جـامــعة ابن خلــدون تيـــارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

مذكرة لنيل شهادة المــاستـــر في شعبة :الحقوق
التخصص: قانون خاص معمق

بـــعنـــوان:

تنازع القوانين في العقود الاستثمار الأجنبي

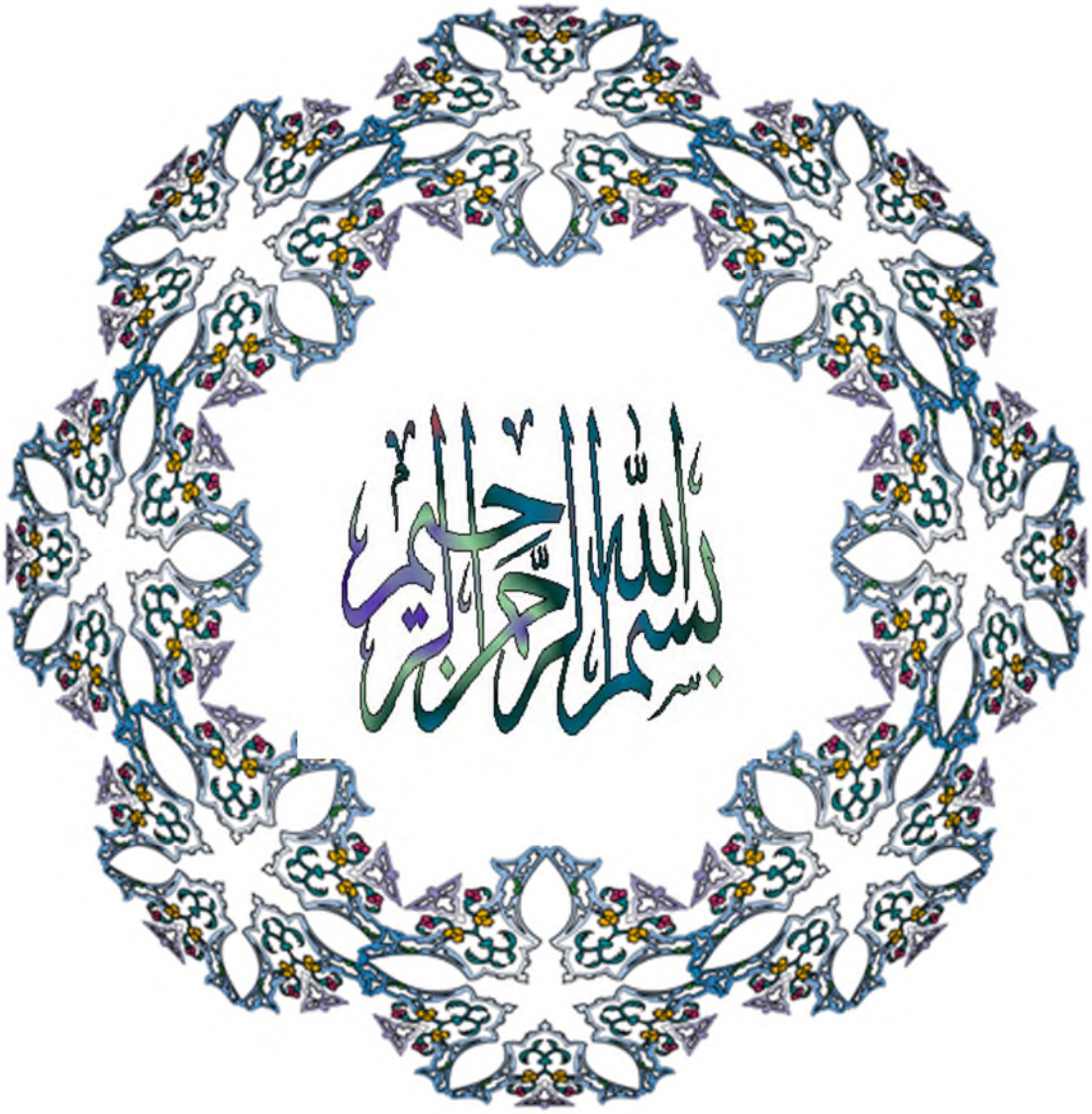
إعداد الطالبتين:
- بوكحلة نادية
- بوشلاغم عائشة

إشـــــــــراف:
د.بوغرارة صالح

لجنــة المناقشــة:

أعضاء اللجنة		الصفة
بطاهر أمال		رئيســا
بوغرارة صالح		مشرفــا ومقررا
عيشوبة فاطمة		عضوا مناقشـا
بغداد بلعراج فاطمة الزهراء		عضوا مدعوا

السنة الجامعية:2023/2022م


بسم الله الرحمن الرحيم

شكـر وتقديـر

الحمد لله والشكر للمولى عز وجل حمدا كثيرا يليق بجلال شأنه وعظيم سلطانه ويرقى إلى كمال صفاته على توفيقه في إنجاز هذا البحث والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد صلّ الله عليه وسلم.

نتقدم بجزيل الشكر والإمتنان للأستاذ "**بوغزارة صالح**" على تكرمه بالإشراف على هذه المذكرة والذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث وكما نشكر أيضا أعضاء اللجنة المحترمة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة ولا يفوتنا أن نشكر كل أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق الذين أفادونا في تقديم العلم وتوجيهاتهم القيمة.

كما نشكر كل من مد لنا يد العون سواء من بعيد أو من قريب ولو حتى بكلمة طيبة.

إهـــداء

إلى ملاكي في الحياة ... إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب "أمي الحبيبة"

إلى من كلله الله بالهيبة إلى من علمني العطاء دون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار

"والدي العزيز"

إلى سندي ومسندي الذي لا يميل ولا يميل إلى أخي "إسلام"

وإلى بقية إخوتي التي لا تميل فرحتي إلا بهم "محمد، عبد الحميد، نهال".

إلى عائلتي وكل من ساندني في مشواري.

نادية

إهـــداء

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلّ الله عليه وسلم.

أقدم إهداء إلى التي تعبت وسهرت من أجل تربيتي وتعليمي إلى من أعطيتني الكثير ولم تبخل علي، إلى من أضاءت إلي الدرب، أمي غالية أطال الله في عمرها

إلى من شجعوني وكانوا سندا أخواتي وأختي وكل أفراد عائلتي.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع عرفانا لهم بالفضل والشكر.

عائشـــة

قائمة المختصرات

أولا باللغة العربية:

1. ص: صفحة
2. ص ص: صفحة من إلى
3. ط: طبعة
4. ب.ط: بدون طبعة
5. ف: فقرة.
6. ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري
7. ج.ر: الجريدة الرسمية.
8. ج: جزء

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1. A.J.I.L : American journal of International Law
2. I.C.L.Q: International and Comparative Law Quarterly
3. I.L.M : International Legal Materials.
4. P : page
5. ed : édition
6. vol : volume
7. Op.cit : L’ouvrage précédemment cété.
8. F.I.L.J : Foreign Investment Law Journal.

مقدمـــة

الاستثمارات الأجنبية وانتقال رؤوس الأموال في المجال الدولي تعتبر من أهم عناصر التي ترتكز عليها الخطط الاقتصادية العامة في أغلب الدول وبالأخص الدول النامية التي تفتقر إلى تكنولوجيا متقدمة والموارد المالية التي تتوفر لدى المستثمر الأجنبي، لذا تلجأ هاته الأخيرة إلى إبرام عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي لغرض الوصول إلى الأسواق الأجنبية واكتساب مهارات صناعية وتكنولوجية لتطوير تنميتها الاقتصادية.

ومع ذلك قد يتعرض هذا الاستثمار لعوائق قانونية وتنظيمية معتمدة ويمكن أن يواجه مشكلات تتعلق بالتنازع بين القوانين في عقود الاستثمار باعتبار هذه العقود الدولية، إلا أنها تتميز بخصوصية عن باقي العقود الأخرى وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها على أن أحد أطرافها شخص سيادي على المتمثل في الدولة، في حين الطرف الثاني هو شخص خاص لا يتمتع بالسيادة على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية وهو ما يتمثل في المستثمر الأجنبي، وبالإضافة إلى ذلك أن هذه العقود تتعلق بالنمو الاقتصادي للدول مما يجعل الأمر أكثر صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم هاته الطائفة من العقود.

فعلى ضوء تزايد وانتشار هاته العقود وكثرة منازعاتها أصبح من الضروري تحديد النظام القانوني الأنسب والأمثل لها:

بحيث تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من أكثر المسائل تعقيدا وهذا نظرا إلى خصوصية التي تتمتع بها كما تزداد أكثر صعوبة عندما تتعارض المصالح الأطراف المتعاقدة فإن الدولة متعاقدة تحرص على تطبيق قانونها الوطني على هاته العقود للاعتبارات تتعلق بالسيادة والمصلحة العامة وأما المستثمر الأجنبي يحرص على تدويل هذه العقود وإخراجها من نطاق النظام القانوني الوطني للدولة المضيفة حماية للمصلحة الخاصة.

لقد اعتمدت الدول في حلها لتنازع القوانين بشأن العقود الدولية على مبدأ سلطان الإرادة أو بما يسمى بقانون الإرادة أي خضوع العقد للقانون الذي يختاره المتعاقدان، فإن مع ذلك لم يسلم من

المحاولات التي استهدفت للحد من اختصاصه وخاصة إذا كان القانون المختار هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

في هذا الإطار ظهرت عدة اتجاهات فقهية تستند إلى اعتبارات مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بالإضافة إلى ظهور نظريات في تنازع القوانين ساهمت في محاولة تحديد القانون أكثر صلة بالعقد في ظل غياب إرادة أطراف العقد.

لذلك إن تنازع القوانين في عقود الاستثمار الأجنبي يعد أمرا بالغ الأهمية نظرا لتأثيره على ثقة والاستقرار في بيئة الاستثمار بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي دورا حاسما في تعزيز لتنمية الاقتصادية وتحفيز النمو الاقتصادي في العديد من الدول.

كما تحظى مسألة تحديد القانون المطبق على عقد الاستثمار بأهمية كبيرة بحيث يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته نظرا لتنازع القوانين بين كل من قانون الدولي والمحلي.

كما قد تشكل هذه العقود بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيدا من فرص العمل ومزيدا من استقطاب استثمارات أجنبية.

كما تتمحور أهداف هذا الموضوع في حماية حقوق المستثمرين الأجانب من خلال فهم تنازع القوانين، يمكن ضمان حماية الحقوق الممنوحة للمستثمرين الأجانب وتطبيقها بشكل عادل ومنصف.

كما يهدف هذا الموضوع إلى تعزيز التنمية الاقتصادية باعتبار الاستثمار الأجنبي أحد العوامل التي يمكن أن تؤثر على النمو الاقتصادي وتنمية الدول من خلال حل المنازعات القانونية وتحقيق التوافق بين القوانين المحلية والدولية.

بالإضافة إلى توفير بيئة استثمارية تساهم في جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية.

لذا توجد العديد من الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع، هي الرغبة الملحة في التعرف على المبادئ القانونية التي تستند إليها الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تنازع

القوانين في عقود الاستثمار باعتبار هذه الأخيرة تحظى بأهمية كبيرة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول وتطويرها مما يجعل موضوع أكثر حساسية بالإضافة إلى الشغف الدراسي في معرفة كل ما يتعلق بموضوع تنازع القوانين التي تتعلق بتخصص القانون الخاص.

يعد موضوع تنازع القوانين في عقود الاستثمار الأجنبي موضوعا هاما يستحق الاهتمام والدراسة نظرا للدور الذي يلعبه في تطوير التنمية الاقتصادي في الدول.

إن العراقيل الرئيسية التي تواجه الاستثمار الأجنبي هو تنازع القوانين بين القوانين المحلية والقوانين الدولية في عقود الاستثمار فيمكن هذا التنازع القانون أن يؤدي إلى حالة عدم الاستقرار مما يثير نقص ثقة المستثمرين ويقلل من رغبتهم في الاستثمار في الدول.

قد ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة عدة نزاعات لوجود تضارب أو عدم توافق بين القوانين المحلية والدولية مما يؤثر هذا التنازع على الثقة والاستقرار القانوني للمستثمرين كما يمكن أن يؤثر أيضا على جدوى الاستثمار والمخاطر المترتبة على ذلك ومنه فالإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع هي:

- **كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الأجنبي؟**

لقد اتبعنا في بحثنا على المنهج التحليلي كون الموضوع يشمل جملة من آراء واتجاهات فقهية ونصوص قانونية وكذلك نصوص الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف مما يتطلب تحليلها، إضافة إلى ذلك اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين مواقف التشريعات الوطنية المختلفة حول مسألة القانون الواجب التطبيق.

أما الصعوبات التي واجهتنا خلال إعداد هذا البحث فيمكن إجمالها في ضيق الوقت وهذا راجع إلى طبيعة الموضوع الذي يحتاج وقتا للدراسة بالإضافة إلى ندرة الدراسات والبحوث القانونية التي تناولت هذا الموضوع حتى وإن وجدت فهي خالية من التفاصيل.

لقد سبقنا في دراسة هذا الموضوع مجموعة من الدراسات نذكر منها:

–أطروحة لنيل شهاد الدكتوراه تحت عنوان "تنازع القوانين في عقود الاستثمار" للبيك شوقي وكذلك مذكرة لنيل شهادة ماستر لصادق علاوة تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار".

وترتيبا على ما تقدم فإن الإجابة على الإشكالية اقتضت تقسيم البحث إلى فصلين:

مقدمة

الفصل الأول: تناولنا فيه اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار والذي قسمناه إلى مبحثين الأول تناولنا فيه اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار بينما المبحث الثاني محاولات الحد من اختصاص القانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار.

أما الفصل الثاني خصصناه لعدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين الأول خصصناه للاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، والمبحث الثاني لدور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص واخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة.

وخاتمة وهي عبارة عن نتائج لبحثنا وتليتها قائمة المصادر والمراجع.

الفصل الأول:

اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمـــار

يقتضي الأصل حسب ما هو متفق عليه بخصوص تنازع القوانين فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ حرية أو، استقلالية الإرادة، وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقاعدة قانون الإرادة وبالرغم من ذلك فقد تعرضت القاعدة المذكورة لعدة محاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها بتنظيم العقود الدولية ومن بين هذه العقود –العقود الاستثمارية – خصوصا، وذلك إذا ما أدى إعمال قانون الإرادة إلى تطبيق قانون وطني معين والذي عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة حيث يسعى الأطراف استنادا إلى مبدأ الحرية وسلطان الإرادة بإدراج بعض السلطات عليه على نحو تجريده من صفته كقانون ويكون ذلك إما بالتجميد الزمني لقانون الإرادة على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد أو تحويله إلى مجرد شرط تعاقدي ليست له سلطة على الأطراف وإما بتهميش هذا القانون والاكتفاء بدور احتياطي له.

وفي ضوء ما تقدم نقسم دراستنا في الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: محاولات الحد من اختصاص قانون الإرادة لتنظيم عقود الاستثمار.

المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

على غرار العقود الدولية الأخرى فإن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار تجعل مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق مسألة حساسة للغاية ولكن معظم التشريعات والاتفاقيات تعترف لأطراف العقد بحرية الاختيار وسنقسم هذا المبحث الذي يتناول اختصاص قانون الإرادة لق عقود الاستثمار إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة وكيفية تحديده، والمطلب الثاني الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار.

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة وكيفية تحديده

إن العقد الدولي يخضع كقاعدة عامة إلى قانون الإرادة وهو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقدية وهو يحكم غالبية المسائل المتعلقة بعقد ما وليس كلها بالضرورة فمثلا المسائل الخاصة بأهلية طرفي العقد حتى ولو كان العقد صحيحا شكلا لا تدخل بالضرورة في نطاق القانون نفسه.

وأعرض في هذا المطلب الدراسة لقاعدة قانون الإرادة ثم مدى خضوعها لعقود الاستثمار وذلك في فرعين: الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة والفرع الثاني: تحديد قانون الإرادة.

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة

من الأمور المتفق عليها في إطار القانون الدولي الخاص منح الأطراف في العقد الدولي حرية اختيار القانون المنظم لعقدهم.

إن خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين أي القانون الذي يختاره المتعاقدان لم يكن سائدا في البداية، بل كان إخضاع العقد لقانون محل إبرامه[1]، فالفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال القديمة جرى على إخضاع العقود لقانون الدولة التي أبرمت فيها من ناحية الشكل والموضوع، حيث أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف ومن يتعين إخضاع

[1]– إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص96.

العقد لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي بموجبه نشأ التصرف[1].

ولقد تم انتقاد هذه الأفكار، استنادا إلى أن العقد إنما ينشأ نتيجة للفكر الإنساني ومكان إبرامه قد لا يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته ويمكن أن تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية[2].

نتيجة ذلك حاول أحد فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين وهو RUCHUS GURTUS في 1495 تفسير قاعدة إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس مختلف عن فقه من سبقه، فقد ذهب هذا الفقيه بأن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين أرادوا أن يختاروا قانون هذا المكان بحكم العقد[3].

فقد كان هذا التفسير كمقدمة لنظرية الفقيه الفرنسي DOMOULIN في القرن السادس عشر والتي قرر فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين وذلك بمناسبة فتوى بشأن النظام المالي للزوجين GANI فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس من تجنب القواعد العرفية التي كانت منتشرة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالها فقد أفتى DOMOULIN أنه وإن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي لها يخضع لقانون واحد وهو قانون موطن الزوجية على أساس أن إرادة ذهبت لاختيار ذلك القانون فهو العرف السائد في باريس[4].

في القرن التاسع عشر كانت قد هذه القاعدة استقرت وأخذ بها الفقيهين MANCINI و SAVIGNY فـSAVIGNY قد أخضع العقد لمكان تنفيذه، أما MANCINI قد أخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف كأحد مبادئ نظريته.

---

[1]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتابة، 1986، ص418.

[2]– د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، نفس المرجع "ص .418

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، (القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية) دار النهضة العربية، القاهرة، 2001–2002، ص 443–444.

[4]– د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 418.

الفرع الثاني: تحديد قانون الإرادة

يمكن لأطراف الاتفاق على اختيار قانون معين لحكم النزاع، وهذا الاختيار قد يقع صراحة كما قد يقع ضمنا.

إن لاختيار القانون الواجب التطبيق من أحد الأطراف، يكون على صورتين حيث يمكن أن يكون صريحا، وهي الصورة الأوضح التي يتبين اختيار القانون الواجب التطبيق، وكصورة ثابتة لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق، وكصورة ثابتة لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على ذلك، بقرائن أو مؤثرات تعينه لكشف وتحديد القانون الواجب التطبيق انصرفت إرادتهما إليه، وفي هذه الحالة تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى استخلاص تلك الإرادة بطريقة مؤكدة[1].

أولا: الإرادة الصريحة:

إن أغلب القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام هيئات التحكيم تعترف بحق الأطراف في اختبار قانون العقد وقد تم الإيضاح من طرف الفقهاء، أن مسألة تحديد القانون الذي بحكم العقد واختيار صراحة مسألة في غاية الأهمية، حيث ذكر الأستاذNIBOYET بأن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأن أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون يمكن أن يخل بتوقعات الأطراف وتساؤل لماذا لا ندرج شرطا ما سطرين في العقد يدل صراحة على اختيار القانون الذي يحكم العقد[2].

إذا استقر الرأي على أن ضابط الإسناد الأول، الأكثر أهمية في عقود الدولة منها عقود bot هو ضابط إرادة الأطراف، فإن الإجماع يكاد ينعقد على أنه من الأهمية أن يقوم أطراف العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم صراحة وذلك ليتجنبوا المشاكل الجسيمة

[1]– مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010، ص 492.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 342-343.

التي يمكن أن يتعرضوا لها بسبب عدم قيامهم بهذا التحديد الصريح[1].

في عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الدولية الخاصة، نلاحظ أنه من النادر أن يخصوا عقود الدولة ذات الطابع الدولي من تحديد القانون الواجب التطبيق، إغفال ذلك يثير الكثير من الخلافات الحادة بين الأطراف، كان في مقدرتهم تجنبا لو قاموا بنص عليه القانون الواجب التطبيق صراحة، حيث يحاول الشخص الخاص الأجنبي إخراج العقد من نطاق قانون الدولة المتعاقدة، وفي مقابل ذلك تدافع الدولة عن خضوعه لقانونها الوطني باعتبار أن ذلك تعبير عن سيادتها[2].

اختيار المتعاقدين لأطراف عقد الاستثمار للقانون الذي يخضع له عقدهما يكون صريحا عندما يعنيان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه، فحين تكون نية الطرفين بشأن القانون الذي يحكم العقد نبة مصرح عنها ومكتوبة، فإنها هي التي تقرر بصورة عامة القانون الحاكم للعقد، وهكذا أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، لذلك فإنه من الأهمية أن يقوم أطراف العقد باختيار صريح وواضح لقانون العقد تحاشيا لما يمكن أن يحدث جراء هذا الاختيار هي مشاكل يرى بعض الفقهاء أن المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطا أو بندا يحدد القانون الواجب التطبيق فهم بهذا يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل[3].

إن للاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق أهمية بالغة على العقود الدولية ومن ثمة عقود الاستثمار فإن مجمع القانون الدولي وفي قراراته التي أصدرها بخصوص العقود الدولية قد حث أطراف هذه العقود على ضرورة أن يحددوا صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم وذلك ليتجنبوا ما قد يترتب على إهمالهم وتقاعسهم عن قيامهم بهذا التحديد من مشكلات ويتضح

[1]– محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، ب. ط، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2006، ص 222.

[2]– مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، سنة2010، ص182–183.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 107.

ذلك من خلال قرارات المجمع القانوني الدولي في دورته المنعقدة في أوسلو عام 1977 مؤكدا على أهمية أن يقوم الأطراف بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة للمنظمات الدولية وأحد الأشخاص وذلك في المادة 1/2 من القرار الصادر بهذا الخصوص[1].

أيضا من خلال المادة 4 الفقرة 1 من قراره الصادر بصدد عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية في دورة أثينا عام 1979، التي دعت أطراف العقود الدولية المبرمة بين الدول ورعايا الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم بشكل صريح أي بإدراجه كشرط أو بند من بنود العقد الأصلي حيث نصت المادة 1/4 على أنه (من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقوده) كأصل عام فإن اختيار المتعاقدين القانون الذي يحكم العدد، أي القانون الواجب التطبيق عليه بعبارات واضحة وصريحة ولا لبس ولا غموض فيها فلا يعود بالإمكان بعد ذلك أن يستبعد المحكم القانون الذي اختاره الأطراف[2]، ومنه فإنه من المرغوب فيه دائما أن يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ذي الطابع الدولي، إن كان هذا الأمر يكتسي أهمية لا يمكن إنكارها بصدد عقود التجارة الدولية، فإن هذه الأهمية تتضاعف ويصبح قيام الأطراف بهذا التحديد الصريح أوجب، في عقود الدولة التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية على وجه الخصوص.

وذلك بالنظر إلى طبيعة المجالات التي تنصب عليها هذه العقود من ناحية، وحتى يتفادوا وبالخصوص المتعاقدة المغامرة بمصالحهم وتعريضها للمخاطر عن تعيين هذا القانون من قبل هيئات التحكيم، وبالإضافة إلى ذلك فإن فوائد الاختيار الصريح تتجلى لقانون العقد من قبل الأطراف، تتجلى في أن هذا الاختيار الصريح، يعتبر دلالة على أن الأطراف على علم تام بقانون العقد. إدراك كامل بقواعده أحكامه، وكنتيجة على ذلك رأوا أن تطبيق أحكامه على عقدهم ما يحقق مصالحهم ورغباتهم وستجيب لأهدافهم التي سعوا إليها من وراء العملية التعاقدية، أما في

[1]– محمد الروبي، المرجع السابق، ص 222.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347.

حالة تقاعس الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فقد يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعاتهم، أو توقعات أحدهم، وخضوع العقد انظام قانوني، ولم يكن متصورا أن العقد سيحكم بمقتضاه[1].

ثانيا: الإرادة الضمنية:

إن الإرادة الضمنية تعتبر حالة وسطية ما بين الإرادة الصريحة وبين الاحتمال بعدم اختيار قانون العقد أصلا وخاصة إذا كانت الإرادة الضمنية تنبئ حقيقة عن اختيار قانون محدد[2].

من المعروف أن التعبير عن الإرادة يكون ضمنيا متى كان مظهر هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة، ولكنه مع ذلك يدل على هذه الإرادة الضمنية، ويكون من السهل استخلاصه منها نظرا لا يمكن فهمه إلا على أساس هذه الأشخاص[3].

ولقد بين كل من الفقه والقضاء والتحكيم أن هناك العديد من القرائن تدل على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، فعلى سبيل المثال يمكن الأخذ بقانون إبرام العقد، أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم التي اختارها الأطراف، أو قانون الدولة التي تتبعها لغة المحرر العقد[4]، كما أن الإرادة الضمنية يمكن أن تستخلص من شروط العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه[5].

ثالثا: التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية

إن تحديد القانون المطبق على العقد لن يثير الصعوبة طالما أعلن المتعاقدان صراحة عن القانون الذي يخضع له العقد، إلا أن الصعوبة تثور فيما لو سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لهذا القانون، فهل يتصدى القاضي أو المحكم عندئذ مباشرة للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية تمهيدا لإسنادها للقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة، أم يتعين عليه استجلاء الإرادة الضمنية

[1]– محمد الروبي، المرجع السابق، ص 230.

[2]– مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493.

[3]– محمد الروبي، المرجع السابق، ص 230.

[4]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 351.

[5]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 275.

للمتعاقدين في اختيار قانون العقد من خلال استنباط المؤشرات الدالة عليها ومن ثم الاعتداد بها[1]. تؤيد بعض التشريعات الوطنية على أنه لا يطبق القاضي أو المحكم قانون الإرادة في حالة الاختيار الضمني بل يجب عليه أن يتصدى مباشرة لتركيز الرابطة العقدية واسنادها للقانون الأوثق صلة بها.

حيث ينتهي هذا الاتجاه إلى رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد، تأسيسا على أن سكوت الأطراف عن الاختبار الصريح إنما يرجع إما إلى عجزهم عن التوصل إلى اتفاق في هذا الصدد، أو عدم إدراكهم عن التعاقد للطابع الدولي للعقد. ومن ثم فإن تصدي القاضي للبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف لكونه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية[2].

والواقع أن مثل هذا الاتجاه يؤخذ عليه مناهضته المنطق القانوني السليم، لما يؤدي إليه من تجاهل لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، ذلك أنه إلى جانب الإرادة الصريحة توجد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وهي إرادة ينبغي عدم تجاهلها متى تأكد القاضي من وجودها من خلال شروط العقد والظروف المحيطة به كافة. وهذا يعني أن الاختيار الصريح، وينبغي الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار الضمني[3].

ولذلك فإننا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الغالب من الفقه، في وجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد[4]. بحيث يتعين على القاضي في حالة تخلف الإرادة الصريحة للمتعاقدين البحث عن إرادتهم الضمنية، شريطة أن يتم ذلك من خلال قرائن مؤكدة تدل على وجود هذه الإرادة[5].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 106.

[2]– المرجع نفسه، ص 106.

[3]– المرجع نفسه، ص 107.

[4]– إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع السابق، ص 351، هشام صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص418، وما بعدها.

[5]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 107.

رابعا: موقف التشريعات الوطنية من الإرادة الضمنية والاختيار الضمني:

إن النظم والتشريعات الداخلية الوطنية معظمها قامت بالمساواة بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة معتبرة الإرادة الضمنية إرادة حقيقية، ومن بين هذه القوانين الداخلية، ونذكر على سبيل المثال المشرع المصري حيث نصت المادة 1/119 من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه)[1]، وكذلك ما عبرت عنه المادة 25 من القانون المدني العراقي فقد نصت المادة 1/25 من القانون المدني على أنه (...هذا لم يتفق عليه المتعاقدين أو يتبين من الظروف أنه قانون آخر يراد تطبيقه)، بالإضافة إلى المادة 19 من القانون المدني الليبي، والمادة 19 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 29 من القانون المدني اليمني الصادر عام 2002، والمادة 20 من القانون المدني السوري والمادتين 11 و13 مدني سوداني، وهذا هو الرأي المستقر عليه في الفقه والقضاء الأردني[2]، وأيضا المادة 1/35 من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر عام 1979 التي نصت على أنه عند غياب التحديد الصريح إذا بان من الأطراف قد يعتبر نظام قانوني معين واجب التطبيق فيعد هذا التحديد ضمنيا وكذلك المادة 27م1 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986[3]، وأيضا القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 والتي نصت على أنه (اختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف)[4]

والقانون الإيطالي الصادر عام 1995 في المادة 1/57 والقانون الروسي الصادر 2001 في المادة 2010 والقانون النمساوي المادة 1/35[5].

---

[1]– مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493-494.

[2]– محمد الروبي، المرجع السابق، ص 231.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 276.

[4]– مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493.

[5]– محمد الروبي، المرجع السابق، ص 231.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الاختيار الضمني فإنه يمكن استنتاجه من خلال كل ممن المادة 18 والمادة 60 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 60 على أنه، التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاء كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك للدلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك، وبما أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون التعبير عن إرادة اختيار القانون صريحا في كل من المادةٌ 8 قانون مدني الجزائري والمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه بمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز الاعتداد الاختيار الضمني[1].

خامسا: موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من التصريح الضمني والإرادة الضمنية:

بالإضافة إلى التشريعات السابقة نجد الاتفاقيات الدولية مكرسة لما بين الإرادة الصريحة والضمنية، ومن ثم أوجبت الكشف عن الإرادة الضمنية عند تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، بحيث أكدت ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها الثالثة الفقرة الأولى[2]، ونصت على أنه (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف التعاقد)، لذلك فإن القيمة القانونية بين الاختبار الصريح والاختيار الضمني قيمة متساوية، وهذا ما يجعل الطريق مغلقا أمام ما يطلق عليه الإرادة المفترضة[3]، وذلك ما ورد في المادة السابقة في فقرتها الأولى 1/7 من الاتفاقية الأوروبية لتحكيمsole 1961، وكذلك ما ورد في الفقرة الأولى 28 من القانون النموذجي التحكيم لعام 7 والتي نصت في المادة 21 الفقرة الأولى على أنه (تفضل الهيئة وفقا

[1]– المادة 60 من القانون 10/05 المعدل والمتمم لأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية رقم 44.

المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 276.

[3]– مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 494.

للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وأحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن تراعي القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة)، ويتبين من خلال النص أن اتفاقية عمان 1987 قد اعتدت بإرادة الأطراف الصريحة والضمنية في تحديد هذا القانون وتمتد حرية طرفي العقد في اختيار القانون لأي قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معين ووفقا للمادة 22 القرة 2 فإن الهيئة تفضل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك[1].

أما فيما يخص اتفاقية واشنطن 1956 التي تعرضت للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فقد نصت المادة42 منها وفي فقرتها الاولى نصت على أنه (تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يتفق عليها أطراف المنازعة...)[2]، ويلاحظ من هذا النص أنه لم يتم تحديد إذا كانت الإرادة ضمنية أو يجب أن تكون صريحة واختلف الفقه في ذلك فقد ذهب البعض من الفقهاء إلى إلزامية أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ليتم إعمال قانون الإرادة، وذهب الاتجاه الآخر من الفقهاء أن اتفاق الأطراف يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا ومتى توعز ذلك وجب الإعمال بقانون الإرادة.

وفي الأخير يبقى الرأي الراجح هو اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ومرد ذلك أن تنص المادة 1/42 سابقة الذكر، قد ورد بصفة عامة ومن ثم لا يمكن قصره على الاختيار الصريح دون الاختيار الضمني إذ أن الاختيار الضمني يعبر عن إرادة حقيقية طالما كانت هناك قرائن مؤكدة تدل على ذلك[3].

[1]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 196.

[2]– اتفاقية واشنطن المادة 1/42 نقلا عن بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 108.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 110.

المطلب الثاني: الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار

اتضح لنا مما تقدم أن هناك اتفاق محدد بين الفقه والتشريع والقضاء على أنه يحق للأطراف المتعاقدة اختبار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ على عقدهما أمام القضاء والتحكيم وقد اعترفت كل التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية بهذا الحق للمتعاقدين.

ونظرا لأهمية أن يتم تحديد هذا الاختبار صراحة ووضوحا بدون أي لبس أو غموض وذلك من خلال إدراجه كبند أو شرط في وثيقة العقد أو في المشاركة التحكيمية والسؤال المطروح ما هي الاختبارات التي يمكن لأطراف العقد إتباعها في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق؟

الفرع الأول: اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار:

إن الواقع العلمي لعقود الاستثمار يكتشف أن أغلبية هذه العقود، وقد تم فيها اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحيث يكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع بالعقد، وهذا ما تؤكده الإحصائيات التي أوردها الفقه المهتم بعقود الدولة[1].

ومثال على الاختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ما نصت علية المادة 25 من العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية مع الشركة اليابانية ELRICCO NIPPON إلا إنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية والذي جاء على النحو التالي:(تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرير وفق للقوانين السيرلانكية)[2].

كما أنه كان الاتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية والعمانية في عقد توريد وتشييد وتصميم وتشغيل وصيانة مصنع لإنتاج الجير المائي والجير المحروق لفائدة الشركة العمانية والذي أبرم سنة 1978 وكان من مضمون العقد، شرط يقضي باتفاق المتعاقدين على إسناد موضوع النزاع إلى القانون العماني باعتباره القانون الواجب التطبيق عليه[3].

---

[1]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 255.

[2]– علاوة الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة،.2016/2015، ص75.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 205–206.

والحال أيضا بالنسبة لقضية شركة أجيبAGIP ضد الحكومة الكنغولية بحيث اتفق الطرفين في العقد على أنه (تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، على أن تطبيق هيئة التحكيم القانون الكنغولي..)[1].

وجاءت أيضا المادة 9 من العقد المبرم بين شركةAtlantik Triton company limeted وشركة غينيا بأن القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وكذلك العقد المبرم بين شركةٌCorporation and mobil petropum company Inc Mobil oil وحكومة نيوزيلندا على أن يخضع العقد حسب نص المادة 7/7 إلى القانون النيوزيلندي، وأيضا العقد المبرم بين شركة LTD VCOUM SALTS PRODUCTS وحكومة غانا، حيث نصت المادة 39 منه أن القانون الغاني هو القانون الواجب التطبيق[2].

وهنا في الحالات التي نص فيها القانون الواجب التطبيق صراحة أي بإرادة الأطراف الصريحة أما في حالة عدم توافر هذا الاختيار الصريح فأوجب على المحكم أن يبحث على الإرادة الضمنية بأطراف العلاقة التعاقدية من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وقد أو الفقه والقضاء التحكيم أنه توجد عدة قرائن لدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، ومثال ذلك يمكن الأخذ بقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم[3].

وجود الدولة طرفا في العقد في عقود الاستثمار يجعل القانون الذي تربطه صلة جوهرية بالعقد هو قانونها الوطني، إذ يكاد أن يكون هذا الأمر لا مفر منه، وهو قانون دولة التنفيذ وفي الغالب هو قانون محل إبرام وقانون موضوع العقد[4]، بحيث طبقت الكثير من الأحكام التحكيمية

[1]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 69.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 120–121.

[3]– علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 121.

[4]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 121.

لمنازعات عقود الاستثمار هذا الاتجاه ومن الأمثلة على الأحكام التحكيم التي طبقت فيها قوانين الدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها القوانين الأكثر صلةٌ أو القوانين التي انصرفت إليها الإرادة الضمنية لطرفين[1]:

ففي محكمة التحكيم الدولية بباريس 166 قامت بتطبيق القانون الجزائري بالنسبة لقضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وإحدى الشركات الأمريكية رغم عدم وجود الاختيار الصريح فقط لأنه مكان إبرام وتنفيذ العقد[2].

وكان هناك نزاع بين شخص بلجيكي وإحدى الدول الإفريقية بشأن الامتياز الممنوح له، في شراء منتجات المناجم، انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتبار العقد بتركيز في قانون الدولة المتعاقدة[3].

وفيما يخص قضية LECTO ضد ليبيريا، التي كان النظر فيها أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار بحيث أن الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق لم تكن واضحة، فقد رأت هيئة التحكيم أن الاتفاق المبرم بين الشركة وليبيريا ما هو إلا عقد مبرم وفق قانون الأعمال الليبيري استنادا لما ورد في ديباجة هذا العقد وقد استدلت الهيئة من ذلك أن الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الليبيري على العلاقة وما نشأ عنها من منازعات[4].

أولا: استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار:

بالرغم من أن قانون الدولة المضيفة يتم اختياره من قبل أطراف العقد أو اعتباره الأكثر ارتباطا بهذه العقود فإن الملاحظ لبعض الأحكام التحكيمية في ما يتعلق بمنازعات الاستثمار يرى أنها استبعدت قواعد قوانين الدول المضيفة للاستثمار استنادا إلى شبهات ومنها:

[1]- علاوة صادق، مرجع سابق، ص 77.

[2]- علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 353-354.

[3]- عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت Bot، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2008، ص 139.

[4]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 122.

1- عدم ملائمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية.

تم استبعاد بعض قرارات التحكيم الصادرة في منازعات الاستثمار تطبيق القانون الوطني للدول المضيفة للاستثمار بالرغم من أنه القانون المختص الأنسب لحكم مثل هذه العقود بحجة أن هذه القوانين الوطنية الغير متمشية مع حاجات المعاملات الدولية، لما يشوبها من قصور في التشريع نظرا لطبيعتها الدينية لاسيما القوانين الوطنية للدول الإسلامية والتي لا تتضمن بحسب رأيهم القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود مثل العقود البترولية وإضافة إلى قوانين الدول النامية التي تتضمن قواعد لتنظيم العمليات الحديثة كنقل التكنولوجيا[1].

فقضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Ptroleum Development عام 1951 مثال على ذلك، حيث قام المحكم ASQUITIK باستبعاد قانون أبو ظبي المستمد من الشريعة الإسلامية وتطبيق القانون الإنجليزي بحجة بدائية وعدم ملائمته لحكم النزاع وطبق القانون الإنجليزي باعتباره من القوانين الأمم المتمدنة[2].

(وهناك أيضا قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine oilcoltj عام 1953 حيث قام المحكمAlfred باستبعاد قانون قطر بحجة أنه لا يشمل على قواعد قانونية تكفي لحكم هذه النوعية الحديثة من العقود)[3].

2- النقص في قواعد القانون الوطني:

بالرغم من وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيق القانون الداخلي إلا أنه قامت أحكام التحكيم باستبعاده بحجة استكمال النواقص التي قد توجد في قواعد هذا الفانون باللجوء إلى قواعد القانون الدولي لسد هذا النقص.

ونأخذ مثال عن ذلك قضية الحكومة السوفييتية ضد شركة Gold Fielas حيث قامت المحكمة التحكيم باستبعاد تطبيق القانون الروسي على الكثير نم جوانب العقد، بحجة أن القانون

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 125.

[2]- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 254.

[3]- محمد الروبي، المرجع نفسه، ص 254.

الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي[1]، وقام الحكمين البريطاني والألماني بتطبيق المبادئ العامة للقانون[2].

3- تعارض القانون الوطني للدولة المستضيفة مع المبادئ العامة للقانون الدولي:

تميل البعض من أحكام التحكيم فيما يخص منازعات الاستثمار الدولية إلى استبعاد بعض قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار بحجة أن فكرة النظام العام الدولي يؤدي تطبيقها إلى استبعاد بعض أحكام هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي وعلى سبيل المثال قضية دولة الكويت مع شركة Aminiol بحيث طبقت هيئة التحكيم القواعد العامة للقانون على أساس أن القانون الكويتي قد يتعارض في بعض القواعد القانونية مع النظام العام الدولي[3].

الفرع الثاني: اختيار الأطراف فواعد القانون الدولي العام

جانب من الفقه يرى أن للطرفين الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق، المستقرة في القانون الدولي الخاص، تتسع لاختيار قواعد القانون الدولي للتطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي[4] فمن ناحية أن كون الدولة المضيفة أو إحدى مؤسساتها العامة طرفا في هذا العقد، وهي واحد من أشخاص القانون الدولي العام يجعلها غير مؤهلة للخضوع لنظام قانون أجنبي. ومن ناحية أخرى، لأن وجود المستثمر الأجنبي طرفا في هذا العقد يعله إما رافضا أو راغبا في الخضوع لقانون الدولة المضيفة وعليه فإن اختيار الطرفين تطبيق القانون الدولي العام يؤدي إلى التوفيق بينهما.

لأن وجود المستثمر الأجنبي طرفا في هذا العقدAles إما رافضا أو راغبا في الخضوع لقانون الدولة المضيفة وعليه فإن اختيار الطرفين تطبيق القانون الدولي العام يؤدي إلى التوفيق بين

[1]- علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 133.

[2]- عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 133.

[3]- علاوة الصادق، مرجع سابق، ص 79.

[4] - F.A. Mann, the law governing state contrects, 21 brit. .Y.B. Intel L. (1944), p, 19, 28 Philippe kahen, n2, p15. Gabriel A Moens John Trone, supra N°8, p382.

مصالح الطرفين ومقتضيات النظام الاقتصادي المتقدم[1] أضف إلى ذلك أن هيئات التحكيم تلتزم بتطبيق القانون المختار كي لا يتعرض حكمها للطعن بالإبطال أو عدم التنفيذ[2].

وقد تم الاعتراض على ذلك من جانب آخر من الفقه بحجة أن المستثمر الأجنبي، سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا، لا يعد من أشخاص القانون الدولي العام[3]، وبالإضافة إلى ذلك أن قواعد تنازع القوانين تتصور التزاحم بين قوانين دول مختلفة للتطبيق على العقد، ولبس من بينها القانون الدولي العام، لاسيما وأنه يسمو على القوانين الوطنية الداخلية[4]. ويمكن الرد على ذلك بالقول إن تطبيق القانون الدولي المختار على عقود الاستثمار لا يجعل من المستثمر الأجنبي شخصا من أشخاص القانون الدولي[5]، مصطلح "القواعد القانونية" واسع أيضا بما يكفي للسماح للأطراف باختيار قواعد القانون الدولي للتطبيق على هذه العقود، ومع ذلك بسبب عدم كفاية قواعد القانون الدولي لتنظيم جميع جوانب منازعات الاستثمار الأجنبي، لا ينصح الأطراف باختياره ليكون المطبق الوحيد.

أولا: الرأي المعارض لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع:

ينفي أصحاب هذا الرأي على أطراف عقد الاستثمار إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، وبالرغم من إقرار القانون الدولي العام صراحة من قبل أطراف العقد، فلا يعتبرونه القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، بحجة أن هذا الاختيار لا يمكن أن يجعل من القانون الدولي العام قانونا مناسبا يحكم عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المستضيفة والمستثمر الأجنبي[6]، بالاستناد إلى أن القانون الدولي العام إنما وضع أساسا ليحكم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص

---

[1]– بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، السنة 07، العراق، ص 09، وطه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 188–189.

[2] - Hop Dong, supra n18, p 136.

[3] -Thomas V. Firth, supra n 42, p 262.

[4]– طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 190.

[5] -Philipe Kahn, supran 2, p16.

[6]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 132.

القانون الدولي وعقود الاستثمار تعقد مع أشخاص أجنبية الخاصة ممن ليست لها الشخصية القانونية الدولية[1]، ولأن القانون الدولي لا ينطبق إلا على أشخاصه فعقد الاستثمار لا يعد عقدا خضع للقانون الدولي العام، بسبب وجود طرف خاص في العقد وقد أوضح الأستاذ Wengler أن كل اتفاق مبرم ببن طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون، ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية ولم تضف عليه هذه.

إن أصحاب هذا الرأي يرى أن حرية الاختيار التي يمنحها مبدأً سلطان الإرادة للأطراف العلاقة العقدية لا تقف عند مجرد الاختيار بين النظم القانونية الوطنية، بل تتعدها إلى إمكانية إخضاع لقواعد القانون الدولي الإقتصادي أو القانون الدولي للعقود[2].

يذهب أنصار هذا الاتجاه أيضا إلى القول أن القانون الدولي العام، غني بالقواعد الكفيلة بالتصدي لكافة المشاكل والمنازعات القانونية التي تثيرها العقود الإدارية الدولية ويعتبر الأستاذ Mann أبرز من نادى بهذه الفكرة فقد ذهب إلا أنه يسلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني إلا أن هناك مبررات قوية تبرز اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأن هذا القانون هو القانون المناسب للعقد، فالدولة غالبا ما ترفض الخضوع لقانون أجنبي والأشخاص الخاصة الأجنبية المتعاقدة معها ترفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة معها ولذلك فإن اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون الدولي العام يعد الوسيلة المثلى والفعالة لمواجهة هذه الظروف والتي من شأنها أن توافق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم[3].

والأستاذ Bourquin ذهب إلى أن هذه العقود تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام وإن أي إخلال بالتزام التعاقدي من جانب الدولة يشكل في حد ذاته إخلال بالتزام دولي على نحو تنعقد معه المسؤولية الدولية لدولة لمخالفتها لمبدأً الاحترام المطلق للعقد ومبدأً العقد شريعة للمتعاقدين

[1]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 241.

[2]– المرجع نفسه، ص 240.

[3]– علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 361–362.

في العقد يتم بقوة ملزمة على نحو يمنع الدولة منعا مطلقا من تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة فالدولة بمجرد توقيعها على العقد تنازل بشكل لا يمكن الرجوع فيه عن التمسك بجميع مزاياه السيادية[1].

المادة 2 الفقرة 2 من توصيات المجمع الدولي الذي عقد في أثينا عام 1979 نصت على أنه، يكون للأطراف الحق في اختيار قانون حكم العقد، أما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين وأما المبادئ العامة للقانون وإما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية وإما القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر[2]، مع التحفظ بعد التطرق إلى مسألة النظام العام والقواعد الآمرة في القوانين الداخلية، حيث ذهبت التوصية معهد القانون الدولي الصادرة سنة 1979 إلى أن إرادة الأطراف تقبل فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق التقييد أو حتى الاستبعاد باستخدام قواعد النظام العام أو القوانين الآمرة في تفصيل مشكلة النظام العام والقواعد الآمرة بشأن الموضوع[3].

وفي آخر ما تقدم يمكن لطرفي عقد الاستثمار أن يختاروا القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على العقد، لكن يشترط عدم وجود قيد يقرر هذا الاختيار يخالف النظام العام للدولة المستضيفة.

أ- الاتفاق على تطبيق القانون الدولي باستخدام مصطلح القانون الدولي العام:

من النادر إحالة الأطراف في عقود الدولة، عقدهم إلى القانون الدولي العام بوصفه قانونا واجب التطبيق على موضوع النزاع ويندر أيضا الإسناد للقانون الدولي العام بصفة احتياطية لتكملة النقص أو تغيير غموض قانون الدولة المتعاقدة[4].

[1]- علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 362.

[2]- مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 239.

[3]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 240.

[4]- علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 338.

ب – صور اختيار القانون الدولي العام:

يمكن أن يأتي اختيار القانون العام ليكون هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار مستقلا أو مقرونا مع الإشارة على المبادئ العامة للقانون أو المبادئ العامة المشتركة بين الأمم أو مبادئ القانون الوطني[1]، ويتم ذلك بعدة صور:

1- الإشارة الصريحة لتطبيق القانون الدولي العام بجانب مبادئ العدالة والإنصاف:

فمثال على ذلك الاتفاق الموقع بين N.I.O.C و E.B.A.B والشركة الفرنسية لبترول إيران SOFIRAN والذي نصت عليه المادة 41 من الباب الخامس منه على أنه (لقد اتفق الأطراف المتعاقدة على أن لا تتقيد محكمة التحكيم أو التحكيم المفرد من أجل إصدار حكم التحكيم بأية قاعدة من قواعد القانون، بل يكون لها الحق في أن تؤسس حكمها على اعتبارات العدالة والمبادئ العامة للقانون المعترف بهاء وعلى وجه الخصوص القانون الدولي)[2].

2- الإشارة إلى تطبيق القانون الدولي العام مضافا إلى القانون الوطني:

يمكن لأطراف العقد اختيار تطبيق القانون الداخلي لدولة المتعاقد مضاف إليه قواعد القانون الدولي العام، مثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة Agip والحكومة الكنغولية، بحيث اتفق طرفي العقد على أنه (تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى من خلال تحكيم من ثلاث محكمين يعينون وفقا لأحكام الاتفاقية، على أن تطبيق الهيئة للقانون الكنغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام)[3].

3- اختيار تطبيق القانون الوطني لدولة بشرط اتفاق وعدم مخالفة لمبادئ القانون الدولي:

بالنسبة لهذه الحالة يتم ربط شرط اختيار القانون الواجب التطبيق بين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني للدولة التي يتبعها أحد الأطراف وبين قواعد القانون الدولي العام، ومثال على

[1]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 238.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 136-137.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 69.

ذلك نص المادة 7/28 من عقد الامتياز على أنه (يخضع الامتياز الحالي في تفسيره وتنفيذه لمبادئ التشريع الليبي المتفقة مع مبادئ القانون الدولي، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ المشتركة فيخضع العقد للمبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة التي أرساها القضاء الدولي)[1].

ثالثا: الاتفاق الضمني على تطبيق القانون الدولي العام:

استندت البعض من الأحكام التحكيمية عند تخلف الاختيار الصريح لطرفين العقد في اختبار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية إلى وجود بعض الشروط كشرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي التي تضمنتها عقود الاستثمار عادة قرينة لاتجاه نية الأطراف إلى تطبيق القانون الدولي العام[2].

ومثال على ذلك الأحكام التحكيمية التي اعتبرت شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي دلالتين على الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار قرار التحكيم في قضية Texaco ضد الحكومة الليبية بحيث استنتج المحكم من شرط التحكيم في تسوية المنازعات بين الطرفين وجود شرط الثبات التشريعي والإشارة على مبادئ القانون الدولي باعتبار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[3].

أما بالنسبة لقضية Sapphire وانعدام اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة مما أدى بالمحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية، بحيث اعتبر المحكم أن الإشارة لمفهوم القوة القاهرة بالقانون الدولي إلى اتجاه الإرادة الضمنية للأطراف إلى تطبيق القانون الدولي[4]، وبالإشارة إلى مفهوم القوة القاهرة استند إلى وجود شرط التحكيم وشرط الثبات

[1]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 262.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 140.

[3]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 205.

[4]– علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 354.

التشريعي معتبرا أنهما قرينتان على أن الأطراف قد اختارا ضمنيا تطبيق القانون الدولي العام[1].

في الواقع أنه بمجرد توفر بعض الشروط التي رأى فيها البعض من المحكمين والفقهاء إرادة ضمنية من الأطراف في عدم تركيز العلاقة التعاقدية في النظام القانوني الوطني كشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وشرط التحكيم لا يكفي للقول أن الأطراف أرادوا تطبيق القانون الدولي كقانون واجب التطبيق أن يكون صريحا[2].

وهذه الفكرة أيدتها نصوص اتفاقية واشنطن إنشاء مركز تسوية منازعات عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى حيث نصت في إحدى نصوصها (إن شرط التحكيم لا يتضمن أي إشارة أو دليل سلبيا كان أو إيجابيا على تحديد القانون الواجب التطبيق[3].

أخيرا يمكن للأطراف في عقد الاستثمار اختيار القانون الدولي العام ليكون قانونا واجب التطبيق على عقدهم في حالة ما إذا كان نشوء أي نزاع بشأن العقد المبرم بينهما فلا يوجد ما يحول دون خضوعه لقواعد القانون الدولي فلا ترد على تطبيق قواعد هذا القانون أي قيود التي تقوم الدول بوضعها حيث أن جميع المسائل تصلح لكي تكون محل للتنظيم الدولي وتطبيق قواعد القانون الدولي العام إلا أن الصعوبة التي تثار بصدد تطبيق القانون الدولي العام لعقود الاستثمار تكمن في كونه لا يحتوي على قواعد كافية لحكم عقود ذات طبيعة عقود الاستثمار إذ أن القانون الدولي العام لا يتضمن قواعد تضفي على العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب طابع الإلزام القانوني الدولي[4]، إذن فقواعد القانون الدولي العام لم تنشأ أصلا لتحكم العلاقات العقدية التي تبرم بين أو مع أشخاص القانون الخاص وبالتالي هناك قصور ونقص في القواعد التي تحكم مثل هذا النوع من العلاقات مما يؤدي إلى اعتبار تركيز العلاقة في إطار هذا النظام القانوني تحايلا غير مفيد على تطبيق القوانين الوطنية وبيان ذلك أن قواعد القانون الدولي العام التي تقبل

[1]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 205.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 140.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 290.

[4]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 143.

السريان أو تطبيق على عقود الاستثمار تبعد أن تبلغ درجة ملائمة من التطور بالمقارنة بالقانون الدولي المعاهدات إذ لا تزال مجرد إطار ضعيف غير كافي للإسناد إليه وعليه فإنه من الأفضل تركيز عقود الاستثمار في إطار أحد النظم القانونية الوطنية الوثيقة الصلة بالعلاقة[1].

الفرع الثالث: اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية:

يعتبر قانون التجارة الدولية القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة ومن ثمة فهو يتضمن قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص وكذلك القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحث هذين الفرعين من فروع القانون الدولي[2].

ويعتبر أيضا مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية والتي تتجدد مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها[3].

ثانيا: مدى حق الأطراف في عقود الاستثمار في اختيار قانون التجارة الدولية:

إن اختيار طرفي عقود الاستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية قد يكون إما بصورة صريحة أو ضمنية في أغلب الحالات التي يختار فيها طرفي عقد الاستثمار لهذا القانون ليكون واجب التطبيق على عقدهم وذلك هروبا من تطبيق القانون الداخلي، فإنهم يتفقون على اخضاع العقد المبرم بينهم لأحد أنواع قواعد التجارة الدولية بصفة منفردة أو بصفة مجتمعة القانون الدولي مثال على ذلك العقد المبرم بين حكم أبوظبي وشركة petroleum devlopment Ltd .

حيث نص على أنه يعلن كل من الحاكم والشركة أنهما يؤسسان عملهما بموجب هذا الاتفاق على الود الوثيقة الخالصة وعلى تفسير هذا الاتفاق بما يوافق الصواب.

---

[1]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 245–246.

[2]– علاء الدين محي الدين أبو أحمد، مرجع سابق، ص 375–376.

[3]– أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ب.ط، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 185.

كما يمكن أن يكون الاتفاق الأطراف على اختيار تطبيق قواعد الإجارة الدولية ضمنيا يمكن استخلاصه من بعض المؤشرات فقد استند المحكم أحيانا إلى بعض الشروط المدرجة في العقد لتحديد إرادة الأطراف الضمنية التي تتجه إلى تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية مثال ذلك إدراج قواعد تلزم المحكم بصراعات الأعراف التجارية أو اتفاق على التحكيم بالصلح[1].

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 155.

المبحث الثاني: محاولات الحد من اختصاص قانون الإرادة

إن الحرص الدول النامية على التمسك بتطبيق قانونها الوطني على هذه العقود بصفتها شخص يتمتع بالسيادة ولما في ذلك حماية لمصالحها، ففي هذه الحالة قد ينتج الضرر للمستثمر الأجنبي بسبب عدم تلائم القانون الوطني للدولة المتعاقدة على شروطه العقدية المعبرة عن مصلحته، ولهذا حاول المستثمر الأجنبي الفصل في العقد عن القانون الوطني للدولة المضيفة بمثابة هذا الأخير يحكم العلاقات الداخلية وليس العلاقات ذات الطابع الدولي.

ولبلوغ هذا المسعى فقد اعترف للأطراف إذا دعتهم الظروف إلى احتكام إلى قانون وطني معين بموجب قاعدة الإسناد، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة ببعض السلطات التي تفرغ القانون المختار من مضمونه على نحو يجعل قانون الإرادة لغوا لا قيمة له، ومن ثم يحيل العقد الدولي إلى عقد طليق[1].

لذلك قد اتخذ المستثمر الأجنبي محاولات للحد من اختصاص القانون الوطني المختار من حيث تضمين عقده وتثبيته للقانون المختار من حيث الزمان لا تسري تعديلاته التشريعية اللاحقة على زمن اختياره لحكم عقدهم (شرط الثبات التشريعي)

أو إدماج أحكام القانون المختار في العقد أو بإعطائه دورا احتياطيا سنعرض في هذا المبحث هاته المحاولات وذلك من خلال ثلاث مطالب كالآتي:

المطلب الأول: التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي).

المطلب الثاني: إدماج قانون الإرادة.

المطلب الثالث: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة.

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، مرجع سابق، ص 271-303.

المطلب الأول: التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي)

فيما يتعلق الأمر بالعقود الدولية وبالأخص عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب والثابت على ما يميز هاته العقود أنها مستمرة وتستغرق زمنا طويلا لتنفيذها الأمر الذي يجعلها عرضة لبعض مخاطر تجعل تطبيقها صعبا، ولعل أبرزها المخاطر التشريعية إذ غالبا ما تكون البيئة القانونية للدولة المضيفة غير مستقرة[1].

ومن هنا عدم استقرار تشريعات الدول المضيفة قد تطرأ على العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي حماية لمصالح هذا الأخير ولضمان هذا العقد المختار فقد اعتمدت الأطراف على آلية قانونية بما تسمى بالثبات التشريعي وإدراجه في عقدهم.

وبهذا الخصوص يعتبر شرط الثبات التشريعي من أهم وأبرز التحفيزات التي تمنحها الدولة لتشجيع الاستثمار الأجنبي بغية طمأنة المستثمرين المتعاقدين معها[2].

الفرع الأول: شروط الثبات التشريعي

يعد شرط الثبات التشريعي وسيلة قانونية لحماية المستثمرين الأجانب من أي تغيرات تشريعية التي قد تطرأ مستقبلا على العقد المبرم بين الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي، وهذا مما يزيد من الضمانات وتطور الاستثمار الأجنبي.

وبالتالي اعترفت به غالبية التشريعات العربية والأجنبية منها التشريع الجزائري والفرنسي ومن غيرها، وقامت بتكريسها في العقود الدولية.

---

[1]– زغودي عمر، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2020/2019، ص 13.

[2]– خالدي جمانة، عداد لينة، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2022/2021، ص 07.

أولا: تكريس شروك الثبات التشريعي في عقود الاستثمار.

أول ظهور لهذا الشرط كان من خلال الاتفاقية البترولية في الاتفاق المبرم بين شيخ البحرين وشركة بابكو سنة 1920 إذ نصت المادة 08 منه أنه: "لا يجوز للشيخ إلغاء الاتفاقية بتشريع عام أو خاص أو أي إجراء أو أي كرق أخرى مهما كان نوعها.

واستمر بعد ذلك في عقد الامتياز المبرم بين إيران والشركة الانجليزية Ranglo From عام 1933 في المادة 21 منه نصت على أنه: "لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع ام أو خاص أو أي إجراء إداري أو أي عمل قانوني أي كان نوع يصدر من السلطة التنفيذية، وبعد أن ثار النزاع بين الشركة المذكورة وإيران سنة 1951 تبلور بشكل واضح بموقف أحكام التحكيم[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كرس هذا الشرط لأول مرة في بداية التسعينات حيث جاء في المرسوم التشريعي 12/93 في المادة 39 منه على أنه لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة[2].

غير أنه ومع مرور الزمن عرف هذا انتشارا واسعا على وجه الخصوص في عقود الاستثمار حيث جاء الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 15 منه "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون، كما طمأن المشرع الجزائري المستثمرين في المادة 16 من نفس الأمر بقوله "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة محل المصادرة تعديلا عادلا منصفا"[3]، وما يجعل زرع الثقة في المستثمرين وانتشار قانوني قد يضر مصالحهم.

---

[1]– زغودي عمر، مرجع سابق، ص 17.

[2]– المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93، المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بشرعية الاستثمار، الجريدة الرسمية، 64 الصادرة بتاريخ 1993/10/10.

[3]– المادة 15 و16 من الأمر 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار الجريدة الرسمية، العدد 47 الصادرة في 22 /2001/08.

إن المشرع الجزائري لو يورد تعريفا لشرط الثبات التشريعي بل وضح آثاره على المستثمر الأجنبي تاركا الأمر للفقه، فقد جاء هذا الأخير بعديد من التعريفات في هذا الموضوع.

حيث عرف جانب من فقهاء القانون أن شرط الثبات التشريعي بأنه: "ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها بما يغير من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة بين الطرفين[1].

ويعرف أيضا: "تلك الأداة القانونية التي يتم من خلالها حماية المستثمر امن مخاطر التشريع من حاولت الدولة تعديل بنود العقد بين التشريع جديد يعدل أو يلغى التشريع الذي يحكم العقد.

ثانيا: الآثار القانونية المترتبة على شروط الثبات التشريعي

إن الغرض من إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو منع الدولة الطرف في العقد بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد، وتثبيته على ما كان عليه عند التعاقد بحيث لا تضار الشركة الأجنبية المتعاقدة مما قد يصدر من تشريعات أو قرارات لاحقة على انعقاد العقد وتستند شرعية هذه الشروط كما يرى البعض[2]، إلى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة[3].

فقد اختلف الفقه اختلافا كبيرا بشأن الأثر الذي ترتبه شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار على مبدأ سيادة الدولة وحقها في ممارسة سلطتها التشريعية لأغراض تقتضيها المصلحة العامة.

---

[1]– القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في 2016/08/03 الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 2016.

[2]– ينظر في ذلك، أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحة دكتوراه، طبعة ثانية، بيروت، 1997.

[3]– يقصد بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة على الصعيد الدولي أن الدولة المضيفة للاستثمار لها كل الحرية في أن تغير من أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم، ينظر في ذلك: خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار، اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، 1999، ص 89.

حيث أن هناك ثلاثة اتجاهات فقهية بشأن هذا الأمر، اتجاهان بتعارض أحدهما مع الآخر والاتجاه الثالث يحاول دمج الاتجاهين الآخرين للوصول إلى حل علمي لمسألة تلك الشروط وأثرها القانوني.

الاتجاه الأول:

يذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن شروط التجميد الزمني لقانون الإرادة يترتب عليها آثار قانونية التي أرادها المتعاقدون ومن ثم يترتب عليها حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في إجراء أي تغيير أو تعديل في القانون الحاكم للعقد يكون من شأنه المساس بشروط العقد دون موافقة الطرف الخاص المتعاقد معها، فالحق في التأميم لم يعد موضع خلاف، غير أن هذا الحق سيكون باطلا إذا كان مناقضا لمعاهدة أو عقد ينص على شرط الثبات ولا يتم لغرض عام[1].

غير أن هذا الاتجاه الفقهي الذي يقر بصحة شروط الثبات التشريعي وترتيبها للآثار قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تناولت الأسس التي يقوم عليها.

ومن بين الأسس التي يقوم عليها الذي يجعل ترتيب شروط الثبات التشريعية لآثارها نتيجة مترتبة على تدويل العقد ويتم ذلك على أساس قبول الدولة المتعاقدة خضوع العقد الذي تكون طرفا فيه للقانون الدولي، غير أن ذلك لا يعني بأي حال أن قانونها الوطني قد أصبح مستبعدا على نحو كامل فإخضاع العقد للنظام القانوني الدولي ليس من شأنه تجريد الدولة من الامتيازات التي تتمتع بها الدولة لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها فشروط الثبات لا يترتب عليها سمو العقد إلى درجة أعلى من القانون الذي يحكمه[2].

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 170–171.

[2]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

الاتجاه الثاني:

وفقا لهذا الاتجاه[1] فإن شروط ثبات التشريعية التي تندرج في عقود الاستثمار لا يترتب عليها أي أثر قانوني يحد من سلطات الدولة التشريعية في المستقبل إذ تعتبر مجرد شروط تعاقدية مثل بقية شروط الأخرى من ثم فليس لها قوة ملزمة أكثر من العقد الذي يتضمنها[2].

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم بدوره من النقد إذ أن الأخذ بنظام يكون من المسموح لأحد الأطراف فيه أن يتنصل بحرية كاملة من التزاماته ستكون نتيجة تحول الرابطة التعاقدية إلى رابطة خضوع وتبعية يكون ضحيتها الطرف الأضعف، سواء أكان هذا الطرف هو الدولة أم المستثمر الأجنبي الأمر الذي يكون من شأنه الإضرار بالمعاملات الدولية والتنمية المنشودة[3].

الاتجاه الثالث:

بمقتضى هذا الاتجاه فإن شروط الثبات التشريعي تعتبر عاملا من العوامل التي يتعين أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب مع الاعتراف بحق الدولة في تعديل وإصدار التشريعات التي تقتضيها مصلحتها العامة، فيقول أحد الأساتذة "لا يعني هذا أن شروط الثبات ليس لها مفعول قانوني كان الإلغاء متوقعا يجري انتهاكا لمثل هذا الشرط التعاقدي من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض ولابد أن يكون مقدار التعويض أكثر بكثير مما يكون عليه في حالات اعتيادية لأن وجود مثل هذا الشرط هو حالة ذات صلة وثيقة بالأمر ويجب أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض المناسب مثلا ثمة التزام بالتعويض عن المكاسب لمنتظرة التي اكن متوقعا أن يحصل عليها المستثمر الأجنبي خلال المدة الزمنية المتبقية من العقد[4].

[1] -Assante (S.K.R) : stability of contractual relation in the transnational investement process, I.C.L.Q,vol28, part 03, 1979, p404.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 172–173.

[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 365–366.

[4]– في تأييد هذا الرأي: أكتم أمين الخولي، التحكيم في منازعات الطاقة، مرجع سابق، ص 55.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول لا يمكن منع الدولة من ممارسة سلطاتها التشريعية بمجرد إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي وكل ما تصدره من تشريعات لاحقة تعد سارية المفعول على الطرف الآخر بما لحقه من ضرر نتيجة هذا التغير الوضعي القانوني.

الفرع الثاني: تقييم شروط الثبات التشريعي

يتطلب تقييم شروط الثبات التشريعي بيان مدى اتفاقها مع الأصول الفنية للقانون (أولا) ومدى نجاح شروط الثبات التشريعي في تحقيق غايتها (ثانيا).

أولا: مخالفة شروط الثبات التشريعي الأصول الفنية في علم القانون

يرى البعض أنه يمكن لإرادة الأطراف بموجب شروط الثبات التشريعي تجميد القانون الدولي الخاص تسمح للأطراف باختيار قانون العقد، ولا تفرض اسنادا زمنيا 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].

إن منع الأطراف بمقتضى شروط الثبات التشريعي سلطة تجميد الزمني للتعديلات التشريعية التي تطرأ على قانون الإرادة وعلى عقدهم فهذا يشكل تعديا على سيادة الدولة كما يتنافى مع صحيح القانون إذ أن الذي يملك ذلك الحق ليس للأطراف إنما مشرع الدولة التي ينتمي إليها أو يصدر عنها ذلك القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

كما للأطراف حق في اختيار البعص من نصوص القانون معين ليكون واجب التطبيق على العقد مع استبعاد باقي أجزائه وخصوصا التي تطرأ بعد إبرامه ينطوي على مخالفة أصل ثابت من أصول قواعد التنازع الدولي للقوانين بما يؤدي إليه من خلط عمليتي تحديد القانون وإعماله عقدهم فإن عملية إعمال القانون المختار تخرج عن سلطتهم حيث أن تلك الأخيرة هي من الاختصاص لا يستمده القاضي من إرادة ضابط للإسناد فيها[3].

---

[1]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 149.

[2]– ينظر في هذا المعنى: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، جزء ثاني، مرجع سابق، ص 600-601-602.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامةّ، شروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص 88.

وعلى هذا النحو يقتصر دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فقط دون أن يكون لهم التدخل في تحديد كيفية تطبيقه بل هذا الدور يقوم به القاضي بنفسه.

ثانيا: مدى نجاح شروط الثبات التشريعي في تحقيق غايته

كما أشرنا سابقا أن إدراج شروط الثبات تحمي من أي تغيير أو تعديل تشريعي قد يلحق ضررا بالمستثمر الأجنبي رغم ذلك، إلا أنه يعرقل ممارسة التشريع للدولة وهذا مما قد يخل بالتوازن التعاقدي بين الدولة والمستثمر الأجنبي بيد أن واقع الحال يثبت فشل شروط الثبات في أداء الوظيفة التي وضعت هذه الشروط لتحقيقها حيث أن من صعوبة إدراك اعتبارات التوازن بين المتعاقدين التي يسعى الأطراف إليها من خلال شروط الثبات التشريعي نظرا لكون عقود الاستثمار تتميز بطول مدة تنفيذها، الأمر الذي يستحيل معه افتراض عدم تغيير الدولة لتشريعاتها بما يتلاءم مع الظروف المتغيرة ويحقق مصلحتها العامة[1].

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

رغم كل ذلك إلا أن هذه الوسيلة القانون غير الكافية لتحقيق غاية المستثمر الأجنبي وحماية مصالحه إلا أنه لم تقف محاولات بل امتدت إلى أخرى فسعت إلى اندماج قانون الإرادة للطرفين الذي سنعرضه في المطلب الثاني.

[1]– في هذا المعنى: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 352.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامةّ، شروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص 68.

المطلب الثاني: اندماج قانون الإرادة في العقد (تحويل قانون الإرادة)

استمرت المحاولات في إيجاد حل مناسب لاستقرار التوازن التعاقدي بين الدولة والطرف الأجنبي وهذا الأخير بالأخص سعيا إلى حماية مصلحته ومشاريعه الاستثمارية لكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فجاءت فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد أي معنى ذلك أنها "تعتبر هاته الفكرة في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي كوسيلة حماية مقابل ما تتمتع به الدولة من سلطة في التعديل والتغيير، لذلك يدمج قانون الدولة المتعاقدة بشكل يجعل قانون لحظة إبرام العقد يندمج مع الشروط التعاقدية وبالتالي يجمد في تلك اللحظة وتجد هذا في حالة الإرادة الضمنية"[1].

سنعوض في هذا المطلب إلى فكرة الاندماج والآثار المترتبة عنه وذلك في فرعين على النحو التالي: الفرع الأول: فكرة الاندماج، الفرع الثاني (آثار الاندماج).

الفرع الأول: فكرة الاندماج

قد ظهرت فكرة الاندماج في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع الأجانب كمحاولة لتحصين المستثمر الأجنبي ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من سلطان تشريعي يجعلها في مركز تعاقدي غير متكافئ[2].

ومن أمثلة عقود الاستثمار الذي اتفق الأطراف فيها على إدماج القانون المختار في العقد المبرم بينهم، هو العقد المبرم بين حكومة راسيا وأحد المستثمرين الأجانب من أنه "تلتزم أي هيئة تحكيم عدد تفسير وتطبيق أي اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما هو ذو صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية راسيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في راسيا ولكنها صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التاريخ[3].

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 339.

[2]– محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 73.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 187.

الفرع الثاني: آثار الاندماج

إن نظام الاندماج يؤدي إلى تحويل القانون المختار لحكم العقد إلى حالة خاصة ملتصقة بالمتعاقدين أي لا يجوز تعديله أو إبطاله إلا بتراضي الطرفين وها يترتب عليه آثار قانونية نذكرها كالآتي:

أ) 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 الآمرة وكذا الاتفاق على أي شروط أخرى في العقد ولو ترتب عليها مخالفة نصوص آمرة في القانون الوطني المختار[1].

ب) التجميد الزمني لقانون العقد:

معنى ذلك إدراج شرطا في القانون العقد بأن يبقى كما هو على حالته سابقة وقت إبرام العقد وبالتالي فإن طرأت أي تعديلات أو تغييرات على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تندمج فيه حتى كانت ذات طابع يتخذ صفة الأمر.

ويقوم هذا المعنى على اعتبار أن الأطراف قد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزء من عقدهم واختيارهم قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكور السارية وقت إبرام العقد، حيث يتعذر بدون نص صريح في العقد افترض انصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه في فترة لاحقة[2].

ت) 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

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 189.

[2]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 145، 146.

شأن إبطال تعاقدهم وإلا ترتب على ذلك وقوع في التناقض، إذ أن حرية لمتعاقدين في اختيار الشروط التعاقدية ستؤدي إلى نقض الهدف الذي تسعى إليه[1].

المطلب الثالث: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة

بعد فضل نظام اندماج قانون الإرادة في عقود الاستثمار لجعل العقد طليقا لأنه يتجاهل الطابع الملزم لقواعد الآمرة ومن هذا المنطلق فقد جاءت فكرة احتياطية قانون الإرادة التي تتضمن أن القانون الواجب التطبيق يكرس كدور احتياطي في العقد أي يتم اللجوء إليه إلا إذا تطلب الأمر ذلك ولم يجد حلا للنزاع مدعمة بتحقيق الكفاية الذاتية العقد الدولي.

والواقع أن اعتبار العقد قانون الأطراف وتدعيم ذلك بفكرة الكفاية الذاتية في شأن الالتزامات التعاقدية لا محل له، حيث يمكن للقاضي أو المحكم فض النزاع بالرجوع إلى الأحكام الواردة في العقد دون الحاجة للجوء إلى القوانين الوضعية بل إذا دعت الحاجة إليها فإنما يكون ذلك فقط بصفة احتياطية لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه أي أنه في غير حالة السكوت يكون حرا طليقا وخارج عن سطوة القانون[2].

سنعرض في هذا المطلب الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي ثم لمدى ملائم هاته الفكرة الاحتياطية لقانون الإرادة لهذه العقود وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: فكرة احتياطية قانون الإرادة وعقود الاستثمار.

الفرع الثاني: تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة.

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 189، 190، وكذا هشام علي صادق، مرجع نفسه، ص 142.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامةّ، شروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص 374.

الفرع الأول: فكرة احتياطية قانون الإرادة وعقود الاستثمار

سنعرض في هذا الفرع من الدراسة لفكرة الدور الاحتياطي لقانون العقد الدولي (أولا)، وكذلك لمدى انطباق هذه الفكرة على عقود الاستثمار (ثانيا).

أولا: فكرة احتياطية قانون العقد الدولي

يرى بعض أن العقد الدولي إذا كان مفصلا ومحبوكا في صياغته القانونية وتحريره فإنه يخلق حقوقا وواجبات يمكن بذاتها أن تلزم الأطراف دون الرجوع إلى أي قاعدة قانونية حيث يعتبر العقد الدولي هي أشبه بعملية تشريعية والشروط تشكل في مجموعها قانون خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية ومستقل عن كل القوانين الوطنية والقانون الدولي وكان بذاته للتعريف بحقوق والتزامات الأطراف دون الحاجة إلى الالتجاء إلى أي نظام آخر[1].

ومن هذا المنطلق فإن العقود الدولية مستقلة بذاتها أي يمكن لأطراف العقد اختيار القانون الواجب الاختيار أي تجسيدها لمبدأ العقد قانون المتعاقدين على نحو يجعل الرجوع إلى قواعد تنزاع القوانين بصفة احتياطية إلا إذا عجزت شروط العقد عن تقييم الحل المراد.

ثانيا: فكرة الدور الاحتياطي لقانون الإرادة في عقود الاستثمار.

يذهب البعض إلى أن عقود الدولة للاستثمار تنشئ قانونا للمتعاقدين هو بمثابة نظام قانونيي مستقل ينظم العلاقة بين الطرفين تنظيما شاملا وبطبيعة الحال فإن قانون المتعاقدين هذا قد يشير لغرض تغييره أو لغرض سد الثغرات التي قد تنشأ عنه في المستقبل إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو الطرف الآخر أو إلى القانون الدولي، ولكن هذه القوانين لا تطبق إلا في الحدود التي يسمح فيها قانون المتعاقدين ذلك أن هذا القانون بما له سيادة هو الذي ينص على حقوق الطرفين وواجباتهما ويؤسس هذا الجانب من الفقه رأيه على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 194.

من جهة، ومبدأ الاتفاقيات المبرمة على نحو الصحيح تعد بمثابة قانون للأطراف من جهة أخرى[1].

ما يدعم القول بوجود اتجاه بأن تحقيق الكفاية الذاتية لهذه العقود الاستثمارية لتكريس الدور الاحتياطي للقانون الواجب التطبيق، حيث أن النصوص لتفصيلية لتلك العقود تكفي لتسوية أي خلاف يثور حول نشاطها ولا يتم اللجوء إلى قانون الدولة معينة إلا بصفة احتياطية فقد ينص الأطراف صراحة في عقدهم على أن القانون الذي يختارونه لا يطبق بصفة احتياطية وذلك عندما تعجز بنود العقد عن تقديم الحل للنزاع وهو ما يؤدي إلى تهميش القانون الواجب التطبيق ويكرس فكرة احتياطية هذا القانون[2].

ومن ذلك مثالا في العقد المبرم بين حكومة الإمارات العربية المتحدة وإحدى الشركات الأجنبية حيث تم النص على أن تنفذ هذه الاتفاقية ويتم تطبيقها وتفسيرها وفقا لبنودها ثم وفقا للقانون الفدرالي للإمارات العربية المتحدة ثم وفقا المبادئ المعترف بها عموما لقانون التجارة الدولية[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري اكتفى باعتباره الإرادة كضابط أصلي ووضع ضوابط احتياطية يجوز للقاضي العمل بها عند غياب الإرادة الأطراف وذلك تحقيق سير العدالة وتسهيل عمل القضاة وإيجاد حلول وتتمثل هذه الضوابط في المادة 18 من التقنين المدني الجزائري "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين..."[4].

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 744.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 194.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 194

[4]– قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ج.ر. عدد صادر في تاريخ 26 جوان 2005.

تحليلا للمادة أعلاه فإن المشرع الجزائري جعل اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بينهم وبين العقد وبصيغة أخرى صلة وقد تكون هذه الأخيرة بتحديد في جنسية المتعاقدين أو موطنهم[1].

بمعنى أن عند غياب هذه الصلة أو الرابطة سواء جنسية أو موطن فإن القاضي في هذه الحالة لا يطبق القانون المختار من قبل المتعاقدين.

الفرع الثاني: تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة

تعرضت هذه الفكرة لقانون الإرادة رغم تحقيقها استقرار في عقود الاستثمار إلا أنها واجهت انتقادات عديدة التي تناولت الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة وهو مبدأ الكفاية الذاتية من حيث مخالفته للمنطق القانوني السليم (أولا) وكذلك مخالفته للواقع العملي (ثانيا).

أولا: مبدأ الكفاية الذاتية يخالف المنطق القنوني السليم.

إن القول بكفاية عقد الاستثمار في ذاته لحكم العلاقة بين أطرافه يعني الاعتراف الإرادة والأطراف وحدها يخلق نظام قانوني جديد استقلالا عن القانون كما يعني سمو الإرادة الفردية على القانون وتقدمها في خلق القواعد التي تنظم أنشطة الفردا الاجتماعية والاقتصادية وه ما لا يمكن قبوله ذلك أن الإرادة لا تقدر على ترتيب أي آثار قانونية إلا إذا انطوت تحت مظلة نظام قانوني سابق على وجودها يقرر أن اتفاق الأطراف قادر على أن يرتب في ظل تحقق شروط معينة آثارا قانونية محددة[2].

فإن أنصار مبدأ الكفاية الذاتية يستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة اللذان يجعلان عقدا طليقا لا يحكمه القانون فلابد من وجود قانون يحكم العقد وإلا وقعنا في الفراغ القانوني.

---

[1]– الطيب زروقي، دراسات القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 271.

[2]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 742 وكذلك أحمد عبد الكريم سلامةّ، شروط الثبات التشريعي، مرجع سابق، ص 141.

ثانيا: مبدأ الكفاية الذاتية يحالف الواقع العملي.

يناهض الادعاء بكفاية عقد الاستثمار لحكم العلاقة بين أطرافه الواقع العملي الذي يؤكد استحالة توقع المتعاقدين المسبق لأوجه النزاع التي قد تثور بينهم في المستقبل[1].

خلاصة ما سبق ذكره في هذا البحث من دراسة تلك المحاولات التي اعتبرها الأطراف وسائل قانونية لحماية مصالحهم الأخص المستثمر الأجنبي لتثبيت قانون العقد سواء من حيث زمان أو ادماجه فيه أو اعتباره بمثابة دور احتياطي وهذا دليل على تفادي تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، رغم كل تلك المحاولات ما تحققه من استقرار تعاقدي بين الدولة والطرف الأجنبي إلا أنها تشوبها بعض العيوب التي تجلت في مخالفة المنطق القانوني السليم استنادا إلى الوقوع في الفراغ القانوني فلا يمكن تصور العقد لا يحكمه القانون حيث لا يجوز للأطراف استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتجريد العقد من الخضوع إلى قاعدة قانونية أخرى فلابد من اختيار قانون يحكم عقدهم والذي من الممكن أن يكون قانونا وطنيا أو قانونا دوليا أو قواعد قانون التجارة الدولية.

[1]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 341.

خلاصة الفصل الأول:

إن ما يمكن استخلاصه من الفصل الأول، أن حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق، حق معترف في كل النظم القانونية لا تنتمي إلى نظم قانونية وطنية معينة، ويمكن أن يرد هذا الاختيار بشكل صريح وذلك بإدراجه ضمن بنود العقد أو في المشارطة التحكيمية، ويمكن أن يكون بشكل ضمني أيضا ويجب الكشف عنه بصفة مؤكدة وحقيقية.

كما أن أهم النظم القانونية التي يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق من بينها، هي أحد القوانين الوطنية، كقانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد أو قانون دولة المحكم إلى إمكانية اختيار القانون الدولي العام أو ما يعرف بالقانون التجارة الدولية.

الفصل الثانـي:

عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إن في حالة سكوت إرادة الأطراف في العقد الدولي عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فيتم اللجوء إلى وسيلة قانونية واردة في القانون الدولي الخاص تسمى بتنازع القوانين، حيث أن هذه الأخيرة يعتمد عليها القاضي أثناء النزاع عند تعذره الوصول إلى حقيقة الإرادة الضمنية بشكل مؤكد.

مثال عن ذلك في قضية Joseph Charles Lemire Ukraine أكدت هيئة التحكيم على ما نصت عليه ديباجة مبادئ النييدروا من أن اختيارها من قبل الطرفين للتطبيق على العقد بينهما قد يكون صريحا أو ضمنيا وخلصت أن قيام الطرفين بإدماج عدة نصوص من النييدروا في العقد، واتفاقها على تخويل هيئة التحكيم تطبيق نظام قانوني وطني أو اختيار القواعد القانونية التي تراها مناسبة للتطبيق يعني ضمنا اتفاق الطرفين على عدم تطبيق قانون وطني يعيينه، الأمر الذي جعل هيئة التحكيم تقرر تطبيق قواعد القانون الدولي مع الأخذ باعتبار على وجه الخصوص مبادئ النييدورا[1].

إلا أن هناك اتجاهات اختلفت بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي في حالة غياب إرادة المتعاقدين.

سنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

المبحث الثاني: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص واخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة.

[1]– أمين دواس، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مجلة القانون الكويتية العالمية، السنة 08، ملحق خاص، العدد 08، ربيع الثاني، جمادى الأولى 1442هـ، ديسمبر 2020، ص 22.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار وذلك نظرا لطبيعتها الخاصة، مما يجعل مسألة تحديد هذا القانون أكثر صعوبة كما أن التفاوت في المراكز القانونية لأطراف العقد حيث يمكن ذكر اتجاهين رئيسيين بشأن هذا الأمر.

أحدهما يرى بأن عقود الاستثمار تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة وذلك استنادا إلى العديد من الحجج التي تبر ذلك وأهمها تتمثل في:

أن هذه العقود تندرج في إطار العقود الإدارية التي تستلزم السلطات التنظيمية بقانون الدولة المضيفة[1].

في حين يذهب اتجاه آخر: يدعو إلى تحرير هذه العقود من سلطات القانون الوطني، وإنما تكون خاضعة لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة فالبعض يفضل تطبيق قواعد القانون الدولي العام على هذه العقود والبعض الآخر يفضل تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية[2].

وبناء على ذلك نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني: عدم خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

بالرغم من تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب إرادة الأطراف في عقود الاستثمار لاختيارهم للقانون الواجب التطبيق إلا أن هناك جانب من الفقه ذهب بأن عقود الاستثمار تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره القانون الأساسي الحاكم للعقد استنادا إلى الحجج التي تبرر ذلك.

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 207.

[2]– المرجع نفسه، ص 208.

فهناك من يرى أن للدولة المتعاقدة حق بتنظيم عقود الاستثمار استنادا إلى عقود إدارية.

وهناك من يمنح حق الدولة المتعاقدة بتنظيم مثل هاته العقود استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

وكل من رأيين حجج استندوا إليها سنبين ذلك في فرعين مستقلين على النحو التالي:

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية.

الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية.

سنعرض في هذا الفرع من الدراسة الرأي المنادي بتطبيق القانون الوطني مما يتطلب خضوعها لنظامها القانوني ثم نحاول تقييم هذا الاتجاه.

أولا: الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة لكونها كعقود إدارية.

يرى هذا الاتجاه على الأن القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي برمها مع الأجانب وذلك بناء على تكييفها لعقود إدارية استنادا إلى فكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها[1].

فالعقود التي تبرمها الدولة مع أحد الأشخاص الاجنبية الخاصة تعتبر من عقود القانون العام وفي حالة عدم الاتفاق على كيفية تسوية المنازعات التي تنشأ عنها تطبيق القواعد العامة

[1]– عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربيةّ، القاهرة، 2000، ص ص 112-117.

التي تتفق مع طبيعة هذه العقود كما يمكن أن تعمل هذه العقود وفقا لمصالح التي يستلزمها سير المرفق العام للدولة الطرف[1].

وقد استند هذا الجانب من الفقه في تكييفه لعقود الاستثمار كعقود إدارية إلى التماثل بينها وبين العقود الإدارية حيث تتوافر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الدولة طرفا في العقد واتصال العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2].

وعلى هذا النحو فإن عقود الاستثمار وفقا لهذا الجانب من الفقه لا تعدو أن تكون عقودا إدارية مما يستلزم خضوعها للقانون الوطني للدولة المضيفة.

ثانيا: تقدير الرأي المنادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.

فالطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو القانون الخاص وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة ومن ثم فإن الاستناد إلى تكييف هذه العقود كعقود إدارية لا جدوى من ذلك لإخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك لما يلي:

1) عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية حيث يوجد عدد كبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مثل دول الشريعة الأنجلوسكسونية[3].

2) إن الربط بين الطبيعة العامة لعقود الاستثمار وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها يؤدي إلى عدم ارتباط هذا القانون بعنصر موضوعي والعقود الاستثمارية تتعلق مواضيعها بخطط التنمية في الدولة المتعاقدة.

---

[1]– في عرض هذا الرأي، يوسف عبد الهادي، الأليابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 300.

[2]– عصمت عبد الله، مرجع سابق، ص89.

[3]– أحمد حسان حافظ مطلوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة، 2007، ص 107.

3) اعتبار عقود الاستثمار لكونها عقود إدارية يهدف إلى عرقلة المستثمر الأجنبي والذي ما يأخذ موقف العداء والريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية[1].

مثال ذلك في قضية Texaco ضد الحكومة الليبية انتهى الأستاذ Dupuy إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية والشركة الأجنبية بأنه عقد إداري استنادا إلى أن المبادئ القانونية المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي بصفتها القانون الواجب التطبيق لا تقر تطبيق نظرية العقد الإداري فنظرية العقد الإداري نظرية فرنسي خالصة كرسها القانون الفرنسي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى التي استلهمت روح هذا القانون ومبادئه ولكنها نظرية غير معروفة في الأنظمة القانونية الأخرى[2].

الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة

سنعرض في هذا الفرع الرأي الذي استند إلى بعض القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة (أولا) ثم تقييم هذا الاتجاه (ثانيا).

أولا: الرأي المنادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

إن هذا الرأي يقوم بالدفاع على حق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمر الأجنبي بناء على القرارات التي تصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالنظر إلى السيادة الدائمة التي تتمتع بها الدول على مواردها الطبيعية حيث أن هذا المبدأ كان قد ظهر لأول مرة في أوائل الخمسينيات من القرن العشرين من خلال القرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة غير أن بداية القرارات التي يمكن الاستناد إليها في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار كانت مع القرار 1803 الصادر في 1962/16/14، حيث أكد هذا القرار على أنه

[1]– بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 213.

[2]– تحكيم Texaco منشور في: I.L.M.VOL.17.1978, p337.

من المفروض أن يكون الرأسمال المستورد وعائداته محكوم بالتشريع الوطني النافذ وبالقانون الدولي[1].

كما أصدرت الجمعية العامة في 1974/05/01 القرار رقم 3201 بعنوان بيان بشأن نظام اقتصادي دولي جديد والذي نصت المادة 519 منه على أنه: "السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية وعلى نشاطاتها الاقتصادية كافة ولغرض حماية هذه المصادر فإن لكل دولة الحق في ممارسة سيطرة فعالة عليها وعلى استغلالها بوسائل تلائم الوضع القائم فيها بصافي ذلك التأميم ونقل الملكية إلى رعاياها إذ أن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الدائمة والتامة ولا يجوز اخضاع أي دولة لإكراه سياسي أو اقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت[2].

ثانيا: تقدير الرأي المنادي بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

فقد رفضت الدول المتقدمة أي استدلال أو كشف عن قاعدة دولية تتعلق بإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة يمكن أن تستمد من قرارات الجمعية العامة، لأن هذه القرارات لا تفرج من حيث طبيعتها القانونية عن كونها مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء ولا تمثل قواعد قانونية لها صفة الالزام حيث ل يوجد ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد صراحة إلزامية التوصيات التي تصدرها الجمعية العامة[3].

كما قد أضاف الأستاذ Dupuy قائلا: "ومع أنه من الممكن الآن الإقرار بأن قرارات الأمم المتحدة لها قيمة قانونية غير أن هذه القيمة القانونية تختلف كثيرا استنادا إلى الظروف التي أحاطت بإصدار القرار والنصوص والتصويت عليه وعلى فرض بأنها قرارات ذات طبيعة

[1]– نص هذا القرار: .ILM ,vol,1963,p223

[2]- GESS (K.N) :permanent sovereignty over natural resources, I.C.L.Q, vol,1964, p398.

[3]– سلطة الجمعية العامة للأمم المتحدة في إصدار قرارات ملزمة تغيير قاهرة على أمور تنظيمية معينة تتعلق بالنظام الداخلي للمنظمة.

إعلانية كما هو الحال بالنسبة إلى ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول فغن القيمة القانونية متباينة[1].

وفي ختام هذا المطلب رغم الحجج والبراهين التي ساقها الفقه للوصول إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من حيث تكييفها لعقود إدارية أو بالاستناد إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عديمة الجدوى، وهذا لما تثيره من مشاكل قانونية قد تعرقل في وجه الاستثمار الأجنبي، حيث يمكن الوصول إلى تطبيق قانون المتعاقدة من خلال المبادئ العامة لقانون الدولة الخاص كما سنراه لاحقا.

المطلب الثاني: تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة

يذهب جانب من الفقه الذي يرى أن عقود الاستثمار خاضعة لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن أي من النظم القانونية الوطنية وافلاتها من خضوع القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا بأن قانون هذه الأخيرة سيؤدي إلى إمكان من تغيير القانون الواجب التطبيق والذي تم التعاقد على أساسه وهذا يمكن أن يخل بالتوازن بين المتعاقدين.

كما أن هذا القانون أيضا يحكم العلاقات الداخلية بين أطرافه قد لا يكون ملائما لمتطلبات التطور في مثل هذه العقود[2].

حيث يفضل البعض تطبيق مبدأ العقد شريعة التعاقدين وذلك باعتبار أن العقد هو الذي يخلق قانونه ويحدد أحكامه.

في حين البعض الآخر يطبق قواعد القانون الدولي العام والبعض الآخر يفضل اخضاع العقد لقواعد قانون التجارة الدولية les martoria بوصفه القانون الذي يحكم العلاقات العابرة للدول.

سنعرض في هذا المطلب لكل من هذه الاتجاهات في فرع مستقل كالآتي:

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 224.

[2]– المرجع نفسه سابق، ص 225.

الفرع الأول: تطبيق القانون الذاتي للعقد.

الفرع الثاني: تطبيق قواعد القانون الدولي العام.

الفرع الثالث: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

الفرع الأول: تطبيق القانون الذاتي للعقد.

سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة الاتجاه المنادي بالاكتفاء بالتنظيم الذاتي للعقد المبرم بين الطرفين (أولا) ثم تقييم هذا الاتجاه (ثانيا).

أولا: الاتجاه المنادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد.

يرى هذا الاتجاه أن تطبيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقد المبرم بين الطرفين هو القانون الذي تخضع إليه عقود الاستثمار.

فالعقد لا يستلزم لوجوده وعلى العكس من الكثير من النظم القانونية تدخل أي سلطة خارجية أو نظامية وحدها ودورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي ودون الرجوع إلى أي قواعد قانونية فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة باعتراف المشرع نفسه منذ اعتمد قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواد قانونية وإن كانت فردية[1].

ويقول أحد الأساتذة المؤيدين لفكرة التنظيم الذاتي لعقود الاستثمار إن قانون المتعاقدين الذي تنشئه اتفاقية شبه دولية هو نظام قانوني مستقل العلاقة بين الطرفين تنظيما شاملا، وبطبيعة الحال فإن قانون المتعاقدين هذا قد يشير لغرض تفسيره أو لغرض سد الثغرات التي تنشأ في المستقبل إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو للطرف الآخر أو للقانون الدولي ولكن هذه القوانين لا تطبق إلا بقدر ما يفرضه قانون المتعاقدين ذلك أن هذا القانون بماله من سيادة هو الذي ينص على حقوق الطرفين وواجباتهما[2].

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 128.

[2] - ver dross (A.V) quasi : international agrements and international economic transaction, Y.B.W.A, vol22, 1964 p230.

ثانيا: تقدير الاتجاه المنادي بكفاية الذاتية للعقود

انتقد هذا الاتجاه بعدة انتقادات من قبل الفقهاء المعارضين استقلال العقد وانفصاله عن القانون استنادا بالحجج ومن أهم هذه الانتقادات نذكر أهمها:

1) أن استخدام أطراف العقد لسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق لا يمنحهم حق في السيطرة على هذا القانون في الحدود التي يتصل فيها بالقواد الآمرة والنظام العام[1].

2) إضافة إلى ذلك فإن فكرة الكفاية الذاتية للعقد تؤدي إلى وقوع المحكمين أو القضاء في مأزق عند خلو العقد امر قائم، فليس بإمكان طرفي العقد التنبؤ بكلا النزاعات التي يمكن أن تثار في المستقبل لكي يوجدوا لها حلولا إذا أن القانون في حد ذاته يشوبه النقص والقصور فما بالك بالعقد[2].

3) كما أن الفقهاء يذهبون إلى القول أنه يوجد عناصر في العقد يمكن إيجاد مصدر له إلا في قانون معين ألا وهو عنصر مشروعية[3].

4) كذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ سلطان الإرادة ل يسبحان في الفضاء بل يجب ارتكازهما على قانون يمنحهما القوة الملزمة، فالعقد لابد يستند إلى قانون وضعي إذ لا يمكن أن يقع العقد في الفراغ فلا يمكن أن يوجد اتفاق بين الأطراف دون وجود قانون يسبق نشأة هذا الاتفاق إذ لا تستطيع إنشاء روابط تعاقدية إلا إذا خولها القانون الذي تتعلق به مسبقا هذه السلطة[4].

5) نخلص مما تقدم إلى انه يمكن التصور علاقة قانونية خارج النظام القانوني مكتفية بذاتها حيث يجوز أن يكون العقد بدون قانون يحكمه.

---

[1]– صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير مشكلة تنازع القوانين، ص 197.

[2]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سابق، ص 357.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص358.

[4]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 358.

الفرع الثاني: تطبيق قواعد القانون الدولي العام

أولا: عرض الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

إن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار عند خلو اتفاق الاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق عند نشوب النزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصا في حالة عدم وجود قواعد تفصل في هذا النزاع في القانون الوطني في الدولة المضيفة، ومن المتصور عمليا أن معظم القوانين الوطنية يشوبها قصور في تنظيم عقود الاستثمار، إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة مع أحكام القانون الدولي[1].

إن محدودية هذه النظم القانونية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات متمركزة فيها، يتمثل هذا الاتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب والفصل في المنازعات الناشئة عنها لاسيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة[2].

إذ أن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة بالتصدي بكافة المنازعات القانونية التي كثيرها عقود الاستثمار فالمحكم أن يجهد نفسه بالبحث عن الحلول في القوانين المختلفة فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع[3].

كما أن تطبيق القانون الدولي العام يحرر العلاقة التعاقدية من القوانين الوطنية فيحول بين الدولة المضيفة وإنشاء عقد الاستثمار إلى نظامها القانوني الوطني لتبرير تقصيرها في تنفيذ الالتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي، كما أن تطبيق القانون الدولي العام يجنبنا المشكلات التي تنجم عن إصرار الدولة المضيفة على اخضاع العقد لقانونها الوطني ورفض تطبيق قانون

[1]– عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2008، ص216–217.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 32.

[3]– علاء الدي مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 361

أي دولة أخرى رغم ما قد يعيب قانونها الوطني من نقص في تنظيم المسألة محل التعاقد، بالإضافة إلى أن تطبيق هذا القانون على العقد يصير ضروريا في بعض الأحيان لتكملة ما قد يشوب نظام القانون الوطني الواجب التطبيق من نقص وقصور في تنظيم المسألة محل التعاقد[1].

ثانيا: تقدير الاتجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار.

لقد تعرض هذا الرأي إلى عدة انتقادات التي تمثلت في أن عقود الاستثمار تبرم بين دولة وطرف خاص أجنبي لا يملك وفقا الرأي المعتمد في الفقهي والقضاء الدولي أي قدر من الشخصية القانونية الدولية أي أنه لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام حتى تطبيق قواعد التعاون الدولي العام على تصرفاته القانونية وما يبرمه من عقود[2].

وقد ذهب الأستاذ Dengler إلى أن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص هذا القانون ومتمتع بالأهلية التعاقدية الدولية ولم عليه الصفقة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل مساهمة في خلق قانون دولي احتياطي لا يمكن أن يدمج في النظام القانوني الدولي ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام[3].

أما بخصوص تطبيق القانون الدولي لنظرية Weil فقد تعرضت هذه النظرية إلى عدة انتقادات أهمها:

أثناء اجتماع مجمع القانون الدولي في أوسلو سنة 1977 عبر معظم الفقهاء عن رفضهم التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد والنظام الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة واصفين أيهما بالمصطنعة وعديمة الفائدة العملية، كما أن ذات المجمع في دورته المنعقدة في مدينة أثينا عام 1979 من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود

[1]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 227–228.

[2]– محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم bot، مرجع سابق، ص 181.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 363.

المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية فلم يتجاهل فكرة نظرية Weil بحيث قرر أن هذه العقود تخضع لقواعد القانون المختار من قبل أطراف وفي حالة غياب هذا الاختيار تخضع لقواعد القانون الذي ترتبط بهذا العقد بصفة أكثر وثاقة[1].

وأيضا من بين الانتقادات التي تعرض لها هذا الاتجاه:

– كما تعتبر الأفكار التي طرحها من قبل الفقهاء الذين نادوا بتدويل عقود الاستثمار لا تستند إلى أسانيد واقعية لا تبر إلا عن عدم وجود نظام قانوني مستقر لحكم موضوع هذه العقود ومنه فإنها كبقية العقود يجب خضوعها إلى قانون الإرادة الصريحة وفقا للقانون الدولي الخاص، وفي حالة تخلفها يخضع العقد للقانون الأنسب وفقا لنظرية الوطني[2].

– كما أن بعض الفقه يرى أن قواعد القانون الدولي يجب أن تبقى لعلاقات متخصصة لتنظيم العلاقات بين الدول أما المعاملات الاقتصادية والتجارية فيجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص حتى ولو كان أحد أطرافها دولة، إذ في الغالب ما يكون إخراج هذه العلاقات من مجال القانون الدولي الخاص وإدخالها في القانون الدولي العام، الرغبة في تحقيق نتيجة معينة، بهدف التعرب من قانون الدولة الطرف في العلاقة[3].

– بالرغم من كل الانتقادات التي وجهت إلى تطبيق القانون الدولي العام على موضوع التزام إلا أنه يمثل الحل الذي يحقق الفعالية الكاملة لعقود الاستثمار بحيث أن اسنادها لنظام قانوني دولي يجعلها مبنية على تغييرات تشريعية وتعديلات تقوم بها الدول المطبقة للاستثمار وذلك تقتضي تحديد قواعد دولية واضحة المعالم، أما كافة الدول النامية[4].

[1]– مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 241.

[2]– المرجع نفسه، ص 241.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص241.

[4]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 251.

فقد نصت المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز في جملتها الثانية على أنه "... عند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما يدفع في ذلك قواعدها بشأن تنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق[1].

يتضح لنا من نص الاتفاقية في جملتها الثانية أن غياب الإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق أثناء النزاع فيطبق القواعد القانونية الوصية للدولة المضيفة ومع ذلك قواعد القانون الدولي.

"فإنه يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي على منازعات الاستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه حيث لا يؤيد النص الواضح والصريح للمادة المذكورة مسألة توسيع تطبيق القانون الدولي وعلى نحو يترتب عليه استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة وهكذا فإنه باستثناء تحكيم المركز الدولي لمنازعات الاستثمار فإنه ليس هناك اعتراف بدور القانون الدولي لحكم عقود الاستثمار"[2].

الفرع الثالث: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية lex mercaloria

إن المقصود بقواعد قانون التجارة الدولية كما يعرفها الأستاذ: "النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية"[3].

نقتصر في دراستنا هنا على عرض الاتجاه المنادي بتطبيق هذه القواعد عند غياب الإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم (أولا) قم نحاول تقييم هذا الاتجاه (ثانيا).

---

[1]– ينظر في ذلك نص اتفاقية واشنطن بالإنجليزية على شبكة الانترنت، على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.dispute.between.states.and.national.of.ot.her.states.washington,1965/doe. وكذلك نص الاتفاقية باللغة العربية منشور في الجريدة الرسمية، العدد 30 في 27 يوليو /1972.

[2]– نقلا عن بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 244.

[3]– ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية اتفاقية فيينا 1980، مكتبة الجلاء، المنصورة، ط2، 1995.

أولا: عرض الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية.

حيث ذهب جانب من الفقه أنه عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق فعلى المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وبما أن القانون الدولي العام لا يصلح في رأي هذا الاتجاه في حد ذاته للعمال به في عقود الاستثمار، فيؤكد احد الأساتذة في هذا الخصوص على أن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة تخرج من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، فهذا القانون ينشئ ليحكم القناعة التجارية الدولية التي تكون الدولة طرفا بوصفها شخص عادي[1].

ثانيا: تقدير الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية:

تعرض الاتجاه المنادي بتطبيق القواعد القانونية للتجارة الدولية على عقود الاستثمار عند غياب الاختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف لانتقادات عديدة أهمها:

1) فهذا النظام لا يحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهو إن اشتمل على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على المسقط والقواعد التأخيرية فاللجوء إلى تطبيق هذه القواعد على عقود الاستثمار يعتبر حلا سيئا في نتائجه وأيضا في آلياته الفقهية[2].

2) إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار لا تناسب مع تركيز هذه العقود في النظام غير الدولي وإخضاعها لقواعد قانون التجارة الدولية فيؤكد أحد الأساتذة في هذا الخصوص على أنه: العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة كما هو شأن عقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية تخرج من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، فهذا القانون قد نشأ ليحكم العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة، وهو ما يمكن أن يمتد أيضا إلى العلاقات التجارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها كذلك، حيث يتعلق الأمر بعمليات انتاجية طويلة

[1]– هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق، المرجع السابق، ص 34.

[2]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 813.

الأجل تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية فإنه يصعب التسليم بانطباق القانون التجاري الدولي على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية[1].

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن إخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية لا يقدم الحل المناسب لمنازعات هذه العقود لوجود نقص في قواعدها أحيانا أولها لهذه العقود من خصوصية بالنسبة للدولة المضيفة لا يمكن لقانون التجارة الدولية أن يراعيها[2].

[1]– هضام صادق، مرجع سابق، ص 340–341.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 250.

المبحث الثاني: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وإخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة

إنه ما هو ثابت عليه في القانون الدولي الخاص إذا غاب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، فلا يمكن للمحكم أو القاضي البحث عما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف.

لذا يجب على القاضي أو المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق اللجوء إلى تركيز الرابطة العقدية بإسناده إلى القانون الأكثر صلة بهاء والذي يعتبر مركز الثقل في الرابطة العقدية، بحيث إذ لم يعلن عن نية الأطراف المتعاقدة بشأن القانون الذي يحكم العقد، ولا يكون من الممكن استنباطها من الظروف، فإن العقد يكون محكوما بالنظام القانون الذي يكون الأكثر ارتباطا وصلة بالعقد وعليه من خلال ما سبق نقسم هذا المبحث إلي مطلبين، نتناول في المطلب الأول دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وفي المطلب الثاني نظرية الأداء وإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة.

المطلب الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق

جاءت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كل من التشريع الجزائري تفيد بأنه يمكن للأطراف تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي في النزاع[1].

إذا كان النص لا يتضمن المبادئ العامة على سبيل التحديد أو الذكر وهى تختلف عن العادات التجارية الدولية فقد كرستها الكثير من العقود الاستثمارية والاتفاقيات الثنائية بالجزائر لاعتبار أن السياسة الاستثمارية الجديدة قامت بتشجيع الاستثمار الأجنبي في بعض الضمانات، من بينها إعطاء الأولية لاختيار القانون الملائم أو الأصلح له والذي كثيرا ما

[1]– أحمد بوخلخال، نظام تسوية المنازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مرجع سابق، ص 149.

يفضل تطبيق المبادئ العامة للقانون وهي قواعد القانون الدولي الخاص وهي ما يطمئن لها أكثر من التشريعات الداخلية في بلدان العالم الثالث.

الفرع الأول: منهج الإسناد الجامد.

يمكن وصف منهج الإسناد الجامد بالمنهج التشريعي، وهذا لأنه يقوم فيه المشرع نفسه بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة، من خلال إدخال ضوابط معينة يلزم القاضي بتطبيقها، ولا مجال للاجتهاد فيه، ماعدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي و إعماله على نحو سليم[1].

لعل هذا المنهج يعكس وجهة نظر المشرع فيما يراه القوانين صلة بالعقد، مثل قانون الجنسية أو المشترك للمتعاقدين أو قانون دولة إبرام العقد أو دولة التنفيذ، بحيث يلزم القاضي بأن يطبق وفقا لهذا المنهج الضابط الذي حدده المشرع وعلى سبيل التدرج الذي أورده هذا المشرع.

وبالتالي هذا ما يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا، حيث يحقق الأمان القانوني الذي يسعون إلى تحقيقه، ويقوم بالحفاظ على توقعاتهم المشروعة...[2] وما يميز هذا المنهج هو تجاهل الطبيعة الخاصة لكل عقد، فهو يأخذ بقاعدة إسناد عامة لا تعبر في الكثير من الأوقات عن مركز الثقل في العقد، وهذا يجعل جانبا من الفقه يعتب منهج الإسناد الجامد منهجا اعتباطيا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة[3].

ويعتبر هذا المنهج غير صالح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة التي لا

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 255.

[2]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 557 وما يليها.

[3]– عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 264.

يمكن إدراجها تحث طائفة من العقود المسماة، بحيث تتنوع نماذجها وأشكالها[1].

ويشكل هذا المنهج عقبة أمام تطوير الحلول والمستجدات الحادثة في عصر التكنولوجيا، ولهذا لا يصلح له بأن يكون منهجا يتلاءم مع طبيعة عقود الدولة.

إلا أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا المنهج على الرغم من جموده من خلال المادة 18 من ق م ج خاصة بعد تعديلها، كما أن قرارات المجلس الأعلى سابقا اتجهت إلى تكريسها.

بحيث 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 القانون المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله مما يستوجب رفضه.

-وفي قضية الحال – أنه من الثابت أن الطاعن أبرم العقد مع الشركة الأجنبية في بلدها، قضاة الموضوع بتطبيقهم قانون مكان العقد طبقوا صحيح القانون[2].

وهي أن وقائع هذه القضية تتمثل في أن شركة جزائرية أبرمت عقدا مع شركة بلجيكية في بلجيكا، نشأ نزاع بين الشركتين فقامت المحاكم البلجيكية بإصدار قرار 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[3].

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 257.

[2]– قرار المجلس الأعلى رقم 48855 المؤرخ في 1988/04/10، م ق 1992، عدد 03، ص 80، وكذلك حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 19.

[3]– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 327-328.

الفرع الثاني: منهج الإسناد المرن "نظرية باتيفول " نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

إن ما يميز هذا المنهج عن المنهج السابق هو نوع المرونة في الإسناد، وذلك حسب مقتضيات التعاقد ويختلف على إختلاف العقد، بحيث يبحث القاضي في كل حالة على حدى عن أكثر القوانين صلة بالرابطة العقدية والذي يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، والتي تستنتج من خلال ظروف العقد وملابساته[1].

فالنظام القانوني الذي أشار إليه العقد هو القانون المنسب فعلا، وعلى هذا النحو فإن هذا الاتجاه في الإسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لملابسات التعاقد وظروفه، والذي قاده الأستاذ الفرنسي "باتيفول" متأثرا بالقضاء الإنجليزي، وقام القضاء الفرنسي الحديث بتكريسه 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].

وفي العقد the proper law of contract تم إسناده إلى القانون الخاص والذي يحدده واستمر القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما الاتجاهات القضائية التي أسندت العقود للقانون الأقرب صلة بها في ضوء ظروف وملابسات التعاقد، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 26 يوليو 1959 أنه :" إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته.[3]

ولعل العمل بهذا المنهج في تحدي القانون الواجب التطبيق من شأنه أن يحقق العدالة إلى حد ما، على أنه يؤخذ عليه افتقاده لعنصري اليقين والمعرفة المسبقة، وهذا ما يؤدي حتما إلى الإخلال بتوقعات الأطراف، بحيث يصعب عليهم معرفة القانون الواجب التطبيق مسبقا لأن

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 564–565.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 257.

[3]– المرجع نفسه، ص 312

الأمر يختلف من حالة إلى أخرى[1].

الفرع الثالث: منهج الأداء المميز.

يقول الدكتور هشام صادق "إن نظرية الأداء المميز التي تقوم على تركيز موضوعي بحت للروابط العقدية، تحتل مركزا وسطا بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، والسابق الإشارة إليه، وهو إسناد يتميز بالوضوح ويصون للمتعاقدين توقعاتهم من البداية وإن عابه كما رأينا أنه يفتقد للمرونة التي يطلبها اختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة، وبين نظرية التركيز الموضوعي للأستاذ باتيفول والتي وإن حققت المرونة في الإسناد في كل حالة على حدة وفقا لظروف التعاقد وملابساته، إلا أنها قد أضحت على هذا النحو باعتبارات الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، 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"[2].

إن إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الأداء المميز يعد من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولية، وهو أول ما ظهر في الفقه والقضاء السويسري، وسرعان ما تأثرت به الاتفاقيات والتشريعات المختلفة[3].

ويذهب أنصار نظرية الأداء المميز أنه عند تخلف الاختيار الصريح والضمني المؤكد لقانون العقد، فإنه يمكن مسبقا وضع قاعدة إسناد خاصة بكل عقد على حدى، أو بكل مجموعة من العقود التي تتشابه في طبيعتها الذاتية، ولقد تم توحيد وظيفتها الاقتصادية التي تؤديها في

---

[1]– علي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 266.

[2]– نقلا عن: هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 261.

[3]– عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 267.

وسط معين، ويتحقق هذا إذا كان التعويل على العناصر الموضوعية الخالصة للعلاقة التعاقدية[1].

ويقوم منهج الأداء المميز على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على حسب أهمية وقيمة الأداء ووزنه أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه حيث يفرد كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه مما يترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق على حسب العقد ونوعه[2].

ولقد افترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ للأداء المميز أو الرئيسي في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء فلقد ذهبت المحكمة الفيديرالية السويسرية فـي 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 أداؤه مميز في العقد محل النزاع"[3].

إن ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز – وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الأداء– يرجع إلى وضوح معيار هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به، بدلا من الإعتداد بمحل التنفيذ الفعلي والذي يمكن أن يكون مجهولا عند التعاقد فضلا على أن الراجح هو أن يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد في محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهذا يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال[4].

وهناك أيضا اتفاقية روما لعام 1980 والتي تبنتها نظرية الأداء المميز بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي أضحت القانون الأوروبي للالتزامات التعاقدية

[1]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 292–293.

[2]– عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 267.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 258–259.

[4]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 589–590.

وذلك في المادة 4 منها التي نصت على أنه :" عند انعدام 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[1].

وكما قننتها الكثير من التشريعات الوطنية[2] والتي تؤكد على أن وقت تقدير الأداء المميز هو وقت إبرام العقدale» وتصور الأطراف له في ذلك الوقت، ولا يلزم للأداء التنفيذ المادي أو الفعلي، الأمر الذي سيحقق للمتعاقدين الأمان القانوني من خلال حفظ توقعاتهم"[3].

ومن خلال تطبيق هذه النظرية نظرية الأداء المميز على البعض من 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 سكة حديدية وعند غياب بند القانون الواجب التطبيق، قررت أن يطبق القانون الجزائري على العقد، بحيث أن العقد يتمركز على القانون الجزائري فقد أبرم وتم تنفيذه في الجزائر[4].

[1]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 299.

[2]– منها القانون الدولي الخاص السويسري، حيث نصت المادة 117 منه على أنه: "يسري العقد عند غياب اختيار قانون الدولة التي 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 لقانون الدولي الخاص على أنه: "عند سكوت الإرادة اختيار القانون الواجب التطبيق يتم اسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

–ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرا م العقد محل الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز في العقد ."وكذا القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978 في المادتين 36 و37 منه، وكذا القانون الروسي لعام 2001 في المواد 1211 وما بعدها والقانون الإيطالي في المادة 57 التي أحالت إلى اتفاقية روما.

أنظر: بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 260–261 ومحمد الروبي، مرجع سابق، ص 300–302.

[3]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 300.

[4]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 273.

المطلب الثاني: نظرية الأداء المميز وإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة.

إن ما يميز عقود الاستثمار طبيعتها الخاصة، والناجمة عن ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، مما ينبغي معه إخضاعها لنظام قانوني يراعي هذه الطبيعة، ألا وهو القانون الوطني للدولة المضيفة الذي يمثل في اعتقادنا القانون الطبيعي الواجب التطبيق على هذه العقود، ولتميز نظرية الأداء المميز بمراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، مما يجعلها في اعتقادنا أقرب المناهج لمراعاة الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار[1].

الفرع الأول: تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار.

نحاول في هذا الفرع تطبيق نظرية الأداء المميز على بعض النماذج من عقود الاستثمار وهذا لتحديد القانون الذي يناسب الطبيعة الذاتية لهذه العقود ويراعي خصوصيتها.

أولا: نظرية الأداء المميز وعقود البترول

إن لعقود البترول أهمية كبيرة سواء بالنسبة للدول المنتجة له أو الدول المستهلكة، فهو يعتبر المصدر الرئيسي للدخل القومي بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له حيث تمثل موارده الركيزة الأساسية لتحقيق تنميتها، وبالنسبة للدول المستهلكة فهو أساس وسائل الإنتاج والتوزيع وهو محرك السياسة والسلم والحرب.

ولاستغلال طاقة البترول يتطلب الدخول في عدة عقود بين الدولة المنتجة أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى والذي في الغالب ما يكون أكبر الشركات المتخصصة القادمة من الدول الصناعية مستهلكة الطاقة[2].

وطبقا للقاعدة العامة في تنازع القوانين تخضع هذه العقود لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية.

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 266.

[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 266.

وعند سكوت إرادة المتعاقدين فنرى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد، حيث أن مصادر النفط والتي تعتبر العنصر الأساسي في هذه العقود تقع في أراضي الدولة المضيفة وتخضع لحقوقها العينية[1]، فضلا عن أن مكان الأداء يقع في أراضي الدولة المضيفة حيث أن عملية الاستغلال للبترول تتم على أراضيها، مما يجعل أراضي الدولة هي المكان الذي يترتب فيه آثار العقد وتتبدى فيه المنافع الاقتصادية لأطرافه[2].

ولذلك يكون القانون الواجب التطبيق على عقود البترول قانون الدولة المضيفة للاستثمار بحيث يوجد بها مركز الأداء المميز في العقد ويؤيد هذا الحل العديد من الفقهاء[3].

ونصت المادة 4 من قانون الهايدروكاربونيات الفنزويلي الصادر سنة 1955 على أن : "أي شك أو خلاف من أية طبيعة كان مما قد ينشأ من جراء هذا الامتياز ولا يمكن إلا وديا ستفصل فيه المحاكم المختصة في فنزويلا ووفقا لقوانينها"[4].

ونص قانون البترول في جمهورية منغوليا الشعبية لسنة 1991 في المادة 1/13 على أنه: " ما لم ينص في عقود البترول على خلاف ذلك، فإن أي نزاع بشأن عمليات البترول سوف تتم تسويته من قبل محاكم جمهورية منغوليا الشعبية ووفقا لقوانينها"[5].

وفي قضية Winter shall[6] بين الحكومة القطرية وشركة Winter shall، والتي تتخلص وقائعها بأن الشركة المذكورة ومعها مجموعة من الشركات الأخرى Caaf سنة 1981 مع الحكومة القطرية عقد تنقيب و إنتاج مشترك بدلا من عقد امتياز سابق. ولقد نص العقد

---

[1]- أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات (مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه (29)، ط2، بيروت، 1997.

[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 267.

[3]- أكثم أمين الخولي، التحكيم في منازعات الطاقة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، يناير، 2000، ص 49.

[4] -Toriguian (Sh) : Legal Aspects of Oil Concessions in the Middle op, cite, p77-78.

[5]- نص القانون منشور على شبكة الإنترنت http://www.pam.mn/main2_.htm

[6]- تحكيم Winter shall منشور في: I.L.M.,vol 28, 1989, p 795.

الجديد على منح حق التنقيب والحفر وإنتاج البترول لمجموعة Winter shall في منطقة محدودة من المياه الإقليمية لمدة 30 عاما على أن تتخلى الشركة عن 9650 من هذه المنطقة بعد 5 سنوات وعن 9620 أخرى منها بعد 8 سنوات. ونص أيضا العقد على أنه إذا لم تعثر الشركة في منطقة خلال 8 سنوات على البترول الخام بكميات تجارية أو على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول وقابل للاستغلال على نحو اقتصادي فإنه يمكن للحكومة القطرية إلغاء العقد، أما إذا اكتشفت أن هناك غاز طبيعي مصاحب للبترول فإنه يجوز للشركة استغلاله إما وحدها إن أرادت وإما بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقا لترتيبات تعاقدية جديدة يتفق عليها"[1].

ولم تعثر مجموعة Winter shall في منطقة العقد على بترول خام بكميات تجارية، وإن كانت منعت من الحفر طبقا لنص في العقد يجيز ذلك – في جزء من منطقة عقدها تعتبر منطقة نزاع بين قطر والبحرين ادعت الشركة أن احتمالات العثور على البترول الخام بها كانت كبيرة.

وعلى العكس فالشركة عثرت على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول بكميات كبيرة صالحة للاستغلال التجاري في رأيها. ومن ثم بدأت المفاوضات بين الشركة والحكومة لاستغلال هذا الغاز المكتشف في منطقة العقد وحدها أو مع هذا الغاز الطبيعي المكتشف في المنطقة المجاورة التي تستغلها الهيئة العامة القطرية للبترول QGPC، ودار البحث بين الطرفين حول (3) مشاريع مختلفة لاستغلال الغاز، بيد أن المفاوضات لم تنجح[2].

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 268.

[2]– المرجع نفسه، ص 269.

فلجأت مجموعة Winter shall إلى التحكيم[1] للطلب بتعويض قدره 250 مليون دولار على أساس أن الحكومة القطرية هي المسؤولة عن فشل المفوضات بين الطرفين لاستغلال الغاز الطبيعي، فضلاً عن مسؤوليتها عن منع مجموعة الشركات من التنقيب في منطقة النزاع المجاورة للبحرين بالرغم من ارتفاع احتمال العثور على البترول بتلك المنطقة[2].

ونظرا لانعدام إرادة المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق فإنه تعين على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المضيفة وهو القانون القطري، نظرا لأن قطر هي المكان الذي انعقد فيه العقد ومكان تنفيذه مما يجعلها محل الأداء المميز في العقد[3].

ثانيا نظرية الأداء المميز وعقود التعاون الصناعي:

للصناعة دور مهم في رفع اقتصاد الدول فبها تتحقق التنمية والاستقرار الاقتصادي وتعد الصناعة دعامة أساسية من دعائم التطور الاقتصادي والتقني للدول، فهي تعمل على تنمية الموارد القومية وتخلق قاعدة إنتاجية تغطي احتياجات ومتطلبات المجتمع.

لذلك نجد قطاع الصناعة يستحوذ اهتمام معظم الدول فالاستثمار في القطاع الصناعي يحتل مكانا بارزا في أولويات الدول المستوردة للاستثمار، بحيث أصبحت عقود التعاون الصناعي على اختلاف صورها الأداة الهامة لنقل التكنولوجيا بين مختلف دول العالم وخاصة الدول المتقدمة صناعيا والدول النامية.

وإذا كان أحد أطراف تلك العقود هو الدولة والطرف الآخر شخص طبيعي اعتباري أجنبي، فلا بد من وقوع تنازع القوانين لاسيما مع تضارب مصالح الأطراف ومع اختلاف أحكام التشريعات المنظمة لحماية الاختراعات وكيفية استغلالها والحقوق عليها[4].

وكغيرها من العقود الدولية، فإن القاعدة العامة بشأن عقود التعاون الصناعي تفضي

---

[1]- وقد تشكلت هيئة التحكيم في هذه القضية من الأستاذة John R. Stevenson : رئيسا وعضوية lan Brownlie و . Bernardo Gremades

[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 269.

[3]- المرجع نفسه، ص 269.

[4]- المرجع نفسه، ص 269.

بخضوعها لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية. وعند انعدام هذه الإرادة فإننا نرى إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره قانون المكان الذي يتجسد فيه الأداء المميز في العقد ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، فضلا على أن هذه الدولة هي من الدول النامية في الغالب هذا ما يجعلها في موقف الطرف الضعيف والمستحق للحماية وتشريعاتها في هذا الخصوص تهدف إلى حمايتها اقتصاديا ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية إلا في الحدود التي تساهم فيها في خطة التنمية وبما لا يمس تشجيع وحماية التكنولوجيا المحلية وبما يحمي الاقتصاد وميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهظة والمقيدة لحرية مستورد التكنولوجيا والتي يفرضها الطرف الآخر[1].

ويحظى هذا الحل بالتأييد من العديد من الفقهاء[2]. ونصت عليه أيضا العديد من التشريعات الوطنية[3].

فلقد نصت المادة 36 من قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991 عل خضوع المشاريع الموافق عليها ومنها المشاريع الصناعية وفقا للمادة 3 من هذا القانون لأحكام قانون التجارة رقم 149 لعام 1949 وتعديلاته فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون[4].

وهذا الحل الذي أخذ به بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا المشرع المصري في المادة 87 من قانون التجارة رقم 17 لعام 1999 حيث تنص على أنه: "في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري"[5].

وتم تأييد هذا الحل من طرف محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 22

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 211.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 211، وكذلك محمد أحمد علي المخلافي، أثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات وأبحاث مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد 2، ط1، ص 80.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 270.

[4]– قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 لسنة 2000 مؤسسة النوري، دمشق، 2000.

[5]– نص القانون منشور في : الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر، مايو سنة 1999.

نوفمبر 1980 بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية وحكومة تايلاند والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار للسيارات في تايلاند، حيث قررت المحكمة إلى تطبيق القانون التايلندي نظرا لأن قطر هي مكان انعقاد العقد وتنفيذه مما يجعلها محل الأداء المميز في العقد[1].

ثالثا: نظرية الأداء المميز وعقود الأشغال الدولية:

في الآونة الأخيرة تزايدت أهمية عقود الأشغال الدولية نظرا لاتجاه أغلب الدول النامية إلى محاولة تحديث بنيتها الأساسية ومرافقها العامة» حيث تمثل صناعة التشييد الهندسي نسبة بالغة الأهمية من حجم الاستثمار السنوي بوجه في أغلب تلك الدول، إذ تتراوح بين نسبة 40% إلى 50% منه، ومن ثم تتحمل هذه الصناعة وحدها بأكبر نصبب من الوفاء بخطط التنمية في تلك الدول[2].

وتكون أطراف عقد الأشغال في الغالب مختلفة الجنسية، فهناك المقاول الأجنبي وهناك المقاولون من الباطن، أو قد يتم توزيع العمل على عدة مقاولين أصليين، وهناك أيضا رب العمل.

كما أن هذا العقد يتعلق عادة بمشروع ضخم يستغرق سنوات لتنفيذه، ويكلف مئات الملايين من الدولارات وتتشابك العلاقات الناشئة عنه بسبب طبيعة الخاصة إذ يتعلق مثلا بإنشاء نفق ضخم أو مترو أنفاق أو مصانع كبيرة أو مطارات دولية أو إنشاء سدود نهرية أو محطات لتوليد الكهرباء أو إنشاء مشفى تعليمي ضخم"[3].

وبالتالي تنفيذ هذه العقود يثير الكثير من المشاكل، مما يتعين عليه معه تحديد القانون الواجب التطبيق عليها. بحيث تخضع هذه العقود لمبدأ استقلال الإرادة في تعيين هذا القانون

[1] -Cour d'appel de Paris. 22/11/1980 J.D.I, 1981, P. 585.

[2]– محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002 ص 162.

[3]– محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس» سبتمبر 2002، ص 137.

كقاعدة عامة غير أن في البعض من هذه العقود لا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهذا يوقع هيئات التحكيم في حيرة لتحديد هذا القانون[1].

وبالتالي إن الأداء المميز في العقد متجسد في المكان الذي تم تنفيذ فيه الأشغال، مما يجعل قانون الدولة الطرف هو الواجب التطبيق على العقد. والذي يفرض هذا الحل هو أن الشخص العام الطرف في العقد في الغالب ما يكون خاضعا لبعض اللوائح والتنظيمات التي تصدرها الدولة لأشخاصها العامة، وفي الكثير من الأحيان ما تمثل تصرفات الدولة وما يصدر عنها من تشريعات أو خلافه قوة قاهرة لبعض العقود، ولا شك أن تأثير هذه التصرفات ومدى إلزاميتها لأشخاص القانون العام في الدولة وتعاقداتها من الأهمية بمكان[2].

وممن أخذوا بهذا الحل القسم الإفتائي بمجلس الدولة المصري، حيث استقر على أن الطبيعة المختلطة لعقد الأشغال الدولي –كعقد إداري دولي– لا يترتب عليها الإفلات من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذا العقد وهو ما يتفق مع الإطار الموضوعي لفكرة العقد الإداري[3].

ولذلك فقد أنهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية، والمتعلق بإنشاء خط سكك حديدية وفي غياب شرط القانون الواجب التطبيق إلى تطبيق القانون الجزائري على العقد، حيث أن العقد يتركز في القانون الجزائري، بحيث أبرم في الجزائر ونفذ فيها[4].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 272.

[2]– محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية " دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها"، دار النهضة العربية القاهرة، بدون دار النشر، 2000،ص 361.

[3]– فتوى الجمعية العمومية في 1993/3/1. نقلا عن محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع السابق، ص93.

[4]– محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 205.

الفرع الثاني: تكريس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في الأدوات القانونية الدولية.

لقد جاء هذا الاتجاه بإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة مراعيا للطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تتطلب إخضاعها للنظام القانوني الذي يراعي هذه الخصوصية، حيث تم تكريسه في العديد من الاتفاقيات و المواثيقAd gall ذات الصلة وكذلك في القضاء الدولي[1].

أولا- الاتفاقيات الدولية:

وأعرض فيما يلي أهم اتفاقيتين تعرضتا لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار وهما:

|اتفاقية واشنطن لعام :1965

بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965 بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وعند غياب إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن سلطة المحكم في تحديد هذا القانون تخضع للجملة الثانية 1/42 والتي تنص بأنه: "...وعند غياب مثل ذلك الاتفاق على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق"[2]، أي أنه عند عدم قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فإنه يتعين على المحكم أن يقوم بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار وكذلك قواعد القانون الدولي.

في الواقع أن المادة المشار إليها إلى قواعد القانون الدولي من الممكن تفسيرها على أنها نجيز لهيئة التحكيم بحيث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي، مما يمكن أن تترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الوطني وتركيز المنازعة في النظام القانوني

[1]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 274.

[2]- نص الاتفاقية منشور بالإنجليزية على شبكة الإنترنت:
http://www, jus. uio.no/Im/icsid settlement. of. disputes. between. states. and. nationals. of. other. Stat
وكذلك نص الاتفاقية باللغة العربية منشور في الجريدة الرسمية» العدد 30، في يوليو 1972

الدولي[1].

إلا أن هذا التفسير لا يمكن قبوله، حيث أن ما ورد في المادة 1/42 لا يجيز أصلا تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي، بحيث أنها لا تسمح 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 والاقتصار على تطبيق قواعد القانون الدولي.

فإن الإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والطرف في النزاع لم تأت من فراغ، وإنما جاءت نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد الاستثمار فلذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي وما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد[2].

وهكذا فإن القانون الواجب تطبيقه عند سكوت إرادة المتعاقدين هو القانون الوطني للدولة المضيفة أو المتعاقدة، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي على منازعات الاستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه. وهو ما طبقه العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز[3].

ففي قضية Benvenuti and Bonfant ضد الكونغو، طبقت هيئة التحكيم الجملة الثانية من المادة 1/42 نظرا لغياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ولقد انتهت المحكمة بتطبيق دولة الكونغو بدل عن قواعد العدل والإنصاف التي اتفق الأطراف على تطبيقها بعد نشوء النزاع[4].

وبالنسبة أيضا لقضية AMCO ضد أندونيسيا، فإن هيئة التحكيم قامت بتطبيق أيضا

---

[1]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 275.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 63.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 276.

[4]– تحكيم Benvenuti and Bonfant منشور في: I.L.M. vol21, 1981, p 740.

الجملة الثانية من المادة 1/42 وهذا نظرا لعدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، وانتهت إلى أن نص المادة المذكورة لا يخول للمحكمة سلطة تطبيق القانون الدولي إلا لسد الثغرات في القانون الوطني الواجب التطبيق وللتأكد من اتفاق قواعده التي ستطبق مع قواعد القانون الدولي[1].

ب اتفاقية روما لعام :1980

إن اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في 19 يونيو 8 والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أبريل سنة 1991 تعتبر بمثابة التقنين الأوروبي للعقود[2].

وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تنص على استبعاده بنص صريح، وبما أن عقود الاستثمار ليست من العقود التي استبعدتها فيمكن القول أن الاتفاقية تسري عليها[3].

لقد تناولت الاتفاقية مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد عند عدم تحديد الأطراف لهذا القانون في المادة الرابعة منها[4]. حيث يتعين إخضاع العقد لقانون الدولة الأقرب صلة بالعقد[5]، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي أبرم فيها العقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز في العقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا[6].

---

[1]– تحكيم amco منشور في: .I.L.M. vol 24, 1985, p1422

[2]– "فهي نظرية عامة للعقد الأوروبي والمسيطرة على موجة تشريعات القانون الدولي الخاص الجديدة التي توالى ظهورها مع نهاية الثمانينات من القرن العشرين. طرح البحور علي حسن فرج: تدويل العقد، " دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 19.

[3]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 277.

[4]– نص الاتفاقية منشور بالإنجليزية على شبكة الإنترنت:

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

[5]– المادة 1/4 من اتفاقية روما.

[6]– المادة 2/4 من اتفاقية روما.

وهذا ما يقود في الغالب عقود الاستثمار إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، حيث يتركز فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي للمدين في عقود الاستثمار على نحو ما بينا عند تطبيق نظرية الأداء المميز على نماذج عقود الاستثمار المختلفة. وأكثر من ذلك فإنه وعلى فرض أن قانون الدولة المضيفة ليس أقرب صلة بالعقد إذا ما تم الأداء الرئيسي في العقد خارج إقليمهما – وهو أمر نادر الحدوث – فإنه وفقا للفقرة 5 من المادة 4 من الاتفاقية يتم استبعاد تطبيق قانون الأداء المميز على النحو المتقدم، وذلك "...عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد ارتباطه بروابط أكثر وثوقا مع دولة أخرى"[1]. وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتبار أن عقود الاستثمار غالبا ما ترتبط بطبيعتها باستغلال الثروات الطبيعية في الدولة، أو نقل التكنولوجيا إليها، أو إقامة مشروعات البنية الأساسية فيها: أو إقامة المنشآت الصناعية في إقليمها...، وقوة هذه الروابط تفوق أية رابطة أخرى تقوم مع دولة المستثمر الأجنبي[2].

ثانيا: المواثيق ق الدولية

لقد تعرضت العديد من المواثيق الدولية كالقرارات الصادرة عن منظمات دولية مثل الأمم المتحدة لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فهذه البعض من المواثيق الدولية بغض النظر عن مدى قوتها الإلزامية، فمهما كان الأمر فهي تعبر عن اتجاه يجب أن يؤخذ في الاعتبار في تكريس خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة:

أ- قرارات الأمم المتحدة:

إن الجمعية العامة للأمم المتحدة أكدت في القرارات المتعددة التي أصدرتها بشأن سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول على إلزامية خضوع المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب لقوانينها المحلية[3].

فالفقرة الرابعة من القسم الأول من القرار1803 لسنة 1962 بشأن السيادة الدائمة على الموارد

[1]- المادة 5/4 من اتفاقية روما.

[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 278.

[3]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 279.

الطبيعية نصت على أن:" تؤسس المصادرة أو نزع الملكية أو التأميم على المصلحة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية التي يعترف بأرجحيتها على المصالح الفردية الأجنبية والوطنية وسوف يحصل المالك السابق في هذه الحالات على تعويض مناسب وفقا للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقا للقانون الدولي"[1].

والملاحظ على هذا القرار أنه لم يجعل تسوية النزاع المتعلق بالتعويض عن التأميم محصورا بالنظام القانوني للدولة المضيفة، وإنما يعتمد على قاعدة التعويض المناسب الذي يجب أن تقدره الدولة في ضوء القانون الدولي[2].

إن قرار رقم 3171 عام 1973 جاء ليزيح الغموض الذي لابس القرار السابق، فلقد أكد على أن المنازعات تخضع لقانون الدولة المضيفة، فالقرار ينص على أن تحدد كل دولة مبلغ التعويض وشكل الدفع وإذا نشأ أي نزاع فيجب أن يحل وفقا للقانون المحلي للدولة متخذة الإجراء[3].

وقرار الجمعية العامة رقم 3281 عام 1974 نص بشأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في مادته الثانية على أن: " لكل دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها وفق أهدافها وأولوياتها الوطنية، ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي"[4].

ب- مدونة سلوك الشركات عبر الوطنية:

لقد أنشأ المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في أواخر عام 1975 لجنة الشركات غير الوطنية UNCTC وهذا لتنفيذ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم

[1]- نص هذا القرار في: I.L.M. vol2, 1963, p 223.

[2]- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 279.

[3]- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 145.

[4]- شرح هذه المادة بالتفصيل في:

Arechaga (Jimenez de) : State Responsibility for the nationalization of Foreig-Owned Property, new york university, J.I.L.P? vol, 1998, p 197.

3202 تاريخ 1979/5/1 والذي يتضمن وضع مدونة لسلوك الشركات عبر الوطنية Code of Conduct on Transnational Corporation وقد انتهت اللجنة بعد جهود شاقة بذلتها لتوفيق بين وجهات النظر المقترحة، والتي انطوت على 71 مادة[1].

وعلى الرغم من وجود خلاف حول الطبيعة القانونية لهذه المدونة بين الدول المتقدمة التي ترى أنه من الضروري بقاء المدونة في شكل قاعدة سلوك غير ملزمة وبين الدول النامية التي ترى ضرورة أن تفرغ القواعد المقترحة في إطار أداة ملزمة (اتفاقية دولية متعددة الأطراف).

ج – مواثيق دولية أخرى:

لقد نصت الكثير من القرارات الصادرة عن بعض التجمعات الإقليمية والاقتصادية على ضرورة خضوع المستثمر الأجنبي في علاقته مع الدولة المضيفة لقوانينها المحلية.

وهذا ما نص عليه تقنين الاستثمار الأجنبي الذي وقعت عليه معظم دول أمريكا اللاتينية عام 1972والمعروف بتقنين اندين Andean Foreign Investment Code في المادة 51 منه على أنه: "لا يجوز في مجال اتفاقات الاستثمار أو نقل التقنية وضع شروط من شأنها استبعاد المنازعات المحتملة من الاختصاص التشريعي للدولة المضيفة[2].

ونصت أيضا مجموعة إرشادات الاستثمار الأجنبي لدول المحيط الهادي وآسيا وهي (الولايات المتحدة واليابان وأستراليا واندونيسيا) على أنه: " يتعزز قبول الاستثمار الأجنبي والتصديق عليه مع التزام المستثمرين الأجانب بالقوانين الاقتصادية للدولة المضيفة وللوائحها وسياساته الإدارية تماما مثلما يفعل المستثمرون الوطنيون"[3] أي ضرورة خضوع المستثمر الأجنبي لقانون الدولة المضيفة.

[1] -UNCTC Report of the secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, I.L.M, vol23, 1984, p 607. Etc.

[2] -Oliver (C.T) : Andean foreign investment code: Anew phase in the quest for normative order as to direct foreign investment. A.J.I.L? vol1972, p. 762.

[3] -ornarajah (M.) :the Settlement of Foreign Disputes, Op=cite the Magus kluner, 2000, p98.

ثالثا: القضاء الدولي:

لقد كرست المحكمة الدائمة للعدل الدولية تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة في الحكمين الشهيرين في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية إذ اتجهت محكمة العدل الدولية إلى أن (كل عقد ليس عقدا بين دولتين باعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما)[1] وتبعا لذلك فقد فرضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في أحد هذين الحكمين طلب فرنسيا اعتبار العقد بمثابة معاهدة أو اتفاقية دولية[2]، من أجل تطبيق القانون الدولي العام وبذلك استبعدت المحكمة القانون الدولي العام، علاوة على ذلك فقد قامت المحكمة بتأكيد أنه أما أن الطرف في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن إفتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون غير قانونها[3]، ولهذا فقد تبين أن المحكمة قد تبنت قرينة مفترضة تجعل قانون الدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار قانون وطني آخر[4].

ولقد قامت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومن ثم محكمة العدل الدولية بتكريس قاعدة تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقضية التي تم رفعها من طرف بريطانيا ضد حكومة إيران سنة 1951 خير مثال على ذلك.

وترجع مزايا القضية حكومة الدكتور مصدق في إيران بتأميم صناعة النفط وإلغاء عقد الامتياز إحدى الشركات البترولية البريطانية، وإثر ذلك قامت بريطانيا بعرض الأمر على محكمة العدل الدولية مطالبة بالحكم باعتبار إلغاء عقد الامتياز عملا غير مشروع دوليا تنعقد عليه المسؤولية الدولية لإيران استنادا بأن العقد ينشئ تعهدات دولية إتجاه بريطانيا ومنه وجب معاملته معاملة المعاهدات الدولية فقامت محكمة العدل الدولية برفض الدولة البريطانية مؤكدة

[1]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 227.

[2]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 193–194.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 365.

[4]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 282.

أن هذا العقد ليس إلا عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة أو مؤسسة أجنبية[1]، ولما كانت مملكة بريطانيا غير ممثلة في العقد فإنه لا توجد رابطة عقدية تربط بين حكومتي إيران و المملكة المتحدة، ومن ثم لا يمكن إخضاع عقد الامتياز للقانون الدولي العام الذي يحكم العلاقات بين الدول وقد أكدت الكثير من أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الاتجاه الذي اتبعه كل من المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومحكمة العدل الدولي، وأقرت إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة"[2].

فقد قام القضاء الفرنسي بتكريس تطبيق القانون الدولة المتعاقدة استنادا للاعتبارات تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مع الطرف الخاص الأجنبي فقد نصت محكمة الاستئناف الفرنسية بباريس في حكم لها على أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة"[3].

وأيضا القرار الصادر عن الغرفة التجارية الدولية ICC في 18 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي بين بين الجزائر وشركة أمريكية حول إنشاء خط للسكك الحديدية ولم يتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قرر المحكم أن العقد قد أبرم وتم تنفيذه في الجزائر أي أنه يتركز في القانون الجزائري ولذلك طبق القانون الجزائري باختياره قانون الدولة المتعاقدة[4].

[1]– محمد الروبي، مرجع سابق، ص 195.

[2]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 283.

[3]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 366.

[4]– مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 222.

خلاصة الفصل الثاني:

نلخص مما تقدم إلى أنه في حالة غياب اختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية فاختلفت اتجاهات الفقهية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هاته العقود فمن يرى تخضع إلى القانون الوطني للدولة المضيفة وهناك من يرى أنها من العقود التي يحكمها القانون الدولي العام وآخر يفضلون تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، بعد كل الانتقادات التي تعرض إليها كل جانب من الفقه ودراسة الحجج والمبررات التي استندوا إليها.

إلا أنه ظهرت بعض المناهج لحل مشكلة تنازع القوانين التي تتمثل في المنهج المرن والاسناد وبالإضافة إلى المنهج نظرية الأداء المميز فإن هذا الأخير أقرب صلة بعقود الاستثمار وبالتالي فإن قانون الدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق وفقا للقواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص نظرا لكونه قانون الدولة التي يتم فيها الوفاء بالأداء أو الالتزام الرئيسي في عقود الاستثمار.

خاتمـــة

ولقد توصلنا في نهاية هذا البحث إلى جملة من النتائج يمكن إجمالها على النحو التالي:

- إن عقود الاستثمار مثل بقية العقود الدولية تخضع لقاعدة الاسناد التي يطلق عليها الإرادة والتي تعبر من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعا، لذلك يتمتع أطراف عقود الاستثمار استنادا لهذه القاعدة بسلطة اختيار أي قانون يرونه ملائما ليحكم علاقاتهم التعاقدية وبالنظر إلى الخصوصية التي تتميز بها عقود الاستثمار وارتباطها بتحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة.

- فإن تحديد القانون الواجب التطبيق من أكثر المسائل صعوبة وتعقيدا وهذا راجع إلى تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، فالمستثمر الأجنبي يسعى إلى أن يظل قانون العقد ثابتا كما هو وقت إبرام العقد، بينما نجد الطرف الثاني المتمثل في الدولة بوصفها صاحبة السيادة تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية لمصالحها العامة، وحتى يطمئن المستثمر الأجنبي من خلال تقديم ضمانات كفيلة بتوفير الأمان القانوني وهذا من خلال الاتفاق على التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق أو تحويله إلى مجرد شرط تعاقدي أو باعتباره كدور احتياطي، وهذا في حالة اختيار الطرفين للقانون الواجب تطبيق المحاكم لعقدهم.

- أما في حالة انعدام اختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق فقد ظهرت بشأن هذا الأمر آراء فقهية مختلفة حول القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، غير أن معظم الحجج التي تم الاستناد عليها في تحديده سواء تلك التي هدفت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة أم تلك التي استندت إلى تحرير هذه العقود من سلطان قانون الدولة المضيفة باعتبار هذ القانون ذاتي للعقد، أما الجانب الآخر من الفقه يرى خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام باعتبار هذا الأخير غني بقواعد كفيلة لتصدي كافة المنازعات القانونية التي تثيرها عقود الاستثمار.

إضافة إلى تطبيق قانون التجارة الدولية التي يقصد بها قواعد قانونية التي تنم المعاملات التجارية طبقا لارتباط عقود الاستثمار بالتنمية الاقتصادية، يرى هذا الاتجاه مدعما بحججه أن هذا القانون ملائم ليحكم عقود الاستثمار.

رغم كل المحاولات إلا أنه لم يتوصل الفقهاء إلى قانون أوثق صلة بعقود الاستثمار إلى أن ظهرت مبادئ عامة جديدة لتنظيم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص تعد السبيل الأمثل للخروج من هذا الصراع الإيديولوجي والتي تتمثل في المنهج على حدى فتوصلت دراسة نظرية الأداء المميز بعد دراسة كل منهج على حدى فتوصلت دراسة الأداء المميز هي أكثر ملائمة للتطبيق على عقود الاستثمار لما تتسم به من مزايا عديدة والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية بالإضافة إلى ما توفره من علم مسبق للقانون الواجب التطبيق وتوصلها للقانون الأكثر صلة بالعقد.

ويتعين على القاضي أو محكم والمصالح السياسية وتكييف هذه العقود وفقا لأهوائهم فيتوجب عليهم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص التي تستند إلى تطبيق قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالأداء المتميز في العقد.

رغم ما سبق ذكره ويبقى قانون الدولة المضيفة هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في غياب اختيار الأطراف وفقا لما كرسته العديد من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية وهذا يرجع إلى طبيعتها الخاصة التي تتميز بها عقود الاستثمار الناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.

وفي الأخير للحفاظ على التوازن واستقرار العلاقات التعاقدية فكل من الطرفين التي تتمثل في الدولة خوفا بمساس سيادتها ومصالحها العامة هذه من جهة ومن جهة أخرى حفاظا على المشاريع الاستثمارية التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي وتوفير له الأمان القانوني فإن القانون الأمثل والأنسب صلة لعقود الاستثمار هو قانون الدولة المضيفة.

قائمة المصادر

والمراجـــع

أولا: المصادر:

1-الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية واشنطن 1995 متعلقة بمنازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.
2. اتفاقية روما 1980 متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في 19 يونيو 1980.

2-القوانين:

1. الأمر 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار الجريدة الرسمية، العدد 47 الصادرة في 22 /2001/08.
2. الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدتي، الجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة بالتاريخ 30 سبتمبر 1975.
3. القانون 10/05 المعدل والمتمم لأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005.
4. قانون الإجراءات المدنية 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21.

ثانيا: المراجع:

1-الكتب:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
2. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع السابق، ص 351، هشام صادق، القانون الوجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
3. أحمد حسان حافظ مطلوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة، 2007.

4. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات (مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه (29)، ط2، بيروت، 1997.

5. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحة دكتوراه، طبعة ثانية، بيروت، 1997.

6. أحمد عبد الكريم سلامة، (القانون الدولي الخاص, الجزء الثاني، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية) دار النهضة العربية، القاهرة، 2001-2002.

7. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ب.ط، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

8. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

9. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية اتفاقية فيينا 1980، مكتبة الجلاء، المنصورة، ط2، 1995.

10. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

11. الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

12. حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة، الجزائر، 2003.

13. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

14. الطيب زروقي، دراسات القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

15. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع

الاختصاص القضائي الدوليين، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتابة، 1986.

16. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت Bot، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

17. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربيةّ، القاهرة، 2000.

18. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، ب.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

19. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2007.

20. محمد أحمد علي المخلافي، أثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات وأبحاث مركز الدراسات والبحوث اليمني، العدد 2، ط1.

21. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، ب. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

22. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية " دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود على الأحكام الخاصة بها"، دار النهضة العربية القاهرة، بدون دار النشر، 2000.

23. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

24. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ط1، دار الثقافة، الأردن، سنة2010.

25. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية

بيروت، لبنان، 2010.

26. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، ط1، منشورات عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2008.

27. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، .2001

2-الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. خالدي جمانة، عداد لينة، شرط الثبات التشريعي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2022/2021.

2. زغودي عمر، شرط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2020/2019.

3. علاوة الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة،.2016/2015.

4. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

3-المجلات العلمية:

1. أكثم أمين الخولي، التحكيم في منازعات الطاقة، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، يناير، 2000.

2. أمين دواس، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مجلة القانون الكويتية العالمية، السنة 08، ملحق خاص، العدد 08، ربيع الثاني، جمادى الأولى 1442هـ، ديسمبر 2020.

3. بوسماحة الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد 28، السنة 07، العراق، ص 09، وطه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

4. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار، اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، 1999.

5. محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر 2002.

6. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس» سبتمبر 2002.

4-المراجع باللغة الأجنبية:

1. Arechaga (Jimenez de) : State Responsibility for the nationalization of Foreig-Owned Property, new york university, J.I.L.P? vol, 1998.
2. Assante (S.K.R) : stability of contractual relation in the transnational investement process, I.C.L.Q,vol28, part 03, 1979, p404.
3. Cour d'appel de Paris. 22/11/1980 J.D.I, 1981.
4. F.A. Mann, the law governing state contrects, 21 brit. .Y.B. Intel L. (1944), p, 19, 28 Philippe kahen, n2, p15. Gabriel A Moens John Trone, supra N°8.
5. GESS (K.N) :permanent sovereignty over natural resources, I.C.L.Q, vol,1964
6. Oliver (C.T) : Andean foreign investment code: Anew phase in the quest for normative order as to direct foreign investment. A.J.I.L? vol1972.
7. ornarajah (M.) :the Settlement of Foreign Disputes, Op=cite the Magus kluner, 2000.
8. UNCTC Report of the secretariat on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, I.L.M, vol23, 1984.

9. ver dross (A.V) quasi : international agrements and international economic transaction, Y.B.W.A, vol22, 1964.

5-المواقع الالكترونية:

1. http://www, jus. uio.no/Im/icsid settlement. of. disputes. between. states. and. nationals. of. other. Stat
2. http://www.jus.uio.no/Im/ec.applicable.law.contracts. 1980/doc. Html
3. http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.dispute.between.states.and.national.of.ot.her.states.washington,1965/doe

فهـرس الموضوعـات

بسملة

كلمة شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة .....أ

الفصل الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار.....**07**

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة وكيفية تحديده.....07

الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة.....07

الفرع الثاني: تحديد قانون الإرادة 09

المطلب الثاني: الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار 17

الفرع الأول: اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار 17

الفرع الثاني: اختيار الأطراف فواعد القانون الدولي العام 21

الفرع الثالث: اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية: 28

المبحث الثاني: محاولات الحد من اختصاص قانون الإرادة **30**

المطلب الأول: التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي).....31

الفرع الأول شروط الثبات التشريعي 31

الفرع الثاني: تقييم شروط الثبات التشريعي.....36

المطلب الثاني: اندماج قانون الإرادة في العقد (تحويل قانون الإرادة) 38

الفرع الأول: فكرة الاندماج 38

الفرع الثاني: آثار الاندماج.....39

المطلب الثالث: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة.....40

الفرع الأول: فكرة احتياطية قانون الإرادة وعقود الاستثمار 41
الفرع الثاني: تقييم فكرة احتياطية قانون الإرادة 43
خلاصة 45
الفصل الثاني: عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار 48
المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار 48
الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية. 49
الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة 51
المطلب الثاني: تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة.... 53
الفرع الأول: تطبيق القانون الذاتي للعقد. 54
الفرع الثاني: تطبيق قواعد القانون الدولي العام 56
الفرع الثالث: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية lex mercaloria 59
المبحث الثاني: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وإخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة 62
المطلب الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق 62
الفرع الأول: منهج الإسناد الجامد. 63
الفرع الثاني: منهج الإسناد المرن "نظرية باتيفول " نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية. 65

الفرع الثالث: منهج الأداء المميز.....66
المطلب الثاني: نظرية الأداء المميز وإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة.69
الفرع الأول: تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار 69
الفرع الثاني: تكريس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في الأدوات القانونية الدولية 76
خلاصة الفصل الثاني 84
خاتمة.....86
قائمة المصادر والمراجع.....89
فهرس الموضوعات 96
ملخص

ملخص:

تعتبر العقود الاستثمار من أهم العقود الدولية التي تبرمها الدول بالأخص الدول النامية في إطار تعزيز تنميتها الاقتصادية ونظرا لطبيعة الخاصة التي تتميز بها هاته طائفة من العقود فقد تعتريها بعض العوائق القانونية وتنظيمية تختلف باختلاف نظرة الأطراف للمسالة تحديد القانون الواجب التطبيق من جهة ومن جهة أخرى فرض الدولة سلطتها التشريعية من خلال تطبيق قانونها الوطني باعتبارها طرف سيادي تتمتع بامتيازات السلطة العامة وتحرص على المصلحة العامة، مما يؤدي إلى عدم اليقين والتردد لدى المستثمرين الأجانب بحقوقهم وواجباتهم في بيئة لاستثمارية محددة.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، العقود الاستثمار، القانون الوطني، المستثمرين الأجانب، قانون الواجب التطبيق.

Abstract :

Investment contracts are among the most important international contracts entered into by states, particularly developing states in the context of promoting their economic development and given the nature of the contracts, some legal and regulatory obstacles may vary depending on the parties about the determination of the applicable law; on the one hand, and on the other hand the imposition of the state's legislative power through by its national law as sovereign party enjoying the privileges of public authority and taking care of the public interest, which leads to uncertainty and hesitation among foreign investors of their rights and duties in specific investment environment.

The Key Words: Investment Contracts, The Applicable Law, Foreign investors, National Law.