاق التنازع.¹

إلا أنه مع تطور التجارة الدولية ، و ظهور عقود دولية مركبة التعقيد ، صارت هذه الفكرة غير ملائمة لهذه العقود ، أضحت النظرة التقليدية لآلية قواعد الإسناد التي ستفضي إلى تطبيق قانون دولة معينة لا يتناسب البتة مع الصفة الدولية لهذه العقود . وهكذا فقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى تصور قيام تنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية² ، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين عملا بقاعدة التنازع التي تخول لهم حق اختيار قانون العقد الاختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك قواعد ذات صبغة عالمية لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة .

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بهذا الاتجاه الذي يمنح الإرادة حق اختيار قواعد قانونية غير وطنية، وذلك بتبنيها لقواعد تشريعية تمنح الأطراف حرية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق وليس مجرد القانون الواجب التطبيق.³ وهذا هو ما كرسته اتفاقية واشنطن لعام 1965 حيث تنص المادة 1/42 على التزام المحكم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف.⁴

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 115 ، وكذا هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 356. وهو ما حرصت على تأكيده العديد من التشريعات الوطنية : فقد نصت المادة 01/19 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة" ، كما نصت المادة 05/10 من القانون الإسباني على أنه "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة" كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 جويلية 1950 على أن : "كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة" ، وهو ما سبق أن أكدته محكمة العدل الدولية في قضية القروض الصربية و البرازيلية عام 1929 حيث قضت بأن : " كل عقد ليس عقدا بين دولتين بصفتها من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في قانون وطني".

² هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 356.

³ حيث نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أن : " يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف ...". كما نصت المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أن " تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف ...". وبذلك أيضا أخذ المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 عندما منح الأطراف بموجب المادة 01/39 سلطة تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع . أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 146 ، 147.

⁴ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 117.

بيد أن الاتفاقية لم توضح إلى أي مدى يمكن للأطراف استخدام الحرية الممنوحة لهم ، وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه إلى أن استخدام النص لتعبير " قواعد القانون " بدلا من تعبير " القانون " يعبر عن رغبة واضعي الاتفاقية في الاعتراف للأطراف بالحرية الكاملة في تحديد القواعد واجبة التطبيق ، بحيث يجوز لهم ليس فقط إختيار قانون دولة معينة ، بل يجوز لهم أيضا إختيار القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في القوانين الوطنية .

في حين ذهب رأي في الفقه إلى أن النص قد تكلم عن ضرورة قضاء المحكمة وفقا " لقواعد القانون " والمراد هو القانون الوطني الذي يتبناه أو يختاره الأطراف سواء أكان قانون الدولة الطرف في العقد أو أي قانون وطني آخر .¹

ثالثا : النظام العام كضابط لحرية الإرادة في الاختيار

1- فكرة النظام العام وحرية الاختيار .

مما لا شك فيه أن هناك بعض القواعد الوطنية ذات الطابع الدولي الأمر يتم إعمالها بمعرفة قاضي العقد عند حسم المنازعات التي تثيرها عقود الدولة ، هذه القواعد تلعب دورا هاما ورئيسيا في تسوية منازعات هذه العقود ، سواء عرضت على القضاء الوطني أو أمام هيئات التحكيم ، نظرا لما تهدف إليه من حماية للمبادئ الأساسية للمجتمع سياسية كانت أو اقتصادية أو اجتماعية ، الأمر الذي يدعو إلى استبعاد قانون العقد ، عندما يصطدم الحل الذي يشير إليه مع ما تصبوا إلى تحقيقه هذه القواعد ، هذا يحدث بالتحديد عندما يقرر القانون الواجب التطبيق صحة الشروط العقدية على نحو يتعارض مع قواعد النظام العام الدولي لدولة القاضي .²

ويجد هذا الاستبعاد أساسه في القانون الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على انه :

"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

¹ سراج حسين أبو زيد :مرجع سابق ، ص 573.

² عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص 525.

- يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.¹

تظهر محورية فكرة النظام العام في الاحتياج الحيوي لها بكلفة النظم القانونية المعاصرة ، باعتبارها آلية من آليات الارتكاز القانوني التي تمكن المنومة القانونية من الاضطلاع بمهامها ، الأمر الذي جعل فكرة النظام العام متواجدة في كل فروع القانون، وإن كانت هذه الفكرة ليست فكرة قانونية خالصة ، ابتدعها علم القانون فأنحصرت فيه وتوقعت فيه ، بل إنها تجد لها مكانا بين كل العلوم الإنسانية المختلفة ، حيث تقع في منطقة التقاطع بين علم القانون وعلوم السياسة والاقتصاد والاجتماع ، فهي الرابط الذي يربط هذه العلوم ببعضها ، باعتبارها مؤثرة في المجتمع والدولة.²

باعتبار النظام العام حدا على سلطان الإرادة ، لكونه عاملا يضحى بسلطان الإرادة الفردية لصالح مجموع الجماعة ، سيجعل هذه الإرادة مقيدة على النحو الذي يحول دون حريتها في التصرف والاختيار ، لكن هذا الحد لا يمثل عائقا دون تكوين الإرادة ، بما يحول دون نشأتها.³

بل سيكون ضابطا لحرية الإرادة في نطاق إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، وهذا ما يستوجب منا التطرق لمفهوم هذا القيد في مقام إختيار الأطراف لقانون عقدهم .

2- الفرق بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي :

يقصد بالنظام العام برأي مجمل الفقه " مجموع القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم

¹ لقد كانت المادة محررة قبل التعديل " في ظل الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 " كما يلي :

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام ، أو الآداب في الجزائر."

² عماد طارق البشري : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي -، الطبعة الأولى ، المكتب الاسلامي ، بدون مكان نشر ، 2005 ، ص 19.

³ عماد طارق البشري : مرجع سابق ، ص ص 101 ، 102.

أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية ، وذلك لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة "

والنظام العام سواء في إطار العلاقات الداخلية ، أم في إطار العلاقات الدولية يرمي إلى تحقيق هدف رئيسي هو حماية النظام القانون الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية التي تحدد الحد الأدنى من المبادئ الوطنية المشتركة ، والتي تختلف من دولة لأخرى، والتي يؤدي تقاطع مجموعة من هذه المبادئ المشكلة للنظام العام في عدة دول إلى بلورة ما يعرف بالنظام العام الدولي .¹

ولكن إذا كان النظام العام الدولي يتسم بالصفة الوطنية فما الذي يميزه عن النظام العام الداخلي؟.

إن النظام العام الداخلي يشكل قيودا على حرية الأطراف وقيودا على إرادتهم وبالتالي يستبعد متى كانت مخالفة له ، في حين أن دور النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص ينحصر باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للمفاهيم والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي، بحيث أن تطبيق هذا القانون يكون متعارضا بشدة مع المفاهيم السائدة في دولة القاضي الناظر في النزاع .

وبالتالي فإن الصفة الوطنية للنظام العام الدولي لا تعني اختلاطه بالنظام العام الداخلي، فكل من النظامين العامين علاقاته التي تحركه والدور الفني الذي يلعبه ، فعلاقات النظام العام الدولي هي العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، وعلاقات النظام العام الداخلي هي العلاقات الداخلية المجردة .

وتفسير أي من النظامين لا يكون من خلال فكرة سمو النظام العام الدولي على الداخلي أو العكس ، بل من خلال تحديد نطاق أثر كل منهما .

¹ **Geneviève Bastid-burdeau** : Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international ، Revue de l' arbitrage ، les Etats dans le contentieux économique international ، Paris ،24 janvier 2003 ، comité français de l'arbitrage ، 2003 ،N° 3 éditions LITEC ، p p 756 ,757.

ويقول الدكتور سامي منصور إن النظرة تختلف إلى النظام العام في التحكيم الدولي عنها في التحكيم الداخلي ، فهو نظام عام دولي في الحالة الأولى ، ونظام عام فقط في الحالة الثانية ، والفرق بين الحالتين ، فإذا كان كل من النظامين العامين الدولي والداخلي هو من إعداد وطني ، ويقوم كل منهما على مخالفة قاعدة أساسية يقوم عليها المجتمع الوطني إلا أن لكل منهما دور ونطاق مختلف .¹

3- فكرة النظام العام عبر الدولي :

اختلف الفقه حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية ، فالبعض يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي والبعض الآخر يشير إليه تحت اسم النظام العام للقانون التجاري الدولي ، والبعض الثالث يبحثه تحت اسم النظام العام الوطني ، والبعض الآخر يبحثه تحت اسم النظام العام عبر الدولي .

وقد تكون النظام العام عبر الدول من خلال الممارسات التحكيمية في العلاقات التجارية عبر دولية ، وذلك من خلال تكريس بعض مفاهيم قانون التجارة الدولية التي تتفق مع حاجيات التجارة الدولية ، والتي نشأت من خلالها قواعد هذا النظام ، وبالتالي فإن أصل هذا النظام كان من صنع المحكمين في ممارساتهم التحكيمية .²

والواقع أن النظام العام الذي يحد من حرية الأطراف باختيار القواعد القانونية على علاقتهم القانونية الدولية هو النظام العام عبر الدولي ، ويقصد بالنظام العام عبر الدول مجموعة القواعد التي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة والتي تشكل قاسما مشتركا بين أكبر عدد من الدول .

وبالتالي فإن النظام العام عبر الدولي قد يحظر تصرفات معينة تكون مشروعة في ضوء القانون المختار .

والأطراف يمكنهم استبعاد تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختار ، شرط ألا يكون هذا الاستبعاد مخالفا للنظام العام الدولي .

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 103 ، 104.

² **Racine Jean Baptiste** : L'arbitrage commercial international et l'ordre public , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , N 03 , 1998 , pp 66,67.

وقد اعتبر جانب من الفقه أن بعض المفاهيم والتعابير الواردة في بعض القرارات التحكيمية كالمبادئ المشتركة بين أغلب الدول ، والأخلاقية والمناقبية والاستقامة في التعامل التجاري الدولي والمبادئ السائدة في الأمم المتحدة ، تشكل برأيهم مضمون وفحوى لما يسمى بالنظام العام عبر الدولي .

إلا أن جانب من الفقه أنكر وجود النظام العام عبر الدولي ، واستندوا في ذلك إلى أن المحكم الدولي غالبا ما يستند إلى ما يمليه عليه ضميره انطلاقا من عدم وجود قانون اختصاصه ، ففي هذه الحالة كل القوانين تعد أجنبية بالنسبة للمحكم الدولي وفي ذات المرتبة من حيث إمكانية تطبيقها ، ما يعني إلزام المحكم بتطبيق قواعد نظام عام بمفهوم القانون الدولي الخاص ، الأمر الذي سيجعله يتصرف كالقاضي في الدولة التي اختار الأطراف قانونها أو المحدد من قبله .

وقالوا أيضا إنه ليس هناك إجماع حول فكرة النظام العام عبر الدولي ثم إن الأنظمة القانونية الداخلية باستطاعتها أن تقدم نفس الحلول ، الأمر الذي يجعل فائدة النظام العام عبر الدولي ووجوده محل شك ودليلهم على ذلك أن بعض القرارات التحكيمية عمدت إلى إبطال العقود لعلّة الرشوة استنادا إلى الأنظمة العامة الداخلية ، قبل الاستناد إلى النظام العام عبر الدولي . أخيرا قالوا بأن فكرة النظام العام عبر الدولي غامضة قالت بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية ، و أنه لا يمكن القول بوجود نظام عام عبر دولي إلا عندما تتلاشى الهوية الفاصلة بين دول العالم المتقدمة ودول العالم المتخلفة.¹

وللرد على من أنكر وجود النظام العام عبر الدولي ، لا يمكن أن نعتمد باستناد المحكم إلى ضميره لما ينطوي عليه من عدم توقع الأطراف ، وهذا ما تحاول تأمينه فكرة النظام العام عبر الدولي .

4-النظام العام المطروح أمام المحكم الدولي :

يلتزم المحكم بمراعاة ثلاث أنواع من النظام العام هي :

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 105 ، 106 .

1/ النظام العام الدولي الحقيقي ، وهو نظام عام عبر دولي يتألف من القواعد المشتركة التي تلقى قبولا من قبل هذه الدول .

وترى الأستاذة الدكتورة حفيظة الحداد " إن استخدام التحكيم للمبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام ، على اعتبار أنها تشكل نظاما عاما تخضع له قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة على نحو يؤدي إلى استبعادها ، إذا رأى المحكم أنها لا تتماشى مع قواعد القانون الدولي ، يعد اتجاها تجريبيا يهدف أساسا إلى تدويل هذه العقود وسلخها عن الإطار القانوني الوطني التي تكون هذه العقود متصلة به على نحو لا يمكن فصلها عنه "

2/ النظام العام المانع في الدول المعنية بالرابطة مباشرة والتي تطلق نوعا من القوانين هي القوانين الحتمية التطبيق¹ .

3/ النظام العام في الدول المعنية بالعلاقة على اعتبار أن هذه الدول تستطيع رفض تنفيذ القرار التحكيمي وكذا إبطاله إذا خالف نظامها العام .

ويرى الفقه الحديث أن احترام قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص المحض ، والتي لا تعد من قواعد النظام العام عبر الدولي أو من قواعد البوليس أو الأمن المدني مقصور على قواعد النظام العام المنتمية لقانون الدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي ، وعلى المحكم تطبيق قواعد النظام العام الدولي الخاص في دولة التنفيذ.

وإذا كانت عقود الدولة تترسخ جذورها في القانون الوطني ، فإن اختيار الأطراف القانون الدولي لا يعمل المحكم إذا كان مخالفا لقواعد النظام العام أو للقوانين الآمرة للدولة المتعاقدة ، ويستبعده المحكم إذا خالف النظام العام الدولي² .

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، 557.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 108 ، 108.

المطلب الثالث

معوقات تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولة

لقد حاولت الشركات الأجنبية التهرب من إخضاع العقد لأحكام القوانين الوطنية ، وذلك من خلال فصل العقد عن القانون الوطني وتحييد دوره لمنع تحكمه في هذه العقود ، فهذا القانون في نظر هذه الشركات الأجنبية لا يتناسب مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي¹.

وعندما تصطدم هذه المحاولات بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الإختصاص بنظر العقد للقانون الوطني فإن السبيل الوحيد لأجل إفراغ القانون المختار من مضمونه هو منح الأطراف بعض السلطات التي تجعل قانون الإرادة لا طائل منه ، وتحول العقد إلى عقد طليق².

وقد اتخذت هذه المحاولات صور مختلفة تمثلت في التجميد الزمني لقانون الإرادة من خلال شرط التثبيت التشريعي "الفرع الأول" ، أو في محاولة إدماج قواعد القانون المختار ، مما يجرده من الصفة الإلزامية ويحوّله إلى مجرد شروط تعاقدية لا يكون لها من القوة إلا ما يمنحها الأطراف إياها "الفرع الثاني" ، وكذا في محاولة إعطاء الصبغة الإحتياطية لقانون الإرادة ، على اعتبار أن العقد يكتفي بما ورد فيه ويأتي القانون المختار إحتياطياً ليتم ما قصر العقد عن تنظيمه " الفرع الثالث" .

الفرع الأول : التجميد الزمني لقانون الإرادة

إن مقتضى شروط الثبات التشريعي لقانون العقد هو تطبيق أحكام هذا القانون القائمة فقط وقت إبرامه واستبعاد سريان التعديلات اللاحقة عليه ، مما يترتب عليه أن يصبح العقد مع أعمال تلك الشروط غير خاضع لأي قانون ، وذلك على الأقل ابتداء من وقت

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 160.

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 198.

حدوث التعديل في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق¹ ، حيث أن اشترط بقاء العقد خاضعا للقانون الذي تم تحديده رغم إلغائه ، مؤداه أن تنزل أحكام قانون العقد منزلة الشروط العقدية ، لأنه ابتداء من تاريخ الإلغاء فقد صفتها القاعدية ولم يعد موجودا ، وهو ما يفيد أن العقد أصبح طليقا بدون قانون يحكمه الأمر الذي يتناقض مع المنطق القانوني السليم ، فالعقد لا يمكن أن يوجد في فراغ بل لا بد من خضوعه لقانون.²

ولعل أعمال هذه الشروط لم يكن سوى وسيلة للإفلات من القانون المختار ليحكم العقد .
الفرع الثاني : اندماج قانون الإرادة في العقد .

أولا : المقصود بالاندماج .

إن مقتضى فكرة الإندماج هو أن تنزل أحكام القانون المختار لحكم العقد منزلة الشروط التعاقدية ، بحيث لا يكون لها إلا قيمة وقوة شروط العقد مما يسمح للمتعاقدين باستبعاد ما يرون استبعاده من قواعد أمره في هذا القانون ، وبعدم الاعتداد بأية تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد وخلال فترة تنفيذه الأمر الذي يترتب عليه إفلات العقد الدولي من حكم القانون.³

ويعد الاندماج ذلك النظام الذي يصبح بموجبه القانون المختار لحكم العقد مجرد شرط تعاقدى لا تكون له إلا قيمة وشروط أو بنود العقد بحيث يكون للمتعاقدين أن يعطوه وصف باقي الشروط ، ويفقد بالتالي صفة كقاعدة نظامية أو كقانون ، فكأن القانون ينصهر في العقد ويصير جزءا منه ولا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف يفرض عليهم بقوة سريانه ، بل يضحى كعمل من عمل الأفراد ، واندماج القانون في العقد وخاصة في حال ما عبروا صراحة عن اختيار قانون دولة معينة ليطبق على العقد ، وتهدف فكرة اندماج القانون في العقد إلى تجريده من سلطانه ، فمع اندماج القانون في العقد

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 183 ، و هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 332 و أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 97.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 183.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق 185 و هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 342.

فإنه لا يأمر ولا يلزم بشيء ولما كان القانون بتعريفه يأمر ويلزم فإنه مع الاندماج لا يصبح القانون قانونا ويكون قانون الإرادة قد صار شيئاً خاصاً بالمتعاقدين ، فلا يستمد سلطة إبطال التعهد أو سلطة تعديله بدون رضائهم ، وتبدو نتيجة الاندماج عندما يكون القانون واجب التطبيق على العقد يقضي ببطلانه ، فاعتبار القانون قد أدمج في العقد يحول دون قدرة هذا القانون على إبطال العقد ، إذ من غير المعقول أن يقرر أحد شروط العقد وهو القانون المدمج بطلان هذا العقد ، فإرادة الأطراف لا يمكن أن تناقض ذاتها والقول بعكس ذلك أي قبول إبطال القانون للعقد المختار من أجل تنظيمه ينطوي على تناقض كبير يتمثل في قبول أن المتعاقدين قد أرادوا أن يبطلوا مسبقاً مضمون إرادتهم¹.

فانصت العقد بأكثر من نظام قانوني يؤدي وفقاً لأنصار النظرية الشخصية إلى إفلات العقد الدولي من دائرة التنازع وبالتالي تحرره من الخضوع لحكم القانون ، وهو ما يخول للمتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقتهم التعاقدية ، استناداً إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يعني في ميدان العقود الدولية ترك الحرية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ، وهذا ما يقود إلى دمج هذا الأخير في العقد الذي اختير له ، حيث يسمح مبدأ سلطان الإرادة للأطراف باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه بإدراجه في المشاركة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية . وهنا لا يطبق القانون المختار بوصفه قانوناً لأنه في حالة اختياره من الأطراف فهو ينصهر في العقد ويصير جزءاً منه ولا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف المتعاقدة يفرض عليهم بقوة سريانه بل يضحى كأنه عمل الأطراف².

ويفترض اندماج القانون المختار في العقد أن تكون إرادة المتعاقدين في اختيار قانون دولة معينة لحكم العقد صريحة ، أو ضمنية ، أما في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور الاندماج ، لأننا نكون في الواقع أمام قانون عينه المشرع أو

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص ص 79 ، 80.

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 227 ، 228.

حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية ، وليس أمام قانون اختاره المتعاقدين بحيث لا تملك الإفلات من أحكامه و إنزالها منزلة الشروط العقدية .¹

ولعل الهدف من هذا النظام هو عدم إمكانية تفسير القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين كقانون وضعي ، بل على اعتبار أنه مجرد شرط تعاقدى مختار من قبل الأطراف لأجل حكم علاقاتهم المتبادلة .²

ثانيا : آثار الاندماج .

1- تفادي بطلان العقد :

إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد يقضي بالبطلان ، فإن إدماج هذا القانون في العقد من شأنه أن يحول دون ذلك ، لأنه لا يعقل أن يرتضي الأطراف ما قد يقرره هذا القانون في شأن إبطال تعاقدهم ، و إلا ترتب على ذلك الوقوع في التناقض ، إذ أن حرية المتعاقدين في اختيار الشروط التعاقدية ستؤدي إلى نقض الهدف الذي تسعى إليه.³

2 - التجميد الزمني لقانون العقد :

يترتب على اندماج قانون الإرادة في العقد نتيجة هامة هي تجميد هذا القانون على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد .

وبالتالي فإن أي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعد جزءا من شروطه التعاقدية حتى ولو اتسمت بعض هذه التعديلات بالصيغة الأمرة ما لم يتفق المتعاقدون على خلاف ذلك .

ويقوم هذا المعنى على اعتبار أن الأطراف قد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزءاً من عقدهم ، واختيارهم قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكور السارية وقت إبرام

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 186 و محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 81 و هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 132 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 229 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق 189 ، 190 وكذا هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص ص 142 .

العقد ، حيث يتعذر بدون نص صريح في العقد إفتراض إنصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه في فترة لاحقة .¹

3 - تجريد قانون العقد من سلطانه :

بعد اندماج قانون الإرادة في العقد ، فإنه لا يطبق عليه بوصفه قانونا ، وإنما باعتبار أن نصوصه قد اندمجت في هذا العقد ، واعتبرت في حكم الشروط التعاقدية ، ومن ثم يكون بإمكان المتعاقدين استبعاد بعض أحكامه الأمرة ، وكذا الاتفاق على أي شروط أخرى في العقد ولو ترتب عليها مخالفة نصوص أمره في القانون الوطني المختار .²

ثالثا : تقييم نظام الاندماج .

إدماج قانون الإرادة في العقد يجعل القانون مجردا من الطابع الملزم لقواعده الأمرة ، وهذا لا يقبل قانونا ، لأن إدماج تلك القواعد لن يغير من طبيعتها القانونية ، وإلا كان معنى ذلك سمو العقد على القانون ، وإرادة المتعاقدين ليست طليقة ولكن مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة .

فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فحسب ، بل هو قبل ذلك واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة ، ولا يرتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به القانون .

ومن جهة أخرى فإن فكرة الإندماج تصطم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة ، حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد و أعمال قانونه ، فإذا كانت تلك القاعدة قد أناطت عملية الإسناد بإرادة الأطراف بتفويضهم تحديد قانون العقد ، فهي لا تفعل غير ذلك ، ولا تمنح إرادة المتعاقدين أي دور في عملية أعمال القانون المختار ، حيث تدخل عملية تطبيق القانون في الاختصاص المانع للقاضي المختص بالفصل في النزاع ، ومن ثم ليس للأطراف حق تنظيم عقدهم دون الإرتكاز على قانون وضعي .³

¹ هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ص 145 ، 146 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 189 .و أنظر : محمود محمد ياقوت : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية -دراسة تحليلية ومقارنة ، مرجع سابق ، ص 25 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 191 ، 192 .

الفرع الثالث : تهميش دور القانون في العقد عند اختياره .

أولا : المقصود بتهميش قانون الإرادة .

يرى البعض أن العقد الدولي إذا كان مفصلا و محبوبا في صياغته القانونية ومحررا بشكل دقيق ، فإنه ينشئ حقوقا وواجبات تلزم الأطراف بلا حاجة إلى قاعدة قانونية ، ويعد العقد بمثابة القانون ، ومنه فإعداد العقد وتحريره أشبه بعملية سن القانون ، والشروط العقدية تمثل في مجملها قانونا خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية ، يحقق الكفاية الذاتية للتعريف بآثار العقد دون اللجوء إلى نظام قانوني آخر ، ولعل هذا يمثل إحدى النتائج الهامة لمبدأ سلطان الإرادة ، وعلى هذا الأساس فإن اعتبار العقد قانون الأطراف ونظرا للكفاية الذاتية للعقد فإن هذا يجعل القاضي أو المحكم لن يخرج من نطاق العقد في حل النزاع دون الحاجة إلى قانون أيا كان إلا على سبيل الإحتياط¹ . وعلى ذلك فإن فكرة تهميش دور القانون في العقد عند اختياره تجعله لا يطبق إلا بصفة احتياطية على أساسين الأول هو عدم ملائمة القانون بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية و الثاني هو مبدأ الكفاية الذاتية .

فبالنسبة للأساس الأول : عدم ملائمة القانون بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية ، فإن وجود جماعة منظمة على نحو كاف و قيام شبكة من العلاقات و الروابط بالإضافة إلى وجود سلطة مؤهلة تمارس عملية لتنظيم يمكن أن يؤدي إلى خلق مجموعة من القواعد النظامية التي تحكم نشاط و علاقات تلك الجماعة وهذا ما يتحقق في المعاملات الاقتصادية و التجارية التي تتعامل على المستوى الدولي حيث ظهرت العديد من القواعد الموضوعية التي أغنت إلى حد ما عن اللجوء إلى قانون الدولة و خلعت على القوانين الوطنية الصفة الاحتياطية .

و أما الأساس الثاني و الذي يقوم على مبدأ الكفاية الذاتية :

فيرى أن انتشار العقود النمطية أو النموذجية Standard contracts ، و الشروط العامة * General conditions قد قلص دور القانون في العقد و جعله ذو طبيعة

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 237 ، 238.

* في معرض التمييز بين العقود النموذجية والشروط العامة فإن العقد النموذجي يمثل نمودجا لمشروع عقد يتضمن كافة المسائل ، أما الشروط العامة فتكتفي بطرق تنفيذ مثل هذا العقد وتكون هذه الشروط ملزمة للمتعاقدين عندما=

احتياطية ، و لا يتم اللجوء إليه إلا إذا عجزت شروط العقد عن تقديم الحل المرغوب فيه ، أي عندما لا تتحقق الكفاية الذاتية لشروط العقد الدولي ، و لا خلاف في تقرير الأطراف صراحة في عقدهم بان القانون الذي يختارونه لا يطبق إلا بصفة احتياطية و ذلك عندما ينضب العقد و بنوده عن تقديم الحل للنزاع المثار يبرهن على تكريسهم لفكرة الدور الاحتياطي للقانون واجب التطبيق إلا أن الباحث يتساءل ما هو القانون واجب التطبيق في هذه الحالة إذا تم تهميش القانون الوطني إذن لا بد أن يحكم العقد قانون يمكن الرجوع إليه لتنظيم شؤونه و تسوية منازعاته فالقواعد مهما عظمت درجة فعاليتها فلن تغني أبدا عن وجود قانون حاكم للعقد.¹

حيث أن مؤدى فكرة الدور الإحتياطي لقانون الإرادة يجعل من الشروط العقدية التي تشير إلى القانون الذي ينظم هذه العقود يطبق فقط حال ما اعترى العقد المفصل شيء من النقص ، ولا يطبق هذا القانون إلا بصفة احتياطية ، حيث أن عقود الدولة تنشئ قانونا للمتعاقدین يشكل نظاما قانونيا شاملا ، ويعتبر القانون المشار إليه مجرد عامل استقرار ، وكل هذا من أجل تحقيق الكفاية الذاتية لتنظيم هذه العقود على اعتبار عدم ملاءمة القانون الوطني ليحكمها.²

وبناء على هذا الطرح فإن تحقيق الكفاية الذاتية لهذه العقود من خلال نصوصها التفصيلية التي تكفي لتسوية كل نزاع قد يثور ، يكرس الدور الإحتياطي لقانون الإرادة عند عجز بنود العقد عن حل الخلاف.³

=يثبت علمها بها ويقبل القضاء بسهولة إثبات هذا العلم ومن المعروف أن الطرف القوي هو الذي يملي هذه الشروط واختيار العقود وقد تنبه المشرع الفرنسي لذلك حيث أصدر قانون سنة 1978 لحماية المستهلكين من فرض أية شروط تعسفية ، فالشروط العامة ليست عقدا متكاملًا و إنما مجموعة أحكام يستعين بها المتعاقدون ويدرجونها ضمن عقودهم التي يستكملونها بعد ذلك بالشروط الخاصة التي يتفقون عليها أما العقود النموذجية فهي وثائق مطبوعة يمكن استخدامها على أنه العقد ذاته بعد بيان أسماء الأطراف وتفاصيل العقد أنظر في ذلك : طالب حسن موسى : قانون التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005 ، ص 80.

¹ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص ص 80 ، 81.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 196 ، 197.

³ و نلمس تكريس الأطراف لفكرة إحتياطية القانون المختار في العقد المبرم بين حكومة الإمارات العربية المتحدة و إحدى الشركات الأجنبية ، حيث تم النص على أن : "تتخذ هذه الاتفاقية ويتم تطبيقها وتفسيرها وفقا لبنودها ، ثم وفقا =

ثانيا : تقييم فكرة الدور الإحتياطي لقانون الإرادة .

إن سمو الإرادة الفردية على القواعد القانونية المجردة المنظمة للظواهر الإجتماعية والاقتصادية أمر لا يقبله المنطق القانوني ، ويؤدي إلى خلق نظام قانوني جديد تمثله إرادة الأطراف يستقل عن القانون ذلك أن الإرادة لا يمكنها أن ترتب آثارا قانونية في معزل عن القانون ، ناهيك على أن مبدأ سلطان الإرادة وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذين يؤسس عليهم أنصار الكفاية الذاتية لا ينشأ في فراغ بل لا بد لها من نظام قانوني تستمد منه قوتها الإلزامية ، وهو ما جعل البعض يصف مبدأ الكفاية الذاتية بأنه نظرية الفراغ " Vacuum theory " ، فهذا المبدأ ينطوي على مغالطة قانونية حيث ورد في تحكيم "Aramco" أنه : " لا يمكن للعقد أن يوجد في فراغ " .¹

كما أنه يستحيل عمليا توفير عقد مفصل لحد أنه يغطي كل الإحتمالات الممكنة للخلافات التي يمكن أن تثور في المستقبل² ، علاوة على أنه لم يتم من خلال الممارسات التحكيمية الفصل من خلال الإحتكام إلى العقد وحده ، وبهذا هناك استحالة عملية وقانونية لتحقيق الكفاية الذاتية للشروط التعاقدية .³

=للقانون الفيدرالي للإمارات العربية المتحدة ، ثم وفقا للمبادئ المعترف بها عموما لقانون التجارة الدولية "أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 198 ، 199 .

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 244 ، 245 .

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 341 .

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 201 .

المبحث الثاني

مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة

غياب قانون الإرادة

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من المسائل الخلافية بين الأطراف المتعاقدة ، والتي قد تفضي عند تعثرها إلى الفشل في إبرام العقد ، مما يجعل الأطراف أحيانا تتعمد عدم التطرق لها خاصة وقد تم الاتفاق بشأن الشروط الجوهرية في العقد والمتعلقة أساسا بالمسائل الفنية والمالية ، أو تغفل عنها نتيجة إهمال أو عدم دراية من المفاوضين ، وحين نكون أمام الفرض الذي لا يوجد فيه أي اتفاق بين الأطراف حول هذا الشأن تطفو على السطح مشاكل تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ، فيأتي دور المحكم ليحاول تجاوز المشاكل الناجمة عن إغفال تحديد القانون الواجب على العقد .¹

وفي هذه الحال يطرح الإشكال حول مدى حرية المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد وما إذا كان يتعين عليهم الاستعانة في ذلك بقواعد تنازع معينة أو أن لهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون ؟.

بالنظر إلى الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية والتشريعات الوطنية يمكننا أن نميز بين اتجاهين :

إتجاه يلزم المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع ، والآخر يمنحهم سلطة التحديد المباشر لهذا القانون ، كما أن دراسة أحكام التحكيم توضح تنوع الطرق المستخدمة من المحكمين في هذا الصدد.² وهذا ما نريد أن نوضحه من خلال إيضاح "دور المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقيد " في مطلب أول ، على أن نتناول في مطلب ثان "الطرق المستخدمة بواسطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق"، والتي سنحاول أن نوجز عنها الكلام من خلال المبادئ

¹ عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 515 ، 516.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 578.

العامة للقانون الدولي الخاص ممثلة في مناهج الإسناد المعروفة ، والتي تعين المحكم على القيام بمهمة تحديد قانون العقد حال غياب الإتفاق الصريح أو الضمني على قانون معين ، وذلك عبر المطلب الثالث الذي نوضح فيه "دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد".

المطلب الأول

دور المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد .

يتراوح موقف الفقه والتحكيم بشأن حرية المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين من يرى " التزام المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع " فرع أول ، وبين من يتجه نحو إطلاق "حرية المحكمين في التحديد المباشر لهذا القانون " فرع ثان .

الفرع الأول : التزام المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع. إن السؤال المطروح في هذا المقام هو: ماهي قواعد تنازع القوانين التي يمكن للمحكم اللجوء إليها ؟.

لقد اختلف الفقه بشأن مسألة قواعد التنازع التي يمكن للمحكم اللجوء إليها ، فذهب البعض إلى أن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ، إلا أن هذا الحل سيجعل المحكم يدور في حلقة مفرغة ، حيث أن أعمال هذا الاتجاه يقتضي من المحكم أن يحدد مقدما القضاء المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين ، ولكن ما هي قواعد تنازع القوانين التي ستحدد هذا القضاء المختص ؟.¹

ولعدم صلاحية الاتجاه الأول ظهر اتجاه يمكن المحكم من اللجوء إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته ، وذلك بحجة أن

¹ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 359.

هذا النظام يكون المحكم أكثر إماما به من غيره ، كما أنه يعد النظام المختار ضمنا من قبل الأطراف ، حيث أن اختيار الأطراف لمحكم معين يدل بطريقة غير مباشرة على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار .

غير أن هذا الحل يمكن أن نوجه إليه العديد من الانتقادات منها أن هذا الحل قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة لموضوع النزاع كما أن المحكم قد لا يكون مختارا من قبل الأطراف ، فقد يتم اختياره بواسطة الغير أو بواسطة الهيئة التحكيمية ، كما هو الحال في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم ، علاوة على أن هذا الحل يتعذر الأخذ به عندما تتشكل محكمة التحكيم من أكثر من محكم وتختلف جنسيتهم أو محل إقامتهم .¹

فاتجه البعض* إلى القول بأن المحكم يمكنه اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدولة التي يحمل الأطراف جنسيتها أو التي يوجد بها موطنهم المشترك ، بيد أن هذا الحل لا يمكن تجسيده في مجال العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي فأطراف العلاقة التعاقدية لا يجمعهم موطن مشترك ولا جنسية مشتركة أو حتى تتمكن من إعمال قواعد تنازع القوانين في دولة الموطن أو الجنسية المشتركة .²

الفرع الثاني : حرية المحكمين في التحديد المباشر لهذا القانون .

لقد كرس جل القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية بتدعيم من الفقه والقضاء الدوليين سلطة المحكمين في التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين .

حيث نصت المادة 01/1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه : " يفصل المحكم في النزاع في حالة غياب القواعد المختارة من قبل الأطراف وفقا لقواعد القانون التي يقدر أنها ملائمة "وكما هو واضح من النص أعطى المشرع الفرنسي

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 578.

* حيث أن من بين من قال بهذ الحل الأستاذ Lalive أنظر في ذلك : كولا محمد : مرجع سابق ، ص 218.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : مرجع سابق ، ص 359.

للمحكم سلطة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين¹. وقد تبنى المشرع الجزائري نفس الاتجاه من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري* فقد نصت المادة 1050 منه على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة . * * .

وكما هو واضح من النص لقد أعطى المشرع الجزائري للمحكّمين الحق في أن يحدّوا مباشرة القانون واجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين ، كما أنه لم يقيد من سلطة المحكّمين بالقيود الواردة في القانون السويسري والمصري الذي يفرض على المحكّمين الفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع ، بالإضافة إلى أنه يلاحظ أن المشرع قد استخدم تعبير " قواعد القانون والأعراف " بدلا من تعبير " القانون " وبالتالي يمكن القول بأن المحكم ليس ملزما بتطبيق قانون وطني معين *** .

¹ كولا محمد : مرجع سابق ، ص 213.

* الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

** حيث أن نص المادة 458 مكرر 14 الملغى والذي كان ساريا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى معه أحكام المرسوم التشريعي 09/93 كان ينص على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع في حالة غياب القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف طبقا لقواعد القانون والعادات التي تقدر أنها ملائمة " .

*** حيث نجد أن المادة 3/39 من القانون المصري للتحكيم لسنة 1997 تنص على أنه: " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع "ومن الجدير بالملاحظة أن هذا النص يتميز عن سابقه أنه استخدم تعبير " القانون " بدلا من تعبير " قواعد القانون" مما يدل على أن سلطة المحكّمين تقتصر على تطبيق قانون وطني معين .أنظر في ذلك : كولا محمد : مرجع سابق ، ص 214.

ويمكن أن نذكر أيضا القانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص حيث نصت المادة 01/187 منه على أن: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي ترتبط بالقضية بصلوات أكثر وثاقة ، وذلك في حالة غياب القواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف " . أنظر في ذلك : سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 585.

المطلب الثاني

الطرق المستخدمة بواسطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق

الفرع الأول : التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق .

وفقا لهذه الطريقة يحدد المحكم مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع ، دون أن يبحث عن قاعدة تنازع القوانين التي يتحدد بمقتضاها هذا القانون ، وعلى سبيل المثال يقوم المحكم بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية ويطبق القانون الأكثر صلة بالعقد من غيره أي القانون المناسب للعقد. وبعبارة أخرى فإن المحكم لا يهتم بالاستناد إلى نظام تنازع قوانين معين و إنما يقرر مباشرة خضوع العقد لقانون هذه الدولة أو تلك آخذا في الاعتبار طبيعة العقد والظروف المحيطة به .

ومن أحكام التحكيم التي اتبعت هذا المسلك يمكن أن نذكر الحكم الصادر في القضية رقم 1717 سنة 1972 ففي هذه القضية قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني وذلك باعتباره النظام القانوني الأكثر صلة بالعقد ، حيث أن العقد كان قد أبرم في طهران والبضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها في طهران وهكذا فإن المحكم قد حدد مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد دون أن يلجأ إلى نظام وطني لتنازع القوانين. ومن أحكام التحكيم المعبرة في هذا الخصوص الحكم الصادر في القضية رقم 3880 سنة 1983 ففي هذه القضية قررت محكمة التحكيم والتي اتخذت مدينة بال Bal بسويسرا مقرا لها تطبيق القانون البلجيكي وأوضحت أنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون الدولي الخاص واجبة الاتباع لتعيين القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع بل يكفي إثبات أن كل عناصر العقد : مقر كل من البائع والمشتري ، ومكان تنفيذ العقد وكذلك مكان إبرامه تقع في بلجيكا.¹

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 587-589.

الفرع الثاني : التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع

أمام عدم سلامة المعايير السابقة كضوابط إسناد لاختيار قواعد التنازع المطبقة على النزاع ذهب رأي آخر إلى القول بهذا الاتجاه ، وذلك لأجل استخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع مع استبعاد أي قاعدة تنازع لنظام قانوني وطني أو غير وطني ، وقد تبنى هذا المعيار قضاء التحكيم وجانب من الفقه ، ولعل هذا المعيار يؤدي إلى تخلص هيئة التحكيم من مكنة التحيز لضابط معين ، مادامت النتيجة واحدة .¹

ويقوم المحكم من خلال هذا المعيار بفحص قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح أمامه فإذا ما أجمعت هذه القواعد على قانون داخلي معين فإنه يقرر تطبيق هذا القانون .

وتحقق هذه الطريقة ميزة مزدوجة ، فمن ناحية تؤدي إلى تطبيق قانون معترف باختصاصه دولياً ، حتى وإن كان هذا الإقرار محدوداً من الناحية الجغرافية ، ومن ناحية أخرى فإنها تؤدي إلى إلقاء كل من الطرفين عند حكم لا يمكن أن يوصف بالتحكم arbitraire فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع ، ومن ثم يمكن القول بأن الأخذ بهذه الطريقة يلبي الرغبة المشروعة للأطراف أو بمعنى آخر لا يخل بتوقعات الأطراف ، وذلك لأنه عندما تلتقي قواعد تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المرتبطة بالعقد موضوع النزاع عند تطبيق قانون واحد ، فمن غير الممكن أن يدعي الأطراف بأن المحكم قد أخل بتوقعاتهم بتطبيقه لهذا القانون .²

ولكن على الرغم من هذا إلا أن هذا الرأي لم يكن محل ترحيب من الفقه والقضاء التحكيمي ، فذهب غالب الفقه إلى مبادئ القانون الدولي الخاص .

الفرع الثالث : اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص .

إن الاتجاه نحو تطبيق قواعد تنازع القوانين لأحد أطراف العقد ، أو لقانون مكان التحكيم ، باعتباره الأوثق صلة بالعقد ، قد واجهته انتقادات جمة ، كصعوبة تحديد مقر التحكيم خصوصاً عندما يعقد جلساته في أكثر من دولة ، كما أن اختيار التحكيم لدى

¹ كولا محمد : مرجع سابق ، ص 219.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 589.

الهيئات التحكيمية المتخصصة لم يكن إطلاقاً المقصود منه هو تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي يوجد به مقر هذه الهيئات التحكيمية .¹

وهذا ما جعل الفقه يتجه إلى أن المحكم لا يلجأ المحكم في بحثه عن القانون واجب التطبيق على العقد إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين (كقواعد تنازع القوانين لدولة مقر التحكيم أو لدولة ترتبط بالنزاع) ، ولكنه يلجأ إلى قاعدة تنازع القوانين التي تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية .²

وبعبارة أخرى قاعدة تنازع القوانين المعترف بها من قبل أنظمة القانون الدولي الخاص في مختلف بلدان العالم .

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بهذه الطريقة الحكم الصادر في القضية رقم 1512 لسنة 1971 ففي هذا الحكم أكدت محكمة التحكيم أن "مختلف أنظمة القانون الدولي الخاص التي يمكن تطبيقها تؤدي - في هذه القضية - إلى نفس النتيجة ، حيث يوجد اتفاق بشأن مسألة القانون واجب التطبيق على العقود بين مختلف الأنظمة الرئيسية لتنازع القوانين في العالم .ففي مسائل العقود من الممكن الحديث عن قانون دولي خاص مشترك أو عالمي .على الأقل عندما يتعلق الأمر بمعرفة القانون الذي يحكم العقد في حالة الاختيار الصريح من جانب الأطراف .³

فالحل الأنسب عندما تتباين القوانين الدولية الخاصة في حلولها ، يكمن في إعمال المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص كما تم استخلاصها من الدراسات المقارنة ، حيث يعد مبدأ "قانون الإرادة" من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص والذي مفاده أن القانون الذي يحكم العقد هو ذلك المختار بواسطة الأطراف ، صراحة أو ضمناً.⁴

¹ كولا محمد : مرجع سابق ، ص 217.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 595.

³ سراج حسين أبو زيد : المرجع السابق ، ص 596.

⁴ وفاء مزيد فلهوط : مرجع سابق ، ص 830.

المطلب الثالث

دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب

التطبيق على العقد

عند غياب التحديد الصريح ولا حتى الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد فإن على المحكم أو القاضي في بحثه عن القانون الواجب التطبيق على العقد اللجوء إلى تركيز الرابطة_العقدية بإسنادها إلى القانون الأوثق صلة بها ، والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية .

وقد نصت المادة 01/4 من إتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه : " في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقا ."¹

لقد ارتبطت قواعد الإسناد بعلم تنازع القوانين بصلة وثيقة إلى حد أن استعمل الاصطلاحين كمترادفين ، إذ يستعمل الفقه قواعد تنازع القوانين للإشارة إلى قواعد الإسناد_ولعل وظيفتها الأساسية تتمثل في الإشارة إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي .²

إن ما يميز مناهج الإسناد هو أنها قد تؤدي إلى عدم توقع الأحكام ، وكذا تفتقر إلى الأمان القانوني في أهم مجالات العلاقات الدولية الخاصة ، وفي عقود الدولة ، حيث أن إعمال قواعد الإسناد سيؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية لا تتفق أحيانا مع طبيعة المراكز القانونية للأطراف ، ولعل مرد ذلك أن قاعدة التنازع حيادية تكفي بتحديد القانون الواجب التطبيق سواء كان قانونا وطنيا أو دون ذلك ، من غير التطرق لمضمون الفكرة المسندة و محتواها .

إن قاعدة التنازع تقوم بدور أشبه بدور محول المكالمات الهاتفية من خط لآخر ، وعلى حد تعبير الفقيه الأمريكي "كيفرز" فإن مناهج الإسناد هي مجرد عقل إلكتروني يقوم

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 253 ، 254.

² إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول "تنازع القوانين" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 ، ص 37.

بتوزيع الخطابات المرسلة في أحد مكاتب البريد المتطورة ، على حسب رقمها دون أن يحاول معرفة المرسل إليه بشكل دقيق.¹

الفرع الأول : منهج الإسناد الجامد .

يمكن وصف هذا المنهج بالمنهج التشريعي ، لأنه منهج يقوم فيه المشرع نفسه بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة ، من خلال إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ، ولا مجال للاجتهاد بشأنها ، ما عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وإعماله على نحو سليم.²

ولعل هذا المنهج يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد ، مثل قانون الجنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون دولة إبرام العقد أو دولة التنفيذ ، حيث يلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بأن يطبق الضابط الذي حدده له المشرع وعلى سبيل التدرج الذي أورده هذا المشرع .

وهذا ما يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا ، مما يحقق لهم الأمان القانوني الذي يسعون إلى تحقيقه ، ويحفظ توقعاتهم المشروعة .³ ولكن ما يؤخذ على هذا المنهج هو تجاهل الطبيعة الخاصة لكل عقد ، فهو يأخذ بقاعدة إسناد عامة ولا تعبر في كثير من الأحيان عن مركز الثقل في العقد ، مما يجعل جانبا من الفقه يعتبره منهجا اعتباطيا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة .

ويعد هذا المنهج غير صالح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة التي لا يمكن إدراجها تحت طائفة من العقود المسماة ، حيث تتنوع أشكالها ونماذجها .⁴ ولعل هذا المنهج يشكل عقبة أمام تطوير الحلول والمستجدات الحادثة في عصر التكنولوجيا ، ومن ثم لا يصلح لأن يكون منهجا يتلاءم مع طبيعة عقود الدولة .

¹ زروتي الطيب : مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 35 ، رقم 01 ، 1997 ، ص 81.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 255.

³ هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 557 وما يليها .

⁴ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 257.

لكن المشرع الجزائري على الرغم من جمود هذا المنهج إلا أنه قد أخذ به من خلال نص المادة 18 من ق م ج خاصة عقب تعديلها* ، كما أن قرارات المجلس الأعلى سابقا اتجهت إلى تكريسها .

حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري ما يلي : "من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله مما يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن أبرم العقد مع الشركة الأجنبية في بلدها ، قضاة الموضوع بتطبيقهم قانون مكان العقد طبقوا صحيح القانون .¹ تتمثل وقائع القضية في أن شركة جزائرية أبرمت عقدا مع شركة بلجيكية في بلجيكا ، ثار نزاع بين الشركتين فأصدرت المحاكم البلجيكية قرارا لصالح الشركة البلجيكية فرفعت الشركة البلجيكية دعوى أمر بالتنفيذ أمام المحاكم الجزائرية ، عندها ادعت الشركة الجزائرية بأن المحكمة البلجيكية لم تطبق صحيح القانون ، لأنه كان عليها أن تطبق القانون الجزائري فكان جواب المجلس الأعلى الجزائري بأنه وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري ، فإن الالتزامات التعاقدية تخضع لمكان إبرامها .²

الفرع الثاني : منهج الإسناد المرن " نظرية باتيفول " نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية .

يتميز هذا المنهج على خلاف سابقه بنوع من المرونة في الإسناد ، وذلك حسب مقتضيات التعاقد ويختلف على إختلاف نوع العقد ، حيث يقوم القاضي بالبحث في كل

* حيث صار النص كالتالي : " 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 ."

¹ أنظر قرار المجلس الأعلى رقم 48855 المؤرخ في 10/04/1988، م ق 1992 ، عدد 03 ص 80 . أنظر :

حمدي باشا عمر : القضاء المدني ، دار هوميه ، الجزائر ، 2003 ، ص 19.

² عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص ص 327 ، 328 .

حالة على حدة عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية ، والذي يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية ، والتي تستنتج من خلال ظروف العقد وملابساته.¹ فالقانون المناسب هو ذلك النظام القانوني الذي أشار إليه العقد فعلا ، وعلى هذا النحو فإن هذا الاتجاه في الإسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لملايسات التعاقد وظروفه ، والذي قاده الأستاذ الفرنسي "باتيفول" متأثرا في ذلك بالقضاء الانجليزي ، كما كرسه القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا ، وقد أراد التوصل إلى إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد على حسب كل حالة .²

وقد تم إسناد العقد إلى القانون الخاص بالعقد *the proper law of contract* والذي يحدده القاضي بناء على ظروف العقد ووقائعه المادية .

وواصل القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما الاتجاهات القضائية التي أسندت العقود للقانون الأوثق صلة بها في ضوء ظروف وملابسات التعاقد ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 يوليو 1959 أنه : " إذا لم يقر المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة ، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته ."³

ولعل الأخذ بهذا المنهج في تحدي القانون الواجب التطبيق من شأنه أن يحقق العدالة إلى حد ما ، على أنه يؤخذ عليه افتقاده لعنصري اليقين والمعرفة المسبقة ، وهو ما سيؤدي حتما إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ، حيث يتعسر عليهم مسبقا معرفة القانون الواجب التطبيق لأن الأمر يختلف من حالة لأخرى .

الفرع الثالث : منهج الأداء المميز .

يقول الدكتور هشام صادق " إن نظرية الأداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحث للروابط العقدية ، تحتل مركزا وسطا بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ ، والسابق الإشارة إليه ، وهو إسناد يتميز

¹ هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص ص 564 ، 565.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 257.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 312.

بالوضوح ويصون للمتعاقدين توقعاتهم من البداية و إن عابه كما رأينا أنه يفتقد للمرونة التي يتطلبها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة ، وبين نظرية التركيز الموضوعي للأستاذ باتيفول والتي و إن حققت المرونة في الإسناد في كل حالة على حدة وفقا لظروف التعاقد وملابساته ، إلا أنها قد أضحت على هذا النحو باعتبار الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديه ، نظرا لأن هذا التحديد لن يتم والحال هذه إلا بمعرفة القاضي عند نظر النزاع وفي ضوء ملابسات التعاقد في كل حالة ، أي في مرحلة متأخرة يتعذر على المتعاقدين قبلها أن يتعرفوا على القانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية سواء عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه .¹

يعد إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الأداء المميز من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ، وأول ما ظهر في الفقه والقضاء السويسري ، و سرعان ما تأثرت به الاتفاقيات والتشريعات المختلفة . ويرى أنصار نظرية الأداء المميز أنه عند تخلف الاختيار الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد ، فإنه يمكن وضع قاعدة إسناد مسبقة خاصة بكل عقد على حدى ، أو بكل طائفة من العقود التي تتشابه في طبيعتها الذاتية ، وتوحدت وظيفتها الاقتصادية التي تؤديها في وسط معين ، ويتحقق ذلك إذا تم التحويل على العناصر الموضوعية الخاصة للعلاقة التعاقدية .²

وتقوم فكرة الأداء المميز على تفريد معاملة العقود ، و تحديد القانون الواجب التطبيق على حسب قيمة وأهمية الأداء ووزنه أو الإلتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه حيث ينفرد كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه مما يترتب عليه إختلاف القانون الواجب التطبيق على حسب العقد ونوعه .

بمعنى أنه عند غياب الإرادة يستوجب على القاضي أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية على ضوء طبيعتها الذاتية ، والتي يمكن أن نحدد من خلالها منذ البداية الأداء المميز فيها ، أي الإلتزام الجوهري الذي يفرضه العقد ، حيث يتم إسناد العقد في

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 261 .

² الروبي محمد : مرجع سابق ، ص ص 291 ، 292 .

مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي ، والذي يعد مركزا للعقد في مجموعته.

وقد افترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ للأداء 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 : " وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص ، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط العقد بأوثق صلة إقليمية ، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أدائه مميزا في العقد محل النزاع ."¹

ويرجع ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز - وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الأداء - إلى وضوح معيار هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به ، بدلا من الاعتداد بمحل التنفيذ الفعلي والذي قد يكون مجهولا عند التعاقد ، فضلا على أن الراجح هو أن يتم التنفيذ الفعلي للإلتزام الرئيسي في العقد في محل إقامة المدين بهذا الأداء ، وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال .²

وقد تبنت نظرية الأداء المميز اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، والتي أضحت القانون الأوربي للإلتزامات التعاقدية وذلك في المادة الرابعة منها التي تنص على أنه : " عند إنعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا ، ويفترض 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 شخصا اعتباريا ."³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 258 ، 259.

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص ص 589 ، 590.

³ الروبي محمد : مرجع سابق ، ص 299.

كما قننتها العديد من التشريعات الوطنية¹ والتي تؤكد على أن وقت تقدير الأداء المميز هو وقت إبرام العقد عادة ، وتصور الأطراف له في ذلك الوقت ، ولا يلزم التنفيذ المادي أو الفعلي للأداء ، الأمر الذي سيحقق للمتعاقدين الأمان القانوني من خلال حفظ توقعاتهم .²

ومن خلال تطبيق نظرية الأداء المميز على بعض عقود الدولة نجد أن إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 18 ديسمبر عام 1985 بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية ، والمتعلق بإنشاء خط سكة حديدية و أمام غياب بند القانون الواجب التطبيق ، قررت تطبيق القانون الجزائري على العقد ، حيث أن العقد يتمركز في القانون الجزائري ، فقد أبرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها .³

¹ منها القانون الدولي الخاص السويسري حيث نصت المادة 117 منه على أنه :"- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا .

وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز .."

وكذا المشرع الألماني حين نص في المادة 28 من القانون الدولي الخاص على أنه :"- عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية .

- 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 ."

وكذا القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978 في المادتين 36 و 37 منه ، وكذا القانون الروسي لعام 2001 في المواد 1211 وما بعدها ، والقانون الإيطالي في المادة 57 التي أحالت إلى اتفاقية روما.

أنظر في ذلك : **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 260-261. و **الروبي محمد** : مرجع سابق ، ص 300-302.

² **الروبي محمد** : مرجع سابق ، ص 300.

³ **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 273.

الفصل الثاني

الخلافا الفقى حول تحديد القانون واجب التطبيق

على عقود الدولة حال إنعدام اختيار الأطراف

إذا كان المبدأ أن الإرادة هي السلطان ، وباعتبارها تنشأ العقد فهي لا تصلح مجردة لتبرير أعمال فوقية تمثل قانونا يحكم العقد ، صحيح أن التراضي ينشئ العقد ويرتب آثاره في حق عاقيه ، إلا أن إرادة الأطراف لا تقوى على الإحاطة بكافة الآثار الناجمة عن أعمال العقد وإتباع آثاره خصوصا عند نشأة النزاع بشأنه ، فالعقد لا بد و أن يخضع لقانون هو سند نشأة العقد و أداة تفسير وتحديد آثاره .¹

نحاول في هذا الفصل أن نعرض الخلافا الفقى بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الدولة في حالة غياب أي اتفاق صريح أو ضمني على تطبيق قواعد قانونية معينة² ، وجدير بالملاحظة أن كل اتجاه حاول من جانبه أن يحدد الحل الأمثل في هذا المضمار مدعما وجهة نظره بالعديد من الحجج والأسانيد .

وقد تباينت هذه الآراء الفقهية بين من يحاول توطين العقد بإسكانه في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، على الرغم من تباين المبررات والأسس لهذا التوطين ، وهذا ما نحاول التعرض له من خلال المبحث الأول "تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و أسسه" ، وبين من يسعى إلى إقتلاع العقد من سيطرة هذا القانون بأشكال وصور متعددة تتباين من اتجاه لآخر نحاول عرضها وعرض مبرراتها التي و إن كانت أحيانا لا تستند لأسس قانونية ، بل تؤسس موقفها بناء على مبررات سياسية و إيديولوجية ، تدفعها لذلك مصالح إقتصادية ليس إلا ، وهذا ما نلمسه عند الحديث عن "تحرير عقود الدولة من الخضوع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة" في المبحث الثاني .

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 31.

² يؤكد الأستاذ علي بن شنب أنه من بين 25 عقدا تفحصها 05 فقط منها لا تشير إلى القانون الواجب التطبيق. أنظر في ذلك :

المبحث الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و أسسه

لقد كان تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة أحد الحلول التقليدية التي تجد أساسها في العديد من الحجج التي تبرر تطبيق هذا القانون ، على الرغم من تواجد الدولة كطرف في هذه العلاقة التعاقدية .

فيؤكد بعض من الفقه على أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الطبيعي واجب التطبيق على عقود الدولة التي تبرمها مع الأجانب ، وذلك إستنادا إلى تكييفها كعقود إدارية أو مبررين قولهم بفكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها الوطني ، وهذا نبرزه من خلال المطلب الأول الذي نحاول فيه تحديد أثر الطبيعة الإدارية لهذه العقود على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، من خلال **المطلب الأول .**

في حين أسس منهم تطبيق هذا القانون استنادا على نصوص القوانين الوطنية ونتيجة لتطبيق نظرية التركيز واستنادا على المعاهدات الدولية "المطلب الثاني" ، بينما وجد البعض في تأكيد المحكمة الدائمة للعدل الدولي -إستنادا إلى فكرة السيادة في قضية القروض الصربية والبرازيلية - حلا لهذا التطبيق حيث تؤكد المحكمة أنه : "لما كان الطرف المقترض في عقود القرض دولة ذات سيادة ، فلا يمكن إفتراض أن الالتزامات التي قبلتها و التي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"¹ وهذا ما نتحرى جديته في **المطلب الثالث** ، على أن جانب من الفقه رأى أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة سيكون بناء على وجود قرينة مفترضة لصالح تطبيق هذا القانون "المطلب الرابع" ، بينما اتجه فريق من الفقه إلى فكرة أن تطبيق القانون

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 209 و عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص ص 116،117. و وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 779.

الوطني للدولة المتعاقدة هو نتيجة لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي "المطلب الخامس".

المطلب الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية

هناك من يرى أن العقود التي تبرمها الدولة مع أحد الأشخاص الأجنبية تعد من عقود القانون العام ، وفي حالة عدم الاتفاق على كيفية تسوية المنازعات التي تنشأ عنها تطبق القواعد العامة التي تتفق مع طبيعة هذه العقود ، كما يمكن تعديل هذه العقود وفقا للمصالح التي يستلزمها سير المرفق العام للدولة الطرف .¹

ذلك أنه عادة ما تبرم عقود الدولة بين دولة نامية أو أحد أشخاص القانون العام فيها وطرف خاص أجنبي ، فضلا عن أن موضوع هذه العقود قد يتمثل في إنشاء عقارات أو تشييد مشروعات البنية الأساسية أو التنقيب عن البترول أو نقل التكنولوجيا أو تحقيق استثمار ما بهدف تنفيذ خطط التنمية وتحقيق الصالح العام ، كل هذا دفع فقه القانون الإداري إلى الاهتمام بهذه العقود وطرح عدة تساؤلات بشأنها ولعل السؤال الذي يثور في هذا الخصوص هو : هل يوجد عقد إداري دولي ؟ ومن ثم هل يمكن اعتبار عقد الدولة عقدا إداريا ؟²

إذا كان القانون الإداري يسعى إلى جذب العقد الإداري الدولي إلى دائرة القانون العام فإن مقتضيات التجارة الدولية على الصعيد الآخر ، والتي تظهر دائما عندما يتضمن العقد أشخاصا أجنبية واستثمارات أجنبية تسعى إلى تدويل العقد وخصصته كي يتلاءم مع مصالح الأشخاص الخاصة المتعاقدة مع الدولة .

وليس من شك أنه بجانب العقود الدولية التي تخضع للقانون الخاص نجد العقود المبرمة بين الدول التي تتمتع بالشخصية القانونية على الساحة الدولية التي تخضع للقانون

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 209 ، 210.

² أحمد حسان حافظ مطاوع : مرجع سابق ، ص 106. عمرو طه بدوي محمد علي : مرجع سابق ، ص ص 484 ، 485.

الدولي العام ، وهي بهذه المثابة أحد أهم فروعها وهي فكرة المعاهدات والتي تعد نوعا من التصرفات القانونية التي تصدرها الدول بتوافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين على الساحة الدولية .¹

الفرع الأول : تكييف عقود الدولة كعقود إدارية .

يقصد بتكييف العقد بصفة عامة رد العقد إلى إحدى الطوائف التعاقدية المعروفة لكي تطبق عليه أحكامه ، ولكن في نفس الوقت فإن التكييف السليم للعقد يقتضي عدم الاقتصار على الرد العام إلى إحدى الطوائف التعاقدية الموجودة من قبل ، بل يتطلب فضلا عن هذا تحديد الذاتية القانونية الخاصة للعقد محل التكييف.²

لقد انشغل الفقه وقضاء التحكيم في الطبيعة الخاصة والمركبة للعقد الإداري الدولي ، ونقطة الخلاف الأساسية كانت مركزة في أن هذا العقد يعتبر عقدا إداريا في نظر القضاء الإداري للدولة المتعاقدة ، وهو عقد من عقود التجارة الدولية في نظر هيئات التحكيم الدولية.

ولعل التطور الذي لحق العقد الإداري الدولي دفع البعض إلى دعوة فقهاء القانون الإداري والقضاء الإداري إلى إيجاد أسس أكثر مرونة تحاكي العصر . نظرا لأن العلاقة القانونية الخاصة تؤثر ليس فقط على الإختصاص القضائي والسلطات التي يمنحها العقد للدولة المتعاقدة ، بل أيضا تؤثر على القانون الواجب التطبيق على العقد.

من هنا كان لتحديد المفهوم القانوني للعقد الإداري الدولي أثر على تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا العقد .³

وإن كان الفقه والقضاء الدوليين لا يعترفان حتى الآن بفكرة العقد الإداري الدولي ، وذلك لأن العدد الكبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مثل دول النظام الأنجلوساكسوني .

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 102.

² أحمد حسان حافظ مطاوع : مرجع سابق ، ص 104

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 15.

كما أن المتعاقد مع الدولة يقف موقفا عدائيا من السلطة العامة في الدول النامية التي غالبا ما يتعاقد معها ، فهو يقف موقف الريبة والتحفز لكي يحافظ على حقوقه ومنافعه ضد المخاطر التشريعية والإدارية ، وهذا ما أثر على تطور فكرة العقد الإداري الدولي .

إلا أنه وعلى الرغم من هذا يوجد في الفقه من يتبنى فكرة العقود الإدارية كنموذج للعقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية ، حيث يؤكد هذا الرأي على أن نظرية العقود الإدارية كما حددها الفقه والقضاء الفرنسيان تصلح نموذجا فعالا للقياس عليها والإستيعاء منها وجعلها صورة من صور عقود الدولة .¹

أولا : عرض الاتجاه .

إن الدولة كما تبرم عقودا إدارية داخلية تبرم أيضا عقودا تجارية دولية ، مستعملة في عقودها البنود غير المألوفة ، وبالتالي تجتمع في تلك العقود خاصيتان : إرتباطها بمصالح التجارة الدولية ، لما فيها من دخول وخروج للقيم عبر الحدود ، واتصافها بالطبيعة الإدارية لإنطوائها على البنود الإستثنائية وتحقيق للنفع لمرفق عام . ويرى الدكتور سامي منصور أن العقود الإدارية الدولية هي العقود التي تبرز فيها الدولة كسلطة عامة باستخدامها في بنود العقد ما تؤمنه لها طبيعتها من إمتيازات السلطة العامة تحقيقا لمرفق عام ، فهي عقود تتصل بمصالح التجارة الدولية ، فهي دولية ، ومن جهة أخرى تتضمن بنودا غير مألوفة وهي بذلك عقود إدارية² .

ولكن الحاصل في الواقع أن العقد الإداري الدولي يتميز عن غيره من عقود التجارة العادية بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة على أساس أن أحد المتعاقدين هو الدولة وهي شخص سيادي سواء في إطار القانون الدولي العام أو في إطار القانون الدولي الخاص بينما نجد المتعاقد الثاني هو شخص إعتباري أجنبي على الرغم من تمتعه بالقوة الاقتصادية والمالية إلا أنه ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي العام .³

¹ أحمد حسان حافظ مطاوع : مرجع سابق ، ص 107.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 40 - 42.

³ Maurice Kamto : Op.cit , pp 734-736.

ولقد قال جانب من الفقه الإيطالي بمعيار لتحديد دولية العقد يقوم أساسا على القانون الواجب التطبيق على العقد فإن هذا المعيار لا يمكن التسليم به في صدد التفريق بين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري الدولي ، حيث يذهب هذا الرأي إلى القول بأن يعد العقد وطنيا عندما يخضع للقانون الداخلي ، بينما يعد دوليا عندما يخضع المتعاقدون إلى قانون آخر غير قانون الدولة التي ينتمي إليها العقد في جميع عناصره.

ولعل القول بذلك في مجال القانون العام يؤدي بنا إلى أن نقرر - دون وجه حق - أنه لا يوجد عقد إداري ذو طابع دولي ، حيث أن العقد الإداري يحكمه القانون الإداري الداخلي ، حتى ولو كانت الصفة الأجنبية تطرقت إلى أحد عناصره القانونية ، إلا إذا اتفق أطرافه على إخراجه من نطاق القانون العام إلى دائرة القانون الخاص وذلك بالاتفاق على تضمينها شرط تحكيم وفقا لقانون لا يميز بين طرفي العقد.¹

ويرى البعض الآخر أن العقود التي تكون الدولة طرفا فيها مع طرف خاص أجنبي تتضمن بدرجات متفاوتة بعض عناصر العقد الإداري* كالمهدف الذي يرمي إليه هذا القانون أي تحقيق المنفعة العامة ، واستخدام وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الاستثنائية.²

كما يؤكد الرأي السائد في الفقه الإداري إلى إعتبار عقود الدولة - والتي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة الحكومية التابعة لها في مختلف القطاعات : فلاحا ، صناعة ، بترول ،

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 107.

* يتكون العقد الإداري نتيجة تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة أخرى وتوافقها على تكوين العقد، فوفقا للقضاء الإداري المصري ، تعتبر عقودا إدارية تلك التي يبرمها شخص معنوي بقصد تسيير مرفق عام ، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطا غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام .

وقد جاء في تعريف محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 24 فبراير 1968 لسنة 13 قضائية حيث تقرر (... ومناطق العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يتصل بمناطق المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن هذا العقد شروطا أو كانت مقررة بمقتضى القوانين أو اللوائح). أنظر في ذلك : سليمان محمد الطماوي : الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1975 ، ص ص 260 ، 261 .

² أحمد حسان حافظ مطاوع : مرجع سابق ، ص 108.

تجارة ، ...إلخ مع الأشخاص الأجنبية سواء كانوا أفرادا أم أشخاصا معنوية - عقودا إدارية ، حتى ولو كانت هذه العقود تظهر من خلال شكلها أو مظهرها وليس من خلال جوهرها ومضمونها أنها عقود خاصة ينعقد الإختصاص للقضاء الخاص أو لجهات التحكيم التي قد ينص عليها في صلب العقد ، فإن كل هذا لا يحول دون إلحاق صفة العقد الإداري وتطبيق القانون الإداري عليها بشأن منازعاتها .¹

و في محاولة إسقاط لشروط العقد الإداري على عقود الدولة نجد أنه :

- أحد طرفي العقد هي الدولة أو أحد أجهزتها القائمة على النشاط الاقتصادي .
- موضوع العقد كما في عقود الاستثمار مثلا و إن كانت ترمي في ظاهرها إلى تحقيق الأرباح للمستثمر ، إلا أنها تستهدف في مقام أول تسيير مرفق عام .
- العقد كما في عقود الاستثمار مثلا يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، كالإعفاء من الضرائب وتخفيض الرسوم الجمركية ، ومنح المستثمر أرضا يقيم عليه المستثمر مشروعه .²

فبالنسبة للشرط الأول وهو كون الإدارة طرفا في العقد ، فلا شك في تحققه في عقود الاستثمار ، حيث تعتبر الإدارة دائما أحد أطرافها ، فالدولة قد تتدخل بطريقة مباشرة أو عن طريق الهيئات التابعة لها بإبرام العقد .³

وبالنسبة للشرط الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام ، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية يرون فيها نموذجا لتعلق العقد بالمرفق العام ، فيقول البعض أن عقود الإستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية ، و إن كانت تستهدف في ظاهرها الربح للمستثمر الأجنبي ، إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام فلا يستطيع أحد أن ينكر أن مشروع مترو الأنفاق في مصر ليس مرفقا عاما حيويا ، وقيام شركة أجنبية بإنشاء مستشفى ليس مرفقا عاما .

كذلك فإن مظاهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جلية في عقود الاستثمار كالرقابة على تنفيذ العقد ، والحق في مراجعته ، وأيضا الحق في التأميم ، ولا سيما

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 113.

² الروبي محمد : مرجع سابق ، ص 68. وأنظر أيضا : هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 26.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 211.

عقود استغلال المصادر الطبيعية ، حيث يتميز استكشاف مثل هذه الموارد بأن تمنح لنفسها عددا من السلطات التنظيمية تتناول تنظيم التنقيب والإنتاج و إصدار اللوائح الخاصة بهما.¹

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 تقرها للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع .يضاف إلى ذلك ما تحويه 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 .²

وعلى هذا الأساس فإن عقود الاستثمار وفقا لهذا الرأي تعد عقودا إدارية مما يستوجب خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة .

كما اختلف الفقه بشأن عقود الأشغال الدولية فمنهم من أنكر عليها الصفة الإدارية ، ومنهم من ألحق بها هذا الوصف ، فإذا كان واقع القانون الإداري في فرنسا يعبر عن أن هناك عقودا إدارية باستمرار، افترض فيها القانون هذه الصفة ومن بينها عقود الأشغال العامة ، وذلك لصلتها الوثيقة بالمرفق العام محل التعاقد حتى لو لم تتضمن شروطا استثنائية ، فإيراد هذه الشروط في العقد ليس الدليل الوحيد على اتجاه نية الإدارة إلى اعتماد أسلوب القانون العام ، فقد يخلو العقد من أي شروط غير مألوفة في عقود الأفراد ، ومع ذلك يستفاد اتباع هذا الأسلوب من درجة الصلة التي ينشئها العقد بين المتعاقد والمرفق العام .

وإذا كان الفقه والقضاء في فرنسا قد جعل ولاية الإختصاص لعقود الأشغال العامة تعود للقضاء الإداري ، فإن هذا لا يعد معيارا معتمدا لتحديد طبيعة العقد ، لأن العبرة بالخصائص الذاتية للعقد ، كما أن الإختصاص القضائي قد يكون له أسبابه الخاصة .³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 92.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 211 ، 212.

³ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 120-122.

كما قد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقود الامتياز البترولية بسبب الخلاف حول مفهوم المرفق العام ، إذ تعد عقود البترول ومن بينها عقود الامتياز من الأدوات القانونية الحديثة لاستغلال الثروات البترولية ، كونها متزامنة مع اكتشاف البترول وتطور صناعته ، ومن المستقر فقها وقضاء أن عقود الامتياز هي عقود إدارية بطبيعتها ، لإنطوائها على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ، ونظرا لكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام ، كما أنها تتعلق بتسيير مرفق عام.¹

فقد عرفها الأستاذ دي لوبادير De Laubadere بأنها كل مشروع تقوم به هيئة عامة و يهدف إلى سد حاجات ذات نفع عام .

كما عرفها الدكتور وحيد رأفت بأنها الهيئات و المشروعات التي تعمل باضطراد و انتظام تحت إدارة الدولة " أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى" المباشرة أو تحت إدارتها العليا لسد حاجات الجمهور و القيام بأداء الخدمات العامة.

في حين عرفها الدكتور محمد فؤاد مهنا بأنها "مشروعات تنشئها الدولة أو تشرف على إدارتها و تعمل بانتظام و استمرار _ مستعينة بسلطات الإدارة _ لتزويد المجتمع بالحاجات ذات النفع العام لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام العام و خدمة المصالح العامة".²

ويتأكد طابع المرفق العام في استغلال الثروة البترولية من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته ، إذ يشترط موافقة الدولة على المشروع البترولي . كما أن منح الشركات المتعاقدة في هذا المجال حقوقا متعددة كحقها في شغل الأراضي ، واستخدام العمالة الأجنبية ، وإقامة الموانئ ، والإعفاء من رسوم الجمارك والضرائب ، يعد من قبيل الشروط غير المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص.³

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص ص 124 ، 125.

² عبد العزيز خير الدين : حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية و مداه وأساسه القانوني ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، مصر ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، أكتوبر ديسمبر 1961 ، ص ص 05 ، 06 .

³ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 131.

وفي هذا الاتجاه يؤكد الأستاذ محمود عاطف البنا أن هذه العقود لها الطابع الإداري حيث يقول أنه "يتوفر للامتيازات البترولية - في تقديرنا - طابع العقد الإداري ، ويتأكد هذا الطابع مع الاتجاهات الحديثة لهذه الامتيازات -بعد الحرب العالمية الثانية - إلى وضع حدود للحريات الكبيرة للشركات صاحبة الامتياز ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، ذلك أن عقود الامتيازات البترولية تتحقق فيها عناصر العقد الإداري ، من الاتصال بمرفق عام ، واستخدام وسائل القانون العام ، فضلا عن كون الإدارة طرفا فيها ."¹

وحيث أنه وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تعد عقودا إدارية تلك التي يبرمها شخص معنوي عام ، بقصد تسيير مرفق عام أو تحقيق منفعة عامة ، وتكون متضمنة شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص . ومن ثمة وجب علينا أن نوضح مفهوم المرفق العام ، إن المرفق العام هو ذلك النوع من النشاطات التي ترى الدولة في وقت من الأوقات أن من واجبها القيام بها بغية تحقيق رغبة جماعية أو أداء خدمة عامة لأن تلك الخدمة العامة تكون عادة على من الأهمية بمكان بحيث يُخشى عدم إمكان تأديتها على الوجه الأكمل إذا تركت للمشروعات الفردية وبدون تدخل الدولة ، على أنه ليس من الضروري حتى يعد نشاط ما مرفقا عاما أن تقوم الدولة بنفسها بمباشرة هذا النشاط ، بل على العكس من ذلك فإن الدولة كثيرا ما تعهد إلى أفراد عاديين بإدارة مرافق عامة كحالة إمتياز المرافق العامة ، ويبقى المرفق محتفظا بصفته العمومية ، لأن الدولة تظل مشرفة على تلك المشروعات بحيث تكون لها السيطرة الفعلية في إدارتها وتنظيمها .²

ثانيا : إمكانية إعمال شروط العقد الإداري على عقود الدولة .

إن الاعتبارات العملية التي تتعلق بأن تعاقد الدولة وفقا لأساليب القانون الخاص قد يوفر الضمان للمتعاقد الأجنبي على نحو يشجع تدفق الاستثمارات ونقل التكنولوجيا إليها لا يمكنها أن تقف عائقا أمام إعمال نظرية العقد الإداري على عقود الدولة ، ذلك أن

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 132.

² غسان رباح : مرجع سابق ، ص ص 134 ، 136.

اللجوء لأساليب القانون العام ليس فيه ما يهدد مصالح المتعاقد الأجنبي ، وقد يعود بالخير على كلا الطرفين .

فمن جهة الدولة قد تكون الدولة أقل حرية من حيث اختيار شكل العقد أو المتعاقد معها، إلا أن المشرع عندما يحدد طريقة إبرام العقد الإداري أو كيفية اختيار المتعاقدين فإنه يستهدف بالضرورة غايتين أساسيتين هما تحقيق أكبر وفر للخبزينة العمومية ، واختيار أفضل المتقدمين للتعاقد مع الدولة .

وبالمقابل قد لا ترى الدولة في اللجوء إلى القانون الخاص ما يخدم مصالحها ، خاصة مع خشية فرض المتعاقد معها لشروط مقيدة كثيرا ما يحاول إدراجها في عقود نقل التكنولوجيا ، على نحو يقربها من عقود الإذعان ، فتفضل اللجوء للقانون العام ، بما يخولها من سلطات في الرقابة أو التوجيه أو إيقاع الجزاءات وأحيانا استخدامها لوسائل الإكراه والفسخ ، ورغم ذلك فإن تلك السلطات عادة ما ترد مقيدة بعدة قيود كضرورة إعدار المتعاقد معها قبل إيقاع الجزاء ، مما يقودنا للبحث عن المزايا التي يمكن أن يجنيها المتعاقد الخاص من اللجوء لأساليب القانون العام إذ كثيرا ما يحصل المتعاقد على مزايا من العقد الإداري تفوق تلك التي يقدمها له العقد المدني ، كحقه في التعويض على الخدمات غير المتفق عليها والتي قام بها من تلقاء نفسه ولم تطلبها الإدارة ، متى كانت لازمة فعلا لها ، أو حقه في طلب التوازن المالي للعقد بتحميل الإدارة الأعباء المالية الزائدة ، وكذلك حمايته من المخاطر الإدارية إستنادا إلى نظرية " فعل الأمير " ¹. كما أن عقود الدولة تستلزم دون شك تسيير مرفق عام ، أو يتعلق عموما بالمصلحة العامة للدول النامية ، علاوة على أن أحد أطرافه هو الدولة أو أحد أجهزتها العامة ، أما عن الشروط الاستثنائية فما تزال تلك العقود تتضمن الجزاء الذي تفرضه الإدارة على المتعاقد المقصر ، ويلاحظ هذا الاتجاه أن الشرط الاستثنائي جاء كنتيجة لتكييف العقد بهذا الوصف دون أن يدخل في عناصر المعيار ، وتم الاكتفاء بشرطي " السلطة العامة وتحقيق المصلحة العامة " مما يسهل تطبيقه على عقود الدولة . ²

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 804.

² وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص 803.

هذا و إن كانت فكرة المرفق العام تتطور يوما بعد يوم ، وتخضع لنظم قانونية متعددة ، إلا أن الأساس فيها هو وجود مشروع للنفع العام تديره السلطة العامة أو تشرف عليه ، فالدولة باعتبارها وصية على المرافق العامة تقدر ما يدخل في وظيفتها من نشاط بحسب طبيعته أو ظروفه ، تحقيقا للمنفعة العامة ، تتولاه بنفسها أو تعهد بإدارته إلى أفراد أو شركات تحت إشرافها ورقابتها ، ويدخل استغلال الثروات الطبيعية في صميم وظيفة الدولة ، بغرض الحفاظ عليها وإدماج صناعاتها في اقتصادها ، علاوة على واجبها في سد حاجيات شعبها من منتجاتها البترولية ، ويظهر معنى المرفق العام في هذه العقود من خلال قرائن يحملها طبيعة عقد الامتياز ، الذي يحتاج إلى موافقة الدولة ، ومن ثمة خضوعه لرقابتها الثابتة ، ومراجعة حساباته منها.

ويرى الأستاذ محمود عاطف البنا أن المرفق العام يجب أن يفهم بالمعنى الواسع بحيث يرادف عملا فكرة النظام العام ، أما ما يتمتع به صاحب الامتياز من إعفاءات وسلطات وحقوق واسعة فهو دليل على تكريس أساليب القانون العام.¹

أما عن إمكانية أعمال معيار العقد الإداري فإن صعوبة الفصل بين عقود القانون الإداري وعقود القانون الخاص لا تنفي قيام التفرقة بينهما ، عدا أن الصعوبة تظهر في معرض تكييف بعض العقود بينما تظل الغالبية العظمى منها قابلة للتصنيف تحت أي المجموعتين .

وفيما يتعلق بثانوية دور التكييف فيبدو أن معارضي ذلك الإسقاط قد خلطوا ما بين أعمال قانون الدولة المتعاقدة إعمالا مباشرا نظرا لاتصال العقد بالقانون العام ، وبين إعماله بناء على منهج تنازع القوانين ، ذلك أن مسألة التكييف لا تثور على نحو ثانوي إلا في الفرض الثاني دون الأول .

لهذا يرى البعض أن أعمال نظرية العقد الإداري ستجد عقود الدولة مجالا خصبا لها في نطاق القانون الإداري ، حيث تخضع مع مجمل القرارات المتعلقة بها لرقابة ذلك القضاء ، وتتطوي رقابة المشروعية على تلك القرارات على قدر أكبر من التعقيد كلما اصطدمت بسلطة الإدارة التقديرية في قبول مشروع استثماري معين إذ يراقب القاضي

¹ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص ص 132 - 134.

الإداري قرار إبرام العقد ، أو رفض التعاقد على نحو منفصل ومستقل عن العقد ذاته ،
ويلي ذلك لو علق المشرع مكنة الإفادة من بعض المزايا على قيام التعاقد ببعض
الضوابط لخدمة المصلحة العامة ، فإن مهمة القاضي الإداري تنصرف إلى التثبت من
التزام تلك المشروعات بالضوابط السابقة كما تطال البحث عن الأسباب التي دفعت
الإدارة إلى منح تلك المزايا أو حجبها حسب الحال .¹

و أخيرا فيما يتعلق بحجة عدم وجود قضاء إداري دولي فإنها ذريعة تقوم على
افتراض تلازم الاختصاصين القضائي والتشريعي وهو اتجاه منتقد أصلا على صعيد
القانون الدولي الخاص ، وقد سبق التنويه لهذا الإنتقاد .

الفرع الثاني : الاتجاه الرافض لتكييف عقود الدولة كعقود إدارية .

أولا : عرض الاتجاه .

ينطلق هذا الرأي من أن القانون الدولي لا يعرف أصلا ما يطلق عليه بنظرية العقد
الإداري ، خاصة وأن وجود مثل ذلك العقد على النطاق الدولي يحتاج إلى وجود قضاء
إداري دولي له استقلالية وهو ما لم يتحقق حتى الآن ، هذا من جهة ، أما من جهة
تحقق شروط العقد الإداري : فثمة عقود الدولة على الرغم من تضمينها شروطا
استثنائية وتعلقها بمرفق عام فلا يعد العقد إداريا ، ذلك أنه حتى وإن وجدت الدولة
كطرف في العقد فقد تتعاقد كطرف خاص مجرد من السلطة .

فعقد الدولة وإن كان يعد كذلك في مقاربة أولى كعقد بين دولة وشخص خاص ، والذي
يطرح مباشرة فكرة العقد الإداري بالمفهوم القانوني الذي نعرفه والذي يوصف بنفس
الصفة ، غير أن غالب الفقه يرى أن عقد الدولة ليس عقدا إداريا ، وهذا المفهوم قد
كان بدقة لناخذ بعين الاعتبار نوعية العلاقة التعاقدية التي تبرز سمات خالصة للعقد
الإداري ، فما يميز بصفة أساسية بين هذين النوعين من العقود هو أن العقد الإداري
له خاصية وميزة هي الأفضلية المعترف بها للطرف الحكومي بينما في العقود المعروفة
من قبل الفقه بعقود الدولة يلاحظ عليها رفض وغياب هذه الأفضلية ، أو على الأقل
يظهر التخفيف منها ، فالدولة لا تستفيد من الإمتيازات غير المألوفة ، بل على العكس

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 803 ، 805 .

فإن هناك شروط تعاقدية تحاول تحقيق المساواة القانونية بين الدولة والشخص الخاص ، وذلك من خلال جعل الأشخاص الخاصة في منأى عن التغييرات والتعديلات في العقد التي تقوم بها الدولة ، ونذكر من بين هذه الشروط شروط التحكيم التي تستبعد المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة من النظر في النزاعات التي تشب بينهما ، شرط الثبات التي تجعل العقد محميا من التعديلات في تشريع الدولة ، وكذا شروط القانون الواجب التطبيق التي تهرب العقد من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، والتي تحيل في بعض الحالات إلى القانون الدولي بشكل أو بآخر ، أو إلى المبادئ العامة للقانون.¹

وهذا ما دفع بكثير من الفقهاء إلى إعتبار عقد الدولة ليس عقدا إداريا ، نظرا لأن العقد الإداري يتميز بأنه يعطي أفضلية للدولة الطرف في العقد ، بينما على الصعيد الدولي يتم استبعاد هكذا نوع من الأفضليات ، لذلك فإن الفقه رفض هذه الفكرة أو بالأقل حاول التقليل من أثرها على أساس أنه لا يجوز في مسائل تجارية أن تبرم عقودا بين طرفين غير متساويين على المستويين القانوني والاقتصادي .

وقد اعتبر أنصار هذا الرأي أن تطبيق المحكم الدولي لقواعد القانون الإداري قد تعني تطبيق قواعد قانونية تحابي مصالح الدولة المتعاقدة على حساب مصالح الأشخاص الخاصة الأجنبية.²

بل نذهب إلى أبعد من هذا حيث أننا في عقود الدولة قد وصل الأمر إلى حد تضمين العقد شروطا متعددة تعطي للإدارة عدة إمتيازات غير مألوفة في عقود الأفراد ، وفي مواجهة الإدارة نفسها ، بحيث يصبح الطرف المتعاقد مع الإدارة في مركز أفضل من هذه الأخيرة ، فإن المنطق القانوني ينفي على هذه العقود الصفة الإدارية ، ويعددها من عقود القانون الخاص ، إذا كانت الصفة الأجنبية لم تتطرق إلى أي عنصر من عناصره أو تعد من قبيل عقود التجارة الدولية إذا اتصلت بمصالح التجارة الدولية.³

¹ Leben Charles : Op.cit , p 631.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 09 .

³ عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 122.

ولكن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط المقررة أصلاً لمصلحة الطرف الأجنبي المتعاقد في مواجهة الدولة وليكون العقد إدارياً من المفروض أن تكون لمصلحة الدولة.¹

كما أن هنالك جانب من الفقه يرى في عقود الامتياز البترولية ، بأنها ليست عقوداً إدارية ، ولو تضمنت شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد. ذلك لأنهم ينفون طابع المرفق العام على استغلال الثروة البترولية ، إلا أن هذا الجانب مازال ينظر إلى المرفق العام بمفهومه الضيق التقليدي ، حيث أن التطور أدى إلى اتساع مفهوم المرفق العام بحيث أصبح يرادف عملاً فكرة النفع العام.²

وقد وقع خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار و العقود الدولية الأشغال العامة بسبب الخلاف حول وجود أو انتقاء الشروط الاستثنائية في هذه العقود ، كما ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقود الامتياز البترولية بسبب الخلاف حول مفهوم المرفق العام .

فقد أدت الرغبة المتزايدة للدول النامية في جذب كثير من الأموال الأجنبية للمساهمة في مشاريع البنية الأساسية ، ومن ثم إعطاء كثير من الامتيازات للمستثمر الأجنبي ، إلى أن ذهب جانب من الفقه إلى إطلاق فكرة العقد الإداري على كافة عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة ، على أساس أن المزايا العينية التي تقرها الدولة للمستثمر الأجنبي تعد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجالات القانون الخاص . بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى عدم الاعتراف بفكرة العقد الإداري ذي الطابع الدولي في مجال التجارة الدولية.³

أما عقد الأشغال العامة الدولي فهو يتسم بخصائص معينة على الصعيد الدولي تجعل من الصعوبة تحديد طبيعته القانونية على هدي من الفكرة التقليدية للعقد الإداري في النظامين المصري والفرنسي .

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 142.

² عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 110.

³ عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص 111.

ولقد نتجت هذه الصعوبة من طبيعة هذا العقد وما يتضمنه من شروط تجعل من الصعوبة بمكان إدراجه ضمن العقود الإدارية ، كما ترسمها النظرية التقليدية للعقد الإداري وذلك في ظل وجود شرط التحكيم في العقد ، وشروط الثبات التشريعي ، وشرط القانون الواجب التطبيق .

ففي فرنسا نجد أن النظام القانوني المطبق على العقد الإداري لا يثير إلى حد كبير قدرا من الخلاف حيث أن المستقر هناك أن القاضي الإداري يختص¹ دون غيره بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد .

إلا أن الأمر جد مختلف في العقود الإدارية ذات الطبيعة الدولية ، حين يكون للأطراف حرية تعاقدية أكبر من العقد الإداري الداخلي ويتجلى مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف المتعاقدة في العلاقة القانونية بين الدولة و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة على صعيد العقد الإداري .

فمن المسلم أن التحكيم في العقد الإداري في فرنسا مباح في العقود الإدارية الدولية دون الداخلية ، ذلك لأن العقد الإداري الدولي له من المقتضيات والأحكام ما يبرر اللجوء إلى التحكيم كالرغبة في سرعة حسم وتسوية المنازعات الناشئة عنه لإحتوائه على استثمارات ضخمة قد تصل إلى بضعة مئات من الملايين من العملة المحلية أو الأجنبية، الأمر الذي يبيح لأطرافه اللجوء إلى التحكيم إذا وجدوا لذلك مقتضى .²

وقد ذهب القضاء التحكيمي في قضية Texaco إلى أنه رغم تبني القانون الوطني الليبي كقانون واجب التطبيق على العقد لفكرة العقود الإدارية ، إلا أن ذلك الوصف لا ينطبق أصلا على العقد محل المنازعة ، نظرا لعدم توافر شروطها من جهة تعلقها بتسيير مرفق عام والتعاقد كسلطة عامة ، إذ قصرت الحكومة الليبية ممارسة حقوقها كتعديل تشريعاتها على موافقة الطرف الخاص مما يعني تعاقدتها معه على قدم المساواة، أما الشروط الاستثنائية الواردة في العقد كتجميد القوانين فقد جاءت لمصلحة ذلك الطرف خلافا لمفهوم تلك الشروط في نظرية العقد الإداري .

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص 101.

² محمد عبد المجيد إسماعيل : المرجع السابق ، ص 102.

كما استنورد المحكم قائلًا ومع فرض تكييف العقد كعقد إداري ، فإنه لا يمكن إعمال نتائج هذا التكييف لما فيه من خروج على المبادئ المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي ، إذ أن نظرية العقد الإدارية نظرية فرنسية خالصة لا تعرفها الكثير من الأنظمة القانونية ويجعلها القانون الدولي ، ومن هنا فإن التفرقة بين عقود القانون الخاص والعقود الإدارية لا تعد من قبيل المبادئ العامة نظرا لعدم اعتراف كافة النظم القانونية بها على نحو قاطع .¹

قرر المحكم الدولي أنه لإعمال قواعد القانون الليبي ، لا بد من تكييف العلاقة القانونية محل النزاع ، وبعد أن حدد أن القانون الليبي يعرف فكرة العقود الإدارية ، تطرق إلى تكييف عقد الامتياز الممنوح للشركتين ، ولاحظ أن هذا الامتياز لا يتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون الليبي في العقد الإداري ، فموضوع العقد ليس استغلال مرفق عام، كما أن الدولة تعاقدت مع الشركة المدعية بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص، والامتياز لا يتضمن شرطا غير مألوف في القانون الخاص .

ثم أنه نص في العقد على أن القوانين واللوائح التي قد يكون من شأنها تعديل الحقوق الناجمة عن العقد والتي تتمتع بها الشركتان المدعيتان لا يمكن تطبيقها عليهما إلا إذا قبلت هاتان الشركتان إعمالهم ، أما بالنسبة لشرط الثبات التشريعي الوارد في العقد فإنه أكبر دليل على أن المتعاقدين أرادوا التعاقد على قدم المساواة ، وبأن الدولة لو أرادت العكس لجاء ذلك في بنود العقد بالنص على حقها في تعديل أو إلغاء العقد مراعاة للمصلحة العامة ، لكل ذلك فإن عقد الامتياز محل النزاع لا يعد عقدا إداريا .²

ثانيا : عدم القدرة على إعمال نظرية العقد الإداري في إطار عقود الدولة.

1- صعوبة إسقاط معيار العقد الإداري على عقود الدولة :

ذلك أن من الخصائص المميزة للعقد الإداري المعيار العضوي الذي يقوم على قرينة وجود الدولة كطرف ، و عليه لا يكون من قبيل عقود الإدارة تلك العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص حتى ولو كان ملتزما بأداء مهام تتعلق بمرفق عام . ووجود الدولة كطرف في العقد لا يكفي لإسباغ الصفة الإدارية على هذه العقود ، لكن يجب

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 798 ، 799 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 278 ، 279 .

يتوفر الشرطان الآخران وهما اتصال العقد بمرفق عام ، وعدم اتباع أساليب القانون العام بشأنه .¹

فمن جهة " المرفق العام " نجد أمامنا صعوبة إيجاد تعريف دقيق له خاصة و أن مرونة هذا المعيار أدت إلى إعتبار كل العقود التي تبرمها الإدارة عقودا إدارية .

أما فيما يتعلق بـ" الشروط الاستثنائية " فيبدو أن الوضع أكثر تعقيدا ، إذ من الممكن إعتبار عقد مبرم بين شخص عام وطرف عادي رغم تضمينه تلك الشروط من قبيل عقود القانون الخاص ، كما يمكن مصادفة تلك الشروط أصلا في عقود القانون الخاص، ومن جهة أخرى وحسب مبدأ إقليمية السيادة ، فإن تلك الشروط والمزايا الاستثنائية الممنوحة للدولة إنما تمارسها في مواجهة رعاياها فحسب ، أما الأجانب فيجب أن تقف على قدم المساواة معهم .²

وقد أكد القضاء الإداري هذا الشرط ، حيث استقر الرأي على تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص والذي يعد الوسيلة المثلى للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام ، و بالتالي رغبتها في الظهور بمظهر السلطة العامة و إخضاع العقد لأحكام القانون الإداري .³

أما بالنسبة لشرط الثبات التشريعي ، وقد اعتمد كشرط استثنائي فإنه يقودنا إلى نتيجة تخالف ما جرى عليه الفقه والقضاء ، لأن غيابه هو ما يبرر احتفاظ الدولة بسلطتها في تعديل العقد ، أما وقد تنازلت صراحة عن تلك السلطة عبر شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد فلا يستقيم تفسير هذا التصرف إلا باعتبارها صاحبة السلطة التي يحق لها وحدها إلزام السلطة التشريعية في تقييد صلاحياتها ، مما يعني بكل بساطة إعتبار جميع عقود الدولة وفي جميع الفروض من قبيل العقود الإدارية ، أما القول بأن المزايا التي يمنحها القانون للمتعاقد الخاص هي التي تعد شروطا استثنائية فإنه توجد

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي : عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص ص 92 ، 93 .

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 800 .

³ عبد الفتاح بيومي حجازي : مرجع سابق ، ص ص 96 ، 97 .

غير دقيق ، نظرا لأن تلك المزايا مصدرها القانون وليس العقد نفسه ، كما أنها تخالف مفهوم الشرط الاستثنائي من جهة تغليب مصلحة الإدارة على مصلحة المتعاقد .¹

2- صعوبة الفصل بين العقد الإداري وعقد القانون الخاص وصعوبة أعمال نظرية

العقد الإداري خارج نطاقها الموضوعي :

إن أعمال نظرية العقد الإداري على عقود الدولة يعني تطبيق هذه النظرية خارج النطاق الذي وضعت له أصلا ، فنظرية العقد الإداري نظرية نابعة من القضاء الفرنسي للتمييز بين عقود القانون الخاص والعقود الإدارية ، و أعمالها على عقود الدولة المبرمة في إطار العلاقات الدولية يعني تطبيقها على فرض لم تنشأ هذه النظرية لمواجهته .²

فمن الواضح أن عملية الفصل بين العقود الإدارية والعقود الخاصة تعترضها العديد من الصعوبات داخل القانون الفرنسي ذاته ، ونقل هذا التكييف إلى عقود الدولة سيثير مشاكل وصعوبات على النطاق الدولي ، كما أن أعمال تلك النظرية على هذا النطاق يستدعي تطويع ملائم لها كي يتمكن القانون الدولي من استيعابها على نحو قد يصل إلى تعديل أسس تلك النظرية بما في ذلك القانون الواجب التطبيق .

ومن هنا يبدو من الصواب اللجوء إلى تحليل عقود الدولة ضمن إطارها الطبيعي بدلا من إغراقها في نظريات خاصة بالقانون الداخلي ، ولا سيما أن العقد الدولي لا يثير مشكلة تحديد طبيعته إلا بشكل ثانوي مقارنة بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق ، ذلك أن هذا القانون هو من يحدد تلك الطبيعة فيما لو كانت إدارية أم لا .

والأهم من ذلك كله عدم وجود أية رابطة ضرورية أو لازمة بين مسألة تكييف العقد ومسألة القانون الواجب التطبيق ، إذ لا يوجد ما يمنع من تكييف عقد ما على أنه أحد عقود القانون الخاص مع تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في نفس الوقت ، ذلك أنه لا مجال لأعمال فكرة السيادة في معرض تكييف العقد ، إنما يقتصر دورها على إلزام

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 800 ، 801 .

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 477 ، 478 .

القاضي الوطني - في حال غياب إرادة الأطراف - بتطبيق قانون دولته دون إجباره على تكييف ذلك العقد بأنه إداري.¹

3- القول بالصفة الإدارية لعقود الدولة يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية :

يمكن الاعتماد في معرض ضرورة إثبات إبتعاد الدولة عن تكييف عقودها مع الأطراف الخاصة بالعقود الإدارية بما يربته هذا التكييف من مزايا وسلطات سيادية على اعتبارات عملية تتمثل في مصالحها التي قد تتعرض للخطر من نفور المتعاقدين منها، أو نتيجة للإصطدام مع الدول التي ينتمون إليها ، بل ويذهب بعض من الفقه إلى حد أن يقرر أن القول بالطبيعة الإدارية ، وتطبيق أحكام العقد الإداري على عقود الدولة يمثل دعوة مناهضة ومضادة لسياسة الدولة المعلنة بجذب المستثمرين ، لأجل إقامة مشاريع استثمارية لتحقيق التنمية الاقتصادية².

الفرع الثالث : تقدير تكييف عقود الدولة .

إن الطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص و إنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة ، ومن ثمة فإنه لا جدوى من الاستناد على تكييف هذه العقود كعقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، حيث أن ذلك يحول دونه 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 الأنجلوساكسونية ، كما أن الربط بين الطبيعة العام 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 عقودا تدور بين الطبيعة الإدارية والطبيعة الخاصة بقدر اختيار الدولة لأن تبرمها مستخدمة وسائل القانون العام فيعد العقد إداريا أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعد العقد من العقود العادية ، علاوة على أن تكييف عقود الاستثمار بأنها عقود إدارية يهدف إلى وضع

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 801.

² الروبي محمد : مرجع سابق ، ص ص79، 80.

عقبة أمام المستثمر الأجنبي والذي عادة ما يأخذ وقف العداء والريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية.¹

ولعل الاتجاه الذي يؤيد تحول الطبيعة القانونية الإدارية الصرفة لعقود الدولة من عقود إدارية إلى عقود مختلطة بين عقود القانون العام وعقود القانون الخاص ، هو الأجر بالمناصرة ، ذلك أن وجود الشروط الجديدة والتي تخرج عن نطاق نظرية العقود الإدارية ، والتي ساعد الوضع الاقتصادي العسير للدول النامية على تكريسها ، حيث تجد نفسها مجبرة على قبول هذه الشروط التي غيرت من الطبيعة القانونية لهذه العقود. وعلى ذلك لا يمكن النظر إلى عقود الدولة على أنها من طبيعة واحدة ، فتارة تكون عقودا إدارية ذات طابع دولي بتوافر الشروط التي تكسبها الصفة الإدارية ، وتارة أخرى لا تعد كذلك ، فالعبرة بتحليل كل عقد على حدى لبيان أركانه ورده إلى النظام القانوني الذي يحكمه.²

أما ما ذهب إليه جانب من الفقه من إنكار فكرة العقد الإداري الدولي والذي يفضل البعض تسمية العقد الإداري ذو الطابع الدولي تأسيسا على موقف الريبة والخوف من جانب الطرف الأجنبي إزاء السلطة العامة في الدول النامية ، فإن هذا في حد ذاته ليس إنكارا لفكرة العقد الإداري ذو الطابع الدولي ، بل يعد إقرارا ضمنيا بوجود مثل هذا العقد في حالة توفر الشروط التي تكسب العقد الصفة الإدارية ، حيث لن يتحقق في كل الأحوال أن تقبل الإدارة أن تتعاقد مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة ، أو أن تضمن العقد شرط التحكيم وفقا لقانون لا يميز بين مركز الإدارة ومركز المتعاقد معها.³

وهذا ما يجعل العقد الإداري الدولي مستمرا في حقل القانون العام و إن كان يتضمن بعض الشروط التي قد غيرت إلى حد ما من طبيعته التقليدية ، والتي تتفق مع الأفكار الأصولية الراسخة في فكرة العقود الإدارية كعقود إدارية صرفة تغيرت إلى تلك الطبيعة المختلطة التي وجدت لنتلاءم مع المتغيرات القانونية الحديثة التي باتت تفرض

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 212 ، 213.

² عصمت عبد الله الشيخ : مرجع سابق ، ص 122.

³ عصمت عبد الله الشيخ : المرجع السابق ، ص ص 122 ، 123.

نفسها على الساحة الدولية والتي استدعت وجود تلك الطبيعة المركبة كي يتواءم هذا العقد مع المتغيرات الجديدة .

وبينما نجد فكرة العقد الإداري تسعى إلى تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الشريعة العامة تضي على جهة الإدارة مظهرا من الجاه والسلطان كي لا يخرج من حظيرة القانون العام ، نجد أن قانون التجارة الدولية غالبا ما يتجاهل أثر الامتيازات الممنوحة مع أحد الأشخاص الخاصة .

ومما لا شك فيه أن وجود شروط الثبات التشريعي ، وشروط ثبات العقد *les clauses d'intengibilité* التي يؤدي غيابها بلا شك إلى عودة العقد إلى حظيرة القانون العام والتطبيق الفوري لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقد الإداري - يؤدي إلى تميع الطبيعة القانونية للعقد وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة.¹

المطلب الثاني

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا على نصوص القوانين الوطنية ونتيجة لتطبيق نظرية التركيز واستنادا على المعاهدات الدولية

الفرع الأول : انطلاقا من نصوص القوانين الوطنية أو نتيجة تطبيق "نظرية التركيز " أولا : انطلاقا من نصوص القوانين الوطنية .

قد تنص قوانين بعض الدول على حق السلطات العامة في رفض الموافقة على عقود الدولة فيما لو اشتملت على شروط تذهب إلى تفسير أو تنفيذ العقد طبقا لنظام قانوني آخر غير قانونها الوطني .

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل : مرجع سابق ، ص ص 103 ، 104 .

وخير مثال قانون كوريا الجنوبية رقم 2756 والصادر في 1968/09/24 إذ اعتبر كل شرط عقدي يرد مخالفا لأحكامه من شأنه أن يوقع العقد باطلا ، ثم فرض نفسه لحكم العقد فيما لو أراد أطرافه المحافظة عليه.¹

ثانيا : إعمال قانون الدولة المتعاقدة نتيجة لتطبيق " نظرية التركيز".

مع غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين ، يمكن تبرير تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استنادا إلى التحليل الإجمالي للعناصر القانونية والواقعية المرتبطة بالعقد المدروس وذلك في سياق البحث عن مركز الثقل الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا ، ويمكن الإفادة في معرض ذلك من " معيار مكان إبرام العقد " ، إذ كثيرا ما يبرم في تلك الدولة أو من " معيار مكان التنفيذ " في حال اختلافهما ، وخاصة فيما يتعلق بعقود الدولة وهذا ينسجم بدوره مع قضاء التحكيم الذي عول كثيرا على معيار مكان التنفيذ فيما لو تم تدعيمه عبر معيار آخر كوجود الدولة طرفا في العقد مما يخلق فرصة قوية لصالح إعمال قانونها الوطني .

ويبدو مؤخرا ذلك الميل الواضح من جانب القضاء والتحكيم لاعتناق معايير أكثر عمومية كتلك التي تشير إلى مركز الثقل وصولا إلى قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالآداء المميز للعقد.²

ولو قمنا بإسقاط هذا المعيار على عقود الدولة سيتم إعمال قانون الدولة المتعاقدة على اعتبار أن الجزء الأعظم - ما لم يكن في مجمله - من الآداء المميز للمدين يتمركز في إقليم تلك الدولة .

الفرع الثاني : إنطلاقا من نصوص المعاهدات الدولية .

تجدر الإشارة إلى أن تصريحات ممثلي الدول لا توحى تماما بأي موقف يمكن تفسيره على أنه يؤيد الآراء الفقهية التي تهدف إلى تدويل عقود الدولة وذلك أثناء التصويت

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 783.

² وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص ص 785 ، 786.

على القرارات لا سيما المعاهدات الدولية المعنية بالعلاقات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي.¹

ولعل الدول عندما تبرم معاهدات ثنائية ومتعددة تختص بتنظيم عقود الدولة تسعى جاهدة من خلالها لتلافي التناقض الحاصل بين القانون الخاص والقانون العام و إرساء نظام قضائي موحد يتفق مع الأبعاد الاقتصادية لهذه الدول.²

ونذكر من تلك المعاهدات مثلا:

أولا : معاهدة واشنطن 18 مارس 1965: والتي أنشأت المركز الدولي للفصل في منازعات الاستثمار ، حيث نصت المادة 01/42 منها على أن: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من قبل الأطراف ، وفي حال عدم وجود اتفاق، فإن للمحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها

"...

والواقع أن الإشارة التي أوردها المادة المشار إليها إلى قواعد القانون الدولي من الممكن تفسيرها على أنها تجيز لهيئة التحكيم بحث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي ، مما يمكن أن يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الوطني و تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي .

غير أن هذا التفسير لا يمكن قبوله ، حيث أن نص المادة 1/42 لا يجيز أصلا 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 Klockner 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 قواعد القانون الدولي.³

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 305 و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 711.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 305.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 331.

فالإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و الطرف في النزاع لم تأت من فراغ ، و لم تكن مطلقة من كل قيد ، و إنما جاءت نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في العقد الاستثمار لذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي و ما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد.

و هكذا فإن القانون الوطني للدولة المضيفة يصبح 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 الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.¹

مما يعني إمكانية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بأي من الفرضين التاليين :

- حالة إختياره من قبل الأطراف .
- حالة غياب الاختيار نهائياً.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه لا يوافق في حالة الفرض الثاني الأخذ بفكرة الإحالة "أي تطبيق قواعد التنازع " أو أعمال مبادئ القانون الدولي ، على نحو يستدعي الإثبات المسبق لذلك النقص أو التعارض ، وهو أمر لا يمكن تحقيقه على سبيل اليقين مما يعني عدم إمكانية استبعاد تلك المبادئ للقانون الوطني ولو أدرجت إلى جانبه في معرض تحديد القواعد واجبة التطبيق .²

ثانيا : معاهدة روما بشأن الالتزامات التعاقدية 19 يونيو 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أبريل 1991.

تعتبر هذه المعاهدة بمثابة التقنين الأوربي للعقود ، وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تنص على استبعاده بنص صريح ، وبما أن عقود الدولة لم تكن من بين العقود التي استبعدتها الاتفاقية من مجال تطبيقها فيمكن القول بمفهوم المخالفة أن هذه المعاهدة سارية على عقود الدولة .³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 275 ، 276.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 787.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 333.

حيث تذهب الاتفاقية إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة الاختيار الصريح له ، مع ضرورة إحترام قواعده الآمرة بغض النظر عن القانون الذي تم اختياره في الفرض الآخر ، إلا أنها تشترط في هذا الفرض قيام الرابطة الموضوعية التي تشير إلى القانون الأوثق صلة بالعقد وتفترض أنه قانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالآداء المميز ، أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا ، إلا أنها تعتبر المبدأ العام الذي يذهب إلى تطبيق " قانون محل الآداء المميز " قرينة قابلة لإثبات العكس متى اتضح من الظروف المحيطة أن العقد يرتبط بروابط أوثق مع دولة أخرى.¹

مما يعني إمكانية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة حتى في غياب اختياره ، استنادا إلى أنه:

- القانون الأوثق صلة بالعقد متى كان يتضمن نصوصا تنظم المسألة محل النزاع ، وذلك في فرض اتصال العقد بالعديد من الروابط مع دولة أخرى غير دولة محل المدين بالآداء المميز.

- قانون مكان فرع أو مؤسسة الطرف الخاص في الوقت الذي يسند فيه الآداء المميز لذلك الفرع أو لتلك المؤسسة الأصلية في الدولة التي يتبعها ذلك الطرف. وهكذا نجد أن اتفاقية روما كانت موفقة في محاولة منح الاختصاص لقانون الدولة المتعاقدة أو في محاولة سحبه قانونا لصالح ذلك القانون في ظل ظروف متعددة.²

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 788.

² وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص 788 و حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 510-545.

المطلب الثالث

إستنادا على الإعتبارات السيادية و القانونية

الفرع الأول : الاعتبارات السيادية و القانونية .

أولا : الاعتبارات السيادية .

من المعروف أن ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية داخل إقليمها هو حق مطلق لها ، لا يمسه ما قد تفرضه عليه حاجة المعاملات الدولية أو المجاملة الدولية من ضوابط تشير إلى تطبيق قانون دولة أخرى وفقا لنصوص قانونها الدولي الخاص . وقد اعتمد مؤيدو تلك الاعتبارات خاصة من دول أمريكا اللاتينية على المبادئ القانونية القائمة على المساواة المطلقة بين المعاملة بين الوطنيين والأجانب ، حيث تسند كل العقود التي يبرمها هؤلاء الأجانب مع هذه الدول إلى قانونها الوطني ، من بينها العقد المبرم بين الشركة الوطنية البرازيلية Petrobras وشركة أجنبية ، حيث تم منح الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة البرازيلية .

بينما رأى البعض الآخر أن فكرة السيادة فكرة مرنة وغير محددة ، ومن ثم لا تصلح لأن تكون أساسا كافيا لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، كما أن هذه القرينة تقتصر على الفرض الذي تتعاقد فيه الدولة بوصفها ذات سيادة مع الطرف الأجنبي ، أما في غير هذا الفرض فإن هذه القرينة ستقف عاجزة عن تغليب قانون يحكم العقد .

ولعل ما يجري العمل به هو توظيف هذه القرينة بما لا يخدم مصالح الدول النامية ، حين تستبعد قوانينها من خلال أعمال هذه القرينة .¹

ثانيا : الاعتبارات القانونية .

1- قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة :

صدرت عن الأمم المتحدة عدة قرارات حددت سيطرة الدولة على مواردها الطبيعية فسرّها البعض على أنها تأكيد على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة .

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 792 ، 793 .

ومن بينها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 ، والذي نصت المادة الرابعة منه على أن " يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية او المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية ، المسلم برجحاتها على المصالح الفردية أو الخاصة ، الأجنبية أو الوطنية ، وللمالك في هذه الحالات الحق في الحصول على التعويض الملائم ، الذي يتم تقديره وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها ، ووفقا للقانون الدولي ".¹

وكذا قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 الصادر في 12 ديسمبر 1974 "ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول " ، وكان له الفضل في كل الشكوك المتعلقة بأية علاقة محتملة بين عقود الدولة والقانون الدولي.

وكذا القراران : رقم 3171 الصادر في 17 ديسمبر 1973 المتعلق "بحق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية" ورقم 3201 الصادر في 01 ماي 1974 المتضمن الإعلان عن إنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد.² حيث أن القرار الأخير قد جعل من التأميم حقا يعبر عن سيادة الدولة الدائمة والتامة ، ولا يجوز إخضاع أية دولة لإكراه سياسي أو اقتصادي لمنع ممارسة هذه الحق الثابت ممارسة تامة.³

كما يمكن ضم بعض القرارات الأخرى التي كانت أكثر عمومية ، واتصافها بالطابع السياسي إلا أن له اليوم مضمونا اقتصاديا تنموي كقرار الجمعية العامة حول " حق الشعب في تقرير مصيره".⁴

2- قيمتها القانونية :

ينبغي لتقدير هذه القرارات أن نتعرف على القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشكل عام ، حيث أن السؤال المطروح في هذا الشأن هو:

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 325.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 793 ، 794.

³ بشار محمد الأسعد : عقود الدولة في القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص ص 269 ، 270 .

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 793 ، 794.

هل تتمتع هذه القرارات بالقوة القانونية الملزمة للدول ؟ أي هل تعد هذه القرارات بمثابة قواعد قانونية ملزمة للدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة ، أم أنها مجرد توصيات غير ملزمة للدول الأعضاء ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا بحث مسألة ما إذا كان للجمعية العامة سلطة تشريعية ، وهو الأمر الذي يتجاوز نطاق هذه الرسالة ، ولذلك يكفي في هذا الصدد الإشارة إلى أنه وفقا للقواعد التقليدية في القانون الدولي العام فإن هذه القرارات من حيث الشكل عبارة عن مجرد توصيات ليست لها القوة الملزمة للدول ، كما أنها غير مقترنة بجزاء.¹

ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه من غير المتنازع فيه أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تعد إلتزامات ذات طبيعة قانونية ، ولكن المشكلة لا تكمن في الطابع الإلزامي لهذه القرارات بقدر ما تكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ ، فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها لا تعد قاعدة قانونية ، ومن الثابت أن القانون الدولي العام المعاصر لا يلزم الدول مطلقا بتنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ، فكما هو معروف فإن القرارات الصادرة عن مجلس الأمن فقط هي التي يتم تنفيذها.

ولقد أثيرت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم ويعد تحكيم " ليامكو" و"تسساكو" من أهم القرارات التحكيمية التي تعرضت لهذه المسألة .

حيث ورد في قرار تحكيم "ليامكو" : " إن القرارات وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنها تعد الدليل على اتجاه يحظى بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية ، إلا أن هذا الحق يمارس في حدود إحترام الاتفاقات التعاقدية والإلتزام بالتعويض ، واعتبر أن القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة أصلية هو القانون الليبي ، إلا أن هذا التطبيق سيخل بمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة" ولكن العبارة الأوضح كانت في حكم التحكيم بين الحكومة الليبية والشركتين

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 612.

Topoco & Calasiatic حيث توصل الأستاذ ديبوى إلى تصنيف هذه القرارات على نحو يجعلها في منطقة وسطى فهي ليست مجرد توصيات لا تتمتع بأية قيمة قانونية على الإطلاق ، وهي أيضا لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية حلت محل قاعدة عرفية سابقة.¹

فقد ذهب المحكم الأستاذ "ديبوى" إلى أن القرارات المختلفة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها نفس القيمة القانونية فهذه القيمة يجب أن تقدر وفقا لمعيارين : معيار شروط التصويت من ناحية ، ومعيار النصوص التي تضمنتها هذه القرارات من ناحية أخرى ، و إعمالا للمعيار الأول فإن القرار رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة للدول على الموارد الطبيعية تم اتخاذه بأغلبية ساحقة وتمت الموافقة عليه من قبل العديد من الدول ، ومن ثم فإن القرار يعكس حالة القانون العرفي إذ وافقت عليه دول العالم الثالث والدول الغربية المتقدمة بما في ذلك الولايات المتحدة الأمريكية .²

على عكس ذلك فإن شروط التصويت على بقية القرارات (القرار رقم 3171 ، 3201 ، 3271) تظهر أن هذه القرارات لم تلق ذات التأييد الذي حصل عليه القرار رقم 1803 ويرجع ذلك إلى أن هذه القرارات أخضعت مسألة التعويض للقانون الوطني للدولة المتعاقدة دون أن تتضمن أي إشارة للقانون الدولي ، مما أدى إلى إمتناع كثير من الدول الصناعية الكبرى عن التصويت عليها وتصويت البعض الآخر ضدها ، لما فيها من تعارض مع القوانين الوطنية لبعض الدول .³

وهكذا فرق الأستاذ " ديبوى" إعمالا لمعيار شروط التصويت بين القرار رقم 1803 المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية من ناحية والقرارات المتعلقة بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد وذلك الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول ، والذي يظهر من التصويت عليها عدم موافقة الدول في مجموعها على الأحكام الأكثر

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 329 ، 330. وكذا حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 449.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 612 - 614 .

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 453.

أهمية فيها وخاصة تلك التي تتعلق بالتأميم ، وقرر أن القرار 1803 هو وحده الذي يتمتع بقيمة القانون الدولي الوضعي .

وإعمالاً للمعيار الثاني المتمثل في تحليل النصوص التي تضمنتها هذه القرارات قرر الأستاذ ديبوي أن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يشكل إعلاناً سياسياً أكثر منه قانونياً ويدخل في إطار استراتيجية التنمية وتمت الموافقة عليه بواسطة الدول الصناعية وحدها .

وبناء على ما سبق انتهى الأستاذ ديبوي إلى أن الدولة ذات السيادة والتي لها الحق في التأميم لا يمكنها أن تتجاهل التعهدات التي التزمت بها كدولة متعاقدة .

ومن الواضح أن النهج الذي اعتمده ديبوي يعد منهجاً غير مناسب لتطوير القانون الدولي العام ، حيث أن الهدف الحقيقي الذي كان وراء هذا النهج هو تطبيق القانون الدولي العام إلى جانب قانون الدولة المتعاقدة ، فالقرار الوحيد الذي يتضمن الإشارة إلى القانون الدولي إلى جانب قانون الدولة المضيفة هو القرار 1803 المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية دون بقية القرارات ، وهو يريد الاعتراف لهذا القرار بالقيمة القانونية من خلال أعمال لمعيار التصويت .¹

وقد تعرض المحكم " محمصاني " في قضية ليامكو لمسألة القيمة القانونية لهذه القرارات ، فانتهى إلى أنها وإن لم تشكل مصدراً جماعياً للقانون فإنها على الأقل تعد دليلاً على الاتجاه جديد يحظى بالأغلبية ويتعلق بحق الدول في السيادة على ثرواتها الطبيعية ، وأن هذا الحق يخضع دائماً لمبدأ احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض .²

وأياً كانت القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فإنه يبدو أن هذه القرارات وإن كانت تقرر سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية وحرية التصرف فيها ، إلا أنها لا تتعلق بمسألة القانون واجب التطبيق على عقود الدولة وخاصة تلك

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 614 ، 615.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 449.

المتعلقة باستغلال هذه الثروات والتي تبرمها الدولة وفقا لما لها من سيادة عليها ، بيد أن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق لا شأن لهذه القرارات بها .

المطلب الرابع

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناء على وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون

وهذه القرينة هي مجرد وجود الدولة كطرف في العقد ، وقد استند هذا الاتجاه على أحكام القضاء الدولي وقرارات القضاء التحكيمي ، ولئن جاءت تلك الأحكام والقرارات في معرض عقود دولية أخرى.¹

الفرع الأول : مفهوم القرينة المفترضة التي جاء بها حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية - البرازيلية سنة 1929 .

جاء في قرار المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية - البرازيلية سنة 1929 : "أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص ، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون ... ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة ، فلا يمكن إفتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها ."

ويذهب هذا الحكم إلى اعتبار عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني وليس في القانون الدولي وذلك لمجرد أن الدولة طرف في العقد ولم تتصرف باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام.²

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة قد فصلت بشكل قاطع باستبعاد طائفة عقود الدولة من الخضوع للقانون الدولي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فعلى الرغم من أن

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 789.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 319.

المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد أقرت بشكل صريح أن هذه العقود تجد أساسها في القانون الوطني ، إلا أنها لم تذهب إلى حد إخضاع هذا العقود إلى النظام القانوني الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين ، بل أنها ونظرا لذاتية هذه العقود أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.¹

لقد حصر هذا الحكم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة ضمن ثلاث فرضيات :

1- يطبق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين دولة أو هيئة عامة تابعة لها ودولة أخرى بصفتها أشخاصا للقانون الدولي العام .

2- يطبق القانون الوطني على العقد المبرم بين دولة أو هيئة عامة تابعة لها ودولة أخرى بصفتها أشخاصا من أشخاص القانون الدولي الخاص .

3- يطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة - ما لم يثبت العكس - على العقود المبرمة بين دولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام أو هيئة عامة تابعة لها وشخص أجنبي.²

وقد أشار إلى وجود هذه القرينة حكم تحكيم " أرامكو " الذي ساير الرأي الذي تبنته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية - البرازيلية ، فقرر أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز ، حيث أنه من المتفق عليه أن الدولة ذات السيادة يفترض افتراضا بسيطا خضوعها للقانون الوطني ليحكم النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية ، لأنها قد قبلت خضوع الالتزامات التي أبرمتها لقانونها الوطني.³

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 417، 418. وكذا سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 617، 618.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 319، 320.

³ Bouhacene Mahfoud :Op.cit ، p 393 .

الفرع الثاني : المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي لإعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

مضمون هذا المعيار هو أنه إذا كانت الدولة قد أبرمت هذا العقد ليس باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام فإن هذا العقد يكون خاضعا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، أما إذا كانت هذه الأخيرة قد أبرمت العقد بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام فإنه يخضع للقانون الدولي العام ، وبالتالي فإن المعيار الذي وضعته المحكمة يرتكز على الصفة التي تعاملت بها الدولة ، فإذا تعاملت مع غيرها من الدول على اعتبار أنه من أشخاص القانون الدولي العام خضعت لأحكام هذا القانون ، أما إذا تعاملت على أنه شخص من أشخاص القانون الداخلي فإنها تخضع للقانون الداخلي.¹

و قد أيد هذا المعيار حكم التحكيم الصادر في 10 جوان 1955 في القضية المعروفة باسم "Les cargaisons déroutées" ، وذلك عندما تم توقيع إتفاق بين اليونان وبريطانيا من أجل تقدير المبالغ المستحقة للحكومة البريطانية على اليونان بسبب تغيير مسار السفن نظرا للأوضاع في اليونان أثناء فترة الحرب . ولقد تم تقدير هذه المبالغ بالدولار وكان يجب دفعها بالجنيه الاسترليني ، إلا أن قيمة الجنيه تم تخفيضها بعد الحرب على نحو أثرت معه مشكلة هل يجب الأخذ بعين الاعتبار بهذا الأمر عند الوفاء بالمبلغ أم لا ؟.

وعندما تعرض الأستاذ Cassin لهذه المشكلة قرر: " وحيث أن الإتفاق الموقع في 11 فيفري 1942 يعد إتفاقا دوليا ذو طابع مالي مبرم بين دولتين بوصفهما شخصان من أشخاص القانون الدولي العام ، ويتعلق هذا الإتفاق مباشرة بالآثار الناجمة عن الحرب التي اشتركت كلتا الدولتان فيها لمواجهة عدو ثالث ، فإنه من هذه الزاوية يعد هذا الإتفاق خاضعا دون أدنى شك لأحكام القانون الدولي العام ."

¹ Solus Henry – Jacques Ghestin –Sophie Lemaire : Les contrats internationaux de l'administration, Op.cit , pp 24,25.

ومن هنا يكون المحكم قد استند على المبادئ العامة كحسن النية والمعنى الواضح والمعتاد للكلمات والبحث عن هدف الاتفاق ليصل إلى أن ما جرى عليه العمل في مجال التشريع الدولي والقضاء الدولي في غالب الدول يقبل تحويل النقود محل المحاسبة إلى النقود التي يدفع بها وتكون محسوبة ليس وفقا لتاريخ العقد ، وإنما ليوم الوفاء بالدين.

فالقضاء يؤكد على أهمية هذا المعيار الذي يؤدي إلى الفصل بين العقود التي تبرم بين الدول كأطراف القانون الدولي العام والتي تخضع للقانون الدولي ، والعقود المبرمة بين الدول باعتبارها أشخاصا خاصة والتي يحكمها القانون الوطني.¹ حيث أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بهذه القرينة عندما قضت في حكمها الصادر سنة 1849 بأن :

" كل شخص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة "

كما أخذت بها أيضا محكمة استئناف باريس فقد قضت في حكمها الصادر في 05 جانفي سنة 1928 بأن : **" كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة "**.²

الفرع الثالث : نقد وتقييم قرينة وجود الدولة في العقد و قوتها في الدلالة على تطبيق قانونها الوطني .

من أجل محاولة التخلص نهائيا من قرينة وجود الدولة كطرف في هذه العقود ، أو على الأقل من أجل محاولة التخفيف من آثار هذه القرينة فقد تم الإشارة إليها باعتبارها "قرينة بسيطة " تقبل إثبات العكس مع وجود قرائن أخرى أكثر أهمية تشير إلى تطبيق قانون آخر ، ولعل ما ذهب إليه قضاء التحكيم في قضية أرامكو أكبر دليل حين افترض تطبيق قانون الدولة المتعاقدة حتى يثبت العكس .

ولعل نقطة الخلاف في هذا المعيار تركز حقيقة حول **" الصفة المطلوب توافرها في شخص الدولة "** أثناء تعاقدها لإعمال قانونها ، وفيما لو كان التعاقد بوصفها كذلك " أي

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 420 ، 421.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 618.

شخص من أشخاص القانون الدولي العام " مع إخضاع عقدها لقانون وطني " داخلي " ، باعتبارها حرة في الالتزام بقواعد القانون الدولي العام من عدمه دون أن يفسر ذلك بإمكانية التحلل من الالتزامات الدولية ، أو يؤثر على المسؤولية الدولية حسب القانون الدولي العام . كما يثور الخلاف فيما يخص هذا المعيار ليشمل ما يميز تصرف الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي عن تصرفها كشخص داخلي في معرض اشتراط الوصف الأخير لإعمال قانونها .¹

و في هذا الباب يرى الأستاذ Dominique Berlin أنه لما كانت عقود الدولة تتعلق بالحياة الاقتصادية والسياسية للدولة ، فإنه يكون من الأفضل إعمال معيار دبلوماسي يحل محل المعيار الموضوعي ، أي أن يقع على عاتق الدولة أن تحدد ما إذا كانت قد تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أم لا .²

حيث أن الإعتماد على معيار " التمييز بين تصرفات السلطة العامة وتصرفات القانون الخاص " قد يقودنا إلى نتائج غير دقيقة وغير واقعية والاعتماد على معيار "دبلوماسي" أكثر منه موضوعي ، وذلك بالاستناد على إفصاح الدولة بداية عن وصفها الذي تتعاقد به على نحو يحترم سيادتها ويكشف عن نواياها فيما يتعلق بالتزاماتها بآن واحد ، إنما يعني تبني معيارا إراديا بحتا ، يعتمد على إرادة الدولة فحسب ، لكنه معيار ناقص يحتاج إلى دعم في كل مرة تأبى الدولة أن تكشف عن إرادتها في هذا الصدد.³

وهذا ما لم يجب عليه الأستاذ Dominique Berlin عندما نادى بالإعتماد على إرادة الدولة كأساس لتحديد أنها تصرفت كأحد أشخاص القانون الدولي العام أم لا .⁴ وعلى الرغم من أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدائمة للعدل الدولي ليس فيها ما يفيد صراحة في تحديد طبيعة هذه القرينة المستفادة من وجود الدولة لتطبيق قانونها ،

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 790.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 322.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 791.

⁴ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 322.

فإنه يمكن القول بأن هذه القرينة قرينة بسيطة قابلة للدحض ، إذا كانت هناك ظروف أو عوامل تؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة.¹

حيث أن هذا المعيار قد تعرض لنقد لاذع من جانب غالبية الفقهاء ، فقد ذهب البعض إلى أن قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد تجاوزته التطورات المتعاقبة ولم يعد يتلاءم و الحاجات الحالية التي تفرضها التجارة الدولية ، حيث أنه إذا كان من غير الممكن افتراض قبول الدولة إخضاع العقد المبرم بواسطتها لقانون دولة أخرى أو للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي العام ، فإنه لا يمكن كذلك افتراض قبول الطرف الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة ، خاصة و أن قبول الطرف الأجنبي الخضوع لسلطان هذا القانون يعرضها لمخاطر السيادة *Aléa de souveraineté*، وإذا كان قانون الدولة المتعاقدة غالبا ما يعتبر في الواقع العملي هو القانون واجب التطبيق ، لكن ذلك لا يرجع إلى وجود قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة نظرا لصفاتها كدولة ، وإنما يعود إلى طبيعة العقد ذاته والذي يتركز تنفيذه على الأقل في الجانب الأكبر منه على إقليم هذه الدولة ، فقانون الدولة المتعاقدة يكون واجب التطبيق في مثل هذه الحالات باعتباره قانون محل التنفيذ *Lex loci executions*.²

ولقد أشار جانب من الفقه أن القضاء الفرنسي وعلى الرغم من أنه ساير كما سبق التنويه له من خلال أحكامه المبدأ الذي صاغته المحكمة الدائمة للعدل الدولي ، إلا أنه توصل إلى نتائج مختلفة تماما ، فبدل أن يطبق القضاء الفرنسي القانون الأجنبي الذي كان العقد الذي أبرمته الدولة الفرنسية مع الطرف الأجنبي تتركز جميع عناصره فيه على نحو يدحض القرينة المستفاد لصالح الدولة فإن هذا القضاء طبق القانون الفرنسي.

حيث أن الحكومة الفرنسية أبرمت عقدا بواسطة سفارتها في إسرائيل عام 1955 مع محام إسرائيلي للدفاع عن مصالح جمعية "وقف" أمام المحاكم الإسرائيلية ، وعندما تعرضت المحكمة لتحديد طبيعة العقد ذكرت : "حيث أن العقد المبرم بين **Szczupak**

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 421.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 619.

و الدولة الفرنسية لا تتوافر فيه خصائص العقد الإداري ولا يتضمن شرط غير مألوف كتلك 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 لصالح الوقف ونظراً لانعدام الطبيعة الإدارية للعقد فإن إختصاص القضاء العادي به بات أمراً طبيعياً "ولقد كان من الطبيعي ونظراً لتركيز كل عناصر العقد في إسرائيل أن يطبق 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 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 إتفاقات القانون الخاص والمثابفة للاتفاقات التي تبرم بين الأشخاص الخاصة ².

وتتعلق وقائع هذه القضية في النزاع القائم بين الدولة الفرنسية ومواطن تركي بشأن دعوى المسؤولية المرفوعة أمام المحاكم الفرنسية من قبل المواطن التركي المالك لعقار في تركيا والذي قام بتأجيرها للدولة الفرنسية ، والذي تهدم 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

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 422 ، 423.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 622.

القانون الذي يتعين الإسناد إليه ، إلا إذا تم استخلاص نية مخالفة ، من العقد ذاته أو من الظروف المحيطة به.¹

كما يؤكد هذا الحكم ما توصل إليه أصحاب هذا الرأي حيث أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعد متناقضا مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 42 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بقولها: "في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون واجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع - بما في ذلك قواعد تنازع القوانين - وكذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص".

و قد اعتمدوا في ذلك على أمرين :

- إن إشارة النص إلى قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع قد تضمنت صراحة قواعد تنازع القوانين في هذه الدولة ، مما قد 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 .²

بالإضافة إلى أن الدولة إذا تعاقدت كأى شخص عادي ، فإن العقود التي تبرمها تعد عقودا تتدرج ضمن عقود القانون الخاص ، ولا تتمتع فيها الدول كطرف بأية ميزة أو معاملة خاصة على نحو يقتضي إفتراض قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة .³

وقد سار في نفس الاتجاه حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 10 أبريل 1957 في قضية **Myrtoon Steamship** حيث أقرت بأن وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 424.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 619، 620.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 425.

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.¹

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عقدا للنقل البحري أبرمت بين شركة **Myrtoon Steamship** وبين البحرية التجارية الفرنسية بلندن بالجنيه 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 إستئناف باريس إلى أنه لا يمكن التذرع بوجود الدولة كطرف في العقد للقول بالتطبيق الضروري للقانون الفرنسي.²

وفي سياق رفض هذه القرينة دوما ، هناك من وصف هذه القرينة بغير المنطقية ، وذلك لأن الدولة عند إبرامها لهذه العقود تتعاقد ليس بوصفها من أشخاص القانون الدولي ، بل باعتبارها مجرد شخص عادي ، فالدولة تتعاقد على قدم المساواة مع الشخص العادي ، ومن هنا فلا يوجد ما يعطي أفضلية لقانون هذه الدولة ، وطالما أنها تتعاقد بهذه الصفة فلا يجوز لها أن تتمسك بالحصانة التشريعية التي تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها ، لما في ذلك من هدر للمساواة بين أطراف العقد.

كما أن القضاء الإنجليزي قد رفض تطبيق هذه القرينة فقد ألغت غرفة الوردات بإنجلترا بموجب حكمها الصادر عام 1937 حكم محكمة الاستئناف الذي طبق القانون الإنجليزي المبرم بواسطة الحكومة الانجليزية ، وقررت أن مجرد كون العقد مبرما بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانونها.³

كما أشار هذا الحكم إلى أنه لا يمكن الاحتجاج بوجود الدولة كطرف في العقد لتطبيق القانون الفرنسي ، حيث أن العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية فيما يتعلق

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 622.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 425.

³ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 620-622.

بالقانون الواجب التطبيق عليها ، تعامل معاملة العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة إذا اتصفت هذه العقود بصفات عقود القانون الخاص .¹ إذن كون أحد الأطراف دولة ذات سيادة لا يمثل في حد ذاته قرينة على تطبيق قانون ذلك الطرف ، ولا يعد حتى مجرد إشارة ذات دلالة قوية في هذا الصدد ، لا سيما عندما لا تتصرف تلك الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام .²

المطلب الخامس

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة نتيجة لتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد ظهر مفهوم النظام العام الوقائي متأخرا بعض الشيء عن مفهوم النظام العام الحمائي ، كون الوظيفة التي يضطلع بها ، لم تكن تثور في العصر الذي ثارت فيه الحاجة إلى النظام الحمائي ، إذ يعزى ظهور مفهوم النظام العام الوقائي إلى اتجاهات السياسة التدخلية للدولة التي زادت بشكل ملموس بتأثير الاتجاهات الفلسفية الاشتراكية ، فضلا عن الأزمة الاقتصادية التي أصابت العالم في نهاية العقد الثالث من القرن العشرين ، فكان القانون أحد أهم أدوات الدولة لتجاوز هذا الأمر ، حيث مضت الدولة في إصدار العديد من قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي كقوانين النقد والقرض وقوانين الجمارك وقوانين البنوك والصرف والقوانين الخاصة بحماية المستهلك ، ...إلخ، الأمر الذي استلزم من المشرع رعاية لتوجهاته أن يفرض حماية مخصوصة لهذه القوانين ، فكان أن منح طابعها الأمر حدا من القداسة ، اقتضت وجوب أعمالها على المسائل التي تدخل في إطار سريانها المكاني كافة ، ولو كانت في شأن علاقة ذات طابع دولي ، وهو ما ظهر معه أفكار نوعية للنظام العام ، هي في الأساس محاولة تقسيم نوعي لقواعد هذا النظام ، كالنظام العام الاقتصادي والنظام العام الاجتماعي، وهذا الوضع تلقفه فقه القانون الدولي الخاص ليمد آثار هذه القوانين التوجيهية إلي ميادينها ، فليس ثمة فارق في المعاملة إزاء هذه القواعد التوجيهية ما بين

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 321.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 619، 620.

مسائل خالصة الصبغة المحلية، ومسائل ذات صبغة دولية تتطوي على عناصر أجنبية، وذلك من حيث وجوب انطباقها، الأمر الذي تولد عنه منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ، في تناول مختلف لمفهوم النظام العام ، نظريا وعمليا ، عن التناول التقليدي المعروف في منهج التنازع بما يسمى " النظام العام الاستبعادي أو الحمائي " .¹

الفرع الأول : مفهوم نظرية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري .

رأينا أن الأصل هو خضوع عقود الدولة للقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين ، فإذا لم تتصد الإرادة لهذا الاختيار تعين إسناد العقد لقانون الدولة الأكثر صلة به . وقد أدرك الفقه منذ القديم خطورة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد على هذا النحو لما قد يؤدي إليه من فتح الطريق أمامهم للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية ، وهو ما دعا إلى البحث عن إعادة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من جهة والإحترام المطلوب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى .

وهذا لن يتأتى إلا من خلال تقييد دور الإرادة في العقود الدولية في مجال المسائل المكتملة ، وبهذا يظل العقد خاضعا للقواعد الآمرة في القانون الذي يحكمه، مع تخويل المتعاقدين الحق في اختيار قانون آخر في صدد المسائل التي اكتفى المشرع بتنظيمها بقواعد مكتملة .²

حيث أن يجب على المحكم ضرورة احترام للقواعد الآمرة الواجبة التطبيق في القانون الذي يحكم العقد والمنتمي إلى الدولة المتعاقدة ، سواء أكان قانون الإرادة أو الأوثق صلة بالعقد ، ويلتزم المحكم بالتطبيق الإجمالي لقواعد هذا القانون على الرغم من سلطته الواسعة في تقدير القواعد الواجبة التطبيق .

لذا ينصح البعض بضرورة أن يتحقق الطرف الخاص الأجنبي من القواعد الآمرة للدولة المتعاقدة ، لأن عدم مراعاة هذه القوانين أثناء تنفيذ العقد يعيق التنفيذ ، وعدم مراعاة حكم التحكيم لهذه القوانين يجعله غير قابل للتنفيذ.³

¹ عماد طارق البشري : مرجع سابق ، ص 388.

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 761.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 111، 112.

ويلاحظ هنا أن أغلب المستثمرين يضمنون عقودهم لشرط ثبات تشريعي تحسبا لإمكانية إصدار الدولة لقانون أمر أثناء تنفيذ العقد ، إلا أن هذا الشرط انتقد كثيرا من قبل الفقه لأنه يسمح بتقييد السلطة التنفيذية لعمل السلطة التشريعية ، الأمر الذي لا يمكن القبول به .

وعليه تذهب هذه النظرية إلى إخضاع عقود الدولة إلى إرادة المشرع الإلزامية ، والتي تتحد عبر نصوص أمره تعرف "بقوانين البوليس " أو " القوانين ذات التطبيق الضروري " معطلة بذلك قواعد الإسناد في هذا المجال العقدي .

وقد ظهرت القواعد ذات التطبيق الضروري نتيجة لتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات بقصد حماية الطرف الضعيف في النطاق العقدي من خلال التشريع .

ويقصد بها مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانون الوطني ، والتي يتعين تطبيقها تطبيقا مباشرا دون النظر إلى تصنيفها أو انتمائها للقانون العام أم للقانون الخاص.¹

حيث يرى جانب من الفقه العربي أنه يجب على المشرع السعي إلى التحرر من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تعبر بطبيعتها عن نزعة إقليمية ضيقة تحت ستار الطابع الوقائي والحماي لمصالح يعتبرها المشرع أساسية لا تمس .
ولكن هل يعني هذا أنه يجب على الدول العربية أن تقلل من سطوة القواعد ذات التطبيق الضروري ؟.

يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في تعليقه على أصحاب فكرة العقد بلا قانون " لقد تناسى هؤلاء أن القوانين الوطنية يمكن أن يقع تحت طائلتها العقد الدولي عن غير قاعدة الإسناد ، وذلك عندما تكون تلك القوانين داخلية تحت وصف القوانين ذات التطبيق الضروري ، وعندئذ لن يكون هناك عقدا خارجا عن القانون الوضعي .

وهذا هو ما يمكن تأكيده دون خشية فقد مضت الإشارة إلى أن القواعد ضرورية التطبيق في تزايد يوما بعد يوم بعد نمو الاتجاه التدخل والتوجيهي للدولة ، فكيف مع تلك القواعد تصور عقدا دوليا تطبيقا ؟.

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 806.

إن تلك القواعد تتزاحم على حكم العقد ، دوليا كان أم داخليا بالنظر إلى ضرورتها لتضامن وتماسك الأسس والتنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدولة ، ولن يكون العقد بقادر على الفكك من سطوتها فقط ، وتحاول تقريبه من النظام الذي يهيمن عليه قوانين الدولة لا إرادة المتعاقدين " .¹

وبهذا فإن تطبيق قواعد البوليس ذات التطبيق الضروي يعطل أعمال قاعدة الإسناد في خصوص المسألة التي تدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروي .

ويترتب على هذا الأعمال للقواعد ذات التطبيق الضروي تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الإرادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس ، ولعل هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه عندما أكد على حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية إحتراما لسيادة القانون .²

ويضيف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " إن العقد الدولي ، لا ينشأ في فراغ ، فهو يبرم في دولة ، ويتم تنفيذه فيها ، أو في دولة أخرى ، وهناك من القواعد ضرورية التطبيق في دولة الإبرام ، أو التنفيذ ، ما لا يمكن الهروب منها .

ففي مرحلة الإبرام ، هناك القواعد المتعلقة بالتصاريح الإدارية والأذونات المختلفة ، التي يجب الحصول عليها مقدما ، قبل إبرام العقد كإذن التصدير والاستيراد واحترام القوانين الجمركية .

وفي مرحلة التنفيذ ، لا ننسى القواعد المتعلقة بسعر الصرف وتحويل العملة ونقود الدفع ونوعية السلعة وما تتصل به من قواعد خاصة بحماية المستهلك .

فالدول تفرض دائما إحترام بعض القواعد الآمرة التي يبدو أنه من المستحيل على المحكم أو القاضي أن يعفى من مراعاتها " .³

الفرع الثاني : أعمال المحكم الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبية .

قد يتبادر للذهن أنه إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروي من غير النظام القانوني الذي اختاره الأطراف ، فإنه لا يجوز للمحكم الدولي أعمال قواعد البوليس

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 112 ، 113 .

² هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص 767 .

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 113 .

التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الاتفاق على تطبيق قانونها ، على أساس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة استبعادا جزئيا لقانون العقد ، مما يعرض القرار التحكيمي للبطلان .

ويرى البعض أنه في هذه الحالة يعتبر المحكم غير ملزم بتطبيق هذا القانون ، إلا أنه يتخذ كواقعة مادية لتقدير حالة القوة القاهرة أو يعتد به كقانون وليس كواقعة مادية إذا كان هذا القانون ينتمي إلى مكان تنفيذ القرار التحكيمي وكان بالإمكان تفسير نية الطرفين بأنهما لا يستبعدان تطبيق مثل هذا القانون .

وقد استقر القضاء التحكيمي على إطلاق سلطان هيئة التحكيم والسماح لها بتطبيق قوانين البوليس ، ولو لم تكن جزءا من القانون الذي اختاره الأطراف شريطة ألا يترتب على هذا التطبيق مفاجأة للمتعاقدين ، ويلاحظ في هذا المقام أن المادة السابعة من اتفاقية روما تلزم بتغليب تطبيق القواعد الأمرة حتى ولو كانت تنتمي إلى غير قانون العقد . وفي الواقع ، وعلى الرغم من صعوبة أعمال القواعد الأمرة المنتمية إلى دولة ثالثة أمام المحكم ، فإنه يتعين على المحكم الدولي مراعاة أن الإلتزام بالقواعد الأمرة في القانون مقيد باحترام التوقعات المشروعة للأطراف ، فإذا خالف المحكم القواعد الأمرة في قانون العقد ، فإن هذا لا يمنع من الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، على أساس أن الواجب مراعاته في هذه الحالة أكثر ليست تلك القواعد الأمرة المنتمية إلى قانون العقد، وإنما تلك الخاصة بقانون الدولة الغالب فيها تنفيذ الحكم فيها ، وبالتالي فإن مخالفة المحكم للقواعد الأمرة في قانون العقد لا تعتبر بالضرورة مخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ.¹

الفرع الثالث : نطاق تطبيق نظرية القواعد ذات التطبيق الضروي .

لا يثير أعمال نظرية القواعد ذات التطبيق الضروي أية صعوبة في حال تحديد المشرع الصريح والدقيق لنطاق ذلك الأعمال .

إلا أن الصعوبة تكمن مع غياب ذلك التحديد حيث يجد القاضي نفسه بحاجة للبحث عن وجود تلك القواعد من خلال أحد المعايير المقترحة في هذا الصدد ، ولعل أهمها

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 114 ، 115.

"المعيار الغائي" الذي يذهب لاعتبارها من قبيل تلك القواعد أية قاعدة تتعلق بمصلحة الجماعة ، وانطلاقاً من هذا المعيار فإن "قوانين" عقود الدولة تعد كذلك لما تحققه من تنمية اقتصادية للدولة ، إلا أن هذا المعيار انتقد لمرونته خاصة وأن الوضع ينطبق على الغالبية العظمى من عقود الدولة إن لم نقل كلها نظراً لزيادة فعالية دور الدولة في تحقيق المصلحة العامة ، مما يؤدي إلى اتساع نطاق القوانين ضرورية التطبيق وهذا ما يضر بمعاملات القانون الدولي الخاص .¹

ذلك أنه قد تزايدت القواعد القانونية الآمرة التي تتصدى لتنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لحماية المصلحة العامة ، وهو ما يشير إلى إنهيار المذاهب الفردية وانتصار الأفكار الاشتراكية بما تفرضه على الدولة من واجب التدخل في التوجيه الاجتماعي والاقتصادي ، ولعل أصدق دليل على ذلك ما يسمى بقوانين التوجيه الاقتصادي ، ومن مجالات هذه القوانين تنظيم الرقابة على النقد والصراف وعمليات البنوك و أسعار الفائدة وقيود الاستيراد والتصدير والجمارك ، علاوة على قوانين حماية المستهلك ، بل إن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي قد وصل إلى حد التصدي لهذا النشاط بنفسها من خلال الشركات العامة . واستندت بعض الأحكام إلى فكرة الإقليمية كمعيار لتحديد قوانين البوليس ، وأساس ذلك أنه مادامت قوانين البوليس ذات تطبيق إقليمي فإن الإقليمية تصبح على هذا النحو معياراً للكشف عن هذه القوانين وتحديدتها .

فإذا قدر القاضي أن قاعدة معينة في قانونه الإقليمية التطبيق فهو يتصدى لإعمالها على كافة الوقائع والتصرفات القانونية التي تتم في إقليم الدولة ، أو على الأشخاص المقيمين فيها أو الأموال الموجودة بها على حسب الأحوال دون اعتداد بما قد تشير إليه قواعد التنازع من اختصاص لقانون أجنبي ، فالإقليمية هي شيء مضاد للتنازع ، أو كما مثل البعض : " فإن العلاقة ما بين الإقليمية والتنازع كالعلاقة بين الماء والنار ، فإما أن يطفئ ماء الإقليمية لهيب التنازع ، وإما أن يتمكن هذا اللهب من تبخير مبدأ الإقليمية".

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 807 ، 808.

لذلك فقد تم توجيه النقد لهذا المعيار " معيار الإقليمية " ، ذلك المعيار لم يسعف أنصاره لما فيه من مصادرة على المطلوب ، حيث إن المطلوب هو تحديد القواعد التي تطبق على أساس إقليمي ، كما أنه معيار غير مانع ، ذلك أنه ليس كل قانون إقليمي هو بالضرورة من قوانين البوليس " كقانون موقع المال " مثلا ، وعلى العكس فقد تكتسب القاعدة القانونية صفة قواعد البوليس رغم طابعها غير الإقليمي ، وهكذا فقد عجز معيار الإقليمية عن الكشف عن قواعد البوليس مما دفع القضاء إلى الاستناد إلى معيار النظام العام .¹

وفي محاولة الوصول إلى معيار مثالي جاء إقتراح اللجوء إلى " معيار النظام العام " رغم معارضته بحجة تدخل ذلك النظام بعد إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي دون أن يكون له دور مسبق في تحديد ذلك القانون ، عدا أن النظام العام مفهوم ثابت لا يقبل التعدد ، إذ لا يوجد نظام عام خاص بالجماعة و آخر خاص بالأفراد ، بحيث ينصرف الأول لاستبعاد القانون الأجنبي ، بينما يستعمل الآخر كضابط للإسناد بغرض تطبيق نظرية القواعد الضرورية .²

وبالنتيجة يمكن تحاشي الانتقادات الموجهة للمعايير السابقة فيما لو قام المشرع بتحديد تلك القواعد على نحو لا يفسح معه مجالا للقاضي الوطني لإعمال سلطته في تفسير القوانين والبحث عن تلك القواعد .

الفرع الرابع : نقد وتقييم هذه النظرية .

ذهب البعض إلى عدم إمكانية التسليم بهذه النظرية استنادا إلى كونها :
- نظرية قاصرة على فرض طرح النزاع أمام القضاء الوطني ، بينما تحال غالب منازعات عقود الدولة حقيقة إلى قضاء التحكيم ، حيث لا يملك المحكم الدولي إنتماء قانونيا معيناً ، أما محاولة معالجة هذه المسألة بإعمال القواعد الضرورية في الدولة التي سينفذ فيها قرار المحكم، تواجهها مشاكل من نوع آخر كونها محاولة تسبق الأحداث ، وتضع هيئة التحكيم أمام صعوبة تحديد تلك الدولة فيما لو كان التنفيذ سيتم بأكثر من مكان ، كما تنطوي على خلط واضح بين عمل المحكم في فصل النزاع وبين

¹ هشام علي صادق : مرجع سابق ، ص ص 747 ، 849 ، 850 ، 852 .

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 808 .

مهمة القاضي في دولة التنفيذ من جهة الاعتراف بالقرار التحكيمي و إكسائه صيغة النفاذ من عدمه ، فضلا عن أن مراعاة المحكم للنظام العام في تلك الدولة يعد دليلا على كفاية نظرية النظام العام في هذا الفرض .

- نظرية غير عادلة : نظرا لاحتمال اختلاف الحكم في ذات النزاع تبعا لاختلاف القضاء الناظر فيه ، والذي يلتزم بدوره بتطبيق القواعد الضرورية في قانون دولته مباشرة على النزاع.

وبالتالي سيختلف الحكم فيما لو عرض النزاع على " قضاء الطرف الأجنبي " عما هو عليه فيما لو نظره " قضاء الدولة المتعاقدة " ويزداد الأمر تعقيدا فيما لو كان تنفيذ الحكم سيجري في دولة الطرف الآخر ، لأن غياب الاتفاق أو الإشتراك ما بين قوانين الدولتين سيعرض ذلك الحكم لخطر عدم التنفيذ .

- نظرية ضارة : من جهة قيامها على مبدأ تلازم الاختصاصين القضائي والتشريعي، مما يفسح المجال للغش والتحايل أمام الخصم سيء النية فيما لو رغب بتطبيق قانون معين رغم عدم صلته بالعقد ، إذ يكفي أن يرفع دعواه أمام قضاء الدولة صاحبة ذلك القانون ليضمن إعماله .¹

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 809 ، 810.

المبحث الثاني

تحرير عقود الدولة من الخضوع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة

يذهب جانب من الفقه إلى السعي نحو تدويل عقود الدولة بغية إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام ، وتحريرها من الخضوع للسيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، لما يمثله الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة من مخاطر للطرف الأجنبي باعتباره طرفا ضعيفا يجب حمايته .

ذلك أن المتعاقد مع الدولة لا يمكنه أن يحول دون ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية في الإقدام على تغيير تشريعاتها ، كما أن خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يمكن هذه الأخيرة من تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة بوصفها سلطة عامة .

لذلك يرى أنصار التدويل أن هذا الخطر لا يمكن تفاديه من خلال تقييد سلطات الدولة بتبني شروط الثبات التشريعي مثلا ، ولكن يكون بخضوع هذه العقود للقانون الدولي الذي لا يتحقق إلا بتدويل العقد حتى نضمن حماية فعالة للمتعاقد الأجنبي الضعيف .¹ فرأت 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 .²

ويؤدي تدويل العقد يؤدي إلى منح المتعاقد إمكانية التمسك بقواعد القانون الدولي العام في مواجهة الدولة المتعاقدة وما يترتب عليها من حقوق يتمتع بها المتعاقد الأجنبي كحقه في مساءلة الدولة دوليا ، حيث تؤسس مسؤولية الدولة في هذا الفرض على أن القانون الدولي يتطلب الاحترام المطلق للعقود ، وأن أي مساس بالعقد أيا كانت أسبابه يؤدي

¹ طالبى حسن : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 ، ص ص 117 ، 118 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 332 .

إلى قيام مسؤولية الدولة.¹ وهذا ما يعبر عنه فقها بالتدويل المباشر لعقود الدولة ، ومحاولة إخضاعها للقانون الدولي مباشرة "المطلب الأول".

كما يؤدي التدويل كذلك إلى أثر سلبي قوامه استبعاد القانون الوطني ، وجعله قانونا احتياطيا يرجع له حال نقص في قواعد القانون الدولي أو تعارض مع النظام العام لتلك الدولة.²

هذا وإن كان التدويل المباشر قد فشل في محاولة التهرب ، من القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، كان الفقه المدافع عن مصالح الشركات الأجنبية المتعاقدة الذي يسع سعيا حثيثا لأجل الإفلات من هذا القانون ، قد وجد نفسه - أمام عقبات تحول دون التدويل المباشر - مضطرا للتخفيف من تشدد هذا الرأي فنظر لما سمي بالتدويل غير المباشر وحاول إعمال قواعده لا تنتمي للقانون الدولي ولا للقانون الوطني ، وهذا ما سنتناوله في "المطلب الثاني" .

المطلب الأول

التدويل المباشر لعقود الدولة وخضوعها للقانون الدولي العام

تختلف الحجج والأسانيد التي يستند عليها أنصار هذا الاتجاه من فقيهه لآخر ، ويمكننا في هذا الصدد التمييز بين عدة آراء :

الرأي القائل بخضوع العقد للقانون الدولي العام إستنادا على قواعد القانون الدولي الخاص ، والرأي القائل بخضوع العقد للقانون الدولي العام باعتباره معاهدة دولية ، والرأي القائل بخضوع العقد للقانون الدولي العام باعتباره تصرفا قانونيا دوليا من نوع جديد.³

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 232.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 838.

³ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 623.

حيث يرى فقهاء القانون الدولي العام أن جميع المسائل تصلح لأن تكون محلا للتنظيم و
إعمال قواعد القانون الدولي العام.¹

الفرع الأول : المقصود بالتدويل المباشر لعقود الدولة .

منذ أزيد من عشرين سنة والملتقيات والمؤتمرات الأكاديمية للقانون الدولي للاستثمار تستنبط من الاجتهاد القضائي التحكيمي القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وكذا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حد ذاته . ولعل هذا الاجتهاد يمثل فرصة لكسر الحواجز الموجودة بين القانون العام والقانون الخاص خاصة في الدول ذات التقاليد القانونية المتوارثة عن القانون الروماني التي تفرق بشدة بين ما هو قانون عام وما هو قانون خاص ، بين أنصار القانون العام " publicistes " و أنصار القانون الخاص " privatistes " ، ولكل منهم حججه التي تبرر تمسكه بتطبيق هذا القانون أو ذلك ، فمنهم من ينطلق من الحلول التقليدية التي جاءت بها محكمة العدل الدولية منذ عهد بعيد ، والذين يرون أن كل عقد دولة مبرم بين سلطة ذات سيادة وشخص أجنبي خاص لا يمكن أن يطبق عليه إلا القانون الداخلي لتلك الدولة² ؛ لكن البعض الآخر يؤكد على أن الفقه والقضاء يجعل من "القانون الدولي لعقود الدولة " فرعا نوعيا من القانون الدولي العام وأن هذا الأخير أي القانون الدولي العام هو الذي يجب أن يطبق في كل مرة أو على الأقل عندما يسمح شرط القانون الواجب التطبيق في العقد بإمكانية عدم توطين " délocalisation " العلاقة القانونية بين متعاقدين غير متجانسين بالطبيعة بصفة كلية أو على الأقل جزئيا : لأن أحدهما يوصف بأنه وطني و عام ، والثاني أجنبي وخاص.³

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 699.

² باللغة الإنجليزية : "Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on municipal law of some country".

³ Pierre-Marie Dupuy :Les émanations engagent –elles la responsabilité des Etats ? ,Etude de droit international des investissements , European university institute ; Department of Law,Italy,2006.PP 2,3.

و لقد نادى المدافعون عن تدويل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية إلى تطبيق قانون دولي يختلف عن القانون الدولي المعروف بالمعنى التقليدي ، يأخذ بعضاً من قواعده الملائمة التي تقبل التطبيق أصلاً على هذا النمط من العقود وبالقدر الذي تقبله .

فأطلق القضاء التحكيمي على تلك القواعد مصطلح " القانون الدولي للعقود " مع تيقنهم بأن القواعد الأساسية لهذا القانون لم تتضج بعد وتكتمل إذا قارنها بالقانون الدولي للمعاهدات ، ورغم أنها قواعد لازالت في طور التكوين ، ينتظر أن تساهم النماذج العقدية الجديدة في تطوير أسسها ومبادئها.¹

حيث نلمس مساهمة الاجتهادات القضائية التحكيمية بالموازاة مع دور الفقه في محاولة تأسيس لقواعد هذا القانون المعروف بـ " القانون الدولي للعقود " ، وذلك لأجل إرساء أسس لتنظيم المبادلات الاقتصادية الدولية من خلال تطبيقات عملية لها طابع أصيل ، عن طريق قواعد تختلف عن قواعد القانون الدولي العام في بعض الأحيان ، وتحديد بعض المفاهيم المتعلقة بخصوصية هذه العلاقات الدولية كمفهوم القوة القاهرة و شروط إعادة التفاوض ، وتبديل الإلتزامات في ظل تغير الظروف و التي تتميز بها العلاقات الاقتصادية الدولية طويلة الأمد ، وفي أحيان أخرى قد تستعير بعض من قواعدها من القواعد العرفية للقانون الدولي العام.²

و يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الدولي العام هو القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين الدولة شخص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي ، فالقانون الدولي العام وفقاً لهذا الاتجاه - يشمل العديد من القوانين التي تحل أي نزاع يمكن أن يثار من جراء تطبيق العقد بين الطرفين ، فالقاضي الدولي له أن يلجأ - حلاً لأي نزاع - إلى المعاهدات الدولية أو العرف ، أو المبادئ العامة للقانون كمصادر للقانون الدولي . ومن فقهاء هذا الاتجاه **جيرارد جوناسان** حيث يؤكد أن القانون الدولي يشمل من بين ما يشمل أشخاص القانون المختلفة ، كما يتضمن العديد من القواعد القانونية

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 837.

² Bouhacene Mahfoud :Op.cit , pp 401,402.

التي تحت القاضي الدولي على حل أي نزاع ينشأ عن العقد المبرم بين أشخاص قانونية متنوعة .

ويؤكد جانب من الفقه المشايخ لتطبيق القانون الدولي أن هذا الأخير بما يشمل من قواعد إتفاقيات فينا الملزمة ، وكذلك إعلانات حقوق الإنسان ، وكلها وبلا شك سوف تحقق الأمن للأطراف خلال حياة العقد . ويدعم أحد مشايخي هذا الاتجاه رأيه بتطبيق القانون الدولي على عقد الدولة مؤكداً أن الأطراف عند إحالتهم العقد على القانون الدولي ، إنما يقصدون من ذلك عدم تعريض اتفاقاتهم إلى التعديلات الفردية التي قد تصدر عن التشريعات الداخلية للدول التي يتبعها شخص القانون الداخلي طرف هذه العلاقة التعاقدية .¹

ويقرر هذا الاتجاه أن العقد في هذه الحالة لن ينشأه والمعاهدات الدولية التي تقتصر فقط على أشخاص القانون الدولي² ، بيد أن العقد يتسم بالدولية على اعتبار أن القانون

¹ مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص ص 39 ، 40.

² إلا أن مناط خضوع العقد المبرم بين الأشخاص الدولية للقانون الدولي العام هو صدوره عن تلك الأشخاص الدولية بتلك الصفة ، أي بوصفها أشخاصاً دولية هذه الصفة في الواقع إنما تستخلص من ظروف التعاقد ، فالعقد الذي يثير مسؤولية الدولة بهذه الصفة أو يتعلق بالنظام المالي أو بميزانية الدولة هو ما يمكن معه القول بأن عقد بين أشخاص دولية أبرمته بهذه الصفة ، ومعنى ذلك أنه لا يمكن الزعم بوجود قاعدة عامة مؤداها أن ديون الدولة دائماً من طبيعة واحدة وأنها من قبيل الدين العام حتى لو أبرمت مع شخص أجنبي أو دائنين أجانب من أشخاص القانون الخاص لأن العقد في الحالة الأخيرة قد لا يكون من قبيل العقود الدولية المبرمة في إطار قواعد القانون الدولي العام ، وذلك ببساطة لأن أحد طرفيه ليس شخصاً دولياً فهذه الصورة لا تقدم لنا نموذجاً لعقد دولي في معنى العقد الخاضع بطبيعته لقواعد القانون الدولي العام ، غير أن تعلق العقد بعمل من أعمال الدولة أو على وجه الخصوص بدين عام وهو ما يصرفه من حيث المبدأ ويخرجه من نطاق روابط القانون الخاص ، غير أنه لا يعتبر من قبيل العقود الدولية بالمعنى الضيق ، ولكن كما يقول عنه الفقيه Bluntschli عقد شبه دولي Quasi-International contract بحكم وقوعه تحت حماية قاعدة قانون دولي تقدم ضمانات ضد ما عسى أن يكون من معاملة تمييزية ضد الأجنبي ، أو تعسف أو انتهاك لقواعد الحد الأدنى ، ومن ذلك أن يتعرض الأجنبي لمصادرة أمواله أو إلغاء العقد المبرم معه دون تعويض عادل ، فالعقد الدولي عقد أبرم بين شخصين دوليين بهذه الصفة والتي لن تثبت له إلا بحكم تعلق محل العقد بعمل الدولة أو نشاط الدولة ، وهو ما لا يتعلق بمباشرة أنشطة الأفراد وإنما يدخل في نطاق مسؤولية الدولة الوظيفية عن الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة وميزانية الدولة وديونها لدولة أجنبية لتحسين وضع ميزان المدفوعات أو مواجهة ركود في الاقتصاد ، وإنما يكون العقد من العقود شبه الدولية لأن أحد طرفيه أجنبي ينتمي لدولة أخرى وإنما تثبت له صفة الدولية ليس بحكم طبيعته القانونية وإنما بالنظر إلى الممارسة الدبلوماسية التي ترتد إلى تمتع ذلك العقد بحماية قاعدة قانون دولي تثار وتبدو في حالة عمل فقط عند وقوع مساس بحقوق الأجنبي =

الدولي هو الحاكم لعلاقة الشخص الدولي ممثلاً في الدولة بأحد أشخاص القانون الداخلي، وينتهي الاتجاه إلى الاستفسار عن أسباب الوقوف ضد رغبة الأطراف إذا ما أسندوا عقدهم إلى القانون الدولي العام. ؟

وينتهي الفقيه **جينكس** إلى القول بأنه لا يوجد في البناء القانوني الدولي أو الداخلي ما يمنع من الاعتراف للقانون الدولي بمعالجة كل ما له صلة مباشرة بالعقد.¹

الفرع الثاني : خضوع العقد للقانون الدولي العام استناداً على قواعد القانون الدولي

الخاص .

أولاً : محتوى الرأي .

يكشف الاستقصاء البحثي كما يقول الفقيه *Essa Passivirta* على أن أغلب الأبحاث الأكاديمية حول عقود الدولة قد ركزت على هوية القانون واجب التطبيق ، غير أن السيطرة على الجوانب الموضوعية لهذا القانون ليس أمراً يسيراً ، واستشهد بالرأي الذي تبناه معهد القانون الدولي في جلسته المنعقدة في أثينا عام 1977 و أنه على الرغم من إثارة التساؤل عن قابلية القانون الدولي للتطبيق على العقود الدولية ، إلا أن ذلك الرأي الذي تبناه المعهد حول مدى قابلية القانون الدولي العام للتطبيق على عقود الدولة باعتباره القانون الخالص لهذه العقود ، يبين أنه استبعد تلك النتائج التي قد تستتبع تطبيق هذا القانون ، وخصوصية نطاق عقود الدولة هي أن القانون الدولي قد بدا فيها من خلال تنازع القوانين ، وأن نمو قانون موضوعي إنما ترك لمحاكم التحكيم ، ذلك أن القانون الدولي فيها لم يطبق إلا بما بوصفه قانوناً إجرائياً أكثر من تعرضها للقانون

= ذات الحماية بقواعد القانون الدولي العام ذات الصلة ، ويبدو هذا الفهم وهو ما يتفق مع مؤدى خضوع العقد المبرم بين دولتين لقواعد المسؤولية الدولية طبقاً لقواعد القانون الدولي العام لحكم طبيعة العقد إذ هو قد يعتبر من قبيل المعاهدات العقدية ، وهي مسؤولية لا مجال لإثارتها في العقود شبه الدولية إلا في نطاق ما تضيفه قواعد القانون الدولي العام في حماية للمتعاقد الأجنبي مع الدولة .

غير أنه عند البحث عن القانون الخالص لعقد أو القانون الموضوعي الساري على محل التعاقد والمتعلق بالالتزامات الناشئة عنه ، فإن هذا الأمر يكون المرجع فيه للقانون الذي تقرره الإرادة الصريحة أو الضمنية .أنظر في ذلك : **سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص ص 87-89.**

¹ **مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص 41.**

الموضوعي ، ولعل اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في مادتها 42 توضح السمة الإجرائية لهذه الاتفاقية .¹

ويعتبر الفقيه Mann من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة المقرر في القانون الدولي الخاص .²

ولقد بدأ الفقيه Mann في سبيل تدعيم وجهة نظره ببيان أن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية وخاصة الدول تخضع بدون شك من حيث المبدأ للقانون الدولي العام، ولكن على الرغم من أن الأشخاص الدولية تتعاقد عادة في نطاق القانون الدولي العام ، إلا أنه لا توجد أي قاعدة قانونية تحظر عليهم إخضاع معاملاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم .³

وبهذا يتم تطبيق القانون الدولي باستخدام قواعد الإسناد ، بناء على اتجاه إرادة الأطراف المقررة وفقاً لقاعدة إسناد تنتمي لأحد النظم الداخلية إلى تطبيق القانون الدولي، ولا يشترط وجود تلك القاعدة في أحد النظم القانونية للمتعاقدين ، بل يكفي مجرد الإشارة إليها في القانون المنظم لعمل هيئة التحكيم .⁴

ولقد أراد الفقيه Mann من ذلك أن يصل إلى نتيجة معينة أعرب عنها بعد ذلك وهي أن العقود المبرمة بين شخص دولي من ناحية ، وشخص طبيعي أو قانوني تابع لنظام قانوني وطني من ناحية أخرى تكون محكومة كقاعدة بواسطة نظام قانوني داخلي مختار من قبل الأطراف ، ومع ذلك فإنه من الممكن بالنسبة لهذه العقود التي يكون أحد أطرافها فقط من أشخاص القانون الدولي أن تخضع للقانون الدولي العام .

وقد ذهب الفقيه - في سبيل الرد على الاعتراض المتمثل في أن القانون الدولي العام لا يتضمن بعد القواعد القانونية التي تحكم العقود - إلى تطبيق المبادئ القانونية التي تحكم المعاهدات وخاصة المعاهدات التجارية المبرمة بين الأشخاص الدولية مبرراً ذلك بقوله

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 102.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 624.

³ طه قاسم أحمد : مرجع سابق ، ص 188. و أنظر : Berlin Dominique : Op.cit , p06.

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 839.

بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف كثيرا من حيث طبيعتها وموضوعها عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية .

ولقد بنى الفقيه وجهة نظره في تدويل هذا النوع من العقود و إخضاعها للقانون الدولي العام على أساس نظرية القانون المناسب *The doctrine of the proper law* في القانون الدولي الخاص ، فهو يرى أن مسألة ما إذا كان من الجائز وفي ظل أية ظروف للشخص الدولي والشخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدولي العام أمر يتعلق بنظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص ، أكثر منه تعلقه بالقانون الدولي العام ذاته ، وإذا ما كانت هناك قيود تحد من حرية الأطراف في الاختيار وتناولها العديد من الفقهاء بيد أن أيا من هؤلاء لم يستبعد حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي العام وخاصة عندما يكون العقد مبرما مع أحد أشخاص القانون الدولي وعندما تقتضي طبيعة الأشياء بأن تكون هناك علاقة وثيقة بالقانون الدولي العام .¹

ويضيف الفقيه Mann "مان" أنه من الممكن القول بأن التوسل بقواعد القانون الدولي العام ليس متاحا لغير الأشخاص الدولية ، غير أن توسل أشخاص القانون الخاص في عقودهم بقواعد القانون الدولي العام إنما تكون فيه تلك القواعد بمثابة قواعد عقدية أي شروط عقدية "Ex Contractu" وليست قواعد قانونية "Ex lege" فهي شرائط عقدية وليست قانونية ، وهذا النوع الأخير هو ما يمكن أن نطلق عليه عقود القانون الخاص المدولة ، وتبرز بذلك ملامح التمييز بين العقود الدولية وشبه الدولية من ناحية، وبين عقود القانون الخاص المدولة ، في أن تدويل أو دولية عقود الدول قد تكفي فيها الإشارة الصريحة أو الضمنية لقواعد القانون الدولي ، غير أن التدويل في عقود أشخاص القانون الخاص هو تكييف ينبغي فيه الاحتراز و إعمال النظر لما كان العقد لا يخضع لقواعد القانون الدولي العام وفقا للفرض الذي تمليه مقتضيات إعمال القواعد العامة في تحديد نطاق عمل القوانين ، أو وفقا لمجريات الأمور في الظروف العادية .² بل إنه قد يكون من الأوفق أن نميز بين العقود الدولية وشبه الدولية بواقعة كون أطراف العقد أشخاصا دولية أو بوجود طرف في العقد هو شخص دولي نعني دولة مثلا ، هذا

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 624 ، 625 .

² سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 90 .

من ناحية وبين تحديد القانون الموضوعي واجب التطبيق على العقد ، صحيح أن كون أحد أطراف العقد دولة يجعل العقد خاضعا لقواعد القانون الدولي العام التي تضي حمايتها على الأجنبي في حالة إنتهاك حقوقه المكفولة بالتزامات تلقيها قاعدة قانون دولي على عاتق الدولة سواء أكانت تلك المبادئ مكفولة بالقانون الدولي العرفي أو بمعاهدة دولية ، إلا أن القانون الذي يحكم موضوع العقد هو قانون الإرادة ، لذا فإن تدويل العقد يعني انطباق قواعد القانون الدولي العام بوصفه عملا للإرادة وهو أمر يختلف عن الخضوع لقواعد القانون الدولي العام وفقا ما يفرضه اللزوم القانوني وطبيعة الأشياء ، ولعل هذا ما دعا الفقيه "مان" إلى القول أنه ليس مستحيلا أن تكون الصفقات بين وطنيين محكومة بمبادئ قانونية فوقية والتي هي أدوات قانون دولي عام و أن تكون الصفقات بين أشخاص دولية محكومة بنظام قانوني وطني.¹

لكن ومع خشية تفاقم ظاهرة إضفاء طابع القانون الخاص على عقود الدولة نظرا لاستعارة أساليبه ، أو مخافة الوصول إلى تقدير غير واقعي لإرادة الأطراف على نحو يؤدي إلى خلق قاعدة إسناد غير حقيقية تكفي بتدخل الدولة كضابط للإسناد إلى القانون الدولي ، ثم إتباع أسلوب آخر في التدويل هو **تطبيق القانون الدولي تطبيقا مباشرا بعيدا عن قواعد التنازع** ، وقد سمي أنصار هذا الاتجاه هذا العقد بـ "العقد المدول" ، والذي يتوسط المعاهدة الدولية وتلك العقود التي بين الأفراد ، لأنه لا يعقل قانونا أن نتصور وجود تنازع بين القانون الدولي من جهة و أحد القوانين الوطنية وفقا للمعنى التقليدي لقواعد الإسناد ، وعليه تظل إرادة الدولة بالاتفاق مع إرادة الطرف الأجنبي هي أساس التدويل ، وهي إما أن ترد صريحة أو ضمنية بشكل تنازعي أم بشكل مباشر.²

ويرى الفقيه أنه لا يجب النظر إلى مسألة اختيار القانون الدولي العام ليحكم العقد من خلال الواقع المتمثل في أن هذا القانون عادة ما ينظم العلاقات بين الأشخاص الدولية ، إن القانون السويسري باعتبار أنه نظام سويسري داخلي ينظم العلاقات القانونية بين المواطنين السويسريين أي العلاقات الداخلية السويسرية ومع ذلك إذا أخضع شخص

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص ص 90 ، 91.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 839 ، 840.

انجليزي وشخص إيطالي عقدهما للقانون السويسري فليس هناك شك في أن هذا النظام القانوني ينطبق على العلاقات العقدية بين الانجليزي والإيطالي بموجب اختيارهما لهذا القانون ، كما أنه وبلا شك لنفس السبب أن القواعد القانونية الواردة في القانون الانجليزي أو الإيطالي لا تؤثر في عقد يحكمه القانون السويسري ، ولكن تؤثر فيه القواعد القانونية السويسرية السابقة أو اللاحقة على إبرام العقد.¹

ثانياً : نقد هذا الاتجاه .

تعرض الرأي القائل بإخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام إلى إنتقادات ، حيث أن:

- تطبيق القانون الدولي على هذا النوع من العقود بناء على نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص أمر يصعب الموافقة عليه ، ذلك أن قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص في الدول المختلفة تهدف إلى حسم التنازع بين القوانين الوطنية التي تتزاحم فيما بينها لحكم العقد ، فهذه القواعد تفترض أنه أياً كان القانون واجب التطبيق فإنه لن يخرج عن كونه أحد القوانين الوطنية كما أنه من غير المعقول أن يدخل القانون الدولي العام في تنازع مع القوانين الوطنية نظراً لسموه على هذه القوانين.²

- إن القول بأن العقود المبرمة بين الأشخاص الدولية والأشخاص الخاصة لا تختلف ، من حيث طبيعتها وموضوعها اختلافاً جوهرياً عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدولية ، أمر منتقد ، فالمعاهدات وخاصة التجارية والصناعية لا تتناول على نحو مباشر الموضوعات التي تتناولها عقود الدولة ، خاصة عقود البترول ، فهي لا تشمل إلا على تقديم قروض أو مساعدات فنية من دولة لأخرى لتنمية واستغلال ثرواتها ، ناهيك على أنها لا تتناول المنازعات الجوهرية التي تثيرها هذه العقود ، وحتى وإن تناولتها فإن أوجه الاختلاف بين المعاهدة وعقود الدولة يظل قائماً ، من حيث الشخصية

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 625 ، 626.

² طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 190

القانونية لأطراف كل منهما ، وكذا من حيث طبيعتهما القانونية ، فالمعاهدة مصدر للقانون ، بينما العقد يعد مصدرا للحقوق والالتزامات .¹

- عن القانون الدولي العام لا يمكن أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية حيث أن قواعد هذا القانون لا تسري إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه ، فكل قاعدة قانونية في نظام قانوني معين تميز المخاطبين بها سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ولذلك فإن هنالك اتصالا وثيقا وضروريا جوهر القاعدة القانونية ، الحق والواجب ، و السلطة و الأعباء الناتجة عنها ، و أشخاص النظام القانوني الذي توجد فيه القاعدة ، فالقواعد القانونية يتم صياغتها تبعا لطبيعة و نوعية و احتياجات و سلوك أشخاص النظام القانوني الذي تعد القواعد ذاتها جزء منه، كما أن هدف كل نظام قانوني هو تنظيم حالة و علاقات الكيانات الاجتماعية التي وجد من أجلها.²

- إن القول بأن بمقدرة الأطراف اختيار القانون الدولي العام كقانون حاكم للعقد معناه أنه بمقدور الأشخاص الخاصة أن يعترفوا لأنفسهم بالشخصية الدولية و هو أمر لا يمكن قبوله و ذلك لأن القانون الدولي العام ذاته هو الذي يتولى تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه.³

وقد كان الفقيه Jean Michel Jacquet و إن كان يتفق مع ما ذهب إليه الفقيه Mann من حيث النتيجة التي تتمثل في حرية أطراف عقد الدولة في اختيار القانون الدولي العام ، إلا أنه يختلف معه حول أساس حرية الاختيار هذه ، ويذهب إلى أن أساسها يرجع إلى حرية الأطراف دون المرور بمنهج الإسناد ، إذ لا يتصور للقانون الدولي أن يدخل في تنازع مع أي من النظم القانونية الداخلية أيا كانت ومن ثمة لا يمكن إخضاع العقد للقانون الدولي بناء على قاعدة إسناد ، تلك التي لا يمكنها الإسناد إلا لقانون وطني .⁴

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 630 ، 631.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 628.

³ طه أحمد علي قاسم : مرجع سابق ، ص 191.

⁴ صفوت أحمد عبد الحفيظ : مرجع سابق ، ص 169.

الفرع الثالث : خضوع العقد للقانون الدولي العام بناء على اعتبارها معاهدة دولية

لقد ذهب الفقه المدافع عن مصالح الشركات المهيمنة على الاقتصاد العالمي إلى أن وجود الدولة بوصفها طرفاً رئيسياً في عقود الدولة يحتم تدويل هذه العقود ، أي أن تعامل معاملة الاتفاقيات الدولية ، ومن ثم يحكمها القانون الدولي العام ، بحيث إذا أخلت الدولة بالتزاماتها تتعدّد مسؤوليتها الدولية .¹

أولاً: مبررات اعتبار عقود الدولة معاهدات دولية .

لقد أثار الفقه والقضاء خلافاً واسعاً حول اعتبار عقد الدولة اتفاقية دولية ، خاصة حينما يفرض القانون الدولي العام كقانون واجب للتطبيق عليه .

وفي الفقه يؤكد الفقيه الألماني " بوكشتيجل " Bokstiegel إنتماء تلك العقود إلى نطاق الاتفاقيات الدولية كلما توفرت فيها العناصر المتميزة التالية :

- أن يبرم الاتفاق في صورة اتفاقية دولية .
- أن يتولى إبرامها دولة أو أحد سلطاتها العامة .
- أن ينتج الاتفاق إلزاماً على عاتق الدولة المتعاقدة بألا تمارس بعض سلطاتها العامة كشرط الثبات التشريعي .

- إختصاص قضاء التحكيم الدولي بنظر ما ينشأ من منازعات .
- تضمين العقد صراحة أو ضمناً إرادة الأطراف باستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة وتطبيق القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون .²

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية لا تعدو أن تكون إتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام الإتفاقيّة وذلك لما تتمتع به من خصائص :

- عادة ما تتخذ هذه العقود شكل المعاهدات الدولية ، حيث تأخذ شكلها ونفس إجراءاتها، كما تبرم بواسطة السلطات الوطنية المختصة وفقاً للقانون الداخلي في الدولة لإبرام المعاهدات .

¹ الروبي محمد : مرجع سابق ، ص 180 .

² صلاح الدين جمال الدين : عقود نقل التكنولوجيا ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص ص 252 ، 253 . و أنظر : وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 135 ، 136 .

- تتضمن هذه العقود شروطا تقيد الدولة المتعاقدة بعدم إتخاذ بعض الإجراءات التي تدخل في اختصاصها السيادي كشروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد.

- تخضع منازعاتها إلى محاكم تحكيم دولية .

- تتضمن إرادة حقيقية ، قد تكون صريحة في شرط القانون الواجب التطبيق على العقد بالنص على تطبيق القانون الدولي العام ، وقد تكون ضمنية بإخراج الاتفاق من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة .

ولكن أنصار هذا الرأي يشترطون لكي تتدرج هذه الاتفاقات ضمن اتفاقات القانون الدولي العام أن تبرم هذه الاتفاقات في مستو عال ، وعليه فإن الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع المتعاقد الأجنبي حتى ولو تعلقت بالأنشطة الاقتصادية لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام إلا إذا كان هذا المتعاقد الأجنبي في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على امتيازات لا تلتزم بها الدول أمام أي شخص أجنبي عادي ، ولهذا فإن كان المتعاقد الأجنبي فردا عاديا فإن أي دولة نامية مهما بلغ فقرها لن تكون في حاجة لأن تتعاقد على هذا المستوى العالي وتتص على مثل هذه الشروط غير المعتادة ، فهذا المستوى العالي لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركات لها قدرات مالية ضخمة ، حيث يمكنها وحدها طلب إمتياز بترولي ومزايا ضريبية وتثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد وإدراج شرط التحكيم.¹

بينما اعتبر جانب آخر من الفقه إلى إعتبار أن الشخص الأجنبي المتعاقد يمتلك شخصية دولية بما لا يستبعد تكييف عقده مع دولة ما بأنه اتفاقية دولية .

وقد أثر ذلك الاتجاه الفقهي في القضاء التحكيمي ، فجاء قرار المحكم الدولي في تحكيم تكساكو صريحا بأن العقد مع ليبيا عقد مدول ، وأثار مسؤولية ليبيا الدولية من خلال ذلك التكييف.²

ثانيا : تقدير هذا الرأي .

تعرض هذا الرأي للنقد من عدة نواحي فمن ناحية فإن المعيار المقترح للترقية بين العقود ذات المستوى المرتفع ، والتي تخضع للقانون الدولي العام والعقود ذات

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 632 ، 633.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 136.

المستوى الأقل ، والتي تظل محكومة بالقانون الداخلي معيار يقوم على التقدير الشخصي المحض ، ولا يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية لأية علاقة قانونية فهذا المعيار يعطي للقوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما إلى حد التأثير أو التحكم في الطبيعة القانونية للعقد هذا في حين أن التكييف القانوني لعلاقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضعف أو القوة الاقتصادية للأشخاص أطراف العلاقة كما أن القول بوجود تدرج بين الطائفة العقود المبرمة بين الدول و الشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع صحيح أن كل العقود لا تساهم بنفس الدرجة في التنمية الاقتصادية أو الصناعية للدولة ، وأن المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي يمكن في الغالب أن تختلف بشكل ملموس من عقد إلى آخر بيد أن ذلك لا يعد سببا كافيا للقول بأن البعض من هذه العقود يخضع للقانون الدولي العام في حين أن البعض الآخر يظل بالضرورة بعيدا عنه بسبب ضعف أثره على اقتصاد الدولة المضيئة .¹

إن تكريس هذه التفرقة يبدو غير مبرر لأن الغرض من العقد ليس هو الذي يجعل منه اتفاقا مماثلا للمعاهدة و خاضعا للقانون الدولي . كما أن الغرض من اعتبار عقد الدولة إتفاقية دولية هو تحقيق المصالح العليا للدولة ، وبالتالي فإن عقد الدولة حتى ولو استهدف مصالح حيوية تمس الاقتصاد الوطني لا يكفي على أنه إتفاقية دولية ، وهذا عند عدم اجتماع الشروط الخمسة ، مما يجعله عقدا دوليا خاصا ينقلب إلى إتفاقية دولية متى اجتمعت له شروط معينة . وهناك من يقول أن هذه العقود ما هي إلا عقود دولية وليست بمعاهدات لكن أهميتها قد تفوق أحيانا أهمية الإتفاقيات الدولية ، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من استتجاد الأطراف بأحكام القانون الدولي سدا لثغرات القوانين الوطنية الواجبة التطبيق .² ومن ناحية ثانية فإن الخصائص المختلفة التي تتمتع بها هذه العقود و التي قال بها أصحاب هذا الرأي ليست كافية وحدها لاضفاء طابع المعاهدات الدولية على هذه العقود.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 633 ، 634.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 136 ، 137.

فمن المسلم به أن اصطلاح المعاهدة في ظل الوضع الراهن للقانون الدولي العام لا ينصرف إلا إلى الاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي ، وقد عرفت اتفاقية فيينا في المادة الثانية منها المعاهدة بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب ، و يخضع للقانون الدولي سواء تم هذا الاتفاق في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي يطلق عليه ، ويتضح من ذلك أن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي أي الدول والمنظمات الدولية ، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي حتى و لو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي .¹

وبناء عليه فإن عقود الدولة المبرمة بين إحدى الدول (أو شركاتها العامة) ، و شركة خاصة أجنبية أي بين إحدى أشخاص القانون الدولي و أحد أشخاص القانون الداخلي لا يمكن إدراجها في عداد المعاهدات الدولية ، حتى و لو كان التفاوض و إبرام هذه العقود يتخذ أحيانا الشكل الرسمي الذي تبرم فيه المعاهدات (فهذه العقود أحيانا ما يتم التصديق عليها من قبل البرلمان و مجلس إدارة الشركة قبل نشرها في الجريدة الرسمية)، فإن شكل التصرف ليس باتا في هذا الشأن لأن التصرف لا يجرى بين دولتين ذاتي سيادة بل إن دولة واحدة هي الطرف في العقد.

كما أن الدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي العام و أحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد ، و كما يرى بعض الفقهاء فإنه يتعين التفرقة في تنظيم النشاط الذي تمارسه الدولة بين التصرفات التي تأتيها بوصفها من أشخاص القانون الدولي و بين تلك التي تأتيها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الداخلي.²

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 634 ، 635.

² Solus Henry – Jacques Ghestin – Sophie Lemaire : Les contrats internationaux de l'administration , Op.cit , p 11- 12 .

ومهما يكن من أمر فإن العقود التي تتم بين أحد أشخاص القانون الدولي و أحد أشخاص القانون الخاص لا يمكن بأي حال من الأحوال جعلها في عداد المعاهدات الدولية .

ذلك أن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي بوصفها كذلك ، و بالتالي فإنه تستبعد من نطاق المعاهدات الدولية ، تلك العقود التي لا يظهر فيها إلا شخص من أشخاص القانون الدولي .

وعلاوة على ذلك أنه إذا كانت الدولة في بادئ الأمر هي التي كانت تتولى بنفسها إبرام عقود البترول مثلا مع الشركات الأجنبية ، فإن الأمر لم يعد كذلك الآن فمنذ أن اتخذ عقد البترول صورة المشاركة و أصبحت تتولى إبرام هذه العقود الشركات الوطنية في بعض الدول كالشركة الإيرانية للبترول (نيوك) ، وشركة سوناطراك في الجزائر .

من ناحية ثالثة فإن اللجوء إلى التحكيم ذي الطابع الدولي ليس من شأنه تدويل العقد بمعنى إخضاعه للقانون الدولي العام ، فلا يجب النظر إلى عقد ما على أنه عقد مدول لمجرد أنه يتضمن شرطا لتسوية المنازعات ، اللهم إلا إذا اعتبرنا محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد محاكم دولية حقيقية وهو ما لا يمكن التسليم به.¹

كما أن فقه وقضاء القانون الدولي قد اتجها إلى أن تضمنين العقد شرطا يقضي بأن القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون هي الواجبة التطبيق لا يستتبعه تحول العقد إلى اتفاقية دولية بالمعنى الذي تقصده اتفاقية فينا لقانون المعاهدات.²

فمجرد استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة والنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولي ليس معناه أن العقد قد أصبح معاهدة أو اتفاقا دوليا ، فمن غير الممكن إدراج الاتفاق في النظام القانون الدولي لمجرد اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق القانون الدولي ، وذلك مادام أن أحد أطراف هذا الاتفاق ليس من أشخاص القانون الدولي العام.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 636.

² صلاح الدين جمال الدين : عقود نقل التكنولوجيا ، مرجع سابق ، ص 259.

مما تقدم نخلص إلى أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد ولا النص على استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة ولا في الاتفاق على اللجوء للتحكيم ما يسمح بالتأكيد على أن العقد المبرم بين دولة ما وشخص أجنبي يخضع للقانون الدولي العام الاتفاقي باعتباره بمثابة معاهدة دولية .¹

الفرع الثالث : خضوع العقد للقانون الدولي العام بناء على المعاهدات الثنائية .

أولاً : اتجاهات المعاهدات الثنائية إلى التدويل .

استند الفقه الذي يدعو إلى تدويل عقود الدولة إلى العديد من المعاهدات الثنائية التي تعنى بحماية الاستثمار بين مواطني الدولتين والتي تفيد بأن الدولة تحترم التزاماتها القانونية تجاه المستثمر الأجنبي للقول بتدويل عقود الدولة .

ويستند هذا الفقه في حجته هذه على العدد غير المحدود من المعاهدات الثنائية المتعلقة بحماية المستثمر ، فقد بلغ عدد هذه المعاهدات أكثر من 2000 معاهدة وذلك بعد أن كانت منذ عشر سنوات فقط أقل من 500 معاهدة² ، بالإضافة إلى المعاهدات الجماعية والتي تؤكد على دولية عقود الدولة .³

فالاتفاقيات الثنائية * لحماية الاستثمار عادة ما تحوي بنود توطيد إرادي ، و هو الذي يجذر العقد في القانون الدولي⁴ .

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص ص 636 ، 637 .

² Gaillard Emmanuel : L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements ، Revue de l' arbitrage ، les Etats dans le contentieux économique international ، Paris ،24 janvier 2003 ، comité français de l'arbitrage ، 2003 ،N° 3،éditions LITEC ، p 856.

³ Leben Charles : Op.Cit ، p643.

* لقد أبرمت الجزائر عددا هائلا من المعاهدات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات وكذلك في ميدان تجنب الازدواج الضريبي ، وذلك مع الإتحاد الإقتصادي البلجيكي - اللكسمبورغي ، إيطاليا ، فرنسا ، رومانيا ، المملكة الإسبانية ، دولة قطر ، سوريا ، المملكة الأردنية الهاشمية ، جمهورية مالي . تهدف كل هذه الاتفاقيات إلى تحديد المقصود بالاستثمار ، مجاله الإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق .أنظر في ذلك : عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص ص 41 ، 42 .

⁴ عبد العزيز قادري : دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat" ، مرجع سابق ، ص 48 .

بل و يعتبر البعض أن هذه المعاهدات الثنائية هي الشكل الأكثر تقدما لتدويل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى.¹

ذلك أن من مميزات المعاهدات الثنائية أنها أقل تعقيدا من المعاهدات المتعددة الأطراف، كما أنها تتميز بالبساطة وتحقيق نوع من التوازن المرغوب بين مصالح الدول الأطراف و وضع الشركات المتعاقدة ، غير أن وجود شرط الدولة الأكثر رعاية يلزم الدول المتعاقدة على أن تأخذ بعين الاعتبار المعاهدات الموقعة مع الدول الأخرى .

أما فيما يخص عيوب هذه المعاهدات فإنها تؤدي إلى تعدد القواعد القانونية بالمقارنة مع المعاهدات المتعددة الأطراف التي تهدف إلى توحيد القانون .²

وقد قدمت هذه المعاهدات صورة عامة ليس فقط عن الشروط التحكيمية أو الأمور التي يمكن أن يقدمها التحكيم للأطراف التابعين لدولة طرف في المعاهدة في النزاع حول تنفيذ عقد الدولة ، ولكن أيضا تعطي صورة عن مصادر القانون الدولي في إطار اختيار القانون الذي يحكم العقود.³

كما تضمنت الاتفاقيات الدولية الثنائية القواعد الأساسية للتدويل الكامل بشكل يمكن القول معه أنه تؤمن الغطاء الدولي للعلاقات التعاقدية ، فهذه المعاهدات تحدثت عن الدولة كشريك في العقد خصوصا لجهة تثبيت النظام القانوني أو المالي الداخلي ، وقد ضمنت منح الطرف لمتعاقد مع الدولة والذي لا يعد أحد أشخاص القانون الدولي العام الإمكانية في أن يتمسك بحقوقه أمام القضاء الدولي القادر على إصدار أحكام ملزمة

¹ وهنا يجدر التنويه إلى التفرقة بين نوعين من الاتفاقيات وبالتالي نوعين من التدويل :

فتوجد عقود مبرمة بين دولتين تقبل التدويل بصدد علاقة محددة وموضوع معين ويمكن تسمية هذا النوع من التدويل تدويل بالمناسبة Ad hoc أو تدويل عرضي . وإلى جانب هذا النوع من التدويل العرضي فإن دولتين مرتبطتين بمصالح مشتركة أو حاجة مشتركة تنتفان على أن العقود التي تبرم بواسطة الأشخاص التابعة لهما يجب أن تحترم وتضمنهما بعض مبادئ القانون الدولي ، ومن هنا يبدأ إنشاء قانون دولي بصدد هذا النوع من العقود . أنظر في ذلك

: هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 347.

² عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص ص 39 ، 40.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 345.

وواجبة التنفيذ على عاتق الدولة الطرف معه في العقد ، أيضا تكفلت بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد والجزاء المترتب على مخالفتها.¹ ومن هذا المنطلق ظهرت نظريات تكيف العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية كتصرفات من القانون الدولي ، وقد دعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بالعديد من الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها الدول فيما بينها و إلى الشروط التي تتضمنها هذه العقود والتي تدول عقود الدولة .²

ثانيا : تقييم دور المعاهدات الثنائية في التدويل .

لعل أبرز هذه المعاهدات المعاهدة الثنائية المبرمة بين فرنسا والجزائر في مجال التحكيم في 26 يوليو 1963 والتي أنشأت محكمة التحكيم المنصوص عليها في الفصل الرابع من إعلان المبادئ الخاصة بالتعاون بشأن الثروات الكامنة تحت الأرض في الصحراء والموقع في 18 مارس 1962، وهذه المحكمة كانت مخصصة لأصحاب حقوق الامتياز المعدنية والنقل الممنوحة من قبل الحكومة الفرنسية والتي قامت الحكومة الجزائرية بمصادرتها ولهذه المحكمة أعمال -علاوة على القانون الوطني - قانون البترول ، الإعلان الموقع سنة 1962 والذي يعد معاهدة دولية ، والشروط التعاقدية وللمحكمة في حالة عدم وجود نصوص صريحة تحكم المسألة المعروضة عليها أعمال المبادئ العامة للقانون ، ولكن هذه المحكمة لم تتح لها الفرصة لأن تطبق القواعد المتقدمة على أي منازعة . أما المحكمة الأخرى فهي المحكمة المكونة للفصل في المنازعات الثنائية بين إيران والولايات المتحدة وفقا لاتفاق الجزائر الموقع في 19 و 20 يناير 1981، والتي شكلت من أجل الفصل في المنازعات القائمة بين الولايات المتحدة وإيران .³

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 345. وكذا : بوسهوه نور الدين : دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي ، مجلة الصراط ، كلية العلوم الاسلامية ، جامعة الجزائر ، السنة الخامسة ، العدد العاشر ، ديسمبر 2004 ، ص ص 272 ، 273.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 331.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 707 ، 708

و إذا كانت المعاهدات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار تعترف بدولية الالتزامات العقدية التي وقعتها الدول المنضمة لهذه المعاهدات ، فإن ذلك لا يعني أن كل عقود الاستثمار مبرمة في إطار النظام القانوني الدولي ، فبعض هذه المعاهدات تنص على أن عقود الاستثمار تخضع للقانون الداخلي .

وبغياب المعاهدة الثنائية فإن الطرف الأجنبي لا يتمتع إلا بالحقوق التي يمنحها له القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، فقد تزايدت المعاهدات الثنائية التي تخول للطرف الأجنبي الحق في اللجوء إلى المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار كقضاء دولي دون أن يثبت للطرف في العقد أن الحقوق التي يدعي بها مصدرها القانون الدولي . ولعل هذا التطور يبشر بولادة نظام قانوني لعقود الدولة يتميز بميزتين ، وضع القوة الملزمة للقانون الدولي في خدمة العقد ، وقبول الدول لأن تخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الدولي وما يتضمنه من مبادئ وجزاءات .¹

ولكن ما يقال بشأن المعاهدات الثنائية ذات الطابع العام أنها لا يمكنها أن تغطي على نحو فعال كل المخاطر التي يصادفها الطرف الخاص التابع للدولة ، ومن هنا لا بد من ضمان حماية أكيدة للطرف الخاص عن طريق منحه الحق في اللجوء إلى القضاء الدولي مباشرة ، لا سيما و أن الطريق التقليدي الممنوح له هو الحماية الدبلوماسية ، يبقى عاجزا على توفير الحماية المناسبة له .²

وعليه فإن المعاهدات الدولية بوصفها المصدر الأول للقانون الدولي لا تشكل على نحو قاطع دليلا على تدويل عقود الدولة .

الفرع الرابع : خضوع العقد للقانون الدولي العام استنادا على اعتبارها تصرفا

قانونيا دوليا "نظرية Weil فايل "

أولا : مضمون النظرية .

لقد كان من بين السبل المثلى للتدويل ما سلكه جانب من الفقه الفرنسي الذي إعتبر عقد الدولة تصرفا قانونيا دوليا ، حتى أن البعض إعتبر عقد الدولة عملا قانونيا دوليا جديدا

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 347.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 682.

يؤكد قيمته القانونية من خلال العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف الخاصة بحماية المستثمر ، ولعل أبرز من نادى بهذه الفكرة الأستاذ Prosper Weil .
لقد أشار الأستاذ Weil سنة 1980 إلى أن عقد الدولة متأصل في النظام القانوني الدولي ، لذا فهو تصرف قانوني دولي حقيقي ، وهو يدخل في طائفة الأعمال القانونية الدولية كالمعاهدات ، والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة من قبل الدول والمنظمات الدولية ، والقرارات التحكيمية ، وانطلاقاً من هذا الطرح يرى الأستاذ Weil أنه من الضروري تحديد المقصود بتدويل عقود الدولة من خلال النقاط التي تتقاطع فيها العلاقات بين القانون الدولي وعقود الدولة .¹

حيث أنه استناداً لهذه النظرية يظهر القانون الدولي بأحد الوصفين ، إما باعتباره نظاماً قانونياً يستمد منه العقد وجوده وصحته " النظام الأساسي " ، أو بكونه نظاماً قانونياً نظاماً للعلاقة " النظام الواجب التطبيق " ، وينبني على هذه التفرقة اعتبار عقد الدولة الذي يتمركز في القانون الدولي " تصرفاً قانونياً دولياً " يوجد إلى جانب المعاهدات وتصرفات الإرادة المنفردة لأشخاص هذا القانون " القرارات الدولية " و أحكام المحاكم والتحكيم الدولية ، وهو ما يصطلح عليه بـ " العقد المتصل بالقانون الدولي " أي ذلك المتمركز تبعاً لطبيعته أو موضوعه ضمن هذا القانون .

وبالمقابل لا يعد العقد - الذي ينظم أحكامه الموضوعية القانون الدولي - تصرفاً قانونياً دولياً ، إنما يعتبر ما اصطلح عليه بـ "العقد المدول " أي العقد الذي يخضع للقانون الدولي كلياً أو جزئياً بإرادة المتعاقدين .²

والحقيقة أن فكرة weil في التفرقة بين النظام القانوني الأساسي والقانون الحاكم للعقد تركز على أن النظام الأساسي ليس قاعدة إسناد بل هو موجود في أعلى الهرم لا يتوقف على إرادة الأطراف ولا على أعمال قاعدة تنازع القوانين ، وأن عقود الدولة تستمد طبيعته الذاتية من النظام الأساسي ، على نحو تصبح معه مستغرقة في القانون

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 334 - 336.

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 841 ، 842.

الدولي وتشكل إلى جانب المعاهدات الدولية ، طائفة محددة من التصرفات القانونية الدولية.¹

كما أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة تتوقف على الفصل في مسألة أولية تتعلق بالنظام القانوني الذي يخول لإرادة الأطراف المتعاقدة وصف التصرف القانوني ويمنحهم حق اختيار القواعد القانونية الواجبة للإعمال على العقد؟ وكيفية تعيينها في حالة عدم وجود اختيار؟ .

وبالتالي فإن تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد والذي يستمد منه صحته وتتواجد فيه جذوره تحسم في مرحلة أولى ، أما مسألة تحديد القانون الواجب الإعمال على موضوع العقد فهي تثار في مرحلة تالية ، وبناء على إشارة من النظام القانوني السابق تحديده إلى تلك القواعد .²

ويميز بين العقد الذي يتمركز في القانون الدولي والذي يعد تصرفا دوليا والعقد المدول الذي نشأ بإرادة الأطراف إخضاعه للقانون الدولي .

فإذا كان القانون الواجب الإعمال على العقد يتوقف على إرادة الأطراف ، فإن الأمر يختلف عندما يتعلق الأمر بالنظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد والذي تتحكم في تحديده عناصر موضوعية بحتة .³

أي أن العقد إذا تضمن خصائص موضوعية تجعله يندرج في زمرة عقود التنمية الإقتصادية طويلة الأجل ، فإن هذه الخصائص تجعله عقدا دوليا بطبيعته حتى ولو لم يتضمن شرطا يشير إلى القانون الدولي العام ، أما إذا كان القانون الدولي هو القانون الحاكم للعقد في الموضوع فإن هذا العقد لا يعد بالضرورة تصرفا قانونيا دوليا .

وعلى الرغم من هذا فإن تحديد النظام القانوني الأساسي للعقد أمرا لا بد منه حتى ولو حدد الأطراف صراحة القانون الحاكم للعقد ، فهذا النظام يتكفل بمسألة صحة شرط القانون الواجب التطبيق وبالتالي يبقى هو المسيطر في النهاية .⁴

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 338.

² سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 639.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 336.

⁴ هاني محمود حمزة : المرجع السابق ، ص 336 ، 337.

ولهذا يعتبر العقد الذي يتضمن الإشارة إلى القانون الدولي لا يحول دون أن يستخلص القانون الوطني من هذه الإشارة ، المضمون الحقيقي لها ، إلا إذا كان العقد متمركزا في النظام القانوني الدولي ، وفي الحالة العكسية إذا كان العقد يتمركز في النظام القانوني الوطني الذي بناء عليه تمت الإشارة إلى القانون الدولي فإن النظام القانوني الوطني تظل له الكلمة الأخيرة بشأن هذه الإشارة إلى القانون الدولي .

كذلك فإن العقد الذي تحكمه القواعد المادية للقانون الوطني والذي يتضمن شرطا يهدف إلى تجميد هذا القانون في تاريخ محدد أو يتضمن تنازل الدولة عن سلطاتها في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، فإن هذا الشرط يرتب آثاره كاملة في حالة إذا كان العقد مستغرقا في النظام الدولي .

أما إذا كان العقد متمركزا في القانون الوطني فإن هذا الأخير يمكن أن يؤدي إلى تجميد هذا الشرط بأن يقضي بمخالفته للنظام العام فيه ¹ .

وقد ربط المحكم الدولي في قضية تكساكو العقد بالقانون الدولي حتى قبل أن يبحث في وسائل تدويل العقد معتبرا أن الممارسة التعاقدية تتجه أكثر فأكثر نحو استبعاد القانون الداخلي .

واستند إلى ما ذهب إليه Weil للقول بتدويل عقد الدولة ، فأشار إلى أنه " من المناسب التمييز بين النظام القانوني الذي يستمد منه الصفة الإلزامية للعقد وهو القانون الدولي والقانون المطبق على العقد ، أي النظام ذي الدرجتين الذي اختاره الأطراف في المادة 28 من عقود الامتياز" ² .

ثانيا : تقدير نظرية Weil فايل .

لقد أعرب غالب فقهاء أعضاء اللجنة الواحدة والعشرين المخصصة لبحث مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة أثناء أعمال مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأوسلو عام 1977 عن رفضهم للتفرقة بين القانون الذي يحكم العقد ، والنظام القانوني الأساسي الذي يستمد منه قوته ، بل وصف بعضهم هذه التفرقة بأنها مصطنعة

¹ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 639.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 337.

وليس لها أي فائدة من الناحية العملية ، وحتى بالنسبة للفقهاء الذين قبلوا هذه التفرقة لا يرون أن القانون الدولي العام لا يعد نظاما فعالا للإسناد بحيث يجوز للأطراف أن يستمدوا منه القوة الملزمة لعقدهم¹.

فمن الخطأ القول بأن العقد المبرم بين الدولة وشركة أجنبية خاصة أو متعددة الجنسيات هو عمل قانوني دولي ، نظرا لأنه عمل مركب بطبيعته نميل إلى تشبيهه بأنه عمل قانوني من أعمال القانون الدولي ، وضابط الإسناد مشتت لأننا لسنا أمام عمل قانوني يجمع كل مميزات العمل القانوني الدولي لكي نقول بتطبيق النظام القانوني الدولي². والواقع إن هذه الفكرة ظهرت مع الرغبة في عدم إخضاع العقد إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظرا لأن السلطة التي يمكن أن يمنحها هذا القانون للدولة المتعاقدة ، كحقها في تعديل قانونها على نحو يحقق مصالحها على حساب الطرف الخاص ، أو لأن هذا القانون غير ملائم لحكم العلاقة القانونية ، إلا أنه كثيرا ما يكون الطرف الخاص هو الطرف القوي في العلاقة القانونية ، والقيود التي تفرضها القوانين الوطنية هي العامل الذي يحقق التوازن بين الأطراف³.

حيث أن الدافع وراء فكرة القانون الأساسي هو حماية أحد الأطراف فإن هذا يعتبر خرقا صارخا لمبدأ الحياد الذي يفترض أن يتمتع بها أي نظام قانوني ، كما أننا نتجاهل عبر هذه الحماية قدرة الطرف الأجنبي التي قد تفوق قدرة الدولة ذاتها على الأقل من الناحية الإقتصادية ، إلى حد يجعل الدولة بحاجة إلى حماية وليس العكس⁴.

ثم إن فكرة تدويل العقد لا يمكن ان تتم على نحو كامل إلا نادرا ، فالقانون الدولي لم يتم تكوينه من أجل العلاقات التعاقدية ، لذلك فإنه من الممكن أن يتم تكميله من خلال قواعد يتم اختيارها وفقا له⁵.

¹ سراج حسين أبو زيد : مرجع سابق ، ص 649.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 338.

³ هاني محمود حمزة : المرجع السابق ، ص 338 ، 339.

⁴ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 843.

⁵ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق، ص 645.

أيضا إن أحد أطراف التصرف شخص وطني يقوم بنشاطات تجتاز حدود دولته الأم أو جنسيته ، وإذا كان يجب علينا أن نكيف كيانه فإنه يكون بالرجوع إلى أرضية نشاطاته. ويمكننا أن نقول أنه يوجد ميزتان على الأقل من العمل القانوني الدولي ليست موجودة في عقود الدولة :

1- إنه يطبق على الأعمال القانونية الدولية مبدأ المعاملة بالمثل ، الأمر الذي لا يمكن أن يتوفر في عقود الدولة ، نظرا لأن المؤسسة الخاصة الأجنبية لا تملك السيادة التي تملكها الدولة كشخص قانوني دولي .

2- إن الدولة الطرف في العقد تستطيع أن تتنازل عن مميزات السلطة العامة التي تملكها لتتعاقد على قدر المساواة مع المؤسسة الخاصة ، بينما المؤسسة الأجنبية لن تستطيع أن تفعل المثل .

ولعل هذه الانتقادات كانت السبب في عزوف محاكم التحكيم عن تكييف العقد المبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي كتصرف قانوني دولي .¹

أما فيما يخص موقف قضاء التحكيم ، فقد تبين لنا مما سبق أنه لا يقر وصف عقود الدولة بالتصرف القانوني الدولي ، الأمر الذي يعني أن قضاء التحكيم لم يكرس التدويل أيضا .²

كما أن الفقه قد رد على مدى نفعية التفرقة التي أجراها "فايل" بأن فكرة التحكيم في العقود الدولية ومواجهة عقبة أن المحكم ليس لديه Lex fori دفعت المحكم إلى البحث عن المصدر الأصلي الذي يستمد منه العقد قانونيته بعكس القاضي الوطني.

¹ وبالفعل هذا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في تحكيم Aminoil حيث أخضعت العقد إلى القانون الكويتي ، آخذة بعين الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة والطابع العابر للدول للعلاقات المتبادلة بين أطراف العقد ومبادئ القانون والعادات المتبعة في العالم المعاصر.

وقررت المحكمة : "أن هذا القانون المختار شأنه شأن كل نظام قانوني بلغ درجة عالية من التقدم يشمل بالضرورة القانون الدولي " وبالتالي اعتبر هذا القرار أن القانون الدولي جزء من القانون الداخلي أنظر في ذلك : هاتي محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 339 ، 340.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 714.

إلا أن الأستاذ Mayer يرى أن تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد يتم من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين ، التي عادة ترتب أثر على الاختيار الصريح أو الضمني ، والقانون الواجب التطبيق على العقد ينظم جميع جوانبه سواء من حيث تكوين العقد أو آثاره.

كما أن القانون الواجب التطبيق يعطي للأطراف حرية اختيار الشروط الملائمة سواء تم تعيين هذا القانون من خلال اختيار الأطراف أو من خلال إعمال معيار موضوعي للإسناد في حالة عدم وجود اختيار للقانون من قبلهم كل ذلك بشرط عدم مخالفة النظام العام . وأن القواعد القانونية في النظام القانوني الذي تقوم بتعيينه قاعدة الإسناد ليحكم العقد لا يمكن تجميدها بواسطة الأطراف على الحالة التي تكون عليها وقت إبرام العقد، فخضوع العقد للقانون يتضمن علو القانون على العقد .

ولكنه تحدث عن فكرة قانون العقد الذي لا يشترط بالضرورة أن يتم تعيينه بواسطة قاعدة إسناد ، ولكن يمكن أن ينتج موضوعيا بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته وتمركزه في نظام قانوني محدد ، ويعتبر أن وظيفة قانون العقد قد بدأت تتحول إلى نظام قانوني يقوم بالتعيين¹.

و مما تقدم يبدو لنا الأخذ بنظرية weil أمر تلازمه صعوبات نظرا للاعتبارات التالية:
- إن التفرقة بين القانون الواجب التطبيق والنظام القانوني تفرقة سطحية ، باعتبار أن تحديد هذا القانون تحكمه مبدأ حرية الإرادة ، هذا المبدأ الذي أقرته جميع المعاهدات والقوانين الوطنية بنصوص صريحة ، وكان يستطيع المحكم في تحكيم تكساكو أن يهمل البحث عن النظام القانوني الأساسي للعقد ويكتفي بالنظر إلى القواعد التي تنص عليها المعاهدات الدولية ، والتي قررت جميعها إعمال المحكم لإرادة الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق .

- علاوة على أنه لم يثبت التدويل الكامل للعقد ، بل إن التطبيق العملي لقواعد القانون الدولي تتم بصورة احتياطية ولتكملة قانون الدولة المتعاقدة دون استبعاده .

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 340 ، 341.

- إن القول بفرضية weil تعني أن الطبيعة القانونية لهذه العقود قاطعة بانتمائها للقانون الدولي العام ، وأنه إذا كانت المعاهدات لا تخضع إلا للقانون الدولي العام كذلك عقود الدولة ، وبالتالي لا فائدة من البحث عن قاعدة إسناد داخل هذا القانون ، فعقود الدولة التي تتصل بالقانون الدولي العام إتصالا وثيقا لا تقبل عزلها عن بيئتها بإخضاعها لنظام قانوني آخر.¹

- أن العقد المنتمي إلى القانون الدولي والمتمركز بشكل موضوعي في النظام القانوني الأساسي الدولي ، على الرغم من أنه يعد تصرفا قانونيا دوليا على نحو كامل ، لن يحكمه القانون الدولي إلا إذا قامت الأطراف بتدويله أي إذا قامت الأشخاص باختيار القانون الدولي بوصفه قانون حاكم للعقد وبالتالي فإن الإسناد الموضوعي لن يستخدم من أجل تقرير قانونية العقد الذي تم بواسطة الاختيار.²

- أن كل تلك المحاولات لتدويل عقود الدولة ، لم يكن الهدف منها سوى تحقيق حماية أفضل من وجهة نظر من نادوا بذلك للمتعاقد الأجنبي إلا أن تلك المحاولات انتهت بتكريس تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد لأنه هو قانون العقد.³

إن العوامل الموضوعية ليس لها أية أهمية ذلك لأنها تحدد نظاما قانونيا أساسيا لا يؤدي إلا وظيفة الرباط ، والذي يؤخذ بعين الاعتبار هو إرادة الأطراف ، أما قانونية شرط الاختيار فتوجد في قاعدة الإسناد الموجودة في قانون القاضي ، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك دون الفصل بين المعايير الموضوعية والشخصية كما هو الحال في نظرية القانون الأساسي ، كما تبدو عدم جدوى هذه التفرقة فيما لو ظهر أن العقد متمركز في نظام قانوني لا ينتمي إلى القانون الدولي ، حيث لا يكفي القول بأن العقد متصل بقانون وطني بل لا بد من تحديده ، قانون الدولة أو قانون الطرف

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص ص 341 ، 342.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 670 ، 671.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 342.

الأجنبي ، مما يؤدي إلى ظهور مسألة الإختيار نفسها على مستوى ما عرفته هذه النظرية بالقانون الأساسي.¹

المطلب الثاني

التدويل غير المباشر وخضوع عقود الدولة لنظام قانوني ثالث

دعا جانب من الفقه إلى تطبيق قواعد قانونية لا تنتمي للقانون الدولي العام ، واختلفت آراؤهم ، فمنهم من رأى تطبيق قواعد التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون، حتى أن هناك من نادى بتطبيق قواعد قانونية شبه دولي، والتي تحاول الحد من مشاكل صعوبات تطبيق القانون الدولي العام وقواعد القانون الوطني على هذه العقود. بينما ذهب فريق آخر إلى أن أنسب القوانين التي يمكن أن تحكم عقود الدولة يجب أن تراعي المبادئ العامة للقانون التي اتفق على إحترامها دوليا، بالإضافة إلى قواعد التجارة الدولية.

على أن هناك من قال بأن عقد الدولة الذي لم يحدد الأطراف فيه القانون الواجب التطبيق عليه ، لا يسيطر عليه أي نظام قانوني ، فهو عقد بلا قانون ، والمحكمون هم من يبتكر قواعد قانونية ملائمة للعلاقات العابرة للدول آخذة من روح المبادئ العامة للقانون الدولي لتتكيف مع عقود الدولة.²

ونظرا لأن هذه العقود هي عبارة عن معاملات تقوم بها الدولة خارج محيطها فقد قرروا أن أنسب القوانين التي تطبق على هذه العقود هي القواعد العابرة للحدود أو قواعد التجارة الدولية.³

الفرع الأول : تطبيق القانون الذاتي للعقد .

أولا : المقصود بالقانون الذاتي للعقد .

إن المستقر في الفقه والقضاء الدوليين أن العقد ذو العنصر الأجنبي لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني ، بل لا بد من خضوعه للقانون ، هذا القانون رضائي فهو قانون دولة

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 843 .

² Leben Charles : Op.Cit , p 629.

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 378.

أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه حسبما اتفق الأطراف على مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ ، أو حسبما يستخلص القاضي من وقائع النزاع ، غير أن هذا الحل إنما يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون دولة معينة وينتهي إلى نطاق قواعد قد لا يكون الأطراف ، قد ارتضوها عند التعاقد ، وهي فضلا عن كونها قد تلائم عقود التجارة الدولية فإنها لا تناسب العقود الدولية المبرمة بين أشخاص دولية بهذه الصفة أو بين إحداها و أجنبي من دولة أخرى ، ناهيك عن أن القوانين الوطنية التي تشير إليها قواعد الإسناد لم تعد تقوى على مواجهة أنماط مستحدثة من العقود في نطاق التجارة الدولية المعاصرة ، وهي عقود تنشذ في أنماطها عن القوالب الشكلية للعقود الوطنية (بيع ، رهن ، إيجار ، عارية ...).

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

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

وهكذا فإنه وفقا لهذا الاتجاه ينبغي أن تنظم عقود الدولة بناء على مبدأ واحد ، وهو أن العقد هو القانون الذي يرجع إليه في فصل النزاعات ، حيث أن بنود هذه العقود وشروطها هي التي توجد القانون الذي ينظم العلاقة بين أطرافها ، ولهذا ينبغي الإقرار بالزاميتها .

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص32.

ويجعل أنصار القانون الذاتي للعقد من العقد قانونهم الأصلي ، ولا يرجع إلى القوانين الوطنية للمتعاقدين أو للقانون الدولي إلا إحتياطياً وبقدر ما يفوضه قانون المتعاقدين ، حيث يعد القانون الأساسي للعقد.

ويقول أحد الأساتذة في هذا الصدد " إن أية اتفاقية امتياز نفطي في الشرق الأوسط تصبح هي القانون الأساسي للمشروع المشترك بين الحكومة وصاحب الامتياز"¹ ثانياً : تقييم هذا الرأي .

في معرض تقييم فكرة " عقد بلا قانون " أو العقد الدولي الطليق من القانون ، فإن هذه الفكرة في الواقع منتقدة وغير مقبولة ؛ ذلك أن العقد لا يكون في الواقع طليقا عن القانون فهو ينشأ ويرتب آثاره طبقا للقانون ، صحيح أن مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة أثينا باليونان عام 1979 قرر في ديباجة القرار الذي اتخذه بخصوص مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة و أحد الأشخاص الأجنبية، أنه " في حالة العقد بين دولة و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية فإن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص تسمح للأطراف بتعيين قانون العقد " و أضاف أنه " إذا كانت تلك هي إرادتهم فيمكنهم إخراج ذلك العقد من التطبيق المانع لقانون داخلي محدد"، وإلى هذا المعنى ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في 1940/04/24 ، وفيه انتهت المحكمة إلى أن " الأطراف قد قصدوا مقدما ، إخراج اتفاقاتهم من سلطات كل الإجراءات التشريعية التي يمكن أن تنتقص من مبلغ الدين ، على أن هذا الذي ذهب إليه القرار أو الحكم الذي لا يعني عقدا بلا قانون ، و إنما قد أعطى سلطان الإرادة الحق في تحرير العقد من قيود قانون وطني ، و أن يكون دور الإرادة ينحصر في بيان قاعدة الإسناد التي تشير إلى مزيج من القوانين الوطنية التي لا تتفق مع طبيعة العقد و إرادة العاقدين ، فالإرادة في القانون الدولي للعقود لا يقتصر دورها على إنشاء العقد ، بل تمتد إلى ترتيب آثاره طبقا لقواعد ارتضاها العاقدان من بداية الأمر هي تلك التي يكشف عنها القاضي أو المحكم دون التقيد بقواعد الإسناد التي

¹بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 227 ، 228.

تشير إلى قانون وطني غير صالح لحكم عقد ذي طبيعة دولية ارتضى الأطراف على إخضاعه لغير القوانين الوطنية.¹

ولعل ما يقال في هذا الصدد أنه غالبا ما يقال أن المتعاقدين يضعون شريعتهم بأنفسهم ، وحقيقة أنهم أحرار ألا يخالفوا النظام العام ، ولكن فإن الاتفاقات التي ترمي إلى عملية قانونية تنشئ حقوقا وواجبات قانونية لا بد لها من مكان في النظام القانوني الذي يتناول أمورا كصحة العقود وشروطها وتطبيقها وتفسيرها ، وغالبا ما تأتي هذه العقود على إشارة ما للنظام القانوني الذي يقصد أن يجري تطبيقها كلية أو جزئيا ضمن نطاقه ، فالعقود إنما تبرم على أساس نظام قانوني معين بكل ما ينطوي عليه من جوانب.²

كما أن انصياع الدول والأشخاص الدولية لتلك القواعد المادية التي تمثل قانونا يحكم عقود الدولة ، إنما هو استجابة لواقع اقتصادي سريع التطور له رجاله وممتهنيه ، بحيث لا تستوعب قدرات الدولة التشريعية أن تحيط بتقنيات إبرام وتنفيذ تلك العقود على نحو يستجيب مع حاجة الدولة للاستثمار ، وحاجة الأجنبي في ذات الوقت للاجتماع بضمانات كافية ضد تعسف القوانين الوطنية .

هذا فضلا عن فكرة السيادة والسيطرة إن صلحت للتطبيق داخل الدولة ، فهي لا تصلح للتطبيق خارج حدودها بذات النطاق إذ تصطدم بإرادات أخرى في المجتمع الدولي.³

الفرع الثاني : خضوع عقود الدولة للقانون العابر للدول أو للقانون التجاري الدولي .

عندما تتعدم إرادة الأطراف في إختيار صريح لقانون الدولة المتعاقدة ، فإن القانون الدولي العام لا يصلح لإعماله على عقود الدولة مما يتعين عندها البحث عن هذا القانون بعيدا عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة و عن القانون الدولي العام ، ولكن في نظام قانوني جديد اسمه "قانون عبر الدول"⁴ .

وفي هذا الصدد يمكن أن نفرق بين الاتجاه الذي يجعل قانون عبر الدول يتطابق مع قانون التجارة الدولية ، حيث يرى هذا الاتجاه أن هذه القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية

¹ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص 33.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 228 ، 229.

³ سعيد عبد الغفار أمين شكري : مرجع سابق ، ص ص 33 ، 34 .

⁴ Maurice Kamto : Op.cit , p 742.

وبتنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية الناشئة بين المتعاملين من الأشخاص الخاصة يصلح لأن يحكم العلاقات بين الدولة والأشخاص الخاصة ، وبين الاتجاه الذي ينظر إلى قانون التجارة الدولية على أنه لا يعد إلا أحد العناصر المكونة للقانون عبر الدول الذي يتضمن إلى جانب قانون التجارة الدولية بالمفهوم الذي تقدم ، المبادئ العامة للقانون والأعراف التجارية والمهنية .¹

أولاً : المقصود بقانون العابر للدول .

لقد كان الفضل في لفت الانتباه إلى مصطلح " القانون العابر للدول " إلى الفقيه " Jessup " الذي وجد فيه انعكاساً للقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بالإضافة إلى بعض القواعد التي يصعب إدراجها تحت هذين النظامين ، وكان هذا القانون يشمل وفقاً لمفهومه الموسع القانون التجاري الدولي كأحد مكوناته المتعددة .² ويعتبر الأستاذ Jessup أول من أشار إلى هذا القانون واعتبر القانون التجاري الدولي جزء من المفهوم الواسع الذي يستوعبه القانون العابر للدول ، واعتبره " كل القوانين التي تنظم التصرفات والأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة "³ ولعل هذا التعريف يحاول كسر الحاجز بين ما جاء به التقسيم التقليدي بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص بشأن عدد من المشاكل التي تتعدى نطاق دولة واحدة .⁴

ويرجع الأصل التاريخي لهذا الاتجاه إلى ما عرف قديماً بـ "قانون الشعوب" ، ومن ثم إلى القواعد التجارية العرفية التي كانت تحكم مجتمع التجار في القرون الوسطى ، ليظهر إتجاه فقهي متميز يشير إلى "نظام قانوني عابر للدول" تمثل الأعراف التجارية نواة هذا النظام ، مدعومة بقضاء التحكيم الدولي الذي يبحث عن هذه القواعد يطبقها .⁵

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 755.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 858.

³ Maurice Kamto : Op.cit , p 744 .

⁴ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 751.

⁵ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 857.

وقد وجد هذا الاتجاه صداه عندما عبر الفقيه " J.F.Lalive " الذي وجد في مصطلح " Transnational Law " نظاما يقع في منتصف الطريق بين القانون الدولي بمفهومه التقليدي والقانون الوطني ، دون أن يختلط بالقانون الدولي العام أو بفكرة العقد الطليق.¹ ولعل الأستاذ J.F.Lalive ذكر أن قانون عبر الدول لا يتضمن القواعد المادية التي تتخطى الحدود الوطنية فحسب ، بل يهدف إلى تنظيم العلاقات التعاقدية بين طرفين غير متساويين في النظام القانوني ، طالما أن إرادة الأطراف استبعدت تطبيق كل قانون وطني محدد. ويضيف موضحا أن هذا القانون لا يختلط بالقانون الدولي العام الذي يقترب منه في بعض خصائصه ، والذي دفع الفقه إلى عدم التفرقة بين القانون عابر للدول والقانون الدولي العام ، وخطهما تحت مصطلح واحد هو " القانون الدولي العام للعقود " ، باعتباره مبحثا جديدا من مباحث القانون الدولي العام . ويشمل هذا القانون المبادئ العامة للقانون ، والأعراف والعادات التجارية وبعض القوانين الموحدة التي تشكل ما يسمى بالقانون التجاري الدولي أو قانون التجار .²

ويؤكد الفقه على أن القانون العابر للدول هو قانون مستقل بدأ للظهور ، وهو يختلف عن كل من القانون الوطني والقانون الدولي العام ، ويجعل المحكم يبتعد عن سيطرة القوانين الوطنية والانطلاق إلى مجال العلاقات الدولية للفصل في النزاع .³ كما يشمل كذلك التنظيم القانوني الداخلي للمؤسسات الدولية العامة التي ليست لها صلة بالنظام القانوني الدولي ولا الوطني ، ويشمل القضاء الإداري الدولي وقضاء محاكم التحكيم .⁴

وقانون عبر الدول نظام قانوني يتكون بشكل تلقائي نشأ من خلال العادات و الأعراف التي يتبعها المتعاملون في الأوساط التجارية الدولية ، دون تدخل من جانب أي جهاز

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 858.

² حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 752.

³ أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص 207.

⁴ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 753.

تشريعي لدولة ما في إصداره ، وهو بذلك يتميز بأنه في تجدد مستمر، لا يصيبه الجمود ، مما يجعله يتلاءم مع طبيعة العقود التي ينظمها.¹

ولما كان قانون التجارة الدولية يعتبر أهم مكوناته هذا القانون ، لا بد من معرفة ما المقصود بقانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria).

لقد كان الأستاذ " Bethold Goldman " هو أول من كتب عن قانون التجارة الدولية في حلته الجديدة عام 1964 ، ومنذ ذلك الحين توالى الأبحاث والمقالات التي تتكلم عن هذا القانون * .

وقد أوضح الأستاذ Goldman أن قانون التجارة الدولية لم يكن اكتشافا جديدا ، فقد كان موجودا منذ أسلافنا في قانون الشعوب ** ، و ما يحدث الآن ما هو إلا إعادة

¹ أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص 189.

* يجب أن نشير إلى أن المترادفات التي تدل على هذا القانون كثير ومتعددة منها : في الفقه العربي : يسميها الدكتور محسن شفيق "المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار " والدكتور محمود سمير الشرفاوي " قواعد قانون التجار " والدكتور ثروت حبيب " قانون التجار ذو الطابع الدولي " والدكتور أبو زيد رضوان " قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي " والدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " القانون الموضوعي للتجارة الدولية " أما على صعيد الفقه الغربي فيطلق عليها الأستاذ Ph.Fouchard القانون غير الوطني (Droit Anational) ، والأستاذ E.Gaillard القواعد فوق الوطنية Règles Transnationales والأستاذ Goldman قانون عبر الدول Droit transnational ، والأستاذ Schmithoff قانون التجارة الدولية International Trade Law ، والأستاذ R.David القانون التجاري الدولي الجديد . وهناك كمن يسميها القانون الاقتصادي عبر الدولي ، أنظر هذه التسميات في : أحمد مخلوف : المرجع السابق ، ص ص 184 ، 185.

** حيث أن ظاهرة التجارة الدولية تعود إلى القرون الوسطى في أوربا ، بل يذهب البعض من المناصرين لنظرية قانون التجارة الدولية إلى أن هذه الظاهرة تجد جذورها في قانون الشعوب الروماني Jus gentium الذي كان يحكم العلاقات بين أطراف بينهم من يتصف بالصفة الأجنبية ، وحيث أن التجار كانوا يحرصون في طكل مجتمع على الأسواق الموسمية على الإلتزام في معاملاتهم بما جرت عليه عاداتهم ، ومن هنا تشكلت مجموعات متعدد من القواعد العرفية الموضوعية مستجيبة لضرورات التجارة في هذه الأسواق ، و أطلق عليها اصطلاح Lex Mercatoria ، غير أن هذا القانون ما لبث أن اندثر ولم يعد له وجود منذ القرن السابع عشر إبان ظهور عصر التقنيات .

وقد اختلف الفقه في تحديد تاريخ عودة الميلاد الحقيقي لظاهرة Lex Mercatoria فبينما يرد البعض عودة ميلاد هذه الظاهرة إلى منتصف القرن التاسع عشر مع صدور القواعد الموحدة عن جمعية لندن لتجارة الحبوب فقد ذهب آخرون إلى أن الظاهرة بدأت في العودة منذ بداية القرن العشرين ويفضل البعض الربط بين عودة ميلاد ظاهرة القواعد عبر الدولية في العصر الحديث وانتعاش التجارة الدولية بعد الحرب العالمية الثانية . أنظر : بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 147.

ميلاد له.¹

ودون الخوض في غمار كثرة المترادفات ، فإن استخدام مصطلح قواعد قانون التجارة الدولية يعبر عن المقصود بهذا القانون لشيوعه ووضوحه .

وقد تعددت تعريفات الفقه لهذا القانون ، وتباينت تباينا لم يتفق فيه الفقهاء على توحيد تعريف لهذا القانون ، فقد عرفه البعض على أنه : "يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية والعلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات " ، بينما عرفه البعض الآخر بأنه : " النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية " ²

في حين عرفه الأستاذ Goldman بأنه مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية ، والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها .³

ويمكن أن نعرف هذا القانون بناء على العديد من التعريفات الفقهية على أنه : " مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام ، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي ، وتقدم تنظيميا قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية ."⁴

¹ أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص 184.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 147.

³ تعريف Goldman كان كالتالي :

« La lex Mercatoria est précisément un ensemble de principes ,d'institution et de règles puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté et continuent d'alimenter dans les structures et le fonctionnement juridiquement propre à la collectivité des opérateurs du commerce international. »

أنظر في ذلك : أحمد مخلوف : مرجع سابق ، ص 185.

⁴ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 147.

ثانيا : تقييم الاتجاه .

بداية لا يكفي القول بضرورة وجود مجتمع يحتاج إلى قواعد قانونية لتنظيم العلاقات الناشئة فيه ، أن تقوم الأطراف المتعاقدة بإبرام التصرفات القانونية فيما بينها ، و إلا لأمكن القول بوجود مجتمع فرنسي - ألماني ، وقانون ألماني - فرنسي بشأن العقود التي تبرم بين الفرنسيين والألمان ، بل أن هذا المنطق ذاته يؤدي إلى نتيجة غير منطقية هي أن التأكيد على أن كل علاقة تعاقدية بين شخصين تشكل مجتمعا وتخضع لقانون الإرادة ويتفق مع ما قال به الأستاذ Vedross بشأن نظرية القانون الذاتي للعقد.¹

كما اختلف الفقه في شأن تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بصفة النظام القانوني فمنه من أنكر تمتعها بهذه الصفة ، ومنهم من اعترف لها بصفة النظام القانوني . فأما الفريق المناهض فإنه يرى في هذه القواعد مجرد عادات وممارسات تجارية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام ، ولا يكون لها ذلك إلا إذا أحال إليها طرفا المعاملات أو أحال إليها القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد ، بل إنه حتى ولو أحال إليها الطرفان أو القانون الواجب التطبيق فإن محكمة التحكيم قد تستبعدا إذا ما تعارضت مع النظام العام الدولي في هذا القانون .

ويستند أنصار هذا الاتجاه على عدم استيفاء هذه القواعد للركن الوضعي ، فهي لا تتصف بالتجريد والعمومية صفتي القاعدة القانونية ، كما يغيب فيها الجزاء المادي ، كما أنه يسودها التناقض والطابع المكمل ، علاوة على أنها لا تنتمي إلى مجتمع منظم ومتجانس.²

ولعل الأستاذ Pierre Mayer حاول التخفيف من تطرف هذا الاتجاه بعد الانتقاد الذي تلقاه ، حيث أقر بوجود مبادئ عبر الدول تحكم عقود الدولة لا ترقى إلى فكرة نظام قانوني متكامل ، حيث قال بأن عقود الدولة ليست من قبيل المعاهدات حتى ينطبق عليها القانون الدولي العام ، ولا من قبيل العقود المبرمة بين المتعاملين على مسرح الحياة

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص 760.

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، 149.

الاقتصادية الدولية لينطبق عليها القانون التجاري الدولي ، كما أنه لا يمكن مقارنة هذه عقود الدولة لا بعقود القانون الخاص المعتادة ولا تعد كذلك من عقود القانون العام أو العقود الإدارية ، فهي بلا ريب طائفة من العقود تتميز بذاتية خاصة ، ولعل المبادئ العابرة للحدود أو المبادئ بين الدول لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا ، بل مجرد اقتراحات قانونية تعين المحكمين ، يبقى من الصعب تحديد هويتها و طبيعتها ولم تتجاوز هذا النطاق.¹

أما الاتجاه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية فير فيها مفهوم القانون بالمعنى المتعارف عليه ، مما يجعله يشكل نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية ، ومن ثمة لا حاجة لإرادة الأطراف لاختيارها ، ولو لم يختاره الأطراف فإن هذا لا يفقدها الصفة القانونية ، لتعلب دورا تكميليا لما اتفق عليه الأطراف.²

ويدعم أنصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم في أن الترابط الداخلي والخارجي لمجمل قواعد هذا القانون تجعله نظاما قانونيا منفردا ومستقلا بذاته ، فالترابط الداخلي ينعكس من خلال انتهاج المتعاملين في ميدان معين على نهج محدد ، استنادا إلى مبدأ الحرية العقدية ، ثم تكرار ذلك العمل حتى يغدو أبعد من كونه شرطا عقديا ، وجديرا بأن يتبناه قضاء التحكيم .

بينما يكفل الترابط الخارجي لقواعد هذا القانون التحكيم الذي حاول أكثر من مرة تحطيم العقبات التي تقف في وجه إعماله إنطلاقا من ملاءمته لحكم منازعات عقود الدولة مقارنة بقواعد القوانين الوطنية ، واستنادا إلى اعتباره القضاء الفعلي " الحقيقي " لمجتمع التجار الدولي.³

ويحتج أنصار هذا الاتجاه أن قواعد هذا القانون مستوفية لطابع التجريد وتتمتع بجزء ذو طبيعة خاصة ، كما أنها غير متناقضة وتحتوي على حلول ملائمة تخلص منها

¹ حفيفة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 760 ، 761 .

² بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 149 ، 150 .

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص ص 860 ، 861 .

القوانين الوطنية ، سيادة الطابع المكمل لا يمنع من إلزامها الذاتي خاصة في ظل قواعد عبر دولية أمره ، علاوة على أنها تتوفر على الركن المؤسسي إذ تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم و وحدة المصلحة .¹

الفرع الثالث : المبادئ العامة للقانون .

أولا : المقصود بالمبادئ العامة للقانون .

أمام صعوبة الوصول إلى قواعد مشتركة بين النظم القانونية المختلفة ذهب العديد من الفقهاء إلى ضرورة اللجوء إلى مصدر أعلى هو ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة .²

لم تكن المبادئ العامة للقانون قابلة للتطبيق في القضاء الدولي إلا بناء على اتفاق خاص ، إلا أنها استخدمت كمصدر مباشر للقانون الدولي منذ وقت طويل نسبيا ، ثم استخدمت في قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام 1920.³

و تعد هذه المبادئ أحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي ، وقد نصت عليها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، وتوضح الأعمال التحضيرية لهذه المادة أن إضافة هذا المصدر لم يهدف إلى اعتباره بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي ، و إنما قصد من هذه الإضافة تزويد المصادر الأخرى بضمان إحتياطي ضد ما قد يعتريها من ثغرات كما هو الحال في القانون الداخلي ، حيث تخول المحاكم سلطة تطبيق المبادئ العامة للقانون لملى ما قد يوجد فيه من ثغرات ، ويؤيد هذا القول سلوك المحكمة الدولية التي لا تجد من الضروري أن تبحث أو تطبق المبادئ العامة للقانون عندما تكون هناك قواعد اتفاقية أو عرفية لذلك وعلى سبيل المثال تمسكت البرتغال في قضية *The Indian over of right territory* بأن القوانين الداخلية في الدول المتمدنة تجمع على الاعتراف بأن لحائز الأرض التي لا منفذ لها الحق في سبيل الوصول إليها أن يمر من خلال الأرض المجاورة له والمؤدية إليها وهذا ما يسمى بحق ارتفاق المرور ؛ غير أن المحكمة قضت بأنه لما كان السلوك المحلي واضحا ومستقرا

¹ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 150.

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 380.

³ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 880.

بين الطرفين فليس هناك من ضرورة لبحث ما إذا كان العرف الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدنة تؤدي إلى نفس النتيجة من عدمه.¹

ويبدو أن شراح القانون الدولي العام يختلفون في تفسير المقصود من هذه المبادئ العامة للقانون فهل هي المبادئ العامة للقانون الدولي العام أم المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط أم للقانونين معا؟ فمنهم من يجيب بأن المقصود هو المبادئ العامة للقانون الداخلي فقط وهكذا يجب فهم نص المادة 38 سابقة الذكر، ولا يجوز تحميل النص أكثر مما يجب باعتبار أن تعبير المبادئ العامة للقانون جاء دون نعت لهذه المبادئ الأمر الذي لا يحتمل معه شمولها لمبادئ القانونين معا كما يذهب البعض الآخر ويضيف هؤلاء لتفسيرهم بأن النص يتعلق بالمبادئ العامة للقانون الداخلي هو ما تم من نقاش من قبل اللجنة القانونية التي أعدت النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة حيث استخدم تعبير القواعد العامة للقانون الدولي المعترف بها من قبل الضمير القانوني للشعوب المتمدنة وقد أثار هذا المقترح اعتراض عدد كبير من أعضاء اللجنة إلى أن تم حذف تعبير للقانون الدولي ويصل هؤلاء الكتاب في تحليلهم هذا إلى القول بأن المادة 38 ليست مادة تشريعية للحقوق والالتزامات وإنما مادة قضائية تحدد وظيفة القاضي الدولي وحدود سلطته فهي أقرب إلى كونها قانونا إجرائيا مما يعني اعتبار موضوع هذه المادة مصدرا للقانون أمرا متعذرا.² هذا وقد درج تقييد اصطلاح المبادئ العامة للقانون*

¹ طالب حسن موسى : مرجع سابق ، ص ص 80 ، 81 .

² طالب حسن موسى : المرجع السابق ، ص ص 81 ، 82 .

* و إن كان مصطلح المبادئ العامة للقانون يحمل بين طياته مجموعة مختلفة من الدلالات ، لا يعد المفهوم السابق إلا واحدا منها ، وهي :

-المبادئ العامة المتصلة بالقانون الدولي العام : وهي تلك المستخلصة من روح الأعراف والمعاهدات الدولية ، ويمكن الإشارة إليها من خلال الإشارة إلى مبادئ القانون الدولي ، أو المبادئ العامة للقانون الدولي ، أو المبادئ المطبقة بواسطة المحاكم الدولية ، ولا تثير هذه المبادئ إلا القليل من المشاكل مقارنة مع غيرها .

-المبادئ العامة المتصلة بالقوانين الداخلية : وهي ما يشار إليها عادة بالمبادئ القانونية المشتركة بين دولتين أو مجموعة من الدول ، بما في ذلك المبادئ العامة للأمم المتحدة .

- المبادئ العامة المشتركة في القانون الدولي الخاص : أي المبادئ السائدة فيما يتعلق بتنازع القوانين في مختلف الدول، كقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون محل الإبرام ، ويلجأ القاضي إلى أعمالها عند غياب قواعد الإسناد=

للدلالة على تلك " المبادئ السائدة في الأمم المتحدة ، أي مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي التي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي ، عند عدم وجود مصدر قانوني دولي آخر معترف به كالمعاهدة أو العرف " ، بشرط أن تستقي تلك المبادئ من "الدول المتقدمة " ، أما اليوم وقد تجاوز الزمن هذا المصطلح فقد أصبحت المبادئ العامة تستمد من مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية وبغض النظر عن درجة تقدمها الفعلية ، وذلك استنادا على مبدأ المساواة السيادية فيما بينها جميعا.¹

وفي هذا السياق يقول الدكتور هشام علي صادق : " يعمل المحكمون في المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين أنفسهم عن النص على القانون واجب التطبيق وهم بمسلكهم على هذا النحو يهدفون بدورهم إلى تدويل العقد و إخراجها من دائرة اختصاص القوانين الوطنية ، خاصة فيما لو سكتت الأعراف والعادات الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح على قضاء التحكيم . وهذا يعني أن العقد لا يخضع لمبادئ قانون داخلي لإحدى الدول أو أكثر من قانون داخلي ، وإنما يخضع لنظام قانوني أشمل يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في مضمون مختلف النظم القانونية الأخرى .²

=التشريعية " بما في ذلك الاتفاقيات الدولية باعتبارها جزء من التشريع " مع غياب قواعد إسناد عرفية في موضوع النزاع .

- المبادئ العامة للقانون كمنهج مستقل : بحيث يتم تطبيقها مباشرة على موضوع النزاع على اعتبارها قواعد موضوعية أوجدتها مقتضيات التجارة الدولية إلى جوار قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص . أنظر في ذلك :
وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 882.

¹ وفاء مزيد فلحوط : المرجع السابق ، ص 880 ، 881.

² حيث يؤكد البعض أن المبادئ القانونية المشتركة كأحد مكونات قانون التجارة الدولية قد تختلف عن " المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة " والتي تشير إليها المادة 38 ، فهذه الأخيرة و إن كانت مستمدة بدورها من القوانين الوطنية إلا أن الملاحظ أن أعمالها أمام محكمة العدل الدولية في صدد العلاقات السياسية بين الدول صاحبة السيادة قد ينتهي بها إلى مضمون يختلف بالضرورة عن المضمون الذي يؤدي إليه تطبيقها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي في مجتمع المهنيين من التجار ورجال الأعمال و إن الملاحظ أن هذا القضاء قد استطاع في التطبيق العملي أن يضيف على هذه المبادئ ذاتيتها المتفككة وطبيعة التجارة الدولية فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة في المبادئ العامة تخول القاضي سلطة تعديل العقد لتحقيق العدالة ، فإن أعمال قضاء التحكيم لهذه النظرية في المجال الدولي قد روعي فيه أن أطراف العقد يفترض فيهم إن كانوا من التجار والمهنيين أن يتوقعوا مخاطر الأسواق مما يستوجب تقييد سلطان المحكم في تعديل العقد في إطار عقود الإنتاج التي يتطلب تنفيذها أمدا طويلا كعقود المفتاح باليد =

ثانيا : تقييم تطبيق المبادئ العامة للقانون .

إن المبادئ العامة للقانون الداخلي لا تعني حتما صلاحيتها في كل الأحوال لأن تكون مصدرا للقانون الدولي للأسباب التالية :

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

كما يوجد تفاوت بين بعض المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ الحقوق المكتسبة في مواجهة التأميم ومبدأ منع الإضراب واعتباره حقا مشروعاً ومبدأ إباحة الربا ومنعه ، وفيما عدا هذا يمكن تصور كون المبادئ العامة للقانون مصدرا لهذا القانون ، فلا جدال بأن القانون الدولي يأخذ بهذه المبادئ فمثلا الفعل غير المشروع وهو مصدر للإلتزام ومبدأ القوة القاهرة والظروف الطارئة ومبدأ حسن النية وعدم الإلتزام بعرض النزاع على المحاكم ومبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي .

وقد كان موقف التشريعات والأنظمة القضائية الوطنية موقف المعادي الصريح من تطبيق المبادئ العامة للقانون ، حيث تفضل الرجوع إلى قانون وطني على وجه التحديد

=ومن المبادئ ما ترفضه الدولة الطرف في العقد من أداء إلتزاماتها المالية بقيمتها الحقيقية ولكنها تصر على أدائها بالعملة المحلية و إن تدهورت قيمتها ، وجرى التحكيم التجاري الدولي على اعتبار هذا السلوك يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود .

ومن جهة أخرى فقد استخدم التحكيم الدولي فكرة المبادئ العامة لاستلهاهم بعض القواعد ذات الطابع الأخلاقي والتي تستوجب محاربة الفساد و إحترام القوانين الداخلية الأمرة في الدولة المتعاقدة كذلك القواعد التي تحظر الوساطة في العقود المبرمة بين الدول والمستثمر الأجنبي ، وإذا كان الحفاظ على الأسرار بين المتعاقدين قد يحول دون إثارة مسألة العمولات المتفق عليها بين المستثمر الأجنبي وبين كبار مسؤولي الدولة المضيفة للاستثمار والذين ساعدوا المستثمر على التوصل إلى اتفاقية فإن ثمة أحكام تحكيمية تعرضت لهذا الموضوع وقضت ببطلان الاتفاق على العمولة بطلانا مطلقا لمخالفته للمبادئ الأخلاقية والقانونية العامة التي تقضي بمحاربة الفساد .أنظر في ذلك : طالب حسن موسى : مرجع سابق ، ص ص 82- 85 .

تخضع له عقود الدولة ، وإن كان سيختلف من حيث المبدأ وفقا لمنهج الإسناد المتبع .
ويعد هذا الموقف هو ذاته موقف المحاكم الوطنية من تطبيق تلك المبادئ¹ .
أما عن موقف الاتفاقيات والجهات الدولية فعلى الرغم من أن لجنة " UNICTRAL "
"لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي" قد أشارت إلى إمكانية إسناد عقود الدولة
ومن بينها عقود نقل التكنولوجيا إلى هذه المبادئ فيما لو اتجهت إرادة المتعاقدين لذلك ،
إلا أنها فضلت إسناد تلك العقود إلى قانون وطني محدد .²
ذلك أن أولى الأدوار التي لعبتها هذا المبادئ على منصة التحكيم الدولي كان دورا سلبيا
قوامه اعتبارها قرينة لاستبعاد القانون الوطني الذي أشارت إليه قواعد الإسناد ترجيحاً
لإعمال نظام قانوني غير وطني ، ثم ما لبث أن تعدت ذلك الدور باتجاه دور آخر أكثر
إيجابية و ذلك على اعتبارها نظاماً قانونياً صالحاً للتطبيق مباشرة على موضوع النزاع
إما :

أ- بشكل موضوعي ومستقل .

ب- أو كنظام مكمل لنظام آخر .

ويمكن أن نميز عموماً في معرض تطبيق قضاء التحكيم الدولي لهذه المبادئ بين
فرضين رئيسيين ؛ أحدهما هو فرض وجود نص صريح يقضي بإعمالها ، أما
الآخر فهو حالة غياب مثل ذلك النص الصريح :³

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

قد تنص عقود الدولة على الرجوع إلى المبادئ القانونية المشتركة في الدول التي تنتمي
إليها المتعاقدون كالاتفاق المبرم عام 1954 بين إيران ومجموعة شركات البترول
الأمريكية والإنجليزية والهولندية والفرنسية⁴ .

¹ حيث أشار القضاء الفرنسي إلى صحة شرط الوفاء بالذهب ، بصدد الفصل في نزاع حول عقد دولي بين فرنسي وكندي عام
1927 ، حيث كان القانون الكندي يجيزه بينما تم تعديل ألغى هذا الشرط ، ومن هنا حكمت محكمة القضاة الفرنسية بأنه :
رغم صحة شرط الذهب في المعاملات الدولية استناداً على مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " ، إلا أن كل عقد دولي لا بد من أن
يستند بالضرورة إلى قانون دولة ما . أنظر **وفاء مزيد فلحوظ** : مرجع سابق ، ص 884.

² **وفاء مزيد فلحوظ** : المرجع السابق ، ص 884 ، 885.

³ **وفاء مزيد فلحوظ** : المرجع السابق ، ص 886.

⁴ فقد نصت المادة 01/46 من الاتفاق على أنه =:

و رغم أن القضاء التحكيمي قد عمد في الغالبية العظمى من أحكامه إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون ، إلا أنه اختلف في تفسيره لها من تحكيم إلى آخر : ففي تحكيم " B.P بين ليبيا وشركة بريطانيا للبترول " بحث المحكم عن المبادئ المشتركة بين القانون الليبي وبين القانون الدولي وانتهى إلى عدم وجودها ، ثم قرر إعمال المبادئ العامة للقانون " الشائعة بين مختلف النظم " مع تمييزها عن مبادئ القانون الدولي .

أما في تحكيم Liamco فقد انتهى المحكم كذلك إلى عدم وجود مبادئ مشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض ، كما انتهى إلى تفسير تلك المبادئ على أنها القواعد المطبقة من قبل المحاكم الدولية في هذا الشأن على نحو تشير معه إلى مبادئ العدالة والإنصاف ، ومن ثم إلى تطبيق فكرة التعويض العادل .¹

وفي تحكيم Texaco اعتبر المحكم أن مبادئ القانون الدولي أكثر اتساعاً من المبادئ العامة للقانون ، و أن تطبيق هذه الأخيرة من شأنه إدراج العقد في نطاق القانون الدولي على اعتبارها أحد مصادره ، إلا أنه عثر هنا على مبدأ عام مشترك ما بين

"In view of the diverse nationalities of the parties to this agreement , it shall be governed = by interpreted and applied in accordance with principles of the law common to Iran , and the several nations in which the other parties to this agreement are incorporated ."

على أن الشركات الأمريكية المذكورة تخضع لقوانين متعدد فمنها تخضع لقانون بنسلفانيا ، وأخرى لقانون نيويورك، وأخرى لقانون نيوجرسي والآخرين لقانون ديلاويري فمجموع قوانين الأطراف المتعاقدة في هذا الاتفاق هو ما موجود في ثمان قوانين مختلفة .

وفي حال تعذر وجود مثل هذه المبادئ المشتركة في القوانين المحصورة استدرك الاتفاق بالنص على هذه الحالة بقوله :

... And in absence of such common principles , then by and in accordance with principles of law recognized by civilized nations in general , including such of these principles as may have been applied by international tribunals." : طالب حسن موسى : مرجع سابق ،

ص 83.

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 887 .

القانون الليبي والقانون الدولي ، وهو مبدأ " القوة الملزمة للعقود " ¹ ، وقرر إعماله دون الحاجة للاستعانة بالمبادئ العامة للقانون التي يؤخذ بها على نحو مكمل في حالة تخلف تلك المبادئ المشتركة وفقا لنص المادة 28 من العقد نفسه ، كما طبق مبدأ آخر هو مبدأ " التنفيذ العيني للعقد " رغم مهاجمة القضاء التحكيمي ذاته لهذا المبدأ في معرض نزاعات أخرى مشابهة . ² إذ أننا نجد المحكم الأستاذ Lagergreen قد ذهب إلى رفض تنفيذ مبدأ التنفيذ العيني في قضية B.P حيث توصل إلى أنه لا يوجد مبدأ قانوني عام موحد يقرر استمرار تنفيذ الاتفاق بعد فسخه من قبل أحد المتعاقدين دون موافقة الطرف الآخر، كما أنه لا يوجد مبدأ موحد من مبادئ القانون وفقا له يكون من حق المضرور إلزام الطرف الآخر على تنفيذ العقد كنوع من الجزاء الملائم ، فمثل هذا الحق غير قائم لا سيما بالنسبة للطرف الخاص المتعاقد مع الحكومة كما الحال في عقود الدولة .³

أما في تحكيم Aminoil فإن الوضع يختلف قليلا :

حيث اتخذ المحكم موقفا سلبيا من هذه المبادئ ، وخاصة من مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره شيئا مقدسا ، وقبل فكرة مساس الدولة به فيما لو اقتضت مصلحتها ذلك بشرط التعويض العادل ، كما أظهر قبوله لتطبيق القانون الكويتي تطبيقا كاملا استنادا إلى أنه القانون الملائم ، مما يعني رفضه الضمني لطلب الشركة الأجنبية بتطبيق القانون العابر للدول ، إلا أنه قام بترك فسحة معينة سمح من خلالها بتدخل المبادئ العامة بغرض تدويل العقد ، وذلك عندما اعتبر تلك المبادئ مصدرا احتياطيا للقانون الوطني " الكويتي " ، وبأن القانون الدولي يمثل جزءا مكملًا لهذا القانون ، و بأن تلك المبادئ تعترف بحق الدولة في حماية مصالحها العامة ⁴.

¹ يجد هذا المبدأ أساسه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري .ويقوم هذا المبدأ على أسس أخلاقية ، اقتصادية واجتماعية ، حيث يجب على المرء أن يحترم العهد الذي قطعه على نفسه . أنظر في ذلك : فيلالي علي: الالتزامات - النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2008 ، ص 359.

² وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 887.

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 794 ، 795.

⁴ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 887 .

الفرض الثاني : غياب الإرادة الصريحة حول أعمال المبادئ العامة للقانون

ويمكن أن نميز مع غياب الإشارة ثلاثة فروض متباينة :

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

أما الفرض الثاني يتجلى في النص على مبادئ أخرى من قبيل حسن النية في التعامل، ويجد هذا الفرض صدها في تحكيم Sapphire حيث قام المحكم بإعمال " المبادئ العامة للقانون " دون أن يبين مدى علاقتها بالنظام القانوني الدولي أو بالنظم الوطنية لدرجة أثارت معها الشك حول تبنيها كنظام قانوني ثالث ومستقل .

أما الفرض الثالث والأخير فهي حالة وجود نص صريح يشير إلى أعمال قانون " وطني " معين ، وهنا تبلغ هيئة التحكيم ذروة جراتها باستبعاد ذلك القانون لصالح أعمال هذه المبادئ¹، ولعل خير مثال على هذا الاستبعاد كان تحكيم Aramco الذي ادعى فيه المحكم بغموض العقد ونقصه على نحو استلزم تطبيق المبادئ العامة للقانون على موضوع النزاع ، فالقانون السعودي لا يعرف فكرة العقود الإدارية ، كما أن المحكمة قضت بأن " مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة هو أحد المبادئ الأساسية في النظامين الدولي والداخلي لغالبية الدول المتحضرة ، وعلى ذلك لا تستطيع الحكومة أن تنقض أو تقيد الحقوق التي منحتها في اتفاق سابق بإبرام اتفاق لاحق حول نفس الموضوع كله أو بعضه " .²

1- الجانب المناصر لتطبيق المبادئ العامة للقانون :

ذهب مؤيدو هذه المبادئ إلى ضرورة التمسك بأعمالها انطلاقاً من منظورين رئيسيين و هما :

- أزمة منهج تنازع القوانين ومقتضيات التجارة الدولية : ذلك أن قواعد التنازع تشير إلى تطبيق أحد القوانين بطريقة معصوبة العينين وغير ملائمة لحاجات التجارة الدولية، حتى إنها تقوم على افتراض خاطئ مفاده تماثل العلاقات الدولية الخاصة مع العلاقات

¹ وفاء مزيد فلحوط : مرجع سابق ، ص 889 .

² محمد عبد العزيز بكر : مرجع سابق ، ص 23 .

الوطنية ، وهو ما برر لجوء بعض الدول إلى صياغة قوانين خاصة لتطبق مباشرة على عقود التجارة الدولية .

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

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

2- الجانب المعارض لتطبيق المبادئ العامة للقانون :

يرى البعض أنه من المستحيل ومن غير الواقعي الإحالة إلى المبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتقدمة ، فهي ليست بقانون ، أو نظام قانوني يمكن تطبيقه أو الإحالة إليه.²

إن أي عقد يبرم بين الأشخاص لا بد من رده و إسناده إلى نظام قانوني يؤسس مشروعيته ويحدد آثاره ، فالمبادئ العامة للقانون يجب أن تتحقق فيها درجة كافية من التجريد والعمومية لأجل الدخول في إطار القياس القانوني الذي يسمح بالتمييز بين المبدأ العام والعادات المهنية أو العرف .

كما أن المبادئ العامة للقانون لا يمكن النظر إليها إلا من خلال أحد النظمين الوطني أو الدولي ، وبالتالي لا يمكن أن توجد كطائفة قانونية مستقلة إلا إذا شكلت مصدرا مستقلا للقانون .³

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 890 ، 891 .

² مصطفى أحمد فؤاد : مرجع سابق ، ص 51 .

³ هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 381 .

وهذا التوصيف السابق للمبادئ العامة للقانون إنما مرده عجزها عن تغطية كافة المنازعات ، والذي يعزى بدوره إلى عدة أسباب أهمها طابعها النسبي ، ويقصد بنسبية هذه المبادئ اختلاف مفهوم المبدأ من نظام إلى آخر رغم الاتفاق عليه بحد ذاته . وهذا هو الوضع بالنسبة لمبدأ حسن النية والذي يمثل قاسما مشتركا في تسبيب غالبية أحكام التحكيم الدولي ، إذ لا يعد حقيقة إلا " موجهها فلسفيا " لسلوك البشر أكثر من كونه قاعدة قانونية حقيقية لافتقاره الدقة والتحديد . ومن هنا فإن نفي الطابع النسبي عن تلك المبادئ يستوجب التغاضي عن كافة الفوراق القائمة بين النظم القانونية المختلفة حول شروط أعمالها ، وقيود ممارستها ، و الإجراءات المتبعة ، وما إلى ذلك من مسائل ذات صلة ، إلا أن الوضع يشير إلى عكس ذلك حيث تمثل تلك المبادئ طوق النجاة للمحكم الدولي الذي لا يصادف أية صعوبة في إيجاد مبدأ عام لإنزال حكمه على النزاع وتبرير استبعاد القانون الوطني لعدم ملاءمته أو لاستكمال نقصه على حد ما يدعيه ، كما إن عدم تحديد فكرة المبادئ العامة تجعل منها عموما أداة قابلة للتطويع ، وخير دليل على صدق هذا القول هو استخدام المبدأ ذاته لخدمة مواقف متعارضة في آن واحد.¹

كما أن التطبيق الكامل للمبادئ العامة للقانون يفضي إلى صعوبة أعمال الرقابة على القرار التحكيمي ، وذلك أن مثل هذه القرارات والتي مبناه المبادئ العامة للقانون ، هي في حقيقتها وجوهرها قائمة على هدى من أصدرها ، وبالتالي تؤدي إلى عدم تحقيق الأمان القانوني المطلق . فهذه المبادئ لم تتضح بعد ، الأمر الذي يؤدي إلى عدم وجود ضمان حول مضمونها ، وبذلك يفتح المجال لتحكم المحكم .² وبذلك يتحول التحكيم الدولي إلى " تحكيم طليق " قادر على الإفلات من أي رقابة ، وفيما عدا ذلك - ورغم اعتماد المحكم على تلك المبادئ - اتضح من خلال تحليل عملي لمجمل قراراته القائمة عليها ، بأنه كان يلجأ لإثبات عمومية مبدأ ما إلى البحث عما هو سائد في قوانين الدول الغربية فقط ، لذلك نعتقد أن المصطلح القديم " المبادئ

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 893 ، 894 .

² هاني محمود حمزة : مرجع سابق ، ص 381 .

العامة للقانون في الأمم المتحضرة " لا زال موجودا إلا أنه متكرر بثوب آخر أقل إجهارا بتلك الدلالة .¹

كما وجه جانب هام من الفقه التقليدي - على وجه الخصوص - عددا من الانتقادات الجادة التي استهدفت قوام تلك المبادئ على الصعيدين القانوني والعملي : وكان الانتقاد الأول يدور حول ما ينطوي عليه أعمال تلك المبادئ من خطر إهدار مبدأ الفصل بين السلطات ، حيث يجمع القضاء بين يديه إلى جوار مهامه الطبيعية سلطة التشريع حين يضع القاضي الوطني نفسه محل الأطراف في صياغة اتفاقهم ، ورغم قدرة المحكم الدولي على تحاشي هذا الانتقاد إلا أنه لا يستطيع من جهة أخرى تجنب خطر عدم اعتراف الدول بقراره المؤسس على تلك المبادئ ، خاصة مع عدم وجود قاعدة دولية عامة ملزمة تذهب إلى خلاف ذلك .

أما الانتقاد الثاني فينطلق من حقيقة مفادها أن النظام القانوني الواجب التطبيق على عقد الدولة يجب ألا يتعدى أحد فرضين لا ثالث لهما ، وهما القانون الدولي ، أو أحد القوانين الوطنية ، أما إذا تدخلت المبادئ العامة للقانون فإن ذلك سيكون بوصفها جزءا أو مصدرا لأي منهما .²

حيث أن المبادئ العامة للقانون الأكثر استخداما من قبل المحكمين ، لا يوجد اتفاق كامل على تحديد مضمونها ولا تتسم بالعمومية المدعى اتصافها بها ، كما أن الإدعاء بعالمية هذه المبادئ يحولها على أفكار مثالية لا يمكن أن تتواجد في عالم يتسم بالانقسام وعدم الوحدة القانونية .³

أما ما آل إليه القضاء التحكيمي من تدويل العقد استنادا إليها فإنه مسلك يفتقر إلى الأساس القانوني أو السند العملي خاصة و إنه يثير الكثير من التساؤلات حول أسباب امتناع الأطراف عن الإشارة الصريحة لإعمال القانون الدولي و إقحام عقدهم في نطاق هذه المصطلحات الغامضة .

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص 894.

² وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 891 ، 892 .

³ حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، مرجع سابق ، ص ص 810 ، 811 .

ويفضي الانتقاد السابق حقيقة إلى الانتقاد الثالث الذي يعد من أهم ما أعيب على هذه المبادئ ، وهو اعتبارها بأحسن الفروض " مصدرا إحتياطيا " حسب ما استقر عليه العمل على صعيد القانون الدولي أو على مستوى القوانين الوطنية حيث لم تصل إلى مرتبة التطبيق الشامل ، وإن كان قضاء التحكيم قد ذهب في بعض أحكامه في محاولة منه لتدويل العقد محل النزاع لاعتبارها مصدرا أساسيا ووحيدا لفرع جديد من فروع القانون الدولي وهو " القانون الدولي للعقود " إلا أن تلك الأحكام لم تغير من الحقيقة السابقة ، لأنها جاءت متناقضة لا تصلح للإستناد عليها .¹

ومما تقدم يتضح أن اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون كنظام قانوني واجب الأعمال على عقود الدولة يعد حلا سيئا في نتائجه وآلياته الفنية ، كما أن رفض هذه المبادئ ليس نابعا من غاية حماية الدولة التي تسيء استعمال سلطتها وتلجأ إلى القيام بتجاوزات، كالإستيلاء على أموال الأجانب أو معاملتهم معاملة تتسم بعدم المساواة والتمييز ، حيث أنه لا يثور في مثل هذه الحالات بلا أدنى شك حول حق الطرف الأجنبي في التعويض المناسب .

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

¹ وفاء مزيد فلحوظ : مرجع سابق ، ص ص 892 ، 893 .

الخاتمة

يمكننا في نهاية هذا البحث أن نخلص إلى أن عقود الدولة ، وإن كان يشوبها في بادئ الأمر نوع من الغموض بشأن تحديد ملامحها الأساسية ، فإن الوقوف عند الحقيقة القانونية لهذه العقود لن يتأتى إلا من خلال توضيح المقصود بهذه العقود التي تتميز في الواقع كثيرا عن تلك العقود التي توصف بالدولية ، والتي عادة ما يصطلح على تسميتها بعقود التجارة الدولية التقليدية التي قد لا يتطلب لها أن يكون أحد أطرافها دولة ، بيد أن عقود الدولة ينصرف أساسا معناها إلى تلك العقود التي تبرم بين دولة من جهة و شخص إعتباري أو طبيعي أجنبي من جهة أخرى ، غالبا ما يكون إحدى الشركات متعددة الجنسيات ، والذي يتعين فيه تحديد الوصف الذي ينبغي أن تكتسبه الدولة ، وهو أن تظهر بشخصيتها كشخص من أشخاص القانون الدولي العام ، والذي يجعل منها صاحبة وضع سيادي ، وذات سلطة .

و إن كان هناك من يقول بأن دخول الدولة بوصفها ذات سيادة سيجعل المتعاقدين الأجنبي في موقف ضعيف ويخشى تغيير تشريعاتها على حسابها ، فإن هناك من يرى أن سيادة الدولة النامية ما هي إلا سيادة ظاهرية نتيجة لضعفها الاقتصادي والمالي ، هذا الضعف يجعلها في حاجة للمستثمر الأجنبي ليساهم في تنميتها ، ويستدل بعضهم بأن هنالك تنازلات كبيرة تمنح للمستثمرين ، والتي كانت بفعل طغيان القوة الاقتصادية للشركة الأجنبية على القوة القانونية للدولة المتعاقدة ، لكن الأخذ بهذه الفكرة سيكذبه الواقع القانوني الذي يتحدد وفقا لموازن القوة السائدة والمختلفة من طرف لآخر.¹

و إذا كان الإشكال في تعريف عقد الدولة وتوضيح ملامحه موضوعا متجددا كونه متعلقا شديد التعلق بوصف الدولة وتطور مفهومها في الفقه والقضاء الدوليين ، ناهيك على أن مسألة المساواة بين طرفي عقود الدولة لا يتحقق فقط بنزول الدولة منزلة الأشخاص الأجنبية الخاصة ، بل إن الأمر قد تجاوز هذا ليتعدى هذه المساواة إلى

¹ قادري عبد العزيز : دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة" le Contrat d'Etat ، مرجع سابق ، ص ص 337 ، 38.

مساواة ناجمة عن سمو الأشخاص المتعاقدة لبلوغ منزلة الدولة المتعاقدة ، على الأقل إن لم تكن مساواة قانونية ، فإنها قد تعدو لتكون مساواة اقتصادية على الأقل .
فمن شأن التطور الحاصل على مستوى العلاقات الإقتصادية الدولية أن يجعل من المتعاقد الأجنبي المتعاقد مع الدولة في وضع أفضل من الدولة في حد ذاتها ، لا سيما إذا تعلق الأمر بتعاقد الدولة مع تلك الشركات العملاقة التي توصف بالمتعددة القوميات التي لربما قد يأتي اليوم الذي تصل فيه إلى مصاف الدولة ، بل هناك من أطلق عليها تسمية الدول الإقتصادية ، مما يحقق إمكان إنضمامها إلى أشخاص المجتمع الدولي ، فتحقق إنقلابا نوعيا في وصف عقود الدولة ، وتوثر تأثيرا قد يكون منعظا في تاريخ العقود الإقتصادية الدولية .

ولعل هذه الخاصية النابعة عن التفاوت في الطبيعة غير المتجانسة لطرفي هذه العلاقة التعاقدية سيملي على هذه العقود مجموعة من الشروط تضيف على هذه العقود خصوصيتها من جهة ، وتحاول من جهة أخرى أن تحقق نوعا من التوازن بين الدولة الطرف السيادي الذي يعطو ذلك الطرف الأجنبي الذي يحاول البحث عن ضمانات عقدية، تحول أحيانا دون بعض من مظاهر السيادة التي تمارسها الدولة بإجماع الفقه على الصعيدين الدولي والداخلي ، ومنها التشريع ، فيفرض المتعاقد الأجنبي ما يحد من الإختصاص التشريعي للدولة ، وعلى الرغم من كونه حقا أصيلا للدولة ، فإنه بوجود هذا الشرط ، تغل يدها في تعديل تشريعها مما يهدد مصالح الطرف الأجنبي .

ولهذا نجد أن عقود الدولة تنص على شرط إقصاء أي تعديلات تلحق بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة وعدم سريانها حفاظا على التوازن التعاقدية ، فيما لو تم عدّه القانون الواجب التطبيق على العقد، طبقا لإرادة الأطراف المتعاقدة. ويهدف هذا الشرط إلى الحيلولة من إقدام الدولة المتعاقدة على تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، ومن ثم تحقيق الحماية والأمان القانوني للطرف الأجنبي المتعاقد، من حيث رضائه بالخضوع إلى قانون ثابت ومحدّد ومعروف منذ إبرام العقد لحين انقضائه. و إن كان يلاقي أحيانا هذا الشرط معارضة واسعة من بعض الأوساط السياسية والفقهية، لعدم توافقه ومبادئ السيادة الدائمة للشعوب والدول على مصادرها الطبيعية .

كما أن الطرف الأجنبي ودائماً في محاولة منه لتحقيق التوازن العقدي بين مستوى طرفي هذه العقود ، فإنه يبحث عن ضمانات إجرائية لتشجعه للتعاقد مع هذه الدولة ، حتى يجد الحياد في قضاء التحكيم الذي يعد أمراً حتمياً للدولة ، فيتم الفصل في منازعات هذه العقود ذات الطبيعة الخاصة والفنية المعقدة بعيداً عن محاكم الدولة المتعاقدة التي يخشى من حياد قضائها ، وتحيزها مع الدولة ، رغم هواجس الدول المتعاقدة مع الأشخاص الاعتبارية الخاصة ، من قضاء التحكيم ، واعتباره مساساً بسيادتها ، لكونه يحد من إختصاص قضائها الوطني الذي يملك الإختصاص الأصيل في مثل هذه العقود .

فلا يكاد يخلو أحد عقود الدولة من النص على شرط الاختصاص القضائي، وخصوصاً شرط التحكيم، وقد خولت صراحة معظم العقود النموذجية في بنودها سلطة الفصل في المنازعات الناجمة عنها إلى قضاء التحكيم، نظراً للمزايا العديدة التي يوفرها من حيث السرعة والسرية والتخصص المهني والفني، ودرءاً للخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني لهذا الطرف أو ذاك، كما أن الدولة تتمتع بالحصانة القضائية التي تمنع القضاء الأجنبي من النظر في المنازعات التي تكون طرفاً فيها بصفقتها السيادية. وقد تنفق الأطراف المتعاقدة على إحالة نزاعاتها الناجمة عن العقد إلى هيئة تحكيم مؤقتة يتم تحديدها وإجراءات تحكيمها في نصوص العقد، أو يتم العقد بشأنها بعد نشوب النزاع (مشاركة التحكيم)، أو باللجوء إلى هيئة تحكيم دولية مؤسسة مسبقاً. وهنا نلمس أن معظم الدول المتعاقدة ، والتي غالباً ما تنتمي إلى فئة الدول النامية ، تقبل بهذا الشرط مجبرة غير مختارة ، ذلك أن رفضها لهذا الشرط يعد رفضاً لما تحتاجه من تنمية إقتصادية ، صناعية ، واستثمار لموادها الطبيعية ، خاصة وأنها بحاجة ماسة لخبرة وقوة ، وتقنية هذه الشركات الأجنبية التي تستثمر في هذه الدول ، وتحقق التنمية لإقتصاداتها الوطنية الفتية .

كما أن الطبيعة المختلفة لأطراف عقود الدولة ، تفرض من جديداً طابعاً خاصة لتلك الحقوق والالتزامات التي تختلف عن تلك التي ترتبها العقود الدولية ، حتى ولو كانت بين دول ، لا سيما ما تعلق منها بحق الدولة في إنهاء العقد ، لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة للدولة ، وهو ما يصطلح عليه بالتأميم للمشروع الاستثماري ، وكذا حق المتعاقد

الأجنبي من الحصول على تسهيلات ، وإعفاءات جمركية ، وجبائية يستثنى بها من الطابع العام للقاعدة القانونية ، ويعامل فيها معاملة خاصة ، تنفرد بها هذه العقود .

هذا وبالرغم من أن مسألة تكييف هذه العقود ، لكونها تتعدى نطاق الدولة الواحدة ، والتي قد يستعار فيها أحد أساليب التعاقد في عقود القانون العام ، علاوة على الشروط التي تعمل على جذب هذه العقود إلى دائرة القانون الخاص ، فإن هذه العقود تتمتع بطبيعة خاصة ، ذلك أن الأمر يتوقف على السياسة الإدارية المتبعة من قبل الدولة في التعاقد ، فقد تستخدم وسائل القانون العام في العقد إداريا ، كما لها أن تستخدم وسائل القانون الخاص في العقد من عقود القانون الخاص .

و لقد أوضحنا أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود ، والمرتبة على ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المتعاقدة ، والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها ، قد جعل من مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة شائكة ومعقدة ، لما تتطوي عليه من مصالح متضاربة للأطراف ، على نحو أفرز معه الفقه العديد من النظريات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديده . بل حتى و إن حدد الأطراف قانونا ما فإنه قد يستبعد من المحكم ، حيث نجد أنه وعلى الرغم من أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو ما ارتضته إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية إلا أن السوابق التحكيمية في مجال هذه العقود يدل على وجود اتجاه لدى بعض هيئات التحكيم يستبعد قانون الدولة المتعاقدة إستنادا إلى عدم ملاءمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية ، حيث أن القوانين الوطنية التي اختارتها إرادة الخصوم ، طبقا لهذا الرأي يشوبها القصور ، حيث لم تتضمن بعد التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة التي تتضمنها بعض نماذج عقود الدولة كعقود نقل التكنولوجيا ، وهذا ما نلمسه في قوانين الدول النامية التي عادة ما تكون قوانينها هي المعنية بهذا النقص . وفي الحقيقة إن عدم ملاءمة القواعد الوطنية لحكم منازعات عقود الدولة ليس أمرا غريبا على فقه عقود الدولة ، فقد سجل ذلك منذ فترة طويلة عندما أن القواعد الوطنية لا يمكنها أن تقدم بطريقة كافية حولا مناسبة للعلاقات الدولية ، ولعل

هذا ما تبرهن عليه الأمثلة العديدة التي تبرز بوضوح عدم ملائمة هذه القواعد التي تختاره الخصوم¹.

وإضافة إلى هذا فقد تم استبعاد القانون الوطني لأسباب تتعلق بتعارض قواعد القانون الوطني مع المبادئ العامة للقانون الدولي، وبأسلوب غير مباشر ولباقة قانونية ، يقوم المحكمون في هيئات التحكيم باستبعاد قانون الدولة المتعاقدة ، إنطلاقاً من أن القانون الدولي يشكل جزءاً من قانون هذه الدولة ، وذلك مراعاة للخطورة الناجمة عن المساس بسيادة الدولة وتحاشياً للطعن في قوانينها².

و في ذلك يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة " الراجح أن نص المادة 42 من معاهدة واشنطن لعام 1965 والمتعلقة بعقود الاستثمار بين الدول والأشخاص الأجنبية ، قد تكلم عن القانون الذي يختاره الأطراف ، و قانون الدولة الطرف في العقد، و قواعد تنازع القوانين في ذلك القانون الأخير، ولا نشك في أن محكمة التحكيم بمركز تسوية

¹ محمد إبراهيم موسى : التطبيع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، مركز الصفا ، مصر ، 2003 ، ص ص 21 ، 22.

² وتعتبر قضية Aminoil ضد حكومة الكويت من بين تطبيقات هذا الاستبعاد ، حيث ورد في اتفاق التحكيم أن هيئة التحكيم ستحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، واستناداً إلى هذا النص رأت هيئة التحكيم أن القانون الكويتي هو الأكثر ارتباطاً ببعض نقاط النزاع إلا أنها سوف تطبق إضافة إلى هذا القانون مبادئ القانون الدولي وبوجه عام المبادئ العامة للقانون ، ولكي تؤيد هذا التطبيق قالت المحكمة : "إن القانون الدولي يعتبر جزءاً من القانون الكويتي باعتراف الطرف الكويتي ، كما تشير الاتفاقات المبرمة بين طرفي النزاع إلى تطبيق مبادئ القانون المعترف بها في العالم المتمدين في حالة غياب المبادئ المشتركة بين قانون الكويت وقانون ولاية نيويورك " وهكذا كانت النتيجة في هذه القضية أنه و إن كانت قواعد تنازع القوانين تشير إلى تطبيق القانون الكويتي ، إلا أن هيئة التحكيم تملك في العلاقات عبر الدولية وتطبيقاً لفكرة النظام العام الدولي استبعاد بعض قواعد هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي . وقد انتهت المحكمة بشأن القانون واجب التطبيق على العقد إلى القول : " القانون المحلي للدولة المضيفة هو قانون العقد الذي يرجع إليه تحديد حقوق والتزامات طرفي العقد ، ولكن لا يؤخذ بحكم هذا القانون في النزاع إلا بقدر اتساقه مع النظام العام الدولي الذي تجسده مبادئ القانون الدولي " ووصلت الهيئة التحكيمية إلى أنه وعلى الرغم من تعدد مصادر القواعد واجبة التطبيق ، فإن هذا لا يمنع من تطبيق المبادئ العامة للقانون إلى جانب القانون الكويتي . وهذا ما يحقق مصلحة الطرف الأجنبي الذي يحصل على امتيازات وحقوق قد لا يكفلها له القانون الوطني . أنظر في ذلك : بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص 127 ، 128.

منازعات الاستثمار، الذي أنشأته الاتفاقية ستهجر كل هذه الاختيارات الثلاثة كي تقضي في النهاية وفقا لقواعد موضوعية ليست من وضع دولة محددة"¹.

إن استبعاد المحكم الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة لصالح تطبيق القانون الدولي غير مبرر، نظرا لأن الجملة الثانية من المادة 01/42 قد قدمت لفظ قانون الدولة المتعاقدة على لفظ مبادئ القانون الدولي، الأمر الذي يعني أن القانون الدولي يراقب ويسد الفراغ ويساعد على تفسير القانون الداخلي، لكنه لا يمكنه أن يأخذ مكانه إلا في حالة ما إذا انتهك هذا القانون الداخلي مبدأ من المبادئ المتفق على حمايتها².

و انطلاقا من ذلك يمكننا أن نقول إن إشارة المادة 42 لمبادئ القانون الدولي لا تعني تحرير عقود الدولة من سلطان القانون الوطني الذي يتصل به و إخضاعه لتلك المبادئ الغامضة و غير الكافية، بل إن تلك المبادئ تضاف إلى القانون الذي تطبقه المحكمة، سواء كان قانون الدولة المتعاقدة أو أي قانون وطني آخر، و ذلك من أجل تكملة ثغراته و تفسير ما قد يكون غامضا من أحكامه".

بل لا يمكن تطبيق القانون الدولي دون رضاء الدولة المتعاقدة، لأن تلك المادة تشير إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على النزاع أصلا، الأمر الذي يعني أن التطبيق المباشر للقانون الدولي دون رضاء الدولة الطرف في العقد يتعارض مع نص المادة 42 من الاتفاقية، وعلى أقل تقدير إذا لم نشأ تفسير الأمر من منطلق إعطاء أفضلية لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، يمكننا أن نقول إن أعمال قانون الدولة المتعاقدة يتزامن مع أعمال مبادئ القانون الدولي لا يسبق أحدهما الآخر، و بالتالي فإن القانون الدولي لا يمكنه استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و تلك المادة الدليل على أن الجماعة الدولية لا تقبل تدويل عقود الدولة.

وبعيدا عن دور الإرادة واستبعاد إختيارها أحيانا لما يتعلق بقانون الدولة المتعاقدة، فإننا نجد أن الرأي القائل بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على أساس تكييفها كعقود

¹ هاني محمود حمزة : مرجع سابق، ص ص311، 312.

² محمد يوسف علوان : القانون الدولي للعقود - بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة نيفت كاليفورنيا الآسيوية وشركة نيفت تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية -، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، السنة الرابعة، العدد الثاني، أبريل 1980، ص 142.

إدارية - والذي يسلم بأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة يعد القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الدولة - يعد رأياً غير سديد لعدم جدوى هذا الاستناد ، حيث أن العديد من النظم القانونية في الدول المتعاقدة لا تتبنى نظرية العقود الإدارية ، كما أن مسألة تكييف هذه العقود سيكون حجرة عثرة أمام السياسة التي تتبعها الدولة من أجل تعطيل كل قانون ماعدا قانونها الوطني ، كما أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود أمر يثار بعد الإنتهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال إعمال قواعد تنازع القانون الدولي الخاص .

في حين ذهب الفقه المدافع عن مصالح الشركات المهيمنة على الإقتصاد العالمي إلى أن وجود الدولة طرفاً في هذه العقود ، مبرراً بهذه الفكرة تدويل العقد ، ومعاملة هذه العقود معاملة الاتفاقيات الدولية ، ومن ثم يحكمها القانون الدولي العام ، بحيث إذا أخلت الدولة المتعاقدة بالتزاماتها تقوم مسؤوليتها الدولية .

وقد دعم هذا الاتجاه وجهة نظره بالقول بأن فرعاً من فروع القانون الدولي العام يحكم عقود الدولة ، لا يزال غير متضح المعالم ، وهو في طور تكوين قواعده الموضوعية ، المستمدة من التعامل التعاقدية على هذا الصعيد ، و يلعب الفقه والقضاء دوراً هاماً في تطوير القواعد الموضوعية لهذا القانون الذي يحكم عقود الدولة ، هذا الفرع يدعى "القانون الدولي للعقود" ، وقد قرر هذا الاتجاه أنه وعلى الرغم من أن هذه العقود تبرم بين دولة وطرف أجنبي خاص لا يملك - وفقاً للرأي المعتمد في الفقه والقضاء الدوليين - أدنى قدر من الشخصية القانونية الدولية ، حتى ولو تعلق الأمر بتلك الشركات متعددة الجنسيات العملاقة ، فإنه ليس من المستصاغ أن يخاطب بقواعد القانون الدولي فهو ببساطة ليس شخصاً من أشخاصه .

وإن كان هذا ما جعل هذا الإتجاه يشعر بضعف موقفه ، فقد قرر أن تدويل هذه العقود ليس من شأنه أن يجعل المتعاقد مع الدولة في وضع الدولة ، لأن هذا من المستحيل ، وإنما يهدف إلى إعطاء هذا المتعاقد أهلية خاصة تمكنه من التصرف على المستوى الدولي على وجه يستطيع معه الدفاع عن حقوقه المقررة له استناداً إلى قواعد القانون الدولي العام ، وعلى هذا الطرح فإن عقود الدولة تمثل في الواقع بعداً جديداً في مجال القانون الدولي العام .

ولعل الهدف من وراء تدويل عقود الدولة لم يكن سوى إفلات هذه الشركات المتعاقدة مع الدولة من ربة القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، والحيلولة بين هذه الأخيرة وتمسكها بقانونها وما يخوله لها من سلطات ، وذلك وصولاً إلى إدانة حركات التأميم التي قامت بها العديد من الدول حديثة الإستقلال بعد تحررها .

ولكن إزاء فشل محاولات التدويل المباشر ، لما تعترضه من عوائق قانونية ، واصل الفقه المدافع عن مصالح الشركات الأجنبية المسيطرة على التجارة الدولية ، في محاولة منه لتحرير عقود الدولة من سلطان قانون الدولة المتعاقدة ، فروج لنظريات سخر لها أكبر رجال القانون ، لتحقيق أهدافه ، فمنهم من قال بخضوع هذه العقود للمبادئ العامة المعترف بها من قبل الأمم المتقدمة ، ومنهم من أراد إخضاعها للقانون التجاري الدولي، ومنهم من نادى بإخضاعها لنظام قانوني مختلط ، على أساس أن هذه العقود تقع في منطقة وسطى فلا يمكن أن نجعلها في مصاف الإتفاقيات الدولية ، لأنها لا تتفق معها شكلاً ، ولا موضوعاً ، ولم يكتب لهذه النظريات الرواج ، فلم تكن أحسن حالا من محاولات التدويل المباشر ، فلم يتم الإتفاق حول ماهيتها و أسسها ومضامينها ، كما أن القضاء التحكيمي والقضاء الدولي في عديد المناسبات لم يكرسها بشكل مجمع عليه ، دون الإعتداد بتلك الأحكام التحكيمية التي لا يمكن إلا أن نصفها بالمتحيزة والتي خالفت مبادئ النزاهة والحياد.

ولعل أهم ما يقال في شأن هذه النظريات هو أن معظم الحجج والأسانيد التي تم الإعتماد عليه في مسألة تحديد القانون الواجب الأعمال على عقود الدولة ، سواء تلك التي كانت تدافع عن إسكان العقد في النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، أو تلك التي سعت إلى تحرير هذه العقود من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، إنما كانت تتبع من إعتبرات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية ، لذا فإن إخضاع هذه العقود لمناهج التنازع المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص هو السبيل الأمثل للخروج من هذا الصراع الإيديولوجي ، وعلى هذا الإعتبار فإن الأخذ بنظرية الأداء المميز سيؤدي في النهاية إلى إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة بطريقة آلية ، دون أن يخل بالطبيعة الذاتية لعقود الدولة ، فيتم تطبيق القانون الوطني باعتباره القانون الذي يتم

فيه الوفاء بالآداء المميز أو الإلتزام الرئيسي في هذه العقود ، وعادة ما يتم هذا في إقليم الدولة المتعاقدة .

وفي الأخير يمكننا أن نجمل المقترحات التي ننهي بها هذه الدراسة في :

- فيما يتعلق بصياغة شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، فإن مصلحة الدولة المتعاقدة تقتضي أن تقوم حكومات الدول المتعاقدة ، والتي غالبا ما تحرص على النص على تطبيق قانونها الوطني على هذه العقود ، إلى صياغة هذا الشرط بشكل دقيق ومحدد لا يحتمل التأويل ولا المشاركة لأكثر من قانون أو نظام قانوني لحكم العقد ، فلا تكتفي فقط بمجرد الإشارة إلى قانونها الوطني لحكم العقد ، ولكن لا بد لها من أن تنص على استبعاد أي قانون آخر لينظم العقد كاملا ، أو في جزئية منه ، حتى لا يتاح المجال لإقتران القانون الوطني بالقانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون . حيث أن هذا الشرط عند غموضه وعدم دقته سيفسر تفسيراً غير حيادي ، من قبل هيئات التحكيم ويحمل على دلالاته على استبعاد قانون الدولة المتعاقدة لصالح أحكام القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون .

- إن التحقق من عدم فعالية شروط الثبات يبعث في الدولة مزيداً من المسوغات التي تحول دون ممارسة الدولة لمظهر من أهم مظاهر السيادة على إقليمها ، وذلك من خلال التخلي عن شروط الثبات التشريعي ، لما فيه من إنتهاك صارخ لحرية الدولة في تعديل تشريعاتها ، ومحاولة البحث عن سبيل أكثر فعالية يزيل التخوف المتولد لدى المتعاقد الأجنبي مع الدولة ، الذي منبعه تغيير التشريع السائد أثناء إبرام العقد و بعده ، نظراً لطول مدة هذه العقود ، وذلك من خلال تضمين هذه العقود شروط لإعادة التفاوض ، والتي تؤدي إلى تلافي العديد من منازعات هذه العقود الناجمة بسبب تغيير التشريعات للدول المتعاقدة .

- ضرورة التأسيس لنظام خاص لعقود الدولة يجعل هذا النظام الذي يتأكد بعده الدولي من خلال إسهام المحاكم التحكيمية ، كهيئات دولية في إرساء قواعد دولية تصبح جزءاً من القوانين الداخلية للدول ، وتكون معالم نظام عقود الدولة هي السبيل الأمثل لتحقيق نوع من التوازن القانوني والإقتصادي بين التباين الحاصل في التشريعات المختلفة ، وبين صراع المصالح الإقتصادية ، الذي يؤسس لإتجاهات فقهية غير مبررة أحيانا .

- قائمة المراجع :

- الكتب باللغة العربية :

- إبراهيم أحمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول "تتازع القوانين" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 .
- إبراهيم المنجي : عقد نقل التكنولوجيا - التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الالكترونية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2002 .
- أبو العلا النمر : موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2008 .
- أحمد بركات مصطفى : حق الإلتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية ، بدون دار نشر ، مصر ، 2008 .
- أحمد حسان حافظ مطاوع : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007 .
- أحمد شرف الدين : دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية ، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، مصر ، 1993 .
- أحمد شرف الدين : طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار - تشخيص الحالة المصرية - ، مطبعة أبناء وهبه حسان ، القاهرة ، مصر ، 1993 .
- أحمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق و أزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2001 .
- أحمد مخلوف : اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية - ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 .
- إسعاد موحد : القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول " قواعد التنازع" ، ترجمة فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989 .
- أعراب بلقاسم : القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، الزيتونة للإعلام والنشر ، الجزائر ، بدون تاريخ نشر .

- **الروبي محمد** : عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 .
- **السنهوري عبد الرزاق أحمد** : نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998 .
- **السيد مصطفى أحمد أبو الخير** : الدولة في القانون الدولي العام ، الطبعة الأولى، إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، 2009 .
- **بشار محمد الأسعد** : عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .
- **بشار محمد الأسعد** : الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009 .
- **بشار محمد الأسعد** : عقود الدولة في القانون الدولي ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2010 .
- **بوسلطان محمد** : مبادئ القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، وهران ، الجزائر ، 2002 .
- **بيار ماير و فانسان هوزيه** : القانون الدولي الخاص ، ترجمة علي محمود مقلد، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2008 .
- **حسام الدين فتحي ناصف** : تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1997 .
- **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، بدون تاريخ نشر .
- **حفيظة السيد الحداد** : العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2001 .
- **حفيظة السيد الحداد** : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، 2001 .

- **حفيظة السيد الحداد** : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 .
- **حمدي باشا عمر** : القضاء المدني ، دار هومه ، الجزائر ، 2003.
- **دريد محمود السامرائي** : الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية - ، الطبعة الأولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .
- **سراج حسين أبو زيد** : التحكيم في عقود البترول - دراسة متعمقة تتضمن عرضاً تفصيلاً لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2004 .
- **سعد الله عمر**: قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة - ، الطبعة الأولى ، دار هومه ، الجزائر ، 2007 .
- **سعد الله عمر**: معجم في القانون الدولي المعاصر ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
- **سعيد عبد الغفار أمين شكري** : القانون الدولي العام للعقود ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2007.
- **سليمان محمد الطماوي** : الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1975 .
- **سليمان محمد الطماوي** : الأسس العامة للعقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1991 .
- **سي علي أحمد** : النظام القانوني للشركات عبر الوطنية المعاصرة والقانون الدولي العام ، دار هومه ، الجزائر ، 2009 .
- **شريط الأمين** : حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 .

- صفاء الدين محمد عبد الحكيم الصافي : حق الإنسان في التنمية الاقتصادية و حمايته دوليا ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2005 .
- صفوت أحمد عبد الحفيظ : دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2005.
- صلاح الدين جمال الدين : عقود نقل التكنولوجيا ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2005.
- طالب حسن موسى : قانون التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005 .
- طلعت جياذ لحي الحديدي : المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد ، عمان ، الأردن ، 2008 .
- طه أحمد علي قاسم : تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2008 .
- عبد الرؤوف جابر : الوجيز في عقود التنمية التقنية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2005 .
- عبد الفتاح بيومي حجازي : عقود البوت في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2008 .
- عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2008 .
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 .
- علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2003 .

- **عليوش قربوع كمال** : القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الأول، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2007.
- **عماد طارق البشري** : فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي -، الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي ، بدون مكان نشر ، 2005 .
- **عمرو طه بدوي محمد علي** : الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد - دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006.
- **غسان رباح** : الوجيز في العقد التجاري الدولي - نموذج العقد النفطي-، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 .
- **فهد بجاد الملا فح** : تسوية منازعات عقد نقل التكنولوجيا -دراسة في القانون المصري ونظام التحكيم السعودي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009.
- **فيلاي علي** : الالتزامات - النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، الجزائر ، 2008.
- **قادري عبد العزيز** : الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 .
- **كولا محمد** : تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2008 .
- **ليباد ناصر**: الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد ، سطيف، الجزائر ، 2006 . .
- **محسن شفيق** : المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006
- **محمد إبراهيم موسى** : التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، مركز الصفا ، مصر ، 2003 .
- **محمد حسين منصور** : العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر ، 2006 .

- **محمد عبد العزيز بكر** : منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون والمصلحة - بحث تحليلي لأحكام منازعات الاستثمار في آسيا - ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2001 .
- **محمد عبد المجيد إسماعيل** : عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 .
- **محمد علي عوض الحرازي** : الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات -دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2007 .
- **محمود سمير الشرقاوي**: العقود التجارية الدولية - دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع -، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .
- **محمود محمد ياقوت** : حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2000 .
- **محمود محمد ياقوت** : الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية -دراسة تحليلية ومقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2004 .
- **مصطفى أحمد فؤاد** : القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، بدون تاريخ نشر .
- **مصطفى الحبشي** : التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية - دراسة مقارنة -، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2008 .
- **ناصر عثمان محمد عثمان** : ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 .
- **ناصر عثمان محمد عثمان** : الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2009 .

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

- هشام خالد : شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، مصر ، 1988.

- هشام خالد : ماهية العقد الدولي - دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوساكسونية - اللاتينية - العربية والاتفاقيات الدولية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، مصر ، 2007 .

- هشام علي صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2001 .

- وائل محمد السيد إسماعيل : المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها - دراسة مقارنة - ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 2009 .

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

- يحيى أومي : قانون المسؤولية الدولية ، دار هومه ، الجزائر ، 2009 .

- المذكرات و الرسائل :

- أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1975.

- أحلام عبد الجليل أبو زيد : أهلية الدولة للتحكيم ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2004.

- السائح سعاد : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2003 .

- السيد عبد المنعم المراكبي : التغيرات التي لحقت بسيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، مصر ، 2004.
- تدمري خالد : واقع نظرية السيادة في ظل المتغيرات الدولية الجديدة ، مذكرة ماجستير ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، سوريا ، 2010 .
- زروتي الطيب : النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، الجزء الثاني ، رسالة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 1991 .
- صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، مصر ، 1993 .
- عمر هاشم محمد صدقة : ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 2006.
- عوض الله شيبه الحمد السيد : النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية) ، رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، مصر ، 1992.
- فتح الله عوض بن خيال : التحكيم في عقود الدولة ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2002.
- فراحتية كمال : عقد المقاوله الدولي ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2005 .
- كمال سمية : النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2003 .

- مراد محمود حماد المواجدة : التحكيم في عقود الدولة -دراسة مقارنة - ،
معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ،
مصر ، 2002 .

- معاشو عمار : الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية
(في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون
الدولي والعلاقات الدولية ،جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، بن
عكنون ، الجزائر ، ، 1998.

- نصيرة بوجمعة سعدي : عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، رسالة
دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، 1987.

- هدى سليم : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في ضوء
اتفاقيات ومراكز التحكيم العربية والأجنبية ، رسالة ماجستير، معهد البحوث
والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2008 .

- واتيكي شريفة : النظام القانوني للعقد الصناعي المطبق في قطاع المحروقات ،
مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ،
2006 .

- ياسمينة مجدوب : التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود
البتروال ، مذكرة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،
مصر، 2006 .

- المقالات :

- أحمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة
الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 43 ، 1987 ، المجلد 43 .

- إقنولي محمد : شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال
الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود
معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، العدد 01 ، جانفي 2006.

- **بن سهلة ثاني بن علي - نعيمة فوزي** : تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، الجزائر ، المجلد 17 ، العدد 02 ، سنة 2007 .
- **بسعي احمد توفيق** : أطراف التجارة الدولية : عن بعض التطورات في مركزها القانوني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 .
- **بوسهوه نور الدين** : دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي ، مجلة الصراط ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، السنة الخامسة ، العدد العاشر ، ديسمبر 2004 .
- **جورج حزبون** : الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الخاص الدولي ، مجلة علوم الشريعة والقانون ، الجامعة الأردنية ، المجلد 29 ، العدد 01 ، 2002 .
- **خالد محمد الجمعة** : إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 23 ، العدد الثالث ، سنة 1999 .
- **زروتي الطيب** : مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 35 ، رقم 01 ، 1997 .
- **طالبى حسن** : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 .
- **عبد العزيز خير الدين** : حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية و مداه وأساسه القانوني ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، القاهرة ، مصر ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، أكتوبر ديسمبر 1961 .
- **عمر مشهور حديثة الجازي** : التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 09 ، الأردن ، 2002 .
- **عصام الدين مصطفى بسيم** : نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - دراسة نقدية تحليلية مقارنة لبعض نصوصها - مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الرابعة ، العدد الأول ، يناير 1980 .

- **قادري عبد العزيز**: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة le Contrat d'Etat"، مجلة إدارة ، العدد 01 ، رقم 07 ، سنة 1997.
- **محمد بشير جزائري** : عقد الاستثمار ، مجلة المحامون ، سوريا ، العدد 12 ، السنة 56 ، 1991 .
- **محمد وليد هاشم المصري** : العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 20، سنة 2004.
- **محمد يوسف علوان** : القانون الدولي للعقود - بمناسبة قرار التحكيم في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساكو عبر البحار ضد الحكومة الليبية - ، مجلة الحقوق و الشريعة ، الكويت ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، أبريل 1980.
- **ناصر مراد** : واقع الاستثمار الأجنبي المباشر وعوائقه في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد 01 ، سنة 2008 .
- **يوسف محمد** : مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمارات ، مجلة إدارة ، الجزء 09 ، العدد 02 ، 1999.

المطبوعات :

- **خنيش سنوسي** : " المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية " ، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، 2009 - 2010 ، غير منشورة .

القرارات القضائية :

- قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 9 مارس 2004 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 منشور بمجلة مجلس الدولة ، العدد 5 ، 2004 .

القوانين :

- القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 31/12/1962 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج ر 20 لسنة 1963 .
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم ، ج ر 101 ، لسنة 1975 .
- القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر 02 لسنة 1988.
- القانون 03/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بصناديق المساهمة ، ج ر 02 لسنة 1988 ، الملغى بالأمر 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة ، ج ر 55 لسنة 1995 . و الملغى أيضا بالأمر 04/01 المؤرخ في 20 أغسطس 2001 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2001 الذي يعدل ويتم القانون رقم 90-10 المؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق 14 أبريل سنة 1990 والمتعلق بالنقد والقرض ج ر 47 لسنة 2001 .
- القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر 02 لسنة 1988.
- الأمر رقم 25/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة ، ج ر العدد 55 لسنة 1995 .
- أمر رقم 04-95 مؤرخ 21 يناير سنة 1995، يتضمن الموافقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر 07 لسنة 1995.
- الأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 غشت سنة 2001. الملغى بالأمر 08/06 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 ، يعدل

- ويتم الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر 47 لسنة 2006.
- الأمر 04/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001 يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ، ج ر العدد 47 لسنة 2001 .
- الأمر 02/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمناطق الحرة ، ج ر 43 ، لسنة 2003. الملغى بالقانون 10/06 مؤرخ في 24 يونيو 2006 ، يتضمن إلغاء الأمر 02/03 المتعلق بالمناطق الحرة ، ج ر 42 لسنة 2006.
- الأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 يعدل ويتم الأمر 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية ، ج ر 15 لسنة 2005.
- القانون رقم 07/05 المؤرخ في 18 أبريل سنة 2005 المتعلق بالمحروقات ، ج ر 50 ، لسنة 2005 ، والمعدل بموجب الأمر 10/06 مؤرخ 29 يوليو سنة 2006، يعدل ويتم القانون 07/05 ، ج ر العدد 48 لسنة 2006.
- القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، يعدل ويتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج ر 44، لسنة 2005 .
- الأمر 01/08 مؤرخ في 28 فبراير 2008 يتم الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ، ج ر العدد 11 مؤرخة في 02 مارس 2008.
- القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ج ر 21 لسنة 2008 .

المراسيم :

- المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان

- 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، ج ر 48 لسنة 1988 .
- المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل و يتم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر 27 لسنة 1993 .
- المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بتطوير الإستثمار ج ر 64 لسنة 1993 ملغى بالأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر العدد 47 المؤرخة في 22 غشت سنة 2001. الملغى بالأمر 08/06 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006 ، يعدل ويتم الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 ، والمتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر 47 لسنة 2006.
- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 الموافق 30 أكتوبر سنة 1995 المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، ج ر 66 لسنة 1995.
- المرسوم التنفيذي رقم 269/96 المؤرخ في 03 غشت سنة 1996 ، يتضمن الموافقة على الملحق رقم 02 بالعقد المؤرخ في 25 مايو سنة 1992 للبحث عن المحروقات واستغلالها في المساحة المسماة "غورد - يعقوب " الكتلة : 406 أ" المبرم بمدينة الجزائر في 13 ديسمبر سنة 1995 بين المؤسسة الوطنية " سوناطراك" من جهة ، وشركة " لاکومبانيا إسبانيولا دي بيترولويوس س-أ "سيبسا " من جهة أخرى ، ج ر 48 لسنة 1996.
- المرسوم التنفيذي رقم 416/01 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، المتضمن الموافقة على إتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها من جهة ، وبين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر ج ر 80 لسنة 2001.

الاتفاقيات غير المصادق عليها :

- إتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

الكتب باللغة الفرنسية :

- **Bencheneb Ali** : les mécanismes juridiques des relations commerciales internationale de l'Algérie ,OPU, Alger, Algérie , 1984 .
- **Bouhacene Mahfoud** : Droit international de la coopération industrielle , O.P.U, Alger , Algérie ,1982.
- **Chatillon Stéphane** : Le contrat international , 3 ème édition , Vuibert , Paris , France , 2007 .
- **Derruppé Jean** : Droit international privé , 12 ème édition , Dalloz , Paris , France , 1997 .
- **Dusan Kitic** : Droit international privé , Ellipses , France .
- **Solus Henry – Jacques Ghestin –Sophie Lemaire** : Les contrats internationaux de l'administration , L.G.D.J, Paris , France, 2005.
- **Solus Henry – Jacques Ghestin– Pascal de Vareilles–Sommières** : La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé , L.G.D.J,Paris , France ,1997.
- **Glavinis Panayotis** : Le contrat international de construction , Paris , France, 1993.
- **Philippe Malinvaud** : Le cadre juridique des relations économiques , Librairies technique , Paris , France .

– **Maurie–Laure Niboyet – Géraud de Geouffre de la pradelle** : Droit international privé , L.G.D.J , Paris , France.

– **Mohand Issad** : Droit international privé – Les règles matérielles– , O.P.U , Alger, Algérie , 1986.

– **Terki Noureddine**: L’arbitrage commercial international en Algérie , O.P.U, Alger, Algérie , 1999.

المقالات باللغة الفرنسية :

– **Berlin Dominique** : Contrat d’Etat , Recueil Dalloz ,2^{ème} Année. 15 avril 1998.

– **Bernard Hanotiau** : Quand l’arbitrage s’en va–t–en guerre : les perturbation par l’Etat de la procédure arbitrale , Revue de l’arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , par comité français de l’arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC.

– **Elie Kleiman** : Les incidences politiques de la souveraineté sur l’arbitrage : Les perturbations de la procédure arbitrale , Revue de l’ arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l’arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

évolution , les 22–23 novembre 1973 .

– **Fontaine Marcel** : La notion de contrat économique international , VII Journées d’études juridiques Jean Dabin , centre de Droit international , Le contrat économique international – Stabilité et

– **Gaillard Emmanuel** : L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

– **Geneviève Bastid-burdeau** : Les embargos multilatéraux et unilatéraux et leur incidence sur l'arbitrage commercial international , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , par comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

– **Giardina Andrea** : Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : Vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

– **Leben Charles** : L'évolution de la notion de contrat d'Etat , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

– **Leurennet Bruno et Jean-christophe Honlet** : Les incidences politiques de la souveraineté sur l'arbitrage : reconnaissance et continuité des Etats , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , par comité français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC .

- **Mahiou Ahmed** : L'arbitrage en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXVII , Décembre , 1989 .
- **Maurice Kamto** : La notion de contrat d'Etat :une contribution au débat , Revue de l' arbitrage , les Etats dans le contentieux économique international , Paris ,24 janvier 2003 , comité .français de l'arbitrage , 2003 ,N° 3,éditions LITEC
- **Mebroukine Ali** : Quelques réflexions a propos des clauses de gel insérées dans les contrats des entreprises socialistes , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XIX , N 01 , 1982.
- **Pierre-Marie Dupuy** :Les emanations engagent –elles la responsabilité des Etats ? ,Etude de droit international des investissements , European university institute ; Department of Law, Italy,2006 .
- **Racine Jean Baptiste** : L'arbitrage commercial international et l'ordre public , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , N 03 , 1998 .
- **Silva –Romero Eduardo**: L'arbitrage de la C.C.I et les contrats d'Etat,Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I , vol 13 /n °01 , 1^{er} semestre , 2002 .
- **Terki Noureddine** : La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIX , N 02 , 2001.

– **Trari-tani Mostefa** : Autonomie de l'entreprise publique et arbitrage commercial en Algérie , Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume XXXIV , N 02 , 1996.

– **Verhoeven Joe** : Contrats entre Etats et ressortissants d'autre Etats , VII Journées d'études juridiques Jean Dabin , centre de Droit international , Le contrat économique international – Stabilité et évolution , les 22-23 novembre 1973 .

الرسائل باللغة الفرنسية :

Zahi Amor : L'Etat et l'arbitrage – Etude comparée principalement du Droits des Etats arabes , tome 2 , thèse de Doctorat d'Etat , Faculté de Droit et des sciences économiques , Orléans , France , 1979.

الفهرس

رقم
الصفحة

الموضوع

01 مقدمة
	الباب الأول
08	ضوابط تحديد عقود الدولة
	الفصل الأول
09	عقود الدولة : دقة في المفهوم و تباين في الوصف
10المبحث الأول : المساهمة الفقهية في تحديد عقود الدولة.....
10المطلب الأول : التعريف العام لعقود الدولة
10الفرع الأول : تأصيل مفهوم عقود الدولة
12الفرع الثاني : المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة
12أولا : استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة.....
14ثانيا : تثبيت الوصف العقدي على عقود الدولة
15ثالثا : التعريف الفقهي لعقود الدولة.....
19المطلب الثاني : تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة
19الفرع الأول : عقود الدولة وعقود الاستثمار.....
22الفرع الثاني : عقود الدولة وعقود التجارة الدولية
الفرع الثالث : عقود الدولة و العقود المبرمة بين الدولة شخص القانون الدولي
23العام و العقود المبرمة في إطار الأنشطة العادية للدولة.....
الفرع الرابع : عقود الدولة والعقود التي تبرمها بقية أشخاص المجتمع الدولي
28مع الأشخاص الأجنبية
31المطلب الثالث : التصنيف الموضوعي لعقود الدولة.....
31الفرع الأول : معايير التصنيف
32أولا : المعايير التقليدية

32	1- معيار الأستاذ Kahn " كان "
32	2- معيار تقسيم العقود الداخلية
34	ثانيا : معيار موضوع العقد
35	الفرع الثاني : نماذج عقود الدولة
36	أولا : عقود البترول
37	1- عقود الامتياز البترولي
40	2- عقود المشاركة البترولية
41	3- عقود المقابلة البترولية
41	4- عقود إقتسام الإنتاج
42	ثانيا :عقود التعاون الصناعي
42	1- عقود المساعدة الفنية
43	2- عقود إنشاء المنشآت الصناعية
43	3- عقود نقل التكنولوجيا
44	4- عقود تسليم المفتاح
45	ثالثا : عقود الاستثمار
45	رابعا: عقود الأشغال العامة الدولية
47	المبحث الثاني : التنازع الفقهي في وصف عقود الدولة
48	المطلب الأول : الاتجاه الرافض لفكرة دولية عقد الدولة
49	الفرع الأول : عرض الاتجاه
50	الفرع الثاني : حجج رافضي التدويل
50	أولا : السوابق القضائية
51	ثانيا : عوائق التدويل القانونية
54	المطلب الثاني : الاتجاه المؤيد لدولية عقود الدولة
54	الفرع الأول : عرض الاتجاه
55	أولا : خلفية الاتجاه المؤيد للتدويل
56	ثانيا : المبررات المؤيدة لهذا الإتجاه

	الفرع الثاني : إسهام الاتجاه المؤيد لدولية عقد الدولة في إسقاط مفهوم العقد
57	الدولي على عقد الدولة
58	أولاً: مفهوم العقد الدولي
58	1- تداخل مجالات العقد الدولي و عقد الدولة
58	2- محاولة تعريف العقد الدولي
59	3- نتائج اتصاف عقود الدولة بالصفة الدولية
59	ثانياً : معايير دولية العقد
60	1- المعيار القانوني لتدويل العقد
61	أ - المعيار القانوني التقليدي
62	ب- المعيار القانوني الحديث
64	2 - المعيار الاقتصادي
65	أ - فكرة المد والجزر للبضائع عبر الحدود الدولية
65	ب- العقد الذي يرتبط بعملية تتجاوز النطاق الاقتصادي الوطني
66	ج - العقد الذي يراعي مصالح التجارة الدولية
67	3- المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)
69	المطلب الثالث : الدولية الجزئية لعقود الدولة.....
69	الفرع الأول : مضمون الرأي.....
70	الفرع الثاني : نقد الاتجاه
71	المبحث الثالث : أطراف عقود الدولة.....
72	المطلب الأول : الدولة كطرف في عقود الدولة.....
72	الفرع الأول : تحديد المقصود بالدولة كطرف في العلاقة التعاقدية
72	أولاً : تأرجح مفهوم الدولة بين القانون الدولي والقانون الداخلي
74	ثانياً : المفهوم الموسع و المضيق للدولة كطرف
75	1- الاتجاه المضيق لعقود الدولة "مقيد"
76	2- الاتجاه الموسع لعقود الدولة.....
78	3- أسس تبني الاتجاه الموسع

82	الفرع الثاني : معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة
82	أولا : المعايير التقليدية المقترحة لتحديد تبعية الأجهزة للدولة
82	1- معيار تمتع الجهاز أو المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة
84	2- معيار المرفق العام
85	3- معيار الغاية " الهدف "
86	4- المعيار الاقتصادي
87	5- معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز
88	ثانيا : المعايير الحديثة المركبة كأساس لتحديد تبعية الأجهزة للدولة
92	المطلب الثاني : تحديد المقصود بالشخص الأجنبي الطرف في العلاقة التعاقدية..
93	الفرع الأول : الشخص الطبيعي
96	الفرع الثاني : الشخص الاعتباري
97	أولا : الاستقرار حول الاعتراف للشخص الاعتباري بالجنسية
99	ثانيا : اختلاف معايير تحديد جنسية الشخص الاعتباري
99	1 - معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء
100	2 - معيار مكان التأسيس
100	3 - معيار مركز الاستغلال
101	4 - معيار مركز الإدارة الرئيسي
104	5- معيار الرقابة
105	ثالثا : الاستثناء الوارد على ضابط الجنسية

الفصل الثاني

108	أطراف عقود الدولة : طبيعة غير متجانسة وشروط مميزة
109	المبحث الأول : الطبيعة غير المتجانسة لأطراف عقود الدولة
109	المطلب الأول : دراسة المقاربة في وضع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ...
	الفرع الأول : دراسة المقاربة بين مركز الشخص الطبيعي الطرف في العقد و
110	مدى تمتعه بالشخصية القانونية الدولية
	أولا : عدم تمتع الفرد بأي مظهر من مظاهر الشخصية الدولية و توطين عقود

111الدولة
	ثانيا : تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق غير مباشر وعقود
111 الدولة
	ثالثا : تمتع الفرد بشيء من الشخصية الدولية بطريق مباشر و تدويل عقود
112 الدولة
	الفرع الثاني : دراسة المقاربة بين مركز الشركات متعددة الجنسيات الطرف
114 في العقد و مدى تمتعها بالشخصية القانونية الدولية
114 أولا : المقصود بالشركات متعددة الجنسيات
117 ثانيا : الشركات المتعددة الجنسية وسيادة الدولة
119 ثالثا : الخلاف الفقهي حول منح الشخصية القانونية الدولية لهذه الشركات
126 المطلب الثاني : حقوق و إلتزامات طرفي عقود الدولة
126 الفرع الأول : حقوق و الترتامات الدولة
126 أولا : حقوق الدولة
126 1- الحق في الإشراف و الرقابة على أعمال الشركة
128 2- الحق في تعديل العقد أو فسخه
128 3- الحق في إنهاء العقد
129 أ- التأميم
129 ب- الاستيلاء
129 ج- التجريد أو المصادرة
129 د- التصفية
133 ثانيا : إلتزامات الدولة
134 1- الإلتزامات خلال فترة المفاوضات
134 2- الإلتزامات خلال فترة العقد الأصلي
135 أ- أعمال التسهيلات خلال فترة العقد
135 ب- إلتزام الدولة بتقديم الحماية اللازمة
135 الفرع الثاني : حقوق و إلتزامات الطرف الأجنبي

135 أولا : حقوق الطرف الأجنبي
136 1- الحق في استخدام الأجانب
136 2- الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية
138 3- الحق في التنازل عن العقد
139 ثانيا: إلتزامات الطرف الأجنبي
139 1- التنفيذ وفق أفضل المواصفات و المعايير الدولية
139 2- الإلتزام بتنفيذ الحد الأدنى من الإستثمار
 3 - إلتزام الطرف الأجنبي بالإعلام والإخبار عن كافة الظروف المحيطة
140 بمسائل العقد
141 4- إلتزام الطرف الأجنبي بالتمتية البشرية وتدريب العمالة المحلية
142 المبحث الثاني : شروط الثبات
143 المطلب الأول : التكييف القانوني لشروط الثبات
143 الفرع الأول : تحديد المقصود بشروط الثبات
143 أولا : تعريف شروط الثبات
145 ثانيا : الصور المختلفة لشروط الثبات
145 1- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية
146 2- الشروط التشريعية
148 الفرع الثاني : طبيعة شروط الثبات التشريعي
148 أولا : شروط تحويلية لطبيعة القانون
 ثانيا : شروط الثبات التشريعية " استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر
149 للقانون الجديد بما لها من أثر واقف للتشريعات اللاحقة "
150 الفرع الثالث : آثار شروط الثبات على أطراف عقود الدولة
151 أولا : شرط الثبات التشريعي وحرية الأطراف
153 ثانيا : شرط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و سيادة الدولة
154 ثالثا : التوفيق بين تحقيق التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة
156 المطلب الثاني : شروط الثبات وواقع عقود الدولة

156 الفرع الأول : الجدل الفقهي في إعمال شروط الثبات
156 أولا : الاتجاه المناصر .
157 ثانيا : الاتجاه المعارض
157 1- إدانة القضاء لشروط الثبات
158 2- مناقضة المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص
160 3- مخالفة شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية في علم القانون
160 الفرع الثاني : التقييم العملي لدور شروط الثبات في عقود الدولة
 أولا : الهدف من شروط الثبات من خلال تكريسها في الممارسات التعاقدية و
160 التشريعات الداخلية
164 ثانيا : عدم فاعلية الغرض المنشود من شروط الثبات
170 المبحث الثالث : شرط التحكيم
171 المطلب الأول : مفهوم التحكيم التجاري الدولي وتكريسه في عقود الدولة
171 الفرع الأول : تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي
172 أولا : تعريف التحكيم التجاري الدولي
176 ثانيا: أنواع التحكيم
176 1- التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي
177 2- التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي
 الفرع الثاني : تبديد المخاوف بشأن تكريس التحكيم التجاري الدولي في
179 التشريعات الداخلية
179 أولا : تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم
181 ثانيا : التطور التاريخي لتبني التحكيم التجاري الدولي في الجزائر
185 المطلب الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم
185 الفرع الأول : الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة
185 أولا : عجز الوسائل غير القضائية " البديلة " في حسم منازعات عقود الدولة
187 ثانيا : آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الدولة
188 1 - عوامل اختيار المحكمين في عقود الدولة

189	2- التحكيم قضاء من درجة واحدة.
190	3- السرعة والسرية في إجراءات التحكيم
191	4- حرية الأطراف في قضاء التحكيم
191	الفرع الثاني : الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الدولة
192	أولاً : انعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها....
194	ثانياً : خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية.....
195	ثالثاً : الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الدولة
196	المطلب الثالث : المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفاً في العقد.....
196	الفرع الأول : اتفاق التحكيم و الدولة
197	أولاً : التشكيك في أهلية الدولة للتحكيم
199	ثانياً : إجراءات الدولة الانفرادية بتعديل تشريعاتها.....
201	الفرع الثاني : قابلية موضوع النزاع للتحكيم في عقود الدولة
201	أولاً: إجراءات إنهاء العقد من قبل الدولة
202	ثانياً : عدم جواز التحلل من التحكيم بالدفع بسيادة الدولة.....

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة

الفصل الأول

205		دور المتعاقدين و المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق
206		المبحث الأول : خضوع عقود الدولة لقانون الإرادة المستقلة.....
207		المطلب الأول : مفهوم مبدأ قانون الإرادة
208		الفرع الأول : المقصود من مبدأ قانون الإرادة.....
208		أولاً : جذوره التاريخية
208		ثانياً : تعريف مبدأ سلطان الإرادة
212		الفرع الثاني : صور الإرادة
212		أولاً : الإرادة الصريحة
213		ثانياً : الإرادة الضمنية
214		

215	1- موقف الفقه من الإرادة الضمنية
215	أ- الاتجاه الرافض للإرادة الضمنية
217	ب- الاتجاه المؤيد للإرادة الضمنية
218	2- ضوابط تحديد الإرادة الضمنية
218	3 - أنواع الإرادة الضمنية .
218	أ- الإرادة الضمنية الإيجابية
219	ب - الإرادة الضمنية السلبية .
219	الفرع الثالث : مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة
219	أولا : تمتع الدولة بحق الاختيار
221	ثانيا : تكريس المبدأ على الصعيد الدولي والداخلي
221	1- على الصعيد الدولي
224	2- على الصعيد الداخلي
226	المطلب الثاني : مبادئ اختيار قانون الإرادة
226	الفرع الأول : كيفية الاختيار
226	أولا : وقت اختيار قانون العقد
228	ثانيا : تعديل الاختيار
229	ثالثا : قانون الإرادة وتجزئة العقد
232	رابعا : مدى التزام المحكم أو القاضي بالاختيار الصريح للأطراف
233	الفرع الثاني : نطاق حق الاختيار
233	أولا : التطبيق الكلي للقانون
233	1 - إعمال قواعد الإسناد في القانون المختار
235	2- إعمال قواعد الإسناد في دولة مقر التحكيم
236	ثانيا : إعمال القواعد الموضوعية وليس قواعد تنازع القوانين
237	الفرع الثالث : محددات قانون الإرادة
237	أولا : عدم وجود أي رابطة بين القانون المختار و العقد
240	ثانيا : المقصود بقانون الإرادة الذي يخضع له العقد

242	ثالثا : النظام العام كضابط لحرية الإرادة في الاختيار
242	1- فكرة النظام العام وحرية الاختيار
243	2- الفرق بين النظام العام الدولي و النظام العام الداخلي
245	3- فكرة النظام العام عبر الدولي
246	4- النظام العام المطروح أمام المحكم الدولي
248	المطلب الثالث : معوقات تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولة
248	الفرع الأول : التجميد الزمني لقانون الإرادة
249	الفرع الثاني : اندماج قانون الإرادة في العقد
249	أولا : المقصود بالاندماج
251	ثانيا : آثار الاندماج
251	1- تفادي بطلان العقد
251	2- التجميد الزمني لقانون العقد
252	3- تجريد قانون العقد من سلطانه
252	ثالثا : تقييم نظام الاندماج
253	الفرع الثالث : تهميش دور القانون في العقد عند اختياره
253	أولا : المقصود بتهميش قانون الإرادة
255	ثانيا : تقييم فكرة الدور الإحتياطي لقانون الإرادة
256	المبحث الثاني : مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة
257	المطلب الأول : دور المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد
257	الفرع الأول : التزام المحكمين بتحديد القانون واجب التطبيق من خلال قواعد التنازع
258	الفرع الثاني : حرية المحكمين في التحديد المباشر لهذا القانون
260	المطلب الثاني : الطرق المستخدمة بواسطة المحكمين في تحديد القانون واجب التطبيق

- 260 الفرع الأول : التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق
- 261 الفرع الثاني : التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع
- 261 الفرع الثالث : اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص
- المطلب الثالث : دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون
- 263 الواجب التطبيق على العقد
- 264 الفرع الأول : منهج الإسناد الجامد .
- الفرع الثاني : منهج الاسناد المرن " نظرية باتيفول " نظرية التركيز
- 265 الموضوعي للرابطة العقدية
- 266 الفرع الثالث : منهج الأداء المميز

الفصل الثاني

الخلاف الفقهي حول تحديد القانون واجب التطبيق

- 270 على عقود الدولة حال إنعدام اختيار الأطراف
- 271 المبحث الأول : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و أسسه
- المطلب الأول : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى تكييفها
- 272 كعقود إدارية
- 273 الفرع الأول : تكييف عقود الدولة كعقود إدارية
- 274 أولا : عرض الاتجاه
- 279 ثانيا : إمكانية إعمال شروط العقد الإداري على عقود الدولة
- 282 الفرع الثاني : الاتجاه الرافض لتكييف عقود الدولة كعقود إدارية
- 282 أولا : عرض الاتجاه
- 286 ثانيا : عدم القدرة على إعمال نظرية العقد الإداري في إطار عقود الدولة
- 286 1- صعوبة إسقاط معيار العقد الإداري على عقود الدولة
- 2- صعوبة الفصل بين العقد الإداري وعقد القانون الخاص وصعوبة إعمال
- 288 نظرية العقد الإداري خارج نطاقها الموضوعي
- 289 3- القول بالصفة الإدارية لعقود الدولة يتعارض مع مقتضيات التجارة الدولية .
- 289 الفرع الثالث : تقدير تكييف عقود الدولة

	المطلب الثاني : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا على نصوص القوانين الوطنية ونتيجة لتطبيق نظرية التركيز واستنادا على
291	المعاهدات الدولية
	الفرع الأول : انطلاقا من نصوص القوانين الوطنية أو نتيجة تطبيق "نظرية التركيز"
291
291	أولا : انطلاقا من نصوص القوانين الوطنية
292	ثانيا : إعمال قانون الدولة المتعاقدة نتيجة لتطبيق " نظرية التركيز".....
292	الفرع الثاني : إنطلاقا من نصوص المعاهدات الدولية
293	أولا : معاهدة واشنطن 18 مارس 1965.....
294	ثانيا : معاهدة روما بشأن الالتزامات التعاقدية 19 يونيه 1980
296	المطلب الثالث : إستنادا على الإعتبارات السيادية و القانونية
296	الفرع الأول : الاعتراف السيادية و القانونية
296	أولا : الاعتراف السيادية
296	ثانيا : الاعتراف القانونية
296	1- قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة
297	2- قيمتها القانونية
	المطلب الرابع : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بناء على وجود قرينة
301	مفترضة لصالح هذا القانون
	الفرع الأول : مفهوم القرينة المفترضة التي جاء بها حكم المحكمة الدائمة للعدل
301	الدولي في قضية القروض الصربية - البرازيلية سنة 1929
	الفرع الثاني : المعيار الذي وضعته المحكمة الدائمة للعدل الدولي لإعمال
303	القانون الوطني للدولة المتعاقدة
	الفرع الثالث : نقد وتقييم قرينة وجود الدولة في العقد و قوتها في الدلالة على
304	تطبيق قانونها الوطني
	المطلب الخامس: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة نتيجة لتطبيق
310	القواعد ذات التطبيق الضروري.....

- 311 الفرع الأول : مفهوم نظرية تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري
- 313 الفرع الثاني : إعمال المحكم الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية...
- 314 الفرع الثالث : نطاق تطبيق نظرية القواعد ذات التطبيق الضروري
- 316 الفرع الرابع : نقد وتقييم هذه النظرية
- المبحث الثاني : تحرير عقود الدولة من الخضوع للقانون الوطني للدولة
- 318 المتعاقدة.....
- 319 المطلب الأول : التدويل المباشر لعقود الدولة وخضوعها للقانون الدولي العام....
- 320 الفرع الأول : المقصود بالتدويل المباشر لعقود الدولة
- الفرع الثاني : خضوع العقد للقانون الدولي العام استنادا على قواعد القانون
- 323 الدولي الخاص
- 323 أولا : محتوى الرأي
- 327 ثانيا : نقد هذا الاتجاه
- الفرع الثالث : خضوع العقد للقانون الدولي العام بناء على اعتبارها معاهدة
- 329 دولية
- 329 أولا : مبررات اعتبار عقود الدولة معاهدات دولية
- 330 ثانيا : تقدير هذا الرأي
- الفرع الثالث : خضوع العقد للقانون الدولي العام بناء على المعاهدات
- 334 الثنائية
- 334 أولا : اتجاهات المعاهدات الثنائية إلى التدويل
- 336 ثانيا : تقييم دور المعاهدات الثنائية في التدويل
- الفرع الرابع : خضوع العقد للقانون الدولي العام استنادا على اعتبارها تصرفا
- 337 قانونيا دوليا "نظرية Weil فايل"
- 337 أولا : مضمون النظرية
- 340 ثانيا : تقدير نظرية Weil فايل
- 345 المطلب الثاني: التدويل غير المباشر وخضوع عقود الدولة لنظام قانوني ثالث...
- 345 الفرع الأول : تطبيق القانون الذاتي للعقد

345 أولا : المقصود بالقانون الذاتي للعقد
347 ثانيا : تقييم هذا الرأي
	الفرع الثاني : خضوع عقود الدولة للقانون العابر للدول أو للقانون التجاري
348 الدولي
349 أولا : المقصود بقانون العابر للدول
353 ثانيا : تقييم الاتجاه
355 الفرع الثالث : المبادئ العامة للقانون
355 أولا : المقصود بالمبادئ العامة للقانون
358 ثانيا : تقييم تطبيق المبادئ العامة للقانون
362 1- الجانب المناصر لتطبيق المبادئ العامة للقانون
363 2- الجانب المعارض لتطبيق المبادئ العامة للقانون
367 الخاتمة
376 قائمة المراجع
395 الفهرس

الملخص باللغة العربية :

تعد عقود الدولة تلك العقود التي تبرم بين دولة و شخص أجنبي خاص عادة ما يكون شخصا معنويا ، و إذا كانت عقود الدولة تختلف عن تلك العقود المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية التقليدية ، فإنها و إن تقاطعت مع العقود الدولية لإتقانها لهذه الفئة لتوافرها على العنصر الأجنبي حتما ، فإنها تختلف وصفا عند تحديد الضوابط المحددة لهذه العقود التي تجعلنا نبحت في صفة الدولة المتعاقدة نظرا لازدواجية شخصية الدولة، هل باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي أم باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الداخلي ؟ ، علاوة على البحث في تلك الشروط المميزة التي تملئها طبيعة أطراف عقود الدولة ، والتي و إن وجدت في شتى عقود التجارة الدولية ، إلا أنها تختلف مضمونا و وظيفة ، لوجود الدولة طرفا فيها ، وتتمثل هذه الشروط في الشرط المحدد للاختصاص التشريعي وهو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي ، والشرط المستبعد للاختصاص القضائي للفصل في منازعات هذه العقود وهو شرط التحكيم ، كما أنه إذا كانت عقود الدولة تثير العديد من المشاكل القانونية - النابعة أساسا من الطبيعة غير المتجانسة لأطراف هذه العقود - فعقد الدولة تبرم بين الدولة و هي شخص من أشخاص القانون العام و بين الفرد أو الشركة الأجنبية وهي غالبا ما تكون شخصا من أشخاص القانون الخاص الداخلي ، فإن هذا التفاوت يفضي إلى الكثير من التساؤلات ، من أهمها ذلك المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة . وفي هذا المقام نجد تياران متباينان : التيار الأول يحاول توطين العقد و إسكانه في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، على اختلاف المسوغات والمبررات لذلك ، بينما يسعى التيار الثاني إلى تدويل هذه العقود ، إما تدويلا مباشرا في محاولة إخضاعها للقانون الدولي ، أو تدويلا غير مباشر يجعل قانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون النظام الواجب الأعمال على هذه العقود.

الكلمات المفتاحية : عقود الدولة - عقود التجارة الدولية - العقود الدولية - عقود البترول - عقود الاستثمار - عقود نقل التكنولوجيا - عقود العلاقات الاقتصادية الدولية - الأشغال العامة الدولية - عقود إنشاء المنشآت الصناعية - عقود التعاون الصناعي

Résumé en français : Les contrats d'État sont les contrats conclus entre l'Etat et une personne étrangère privée, cette personne est généralement une personne morale. Les contrats d'État entrecoupent avec les contrats dans le cadre de contrats commerciaux internationaux traditionnels parce qu'elles contiennent d'éléments d'extranéité , Mais , elles diffèrent d'une description d'identifier les normes spécifiques de ces contrats qui nous obligent à trancher le caractère de l'État contractant à cause de sa double personnalité : sujet de droit international ou en tant que sujet de droit interne ? , En outre , la nature des parties aux contrats d'État dicte aussi des conditions spécifiques , lesquelles se retrouvent dans différents contrats du commerce international , mais ils sont différents contenus et la fonction , grâce à l'existence de l'État partie , ces conditions restreignent la compétence législative de l'Etat , « clause de stabilisation législatif » , et la clause d'arbitrage qui exclut la compétence judiciaire de l'Etat qui a la compétence de trancher dans ses litiges , donc les contrats d'État posent de nombreux problèmes juridiques , découlant principalement de la nature hétérogène des parties contractants , puisque les contrats d'État conclus entre l'Etat sujet de droit public et entre société étrangère qui est souvent un sujet de droit privé interne . Peut-être que cette inégalité conduit beaucoup de questions , notamment celle de la loi applicable aux contrats d'État.

À cet égard , nous trouvons deux tendances différentes : les tentatives de la nationalisation de contrat et les soumettent à la législation nationale de l'Etat contractant , quelle que soit la raison d'être et la justification pour cela , tout en cherchant deuxième tendance à l'internationalisation de ces contrats , soit une internationalisation directement dans une tentative de le soumettre au droit international , ou une internationalisation fait indirectement la Lex Mercatoria ou les principes généraux du droit le système convenable qui doivent être applicable sur ces contrats .

Mots clés: contrats Etat - les contrats de commerce international - Contrats internationaux - contrat pétroliers - contrats d'investissement - les contrats de transfert de technologie - les contrats pour l'installation d'installations industrielles - contrats de coopération industrielle- Les relations économiques internationales.

Abstract in English: The State contracts are contracts between the state and a foreign person which is generally a private person , The State contracts have similarities with contracts under traditional international trade agreements , because both may have an extraneity element but nevertheless the State contract differ from a description to identify specific norms those contracts that make us look into the character of the State Contracting because of dual personality of the State : State as a subject of international law or as a subject of intern law , and also , the nature of the parties to State contracts dictate the range of specific conditions , and which is found in various international commercial contracts , but they are different content and function , thanks to the existence of State party , these conditions restrict the legislative jurisdiction of the state , " legislative stabilization clause " , and the arbitration clause that excluded the jurisdiction of the Judicial State which has jurisdiction to decide in its litigation .

So the State contracts pose many legal problems , stemming mainly from the heterogeneous nature of the parties to such contracts , since the State contracts concluded between the state on public law and between a foreign company is often a matter of private law . Maybe this inequality leads many issues , specially the law applicable to State contracts .

In this regard , we find two communities share trends : attempts to nationalize the contract and to submit to the national legislation of the Contracting State , whatever the rationale and justification for it , while seeking second trend internationalization of these contracts , an internationalization directly in an attempt to submit to international law , or indirectly , internationalization is the international trade law or general principles of law that the system must be properly applied on these contracts .

Keywords: State contracts - contracts of international trade - International contracts - oil contracts - investment contracts - contracts of technology transfer - International Public works contracts - contracts for the installation of plants - cooperation agreements Industrial - International economic relations.