وزارة التعليـم العالي و البحــث العلمي

جامعة محمد خيضــر - بسكرة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

مشروع مذكرة مكملة من مقتضيات لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أعامل

- من إعداد الطالب:
علاوة الصادق

- تحت إشراف الأستاذ:
قرفي ياسين

السنة الدراسية: 2016/2015

بسم الله الرحمان الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أنعم علينا بكل هذه النعم، نشكره سبحانه وتعالى على عونه لنا

ثم الشكر كل الشكر للوالدين العزيزين

وأخص بالشكر أستاذي القدير قرفي ياسين على كل ما قدمه لي من عدم وكذا تفهمه

وأشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من بعيد أو قريب...

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أغلى الناس أبي وأمي حفظهما الله

إلى إخوتي وجميع أفراد العائلة

إلى أصدقائي وزملائي في الدراسة

إلى كل أساتذتي ولكل من تعلمت على يده ولو حرف...

المقدمة:

يعتبر قطاع الاستثمار من أهم القطاعات الرئيسية التي تنهض باقتصاديات الدول وهذا ما يوفر اهتمام الدول خاصة الدول النامية منها بهذا الجانب من الاقتصاد سعيا منها لجذب أكبر عدد من للمستثمرين عامة والمستثمرين الأجانب خاصة.

بهدف استقطاب رأس المال الأجنبي من اجل تحقيق نموها وتطورها اقتصاديا وتكنولوجيا إذ يعتبر الاستثمار الأجنبي من أهم السبل لبلوغ ذلك المعنى.

ومن أجل تحقيق ذلك،اوجب على هذه الدول أن تهيئ مناخا ملائما لاستقطاب المستثمرين الأجانب ومن الملاحظ أن أغلب الدول تعمل على ذلك ويشمل مناخ الاستثمار مجموعة القوانين والسياسات والخصائص الهيكلة المحلية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية والإدارية التي تؤثر في ثقة المستثمر وتقنعه بتوجيه استثماراته إلى بلد دون آخر

ومن أجل إيجاد مثل هذا المناخ الملائم فعلى الدول أن تقدم كل التسهيلات والضمانات التي تندفع المستثمر الأجنبي لاستثمار رأس ماله في أراضيها.

إن هذه الضمانات تتمثل في المبادئ الأساسية التي تتضمنها أغلب تشريعات هذه الدول وتتمثل هذه المبادئ:

- مبدأ المساواة
- مبدأ تجميد التشريع
- مبدأ حرية التحويل
- مبدأ اعتماد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار

إن اكبر العوائق التي تواجه الاستثمار هي تخوف المستثمر الأجنبي من المناخ التشريعي لدولة المضيفة ويتمثل هذه المخاوف أساسا في تخوف المستثمر الأجنبي من عدم حياد القضاء الوطني لدولة المضيفة للاستثمار، إضافة إلى تخوفه من إستعمال الدولة لسلطاتها في تعديل تشريعاتها الوطنية التي يخضع إليها عقد الإستثمار، والذي من شأنه أن يؤثر في العلاقة التعاقدية بين المستثمر والدولة المضيفة، وينعكس ذلك وبصفة غير مباشرة على حقوق

الإستثمار، ولذلك يسعى المستثمر الأجنبي أطراف العلاقة التعاقدية فيعقد وإلتزامات كل من جاهدا من أجل انتزاع عقد الإستثمار من حكم القانون الوطني لدولة المضيفة بشتى الطرق أما بإلحاقه بنظام قانوني أخذ أو إدراج شرط الثبات التشريعي إذا لم يتمكن من ذلك.

وإعتبار عقود الإستثمار التي تعقد بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب من العقود الدولية التي تتضمن طرف أجنبي والتي لا تنتمي إلى نظام قانوني معين بل يمكن لطرفي العقد معين بل يمكن لطرفي العقد الدولي إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في حالة نشوؤ أي نزاع في إطار تنفيذ هذه العقد، إذ أن للقانون الواجب التطبيق على العقد أهمية كبيرة جدا، تتمثل هذه الأهمية في أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن من تحديد أي طرف في العقد تجوز حقوقه أو قصر في أداء إلتزاماته، فهو القانون الذي من خلاله يمكن تحديد كل من الإلتزامات وحقوق كل طرف في العقد، وبالإضافة إلى هذا فالقانون الواجب التطبيق يحدد مشروعية العقد ممن عدمها، أي أن القانون الواجب التطبيق يمثل القاعدة التي من خلالها يتم تقدير مدى صحة العقد وتحديد إلتزامات أطرافه، وبيان القوة الملزمة للعقد، وكذلك كيفية إنقضاء العقد.

إذا كان للقانون الواجب التطبيق هذه الأهمية، فإنه يكتسي أهمية أكبر في إطار عقود الإستثمار، وذلك يرجع للطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود، لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة، إضافة إلى عدم التساوي في المراكز القانونية لأطرالف هذه العقود، فالطرف الأول فيها دولة ذات سيادة، أما الطرف الثاني فهو مستثمر أجنبي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة، هذا ما يجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، مسألة في غاية الأهمية، في ظل الإختلافات الجوهرية في أهداف ومصالح كل من طرفي عقد الإستثمار فالدولة المضيفة للإستثمار لها أهداف عامة تتمثل في تطبيق خطط التنموية وتحقيق نمو الإقتصادي مع تمسكها بكامل حقها في السيادة على إقليمها، أما أهداف المستثمر الأجنبي فهي أهداف شخصية خاصة تتمثل أساسا في تحقيق الربح المادي بزيادة رأس المال، وهذا ما يجعل من القانون الواجب التطبيق أمر بالغ الأهمية والحساسة بانعكاساته البالغة التأثير على الأهداف المراد تحقيقها من قبل أطراف عقود الإستثمار.

إن هذه الأهمية البالغة التي تتمتع بها مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، كانت من أهم الأسباب والدوافع وراء إختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار إضافة إلى كون قطاع الإستثمار من أهم قطاعات التنمية الإقتصادية خاصة بالدول النامية، كذلك من بين الأسباب التي قد تؤدي إلى دراسة هذا الموضوع هو وجود عدة أراء واتجاهات فقهية مختلفة وقد تصل حد التناقص والتي أوجبت دراستها وإيضاح الحجج التي إستندت إليها وانتقادات التي تعرضت لها، إضافة إلى الحساسية البالغة لمسألة القانون الواجب التطبيق وثقلها في العلاقة التعاقدية، فإنها تمس سيادة الدولة في حالة تطبيق قانون أجنبي، إذ تتعارض هذه الحالة مع مبدأ اقليمية القوانين المعترف بها دوليا هذا من جهة، ومن جهة أخرى تمس بمصالح المستثمر الأجنبي في حالة ما إذا كان القانون المطبق هو القانون الوطني للدولة المضيفة وقامت هذه الأخيرة بإستخدام سلطاتها في تعديل تشريعياتها الوطنية، أما الأسباب الشخصية وراء إختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، فهو المحاولة الإزالة الغموض الذي يعتري مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار بصفة خاصة.

إن دراسة موضوع قانون واجب التطبيق على عقود الإستثمار توجب علينا التطرق لحل الإشكالات التي يفرضها هذا الموضوع التي تتمثل أساسا في تحديد القانون الذي يحكم العقد الإستثمار في ظل إختلاف المراكز القانونية لطرفي هذا العقد فالدولة المضيفة تتمتع بالسيادة بإعتبارها صاحبة السلطة، بينما يفتقدها المستثمر الأجنبي، ولكن في بعض الأحيان تكون الدولة المضيفة في ضعف وذلك حينما تكون بحاجة ماسة لرأس مال وإما للتكنولوجية التي يحتكرها المستثمر الأجنبي، والتي تجعله في مركز قوة يمكن من خلالها أي يفرض شروطه العقدية وحتى الشرط الخاص بالقانون الواجب التطبيق، إضافة إلى تحديد النظام القانوني الأنسب لحكم عقد الإستثمار والذي يراعي كل من الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار وأهداف ومصالح كل من الطرفين، والتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية، والذي من شأنه أن يلاقي قبولا من كل أطراف، الدول المضيفة التي أغلبها دول نامية من جهة، والمستثمرين الأجانب الذي ينتمي أغلبهم إلى دول متقدمة من جهة أخرى.

وسوف نعتمد في دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل أراء الفقه وأحكام القضاء الدولي وأحكام التحكيم الدولية وكذلك نصوص الإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، إضافة إلى ذلك إعتمدنا على المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين مواقف التشريعات الوطنية المختلفة حول نقاط معينة من مسألة القانون الواجب التطبيق.

لقد إرتئينا أن نقسم دراستنا إلى ثلاث فصول في بادئ الأمر إلى ماهية عقود الإستثمار والتي تضم كل من تعريف عقود الإستثمار وتحديد أطرافها وكذلك الطبيعة القانونية لهذه العقود والنماذج المختلفة التي تندرج تحت ما يسمى بعقود الإستثمار وهذا في الفصل التمهيدي، أما الفصل الأول فنخصصه لحالة التي يختار فيها المتعاقدان أن أطراف عقد الإستثمار لقانون الإدارة وكيفية تحديده والخيارات الممكنة أما الأطراف لإختيارها كقانون واجب التطبيق، أما الفصل الثاني سوف نتطرق فيه إلى الحالة التي ينعدم فيها الإختيار والإنفاق على قانون معين ليكون واجب التطبيق على عقود الإستثمار، وسوف نتطرق في هذا الفضل إلى الآراء المختلفة حول القانون الواجب التطبيق في حالة عدم الإختيار، إضافة إلى كيفية تحديد هذا القانون في حالة خلو الإتفاق على القانون الواجب التطبيق.

وعلى ذلك سوف تنقسم دراستنا إلى ثلاث فصول على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: ماهية عقود الإستثمار.

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق في حالة إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.

فصل تمهيدي: ماهية عقود الإستثمار:

إن دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار أو أية عقد آخر،تفرض علينا أولا التطرق لتحديد ماهية هذه العقود، لأن القانون المطبق على أي عقد يتعلق أساسا بماهية وطبيعة هذا العقد، فمثلا القانون الإداري يسري على العقود ذات طبيعة الإدارية والقانون الخاص يطبق على عقود القانون الخاص والقانون الدولي العام يسري مفعوله على العقود المبرمة بين الدول بإعتبارها تتمتع بالشخصية الدولية، لذلك إرتئينا أن نتطرق لماهية عقود الإستثمار للأهمية البالغة التي تكتسبها ماهية العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق وسوف نخصص هذا الفصل التمهيدي لتحديد ماهية عقود الإستثمار

ولإيضاح ماهية عقود الإستثمار نقسم هذا الفصل لإلى ثلاث مباحث، نتطرق إلى تعريف عقد الإستثمار، بالإضافة إلى تبيان أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الإستثمار وذلك في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني سنبين أهم نماذج عقود الإستثمار وفي الأخير سوف نتطرق في المبحث الثالث إلى الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار وأهم الآراء الفقهية حول ذلك بالإضافة إلى المعايير المعتمدة لتحديد دولية عقود الإستثمار.

المبحث الأول: تعريف عقود الإستثمار وتبيان أطرافها

إذا كان عقد الإستثمار هو عبارة عن تقابل إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني كبقية العقود، إلا أنه يختلف عنه الغاية من إبرامه، إذ يهدف إلى تجسيد الخطط التنموية للبلاد، إضافة إلى اختلافه من حيث طبيعة أفراده ومراكزهم القانونية لذلك سنتطرق إلى تعريف عقد الإستثمار في المطلب الأول ونتطرق في المطلب الثاني إلى تحديد أطراف عقد الإستثمار:

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار

إن من المتعارف علية هو ان العقد اتفاق إرادتين لإحداث أثر قانوني فقد نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 على أنه (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما))[1]. أما المشرع الفرنسي فقد أقر بأن العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر لأجل إنشاء علاقة قانونية- أثناء التزام أو أثناء حق عيني أو تعديل علاقة قائمة أو تمديدها أما الشرائع الأنجلوسكسونية فتعتبر العقد اتفاق تتولد عنه الالتزامات ذات القوة التنفيذية والمعترف بها قانونا[2].

أما فيما يخص المعنى اللغوي للعقد أو أصل كلمة العقد في اللغة فهو الرابط والوصل ويأتي هذا المعنى من عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبل بالحبل ومنه يقال عقد فلان بينه وبين فلان عقدا.

وقد يأتي العقد بمعنى العهد يقول سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وتعني هنا العقود العهود وقد استعملت لفظة عقد حديثا لتعويض لفضة التي نقلت إلى القوانين الرومانية من التعاملات الدينية ودليل ذلك أنه لوقت قريب كان الائتمان قائما على عهد أو ما يطلق عليه كلمة الرجال[3].

إن كلمة استثمار في مفهومها اللغوي تعني طلب الحصول على الثمرة، وثمرة الشيء هي ما يتولد عنه أو الانتفاع المقصود منه، وثمر الدجل ماله أي أحسن القيام عليه ونماه، ومعنى كلمة استثمار في المصطلحات الاقتصادية العالمية لا يخرج عن معناها اللغوي، إذ يقصد بها عند الاقتصاديين الزيادة والإضافة الجديدة في ثروة المجتمع ومثل ذلك أنشاء المباني والمزارع والمصانع ومختلف المشروعات الأخرى التي تعد رفع للرصيد الاقتصادي للمجتمع.

---

1. المادة 54 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 58.
2. محمودي مسعود، **(أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية)** ، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر ، سنة 2006، ص20.
3. نفس المرجع، ص 18-19.

كما يمكن تعريف الاستثمار على انه العلمية الاقتصادية المدروسة من قبل شخص طبيعي أو معنويي تقوم على أسس علمية أو عقلانية توجه من خلالها أصول مادية أو مالية أو بشرية أو معلوماتية نحو تحقيق عوائد اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو علمية في المستقبل بتدفقات مستمرة عادة تحقق قيما تتجاوز القيم الحقيقية الحالية للأصول الرأسمالية وفي ظروف تتصف بالأمان قدر المستطاع مع استبعاد هامش مقبول للمخاطر[1]. ويعتبر الاستثمار عند أصحاب القانون بأنه تحركات رؤوسي الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج سلع أو خدمات[2]، ويرى الدكتور أحمد سمير أبو الفتوح أن الاستثمار يعني " الإضافة إلا رصيد المجتمع من رأس المال كتشييد وحدات سكنية جديدة، فضلا على أنه إضافة إلى المخزون من المواد الأولية والسلع تامة الصنع أو نصف مصنعة، فالاستثمار هو الإضافات إلى المخزون، فضلا على رأس المال الثابت[3].

(إن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية للبلاد)[4]، أي أن عقود الاستثمار هي كل العقود التي تكون الدولة التي تقوم بإبرامها مع شخص من الأشخاص التابعيين للقانون الخاص سواء كانوا اشخصا طبيعية او معنوية والتي ترتبط بالنشاطات التي تدخل ضمن البرامج التنموية للبلاد.

كما وصفت بأنها (اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية، بهدف المساهمة بانجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد المصنف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية)، وكما

1. محمد غانم، (**الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي والتشريعات واتفاقيات الاستثمار**)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001، ص 33.

2. هوشيار معروف كاكامولا، (**الاستثمارات والأسواق المالية**)، الطبعة الأولى، دار صفاء، عمان، سنة 2003، ص17.

3. أحمد سمير ابو الفتوح، (**دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار**)، المنكب العربي للمعارف، ط1، سنة 2015، ص9.

4. جابر فهمي عمران، (**الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية**)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص 383.

تعتبر كل العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار[1].

كما عرفت عقود الإستثمار في إحكام التحكيم فقد عرفه المحكم CAVIN في تحكيم SAPPHIRE ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية بأنه (عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارته خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وكل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية إذ انه الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشأة لها طابع الدوام).[2]

كما عرف عقد الاستثمار في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية بأنها (عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة)[3].

المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار

إن عقود الاستثمار كباقي العقود الأخرى تقوم على تقابل إرادتين بهدف إحداث أثر قانوني إلا أنها تميز عن بقية العقود الأخرى بعدم تساوي المراكز القانونية لأطرافها، وسب سب ذلك أن أحد أطراف هذه العلاقة العقدية هو طرف سيادي يتمتع بعدة مزايا أفضليات في إطار القانون الداخلي والدولي وهذا الطرف يتمثل في الدولة المضيفة، يقابل ذلك أن الطرف الثاني في العلاقة العقدية هو شخص خاص أجنبي لا يتمتع بالسيادة ويعتبر الطرف الضيف في هذه العلاقة.

ا

1. بشار محمد الأسعد، **(عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 12.
2. جابر فهمي عمران، المرجع سابق، ص 384.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 13.

لفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار

من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها الاقتصادية، وقد تقوم بإبرامها بطريقة مباشرة عن طريق ممثليها (رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء أما بطريقة غير مباشرة عن طريق إبرام هذه العقود من طرف إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها)[1].

حسب نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة لمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في فقرتها الأولى على أنه (يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقد أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد أمام المركز)[2] ، ومن نص هذه المادة يتبين ان اختصاص المركز يمتد كل النزاعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم هذه الدولة بتحديده ولا يقتصر اختصاصه على النزاعات التي تكون الدولة المتعاقدة طرفا فيه فقط.

ويمكن أن نستنتج من نص المادة أن عقود الاستثمار تضم كل من العقود التي تبرمها الدولة بنفسها من قبل ممثليها والعقود التي تبرمها الهيئات والأجهزة التابعة لها.

تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام، إذ يستبعد مفهوم أن الدولة هي مجموعة الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين وتخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة ويأخذ بمفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر، والمتمثل في دخول الدولة في علاقات خاصة كما لو أنها أحد الأشخاص الخاصة وما يتبعه من تنازل الدولة عن حصانتها[3].

إن في تحديدنا لمفهوم الدولة نجد أمامنا اتجاهين الأول يضيق مفهوم الدولة فيحصر عقود الاستثمار في العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال ممثليها (رئيس الدولة– رئيس

1. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 15.

2. المادة 25 من اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 **الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 346/95 بتاريخ 30 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية رقم 66 بتاريخ: 05 نوفمبر 1995

3. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 16.

الوزراء– أحد الوزراء) أما الاتجاه الثاني فيوسع مفهوم الدولة، فإن عقود الاستثمار وفق هذا الاتجاه تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها وهو الرأي الراجح الذي يؤيده أغلبية الفقهاء.[1]

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي

لم تجز اتفاقية واشنطن أن يكون الطرف الثاني في التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، واشترطت أن يكون الطرف الثاني مستثمرا أجنبيا ينتمي إلى دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا.[2]

والذي يمكن استخلاصه هو انه يستوي أن يكون هذا المستثمر أي المستثمر الأجنبي أن يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك حسب نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن سنة 1965 حيث جاء في فقرتها الأولى (يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى.....) وبينت بمقصود رعايا الدول الأخرى في فقرتها الثانية حيث جاء فيها (يقصد بعبارة "أحد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى" ما يلي:

كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف على الدولة طرف....
كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف على الدولة طرف).[3]

يتبين من نص المادة 25 من الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول رعايا الدول الأخرى المتعاقدة المنعقدة في 18 مارس 1965 أنه قد يكون المستثمر الأجنبي أي شخص طبيعي أو اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف دولة طرف النزاع وبالتالي حددت كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي[4].

1. حسان نوفل، (**التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**)، دار هومة، الجزائر، سنة 2010، ص37.
2. جلال وفاء محمدين، (**التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار**)،بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2001، ص 27-28.
3. المادة 25 من اتفاقية واشنطن، لسنة 1965 السابقة الذكر.
4. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 42.

أولا: الشخص الطبيعي:

إذا كان الشخص الطبيعي لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة معه بصفته مستثمر أجنبي، فما هي المعايير التي من خلالها وباعتماد عليها يمكن تحديد ما إذا كان المستثمر المتعاقد وطنيا أو أجنبيا

إن المعيار المأخوذ به لتمييز المستثمرين الأجانب عن المستثمرين الوطنيين هو معيار الجنسية، والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة، ومنه فإن صفة الأجنبية تلحق بالشخص المتعاقد مع الدولة إذا كان لا يتمتع بجنسيتها اما في حالة تعدد الجنسية، فإن القواعد العامة تقضي أنه لا يمكن اعتبار شخص أجنبيي عن دولة معينة بسبب تمتعه بجنسية دولة أخرى[1].

إن قانون دولة الجنسية المدعى بها هو الذي يحدد ما إذا كان المستثمر يتمتع بجنسية هذه الدولة أولا وتكون للمحاكم سلطة الفصل في موضوع الجنسية في حالة إذا ما سكت القانون الوطني عن ذلك، وغالبا ما تأخذ المحاكم في هذا بما أقرته محكمة العدل الدولية بأن الجنسية عبارة عن رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين أي أن المحاكم تأخذ بمعيار الصلة الفعلية لحكم يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة معين[2].

ثانيا: الشخص الاعتباري:

قد عرفنا مما سبق أن المستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وذلك حسب نص المادة 25 في فقرتها الثانية[3]، إن في أغلب الصاحيان التي يكون فيها الطرف الثاني من عقد الاستثمار شخصا اعتباريا يكون عبارة عن شركة متعددة الجنسيات أو مشروعا مشترك.

إن الطبيعة الخاصة للشخص الاعتباري التي تميزه عن الشخص المعنوي تجعل من تحديد جنسية أي إذا ما كان يعتبر أجنبيا أو وطنيا بالنسبة لدولة المضيفة للاستثمار أمرا صعبا.

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 26.
2. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 30.
3. المادة 25 من اتفاقية واشنطن، لسنة 1965 السابقة الذكر.

لقد ثار خلاف في الفقه حول إمكانية تمتع الشخص المعنوي بالجنسية وقد استقر كل من الفقه والقضاء ومعظم التشريعات الوطنية على إمكانية تمتع الأشخاص الاعتبارية بالشخصية القانونية وبالتالي بالجنسية وهذه الأخير هي من يستند إليها لتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأجنبية حيث يتم الاعتماد على ضابط الجنسية لتحديد الصفة الأجنبية لشركة ومنه يمكن القول أن الشركة الأجنبية هي كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد.[1]

وقد نصت اتفاقية واشنطن علة أنه يشترط في خضوع الشخص الاعتباري لاختصاص محكمة المركز فإنه يجب أن يتمتع بجنسية أي دولة عضو خلاف بجنسية الدولة الطرف في العقد أي أن الشخص الاعتباري لكي يعتبر أجنبيا يجب أتن لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار.[2]

إن تحديد جنسية الشخص الاعتباري وفق الاعتماد على معايير مختلفة بحيث نجد أن كل تشريع يأخذ بمعيار معين ومن بين هذه المعايير نذكر ما يلي:

- **معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:** باعتماد على هذا المعيار فإن جنسية الشخص الاعتباري تحدد على أساس جنسية الأعضاء المكونين وتكون جنسيته هي جنسية الدولة التي ينتمي إليها اغلبهم إذا اختلفت جنسياتهم ويعاب على هذا المعيار إنكاره لاستقلالية الشخص الاعتباري عن أعضائه المكونين له في الشخصية القانونية والذمة المالية وأنه عديم الجدوى كذلك في حالة شركات الأموال مثل شركة المساهمة.[3]

- **معيار التأسيس:** يعد من أهم معايير جنسية الأشخاص الاعتبارية الغالبة في القانون التجاري الدولي فإن الشركة تتمتع بجنسية الدول المضيفة للاستثمار التي تم تأسيسها في ظل قوانينها.[4]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 68-69.
2. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 31.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 69.
4. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 32.

– **معيار مركز الاستغلال:** أي أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يتمركز فيها نشاطها إذ يعتبر مكان تجمع مصالحها الحقيقية وهو بذلك يعبر عن الارتباط الحقيقي بين الشخص الاعتباري والدولة التي يحمل جنسيتها.

– **معيار مركز الإدارة الرئيسي:** يقصد بذلك أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يتواجد فيها مركز إدارته الرئيسي ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي المكان الذي يتواجد به أجهزة الشخص الاعتباري التي بإصدار القرارات المتعلقة به، كمجلس الإدارة أو الجمعية العامة.

– **معيار الرقابة:** ويقصد به أن الشركة أو الشخص الاعتباري يعتبر أجنبيا متى كان يخضع لرقابة أو السيطرة أجنبية بغض النظر عن مركز الإدارة أو محل التأسيس أو مركز النشاط، وتكون هذه السيطرة من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث جنسية القائمين على الإدارة.[1]

إن كل هذه المعاير التي تم ذكرها يمكن الإعتماد عليها والاستناد إليها لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ويبقى إن لكل دولة الحق أن تعتمد على أي معيار تراه مناسبا لتحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها.

بما أن اتفاقية واشنطن لم تحدد معيار الجنسية المعتمد لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ومنه أن محكمة المركز ليست ملزمة بتطبيق معيار معين دون الآخر، والواقع أنه من الأفضل للأطراف عقد الاستثمار المتمثلين في الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي في ما كان شخصا اعتباريا أن يحددوا صراحة جنسية الشخص الاعتباري في قد الاستثمار نفسه أو في اتفاق التحكيم.[2]

وكخلاصة عامة فإن المستثمر الأجنبي وباعتباره الطرف الثاني ففي عقد الاستثمار بمقابل الدولة المضيفة للاستثمار فإنه يستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، إذا أن طبيعة عقود الاستثمار لا تتأثر طالما أن موضوعها مرتبط بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المستضيفة للاستثمار.

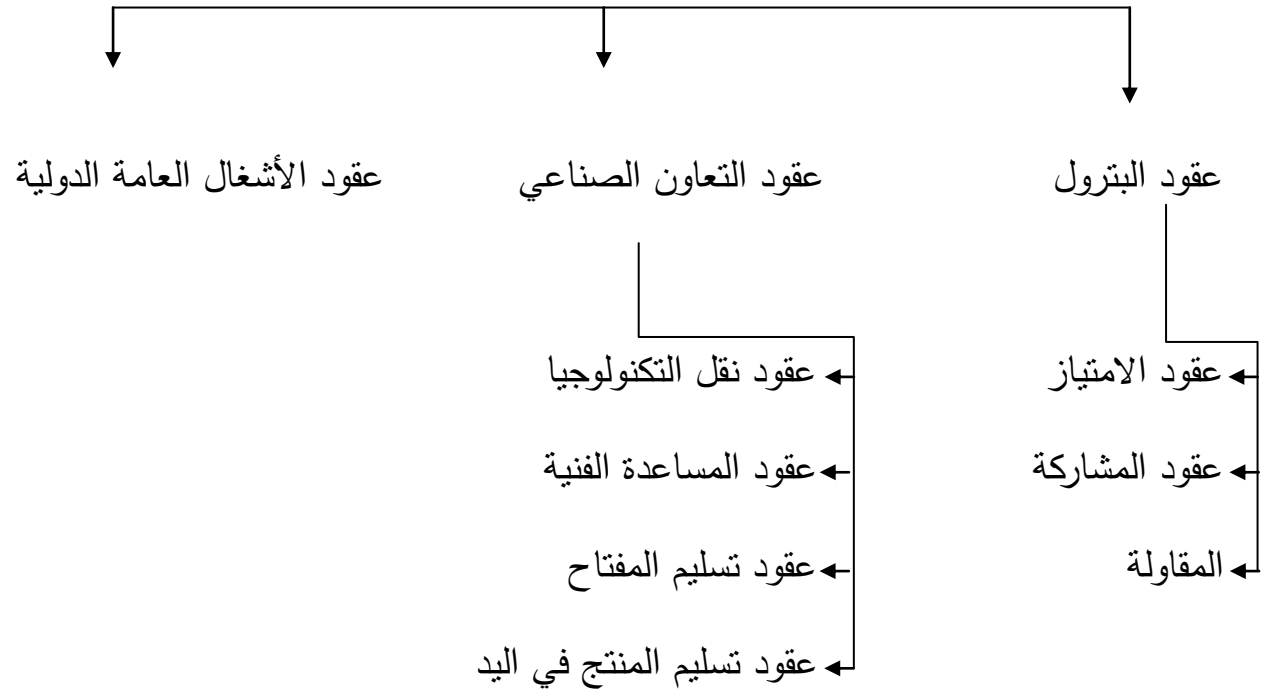
1. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 31.
2. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 34.

المبحث الثاني: نماذج عقود الاستثمار

إن لعقود الاستثمار نماذج وأصناف مختلفة، وتختلف باختلاف الخطط التنموية التي تتبعها الدول المضيفة للاستثمار إذ أن الخطط التنموية للدولة المضيفة هي التي تلعب الدور الكبير في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة المضيفة مع المستثمرين أصحاب رؤوس الأموال.

ومن أهم هذه النماذج المختلفة لعقود الاستثمار والتي تعتبر أكثر تداولا هي عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال العامة الدولي:

نماذج عقود الاستثمار:



المطلب الأول: عقود البترول:

يعتبر البترول من أهم الثروات الموجودة في العالم إذ يمثل أهم مصدر لطاقة المتاحة ويعتبر البترول المصدر الرئيسي للدخل الوطني لدول المنتجة للبترول وهي في الغالب من الدول النامية وهذا ما يعي اهتمامها البالغ به، وكذلك يخصى البترول باهتمام الدول المتطورة إذ يعتبر من أكبر الدول المستهلكة له.

إن حاجة الدول النامية لاستغلال ثروة البترول والذي يقابلها ضعف هذه الأخيرة في الجانب المالي والتكنولوجي تدفعها للتعاقد بنفسها أو إحدى هيئاتها أو الشركات التابعة لها مع الشركات الكبرى المختصة التابعة للدول المتطورة الصناعية المستهلكة لطاقة وذلك من أجل التنقيب والإنتاج والتسويق.

إن السعي إلى تحقيق قدر من التوازن بين مصالح الدول المنتجة والشركات الأجنبية أدى تطورات في العلاقة بين هذه الدول والشركات فقد تم الإنتقال من عقود الامتياز التقليدية إلى عقود أكثر توازن من حيث المصالح كعقود المشاركة وعقود المقاولة.

الفرع الأول: عقود الامتياز

تعتبر عقود الإمتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، وبمقتضاها تمنح الدولة لشركة أجنبية حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية في إقليمها وإستخدام وإستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة[1]، بحيث تمنح الدولة المنتجة بمقتضى هذه العقود لشركة أجنبية حق البحث والتنقيب عن البترول داخل إقليمها واستغلال واستخدام هذا الناتج خلال مدة زمنية محددة.

إن عدم تقدير قيمة مادة البترول وأهميتها الاقتصادية من قبل حكومات والدول المنتجة إضافة إلى عدم ملك رأس مال كافي وخبرة فنية، زيادة على ذلك الظروف السياسية إذ لم يمنح لدول المانحة للامتياز حق مناقشة شروط الامتياز، إذ كانت اغلب هذه الدول واقعة تحت

1. عدلي محمد عبد الكريم، **(النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراء في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2010 – 2011، ص 37.

الاحتلال من قبل الدول الاستعمارية الكبرى التي تنتمي إليها هذه الشركات العاملة في مجال البترول. حيث أن حكومات الدول الاستعمارية كانت دائمة التدخل لمساندة هذه الشركات.[1]

أن تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول، جعل من هذه العقود غير صالحة لحكم العلاقة بين كل من الدول المنتجة للبترول والمستقطبة للاستثمار والشركات الأجنبية المتعاقدة معها، ولذا كان من الطبيعي أن تعدل هذه العقود على نحو يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة.[2]

الفرع الثاني: عقود المشاركة

ظهرت كبديل لعقود الامتياز التقليدية، ومن خلال هذه العقود تقوم الدول المنتجة للبترول بالاشتراك في رأسمال الشركة القائمة على استثمار البترول، وبمساهمة الدولة في هذه الشركة يكون لها الحق في ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة[3]، وتنشأ هذه الشركة عن مشاركة شريكين أو أكثر في الاستثمار، وتعد من الأشكال الجديدة للاستثمار، إذا كان لطرف المحلي 50% أو أكثر من الرأسمال أي يجب أن لا يكون للطرف الأجنبي أغلبية الرأسمال[4]، والواقع عن مساهمة الدول المضيفة للاستثمار والمنتجة للبترول في رأسمال الشركات الأجنبية كان بديلا عن التأميم وحلا ناجعا للقضاء على الآثار السلبية لعقود الامتياز.[5]

الفرع الثالث: عقود المقاولة

يعتبر عقد المقاولة أيضا من الطرق البديلة لعقود الامتياز التقليدية في مجال البترول، إذ هو اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص تنفيذ عمل محدد خلال فترة محددة ولقاء أجر معلوم وبعد انتهاء من تنفيذ العمل من طرف المقاول وحصوله على أجره من قبل صاحب العمل تنتهي صلته بالمشروع هذا كأصل عام في عقود المقاولة، إلا انه في مجال البترول فهذا يختلف، إذا أن عقود المقاولة في مجال البترول يكون الأجر الذي يقدم للمقاول عبارة عن نصيب في

1. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص ص 49 – 50.
2. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 46.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 52.
4. قادري عبد العزيز، مرجع السابق، ص 35.
5. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 47.

الإنتاج أو الأرباح حسبما يتفق عليه مسبقا في العقد ويستمر الحصول على النصيب بين 20 و30 سنة[1]، وتم تكريس هذا المبدأ لأول مرة في القانون الفنزولي لسنة 1948م الذي كرس مبدأ تقييم الأرباح الناجمة عن النشاط البترولي بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية.[2]

المطلب الثاني: عقود التعاون الصناعي:

ان التقدم الاقتصادي والصناعي والفني الذي تشهده الدول المتقدمة من جهة وتفتقد له الدول النامية من جهة أخرى، ألزم على هذه الأخيرة أن ترتبط بعلاقات مع هذه الدول المتطورة، من أجل نقل هذه التكنولوجيا للاستفادة منها في تقليص الفجوة بينها وبين الدول المتقدمة.

عن تحقيق التطور التكنولوجي والصناعي لا يمكن الوصول إليه إلى بتعاون صناعي قوي يربط بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية، إن هذا التعاون الصناعي يأخذ عدة صور ومن بين أهم هذه الصور:

*عقود نقل التكنولوجيا

* عقود المساعدة الفنية

* عقود تسليم المفتاح

*عقود تسليم المنتج في اليد

الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا

إن عقود نقل التكنولوجيا هي عبارة عن اتفاق يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة صنع سلعة معينة أو تطويرها أو تشغيل آلات أو أجهزة أو تقديم خدمات، ولا يعتبر بيع أو شراء أو تأجير السلع، وبيع العلامات التجارية أو التراخيص لاستعمالها نقلا لتكنولوجيا إلا إذا كان جزاء من عقد نقل التكنولوجيا أو مرتبطة به.[3]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 54.
2. حسان نوفل، المرجع سابق، ص 47.
3. المرجع نفسه، ص 49.

قد يكون عقد نقل التكنولوجيا مقتصرا على نقل المعرفة الفنية فتقتصر العلاقة بين طرفي العقد، المورد والمستورد للتكنولوجيا على مجرد تنفيذ كل منها لإلتزاماته، وهذه الصورة البسيطة لعقود نقل التكنولوجيا المتعامل بها بين الدول المتطورة فيها بينها، إذ يتمتع كل من طرفي العقد بدراية فنية متعادلة أو متقاربة، إلا أن العقود التي تبرم بين الدول المتقدمة والدول النامية التي تعرف ضعف في الدراية الفنية، هذا ما تطلب إضافة إلى نقل التكنولوجيا أي نقل المعرفة الفنية أن يقدم الطرف المورد التكنولوجيا المساعدة الفنية اللازمة للإستغلال الأمثل لهذه المعرفة الفنية.[1]

الفرع الثاني: عقود المساعدة الفنية:

إن عقد المساعدة الفنية يقصد به الإتتفاق الذي يتعهد فيه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية، والتي من شأنها أن تحقق الهدف الذي يرجوه مستورد التكنولوجيا من استيراد هذه التكنولوجيا.[2]

ويلتزم مورد التكنولوجيا في عقد المساعدة الفنية بتوفير العمالة الفنية والخبراء أو بتدريب العمالة الفنية أو بتركيب الآلات أو إصلاحها أو صيانتها.[3]

الفرع الثالث: عقود تسليم المفتاح:

إن عقد تسليم المفتاح موضوعه الأساسي الاستثمار التكنولوجي، يبرم بين طرفين (طالب الاستثمار والمستثمر)، بحيث بهدف طالب الاستثمار القيام بمشروع معين، ويكلف المستثمر، لقاء بدل معين، القيام بجميع الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى إنجاز المشروع بصورة كاملة وجاهز للعمل حالا، بحيث تكون جميع المتطلبات اللازمة لإتمام المشروع قد تمت فعلا، إن بإمكان طالب الاستثمار أن يبدأ استعماله في الغاية التي وجد من أجلها.[4]

1. حسان نوفل، المرجع سابق، ص 49.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 58.
3. حسان نوفل، المرجع سابق، ص 49.
4. مرتضى جمعة عاشور، **(عقد الاستثمار التكنولوجي)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 52.

وقد عرف عقد تسليم المفتاح على أنه العقد الذي بمقتضاه يلتزم طرف أجنبي بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج إلى الدولة المتعاقدة معه، وتنتهي إلتزامات الطرف الأجنبي بمجرد تشييد المصنع وتركيب الآلات والأجهزة وتجريبها[1]، ومنه إن الهدف من إبرام عقد تسليم المفتاح، هو تجهيز وحدة صناعية وتسليمها جاهزة للتشغيل.[2]

إن عقد تسليم المفتاح بأسلوبين، الأول أسلوب بسيط، يلتزم من خلاله المستثمر بتقديم المعرفة التكنولوجية، وكذلك مجموعة أداءات أخرى كإقامة أبنية المصنع وتوريد الأجهزة والمعدات، وإعطاء مدة ضمان، إذ أنه في حالة الإخلال بهذا الضمان، يلتزم المستثمر بإصلاح العيوب أو التعويض عنها أو بكليهما معا على أساس المسؤولية العقدية، وأسلو ثاني ثقيل وبمقتضاه يلتزم المستثمر بإلتزامات أكثر، إذ يلتزم بتقديم تصور للمشروع وتنفيذه وتوجيهه والمساعدة في التدريب الفني والمساعدة في إدارة المصنع.

أن عقد تسليم المفتاح لم يلب حاجات البلدان النامية المستوردة لتكنولوجيا، لأن المنشأة تظل مفتقرة للعمال ذو الكفاءة في ميدان الإستغلال والتسيير، إذ أن الضمانات تنتهي عند التأكد من أن المنشأة قادرة على الإنتاج، دون التأكد من قدرة المتلقي أي مستورد التكنولوجيا من ضمان عملها الجيد.[3]

الفرع الرابع: عقود المنتج في اليد

ظهر هذا النوع من العقود من خلال الممارسات العلمية، ويعتبر عقد تسليم المنتج في اليد عبارة عن اتفاق يلتزم من خلاله الطرف الأجنبي علاوة على إقامة المصنع وتسليمه جاهزا لتشغيل والإنتاج فإنه يلتزم بتقديم المعونة التقنية،وتدريب العمالة المحلية حتى تكتمل قدرتها على تشغيل المصنع والإنتاج على نحو أفضل، كما يدعى عند الفقهاء هذا النوع من العقود بتسليم المفتاح الشامل.[4]

1. حسان نوفل، المرجع سابق، ص 50.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 53.
3. قادري عبد العزيز، مرجع السابق، ص 39.
4. حسان نوفل، المرجع سابق، ص 50.

إن عقود المنتج في اليد نشأة في التجربة الجزائرية على الخصوص وتهدف إلى جعل الطرف الأجنبي يعمل على النقل الفعلي لتكنولوجيا، وتظهر على شكل مركب يلزم الطرف الأجنبي بثلاث التزامات أساسية هي: تسليم المواد الملموسة ونقل التكنولوجيا وضمان إنتاج خصوصي وتلتزم بتكوين العمال المحليين مهنيا بخلاف عقود تسليم المفتاح

وتتم عملية التسليم على ثلاث مراحل، فيتم كمرحلة أولى التسليم المؤقت، يتم التأكد القدرات النظرية للمصنع على العمل، وتليها مرحلة التسيير الأولى وهي تحت إشراف الطرف الأجنبي، وكمرحلة نهائية مرحلة نهاية التسيير وتتحقق بعد تمكن العمال المحليين فعلا من الإنتاج ويكون الحكم على قدراتهم بعد تجارب يقومون بها.[1]

المطلب الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية

إن التطور الإقتصادي والصناعي لأي دولة يتطلب وجود بنية تحتية متطورة، وهذه البنية التحتية تتمثل في شبكات الطرق والمواصلات والمطارات والموانئ بإضافة إلى محطات الكهرباء وشبكات الإتصالات وغيرها من المنشأة التي تعد ضرورية لنهوض بالاقتصاد.

وبما أن بناء وتشيد مثل هذه المنشأة ليس بالسهولة بما كان، إذ تعتبر عالية التكاليف وبالغة التخصص، فإن الدولة وخاصة الدول النامية تلجأ من أجل تنفيذ هذه المشروعات إلى إبرام عقود مع شركات أجنبية عملاقة، ذات رؤوس أموال كبيرة وتمتاز بالتخصص.

إن عقد الأشغال العامة الدولية هو العقد الذي يبرم بين الدولة أو أحد هيئاتها أو الشركات التابعة لها مع مقاول أجنبي بغية انجاز أعمال من طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لإنتقال التكنولوجيا، وليكون العقد عقد أشغال عامة دولية، يجب توفر عدة شروط منها: أن ينصب العقد عقار وأن يكون الهدف من إبرامه تحقيق المنفعة العامة وأن تتم الأشغال لحساب شخص معنوي عام، بالإضافة إلى وجوب توفر الصفة الدولية.[2] كذلك إن عقد الأشغال العامة هو إتفاق تبرمه الإدارة مع شركة أو فرد من أجل بناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام نظير مقابل متفق عليه مسبقا ضمن شروط التعارف، يتميز هذا العقد بثلاث

1. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 40.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 61.

عناصر أساسية تتمثل في المحل والذي يكون دائما أعمالا ترتبط بعقار في صورة بناء أو ترميم أو صيانة إضافة إلى المستفيد من هذا العمل والذي يشترط أن يكون شخص معنوي عام ولا يشترط أن يكون مالكا للعقار محل التعاقد، والغاية يجب أن تكون تحقيق نفع عام من وراء هذا التعاقد.

وهذه العناصر هي نفسها عناصر عقد الأشغال العامة الدولية مع إضافة عنصر جديد إليها يتعلق بشرط أن يكون المتعاقد مع الإدارة مستثمرا أجنبياّ، ويطلق إصطلاح عقود الأشغال العامة الدولية على كافة المشروعات المتصلة بعقار وتتم لحساب شخص عام وينفذها طرف أجنبي.[1]

إن لهذه العقود أهمية كبيرة، إذ تمكن الدولة من تطوير بنيتها التحتية وتحديث مرافقها العامة، ودون اللجوء إلى الإقتراض، ولعقود الأشغال الدولية عدة صور أهمها عقود تسليم المفتاح التي تم التطرق لها سابقا إضافة إلى عقود البوت.[2]

إن عقود البوت (BOT) عبارة عن مشروعات تقوم شركات أجنبية بتمويلها مع بقاء الدولة صاحبة حق الملكية أو إحدى هيئاتها، بحيث تقوم الدولة أو أحد هيئاتها بإبرام عقد مع مستثمر لتمويل وتشييد مرفق من المرافق لحساب الجهة الحكومية، على أن يكون للمستثمر حق إستغلال المرفق تجاريا وتحصيل أرباح التشغيل لحسابه الخاص لفترة معينة، تنتقل بعدها أصول المرفق ومسؤولية إدارته إلى الجهة الحكومية.[3]

1. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **(التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية)**، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2006، ص ص 160 – 161.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 62.
3. عصام أحمد بهجي، **(التحكيم في عقود البوت bot)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008، ص 14.

عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOOT):

تأخذ هذه العقود صورة التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والتملك، وفي هذه المشروعات يقع على عاتق المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية ويكون مالك له طول مدة الترخيص التي تنتهي بنقل الملكية.[1]

يرى بعض الفقهاء في إطار هذه الصورة من عقود البوت أن شرطة المشروع تقوم ببناء المشروع أو المرفق على نفقتها وتتملكه طوال المدة المتفقة عليها في العقد، ثم تقوم بإستغلاله تجاريا خلال مدة التعاقد وفي نهاية هذه المدة تقوم شركة المشروع بإعادة المرفق أو المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة.[2]

عقود البناء والتملك والتشغيل (BOO):

من خلال هذه العقود تمنح الدولة ترخيصا للمستثمر لبناء مرفق جديد وتملكه وصيانته وتشغيله وتحمله وجميع مخاطره وتكون ملكيته له نهائية.[3]

عقد البناء والتأجير والتحويل B.L.T: من خلال هذا النوع من العقود تتفق الدولة مع المستثمر الخاص على بناء هذا الأخير لمشروع أو مرفق عام وتأجيره له لفترة زمنية يحصل خلالها المستثمر عل الإرادات بمقابل أن يدي للدولة مبلغ بدل إيجار المشروع.[4]

بالإضافة إلى هذه الصور توجد صور عديدة نذكر منها على سبيل المثال:

- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل DBFO.
- عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل BTO.

1. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 29.
2. مصطفى عبد المحسن الحبشي، (الوجيز في عقود البوت BOT)، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص 15.
3. حسان نوفل، مرجع سابق، ص 29.
4. أحمد سلامة بدر، (العقود الإدارية وعقود البوت BOT)، بدون طبعة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، سنة 2003، ص 360.

- عقود التجديد والتمليك والتشغيل ROO.
- عقود البناء والتمويل ونقل الملكية BFT.
- عقود التأجير والتدريب والتمويل LTT.[1]
- عقود البناء والتأجير والتحويل BLT.
- عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل MOOT.[2]
- عقود الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية LBOT.[3]

للتذكير فإن الفقه منقسم بين من يعتبر هذه العقود من أشكال وصور عقود البوت وبين من يعتبرها عقودا شبيهة بعقود البوت ويفرقون بينها وبين عقود البوت.

إن عقود الأشغال العامة الدولية وبإختلاف صورها تساهم في تحقق التنمية للدولة المضيفة، ببناء المرافق الإقتصادية الأساسية، وذلك من دون تحمل ميزانية الدولة أعباء مالية بإضافة إلى ضمان عدم إتجاه الدولة للإقتراض من أجل تغطية هذه الأعباء وهذا ما يساعد الدولة على المضي في إنشاء مرافق إقتصادية جديدة.[4]

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعايير دوليتها:

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد على غرار عقد الإستثمار تكتسي أهمية بالغة حيث يمكن من خلالها تحديد الجهة المختصة لنظر في النزاعات التي تنشأ بسببها أو في خضم تنفيذها، وكذلك تعتبر المعيار الأساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهي التي تقرر إذا ما كان القانون الوطني هو الذي يحكم العقد أو غيره من القوانين الأجنبية، للأهمية التي تكتسي تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار فسوف نتطرق لهذه الطبيعة القانونية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف نتطرق فيه إلى المعايير التي تم الإعتمد عليها لإعتبار عقود الإستثمار من قبل العقود الدولية.

1. حمادة عبد الرزاق حمادة، (عقود البوت Bot)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، سنة 2013، ص ص 35 – 36.
2. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 360.
3. مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 16.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 64.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار

إن الأهمية البالغة في تحديد الطبيعة القانونية جعلت الفقه يولي لها إهتماما بالغا بالنسبة للعقود بصفة عامة، وبالنسبة لعقود الإستثمار بصفة خاصة للأهمية البالغة لهذه الأخيرة لما تلعبه من دور كبير في التنمية الإقتصادية لدول المضيفة للإستثمار، إضافة إلى محاولة الفقه تحديد الطبيعة القانونية لعود الإستثمار بهدف حماية مصالح المستثمر الأجنبي بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية وذلك إفتكاك عقود الإستثمار من إختصاص القانون الوطني لدول المضيفة للإستثمار، وقد إنقسم الفقه إلى عدة إتجاهات وآراء حول الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار يرجع ذلك الإختلاف إلى انتماءات ومرجعيات كل فريق وكذلك لاختلاف دوافع كل فقه، فمنهم من كان يحاول حماية حقوق الدول المضيفة وذلك باعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الإرادية وذلك لثبات إنفراد القانون الداخلي لهذه الدول بالاختصاص، ومنهم من حاول إضفاء الطابع الدولي على عقود الإستثمار وذلك من أجل سحب الاختصاص من القانون الوطني للدول المضيفة للإستثمار لصالح نظم قانونية أجنبية، إلا أنه لا يمكن إنكار وجود فقهاء تطرقوا المسألة الطبيعية القانونية لعقود الإستثمار وحاولوا تحديدها بصفة موضوعية محايدة مستبعدين كل عواطف وميولات، وسوف نتطرق لهذه الآراء فيما يلي:

الفرع الأول: عقد إستثمار إتفاقية دولية:

ى يرى بعض الفقه أن عقود الإستثمار، من ضمن الإتفاقيات الدولية، وذلك من أجل جعل الإلتزامات الناشئة من عقد الإستثمار إلزامات دولية وذلك لصالح المتعاقد الأجنبي، أي أنه لا يترتب عن إخلال الدولة المضيفة للإستثمار بإلتزاماتها إتجاه المستثمر الأجنبي الطرف في العقد مسؤولية دولية، كما لو أنها أخلت بإحدى إتفقياتها الدولية[1]، ويعتبر أصحاب هذا الإتجاه الذين ينادون بتدويل عقد الإستثمار من المدافعين على مصالح الشركات المهيمنة في مجال التجارة العالمية، حيث ذهبوا إلى أن وجود الدولة بوصفها طرفا رئيسيا في عقود الإستثمار، يجعل أن لا مناص من تدويل عقد الإستثمار وبالتالي تعامل عقود الإستثمار معاملة الإتفاقية

1. مرتضى جمعة عاشور، مرجع السابق، ص 69.

الدولية، ومنه يختص القانون الدولي العام بحكمها، ويترتب عليه إذا ما خلت الدولة المتعاقدة بما ألزمت به بمقتضاها تنعقد مسؤوليتها الدولية[1]، ويسوي أصحاب هذا الإتجاه بين العقود الإستثمار التي هي كما عرفنا سابقا، بأنها كل العود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص والتي تتعلق بالأنشطة في إطار الخطط التنموية[2]، وبين الإتفاقيات الدولية التي يعرفها بعض الفقهاء فإنها توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في أحداث أثار قانونية معينة طبقا للقانون الدولة وقد عرفها بعض الفقه على أنها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[3]، ومن أجل تحاشي الفكرة السائدة في الفقه والقضاء الدولتين التي مفادها أن العقود التي تبرم بين الدولة وطرف خاص أجنبي لا يملك أدنى قدر من الشخصية القانونية الدولية، الذي لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، حتى يكون مخاطبا بأحكامه، وتطبيق قواعد القانون الدولي على تصرفاته القانونية وما يبرمه من تعاقدات، فذهبوا إلى أن تدويل العقود المبرمة بين الدولة وشخص الخاص الأجنبي، لا يعني بضرورة إعطائه إختصاصات مماثلة لإختصاصات الدولة ولكنه يهدف للإعتراف بتمتعه بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى الدولي وللدفاع عن حقوقه بإسناد إلى القانون الدولي العام، واعتبروا أن صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي لا تخوله إلا الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد.[4]

وتعد إتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي أنشأة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى خطوة هامة بإتجاه خلق نظام قانوني دولي حقيقي، يتضمن قواعد قانونية دولية ملزمة تتعلق بعقود الإستثمار، فإن تحكيم تحت مظلة المركز يقوم بتطبيق القانون الدولي العام، بالإضافة إلى أن أحكام التحكيم الصادرة عنها تعد أحكام دولية متصلة بالقانون الدولي وتعد أحكاما نهائية ملزمة لطرفين، وتمكن الطرف الخاص من تنفيذ الحكم الصادر

1. محمد الروبي، **(عقود التشييد والإستغلال والتسليم Bot)**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 180.
2. جابر فهمي عمران، مرجع سابق، ص 389.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 70.
4. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 181.

لصالحه في جميع الدول المنضمة في الإتفاقية وتمنع الدولة الصدر الحكم ضدها من التمسك بخصائصها القضائية أمام محاكم الدول الأخرى الطرف في المعاهدة المنشأة للمركز[1]، وحسب نص المادة 54 من إتفاقية واشنطن 1965 فإنه (يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم صدر في نطاق هذه الإتفاقية بإعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الإلتزامات المالية التي يرفضها الحكم على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات الطابع فيدرالي فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفيدرالية).[2]

ويرى الأستاذ Dominique Berliu أن ذلك يدل على بداية وجود نظام قانوني وجزاءات تطبيق على فئة محددة من العقود، ألا وهي عقود الإستثمار، وهذا ما يساند فقهاء الذين ينادون بتدويل العقد واعتبار عقد الإستثمار من المعاهدات الدولية لتدعيم وجهة نظرهم إذ يقولون بأنه بزغ في الأفق فرع جديد من فروع القانون الدولي العام يحكم عقود الدولة أطلقوا عليه تسمية القانون الدولي للعقود.[3]

نقد إعتبار الإستثمار معاهدة دولية:

إن عقد الإستثمار لا يعد إتفاقية بين دول أو منظمات دولية، فإتفاقية الدولي لا تصرف إلا إلى الإتفاقات المبرمة بين الأشخاص القانون الدولي، بينما تبرم عقود الإستثمار بين أحد هؤلاء الأشخاص، المتمثل في دولة وشخص خاص من أشخاص القانون الداخلي لذا لا يمكن إعتبار عقود الإستثمار من قبل الإتفاقيات الدولية، فكل إتفاق بين طرفين لا يتمتع أحدهما بشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام ليكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون الدولي ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية، ولم تضفي عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي إحتياطي، ليمكن إدماجه في النظام القانوني الدولي، من خلال إتفاق الأطراف على أن إتفاقهما تسري عليه قواعد القانون الدولي العام وبالتالي فإن عقد

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 70.
2. المادة 54 من إتفاقية واشنطن 1965، السابقة الذكر.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 71.

الإستثمار لا يعد إتفاقية دولية وفقا للمفهوم التقليدي لفكرة السابقة في القانون الدولي بسب وجود طرف خاص في العقد الذي هو المستثمر الأجنبي الخاضع للقانون الخاص.[1]

وفي الأخير فإن الهدف وراء إعتبار عقود الإستثمار إتفاقيات دولية هو محاولة إفلات الشركات الإستثمارية الدولية من سلطان قانون الدولة الوطني، ومحاولة منع هذه الأخيرة من التمسك بقانونها وما يمنحه لها من سلطات واعتبار أي تعديل تقوم به الدولة لشرط هذه العقود خصوصا المتعلقة بإستغلال الثروات من أجل ضمان توازن هذه العقود ويعتبر إجراء مخالفا للقانون الدولي تنعقد على أساسه المسؤولية الدولية للدولة التي قامت به.[2]

ومن الأحكام التي أيدت فكرة عدم إعتبار عقود الإستثمار إتفاقيات دولية،ن هو الحكم الصادر عام 1952 من محكمة العدل الدولية حول قيام إيران بتأميم Aaglo – Iranian Oil Company حيث قررت عدم إختصاصها بشأن طلب الذي قدمته بريطانيا حول بطلان تأميم الإيراني مبررة ذلك بأن عقد الإمتياز الذي أبرمته إيران وشركة النفط المذكورة والتي تحمل الجنسية البريطانية، لا يعد إتفاقية دولية.

الفرع الثاني: عقد الإستثمار هو عقد إداري

ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار عقود الإستثمار هي عقود إدارية وذلك في ما حاولة منه من أجل منح الدولة المستضيفة المتعاقدة الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة من أجل تحقيق المنفعة العامة.[3]

ويعرف العقد الإداري على أنه العقد أو الإتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسير مرفق عام وفقا للأساليب القانون العام بتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص[4]، وقد عرف أيضا على أنه العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 72.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ص 182 – 183.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 73 – 74.
4. محمد الصغير بعلي، **(العقود الإدارية)**، بدون طبعة، دار العلوم، عنابة، سنة 2005، ص 10.

بمناسبة تسيره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه العقد شرطا أو شروط غبر مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

يذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء المصري، إلى عدم إعتبار العقد عقد إداري، رغم كونه مبرم من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويقصد بالشرط الغير مألوف الإستثنائي (الفارق المألوف) إدراج بندا وقاعدة في العقد يعطي الطرفين أو أحدهما أو يحملهما إلتزامات لا يمكن أن يسلم بها بحرية وإراديا المتعاقد في ظل القانون الخاص المدني أو التجاري[2]، ويقتضي ذلك أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر وهي:

- وجوب أن يكون أحد أطرفه شخصا من أشخاص القانون العام.
- استهداف إدارة وتسير أحد المرافق العامة.
- أن يتضمن شرطا أو شروطا غير مألوفة في القانون الخاص.[3]

الفقه الذي يعتبر عقد الإستثمار من قبيل العقود الإدارية:

اسند فقهاء هذا الإتجاه إلى مجموعة من الإعتبارات التي تجمع بين عقد الإستثمار وبين العقد الإداري نذكر منها:

- إن كلاهما تكون الدولة أو أحد هيئاتها أو أحد المؤسسات العمومية التابعة لها طرفا فيه، في حين إن المستثمر الأجنبي يعتبر من أشخاص القانون الخاص والذي يعتبر الطرف الثاني في العقد.
- أن ما يمكن استقراؤه من خلال أغلبية إتفاقيات الإستثمار الثنائية، فإن الدولة وبإعتبار ما تتمتع به من سيادة أدى إلى فرض مجموعة من الشروط بسبب أنها مستضيفة للإستثمار مثال

1. عصام أحمد البهجي، **(الطبيعة القانونية لعقود Bot)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، سنة 2014، ص 92.
2. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 19.
3. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 92.

ذلك حقها في تأميم المشروع إذا إستدعت المصلحة العامة ذلك وهو مصطلح عليه بالشروط الغير مألوفة بالمقارنة مع نظيراتها من العقود المدنية الأخرى التي تنعدم فيها مثل هذه الشروط.
– كما أن عقد الإستثمار الغالب ما ينصب في خدمة أحد مرافق الدولة العامة كالإستثمار في مرفق الإتصالات والمواصلات والنفط.[1]

بإعتبار أن عقود البوت من عقود الإستثمار يضيف أنصار هذا الإتجاه أنه بإسقاط ما تقدم من الإعتبارات التي تتوفر في العقد الإداري على عقود البوت التي تبرمها الدولة نجد أن الدولة أيضا تعتبر طرفا في هذه العقود بإضافة إلى ذلك فإنها تحتوي على العديد من الشروط الإستثنائية غير المألوفة هذا فضلا على أن الشروط الثلاثة للعقد الإداري تجتمع في عقود البوت، إذ تعتبر الدولة الطرف الأول في عقود البوت تحتوي العديد من الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص بالإضافة إلى أن عقود البوت ترد دائما وأبدا على مرفق عام.[2]

نقد فكرة إعتبار عقود الإستثمار عقودا إدارية:

إن الواقع العملي أثبت عدم توفر هذه الإعتبارات التي تمثل الشروط الثلاث الأساسية للعقود الإدارية، في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة للإستثمار مما يؤدي إلى إنهيار نظرية إطلاق صفة العقد الإداري على عقود الإستثمار، بحيث أن توفر الشرطين، شرط أن تكون الدولة طرفا فيه وأن يتصل العقد بمرفق عام لا يكفي ليعتبر هذا العقد عقدا إداريا، إذ يعتبر إدراج شرط أو شروط غير مألوفة واجبا ليعد العقد إداريا[3]. ويتضح مما جرى عليه العمل تقوم الدولة المتعاقدة فيما يخص عقود الإستثمار وخلافا للعقود الإدارية حيث تضع قيود على سلطتها العامة لصالح المستثمر الأجنبي التي تعاقدت معه هادفة لتشجيع حركة الإستثمار الأجنبية خاصة في سلطتها تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة وذلك من خلال شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد كما أن مسألتي المصادرة والتأميم أصبح من الأمور غير الواردة في التشريعات الحديثة كما أن المستثمر الأجنبي أضحى يضع الشروط وليس الدولة المضيفة ويرجع ذلك إلا أنهه يمتلك مركزا تفاوضيا أقوى من الدولة والذي يؤكد ما سبق أن مسألة

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 76.
2. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 93.
3. محمد الصغير بعلي، مرجع السابق، ص 19.

موضوع العقد والقانون الواجب واجب التطبيق عند نشوء النزاع والملاحظة أن جل المؤسسات التحكيمية تطبق قانون إرادة الأطراف ومن ثم قانون الدولة المتعاقدة أو القانون الدولي في حين أن العقد الإداري يضل عقدا وطنيا يخضع في كل الحالات لقانون الدولة الطرف في النزاع.

وقد برر المنتقدون فكرة العقد الإداري الدولي وجود عدة نظم قانونية لا تعرف فكرة العقد الإداري وإلى موقف العداء الذي تبناه المستثمرين الأجانب للسلطة العامة في الدول خصوصها النامية منها الحفاظ على حقوقهم ومنافعهم ضد المخاطر التشريعية والإدارية مما إنعكس بالسلب على تطور فكرة العقد الإداري الدولي.[1]

ومن الأحكام التحكيمية التي لم تتعرف بالطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار نذكر من بينها:

تحكيم أرامكو: الذي كان بين شركة أرامكو وحكومة المملكة العربية السعودية حيث رفضت محكمة التحكيم أن العقد المبرم بين الطرفين ليس عقدا إداريا إستنادا إلى أن القانون السعودي المنبثق من الشريعة الإسلامية لا يتضمن أي قواعد خاصة تنظم إستغلال الثروة البترولية إضافة إلى ذلك ذهب المحكم إلى أنه لا يمكن إعتبار العقد بيم شركة أرامكو والحكومة السعودية عقد إداريا لأن شركة أرامكو حال قيامها بإستغلالها الثورة البترولية لا تقوم بأداء خدمة عامة للجمهور وبالتالي ينتقي وصف إمتياز الرفق العام وينتفي ذلك الطابع الإداري لهذا العقد.[2]

قضية تكاسكو: لقد رفض المحكم Pupuy اعتبار العقود محل النزاع عقود إدارية استندا لعدم توفر أركان العقد الإداري فيها وفق للقانون الليبي إذا رأى المحكم أن موضوع الإمتياز لا يتصل بمرفق عام وأن الدولة الليبية تعاقدت مع الشركات المدعية على قدم المساواة مع هذه الشركات وليست بصفتها سلطة عامة إضافة إلى أن هذه العقود لم تتضمن شروط غير مألوفة وقد ذهب المحكم إلى أن إعتبار شرط الثبات التشريعي شرطا غير مألوف يجانب المحكمة ويتعارض مع المنطق السليم، وإذا كانت أهم ميزة في العقد الإداري هو عدم المساواة بين طرفيه فإن شرط الثبات التشريعي يعتبر شرطا سلبيا إذ أن الدولة تتعاهد بمقتضاه بعدم إستخدام سلطاتها التي تتمتع بها أصلا دون موافقة الطرف الآخر ولذلك فإن المحكمة تعتبر أن الشروط الثبات

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق ، ص 77.
2. محمد الروبي، مرجع السابق، ص 83.

التشريعي الواردة في العقد المبرم بين الشريكتين الأمريكيتين والحكومة الليبية تعتبر دليلا على نفي الطابع الإداري لهذا العقد.[1]

تحكيم ليمكو: بين الشركة الأمريكية ليمكو والحكومة الليبية حيث ذهب المحكم الأستاذ صبحني محمصاني إلى أن الفقه الحديث والقواعد العامة السائدة بخصوص عقود الإمتياز البترولية ترح تكييف هذه العقود على أنها من قبيل عقود القانون الخاص إستنادا إلى أن الأنشطة التي يقوم المستثمر المتعاقد لا تعد من أعمال المرفق العام ولأنها مشروعات لها طبيعة خاصة ومنه فإنه يحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود.[2]

الفرع الثالث: عقد الإستثمار من عقود القانون الخاص:

يرى بعض الفقه أن عقد الإستثمار يعتبر عقدا من قبيل العقود التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص وقد إستند هذا الفقه في تبرير أفكاره إلى كون أن الدولة عند إبرامها لعقود الإستثمار فإنها تتعامل مع شركات دولية ومستثمرين أجانب، وهؤلاء لا يقدمون على التعامل معها إذا ما قامت بالتمسك بسلطاتها والإمتيازات الممنوحة لها، وعلى هذا تضطر الدولة على التنازل عن الإمتيازات التي تستمدها من القانون العام وتتعامل مع الأفراد على قدم المساواة وذلك بهدف تحقيق مصالحها وتمويل مشروعاتها ذات الرأسمال الضخم والتي تستوجب تكنولوجيا متقدمة تفتقر لها الدولة المضيفة للإستثمار[3]، كما ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أن عقود الإستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الدولة شروطا إستثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتنازل للتعاقد شأنها شأن الأفراد العاديين، فهذه العقود تتطلب أن لا تتميز الإدارة بسلطات العقود الإدارية، وهذا يعني أن الإدارة في عقود الإستثمار فإنها تتعاقد وفقا لأسلوب القانون الخاص ولا تستطيع أن تضمن فيها شروطا إستثنائية وإنما بنودا تعاقدية مماثلة للتي درج الإتفاق عليها في عقود القانون الخاص[4]، إضافة إلى ذلك فإن هذه العقود تقوم على حقوق وإلتزامات متعادلة بين طرفي عقد الإستثمار، إذ أن المستثمر

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق ، ص 79.
2. محمد الروبي، مرجع السابق، ص 86.
3. عصام أحمد البهجي، مرجع السابق، ص 98.
4. حمادة عبد الرزاق حمادة ، مرجع السابق ، ص ص 58 – 59.

الأجنبي في الغالب ما يكون من القوة التي تمنحه فرض شروطه ويكون ندا للدولة، وفي هذه الحالة يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يسود في عقود القانون الخاص[1]، كما يذهب أنصار الخصخصة إن إعتبار عقود الإستثمار من قبيل العقود الإدارية، من شأنه أن يؤدي إلى تخوف المستثمرين الأجانب وترددهم في إستثمار أموالهم في الدول التي تعتمد هذا التكيف وذلك تجنبا للمخاطر التشريعية القضائية والإدارية والتي بالإمكان أن يتعرضوا لها، ومن خلال هذا أنصار الفكر المنادي بخصخصة عقود الإستثمار إلا أن الدولة ومن أجل سعيها لجذب الإستثمارات الأجنبية إليها، والحفاظ على علاقات إقتصادية قوية في الخارج عليها أن تبتعد عن أساليب القانون العام وتلجأ إلى العقود المدنية والتجارية، وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي.[2]

إن الدولة وإن كانت تستطيع ممارسة أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بما لها من سيادة عليهم، فإن نشاطها التعاقدي مع المستثمرين الأجانب، لا يمكن أن يبني إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف إستنادا الدولة تكون داخل إقليمها الوطني، أما خارج هذا الإقليم فإن الدولة تقف موقف مساوي للمستثمر المتعاقد، ومنه لا تتمتع سلطات إستثنائية لا يسمح بها العقد على الطرف الأجنبي[3]، كما أن حاجة الدولة الماسة للنمو الإقتصادي تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص، إذ أن الغالبية الإقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية، إضافة إلى ذلك فإن المتعاقد مع الدولة غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة إقتصادية كبيرة، تتمتع بحماية دولية وسياسية، تمنع بذلك تطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية، وما تحتوي من سلطات لدولة في مواجهم المستثمر المتعاقد، فإن ظهور الدولة في نشوب السلطة العامة فإن هذا يتسبب في الإحجام عن الإقدام على التعاقد معها.[4]

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق ، ص 81 – 82.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 79.
3. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص 59.
4. المرجع نفسه، ص 60 – 61.

نقد الذي تعرض له الفقه المنادي بخصخصة عقود الإستثمار:

إنتقد جانب من الفقه فكرة إعتبار عقد الإستثمار من قبيل عقود القانون الخاص، إذ يرى هذا الجانب من الفقه أن فكرة إعتبار عقود الإستثمار من عقود القانون الخاص لا تتلاءم وتتعارض مع ذاتية وخصائص عقود الإستثمار، لا سيما وأنها تحتوي على ملامح للسلطات العامة مهما كان قدرها لمساسها بالضرورة بتحقيق المصلحة العامة، ومنه لا يمكن وضع عقد الإستثمار الذي تبرمه الدولة في إطار الصورة التقليدية للعقود في القانون الخاص المحضر.[1]

إضافة إلى ذلك ذهب كثير من الفقهاء المعارضين لفكرة خصخصة عقد الإستثمار واعتباره عقد من عقود القانون الخاص، إلى أن شرط الثبات التشريعي يعد شرطا من الشروط الإستثنائية التي تعد دليلا قويا على إدارية العقد لا على خصخصته، لأن تضمين شرط الثبات التشريعي في العقد الذي تبرمه الدولة يدل على أن العقد يحتوي شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، لأن أحد أطراف عقود القانون الخاص لا يمكنه أن يتعهد بعدم تعديل التشريعات السارية وقت إبرام العقد أو القانون الواجب التطبيق.[2]

كماّ أن شروط ثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد إستثنائية تثبت إدارية عقود الإستثمار ولا تنفيها فلا يوجد مثل هذه الشروط في القانون الخاص، بل أن شرط الثبات يعد إعترافا غير مباشر لطرف الأجنبي بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في **أي** وقت إلا أن الطرف الأجنبي اتفق مع الدولة على عدم استعمال هذه السلطة. كما أنها الأساس التي استند إليها أنصار فكرة الخصخصة والتي مفادها أن عقود القانون الخاص تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية وما تقتضيه التوجهات الاقتصادية وتشييع الاستثمارات الدولية لا تعدوا إلا أن تكون مجرد مناشدة الدولة لتتبع أساليب القانون الخاص من قبل الفقه.[3]

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 83.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 117.
3. حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع سابق، ص 62.

الفرع الرابع : الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار.

ذهب بعض فقه عقود الاستثمار من العقود المختلطة وذات طبيعة خاصة تجمع بين القانون العم والقانون الخاص، أن تعتبر الشروط الجديدة في هدا العقد تجعل له طابعا مختلطا ذو طبيعة خاصة إذ ان هذه الشروط تحتوي على تطورات جديدة تقيد سيادة الدولة وتنقص من سلطاتها وتسلب العقد من اختصاصها القضائي وتمنع الدولة من الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد، فلا يكن لها تعديلا لعقد بإرادتها المنفردة، بالإضافة إلى أنها تقوم بتحصين المستثمر الأجنبي ضد التغيرات في تشريعات الضرائب والجمارك والتي قد تؤدي الى الإضرار بالجانب المالي للمستثمر.[1]

وما لا شك فيه أن وجود شرط الثبات التشريعي وشرط العقد الذي يؤدي غيابهما بلا شك الى عودة العقد إلى حضيرة القانون العام وتطبيق فوري لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقود الإدارية، يؤدي ذلك إلى تمييع الطبيعة القانونية للعقد وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة.[2]

وقد أيد عدد من الأحكام التحكيمية للطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار نذكر منها تحكيم ارامكو الصادر في قضية شركة ارامكو ضد الحكومة السعودية الذي أشار إلى أن امتياز المناجم هو عقد ذو طبيعة خاصة لا يمكن أن ينتمي بالكامل إلى أي صنف من العقود أي لا يمكن إدراجه ضمن الفئات المعتادة للعقود فهو تصرف له طبيعة العمل المنفرد فيما يتعلق باعتماده على الترخيص الأولي، كما له طبيعة العقد لأنه يتطلب اتفاق إرادات متبادلة لكل من الدولة وصاحب الامتياز.

إن فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الإستثمار ليست إلا حالا جزئية في أحسن الظروف فليس بالسهل تحدي العناصر الغالبة فيه، إذا ما كانت عناصر القانون العام أو عناصر القانون الخاص والملاحظ أن هذا يختلف من عقد آخر، وتعد الطبيعة العقدية والتجارية للصفقة من أهم عناصر القانون الخاص حيث تناقش بنودها من قبل الطرفين وتفرض من قبل أحدهما

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع سابق ، ص 84.

2. محمد عبد المجيد إسماعيل، **(العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2014، ص 54.

بالإضافة إلى أنها تتضمن شروط بالقانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم[1]، حيث تهدف شروط إختيار القانون إلى إستثناء النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة حيث يسعى طرف المتعاقد لتحريره من سلطان قانونها، أما شرط تسوية المنازعات فهو يهدف إلى توفير وسائل محايدة وفعالة في تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود لكي تعيد توازن بين الأطراف أثناء النظر في النزاع وغالبا ما يعتبر شرط التحكيم ضمانة عامة في هذا الخصوص إذ أن التحكيم من شأنه تبديد مخاوف المستثمرين الأجانب حول خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة الذي قلما يكون مرحبا به بالنسبة للمستثمرين الأجانب[2]، وهذا ما يوجد أصلا في العقود المبرمة بين أطراف متساويين في المراكز القانونية في حين تعتبر أهم عناصر القانون العام في عقد الإستثمار هو وجود الدولة في حد ذاتها بالإضافة إلى منح المستثمر الأجنبي عدة إمتيازات وتسهيلات إستثنائية واشتراط المصادقة التشريعية على بعض العقود.[3]

وعلى الرغم من هذه الصعوبة من تحديد غلبة عناصر القانون العام أو الخاص فإن الطبيعة المختلطة لعقود الإستثمار تبقى حقيقية لا يمكن إنكارها وهو ما يستوجب تطبيق القواعد القانونية الملائمة سواء كانت مما يتعلق بالقانون الخاص أو العام ولكن بمراعاة أن قواعد القانون الخاص هي القواعد الأساسية والأكثر تطبيق لتلاؤمها مع مرونة شروط العقد وإحتياجات المشروع لبعض الإمتيازات.[4]

إن عقود الإستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرافها وإرتباط بالخطط التنموية الإقتصادية للدولة المضيفة هذا ما يستوجب الإعتراف لعقود الإستثمار لبعض المبادئ العامة لا اللازمة لتحقيق الهدف المنشود من إبرامها بغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه إذ أن الطبيعة الخاصة لا ترجع من كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص بل تستمد هذه الخصوصية من إرتباط موضوعها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.[5]

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 84 – 85.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 67.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 85.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 75.
5. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 85.

المطلب الأول: معايير دولية عقود الإستثمار:

يعتبر العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتصل بعدة أنظمة قانونية أي ذلك العقد الذي لا يختصر داخل نظام قانوني واحد[1]، إلا أن الفقه يعترف أنه بالصعوبة بما كان إيجاد تعريف جامع ومانع وهذا ما يستوجب البحث عن معيار يساعد في تحديد المقصود بالعقد الدولي ومن الملاحظ وجود ثلاثة معايير تستخدم في تحديد الصفة الدولية للعقد معيار قانوني ومعيار إقتصادي ومعيار ثالث جمع بين المعيارين السابقين وهو المعيار المختلط.

الفرع الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد:

يقوم هذا المعيار في تحديده لدولية العقد على فكرة مفادها أن العقد يعتبر دوليا لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية إلا أن أنصار هذا الإتجاه الذي يعتمد على المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقود واعتبار العقد دوليا قد إختلفوا على مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وآثروها على إلحاق الصفة الدولية بهذه الرابطة العقدية وأدى ذلك إلى ظهور صورتين من المعيار القانوني الأولى تقليدية والثانية حديثة.

المعيار القانوني التقليدي: يذهب أنصار هذا المعيار في إلحاق الصفة الدولية بالرابطة العقدية على أساس التسوية بين العناصر القانونية بالرابطة العقدية حيثّ أنه يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي من العناصر القانونية يؤدي إلى إكتساب العقد الطابع الدولي بمعنى أنه يكفي الإعتبار العقد دوليا أن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان تمثيل العقد مختلفا عن دولة القاضي وهذا المعيار يعتبر وفقا لأنصاره هو المعيار القادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص.[2]

يذهب الأستاذ Batiffel إلى القول أن العقد المعني يعتبر دوليا وذلك إذا ما إتصل الأخير بعدة أنظمة قانونية وذلك من خلال ملابسات إنعقاده أو تنفيذه أو جنسية أطراف أو مجال إقامتهم أو من ناحية تركز موضوعه.

1. هشام خالد، **(ماهية العقد الدولي)**، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2007، ص 74.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 78 – 79.

ويذهب الكثير من الفقهاء إلى التعبير عن المعاني السابقة ولكن بطرق مختلفة مفاد ذلك أن وجود عناصر أجنبية في العقد المعني إنما يدل على إرتباطه بعدة أنظمة قانونية وليست بنظام قانوني واحد الأمر الذي يستفاد منه تعدية لحدود دولة معينة لما يبرر إسباغ الصفة الدولية عليهّ إسنادا لما سبق وقوام هذا المعيار هو أن مناط الدولية إنما تمكن في إتصال العناصر القانونية للعقد المعني بعدد من الأنظمة القانونية المختلفة وعلى هذا الأساس يجب علينا تحليل العقد محل التساؤل والوقوف على طبيعة العقد أن يكشف عن مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة.[1]

لقد تعرض المعيار القانوني التقليدي من قبل الفقه الحديث لنقد بإعتبار معيار أليا جامد إذ يقضي بإعتبار أي عقد دوليا بمجرد توفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بعض النظر عن أهمية وثقل ذلك العنصر القانون أو طبيعة الرابطة القانونية المطروحة.

المعيار القانوني الحديث لتحديد الصفة الدولية للعقد:

يرى أنصار هذا المعيار فإنه يتعين التفرقة بخصوص العناصر القانونية المكونة للعقد والتي قد تطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر القانونية الفعالة والمؤثرة في العلاقة التعاقدية بين العناصر القانونية وغير الفعالة أو المحايدة إذ لا يعتبر مجرد توافر العناصر الأخيرة كافيا لإضفاء الطابع الدولي على العقد وإنما يستوجب لإكتساب هذا الطابع أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فعال أو مؤثر فتحديد دولية العقد من عدمها على هذا الأساس هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية أن تحديد هذه الصفة يتم على أساس كيفي هو العنصر الأجنبي المؤثر لهذه الرابطة بغض النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تتطرق إليها.

الفرع الثاني: المعيار الإقتصادي:

إتخاذ هذا المعيار صورا متعددة حيث كانت كل صورة مثابة حل يلبي حاجات إقتصادية معينة كحاجة تطبيق أو تفادي تطبيق نص قانوني معين وسوف نذكر أهم هذه الصور:

1. هشام خالد، المرجع السابق، ص 75.

أولا: معيار المد والجزر: ويستوجب هذا المعيار لكي يعتبر العقد دوليا يجب أن يحتوي على حركة من المد والجزر أي ذهاب وإياب للقيم الإقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر ولقد تعرض هذا المعيار لعدة إنتقادات لإنعدام قدرته على إستيعاب جميع العلاقات الإقتصادية الدولية بما جعل لأخذ بهذا المعيار في نطاق بعض العقود بالصعوبة بما كان مثل عقود الخدمات الدولية كما يعاب عليه عدم أخذه بعين الحسبات تنوع طرق الوفاء ففليس كل ذهاب وإياب مبلغ الوفاء فهناك طرق أخرى للوفاء لذلك فإنه لا مناص من تطوير هذا المعيار.

ثانيا: معيار مصالح التجارة الدولية: لتطبيق هذا المعيار يعتبر كل عقد ينصب على العمليات الإقتصادية التي تتضمن حركة الأموال أو الخدمات أو مدفوعات عبر الحدود حتى ولو كانت في إتجاه واحد يعتبر عقدا دوليا.[1]

ويقصد بمصالح التجارة الدولية كما حدده القضاء الفرنسي وجود معاملة إقتصادية يستوجب حركة أو تداول الأموال أو الخدمات أو دفع عبر الحدود وعلى حد تعبير الفقه الفرنسي وجود مد وجزر لقيم أو الخدمات قيما ورأى الحدود وهذا المفهوم لمصالح التجارة الدولية الذي يستند لمعيار المد والجزر كان قد سبق لمحكمة النقض الفرنسية عملت به في تعريفها للعقد الدولي إلى أن تطبيقه هذه المرة لحقه بعض التطور إذ إعتبر الفقه الفرنسي أن مصالح التجارة الدولية تتحقق ولو إنعدام هذا الإنتقال بالفعل المتمثل عمليتي الذهاب والإياب أو المد والجزر مدام العقد أو المعاملة تدل عن هذا الإنتقال عبر الحدود.[2]

ففي قضية شهيرة طرحة على محكمة النقض الفرنسية في 19 فبراير 1930 وهي تخص هذه القضية عقد بيع أبرم في فرنسا بين فرنسيين بشأن مئة طن من القمح بموجب عقد بيع CCAF وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تحتوي بشرط التحكيم وإثر خلاف بين الأطراف تم عرض النزاع على القضاء الفرنسي وبالرغم من العقد أبرم فرنسا وبين فرنسيين وكانت فرنسا مكان التنفيذ فإن محكمة النقض الفرنسية قامت بنقض حكم محكمة الإستئناف التي قضت ببطلان شروطك التحكيم وفقا القانون الفرنسي فقررت محكمة النقض الفرنسية أن بطلان شرط

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 81.

2. أحمد مخلوف، **(إتفاق التحكيم أسلوبك لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية)**، بدون طبعة، دار النهضة، العربية المصرية، سنة 2001، ص65.

التحكيم المقرر بمقتضى المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا ومن ثم هذا البطلان إن كان يسري في نطاق العقود الداخلية إلا أنه لا يسري في نطاق العقود الدولية والتي تكتسب هذه الصفة بمجرد أنها تأخذ في الإعتبار أو تراعي مصالح أو مقتضيات التجارة الدولية.[1]

كذلك الحكم الصادر من محكمة الإستئناف بباريس في 26 يناير 1990 قررت المحكمة أن العقد المبرم بين أطراف فرنسيين ويخضع في لتطبيقه لأحكام القانون الفرنسي بغية إنشاء شركة محاصة غرضها تنفيذ مشروعات في الخارج يحقق مصالح التجارة الدولية ويعتبر النزاع الناشئ بشأنه وتم الإتفاق فيه على التحكيم تحكيما تجاريا دوليا أي أن العقد عقدا دوليا.[2]

ومن بين التشريعات التي إعتمدت عليها هذا المعيار التشريع اللبناني حيث نصت المادة 809 من قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني على أنه يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية[3]، كما أن المعيار الإقتصادي الذي تبناه الفقه والقضاء الفرنسيان يتميز بأنه يعطي لإتفاق التحكيم الصفة الدولية بغض النظر عن جنسية أطرافه مدام يتصل بمصالح التجارة الدولية.[4]

الفرع الثالث: المعيار المختلط أو المعيار الإقتصادي القانوني

يجمع المعيار الإقتصادي القانوني بين كل من المعيارين السابقين المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي إذ أن لا يكتفي من تحقق وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية لقرر دولية العقد المعني بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

حيث أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 يوليو 1976 إلى تطبيق المعيار المختلط وذلك بالإعتماد على المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي معا، حيث أنها لم تكتفي

1. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص ص 86 – 87.
2. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ص 66 – 67.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 87.
4. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 66.

بتوفر المعيار القانوني لتقرير دولة العقد، بل ذهبت في تأكيدها لدولة العقد أي ما يهدف إليه العقد من إنتقال الأموال عبر الحدود يمس بمصالح التجارة الدولية.[1]

إن المعيار القانوني الحديثة هو بمثابة المعيار العام في تحديد دولة العقود، أن تكون العقد دوليا إذا ما تطرق له عنصر من العناصر الأجنبية المؤثرة، أما المعيار الإقتصادي للدولة العقود هو بمثابة الجواب عن السؤال مفاده: متى يكون العنصر الأجنبي مؤثرا في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية.

كما أنه من المفضل في مجال التحكيم الإقتصادي الدولي أن تبنى التشريعات والإتفاقيات المنظمة للتحكيم المعيار الإقتصادي الحديث أي معيار التجارة الدولية كما أخذ بذلك المشرع الفرنسي إلا أن بعض الدول أخذت بالمعيار المختلط كالقانون النموذجي.[2]

وبخصوص موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية للعقد فإنه لا يوجد نص صريح يدل على أي المعيارين قد أخذ المشرع الجزائري به، إلا أن ما جاء به المرسوم التشريعي 09/93 والذي تعرض إلى دولية التحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الرفين على الأقل في الخارج هذا حسب نص المادة 458 من المرسوم رقم 09/93 والملاحظ من خلالها أن المشرع أخذ بالمعيارين معا أي المعاير المختلط إلا أنه وبعد صدور القانون 09/08 فإننا نلاحظ تغليب المشرع الجزائري للمعيار الإقتصادي وذلك يتضح من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، حيث نصت المادة 1039 من القانون 09/08 على أن (التحكيم يعد دوليا إذا كان يخض الإلتزامات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل).[4]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص ص 83 – 84.

2. نادر محمد إبراهيم، **(مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي)**، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002، ص 96.

3. محمد بلاغ، **(قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2010 – 2011، ص ص 19 – 20.

4. القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008.

وفي الأخير إن ما يمكن استخلاصه من خلال هذا الفصل، أن عقود الإستثمار هي عقود تبرمها الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها أو المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمرين يستوي في ذلك أن يكونوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، يمكن التفرقة بين المواطنين منهم والأجانب، بمعيار الجنسية في حالة كانوا أشخاصا طبيعية أو بإحدى المعايير المتبعة كمعيار الرقابة أو التأسيس أو جنسية الشركاء في حالة كانوا أشخاصا اعتبارية.

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

أما فيما يخص الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار، فبرغم من الاختلاف حولها، فإن لعقد الاستثمار طبيعة خاصة ليس لأنه خليط من عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص بل لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافه وارتباطه بالخطط التنموية للدولة المضيفة.

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق في حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

إن عقود الإستثمار بإعتبارها من عقود الدولية لتوفرها على عنصر أجنبي في العلاقة العقدية على مستثمر أجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو إعتباريا فإنها وكبقية العقود الدولية تكرس مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وذلك راجع لإرتباطها بعدة نظم قانونية، وذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل الذي خصصناه للحالة التي يقوم فيها عقد الإستثمار بإعتبار القانون الواجب التطبيق إلى ثلاث مباحث، سنتناول في المبحث الأول خضوع عقود الإستثمار لقانون الإرادة ذلك من خلال التطرق إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار اقانون الواجب التطبيق وموقف الإتفاقيات والتشريعات الوطنية منه، إضافة إلى مدى حرية الأطراف في إختيار هذا الأخير وكذا الوقت الذي يتم فيه هذا الإختيار، أما في المبحث الثاني فسنتناول كيفية تحديد قانون الإرادة وسنتطرق في ذلك إلى الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والتسوية بينهما وموقف التشريعات من ذلك، إضافة إلى مدى إلزامية القانن المختار بالنسبة لكل من القاضي والمحكم، أما المبحث الثالث فسنتناول النظم القانونية التي يمكن للمتعاقدين إختيارها.

المبحث الأول: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة

إن الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار على غرار العقود الدولية الأخرى تجعل مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق أمر في غاية الحساسية إلا أن أغل التشريعات والإتفاقيات تعترف للأطراف بحرية الإختيار وسنقسم هذا المبحث الذي يتناول خضوع عود الإستثمار إلى قانون الإرادة إلى ثلاث مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى تكريس حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، والمطلب الثاني نتطرق فيه إلى كيفية تحديد هذا القانون سواءا من خلال الإرادة الصريحة أو الإرادة الضمنية، والمطلب الثاني نخصصه للخيارات الممكنة والمتاحة أمام طرفي عقد الإستثمار ليتم إختيارها لتكون واجبة التطبيق على عقد الإستثمار.

المطلب الأول: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار:

من المستقر عليه فقها وقضاءا وتشريعا، وجوب مراعاة الرغبة الشخصية للمتعاقدين، أي أن أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما[1]، إذ أن الرأي الراجح في الفقه المقارن يرى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولية ومنن بينها عقود التشييد والاستغلال التسليم BOT باعتبارها من نماذج عقود الاستثمار، يكون ن خلال أعمال قواعد تنازع القوانين، ومن المعلوم والمسلم به أن القاعدة المستقر عليها في الفقه والقضاء والتشريع في جميع النظم القانونية، بالإضافة إلى الإتفاقيات الدولية والهيئات العلمية ذات الشأن، هي أن إرادة الأطراف تمثل ضابط الإسناد الأصلي في العقود الدولية، وهو ما يعني بضرورة خضوع العقود الدولية ومن بينها عقود الاستثمار، من حيث الموضوع القانون الذي يختاره الأطراف صرحتاً أو تتجه إرادتهم الضمنية المؤكدة إلى تطبيقه على العقد[2] .

قد أقر المشرع الجزائري هذا المبدأ، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 18 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 1/18 المعدلة والمتضمنة بمقتضى القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد)[3]، وكذلك نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا

1. صلاح الدين جمال الدين، (التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2005، ص 193.

2. محمد الروبي، (عقود التشييد والاستغلال والتسليمBOT)، بدون طبعة، دار النهضة العربي القاهرة، سنة 2004، ص 217- 218.

3. المادة 18 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2005 .

بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف...)[1] ، أي أن المشرع الجزائري مكن المتعاقدين من اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما التعاقدية وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوطنية.

قد أقر المشرع المصري أيضا ذات المبدأ، أي حرية الأطرف في إختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، إذ جاءت المادة 19 من القانون المدني المصري في نفس السياق، حيث نصت على أنه (يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك المتعاقدين إذا إتحد الموطن، فإن اختلفا موطنا يرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه)[2]

أما بالسبة لصعيد الدولي، فقد تكرس مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع الصعيد الدولي والاتفاقيات الدولية وهذا ما جاءت به المادة 1/33 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي وضعتها لتنظيم التحكيم الدولي، ونص المادة 28 من القانون النموذجي، حيث نصت على أن محكمة التحكيم أن تفصل في الخلاف وفقا للقانون الذي يختاره طرفي النزاع، والمادة 13 من نظام التوثيق والتحكيم في غرفة التجارة الدولية.[3]

كما أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أعطت للأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق عنه قيام المحكمة بالفصل في النزاع، حيث نصت المادة 42 في الفقرة الأولى من الاتفاقية على أن (المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية اتفق عليها الأطراف)[4]، ومنه فإن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 قد أعطت أطراف عقد الاستثمار الذين يعرضون نزاعهم على محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول حرية كاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق

1. المادة 1050 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.
2. صلاح الدين جمال الدين،المرجع السابق، ص 193.
3. قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 276.
4. جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 58.

على علاقاتهم، يستوي في ذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو الواجب التطبيق على إجراءات تسوية النزاع أيضا، ولعل الهدف من ذلك هو إتاحة قد من الحرية لأطراف النزاع في تحديد الإطار القانوني المناسب الذي يتم في نطاقه.[1]

يجوز للأطراف النزاع في عقد الاستثمار اختيار نظام قانوني متكامل ليطبق على موضوع نزاعهم التحكيمي، أو أن يشترطوا تطبيق مجموعة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة، علاوة على ذلك يمكن للأطراف الاتفاق على حل نزاعهم وفقا لمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد المستمدة من نظام قانوني معين.[2]

إن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أجازت للأطراف حرية إختيار القانون الذي يطبق على النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم، إعمالا لمبدأ سلطان الإدارة بإعتباره أحد أهم المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

ويرجع الأخذ بهذا المبدأ إلى أسباب علمية ونظرية، إذ إن فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يسري على عقدهم تستجيب لتعدد الكبير والاختلافات والشعب في التعاملات العقدية الدولية، فهذا المبدأ يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة المثلى التي يرغبان في تحقيقها، كأن يختاروا أو يتفقوا على تطبيق قانون دولة أخرى أجنبية عنهم نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهم بصورة معنية أو بصورة مفصلة أفضل من تلك التي كانت تستحق لو أنهم طبقوا الأحكام التي وردت في قوانينهم الوطنية، أو لما تحققه من قيود أقل بإستقداء نص المادة 42 في فقرتها الأولى من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واستنادا لمبدأ سلطان الإدارة فإن في قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره الأكثر

1. عمر هاشم محمد صدقة، **(ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 212.

2. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 59.

صحة بالعلاقة التعاقدية بينهم، أو القانون الدولي إضافة إلى مبادئ العامة للقانون، مع إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم.[1]

وحسب نص المادة 21 من اتفاقية عمان العربية لتحكيم التجاري والتي أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 50/80 بتاريخ 14 أفريل 1987 م فإنه (تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد.....)

المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار:

إن الأهمية البالغة للقانون المطبق على العقود وبالخصوص عقود الاستثمار، لمساسه المباشر بمصالح المتعاقدين، فقد تعددت الرؤى وتفرقت الاتجاهات بخصوص مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وتتعدد هذه الاتجاهات الفقهية بحسب المعيار المستعمل واختلاف زاوية الرؤية لموضوع القانون الواجب التطبيق، وسوف نتطرق إلى أهم هذه الاتجاهات:

الفرع الأول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع

انقسم الفقه بهذا الصدد، بخصوص حرية الأطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الذي يحكم العقد إلى:

الإتجاه الأول: ذهب فقهاء هذا الاتجاه إلى القول أن للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، بدون شرط أو قيد ولا يلزم إلا توفر أن يكون هذا الاختيار قائما على حسن نية، فإذا توفر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار ولو كان القانون المختار الواجب التطبيق مثبت الصلة بالعقد[2]، بحيث تركوا الباب مفتوحا أمام طرفي العلاقة العقدية

1. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 213- 214.

2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **(التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008، ص 346.

للاختيار، القانون الواجب التطبيق أي كان على أن يكون اختياره برضا متبادل من الأطراف وللأسباب منطقية ومعقولة، ولم يمنعوا تطبيق القانون الوطني للدولة المستقطبة للاستثمار، طالما كان تطبيق قواعد القانون الذي وقع عليه الاختيار يقضي بذلك.[1]

الإتجاه الثاني: قام فقهاء هذا الاتجاه بتقيد حرية المتعاقدين في الاختيار، فاشترطوا أن يكون القانون المختار الواجب التطبيق على صلة حقيقية بالعقد، فإرادة أطراف العلاقة العقدية تنحصر في تركيز العقد في مكان معين وفقا لملابسات هذا العقد، والتي تسمى مركز الثقل العقدي، فإرادة المتعاقدين ينبغي عليها أن تعبر عن مركز الثقل العقد، فإذا انصرفت إلى قانون بعيد عنه ليجب على المحكم إهمالها وطرح القانون المختار جانبا، واختار قانون آخر أكثر اتصالا بالعقد من الناحية الواقعية.[2]

وقد ألزم أنصار هذا الاتجاه التمييز بين المسائل التي تتصل بالسيادة والنظام العام بحيث يجب أن تخضع بصفة حرة إلى قانون الدولة المطبقة للاستثمار وبين المسائل التي تتعلق بالمصالح الخاصة، والتي يمكن للأطراف إخضاعها للقانون الأوثق صلة بالعلاقة،أي ذلك القانون الذي يربط بالعلاقة ارتباطا مباشرا وفعالا[3]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وذلك حسب نص المادة 18 في فقرتها الأولى، حيث نصت على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدية إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد...).[4]

الاتجاه الثالث: وقد قام أنصار هذا الاتجاه بالتوثيق بين الاتجاهين السابقين، فذهبوا إلى أن إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة كما قال أصحاب الاتجاه الأول: وكذلك ليست مقيدة كما قال أنصار الاتجاه الثاني، وإنما اشترطوا لصحة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب على عقدهم، أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد ذلك باختيار قانون الجنسية أو موطن أحد المتعاقدين أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذ العقد.[5]

1. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 187.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 346.
3. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 186.
4. المادة 18 من القانون 10/05 السابق الذكر.
5. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 487.

الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار:

من المتعارف عليه إن قانون الإرادة هو قانون الذي أشارت إليه أو حددته إرادة أطراف العلاقة التعاقدية، ليحكم العقد المبرم بينهم، فإن مثل هذه الحالة يطرح سؤال مفاده، هل إرادة طرفي العقد محكومة باختيار قانون وطني لدولة معينة، أو يمكنها الانصراف إلى تحديد قانون لا ينتمي لسيادة دولة معينة، كالقواعد والأعراف التجارية الدولية؟

أولا: الرأي الذي يرى بإلزامه قانون تابع لدولة معينة:

يرى أنصار هذا الرأي، أن تنازع القوانين لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة، وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومنه فإن فكرة الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين أو أطراف العلاقة التعاقدية في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة[1]، إذا ظهر أنه أكثر مناسبة، بمعنى أنه إذا أقدم المتعاقدان على اختيار قانون العقد، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع عليه اختيارهم هو القانون الوطني لدولة معينة وكذلك فإنه وفقا لهذا الرأي الذي ينتمي إلى الفقه التقليدي، فإن الشرائع التي لا تنتمي إلى سيادة إقليمية معينة، مثل قواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج منطقيا من نطاق هذا التنازع بين القوانين[2].

وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 يونيو/ حزيران 1950 على أنه (كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة)، وقد أكدت هذا أيضا محكمة العدل الدولية الدائمة في حكميها الصادران عام 1929 بخصوص قضيتي القروض الضريبية البرازيلية[3]، إذ حكمت بأنه (كل عقد ليس عقدا بين دولتين بصفتهما من أشخاص القانون الدولي العام لا بد أن يجد أساسه في قانون وطني).[4]

1. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 186.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 115.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 487.
4. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 205.

وقد أكدت العديد من التشريعات الوطنية ذلك، ومن بين ذلك التشريع المصري حيث نصت المادة 19 فقرة 01 من القانون المدني المصري على أنه (يسري على الالتزامات قانون الدولة.....)، وأيضا المشرع الاسباني حيث نصت المادة 5/10 (من القانون الاسباني على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف.....).[1]

ثانيا: الرأي الذي يرى بعدم إلزامية اختيار قانون وطني لدولة معينة:

وفي مقابل الرأي الأول الداعي لإلزامية اختيار قانون وطني تابع لسيادة دولة معينة، يرى جانب آخر من الفقه، ومراعاة لتطورات وحاجات التجارة الدولية، أنه يمكن تصور التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة كقواعد التجارة الدولية، واستنادا عليه، فإنه بإمكانية المتعاقدين وعملا بقاعدة التنازع التي تمنحهم حق اختيار القانون الواجب التطبيق عن العقد المبرم بينهم، بأن يختاروا قواعد مأخوذة من نظام وطني معين، وكذلك القواعد ذات الصيغة العالمية التي لا تنتمي إلى سيادة إقليمية معينة[2]، ومنه يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية غير وطنية أكثر اتفاقا وملائمة. مثل الأعراف الجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، أو أن يختاروا أحكام معاهدة دولية تتصدى لتنظيم مثل العقد المبرم بينهما[3]، ويتفقوا على تطبيق المبادئ العامة للقانون[4]، أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين.[5]

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية بهذا الاتجاه، متأثرة بالفقه الحديث الذي يمنح الإرادة إمكانية اختيار قواعد قانونية غير وطنية وذلك بتبنيها، لقواعد تشريعية تسمح لأطراف العلاقة التعاقدية بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، إذ نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه (يفصل المحكم في المنازعات وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف.....)، كما تنص المادة 187 من القانون

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 115.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 487.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 116.
4. جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 59.
5. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 213.

الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أنه: (تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف.....)[1]، وقد أخذ المشرع المصري بذلك في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1924 عندما منح سلطة تحديد القواعد الواجبة التطبيق غلى موضوع النزاع للأطراف بموجب المادة 39 على أنه (تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان إذا اتفقا على تطبيق قانون معين....)، ويتضح من نص المادة السابقةّ أنه يحق للمتعاقدين اختيار قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة معينة، بحيث استخدام المشرع مصطلح (القانون)، وهذا لا يدل على نية المشرع في هذا الشأن[2]، أي أن المشرع المصري قد منح لأطراف العقد حرية اختيار قانونية ولم يلزمهم باختيار قانون وطني لدولة معينة.

إن الملاحظ لاتفاقية واشنطن 1965، المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، يرى أنها تبنت الاتجاه الثاني نصت الفقرة الأولى من المادة 42 على أنه التزام المحكم بالفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف، وفي تعليق البعض على هذه الفقرة أشاروا إلى أنه بموجب هذه الفقر فإنه يجب التصديق المطلق على ما يتفق عليه الأطراف ومنه فإنه من حق الأطراف اختيار قانون لينطبق على علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر على كون اختيارهم لقانون الواجب التطبيق، اختيار ملائم أم لا والقانون المختار قد يكون قد يكون قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون الدولة المضيفة، وقد يكون مجموعة من القواعد التي يتفق عليها الأطراف[3]، لها طبيعة دولية فيما قد يوصف بالقانون الدولي للعقود أو المبادئ العامة للقانون، إضافة لما يطلق عليه الفقه الغربي القانون التجاري الدولي أو أعراف التجارة الدولية.[4]

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الإتجاه وذلك يتضح من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت (تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 117.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 488.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 117- 118.
4. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 200.

بالقواعد القواعد الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة).[1]

المطلب الثالث: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار وشروط الثبات التشريعي:

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول وقت إختيار القانون الواجب التطبيق، أما الفرع الثاني نتناول فيه صحة شرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار:

إن القاعدة العامة تقضي أن يقوم الأطراف باختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك وقت إبرام العقد بحيث يتم إدراجه كبند من بنود العقد، إذ أنه من الأهمية بمكان أن يقوم المتعاقدون بتضمين عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، وبعملهم هذا فإنهم يتصرفوا كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، استعدادا للمستقبل وما يكتنفه من أخطاء.[2]

وبما أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، لا يؤثر على إمكانية ابرام العقد وصحته، وقد عدم اختيار القانون الذي يطبق على العقد راجعا إلى إهمال المتعاقدين وهذا الأمر نادر الحدوث في ظل التعاقدات الحديثة، وقد يكون راجعا إلى رغبة المتعاقدين في تفادي الدخول في مسألة خلافة قد تتسبب في إفشال وإعاقة إتمام التعاقد[3]، والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل بإمكان المتعاقدين اختيار قانون ليكون واجب التطبيق على العقد بعد فترة من إبرام هذا العقد، أو وقت حدوث نزاع؟

يذهب أغلب الفقه إلى منح الحق للمتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد، إذا يمكن للمتعاقدين تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد،

1. المادة 1050 من القانون 09/08 السابقة الذكر.
2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 222.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع السابق، ص 355.

وحتى في مرحلة طرح النزاع القائم بينهما أمام المحكمة المختصة، وبما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هو مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولى، فإنه من المنطق أن يتم الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق بهذا القانون[1]، بإضافة إلى أنه يمكن للأطراف العدول على القانون الذي اختاروه واستبداله بقانون آخر في أي مرحلة من مراحل التحكيم.[2]

إن حرية اختيار أطراف العد للقانون الواجب التطبيق، والمقررة فقها وقانونا يستوي في هذا الاختيار أن يكون وقت إبرام العقد أو بعد نشوء النزاع وهذا ما تضح خلال المعاملات العلمية وأيضا من خلال الممارسات التحكيمية حيث وبخصوص إدراج القانون الواجب التطبيق كبند من بنود العقد نذكر على سبيل المثال:

العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية والشركة اليابانية ELECTRIC CONIPPON وذلك من أجل إنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية وذلك بنظام تسليم المفتاح مع التزام بتدريب العاملين والذي نصت المادة 25 من هذا العقد بخصوص القانون الواجب التطبيق على أنه (تخضع المناقصة وما نشأ عنها من عقود وتحرر وفقا للقوانين السيرلانكية).[3]

أما بخصوص حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، بعد نشوء النزاع أي بعد مرور فترة زمنية على إبرام العقد فنذكر على سبيل المثال:

العقد الذي أبرمته حكومة الكونغو مع شركة SARL benvenuti et bonfant، إذ بعد نشوء نزاع بين طرفي العقد تم طرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبغياب نص يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الأطراف قاموا باختيار القانون الواجب التطبيق في إحدى الجلسات إذ فوضوا هيئة التحكيم للفصل في نزاعهم طبقا لقواعد العدالة والإنصاف.[4]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 113.
2. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 481.
3. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 206 -207.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي:

إن في حالة اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة، يثور تساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت إنعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت إثارة النزاع وإنعقاد هيئة التحكيم؟

إن الإجابة على هذا السؤال متوقفة على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم للجوء إلى التحكيم شرطا يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم فيما يسمى بشرط الثبات التشريعي، أم كان اتفاقهم يخلو من مثل هذا الشرط.[1]

ويقصد بشرط الثبات التشريعي تلك الشروط التي يتم بموجبها تثبيت وتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد[2]، وقد ظهرت عدة أراء فقهية يجوز مضمونها حول صحة هذا الشرط أي شرط الثبات التشريعي الذي يتضمنه اتفاق الاستثمار وقد برزت هذه الآراء في اتجاهين متعارضين.

يذهب أنصار الاتجاه الأول والذي أغلبهم من الدول النامية، إلى عدم صحة هذا الشرط وبطلانه لأنه يحد من سلطة الدولة وتنقص من سيادتها في وضع التشريعات الداخلية وخاصة إذ تعلقت هذه التشريعات بتنظيم استثمار الموارد الطبيعية في الدولة، كما أن شرط الثبات التشريعي يقل من حرية الدولة في تصديها لظروف الاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية الدولية، أما أنصار الاتجاه الثاني وأغلبهم من الدول الصناعية الكبرى وفقهاء الدول الغربية، صحة شرط الثبات التشريعي، يستندون في ذلك أنه لا وجود لتعارض بين الشرط وسيادة الدولة، لأن الدولة هي التي ارتضت بمحض إرادتها هذا الاشتراط ومن ثم يتعين عليها احترام اتفاقاتها التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب، أي أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الذي كان موجودا وقت العقد وتم إبرام عقد

1. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، الطبعة الاولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،سنة 2004 ، ص 60 – 61.

2. بن الزوخ جمعة، **(شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولي)**، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكادمي، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2014 – 2015، ص 8.

الإستثمار وفق أحكامه[1]، وقد أقر المشرع الجزائري صحة هذا الشرط وذلك من خلال نص المادة 15 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار التي نصت على أنه لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إيطار ها الأمر إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحتا.[2]

ففي قضية Agip Company V Congo ضد الكونغو، اتفق الطرفين في عقدهما على أن الخلافات التي قد تنشأ بينهما بشأن تطبيق أو تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفق لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال هيئة تحكيم من ثلاث محكمين وفقا لأحكام الاتفاقية، على أن تطبق هيئة التحكيم قانون الكونغو وفي حالة الضرورة يجوز للهيئة استكمال المبادئ العامة.

للقانون الدولي ومن ثم طبقت هيئة تحكيم المركز أحكام وقواعد النظام القانوني لدولة الكونغو لفصل في النزاع المعروض عليها بالإضافة إلا اشتراط واختيار القانون الكونغولي من قبل الطرفين[3]، دولة الكونغو وشركة Agip Company، وتضمن اتفاق الاستثمار بينهما نص فيه يقضي فيه بتجميد القواعد القانونية المنطبقة على الاتفاق المذكور وعدم تأثره بأي تعديل أو تغيير في القوانين التي تصدر من طرف دولة الكونغو، ولقد حكمت تحكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بأنه من سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية كنتيجة لتمتعها لا بالسيادة، ومع ذلك فطالما وافقت الدولة المضيفة للاستثمار على أن تضمن عقد الاستثمار بندا أو شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق، فإن أي قوانين جديدة لا تؤثر ولا تنتقص من الالتزامات التعاقدية لدولة.[4]

ويتضح من خلال الحكم الصادر في هذه القضية أن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (ICSID) قد ناصرت فقهاء

1. جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 59 – 60.
2. المادة 15 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ: 22 أوت 2001.
3. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 214.
4. جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 60.

الاتجاه الثاني واعتبرت أن شرط تجميد التشريع أو ثبات التشريعي هو شرط صحيح، وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار هو القانون الموجود وقت إبرام العقد بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في حالة وجود شرط الثبات التشريعي.

المبحث الثاني: تحديد قانون الإرادة

قد يتفق أطراف الاستثمار على اختيار قانون معين لحكم النزاع، وهو ما يعرف بإسم قانون الإرادة، وهذا الاختيار قد يقع صراحتا كما قد يقع ضمنا.[1]

إن اختيار القانون الواجب التطبيق من طرف الأطراف، يكون على صورتين فقد يمكن أن يكون صريحا، وهي الصورة الأوضح التي يتبين اختيار القانون الواجب التطبيق، وكصورة ثابتة لا يعبر أطراف النزاع صراحتا عن إراداتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، لذلك وجب على المحكم أو هيئة التحكيم إلى البحث في الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح ويستعين المحكم لمعرفة ذلك بقرائن أو مؤثرات، تعينه لكشف وتحديد القانون الواجب التطبيق الذي انصرفت إراداتهما إليه، وفي هذه الحالة تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى استخلاص ذلك الإرادة بطريقة مؤكدة.[2]

المطلب الأول: الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية:

بما أن تعبير عن الإرادة في اختيار يكون على صورتين، أما بصورة صريحة أو بصورة ضمنية فما هي الصورة الصريحة والصورة الضمنية؟

الفرع الأول: الإرادة الصريحة:

تعترف أغلب القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام هيئات التحكيم بحق الأطراف في اختيار القانون العقد وقد تم الإيضاح من طرف الفقهاء، أن مسألة تحديد القانون الذي

1. إيهاب عمرو، **(التحكيم التجارب الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية)**، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق، الأردن، سنة 2014، ص 66.
2. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 492.

يحكم العقد واختيار صراحة مسألة في غاية الأهمية، فقد ذكر الأستاذ Niboyet إن إغفال النص الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد من شأن أن يؤدي إلى إخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف وتساؤل لماذا لا ندرج شرطا ما سطرين في العقد يدل صراحتا على اختيار القانون الذي يحكم العقد.[1]

إن كان الرأي قد أضحى مستقرا على أن ضابط الإسناد الأول، أو الأكثر أهمية في عقود الدولة منها عقود BOT هو ضابط إرادة الأطراف، فان الإجماع يكاد ينعقد على أنه من الأهمية بما كان أن يقوم أطراف العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم صراحتا، وذلك حين يتجنبوا المشكلات الجسام التي يمكن أن تعترضهم عند عدم قيامهم بهذا التحديد الصريح.[2]

والملاحظ لعقود الاستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الدولية الخاصة، يلاحظ أنه من النادر أن تخصوا عقود الدولة ذات الطابع الدولي من تحديد القانون الواجب التطبيق، إغفال ذلك يثير الكثير من الخلافات الحادة بين الأطراف، كان في مقدرتهم تجنبها لو فعلو ذلك، أي قاموا بنص عليه القانون الواجب التطبيق صراحتا، 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.[3]

يكون اختيار المتعاقدين، أطراف عقد الاستثمار لقانون الذي يخضع له عقدهما صريحا عندما يعنيان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه، فحين تكون نية تكون نية الطرفين بشأن القانون الذي يحكم العقد نية مصرح عنها بوضوح ومكتوبة، فإن هذه النية المعلنة هي التي تقرر بصورة عامة القانون الحاكم للعقد، وهكذا أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد طالما أعلن الطرفان صراحتا عن المنظومة القانونية التي يخضع لها العقد، لذلك فإنه من الأهمية بما كان أن يقوم أطراف العقد باختيار صريح والواضح لقانون

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 342 – 343.

2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 222.

3. مراد محمود المواجدة، **(التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي)**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، سنة 2010، ص 182 – 183.

العقد، تحاشيا لما يمكن أن يحدث جراء غياب 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.[1]

ونظرا لأهمية البالغة لاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق 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 حتى يتجنبوا ما قد يترتب عن إهمالهم وتقاعسهم عن قيامهم بهذا التحديد من مشكلات ويتضح 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.[2]

وكذلك 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 فان 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 الأطرف[3]، وفي الأخير أنه منة 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

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 107.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 222.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347.

الأشخاص الخاصة الأجنبية على وجه الخصوص، وذلك بالنظر إلى طبيعة المجالات التي تنصب عليها هذه العقود من ناحية، وحتى يتفادوا وبالخصوص الدول المتعاقدة المغامرة بمصالحهم وتعريضها للمخاطر عند تعين 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 ويستجيب لأهدافهم التي سعوا إليها من وراء العملية التعاقدية، أما في حالة تقاعس الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فقد يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعاتهم، أو توقعات أحدهم، وخضوع العقد لنظام قانوني، ولم يكن متصورا ان العقد سيحكم بمقتضاه.[1]

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية

تعتبر الإرادة الضمنية هي حالة تحتل مركزا وسطا بين الإرادة الصريحة وبين الاحتمال الخاص بعدم اختيار قانون العقد أصلا، ولا سيم إذا كانت الإرادة الضمنية تنبيء حقيقة عن إختيار قانون محدد.[2]

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

وقد أوضح كل من الفقه والقضاء والتحكيم أن هناك عدة قرائن لدلالة 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

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 223 – 224.
2. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 493.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 230.

قانون الدولة التي تتبعها لغة المحرر بها العقد[1]، كما أن الإرادة الضمنية يمكن أن تستخلص من شروط العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه.[2]

المطلب الثاني: التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة:

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لن يثير أية صعوبة طالما كان قد أعلن عليه صراحتا عن القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن الإشكالية تثور حينما يسكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح بهذا القانون، فهل يتصدى المحكم أو القاضي عندئذ مباشرة لتركيز الموضوعي لرابطة العقدية وإسنادها لقانون الأوثق صلة بهذه الرابطة، أم يجب عليه استخلاص واستجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال المؤثرات الدالة عليها ومن ثم الاعتداد بها؟[3]

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية المختلفة حول الاختيار الضمني:

قد انقسم الفقه إلى اتجاهين بشأن مسألة الاختيار الضمني

الاتجاه الأول: الاتجاه الفقهي الرافض لفكرة الاختيار الضمني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن إعطاء الحرية لمحكم في البحث عن الإرادة الضمنية يؤدي إلى تحكمه وإخلاله بتوقعات الأطراف المتعاقدة ، وأن البحث عن الإرادة الضمنية ما هو إلا مجرد وهم وخيال مسندين إلى أن غياب الاختيار الصريح يرجع لسببين، إما إلا أن الأطراف قد أغفلوا هذا الاختيار ولم ينتبهوا له وهذا احتمال نادر الحدوث في ظل العقود الحديثة، وأما أن أطراف العقد تعمدوا عدم إثارة هذه المسألة وذلك خوفا من الخلاف الذي قد يؤدي إلى عدم التعاقد، وفي كلتا الحالتين لا يمكن الجزم بوجود إرادة ضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق وتصدي المحكم أو القاضي لبحث عن هذه الإرادة يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف وال يعبر عن إرادتهم الحقيقية.

---

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 351.
2. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع السابق، ص 275.
3. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 106.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى أحكام التحكيمية في قضية SPP ضد جمهورية مصر العربية وعلى الرغم من وجود الإشارات والقرائن التي أثارها الجانب المصري في هذا النزاع والتي تشير إلى اختيار الطرفين للقانون المصري ليحكم النزاع، إلا أن محكمة التحكيم أعرضت عن ذلك ولم تأخذ بفكرة الاختيار الضمني[1]، ومن التشريعات الوطنية التي تؤيد هذه الاتجاه هو التشريع الاسباني وذلك حسب نص المادة 5/10 من القانون الاسباني على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له صراحتا.....).

والواقع أن مثل هذا الاتجاه يعاب عليه مناقصة المنطق القانوني السليم لما يؤدي إليه من تجاهل إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة[2]،

فعدم الاعتداد بالإرادة الضمنية وإلحاقها بالغرض الخاص بعدم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق أمر يناهض المنطق الصحيح، لما يؤدي إلغاء إلى قاعدة الإسناد الممتلئة في قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة.[3]

الاتجاه الثاني: الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الاختيار الضمني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مسألة الإرادة الضمنية للمتعاقدين حقيقة وليست خيالا، فبين الاختيار الصريح لقانون العقد وانعدام هذا الاختيار توجد منطقة وسطى وهي الاختيار الضمني وينبغي التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، شريطة أن يتأكد المحكم أو القاضي من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن يطمئن لها لأنها تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين.[4]

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 352.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 106 – 107.
3. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 493.
4. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 352 – 353.

والإرادة الضمنية يجب اعتبارها والاعتداد بها وعدم تجاهلها، لأنها تعتبر إرادة حقيقية تنبيء عن ميل واضح، إن كان كامنا، إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني لقانون الواجب التطبيق على العقد أو اعتقاد حقيقي وكافي بشأنه.[1]

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أقره مجمع القانون الدولي بدورة انعقاده بمدينة Bâle بسويسرا عام 1991 والذي جاءت المادة 203 على النحو التالي: (عند عدم وجود إختيار صريح لقانون العقد، فإنه يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني، لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن).

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى أحكام التحكيمية الذي أخذت بفكرة الإختيار الضمني، مثال ذلك العقد الذي أبرم بين شركة قطاع عام بالجزائر وإحدى الشركات الأمريكية بهدف إنشاء ومد سكك حديدية إلى منطقة جبال جارا في الجزائر وعندما ثار خلاف بين الطرفين وتم اللجوء إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC قامت محكمة التحكيم بالبحث القانون الواجب التطبيق على العقد، وحيث أن العقد جاء خاليا من الاختيار الصريح لقانون العقد فإن محكمة قررت البحث عن الإرادة الضمنية، وقررت تطبيق القانون الجزائري باعتباره مكان إبرام وتنفيذ العقد.[2]

ومن خلال ما تقدم فإن جانب كبير منن الفقه، أو الفقه الغالب، إلى ضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، بشرط أن يتأكد القاصي أو المحكم من وجود هذه الأخيرة من خلال قرائن يرتاح إليها كونها تكشف عن إختيار حقيقي مما يتعين معه الاعتداد بالاختيار البين القاطع والمؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد ولو لم يكن صريحا[3]، فصاحب الإرادة حرية في إختيار الصورة التي يريدها للتعبير عن إرادته، إذ يكون التعبير

1. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 230 – 231.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 353 – 354.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493.

عن الإرادة، إذ يكون التعبير عن الإرادة على صورتان، تعبير صريح وتعبير ضمني إلى أن التعبير الضمني يثير صعوبة في تحديد الإرادة على عكس التعبير الصريح.[1]

إن فكرة الاختيار الضمني حقيقة وليست وهما وكثيرا ما يعول عليها المحكمون ولكن ينبغي التحفظ الشديد عند الأخذ بها، بحيث أنه إذا تم إعمال هذه الفكرة على نحو مطلق، لأدى ذلك عناصر ذات طبيعة شخصية محصنة من قبل المحكم، فقد يسعى المحكم عند اختياره القانون الواجب التطبيق على العقد إلى استخدام قرائن وأدلة إضافة بغية تركيز العقد في قانون معين تحت ستار الإرادة الضمنية.[2]

إن استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد الدولي للتنمية على نحو صحيح، يوجب على المحكم تجنب الخلط بين إرادته وإرادة المتعاقدين ذلك الخلط الذي بدا ظاهرا في التحكيمات البترولية الشهيرة المعروفة بتحكيمات Saphier وTexaco، حيث تداخلت الإرادة الضمنية الحقيقية التي كان يمكن للأطراف التصريح بها، والإرادة المفترضة التي، رآها المحكم من خلال تكوينه القانوني وميوله الشخصية التي اتجهت لدفاع عن مصالح الشركات الغربية، وهي مهمة صعبة جدا، بنظرا لتعقيد الذي تتسم به عقود الاستثمار، وخاصة عقود تسليم المفتاح مع الإنتاج ومع الإنتاج والتسويق، بإضافة للاختلاف عن الوصف القانوني الذي يضفي على العقد محل النزاع، مثال ذلك إن عقد تسليم المفتاح، الذي يتضمن عمليات توريد المعدات قد يوصف في بعض القوانين الداخلية واجبة التطبيق بأنه عقد من عقود البيع ومن ثم قد يرجع قانون البائع أو مورد التكنولوجيا وقد يوصف بأنه من عقود المقاولة فيرجع تطبيق قانون مكان التنفيذ أي قانون ملتقي التكنولوجيا.[3]

1. حسيني يمينة، **(تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدلي لتسوية منازعات الإستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2011، ص 16.

2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 354.

3. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 276 – 277.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من الإرادة الضمنية والاختيار الضمني:

إن أغلب النظم والتشريعات الداخلية الوطنية، 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)، 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 أنة قانون آخر يراد تطبيقه)[1]، 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]، وكذلك 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 ونظام قانوني معين واجب التطبيق فيعد هذا التحديد ضمنيا وكذلك المادة 27م1 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986[3]، والقانون 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]

أما موقف المشرع الجزائري من الإختيار الضمني فإنه يمكن إستنتاجه من خلال كل ممن المادة 18 والمادة 60 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 60 على أنه (التعبير

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493 – 394.
2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 231.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، المرجع السابق، ص 276.
4. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 493.
5. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 232.

عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك للدلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون تعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك وبما أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون التعبير عن إرادة إختيار القانون صريحا في كل من المادة 18 مدني والمادة 1050 إجراءات مدنية وإدارية فإنه يمكن القول ان المشرع الجزائري قد أجاز الإعتداد الإختيار الضمني).[1]

الفرع الثالث: موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من التصريح الضمني والإرادة الضمنية:

إضافة إلى التشريعات السابقة نجد الاتفاقيات الدولية تكرس مبدأ بين الإرادة الصريحة والضمنية، ومن ثم أوجبت الكشف عن الإرادة الضمنية عند التخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث أكدت ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 في مادتها الثالثة الفقرة الأولى[2]، والتي نصت على أنه (يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد)، ولهذا فإن القيمة القانونية بين الاختيار 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 الأوربية لتحكيم عام، 1961، وكذلك ما ورد في الفقرة الأولى المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم لعام 1987 والتي نصت في المادة 21 الفقرة الأولى على أنه (تفضل الهيئة وفقا للعقد مبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وأحكام القانون الأكثر إرتباطا بموضوع النزاع على أن تراعي القواعد والأعراف التجارية الدولية المستقرة)، ويتضح من خلال النص أن اتفاقية عمان 1987 قد اعتدت بإرادة الأطراف الصريحة

1. المادة 60 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75 السابق الذكر.
2. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 276.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 494.

والضمنية في تحديد هذا القانون وتمتد حرية طرفي العقد في اختيار القانون لأي قانون ولو لمخ يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيا معينا ووفقا للمادة 22 الفقرة 2 فإن الهيئة تفضل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك.[1]

أما بالنسبة للاتفاقية واشنطن 1965 التي تعرضت للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فقد نصت المادة 42 منها وفي فقرتها الأولى على أنه (تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يتفق عليها أطراف المنازعة...)[2]، ويلاحظ من هذا النص أنه لم يحدد إذا كانت الإرادة ضمنية أو وجب أن تكون صريحة، وقد اختلف الفقه على ذلك بينما ذهب بعض الفقه إلى وجوب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا ليتم إعمال قانون الإرادة، ذهب البعض الآخر من الفقه إلى أن اتفاق الأطراف قد يكون صريحا وقد يكون ضمنية، ومتى توعز ذلك وجب أعمال قانون الإرادة.

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

المطلب الثالث: مدى إلزامية القانون المختار صراحتا أو ضمنا بالنسبة للقاضي أو المحكم:

إذا أدرج في عقد الاستثمار، بندا أو شرطا بخصوص القانون الواجب التطبيق وتم تحديده صراحتا، أو تم تعيين هذا القانون في اتفاق لاحق على إبرام العقد، أو كان بالإمكان استخلاصه بصورة مؤكدة من خلال بنود العقد الأصلي وظروف وملابسات التعاقد، فهل يكون بإمكان كل من القاضي أو المحكم استبعاد قانون الإرادة المختار واستبداله بغيره من القوانين؟

1. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 196.
2. اتفاقية واشنطن المادة 1/42.
3. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 110.

الفرع الأول: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني:

لقد ظهر اتجاهين مختلفين بخصوص إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي ويرجع هذا الاختلاف بين الاتجاهين، لاختلافهما أساسا في مدى حرية أطراف العقد في اختيار القانون

الاتجاه الأول:

يشترط أنصار هذا الاتجاه وجود الصلة بين العقد والقانون المختار، ولا يعتبرون الدافع في اختيار القانون شروعا في حالة انعدامها، بحيث يرون أنه يتعين على المتعاقدين في عقد الاستثمار اختيار قانون مرتبط بالعقد برابطة مؤثرة ومباشرة[1]، متى توفرت جملة من الشروط أساسها وجود مصلحة حقيقية وجدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار يلتزم القاصي للاختيار الصريح الوارد فيي العقد، يمنح الاتجاه الأول للقاضي الحق في عدم الاعتداد بالقانون المختار إذا ما تبين له أن القانون المختار لا تربطه أية صلة بالعقد، ولا يحتج القاضي على القاضي لإخلاله بتوقعات المتعاقدين، فلا يعقل أن ينصاع القاضي وراء أهواء الخصوم أو رغباتهم غير المشروعة ليبارك اختيارهم الخاطئ الذي خرجوا به عن غايات قاعدة الإسناد التي خولت لهم حق الاختيار بشرط تحقيق أهدافها وإدراك مقاصدها وهي حل مشكلة تنازع القوانين الموضوعية للعقد كمحل الإبرام والتنفيذ أو موطن الأطراف.[2]

الاتجاه الثاني:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، ولا يتعين على القاضي تغيير القانون المختار ولا يحق له الادعاء أن هذا القانون يفتقر للصلة بينه وبين الرابطة التعاقدية، لأن ذلك سوف يخل بتوقعات الأطراف ويهدد مصالحهم الفردية، ويذهب أصحاب هذا الرأي للقول أنه لا ضرورة لوجود اتصال مادي وثيق بين العقد والقانون المختار بل يكفي تحقق مصلحة مشروعة وجدية للأطراف لاختيار للقانون الذي يحكم عقدهم وبهدف تحقيق المصلحة الجدية مع مصلحة التجارة

1. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، المرجع السابق، ص 187.
2. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 483.

الدولية، من خلال المزج بين القانون المختار وقانون القاضي، مهما يستوجب على القاضي أن يكون مرننا في التقدير، وهذا ما من شأنه أن يهدر كل اختيار مغشوش ومتحايل، ومقر توفر المصلحة الجدية المشروعة ومصلحة التجارة الدولية، تحقق الصلة المنطقية والمعقولة بين العقد والقانون المختار.

وقد اتخذت اتفاقية روما 1980 بالاتجاه الثاني، وقد اتخذ القضاء مواقف مختلفة حيث أن المحكمة الفيدرالية السويسرية لم تكشف وجود مصلحة معقولة لهذا الاختيار بل أوجبت أيضا وجود رابطة إقليمية بذلك القانون، في حين يلزم القضاء الانجليزي توافر صلة حقيقية وهو أيضا اتجاه القضاء الألماني، ومع ذلك قد يكون المقصود بالصلة، الصلة الذهنية التي تكشف الارتباط بين العقد ونظام قانوني معين.[1]

باعتبار عقود الاستثمار ترتبط بصفة مباشرة بالتنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة وتتركز تماما في إقليمها، فلا يتصور الاتفاق في هذه العقود في حالة انعدام شرط التحكيم، على أن يعهد الاختصاص بالفصل في النزاعات التي تنشئ بشأن هذه العقود إلى قضاء دولة أخرى غير القضاء الوطني للدولة المتعاقدة وبما أن أغلب عقود الاستثمار تجعل من القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق، إما منفردا وإما مدعما بقوانين أخرى، لا يكون له دور إلى في حالة خلق هذا القانون من نص يعالج جانبا من جوانب مسألة النزاع، كما أن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال القرائن يؤدي إلى أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

وبما أنه يمكن للقاضي أن يستبعد القانون المختار عندما يتبين له أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام لدولته، أو وجود غش أو تحايل تم اختيار القانون بناءا عنهما[2]، وإذا اتضح للقاضي سكوت القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن إعطاء حل صريح للنزاع

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص 284 – 485.
2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 252 – 253.

المطروح أمامه[1] فإنه يصعب تصور توفر هذين الأمرين بصدد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار لأن في أغلبية الحالات يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني.[2]

الفرع الثاني: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم:

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل المتبعة لتسوية منازعات عقود الاستثمار والذي يتم اللجوء إليه باتفاق الأطراف هو أساس الذي يبنى عليه التحكيم وسير الخصومة التحكيمية، فهل يجوز لمحكم فردا كان أو هيئة أن يهمل اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق سواء كان ذلك صراحتا أو ضمنا ويستبعد تطبيقه على منازعة موضوع العقد؟.

الأصل أنه إذا ما اختار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على عقدهم بعبارات صريحة وواضحة لا لبس ولا غموض فيها[3]، كأن يدرج كشرط أو بند في العقد أو القانون الذي يتضح على نحو سليم ومؤكد من خلال نصوص العقد وظروف ملابسات التعاقد إن إرادتهم الضمنية قد اتجهت نحو تطبيقه على العقد المبرم بينهما[4]، فإن المحكم يلتزم بمبدأ سلطان الإرادة، ويقوم بتطبيق القانون المختار على موضوع النزاع[5]، فليس من المقبول بعد اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم أن يقوم المحكم باستبعاد القانون المختار[6]، إذ أن من الحالات التي يمكن أن ترفع فيها دعوى بطلان الأحكام التحكيمية هي حالة تجاوز المحكمين لسلطات والإختصاصات المحددة لهم مبقتضى إتفاق التحكيم، ومن تلك السلطات سلطة إختيار القانون الواجب التطبيق.[7]

1. نادية فضيل، **(تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني)**، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 91.
2. محمد الروبي، المرجع سابق، ص 252 – 253.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 347.
4. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 254.
5. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع السابق، ص 201.
6. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347.
7. أسعد فاضل منديل، **(أحكام عقد التحكيم وإجراءاته)**، الطبعة الأولى، دار ينبور، العراق، سنة 2011، ص 247.

الفرع الثالث: أمثلة عن أحكام التحكيم التي استبعدت تطبيق القانون المختار:

إلا أن بعض أحكام التحكيم قد خالفت القاعدة العامة التي تقضي باحترام اختيار الأطراف وذلك في العديد من القضايا التي عرضت عليها[1]، إذ أهدرت إرادة الأطراف الصريحة، ولم تعد إرادتهم الضمنية إهتمام، وذلك استنادا إلى حجج وذرائع كثيرة، من أجل استبعاد أو تهميش القانون المختار الواجب التطبيق على هذه العقود[2]، وسوف نذكر بعض من هذه القضايا:

قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة P.D.F 1951.

ابرم شيخ أبو ظبي عقدا مع شركة P.D.F واتفقا على أن القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يمكن أن يثور، هو القانون السائد في ابو ظبي، أي الشريعة الإسلامية إلى أن المحكم الإنجليزي Lond–Aquit قرر عدم تطبيق الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع، معتبرا أن الشريعة الإسلامية تفتقر للمبادئ القانونية التي تستطيع التصدي للمشكلات التي تنشأ في ظل التجارة الدولية الحديثة، ويضيف المحكم أنه يعتقد أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة ولا مساواة وحسن النية، ولذلك قام المحكم بتطبيق القانون الانجليزي لأنه بالنسبة له يمثل المبادئ العامة للأمم المتمدينة.[3]

ويتضح من خلال هذا الحكم، أن المحكم استبعد الذي أكدت الدلائل والقرائن وملابسات التعاقد، إن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى تطبيقه، وقد اعترف المحكم القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، وتنزع عند استبعاده ببدائية القانون وعدم ملاءمته لحكم المعاملات التجارية الحديثة، وطبق بذلك القانون الانجليزي وهو القانون الذي تنتمي إليه الشركة المتعاقدة P.D.F وينتمي إليها المحكم نفسه.[4]

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 254.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347 – 348.
4. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 255.

قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Cold Fields

لقد نصت المادة 75 من العقد المبرم بين الحكومة السوفيتية وشركة Cold Fields الإنجليزية، على إخضاع أي نزاع يثور إلى قانون الروسي، وبرغم النص الصريح فقد استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد وأسست ذلك على أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط، وما عدى ذلك يخضع للمبادئ العامة للقانون.[1]

قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine OilcoLtj:

قام المحكم الفرد الأستاذ Alfred Bucknill، استبعاد القانون القطري الواجب التطبيق وذلك باعتبار أن كل الدلائل تنتمي إلى نية وإرادة الأطراف في تطبيقه على موضوع نزاعهم، الذي تم طرحه أمام التحكيم سنة 1953، وباعتراف المحكم نفسه محتجات بأن القانون الإسلامي النافذ في قطر لا يشتمل على قواعد قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية الحديثة من العقود.[2]

قضية الحكومة السعودية ضد الشركة الأمريكية ارامكو Aramco 1955

رغم أن الطرفين اتفقا على أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون السائد في المملكة العربية السعودية وذلك في مخاطرة التحكيم في مادتها الرابعة، فإن محكمة التحكيم استبعدت تطبيق القانون السعودي أي الشريعة الإسلامية مستندتا إلى أن الفقه الإسلامي حسبها، لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري وطبقت بذلك المبادئ العامة للقانون على العقد.[3]

بإضافة إلى هذه القضايا هناك قضايا كثيرة استبعدت المحكومون تطبيق القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف باعتباره واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية نذكر منها على سبيل المثال:

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 348.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 248 – 249.
3. المرجع نفسه، ص 256 – 257.

قضية شركة البترول الإيرانية Company National Irania oil ضد شركة Saphire international petroleuns ltd:

حيث قامت المحكم الأستاذ السويسريِ Cavin Pierre، باستبعاد تطبيق القانون الإيراني غير مبالي بالإرادة الضمنية لأطراف العقد.

تحكيم Tessaco، ضد ليبيا رغم نص المادة 28 من عقد الامتياز محل النزاع يتضح أن القانون الليبي هو الواجب التطبيق، فإن المحكم الفرنسي الأستاذ Dupuy استبعد تطبيق القانون الليبي وقام بتطبيق المبادئ العامة للقانون، متحججا بذريعة حماية المتعاقد مع الدولة، وتحقيق التوازن العقدي بين طرفي عقد الامتياز محل النزاع.[1]

المبحث الثالث: الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار:

لقد تبين لنا مما سبق أنه هناك اتفاق مؤكد بين الفقه والتشريع والقضاء على حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما ويكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ على عقدهما أمام كل من القضاء والتحكيم، وقد اعترفت كل من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية بهذا الحق للمتعاقدين.

وبما أنه من الأهمية بما كان أن يكون هذا الاختيار محددا بشكل صريح وواضح ينتفي معه أي لبس أو غموض وذلك بإدراجه كبند أو شرط في وثيقة العقد أو في المشاركة التحكيمية والسؤال الذي يطرح نفسه الاختيارات التي يمكن للأطراف إتباعها في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق؟

المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية:

لقد ذهبت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكميها 14 – 15 اللذين أصدرتهما بخصوص قضيتي القروض البرازيلية والقروض الصربية عام 1929 إلى أنه (كل عقد ليس عقد بين دولتين بصفتهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في قانون وطني...)، وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، بتاريخ 21 يونيو/ حزيران 1950 على انه

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 262 – 263.

(كل عقد يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة)[1]، وهذا ما يستند عليه في إخضاع عقد الاستثمار لقانون وطني لدولة معينة، وذلك أما بإخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة ثالثة محايدة:

الفرع الأول: اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي:

وقد وجدت لهذه الحالة أمثلة عديدة عرضت على التحكيم، على مستوى المؤسسات التحكيمية، وقد وجدت لهذه الحالة أمثلة عديدة عرضت على التحكيم، على مستوى المؤسسات التحكيمية، وبرغم من أنها تعد أقل من حالات اختيار قانون الدولة المضيفة، ومن تلك الأمثلة، النزاع الذي نشأ عن الاتفاق المبرم بين الشركة الكاميرونية للاتصالات اللاسلكية وإحدى الشركات الأمريكية على أن تقوم الشركة الأمريكية بإنشاء محطة أربطة للاتصالات بالأقمار الصناعية لصالح الشركة الكاميرونية في وجمهورية الكاميرون على أن تزود الشركة الأمريكية وتركيبها وتسليمها جاهزة للتشغيل، ثم تبين عدم صلاحيتها لعيوب فنية نتيجة خطأ في الشركة الأمريكية، حيث تبين للمحكمة أن العقد قد تضمن شرطا للتحكيم واتفاقا على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية.[2]

الفرع الثاني: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار:

يكشف الواقع العلمي لعقود الاستثمار على أن أغلبية هذه العقود، وقد تم فيها اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع بالعقد، وهذا ما تؤكده الإحصائيات التي أورها الفقه المهتم بعقود الدولة.[3]

ومن الأمثلة على الاختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ما نصف عليه المادة 25 من العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية مع الشركة اليابانية ELCRICCO NIPPON إلا إنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية والذي جاء على النحو التالي: (تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرر وفق للقوانين السيرلانكية).

1. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 487.
2. صلاح الدين جمال الدين، (التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع السابق)، ص 205 – 206.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 255.

وأيضا الاتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية وإحدى الشركات العمانية 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.[1]

وكذلك الحال بالنسبة لقضية شركة أجيب Agip ضد الحكومة الكونغولية حيث 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 الكونغولي...).[2]

وهذا أيضا ما جاءت به المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا، بأن القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وكذلك العقد المبرم بين شركة Corporation 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 Vacoum Salt Products وحكومة غانا، حيث نصت المادة 39 منه على أن القانون الغاني هو القانون الواجب التطبيق.[3]

هذا في الحالات التي نص فيها صراحة على القانون الواجب التطبيق أي بإرادة المتعاقدين 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 أوضح الفقه وقضاء 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.[4]

---

1. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، المرجع السابق، ص ص 206 – 207.

2. صلاح الدين جمال الدين، **(دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، مرجع سابق، ص 69.

3. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 120 – 121.

4. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 351.

إن في عقود الاستثمار فإن وجود الدولة طرفا في العقد 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[1]، وقد طبقت الكثير من الأحكام التحكيمية لمنازعات عقود الاستثمار هذا الاتجاه ومن الأمثلة على الأحكام التحكيم التي طبقت فيها قوانين الدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها القوانين الأكثر صلة أو القوانين التي انصرفت إليها الإرادة الضمنية لطرفين:

ومنه Amiriol ضد الحكومة الكويتية على الرغم من إنعدام النص الصريح على القانون الواجب التطبيق إلا أن محكمة التحكيم قد استشرفت ضمنا أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي لأنه القانون الأكثر ارتباطا بالعقد.

وقضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وإحدى الشركات الأمريكية، وبرغم من عدم وجود اختيار صريح، إلا أن محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC قامت بتطبيق القانون الجزائري لأنه مكان إبرام وتنفيذ العقد.[2]

وفي النزاع بين إحدى الدول الإفريقية وشخص بلجيكي بشأن الامتياز الممنوح له، في شراء منتجات المناجم، انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتبار العقد بتركيز في قانون الدولة المتعاقدة.[3]

وفي قضية LETCO ضد ليبيريا، التي تم النظر فيها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وحيث 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 دباجة هذا العقد وقد استدلت الهيئة من ذلك أن الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الليبيري على العلاقة وما نشأ عنها من منازعات.[4]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 121.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 353 – 354.
3. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 139.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 122.

أولا: استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

على الرغم من أن قانون الدولة المضيفة الذي يكون مختار من قبل الأطراف العقد أو اعتباره الأكثر صلة بهذه العقود فإن الملاحظ لبعض الأحكام التحكيمية بشأن منازعات الإستثمار يرى أنها استبعدت قواعد قوانين الدول المضيفة للاستثمار استنادا إلى ذرائع وشبوهات ومنها:

على الرغم من أن قانون الدولة المضيفة الذي يكون مختار من قبل الأطراف العقد أو اعتباره الأكثر صلة بهذه العقود فإن الملاحظ لبعض الأحكام التحكيمية بشأن منازعات الإستثمار يرى أنها استبعدت قواعد قوانين الدول المضيفة للاستثمار استنادا إلى ذرائع وشبوهات ومنها:

1- عدم ملائمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية.

استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات الاستثمار تطبيق القانون الوطني للدول المضيفة للاستثمار بالرغم من أنه القانون المختص الأنسب لحكم مثل هذه العقود بذريعة وحجة أن هذه القوانين الوطنية غير المتمشية مع حاجات المعاملات الدولية، لما يشبوها من قصور في التشريع نظرا لطبيعتها الدينية لا سيما القوانين الوطنية للدول الإسلامية والتي لا تتضمن بحسب رأيهم القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود مثل العقود البترولية وإضافة إلى قوانين الدول النامية التي لا تتضمن قواعد لتنظيم العمليات الحديثة كنقل التكنولوجيا.[1]

مثال ذلك قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Petroleum Development عام 1951 حيث قام المحكم Asquitk باستبعاد قانون أبو ظبي المستمد من الشريعة الإسلامية وتطبيق القانون الإنجليزي بحجة بدائية وعدم ملاءمته لحكم النزاع وطبق القانون الإنجليزي باعتباره من قوانين الأمم المتمدنة.[2]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 125.
2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 254.

(وأيضا قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine OilcoLtj عام 1953 حيث قام المحكم Alfred باستبعاد قانون قطر بحجة أنه لا يشتمل على قواعد قانونية تكفي لحكم هذه النوعية الحديثة من العقود).[1]

2- النقص في قواعد القانون الوطني:

قامت أحكام التحكيم للاستبعاد تطبيق القانون الداخلي بالرغم من وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيقه وذلك بحجة استكمال النقص الذي قد يوجد في قواعد هذا القانون من خلال اللجوء غلى قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص.[2]

ومثال ذلك قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fielas حيث استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد، بحجة أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي.[3]وقام الحكمين البريطاني والألماني بتطبيق المبادئ العامة للقانون.[4]

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

لقد اتجهت بعض أحكام التحكيم بشأن منازعات الاستثمار الدولية إلى استبعاد بعض قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار بذريعة أن فكرة النظام العام الدولي يؤدي تطبيقها إلى استبعاد بعض قواعد هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي ومثال ذلك قضية دولة الكويت مع شركة Aminoil حيث قامت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد العامة للقانون بحجة أن القانون الكويتي قد يتعارض في بعض القواعد القانونية مع النظام العام الدولي.

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 254.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 125.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 348.
4. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 133.

الفرع الثالث: اختيار قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد:

يمكن للمتعاقدان أن يختارا قانون داخلي لدولة ثالثة أجنبية على العقد لذا كان يريان أن هذا القانون يعتبر ملائما لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها، وذلك نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهما بصورة معينة أو بصورة أكثر تفصيلا وأفضل من النتيجة التي كانت ستحققها الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية كان يقوما الطرفان باختيار القانون السويسري نظرا لما يحققه ذلك من قيود أقل كما هو الشأن في الكثير من عقود الاستثمار التي تبرمها الشركات الأوربية مع الدول النامية لا سيما بعد صدور قانون جديد للالتزامات العقدية سنة 1985.[1]

و هو أيضا ما تعمل به المشروعات الصناعية الأمريكية والأوربية في تعاملاتها على التكنولوجيا مع دول العالم الثالث ودول أوربا الشرقية حيث تتضمن أغلب عقودها بند أو شرط ينص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسري للالتزامات.

وهو نفس المنهج الذي اتبعته الشركات الصناعية الأوربية مع الحكومة المصرية والشركات التابعة لها، وعلى سبيل المثال المادة 2/12 من العقد المبرم بين الهيئة العربية للتصنيع مع شركة ويست لاند للهليكوبتر والتي نصت على أنه (يخضع ذلك الاتفاق وينشأ وفقا للقوانين السويسرية).[2]

المطلب الثاني: اختيار القانون الدولي العام:

إن من بين الاختيارات الممنوحة لطرفي في عقد الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق والتي يمكن اختيار إحداها كقانون واجب التطبيق على موضوع العقد هو اختيار قواعد القانون الدولي العام، ويقصد بالقانون الدولي هو مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات،

1. صلاح الدين جمال الدين، **(دور أحكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين)**، مرجع سابق، ص 55.
2. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 208.

لا سيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقية حماية وتشييع تبادل الاستثمارات الأجنبية.[1]

وقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي ليحكم عقدهم واعتباره قانون واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية وسوف نعرض رأي كل الفريقين:

الفرع الأول: الرأي المعارض لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع:

ينكر أصحاب هذا الرأي على أطراف عقد الاستثمار إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، وبرغم من إقرار القانون الدولي العام صراحتا 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[2]، استنادا أن القانون الدولي العام إنما وضع أساسا ليحكم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص القانون الدولي وعقود الاستثمار تعقد مع أشخاص أجنبية الخاصة ممن لست لها الشخصية القانونية الدولية[3]، بما أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه فعقد الاستثمار لا يعد عقدا خضعا للقانون الدولي العام، بسبب وجود طرف خاص في العقد، وقد أوضح الأستاذ Wengler 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 القانون، ومتمتعا بالأهلية التعاقدية الدولية ولم تضف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي لا يمكن أن يندمج في النظام القانوني الدولي، ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام.[4]

1. صلاح الدين جمال الدين، **(دور أحكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص 64.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 132.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، المرجع السابق، ص 241.
4. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 363.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع:

يرى أصحاب هذا الرأي حرية الاختيار التي يمنحها مبدأ 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.[1]

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه 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 مت 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.[2]

وبما أن أجد أطراف الرابطة التعاقدية دولة ما تعد شخصا من أشخاص القانون الدولي وعضوا في المجتمع الدولي، فإن للأطراف الاختيار القانون الدولي العام ليحكم هذه الرابطة ويعد هذا الاختيار صحيحا إذا ما روعي فيه شروط صحة.[3]

وقد ذهب الأستاذ Bourquin إلى أن هذه العقود تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام وإن أي إخلال بالتزام التعاقدي من جانب الدولة بشكل في حد ذاته إخلال بإلتزام دولي على نحو تنعقد معه المسؤولية الدولية لدولة لمخالفاتها لمبدأ الإحترام المطلق للعقد ومبدأ العقد شريعة للمتعاقدين في العقد يتم بقوة ملزمة على نحو يمنع الدولة منعا مطلقا من تعديل العقد أو

1. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع السابق، ص 240.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 361 – 362.
3. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 237.

إنهائه بالإرادة المنفردة فالدولة بمجرد توقيعها على العقد تنازل بشكل لا يمكن الرجوع فيه عن التمسك بجميع مزاياها السيادية[1]

وقد ذهب أيضا الأستاذ Prosper Weil إلى أن عدم تنفيذ هذه العقود بشكل عملا مخالفا للقانون الدولي العام وتتربت عليه مسؤولية الدولة اشتقت عن التنفيذ في مواجهة، الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي فهذه العقود تنتمي بطبيعتها إلى القانون الدولي العام وترفض على الدولة مجموعة من القواعد التي ينبغي على الدولة إحترامها وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية.[2]

وهو ما أقرته التوصية الصادرة عن معهد القانون الدولي لعام 1979 التي أكدت على حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي كقانون واجب التطبيق.[3]

وقد نصت المادة 2 فقرة 2 من توصيات المجمع الدولي الذي عقد في أثينا عام 1979 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 الإقتصادية الدولية وإما القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر)[4]، 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 الإستبعاد بإستخدام قواعد النظام العام أو القوانين الآمرة في تفصيل مشكلة النظام العام والقواعد الآمرة بشأن الموضوع.[5]

وفي ضوء ما تقدم يمكن لأطراف عقود الاستثمار اختيار القانون الدولي العام ليكون واجب التطبيق على عقدهم، بشرط عدم وجود قيد يقرران هذا الاختيار يخالف النظام العام للدولة المستضيفة.

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 362.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 363.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 240.
4. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 239.
5. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 240.

الفرع الثالث: الاتفاق الصريح على تطبيق القانون الدولي العام:

إن الإتفاق الصريح على أن يكون القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، يكون إما باتفاق أطراف عقد الاستثمار على تطبيق مبادئ القانون الدولي العام بنفسه أو الاتفاق على تطبيق أحد مصادر القانون الدولي العام.[1]

أولا: الاتفاق على تطبيق القانون الدولي باستخدام مصطلح القانون الدولي العام:

إنه من النادر أن يحيل الأطراف في عقود الدولة، عقدهم إلى القانون الدولي العام بوصفه قانونا واجب التطبيق على موضوع النزاع ويندر أيضا الإسناد للقانون الدولي العام بصفة إحتياطية لتكملة النقص أو تغيير غموض قانون الدولة المتعاقدة.[2]

ثانيا: صور اختيار القانون الدولي العام:

قد يأتي اختيار القانون الدولي العام ليكون 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[3]، ويتم ذلك بعد صور:

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

ومثال ذلك الاتفاق الموقع بينN.I.O.C وE.B.A.B والشركة الفرنسية لبترول إيران Sofiran والذي نصت المادة 41 من الباب الخامس منه على أنه (ولقد اتفق الأطراف المتعاقدة على أن لا تتقيد محكمة التحكيم أو المحكم 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 بها، وعلى وجه الخصوص القانون الدولي).[4]

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 136.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 338.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 238.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 136 - 137.

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

قد يختار أطراف العقد تطبيق القانون الداخلي لدولة المتعاقد مضاف إليه قواعد القانون الدولي العام، مثال ذلك الاتفاق المبرم بين شركة أجيب Agip والحكومة الكونغولية، حيث 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 الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام).[1]

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

وفي هذه الحالة يربط شرط اختيار القانون الواجب التطبيق بين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني لدولة التي يتبعها أحد الأطراف وبين قواعد القانون الدولي العام، ومثال ذلك نص المادة 7/28 من عقد التنمية البترولية الذي أبرمته شركة Texaco مع ليبيا[2]، وقد جاء في نص هذه 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).[3]

ثالثا: الاتفاق الضمني على تطبيق القانون الدولي العام:

لقد استندت بعض الأحكام التحكيمية وعند تخلف الاختيار الصريح لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية إلى وجود بعض الشروط كشرط

1. صلاح الدين جمال الدين، **(دور احكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين)**، مرجع سابق، ص 69.
2. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 235.
3. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 262.

التحكيم وشرط الثبات التشريعي التي تضمنتها عقود الاستثمار عادة قرينة لاتجاه نية الأطراف إلى تطبيق القانون الدولي العام.[1]

ومن أمثلة الأحكام التحكيمية التي إعتبرت أن شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي هما قرينتين على الإرادة الضمنية للأطراف في الاختيار القانون الدولي العام كقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار قرار التحكيم في قضية Texaco ضد الحكومة الليبية حيث استنتج المحكم من شرط التحكيم في التسوية المنازعات بين الطرفين وجود شرط الثبات التشريعي والإشارة على مبادئ القانون الدولي بأنها قرائن تدل على أن إرادة الأطراف اتجهت إلى اختيار القانون الدولي بإعتبار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[2]

وفي قضية Sapphire وبانعدام اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة مما أدى بالمحكم بالبحث عن الإرادة الضمنية، بحث اعتبر المحكم أن الإشارة لمفهوم القوة القاهرة بالقانون الدولي إشارة إلى اتجاه الإرادة الضمنية لأطراف إلى تطبيق القانون الدولي[3]، وقد استند بالإضافة إلى الإشارة إلى مفهوم القوة القاهرة إلى وجود شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي معتبرا أنهما دلالتان على أن الأطراف قد اختارا ضمنيا تطبيق القانون الدولي العام.[4]

وفي الحقيقة أن مجرد 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 على عقدهم وإنما يتعينوا في اتفاق الأطراف على القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق أن يكون صريحا.[5]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 140.
2. مراد محمود مواجدة، مرجع السابق، ص 205.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 354.
4. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 205.
5. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 143.

ولقد أيدت هذه الفكرة 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).[1]

وفي الأخير فإنه يمكن للأطراف وعقد الاستثمار اختيار القانون الدولي العام ليكون قانونا واجب التطبيق على عقدهم في حالة 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 كون 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[2]، ذلك أن قواعد القانون الدولي العام لم تنشأ أصلا لتحكم العلاقات العقدية التي تبرم بين أو مع أشخاص القانون الخاص ومنه فهناك قصور ونقص في القواعد التي تحكم مثل هذا النوع من العلاقات مما يؤدي إلى اعتبار تركيز العلاقة في الإطار هذا النظام القانوني تحايلا غير مفيد على تطبيق القوانين الوطنية وبيان ذلك أن قواعد القانون الدولي العام التي تقبل السريان أو تطبيق على عقود الاستثمار تبعد أن تبلغ درجة ملائمة من التطور بالمقارنة بالقانون الدولي المعاهدات إذا 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.[3]

المطلب الثالث: اختيار قانون التجارة العالمية أو قانون عبر دولي:

استند إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يتمتع بتحرر كبير أمام التحكيم الدولي فإنه يمكن للأطراف عقد الاستثمار إخضاع عقدهم لمجموعة من القواعد عبر الدولية والتي لا

1. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، ارمرجع السابق، ص 290.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 143.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، المرجع السابق، ص 245 – 246.

تعتبر قواعد داخلية ولا قواعد دولية، إذ هي مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية والتي تمثل الأعراف والممارسات السائدة في ميدان التجارة الدولية ويطلق عليها الفقه الغربي المصطلح اللاتيني Lex Mercaria أو لكس مركانوريا.[1]

كما يطلق تأتي هذه القواعد تحت عدة تسميات نذكر منها: المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار وقواعد قانون التجار وقانون التجار ذو الطابع الدولي وقانون التجارة الدولية وقانون التجاري الدولي والقانون الغير وطني والقواعد فوق الوطنية و قانون عبر الدول والقانون التجاري الدولي الجديد[2]، القانون التجاري بين الشعوب والقانون العرفي عبر الحدود[3]، وغيرها من التسميات المتشابهة التي تصب في نفس المعنى.

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي:

لقد وجدت عدة تعريفات لقانون التجارة الدولية ويرجع هذا التعدد الإختلاف في التعريفات التي حاولت تحديد مفهوم قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي للإختلاف مرجعية وإنتماء الفقهاء الذين تطرقوا لموضوع التجارة الدولية.

يعتبر القانون عبر الدولي، القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحد ومن ثمة فهو يتضمن قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص وكذلك القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون الدولي[4]، ويعرف البعض هذا النظام القانوني بأنه نظام قانوني لا هو بالقانون الدولي العام ولا هو قانون وطني محدد يمكن تطبيقه على المسألة المتعلقة بعقود التنمية الإقتصادية إذ لم يتركز العقد في النظام القانوني الدولي أو أحد النظم القانونية الوطنية.[5]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 145.
2. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ص 184 – 185.
3. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 261.
4. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص ص 375 – 376.
5. صلاح الدين جمال الدين، **(دور احكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين)**، مرجع السابق، ص 43.

وعرفه البعض أيضا على أنه مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونيا وحلول ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا على القانون الذي يحكم الروابط البحتة وهو أيضا قانون تلقائي يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات المهنية وأحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية.[1]

ويعتبر قانون التجار هو مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها.[2]

تتمثل القواعد القانونية في القرارات التي تصدرها الهيئات المعنية بالتجارة الدولية مثال ذلك:

القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس فيما يتعلق بالإعتمادات المستندية أو تغيير مصطلحات البيوع الدولية (INCOTERMS) أو تحصيل الأوراق التجارية.

القواعد الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDC فيما يخص عقود الإنشاءات الهندسية.

القواعد القانونية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT والتي تتمثل في الاتفاقيات الدولية.

القوانين الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL، وتتمثل في المبادئ العامة للقانون في التوجيهات والأوامر العامة القابلة للتطبيق في مجال التجارة الدولية، والتي يمكن استخلاصها من مقارنة القوانين الوطنية والمصادر الدولية.

وقد أورد الأستاذ Mustill بهذا الخصوص قائمة تتضمن حوالي عشرين مبدأ عالميا والتي تم تطبيقها من قبل هيئات الدولية ومن أمثلة على هذه المبادئ مبدأ التعهدات الملزمة، مبدأ تفسير العقد وفق للإرادة المشتركة للأطراف، مبدأ التوازن في الآداءات[3]، وبإضافة إلى هذه

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 260.
2. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 185.
3. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 186.

المبادئ توجد عدة مبادئ عامة أخرى نذكر منها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الضرر يزال، مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ حسن النية.[1]

إن هذه المبادئ وإن كانت معروفة في التشريعات الوطنية إلا أن تكتسب قوة إلزامية جديدة لها الصفة الدولية والعالمية عند إنتقالها وإندماجها بقانون التجارة العالمة أو القانون عبر الدولي، أما العادات التجارية الدولية يقصد بها كل ما تواتر عليه العمل في الأوساط التجارية الدولية وانتشر المتعاملين فيها.[2]

الفرع الثاني: موقف الفقه من قانون التجارة الدولية أو القانون عبر دولي:

لقد انقسم الفقه بين مؤيد ومناهض للقانون العبر دولي أو قانون التجارة الدولية وذلك بخصوص مدى اعتباره نظام قانون وسوف نعرض كل من الإتجاهين ونبين الحجج التي استند إليها كل من الإتجاهين.

أولا: الإتجاه المؤيد لقانون التجارة الدولية:

يرى أنصار هذا الإتجاه في قانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي بأنها قواعد قانونية بالمفهوم المتعارف عليه، إذ تعتبر نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية وقد استند أنصار هذا الإتجاه لعدت حجج أهمها إستفاء قواعد قانون التجارة الدولية لركن الوضعي إذ تعتبر قواعد عامة ومجردة وترتبط بأجزاء ذو طبيعة خاصة بالإضافة إلا أنها غير متناقضة وتحتوي على حلول ملائمة تفتقد لها النظم القانونية الداخلية فضلا على أن قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون العابر الدولي تستوفي الركن المؤسسي حيث تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم ووحدت المصلحة.

ثانيا: الإتجاه المناهض لقانون التجارة الدولية:

أنكر أصحاب هذا الإتجاه على قواعد قانون التجارة الدولية تمتعها بالصفة القانونية إذ إعتبروها مجرد عادات وممارسات تجارية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام وأن هيئة التحكيم تضل

1. عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 128 – 129.
2. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 177.

ملزمة بإستبعادها إذا ما تعارضت مع قواعد النظام العام الدولي حتى ولو أختيرت صراحة من قبل الطرفين وتمثلت حجج أنصار هذا الإتجاه في عدم إستفاء الركن الموضوعي وأنها لا تتصف بتجرد العمومية ولا ترتبط بجزاء مادي كما أنها متناقضة إذ تعتبر مجرد إحساس شخصي بالعادلة وإضافة إلى عدم إستفائها الركن المؤسسي حيث أنها لا تنتمي إلى مجتمع منظم متجانس.[1]

ثالثا: مدى حرية أطراف عقد الإستثمار في إختيار القانون عبر دولي كقانون واجب التطبيق:

لقد وجد بخصوص مدى حرية الأطراف عقد الإستثمار فاختيار تطبيق قانون العبر دولي رائين يختلفان في مدى حرية الأطراف اختيار هذا القانون فالرأي الأول يرفض وتنكر على طرفي العقد إختيارهما قانون التجارة الدولية أما الرأي الثاني فيمنح طرفي العقد حرية في إختيار القانون العبر دولي أو قانون التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق:

الرأي الأول:

رفض أصحاب هذا الرأي الإعتراف بتطبيق قواعد التجارة العالمية على عقود الإستثمار وانطلاقا من خصوصية عقود الإستثمار فقد إعتبروا أن اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة غير ملزم، أي رفضوا فكرة سلطان الإرادة في حالة إختيار للمتعاقدين لقواعد قانون التجارة الدولية، بينما إشترط بعضهم لتطبيق قواعد قانون التجارة العالمية، سماح القانون الواجب التطبيق، أي أن اتفاق أطراف عقد الإستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية هو مجرد إختيار تطبيق قواعد تعاقدية لا يمكن الإكتفاء بها بل يجب على الأطراف إختيار قانون واجب التطبيق لتكملة النقص، إضافة إلى عدم تعارض هذه القواعد مع هذا القانون.[2]

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 149.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 151.

إذ يعتبر من أهم الحجج التي استند إليها هذا الرأي إفتقار قانون التجارة الدولي إلى النظام القانوني المتكامل فهو غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية مثل أهلية الأطراف أو عيوب الإرادة أو تكوين الشركات أو طرق نقل الملكية[1]، بالإضافة إلى أنه غير مقنن في مجموعات خاصة ولا يستند إلى سلطة معينة أي أنه يعتبر كعرفا وبالتالي فإن هذا القانون لا يمكن أن يطبق على موضوع النزاع الناشئ عن تلك العقود بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية غير متجانس فالأهداف والمصالح ليست في المستوى.[2]

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الإتجاه بالإستناد لمبدأ سلطان الإرادة أنه يمكن للأطراف عقود الإستثمار أن يتفقوا على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على العقد المبرم بينهما حيث أن الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار تتفق مع منهج تطبيق قواعد القانون التجارة الدولية على الأقل عند الإتفاق على تطبيقه في الإتجاه العام يسير نحو منح الأطراف حرية تدويل العقد ولو كانت عقود الإستثمار وذلك بإخضاعها ولو بشكل جزئي لقواعد قانون التجارة الدولية.

إذ أنه ليست هناك أي منافع في عقود الإستثمار يمنع أطرافها من إختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية إذ من الصعوبة بما كان تقييد حرية الأطراف إذا ما إرتضوا بأنفسهم تطبيق هذه القواعد ذلك مع وجوب مراعاتهم لخصوصية عقود الإستثمار.[3]

الفرع الثالث: موقف التشريعات والمعاهدات الدولية من تطبيق قانون العبر دولي:

حسب نص الفقرة الأولى من المادة 42 (تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي إتفق عليه الأطراف فإن لم يوجد الإتفاق فإن للمحكمة أن تطبق قانون الدولة في النزاع...).[4]

1. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 190.
2. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 263.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 152.
4. المادة 1/42 إتفاقية واشنطن 1965.

استنادا إلى نص المادة 1/42 من الإتفاقية فإن من قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم يتعدى ذلك الإختيار المبادئ العامة للقانون وإمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الإتفاق بينهم.[1]

وقد اتخذت بهذا التشريع الفرنسي حيث نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه (يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...)

إضافة إلى ذلك نصت المادة 39 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه (تطبيق هيئة التحكيم على موضوع نزاع التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون معين...)، كما نصت المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أنه (تفصل هيأة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...).[2]

الفرع الرابع: إختيار الأطراف لقانون العبر دولي أو قواعد قانون التجارة الدولية:

إن إختيار طرفي عقود الإستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون عبر دولي قد يكون إما بالصورة الصريحة أو بصورة ضمنية.

أولا: الإختيار الصريح على تطبيق القانون عبر الدولي:

في أغلب الحالات التي يختار فيها طرفي عقد الإستثمار قانوتن العبر دولي ليكون قانون واجب التطبيق على عقدهم وذلك بغيت التخلص من القانون الداخلي، فإنهم يتفوقون على إخضاع العقد المبرم بينهمة لأحد أنواع قواعد التجارة الدولية بصفة منفردة أو بصفة مجتمعة مع القانون الدولي.

1. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 213.
2. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 488.

ثانيا: أمثلة على الإختيار الصريح للقانون عبر الدولي:

أمثلة على ذلك العقد المبرم بين حكومة الكويت Aminoil حيث نص على أن (القانون الواجب التطبيق على المسأل الموضوعية بين الأطراف سيتم تحديده من قبل الهيئة أخذت في الإعتبار صفة الأطراف المتعاقدة وصفة عبر الدولية علاقتهم والمبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم).

وأيضا العقد المبرم بين حكم أبو ظبي وشركة Petroleum Development Ltd حيث نص على أنه يعلن كل من الحاكم والشركة أنهما يؤسسان عملهما بموجب هذا الإتفاق على الود الوثيقة الخالصة وعلى تفسير هذا الإتفاق بما يوافق الصواب.[1]

ثالثا: الإتفاق الضمني على تطبيق القانون عبر الدولي:

يمكن أن يكون إتفاق الأطراف على إختيار تطبيق قواعد التجارة الدولية ضمنيا إذ يمكن إستخلاصه واستنتاجه 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 إتفاق على التحكيم بالصلح.[2]

وفي الأخير أن عادات وأعراف التجارة الدولية وإن كانت تشكل قواعد قانونية قادرة على تنظيم وحكم العقود الدولية إلا أن هذه القواعد ليس إلا قواعد تخيرية أو تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل يجب أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة والضمنية رغبتهم في سريان أحكامها، بما أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا على أساس قاعدة التنازع المعروفة بقاعدة حرية الإرادة.

إن ما يمكن إستخلاصه في نهاية هذا الفصل، أن حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق، حق معترف في كل النظم القانونية، وتمتد هذه الحرية حتى إلى

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 155.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 155.

إختيار قواعد قانونية لا تنتمي إلى نظم قانونية وطنية معينة، ويمكن أن يرد هذا الإختيار بشكل صريح وذلك بإدراجه ضمن بنو العقد أو في المشارطة التحكيمية كما يمكن أن يرد بشكل ضمني والذي يجب أن يتم الكشف عنه بصفة مؤكدة وحقيقية.

كما أن أهم النظم التي يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق من بينها، هي احد القوانين الوطنية، كقانون الدولة المضيفة للاستثمار أقانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد كالقانون السويسري أو قانون دولة المحكم، إضافة إلى إمكانية اختيار القانون الدولي العام أو اختيار القواعد العامة للتجارة الدولية أو ما يعرف بالقانون العبر دولي.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق:

بالإضافة للحالة التي يقوم المتعاقدان في عقد الإستثمار بتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية بشكل صريح أو شكل ضمني يمكن من خلاله إستخلاص الإرادة الضمنية بشكل مؤكد، توجد حالة ثانية ينعدم فيها إتفاق أطراف عقد الإستثمار بشأن القانون الواجب التطبيق أي في حالة سكوت الأطراف عن الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، أو تنعدم أي أدلة أو قرائن تشير إلى إتجاه الإرادة الضمنية لأطراف عقد الإستثمار إلى تطبيق قواعد قانون معين وتعذر على القاضي أو المحكم الكشف واستخلاص الإرادة الضمنية على نحو مؤكد وقد يكون سبب عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق راجعا إلى أن المتعاقدان قد أهملا هذا الإختيار وهذا الأمر نادر الحدوث في ظل عقود الإستثمار الحديثة وقد يكون سبب ذلك يرجع إلى رغبة طرفي عقد الإستثمار في تحاشي الوقوع في مسائل خلافية من شأنها أن تؤدي إلى إفشال عملية التعاقد،

إن في هذه يتعين على القاضي أو المحكم أن يجتهد من أجل الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك وفق القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

إن الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار التي ترجع أما لطبيعة أفرادها بحيث ينعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها والطرف الأول دولة ذات سيادة والطرف الثاني مستثمر أجنبي لا يتمتع بالسيادة أما لطبيعة موضوعها إذ أن عقود الإستثمار تتعلق بشكل مباشر بالخطط التنموية للدولة المستضيفة للإستثمار.

إن هذه الطبيعة الخاصة التي تتميز عقود الإستثمار تجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار الصريح أو الضمني لهة من قبل أطراف العقد، أمرا في غاية الصعوبة.

وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث سنتطرق في المبحث الأول إلى الإتجاهات الفقهية التي ظهرت بشأن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة

ونتطرق في المبحث الثاني إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بالإعتماد على مبادئ القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول: الأراء المختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإختيار:

لقد إنقسم الفقه حول مسألة القانون الواجب التطبيق في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق إلى عدة آراء وإتجاهات، فقد ذهب الرأي الأول إلى وجوب تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار بإعتباره القانون الأكثر صلة بعقد الإستثمار، وذهبت الآراء الأخرى التي تجمعها نفس الغاية وهي إستبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، فقد ذهب بعدها لتطبيق القانون الذاتي للعقد مستندا إلى مبدأ الغاية الذاتية للعقد، وذهب الرأي الثاني إلى تطبيق القانون الدولي العام إستنادا إلى فكرة تدويل عقد الإستثمار، كما ذهب الرأي الأخير إلى تطبيق القانون العبر دولي أو قواعد قانون التاجرة الدولية.

ومن خلال هذا سوف نتطرق إلى كل رأي على حدا مبرزين أهم الحجج التي إستند عليها فقهاء كل رأي في تدعيم وجهة نظرهم وآرائهم وكذلك أهم الإنتقادات التي عابت هذه الآراء وذلك في أربعة مطالب.

المطلب الأول: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة:

لقد إعتمد أصحاب هذا الرأي من أجل إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدولة المضيفة، على عدة أسانيد أهمها فكرة الموافقة المفترضة للمستثمر، وفكرة إعتبار عقود الإستثمار عقودا إدارية، وفكرة الإستناد إلى القرارات الأمم المتحدة وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب:

الفرع الاول: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستنادا لفكرة الموافقة المفترضة للمستثمر:

سنعرض في هذا الفرع الحجج التي إستند إليها أصحاب هذا الرأي، والإنتقادات الموجهة لهذه الفكرة:

أولا: الحجج التي إعتمدتها فكرة الموافقة المفترضة للمستثمر

لقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار يعد أمر جد ضروري في حالة إذا ما لم يقم كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار المبرم بينهما مستندين إلى الحكم الصادر من قبل محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية سنة 1929، حيث ذهبت إلى أنه (كل عقد لا يكون بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما...).[1]

كما أن محكمة العدل الدولية وإستنادا إلى فكرة السيادة، قد أكدت في نفس القضية على أنه (لما كان الطرف المفترض في عقود القرض دولة ذات سيادة، فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها).[2]

بالإضافة إلى ذلك فقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929 على أنه (لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تستند إلتزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص أن بإمكان الدولة أن تختار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الإختيار...)، ويتضح من خلال هذا الحكم أنه في حالة عدم إختيار قانون ليكون واجب التطبيق على موضوع العقد يكون قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للإستثمار هو القانون الواجب التطبيق[3]، ويتضح من هذه الأحكام أن محكمة العدل الدولية قد جعلت أن هناك قرينة مفترضة تشير دائما إلى خضوع عقود الإستثمار المبرمة من طرف الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة إستئناف باريس فقد قضت في حكم له كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة كما ذهبت لذلك أيضا محكمة النقض الفرنسية حيث أقرت أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة، كما ذهبت محكمة التحكيم أرامكو في تبني الإتجاه السابق حيث أقرت أن

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 365.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 209.
3. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 208.

القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري في المملكة العربية السعودية إذ أنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها حتى يتم إثبات العكس.[1]

كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن إتجاه المستثمر للإستثمار لدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاء المستثمر بالإختصاصات القضائي للدولة المضيفة وبتطبيق قانونها الوطني فيما يخص إستثماره بما في ذلك تسوية ما ينشأ عنه من المنازعات مبرزين ذلك على أنه من المنطقي أن يكيف المستثمر الأجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية وذلك بالإستثمار فيها.

أي أن الإختيار الإرادي من قبل المستثمر الأجنبي الخاص لأن يكون طرفا في عقد من عقود الإستثمار يؤدي إلى إفتراض أنه أخضع نفسه لإختصاص قانون الدولة المضيفة للإستثمار فيما يرتبط بكل المسائل التعاقدية إلى إذا تضمن العقد أو المشارطة التحكيمية بندا يقضي بأن قانونا آخر كان واجب التطبيق أي أن على هيئة التحكيم أن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة دون أن يكون مسموحا لها تطبيق أي قانون آخر مادام العقد لم يتضمن إتفاقا يسمح لها فعل واحد.[2]

ثانيا: نقد فكرة الإفتراض المسبق لتطبيق قانون الدولة المضيفة:

ولقد إنتقد الرأي القاضي بوجود إفتراض مسبق يوجب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بحيث يرى معارضي هذه الفكرة أن القاعدة التي سبق أن أقرتها محكمة العدل الدولي في قضايا القروض الصربية والبرازيلية ولاقت مساندة قوية في الماضي لصالحة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة قد فقدت أسبابها ومنطقيتها وعدم ملائمتها واقع علاقات التجارة الدولية.[3]

كما أن قضاء محكمة العدل الدولية قد تم تجاوزه ولم يعد يستجيب لتطلعات ومقتضيات التجارة الدولية وأنه إذا كان مفترض عدم خضوع الدولة المضيفة لقانون غير قانونها الوطني فإنه كذلك لا يجوز إجبار المستثمر الأجنبي على الخضوع لقانون لم يساهم إختياره ما من

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 366.
2. صلاح الدين محي الدين، **(دور أحكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع اقوانين)**، مرجع سابق، ص 22 – 23،
3. صلاح الدين محي الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، 210.

شأنه تعرضه لعدة مخاطر نتيجة لتغيرات التشريعية والتنفيذية من جانب الدولة،[1] إضافة إلى أن الفقه المعارض لفكرة الإفتراض المسبق لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ذهب إلى أن قضاء محكمة العدل الدولية لم يعد مواكبا للتطورات التي لحقت بالتجارة العالمية أوضح أنه إذا كان من غير المفترض أن الدولة تقبل إخضاع العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي لقانون دولة أخرى أو المبادئ العامة لقانون فإنه من غير المفترض أيضا أن تقبل الشركة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة والذي قد يعرضها لمخاطر السيادة كما أن المعارضين لفكرة الإفتراض المسبق تطبيق القانون الوطني لدولة المتعاقدة قد أكد وبعد تسليمهم بوجود مثل هذه القرينة محتجين إلى أن الدولة عندما تتعاقد مع الشركة الأجنبية فإنها لا تتعاقد بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام إنما بإعتبارها مجرد شخص عادي ومنه فإن الدولة التي تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد العاديين لا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها التشريعية التي تعفيها من الخضوع إلى قانون غير قانونها الوطني إذ أن ذلك يعتبر خرقا لمبدئ المساواة بين أطراف العقد.[2]

كما قد إستند وفي نقدهم لفكرة الإفتراض المسبق لتطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة إلى أن محكمة الإستئناف بباريس ومحكمة النقض الفرنسية قد تنازلت على موقفها السابق إذ ذهبت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر 10 أفريل 1957 في قضية Ship Steam إلى أن وجود الدولة الفرنسية كرف في العقد المبرم مع الشركة الأجنبية لا يترتب عنه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم وجود قرينة خاصة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بينها وبين إحدى الشركات الأجنبية.[3]

كما أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعتبر تناقضا مع نص المادة 42 الفقرة 1 من إتفاقية واشنطن والتي نصت على أنه (في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين كذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص).
وإستندوا إلى ما يلي:

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 209.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 367.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 367.

- إن الإشارة الواردة بالنص على تطبيق قانون الدولة المضيفة على موضوع النزاع تضمنت قواعد تنازع القوانين في قانون هذه الدولة، ومنه يمكن أن يحال إلى قانون دولة أخرى بخلاف قانون الدولة المتعاقدة إضافة أن نصها على تطبيق القانون الدولي العام جاء على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.
- إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تفسيره على أساس بفكرة الإسناد إلى مكان التنفيذ الرئيسي.[1]

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستنادا لإعتبار عقود الإستثمار من قبيل العقود الإدارية.

سنتناول في هذا الفرع الحجج والأسانيد التي إعتمدها أصحاب هذا الرأي، لإعتبار عقود الإستثمار من قبيل العقود الإدارية، وكذا الإنتقادات التي وجهة لفكرة إعتبار عقود الإستثمار عقودا إدارية خاضعة للقانون الوطني للدولة المضيفة.

أولا: الحجج التي إعتمدت عليها فكرة إعتبار عقود الإستثمار من قبيل العقود الإدارية

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الإستثمار يجب أن تخضع لقانون وطني للدولة المضيفة إستنادا لإعتبار عقود إدارية وكذلك حتى تسري عليها كافة التغييرات والتعديلات الجارية في القانون الوطني ويكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة وقد إستند أنصار هذا الرأي في تكييفهم لعقود الإستثمار كعقودا إدارية إلى التماثل والتقارب الحاصل بين عقود الإستثمار من جهة والعقود الإدارية من جهة أخرى حيث توفرت فيها المعايير والشروط المميزة في العقد الإداري.[2]

ويكاد الفقه والقضاء يجمعان على إسباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرف فيه وارتبط بنشاط مرفق عام وتضمن شروط إستثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.[3]

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 209.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 210.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 64.

كما أن إطلاق الصفة الإدارية على عقد الإستثمار أملاته مجموعة من الإعتبارات تتمثل في أن الدولة أو أحد مؤسساتها تعد طرف فيه في حين أن الطرف الثاني هو طرف خاص كما أن أغلبية إتفاقيات الإستثمار الثنائية تتضمن شروط يمكن إعتبارها غير مألوفة كما أن عقد الإستثمار كثيرا ما ينص على خدمة أحد المرافق العامة للدولة.[1]

وقد سوغ أنصار الرأي المنادي لتطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الإستثمار بإعتبارها عقودا إدارية، وذلك بإسباغ الصفة الإدارية عليها، بأن هذه العقود أي عقود الإستثمار ستهدف مرفق عام وقد يكون مرفقا عام حيويا أو يفترض أن يكون كذلك، أن أحد أطراف عقد الإستثمار هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة القائمة على النشاط الإقتصادي، يصرف النظر عن أغراضها أو طبيعة عملها صناعية أو زراعية أو تجارية، بإضافة إلى وجود الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في تقرير الموافقة على المشروع الإستثمار أو رفضه أو سحب الإمتياز الممنوح للطرف الأجنبي، وكذلك فإن العقد يبرم بعد صدور قرار إداري بشأنه، ومن كل ما سبق يستشف أن هذه العقود هي عقود إدارية.[2]

وعلى هذا النحو فإن عقود الإستثمار وفي منظور هذا الجانب من الفقه لا تعدو أن تكون عقودا إدارية مما يوجب وعلى سبيل الإلزام خضوعها للقانون الوطني للدولة المضيفة.[3]

ثانيا: نقد تطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة على عقود الإستثمار إستنادا لإعتبارها عقودا إدارية:

لقد وجهت إنتقادات عديدة للإتجاه الفقهي المنادي لتطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الإستثمار على أساس إعتبارها عقود إدارية وقد قدم الفقه المعارض للفكرة السابقة عدة أسانيد ومبررات من أجل انتزاع الصفة الإدارية من عقود الإستثمار أو تنفيذ وجودها أصلا ومن بين أهم هذه الأسانيد والحجج نذكر ما يلي:

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 76.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 212.
3. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 212.

- إن متطلبات التجارة الدولية تفرض اعتبارات علمية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام عند التعاقد، إذ يهدم تمسك الدولة بسيادتها وسلطاتها العلاقة التعاقدية بينها وبين الطرف الأجنبي إضافة إلا أنه قد يؤدي إلى إثارة خلافات سياسية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي إذ ما لجأ هذا الأخير لطلب الحماية الدبلوماسية فهذا يحتم على الدولة النزول لمستوى المتعاقد الخاص إذا كانت تطمح في جذب الإستثمارات الأجنبية من أجل تحقيق مصالحها الخاصة.
- إن المنطق يقتضي أن تمارس الدولة سيادتها داخل إقليمها بما لها من حق على رعاياها إذ أن هذه السيادة محددة النطاق داخل هذا الإقليم، أما خارجة فلا تملك هذا الحق حيث تقف على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي وبالتالي لا تتمتع الدولة المضيفة بأية سلطات إستثنائية تميزها عن المستثمر الأجنبي إلا بمقدار ما تحدده وتسمح به الشروط العامة.[1]
- إن بعض القوانين الوطنية لا تعرف ولا تعترف بفكرة العقد الإداري إضافة إلى موقف العداء وتخوف المستثمرين الأجانب منن السلطة العامة في الدول وبالخصوص الدول النامية، وقد إتخذ المستثمر الأجنبي موقفا العدائيا متحفظ إتجاه السلطة العامة في هذه الدول من أجل الحفاظ على حقوقه ومكاسبه ضد المخاطر التشريعية والإدارية مما إنعكس بالسلب على تطور فكرة العقد الإداري الدولي.[2]
- إن إعتبار عقود الإستثمار عقود إدارية وذلك على أساس تكيفها وبصورة مسبقة على أنها عقود إدارية، يخالف المبادئ العامة المعتمدة في مجال تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار إذ أن تحديد الصفة القانونية لها بصورة عامة مسبقة دون أي تحليل لعناصر العقد والتأكد من توافر الشروط وخصائص مسبقة معينة للبت في مسألة تكييفه يعتبر طريقا خاطئا فوجود شرط التثبيت التشريعي يعني إضفاء الطابع الخاص عليه، أما إختفاظها بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة بعد دلالة لإضفاء الطابع الإداري على العقد.[3]

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 215.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 77 – 78.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 215 – 216.

- إن عقود الإستثمار وإن كانت تحقق الشرطين الأولين الإضفاء الصفة الإدارية المتمثلين في جهة الإدارة طرفا فيه أي الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها العامة أو المؤسسات التابعة لها إضافة إلى إرتباط عقد الإستثمار بأحد المراف ق العامة إلى أنها تفتقر لإلى تضمين شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد إذ تتعاقد الدولة بصددها بنفس الطريقة التي يتعاقد بها أراد القانون الخاص وتقف وفقها على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي متجردة من سلطتها المتعارف عليها في إطار نظرية العقود الإدارية مما يكون معه العقد خاليا من الشروط الإستثنائية الغير مألوفة في العقد الخاص وهو ما يجعل عقد الإستثمار عقدا خاصا وليس إداريا.[1]

وبالنظر للواقع العلمي نلاحظ صدور عدة أحكام وقرارات تحكيمية لهيئات تحكيمية في قضايا مشهورة لم تعترف بالطبيعة الإدارية للعقود الإدارية

قضية taxeco فقد رفض المحكم Dupuy إعتبار الإمتيازات محل التنازع عقود إدارية مبررا ذلك بعدم التوفر أركان العقد الإداري فيها وفقا لقانون الليبي إذ إعتبر المحكم أن موضوع الإمتياز لا يتصل بإستغلال مرفق عام وأن الدولة الليبية لم تبرم العقد على أساس أنها سلطة عامة إذ دخلة العلاقات التعاقدية على قدم المساواة مع الشركات الأجنبية المتعاقدة كما أن عقود الإمتياز المذكورة لم تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص بالرغم من إدراج شرط الثبات التشريع في العقود المذكورة فلم يعتبرها المحكم شروط غير مألوفة.[2]

قضية أرامكو ففي هذه القضية رفضت هيئة التحكيم إعتبارها العقد المبرم بين الشركة أرامكو وحكومة المملكة العربية السعودية عقدا إداريا إستنادا إلى أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين المعاهدات الدولية وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة بوصفها سلطة عامة طرفا فيها والعقود المدنية التجارية حيث تخضع جميعها لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[3]

قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية وقد رفضت محكمة التحكيم تطبيق نظرية العقد الإداري على الرغم أن القانون الكويتي يأخذ بهذا صراحة مستندا إلا أن إجراء التأميم الذي

1. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 77.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 79.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 83.

اتخذه الحكومة الكويتية لا تتسع له نظرية العقد الإداري إضافة إلا أن نظرية العقد الإداري غير معروفة في القانون الدولي ولا ترقى إلى مرتبة المبادئ القانونية العامة.[1] قضية ليامكو Liamco حيث رفض المحكم صبحي محمصاني تكييف العقد المبرم على أنه عقد إداري ورجع تكييفه على أنه من قبيل عقود القانون الخاص معتبرا أن موضوع العقد لا يعد من أعمال المرافق العامة.[2]

قضية Eurolunel ذهبت محكمة التحكيم إلى أن العقد محل النزاع لا يعد عقدا من عقود القانون الإداري الفرنسي وبالتالي فإن الشرط الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق والذي أقر تطبيق القانون الفرنسي هو شرط صحيح إلا أن الشرط لا يشير في تعيينه لقانون الفرنسي إلا غلى أحكام القانون الخاص الفرنسي وليس إلا القانون الإداري الفرنسي.[3]

الفرع الثالث: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقد الإستثمار إستنادا القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة:

سنتناول في هذا الفرع تطبيق قانون الدولة المضيفة وفقا لقرارات والتوصيات الصادرة عن الأمم المتحدة وأهم الإنتقادات التي وجهت لها.

أولا: الإستناد لقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة:

ذهب جانب من الفقه للدفاع عن فكرة خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني الدولة المتعاقدة معتبرا أية حقا مشروعا للدولة المضيفة مؤسسا ذلك على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية للدول[4]، وتبدأ مقدمات هذا الإتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية فقد نصت المادة 04 من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة شريطة أن يكون القيام بهذا الإجراء لهدف تحقيق مصلحة وطنية أو منفعة عامة على أن تقوم هذه

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 214.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 86.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 220.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 219.

الدول بدفع التعويضات مناسبة وفقا للقواعد السارية في الدولة التي اتخذت هذه الإجراءات عند ممارسة سيادتها.

يعتبر القرار 3281 دليلا قاطعا على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة فقد نصت المادة 312 منه على أن (كل دولة لها الحق في أن تأمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طباقا للقوانين واللوائح النافذة فيها وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقا لقانون الدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة إلا إذا إتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سليمة على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية الإختيار الوسائل).[1]

كما أكدت التوصية رقم 3171 من قرارات الأمم المتحدة في دورتها 28 على الإختصاص المانع للدولة والدور المحدود القانون الدولي إستنادا إلى مبدأ السيادة[2]، إضافة إلى ذلك فقد أوضحت هذه التوصية إن إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة التي تعبر عن سيادتها من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية يتضمن أن لكل دولة الحق في أن تحدد وسائل الوفاء بالتعويض وقيمته كما يتم الفصل في المنازعات الناشئة بخصوص هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني.[3]

كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة التوصية رقم 3201 بتاريخ 11 ماي 1970 بعنوان بيان بشأن نظام إقتصادي دولي جديد حيث نصت المادة 04 الفقرة 05 منها على (السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية، وعلى نشاطاتها الإقتصادية كافة ولغرض حماية هذه المصادر فإن لكل دولة الحق في ممارسة سيطرة فعالة عليها وعلى استغلالها بوسائل تلائم الوضع القائم فيها، بما في ذلك التأميم ونقل الملكية إلى رعاياها، إذ أن

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 368.
2. عيبوط محند وعلي، **(الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري)**، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2013، ص 59.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.

هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الدائمة والتامة، ولا يجوز إخضاع أية دولة لإكراه سياسي واقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت).[1]

بموجب التوصية 281 الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 29 والمصادق عليها يوم 14 ديسمبر 1974 وضعت الجمعية العامة ميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية الذي يتضمن المبادئ الأساسية لتحقيق نظام اقتصاد دولي جديد وبناء قواعد قانونية جديدة من أجل إزالة القيود الواردة في مجال حرية الدول في التصرف في مواردها الطبيعية أما المادة الثانية من هذا الميثاق فإعتبرت السيادة على الثروات الطبيعية بأنها دائما شاملة لكل الثروات والموارد الطبيعية والنشاطات الإقتصادية كما لم تتضمن هذه المادة أية إشارة للقانون الدولي بحيث تبقى خاضعة للقانون الداخلي إحتراما لسيادة الدولة في هذا المجال.[2]

ثانيا: نقد فكرة تطبيق قانون الدولة المضيفة إستنادا لتوصيات الأمم المتحدة:

لقد تعرض هذا الإتجاه للنقد إذ ذهب بعض الفقهاء للقول إلا أن هذه القرارات ليست إلا مجرد توصيات لا تتمتع بأية قوة ملزمة كما أن غير مصحوبة بأي جزاء[3]، وهي مجرد إجتهادات فقهية ليست ذات صيغة تنفيذية كقررات مجلس الأمن فطبقا المواد من 10 إلى 14 من ميثاق الأمم المتحدة أن قررات الجمعية العامة ليس لها أية قوة إلزامية فهي مجرد توصيات لا يترتب عنها أي إلزام قانوني دولي.[4]

أما بخصوص رأي قضاء التحكيم في هذه القضية فقد ذهب المحكم في قضية ليامكو إلا أن هذه القرارات ولو لم تعتبر مصدرا جمعيا لقانون فإنها تعتبر على الأقل دليلا على إتجاه الغالب لدى الرأي العام الدولي المتعلق بحق الدول في السيادة على ثرواتها بشرط أن يمارس هذا الحق في حدود إحترام الإتفاقيات التعاقدية والإلتزام بالتعويض.[5]

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 220 – 221.
2. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 62 – 63.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.
4. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 65.
5. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.

وفي قضية تيكساكو Texaco فقد ذهب الأستاذ المحكم Dupuy إلا أنه من الممكن الإقرار بأن قرارات الأمم المتحدة لها قيمة قانونية إلا أن هذه القيمة تختلف كثيرا بحسب الظروف إصدار القرار ونصوصه والتصويت عليه وعلى فرض أن القرارات ذات طبيعة إعلانية فإن القيمة القانونية متباينة.[1]

وفي الأخير وأنه إذا كان القانون الوطني لدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب الإتفاق عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد تثور الصعوبة في الحالة التي ينعدم فيها وجود نص يحكم علاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للإستثمار.[2]

المطلب الثاني: الرأي المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد:

إنقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة مبدأ الكفاية الذاتية للعقد إستند كل منهما إلى حجج وأدلة من أجل تبرير وجهة نظره وسنتطرق إلى هذا فيما يلي:

الفرع الأول: الرأي المؤيد لفكرة الكفاية الذاتية للعقد:

يعتبر أنصار هذا الرأي العقد بمثابة التشريع بالنسبة للمتعاقدين، فإعداده وصياغته وتحضيره اشتبه بسن القوانين، وبإعتبار أن إرادة الأطراف هي التي توجد العقد ولا تحتاج أي سلطة لوجوده، فهي وحدها التي تتكفل لهذا التنظيم الموجود وهي كفيلة بتنظيمه بدقة وذلك دون الحاجة للرجوع إلى أي قانون[3]، إضافة إلى ذلك فن إرادة الأفراد هي شريعتهم الملزمة ولا تحتاج إلى قوة القانون ليكتسب هذا الإلزام، فالعقد ملزم بذاته ويعتمد هذا الإلزام من إرادة المتعاقدين، وإذا كان للقانون دور في هجا المجال فهو مجرد تأكيد الإحترام حرية الأفراد.[4]

كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن عقود الإستثمار لا تخضع لقانون محددة، وذلك أن أطراف العقد لا يحكمهم قانون مشترك، كذلك لا يحكمهم القانون الدولي العام لأن عقد

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 224.
2. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 216.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 356.
4. أشرف عبد العليم الرفاعي، **(القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سن 2002، ص 39.

الإستثمار لا يعتبر معاهدة، ومنه فإن هذه العقود يحكمها قانون جديد يستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويدعى هذا القانون بقانون العقد أو القانون الذاتي للعقد.[1]

وقد دعى أنصار هذا الرأي إلى الإكتفاء بما ورد في العقد ذاته بنود وإعتبار ذلك المحتوى بمثابة نظام قانوني خاص بالعقد يمكن من خلاله تغيير العقد وتنفيذه وتسوية ما ينشأ عنه من نزاعات[2]، إذ بإمكان الأطراف وضع تنظيم خاص وقواعد منتقاة، لتواجه وعلى نحو واقعي ما ينشىء عن العقد من منازعات، هو الأكثر قدرة على تصورها وعلى وضع حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في نظام قانوني معين، وإنما المصدر الوحيد لها هو إرادة الأطراف.[3]

إن الفقه المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد لا يمانع أن يختار المتعاقدان قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على عقدهم، بشرط أن يعتبر هذا الإختيار منبثق من مبدأ سلطان الإرادة ولم يتم بناء على قاعدة منن قواعد تنازع القوانين[4]، وفي هذه الحالة يندمج القانون المختار في العقد وتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية يمكن للطرفين مخالفتها وإن كانت قواعده أمرة[5]، إذ أنت مبدأ سلطان الإرادة يمنح للأطراف فرصة التحكم بالقانون المختار، فيمكنهم مبدأ سلطان الإرادة من تغير طبيعة القانون المختار وذلك بإدراجه ضمن المشارطة التحكيمية ليصير في حكم الشروط العقدية.[6]

كما يرى أنصار الرأي المنادي بالكفاية الذاتية للعقد وجوب اندماج أحكام القانون المختار في العقد ومعاملته على نحو معاملة الشروط العقدية، وذلك تصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، يستحيل أبطال العقد وفقا لهذا القانون، إذ من غير الممكن أن تؤدي إرادة المتعاقدين إلى إختيار قانون يبطل العقد المبرم بينهما، ولهذا فإن القانون المختار يفقد صفته القانونية وذلك

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 356.
2. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 195.
3. بليغ حمدي محمود، **(الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 428.
4. أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 43.
5. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 489.
6. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 56.

بفقدان عنصره الأمر[1]، وفي حالة تطبيق هذا الأخير فإنه يطبق الحدود التي يبرمها العقد، دون أن يكون للمشرع إمكانية الإحتجاج بالقواعد الآمرة أو النظام العام.[2]

كما يحتج أنصار الإتجاه المؤيد لتطبيق القانون الذاتي لعقد الإستثمار، بأن عقد الإستثمار لا يحكمه أي قانون، إذ أن اتصاله بعدة نظم قانونية وهذا يعني وجهة نظرهم إنه لا يمكن لأي قانون الإدعاء بأنه صاحب الإختصاص يحكم العلاقة العقدية، إذ يعتبر العقد هو قانون الأطراف[3]، كما يرى البعض أن العقد بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من البرلمان إذ تعد عملية إصداره مشابهة للعملية التشريعية، لذا يكون ما عبرت عنه إرادة طرفي العلاقة التعاقدية هو القانون بالنسبة لهم، والشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد تشكل في خد ذاتها قانون خاصا ينضم كافة جوانب العقد، ودون الحاجة لقانون المشرع، فالعقد يكف فيذاته بتحديد حقوق والتزامات أطرافه دون الحاجة إلى اللجوء إلى نظام قانوني وطنيا كان أو دوليا، إذ يعتبر العقد في حد ذاته نظام مستقل.[4]

يذهب أنصار القانون الذاتي للعقد أن هذا القانون يمكنه التصدي لأية إضطرابات تحديث عند تنفيذ هذه الفئة من العقود، إذ تعتبر عقود الإستثمار متشابكة ومعقدة ولذلك وجب على الأطراف تضمين عقدهم حلولا للمسائل التي يمكن أن تثار بينهم، إضافة إلى تحديد حقوق وواجبات كل منهم بصورة واضحة ومفصلة ودقيقة، كما يجب عليهم تفادي الغموض في أفكار العقد، بحيث يكون الأمر ميسورا على القاضي أو المحكم أن يستند في إصداره أحكامه إلى بنود العقد وأحكامه دون الحاجة إلى الرجوع إلى أي قواعد قانونية[5]، إذ يقتصر دون القاضي أو أو المحكم على تطبيق العقد كما لو أنه كان يطبق قانونا.[6]

1. أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 43.
2. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 196.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 489 – 490.
4. سعد الدين محمد، (العقد الدولي بين التوطين والتدويل)، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2008، ص 87.
5. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 356.
6. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 196.

وقد ذهبت ألأنصار هذا الإتجاه إلى أن إبرام مثل هذه العقود بطريقة مفصلة ودقيقة أصبح أمرا في غاية السهولة وذلك نتيجة توفر عدة عقود نموذجية والتي يمكن أن تحقق الغاية الذاتية للعقد فعلى سبيل وجود العقود النموذجية لنقل التكنولوجية أو عقود أو عقود بالتعاون الصناعي.[1]

الفرع الثاني: الرأي المعارض لفكرة الكفاية الذاتية للعقد.

لقد تعرض الرأي المنادي لتطبيق القانون الذاتي للعقد إستنادا إلى مبدأ الكفاية الذاتية للعقد إلى عدة إنتقادات من قبل الفقهاء المعارضين لفكرة من إطلاق العقد واعتباره عقدا بلا قانون وفكرة اندماج القانون المختار في العقد، ومن أهم هذه الإنتقادات نذكر:

- أن إستخدام الأطراف العقد لسلطة إختيار القانون الواجب التطبيق لا يمنحهم أي حق في السيطرة على هذا القانون في الحدود التي يتصل فيها بالقواعد الآمرة والنظام العام.[2]

إضافة إلى ذلك فإن فكرة الكفاية لذاتية للعقد، تؤدي إلى وقوع المحكمين أو القضاة في مأزق عند خلو العقد أمر قائم، فليس بإمكان طرفي العقد يتنبؤ بكل النزاعات التي يمكن أن تثار في المستقبل لكي يوجدوا لها حلولا، إذ أن القانون في حد ذاته يشوبه النقص والقصور فما بالك بالعقد[3]، كما أنه لا يوجد في الواقع العملي وثيقة تقاعدية شاملة يمكنها توقع جميع المشاكل التي بالإمكان أن تنجم مستقبلا عن العقد.[4]

كما أن الفقهاء يذهبون إلى القول أنه يوجد عناصر في العقد ليمكن إيجاد مصدرا له إلا في قانون معين إلا وهو عنصر المشروعية[5]، أي أنه لا يمكن لطرفي العقد أن يعتبروا العقد المبرم بينهم مشروعا أو غير مخالف لنظام العام والآداب العامة.

كذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ سلطان الإرادة لا يسبحان في الفضاء بل يجب إرتكازمها إلى قانون يمنحهما القوة الملزمة، فالعقد لابد أن يستند لإلى قانون وضعي، إذ لا يمكن أن يقع العقد في الفراغ فلا يمكن أن يوجد إتفاق بين الأطراف دون وجود قانون يسبق

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 357.
2. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 197.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 357.
4. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 229.
5. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 198.

نشأة هذا الإتفاق، إذ لا تستطيع إنشاء روابط تعاقدية إلا إذا خولها القانون الذي تتعلق به مسبقا هذه السلطة[1]، كما يذهب معارضي فكرة القانون الذاتي للعقد أن القانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يندمج مع العقد وكل شرطا في العقد يخالف القانون الواجب التطبيق النزاع، شرطا باطلا.[2]

أما بخصوص العقود النموذجية فما هي إلا قواعد مقترحة وليست واجبة التطبيق فيمكن للأطراف العقد إبرام عقدهم دون إستخدام هذه العقود ويكون العقد المبرم صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، كما أن العقود النموذجية قاصرة ولا يمكن الإكتفاء بها، فهي تحتاج دائما إلى قانون تستند إليه ليستدرك هذا قصورها، كما أن العقود النموذجية يمكن أن تصبح عادات إتفاقية وذلك بتكرار استعمالها دون أن ترتقي إلى مرتبة القواعد القانونية.[3]

المطلب الثالث: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار للقانون الدولي العام

إن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الإستثمار عند خلو إتفاق الإستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق عند نشوب النزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصها 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 الإستثمار إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة معّ أحكام القانون الدولي.[4]

إن محدودية هذه النظم القانونية الوطنية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى إتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات متمركزة فيها يتمثل هذا الإتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب والفصل في المنازعات الناشئة عنها لا سيما إذا ما تخلف الإختيار الصريح للأطراف المتعاقدة[5]، إذ أن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 358.
2. نادر عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 44.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 358.
4. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 216 – 217.
5. صلاح الدين جمال الدين، (دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص 32.

بالتصدي بكافة المنازعات القانونية التي تثيرها عقود الإستثمار فالمحكم لن يجهد نفسه بالبحث عن الحلول في القوانين المختلفة فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع.[1]

كما أن تطبيق القانون الدولي العام يحرر العلاقة التعاقدية من القوانين الوطنية فيحول بين الدولة المضيفة وإسناد العقد الإستثمار إلى نظامها القانوني الوطني لتبرير تقصيرها في تنفيذ الإلتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي كما أن تطبيق القانون الدولي العام يجنبنا المشكلات التي تنجم عن الإسرار الدولة المضيفة على إخضاع العقد لقانونها الوطني ورفض تطبيق قانون أية 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 التقاعد.[2]

الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام إستنادا لطبيعة عقد الإستثمار الذاتية:

يرى أصحاب هذا الرأي أن مشروع الإستثمار يدخل في إطار السياسة الإقتصادية التنموية للبلاد أي أن عقود الإستثمار تندرج في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة التعاقدية لنظام القانون الدولي[3]، كما أنهم يرون أن من حق المستثمر الأجنبي المتعاقد وبمساهمته في تحقيق خطط التنمية في المجالات الحيوية للدولة المضيفة أن يضمن إستقرار مركزه القانوني وحمايته ضد المخاطر غير التجارية وهو ما لا يتحقق إلا بإسناد عقده إلى نظام من النظم القانونية الدولية لسد النقص وتعويض الثغرات في القوانين الوطنية.[4]

يذهب الأستاذ Mann وهو من أبرز أنصار هذا الفقه إلا أنه سلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني ألا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قانون الدولي العام بإعتبار القانون المناسب للعقد في خضم رفض كل من المتعاقدين تطبيق قانون الأخر

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 361.
2. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 227 – 228.
3. عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 229.
4. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 237.

على العقد المبرم بينهما لذلك فإن اللجوء إلى تطبيق القانون العام من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف ومتطلبات نظام إقتصادي متقدم.[1]

تهدف نظرية Weil إلى تدويل العقد حيث أنها تعتمد أساسا على التفرقة بين النظام القانوني الأساسي للعقد والواجب التطبيق عليه حيث أإن هذه التفرقة حسب الأستاذ ويل تتضح عند إعمال قانون الإرادة أثر في تحديد هذا القانون فإن هناك عناصر موضوعية تحدد النظام الأساسي للعقد بعيدا عن الإرادة وبالتالي فإن العقد لا يتضمن إتفاق على إختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق لا يتضمن شرط اللجوء للتحكيم الدولي يمكن وصفه بأنه عقد دولي بطبيعته ونظرا للخصائص الموضوعية التي تجعله يدخل ضمن عقود التنمية الإقتصادية طويلة الأمد وهذا ما ذهبت إليه تحكيم Revere، إن العقد المتصل بالقانون الدولي حسب نظرية Weil هو العقد الذي وتبعا لطبيعته ولموضوعه يتركز بالنظام الدولي بينما يعد العقد المدول هو ذلك العقد الذي تؤدي إرادة الأطراف إلى خضوعه لقواعد القانون الدولي ولو بشكل جزئي وهذه التفرقة تميز بين العقد الخاضع للقانون الدولي العام بناء على إتجاه إرادة الطرفين المتعاقدين إلى ذلك بين العقد كطرف قانوني دولي بطبيعته.

يؤكد الأستاذ Weil أن هذه التفرقة تسمح بإستيعاب المشكلة الجوهرية التي تتعلق بعود الدولة والتي ترتبط بمدى سيطرة الدولة المتعاقدة وهيمنتها على قدرات العقد المبرم بينها وبين الشخص الخاص الأجنبي ذلك أن قدرة الدولة على المساس بهذا العقد تتوقف عن القانون الواجب التطبيق على العقد إذ يحدد قدرة الدولة في تعديل الشروط التعاقد بإرادتها المنفردة وقدرتها على إنهاء العقد حيث مخالفة الدولة لإلتزاماتها تخضع للقانون الوطني إذا العقد بتركز في هذا القانون ويخضع للقانون الدولي العام إذا كان العقد يتركز في القانون الدولي.[2]

وقد ذهب الأستاذ Bourquih أن عقود الإستثمار تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام وأن أي إخلال بإلتزام التعاقدي من جانب الدولة يشكل إخلالا بإلتزام الدولة على نحو يسبب إنعقاد المسؤولية الدولية للدولة لمخالفتها لمبدأ الإحترام المطلق للعقد وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 361.
2. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 241 – 242.

فالعقد يتصف بالقوة الملزمة على نحو يمنع الدولة منعا باتا من تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة فالدولة بتوقيعها على العقد تتنازل عن تمسك بجميع مزاياها بشكل.[1]

ولقد توصل الأستاذ Weil إلا أن النظام الأساسي لعقود الإستثمار ومنه فإن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمر الخاص الأجنبي بطبيعتها تتصل بالنظام القانوني الدولي إذ يعتبر القانون الدولي هو النظام القانوني الأساسي لها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود سواء المحدد عن طريق إتفاق الأطراف وبناءا عن قاعدة الإسناد، ومنه فإن عقود الإستثمار تخضع برأي الأستاذ Weil لنظام القانوني الأساسي المستمد من القانون الدولي العام بمجرد تحقق بعض السيمات الذاتية في هذه الطائفة من العقود وهو ما يترتب عليه وجوب التمييز بين النظام القانوني الأساسي لعقود الإستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها.[2]

وقد ذهب الأستاذ Prosper Weil إلى القول بأن عدم تنفيذ هذه العقود يعتبر عملا مخالفا للقانون الدولي العام ويترتب عليه مسؤولية الدولة التي رفضت التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الأجنبي فهذه العقود تنتمي بطبيعتها إلى القانون الدولي العام وتفرض مجموعة قواعد ينبغي إحترامها من طرف الدولة المضيفة وإلا انعقدت المسؤولية الدولية لها.[3]

الفرع الثاني: تطبيق القانون الدولي على عقود الإستثمار بإعتبارها معاهدات دولية:

يرى بعض الفقه أن عقود الإستثمار من ضمن الإتفاقيات الدولية وذلك بغية تحويل الإلتزامات الناشئة من هاذ العقد إلى إلتزامات دولية لصالح المستثمر الأجنبي ومن ثم إنعقاد المسؤولية الدولية على الدولة في حالة إخلالها بإلتزاماتها كما هو الحال في الإتفاقيات الدولية[4]، في المعاهدات هي إتفاقيات تبرم بين الدول المختلفة بإعتبارها من أشخاص القانون الدولي

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 362.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 235.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 262 – 263.
4. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 69.

العام ويحكمها القانون الدولي العام وتنقسم إلى معاهدات ثنائية أو شارعة أو جماعية وقد تكون إقليمية أو دولية.[1]

كما تعرف على أهنا توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في إحداث آثار قانونية معينة طبقا لقانون الدولي وقد عرفت أيضا بأنها إتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة.[2]

وقد إعتبر البعض عقود الإستثمار من قبيل المعاهدات إذا ما توافرت الشروط الشكلية لإبرام المعاهدة وشرط التثبيت إسنادها لنظام قانوني آخر وأن تتوفر بين العقد وبين أعمال السلطة العامة كإستلزامه تعديل تشريع أو القيام بأعمال إدارية أو الإمتناع عن ذلك أن يوجد إرادة فعالة لإخراج هذه العقود من نظام قانوني الداخلي[3]، كما أن وجود الدولة بوصفها طرفا رئيسيا في عقود الدولة يحتم تدويلها أي أن تعامل عقود الدولة تعامل معاملة الإتفاقيات الدولية ومن ثم يحكمها القانون الدولي العام بحيث إذا أخلت بما إلتزمه به بمقتضاه تنعقد مسؤوليتها الدولية.[4]

وقد ذهب بعض الفقه أن عقود الإستثمار تأخذ عادة شكل معاهدات دولية ويتم إبرامها من طرف السلطات المختصة في الدولة المضيفة والتي لها صلاحيات إبرام المعاهدات وتتضمن شروطا تمنع من خلالها الدولة المضيفة من إتخاذ أية إجراءات سياسية أو تشريعية من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار وهذه العقود تعبر عن رغبة الأطراف وبصورة واضحة عن تحديد القانون الواجب التطبيق بعيدا عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الداخلي بصفة عامة.[5]

الفرع الثالث: نقد تطبيق القانون الدولي العام على عقود الإستثمار

لقد تعرض هذا الرأي الذي نادى إلى تطبيق القانون الدولي العام إلى عدة إنتقادات تمثلت أهمها في أن عقود الإستثمار تبرم بين دولة وطرف خاص أجنبي لا يملك وفقا الرأي المعتمد

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 245.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 70.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 245.
4. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 180.
5. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 362.

في الفقه والقضاء الدولي أي قدر من الشخصية القانونية الدولية أي أنه لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام حتى تطبيق قواعد القانون الدولي العام على تصرفاته القانونية وما يبرمه من عقود.[1]

وقد ذهب الأستاذ Wengler إلى أن كل إتفاق 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 تضف عليه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي إحتياطي، لا يمكن أن يدمج في النظام القانوني الدولي ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام.[2]

كما أن قواعد القانون الدولي لم تكن أصلا قد نشأت لحكم العلاقات العقدية التي تبرم بين أو مع أشخاص القانون الخاص ومنه بديهي أن يكون ثمة قصور أو نقص في القواعد القانونية التي تحكم مثل هذه النوعية من العلاقات مما يجعل تطبيق القانون الدولي العام مجرد تحايل غير مفيد على تطبيق القوانين الوطنية.[3]

وبخصوص الذين إستندوا في تبريرهم لتطبيق القانون الدولي العام إلى إعتبار عقود الإستثمار من قبيل معاهدات دولية فعقد الإستثمار ليس إتفاقية بين الدول أو منظمات دولية فالمعاهدات الدولية لا يفيد إلا المعاهدات المبرمة بين أشخاص القانون الدولي إلا أن عقود الإستثمار تبرم بين الدولة التيس هي من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبي الذي هو من أشخاص القانون الخاص لذا لا يمكن إدراج عقد الإستثمار في عداد الإتفاقيات الدولية.[4]

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

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 181.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 363.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى)**، مرجع سابق، ص 245.
4. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 71.

- 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 أيها بالمصطنعة وعديمة الفائدة العملية،

كما أن ذات المجمع في دورته المنعقدة في مدينة أثينا عام 1979 من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية قام بتجاهل فكرة نظرية Weil بحيث قرر أن هذه العقود تخضع لقواعد القانون المختار من قبل أطراف وفي حالة غياب هذا الإختيار تخضع لقواعد القانون الذي ترتبط بها العقد بصفة أكثر وثاقة،[1]

كما أن من بين الإنتقادات التي وجهت إلى هذا الإتجاه:

- إن تشبيه عقد الإستثمار بالإتفاقيات الدولية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية كما أنها تجسد فكرة تنازل الدولة عن سيادتها واختصاصاتها في المجال التشريعي أن القانون الدولي ليس له القواعد القانونية الكفيلة لتنظيم العلاقات العقدية.[2]

كما تعتبر الأفكار التي طرحة من قبل الفقهاء الذي نادوا بتدويل عقود الإستثمار لا تستند إلى أسانيد واقعية لا تعبر إلا عن عدم وجود نظام قانوني مستقر لحكم موضوع هذه العقود ومنه فإنها كبقية العقود يجب خضوعها إلى قانون الإرادة الصريحة وفقا لقانون الدولي الخاص وفيي حالة تخلفها يخضع العقد للقانون الأنسب وفقا لنظرية الوطني.[3]

كما أن بعض الفقه يرى بأن قواعد القانون الدولي يجب أن تبقى للعلاقات متخصصة لتنظيم العلاقات بين الدول، أما المعاملات الإقتصادية 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 التهرب من قانون الدولة الطرف في العلاقة.[4]

1. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 244.
2. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 230.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 241.
4. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 241.

برغم من كل الإنتقادات التي وجهت إلى تطبيق القانون الدولي العام على موضوع النزاع، إلا أنه يمثل الحل الذي يحقق الفعالية الكاملة لعقود الإستثمار، بحيث أن إسنادها لنظام قانوني دولي يجعلها مبنى عن التغيرات التشريعية والتعديلات التي تقوم بها الدول المطبقة للإستثمار، وذلك تقتضي تحديد قواعد دولية واضحة المعالم أما كافة الدول وخصوصا الدول النامية.[1]

المطلب الرابع: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار إلى قواعد القانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي.

يعد قانون التجارة الدولية أو قانون العبر دولي، قانونا غير وطني تشكل تلقائيا نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، بعيدا عن تدخل الأجهزة التشريعية للدول المختلفة ويعتبر قضاء التحكيم هو المنشئ لهذه القواعد وهو وحده الذي بإمكانه تغييرها[2]، كما تأخذ صورة الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي أقرها قضاء التحكيم الإقتصادي الدولي وتتصف بأنها تجاور القواعد القانونية في الأنظمة القانونية الداخلية والقواعد القانونية في القانون الدولي العام، دون أن تخلط في أي منها.[3] إذ يعتبر القانون العبر دولي نظام قانوني لا هو بقانون وطني ولا هو بالقانون الدولي العام، يمكن أن يحكم المسائل المتعلقة بالعقود التنمية الإقتصادية إذ لم يتركز العقد في أحد النظم القانونية الداخلية أو النظام الدولي العام.[4]

وقد علف الفقه الأمريكي jessup القانون العبر الدولي أو قواعد قانون التجارة الدولية على أنه القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم الوقائع والتصرفات التي تتخطى حدود الدولة الواحدة ومنه فإنه يتضمن القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين النوعين من فروع القانون، كما يشمل هذا القانون المبادئ العامة للقانون والمعاهدات والأعراف التجارية إضافة إلى التنظيم الداخلي للمؤسسات العامة التي لا تتصل

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 251.
2. المرجع نفسه، ص 259.
3. نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 1.
4. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى)**، المرجع السابق، ص 43.

بالنظام القانوني الوطني ولا بالنظام الدولي، ويشمل القانون الإداري الدولي وحكام محاكم التحكيم.[1]

وقد أطلق الفقهاء تسميات مختلفة لهذه القواعد القانونية، فيطلق عليها بعض الفقهاء على سبيل المثال، قانون العبر دولي أو القانون الغير وطني أو قانون فوق وطني أو القانون التجاري بين الشعوب أو القانون العرفي عبر الحدود أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية أو القواعد الموضوعية عبر الدولية[2]، وكذلك يطلق عليها القواعد السائدة في المجتمع الدولي للتجار وقواعد قانون التجار وقانون التجارة الدولي.[3]

تجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقهاء والباحثين يفضلون مصطلح القواعد العبر دولي لعدة أسباب أهمها أنه يشمل على صفة عبر الدولية وهي الصفة المميزة لظاهرة محل الدولة ولأنه يتمتع بسابقة إستخدام، ويبتعد عن الغموض واللبس ويتمتع بالحيادية.[4]

الفرع الأول: الحجج المعتمدة لتبرير تطبيق القواعد العبر دولية على عقود الإستثمار:

يرى أنصار الفقه المؤيد لتطبيق القانون العبر دولي أن قواعد هذا القانون تعد أكثر ملائمة للتطبيق على عقود الدولة التنمية الإقتصادية أمام هيئات التحكيم، إضافة إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيد أمن الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، وأن اعتبار القانون العبر دولي كقانون أكثر ملائمة للتطبيق على النزاع في هذه العقود يعد أمر منطقي لا سيما إذا اعتبرنا أن التحكيم أفضل الوسائل لتسوية النزاعات المتعلقة بهذه العقود.[5]

إضافة إلى ذلك يرى أنصار هذا الرأي أن القانون العبر الدولي يعتبر النظام القانون الطبيعي لحكم العلاقات التعاقدية المختلفة والتي تتم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية كعقود الإستثمار وقد أوضح الفقه Lalive أن القانون العبر دولي هو نظام قانوني مختص لكي يحكم بعض المراكز الإقتصادية التي لا يمكن بصددها تطبيق القانون الداخلي ولا القانون الدولي وقد

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 175 – 176.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 260 – 261.
3. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 184 – 185.
4. نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 170.
5. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص 45.

إقترح الفقه Lalive إلغاء التقسيم الثنائي للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلي وقانون دولي واستحداث تقسيم ثلاثي، وبذلك فإنه في حالة عدم إمكانية اللجوء إلى القانون الوطني أو القانون الدولي فإنه يمكن اللجوء لإلى نظام قانوني ثالث يقع في منطقة وسط وهو القانون عبر دولي.[1]

وفقا لأصحاب هذه النظرية عندما لا يتضمن عقد الإستثمار أية إشارة إلى القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق أعراف التجارة الدولية أي القانون العبر دولي وذلك لعدة إعتبارات أهمها: ارتباط العقد بعدة أنظمة قانونية واختلاف النظام القانوني للعقد، كما هو ساري العمل به في القانون الداخلي مثل عقود البترول ونقل التكنولوجيا، هذه العقود يعتبرها بعض الفقهاء مثل M. Kahn عقودا دولية بطبيعتها.[2]

وقد إستند أنصار هذا الرأي إلى قرار مجمع القانون الدولي الصادر في سنة 1979 الذي تبنى عدة مبادئ عبر دولية بشكل مباشر بحيث تضمنت المادة الأولى إستغلال التحكيم الإقتصادي الدولي ومبدأ التزام المحكم بنظام العبر دولي قد تضمنته المادة الثانية أما المادة الخامسة تضمنت مبدأ عدم جواز دفع الشخص العام بعدم أهميته على الدخول في التحكيم بحجة القيود الداخلية بعد الإتفاق على ذلك.

يتضح من خلال قرار مجمع القانون الدولي لسنة 1989 قد أجاز إخضاع عقود الإستثمار لقواعد العبر دولية، وبرغم من أنه لم يستعمل مصطلح القانون العبر دولي أو القواعد عبر دولية إلا أن القرار استعمل مصطلحات تقيد إلى مضمون القانون العبر دولي كما هو الحال في استخدام "مبادئ النظام العام الدولي في المادة الثانية ومصطلح المبادئ العامة لقانون الدولي العام والخاص في المادة الرابعة، ومصطلح المبادئ العامة لتحكيم الدولي في نفس المادة بإضافة إلى مصطلحات مبادئ القانون الدولي ومبادئ القانون وأعراف التجارة الدولية في المادة السادسة".[3]

كما قد ذهبت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز عقود الإستثمار في مجال قواعد قانون التجارة الدولية كلية بذريعة أنها أكثر صلة بموضوع النزاع كما هو الحال بشأن بعض منازعات

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 386 – 387.
2. عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 254.
3. نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 474 – 477.

عقود البترول[1]، ومن بين القضايا التحكيمية الشهيرة التي طبقت على موضوع النزاع المبادئ العامة للقانون أو القواعد العبر دولية قضية أرامكو بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية حيث من بين القواعد التي طبقتها على موضوع النزاع المبادئ القانون الدولية والعادات المتبعة في صناعة وكذلك قضية ليامكو بين شركة ليامكو والحكومة الليبية فقد إستند المحكم إلى المبادئ العامة للقانون.[2]

الفرع الثاني: الإنتقادات التي تعرض لها الفقه المنادي للتطبيق القانون العبر دولي.

لقد تعرض هذا الفقه إلى عدة إنتقادات أهمها:

إفتقار القانون العبر الدولي متكامل فهو من جهة غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية مثل عيوب الإدارة وأصلية الأطراف وتكوين الشركات وطرق نقل الملكية ومن جهة أخرى غير صادر من سلطة تشريعية تكفل جزاء مخالفاتها.[3]

كذلك يرى أصحاب الفقه المعارض لتطبيق قانون عبر دولي أنه من الصعب عمليا قبول أنظمة قانونية متنوعة وما يتسبب عن ذلك من خلط وغموض وعراقيل في مجال التنمية للدول المعنية إن محتوى القانون عبر دولي يعتبر غير محدد وبالتالي فإن مهمة القضاء والتحكيم ستزداد تعقيدا كذلك إن العلاقات الإقتصادية الدولية تخضع بصفة ضمنية لقوانين الداخلية وتنفذ في منطقة جغرافية خاضعة لسيادة الدولة كما لا يمكن للقانون عبر دولي تنظيم العلاقات التجارية من كل جوانبها.[4]

ومن بين الإنتقادات فإن القانون العبر دولي من ناحية ليس له مصادر قانونية خاصة به بل مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى فهي مستمدة إما من القانون الداخلي وإما من القانون الدولي من ناحية أخرى لا يجوز هذا القانون على آليات التوقيع الجزئات على مخالفة قواعده.[5]

1. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 247.
2. أشرف عبد الحليم الرفاعي، مرجع سابق، ص ص 28 – 29.
3. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 190.
4. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 235.
5. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 377.

كذلك أنه من بين أهم الإنتقادات التي وجهت للقانون العبر دولي أن قواعده تحمل مضامين متناقضة على سبيل المثال يعتبر رفض نظرية الظروف الضارئة من قبل التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية إستنادا لمبدئي قدسية العقد وقرينة الإحتراف أمر متعارض مع مبد"أ المحافظة على توازن الآداءات ذات التنفيذ المستمر وهو أحد المبادئ العبر دولية وهو متعارض أيضا مع مبدأ العدالة بوصفه أيضا من مبادئ العبر دولية وبالإضافة إلى عددها المحدود بنظر بعض الفقهاء فإنه توجد صعوبة في الوصول إليها من قبل أطراف عملية التحكيم وهو ما جعل القواعد عبر دولية تعاني من عيب عدم تلبيه التوقعات المشروعة للأطراف.[1]

إضافة إلى ذلك أن تطبيق القانون عبر دولي على موضوع النزاع دون إتجاه إرادة الأطراف إلى الإتفاق على تطبيقه إتجاه غير سليم، كذلك تطبيق القانون عبر دولي على عقود الإستثمار أمر منتقد ذلك أن هذا القانون يطبق على العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة وتخرج من نطاق تطبيقه العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة خصوصا إذا ما تعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأمد تتعلق بإستغلال الثورات الطبيعية للدول النامية فإنه يصعب معها التسليم لتطبيق قانون عبر دولي على هذه العلاقات التي تخرج من مفهوم التجارة الدولية.[2]

كما يرى أنصار هذا الفكر المعارض لتطبيق قانون عبر دولي أن هذا القانون لا يحق الأمان القانوني المطلوب للأطراف المتعاقدة إذ أن أنصار القانون عبر دولي لم يوضح على سبيل المثال قواعد هذا القانون ولا ضوابط إعمالها إذ أن القانون عبر دولي في نظر الفقهاء المعارضين مجرد محاولات ومقترحات فقهية مستندين إلى أن مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة سنة 1977 بمدينة أوسلو رفض إدراج القانون عبر دولي ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز الأطراف إختيارها.[3]

1. نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 220 – 221.
2. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 272.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 377.

كما يستند الفقه المعارض لعدم قبوله لقانون عبر دولي لحجة مفادها أن هاذ القانون إنما يعبر عن مصالح الدول القوية إقتصاديا فهي التي تتمسك به بالنظر إلى سيطرتها على على أغلب التجارة الدولية فهو يجسد بذلك قانون الأقوياء[1]، كما أن الفقه الغربي مدعوما من قبل أوساط رجال الأعمال يعمل على إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والعمل على إستبداله بنظام قانوني مشكوك في وضعيته يتكون من المبادئ العامة القانون تارة ومن القانون المهني تارة أخرى.[2]

الفرع الثالث: الرد على الإنتقادات من قبل أنصار تطبيق القانون العبر دولي:

رد أنصار الإتجاه المنادي بتطبيق قانون عبر دولي على الإنتقادات الموجهة لقانون عبر دولي وذلك إما تنفيذها أو إعادة إيضاح فكرتهم والحجة التي إعتمد عليها نذكر على سبيل المثال:

- بخصوص فكرة أنه غير صادر من سلطة تشريعية فقد رد عليها أنصار القانون عبر دولي بأن مناعة القانون ليست حكرا على الدولة إذ يوجد سلطات عديدة في المجتمع تقوم بإصدار قواعد القانونية، وبما أن هذه القواعد تلقى أشخاص معنيين بخطابها فقد تحقق لها النظام القانوني المتكامل وهذا هو الشأن بخصوص القانون عبر دولي فيقول الأستاذ Vincent إن قواعد قانون التجارة الدولية تشكل مجموعة مستقلة من القواعد القانونية التي تخرج عن سيطرة قانون كل دولة لتحكم بطريقة كافية ومكتملة العقود الدولية،

كما يضيف الأستاذ Gaillant وبخصوص فكرة أن القانون عبر دولي غير قادر على حل كل المشاكل وعلاج الكثير من المسائل القانونية فإنه يؤكد على أن هذا القانون قادر على حل كافة المسائل التي حلولها في الإتفاقيات الدولية بإعتبارها تشكل جزءا أساسيا من القانون عبر دولي حتى وإلم تكن قد دخلت بعد حيز التنفيذ.[3]

1. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 192.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 273.
3. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 191.

وبخصوص الإنتقاد الذي مفاده عدم إرتباط القانون عبر دولي بجزء فإن الإتجاه المناصر له يجمع لتمتعه بجزء يتأثر بطبيعة المجتمع عبر الدولي وطبيعته العلاقات الأعمال دوليته فهو جزء من طبيعة خاصة فيشير الأستاذ FOUCHRD غلا أنه يتمتع بجزأين جزءا نقدي وجزءا معنوي أدبي يتمثل الجزء النقدي في تقديم ضمان لتغطية مصاريف التحكيم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به ذلك التحكيم أما الجزاءات الأدبية نشر أسماء الأطراف المختلفة عن تنفيذ أحكام التحكيم أو إسقاط العضوية أو بعض حقوقها حرمان الطرف المختلف عن تنفيذ التحكيم من خدمة التحكيم الطائفي مستقبلا أو حرمانه من العمل في الأسواق التي تتحكم فيها الطائفة وهذه الجزاءات حتى ولو لم تكن جزاءات مادية إلا أنها جزاءات فعالة تتناسب مع مجتمع الأعمال عبر دولية[1]، إضافة إلى ذلك فعنصر الجزء ليس ركنا في القاعدة القانونية وإنما هو عنصر إضافي لفاعليتها إذ توجد عدة قواعد قانونية معترف بها لا تتمتع بعنصر الجزء مثل قواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي.[2]

أما بخصوص التناقض بين المبادئ المشكلة للقانون عبر دولي كما إدعى المعارضين بقولهم أن مبدأ قدسية العقد ومبدأ إفتراض الإحتراف ومبدأ التوازن الآداءات ذات التنفيذ المستمر ومبدأ العدالة يتعارضون مع مبدأ تعديل العقد للملائمة الظروف الطارئة في أن أنصار القانون عبر دولي يرون أن مبدأ تعديل العقد للملائمة الظروف الطارئة محل خلاف من حيث مدى كونه من المبادئ العامة عبر الدولية.[3]

وفي الأخير فإن قواعد القانون الداخلي لا يمكن لها أن تساير تطورات الإقتصادية الدولية وإحاطتها من كل جوانبها، ونقائض الموجودة في القانون الداخلي لا تسمح بتنظيم عقود الإستثمار بشكل كامل وفعال ولا تنظمن الحلول لكل المشاكل المطروحة في هذا المجال كذلك إنها غير قادرة لتوفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي.

ولذلك وبرغم من خضوع عقود الإستثمار للقانون الداخلي، يمكن الإستعانة في نفس الوقت المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها في المادة 38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل

1. نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 237 – 238.
2. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 191.
3. نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 239.

الدولية والأعراف التجارية الدولية والتي يمكن لها أن تجد حلولا للثغرات والنقائص الموجودة في القانون الداخلي في إطار العقود الإقتصادية، وفي الوقت نفسه توفر الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين الأجانب.[1]

إن ظاهرة القواعد القانونية العابرة للدول والتي تختص بحكم العلاقات الإقتصادية الدولية ظاهرة والمصطلح على العقود الدولية خصوصا عقود الإستثمار والقرارات التحكيمية الصادرة بشأنها يتحقق من هذه الظاهرة التي بدأت منذ سنوات عديدة إذ يميل كل من الأطراف المتعاقدون والمحكمين الدوليين إلى التحلل من القوانين الداخلية وذلك لإستلهام المبادئ الموجودة في القوانين المقارنة والأعراف التجارية المهيمنة والتي تبدو محل للإتفاق العام.[2]

المبحث الثاني: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة إنعدام الاختيار.

إن من المستقر عليه، أنه لا يمكن للقاضي أو المحكم، أن يمتنع عن النظر في النزاع المعروف أمامه بحجة عدم وجود قانون يحكم موضوع النزاع، إذ يعتبر في هذه الحالة منكرا للعدالة، وفي هذا الصدد ظهرت للوجود عدة نظريات تعنى بتحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات، من أجل على التصدي من مشكلة وجود العقد في فراغ قانوني في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق أو تعذر كشف عن إرادتهما الضمنية بصفة مؤكدة، ولذلك سوف نقس هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتطرق في المطلب الأول لهذه النظريات والمناهج المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيقّ، والي سنتناول فيه كل من نظرية التركيز التشريعي، ونظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز أو الإلتزام الرئيسي، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى تكريس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار في الاتفاقيات الدولية والقضاء الدولي، وأما المطلب الثالث والأخير فنخصصه لموقف المشرع الجزائري في مسألة القانون الواجب التطبيق.

1. عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 236.
2. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 276.

المطلب الأول: المناهج المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار:

إن في حالة عدم إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، ذلك لعدم النص عليه صراحتا وتعذر إستخلاص الإرادة الضمنية بشكل مؤكد، فيبرز هنا دور كل من القاضي والمحكم في التصدي لإختيار القانون الواجب التطبيق، فليس من المعقول أن ينكرا العدالة تحت ذريعة عدم وجود قانون ليحكم العقد، وفي هذا الصدد تظهر عدة مناهج أو نظريات يمكن للقاضي أو المحكم إتباعها من أجل تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وإذا كان دور القاضي أو المحكم تركيز العلاقة العقدية في نظام قانوني معين، فإن هذه المناهج تعتبر آليات هذا التركيز.

الفرع الأول: نظرية التركيز التشريعي أو المنهج التشريعي:

يقصد بالتركيز التشريعي قيام المشرع بتحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة، في حالة عدم الإتفاق صراحتا أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، وفي هذه الحالة فإن المشرع لا يريد ترك الحرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[1]

ومن خلال وضع ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا يمكن الإجتهاد بشأنها عدا ما يلزم لفهم هذه الضوابط التشريعية وإعمالها على نحو سليم[2]، وبقيام المشرع بهذه المهمة فإنه يرى أن تلك الضوابط التي وضعها من شأنها أن تؤدي إلى تعيين القوانين الأكثر ملاءمة لتحكم العقد.[3]

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بمنهج التركيز التشريعي عند تخلف الإتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحتا أو ضمنا ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان

1. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 275.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 255.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 275.

ذلك تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك تطبيق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري بالعقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة).[1]

كذلك المشرع المصري أخذ أيضا بفكرة التركيز التشريعي، حيث جاء في نص المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد).[2] كما تضمنت أغلب التشريعات العربية نصوصا متماثلة أو مشابهة، ومن بين هذه القوانين العربية التي تبنت منهج التركيز التشريعي نذكر مثلا: القانون السوري والإماراتي والسوداني والكويتي والأردني واليمني في م 29 من القانون المدني الصادر سنة 2002 والمشرع التركي في المادة 24 من القانون الصادر 1992.[3]

وكذلك المشرع الإسباني حيث نصت المادة 5/11 من القانون المدني الإسباني على أنه (تخضع الإلتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن إتحدا الجنسية، وعند تخلفه فالقانون محل إقامتهما العادية المشتركة وإلا فمحل وإلى القانون محل إبرام التصرف).[4]

إن إعتماد منهج التركيز التشريعي من قبل التشريعات الوطنية عند تخلف إتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، يرجع إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضى هذا المنهج يتصف السهواة المعرفة والإحاطة والإلمام به مسبقا مما يجنب أطراف العقد خطر المفاجئة ذلك بتطبيق قانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه على عقدهم وهو ما يضمن الأمان القانوني لمعاملات الدولية[5]، غير أنه يؤخذ على منهج الإسناد الجامد أو منهج التركيز التشريعي أنه يتجاهل الطبيعة وذلك لأنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، كذلك لا يعبر عن مركز

1. المادة 18 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2005 .
2. صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، مرجع سابق، ص 193.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 193.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 256.
5. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 277.

الثقل في العلاقة العقدية في كثير من الأحيان[1]، كذلك فإن هذه الضوابط التي يضعها المشرع تتسم بالجمود حيث يجبر القاضي على إعمالها بغض النظر طبيعة الرابطة العقدية أو نوعية العقد وبصرف النظر عما إذا تبينا خلال الفصل في موضوع النزاع أن القانون الواجب التطبيق بالإعتماد على المنهج تربطه مع موضوع النزاع روابط وثيقة وجدية أم روابط ضعيفة وواهية ومفاد ذلك أن منهج التركيز التشريعي يعني إسناد العلاقة التعاقدية لقانون معين إسنادا جامدا على كل العقود التي يختلف فيها الإختيار الصريح والضمني لقانون العقد دون مراعات طبيعة ونوع كل عقد[2]، ومنه فإن منهج التركيز التشريعي أو الإسناد الجامد لا يصلح أن يطبق على عقود الإستثمار وذلك لعدم مراعاته التعقيدات التي تتصف بها كعقود نقل التكنولوجيا أو تسلم المفتاح أو تسليم المنتج في اليد، وهذا ما أوجب إيجاد مناهج جديدة تستجيب التطورات المعاملات الدولية وتطلعات المتعاقدين.

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي

تقوم نظري التركيز الموضوعي على البحث على القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يعتبر قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة إذ يتم إسناد العقد لإلى القانون الأكثر صلة به على ضوء ظروف وملابسات التعاقد في كل حالة على حدى سعيا لتحقيق العدالة على أحسن وجه.[3]

إذ يرى أصحاب النظرية الموضوعية أنه في حالة غياب الإختيار الصريح والضمني المؤكد أي إنعدام إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فإنه لابد أن يتم توطين أو تركيز العلاقة التعاقدية وإسنادها إلى القانون الأوثق صلة بها وهو القانون السائد في مركز الثقل العلاقة العقدية[4]، وينحصر عمل القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في نظام

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 256.
2. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 277.
3. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 501.
4. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 285.

قانوني معين مرتبط به على ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته ومن خلال هذا التركيز يقوم القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية.[1]

إن هذه النظرية التي تقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته والتي تتبنى الإتجاه المرن في إسناد والذي قاد الإسناد الفرنسي باتيفول تأثرا بالقضاء الأنجليزي أخذ بها القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا فقد أراد الوصول إلى إسناد العقد بأوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة[2]، وحسب الفقيه باتيفول فإن العقد يصرف قانوني غير مادي في حد ذاته لا يشغل حيزا مكانيا وصعب معه التركيز المكاني للرابطة العقدية ولكن يحيط بهذا العقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانيا أي أن تركيز العقد يعني إختيار مقره إستنادا لما يحيطه من أحداث خارجية ثم إختيار أحد هذه الأحداث وترجيحه على باقي الأحداث الأخرى واعتبار أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد.[3]

يرى أنصار هذه النظرية أن مركز ثقل في هذه العلاقة العقدية يتحدد في كل حالة على حدة على ضوء ظروف التعاقد ومجموع العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة التعاقدية ويكون ذلك بإستعراض القاضي أو المحكم جميع هذه العناصر ومن تم الموازنة بينها ثم يعين العنصر الراجح على بقية العناصر بالنظر إلى أهمية وصلته بالعقد وثقله في ميزان العلاقة العقدية بحيث يظهر أن هاذ العنصر يمثل مركز العلاقة ويعكس وجود روابط وثيقة مع نظام قانوني معين ومنه يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب التطبيق إسنادا لهذا العنصر وفي حالة عدم القطع بوجود هذا العنصر فيمكن للقاضي أو المحكم أن يزاوج بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة التعاقدية التي يراها تتركز في نظام قانوني معين الذي يكون بذلك هو القانون الواجب التطبيق على العقد.[4]

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 501.
2. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 257.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 501.
4. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 286.

ومن النظم القضائية التي قامت بإعمال هذه النظرية النظام القضائي الإنجليزي وكذلك القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما حيث قررت المحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر سنة 1909 أنه إذا لم يقم المتعاقدون بالإختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا التحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعقد وملابساته.[1]

بالرغم من أن هذه النظرية تسعى لإسناد العقد بالقانون الأكثر صلة به من خلال ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة بشكل منفرد وهذا ما يحقق العدالة إلا أنه يفتقد إلى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة وهو ما يؤدي للإخلال بتوقعات المتعاقدين بالنظر لعدم إمكانية علمهم المسبق بما تقرره المحكمة بخصوص القانون الذي سوف يطبق على العقد المبرم بينهما إذ لا يمكنهم التنبؤ بما سيستخلصه القاضي أو المحكم إستنادا لظروف الواقعية.[2]

وهذا ما أدى إلى وجود منهج جديد، وجد نتيجة الرغبة في إصلاح عيوب المنهجين السابقين التركيز الموضوعي و التركيز التشريعي بحيث لا يكون إسنادا جامدا لا يرتقي إلى متطلبات التجارة الدولية ولا يحتوي على عنصر المفاجأة، فيكون هذا المنهج مرنا من أجل مسايرة متطلبات ومقتضيات التجارة الدولية، بإضافة إلى ذلك يعتمد على إسناد ميبق يصون توقعات المتعاقدين، ولا يحتوي على عنصر المفاجأة، وهذا المنهج يعرف بنظرية الأداء المميز.

الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز

إن ظروف وملابسات التعاقد يختلف تفسيرها من قاض إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، فإنه يصعب القول بتوافر العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف إذ لا يتحقق لهم ذلك إلا بعد عرض النزاع على القاضي أو المحكم مما يتسبب في الغالب إلى الإخلال توقعاتهم المشروعة كما أن منهج الإسناد الجامد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولا يتماشى مع خصوصية وطبيعة عقد الإستثمار[3]، لذلك نادى جانب من الفقه بتطبيق نظرية الأداء المميز لتجنب كل هذه الإشكاليات، ونظرية الأداء المميز نظرية سويسرية المنشأ حيث

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 258.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 508.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 509 – 510.

إعتمدها القضاء السويسري ولقيت تأييدا كبيرا من الفقه كما تأثرت بها العديد من النظم القانونية والقضائية والإتفاقيات الدولية.[1]

أولا: مفهوم نظرية الأداء المميز أو الإلتزام الرئيسي

تقوم فكرة الأداء المميز في العقد تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في كل فئة من العقود المتماثلة وذلك حسب الوزن القانوني وأهمية الأداء الوقعية أو الإلتزام الرئيسي أو الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه حيث يتميز كل عقد بأداء يحدد خصائصه ويميزه عن بقية العقود مما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة.[2]

يرى أنصار نظرية الأداء المميز أنه في حالة تخلف الإختيار الصريح أو الضمني المؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد فإنه بالإمكان وضع قواعد إسناد مسبقة خاصة بكل عقد أو بكل طائفة من العقود المتماثلة بحسب طبيعتها الذاتية ووظيفتها الإقتصادية التي تؤديها في وسط معين[3]، معنى ذلك أنه يتوجب على القاضي في تحديده للقانون الذي يطبق على العقد في حالة إنعدام الإرادة أن يقوم بتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي من خلالها يمكن منذ البداية أن تحدد الأداء المميز في هذه الرابطة وهو الإلتزام الجوهري والرئيسي الذي يفرضه العقد الذي يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي والذي يعتبر مركز للرابطة العقدية في مجموعه.[4]

وبعد أن يتم هذا الإلتزام الرئيسي أو الأداء المميز يمكن هذا من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أن القانون الواجب التطبيق حسب نظرية الأداء المميز هو القانون محل الإقامة المدين بهذا الأداء المميز أو قانون المكان الذي يزاول فيه نشاطه المهني إذا كان شخصا طبيعي أو قانون مركز إدارته إذا كان شخصا إعتباريا[5]، فقد إفترض القضاء السويسري

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 291.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 259.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 292.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 259.
5. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 293.

أن محل التنفيذ المفترض الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في الحكم الصادر في 11 ماي 1966 إلى أنه وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص وعند سكوت المتعاقدين عند إختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة محل إقامة الطرف الذي بعد أداءه مميزا في العقد محل النزاع.[1]

وقد ذهب الرأي السائد في الدول المتقدمة بأن الأداء المميز في عقد الإستثمار هو المستثمر وذلك يعني أن القانون الواجب التطبيق هو دولة أو محل الإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المستثمر وبما أن أحد أطراف عقد الإستثمار دولة ثانية هذا يعني خضوع الدول النامية لقوانين الدول المتقدمة والتي قد تعتبر مجحفة وتمس إقتصادها الوطني.[2]

يتم تقدير الأداء المميز أو الإلتزام المحوري ثم بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك وقت إبرام العقد والتصور لهذا القانون في ذلك الوقت من قبل الأطراف حتى ولم يتم التنفيذ ولم يقم المدين بالوفاء بالأداء أو المميز الذي يقع على ذمته بموجب هذا العقد والسبب في ذلك كما يذهب أنصار النظرية الأداء المميز يمكن في ضمان عدم الإخلال بتوقعات الأطراف وتحقيق الأمان القانوني لمعاملتهم.[3]

يرجع ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز، ليكون القانون الواجب التطبيق هو ليس بالضرورة محل تنفيذ هذا الأداء، إلى وضوح هذا المعيار وسهولة تحديده والعلم به، بدلا من الإعتداد على المحل الفعلي والذي قد يكون مجهولا عند التعاقد أو يكون متعددا، فإضافة إلا أن الغالب هو أن يتم التنفيذ الفعلي للإلتزام الرئيسي في العقد محل إقامة المدين بهذا الأداء وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال.[4]

يذهب أنصا نظرية الأداء المميز إلى وجود إستثناء على القاعدة العامة التي يعني مضمونها إلى أن قانون المدين بالأداء المميز هو الأكثر صلة والواجب التطبيق على العقد وهذا

1. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 259.
2. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 513.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 293 – 294.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 260.

الإستثناء يطلقوا عليه أنصار النظرية بالشرط الإستثنائي أو القيد الإستثنائي بحيث يعطل العمل بالمبدأ العام السابق[1]، ويتحقق هذا الإستثناء في الحالات الآتية:

- الحالة الأولى: إذا تبين للقاضي أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر يعتبر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية.[2]
- الحالة الثانية: عندما يعتذر فيها تحديد الأداء المميز أو الإلتزام الرئيسي في العقد مثال ذلك عقود المقايضة أو تتساوى الآداءات أو الإلتزامات التي تقع في ذمة كل من الطرفين.[3]
- الحالة الثالثة: إذا تبين للقاضي أو المحكم أن القانون محل إقامة المدين بالأداء المميز منقطع الصلة بالرابطة التعاقدية.[4]
- الحالة الرابعة: عند قيام المدين بالأداء المميز بتصرفات تؤكد عدم حرصه على تركيز العلاقة التعاقدية في إطار قانون إقامته المعتاد أو مركز نشاطه المهني أو قانون مركز إدارته الرئيسي، ومثال ذلك أن يأخذ زمام المبادرة وينتقل إلى محل إقامته الدائن بالأداء المميز، ويبرم العقد هناك، أو أن يتخذ الشخص المعنوي فرعا له في موطن الطرف الآخر المتعاقد معه في هذه الحالة يجب تطبيق قانون محل إقامة الدائن بالأداء المميز.[5]

ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من نظرية الأداء المميز

لقد تبنت العديد من الإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وكذا العديد من التشريعات الوطنية لبعض الدول نظرية الأداء المميز لمالها من مميزات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود.

1. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 294.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 261.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 295.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 263.
5. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 295 – 296.

1- الإتفاقيات الدولية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:

- إتفاقية روما لعام 1980 حيث نصت في مادتها الرابعة على أنه (إنعدام الإختيار الصريح يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكث الروابط وثوقا وتعتبر تلك الروابط ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا)[1]، ويرى البعض أن نص المادة الرابعة من إتفاقية روما في هذه الحالة تخص الأداء المميز إذا كان هذا الأداء قابلا لتحديد، وهذا يعني أنه في حالة تعذر تحديد الأداء المميز في العقد فيجب على القاضي تطبيق القانون الأوثق صلة عن طريق التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته.[2]
- إتفاقية لاهاي المبرمة في أعوام 1955 و1978 و1985 والتي جسدت نصوصها نظرية الأداء المميز وأقرتها مبدأ واستثناءا، يتبين من خلال المادة الثالثة من إتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية المنقولة وكذلك نص المادة السادسة من إتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة والوساطة، إضافة إلى نص المادة الثامنة من إتفاقية لاهاي المبرمة أواخر 1985 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.[3]

2-التشريعات الوطنية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:

لقد أخذت العديد من التشريعات المقارنة بنظرية الأداء المميز، وإعتبار سويسرا كانت الموطن الأصلي لهذه النظرية حيث استقر القضاء بالعمل بها، وأيده في ذلك الفقه السويسري فكان منطقيا أن تقنن في موطنها الأصلي حيث نص القانون الخاص السويسري الصادر 1987 في المادة 117 منه على أنه (1. يسري على العقد عند غياب إختيار القانون قانون الدولة التي له

1. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 512.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 260.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 297 – 298 – 299.

بها أكثر الروابط وثوقا. 2. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب عليه أن يقدم الأداء المميز...).[1]

وكذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986 حيث نص في المادة 28 على أنه (1. عند سكوت الإرادة عن إختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية. 2. ويفرض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد لطرف الذي يتعين بالأداء المميز في العقد)[2]، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 حيث نصت المادة 29 على أنه (إذا لم يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق... يسري على العقد قانون موطن أو محل إقامة العادية أو مركز نشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية)، وإضافة إلى القانون الدولي الخاص التركي الصادر سنة 1982 حيث أخذ بنظرية الأداء المميز وذلك يتضح من خلال نص المادة 24 منه.[3]

إضافة إلى القوانين السابقة فقد تم الأخذ بنظرية الأداء المميز في كل من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر سنة 1978 في المادتين 36 و37، والقانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة 2001، والقانون الإيطالي في المادة 57 إلى احالة إلى اتفاقية روما وكذلك القانون الدولي الخاص لدولة يوغسلافيا سابقا المادة 20 والقانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنة 1998 في المادة 62 منه والقانون الخاص الفنزولي الصادر سنة 1998 في المادة 36 منه.[4]

ثالثا: نظرية الأداء المميز الأصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار

لا يمكن لأحد إنكار ما تتسم به نظرية الأداء المميز من مرونة ومعقولية وما تتميز به في مراعاتها لذاتية العلاقة التعاقدية وخصوصياتها في كل حالة على حدة، إذ يترتب على إعمالها والأخذ بها حفظ مصالح الأطراف المتعاقدة واحترام توقعاتهم المشروعة، وتتقلص في ظلها

1. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 511.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 261.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 212.
4. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 300 – 301.

سلطة القاضي أو المحكم، كما أن نظرية الأداء المميز قد تفادت كل الإنتقادات التي وجهت لنظريتين السابقتين[1]، فهي مرنة بعكس حمود المنهج التشريعي وتمكن من العلم المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقد عكس نظرية التركيز الموضوعي التي لا يمكن من خلالها العلم بالقانون الواجب التطبيق إلى في حالة عرض النزاع على القاضي أو المحكم.

ونظرا لتميز عقود الإستثمار بطبيعة خاصة وذلك لإرتباطها بالخطط التنموية لدولة المضيفة للإستثمار، مما يوجب إخضاعها لنظام قانوني يراعي هذه الخصوصية، وهو قانون الدولة المضيفة الذي يعتبر القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الإستثمار.[2]

ولذلك فإن نظرية الأداء المميز هي النظرية الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في حالة سكوت الأطراف عن الإختيار، لما تتسم به هذه النظرية من مزايا ومواصفات عديدة وأهمها مراعاة نظرية الأداء المميز للطبيعة الذاتية للرابطة التعاقدية وما يؤكد ذلك هو الإستثناء الذي أورده أنصار هذه النظرية عن القاعدة العامة وذلك بالسماح للقاضي أو المحكم أن يستند لظروف وملابسات التعاقد على نحو يسمح بإسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إذا تبين له أن قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز مبين الصلة الحقيقية بالأداء المميز.[3]

المطلب الثاني: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار

بإعتبار أن القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار هو القانون الأكثر صلة لعقود الإستثمار إذ أن عقد الإستثمار يرتبط بالدولة المستضيفة وقانونها بروابط تعد أكثر قوة ووثوقا من أي روابط أخرى تربطه بقوانين دول أخرى وهو الامر الذي يحتم لألن يكون قانون الدولة المضيفة هو الواجب التطبيق على عقود الإستثمار وهذا ما تم تكريسه في العديد من الإتفاقيات الدولية والقضاء الدولي.

1. المرجع نفسه، ص 202.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 265.
3. مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 216.

الفرع الأول: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في الإتفاقيات الدولية

يعتبر من الإتفاقيات التي كرست تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار والتي أبرمت بشأن القانون الواجب التطبيق هم إتفاقية واشنطن لسنة 1965 بخصوص إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وإتفاقية روما لسنة 1980 المبرمة بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة الإستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، وسوف نتطرق كل واحدة من هذه الإتفاقيات على حدة:

أولا: إتفاقية واشنطن لسنة 1965

حسب نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 فإنه (تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع).[1]

نستخلص من نص المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار أن محكمة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل أطراف عقد الإستثمار.[2]

إذ أن إتفاقية واشنطن قد فسرت وافترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يفسر على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني لدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ثم إلى تطبيق القانون الدولي، بذلك إزالة هذه الإتفاقيات غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الإتفاق الصريح بين الأطراف.[3]

إن إلزام المادة 1/42 من الإتفاقية لهيئة التحكيم لتطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي يستفاد منه أن في حالة غياب

1. المادة 42 من إتفاقية واشنطن1965، السابق الذكر.
2. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 370.
3. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، مرجع سابق، ص 82.

شرط صحيح على إختيار القانون الواجب التطبيق يمنع تطبيق أي قانون وطني آخر إلا من خلال قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة[1]، ويرجع ذلك إلى أن القيام بالإستثمار في بلد معين إلى أن اتجاه المستثمر الإستثمار في الدولة المضيفة ينطوي ضمنيا رضاء المستثمر بالإختصاص القضائي للدولة المضيفة وتطبيق قانونها الوطني فيما يتعلق بكل ما يخص إستثمار بما في ذلك ما ينشأ عنه من منازعات.[2]

ومنه فإن القانون الوطني يصبح هو القانون الواجب تطبيقه في غيابالإختيار، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من تطبيق الجزئي على منازعات الإستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه[3]، وتلتزم الإتفاقية بتطبيق قانون الدولة المضيفة، إضافة إلى التشريع الدولي.[4]

ومن القضايا التي قامت فيها هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بتطبيق قانون الدولة المضيفة في حالة غياب إتفاق الأطراف أو سكوتهم عن تحدي القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار المبرم بينهم إستنادا إلى نص المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

- قضية Benvenuti et Bonfant ضد حكومة الكونغو.[5]

وبغض النظر عن هذه الأحكام فإن ما ورد في الإتفاقية حول تطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المضيفة قد إستغله المحكمون ووظفوه إلى مصالح الدول المتقدمة فقد استعملوا هذا النص ليس من أجل إتمام وتكملة النقص في قانون الدولة المضيفة أو من أجل تفسيره

1. جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 61.
2. صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، المرجع السابق، ص 22.
3. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 276.
4. علة عمر، **(حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي)**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2008، ص 165.
5. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 215.

وإنما إستعملوه من أجل إستبعاد قانون الدولة المضيفة حتى ولو في حالة إختيار متعاقدين في هذا القانون بحجج واهية وذرائع مفبركة تصب أولا وأخيرا في مصلحة الدول المتقدمة.[1]

فقد عبر بعض الفقه المصري عن حقيقة نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن الذي يقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المضيفة في حالة غياب إختيار صريح لقانون واجب التطبيق أن هذا النص كان كارثة على كل دولة لم تختار القانون الذي يحكم العقد بنص صريح وقد استعمل هذا النص ليس لإكمال ما يعتري قانون الدولة المضيفة نقص أو من أجل تفسير وإنما من أجل إستبعاد بحجة تعارضه مع مبادئ القانون الدولي أو نظام العام الدولي الذي تجب حمايته وهكذا فقد انحرفت الكثير من المحاكم التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في أحكامه حيث اتخذت منحى يتناقض مع ظاهر نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن 1965 مما يفرق هذا النص من مضمونه ويحيله إلى حبر على ورق.[2]

ومن أمثلة ذلك قضية AMCO ضد حكومة أند ونسيا استندت هيئة التحكيم المركز على نص المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن من أجل تطبيق مبادئ القانون الدولي لسد النقص في القانون الوطني ومنح القانون الدولي أولوية في حالة تنازع بين تلك المبادئ والقانون الداخلي فإذا لم يكن هناك نص يعالج المسألة في القانون الوطني يجب الرجوع إلى القانون الدولي وفي حالة توفر نصوص في القانون في قانون وطني تعالج المسألة المطروحة على الهيئة فيجب تقييمها على حسب القانون الدولي الذي تسمو أحكامه على القوانين الدولة طرف النزاع.[3]

ثانيا: إتفاقية روما

إن إتفاقية روما والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أفريل 1991 والتي تعد بمثابة التقنين الأوربي للعقود، وتسري إتفاقية روما على العقود الدولية بإستثناء ما نصت عليه بنص صريح، وبإعتبار

1. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 225.
2. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 204 – 205.
3. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 225.

أن عقود الإستثمار لم تكن من بين العقود التي إستبعدتها الإتفاقية من مجال تطبيقها، ومنه فإن الإتفاقية تسري عليها بمفهوم المخالفة.[1]

وحسب نص المادة 04 من إتفاقية روما 1980 على أنه (في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن إختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل إقامة المتعاقد للطرف المدين بالأداء المميز ومركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا)، يتضح نص المادة 04 أنه في حالة سكوت الأطراف عند إختيار الصريح فإن محكمة التحكيم تعمل على تطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ولا شك أن هذا القانون غالبا ما يكون قانون الدولة المتعاقدة لأنه يرتبط بالعقد بصلة وثيقة بحيث أن العقد يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة المدين بالأداء المميز إلا أنها هذه القرينة تعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 13 وقد تؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إذ ما إرتبط بالعقد بروابط وثيقة[2]، وبإعتبار أن الدولة ينفذ فيها العقد هي أكثر الدول التي ترتبط بالعقد ومنه يطبق قانون الدولة المضيفة على عقد الإستثمار بإعتبار الدولة التي ينفذ فيها عقد الإستثمار.[3]

إن إعمال المادة 04 من إتفاقية روما على عقود الإستثمار يؤدي غالبا إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة إذ يتركز في إقليمها الأداء المميز والإلتزام الرئيسي المدين في عقود الإستثمار وفي حالة ما إذا تم الأداء الرئيسي في عقد الإستثمار خارج إقليم الدولة المضيفة وهو أمر نادر الوقوع فإنه إستنادا إلى الفقرة 05 من المادة 04 من إتفاقية روما فإنه يتم تعطيل مبدأ الأداء المميز وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة بإعتبار أن عقود الإستثمار ترتبط مع قانون الدولة المضيفة بروابط أكثر ووثوقا من الروابط مع قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون آخر.[4]

1. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 215.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 226.
3. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، مرجع سابق، ص 370.
4. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 278.

من خلال ما سبق فإنه يمكن القول أن إتفاقية روما لسنة 1980 قد كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار وذلك في حالة سكوت أطراف عقد الإستثمار عن إختيار قانون واجب التطبيق.

ثالثاً: إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة الإستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1976:

حسب نص المادة 1/16 فإنه (تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي تنص عليها هذه الإتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذالك قواعد تنازع القوانين الخاصة بهاوما يصلح من تطبيق لقواعد القانون الدولي).

يفيد نص الفقرة الأولى من المادة السادسة عشر أن على المحكمة أن تقوم بفصل في النزاع وفقا لقانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع في حالة عدم وجود نص بخصوص القانون الواجب التطبيق كما يكون بإمكان المحكمة تصحيح قواعد قانون الدولة المتعاقدة بقواعد القانون الدولي التي تراها مناسب.[1]

الفرع الثاني: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي

لقد أرست المحكمة الدائمة للعدل الدولية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في الحكمين الشهيرين في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية إذ ذهبت محكمة العدل الدولية إلى أن (كل عقد ليس عقدا بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما)[2]، وبناء على ذلك فقد فرضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في أحد هذين الحكمين طلب فرنسيا إعتبار العقد بمثابة معاهدة أو إتفاقية دولية[3]، من أجل تطبيق القانون الدولي العام وبذلك فقد قامت المحكمة بإستبعاد القانون الدولي العام،

1. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 227.
2. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365.
3. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 193 – 194.

إضافة إلى ذلك فقد أكدت المحكمة بأنه أما أن الطرف في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون غير قانونها[1]، وهكذا فإنه يتضح أن المحكمة قد تبنت قرينة مفترضة تجعل قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار قانون وطني آخر.[2]

وكذلك اقتفت محكمة العدل الدولية أثر سالفتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي إذ كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقضية التي رفعتها بريطانيا ضد حكومة إيران سنة 1951 خير مثال على ذلك.

وترجع حيثيات القضية حكومة الدكتور مصدق في إيران بتأميم صناعة النفط وإلغاء عقد الإمتياز إحدى الشركات البترولية البريطانية، وإثر ذلك قامت بريطانيا بعرض الأمر على محكمة العدل الدولية مطالبة بالحكم بإعتبار إلغاء عقد الإمتياز عملا غير مشروع دوليا تنعقد عليه المسؤولية الدولية لإيران إستنادا لإعتبار العقد ينشئ تعهدات دولية إتجاه بريطانيا ومنه وجب معاملته معاملة المعاهدات الدولية فقامت محكمة العدل الدولية برفض الطلب البريطاني مؤكد أن هذا العقد ليس إلا عقد إمتياز مبرم بين حكومة وشركة أو مؤسسة أجنبية[3]، ولما كانت مملكة بريطانيا غير ممثلة في العقد فإنه لا توجد رابطة عقدية تربط بين حكومتي إيران والمملكة المتحدة، ومنه ليس بإمكان إخضاع عقد الإمتياز للقانون الدولي العام الذي يحكم العلاقات بين الدول وقد أكدت العديد من أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الإتجاه الذي يحكم العلاقات بين الدول وقد أكدت العديد من أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الإتجاه الذي اتبعه كل من المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومحكمة العدل الدولي، وأقرت إخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.[4]

وقد كرس القضاء الفرنسي تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا للإعتبارات السيادية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مع الطرف الخاص الأجنبي فقد نصت محكمة الإستئناف الفرنسية

1. علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365.
2. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 282.
3. محمد الروبي، المرجع السابق، ص 195.
4. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 283.

بباريس في حكم لها على أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده بقوانين هذه الدولة كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية وفي نفس الصياغ إلى أنه كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة.[1]

وكذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC في 18 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي وقع بين الجزائر وشركة أمريكية حول إنشاء خط للسكك الحديدية ولم يكونوا قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قرر المحكم أن العقد أبرم نفذ في الجزائر أي أنه يتركز في القانون الجزائري ولذلك طبق القانون الجزائري بإختياره قانون الدولة المتعاقدة.[2]

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق:

لقد كانت العقود التي أبرمها الجزائر بعد الإستقلال تخضع للقانون الذي وضعته السلطات الفرنسية في إتفاقيات إفيان والمسمى بقانون البترول الصحراوي إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، وهذا ما أكده الإتفاق الجزائري الفرنسي في 26 يونيو 1963 بتاريخ 26 يونيو 1963 الذي كانت فرنسا تسعى من خلاله إلى إخراج العلاقات البترولية بين الجزائر والشركات الفرنسية م السيادة الجزائرية وإدخالها تحت حكم قانون البترول الصحراوي والأحكام الواردة في 15 يونيو 1962 وفي إنعدام النص على القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهذا ما أثر سلبا على مصالح الدولة الجزائرية إلى غاية تأميم المصالح البترولية سنة 1971، فأصبحت عقود الدولة تخضع للقانون الجزائري كأصل عام سواء كان بشكل صريح أو بشكل نسبي مع وجود حالات إستثنائية عهلى القاعدة العامة.[3]

الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار كقاعدة عامة

إن كان خضوع عقود الإستثمار في الجزائر على غرار بقي الدول المضيفة للإستثمار إلى القانون الوطني للدولة المضيفة أي خضوع عقود الإستثمار الأجنبي القانون الداخلي الجزائري

1. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 366.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 222.
3. عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 238 – 239.

فإنه يعتمد على عدة أسانيد لإقرار المبدأ العام، إضافة إلى ذلك فإن تطبيق القانون الجزائري على عقود الإستثمار يكون بطرق وأساليب مختلفة.

أولا: أسس قاعدة تطبيق القانون الوطني **الجزائري على عقود الإستثمار**

إن علاقة الجزائر بالشركات الإستثمارية الأجنبية تدخل في إطار مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية أكدته العديد من المواثيق الدولية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة[1]، ومن بين هذه القرارات القرار رقم: 3171 الصادر عن الجمعية في دورتها الثانية والعشرين حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وأنشطتها الإقتصادية ويمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الإقتصادي الجديد[2]، وقد أوضح إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة على إعتبار أنه تعبير عن السيادة بغية المحافظة على الثروات، إضافة إلى حقها في تحديد قيمة التعويض وكيفية الوفاء به، وأن تفصل في النزاع الناشئ عن المسألة وفقا لقانونها الوطني، والقرار رقم: 3281 الذي أقر أن المنازعات الناشئة عن التأميم تفصل فيها الدولة وفقا لقانونها الوطني وبواسطة محاكمها.[3]

الملاحظ أنه بعد تأميمات 1971 فإن كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الإقتصادية الدولية والنشاطات المنجمة تؤكد على تطبيق القانون الوطني الجزائري.[4]

ثانيا: أساليب تطبيق القانون الجزائري على عقود الإستثمار:

يكون خضوع الإستثمار للقانون الوطني الجزائري وفق أسلوبين، الأسلوب الأول يكون عقد الإستثمار خاضعا للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر والأسلوب الثاني في عقد الإستثمار خاضعا للقانون الجزائري بشكل نسبي وسوف نتطرق لكلا الأسلوبين كل أسلوب على حدة.

1. عيبوط محند وعلي، مرجع السابق ، ص 239.
2. مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 207.
3. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 368 – 369.
4. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 239.

1- خضوع عقود الإستثمار للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر:

نعلم أنه بالأهمية بمكان أن يضمن المتعاقدون العقد شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي والقواعد القانونية التي تساعد على حل ما سعى أن يثور مستقبلا من منازعات حول العقد، وبذلك يستجبون لقاعدة التنازع الموجهة لهم، وذلك بأن يختاروا أو يعينوا صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم[1]، وهو الملاحظ في الشأن الجزائري إذ تتضمن بعض عقود الإستثمار في الجزائر عبارة واضحة وسريعة مثل "أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري" أو "إن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول في الجزائر".

ومن أمثلة ذلك الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمار ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة المتصرفة بإسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر إذا نصت المادة 8 من هذا الإتفاق صراحتا على أن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق وإذ جاء في نصها "يعترفا لطرفا أن هذه الإتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيمها.

2- خضوع عقود الإستثمار للقانون الجزائري بشكل نسبي:

في بعض الأوقات تلتزم الدولة والهيئات التابعة لها بعدم تعديل التوازن العقد من خلال ممارستها لسلطاتها التشريعية والتنظيمية وذلك بإدراج ما يسمى بشرط التجميد التشريعي المكرس في المادة 15 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الإستثمار[2]، حيث تنص المادة 15 من الأمر 03/01 على أنه (لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحة).[3]

وكنتيجة ذلك فإن الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة من قبل الدولة لا تطبق على العلاقات التعاقدية التي تظل خاضعة للنظام القانوني الساري المفعول وقت إبرام العقد إلى إذا

1. محمد الروبي، مرجع سابق، ص 223.
2. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 240.
3. المادة 15 من الأمر 03/01 المؤرخ في: 20 أوت 2001، السابقة الذكر.

طلب المستثمر ذلك صراحة خاصة في الحالة التي تتضمن فيها هذه الأحكام الجديدة إمتيازات إضافية[1]، وتتعدد أشكال شرط الثبات التشريعي إلى :

- النص في العقد على أنه لا يمكن أن يحتج بأي قانون جديد في مواجهة المتعاقد الأجنبي ما لم يبدي موافقة على ذلك.
- إخضاع قانون الدولة المتعاقدة المضيفة إلى شرط عدم مخالفة نصوص الإتفاق المبرم بين الطرفين (قانون الذاتي للعقد أو الكفاية الذاتية للعقد).
- أن يخضع العقد للقانون دولة ثالثة خلال مدة معينة.
- قيام الدولة في تجميد قوانين الأمن المدني والتشريعات الإقتصادية الموجودة وقت التعاقد مما يعمل على جذب الطرف الأجنبي للمساهمة في التسمية الإقتصادية.[2]

ومثال ذلك المادة 02/06 من إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الإستثمار وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة سنة 2000 والتي تنص على ما يلي (إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام إستثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الإتفاق يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة إستفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات وتنظيماتها التطبيقية).[3] من خلال هذه المادة نلاحظ تجسيد مبدأ إستقار النظام الإستثماري بحيث تمنع السلطة على نفسها إتخاذ إجراءات تمس بالحقوق أوالإمتسيازات التي تحصلت عليها الشركة، بالإضافة إلىمنح الشركة حق الحصول على إمتيازات إضافية في حالة إذا ما تضمن نظام إستثمري جديد في المستقبل إمتيازات أفضل.[4]

وكذلك المادة 02/04 المبرمة بين الجزائر وإسبانيا التي تنص على (لا تكون المعاملة أدنى إمتياز من التي يمنحها كل الطرفين المتعاقدين للإستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف

1. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 240.
2. مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 233.
3. الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها (AAPSI) المتصرفة بإسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة بإسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائري، العدد 80 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.
4. محمد سارة، **(الإستثمار الأجنبي بالجزائر دراسة حالة أوراسكوم)**، بحث مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أعمال، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2009 – 2010، ص 95.

مستثمريه أو تلك المنجزة من طرف المستثمري بلد آخر يتمتع بمعاملة الدولة الأكثر رعاية)[1]، كما ورد هذا الشرط في بعض الإتفاقيات الثنائية الخاصة للترقية وحماية الإستثمارات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول الأجنبية الأخرى والشركات الإستثمارية.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة بخصوص تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار

إذا كان الجانب الشكل للعقد يخضع للقانون محل إبرام العقد طبقا للمادة 1/19 من القانون المدني، حيث نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري (تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي للقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية)[2]، فإن المادة 1/18 من نفس القانون تجيز للأطراف المتعاقدة للإتفاق حول القانون الواجب التطبيق إلا إذا كان العقد ينصب على عقار حيث نصت المادة 18 في فقرتها الأولى على أنه (يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد:

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه).[3]

يتضح من نص المادة 18 أن القانون الجزائري يكرس حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.[4] شرط أن يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهذا ما يوضح جليا أن المشرع الجزائري قد حسم مشكلة القانون الواجب التطبيق على

1. الإتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلقة للترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994 منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول الصادر بتاريخ 2 يناير 1995.

2. المادة 19 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75، السابق الذكر.

3. المادة 18 من القانون 10/05 السابق الذكر.

4. عليوش قربوع كمال، **(التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية)**، الجزائر، سنة 2001، ص 54.

العقود وذلك بوضع قاعدة إسناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين[1]، أما إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإن المادة السالفة الذكر تشير إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد وعندما يتضمن العقد الدولي شرط التحكيم فإن المادة 485 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية كانت تسمح للأطراف الإستعانة بالأعراف التجارة الدولية أو الإتفاقية الدولية أما المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة فإنها تسمح بتطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على إختيار أو المنظم لموضوع النزاع أو الذي يراه المحكم ملائما.[2]

حيث تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على أنه (تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة)[3]، يتضح من نص المادة 1050 أن المشرع الجزائري أخذ بالإتجاه الذي يتسم بإحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، أما في حالة تخلف إتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر إتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى إختيار قانون دولة معينة وقد تطبق العادات والأعراف الجارية بالمعاملة موضوع النزاع[4]، أما بخصوص إمتناع هيئة التحكيم من تطبيق القانون المختار، فإن المشرع الجزائري وبخصوص تحديده للأسباب التي يمكن من خلالها إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أو إستئناف الأمر القضائي بإعطاء الصيغة التنفيذية أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الدول الصادر خارج الجزائر، فإنه منح هذا الحق للأطراف في حالة إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها إذ يعتبر تطبيق قانون غير القانون المختار خروجا عن المهمة المسندة لمحكمة التحكيم وهو السبب الثالث من الأسباب الستة التي أحصاها المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادتين 1056 و1058 من القانون 09/08

1. بلحاج العربي، **(مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري)**، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص 36 – 37.
2. عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 241.
3. المادة 1050 من القانون 09/08، السابق الذكر.
4. لزهر بن سعيد، **(التحكيم التجاري الدولي)**، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2012، ص 315 – 316.

المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وحسب نص المادة 1056 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية فإنه (لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:...6 إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.[2]

وفي الأخير إن ما يمكن إستخلاصه من خلال الفصل الثاني، إنه في حالة عدم قيام كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بإختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ، أو عدم تمكن القاضي أو المحكم من الكشف عليه بصورة مؤكدة، وبالرغم من وجود عدة آراء فقهية مختلفة حول القانون أو النظام القانوني الواجب التطبيق، والتي تدور بين تطبيق قانون الدولة المضيفة أو استبعاده وذلك بتطبيق القانون الدولي العام، أو القانون العبر دولي، أو القانون العبر دولي أي القواعد العامة لقانون التجارة الدولية، أو القانون الذاتي للعقد بحجة كفايتها الذاتية، فإنه من غير المقبول أن يتم رفض الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قانتون واجب التطبيق، فهذا فيه إنكار للعدالة، ولذلك ظهرت كل من نظرية التركيز التشريعي ونظرية التركيز الموضوعي ونظرية الآداء المميز، وتعتبر هذه الأخيرة هي أكثر ملائمة لتطبيق على عقود الإستثمار، لما توفره من علم مسبق بالقانون الواجب التطبيق، إضافة لتوصلها إلى القانون الأكثر صلة بالعقد.

كذلك تعتبر أغلب التشريعات الوطنية قد كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في حالة عدم وجود إتفاق مسبق لطرفي عقد الإستثمار على القانون الواجب التطبيق.

1. مناني فراح، **(التحكيم طريق بديل لحل المنازعات)**، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010، ص 156 – 157.
2. المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار هي العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى هيئاتها مع شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان ط.إ والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار الخطط التنموية للبلاد، وتخلق تعاون طويل المدى بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي، ومنه فإن أطراف عقد الإستثمار مما الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها أو هيئات العامة كطرف أول أما الطرف الثاني فهو المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، والذي يمكن إعتباره وطنيا أو ؟أجنمبيا بحسب معييار الجنسية إذا كان المستثمر شخصا طبيعيا، أما إذا كان شخصا إعتباريا فهناك عدة معايير يمكن اللجوء إليها لتحديد جنسية هذا الشخص الإعتباري ومن أهم هذه المعاير معيار جنسية الأعضاء ومعيار مركز الإستغلال ومعيار مركز الإدارة ومعيار الرقابة، وقد إختلفت التشريعات الوطنية من حيث أن لها كامل الحرية في إعتتماد إحدى هذه المعاير أو بعضها في حالة منحها جنسيتها إعتباري معين، كما أن عقود الإستثمار تنقسم في الحقيقة إلى ثلباث أصناف رئيسية عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال الدولية العامة، أما بقية النماذج فهي تنطوي تحت هذه الأصناف الرئيسية مع وجود إختلافات بين الفقهاء من حيث التسميات التي تخص هذه النماذج، أما فيما يخص الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار، فقد ثار خلاف فقهي حولها فقد إعتبرها بعض الفقه من قبل العقود الإدارية وذلك من أجل إثبات أحقية القانون الوطنية للدولة المضيفة بحكمها ومنع إمكانية تطبيق قانون أجنبي، واعتبرها بعض من الفقهاء إتفاقيات دولية واعتبرها البعض الآخر من قبيل العقود التي يحكمها القانون الخاص وذلك محاولة منهم استبعاد تطبيق قانون الدولة المضيفة ويعتبرها البعض الآخر ذات طبيعة مختلطة لأنها تجمع بين عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص، ولكن الرأي الراجح هو أن لعقود الإستثمار طبيعة خاصة ترجع لطبيعة أطرافها الذين يختلفان في مراكزهم القانونية وبالإضافة إلى إرتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة.

وبإعتبار عقود الإستثمار من العقود التي تحتوي على عنصر أجنبي فإنه من المستقر عليه فقها وقضاءا وقانونا، إن لطرفي العقد الحرية التامة في إختيار القانون الذي يكون واجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، مع إختلاف حول مدى حرية الأطراف في إختيار

القانون، فمنهم من يرى إشتراط أن يكون القانون على صلة وثيقة بالعقد، ومنه من لا يشترط ذلك ويعطي الأطراف الحرية الكاملة في ذلك بإختيار قانون مثبت الصلة بالعقد.

وكذلك هناك من يرى إلزامية إختيار قانون وطني لدولة معينة ومنهم من يرى إمكانية إختيار مجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون داخلي معين، وهذا ما تبنته أغلب الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، إما بخصوص وقت الإختيار فيمكن أن يختار القانون الواجب التطبيق وقد أبرم العقد بإدراجه كبند من بنود العقد يدرج مع شرط الثبات التشريعي ويكون بذلك القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول وقت إبرام العقد وليس وقت نشوب النزاع.

يمكن لأطراف عقد الإستثمار إختيار بين أحد النظم القانونية الداخلية، كقانون الدولة المضيفة للإستثمار أو قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو قانون داخلي لدولة ثالثة يكون أنسب لتطبيق بالنظر للأطراف لإحتوائه على قيود أقل، أو إختيار وتطبيق القانون الدولي العام أو إختيار القواعد العامة لتجارة الدولية أو القانون العبر دولي هذا فيما يخص حالة وجود إختيار صريح من قبل الأطراف القانون الواجب التطبيق أو إمكانية إستخلاصه بصفة مؤكدة من إرادتها الضمنية.

أما الحالة الثانية فهي الحالة التي ينعدم فيها الإختيار الصريح بالقانون الواجب التطبيق وتعتبر إستخلاصه بصفة مؤكدة، في هذه الحالة انقسم الفقه إلى عدة أراء مختلفة فيرى الأول وجوب تطبيق قانون الدولة المضيفة في هذه الحالة إستنادا إلى إعتبار عقود الإستثمار عقود إدارية وإما لإفتراض عدم إمكانية تنازل الدولة على سيادتها أو إفتراض الموافقة المسبقة للمستثمر الأجنبي، ويرى الرأي الثاني وجوب تطبيق القانون الذاتي للعقد أو الكفاية الذاتية للعقد إستنادا لأن العقد شريعة المتعاقدين، وبرى الرأي الثالث وجوب تطبيق القانون الدولي العام معتبرا عقود الإستثمار معاهدات دولية معترفا بذلك للمستثمر الأجنبي بشخصيته القانونية الدولية، أما الرأي الرابع فقد نادى بإخضاع عقود الإستثمار لقواعد العامة للتجارة الدولية أو القانون العبر الدولي أو القانون العبر دولي بحجة أنها الأكثر ملائمة لتطبيق على عقود التنمية، إضافة إلى تطورها الذي يكفل حماية لمصالح الطرفين.

أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار الصريح والضمني فإنه عمليا هناك ثلاث نظريات ظهرت في هذا الإطار، الأولى هي نظرية التركيز التشريعي بحيث يقوم المشرع بنفسه لتصدي بإختيار القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار ويعاب على هذه النظرية أنها تعتمد على منهج إسناد جامد، لا يعبر عن مركز الثقل العلاقة العقدية ولا يهتم بطبيعة أو نوع العقد، أما النظرية الثانية فهي نظرية التركيز الموضوعي وتعتمد على منهج إسناد مرن ويتم إسناد العلاقة العقدية وفقا لهذه النظرية لقانون الأكثر صلة بالعلاقة الأكثر إستنادا لظروف التعاقد وملابساته ولكن يؤخد عليها بإفتقارها لعنصر المعرفة المسبقة والذي من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين بخصوص القانون الواجب التطبيق، أما النظرية الثالثة فهي نظرية الأداء المميز التي لإصلاح عيوب النظريتين السابقتين والإستفادة منها ومن مميزاتها ومحاسنهما فإعتماد على نظرية الأداء المميز يؤدي بنا إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد مع ضمان إمكانية العلم المسبق به وذلك وقت إبرام العقد، وذلك تعتبر نظرية الأداء المميز هي النظرية الأنسب لتطبيق في العقود بصفة عامة وعقود الإستثمار بصفة خاصة.

إن الملاحظ للإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وكذا الثنائية والقضاء الدولي وقرارات وتوصيات الأمم المتحدة يحدها جميعا تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار.

أما المشرع الجزائري فقد إتخذ موقفا واضحا حيال مسألة القانون وذلك يتضح من خلال المادة 18 من قانون المدني والمادة 105 من قانون الجزاءات المدنية والإدارية أما في حالة غياب الإختيار فإن المشرع الجزائري تبنى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة غياب الإختيار بإضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي وذلك ما يقع نتيجة لإنضمام الجزائر مصادقتها سنة 1995 على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

إن من بين أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال دراستنا للموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار فإن القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار هو القانون الواجب على عقود الإستثمار التي تبرمها الدول، إن مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ سيادة الدولة

على أراضيها وإقليمها المبادئ المعترف بها والمكرسة دوليا، إضافة إلى ذلك فإن عقود الإستثمار ترتبط بالخطط التنموية للدولة المضيفة وكذلك تتصل بقاعات حيوية وسيادية ولا يمكن في طبيعة الحال تصور تطبيق قانون دولة أجنبية مهما كانت الحجج والذرائع خصوصا في حالة عدم الإتفاق على تطبيق قانون معين، لأن في حالة الإتفاق على تطبيق قانون أجنبي غير قانون الدولة المضيفة فإنها تتنازل عن تطبيق قانونها بمحض إرادتها وبقرار سيادي، إلا أن أغلب الحالات التي يتم فيها الإتفاق على القانون الواجب التطبيق،، يكون القانون الوطني للدولة المضيفة هو الواجب التطبيق، أما في الحالات التي يتم فيها على تطبيق قانون آخر، تكون الدولة المضيفة مجبرة بصفتها الطرف الأضعف وذلك أما بحاجتها لرأس المال أو للتكنولوجيا التي تحتكرها الشركات الإستثمارية الكبرى التي تكون تابعة للدولة المتقدمة، أو عن طريق الضغوط السياسية، وكذلك فإن القانون الوطني لدولة المضيفة هو القانون المناسب بإعتباره الأكثر صلة بالعقد فهو مكان التنفيذ ومكان الإلتزام الرئيسي وفي أغلب الأحيان يكون مكان الإبرام.

إن كل هذه المميزات التي يتميز بها القانون الوطني للدولة المضيفة عن ما سواه من القوانين يجعله القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار وبدون منازع شرط أن يكون قادرا على الإحاطة بكل جوانب المسألة موضوع النزاع لذلك أوجب على كل الدول المضيفة للإستثمار أن تطور قوانينها الداخلية لتكون قادرة على الإلهام من أجل علاج كل ما قد ينتج عن تنفيذ عقد الإستثمار من مشاكل وخلافات ويرقى بذلك إلى مصاف القوانين الوطنية لدول متقدمة أو ما يعرف الدول المتمدنة ولكي يفتح المجال أمام المحكمين أن يستبعدوا تطبيق هذا القانون بحجة القصور أو البدائية وعدم مواكبة مقتضيات التجارة العالمية، ويقوم بتطبيق قوانين أجنبية، الهدف من ورائها ضمان مصلحة المستثمرين الأجانب وليس إحقاق العدالة والإنصاف.

وفي الأخير فإن أهم شيء من أجل ضمان عدم تطبيق قانون أجنبي، قد يمس بسيادة الدولة المضيفة للإستثمار وكذلك الإضرار بمصالحها ومصالح مواطنيها لتعلق عقود الإستثمار بأنشطة التنمية الإقتصادية وإتصالها في أغلب الأحيان بمرافق عامة، فإنه من غير المسموح في نظرنا إغفال الإتفاق على القانون الواجب التطبيق في الشروط الأولية

للعقد وذلك لتفادي تطبيق قانون أجنبي غير متوقع في حالة اللجوء لتحكيم الدولي عند نشوء النزاع.

تم بعون الله وحفظه.

القدمة.....أ

فصل تمهيدي: ماهية عقود الإستثمار.....6

المبحث الأول: تعريف عقود الإستثمار وتبيان أطرافها.....6

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار.....7

المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار.....9

الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار.....10

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي.....11

المبحث الثالث: نماذج عقود الاستثمار.....15

المطلب الأول: عقود البترول.....17

الفرع الأول: عقود الامتياز.....17

الفرع الثاني: عقود المشاركة.....18

الفرع الثالث: عقود المقاولة.....18

المطلب الثاني: عقود التعاون الصناعي.....19

الفرع الأول: عقود نقل التكنولوجيا.....19

الفرع الثاني: عقود المساعدة الفنية.....20

الفرع الثالث: عقود تسليم المفتاح.....20

الفرع الرابع: عقود المنتج في اليد.....24

المطلب الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية.....22

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعايير دوليتها.....25

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار.....26

الفرع الأول: عقد إستثمار إتفاقية دولية:.....26

الفرع الثاني: عقد الإستثمار هو عقد إداري.....29

الفرع الثالث: عقد الإستثمار من عقود القانون الخاص.....33

الفرع الرابع : الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار.....36

المطلب الأول: معايير دولية عقود الإستثمار.....38

الفرع الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد.....38

الفرع الثاني: المعيار الإقتصادي.....39

الفرع الثالث: المعيار المختلط أو المعيار الإقتصادي القانوني.....41

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق في حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.....45

المبحث الأول: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة.....45

المطلب الأول: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار.....46

المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.....49

الفرع الأول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع.....49

الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار.....51

المطلب الثالث: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار وشروط الثبات التشريعي.....54

الفرع الأول: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار.....54

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي.....56

المبحث الثاني: تحديد قانون الإرادة.....58

المطلب الأول: الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية.....58

الفرع الأول: الإرادة الصريحة.....58

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية.....61

المطلب الثاني: التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة.....62

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية المختلفة حول الاختيار الضمني.....62

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من الإرادة الضمنية والاختيار الضمني.....66

الفرع الثالث: موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من التصريح الضمني والإرادة الضمنية.....67

المطلب الثالث: مدى إلزامية القانون المختار صراحتا أو ضمنا بالنسبة للقاضي أو المحكم.....68

الفرع الأول: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني.....69

الفرع الثاني: إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم.....71

الفرع الثالث: أمثلة عن أحكام التحكيم التي استبعدت تطبيق القانون المختار.....72

المبحث الثالث: الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار.....74

المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية.....74

الفرع الأول: اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي.....75

الفرع الثاني: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار.....75

الفرع الثالث: اختيار قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد.....80

المطلب الثاني: اختيار القانون الدولي العام.....80

الفرع الأول: الرأي المعارض لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع.....81

الفرع الثاني: الرأي المؤيد لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع.....82

الفرع الثالث: الاتفاق الصريح على تطبيق القانون الدولي العام.....83

المطلب الثالث: اختيار قانون التجارة العالمية أو قانون عبر دولي.....87

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.....88

الفرع الثاني: موقف الفقه من قانون التجارة الدولية أو القانون عبر دولي.....89

الفرع الثالث: موقف التشريعات والمعاهدات الدولية من تطبيق قانون العبر دولي.....92

الفرع الرابع: إختيار الأطراف لقانون العبر دولي أو قواعد قانون التجارة الدولية.....93

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة عدم إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.....97

المبحث الأول: الأراء المختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإختيار.....98

المطلب الأول: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.....98

الفرع الاول: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستنادا لفكرة الموافقة المفترضة للمستثمر.....98

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستنادا لإعتبار عقود الإستثمار من قبيل العقود الإدارية.....101

الفرع الثالث: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقد الإستثمار إستنادا القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.....105

المطلب الثاني الرأي المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد.....108

الفرع الأول: الرأي المؤيد لفكرة الكفاية الذاتية للعقد.....108

الفرع الثاني: الرأي المعارض لفكرة الكفاية الذاتية للعقد.....110

المطلب الثالث: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار للقانون الدولي العام.....112

الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام إستنادا لطبيعة عقد الإستثمار الذاتية.....113

الفرع الثاني: تطبيق القانون الدولي على عقود الإستثمار بإعتبارها معاهدات دولية.....115

الفرع الثالث: نقد تطبيق القانون الدولي العام على عقود الإستثمار.....116

المطلب الرابع: الرأي المنادي لإخضاع عقود الإستثمار إلى قواعد القانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي.....119

الفرع الأول: الحجج المعتمدة لتبرير تطبيق القواعد العبر دولية على عقود الإستثمار.....120

الفرع الثاني: الإنتقادات التي تعرض لها الفقه المنادي للتطبيق القانون العبر دولي...122

الفرع الثالث: الرد على الإنتقادات من قبل أنصار تطبيق القانون العبر دولي.....124

المبحث الثاني: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة إنعدام الاختيار.....126

المطلب الأول: المناهج المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار.....127

الفرع الأول: نظرية التركيز التشريعي أو المنهج التشريعي.....127

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي.....129

الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز.....131

المطلب الثاني: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار.....137

الفرع الأول: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في الإتفاقيات الدولية.....138

الفرع الثاني: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي.....142

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق..144

الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار كقاعدة عامة.....144

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة بخصوص تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار.....148

الخاتمة.....152

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

1- الإتفاقيات الدولية:

- اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم 95 - 346 بتاريخ 30 اكتوبر 1995 ج ر رقم 66 بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

- الإتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلقة للترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994 منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول الصادر بتاريخ 2 يناير 1995.

- الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها (AAPSI) المتصرفة بإسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة بإسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائري، العدد 80 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

2- القوانين:

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975.

- الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ: 22 أوت 2001.

- القانون 10/05 المعدل والمتمم للأمر 58/75، المؤرخ في 20 جوان 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2005.

– القانون 09/08 المؤرخ في: 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

ثانيا: المراجع:

1– المذكرات والرسائل الجامعية:

– بن الزوخ جمعة، **(شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولي)**، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكادمي، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2014 – 2015.

– حسيني يمينة، **(تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدلي لتسوية منازعات الإستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2011.

– سعد الدين محمد، **(العقد الدولي بين التوطين والتدويل)**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2008، ص 87.

– عدلي محمد عبد الكريم، **(النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية)**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراء في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2011.

– علة عمر، **(حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي)**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2008.

– محمد بلاغ، **(قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2011،

– محمد سارة، **(الإستثمار الأجنبي بالجزائر دراسة حالة أوراسكوم)**، بحث مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2010.

2- الكتب

- أحمد مخلوف، **(اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية)**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر سنة 2001.
- أحمد سلامة بدر، **(العقود الإدارية وعقود البوت BOT)**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، سنة 2003.
- أحمد سمير ابو الفتوح، **(دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار)**، بدون طبعة، المكتب العربي للمعارف، سنة 2015
- أسعد فاضل منديل، **(أحكام عقد التحكيم وإجراءاته)**، الطبعة الأولى، دار ينبور، العراق، سنة 2011، ص 247.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، **(القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سن 2002.
- إيهاب عمرو، **(التحكيم التجارب الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية)**، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق، الأردن، سنة 2014.
- بشار محمد الأسعد، **(عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، سنة 2006.
- بليغ حمدي محمود، **(الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- بلحاج العربي، **(مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري)**، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011.
- جابر فهمي عمران، **(الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة2013.

جلال وفاء محمدين، **(التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار)**، بدون طبعة ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، سنة 2001.

- حسان نوفل، **(التحكيم في منازعات عقود الاستثمار)**، الطبعة الأولى ،دار هومة، الجزائر، سنة 2010.

- حمادة عبد الرزاق حمادة، **(عقود البوت Bot)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، سنة 2013.
- صلاح الدين جمال الدين، **(التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2005.
- صلاح الدين جمال الدين، **(دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **(التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية)**، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2006.
- عصام أحمد بهجي، **(التحكيم في عقود البوت Bot)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008.
- عصام أحمد البهجي، **(الطبيعة القانونية لعقود Bot)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، سنة 2014.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، **(التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم)**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008،
- عليوش قربوع كمال، **(التحكيم التجاري الدولي في الجزائر)**، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001.
- عمر هاشم محمد صدقة، **(ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008.
- عيبوط محند وعلي، **(الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري)**، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2013.
- لزهر بن سعيد، **(التحكيم التجاري الدولي)**، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2012.
- محمد الروبي، **(عقود التشييد والإستغلال والتسليم Bot)**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.
- محمد الصغير بعلي، **(العقود الإدارية)**، بدون طبعة، دار العلوم، عنابة، سنة 2005.

- محمد عبد المجيد إسماعيل، **(العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2014.

- محمد غانم، **(الاستثمار في الاقتصاد السياسي والإسلامي والتشريعات واتفاقيات الاستثمار)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001.

- محمودي مسعود، **(أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية)**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، بدون طبعة، سنة 2006.

- مراد محمود المواجدة، **(التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي)**، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، سنة 2010.

- مرتضى جمعة عاشور، **(عقد الاستثمار التكنولوجي)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.

- مصطفى عبد المحسن الحبشي، **(الوجيز في عقود البوت BOT)**، بدون طبعة دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008.

- مناني فراح، **(التحكيم طريق بديل لحل المنازعات)**، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010.

- نادر محمد إبراهيم، **(مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي)**، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002.

- نادية فضيل، **(تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني)**، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 91.

- هشام خالد، **(ماهية العقد الدولي)**، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2007.

- هوشيار معروف كاكامولا، **(الاستثمارات والأسواق المالية)**، الطبعة الأولى، دار صفاء، عمان، سنة 2003.

المخلص:

إن عقود الإستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب والتي تتعلق أساسا بالخطط التنموية لهذه الدول، لها طبيعة خاصة تميزها عن بقية العقود، ترجع لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها، فالدولة تعتبر طرفا سياديا والمستثمر الأجنبي طرف عديم السيادة وبما أن عقد الإستثمار عقد دولي بحسب المعيار القانوني الإقتصادي المختلط لتعلقه بمصالح التجارة وإحتوائه على عنصر أجنبي، فإنه يعتبر عقدا لا يمكن أن يستأثر بحكمه أي نظام قانوني، هذا ما تسبب في وجود خلافات فقهية، حاولت كل منها أن تخضع عقود الإستمار للقانون الذي تراه مناسب، وذلك نتيجة لدوافع وانتماءات، فقد دافع الفقهاء الذين ينتمي أغلبهم إلى الدول النامية على أحقية قانون الدولة المضيفة في حكم عقود الإستثمار، لإعتبارات سيادية وبحجة أنه القانون الأكثر صلة إذ يعتبر قانون موقع التنفيذ وفي نظير آخر دافع أصحاب الفقه الغربي على مجموعة مختلفة من النظم القانونية في محاولة لإنتزاع عقود الإستثمار من حكم القانون الوطني للدولة المضيفة وذلك في تحيز لجانب المستثمرين الأجانب، الذي ينتمي أغلبهم للدول المتقدمة الغربية، وذلك تحت حجة وذريعة بدائية وقصور القوانين الوطنية للدول المضيفة.

إلا أن القانون الوطني للدولة المضيفة يبقى هو القانون الأحق والأنسب بحكم عقود الإستثمار فمن جهة هو القانون الأكثر صلة بالعقد، إذ هو قانون مكان تنفيذ العقد، وإبرامه في أغلب الأحيان، ومن جهة أخرى لإعتبارات السيادة، بالإضافة إلى أنه حق مكفول في المجتمع الدولي، غير أنه لا مانع أن يدعم هذا القانون في حالات قصوره بنظام قانوني آخر شرط، أن يحقق الشروط الموضوعة مسبقا