

جامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه الطور الثالث

الفرع : الحقوق

التخصص : القانون الإقتصادي

من طرف :

دنون محمد بلبنة

عنوان الأطروحة:

دور قضاء التحكيم في تسوية منازعات عقود الدولة



أطروحة مناقشة بتاريخ 2020-12-29 أمام لجنة المناقشة المشكلة من :

الرقم	اللقب والإسم	الرتبة	المؤسسة	الصفة
01	أ.د. بن أحمد الحاج	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة – د مولاي الطاهر	رئيسا
02	أ.د. عمارة فتيحة	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر	مشرفا و مقرا
03	د. هامل الهواري	أستاذ محاضر - أ-	جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر	مشرفا مساعدا
04	د.عثماني عبد الرحمان	أستاذ محاضر - أ-	جامعة سعيدة- د مولاي الطاهر	ممتحنا
05	د. عثمان علي	أستاذ محاضر - أ-	المركز الجامعي أفلو	ممتحنا
06	د. بودالي خديجة	أستاذ محاضر - أ-	جامعة معسكر-مصطفى اسطنبولي	ممتحنا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا

عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ}

صدق الله العظيم (سورة البقرة: 32)

إهداء

*إلى أبي وأمي

أطال الله في عمرهما

*إلى أخي وأخواتي...

*إلى زوجتي وبناتي ألاء ومرام...

*إلى كافة أهلي وأقاربي...

*إلى جميع أصدقائي وأحبتني...

قدمتم لي الكثير ولم أقدم لكم شيئاً

أهدي بحثي المتواضع هذا لكم

دنون محمد بلبنة

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين الذي علا فقهر، وملك فقدر، وعفا فغفر،
وعلم وستر، وهزم ونصر، وخلق ونشر.

و الصلاة و السلام على سيد البشرية محمد رسول الله، عليه أفضل
الصلاة و أتم التسليم.

تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتنظم عقد الشكر، و الذي
أتقدم به إلى الأستاذة الدكتورة عمارة فتيحة على تأطيرها و نصحتها
لي أثناء إعداد الأطروحة، دون نسيان الأستاذ الدكتور بن أحمد
الحاج الذي كان بمثابة المشرف الثاني لي، و الذي لم يبخل علي طيلة
مدة تكويني في الدكتوراه، لا من حيث التوجيه و لا من حيث
المعلومات... فلهما مني جزيل الشكر و الامتنان جزاهما الله خير الجزاء.

و من واجب الوفاء أن أعترف بطيبة الأساتذة الذي تكبدوا
مسؤولية تكويننا نظريا، و جميع مسؤولي المكتبة و كذا سائر أعوان و
موظفين كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة سعيدة.

كما أتوجه بشكري هذا إلى أعضاء لجنة المناقشة التي تفضلت
بمناقشة هذه الأطروحة، و على جهدها الكبير المبذول في سبيل مراجعة
الأطروحة و تقييمها و إثرائها.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري	ق.إ.م.إ.ج	01
قانون الإجراءات المدنية الفرنسي	ق.إ.م.ف	02
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج	03
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج.ر.ج.ج	04
طبعة	ط	05
صفحة	ص	06

ثانياً: باللغة الأجنبية

01	ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
02	I.C.C	International Chamber of Commerce
03	CRCICA	The Cairo Center for International Commercial Arbitration
04	O.N.U	Organisation des Nations Unies
05	BIRD	Banque International pour la Reconstruction et le

		Développement
06	FMI	Fonds Monétaire International
07	UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit prive
08	OMC	Organisation Mondiale du Commerce
09	C.N.U.D.C.I	Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International
10	ADR	Alternative Dispute Résolution
11	B.Y.B.I.L	British Year Book of International Law
12	UNECE	Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies
13	I D I	Institut de Droit International
14	OP.CIT	ouvrage précité
15	P	page
16	VOL	Volume

المقدمة

المقدمة:

لقد نتج عن التحولات الجذرية التي شهدتها العالم، زيادة نحو تشجيع و تدفق الإستثمارات الأجنبية، و لم يقتصر الأمر على الدول النامية فقط بل تعداه إلى الدول المتطورة، حيث دخلت الدول في علاقات إقتصادية مع شركات أجنبية من أجل رفع مستواها الإقتصادي و الإجتماعي. هذا و تعتبر العقود المبرمة بين دولة ذات سيادة و شخص أجنبي خاص من الظواهر القانونية المستحدثة في نطاق العلاقات التعاقدية الدولية، و هي لم تحظ بإهتمام رجال الفقه و القانون إلا في أواخر القرن 19، و كان منبع هذه العناية هو التأميمات التي أجرتها الدول ضد الشركات الأجنبية المتخصصة في مجال النفط، بعد تخلصها من سيطرة الإستعمار و نيل إستقلالها.

و إذا ما كان لازماً أن تستمر العلاقة بين أشخاص القانون الخاص و الدول النامية كان لابد من إيجاد نظام قانوني ما، يحظى بقبول كل من الطرفين بإعتباره النظام الملائم بالنسبة لهم.

و إن كان عقد الدولة في بداية سريانه يجري في أجواء حسنة، إلا أنه سرعان ما تتغير العلاقة بين المتعاقدين بسبب تعارض مصالحهما، حيث أن الدولة المتعاقدة تتبغى من وراء الإتفاق تحقيق أحد وظائفها، إقتصادية كانت أم إجتماعية، بينما الطرف الأجنبي الخاص و الذي غالباً ما يكون شركة أجنبية يسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح المالية و رواج سمعته في مجتمع التجارة الدولية.

هذا و قد إرتبط حل المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدول مع الأطراف الأجنبية الخاصة بواسطة قضاء التحكيم الذي يعتبر بمثابة أحد الظواهر المميزة للعصر خاصة المؤسساتاتي منه، و هذا راجع إلى أسباب عديدة، منها التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين التي دفعت بأطراف العلاقات ذات الطابع الدولي إلى الإبتعاد عن القضاء الوطني¹، كما أن بساطة إجراءات العملية التحكيمية كان لها دور في إستقطاب عديد من المتنازعين في مجال التجارة الدولية إليه²، بالإضافة إلى إصرار الطرف الأجنبي - الطرف القوي- المتعاقد مع

¹ د. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2014م، ص 25.

² د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001م، ص 03.

الدولة أو أحد أجهزتها المعنوية العامة على اللجوء إليه، حيث أنه لا يرضى بإخضاع المنازعات المستقبلية إلى القضاء الوطني للدولة المتعاقدة بسبب تخوفه من عدم حيده هذا الأخير، وتدخلها في شؤونه وقيامها بالدفع بحصانيتها السيادية والقضائية أمامه¹.

كل هذه العوامل و غيرها ساعدت على إزدهار التحكيم و تفضيل أطراف العلاقات الخاصة الدولية له بدلا من القضاء، حيث قوبل التحكيم بإستحسان بالغ على المستويين الداخلي و الدولي، فتصدت تشريعات مختلف الدول لتنظيمه و وضع القواعد له، و تيسير تنظيم أحكامه.

و بالرغم من أن فكرة التحكيم سابقة عن القضاء، إلا أن بوادر الإعتناء بالتحكيم التجاري الدولي برزت في مرحلة عصبة الأمم التي أصدرت بروتوكول جنيف عام 1923م يتعلق بشروط التحكيم، كما وضعت بدورها إتفاقية جنيف عام 1927م و الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم.

هذا و قد تبلور التحكيم الدولي في عهد هيئة الأمم المتحدة، عندما أسفرت عن معاهدة عام 1958م متعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و التي حاولت من خلالها معالجة قصور الإتفاقيتين السابقتين، و كذا توحيد إجراءات الإعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم عالميا، ثم توالى العناية بالتحكيم عندما أصدر البنك الدولي للإنشاء و التعمير عام 1965م إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ليأتي الدور على لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، التي أصدرت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985م، و هذا بغض النظر عن تأسيس مراكز إقليمية عديدة خاصة به.

و بدون أدنى شك، فإن مسألة تحديد القانون المطبق على العقد تحظى بأهمية كبيرة نظرا لما يترتب على هذا التعيين من آثار قانونية قيمة، ذلك أن القانون المطبق على العقد هو الأساس الذي يجري في إطاره تقدير مدى صحة العقد من ناحية، و الذي تركز عليه حقوق و إلتزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته².

¹ د. مراد محمود المواجهة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010م، ص05.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006م، ص91.

فقد أخذت عقود الدولة نصيبا أوفر من العقود التي أثير حولها جدل مرتبط بالقانون الواجب التطبيق عليها، و لعل مرد ذلك يكمن في تباين طرفيها من حيث المركز القانوني من جهة ومن حيث المركز الإقتصادي من جهة أخرى، ذلك بأن الدولة المتعاقدة أو أحد هيئاتها العامة تعتبر شخص من أشخاص القانون العام الداخلي، و التي لها من المزايا السيادية الإستثنائية التي ليس للشخص الأجنبي الخاص مثيلا لها، لكن و مع كل ذلك فإنها تقف موقفا ضعيفا من الناحية الإقتصادية أمام الشركات الأجنبية العملاقة، و التي تفوق ميزانيات بعضها ميزانيات عديد من الدول النامية.

و هذا التفاوت من الناحية القانونية و الإقتصادية، يشعر كلا من الدولة و الطرف الأجنبي بأنه الحلقة الأضعف في العقد مما يؤدي إلى التشدد من قبل الدول المتعاقدة في مواقفها خشية أن تصبح لقمة سائغة أمام التفوق الإقتصادي المذهل لهذه الشركات العملاقة، على نحو يدفعها إلى التمسك بتسكين العقد المبرم بينها و بين هذه الشركات لقانونها الداخلي، بينما الشركات الأجنبية المتعاملة معها تحاول سلخ العقد من القانون الوطني للدولة المتعاقدة و بالتالي تدويله ¹ délocalisation du contrat ou internationalisation

و تجدر الإشارة إلى أن إختلاف مراكز المتعاقدين، لم يخلف فكرة توطين النظام القانوني لعقود الدولة أو تدويلها فقط، بل تجاوز الأمر ذلك، من خلال تضمين تلك العقود شرط التثبيت الزمني للعقد و عدم المساس به، و كذا شرط القوة القاهرة و إعادة التفاوض.

و لعل هذا كله أشغل ذهن المحكمين الدوليين الذين يتصدون لنزاعات هذه النوعية من العقود، و ذلك من خلال البحث عن قانون مناسب يحكم موضوع الخلاف العقدي بينهم، ذلك بأن إتفاق التحكيم شأنه شأن باقي العقود ينبغي إسناده إلى قانون معين يحكم شروط إنعقاده و صحته و نفاذه، و يلزم المتعاقدين بإحترام الإلتزامات التعاقدية.

و لما كانت إرادة الأطراف في إنتقاء القانون الواجب الأعمال على العقد هي ضابط الإسناد الأصل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، فهي كذلك بالنسبة لعقود الدولة، نظرا للطبيعة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص 08 إلى 14.

الدولية التي تتصف بها هذه الأخيرة، لما تتوافر عليه من عنصر أجنبي في العقد بالإضافة إلى إنتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود.

إلا أن تلك القاعدة لم تسلم من محاولات التهميش التي إستهدفتها، للحد من إختصاص القانون المطبق على عقود الدولة، خاصة إذا كان القانون المختار هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة. هذا و قد يغفل أطراف عقد الدولة في بعض المرات من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم و كذا موضوع نزاعهم المستقبلي إن حدث، و قد يكون ذلك حقيقة سهوا منهم، و في بعض المرات يكون مقصودا بسبب الخوف من تعطل الإتفاق أثناء التشاور عن ذلك القانون، وهاتين الحالتين ستجعل العقد خال من القانون الواجب التطبيق عليه، و هذا ما يؤدي بمحاولة كل طرف عند إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إقناع الهيئة بالقانون الذي يرى إستلزام تطبيقه، فبينما تحرص الدولة المتعاقدة على تطبيق قانونها الوطني على هذه الطائفة من العقود لإعتبارات تتعلق بالسيادة و المصلحة العامة، فإن الشركات الأجنبية الخاصة توصي بإخراج العقد محل النزاع من النظام القانوني للدولة المتعاقدة، و إحالته إلى القواعد عبر الدولية أو ما يعرف بقانون التجارة الدولية¹.

و بالرغم من أن عديد من الإتفاقيات الدولية و النظم القانونية الوطنية بالإضافة إلى الآراء الفقهية، أكدت على توطين منازعات عقود الدولة، إلا أن الواقع العملي لقضاء التحكيم يوضح غير ذلك، حيث يقوم هذا الأخير بإعمال قواعد و أعراف التجارة الدولية لدواعي التناسب و واقع التجارة الدولية.

و تتعمق مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع عقد الدولة أكثر، في الحالة التي يعين فيها الأطراف المتعاقدة ذلك القانون صراحة أو ضمنا، و مع ذلك يستبعد المحكم الدولي القانون المختار، بالرغم من أنه ملزم بإحترامه، نظرا لإعتبار أن التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة.

ولعل أن أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية و على وجه الخصوص عقود الدولة، هي نتيجة للصراع الفكري بين المذاهب الفردية و المذاهب الإشتراكية و

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص92.

هو صراع يتعين حسمه بما يحقق التوازن المطلوب بين حرية التعاقد كونها الأساس الذي تقوم عليه التجارة الدولية من ناحية، و العدالة الإجتماعية بوصفها الدرع الذي يقي الطرف الضعيف إقتصاديا من تحكم الأقوياء من ناحية أخرى¹.

لذلك، فإن هيئة التحكيم المعروض أمامها نزاع بشأن عقد الدولة، يتطلب عليها الإحاطة علما بكافة جوانب العلاقة العقدية، و التحقق من وجود شرط القانون الواجب التطبيق على العقد من عدمه، و كذا باقي الشروط المستساغة من الأطراف، كل ذلك في سبيل تحديد قانون ملم بموضوع نزاع العقد، من أجل تسوية سليمة و عادلة تلبى رغبة إرادة المتعاقدين.

أولا: أهمية البحث

يسعى البحث في هذا الموضوع إلى تحديد مفهوم عقود الدولة مع تحديد طبيعتها و المنازعات التي تثور بشأنها، ثم توضيح توطين منازعاتها أمام قضاء التحكيم إستنادا إلى الإتفاقيات الدولية، و النظم القانونية الوطنية و كذا الإجتهاادات القضائية و التحكيمية، ثم بعد ذلك إبراز إنتقال المحكمين من تركيز عقود الدولة في نطاق قوانين الدول المتعاقدة إلى إحالتها لقواعد عبر وطنية متصلة بالتجارة الدولية، و الكشف عن حقيقة تأثر المحكمين الدوليين بالفقه و مقتضيات العولمة، ثم تبيان ما قدمه التحكيم التجاري الدولي من حلول لمشكلة القانون الواجب التطبيق، و الإفصاح عن ما عجز عنه.

كذلك بإعتبار وطني الجزائر من قبيل الدول السائرة في النمو و حاجته إلى التنمية الإقتصادية و نظرا لاحتوائه لموارد طبيعية غير متجددة، فإن موضوع بحثنا هذا يمكن من شأنه أن يوضح الرؤية أكثر أمام المسؤولين و القائمين على هذه العقود سواء منهم المكلفين بإبرامها أو المشرعين لقوانين لها علاقة بها، و حتى يتسنى لهم الإتفاق بشروط جيدة مع الأشخاص الخواص الأجانب و إختيار قانون أنسب يحقق مصلحة الدولة الجزائرية.

ثانيا: مشكلة البحث

إن العقود التي تبرمها الدول أو أحد هيئاتها العامة و التي على الأرجح تكون في طور النمو مع الأشخاص الأجنبية الخاصة و التي غالبا ما تكون شركات، دائما ما تطرح معادلة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص22.

معقدة مفادها حرص الجهاز العام على سيادته و قلقه من سياسات و الأهداف الخفية للشركات الأجنبية، و حاجة هذه الأخيرة إلى الأمان القانوني نتيجة ضخها لرؤوس أموال ضخمة. و لعل هذه المعادلة هي التي تفرض احتمال وقوع نزاعات بشأن العقد المبرم بينهم، ذلك أن الدولة كثيرا ما تراجع سياساتها الإقتصادية و تشريعاتها القانونية كلما إقتضت المصلحة العامة للبلد، و هذا من شأنه أن يخل بالتوازن العقدي و من ثم ينتج نزاع يعرض أمام قضاء التحكيم، كما أن الشخص الأجنبي في بعض المرات يتماطل في تنفيذ العقد و هذا يعتبر بمثابة إخلال بالتزامات العقد، و هو نفسه ما قد يطرح نزاع يتولاه التحكيم التجاري الدولي.

هذا و تتمثل مشكلة البحث في القانون الواجب إعماله من قبل المحكم الدولي على موضوع نزاع عقد الدولة خاصة عندما تنعدم إرادة المتعاقدين عن تعيين قانون يحكم العقد، فالدولة في هذه الحالة ترغب في إسناد المحكم الدولي نزاعها إلى نظامها القانوني، بينما الطرف الأجنبي يصر على إسناد موضوع نزاعه إلى قواعد عبر دولية مستمدة من المبادئ العامة و عادات و أعراف التجارة الدولية.

هذا و قد نتج عن وجود طرف عام و طرف خاص في عقود الدولة تنازع فقهي حاد بين مدافع عن الجهاز العام و أحقية قانونه الوطني بأن ينطبق على نزاع العقد، و بين مناصر للقطاع الخاص و الدفاع عن مصالحه و تحريره من قانون الدولة الطرف معه في العقد.

و إن كان بحث هيئة التحكيم الدولية عن قانون يحكم موضوع نزاع العقد في حالة تخلف قانون الإرادة، يعتبر في حد ذاته مشكلة تقع على عاتق المحكم مسؤولية حلها، فإن وجود قانون مختار من قبل أطراف عقد الدولة ليحكم نزاعهم و مع ذلك يقوم المحكم الدولي بتطبيق قانون غيره، يعتبر بمثابة إشكالية تتفرع عنها مشكلات عديدة.

فما مدى توفيق التحكيم التجاري الدولي في إيجاد قانون يطبق على موضوع نزاع عقد

الدولة يرضي طرفيه، خاصة في الحالة التي تصمت إرادتهما من تعيين ذلك القانون؟

- و هل لهيئة التحكيم مطلق الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد كلما غابت إرادة الأطراف المتعاقدة؟

- ما مدى اعتبار أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة بأنه القانون الأحق تطبيقه من طرف هيئة التحكيم على موضوع نزاع عقد الدولة

- هل يعتبر تدويل المحكم للنظام القانوني لعقود الدولة بالرغم من وجود قانون الإرادة حلا مقبولا
أم تعديا على مبدأ سلطان إرادة الدولة و الشخص الخاص الأجنبي، يستوجب البطلان؟
- و ما مدى تقييد المحكم الفاصل في النزاع بالقانون المختار؟
- و ما مصير قرارات التحكيم الدولية التي لا تمتثل لقانون إرادة أطراف عقد الدولة؟
- و هل يعتبر تعدي هيئة التحكيم على القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولة
بمثابة سبب في عزوف المتعاملين الاقتصاديين عن التحكيم و البحث عن وسيلة أخرى أحسن
منه؟

ثالثا: صعوبات البحث

تتمثل الصعوبات التي إعترضت بحثنا هذا، في وجود دراسات في موضوع بحثنا بشكل
محتشم، بيد أن التحكيم التجاري الدولي بالرغم من وجود بخصوصه عديد من البحوث و
المراجع، لكن أغلبها مرتبطة بعقود التجارة الدولية، بينما في مجال عقود الدولة فهي قليلة.
كذلك فإن موضوع بحثنا هذا تعرض له كثير من الفقهاء و بإختلاف جنسياتهم، الأمر الذي
أنقص من موضوعية تلك الدراسات، نظرا لتأثرها بدوافع سياسية و إقتصادية، و لعل مرد ذلك
هو إنتماء أطراف عقد الدولة، بحيث أن الدولة المتعاقدة غالبا ما تكون دولة من العالم
الثالث، بينما الطرف الأجنبي الخاص يكون من الدول المتقدمة.

كذلك واجهنا في بحثنا عائق خاص بقله حيثيات القضايا التحكيمية المتصلة بعقود الدولة،
خاصة منها القرارات التحكيمية الصادرة، أي عدم نشرها نظرا لسرية عملية التحكيم.

رابعا: منهجية البحث

نظرا لخصوصية التحكيم في منازعات عقود الدولة و مشكلة القانون الواجب التطبيق عليها،
إعتمدنا في بحثنا هذا على:

1- المنهج الإستقرائي :

إستخدمنا المنهج الإستقرائي بسبب عرضنا لكثير من النصوص القانونية المنظمة للتحكيم
التجاري الدولي سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو من خلال الإتفاقيات الدولية كإتفاقية
CIRDI المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، و إتفاقية

نيويورك المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية و بالتالي محاولة الكشف عن الغموض التي تعترى هذه القوانين.

و كذلك من خلال إستعراضنا لمختلف الآراء الفقهية و المواقف القضائية و أحكام التحكيم الدولية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تخلفها عقود الدولة.

2- المنهج الوصفي :

إحتجنا في موضوع بحثنا هذا للمنهج الوصفي نظرا لتبيان ماهية عقود الدولة من خلال تحديد أطرافها و مدى إنطباق الوصف الدولي عليها و طبيعة المنازعات التي تنبثق عنها. كما إستعملنا هذا المنهج لوصف القواعد القانونية التي درجت هيئات التحكيم الدولية على تطبيقها أثناء فصلها في الخلافات المثارة من عقود الدولة.

3- المنهج المقارن:

أدرجنا المنهج المقارن في بحثنا هذا نظرا لأن موضوعنا لا ينصب على دور قضاء التحكيم في تسوية منازعات عقود الدولة في إطار نظام قانوني واحد، بل في مختلف النظم القانونية الوطنية و كذا الإتفاقيات سواء الدولية منها، أو الإقليمية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي بصفة مباشرة و غير مباشرة.

4- المنهج التطبيقي :

إتبعنا هذا المنهج في سبيل توضيح الأفكار المطروحة، من خلال تدعيمها بعدد من القضايا المتصلة بعقود الدولة، و التي عرضت أمام مختلف هيئات التحكيم التجارية الدولية و التي كانت مؤيدة لتلك الآراء في بعض المرات، و مفندة لها في مرات أخرى.

خامسا: تقسيم البحث

إن دراستنا تقتصر على دور قضاء التحكيم في تسوية منازعات عقود الدولة، و لما كان القانون الذي يطبقه المحكم الدولي على تلك المنازعات له من الأهمية البالغة لما قد ينتج عنه من آثار مهمة عند الفصل في موضوع النزاع يتحملها الطرفين المتعاقدين، فكان لزاما علينا الخوض مباشرة في صلب الموضوع . و عليه، فقد إعتدنا عند تقسيمنا لموضوع بحثنا هذا على خطة ثنائية، متجسدة في مقدمة، مرورا ببابين(02) و أربع فصول (04) ، إلى خاتمة.

فأما المقدمة، فقد ركزت على خصوصية عقود الدولة نظرا لاحتوائها على طرفين غير متكافئين من الناحية القانونية و الاقتصادية، كما أبرزت تعلق الخلافات التي تثيرها عقود الدولة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا المسؤولية التي يتحملها المحكم الدولي في فض تلك المنازعات.

- الباب الأول: توطين النظام القانوني لعقود الدولة أمام قضاء التحكيم: تناولنا فيه فصلين

أساسيان متمثلان في:

الفصل الأول: حتمية التحكيم في منازعات عقود الدولة ومدى خضوعها لقانون الإرادة، حيث قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول لفكرة التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الدولة، بينما المبحث الثاني تناولنا فيه إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة لدى قضاء التحكيم.

الفصل الثاني: إعمال المحكم الدولي لقانون وطني على عقد الدولة في حالة عدم إختياره. حيث جزئناه بدوره إلى مبحثين، خصصنا الأول لاجابيات توطين النظام القانوني لعقود الدولة، بينما الثاني لمطالب توطين النظام القانوني لعقود الدولة.

- الباب الثاني: تدويل التحكيم التجاري الدولي النظام القانوني لعقود الدولة. كذلك تم

تقسيمه لفصلين كما هو مبين:

الفصل الأول: سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية على موضوع نزاع عقود الدولة. حيث تناولنا فيه مبحثين، الأول خصصناه لتدويل عقود الدولة بواسطة قواعد عبر دولية، أما المبحث الثاني فعددنا فيه الطرق و الوسائل المعتمدة من قبل المحكم في سبيل تطبيق القواعد عبر الدولية على عقد الدولة.

الفصل الثاني: تدويل النظام القانوني لعقود الدولة من قبول إلى أزمة تستوجب الحل، حيث درسنا فيه تطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة بين الإيجاب و المعارضة في مبحث أول، ثم الحلول القانونية المتاحة أمام مشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى فاعليتها كمبحث ثاني، إلى قضاء التحكيم بين ضرورة تطويره أو إمكانية إستبداله لتأطير منازعات عقود الدولة، كمبحث ثالث و أخير.

و أنهينا بحثنا هذا **بخاتمة**، و التي فصلناها بدورها إلى أهم النتائج المستخلصة و بعض من التوصيات المقترحة.

الباب الأول:

توطين النظام القانوني
لعقود الدولة أمام قضاء

التحكيم

الباب الأول:

توطين النظام القانوني لعقود الدولة أمام قضاء التحكيم

تتنوع العقود الدولية بحسب مواضعها، فإلى جانب العقود الدولية في مجال البيع و العمل و التأمين، برزت عقود أخرى لتتماشى مع مناخ الإستثمار و التنمية الإقتصادية و التي أطلق عليها بعقود الدولة. و لعل هذه الأخيرة كانت محل تجارب عديدة لإعمال كافة النظريات التقليدية و الحديثة في إطار النظرية العامة للعقود بصفة عامة.

و تعد قضية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود الدولة، من القضايا المهمة و الحيوية التي تواجه التحكيم التجاري الدولي الذي بات يشكل قضاء مقبولاً لهذا النوع من النزاعات، حيث تشغل هذه المسألة بال المحكمين نظراً لما يترتب عليها العديد من الآثار الهامة لضمان تنفيذ العقد و فض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً و ما تطرحه من نتائج.

و مادام أن التحكيم ذو طبيعة إرادية، فإن هذه الأخيرة حتما ستلعب دوراً حاسماً في رسم معالم القانون الذي يستلزم إعماله على عقود الدولة و خلافاتها، حيث أن معظم النظم القانونية تقر بهذا المبدأ، و المتمثل في منح الحرية للمتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ذلك أن المتعاقدين أكثر دراية و إحاطة بظروف العقد عن غيرهم.

و لعل أن الخصوصية التي تتمتع بها عقود الدولة، و المندرجة عن ميلها إلى سياسات التنمية الإقتصادية للدول المتعاقدة الطرف فيها و التي غالباً ما تكون في سياق النمو، و كذا تباين المراكز القانونية و الإقتصادية لأطراف العقد نظراً لوجود دولة ذات سيادة قوية من الناحية القانونية مقارنة بمركزها الإقتصادي، و شخص خاص أجنبي قوي إقتصادياً مقابل ضعف مركزه القانوني، جعل كل واحد من الطرفين يشعر بأنه الحلقة الأضعف في العقد، مما ينبغي توفير الحماية له، و هذه الأخيرة تتحقق بالنسبة للدولة من خلال قيامها بتسكين العقد في نصوصها القانونية، بينما الطرف الأجنبي يرى حمايته تكمن بعيداً عن سلطان الدولة المتعاقدة.

و لتبيان هذه الأفكار و التدقيق فيها، سنقسم الباب الأول إلى فصلين على النحو الجاري:

الفصل الأول: حتمية التحكيم في منازعات عقود الدولة ومدى خضوعها لقانون الإرادة

الفصل الثاني: إعمال المحكم الدولي لقانون وطني على عقد الدولة في حالة عدم إختياره

الفصل الأول:

حتمية التحكيم في منازعات

عقود الدولة و مدى

خضوعها لقانون الإرادة

الفصل الأول:

حتمية التحكيم في منازعات عقود الدولة ومدى خضوعها لقانون الإرادة

لقد إستحوذ التحكيم التجاري الدولي على نصيب كبير من حصة المنازعات الدولية، لاسيما منها المتعلقة بعقود الدولة، و لعل السبب في ذلك هو المحاسن التي يتيحها للمتخاصمين.

و يجدر البيان إلى أنه بدون وجود إتفاق تحكيم أو شرط تحكيم مبني على قبول الأطراف، فإنه ليست للمحكم ولاية و لا سلطة في نظر النزاع، و ليس لحكم التحكيم الصادر عندئذ أي اثر ملزم. وإذا كانت إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، إلا أن التحكيم في موضوع منازعات عقود الدولة يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، و سبب ذلك يكمن في عدم تماثل المراكز القانونية للأطراف، وهو ما سيسبب مشاكل بينهما و بين قضاء التحكيم.

هذا و يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة من الموضوعات الشائكة و ليست بالسهلة في القانون الدولي الخاص نظرا لتموقع عقود الدولة بين الحدود الفاصلة لكل من القانون العام و الخاص و القانون الدولي العام و الخاص، الشيء الذي يجعل كافة الأنظمة تتنافس من أجل إحتضان هذه العقود و تنظيمها.

لكن من خلال مجهودات المجتمع الدولي خاصة منه هيئة الأمم المتحدة و مؤسساتها، برزت إلى حيز الوجود عديد من الإتفاقيات الدولية التي كرست إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على ما يثيره عقدهم من خلافات، كما هو الحال بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الحكومات و تابعيها و المستثمرين الأجانب بموجب إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

و مع كل هذا، فقد تم تقييد إرادة أطراف عقد الدولة عند إختيارهم لقانون إتفاقهم، كلما كان لا يراعي النظام العام أو قواعد ذات التطبيق الضروري و حتى عند إخلاله بالتوازن العقدي.

و من أجل توضيح و إبراز هذه المعاني، سنتناول مبحثين رئيسيين خلال هذا الفصل، وهما:

المبحث الأول: فكرة التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الدولة

المبحث الثاني: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة لدى قضاء التحكيم

المبحث الأول:

فكرة التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الدولة

يشهد العصر الحديث تعاظم دور الدولة و زيادة تدخلاتها في مجال التجارة الدولية من خلال مشاركتها المباشرة في أشكال جديدة من العقود، و قد أدى ذلك إلى أن تكون منافسا قويا للأفراد و الشركات الكبرى¹، فتعتبر عقود الدولة من الظواهر المستحدثة نسبيا في مجال العلاقات الدولية المعاصرة، و باتت هذه الظاهرة القانونية محل إهتمام فقهي مع أواخر القرن 19 و بداية القرن 20، حيث ساهم الفقه من خلال الإتجاهات المختلفة التي تستهدي إلى آرائها بأحكام المحكمين الدوليين التي حاولت و ساعدت على بلورة مفهوم قانوني و فقهي لهذه الطائفة من العقود²، و لعل هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا المبحث الأول، حيث نتناول في المطلب الأول(ماهية عقود الدولة) بينما في المطلب الثاني سنحاول تبيان (خصوصية التحكيم في المنازعات التي تنجر عن عقود الدولة).

المطلب الأول:

ماهية عقود الدولة

إن عقود الدولة التي تبرمها الدولة مع طرف خاص أجنبي كالشركة لا تعتبر ظاهرة جديدة، بل هناك عديد من الأمثلة في التاريخ تقف شاهدة على وجودها. إلا أن التطور غير المسبوق الذي يشهده العالم اليوم³، و مع الحاجة الإقتصادية الحديثة بالدول النامية*، و تكريس الخطط

¹ د. فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2010 م، ص135.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان -، 2010 - 2011 م، ص09 و 10.

³ Pierre Lalive, Réflexion sur l'état et ses contrats internationaux, Leçon inaugurale de l'année académique 1975-1976 donne le 20 octobre 1975, collection conférences N 12, Institut Universitaire de Hautes études Internationales, Genève, 1976, p 05.

*مصطلح الدول النامية Developing Countries يستعمل غالبا للدلالة على الدول التي يكون الدخل الحقيقي للفرد فيها منخفضا بالمقارنة مع الدخل الحقيقي للفرد في الولايات المتحدة، كندا و غرب أوروبا. و هذا المصطلح لا يعكس بشكل كاف حقيقة أن لكل دولة من هذه الدول درجة مختلفة في تطورها السياسي و الإقتصادي و القانوني. ذلك أن خلال هذا الإطار العام المسمى "الدول النامية" يوجد هناك إختلافات هائلة بين دول مثل الهند أو البرازيل، و التي يوجد لديها خلفية كبيرة سواء من ناحية علمية أو من ناحية التدريب التكنولوجي، و يوجد

الإقتصادية من قبلها لدفع عجلة الإستثمار بها، و خصصة هياكل القطاع العام بغية الوصول إلى قفزة إقتصادية شاملة، أدى إلى بروز عقود الدولة بشكل متسارع، لاسيما فيما يتعلق بثورة البنية الأساسية التي تشهدها دول العالم الثالث - لإنشاء مشروعات كبرى تنهض بهذه الدول و بشعوبها لترفعها إلى منزلة الدول المتقدمة - و من هنا ظهرت عقود البنية الأساسية الكبرى التي تبرمها هذه الدول مع الشركات الأجنبية الكبرى للإضطلاع بتنفيذ هذه المشروعات الضخمة و التي لا تقوى الشركات الوطنية - في كثير من الأحيان - على تنفيذها من حيث الإمكانيات الفنية أو المالية لهذه الشركات الأخيرة¹.

و كل هذا بطبيعة الحال حقيقة فرضتها الحاجة الماسة للإستثمارات الأجنبية، لما لها من دور فعال في إقتصاديات الدول بصفة عامة و الدول المتخلفة و النامية بشكل خاص.

الفرع أول:

مفهوم عقود الدولة

سنحاول في هذا الفرع تحديد معنى دقيق لعقود الدولة و تقسيماتها ثم تبيان أطرافها:

أولاً: تعريف عقود الدولة

يرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل إنجليزي، فهو مأخوذ من ترجمة مصطلح "state contracts" و يقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، و من هذا المصطلح الانجليزي أشتق المصطلح الفرنسي "contrats d'état"².

فيرى جانب من الفقه أن عقود الدولة هي عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هما الدولة أو جهاز حكومي من جهة و شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى. و تتعلق

لديها كذلك خبرة تجارية كبيرة، و شركات محلية متطورة و ذلك بالمقارنة مع بعض الدول الصغيرة المستقلة حديثاً في إفريقيا و التي تحولت بشكل مفاجئ من مجتمعات قبلية، إتجاه التطلع للدول المتقدمة Modern States .
أنظر، د. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية- النظرية و التطبيق -، المؤسسة الوطنية للكتاب، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، 1990م، ص133.

¹ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الإقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010م، ص10 و 11.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص11.

هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي يكون مصحوبا عادة باتفاق بالمساعدة الفنية و قد ينصب موضوعها على إستخراج و نقل و تسويق الموارد الطبيعية و هو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب إستثمارات على قدر كبير من الأهمية¹، و غالبا ما تمتد مدة عقود الدولة لفترة زمنية أطول. و بعض آخر يرى بأنها مجرد عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للإستثمار².

هذا و قد عرف الأستاذ MC NAIR عقود الدولة من خلال عدد من العناصر المميزة للعقد، فإعتبرها: " عقود تبرم بين دولة و شخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة، طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي و تتضمن شرط تحكيم و تخضع في جانب منها للقانون العام و في الجانب الآخر للقانون الخاص"³، و في الفقه العربي يصفها أحد الأساتذة بأنها: " كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، و التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الإقتصادية للبلاد"⁴.

ثانيا: صور عقود الدولة

تنقسم عقود الدولة إلى عقود داخلية و عقود دولية كالاتي:

1- عقود الدولة الداخلية:

تنقسم العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة طبقا لما إستقر عليه الفقه اللاتيني إلى نوعين:

أ-عقود الدولة الإدارية: حسب ما ثبت عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن العقد الإداري هو كل إتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام فهي التي

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص30.

² د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009 م، ص08.

³ د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008م، ص40.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010م، ص15 و 16.

تتصل بمرفق عام يستهدف النفع العام، كما أنها تحتوي على شروط غير مألوفة في القانون الخاص تعبيراً عن مظاهر السلطة العامة، و قد إستقر الفقه و القضاء على أن تخضع هذه العقود للقضاء الإداري للفصل في المنازعات الناشئة عنها، هذا وإن كان التحكيم على وجه عام قد واجه بعض المشاكل في ميدان الإستثمارات الأجنبية و على وجه الخصوص في الدول النامية، فإنه في نطاق العقود الإدارية قد واجه تشدد القضاء الإداري و عدم رضائه بشأن تعويضه من قبل التحكيم ليحل مشاكل تلك العقود¹، و من أمثلتها: عقد أمتياز المرافق العامة، عقد الأشغال العامة، عقد التوريد، عقد النقل، عقد المقاوله، عقد القرض العام.

ب- عقود الدولة الخاصة: و هي العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، ليس بوصفها سلطة عامة بل بوصفها فرداً خاصاً يتساوى مع المتعاقد معها و يستخدم فيها أسلوب القانون الخاص private Law، و تخضع لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" pacta sunt servanda².

2- عقود الدولة الدولية أو ذات الطابع الدولي "العقد الإداري الدولي":

يرى البعض أن العقد الإداري الدولي أو ما يصطلح عليه بعقد الدولة أو العقد الإداري عبر الحدود، هو إتفاق يبرم بين دولة و شخص أجنبي لتحقيق سبب التعاقد سواء كان يتعلق بالتجارة الدولية أم غيرها³.

كما يرى بعض آخر من الفقه على أنه، تصرف قانوني تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة، مع شخص معنوي أو طبيعي تابع لدولة أخرى بقصد إنشاء أو إدارة مرفق عام، بهدف تحقيق مصلحة عامة من خلال تحقيق التنمية الإقتصادية و الإجتماعية في الدولة. و يغلب على هذا

¹ د. خالد عبد العظيم أبو غابه، التحكيم و أثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011م، ص 93.

² د. مراد محمود المواجه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2015 م، ص 47 و 48.

³ د. وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - دراسة مقارنة بين مصر و فرنسا و الدول العربية -، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، 2010م، ص 15.

النوع من العقود الطابع الاقتصادي، حيث ينتج عنها إنتقال الأموال أو الخدمات محل التعاقد عبر الحدود بإعتبارها تتصل بمصالح التجارة العالمية¹.

في حين يعتبرها الفقه المصري بأنها: " عقود مبرمة بين دولة و شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي و يتخذ مركز أعماله في الخارج"².

أو أنها عقود للإستثمار و التنمية الإقتصادية، التي تتعقد بين شخص معنوي عام و شخص أجنبي خاص³.

و لعل من أشهر هذه العقود، عقد نقل التكنولوجيا، و عقد التشييد، و عقد الإستثمار، و عقود إستخراج الثروات الطبيعية و توريد الطاقة، و عقود إقامة المفاعلات النووية⁴، عقود التعاون الصناعي كتوريد المعدات الصناعية و المساعدة التقنية، عقود القروض التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص و المتمثل في البنوك⁵، و عقود البوت و إن كان الغالب منها تعقده الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى مع طرف أجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطرف الآخر في تلك العقود وطني، و من ثم فإن عقد B.O.T و إن كان - في الغالب - يكون عقدا إداريا دوليا، حيث يكون طرفه الآخر أجنبي، إلا أن هذا لا يعني أن يكون هذا العقد دوليا دائما، فقد يكون عقدا إداريا داخليا، إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة طرف وطني⁶.

و صحيح القول أن عقود الدولة تتصل بمصالح التجارة الدولية، إلا أنها ليست نفسها عقود التجارة الدولية التقليدية، ذلك أن الأولى احد طرفيها يكون دولة أو احد هيئاتها العامة ذات سيادة و شخص أجنبي خاص، بينما الثاني فهو ينعقد بين طرفين من أشخاص القانون الخاص

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية - دراسة تحليلية تطبيقية -، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2011 م، ص 135.

² د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، دون ناشر، دون تاريخ النشر، ص 464.

³ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، مصر، 2010 م، ص 43.

⁴ د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 50.

⁵ Pierre Lalive, op.cit, p 05.

⁶ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الكتب القانونية، دون طبعة، مصر، 2006 م، ص 155.

مختلفين الجنسية و إن تدخلت الدولة كطرف في هذا العقد أو أحد أجهزتها فإنها تتعاقد و هي متجردة من إمتيازات السلطة العامة و كأنها طرف عادي.

هذا من ناحية الأطراف المتعاقدة، أما من حيث محل التعاقد، فبينما عقود التجارة الدولية ينصب موضوعها على صفقات تجارية عادية، فإن عقود الدولة هدفها في غاية الأهمية و الذي يتمحور حول الإستثمارات الخاصة بإستكشاف و إستغلال الموارد الطبيعية و كذا بناء المصانع و تقديم مساعدات فنية و قيام بأعمال مقاولاتية في الدولة المتعاقدة.

أضف إلى ذلك أن عقود التجارة الدولية العادية غالبا ما يبتغى من ورائها طرفيها تحقيق الربح المالي، بينما الأمر في عقود الدولة يختلف، فحتى و إن كان الطرف الأجنبي الخاص هدفه الأول تحقيق الأموال إلا أن الدولة أو أحد أجهزتها العامة، تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق أكبر قدر من النمو الاقتصادي للبلد¹.

و لا ينبغي أن يفسر بأن كل العقود التي تبرمها الدولة من أجل تقوية ظاهرة تلاشي الحدود خاصة في المبادلات التجارية، تتمتع فيها بالسيادة، ذلك لأنه في الوقت الحالي أصبحت الدولة تتعاقد بصفتها شخصا من أشخاص القانون الدولي الخاص، دون أن تكون لها سيادة أو سلطة فرض شروط على الطرف المتعاقد الآخر، و هو ليس بالضرورة عقد دولة، و بذلك ينطبق القول الذي يعتبر كل عقد دولة هو عقد بين الدولة و رعايا الدول الأخرى، غير أن كل عقد بين دولة و رعايا دولة أخرى ليس بالضرورة عقد دولة².

كما يجدر التنبيه إلى أن الإصطلاح الذي كنيته به عقود الدولة على أنها عقود التنمية الإقتصادية، هو تسمية وصفية أكثر منها قانونية على نحو مطلق، فكما رأينا أن جل التعريفات أعلاه هي مركزة على جزء من أجزاء العقد أو شكل من أشكاله، فعقد الدولة ليس مجرد عقد تنمية إقتصادية فقط، فقد يكون كذلك و قد لا يكون بالرغم من أن جل هذه العقود تتصل بتحسين النمو الإقتصادي للبلاد المتعاقدة، كما أنه لا يقتصر على عقود الإمتياز و المنشآت فقط، و هو

¹ د. سوسن صافي صالح، القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019، ص 41 و 42.

² د. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بخدة -، 2008 - 2009م، ص 23.

غير محصور على الدول النامية فقط، فقد تبرمه دولة متقدمة مع شخص خاص أجنبي، و عليه يمكن أن نعطي تعريفا قانونيا جامعا لعقود الدولة بأنها: " ذلك العقد الذي يصاغ بين دولة أو أحد أجهزتها بإعتبار أن أحدهما متمتع بسلطة عامة و شخص خاص أجنبي سواء كان معنويا أو طبيعيا، من أجل ترتيب إلتزامات تعاقدية إقتصادية كانت أم إجتماعية ".¹

هذا و قد إتضح لنا من خلال تقسيمات الفقه لعقود الدولة و تعريفها أعلاه، أن التقسيم الأول الذي إعتبر عقود الدولة بأنها داخلية نظرا لإرتباطها بفكرة العقد الإداري يمكن القول بشأنها أنها عقود إدارية، كون أن محل العقد في هذه الحالة سينصب على تسيير مرفق عام، أما التقسيم الثاني الذي جعل من عقود الدولة بأنها دولية بحسب أنه يندرج فيها شخص خاص أجنبي و محلها يتصل بمصالح التجارة الدولية، و بالتالي هي تنتمي إلى صنف العقود الدولية و هي الأحق بالاصطلاح عليها بعقود الدولة .

و عليه فإن مجال الدراسة سينصب على هذه الطائفة من عقود الدولة أي عقود الدولة ذات الطابع الدولي لما أثارته من مشكلات بين أطرافها حول القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بشأنها أمام التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني:

أطراف عقود الدولة

لقد كان للتطورات الإقتصادية و التكنولوجية الهائلة عميق الأثر على العملية التعاقدية و وزنها الإقتصادي و القانوني و الدولي، حيث ظهرت الكثير من العقود المركبة و المعقدة ترد على مشروعات عملاقة تقدر قيمتها بأموال طائلة، و تنطوي على كثير من التعقيدات الفنية و القانونية و المالية، و لها تأثيرها البالغ بما تحمله من فوائد و مخاطر على المجتمع¹، فان طرفي العقد ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة، و الطرف الخاص الأجنبي من جهة أخرى، مما يثير مشكلة أساسية في العقود المبرمة ألا و هي كيفية التوفيق بين

¹ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2009 م، ص07.

الأهداف العامة التي تسعى الدولة المتعاقدة إلى تحقيقها و الغايات الخاصة التي يرجى الطرف الأجنبي المتعاقد الوصول إليها¹.

وعلى الرغم من أن الدولة مجرد طرف متعاقد في العقود المبرمة بينها و بين الطرف الأجنبي، إلا أنها مع ذلك تعتبر بمثابة طرف غير عادي له أفضلية من حيث المزايا السيادية مقارنة بالمتعاقد معها و المتمثل في الطرف الأجنبي الخاص².

و يتعين علينا لإبراز ذاتية عقود الدولة، تحديد ما هو المقصود بالدولة كطرف في هذه العقود، و كذا المقصود بالطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

أولاً: الدولة

يجدر بنا أن نتطرق إلى نقطة مهمة قد تثار بصدد إشكاليات واسعة، و ذلك في تحديدنا لمفهوم الدولة فإننا نقف أمام مذهبين، أحدهما يضيق مفهوم الدولة فيقصر عقود الدولة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها من خلال من يمثلها (رئيس الدولة-رئيس الوزراء-أحد الوزراء) و أما الثاني و الذي يوسع مفهوم الدولة، وتبعاً له فإن عقود الدولة تشمل زيادة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة المنتمية لها³. و هذا ما نسعى لتوضيحه كما يلي:

1-الدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام:

و يقصر هذا الإتجاه عقود الدولة على العقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها من خلال من يمثلها، فعقود الدولة يقصد بها العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي. أما العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بإبرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى فإنها تعد عقوداً من قبيل عقود التجارة الدولية التقليدية و التي لا تدخل في إطار طائفة عقود الدولة بالمعنى الضيق.

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص26.

² د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، 2001 م، ص06.

³ د. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2010م، ص37.

2- أحد أجهزة الدولة:

و وفقا لهذا الإتجاه فإن عقود الدولة تتضمن إضافة للعقود التي تقوم الدولة نفسها بإبرامها، عقود أخرى تقوم بعقدتها الأجهزة التابعة لها¹، فقد نصت المادة 25 من إتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار على أنه: "يمتد الإختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن إستثمار بين دولة متعاقدة (أو أي إقليم فرعي أو أي وكالة تابعة للعضو المتعاقد سبق أن عينته الدولة المتعاقدة إلى المركز) و بين مواطن من دولة أخرى متعاقدة...."².

بمعنى أن الإتفاقية لم تقصر إختصاص المركز على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها إحدى أطرافها، و لكنها جعلت إختصاصه يشمل أيضا المنازعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عامة أو جهاز له صلة حقيقية بالدولة المتعاقدة و التي تقوم هذه الأخيرة بتحديدته أمام المركز، و المقصود بتحديدته أمام المركز أن يكون معرفا أو معينا للمركز بواسطة الدولة.

و بناء على ذلك و بوجه عام، يمكن القول بأن أشخاص القانون العام الإعتبارية تشمل الدولة و كذلك الأقسام الإدارية و السياسية التابعة لها من (ولايات في الدولة الإتحادية) و مقاطعات و أقاليم و محافظات، فتقوم هذه الأشخاص القانونية وفق صلاحياتها، بإبرام عقود مع شخص خاص أجنبي، و ذلك لتنفيذ بعض جوانب خطة التنمية الاقتصادية للدولة، و تقع في دائرة إختصاصها³.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 37 و 38.

² إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965، منشورة باللغة

العربية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<http://www.lcica.org/ar/download3/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D9%83%D8%B2%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A%20%D9%84%D9%81%D8%B6%20%D9%85%D9%86%D8%A7%D8%B2%D8%B9%D8%A7%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1%201968%20ICSID.pdf>.

³ د. فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سبق ذكره، ص 85.

و تبعا للمفهوم الغير ضيق فان الأشخاص المعنوية التي نص المشرع الجزائري عليها في المادة 49 من القانون المدني¹ المبينة أدناه، بمقدورها إبرام عقود دولة، و هي كالاتي:

- الدولة، الولاية و البلدية.
- المؤسسات، و الدواوين العامة، ضمن الشروط التي يحددها القانون.
- المؤسسات الاشتراكية، و التعاونيات، و الجمعيات، و كل مجموعة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية " .

ثانيا: الشخص الأجنبي كطرف في العقد

إن الشخص الأجنبي كطرف في عقود الدولة هو الشخص الخاص التابع لدولة أخرى، و من المقرر أن هذا الشخص الأجنبي كطرف في عقود الدولة قد يكون شخص طبيعيا أو معنويا²، و ذلك استنادا إلى اتفاقية واشنطن 1965 التي لم تجز أن يكون الطرف الثاني في التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار دولة أخرى متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها³، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 25 من اتفاقية ICSID⁴ على أنه: " يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

- أ- أي شخص طبيعي الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى من الدولة الطرف في النزاع.....خ
- ب- أي شخص اعتباري الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى من الدولة الطرف في النزاع
....."

¹ الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر.ج. عدد 44، سنة 2005.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص28.

³ د. جلال وفاء محبين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2001 م، ص27.

⁴ إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965م، منشورة باللغة العربية، مرجع سبق ذكره.

فما يمكن إستخلاصه من المادة 25 أعلاه، أن المستثمر الأجنبي قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع، و بالتالي فقد وضعت تلك المادة كميّار لتحديد المستثمر مخالفته لجنسية الدولة المضيفة.

و بهذا نكون أمام نوعين من الخواص الأجنب، الأول المستثمر الأجنبي الطبيعي (الفرد)، و الثاني المستثمر الأجنبي الإعتباري كالشركات .

كما يظهر تباين الشخص الأجنبي المتعاقد في القانون الجزائري رقم 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار و التي تنص المادة 21 منه¹ على أنه: " ... يتلقى الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب معاملة منصفة و عادلة، فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة بإستثماراتهم". و هذا النص يشير ضمنا أن الشخص الأجنبي الخاص قد يكون شخص طبيعي أو إعتباري.

1-الشخص الطبيعي الطرف في العقد :

إن إزدهار وتطور التشريعات في ميدان حقوق الإنسان، عبد الطريق للفرد كشخص قانوني دولي إمكانية المطالبة الدولية المباشرة لحقوقه أمام اللجان التي وضعتها اتفاقيات حقوق الإنسان كلجنة حقوق الإنسان، و الأبعد من ذلك الدفاع عن حقوقه أمام محاكم ذات طابع دولي كما هو الشأن بمحكمة العدل للمجموعة الأوروبية، و المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان و الشعوب، و لعل ما جعل الفرد يتمتع بهذه الشخصية الدولية، و مساءلته تبعا لها هو إنشاء محكمة دولية جنائية تختص بالنظر في الجرائم الدولية المفتعلة من الأفراد².

لذلك فلا يؤثر في طبيعة عقود الدولة أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصا طبيعيا، طالما أن محل العقد و مضمونه قد يتعلقان بتطوير الدولة المتعاقدة من الناحية الإقتصادية و مضاعفة إنتاجها و بالتالي مساهمتها في السوق الدولية³.

¹ قانون رقم 09/16، المؤرخ في 29 شوال 1437هـ الموافق ل 03 أوت 2016، متعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد46، معدل بقانون رقم 18-13 مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج.ر.ج.ج، العدد42، ص 21.

² د.محمد عدلي عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص113.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص29.

حيث يرى البعض أن تعريف الأشخاص الطبيعيين يتم من خلال تحديد رابطة فعلية تكمن في الجنسية التي تربطهم بدولة متعاقدة طرف في الاتفاق¹، فإن قانون دولة الجنسية المصرح بها هو الذي يبين ما إذا كان المستثمر تربطه جنسية تلك الدولة أم لا، و تكون للمحاكم سلطة الفصل في موضوع الجنسية في حالة ما إذا سكت القانون الوطني عن ذلك، و غالبا ما تأخذ المحاكم في هذا بما أقرته محكمة العدل الدولية، بان الجنسية عبارة عن رابطة قانونية أساسها الصلة الواقعية بمجتمع معين أي أن المحاكم تأخذ بمعيار الصلة الفعلية لحكم يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة معينة².

و من القضايا التي تم طرحها على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار و كان أحد أطرافها شخصا طبيعيا، قضية *Ghaith R. Pharaon v. R epublic of Tunisia*، و كذلك العقد الذي أبرمته حكومة هايتي مع السيد تشارلز فالنتين في 22 نوفمبر 1962، بغرض البحث عن البترول و إنشاء مصافي بترول و مصانع بترول كيمياويات في هايتي³.

كذلك العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في 20 يناير 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس، و الذي بموجبه أعطته سلطة إنشاء شركة ناقلات بحرية سعودية (SATCO) ⁴.

لكن تجب الملاحظة انه ليس جل العقود التي تبرمها دولة ذات سيادة مع شخص طبيعي هو من قبيل عقود الدولة، فأحيانا تبرم الدولة عقدا مع شخص طبيعي و مع ذلك لا يعد عقدا من عقود الدولة، و من أبرز الأمثلة حول هذه الملاحظة نجد، العقد الذي أبرمته الحكومة الفرنسية بواسطة سفارتها في إسرائيل مع محامي من الكيان الصهيوني للدفاع عن مصالحها أمام المحاكم الإسرائيلية⁵.

¹ د. لمياء متولي يوسف مرسي، التنظيم الدولي للإستثمار في إطار إتفاقية إستثمار متعددة الأطراف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، 2006 م، ص 182.

² د. جلال وفاء محبين، مرجع سبق ذكره، ص 30.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 30.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع نفسه، ص 29.

⁵ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 164 و

إذ أن هذه العقود على الرغم من ضمها لدولة و شخص طبيعي تابع لدولة أخرى، إلا أنها تفتقد العناصر الأخرى، و المتمثلة في محل العقد و محتواه الهادف إلى تحقيق التنمية الإقتصادية في الدولة المتعاقدة و المساهمة بتطورها و جعلها أفضل مما كانت عليه و لعل هذا ما سنبرزه من خلال تطرقنا لمعايير دولية عقد الدولة و بالتحديد عند دراسة المعيار الإقتصادي.

2-الشخص الإعتباري في العقد:

قد عرفنا مما سبق أن المستثمر الأجنبي قد يكون شخصا طبيعيا، كما يمكن أن يكون معنويا، بدليل أن الفقرة الثانية من نص المادة 25 من ICSID صرحت بذلك¹.

و تجب الإشارة إلى أن الشخص المعنوي الأجنبي كطرف في عقود الدولة، غالبا ما يتخذ شكل الشركة، و التي تختلف صور هذه الأخيرة، بحيث قد تكون مشروع مشترك أو تكون شركة متعددة الجنسيات².

هذا وقد ثار خلاف في الفقه حول إمكانية تمتع الشخص المعنوي بالجنسية، و قد استقر كل من الفقه و القضاء و معظم التشريعات الوطنية على إمكانية تمتع الأشخاص الاعتبارية بالشخصية القانونية و بالتالي بالجنسية، و هذه الأخيرة هي الأداة أو الوسيلة التي تمكن من التمييز بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية و الأجنبية حيث يتم الاستناد إلى ضابط الجنسية لتحديد الصفة الأجنبية للشركة، و منه يمكن القول أن الشركة الأجنبية هي كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد³.

هذا و قد نصت إتفاقية واشنطن على أنه يشترط في خضوع الشخص الإعتباري لإختصاص محكمة المركز، تمتعه بجنسية أي دولة عضو خلاف بجنسية الدولة الطرف في العقد، أي أن الشخص المعنوي لكي يعتبر أجنبيا يجب أن لا يتمتع بجنسية الدولة المستقبلية للإستثمار⁴.

¹ إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965م، منشورة باللغة العربية، مرجع سبق ذكره.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص33.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص68 و 69.

⁴ د. جلال وفاء مجدين، مرجع سبق ذكره، ص31.

و يتضح إتجاه محاكم التحكيم التي تعمل في إطار المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة للإستثمار إلى تفسير النص الإستثنائي الوارد في المادة 2/25 - ب على نحو موسع.

حيث ترى بأنه إذا كانت هذه المحاكم قد حرصت على تأكيد ضرورة أن يكون الإتفاق على قبول خضوع الشخص الإعتباري المتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة في حالة سيطرة الرقابة الأجنبية عليه للتحكيم وفقا لقواعد المركز إتفاقا صريحا كقاعدة عامة، فإن هذه المحاكم و من أجل زيادة و توسيع الاختصاص للمركز، قد سمحت بأن يكون هذا الإتفاق إتفاقا ضمنيا يتم إستنباطه من الظروف و الملابسات المحيطة بالعقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي، إذ إعتبرت أن مجرد وجود شرط التحكيم، في عقد مبرم بين دولة وشركة خاضعة لرقابة أجنبية و متمتعة بجنسية الدولة المتعاقدة، في حد ذاته إشعار بالقبول الضمني لقبول معاملة هذا الشخص على حد أنه شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة غير طرف في المنازعة¹.

و يجب التنويه إلى انه يستلزم توافر شرط الجنسية بالنسبة للشخص الإعتباري في التاريخ الذي يتفق فيه الطرفان على عرض نزاعهما للتوفيق أو للتحكيم لدى المركز، و أن أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص المعنوي لا يمنع من إنعقاد الاختصاص².

و ما يؤكد صحة هذا القول هو إقرار هيئة التحكيم في قضية شركة Klockner الألمانية التي أقيمت ضد جمهورية الكامرون، بأنه لا يعتد بالتعديل المستقبلي للجنسية و ليس من شأنه أن يؤثر على شرط التحكيم، و ذلك ليس سوى إلا وسيلة للتحايل من أجل تنحية وظيفة محكمة التحكيم بنظرها للنزاع³.

الفرع الثالث:

دولية عقود الدولة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص154.

² إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965م، مرجع سبق ذكره.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص40.

تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة و متطورة في التشريعات المعاصرة، و تتردد أصدائها في جينات القضاء و الدراسات الفقهية¹. و يمكن معرفة الطبيعة الدولية لعقد ما بوسائل مختلفة سواء عن طريق الإحالة إلى موقع الأعمال أو محل الإقامة المعتادة للأطراف في دول مختلفة أو الأخذ بمعايير عمومية².

ومن المقرر أن العقود الداخلية تخضع لأحكام القانون الوطني، و لا يجوز اللجوء لإعمال أي قانون أجنبي عليها، أما العقود الدولية فتخضع لأحكام القانون الدولي الخاص التي تسمح للمتعاقدین بإختيار القانون الواجب التطبيق عليها³. لذلك تجري التفرقة عادة في مجال روابط القانون الخاص - و التي تشكل المحور الرئيسي لتنازع القوانين - بين الروابط الداخلية و تلك التي تتسم بالطابع الدولي، حيث تخضع الأولى للقانون الداخلي، بينما يتعين الرجوع في الثانية إلى أحكام القانون الدولي الخاص⁴.

و إذا قامت الدولة بإبرام عقد مع شخص خاص أجنبي، بما يترتب على هذا العقد من تحول للقيم الإقتصادية عبر الحدود بحسب الهدف المراد منه، فإن ذلك يدفعنا إلى التساؤل عن ما هو المعيار الذي يتعين الاعتداد به لإسباغ الصفة الدولية عليه ؟

و أمام هذه الصعوبة أعرض أمام هذا الفرع المعايير التي وضعها الفقه و القضاء المقارن لدولية العقد، وصولاً إلى تحديد المعيار المفضل لدولية عقود الدولة.

من الملاحظ وجود ثلاثة معايير تستخدم في تحديد الصفة الدولية للعقد. فبينما ذهب إتجاه أول إلى الإعتداد بعناصر الرابطة العقدية و مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العناصر كلها أو بعضها (المعيار القانوني). فقد ذهب إتجاه آخر إلى البحث في مدى اتصال الرابطة

¹ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 07.

² أ.د. أمية علوان و أ.د. محيي الدين إسماعيل علم الدين و أ.د. محمد حسام محمود لطفي، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، طبعة عربية ثانية، 2008م، ص 02.

³ د. محمد شعبان إمام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر و التوزيع، دون طبعة، 2013م، ص 14.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001م، ص 58.

العقدية بمصالح التجارة الدولية (المعيار الإقتصادي). في حين فضل اتجاه ثالث الجمع بين كل من المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي في تحديده لدولية العقد (المعيار المختلط)¹.

أولاً: المعيار القانوني

من المنطقي أن دولية العقد تستلزم أن يستبعد فيها الحالات التي يغيب فيها العنصر الدولي². لذلك ينبغي أن يتضمن العقد الدولي عنصراً أجنبياً، سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو بتنفيذه، أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم. فإن دولية العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة، فإذا إتصلت أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر، فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني واحد، و مثال ذلك عقد توريد منتجات بين مؤسسة سعودية و شركة هولندية و تسليمها في دولة ثالثة كالصومال .

إن هذا المعيار في تحديد دولية العقد، يتسم بالطابع القانوني، و هو المعيار الموسع و التقليدي السائد في هذا الميدان، و لكن البعض حاول تضييقه بالمعيار الإقتصادي و إعتبار العقد دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي أن نتائج العقد تتخطى حدود دولة ما، و هذا من خلال تصدير و استيراد المنتجات و البضائع و السلع و الخدمات، و يستتبع ذلك حركة تنقل الأموال و القيم الاقتصادية عبر الحدود³.

إلا أنه هناك رأي آخر معاصر يفضل التفرقة بين العناصر القانونية للعقد، و التي قد تتطرق لها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة و المؤثرة و بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة.

و عليه فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر غير ذي بال من عناصر العقد أي لعنصر محايد لا يشكل أهمية خاصة في الرابطة التعاقدية المطروحة، فإنه لا يكفي القول بتوافر الصفة الدولية لهذه الرابطة. و مثال ذلك وفق هذا المعيار، الأجنبي الذي يشتري شريحة هاتف نقال

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص75.

² أ.د. أمية علوان، أ.د. محيي الدين إسماعيل علم الدين و أ.د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سبق ذكره، ص02.

³ د. شعبان محمد إمام سيد، مرجع سبق ذكره، ص14 و 15.

مثلاً، فإنه يبرم عقداً من عقود القانون الداخلي، إذ أن جنسيته عنصر سلبي غير مؤثر في تكييف العملية العقدية¹.

فقد إتفق معظم الفقهاء الذين تناولوا موضوع عقود الدولة بأن جل العقود التي تبرمها الدولة تكون من الدول النامية، و غالباً ما يكون الشريك معها طرف أجنبي، فمادام أن هذا الأخير لا يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة، فهو يتمتع بجنسية أجنبية و بالتالي يمكن الإقرار بالطبيعة الدولية لعقد الدولة بناء على المعيار القانوني².

و خلاصة القول مما سبق أن العقد يكون دولياً وفقاً للمعيار القانوني، إذا تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد عناصر العلاقة العقدية، إلا أنه ينبغي توجيه النظر إلى هذه الصفة الأجنبية بشكل موضوعي، بمعنى أن تكون العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي ذات فاعلية و تأثير في الرابطة العقدية.

ثانياً: المعيار الإقتصادي

إن هذا المعيار يستند في وجوده إلى موضوع العقد نفسه محل التعاقد، حيث يستوجب تحليل محتوى العقد الإقتصادي، مثل حركة رؤوس الأموال عبر الحدود و تأثيرها على إقتصاديات الدول المتعاقدة³.

فإن العقد يكتسي الميزة الدولية وفقاً لهذا المعيار إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي إذا كان موضوعه يتمحور حول تبادل السلع و الخدمات عبر الحدود. وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه يتسم بعدم الوضوح و عدم التحديد⁴، فالواقع أن النظرة الاقتصادية للعقد مقتصرة على بعض عقود المعاملات المالية أو التجارة الدولية و لا تضيف جديداً، بل هي تجسيد للنظرة

¹ د. بدر حمادة صالح، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد/1، السنة/6، العدد/20، ص331 و 332.

² د. رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية- الجزء الأول: النظام القانوني لعقود الإستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2017م، ص256.

³ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق - دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، دون طبعة، 2004م، ص51.

⁴ د. حنان عبد العزيز مخلوف، محاضرات في العقود الدولية، جامعة بنها-كلية الحقوق، 2010، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع التالي: <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/426.pdf>، ص43.

القانونية، حيث إنتقال الأموال و الخدمات من خلال العقد بين أكثر من دولة يضيف عليها الطابع الدولي، لأنه يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق و القضاء المختص، و هذا العنصر يتمثل في آثار العقد أو تنفيذه الذي يتجاوز حدود إقليم الدولة¹.

فقد إتخذ هذا المعيار صورا متعددة، حيث كانت كل واحدة من صوره بمثابة حل يلي حاجات إقتصادية معينة تشهدها المجتمعات بصفة عامة المجتمع الفرنسي بصفة خاصة، كون أنه هو الذي ظهر فيه هذا المعيار، كحاجة تطبيق أو تفادي تطبيق نص قانوني معين²، كذلك إقرار شرط التحكيم في العقود المبرمة بين الدول و احد الأشخاص الأجنبية، من قبل القضاء الفرنسي، إضافة إلى إدراج بعض الشروط المتعلقة بتغيير سعر العملة، هذا كله تحقيقا لأهداف المعاملات الدولية و التجارة الدولية³.

و هكذا فإن المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد وجوب انتقال قيم إقتصادية عبر الحدود، و إن كانت له صورتين، الأولى (معيار المد و الجزر) التي تتطلب أن يكون الإنتقال "متبادلا"، و الثانية (معيار مصالح التجارة الدولية) و التي تكتفي بان يكون الإنتقال في إتجاه واحد⁴.

1- المد و الجزر (المعيار الجغرافي):

لكي يكتسب العقد الصفة الدولية لا بد أن تكون حرية مد و جزر، بمعنى ذهاب و رجوع القيم الاقتصادية عبر حدود دولتين على الأقل. إن هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية *peliissier du Basset* بتاريخ 1927/5/17 حيث إعتبرت العقد الدولي بذلك العقد الذي يرتبط بحركة المد و الجزر للأموال و البضائع عبر الحدود⁵.

¹ د. شعبان محمد إمام سيد، مرجع سبق ذكره، ص 15.

² د. حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص 43.

³ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 54.

⁴ د. حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص 43.

⁵ أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)،

مذكرة للحصول على درجة الماجستير ، جامعة الشرق الأوسط، عمان-الأردن، 30-12-2017، ص 22.

Le critère géographique fut soutenu par M. Matter l'avocat général dans l'affaire Pélissier Du Basset ; selon lui, le contrat est international dès lors qu'il est susceptible d'entraîner un phénomène de flux et reflux de marchandises et de capitaux par delà des frontières.

إلا أن هذا الشكل من المعيار لم يتطور بما فيه الكفاية، حيث انه واجه سلسلة من الانتقادات و التي من بينها ، عدم إستطاعته على استيعاب كامل العلاقات الاقتصادية الدولية ، كون أنه من اليسير إعماله على عقود البيع الدولية و كذا عقود القروض و العمليات المصرفية الدولية، لكن ليس بإمكان إعماله على عقود تقديم الخدمات، و زيادة على ذلك لم يأخذ بعين الاعتبار تنوع الوسائل المستعملة في الوفاء، بل اقتصر على البعض منها، فمثلا الوفاء بالمقاصة فان إنتقال البضائع لا يقابلها إياب مجسد بمبلغ مالي، الشيء الذي جعل هذا النوع من المعيار يتخلله بعض من العجز¹.

2-مصالح التجارة الدولية:

وفقا لهذا المعيار، ينبغي أن يتصل العقد بمصالح التجارة الدولية حتى يتم إضفاء الصفة الدولية عليه² ، بمعنى أن يشمل موضوع العقد العمليات الاقتصادية التي تحتوي حركة تنقل الأموال أو الخدمات أو المدفوعات عبر الحدود، حتى و لو كانت في اتجاه واحد، و هذا ما يميزه عن المعيار الجغرافي الذي يقتصر على المد و الجزر³.

و يجد هذا النوع من المعيار صدها في بعض القوانين الوطنية، حيث نصت المادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني⁴ على أنه: "يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية...".

و بالتالي فإن تحقيق الأهداف الاقتصادية بناءا على إتجاه المعيار الإقتصادي، ليس بالمقدور بلوغها بواسطة معيار قانوني يعتمد أساسا على الصفة الأجنبية في العقد، فهو لا

Voyer : Ratchaneekorn LARPVANICHAR, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en droit Discipline : Droit international privé, Université Lille 2 – Droit et Santé, 30 mai 2012,p 26 et 27.

¹ د. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية: دراسات في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2012م، ص 101.

² Ratchaneekorn LARPVANICHAR, Op.cit., p 27.

³ د. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، دون طبعة، مصر، 2001م، ص 65.

⁴ قانون أصول المحاكمات اللبناني، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:
<http://www.legallaw.ul.edu.lb/LawView.aspx?opt&LawID=244565&TYPE=PRINT&language=ar>.

يستطيع تحقيق تلك الغاية إلا من خلال المعيار الاقتصادي، و حتى هذا الأخير نجده يفيد توافر العنصر الأجنبي في العقد، و الذي يتمثل في سبب التعاقد أو الجهة التي انتقلت إليها القيم الاقتصادية، و بذلك يصبح العقد ذو طابع دولي بغض النظر عن وجود الصفة الأجنبية للمتعاقدين أو أحدهما¹.

ثالثا: المعيار القانوني الإقتصادي (المختلط)

إن هذا المعيار يلم و يمزج بين المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي لتحديد الصفة الدولية للعقد²، و لم يبق الجمع بين المعيارين مرحلة انتقالية، بل أصبح القضاء الفرنسي الحديث يقر و يعترف بالتكامل بينهما لإصباح الصفة الدولية بالعقد، و كتبرير لهم في ذلك، أن كل عقد يكون دوليا إذا تعلق بأكثر من نظام قانوني، و تحقيقه لمصالح التجارة الدولية³.

فيرى بعض الفقه المناصر للمعيار المزدوج - عن حقيقة - عدم تعارض المعيارين القانوني و الإقتصادي لتمييز عقود الدولة، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها إنتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود و التي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية، هي في حقيقتها رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني⁴.

و هذا ما أكده جانب آخر من الفقه عندما نادى بضرورة عدم الفصل بين المعيارين، بسبب أن لكل معيار غاية محددة موازية و مكملة لغاية المعيار الآخر، حيث تربطهما علاقة تكامل.

فبينما يسعى المعيار الإقتصادي إلى تحقيق التوازن لمصالح التجارة الدولية من خلال وضع شروط تكفل نوع من التوازن في الأداءات المختلفة لطرفي العقد، مما يعود بالنفع سواء على الدولة أو الأفراد، فيظل المعيار القانوني عاجز عن القيام بذلك لوحده، لذلك لتحديد دولية

¹ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص55 و 56.

² د. حنان عبد العزيز مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص43.

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سبق ذكره، ص60.

⁴ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية - دراسة تحليلية تطبيقية -، مرجع سبق ذكره، ص138.

العقد تستوجب فحص العقد و تحليل مختلف عناصره في ضوء المعيارين معا دون الأخذ بمعيار و ترك الآخر¹.

و بعد ما كان المشرع الجزائري يأخذ بالمعيار المختلط² من أجل طبع الصفة الدولية على العقد إلا أنه قد إستغنى عنه، و صار يتبنى المعيار الإقتصادي، و هذا ما يتجلى من خلال نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه³: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

المطلب الثاني:

خصوصية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الدولة

إن تباين الأطراف و تفاوت قدراتهم الإقتصادية في عقود الدولة، مكن من خلق عديد من المشاكل القانونية، لأن تلك العقود غالبا ما تنعقد بين الشركات الإقتصادية العملاقة متعددة الجنسيات من جهة و الدول أو الأشخاص المعنوية العامة من جهة أخرى. فالشركة الأجنبية تتمتع بوزن إقتصادي كبير في مواجهة الدولة التي تتمتع بدورها مكنت إستثنائية، مما يثير

¹ د. محمود محمد ياقوت ، مرجع سبق ذكره، ص 59 و 60.

² لتحديد صفة الدولية في العقد التجاري الدولي ليس هناك نص صريح يعرف ذلك أو يحدد هذه الصفة سوى ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 03 ذي القعدة سنة 1413 الموافق ل 25 أفريل سنة 1993 و المتعلق بالتحكيم الدولي و الذي عرف صفة الدولية في التحكيم وفقا لمعايير محددة. و مع غياب تحديد لصفة الدولية لا يسعنا هنا إلا محاولة إسقاط ما جاء في المادة 458 مكرر من هذا المرسوم على دولية العقد التجاري الدولي و التي تنص على أنه: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن احد الطرفين على الأقل في الخارج"، حيث جمع المشرع بين المعيار الإقتصادي بأخذه بمصالح التجارة الدولية و المعيار القانوني المستمد من اختلاف مقر أو موطن المتعاقدين أي انتماء كل منهما إلى دولة أخرى خارج الجزائر.

أنظر، د. خالد شويرب، مرجع سبق ذكره، ص 26 و 27.

³ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر.ج.ج، العدد 21، مؤرخة في 2008/4/23.

العديد من التحفظات و الدقة في إبرام و صياغة و تأطير تلك العقود و توازنها، و بذل جهود شاقة و ماراطونية في المفاوضات بشأنها¹.

و من المفروغ منه أن العلاقة بين الشخص الأجنبي الخاص و الدولة المتعاقدة، و إن سارت في ظروف ملائمة و جيدة في وهلتها الأولى، إلا أنها سرعان ما يتخللها التوتر، بسبب مرده تباين المصالح التي يبتغيها الطرفين المتعاقدين، الشيء الذي غالباً ما يؤدي إلى حدوث نزاعات تتعدد طبيعتها و أسبابها، و إنه لمن النادر أن نجد هذه العقود مبرمة دون وجود اتفاق تحكيم، الذي من شأنه إحالة المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى قضاء التحكيم بالرغم من بعض المشاكل التي تطرح أمامه، و لعل ذلك يرجع إلى المبادئ المكرسة من قبله و كذا التسهيلات التي يقدمها في سبيل الوصول إلى حلول ترضي المتعاقدين المتنازعين.

و هذا ما سنحاول عرضه من خلال تبيان مفهوم المنازعات الناجمة عن عقود الدولة (الفرع الأول)، الصعوبات التي تثيرها عقود الدولة أمام قضاء التحكيم (الفرع الثاني)، ضرورة اللجوء إلى التحكيم بشأن منازعات عقود الدولة (الفرع الثالث) و المزايا التي يتيحها قضاء التحكيم لأطراف عقود الدولة (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

صور المنازعات الناجمة عن عقود الدولة

ترتب على ظهور فكرة الإقتصاد المختلط و الإقتصاد الموجه تزايد تدخل الدولة في شؤون العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، أين أصبحت الدولة تسيطر على ميادين الإقتصاد و التجارة الدولية و الصحة و التأمين و الطيران و الإستثمار...إخ، فإنتقل بذلك المفهوم التقليدي للدولة من الحراسة إلى الدولة المتدخلة، فضلاً عن ذلك فإن الدولة و على الرغم من أنها تعتبر مجرد طرف تعاقدية في العقود المبرمة بينها و بين المتعاملين الأجانب، إلا أنها تبقى متميزة بصفة الطرف غير العادي، و هذا بطبيعة الحال راجع للحصانة السيادية التي تمتلكها و التي قد تخول لها سلطة الإخلال بالتوازن العقدي في أية لحظة، و حتى الإخلال بالحياد الذي يجب أن يتوافر للسلطة القضائية الوطنية التي يمكن عرض النزاع عليها في حال نشوبه.

¹ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 08.

و من هنا كان من اللازم على المشروعات الأجنبية الخاصة المتعاقدة مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها، أن تعمل على إدراج شرط أو إتفاق التحكيم* في العقود التي تنتج عنهما¹، بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين، و ليس بواسطة قضاء الدولة².

ولعل أن إمتداد فترة العقد الذي تبرمه الدولة ذات سيادة مع شخص أجنبي إلى أجل طويل، قد تمكن من حدوث خلافات متنوعة ، فقد يكون موضوع النزاع متصل بتغير الظروف السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية التي صاحبت نشأة العقد، و التي قد تدفع الدولة إلى إجراء تصرفات سيادية، كما قد يكون مرتبط بظروف طبيعية لا دخل لها لا من أطراف عقد الدولة و لا من المتغيرات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية التي تحدث في الدولة المتعاقدة، الشيء الذي قد يدعو إلى ضرورة مراجعة أو إعادة التفاوض بشأن الالتزامات التعاقدية. إن هذا ما سوف نسعى إلى تفصيله:

أولاً: القوة القاهرة كسبب من أسباب منازعات عقود الدولة (la force majeure)

إن فكرة القوة القاهرة كان معترف بها منذ العصر الروماني، فكانت محل شغل فكر رجال القانون، حيث كانوا يعبرون عليها بجملة " لا و جود للالتزام في ظل الاستحالة " ³.

فمؤخراً و مع اتساع مجال التجارة و المبادلات الاقتصادية الدولية، نجد انه كثيراً ما يسعى المتعاقدون إلى تضمين بند أو شرط ينص على القوة القاهرة، و لا يوضح فقط آثارها أو

¹ د. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -، 2015 - 2016 م، ص من 51 إلى 53.
² د. حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001م، ص 110.

* عرفت إتفاقية التحكيم على أنها العقد الذي بمقتضاه التزم الأطراف على حل نزاعاتهم الناشئة أو التي ستنشأ، بواسطة محكمين و ليس من قبل الجهات القضائية.

Voyer : FOUCHARD philippe , GAILLARD emmanuel , et GOLDMAN berthold , Traite de l'arbitrage commercial international , édition litec , paris , et delta , Liban , 1996 , p395.

³ Cette préoccupation a été prise en considération de manière très ancienne par les juristes lorsque ces événements imprévisibles et extérieurs aux parties ont pour effet de rendre impossible l'exécution d'une obligation, et ce à raison du principe de bon sens, énoncé juridiquement dès l'époque romaine, selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu ».

Voyer : Robert Guillaumond , Les contrats internationaux – les gestions des difficultés d'exécution résultant de force majeure ou d'imprévision-, Colloque International Alger, 26 mai 2014, p 05.

المسؤوليات الناتجة عنها، بل و أحيانا يقوم بتحديد مجال ما يمكن أن يشكل قوة قاهرة¹، و ما يعتد به و ذلك بتعدادها أو ضبط أوصافها أو شروطها التي متى توافرت نعد أمام قوة قاهرة تعترض تنفيذ هذا العقد .

أما محكمة النقض الفرنسية عرفت على أنها: " حادثة مستقلة على الإرادة الإنسانية، لا تستطيع هذه الإرادة توقعها أو دفعها"².

فمما لا شك فيه أن مهمة الفصل في المنازعات التي تدور حول تحقق شرط القوة القاهرة و النتائج المترتبة على ثبوته، هي مهمة فنية بالدرجة الأولى.

فالمنازعة قد ترتبط بتنفيذ غير مطابق للمواصفات في ظل القوة القاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد، و قد تتعلق المنازعة بتحديد درجة الخطر الذي لحق بالمتعاقد الآخر، و ما مدى كفاية التبرير على انه يؤدي إلى إيقاف العقد، أو انه قد وصل إلى درجة يتوجب معها إنهاؤه، كما قد تمتد المنازعة إلى إقرار مبدأ التعويض، إذا كان له محل طبقا لشروط العقد و أبعاده³.

و هنا يثور التساؤل حول الأحداث التي تشكل قوة قاهرة من عدمها حتى تقع المسؤولية على عاتق احد الطرفين المتعاقدين، خاصة عندما الطرف العام المتعاقد مع الشخص الأجنبي تحت وصاية دولته؟

ففي نزاع عقد دولة جرى بين شركة عامة ليبية للبتترول و شركة Sun oil الأمريكية عرض على هيئة التحكيم حيث مفاد هذا النزاع هو عدم التزام الطرف الأجنبي بتنفيذ بنود العقد المبرم

¹ لم يعرف المشرع الجزائري في القانون المدني القوة القاهرة، و إنما أشار إليها كسبب أجنبي معفي من المسؤولية، إذ تنص المادة 127 من القانون المدني: " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك " .

أنظر، الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر.ج. عدد 44، سنة 2005م.

² Robert Guillaumond, Op.cit., p 06 .

³ أ. عمر مشهور حديثة الجازي، ، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، مجلة نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر أيلول و تشرين أول، 2002م، ص06.

في 1980 و المتعلق بالبحث عن حقول بترول جديدة بليبيا، حيث تحجبت شركة Sun oil بالتدابير التي اتخذتها الو.م. أ ضد ليبيا سنة 1981 و المتمثلة في منع الرعايا الأمريكيين إلى التنقل لدولة ليبيا، كما تمسكت بالإجراء المتخذ من الو.م. أ القاضي بحظر التصدير نحو ليبيا، مما يمنع وصول العينات المطلوب تحليلها إلى مخابر شركة Sun oil في تكساس و هذا ما رأته بمثابة قوة القاهرة تعفيها من التزاماتها الخاصة بالتأخير أو الامتناع عن التنفيذ.

إلا أن المحكم الدولي عند فصله في موضوع النزاع، رأى بالفعل أن هذا الحدث الذي حصل أنه خارجيا و لم يكن متوقع من الطرفين، إلا أنه لا يؤدي إلى إستحالة التنفيذ، فكان بمقدور الطرف الأجنبي الخاص أن يتعاقد مع أشخاص آخرين لا يحملون الجنسية الأمريكية بغية العمل في المشروع، كما كان بإمكانها أن ترسل العينات من أجل تحليلها إلى مكان آخر غير الو.م. أ، خاصة و أن العقد المبرم بين الطرفين لم يقيد الشركة أبدا من التعامل مع مخابرها في تكساس بل أعطاهما الحرية المطلقة في إستخدام الوسائل الفنية الملائمة لسير العقد في أحسن وجه.

إذن، فإن هذا الحادث لا يشكل قوة القاهرة تمكن الشركة الخاصة بإعتبارها مدينا من إعفائها عن إلتزاماتها ضد الشركة الوطنية الليبية، و عليه فقد حكمت محكمة التحكيم في سن 1987 بتحميل شركة Sun oil المسؤولية الكاملة في عدم تنفيذ العقد و إلتزامها بدفع تعويض مالي للشركة الوطنية الليبية قدره 20 مليون دولار¹.

هذا بالنسبة إلى المؤشرات التي تبين على ووجود قوة القاهرة يمكن الدفع بها ، لكن هناك مسألة أخرى جد مهمة تتمثل في قدرة المشروع المتعاقد أن يتمسك بالتصرفات التي تصدرها دولته على أساس أنها قوة القاهرة طمعا في أن يسمح له بعدم تنفيذ ما تم الإتفاق عليه في العقد من واجبات، هذا و قد أجاب الفقه على هذا الطرح من خلال البحث عن مدى إنتماء الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي لدولته، بمعنى أنه إذا كانت الهيئة المتعاقدة حائزة على شخصية قانونية مستقلة تماما عن دولتها ففي هذه الحالة يمكن الاحتجاج بالقوة القاهرة ما دام أن الهيئة المتعاقدة منفصلة عن الدولة و لا يعتبران بمثابة شخص واحد، أما القول عكس ذلك، بمعنى أنه إذا كان الجهاز المتعاقدة لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن دولته، أي خاضع لها فلا تعد الأفعال التي تقوم بها دولته خارج نطاق إرادته و بالتالي لا يمكن الإحتجاج بالقوة القاهرة لإعفائه من المسؤولية.

¹ د. سوسن صافي صالح، مرجع سبق ذكره، ص 145 و 146.

و ضرب مثال عن الفكرة الأولى أعلاه، حيث وقع نزاع بين دولة آسيوية و شركة أوروبية مرتبط بعقد يقضي قيام ذلك الطرف الأخير بإنشاء مصنع للوقود النووي في الدولة الآسيوية من أجل أغراض سلمية، إلا أن الدول الأوروبية إمتنعت عن ذلك خاصة فيما يتعلق بنقل الأسرار النووية لتلك الدولة المتعاقدة، و هو ما أدى بالشركة الأوروبية أن ترفض تنفيذ العقد و قيامها بإخطار الدولة الآسيوية عن ذلك، و التي قامت هذه الأخيرة بتفعيل شرط التحكيم و مطالبتها بالتعويض، إلا انه بتاريخ 24 يوليو 1985 حكم المحكم المشكل في إطار ICC بباريس برفض تعويض الدولة الآسيوية مؤسسا ذلك بأن القرارات التي إتخذتها الدول الأوروبية ضد الشركة بأنها من قبل أعمال السيادة و بالتالي فهي تشكل قوة قاهرة للشركة مما يجردها من المسؤولية¹.

بينما الفكرة الثانية ففي قضية تصدت لها محكمة النقض الفرنسية، أقرت هذه الأخيرة برفضها إعتبار الأعمال الصادرة عن وزير الأشغال العامة للطيران المدني في مواجهة عمال شركة Air France بأنها قوة قاهرة. حيث أنه من يتعاقد مع جهاز خاضع للوصاية من المنطقي أن لا يرضى بأن تكون لتلك الوصاية سلطة تمكنها من إعفاء الجهاز من أعبائه.

و هذا ما إعتبره الفقيه Mayer بمثابة مبدأ من مبادئ القانون عبر الدولي و الذي يوقف الآثار المترتبة على القوة القاهرة، بالرغم من تحقق شروطها حماية للطرف الأجنبي من جهة و جزاء للدولة المتعاقدة من جهة أخرى².

¹ د. سوسن صافي صالح، مرجع سبق ذكره، ص 148 و 149.

كذلك من القضايا التحكيمية التي تبنت المعيار الذي يفيد التمسك بالقوة القاهرة في حالة ما إذا كانت الهيئة المتعاقدة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن دولتها، نذكر العقد الذي ابرم بين شركة صهيونية خاصة Jordan investment و شركة سوفيتية عامة بتاريخ 17 يوليو 1956، حيث تعهدت الأخيرة بتزويد الأولى بالبترو، إلا أنها تخلفت عن أدائها لذلك بسبب إمتناع وزارة التجارة الخارجية السوفيتية آنذاك بمنح الترخيص للشركة التي تحمل جنسيتها للقيام بذلك، و كان ذلك لإعتبارات تتعلق بمشاركة الكيان الصهيوني في العدوان الثلاثي على مصر سنة 1956، هذا و قد حكمت هيئة التحكيم سنة 1958 و المشكلة في روسيا برفض طلب التعويض الذي تقدمت به الشركة الخاصة مسببة حكمها بإستقلال الشركة العامة عن دولتها و أنها تمارس نشاطاتها بإسمها الخاص.

أنظر، د. سوسن صالح صافي، مرجع نفسه، ص 150.

² د. سوسن صالح صافي، مرجع نفسه، ص 151.

هذا و قد رأت الدكتورة حفيظة السيد الحداد أن الرأي الذي تقدم به الفقيه أعلاه، بالرغم من منطقيته إلا أنه لا يمكن التسليم به على إعتبارات متعلقة بشكوك حول وجود القانون عبر الدولي أصلاً، على حد أن الفقيه زعم بان تلك الفكرة باتت تشكل مبدأ في إطار القانون عبر الدولي¹.

فنستخلص من هذا، أن ليس مجرد حادث خارج عن نطاق إرادة الأطراف المتعاقدة و عدم توقع الأخيرة حدوثه يعتبر بمثابة قوة قاهرة تمكن المدين من التنصل عن واجباته العقدية بل العبرة من أن تتحقق القوة القاهرة لابد كذلك من إستحالة مواجهة هذا الحادث أي دفعه و كذا صعوبة تنفيذه.

كذلك صفة الجهاز المتعاقد مع الشخص الأجنبي الخاص تلعب دور هام لمعرفة ما إذا كانت التصرفات التي تجريها دولته، يمكن الدفع بها لوجود قوة قاهرة أم لا، فكلما كان المشروع مستقل عن الدولة فيمكن هنا القول بوجود قوة قاهرة بالإضافة إلى شروطها الأخرى كما بينا، أما عن معرفة مدى استقلالية المشروع فهناك بعض المؤشرات الرئيسية لتبيان ذلك ألا و هي الشخصية القانونية و الرقابة و ملكية رأس المال و طبيعة النشاط.

ثانياً: الظروف الطارئة سبب لحدوث نزاع عقد الدولة

قد تحدث في الدولة المتعاقدة مع شخص أجنبي خاص تقلبات اقتصادية طارئة غير منتظر وقوعها، لكنها لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة، و مع ذلك تفقد العقد توازنه، و هذا من شأنه أن يحدث خلاف بين الطرفين، لذلك اوجد المتعاملون في عقود الدولة شرطاً يقضي بإعادة التفاوض في سبيل إرجاع التوازن العقدي، و مثال ذلك ما تضمنه العقد المبرم بين حكومة غانا و شركة Sheil of Ghana، من شرط يقضي بإعادة مناقشة العقد كلما طرأت تغييرات على الظروف المادية الخاصة بصناعة البترول أو ظروف العمل في غانا.

و حسب جانب من الفقه، أن المتغيرات التي تظهر في كل مرة و التي من شأنها أن تؤثر على العقود الدولية بصفة عامة، ستمهد الطريق نحو نشأة عرف دولي يتمثل في مبدأ ملائمة و تعديل العقد وفقاً لتغير الظروف، يحل مكان مبدأ القوة الملزمة للعقد¹.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 109 و

ثالثاً: إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ إلتزاماته أو سوء أدائها

يعتبر شرط تنفيذ الإلتزام التعاقدية من الشروط المهمة في عقود الدولة، و ينبغي أن يكون ذلك وفق أفضل المعايير الفنية المتبعة في مجال محل التعاقد خاصة إذا كان محل التنفيذ القيام بعمل، سواء تعلق الأمر بالمنشآت الصناعية، أو المباني و الإنشاءات، أو قطاع المحروقات، أو نقل تكنولوجيا.

و لما كان لمسألة تنفيذ عقد الدولة من أهمية قصوى في انطلاقة المشروع، فإن عدم القيام بها أو التقصير فيها و عدم أدائها على الوجه المتفق عليه، سيخلف حتما نزاعات بين الدولة و الطرف الخاص الأجنبي.

ومن القضايا التحكيمية لعقود الدولة و التي كان سببها سوء التنفيذ، الاتفاق الذي أبرم بين إحدى وزارات جمهورية بنين الشعبية و شركة رومانية عام 1975م، و الذي قضى بتزويد الشركة الرومانية دولة بنين بخمسين حافلة لنقل الركاب، إلا انه عندما قيام الوزارة بتسييرها ظهر فيها عيوب ميكانيكية، و لعل هذا ما دفع الطرفين للالتجاء إلى التحكيم².

رابعاً: إجراءات الدولة المضيفة الإنفرادية

نظراً لكون أن العقود الدولية غالباً ما تكون طويلة المدى مما يعطي الحق للدولة في مراجعة قوانينها حسب الأحوال التي قد تطرأ بمرور الوقت³، و من المسلم به أن من مظاهر سيادة*

¹ د. سوسن صالح صافي، مرجع سبق ذكره، ص 146 و 147.

² د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 162 و 163.

³ د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الصبغة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2010م، ص 679.

* ظهر مبدأ السيادة الدائمة في أوائل الخمسينات من خلال قرار الأمم المتحدة رقم 523 الصادر بتاريخ 12 جانفي 1952، و للسيادة الدائمة على المصادر الطبيعية أثر على الدول المنتجة للبترو، فقد أصبح بمقدورها أن تعيد النظر في اتفاقيات الامتياز، هذا و قد صدر بيان عن أوبيك في جوان 1968 تضمن تصريحاً عن السياسة النفطية في الدول الأعضاء و أكد ذلك البيان على " الحق الثابت لكافة الأقطار في ممارسة سيادة دائمة على مصادرها الطبيعية خدمة للتنمية القومية فيها....".

الدولة على المستوى الداخلي، هو حقها في التشريع و سن القوانين و اللوائح التي تراها حافظة لمصلحتها، و منظمة للعلاقات بين هيئاتها العامة و كذا رعاياها، و كذلك بين الدولة و بين الأطراف الأجنبية بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، زد على ذلك من حق الدولة أن تجري التعديلات و التغييرات على هذه القوانين، إذا رأت في ذلك منفعة عامة، و لهذا فقد تقدم الدولة كطرف في عقد الدولة على تأميم أو نزع ملكية المشروع الذي تم الإتفاق بشأنه¹.

و بالإضافة إلى هذا فقد تنشأ عن بعض الموضوعات التي أضحت تلقى اهتماما في الوقت الحالي مثل حماية البيئة، بعض المنازعات الهامة مؤخرا خاصة في العقدين الأخيرين، و بديهي أن تتطلب حماية البيئة حدوث تدخل إداري و تنظيمي في بعض قطاعات الأعمال الحديثة، و بصفة خاصة في أنواع معينة من الإستثمارات الصناعية.

فإن التجاوزات التي تتعرض لها البيئة أضحت تشكل سبب جدي في حصول منازعات الإستثمار في الحاضر و المستقبل القريب².

و إن هذه الإجراءات الاستثنائية حتى لو غلب عليها الطابع السياسي، فلا يمكن إنكار طابعها القانوني، و الذي يتعلق بتحديد مدى الضرر الذي أصاب المستثمر من جراء مخالفة الدولة لواجباتها و تعهداتها، و هذا النوع من المسائل يدخل في نطاق اختصاص التحكيم التجاري الدولي بمختلف أنواعه سواء كان تحكيم حر أو منظم و الذي أصبح يعيش أزهى عصوره في الفترة الأخيرة، بالرغم من أن جذوره ليست بالحديثة*³.

أنظر، أ. السعيد خويلدي و أ. سمية صخري، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي و آثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة -، الجزائر، 2016م، ص340 و 341.

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 129 و 130

² د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 09

³ عمر مشهور حديثة الجازي، مرجع سبق ذكره، ص 11

* يعتبر التحكيم ممارسة قديمة جدا، و من المحتمل أن تعود نشأته إلى اليونان (المعاهدات بين إسبارطة و أثينا عام 446 قبل الميلاد - و بين إسبارطة و أرغوس عام 418 قبل الميلاد).
و آثار ظهور الدول المعاصرة إلى اضمحلال التحكيم، لان الدول لم تعترف بأي كيان جدير باتخاذ قرار يتناقض مع سيادتها، و بقي هذا الفقدان حتى القرن 18 الذي شهدت نهايته إعادة الإجراء و تم تجديد التحكيم بتحريض من الدول الأنجلوسكسونية و لعل هذا ما يثبت أن التحكيم سابق عن القضاء.

الفرع الثاني:

الصعوبات التي تثيرها عقود الدولة أمام قضاء التحكيم و تصدي هذا الأخير لها

كثير هو ما يدور في الأذهان بأن التحكيم يعتبر من الوسائل الحديثة التي ظهرت بعد القضاء من أجل تسوية المنازعات، إلا أن فكرة التحكيم في حقيقة الأمر هي أسبق من فكرة القضاء، و خير دليل على ذلك هو أن الخلافات التي كانت تثار قديما كانت تتم محاولة حلها وفق التحكيم، و ذلك من خلال الأعراف و التقاليد السائدة في تلك الحقبة الزمنية، إلى حين ظهور فكرة مفهوم الدولة بمعناها المعاصر و التي أصبح القضاء يشكل سلطة من سلطاتها.

فقديما قال الرومان بأن: " التحكيم غير القضاء " *aliud est iudicium aliud* "arstrium"¹، و لعل هذه الوسيلة الأخيرة الأهم بين الوسائل غير القضائية لحل المنازعات التي تنشأ عادة بين الشركات فيما بينها، أو بينها و بين الحكومة المحلية عندما تكون الشركة أجنبية².

هذا و قد عرف الأستاذ RENE DAVID التحكيم على أنه: " تقنية ترمي إلى منح حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أكثر - حكم أو محكمين - الذين يستمدون سلطتهم من إتفاقية خاصة و يفصلون على أساس هذه الإتفاقية دون أن يكون مكلفا بهذه المهمة من طرف الدولة "³.

و بالرغم من وجود تعريف للتحكيم في الفقه و النصوص القانونية إلا أنه من الصعب حصر تعريف موحد للتحكيم التجاري الدولي، و ذلك لإختلاف المعايير المتبعة من قبل الدول من حيث الدولية و متى يعتبر التحكيم دوليا، فلكل دولة نظامها القانوني الخاص بها و المنظم

أنظر، د. غي أنيل - ترجمة د. نور الدين اللباد، قانون العلاقات الدولية، مكتبة مدبولي، ط1، القاهرة، 1999م، ص152.

¹ د. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص14.

² د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008م، ص226.

³ أ. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 4 جويلية 2012م، ص07.

للتحكيم التجاري فيها وفق ما تقتضيه مصالحها¹. و عليه يمكن تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه إتفاق إرادي للأطراف المتعاقدة على الإلتجاء إلى هيئة التحكيم لحل الخلافات التي حصلت أو يمكن أن تحصل بينهم بصدد نزاع مرتبط بالتجارة الدولية.

و يعيش التحكيم التجاري الدولي، خاصة المؤسسي منه، أفضل عصور إزدهاره. و هذا النجاح مرجعه المزايا و التسهيلات التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى في إطار المعاملات الإقتصادية الدولية².

إلا أن فكرة وجود التحكيم في عقود الإستثمار الدولية، و التي تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها طرفا فيها، صاحبها جدلا فقهيًا بين مؤيد و معارض للفكرة، هذه الإعتبارات إستنفذت جهود فقهية و مبادرات قضائية و تشريعات وطنية عديدة هدفت جميعها إلى إرساء مبادئ واضحة عن دور التحكيم الدولي في عقود الدولة³.

فبالرغم من هذا النجاح الذي حققه التحكيم إلا أنه صادفته عراقيل، تزامنت مع تمسك الدولة المتعاقدة بحصانتها⁴، و بمبدأ سيادتها على أراضيها⁵، و نظرتها المختلفة للتحكيم*، و بالإضافة

¹ بالنسبة للنظام القانوني الجزائري " يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

أنظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، مؤرخة في 2008/4/23.

² د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004م، ص 09.

³ أ. حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار الدولية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و الإدارة العامة جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014-2015 م، دون صفحة.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 46.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2012م، ص 201.

* حيث يقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص: " إن توقعات الدول وآمالها تختلف بشكل كبير عن أهداف الأطراف الخاصة التي تلجا إلى التحكيم التجاري. و هنا قد يكون من المفيد تذكر أنه على العكس من موقف الطرف الخاص الذي يختار مرونة التحكيم كمهرب من المتطلبات المتشددة للتقاضي، فإن الدولة تنظر إلى التحكيم على أنه يعني فقدان حريته و تقبل قيود هي متحررة منها في غالبية المواقف من ناحية أخرى".

إلى ذلك فإن الدولة أحيانا قد تتماطل في الإجراءات التحكيمية قصد عرقلتها و إبطائها، و كل هذا صعب المأمورية على بداية التحكيم و عمله، لكن بمرور الوقت تم اجتياز تلك العراقيل عن طريق عديد من الاجتهادات القضائية و التحكيمية¹.

كل هذا سنحاول التفصيل فيه، من خلال ما يأتي:

أولا: المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم

يتم التمييز عادة بين عدم قابلية المنازعة للفصل فيها من خلال التحكيم إستنادا لمبررات شخصية، كان يكون مثلا طرف العقد شخصا من أشخاص القانون العام كالدولة أو أجهزتها أو هيئاتها العامة و المشروعات العامة التجارية و الصناعية، فيطلق على عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم القائمة على هذا السبب، بعدم القابلية القائمة على دافع شخصي.

و إضافة إلى صورة عدم قدرة إخضاع المنازعة للتحكيم على اعتبار شخصي، فهناك صورة أخرى تفيد عدم إسناد المنازعة لإتفاق تحكيمي بناء على سند موضوعي أو مادي، و يطلق على هذا النوع بعدم القابلية القائم على طبيعة المنازعة محل الإتفاق على التحكيم L'arbitrabilite objective ou rationne matériel².

1- عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم على إعتبار شخصي:

قد تتمسك الدولة الطرف في عقود الدولة في سبيل التخلص من إلتزامها الذي إتفقت عليه مع الشخص الأجنبي الخاص باللجوء إلى التحكيم، بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم إبرام الإتفاق على التحكيم أثناء سريانه، لا يمكن الدولة أو هيئاتها العامة من اللجوء إلى التحكيم، مما يجعل هذا الإتفاق باطلا³.

أنظر، د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 46 و 47.

¹ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع نفسه، ص 46 و 47.

² د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 361 و 362.

³ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 49.

فقد تنور هذه المسألة عند التمسك ببطلان العقد الأصلي، أو إنقضائه لأحد أسباب الانقضاء، و مدى تأثير ذلك على إتفاق التحكيم و إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم ذلك .

هذا و قد أثبت العمل الدولي حالات كثيرة تصر فيها الدولة المعنية على إنكار شرط التحكيم الذي سبق و أن قبلته، بدعوى عدم جواز إتفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية.

و هذا التحجج تم رفضه من قبل أحكام المحاكم و كذلك هيئات التحكيم، حيث إنتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 مايو 1966 في قضية San Carlo إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة و الوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية .

و في تطور هام فقد إتجه القضاء الفرنسي إلى تعميم المبدأ الذي إنتهجه (والذي يفيد بأن المنع الوارد على الدولة و مؤسساتها في قبول شرط التحكيم، يأخذ به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية) على النصوص الأجنبية التي تتبنى هذا الحظر، و على النحو الذي يمكن معه القول بأن قاعدة عدم سريان المنع الوارد على الدولة أو أجهزتها العامة في قبول التحكيم، قد تم تثبيتها ضمن قواعد النظام العام الدولي. و عليه فإن موافقة الدولة للتحكيم لا يمكنها من التمسك بقانونها الوطني لتقضي ببطلانه، و هذا تبعا لمبدأ إستقلالية شرط التحكيم¹.

كذلك قد تلجأ الدولة الطرف في عقود الدولة، سعيا منها للتهرب من شرط التحكيم في مواجهتها للمتعاقد الأجنبي الخاص، إلى التمسك بأن أحكام قانونها الوطني الذي تم تعديله بعد الإتفاق على التحكيم أصبح يمنع مثل هذا الإتفاق، أي اللجوء إلى التحكيم.

ففي قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبتترول، و التي تتلخص وقائعها في أنه بعد قيام الثورة الإسلامية في إيران اصدر المجلس الثوري فيها قانونا في 8 يناير 1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها

¹ لقد أصبح مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حاليا سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم. و ينصرف مفهوم إستقلال إتفاق التحكيم نحو العقد الأصلي، إلى إستقلال هذا الإتفاق عن حكم العقد الذي ورد فيه أو ارتبط به، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة الإتفاق إلى ذات ماهيته، أي من حيث وجوده، لا من حيث وجود العقد.

أنظر، د. أحمد مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص 121.

هذه اللجنة غير متمشية مع القانون الإيراني الصادر في عام 1951م ، و الذي بموجبه تم تأمين صناعة البترول في إيران، و إعمالا لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine و الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في عام 1966م و هو ما دفع شركة Elf Aquitaine إلى الإلتجاء إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها و بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول و الذي تم إبطاله.

هذا و قد تمسكت الشركة الإيرانية بعدم إختصاص المحكم، إعمالا للقانون الإيراني الذي صدر بعد توقيع العقد، و الذي قضى بإبطاله، و من ثم حسب رأيها سيبطل شرط التحكيم. لكن المحكم توصل إلى الإعتراف بالاختصاص لنفسه عندما رأى بأنه: " من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي العام، أن الدولة عندما ترتبط بشرط تحكيم ينص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها، أو من خلال جهاز تابع لها، لا يمكنها بإرادتها المنفردة في تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من اللجوء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما " ¹ .

و من هذا المنطلق فإن هذه الأخيرة (الدول المتعاقدة) إنما تحاول أن تفرض رقابة كاملة على هؤلاء المستثمرين الأجانب، بحيث تخضع نشاطاتهم لولايتها الكاملة في شتى صورها و

¹ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص من 50 إلى 54.

كذلك في قضية عقد امتياز بين دولة إفريقية و مواطن بلجيكي حول شراء منتجات من مناجمها، فبعدما قامت الدولة الإفريقية بإلغاء العقد قبل إنتهاء المدة المحددة، إتجه الطرف البلجيكي إلى قضاء التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية مطالباً بالتعويض، إستنادا إلى شرط التحكيم المدرج في العقد، و الذي ينص على أنه: " أي منازعات تتعلق بتفسير أو تنفيذ الاتفاق تكون من اختصاص محكمة التحكيم الدولية بباريس، عدا ما تعلق منها بالنظام العام الوطني للدولة، حيث يقبل الممنوح له الإمتياز الإختصاص القضائي لمحاكم هذه الأخيرة"، و بالرغم من صراحة هذا النص فإن الدولة الإفريقية رفضت شرط التحكيم، إلا أن محكمة التحكيم باشرت الإجراءات و نظقت بالحكم.

راجع في ذلك، د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2007م، ص 85 و 86.

بصورة صارمة¹، إلا إن تلك الصلاحية التي تمتاز بها الدول تسقط فعاليتها في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي².

2-التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم:

إذا كان مبدأ السيادة هو الذي يعطي الحق للدولة في الإتفاق على أية شروط مع متعاقدتها الخاص، فهو أيضا يعطي الدولة الحق و القدرة في تغيير أو إلغاء أو تعديل نصوصها القانونية أو اللوائح التنظيمية، إذا تطلبت المصلحة و المنفعة العامة شريطة عدم الإخلال بالتوازن العقدي و إلا ترتبت المسؤولية في حقها³.

و لعله مما تجدر ملاحظته أن إتصال بعض المسائل بفكرة النظام العام لم يقف عقبة تحول دون قيام المحكم بالفصل فيها. و لقد ذهبت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 14 أكتوبر 1994 إلى أنه: " لا تستبعد المنازعة من الخضوع للتحكيم لمجرد أن وجود تنظيم يتصل بالنظام العام يتعين تطبيقه على العلاقة القانونية المتنازع عليها، ففي المنازعات الدولية يفصل المحكم في مسألة إختصاصه بشأن قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم، من ناحية تعلقها بالنظام العام الدولي، و يملك السلطة في تطبيق المبادئ و القواعد المتعلقة بها و أيضا توقيع الجزاء على المخالفة المحتملة لهذه القواعد و كل ذلك تحت رقابة القاضي الذي يطعن أمامه بالبطلان " ⁴.

و الواقع انه إذا كانت الأعمال أو القرارات الصادرة عن الحكومة بصفتها سلطة عليا و ذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم، فإن الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حد ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الإستثمار⁵.

¹ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة توزيع المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2005م، ص170.

² د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص85.

³ د. وليد محمد عباس، مرجع سبق ذكره، ص679.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في نظرية التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص414 و 416.

⁵ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار، مرجع سبق ذكره، ص60.

و قد أيد قضاء التحكيم صحة هذا القول في قضايا كثيرة، نذكر منها قضية Framatae ضد إيران، حيث اتفقت هذه الأخيرة مع ثلاث شركات فرنسية من أجل إنشاء مفاعل ذري مركزي، و قد حصل خلاف مرده إلى قيام الحكومة الإيرانية بوقف سياستها النووية.

و لما عرض النزاع امام هيئة التحكيم، دفع الطرف الإيراني بعدم إختصاص المحكم بالنظر في موضوع النزاع، لأن مباشرة ذلك يعتبر بمثابة مساس للسيادة الوطنية لدولة إيران.

حيث ذهب هيئة التحكيم بان قرار الحكومة الإيرانية هو تعبير لسيادتها، و هو يشكل قيد بالنسبة للمحكم الدولي عن التعرض له، لكن النتائج المالية التي خلفها ذلك القرار لا تمنع المحكم من النظر فيها¹.

فنستنتج أن الأعمال السيادية التي تباشرها الدولة المتعاقدة، لا يمكن أن يتدخل فيها غيرها بما في ذلك التحكيم التجاري الدولي، بينما الآثار التي تتركها تلك التصرفات تخضع للتحكيم.

ثانيا: المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية². حيث سادت هذه النظرية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن 19 وقد تبناها الفقه والقضاء، وطبقا لنظرية الحصانة المطلقة فان الدولة لا تخضع إلا للقانون الدولي وبالتالي فان منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى³.

1- الحصانة ضد القضاء : Immunity from jurisdiction

إذا تمسكت الدولة بحصانتها القضائية على الرغم من إدراج شرط التحكيم أمام هيئة التحكيم، فان جانبنا من آراء الفقه بما في ذلك بعض من الأحكام القضائية، تعتبر أن هذا التمسك بالحصانة يصبح دون جدوى، إذ أن قبول الدولة لشرط التحكيم يعتبر بمثابة تنازلا من قبل الدولة عن التمسك بحصانتها أمام المحكم الذي قبلت الخضوع لقضائه بموجب إرادتها و اختيارها.

¹ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص220

² د. علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع نفسه، ص208.

³ أ. السعيد خويلدي وأ. سمية صخري، مرجع سبق ذكره، ص341.

و بالنظر إلى أن التحكيم لا يعد قضاء خاضعا لسيادة أية دولة من الدول، بل هو قضاء خاص محايد، فإن فكرة الحصانة القضائية لا يمكن إعمالها أمام هذا القضاء الخاص فهي فكرة غريبة عنه. فالدولة لا تتمتع في مواجهة هذا القضاء غير العادي بأية حق أو ميزة حتى يقال بأنها تتمسك بها و بالتالي يجوز لها أن تتنازل عنها.

فمسألة سيادة الدولة أو استقلالها و هي أساس الدفع بالحصانة وفقا للرأي السائد في الفقه، ليس لها محل من الأعمال أمام قضاء التحكيم الذي بدوره لا يعترف بطرحها أمامه¹.

2- الحصانة ضد التنفيذ : Immunity from Execution

يؤكد بعض من الفقه إلى أن الإتفاق التي تقوم به الدولة بخصوص التحكيم تسري آثاره لتشمل تنفيذ حكم التحكيم. ففي قضية حديثة ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الدولة تتنازل عن حصانتها ضد التنفيذ ضمنا بمجرد دخولها في إتفاق تحكيمي بدون حاجة لصياغة نص واضح ينص على تلك المسألة. و تتلخص وقائع هذه القضية المعروفة بقضية Creighton في أن عقدا قد ابرم بين الحكومة القطرية و شركة Creighton الأمريكية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مشفى لحساب الطرف القطري. هذا و قد شب نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة، الأمر الذي دفع الحكومة القطرية إلى طردها من موقع العمل، و هذا ما لم ترضى به شركة Creighton، و التي سارعت بمباشرة بعض الإجراءات من اجل طرح النزاع على التحكيم وفقا لإتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، و الذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية. و قد تم التحكيم في باريس، و إنتهى بحكم لصالح شركة Creighton تحصل بمقتضاه على تعويض قدره ثمانية ملايين دولار.

و لقد وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه : " إستنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنا عن حصانتها ضد التنفيذ"². حيث نصت الفقرة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 276 و 277.

² د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 70.

السادسة من المادة 34 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ICC¹ على أنه: " يكون كل حكم تحكيم ملزماً للأطراف. و يتعهد الأطراف لدى إحالتهم النزاع إلى التحكيم بموجب هذه القواعد بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير. و يعتبرون قد تنازلوا عن أي طريق للطعن و ذلك في الحدود التي يجوز أن يكون فيها هذا التنازل صحيحاً ".

الفرع الثالث:

ضرورة اللجوء إلى التحكيم بشأن عقود الدولة

تنقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المحتمل قيامها بصدد تنفيذ أو تفسير هذه العقود إلى نوعين من الأسباب: فبينما النوع الأول يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة من إفتقاد قضائها لحياده و أيضاً خشيته من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، فإن النوع الثاني من الأسباب التي تجعل من التحكيم حتمية في عقود الدولة فهو أن الدولة تقدم التحكيم كضمانة إجرائية من أجل تشجيع الإستثمار².

أولاً: مبررات تمسك الطرف الأجنبي الخاص بالتحكيم

1- خوف الشخص الأجنبي الخاص من عدم حياد قضاء الدولة المتعاقدة:

إن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي، بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه، و لعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كامل نحو هذا النزاع، فالقضاء الوطني و إن كان مستقلاً عن الدولة ذاتها إلا انه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات الإستثمار أو تلك التي تكون الدولة طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي كما هو الحال بالنسبة لعقود الدولة³، لأن المتعاقد الخاص الأجنبي يعتقد أن مثل هذا القضاء - قضاء الدولة

¹ نشرية غرفة التجارة الدولية، عدد 865 (ARA 0-865)، قواعد التحكيم قواعد الوساطة، ص36.

² د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سبق ذكره، ص 06.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 353.

المضيقة - لن يكون محايدا و خاصة في نطاق الدول حديثة النشأة، ذات الأنظمة القضائية الهشة، و التي قد تتأثر بما تفرضه عليها السلطة التنفيذية المعنية¹.

2- خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

إن دخول الدولة في عقود مع أشخاص القانون الخاص قد يتبعه تضمين تلك العقود شرط تحكيمي لتسوية ما ينشأ عنها من خلافات و هذا ناتج عن تطور العلاقات التجارية الدولية و نقل التكنولوجيا الحديثة و حاجة الدول بعضها إلى بعض مع الاستعانة في كثير من الأحيان بالقطاع الخاص، كالشركات العملاقة في مجال الإنشاءات و العقود التجارية الدولية الأخرى²، و لكن السؤال الذي يثار هل بإمكان الدولة أن تتمسك بالحصانة في مواجهة الطرف الآخر المتعاقد معها استنادا إلى مبدأ السيادة ؟

فقد كان المبدأ السائد فيما مضى هو اعتبار الحصانة مبدأ مطلقا بغض النظر عن النشاط الذي تقوم به الدولة، في حين يميل الإتجاه الحديث إلى التقييد من الحصانة التي تتمتع بها الدولة، على نحو يؤدي إلى عدم إستفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون فيها التصرف الصادر عنها تصرفا سياديا استخدمت فيه مزاياها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام، فان ذلك لا يعني إنتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام، بل يظل الأصل هو التمتع بها و هنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها شأن الدولة.

و من هنا كان حرص الأشخاص الأجنبية الخاصة على إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تقاديا للأخطار الناجمة عن طبيعة الشخص المتعاقد معهم، كونه دولة تتمتع بالسيادة مما يتبعها من التمتع بالحصانة القضائية، فدرء المخاطر المتولدة عن هذه السيادة و المتمثلة في إمكانية هدر حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية، تعد من قبيل الدوافع التي تأخذ بالمتعاقد الخاص الأجنبي مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا في ظل وجود شرط التحكيم³.

¹ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سبق ذكره ، ص 220 و 225.

² أ. إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي و أ.علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد 02، السنة 07، 2015م، ص 181.

³ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 194 و 195.

ثانيا: التحكيم كضمانة إجرائية بالنسبة للدول النامية لتشجيع الاستثمار

إن تغير وجهة نظر العديد من حكومات الدول النامية نحو قبول التحكيم التجاري الدولي قد نشأ نتيجة التطور الطبيعي للعلاقات التجارية الدولية بشكل عام من جهة، و نتيجة تحول سياسات التنمية الإقتصادية في الدول النامية في العقود الثلاثة الأخيرة من جهة ثانية¹.

و من بين هذه الدول الجزائر التي قبلت التحكيم بعدما كانت من المعارضين له، و ذلك بسبب المرحلة الإنتقالية و تحرير الإقتصاد. حيث جاء في عرض الأسباب لمشروع القانون أن الإصلاحات: " هدفها الأساسي هو تكييف إقتصاد الجزائر مع التغيرات الاقتصادية و التجارية الدولية".

و جاء بشأن التحكيم الدولي: " في العلاقات الدولية بين التجار لدول مختلفة هناك حذر متبادل إتجاه محاكم الدولة، الخوف من تعقيد الحلول المتعلقة بتنازع القوانين و التنازع القضائي، و هذا يدفع بالأطراف لتسوية نزاعاتهم، إستخلاف المحاكم الوطنية، بالمحكمن الذين يتم اختيارهم من طرفهم"².

فأصبحت هذه الدول تلجأ إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أراضيها و ذلك من خلال إدراج في صلب قوانينها المشجعة للإستثمار نصوصا صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الإستثمار³.

فمن الطبيعي أنه لكي يتحقق جذب أكبر للإستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي الخاص. فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان، و المستثمر قلق و خائف و يحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الإستثمارات الأجنبية يستلزم توفير ضمانات يرتاح معها المستثمر و يزيل القلق و الشكوك من باله.

¹ د. إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الإقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2014م، ص28.

² أ.د. عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الرابعة، 2017م، ص83.

³ د. حسام عبد الحليم محمد عيسى، التحكيم في العقود الإدارية و دوره في تسوية منازعات الإستثمار، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان " القانون و الاستثمار "، كلية الحقوق جامعة طنطا، 29-30 ابريل 2015م، ص07.

و لعل أبرز هذه الضمانات، توفر ضمانات قضائية لحماية إستثماراته، و عادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال¹.

و كمثل عن سياسة تشجيع الإستثمار في الجزائر، نجد أن المشرع قد نص في قانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار² في الفصل الرابع المتعلق بالضمانات الممنوحة للإستثمارات، و في المادة 24 كضمانة قضائية للطرف المستثمر على أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة و جود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم، أو في حالة وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالإتفاق على تحكيم خاص".

و من بين الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية على سبيل المثال، و التي تناولت في فحواها اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العلاقات الاستثمارية فيما بين الدولتين، نذكر الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا و الخاصة بالتشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل بينهما لعام 1993م³، الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع اسبانيا المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات عام 1994م⁴، الاتفاقية حول التشجيع و

¹ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 23.
² قانون رقم 09/16، 2016، متعلق بترقية الإستثمار، معدل بقانون 18-13، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، مرجع سبق ذكره، ص 22.

³ مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الإستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج ر ج العدد 01 لسنة 1994.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس لسنة 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، ج ر ج العدد 23 لسنة 1995.

الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و مصر لعام 1997م¹، و الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فنلندا حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات لعام 2005م².

و ما يمكن ملاحظته في هذه الاتفاقيات الثنائية أن معظمها تطرقت إلى ضرورة حل النزاع رضائيا أو وديا أو دبلوماسيا، و في حالة فشل ذلك لفترة محددة للطرف المستثمر أن يختار إما قضاء الدولة المتعاقدة أو التحكيم بأنواعه حسب كل إتفاقية³.

فلم يعد التحكيم منتج يجب إستظهار إيجابياته، بل أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، و لم يعد دوره مقصورا على فض المنازعات بعد نشوبها، بل أصبح في نظر الكثير من أعضاء المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم المنعقد في موسكو في سنة 1972 و المؤتمر الدولي الخامس المنعقد في لندن في أكتوبر 1974، أداة فعالة يجب استخدامه لتقادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتجارة و نقل التكنولوجيا و المشروعات المشتركة و أثناء تنفيذ العقود⁴.

¹ مرسوم رئاسي رقم 320-98 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق 11 أكتوبر سنة 1998، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في القاهرة يوم 20 ذي القعدة عام 1417 الموافق 29 مارس سنة 1997، ج ر ج العدد 76 لسنة 1998.

² مرسوم رئاسي رقم 469-06 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11 ديسمبر لسنة 2006، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية فنلندا حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 13 يناير 2005، ج ر ج العدد 82 لسنة 2006.

³ أنظر لهذه الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر و مزيد منها مع الدول الإفريقية و الآسيوية و الأمريكية و العربية و الأوروبية و المتعلقة بالحماية المتبادلة و تشجيع الإستثمارات بين الدول فيما بينها أو فيما بين دولة و أحد رعايا الدول الأجنبية، متوفرة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions>.

⁴ د. مناني فراح، مرجع سبق ذكره، ص32.

" la possibilité de choisir des arbitres ayant des compétences particulières est un atout très apprécié de l'arbitrage . l'arbitrage est choisi en fonction de ses connaissances de la matière litigieux , lesquelles sont souvent plus étendues que celle du juge . Le choix des parties dépend de circonstance du cas d'espèce et de la matière concernée . Les parties peuvent certes opter pour un juriste , mais elle peuvent aussi nommer un homme de l'art , dépourvu de connaissance juridique .Cela permet d'éviter que le juge ne s'entoure de spécialistes pour étudier la question litigieuse".

Voyer : Eleanor McGregor, l'arbitrage en droit public suisse-une comparaison avec la France , les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Shulthess édition romandes, Genève, 2015, p 44.

الفرع الرابع:

المزايا التي يتيحها قضاء التحكيم لأطراف عقود الدولة

لا أحد يمكن له أن يشكك في الانتشار الواسع الذي حظي به قضاء التحكيم بمختلف أنواعه، كسبيل في حل المشاكل التي تحدث في ميدان العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية، كما هو الشأن بخصوص عقود الدولة، و لعل من أبرز الأسباب للجوء إليه، هي المزايا التي يوفرها و التي سنعرضها كما يلي :

أولاً: إعتبرات متعلقة بطبيعة المنازعات

إن الثورة التكنولوجية التي شهدها العالم المعاصر، و ما خلفته من إنتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود بفضل مختلف العقود الدولية، إنعكس على طبيعة النزاعات التي أصبحت تحدث، حيث أصبحت هذه الأخيرة تتميز بالطابع الفني الدقيق، الأمر الذي صعب على القاضي الوطني مهمة النظر فيها نظراً لحاجتها إلى خبير فني متخصص بشأنها، لأن القاضي الوطني و إن كان بارعا على المستوى الفقهي، فإنه قليل الخبر بمسائل التجارة الدولية، فبدل من اللجوء إلى المحكمة و تقوم هذه الأخيرة بعرض القضية على خبير فني متخصص ، تقوم الأطراف المتعاقدة إلى إختيار المحكم لعرض منازعاتهم عليه كون انه من أهل الخبرة و إقتصاد الوقت و النفقة.

و لما كانت عقود الدولة من قبيل العقود التي تثير مسائل قانونية و فنية معقدة، كما هو الحال لعقود نقل التكنولوجيا و عقود BOT، فإن إرادة أطرافها حولت مسارها إلى التحكيم بداية من الإتفاق عليه إلى المسائل التي يتناولها، مروراً بإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و هذا التحول طبعاً راجع من جهة إلى التكوين المتميز الذي يتمتع به المحكمون في مجال تلك العلاقات، و ما يتصل بها من أعراف و عادات لا نظير لها في تطبيقات المحاكم

الداخلية للدول¹، و من جهة أخرى راجع إلى سمات الخلافات التي تحدثها عقود الدولة و التي تختلف عن غيرها من باقي العقود².

فإن إتصال عقود الدولة بخطط التنمية و الإستثمار تحتاج منازعاتها إلى محكم ذو كفاءة عالية* يستطيع تقدير الإلتزامات التي تمت و جودة الخدمات التي نتجت عن تنفيذ العقد، و مدى تطابقها مع بنود العقد³.

و لا يقتصر الأمر على الخبرة الفنية التي يتصف بها المحكم، بل يمتد ذلك إلى الخبرة التجارية و حتى النفسية، ذلك أن أطراف عقد الدولة إذا ما عرضوا نزاعهم على هيئة تحكيم، فإن هذا الأخيرة لديها علم كبير بعادات التعاملات الاقتصادية الدولية بما فيها التجارة و الإستثمار، مما ينتج عنه قراءة و تفسير سليم لذلك العقد محل النزاع⁴.

و لهذا فإن اللجوء إلى قضاء التحكيم مباشرة، سيكون أحسن من لو يتم عرض النزاع إلى القضاء الداخلي، فإضافة إلى طول إجراءاته فإنه يستعين بأهل الخبرة، التي قد تكلف نفقات

¹ د. علاء محي الدين مصطفى و د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014م، ص 09 و 10.

² د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة" دراسة تأصيلية تطبيقية للشروط الجديدة في عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة..."، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014م، ص 112.

*يتمتع المحكمون زيادة على الكفاءة العلمية و القانونية التي يتمتع بها القضاة، بالخبرة العلمية و الميدانية في منازعات المرتبطة بمجال الإستثمار، إضافة إلى درايتهم بأعراف و عادات العقود محل النزاع، و حتى اللغات التي تحرر بها العقود و تسري بها المراسلات بين الأطراف.

أنظر، د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص 20 و 21.

³ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي" دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية-اللاتينية-العربية-الإتفاقيات الدولية و لوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2004م، ص 77.

⁴ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي" دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية-اللاتينية-العربية-الإتفاقيات الدولية و لوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي"، مرجع نفسه، ص 86.

كبيرة، لذلك يستحسن من الأطراف المتعاقدة اختيار محكم مباشرة لربح و الوقت و تجنب إضاعة لمزيد من النفقات¹.

ثانياً: إعتبرات متعلقة بإجراءات التقاضي

لعل من دواعي تفضيل الأطراف المتعاقدة في مجال الإستثمارات الدولية بما فيها ذلك عقود الدولة إختيار التحكيم التجاري الدولي، هو سرعة الفصل في النزاعات التي تترتب عن تلك العقود.

حيث أن المحكمون يكرسون معظم وقتهم ليجاد حل للنزاع المعروض أمامهم، حيث أن فترة الفصل في النزاع لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ توقيع الأطراف على وثائق التحكيم²، و هذا يعتبر جيداً نوعاً ما مقارنة بالقضاء الوطني الذي يتضمن درجات التقاضي، و بطئ إجراءاتها و تعقيدها، فإذا كنا بصدد نزاع نتج عن عقد دولة مع شركة خاصة أجنبية، فبدون شك هناك عدد كثير من الوثائق و المستندات التي تستلزم ترجمة من القاضي، و لعل هذا يحتاج مدة زمنية طويلة قد لا توافق متطلعات أطراف العقد، لأن ذلك سيعطل التنمية الإقتصادية بالنسبة للدولة المتعاقدة من جهة، كما يكبح إستثمارات الشخص الأجنبي الخاص، و بالتالي يتضرر الطرفين من ذلك بسبب توقف تنفيذ العقد و طول انتظار إجراءات التقاضي³.

¹ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت، لبنان، 1997م، ص 62 و 63.

² د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي " دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية-اللاتينية-العربية-الإتفاقيات الدولية و لوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سبق ذكره، ص 32.

³ د. علاء محي الدين مصطفى و د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، مرجع سبق ذكره، ص 11.

En doctrine, la rapidité est souvent citée comme l'un des atouts essentiels de l'arbitrage, cela pour plusieurs raisons. D'abord, contrairement aux affaires soumises à la justice ordinaire, les différends confiés à l'arbitrage ne viennent pas s'ajouter aux dossiers déjà attribués aux juges étatiques. Ils sont liquidés par des tribunaux spécialement constitués à cet effet.

L'arbitrage offre aussi aux parties la possibilité de fixer à l'avance des délais déterminés dans lesquels les arbitres seront tenus de statuer. Ensuite, les parties ne disposent généralement que de moyens de contestation très limités contre une sentence arbitrale, ce qui réduit les possibilités de recours. Enfin, s'ils existent, les recours sont généralement limités à un seul degré de juridiction.

Voyer : Eleanor McGregor, op.cit, p 44.

كما أن سلك أطراف عقد الدولة لمسار قضاء الدولة المتعاقدة، سيكشف كل الأسرار المتعلقة بالعقد، و ذلك تكريسا لمبدأ علانية الجلسات، و لعل أن الأطراف لا يرغبون بذلك ، لذلك وجدوا ميزة مفضلة في قضاء التحكيم تتمثل في سرية خصومتهم*، و ذلك حفاظا على المعلومات التي يحتويها العقد رغبة منهم على عدم معرفتها من منافسيهم في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية و حفاظا على سمعتهم في المجتمع الدولي¹.

فإذا ما أبرمت دولة نامية ما عقدا مع شخص خاص تابع لدولة متقدمة يتعلق بتقديم المساعدة الفنية، فبدون شك إن هذا الأخير(عقد الدولة) سينتج عنه إلتزامات و حقوق كثيرة متبادلة بين الطرفين، حيث يقع على عاتق الشخص الأجنبي من جهة و الذي غالبا ما يكون شركة بناء مصنع معين، كما يحتاج إلى توريد الآلات و حتى تدريب اليد العاملة المتطلبة لتشغيل هذا المصنع، كما يقع على عاتق الدولة المتعاقدة توفير الضمانات القانونية اللازمة لحسن سير المشروع و كذا الحوافز التشريعية المتفق عليها من جهة أخرى.

* لقد كرس المشرع الجزائري نظام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، بنوعيه الداخلي و الدولي، حيث يتضح مبدأ السرية في التحكيم من خلال نص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص بأن: " تكون مداوات المحكمين سرية ".

أنظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخة في 2008/4/23.

كذلك تنص الفقرة 03 من المادة 24 من لائحة إجراءات التحكيم المتعلقة بمركز أبوظبي للتوفيق و التحكيم التجاري على أنه: " تكون الجلسات سرية ما لم يتفق الأطراف كتابة على خلاف ذلك ".

راجع في ذلك، لائحة مركز أبوظبي للتوفيق و التحكيم التجاري، منشورة في شبكة الانترنت على الموقع التالي: http://www.adccac.ac/Arabic/CharterAndRegulations/Documents/regulationsa_new.pdf.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 37 مكرر لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)، على أنه: " يلتزم الأطراف بالمحافظة على سرية أحكام التحكيم و جميع الأوراق و المستندات و تقارير الخبراء المقدمة في الدعوى التحكيمية و كذلك أقوال الشهود و جميع الإجراءات، و ذلك ما لم يقتضي القانون أو يتفق الأطراف صراحة و كتابة على غير ذلك ".

راجع في ذلك، قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.crcica.org/rules/arbitration/cr_prev_arb_rules_ar.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1.

¹ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي " دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية-اللاتينية-العربية-الإتفاقيات الدولية و لوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سبق ذكره، ص66.

فإن نشوء نزاع بمسألة معينة سيكون مؤكدا إذا ما تخلف أحد الأطراف عن إحدى الواجبات، و إن عرض النزاع على القضاء الوطني سيكشف السبب الذي أدى إلى النزاع، كان تستعمل الشركة الأجنبية مواد ذو جودة رديئة في بناء المشروع، فإذا ما اثبت القضاء هذا الشيء فسيتم الجهر به، مما تقل سمعة ذلك الطرف الأجنبي، و نفس الشيء مع الدولة إن تقاعست عن أداء واجباتها كان مثلا تقوم بتأميم المشروع بالرغم من وجود شرط ثبات تشريعي، فان هذا حتما من شأنه أن يقلل من نسبة الاستثمارات في تلك الدولة و يؤدي إلى نفور الأشخاص الأجنبية من التعاقد معها¹.

و على هذا الأساس من الأفضل أن يختاروا طريق التحكيم الذي يفصل في المنازعات وفق مبدأ يستر جميع النقاط التي لا يحبذ الأطراف سماع العامة بها، نظرا لمساسها بمراكزهم المالية أو الإقتصادية².

ثالثا: إعتبرات متعلقة بالتغيرات الجذرية للمجتمع الدولي

لقد حدثت تحولات سياسية كبيرة في الآونة الأخيرة، أسفرت عن تحرر عديد من الدول، حيث قامت هذه الأخيرة بوضع تشريعات داخلية خاصة منها المتعلقة بالإستثمار، و ذلك بسبب حاجاتها إلى خطط للتنمية الاقتصادية، فأصدرت قوانين تنظم العلاقة بينها و بين الأطراف الخواص الأجانب، لكن تلك القوانين المفروضة غالبا ما كانت تقف عائقا و تطلعات تلك الشركات الأجنبية، خاصة القوانين القاضية بفض المنازعات الناشئة بينهم إلى القضاء الوطني³. إلا أن الأشخاص الخاصة الأجنبية بقت متخوفة نوعا ما من القوانين التي أصدرتها تلك الدول بإعتبار أنها متشددة بعض الشيء، و وقوفها في كفة تلك الدول، لذلك تمسكت باللجوء إلى عدالة محايدة متخصصة.

¹ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي" دراسة تفصيلية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية-اللاتينية-العربية-الإتفاقيات الدولية و لوائح مؤسسات التحكيم التجاري الدولي"، مرجع نفسه، ص73 و ما بعدها.

² د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص20.

³ د. علاء محي الدين مصطفى و د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل، مرجع سبق ذكره، ص12.

خاصة و أن التحولات الاقتصادية التي طرأت على مختلف تشريعات الدول، و التي تحت على قبول التحكيم الدولي، فما كان للدول و خاصة النامية منها إلا سبيل الاستجابة لتلك الأنظمة، و التي من أهمها إدراج التحكيم في نصوصها القانونية كآلية لتسوية المنازعات التي تنتج عن العقود التي تدخل فيها الدولة مع الأشخاص الأجانب، و ذلك إيماناً في النهوض بإقتصادياتها و جلب الإستثمارات الأجنبية¹.

و غنى عن البيان، أن ليس الدول النامية وحدها التي كرست التحكيم كآلية لفض منازعات التي يثيرها العقد المبرم بين دولة و شخص أجنبي بعدما كانت متمسكة بقضائها الوطني لدواعي سيادية، فحتى بعض الدول المتقدمة لم تكن تجيز بأن تعرض الخلافات التي تنتج عن عقد تبرمه دولة مع شركة أجنبية إلى غير قضائها الوطني، و لعل أبرز مثال على ذلك دولة فرنسا، حيث عند قيام هذه الأخيرة بإبرام عقد مع شركة أمريكية بخصوص مدينة الألعاب Disney world بباريس، إشتراط الشخص الأجنبي الخاص الأمريكي لكي تتم الموافقة على هذا المشروع، أن يتم الفصل في المنازعات التي قد تحدث عن العقد مستقبلاً إلى قضاء التحكيم، الأمر الذي لقي معارضة من قبل مجلس شورى الدولة الفرنسي و على عكس محكمة التمييز في شأن العقود الدولية المتصلة بمصالح التجارة الدولية، هو عدم جواز إسناد المنازعات التي تكون فيها الدولة طرف إلى التحكيم، و ذلك حفظاً على السيادة الفرنسية، إلا أنه و بعد مفاوضات ماراطونية قبلت فرنسا بشرط التحكيم²، و لعل أن إتخاذ موقف متعلق بلجوء دولة مع شركة أجنبية إلى طريق التحكيم و الإستغناء عن القضاء الوطني الذي يعبر عن سيادتها، هو راجع لمساعي المصلحة العامة الكبيرة التي سيحققها ذلك العقد³.

¹ د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص 23 و 24.

² د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية...، مرجع نفسه، ص 22 و 23.

³ "Toute fois, force est de constater que dans la pratique, cette obligation n'est pas toujours suivie d'effet. En dépit de la prohibition qui lui est faite de régler ses litiges par voie d'arbitrage, la partie étatique n'hésite parfois pas à s'engager à y recourir, en particulier lorsque l'acceptation de l'arbitrage est érigée en condition sine qua non d'un contrat, dont la conclusion présente un grand intérêt public".
Voyer : Oussman Dialo, Le consentement des parties à l'arbitrage international, Nouvelle édition, Genève, 2010, p 11.

و بذلك تبنت الدولة الفرنسية قانون خاص رقم 86-972 صادر بتاريخ 19 أغسطس 1986 يتضمن القانون المدني، حيث نصت المادة 2060 على أنه: " يجوز للدولة و السلطات المحلية و المؤسسات العامة، عند إبرامهم لعقود مع شركات أجنبية بغية أداء عمليات ذات مصلحة وطنية، الإتفاق على شرط التحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق هذه العقود و تفسيرها إن حدثت " ¹.

و تجب الإشارة إلى أن لجوء أطراف عقود الدولة إلى قضاء التحكيم، لا ينحصر فقط على سلاسة الإجراءات أو طبيعة منازعات عقود الدولة أو التحولات الجزئية التي شهدتها العالم كما بينا، بل أن العبرة من ذلك كذلك، هو وضع حد للحقد و الإضطراب الذي خلفه النزاع على المتعاقدين، ذلك أن تسوية الخلاف بينهم سيكون بعد تراضيهم و وفقا لإرادتهم المحضة.

¹ Oussman Dialo, op.cit, p 11.

المبحث الثاني:

إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة لدى قضاء التحكيم

الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة للتطبيق على موضوع النزاع، باعتبار مالهم من سلطان إرادة في تحديد حقوقهم و التزاماتهم و التصرف فيها، فإذا ما اتفق على تطبيق قانون دولة معينة أو قانون معين على موضوع النزاع فمن الواجب على هيئة التحكيم التقيد و الإمتثال لهذا الاتفاق و احترام إرادتهم¹، فنظرا لدور الإرادة القيم في التحكيم فلا تزال غالبية النظم القانونية تحترم إرادة الأطراف فيما يتعلق بإختيارها للقواعد التي تحكم موضوع النزاع، و يمكن لإرادة الأطراف أن تحدد القواعد التي ستطبق على موضوع النزاع بطريقة مباشرة أو عن طريقة الإحالة إلى قواعد التنازع لدولة معينة يتم على ضوءها تحديد تلك القواعد، و من ثم فلإرادة الأطراف أن تختار قواعد وطنية لحكم النزاع أو قواعد التجارة الدولية².

و نظرا لأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة، فإن مجمع القانون الدولي قد اصدر في دورته المنعقدة في أئينا عام 1979 و المخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى توصية بصدد هذا الشأن، حيث نص في المادة الثانية من الدورة على أن: " تخضع العقود المبرمة بين الدولة و شخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة... " ، و يلاحظ أن هذه التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي شأنها في ذلك شأن معاهدة واشنطن التي دونت مبدأ سلطان الإرادة و حرية الأطراف في رسم القانون الواجب التطبيق على العقد، على إعتبار أن هذا المبدأ من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص بشكل عام في نطاق الإلتزامات التعاقدية³.

وعليه سندقق في مفهوم قانون الإرادة و أشكاله و من ثم الضوابط المحددة له كما يلي:

¹ أ. جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009، 2010 م، ص52.

² د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 2002م، ص259 و 260.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص408 و 409.

المطلب الأول:

مفهوم قانون الإرادة

لفهم و إستيعاب فكرة قانون الإرادة، يتطلب الأمر تعريف مبدأ قانون الإرادة (فرع أول)، ثم التطور التاريخي له (فرع ثاني)، و أساس قانون الإرادة (فرع ثالث)، و من ثم تكريسه على المستوى الوطني و الدولي (فرع رابع).

الفرع الأول:

تعريف مبدأ قانون الإرادة

بما أن العقود الداخلية لا تفرز مشاكل متصلة باختيار قانون العقد لأنها تخضع بداهة للقانون الداخلي، فإن أعمال قانون الإرادة يقتصر فقط على العقود التي تتسم بالصفة الدولية و من بينها عقود الدولة ذات الطابع الدولي، نظرا لاتصال هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني، مما يثير مشكلة تنازع القوانين بشأنها¹.

لذلك فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود ذات البعد الدولي، يترك مجالا لحرية الأطراف المتعاقدة لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يرونه أنه جيد بالنسبة لهم، و عليهم - إضافة إلى إتفاقهم على شروط العقد - أن يحددوا باتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم، و هو ما يعرف بمبدأ قانون -أو سلطان أو إستقلال- الإرادة *le principe de l'autonomie* أو كما يسمى بالفرنسية *autonomy in choice of Law* *devolonté*².

فمن يريد إحترام شخصية الإنسان عليه أن يحترم إرادته³. و عندما يمارس الأشخاص المتعاقدون حقوقهم بحرية و إستقلالية فإن قانون إرادتهم سيؤكد التصرفات التي قاموا بها إذا ما كانت ستنتج آثار قانونية، و هذا ما أكده السيد Gounot عندما صرح بأن: " في التصرف

¹ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص07.

² أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في إختيار القانون واجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني- دراسة مقارنة -، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، العدد الثلاثون، ج1، حزيران 2013م، ص358.

³ Rodolfo Sacco, Liberté contractuelle-volonté contractuelle, Revue international de droit compare, Vol59 N4, 2007, p744.

القانوني، الإرادة هي العنصر الأساسي الوحيد في توجيهه و تعتبر القاعدة المميزة في تفسيره " 1.

و يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة بأنه قدرة الإرادة على إنشاء التصرف القانوني و تحديد الآثار التي تترتب عليه، بحيث تستطيع الإرادة أن تنشئ عقدا يجهله القانون، و أن تتجه إلى مخالفة أحكام العقود التي ينظمها القانون 2 .

و القصد من قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص، هو تلك المكنة التي تخول للأطراف المتعاقدة، من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المراد إبرامه، إذا كان هذا الأخير يحتمل خضوعه لنظم قانونية مختلفة.

فقانون الإرادة هو الذي يمنح الأطراف صلاحيات واسعة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و كذا تحديد المحكمة التي تفصل في النزاع، و يتم إختيار هذا القانون في كثير من الأحيان أثناء إنعقاد العقد، و بعض المرات يتم تحديده بعد الإبرام، كما يجوز تعديل القانون المختار من قبل المتعاقدين عند سريان العقد، إذا إتفقا الأطراف على ذلك 3.

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

فمن حيث الأهلية إتجه الفقه الغالب، إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد سواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية أو قانون محل الإقامة (الموطن). أما من حيث الشكل، فقواعد الإسناد في هذه المادة هي قواعد عالمية التطبيق و وضعت لتأمين سلامة التعاقد و تسهيلا لما

¹ Ratchaneekorn LARPVANICHAR, Op.cit, p29 .

² د. كريم مزعل شبي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين) ، مجلة العلوم القانونية /كلية القانون-جامعة بغداد، المجلد 32-العدد الثاني/2017م، ص214.

³ أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، مرجع سبق ذكره، ص358.

تقرضه المعاملات الدولية، و قد ذهب الفقه الغالب إلى إخضاعها إختياريا إما لقانون العقد أو لقانون بلد الإبرام¹.

فالمعنى الإصطلاحي لسلطان الإرادة في مجال القانون بصفة عامة، هو جعل الإرادة مصدرا و معيارا للحقوق الشخصية بوصفها الوسيلة المنشئة للقانون، مما يصدر عن هذا الأخير في مجال القانون الداخلي، العديد من المبادئ الهامة و التي من بينها مبدأ حرية التعاقد و احترام حرية المتعاقدين في تفسير و تنفيذ العقد...آخ، و إذا كان المقصود من هذا المبدأ بالمعنى العام المتقدم، فإن أهم النتائج المترتبة على هذا المصطلح في مجال القانون الدولي الخاص، هي تمكين المتعاقدين من وضع قانون عقدهم².

الفرع الثاني:

تطور فكرة قانون الإرادة

إن فكرة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة لم تكن موضع عمل بها، بل كان يتم إسناد العقد لقانون مكان إبرامه، كون أن المحل يحدث فيه التصرف. لكن سرعان ما تعرضت هذه الفكرة إلى إنتقادات أساسها أن العقد ينشا نتيجة لفكر إنساني، و أن محل إنعقاده قد لا يرقى ليؤخذ به كقانون يحكم العقد، حيث قد يكون غير مرتبط بمسائل ذلك العقد.

¹ د. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، دون طبعة، لبنان، 2014م، ص36.

هذا و قد بذل القائمون على مؤتمر لاهاي جهودا لتعزيز إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية، وذلك عن طريق إصدار مبادئ غير ملزمة تسترشد بها الدول التي تتبنى مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون، وذلك لأجل أن تطور هذه الدول هذا المبدأ وفقا لأفكار حديثة أوصى بها المؤتمر، وتعديل تشريعاتها الداخلية بطريقة من شأنها توسيع مجال إرادة الأطراف في اختيار القانون، وكذلك تحت الدول التي لا تركز هذا المبدأ على الأخذ به واعتماده في تشريعاتها.

أنظر، أ. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، المجلد 13، العدد 2، كلية القانون - أبوظبي-، الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر 2016م، ص 372.

² د. كريم مزعل شببي، مرجع سبق ذكره، ص213.

و نتيجة لهذه الإنتقادات، و بتاريخ 1490، فسر أحد فقهاء المدرسة الايطالية Ruchus Curtius قاعدة إسناد العقد لقانون محل الإبرام على نحو مغاير لما سبق، حيث إعتبر أن أساس خضوع العقد لمحل إبرامه، ما هو في الحقيقة إلا اختيار ضمنى للمتعاقدين¹.

و في القرن 16 بدأت ملامح قانون الإرادة تتضح، خاصة عندما قام الفقيه Dumoulin بإستنتاج فكرة جديدة ساعده فيها الطرح الذي جاء به الفقيه Ruchus Curtius، حيث رأى بأنه: "مادام العقد يخضع لقانون محل إبرامه بناء على الرضا الضمني للمتعاقدين، فيجب الإعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره ليحكم العقد".

و لعل مصدر هذا الاكتشاف الذي وصل إليه Dumoulin ، هو فتوى تتعلق بمشاركة زواج تقدم بها الزوجان إليه حول مدى قدرة الإبتعاد عن القواعد العرفية الموجودة في الأماكن التي تتمركز فيها أموالهما، و إتخاذ باريس كموطن لعقد زواجهما من أجل تطبيق النظام المالي السائد فيه. و هذا م جعل Dumoulin يقر بأن النظام المالي للزوجين يشكل عقد ضمنى يحكمه قانون إرادة المتعاقدين بما أن إرادة الزوجين انصرفت إلى باريس لزواجهما بسبب الأعراف السائدة فيها، و التي رغبا في أن تحكم نظامهما المالي.

و مع كل هذا فإن ما سعى إليه Dumoulin، لم يسلم من النقد، حيث رأى البعض بأن إستخدامه لفكرة قانون الإرادة قد تجرد من نتائجه العملية، أي إستطاعة الإرادة في إختيار قانون آخر، ذلك أن نتيجة فتواه التي تبناها خلصت إلى تطبيق قانون بلد إبرام عقد الزواج، و هو ما تم الأخذ به في أواخر القرن 15².

لكن مع بداية القرن التاسع عشر أصبحت قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين تقريبا ثابتة. و قد عمل بها كلا من الفقيهين Savigny و Mancini، فقد أخضع savigny العقد لمكان تنفيذه، حيث كان يعتد أساسا بتحليل الروابط القانونية و تركيزها في مكان معين هو

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 96 و 97 .
لم تتضح معالم قانون الإرادة بعد في القرن 13، حيث كان مفسري المدرسة الايطالية آنذاك يقرون بإخضاع العقد لقانون بلد الإبرام و ذلك نتيجة لسهولة تعرف الأطراف على أحكام القانون و محتواه، و بذلك فان الإرادة في تلك الفترة، لم يكن بمقدورها أن تغير فكرة إسناد العقد لقانون محل انعقاده.

أنظر، د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 24 و ما بعدها.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص من 27 إلى 29.

الذي تنتج فيه الرابطة آثارها. بينما mancini فكان يرى إخضاع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف عملاً بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته¹.

إلا أنه، حتى وإن كان الحل الذي جاء به savigny و Demoulin كان له دور بارز في تحديد قانون العقد سواء بواسطة قانون محل الإبرام أو التنفيذ إستناداً لإرادة الأطراف الضمنية، ومع هذا لم يأتي هذا الفقه بقدره المتعاقدين على الإختيار الصريح لقانون آخر ينظم العقد، وإنما ظلت تلك الحلول الفقهية مجرد تبرير لاحق لحلول أمره مسبقاً، أي دون الاعتداد بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

و في نهاية القرن 19 إكتمل أعمال مبدأ سلطان الإرادة ترتيب نتائج المنطقية، و هذه المرة الفضل يعود إلى الفقيه البلجيكي Laurent، حيث أكد هذا الفقيه أنه: "إذا كان تطبيق قانون دولة الإبرام أو دولة التنفيذ قد فسر على أساس رضا المتعاقدين الضمني، فإنه يحق لهم أن يختاروا صراحة قانوناً آخر غيره".

و عليه فإن مبدأ قانون الإرادة من خلال ما أتى به Laurent، لم يعد يستخدم كتبرير لحل مسبق في تنازع القوانين، بل بات هذا المبدأ حلاً في حد ذاته بما يكفله للإرادة من سلطة تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد دون الإستناد إلى حل سابق².

الفرع الثالث:

أساس قانون الإرادة

إن فلسفة قاعدة قانون الإرادة لم تتمكن بعد إقناع فقه القانون الدولي الخاص بجعله يستقر عليها³، و بالرغم من قيام هذا الأخير بالتسليم بقانون الإرادة، إلا أنهم انقسموا بخصوص

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 122 و 123.

رأى الفقيه savigny بان تطبيق قانون دولة التنفيذ، على نحو أن الروابط القانونية المتعلقة بالعقد و تركيزها في مكان معين هو الذي تنتج فيه الرابطة آثارها، مما يستدعي إسنادها للقانون الموجود في ذلك المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري.

أنظر، د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 30.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع نفسه، ص 31 و 32.

³ أ. كمال الفاسي، مكانة سلطان الإرادة في العقد التجاري الدولي، مجلة القانون و الأعمال، العدد 14، أبريل 2017م، ص 99.

الأساس أو القاعدة التي يبني عليها ذلك المبدأ، أي الوسيلة التي يتم من خلالها تحديد قانون العقد¹، فمنهم من رجح أساس قانون الإرادة إلى النظرية الشخصية، و بعض آخر رجح أساسه إلى النظرية الشخصية، على نحو ما سنوضحه.

أولاً: النظرية الشخصية (subjective theory) في تحديد قانون الإرادة

إن النظرية الشخصية قد تم قبولها منذ ما يزيد عن قرن من الزمان، و التي بين معالمها الفقيه Laurent كما سبق و أن وضحنا²، فهذه النظرية تقدر حرية الفرد بوصفها حق طبيعي له، كون أن الجماعة تأسست من أجل الفرد، و بذلك ترتفع مكانة هذا الأخير و في المقابل ينحصر و يقل دور القاعدة القانونية، لتصبح إرادة الفرد هي روح و جوهر القاعدة القانونية³.

فإن النظم القانونية حتى و إن كانت تتميز بالطابع السيادي مثل ما كان عليه في النظام الإقطاعي، إلا أن تلك السيادة تحتضن مصالح أخرى للأفراد، حيث تترك للأطراف المتعاقدة سواء كانوا وطنيين أم أجانب الحرية الواسعة في تسوية منازعاتهم العقدية⁴.

فيتحدد قانون الإرادة وفق النظرية الشخصية، عندما تنزل القواعد القانونية التي تراضى عليها الأطراف إلى منزلة الشروط التعاقدية، أي الإختيار هنا يصبح مجرد اختيار مادي لا يؤدي إلى خضوع الرابطة العقدية للقواعد الآمرة التي يتضمنها ذلك القانون المتفق عليه، و بالتالي يبقى العقد متحرراً من قبضة القانون⁵. و في هذا الخصوص يرى Laurent أنه:

"Les parties peuvent déclarer qu'elles ne veulent pas qu'une servitude naisse de la destination ; leur volonté fera loi"⁶.

و بذلك فقد بالغ أنصار النظرية الشخصية في إطلاق سلطان الإرادة إلى حد القول بأن إرادة الأطراف المتعاقدة هي بمثابة شريعتهم الملزمة، وبما أن العقد ملزم في حد ذاته و الذي

¹ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص776.

² أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، مرجع سبق ذكره، ص361.

³ أ. حواء فرج محمد المجبري، مدى كفاية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة بنغازي-كلية الحقوق، ليبيا، 2008م، ص28.

⁴ F.LAURENT, Droit civil international, Bruylant-christophe éditeurs, Bruxelles, 1880, p549.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص420.

⁶ F.LAURENT, Le droit civil international. T7, Bruylant-Christophe éditeurs, Bruxelles, 1881, p378.

يستمد إلزاميته من أطراف، فلا حاجة إذا للقانون، و يصبح هذا الأخير سوى تأكيداً و حماية للحرية التعاقدية¹.

و يرد أنصار هذه النظرية قدرة المتعاقدين في إختيار قانون العقد، إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يزود الإرادة صلاحية مطلقة في هذا الشأن تعلق بها فوق القانون الذي يأخذ قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الأطراف على إنتقاء أحكامه لتنظيم العلاقة التعاقدية، كون أن إختيار الأطراف المتعاقدة لقانون العقد لا يتم وفق قاعدة من قواعد تنازع القوانين، و إنما يتم بناء على الإرادة المطلقة².

و بما أن القانون المختار من قبل الأطراف يتم إدماجه في العقد، و بالتالي يصبح مجرد شرط من الشروط التعاقدية، ففي هذه الحالة باستطاعة المتعاقدين أن يستبعدوا بعض من أحكام القانون المتفق عليها، حتى و إن كانت هذه الأخيرة تصنف ضمن القواعد الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كما بإمكانهم أن يجزؤوا العقد و أن يختاروا لكل جزء منه قانون يحكمه، حتى و إن كان هذا الأخير غير مرتبط بظروف و ملابسات العقد³. و مع كل هذا فإن كل هذه التصرفات التي يمكن للأطراف القيام بها، لا يمكن إعتبرها بمثابة غش نحو القانون الذي يتصل به العقد لطالما كان القانون المختار يحترم النظام العام للمحكمة التي تنظر في المنازعة⁴.

فإن إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة، يعتبر شيء جيد و مهم في تسيير و تنظيم مختلف العلاقات التجارية ذات البعد الدولي، لأن تلك الحرية التي تكفل للأطراف المتعاقدة تساعدهم على تنشيط تلك العلاقات الإقتصادية، حتى و إن لم يكن للقانون صلة حقيقية بالعقد فإن الصلة الحقيقي تتمثل في حاجة و مستلزمات التجارة الدولية نفسها⁵.

¹ د. صلاح علي حسن، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012م، ص458.

² د. كريم مزعل شبي، مرجع سبق ذكره، ص213.

³ د. صلاح علي حسن، مرجع سبق ذكره، ص459.

⁴ أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص-الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005 م، ص189.

⁵ أ.م.د. فراس كريم شيعان و أ.ر.م. عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة8، المجلد3، العدد29، آذار2016م، ص235.

و إذا كان هذا هو حال الفقه، فإن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 ديسمبر في قضية *American Trading Co.c Quebec Steamship Co** قد إعترفت بهذه القاعدة مقررّة أن: " القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها و شروطها، هو ذلك الذي تتبناه الأطراف ... " ¹.

ثانيا: النظرية الموضوعية (objective theory) في تحديد قانون الإرادة

تعتبر النظرية الموضوعية بمثابة الأساس الثاني الذي يركز عليها قانون الإرادة، و مرجعها يعود إلى الفقيه الألماني سافيني، إلا أن تبلورها كان على يد الفقيه باتيفول، حيث برزت هذه النظرية منقّدة لما جاءت به النظرية السابقة على حد زعمها بإطلاق سلطان الإرادة في تبني القانون الواجب التطبيق على العقد ².

فإن محتوى قاعدة " خضوع العقد لقانون الإرادة " و مفهومها يختلفان تماما عندما يكون المحكم الدولي هو المكلف بمهمة تسوية النزاع المتعلق بالعلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي،

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 122 إلى 124.
* هذه القضية الشهيرة المعروفة باسم *American Trading Company* تدور حيثياتها حول عقد مشاركة إيجار سفينة تم إيرامه في نيويورك بين شاحن أمريكي و مجهز كندي، موضوعه نقل بضاعة من أمريكا إلى فرنسا، و قد إحتوى العقد على بند يفيد بإعفاء المجهز من المسؤولية. و لما وصلت البضاعة إلى فرنسا تبين أنها تالفة، لذلك عرض النزاع على القضاء الفرنسي، حيث أن الطرف الكندي تمسك بند عدم المسؤولية المذكور في العقد، بينما الطرف الأمريكي فقد دفع بان العقد يخضع صراحة للقانون الأمريكي، و الذي يمنع الإعفاء من المسؤولية، و من ثم يبطل شرط عدم المسؤولية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم ترضى بهذا الدفع و خلصت إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار إلى مرتبة الشرط التعاقدية، مما يستوجب عدم التمسك به لإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المتفق عليها صراحة في العقد.

أنظر، د. سلامة أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية-دراسة تأصيلية انتقادية-، دار النهضة العربية، 1989م، ص47.

² أ. أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان-الأردن، 30-12-2017، ص59.

L'opposition au premier sens qui vient d'être défini peut paraitre relative , étant donne que les objectivistes ,auteurs ou juges, admettent que les présomptions n'ont a intervenir qu'en l'absence d'une volante établie .Il leur a été sans doute reproche par des subjectivistes de ne pas être fideles a ce programme ,mais sans preuve a l'appui. Il faut au contraire, insister sur ce que les objectivistes ,admettant en principe l'efficacité d'une clause de désignation expresse de la loi applicable ,n'ont aucune peine a accueillir aussi une désignation quasi-expresse comme celle qui résulte d'une clause d'arbitrage ou attributive de juridiction.

Voyer :H.BATIFFOL, subjectivisme et objectivisme dans le droit international prive des contrats in Mélanges Maury, t.I, Dalloz,1960, p 40.

كما هو الحال بالنسبة لعقود الدولة، ففي هذه الحالة تفسر تلك القاعدة (خضوع العقد لقانون الإرادة) على أن الخضوع هو القانون الذي تختاره الإرادة و ليس العقد الذي أنشأته تلك الإرادة¹.

فلم تصبح إرادة المتعاقدين مطلقة إلا في حدود القانون الذي تأخذ منه سلطانها، فهي ليس بمقدورها إنشاء نظام قانوني قائم بذاته، و العقد يحتاج إلى قانون ينظمه و لا يمكن أن يستند في وجوده إلى فراغ، فهو لا يخص أطرافه فقط و إنما هو عبارة عن حلقة في نظام قانوني متكامل، و بالتالي فليس بإمكانه أن ينتج أثارا قانونية إلا بإعتماده على نظام قانوني يضمن وجوده و حمايته.

إن هذا ما دفع فقهاء النظرية الموضوعية و على رأسهم بروشيه* يرجعون دور الإرادة في إختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي تخضع بموجبها الرابطة العقدية لسلطان القانون الذي حدده المتعاقدين². فإرادة الأطراف لا تغلو فوق القانون، و إنما بالعكس تستمد قوتها الملزمة من أحكامه، فهي ليست حرة مادامت داخل نطاق قواعده الآمرة³.

و في هذا الخصوص يرى الدكتور نادر محمد إبراهيم، أن النظرية الموضوعية تتحقق إذا كان " إختيار المتعاقدين لقانون العقد إختيارا تنازعا، يخضع العقد بمقتضاه للقواعد الآمرة في القانون المختار و التي لا يملك هؤلاء الأطراف القدرة على الإفلات من أحكامها " ⁴.

¹ د. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و القيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس-كلية الحقوق، مصر، 2002-2003م، ص02.

*بروشيه (BROCHER) هو أستاذ بجامعة جنيف عام 1883م، كان أول من أطلق إصطلاح "سلطان الإرادة" و ليس "سلطان الأطراف" في المجال القانوني، لكن تجب الملاحظة أن الأستاذ لم يرجع قدرة المتعاقدين على إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إلى مطلق سلطان الإرادة على نحو ما فعل "لوران" و غيره من كتاب النظرية الشخصية، بل إعتبر أن سلطان المتعاقدين في تحديد قانونهم مرده إلى قوة القانون التي أعطت الإرادة القدرة على ذلك الإختيار.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص من 95 إلى 97.

³ أ.د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...- ، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، 2007م، ص34.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص420.

فلم يعد بإمكان الإرادة تحرير العقود الدولية من سلطان القانون، أو إخراجها من دائرة التنازع، وإنما إقتصر دورها على إسناد هذا العقود لقوانين تحكمها، و لعل هذا ما أكده الأستاذ السويسري بروشيه منذ الوهلة الأولى ليتابعه في ذلك فقه القانون الدولي الخاص¹.

حيث يقول بروشيه أنه: "إذا كانت الإرادة الفردية في مجال العقود تبدو صاحبة سيادة، فيجب منحها الإختصاص بحل التنازع في هذا المجال، و لكننا لا نعتقد أن حل التنازع على هذا النحو يجد أساسه في مطلق الإرادة، لأن سلطان الإرادة مرجعه القانون"².

و يعبر مانشيني عن هذه الفكرة بقوله:

"l'activité et la liberté de l'homme sont justes et conformes au droit si elle respectent la loi de cette nécessité naturelle"³.

و من خلال هذا يتضح بأن النظرية الموضوعية لا يترتب عليها هيمنة المتعاقدين على قانون العقد، و بالتالي تحويله إلى شرط تعاقدى، بل يبقى القانون محافظ على صفته مما يستوجب إحترام قواعده، إذ لا تقدر الإرادة على مخالفة نصوصه، و زيادة على ذلك فإن الأطراف المتعاقدة لا يمكنهما تنصيب قانون بصفة عرضية، بل لابد أن تكون له صلة بالعقد، فكل هذا من شأنه أن يمنع إرادة الأطراف من الهروب عن القواعد الآمرة⁴.

إن النظرية الموضوعية بالرغم من رواجها و إيجابياتها، إلا أنها لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها، و لعل من بينها أنها تعمل على إلغاء دور إرادة الأطراف كون أنها تعتمد على تركيز العقد في مكان معين، مما يجعل الإرادة دون فاعلية أي تعمل على توطين العقد فقط و من ثم لا فائدة من التمييز بين الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف عند إختيارهم للقانون، و من جهة أخرى يعاب على هذه النظرية أنها تخول القاضي سلطة التدخل في تعديل القانون

أنظر، أ.د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة...-، مرجع سبق ذكره، ص32.

¹ أ.د. هشام علي صادق ، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة...-، مرجع سبق ذكره، ص42.

² أ.د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة...-، مرجع نفسه، ص36.

³ CHARLES ROCHER, Nouvelle étude sur les Principes fondamentaux du droit international prive, Gand imprimerie de L.S. Van Doosselaere, 1876, p 10.

⁴ أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص60.

Le droit ne peut jamais être un produit de la pure volante humaine, il est toujours une nécessité de la nature morale, il dérive, comme conséquence pratique, d'un principe de l'ordre morale qui tire son origine d'une région supérieure a celle ou les hommes vivent et veulent.

Voyer : CHARLES ROCHER, Op.cit., p 10.

المختار متى كان غير مناسب مع مكان تركيز العقد، و هذا من شأنه أن لا يحترم توقعات الأطراف¹.

ثالثا: النظرية الإزدواجية

يعود الفضل لنشأة هذا النظرية إلى الأستاذة Deby-Gérard ، حيث ترى هذه الأخيرة بأن: "الحق المخول للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو حق إختيار و ليس حق تركيز العقد في مكان معين" بمعنى آخر، أنه في حالة التعبير الصريح من قبل الأطراف للقانون، يتم تطبيق القانون الذي عبرت عنه إرادتهم و الذي يحفظ توقعاتهم المشروعة، أما في الحالة التي يغيب فيها الإختيار الصريح فهنا يقوم المحكم بتوطين حقيقي للعقد لإستنتاج القانون الذي يلزم إعماله و ذلك لا يتحقق إلا من خلال الإستعانة بعناصر موضوعية².

لذلك تستوجب هذه النظرية من جهة أن يقوم المحكم بإحترام القانون الذي تم التعبير عنه صراحة من أطراف العقد الدولي، فلا يمكن له أن يتغاضى عن دور الإرادة في تحديد القانون و جعل دورها مقصور على توطين العلاقة في مكان معين يستنبط منه المحكم ذلك القانون، بل من اللازم عليه أن يكن إحتراما لتلك الإرادة و أن يعمل بقانونها الذي يحتوي على قاعدة موضوعية أو مادية مرتبطة بالعقود ذات الطابع الدولي³.

و من جهة أخرى تفرض هذه النظرية في الحالة التي ينعدم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق، قيام المحكم بتركيز العقد، و ذلك عن طريق إعتماده على الروابط التي تحيط بالعقد، و

¹ أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص62.

² Ses développements concernant les contrats nous ont paru particulièrement intéressants : sa démonstration repose sur l'idée que la conception classique que l'on a de la loi d'autonomie et de la thèse de la localisation n'est pas conforme à la réalité. Pour elle, ou bien il y a choix exprès par les parties de la loi applicable et la « loi d'autonomie » apparaît davantage comme une règle de conflit ; ou bien ce choix exprès fait défaut et alors on retrouve une véritable localisation : la localisation du contrat par le juge en fonction d'un certain nombre d'éléments objectifs.

Voyer : F .Deby- Gérard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Revue international de droit compare .Vol27N1, Janvier-mars1975, p 270.

³ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص172.

له السلطة في تقدير القانون المفترض من المتعاقدين، و هذا ما يوحي بالفكرة الجوهرية لهذه النظرية و التي تفيد بأن الإرادة إما أن تكون معلنة أو غير ذلك¹.

هذا و قد تم تأييد النظرية الإزدواجية من قبل محكمة الإستئناف الفرنسية، في حكمها الصادر في 10 نوفمبر 1970²، و الذي قضى ب: "القاعدة في القانون الدولي الخاص الفرنسي هو إخضاع العقود لمبدأ قانون الإرادة، و أن للأطراف المتعاقدة الحق في تعيين قانون وطني معين ليحكم علاقتهم التعاقدية، و في حال تعذر التعيين الصريح عن الإرادة، فان الكشف عن هذا القانون يجب أن يحدد من بين ثانيا الإشارات التي يتضمنها العقد و التي تسمح بتركيز العلاقة العقدية".

رأينا فيما سبق أن كل من النظرية الشخصية والموضوعية لم تسلم من سهام النقد، بل و أكثر من ذلك حتى النظرية المزدوجة التي حاولت تجنب تلك الإنتقادات، إلا أنها وقعت فيها. فبالرغم من أن النظرية الإزدواجية هي بمثابة أقرب النظريات إلى الواقع القانوني كونها أقرت بحرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون و لم تقم بتقييدها إلا مع مقتضيات القواعد الآمرة، لكن ما يعاب على هذه النظرية هو تركيزها على الإختيار الصريح متجاهلة بذلك الإرادة الضمنية للأطراف بالرغم من أن هذه الأخيرة تعتبر بمثابة إرادة حقيقية يمكن تصورها.

الفرع الرابع:

تكريس قانون الإرادة من قبل التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية

أصبح مبدأ خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ المسلم بها في التشريعات الوطنية و المعاهدات الدولية، ذلك بحجة أنه من غير المتقبل وجود أي إتفاق أو عقد يتمتع بإلزامية من تلقاء نفسه، إذ يتطلب الأمر أن يرتبط بنظام قانوني يمهده بقوته الملزمة و ينظم شروطه و صحته³. هذا ما سنحاول تبيانه:

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة جيلالي اليابس-سيدي بلعباس، الجزائر، 2010-2011م، ص13.

² أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص65.

³ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص225.

أولاً: إقرار التشريعات المقارنة بقانون الإرادة

لقد أقرت معظم النظم القانونية الوطنية بأولوية إرادة الأطراف المشتركة في إختيار القانون الذي يرونه مناسباً لحكم موضوع عقودهم، طالما أن ذلك لا يتضمن مساساً بالقواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1/1496 ق. إ.م.ف.¹

و هو ما عمل به المشرع المصري في نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون المدني²، و التي قضت بأنه: " يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتخدا موطناً، فإن إختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

و هذا النص أعلاه، إنتهجه المشرع السوري حرفياً في محتوى الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون المدني³، و هو نفسه ما سار عليه المشرع الأردني في الفقرة الأولى من نص المادة 20 من القانون المدني⁴.

كذلك إقرت المشرع الإسباني بحرية أطراف العقود الدولية في التراضي على القانون الذي تخضع له علاقاتهم، و يتبين ذلك من خلال المادة 5/10 من القانون المدني الإسباني لعام 1974م، و التي تنص على أن: " تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الإلتزامات التعاقدية بين الطرفين للقانون الذي يختارانه..."⁵.

¹ د. جارد محمد، مرجع سبق ذكره، ص 52 و 53.

² القانون رقم 131 مؤرخ في 29 جويلية 1948، يتعلق بإصدار القانون المدني المصري، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

file:///C:/Users/MicroStore/Downloads/YYYYYYYY_YYYYYY_YYYYYY.pdf.

³ المرسوم التشريعي رقم 84 مؤرخ في 18 ماي 1949، يتضمن القانون المدني السوري، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=243234.

⁴ قانون رقم 43 لعام 1976، يتعلق بالقانون المدني الأردني، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>.

⁵ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 99.

و نفس الشيء تقريبا حذا به المشرع السويسري، و إن كان قد وضع قيودا طفيفا على حرية المتعاقدين، حيث نص في الفقرة الأولى و الثانية من المادة 116 من القانون الدولي الخاص¹ على أن:

"Le contrat est régi par le droit choisi par les parties " .

و المشرع المغربي بدوره جسد مبدأ قانون الإرادة، و تجلى ذلك من خلال المادة 13 من الظهير المنظم لوضعية الفرنسيين و الأجانب بالمغرب، حيث نصت على أنه: " تتعين الشروط الجوهرية للعقود و آثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له "².

كما إعتنق المشرع الجزائري هو الآخر، بحرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق، حيث نصت المادة 1050 من ق ا م ا ج³ على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ..."، إلا أن المشرع الجزائري تأثر بالنظرية الموضوعية في تأسيس حق الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية.

فالمشرع الجزائري على عكس ما كان عليه قبل تعديل نص المادة 18 (معدلة) من القانون المدني أين كانت تمنح للأطراف إرادة مطلقة في إختيار أي قانون، أصبحت المادة 18 الجديدة تنص في فقرتها الأولى⁴ على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".

و بهذا فإن المشرع الجزائري قد ألزم الأطراف أن يختار قانونا له صلة بهم أو بالعقد المبرم، و لعل هذا ما يفسر تكريس المشرع الجزائري للنظرية الموضوعية كأساس لقانون الإرادة، حيث تخضع العلاقة العقدية للقانون المختار بما لا يخالف القواعد الآمرة، سواء تم تحديد ذلك

¹ La Loi fédérale suisse sur le droit internationale prive, du 18 décembre 1987 (Etat le 1^{er} janvier 2019), 291, consultable sur :

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html..>

² أ. كمال الفاسي، مرجع سبق ذكره، ص100.

³ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

⁴ الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سبق ذكره.

القانون صراحة من قبل المتعاقدين أي ذاتيا، أو موضوعيا، بمعنى إخضاع تلك العلاقة إلى قانون الموطن المشترك للأطراف أو جنسيتها المشتركة، أو قانون محل إبرام العقد.

و عليه نخلص إلى أن جل القوانين الوطنية سلمت بفكرة خضوع العقد للقانون الذي يتراضى بشأنه الأطراف المتعاقدة.

ثانيا: إقرار الإتفاقيات الدولية بقانون الإرادة

لم يقتصر الأمر في تكريس قانون الإرادة من قبل النظم القانونية الوطنية، بل جسد مبدأ قانون الإرادة من قبل عدد من الإتفاقيات الدولية، سواء المنظمة للتجارة الدولية أو المنظمة للتحكيم على نحو ما سنوضحه:

1- الإقرار بقانون الإرادة من قبل الإتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية:

لقد مكنت إتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، الأطراف المتعاقدة حرية إختيار القانون الذي ينبغي تطبيقه على إلتزاماتهم، حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة 03¹ من الإتفاقية على أنه:

" Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat "

كذلك نصت إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1986 في فقرتها الأولى من المادة 07²، على حرية إختيار قانون الذي ينظم العقد بجميع بنوده أو بعض من أجزائه، حيث نصت على أنه:

"A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the

¹ أنظر، نص إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام 1980، منشور باللغة الفرنسية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>.

² أنظر، نص إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1986 منشور باللغة الانجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1986/doc.html>.

conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract" .

و نظرا لما أصبح يتمتع به مبدأ حرية التعاقد بأهمية عظمى في مجال العقود الدولية بصفة عامة، قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، و المنشئ لمبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في عام 2008 بروما، أيضا بالنص في مادته الأولى على أن: " يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد و في تحديد مضمونه "، فلم يقتصر على حرية التعاقد، بل إن عبارة "تحديد مضمونه" هي أوسع، فيمكنها أن تعني بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين كأحد مضامين العقد¹.

وبهذا نخلص، بأن أهم الإتفاقيات المنظمة للتجارة في المستوى الدولي التي تطرقنا إليها، جميعها جعلت من حرية تحديد قانون الإرادة مبدأ مسلم و معترف به.

2-الإعتراف بقانون الإرادة من قبل الإتفاقيات المنظمة للتحكيم:

لقد منحت اغلب الإتفاقيات المنظمة للتحكيم، الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون الذي يسير شروطهم العقدية، و يفصل بخصوص المنازعة التي قد تنتج عنها. هذا ما سوف نوضحه من خلال الإتفاقيات الآتية:

أ-إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها:

تعتبر الجزائر من بين الدول التي إنضمت إلى إتفاقية نيويورك الصادرة بتاريخ 20 مايو 1958، و ذلك بموجب قانون 18/88².

حيث تطرقت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لموضوع القانون الواجب التطبيق بطريقة ضمنية يمكن ملاحظتها من خلال الفقرة الأولى من المادة 05 و التي نصت على أنه: " لا يجوز رفض

¹ أ.د. أمية علوان و ا.د. محيي الدين إسماعيل علم الدين و ا.د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سبق ذكره، ص07.

² قانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو 1988، يتعلق بالمصادقة على إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988، العدد 28، ص 1028.

الإعتراف بالقرار و تنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الإعتراف و التنفيذ ما يثبت :

أ- أن طرفي الإتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات إنعدام الأهلية، أو كان الإتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الإتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أو..."

فيتين من خلال الأدلة التي أوردتها الفقرة الأولى أعلاه، و التي تجيز رفض الإعتراف بالقرار التحكيمي و تنفيذه، أنها لمحت إلى القانون الذي يتوجب على الأطراف إتباعه، و ما يظهر ذلك نص الفقرة الذي عبر ب: " أو كان الإتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الإتفاق"¹.

ب-الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف) لعام 1961:

أخذت إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي بالإتجاه الذي يغلب على الفقه، و الذي يفيد إختصار إتفاق التحكيم في قانون الإرادة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 07 من الإتفاقية² بأنه:

" The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute..."

بمعنى أن الأشخاص المتعاقدة لهم واسع الحرية في أن يتفقا بشأن القانون المراد تطبيقه من قبل المحكمين على جوهر النزاع، فبذلك كرست مبدأ قانون الإرادة.

ج-إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى عام 1965:

¹ أنظر، نص إتفاقية نيويورك لسنة 1958، منشور باللغة العربية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>.

راجع في ذلك، د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره ، ص 225.

² أنظر، نص الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html#37>.

بتاريخ 18 مارس 1965م، تم إبرام الإتفاقية الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات المرتبطة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، و المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، و قامت الجزائر بالمصادقة عليها في سنة 1995 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 1346/95¹.

فإن إتفاقية واشنطن كذلك بدورها أقرت في المقام الأول بمبدأ سلطان الإرادة، في رسم القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، حيث تشير الفقرة الأولى من نص المادة 42 من الإتفاقية بأنه :

"The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties" .

بمعنى أنه يتوجب على محكمة تحكيم المركز الدولي، أن تقض النزاع بناء على القواعد القانونية التي تراضى الأطراف عليها².

د- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المعدلة:

تم توقيع الإتفاقية بتاريخ 14/4/1987 بمدينة عمان، ثم تم تعديلها بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 162 المؤرخ في 22/4/1992. فهي أيضا منحت للأطراف المتعاقدة دور في إنتقاء القانون، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 21 منها³ على أنه: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، و أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة ، أو ضمنا...".

هـ-قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC:

¹ المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995، العدد 66، ص25.

² أنظر، نص إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى 1965، منشور باللغة الانجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/part4-chap04.htm> .

³ أنظر، النص الرسمي لإتفاقية عمان للتحكيم التجاري(معدلة)، المنشور باللغة العربية على شبكة الإنترنت في

الموقع التالي:

<http://aifca.com/pdf/treatie-2.pdf> .

إن قواعد تحكيم هذه الغرفة هي نفسها الصادرة في 2012 و المعدلة في 2017، إلا أنه لم يحدث تغيير بشأن القواعد الواجبة التطبيق من طرف المحكم، فهي كما في السابق تعطي للأطراف كل الصلاحية في اختيار القانون، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 21 من قواعد الغرفة المنقحة¹ بأنه :

"The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute..."

و هو ما سارت عليه قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنشأ في عام 1979 و التي عدلت أحكامه في 2011، من خلال نص المادة 35 من قواعد المركز CRCICA².

المطلب الثاني:

أشكال إختيار قانون الإرادة في عقود الدولة

إنتهينا في الشق الأول من الفرع الأول من دراستنا إلى الاعتراف بخضوع عقود الدولة لقاعدة قانون الإرادة. غير أن تحديد هذا القانون يثير عديد من التساؤلات من بينها: هل يلزم في إرادة الأطراف أن تكون صريحة أم يكفي أن تكون ضمنية ؟

فالمهم بالنتيجة هو بالتحديد مركز العقد. هذا التركيز الذي يؤسس إما على الإرادة الواضحة عند وجوده، و إما على الوضعية الاقتصادية للعقد و الظروف و الملابسات التي ترافقه عند عدم وجود إرادة واضحة، و لكن دائما العملية هي عملية تركيز للعلاقة، و هذا التركيز هو الذي يحدد القانون الصالح للتطبيق³.

الفرع الأول:

الإختيار الصريح لأطراف عقد الدولة

¹ أنظر، النسخة الأصلية من قواعد غرفة التجارة الدولية المنقحة على شبكة الإنترنت في الموقع التالي: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

² أنظر، قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع التالي: http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf.

³ د. سامي بديع منصور و د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة،

لبنان، 2009م، ص424.

تشكل إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي ينبغي تطبيقه على العقد، ضابط إسناد أصيل في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية، و بهذا يكون للمتعاقدين حق إسناد عقدهم لقانون إرادتهم الصريحة¹.

لذلك يقصد من الإختيار الصريح، الإرادة الحقيقية و المعلن عنها صراحة في العقد، كان يتفق المتعاقدان بعبارات بينة و واضحة على القانون الذي يحكم العقد، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة، فالعبرة في هذا الإختيار هو إعلان الإرادة *déclaration de volonté*².

و كلما كانت نية الطرفين بشأن القانون الذي يحكم العقد، مصرح عنها بوضوح و مكتوبة، فإن هذه النية المعلنة هي التي تقرر بصورة عامة القانون الحاكم و المنظم للعقد و ما قد ينجم عنه من حوادث³.

فالأطراف يعبرون بإرادة صريحة *Volonté expresse* عن القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و هذا ما يعبر عنه بشرط الإختصاص التشريعي *Clause de La Compétence législative*⁴.

و مادام أن الطرفين أعلننا قانون إرادتهما صراحة، فإن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق تنتفي، لذلك يكتسي الإختيار الصريح للمتعاقدين أهمية بالغة تكمن في تجنب المشاكل التي يمكن أن يدفع بها غياب قانون الإرادة، و في هذا الخصوص يرى بعض الفقهاء بأن: " المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطا أو بندا يحدد الإختصاص التشريعي، فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل و ما يكتنفه من أخطار محتملة " ⁵.

¹ د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص67.

² د. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، جامعة الجزائر - بن يوسف بخدة - ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، 2008، 2009م، ص40.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ص107.

⁴ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص433.

⁵ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص190 و د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص107 و 108.

و تجب الإشارة إلى أن أطراف عقود الدولة يتفقون على قانون إرادتهم عادة، أثناء إبرام العقد على شكل بند يتم إدراجه في العقد، لكن بعض الأحيان يتم الإختيار بعد إبرام العقد عن طريق إتفاق مستقل، كما يمكن تغيير القانون المعلن عنه سابقا بقانون آخر يواكب ظروف العقد و متطلباته المستجدة¹.

و نظرا للأهمية الكبيرة التي يحظى بها الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة، قد وجه مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 و المتعلقة بمسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، الدعوة لأطراف العقد بان يضعوا صراحة قانون يحكم عقدهم، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قرار المجمع على أنه: " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم "²، لأنه كأصل عام إذا حددا الأطراف القانون الواجب التطبيق بعناية و وضوح دون اللبس و الغموض، فليس بإستطاعة المحكم التخلي عن ذلك القانون المختار بأي حجة كانت³.

و ليس هناك أدنى شك أن تختار الدولة الطرف في عقود الدولة قانونها الوطني كونه أدرى بظروف و أحكام العقد، كما أن الإختيار قد يتجه إلى قانون دولة الطرف الأجنبي المستثمر و يعتبر هذا نادرا جدا، في حين قد تتجه إرادة الأطراف إلى قانون دولة محايدة و هذا أمر مشكوك فيه⁴.

إلا أن إغفال النص الصريح على إختيار القانون الذي يحكم العقد من شأنه أن يؤدي إلى إخضاع العقد إلى نظام قانوني قد يخل بتوقعات الأطراف، و الملاحظ في عقود الدولة المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة، أنه من النادر أن تخلو هذه العقود من تحديد القانون

¹ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص434.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في القانون الدولي الخاص، مرجع سبق ذكره، ص108.

³ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2008م، ص347.

⁴ Pierre Lalive, L'état en tant que partie a des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangers , New Direction In International Trade Law , Acts and proceeding of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT , Rome, 9-15 September 1976, Volume I Reports , Ocena publications INC , 1976, p 328.

الواجب تطبيقه الذي يثير الكثير من الخلافات الحادة بين الأطراف، هذه الأخيرة كان في مقدرتها تجنب ذلك و قاموا بنص على القانون الوطني الواجب التطبيق صراحة¹.

و لعل أن الميدان التحكيمي في عقود الدولة، يبرز إقرار المتعاقدين لإختيارهم بنود العقد بما في ذلك القانون الواجب إعماله على موضوع النزاع².

ومن أمثلة هذه الإتفاقات الصريحة بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، نذكر ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين شركة products LTD Vocum Salt و حكومة غانا التي نصت على تطبيق القانون الوطني لدولة غانا على العقد، و من هنا تظهر الإرادة الصريحة التي تم الاتفاق عليها كأحد شروط العقد، و في كثير من الأحكام الدولية الصادرة في هذا الشأن نجدها تتماشى و منطق الإختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة .

و كمثال آخر عن ذلك، الحكم الصادر من CCI في عام 1975 بخصوص النزاع الناشئ بين شركة منتمية لألمانيا الغربية و اليمن الشمالي بخصوص إنشاء و إدارة مشروع لتربية المواشي، و قد طبقت المحكمة القانون اليمني و هو القانون الذي صرحت به إرادة المتعاقدين في محتوى العقد، و كان من نتيجة تطبيقه رفض طلب الفوائد المقدم من الشركة الألمانية لتعارضه مع القانون اليمني المستمد من الشريعة الإسلامية التي تحرم الفوائد³.

¹ د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص67.

في هذا الشأن يرى الأستاذ Niboyet أن سهو الأطراف في وضع قانون يحكم العقد سيؤدي إلى إهدار توقعات الأطراف المشروعة بمعنى قد يعين المحكم لهم قانون لا يرغبان به كون أنه لا يخدم مصالحهم، لذلك أقر أنه لتجنب هذه المشكلة ينبغي إدراج شرط في سطرين في العقد يشير صراحة إلى القانون الواجب التطبيق بصفة عامة.

أنظر، د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص343.

² Christophe H.Schreuer , Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler ,The ICSID Convention : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, CAMBRIDGE university press , Second edition, New York, 2009, p 558.

³ د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص 194 إلى 196.

كذلك نجد الإرادة الصريحة مكرسة في نص المادة 09 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited و دولة غينيا، حيث نصت على أن القانون الغيني هو الذي ينبغي تطبيقه على العقد¹.

و نفس الشيء حدث سنة 1982 في قضية بين نيوزلندا و شركة mobil oil ، و الذي فصل فيها مركز واشنطن بناء على قانون دولة نيوزلندا، نظرا لإعلان أطراف عقد الدولة عن ترسيم القانون النيوزلاندي بأنه هو القانون الذي يعمله المحكم في حالة ما إذا نشب نزاع بينهما². إذن فبمجرد إعلان طرفي عقد الدولة عن إرادتهما الصريحة، فليس على هيئة التحكيم إلا أن تمتثل لها، و هذا على أساس حريتهما في تعيين القانون الذي يحكم روابط عقدهم، و كذا بإعتبارهم جديرين بتحديد قانون يتناسب و علاقتهم القانونية، لذلك فهي مقيدة بالقانون الذي تم الإعلان عنه صراحة من جانب الدولة و الشخص الخاص الأجنبي.

الفرع الثاني:

الإختيار الضمني لأطراف عقد الدولة

إذا لم يعبر المتعاقدان صراحة عن قانون معين ليحكم موضوع عقدهم، فإنه يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد³.

و قد أجمع كل من الفقه و القضاء و التحكيم، و كذا بعض التشريعات الوطنية*، أن هناك عدة قرائن للدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، فعلى سبيل

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 136 و 137.

² Christophe H.Schreuer , Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler , Op.Cit , p 558

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 418.

*لابد من الإشارة إلى أن المشرع السوري، و كذلك المصري قد أشار صراحة إلى الإعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين لإختيار القانون الواجب التطبيق من خلال النظر في ظروف و حيثيات العقد و جنسية و موطن المتعاقدين، و هذا يستدل عليه من عبارة: " أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه " . بينما لم يورد المشرع الأردني هذه العبارة ضمن المادة (20)، و ربما أراد من إسقاط هذه العبارة، أن يترك للقاضي إستخلاص الإرادة الضمنية، و منحه سلطة تقديرية حول هذه المسألة.

أنظر، أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، مرجع سبق ذكره، ص 372.

المثال يمكن الأخذ بقانون إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم التي إختارها الأطراف، أو قانون الدولة التي تتبعها اللغة المحرر بها العقد¹.

كما قد يستخلص قانون الإرادة الضمنية عن طريق قرائن داخلية في العقد نفسه، و مثال ذلك، مضمون العقد أو عملة الدفع أو محل العقد، و أحيانا يتم إستخلاصه بواسطة مؤشرات مكملة كالجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو المواطن المشترك، أو مركز الأعمال المشترك لهما.

أولاً: موقف الفقه و التشريعات المقارنة من الإختيار الضمني

1- موقف الفقه من الإختيار الضمني:

أ- الإتجاه الفقهي المنكر لفكرة الإختيار الضمني:

يذهب بعض من الفقه إلى أنه ليس للقاضي أو المحكم تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية إلا في حالة الإختيار الصريح لهذا القانون من جانب المتعاقدين، حيث ينتهي هذا المذهب إلى رفض فكرة الإختيار الضمني لقانون العقد، تأسيساً على أن سكوت الأطراف عن الإعلان الصريح إنما يرجع، إلى فشلهم عن التوصل إلى إتفاق في هذا الصدد، أو عدم إدراكهم عند التعاقد للطابع الدولي للعقد، و من ثم فإن تصدي المحكم للبحث عما يسمى بإرادتهم الضمنية سيؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف لكونه لا يعبر عن إرادتهم الحقيقية².

و قد إعتد أنصار هذا الإتجاه إلى الأحكام التحكيمية في قضية SPP ضد جمهورية مصر العربية، فبالرغم من توافر الإشارات و الدلائل التي دفع بها الطرف المصري في هذا النزاع، و التي توجي بإختيار الطرفين للقانون المصري كقانون حاكم للخلافات التي تنثور، إلا أن محكمة التحكيم تجاهلت ذلك و تحاشت الإرادة الضمنية³.

لكن هذا المذهب المعارض لفكرة الإختيار الضمني، يؤخذ عليه مناهضته للمنطق القانوني السليم، لما يؤدي إليه من تجاهل لقاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة، ذلك

¹ د. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص209.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص106.

³ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص352.

أنه إلى جانب الإرادة الصريحة توجد الإرادة الضمنية للمتعاقدین، و هي إرادة ينبغي عدم تجاهلها متى تأكد القاضي أو المحكم من وجودها من خلال شروط العقد و الظروف المحيطة به كافة¹.

ب- المذهب الفقهي المساند لفكرة الاختيار الضمني:

إن أنصار هذا الإتجاه يؤكدون أن قضية تعيين القانون الواجب التطبيق عن طريق الإرادة الضمنية هو حقيقي و ليس مجاز، بحكم أنه بين الاختيار الصريح لقانون العقد و إنعدام هذا الاختيار، يوجد حيز بينهما وسطي ألا و هو الاختيار الضمني².

و قد إستقر هذا المبدأ الذي يعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدین، لدى الإجتهاادات القضائية و التحكيمية.

فبالنسبة لإجتهااد القضاء الفرنسي، حيث أن هذا الأخير في بداية أحكامه لم يكن يقر بالإرادة الضمنية، و إنما كان يستند إلى نظرية التركيز الموضوعي التي يباشرها القاضي. ففي الحالة التي يكون فيها العقد خال من القانون الواجب التطبيق، يقوم القاضي بمعالجة هذا الأمر، حيث يتحقق من أن القانون المختار هو قانون الدولة الذي يتم تركيز العقد فيها، و يرتب فيها جل آثاره القانونية، و يساعده في ذلك الدلائل المتضمنة في العقد كما سبق و أن أشرنا إليهم.

و الرأي الراجح الذي سار عليه القضاء الفرنسي، هو تمكين المتعاقدین من الإتفاق على القانون الذي ينظم عقدهما، و الذي قد يكون إما مكان تنفيذه *lex loco solution*، أو قانون مكان الإقامة أو القانون الشخصي للمتعاقد .

كما تثبت هذا المبدأ في بريطانيا نتيجة لعدد من السوابق القضائية منذ سنة 1865م ، حيث أنه في قضية *vita food*³ قضت المحكمة الإنجليزية بأن نية الأطراف المتعاقدة بإختيار القانون، يتم التأكد بشأنها من خلال التعبير عليها صراحة، و في حال ما إذا كانت النية غير

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 106 و 107.

² د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 352.

³ أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، مرجع سبق ذكره، ص 368 و 369.

مصرح بها وغير واضحة، فيتم إكتشافها من قبل المحكمة، و ذلك بتركيز العلاقة العقدية إعتامادا على عناصر مادية كنصوص التعاقد و الظروف المحيطة بالعقد¹ .

فالقاضي لا يجمع بين نصوص العقد و الظروف المحيطة به لإستظهار إرادة الأطراف الضمنية، و إنما يستند إلى أي منهما، كأن يستخلص الإرادة الضمنية من محتوى العقد و إن لم يتمكن من ذلك، يحاول إستخلاصها من الظروف المتصلة بإبرام العقد² .

أما بالنسبة لإجتهادات المحكمين الدوليين، نذكر القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC في ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي حصل بين إحدى الشركات العامة في الجزائر مع شركة أمريكية بشأن إجراء دراسات حول خط سكة حديدية بالجزائر، و عندما عرض النزاع على المحكم وجد أن الأطراف لم يختاروا قانون العقد، فقام المحكم بتطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم و على موضوع النزاع عاملا بالإرادة الضمنية للأطراف التي توجهت إلى تطبيق القانون الجزائري بوصفه مكان إبرام العقد و مكان تنفيذه³ .

و مع ذلك فإن إستقراء التطبيقات و الممارسات التحكيمية أمام هذه الطائفة من العقود(عقود الدولة) يتضح منها حذو المحكمين إلى إعتبار توافر بعض الشروط في هذه العقود كمؤشرات على إنصراف إرادة أطرافها إلى تجنب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة⁴، و من أهم هذه القرارات قرار تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية، و الذي إستنتج المحكم أن وجود شرط التحكيم لتسوية المنازعات بين الطرفين و وجود شرط الثبات التشريعي و الإشارة على مبادئ القانون الدولي، هم دلائل على أن الأطراف ارادوا ان يحكم موضوع نزاعهم قواعد قانونية ذات بعد دولي، و في قرار تحكيم sapphire إستخلص المحكم من شرط التحكيم و شرط الثبات التشريعي و

¹ Ali Khaled Qtaichat, Choice Law In International Commercial Arbitration, India Law Journal, Vol3, Issue3, July-september, 2010, sans page.

² د. طرح البجور علي حسن فرج، تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980 -، منشأة المعارف، 2000، ص51.

³ د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص205.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص140.

مفهوم القوة القاهرة و الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون، بأنها إشارات ضمنية من الأطراف لإختيار تطبيق قواعد قانونية غير وطنية¹.

2-موقف التشريعات الوطنية و الدولية من الإختيار الضمني:

إن معظم التشريعات المقارنة و الإتفاقيات الدولية، سلمت بضرورة إستجلاء الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند تخلف الإرادة الصريحة لهم².

أ-موقف التشريعات المقارنة من الإرادة الضمنية:

إن موقف المشرع الجزائري من الإختيار الضمني يمكن إستنتاجه من خلال كل من المادة 18 و المادة 60 من ق م ج حيث تنص المادة 60³ على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك للدلالة على مقصود صاحبه ".
 فيجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك، و بما أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون التعبير عن إرادة القانون صريحاً في كل من المادة 18 ق م ج و المادة 1050 ق م ج، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز الإعتداد بالإختيار الضمني⁴.

كذلك المشرع المصري إعتترف بالإختيار الضمني، و نجد ذلك بالرجوع إلى العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى لنص المادة 19 من القانون المدني⁵ التي نصت على: "...هذا ما لم يتفق

¹ د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 205.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 109.

³ الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سبق ذكره.

⁴ د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص 68 و 69.

⁵ القانون رقم 131 مؤرخ في 29 جويلية 1948، يتعلق بإصدار القانون المدني المصري، مرجع سبق ذكره.

المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ". و هذا النص إنتهجه
المشرع السوري حرفيا، في محتوى الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون المدني¹.

و المشرع المغربي بدوره جسد الإختيار الضمني، من خلال نص المادة 13 من الظهير
المنظم لوضعية الفرنسيين و الأجانب بالمغرب، حيث نصت على أنه: " تتعين الشروط الجوهرية
للعقود و آثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له"².

كذلك الفقرة الثانية من المادة 116³ من القانون الدولي الخاص السويسري صرحت بفكرة
الإرادة الضمنية، حيث نصت على أن : " إختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص
بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروفه".

ب- موقف الإتفاقيات الدولية من الإرادة الضمنية:

إن التشريعات المقارنة السابقة ليست وحدها التي كرست الإرادة المفترضة، بل هو كذلك
على الصعيد الدولي، فنجد ذلك جليا في الفقرة الأولى من المادة الثالثة لإتفاقية روما لسنة
1980، عندما نصت بأنه: "... و يجب أن يكون هذا الإختيار صريحا أو مستخلاصا بطريقة
مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"⁴.

و مجمع القانون الدولي بدوره أقر بالإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة في دورة انعقاده
بسويسرا عام 1991 ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من المشروع بأنه: " عند عدم
وجود إختيار صريح لقانون العقد فانه يتعين أن يستخلص الإختيار الضمني لهذا القانون من
ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين بهذا الشأن"⁵.

¹ المرسوم التشريعي رقم 84 مؤرخ في 18 ماي 1949 ، يتعلق بإصدار القانون المدني السوري، مرجع سبق
ذكره.

² أ.كمال الفاسي، مرجع سبق ذكره، ص100.

³ " L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des
circonstances; en outre, elle est régie par le droit choisi " .

Voyer: La Loi fédérale suisse sur le droit internationale prive, du 18 décembre 1987 (Etat le 1^{er} janvier
2019), 291, consultable sur :

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

⁴ د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص276.

⁵ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص353.

كذلك إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المعدلة، أكدت في الفقرة الأولى من نص المادة 21¹ على الإختيار الضمني، حيث نصت بأنه: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، و أحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا ...".

أما بالنسبة لإتفاقية واشنطن 1965، لم توضح فيما إذا كان يلزم لإرادة الأطراف أن تكون صريحة لإعمال مبدأ حرية الإرادة أم يكفي أن تكون ضمنية يمكن إكتشافها من شروط و ظروف العقد، حيث أن نص المادة جاء عاما موضحا إرادة الأطراف عندما نصت الفقرة الأولى من المادة 42 بأنه: " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يتفق عليها الأطراف المتنازعة... " ، و هذا دون التفصيل في نوع الاتفاق إن كان صريحا أو ضمنيا².

كذلك قواعد الأونيسنترال للتحكيم لم تحدد نوع الإرادة إن كانت صريحة أم ضمنية، فنصت في الفقرة الأولى من نص المادة 35³ على أنه: " تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف بإعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة...".

و لعل هذا ما جعل الفقه ينقسم بشأن تفسير هذا النص، فبعضهم ذهب إلى أن نص الإتفاقية يقصد الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة دون سواها، أما البعض الآخر فرأى بأنه لا مانع من وجود إختيار الضمني.

و المرجح أن يكون إتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون صريحا أو ضمنيا، بما أن نص المادة من الإتفاقية أعلاه، جاء بأسلوب عام، يمكن أن يفتح المجال أمام الإرادة الضمنية دون الإقتصار على الإرادة الصريحة⁴.

¹ أنظر، نص إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، المنشور باللغة العربية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<http://aifca.com/pdf/treatie-2.pdf>.

² إتفاقية واشنطن 1965، منشورة باللغة العربية، مرجع سبق ذكره.

³ قواعد الأونيسنترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام 2010)، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf>.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 110 . راجع في ذلك، د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 513.

ثانيا: مؤشرات الإختيار الضمني

1-مكان إبرام العقد:

إن هذا المؤشر قد إستندت إليه الغالبية الفقهية، حتى أن جانبا فقها قد إعتبره ملزما في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما كرسته قرارات قضائية عديدة و بعض القوانين. و لعل أن الدوافع التي أملت هذا التوجه تكمن في أن المكان الذي يبرم فيه العقد إنما هو مكان نشأته¹.

2-مكان تنفيذ العقد:

يعد مكان تنفيذ العقد من المعايير الثابتة الذي يقوم على صفة جوهرية بين العقد و مكان تنفيذه الذي يمثل الأساس الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه من جراء إبرام العقد، لذلك يرى الفقيه الألماني سافيني و الذي يعتبر من المؤيدين لإختصاص قانون مكان تنفيذ العقد، بأنه: "كل إلتزام ما هو إلا نتاج عوامل واضحة و يجري تنفيذه في مكان معين و من ثم يمكن تركيز العقد في محل التنفيذ".

و على هذا الأساس، فمن المرجح أن تتصرف إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد للقانون الذي ينظم تنفيذه². لكن صعوبة الأخذ بهذا المؤشر تكمن عندما تتعدد أماكن تنفيذ العقد في أكثر من دولة³.

3-الجنسية المشتركة لأطراف العقد:

تعتبر الجنسية المشتركة للمتعاقدين من بين الضوابط التي سبق و أن إستعملها القضاء الفرنسي في تحديد القانون الواجب التطبيق، و تجلى ذلك عندما إنتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر ب 2 نوفمبر 1937 إلى أن : " القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون الدولة التي يتبعها المتعاقدان بجنسيتهما". إن هذا ما أكدته بعض التشريعات الوطنية سابقا و التي من بينها القانون المدني الايطالي لسنة 1942 في نص مادته 25⁴.

¹ د. سامي بديع منصور و د. أسامة العجوز، مرجع سبق ذكره، ص426.

² أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص71 و 72.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص140.

⁴ أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص73.

إلا انه سرعان ما تم التخلي عن هذا المعيار كضابط لإستتباط القانون الضمني للأطراف المتعاقدة من قبل القضاء الفرنسي الحديث، حيث رأى هذا الأخير بأنه لا بد من توافر عناصر أخرى توحى بالإرادة الضمنية و ليس فقط الجنسية المشتركة¹.

و إذا كان هذا المعيار يؤدي دوره بشكل مميز في قضايا الأحوال الشخصية، فإنه يبقى ناقصا و غير فعال في مجال العقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة²، خاصة ذات الطابع الدولي منها و التي تبرم بين دولة و شخص خاص أجنبي، مما يصعب الأخذ بضابط الجنسية المشتركة للطرفين.

4- الإختصاص القضائي:

إن و جود إختيار من قبل الأطراف المتعاقدة لمحكمة مختصة تنظر في المنازعات الناشئة عن عقدهم، يعتبر بمثابة قرينة يستعين بها المحكم للكشف عن قانون إرادتهم الضمنية³، كأن يختاروا مثلا غرفة التجارة الدولية بباريس، فهذا يدل على رغبتهم في الإستفادة من التسهيلات و من قوة القرارات الصادرة فيها.

و كمثال تطبيقي عن هذا المعيار، حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 2753 لعام 1976م، في إطار نظام غرفة ICC بين شركة الألمنيوم اليوغسلافية الانجليزية، فبينما جنسية البائع يوغسلافية فإنه يرجح إختيار القانون اليوغسلافي و بما أن جنسية المشتري و لغة العقد أمريكية فإن الإختيار يرجح للقانون الأمريكي، حيث قضت هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفرنسي على أساس أن محكمة التحكيم تقع في دائرة إختصاصه، و أن الأطراف هم الذين إنتقوا على عرض نزاعهم عليها⁴.

¹ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص333.

² أ. أحمد حميد الأنباري، مرجع سبق ذكره، ص74.

³ عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص218.

⁴ أ. دريدر ملكي، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج -البويرة، 2011/5/14م، ص22 و 23.

راجع في ذلك، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص -الجنسية و مركز الأجانب-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 1998م، ص189.

فيتبين مما تقدم، انه مادام يتم الكشف عن الإختيار الضمني بواسطة مؤشرات حقيقية و فعالة، فيمكن القول بأنه سلطة الإختيار الصريح، مما يستوجب الإحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه الإختيار.

ثالثاً: مدى ملائمة قانون الإرادة لعقود الدولة

لا يمكن إنكار دور قاعدة قانون الإرادة، حيث أصبحت مكرسة وطنيا و دوليا كما سبق بيانه، إلا أن التساؤل الذي يمكن طرحه هو مدى تناسب هذه القاعدة مع عقود الدولة؟ بما أن عقود الدولة هي عقود ذات طابع دولي كما سبق و أن اشرنا في البداية، فإنها تنتج عنها الآثار التي تترتب على العقود الدولية و التي من أهمها، إعطاء الأطراف المتعاقدة سلطة التعبير عن القانون الحاكم لعقدهم، و لعل هذا من شأنه يوحي إلى إمكانية إعمال قانون الإرادة على عقود الدولة¹.

فإن إحتواء العقد على دولة أو أحد مشروعاتها العامة كطرف، ليس له أن يؤثر في إخضاع العقد لقانون الإرادة، ذلك لأن طبيعة و صفة هذا الطرف تقتضي ألا تستبعد هذه القاعدة. و لعل واقع التحكيم في عقود الدولة يبين لنا أهمية قانون الإرادة، ففي تحكيم Aramco صرحت هيئة التحكيم بأنه: "...و في أي عقد ذو طابع دولي ينبغي أولاً أن يتم تطبيق القانون الذي إختاره الأطراف صراحة".

و هو أيضا ما لجأت إليه هيئة تحكيم مركز الإكسيد في 21 فبراير 1997 في قضية AMT ضد حكومة الكونغو الديمقراطية (زائير) ، حيث أعمل المحكم إتفاقية حماية و تشجيع الإستثمار بين الولايات المتحدة و زائير بإعتبارها نظام قانون درج الطرفين على إتباعه².

كذلك النزاع الذي حدث بين حكومة سلطنة عمان و شركة انجليزية، و المتعلق بعقد إستيراد و إنشاء و تشغيل و بناء مصنع، حيث عرض على إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار

¹ د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص 33.

كذلك، د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 129.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 129 و ما بعدها.

ICC، حيث قامت هذه الأخيرة بتطبيق القانون العماني على موضوع النزاع على أساس أن إرادة الأطراف المتعاقدة سارت نحوه¹.

فما يمكن فهمه، هو أن عقود الدولة تخضع مثل بقية العقود الدولية لقانون إرادة الأطراف المتعاقدة، فطرفيها لهما الحق في أن يختارا و يتفقا على القانون الذي يعتبرانه أجدر و أنسب لتنظيم و حكم عقدهم.

المطلب الثالث:

ضوابط قانون إرادة أطراف عقد الدولة

بدون أي شك هناك بعض القواعد الوطنية ذات الصبغة الدولية الآمرة يتم إعمالها بمعرفة قاضي العقد عند الفصل في المنازعات التي تثيرها عقود الدولة². وهذه القواعد القانونية ذات الصفة الدولية الآمرة سواء كانت من النظام العام أو من الضرورية التطبيق، تمتلك أهمية بالغة في تسوية منازعات العقود الدولية بصفة عامة، سواء أن طرحت تلك الخلافات على مستوى القضاء الوطني أو على مستوى قضاء التحكيم، حيث يتم استبعاد قانون إرادة الأطراف كلما تنافى مع الحلول التي تقرها تلك القواعد الآمرة، كان يكون القانون الذي اختاره الأطراف يقر بصحة بعض الشروط التعاقدية على نحو يخالف النظام العام أو قواعد ذات التطبيق الضروري التي يتم فصل النزاع فيها أو تنفيذ الحكم. و لعل أن الحكمة من ذلك هي الحفاظ على المبادئ الرئيسية للمجتمع (سياسية، إقتصادية، إجتماعية) ³.

¹ د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، بدون ناشر، 1986م، ص148.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص242.

³ د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة - دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم و القضاء الوطني-، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، 2001م، ص05.

كما أن إختيار أطراف عقود الدولة للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، لا بد أن يضع في الحسبان التوازن العقدي، بمعنى أن يكون قانون الإرادة مؤسس على حسن النية و أن يكون معقولاً¹.

الفرع الأول:

النظام العام

صحيح أن الأطراف المتعاقدة في عقد الدولة لها من الحرية في تعيين القانون الذي ينظم عقدهم و يتم إعماله على النزاعات المستقبلية المحتملة، لكن هذا القانون لا بد أن يكون مشروطاً بمراعاته لقواعد النظام العام حتى تتسنى الحماية اللازمة للمتعاقدين. فسنحاول في هذا الفرع عرض فكرة النظام العام كضابط على قانون الإرادة ثم نبين صورته .

أولاً: عرض الفكرة

إن حاجة قواعد القانون الدولي الخاص في سبيل تنظيم العلاقات الدولية الخاصة و تحقيق التعايش بين النظم القانونية، يتطلب في بعض الأحيان حجب القانون الوطني من دائرة بعض المعاملات ذات الطابع الدولي، و إسناد المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية بما فيها عقود الدولة إلى قضاء التحكيم، و بالتالي إلى قانون إرادة الأطراف، فإن هذا لا يقصد منه كما زعم البعض بأنه توقيعاً على بياض، لان بلوغ هذه الغايات لا يكتب لها التحقق في ظل معارضتها للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع².

لذلك تعد فكرة النظام العام قيماً تقليدياً على مبدأ سلطان الإرادة، كلما أسهمت في تعيين حدوده، و يتفق الجميع على صعوبة إيراد تعريف لها، وتتبدى فكرته في سيادة المجتمع على الفرد، إذ أن النظام العام يعبر عن إرادة الحياة لدى الجماعة، و تلك الإرادة قد تكون محل تهديدات من بعض المبادرات الفردية في إطار العقود.

¹ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 305.

² د. جارد محمد، مرجع سبق ذكره، ص 85.

إن النظام العام بتعبير الأستاذ "غاستن"، هو فكرة لا يمكن ضبطها في إطار تعريف واضح، كما يجتهد في تعريفه على أنه: "مجموعة الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع، و التي لا يتعارض الإخلال بها مع الصالح العام الذي يجب تقديمه على الصالح الخاص"¹.

و رغم إخفاق الفقه في ضبط مفهوم فكرة النظام العام، إلا أنه حاول مع ذلك وضع بعض المعايير التي يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة، فبينما ذهب البعض من الفقه إلى القول بوجوب إستبعاد القانون الأجنبي بإسم النظام العام إذا ما احتوى على أفكار قانونية غير مسلم بها دولة القاضي، فقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول أن إستبعاد القانون الأجنبي يكون في الحالات التي لا يتوافق فيها تطبيقه مع المصالح الحيوية، أو المصلحة العامة، كالقوانين التي تخل بالسياسة النقدية.

كما و قد اقترح جانب آخر من الفقه أعمال فكرة النظام العام لتتحمى القوانين الأجنبية في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقها مع مبادئ العدالة الدولية، أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتمدينة، أو فيما لو إصطدم هذا التطبيق مع القانون الطبيعي، أو ترتب عليه إهدار للحقوق الطبيعية للإنسان كالقوانين التي تنظم الرق. كما ميز جانب آخر من الفقه بين الحالات التي تؤدي إلى إنشاء حقوق متعارضة مع النظام العام، و الحالات التي يتمسك فيها بحقوق أكتسبت في الخارج و لكنها متعارضة مع النظام العام في قانون القاضي².

¹ د. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد- دراسة لبعض العقود الخاصة -، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، 2015-2016م، ص 108 و 109.

² د. جارد محمد، مرجع سبق ذكره، ص 88.

يتطلب تفعيل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي توافر الشروط التالية :

1- إن الدفع بالنظام العام لا يعتبر قاعدة عامة، بل كإستثناء، فينبغي أن يكون نطاق تحريكه قاصرا على الحالات الضرورية لتدخله فقط، و ذلك إذا أستنفذت الوسائل القانونية الأخرى لإستبعاد القانون الأجنبي، قبل كل شيء يتعين أن يكون ذلك القانون مختصا حسب قواعد التنازع في قانون القاضي، و إلا فيستبعد لعدم الإختصاص مثلا في حالة إختيار قانون أجنبي طبقا للمادة 18 قانون مدني و تبين أن ذلك القانون لا تربطه صلة بالمتعاقدين أو العقد، و أن الاختصاص رجع إليه بسبب مناورة إحتيالية لإستبعاد قانون آخر المفروض هو المختص، فلا داعي للدفع بالنظام العام و إنما يستبعد ذلك القانون بحيث يتولى القاضي إستخلاص القانون الواجب على العقد مهملتا عنصر الإختيار المتاح للأطراف .

فيعتبر النظام العام أداة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بإختصاصه، لاسيما قانون الإرادة، نظرا لكون هذا الدفع له دور رقابي على القانون الواجب التطبيق. و بالتالي يستبعد القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم عقد الدولة، إذا كان من شأن تطبيق هذا القانون أن يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع¹.

هذا و قد كرس المشرع الجزائري فكرة تقييد قانون الإرادة إذا كان من شأنها أن تخالف النظام العام، و يظهر ذلك جليا في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري²، و التي تنص على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

-يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

و يجب التنويه إلى انه بالرغم من أن النظام العام يعتبر بمثابة حدا على سلطان إرادة المتعاقدين كونه يضحى بحريتهم لفائدة الجماعة، إلا أن هذا الحد لا يعتبر عائقا يحول دون نشأة

2- يجب أن يكون القانون الأجنبي معارض لما يتطلبه النظام العام، و لا إشكال إذا كان القانون الأجنبي المختص يتصف بعدم العدالة المطلقة بالمفهوم العالمي أو مخالفا لمثل عليا من القانون الطبيعي مستقرة أحكامها ضمن القواعد العامة للقانون، بحيث تصبح أحكام ذلك القانون محل إستهجان عالمي و لكن أحيانا يهدف النظام العام إلى الحفاظ على سياسة تشريعية معينة و من الأفضل حينئذ ضبط حدود تدخله و بيان سلطة القاضي في تحديده.

3- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية، يعد هذا الشرط أثرا لخاصية آنية النظام العام و إختلافه من وقت لآخر، و على ذلك فالعبرة في تحديد ما هو من النظام العام و ما يعد مخالفا له بوقت نظر القاضي في النزاع و ليس قبل ذلك، و هذا يمثل وجه الإختلاف بين الدفع بالنظام العام و تحديد وقت الإسناد لقانون معين، هذا الأخير يحدد بوقت وقوع الحادث أو نشوء الحق و لو تغيرت قاعدة البيت في قانون القاضي أو القاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي بعد ذلك فيبقى القاضي ملزما بتطبيق القاعدة الثانية عند نشوء المركز القانوني، بينما تقدير المخالفة للنظام العام يكون دائما بوقت نظر في النزاع.

راجع في ذلك، د. خالد شويرب، مرجع سبق ذكره، ص 69 و 70.

¹ د. جارد محمد، مرجع سبق ذكره، ص 86.

² الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سبق ذكره.

و تكوين إرادتهم، بل سيكون مجرد ضابط لحرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة¹.

ثانيا: صور النظام العام

إن قواعد النظام العام تعتبر في الغالب مبادئ ذات طابع وطني، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود قواعد النظام العام ذات بعد دولي و إقتصادي خاصة في ظل التحولات الاقتصادية التي شهدتها العالم، و مثال ذلك القواعد الدولية التي تحرم و تحارب الرشوة². لذلك سنحاول التمييز بين مختلف الأنظمة العامة.

1-النظام العام الداخلي:

إن فكرة النظام العام الداخلي تهدف إلى إستبعاد تطبيق إتفاقات الأطراف المخالفة للنصوص الآمرة، فهي بمثابة ضمان تجنب الخروج الإرادي عن القواعد الآمرة في دولة القاضي³. هذا و يقتصر تطبيق النظام العام الداخلي على العلاقات الداخلية المجردة، أي المعاملات الوطنية البحتة⁴.

2-النظام العام في القانون الدولي الخاص:

يرى الأستاذ جابر جاد عبد الرحمن⁵: " أن النظام العام في القانون الدولي الخاص هو ذلك الدفع الذي يراد به إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بخصوص علاقة قانونية معينة، و وضع القانون الوطني (قانون القاضي) محله، نظرا لإختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد جوهريا، أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الخصوص".

¹ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص243.

² د. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة - دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم و القضاء الوطني -، مرجع سبق ذكره، ص12 و 13.

³ أ. دريد ملكي، مرجع سبق ذكره، ص48.

⁴ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص244.

⁵ أ. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة-،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1986م، ص120.

فإن الهدف الذي يسعى إليه النظام العام في القانون الدولي الخاص، هو تنحية القانون الأجنبي في الحالة التي يكون فيها معارضا للأسس الجوهرية التي يبنى عليها مجتمع القاضي¹.
لذلك فالنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص يكتسي طابع مميز، كون أنه ليست كل مخالفة للنظام العام في إطار القانون الداخلي هي كذلك القانون الدولي الخاص، فعندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم أجنبي، يجب فهم فكرة النظام العام الداخلي بمفهومها الموجود في نطاق القانون الدولي الخاص².

3-النظام العام عبر الدولي:

تعود نشأة النظام العام عبر الدولي إلى الممارسات التحكيمية في مجال العلاقات الاقتصادية و التجارية التي تتعدى حدود الدول، حيث قام المحكمين الدوليين بصياغة بعض المفاهيم و القواعد التي تتفق مع متطلبات التجارة الدولية و التي تجسدت منها قواعد ذلك النظام العام³.
و يعتبر النظام العام عبر الدولي مصطلحا مفضلا للفقهاء، بحكم انه يدل أكثر على طبيعة العلاقة القانونية المحكومة به، كما أنه يبعد الشكوك حول وجود نظام عام دولي وهمي، و مهما اختلفت تسمياته، فإن الشيء الذي لا يثير الشك، أن هذا النوع من النظام العام لا يجوز للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية أن يخالفوا أحكامه، كما هو الحال في عقود الدولة، فلا ينبغي لأطرافها أن يعارضوا النظام العام عبر الدولي سواء عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق أو اختيارهم لموضوع العقد بمعنى آخر، يجب أن يكون موضوع عقدهم مشروع لا يخالف النظام العام عبر الدولي، و كذا قانون إرادتهم لا بد أن يكون موافق لذلك النوع من النظام العام⁴.

الفرع الثاني:

قواعد ذات التطبيق الضروري (règles d'application nécessaire)

¹ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص244.

² أ. دريدر ملكي، مرجع سبق ذكره، ص49.

³ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص245.

⁴ د. إياد محمود بروان، التحكيم و النظام العام-دراسة مقارنة-، منشورت الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004م، ص568 و 569.

لعل أن النظام الاقتصادي العالمي الجديد و الذي يقوم على مبدأ حرية التجارة و الإستثمار بين الدول، لم يساهم فقط في انتعاش الأسواق العالمية و تحقيق معدلات نمو عالية للتجارة الدولية، بل أدى أيضا من الناحية القانونية إلى تزايد في عدد القواعد و القوانين الحمائية، و بالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية بإعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم و الثروات عبر حدود الدول.

و لأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين، كونه يستتبع بالضرورة إستبعاد قاعدة الإسناد، و بالتالي قانون الإرادة في مجال العقود الدولية، فإنه يبدو واضحا أن منهج التنازع أضحي في أزمة حقيقية في ظل إتجاه الدول نحو التوقيع على إتفاقيات التجارة الدولية، و ما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري¹.

و ترتيبا على هذا فإن القواعد ذات التطبيق الضروري، لا تتراجع في ظل إقتصاد السوق كما قد يتبادر إلى أذهان البعض مقارنة مع الإقتصاد الموجه الذي يعتمد على تدخل الدولة في مختلف الأنشطة التجارية و الإقتصادية، بل أن الإقتصاد الحر يتطلب هو الآخر تدخلا تشريعيًا لوضع نظام قانوني يحقق الإنضباط، و ينظم المنافسة و يقيد من حرية التجارة و التعاقد، حتى و إن كان هذا التدخل تدخلا من نوع خاص يتلاءم و التطورات الإقتصادية الحاصلة.

و بالفعل فقد أكد الفقه بان الدول أصبحت تسعى اليوم جاهدة إلى التدخل بموجب نصوص قانونية دقيقة لفرض سلوكيات معينة يتعين إتباعها في إطار علاقات التبادل الإقتصادي و التجاري، و هو ما يعني أن عدد القوانين الحمائية سيتزايد في ظل تلك الإتفاقيات، و هو تزايد يمكن ملاحظته على صعيد المنظومة القانونية لكل الدول سواء المتقدمة منها أو النامية.

و لما كانت العقود هي الأداة القانونية التي تتم بها عمليات الإستثمار فهذا يعني أنها ستتأثر حتما بالقواعد الحمائية التي تسنها الدولة في شتى المجالات².

¹ أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.د. مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد/3، العدد/10، السنة/3، ص07.

² أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.د. مظفر جابر الراوي، مرجع نفسه، ص11.

و الفروض التي تمكن من أن نكون أمام قاعدة ذات التطبيق الضروي، هي لابد أولاً أن نكون بصدد إختيار من قبل الأطراف العقد الدولي لقانون ليس له صلة و وثيقة بالعقد، و ثانياً يجب أن تكون هناك قاعدة أمره تنتمي إلى نظام قانوني معين، و تريد الانطباق على النزاع بسبب الصلة التي تربطها به¹.

الفرع الثالث: التوازن العقدي

يعتبر التوازن العقدي بمثابة ضابط للحرية الممنوحة للأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و لما كانت عقود الدولة في أغلب الأحيان ما تكون فيها الدولة موضع الطرف الأقل قوة مقارنة بالطرف الأجنبي، فوجب أن لا يستغل الطرف الأجنبي قوته أثناء تحديد القانون الواجب التطبيق، بل عليه مراعاة مركز الدولة التي تقع فيه و هذا إستناداً إلى التوازن العقدي.

أولاً: عرض الفكرة

لما كان مبدأ قانون الإرادة يخول الأطراف المتعاقدة إمكانية تنصيب القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصرف النظر عن طبيعته و ظروفه و تكافؤ المراكز القانونية و الاقتصادية بين أطرافه، و لعدم وجود مساواة حقيقية في المراكز المعرفية و الاقتصادية للمتعاقدین داخل العقد الواحد، فإن السماح لهم و إعطائهم الحرية في كتابة قانون العقد من شأنه أن يسمح للطرف القوي أن يضحى بمصالح الطرف الضعيف لتلبية لحاجاته و طموحاته .

فمن بين النتائج المترتبة على إقرار مبدأ حرية المتعاقدین في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إقصاء أي حماية يوفرها المشرع الوطني للطرف الضعيف في العقد، إذ أن المبدأ يعطي لإرادة الأفراد الدور الأساسي و الجوهری في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و يترك لهم مجال كبير في حرية الإنتقاء أكبر من المجال المتروك لهم في القانون الداخلي، و ذلك لكون العقود ذات الطابع الدولي لها نظام قانوني خاص قائم على الرغبة في عدم إعاقة تطور التجارة الدولية، فمجرد تكييف العقد بأنه عقد دولي يكفي لوضعه تحت سلطان نظام قانوني أكثر مزايا بالمقارنة مع النظام القانوني الذي يخضع له العقد الوطني.

¹ أ. دريدر ملكي، مرجع سبق ذكره، ص58.

إن مشكلة تنازع القوانين هي في الحقيقة مشكلة اختيار الضابط الملائم لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، فالوظيفة التقليدية لقاعدة الإسناد هي توزيع الاختصاص بين الأنظمة القانونية المتزامنة في حكم علاقة قانونية معينة بناء على ضابط إسناد مجرد، و إذا كانت صفة الحياد هي أحد الخصائص المميزة لقاعدة الإسناد، حيث أن الإختيار يتم بدون النظر إلى مضمون القانون الواجب التطبيق و النتائج التي يؤدي إليها، يؤكد عدم إمكانية مراعاة مصالح المتعاقد الضعيف.

فالتطبيق التلقائي غير المبصر لقاعدة عامة في مجال كبير كالعقود يشمل نماذج عديدة مختلفة باختلاف الظروف و الملابسات، يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وفقا للعدالة. فالأصل في ضابط الإرادة أنه ضابط شخصي و نفسي و معنوي و مجرد، فكل هذه الخصائص تجزم بعدم ملائمة كضابط إسناد رئيسي في قاعدة التنازع العامة التي تحكم العقود الدولية، خصوصا العقود المختلفة التوازن و التي يكون احد أطرافها ضعيفا مقارنة بالآخر لسببين.

يتمثل السبب الأول في أن الحرية المطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة وفق النظرية الشخصية، ممكن جدا أن تؤدي بتعسف الطرف الأقوى و إملائه لشروطه و اختياره لقانون يحقق مصالحه على حساب مصلحة الطرف الضعيف، و بالتالي فإن تبني قانون الإرادة كقاعدة عامة صالحة لحسم تنازع القوانين في إطار العقود الدولية من شأنه، إقصاء التوازن العقدي المطلوب في هذا النوع من العقود و يتناقض مع هدف حماية الطرف الضعيف في العقود التي يخل فيها التوازن.

بينما السبب الثاني، يكمن حين يكون للقاضي السلطة المطلقة في تصحيح إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وفقا للنظرية الموضوعية، و هذه السلطة المطلقة قد لا توفر الحماية المرجوة للطرف الضعيف في العقد لاسيما في العقود التي يغيب فيها التوازن، و هذا بدوره يعود لعاملين، يتعلق الأول، بأن بقاء سلطة القاضي في تصحيح إختيار الأطراف أيا كان وجه تعبيرهم عن إرادتهم، سيؤدي إلى شعورهم بعدم الأمان لعدم إمكانية توقعهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم منذ لحظة إبرام العقد إلى غاية أن يتم الكشف عن مضمونه في مرحلة التطبيق، و حينئذ سيتفاجئ أحد المتعاقدان لاسيما الضعيف منهم، بتطبيق أحكام قانون لا يرغب به.

أما العامل الثاني، هو أن القاضي عندما يقوم بتصحيح إختيار الأطراف وفق النظرية الموضوعية، لا يهدف إلى تطبيق القانون الأكثر حماية للطرف الضعيف و إنما يسعى إلى تطبيق القانون الذي يرتبط مع العقد بالرابطة الأكثر وثوقا، و هو ما قد يؤدي إلى أن يكون القانون المختار من القاضي يقرر حماية ضعيفة أو قد لا يقرر أي حماية للطرف الضعيف في العقود المختلة التوازن¹.

ثانيا: التوازن العقدي وسيلة لاحترام التوقع المشروع لأطراف العقد الدولي

إن الشروط العقدية التي يتفق عليها الأطراف، ما هي إلا نتاج مفاوضات متوازنة و عادلة تم فيها مناقشة كل بند من البنود التي يحويها العقد و كذا الآثار التي قد تنتج عنه. هذا و قد أظهرت كثير من أحكام التحكيم التجاري الدولي قيمة كل شرط يتضمنه العقد كعنصر فعال في تحقيق التوازن العقدي، و من بين هذه الأحكام نذكر على سبيل المثال لا الحصر، حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية الفرنسية CCI عام 1975 بخصوص القضية رقم 2291، حيث قرر المحكم في هذا النزاع² أن:

" Toute Transaction internationale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fonde sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la lex mercatoria que les prestations restent équilibrées sur un plan financier ".

فإن إرادة الأطراف التي اختارت قانون ينظم صحة ما إتفقوا عليه من شروط، يعتبر بمثابة دليل على أنهم اخذوا بعين الإعتبار فكرة التوازن العقدي، بمعنى أن إختيار قانون العقد يعتبر ركن من أركان قيام التوازن العقدي، و أي إخلال بهذا الحل من جانب القضاة أو المحكمين يعتبر تقصير يستتبعه ضياع التوازن العقدي .

لكن في الحالة التي يتبين فيها للمحكم أن القانون الواجب التطبيق الذي وضعه الأطراف، بأنه تم وضعه بطريقة عشوائية دون مناقشات و مفاوضات، فهنا يتدخل عن طريق إستعانتة بقواعد النظام العام لتسوية الحل المرفوض. حيث أن هذا التدخل بإعمال قواعد النظام العام لا

¹ أ.م.د. فراس كريم شيعان و أ.ر.م. عصام خضير، مرجع سبق ذكره، 247 إلى 249.

² د. محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سبق ذكره، ص50 و 51.

يشكل إنتهاك للتوقعات المشروعة للأطراف و بالتالي إخلال بالتوازن العقدي، ذلك عندما لا يكون لهم أدنى علم بالحلول الموضوعية التي يقررها القانون الذي إختاره¹.

فيتبين لنا، أنه يتطلب مراعاة التوقعات المشروعة لأطراف العقد الدولي من قبل القاضي أو المحكم و ذلك، من خلال رجوعه إلى قواعد النظام العام كلما رأى أن الحل الذي يقدمها القانون الذي عمدا إليه لا يخدم مصلحة التوازن العقدي.

ثالثاً: عدم التكافؤ بين أطراف العقد الدولي مؤشر لإنتفاء التوازن العقدي

ليس في جميع الأحوال يتحقق التوازن العقدي لطرفي العقد، فأحيانا يتم التقصير بشأنه، و بصيغة أخرى، إذا كان شرط القانون الواجب التطبيق الذي تشاور عليه الأطراف يشكل عنصر من عناصر التوازن العقدي، فانه في بعض المرات لا نجده يصبو لذلك التوازن خاصة عندما تكون فوارق بين أطراف العقد².

فما مدى إعتبار أن عدم تساوي أطراف العقد يعتبر دليل لانتفاء التوازن العقدي و بالتالي بإمكان المحكم الإستغناء عن قانون الإرادة الذي تراضى الأطراف عليه باسم قواعد النظام العام؟ يمكن التسليم بإختلال التوازن العقدي عندما لا يوجد تكافؤ إقتصادي أو فني بين المتعاقدين، و هذا ما يظهر بوضوح في عقود الدولة و التي في كثير من الأحيان تبرمها دول من العالم الثالث أو التي في طريقها إلى النمو .

لكن تجب الإشارة إلى أن عدم التكافؤ لا يعتبر دائماً قرينة لإنتفاء التوازن العقدي، و من تم إبطال بعض الشروط العقدية لفائدة الطرف الضعيف في العقد، بل يظهر ذلك جليا عندما يفرض الطرف القوي نفسه بالضغط على المتعاقد الضعيف بغرض إرغامه على قبول طلباته.

لذلك يمكن التسليم بتطبيق قواعد النظام العام، إذا كان تخلف التوازن العقدي راجع إلى غياب مفاوضات حرة و عادلة، أي تتم بممارسة ضغوطات على الطرف المتعاقد الأقل إمكانيات من الطرف الآخر.

¹ د. محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سبق ذكره، ص 54 و 55.

² د. محمد إبراهيم علي محمد، مرجع نفسه، ص 56.

و عليه يمكن الزعم بأنه إذا كانت مبررات إنتقاء التوازن تسمح بتبرير بعض القيود على صحة بعض الشروط العقدية، فإنها تمكن أيضا بإعمال قواعد النظام العام الدولي، كون هذا الإعمال لا يشكل تعدي على التوقعات المشروعة للمتعاقدين¹.

¹ د. محمد إبراهيم علي محمد، مرجع سبق ذكره، ص من 57 إلى 59.

الفصل الثاني:

إعمال المحكم الدولي
لقانون وطني على عقد
الدولة في حالة عدم
إختياره

الفصل الثاني:

إعمال المحكم الدولي لقانون وطني على عقد الدولة في حالة عدم إختياره

من الحق أن يقال بأنه " لا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يتفق في حال غياب أو تخلف إرادة المحكّمين على تعيينه " ¹

فإن لم يكن هناك تحديد صريح للقانون الواجب التطبيق بموجب شرط بالمشاركة العقدية و لا نص في قانون الدولة المتعاقدة، فلا مناص من أن يحدد المحكم أو المحكّمين هذا القانون باستخدام القواعد الملائمة لذلك.

هذا و قد إستقر الفقه في بداية القرن العشرين على موافقة ما سارت عليه هيئات التحكيم و دعمه رجال القانون السابقين خلال القرن التاسع عشر، من تقرير أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي خاص ليس شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، ينظر بشأنها النظام القانوني الوطني الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود عموما، و التي غالبا ما تشير إلى القانون الداخلي للدولة المتعاقدة.²

و بالرغم من كثرة الحجج الفقهية و السوابق القضائية و التحكيمية التي أقرت بأحقية توطین منازعات عقود الدولة، إلا أنه في المقابل ظهرت إتجاهات خاصة من الفقه الغربي حاولت تنفيذ تلك الحقيقة بواسطة مجموعة من النظريات و البراهين المتنوعة.

و سنسعى إلى توضيح كل هذه المعاني من خلال مبحثين أساسيين متمثلين في:

المبحث الأول: ايجابيات توطین النظام القانوني لعقود الدولة

المبحث الثاني: مثالب توطین النظام القانوني لعقود الدولة

¹ د. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، دون طبعة، الأردن، دون سنة النشر، ص140.

² د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص18.

المبحث الأول :

إيجابيات توطين النظام القانوني لعقود الدولة

إن توجه المحكم الدولي إلى تركيز عقد الدولة في قانون الدولة المتعاقدة، لن يكون من خلال عملية تحليل قانوني تعتمد بشكل أساسي على إجهاده الشخصي، بل إن القرار الذي ينتهي إليه المحكم لجهة تحديد القانون الواجب التطبيق يسانده كثير من المراجع التي تؤكد له أحقية قانون الدولة المتعاقدة في التطبيق على العقد¹، ذلك أن الإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و الطرف في النزاع، لم يأتي من فراغ و لم يكن مطلقاً من كل قيد، إذ أن الخضوع له إنما نشأ نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد التنمية الإقتصادية لذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي، و ما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد في ظل القواعد العرفية للقانون الدولي المعمول بها في هذا الشأن، فضلاً عن القواعد الإتفاقية في المعاهدات الدولية و إتفاقيات تشجيع الإستثمار.

و الحقيقة أن تفسير مفهوم قواعد القانون الوطني الواجبة التطبيق في مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود يؤدي إلى نتيجة من نتيجتين، إما أن يكون قانون محل إبرام العقد او قانون محل التنفيذ. و بديهياً أنه في حالة إبرام عقود الدولة التي ينتج عنها نشاط الطرف الأجنبي الخاص في الدولة المستقبلية، سيندمج كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المتعاقدة².

و يؤكد الفقيه أمادور ذلك بقوله: " من المقبول حالياً في الفقه و مما يجري عليه العمل أن العقود المبرمة بين حكومة إحدى الدول و أحد الأجانب يحكمها فيما يتعلق بنشأتها و تنفيذها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة و ليس القانون الدولي العام " ³.

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 304.

² أ.د. بقنيش عثمان و د. بلحسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة منازعات الأعمال، مقالات العدد الخامس، مارس-أبريل 2015، ص 46 و 47.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 255.

و إن كان بعض من الفقه قد رأى بأنه ليس مطلقا ان يكون قانون الدولة المتعاقدة هو الأمثل لحكم موضوع النزاع، بحيث أن هناك نسبة قليلة يكون فيها قانون دولة المستثمر أو قانون مقر التحكيم بمثابة حل إذا ما انعدم قانون الإرادة.

المطلب الأول:

تطبيق القانون الوطني على عقد الدولة و المنهج المستخدم في ذلك

يتفق أطراف العقد الدولي أحيانا، على خضوعه للقانون الوطني لدولة معينة، و يكشف العمل على أن القانون المختار يكون ذات صلة بالعقد بأي وجه من الوجوه¹، و ربما يصدق هذا الرأي بالنسبة لعقود الدولة للتنمية الاقتصادية بصورها المعروفة الآن، حيث لا يبرم العقد بين دولتين من أشخاص القانون الدولي العام، بل بين دولة و طرف من أشخاص القانون الخاص "مستثمر خاص أجنبي". و طبيعي أن هيئة التحكيم التي يعرض عليها النزاع قد تفضل أن تبحث عما هو النظام القانوني الوطني الذي ستطبقه، الأمر الذي لا يخرج عن أن يكون بين ثلاثة فروض و هي أن يكون هو القانون الوطني للدولة المضيفة أو قانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة مثل قانون مكان التحكيم².

لذلك سنحاول تبيان مفهوم النظم القانونية الداخلية التي قد تكون بمثابة قانون واجب التطبيق على عقد الدولة، ثم نوضح المنهج المناسب الذي يستخدمه المحكم الدولي في أعمال القانون الوطني و الذي يكون في الغالب قانون الدولة المتعاقدة.

الفرع الأول:

النظم القانونية الوطنية الممكن تطبيقها على عقد الدولة

¹ د. محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 433 و 434.

² د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 19.

إذا لم يكن هناك إختيار لقانون معين في عقود الدولة، كان قانون الدولة المتعاقدة، هو القانون الواجب التطبيق، و مع ذلك، يجب ألا يغيب عن البال. أن قضاء التحكيم، لا يعتبر جزءا من قضاء الدولة المتعاقدة، لأن المحكم لا يصدر قضاءه بإسم هذه الدولة، أو بإسم أية دولة أخرى¹. و عليه فإن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في شان تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة و التي يتعين أن يختار من بينها قواعد التنازع الأكثر ملائمة بطبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم، و من البديهي أن تتعدد و تختلف إجتهادات المحكمين بهذا الخصوص نظرا لعدم وجود قانون وظيفي، أو قانون دولة القاضي أمام المحكم الدولي، لذلك فإن سلطة هذا الأخير لا تعدو كونها في الواقع سوى سلطة ترجيح لأحد القوانين الوطنية على البعض الآخر².

و بالرغم من أن قانون الدولة المتعاقدة هو المعتاد تطبيقه على منازعات عقود الدولة أثناء غياب قانون الإرادة، إلا أن الواقع العملي لقضاء التحكيم بين تطبيق نظم قانونية أخرى في بعض المرات، كما هو الحال بالنسبة لقانون دولة الشخص الأجنبي أو قانون مكان التحكيم.

أولاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة

إن أغلبية عقود الدولة بما فيها عقود الإستثمار الدولية تكون محتوية لبند يشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد³، لكن إفتراض تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بأنه سيكون أكثر القوانين ملائمة إستخداما من قبل هيئة التحكيم لابد و أن يجد له أساسا قانونيا يسانده⁴.

ففي إحصائية قام بها الأستاذ Delaum على 80 عقدا تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية، لاحظ أن أكثر من 50 بالمائة من هذه العقود أشارت إلى قانون الدولة المتعاقدة، إذ أن

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الاسكندرية، 2000م، ص209.

² د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة فقهية قضائية مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص15.

³ د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سبق ذكره، ص193.

⁴ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص19 و 20.

تغير الظروف السياسية للعديد من الدول المبرمة لهذه العقود و تحولها من المركز القانوني للدولة المستعمرة إلى دول مستقلة ذات سيادة، دفع بهذه الدول إلى التمسك بتطبيق قانونها على العقود المبرمة بينها و بين الشركات الأجنبية كنوع من التأكيد على سيادتها على إعتبار أن إعمال القانون الوطني هو رمز و تعبير عن هذه السيادة¹.

فكما هو معروف، أن وجود الدولة كطرف في العقد الذي يبرم مع الطرف الأجنبي يجعل من قانونها الوطني قانونا واجب التطبيق أمرا لا محال منه، حيث يعتبر أنه قانون دولة التنفيذ و في الغالب يكون قانون محل الإبرام و موضوع العقد².

و تعد دول أمريكا اللاتينية هي منبع النظريات التي دافعت عن الخضوع الكامل لعقود الدولة إلى النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة، و لقد إستند موقف هذه الدول في هذا الصدد على مبدأ قانوني، ألا و هو مبدأ المساواة المطلقة في المعاملة بين الوطنيين و الأجانب، و إعمال هذا المبدأ يعني أن الأجانب تتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون و يقع على عاتقهم نفس الأعباء التي يتحملها الوطنيون أيضا. و لعل هذا من شأنه يترتب عليه خضوع الأجانب للقانون الوطني للدولة الموجودين على إقليمها على نحو كامل، مع عدم إمكانية تمتعهم بالحقوق دون تحملهم بالإلتزامات³.

و من أحكام التحكيم التي سلكت إتجاه تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، نذكر الحكم الصادر في القضية رقم 1717 سنة 1972 ففي هذه القضية قرر المحكم تطبيق القانون الإيراني و ذلك على أساس أنه النظام القانوني الأكثر صلة بالعقد، حيث أن العقد كان قد تم في طهران و البضائع موضوع العقد كان من الواجب تسليمها في طهران، و هكذا فإن المحكم قد حدد مباشرة القانون واجب التطبيق على العقد دون أن يلجا إلى نظام وطني لتنازع القوانين⁴.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص414.
² د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سبق ذكره، ص193.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص437 و 438.

⁴ عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 260

و في القضية رقم 2602 التي تم الفصل فيها تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس، ذهب المحكم إلى أن العناصر التي يتعين أخذها بعين الإعتبار بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الحكومة و طرف خاص، هي أن هذا العقد أبرم بواسطة الحكومة و يتعلق بأعمال يتعين إنجازها في إقليم الدولة التي تمارس فيه هذه الحكومة سيادتها، و أبرز أن: " كون الدولة طرف في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانونها إلا أنه مع ذلك عنصر له وزنه و لاسيما إذا كان العقد محل المنازعة يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة الطرف"¹.

كما تم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في النزاع الذي حصل عن العقد بين تنزانيا و شركة IPTL، من قبل هيئة تحكيم مركز ICSID، و ذلك إستهداء إلى إتفاق الطرفين المعبر عنه في نص المادة 4/19 من إتفاقية شراء الطاقة، على أن تخضع المنازعات التي من الممكن أن تحدث مستقبلا بين دولة تنزانيا و شركة IPTL لقانون دولة تنزانيا².

و برغم ذلك، إلا أن هناك من يرى بأن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة يكون في غير صالح المتعاقد الأجنبي، ذلك أن الدولة المتعاقدة تعرف قانونها الوطني و تدرکه أفضل من الطرف الأجنبي، و تستطيع أن تتحلل من كافة إلتزاماتها العقدية تجاه الطرف الأجنبي عن طريق تعديل أو إلغاء قوانينها الوطنية³.

ثانيا: تطبيق القانون الوطني لدولة الطرف الأجنبي

على الرغم من أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة في عقد الدولة، هو القانون المختص عادة ليحكم هذه العلاقة كونه قانون دولة التنفيذ، و في الغالب قانون و مكان الإبرام، إلا أنه أحيانا قد يتم استبعاده من قبل بعض أحكام التحكيم⁴.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 509.

² In Tanzania Electric v. IPTL, the tribunal apply the law of tanzania, that being the governing law of the contract expressly designated by the parties by article 19.4 of the power purchase agreement. Voyer : Christophe H.Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler, Op.Cit, p 559.

³ د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 210.

⁴ د. محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 2006م، ص 28.

فقد ذهب إتجاه آخر إلى أن القانون الواجب التطبيق في التحكيم، يجب أن يكون هو القانون الوطني لدولة الطرف الأجنبي الخاص المستثمر لاسيما في المنازعات التي تنتج عن إتفاقات القروض الدولية و التي تصنف ضمن إتفاقات التنمية الإقتصادية، و رغم أن هذا الحل قد يبحث أيضا من المحكمين حينما لا يتضمن العقد تحديدا واضحا للقانون الواجب التطبيق، إلا أنه غير مقبول لدى الدول النامية التي تؤكد بإستمرار - و على نطاق واسع- على تطبيق قانونها الوطني و تنظر بحساسية شديدة إلى الخضوع لقانون دولة أخرى و خاصة قانون دولة المستثمر¹.

و يرى البعض أن عقود نقل التكنولوجيا بإعتبارها من قبيل عقود الدولة، فإنها تخضع لقانون الدولة المصدرة لها بمعنى فانون دولة الشخص الأجنبي المستثمر، بوصفها الدولة صاحبة الأداء المميز².

كما أن إستقراء الواقع العملي يتبين من خلاله أن المشكلة لا تحسم في كل الأحوال لصالح قانون الدولة المتعاقدة. ذلك لأن من النظم الوطنية السائدة في الدول الآخذة في النمو، ما لم يصل بعد إلى أن يشتمل على المبادئ و القواعد القانونية التي تغطي الموضوعات التي قد تصبح مصدرا للمنازعات في عقد من عقود الدولة³.

و هذا ما ذهب إليه حكم التحكيم الصادر بسنة 1951 بين شركة Petroleum Development و بين شيخ أبوظبي، حيث لاحظ المحكم في القضية اللورد الإنجليزي Asquith of Bishaps Tome، أنه و على الرغم من أن القانون الواجب التطبيق عل العقد هو قانون إمارة أبوظبي لأن العقد قد أبرم و نفذ فيها⁴، إلا أنه لا يوجد قانون بالمعنى المفهوم في هذه الإمارة، حيث يقضي الشيخ في المنازعات مستخدما نصوص الشريعة الإسلامية، و أنه لا

¹ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 27 و 28.

² د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، دون ناشر، دون طبعة، 2005م، ص 194.

³ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 24.

⁴ د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص 69.

يمكن أن يعثر في هذه النصوص على إطار من المبادئ القانونية التي تصلح للتطبيق على أدوات العلاقات التجارية الحديثة¹.

و كنتيجة حتمية فإن القانون الانجليزي التابع لدولة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، هو القانون الواجب إعماله حسب وجهة نظر المحكم، مستندا في ذلك إلى أحد البنود الواردة في عقد الإمتياز بالنسبة لحسن النية و الثقة المتبادلة، مقررا بأن إرادة الأطراف عمدت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتمدنة، و هي نوع من القانون الطبيعي الجديد، و بذلك يكون المحكم قد نجح في إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة ليحل محله القانون الوطني للطرف الخاص الأجنبي المتعاقد معها².

ثالثا: تطبيق قانون دولة مقر التحكيم

إنساق رأي فقهي إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، أي قواعد التنازع التي يتضمنها قانون مقر التحكيم "siège arbitrale". و هذا الرأي إعتقه M.Sause-Hall في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي. و هو يشير إلى أن قانون مقر التحكيم يجب أن يحكم التحكيم في مجموعه، و على الأخص بالنسبة للإجراءات، و يضيف أن التحكيم يمثل طبيعة إتفاقية و قضائية في نفس الوقت.

بمعنى أن التحكيم رغم تميزه بمظهر تعاقدية، فإن الصبغة القضائية مترسخة فيه *revêt un caractère essentiellement juridictionnel*، و قد يكون لهذا القانون رابطة بعملية التحكيم، كما إذا كان يمثل قانون مكان إبرام العقد، أو بتنفيذه، أو قانون الدولة الطرف في النزاع. و قانون مقر التحكيم حبه كثير من الشراح القدامى مثل: Niboyet, Bartin... و سلم به Mann، على أساس أن التحكيم يتطلب أساس قانوني متين³.

¹ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص25.

² د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص73.

³ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص214 و 215.

و وفقا لهذا الإتجاه فإن الأطراف لها الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في الحدود المسموح بها، في قانون دولة مقر التحكيم، بحكم أن هذا القانون يعد بمثابة *lex fori* للمحکم، إذ أن لكل محكم يتعين عليه الحكم وفقا لقانون دولة ما، فالتحكيم لا يوجد في فراغ. و لا بد من دعامة وضعية يستند عليها و التي هي قانون دولة مقر التحكيم¹.

و قد طبق قانون مكان التحكيم في العديد من التحكيمات، و مثال على ذلك حكم التحكيم الصادر في النزاع بين الحكومة الليبية و شركة B.P exploration، حيث خلصت المحكمة في هذه القضية إلى تطبيق القانون الدنمركي بإعتباره قانون محل التحكيم، و قد أشارت المحكمة إلى أنه من المفيد أن يرتبط التحكيم بقانون إجرائي مستوحى من نظام قانوني وطني متقدم في مجال التحكيم، و يبدو أن الدافع الفعلي لإلزام محكمة التحكيم بتطبيق قانون مكان التحكيم هو ما تتمتع به المحكمة من حرية واسعة طبقا لهذا القانون، خاصة أمام إجماع الطرف الليبي على الإشتراك في الإجراءات، حيث أن القانون الدنمركي لا يجعل هذا الغياب عائقا أمام السير في إجراءات التحكيم².

و نفس الشيء تم تكريسه في قضية Alsing، حيث ذهب المحكم الأستاذ Puython رئيس المحكمة الفيدرالية، إلى أنه: " و حيث أن المرحلة التمهيديّة للإجراءات قد تمت في أثينا فإنه يتعين إعمال قواعد القانون الدولي الخاص اليوناني *as lex fori*، بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد"³.

و هذا الإتجاه ناتج عن الطبيعة القضائية للتحكيم، و يعطي هذا الرأي تصورا لطبيعة التحكيم تكون مزدوجة أو مختلطة (طبيعة قضائية و طبيعة عقدية).

و على الرغم من أنها ذات طبيعة واحدة فضلا عن أن تحديد قانون بلد التحكيم قد لا يكون له علاقة بموضوع النزاع، فضلا عن عدم تحديد مكان واحد للتحكيم مثل التحكيم الذي يجري

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 492 و 493.

² د. ناصر محمد الشerman، المركز القانوني للمحکم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، ط 1، مصر، 2014م، ص 339.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 494 و 495.

بالممارسة، و من المآخذ أيضا أن توطين التحكيم Localisation ليس له علاقة جغرافية ذات صلة بالجانب القانوني¹.

فضلا عن ذلك، أن هذا التطبيق يثير إعتراض آخر يتمثل في، كيف يمكن لدولة ذات سيادة أو هيئة عامة تابعة لها و تتمتع بالحصانات السيادية أن تخضع إلى نظام قانوني أجنبي؟ و قد لا يكون هذا إعتراضا مقبولا إلى حد كبير في الوقت الحالي لاسيما و أن الدولة قد صارت تقبل إخضاع منازعاتها لقانون دولة مقر التحكيم².

و إذا كان هذا الاتجاه قد يبدو صحيحا في حالات التحكيم الخاصة، إلا انه لا يبدو كذلك في حالات التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم، حيث أن إختيار هذا المكان يتم لإعتبارات الملاءمة البحتة، و أنه لا يشكل بالنسبة للدولة التي يتم التحكيم على إقليمها أية أهمية، فلا تصدر أحكام التحكيم بإسم هذه الدولة، لأن المحكم لا يخضع لسيادتها، إذ لا يمكن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، فالمحكم لا يسهم على أي نحو في الوظيفة القضائية التي يتم على إقليمها التحكيم، فهو مجرد شخص يقوم بمهامه بناء على الأطراف المتفقة عليه، أي لا يكلف بخدمة عامة.

و على هذا الأساس فإن توطين التحكيم إجرائيا، لا يفهم منه توطينه من الناحية القانونية³.

أضف إلى ذلك، أن عدم وجود ارتباط حقيقي و فعلي بين الخلاف الناتج عن العقد و دولة مقر التحكيم، من شأنه أن يكون مجرد إختيار عرضي بالصدفة قد يؤدي إلى إنهيار هذه النظرية القائلة بخضوع العقد لقانون دولة مقر التحكيم.

و بالرغم من الإنتقادات التي لحقت بالإتجاه السابق، و مع ذلك فإن بعض أحكام التحكيم أعملت قواعد الإسناد في قانون دولة مقر التحكيم كما سبق و أن اشرنا.

¹ د. علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 41، كلية الحقوق- جامعة الكوفة -، 2016م، ص11.

² د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع نفسه، ص30.

³ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص215 و 216.

لكن، من خلال النظم القانونية التي تم عرضها، فإن قانون الدولة المتعاقدة بخلاف قانون دولة المستثمر و قانون مقر دولة مقر التحكيم، كان بمثابة القانون الأمثل الواجب التطبيق على المنازعات التي خلفتها عقود الدولة نظرا لارتباط موضوع المنازعة بقانون البلد المتعاقد، أي أينما حدث الأداء المميز للعقد.

و هذا المعيار كان المعتمد من قبل المحكمين في سبيل تطبيق القواعد القانونية للدول المتعاقدة في كثير من العقود المندرجة تحت عقود الدولة .

و لعل هذا ما سوف نوضحه في الفرع القادم من خلال تعريف نظرية الأداء المميز و تبيان موقف الفقه و القضاء و التشريعات المقارنه من إتجاه المحكم إليها، و إعمالها على بعض من نماذج عقود الدولة.

الفرع الثاني:

إعمال المحكم الدولي لمعيار الأداء المميز في عقود الدولة

يعمل المحكم الدولي على تركيز عقود الدولة في قانون معين نظرا للخصائص الوطنية التي يتميز بها هذا العقد¹.

لذلك فإن إستعمال المحكم لهذه السلطة التقديرية لا يجب أن يكون إستعمالا عفويا، إذ لا بد أن يكون إختياره للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع ملائما للموضوع على ضوء ظروف القضية و ملابساتها².

ولما كان العقد يحوي كم كبير من الإلتزامات المختلفة في العلاقة العقدية، فإن هناك إلتزاما منها ما يعبر عن حقيقة هذه العلاقة و يميز العقد عن غيره من العقود، و من ثم يصلح أن يتم الإعتقاد عليه لتحديد القانون واجب التطبيق على مجمل العقد³، و الغالب أن يؤدي به هذا

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 255.

² د. جارد محمد، مرجع سبق ذكره، ص 60.

³ أ. زياد محمد فالح بشباشة و أ. أحمد الحراكي و أ. عماد قطان، مرجع سبق ذكره، ص 369 و 370.

التركيز إلى قانون الدولة المتعاقدة، و إن كان هذا الأمر ليس محسوما دائما بصفة نهائية و مطلقة¹.

أولا: تعريف نظرية الأداء المميز

يعد إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الأداء المميز، من أحدث الإتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، و أول ما ظهر في الفقه و القضاء السويسري*، و سرعان ما تأثرت به المعاهدات و التشريعات المختلفة .

و تقوم فكرة الأداء المميز على تشخيص معاملة العقود، و رسم القانون الواجب التطبيق على حسب قيمة و أهمية الأداء و وزنه أو الإلتزام الأساسي في العقد و مكان الوفاء به أو تقديمه، حيث ينفرد كل عقد بأداء يميزه و يحدد خصائصه مما يترتب عليه إختلاف القانون الواجب التطبيق على حسب العقد و نوعه.

و لما كان الأداء الرئيسي لعقود الدولة كثيرا ما يتم في الدولة المتعاقدة، فكان قانونها هو الأنسب لحكم موضوع النزاع إذا ما تم حدوثه².

و عليه، يتمتع - في هذه الحالة - تطبيق أي قانون وطني آخر، إلا من خلال قواعد تنازع القوانين (و قواعد الإسناد) في الدولة المتعاقدة³، و يرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة، إلى أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، و ذلك إعمالا بنظرية التركيز أو الأداء المميز،

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 255.

*أدخل القضاء السويسري على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة في طريق تركيز البحث عن المضمون المميز في العلاقة القانونية، أي الأداء المميز le notion de la prestation caractéristique و الذي يعتبر بمثابة ركيزة الإسناد، و هذا يستتبع خضوع العقد إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققا فيه، مثل مركز المشروع أو الفرع أو مكان ممارسة المهنة، و ذلك دون بحث إرادة الخصوم، و دون البحث عن أي عنصر خارج العلاقة.

و بهذا يتحقق أساس قوي و مرن لتعيين القانون الواجب التطبيق، و ذلك عن طريق تحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية ملموسة، بعيدا عن الاستناد إلى ضوابط ليس لها علاقة بروح الإلتزام.

أنظر، د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 191.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 267.

³ د. جلال وفاء مجدين، مرجع سبق ذكره، ص 61.

و التي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد أي مكان تنفيذه، و هو إقليم الدولة المتعاقدة، إضافة إلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة، فليس من المنقول أن تسند منازعات الدولة المتعاقدة لغير قانونها و هي مستقبلة للشخص الخاص الأجنبي المتعاقد معها¹.

ثانيا: موقف الفقه و التشريعات و القضاء من إعمال المحكم الدولي لمعيار

الأداء المميز في عقود الدولة

عرف الأستاذ Jean babtiste الأداء المميز للعقد بأنه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد و تمييزه عن غيره من العقود الأخرى"، و عرفه الأستاذ van overstraeten بأنه: " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا ".

فيتبين أن مضمون الأداء المميز، هو البحث عن الإلتزام الجوهري و الرئيسي في الرابطة العقدية².

و في هذا الإطار يرى الأستاذ باتيفول³ بأنه: " عند سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، فإن الرابطة العقدية تسند إلى القانون الأوثق صلة بهذه الرابطة و الذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في العملية العقدية، دون حاجة إلى الإستناد إلى حيلة صناعية مثل فكرة الإرادة المفترضة ".

و لقد أخذ بهذا الضابط القضاء الإنجليزي بعدما كان يأخذ بالنوع الأول من الضوابط أي قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ، و قد تبعه في ذلك القضاء الفرنسي الحديث من خلال بعض الأحكام القضائية التي صدرت بخصوصها، وتم على إثرها إسناد العقد للقانون الأوثق صلة⁴. إلا أنها قد أضحت على هذا النحو بدواعي الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، نظرا لأن هذا التحديد لن يتم و الحال هذه إلا

¹ أ.د. بقنيش عثمان و د. بلحسان هوري، مرجع سبق ذكره، ص45.

² د. محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، 2010 - 2011م، ص58.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص260.

⁴ د. خالد شويرب، مرجع سبق ذكره، ص107.

بمعرفة القاضي عند نظر النزاع، و في ضوء ملاسبات التعاقد في كل حالة، أي في مرحلة متأخرة يصعب على المتعاقدين قبلها أن يتعرفوا على القانون الذي سيحكم علاقتهم التعاقدية سواء عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه¹.

أما الدكتور إدوار عيد فيرى: " إن اختيار المحكم يخضع مبدئياً للنظام عينه الذي يخضع له إختيار الطرفين، إلا أنه أبدى الملاحظات التالية:

- يقوم المحكم بإختيار القواعد القانونية التي يسند إليها قراره، بحكم القانون و ليس كنائب عن الطرفين. و بذلك يفترق عما تنص عليه الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 و التي تعتبر أن المحكم يقوم بتطبيق القانون الذي يراه مناسباً على النزاع كوكيل عن هذين الأخيرين.

- يختار المحكم القانون أو القواعد القانونية التي تطبيق مباشرة على موضوع النزاع، فلا يلتزم بأن يحصر إختياره أولاً بقاعدة من قواعد التنازع التي يجري بمقتضاها تحديد القانون الذي يطبق على النزاع.

و يختار المحكم القواعد القانونية عادة باللجوء إلى قوانين وطنية متنوعة تكون بوجه من الوجوه مرتبطة بالنزاع المعروض عليه".

و هناك من يرى أنه توجد قرينة بسيطة تشير إلى أن عقود الدولة، تعد أكثر صلة بقانون الدولة المتعاقدة، على أنه يجوز للمحكم أن يطبق قواعد قانونية أخرى على تلك العقود لو كانت أكثر رعاية لمصلحة الدولة الطرف، بالذات لو كانت نامية، فعندئذ تكون تلك القواعد أكثر ملائمة للعقد، ذلك أن أحدث الإتجاهات هي تلك التي تلزم المحكم عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق بإعمال القواعد القانونية الأكثر ملاءمة للعقد².

¹ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 444.

² د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 261 و 262.

فهذه النظرية الموضوعية التي تقوم على التركيز الموضوعي البحث، تؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق و تقادي تشتت العلاقة بين عدة قوانين مختلفة¹.

و قد ذهب جانب من الفقه في سبيل تأييده لهذا الضابط، إلى أن العمل به من اجل إستنباط القانون الواجب التطبيق يحول دون تجزئة العقد، فالغالب عملاً أن الالتزام بالأداء المميز يكون التزاماً واحداً، و هو ما يمنع من تجزئة العقد و إخضاع الواجبات الناشئة عنه لقوانين عديدة ذات حلول متعارضة.

كما يسمح الأداء المميز بتمييز العقد عن سائر العقود، و بالتالي يكون معبراً عن الوظيفة الإقتصادية و الإجتماعية في الرابطة العقدية كأداء البائع في عقد البيع، و أداء الناقل في عقد النقل و...إخ، كما يتميز بالوضوح و البساطة في الغالب الأعم من الحالات التي يكتشف منها القانون الواجب التطبيق².

وتجد هذه النظرية صداها من خلال الأحكام القضائية، حيث صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم بتاريخ 1959/7/26 الذي تم الإقرار فيه ب: " إذا لم تقم الأطراف المتعاقدة بإختيار القانون المطبق على العقد صراحة، فعلى القاضي الذي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث عن هذا القانون مستندا في ذلك إلى ظروف التعاقد و ملابساته ".

و بذلك يتمتع القاضي بالمرونة اللازمة، و التي يستحقها لبحثه عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية التي يتم تطبيقه على العقد، فإذا تبين له وجود هذا القانون وفقاً لظروف و ملابسات التعاقد يتولى بعد ذلك تطبيقه على العلاقة العقدية³.

هذا و قد إفترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ المفترض للأداء الرئيسي أو المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء.

و قد أخذت بنظرية الأداء المميز اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، كما قننتها أيضا العديد من التشريعات الداخلية، حيث نصت المادة

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص191.

² د. محمد بلال، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص59.

³ د. خالد شويرب، مرجع سبق ذكره، ص107 و 108.

117 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه: "1-يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا ، 2-و تعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز..."

كذلك أيضا فعل المشرع الألماني في نص في المادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986¹.

و كمعظم التشريعات التي أقرت في نظامها القانوني ضابطا محددا يرجع إليه كبديل عن القانون الذي من المفروض أن يختاره المتعاقدين، فالقانون الجزائري تنبه من جهته للمسألة حيث أقر المشرع إستثناءا على القاعدة التي تحكم العقد التجاري الدولي من خلال تطبيق قانون محل الإبرام².

حيث نصت الفقرة الثالثة من نص المادة 18 معدلة من القانون المدني الجزائري³ على أنه : " و في حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ".

ثالثا: أعمال قضاء التحكيم لمعيار الأداء المميز في عقود الدولة

عمل التحكيم التجاري الدولي بنظرية تركيز العقد في القانون الأكثر ارتباطا بالعقد في عديد من المرات، و كثيرة هي الأحكام التحكيمية التي بينت الآلية أو التقنية التي يعتمد عليها المحكم في تحديده لقاعدة تنازع القوانين.

ففي قضية la Guaira Electric Light and Power Co، حرص الطرف الأمريكي على إظهار انه من المبادئ الثابتة أن مواطني الدولة الذين يوجدون على إقليم دولة أخرى و يبرمون العقود فيها يفترض أنهم ابرموا هذه العقود وفقا لقوانين الدولة التي على إقليمها سوف يتم تنفيذ هذه العقود.

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 314 و 315.

² د. خالد شويرب، مرجع سبق ذكره، ص 109.

³ الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سبق ذكره.

و قد أصدر مركز القاهرة التحكيمي قرارا حدد فيه كيفية تحديد قاعدة تنازع القوانين، فقد أشارت محكمة التحكيم إلى المادة 1/10 من العقد محل النزاع و التي نصت على أن: " القانون المصري يسري على العقد ".

و بالتالي و طبقا لهذه المادة فان القانون المصري هو الذي يسري على هذه المنازعة و لكن بما أن الجهة المدعى عليها تدلي بان المادة 1/10 من العقد هي مضافة إلى العقد بدون إرادتها، و بالتالي فإن القانون المطبق على النزاع هو موضوع النزاع، فإن المحكمة التحكيمية ستفترض من أجل الوصول إلى القانون المطبق أن العقد لم يحدد القانون الذي يخضع له لحسم النزاع، و أمام هذا الافتراض ستعود المحكمة إلى القانون المطبق الصادر سنة 1994 و قواعد تحكيم الأونسيترال المعتمدة كنظام لتحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

فوفقا للمادة 2/39 من القانون المصري للتحكيم الصادر سنة 1994 فإنه: " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع"¹.

و بدون شك يعتبر العنصر الهام و المميز في عقد بيع البضاعة، قيام البائع بتسليم البضاعة. و قانون هذا المكان هو الذي يحكم العلاقة²، لذلك ذهبت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بخصوص منازعة بيع منازل سابقة التجهيز، بين بائع من تكساس و إحدى الوزارات السورية إلى إختيار قانون ولاية تكساس، ذلك أن الأداء الأساسي و المميز للعقد يتمثل في بيع مواد تتصف أساسا بكونها أمريكية، عن طريق شركة في ولاية تكساس بداية من ميناء تكساس إلى الولايات المتحدة الأمريكية من أجل الوفاء³.

و تطبيق قانون البنك الضامن بمعرفة المحكمين يعتبر بمثابة قاعدة التنازع التي تحيط بالمسألة، و هذا الإتجاه على عكس المبدأ الذي يفترض أن الضمان الشخصي يكون محكوما بالقانون الذي يخضع له الإلتزام أو الدين المضمون، ما لم يثبت العكس.

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص من 267 إلى 269.

² د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 191.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 314.

و يبدو أن إختصاص قانون الضامن هو الثابت في أعمال البنوك، و هذا ما تؤكد عليه المادة العاشرة من القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للضمانات التعاقدية، و التي تنص على أنه: " إذا كان الضمان لا يشير إلى القانون الذي يحكمه، فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو قانون مكان المؤسسة الضامنة، فإذا الضامن كان له أكثر من فان القانون المطبق هو قانون الفرع الذي التزم بالضمان".

و هذا الحل عمل به المحكمون في الحكم الصادر في الدعوى رقم 3316 لسنة 1979 عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس باللغة الانجليزية، و هو يتطابق مع العادات الأكثر شيوعاً، و يوضح الطبيعة الحقيقية للضمان *Le véritable nature de la garantie* - على نقيض الكفالة - أنه ليس عقدا تابعا *accessoire*، بل هو عقد مستقل أو مجرد *abstraite*، يتميز بأداء الضامن *La prestation du garant*. و هذا فضلا عن أن البنك الذي يقع على عاتقه الضمان، يكون ملزما بأن يعمل وفقا لقانونه الوطني¹. و بذلك يتم تجاوز صعوبات الإنتقال بين عدة محاكم ضمن البلد الواحد².

فإن الأداء المميز يتبين بوضوح و بشكل بات، من خلال النشاط الذي يمارسه أحد طرفي العملية، و لما كان البنك هو الطرف الرئيسي في العملية المصرفية، و المهنة المحترفة التي يمارسها تضيف طابعا خاصا على العملية، فيمكن القول بأنه يستغرق جوهر العقد.

فتنظيم العمل المصرفي في داخل الدولة يستلزم أن يكون قريب من الواقع الإقتصادي التي تعيشه، و من هنا فان العملية المصرفية التي يتم إبرامها في دولة المصرف لا يمكنها أن تتحرر من تأثير طبيعة المهنة المصرفية عليها، فلا شبهة في أن قانون المصرف له جاذبية خاصة يمارسها بقوة على العمليات المصرفية³.

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 194 و 195.

² د. مأمون عبد العزيز إبراهيم، التجارة و التحكيم الدولي، دار الإعصار العلمي، الطبعة الأولى، الأردن، 2016م، ص 228.

³ د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية -، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، 2007م، ص 125.

و إن إسناد عقود الدولة إلى القانون الوطني كان من القوة و الوضوح بمكان إلى الحد الذي عنيت فيه محكمة التحكيم التي عرضت أمامها المنازعة المعروفة *Benvenuti et Bonfant* ضد جمهورية الكونغو، بتبرير القرار الصادر في ضوء القانون الكونغولي.

فبالرغم من أن أطراف عقد الدولة قد خولوا المحكم سلطة الفصل في منازعتهم وفق قواعد العدالة و الإنصاف، إلا أنه لجا إلى قانون جمهورية الكونغو بحجة أن الأداء الجوهري للعقد تم في بلد الكونغو، و من ثم فإن قانون هذه الدولة الأخيرة هو الأحق بالإعمال¹.

رابعاً: إنطباق معيار الأداء المميز على بعض نماذج عقود الدولة

لاقت نظرية الأداء المميز رواجاً و شهرة عند إعمالها على عقود الدولة في الحالة التي يتأتى العقد فيها فارغاً من القانون الواجب التطبيق، لذلك سنحاول عرض تطبيقات هذه النظرية على بعض من صور عقود الدولة.

1- نظرية الأداء المميز و عقود البترول:

إن دراسة و إستقراء العديد من عقود البترول - خصوصاً في منطقة الشرق الأوسط - يظهر وجود إتجاه شبه مؤكد، يفيد الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها².

و لعل مرد ذلك، هو القيمة العالية التي يحظى بها البترول، باعتباره سلعة إستراتيجية، تمثل مصدر الدخل القومي للدول البترولية و التي غالباً ما تكون متعاقدة، و تعتبر جد هامة بالنسبة للشركات الأجنبية المنتمة إلى مصاف الدول المستهلكة، نظراً لما يترتب عن تلك المادة من صناعات عديدة سواء في حالة السلم، كما هو الحال بالنسبة لإنتاج و الأقمشة، مستحضرات التجميل و مواد البناء.. الخ، أو في حالة الحرب لصنع النابالم و المفرقات و مادة التولين³.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 717.

² د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس - كلية الحقوق -، القاهرة، 1998م، ص 11.

³ د. مجدى دسوقي، مرجع سبق ذكره، ص 15 و 16.

و من العقود التي شهدت إدراج شروط التحكيم بها نذكر على سبيل المثال، عقد الحكومة الكويتية مع شركة أمينويل AMINOIL المبرم في عام 1960، و كان سبب الخلاف هو إختلاط البترول المنتج بالملح مما أثر على درجة صفائه.

كذلك عقد الإمتياز الذي أمضته الجزائر مع شركة جيتي الأمريكية بتاريخ 19 أكتوبر 1968 بواسطة المؤسسة البترولية العامة للبترول سوناطراك SONATRACH، إحتوى شرط تحكيمي كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تطرح مستقبلاً¹.

و مع إنتشار إبرام معاهدات الإستثمار الدولية، تطور التحكيم و توسع نطاقه و الذي إنعكس على مفهوم السيادة، إذ صدرت مجموعة متنوعة من القرارات التحكيمية التي تهدف إلى حل مستقبلي في تحديد مفهوم السيادة، حيث يدخل مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية في نطاق القانون الدولي و هو تعبير صريح عن إرادة الشعوب النامية و طموحها، و خاصة أسلوب عقود الإمتياز الذي واجه ردة فعل قوية بعد الحرب العالمية الثانية².

فقد أثارت مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الطاقة بصفة عامة، خلافاً فقهيًا حاداً³.

و لما كانت هذه العقود تشتمل على العنصر الأجنبي بحسب أن المتعاقد مع الدولة غالباً ما يكون شركة أجنبية، زد على ذلك أنها تتعلق بمصالح التجارة الدولية نظراً لتحول الأموال و البضائع خارج حدود الدولة المنتجة، فإن هذا ما جعل الرأي الأقرب إلى التمسك به هو جعل عقود البترول من العقود التي تخضع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء ذات الطابع الموضوعي أو قواعد التنازع⁴.

¹ د. هاني محمد كامل المنابلي، إتفاق التحكيم و عقود الإستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2014م، ص90.

² أ. السعيد خويلدي و أ.سمية صخري، مرجع سبق ذكره، ص330.

³ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص29.

⁴ د. عبد الرحمن خلفي، التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري) ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الإقتصاد، كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة-، 20-21 / 5 / 2013م، ص1393.

و بما أن الدولة المنتجة للبتروال هي مكان تنفيذ العقد، فمن المنطقي أن يكون قانونها هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما لم يتفق أطرافه على ذلك¹.

ففي قضية wintershall بين الحكومة القطرية و شركة wintershall، و التي تتلخص وقائعها بأن الشركة المذكورة و معها مجموعة من الشركات الأخرى، قد أبرمت عام 1981 مع الحكومة القطرية عقد تنقيب و إنتاج مشترك بدلا من عقد امتياز سابق.

و قد نص العقد الجديد على منح مجموعة wintershal حق التنقيب و الحفر و إنتاج البترول في منطقة محدودة من المياه الإقليمية لمدة ثلاثين عاما على أن تتخلى الشركة عن 50% من هذه المنطقة بعد خمس سنوات و عن 20% أخرى منها بعد ثمان سنوات، كما أقر العقد أيضا بأنه إذا لم تعثر الشركة في منطقة العقد خلال ثمان سنوات على البترول الخام بكميات تجارية، أو على غاز طبيعي غير مصاحب للبتروال و قابل للإستغلال على نحو اقتصادي، فإن للحكومة القطرية صلاحية إبطال العقد، أما إذا تم إكتشاف غاز طبيعي مصاحب للبتروال فإنه يجوز للشركة إستغلاله إما وحدها إن شاءت و إما بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقا لترتيبات تعاقدية جديدة يتم التراضي عليها.

و بما أن مجموعة wintershal لم تجد على بترول خام بكميات تجارية في منطقة العقد، و على العكس من ذلك فقد عثرت على غاز طبيعي غير مصاحب للبتروال بكميات كبيرة صالحة للإستغلال التجاري في رأيها، فقد حصلت تشاورات بين الشركة و الحكومة حول ثلاث مشاريع مختلفة لإستغلال الغاز. و بحكم أن المفاوضات فشلت، الأمر الذي دفع wintershal إلى التحكيم مطالبة بتعويض قدره 250 مليون دولار، على أساس أن الحكومة القطرية هي المتسببة عن فشل المفاوضات بين الطرفين لإستغلال الغاز الطبيعي.

و لما كان العقد المبرم بين الطرفين قد جاء خاليا من أي قانون يستدعي إعماله، فكان هذا القانون يقع تعيينه تحت مسؤولية هيئة التحكيم، و هذا ما تم فعلا، حيث خلصت إلى تطبيق

¹ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية - دراسة تحليلية تطبيقية -، مرجع سبق ذكره، ص 165.

قانون الدولة المتعاقدة أي القانون القطري، مسببة ذلك بأن قطر هي مكان إبرام و تنفيذ العقد مما يجعلها محل الأداء المميز في العقد¹.

2- نظرية الأداء المميز و عقود B.O.T:

بداية تجدر الإشارة إلى أن مصطلح البوت ليس مصطلحا قانونيا، و إنما هو مصطلح تواتر عليه العمل، يفيد التشييد و الاستغلال و التحويل Build – Operate – Transfer، وهذا يشكل في الأساس وصف لطبيعة العقد و ما ترتب عنه من التزامات جوهرية². و لم يتفق الفقه على تعريف هذه النوع من العقود، و لكن تفرقت بهم وجهات النظر.

فهو يعني في رأي البعض: " تعهد الحكومة إلى إحدى سواء أكانت وطنية أم أجنبية، من القطاع الخاص في الغالب أو القطاع العام، بإمتياز أو بترخيص للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة أو تقدمه شركة المشروع، و غالبا ما يكون من المشروعات الأساسية للدولة و المتعلقة بمرفق من مرافقها العامة، و في الحالة الموافقة من قبل الحكومة تقوم شركة المشروع بتنفيذه) تصميمه و بنائه و تملكه و إستغلاله تجاريا) لفترة معينة ينص عليها في العقد، و تكون كافية لتسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه، بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع و إستغلاله تجاريا، و في نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة و الشركة ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة و بحالة جيدة، دونما تحمل الحكومة لأية تكلفة ".

و عرفت UNICTRAL البناء و التشغيل و نقل الملكية، على أنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، أحد الإتحادات المالية الخاصة و يدعى شركة المشروع إمتيازاً لتنفيذ مشروع معين، و تقوم شركة المشروع ببنائه و تشغيله و إدارته لعدد

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 323 و 324.

² د. سعد بن سعيد الذيابي، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية (البوت BOT) طبقاً للأنظمة السعودية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري الدولي بدول مجلس التعاون الخليجي بالتعاون مع غرفة تجارة و صناعة عمان حول " التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية "، 26-28 أغسطس 2014م، ص 07.

من السنوات، و تسترد تكاليف البناء و تحقق أرباحا من تكاليف المشروع، و إستغلاله تجاريا و في نهاية مدة الإمتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة¹.

فيقصد من عقود البوت، تسليم الدولة للقطاع الخاص صاحب رأس المال حيزا من الأرض، لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة وفقا لمواصفات معينة في البداية بين الدولة و المستثمر و يتحمل هذا الأخير كافة أعباء البناء و التشغيل، كما يكون له الحق في الحصول على إيرادات تشغيل المشروع لمدة زمنية محددة يتم الإتفاق عليها في العقد و تختلف من مشروع لآخر، و التي تعرف بمدة الإمتياز، مع تعهد الشخص الأجنبي المتعاقدة بإرجاع ملكية المشروع للدولة المتعاقدة عند نهاية المدة الزمنية المتفق عليها².

و عقود البوت و إن كان الغالب منها تعقده الدولة أو احد أشخاص القانون العام فيها مع طرف أجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون طرف تلك العقود الآخر وطني³.

و من خلال محاولة رصد الواقع العملي بخصوص ما جرى عليه العمل بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود البوت يمكن إبداء الملاحظات التالية:

أ- تحتوي غالبية العقود بنظام البوت تحديدا صريحا و واضحا لإختيار الأطراف لقانون العقد.

ب- يكون القانون المختار من قبل الأطراف في غالبية عقود البوت، هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة وحده، كما قد يكون لهذا الأخير قوانين أخرى تسانده.

و من بين أمثلة عقود البوت التي أسند فيها الأمر للقانون الوطني بصورة منفردة دون سواه من تشريعات قانونية، ما قامت به الحكومة المصرية من إبرام ثلاثة عقود (BOT) بغرض إنشاء

¹ د. كمال طلحة المتولي سلامة، الإتجاهات الحديثة في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T " دراسة مقارنة"، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2015م، ص 27 إلى 29.

² د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014م، ص 12.

³ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية - دراسة تحليلية تطبيقية -، مرجع سبق ذكره، ص 170.

مطارات بمرسي علم و رأس سدر و العلمين، حيث نصت جميع هذه العقود على أن: " يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية ".

و في النزاع بين إحدى الدول الإفريقية و شخص بلجيكي بشأن الإمتياز الممنوح للأخير في شراء منتجات المناجم، خلصت هيئة التحكيم إلى أعمال قانون الدولة الإفريقية بحكم أن هذه الأخير يتركز فيها العقد¹.

أما من بين عقود البوت التي نصت على تطبيق القانون الوطني مدعما بقوانين أو بتشريعات أخرى، فكان ذلك العقد المبرم بين حكومة مدغشقر و إحدى الشركات الكندية عام 1996 للقيام ببعض المشروعات التعدينية، حيث نصت المادة (33) من العقد على: " القانون الواجب التطبيق على المنازعات العقدية هو قانون دولة مدغشقر، و في حالة خلو نصوص هذا القانون من نص ينظم إحدى المسائل المثارة، يجب على محكمة التحكيم أن تتلمس الحل في الأحكام القضائية الصادرة في دولة مدغشقر، فإن لم تجد ففي أحكام القضاء الفرنسي و على وجه الخصوص أحكام القضاء الإداري، و إن لم تجد فتأخذ بالمبادئ العامة للقانون و الممارسات المعترف بها دوليا و أحكام القضاء المقارن المقررة بخصوص تلك المسألة المعروضة"².

فالراجح أن الأداء المميز في العقد إنما يتجسد في مكان تنفيذ الأشغال أي القيام بها، مما يجعل قانون الدولة الطرف هو الأجدر بالتطبيق على العقد. و مما يفرض وجوب هذا الحل هو أن الشخص العام الطرف في العقد غالبا ما يكون خاضعا لبعض اللوائح و التنظيمات التي تصدرها الدولة لأشخاصها العامة ، و كثيرا ما تمثل تصرفات الدولة و ما يصدر عنها من تشريعات أو خلافه قوة قاهرة لبعض العقود ، و لا شك أن تأثير هذه التصرفات و مدى الزاميتها لأشخاص القانون العام في الدولة و تعاقداتها من الأهمية، سيؤيد وجوبية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذه العقود³.

¹ د عصام احمد البهجي، مرجع سبق ذكره، ص140.

² د. سعد بن سعيد الذيابي، مرجع سبق ذكره، ص25 و 26.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص328.

إذن، فإن قانون دولة مقر المشروع هو القانون الأكثر تعلقا بعقد البوت محل النزاع، نظرا لأن الإستثمار يتم حدوثه داخل إقليم الدولة المستقبلية، و ما ينتج عنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالنمو الاقتصادي للدولة المتعاقدة.

3- نظرية الأداء المميز و عقود نقل التكنولوجيا:

يعتقد بعض الباحثين أن عقود ترخيص التكنولوجيا هي بمثابة فرصة ثمينة لتحقيق الإستثمار الأجنبي في الدول المستوردة للتكنولوجيا دون حاجة لوجود الشخص الأجنبي في البلد المتعاقد، كما أنه أسلوب أكثر ملائمة للأنشطة الإقتصادية ذات الحجم المتوسط¹.

فقد عرف الفقه التكنولوجيا بأنها: "مجموع المعارف و الطرق العلمية اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات و تتضمن وظائف الإنتاج و الإدارة و التنظيم معتمدة على العلم و مرتكزة على البحث و التطوير".

أما العقد الدولي لنقل التكنولوجيا فيقصد منه: "إتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو تقديم خدمات، و لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير للسلع، كما لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع العلامات التجارية أو الأسماء أو الترخيص بإستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به"².

و حقيقة الأمر، أنه لا يوجد عقد مما يمكن أن يطلق عليه بذاته أنه عقد لنقل التكنولوجيا *Contrat de transfert de technologie*. إنما يقصد بعقد نقل التكنولوجيا، ذلك العقد الذي يغطي عمليات معينة و يتضمن أداءات محددة تتضمن أخذ أحد الأطراف من الآخر،

¹ د. باية فتيحة، أثر العقد الدولي لنقل التكنولوجيا على التنمية الاقتصادية (دراسة قانونية تحليلية) ، مجلة البحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة د.مولاي الطاهر-سعيدة، العدد الرابع، جوان 2015م، ص351.

² د. باية فتيحة، مرجع نفسه، ص348.

نظاما للإنتاج production أو للإدارة processus de gestion أو مزيجا منهما بموجب تنازل معين و خلال مدة معينة¹.

هذا و قد أثير خلافا فقهييا كبيرا حول المنازعات التي تطرحها عقود نقل التكنولوجيا أمام التحكيم الدولي خاصة ما يتعلق الأمر منها بالقانون الحاكم للعقد، بين مدافعين عن مصالح الطرف المورد للتكنولوجيا و الذي غالبا ما يكون شركة متعددة الجنسيات، و بين القائمين على مصالح الطرف المتلقي للتكنولوجيا الذي غالبا ما يكون دولة متخلفة².

و مثل غيرها من العقود الدولية، فإن القاعدة العامة بشأن عقود التعاون الصناعي تقضي بخضوعها لقانون الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية كما سبق بيانه.

و عند تخلف هذه الإرادة فإننا نرى إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة كونه قانون المكان الذي يتجسد فيه الأداء المميز في العقد و يرتب آثاره الاقتصادية و منافعه بالنسبة لأطرافه، فضلا عن كون هذه الدولة هي في الغالب من الدول المتخلفة، مما يجعلها في موقف الطرف الضعيف إقتصاديا و المستحق للحماية، و بالتالي فتشريعاتها هي التي توفر لها الحماية، و لا تسمح باستيراد التكنولوجيا و حقوق المعرفة الفنية إلا في الحدود التي تساهم فيها في خطة التنمية، و بما لا يمس تشجيع و حماية التكنولوجيا المحلية و بما يحمي الإقتصاد و ميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهظة و المقيدة و التي يفرضها الطرف الآخر³.

و في هذا السياق نصت المادة الثانية من ميثاق الحقوق و الإلتزامات الإقتصادية للدول الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1974، على وجوب عدم تدخل الشركات متعددة الجنسيات في الشؤون الداخلية للدولة التي تمارس على إقليمها نشاطها الإستثماري، و أكدت على حق الدولة

¹ د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م، ص24.

² أ. عابسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة حسينية بن بوعلي - الشلف -، 2007 - 2008م، ص109.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص325 و 326.

في وضع و فرض القواعد المنظمة للإستثمار بكافة أشكاله، و إتخاذ ما تراه محققا للصالح العام من تعديل أو تأميم أو مصادرة بشرط التعويض الملائم¹.

و يحظى هذا الحل بالتأييد من العديد من الفقهاء. كما نصت عليه العديد من التشريعات الوطنية، فقد نصت المادة 36 من قانون الإستثمار السوري رقم 10 لسنة 1991، على خضوع المشاريع الموافق عليها و منها المشاريع الصناعية وفقا للمادة الثالثة من هذا القانون لأحكام قانون التجارة رقم 149 لعام 1949 و تعديلاته فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

و هو الحل الذي أخذ به المشرع المصري بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا حيث نصت المادة 87 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، على أنه: "2- في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري...".

و في نزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية و حكومة تايلاند و المتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار السيارات في تايلاند، حيث انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون التيلندي بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد².

و خلاصة ما تقدم فإننا نعتقد بأنه يتوجب على المحكم تطبيق قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالأداء المميز في العقد. الأمر الذي يقود إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إذ أن الإستثمار و ما ينتج عنه يتواجدان وجودا ماديا فعليا على إقليم الدولة الطرف، زيادة عن دخوله و إتصاله بوسائل النمو الإقتصادي لهذه الدولة.

المطلب الثاني:

الأسانيد المؤيدة لتطبيق القانون الوطني على عقود الدولة

يعتبر القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من أهم القضايا التي يواجهها التحكيم³. فكلما كان أحد أطراف التحكيم دولة أو هيئة عامة تابعة للدولة، فإن قانون هذه الدولة هو الذي

¹ د.صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا- دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص218.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص270 و 271.

³ د. مهند احمد الصانوري، مرجع سبق ذكره، ص132.

يسري بخصوص أهليتها للتعاقد، و كذا مواضيع النزاع التي من المحتمل أن تنجم خلال فترة تنفيذ، و هذا عائد لدعائم مختلفة سنوضحها كما يلي:

الفرع الأول:

تكييف عقود الدولة بأنها عقود إدارية

رأى بعض الفقه أنه لكي تخضع عقود الدولة لقوانين الدولة الطرف في النزاع، يستلزم أن يكون العقد قد تم بقصد تحقيق وظيفة من وظائف الدولة. إذ لا يستساغ و لا يعقل أن تخضع الدولة و هي بصدد إنجاز وظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى، ما لم تكن قد قبلت و إرتضت بذلك صراحة¹.

أولاً: عرض الإتجاه الفقهي القائل بأن عقود الدولة عقود إدارية

إنساق جانب من الفقه إلى ضرورة تكييف العقود التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها العامة طرفاً فيها مع شخص أجنبي بأنها عقود إدارية، و ذلك بسبب التماثل القائم بين هذه العقود و العقود الإدارية²، و المتمثل في كون الدولة طرفاً في العقد، و إتصال العقد بمرفق عام*، و إحتوائه لشروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص³ كتعبير عن مظاهر السلطة العامة⁴.

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1997م، ص 209 و 210.

² د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سبق ذكره، ص 48.

* دار خلاف فقهي واسع بخصوص الطبيعة القانونية لعقود ال BOT التي تعتبر نموذج من نماذج عقود الدولة. إذ رأى بعض الفقهاء أن عقود ال BOT هي عقود التزام مرفق عام و بالتالي تحكمه المبادئ العامة للعقود الإدارية، بينما يرى بعض آخر أن عقود ال BOT هي عقود عادية دولية، و قد حسم الاجتهاد اللبناني حديثاً هذه المسألة عندما إعتبر عقد ال BOT بأنه عقد إداري و بأن القضاء الإداري (مجلس شورى الدولة) هو المرجع الصالح في المنازعات الناشئة عنه.

أنظر، د.محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء و التشغيل و التحويل) ، مجلة الدراسات القانونية صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003، ص 110.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 210.

⁴ د. خالد عبد العظيم أبو غابه، مرجع سبق ذكره، ص 93.

فبالنسبة للشرط الأول و هو كون الإدارة طرفا في العقد، فلا شك في تحققه في عقود الدولة، حيث تعتبر الإدارة دائما احد أطرافها، و بالنسبة للشرط الثاني و هو إتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الدولة كعقود إدارية يرون فيها نموذجا لتعلق العقد بالمرفق العام. حيث يقول أحد الأساتذة حول هذا الأمر: " إن عقود الإستثمار و كافة عقود التنمية الإقتصادية، و إن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام...¹، و يتأكد طابع المرفق العام مثلا في إستغلال الثروة البترولية من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته، حيث يستلزم الأمر موافقة الدولة على المشروع البترولي²، أما بالنسبة للشرط الأخير فهو يتمثل في ضم العقد لشروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، و بذلك فإن عقود الدولة تتضمن العديد من تلك الشروط التي لا يوجد لها نظير في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقرها الدولة المتعاقدة للشخص الأجنبي كالإعفاء من الضرائب و الرسوم الجمركية، أو منحه قطعة أرض لإقامة المشروع .

أضف إلى ذلك أن طول مدة عقود الدولة، قد يصاحبها وقوع ظروف سياسية و إقتصادية و إجتماعية جديدة تصيب العقد خلال وقت إبرامه أو تنفيذه³، مثل مفهوم السلطة التنظيمية و إعادة التوازن المالي للعقد و القوة القاهرة، و عدم التوقع مما تتميز به العقود الإدارية⁴.

ثانيا: تقدير الإتجاه الفقهي بتكييف عقود الدولة بأنها عقود إدارية

تعرض تكييف عقود الدولة على انها عقود إدارية، إلى وابل من الإنتقادات الفقهية خاصة منها الفرنسية، نظرا للصعوبات التي تثور داخل القانون الفرنسي في حد ذاته و الذي يعود الفضل إليه في بلورة فكرة العقد الإداري، من حيث إيجاد معيار للفصل بين العقد الإداري و عقود القانون الخاص. و إنتقال هذا الحل إلى عقود الدولة سيؤدي بنقل هذه الصعوبة إلى

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص258.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقديّة و غير العقديّة -دراسة تحليلية تطبيقية-، مرجع سبق ذكره، ص159.

³ د. حنين أمين رمزي مقبول، مرجع سبق ذكره، دون صفحة.

⁴ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص277.

المستوى الدولي، و من ثم يتعذر الفصل بين العقود التي تبرمها الدول و تعد عقود إدارية و تلك التي لا تعد كذلك¹. فالطبيعة الخاصة لهذه العقود كما يعتقد، لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، و إنما تستمد هذه الخصوصية من صلب موضوعها و الذي كثيرا ما ينحاز إلى التنمية الإقتصادية التي تهم الدولة المتعاقدة².

هذا و قد أثرت مشكلة وصف العقود المبرمة بين الدولة و طرف أجنبي خاص، بأنها ذات طبيعة إدارية تقتضي إعمال قواعد خاصة بها تختلف عن القواعد المطبقة على عقود القانون الخاص، في قضيتين هما قضية Aramco و قضية Texaco*³.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 473.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 260.

³ د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سبق ذكره، ص 48.

*لقد إنتهى الأستاذ René-Jean Dupuy إلى رفض تكييف عقد الإمتياز المبرم بين الحكومة الليبية و الشركتين الأجنبيتين بأنه عقد إداري و ذلك إستنادا إلى ما يلي :

أولاً: إن عقود الامتياز محل المنازعة لا تتحقق فيها الشروط التي يتطلبها القانون الليبي للقول بوجود عقد إداري. و لقد إستخلص المحكم هذه النتيجة من الرأي الإستشاري الذي قدمه الأستاذ الدكتور سليمان مرقس. فوفقا لتحليل هذا الأخير للقانون الليبي، لكي يوجد عقد إداري فإنه لا بد من توافر الشروط الثلاثة التالية مجتمعة و هي: أن يكون موضوع العقد تسيير أو إستغلال مرفق عام، أن يتم إبرام العقد بواسطة سلطة عامة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام، و أن تتمتع السلطة الإدارية بحقوق و سلطات لا يمكن مصادفتها عادة في العقود المبرمة في إطار القانون الخاص، كحقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو فسخ العقد، أي أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة إلا في إطار القانون العام.

و إنزال القواعد المتقدمة محل المنازعة، يبرز أن فكرة تسيير أو إستغلال مرفق عام، غير موجودة على الإطلاق في العقد محل المنازعة. و لا محل في هذا الصدد لقبول الرأي بان تضمن العقد المبرم الحكومة الليبية و الشركتين الأجنبيتين لشروط الثبات التشريعي الوارد في المادة 16 من العقد، يعد بمثابة شرط غير مألوف، لا يمكن مصادفته في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة.

إذ أن الذي يعطى للعقد صفة العقد الإداري في القانون المصري و القانون الليبي وفقا لما إنتهى إليه الأستاذ Dupuy معتمدا على رأي الدكتور سليمان مرقس- هو أن يكون للشخص العام الذي أبرم العقد المتمتع بحقوق و سلطات لا تتواجد عادة في العقود المبرمة في إطار القانون الخاص، كسلطة تعديل العقد و إنتهاؤه عندما تستدعي المصلحة العامة مثل ذلك الأمر، و ذلك هو المؤشر الذي يقطع بأن الأطراف قد تعاقدت فيما بينها على نحو غير متكافئ، أما بالنسبة للعقد محل المنازعة فإن شرط الثبات الوارد فيه، يعد شرطا ذو طبيعة سلبية، فالدولة أو السلطة الإدارية تتعهد بعدم ممارسة السلطات التي هي أصلا سلطات قاصرة عليها، إلا بعد موافقة

ففي قضية Aramco بين المملكة العربية السعودية وشركة Arabian American Oil خلصت هيئة التحكيم إلى أن هذا العقد لا يعدو أن يكون عقد إداري، لأن القانون السعودي المستمد من القانون الإسلامي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على نحو ما هو متعارف عليه في القانون الفرنسي، و أن هذا الإمتياز يعد عقدا غير مسمى لا يمكن إدراجه في التصنيفات القانونية المعروفة في العقود¹.

هذا و قد تم تأكيد ذلك بحكم في قضية Texaco، حيث إمتنع الأخذ بفكرة العقد الإداري بالنسبة لعقد أبرمته الحكومة الليبية مع شركة أجنبية، لإستخراج البترول نظرا لأن الحكومة الليبية تعاقدت مع الشركة الأجنبية على قدم المساواة، زيادة على ذلك عدم تضمين العقد شروطا إستثنائية، بل على العكس فإنه قد نص في العقد محل المنازعة على تجنب تطبيق القوانين و اللوائح التي يكون لها دور تعديل الحقوق الناجمة عن العقد، و التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، و من ثم فقد أكد حكم التحكيم على تجريد عقد الدولة من الطابع الإداري².

فصحيح أن هذه العقود تتضمن العديد من العناصر التي تفيد القول بأن الدولة قد تصرفت عند إبرامها على أساس أنها شخص من أشخاص القانون العام *jure imperi*، لكن هذا لا يكفي حتى يتم التسليم بإدارية عقود الدولة، فالطابع الأجنبي للطرف المتعاقد مع الدولة، و محل العقد نفسه يحول دون تكييف هذه العقود بأنها ذات تلك الصفة، فإدراج الدولة لشروط الثبات يقطع تلك الخصوصية (ميزة العقد الإداري).

الطرف المتعاقد معها، و بذلك فإن هذا الشرط يترجم رغبة الدولة في أن تتعامل مع الطرف المتعاقد معها على قدم المساواة .

ثانيا: أما السبب الثاني الذي دفع المحكمة إلى رفض تكييف العقد محل المنازعة على أنه عقد إداري فمضمونه أنه حتم إفتراض أن العقد محل المنازعة، على الرغم مما سبق ذكره يعد عقدا إداريا فأن النتائج المترتبة على هذا التكييف و التي تمكن الشخص العام المتعاقد من تعديل و إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، لا يمكن إعمالها على واقعة الحال . إذ أن في هذا الإعمال خروج على المبادئ المشتركة بين القانون الليبي و القانون الدولي. أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سبق ذكره، ص من 56 إلى 59.

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 213 و 214.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقديّة و غير العقديّة دراسة تحليلية تطبيقية، مرجع سبق ذكره، ص 161 و 162.

و بالتالي فإن القول بعكس ذلك، أي أن وجود هذه الشروط يفيد أن الدولة قد تصرفت باعتبارها طرف عادي، يعني أن هذا الشرط يصبح دون جدوى و بالتالي لا يرتب آثار قانونية على الإطلاق، إذ أن السلطة العامة وحدها أو الدولة التي تتصرف على أنها كذلك، هي وحدها التي تملك السلطة في ممارسة إختصاصها التشريعي¹.

الفرع الثاني:

قرارات الأمم المتحدة كحجة لإعمال قانون الدولة المتعاقدة

سنقوم بعرض قرارات الأمم المتحدة الداعمة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة و من ثم نبين موقف الفقه و التحكيم من إلزامية تلك القرارات.

أولاً: عرض فكرة قرارات الأمم المتحدة المساندة لتطبيق القانون الوطني

صدرت عن ONU عدة قرارات حددت سيطرة الدولة على مواردها الطبيعية فسرنا البعض على أنها تأكيد على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة²، على أساس أن هذا القانون الأكثر قدرة على زيادة التنمية الاقتصادية للدول³، إذ يعتبر هذا القانون هو قانون الدولة التي يتم فيها الأداء الرئيسي أو المميز فضلاً على انه يعتبر القانون الأكثر اتصالاً بالعقد⁴.

و تبدأ دفع هذه الإتجاه المدافع عن خضوع عقود الدولة، و التي من بينها عقود النفط، بضرورة تطبيق عليها القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و ذلك وفق قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 و الخاص بالسيادة الدائمة على المواد الطبيعية، و الذي نصت المادة الثانية منه على: " أن إستغلال و تنمية هذه الموارد و التصرف فيها، و كذلك إستيراد رأس المال الأجنبي اللازم لهذه الأغراض، يجب أن يتم طبقاً للقواعد و الشروط التي تعتبرها الشعوب و الأمم ضرورية أو مرغوباً فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات أو تقييدها أو حظرها".

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 479.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 296.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 328.

⁴ د. هبة هزاع، التوازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني و قانون الإستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016م، ص 66.

و أضاف نص المادة الرابعة من هذا القرار على أن: " حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية و الوطنية على أن يدفع للمالك في هذه مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها و وفقا للقانون الدولي " ¹ .

ففي عقود البترول و التي تحظى بأهمية كبرى بالنسبة للدول المنتجة و صاحبة هذه الثروة الطبيعية، و بالنسبة للدول المستهلكة، حيث تعتبر الأولى مصدر دخل قومي و تحسين الإقتصاد العائد لها²، و بما أن هذه الثروة الطبيعية و التي تعتبر الإلتزام الأساسي و المميز في هذه العقود موجودة في غالبا في الدول المتعاقدة، فإنه يكون من الطبيعي في هذه الحالة عند عدم إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، أن يكون قانون هذه الدول هو الواجب التطبيق عليها³.

فقد تبنت الحكومة الليبية هذا الإتجاه في المنازعات التي ثارت بينها و بين الشركات الأجنبية على إثر قيامها بتأميم أموال هذه الشركات، حيث تمسكت الحكومة الليبية في المذكرة التي قدمتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية في 26 يوليو 1974، بالقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، و طبقا لوجهة نظر الحكومة الليبية فإن هذه القرارات تستبعد تدويل منازعات عقود الدولة، و في المقابل تعطي الإختصاص إلى قانون الدولة المتعاقدة وحدها.

كما قد تبنت هذا الرأي، الكويت في نزاعها مع شركة أمينويل، عندما تمسكت بأن حق السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية أصبح قاعدة آمرة تحظر على الدول أن تمنح عن طريق العقد أو المعاهدة أية ضمانات تحول دون ممارسة السلطة العامة لسيادتها على الثروات الطبيعية⁴.

ثانيا: موقف الفقه و أحكام التحكيم من إلزامية قرارات الأمم المتحدة

¹ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية، صلالة- عمان، 26-28 أغسطس 2014م، ص38 و 39.

² د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص113.

³ د. هبة هزاع، مرجع نفسه، ص67.

⁴ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص40.

ذهب جانب من الفقه يمثل الإتجاه التقليدي في القانون الدولي العام، إلى القول بأن هذه القرارات ما هي سوى توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة بالنسبة للدول، و لا يمكن إجبار الدول على إصدار قوانين تتبناها.

بينما بعض آخر من الفقه، إعتترف بالطابع القانوني للقرارات القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة المتضمنة للإلتزامات.

لكن السؤال الأساسي ليس هو مسألة الطابع الإلزامي أو الإجباري لهذه القرارات من عدمها؟ بل ما مدى إمكانية وضع هذه القرارات موضع التطبيق و التنفيذ؟

فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها أو إعمال حكمها لا تعد قاعدة قانونية. و لما كان القانون الدولي العام الحديث لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، بل يلزمها فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، فإن جانب من الفقه الحديث حث على أهمية إعادة النظر في طريقة تكوين أو خلق قاعدة القانون الدولي العام في ضوء الأهداف التي يسعى القانون الدولي إلى تحقيقها. و ذلك حتى يتحقق لهذا القانون صفتي الملئمة و الفعالية.

و إلى جانب هذا التفاوت في موقف الفقه حول تقدير القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، فذلك هناك إختلاف ملحوظ بين أحكام التحكيم حول تقدير القيمة القانونية لهذه القرارات¹.

ففي تحكيم Texaco حل الأستاذ Dupuy المحكم الوحيد في القضية الأثر القانوني للنصوص الخاصة بالتأميم الواردة في القرار 1803 و كذلك ميثاق الحقوق و الواجبات الإقتصادية للدول الصادر بالقرار 3281 و أيضا القرارين الخاصين بالنظام الإقتصادي الدولي الجديد رقمي 3201 و 3202 قائلا: " إن المسألة العامة الخاصة بالقيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة قد أشبعت بحثا من قبل الفقهاء. إن هذه الهيئة التحكيمية ستورد أولا أن الجمعية العامة لا تصدر كما جاء في المادة العاشرة من ميثاق الأمم المتحدة إلا توصيات، و هذه تعتبر نصوص ليس لها قوة الإلزام و لا تقضي بالتزامات على الدول الأعضاء ... بيد أن رفض القيمة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص من 446 إلى

القانونية لقرارات الجمعية العامة يجب تضييق نطاقه وفق النصوص المختلفة التي سنتها الأمم المتحدة، وهذه النصوص مختلفة جدا و ذات قيمة قانونية متباينة¹.

و لكن العبارة الأوضح كانت في حكم التحكيم بين الحكومة الليبية و الشركتين، Topco.Calasiatic حيث توصل الأستاذ Dupuy المحكم في هذه القضية، إلى وضع معيار للتفرقة بين القرارات المختلفة التي تصدر عن الأمم المتحدة.

و إن مقتضى ما ذهب إليه يتركز في تصنيف القرارات المعنية على نحو يجعلها تقع في منطقة وسطى، فهي ليست مجرد توصيات لا تتمتع بأية قيمة قانونية على الإطلاق، و هي أيضا لا تتمتع بقوة ملزمة على إعتبار أنها قاعدة عرفية، حلت محل قاعدة عرفية سابقة .

و نتيجة لذلك يرى Dupuy، أن القرارات الصادرة عن ONU تتمتع بقيمة قانونية مختلفة و ذلك تبعا للمعيارين الآتيين:

أ- المعيار الأول و هو نسبة التصويت على كل قرار، و تبين له أن القرار رقم 1803 هو وحده الذي يتمتع بصفة القانون الدولي الوضعي، بينما القرار رقم 3281 لا يتمتع بصفة القانون الدولي الوضعي.

ب- المعيار الثاني هو تحليل النصوص التي تتضمنها هذه القرارات².

و إعمالا للمعيار الثاني المتمثل في تحليل النصوص التي تضمنتها هذه القرارات قرر الأستاذ ديبوي أن ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول يشكل إعلانا سياسيا أكثر منه قانونيا و يدخل في إطار إستراتيجية التنمية و تمت الموافقة عليه بواسطة الدول غير الصناعية وحدها.

و لعل الهدف الحقيقي الذي يكمن وراء إتباع الأستاذ ديبوي لهذا النهج هو الوصول إلى نتيجة محددة سلفا، و هي تطبيق القانون الدولي العام على منازعات عقود الدولة، فالقرار الوحيد الذي يتضمن الإشارة إلى القانون الدولي إلى جانب قانون الدولة المضيفة، هو القرار رقم 1803

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص223.

² د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص329 و330.

المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية دون بقية القرارات الأخرى الصادرة عن الجمعية العامة، و لذلك فإن إتباع هذا النهج ليس إلا للإعتراف بقيمة القانون الدولي و من ثم تطبيقه¹.

الفرع ثالث:

خضوع عقود الدولة للقانون الوطني بناء على أعمال المعاهدات الدولية

تجدر الإشارة إلى أن تصريحات ممثلي الدول، لا توحى تماماً بأي موقف يمكن تفسيره على أنه يؤيد الآراء الفقهية التي تهدف إلى تدويل عقود الدولة، و ذلك أثناء التصويت على القرارات لاسيما المعاهدات الدولية المعنية بالعلاقات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة و الطرف الأجنبي الخاص. و لعل أن الدول عندما تبرم معاهدات ثنائية و متعددة ذات صلة بعقود الدولة تسعى جاهدة من خلالها لتجنب التناقض الحاصل بين القانون الخاص و القانون العام و بالتالي إرساء نظام قضائي موحد يتفق مع الأبعاد الإقتصادية لهذه الدول².

فسوف نكرس هذا الفرع لعرض كيفية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بناء على معاهدة واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ثم نعرض تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستناداً إلى معاهدة روما بشأن الإلتزامات التعاقدية.

أولاً: معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965

الحقيقة أنه، و إن كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز في الإتفاق على شروط العقود التي تبرمها الدولة مع المشروعات الخاصة الأجنبية، في ظل عدم توازن القوى بين الطرفين، بما في ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق.

إذ أن هناك من المسائل ما لا يقبل الخضوع لقانون سوى قانون الدولة الطرف في العقد، لذلك فقد إهتم واضعوا إتفاقية ICSID، بتقييد هذا الإطلاق من خلال وضع قاعدة موضوعية واضحة تضمنتها عبارات الفقرة الثانية من المادة (42) ، و التي قدمت قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التي يفشل فيها الأطراف في وصف القانون الواجب التطبيق، بحيث يلتزم المحكم في هذا المقام بإعمال:

¹ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص42.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص292 و 293.

- إما قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين.
- وإما قواعد و مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع¹.

وفي هذا المقام يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأن: "الراجح أن نص المادة 42 قد تكلم عن القانون الذي يختاره الأطراف، و قانون الدولة الطرف في العقد، و قواعد تنازع القوانين في ذلك القانون الأخير، و لا نشك في أن محكمة التحكيم بمركز تسوية منازعات الإستثمار، الذي أنشأته الإتفاقية ستهجر كل هذه الإختيارات الثلاثة كي تقضي في النهاية وفقا لقواعد موضوعية ليست من وضع دولة محددة"².

و وفقا لهذه المعاهدة، فإن إعمال قواعد القانون الدولي صراحة لن يكون إلا في حالة إقرار الأطراف بذلك صراحة، أو في حالة عدم وجود إرادة واضحة من قبل الأطراف حول قانون الإرادة.

لكن الفقه لم يتفق حول تفسير أحكام الجملة الثانية من الفقرة الأولى من هذه المادة، حيث إعتد البعض منه في تفسيره لأحكام تلك الفقرة، على فكرة أن القانون الدولي يسمو على القانون الوطني، إلا أن هذا التفسير قوبل بمعارضة كبيرة من جانب بعض من الفقه الآخر.

فنص المادة 42 فقرة 01 من معاهدة واشنطن و المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق من قبل محاكم التحكيم المشكلة وفقا لقواعد المركز، يفرق على نحو واضح بين فرضين .

فبالنسبة للفرض الأول و الذي تعالجه الجملة الأولى من هذه المادة، و هو المتعلق بحالة قيام الأطراف بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إختيارا صريحا أو ضمنيا. ففي هذه الحالة تفصل المحكمة في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، و بالتالي فإنه لا مجال لتطبيق قواعد القانون الدولي أو أية قواعد قانونية أخرى غير تلك المعبر عنها.

أما بخصوص الفرض الثاني الذي أقرته الجملة الثانية من نفس المادة، فهو يتعلق بحالة عدم وجود إعلان من قبل الأطراف للقواعد القانونية الواجبة الإعمال. و في هذه الحالة فإن

¹ أ.د. بقنيش عثمان و د.بلحسان هوارى، مرجع سبق ذكره، ص 44 و 45.

² د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 307 إلى 311.

للمحكمة أن تفصل في المنازعة وفق مجموعتين من القواعد: قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة، و مبادئ القانون الدولي العام المتصلة بالمسألة المعروضة عليها¹ .

و الملاحظ أنه في الفرض الثاني من المادة أي في حالة عدم وجود قانون إرادة الطرفين، فيتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة كحل أول، نظرا لما تم ذكره في نص المادة قبل القانون الدولي العام.

ثانيا: إتفاقية روما 19 يونيو 1980 بين دول السوق الأوروبية المشتركة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية

تعتبر هذه المعاهدة بمثابة التقنين الأوروبي للعقود، و تسري هذه الإتفاقية على العقود الدولية بإستثناء ما تنص على إستبعاده بنص صريح، و بما أن عقود الدولة لم تكن من بين العقود التي إستغنت عنها الإتفاقية ، فهذا يوحي بإمكانية سريان المعاهدة على عقود الدولة².

و لقد تناولت الإتفاقية قضية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند إنعدام إرادة الأطراف في تعيين القانون، في المادة 04 و بالتحديد في الشطر الأول من الفقرة 01 التي تصرح ب:

"Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits³."

بمعنى أن، في الحالة التي لا يختار فيها القانون الواجب التطبيق على العقد بحرية وفق مقتضيات المادة الثالثة التي تنص على حرية المتعاقدين في تحديد قانونهم، فإن العقد يحكمه قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة لصيقة.

حيث يتعين إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق إرتباطا بالعقد، و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 524.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 294.

³ إتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام 1980، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0003.02/DOC_1&format=PDF.

المميز في العقد أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا. و هو ما يعني تطبيق قانون الدولة المتعاقدة¹، حيث يعتبر أنه الحل الطبيعي و المنطقي الذي يتوجب تطبيقه على هذا النوع من العقود².

فالإستثمار بوجه عام ما يرتبط به من وسائل التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة له، و من خلال تواجده ماديا في إقليم هذه الدولة، فإنه يتعين تطبيق القانون الوطني لتلك الدولة³، بحسب أن عقود الدولة غالبا ما ترتبط بإستغلال الثروات الطبيعية للبلد المتعاقد⁴، و إتاحة فرص إختيار أفضل الأساليب و التقنيات المبتكرة في مجال تمويل و إنشاء و تشغيل و تحديث و تأهيل و إدارة مشروعات إمتياز مرافق البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة⁵.

الفرع الرابع:

تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستنادا إلى أحكام القضاء الدولي

لقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في عقود الدولة يعد أمر جد ضروري، في حالة إذا ما لم يرق كل من الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، مؤسسين قولهم بالحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض الصربية و البرازيلية سنة 1929، و الناطق ب: " كل عقد لا يكون بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما.."⁶.

و أتبع قولها بأن: " تحديد هذا النظام يتم وفقا لفرع الدراسة القانونية المعروف بإسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين، و الذي يشمل تلك القواعد المشتركة بين عدة

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 333 و 334.

² د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص 112.

³ د. هبة هزاع، مرجع سبق ذكره، ص 66.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 278.

⁵ د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003م، ص 06.

⁶ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 365.

دول أو التي تقررت بموجب إتفاقيات دولية أو وفقا للعرف، و في هذه الحالة الأخيرة تكون قواعد التنازع ذات طابع دولي حقيقي " ¹.

و أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة ذلك، في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929، و الذي أقر ب: " لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة، تترضي أن تسند إلتزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، و إن كان للدولة أن تختار قانون آخر غير قانونها شريطة أن يثبت هذا الإختيار... " ².

كما جردت محكمة العدل الدولية صفة المعاهدة الدولية على العقد المبرم بين الدولة و شخص خاص أجنبي، و ذلك في قضية شركة البترول الإيرانية Anglo-Iranian Oil Company. ففي عام 1951 قامت حكومة إيران برئاسة الدكتور مصدق بتأميم صناعة البترول و بالتالي ألغت عقد الإمتياز البترولي الذي كان ممنوحا لشركة البترول البريطانية، مما دفع بريطانيا إلى الإدعاء أمام محكمة العدل الدولية بأن ذلك يعد عملا غير مشروع دوليا، نظرا لأن العقد المذكور قد رتب تعهدات دولية تجاه بريطانيا و يجب معاملته كمعاهدة دولية.

لكن محكمة العدل الدولية رفضت في 22 يوليو 1952 هذا الدفع، مفندة القول بصفة المعاهدة الدولية لهذا العقد، مجيبة بأن ذلك الإتفاق لا يعدو أكثر من كونه عقد إمتياز عادي بين حكومة و مؤسسة أجنبية و من ثم فهي غير مختصة بنظر الدعوى ³.

و تجدر الإشارة إلى أن محكمة العدل الدولية ليست هي السباقة في تأكيد أحقية قانون الدولة المتعاقدة بالتطبيق كلما تواجهت مع شخص خاص أجنبي، فقد سبقتها في ذلك هيئات التحكيم المختلطة التي أنشئت بمقتضى معاهدات الصلح في فرساي عام 1919م عندما أقرت بوجوبية تطبيق قوانين الدول المتعاقدة على العلاقات العقدية المعروضة عليهم ⁴.

¹ أ.د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، دون طبعة، مصر، 1990م، ص 27.

² د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 208.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 335 و 336.

⁴ أ.د. سامية راشد، مرجع سبق ذكره، و 28.

و بهذا نخلص إلى أن القضاء الدولي قد تبنى قرينة تفيد بأن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب الأعمال كلما غابت إرادتها هي و الشخص الأجنبي عن تحديده، كما أنه لم يرقى العقود المبرمة بين دولة و شخص خاص أجنبي إلى مرتبة المعاهدة الدولية.

الفرع خامس:

تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من خلال الموافقة المفترضة للطرف الأجنبي

الخاص

إنصرفت بعض آراء الفقهاء و خاصة التابعين للدول النامية، إلى أن إتجاه نية الشخص الأجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة توحى أحيانا رضاه بالخضوع لقضاء تلك الدولة، و كذا تطبيق قانونها الوطني فيما يتعلق بكل ما يختص بتنفيذ عقده، بما في ذلك تسوية ما يحدثه من منازعات.

فمن المنطقي أن يكيف ذلك الشخص الأجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية، إذ له حرية كاملة في قبول التعاقد، حيث أن إقدامه على ذلك يعتبر بمثابة دليل ضمني لرضائه بالإنسحاق للقواعد القانونية لتلك الدولة وقت إبرام العقد.

و الإختيار الإرادي المنبثق من الطرف الخاص الأجنبي عند إرتباطه في عقد من عقود التنمية الإقتصادية، هو الذي قد يؤدي إلى إفتراض أنه قبل بقانون الدولة المتعاقدة الذي قرر أن يقوم فيها بالمشروع، بأن يكون حاكما لكافة المسائل التعاقدية، إلا إذا تضمنت المشاركة العقدية تحديدا لقانون آخر لحكم المعاملة.

و لذلك فإن إفتراض تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة يؤكد على أن هيئة التحكيم - إذا ما عرض عليها الأمر - أن تطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و أنه لا يسمح لها بتطبيق أي قانون آخر ما دام العقد لم يتضمن إتفاقا يخول لها أن تفعل ذلك¹.

¹ د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2004م، ص من 59 إلى 61.

المبحث الثاني:

مثالب توطین النظام القانوني لعقود الدولة

على الرغم من أن خضوع العقد المبرم بين الدولة و الطرف الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، يعد هو الحل الطبيعي و المنطقي الذي يتمشى مع طبيعة هذه العقود، و هو برهنت عليه تمسكت به المذاهب و القرائن السابق ذكرها. إلا أنه برزت عديد من النظريات و التي حاولت تجريد عقود الدولة من التشريعات القانونية للدول المتعاقدة.

و لم يكتف الفقه المؤيد لتحرير عقود الدولة من قانون الدولة المتعاقدة بتلك النظريات، بل قدم عديد من البراهين التي تؤسس موقفهم من ذلك.

فسنعرض النظريات الفقهية كمحاولة لتحرير عقد الدولة من القانون الوطني (المطلب الأول)، و كذا الأسس المتبعة في سبيل تحية قانون الدولة المتعاقدة (المطلب الثاني) كما يلي:

المطلب الأول:

النظريات الفقهية الساعية لتخليص عقد الدولة من القانون الوطني

نظرا لكون نسبة كبيرة من عقود الدولة و خصوصا تلك التي تم إبرامها في أعقاب الحرب العالمية الثانية، عادة ما أشارت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة- و التي في كثير من المرات ما تكون من صنف الدول النامية-، فقد تنبعت الشركات الأجنبية المستثمرة إلى أن إسناد العقد لقانون تلك الدولة، قد لا يخدم طموحاتها و بالتالي قد يضر بها، بإعتباره من وجهة نظرها قانون موضوع خصيصا ليحكم العلاقات الداخلية المحضة، دون تناسبه مع معطيات العلاقات ذات البعد الدولي¹.

و لبلوغ هذا المسعى، فقد أعترف للأطراف إذا دعتهم الظروف إلى الإحتكام إلى قانون وطني معين بموجب قاعدة الإسناد تبعا إلى مبدأ سلطان الإرادة، ببعض السلطات التي تفرغ القانون المختار من مضمونه، و ذلك على نحو يجعل قانون الإرادة حبرا على ورق و من دون قيمة، و من ثم يصبح العقد الدولي عقدا طليقا غير خاضع لقانون وطني². لذلك يحاول الفقه

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص160.

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص198.

منذ زمن بعيد أن يقيم التوازن المرغوب بين الإرادة الفردية و إرادة القانون بل و سعى إلى تأكيد هيمنة الثاني على الأول لما تقود إليه إرادة القانون من تحقيق الأمان و ثبات الروابط العقدية¹.

و أعرض في هذا المطلب، تلك المحاولات التي إستهدفت الهروب من الخضوع للقانون المختار من قبل أطراف عقد الدولة، و الذي غالباً ما كان قانون الدولة المتعاقدة.

الفرع الأول:

التجميد الزمني لقانون العقد

أولاً: عرض الفكرة

تثبيت العقد زمنياً هو حالة تتعهد فيها الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي²، فنقر بعض التشريعات* و أحكام التحكيم للأطراف سلطة التجميد الزمني لقانون العقد، و ذلك بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع إستبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل³، و هذا الشرط الذي يطمح إليه الشخص

راجع في ذلك ، ا.د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للاتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...- ، مرجع سبق ذكره، ص145 و ما بعدها.

¹ أ. سعد الدين أمجد، العقد الدولي بين التوطين و التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلوي - الشلف، 2007 - 2008 م، ص52.

² د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص132.

* حيث أقر المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في قانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمارات في المادة 22 من الفصل الرابع المتعلق بالضمانات الممنوحة للإستثمارات و نص على أنه: " لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

أنظر، قانون رقم 09/16، المؤرخ في 29 شوال 1437هـ الموافق ل 03 أوت 2016، متعلق بترقية الإستثمار، معدل و متمم بقانون 18-13 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2018، مرجع سبق ذكره، ص22.

³ أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية - قانون الإدارة و أزمته"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص304.

الأجنبي المتعاقد لا نجده فقط في إتفاقه مع الدولة، و إنما نجده مكرس في القوانين الوضعية لبعض الدول¹.

إن مقتضى شروط الثبات الإتفاقيه لقانون العقد هو تطبيق أحكام هذا القانون القائمة فقط وقت إبرامه و تجنب أي تعديلات مستقبلية عليه، مما يترتب عليه أن يصبح العقد مع إعمال تلك الشروط غير خاضع لأي قانون، و ذلك على الأقل إبتداء من وقت حدوث التغيير في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق.

حيث أن إشتراط بقاء العقد خاضعا للقانون الذي تم تحديده رغم إغائه، مفاده أن تتحول القواعد القانونية المنظمة للعقد إلى شروط عقدية، لأنه منذ تاريخ الإلغاء فقد صفته القاعدية و لم يعد موجودا، و هو ما يفيد أن العقد بات مجرد من أي قانون يؤطره²، ذلك أن التثبيت الإتفاقي قد أغنى المتعاقدين عن قانون يحكمهم³.

ثانيا: السوابق التحكيمية لشرط التجميد الزمني

هناك بعض من التطبيقات لقرارات التحكيم في عقود الدولة، التي إستنتجت بأن تثبيت أطراف عقد الدولة لقانونهم الواجب التطبيق عليه، سيجعل ذلك العقد دون حاجة إلى قانون إرادتهم.

و نستشهد في ذلك بتحكيم Liamco أينما أقر المحكم بأن: " شرط التجميد الزمني لقانون العقد يتفق مع المبدأ العام لمعصومية -عدم جواز خرق- العقود المعترف به عموما في القانون الداخلي، و في القانون الدولي، كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين"⁴.

فمن خلال وجهة نظر هيئة التحكيم أعلاه، يتضح تثبيت قانون الإرادة زمنيا يفيد إدراجه في العقد و من ثم يصبح العقد هو من يحكم نفسه دون لزوم لأي قانون.

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص132.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص249.

³ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص285 و 286.

⁴ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع نفسه، ص274.

ثالثاً: مدى صحة الفكرة

إن شروط الثبات الزمنية الذي تدمج القانون في العقد، و توحى لنا عدم خضوع العقد للتعديلات الجديدة، ليس بإستطاعتها أن تفسر عدم سريان التعديلات الجديدة إذا كانت شروط الثبات ذات طبيعة تشريعية سنها المشرع بغية تلطيف مناخ الإستثمار .

كما أن القول بأن شروط الثبات تقوم بتحويل القانون الذي عبر عنه أطراف عقد الدولة إلى شروط تعاقدية، أمر صعب تقبله من الناحية المنطقية، لأنه لو تم التسليم بذلك فعلاً، فإن العقد سيبقى منفصل عن أي قانون، و هذه النتيجة الأخيرة بطبيعة الحال قد قوبلت بالرفض من طرف كل من الفقه و القضاء بحجة إستحالة عيش العقد بدون قانون¹.

و عليه، يمكن القول بأن هذه الشروط لم تكن سوى محاولة لإبعاد عقد الدولة من نطاق النظم القانونية الداخلية، و الذي عادة ما تكون تشريعات الدول المتعاقدة.

الفرع الثاني:

إندماج قانون الإرادة في العقد

سنعرض فكرة الإندماج من خلال بيان المقصود منها و عرض أهم السوابق التحكيمية المتعلقة بها، و من ثم النتائج التي تترتب عليها و في الأخير نقيم مدى حقيقة إندماج القانون المختار في العقد.

أولاً: عرض فكرة الإندماج

1-تعريف الإندماج:

الإندماج L'incorporation هو: " نظام بمقتضاه يصبح القانون المختار لحكم العقد الدولي مجرد شرط أو حكم تعاقدى لا تكون له إلا قوة و قيمة شروط أو بنود العقد، بحيث يكون

¹ د.محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص286.

للأطراف أن يجروا عليه ما يجرونه على باقي الشروط التعاقدية، و يفقد بالتالي صفته كقانون أو قاعدة norme نظامية¹.

و هذا التعريف، يسمح للمتعاقدين بإستبعاد ما يروق لهم من قواعد أمره في هذا القانون، و بعدم الإعتداد بأي تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد و خلال فترة تنفيذه، الأمر الذي يترتب عليه إفلات العقد من حكم القانون². و بالتالي فإن المتعاقد الأجنبي يجد نفسه محصنا ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من سلطان تشريعي يجعله في مركز تعاقد غير متكافئ، و للوصول إلى هذه الغاية فإن قانون الدولة المتعاقدة يتم إدماجه في العقد³.

و يفترض إندماج القانون المختار في العقد أن تكون إرادة المتعاقدين في إختيار قانون دولة معينة لحكم العقد صريحة، أو يمكن إستخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع. أما في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور حدوث الإندماج لأننا نكون في الواقع أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية، و ليس أمام قانون عينته إرادة المتعاقدين و التي تخولهم النفور من أحكامه و إنزالها منزلة الشروط العقدية⁴.

2-التطبيقات التحكيمية لفكرة الإندماج:

لقد وجد لفكرة الإندماج صدى في عديد من القضايا التحكيمية الخاصة بعقود الدولة، و التي من بينها قضية Sapphire ضد إيران، حيث رأى المحكم Cavin في الحكم الصادر في 15 مارس 1963 بأنه: "بمقتضى الإنفاق المبرم بين الطرفين، فإن الشركة الأجنبية قدمت لإيران مساعدات مالية و فنية و إستثمارات، تتضمن مسؤوليات و مخاطر واسعة، و بالتالي يبدو من الضروري أن يتم حمايتها ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تؤثر في حقوق الأطراف و إلتزاماتهم، و أن يكفل لها الأمان القانوني، و هو ما يصعب تحقيقه إذا تم تطبيق القانون الإيراني بصفة

¹ د.محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص270.

² أ.د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص342.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص339.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص228.

تلقائية، و الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله، و من ثم فإن من مصلحة الطرفين في مثل هذه العقود، أن يتم إبعاد المنازعات التي قد تثور بينهما عن دائرة القوانين الوطنية...".

و هكذا فإن هيئة التحكيم تريد للعقد أن يكون محكوما بالتشريع الذي كان ساريا وقت إبرامه. إذ أن القانون المختار من قبل الأطراف يندمج في العقد ذاته و يصبح مجرد شرط تعاقدي، شأنه في ذلك شأن باقي شروط العقد، و من ثم فإن التعديلات التي تطرأ عليه بعد ذلك لا تسري على العقد¹.

3- موقف الفقه من الإندماج:

يرجع بعض الفقهاء أصل فكرة الإندماج إلى إقرار قاعدة الإسناد في العقود الدولية بأنه يطبق على هذه الأخيرة قانون إرادة الأطراف صراحة كان أو ضمنا.

و لما كانت هذه القاعدة تضم فكرتين، أولها الإسناد Le rattachement و يستقل بهذا الدور قانون القاضي المطروح أمامه النزاع، و ثانيها إرادة و مجال تطبيق القانون الذي حددته قاعدة الإسناد في قانون القاضي، و ينفرد بها هذا القانون المسند إليه، و إذا كان هذا الأخير لا يرغب في حكم العقد، فلأطراف السلطة في أن تطبق أحكام ذلك القانون على عقدهم بحكم قوة إرادتهم و ليس قوة إلزام القانون التي فقدت نتيجة عدم تطبيقه.

هذا و يرى بعض من الفقه أن الإندماج يقوم بناء على القصور الذي تخلل قانون الإرادة، و يسببون ذلك بأن إرادة أطراف العقد و إن كانت لا تستطيع فصل العقد عن حكم القانون، فذلك ليس بمقدورها أداء وظيفة إسناد الرابطة العقدية لسلطان الإرادة.

فالغاية من إختيار المتعاقدين لقانون وفق قاعدة الإسناد ليحكم تصرفهم، هو سريانه بموضوعه الذي إتخذته إرادتهم، دون تعلق الأمر بسريانه كقانون ملزم².

ثانيا: آثار الإندماج

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 188.

² د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 275.

إن التساؤل الذي يمكن طرحه هو ماذا يمكن أن يرتب نظام الاندماج من نتائج على أطراف عقد الدولة؟

1- تجريد قانون العقد من سلطانه:

بمجرد اندماج قانون الإرادة في العقد، فإنه لا يطبق عليه بوصفه قانوناً، وإنما باعتباره شروط تعاقدية، و على هذا النحو يكون من حق المتعاقدين إستبعاد بعض أحكامه الآمرة، و كذلك الإتفاق على أي شروط أخرى في العقد و لو كانت متعارضة مع قواعد القانون المختار¹.

2- تفادي بطلان العقد :

إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد يقضي بالبطلان، فإن إدماج هذا القانون في العقد من شأنه أن يحول دون ذلك، لأنه لا يعقل أن يرتضي الأطراف ما قد يقرره هذا القانون بخصوص إبطال تعاقدهم، و إلا ترتب على ذلك الوقوع في التناقض، إذ أن حرية المتعاقدين في إختيار الشروط التعاقدية ستؤدي إلى نقض الهدف الذي تسعى إليه².

3- التجديد الزمني لقانون العقد:

إن اندماج القانون في العقد يمكن الأطراف من تثبيت ذلك القانون في الزمان بحيث لا يسري على العقد إلا أحكامه السارية وقت إبرامه مع تجنب التعديلات التي طرأت عليه بعد ذلك، كما يمنح الفرصة للأطراف المتعاقدة في أن يختاروا قانوناً ليس بينه و بين العقد صلة، أي لا يرتبط به لا من قريب و لا من بعيد، أو يستبعدون بعض أحكامه حتى و لو كانت آمرة، و هذا ما أكدته حكم محكمة النقض الفرنسية في 1905/12/05.

و إن هذه النتيجة ليست غريبة ما دمنا نعتبر أن تحديد قانون العقد هو من إختصاص الأطراف، و لعل هذا ما نبه إليه الفقيه بييه Pillet عندما قال: " إن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة يعني بالتحديد التضحية بالصفة الآمرة لتلك القوانين، و التعدي على طبيعتها بالتشويه الأكثر

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 188 و 189.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 251.

خطورة... لقد أضحى كل شيء في هذا المجال واقع، و لم تعد هناك مسألة قانون لأنه لم يعد هناك أصلاً قانون¹.

ثالثاً: مدى إنطباق نظام الإندماج على عقود الدولة

إن دمج قانون الإرادة في العقد يجعل القانون مجرداً من الطابع الملزم لقواعده الأمرة، و هذا لا يقبل من الناحية القانونية، لأن إدماج تلك القواعد ضمن العقد لن يغير من طبيعتها القانونية، و لو كان الأمر كذلك لكان العقد أسمى من القانون.

فإرادة المتعاقدين ليست حرة مطلقاً، بل مقيدة بنصوص القانون الأمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة²، و العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط و إنما هو قبل ذلك كله واقع إجماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة، و لا يرتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به القانون³.

و هذا ما أشار إليه الحكم الصادر في قضية ARAMCO عند إقراره ب: " من الواضح أنه لا يمكن أن يوجد عقد في فراغ... فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي ما، يعطي أثراً قانونياً لإرادات الأطراف المتبادلة و المتطابقة في شأن التعديل... و العقد ذاته لا يمكن تصوره بدون نظام قانوني، فوفقاً له يتم تكوينه".

و زيادة على ذلك، فإن فكرة الإندماج تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لإختصاص قانون الإرادة، حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد و أعمال قانونه⁴.

و عليه، نستنتج مما تقدم أن فكرة الإندماج ليست إلا نظرية للتوصل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة الذي غالباً ما تلجأ إليه إرادة المتعاقدين لحكم العقد.

و لعل ما يدعم إستنتاجنا هذا، هو تباين آراء المحكمين في القضايا التحكيمية التي تطرقنا إليها، فبينما المحكم في قضية Sapphire ضد إيران أكد فكرة إندماج القانون المختار في

¹ أ. سعد الدين أمجد، مرجع سبق ذكره، ص71.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص252.

³ أ.د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص342.

⁴ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص234 و 235.

العقد، فإن المحكم في قضية Aramco صرح بإستحالة وجود عقد بلا قانون، بمعنى أنه من اللازم وجود قانون يحتكم به العقد.

و بعدما عرضنا نظرية الإندماج في سبيل سلخ القانون الوطني عن تنظيم عقد الدولة و حكم منازعاته، سنعرض المحاولة الجديدة التي زعم بها الفقه.

الفرع الثالث:

مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي *principe d'auto suffisance du contrat international*

أولاً: موقف الفقه من المبدأ

لم يتأخر الفقه خصوصاً المتخصص منه في ميدان القانون التجاري الدولي، عن الحث على الأخذ بمبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، أو العقود المنظمة ذاتياً *self regulatory contracts* و في إطار هذا المنحى و التأييد يذهب الأستاذ FOUCHARD إلى أنه: " في مجال التجارة الدولية يعد من أحسن سبل الإفلات من قوانين الدول، إشتراط الحد الأقصى من الأحكام الفنية و التجارية و تسوية الصعوبات الأكثر توقعاً، فيستطيع الأطراف الاهتمام بها شخصياً، بوضع شروط خاصة بعد مفاوضات مباشرة ".

و يضيف الأستاذ *jakubowski*: " إن إنعدام أو غياب تنظيم قانوني خاص و ملائم لعقود التعاون الصناعي في العلاقات بين الشرق و الغرب، يزيد من أهمية الإشتراكات التعاقدية في هذا الخصوص، ذلك أن تعقد و حادثة هذا النوع من العقود يتطلب تحديد مفصل و كامل من قبل الأطراف أنفسهم لحقوقهم و إلتزاماتهم و لنتائج تحضيرهم ".

لذلك فعلى المتعاقدين ألا يلجؤوا إلى الأفكار الغامضة أو الغير محددة المضمون، كالمبادئ العامة للقانون أو القواعد المشتركة بين الدول المتمدنة بل لا بد عليهم أن يجتهدوا أكثر، حتى و إن صادفتهم مشاكل و عوائق أثناء كتابة عقودهم، فعليهم التطرق إلى جل النقاط مع

التدقيق فيها، مع الحذر من ترك المسائل مفتوحة لإجتهد القاضي أو المحكم الذي قد يصدر حكم غير متأنى و بعفوية و مدروس بطريقة ناقصة¹.

هذا و يرى الفقيه Verdoss و الذي يعتبر من الداعمين لهذا المبدأ، بأن: "عقود الدولة مادامت تبرم بين دولة و طرف أجنبي خاص لا ينتميان إلى نظام قانوني واحد، فإن كل واحد منهما يريد تطبيق قانون دولته على العقد، و لعل هذا ما يمكن من أن يحكم ذلك العقد نظام قانوني ترسمه إرادتهم، و هذا الأخير يكون مستقل و ينظم العقد بصفة شاملة²".

ثانياً: واقع المبدأ في عقود الدولة

لقد وجد صدى لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد في عقود الدولة، من خلال بعض من أشكالها، كما هو الحال بالنسبة لدليل تحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي المعد من قبل اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة لـ ONU، حيث تنص الفقرة 59 منه، على أن: "لقد وجد مع ذلك أن مختلف أشكال القانون الخاص الوطني، لا تتضمن عادة قواعد تتعلق خصوصاً بالأشكال الحديثة من العلاقات التعاقدية التي تنشأ من خلال التعاون الصناعي، و نتيجة لذلك ينبغي الإقتراح بأنه يجب على الأطراف أن يضمنوا عقودهم أحكاماً تفصيلية تحدد قانون علاقاتهم الخاصة".

كذلك الأمر بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا التي لها مكانة بارزة في عقود الدولة كما مضت الإشارة، حيث تقر الفقرة 89 من دليل تحرير عقود النقل الدولي للتكنولوجيا في الهندسة و المنشأ من قبل UNECE، بأن: "من المرغوب فيه ألا يعطي العقد مجالاً للمنازعات، و لا يجعل القاضي أو المحكم غير قادر على أن يؤسس التسوية على أحكام أو بنود العقد".

كما وجد أثر لهذا المبدأ في عقد نقل البترول الذي تم بين دولة تونس و إحدى الشركات الفرنسية عام 1958، حيث أقرت إحدى نصوص العقد بأن: "الإتفاق الحالي يعتبر قانون الأطراف"³.

ثالثاً: تقييم مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي

¹ أ. سعد الدين أمجد، مرجع سبق ذكره، ص 77.

² د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 253

³ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع نفسه، ص 257 و 258

إن القول بكفاية عقد الدولة في ذاته لحكم العلاقة بين أطرافه و أنه بذلك غير محتاج إلى الخضوع لقانون داخلي معين، هو إدعاء يخالف الواقع العملي الذي يؤكد عدم قدرة توقع المتعاقدين مسبقاً لأوجه النزاع المستقبلية¹.

فالنقص و القصور في بنود العقد و أحكامه هو أمر متوقع الحدوث، و الأطراف مهما كانت خبرتهم و توقعاتهم لمجريات المستقبل، فلا يمكنهم الإحاطة بكل جوانب العملية العقدية.

و لعل هذا ما أدركه البعض بخصوص عقود نقل التكنولوجيا حيث قيل بأنه: "لا يستطيع عقد نقل التكنولوجيا - أياً كانت العناية التي بذلت في تحريره - أن يحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين، و هذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه القاضي أو المحكم عندما يخلو العقد من الحلول".

ففي قضية ANACONDA ضد إيران رفضت هيئة التحكيم زعم الشركة المدعية بضرورة أن تقوم هيئة التحكيم بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بتطبيق البنود الواضحة الواردة في العقد دون الرجوع إلى أي قوانين أخرى. حيث رأت بأنه: " لا يكفي تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فنظراً لأن قانون العقد يختلف من دولة لأخرى، و أن قوانين العقد الوطنية تختلف عن القانون الدولي، فينبغي تحديد السياق القانوني الذي تنفذ فيه هذه القاعدة"، و هكذا فقد أكدت هيئة التحكيم أن ما يعقد من إتفاق بين الأطراف لا يكفي وحده لحل ما قد يصدر من منازعات بينهم.

و لعل هذا ما يعتبر بمثابة رفض صريح من جانب هيئة التحكيم لمبدأ الكفاية الذاتية للعقد في عقود الدولة².

فإن التمسك بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي مع الإعتراف بثغراته و عدم كماله، فيه تعدي على إختصاص القاضي أو المحكم الذي يقع على مسؤوليته مهمة إكمال و سد الثغرات المؤكد إكتشافها في العقد³.

¹ د. هشام علي صادق، مرجع سبق ذكره، ص 341

² د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 246.

³ أ. سعد الدين أمجد، مرجع سبق ذكره، ص 80.

هذا و قد أبرز المحكم Dupuy في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية عن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بقوله: "إن القيمة القانونية و بالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها"¹.

فنستنتج أن مهما ضمن أطراف عقد الدولة من أحكام في غاية الدقة لتحكم علاقتهم العقدية، فلا يمكن لتلك النصوص أن تكون شاملة و جامعة، ذلك أن الدولة و الشخص الأجنبي المتعاقد معها ليس لهم أن يدركا و يتوقعا كل ما سينجم عن عقدهم من منازعات مستقبلية، و عليه فإن وجود قانون ينطبق على عقد الدولة أمر ضروري لا يمكن الإستغناء عنه.

و القول بوجود نمط معين لعقد أو نموذج كما رأينا بخصوص بعض من الأدلة التي أعدت من قبل UNECE و الخاصة بتنظيم نوع من المعاملات العقدية، يعتبر في حد ذاته قانون، هو أمر غير صحيح و ليس مطلق، لأن تلك النماذج ليست إلا مقترحات فقط من أجل تسهيل عملية التعاقد، و هي ليست ملزمة للأطراف المتعاقدة بإتباعها، فبإمكانهم إبرام عقد دون لجوئهم لأي نموذج منها، و مع ذلك فإن عقدهم يكون صحيح و ينتج آثاره بشكل عادي.

الفرع الرابع:

الدور الإحتياطي لقانون العقد le rôle subsidiaire de la loi du contrat

في عقود الدولة

أولاً: موقف الفقه من فكرة إحتياط قانون العقد

إضافة لما ذهب إليه الفقيه Verdoss بشأن مبدأ الاكتفاء الذاتي للعقد، عندما صرح بأن القانون الذي ينشئه العقد هو نظام قانوني مستقل ينظم العلاقة التعاقدية تنظيمًا شاملاً، فإنه يرى إمكانية أن: " يحيل في تفسيره أو سد ما قد يوجد فيه من ثغرات للنظام القانوني للدولة المتعاقدة أو إلى القانون الدولي، و هذين الأخيرين يمكن تطبيقهما على العقد فقط في الحالة التي يحيل عليها قانون العقد..."².

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 91.

² د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 264.

و حسب هذا الرأي أعلاه، يتضح لنا أن الإحالة التي يقصدها الفقيه للقانون، يجب أن يتطرق إليها العقد، فإذا كانت كذلك فإن ذلك القانون التي تمت الإحالة إليه ليس له إلا دور إحتياطي في حكم العقد، بينما الدور الأساسي يبقى للعقد ذاته بإعتباره قانوناً، أما الحالة التي لا يتضمن فيها العقد إحالة، فهنا لا يوجد قانون إحتياطي للعقد.

هذا و يرى أحد الفقهاء بأن: " كل العقود حالياً تحتوي على شرط القانون واجب التطبيق، و لكنه لا يشكل مع ذلك تصرفاً يدل على الولاء أو الخضوع للدول، و لكنه مجرد وسيلة فنية لتكملة النظام المادي المنقوص، و المنطوي على بعض إنعدام دقة الصنعة، إنه في الحقيقة شرط إحتياطي"¹.

ويفهم من قول الفقيه هذا، بأن القانون الذي يختاره أطراف العقد هو في حقيقة الأمر سوى قانون ذو دور ثانوي، يتم إعماله متى كانت بعض الثغرات التي لم يستطع معالجتها العقد في حد ذاته.

ثانياً: أثر الدور الإحتياطي لقانون العقد في عقود الدولة

تم تكريس فكرة إحتياط قانون العقد في بعض من عقود الدولة، مثلما حصل في عقد الإمتياز المبرم بين دولة سيراليون و شركة سويسرية عام 1961 بغية تصنيع الألومينيوم، فبينما إتفق الطرفين على أن العقد يسري عليه قانون سيراليون، فهناك نص في العقد ينص على: "أن أي خلاف بين أي من أحكام نظام التعدين أو قواعده و بين أحكام هذا الإتفاق، يتم حله بإعمال، أو بإعطاء أثر لأحكام هذا الإتفاق".

و نضرب مثال آخر، حيث يتعلق الأمر بالإتفاق المؤسس للهيئة العربية للتصنيع، حيث تنص الفقرة 01 من المادة 01 على أنه: "لا تخضع الهيئة للتشريعات و التنظيمات في الدول المساهمة"، و تقرر الفقرة 02 من المادة 07 بأن: "تمارس الهيئة أنشطتها طبقاً للنصوص التي

¹ د.محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 265

يتضمنها الإتفاق المؤسس"، أما الفقرة 01 من المادة 03 فهي تقضي بأن: "تسترشد الهيئة بمبادئ القانون الإسلامي في أنشطتها"¹.

فبالرغم من أن قانون إرادة عقد الدولة في المثال الأول، كان يشير إلى تطبيق قانون سيراليون على العقد، إلا أن العقد تضمن نصا يمنح أفضلية للأحكام العقدية المتفق عليها بين الطرفين بدل من قانون سيراليون، مما يجعل لهذا الأخير دور غير رئيسي، بينما الدور الأساسي سيكون لأحكام العقد.

كذلك بالنسبة للمثال الثاني، يتضح من النصوص القانونية المنظمة للعقد المنشئ للهيئة العربية للتصنيع، بأنها هي ذاتها من يخضع للإتفاق إليها بشكل رئيسي، بينما يخضع إلى القانون الإسلامي بصفة إحتياطية.

ثالثا: تقييم الفكرة

فيظهر لنا من خلال هذه النظرية أعلاه، و كذا النظريات المعروضة قبلها، أن وجود تناقض بين ما تمليه التشريعات المكرسة لقانون الإرادة و المنظمة للعقود من جهة، و الآراء الفقهية و الواقع العملي لقضاء التحكيم، و هذا ما لخصه الأستاذ عبد الكريم سلامة عندما صرح بأنه: "إذا كانت إرادة الأطراف هي التي أنشأت العقد في الوهلة الأولى، فهي أيضا التي أخضعتة للقانون الذي إختارته بموجب قاعدة الإسناد التي تقرر لها هذا الحق، ثم هي في النهاية كذلك التي إفتأت - تعالت - على سلطان هذا القانون، حيث جمدته من الناحية الزمنية، و أدمجته في العقد من الناحية المادية، و أخرته في التطبيق و جعلته إحتياطي من الناحية القضائية، و هذا يوضح ذروة الأزمة و التناقض في قانون العقد الدولي"².

و عليه فإن فكرة احتياط القانون في العقد من الممكن التسليم بها نسبيا، خاصة فيما يتعلق الأمر بالعقود النمطية و الشروط العامة، بإعتبار أن هذين الأخيرين منجزين و مدروسين من

¹ د.محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 267

² أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية - قانون الإدارة و أزمته"، مرجع سبق ذكره، ص 387.

لجان دولية، و يحتويان على حقوق و إلتزامات المتعاقدين، و بالتالي بإمكان الأطراف أن يحددا قانون يلجآن إليه كلما عجزت تلك العقود عن إيجاد حل لمشكلة معينة.

أما القول بخلاف ذلك، بمعنى أن الفكرة الإحتياطية لقانون العقد هي مطلقة تنطبق على سائر العقود بما فيها ذلك عقود الدولة، فهذا غير صحيح.

فبالرغم من أن إرادة أطراف عقد الدولة بمقدورها أن تسطر أحكاما أثناء الإلتفاق من أجل حكم العقد، إلا أن تلك الأحكام قد لا تفي بالغرض اللازم في ظل غياب قانون يضم مجموعة من القواعد و التي لها من القوة الملزمة في سريانها على العقد، أضف إلى ذلك أن الشروط العقدية دائما ما تحتاج إلى قانون لمعرفة مدى صحتها ، حتى لا تكون موضع بطلان.

و بالتالي يمكن القول بأن الفكرة الإحتياطية لقانون العقد ما هي إلا نتيجة عن مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، كون ظهورها إقتصر على تخفيف حدة الإلتقادات التي نسبت إليه و المتمثلة في عدم تمكن العقد من تنظيم نفسه بنفسه دون وجود قانون.

المطلب الثاني:

الأسس المعتمدة في سبيل تنحية القانون الوطني للدولة المتعاقدة

يرى بعض من الفقه أنه من المتوقع ألا يمكن تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يشوبه من أوجه قصور في التشريع، أو نظرا لطبيعته الدينية، لاسيما - حسب قولهم - قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن و التاسع، لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير عقد كعقود الإمتياز البترولية، و كذلك قوانين الدول النامية التي لا تحتوي بعد التنظيم المناسب لعمليات نقل التكنولوجيا الحديثة، هذا فضلا عن أن مثل هذه القوانين قد لا تكون قادرة للحكم على مدى صحة الشروط التعاقدية و آثارها التي تتخطى حدود عدة دول¹.

و لعل قرارات التحكيم المشهورة التي طرحت في الخمسينات و السبعينات و التي عقدت غالبيتها بين الدول العربية و الشركات الغربية، تجسد دليل واضح حول تعنت المحكمون في إبعاد القوانين العربية الداخلية من مجال التطبيق بسبب عديد من الحجج على حد زعمهم².

¹ أ.د. بقنيش عثمان و بلحسان هوارى، مرجع سبق ذكره ، ص50.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص82.

و كل هذا سنحاول عرضه على النحو الآتي:

الفرع الأول:

عدم ملائمة القانون الوطني لحكم منازعات عقود الدولة

إن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، قد يتم تحديده بطريقة مجردة بدون إهتمام و رعاية لمضمون الأحكام و القواعد التي يحتويها هذا القانون، و بغض النظر عن مدى ملاءمته للعقد الدولي¹.

لذلك يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود عقود الدولة سيؤدي حتما إلى تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها التي خلقت لها، و هو ما قد ينتج عن حتما الإخلال بالأمان القانوني و تخييب توقعات الأطراف المتعاقدة، طالما أنها نظم قانونية وضعت فقط لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية بعيدا عن المعاملات الدولية، علاوة على كونها تشريعات قانونية مختلفة و متباينة فيما بينها.

و من بين المساوئ التي تحسب على إحتكام عقود الدولة لقوانين وطنية أيضا، هي عدم قدرة الأحكام التي تحتويها تلك القوانين على حكم جل العمليات المركبة و المعقدة التي تثيرها تلك العقود، و ذلك لأنها قواعد صادرة عن أجهزة ليست لها الخبرة اللازمة في مجال هذه العقود، مما يعني أن العدالة التي قد ترسيها تلك القواعد بمفهوم المشرع الوطني لن تتحقق، و ذلك نظرا لبعدها عن واقع الحياة الإقتصادية الدولية و تعلقها بالجوانب الداخلية للبيئة التي نشأت فيها².

ففي حكم التحكيم الصادر في 1953 في المنازعة بين International Marine Oil Company و حاكم قطر، تم صرف النظر عن القانون الوطني لدولة قطر. إذ ذهب المحكم إلى أن المسألة الأولى التي يتعين تحديدها هي القانون الواجب التطبيق على تنفيذ العقد الأصلي، و هل هذا القانون الذاتي للعقد هو القانون الإسلامي أو مبادئ العدالة و الإنصاف.

¹ د. أسعد فاضل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته، دار ينبور، الطبعة الأولى، العراق، 2011م، ص347.

² أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص08 و 09.

و رأى المحكم المعروض أمامه القضية بأنه لا يوجد في العقد الأصلي و العقد المكمل له أي شيء يعبر عن حقيقة نية الأطراف المتعاقدة في الفصل في المسألة المتقدمة¹.

حيث قرر المحكم فيها أن هناك: "عوامل موضوعية* عديدة تشير إلى أن القانون الإسلامي هو القانون المطبق في قطر كونه القانون المناسب"، و أضاف أن: " لإقامة أدلة أمامي تتعلق بأصل و تاريخ و نمو القانون الإسلامي كما هو مطبق في قطر، أو بإعتباره الإجراء القانوني في هذه الدولة، و ليس لدي سبب أن أفترض أن القانون الإسلامي غير مطبق بدقة، بيد أنني مقتنع بأنه لا يتضمن أية مبادئ كافية لتفسير هذا النوع من العقود"².

و على الرغم من أن المحكم قد عدد كل هذه الإشارات و القرائن التي تتداخل جميعا في تحديد قانون الدولة المتعاقدة، إلا أنه ذكرها ليس لتبيان أحقية إعمال القانون القطري، و لكن من أجل تجنبه، حيث أضاف بأنه: " أي من الأطراف المتعاقدة ليست لديه النية لتطبيق أحكام القانون الإسلامي، لكن إرادتهم تنصرف إلى خضوع العقد لمبادئ العدالة و الإنصاف و حسن النية"³.

و لقد تجلّى أيضا في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية عدم تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، و هي قانون دولة السعودية التي كانت محلا لتنفيذ عقد المقاوله.

فبينما ثبت أن الشريعة الإسلامية هي قانون الأصل في تلك الدولة و بالتالي هي واجبة التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنها أستبعدت فيما بعد، و كان ذلك عندما تم تعيين خبيرين لتقديم شهادتهما حول الشريعة الإسلامية و مدى ملائمة قواعدها للتطبيق، و بعد سماعهما تبين الإختلاف بين المقاربة الإجمالية بينهما بعد تحليل بسيط، و هم يتفقون على أنه ثبت التطبيق

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 547 و 548.

*من العوامل الموضوعية التي تبين إعمال قانون دولة قطر على العقد، هي أن هذا العقد الذي تم تحريره باللغة العربية و الإنجليزية، أشار صراحة إلى تطبيق القانون الإسلامي على العقد.

أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع نفسه، ص 548.

² د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، مؤسسة شباب الجامعة، دون طبعة، الإسكندرية، 1989م، ص 43.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 548.

الكامل لمبادئ الشريعة الإسلامية من قبل العديد من السلطات القضائية، هو غير ملائم في مجال العقود التجارية¹.

و خلصت محكمة التحكيم بعد رؤيتها لوجهة نظر كل من طرفي النزاع و من الحجج المقدمة من كليهما إلى أن القانون السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي. و أن فقه الإمام ابن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالإمميزات المتعلقة بالمعادن و من باب أولى تلك المتعلقة بالبترول².

و إن كانت هيئة التحكيم قد صرحت بتطبيق القانون الدولي العام بالنسبة لمسائل الإجراءات، فالنتيجة كانت مماثلة بالنسبة لموضوع النزاع³، إذ ذهبت إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الذي يجب تطبيقه على آثار عقد الإمتياز، و سببت موقفها ذلك بأن بعضا من المسائل لا يمكن تنظيمها بأي قاعدة قانونية وطنية لأي دولة كانت، لاسيما ما تعلق الأمر بمسؤولية الدول عن مخالفة إلتزاماتها الدولية⁴.

و قد يبعد القانون الوطني بحجة تكملة النقص كما حصل في قضية الأهرام (SPP)، و التي تم النظر فيها أمام مركز CIRDI، إذ تمسكت الشركة المدعية بتطبيق قواعد القانون الدولي، في حين تمسكت الحكومة المصرية بتطبيق القانون المصري، و رغم ذلك تم تطبيق المبادئ العامة الدولية، الأمر الذي رآه الفقه مخالفا للمادة 1/42 القائلة بعدم جواز لجوء المحكم إلى تطبيق قواعد القانون الدولي إلا في حالة تخلف الإختيار الصريح أو الضمني من قبل الأطراف⁵.

¹ د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص74 و 75.

² د. حفيظة السيد الحداد، الإلتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سبق ذكره، ص51.

³ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية-دراسة فقهية قضائية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، ص28.

⁴ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص36.

⁵ د. أسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع) في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، المؤتمر السنوي الدولي التاسع عشر بعنوان " قواعد الإستثمار بين التشريعات الوطنية و الإلتفاقات

فالحرية التي يتمتع بها المحكم في خصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، كانت عاملاً أساسياً في قيامه بإستبدال التشريعات الوطنية التي قد يشوبها نقص أو تعارض يعرقل التجارة الدولية، بالمبادئ العامة المشتركة¹.

الفرع الثاني:

قدرة الدولة على تغيير أحكام قانونها بإرادتها

من المعلوم أن العديد من عقود التنمية الإقتصادية التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة زمنية طويلة، خاصة منها عقود التنقيب عن البترول و إستغلاله، مما يجعلها معرضة لمخاطر ناجمة عن إختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و ضرورة خضوعها لكافة التعديلات و التغييرات التي قد يجريها المشرع فيها، و هو ما يتنافى مع الأمان القانوني الذي يعد غيابته بمثابة عدو أول للمعاملات الإقتصادية الدولية².

و هو ما أفصح عنه أحد الفقهاء بقوله: " إن خضوع العقد للقانون الوطني في الدولة المتعاقدة، يعرض الطرف الأجنبي لمخاطر جسيمة، منها قيام الدولة المتعاقدة بالتعديلات الدستورية أو التشريعية التي تجعل من المساس بالعقد أمراً مشروعاً بالنظر إلى قانونها الوطني"³.

و على سبيل المثال فإن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس في حكمها رقم 1434 الصادر 1975، قامت بتنحية القانون الوطني للدولة المتعاقدة على الرغم من أن جميع القرائن الموضوعية ترجح ذلك القانون ليحكم العقد.

و يرى الأستاذ Dominique Berlin أن المحكمة قد ذهبت إلى أن خضوع هذا العقد المبرم بواسطة الدولة لقانونها، يعني تفويض أحد طرفي العقد، سلطة تعديل مضمونه بإرادته

الدولية و أثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة "، كلية القانون- جامعة الإمارات-، أبوظبي، ص1265.

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص45 و 46.

² أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص08.

³ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص30.

المنفردة، و هو الأثر المترتب على تركيز العقد في قانون هذه الدولة، و الذي لم تستطع الأطراف تقاديه نظرا لعدم وجود شرط الثبات.

و لقد عبر الأستاذ Cavin المحكم في قضية Sapphire عن الفكرة السابقة تعبيراً واضحاً عندما رأى بأن الشركة الأجنبية بمقتضى الإتفاق المبرم بينها و بين NIOC منحت مساعدات مالية و فنية لإيران تضمنت مسؤوليات و مخاطر، و بالتالي فإنه يبدو معقولاً ضرورة حمايتها من أي تشريع يؤثر في حقوق و واجبات الأطراف، كما يتعين منحها قدر من الضمان القانوني، و لا يمكن أن يتحقق ذلك إذا طبقنا القانون الإيراني الذي يخول للدولة الإيرانية سلطة تعديله.

و قد أضاف الأستاذ نفسه أنه من مصلحة كل من طرفي هذه العقود أن لا يتم خضوع المنازعات الناشئة بينهم لقواعد معينة في القوانين الوطنية¹.

و لم يكتفي الفقه الغربي من طرح الحجج في سبيل التحرر من رقبة القوانين الوطنية، بل واصلوا ذلك من خلال إصرارهم على تحية القانون الوطني للدولة المتعاقدة إذا ما خالف النظام العام، و هذا ما سوف نشرحه.

الفرع الثالث:

تعارض القانون الوطني مع النظام العام الدولي

لقد سبق و أن أعطينا مفهوماً للنظام العام و تبيان صورته، لكن تعددت آراء الفقهاء حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يدفع به إطار العلاقات القانونية الدولية كلما كان القانون المختار من أطراف العقد لا يتماشى و ذلك النظام العام، فالبعض من سماه بالنظام العام الدولي الحقيقي، أما البعض الآخر أطلق عليه النظام العام للقانون التجاري الدولي، و آخرون أشاروا إليه باسم النظام العام غير الوطني، و أخيراً أطلق عليه البعض مصطلح النظام العام عبر الدولي.

أولاً: تطبق مبادئ القانون الدولي تحت إسم النظام العام بدل من قانون الدولة

المتعاقدة

1- دعم رجال الفقه لفكرة إستبعاد القانون المخالف للنظام العام:

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص من 553 إلى 555.

هنالك إتيان حديث دافع عن وجود و أهمية هذا النظام العام، و الذي وصفه Goldman بـ"النظام العام للقانون التجاري" بينما وصفه المحكم الدولي Lalive بالنظام العام عبر الدولي، حيث أن المبادئ المشتركة بين غالبية الدول المستخلصة من قبل المحكمين و كذا المبادئ الأخلاقية و العرفية في المعاملات التجارية، تعتبر بمثابة مضمون للنظام العام عبر الدولي¹.

و تجب الإشارة إلى أن فكرة الرشوة التي تقتضي بطلان العقد سواء كان المرتشي شخص عام أو خاص²، و التي إعتبرها الإتجاه المنكر للنظام العام عبر الدولي بأنها تدخل في نطاق النظام العام الداخلي، هي فكرة ليست سديدة مطلقا، ذلك أن مبدأ بطلان العقد على أساس الرشوة لا يشكل جزء من النظام العام الداخلي لجميع الدول.

فهناك من الدول ما لها سياسات مغايرة عن مكافحة الفساد في مجال المعاملات عبر الدولية و إن كانت بطريقة غير مباشرة. و مثال ذلك النظام القانوني الفرنسي نجده يسمح للأشخاص الفرنسيين الخاضعين للضريبة في فرنسا من التمتع بخصم ضريبة عن المبالغ التي يدفعونها في صورة رشاوى و هدايا، بغية ربح صفقات خارج التراب الفرنسي³.

و جدير بالذكر أنه بالرغم من أن إجتهدات قضاء التحكيم تقر بفعالية النظام العام بصفة عامة في الحد من قانون إرادة الأطراف- و هذا ما تبين من خلال عديد من القضايا التحكيمية و التي من بينها القضية المعروضة على CCI تحت رقم 6496 في سنة 1991 حيث تم إبرام عقد بين مؤسسة عمومية جزائرية و مقاول فرنسي، و بينما الطرفان إختارا القانون الجزائري كقانون يحكم موضوع العقد، تضمن العقد شرط ثبات تشريعي يوم توقيع العقد، و تأكيدا لسمو النظام العام الجزائري على شرط الثبات، أعلنت محكمة التحكيم في حدود الحرية التعاقدية إمكانية التعبير عن قانون واجب التطبيق يسري مفعوله دون عرقلة للقواعد الأمرة التي سيعرفها المرتبطة بالقانون العام الإقتصادي، و التي تخول للدولة سلطة مراقبة و مراجعة القانون بعد إمضاء العقد- ، إلا أن قضاء التحكيم لا يقر بهذه الفكرة على سبيل الدوام، و لعل هذا ما أبرزته CCI في قضيتها رقم 5030 لسنة 1992 و المتعلقة بعقد بين دولة إفريقية و مقاول ألمانية

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 105. و د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 324 و ما بعدها.

² EMANUEL GAILLARD, Op.cit, p 11.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 327 و 328.

خاصة، حيث أعلن الطرفان بأنه في حالة ما إذا تعارضت القواعد القانونية السارية التطبيق للدولة أو أي بند تعاقدي سيتم تغليب هذا الأخير أي الشرط التعاقدية، فقد تم السماح للأطراف من قبل المحكمين بتجاوز بعض أحكام النظام العام للقانون المختار و بالتالي تم ترجيح قانون إرادة الأطراف على أحكام النظام العام للدولة المتعاقدة¹.

2-المبادئ العامة المندرجة ضمن النظام العام الدولي:

تشير القرارات التحكيمية إلى أن البعض منها قد عمد إلى عدم إعمال القانون الوطني للدولة المضيفة بحجة مخالفته للنظام العام، إلا أن هذا الإستبعاد كان يشار إليه بصورة ضمنية بهدف تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي².

و يتم تطبيق القانون الدولي كذلك في حالة عدم وجود قواعد قانونية قاطعة في القانون الوطني، لحكم العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية أو تبعا لشرط مدرج في تلك العقود مؤداه أن محكمة التحكيم أو المحكم المنفرد، غير ملزم بإعمال قاعدة قانونية محددة، بل له الحق في أن يسند حكمه على إعتبارات الإنصاف و وفقا لمبادئ القانون المعترف بها عموما، لاسيما مبادئ القانون الدولي³.

و تندرج في النظام العام الدولي، المبادئ العامة المتعارف عليها و السائدة في كل من النظم القانونية المتحضرة، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين *pacta sunt servanda*، و مبدأ توازن الأداءات التعاقدية، و مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، و إحترام الحقوق المكتسبة *respect des droits acquis* و الإثراء بلا سبب، و القوة القاهرة، و مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة لأطرافه، و عدم التعسف في إستعمال الحق، و المسؤولية عن عدم التنفيذ، و إلترام المدعي بالإثبات، و عدم إستعادة الدولة من خطئها.

و كذلك يدخل في إطار ذلك النظام، مبدأ التعويض الكامل للضرر المباشر و المتوقع *réparation intégrale du dommage direct et prévisible*، و كذلك مبدأ الإدلاء بكل

¹ قريقر فتيحة، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1-يوسف بن خدة، 2016-2017م، ص305 و 306.

² د. ليندا جابر، مرجع سبق ذكره، ص79.

³ د. محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص404.

بيان للشريك أو الطرف الآخر في العملية obligation de tout révéler a un partenaire، ويشكل هذا الأخير "قاعدة عالمية" une règle universelle¹.

فإذا افترضنا أن نزاع عرض على محكمة التحكيم متعلق بمصادرة الإستثمار الخاص للطرف الأجنبي، و أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا يتضمن أي نوع من التعويضات للمستثمر الأجنبي، فلا بد أن قاعدة القانون الدولي المتعلقة بالتعويض ستكون متعارضة مع تشريع تلك الدولة، و من ثم هي التي تكون جديرة بالتطبيق بدل من قانون الدولة الطرف².

3- أمثلة تطبيقية توضح تطبيق مبادئ عامة بدل من قانون الدولة المتعاقدة:

لقد لعب قضاء التحكيم التجاري الدولي دور حسن في سبيل إيجاد قواعد هذا النظام العام، و ذلك من خلال قيام المحكم بتطبيق قواعد دولية لا تتصل بأي نظام قانوني وطني. و يعود الفضل لذلك إلى الحرية الكبيرة التي يتمتع بها المحكمون في لجوئهم إلى المبادئ العامة للقانون و عادات التجارة الدولية خاصة عندما لا يحدد الأطراف قانونا معيناً لحكم عقدهم.

و من تطبيقات قضاء التحكيم لهذه الفكرة من جانب موضوع العقد، القرار الصادر من هيئة التحكيم ببطلان العقد الذي تم بين شركة بريطانية و دولة الأرجنتين، ذلك أن موافقة دولة الأرجنتين على العقد جاءت نتيجة رشوة الموظف المختص، مما يجعل العقد مخالفاً للنظام العام و الآداب. و أكدت هيئة التحكيم على أنه: " يوجد مبدأ عام للقانون معترف به من الأمم المتعدية، يقضي بأن العقود التي تخالف النظام العام أو الآداب العامة تكون باطلة"³.

أما بالنسبة لتطبيقات النظام العام عبر الدولي من الجانب القانوني للعقد، فقد أشارت عديد من قرارات هيئات التحكيم العالمية، و لاسيما في العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، إلى إستبعاد قوانين الدول الطرف في العقد، بحجة مخالفة هذه الأخيرة للنظام العام الدولي، و من الأمثلة التي تؤكد على صحة هذا القول، ما قرره هيئة التحكيم في قضية

¹ د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 45.

² أ.د. بقنيش عثمان و د. بلحسان هوارى، مرجع سبق ذكره، ص 57.

³ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2006م، ص 300.

AMIN OIL ضد حكومة الكويت، عندما رأت: " بأن القانون الكويتي و إن كان الأكثر ارتباطا ببعض نقاط النزاع، إلا أنها سوف تطبق بالإضافة لهذا القانون مبادئ القانون الدولي، و أنه لا يؤخذ بالقانون المشار في العقد إلا بالقدر الذي يتسق فيه مع النظام العام الدولي...¹".

و تبعا لذلك، فقد إستبعدت هيئة التحكيم المادة الثامنة عشر من الجزء الثاني من الإتفاقية و التي تم إبرامها عام 1973 و أخذت بالمادة الثانية عشر القاضية: " بأن الأطراف في هذا العقد تستند في علاقاتها على مبادئ حسن النية و الود المتبادل مع الأخذ في الحسبان إختلاف جنسيات الأطراف، فإن تنفيذ و تفسير هذا العقد بينهم يجب أن يتم على أساس المبادئ المشتركة في القانون الكويتي و قانون ولاية نيويورك في الولايات المتحدة، و في غياب هذه المبادئ المشتركة، فإن تنفيذ و تفسير الإتفاق يتم وفقا للمبادئ القانونية العامة المتعارف عليها بين الدول المتحضرة و تشمل المبادئ التي تم تطبيقها من المحاكم الدولية "

و هذا الإستبعاد نتج عنه عدم تطبيق الدستور الكويتي و الذي تضمن مادته 152 حق الدولة في تأمين ثرواتها الطبيعية للمصلحة العامة. و أخذت هيئة التحكيم بشرط التثبيت الذي يوفر ضمانات كبيرة للشركة، دون النظر في مصلحة الكويت و حقها المشروع في ثروتها، حيث ذكر الحكم أن هناك تحولا لصالح الدول المانحة للإمتيازات النفطية في منطقة الخليج، مما يؤدي إلى خضوع الشركات لضغوط شديدة، و لم يعتد الحكم بالتغييرات الجوهرية للأوضاع السياسية و الإقتصادية الخاصة بسوق النفط، كما أبرزت هيئة التحكيم تخوفا كبيرا من هذه التطورات التي حدثت في أعقاب حرب أكتوبر 1973، فقد تجاهلت الحق الدولي المشروع وفقا لقرارات الأمم المتحدة في لجوء الكويت إلى التأمين لحماية لثرواتها الطبيعية، و تبنت تفسير ضيق لحماية مصالح الشركة صاحبة الإمتياز، و غيرها من الشركات حيث تم الحكم بتعويض باهظ على حكومة الكويت².

¹ د. أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سبق ذكره، ص1265.

² د. رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات و مدى تأثيره بسيادة الدولة، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الرابع، حزيران 2011م، ص98 و 99.

كما عمد المحكمون في قضية في إطار عقود التجارة الدولية بين شركة إسبانية و أخرى فرنسية إلى الإستغناء عن قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي، على أساس أن قواعد هذا الأخير تخرج من دائرة النظام العام عبر الدولي¹.

ثانيا: النظام العام الذي يفضله المحكم في إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة

تثار مشكلة في القانون الواجب التطبيق بخصوص عقود الدولة عندما تكون أحكام النظام العام للقانون الداخلي الواجب التطبيق تتناقض و أحكام النظام العام عبر الدولي، فما هو النظام العام الذي يرجحه المحكم الدولي لإعماله على موضوع النزاع؟

لقد أجاب الفقه عن أولوية تطبيق النظام العام، فكلما تبين تعارض بين النظام العام الداخلي المنتمي إلى القانوني الوطني الواجب التطبيق و النظام العام عبر الدولي، فإنه يتم تفضيل إعمال قواعد النظام العام عبر الدولي لأن هذا النوع من المسائل المتعلقة بالمنازعات التحكيمية الدولية لا يشكل تضاد بين أنظمة عامة دولية خاصة ذات بعد وطني كما هو معروف في القانون الدولي الخاص، بل يشكل مسألة تتناقض مع نظام عبر دولي مستقل عن كل نظام قانوني داخلي من حيث تطبيقه.

كما أن إعمال فكرة تطبيق النظام العام عبر الدولي بدل النظام العام الداخلي ليست فكرة مطلقة، كون أن المشكلة تظهر عندما يتم إعمال النظام العام عبر الدولي و هو معارض تماما للنظام العام الداخلي للدولة المتعاقدة، مما ينتج عنه خطر عدم تنفيذ الحكم التحكيمي²، بحكم أن النظام العام للدولة المتعاقدة إذا ما تم تجاهله فلها القدرة على رفض تنفيذ الحكم التحكيمي و بالتالي بطلانه³، على إعتبار أن القضاء الداخلي يعتبر بمثابة قضاء مكمل لقضاء التحكيم، فلا وجود له إلا بفضل و لا حياة له إلا في ظل أحكامه، حيث أن الكلمة الأخيرة في تنفيذ القرارات

¹ د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 584.

² د. إباد محمود بروان، مرجع نفسه، ص 595 و 597.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 108.

التحكيمية تعود إليه¹. و لنا حديث مفصل عن هذه الفكرة فيما بعد عند تناولنا لصلاحيه الدولة في إبطال أحكام التحكيم الأجنبية و عدم تنفيذها.

و هذا ما يبقى المحكم في موضع حساس بين إصدار حكم يراعي النظام العام عبر الدولي و بين حكم يتصف بفعالية التنفيذ و هنا تظهر المشكلة ؟

إن هذه المشكلة تستلزم إجراء مفاضلة عن أي النظامين يحقق مصلحة تقتضي الدفع به، فإذا كان من المفترض أن يحمي النظام العام الداخلي التابع للدولة المتعاقدة مصالح خاصة بها يمكن القول أنها فردية، و في المقابل النظام العام عبر الدولي الذي ينتظر منه أن يحمي مصالح المجتمع الدولي، فبناء على هذا من المفروض أن يتم الاستغناء النظام العام الداخلي الذي يحمي المصلحة الخاصة للدولة و الذي يكون مخالف لما تفرضه مصلحة النظام العام عبر الدولي المتمثلة في حماية القواعد الأخلاقية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة. أي تتم التضحية بالنظام العام الداخلي على أساس مبدأ الفعالية، فلا يتقبل العقل أن يقوم المحكم بتطبيق قانون الإرادة الذي يحمي المصلحة الفردية لتلك الدولة الطرف، و يهمل قواعد النظام العام عبر الدولي التي تم الإجماع عليها من طرف معظم الدول و التي تمثل متطلبات العدالة الشاملة Les exigences de justice universelle².

الفرع الرابع:

إهدار القوانين الوطنية للتوازن العقدي

إن إهدار القوانين الوطنية للتوازن العقدي في مجال عقود الدولة يشكل سبب أساسي في تجاوزها و إيجاد قانون خاص بهذه العلاقات³، لأن طبيعة هذه العلاقة تتسم بالتباين في المراكز القانونية، كون أن الدولة تعتبر شخصية معنوية عامة، تتمتع بسلطة سيادية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها⁴.

¹ د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 2002م، ص 24.

² د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 597 و 598

³ د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص 87

⁴ أ. حنين أمين رمزي مقبول، مرجع سبق ذكره، ص 01

فيعتبر ضابط التوازن العقدي من بين أهم الدعائم التي تستند إليها الشركات الأجنبية للقول بضرورة إنشاء قواعد خاصة بالعلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية، لتتجاوز بحكمه و موضوعية القوانين الوطنية

تعني هذه الفكرة أن الحقوق و الإلتزامات المتولدة عن العقد هي ثمرة مفاوضات حرة و عادلة بين الأطراف. فكل بند من بنود العقد تمت مناقشته و التفاوض بشأنه، الأمر الذي يمكن معه القول بأن كل من الطرفين قد حصل على مقابل لما حصل عليه الآخر من ميزة في بنود أخرى. فمن مجموع هذه البنود يتشكل توازن أو تعادل بين حقوق و إلتزامات الأطراف، إذ وفقا لهذه الفكرة يعد كل بند أو شرط من شروط العقد أحد العناصر التي يتشكل منها التوازن في الحقوق و الإلتزامات المتولدة عن هذا الأخير¹.

و بالرجوع إلى المعيار الذي يمكن الإستناد إليه لتقدير تحقيق التوازن العقدي من عدمه، فإنه يكمن في الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من ناحية، و في صفة الأطراف من ناحية أخرى.

و إذا كانت فكرة التوازن العقدي تقوم على فكرة مؤداها أن الشروط العقدية هي محصلة مفاوضات طويلة و عادلة بين الأطراف، فإن ذلك ينتفي عند تحقق عدم التكافؤ الإقتصادي أو الفني بينهم، و لعل هذا الأخير نلمسه بوضوح في العقود التي تبرمها دول العالم الثالث التي لا تملك في سبيل إبرام عقودها إلا الإذعان للشروط العقدية المتضمنة في العقود النموذجية أو الشروط العامة للعقود التي تقرها الدول الكبرى، نظرا على عدم مقدرتها لإجراء مفاوضات حرة و عادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع حاجتها الماسة لإبرامه².

¹ د. محمد إبراهيم موسى ، مرجع سبق ذكره ، ص 87 و 88

² د. محمد بجاوي، من أجل نظام إقتصادي دولي جديد، الشركة الوطنية للنشر، دون طبعة، الجزائر، 1981م، ص12.

فلا بد أن تتمتع هذه الدول و خاصة النامية منها التي تسعى إلى جذب الإستثمارات، بمصادقية إتجاه إلتزاماتها مع الطرف الأجنبي حتى و لو إضطرتها بعض الظروف الطارئة إلى تحمل بعض الأعمال الناجمة عنها، و لعل هذا ما يضمن الأمان للمستثمر الأجنبي على مشروعه¹.

و من الملاحظ أن إختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المتعددة يعد من أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الإقتصادية الدولية، و من أجل ذلك بذلت مجهودات دولية للتغلب على التباين الموجود في التشريعات الوطنية و السعي إلى توحيدها².

و لأنه في أغلب الأحيان ما تؤدي الحلول القانونية الوطنية إلى تعارض بخصوص ما جرى الأطراف على الإلتفاق عليه من شروط في العقد، فإن النزعة الفردية التي تسيطر على العلاقات التجارية و الإقتصادية في العصر الحالي و التي تدفع كل طرف إلى البحث عن مصالحه و محاولة تحقيقها لا تتوافق إطلاقاً مع الغاية التي تسعى إليها القوانين الوطنية، و المتجسدة في تغليب مصلحة الجماعة على طموحات و رغبات الأفراد³.

المطلب الثالث:

إنتقال مشكلة التوطين إلى عقود التجارة الإلكترونية

لقد مضى زمن كان فيه إبرام العقود و الصفقات غير متصور دون الحضور المادي للأطراف أو ممثليهم، يتفاوضون و يتفقون، يحررون العقود و يوقعونها، ثم يذهب كل طرف منهم مزود بوثيقة تثبت تصرفه القانوني يستخدمها عند الضرورة لتعزيز دعواه و إجبار الطرف الآخر على الوفاء بإلتزاماته. غير أن هذه الطريقة التقليدية طرأت عليها عدة مستجدات في السنوات الأخيرة نتيجة التطور العلمي و التكنولوجي، حيث ظهرت إمكانية التعاقد عن بعد من خلال تبادل المعلومات عبر وسيط غير مادي تتمثل في شبكة المعلومات (الإنترنت) و هو ما

¹ د. بلحسان هوارى، تسوية المنازعات الإقتصادية الدولية -دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار-، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الإقتصادية الدولية، جامعة مستغانم- كلية الحقوق و العلوم السياسية-، 2017م، ص95.

² د. محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص99.

³ د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص91.

يعرف بالتجارة الإلكترونية¹، و الذي ينتظر منها أن تؤثر بإعتبارها وسيلة تسويق حديثة جديدة و متطورة على عناصر التسويق التقليدية الأخرى مثل: الإشتراك بالمعارضة الخارجية أو إرسال البعثات الترويجية، فقد أصبح بالإمكان من خلال شبكة الإنترنت عرض جميع المنتجات و السلع و ما يصاحبها من معلومات مهمة تتعلق بالمواصفات القياسية للسلع و الخدمات و مكونات الإنتاج و الأسعار و كيفية الحصول عليها، و أصبح بالمقدور أيضا إبرام الصفقات التي يتم تجميع مقوماتها من حيث الخبرة و العمالة و الموارد و الإمكانيات من خلال الإتفاقات التجارية التي تعقد عبر شبكة الإنترنت².

لذلك من الطبيعي أن يؤثر هذا التطور في الحضارة الإنسانية بدوره على العلوم القانونية، و من بينها القانون الدولي الخاص الذي يتصدى لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية³. و قبل الحديث عن المشاكل التي تعترض تطبيق القانون الوطني على هذا النوع من العقود و جب الإشارة إلى المقصود من عقود التجارة الإلكترونية و كذا المنازعات التي تثيرها هذه الأخيرة.

الفرع الأول:

مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

هناك جانب من الفقه أكد عند تحديده لمفهوم التجارة الإلكترونية على أطراف العملية التجارية فعرّفها بأنها: " تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع و الخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري و آخر، أو بين مشروع تجاري و مستهلك، و ذلك بإستخدام تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات"⁴.

¹ د. يوسف نور الدين و ا. بروك إلياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، جامعة بسكرة- الجزائر، العدد الثالث عشر، فيفري 2016، ص252.

² د. بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 2010م، ص42.

³ د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص أ.

⁴ د. خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012م، ص33.

و هي لا تقتصر فقط على القيام بالتعاملات التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية، بل يتعدى ذلك ليشمل كل من عملية التصنيع و الإنتاج، و ذلك من خلال تقليص الوقت المطلوب لإنجاز أو إتمام سلسلة من الأعمال¹.

كما لمح القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الذي إعتدته "الأونسيترال" عام 1996، إلى التجارة الإلكترونية و إن كان ذلك بشكل غير مباشر، من خلال المادة الأولى منه التي تقضي بأنه: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية ".

و أعطت منظمة التجارة العالمية تعريفا للتجارة الإلكترونية على أنها: " مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات و تأسيس الروابط التجارية، و إتمام صفقات إنتاج و توزيع و تسويق و بيع المنتجات بوسائل إلكترونية"².

فتعد العقود الإلكترونية من العقود التقليدية من حيث القواعد الأساسية لإنعقادها، سواء من حيث التراضي في العقد " الإيجاب و القبول " أو التراضي على بعض العناصر الضرورية و الهامة³.

فيذهب جانب من الفقه إلى القول أنها لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في العالم الحقيقي *le monde réel*، إستنادا إلى أنها كأبي عقد آخر، ترد على أشياء أو خدمات يصح التعامل فيها، و أطراف العقد هم بائعون و مشترون، موردون خدمات و مستهلكون، أشخاص عامة أو خاصة، شركات أو مشروعات...⁴

فيمكن أن يتم العقد الإلكتروني بين أطراف من نفس الدولة، و في هذه الحالة فإنه يأخذ حكم العقد الداخلي، و مع ذلك يتميز العقد الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، حيث تتم أعم المعاملات عبر الإنترنت بين أشخاص يتواجدون و ينتمون إلى دول مختلفة، حيث أنه يؤدي

¹ د. باسم أحمد المبيضين، التجارة الإلكترونية، دار جليس الزمان للنشر و التوزيع، الطبعة 1، 2010م، ص32.

² د. خليف مريم، مرجع سبق ذكره، ص37.

³ د. محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006م، ص21.

⁴ د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص33.

غالبا إلى إنتقال القيم الإقتصادية و الثروات عبر الحدود و ذلك تحقيقا للمصالح التي يتطلبها تطور و إزدهار التجارة الدولية¹، و هكذا يتوافر لهذه المعاملات كل من المعيارين اللازمين لتمييز العلاقات الإقتصادية ذات الطابع الدولي، فإتصال هذه العلاقات من خلال جنسية أو موطن أو مركز أعمال أطرافها بأكثر من دولة يجعلها مستوفية للمعيار القانوني لدولتها، كذلك هي تستوفي المعيار الإقتصادي الذي بصمها بهذا الطابع حيث يؤدي إلى إنتقال القيم الإقتصادية بين الدول².

و بناء على ما سبق يمكن تعريف عقود التجارة الإلكترونية بأنها: " عبارة عن إتفاق يبرم و ينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الإتصال عن بعد، بدون حضور مادي للمتعاقدين و بإيجاب و قبول من خلال ذات الوسائط"³.

الفرع الثاني:

النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية

يرى بعض الفقه أن العقود التجارية التي تبرم عبر الإنترنت إما أن تكون عقودا تجارية بالنسبة لطرفيها business to business و يطلق عليها إختصارا b2b، أو عقود ذات طبيعة تجارية مختلطة، أي تجارية بالنسبة لأحد أطرافها و مدنية بالنسبة للطرف الآخر business to consumer و يطلق عليها بإختصار b2c . و يعتبر النمط الأول b2b أكثر أنماط التجارة الإلكترونية شيوعا و أهمية من حيث الأثر المالي، حيث يطبق هذا النوع بين مؤسسات الأعمال داخل الدولة، أو مؤسسات الأعمال خارج الدولة، و فيه يتم إجراء كافة المعاملات التجارية إلكترونيا. و على الرغم من أن هذه العقود قابلة للتطور و من المتصور ظهور عقود أخرى لم يكن لها وجود إلا أنه يمكن تصنيف هذه العقود و من ثم المنازعات الناشئة عنها إلى أربع أنواع من العقود كالآتي:

¹ د. بشار محمد دودين، مرجع سبق ذكره، ص74.

² أ. حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقيقة، العدد 31، ص163.

³ د. محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص128 و 129.

أولاً: العقود المختصة بالبنية التحتية للتجارة الإلكترونية و أهم خلافاتها

و يشمل هذا النوع من العقود عقود خدمات الإتصال و تشغيل خدمة الإنترنت، و تندرج هذه العقود تحت مسمى إتفاقيات الربط، و تبرم بين الشركات المخولة بإنشاء و تأسيس البنية التحتية لشبكة الإنترنت و الشركات و المؤسسات الراغبة في الإستفادة من هذه الخدمة في تقديم خدماتها للآخرين.

و تعد المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود من أكثر أنواع المنازعات تعقيدا، نظرا لما تثيره من مسائل قانونية تتعلق من جهة بتفسير العقد و تعديله و ذلك بسبب ما يحتاج إليه العقد من تغيير في شروطه لمواجهة تطورات التقنية نفسها، و من جهة ثانية تخصيص العديد من دول العالم جهات رقابية خاصة بتقنية المعلومات و الإتصالات تتدخل في إبرام و تنفيذ تلك العقود، كون أن تلك العقود كثيرا ما تمس بالنظام العام الداخلي في الدولة سواء في مجالات الأمن الوطني، أو في مجالات القوانين المتعلقة بمنع الإحتكار أو المنافسة غير المشروعة أو منح التراخيص الخاصة بتقديم خدمة الإتصالات، بالإضافة إلى المشكلات المتعلقة بالإستثمارات الأجنبية في الدول النامية.

ثانياً: عقود الخدمات الإلكترونية و الخلافات الناتجة عنها

من العقود المتعلقة بخدمة الإتصال عن بعد و التي تبرم بين شركات الإتصال الوطنية و الشركات العالمية المزودة لخدمة الأنترنت¹، عقد إنشاء المتجر الافتراضي*، عقد الإشتراك في الإنترنت، أو عقد خدمة المساعدة الفنية و هو ما يندرج ضمن عقود الخدمات الإلكترونية، كما

¹ أ. رجاء نظام حافظ بني شمس، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين، 2009م، ص 31 و 32.

* هو عقد مبرم بين مجموعة من الشركات لتمكين المستهلكين من الدخول إليه لشراء حاجياتهم على أساس ما يسمى one-step shopping mall أو بين دور المزاد أو الأسواق المالية.

فالمتجر الافتراضي يعتبر بمثابة محل تجاري داخل أحد المراكز التجارية (مول) و لكن هذا الحل أو المتجر متواجد على شبكة الإنترنت و ليس له وجود مادي كما هو الحال في المحلات المتواجدة في الأسواق التجارية.

أنظر ، أ. رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع نفسه، ص 32.

ينبثق عن هذه الأخيرة نوع آخر من العقود متعلق بالخدمات المصرفية بين البنك و العميل) البطاقات الائتمانية¹.

و يثير هذا النوع من العقود منازعات تتعلق بأجرة خدمات الإتصال و شروط الإشتراك في الخدمة بالإضافة إلى مسؤولية مزودي الخدمة عن أمن المعلومات أثناء نقلها.

هذا بالنسبة للعقود المتعلقة بخدمة الإتصال أما العقود المتعلقة بإنشاء متجر إفتراضي، فإنه يثير العديد من المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية كالكلفة، و الإلتزام بشرط الإتفاقيات المبرمة بين الشركات، بالإضافة إلى المنازعات ذات الطبيعة غير التعاقدية كتلك المتعلقة بالمنافسة غير المشروعة أو الأسرار التجارية و أمن المعلومات².

الفرع الثالث:

مشاكل توطين العقود الإلكترونية

التعاقد الإلكتروني ليس قاصرا على أشخاص متواجدين في إقليم واحد، ليطبق عليه القواعد القانونية الوضعية لهذا الإقليم، بل غالبا ما يتم ذلك التعاقد بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة، مما يعني أن العلاقة التعاقدية ترتبط بقوانين عديد من الدول مما يثير التساؤل عن تحديد قانون الدولة الذي يحكم العلاقة دون غيره³.

و إن أعمال الضوابط التقليدية في إسناد الروابط العقدية الدولية في ظل إمتناع الأطراف عن الإختيار الصريح للقانون الواجب على عقود التجارة الدولية، عادة ما تعتمد على التركيز المكاني للرابطة العقدية محل النزاع، في حين نجد أن هذه العقود تتم في فضاء إفتراضي غير محسوس ليست له روابط أو صلات مكانية⁴، و هذا ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تقوم عليه قواعد الإسناد، و ذلك بسبب أن التعامل من خلال التجارة الإلكترونية يتم بين نظم و مواقع

¹ د. مسعودي يوسف، العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد التاسع، جوان 2013م، ص 80 و 81.

² أ. رجاء نظام حافظ بني شمس، مرجع سبق ذكره، ص 32 و 33.

³ د. إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009م، ص 311.

⁴ د. محمد بلاق، مرجع سبق ذكره، ص 138.

إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه و موطن و جنسية الأطراف¹.

أولاً: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد

إذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمراً ملائماً بعض الشيء للعقود التجارية التقليدية كما سبق و رأينا في عقود الدولة، إلا أنه يعد أمراً مستحيلاً تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال شبكة الإنترنت². و هذه الصعوبة نجدها فقط في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية مثل العقود التي تبرم و تنفذ إلكترونياً مثل بيع البرامج التجارية و الخدمات المالية على الخط *service financière en ligne* أو عن طريق قواعد البيانات *bases de données* الموجودة على الإنترنت.

فكرة اللامادية التي تنطوي عليها هذه الصعوبات يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد، و مكان تسليم الأشياء اللامادية المباعة عبر الخط³.

حيث يمكن للشخص المتعاقد أن يبرم عقداً و هو ينتقل من دولة إلى أخرى، و قد يوجد المتعاقد في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة. كما أن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد قد يؤدي إلى عدم تعلق محل الإبرام بموضوع العقد، ذلك لأن التعاقد من خلال شبكة الإنترنت يعني إتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المتصلة بالشبكة، و بالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزاً مكانياً⁴.

و بما أنه يتم الإعتماد في التعامل من خلال المواقع على شبكة المعلومات بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني و ليس على العنوان الحقيقي للشخص، فهذا يثير غموضاً للدلالة على العنوان الحقيقي للمتعاقد.

¹ أ. حوالف عبد الصمد، مرجع سبق ذكره، ص 165.

² د. لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010م، ص 182 و 183.

³ د. يوسف نور الدين و أ. بروك إلياس، مرجع سبق ذكره، ص 257.

⁴ د. لزهرة بن سعيد، مرجع سبق ذكره، ص 183.

و كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي ب net أو com، هي مواقع دولية لا تنتمي إلى أية دولة، فإن المواقع التي تنتهي بأسمائها برموز خاصة بدول مثل: kw.sa.fr، لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري، بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة و المتعاقد يمارس أنشطته الإقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فهذه المواطن لا تصمم أصلا بمنظور جغرافي و لذلك فهي تتسم بعدم التوطين¹.

ثانيا: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ

إن أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد، هو الفقيه الألماني Savigny باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل، و الإرتباط الإجتماعي و الإقتصادي في الرابطة العقدية و يسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثر إقتصاده بالعقد، أضف إلى ذلك أنه المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية لأن قيام الأطراف بإبرام عقد ما يكون دائما بقصد تنفيذه.

و إذا كان لتطبيق قانون دولة ما محل تنفيذ العقد المزايا السالفة الذكر، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، حيث يواجه ذلك الضابط المكاني مشكلة حقيقية².

و الأصل أن تحديد مكان تنفيذ العقد لا يثير مشكلة في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الإنترنت مادام التنفيذ سيتم ماديا خارج الخط، بيد أن الصعوبة تظهر كلما كان موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية مثل العقود التي تتم و تنفذ على الخط*، حيث

¹ د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص332.

² د. لزهرة بن سعيد، مرجع سبق ذكره، ص183 و 184.

*يتبين لنا أن من بين عقود التجارة الإلكترونية ما يتم كليا على الخط en ligne، دون حاجة لإنتقال الأطراف، و هذا يحدث في العقود التي يكون محلها غير مادي، و تكون متاحة على الخط، كعقود الخدمات المصرفية، التعليمية، و الإستشارات القانونية و المحاسبية و الطبية. و منها ما يتم إبرامه على الخط و لكنه ينفذ خارج الخط hors ligne، و يحدث ذلك عندما يكون محل العقد أشياء مادية، و بالتالي لا تكون الشبكة سوى وسيلة للتعاقد، و لاشك أن الحالة الأولى تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية عن غيرها من العقود الإلكترونية الأخرى. أنظر، د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص17.

يصعب توطين العقد و بالتالي يصعب تحديد مكان تنفيذه¹، و مثال ذلك برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة على الشبكة العنكبوتية، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، فهل هو موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ؟ أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع؟ أم مكان المستضيف الذي تجري فيه عملية التحميل؟ أم المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري... الخ².

ثالثاً: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة

يؤكد بعض من الفقه أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، و لا تصلح وحدها ليتم إضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، و علاوة على ذلك فإن الإعتداد بجنسية المتعاقدين سيتطلب التحقق من هوية الأطراف، و تحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، و هو أمر لا تعتد به التجارة الإلكترونية³.

حيث تتميز العناوين الإلكترونية بأنها لا تظهر العنوان الحقيقي للمتعاقد و أماكن تواجده لحظة إبرام العقد، بيد أنها لم توضع أصلاً لتحديد موطن معين أو مكان جغرافي محدد فهي تتسم بعدم التوطن، مما يصعب الإعتماد عليها في العالم الافتراضي، فالمتعاقد مثلاً يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأفعال غير المشروعة و ذلك للتهرب عن مسؤولياته⁴.

الفرع الرابع:

سوء ملاءمة معيار الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

على الرغم من أن الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية هو الذي دعى إلى تبني هذه النظرية في معظم تشريعات القانون الدولي الخاص و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء في أغلب الدول، إلا أنه يصعب التسليم بإنطباقها في كل الحالات على عقود التجارة الإلكترونية،

¹ د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص 370.

² د. لزهة بن سعيد، مرجع سبق ذكره، ص 184 و 185.

³ د. لزهة بن سعيد، مرجع نفسه، ص 186.

⁴ أ. حوالف عبد الصمد، مرجع سبق ذكره، ص 167.

خاصة و أنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم و طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتعدى الحدود الجغرافية¹.

فمن ناحية أولى قد يؤدي إعمال هذه النظرية إلى إسناد العقد الدولي لقانون الطرف القوي في العقد و التضحية بمصلحة الطرف الضعيف، خاصة إذا كان قانون دولة مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد، ذلك أن اغلب التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية قد إعتدت بمحل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و هذا ما قد لا نجده متوفرا في عقود التجارة الإلكترونية.

و من ناحية ثانية قد يصعب إعمال هذه النظرية في الحالة التي لا تكون فيها الوسيلة الإلكترونية المبرم بها العقد مجرد وسيلة للاتصال أو التفاوض حول بنود العقد فقط، و إنما وسيلة لتنفيذ العقد كذلك، لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها ، فضلا على أنه قد يصعب تحديد قانون معين يسند إليه حكم العقد في الفرض الذي يتصل فيه العقد المبرم عن طريق الشبكة بكافة الدول، لإتصال الإنترنت بها في ذات الوقت².

فعلى سبيل المثال، عند تعاقد الدولة مع شخص أجنبي على شراء برامج الحواسيب الآلية أو على إستخدامها أو إستغلالها، حيث يجري التعاقد عبر الأنترنت و قد يتم التنفيذ أيضا عبر الشبكة بمجرد إنزال و نقل البرنامج المتعاقد عليه من موقع المورد إلى عنوان موقع الدولة دون حاجة إلى تسليم البرنامج ماديا³.

¹ د. بلاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص 140.

² د. بلاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص 141.

³ د. عزة علي محمد الحسن، الإطار القانوني و التشريعي للتجارة الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الخرطوم- كلية الدراسات العليا- كلية القانون، 2005م، ص 268.

الفرع الخامس:

عدم تنظيم القانون الوطني للعمليات الإلكترونية

الواقع أن تراضي الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية التي تتم عبر الإنترنت، تبدو مسألة ضرورية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في كثير من الأنظمة القانونية. فالمتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما إلى معرفة القانون واجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوقهم و إلتزاماتهم الناتجة عن هذه العلاقة.

و لهذه الأسباب يحرص المتعاملون عبر الشبكة، أن يضمنوا عقدهم شرطا خاصا يتضمن القانون الواجب التطبيق على العقد، و هو غالبا قانون مركز إدارة الشركة الرئيسي التي يمتلكها البائع.

و من أمثلة تلك العقود نذكر عقد شركة Apple Stor الذي نص على أن: " تخضع كل عقود البيع التي تكون Apple Stor طرفا فيها لقانون كاليفورنيا ".

كما نصت أحد الشروط العامة للمركز التجاري Surf and buy d'IBM Europe على أن: "يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي". و هذا التحديد لقانون العقد، قد ورد النص عليه أيضا في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس، و كذلك في عقد إستغلال و تراخيص التجارة الإلكترونية.

و لا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحيه العقود التي يتم إبرامها بدون مستند و رقي مكتوب و موقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون و تطبيق أحكامه، بحكم أن الصعوبة الحقيقية تكمن في حالة إختيار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة، ثم يتضح بعد ذلك أن هذا القانون لا يعترف بصلاحيه العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية و التوقيعات الرقمية¹.

و مثال ذلك، إذا كان أحد المتعاقدين أو كليهما ينتميان لدولة لا يعترف قانونها بمستخرجات الحاسب الآلي، و بالتالي عدم إقرارها بالعقد التجاري الإلكتروني و هو واقع الحال حيث أن

¹ د. صالح المنزلاوي، مرجع سبق ذكره، ص من 361 إلى 363.

غالبية الدول لا تمنح الحجية لهذه المستخرجات، فهنا يتفاجئ الأطراف بأن القانون الذي إتفقا عليه لحكم العقد لا يعترف بالمستندات غير القائمة على مرتكزات ورقية عرفية موقع عليها. و من ثم تتفاقم المشكلة بعدم إيجاد القانون المناسب و ينتهي الأمر بإهدار للحقوق¹.

و بذلك نخلص إلى أنه من الصعب التلاقي الناجح بين عقود التجارة الإلكترونية و قواعد تنازع القوانين، ذلك أنه دائما ما ترغب الشركات إلى معرفة القانون الذي يطبق على عقدهم لتفادي المفاجآت التي لا ترضيهم، إلا أنه منهج التنازع في صورته الحالية لا يسهم في خلق هذه البيئة المتطلبة في العقود التجارية الإلكترونية، خاصة و أن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة و ملامحها و ظروفها المستحدثة².

المطلب الرابع:

تقدير إستبعاد القانون الوطني من حكم عقود الدولة

تتسم الأحكام التي قامت بإستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظرا لأن هذه القوانين تعد غير متمشية مع حاجات المعاملات الدولية و يتعين تحيبتها بإسم المبادئ العامة للأمم المتعدية، بطابعها المبسط و الذي يكاد يخلو من التسبب الكافي، فيما يتعلق بتحديد ما هو المقصود بعدم ملائمة القانون الوطني لحاجة المعاملات الدولية، مما يجعل القول بأن هذه الأحكام تتسم بطابع تعسفي و غير موضوعي.

إذ أنه لا يكفي مجرد القول بأن قانون الدولة قانون غير ملائم لحاجة المعاملات الدولية من أجل إستبعاد العمل بأحكامه، بل لابد من تحديد ما هو المقصود بعدم الملائمة. حيث أن السعودية وفقا لرأي الأستاذ Batiffol نفسه، و إن كانت على عكس الدول الإسلامية الأخرى ليس لديها تقنيات حديثة، فإنه من غير المعقول أن قانونها يعد غير ملائم كليا لحكم المسألة المطروحة، إذ أن هذه الدولة لديها قانون تجاري صادر في 1931 و أيضا بعض التشريعات

¹ د. عزة علي محمد الحسن، مرجع سبق ذكره، ص 268.

² د. بلاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص 141.

الإقتصادية تكمل القانون الإسلامي المطبق فيها، و هذا الأخير كما هو معروف يتضمن نظرية حقيقية للإلتزامات أو على الأقل قواعد تفصيلية تتعلق بالعقود الأساسية و المبادئ العامة¹.

كما أن الشريعة و الفقه الإسلامي يتضمنان الأصول و القواعد التي تنقرر في القانون الإداري المستقل كقانون عام متميز، يحكم تكوين أو تنظيم السلطات الإدارية و نشاطها بوصفها سلطات عامة، بالإضافة للقيود و الضوابط الواجبة لحماية الأفراد و حقوقهم، فالإسلام يجيز تدخل السلطة العامة و تمتعها بإمتهيازات إستثنائية، كما يجيز لأولي الأمر أو السلطة الحاكمة إتخاذ كل إجراء ضروري يقتضيه إقرار التوازن الإقتصادي في المجتمع أو حماية الصالح العام، عملاً بالقاعدة الأصولية القائلة: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، و هي القاعدة المستفادة من قول الرسول عليه الصلاة و السلام: " لا ضرر و لا ضرار"².

هذا و قد ذكرت محكمة مركز (ICSID) - في معرض حكمها - حول قضية الأهرام أن الخلاف بين الأطراف حول القانون الواجب التطبيق هو خلاف ضيق، و ليس له أي قيمة عملية كبيرة، متجاهلة بذلك الآثار التي قد تترتب على أعمال نص المادة 1/42 بدلاً من نص المادة 2/42 من الإتفاقية، حيث ذكرت بأن القانون المصري هو كغيره من القوانين الداخلية لا يمكن أن يتوافر له التكامل و لا بد أن تكون فيه ثغرات يتعين سدها بقواعد القانون الدولي.

و حقيقة الأمر أن هذا الجزء من الحكم كان يمكن أن يكون محل للإبطال، حيث تجاوزت المحكمة سلطتها في تقرير أن جميع القوانين الوطنية توجد فيها ثغرات Gaps أو Lacunae، لأن القول بهذه الفكرة سيؤدي إلى إهدار أي قيمة عملية و قانونية لنص المادة 1/42 من الإتفاقية (واشنطن) و التي تقضي بجواز أن يتفق الأطراف على القانون الذي يتعين تطبيقه على النزاع، ذلك أنه حتى و لو وجد إتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون معين، فمعنى ذلك، و وفقاً لرأي المحكمة أنه يتعين في جميع الأحوال تطبيق القانون الدولي لسد الفراغات في القوانين الوطنية لإحتمال وجود هذه النقائص فيها³.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 550.

² د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 286.

³ د. جلال وفاء مجدين، مرجع سبق ذكره، ص 85.

و حذو إرادة أطراف العقد الدولي إلى إختيار تطبيق قانون وطني، تجعل المحكم ملتزم بتطبيق هذا القانون و إن أدى هذا التطبيق إلى إبطال جزئي لذلك العقد، فلا يحق للمحكم التعاضي عن الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة التي سطرته معظم التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية، و أحكام القضاء و التحكيم الدولي، بحجة عدم ملائمة هذا الإختيار للتطبيق على النزاع¹.

أما الحديث عن عدم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بسبب تعارضه مع النظام العام، فهناك مذهب يشكك في وجود نظام عام عبر دولي أصلا، و يؤسسون رأيهم هذا بأن الأنظمة العامة الداخلية بإمكانها تقديم نفس الحلول فلا داعي لوجود ذلك النوع من النظام العام.

و يدعم أنصار هذا الإتجاه رأيهم بالقرارات التحكيمية* التي أبطلت عديد من العقود بداعي الرشوة بإعتبارها من النظام العام الداخلي، قبل إعتبارها من النظام العام الدولي الحقيقي أو عبر الدولي، و لم يكتفي معارضين النظام العام عبر الدولي بتلك الحجج، بل قالوا أنه من غير الممكن أن ينشأ هذا النظام العام في ظل عدم وجود إجماع حوله بسبب أن القاعدة القانونية المراد تطبيقها قد لا تكون منتهجة في جل النظم القانونية، و هذا من شأنه أن يصعب التسليم بوجود النظام العام عبر الدولي².

كما أن إستخدام التحكيم للمبادئ العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام، على إعتبار أنها تشكل نظاما عاما تخضع له قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، على نحو يؤدي إلى إستبعادها، إذا رأى المحكم أنها لا تتماشى مع قواعد القانون الدولي، يعتبر بمثابة تيار تجريبي

¹ د. أسعد فاضل منديل، مرجع سبق ذكره، ص 348.

* نص القرار التحكيمي الصادر سنة 1963 على أن: " القانونين المعنيين بالنزاع و هما القانون الفرنسي و القانون الأرجنتيني قد خرقا قبل أن تتم الإشارة إلى أن الرشوة مخالفة لمتطلبات النظام عبر الدولي". كذلك في سنة 1982، أقر المحكم بأن العقد مخالف للقانونين الفرنسي و الإيراني قبل إعلانه بأن الرشوة مخالفة للأداب و أخلاقيات المعاملات الدولية.

راجع في ذلك، د. إياد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 571.

² د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002م، ص 324.

يهدف أساسا إلى تدويل عقود الدولة و سلخها عن الإطار القانوني الأصلي للعقود¹. و هذا راجع لثقافة المحكم الدولي القانونية، و نتيجة معرفته و إمامه لبعض النظم القانونية. و من ناحية أخرى، فإن أعمال هذه المبادئ- باعتبارها قواعد ثابتة - يصادر حق الدولة في تعديل قوانينها، و هو من الحقوق التي كفلها الدستور في الدول المختلفة².

هذا و قد عبرت الدكتورة حفيظة السيد الحداد على أن هذا النظام العام عبر الدولي، ما هو إلا وسيلة لتتحية القانون الوطني للدولة المتعاقدة بهدف تدويل العقد و جعله يخدم تطلعات الأشخاص الأجنبية الخاصة³.

فإن هذا الرأي هاجمته غالبية أحكام المحاكم الدولية التي تصدر أحكامها عن حقيقة مسلمة مقتضاها أن قانون الدولة المتعاقدة هو أصلا القانون الواجب التطبيق الذي يستمد منه العقد قوته الإلزامية و يحكم انعقاده و آثاره، و من ثم فإن مجرد الإخلال من جانب الدولة بالالتزام مصدره العقد الذي يربطها بطرف خاص أجنبي لا يشكل بذاته مخالفة لقواعد أو مبادئ القانون الدولي. و نتيجة عن ذلك، في غياب إتفاق صريح من الأطراف فإن القانون الدولي لا يكون هو القانون الواجب التطبيق كما يدعي البعض، بل يطبق القانون الوطني في المقام الأول على مختلف الجوانب العقدية⁴.

و في هذا الخصوص يذهب أحد الفقهاء إلى القول أنه: " إذا كان لقرارات التحكيم التجاري الدولي في النصف الأول من القرن العشرين بعضا من العذر، إذ هي كانت تتجه نحو تطبيق المبادئ العامة للأمم المتحدة يوم كانت الدول النامية لا تملك تشريعات حديثة، أما أن تستمر هذه الموجة رغم ما حدث من تطورات و ظهور التشريعات الحديثة في هذه الدول، بل و الكثير

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 556 و 557.

² د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 229.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 557.

⁴ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 41 و 42.

منها مستمد من حيث أصولها من تشريعات الدول المتحضرة، فذلك يعني الرغبة في أعمال قانون القوي على الضعيف"¹.

و يقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: "الراجح أن نص المادة 42 من معاهدة واشنطن لعام 1965 قد تكلم عن القانون الذي يختاره الأطراف، و قانون الدولة الطرف في العقد، و قواعد تنازع القوانين في ذلك قواعد القانون الدولي، و لا نشك في أن محكمة التحكيم بمركز تسوية منازعات الإستثمار، الذي أنشأته الإتفاقية ستتجنب الأخذ بكل هذه الإختيارات الثلاثة كي تقضي في النهاية وفقا لقواعد موضوعية ليست من وضع دولة محددة".

و إن إستبعاد المحكم الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة لصالح تطبيق القانون الدولي غير مبرر، نظرا لأن الجملة الثانية من المادة 01/42 قد قدمت لفظ قانون الدولة المتعاقدة على لفظ مبادئ القانون الدولي، الأمر الذي يعني أن القانون الدولي وظيفته مقتصرة فقط على مراقبة و سد فراغ القانون الداخلي، لكنه لا يمكنه أن يأخذ مكانه إلا في حالة ما إذا إنتهك هذا القانون الداخلي مبدأ من المبادئ المتفق على حمايتها.

و بناء على ذلك يمكننا أن نقول أن إشارة المادة 42 لمبادئ القانون الدولي لا تعني تعويض القانون الوطني ليحكم عقود الدولة بالمبادئ العامة الدولية في كل مرة²، لأنه لو كان الأمر كذلك، فإن هذا سيؤدي إلى عدم العمل بالفقرة الأولى من المادة 42 و بالتالي ستفقد الهدف من إنشائها³.

¹ د. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي - دراسة فكرية Les Mercatoria -، مجلة الأمن و القانون، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1993م، ص22.

² د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص371 و 372.

³ د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص100.

خلاصة الباب الأول:

إن أهم ما يمكن استنتاجه من خلال ما مضى بأن عقود الدولة تتميز بخصوصية نوعا ما عن باقي عقود التجارة الدولية، ذلك أن أحد أطرافها دولة أو شخص معنوي عام تابع لها تمتلك سيادة، و الطرف الآخر هو شخص أجنبي خاص غالبا ما يكون شركة أجنبية متجردة من أية سلطات، لكنه يعول على قوته الإقتصادية في مواجهة الدولة.

و هذه الميزة المركبة لعقود الدولة سينتج عنها بلا شك منازعات مستقبلية، و نظرا لعدم ارتياح الشخص الأجنبي الخاص من قضاء الدولة المتعاقدة، فقد فرض على هذه الأخيرة اللجوء إلى قضاء محايد متمثل في التحكيم التجاري الدولي.

و نظرا لأن التحكيم أسلوب رضائي يتفق عليه الأطراف قبل نشوء النزاع بموجب شرط التحكيم أو بعد نشوئه بمقتضى إتفاق التحكيم، فإن لهم الحرية في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع نزاعهم، بإعتبار مالهم من سلطان إرادة في تحديد حقوقهم و إلتزاماتهم و التصرف فيها، و على المحكم أن يحترم ذلك القانون و يسعى لإعماله، مع ضرورة مراعاة ضوابطه، أي لا يكون معارض للنظام العام و القواعد ذات التطبيق الضروري و أن لا يفقد العقد توازنه.

و كثيرا من الأحيان ما يتخلف أطراف عقد الدولة عن تضمين عقدهم لقانون واجب التطبيق عليه، الأمر الذي ينصب المحكم مسؤولا عن إيجاد ذلك القانون.

و لما كانت عقود الدولة غالبا ما تبرم و تنفذ في الدولة المتعاقدة، فهذا المكان يعتبر بمثابة الأداء المميز للعقد، و بالتالي لا يمكن تطبيق المحكم لقانون غير قانون الدولة المتعاقدة.

هذا و قد أكدت عديد من التشريعات الدولية و الداخلية و كذا الآراء الفقهية و الإجتهادات القضائية و حتى التحكيمية على جدارة القواعد الداخلية للدولة المتعاقدة في حكم موضوع نزاع عقد الدولة.

و لعل أن حصول العديد من الدول على إستقلالها بعد الحرب العالمية الثانية، جعلها تعيد ترتيب أمورها و تتحكم في شؤونها الداخلية بنفسها تأكيدا على سيادتها، و من ثم تنصيب قانونها الوطني كقانون منظم للعقود التي تدخل فيها مع الأشخاص الخواص الأجانب.

و بالرغم من كل ذلك، كرسّت الدول المتقدمة جهودها بواسطة الفقهاء المنتمين إليها في سبيل تتحية سيطرة النظم الوطنية من حكم عقود الدولة و إستبدالها بالقانون الدولي، من خلال جملة من النظريات و المتمثلة في التجميد الزمني لقانون العقد، اندماج القانون في العقد، عدم كفاية قانون العقد و الدور الإحتياطي لقانون العقد، بالإضافة إلى عديد من البراهين المختلفة، و التي منها ما يتعلق بعدم مناسبة تلك الأنظمة لطبيعة و معاملة تلك العقود ، أو مخالفتها للنظام العام الدولي، الأمر الذي جعل من منهج تنازع القوانين و الذي غالبا ما يفضي إلى قانون الدولة المتعاقدة يمر بمشكلة حقيقية إمتدت إلى احدث أنماط العقود ألا و هي عقود التجارة الإلكترونية.

و يجدر القول بأنه إذا لم تكن النظم للداخلية مستجيبة لطبيعة العلاقات التي تدخل فيها الدول أو أحد أشخاصها المعنوية مع شخص خاص أجنبي في الحقبة الإستعمارية التي مرت فيها، فإن الأمر مغاير تماما بعد حصول تلك الدول على إستقلالها، ذلك أن هذه الأخيرة عدلت و طورت من تشريعاتها و جعلتها مواكبة لما تقتضيه ساحة العلاقات الإستثمارية التجارية الدولية من أجل إستقطاب المشاريع الأجنبية في سبيل النهوض بإقتصادها و تحقيق الإكتفاء الذاتي لشعبها.

الباب الثاني:

تدويل التحكيم التجاري
الدولي النظام القانوني
لعقود الدولة

الباب الثاني:

تدويل التحكيم التجاري الدولي النظام القانوني لعقود الدولة

لقد شهدت منازعات العقود الدولية تطورا ملحوظا، حيث إبتعدت عن القواعد التقليدية المتعلقة بتنازع الاختصاص القانوني، بسبب حرص الشركات العملاقة المستثمرة على تجنب هذه النتيجة، و الإتفاق على تطبيق العادات التجارية و المهنية السائدة في الأسواق العابرة للحدود، و هي ما يطلق عليها القواعد عبر الدولية أو قواعد التجارة الدولية، حيث تقوم هذه الأخيرة بتنظيم علاقات القانون الخاص التجارية الدولية بصفة مباشرة، متجنبنة كل نظام قانوني وطني، ذلك أن هذا الأخير لا يستجيب على سبيل الدوام لطبيعة النزاع ذو الطابع الدولي، فكثيرا ما يقف عاجزا عن إيجاد الحلول مما يستحسن تعويضه بالقانون عبر الدولي.

هذا و قد حفز عديد من الفقهاء المحكمين على تطبيق قواعد عبر دولية على منازعات عقود الدولة عند غياب قانون الإرادة، و وصل بهم الأمر إلى حثهم على إعماله حتى في حالة وجود قانون وطني مختار بصورة واضحة، و ذلك من خلال عديد من الآراء و النظريات.

و بالرغم من أن تدويل النظام القانوني بواسطة قواعد التجارة الدولية من قبل المحكمين لاقى ترحيبا كبيرا من قبل الشركات الأجنبية، إلا أنه مقابل ذلك تعرض إلى كم هائل من الإنتقادات التي أنقصت من قدرته على مجابهة المنازعات التي تثيرها عقود الدولة.

الأمر الذي أدى إلى فقدان عديد من الدول المتعاقدة لتقنتهم في التحكيم التجاري الدولي، أينما أصبحوا يطعنون في أحكامه بسبب إستبدال قانون الإرادة أو بحجة مخالفة القواعد عبر الدولية للنظام العام، حتى وصل الأمر بالبعض إلى صرف النظر عنه بحثا عن وسيلة أخرى مجدية.

و للتفصيل في هذه النقاط لا بد من المرور بداية على سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية على موضوع نزاع عقود الدولة، و من ثم إلى تدويل النظام القانوني لعقود الدولة من قبول إلى أزمة تستوجب الحلول، و ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية على موضوع نزاع عقود الدولة.

الفصل الثاني: تدويل النظام القانوني لعقود الدولة من قبول إلى أزمة تستوجب الحلول.

الفصل الأول:

سلطة المحكم الدولي في
تطبيق القواعد عبر الدولية
على موضوع نزاع عقود
الدولة

الفصل الأول:

سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية على موضوع نزاع عقود
الدولة

إن القوانين الوطنية لم تفشل وحدها في إيجاد حلول لمنازعات عقود الدولة على حد قول جمع من الفقهاء، بل القانون الدولي العام هو كذلك، كون أن طبيعته تقتصر على تنظيم العلاقات القائمة بين أشخاصه، وبالرغم من المركز الإقتصادي المرتفع الذي يتميز به الشخص الأجنبي على المستوى العالمي، فإنه لا ينطبق عليه وصف الشخص الدولي.

و لما كانت القوانين الوطنية و القانون الدولي العام يتناهم نوع من النقص، كان محتما على المحكم الدولي أن يستعد و يبذل جهد غير عادي للبحث عن نظام قانوني ملائم لطبيعة هذه المنازعات، و ذلك من خلال البحث في ضوء روح الإتفاق عن التفسير المناسب لنصوص العقد محل النزاع، و الذي ربما يرى أنها قد تفسر بإخضاع العقد لقواعد أوسع من القوانين الوطنية، كالقواعد العامة للقانون و أعراف التجارة الدولية.

هذا و يؤكد جانب كبير من الفقه على أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة و التي تحكم العلاقات الإقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة و المشروعات الأجنبية من جهة ثانية، هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعايير الحديثة للإقتصاد.

و بالتالي فلا بد من خضوع عقود الدولة لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، ذلك أن هذه الأخيرة و خاصة منها التجارية، لم تواجه إلا العقود التقليدية، و ظلت غالبيتها متخلفة عن مسايرة الأنماط الحديثة للعقود الدولية، كما هو الحال بالنسبة لعقود المفتاح في اليد و نقل التكنولوجيا و المساعدة الفنية و غيرها.. الخ.

و للتفصيل أكثر في هذه الفقرات يستلزم منا التطرق إلى مبحثين رئيسيين متمثلين في :

المبحث الأول: تدويل عقود الدولة بواسطة قواعد عبر دولية.

المبحث الثاني: الطرق و الوسائل المعتمدة من قبل المحكم في سبيل تطبيق القواعد عبر الدولية على عقد الدولة.

المبحث الأول:

تدويل عقود الدولة بواسطة قواعد عبر دولية

نظرا للمشاكل و أسهم النقد التي وجهت لطريقة تنازع القوانين و التي باتت شبه غير صالحة و فعالة أمام المحكم الدولي في حل خلافات العقود الدولية¹، إستشعر المتعاملون في مجال التجارة الدولية الحاجة لقواعد قانونية جديدة أكثر ملاءمة لهذه العقود الدولية غير البسيطة²، و هو ما دفع المجتمع الدولي بالتخمين في حل لهذه المشكلة، حيث لعب التحكيم التجاري الدولي دورا مهما في هذا المجال من خلال إيجاد قانون خاص لمثل ذلك النوع من العلاقات، و هو ما يدعى بـ La Lex Mercatoria* أو القانون عبر الدولي**.

المطلب الأول:

مفهوم القواعد عبر الدولية

تعد مسألة إيجاد تعريف موحد لهذا القانون من المسائل التي أثارت جدلا، حيث أن تعدد المصطلحات التي تطلق على الظاهرة الجديدة ليس في الحقيقة سوى نتيجة ناشئة عن تعدد التعريفات التي جاء بها الفقه لوصف الظاهرة³.

¹ د. عامر أحمد الجارحي، إتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الإدارية ذات الصفة الدولية "عقود الدولة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2018م، ص11. * "La lex Mercatoria est précisément un ensemble de principe, d'institution et de règles puises a toutes les sources qui ont progressivement alimente et continuent d'alimenter dans les structures et le fonctionnement juridiquement propre a la collectivité des operateurs du commerce national".

أنظر، د. أحمد مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص185.

² د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق...، مرجع سبق ذكره، ص261.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، الأردن-عمان، 2017، ص15.

**القواعد عبر الدولية تأخذ صورة الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي إستقر عليها قضاء التحكيم الإقتصادي الدولي. فهي تجاوز القواعد القانونية في الأنظمة القانونية الداخلية و في نظام القانون الدولي العام دون أن تختلط بأي منها، و هي لا توصف بأنها قواعد داخلية، أو قواعد دولية، و لكن توصف بكونها قواعد عبر دولية، نظرا لإنتمائها لمجتمع الأعمال الدولية و هو المجتمع الذي تتميز أنشطته بنقل القيم الاقتصادية عبر حدود مختلف الدول.

أنظر، د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص01 و 02.

لذلك و في إطار تناولنا لمفهوم هذه القواعد التي يسعى قضاء التحكيم لتطبيقها، نفضل إستخدام مصطلح القواعد عبر الدولية بدل من قانون التجارة الدولية الذي مازال في طور الإكتمال من جهة، و أن القواعد عبر الدولية مصطلح شامل و أوسع من قانون التجارة الدولية من جهة ثانية.

الفرع الأول:

تعريف القواعد عبر الدولية

لقد اختلف الفقه حول تحديد التاريخ الذي برزت فيه الإهتمامات بالقواعد عبر الدولية، حيث ذهب البعض إلى أن عام 1928 هو تاريخ ميلاد أولى الدراسات المتعمقة و المخصصة للقواعد عبر الدولية، من خلال رسالة Masaichiro ISHIZAKI المعنونة بالقانون الطائفي الدولي لبيع الحرير، و كذا رسالة G.SCHWOB حول عقد جمعية تجارة الحبوب اللندنية.

كما ذهب البعض إلى أن ظهورها كان في بداية الستينات من القرن العشرين، و بالذات منذ إنعقاد مؤتمر لندن في 1962/9/24 حول المصادر الجديدة لقانون التجارة الدولية. في حين يرى البعض أن هذه القواعد نشأت في الستينات عند قيام Berthold Goldman بنشره لمقال في أرشيف فلسفة القانون متعلق بهذه الظاهرة، و التي أطلق عليها ب Lex Mercatoria، و في زمن مماثل كرس Cive Schmittoff دراسة لا تقل شهرة عن سابقتها حيث تعلق بمصادر قانون التجارة الدولية، و من هنا أثير الإعجاب بظهور هذه القواعد على الساحة الدولية¹.

وفي هذا الخصوص يرى الدكتور نادر محمد إبراهيم أن نظرية Lex Mercatoria بدأت جذورها الحقيقية مع بداية القرن العشرين، أينما بدأ تكوين مجتمع الأعمال عبر الدولية².

أولاً: تباين مصطلحات القانون عبر الدولي

من خلال الدراسات و البحوث المتعلقة بهذه الظاهرة الجديدة نستنتج أنه لا يوجد مصطلح موحد لها، فقد تعددت التسميات التي أطلقت عليها سواء في الفقه العربي أو الفقه الغربي.

¹Emmanuel Gaillard, Trente ans de Lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit ,Extrait du journal du droit international, 122^e année 1995 , N1 – Janvier-Février – Mars, EDITION DU JURIS-CLASSEUR, p05.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 153 و 154.

فعلى مستوى الفقه الغربي يلاحظ بأن إستعمال إصطلاح "La Lex Mercatoria" هو وصف تشترك فيه العديد من الدراسات الفقهية بغض النظر عن لغاتها، علما أنه تعبير حطي بإستقرار كبير على نحو يصعب معه إستبعاده عند وصف الظاهرة الجديدة. أما بالنسبة للفقه العربي تشتهر هذه الدراسة بمصطلح " قانون التجار"¹.

و مع ذلك فقد عمد الكثير من الفقهاء إلى وصف تلك الظاهرة بإستعمال كلمات أخرى، تتفق كلها بالرغم من تعددها على الطبيعة عبر الدولية لها، و على طبيعتها الإقتصادية التي تتعدى المفهوم الضيق لنظرية الأعمال التجارية.

و في هذا السياق يذهب الفقيه Fouchard إلى الاصطلاح عليها بالقانون غير الوطني Droit Anational، و سماها الفقيه Goldman بـ Droit Transnational، في حين يطلق عليها الفقيه Gaillard وصف القانون عبر الدولي للإلتزامات Le droit transnational obligations des، أما الفقيه Loquin عبر عليها بالقواعد غير الداخلية Règles a-étatiques².

ثانيا: تعريف القواعد عبر الدولية من منظور فقهي

لقد دافع الفقه الغربي عن وجود نظام قانوني سموه بالقانون عبر الدولي Transnational Law و هو مجموعة من القواعد ذات الطبيعة التوفيقية Intermediare، و هو لا يندرج ضمن القانون الوطني و لا القانون الدولي العام³.

و يقصد بالقواعد عبر الدولية أو كما أطلق عليها بقانون التجار الدولي Lex Mercatoria، مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي تنظيما مباشرا مستقلا عن أي نظام لقانون وطني لدولة معينة⁴. كما يسري هذا القانون على

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص15. و د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص02.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص15 و 16.

³ د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص100 و 101.

⁴ د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص41.

المسائل المتعلقة بعقود الدولة للتنمية الإقتصادية خاصة في الحالة التي لا يستطيع فيها المحكم تركيز العلاقة العقدية في إطار أحد النظم القانونية الوطنية المرتبطة بعناصر العلاقة¹.

و من خلال تفحص التعريفات المختلفة للظاهرة الجديدة و التمعن فيها، تبين أن هناك مذهبين أساسيين، يؤكد الأول منهما على أن قواعد قانون التجارة الدولية ليست بالقواعد الملائمة فقط لإنطباقها على منازعات التجارة الدولية، و إنما هي قواعد مستقلة عن أي نظام قانوني آخر بينما يرى المذهب الثاني أنها مجموعة القواعد التي تحكم التجارة الدولية كونها الأكثر تلاؤماً و ذلك بغض النظر عن مدى إستقلاليتها أو إلزاميتها².

1- الإتجاه الفقهي الأول في تعريف القواعد عبر الدولية:

وفقا لهذا التيار، فإن القانون عبر الدولي هو ذلك القانون الذي تشكل من خلال التعامل في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية ليحكم العلاقات الناشئة بين الأطراف المتعاملة في هذا المجال. و هذا النظام القانوني الذي يحكم المعاملات التجارية الناشئة بين الأشخاص الخاصة يصلح أيضا ليحكم العلاقات التي تتم بين الدولة و الأشخاص الخاصة³.

و عرفه أحد الفقهاء بأنه: " مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستسقاة من مصادر متعددة و تقدم تنظيمًا قانونيًا و حلول ذاتية لمعاملات التجارة الدولية، على نحو يجعل منها قانونًا خاصًا مستقل عن القانون الذي يحكم الروابط البحثية⁴.

هذا و قد إعتبره الأستاذ Derains بأنه: "مجموعة القواعد التي تنطبق على الأوجه المتنوعة للنشاط الإقتصادي الدولي، إستقلالًا عن الأنظمة القانونية الوطنية"⁵.

¹ د.صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص101.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص17.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص754.

⁴ د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الإختيار بين التشريع أصولًا و منهاجًا، مكتبة الجلاء المنصورة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996م، ص267.

⁵ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص99.

كما يرى البعض بأنه قانون تلقائي، يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات المهنية و أحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية، و تتميز تلك العادات بتنوعها و إرتباطها بقطاع معين من الأنشطة الإقتصادية مثل النقل، الصناعات البتروكيمياوية، نقل التكنولوجيا و الأشغال العامة، حيث تواترت المؤسسات التجارية و المهنية المختلفة على إنتهاجها في معاملاتها التجارية الدولية¹.

و يكتشف من خلال التعريفات السابقة، أن هذا الإتجاه يركز في تعريفه للقواعد عبر الدولية على عنصر الإستقلالية، بمعنى أنها غير مستوحاة من القوانين الوطنية و لا من القانون الدولي العام.

2-الإتجاه الفقهي الثاني في تعريف القواعد عبر الدولية:

يرى أتباع هذا المذهب بأن قواعد هذا القانون لا تتمتع بصفة الإلزام إلا بالرجوع للنظام القانوني الداخلي أو الدولي، فحتى و إن كانت حاجيات التجارة الدولية قد إستدعت إيجاد حلول وافية تجد مصدرها في قواعد عبر دولية، إلا أن تلك القواعد ليست في الحقيقة سوى جزء من تشريعات و أحكام المحاكم و المعاهدات التي تعترف بها الدولة².

و في هذا الخصوص يقول الفقيه SCHMITTHOFF أن: " قانون عبر الدول ليس فرعاً أو جزءاً من القانون الدولي، أو كما يمكن وصفه بشكل أدق، القانون الدولي العام. فهو يستمد سلطته من السلطة السيادية لمناحي القانون الوطنيين".

فبالرغم من وصف الفقيه لهذه القواعد بأنها مستقلة، إلا أن فحوى معنى الإستقلالية الذي يقصده الفقيه في هذه الحالة، هو من قبيل وصف الذاتية و الخصوصية و الذي يستخدم في بعض فروع القانون الأخرى، كما هو الأمر عندما يوصف القانون البحري على أنه مستقل أي له نظرياته الخاصة التي تميزه عن باقي فروع القانون، دون قصده أن قواعد التجارة الدولية مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية³.

¹ د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة الدكتوراة، جامعة حلوان، 2000م، ص 64 و 65.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 18.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص من 180 إلى 182.

بينما الأستاذ Glodstajn عرف "La lex mercatoria" على أنها: "كيان من القواعد يحكم العلاقات التجارية لقانون خاص طبيعي يشمل مختلف الأقطار، و في هذا تأكيد على فكرة المبادئ العامة المقبولة لدى دول العالم و التي تضمن تجاوز الإختلافات بين النظم القانونية الداخلية¹.

فلا شك أن أنصار هذا الإتجاه الذين يقرون بوجود قواعد مباشرة التطبيق مناسبة لمنازعات المعاملات التجارية و التي تستمد قوى إلزاميتها من الأنظمة القانونية الداخلية، يتعارض مع مناصرة نظرية القواعد عبر الدولية التي تقوم على إستقلال هذه القواعد عن الأنظمة القانونية الداخلية و نظام القانون الدولي. و عليه فإن مفهوم القواعد عبر الدولية وفق هذا التيار يعني أنها ليست قواعد قانونية بالمعنى المعياري إلا عند إقترانها بأحد النظامين الداخلي أو الدولي².

3- وجهة نظرنا الخاصة في تعرف القواعد عبر الدولية:

نخلص مما سبق بيانه، أن قواعد القانون عبر الدولي هي قواعد لا تتركز في النظم القانونية الوطنية ولا في القانون الدولي العام، فمنبعها هو الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي إستقر عليها قضاء التحكيم، و هذين الأخيرين يعترف بهما حتى منكروا الطابع المستقل لتلك القواعد. و أما الحديث عن إلزاميتها فيبقى ذلك مقترن بالجهة التي يعرض عليها النزاع الناشئ، و الأمر سيختلف فيما لو كان ذلك النزاع مطروحا أمام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم.

كما نلاحظ أن هذه القواعد لا تهتم إلا بروابط القانون الخاص و المجسدة في شكل عقود دولية، دون حاجة لصفات أطراف العلاقة العقدية سواء أشخاص خاصة أو دولة أو أحد المؤسسات التابعة لها، فالعبرة بطبيعة المعاملة المراد تنظيمها و ليس بنوعية المتعاملين.

و على هذا الأساس يمكننا أن نعرف القواعد عبر الدولية بأنها: "مجموعة القواعد الملزمة و المستقلة التي تجسدت من خلال المعاملات التي تواتر عليها الأشخاص الخاصة في العلاقات

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص19.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص184 و د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص20.

الإقتصادية الدولية، على شكل مبادئ عامة و أعراف مستقرة في الأوساط التجارية الدولية، و التي تحكم العلاقات ذات الطابع الخاص بغض النظر عن أطراف العلاقة العقدية".

الفرع ثاني:

خصائص القواعد عبر الدولية

إن القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية و بتنظيم العلاقات الإقتصادية الدولية الناشئة بين المتعاملين الخواص لا تعجز عن حكم العلاقات بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة¹. و لا شك أن المشاكل الناجمة عن المجتمع الدولي للتجار و رجال الأعمال تتطلب قواعد قانونية ذات خصائص مميزة عن باقي التشريعات القانونية الأخرى، و هذا ما سنبينه كما يلي:

أولاً: القانون عبر الدولي قواعده تلقائية

من المعلوم أن القانون بمفهومه العام هو أصلاً قانون تلقائي النشأة، حيث بدأ يتكون بداية من مجموع الأعراف و العادات التي كانت سائدة بين الأفراد في المجتمع، و بقي على هذا النحو إلى أن ظهرت الدولة الحديثة و بدأت بعملية بسن القوانين.

و لعل أن التاريخ قد أعاد نفسه بخصوص القواعد التي أصبحت سارية في نطاق العلاقات الإقتصادية الدولية الخاصة، حيث نشأت و تكونت من خلال العادات و الأعراف التي تبعها المتعاملون في الأوساط التجارية الدولية، دون اللجوء إلى الهيئات المختصة بتشريع و إصدار القوانين²، ذلك أن وضع القانون ليس بيد الدولة وحدها*.

¹ عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص 349.

² د. بن أحمد الحاج، التحولات الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 202.

* لا يجب الربط بين القانون و جهاز الدولة لدرجة يصبح غيابها كافياً لنفي الصفة القانونية عن القواعد المعيارية، فلا ينبغي النظر للقانون على أنه تعبير من إرادة الدولة، لأن هذا يشكل تضيق لمجال الظاهرة القانونية، كون أن سلطة النطاق القانوني يقصد بها وجود آلية لتنفيذ القانون و الرقابة على تنفيذه مهما كانت هذه السلطة بدائية .

أنظر، د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة 1997م، ص 58 و 59.

حيث أنه يمكن أن ينشأ نظام قانوني وسط جماعة ليحكم علاقاتهم و روابطهم كلما توافر عنصر التنظيم و القواعد، كما هو واقع بالنسبة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية التي تكون نظام قانون مستقل عن القانون الوطني¹.

و بدون شك فإن القواعد ذات التكون التلقائي ستكون حتما متماشية مع الطبيعة الذاتية للمعاملات الدولية، و توافق توقعات المتعاملين الدوليين لأنهم في الغالب سابقون في تصميم لبناتها الأولى بممارساتهم المتواترة².

هذا و قد عملت الدول على تطوير القواعد عبر الدولية بعد الإرتضاء بها، بسبب الضرورات الإقتصادية الملحة التي أخفقت الدول في السيطرة عليها* من ناحية، و نتيجة لإدراك هذه الأخيرة بأهميتها البالغة لمصالح مواطنيها من تجار و رجال أعمال من ناحية أخرى³.

ثانيا: القانون عبر الدولي قواعده طائفية

تشكل القواعد عبر الدولية قانونا للمجتمع الدولي للتجار، فهو لا يخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص لتنظيم العلاقات القائمة بينهم في إطار ذلك المجتمع، و على هذا الأساس يقال أن قواعده طائفية⁴، فيتبين أن هذا القانون يحكم علاقات من نوع القانون الخاص**، حتى و لو

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 341 و 342.

² د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 202.

* إن النمو الإقتصادي و الإجتماعي الذي حدث عقب الثورة الصناعية التي إنبتقت عن التقدم العلمي، أحدث إحتياجات قانونية جديدة و عاجلة، لم يتمكن المشرع الحكومي من تلبيتها، و إنما ظهرت بوادرها في العقود النموذجية، و الإتفاقات الجماعية، و الأعراف التجارية و تعامل كتاب العدل... الخ.

أنظر، د. هنري باتيفول ترجمة د. سموحي فوق العادة، فلسفة القانون، منشورات عويدات، الطبعة الثالثة، بيروت، باريس، 1984م، ص 18.

³ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 315 و 316.

⁴ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 23.

** فقد تعاقدت وزارة التجارة البحرية السوفيتية (سابقا) مع شركة فرنسية على شراء ست رافعات من نوع خاص لتستعمل في صحراء سيبييريا، و أثناء الشحن من الميناء الفرنسي سقط أحدها على الرصيف و أصيب بأضرار بالغة، فنظم الناقل سندا بخمس رافعات ثم نقلها إلى روسيا و رجع البائع على شركة التأمين بالنسبة للرافعة التالفة، فأقامت الشركة الأخيرة الدعوى على المتعهد بالشحن الذي كان يعمل بوكالة لحساب المشتري بالذات

كان أحد طرفي العلاقة دولة أو مؤسسة تابعة لها، فالأهم هو نوع و طبيعة العملية كونها من علاقات القانون الخاص¹، أي العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و التي تجري بين دولتين أو أكثر، فتشمل بذلك كل من عقد البيع الدولي للمقاولات و الإعتمادات المصرفية و النقل و التأمين و حقوق المؤلف و الملكية الصناعية و عقود الإستثمار و نقل التكنولوجيا، لذلك يقال بأن هذه القواعد ذات طبيعة نوعية².

فيبدو إذن أن القانون عبر الدولي يعالج علاقات القانون الخاص، و لا دخل له بالإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تبرمها الدول لتنظيم التبادل التجاري بينها، كتعيين حجم التبادل أو نوع السلع التي يقع عليها أو التيسيرات الجمركية التي تمنحها كل دولة للأخرى، كما لا علاقة له بالإتفاقيات الدولية التي يكون الغرض منها إنشاء إتحادات إقتصادية بين دول في منطقة جغرافية معينة كالسوق الأوروبية المشتركة، لأن مثل هذه الإتفاقيات تتعلق بالسياسة الإقتصادية العامة للدولة، و بذلك فهي تخرج عن نطاق العلاقات الخاصة.

فيتضح من ذلك أن ظاهرة تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي و التجاري لا صدى لها في مجال قانون التجارة الدولية، ففي نطاق هذه التجارة يحتفظ قانون التجارة الدولية بأحكامه بصرف النظر فيما إذا كان طرف العقد التجاري دولة أم لا³.

طالبة التعويض، فرد ممثل الوزارة السوفيتية بأن دائرته شخص معنوي عام و لا يمكن أن تقام عليه الدعوى كأى شخص عادي. إلا أن محكمة تجارة باريس رفضت هذا الدفع و عاملته معاملة المشاريع الفرنسية المؤممة ذات الشخصية المعنوية الذي يمارس عملا تجاريا و بذلك يخضع للمحكمة كأى تاجر عادي. كذلك في الدعوى التي أقامتها شركة دوميز الفرنسية على وزارة الدفاع العراقية بعد أزمة الخليج الثانية أمام محكمة ناننتير الابتدائية، حيث قضت لصالحها بإلزام الوزارة بدفع الدين المدعى به، و أصدرت المحكمة قرارها في 1991/10/17 بقولها: "أن دفع الوزارة غير مقبول لأنه يتمسك بحق الحصانة و عدم إمكان محاكمته كبقية الأشخاص العاديين أمام المحكمة بحجة أنه عندما إرتبط مع المدعية فإن إرتباطه كان عن طريق العقد و الذي لم يتضمن الإحتفاظ بحقوق السلطة العامة، و إنما تصرف فيه تصرف الشخص العادي و بدليل أنه نص على قبوله بشرط التحكيم".

أنظر، د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة السابعة، عمان، 2010م، ص55 و 56.

¹ د. طالب حسن موسى، مرجع نفسه، ص55.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص23.

³ د. طالب حسن موسى، مرجع سبق ذكره، ص 56 و 57.

و قد كان للطبيعة المهنية لهذه القواعد دور بالغ الأهمية في إحتواء الفرق الناجم عن تعدد الثقافات القانونية بين المتعاملين في التجارة الدولية، حيث مكنت من تداخل النظم ذات التوجه الأنجلوسكسوني، و النظم ذات التوجه اللاتيني في قالب واحد ينطبق محتواه على كافة الروابط العقدية الواقعة في مجتمع التجار العابر للحدود¹.

ثالثاً: القانون عبر الدولي قواعده موضوعية

يرى بعض الفقهاء أن من بين أهم الصفات التي تميز ظاهرة القواعد عبر الدولية هي الصفة الموضوعية لقواعدها²، و أن هذه القواعد الموضوعية الموحدة التي يحتويها تعد لتنظيم علاقة تجارية دولية، فيؤدي التوحيد إلى القضاء على تنازع القوانين في شأنها، فهذه القواعد تختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تعتبر مجرد مجموعة قواعد موحدة تهدف إلى تعيين القانون الواجب التطبيق عند وقوع تنازع بين القوانين الوطنية المختلفة بخصوص علاقة قانونية معينة³.

فتقدم القواعد الموضوعية للقانون عبر الدولي حلاً موضوعياً لمسألة ما، دون أن تحيل غيرها من القواعد، فهي معدة خصيصاً لذلك، و جاءت في الأصل للتخلص من سلبيات منهج تنازع القوانين⁴، الذي ليس له طاقة في تلبية إحتياجات العولمة الإقتصادية⁵.

و هذه القواعد القانونية الموضوعية نشأت من أعراف و عادات و عقود نموذجية، و شروط عامة، و حلول أرساها التحكيم التجاري الدولي⁶.

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 23.

² د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 472.

³ د. طالب حسن موسى، مرجع سبق ذكره، ص 58.

⁴ د. بن أحمد الحاج، التحولات الاقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 203.

⁵ Ériqne Loquin, Règles matérielles du commerce international et droit économique, Revue internationale de droit économique, 2010/1, p 86.

⁶ أ.د. أحمد السعيد الزقرد، مرجع سبق ذكره، ص 28.

رابعاً: القواعد عبر الدولية قواعد ذات طابع دولي

إن السمة المميزة للقواعد عبر الدولية أو قانون التجارة الدولية هو أنه يحتوي على معيار مصمم خصيصاً لتنظيم علاقات تجارية دولية و مصالحها¹. حيث يهتم هذا القانون بالمعاملات و العقود ذات الصفة الدولية، أي التي تتخطى حدود دولة معينة لتتركز آثارها في دولة أخرى. و من هنا يبدو الفرق بين هذا القانون و قانون التجارة الوطني الذي يقتصر عمله على إقليم دولة معينة، بينما فاعلية قانون التجارة الدولية تمكنه من تجاوز حدود الدول².

و لا شك أنه عندما لا نجد نصاً دولياً يتعلق بالنشاط الدولي، يتعين الإستعانة بالمعايير المقررة في أصول القانون الدولي الخاص، و ربما تكون العادات و الأعراف و العقود و المعاملات التي كونها التجار بمعزل عن السلطة المحلية، دليلاً آخر على إكتساب الصفة الدولية لهذا القانون³. فإن هذه القواعد المادية متميزة في محتواها عن القواعد الداخلية التي تنظم العلاقات القانونية على المستوى المحلي، إلا أنها تتعايش مع القواعد الداخلية في نظام قانوني معين. و في هذا الشأن يقول P. Lalive⁴ بأنه:

«à côté du régime normal, une sorte de régime parallèle prenant en considération les éléments d'extranéité de la donnée» .

الفرع الثالث:

مصادر القواعد عبر الدولية

تستخدم عبارة مصدر القانون للدلالة على معان مختلفة، فمن زاوية نجدها تعبر عن المصدر المادي للقانون *source matérielle*، أي مجموعة العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته، و أحياناً نجدها تعبر عن المصدر التاريخي للقانون *source historique*، أي الأصل التاريخي الذي رجع إليه المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية، كما تعبر أيضاً عن المصدر الرسمي للقانون *source formelle*، أي السبب المنشئ للقاعدة القانونية بمعنى المسلك

¹ Ériq Loquin, Règles matérielles du commerce international et droit économique, op.cit, p86.

² د. طالب حسن موسى، مرجع سبق ذكره، ص 57.

³ د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة-، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2007م، ص 19.

⁴ Ériq Loquin, Règles matérielles du commerce international et droit économique, op.cit, p86.

الذي تأتي منه القاعدة لتصبح ملزمة و قابلة للتطبيق¹. و هذا التعبير الأخير هو ما أشار إليه الدكتور سمير تناغو، حيث قرر أن البحث عن مصادر القانون هو بحث عن الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين، فهي مثل باقي الكائنات الموجودة و لم تنشأ من العدم و هذا طبقاً لقانون السببية *principe de raison ou de causalité* الذي يفيد بأنه: " لا يوجد شيء بلا مصدر، و لا توجد نتيجة بلا سبب"².

لقد حظيت القواعد عبر الدولية بحظ أوفر من الدراسات بسبب تعددية مصادرها³. و لعل أن الخوض في موضوع تحديد مصادر هذا القانون، يشكل في حد ذاته غموضاً و خلافاً بين الفقهاء الذين لم يتفقوا حول موقف موحد و مثال ذلك، GOLDMAN الذي لم تستقر أبحاثه حول طبيعة هذه القواعد و مصادرها في سبيل الوصول لموقف معين.

ذلك أن البحث عن مصادر هذا القانون عبر الدولي، هو من قبيل العمل العلمي التقريبي* الذي لا يتمسك فيه الباحث إلا بالظاهرة القانونية محل الدراسة كواقع يستهدف إلى تأصيله⁴.

و يعاب على تقسيم البعض لذلك القانون إلى مصادر ذات نشأة تنظيمية مجسدة في الإتفاقيات الدولية، و النماذج العقدية و الشروط العامة، و قرارات التحكيم، و مصادر ذات نشأة تلقائية تتمثل في عادات و أعراف التجارة الدولية، لأن هناك من الأنماط في هذا التقسيم لا تصلح فنياً لأن تكون قواعد قانونية لتخلف شروط و خصائص هذه الأخيرة فيها.

¹ د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010م، ص 101.

² د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1974م، ص 234.

³ FRANCOIS GENY, Méthode d'interprétation et source en droit prive positif, Paris, LGDJ, 2eme éd., 1919, Reprint, 1996, Sans page.

*بمعنى أن القواعد القانونية الموجودة في مجتمع معين، هي ظواهر إجتماعية، يمكن التعرف على مصدرها عن طريق الملاحظة و البحث العلمي، كما هو الشأن في البحث عن مصادر أية ظاهرة أخرى إجتماعية أو طبيعية. فلئن كانت القواعد القانونية تقويمية في مضمونها، إلا أن وجودها ذاته يتم التحقق منه عن طريق قواعد أخرى تقريرية تحدد الأسباب المنشئة لها.

أنظر، د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع نفسه، ص 231.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 255 و 256.

و مثال هذا، الإتفاقيات الدولية التي إعتبرها البعض مصدرا للقانون عبر الدولي، هي في الحقيقة لا تشكل مصدرا له كونها تعد جزء من النظام القانوني للدول المتعاقدة، فإذا ما قام المحكم بتطبيقها على نزاع مطروح أمامه، فإنها تطبق على أساس أنها جزء من قانون وطني و يجب تطبيقه دون إعتبرها قواعد تنتمي لقانون التجار، و في حالة وجود نزاع لا يتعلق بأحد القوانين الوطنية فإن المحكم يطبق قواعد الإتفاقية الدولية بحجة أنها نماذج لحلول يراها عادلة دون إحتسابها قواعد عبر دولية أو قواعد قانونية مستنبطة من إتفاقية دولية¹.

كذلك بالنسبة للعقود النموذجية و الشروط العامة* التي درجها البعض كمصدر لقانون التجارة الدولية، فهذه الأخيرة لا تتصف بالإلزام حتى تتفق الأطراف المتعاقدة عليها، و بذلك هي لا ترقى إلى درجة قواعد الأعراف و المبادئ العامة التي تستحق أن تكون مصدرا مباشرا لذلك القانون، فالصحيح أنها سوى قالب يحتوي على الأعراف و المبادئ العامة أو كدليل يثبت مضمونها².

و بهذه المثابة، فإن إصطلاح مصدر قواعد قانون التجار العابر للحدود ينصرف بالأساس إلى القواعد ذات النشأة التلقائية، دون مرورها بإجراءات شكلية لازمة لسن القوانين الوضعية³، بل هي قواعد ذات طبيعة غير وطنية برزت في الأوساط التجارية و المهنية، و إستقرت مع مرور الزمن نتيجة تواتر العمل بموجبها و نظرا لأنها تتضمن حلول في مجال معاملات التجارة الدولية⁴.

و بالرغم من تشكيل هذه الأعراف التجارية الدولية مصدر أساسي للقانون عبر الدولي، إلا أنه ظهرت المبادئ العامة للقانون كمصدر آخر له بجانب تلك الأعراف، و ثار جدل واسع حول مفهومها و محتواها و مدى قوتها الملزمة بالنسبة لهيئة التحكيم، كذلك نفس الشيء بالنسبة لقواعد العدالة التي عدت هي الأخرى الينبوع الحيوي الذي ساند بشكل جوهري في بناء ذلك القانون⁵.

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص48.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص256.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص49.

⁴ Jean Christophe Pommier, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé, Paris, Economica, 1992, p 282.

⁵ د. أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، دور المبادئ العامة للقانون في إطار التجارة الدولية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العدد 18، 2016م، ص01.

لذلك سنتطرق إلى تبيان مفهوم كل من الأعراف و العادات التجارية الدولية و المبادئ العامة و كذا قواعد العدالة بإعتبارهم مصادر مهمة للقواعد عبر الدولية، على النحو الآتي:

أولاً: عادات و أعراف التجارة الدولية

تشكل هذه العادات و الأعراف رقعة كبيرة من قانون عبر الدول، حيث الأخيرة ترعرت تلك الأخيرة في العصور الوسطى، حينما كانت القوانين مجزأة و متعددة حسب إختلاف المقاطعات، و بدون شك فإن تعددية المجتمع المتميز بالنظام الإقطاعي نتج عنه القبول الإرادي بتعاون المنظمات الخاصة و العامة كالبلديات أو الجمعيات مع السلطة العامة، ذلك أن القانون لم تكن قواعده تنشأ عن طريق إجراءات معقدة¹.

و قد أطلق الفقه على هذه الأعراف مصطلح القانون العرفي أو القانون التلقائي* و التي أصبحت تشكل وفق الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية أساس النظام القانوني الجديد و الخاص بالتجارة الدولية، حيث جاءت بطريقة عفوية من نشاطات إقتصادية و تجارية دولية لتقر بذلك حلول تساير مختلف القضايا التي تطرح في ذلك المجال².

حيث أصبحت تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية و وضعها الطبيعي أمام القضاء الوطني و قضاء التحكيم سواء في مرحلة الإبرام أو التفاوض أو التنفيذ، و كذا فيما تقدمه من إضافات لتغطية الفراغات القانونية التي تعترض مجال التجارة الدولية- Un sous équipement juridique كما زعم Jean Rivero³.

¹ د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 259.

* تلقائي من حيث نشأته و إعداده، بمعنى غير مقنن في مجموعات خاصة بل يقترب للعرف من حيث تكوينه. أنظر، د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 263.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 50.

³ د. نرجس البكوري، تطبيق العادات و الأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 02، 2012م، ص 85 و 86.

* الشروط العامة هي عبارة عن قائمة من البنود أو الشروط المعدة مسبقاً من قبل طرف غير الأطراف المتعاقدة تتضمن تنظيم لمحل العقد و ما يتعلق به من مراكز قانونية مختلفة، و تعد هذه الأحكام جزءاً مكملاً لحكام العقد عند إتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى الأخذ بأحكامها لتكملة عقدهم، فهي بذلك تختلف عن العقود النموذجية التي يحررها أحد أطراف العقد قبل إبرام العقد و الذي يقوم بدوره بتقديمها للطرف الآخر المتعاقد و هي تحتوي

حيث قد إعتادت الأوساط المهنية والتجارية على إتباع معاملات محددة و بصفة متواترة في نشاطاتها التجارية الدولية، و ذلك حسب كل مهنة أو تجارة على حدى، و من أمثلة ذلك، نجد العادات المتعلقة بتنظيم الأسواق المالية، العادات السائدة في مجال تجارة الحبوب و تجارة الحرير، الأعراف التي قننتها العقود النموذجية و الشروط العامة* التي وضعت من طرف بعض المؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي، إضافة إلى Incoterms**¹.

و من خلال الأبحاث التي أجراها SHMITTOFF حول موضوع "أعراف التجارة الدولية" في عام 1980 تحت رعاية معهد قانون و عادات الأعمال الدولية المنتمي لغرفة التجارة الدولية، إكتشف أن جل التقارير التي جمعها من سبع عشرة دولة (أستراليا، النمسا، بلجيكا، ألمانيا الغربية آنذاك، إيطاليا، هولندا، إسبانيا، السويد، المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية) تصب في عدم وجود تمييز بين الأعراف الداخلية و الأعراف الدولية من حيث الأركان، و قد تم نشر هذه النتيجة عام 1987 تحت عنوان "أعراف التجارة الدولية"².

و بالرغم من تساوي الأعراف الدولية و الداخلية من حيث الأركان، إلا أن الفقه الغالب قد إستبعد إعمال الأعراف التجارية الدولية على مستوى القضاء الداخلي نظرا لعدم تشكيلها جزء من نظامه القانوني، و هذا عكس قضاء التحكيم، الذي يعمل على تطبيقها مباشرة³.

على تفاصيل دقيقة لازمة لقيام العقد و من بين صور هذه الشروط هي قيام الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة بوضع دفتر الشروط و المواصفات العامة للعقود التي ترغب في إبرامها. وكان للمؤسسات المهنية ذات الطابع الدولي دور في وضع مثل هذه الشروط العامة، و مثال ذلك المجلس الإقتصادي الأوروبي التابع للأمم المتحدة، و غرفة التجارة الدولية، و كذلك إتحاد الأمم (كوميكون) التابع لدول أوروبا الشرقية.

أنظر، د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 267 و 268 و د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 195.

** Incoterms هي صياغة مختصرة لمجموعة مصطلحات التجارة الدولية، و هي عبارة عن قواعد مهنية تنشأ بطريقة واعية، حيث تتولى هيئات مهنية متخصصة إعدادها و صياغة أحكامها و نشرها، ليترك المجال أمام الأطراف للأخذ بها أو لا.

أنظر، د. موكه عبد الكريم، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، جامعة محمد الصديق بن يحيى-كلية الحقوق و العلوم السياسية، جيجل، الجزائر، 2015-2016م، ص 18.

¹ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 319 و 320.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 258.

³ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 310 و 311.

و إن تعدد الأعراف عبر الدولية و تباينها حسب تنوع الأوساط التجارية و المهنية التي ظهرت فيها، لا يقلل من عموميتها، بل ستظل عامة و مجردة في الإطار الذي تكونت فيه.

و في هذا الإطار يقر Loquin بأن: "أعراف التجارة الدولية تجسد قواعد قانونية موضوعية حقيقية، تنطبق بشكل مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية، و من دون الإستناد على الإرادة الضمنية للأفراد، و هذه الأعراف تشكل الشعاع الموجه لتكوين قانون عرفي للتجارة الدولية".

و تأكيداً على ذلك يصرح Goldman بأن: "عادات التجارة الدولية تتمتع بخصائص القاعدة القانونية، و التي تنطبق في حالة غياب أي إحالة صريحة أو ضمنية من قبل الأطراف، و تعود القوة الملزمة لهذه العادات إلى شعور التجار في نطاق العلاقات التجارية الدولية بذلك"¹.

و يستلزم التنبيه إلى أنه لا يجب الخلط بين الأعراف و العادات التجارية و المهنية التي يرجع إليها المحكمون، بحكم أن هذه الأخيرة ليست سوى شروط تعاقدية تدرج في العقد، و بذلك فهي لا ترقى إلى منزلة القواعد العرفية التي تتصف بالإلزام.

هذا ما دافع عنه بعض المفسرين عندما قرروا بأن تكرار العمل بهذه الشروط التي تشكل عادات، لا ينتج عنها صفة العمومية نظراً لإختلاف نوعها بحسب تنوع العقد الذي أدرجت فيه، بل و حتى إن استمر الأخذ بشرط موحد لفترة زمنية طويلة.

و هذا ما حدث بالفعل بالنسبة لشرط الثبات التشريعي الذي سبق و أن أشرنا إليه، و الذي إستقر العمل به في فترة الستينات و الذي كان يضمن في عقود الإستثمار مع الدول الإفريقية، حيث إعتقد البعض أنه أصبح قاعدة من القواعد العرفية الدولية، بينما من الصعب القبول بذلك نظراً لتلقيه إعتراضات كبيرة من تلك الدول المتعاقدة².

و لعل أن معاهدة الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع رسمت نظام خاص يفصل بين أعراف التجارة الدولية و عاداتها، حيث نصت المادة 09 منها على أنه: "1-يلتزم الطرفان بالأعراف التي إتفقا عليها و بالعادات التي إستقر عليها التعامل بينهما، 2-ما لم يوجد

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص51.

² د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 196 و

إتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع و مراعى بإنظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة¹.

فمن خلال هذا النص القانوني، يستخلص أن الفقرة الأولى من المادة أعلاه ألزمت الأطراف بالأعراف التي إتفقوا عليها و كذا بالعادات الذي إستقر عليها التعامل بينهم وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و هذا دليل على أن العادات تتمتع بقدر من الإلزام كلما أتفق عليها.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة لم تتضمن فحواها العادة سوى العرف، ذلك بحجة أن العرف ساري بثبات في التجارة الدولية، و إشتطت أن يكون على قدر كبير من العلم في تجارة ذات نوع محدد، و لعل هذا ما يثبت الركن المادي للعرف، بينما الركن المعنوي له يظهر من خلال أن الفقرة الثانية لم تصر على وجوب إتفاق الأطراف له كما هو الحال عندما فعلت مع العادة، حيث إستهلكت نصها بأنه: " ما لم يوجد اتفاق على ذلك ".

و على هذا النحو، ما دام أن الأطراف لم يتفقوا على سائر العادات التجارية فهي ليست ملزمة بالنسبة لهم، بل تبقى مجرد إقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على أمامهم، حيث لهم الحرية الكاملة في قبولها أو رفضها. و بالتالي يكون مصدر إلزام العادات التجارية هو العقد الذي وضعت فيه من قبل إرادة الأطراف، كونها قد ظلت جزء منه كباقي بنوده الملزمة².

و من بين الأعراف التي ترسخت في مجال التجارة الدولية، تلك التي تقضي بإمكانية مراجعة العقد في حالة تغير الظروف الإقتصادية المحيطة بالعقد، و العرف الذي يقر بضرورة إلتزام الدائن بالحد من الخسائر التي تنجم عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية حتى و لو لم يكن سبب عدم التنفيذ يرجع إليه³. كذلك الأعراف و العادات السائدة في عمليات البنوك كعمليات الائتمان التي تبنتها غرفة التجارة الدولية⁴، و الإعتمادات المستندية و البيوع البحرية و غيرها¹.

¹ نص إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، منشورة باللغة العربية في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 321.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 53.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 196.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون

تجري الإشارة إلى أن المبادئ العامة للقانون *Principe généraux du droit*، تتموضع في مجالات مختلفة، من بينها مصادر القانون الدولي العام، و القانون الداخلي، و القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، و قضاء التحكيم²، كذلك تم إرتباط هذه المبادئ بقانون التجارة الدولية بصفة عامة، و بمصادره بصفة خاصة، حيث شكلت سبيلا لكل قاض أو محكم لم تسعفه قواعد القانون الواجب التطبيق على النزاع في الوصول إلى حكم عادل و مرض، فأُست تمثّل بالنسبة لأنصار قانون التجارة الدولية سندا يستلهمون منه العديد من القواعد القانونية التي يؤسسون عليها هذا القانون³.

لذلك فإن دراسة المبادئ العامة للقانون تثير مسألة حساسة للغاية خاصة من حيث كيفية إكتشافها و متى يقدر المحكم أو ينبغي عليه الإعتماد عليها نظرا لتفاوت معانيها⁴.

و لم يقتصر الأمر فقط على المعاني، بل الصياغات ** كذلك لهذه المبادئ، و لعل أن المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية واحدا منها، و التي تعرف بأنها: تلك المبادئ القانونية السائدة بين الدول المتعلقة بتنظيم المعاملات الإقتصادية بين أشخاص القانون الخاص، أو بينهم و بين أشخاص القانون العام، و التي يكشف عنها العقل المجرد، أو تكشف عنها الدراسة

¹ د. أحمد السعيد الزقرد، مرجع سبق ذكره، ص 63.

² د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 455.

³ د. أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، مرجع سبق ذكره، ص 03.

*فيمكن أن يستخدم مصطلح المبادئ العامة للقانون للدلالة على مبادئ عامة خاصة بنظام قانوني معين لدولة ما، أو قد تعني المبادئ العامة المتصلة بالقوانين الداخلية للدول، أو المبادئ الأصلية المعتمدة من قبل معظم الأنظمة القانونية للبلدان المتقدمة و التي لا تختلف عن تشريعات بلدان عدة، و يلاحظ من هذه المعاني أن المبادئ العامة للقانون يقصد منها مجموعة القواعد المستقرة في جميع أو معظم النظم القانونية، كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و مبدأ الحرية التعاقدية، و حسن النية و غيرها من المبادئ.

أنظر، د. أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، مرجع سبق ذكره، ص 03 و 04.

⁴ Emmanuel GAILLARD, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 205.

**يختلف التعبير عن المبادئ العامة للقانون بصياغات متباينة مثل : المبادئ العامة للقانون، مبادئ القانون، المبادئ القانونية المعترف بها، مبادئ القانون المعترف بها بين الأمم المتمدينة. و رغم الخلاف السائد حول تحديد مضمونها و طبيعتها، إلا أنها تشكل عنصرا هاما في النظام القانوني المعاصر. أنظر، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 455.

المقارنة للنظم القانونية الوطنية"، و التي يمكن لقضاء التحكيم أن يستلهم منها حلولاً عند عرض نزاع ما عليه¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن التحكيم الإقتصادي الدولي لا يعترف بصفة مطلقة للمبادئ العامة للقانون بأنها مصدر لقانون التجارة الدولية، عكس المبادئ العامة عبر الدولية التي تعد كذلك²، و التي أصبحت تشكل في الوقت الحاضر قواعد قانونية لها طابعها المميز الذي يتفق و طبيعة المجتمع الدولي للتجار و رجال الأعمال.

و قد توصل قضاء التحكيم إلى العديد من المبادئ التي تتناسب وطبيعة العلاقات الإقتصادية الدولية، مثل: مبدأ المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ حق المدين في التمسك بالمقاصة³، مبدأ توازن الأداءات العقدية و مراعاة تغير الظروف*، مبدأ تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف⁴، مبدأ عدم جواز إمتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ إلتزاماتها التعاقدية بإدعاء إمتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها و الموجودة في القانون الداخلي، مبدأ عدم الأخذ بتعديلات القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد و اللاحقة على وقوع النزاع⁵، مبدأ الإلتزام الفوري بإعلام الطرف الآخر بمشاكل التنفيذ⁶، مبدأ الإلتزام بتطبيق العادات و الأعراف التجارية⁷، و مبدأ حسن النية Le principe de bonne foi الذي أصبح معروف جيداً بميل المحكمين التجاريين الدوليين للإستعانة به في

¹ د. أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، مرجع سبق ذكره، ص 04.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 282.

³ د. بن أحمد الحاج ، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 54 و 55.

* إذا طرأت عند تنفيذ العقد ظروف لم يتوقع من المتعاقدين حدوثها أثناء إبرامهما للعقد، و كان من شأنها أن تؤثر على حقوق و واجبات الطرفين بحيث تحل بتوازن العقد و تجعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة للمدين، فإنه يجب إعادة التفاوض من جديد للمحافظة على التوازن العقدي، و إلا جاز للقاضي أو المحكم حسب الظروف أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول. و قد تم إرساء هذا المبدأ من قبل قضاء التحكيم من خلال شرط Hardship.

أنظر، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 466.

⁴ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع نفسه، ص 466.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 301.

⁶ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 304.

⁷ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 308.

القضايا التي تعرض إليهم، و ذلك بسبب تشكيكه جزء جوهري من قواعد التجارة الدولية، وهذا ما دفع Berthold Goldman للتعبير عنها بـ " L'essence de la lex mercatoria"¹.

هذا و لم يكتف قضاء التحكيم بتوظيف هذه المبادئ بما يتوافق مع مصالح التجارة الدولية، بل إستخدمها كذلك ليستتبط بعض القواعد ذات الصبغة الأخلاقية، و التي تستوجب محاربة الفساد و إحترام القوانين الداخلية الأمرة في مختلف الدول²، و المحافظة على النظام العام الدولي المبني على حماية القيم الإنسانية المشتركة و أخلاقيات العقود الدولية، و مثال ذلك إبطال العقود تبعا لفكرة إستغلال النفوذ و الفساد و الرشوة، و الإمتناع عن تطبيق القانون الذي لا يناهض الفساد³.

و على الرغم من أن أحكام قضاء التحكيم لم تستقر عند إشارتها لهذه المبادئ في صيغة محددة، و التي تصفها تارة بالمبادئ العامة التي تشكل جزءا من قانون التجارة الدولية، و تارة أخرى تصفها على أنها المبادئ العامة التي أقرها قضاء التحكيم الدولي⁴، و أحيانا تسميها بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، أو المبادئ المقبولة عموما، أو المبادئ العامة للقانون التي يجب أن تحكم المعاملات الدولية، إلا أن مضمون الإصطلاحات التي أطلقت على هذه المبادئ هو واحد، و حيث تستمد قوتها الملزمة من قضاء التحكيم من خلال الإحساس المتبادل لدى المتعاملين الدوليين بضرورتها و أهميتها لتنظيم روابطهم العقدية⁵.

فكان للتحكيم دور فعال في إضفاء على هذه المبادئ ذاتيتها المتفقة مع طبيعة التجارة الدولية⁶.

و من خلال هذا، و جب التنبيه إلى أن هذه المبادئ العامة عبر دولية التي تعتبر بمثابة أهم مكونات قانون التجارة الدولية، ليست نفسها المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدينة التي تضمنها نص المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، حيث أن مجال تطبيق هذه الأخيرة من

¹ Mayer Pierre, Le Principe de Bonne Foi devant les arbitres du Commerce International, in : Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M.1993, p 544.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص326.

³ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص467.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص308 و 309.

⁵ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص56.

⁶ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص176.

قبل المحكمة يقتصر على العلاقات السياسية بين الدول المختلف و التي يختلف فحواها عن المبادئ التي تطبق في مجال العلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية من قبل قضاء التحكيم¹.

و بالتالي، فإن إشارة أطراف العقد إلى المبادئ العامة المنصوص عليها طبق المادة 38 السابق ذكرها، لا ينبغي تفسيره بأن إرادتهم إنصرفت نحو إعمال مبادئ القانون الدولي العام، بل الحقيقة أن نيتهم تريد أن تطبق الحلول التي إستتبطها المحكمون من تلك المبادئ².

كذلك إن وجود مبدأ من المبادئ العامة التي يطبقها المحكم، في النظم القانونية الوطنية، لا يفهم من خلاله أن المبادئ عبر الدولية تستمد قوتها الملزمة من النظم القانونية الداخلية، بل هي مصدر مستقل عن تلك الأنظمة وفقا للفقهاء المناصرين لنظرية قانون التجارة الدولية.

فلا يمكن إعتبار المبدأ عبر الدولي على أنه قاعدة مشتركة تجد أساسها في نظم قانونية مختلفة، و مثال ذلك مبدأ حسن النية الذي يعد من أهم المبادئ كما سبق و أن أشرنا، لا توجد نظرية عامة له في النظام القانوني الإنجليزي مثلا، و إذا كان هذا المبدأ لا وجود لأساسه في أحد التشريعات الداخلية فقط، فإن مبدأ إلتزام الدائن بالحد من الخسائر التي تصيبه نتيجة إخلال المدين بإلتزاماته، لا نجد له مقابلا لا في القوانين الوطنية و لا حتى في القانون الدولي العام.

إلا أنه تجب الملاحظة بأنه يجوز للمحكم أن يستعين بالقواعد القانونية المشتركة بين الدول، و هذا لا يحدث إلا في حالة وجود سند من إتفاق الأطراف يمنح المحكم سلطة اللجوء إليها، فعندئذ يضطر هذا الأخير إلى إستلهاهم الحلول من الدراسات المقارنة التي جسدت المعاهدات الدولية أو القوانين النموذجية، أو قوانين معتمدة من هيئات دولية متخصصة، و مع كل هذا غالبا ما يقوم المحكمين بنسب هذه الحلول إلى أعراف التجارة الدولية دون المصدر الحقيقي لإكتشافهم³.

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 292.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 327.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 57 و 58 و د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 319 و 320.

ثالثاً: قواعد العدالة

تشكل قواعد العدالة و الإنصاف مصدر إحتياطي لقانون التجارة الدولية، و التي يقصد منها مجموعة الأفكار و المفاهيم التي تتخلل الأوساط التجارية، و تستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق و عدل، و يجري قضاء التحكيم التجاري الدولي على تطبيقها عندما يتفق أطراف العقد على تفويض المحكم سلطة العمل بها¹.

فيرى جانب من الفقه، أن قيمة هذه القواعد تكمن في سد القصور الذي ينتاب قواعد القانون التجاري الدولي²، إلا أن الواقع العملي يبين أن قواعد العدالة لا يتم إستخدامها لغاية ملء فراغ قانوني فقط، و هذا ما نلاحظه في قضاء التحكيم الذي أصبح لا يقتصر على تفسير أو تكملة القواعد الواجبة التطبيق في ضوء إعتبرات العدالة، بل أحيانا يكون مجبر لتغليب قواعد العدالة عن القانون الواجب التطبيق نظرا لمقتضيات لازمة³، كأن تكون القاعدة المراد إعمالها غير ملائمة لحكم النزاع، أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد طرفي العقد⁴.

و إن إعمال قواعد العدالة على مجتمع التجار العابر للحدود يستلزم الإقرار بأن قانون التجارة الدولية هو تعبير عن العدل الذي صنعه هذا المجتمع، حيث بإمكان المحكم أن يستتبط بإسم العدالة حولا لمسائل لم يتطرق القانون إلى تنظيمها⁵.

لذلك وجب تطبيق تلك القواعد بغض النظر عن قدرتها على تحقيق العدل أم لا ، فلو سلمنا بأن قانون التجارة الدولية يضم بعض القواعد غير العادلة أو السيئة فإن هذا لا يعطي المحكم قرار تجاهلها بحجة أنها تتعارض مع شعوره الشخصي بالعدالة، و بما أن قواعد التجارة الدولية هي بمثابة تعبير عن العدل فيجب أن تطبق كما هي دون حاجة للنظر إلى النتائج التي قد تخالف إحساس القاضي بالعدالة، و الأخذ بهذا المفهوم بالتأكيد سيقود إلى إستبعاد مفهوم

¹ د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة- دراسة مقارنة -، دار و مكتبة الحامد، عمان، 2013م، ص202.

² د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص328.

³ د. جلال وفاء مجيبين، مرجع سبق ذكره، ص62.

⁴ د. عمر سعد الله، مرجع سبق ذكره، ص96.

⁵ د. طالب حسن موسى، مرجع سبق ذكره، ص54.

العدالة من مكونات قانون التجارة الدولية، كون أن العدالة تتطلع لتحقيق التوازن الناتج عن الإلتزامات العقدية، بينما القانون نجده لا يبالي بالنتائج التي تنجر عن العقد¹.

إضافة إلى هذا، فإن العدل مفهوم لا يتغير لقيامه على المساواة المطلقة، إلا أن التعبير عنه يختلف بحسب الزمان و المكان، و تلك هي العدالة حيث تقوم على تحقيق العدل في حالات خاصة من خلال تطبيقه على وقائع معينة².

و قد وجهت إنتقادات لفقهاء الذين يرون أن قواعد العدالة جزء من قواعد التجارة الدولية على أساس أن هذا المسلك الذي يتبعه المحكم، و المتمثل في لجوءه إلى مبادئ العدالة، قد يجرّد المتعاقدين من العلم المسبق بما سيسفر عنه الحكم الصادر في النزاع بإسم العدالة، إلا أنه ما يخفف من ذلك النقد هو إعمال فكرة العدالة، و التي لا تتماثل بدورها مع القانون الطبيعي، حيث لا تؤدي إلى إستبعاد قواعد القانون بصفة مطلقة، بل يتمسك القاضي بواقع التجارة الدولية³.

و يجب التنويه إلى أن العمل بقواعد العدالة ليس حكرا على قضاء التحكيم، بل يعتبر العمل بهذه المبادئ كذلك في إطار القضاء الداخلي، لكن يتبين من خلال الواقع المعاصر و متطلباته، أن هذه القواعد يتزايد الطلب عليها كثيرا في نطاق التحكيم التجاري الدولي لتغطي ما يحتاجه قانون التجارة الدولية، كون أن هذا الأخير لم يكتمل نظامه القانوني بشكل تام⁴.

و إذا كان من المسلم به أن قواعد العدالة ليست نفسها المبادئ العامة عبر الدولية، إلا أنه مع ذلك هي لا تعارضها⁵، فهما يشتركان في وظيفة واحدة تتمثل في أن القاضي أو المحكم يستند إليها لإستخلاص الحل الأمثل عند تعذر وجوده في أحكام القانون⁶.

و من بين قواعد العدالة التي إستلهمها قضاء التحكيم من مجال التجارة الدولية نجد على سبيل المثال، فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة رغم أن هذه الأخيرة تعفي

¹ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 328

² د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 457.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 59.

⁴ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 329.

⁵ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 59.

⁶ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 457.

المدين أصلاً من إلتزاماته، و قد أستخلصت هذه الفكرة من مبدأ عبر دولي و التي تبيح للقاضي أو المحكم صلاحية تعديل العقد رعاية للعدالة¹.

و لعل هذا ما يفيد لنا، بأن المبادئ العامة للقانون تعتبر بمثابة وسيلة للتعبير المباشر القانوني و الواقعي لفكرة قواعد العدالة.

المطلب الثاني:

مفهوم تدويل العقد

قبل التطرق للعوامل التي هيأت الطريق نحو تدويل القانون الحاكم لعقود الدولة، سنحاول تحديد مفهوم التدويل في حد ذاته من خلال تعريفه ثم بيان المقاصد منه.

الفرع الأول:

تعريف تدويل العقد

من الثابت أن مصطلح التدويل هو مصطلح معروف في قاموس القانون الدولي و العلاقات الدولية العامة، و بالرجوع إلى هذا المصطلح يتبين لنا أنه يتميز بالوضوح، إلا أنه يحمل في طياته كثير من المشاكل القانونية و حتى السياسية².

إن مصطلح التدويل أثير بشأنه إشكاليات كبيرة من أجل إعطاء مفهوم دقيق له، خاصة أن المعاهدات الدولية لم تتطرق إليه، و لعل من الأسباب التي تعترض دراسة مصطلح التدويل هو إستخدام التدويل للتعبير عن عديد من الأنظمة الدولية المتباينة.

لكن بالرجوع إلى قاموس المصطلحات القانونية الدولية يمكن تعريف التدويل بأنه: "الإشتراك بين طرفين دوليين في تنظيم شأن قانوني معين، أو نقل أمر قانوني داخلي و تحويله إلى أمر دولي". و بالرغم من أن هذا المصطلح قد تم وروده في ستة معانٍ مختلفة، إلا أن هذه الأخيرة تشترك بنقطة معينة، ألا و هي معالجة الأمر القانوني بصفة دولية .

¹ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 329.

² د. عبد السلام أحمد هماش، دراسة في مفهوم التدويل و إستخداماته في القانون الدولي العام، دراسات، علوم الشريعة و القانون، المجلد 38، العدد 02، جامعة الشرق الأوسط، الأردن-عمان، 2011م، ص 593.

أما بالرجوع إلى الفقه، فقد أجمع عديد من الفقهاء على أن التدويل بصفة عامة يقصد منه إخراج واقعة قانونية من حيز القانون الوطني الذي كان يتحكم بها و إخضاعها لقواعد القانون الدولي¹.

بينما تدويل العقد فهو طريقة لرفض آثار التغييرات أحادية الجانب التي تقوم بها الدولة، فما هو إلا وسيلة لتجاهل آثار القواعد القانونية و القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة المتعاقدة، و تظهر هذه النتيجة من خلال ما كتبه MANN، حيث أشار إلى أن وجود العقد المدول و مصيره سوف يكونان محصنين من نظم القوانين المحلية كما هو الحال بالطريقة نفسها التي يتم بها تجنب الإخلال بالإتفاقيات الموقعة بين شخصين دوليين، ومن ثم فإن الضمانات التي نصت عليها بنود عقود الدولة هي إلتزامات دولية مثلها مثل المعاهدات كما قرر De VRIES أن حقوق المستثمر لا يمكن أن تتأثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة تصرف أحادي الجانب من الدولة المضيفة².

و من المعلوم أن لإتجاه تدويل عقود الدولة مفهوم متطرف، لا بد أن يقترن ذلك التدويل بسكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فهو يستند إلى ما يطلق عليه "الاختيار السلبي" Negative Choice³.

لكن الأبعد من ذلك فقد رأى البعض بأنه حتى في الحالة التي تتجه فيها إرادة الأطراف المتعاقدة إلى القانون الداخلي لدولة ما، لا يمنع ذلك ضلال التدويل.

و يتحقق هذا التدويل délocalisation من خلال تقنية معينة تستخدم في تفسير و تكملة العقد⁴.

¹ د. عبد السلام أحمد هماش، مرجع سبق ذكره، ص 593 و 594.

² د. رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية- الجزء الأول- النظام القانوني لعقود الإستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2017م، ص 182.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 471 و 472.

⁴ د. طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سبق ذكره، ص 128.

الفرع الثاني:

الغاية المرجوة من تدويل النظام القانوني لعقود الدولة

سنبرز من خلال هذا الفرع دواعي إسناد منازعات عقود الدولة إلى القواعد عبر الدولية، كما يلي:

أولاً: ثبات العلاقة العقدية

إن الهدف من تدويل عقود الدولة بصفة عامة هو إستقرار العلاقة العقدية بين الدولة و الشخص الأجنبي الخاص، ذلك أن عند حدوث المنازعة فإن مستوى القواعد القانونية الممكن تطبيقها ليست مقيدة بقانون الدولة المتعاقدة فقط، نظراً لأن هذه الأخيرة تشكل مخاطر على الطرف الخاص المتعاقد بحكم أنها قد تلجأ إلى التغيير أو التعديل طبقاً لإرادتها السيادية¹.

ثانياً: توحيد المجال القانوني لأطراف عقد الدولة

لعل من دواعي إخراج عقود الدولة من نطاق القانون الوطني لحكم موضوع المنازعات الناشئة عنها، هو رغبة الدول الكبرى و الشركات المتمركزة فيها في توحيد القوانين المنظمة لنشاط الأطراف المهيمنة على التجارة الدولية على المستوى العالمي.

و هذا من خلال نشر الفكرة على مستوى قضاء التحكيم ليعمل على إستبعاد قانون الدولة من أجل رسم علاقات التجارة الدولية تحت مظلة نظام قانوني دولي جديد موحد²، و بالتالي الحفاظ على ثبات العلاقة التعاقدية³.

و هذا ما قصده الأستاذ J.F.Lalive عندما ذكر بأن القانون عبر الدولي لا يتضمن فقط القواعد المادية، بل يهدف إلى تنظيم العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في نظامهما القانوني⁴.

¹ د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007م، ص108.

² د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص34.

³ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص182.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص752.

ثالثاً: تطبيق قواعد عبر وطنية

إن الإتجاه الحديث الذي تزعمه الفقه الغربي قد إستبعد فكرة التدويل بمعناها السابق التي تقوم على إعتبار عقود الدولة إتفاقيات دولية يجب أن تخضع للقانون الدولي العام*، مفسرين هذه المرة التدويل بمعنى آخر، و هو إخضاعها لقانون عبر الدول على حد تعبير الأستاذ الأمريكي Jessup أو بفكرة تطبيق عليها المبادئ العامة للقانون، و هذا ما يلخص إسناد عقود الدولة إلى قواعد و أعراف التجارة الدولية¹.

و يكشف الإستقصاء البحثي كما يقول الفقيه Essa Passivirta عن أن أغلب الأبحاث الأكاديمية حول عقود الدولة قد ركزت على هوية القانون واجب التطبيق، غير أن الملاحظة قد كشفت عن قلة الجهود المبذولة للإحكام و السيطرة على الجوانب الموضوعية لذلك القانون.

و في نفس الموضوع فقد إستدل ذلك الفقيه بالرأي الذي تبناه معهد القانون الدولي في جلسته المنعقدة في أئينا عام 1977م، و أنه على الرغم من إثارة التساؤل عن قابلية القانون الدولي للتطبيق على العقود الدولية، إلا أن ذلك الرأي الذي تبناه المعهد حول مدى قابلية القانون الدولي للتطبيق على العقد بوصفه القانون المتعين و الخالص لعقود الدولة، يتبين منه أنه قد إستبعد تلك النتائج التي قد تستتبع تطبيق مثل ذلك القانون.

و يرى الفقيه أن ذلك الرأي ما هو إلا انعكاس و توضيح للمناقشات الفقهية، فالخاصية المميزة لنطاق عقود الدولة هي أن القانون الدولي قد بدأ فيها من خلال قوانين التنازع، و أن نمو قانون موضوعي إنما ترك لمحاكم التحكيم، و بذلك كان نمو القانون الدولي بوصفه قانوناً موضوعياً من خلال تضمينه في أسس قضية بعد أخرى.

و دعم الفقيه نفسه رأيه وفقاً لما جاءت به إتفاقية I.C.S.I.D حيث تتضمن إطاراً إجرائياً أكثر من تعرضها للقانون الموضوعي، فالمادة 42 تنص على أن:

* حيث أن العلاقة التي تنشأ بين دول أو أشخاص قانونية دولية تحكمها قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، لأن كلا طرفي العقد من أشخاص القانون الدولي، ليس كما هو الحال بالنسبة لعلاقة بين طرف من أشخاص القانون الدولي و طرف أجنبي خاص .

أنظر، د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص 87 و 88.

¹ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 331.

"apart from the law of the host state, a tribunal shall also apply such rules international law as may be applicable".

و التدويل بمعنى تضمين العقد شروطا تكفل له الثبات و الإستقرار نسبيا عن قانون محلي، حيث يرى أحد الأساتذة في التدويل حماية إلى حد ما كبير أو قليل لجانب الفرد في عقد مبرم بينه و بين دولة ما¹.

و بعدما خلصنا من الأهداف المبتغاة من تدويل القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، سندرس أهم العوامل المساعدة على التدويل.

المطلب الثالث:

أبرز العوامل المساعدة على تدويل النظام القانوني لعقود الدولة

إن تدويل القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية لم يأتي من العدم أو بالصدفة، بل من خلال مجموعة من العوامل على غرار العولمة، وكذا بروز الشركات الصناعية ذات الوزن الكبير و التي لم ترغب في الخضوع إلى قوانين الدول التي تدخل معها في علاقة، بالإضافة إلى مؤسسات التحكيم التجاري الدولي و التي كانت متأثرة كثيرا بالنظريات الفقهية و خاصة منها الغربية، و هذا ما سنحاول عرضه على النحو الآتي:

الفرع الأول:

العولمة كسبب لتدويل النظام القانوني لعقد الدولة

سنوضح في هذا الفرع مفهوم العولمة من خلال تحديد تعريف لها و بيان صورها، و من ثم نبين إنعكاساتها على طبيعة عقود الدولة و نظامها القانوني:

أولاً: مفهوم العولمة

1- تعريف العولمة:

إن مصدر كلمة "العولمة" هو إنجليزي مأخوذ من مصطلح Globalization و الذي يعبر عن إنتماء النظم الإقتصادية و الإجتماعية إلى شبكة دولية، و كانت بوادر إستخدام هذا

¹ د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص 102 و 103.

المصطلح سنة 1930 في منشور تحت عنوان "نحو تعليم جديد" لتحديد لمحة عامة عن خبرة الإنسان في مجال التعليم، إلا أنه و بعد الحرب الباردة ظل هذا المصطلح يركز على ضرورة ترابط دول العالم في المجال الإقتصادي¹.

و على هذا فإن تعريفها قد إتخذ منحنيات مختلفة، و من بين هذه التعاريف ما ركز على كونها عملية إقتصادية بحتة و البعض الآخر جعل منها مغزى و هدف سياسي و ثقافي².

2- صور العولمة:

أ- العولمة الإقتصادية:

لقد عبرت مرحلة بداية التسعينات عن سيادة نموذج إقتصاد السوق و الحرية الإقتصادية من خلال سقوط حواجز المسافات بين الدول و القارات، و تزايد احتمالات التأثير و التأثير المتبادلين، خاصة في ظل التطور الهائل في ميدان الإتصالات التي ساعدت على تحرر السلع و رؤوس الأموال و الخدمات و اليد العاملة عبر الحدود، فكان لذلك أثر جلي على النمو المتسارع الذي تشهده العلاقات الإقتصادية الدولية³.

و في سبيل تحديد مفهوم الظاهرة، يرى البعض أن العولمة الإقتصادية ليست في حقيقة الأمر إلا مرحلة تاريخية تتميز بتحول في آليات السوق، لذلك هي تعبر عن وصول نمط الإنتاج الرأسمالي من عالمية التبادل و التوزيع و السوق و التجارة إلى دائرة الإنتاج و إعادة الإنتاج.

و من منظور آخر فإن العولمة الإقتصادية هي السمة الرئيسية الذي يتسم بها النظام الإقتصادي العالمي الجديد الذي تشكل في العقد الأخير من القرن العشرين، و الذي يقوم على أساس تحرير التجارة العالمية و التحول في آليات إقتصاد السوق. وعلى هذا الأساس عرفها

¹ Sandu CUTERELA, Globalization – Definition, Process and Concepts-, Revista Romana de Statistica – Supliment Trim IV/2012, p 137,138

² د. طلعت جياذ لحي الحديدي، مبادئ القانون الدولي العام في ظل المتغيرات الدولية (العولمة)، دار الحامد، الطبعة الأولى، عمان، 2012م، ص18.

³ د. بن أحمد الحاج، العولمة الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مجلة القانون و المجتمع، العدد الثالث، جامعة أدر، الجزائر، جوان 2016م، ص83.

البعض على أنها: "الإندماج الكامل لمختلف دول العالم عبر نموذج يستعمل التجارة و المال و التقنية و الغزو الإعلامي لفرض زعامة أصحابه و هيمنتهم"¹.

و يرى الاستاذ أحمد مصطفى عمر أن العولمة الإقتصادية هي: "تحول العالم إلى منظومة من العلاقات الإقتصادية المتشابكة التي تزداد تعقيدا لتحقيق سيادة نظام إقتصادي واحد يتبادل فيه العالم الإعتماد بعضه على بعضه الآخر في كل من الخامات و السلع و المنتجات و الأسواق و رؤوس الأموال و العمالة و الخبرة، حيث لا قيمة لرؤوس الأموال من دون إستثمارات و لا قيمة للسلع دون أسواق تستهلكها"².

و في نفس السياق ذهب الأستاذ محمد الأطرش في تعريفها بأنها: "إندماج أسواق العالم في حقول التجارة و الإستثمارات المباشرة، و إنتقال الأموال و القوى العاملة و الثقافات ضمن إطار رأسمالية حرية الأسواق، و تاليا خضوع العالم لقوى السوق العالمية، مما يؤدي إلى إختراق الحدود القومية و إلى الإنحسار الكبير في سيادة القومية، و إن العنصر الأساسي في الظاهرة هي الشركات الرأسمالية الضخمة متخطية قوميات"³.

و تجدر الإشارة إلى أن العولمة أصبحت أكثر إكتمال و تحقق في المجال الإقتصادي⁴، إلا أن هذا لم يمنع من إنتشارها في المجالات الأخرى خاصة القانونية منها كما سنوضحه.

ب- العولمة الثقافية القانونية

لا تعتبر العولمة نظاما إقتصاديا أو تجاريا فحسب بل هي نظام يمتد إلى الميادين الأخرى مثل الميدان القانوني، لأن وجود نظام إقتصادي معولم يتطلب بدرجة أولى وجود أنظمة قانونية و سياسية، تساعد بشكل أو بآخر في تطوير القانون الدولي الإقتصادي¹.

¹ د. بن أحمد الحاج، العولمة الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص84.

² د. أحمد عبد العزيز و د. جاسم زكريا و م.م. فراس عبد الجليل الطحان، العولمة الإقتصادية و تأثيراتها على الدول العربية، مجلة الإدارة و الإقتصاد، العدد 86، 2011م، الجامعة المستنصرية-العراق، ص66.

³ د. طلعت جيباد لحي الحديدي، مرجع سبق ذكره، ص24.

⁴ د. أحمد عبد العزيز و د. جاسم زكريا و م.م. فراس عبد الجليل الطحان، مرجع سبق ذكره، ص66.

فإن ظاهرة العولمة الثقافية ظاهرة كونية عابرة للثقافات هي نتاج التفاعل بين الحضارات و التلاقي الفكري بين الثقافات لا الصراع بين هذه الحضارات.

و العولمة الثقافية القانونية و تناقل الأفكار القانونية الجديدة إلى ثقافتنا، إنما هو خير دليل على التداخل بين الثقافات لا التنازع بينها كما يرى بعض العلماء أمثال Samuel Huntington في أطروحته "صراع الحضارات" The clash of civilization². و هذا ما نلاحظه في التشريعات الوطنية التي تتجه نحو تبني قواعد قانونية ذات صبغة دولية في قوانينها الوطنية بحيث يتحقق نوع من التماثل و الإتحاد، و هو أمر إقتضاه واقع العالم المعاصر و الذي أطلقوا عليه إسم العولمة Globalization التي تتطلب تشابه الهياكل التشريعية و الأنظمة الإقتصادية العالمية³.

فقد أثر التطور الذي لحق بالنظام العالمي على الفكر القانوني و على القواعد القانونية التي تحكم العقود الدولية و من بينها عقود الدولة. و نظرا لوجود علاقة تبادلية بين المتغيرات العالمية و بين القواعد القانونية، فقد إتجه الفكر المسيطر إلى ضرورة تجاوز دور الدول و هيمنتها من أجل تكوين قواعد قانونية قادرة على مواكبة المستجدات⁴.

فكان من تداعيات العولمة الثقافية المباشرة خلق فكر قانوني موحد في كثير من فروع المعرفة القانونية، تنصهر فيه جل الثقافات القانونية و تتداخل فيه الأفكار لتندمج مع بعضها البعض لإزالة جانب كبير من التباين و الحواجز، و المزج بين الثقافتين اللاتينيتين بما تحمله من فكر تقليدي لاسيما في مجال تعاقدات الدولة بصفة عامة على إختلاف أشكالها، و الأنجلوأمريكية بما تنطوي عليه من منظور ليبرالي عالمي يعلي من مبدأ سلطان الإرادة⁵.

¹ زيدك الطاهر، العولمة و القانون الدولي الإقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق- بن عكنون-، الجزائر، 2012-2013م، ص178.

² د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014م، ص292.

³ د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص84.

⁴ د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص61.

⁵ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الإقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، مرجع سبق ذكره، ص51.

و لهذا يرى أنصار العولمة أن المبادئ الهامة التي يشملها النظام الدولي الإقتصادي الجديد كمبدأ الشفافية و مبدأ عدم التمييز و كذلك مبدأ الإلتزام بالإنفاذ بدعم إقتصاديّات الدول النامية و كذا الدول الكبرى، يساعد في تعزيز إستقرار القانون الدولي الإقتصادي من خلال إنشاء قواعد قانونية متميزة هدفها توحيد المنظومة الإقتصادية العالمية، و هذا من شأنه أن يزيد من فعالية وحدة القواعد القانونية و تحقيق المصلحة العامة للمجتمع الدولي *lex sociatatis*.

مما ينتج عنه حرية تدفق التجارة و الإستثمارات الأجنبية بعدما كانت القواعد القانونية تحول دون ذلك من خلال القيود و الشروط التي تفرضها، و هذا ما يتيح للدول المضيفة إنتعاش و زيادة في النمو الإقتصادي و وصول إلى مستوى معيشي أفضل لشعبها¹.

ثانيا: إنعكاسات العولمة على عقود الدولة

1- نتائج العولمة على النظام القانوني لعقود الدولة:

لقد ترتب على العولمة الإقتصادية نمو سريع لحركة التجارة على المستوى الدولي، و كنتيجة لهذا التطور الهائل، ظهرت حاجة ماسة إلى سياسة تشريعية تتكيف مع هذا التقدم، و تزيل العقبات التي تعترضها و التي من بينها تعدد و تباين النظم القانونية الوطنية².

أ- ظهور ثقافة قانونية جديدة:

لعل أن إباحة التحكيم في العقود الإدارية يشكل إفراز حتمي لظاهرة العولمة و إندماج النظم القانونية، و التي تؤدي إلى بزوغ فجر جديد لثقافة قانونية جديدة تقوم على مفاهيم جديدة من الأعراف الدولية . و هذه الأخيرة باتت تنظم المعاملات التجارية الدولية من إعتمادات مستندية و بيوع دولية و أعمال مصرفية دولية مختلفة و عقود دولية على إختلاف أنواعها تندرج تحتها عقود الدولة كعقود البنية الأساسية و عقود الطاقة و إمتياز إستغلال موارد الثروة الطبيعية.

كل هذه المعاملات الدولية و التي يقصد بها قانون الأعمال الدولي *International Business Law*، أضحت مجالا خصبا لتطبيق ما يعرف بالثقافة القانونية الجديدة التي لا

¹ د. زديك الطاهر، مرجع سبق ذكره، ص148 و 148.

² M. Franco Ferrari, Le champ d'application des – Principes pour les contrats commerciaux internationaux – élaboré par UNIDROIT, Revue international de droit compare, vol.47 N4, Octobre-décembre 1995, p985.

تفرق بين ثقافة قانونية لاتينية أو أنجلوأمركية، حيث تذوب الثقافتان في موضع واحد لما تمليه الإعتبارات الإقتصادية خاصة منها ضرورة وجود أحكام خاصة جديدة و موحدة و مشتركة¹.

فمن بين آثار العولمة فيما يتعلق بتنقل الأفكار القانونية الجديدة إلينا في مجالات عديدة لاسيما البنين التعاقدية Contractual Regime الحاكم لعقود الدولة ذات الطبيعة الدولية بل و الداخلية أحيانا التي تأثرت بالمتغيرات التشريعية و بعض المتغيرات القضائية بل و الأعراف التجارية الدولية الجديدة التي غيرت إلى حد كبير في الأشكال التقليدية لعقود الدولة بنظرية العقد الإداري بأفكارها الأصولية².

ب- رفض العولمة الإقتصادية لمنهج تنازع القوانين:

إذا كان القانون الدولي الخاص عامة و منهج التنازع بشكل خاص، قد إرتبط من حيث نشأته و تطوره بحركة التجارة الدولية و العقود و الصفقات المتعلقة بها، فإن موجات التحرر التي خلفتها العولمة الإقتصادية إنعكست على ذلك المنهج، و التي بسببها وجهت إنتقادات لاذعة له من طرف فقهاء القانون و التي من بينها، عجزه على مجابهة سرعة حركة التبادل التجاري، و أن القانون الدولي الخاص يقوم على ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول من أجل تحديد مجال إنطباق قانون الدولة، بينما العولمة الإقتصادية تتعارض مع أصل و سبب وجود القانون الدولي الخاص و منهج التنازع، لأنها تقوم على أساس تجاوز الحدود و تحرير التجارة العالمية و حتى إعتمادها على الفضاء الإلكتروني لإبرام العقود³.

و زيادة على ذلك أن "منهجية تنازع القوانين" لا تسمح لأطراف العقد الدولي أن يتيقنوا بالقانون الذي سوف يحكم موضوع نزاعهم، ذلك أن تباين قواعد الإسناد في دول الأطراف

¹ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014م، ص106 و 107.

² د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة، مرجع نفسه، ص292.

³ د. بن أحمد الحاج، النظام القانوني لعقود التجارة الدولية و المتغيرات الإقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص03 و 04.

المتعاقدة، سينتج عنه حتما عدة قوانين محتملة التطبيق¹، مما يجعل من الصعب إتفاق تلك القوانين المتعددة على تفسير موحد للعقد².

2- نتائج العولمة على طبيعة عقود الدولة:

لقد ألفت ظاهرة العولمة و ما رافقها من أساليب للتحرر بظلالها على مفهوم العقود الدولية بصفة عامة، و عقود الدولة بصفة خاصة، حيث أحدثت تغييرا واضحا حول طبيعة تلك الأخيرة.

أ- الطبيعة الخاصة لعقود الدولة (عقود الدولة من الإدارية إلى عقود شبه دولية)

إن خصوصية هذا النوع من العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو العقود الإدارية. فضلا عن عدم إستقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية، فإن الربط بين الطبيعة الخاصة لعقود الدولة و طبيعتها العامة، سيجعل تلك الطبيعة مرتبطة بعنصر غير موضوعي ألا و هو السياسة الإدارية للشخص العام الطرف في العقد³.

يرى جانب من الفقه أن عقود الدولة و من بينها عقود البترول تتمتع بالطبيعة الدولية و لكنها ليست عقود قانون دولي عام، بل هي عقود شبه دولية تقوم على المبادئ العامة للقانون، و يبدو أن الفقهاء الذين دافعوا عن فكرة أن هذه العقود عقود شبه دولية تأثروا بالتغيرات التي دخلت الحياة الدولية، و طبقا لهذا المذهب فإن كل عقد لا بد من أن يرتبط بقانون يستمد منه قوته و يكون هذا القانون موجودا قبل وجود العقد.

فقد ذهب القاضي MC Nair إلى أن العقد المبرم بين الشركة الأجنبية التابعة لدولة تملك نظاما قانونيا متطورا يخضع للمبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة، يمنع الدولة المتعاقدة من إلغاء العقد أو تعديله من جانب واحد، و من ثم يكون هذا النظام جديدا فهو ليس نظام القانون الوطني و ليس نظام القانون الدولي و لكنها المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتمدينة⁴.

¹ د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 300 و 301.

² René David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982, p25.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 480.

⁴ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 174.

كما تبني الفقيه Verdoss الموقف نفسه أعلاه، و الذي أشارت إليه محكمة العدل الدولية و فحواه أن القانون الدولي هو ذلك القانون الذي ينظم العلاقات بين رعايا القانون الدولي و رفض النظر إلى هذه العقود على أنها عقود قانون دولي عام، حيث ذهب إلى أنه من الممكن معاملة هذه العقود على أنها عقود شبه دولية، و رأى أن أهم عقود هذا النوع هي عقود التنمية الإقتصادية و التي توقع بين دولة صاحبة ممتلكات و موارد و لكنها تفتقر إلى رأس المال اللازم من ناحية، و بين الشركات الأجنبية التي تحوز ما تفتقر إليه تلك الدولة.

و قد إعتد أنصار الإتجاه على مجموعة من أحكام التحكيم الصادرة في منازعات البترول لتعليل موقفهم، و من أهم الأحكام التي إستشهدوا بها حكم التحكيم الصادر في النزاع بين قطر و الشركة البحرية للبترول و الحكم بين الشركة الإيرانية و شركة سافير¹.

ب- عقود الدولة من الطبيعة الخاصة إلى الطبيعة التجارية:

ب-1- إتجاه الدولة المتعاقدة للتنازل عن سلطاتها أمام الشخص الأجنبي الخاص:

ذهب إتجاه فقهي إلى أبعد ما قيل عن طبيعة عقود الدولة في البداية، حيث يرى أنصار هذا التيار بأن عقود الدولة و خاصة منها عقود الإستثمارات البترولية، ما هي إلا نوع من أنواع عقود القانون الخاص و تنتمي إلى طائفة العقود التجارية الدولية متى توافرت لها الشروط التي تطلبها القانون حتى تكتسب الطبيعة التجارية الدولية، و قد قدموا على ذلك عدة أدلة يدعمون بها رأيهم.

فلعل أن إتجاه الدولة نحو الإقتصاد الحر و توسيع قاعدة الملكية الخاصة و إنتشار ظاهرة العولمة و الخروج من العزلة و إستقطاب رؤوس الأموال يؤدي إلى ذوبان الطبيعة الإدارية في الطبيعة التجارية².

كما أن الأفكار الحديثة التي ظهرت في النصف الثاني من القرن العشرين، كفكرة التعاون لأجل التنمية التي تأسست على مجموعة من الأفكار المتعلقة بالتضامن و وجوب المساواة في الفرص بين المجتمعات في الفكر الإقتصادي، تمخض عنها الطابع التدخلية L'interventionnisme للدولة في الشؤون الإقتصادية و التجارية، فأمسدت الدولة عند تدخلها في ذلك المجال تسلك أحد

¹ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 177 و 178.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع نفسه، ص 228 و 229.

الطريقين، إما أن تترك زمام المبادرة للقوى الإقتصادية الخاصة على أن تتخذ من التدابير و الأساليب ما يكفل توجيهها إلى الإتجاه الذي يتفق و سياستها، و إما أن تتدخل بنفسها للقيام بالنشاط الإقتصادي إذا رأت ضرورة لذلك عندما يتعلق الأمر بتعاقدها في مجال إنشاء المطارات و توليد الطاقة و الصناعات الحربية.

و على هذا الأساس فقد تتدخل الدولة في عقد من عقود الدولة بصورة مباشرة بوصفها شخص من أشخاص القانون العام كما قد تتدخل بصورة غير مباشرة من خلال الأشخاص الإعتبارية التابعة لها و هذا ما يشكل الإتجاه الموسع و الحديث لعقود الدولة¹. و لما كانت مواضيع هذه العقود مرتبطة بمرفق عام يقوم بإنتاج أو تكرير أو تزويد الأسواق بالنفط و مشتقاته، فكان على الدولة أن لا تراعي الجانب القانوني الإداري على العقد فقط، بل التجاري كذلك الذي يضمن بنود شخصية قابلة للإستبدال².

هذا قد لوحظ في الآونة الأخيرة أن الدولة تتخلى عن فكرة العقد الإداري و تتنازل عن سلطاتها كجهة عامة و فرد من أفراد القانون العام و تتعاقد مع المستثمرين كشخص من أشخاص القانون الخاص، حيث أن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل نفسها نفس الشخص العادي حتى تتحقق مصالحها و حتى تحتفظ بعلاقات كبيرة بالخارج.

فالدولة عند إبرامها لعقد من عقود الدولة متخلية عن صفتها كسلطة عامة فيظن البعض أن العقد يخالف مبادئ العقد الإداري، لكن الدولة هنا لم ترتكب خطأ إنما دخلت في العقد كشخص خاص رغبة في وضع العقد تحت مظلة القانون الخاص لتحقيق المصلحة العامة³.

ب-2- الإتجاه الفقهي المعاصر بشأن طبيعة عقود الدولة " الطابع الإقتصادي للنشاط التجاري " :

¹ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سبق ذكره، ص76.

² د. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي(نموذج العقد النفطي) ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008م، ص246.

³ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص229 و 230.

إن الأعمال التجارية طبقاً لهذه النظرية هي تلك الأعمال التي تقع بمناسبة إستغلال مشروع تجاري و هذا المشروع يشكل وحدة إقتصادية تقوم بكل أنواع الإستغلال الإقتصادي سواء تمثل ذلك في إستغلال تجاري أو إستغلال زراعي أو إستخراجي أو مالي.

و هذا المعيار كرسه القانون التجاري المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999م¹، بعدما كانت الأعمال التجارية محصورة على الشراء بغية البيع أو التأجير طبق الأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1883 الخاص بالقانون التجاري، و التي كانت مبنية على معيار المضاربة المقرر من قبل الفقه التقليدي، و التي بموجبه لا تعد أعمال الإستثمارات البترولية و النشاطات الزراعية من قبيل الأعمال التجارية².

و لعل أن تكريس الطابع التجاري على النشاطات الإستثمارية بموجب القانون التجاري المصري ما هو إلا مواكبة لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 و المعدل بقانون رقم 9 لسنة 1997م، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: " يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدي كانت أو غير عقدي، و يشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات و الوكالات التجارية و عقود التشييد و الخبرة الهندسية أو الفنية و منح التراخيص الصناعية و السياحية و غيرها و نقل التكنولوجيا و الإستثمار و عقود التنمية و عمليات البنوك و التأمين و النقل و عمليات تنقيب و إستخراج الثروات الطبيعية...".

فالملاحظ في نص المادة أعلاه، أن المشرع المصري أخذ بالمعيار الحديث لتحديد الطبيعة التجارية و هو معيار المشروع أو النشاط الإقتصادي المؤسس على يد القانون التجاري المعاصر، فأصبحت كل من عقود التشييد و الإستثمار و التنمية و إستخراج الثروات الطبيعية نشاطات إقتصادية ينظمها القانون التجاري³.

¹ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 232 و 233.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع نفسه، ص 236.

³ قانون 9 لسنة 1997 يعدل قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، يتعلق بقانون التحكيم المصري، الجريدة الرسمية العدد 20 تابع بتاريخ 1997/5/15.

كما أن إضفاء الصفة التجارية على تلك النشاطات الإقتصادية تم تكريسها منذ زمن، حيث قام المشرع الفرنسي بإصباح الطابع التجاري على النشاطات المتعلقة بإستغلال المناجم المحاجر وفق قانون 9 سبتمبر 1919م، كذلك إعتبر أن الصناعات الإستخراجية و منها الإستثمارات البترولية من قبيل الأعمال التجارية.

و هذا ما سارت عليه نحوه عديد من الدول، حيث قامت بطبع الصفة التجارية على مثل هذه الأعمال الإقتصادية مثل، عمليات البحث و التنقيب و إستخراج الثروات الطبيعية و مد أنابيب الغاز و النفط¹.

فبدون شك أن إضفاء الصفة التجارية على عقود الدولة هو السبيل الأمثل لفتح الباب أمام كثير من العقود الإستثمارية، و ليس العقود الإدارية التي تجعل المستثمر ينفر من سلطات الدولة أو الهيئة الإدارية و ما تعطيه لنفسها من سلطات تخيف المتعاقد، و التي يقال عنها أنها شروط إستثنائية ترد في العقد، فالدولة عندما ترغب في تشجيع الإستثمار تمنح المتعاقد بعض المميزات المالية و غيرها، بل قد تعطيه أحيانا إمتيازات مقررة للإدارة نفسها و يفهم البعض هذه المميزات على أنها شروط إستثنائية تجعل العقد إداريا، و هذا الفهم الخطأ يجعل النتيجة عكس ما تسعى إليه الدولة².

و لعل هذا ما يوضحه واقع التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة، حيث أنه في حكم تحكيم أرامكو ثارت مسألة حول طبيعة عقد الإمتياز المبرم بين السعودية و الشركة الأمريكية هل يعد عقد إداري؟ أم يتعلق بخدمة عامة يكون فيها طرف أعلى مرتبة و هو الحكومة و طرف أدنى و هو الشركة الخاصة؟ أم أنها عقود يتساوى فيها الطرفان وجها لوجه و من ثم تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص؟

عبرت هيئة التحكيم عن رأيها و أوضحت أن عقد الإمتياز ما هو إلا تعاقد بين طرفين: طرف تمثله الدولة التي مارست سلطة سيادتها في إبرامه، و طرف يمثل الشركة المتعاقدة التي منحت في الإمتياز حقوقا و فرضت عليها إلتزامات، و إنتهت هيئة التحكيم إلى أن الإمتياز يخرج بحكم طبيعته عن كونه عقدا إداريا أو عقدا لتأدية خدمة عامة، بل هو عقد ذو طبيعة

¹ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 234 و 235.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق نفسه، ص 229 و 230.

خاصة يضع الطرفين على منزلة متساوية من حيث إحترام الحقوق و الواجبات المقررة العقد و هو ملزم لكليهما و لا يجوز تعديله إلا بموافقتهم الصريحة تبعا لفكرة العقد شريعة المتعاقدين.

ثم أوضحت هيئة التحكيم أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون السعودي مع المبادئ العامة للقانون، و في حالة عدم وجود نص يتم إعمال قواعد التجارة الدولية و العادات المتبعة في صناعة البترول و معطيات العلم القانوني.

و بذلك تكون العديد من هيئات التحكيم قد إعتنقت تجارية عقود الإستثمارات البترولية و أوضحت صراحة أن العقد يدخل في طائفة العقود التجارية الدولية حيث أن معظم المنازعات- إن لم تكن كلها- كان أحد أطرافها أجنبي الجنسية، و بذلك يطبق عليه قواعد التجارة الدولية¹.

فما يمكن إستخلاصه أن العولمة كظاهرة ، قد رتبت آثار جديدة على مفهوم العقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة، فتوافقا مع المتغيرات التي رافقتها فإن العديد من المشرعين يتخذون مفهوما شاملا أساسه النظام الرأسمالي لخضوع العقود الدولية إلى قواعد التجارة الدولية، خاصة و أن ذلك الأساس لا يتعارض مع المعيار الإقتصادي الذي يعتبر من المعايير التي تضيفي على العقد الطبيعة الدولية.

و لم يقتصر الأمر على طبيعة العقود الدولية، بل إمتدت الآثار إلى القانون الذي ينظم و يحكم العقد، بعدما تبين أن هناك علاقة تكامل و تبادل بين المتغيرات الإقتصادية لظاهرة العولمة و القواعد القانونية التي تخضع لها عقود الدولة، حيث عملت العولمة على تأكيد الآراء الفقهية و التحكيمية السابقة، و التي كانت تنادي بإستبعاد القوانين الوطنية من حكم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، و القيام ببلورة فكر قانوني جديد بشأنها، و هذا ما حدث فعلا بفضل الإستعانة ببعض الدول المتقدمة و المنظمات العالمية كما سوف نرى.

الفرع الثاني:

الشركات متعددة الجنسيات كسبب لتدويل القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة
إن ظاهرة العولمة لم تنشأ من العدم، بل من طرف مجموعة من المؤسسات و القوى التي تعمل على بلورتها و تطويرها، كالمؤسسات المالية و التجارية مثل صندوق النقد الدولي FMI، البنك

¹ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 258 و 259.

الدولي BIRD، منظمة التجارة العالمية OMC و الشركات متعددة الجنسيات، و تعد هذه الأخيرة تعد من أهم مؤسسات العولمة و من أهم القوى المؤثرة في دور الدولة في بعض الميادين، فهي تسعى إلى وضع العالم في إطار سوق كونية واحدة خاضع لسيطرة و نشاط هذه الشركات¹، و هذا راجع إلى سوق التكنولوجيا التي تحتكرها و وقوف الدول الصناعية بجانبها². لذلك سنحاول تعريف هذا النوع من الشركات، ثم نبين تأثيرها على النظام القانوني لعقود الدولة.

أولاً: تعريف الشركات متعددة الجنسيات

هذا و قد تعددت المفاهيم المتعلقة بالشركات متعددة الجنسيات، بل و اختلفت إصطلاحاتها وفقاً لمعيار المؤتمرات الدولية، و كذلك ما إستقر عليه رجال القانون و الإقتصاد.

فقد تعرضت لجنة العشرين التي شكلتها اللجنة الإقتصادية و الإجتماعية التابعة للأمم المتحدة إلى تحديد مصطلح لهذه الشركات، بحيث أستبدلت كلمة "عبر الوطنية" بدلا من "متعددة الجنسية" و كلمة "شركة" بدلا من كلمة "مشروع"³.

و أما عن مجمع القانون الدولي و في معرض بحثه في المشاكل القانونية التي تثيرها الشركات عبر الوطنية، و التي من بينها مشكلة التعريف، فقد رأى في توصياته بأنه و قبل وضع أي تعريف لها و جب البحث أولاً في المشاكل الخاصة التي تتولد عن ممارستها لنشاطاتها الإقتصادية، التي تتبع أساساً من تواجدتها على مستوى أكثر من دولة، في حين أن مركز إدارتها يقع في دولة واحدة فقط، ليصل في النهاية إلى إقتراح تعريف هيكلي مفاده أنها المشروعات التي يتركز فيها مركز قرار في إحدى الدول و لها مراكز تحقيق أرباح، لكل واحدة منها شخصية قانونية مستقلة و تتمركز في دول أخرى متعددة⁴.

¹ د. طلعت جواد لحي الحديدي، مرجع سبق ذكره، ص 173.

² د. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقاً لنظام التحكيم السعودي 1433هـ، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2015م، ص 86.

³ د. إبراهيم محمد القعود، الشركات متعددة الجنسيات و الإستثمار في ليبيا، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد الثامن، ص 31.

⁴ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 191.

و اختلف فقهاء القانون حول تعريف الشركة عبر الوطنية، حيث إعتبرها البعض منهم أنها: "المشروع الذي يتكون من مجموعة خاصة تتربط بروابط قانونية و يخضع لإستراتيجية عامة و موزعة بين عدة أقاليم، و تخضع لسيادة دول مختلفة"، و هو تقريبا ما ذهب إليه الأستاذ محسن شفيق عندما عرفها بأنها المشروع الذي يتركب من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية و تخضع لإستراتيجية إقتصادية عامة و تتولى الإستثمار في مناطق جغرافية متعددة¹.

أما جانب آخر منهم ذهب إلى أنها: " منظمات أعمال كبرى، عابرة للحدود و البيئة الثقافية، منظمات متعددة الجنسيات، و تعمل في أسواق عديدة، و تتواجد في عشرات الدول المضيفة، و تستند في أنشطتها المحورية على الأسواق الدولية في العالم، و بالتالي يكون لدى هذه الشركات أصول و إستثمارات و عمليات و شركات تابعة أو وحدات إستراتيجية، و إدارات إقليمية تتعامل مع بيئات أعمال مختلفة"².

و عرفها الخبير الإقتصادي TOGENDAT بأنها: "الشركات الصناعية التي تنتج و تباع منتجاتها في أكثر من دولة واحدة". و ما يعاب على هذا التعريف هو حصر صفة تعدد الجنسية على الشركات الصناعية متجاهل كافة أشكال الإستثمار الأخرى. كما عرفها الفقيه كلاودنز بأنها: "شركة تستمد قسما هاما من إستثماراتها و مواردها و سوقها و قوة العمل بها من خارج البلد الذي يوجد به مركزها الرئيسي". و هذا التعريف إن كان أشمل من سابقه إلا أنه تناسى الشركات التي تعمل في ميدان البناء و التشييد و المضاربات المالية بصورها المختلفة³.

و من المؤكد أن هذه الشركات العملاقة تتكون من أشخاص القانون الخاص بتلك الدول و قد كونت لها كوادرات فنية على درجة عالية من الخبرة و الدراية تستطيع بفضلها أن تنفذ

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 190 و 191.

² د. طلعت جباد لحي الحديدي، مرجع سبق ذكره، ص 175.

³ د. إبراهيم محمد القعود، الشركات المتعددة الجنسيات و الإستثمار في ليبيا، مرجع سبق ذكره، ص 32.

المشروعات الكبيرة بمساعدة أحدث ما وصل إليه العلم الحديث من تكنولوجيا، و آلات تساعد في إنجاز هذه المشروعات على نحو مناسب¹.

ثانيا: تأثير الشركات الأجنبية العملاقة على النظام القانوني لعقود الدولة

لقد إتضح المركز القانوني للشركات متعددة الجنسية في ظل إنتشار العولمة، كونها أصبحت تجسد إحدى الأدوات الفعالة لتبني العولمة فكرا و مضمونا، ذلك أنها أصبحت بمثابة المحرك الأساسي للنظام الرأسمالي بقسميه الإنتاجي "التجارة الدولية و الإستثمار" و المالي "عولمة الأسواق المالية". فهي لم تعد تحت سيطرة فضاء قومي أو صناعة واحدة محددة أو تحت نظام قانوني معين ينظم تعاملاتها المالية².

و بدون شك أن إنهيار النظام الإقتصادي الإشتراكي و إندحار الشيوعية، ساعد كثيرا في تنامي هذه الشركات و تعدد أنشطتها و توجيهها نحو الإستثمار الأجنبي المباشر، حيث سعت إلى إزالة العقبات أمام المستثمرين الأجانب، و الحصول على الحوافز المالية و الضريبية³.

كما عملت هذه الشركات على تضمين العقود التي تبرمها، شرط تحكيمي بغية التسلل من النظم القانونية الوطنية، طالما أن قضاء التحكيم هو نظام مستقل عن قانون أية دولة، و حيث أن هذه القوانين الوطنية تحتوي قيودا و أعباءا على حرية التعامل التجاري الدولي و هو ما لا يتوافق مع مصالحها⁴.

و من المؤكد أن عدم إستجابة النظم القانونية الداخلية للنشاط المتنامي و المتزايد للشركات الأجنبية في زمن العولمة الذي وضحته الأرقام و النسب المئوية للمبيعات و الأرباح السنوية لها يعكس حقيقة وجوب إخضاعها لقواعد غير وطنية صالحة للتطبيق على نشاطاتها.

¹ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها- دراسة للطبيعة القانونية الجديدة و الأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة و التحكيم فيها-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003م، ص14.

² د. طلعت جيايد لحي الحديدي، مرجع سبق ذكره، ص179 و 180.

³ د. إبراهيم محمد القعود، الشركات المتعددة الجنسيات و الإستثمار في ليبيا، مرجع سبق ذكره، ص39.

⁴ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 192.

حيث وقع في عام 1999م أكبر إندماجين لأربع شركات بترولية عملاقة، فالأول حدث بين شركة بريتش بتروليوم و شركة أمكو باسم جديد B.p.Amoco و بصفقة قيمتها (50) مليار دولار¹.

و لم تكتفي هذه الشركات بتضمين العقود التي تبرمها مع الدول بشرط التحكيم بل تمكنت من وضع شرط يفيد إستقرار التشريع، و ذلك لغل يد الدولة من سن تشريعات تهدر التوازن العقدي للطرفين، ذلك أن أحد طرفي العقد يتميز بإملاكه لسلطة تشريعية قادرة على تعديل القانون و إلغاء أحكامه مما قد يمس بمضمون العقود التي تبرمها هذه الشركات الخاصة².

حيث تتعهد الدول النامية في عقود التنمية الإقتصادية بما فيها عقود إستغلال الموارد الطبيعية بعدم تعديل أو إلغاء قوانينها السارية عند إبرام الإتفاق مع المستثمر الأجنبي حتى و إن تغيرت الظروف الإقتصادية و الإجتماعية أو السياسية التي وضع فيها التشريع³.

فكان من الطبيعي أن تلقي العولمة بآلياتها على القواعد القانونية التي تنظم العقود الدولية لتغير من مفهومها. لأنه إذا كانت العقود تلعب دورا هاما و رئيسيا في رواج التجارة الدولية و تحقيق النمو الإقتصادي، فإنه من المؤكد أن تتأثر بما لحق بهذه الأخيرة من تطور و ما أصابها من تغيير، فأمر ضروري أن يمتد هذا التحول إليها و أن يلقي بضلاله عليها سواء لحق ذلك بطبيعتها أو إمتد إلى القواعد التي تسري عليها⁴.

الفرع الثالث:

مساهمة الهيئات الدولية في تدويل العقود

¹ د. طلعت جواد لحي الحديدي، مرجع سبق ذكره، ص 180 و 181.

² د.بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 193.

³ أ.د. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية- البيع الدولي للبضائع-، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 2007م، ص 06.

⁴ د. محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 10 و 11.

إذا كانت غاية المجتمع الدولي متجهة لتحقيق عالم موحد، فإن ذلك يتطلب وجود قواعد قانونية موحدة تسند إليها مهمة تاطير و تنظيم العلاقات التجارية و الاقتصادية الدولية¹، و مع تحرير التجارة العالمية و تأطيرها من منظمة التجارة العالمية المنبثقة عن هيئة الأمم المتحدة و التي كان لها دور فعال في إرساء معالم العولمة، أدى الأمر إلى تعاظم دور الهيئات الدولية في مجال تنظيم العقود الدولية، حيث حاولت و لازالت تحاول إيجاد منظومة تشريعية مستقرة عبر دولية مستقلة عن القوانين الداخلية تتكفل بتنظيم و حكم تلك العقود .

و عليه سنحاول ذكر بعض من هذه الهيئات أو اللجان التي كان لها دور فعال في عولمة النظام القانوني للعقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة.

أولاً: المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "ICSID"

1-التعريف بمركز واشنطن:

إن المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار هو هيئة دولية تكونت بمقتضى إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار عام 1965م، يقتصر دورها على الفصل في المنازعات التي تحدث بين الدول المضيفة للإستثمار و مواطني الدول الأخرى الذين ينجزون مشروعاتهم في الدول المستقبلية لهم، و يمثل المركز إحدى هيئات البنك الدولي للإنشاء و التعمير التابع لهيئة الأمم المتحدة، و هو يأخذ أهميته على مستويين، الأول يتعلق بالتجارة الدولية، حيث يساهم ICSID في دعم الإستثمار الدولي من خلال إزالة معيقاته و من ثم التسريع في عملية النمو الإقتصادي خاصة فيما يتعلق الأمر بالدول النامية، أما المستوى الثاني فهو يتعلق بالتحكيم الدولي أينما يتبين أنه مؤسسة تحكيم جد متطورة و لها من القواعد المنظمة و الخبرة في فض النزاعات الناشئة بين الدول و الأشخاص الأجانب و الذي يكون موضوعها مرتبط بالإستثمار.

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الاقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص168.

و ينبغي التنويه إلى أن ثلاث عشرة دولة عربية قد صادقت على إتفاقية ICSID ومن بينها الجزائر، و هذه الدول هي: الأردن، مصر، البحرين، الكويت، المغرب، عمان، السعودية، السودان، تونس، الإمارات العربية المتحدة¹.

2- تأثير المركز على القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار

لقد كرس إتفاقية واشنطن مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الذي ينبغي تطبيقه من قبل هيئة تحكيم المركز على مواضيع نزاعاتهم المستقبلية، فالدولة المتعاقدة و الطرف الخاص الأجنبي لهما كامل الحرية في التفاوض حول القانون الأصلح لتسوية ما يثور عن عقدهم من خلافات، فقد يكون القانون المختار هو قانون الدولة المتعاقدة كما قد يكون قانون دولة الشخص الأجنبي كما قد يكون قواعد عبر دولية لا تنتمي إلى قانون البلدين.

كما عالج مركز ICSID مشكلة تخلف قانون إرادة الدولة المتعاقدة مع أحد الأشخاص الأجنبية، من خلال نص المادة 42 و التي تفيد تطبيق المحكم الدولي لقانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها و بما في ذلك قواعد القانون الدولي.

و تبرز محاولة تدويل مركز واشنطن للقانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدول و الأشخاص الأجنبية، في نص ذلك الأخير على جوازية تطبيق هيئة التحكيم لقواعد القانون الدولي مكان قانون الدولة المتعاقدة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة متعارضة و غير متوافقة مع القواعد الدولية المكونة من مبادئ و عادات و أعراف تجارية دولية، و التي طالما ما فرضتها هيئة الأمم المتحدة بواسطة مختلف هيئاتها الدولية على الدول النامية.

ثانيا: لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية "C.N.U.D.C.I"

1- تعريف لجنة الأونسيترال:

تعتبر لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية إحدى الهيئات التابعة مباشرة إلى الجمعية العامة ل ONU، و قد تكونت هذه اللجنة بموجب قرار صادر عن الجمعية العامة رقم 2205 و كان ذلك بتاريخ 1996/12/17.

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 365 و 366.

و تعود فكرة إنشائها إلى المناقشات التي دارت آنذاك في الجمعية العامة حول التدابير الواجب اتخاذها من أجل التطوير التدريجي للقانون الدولي الخاص، و كان ذلك بناء على إقتراح تقدم به ممثل من جمهورية المجر و الذي لاقى ترحيبا من جل الدول خاصة منها النامية. و تكمن مقاصد هذه اللجنة في:

- أ- إيجاد نوع من التنسيق و التوحيد التدريجي للقواعد القانونية ذات الصلة بالتجارة الدولية.
- ب- إعداد مشروعات لإتفاقيات دولية و قوانين نموذجية، و جمع المصطلحات التجارية و القواعد و العادات السائدة في مجال التجارة الدولية و نشرها بالتعاون مع المنظمات و الهيئات القائمة.
- ج- جمع المعلومات عن التشريعات التجارية الوطنية لإستخلاص الإتجاهات الحديثة في مجال قانون التجارة الدولية.
- د- تشجيع الدول على الإنضمام إلى الإتفاقيات الدولية القائمة، و على تبني القوانين الموحدة في مجال التجارة الدولية¹.

2- تأثير لجنة UNCITRAL في عقود الدولة:

بغض النظر عن إهتمام هذه اللجنة بموضوع عقود البيع التجاري الدولي، إلا أنها ركزت كذلك على موضوع له علاقة بفض النزاعات الإقتصادية و التجارية الدولية، و المتمثل في التحكيم التجاري الدولي، حيث وضعت عام 1976 قواعد التحكيم المعروفة بإسمها، كما أصدرت اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 21 حزيران 1985 و الذي يتصف بالشمولية و الدولية، و على إثره أصدرت عديد من الدول على غرار كندا، أستراليا، قبرص، نيجيريا قوانين جديدة للتحكيم، مستوحية بذلك معظم نصوصها من أحكام ذلك القانون النموذجي، و لعل من أبرز الدول العربية التي تأثرت بالقانون النموذجي للتحكيم هي جمهورية مصر العربية عندما هيأت عام 1986 مشروعا لقانون التحكيم التجاري الدولي، و في هذا الشأن يقول الأستاذ محسن شفيق: "إن اللجنة التي عهد إليها بوضع المشروع بذلت جهدا للإلتزام بالقانون النموذجي

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 169 و 170.

بقدر المستطاع حرصا منها على وضع تشريع التحكيم التجاري الدولي في مصر في ركب الإتجاهات العالمية الحديثة¹.

ثم قامت الأونسيترال بعد ذلك بتنظيم نوع من العقود الدولية، ألا و هو العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، حيث أصدرت اللجنة دليلا قانونيا لصياغة هذا النوع من العقود و ذلك بتاريخ أوت 1987، يهدف إلى مساعدة الطرفين في التفاوض و إعداد هذا النوع من العقود، كما يحدد المسائل القانونية التي تثار عنها و كذا السبل الملائمة التي يمكن الإلتجاء إليها من أجل حلها بما في ذلك التحكيم التجاري الدولي، بالإضافة إلى تكريسها لحرية الطرفين في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم².

و واصلت اللجنة عملها أينما إعتمدت بتاريخ 07 يوليو 2000 دليلا تشريعيًا بخصوص مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص، لتعد له أحكاما تشريعية نموذجية كإضافة له بتاريخ 11 يوليو 2003، و هذا في سبيل تقديم مساعدة للدول خاصة النامية منها و ذلك بتعزيز الإدارة الجيدة و وضع إطار قانوني مناسب لهذا النوع من المشاريع و بالتالي تحقيق أكبر قدر من الإستقرار الإقتصادي³.

و لعل هذه الأعمال التي باشرتها الأونسيترال، تعتبر بمثابة خطوة نحو توحيد الدول لإجراءات إبرام هذه العقود وكيفية إنشائها بما في ذلك القانون الحاكم لها و الجهات المثلى لتسوية نزاعاتها، كلما قامت هذه الدول بسن قوانين داخلية، و لعل هذا ما يفيد محاولة عولمة القواعد القانونية التي تسيّر العقود ذات الطابع الدولي و من ثم القضاء على الفروقات التشريعية المؤطرة لها.

الفرع الرابع:

آراء المحكمين الدوليين عامل مؤثر على النظام القانوني لعقد الدولة

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 341.

² الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، منشور في شبكة الإنترنت باللغة العربية على الموقع الإلكتروني التالي:
<https://uncitral.un.org/ar/library/publications>.

³ دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص و الأحكام التشريعية له، منشوران في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
<https://uncitral.un.org/ar/library/publications>.

صحيح أنه من بين الأسباب التي حفزت إلى تحقيق عولمة قانونية، هي الهيئات و اللجان الدولية المنبثقة عن هيئة الأمم المتحدة، بما في ذلك المؤسسات المالية و منظمة التجارة العالمية الذين كان لهم دور بارز في إرساء العولمة و الحرص على وضعها موضع التنفيذ. إلا أنه لا يخفى علينا أن التحكيم الدولي شكل أداة مثلى لبلوغ هذه الظاهرة¹، حيث أصبحت الحياة الإقتصادية في عصرنا هذا لا يمكن تصورها بدون تحكيم كما قال الأستاذ René David².

فقد لعب التحكيم التجاري الدولي دور فعال في تدويل النظام القانوني للعقود الدولية بصفة عامة، عند فصله في المنازعات الناشئة المرتبطة بها و ذلك بإعماله لقواعد قانونية لا تنتسب للأنظمة القانونية الوطنية، و هذا ما أعتبر بمثابة عولمة للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود³.

و هذا يتحقق بفضل اعتماد المحكم الدولي على ذهنه و عقله في إستنباط القواعد القانونية و تهيئتها، حتى يتمكن من القدرة على مواجهة الفروض التي تفرزها الحياة العملية، و كذا مواكبة ما تطرحه المتغيرات الإقتصادية و التجارية من مسائل. و دور المحكم هذا يتأرجح بين تضمن العقد لحلول قانونية واضحة و خلو العقد من هذه القواعد.

و لهذا يرى أغلبية الفقهاء أن مساهمة المحكم في إكتشاف القواعد القانونية، تزداد كلما إتضح نقص أو قصور في قانون التجارة الدولية، بينما تنقلص نسبة المساهمة عندما يشتمل هذا الأخير على قواعد قانونية تتلاءم مع الظروف الواقعية.

كما يتفق الشراح على أنه، متى كان وجود نقص يعترى القواعد القانونية في حل قضية ما، و جب على المحكم الدولي بسد تلك الثغرة عن طريق مكنة إستنباط القواعد القانونية بأسلوب متطور يقوم على البحث و التحري حول النقاط المعروضة. و هذا ما لا نجده عند القاضي الداخلي الذي تقيدده مجموعة من النصوص و التي لا تتيح له وسائل يستعين بها لحل مسائل معينة بخلاف القاضي الدولي الذي بمقدوره أن يبتكر قواعد تتماشى مع العدالة لتكملة النقائص

¹ د. محمد إبراهيم موسى ، مرجع سبق ذكره ، ص 99

² Franck Nicéphore YOUNGONE, ARBITRAGE COMERCIAL INTERNATIONAL ET DEVELOPPEMENT- Etude du cas des Etats de L'OHADA et du Mercosur-, DOCTORAT en DROIT, UNIVERSITE MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 11 septembre 2013, p04.

³ د. بن أحمد الحاج، العولمة الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص90 و 91.

التي تمس قواعد القانون الدولي، و هذا ما أكد عليه النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية عندما منح القاضي الدولي وسيلة إستخدام الذهن لإيجاد حلول ما حتى لا يعتبر منكر للعدالة.

و بما أن واقع العقود الدولية في تطور مستمر فليس بإمكان القواعد القانونية الوطنية الإلمام بها، و على هذا كان من البديهي أن يفسح المجال للمحكم الدولي للإجتهد من أجل تهيئة تلك القواعد حتى تتناغم مع مقتضيات التجارة الدولية¹.

و إن إستقصاء مثل هذه الحلول بالرجوع إلى عادات و أعراف التجارة الدولية، ليس نابع من إيمان المحكمين بها فقط، و إنما من مشرعي الدول أنفسهم، كون أنه من العسر أن تطبق قواعد قانونية لا تتفق مع طبيعة و نوعية القضايا التي تطرحها العلاقات الإقتصادية الدولية الحديثة².

¹ د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص من 100 إلى 106.

² د. بن احمد الحاج، العولمة الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 91.

المبحث الثاني:

الطرق و الوسائل المعتمدة من قبل المحكم في سبيل تطبيق القواعد عبر الدولية
على عقد الدولة

لقد حث الفقهاء بضرورة تدويل عقود الدولة كما سبق و أن رأينا، و ذلك بإخضاعها للقواعد الموضوعية عبر الدولية التي ترعرت في حضان مجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود. لكن يبقى السؤال المطروح هو متى يتم إعمال القواعد عبر الدولي أو ما هي المؤشرات يستهدي بها المحكم لتطبيقها، و كيفية إعمال هذه القواعد أو المنهج الذي يستخدمه المحكم لإعمالها؟

المطلب الأول:

الوسائل التي يستند إليها المحكم في سبيل تدويل القانون الواجب التطبيق على
عقد الدولة

لا يمكن تصور تدويل العقد دون تحديد وسائل مهياً لذلك الغرض، ولعل من بين القرائن التي يستخدمها المحكم لتدويل النظام القانوني هي دولية إجراءات التحكيم، الإشارة إلى مبادئ القانون الدولي من قبل الأطراف و الطبيعة الإتفاقية لهذه العقود الخاصة بالتنمية الإقتصادية¹، و هذه الدلائل الأخيرة أيدها جانب من الفقه* على أنها تؤدي إلى تدويل العقد.

¹ Gérard Cohen-Jonathan, L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen ; décision au fond du 19 janvier 1977, Annuaire français de droit international/Année 1977/Volume23/Numero1,p 459.

- * لقد كشف الفقيه الألماني بوكشيتجل Bokstiegel عن الحجج التي تؤدي إلى تدويل عقود الدولة و هي:
- أن يبرم الإتفاق في صورة إتفاقية دولية *traites international*.
 - أن يتولى إبرامها الدولة أو إحدى السلطات العامة التي يعطيها النظام القانوني الداخلي السلطة و الأهلية لإبرام الإتفاقيات.
 - أن ينتج الإتفاق إلتراما على عاتق الدولة المتعاقدة بأن لا تمارس بعض سلطاتها العامة، و من أهمها "تجميد التشريعات السارية وقت التعاقد على ما هي عليه من أحكام".
 - إختصاص قضاء التحكيم الدولي بنظر ما ينشأ بين الأطراف من منازعات نتيجة إخلال أحد الأطراف بالشروط المتفق عليها.
 - تضمين العقد صراحة أو ضمناً إرادة الأطراف في إستبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة من التطبيق على العقد و ما قد ينتج عنه من منازعات.

فالطرف الخاص الأجنبي المتعاقد يسعى إلى تضمين عقد الدولة شرط الثبات التشريعي، الذي كان إشارة لتدويل العقد من جانب الفقه، على أساس أنه يمنع الدولة من أن تجري أي تعديل على قانونها، و الشرط الثاني الذي إستند إليه الفقه للقول بتدويل العقد هو شرط إختيار المبادئ العامة في القانون الدولي للتطبيق على العقد، و أخيرا نظر هذا الفقه إلى شرط التحكيم المتضمن بالعقد، على إعتبار أن الأطراف لجؤوا إلى قضاء غريب عن قضائهم الوطني¹. فوفقا لهذا الإتجاه الفقهي، إن هذه العناصر تكشف إرادة المتعاقدين في تحية الإسناد لقانون وطني².

و قد ساهمت الآراء الفقهية في التأثير على قضاء التحكيم الدولي حول المنازعات الناشئة عن عقود الدولة من جهة، ذلك أن التأثير قد بلغ ذروته في تحكيم Texaco، إذ ارتأى المحكم أن العقد محل النزاع ما هو إلا عقدا مدولا Contrat internationalise، مما يرتب مسؤولية على عاتق الحكومة الليبية على نحو إعتبار أن العمل الذي قامت به من تأميمات أنه غير مشروع Illicite³. و من جهة أخرى واجه إنتقادات شديدة من جانب الفقه القانوني في الدول النامية بسبب عدم توافقه مع مصالح هذه الدول⁴.

الفرع الأول:

الطبيعة الدولية و المحايدة للتحكيم تقتضي تجنب إرتباطه بقانون وطني

لقد وضحنا أن الدولة عند تعاقدها مع طرف أجنبي خاص، فإن هذا الأخير لا يقبل الخضوع لإختصاص المحاكم الوطنية لهذه الدولة، كذلك هو الحال بالنسبة للدولة المتعاقدة، إذ ترفض الخضوع لمحاكم وطنية لدولة أخرى لتجنب الإعتداء على سيادتها. و من هنا برز التحكيم

و قد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك بان يعترفوا للمشروع الخاص الأجنبي ببعض من الشخصية المعنوية الدولية Personnalité international.

أنظر، د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا- دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي-، مرجع سبق ذكره، ص 252 و 253.

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 354.

² د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 277.

³ د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا- دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي-، مرجع سبق ذكره، ص 253 و 254.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 278.

وحظي بقبول الأطراف المتنازعة كون أنه محايد لا ينتمي إلى أي كفة من المتعاقدين¹. و لكن ما مدى تشكيله لوسيلة تؤدي إلى تدويل القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع عقد الدولة؟

أولاً: عرض فكره الفقهاء

إن شرط التحكيم يحدد النظام القانوني الذي ينبغي تطبيقه و أحياناً يتضمن العناصر التي قد تسهم في حل مشكلة طبيعة العقد مثل تحديد مكان التحكيم أو تخويل شخص أجنبي سلطة تعيين محكم مستقل في حالة عدم قدرة المحكمين العينيين في الإتفاق على إختياره، فعرض النزاع على السلطان القضائي لمحكمة معينة يعني قبول تلك المحكمة بعدها الحاكم للنزاع أي الرضا بالحكم الذي ينتج عنها، و من ثم فإن عرض النزاع على هيئة تحكيم يتضمن الترحيب بمثل هذا النظام القانوني و القرار الذي يتخذه المحكمون²، هذا من جهة، أما من ناحية أخرى، فلعل أن الطبيعة المميزة التي يتصف بها التحكيم الدولي بإعتباره قضاء مستقل عن القضاء الوطني أي خارجي، تحتاج إلى أن يطبق في أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون دولة معينة³.

و إستناداً لذلك فقد أجمع العديد من الفقهاء المساندين لمصالح الدول الغربية و شركاتها على غرار Luzzatto, Lew, Sammartano بأن دولية التحكيم التجاري الدولي تستدعي غالباً عدم إتصاله بأي نظام قانوني من الناحية الإجرائية (الخصومة) وبعض المرات من جهة القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، و لعل أن إستبعاد الصفة الوطنية عن إجراءات الخصومة قد يمهّد الطريق نحو تدويل القانون الواجب التطبيق على الموضوع⁴.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 620.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 176 و 177.

³ د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 73.

⁴ د. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص من 60 إلى

و على هذا النحو أكد جانب من الفقه: " أنه إذا كانت محاكم التحكيم التي تنشأ بموجب إتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار تنسب للمحاكم الدولية، فإن عليها أن تطبق قانون القاضي" ¹ .

كذلك بالنسبة لإتفاقية نيويورك المبرمة عام 1958 المتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها إلتمت صدى في تطبيقها من جانب القضاء المصري، حيث رأت محكمة الإسكندرية أن مجرد تضمين العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي شرط تحكيمي سيؤدي بالضرورة إلى تجنب النصوص الوطنية المتعارضة مع التطور المعاصر².

فإن القاعدة الفقهية تجيب بأنه من إتبع مسلك القضاء الوطني فإنه إختار قانونه، بينما من لجأ إلى قضاء التحكيم، فكأنما إختار القواعد السارية و المتعارف عليها و التي تكون في مجموعها نظاما قانونيا مستقلا عن نظم القوانين الداخلية³.

و في هذا الخصوص يرى "GOLDMAN" أن مجرد إضافة شرط تحكيم دولي، يعد عادة بمثابة إضافة أداة لتدويل العقد، و بالتالي إحالة ضمنية إلى المبادئ العامة و أعراف التجارة الدولية، حتى عند عدم الإتفاق على ذلك صراحة. و لا شك بأن هذا القول يذكرنا بالمبدأ الذي يشار إليه بالمصطلح اللاتيني "qui elegit arbitrum elegit ius"، بمعنى "من يختار المحكم يختار القانون"، أي يختار القواعد عبر الدولية بوصفها قانون إختصاص ذلك المحكم.

ثانيا: تدعيم أحكام التحكيم لهذا الإتجاه

و تأكيدا لهذا، و في " قضية سافير" أكد المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ CAVIN على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل التعاقدية، و بعد أن لاحظ أن العقد موضوع النزاع لم يتضمن أي تعيين صريح من قبل الطرفين، قرر أنه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني الأكثر ملائمة وفقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف و خصوصا المؤشرات الكامنة في العقد. و بالرغم من أن المحكم قد

¹ أ.د. بقنيش عثمان و د. بلحسان هوري، مرجع سبق ذكره، ص58.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، مرجع سبق ذكره، ص145.

³ أ. سعد الدين أمجد، مرجع سبق ذكره، ص130.

أوضح أن كل من ضابط محل إبرام العقد و تنفيذه يشهدان لصالح تطبيق القانون الإيراني¹، إلا أنه ذهب إلى تفسير وجود شرط التحكيم على أنه بمثابة إرادة الأطراف المفترضة في تدويل العقد، فإذا كان لا يمكن إستنباط أي حل ايجابي من شرط التحكيم، فمع ذلك فإن هذا الشرط يعد قرينة سلبية، تفيد رفض الأعمال المانع و القاصر للقانون الإيراني².

و كذلك في " تحكيم تكساكو " إستند المحكم إلى طريقة تعيينه و الإتفاق على الرجوع إلى رئيس محكمة العدل الدولية لإختياره عند فشل الأطراف للقول أن أطراف العقد أرادوا وضع مؤسسة التحكيم تحت مظلة الأمم المتحدة، و بالتالي فإن القانون الذي يحكم هذه المؤسسة هو القانون الدولي³. و في سبيل تدعيم رأيه هذا نص بأن إدراج شرط في العقد ينص على أن المنازعات المحتملة التي يمكن أن تثور بمناسبة تفسير و تنفيذ العقد تكون خاضعة للتحكيم يؤدي إلى تدويل العقد، فمثل هذا الشرط له مدلول مزدوج: فمن ناحية يكون التحكيم خاضعا للقانون الدولي، و من ناحية أخرى، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فإن إدراج هذا الشرط يحتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي⁴.

و في نزاع آخر بين شركة CDSE و حكومة كوستاريكا مسجل بتاريخ 1996/03/22 أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار حيث خلى العقد من إتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فطالبت كوستاريكا بتطبيق قواعد و مبادئ القانون الدولي إستنتاجا من خلال موافقة الحكومة على طلب التحكيم⁵.

ثالثا: تقييم مدى تدويل القانون الواجب التطبيق بمجرد اللجوء إلى التحكيم

صحيح أن هذا المذهب الذي إعتمده التحكيمات السابقة وجد له صدى في بعض أحكام التحكيم و جانب من الفقه و لاسيما الأستاذ Mann الذي ذهب إلى أن وجود شرط التحكيم يفيد في تدويل العقد و ذلك في مقالته المنشورة في B.Y.B.I.L و كذا في دراساته، إلا أنه تراجع

¹ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص114.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص621.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص365 و 366.

⁴ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص131.

⁵ أ.د. فوزي قدور نعيمي و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص19.

عن ذلك في المناقشات الخاصة بمجمع القانون الدولي بشأن العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، حيث أبرز انه لا يمكن إستخلاص أي نتيجة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد من خلال وجود لشرط تحكيمي¹.

و قد مضت الإشارة إلى إستقرار قضاء التحكيم الإقتصادي الدولي على أن مجرد الإتفاق على اللجوء إليه لا يشكل في حد ذاته دليلا ضمنيا على تطبيق القواعد عبر الدولية، و إن شكل قرينة يجوز إن إجتمعت مع غيرها على ذات المعنى أن تدل على مثل ذلك الإتفاق، كما هو الحال في التراضي على اللجوء إلى تحكيم أحد المنظمات الدائمة المتخصصة، مع عدم ذكر القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و الإعثناء بتشكيل هيئة التحكيم من متخصصين في مجال المعاملة فالراجح أن يدل ذلك على الإتفاق الضمني للأطراف في تطبيق قانون المهنة².

و لعل معاهدة واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار أكدت أنها لم تجعل من شرط التحكيم وسيلة لتدويل العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي³.

حيث أن المادة 42 من اتفاقية CIRDI⁴ كانت صريحة في نصها على أن: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من الأطراف، و في حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة... "

فإذا كان شرط التحكيم لا يشكل دليل على إنصراف نية الأطراف إلى تدويل العقد. فهل هناك شروط أخرى تثبت ذلك؟

الفرع الثاني:

الشروط الإتفاقية مؤثر يساهم (تجميد قانون العقد في الزمان) la

pétrification de la loi du contrat dans le temps في تدويل النظام

القانوني لعقود الدولة

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 622.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 440.

³ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 624.

⁴ إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المادة 42.

أولاً: مفهوم شرط الثبات التشريعي

لعل أن التطور السريع في منازعات عقود الدولة كان نتيجة التفتيحات التشريعية المستمرة من طرف الدولة المتعاقدة و التي تؤثر على العقد المبرم، و لعل من أبرز صور التعديلات هي التأميمات و ما ينتج عنها من حالات نزع الملكية من جهة، و المصادرة غير المباشرة من جهة أخرى¹. لذلك بات من الضروري تحديد التوقعات القانونية المحمية للمستثمر، و يمكن توفير هذه الحماية من خلال توفير إستقرار البيئة القانونية و الإقتصادية².

1- تعريف شرط الثبات التشريعي أو عدم المساس*:

يقصد بشرط الثبات التشريعي، ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي³، فقد اخذ مفهوم هذا الشرط نصيبه لدى عديد من الفقهاء و منهم P.Weil الذي عرفه علة النحو الآتي:

"clause inséré dans un contrat d'état qui gèle la législation de l'état d'accueil au jour de la conclusion du contrat. cette clause protège les investisseurs contre l'alea législatif"⁴.

و الحكمة من هذا الشرط الذي يتم تضمينه في عقد الدولة هو العمل على وقف التعديلات التشريعية التي تباشرها الدولة المتعاقدة و التي قد تفقد التوازن العقدي قواه، و لعل هذا ما يصب في صالح الشخص الأجنبي المتعاقد معها⁵.

و تجب الإشارة إلى أنه في أول مرة تم تضمين عقد دولة شرط ثبات تشريعي، كان في سنة 1933م و ذلك في عقد الإمتياز المبرم بين إيران و الشركة الانجليزية Anglo-Iranian، حيث

¹ Julien Gazala, La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international, Revue internationale de droit économique, 2009/1, p 06.

² Julien Gazala , op.cit , p 24

* A more cautious approach is taken where the law of the host stats is chosensubject to a stabilization or intangibility clause, designed to protect the contract from subsequent changes in the law.

Voyer : Christophe H.Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler, Op.Cit, p 559.

³ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص132.

⁴ Philippe Chrestia, Relations Internationales, Studyrama, France, 2004, p 64.

⁵ د. سوسن صافي صالح، مرجع سبق ذكره، ص 128

نصت المادة 21 منه على أنه: " لا يجوز إلغاء العقد، أو تعديله بتشريع عام أو خاص، أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية"¹.

و ضرب الفقه مثالا على المغزى من وضع هذا الشرط في عقد الأشغال الدولي، حيث قامت دولة بإبرام عقد مع شركة أجنبية بغية إنشاء خط أنابيب بترول و مصنعا لتكرير الإنتاج، و أثناء قيام الشركة بمباشرة أعمالها، قامت تلك الدولة بتغيير خططها الإقتصادية و أصدرت قوانين و مراسيم تهدف لإنهاء التعاقد، أو ربما قامت بتعديل بعض القوانين بغرض تحقيق الصالح العام. إلا أنه من المؤكد أن النتائج التي قد تحدث من وراء الإجراء التي لجأت إليه الدولة، ستكون سلبية و وخيمة و ليست مرضية إطلاقا بالنسبة للشركة².

لذلك، إن الهدف من وراء إدراج هذا الشرط، يكمن في ضمان التوازن العقدي و إستقرار العلاقة العقدية بين الدولة و الطرف المتعاقد، و هذا من خلال إيجاد نوع من التسوية بين إمتيازات السيادة و حاجة الشخص أو الفرد إلى إستقرار الأوضاع التشريعية³.

2- صور شرط الثبات التشريعي:

إن التحليل الفني لهذه الشروط يقتضي تصنيفها إلى شروط تعاقدية توضع من قبل أطراف عقد الدولة، و أخرى تشريعية توضع من قبل الدولة المتعاقدة راجية من ذلك تلطيف جو الإستثمار خاصة و أن تلك الشروط تعتبر جد مطمأنة للأطراف الأجنبية الخاصة، و التي كثيرا ما تود الدخول في علاقات إستثمارية مع تلك الدول و التي كثيرا ما تكون سائرة اتجاه طريق النمو، و هذا ما نسعى لتبيناه:

أ- شروط تعاقدية (إتفاقية) :

¹ د. محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، مرجع سبق ذكره، ص151.

² د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون الإقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، مرجع سبق ذكره، ص322 و 323.

³ د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص108.

معنى الشروط التعاقدية هو البنود التي تدرج في فحوى العقد نفسه، و التي تنص صراحة على أن القانون الذي كان مطبق أثناء إبرام العقد يظل ساريا إلى غاية انتهاء مدة العقد، و لا يجب تعديله تزامنا مع مدة الإتفاق إلا برضا الطرف الأجنبي¹.

فقد أكد مجمع القانون الدولي على إمكانية التثبيت الزمني لقانون العقد و ذلك في دورة إنعقاده بمدينة "بال" السويسرية عام 1991م عند بحثه في مشكلة قانون الإرادة في العقود الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاصة و الدولة، حيث نصت المادة الثامنة على أنه: "إذا إتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود و النافذ لحظة إبرام العقد، فتتطبق أحكامه كشرط مادية مندمجة في العقد. و مع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو أمر العقود السارية، و جب تطبيق تلك القواعد"².

و من بين العقود والإتفاقيات التي نصت على هذه الشروط نجد الإتفاق المبرم بين الحكومة الأندونيسية وشركة freeportindonesiat في 07 ابريل 1967 م بحيث نصت المادة 14منه على أنه: (تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الأندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طوال مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الإتفاقية...)³.

أضف إلى ذلك العقد المبرم بين دولة الكامرون و إحدى الشركات المتخصصة في البحث عن البترول و إستغلاله، حيث نصت المادة 15 منه على أنه لا يمكن تطبيق التعديلات القانونية على أحكام العقد دون الموافقة المسبقة للشركة⁴.

كذلك وجد صدى شرط الإستقرار في العقود التي أجرتها مؤخرا جمهورية غينيا مع شركة Atlantic Triton سنة 1981م، حيث نصت المادة 14 من العقد على أنه⁵ :

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص133.

² د. بن أحمد حاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص193 و 194.

³ د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص157.

⁴ أ. سعد الدين أحمد، مرجع سبق ذكره، ص50.

⁵ Christophe H.Schreuer , Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler , Op.Cit , p 559.

"the term law in the present agreement refers to ghinean law. However , ghinean law will be applicable only insofar as it is not incompatible with the terms of the present agreement, and where it is not more restrictive than the law in force at the date of entry into force of the present agreement".

و نفس الشرط أي شرط الاستقرار كان مكرس قبل عشر سنوات من العقد المشار عليه أعلاه، و قبل حدوث قضية MINE v.Ghinea بتاريخ 1971م، حيث نصت الفقرة الأولى من البند الثالث عشر على أنه¹ :

"La loi de la présente Convention sera La Loi de la République de Génie en vigueur a la date de signature.sous réserve des dispositions du présent article13 "

هذا بالنسبة للعقود أما بالنسبة للإتفاقيات فقد نصت المادة 26 من إتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ 23 ماي 1969 على أنه:

"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith²."

بمعنى أنه كل معاهدة معمول بها، يرتبط الأطراف و يلتزمون بها و عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية، فهذا يعني أن كلا الطرفين يكونا ملزمين بالإتفاق المبرم بينهما و من الطبيعي أن يكون شرط الثبات من ضمن الإتفاق، و كل من يخل بذلك يتعرض للمساءلة.

ب- شروط تشريعية :

إن هذا الشرط الذي يهدف إلى استقرار البيئة القانونية بين المستثمر و البلد المضيف لا يتم إدراجه في العقد فقط ، ففي بعض الحالات نجده مكرس في التشريعات الخاصة بالدول³، فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه في القانون 09/16 المتعلق بترقية

¹ Christophe H.Schreuer , Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler , Op.Cit , p 559.

² نص إتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات 23 ماي 1969، منشورة في شبكة الإنترنت باللغة الانجليزية على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

³ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص132.

الإستثمارات¹، في الفصل الرابع المتعلق بالضمانات الممنوحة للإستثمارات* و في المادة 22 بأنه: " لا تسري الثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

كما و يتضمن هذا الشرط معاني متباينة²، فتارة يقضي بأن القوانين الجديدة التي تصدرها الدولة المضيفة بعد إبرام العقد لا تسري على المتعاقد الأجنبي ما لم يوافق على ذلك صراحة، و أحيانا يتم إخضاع العقد لقانون دولة محايدة في فترة محددة. ويطبق في مجالات عديدة من بينها الأموال و الممتلكات، و مثال ذلك الشرط الذي كان بين جمهورية غانا و شركة أجنبية سنة 1962م الذي نص على أن: " الإدارة لا تسترجع أو لا تنزع الملكية و لا تسمح بإسترجاع أو نزع ملكية الأصول (المنقولة أو غيرها) للمؤسسة المستخدمة في العملية وفقا لنصوص العقد...، ولا أعمال أو مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها أشخاص من المؤسسة..."، كذلك نجد هذا الشرط في القوانين التي تنظم الضرائب و الرسوم و الذي يهدف هنا إلى إستقرار الوظيفة الضريبية³.

ثانيا: موقف أحكام التحكيم إتجاه شرط الثبات التشريعي

فقد ذهب بعض أحكام التحكيم إلى أن إدراج شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد يظهر نية على إتجاه الأطراف إلى تدويل العقد، فهذه الشروط نظرا لاتصالها بممارسة

¹ قانون رقم 09/16، مؤرخ 29 شوال عام 1437هـ 03 أوت 2016م، متعلق بترقية الإستثمار، معدل بقانون رقم 13-18، المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2018، مرجع سبق ذكره، ص22.

* يعد شرط الثبات التشريعي من الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، و يتضمن هذا المبدأ كما سبق الذكر أنه يجب على الدولة احترام نصوصها القانونية و التنظيمية المتعلقة بالإستثمارات التي تم إنجازها داخل التراب الوطني و خاصة هذه الإستثمارات تكون في مجال الطاقة في عقود البترول و عقود الإمتياز، لذا و جب على الدولة عدم إدخال تغييرات أو تعديلات عليها إلا إذا كان هذا بطلب من المستثمر في حد ذاته، لأن اتخاذ هذا الإجراء يعد تعطيلاً مؤقتاً مرغوب فيه من قبل الدولة بإعتبارها صاحبة سيادة في ممارسة صلاحياتها الدستورية. أنظر، د. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو ، 2005 - 2006م، ص48.

² د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 356.

³ أ. شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، 2007-2008م، ص88 و89.

الدولة لسيادتها يترتب عليها تقييد تلك السيادة، إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و الذي بمقتضاه تعد الدولة ملزمة بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقها. فقد تمسك المحكم في قضية SAPHIRE بهذا المذهب و إعتبر أن توفر بعض الشروط في العقد كشروط الثبات و عدم المساس يعتبر بمثابة اختيار ضمنى للقانون الدولي¹.

كما إرتأت محكمة تحكيم Aramco في نفس هذا السياق، أن عقد الإمتياز قد تضمن لشروط تمنح للمتعاقد معها حقوق يتمتع على الدولة أن تسحبها منه قبل إنتهاء العقد، أي لا يمكن مساسها عن طريق تعديلها أو سحبها². و إذا كان هذا التحكيم لم يصل مبتغى القول أن بمجرد وجود شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى تدويله، فإن تحكيم تكساكو قد تبنى هذا النظر على نحو ما سنتطرق إليه.

حيث تصدى المحكم ديبوي قبل أن يتخذ حكمه في قضية تكساكو للعديد من المسائل القانونية المهمة منها مسألة صحة شرط الثبات التشريعي، حيث رأى بأنه يجب تحقيق نوع من الثبات في العلاقة التعاقدية، فالمستثمر الأجنبي يجب حمايته من المخاطر التشريعية أي الناجمة عن التعديل في القانون الوطني للدولة المضيفة أو الإجراءات الحكومية، فهنا يأتي دور شرط الثبات في إستبعاد العقد كلياً أو جزئياً عن القانون الوطني و إخضاعه إما لقواعد قانونية خاصة أو القانون الدولي. و أخيراً فقد حدد المحكم المقصود بتدويل العقود محل النزاع مبيناً أن القول بأن القانون الدولي هو الذي يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدولة و الشخص الخاص الأجنبي لا يعني مطلقاً أن الشخص الخاص قد أصبح مشبهاً بالدولة و لا يعني أن العقد المبرم بينهما أصبح معاهدة بل أن الشخص الخاص لا يتمتع إلا بصلاحيات محدودة مخصصة لأغراض معينة. حيث يتطابق هذا التفسير مع الرأي الإستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 11 أبريل 1949م الذي ينص على أن: " أشخاص القانون في نظام قانوني معين ليسوا متماثلين من حيث طبيعة أو نطاق حقوقهم و تتوقف طبيعتها على حاجات الجماعة " ³.

ثالثاً: تقييم الفكرة

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص142.

² د. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص626.

³ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 132

صحيح أن طول المدة المخصصة بالنسبة لعقود الدولة تفرض التعاون بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها، و الإعراف بالمسؤوليات الواسعة التي تقع على عاتق المستثمر. لذلك بات من الضروري تضمين هذه العقود ضمانات تعاقدية للحفاظ على الإستقرار من مخاطر التغييرات التشريعية و على وجه الخصوص التي تمس بالعقد. و لكن هل تشكل هذه الخصائص في حد ذاتها عنصر للتدويل؟

من الصعب القول أن هذه الشروط تعد معيار كاف للتدويل النظام القانوني لعقد الدولة. فإن هذه الشروط يمكن أن توضع في عقد داخلي فهي تهدف إلى تحقيق توازن عقدي بين الأطراف. ففي قضية القروض الصربية البرازيلية فإن هذه الأخيرة تضمنت شرط إستقرار قوانين الضرائب و هذه الضمانات يمكن إعتبارها فعالة في مجال تدويل العقد أي إكسابه الصفة الدولية فقط دون تعديها إلى تدويل النظام القانوني له¹.

هذا من جهة، أما من ناحية أخرى فيرى جانب من الفقه أن تفسير هذه الشروط بأنها تؤدي إلى تقييد سيادة الدولة الداخلية و الخارجية أمر مخالف، كون أن السلطة التشريعية لا يمكنها تقييد يد المشرع عن إصدار قوانين جديد حتى و إن كانت تمس بالعقد المبرم مع الطرف الأجنبي إن إقتضت الضرورة لذلك. ففي قضية *Revere Copper V.O.P.I.C*، قد إلتزمت حكومة جامايكا في العقد المبرم بينها و بين شركة *Revere Copper* بعدم زيادة الضرائب السنوية على العمليات أو المطالبة بإتاوات أكبر المتفق بشأنها في المواد 12، 13 من الإتفاق المنعقد في 10 مارس 1967م، و مع هذا لم تمتثل جامايكا لهذه الشروط و بررت موقفها بأنه كيف لحكومة مع تعهدا لأشخاص خاصة أجنبية أن يحرمها من ممارسة سيادتها على مواردها الطبيعية كلما دعت الحاجة إلى ذلك².

و عبرت الدكتورة سامية راشد عن موقفها حول فكرة "تثبيت العلاقة العقدية او تجميدها على نحو ما هو قائم وقت التعاقد" بأنه من الصعب تبريرها في ظل المفهوم الذي يقضي بأنه مادامت العلاقة قد تركزت في إطار نظام قانوني معين فتسري بأثر مباشر التعديلات التي تطرأ على أحكامه.

¹ Gérard Cohen-Jonathan, op.cit, p 466.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 627 و 628.

و عليه رأيت بأن هذه المسألة الجوهرية تمثل نقطة البداية الفلسفية في نقد الإتجاهات غير المؤسسة علميا للإلحراف بعقود الدولة الى متهات تخدم أغراضا سياسية على حساب الدقة القانونية¹.

فما يمكن أن نستنتج من هذه الشروط المتعلقة بالثبات التشريعي، هو أن هذه الأخيرة يمكن أن تكون مجدية في إصباغ الصفة الدولية للعقد فقط، دون إمتدادها إلى تدويل القانون الواجب التطبيق عليه.

الفرع الثالث:

شرط القانون الواجب التطبيق (الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون)

سنعرض في هذا الفرع رأي الفقه بخصوص ان الاشارة للمبادئ العامة للقانون في العقد هي بمثابة قرينة للمحكم من اجل تطبيق قانون عبر دولي، و من ثم نحاول تقييم هذه الفكرة:

أولاً: عرض رأي الفقه الذي يعتبر الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون بمثابة

تدويل للعقد

لقد إعتبر الأستاذ Prosper Weil أن الإشارة الصريحة إلى المبادئ العامة للقانون من قبل أطراف عقود الدولة تختلف صياغتها من عقد لآخر، فأحيانا تدرج على نحو المبادئ العامة للقانون و تارة مبادئ القانون و في بعض الحالات المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة، و حقيقة الأمر أنها تعبر عن مضمون واحد².

فإتخذ جانب كبير من الفقه و خاصة الغربي منه المساند للشركات العملاقة شرط القانون الواجب التطبيق كوسيلة لتدويل عقود الدولة، و ذلك من خلال الإشارة الصريحة إلى المبادئ العامة للقانون و إلى مبادئ العدالة و الإنصاف. و تم إرساء هذه الفكرة عمليا في العديد من أحكام التحكيم، ولعل تحكيم تكساكو من أبرز الأحكام التحكيمية تأييدا لهذا المنطق، حيث إستند المحكم في هذه القضية إلى نص المادة 28 من عقود الإمتياز و التي وردت في المرسوم الليبي

¹ أ.د.سامية راشد، مرجع سبق ذكره، ص 14.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 599.

الذي صدر في 22 نوفمبر 1965 م على أن: " يخضع الإمتياز الحالي في تفسيره و تنفيذه لمبادئ التشريع الليبي المتعلقة مع مبادئ القانون الدولي و في حالة غياب هذه المبادئ المشتركة، فيتم ذلك بموجب المبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة المطبقة من قبل القضاء الدولي"¹.

و في سبيل تدعيم رأيه هذا أشار المحكم إلى أن هناك العديد من عقود الدولة تضمنت النص على المبادئ العامة للقانون*، و أن قضاء التحكيم الدولي قد أكد على أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعد دائما معيارا كافيا لتدويل العقد، و أن اللجوء إلى هذه المبادئ لا يتم فقط عندما يكون القانون الداخلي للدولة المتعاقدة غير ملائم في مجال البترول، فالقانون الإيراني على سبيل المثال يعد ملائم لإمتيازات البترول، و مع ذلك فإن العقود المبرمة بواسطة إيران تشير في غالب الأحوال إلى المبادئ العامة كونها تفسر حماية المتعاقد الخاص الأجنبي ضد التعديلات التي تدخلها الدولة المتعاقدة على تشريعها بإرادتها المنفردة².

إن هذه المبادئ النابعة من الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود الدولة تم الإشارة إليها من محكمة التحكيم في الإتفاق المبرم بين الكويت و شركة أمينويل الكويتية عام 1973م و الذي تضمن نصا يقضي أن تقوم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة على أساس مبدأ حسن النية و يتم تنفيذ العقد و تفسيره وفق المبادئ المشتركة في قانون دولة الكويت و قانون ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية، و إلا بناء على المبادئ القانونية المعترف بها من الأمم المتمدينة³.

¹ د. هاني محمود حمزة ، مرجع سبق ذكره، ص 360 و 361.

*من بين عقود الدولة التي نصت صراحة على تطبيق المبادئ العامة للقانون هي: العقد بين إيران و أجيوب منيراريا بتاريخ 1954/8/24(المادة 40)، و الإتفاق بين إيران و الكونسرتيوم في 1954/9/19(المادة 46)، و العقد بين الكويت و كويت شل بتروليوم كومباني في 1961/1/15(المادة 35) و بينها و بين شركة البترول العربية في 1958/7/5(المادة 39) و العقد بين مصر و بان أمريكيان في 1963/10/23(المادة 42).

أنظر، د. هاني محمود حمزة، مرجع نفسه، ص 360.

² د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 130.

³ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع نفسه، ص 140.

فإن هذه الشروط أعطت لهيئة محكمة التحكيم قدر واسع من السلطة التقديرية في إختيارها للقانون الواجب التطبيق، حيث إعتبر Philippe Kahn أن هذه الصيغ المدرجة في العقد، تمهد الطريق نحو تطبيق قانون يستجيب للعلاقات الدولية الإقتصادية الحديثة¹.

و إذا كانت المادة 28 من عقد الإمتياز المبرم بين الحكومة الليبية و الشركة قد أشار إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون بصفة إحتياطية على العقد، فالأبعد من ذلك أن بعض التحكيمات الأخرى تم تطبيق هذه القواعد دون إشارة إليها، و مثال ذلك حكم التحكيم الصادر في 1966م برئاسة Paul Guggenheim في المنازعة التي حدثت بين اليونان و بعض الشركات العاملة في مجال الكهرباء، حيث فصل المحكم طبق المبادئ العامة في القانون.

و نفس الشيء بالنسبة لتحكيم Lean Golfields* الصادر في 1930م²، حيث حصل إتفاق بين حكومة سوفيتية و شركة بريطانية على أن تقوم هذه الأخيرة بضخ مبالغ كبيرة من أجل إستخراج الذهب في مناجم بالإتحاد السوفيتي، و أثناء تنفيذ العقد شب خلاف بين الطرفين سببه هو تغيير النظام الإقتصادي السوفيتي، أينما إستولى الطرف العام على أموال الشركة، و بينما كان القانون الروسي هو الواجب التطبيق حسب نص المادة 75 من عقد الدولة، إستبدت هيئة التحكيم قواعد القانون الروسي من الأعمال في كثير من أجزاء العقد، و إستبدلتها بالمبادئ العامة للقانون خاصة منها مبدأ الإثراء بلا سبب، و الذي أسس عليه المحكمين قرارهم الذي نص بأن العمل الذي أجرته الحكومة هو تصرف مخالف لبنود العقد، و من تم القضاء بتعويض الشركة البريطانية، بينما تم تطبيق قانون الإرادة أي القانون الروسي في الجانب المتعلق بإجراءات التنفيذ دون سواه³.

¹ Geneviève Burdeau, Droit International et contrats d'états- La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982, Annuaire Français de Droit International/Année 1982/28/, p 457.

*Dans l'affaire Lena Golfields, concernant un accord de concession minière pare le biais duquel l'Union Soviétique avait octroyé des droits d'exploration et d'exploitation exclusifs à la société Lena Goldfields sur de vastes parties du territoire soviétique, les arbitres ont franchis un pas important dans l'internationalisation du droit applicable au contrat. En effet, le tribunal a accueilli l'argument du concessionnaire selon lequel les lois de l'Union Soviétique gouvernent uniquement les matières qui relèvent de la compétence domestique de l'URSS, pour toute autre matière, ce sont les principes généraux du droit qui constituent la loi applicable au contrat.

Voyer l'affaire dans ce site : <http://iclj.oxfordjournals.org/content/vol47/issue4/index.dtl> .

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 606.

³ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق

ذكره، ص 315 و 316.

كذلك في قضية بين حكومة إثيوبيا و شركة RIALET عام 1929م، عندما جاء العقد صامت بشأن القانون الواجب التطبيق، فتم تطبيق المبادئ العامة للقانون بالإضافة إلى مبادئ القانون الأوروبي، حيث رأت محكمة التحكيم أن عدم تعيين الأطراف لقانون معين يشكل دليل لـرغبتهم في تجاهل القانون الوطني و اللجوء إلى مبادئ العدل و الإنصاف و حسن النية¹.

هذا بالنسبة لعدم الإشارة للمبادئ العامة للقانون في العقد. إلا أن هناك حالات تحكيمية أخرى بالنسبة لمنازعات عقود الدولة تم تطبيق فيها المبادئ العامة للقانون بالرغم من تضمين الأطراف لقانون في شرط التحكيم يخلو من الإشارة إلى تلك المبادئ، و هذا ما اشرنا إليه في تحكيم أرامكو الذي تطرقنا إليه².

و على هذا الأساس قد يرفع شرط القانون الواجب التطبيق Clause of Applicable Law من مستوى العقد إلى مستوى المعاهدة و بالتالي يخضع للمبادئ العامة للقانون الدولي العام. غير أنه لا يوجد نظام واضح حول الطريقة التي يتم من خلالها تحديد هذا القانون، رغم أن الأطراف لديهم الحرية في إختيار نظام قانوني حيادي ليحكم العقد، و القانون الذي ينبغي تطبيقه - وفق أصحاب هذا الرأي - هو قانون البلد المضيف³.

ثانيا: تقييم الفكرة

إن إشارة الأطراف المتعاقدة إلى المبادئ العامة للقانون دون إرفاقها بأي نظام قانوني آخر، لا ينبغي تفسيره من المحكم بأن الدولة و الشخص الأجنبي قصدوا تدويل العقد، و هذا ما حدث مع المحكم Dupuy في تحكيم تكساكو الذي سبق و أن أشرنا إليه، حيث إعتبر هذا الأخير أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعتبر بمثابة معيار كافي لتدويل العقد، و هذا غير عقلاني كون أن أطراف عقد الدولة لم تدرج المبادئ العامة على نحو واضح، كأن تختار مثلا أحد الصيغ المتعارف عليها المؤدية لتدويل العقد و التي من أمثلتها النص على المبادئ العامة

¹ Gérard Cohen-Jonathan, op.cit, p 460.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 606.

³ د. إيهاب عمرو، مرجع سبق ذكره، ص 32.

المنصوص عليها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أو المبادئ العام المطبقة بواسطة المحاكم الدولية¹.

و في هذا الخصوص قلل الأستاذ Delaume من الشروط التي توضع في عقود الدولة مثل المبادئ العامة أو قواعد الإنصاف أو حسن النية على أنها تنبيهات للمحكم من أجل تدويل النظام القانوني للعقد، بل رأى أن هذه الشروط يفهم منها تكملة الاتفاق كلما القانون الوطني للدولة المتعاقدة غير ملائم لها بدرجة كبيرة.

و على هذا الأساس يفضل أطراف عقود الدولة أن يضعوا تلك المبادئ إلى جنب القانون الذي حدده ليطبق على موضوع النزاع، و مثال هذا هو نص المادة 75 من عقد إمتياز البترول المبرم بين دولة ليبيريا و Frontier Liberia Oil Cy و الموقع سنة 1969 و الذي أقر بأن: " يطبق المحكمون في المقام الأول قوانين ليبيريا، مع حقهم في الاستناد إلى المبادئ العامة المعترف بها بين الأمم و أيضا اعتبارات الإنصاف ".

فنستخلص أن شرط القانون الواجب التطبيق بما يحتويه من مبادئ عامة و حسن نية و قواعد الإنصاف و العدالة، لا يفيد بالضرورة تجاهل القانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف، لأنه لو كان الأمر كذلك، فما الدافع الذي يمنع الدولة و الشركة الأجنبية من الإشارة الصريحة للقواعد القانونية ذات الطابع الدولي إذا ما رغبوا في تطبيقها على عقدهم، بدلا من الإكتفاء بالتلميح إلى تلك القواعد².

فلا شك أن هذه الشروط غالبا ما تأتي مقترنة بقانون آخر و هو القانون الأصلي الذي ينبغي تطبيقه على موضوع نزاع العقد، و ذلك نظرا لعلم الأطراف بعدم كفاية القانون المختار بإيجاد حل شامل لموضوع النزاع³.

إذن، فإن الادعاء بأن مبادئ حسن النية، و الثقة المتبادلة، و التفسير المعقول الملمح بها في العقد يستأنس بها المحكم رغبة الأطراف في تحرير العقد من قانون داخلي، أمر غير مقبول من ناحية المنطق، فليس سهلا أن يتم تفسير هذا الشرط بأنه يهدي برغبة الأطراف لتدويل العقد¹.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 608 و 609.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع نفسه، ص 617 و 619.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 364.

المطلب الثاني:

منهج المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية

يقول الفقيه LOQUIN أنه: " إذا كان التحكيم سفينة فإنها لا تتمتع بمرسى قانوني". فقد إنعكس إستقلال التحكيم الاقتصادي الدولي على منهج المحكم في هذا المقام و منهج التنازع الساري في أحد الأنظمة القانونية الداخلية إلى مفهوم غير تقليدي، يمنح المحكم منهجا مستقلا في هذا الشأن، حيث أصبح المحكم الدولي متمتعا بسلطة تطبيق القواعد عبر دولية².

هذا و قد ثار جدل واسع بين الفقهاء حول أساس تطبيق القواعد عبر الدولية أو قانون التجارة الدولية أمام المحكمين، فهل تنطبق هذه القواعد الموضوعية أمام المحكمين بصفة مباشرة لما لها من قوة سريان ذاتي؟ أم أن إنطباق هذه القواعد لا يحدث إلا في حالة ما إذا أشارت بذلك قواعد تنازع القوانين؟

الفرع الأول:

تطبيق القواعد عبر الدولية بواسطة منهج التنازع

يقر نفر من الفقه أن القواعد عبر الدولية لا يتم إعمالها من قبل المحكمين دون الإعتماد على منهج التنازع³. و لما كانت عقود الدولة تتميز بطابعها الدولي فإن قاعدة الإسناد المقررة بخصوصها هي خضوعها لقانون الإرادة⁴. لكن المشكلة تكمن في إعتماد المحكم على منهج تنازعي معمول به في أحد الأنظمة القانونية الداخلية أم عدم إلتزامه بذلك على إعتبار أن التحكيم التجاري الدولي مستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية، و لعل هذا ما شكل إنقسام في إعمال القواعد عبر الدولية بناء على منهج التنازع، فمنهم من نادى بأنها لا تطبق إلا عن طريق منهج

¹ د. مجدى دسوقي، تدويل الطول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2012م، ص152.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص444 و 445.

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص251.

⁴ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للاتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص251.

التنازع المقيد أو غير المستقل، و منهم من رأى بأن إعمالها يكون بمنهج تنازعي مستقل¹. و هذا ما سنتطرق إليه على النحو الآتي:

أولاً: منهج التنازع المقيد

إن المقصود من المنهج التنازعي المقيد (غير المستقل) وفق أنصار هذا المذهب، هو قيام المحكم الدولي بتحديد القانون الواجب التطبيق بناء على منهج التنازع الساري في أحد الأنظمة القانونية الداخلية. لكن سرعان ما اختلفوا حول ضابط تحديد النظام القانوني الذي يستمد منه المحكم الدولي منهجه في التنازع.

ففي البداية تم تحديد الضابط القانوني بدولة مقر التحكيم، أي تقييد المحكم بمنهج التنازع الساري في مقر إجراء العملية التحكيمية، لكن تلت هذه الفكرة إنتقادات حادة بسبب الصعوبات التي تعترض تحديد مكان التحكيم في بعض الحالات، و إن كان تحديده يسيرا فإنه يكون عنصر عارضا في معظم الأوقات، بمعنى ليس له صلة حقيقية بموضوع النزاع.

لذلك حاول الإتجاه تطوير ضوابط قانونية ملائمة، و تجسد ذلك بإمداد المحكم حرية تحديد نظام التنازع الداخلي الأكثر ارتباطا بالتحكيم و ذلك بالإستئارة إلى جنسية المحكم أو الجنسية المشتركة للأطراف أو دولة تركيز العقد. و لم يتوقف الأمر على هذا بل نادى البعض من الأنصار بمنح حرية أوسع للمحكم تتمثل في تحديد قاعدة التنازع الداخلية التي يراها أكثر تناسبا.

و مع كل هذه المحاولات المتطورة في سبيل عدم تقييد المحكم بنظام التنازع في أحد الأنظمة القانونية الداخلية، و على الرغم من خصوصية هذا التيار الذي حاول مراعاة التوقعات المشروعة للأطراف، إلا أنه بات لا يفي بالغرض المطلوب في تطبيق القواعد عبر الدولية كونه يربط التحكيم التجاري الإقتصادي الدولي بالنظم القانونية الوطنية، مما يجع المحكم في سائر الأحوال يلجا إلى قاعدة إسناد داخلية، و هذه الأخيرة تتوافق مع الأنظمة القانونية الداخلية و لا تشير إلى تطبيق القواعد عبر الدولية، خاصة و أن هذه الأخيرة تتصف بإستقلاليتها عن الأخرى².

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 446.

راجع في ذلك، د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 359 و ما بعدها.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص من 447 إلى 449.

ثانيا: منهج التنازع المستقل

إن فشل منهج التنازع غير المستقل في تطبيق القواعد عبر الدولية جعل التحكيم التجاري الدولي يعلن عن إستقلاله عن الأنظمة القانونية الوطنية عند تحديد منهج التنازع الذي يخضع له، و بالتالي أعمال قواعد تنازع لا تنتمي إلى دولة أو عدد من الدول، و هذا هو مضمون الإتجاه الذي يحث على تبني منهج تنازع مستقل*.

و قد وصف هذا المنهج في البداية بأنه عبارة عن "مبادئ عامة للقانون الدولي الخاص"، إلا أنه فيما بعد أطلق عليه الفقه الحديث مصطلح "قواعد التنازع عبر الدولية"¹. و لعل أن مقولة أحد المفسرين سابقا و القائلة بأن: "المحكمين سيصنعون يوما قانونا خاصا دوليا يحل محل القانون الدولي الخاص"، قد صدقت².

و يسمح أعمال المحكم لمنهج التنازع المستقل بتطبيق واحدة أو أكثر من قواعد التنازع عبر الدولية، إلى توصله بتركيز النزاع بأكمله في نظام قانوني عبر دولي بعيدا عن أية قواعد داخلية.

هذا و تعدد قواعد التنازع عبر الدولية و التي من أمثلتها، قاعدة حرية المتعاقدين في إختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد الدولي، و القاعدة التي تفيد بأنه في حالة تنازع القوانين المتزاحمة لحكم موضوع العقد يطبق القانون الأكثر تعلقا به، و كذا القاعدة التي تقر بأنه في حالة تنازع القوانين المتزاحمة لحكم موضوع العقد يتم أعمال القانون الذي ليس من شأنه أن يبطل العقد³.

*يعتبر كل من VON, LOQUIN, LALIVE , FOUCHARD ,DELY , DERAINS وMEHREN بأن GOLDMAN هو رائد الإتجاه المستقل، و جدير بالذكر أن هؤلاء يعتبرون من قبيل أهم فقهاء التحكيم الإقتصادي الدولي، بل و أكثر من ذلك جلهم ممارسين فعليين لذلك التحكيم سواء كمحكمين أو محامين أو عاملين في مؤسسات التحكيم الدائمة.

أنظر، د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص451.

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص449 و 450.

² د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للاتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص244.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص126.

و جدير بالذكر أن أول الإتفاقيات الدولية التي تبنت محتوى منهج التنازع المستقل، هي إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961م¹، حيث نصت في مادتها الأولى على أنه: "...و عندما لا توجد أي إشارة من قبل الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، يلزم المحكمون بتطبيق قانون العقد بموجب قاعدة التنازع التي يرونها واجبة التطبيق. و في كلا الحالتين، يلتزم المحكمون بأن يأخذوا في الحسبان بأحكام العقد و الأعراف التجارية".

فإن نص المادة هذا، يوضح شساعة سلطة المحكم في تقدير القواعد الواجبة التطبيق على الموضوع سواء في حالة الإختيار أو عدمها، و لا يحول هذا النص دون إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بصورة غير مباشرة، أي إنتقاء أحد نظم التنازع بدلا من إختيار قانون معين². و لهذا فمن المؤكد أن سلطة المحكم في إستبعاد تطبيق نظام التنازع الساري في نظام قانوني داخلي معين، هو أمر لا يتعارض مع نظرية القواعد عبر الدولية، كون أن ذلك سيمكن المحكم من اللجوء إلى قواعد التنازع عبر الدولية بموجب منهج التنازع غير التقليدي، أي المستقل³.

و لعل هذا ما يدل على أن منهج التنازع المستقل يساير بعض ما إستقر إليه جانب من فقه القانون الدولي الخاص، من ضرورة تطبيق القاضي للقانون الذي يتماشى مع إقتصاديات العقد، حيث لا يعمل على تركيز النزاع في أحد الأنظمة القانونية الداخلية المرتبطة به فقط، بل أبعد من ذلك، حيث يبحث عن القواعد الأكثر تناسبا مع طبيعة ذلك الخلاف، مما يستفاد منه أن قاعدة الإسناد لم تعد تلك القاعدة ذات الطبيعة المحايدة، بل أمست ذات غاية مادية caractère substantiel⁴.

¹ "...Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages..."

أنظر، نص إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html#37>.

² د. طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سبق ذكره، ص 136.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 451.

⁴ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 127.

الفرع الثاني:

تطبيق القواعد عبر الدولية بواسطة المنهج المباشر

إذا كان القاضي الوطني مجبراً باتباع منهج التنازع لتحديد القانون الواجب على النزاع المتعلق بالعقد المعروض أمامه، فإن المحكم يتمتع إضافة لهذا المنهج بمنهج آخر يمنح له سلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، و يسمى هذا المنهج بالمنهج المباشر *La voie directe* و هو منهج بدأت تشير إليه العديد من قرارات التحكيم الحديثة¹.

و مع تزايد قرارات قضاء التحكيم الدولي التي طبقت فيها القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي فقد بات من المؤكد - لدى البعض - ضرورات التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية أمام هذا القضاء، خصوصاً عند سكوت الأطراف في التعبير عن قانون العقد الذي ينبغي تطبيقه على موضوع النزاع، دون أن يشكل ذلك تجاوزاً للسلطات المخولة لهذا القضاء، بل يذهب بعض كبار فقهاء القانون التجاري الدولي إلى أن تطبيق المحكمين للأعراف و العادات الدولية مفروض دائماً دون أن يكون من الضروري إجازة الأطراف ذلك صراحة في إتفاقهم أو مشاركة التحكيم بإعتبار أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً بمثابة قانون إختصاصه على غرار قانون القاضي، الأمر الذي يفهم منه أن قانون التجارة الدولية *Lex Mercatoria* هو بمثابة قانون إختصاصه، إذ يقوم بتطبيق أحكامه الموضوعية تطبيقاً مباشراً، عملاً بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص²، و بناء على خبرته الشخصية و الممارسات التجارية و الأعراف³.

أولاً: المقصود بالمنهج المباشر "la voie directe"

يعتبر قضاء التحكيم وسيلة فعالة لتحقيق رضا أطراف عقود الدولة بما قد ينشأ عنهم من خلافات، نظراً لتمتعته بميزة هامة تتمثل في قدرته على حسم تلك المنازعات عن طريق إكتشاف

راجع في ذلك، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 610.

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 121 و 122.

² د. هشام خالد، العقود الدولية و خضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001م، ص 24.

³ Imre Gal, The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade, Cornell International Law Journal, Volume 6, Issue 1 Fall 1972, p 73.

حلول مستتبطة من واقع تلك المعاملات، و ذلك بفضل إستعانتة بأعراف و مبادئ عبر دولية وفقاً لمنهج يخدم مصالح المتعاقدين و يحقق لهم قدر من الأمان و اليقين القانونين، فأصبح بذلك أداة مثلى لتدويل النظام القانوني الذي يحكم عقود الدولة¹.

فمنذ زمن بعيد نادى الفقهاء و على رأسهم FG BAXTER بضرورة إيجاد قواعد ملائمة لمنازعات الأعمال الدولية من خلال تشريعات و أحكام المحاكم و المعاهدات الدولية التي تعترف بها كل دولة على حدى. و هذا لا يتحقق إلا عن طريق منهج مادي الذي أطلق عليه: " منهج قانون الأعمال الدولي " و الذي يستبعد كلياً منهج التنازع².

فيمكن تعريف " الطريق المباشر " بأنه: " ذلك المنهج الذي بموجبه يتمتع المحكم بسلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق مباشرة دون الحاجة إلى الإشارة إلى قاعدة التنازع التي إستخدمها في هذا الشأن، إكتفاء بكون تلك القواعد ملائمة للنزاع " ³.

حيث يرى جانب من الفقه أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تنطبق بصفة مباشرة على العقود الدولية دون حاجة للجوء إلى قاعدة الإسناد التي تقضي بإخضاع العقد لقانون الإرادة، ذلك أن الطابع غير الوطني لقواعد هذا المنهج يجعل مشكلة تطبيق هذه القواعد من حيث المكان غير قائمة و إستعمالها غير متوقف على أية قاعدة تنازع و لكن بشرط أن يكون العقد ذو طابع دولي.

و إذا كان من الصعب تطبيق قواعد التجارة الدولية على نزاع مطروح أمام القضاء الداخلي وفقاً لما إستقر عليه الفقه التقليدي للقانون الدولي الخاص، فإن الأمر يختلف بالنسبة للنزاع المطروح أمام قضاء التحكيم، كون أن هذه القواعد تشكل جزء من النظام القانوني الذين ينتمون إليه فهي تشكل قانون إختصاص بالنسبة لهم⁴.

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 92.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص من 180 إلى 182.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 452.

⁴ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص من 357 إلى 359.

زد على ذلك، أن هذه القواعد عبر الدولية تتصف بالمعيارية و الإلزامية كما سنبينه لاحقاً، الشيء الذي يخول للمحكمين سلطة أعمالها مباشرة بغض النظر إلى التلميح إليها من قبل المتعاقدين، و دون حاجة للرجوع إلى منهج التنازع أي قانون الإرادة¹.

فبمقتضى هذه القواعد يتم حل النزاع موضوعياً دون حاجة إلى تعيين قانون معين، لأنها وضعت أساساً لتستجيب لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية و من بينها الروابط العقدية ذات البعد الدولي، إذ أنها غالباً ما تقدم حلول لتلك المنازعات العقدية ناتجة عن تأملات واسعة للعلاقات الدولية².

ثانياً: تكريس المنهج المباشر من طرف الهيئات التحكيمية و النظم القانونية

لقد إنتهجت العديد من قواعد التحكيم المؤسسي " المنهج المباشر" كما هو الحال بالنسبة لغرفة التجارة الدولية و مركز التحكيم و الوساطة الخاص بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية و محكمة التحكيم الدولية بلندن و معهد تحكيم هولندا³.

فقد تأثر تعديل قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و الساري منذ يناير 1998 بنظرية الطريق المباشر حيث عدلت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشر التي كانت تنص على أنه: "لأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع. فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص"، بالفقرة الأولى من المادة 17 التي تنص على أنه: "لأطراف حرية الإتفاق على القواعد القانونية الواجب على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع. فإذا لم يوجد مثل ذلك الإتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمة في هذا الخصوص".

و علق الفقيه SCHWARTZ على هذه المادة الجديدة بأنها ملائمة لتطبيق قواعد التجارة الدولية عكس النص السابق¹.

¹ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص 257.

² Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, Droit du commerce international, Dalloz, 2007, p 68

³ Ivana Radic, Etude de Faisabilite sur le Choix de la Loi Applicable dans les Contrats Internationaux- Le Contexte de L'Arbitrage International, Document préliminaire No 22 de Mars 2007 sur les affaires générales et la politiques de la conférence, p10.

و لم تقتصر التشريعات القانونية الدولية و الداخلية و الحاكمة للتحكيم الدولي بالنص على لجوء المحكم إلى قواعد التجارة الدولية بصفة مباشرة، فالأكثر من ذلك هو العمل بها حتى و لو تناقضت مع القوانين الوطنية للدول المتعاقدة².

فقد نصت الفقرة الأولى و الثانية من المادة 21 من قواعد التحكيم و التسوية الودية للنزاعات، للغرفة التجارية الدولية (ICC)³ على أن:

" 1-Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées.

2-Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents."

أي أنه: "1-يتمتع الأطراف بحرية الإتفاق على القواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم على موضوع النزاع. وفي غياب مثل هذا الإتفاق، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبره ملائمة. 2-تأخذ هيئة التحكيم بعين الإعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين، إن وجد، كما تأخذ بعين الإعتبار أعراف تجارية ذات صلة"⁴.

ولم يقتصر العمل بهذا المنهج في المؤسسات التحكيمية فقط بل أصبح هذا المنهج مكرس في بعض القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم مثل ما هو الحال في المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري التي خولت للمحكمين عند غياب إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب تطبيقه حرية تطبيق القانون الأكثر تعلقا بجوهر النزاع.

و هناك قواعد أخرى أعطت للمحكم حرية واسعة في تطبيق القانون الذي يراه مناسباً و في الغالب يستند إلى الأعراف التجارية كما هو الحال بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية الخاص

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص453.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص12.

³ Article 21, Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international- En vigueur à compter du 1^{er} mars 2017, publication ICC 880-2FRA, p29.

⁴ أ.د. عليوش قريوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص154.

بفرنسا* في نص المادة 1496¹، و المادة 944 من قانون كيبك للمرافعات المدنية الجديد²، و المادة 26 من القانون الإسباني الصادر بتاريخ 1988/12/05، و المادة 1054 من قانون المرافعات المدنية الهولندي³.

و إذا ما سلمنا بحقيقة هذا المنهج في حالة خلو العقد من القانون الواجب التطبيق أي سكوت الإرادة، فلا شك أن الأمر يختلف في حالة إفصاح المتعاقدين صراحة لقانون داخلي لدولة معينة ليحكم الرابطة العقدية، كون أن قضاء التحكيم غالباً ما يحترم قانون إرادة الأطراف لذلك ينبغي عليه تطبيقه، و إن أخذ المحكم بالقانون محل الإنتقاء قد لا يمنعه من تطبيق المنهج المباشر لأعراف و عادات التجارة الدولية، خاصة و إذا كانت لهذه القواعد علاقة مباشرة بخصوص النزاع الذي وقع حول العقد⁴. إن هذا ما نسعى لتوضيحه كما يلي:

ثالثاً: نطاق سريان المنهج المباشر

يركز معظم المتخصصين في مجال هذا المنهج على جانبه السلبي فيقولون أن المحكم يلجأ إلى الطريق المباشر عند عدم إشارة الأطراف للقانون في العقد⁵.

و هذا ما أيده بعض من الفقه، بإعتبارهم أن تطبيق قواعد التجارة الدولية يتوقف على سكوت قانون إرادة الأطراف، إلا أن الواقع العملي يثبت عدم صحة هذا الدفع، ذلك أن لجوء

* و تعتبر المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أول نص يتبنى نظرية " الطريق المباشر " حيث تنص على أنه: " يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، و في حالة تخلف هذا الإختيار، وفقاً للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، و يراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية". و يشير الفقيه OSMAN إلى أن تبني المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لنظرية الطريق المباشر قد ساهم في الترويج لتلك النظرية في العديد من التشريعات الداخلية و حتى المعاهدات الإقليمية الدولية.

أنظر، د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 452 و 453.

¹ Jean-Michel Jacquet, La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage internationale, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2011/2011_4.pdf, p209 et 210.

² د. هشام خالد، العقود الدولية و خضوعها للقواعد الموضوعية، مرجع سبق ذكره، ص 29.

³ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 241.

⁴ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 360.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 455.

المحكم إلى تطبيق ذلك القانون ليس مرهون بالحالات التي يتخلف الأطراف عن تعيين القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، بل في عديد من الحالات يكون تطبيقها حتميا من أجل تكملة النقص المحتمل في القوانين الوطنية¹.

فإذا كان قضاء التحكيم قد أقر ضرورة التطبيق المباشر لقانون التجارة الدولية على المنازعات العقدية المعروضة عليه عند إنعدام إختيار الإرادة على أساس أنه الأكثر ملاءمة لمقتضيات التجارة الدولية، فإن نفس الأساس هو الذي سمح له أيضا بتطبيقه حتى في الحالات التي يختار فيها الأطراف قانونا داخليا ليطبق على عقدهم.

و إن تحديد المتعاقدين قانون داخلي لدولة معينة لتنظيم عقدهم، قد يضع المحكم في فرضين أوله، هو تقيد المحكم بقانون الإرادة لأنه يستمد إختصاصه القضائي من إرادتهم و هو ما قد يدفعه إلى تطبيق القانون الداخلي المختار، و ثانيه هو إحترامه للإرادة الجماعية لمجتمع التجارة الدولية الذي ينتمي إليه المحكم، الأمر الذي يرجح التطبيق المباشر لقواعد القانون التجاري الدولي.

و يبدو أن هذا الإعتبار الأخير هو الذي دفع جانب من أحكام المحكمين إلى تطبيق الأعراف التجارية الدولية على المنازعات التي طرحت أمامهم رغم تواجد قانون إرادة الأطراف²، خاصة و أنه إذا كان القانون المختار من قبل الأطراف يتعارض مع المصالح الجوهرية للعقد³.

و لا يمكن التقليل من دور قضاء التحكيم في إعمال قانون الدولة المتعاقدة إحتراما لإرادة الأطراف، إلا أنه مع ذلك و في غالب الأوقات يتمسك بالقواعد عبر الدولية، و لعل هذا ما ينتج عنه تقسيم الرابطة العقدية، بمعنى يتم تطبيق القانون التجاري الدولي على جزء منها، و يتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المختار على الجزء الآخر.

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص131.

² د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص265 و 266.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص133.

و هذا الإتجاه يتبين من خلاله في البداية أن المحكم سلك طريق مخالف لقانون الإرادة، إلا أن التدقيق في ذلك يوحي بأن المحكم أعمل قواعد التجارة الدولية مباشرة على المسائل التي عجز عن حلها قانون الإرادة¹.

رابعاً: أهمية المنهج المباشر

لعل أن حرية أطراف العقد في الإلتجاء نحو التحكيم التجاري الدولي تهدف إلى البحث عن أسلوب جديد لحل النزاع القائم بينهم، و ذلك يختلف عما لو تم عرض نفس النزاع على القضاء الوطني و الذي يختص أساساً بمواجهة حاجيات المجتمع الداخلي²، كون أن القاضي الوطني يحرص على تطبيق قواعد التنازع التي توجهه في الأخير إلى تطبيق قانون وطني، إلا أن هذا القانون بالرغم من تطوره يظل غير مستجيب لطبيعة المعاملات الإقتصادية الدولية، ذلك أنه مستمد من نظام داخلي خاص بدولة معينة، مما يفقده قدرة مواجهة مقتضيات التجارة الدولية الحديثة³.

و لأن إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يشكل في حد ذاته صعوبة بسبب تزامم عديد من القوانين و التي كل منها تدعي بأحقية و جدارة التطبيق، و أن قاعدة الإسناد في صورتها التقليدية تتميز بالطبيعة المحايدة، حيث أنها تشير إلى تطبيق القانون الذي يتركز فيه العقد بدون النظر إلى موضوعه و أثر تطبيقه على النزاع، فكان على هيئة التحكيم تطبيق قانون مباشرة تراه أقرب صلة وملاءمة بالحادثة المطروحة⁴.

لذلك كان لزاماً على قضاء التحكيم أن يستخدم المنهج المباشر عند تحديد القانون الواجب التطبيق، نظراً للحلول الموضوعية التي يقدمها في الحال دون الإرتكاز على نظام الإحالة إلى قوانين أخرى، كما هو الحال عند منهج التنازع التقليدي الذي بات عاجزاً عن تقديم حلول بصفة

¹ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص266.

² René David , L'arbitrage dans le commerce international ,Revue de droit international compare ,Vol.34 n4 , octobre-décembre 1982, p 1296.

³ د. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية -دراسة تحليلية تأصيلية-، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2005م، ص204.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص457.

مباشرة، بل يكفي إلى الإشارة للقوانين الوطنية الذي ينبغي إعمالها و التي تضع حلول موضوعية نهائية للنزاعات القائمة¹.

و تجب الإشارة إلى أن إعمال المحكم الدولي للمنهج المباشر أثناء فضه للمنازعات، ليس أنه يتتاغم و طبيعة العلاقات الإقتصادية العابرة للحدود فقط، بل أن عديد من النظم القانونية رخصت للمحكّمين العمل بقواعد قانونية عبر وطنية².

كما أن لجوء المحكمين الدوليين إلى المنهج المباشر في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هو بمثابة إجابة على التوقعات المشروعة للأطراف، فهم بذلك يطبقون القواعد التي تستجيب مع التوقعات المشروعة للمتعاقدين، و هذه الأخيرة تعتبر محور يرتكز عليه المحكمين³.

لأن التوقعات المشروعة للأطراف لا تختلط مع إرادة المتعاقدين، على نحو أن مشكلة تعيين القانون الواجب الإعمال على موضوع النزاع تبرز أساسا في حالة عدم وجود إختيار صريح من أطراف العقد، و هذه الحالة الأخيرة مردها التناقضات في وجهات نظر الأطراف فيما يخص القانون الحاكم للنزاع، و التي نتج عنها عدم الوصول إلى قانون يحكم موضوع خلافهم المحتمل حدوثه في المستقبل⁴.

فهذا يعني أن المحكم يلعب دورا مهما في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فبالإضافة إلى دوره في إستظهار الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة، فإن له دورا مستقلا أعطته إياه النصوص التشريعية الوطنية والدولية عند عدم وجود الإرادة وهو يرتبط طرديا مع دور الإرادة، وهو يتمتع بقدر من السلطة التقديرية في تحديد هذا القانون الذي يستتبط الإرادة الضمنية للأطراف من عدة مؤشرات وذلك عن طريق الترجيح وفقا لمعيار موضوعي⁵.

¹ د. فراس كريم شيعان و طه خديم حسن، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية-دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانون الدولي الخاص-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني/السنة الثامنة 2016، ص327.

² د. بلاق محمد، مرجع سبق ذكره، ص182.

³ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة فقهية قضائية مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص285.

⁴ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع نفسه، ص 286.

⁵ د. عبد الرسول عبد الرضا جابر و حسين عباس حسين، مرجع سبق ذكره، ص237.

لذلك، فإن القواعد القانونية التي تجتهد هيئة التحكيم في إستخلاصها من أجل تطبيقها على موضوع النزاع مادام أن إرادة الأطراف لم تتمكن من ذلك، فإن الأطراف المتعاقدة توقعاتهم بالقانون الذي أوجده المحكمين ستكون مشروعة.

المطلب الثالث:

مصالح أطراف عقد الدولة في ظل التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية من طرف

هيئة التحكيم

من خلال تطرقنا للتقنيات التي يستخدمها المحكم في سبيل تدويل النظام القانوني لعقود الدولة و مساهمة بعض الهيئات الدولية لذلك الغرض، فإن ذلك حتما سيمس بمصالح كل من الدولة المتعاقدة و الشخص الأجنبي المتعاقد معها.

الفرع الأول:

وقوف التدويل بجانب الأشخاص الأجنبية الخاصة

إن الجانب الذي أقر بفكرة تدويل عقود الدولة، حاول أن يخدم مصالح الشركات الأجنبية، و قد أطلق جانب من المعارضين للدولية على أنصار هذا الإتجاه إسم " فقه المصالح"¹، و ذلك من خلال التحرر من رقبة القوانين الوطنية، و تطبيق بدلا منها مجموع ما إستقر من أعراف تجارية و مبادئ عامة في إطار التجارة الدولية، من شأنه تحقيق الأمان القانوني الذي تسعى إليه الشركات الخاصة الأجنبية².

فإن مسألة تدويل عقود الدولة و ما أثارته من مشكلات تصدى لها فقهاء الغرب كما تقدم في عجالة لم تحل دون إدراك هؤلاء الفقهاء لمصالح بلادهم في حماية مستثمريها الذين يدخلون في علاقات عقدية مع دول الشرق الآخذة في النمو، و القول بالتدويل كحيلة قانونية لإبعاد تلك العقود عن نطاق تطبيق القوانين الوطنية³، و تحقيق تطلعات الشركات الغربية و خاصة

¹ د. رائد أحمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 179.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 42.

³ د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص 115.

البتروولية منها و كذا الدول الغربية، حيث أن هذه الشركات هي التي تضمن إمداد هذه الدول بالبتروول.

كذلك تستفيد الشركات الأجنبية المتعاقدة من عدم إمكانية مصادرة* مشروعاتها، و الذي يعتبر بمثابة إجراء غير مشروع دوليا في نطاق التعاقدات¹.

و لعل أن السبب الرئيسي الذي دفع المشروعات الأجنبية إلى المناداة بضرورة تدويل عقود الدولة، و إخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع عبر الدولي، و المتمثلة في القواعد عبر الدولية، هو تخليصها من قبضة الأحكام الآمرة التي تعطي للدولة المتعاقدة إمتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، و بموجب هذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع القانون العام اللصيق بها أصلا و تحويلها إلى منطقة القانون الخاص، و هو قانون يحقق -حسب المذهب المؤيد للتدويل- مصلحة الطرف الساعي لهذا التدويل دون إهتمام بمصلحة الدول المتعاقدة².

و على هذا النحو سيحقق تدويل النظام القانوني لعقود الدولة، الطمأنينة و السكينة التي تريدها الشركات الأجنبية العملاقة، خاصة و أن هذه الأخيرة شاركت في إرساء قواعد و أعراف التجارة الدولية بقدر معتبر، لذلك فهي جد محيطة علما بها، فليس من المنطقي أن تعطل نشاطاتها و تكلفها خسائر مادية³، بل أن ذلك سيكفل لها مزيدا من الأنشطة الاقتصادية على مستوى العالم بعدما كانت مترددة في ذلك بسبب قلقها من النظم القانونية لتلك الدول⁴.

*يفيد مصطلح المصادرة بأنه قرار السلطة العامة (عمل إكراهي) الذي يضع الناس (القيام بأعمال معينة) و الأشياء (مال ثابت أو منقول) بتصرفها. و في أغلب الحالات تتيح ممارسة حق المصادرة الفرصة لإمكانية التعويض.

أنظر، د. أحمد سعيغان، قاموس المصطلحات السياسية و الدستورية و الدولية- عربي، إنجليزي، فرنسي-، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، 2004م، ص337.

¹ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 180 و 182

² د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت، لبنان، 1997م، ص276.

³ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص318.

⁴ د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص63.

كما أن تدويل النظام القانوني لعقود الدولة سيكفل للمتعاقد الخاص الأجنبي الأمان، خاصة فيما يتعلق الأمر بالإجراءات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة، و التي قد تضر بمصلحة الطرف الخاص الأجنبي، كون أن تلك الإجراءات مقررة و مشروعة طبق قانونها الوطني، الأمر الذي سيقيد الدولة المتعاقدة من إستخدامها فيما لو تم تدويل القانون الواجب التطبيق على العقد لذي يقصي تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف.

الفرع الثاني:

تدويل القانون المطبق على عقد الدولة عبيء على الدول المتعاقدة

إن كان تدويل النظام القانوني يشكل بعض من الخطورة بالنسبة لعقود التجارة الدولية، فإن الخطر سيزداد حتما لو كنا بصدد عقود الدولة، حيث تعمل هيئات التحكيم على عدم إحترام قاعدة التنازع المنفق عليها دوليا و وطنيا و التي تقضي بتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد، و ذلك بتدويل هذا النوع من العقود و إخضاعه لقواعد موضوعية في القانون التجاري الدولي، و إن مكن الخطورة هذا، لا يقتصر على مضمون أحكام القواعد عبر الدولية فقط، و إنما يمتد أيضا إلى تنظيمها الخاص بالتنازع، و التي جاءت من أجل حماية مصالح المجتمع عبر الدولي المنتمية إليه¹.

و إذا كان تدويل القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة على الورق، يسعى إلى الحفاظ على ثبات العلاقة بين الدولة و الشخص الأجنبي الخاص، فإنه ميدانيا غير ذلك، فهو ليس إلا أسلوب لتجنب ما تحدثه التغيرات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة من آثار، و ما يؤكد صحة هذه النتيجة هو ما تداوله الفقيه MANN الذي قال بأنه: " إن وجود العقد المدول و مصيره سوف يكونان محصنين من نظم القوانين المحلية"².

هذا و قد أكد عديد من الباحثين القانونيين أن خضوع عقود الدولة لقواعد عبر وطنية أي ذات بعد دولي غير وطني، قد يتعارض مع الطبيعة المتميزة لهذه العقود، و التي تتطلع لتحقيق المصلحة العامة، و التي بدون شك تحتاج لقواعد تتوافق مع الهدف العام للدولة، وهو ما لا

¹ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص324 و 325.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص182.

يمكن الوصول إليه فيما لو تم إعمال قواعد عبر دولية على منازعاتها¹. حيث أن الحقائق الوضعية الراهنة في مجال العلاقات الناشئة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة، تستدعي أن يحكم العقد قانون الدولة المتعاقدة².

إن عدم مشاركة الدول المتعاقدة و الهيئات التابعة لها و خاصة النامية منها، في إنشاء القواعد عبر الدولية، مع مجتمع التجار الدولي و خاصة مؤسساته التحكيمية، جعلت من تلك القواعد تقضي بنتائج سلبية بالنسبة لتلك الدول إذا ما تعاقدت مع مشروعات أجنبية³.

حيث أن القواعد عبر الدولية التي يدول بها التحكيم التجاري الدولي النظام القانوني لعقود الدولة، صراحة ما هي إلا انعكاس لمصالح الدول المتقدمة، و أن هذه الأخيرة (الدول المتقدمة) هي التي سعت إلى إنشائها من أجل قيام أطرافها الخاصة المتمثلة في الشركات، بتحقيق نصيب كبير من المال، دون الإكتراث بمصلحة الدول المتعاقدة و التي غالبا ما تكون في طور النمو⁴.

فإن إعمال المحكم للقواعد عبر الدولية على عقود الدولة، سيقف عائقا أمام تحقيق الأهداف التي تسعى إليها الدول النامية، و المتمثلة بالدرجة الأولى في تنمية إقتصادياتها، لأن هذه القواعد ستشكل مشاكل للدولة الطرف في العقد، نظرا لما تتضمنه من أحكام في غاية الخطورة ، كأن تجرد الدولة من سلطات و إمتيازات عديدة كانت ستحظى بها لو تم إعمال قانونها الداخلي، مثل سلطة التدخل لتعديل قوانينها أو شروط العقد أو إنهائه، و حتى سلطة تأميم المشروع* أو نزع

¹ د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 96.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية..، مرجع سبق ذكره، ص 763.

³ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص 318.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص 323 و ما بعدها.

*التأميم هو بمثابة إجراء قانوني، تنزع الدولة بموجبه من الأفراد و الأشخاص المعنوية الخاصة سواء الداخلية أم الأجنبية، ملكية العقارات أو المنشآت الصناعية أو التجارية لدواعي مختلفة (خدمة المصلحة العامة بشكل أفضل، تأمين إستقلال الدولة، منع تحقيق المكاسب الخاصة في موضوع الدفاع الوطني...) مع جعلها ملكا للدولة و نقل سلطة الإدارة إلى أجهزة يفترض أنها تمثل الجماعة الوطنية، و قد تتولى الدولة الإدارة و الإستغلال مباشرة أو بواسطة هيئات تنشئها كي تنوب عنها في ذلك. و يعتبر التأميم إحدى الطرق في إنشاء المؤسسات العامة، كما قد يكون التأميم كليا أو جزئيا، لقاء تعويض أو بدون تعويض.

أنظر، د. أحمد سعيغان، مرجع سبق ذكره، ص 87.

ملكته أو مصادره إن إستدعت ذلك مقتضيات المصلحة العامة و ضرورات التنمية الإقتصادية.

فإن السلطات التي تباشرها الدولة المشار إليها أعلاه، هي تصرفات مشروعة، أي أن قانونها الوطني يجيز لها إمكانية فعل ذلك، فلا مانع أن تقوم الدولة بإجراء التعديل و التأميم كلما رأت في ذلك مصلحة ذات أهمية بالغة، أو في حالة ما إذا قام المتعاقد الخاص الأجنبي بالتقصير في تنفيذ إلتزاماته، أو التماطل أو أي إجراء من شأنه أن يعرقل سير المشروع الإقتصادي¹.

حتى على المستوى الدولي فإن التأميم يعتبر حق مشروع لجميع الدول، شريطة أن يكون ذلك الإجراء وفق إجراءات قانونية سليمة و بشكل عام دون تمييز ضد الأجانب، بالإضافة إلى التعويض العادل.

و هذا ما أكده قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بالتأميم²، حيث نصت الفقرة الرابعة منه على أنه: " يراعى في حالة الإستناد إلى التأميم أو نزع الملكية* أو المصادرة، أسس

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص290.

² د. إيهاب شوقي، التأميم و مشروعيته في القانون الدولي، مقال منشور في الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.anntv.tv/new/showsubject.aspx?id=89328>.

*نزع الملكية هي واقعة ينتج عنها قيام الدولة أو أحد هيئاتها العامة بالإستيلاء على ممتلكات خاصة، و غالبا ما تكون هذه الأخيرة ملكية عقارية خاصة، و هذا الإجراء يتم بواسطة قرار إداري بغية تحقيق مصلحة محلية عامة كبناء مستشفى أو مدرسة...إخ، و هنا يتبين أن نزع الملكية تختلف عن التأميم، كون أن التأميم يتم من أجل تغيير جوهرى يمس هيكل المجتمع بصفة جزئية أو كلية، زد على ذلك أن هذا الأخير يصدر وفق قانون من السلطة التشريعية.

أنظر، د. قبايلي طيب، مرجع سبق ذكره، ص253 و 254.

*إن سعي الشعوب الإفريقية و الآسوية في أعقاب الحرب العالمية الثانية إلى التحرر من التبعية الإقتصادية للدول الأوروبية التي كانت تستعمرها من قبل، من خلال تغيير قوانينها و دفع عجلة النمو ، لم تتوافق و أهداف الدول الغربية، فبعد قدرة تلك الدول الضعيفة من التخلص من السيطرة المادية المتمثلة في القوة و السلاح، أصبحت تواجه مشكلة الإستعمار بمفهوم آخر، ألا و هو الإستعمار الإقتصادي، الذي تفرضه الشركات القوية على مصادر الدول النامية الغير متجددة.

أنظر، د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية-دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص328.

المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة العامة المرجحة على المصلحة الخاصة، الأجنبية أو الوطنية، و يدفع المالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة و التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها وفقا للقانون الدولي ."

و تضيف المادة الثامنة من نفس القرار على أن: " إتفاقات الإستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من قبل أو بين الدول ذات سيادة يجب مراعاتها بحسن نية، و على الدول و المنظمات الدولية الإحترام الدقيق لسيادة الدول و الشعوب على مواردها و ثرواتها الطبيعية وفقا للميثاق و المبادئ التي يتضمنها هذا القرار."

لذلك، فمنذ أن تمتعت الدول النامية بإستقلالها عن الإستعمار و لجوئها إلى سن تشريعات تؤكد سيادتها و تحفظ مصالحها العامة، و الدول الليبرالية تخطط نحو الهيمنة الإقتصادية*، خاصة و أن تلك الدول المستقلة حديثا كانت جد حذرة نظرا لما عاشته في فترة الحرب**، حيث باتت تصر على إخضاع كافة العقود التي تيرمها مع الأشخاص الأجانب، إلى قانونها الوطني الذي يخولها صلاحيات و مكانات تحقق تطلعاتها كما أشرنا إليها .

فلم تجد تلك المشروعات الأجنبية المنتمية للدول الصناعية، سوى طريق تدويل عقودها التي تمضيها مع الدول المتخلفة، بداية من فرض التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تلك العقود، إلى صنع المحكم لقواعد عبر دولية تطبق على تلك العقود بالرغم من عدم تمتع هذه القواعد بعلاقة جيدة مع جوانب العقد كما هو الشأن بالقانون الوطني، و لعل أن هذه القواعد تعمل على الحد و التقليل من إختصاصات الدولة المتعاقدة، و أن مباشرة الدولة لتلك السلطات سيعرضها للمسؤولية العقدية، حتى في حالة تحقيق النفع العام¹.

**لقد مرت الدول النامية خاصة منها التي تمتلك على الثروات البترولية، بظروف سياسية و إقتصادية مزرية، حيث كانت الدول المستعمرة تحتم على الدول المحتلة إبرام عقود امتياز لفائدة شركاتها المتخصصة في مجال النفط، و لعل أن الجهل بقيمة البترول آنذاك بسبب انعدام الخبرة في ذلك المجال و عدم وجود صناعات بترولية، كان يسهل على البلدان المستعمرة طريق التعاقد و تحقيق أموال طائلة مقارنة بنصيب تلك الدول.

أنظر، د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 40 و 41.

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 290 و 291.

و على هذا الأساس فإن القواعد عبر الدولية لا تحقق إرتياح و إطمئنان البلد المتعاقد المضيف للإستثمار، ذلك أن تلك القواعد لا تتضمن ضوابط تطبيقها¹، فهي تستهدف خدمة مصالح الدول المتقدمة و شركاتها المستثمرة من أجل السيطرة على أكبر قدر ممكن من التجارة الدولية²، و في المقابل تتسبب في حدوث عراقيل في ميدان التنمية الإقتصادية للدول النامية³.

فمنظرا لعواقب أعمال القواعد عبر الدولية على عقود الدولة، نادرا ما نجد دولة متعاقدة تشير صراحة بإدراجها كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، لأنه من العسر تحديد مفهومها بشكل واضح⁴، إضافة إلى إتسامها بعدم الثقة و قلة الإرتياح، الشيء الذي يؤدي إلى صعوبة تطبيقها على وقائع مادية⁵.

و في هذا السياق، حتى جانب من الفقه الغربي نفى إمكانية تدويل النظام القانوني بالنسبة لعقود الدولة، حيث إعتبر أن فكرة التدويل غير جذابة و مستحيل إعمالها عمليا، بل أن تطبيق قانون الدولة الطرف على موضوع النزاع هو مطلب إلزامي، خاصة و أنه هو الذي يرسم حقوق و إلتزامات العقد و بالتالي هو الأصلح لطرفي عقد الدولة⁶.

فيتضح من خلال ما مضى أن الشركات الأجنبية التابعة للدول الغربية لم تشأ سوى أن تفرغ مبدأ السيادة من محتواه الحقيقي، و ذلك من خلال رفضها إعمال القواعد القانونية المنبثقة من العالم النامي على العقود التي تدخل فيها مع دول ذلك العالم.

¹ د. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 377.

² د. أحمد مخلوف، مرجع سبق ذكره، ص 192.

³ د. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2005م، ص 235.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية..، مرجع سبق ذكره، ص 763.

⁵ د. محمد حسين منصور، العقود الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص 462.

⁶ د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 185.

الفصل الثاني:

تدويل النظام القانوني
لعقود الدولة من قبول إلى
أزمة تستوجب الحل

الفصل الثاني:

تدويل المحكم النظام القانوني لعقود الدولة من قبول إلى أزمة تستوجب الحلول

لقد حظيت القواعد عبر الدولية بنسبة كبيرة من التطبيق على منازعات العلاقات التجارية و الإستثمارية الدولية من قبل الهيئات التحكيمية.

و بينما لقي القانون عبر الدولي ترحيبا و رضا تام من جانب الشركات الأجنبية ذات الوزن الإقتصادي الكبير خاصة و أنه يحمي مصالحها، فقد قوبل بالتجاهل من قبل الدول المتعاقدة خاصة السائرة في النمو منها نظرا لإنحيازه إلى كفة الدول المتطورة الممثلة لأشخاصها الأجنبية.

و عليه فقد اختلفت وجهات نظر كل من طرفي عقد الدولة، و ذهب كل واحد منهم يحاول تبرير موقفه من ذلك، فبينما يرى الجانب الذي في صف الشركات الأجنبية أن القواعد عبر الدولية تشكل في حد ذاته لنظام قانوني جدير بالتطبيق على منازعات عقود الدولة، فقد رأى المذهب الآخر و العناصر للدول المتعاقدة أن القانون عبر الدولي لا يلائم خصوصيات عقود الدولة، و حتى أنه لم يشكل لنظام قانوني كامل قادر على حسم المنازعات.

و إن هذه المشكلة لم يتم تجاوزها إلا من خلال الجمع بين النظامين خاصة عند خلو العقد من قانون الإرادة. أما في الحالة التي يوجد فيها قانون محدد بدقة، و مع ذلك يستبدله المحكم بدون وجه حق، فهنا لأحد الطرفين القدرة على إبطال الحكم التحكيمي بسبب عدم إحترام المحكم لإرادة المتعاقدين، كما لأحد منهما أن لا يعترف بالقرار التحكيمي إذا كان مخالف للنظام العام.

و بالرغم من هذه الحلول التي قد تحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة، إلا أنها تتسم بنقص الفاعلية بالرغم من تكريسها في كم هائل من التشريعات الدولية و الداخلية المنظمة للتحكيم، و لعل هذا ما يستدعي تطوير تلك الحلول أو إعادة النظر في حلول مغايرة أكثر فاعلية منها.

و هذا ما سندقق فيه من خلال ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة بين الإيجاب و المعارضة

المبحث الثاني: الحلول القانونية المتاحة أمام مشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى فاعليتها

المبحث الثالث: قضاء التحكيم بين ضرورة تطويره أو إمكانية إستبداله لتأطير منازعات عقود

الدولة

المبحث الأول:

تطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة بين الإيجاب و المعارضة

بينما يرى جانب من الفقه بأن الحل الأمثل يتمثل في وضع قواعد موضوعية خاصة و مستقلة عن القواعد الوطنية تحكم العلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية¹، بغية توحيد المجال القانوني لنشاط الأطراف المهيمنة على التجارة الدولية على المستوى العالمي²، فيوجد نفر مغاير من الفقه يرى أن تلك القواعد لا ترتقي إلى مستوى القاعدة القانونية و لا تستجيب لطبيعة عقود الدولة.

المطلب الأول:

إنقسام الفقه حول خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية

لقد ثار جدل واسع فيما يخص مسألة تنظيم القواعد عبر الدولة لمنازعات عقود الدولة من عدمها، فبينما هنالك من يقر بملاءمتها لصد منازعات عقود الدولة، هناك بعض آخر ينفي ذلك.

الفرع الأول:

الإتجاه المؤيد لخضوع عقود الدولة إلى القواعد عبر الدولية

ذهب مؤيدي هذا المذهب إلى أن قواعد القانون عبر الدولي تعتبر أكثر ملاءمة للتطبيق على عقود الدولة للتنمية الإقتصادية أمام هيئات التحكيم، بل إن البعض منهم ذهب إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة³.

و لهم في ذلك عديد من الحجج التي تثبت أقوالهم سنعرضها كما يلي:

أولاً: آراء الفقهاء المنادية بملاءمة القواعد عبر الدولية لعقود الدولة

يجب لفت نظر التيار الرافض لخضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية إلى ضرورة عدم الخلط بين هذه الأخيرة و قرارات التحكيم الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، و التي كانت تستبعد تطبيق القوانين الوطنية للدول المتعاقدة بحجة التخلف و اللجوء لإعمال المبادئ العامة

¹ د. أسامة محمد عثمان خليل، مرجع سبق ذكره، ص 1266.

² د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 34.

³ د. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع نفسه، ص 45.

بدلاً منها، و ذلك للوصول إلى أهداف تحقق مصلحة المتعاقد الأجنبي على حساب مصالح الدول النامية. فالقواعد عبر الدولية في العصر الحديث لم تعد تخلق من منطلق سياسة مسبقة الحكم أو عن رغبة لتغليب مصالح فوق أخرى بقدر تلبية حاجات معينة عن طريق منهج براغماتي، أي موضوعي أو مادي¹.

و يرى المحامي الدولي LEBOULANGER أن خصوصية مركز الدولة النامية بدأ يتراجع أمام التحكيم الإقتصادي الدولي و بصفة خاصة لم يعد الفقه الغربي يرى ما يمنع من تطبيق القواعد عبر الدولية (قانون التجارة الدولية) على عقود الدولة².

و يذهب البعض في تأكيده لصلاحية قانون التجارة الدولية لحكم عقود الدولة إلى أن هذا القانون لا يتضمن فقط القواعد المادية التي تتجاوز الحدود الوطنية، و لكنه يهدف أيضا إلى تنظيم، من ضمن أمور أخرى، العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني، و ذلك طالما ظهر من إرادة الأطراف أو من الظروف المحيطة أنهم إستهدفوا إستبعاد و طرح كل أعمال لقانون وطني محدد³.

و في هذا الإطار يقر الفقيه GAILLARD بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة و توافقها مع قواعد التجارة الدولية، فهو ينادي بعدم تعارض تلك الطبيعة مع منهج تطبيق قواعد التجارة الدولية، على الأقل عند الإتفاق على تطبيقها أو لجوء المحكم إليها عند السكوت المطلق للأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، و حسب رأيه تحتوي عقود الدولة على مبادئ خاصة و مبادئ مشتركة⁴.

¹ أ.د. فوزي قدور نعيمي و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره ، ص18.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص471.

³ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص298.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص472.

فصحيح أن مصادر قانون التجارة الدولية تتنوع بحسب إختلاف مجالات التجارة الدولية، إلا أنها في عقود الدولة قد تقتصر على الإتفاقيات الدولية و الشروط العقدية محل النزاع و العادات و الأعراف التجارية و كذا المبادئ العامة في مجال الإستثمار الأجنبي¹.

حيث أن هناك عديد من العادات و الأعراف المتكونة نتيجة تكرار المستثمرين لها، لما تتميز به من خصوصية مهنية، حيث يستتير بها المحكم في عقود الإستثمار الأجنبية على إعتبار أنها حلول قانونية ناتجة عن الممارسات الإستثمارية المهنية المتخصصة، حتى في حالة ما إذا كانت غير متوافقة مع نصوص قانونية غير أمرة للدولة الطرف في العقد².

كما أن هناك عدد معتبر من المبادئ العامة المتصلة بعقود الإستثمار، إضافة إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ الإثراء بلا سبب، هناك مبدأ الحقوق المكتسبة*، و الذي يعتبر بمثابة أكثر المبادئ جدوى في إطار العلاقات التي تقوم بها الدول مع الخواص الأجانب، و مفاد هذا المبدأ هو تلك الحقوق العينية و الشخصية للطرف المتعاقد، و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها و التي أصبحت ثابتة و مستقرة بالنظر للقانون الوطني للدولة الطرف في العقد³.

و نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغته الجديدة المنقحة في الفقرة الأولى من المادة 35 على أنه: " تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف بإعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة. فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً "

¹ د. رشى موسى محمد، دور إتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، مجلة أهل البيت (عليهم السلام) ، العدد 11، السنة السادسة، جامعة أهل البيت (عليهم السلام) -العراق، 2011م، ص196.

² د. رشى موسى محمد، مرجع نفسه، ص197.

*لقد تك إدراج مبدأ الحقوق المكتسبة من قبل المشرع الجزائري في قانون 09/16 المتعلق بترقية الإستثمار من أجل طمأنة المستثمرين على الحفاظ على الحقوق التي يكتسبونها في الأراضي الجزائرية، حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة 35 على النحو الآتي: " يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا و الحقوق الأخرى التي إستفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، و التي أنشأت تدابير لتشجيع الإستثمارات". أنظر، قانون رقم 09-16، يتضمن قانون ترقية الإستثمار، المعدل بقانون 13-18 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2018، مرجع سبق ذكره، ص24.

راجع في ذلك، د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص390 و ما بعدها.

³ د. عيبوط محند وعلي، مرجع سبق ذكره، ص130.

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في المنازعة وفقا لشروط العقد إن وجدت، و تراعي في ذلك أي أعراف تجارية سارية على المعاملة"¹.

و ذهب رأي للإشارة إلى أن استخدام النص لإصطلاح le droit بدلا من إصطلاح la loi يستفاد منه أن للأطراف ليس فقط حرية إختيار قانون وطني، بل لهم أيضا حرية إختيار القواعد المهنية و العادات أو المبادئ المشتركة في قانون التجارة الدولية. وهذا ما سار عليه Gold Man حيث رأى بأن استخدام صيغة le droit بدلا من إصطلاح la loi يمكن للأطراف المتعاقدة إلى جانب إختيارهم لقانون وطني أن يختاروا قواعد التجارة الدولية و ما تحويه من أعراف مهنية و عادات تجارية و مبادئ متفق عليها².

ثانيا: تبني مجمع القانون الدولي 1989 لقواعد التجارة الدولية

لا شك أن مجمع القانون الدولي IDI من أكثر الجمعيات ترويجا بشكل صريح لتدويل عقود الدولة، و كان ذلك في قراره الصادر في دورته الثالثة و الستين في Santiago Compostela و المنعقدة من 5 إلى 13 سبتمبر 1989م، تحت عنوان "arbitration between states, state enterprises or state entities, and foreign enterprises" أي "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها، و المشروعات الأجنبية". و قد تبني هذا القرار المبادئ العامة عبر الدولية بشكل مباشر في مواده خاصة المادة الرابعة و السادسة لإتصالهما بالقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.

حيث نصت المادة 04 على أنه: " عندما يتم الاعتراض على صحة إتفاق التحكيم، فإن هيئة التحكيم ستحسم النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي: القانون الذي إختاره الأطراف، أو القانون الذي يشير إليه القانون الدولي الخاص الذي نص عليه الأطراف أو المبادئ العامة لقانون الدولي العام أو الخاص أو المبادئ العامة للتحكيم الدولي "...، أما المادة 06 فتتص بأنه: " يتمتع الأطراف بإستقلال كامل في شأن القواعد و المبادئ الإجرائية و الموضوعية

¹ قواعد الأونسيترال للتحكيم (المتضمنة للفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في عام 2013) ، قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين و الدول، الباب الرابع، ص 25.

² د. مجدي دسوقي، مرجع سبق ذكره، ص 139 و 140.

الواجب تطبيقها على التحكيم . و بصفة خاصة :1- يجوز إختيار مصدر مختلف للقواعد و المبادئ الواجبة التطبيق في حق كل مسألة قد تثور2- يجوز أن تستخلص هذه القواعد و المبادئ من أنظمة قانونية مختلفة بالإضافة للمصادر غير الداخلية كما هو الحال في شان مبادئ القانون الدولي، و المبادئ العامة للقانون و أعراف التجارة الدولية. و بقدر ما يترك الأطراف هذه الأمور دون تحديد، فإن هيئة التحكيم ستلتزم بان تحدد القواعد و المبادئ الضرورية المستمدة من ذات المصادر المشار إليها في المادة 04¹.

والملاحظ أن تضمين هذا النص القانوني لحق الأطراف في إختيار أي من القواعد القانونية بدلا من حصره على قانون واحد من الواجب تطبيقه، فأصبح كافيا القول أنه من الممكن إسناد المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الدولة إلى قواعد التجارة الدولية².

ثالثا: التشريعات المساندة لتطبيق القواعد عبر الدولية

إن معظم النظم القانونية الحديثة المتعلقة بالتحكيم، أقرت بحرية المحكم في إنتقاء القانون الواجب التطبيق عند عدم تحديد قانون من قبل أطراف العقد، بشرط أن تكون هذه القواعد المادية لها علاقة وثيقة مع موضوع النزاع، هذا ما وضحه المشرع الأمريكي من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 29 من قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم حيث أقرت بأنه: " في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين التي ترى أنها ملائمة"³.

و يتضمن قانون الإجراءات المدنية (2) لدولة جيبوتي الصادر 1984 نسا مشابها حيث تنص المادة 128 من ذات القانون على ما يلي: " للأطراف حرية تحديد القانون الذي ينبغي على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، و في حالة عدم تحديد ذلك، يطبق المحكم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع (أو الإسناد) و التي يراها ملائمة في هذا الخصوص"⁴.

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص من 473 الى 475.

² د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العالي، مرجع سبق ذكره، ص 268.

³ أ.د. أحمد حلمي خليل هندی، عقود الإمتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، الإسكندرية، 2013م، ص 475.

⁴ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سبق ذكره، ص 14.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق إلى هذه الفكرة من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي سبق و أن اشرنا إليها في بحثنا، على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي إختاره الأطراف، و في غياب ذلك تفصل وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة¹.

فهناك توسع أدى بالرجوع إلى مصادر القانون، حيث أخذت المادة 1050 من قانون رقم 09/08 بالفقرة الأولى من المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري و المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على أنه: " يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي إختارتها الأطراف. في غياب ذلك الإختيار وفقا لقواعد القانون التي تعتبر ملائمة. يأخذ في كل الحالات بعين الإعتبار الأعراف التجارية ".²

فيكون بهذا المشرع الجزائري قد ذهب إلى أبعد ما ذهب إليه النصوص التي سبق أن أشرنا إليها. فبالنسبة للمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الفقرة الثالثة نصت على أنه: " يأخذ في كل الحالات بعين الاعتبار الأعراف التجارية "، لم يأخذ المشرع الجزائري بالنص الفرنسي المحتشم الذي يطلب من المحكم أن يأخذ بعين الحسبان أعراف التجارة .

كذلك لم ينقل القيد الوارد في القانون السويسري الذي ينص على أنه: " عند عدم إختيار القانون من قبل الأطراف يفصل المحكم في النزاع وفق قواعد القانون التي تكون لها علاقة وثيقة بموضوع النزاع " ². و هذا القيد نفسه أخذ به المشرع المصري في الفقرة الثالثة³ من نص المادة 39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 حيث نص على أنه: "...طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالا بالنزاع".

و بذلك يكون قد حرر المحكم من الخضوع إلى أي منهج تتنازع القوانين و عليه يكون قد إندمج في التوجه الحالي للتحكيم الدولي، كونه أعطى الدور الأول لإرادة الأطراف المتعاقدة و

¹ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص من 154 و 155.

³ أ.د. أحمد حلمي خليل هندی، مرجع سبق ذكره، ص474.

المحكم و رفع كل لبس فيما يتعلق بتطبيق أعراف التجارة. و على ذلك، يطبق المحكم مباشرة قواعد القانون و الأعراف الملائمة دون مروره بأي نظام تنازعي وطني.

فيستنتج أن القانون الجزائري قد إنضم إلى قضاء تحكيمي مكرس، غير أن قواعد القانون و الأعراف التي يختارها المحكم من المفروض أن تكون لها علاقة عضوية بالعقد الذي يدور حوله النزاع¹.

و لعل أن إقبال عديد من الدول النامية لوضع تلك القواعد القانونية في تشريعاتها، هو بمثابة الأمر الحتمي لمواكبة النظام العالمي الجديد و ما يفرضه على تلك الدول من تعديلات في قوانينها من جهة، و كذا حاجة الدول النامية لإستقطاب اكبر قدر من الإستثمارات الأجنبية بغية تحقيق النفع و الصالح العام².

رابعا: إتجاه هيئات التحكيم لإعمال القواعد عبر الدولية

يعتبر قضاء التحكيم الميدان الوحيد الذي لاقت فيه قواعد التجارة الدولية تطبيقاتها المتنوعة³. حيث أكدت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي على أنه، عند إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق أو عدم إختياره، على المحكمين أن يراعوا في الإعتبار شروط العقد و عادات التجارة⁴.

و عليه إتجهت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها في مجال قواعد قانون التجارة الدولية، بدليل أنها أكثر إرتباطا بالنزاع.

حيث إنتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في شأن نزاع حول عقد إمتياز البحث عن البترول و المرفوع من الشركة الألمانية -Deutsch-Schachtbau-und-Tiefbohr-gesell-schaft و المشار إليها إختصارا بمصطلح (DST)

¹ أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص156.

² د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص273.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص393.

⁴ د. طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سبق ذكره، ص136.

ضد حكومة إمارة رأس الخيمة و شركة رأس الخيمة الوطنية للبتروول و التي يشار إليها إختصارا بمصطلح Rakoil إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إعمالا للفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشر من نظام تحكيم الغرفة، و في ظل عدم الإتفاق الصريح بين الأطراف: هي مبادئ القانون المقبولة عالميا و الحاكمة للإلتزامات التعاقدية، و بناءا على ذلك طبقت هيئة التحكيم المبادئ المستقر عليها في أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة¹.

كذلك في حكم التحكيم بين شيخ أبوظبي و شركة تنمية البترول المحدودة أكد المحكم في تعليقه على قانون أبوظبي المختص بحكم العقد موضوع النزاع ذكر بأنه: " لا يتصور أن يوجد في هذا الإقليم البدائي مجموعة من المبادئ القانونية التي يمكن اللجوء إليها لتفسير أدوات التجارة الحديثة ". حيث نص الحكم على:

"Any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments."

و بذلك يكون المحكم قد عبر عن رأيه في طبيعة العقد معتبرا أنه من عقود التجارة الدولية بصورة صريحة².

كذلك تم إعمال قواعد و أعراف التجارة الدولية في عقد الإستثمار المبرم في عام 1982م بين شركة ألبانية و شركة سويسرية، يقضي بأن تصبح هذه الأخيرة وكالة بالعمولة لها في تسويق منتجاتها من الخضروات، حيث وقع نزاع بين الطرفين بسبب عدم إتفاقيهما على تسليم الثمن مع الفوائد، و لما كان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم مدون باللغة الفرنسية يفيد عرض الخلافات التي تنور إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد عرض النزاع أمام هذه الأخيرة، و لما كان العقد خال من القانون الواجب التطبيق، كان على هيئة التحكيم أن تحدد ذلك القانون، فما كان على المحكم إلا أن يطبق عادات و أعراف التجارة الدولية، إستنادا إلى تصريح الشركة الألبانية الذي يقر بتطبيق المحكم القانون الذي يراه ملائما³.

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص300.

² د. رائد أحمد علي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص258.

³ د. محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سبق ذكره، ص385.

و كثيرة هي السوابق التحكيمية التي تم فيها تنصيب عادات و أعراف التجارة الدولية كقانون فاصل في موضوع المنازعات التي أثارها عقود الدولة، خاصة منها التحكيم ذو الطابع المؤسسي.

فبالرجوع إلى عقد الدولة الذي أبرم بين هيئة حكومية إفريقية و شركة أوروبية و المتعلق بتوريد اللحوم، حيث تعود وقائع القضية إلى رغبة إحدى الحكومات الإفريقية بتوفير اللحوم بمناسبة حلول عيد الأضحى المبارك كإجراء يستهدف إلى الحد من رفع الأسعار، فبعد سريان العقد نشب نزاع تم عرضه إلى التحكيم المشكل في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نطق هذا الأخير بأن: " و حيث أن شروط المناقصة نصت على طريقة سداد ثمن الصفقة موضوع عقد التوريد و هي فتح إعتاماد مستندي غير قابل للإلغاء و معزز و غير قابل للتحويل و قابل للتجزئة و الهيئة المحتكم ضدها تلتزم بفتح الإعتاماد المستندي خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الضمان النهائي المقدم من الشركة...و بالتالي فإن إطلاق حرية المتعاقد في تأخير تنفيذ إلتزامه دون نظر أو مبالاة لطبيعة التعامل و نوع السلعة و أعراف التجارة، خصوصا أعراف التجارة الدولية و مصالح المتعاقد الآخر المشروعة يعدو هكذا أمرا غير جائز".

و تأسيسا على ما ذهبت إليه هيئة تحكيم التابعة لـ CRCICA تم الحكم على الهيئة الحكومية الإفريقية بدفع تعويض إلى الشركة الأوروبية نتيجة عدم أخذها بمقتضيات قواعد التجارة الدولية في عقود التوريد الدولية، و التي تستوجب فتح إعتاماد مستندي أثناء مدة زمنية منطقية تتناسب مع طبيعة نوع السلعة المتفق عليها، و الذي من شأنه أن يتيح للشخص الخاص الأجنبي (الشركة الأوروبية) من الحصول على المبلغ من أجل مواصلة إلتزامات العقد¹.

كذلك نجد أن قواعد التجارة الدولية تم إعمالها من قبل CIRDI بتاريخ 29 جانفي 2004 في قضية عقد دولة بين الفلبين و شركة SGS المختصة في الغزل و النسيج².

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 206 و 207.

راجع في ذلك، د. محمد إبراهيم خيرى الوكيل و د. علاء محي الدين مصطفى، إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون و الإقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014م، ص 67.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع نفسه، ص 207.

و تعود وقائع هذه القضية إلى أنه بتاريخ 26 أبريل 2002م، تلقى مركز تسوية منازعات الإستثمار طلبا من Societe Generale Surveillance السويسرية الكبيرة العاملة في مجال التحقق و الرصد و قيام بالإختبارات و كذا خدمات فحص مختلف منتجات القطاع الخاص و الحكومات و المؤسسات الدولية، مفاده اللجوء إلى التحكيم ضد جمهورية الفلبين بسبب نزاع نشأ عن العقد الذي تم إبرامه في 23 أغسطس 1991م و المتعلق بتقديم شركة SGS خدمات متخصصة لدولة الفلبين فيما يخص تحسين عمليات التخليص الجمركي و الرقابة، و المتعلق بخرق أحكام الإتفاقية الثنائية التي أبرمت بين الاتحاد السويسري و جمهورية الفلبين بتاريخ 1997 و الخاصة بالحماية و التشجيع المتبادل للإستثمارات¹، خاصة ما يتعلق الأمر بعدم قيام جمهورية الفلبين بتنفيذ إلتزامها و المتمثل في دفعها لشركة SGS مستحقاتها المالية بشكل تام، حيث تم تسليمها مبلغ مقدر بـ 1000000 بيزو فيلبيني و الذي تقابله أقل من 20.000 دولار دون إكمال المبلغ الباقي المتفق بشأنه، الأمر الذي دفع بشركة SGS إلى رفع الدعوى التحكيمية².

هذا و قد إرتكزت هيئة التحكيم الذي ترأسها الدكتور أحمد القشيري مع المحكمين Antonio Crivellaro و James R. Crawford عند إعمالهم لأعراف و عادات التجارة الدولية على موضوع نزاع العقد، على بعض الأحكام التحكيمية السابقة لكل من جمهورية الفلبين و شركة SGS و بصفة أكثر السوابق التحكيمية المتعلقة بهذه الأخيرة، بالرغم من عدم تماثل مواضيع

¹ On 26 April 2002, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) received from SGS Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) a request for arbitration dated 24 April 2002 against the Republic of the Philippines (hereafter the Philippines or the Respondent, as the context requires). SGS is a large Swiss corporation providing verification, testing, monitoring and certification services in respect of various products, to the private sector as well as to governments and international institutions. On 23 August 1991, SGS concluded an agreement with the Philippines regarding the provision of comprehensive import supervision services (the CISS Agreement), under which SGS would provide specialized services to assist in improving the customs clearance and control processes of the Philippines. A dispute having arisen between the parties concerning alleged breaches of the CISS Agreement, SGS invoked in the request for arbitration the provisions of a bilateral Agreement of 1997 between the Swiss Confederation and the Republic of the Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments.

Voyer : ICSID, case N ARB/02/6 , SGS Societe generale de surveillance S.A (claimant) versus Republic of the Philippines (Respondent), Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, January 29, 2004, p 03.

² ICSID, case N ARB/02/6 , Op.Cit, p 13 ext.

النزاع السابقة مع موضوع هذا النزاع المعروف، و التي سبق و أن تم تطبيق فيها قواعد عبر دولية¹.

كما تم إعمال القواعد عبر الدولية بشكل متزايد منذ مطلع القرن 20 من قبل المحكمين الدوليين على موضوع نزاع العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية، كما هو الحال بالنسبة لحكم التحكيم AES الذي أصدره CIRDI ضد دولة الأرجنتين بتاريخ 26 ابريل 2005²، حيث تتلخص حيثيات هذه القضية في أنه تم إبرام عقد بين شركة أمريكية AES Corporation و دولة الأرجنتين من أجل قيام تلك الشركة بإستثمار في ثمانية شركات لتوليد الكهرباء و ثلاث شركات رئيسية لتوزيع الكهرباء في الأرجنتين، و بتاريخ 05 نوفمبر 2002م تم تقديم طلب لمركز واشنطن من قبل شركة AES ضد الأرجنتين، بسبب تخلف هذه الأخيرة عن تعهدها و المتمثل في تطبيق آليات حساب و تعديل التعريفة المتفق عليها مسبقاً³.

و نفس الشيء حصل في قضية بين الأرجنتين و الشركتين المتمثلتين في شركة Suez و نفس الشيء حصل في قضية بين الأرجنتين و الشركتين المتمثلتين في شركة Inter ("AGBAR") Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. و شركة Aguas Servicios Integrales del Agua S.A المسجلتين بإسبانيا و يعتبران من كبار المساهمين في شركة APSF Aguas provinciales de santa Fe S.A و التي تم تأسيسها بالأرجنتين، حيث كان موضوع العقد يتعلق بمعالجة المياه و توزيعها في مقاطعة سانتا الأرجنتينية، و يعود سبب نشأة النزاع إلى إمتناع الأرجنتين عن تطبيق التغييرات المتفق عليها بشأن حساب التعريفة الجمركية كما حصل في القضية أعلاه. الشيء الذي أدى إلى قيام

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص208.

راجع في ذلك،

ICSID, case N ARB/02/6 ,Op.Cit, p 35 ext.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع نفسه، ص208.

³ On November 5, 2002, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "the Centre") received a Request for Arbitration against the Argentine Republic ("the Respondent" or "Argentina") from the AES Corporation ("the Claimant" or "AES"), a company incorporated in the State of Delaware, with headquarters in Arlington, Virginia, United States of America.

The Request concerns AES' investment in eight electricity generation companies and three major electricity distribution companies in Argentina, and Argentina's alleged refusal to apply previous agreed tariff calculation and adjustment mechanisms.

Voyer : ICSID, case N .ARB/02/17, AES Corporation (claimant) and the Argentine Republic (respondant), Decision on jurisdiction , April 26,2005 , p 02

الشركات بطلب إلى مركز تحكيم CIRDI بتاريخ 17 ابريل 2003 و تم تعيين ثلاث محكمين برئاسة W.Salacuse Jeswald أما الآخرين فهما Pedro Nikken و Gabrielle Kaufmann-Kohler¹، حيث إستندت هيئة التحكيم إلى العادات و الأعراف السائدة في مجتمع التجار الدولي من أجل إيجاد حلول ملائمة لموضوع نزاع العقد².

كذلك حكم التحكيم الصادر ضد دولة بنغلادش في نزاع S.P.A* عام 2007، فكل حكم من هذه الأحكام التحكيمية التي تمت الإشارة إليها، نص على أفضلية القواعد عبر الدولية خاصة في الحالة التي لا تتعارض فيها مع القواعد الوطنية بغية فض منازعات عقود الدولة³.

الفرع الثاني:

الإتجاه المعارض لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية

لا شك أن اغلب الدول المتعاقدة في عقد الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية التابعة لها هي من طينة الدول النامية. و نظرا لقصور موارد الدول النامية، و كثرة تعلق هذه العقود بأعمال التنمية، كان هناك تخوف من هذه الدول بخصوص تطبيق القواعد عبر الدولية على العقود التي تبرمها. كون أن هذه القواعد لا تراعي تطلعاتها⁴.

لذلك من الطبيعي ان يكون فقهاء الدول النامية مناهضين لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية (قواعد التجارة الدولية). حيث يتمسك هذا المذهب المناهض بالمبدأ الذي أشارت إليه المحكمة الدائمة للعدل الدولية بمناسبة حكمها الصادر حول قضية القروض الصربية في 12 يوليو 1929 و الذي نص على أنه: " أية عقد لا يكون بين الدول بصفاتهم أشخاص القانون

¹ ICSID, case no.ARB/03/17, In the proceedings between Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent), Decision on jurisdiction, May 16,2006, p 02.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص208.

*تعرف هذه القضية ب petrobangala حيث تم إبرام عقد بين شركة إيطالية Saipem SPA و شركة وطنية من بنغلادش، غرضه بناء خط أنابيب، و كان العقد يضم شرط تحكيم في حالة نشوء نزاع مستقبلي ما يتم اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية بباريس CCI.

راجع في ذلك،

Emanuel Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008 , p 117.

³ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص208.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص482.

الدولي فإنه يؤسس على قانون داخلي لأحد الدول". و من المعلوم أن المحكمة قد نفت أن يفترض خضوع العقود التي تيرمها الدولة لقانون غيرها من الدول¹.

هذا و قد برهن بعض من الفقه المعارض لخضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية، بعدد من الحجج منها:

أولاً: عدم وجود قانون عبر دولي حقيقي

الواقع أن فكرة تطبيق قواعد التجارة الدولية هي فكرة منتقدة من قبل بعض الفقه، إذ أن تطبيق هذه القواعد على العقود الموقعة بين الدولة و المؤسسات الأجنبية في قطاع البترول مثلا يبقى منتقص على أساس أن هذه القواعد غير محددة*، و لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا عن القانون الدولي أو القوانين الداخلية فمن الصعب تحديد هويتها و طبيعتها، فهي لا تعد سوى مقترحات قانونية موجهة إلى المحكمين².

و على هذا الأساس اعتبرت الدكتورة حفيظة السيد الحداد أن تطبيق القانون العابر للدول أو القانون التجاري الدولي على عقود الدولة مازال مجرد محاولات و مقترحات فقهية**، كما يصعب تحديد هويته و طبيعته³.

فمن ناحية، إن هذا القانون المدعى به ليس له مصادر قانونية خاصة به، بل إن مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، إذ أن بعض قواعد هذا القانون مستمدة من القانون

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 463 و 464.

*تشكك الفقه التقليدي حول إعتبار قانون التجارة الدولية يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق، و أن أحكامه لا تعد قواعد قانونية، بل هي مجرد عادات لا يجوز تطبيقها إلا من خلال إتفاق المتعاقدين على ذلك صراحة أو ضمنا. أنظر، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 472.

² هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 394 و 395

**قرر الأستاذ Philippe Kahn أنه من المبكر التفاوضي عن القانون العابر للدول، فإنه مازال يشكل نقاشا مفتوحا. و أن الجدل القائم حول مدى تجانس هذا القانون هو أمر يمكن إستنباطه من أحكام هيئات التحكيم، و التي قد تكون عمل إيجابي في هذا الشأن من خلال تكوين و تطوير هذه القواعد. أنظر،

Philippe Kahn , Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, Journal du droit international : Clunet 1989, p305 ,306 et 307.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 464.

الداخلي (القانون المدني، القانون التجاري و الإداري...إخ) و بعضها الآخر مستنبط من القانون الدولي لعام. و من جهة أخرى فإن هذا القانون لا يشمل على معيار يتحدد على أساسه القواعد القانونية التي يستعيرها من الأنظمة القانونية الأخرى¹.

و هذا ما أكده أنصار القانون التجاري الدولي عندما زعموا بأنه نظام ينتابه الكثير من الغموض و النقص كونه غير شامل و غير مدون في نصوص يعلم بها الجميع. كما أنه لا يخضع لرقابة قضاء يوازي محكمة النقض، فهذا القانون الجديد للتجار من الصعب تحديد قواعده².

و يضرب البعض مثلا في العقد الدولي للإنشاءات، و يقولون أن إغفال بعض العقود القانون الواجب التطبيق على العقد يوقع هيئات التحكيم في شك و حيرة لتحديد و إختيار القانون الذي يطبق على النزاع، و غالبا ما يلجؤون إلى ما يسمى بالقواعد الدولية المتعارف عليها بين الدول المتحضرة و كذلك قد يستندون إلى ما يعرف بإسم قانون التجار و هي قواعد عرفية دولية، و إن تحديد مثل هذه القواعد أمرا عسيرا جدا في معظم الأحيان و يقتضي إجماع المحكمين على تحديدها و هذا الأمر ليس بالسهل³.

و بغض النظر عن النتائج النهائية التي يمكن تقريرها بصدد قانونية و صلاحية قانون التجارة الدولية لحكم العلاقات القانونية التي تتم بين الخواص المتعاملين على مسرح العلاقات الدولية، فإن أعمال هذا القانون على عقود الدولة سيزيد من الإنتقادات بسبب طبيعة هذه العقود⁴.

و كيف يمكن القول أن هناك وسط و مجتمع للعلاقات بين الدولة و الأشخاص الخاصة على نحو وجود قانون ذاتي لهذا المجتمع ينظم هذه العلاقات، فالمجتمعات الوطنية متعددة و يتعين إيجاد مكان لهذا الإشكال⁵.

¹ د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص88.

² د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص758 و759.

³ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص394 و 395.

⁴ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص759.

⁵ د. هاني محمود حمزة، مرجع نفسه، ص395.

ثانياً: تأثير الفقه الغربي على قضاء التحكيم من أجل إعمال القواعد عبر الدولية
سبق و أن لمحا إلى أن القواعد عبر الدولية ما هي في الحقيقة سوى عن آراء فقهية داعمة للشركات الأجنبية المنتمية إلى مصاف الدول المتقدمة، حيث أن تلك الأفكار التي زعم بها الفقه الغربي باتت تشكل خطر على مصلحة الدول النامية، و ذلك بسبب إقتداء المحكمين الدوليين بها، خاصة و في بعض المرات ما نجد البعض من ذلك الفقه هم أنفسهم من يقومون بدور المحكم ليفصلوا في النزاعات التحكيمية، لذلك فمن السهل أن يتم تجسيد تلك الآراء التي تتادي بتطبيق القانون عبر الدولي على منازعات عقود الدولة على أرض الواقع .

و حتى في الحالة التي لا يكون فيها المحكمين الدوليين من قائمة الفقهاء الذين دعوا بتطبيق القواعد عبر الدولية، و مع ذلك، فإنهم يستجيبوا لآرائهم نظراً لإنتمائهم غالباً إلى صنف الدول الرأسمالية، و الذي من المحتمل جداً أن يناحزوا إليهم تلقائياً أو بمجرد الضغط عليهم من الدول العظمى التي تمثل شركاتها الأجنبية.

و لعل ما يزيد تأكيد هذه الفكرة، هو أن الفقه التحكيمي و قضاءه متداخلان، بينما ليس الأمر كذلك بالنسبة للفقه القانوني و قضاءه، حيث أن هذين الأخيرين مستقلان عن بعضهما البعض و لكل منهما مهامه التي لا يجوز من أحدهما أن يتجاوزها¹.

ثالثاً: عقود الدولة لا تصنف في نطاق تطبيق قواعد التجارة الدولية

لقد أقر بعض الفقه المناصر للقانون التجاري الدولي أنه لو كانت الأعراف الدولية قد إستقرت منذ فترة طويلة في شأن علاقات التبادل التجاري بين الأشخاص الخاصة و التي تتطلب مدة زمنية قصيرة، فإن الأمر يختلف تماماً بصدد عمليات الإنتاج ذات الأجل الطويل خاصة إذا كانت الدولة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، حيث لم يستقر العمل الدولي بخصوصها على أعراف و مبادئ محددة، إضافة إلى أن موقف الدولة تجاه هذه القواعد سيكون مختلفاً².

هذا و قد مانع فقه الدول النامية إمكانية إخضاع عقود الدولة للقانون عبر الدولي، ذلك بأن هذا النظام لا يحتوي على قواعد قانونية ملمة بالمسائل التي تنور في مجال العقود الدولية و من

¹ د. مجدي دسوقي، مرجع سبق ذكره، ص 146.

² د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 340.

بينها عقود الدولة. فهو إن تضمن نصوص تتصل بتفسير تلك العقود و إبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد التي تحكم مسائل أخرى ذات درجة كبيرة من الأهمية و الخطورة من بينها أهلية الأطراف، التراضي، التقادم المسقط و الفوائد التأخيرية¹، فكل هذه المسائل تخضع بطبيعتها لنظام قانوني وطني معين، و لا يجوز للمتعاملين في مجال التجارة الدولية إعطاء حلول مستقلة لها إلى جانب ذلك، فإن القوانين الوطنية تتميز بالإختلاف البين بالنسبة لهذه المسائل، حيث يعجز المحكمين إبراز قانون مشترك بالنسبة لها و بالتالي يكون إلتجاء المحكمين إلى قانون وطني أمر مفروغ منه في ظل عدم وجود قواعد موحدة دوليا بالنسبة للمسائل التي أشرنا إليها (أهلية الأطراف المتعاقدة، مدد التقادم و أسعار الفائدة)².

و لعل أن الطبيعة الخاصة لعقود الدولة هو الذي أدى بالبعض إلى إستبعادها من حيز تطبيق القواعد عبر الدولية. فعلى سبيل المثال، على الرغم من إقرار الأستاذ الدكتور هشام صادق لوضعية القواعد عبر الدولية و جواز إنطباقها على عقود التجارة الدولية، إلا انه تحفظ بخصوص أعمالها على عقود الدولة. حيث أكد أنه: " تخرج العقود التي تبرمها الدولة، بوصفها سلطة عامة، كما هو حال عقود التنمية و إستغلال الثروات الطبيعية، من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، كون أن هذا القانون نشأ ليحكم المنازعات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة و هو ما يمكن يسري كذلك على العلاقات التي التجارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخص عادي متجرد عن السيادة. أما العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة أي متمتعة بحصانتها السيادية، و حيث يتعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأجل تتعلق بإستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، فإنه يصعب التسليم بإنطباق القانون التجاري الدولي على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية"³.

بينما يرى الدكتور محمد علي بكر بأنه: " لا نرى مانعا من تطبيق قانون التجار على عقود الدولة، و لكن هذا مرتبط بحالة الإختيار الصريح أو الضمني فقط من قبل أطراف العلاقة العقدية، أما في حالة إنعدام الإختيار فيمكن اللجوء إلى فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

¹ د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص.301

² د. يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 103.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص467.

و لا نقر تطبيقه بصفة مطلقة و إنما في الحالات السابقة (الإختيار الصريح أو الضمني) و عادة ما يكون ذلك في الحالات التي تتعاقد فيها الدولة كالأشخاص الخاصة¹.

و إن صح التسليم بأن القواعد عبر الدولية تشكلت منذ فترة زمنية طويلة، و هي صالحة لحكم العلاقات التجارية الدولية التي تتم بين الأطراف الخاصة، و التي تتميز بقصر مدتها و طبيعة معاملاتها البسيطة، فإن الأمر غير مسلم به بشأن العلاقات التجارية التي يكون أحد أطرافها دولة ذات سيادة كما هو الحال بالنسبة لعقود الدولة ذات المدة الطويلة و تعقيد معاملاتها، حيث أن هذه العلاقات لم تترسخ بشأنها أعراف تجارية أو مبادئ محددة كثيرة، كما في العلاقات التي تتم بين الأشخاص الخاصة².

فنستخلص أن القواعد عبر الدولية يجوز إعمالها على العلاقات الإقتصادية التي يكون أطرافها أشخاص خاصة، كما يمكن تطبيقها على العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية، لكن يشترط في تلك الدول أن تتجرد من سيادتها لحظة دخولها مع الطرف الخاص في العلاقة، بينما تطبيقها على العقود التي تبرمها الدول مع الشركات الأجنبية بصفتها دولة ذات سيادة، فإنه أمر ليس بالهين قبوله .

المطلب الثاني:

إختلاف الفقه حول تشكيل القواعد عبر الدولية لنظام قانوني قادر على تنظيم

منازعات عقود الدولة

هناك بعض من الفقهاء لا يعترفون بالطبيعة الوضعية لقانون التجارة الدولية و لهم في ذلك حجج تبرر ذلك، بينما يوجد بعض آخر منهم من يشهدون له بذلك.

الفرع الأول:

الإتجاه المنكر لتشكيل القواعد عبر الدولية لنظام قانوني

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص395.

² د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص292.

يرى جانب من الفقه أن القواعد عبر الدولية لا تتصف بالطبيعة القاعدية، كما أنها ليست ملزمة و مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية و عن نظام القانون الدولي العام، و هذا بالرغم من تعدد الأسباب الموضوعية التي حثت على تحرير المعاملات الإقتصادية الدولية من قيد القواعد القانونية الوطنية و ضرورة أن تحكمها قواعد عبر دولية¹.

و بإعتبار أن النظام القانوني لا يتأتى إلا بوجود قواعد أمرة، فإن من قواعد التجارة الدولية ما يستطيع الأفراد تعديلها بالزيادة أو النقصان كما هو الشأن في العقود النمطية و الشروط العامة، و هذا كله من شأنه أن لا يقر بالنظام القانوني لتلك القواعد².

و حسب الفقيه Romano صاحب النظرية الوضعية الإجتماعية، أن النظام القانوني لا يقصد منه مجموعة القواعد القانونية فقط، بل ضرورة إشماله على مجتمع ذو درجة عالية من التجانس و الترابط، مع وجود سلطة تسهر على حماية ذلك النظام الذي لا يمكن الإعتراف به دون عنصر المجتمع المتجانس و كذا السلطة المنظمة³.

بمعنى أن جوهر أي نظام قانوني يكمن في وجود الجماعة أو التنظيم، و هذا الأخير ما لا نجده في جماعات التجار المتعارضة المصالح و غير المتجانسة⁴.

و سنحاول عرض البراهين التي تمسك بها هذا الإتجاه لتبرير نفي الصفة القاعدية و المؤسسية لقانون التجارة الدولية على النحو الآتي بيانه :

أولاً: تجرد القواعد عبر الدولية من مميزات القاعدة القانونية

تتخصر أولى الإنتقادات الموجهة للقواعد قانون التجارة الدولية أنها لا تتصف بخاصية العمومية و التجريد، و كذا خلوها من عنصر الإلزام بالمقارنة مع القاعدة القانونية الوطنية.

1- عدم إحتواء ركن العمومية و التجريد:

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 135.

² د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 369.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 138.

⁴ د. محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مجلة القانونية الإلكترونية،

<http://www.alkanounia.com>، دون صفحة.

من المسلم به أن خاصية التجريد هي أهم صفات القاعدة القانونية، و التي محتواها هو أن القاعدة عندما تظهر للوجود لا ترتبط بشخص معين أو واقعة ذاتها، بل تسري على جميع الأشخاص و الوقائع التي تتوافر فيهم شروط محددة.

إذن فهي عامة من حيث تطبيقها، و مجردة من حيث نشوئها، بمعنى أنها لا تسن لحالة معينة بالذات بل لكل الحالات المماثلة التي يمكن أن تحدث مستقبلاً¹.

إلا أنه بالرجوع إلى قواعد قانون التجارة الدولية نجد أنها لا تتصف بالتجريد، كون أنها قواعد متجددة، يقوم المحكم بإنشائها من أجل واقعة محددة بذاتها و لأشخاص معينين.

فيستخلص أن هذه القواعد غير سابقة النشأة أي لا يتم تشريعها بشكل مجرد، فهي توضع كلما إقتضت مصلحة الشركات الأجنبية²، و حسب متطلبات التجارة الدولية، حيث خلقت هذه القواعد من أشخاص أكثر دراية و إحاطة بحاجاتهم لها في مجالات معينة بالنظر لأهميتها الكبيرة. لذلك، لا ينبغي مقارنتها بقواعد القوانين الداخلية التي يتم سنها من قبل المشرع³.

هذا بالنسبة للتجريد، أما بخصوص العمومية فهي تأتي بعده عند تطبيقها في العمل، حيث يسري حكمها على كل من يتوافر الفرض في شأنه، أي الشروط المعينة.

فالتجريد يتصل بالفرض كون أن المشرع عند وضعه لقاعدة ما لا يربطها بشخص معين أو واقعة محددة، بل واجه فرضاً مجرداً، و العموم له علاقة بالحكم و هو الأثر المترتب عليها⁴.

و بما أن التجريد يضيف على القاعدة ميزة العمومية، فإنه بمجرد خلو قواعد قانون التجارة الدولية من صفة التجريد، يترتب عليه تخلف صفة العمومية⁵.

و بهذا نخلص إلى أن قواعد قانون التجارة الدولية لا تحظى بخاصية العمومية و التجريد كما هو الشأن بالنسبة للقواعد القانونية ذات المصدر الوطني.

¹ د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010م، ص17.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص217.

³ د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص266.

⁴ د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية -، مرجع سبق ذكره، ص18.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص218.

2- عدم تمتع القواعد عبر الدولية بالجبر:

واصل أنصار هذا الإتجاه حملتهم في إنتقاد القواعد عبر الدولية، حيث رؤوا بأن النظام القانوني لا يقوم، إلا إذا كانت قواعده تكتسي صفة الإلزام، ذلك من أجل أن تكفل لها إحترامها و عدم مخالفتها، و هذا ما هو عليه الحال في الأنظمة القانونية الوطنية للدول¹.

و بما أن قواعد قانون التجارة الدولية يتم وضعها من طرف أرباب المهن و الذين تنعدم فيهم الصفة الحكومية، و كذا سلطة تشريع النصوص القانونية على نحو ملزم، فهذا يجعل القول بأن هذه القواعد تفتقر للقوة الملزمة لها².

و إن زعم الفقهاء المعترفين بالقيمة المعيارية للقواعد عبر الدولية، بأن هذه القواعد نشأت عن طريق سلطة مكونة من المجتمع الدولي للتجار، إلا أن السلطة الأخيرة التي تمسك بها تلك الفقهاء هي مجرد سلطة مهنية لا ترقى إلى السلطة العامة.

إن هذا ما أكده الفقيه Goldman عندما صرح بأن: "الشروط النموذجية العقدية و عادات التجارة الدولية المدونة، لم تعد نتاج نشاط تلقائي فحسب، و إنما أصبحت قواعد صادرة عن منظمات مهنية تختلف تماما عن السلطات العامة في الدول المختلفة"³.

فمن الغير طبيعي أن يتم توقيع الجزاء في ظل غياب السلطة العامة للدولة. و في هذا الخصوص يصعب تنفيذ أحكام التحكيم من دون وجود السلطات القضائية في الدولة محل التنفيذ، و هذا ما يسلب من النظام القانوني للتجارة الدولية خاصية التمتع بالجزاء، كون أن الأخير ليست له الإستطاعة لترتيب عقوبات عند إنتهاك قواعده⁴.

و كنتيجة فإن صفات القاعدة القانونية غير متواجدة كلها بالقانون عبر الدولي، فإعتبره البعض بأنه ليس سوى حجابا لتقليل الدور الذي يمكن أن تلعبه الدول النامية المتعاقدة في بناء

¹ د. محمد طارق، مرجع سبق ذكره، دون صفحة.

² د. مراد محمود المواجهة، مرجع سبق ذكره، ص 268.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 141.

⁴ أ.د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، مرجع سبق ذكره، ص 282.

إقتصادها و قلب التوازن المالي للعلاقة التعاقدية، فقد نشأت خصيصا لمحابة الشركات الأجنبية العملاقة و تقليص دور القوانين الوطنية للدول النامية في توجيه إقتصادها¹.

و زيادة على هذه التبريرات التي تفيد الشك و التقليل من قيمة القواعد عبر الدولية بأنها لا ترقى إلى قواعد القوانين الوطنية، هناك بعض الحجج الأخرى سنعرضها كالآتي.

3- العيوب التي تزيل إتصاف القواعد عبر الدولية بخصائص القاعدة القانونية:

أ-تناقض مضمون القواعد عبر الدولية:

لقد سبق و أن بينا بأن المبادئ العامة تكون أحد المصادر الهامة لقانون التجارة الدولية إلى جانب الأعراف التجارية و قواعد العدالة، و في هذا الإطار يرى Kassis بأن تلك المبادئ تتضمن بعض الأحيان محتويات متعارضة، حيث أعطى مثالا على ذلك، عندما رفض قضاء التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية نظرية الظروف الطارئة إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ قرينة الإحتراف، و هذا ما إعتبره تناقضا مع مبدأ الحفاظ على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر و مبدأ العدالة، اللذان يعتبران من أحد مبادئ lex mercatoria².

كذلك من بين التناقضات الموجودة في القواعد عبر الدولية، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقيد مبدأ عدم جواز الغبن، إضافة إلى ذلك مبدأ أن البطلان لا ينتج أثرا يخالفه مبدأ الإعتداد بالآثار التي لا يمكن محوها³.

ب-قواعد القانون عبر الدولي يغلب عليها الشعور الشخصي بالعدالة:

إن قيام المحكم بإعمال قواعد التجارة الدولية ما هو إلا تعبيراً عن إحساسه الذاتي من لرسم العدالة. و من خلال هذا يمكن التسليم بتمائل تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية مع تطبيق المحكم المطلق لقواعد العدالة و الإنصاف.

¹ د. إباد محمود بروان، التحكيم و النظام العام - دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004م، ص542 و 543.

² د. إباد محمود بروان، مرجع نفسه، ص544.

³ د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2000م، ص295.

و إن الطريق لإعمال تلك القواعد ما هو في حقيقة الأمر إلا شكل صورة من صور التفويض بالصلح الذي تستوجب صحته إتفاق طرفي العقد.

و في هذا الشأن يقول الدكتور محمد شحاتة: "...طالما أن الخصوم لم يرغبوا في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح، فإنه من غير المعقول التفكير في تخويله سلطة الفصل على مقتضى قواعد التجارة الدولية *lex mercatoria*"¹.

ج-القواعد عبر الدولية يتخللها قصور:

يرى بعض من الفقه انه حتى و إن كانت قواعد قانون التجارة الدولية لها ما يصلح من قواعد يتم تطبيقها بخصوص إبرام العقود و تنفيذها، إلا أنها ليست كافية لتلم بمختلف المسائل تدور في مجال العقود الدولية، حيث أنها عادة لا تضم قواعد قادرة على حكم مسائل ذات أهمية كبيرة، و التي من بينها أهلية الأطراف و التراضي²، كذلك بعض المسائل الأخرى المتصلة بوكلاء الشركات التجارية عند إبرامهم عقود التجارة الدولية³.

و هذا ما أيده Goldman في تعبيره عن القواعد عبر الدولية بمبادئ القانون الدولي الإقتصادي، بأنها: "لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا لعدم إحتوائها على قواعد كافية تمكنها من الإلمام بمختلف المسائل التي تحدث في نطاق العقود الدولية، بل إن إعمالها يؤسس على تغطية النقص أو تفسير القانون الواجب التطبيق، حتى و لو كانت مختارة من قبل الأطراف المتعاقدة"⁴.

و ما يؤكد هذه الفكرة هو نقص عدد المبادئ التي تعتبر بمثابة جزء من هذه القواعد، حيث جاءت على سبيل الحصر بعشرين مبدأ فقط، و هذا من شأنه أن يحول دون تلبية ما يصبوا إليه أطراف العقد من توقعات مشروعة، و بالتالي بقاء هذا النقص يمثل سلبية عالقة في ذمة قواعد قانون التجارة الدولية⁵.

¹ د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 545.

² د. إباد محمود بروان، مرجع نفسه، ص 545.

³ د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 294.

⁴ Lankarani El zein Leila, Les contrats d'états a l'épreuve de droit international, Editions Bruylant, 2001, p 456.

⁵ د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 544.

د- القواعد عبر الدولية يغلب عليها الطابع المكمل:

إضافة إلى إعتبار أن القواعد عبر الدولية ليست ملمة بكل جوانب المعاملات الإقتصادية الدولية، فقد رأى الإتجاه المناهض لنظرية هذه القواعد بأنها تكميلية، فهي تحتاج لإعمالها إتفاق الأطراف على ذلك صراحة أو ضمنا.

و في هذا الخصوص يرى أحمد عبد الكريم سلامة بأن: " عادات و أعراف التجارة الدولية، و إن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم و تنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا تخيرية règles facultatives أو تكميلية. فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل لابد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها"¹.

ثانيا: غياب الركن المؤسسي في القواعد عبر الدولية

للتسليم بوجود نظام قانوني لا يقتصر الأمر فقط على الركن القاعدي بل لا بد من ركن ثاني و هو الركن المؤسسي و الذي هو غير موجود بناء على ما أكده الفقهاء المعارضين لنظرية قانون التجارة الدولية، عندما زعموا بأن مجتمع التجار و رجال الأعمال العابر للحدود غير منظم بشكل جيد و يفقد للتماسك و الإنسجام، خاصة و أن تعدد الأوساط التجارية تحتم تنافس شديد بين أعضائه بسبب تباين المصالح، زيادة على ذلك إختلال التوازن فيما بينهم من شأنه أن ينتج قواعد تخدم المشروعات الكبرى أو المنظمات المهنية المسيطرة.

1- كثرة و تباين تجمعات رجال الأعمال و مؤسساتهم:

لقد خلص بعض الفقهاء إلى أن المجتمع الدولي للتجار يفتقر إلى اتساق و تنظيم كاف، و من بينهم الفقيه Lagarde الذي أقر بأن: " الوسط الإجتماعي الذي تتطور فيه التجارة الدولية يتصف بالشساعة و الإنقسام، الأمر الذي يدعو إلى التشكيك في إمكانية قدرة هذا الوسط على تكوين إطار لرابطة لها حد أدنى من التنظيم"².

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص424.

² د. محمد محسوب عبد المجيد درويش، نشأة و تطور قانون التجارة الدولي- دراسة تاريخية-، دار المسلم، 1995م، ص343.

و إن حدوث هذا التجزء في تجمعات رجال الأعمال سيؤدي حتما إلى التأثير على الهيئات التي تكفل التنظيم و التسيير داخل ذلك المجتمع، و لعل أن هيئة قضاء التحكيم هي من أوائل المؤسسات التي تؤثر و شملها تأثير الإنقسام. ذلك أن حال القضاء يشير إلى غياب الإتساق و الوحدة في مؤسساته، و هذا الشيء لم يتمكن أنصار قانون التجارة الدولية من إنكاره، حيث أقروا بإنقضاء الوحدة خاصة على مستوى القرارات التي صدرت عن المحكمين الدوليين، حيث أن كل قرار تحكيمي يتم صدوره لا يراعي بقية الأحكام الأخرى التي صدرت عن المؤسسة نفسها أو المؤسسات التحكيمية الأخرى.

و أبعد من ذلك يلاحظ بعض الفقهاء، أنه على مستوى مؤسسة التحكيم الواحدة يتم إعمال حلول غير متشابهة في قضايا متشابهة، و لعل هذا يظهر بوضوح في نمط التحكيم المؤسسي و المتمثل في تحكيم غرفة التجارة الدولية، حيث أن هذه الأخيرة لا تملك قائمة محددة للمحكمين، و إختيارهم من قبل المحكمة يقتصر تفويض خاص من قبل الأطراف أو عند عدم إحترامهم للمواعيد المقررة للإختيار، لذلك يصعب التسليم بوجود إستمرارية في مواقف هؤلاء المحكمين، و إنعدام إتجاهات مرسومة و موحدة لغرفة التجارة الدولية¹.

2- إفتقار المجتمع الدولي للأعمال للتوازن:

إضافة إلى عدم إنسجام هيئات المجتمع عبر الدولي كما أشرنا أعلاه، فإن هذا الأخير يفتقد كذلك لعنصر التوازن بين أعضائه، ذلك أن قواعد النظام الإقتصادي العالمي الجديد أصبحت توضع من طرف المشروعات الضخمة المسيطرة على مجال التجارة الدولية، مما يفيد دون أدنى شك بأن هذه القواعد ستميل إلى مصلحة واضعها ألا و هي المشروعات الكبيرة، مما يجعل الأطراف المتعاقدة الأخرى عرضة للتهميش و الإمتثال لزوما لها بناء على رغبة الطرف القوي المتعاقد².

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص146.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص148.

حيث تود المشروعات القوية المنتمية إلى مصف الدول المتقدمة، وضع قبضتها على الموارد الطبيعية للدول النامية، خاصة الصناعات التحويلية منها، وذلك بواسطة آليات إقتصادية و سياسية و قانونية¹.

وحتى أنصار نظرية القواعد عبر الدولية إعترفوا بأن هذه القواعد تم إنشاؤها من قبل أشخاص المجتمع عبر الدولي القوية، و المنتسبة إلى الدول الصناعية المتطورة².

و تجب الملاحظة إلى أن، عدم التوازن الظاهر بين المشروعات القوية المنتسبة للدول المتقدمة و المشروعات الضعيفة المنتمية لدول العالم الثالث بسبب الفروقات الإقتصادية فيما بينهما، لا ينحصر على تلك الجهات فقط، بل إن ذلك الإختلال يبرز حتى في ما بين المشروعات المتطورة وحدها، و خير دليل على ذلك نجد البعض منها يحتكر رؤوس الأموال و وحدات الإنتاج³.

و لعل هذا ما أبرزه الفقيه Kahn، و بالرغم من كونه من مناصري نظرية القواعد عبر الدولية، فقد صرح بأن: " وسط التمويل الدولي و الذي يعتبر من قبيل الأمثلة النموذجية للمجتمع التجاري الذي يحتفظ بتنظيمه الذاتي، يسود أطرافه التنافس"⁴.

الفرع الثاني:

الإتجاه المؤيد لتشكل القواعد عبر الدولية لنظام قانوني

يرى هذا المذهب بخلاف السابق الذي قلل من قيمة القواعد عبر الدولية بأنها تشكل نظام قانوني بركنيه المعيارى و المؤسسى، بأن هذه القواعد فعلا تتمتع بالطبيعة الوضعية، على نحو ما سنقدمه:

أولاً: إحتواء النظام القانوني عبر الدولي على الركن المعيارى

¹ د. محمد محسوب عبد المجيد درويش، مرجع سبق ذكره، ص 339.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 225.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 148.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 225.

إن المدافعين عن هذا التيار يؤكدون على أن القواعد عبر الدولية لديها من الخصائص ما تمتاز به القواعد القانونية، و الأكثر من ذلك يرون بأن القواعد عبر الدولية لا تتخللها عيوب و التي من شأنها أن تحد من إتصافها بمميزات القاعدة القانونية.

1- تمتع القواعد عبر الدولية بصفات القاعدة القانونية:

كما أنكر بعض الفقهاء تميز القواعد عبر الدولية بصفات القاعدة القانونية، حيث ظهر إتجاه يعارض ما تم قوله، حيث يرى هذا الأخير بأن القواعد عبر الدولية هي كذلك قواعد عمومية و مجردة و يتم تطبيقها على نحو ملزم، كما سوف نعرضه:

أ- القواعد عبر الدولية قواعد عامة و مجردة:

بالرغم من أن القواعد عبر الدولية لا تنتمي إلى مجتمع كما هو الحال بالنسبة للدولة، و مع ذلك فهي تستوفي خاصية العمومية و التجريد.

فيرى الدكتور نادر محمد إبراهيم بأنه لا يمكن إنكار الطبيعة المعيارية للقواعد العبر الدولية خاصة بالشق المتعلق بالتجريد، كون هذه الأخيرة عبارة عن مجموعة قواعد سابقة النشأة، منبعها الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة و قواعد العدالة.

و بدون شك فإن الأعراف التجارية الدولية تتميز بخاصيتي التجريد و العمومية، كونها إنتقلت من مرحلة العادات التجارية الدولية التي لم تكن تتمتع فيها بالتجريد¹، كما هو الحال بالنسبة للعادات المقننة في الشروط العامة للعقود النموذجية، حيث أن تكرار العمل بها و الشعور بإلزاميتها أدى إلى تحولها إلى أعراف ملزمة .

و تجب الإشارة إلى أنه، حتى العادات التجارية الدولية التي لم يكتب لها التقنين، فإن تواتر العمل بها في العقود التي يتم عقدها في نطاق المهن الحرة أو التجارة المرتبطة بها، مكن من إصباح الطابع الملزم عليها، مادام أن المتعاملين يحترمونها و لا يخالفونها².

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 230 و 231.

² د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية- دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، مرجع سبق ذكره، ص 201.

هذا بالنسبة لعادات و أعراف التجارة الدولية، أما بالنسبة للمبادئ العامة المترسخة في قانون التجارة الدولية و التي سبق ذكرها، فمن العسر التسليم بتجربتها و عموميتها، ذلك أن المحكم عند إعمالها يصبح و كأنه مهندس إجتماعي ينشئها بصفة متجددة بغية الوصول إلى الحل، و لعل هذا ما يقلل من القيمة القاعدية للقواعد عبر الدولية بصفة عامة، خاصة و أن تلك الحلول الذاتية التي يبتكرها المحكم لا يمكن أن تتسم بالتجريد¹.

و بالرغم من هذا، فإن التسليم بقاعدية القواعد عبر الدولية أمر لا مفر منه، ذلك أن هذا النوع من القواعد جاء ليخدم مستلزمات و غايات التجارة الدولية بصفة عامة بغض النظر عن المراكز الإقتصادية التي يتواجد فيها أطراف العقد².

هذا و إن كان البعض ينظر في القواعد عبر الدولية بأنها موجهة لخدمة مصالح مشروعات الدول المتطورة فقط دون الدول النامية، أي أنها مخصصة للطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، فإن هذه النظرة غير سليمة بناء على ما توضحه الممارسات العملية المعاصرة في هذا الشأن و ما تحتاجه من قواعد قانونية تراعي مقتضياته و كذا بلوغ العدالة الموضوعية و الإجرائية الذي يبتغي المتعاملون في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية الوصول إليها³.

و ما يدعم أن القواعد عبر الدولية لم تخصص لحماية مصالح الدول الصناعية هو تطبيقها في كثير من القضايا في سبيل إنصاف الطرف الضعيف إقتصاديا، و تعتبر قضية FOUGEROLLE أول القضايا التي تم الأخذ فيها بنظرية القواعد عبر الدولية لفائدة الطرف الضعيف⁴. حيث أصدرت هيئة التحكيم في إطار ICC قرارا لمصلحة بنك الشرق الأوسط اللبناني الوكيل، حيث تعهد هذا الأخير بموجب عقد وكالة تم إبرامه مع موكله الفرنسي Fougerolle في 1975/08/01 على أن يساعده في إتمام إبرام عقد إنشاء مستشفى عسكري مع الحكومة السورية، هذا و قد تم تضمين العقد شرطا يقضي بإنهاء عقد الوكالة بقوة القانون إذا لم ينجح الوكيل في إتمام عقد الإنشاء قبل تاريخ 1976/06/30.

¹ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص232.

² د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص150.

³ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص151.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص235.

و بالفعل نجح البنك في مهمته و أسند عملية الإنشاء إلى الموكل السوري بمقتضى عقد مبرم في 1976/05/24، إلا أنه لم يبدأ سريانه نتيجة أن مصادقة البرلمان السوري عليه جاءت متأخرة و ذلك في 1976/12/27، و كان سبب التأخر في تلك العملية مسببا للموكل الفرنسي بغية التهرب من إلتزامه و عدم دفع العمولة المتفق عليها مع الطرف اللبناني، و مع ذلك فإن هيئة التحكيم عند نظرها في وقائع الخلاف الموضوع أمامها و التي لم تكن مفوضة بالصلح، أعملت المبادئ العامة للإلتزامات المطبقة في مجال التجارة الدولية و التي بسببها حملت الموكل الفرنسي بدفع جزء من العمولة الجزافية المنصوص عليها في العقد¹.

هذا و قد عبرت محكمة النقض الفرنسية عند رفضها الإستئناف من حيث الموضوع الذي دفع به الموكل الفرنسي على تلك القواعد المطبقة على موضوع النزاع، بأن: " المحكمون لم يقوموا إلا بالوفاء بالإلتزام الذي يقع على عاتقهم بموجب البند الثامن من وثيقة تحديد عمل هيئة التحكيم، بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم"². كذلك في قضية عقد مقاوله*،

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص154.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص542.

* تعود وقائع هذه القضية إلى عقد بناء سفينة بين طالب البناء من مدغشقر و متعهد البناء من فرنسا، إلا أنه بعد تسليمها بفترة زمنية قصيرة، تعرضت تلك السفينة إلى أعطاب، مما دفع بالطرف المدغشقرى إلى عرضها على خبير مختص، و بعد ذلك لجأ إلى قضاء التحكيم إستنادا إلى إتفاق التحكيم الذي وقع بينهم، مطالبا بالتعويض عن ما دفعه لإصلاح السفينة، إلا أن الطرف الفرنسي كان دفعه بتقادم الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليه في القانون الفرنسي.

و بما أن الأطراف لم يتراضوا حول لقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فالقرار عاد إلى هيئة التحكيم في الإختيار القانون و الذي كان *La lex mercatoria*، و يرجوع هيئة التحكيم إلى الشروط التعاقدية التي تنظم ضمان العيوب الخفية، ظهر لها أن أثر الضمان و مدته، و المسؤولية عن المقاولين من الباطن لم تحدد ميعادا من أجل اللجوء إلى القضاء.

و نظرا لا اللجوء إلى المحكم وفقا للمبادئ العامة للتجارة الدولية يتطلب أن يكون خلال مدة زمنية كافية لا تجعل المدعى عليه يعاني من ميعاد طويل، و حيث أن المحكم قد تم اللجوء إليه بعد فترة قصيرة من إيداع الخبير لتقريره، فإن طريق المدعي صحيح و بالتالي الدعوى لم تتقادم، و بالتالي إستجابت هيئة التحكيم لطلبات الطرف المدغشقرى الذي ينتمي إلى دولة نامية.

أنظر، د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص154 و 155. و د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 232 و ما بعدها.

قررت هيئة التحكيم البحرية بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 1995/10/20 تحت رقم 922، إعمال قواعد عبر دولية حققت مصلحة الطرف غير القوي.

و لعل هذا ما يبين حقيقة أن القواعد عبر الدولية لا تقف دوما بجانب الطرف القوي إقتصاديا، حيث قال الأستاذ KAHN بأن: "قواعد قانون التجارة الدولية هو مجموعة من القواعد التي تنطبق على المخاطبين بأحكامه، و لا فرق في ذلك بين طرف قوي و آخر ضعيف"¹.

و حتى و إن كانت المبادئ العامة عبر الدولية و التي من بينها العقد شريعة المتعاقدين لا تخدم مصلحة الدولة المتعاقدة باعتبارها طرف ضعيف، فإنه يمكن الحد من ذلك بواسطة النظام العام عبر الدولي و قواعد ذات التطبيق الضروي².

و يتضح لنا مما سبق أن القواعد عبر الدولية تتصف بالعمومية و التجريد، و إن كان القول عنها قد صيغت خصيصا للوقوف بجانب الطرف القوي إقتصاديا، فإن السوابق التحكيمية خير دليل على أنها ليست كذلك، فهذه القواعد تسعى إلى التغلب على إختلاف القوانين الداخلية و التأكد من مضمون القانون الواجب التطبيق، و مدى إمتثاله لتوقعات الأطراف المتعاقدة مادام أن منهج التنازع التقليدي فشل نسبيا في ذلك.

ب- القواعد عبر الدولية قواعد ملزمة:

يرى مؤيدوا هذا الإتجاه بأن القواعد عبر الدولية تتميز بالإلزام، أي أن مخالفتها يستتبعه جزاءات مالية و أدبية حسب الفقيه Fouchard، حتى و إن لم تكن هذه الأخيرة مماثلة لما توقعه الدولة، إلا أنها تعتبر كافية لإصباح خاصية الإلزام على القواعد عبر الدولية و بالتالي الإعتراف لها بالركن القاعدي الذي تتصف به القاعدة القانونية³.

و تجب الإشارة في هذا الخصوص إلى أنه، ليس شرطا أن تتواجد سلطة عامة لتفرض الجزاءات على مخالفة الأعراف و المبادئ العامة في مجال التجارة الدولية، لكي يعترف للقواعد

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 151.

² د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 547.

³ د. إباد محمود بروان، مرجع نفسه، ص 548.

عبر الدولي بميزة القانون، فمادام أن تلك القواعد إستقر العمل بها و أحس المتعاملين بأنها ملزمة بالنسبة لهم لتنظيم مجتمعهم، فهو كاف.

و لعل ما يدعم هذه الفكرة هو غياب سلطة عامة توقع الجزاء المادي في حالة مخالفة قواعد القانون الدولي العام، و و مع ذلك هذه الأخيرة تتصف بصفة الإلزام¹. لذلك فالقاعدة القانونية لا تستلزم بالضرورة و في كل الأحوال أن يقترن جزاؤها بالقوة و الجبر، ففي بعض الأحيان يكون الجزاء ذو طبيعة ميتافيزيقية، كما هو الحال النفي من المجتمع، الإحساس بالذنب و تأنيب الضمير².

و من أمثلة الجزاءات المالية التي توقع على من لا يحترم القواعد عبر الدولية، تقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم*، أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم³ كتعويض عن الضرر الذي أصاب احد الأطراف المتعاقدة⁴.

أما بالنسبة للجزاءات المعنوية، فتكون كنشر أسماء أطراف التحكيم الذين لا يمثلون لتنفيذ الحكم التحكيمي**، منع الطرف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم من التمتع بخدمة التحكيم في

¹ د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، مرجع سبق ذكره، ص202.

راجع في ذلك، د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص322.

*المقصود بالتأمين المقدم لتغطية مصاريف الحكم هو تعهد الأطراف المتنازعة بأداء الطرف الخاسر في القضية ضمان مالي مسبق في حالة إمتناعه عن تنفيذ حكم التحكيم.

أنظر، د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، مرجع سبق ذكره، ص206.

**إن نشر أسماء الشركات المتعاقدة التي ترفض تنفيذ حكم التحكيم هو بمثابة جزاء أدبي أو معنوي خطير، يكمن في التأثير على صورة و سمعة هذه الأخيرة في مجتمع التجارة الدولية.

أنظر، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص206.

² د. محمد محسوب عبد المجيد درويش، مرجع سبق ذكره، ص385.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص238.

⁴ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص158.

نطاق مهنته¹، وكذا إسقاط عضويته* أو بعض حقوقها أو حتى إيقافها²، و منعه من اللجوء إلى الأسواق التجارية الدولية³.

و بالنظر إلى أنواع الجزاءات التي تفرضها القواعد عبر الدولية، يمكن التسليم بأن هذه الأخيرة تتمتع بالقوة الملزمة، حتى و إن كانت درجة الإلزام مغايرة لما تتمتع به قواعد النظم الوطنية، حيث أن العقوبات الناتجة عن عدم إحترام القواعد عبر الدولية تتلاءم مع طبيعة علاقات التجارة الدولية، و بالتالي فإنه من الصعب عدم الإعتراف بها⁴.

2- إنتقاد فكرة معاناة القواعد عبر الدولية من بعض العيوب:

لقد تعرضت القواعد عبر الدولية إلى انتقادات بسبب أنها تتخللها بعض العيوب و التي من شأنها أن تجعلها لا تتميز بالطبيعة المعيارية كما سبق و أن أشرنا، إلا أن تلك الأفكار في إعتقاد البعض ليست سليمة، حيث أن تلك القواعد لا ينتابها تناقض، و بالرغم من عدم كمالها و طابعها المكمل إلا أنه لا يمكن إعتبار ذلك بمثابة عيوب كافية تجردها من الصفة القاعدية للقاعدة القانونية.

أ- القواعد عبر الدولية غير متناقضة:

إن المثال الذي أعطاه Kassis بخصوص تعارض مبادئ القواعد عبر الدولية، هو رفض قضاء التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة بسبب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ قرينة الإحتراف، حيث إعتبره تناقضا مع مبدأ الحفاظ على توازن الأداءات

¹ د. إياد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 548.

* معنى إسقاط العضوية في هذه الفكرة هو ما تتعرض له الشركات الأجنبية من عقوبات الفصل من الإتحادات الدولية المهنية أو التجارية التي ينتمي إليها نشاطها، مما يؤثر عليها بالسلب في علاقاتها الإقتصادية المستقبلية. أنظر، د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 207.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 238.

³ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 323.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 207.

راجع في ذلك، د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 159.

كذلك، د. إياد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 548.

كذلك، د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص 323.

ذات التنفيذ المستمر و مبدأ العدالة، اللذان يعتبران من أحد مبادئ *lex mercatoria*¹، هو في حقيقة الأمر فكرة غير دقيقة و لا تعبر عن تناقض حقيقي لتلك القواعد، و على العكس من ذلك فهي تعتبر بمثابة فكرة فاصلة بعد جدلية من الإستثناءات، أي يمكن القول بأننا أمام قاعدة عامة و قاعدة إستثنائية، و هذا ما نجده في الأنظمة القانونية الداخلية².

ب- قصور القواعد عبر الدولية لا يعتبر مشكلة دائمة:

إن القول بأن مبادئ القواعد عبر الدولية قليلة و ضئيلة و ليست كافية لتغطية حاجيات العلاقات الإقتصادية الدولية أمر ليس سليم، حيث يرى Kahn بأنه مادام توجد قواعد عبر دولية و مع قلتها، تستطيع تنظيم أكثر جوانب العلاقات الإقتصادية الدولية أهمية و المتمثلة في انعقاد العقد و تنفيذه هو الأساس، فعلى سبيل المثال و في مجال تنفيذ العقد نجد المبادئ العامة عبر الدولية تسهر تنفيذ جيد من خلال فرض التعاون بتبادل المعلومات بين الأطراف المتعاقدة و تنفيذ الإلتزامات بحسن نية، و وجوب الأخذ في الحسبان تغير الظروف المحيطة بالعقد خاصة في العقود طويلة المدة كما هو الشأن بخصوص عقود الدولة³.

أضف إلى ذلك، أن الأنظمة القانونية الداخلية هي كذلك لا تخلو من النقائص، و مع ذلك لا ينقص من طبيعتها الوضعية شيء، و لعل خير دليل على ذلك هو عدم تماشي التشريعات الوطنية لحكم العلاقات الخاصة بالتجارة الدولية.

¹ د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 544.

² Cet exemple permet également de comprendre que la critique selon laquelle les règles transnationales seraient éparses et souvent contradictoires repose sur une conception inexacte. Ainsi, le principe de la force obligatoire des conventions et les divers principes susceptibles d'en limiter l'efficacité ne sont nullement en contradiction. Ils s'articulent au contraire suivant une dialectique de principe-conditions d'application-exceptions que l'on retrouve dans tous les ordres juridiques. De la même manière, l'observation selon laquelle la *lex mercatoria* contiendrait des principes contradictoires tels que *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* est inexacte. Indépendamment du fait que la théorie de l'imprévision ne semble pas devoir être considérée, en tant que telle, comme faisant partie des principes généraux du droit du commerce international.

Voyer : Emmanuel Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria* pour une application sélective..., op.cit, p12.

³ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 240 و 241.

فإن فكرة عدم كمال القواعد عبر الدولية لا تستقيم مع الواقع المعاش، و ما يزيد من أحقية هذا القول هو إقرار القضاء الداخلي و حتى بعض التشريعات الوطنية بمشروعية تطبيق القواعد عبر الدولية¹.

ج- الطابع التكميلي للقواعد عبر الدولية ليس عيب كاف:

بدون شك، إن الخاصية التكميلية للقواعد عبر الدولية لا يمكن إقرارها بأنها سبب يجرّد القواعد عبر الدولية من الطبيعة المعيارية للقاعدة القانونية. و كتعقيب على الفكرة التي قالها Kassis بعدم وجود أعراف تجارية دولية بل مجرد عادات إتفاقية نظرا لأنها ذات طبيعة مكملة، يرى الدكتور هشام علي صادق بأن: " هذا الإتجاه ينكر على القواعد القانونية المكملة القدرة على السريان الذاتي، و يستلزم لتطبيقها أن يعلن الأطراف عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا، و هو ما يخالف الفقه المعتمد في النظرية العامة للقانون، و الذي يؤكد التزام القاضي بتطبيق القواعد المكملة من تلقاء نفسه. فهذه القواعد تتمتع بالصفة القانونية أي بالقوة الملزمة، أسوة بالقواعد الآمرة، مما يقتضي تطبيقها التلقائي. كل ما في الأمر أن شرط تطبيق القواعد المكملة هو عدم إستبعاد الأطراف حكمها. و هذا الموقف السلبي وحده يوفر للقاعدة القانونية شروط تطبيقها و تكون أحكامها منطبقة على الأفراد مباشرة. فالقواعد المكملة لا تحتاج لتمسك الأفراد بها أو إعلان رغبتهم في تطبيقها صراحة أو ضمنا"².

حتى و إن كانت معظم القواعد عبر الدولية تتصف بأنها مكملة³، إلا أنه يعاب على الإتجاه المناهض أنه نسي القواعد عبر الدولية الآمرة و التي هي محل إقرار من قبل الفقه⁴. و بصفة خاصة أن القواعد عبر الدولية لما لها من نظام عام خاص بها، لا تبنى على أساس تعاقدية، فلها القدرة على إبطال ما يتفق عليه الأطراف، إنها الفكرة التي تؤكد بان القواعد عبر الدولية لا تطبق بالضرورة لصالح صحة العقود الدولية¹.

¹ د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 548 و 549.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 244.

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 208.

⁴ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 221.

و بالتالي فإن الفكرة القائلة بأن القواعد عبر الدولية تطبيقها مرتبط بإرادة الأطراف المتعاقدة، هي فكرة لا أساس لها من الصحة، كون أن تلك القواعد تتمتع بقوة الإلزام الذاتي و التي تتيح للمحكّمين إعمالها مباشرة دون حاجة لإبداء المتعاقدين رغبتهم بذلك و دون حاجة لتطبيق منهج التنازع².

ثانياً: إحتواء النظام القانوني عبر الدولي على الركن المؤسسي

إن الفقه الذي يقف إلى جانب نظرية القواعد عبر الدولية، بعدما أكد على معيارية القواعد عبر الدولية، جاء ليؤكد كذلك بأن تلك القواعد تستوفي الركن المؤسسي (العضوي) ، حيث أن الروابط و الممارسات التي تتم بين المتعاملين الإقتصاديين الدوليين تعتبر بمثابة دليل على وجود مجتمع عبر دولي* منظم و متماسك، و هذا ما سنسعى لتبياناه:

1- تميز المجتمع عبر الدولي بالتنظيم:

يشهد مناصروا نظرية القواعد عبر الدولية بوجود جماعات متعددة داخل المجتمع عبر الدولي نفسه³، لكن تعدد و إختلاف هذه الجماعات ليس له أن يوجي بتعارض مصالح تلك الكيانات، حيث أن هناك دائماً حد أدنى من الغايات المشتركة، و هذا هو الذي يدفع تلك الجماعات نحو التضامن من أجل الوصول إليها⁴.

¹ Le corps de règles qui s'est dégagé dans la jurisprudence arbitrale sur la question de corruption illustre parfaitement le fait que les règles transnationales ne jouent pas nécessairement in favorem validitatis.

Voyer :Emmanuel Gaillard, Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective..., op.cit, p12.

² د. إباد محمود بروان، مرجع سبق ذكره، ص 549.

*سمي بالمجتمع عبر الدولي نسبة إلى معاملاته التي ترتبط بالأعمال عبر الدولية، كما يطلق على هذا المجتمع عديد من المصطلحات، فباللاتينية هو يعبر عن "societas mercatorum" أي المجتمع التجاري، و البعض يصفه بأنه: "مجتمع دولي للتجارة" أو "مجتمع دولي حقيقي" أو "أوساط التجارة الدولية" أو مجتمع الأعمال الدولي" أو "مجتمع التجار" أو "المجتمع التجاري الدولي".

أنظر ، د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 249.

أنظر كذلك،

Emmanuel Gaillard, Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective..., op.cit, 08 .

³ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 220.

⁴ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 250.

و يضيفون بأن أعراف التجارة الدولية و المبادئ العامة التي يقوم قضاء التحكيم بإستنباطها، ما هي في حقيقة الأمر إلا تعبير عن تنظيم هذا المجتمع عبر الدولي¹، لذلك لا يجوز الجزم بضرورة توافر مجتمع كما هو الحال بشأن الدولة للحكم على مؤسسية القواعد عبر الدولية، بل أن الإقرار بوجود مجتمع الأعمال الدولي و إحساس المتعاملين في إطاره بالتضامن و المسؤولية جدير بالكفاية للقول بأن المجتمع يحتوي على قدر من التنظيم².

و ما يوضح التنظيم الذي يحظى به المجتمع الدولي للأعمال، نجد مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، الإتحادات و النقابات الخاصة ذات الطابع الدولي التي تتولى شؤون المتعاملين الدوليين³، كذلك الشركات الأجنبية المستحوذة على المبادلات الدولية و المشروعات الصناعية التي تهيمن على وحدات الإنتاج، و المؤسسات المالية الدولية الممولة⁴، كذلك هناك بعض المنظمات التي تشكل جزء من هذا المجتمع، و لا نقصد في هذا المقام الشركات عبر الدولية بل منظمات دولية كما هو الشأن في القانون الدولي العام، و أبرز الأمثلة عن هذه المنظمات، مفوضية الأمم المتحدة الإقتصادية لأوروبا و منظمة الأمم المتحدة للتنمية الإقتصادية⁵.

فكل ما تم ذكره من أشخاص و منظمات و هيئات يعتبر بمثابة نسيج للمجتمع عبر الدولي، أي الركن العضوي له، يعمل على إنشاء القواعد القانونية الملائمة و تنظيم العلاقات داخل ذلك المجتمع.

2- تميز المجتمع عبر الدولي بالإنسجام:

إن الواقع العملي للتجارة الدولية يقر بوجود مجتمع قانوني عابر للدول، و لعل هذا ما إعترف به الفقيه Kahn من خلال دراساته و أبحاثه الخاصة بنظرية القواعد عبر الدولية و التي تبين تناغم

¹ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص161.

² د. محمد محسوب عبد المجيد درويش، مرجع سبق ذكره، ص334.

³ د. محمود محمد ياقوت، مرجع سبق ذكره، ص322 و 323.

⁴ د. بن أحمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص161.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص251.

و تجانس المجتمع عبر الدولي، و إن كان الحكم على هذا الأمر بشكل مطلق مازال في بدايته كما إدعى¹.

حيث كان الأستاذ Goldman شديد الحذر عند تفسيره لنظرية قانون التجارة الدولية، فبدل ما كان يعتمد على مصطلح مجتمع التجار الدولي كان يفضل صياغة "الجماعة"، و ذلك نظرا لإعترافه بعدم إكمال هذا القانون².

و إن كان هذا النوع من المجتمع لا يرقى إلى المجتمع الذي تحظى به الدول، إلا أنه يمتاز بقدر من التنسيق و الوحدة، و كذا له خصوصية في وجوده، فهو بمثابة الأمة التي تهدف دائما إلى بناء قواعد موحدة³.

و ما يبرهن على تشكيل الأوساط التجارية المهنية لمجتمع متماسك، هو إحساس أفرادهم بضرورة الإلتزام بالقواعد التي ساروا على دربها في علاقاتهم العقدية⁴.

كذلك من بين دوافع حصول إنسجام و إتساق بين أشخاص ذلك المجتمع، هو وحدة مصالح هذا الأخير و إجماعه على غاية واحدة تتجسد في المصلحة الإقتصادية المشتركة⁵.

و لعل أنه هناك قرائن عديدة تبين مدى تضامن المتعاملين في مجال المجتمع عبر الدولي، ففي ميدان البنوك يظهر هذا التضامن في التعاون فيما بينها لتحقيق مصالح موحدة، كما هو الحال في إشتراك البنوك فيما بينها لتمويل المشاريع التي تتطلب كلفة طائلة، و هذا ما يعتبر نوع من أنواع التضامن بين أعضاء هذا المجتمع.

كذلك يظهر تنسيق و ترابط المجتمع الدولي للتجار، من خلال مساهمة مؤسسات التحكيم الدولية و الجمعيات المهنية في رسم ضوابط لتنظيم سلوكيات أفرادها، و هذا كله في سبيل

¹ Philippe Kahn , Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, Op.cit, p 306 et 307.

² فيصل عدنان عبد شياح، دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد Lex Mercatoria ، مجلة العلوم القانونية، المجلد 31، العدد 02، جامعة بغداد- العراق، 2016م، ص340.

³ د.محمد محسوب عبد المجيد درويش، مرجع سبق ذكره، ص336.

⁴ د.محمد حسين منصور، العقود الدولية - ماهية العقد الدولي و تطبيقاته...، مرجع سبق ذكره، ص472 و 473.

⁵ د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص252. و د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص265.

الحرص على تماسك هذا المجتمع من جهة، و الوصول للغايات المنشودة لأشخاص ذلك المجتمع و المتمثلة في إشباع حاجات التجارة الدولية¹.

و بالرغم من هذا التنظيم و التنسيق الذي حظي به المجتمع عبر الدولي إلا أنه لا يجب إنكار أن مصالح أطراف العلاقات الإقتصادية الدولية مازالت مختلفة. لكن و مع هذا فإن تسوية هذا التباين ليس عسيراً، خاصة في ظل وجود منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية و التي تجسد وسيطاً من أجل التوفيق بين مصالح الدول النامية و مصالح الدول الصناعية، و ذلك من خلال وضع نماذج عقود و وسائل فعالة للتفاوض، كما هو الحال بالنسبة لدليل شراء المواد الصناعية، و الوجيز في إبرام إتفاقات المشروعات المشتركة الصناعية في الدول النامية، و غيرها من الصيغ الأخرى².

كما أن القول بان المنافسة بين أعضاء مجتمع التجار الدولي من شأنها أن تخل بتوازن ذلك المجتمع هو غير سليم، فالبعكس هي تعتبر بمثابة عامل للوحدة المؤسسية، و من بين ضرورات التجارة الدولية³.

و بهذا نخلص إلى أن القواعد عبر الدولية باتت تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً عن النظم القانونية الداخلية، تتشارك فيه كل الدول التي تشارك في التجارة الدولية، ذلك لأنه يطبق في مجتمع يسوده قدر من التنظيم و الإتساق، حتى و إن كان تلك القواعد نشأت خارج نطاق سلطان إقليم دولة.

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص266.

² د. نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص253.

³ د.بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع نفسه، ص266.

المبحث الثاني:

الحلول القانونية المتاحة أمام مشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى فاعليتها

لقد إتضح مما سبق أن الطبيعة الفريدة من نوعها و التي تمتاز بها عقود الدولة، جعلت من الصعب إيجاد قانون محايد بمقدوره الإلزام بما تخلفه تلك العقود من منازعات، فبينما رأينا من يزعم بأن القانون الملائم لفض منازعات عقود الدولة هو قانون داخلي و في الغالب يكون قانون الدولة المتعاقدة، نظرا لإعتبارات كثيرة سبق التطرق إليها، فهناك إتجاه آخر يرى بأنه لا يمكن حصر حل خلافات عقود الدولة إلى نظم قانونية وطنية، بل هناك من القواعد القانونية ما هي أكثر تناسب كما هو الحال بالنسبة للقواعد عبر الدولية. و لعل هذا التضارب يمكن التوفيق فيه بواسطة الجمع بين كل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة و قواعد و أعراف التجارة الدولية (مطلب أول)، أما في الحالة التي تقضي فيها هيئة التحكيم قانون إرادة الأطراف بدون داعي، فبإمكان أحد طرفي عقد الدولة أن يطعن في الحكم التحكيمي (مطلب ثاني)، كما يجوز له عدم الاعتراف و تنفيذ ذلك الحكم كلما وجدت أسباب ذلك (مطلب ثالث)، و هذا ما سنوضحه.

المطلب الأول:

جمع المحكم الدولي بين القانون الوطني للدولة المتعاقدة و القواعد عبر الدولية

لحل موضوع نزاع العقد

إن الفروقات الموجودة في أطراف عقد الدولة، جعلت كل واحد منهما يقر بأحقية القانون الذي يراه مناسباً للتطبيق على موضوع النزاع، فبينما تصر الدولة المتعاقدة على توطين المنازعات التي يطرحها العقد، فإن الشخص الأجنبي الخاص يتمسك بالقواعد عبر الدولية، و نظرا لهذا الحرص الشديد من الطرفين، فيجوز دمج كل من القانونين و تطبيقهما على موضوع النزاع كلما إستلزم الأمر ذلك.

الفرع الأول:

الأدلة التي تثبت جمع القانون الوطني مع القواعد عبر الدولية

سنعرض في هذا الفرع البراهين التي تثبت إمكانية تطبيق كل من القانون الوطني للدولة المتعاقدة و قواعد و أعراف التجارة الدولية معا على مواضيع النزاع التي تثار من قبل عقود الدولة.

أولاً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965

مما يدعم موقفنا من في جوازية الأعمال المزدوج لكل من قانون الدولة المتعاقدة و القواعد عبر الدولية على عقود الدولة عند تخلف الأطراف عن الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، هو موقف إتفاقية CIRDI، حيث قضت المادة 1/42 بأنه في حال عدم وجود إتفاق بين الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين و مبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق. و تطبيقاً لنص هذه المادة ذهبت هيئات التحكيم إلى التطبيق الجامع لكل من قانون الدولة المتعاقدة و القواعد عبر الدولية .

ففي نزاع بين شركة Amco Asia و آخرين مع حكومة اندونيسيا، قررت هيئة التحكيم أنها لم تجد في إتفاق الأطراف ما يشير إلى قانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق، و عليه إنتهت بتطبيق القانون الأندونيسي و مبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق، بإعتبار هذه الأخيرة جزء من القواعد عبر الدولية¹.

ثانياً: آراء الفقه

إن عقود الدولة مهما صيغت نصوصها بعناية و مهما توافر لدى أطرافها من خبرات و توقعات لأحداث المستقبل، لا يمكنها تغطية كل الجوانب الخاصة بالعملية التعاقدية.

و هذا ما أكد عليه بعض الفقهاء بخصوص عقود نقل التكنولوجيا، بقولهم أن هذه العقود لا يمكنها أياً كانت الجهود التي بذلت في تحريرها أن تحيط بكل المسائل التي قد تثير الخلاف بين الطرفين، و لهذا ينبغي أن يعين المتعاقدون القانون الذي يرجع إليه المحكم عندما يخلو العقد من الحلول².

و صحيح أن قواعد التجارة الدولية قد تطورت كثيراً و حظيت بإهتمام بالغ على جميع المستويات، حتى أصبحت تشكل في الآونة الأخيرة نظام قانوني خاص بعلاقات التجارة الدولية بصفة عامة و عقودها بصفة خاصة. إلا أن هذا النظام القانوني مازال عاجزاً عن مواجهة كافة المشاكل العملية التي تثيرها تلك العقود، و ذلك بالرغم من الدور الذي تلعبه هذه الأخيرة في

¹ أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره ، ص 19 و 20.

² د.محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، دون طبعة، 1984م، ص 100.

تكلمته، سواء أكان ذلك عن طريق إحالتها إلى الشروط العامة أو العقود النمطية التي تضعها الجمعيات و الهيئات الدولية (كتلك التي وضعتها اللجنة الإقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة بشأن توريد الأدوات و الآلات اللازمة لتجهيز المصانع)، أو كان ذلك بالإشارة إلى أعمال قواعد قانون التجار *lex mercatoria* أو من خلال الصياغة الجيدة و المفصلة بما يغنى المحكم عند الإستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمها¹.

إن هذا الأمر لا يقتصر على هذه الطائفة من العقود، و إنما يمتد إلى كافة أنواعها. فالعقود الدولية رغم كبر حجمها و درجة تفصيلها، إلا أنه تتابها فجوات كبيرة و خاصة منها عقود الدولة ذات الطبيعة المركبة. لذلك فإنه من غير المتصور أو المقبول عملاً وجود العقود المنظمة ذاتياً على نحو كامل، و بصورة منعزلة عن النظم القانونية الوضعية.

فالدور الذي تلعبه العقود الدولية و ما تمثله القواعد الدولية من أهمية لا يغنيان عن اللجوء إلى قواعد قانونية وطنية لحكم ما يبرمه الأطراف من عقود. فالضرورات العملية و الحقائق القانونية تؤكد على حتمية اللجوء لتلك القواعد (النظم القانونية الوطنية)².

فإن القواعد عبر الدولية تصلح للإلتحاق على عقود الدولة بقدر مراعاتها للطبيعة الخاصة لتلك العقود، و أي نقص في القواعد عبر الدولية يمكن سده من خلال اللجوء إلى قواعد القانون الداخلي، و العكس صحيح، فإذا إختار الأطراف قواعد القانون الوطني لكي تطبق على عقد الدولة، فإن القواعد عبر الدولية تلعب أحد الدورين تجاه القانون الداخلي، فإما تقوم بتكملة القانون الوطني عن طريق سد نقصه بحكم تميزها بالوضعية*، و إما أن تلعب دور معدل، و الذي هو

¹ FOUCHARD PH , L'arbitrage commercial international, Dalloz,1965,n588,p408 et 409.

² د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية - قانون الإدارة و أزمته"، مرجع سبق ذكره، ص393.

*المقصود بالطبيعة الوضعية لقواعد التجارة الدولية هو تمييز القاعدة بالخصائص المعروفة لدى القاعدة القانونية و خاصة منها ميزة الإلزام.

أنظر،

Mayer Pierre, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats , in J.D.I.Paris .Année 113.No.1.janvier-février-mars 1986, p 05.

مستمد من أن بعض القواعد عبر الدولية تتصف بالطبيعة الأمرة فتغلب على القواعد القانونية الداخلية و بالتالي تحل محل بعضها.

و مع كل ذلك، فإنه لا ينبغي أن يتحول التطبيق الجزئي للقواعد عبر الدولية عند إتفاق الأطراف على القانون الداخلي المختار إلى إستغناء كلي لهذا الأخير، فلا شك أن التحاشي المطلق عن القانون الداخلي المختار بحجة تطبيق القواعد عبر الدولية يجعل حكم التحكيم معيبا بمخالفة إتفاق الأطراف¹.

و حتى أن الفقه المناصر لتطبيق قواعد التجارة الدولية وفق المنهج المباشر يعترف بأن تلك الأخيرة تحتاج إلى القوانين الوطنية بواسطة منهج التنازع².

و ينبغي القول أنه حتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فإن هذا لا يمنع المحكم من تطبيق المبادئ و الأعراف عبر الدولية السائدة، إذا كانت تتناسب في ظل وجود ثغرات في ذلك القانون المختار، أو لتفسير النصوص القانونية الغير واضحة فيه، خاصة و أن النظم القانونية الوطنية الخاصة بالدول المتعاقدة و التي أغلبها سائرة في النمو، تعاني من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود التنمية و الإستثمار. و على هذا النحو تتحقق الحكمة من لجوء الأطراف إلى قضاء التحكيم لتسوى جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم العقدية من جهة، و تحفظ توقعاتهم المشروعة من جهة ثانية و تجنب المحكمين الوقوع تحت طائلة إنكار العدالة من جهة ثالثة³.

الفرع الثاني:

مشكلة أولوية القانونين في التطبيق

يثور الإشكال في هذه النقطة حول المنهج الأولي الذي يستخدمه المحكم، فهل يتمتع المنهج المباشر بالأسبقية على منهج التنازع أم العكس؟ و بالتالي هل يطبق المحكم القواعد الموضوعية بصفة أولية ثم يستعين بالنظم القانونية الوطنية لتكملة الفراغات أم العكس؟

¹ د. هاني محمود حمزة، مرجع سبق ذكره، ص 390 و 391.

² د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...، مرجع سبق ذكره، ص 289.

³ أ.د. فوزي قدور نعيمة و أ.م.د. مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص 17.

أولاً: الفقه المنادي بتطبيق القواعد الوطنية أولاً و تكملتها بالقواعد الموضوعية

يرى جانب من الفقه في منهج التنازع بأنه الأصل في حل الخلافات التي تثور بشأن العلاقات الخاصة الدولية، حتى في الحالة التي يكون الخلاف فيها معروض أمام قضاء التحكيم. و على هذا الأساس فإن المحكمون من المنطقي أن يطبقوا القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد بصفة أولية، كما يجوز لهم اللجوء للقواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي من أجل سد ما تعجز عنه القوانين الوطنية المختصة بمقتضى قواعد الإسناد.

و ما يؤكد صحة هذا الرأي هو بعض المفسرين، حيث يرون بأن حل النزاعات التي تنشأ عن العقود الدولية بصفة عامة و المطروحة أمام هيئة التحكيم، لا يتم إلا بإعمال النظام القانوني الداخلي، حتى في الحالة التي يطبق فيها المحكمين قواعد و أعراف التجارة الدولية التي لا تعارض القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لعدم تفصيل النظم القانونية بشكل كبير في العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة، كما هو الحال بخصوص عقود المفتاح في اليد، فإن الكلمة الأخيرة في فصل تلك المنازعات تعود إلى النظم القانونية الوطنية للدولة الطرف في العقد¹.

و قد وجد هذا الرأي الفقهي صده في إحدى الممارسات التحكيمية الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، و المتعلقة بقضية الأهرامات، حيث رأت هيئة التحكيم بأن القانون الوطني المصري هو القانون الطبيعي لحكم موضوع النزاع، إلا أنه و مع ذلك فهو ليس بمقدوره أن يحل بعض النقاط من النزاع، ذلك أن نسبة الفائدة المحددة في القانون المدني المصري لا يمكن إعمالها إلا على فوائد التأخير "intérêt moratoires"، دون فوائد التعويض "intérêt compensatoires"، و لا يحتوي القانون المصري على أي نص قانوني يعين نسبة هذه الفوائد، زيادة على ذلك، أنها نسبة جد منخفضة مقارنة بالنسب المعمول بها في السوق المالية العالمية، و التي تقدر ب 12% سنوياً في المتوسط، الشيء الذي دفع المحكم إلى الإستغاثة

¹ د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية و مقارنة للاتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الإتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، مرجع سبق ذكره، ص 290 و 291.

بالقواعد عبر الدولية لتكملة ذلك الفراغ الذي إعترض القانون الداخلي لمصر، و من أجل إحتساب نسبة الفوائد منذ هذا التاريخ، في حالة ما إذا قامت مصر بنزع الملكية.

و لعل ما قامت به هيئة التحكيم في هذه القضية أمر سليم و منطقي، كون أنه لا يمكن التحجج بأن الأطراف لم يتفقوا على القواعد عبر الدولية بل على القانون المصري فقط ، ذلك أن القانون محل الإتفاق لا يملك من القواعد التي تحل تلك المشكلة المتعلقة بالفوائد، لذلك كان من الجدير على المحكم أن يبحث في المبادئ العامة و الأعراف السائدة في مجتمع التجارة الدولية من أجل تسوية تلك الوضعية¹.

ثانياً: الفقه المنادي بتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بصفة أولية

عن القواعد الوطنية

يرى جانب آخر من الفقه بأنه على المحكم أن يطبق قواعد التجارة الدولية بإعتبارها القانون الافتراضي للمحكم، فهي نشأت خصيصاً لتنظيم العلاقات الإقتصادية ذات العنصر الأجنبي، و تطبق بصفة مباشرة دون حاجة لقواعد الإسناد.

لكن تطبيق هذه القواعد مباشرة على العقد لا يمنع المحكمين من العودة إلى القانون الوطني الذي تراضى عليه المتعاقدين بأن ينطبق على موضوع نزاع عقدهما، لأن إعمال القانون المختار من قبل الأطراف في هذه الحالات يجد أساسه في الطابع المكمل للأعراف الدولية و التي بمقدور المتعاقدين أن يستغنيا عنها ما دامت لا تتمتع بخاصية بالإلزام.

و تجب الإشارة إلى أنه حتى في الحالة التي لا يتفق فيها المتعاقدين على قانون وطني واجب الإعمال على عقد الدولة، فقد يستند المحكم بالقانون الداخلي للدولة المتعاقدة من خلال تقنية تركيز العقد، حيث يأخذ منه الحلول القانونية التي لم تستطع قواعد التجارة الدولية تقديمها².

و بعدما خلصنا من الحل المتمثل في تطبيق هيئة التحكيم النظامين القانونيين معا، كلما تطلبت الضرورة لذلك، سنتطرق إلى حل آخر في حالة تعسف المحكم في إعمال القانون المختار.

¹ د. بن أحمد الحاج، التحولات الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص314.

² د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية...، مرجع سبق ذكره، ص292.

المطلب الثاني:

سلطة الأطراف المتعاقدة في إبطال حكم التحكيم الدولي الصادر بخصوص نزاع

عن عقد دولة في حالة إنتهاك المحكم لقانون الإرادة

لقد سبق البيان أن المحكم الدولي له من الصلاحية التي تمكنه من إختيار قانون أنسب لحكم موضوع نزاع عقد الدولة، و هذا القانون الذي يحدده إذا لم يكن القانون الوطني للدولة الطرف في العقد، فإنه سيكون فعلا قواعد عبر دولية مكونة من عادات و أعراف التجارة الدولية. و لما كان المحكمين الدوليين غالبا ما يحكمون وفق قواعد التجارة الدولية بإعتبارها قانون إختصاصهم و بالتالي يرجحونها على القواعد الداخلية، فكان من البديهي على أحد أطراف عقد الدولة و الذي غالبا ما يكون دولة متعاقدة أن يشكك في مدى صحة حكم التحكيم الدولي في الحالة التي يتم فيها تحية القانون المتفق بشأنه من قبل المتعاقدين، و ذلك من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم أمام القضاء الوطني إذا كنا أمام تحكيم حر، أو أمام هيئة تابعة لمركز من مراكز التحكيم إذا كنا أمام تحكيم مؤسساتي، لكن هذه الفكرة الأخيرة هي محل إختلاف بين النظم القانونية الوطنية، بيد أن كثير من النظم القانونية ما منعت فكرة إبطال الحكم التحكيمي الصادر خارج ترابها الوطني، بينما البعض منها خولت سلطة إبطال الحكم التحكيمي الصادر خارج حدودها.

لذلك سنحاول توضيح الأمر من خلال الإشكاليات التالية: ما مدى إمكانية الدفع ببطلان حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي في الحالة التي يستبعد فيها المحكم الدولي قانون الإرادة ؟ و ما هي الحالات التي تبين أن المحكم حقيقة تجنب إعمال القانون الذي إختاره طرفي عقد الدولة من أجل قيام دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي من عدمها؟

الفرع الأول:

سلطة أحد طرفي عقد الدولة في إبطال حكم التحكيم الدولي على ضوء الإتفاقيات

لقد حرصت الإتفاقيات الدولية و الإقليمية على حد سواء و المهمة بالتحكيم التجاري الدولي، على تحصين أحكام التحكيم الأجنبية من أي شكل من أشكال الطعن عليها، ما عدا الطعن ببطلانها في حالة مخالفة هيئة التحكيم العمل الموكل إليها و الذي من بينه فصل هيئة التحكيم

بغير القانون الذي تفاهم عليه أطراف العقد، كما هو الحال في عقد الدولة مثلاً، و هذا ما سوف نبرزه على ضوء أهم الإتفاقيات الدولية الخاصة بمجال التحكيم.

أولاً: الإتفاقيات الدولية المتطرفة لمسألة بطلان حكم التحكيم الدولي

1- إتفاقية نيويورك بشأن الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958:

لقد سبق البيان في الفصل الأول من الباب الأول أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 سبق و أن لمحت إلى قانون الإرادة من خلال الشرط الأول للفقرة الأولى من المادة 05، هذا و قد نص الشرط الخامس و الأخير من الفقرة الأولى من نفس تلك المادة على أنه: " لا يجوز رفض الإعراف بالقرار و تنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الإعراف و التنفيذ ما يثبت: ...هـ- أن الحكم لم يصبح ملزماً للطرفين أو أنه ألغي أو تم وقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد"¹.

فإن المتأمل في ضوء العبارة (هـ) ، يكتشف أن واضعي إتفاقية نيويورك قد أشاروا بصفة غير مباشرة* إلى أن أحكام التحكيم الأجنبية هي أحكام قابلة للإلغاء، و معنى الإلغاء في هذه العبارة هو البطلان، بمعنى أن أي حكم تحكيمي** أجنبي يمكن الطعن في البطلان أمام

¹ نص إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها لعام 1958، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>.

*تطرت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لعدد من النقاط القانونية على نحو عرضي مثل مدى لجوء الأشخاص المعنوية لعامة للتحكيم و كذلك بالنسبة لسلطة إبطال الحكم التحكيمي، و لعل الحكمة من ذلك هو أن تلك الإتفاقية وضعت خصيصاً للبحث هن مشكلة الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لكن ذلك لم يمنعها من الإشارة إلى عديد من المسائل القانونية بصورة ضمنية.

أنظر، د. مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص161.

**لقد تم تعريف الحكم التحكيمي من قبل الأستاذ Emanuel Gaillard على أنه القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل بات و بصفة كلية أو جزئية في المنازعة المطروحة أمامه، سواء إرتبط هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالإختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى إصدار حكم ينهي الخصومة.

أنظر، د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص294 و295.

السلطة المختصة التي صدر فيها ذلك الحكم أو أمام السلطة المختصة التي صدر الحكم بموجب قانونها.

2- إتفاقية الإكسيد لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965:

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى المجسد وفق إتفاقية واشنطن لسنة 1965 و التي سبق ذكرها، من بين الوجيهات المفضلة لتسوية المنازعات، خاصة أن المركز لم يحصر المنازعات التي تخول له صلاحية الفصل فيها، بل جعل عبارة منازعات الإستثمار ذو مفهوم واسع، فكل ما له علاقة بالإستثمار، يمكن للمركز البت فيه.

و تجب الإشارة إلى أن مركز ICSID هو الآخر مكن الأطراف المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة لعقد الدولة من إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي الدولي سواء الطعن بإعادة النظر أو الطعن بالبطلان و لعل هذا الأخير هو الذي يهمننا .

حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 52 من إتفاقية واشنطن على أنه: " يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الأسباب الآتية: ...ب-تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح". كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه على أنه: " و يجب أن يقدم طلب إلغاء الحكم خلال المائة و عشرون يوما التالية لصدور الحكم ...".

و أضافت الفقرة الثالثة من نص المادة بأنه: " على إثر تسليم الطلب، يعين الرئيس على الفور من بين الأشخاص المدرجة أسماءهم على قائمة المحكمين، لجنة خاصة من ثلاث أعضاء، و لا يجوز أن يكون أي عضو في هذه اللجنة من أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم، و أيضا لا يحمل جنسية الدول الطرف في النزاع... و تملك هذه اللجنة سلطة إلغاء الحكم كليا أو جزئيا من أجل أحد الأسباب الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة"¹.

فمن خلال هذا النص أعلاه، يظهر لنا أن هذا المركز يتميز بنظام خاص بالنسبة لإجراءات البطلان، كون أن هذه الأخيرة تتم أمام المركز نفسه باعتباره تحكيم مؤسسي .

¹ نص إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى 1965، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/part4-chap04.htm>.

فإذا كنا بصدد نزاع عقد دولة بين دولة و شخص خاص أجنبي أمام مركز ICSID و تم صدور حكم التحكيم في صالح الشخص الخاص الأجنبي مثلا، و رأت الدولة المتعاقدة أن هيئة التحكيم قد خرقت سلطاتها و التي من بينها عدم الفصل بناء على القانون المتفق عليه من قبل المتعاقدين، فهنا بإمكانها المطالبة بإلغاء هذا الحكم من خلال القيام بطلب إلى السكرتير العام و الذي يقوم بدوره بتشكيل لجنة محايدة لتتظر في طلب الإلغاء، و إذا ما إقتنعت اللجنة بأن الطلب مؤسس، فلها من الصلاحية لإبطال حكم التحكيم سواء بصفة كلية أو جزئية .

و تجب الملاحظة إلى أنه ليس الدولة المتعاقدة في كل مرة هي التي تباشر دعوى إلغاء الحكم التحكيمي أو إبطاله، فبعض المرات قد يكون الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة هو صاحب الحق في إبطال حكم التحكيم الصادر سواء عن تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر .

2-أ- أمثلة تطبيقية عن إلغاء حكم تحكيم دولي أمام مركز ICSID نتيجة إستبعاد القانون الواجب التطبيق:

من بين التطبيقات العملية التي جرت على مستوى مركز ICSID و المتعلقة بمسألة إلغاء حكم التحكيم من طرف المتعاقد الخاص الأجنبي، نجد قضية . Klockner V Cameroon، حيث أنه بعدما تبين للمحكمن أن عقد الدولة جاء خال من القانون الواجب التطبيق، فارتأت محكمة التحكيم إلى أن يكون القانون الذي ستفصل به هو القانون الفرنسي وفقا للقانون الكامروني نظرا لتمركز المشروع في شرق الكامرون.

هذا و قد أصدر المركز حكما لفائدة دولة الكامرون، نظرا للخسائر التي تحملتها بسبب إمتناع شركة Klockner بإبلاغ حكومة الكامرون عن بعض المعلومات المهمة و اللازمة و التي من خلالها كانت ستعين الدولة المتعاقدة على إتخاذ القرار السديد الخاص بتنفيذ البنود التي أبرمتها مع الشخص الأجنبي الخاص¹.

و بعد صدور حكم التحكيم بأشرت شركة Klockner بإجراءات إبطاله و فق مقتضيات المادة 52 من إتفاقية واشنطن و مؤسسة ذلك على نص الفقرة الأولى من المادة 42 من نفس الإتفاقية و التي تقتضي تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة غياب قانون الإرادة و الذي

¹ Aron Broches, Observation on the Finality of ICSID Award, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume 6, Issue 2, 1999, p 321 et 322.

سيكون قانون دولة الكامرون بطبيعة الحال، و هذا ما قبلته اللجنة المؤقتة المكلفة بالنظر في طلب الإلغاء، و ذلك على أساس أن محكمة التحكيم تجاوزت حدودها عندما أعملت مبادئ العدل و الإنصاف بدل قانون دولة الكامرون كما يقتضي العمل بنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن¹.

هذا و قد أثارت مسألة البطلان حكم تحكيم Klockner V . Cameroon جدل واسع آنذاك حول مستقبل مركز واشنطن كمركز بديل لتسوية منازعات الإستثمار، و ذلك بسبب التشكيك في المحكمين نتيجة الأخطاء التي وقعوا فيها و التي تعتبر بمثابة تجاوز لعملهم².

ثانيا: الإتفاقيات الإقليمية المتناولة لمسألة بطلان حكم التحكيم الدولي

1-الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961:

بالعودة إلى إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 و التي سبقت الإشارة إليها، نجد الأحكام أو القرارات التحكيمية الدولية لا يوجد مانع من إبطالها، حيث تنص المادة 309³ من هذه الإتفاقية على أنه:

" The setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons... "

حيث يلاحظ أن المادة أعلاه قد كرست السبيل نحو بطلان أحكام التحكيم الدولية لكن بشرط، و هو أن يكون الإبطال قد صدر في دولة متعاقدة (دولة عضو في الإتفاقية)، بمعنى أن الدولة التي صدر الحكم التحكيمي فيها يستلزم أن تكون من ضمن الدول المنظمة إلى هذه الإتفاقية، و هذا

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 419 و 420

² Sylvia Schatz, The Effect of the Annulment Decision In Amco v. Indonesia and Klockner v. Cameroon on the Future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, American University International Law Review , Volume 3, Issue 2, 1988, p 482 ect.

³ نص الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html#37>.

من أجل أن يكون لقرار الإبطال الذي صدر من محاكمها أثر بالنسبة للدولة المتعاقدة الأخرى التي يراد تنفيذ القرار داخل حدودها، و هذا ينطبق أيضا على حالة الدولة التي تبطل محاكمها القرار التحكيمي الذي قد صدر بناء على قانونها¹.

2- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987:

لقد نصت ديباجة إتفاقية عمان على أهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري، بغية التواجد في مكان ضمن مختلف أنظمة التحكيم العالمية و الإقليمية و كذا الحرص على تجسيد العدالة المتوازنة في ميدان تسوية النزاعات التي من الممكن أن تنتج عن عقود التجارة الدولية بصفة عامة، هذا و تعتبر الجزائر من الدول العربية المنظمة إلى هذه الإتفاقية².

و تجب الملاحظة أن إتفاقية عمان قد تبنت مفهوم مقارب للتحكيم لما هو عليه الحال بالنسبة لإتفاقية واشنطن، حيث نجد أن معاهدة عمان نصت على إنشاء فعلي لمركز عربي للتحكيم يرتبط بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب و ذلك بتاريخ أبريل 1994، و هذا يعتبر بمثابة وسيلة لتنفيذ المواد القانونية للمعاهدة.

و من الأمور التي تثبت تشابه أحكام إتفاقيتي عمان و واشنطن، هو الجهة التي يتم اللجوء إليها لمطالبة بطلان حكم التحكيم، حيث أن الإتفاقية الأولى قررت عدم إخضاع حكم التحكيم الصادر عن المركز لأي وجه من أوجه الرقابة عليه من طرف القضاء الداخلي، فقد تم إسناد المهمة للنظر في الطعون إلى لجنة يشكلها مكتب المركز كما هو الأمر بالنسبة لمركز CIRDI³.

¹ د.حيثالة معمر و أ. سي فضيل الحاج ، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 15، جامعة الوادي، الجزائر، جانفي 2017، ص 99 و 100.

² هذا و قد جرى تعديل البعض من نصوص هذه الإتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثامنة بموجب القرار رقم 162-8-1992/4/22.

أنظر، ديباجة إتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة 1987، منشورة باللغة العربية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://aifca.com/pdf/treatie-2.pdf>.

³ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص 57.

و الحالة التي تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم و المتمثلة في إستبعاد المحكم لقانون الأطراف المتعاقدة، يمكن أن نلمحها من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 34 من إتفاقية عمان، حيث تم التعبير عنها بعبارة " إذا كانت هيئة التحكيم قد تجاوزت إختصاصها بشكل ظاهر"¹.

الفرع الثاني:

سلطة أحد طرفي عقد الدولة في إبطال حكم التحكيم الدولي بحجة تحاشي المحكم

عن قانون الإرادة من خلال الأنظمة القانونية المقارنة

تجب الإشارة إلى أنه بالرغم من عدم تطرق القوانين الداخلية لأغلب الدول المتطورة صراحة على تنحية القانون الموضوعي الواجب التطبيق من قبيل الأسباب المنتجة لبطلان الحكم التحكيمي، إلا أن معظم تلك القوانين وضعت ذلك السبب المؤدي للبطلان تحت لفظ تجاوز المحكم لحدود مهمته أو سلطته².

كما ينبغي التويه إلى أن معظم الدول منعت إمكانية الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي الذي صدر خارج أرضها، و في مقابل ذلك أعطت الضوء الأخضر لإبطال حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر داخل أرضها، و هذا ما سنحاول تبياناه على النحو الآتي:

أولاً: رأي المشرع الفرنسي حول مسألة بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي

إن ما يمكن ملاحظته بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أن المشرع الفرنسي إستبعد اللجوء إلى إجراء البطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة خارج التراب الفرنسي، إلا أن تلك الأخيرة إذا تم صدورهما داخل الإقليم الفرنسي فهنا يمكن لطرف من الأطراف المتنازعة الذي صدر الحكم ضده أن يطالب بإبطاله أمام القضاء الفرنسي، حيث تنص المادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي نصت على أنه:

¹ تنص الفقرة الأولى من المادة 34 من إتفاقية عمان للتحكيم التجاري على أنه: "يجوز لأي من الطرفين بناء على طلب كتابي يوجه إلى رئيس المركز طلب إبطال القرار إذا توفر سبب من الأسباب التالية:

أ- أن الهيئة قد تجاوزت إختصاصها بشكل ظاهر...".

² د. علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لإستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014م ، ص 13 و 14.

"La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation".

بمعنى أن الحكم الذي صدر بفرنسا و المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي هو الذي يكون محل للطعن بالإلغاء¹.

هذا و قد حدد المشرع الفرنسي الحالات التي تستوجب بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا بموجب المادة 1520 من ق. إ. م. ف²، حيث نصت المادة على أنه:

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

- 1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou
- 2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou
- 3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou
- 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou
- 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

و لعل أن الحالة التي تمكن الدولة المتعاقدة من إبطال الحكم التحكيمي الدولي بناء على إستبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق، نلمحها من خلال الفقرة الثالثة من المادة 1520 أعلاه، و التي توجي " بفصل هيئة التحكيم دون الإمتثال للمهمة المسندة إليها "، و هذا ما يفهم منه أن تنحية المحكم للقانون الواجب التطبيق يندرج ضمن مفهوم الفقرة 03، لأن من بين المهام الموكلة إلى المحكم هي فصله وفق القانون الذي حدده طرفي عقد الدولة.

ثانيا: رأي المشرع المصري حول موضوع بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي

إن المشرع المصري بدوره أقر وسيلة لإلغاء حكم التحكيم و ذلك عن طريق وحيد متمثل في الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي، بعدما كان يجيز قانون المرافعات الملغى 77 لسنة 1949 القدرة على الطعن في الحكم التحكيمي بالإستئناف و كذا بالتماس إعادة النظر، و كذلك

¹ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716.

² قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي :
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716.

قانون المرافعات 13 لسنة 1986 الذي أبقى إجراء الطعن على حكم التحكيم من خلال إلتماس إعادة النظر و إلغائه لإجراء الطعن بالإستئناف¹.

و يتضح السبيل إلى بطلان حكم التحكيم من خلال قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، و بالتحديد من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 52 و التي تقضي ب: "2-يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المادتين التاليتين".

و هنا المشرع المصري وضع من ضمن الحالات التي تؤدي إلى إبطال الحكم التحكيمي و التي تطرقت إليها الفقرة الأولى من نص المادة 53 من القانون أعلاه، حالة: "د- إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع"²، هذا و قد عبر المشرع المصري و كذا بعض التشريعات القانونية بعبارة صريحة و واضحة عن هذه الحالة، بخلاف معظم النظم القانونية و التي من بينها النظام القانوني الفرنسي كما سبق و أننا رأينا عندما لمح إليها من خلال فصل المحكم دون إحترام المهمة الموكلة إليه.

و لعل أن الحكمة من السبب المستقل الذي خصه المشرع المصري أعلاه كوجه من أوجه بطلان حكم التحكيم، هو بمثابة حرص و مبالاة شديدة لإحترام قانون إرادة الأطراف المتعاقدة في مجال التحكيم التجاري الدولي³، هذا من جهة.

أما من جهة أخرى فنجد أن المشرع المصري وسع من نطاق بطلان الحكم التحكيم على خلاف المشرع الفرنسي كما رأينا و المشرع الجزائري كما سوف نرى فيما بعد، اللذان حصرا البطلان على أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل حدودهما فقط دون الصادرة بالخارج. حيث خول المشرع المصري لطرفي العقد مكنة إبطال حكم التحكيم التجاري الدولي بواسطة دعوى البطلان سواء صدر هذا الأخير في إقليم دولة مصر أو خارج إقليمها و ذلك يكون بمحكمة

¹ د. علي أبو عطية هيكيل، مرجع سبق ذكره، ص110.

² قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني الآتي: https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/Egypt.htm.

³ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص431.

الإستئناف بالقاهرة ما لم يتفق الطرفين على محكمة إستئناف مغايرة داخل الحدود المصرية، و ما ينير ذلك هو نص المادتين 54 و 09 من قانون التحكيم المصري¹.

و لعل هذا دليل كبير على مدى حرص المشرع المصري بإضفاء رقابة قضائية على جل أحكام التحكيم الدولية، للتحقق من مدى شرعيتها و صحتها.

و نضرب مثالا عن إبطال حكم تحكيم تجاري دولي بحجة إستبعاده للقانون الواجب التطبيق الذي تراضا عليه، و ذلك في قضية Chromalloy*، حيث تتلخص وقائع هذه القضية حول عقد دولة عقد بين هيئة عامة لتسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية العربية و شركة Chromalloy الأمريكية عام 1988 بخصوص تمويل عسكري، فثار نزاع بين الطرفين

¹ تنص الفقرة الثانية من نص المادة 54 من قانون التحكيم المصري على أنه: "2- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون و في غير التحكيم التجاري الدولي يكون الإختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع." و بالعودة إلى نص المادة 9 فهي تبين لنا إمكانية الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم التجاري الدولي سواء صدرت في مصر أو خارج مصر، و كذا المحكمة التي ترفع تثار أمامها دعوى البطلان، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 09 من نفس القانون على أنه: "...أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر".

أنظر، قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني الآتي: https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/Egypt.htm.

*وقعت الهيئة العامة المصرية لتسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع عقد مع شركة كرومالوي بتاريخ 1988/6/16، من أجل قيام الأخيرة بتقديم معدات و خدمات و مساعدة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر، و نظرا لتخلف شركة Chromalloy عن إلتزامها و المتمثل في الوفاء بتنفيذ البنود العقدية، أقدم الطرف المصري بواسطة وزير الدفاع على إنهاء العقد و قام بتجريد الشركة الأمريكية من خطابات الضمان التي منحت لها و ذلك دون إخطار سابق، الأمر الذي لم يرضي الشركة الأمريكية لتقوم بإعمال شرط التحكيم المضمن في العقد و بدأ سريان التحكيم في القاهرة برئاسة السيد R.Briner، و الأستاذ الدكتور سمير الشراقوي محكما عن المتعاقد المصري، أما الطرف الخاص الأمريكي فكان الأستاذ Gaillard محكما عنه، حيث صدر الحكم في كفة شركة كرومالوي و الذي ألزم الطرف المصري بدفع مبلغ مالي لها كتعويض مقدر بأكثر من 17 مليون دولار، و ذلك بسبب الفسخ الغير قانوني للعقد. الشيء الذي دفع الطرف المصري إلى الطعن في هذا الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة على أساس أن المحكم لم يطبق القانون المختار بالطريقة الصحيحة، و هذا ما إستجابت له محكمة الإستئناف بتاريخ 1990/12/5 عندما أصدرت حكما ببطلان حكم التحكيم مؤسسة في ذلك على نص المادة 53 من قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم.

أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية، ص 63 و 64.

بسبب قيام مصر سنة 1991 بفسخ العقد، الأمر الذي أدى إلى اللجوء للتحكيم و الذي قضى لفائدة الطرف الخاص الأمريكي بتاريخ 24 أوت 1994 .

إلا أن جمهورية مصر رفعت دعوى بطلان الحكم التحكيمي الدولي على أساس الحالة الرابعة أعلاه من نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري، و تم إبطال حكم التحكيم بتاريخ 5 ديسمبر 1995 بسبب عدم تطبيق القانون الإداري المصري و أعمال القانون المدني المصري بدله¹.

كذلك سارت محكمة إستئناف القاهرة على نفس النهج الذي إتبعته في قضية كروماليوي، حيث قامت في 1999/9/7 بإبطال حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية التي جمعت بين هيئة النقل العام المصرية و شركة إيتالورك الإيطالية*، بعدما فصلت هيئة التحكيم تحت نظام CCI و بتاريخ 1997/11/28 بإلزام الطرف المصري العام بدفع مبالغ مختلفة للطرف الخاص الإيطالي، و ذلك وفق القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري، أي نفس التأسيس المتبنى في قضية Chromalloy. لكن ما يعاب على تسبب الحكم الذي قضى ببطلان حكم التحكيم الخاص بقضية إيتالورك، هو أنه فقط إكتفى بالقول أن

¹ ا.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 216

*إن أهم ما ذهب إليه محكمة الإستئناف بالقاهرة عند تسببها لبطلان الحكم التحكيمي هو أن: " طرفي عقد الدولة إتفقا على تطبيق القانوني المصري كقانون واجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم على موضوع النزاع، كذلك إن الهيئة العامة المصرية تعتبر من المرافق العامة و الشركة المدعى عليها من القطاع الخاص الأمريكي و أن العقد يتمحور حول قيام الشخص الخاص الأمريكي بتوريد قطع غيار لأسطول طائرات الهليكوبتر و القيام بالصيانة و تنظيم مخازن قطع الغيار. و بالرغم من أن القانون المصري لم يعرف العقود الإدارية و لم يبرز مميزاتة للقول بتوافر الشروط اللازمة لمعرفة طبيعة هذا العقد، إلا أن وصفها القانوني يمكن أن يتم إكتشافه من خلال العبرة من إبرامها. و لما كان هذا العقد محل النزاع أحد أطرافه مرفق عام حسب ما مورد من وثائق دفاع الطرفين، و بروز نية الإدارة بالعمل وفق أسلوب القانون العام و أحكامه و إقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر و سلطتها في إنهاء التعاقد بالإرادة المنفردة في حالات محصورة، فكل هذا يعتبر شروط غير مألوفة في القانون الخاص، و بالتالي إذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب الأعمال هو القانون المصري فالمقصود من ذلك هو القانون الإداري المصري، فإذا فصل حكم التحكيم وفق القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري فإنه يكون قد إستبعد القانون المتفق عليه في عقد الدولة".

أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 433 و 434.

الهيئة العامة المصرية هي من قبيل المرافق العامة، و أن العقد هو عقد توريد، دون تبيان مدى إستخدام ذلك الطرف العام للشروط الاستثنائية الغير المألوفة التي تضع ذلك العقد في كفة العقود الإدارية كما تم بيانه في تأسيس الحكم المتعلق ببطلان حكم التحكيم في قضية كرومالوي¹.

لكن ينبغي البيان أنه وفق التشريع المصري لا يمكن قيام دعوى بطلان الحكم التحكيمي، إلا إذا كان القانون الذي تم الإستغناء من قبل المحكم الدولي قانونا مصرية، أي قانون إرادة الأطراف المتعاقدة ألا وهو قانون الدولة المتعاقدة (مصر)².

فمثلا إذا تعاقدت مصر مع شخص أجنبي في إطار عقد الدولة و تم إسناد المهمة إلى هيئة التحكيم بفصلها وفق قواعد و أعراف التجارة الدولية بإختيار الطرفين، ففي هذه الحالة نشأ نزاع ما و صدر حكم تحكيمي بشأنه فلا يمكن قيام دولة مصر بدعوى بطلان الحكم التحكيمي بحجة إستبعاد المحكم للقانون المختار و الذي هو قواعد و أعراف التجارة الدولية، فالهيئات القضائية المصرية تعتبر غير مختصة بالنظر في دعوى البطلان.

ثالثا: موقف المشرع السعودي تجاه الدفع ببطلان أحكام التحكيم

إن المشرع السعودي جرد أحكام التحكيم من طرق الطعن عليها، ما عدا طريق الطعن بالبطلان، و يتضح هذا من خلال نص المادة 49 من نظام التحكيم السعودي التي تنص على أنه: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا النظام الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، عدا رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في هذا النظام".

هذا و قد شاطر المشرع السعودي المشرع المصري عندما جعل سبب البطلان المتمثل في إستغناء هيئة التحكيم عن القانون الواجب التطبيق الذي تم الإتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدة، حيث يتجلى ذلك في الفقرة الأولى من المادة 50 من نظام التحكيم السعودي، و التي تنص على أنه: "1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: ...د- إذا إستبعد

¹ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص من 436 إلى 438.

² د. علي أبو عطية هيكل، مرجع سبق ذكره، ص 113.

حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي إتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع...¹.

رابعاً: موقف المشرع الفلسطيني إزاء مدى بطلان أحكام التحكيم

لقد نص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 على جوازية الطعن من قبل الأطراف المتعاقدة على قرار التحكيم متى توافرت الأسباب لذلك. حيث تنص الفقرة الخامسة من نص المادة 43 على أنه: "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب الآتية: 5...إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما إتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن إتفاق التحكيم أو موضوعه..."².

فنستنتج أن المشرع الفلسطيني من خلال الفقرة 5 من نص المادة 43 أعلاه، قد جمع بين التعابير التي تشكل حالة بطلان حكم التحكيم سواء تعبير تخلف هيئة التحكيم عن المهمة المسندة إليها التي وضعتها جل التشريعات الوطنية بما فيها الدولية و الذي عبر عنها بصيغة إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم، و كذا تعبير مخالفة المحكم للقانون المتفق عليه من قبل الأطراف .

خامساً: موقف المشرع الجزائري من إمكانية إبطال أحكام التحكيم الأجنبية

إن تنظيم المشرع الجزائري طرق الطعن على أحكام التحكيم التجاري الدولي يتضح من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لسنة 2008، و الملاحظ في النصوص التي تطرق إليها في الفصل السادس من الباب الثاني لقانون 09/08 و المتعلق بالحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، يكتشف أن المشرع الجزائري قد واكب التشريعات الوطنية و الدولية، و لعل أن التشريع الفرنسي هو الذي تأثر به المشرع الجزائري بدرجة كبيرة، حيث أن جل النصوص

¹ نظام التحكيم السعودي، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialSystems/Documents/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85%20%D8%B9%D8%A7%D9%851433%D9%87%D9%80.pdf>.

² قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=13486>.

المتعلقة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي في القانون الفرنسي إلا و تم وضعها في القانون الجزائري.

هذا و قد جسد المشرع الجزائري فاعلية حكم التحكيم الأجنبي كما فعل المشرع الفرنسي، و ذلك بمنع أي وجه من أوجه الطعن عليه ماعدا حالة الطعن بالبطلان، و هذه الأخيرة تخص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة داخل الجزائر فقط دون إمتدادها إلى أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر، أما حالات الإستئناف و الطعن بالنقض التي ذكرها المشرع الجزائري فهي لا تخص أحكام التحكيم نفسها و إنما تخص الإعتراف بها و تنفيذها أو عدم الإعتراف بها و تنفيذها¹.

حيث تقر الفقرة 01 من نص المادة 1058 من ق. إ.م. إ.ج بأنه: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ".

و بالرجوع إلى نص المادة 1056 من نفس القانون نجدها تتضمن الحالات التالية: "1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية، 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، 4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية، 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب، 5- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي".

لكن أهم شيء ينبغي يمكن توضيحه، هو أن المشرع الجزائري أعطى صلاحية الطعن على أحكام التحكيم الدولية التي تصدر في الإقليم الجزائري فقط دون سواها.

¹ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

لكن يمكن أن يتم الطعن في أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر بطريقة غير مباشرة، في الحالات التي تكون تلك الأخيرة موضع إقرار و تنفيذ أمام القضاء الجزائري، ذلك أن المشرع الجزائري أجاز إستئناف الأمر القاضي برفض الإقرار أو التنفيذ¹، و كذا الأمر القاضي بالإقرار أو التنفيذ، و يكون ذلك بطبيعة الحال وفق الحالات التي أشرنا إليها أعلاه المندرجة في فحوى نص المادة 1056 من ق إ م إ ج.

إن ما يمكن الوصول إليه من خلال ما تطرق إليه أعلاه من مواقف الإتفاقيات الدولية و النصوص القانونية حول مسألة إبطال أحكام التحكيم الأجنبية سواء تم هذا الإبطال من قبل الدولة المتعاقدة بحد ذاتها أو تم من قبل الشخص الخاص الأجنبي، هو أن جل التشريعات القانونية الوطنية و الدولية حرصت على تكريس فاعلية الحكم التحكيمي و جعله محصن من أي طريق لطرق الطعن عليه ماعدا الطعن بالبطلان و أحيانا بعادة التماس النظر.

كذلك ما يمكن إستنتاجه أن معظم النظم القانونية جعلت سيل بطلان أحكام التحكيم الدولية قاصرا على تلك التي تصدر في إقليمها دون الصادرة في الخارج، ماعدا بعض التشريعات التي حولت إمكانية الإبطال على كل من أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل الإقليم أو خارجه كما فعل المشرع المصري مع أنه قيدها حيث جعل هذه الإمكانية في الحالة التي يكون القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق.

و من خلال هذه الملاحظات يمكن القول بأن حكم التحكيم الدولي بات يشبه بعض الشيء الحكم القضائي من حيث جوازية الطعن عليه، و هذه النتيجة تعتبر بمثابة تناقض مع المزايا التي يتيحها قضاء التحكيم و المتمثلة في سرعته و بساطة إجراءاته، خاصة و أن حالة إستبعاد قانون الإرادة كأساس لقيام دعوى البطلان أصبح يتم إثارتها مباشرة دون التحقق من مدى ثبوتها بشكل صحيح. فهل يعقل أن يخالف المحكم الدولي سلطته بإستبعاد القانون الذي أجمع عليه

¹تقتضي المادة 1055 من قانون 08-09 بأنه: " يكون الأمر القاضي برفض الإقرار أو برفض التنفيذ قابلا للإستئناف".

أنظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

الأطراف بدون أي أسباب؟ أو بمعنى آخر، هل في كل مرة يستبعد فيها القانون المختار من قبل أطراف عقد الدولة يجعل القول بأن حكم التحكيم معرض للبطلان؟ ولعل هذا ما سنحاول التفصيل فيه.

الفرع الثالث:

مشكلة التمييز بين الحالات التي تؤسس بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي من

عدمها بسبب إستبعاد قانون الإرادة

لقد أعطت مختلف الإتفاقيات الدولية و كذا التشريعات الوطنية سلطة الأطراف المتعاقدة حق الطعن على أحكام التحكيم الدولية أثناء قيام المحكم بتجاوز حدود مهمته و التي من بينها تنحيته للقانون الذي تراضى عليه أطراف عقد الدولة، إلا أنه يجب فحص و تدقيق هذه الحالة جيدا التي يبطل على أساسها حكم التحكيم الدولي، للقول بأنها حالة صحيحة و فعالة، لأن هناك من الحالات ما لا تشكل إستبعادا لقانون الإرادة، إن هذا ما سنتناوله.

أولا: الحالات التي لا تعتبر بمثابة إستبعاد لقانون عقد الدولة و من ثم لا

تستوجب البطلان

1- حالة تجاوز قانون الإرادة بسبب عدم عدالته:

تتمثل هذه الحالة في أن الحلول التي قد تنتج عن قانون إرادة أطراف عقد الدولة تكون غير محققة للعدالة التعاقدية و متجاوزة لمصلحة الطرف المتعاقد، و عليه يتطلب الأمر من المحكم أن يأخذ في الحسبان ملابسات العقد و الظروف المحيطة بعملية التعاقد¹. لذلك يجوز للمحكم أن يخرج بالقانون الواجب التطبيق على عقد الدولة من قانون الإرادة إذا كان لا يحقق فكرة العدالة المنشودة من قبل المتعاملين الدوليين، إلى قواعد عبر دولية تكفل تطلعات الأطراف المتعاقدة على نحو منصف.

و مثال ذلك، هو أنه لو تعاقدت دولة مع شخص أجنبي خاص و إتفقا على قانون يطبق على موضوع النزاع مستقبلا، و فيما بعد ذلك إكتشف المحكم القاضي في منازعتهم أن قانونهم

¹ د. إبراهيم موسى، مرجع سبق ذكره، ص182.

المختار لا ينص على تعويض الدولة المتعاقدة في حالة الإهمال الجسيم للشخص الأجنبي أو إخلاله بأحد الإلتزامات الجوهرية، مع العلم أن هذا الأخير سيضر حتما بالدولة المتعاقدة، ففي هذه الحالة للمحكم أن يستجد بقواعد و أعراف تجارية دولية تقر حلول عادلة بشأن المسألة المثارة، و عليه فإن الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم في هذه الحالة لا يمكن الطعن عليه بالبطلان وفق حجة إستبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق¹.

و لعل من الأسباب التي تدعو الأطراف المتعاقدة في مجال عقود الدولة إلى الوقوع في قانون غير مثالي لحل ما قد ينتج عن إلتزاماتهم من نزاعات، هو العشوائية في الإختيار أي بصفة عرضية دون مراعاة المناقشة و التفاوض فيما بينهم، هذا من جهة، أما من نظرة أخرى فأحيانا يتم الضغط على طرف متعاقد و إرغامه على الإمتثال لأي قانون يراه مناسباً لمصلحته، و هذا ما يتناقض مع منطق التوقعات المشروعة للمتعاقدين في مجال العقود الدولية.

و في هذا الخصوص يرى الدكتور محمد إبراهيم بأن: " عدم عدالة الحلول التي تقرها القواعد المختارة يظهر بوضوح أن إختيارها لم يكن وليد إرادة حرة من جانب الأطراف، و إنما تعبر عن قدرة أحدهم على إجبار الطرف الآخر على تطبيقها و إلباسها لباس الرضا بدلا من ثوب الإكراه الذي يكسوها. و إذا كان المحكم حكما لهذه العقود فمن الضروري أن يأبى عن أعمال هذه القواعد و أن يضع نهاية لهذه القواعد و أن يضع حدا لهذا الأمر و أن يبحث عن حلول أخرى تلبي رغبات الطرفين و تقيم نوعا من التوازن الذي قد يطيح بإعمال تلك القواعد القانونية، بيد أن هذه النظرة يتعين ألا تقف عند قاضي العقد، و إنما يجب أن تمتد إلى قاضي الطعن عند تقديره لمسلك المحكم إزاء تلك القواعد، فإذا كان مسلك المحكم على هذا النحو، فإن قاضي الطعن لا بد أن ينصرف في ذهنه إلى مباركة هذا البحث و تحريره الأول عن تحقيق هذا الإنصاف².

لكن تجب الإشارة إلى أن الحالة التي يكون فيها القانون المختار من قبل أطراف عقد الدولة، قواعده متضمنة لحلول مؤدية إلى توازن في العلاقة العقدية و ذلك نتيجة للتشاور الفعلي فيما بينهم حول القانون الأنسب، فهنا يمكن القول بأن قيام المحكم بإستبدال ذلك القانون هو

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 250 و 251.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع نفسه، ص 253 و 254.

عمل من دون وجه حق و من المنطقي تسليط الرقابة على حكم التحكيم من طرف الجهة المرفوع أمامها الطعن بالبطلان.

2- إستبدال قانون الإرادة بقواعد عبر دولية إذا كانت لهذه الأخيرة صلة بالأول:

إن حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم بناء على عادات و أعراف التجارة الدولية بالرغم من أن أطراف العقد إتجهت إرادتهم إلى تطبيق قانون معين مغاير لتلك القواعد عبر الدولية، لا يعتبر محلا للطعن بالبطلان عليه، كلما كانت تلك قواعد التجارة الدولية المطبقة تشكل مصدرا أصليا لذلك القانون المختار من قبل أطراف العقد خاصة عندما تكون القواعد القانون المختارة يكتنفها نوع من الإبهام¹.

فهذه العملية التي أجراها المحكم الدولي تعتبر بمثابة تطبيق غير مباشر لقانون عقد الدولة، و لعل هذا ما كان عليه الحال في فترة الخمسينات من القرن 19 في العقود الدولية بصفة معتبرة، إلا أن الأمر تطور بصفة كبيرة خاصة بعدما تطور الفكر القانوني و يره نحو العولمة القانونية².

ثانيا: حالة إستبدال قانون إرادة أطراف عقد الدولة بقواعد التجارة الدولية

دون مقتضى حقيقي تشكل إستبعادا لقانون إرادة عقد الدولة

رأينا في الحالة السابقة أن المحكم ليس عليه أية مسؤولية عن القيام بمهامه أثناء قيامه بالإشارة إلى قواعد التجارة الدولية أو أي قانون أجنبي آخر، بشرط أن يكونا هذين الأخيرين يشكلان مصدرا لذلك القانون الذي تم إتفاق أطراف عقد الدولة على تطبيقه بشأن موضوع النزاع الذي قد سيقع فيما بينهما. و نتيجة لذلك فإن الحكم الذي سيصدره بخصوص منازعة عقد الدولة هو حكم محصن غير قابل لإمكانية الإبطال.

لكن الحالة التي لا يعتمد فيها المحكم الدولي على القواعد التي إختارها أطراف عقد الدولة، بمعنى أنه يتجاهلها كليا بالرغم من وضوحها و يطبق قواعد قانونية عوض عنها، و تكون هذه الأخيرة من دون داعي حقيقي و مبررات، كأن لا تربطها علاقة بالقانون المختار و لا تعتبر

¹ FOUCHARD philippe, GAILLARD emmanuel, et GOLDMAN berthold, Traite de l'arbitrage commercial international, Op.cit, p 952.

² د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 247.

بمثابة مصدر أصلي له، فهنا لا يمكن تضييق رقابة قاضي البطلان على حكم المحكم، بل بسطها عليه مما يستوجب إلغاء الحكم التحكيمي نظرا لقيام المحكم بخطأ جوهري يتمثل في تفسير قانون الإرادة بشكل خاطئ إلى درجة تنحيته كليا و أن القانون الذي حل مكانه لا تربطه أي صلة حقيقية به، أي الإستبعاد هنا على أساس غير سليم¹.

و هذه الحالة التي نحن بصدها و المتمثلة في إفراغ محتوى القانون الذي كان ينبغي إعماله على موضوع نزاع عقد الدولة من قبل تشكيلة التحكيم، قد أقرتها اللجنة المشتركة بشأن قانون التحكيم التجاري الدولي المصري حيث نصت على أنه: "و قد إستحدثت اللجنة البند (د) لتضيف إلى حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم حالة إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع و إن ما يندرج في مفهوم نطاق إستبعاد القانون المختار، الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه". بمعنى أن تنحية قانون الإرادة لابد أن تمتد إلى صرف النظر عن قانون إرادة الأطراف عقد الدولة دون أي تبرير و أن القانون الجديد المطبق لا يمت بأي صلة من القانون المستبعد.

ثالثا: قضايا توضح رفض الطعن بالبطلان على أحكام تحكيمية

لقد تم رفض الطعن بالبطلان على عديد من الأحكام التحكيمية على أساس إستبعاد القانون الواجب التطبيق و تطبيق بدله قواعد التجارة الدولية، ذلك بإعتبار أن هذه الأخيرة تعتبر بمثابة مصدر رئيسي لذلك القانون المختار و هذا ما سنوضحه من خلال قضيتين في إطار منازعات عقود الدولة.

1- حكم التحكيم الصادر عن منازعة عقد دولة بين مصر و شركة S.A. Roch:

تعود حيثيات هذه القضية إلى عقد دولة تم إبرامه بين جمهورية مصر بواسطة شركتها المتمثلة في Crocodile Tourist Project و بين شركة فرنسية مختصة بالبناء و التشييد, Aubert, esquot et autres ، حيث تعهد الطرف الخاص الفرنسي بتشبيد فندق موقنيك في الأقصر، و لعل السبب الرئيسي لحدوث النزاع بينهم هو تأخر في وصول مواد البناء الضرورية في عملية التشبيد مما أسفر عنه عدم إنجاز الأعمال في المدة المتفق عليها، و تم فسخ العقد بتاريخ 16

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 242 و 243.

مايو 1983 من قبل شركة Roch، حيث قامت هذه الأخيرة بطلب إلى محكمة تحكيم CCI من أجل الفصل في النزاع.

و حيث أصدر المحكم بتاريخ 24 فبراير 1984 حكما نطق بعدم مسؤولية الشركة الفرنسية عن التأخير في تنفيذ العقد، و أن قيام الشركة الفرنسية بفسخ العقد سببه هو عدم تسديد الطرف المصري لمستحقات الطرف الفرنسي. الشيء الذي دفع بالطرف المصري إلى القيام بإبطال حكم التحكيم أمام محكمة إستئناف باريس على إعتبارات متعلقة بمخالفة المحكم لعمله و المتمثل في عدم إعماله للقانون المنفق عليه من قبل الأطراف في مشاركة التحكيم، ألا و هو القانون المصري.

لكن هذا الطلب المقدم رفضته المحكمة على أساس أن ما تمسكت به الشركة المصرية من أن المحكم قد فصل في مسألة فسخ العقد وفق نص المادة 76 من العقد و كذا بالإشارة إلى القانون الفرنسي الذي أخذ من نصوصه القانون المصري، و دون أن يراعي المحكم للمادتين 157 و 158 من القانون المدني المصري التي تشترط على المقاول قبل أن يباشر عملية فسخ العقد أن يقوم بإعذار الدائن بالوفاء بالمبلغ المستحق الذي لم يتم دفعه، إلا إذا تراضى المتعاقدان على الإعفاء من الإعذار صراحة.

حيث رأت محكمة إستئناف باريس أن المحكم قد قدر نص المادة 76 من العقد و التي تعطي المقاول صلاحية إنهاء أعماله في حالة إنقطاع الدفع خلال مهلة شهر، و بعد مضي أسبوعين من إعذاره لصاحب العمل، هي متوافقة مع مقتضيات نصوص القانون المصري و لم تعارضها¹.

و في هذا السياق فإن طلب الشركة المصرية محل الطعن ليس مؤسس، كون أن القانون المصري الذي لم يتم الإشارة إليه صراحة من قبل المحكم قد تم تطبيقه بصورة ضمنية، و كأنه هو الذي طبق في الواقع، ذلك أن القانون الفرنسي الذي تم إعماله لا يخالف نصوص القانون المصري.

¹ د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص من 448 إلى 450.

2- حكم التحكيم الصادر عن منازعة عقد دولة بين نيجيريا و شركة Sigm oil:

لقد تم رفض الطعن بالبطلان على حكم تحكيم صدر بخصوص نزاع عقد دولة تم بين شركة وطنية نيجيرية Son Idep للمنتجات البترولية و شركة دولية متخصصة في صناعة النفط Sigm oil و المتوقعة في مدينة Suracao، و المتمثل في بيع شحنتين بتروليتين من قبل الطرف العام النيجيري إلى الطرف الخاص المتعاقد، و بينما حدث خلاف بين المتعاقدين، قامت الشركة الخاصة بمباشرة إجراءات التحكيم ضد الشركة العامة، و كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون المدني الفرنسي، أينما قضت هيئة التحكيم بحكم لفائدة الشركة المدعية مستندة في ذلك إلى قواعد و أعراف التجارة الدولية.

و لعل هذا ما حدا بالشركة الوطنية النيجيرية بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم أمام محكمة إستئناف باريس بحجة إستبعاد المحكم لقانون إرادة أطراف عقد الدولة، إلا أن المحكمة محل الطعن رفضت ذلك الطلب، لتقوم الشركة العامة برفع الطعن بالبطلان أمام محكمة النقض الفرنسية متمسكة بالتأسيس نفسه ألا و هو مخالفة المحكم لمهمته في التغاضي عن القانون المختار، إلا أنه بتاريخ 1994/6/15 قررت محكمة النقض صحة ما قضت به محكمة الإستئناف مبررة ذلك بأن إشارة المحكم لعادات و أعراف التجارة الدولية طبقا لنصوص المادتين 13،16 من بنود العقد محل الخلاف تم تفسيرها في ضوء المواد 113،116 من القانون المدني الفرنسي الذي أجمع الطرفين على إعماله¹.

فإن الجدير بالملاحظة، هو أن المحكم لم يخالف مهمته و المتعلقة بتحتيته للقانون المختص في موضوع نزاع عقد الدولة، لأن القواعد عبر الدولية التي لجأ إليها هي مدرجة في بنود العقد، كذلك هذه الأخيرة تأويلها يتماشى مع حلول القانون الذي تراضى عليه أطراف عقد الدولة.

و عليه فإن الدفع ببطلان أحكام التحكيم في مثل هذه الحالة لا يكون منطقي و مقبول، ذلك بأنه غير مؤسس نظرا لأن القانون الذي إستخدمه المحكم الدولي هو قانون يعتبر كمنبع أساسي لذلك القانون المختار الذي تمت تحتيته، و بالتالي فهما لا يختلفان في نتائج الحلول.

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 247 و 248.

رابعاً: معيار التفريق بين خطأ المحكم البسيط و خطأه الجوهرى في تفسير

قانون إرادة عقد الدولة

يرى الفقهاء خاصة منهم الفرنسيين و المصريين بأن طريقة التمييز بين خطأ المحكم البسيط و خطأه الجسيم في تفسير القانون الذي حدده أطراف عقد الدولة، تتمثل في المعيار الذي تبناه قضاء النقض الفرنسي و هو مدى وضوح النص محل التفسير كمعيار للتمييز بين تجريد القانون من محتواه و بين سوء التفسير البسيط¹.

فإذا كان القانون المختار في عقد الدولة قانوناً لا ينتابه غموض، أي واضح فإن إستبعاده من قبل المحكم يجعل حكم التحكيم محلاً للرقابة عليه، بينما الحالة يكون فيها قانون الإرادة مبهماً فهو يحتمل التفسير الخاطئ، و عليه يكون الخطأ في تفسير المحكم لقانون إرادة العقد أمراً خاضعاً لمطلق تقدير قاضي البطلان، لكن التفسير الخاطئ للقانون إذا كانت حوله غير متناقضة مع الحلول التي كانت ستتبع لو طبق قانون الإرادة فلا داعي للبطلان هنا.

المطلب الثالث:

سلطة المتعاقدين في عدم الإعراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي

لقد بينا أنه بإمكان أطراف عقد الدولة أن يحتجوا ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي بحجة إستبعاد القانون الواجب التطبيق، لكن ذلك يكون بناءً على الحالات التي تم توضيحها، لكن في بعض المرات نجد أن الجهة المرفوع الطعن أمامها لا تمتثل بإلغاء الحكم التحكيمي بالرغم من أن الطلب مؤسس و صحيح، ففي هذه الحالة بمقدور أحد طرفي عقد الدولة أن يتمتع عن تنفيذ حكم التحكيم بحجة مخالفة هذا الأخير للنظام العام البلد محل تنفيذ الحكم.

كما أنه في بعض المرات نجد أن أحد طرفي عقد الدولة الذي صدر حكم في صالحه و تم إبطاله يلجأ إلى دولة غير محل التنفيذ بغية أن تعترف له بذلك الحكم و تنفذه بالرغم من أنه ملغى.

¹ د. عامر أحمد الجارحي، مرجع سبق ذكره، ص 243.

الفرع الأول:

إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام
يمكن لأحد طرفي عقد الدولة الذي صدر بحقه حكم تحكيمي أن يتمتع عن تنفيذه كلما كان متعارض مع النظام العام، و هذا ما تم تكريسه دوليا و وطنيا.

أولا: موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958 من تنفيذ حكم التحكيم الدولي

المخالف للنظام العام

إن أطراف عقد الدولة الذين صدر حكم تحكيمي حول نزاعهما بإستطاعتها أن يمتنعا عن تنفيذه إذا ما كان ذلك الحكم يخالف النظام العام للدولة محل التنفيذ، فقد تطرقت الفقرة الثانية من المادة 05 من إتفاقية نيويورك¹ لهذا الأمر، حيث أقرت بأنه: " يجوز كذلك رفض الإعتراف بقرار التحكيم و رفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الإعتراف بالقرار و تنفيذه:

أ-...ب-أن الإعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد".

و عليه إذا ما أبرمت الجزائر مثلا عقد دولة مع شخص أجنبي خاص و اتفقا الطرفين على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة (القانون الجزائري)، و أثناء حدوث خلاف قام المحكم بالتصدي له و إصدار حكمه وفق قانون آخر يجيز دفع الفوائد، ففي هذه الحالة ترفض الدولة الجزائرية إضفاء الصيغة التنفيذية لذلك الحكم التحكيمي كونه يتعارض مع القانون الجزائري و كذا مقتضيات الشريعة الإسلامية².

ثانيا: موقف إتفاقية واشنطن لسنة 1965 من تنفيذ حكم التحكيم الدولي

المخالف للنظام العام

¹ نص إتفاقية نيويورك لسنة 1958، منشور باللغة العربية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص198.

لقد أكدت الإتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار على وجوبية تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز في أية دولة متعاقدة على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة و هذا طبق الفقرة 01 من نص المادة 54 من إتفاقية CIRDI¹. لكن هناك شرط يقف أمام إلزامية تنفيذ الحكم التحكيمي و هو أن لا يكون التنفيذ مخالف للأحكام التي ترعى حصانته، فلو كان كذلك فإنه سيواجه خطر التصادم مع أحكام القانون الوطني في هذا الحيز. حيث وضحت المادة 55 من إتفاقية ICSID هذه الفكرة من خلال قولها بأنه: " لا يجوز تفسير المادة 54 على أنها تتضمن أي إستثناء من أحكام القانون المعمول به في أي دولة من الدول المتعاقدة و المتعلق بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية أخرى".

و لعل هذا ما يثير إلى أن الحصانة السيادية بإمكانها أن تعيق تنفيذ حكم تحكيم المركز كلما كان ذلك الحكم معارضا لما تقتضيه النصوص القانونية في بلد التنفيذ. حيث أن القواعد الوطنية للدول المنظمة لإتفاقية واشنطن نجدها تختلف عن بعضها البعض فمثلا توجد قوانين داخلية لا تمنع التنفيذ ضد أموال الدولة الأجنبية، بينما البعض الآخر من النظم القانونية تقف حائلا أمام التنفيذ ضد أملاك تلك الدولة، و نضرب مثال على هذه الحالة الأخيرة بنزاع نتج عن عقد دولة بين حكومة الكونجو و شركة ايطالية*.

فبعدها حدث خلاف بين المتعاقدين، تمت إحالته على مركز ICSID، و الذي قام بدوره بفصل في النزاع لصالح الشخص الأجنبي الايطالي، حيث لجأ هذا الأخير إلى محكمة باريس الابتدائية من أجل طلب الإعتراف بحكم تحكيم المركز بفرنسا، إلا أن محكمة باريس إشتربت لتنفيذ هذا الحكم الحصول على موافقة مسبقة معتبرة كل إجراء تنفيذي أو إحترازي يمكن إتخاذه

¹ Article 54 : " 1-Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State... " .

أنظر، نص إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى 1965، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/part4-chap04.htm>.

*تعاقدت حكومة دولة الكونجو مع شركة بينفونتي بونفان الإيطالية حول إنشاء شركة، الغرض منها تصنيع الزجاجات البلاستيكية حيث تراضى الطرفان على إسناد الخلافات التي إذا ما ثارت حول هذا العقد إلى مركز CIRDI.

أنظر، د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 426.

تجاه أموال حكومة الكونجو المتمركزة داخل الإقليم الفرنسي، من قبل السلطات القضائية الفرنسية.

إن هذا ما أرغم الشركة الايطالية إلى اللجوء إلى محكمة باريس الإستئنافية زاعمة بان الإجراء المتعلق بأخذ القبول المسبق من السلطة القضائية غير ضروري لتنفيذ حكم المركز، لكن محكمة الإستئناف أيدت حكم الدرجة الأولى على إعتبار أنه يجب التمييز بين الإعتراف و النفاذ و بين إجراءات التنفيذ، لان الفقرة 02 من نص المادة 54 من إتفاقية واشنطن تستهدف تيسير الإعتراف بحكم التحكيم من قبل الدول المتعاقدة فيها، دون أن يتعدى ذلك مسألة التنفيذ على أموال الدولة الطرف في التحكيم، لأن موضوع التنفيذ و إجراءاته يكون في الحدود التي ترسمها القواعد القانونية للدولة المتعاقدة، و بصياغة أخرى، إن قواعد الإعتراف بحكم المحكم في إطار إتفاقية ICSID تنفرد عن القواعد المتعلقة بالتنفيذ و كذا الدفع بالحصانة السيادية التي تتمسك بها الدولة المتعاقدة الطرف في التحكيم¹.

فإذا كنا أمام نزاع حصل حول عقد الدولة و حكم المحكم لصالح الشخص الأجنبي، وسعى هذا الأخير إلى تنفيذ الحكم في إحدى الدول المنظمة للإتفاقية، فهذه الأخيرة سلطة الدفع بحصانتها إذا ما رأت بان أموال المحكوم ضده الموجودة عندها هي بمثابة مبالغ مخصصة لخدمة عامة، و بذلك ترفض تنفيذ حكم التحكيم.

أما في الحالة التي يطلب من الدولة المتعاقدة المحكوم ضدها بحكم تحكيمي أن تقوم بتنفيذه على أرضها، فهنا لا يمكن أن تمتنع عن تنفيذ الحكم بحجة النظام العام، لكن يجوز لها ذلك إذا ما كان التنفيذ سينتج عنه الإخلال بصفو العلاقات السياسية أو الدبلوماسية بينها و بين دولة الشخص الأجنبي المتعاقد معها، بمعنى أن التنفيذ أو عدمه في هذه الحالة يبقى مرتبط ب فكرة المصلحة الوطنية.

¹ د. خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص من 424 إلى 427.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام
تنص الفقرة الأولى من نص المادة 1051 من قانون 08-109¹ على أنه: " يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولية إذا اثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود من الإعتراف بقرار أجنبي، من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث أن المادة 605 من هذا القانون أقرت بعدم جوازية تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية. و عليه فإن فحوى هذا النص القانوني هو غير مرتبط بالإعتراف بل بالتنفيذ. فلعل أن الحكمة من إدماج مصطلح الإعتراف في التشريع الجزائري، هو راجع إلى إنضمام الجزائر لإتفاقية نيويورك لعام 1958م.

كما تقر الفقرة الثانية² من نفس المادة أعلاه بأن: " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

إن مهمة المحكم الدولي الفاصل في نزاع عقد الدولة تنتهي بمجرد إصداره لحكم التحكيم، غير أنه من صدر الحكم في صالحه، و لكي يقوم بدمج حكم التحكيم في النظام القانوني الداخلي لدولة المحكوم ضده، يستلزم الإعتراف بذلك الحكم و إلباسه الصيغة التنفيذية.

ففي بعض المرات يتم تنفيذ حكم التحكيم مباشرة أي طواعية، و هنا قضاء الدولة محل التنفيذ لا يتدخل لأن الأمر حدث بتفاهم بين الطرف المحكوم عليه و المحكوم ضده، و في هذا

¹ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

² قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع نفسه.

الشأن يرى الفقيه نور الدين تركي بأن: "أغلبية أحكام التحكيم الصادرة ضد المؤسسات العمومية الجزائرية تم تنفيذها دون حاجة إلى اللجوء إلى قاضي التنفيذ"¹.

و لعل هذه الحالة التي تم فيها التنفيذ ضد الهيئات العامة الجزائرية بصفة طوعية، هو أن تلك الأحكام التحكيمية كانت صحيحة و لم تخالف مقتضيات النظام العام. و عليه هناك من الحالات التي لا يتم فيها تنفيذ الأحكام التحكيمية بصفة مباشرة بل بصفة جبرية سواء بالنسبة لقرارات التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر أو خارجها.

و من خلال إستقراء فقرتي المادة الأولى و الثانية من نص المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج نلاحظ أن شروط الإعتراف بالحكم التحكيمي، هي نفسها تنطبق على تنفيذه، و عليه فمن لم يتسنى له تنفيذ حكم التحكيم بطريقة طوعية فله أن يطلب الصيغة التنفيذية أمام قضاء الدولة محل التنفيذ، مع ضرورة أن يثبت وجود قرار التحكيم الذي صدر عن هيئة التحكيم سواء كانت حرة أو منظمة و هذا ما نعني به بالشرط الشكلي، كما يستوجب في ذلك القرار أن لا يكون مخالف للنظام العام الدولي و هذا ما يشكل شرط موضوعي.

فإذا تم الحكم لصالح طرف من طرفي عقد الدولة فعليه أن يسعى لتنفيذ الحكم التحكيمي، و ذلك من خلال تقديمه حكم التحكيم الأصلي مرفقا بإتفاقية التحكيم التي تضمنها عقد الدولة، سواء كانت شرط تحكيم أي قبل حدوث النزاع، أو مشاركة تحكيم أي تم وضعها بعدما حصل الخلاف، و تجدر الحكمة من أن يرفق حكم التحكيم بإتفاقيته هو أنه إذا فصل المحكم دون إتفاق تحكيم، فإن إمكانية إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو برفض التنفيذ مستحيلة، و عليه فإن قاضي محكمة محل طلب التنفيذ ملزم بالتحقق من أن حكم التحكيم قد صدر فعلا بموجب إتفاق تحكيم مكتوب².

¹ أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص194.

² المادة 1056 من قانون 09-08 تنص على أنه: " لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدة الإتفاقية،...".
أنظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

و من أجل قبول طلب إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم، لا بد من أن يكون هذا الأخير متوافق مع النظام العام الدولي، و إذا كان غير ذلك وجب على القاضي أن يرفض طلب التنفيذ.

و تجب الملاحظة إلى أنه في حالة رفض طلب التنفيذ أو قبوله، فيإمكان أحد الطرفين المحكوم عليهما أن يطعن بالإستئناف على ذلك القرار طبق نص المادة 1056 من ق. إ.م. إ.ج و حتى أن يطعن عليه بالنقض وفق نص المادة 1061 من ق. إ.م. إ.ج.¹

و لعل هذا يعتبر بمثابة طعن غير مباشر على أحكام التحكيم الدولية الصادرة خارج الجزائر بعدما رفض المشرع الجزائري إخضاعها للطعن بالبطلان بصفة مباشرة حيث حصر وسيلة الطعن المباشر على أحكام التحكيم الدولية الصادرة داخل الجزائر.²

فإذا تضررت دولة من قرار تحكيمي في غير صالحها و قامت بمحاولة إبطاله في بلد المنشأ، على إعتبار أن المحكم خالف مهمته في تطبيق قانون الإرادة إلا أنها لم تنجح أي لم يقبل الإلغاء، و بعد ذلك طلب الشخص الأجنبي تنفيذ قرار التحكيم في الدولة المحكوم ضدها محل التنفيذ، فهنا لقاضي الدولة أن يرفض تنفيذ القرار إذا ما رأى انه مخالف للنظام العام، و إذا تغاضى عن ذلك و إترف بتنفيذ الحكم فللدولة المتضررة أن تستأنف في قرار القاضي الذي أمر بتنفيذ الحكم، و ذلك من خلال الحالات التي تستوجب الطعن كفصل محكمة التحكيم بالمهمة الغير موكلة إليها أو مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي.

¹ المادة 1056 من قانون 09-08 تنص على أنه: " لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1-...2...-3 إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
4-...5...

6-إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي".

تنص المادة 1061 من قانون 09-08 على أنه: " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058، قابلة للطعن بالنقض".

أنظر، قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سبق ذكره.

² د. حيتالة معمر و أ. سي فضيل الحاج، مرجع سبق ذكره، ص94.

و ينبغي التتويه إلى أن المشرع الجزائري عندما عدد شرطي الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي، نجده قد عبر عن الشرط الثاني بعدم مخالفة النظام العام الدولي الموجودة ضمن الحالة الخامسة في القانون الفرنسي، بينما إتفاقية نيويورك لسنة 1958 عبرت عن ذلك الشرط بعدم مخالفة حكمة التحكيم الدولي للنظام العام لبلد التنفيذ. و هنا يطرح الإشكال حول أي نص قانون يجب الأخذ به أو الإعتقاد عليه.

و بما أن الجزائر أصبحت من بين أعضاء إتفاقية نيويورك، فإن العمل سيكون بمقتضى نصوص إتفاقية نيويورك لأنها تسمو على القوانين الداخلية بإعتبارها إتفاقية دولية، و هذا طبق نص المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل لدستور 1989 و التي تقابلها المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016¹.

فكما يمكن عدم إصباغ حكم التحكيم الأجنبي بالصيغة التنفيذية في الدولة محل التنفيذ بحجة مخالفته للنظام العام، فيمكن عدم تنفيذه كذلك إذا كان قد أبطله قضاء دولة مقر التحكيم.

الفرع الثاني:

إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ حكم التحكيم الدولي بحجة السبق في

إلغائه

إن مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية التي تم إلغاؤها في بلد المنشأ، أي البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي، قد أثارت جدل فقهي كبير بين مؤيد لتنفيذها في بلد آخر، و بين معارض لتنفيذها بحجة أنها قد أبطلت من قبل، فلاي طرف متخاصم في عقد دولة صدر حكم ضده و قام بإبطاله أمام قضاء الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أن يرفض تنفيذه على أساس أن ذلك الحكم لا وجود له كونه تم بطلانه، لكن المشكلة تثور عندما يسعى طرف عقد الدولة الذي صدر الحكم في حقه و بالرغم من أن حكم التحكيم قد تم إلغاؤه، إلا أنه يبحث عن بلد آخر يجيز تنفيذ هذا النوع من الأحكام .

أولاً: الإتجاه المناصر لإمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة

¹ أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 197 و 198.

1- عرض الفكرة:

تعود بوادر هذا الإتجاه إلى القضاء الفرنسي تطبيقاً لمبدأ وحدة الرقابة على أحكام التحكيم و التوجه نحو إسنادها لقضاء الدولة المطلوب فيها التنفيذ، مع إستبعاد أي نوع من الرقابة بعيداً عن هذا الإطار سواء من قضاء دولة مقر التحكيم أو قضاء الدولة التي تم تطبيق قانونها على موضوع النزاع، حتى في الحالة التي يلغى فيها حكم التحكيم من قضاء أحد الدولتين، و عليه فإن القضاء الفرنسي هو السباق في إعتبار أن حكم التحكيم الذي تم إبطاله في بلد المنشأ ليس له أثر على قاضي التنفيذ، إلى جانبه القضاء الأمريكي الذي عمل بهذه الفكرة، لكن سرعان ما تخطى عنها¹.

2- أمثلة تطبيقية جسدت تنفيذ أحكام التحكيم الدولية التي أبطلت في بلد المنشأ:

أ- قضية بين شركة سوناطراك و شركة أجنبية:

لقد صدر حكم تحكيمي في هذه القضية بالجزائر بتاريخ 29 ديسمبر 1985 في صالح الشركة الأجنبية، بينما تم إبطال هذا الحكم التحكيمي من قبل المجلس القضائي للجزائر العاصمة في 20 ديسمبر 1986، الشيء الذي دفع بالشخص الأجنبي إلى تنفيذ ذلك الحكم الملغى أمام المحكمة المدنية لبروكسل، و التي قامت بدورها بمنح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم.

إلا أن الطرف الجزائري المتمثل في شركة سوناطراك إستأنف الحكم الذي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، و ذلك أمام مجلس قضاء بروكسل، لكن دون جدوى حيث قام هذا الأخير بتأييد حكم محكمة الإبتدائية بتاريخ 09 جانفي 1990، أي وافق على إكساب حكم التحكيم الصيغة التنفيذية بغض النظر على أنه سبق و أن تم إبطاله في بلد المنشأ و الذي هو الجزائر أينما جرت العملية التحكيمية².

ب- قضية كرومالوي:

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص85. و أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص210.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص208 و 209.

في هذا النزاع الذي سبق و أن تطرقنا إليه عند تناولنا لإمكانية أحد طرفي عقد الدولة أن يطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي، حيث رأينا أن الطرف العام المصري و الممثل في وزارة الدفاع المصرية قد قدم طلب لإلغاء حكم التحكيم الصادر عن CRCICA أمام محكمة إستئناف القاهرة، أينما قامت هذه الأخيرة بالإستجابة لتلك الدعوى على أساس مخالفة القرار التحكيمي لقانون إرادتي الهيئة العامة المصرية و شركة كرومالوي الأمريكية.

لكن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، حيث لجأت الشركة الأمريكية إلى تقديم طلبين من أجل إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم الذي أصدره CRCICA، فبينما الأول تم أمام محكمة باريس فإن الثاني تم أمام محكمة مقاطعة كولومبيا بالو.م. أ .

هذا و قد إستجابت محكمة باريس لطلب الشركة الأمريكية مقدمة لها بذلك أمر التنفيذ في 4 ماي 1995، مما دفع بالهيئة المصرية إلى الطعن أمام محكمة إستئناف باريس على أمر التنفيذ، لكن دون جدوى، حيث أصدرت حكمها بتاريخ 14 جانفي 1997 المؤيد لمحكمة الدرجة الأولى مسببة ذلك ب: " أنه ليس بإمكان القاضي الفرنسي رفض إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كان يندرج ضمن حالة من الحالات التي تتضمنها على سبيل الحصر المادة 1502 من قانون المرافعات الفرنسي و التي تشكل قانونه الوطني الذي يتعين عليه تطبيق، و لما كانت هذه المادة لم تدرج ضمن حالات رفض الإعتراف و التنفيذ لأحكام التحكيم المدرجة في نص المادة 05 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإنه يتعين ترتيبا على ذلك إستبعاد تطبيقها، و بما أن حكم التحكيم الذي صدر عن مركز تحكيم القاهرة يعتبر بمثابة حكم دولي فإن صفته الدولية لا تندمج في النظام القانوني المصري على نحو يبقى معه هذا الحكم قائما مستقرا على الرغم من إلغائه زيادة على أن الإعتراف بهذا الحكم في فرنسا لا يعد مخالفا للنظام العام الدولي".

أما محكمة مقاطعة كولومبيا، كذلك هي بدورها قد مكنت شركة كرومالوي الأمريكية من الصيغة التنفيذية على حكم تحكيم CRCICA مع أنه تم إبطاله في بلد مصر، مؤسسة ذلك بنص المادة 07 من إتفاقية نيويورك، حيث أن القانون الأمريكي يجيز للقاضي أن يصدر أوامر تنفيذ أحكام التحكيم حتى و لو كانت هذه الأخيرة معيبة بخطأ هيئة التحكيم في تطبيق القانون.

و عليه رأَت المحكمة الأمريكية أن الإعتراف بقوة حكم قضائي أجنبي (حكم الإبطال الصادر من قبل القضاء المصري) الذي أُلغى حكماً تحكيمياً إكتسب الصفة الإلزامية يعتبر بمثابة عدم إحترام للنظام العام الأمريكي¹.

فمن خلال هذا المثال التطبيقي يتبين لنا أن القضاء الأمريكي سار على نفس خطى القضاء الفرنسي في مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة في بلد المنشأ، مع إختلاف التسيببات القضائية لكل من البلدين، لكن ينبغي التنويه إلى أن القضاء الأمريكي إختلف موقفه فيما بعد وإنما أصبح في غير الطريق الذي إنتهجه القضاء الفرنسي، بمعنى أصبح من المعارضين لتلك المسألة كما سنرى فيما بعد.

ج- قضية BEDITEL :

تعود وقائع هذه القضية إلى نزاع نتج عن عقد دولة أبرم بتاريخ 30 مارس 1992 بين الإدارة العامة للطيران المدني لإمارة دبي و شركة BEDITEL المنتسبة لقانون دولة بناما (PANAMA)، حيث كان يهدف هذا الإتفاق إلى تقديم الشخص الأجنبي خدمات لتسيير مشروع حديقة تسلية (parc d'attraction) بدبي.

و بعد إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، حكمت هذه الأخيرة بتاريخ 20 فبراير 2002 بإلزام الإدارة العامة للطيران المدني بدفع مبلغ 27.000 ديناراً إلى شركة BEDITEL. و نظراً لأن حكم التحكيم لم ترضى به الهيئة العامة لدبي، قامت بإبطاله أمام محكمة دبي بحجة مخالفة المحكم لمهامه و المتمثلة هذه المرة في عدم قيامه بتحليف الشهود اليمين القانونية، و هذا الحكم الذي أُلغى قرار التحكيم تم تأييده من قبل محكمة نقض دبي بموجب قرار صدر في 15 ماي 2004.

و لعل هذا ما دفع شركة بنما على تقديم طلب إلى محكمة باريس من أجل الحصول على أمر تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، و هذا ما حدث بالفعل بالرغم من أن قرار التحكيم قد أبطل من قبل في دبي².

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص من 98 الى 101.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 213.

3- الحجج الفقهية التي تدعم فكرة تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة:

لقد وقف عدد معتبر من الفقهاء القانونيين إلى جانب ما حذى به القضاء الفرنسي، عندما منح في عديد من المناسبات الصيغة التنفيذية على أحكام تحكيمية دولية سبق و أن تعرضت للبطلان في دول المنشأ.

و يعتبر الأستاذ Ph. Fouchard من رواد هذا الإتجاه من الفرنسيين¹، إضافة إلى الأستاذ E.Gaillard ، أما في سويسرا فنجد الأستاذ P.Lalive هو من يمثل هذا الموقف، بينما في الولايات المتحدة الأمريكية نجد الأستاذ A.Taylor von mehren من أيد تلك الفكرة².

أ-حجة أساسها النظام القانوني الفرنسي:

برر الفقه الفرنسي موقفه نحو فكرة منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولية الباطلة إنطلاقاً من أن النصوص القانونية الفرنسية المنظمة للإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، هي نظام أحادي الجانب.

حيث أن إدراج حكم تحكيم أجنبي في النظام القانوني الفرنسي، سيتحدد وفقاً للتشريع الفرنسي وحده كون أن قواعده ذات طبيعة إقليمية من حيث الأعمال، و أنها لا تهتم إذا ما كان حكم التحكيم ذو أهمية بالغة من عدمها بالنسبة لتشريع قانوني آخر، أي أجنبي عن القانون الفرنسي، حتى في الحالة التي يكون فيها القانون الأجنبي هو قانون الدولة التي صدر على إقليمها حكم التحكيم.

و المغزى من الحجة التي تمسك بها الفقه الفرنسي و التي أخذها من النظام القانوني الفرنسي، هو أن هذا الأخير يفرض على قضاءه بأن لا يقوم برفض تنفيذ الأحكام التحكيمية و من ثم ترتيبها لآثارها، في حالة ما إذا تم إلغائها أو لم يعتد بها من طرف قاضي آخر بسبب ما تمليه عليه أفكاره³.

ب-حجة مردها إلى نظم قانونية أخرى:

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص102.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص218.

³ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص104 و 105.

واصل الفقه الفرنسي حملته في الدفاع عن جواز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي أبطلت في بلد المنشأ، و هذه المرة من نظام قانوني آخر غير الفرنسي بل الأمريكي، مما يفيد أن هذه الفكرة المدعومة من قبل الفقه الفرنسي ليست وحدها مما يستوجب إهمالها، بل هناك من يساندها من التشريعات القانونية و التي من بينها التشريع الخاص بالوم. أ، حيث سبق و أن اشرنا في قضية "كرومالوي" بأنه بالرغم من أن حكم التحكيم الغي من قبل محكمة إستئناف القاهرة، إلا أن الطرف الأمريكي إستطاع إستصدار أمر بتنفيذ ذلك الحكم من قبل محكمة مقاطعة كولومبيا بتاريخ 31 جويلية 1996 و ذلك بناء على نص المادة 07 من إتفاقية نيويورك كما رأينا¹.

ج-حجة شخصية منطيقية:

لقد دفع بهذا البرهان زعيم المذهب المؤيد لإمكانية تنفيذ أحكام تحكيم أجنبية رغم السبق في إلغائها، حيث تساءل الأستاذ Fouchard عن ما السبب الذي يدفع بإبطال حكم تحكيمي في دولة ما إذا_ كان تنفيذه لا يتم فيها؟

كما إستفسر الأستاذ نفسه عن لماذا يتم القضاء ببطلان القرار التحكيمي إذا كان هذا البطلان لن يترتب عليه أي اثر في الخارج² ؟

فوفقا لتساؤله الأول أعلاه، فهو يريد أن يوضح بأن قضاء الدولة الذي يقوم بإلغاء حكم التحكيم هو الأجدر و الأحق بان يكون محل لتنفيذ ذلك الحكم، و عليه فان إبطال حكم تحكيم في دولة ما ليس له فائدة إذا ما كان إضفاء الصيغة التنفيذية عليه سيتم في قضاء بلد آخر غير الذي قام بإجراء الإبطال، و لعل الطرح الأول هو قريب من المنطق.

أما بالنسبة لإستفساره الثاني فوق، فهو ليس منطقي على العموم و إن كان منطقي كما يدعي الأستاذ فوشارد، فإنه سيكون محصور على ما إستقر عليه قضاء النقض الفرنسي فقط، و الذي أعطى الحرية المطلقة للدولة في منح أو رفض الصيغة التنفيذية لذلك الحكم التحكيمي حتى و إن كان ملغي .

د-حجة مرتبطة بنتيجة الفكرة:

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص105.

² د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع نفسه، ص103.

دافع الفقه الفرنسي عن موقفه، حيث رأى بأن الحل الذي يقضي بمنح صيغة تنفيذية لحكم تحكيم دولي سبق و أن أبطل في بلد المنشأ من شأنه أن يضمن للنظم القانونية الوطنية الناطمة للتحكيم التجاري الدولي نوعاً من الإتساق في التعامل مع أحكام التحكيم الأجنبية¹.

فوفق حجته هذه، سيتحقق قدر من الإنسجام على المستوى الدولي، ذلك بأن يمنح للقاضي الوطني نفس السلطة الرقابية التي تخول للقاضي الوطني الذي يقدم له طلب إبطال حكم التحكيم في بلد المنشأ و الذي يقوم بإبطال ذلك الحكم التحكيمي أو إبقائه على حالته بمعنى تأييده، و عليه فإن القاضي الذي يعرض عليه طلب تنفيذ حكم التحكيم فهو كذلك له الصلاحية الكاملة في التنفيذ أو عدمه.

ثانياً: الإتجاه الراض لفكرة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة

لقد سبق و أن بينا أن القضاء الفرنسي و فقهه هو المدافع الأول عن مهر أحكام التحكيم الدولية بالصيغة التنفيذية رغم بطلانها، و قد ساندته في ذلك القضاء الأمريكي، إلا أن هذا الأخير و من خلال الواقع العملي لقضائه تبين أنه تراجع عن موقفه، و يمكن ملاحظة ذلك في قضية BECHTEL أينما تم تمكين أحد الأطراف المتخاصمة من الصيغة التنفيذية أمام محكمة باريس بينما المحكمة الفدرالية لمقاطعة كولومبيا رفضت ذلك الطلب لداعي أنه تم إلغائه².

1- مثال تطبيقي تم رفض فيه تنفيذ حكم تحكيم أجنبي أبطل في بلد المنشأ قضية (Baker Marine):

تعود حيثيات هذه القضية إلى أن كل من شركة Baker Marine و Danos اللتان تتشطان في صناعة البترول بنيجيريا، أبرمتا عقدا بتاريخ أكتوبر 1992 مع شركة Chevron و التي هي كذلك مجالها، مفاده تقديم الشركتين الأوليتين لشركة شيفرون، خدمات متعلقة بالتنقيب عن البترول في نيجيريا³.

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع نفسه، ص 102 و 103.

² أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 217.

³ Baker Marine, a Nigerian company had initiated arbitration proceeding in Nigeria against its contractual partners the Nigerian companies Danos and curol marine contractors, Ins. And the companies Chevron Ltd. And Chevron Corp .Ins, which had agreed on transporation services for the oil exploration business in Nigeria.

هذا و قد إحتوى العقد على شرط إحالة النزاعات التي قد تنجم مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة إلى قواعد التحكيم الصادرة عن CNUDCI، مع إدراج القانون النيجيري كقانون واجب التطبيق من قبل المحكم و منظم لإجراءات التحكيم في حالة ما إذا كانت الإجراءات مرتبة من قبل CNUDCI¹.

و وقع النزاع عندما إتهمت شركة Baker Marine شركة Chevron و Danos بخرق شروط العقد، حيث تم طرح النزاع أمام لجننتين تحكيميتين مشكلتين في لاغوس بنيجيريا، أينما قامت هذين الأخيرتين في 1996 بتعويض المدعية ضد شركة دانوس بمبلغ مالي قدره 2.23 مليون دولار، و مبلغ 750.000 دولار ضد شيفرون.

و تبعا لذلك، سارعت شركة Baker Marine إلى تنفيذ حكم التحكيم، إلا أن المدعى عليهما قاما بدعوى إبطال حكم التحكيم أمام محكمة نيجيريا و التي إستجابت بدورها لذلك، الشيء الذي دفع الشركة التي تم إلغاء التعويض المحكوم به عليها إلى اللجوء إلى المحكمة الفدرالية لمقاطعة شمال نيويورك بغية إستصدار أمر بالتنفيذ إلا أنه قوبل بالرفض، و تم تأييد ذلك من قبل محكمة إستئناف المقاطعة و كذا المجلس الأعلى للو.م. أ، بحجة أن منح صيغة تنفيذية على حكم تحكيم أجنبي قد ألغي من قبل محكمة نيجيريا لا يتوافق مع مقتضيات نصوص إتفاقية نيويورك، حيث برر المجلس الأعلى للو.م أ موقفه هذا بقوله:

" Furthermore as a practical matter mechanical application of domestic arbitral law to foreign award under the Convention would seriously undermine finality and regularly produce conflicting judgments. If a party whose arbitration award has been vacated at the site of the award can automatically obtain enforcement of the awards under the domestic laws of other nations, a losing party will have every reason to pursue its adversary « with enforcement actions from country to country until a court is found , if any , which grants enforcement »"².

Voyer : Claudia Alfons, Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards- An Analysis of the Legal Framework and its Interpretation in Case Law and Literature, PETER LANG, Frankfurt, 2010, p 97.

¹ أ.د. عليوش قريوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 217.

² The tribunal awarded Baker Marine 2.23 million dollars american to be paid by Danos, and another 750.000 dollars american from Chevron .Baker Marine subsequently sought for enforcement in Nigeria, while the losing parties successfully challenged the award .

The Nigerian courts found that there was not sufficient evidence for the tribunal's conclusion as to Danos case, and in Chevron's case it found that the arbitral tribunal had exceeded its mandate for arbitration, inappropriately adjudicated punitive damages and improperly took parole evidence.Baker Marine nonetheless, applied for recognition and enforcement of its original award in the U.S under the

فقد بينت المحكمة أن هناك تفاعل بين مواد إتفاقية نيويورك و كذا النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم الفيدرالي الأمريكي، و عليه فإن التطبيق الآلي الذي يجيزه القانون الأمريكي بإعطاء صيغ تنفيذية لأحكام تحكيم أجنبية من شأنه أن ينتج أحكام متضاربة و يقوض أحكام إتفاقية نيويورك، لذلك إرتأت المحكمة بان تمنع شركة Baker Marine من الحصول على أمر تنفيذ حكم التحكيم الذي تم إلغاؤه في نيجيريا.

2- الحجج الفقهية المفندة لفكرة تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة:

يعتبر الفقيه الفرنسي A.KASSIS من قبيل الأساتذة المعارضين للإعتراف بأحكام التحكيم الباطلة مقارنة بزملائه الفرنسيين، إلى جانب كل من الأستاذ السويسري J.F.POUDRET و الأستاذين الإنجليزيين F.A.MANN و ROY GOODE و الفقيه الألماني OTTO SANDROCK و الفقيه الأمريكي E.SCHWART¹.

حيث قام الفقه بتقديم عديد من الأسس تهدف إلى تنفيذ صحة الفكرة التي تخول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تم إبطالها، فهناك حجج مستوحاة من نصوص الإتفاقيات الدولية و هناك حجج ذاتية منطقية من الفقهاء أنفسهم كما سوف نتطرق إليه.

أ- الحجج من الإتفاقيات الدولية:

أ-1- إتفاقية نيويورك لسنة 1958:

بالرجوع إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958 نجد أن هذه الأخيرة درجت شروط أساسية لكي يتم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و عليه، لا يتم تنفيذ حكم تحكيمي أجنبي إذا كان قد ألغي من قبل محكمة الدولة التي تم فيها التحكيم، و هذا بناء على الفقرة 01 من المادة 05 من الإتفاقية²، و التي تنص على أنه: "لا يجوز رفض الإعتراف بالقرار و تنفيذه بناء على طلب

auspice of the New York convention, which was denied by the District Court of the Northern District of New York, holding it inappropriate under the New York Convention and in light of international comity to enforce an award issued and annulled in Nigeria.

Voyer : Claudia Alfons, Op.Cit, p 97 et 98.

¹ أ.د. عليوش قربوع كمال، مرجع سبق ذكره، ص 218 و 219.

² نص إتفاقية نيويورك لسنة 1958، منشور باللغة العربية في شبكة الانترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>.

الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الإقرار و التنفيذ ما يثبت:

...

(هـ) أن القرار لم يصبح بعد ملزماً للطرفين أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد".

و صياغة هذا النص أعلاه تقابله نفس الصياغة باللغة الفرنسية و التي تقضي ب¹ :

"1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue".

فجلي الوضوح في النص أعلاه بصياغته العربية و الفرنسية أن قضاء الدولة المقصود تنفيذ فيها حكم التحكيم هو مجبر بالإمتناع عن ذلك، في حالة ما إن صح الشرط أعلاه المتمثل في المطعة (هـ) و المطعة (e).

و بالرغم من وضوح الفقرة 01 من المادة 05 من إتفاقية واشنطن، إلا أن الفقه الفرنسي الغالب و المناصر لفكرة الإقرار و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حتى و لم تم نقضها ربما فسر نص المادة وفق الصياغة الإنجليزية و التي تضيف على هذه المسألة الطابع الإختياري دون الإلزامي كما رأينا في صياغة نص المادة الخامسة باللغة العربية و كذا الفرنسية².

¹ نص إتفاقية نيويورك لسنة 1958، منشور باللغة الفرنسية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-F.pdf>.

² 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

...

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made".

أنظر، نص إتفاقية نيويورك لسنة 1958، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>.

كما يتشفي ضمناً من نفس المادة أعلاه من إتفاقية نيويورك، أنها قامت بتوزيع الإختصاص بين الأنظمة القانونية فيما يخص بقضاء الدولة الذي يستوجب الدفع بالبطلان أمامه، وكذا قضاء الدولة صاحب القرار في منح التنفيذ، مع إلزام قضاء هذا الأخير بإحترام الأحكام الصادرة عن القضاء الأول.

و عليه فإن تركيز الدعاوى المتعلقة بالطعن على حكم التحكيم الدولي في البلد الذي جرى فيه التحكيم من شأنه أن يحقق قدراً من الإتساق على المستوى الدولي¹.

أ-2- إتفاقية جنيف 1961:

أعطت إتفاقية جنيف لسنة 1961 صلاحية رفض محاكم الدول الأعضاء في الإتفاقية من الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم التي أبطلت في البلد الذي وقع فيه التحكيم، إذا كان ذلك البطلان مؤسس على إحدى الحالات الأربعة المحددة الفقرة 01 من نص المادة 09²، و المتمثلة في: عدم الأهلية أو عدم مشروعية إتفاق التحكيم، إنتهاك حقوق الدفاع، تجاوز المحكمين حدود إتفاق التحكيم و أخيراً أن يكون تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لا تتطابق مع إرادة الأطراف أو مع قانون مقر التحكيم.

و المقصود من ذلك هو أن نص المادة 09 من الإتفاقية أعلاه، قام بحصر أسباب البطلان و التي من خلالها لا يتم الإعتراف بتنفيذ و أحكام التحكيم التي تم إلغاؤها بناء على سبب من الأسباب التي ذكرت على سبيل الحصر.

و لعل المغزى من ذلك هو الحد من الفعالية الدولية للأسباب الأخرى المؤدية للبطلان غير تلك الواردة في إتفاقية جنيف، كما هو الشأن في إتفاقية واشنطن لسنة 1958 التي وسعت من حالات البطلان.

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص 112 و 113.

² نص الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على

الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html#37>.

و عليه فان الواقع العملي للمادة 05 من إتفاقية جنيف سيتعارض مع بعض من الأنظمة القانونية إذا ما قمنا بمقارنته معها، فعلى سبيل المثال كما سبق و أن ذكرنا الفقرة الأولى من نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري فهي تنص على حالة إستبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق كحالة تستوجب إلغاء الحكم التحكيمي، و عليه إذا أصدر قضاء مصر أينما وقعت إجراءات التحكيم قرار يقضي ببطلان حكم التحكيم طبقاً لأسباب الطعن التي هي مكرسة في قانون الدولة مقر التحكيم، فإن أثر ذلك الإلغاء لا يمتد نحو محاكم دول أعضاء إتفاقية جنيف، لأن ذلك الحكم الباطل غير معترف به في أي دولة منضمة لإتفاقية جنيف و لا يعتبر ذلك خرقاً منها لمادتها التاسعة المذكورة أعلاه، بحكم أن هذه الأخيرة لا تتضمن حالة إستبعاد القانون الواجب التطبيق من قبل المحكم كسبب لإبطال حكم التحكيم و من ثم إمتناع المحكمة من الإعتراف به و تنفيذه.

ب-الحجج المنطقية :

ب-1-طمأنة الدول المكرسة للتحكيم حديثاً:

إن خطو عديد من الدول خاصة النامية منها في الفترة السابقة نحو إدراج التحكيم كوسيلة جوازية لفض المنازعات التي تضم عنصراً أجنبياً كما هو الشأن بعقود الدولة، بعدما كانت معارضة تماماً له، من المنطقي أن يقابله في نفس الوقت إحترام للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم هذه الدول إذا كانت العملية التحكيمية قد جرت هناك و تعرض حكم التحكيم للطعن بالبطلان و إستجابته هيئة الحكم لذلك.

فمادام أن التحكيم حدث في دولة من هذه الدول فإن الحكم الصادر عن المحكم الدولي هو معرض للإلغاء أمام قاضي مقر ذلك البلد، و إن التقليل من قيمة ذلك الحكم أمام قضاء أجنبي آخر، كأن يتم الإعتراف به و تنفيذه مع العلم ببطلانه، يعتبر بمثابة لا مبالاة و قلة إحترام لقضاء دولة مقر التحكيم، و لعل هذا ما ينتج عنه قتل الرغبة في الدول حديثة عهد التحكيم من اللجوء إليه.

و تجب الإشارة إلى أن إعتراف إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لكافة الدول بالحق في تنظيم التحكيم الذي ينعقد في إقليمها، لا بد أن يوازيه الإعتراف في الخارج بفعالية أحكام البطلان التي تصدر من قضاء دولة منشأ التحكيم.

و عليه فإن عدم الإعتراف بأحكام التحكيم الباطلة يعتبر بمثابة شكل من أشكال الإعتداء على سيادة الدولة التي أقيم فيها التحكيم¹.

ب-2- القضاء على فكرة تسوق الإختصاص و التنفيذ:

إن الفكرة التي دافع عنها القضاء الفرنسي و المتعلقة بعدم الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية الباطلة، قد تطرح نوع من الأحكام المعيبة *Sentences flottantes*، حيث أن هذه الأخيرة يمكن تنفيذها بالرغم من وجود حكم قضى بإلغائها لسبب ما كان يعترتها من نقص كما رأينا، كأن يستبعد المحكم الدولي القانون الواجب التطبيق مما يجعله مخالف لإلتزامه.

و عليه فإن تم الحكم من قبل المحكم الدولي على دولة متعاقدة في عقد دولة بأن تدفع للشخص الأجنبي تعويض مالي ما، و باشرت تلك الدولة إجراءات إبطال الحكم التحكيمي لسبب جدي و بالتالي تم إلغاء الحكم التحكيمي، فهنا من المفروض أن ينتهي الأمر لأن الشخص الأجنبي عندما يسعى لتنفيذ قرار التحكيم، سيتم رفض تنفيذه بسبب سبق في بطلانه، إلا أن إتجاه القضاء الفرنسي عقد الأمور و منح فرصة للأطراف المتعاقدة بأن يتم الإعتراف لها و التنفيذ في بعض من الدول المغايرة بالرغم من إبطال ذلك الحكم التحكيمي و وقف آثاره.

و كنتيجة لذلك يصبح للمتعاقدين إرادة حرة في إختيار الإختصاص القضائي بغية البحث عن القضاء الذي يقر نظامه القانوني بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بغض النظر عن بطلانها، و هذا ما سيفرز حتما ظاهرة " تسوق الإختصاص " *Forum shopping* و كذا تسوق التنفيذ *Exeuqateur shopping*، فهذا يتوجب الإبتعاد عن هاتين الظاهرتين اللتان قد تخلا بسلامة نظام التحكيم الدولي².

¹ د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص 115 و 116.

² د. محمود صلاح الدين مصيلحي و د. صلاح الدين جمال الدين، مرجع نفسه، ص 116 و 117.

المبحث الثالث:

قضاء التحكيم بين ضرورة تطويره أو إمكانية إستبداله لتأطير منازعات عقود
الدولة

لا يمكن لأي احد أن ينكر الدور الذي يقوم به التحكيم التجاري الدولي في سبيل تسوية المنازعات الحاصلة بين الدول و الأطراف الأجنبية الخاصة، لكن يمكن القول بأنه تعرض لأزمة حقيقية بسبب عجزه عن إيجاد الحلول لعديد من المشاكل التي ظلت تلازمه، لذلك لزوما على الفاعلين على المستوى الدولي أن يتجاوزوا السلبيات التي أحاطت به و تقديم حلول بشأنه، أما بقائه على ذلك النحو، فلا جناح على الأطراف المتنازعة بأن تصرف النظر عنه و تبحث عن طرق ودية أكثر بساطة و حيادية.

المطلب الأول:

مشاكل قضاء التحكيم و حاجته إلى المعالجة

مع كل النجاح الذي حققه التحكيم التجاري على الساحة الدولية من خلال تصديه لعديد من المنازعات التجارية و الإقتصادية الدولية، إلا أنه بات يعاني من إختلالات عديدة يستوجب الأمر أن يتم تداركها للحفاظ على قيمته أمام الوسائل الأخرى الفاصلة في النزاعات.

الفرع الأول:

أهم المشاكل التي تؤرق التحكيم التجاري الدولي

يواجه التحكيم التجاري الدولي مشاكل عديدة، منها ما يتعلق بالمحكمن في حد ذاتهم و منها ما يخص الترسانة القانونية المنظمة للتحكيم و منها ما يدور حول طبيعته.

أولاً: إنتهاك المحكمن الدوليين قانون الإرادة

سبق و أن تطرقنا في بحثنا هذا إلى مسألة القانون الواجب الأعمال من قبل المحكم الدولي على موضوع النزاع الذي ينشأ عن عقود الدولة و أهميتها البليغة، من أجل إيجاد حل مرضي لأطراف العلاقة التعاقدية، و لما كانت عقود الدولة تخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة حسب ما هو متفق عليه في الإتفاقيات الدولية و النظم القانونية الوطنية، كان على هيئة التحكيم المشكلة للفصل في الخلافات المثارة حول تلك العقود، أن تمتثل لذلك القانون المختار من

أطراف العقد و أن تحترمه، إلا أن تلك الأخيرة أصبحت في كثير من المرات تتغاضى عن قانون إرادة الأطراف المتعاقدة خاصة عندما يكون ذلك القانون قد عين بكيفية صريحة و مفهومة، و مع ذلك تقوم بتطبيق قواعد قانونية في بعض الأحيان نجدها لا ترضي أحد المتعاقدين سواء كان دولة أو شخص أجنبي خاص، و لعل هذا ما يعتبر بمثابة تعدي على إرادة أطراف النزاع و التقليل من شأنها و قيمتها بالرغم من إقرارها دوليا و داخليا.

فتوجد قاعدة عامة في العقود الدولية مفادها أنه مادام أن الأطراف المتعاقدة حددت قانون معين بعبارة واضحة لا لبس فيها ليحكم مختلف جوانب العقد، فلا ينبغي للقاضي أو المحكم أن يستبعد ذلك القانون و يأتي بقانون غيره مكانه سواء كان قانون الدولة المتعاقدة أو قانون دولة الشخص الأجنبي¹.

و نعزز فكرتنا هذه بقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن: " نظام التحكيم و إن كان مبتدأه إرادة و إتفاق تعاقدية يقال أنه يشكل أساس سلطة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع، غير أن لذلك حدوده، فهذه الإرادة هي إرادة خضوع لنظام قضائي، و الجانب الإرادي فيه يتمثل في مجرد خضوع نفسي من جانب الأطراف لقضاء إختاروه بإرادتهم...حيث أنه بمجرد أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، ينشأ نظام قانوني مستقل يخرج بعد ذلك عن سيطرة هؤلاء"².

و نستنتج من القول هذا، صحيح أن الأطراف المتعاقدة تختار هيئة التحكيم بإرادتها الحرة و كذا النظام القانوني الذي يجب على المحكم أن يطبقه، لكن بمجرد أن تسري العملية التحكيمية فلا يمكن للمتعاقدين المتنازعين أن يفرضوا قانون إرادتها على هيئة التحكيم، ذلك أن هذه الأخيرة كثيرا ما تستند إلى قواعد قانونية أخرى كما هو الحال بالنسبة لعادات و أعراف التجارة الدولية تراها أنسب و أجدر بفض ما طرح عليها من مسائل متعلقة بالقضية.

ثانيا: عدم التنسيق في الإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية النازمة

للتحكيم

¹ د. محمد عبد العزيز علي بكر، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 307.

² د. وائل عزالدين يوسف، مرجع سبق ذكره، ص 96.

بالإضافة إلى المشكلة التي لحقت بقضاء التحكيم أعلاه و المتمثلة في عدم إنصياح هيئات التحكيم الدولية لإرادة الأطراف المتعاقدة في بعض الأحيان، فهناك مشكلة أخرى تتمثل في الطعن على أحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها، مازالت لحد الآن تثار من خلال المنازعات التي تعرض أمام مختلف هيئات التحكيم الدولية، حيث نجد بعض التباين في المواد القانونية المرتبطة بالحالات التي تستوجب إلغاء حكم التحكيم الأجنبي، كما نجد أن بعض من الأحكام التحكيمية ما يتم إبطالها إلا و أنها مع ذلك يتم تذييلها بالصيغة التنفيذية بالرغم من أن جل الإتفاقيات الدولية تقر بعدم جواز تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة، و لعل هذا ما يطرح تناقضات في النصوص القانونية لمختلف الإتفاقيات المؤطرة لإجراءات بطلان قرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها.

و عليه فإن المشاكل المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الباطلة، مردها عدم تجانس القواعد القانونية الموجودة على مستوى الإتفاقيات الدولية و الإقليمية و الوطنية النازمة للعمليات التحكيمية.

ثالثا: التشكيك في طبيعة التحكيم و مزاياه

بالرغم من أن التحكيم يكون تعاقدية في الوهلة الأولى، أي وفق تصرف إرادة المتعاقدين، إلا أن هذا التصرف ليس إلا فتيل لوضع نظام التحكيم بطبيعته القضائية موضع الحركة الذاتية، ذلك أن إرادة الأطراف تكون موجودة في البداية أيضا عند توجيهها إلى قضاء الدولة¹.

حيث كان يعتبر التحكيم في بداية الأمر من الوسائل الودية لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية عموما، لكن الباحث فيه بعمق يرى بأن التحكيم التجاري الدولي ما هو إلا وسيلة بديلة للتقاضي، و بالرغم من أنه قضاء عارض ينتهي بمجرد صدور القرار التحكيمي، إلا أن الطبيعة القضائية مترسخة فيه، و يبرز ذلك من خلال إجراءات التقاضي سواء تعلق الأمر بتشابه الإجراءات القانونية لكلى من الدعوى القضائية و الدعوى التحكيمية، أو من خلال وسيلة الفصل فكلما القضائين ينتج عنهما حكم أو قرار و القاضي أو المحكم هو صاحب القرار الأخير في تقرير مصير النزاع أو النطق بالحكم، بالإضافة إلى طرق الطعن التي يحظى بها القضائين، حتى و إن كان التحكيم التجاري الدولي يخول وسيلة واحدة للطعن على الحكم التحكيمي ألا و هي دعوى البطلان أو الإلغاء، دون أن ننسى تنفيذ الأحكام أو القرارات الصادرة عن الهيئات

¹ د. نادر محمد ابراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 34.

القضائية أو الهيئات التحكيمية، خاصة و أن أحكام هذه الأخيرة دائما ما ترتبط بمحاكم البلد محل التنفيذ من أجل إستصدار الصيغة التنفيذية لذلك الحكم، و كل هذا يجعل القول أن التحكيم الدولي هو في حد ذاته قضاء و بالتالي لا يمكن إعتباره وسيلة ودية يتجه إليها الأطراف لغرض فك خصومتهم.

الفرع الثاني:

الآفاق المستقبلية لقضاء التحكيم

لا يمكن إنكار دور الجهود الدولية و حتى الإقليمية و الوطنية في سبيل إيجاد منظومة تحكيمية تكلف بتسوية مختلف المنازعات التي تطرح في نطاق العلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية، و ذلك من خلال عديد من الإتفاقيات بداية من إتفاقية جنيف 1923 المتعلقة بشروط التحكيم ثم إتفاقية جنيف 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم، ثم إتفاقية نيويورك 1958 للإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، ثم إتفاقية واشنطن 1965 لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ثم القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بغض النظر عن التعديلات التي طرحت عليهم، و دون نسيان هيئات التحكيم الدولية كما هو الشأن بغرفة التجارة الدولية بباريس و محكمة تحكيم لندن، و غيرها من محاكم التحكيم الوطنية كما هو الحال بالمركز التحكيمي للغرفة التجارية الإقتصادية ببينينا و مراكز التحكيم الإقليمية مثل مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي و المركز الإقليمي للتحكيم في كولالمبور و مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربية.

لكن الملاحظ في النصوص المنظمة للعمليات التحكيمية، يرى تباين في تلك النصوص بدل من وحدتها، بالإضافة إلى عدم وضوح بعض النصوص و تحديدها بشكل دقيق خاصة فيما يتعلق الأمر بالقانون الواجب التطبيق و الحالات التي تستوجب بطلان أحكام التحكيم الدولية و إجراءات تنفيذها، الأمر الذي أدى إلى طرح عديد من المشاكل على المستوى العملي.

فالنظام الإقتصادي الدولي الجديد الذي سعى المجتمع الدولي بمختلف آلياته إلى إقامته، و الذي يقوم على مبدأ الحرية و تحرير المبادلات الإقتصادية، لا بد أن يضمن تجديدا للهيئات التحكيمية في مجال منازعات التجارة الدولية، و ذلك من خلال إعادة النظر في القواعد المنظمة

لها و وضعها في قالب نموذجي تحتذي به جميع الدول دون خلاف، حتى لا يتم التمييز بين الدول المتقدمة و دول العالم الثالث، و هذا ما يمنح هذه الأخيرة شعور حقيقي بالإطمئنان تجاه قضاء التحكيم.

فعلى القائمين على تنظيم التحكيم التجاري الدولي من المجتمع الدولي، أن لا يسبقون دور التحكيم في إنشاء مراكز مالية، قبل دوره في حفظ حقوق الأطراف المتنازعة، و لعل هذا الأخير هو الأساس الأصلي لوجود التحكيم فلولا كثرة النزاعات المطروحة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية و تشعبها لما برز التحكيم أصلاً، و أن التسوية العادلة و التي هي من سمات نظام التحكيم لا يمكنها أن تتحقق في الوجود، إلا من خلال منظومة شاملة كافية تجعله يؤدي دوره في فض المنازعات بطريقة سليمة و شفافة، و إن غياب تلك الأخيرة يمكن أن يفقد التحكيم مزاياه و بالتالي الأطراف المتنازعة.

المطلب الثاني:

إمكانية تعويض التحكيم التجاري الدولي بالنظم الودية

قد يتساءل البعض منا عن كيف يستبدل التحكيم بأحد النظم الودية (ADR)؟ أو ليس هو منها كذلك؟

فصحيح أن للأطراف المتعاقدة دور في إدارة عملية التحكيم، إلا أن ذلك الدور توجهه القواعد العامة للإجراءات و ضمانات التقاضي، و في الأخير يفصل المحكم بقرار ملزم لا تسيطر عليه إرادتهم، كما يتدخل القضاء الوطني في مسألة تنفيذه لذلك، يتبين أن جوهر التحكيم قضاء، بخلاف النظم الودية التي ترجع كلمة الفصل الأولى لذاتية المتعاقدين المتنازعين، أو بمساعدة شخص يختارونه بموجب إتفاق تسوية يلتزمون به وفق مبدأ القوة الملزمة للإتفاق La force obligatoire de convention، دون المرور بإجراءات قضائية شكلية أو تسوية نزاع بما لا تهواه إرادتهم، و عليه فإنه مخطئ من يعتبر التحكيم طريق ودي لتسوية المنازعات¹.

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات - المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح - بديلا عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، دون سنة نشر، ص 25 و 26.

الفرع الأول:

تكريس النظم الودية في الشروط العقدية و مختلف التشريعات

لقد حظيت النظم الودية لتسوية المنازعات، على غرار الوساطة و التوفيق و المفاوضات، برعاية كبيرة مؤخرا من جانب عديد من الإتفاقيات الدولية و بعض البلدان، حتى وصل الأمر أن أصبحت تضمن في العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية. إن هذا ما سنسعى لتوضيحه:

أولا: صدى النظم الودية في عقود الدولة

باعتبار المفاوضات Négociation من أفضل الوسائل الودية لفض المنازعات، فقد وجد أثر لها في العقد المبرم بين إحدى الجهات الحكومية المصرية و شركة Carlo Gavazzi بتاريخ 6 أبريل 2001 حيث نصت الفقرة الأولى من البند 26 من العقد على أنه: " في حالة أي خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا الإتفاق أو تتعلق به أو مخالفته، فعلى الأطراف محاولة حل المسألة وديا بالنقاش، أو الحوار فيما بينهم".

أما بالنسبة للوساطة Médiation فقد تم الإتفاق بشأنها في العقد الحاصل بين إحدى هيئات وزارة البحث العلمي المصرية، و إحدى الشركات الفرنسية، من أجل توريد و صيانة محطة إستقبال أرضية لنظم الأقمار الصناعية، حيث نصت المادة 26 من العقد على أنه: " يجوز لحل أي مسألة طبقا لمفهوم المادة الماثلة، اللجوء إلى نظام الوساطة...".

و بخصوص التوفيق Conciliation-Adjudication نجده في الفقرة الأولى من البند 15 للنموذج المختصر لعقد البناء و التشييد (الكتاب الأخضر) المنجز من قبل الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين FIDIC عام 1999، حيث أقر ب: " ما لم تتم التسوية بطريقة ودية، فإن أي نزاع أو خلاف ينشأ بين المقاول و رب العمل كنتيجة أو ذو صلة بالعقد شاملة النزاع بخصوص تقدير قيمة الأعمال أو أي قرارات أخرى يصدرها لرب العمل يجب أن يتم الرجوع فيه عن طريق كل من الطرفين إلى التوفيق طبقا للقواعد(اللوائح) المرفقة (قواعد أو لوائح التوفيق)...".

و إذا كانت هذه العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب، بما في ذلك العقود النموذجية قد حددت الطرق الرضائية الودية لتسوية المنازعات التي أشرنا إليها أعلاه بصفة دقيقة، فهناك البعض الآخر منها قد صرح باللجوء إليها لكن دون ذكرها بالتحديد.

و من الأمثلة التي توضح هذه الفكرة، نذكر أحد عقود إمتياز إستغلال النفط و الغاز النموذجية، المرفق بقانون النفط لإحدى الدول العربية، حي جاء البند 28 منه على أنه: " إذا حصل في أي وقت خلال مدة هذا العقد أو بعد إنقضائها خلاف أو نزاع بين الحكومة و الشركة فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ أحكام هذا العقد أو ملحقاته أو بحقوق و إلتزامات أحد الطرفين المتعاقدين بموجبه و عجز الطرفان عن الإتفاق على حل لهذا الخلاف أو النزاع، فيجب إحالته عند عدم الإتفاق على حسمه بطريقة أخرى...".

و يفهم من هذا النص إعطاء الحرية للمتعاقدين في إنتقاء أي طريقة ودية يرونها رائقة بالنسبة لهم لحل منازعاتهم، دون حاجة للجوء إلى القضاء بما في ذلك التحكيم، إلا في حالة فشل إحدى تلك النظم الودية التي يتفقون بشأنها، في تسوية خلافهم.

كذلك عقد الإستثمار المبرم في 16 سبتمبر 1998 بين الهيئة العامة لمشروعات التعمير و التنمية الزراعية بوزارة الزراعة المصرية، و شركة المملكة للتنمية الزراعية الخاصة التي يمتلكها رجل أعمال سعودي، حيث قضت المادة 13 من الإتفاق بأن: "...أي خلاف ينشأ من جراء تطبيق أو تفسير هذا العقد و لم يم حله بطريقة ودية خلال شهر سيتم إحالته لتحكيم ملزم و نهائي لحله..."¹.

فقد أعطى هذا النص سلطة للأطراف المتنازعة بأن تختار أي وسيلة ودية لفض الخلاف، و أن لا تسند النزاع إلى هيئة التحكيم حتى تفشل إحدى الآليات الودية في إيجاد حل لذلك.

ثانيا: تكريس النظم الودية في التشريعات الوطنية و الدولية

1-القوانين الداخلية:

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات- المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتك القضاي، مرجع سبق ذكره، ص من 10 إلى 14.

لقد أعلن المجلس الأوروبي مبادرة بإسم (دعه-يعمل) (Laissez-faire) عام 1999م، كتلميح من أجل ضرورة إستعمال الوسائل البديلة للتقاضي إذا ما رغب الأطراف في اللجوء إليها. و عليه أصدرت بلجيكا قانونا ينظم الوساطة الخاصة التي تمارس بمعرفة خبراء من اللجنة الفيدرالية للوساطة في بروكسل، و في حالة رغبة الأطراف في إختيار وسطاء آخرين من غير قائمة اللجنة فلهم ذلك من خلال طلب من المحكمة المختصة.

أما في فرنسا فقد تم تقنين الوساطة التجارية و تنظيم إجراءات العمل بها من خلال إدراج و تعديل عديد من مواد القانون المدني الفرنسي¹.

كما نظم المشرع نفسه الوساطة الإتفاقية في النصوص من 1528 إلى 1541 من القانون المدني المشار إليه.

هذا و قد نظم المشرع النمساوي الوساطة لتسوية المنازعات، بموجب قانون عام 2003²، ثم تلتها البوسنة و الهرسك عام 2004 عندما أصدرت قانونا ينظم إجراءات الوساطة الخاصة، فضلا عن مدونة سلوك الوسطاء، ثم من بعد ذلك صربيا عام 2008 و ذلك بمقتضى قانون رقم 18/05 بإسم الوساطة غير الإجبارية و الذي يبين كيفية اللجوء إليها قبل التقاضي، أو أثناء مباشرة الدعوى القضائية أو التحكيمية، ليأتي الدور على إيطاليا عام 2009 عندما شرعت قانون رقم 69 الخاص بالوساطة كوسيلة رضائية لحل المنازعات، و بعد ذلك المشرع الهولندي عام 2010 عندما أصدر قانون الوساطة الإختيارية، ثم المشرع الإيرلندي عام 2011 عندما سن قانون رقم 209 المتعلق بالنظم الودية لتسوية المنازعات بالإضافة إلى المشرع الألماني عام 2012.

و قد عرفت النظم الودية صدى كبير في جمهورية مصر العربية، حيث أصدر المشرع المصر قانون رقم 83 لسنة 2002 يتعلق بالمناطق الإقتصادية ذات الطبيعة الخاصة، حيث تكلمت نصوصه عن تسوية المنازعات بين الهيئة المنوط بها إقامة المنطقة الإقتصادية و تنميتها

¹ د. إيمان منصور و د. شرف عيد، الوساطة و فن التفاوض، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2017م، ص 09 و 10.

² د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات- المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتكك القضائي، مرجع سبق ذكره، ص 19.

و الشركات و المشروعات التي تنشأ في المنطقة، و هذا بواسطة التوفيق كنظام ودي بين الطرفين. كما أصدر المشرع نفسه قانون رقم 20 لسنة 2008 و الخاص بإنشاء المحاكم الإقتصادية و الذي نظم الصلح Transaction بالتوفيق، حيث نصت المادة 8 على أنه: " و تتولى الهيئة بذل محاولات الصلح بين الخصوم و تعرضه عليهم، فإذا قبلوه، رفعت محضرا به موقعا منهم إلى الدائرة المختصة لإحاقه بمحضر جلسة نظر الدعوى...".

كذلك في الأردن تم سن قانون رقم 12 لسنة 2006 بشأن الوساطة لتسوية المنازعات المدنية، كما تم التطرق لقواعد الوساطة الإتفاقية في المغرب من خلال قانون المرافعات المدنية المغربي المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 2008.

كما ضمن المشرع الجزائري نظام الوساطة القضائية ضمن قانون إ.م. إ.ج لسنة 2008، و هذا ما قام به المشرع الكولومبي عام 2001 بموجب قانون رقم 1640¹.

2-التشريعات و اللوائح الإقليمية و الدولية:

لقد إهتم الفاعلين بشؤون التجارة الدولية بإيجاد نظم إتفاقية ودية للمشاكل و النزاعات التي تطرحها المعاملات القانونية بين الأشخاص الإعتباريين و الطبيعيين في نطاق العلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية.

فعلى المستوى الدولي نذكر جهود UNCITRAL التي كللت بإصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 نوفمبر 2002 القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، حيث عالج التوفيق الإتفاقي أو الإختياري عبر (14) مادة قانونية.

أما على الصعيد الإقليمي، فقد إعتد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي قواعد الوساطة الإتفاقية منذ تاريخ 01 يناير 2013، حيث أقرت المادة 01 منها على أنه: " إذا إتفق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات أو خلافات إلى الوساطة وفقا لقواعد وساطة مركز

¹ د. إيمان منصور و د. شرف عيد، مرجع سبق ذكره، ص10. و د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات- المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتك القضاي، مرجع سبق ذكره، ص من 17 إلى 19.

القاهرة، تسوى هذه المنازعات أو الخلافات عندئذ وفقا لهذه القواعد، مع مراعاة أي تعديلات قد يتفق عليها الأطراف".

الفرع الثاني:

الوساطة التجارية الدولية طريق ودي بتسوية منازعات عقود الدولة

سنحاول في هذا الفرع إيجاد تعريف للوساطة التجارية الدولية و تحديد مدى طابعها الدولي و من ثم بيان محاسنها مقارنة بالتحكيم التجاري الدولي.

أولا: مفهوم الوساطة التجارية الدولية

1-تعريف إتفاق الوساطة:

إتفق بعضا من الشراح إلى أن الوساطة، هي إستعانة أطراف النزاع بطرف ثالث أجنبي عن النزاع تسمح له مؤهلاته الشخصية بالمساهمة في إيجاد حل للنزاع، و يتقدم الوسيط بعد إجراءات البحث و التحقيق بتوصية لحل النزاع لا تتمتع بأية قوة إلزامية ما لم يقبلها الطرفان¹.

كما ذهب البعض إلى أن الوساطة بالإضافة إلى هدفها للتوفيق بين المتخاصمين عن طريق تدخل طرف ثالث بهدف محاولة تقريب وجهات النظر بينهما تمهيدا للوصول إلى تسوية ودية، فإنها كذلك من شأنها المحافظة على إستمرار العلاقات الإستثمارية².

بينما يعتبرها الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة، نظام قانوني يختار فيه الأطراف في النزاع أحدا من الغير، بإتفاق بينهم قبل النزاع أو بعده، ليساعدهم في الوصول إلى تسويته بصفة رضائية، بمقترحاته و توصياته التي تحقق مصالحهم، في المسائل التي يجوز فيها الوساطة³.

كما إهتمت عديد من التشريعات على المستوى الداخلي بالوساطة على غرار المشرع المغربي و الفرنسي و الجزائري، حيث نظمها هذا الأخير من خلال ق إ م إ ضمن المواد 994

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتك القضاي، مرجع سبق ذكره، ص137.

² د. إيمان منصور و د. شرف عيد، مرجع سبق ذكره، ص08.

³ د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتك القضاي، مرجع سبق ذكره، ص139.

إلى 1005، لكن طبيعة هذه الوساطة التي تبناها القانون الجزائري هي قضائية تسير في كنف القضاء¹، بينما المشرع المغربي و الفرنسي إضافة إلى تبنيم للوساطة القضائية فقد نظموا كذلك الوساطة الإتفاقية و التي تهمننا.

حيث نجد أن المشرع المغربي تطرق لها من خلال قانون المرافعات المدنية، المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 2008 الذي خصص الفصول من 55-68 من المادة 327 منه للوساطة الإتفاقية(الفرع الثالث)، حيث نص الفصل 1/57 على أن: " إتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد".

أما المشرع الفرنسي فقد عرف الوساطة من خلال المادة 1530 من قانون المرافعات الفرنسي، بقولها: " الوساطة الإتفاقية التي يحكمها الباب الحالي تطبيقا للمواد 21 و 2/21 من القانون رقم 125 في 8 فبراير 1995، هي كل عملية منظمة، التي يحاول فيها من خلالها طرفين أو أكثر الوصول إلى إتفاق، بعيدا عن كل إجراء قضائي، من أجل الحل الودي لمنازعاتهم، و ذلك بمساعدة شخص يختارونه و الذي يؤدي مهمته بالحياد و التخصص و الإهتمام".

أما على المستوى الإقليمي فقد نوه CRCICA في ديباجة القواعد، أن عملية الوساطة هي التي يتولى بموجبها شخص محايد، يعين بواسطة أطراف النزاع أو نيابة عنهم، لمعاونتهم بشكل فعال ليتوصلوا إلى تسوية النزاع أو الخلاف مع تحكيمهم الكامل في قرار التسوية و كذلك بنود إتفاق التسوية.

و في الصعيد الدولي، يمكن أن نستشف تعريفا للوساطة من خلال القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، حيث أقرت الفقرة 03 من المادة 01 ب: " لأغراض هذا القانون، يقصد بمصطلح التوفيق أو الوساطة أم تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما

¹ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سبق ذكره.

الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، و لا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين" ¹.

كذلك بالرجوع إلى قواعد الوساطة بمركز CRCICA، نجده قد ساوى بين التوفيق و الوساطة حيث نصت الفقرة 01 من المادة 02 بأنه: " لأغراض هذه القواعد، تعتبر الوساطة و التوفيق... بمثابة عملية واحدة بحيث تسري هذه القواعد أيما كان المصطلح المستخدم بواسطة الأطراف" ².

فالملاحظ في النصين المشار إليهما أعلاه، أنهما قد جعلتا من الوساطة و التوفيق مصطلحا واحدا، أي تم التوحيد فيما بينهما*.

لكن بالرجوع إلى مركز CIRDI نلاحظ انه تطرق إلى التوفيق من خلال الفصل الثالث مواد 28، 35، و لم يشير إلى مصطلح يوازيه أو يماثله كما رأينا بالنسبة للقانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أو من خلال قواعد الوساطة بمركز CRCICA ³، و ما يؤكد ذلك هو أن هناك تعديلات اقترحت من قبل أمانة مركز واشنطن في 2 أغسطس 2018، متعلقة بقواعد

¹ د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتكك القضائي، مرجع سبق ذكره، ص 141 و 142.

² قواعد الوساطة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.crcica.org.eg/rules/mediation/crcica_mediation_rules_ar_2013.pdf.

*قرر بعض من الفقه أن الوساطة هي التوفيق و التوفيق هو الوساطة، ذلك أن مهمة الموفق هي إقتراح حل للنزاع بين الأطراف المتنازعة، و هو ما يقوم به فعلا الوسيط عندما يتوسط بين متخاصمين محاولا إنهاء تلك الخصومة، و لعل هذا يفني بغرض كل من المصطلحين، و بالتالي فالأخيرين مترادفان لا يفترقان.

و ما يدعم رأي هذا الفقه، هو قول بعض آخر منهم أن عملية الوساطة تهدف للوصول إلى التوفيق أو تصالح أطراف النزاع، ذلك أن مصطلح الوساطة يعني "المنهج" Méthode و العملية التي تدور بين المتنازعين، أما مصطلح التوفيق فيقصد "النتيجة" Résultat التي يصبو إليها ذلك المنهج و تلك العملية، و عليه فالوساطة هي الوسيلة و التوفيق هو الغاية و كلاهما متكاملان، فلا تنتج آثار إذا ما تمت التفرقة بين الكلمتين.

أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتكك القضائي، مرجع نفسه، ص 253 و 254.

³ نص إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى 1965، منشور باللغة الإنجليزية في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/part4-chap04.htm>.

المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، و التي من بينها إدراج الوساطة كأسلوب جديد للدول و رعاية الدول الأجنبية المتنازعة، و مع كل ذلك فقد أشار الإقتراح على أن صياغة قواعد الوساطة جاء مثل ما هو عليه الحال في التوفيق¹.

2-مدى دولية الوساطة لإنطباقها على منازعات عقود الدولة:

بحكم أن عقود الدولة من قبيل العقود الدولية، نظرا لأن أحد أطرافها شخص أجنبي و بإعتبار أن القيم الإقتصادية تنتقل عبر حدود الدولة، فمن المنطقي أن تخضع الخلافات التي تطرأ عليها إلى وسيلة ذات بعد دولي، و من ثم كان علينا تحديد معيار دولية و تجارية الوساطة.

أ-المعيار الدولي لإتفاق الوساطة:

لقد بين القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الحالات التي تمكن القول بأن الوساطة دولية، و ذلك من خلال الفقرة 04 من نص المادة 01 و التي تنص على أنه: "4-يكون التوفيق دوليا: أ-إذا كان مقر عمل طرفي إتفاق التوفيق، وقت إبرام ذلك الإتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين، أو ب-إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين مختلفة عن:

1-الدولة التي ينفذ فيها جزء جوهري من إلتزامات العلاقة التجارية.

2-الدولة التي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة بها".

و يتبين من بنود الفقرة 04 من نص المادة 01 أعلاه، أن القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أخذ معيار موسع للتسليم بالدولية، حيث أخذ بداية بالمعيار القانوني عندما أقر بوجود إختلاف مقر عمل الطرفين، أي إنتمائهما لدولتين مختلفتين، كذلك يتضح ذلك المعيار عند الإشارة للمكان الأكثر إرتباطا بموضوع النزاع و كذا الذي ينفذ فيه جزء جوهري من العقد، أما بالنسبة للمعيار الإقتصادي فيتبين ذلك من خلال النص على تنفيذ جزء جوهري من إلتزامات العلاقة التجارية في دولة مغايرة، و هذا ما يعتبر بمثابة دليل على إنتقال القيم الإقتصادية عبر الدول.

¹ أنظر، التعديلات المقترحة لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار خلاصة التغيرات الرئيسية يوم 2 أغسطس 2018، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:
https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_Arabic.pdf.

ب- المعيار التجاري لإتفاق الوساطة:

لقد أقرت الفقرة 01 من المادة 01 للتوفيق التجاري الدولي أعلاه بأن : " يطبق هذا القانون على التوفيق التجاري الدولي"، كما أوضح هامش الفقرة الأولى من نفس المادة على أن ينبغي إعطاء المصطلح " التجاري " تفسيرا واسعا بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أم لم تكن.

و تشمل العلاقات ذات الطابع التجاري على سبيل المثال لا على الحصر، المعاملات التالية: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، إتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، العولمة، البيع الإيجاري، تشييد المنشآت، الخدمات الإستشارية، الأعمال الهندسية، منح الرخص، الإستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، إتفاق أو إمتياز الإستغلال، المشاريع المشتركة و غيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو بالسكك الحديدية أو برا¹.

و يرى الأستاذ منير عبد المجيد في هذا الشأن، بأن إصطلاح " التجاري " لا يمكن حصره على المفهوم الضيق، أي المعاملات التي تقوم بين التجار فقط، لأنه لا يتصور أن تحصر الأعمال التجارية و هي تتطور بمرور الوقت².

فيمكن القول بأن عقود الدولة و منازعاتها تندرج ضمن إختصاص التوفيق التجاري الدولي، طالما أن معيار التجارية كما تم بيانه في القانون النموذجي كان أوسع بكثير مقارنة بالنظم الوطنية للدول، و من المعاملات التي ذكرها و التي توحى إلى إمكانية فض منازعات عقود الدولة، كل من تشييد المنشآت، الإستثمار، إتفاق أو إمتياز الإستغلال، المشاريع المشتركة و غيرها من أشكال التعاون الصناعي و التجاري، و كل هذه النشاطات تندرج في إطار عقود الدولة.

¹ قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل إشتراعه و إستعماله 2002، منشور باللغة العربية في شبكة الأنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-conc/04-90951_Ebook.pdf.

² د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص40.

ثانياً: المزايا التي يتيحها نظام الوساطة مقارنة بقضاء التحكيم

1- الوساطة أسلوب رضائي:

معنى هذا أن للأطراف المتعاقدة الحرية الكاملة في إختيار الوساطة، و حتى إمكانية التراجع عنها أثناء سريانها¹، و بالرغم من أن التحكيم يتيح ذلك إلا أنه في البداية فقط، فسرعان ما تبدأ العملية التحكيمية، لا يمكن للمتخاصمين أن يعدلوا عن بقية مراحل الدعوى.

2- مرونة إجراءات الوساطة:

تتميز الوساطة بالبساطة في الإجراءات بالمقارنة مع القضاء العادي أو التحكيم التجاري الدولي، فهي لا تحوي أساليب تقليدية و شكليات رسمية معقدة، بحيث أن الوسيط غير ملزم بإتباع إجراءات معينة من شأنها أن تعطل مصالح المتنازعين، كما هو الحال بالنسبة للمحكم الدولي الذي يستند إلى إجراءات و ضمانات التقاضي، أضف إلى ذلك أنه يصدر حكم ملزم، لكنه عرضة للطعن عليه و لعل هذا ما يؤثر سلبياً على إستمرار الكيانات الإقتصادية في أعمالها.

فبالرغم من أن التحكيم كان في بدايته بديلاً يتسم بالسرعة و المرونة، إلا انه تطور إلى أسلوب يعكس عملية التقاضي التقليدية، أينما أصبحت فترة الفصل في النزاع تمتد لفترات زمنية أطول، و حتى و إن تم الفصل فيها بسرعة إلا أنها تكون موضع طعن بالبطلان.

و لعل أن سرعة التسوية عن طريق الوساطة و يسر إجراءاتها، سينتج عنها ربح الوقت و تجنب طول أمد الفصل في النزاع، بإعتبار أن الوساطة لا ترتب حكم أو قرار قابل للطعن عليه، فهي تصل إلى توصية قد يقبلها الأطراف و بالتالي تصبح ملزمة لهم، و قد لا يقبلون بتلك التوصية و تنتهي عملية الوساطة.

3- محدودية تكلفة الوساطة:

إذا ما قارنا الوساطة التجارية الدولية بالتحكيم التجاري الدولي، سنجد أن قيمة هذا الأخير مرتفعة مقابل تكاليف الوساطة، ذلك أن الأتعاب التي تدفع للمحكمين الدوليين تكون مقومة على أساس

¹ د. إيمان منصور و د. شرف عيد، مرجع سبق ذكره، ص52.

حجم النزاع و قيمته المالية، كما أن التجارب الدولية بينت أن أطراف الوساطة يتقاسمون تكاليفها مناصفة¹.

4- الوساطة وسيلة ترفع سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة:

من بين أهم ميزات الوساطة، هو إعلاء إرادة الأطراف المتنازعة²، بمعنى أن المتخاصمين يتحكمون في سير العملية، و القرار النهائي يعود لهم في الأخير بواسطة إتفاق تسوية يكون ملزم لهم كلما إرتضوا به، و هذا بخلاف التحكيم التجاري الدولي الذي يفرض فيه المحكم بحكم دون مراعاة إرادة الطرفين و ما تقتضيه مصالحهم.

لا يخفى القول بأنه في الآونة الأخيرة أصبحت الوساطة وسيلة بديلة مثلى لتسوية المنازعات الناشئة بين الدول المتعاقدة و الأطراف الخاصة الأجنبية فدورها يتنامى بشكل متزايد نظرا لفائدتها الكبيرة من الجانب المالي كقلة التكلفة مقارنة بقضاء التحكيم، أو من الجانب العملي و المتمثل في سرعتها في وضع حلول بالنسبة للمنازعات الناشئة عن تلك العقود.

و ما يدعم هذا القول هو وقوف الولايات المتحدة الأمريكية و أوروبا حاليا إلى جنب نظام الوساطة، نظرا لتسويتها المرضية للمتعاقدین مما قد تجنبهم مشاكل قضاء التحكيم.

كما لا ننسى بأن الدول النامية قد بدأت الوساطة تنتشر فيها و لو كان ذلك بشكل ضئيل³، بالرغم من أنها هي التي تحتاجها أكثر مقارنة بالدولة المتقدمة و التي في غالب الأحيان ما يقف التحكيم التجاري الدولي إلى جانبها، خاصة أن الدول المتعاقدة المتخلفة منها، و في كثير من القضايا التحكيمية لم ينصفها قضاء التحكيم بل ظل عبئا عليها، نظرا لقيام المحكمين بإخراج عقود الدولة من ركن القانون الوطني إلى ركن القانون عبر الدولي دون مبرر شرعي، مما يسفر عنه و في الغالب حلول لا ترضي الدول المتعاقدة بل تحقق مصلحة الشركات الأجنبية، و الأكثر من ذلك و ما يزيد قلق الدول المتعاقدة هو حالة التحديد الواضح للقانون الوطني و بالرغم من ذلك يتم تجنبه لعدد من الدواعي كما سبق بيانه.

¹ د. إيمان منصور و د. شرف عيد، مرجع نفسه، ص من 54 إلى 56.

² د. إيمان منصور و د. شرف عيد، مرجع نفسه، ص 07.

³ د. عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة...، مرجع سبق ذكره،

خلاصة الباب الثاني:

لقد وجد تدويل النظام القانوني لمنازعات عقود الدولة بواسطة القواعد عبر الدولية وجد صداه لدى كثير من الهيئات التحكيمية الدولية، خاصة في ظل سلبيات النظم القانونية الداخلية، وذلك من خلال مجهودات المحكمين في سبيل تطبيق قواعد محايدة لا تنتمي لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، حيث إستدلوا بمؤشرات تثبت رغبة أطراف عقد الدولة بإخضاع موضوع النزاع لقواعد و أعراف التجارة الدولية، كما هو الحال بالنسبة للطبيعة الدولية لشرط التحكيم، شرط الثبات التشريعي و إشارة المتعاقدين للمبادئ العامة في العقد، كما إستخدم المحكمون عديد من المناهج في سبيل البعد عن القوانين المحلية، بداية من منهج التنازع المقيد الذي فشل ثم إلى منهج التنازع المستقل إلى منهج التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية خاصة عند غياب قانون الإرادة.

و يحق القول أن هذه القواعد التي تم إعمالها على منازعات عقود الدولة، مازالت عاجزة عن تشكيل نظام قانوني تام بمعنى الكلمة، مما جعلها ليست في صالح الدولة المتعاقدة في أغلب الأوقات من جهة، بينما كثيرا ما تتوافق تلك القواعد مع مصالح الأطراف الأجنبية الخاصة من جهة أخرى، الأمر الذي يدعو إلى بقاء حاجة القواعد عبر الدولية إلى القواعد الوطنية.

حيث أن الواقع العملي يبرهن على أن القواعد التي تنظم مجتمع التجار الدولي، مازالت لم تصل بعد إلى مرتبة الكمال كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية الوطنية، و المقصود من ذلك أن القواعد عبر الدولية، هي قواعد ذات طابع مكمل، ليس بإمكانها تقديم حلول لوحدها، بل يتم اللجوء إليها لتكملة أو تفسير إرادة الأطراف المتعاقدة.

و من بين الأسباب التي أبقت القواعد عبر الدولية غير مكتملة النظام هو عدم جمع كثير من الأعراف و العادات التجارية الدولية في تقنين واحد من جهة، كذلك عدم تسبيب و نشر أحكام المحكمين التي تطبق القواعد عبر الدولية، الأمر الذي صعب من إمكانية الكشف عن هذه القواعد و جعلها مجرد قواعد يجهلها الكثير من المتعاملين الإقتصاديين الدوليين.

كل هذه الإعتبارات ساهمت في التأثير السلبي على سرعة إستقرار و نمو هذه القواعد و بالتالي تشكيلها لقانون حقيقي يمتلك سلطات عامة تحرص على تطبيقها و معاقبة مخالفيها مثل ما تتمتع به الأنظمة القانونية الوطنية.

و بالتالي فإن فكرة إعمال القانون العابر للدول على عقود الدولة كما هو الحال في العقود النفطية، هو أمر منتقص على أساس أن تلك القواعد غير شاملة و محددة، فهي لازالت عاجزة عن الإحاطة بكل المسائل الناجمة عن الخلافات التي تحدث في مجال العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي الخاص.

و مع كل هذه الإنتقادات الموجهة لهذه القواعد، إلا أنها أثبتت وجودها نسبيا، حيث تم تطبيقها في بعض من المنازعات نظرا للحلول التي كانت تحتويها و المناسبة لموضوع النزاع.

أما الحديث عن تجاهل المحكم لقانون إرادة أطراف عقد الدولة بالرغم من وضوحه، و تعويضه بالقواعد عبر الدولية حتى و إن كانت لا تمت بأي صلة مع ذلك القانون المختار، فللطرف المتضرر من الدعوى التحكيمية أن يطالب بإبطال الحكم التحكيمي بحجة إستبعاد المحكم الفاصل في النزاع للقانون المحدد مسبقا.

لكن شيء مهم يجب تداركه، هو أن ليس في جميع الأحوال من يصدر حكم تحكيمي ضده يباشر دعوى البطلان بسبب عدم إحترام المحكم لمهمته خاصة منها تجاوز القانون الواجب التطبيق، بل العبرة في مضمون القانون الذي طبقه المحكم و الآثار التي كانت ستترج عن إعماله، بمعنى أن تطبيق المحكم الدولي للقواعد عبر الدولية مكان القانون الوطني المختار لا يستدعي قيام احد الطرفين بإلغاء حكم التحكيم إذا كان كلا القانونين سيحققان نتيجة واحدة.

و بالرغم من أن هذا الحل (الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الأجنبي)، مكرس نظريا في كافة النظم الوطنية و الدولية النازمة للتحكيم، إلا أنه على المستوى العملي محل خلاف كما رأينا، بحيث أصبحت أحكام التحكيم الدولية التي سبق إبطالها معترف بها في محاكم دول أخرى، و حتى باتت تنفذ في دول لا تمت صلة بالنزاع، و لكن بالنظر لوجود أموال أحد أطراف عقد الدولة فيها، و القضايا التحكيمية التي سبق و عرضناها خير دليل على ذلك.

و لعل هذا التناقض بين الواقع النظري للتشريعات التحكيمية و الواقع العملي لها، هو الذي قلص من فعالية التحكيم التجاري الدولي و هدد مكانته، حيث باتت كثير من الدول مترددة حول اللجوء لقضاء التحكيم و هذا ما جعلها تفكر في وسيلة أكثر إطمئنانا منه.

و يجدر التنويه إلى أن النظم الودية التي ذكرناها خاصة منها الوساطة التجارية الدولية أو التوفيق التجاري الدولي، بالرغم من بساطتها و إعلانها لسلطان إرادة الأطراف المتعاقدة، إلا أنها أقل فاعلية مقارنة بقضاء التحكيم الذي ينتج عنه حكم إجباري للخصوم دون حاجة لرضاهم.

لكن بحكم أن الوساطة الإتفاقية لم تحظى بإهتمام كبير من المجتمع الدولي إلا مؤخرا، فهي قابلة للتطوير و الإزدهار، فكما بدأ التحكيم عمله بإحتشام و من ثم إنتشر و تزايد إلى أن قوبل بالترحيب، فالأمر ممكن كذلك بالنسبة للوساطة.

و خير دليل على ذلك أن الوساطة أصبحت من قبيل المقترحات الخاصة بقاعد مركز واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار، فلولا أهميتها و مرونتها لما تم إدراجها أصلا، و لعل هذا ما سيعطي الأطراف المتنازعة خيارات عديدة من أجل تسوية خلافاتهم.

الخاتمة

الخاتمة:

أولاً: النتائج

-إن الطبيعة المركبة التي تتمتع بها عقود الدولة حيث أن لها جانب من القانون العام و كذا جانب من القانون الخاص، هو الذي صعب المهمة على المحكم في إيجاد قانون ملائم يحكم به عن المنازعات التي تثور بشأنها.

-لا يكفي أن يكون المشروع المتعاقد مع الشخص الأجنبي أن يكون تابعا للدولة بصفة شكلية فقط، حتى نقول أن هذا الأخير يتمتع بامتيازات السلطة العامة، بل لابد من أن يكون ذلك الجهاز متعلق و طبيعة النشاط الذي يقوم به، و عليه يمكن الإعتماد على المؤشرات الدالة على تكوينه و إدارته و رأس ماله حتى تتبين حقيقة ذلك الشخص المتعاقد.

-لقد تبين لنا من بحثنا هذا أن جل التشريعات الدولية و الوطنية أقرت بأن القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة لا ينبغي على قضاء التحكيم أن يتغاضى عنه، لكن دراستنا العملية لعدد من أحكام التحكيم الدولية الصادرة في قضايا عقود الدولة أثبتت خلاف ذلك، إذ أن كثير من المرات قام المحكمين الدوليين بتحيةة قانون الإرادة سواء بصفة كلية أو جزئية.

-إن المحاولات و الإجتهدات التي قام بها المحكمين الدوليين في سبيل إستنباط القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع عقد الدولة، كان لها فضل كبير في حل الخلاف المطروح أمامهم، لاسيما في الحالة التي يأتي فيها العقد خال من القانون الذي ينبغي إعماله، و كذا في الحالة التي يكون فيها قانون الإرادة عاجز عن توفير تلك الحلول.

-لا مانع أن تطبق هيئة التحكيم قواعد و أعراف التجارة الدولية على موضوع نزاع عقد الدولة، في الحالات التي يختار فيها الأطراف المتعاقدة ذلك القانون بإرادتهم الصريحة أو الضمنية.

-يجوز إعمال القواعد عبر الدولية من طرف المحكم الدولي في الحالة التي تتعدم فيها إرادة الأطراف، لكن يجب أن يكون ذلك في حدود القواعد التي تنظم التعامل في تجارة معينة، و خاصة عندما يقوم المحكم بعملية تركيز موضوع العقد و يكتشف أن قانون تلك الدولة لا يحتوي على نصوص ملائمة و موضوع الخلاف العقدي.

-صحيح أن قيام المحكمين الدوليين بتحويل النظام القانوني لعقد الدولة بواسطة القواعد عبر الدولية المتكونة من عادات و أعراف التجارة الدولية، جاء بعد فشل المحالات الفقهية التي سبق و دعت إلى تطبيق القانون الدولي على تلك العقود، إلا أن تلك القواعد التي سعى المحكمون إلى إعمالها هي قواعد موضوعية و مادية ملزمة بالتجارة الدولية و التي لها من الفعالية في تنظيم إن صح القول بعض الأجزاء من عقود الدولة، و لعل مرد ذلك هو أنها مازالت في مسار التكوين.

-إن التتقيحات القانونية التي أجرتها معظم الدول النامية خاصة فيما يتعلق الأمر بشرط الثبات التشريعي و القوة القاهرة و الإنفتاح على التحكيم التجاري الدولي، هو راجع لإفرازات العولمة بشتى أنواعها، و هو بمثابة الأمر الحتمي لتلك الدول لمواكبة التشريعات الحديثة، و في سبيل فتح أبواب الإستثمار فيها و كذا دفع عجلة نمو إقتصادها، و أن عدم قيام بعض الدول بتعديل القوانين و إدراج تلك الشروط سيجعلها قبله غير مرغوب فيها من طرف الأشخاص الأجنبية الخاصة.

-لقد درج المحكمين الدوليين كثيرا في عقود الدولة على تطبيق قواعد العدل و الإنصاف و كذا بعض المبادئ العامة و الأعراف التجارية في الحالة التي يخلو فيها عقد الدولة من القانون الواجب التطبيق على إعتبرات متعلقة بالملائمة و غيرها، إلا أن تناقض مبادئهم يظهر جليا في كثير من القضايا التي أتيحت لهم من أجل فضها و المتعلقة بعقود الدولة، خاصة منها النزاع الذي وقع بين دولة الكامرون و شركة cklochner حيث أنه بعدما إكتشف المحكم الدولي المشكل في إطار مركز واشنطن، بأن الأطراف المتعاقدة لم يدرجوا شرط القانون الواجب التطبيق، فقد توصل إلى أن يطبق القانون الفرنسي الذي كان يحوي مبادئ عامة تفي بالفصل في النزاع، و من ثم حكم لصالح دولة الكامرون، إلا أن الشركة الأجنبية باشرت إجراءات إبطال حكم التحكيم أمام اللجنة الخاصة على مستوى المركز و التي بدورها حكمت بإلغاء ذلك الحكم التحكيمي على أساس أن المحكم خالف مهمته في تطبيق القانون الواجب التطبيق إستنادا إلى نص المادة 42 من اتفاقية ICSID. و عليه فإن اللجنة كان عليها أن تراقب عما إذا كان المحكم قد طبق قواعد مناسبة على موضوع النزاع و هو ما فعله حقيقة ربما ذلك المحكم، عندما رأى بان قانون دولة الكامرون ليس ملائم لحل النزاع و بالتالي قام بإعمال مبادئ القانون الدولي. ذلك أن المحكمين في كثير من المرات كانوا يستبعدون قانون الدولة المتعاقدة على أساس عدم

تطوره، و بالتالي فكان على اللجنة التي قدم الطعن أمامها أن ترفض ذلك الطعن و تؤيد الحكم الذي قضى بتعويض دولة الكامرون. و لعل هذا يعتبر بمثابة دليل على إنحياز و ميول المحكمين في كثير من المرات إلى الشركات التابعة للدول الصناعية دون مراعاة مصلحة الدول المتعاقدة و بصفة خاصة المتخلفة أو النامية منها.

-لقد مكن المشرع الجزائري من خلال المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المحكم من حرية كبيرة في تطبيق قواعد القانون و الأعراف التي يراها ملائمة عند فراغ العقد من قانون الإرادة، و هو بذلك ذهب إلى أبعد ما عمدت إليه بعض النظم القانونية الوطنية و حتى ما أقرته إتفاقية ICSID، فمهما كانت دوافع المشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر و التي قد تكون تحفيزية للأشخاص الأجانب من أجل إستثمارهم بالجزائر، إلا أنه يتطلب علينا التنبيه من سلبيات تلك الحرية المفرطة و المخولة للمحكم، حيث أن الدولة الجزائرية في حالة تعاقدها مع شخص أجنبي خاص سيصعب عليها أن تقنع ذلك الطرف الأجنبي بتطبيق قانونها بصورة صريحة على العقد، ذلك أن نص المادة أعلاه يخول لهيئة التحكيم المتفق عليها في تسوية النزاع، صلاحية تدويل العقد و إسناده لقواعد عبر دولية و التي لها كامل الحرية في تفسيرها، و لعل هذا ما لا يخدم مصالح الدولة الجزائرية المتعاقدة.

-يعتبر إجراء الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولية الصادرة بشأن منازعات عقود الدولة إجراء مثالي في حدود الحالات التي تتوفر لذلك، من أجل مراجعة الخلل الذي وقع فيه المحكم الدولي بحكم أن هذا الأخير معرض للخطأ، و ليس القول بأن هذا الإجراء من شأنه أن يعرقل عملية تنفيذ ذلك الحكم.

-إن الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الدولية المراد إمدادها بالصيغة التنفيذية، تعتبر ضرورية و مهمة من قبل قاض الدولة محل التنفيذ، و ذلك من أجل التأكد من عدم إغائها من قضاء بلد منشأ التحكيم من جهة، و من حيث عدم مخالفتها للنظام العام للدولة صاحبة التنفيذ.

-من خلال تعرضنا إلى الحالة التي تستوجب بطلان حكم التحكيم الأجنبي، و المتعلقة بإستبعاد المحكم الدولي لقانون إرادة الأطراف، أو كما تم التعبير عنها بمخالفة هيئة التحكيم للمهمة المسندة إليها، لاحظنا أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لم تنص صراحة على الطعن على أحكام التحكيم الأجنبية بما في ذلك الحالات التي تستوجب إغائها بالمقارنة مع باقي الإتفاقيات

الدولية و الإقليمية، على غرار إتفاقية واشنطن لسنة 1965 وإتفاقية جنيف لسنة 1961 و بعض القوانين الوطنية مثل القانون الجزائري و المصري، بل أشارت إلى إمكانية الطعن بالبطلان بطريقة ضمنية فقط، تكتشف من خلال الشرط الخامس من الفقرة الأولى من المادة 05 و التي تقر بأنه: " لا يجوز رفض الإعتراف بالقرار و تنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الإعتراف و التنفيذ ما يثبت: ...هـ- أن الحكم لم يصبح ملزماً للطرفين أو أنه ألغي أو تم وقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد".

-لقد تطرق المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، لحالة بطلان حكم التحكيم الدولي بسبب عدم الإلتزام بتطبيق القانون المختار بطريقة واضحة و مباشرة بخلاف جل الإتفاقيات الدولية النازمة للتحكيم و بعض من النظم الداخلية المنظمة له كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري، و الذين إكتفوا بالتعبير عن تلك الحالة بعدم إحترام المحكم لحدود مهمته، و تتضح تلك الحالة بالتحديد من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 53 من القانون أعلاه و المتمثلة في: "د- إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع"، هذا و قد شاطر المشرع السعودي المشرع المصري في النص على حالة إستبعاد المحكم لقانون الإرادة و التي تستوجب إلغاء الحكم التحكيمي، و نلمح ذلك من خلال نص المادة 50 من نظام التحكيم السعودي، و التي تنص على انه: "1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: ...د- إذا إستبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي إتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع..."، كما تجب الملاحظة إلى أن المشرع الفلسطيني من خلال الفقرة 5 من نص المادة 43 قد جمع بين الحالتين و نلمح ذلك من خلال الفقرة 05 من نص المادة 43 من قانون التحكيم الفلسطيني بقولها: "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب الآتية: ...5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما إتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع..."، و لعل الحكمة من النص صراحة على حالة إستبعاد المحكم القانون المتفق عليه ضمن العقد، هو وضوح العبارة و تسهيل النظر في دعوى البطلان، بينما حالة مخالفة المحكم لمهمته، فقد لا يعتبر القاضي المكلف بالنظر في قضية البطلان أن

إستبعاد القانون الواجب التطبيق يندرج ضمن تلك الحالة، و لعل هذا ما حدث في عديد من قضايا المتعلقة بإلغاء أحكام التحكيم الدولية.

-سيظل النظام العام للدول المتعاقدة أهم صمام أمان يمنع المحكم الدولي من تخطي حدوده خاصة عند تطبيقه لقواعد عبر دولية لا تلم بموضوع نزاع العقد و التي تهدف إلى ترجيح مصلحة الشخص الأجنبي على مصلحة الدولة المتعاقدة، و يتم تفعيل ذلك النظام العام من خلال بطلان ما يصدره المحكم من قرارات أو رفض تنفيذ هذه الأخيرة.

-إن النظم الودية على غرار الوساطة التجارية الدولية لا تقل قيمة عن التحكيم التجاري الدولي، حيث لاحظنا آثار تلك النظم في كثير من العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية و حتى في الإتفاقيات الثنائية بين الدول، لكن المشكلة تكمن في الأطراف المتنازعة و التي غالبا ما تمر مباشرة إلى قضاء التحكيم مقللين من أهمية تلك النظم نظرا لنقص فعاليتها خاصة فيما يتعلق الأمر بالطبيعة الملزمة لأحكامها، و متناسين بذلك إيجابياتها الأخرى، و ما يؤكد على أهمية نظام الوساطة التجارية الدولية هو إدراجه في مشروع تعديل إتفاقية ICSID مؤخرا .

ثانيا: التوصيات

-لابد من صياغة شروط القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية بناء على قواعد معينة ينبغي تنظيم أحكامها على مستوى النظم القانونية الداخلية و كذا الدولية.

-من المهم جدا أن يبقى منهج التنازع التقليدي و خاصة قواعد الإسناد هي الركيزة الأساسية في تحقيق الشرعية الدولية المتعلقة بتنظيم نظرية القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة و عقود الدولة بصفة خاصة.

-ليس بالضرورة و الإطلاق على الدول المتعاقدة مع شخص أجنبي عند مرحلة إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع العقد في حالة نشأته مستقبلا، أن تحدد قانونها الوطني كقانون واجب التطبيق، فبعض الأحيان قد لا يكون ذلك القانون إيجابيا لها، مما ينبغي عليها أن تراعي مرحلة الإختيار بتأني بغية الوصول إلى قواعد قانونية أكثر ملاءمة و إنصاف،

حتى لا يخالف حكم التحكيم توقعاتها، كما ننصح في هذا الخصوص بأن تخصص الدولة المتعاقدة خبراء قانونيين و حتى إقتصاديين يتمتعون بقدر من الدراية و المعرفة اللازمة للتقضي عن قانون ملائم دون العفوية و التسرع في تحديد ذلك لما له من عواقب وخيمة.

-إنشاء هيئة تحكيم عالمية و توحيد القواعد و الإجراءات المنظمة للمنازعات التي تحدث بين الدول و الأشخاص الأجانب خاصة في الجانب المتعلق ببطلان أحام التحكيم الدولية.

-ضرورة إبقاء الرقابة وفق القدر اللازم على أحكام التحكيم الأجنبية من خلال قانون دولة مقر التحكيم و كذا قانون دولة التنفيذ، و هذا من أجل تقليص نفاذ أحكام تحكيم دولية ملغاة.

-نوصي بضرورة توحيد الأسباب المؤدية إلى بطلان الأحكام التحكيمية الدولية على المستوى الوطني و الدولي و كذا فرض قاعدة عدم تنفيذ أحكام التحكيم الملغاة في أي إقليم للقضاء على التحايل الحاصل و المتمثل في تنفيذ قرارات تحكيمية باطلة في بعض الدول التي تجيز ذلك.

-نقترح على المشرع الجزائري أن يضع قانون خاص بالتحكيم و يخرج من نطاق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و إجراء بعض التعديلات اللازمة خاصة فيما يتعلق بنص المادة 1039 من قانون إ.م و إ و المتعلقة بدولية التحكيم لتصبح كما يلي: " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولة و أحد رعايا دولة أخرى"، لأن الإبقاء على نص المادة السابقة و التي تنص على: "...بالمصالح الاقتصادية لدولتين" يجعل من التحكيم غير مختص في النزاع و تصبح محكمة العدل الدولية هي صاحبة الاختصاص في ذلك نظرا لوجود نزاع بين دولتين.

-ينبغي على المشرع الجزائري أن يراجع نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتصبح: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقانون الذي إختاره الأطراف، و في غياب ذلك تفصل وفقا لقواعد القانون التي لها صلة وثيقة و موضوع النزاع".

-يستلزم من المجتمع الدولي إعادة النظر في الإتفاقيات الدولية و الإقليمية النازمة للتحكيم التجاري الدولي و بالتدقيق في طرق الطعن على أحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها و ذلك سواء من خلال جعل الطعن عليها أمام الدولة محل التنفيذ التي توجد بها الأموال، أو وضع مواد قانونية صريحة تحظر تنفيذ الأحكام التحكيم الباطلة في كامل الدول، خاصة و أن إتفاقية جنيف

لسنة 1961 لاحظنا بأنها تجيز تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة في إحدى الدول الأخرى غير المتنازعة المنظمة للإتفاقية، و لعل هذا ما سيقضي على فكرة تسوق تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الملغية.

-يتطلب على الدول المتعاقدة مع الشركات الأجنبية أن تعير إهتمام بالغ لشرط القانون الواجب التطبيق، لكن دون التقليل من قيمة الشروط العقدية المتفق عليها، لأن هذه الأخيرة بات المحكمين الدوليين يراعونها كثيرا أثناء تسويتهم للنزاع، خاصة أن هذه البنود المدرجة في العقد من المنطقي أن تكون متوافقة مع القانون المختار، فلو أهملت الدولة المتعاقدة الشروط العقدية و رسمت قانونها الوطني بطريقة عفوية لفض المنازعات المستقبلية، فمن الممكن أن يستبعد المحكم الدولي قانونها الوطني بحجة عدم تنظيمه للشروط التي سطرها الطرفين، أو أن ذلك القانون المختار قد أبطل بعض بنود العقد، فليس عقلاني و مقبول أن يتم وضع شروط عقدية و من ثم تحديد قانون من شأنه أن يلغي مفعولها.

-إن التطورات الإقتصادية و القانونية التي لحقت بمجتمع التجارة الدولية هي بمثابة أمر يفرضه الواقع، و لا بد من مواجهته بدل من الإكتفاء في إنتقاده، و هذا من خلال تكثيف جهود الدول النامية و إتحادها و تكتلها من أجل مشاركة الدول المتقدمة الممثلة لشركاتها الخاصة، و ذلك بالمساهمة في النظام القانوني عبر الدولي و السعي في تهذيب الأعراف التجارية الدولية على الوجه الذي يراعي مصالحها الإقتصادية، و يحميها على إعتبار أنها الطرف الضعيف إقتصاديا، و كذا في نظام التحكيم التجاري الدولي من خلال تطوير نصوصه من أجل الحفاظ على دوره و على سمعته.

-آن الأوان على أن تتكافل الدول النامية فيما بينها، من أجل تكوين قواعد و أعراف تجارية ملائمة لموضوع عقود الدولة، و فرضها على مجتمع التجارة الدولي، لما توفره من حماية و رعاية مصالحهم بإعتبارهم أطراف أقل درجة إقتصاديا مقارنة بالشركات الأجنبية الذين يتعاقدون معها، خاصة و أن اغلب هذه الدول لديها كثير من الثروات الطبيعية و هي تعد قبلة للأطراف الخواص الأجانب، مما يجعل ذلك الأمر جد منطقي و ليس بالعسير بسبب حاجة الدول المتقدمة لتلك الموارد في صناعاتها.

-نقترح على المجتمع الدولي وضع مشروع إتفاقية خاص بعقود الدولة نظرا للقيمة الفنية و المالية لهذه الأخيرة و كذا تأثيراتها على العلاقات بين الدول النامية و الشركات الأجنبية التابعة للدول الصناعية، مع الأخذ في الحسبان سيادة تلك الدول المتعاقدة على مواردها الطبيعية في سبيل الوصول إلى تعاون دولي إقتصادي حقيقي و فعال .

-على المحكم الدولي المختار للفصل في نزاع عقد الدولة، في حالة ما أراد أن يطبق قانون غير قانون إرادة الأطراف، أن يستشيرهم في ذلك بغية طلب الموافقة و لعل هذا يعتبر بمثابة إجراء يؤكد رضا الطرفين على تلك القواعد، و بالتالي يمنع من مخالفة توقعات الأطراف المشروعة من جهة، و يقلل من حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم التجاري الدولي بحجة مخالفة المحكم لمهمته من جهة أخرى.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية-دراسة تأصيلية انتقادية-، دار النهضة العربية، 1989.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الإختيار بين التشريع أصولا و منهاجا، مكتبة الجلاء المنصورة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1996.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي "مفاوضات العقود الدولية - قانون الإدارة و أزمته"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات- المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح- بديلا عن المعتكك القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، دون سنة نشر.
5. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، مؤسسة شباب الجامعة، دون طبعة، الإسكندرية، 1989.
6. أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة، دون طبعة، الإسكندرية، 2003.
7. إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام BOT - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.
8. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة فقهية قضائية مقارنة -، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2003.
9. إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الإقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

10. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص -الجنسية و مركز الأجانب-، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 1998.
11. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية - البيع الدولي للبضائع-، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 2007.
12. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2001.
13. أحمد حلمى خليل هندی، عقود الإمتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، الإسكندرية، 2013.
14. إياد محمود بروان، التحكيم و النظام العام- دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.
15. أحمد سعيقان، قاموس المصطلحات السياسية و الدستورية و الدولية -عربي، إنجليزي، فرنسي-، مكتبة لبنان ناشرون، الطبعة الأولى، 2004.
16. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- دراسة تحليلية تأصيلية -، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر، 2005.
17. أمية علوان، محيى الدين إسماعيل علم الدين و محمد حسام محمود لطفي، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، طبعة عربية ثانية، 2008.
18. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته، دار ينبور، الطبعة الأولى، العراق، 2011.
19. إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009.
20. إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، 2007.

21. **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2006.
22. **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
23. **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
24. **بشار محمد دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 2010.
25. **باسم أحمد المبيضين**، التجارة الإلكترونية، دار جليس الزمان للنشر و التوزيع، الطبعة 1، 2010.
26. **بن أحمد الحاج**، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، الأردن - عمان، 2017.
27. **جلال وفاء محمد**، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
28. **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
29. **حفيظة السيد الحداد**، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
30. **حفيظة السيد الحداد**، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
31. **حفيظة السيد الحداد**، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.

32. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص-الكتاب الأول(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، 2005.
33. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2010.
34. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر، 2002.
35. خالد عبد العظيم أبو غابه، التحكيم و أثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011.
36. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الإستثمار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014.
37. رائد أحمد علي أحمد، موسوعة التحكيم في عقود الإستثمارات البترولية- الجزء الأول- النظام القانوني لعقود الإستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2017.
38. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1974.
39. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، 1990.
40. سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007.
41. سامي بديع منصور و أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة، لبنان، 2009.
42. سوسن صافي صالح، القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019.

43. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
44. صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2004.
45. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
46. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
47. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2006.
48. صلاح علي حسن، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة 1، القاهرة، 2012.
49. صبرينة جبالي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2016.
50. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980 -، منشأة المعارف، 2000.
51. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة السابعة، عمان، 2010.
52. طلعت جياذ نجي الحديدي، مبادئ القانون الدولي العام في ظل المتغيرات الدولية (العولمة)، دار الحامد ، الطبعة الأولى، عمان، 2012.
53. عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية - النظرية و التطبيق -، المؤسسة الوطنية للكتاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

54. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
55. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
56. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية- النظرية المعاصرة-، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2007.
57. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية -دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية-، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، 2007.
58. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2008.
59. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية و غير العقدية - دراسة تحليلية تطبيقية-، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2011.
60. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2012.
61. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية:دراسات في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2012.
62. عصام أحمد البهجي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014.
63. علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم لإستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

64. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الرابعة، 2017.
65. عامر أحمد الجارحي، إتجاه هيئات التحكيم لإعمال قواعد التجارة الدولية على منازعات العقود الإدارية ذات الصفة الدولية "عقود الدولة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2018.
66. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين-، دون ناشر، دون تاريخ النشر.
67. غي أنيل ترجمة نور الدين اللباد، قانون العلاقات الدولية، مكتبة مدبولي، ط1، القاهرة، 1999.
68. غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي) ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008.
69. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2008.
70. فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الإستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
71. فهد بن بجاد بن ملافخ العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقا لنظام التحكيم السعودي 1433هـ، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2015.
72. كمال طلبة المتولي سلامة، الإتجاهات الحديثة في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T " دراسة مقارنة "، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2015.
73. زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010.
74. زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2012.

75. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
76. محمد بجاوي، من أجل نظام إقتصادي دولي جديد، الشركة الوطنية للنشر، دون طبعة، الجزائر، 1981.
77. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، دون طبعة، 1984.
78. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ناشر، دون طبعة، 1986.
79. محمد محسوب عبد المجيد درويش، نشأة و تطور قانون التجارة الدولي - دراسة تاريخية-، دار المسلم، دون طبعة، 1995.
80. مصطفى الجمال و عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت، لبنان، 1997.
81. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 1997.
82. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف ، دون طبعة، الإسكندرية، 2000.
83. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، دون ناشر، دون طبعة، 2005م.
84. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الأمرة -دراسة في إمكانية تقليص الدور الذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم و القضاء الوطني-، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، 2001.

85. **محمد عبد المجيد إسماعيل**، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها -دراسة للطبيعة القانونية الجديدة و الأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة و التحكيم فيها-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003.
86. **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق-دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة-، منشأة المعارف، دون طبعة، 2004.
87. **مهند أحمد الصانوري**، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2005.
88. **محمودي مسعود**، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.
89. **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006.
90. **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2009.
91. **محمد حسين منصور**، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية -، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
92. **محمد عبد العزيز علي بكر**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، مصر، 2010.
93. **مناني فراح**، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، طبعة 2010.
94. **محمد عبد المجيد إسماعيل**، القانون العام الإقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

95. **محمد عبد المجيد إسماعيل**، دراسات في العقد الإداري الدولي و التحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014.
96. **مجدى دسوقي**، تدويل الحلول في منازعات البترول، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2012.
97. **محمد شعبان إمام سيد**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر و التوزيع، دون طبعة، 2013.
98. **محمد أحمد علي المحاسنة**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة- دراسة مقارنة -، دار و مكتبة الحامد، دون طبعة، عمان، 2013.
99. **محمد إبراهيم خيرى الوكيل و د.علاء محي الدين مصطفى**، إتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي و الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون و الاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014.
100. **مراد محمود المواجدة**، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي- دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2015.
101. **مأمون عبد العزيز إبراهيم**، التجارة و التحكيم الدولي، دار الإعصار العلمي، الطبعة الأولى، الأردن، 2016.
102. **منصور إيمان و شرف عيد**، الوساطة و فن التفاوض، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2017.
103. **محمد علي بني مقداد**، قانون التحكيم التجاري الدولي، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية و النشر و التوزيع ، دون طبعة، الأردن، دون سنة نشر.
104. **نادر محمد إبراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2002.
105. **ناصر محمد الشرمان**، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، ط 1، مصر، 2014.

106. هنري باتيفول ترجمة سموحي فوق العادة، فلسفة القانون، منشورات عويدات، الطبعة الثالثة، بيروت، باريس، 1984.
107. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
108. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية -دراسة تحليلية و مقارنة للإتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية و أحكام القضاء و المحكمين...-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
109. هشام خالد، العقود الدولية و خضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001.
110. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة توزيع المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، 2005.
111. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008.
112. هاني محمد كامل المنايي، إتفاق التحكيم و عقود الإستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2014.
113. هبة هزاع، توازن عقود الإستثمار الأجنبية بين القانون الوطني و قانون الإستثمار الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت- لبنان ، 2016.
114. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الصبغة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2010.
115. وائل عزالدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي -دراسة مقارنة بين مصر و فرنسا و الدول العربية-، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة، 2010.

ثانيا: الأطروحات و المذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. **بشار محمد الأسعد**، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2004.
2. **بن أحمد الحاج**، التحولات الإقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة جيلالي اليابس-كلية الحقوق و العلوم السياسية- سيدي بلعباس، الجزائر، 2010-2011.
3. **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
4. **بلحسان هوارى**، تسوية المنازعات الإقتصادية الدولية -دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار-، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الإقتصادية الدولية، جامعة مستغانم-كلية الحقوق و العلوم السياسية-، الجزائر، 2017.
5. **حليس لخضر**، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد- دراسة لبعض العقود الخاصة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
6. **خليفة مريم**، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2011- 2012.
7. **زيدك الطاهر**، العولمة و القانون الدولي الإقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق- بن عكنون-، الجزائر، 2012-2013.
8. **سراج حسين محمد أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس- كلية الحقوق، القاهرة، 1998.

9. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق ، جامعة الجزائر- بن يوسف بخدة -، 2008-2009.
10. عزة علي محمد الحسن، الإطار القانوني و التشريعي للتجارة الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة الخرطوم-كلية الدراسات العليا - كلية القانون، 2005.
11. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2005-2006.
12. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010-2011.
13. قريقر فتيحة، النظام العام و التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر-1-يوسف بن خدة، 2016-2017.
14. لمياء متولي يوسف مرسي، التنظيم الدولي للإستثمار في إطار إتفاقية إستثمار متعددة الأطراف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.
15. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة 1997.
16. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة حلوان، القاهرة، 2000.
17. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و القيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس-كلية الحقوق، مصر، 2002-2003.

ب- مذكرات الماجستير:

1. أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان-الأردن، 2017-12-30.
2. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1986.
3. جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2009-2010.
4. حواء فرج محمد المجبري، مدى كفاية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (دراسة مقارنة)، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في القانون، جامعة بنغازي-كلية الحقوق، ليبيا، 2008.
5. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 4 جويلية 2012.
6. حنين أمين رمزي مقبول، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الإستثمار الدولية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و الإدارة العامة جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014-2015.
7. دريدر ملكي، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج- البويرة، الجزائر، 2011/5/14.
8. رجاء نظام حافظ بني شمس، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، 2009.

9. سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين و التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف، الجزائر، 2007- 2008.
10. شوشو عاشور، الحماية الإتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر- كلية الحقوق، 2007- 2008.
11. عبابسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا و تسوية نزاعاتها في ضوء القانون الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف، الجزائر، 2007- 2008.
12. محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010- 2011.

ثالثا: المقالات و المداخلات العلمية

أ- المقالات العلمية:

1. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي- دراسة فكرية Les Mercatoria -، مجلة الأمن و القانون، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1993.
2. أحمد عبد العزيز و جاسم زكريا و فراس عبد الجليل الطحان، العولمة الإقتصادية و تأثيراتها على الدول العربية، مجلة الإدارة و الإقتصاد، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد السادس و الثمانون /2011.
3. إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي و علي صباح خضير الجنابي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015.
4. أكرم محمد حسين كاظم و علي حميد، دور المبادئ العامة للقانون في إطار التجارة الدولية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد 18، 2016.

5. إبراهيم محمد القعود، الشركات المتعددة الجنسيات و الإستثمار في ليبيا، مجلة العلوم القانونية و الشرعية ، العدد الثامن.
6. إيهاب شوقي، التأميم و مشروعيته في القانون الدولي، مقال منشور في الإنترنت على الموقع الإلكتروني: <http://www.anntv.tv/new/showsubject.aspx?id=89328>.
7. بقنيش عثمان و بلحسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، مجلة منازعات الأعمال، مقالات العدد الخامس، مارس-أبريل 2015.
8. باية فتيحة، أثر العقد الدولي لنقل التكنولوجيا على التنمية الإقتصادية (دراسة قانونية تحليلية)، مجلة البحوث القانونية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية- سعيدة، الجزائر، العدد الرابع، جوان 2015.
9. بن أحمد الحاج، العولمة الإقتصادية و أثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، مجلة القانون و المجتمع، العدد الثالث، جامعة أدار، الجزائر، جوان 2016.
10. بدر حمادة صالح، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد/1، السنة/6، العدد/20.
11. حوالمف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقيقة، العدد 31.
12. رشا خليل عبد، التحكيم في المنازعات و مدى تأثيره بسيادة الدولة، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، المجلد الرابع، العدد الأول، حزيران 2011.
13. رشى موسى محمد، دور إتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، مجلة أهل البيت (عليهم السلام) ، جامعة أهل البيت(عليهم السلام) -العراق، العدد 11، السنة السادسة، 2011.
14. زياد محمد فالح بشباشة، أحمد الحراكي و عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في إختيار القانون واجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني- دراسة مقارنة -، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، العدد الثلاثون، ج1، حزيران 2013.

15. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، كلية القانون- أبوظبي-، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 13، العدد 2، ديسمبر 2016.

16. السعيد خويلدي و سمية صخري، شروط إبرام إتفاق التحكيم البترولي و آثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة -، الجزائر العدد 15، 2016.

17. عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الإستثمار، مجلة نقابة المحامين، العددان التاسع و العاشر أيلول و تشرين أول، 2002.

18. عبد السلام أحمد هماش، دراسة في مفهوم التدويل و إستخداماته في القانون الدولي العام، دراسات في علوم الشريعة و القانون- جامعة الشرق الأوسط، عمان- الأردن المجلد 38، العدد 02، 2011.

19. عبد الرسول عبد الرضا جابر و حسين عباس حسين، القانون الواجب التطبيق بشأن موضوع النزاع في منظمة التجارة العالمية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة 2016.

20. علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية مقارنة-، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 41، كلية الآداب- جامعة الكوفة-، 2016.

21. فوزي قدور نعيمي و مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد/3، العدد/10، السنة 3.

22. فراس كريم شيعان و طه خديم حسن، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية-دراسة تحليلية على ضوء أحكام القانون الدولي الخاص-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني/السنة الثامنة 2016.

23. فراس كريم شيعان و عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 8، المجلد 3، العدد 29، آذار 2016.
24. فيصل عدنان عبد شيعان، دراسة في الأساس النظري لقانون التجار الدولي الجديد Lex Mercatoria، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد - العراق، المجلد 31، العدد 02، 2016.
25. كريم مزعل شببي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين) ، مجلة العلوم القانونية /كلية القانون-جامعة بغداد، المجلد 32-العدد الثاني/2017.
26. كمال الفاسي، مكانة سلطان الإرادة في العقد التجاري الدولي، مجلة القانون و الأعمال، العدد 14، أبريل 2017.
27. محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء و التشغيل و التحويل) ، مجلة الدراسات القانونية صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003.
28. مسعودي يوسف، العقد الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد التاسع، جوان 2013.
29. محمد طارق، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مجلة القانونية الإلكترونية، <http://www.alkanounia.com>.
30. نرجس البكوري، تطبيق العادات و الأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 02، 2012.
31. يوسف نور الدين و بروك إلياس، تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، جامعة بسكرة-الجزائر، العدد الثالث عشر، فيفري 2016.

ب-المداخلات العلمية:

1. أسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التطبيق (حل التنازع) في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، المؤتمر السنوي الدولي التاسع عشر بعنوان " قواعد الإستثمار بين التشريعات

- الوطنية و الإتفاقات الدولية و أثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة "، كلية القانون- جامعة الإمارات -، أبوظبي، 25-27 ابريل 2011.
2. **حسام عبد الحليم محمد عيسى**، التحكيم في العقود الإدارية و دوره في تسوية منازعات الإستثمار، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان " القانون و الإستثمار "، كلية الحقوق جامعة طنطا، 29-30 أبريل 2015.
3. **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية، صلالة، عمان، 26-28 أغسطس 2014.
4. **عبد الرحمن خلفي**، التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول (مع الإشارة إلى التشريع الجزائري) ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الإقتصاد، كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة -، 20-21 / 5 / 2013.
5. **سعد بن سعيد الذيابي**، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية (البوت BOT) طبقا للأنظمة السعودية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري الدولي بدول مجلس التعاون الخليجي بالتعاون مع غرفة تجارة و صناعة عمان حول " التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية "، 28-26 أغسطس 2014.

رابعاً: المحاضرات

1. **حنان عبد العزيز مخلوف**، محاضرات في العقود الدولية، جامعة بنها-كلية الحقوق، 2010، منشورة في الموقع التالي: <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/426.pdf>
2. **موكّه عبد الكريم**، محاضرات في مادة قانون التجارة الدولية، جامعة محمد الصديق بن يحيى- كلية الحقوق و العلوم السياسية، جيجل، الجزائر، 2015-2016.

خامسا: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية:

1. قانون 18/88، المؤرخ في 10 يوليو 1988، يتعلق بالمصادقة على إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ج ر العدد 28، الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988.
2. الأمر رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005م، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج ر العدد 44، سنة 2005.
3. قانون رقم 09/08، مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر العدد 21، مؤرخة في 2008/4/23.
4. قانون رقم 09/16، المؤرخ في 29 شوال عام 1437هـ 03 أوت 2016م، يتعلق بترقية الإستثمار، ج. ر العدد 46، المعدل بقانون 18-13، مؤرخ في 27 شوال عام 1439 الموافق 11 يوليو سنة 2018، يتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج.ر.ج.ج العدد 42.

ب- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 94-01، مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الإستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، ج ر ج العدد 01 لسنة 1994.
2. مرسوم رئاسي رقم 95-88، مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس لسنة 1995، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، ج ر ج العدد 23 لسنة 1995.

3. مرسوم رئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر ج ج العدد 66، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.
4. مرسوم رئاسي رقم 98-320، مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق 11 أكتوبر سنة 1998، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع في القاهرة يوم 20 ذي القعدة عام 1417 الموافق 29 مارس سنة 1997، ج ر ج ج العدد 76 لسنة 1998.
5. مرسوم رئاسي رقم 06-469، مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11 ديسمبر لسنة 2006، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية فنلندا حول الترقية و الحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 13 يناير 2005، ج ر ج ج العدد 82 لسنة 2006.

ج-النصوص القانونية لبعض البلدان:

1. قانون رقم 131 مؤرخ في 29 جويلية 1948، يتعلق بالقانون المدني المصري، منشور على الموقع التالي: file:///C:/Users/MicroStore/Downloads/YYYYYYYY_YYYYYY_YYYYYY.pdf.
2. المرسوم التشريعي رقم 84 مؤرخ في 18 ماي 1949، يتعلق بإصدار القانون المدني السوري، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي: http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=243234.
3. قانون رقم 43 لعام 1976، يتعلق بالقانون المدني الأردني، منشور على الموقع التالي: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>.
4. قانون رقم 9 لسنة 1997 يعدل قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، يتعلق بقانون التحكيم المصري، الجريدة الرسمية العدد 20 تابع بتاريخ 15/5/1997، منشور على الموقع التالي: https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/Egypt.htm.

5. قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع

التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=13486>

6. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، منشور على الموقع التالي:

<http://www.legallaw.ul.edu.lb/LawView.aspx?opt&LawID=244565&TYPE=PRINT&language=ar>

7. نظام التحكيم السعودي، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialSystems/Documents/%D9%86%D8%B8%D8%A7%D9%85%20%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85%20%D8%B9%D8%A7%D9%851433%D9%87%D9%80.pdf>

8. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، منشور في شبكة الإنترنت على الموقع التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716

سادسا: الوثائق

1. إتفاقية نيويورك بشأن الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها لعام 1958، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>

2. إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، منشورة على الموقع التالي:

<https://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html#37>

3. إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى لعام 1965،

منشورة في الموقع: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/parta-chap04.htm>

4. إتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات 23 ماي 1969، منشورة في شبكة الإنترنت على

الموقع التالي: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>

5. إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام 1980،

منشورة في الموقع التالي: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0003.02/DOC_1&format=PDF

6. إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لعام 1986،

منشورة في الموقع: <https://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1986/doc.html>

7. إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المعدلة لعام 1987، منشورة في الموقع التالي:
<http://aifca.com/pdf/treatie-2.pdf>
8. قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل إشتراعه و إستعماله
2002، منشور على الموقع: https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-conc/04-90951_Ebook.pdf
9. قواعد الأونسيترال للتحكيم (بصيغتها المنقحة في عام 2010)، منشورة في الموقع التالي:
<https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf>
10. قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المعدلة لعام 2011، منشورة
في الموقع التالي:
http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf
11. قواعد الوساطة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، منشورة في الموقع
الإلكتروني التالي: http://www.crcica.org.eg/rules/mediation/crcica_mediation_rules_ar_2013.pdf
12. قواعد الأونسيترال للتحكيم (المتضمنة للفقرة 4 الجديدة في المادة 1 بصيغتها المعتمدة في
عام 2013)، منشورة في الموقع التالي: <https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-A.pdf>
13. دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص و
الأحكام التشريعية له، منشوران في الموقع التالي: <https://uncitral.un.org/ar/library/publication>
14. الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية
لتشييد المنشآت الصناعية، منشور في الموقع: <https://uncitral.un.org/ar/library/publication>
15. قواعد غرفة التجارة الدولية المنقحة لعام 2017، منشورة على شبكة الإنترنت في الموقع
التالي: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration>
16. لائحة مركز أبوظبي للتوفيق و التحكيم التجاري، منشورة في شبكة الإنترنت على الموقع:
http://www.adccac.ae/Arabic/CharterAndRegulations/Documents/regulationsa_new.pdf
17. نشرية غرفة التجارة الدولية، قواعد التحكيم قواعد الوساطة، العدد 865 (ARA 0-865).
18. التعديلات المقترحة لقواعد مركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 2018، منشورة
في شبكة الإنترنت على الموقع: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_Arabic.pdf

المراجع باللغة الأجنبية

1-Books :

1. **CHARLES ROCHER**, Nouvelle etude sur les Principes fondamentaux du droit international prive, Gand imprimerie de L.S. Van Doosselaere, 1876.
2. **Christophe H.Schreuer**, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sincler, The ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, CAMBRIDGE university press, Second edition, New York, 2009.
3. **Claudia Alfons**, Recongition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards -An Analysis of the Legal Framework and its Interperation in Case Law and Leterature, PETER LANG, Frankfurt, 2010.
4. **Emmanuel Gaillard**, La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991.
5. **Emmanuel Gaillard**, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008.
6. **Eleanor McGregor**, l'arbitrage en droit public suisse-une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Shulthess édition romandes, Genève, 2015.
7. **FOUCHARD Philippe**, L'arbitrage commercial international, Dalloz,1965.
8. **FOUCHARD Philippe**, Gaillard Emmanuel, et Goldman Berthold, Traite de l'arbitrage commercial international, édition litec, paris, et delta, Liban, 1996.
9. **François LAURENT**, Droit civil international, Bruylant-christophe éditeurs, Bruxelles,1880.

10. **François LAURENT**, Le droit civil international. T7, Bruylant-Christophe éditeurs, Bruxelles, 1881.
11. **François Geny**, Méthode d'interprétation et source en droit prive positif, Paris, LGDJ, 2eme éd., 1919, Reprint, 1996.
12. **Henri BATIFFOL**, subjectivisme et objectivisme dans le droit international prive des contrats in Mélanges Maury t.I, Dalloz, 1960.
13. **Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup**, Droit du commerce international, Dalloz, 2007.
14. **Jean Christophe Pommier**, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé, Paris, Economica, 1992.
15. **Lankarani El zein Leila**, Les contrats d'états a l'épreuve de droit international, Editions Bruylant, 2001.
16. **Mayer Pierre**, Le Principe de Bonne Foi devant les arbitres du Commerce International, in: Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M.1993.
17. **René David**, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.
18. **Oussman Dialo**, Le consentement des parties a l'arbitrage international, Nouvelle édition, Genève, 2010.
19. **Philippe Chrestia**, Relations internationales, Studyrama, France, 2004.

2-Theses :

1. **Ratchaneekorn Larpvanichar**, Les contrats internationaux: étude comparative franco-thaïlandaise, THÈSE Pour obtenir le grade de Docteur en droit Discipline: Droit international privé, Université Lille 2–Droit et Santé, 30 mai 2012.
2. **Youngone Franck Nicéphore**, Arbitrage commercial international et développement- Etude du cas des Etats de L'OHADA et du Mercosur-, Doctorat en droit, Université MONTESQUIEU-BORDEAUX IV, 11 septembre 2013.

3-Journals and Seminars :

A-Journals :

1. **Aron Broches**, Observation on the Finality of ICSID Award, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Volume 6, Issue 2, 1999.
2. **Ali Khaled Qtaichat**, Choice Law In International Commercial Arbitration, India Law Journal, Vol3, Issue3 ,July-sebtember 2010.
3. **Emmanuel Gaillard**, Trente ans de Lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit ,Extrait du journal du droit international ,122^e année 1995 , N1 – Janvier-Février – Mars , Edition du juris-classeur.
4. **Ériqne Loquin**, Règles matérielles du commerce international et droit économique, Revue international de droit économique,2010/1.
5. **France Deby- Gérard**, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Revue international de droit compare ,Vol 27. N1,Janvier-mars 1975.
6. **Franco Ferrari**, Le champ d'application des – Principes pour les contrats commerciaux internationaux–élaboré par UNIDROIT, Revue international de droit compare, vol.47 N4, Octobre-décembre 1995.
7. **Gérard Cohen-Jonathan**, L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen; décision au fond du 19 janvier 1977, Annuaire français de droit international/Année 1977/Volume23/Numero1.
8. **Geneviève Burdeau**, Droit International et contrats d'états- La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982, Annuaire Français de Droit International/Année 1982.
9. **Imre Gal**, The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade, Cornell International Law Journal, Volume 6, Issue 1 Fall 1972.
10. **Julien Gazala**, La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international, Revue internationale de droit économique, 2009/1.

11. **Jean-Michel Jacquet**, La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage internationale, publier sur le site suivant: http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2011/2011_4.pdf.
12. **Mayer Pierre**, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats, in J.D.I.Paris .Année 113.No.1.janvier-février-mars 1986.
13. **Philippe Kahn**, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, Journal du droit international: Clunet 1989.
14. **René David**, L'arbitrage dans le commerce international, Revue de droit international compare ,Vol.34 N4 , octobre-décembre 1982.
15. **Rodolfo Sacco**, Liberté contractuelle-volonté contractuelle, Revue international de droit compare, Vol.59 N4, 2007.
16. **Sylvia Schatz**, The Effect of the Annulment Decision In Amco v. Indonesia and Klockner v. Cameroon on the Future of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, American University International Law Review, Volume 3, Issue 2, 1988.
17. **Sandu Cuterela**, Globalization – Definition, Process and Concepts-, Revista Romana de Statistica – Supliment Trim IV/2012.

B-Seminars :

1. **Ivana Radic**, Etude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux –Le contexte de l'arbitrage international, Document préliminaire No 22 de Mars 2007 sur les affaires générales et la politiques de la conférence.
2. **Pierre Lalive**, L'état en tant que partie a des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangers, New Direction In International Trade Law, Acts and proceeding of the 2nd Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law– UNIDROIT, Rome, 9-15 September 1976, Volume I Reports, Ocena publications INC, 1976.
3. **Pierre Lalive**, Réflexion sur l'état et ses contrats internationaux, Leçon inaugurale de l'année académique 1975-1976 donne le 20 octobre

1975, collection conférences N 12, Institut Universitaire de Hautes études Internationales, Genève, 1976.

4. Robert Guillaumond, Les contrats internationaux –les gestions des difficultés d'exécution résultant de force majeure ou d'imprévision-, Colloque International Alger, 26 mai 2014.

4-Laws :

1. La Loi fédérale suisse sur le droit internationale prive, du 18 décembre 1987 (Etat le 1^{er} janvier 2019) , 291, consultable sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

2. Règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international- En vigueur à compter du 1^{er} mars 2017, publication ICC 880-2FRA.

5- Arbitration cases :

1. ICSID, case N ARB/02/6, SGS Societe generale de surveillance S.A (claimant) versus Republic of the pheleppines (Respondent), Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, Janury 29,2004.

2. ICSID, case N .ARB/02/17, AES Corporation (claimant) and the Argentine Republic (respondant), Decision on jurisdiction, April 26,2005.

3. ICSID ,case no.ARB/03/17, In the proceedings between Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) and The Argentine Republic (Respondent), Decision on juridiction, May 16,2006.

6-Site internet :

1.<http://iclq.oxfordjournals.org/content/vol47/issue4/index.dtl>.

2.<http://www.andi.dz/index.php/ar/cadre-juridique/accords-conventions>.

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
إهداء.....	أ
شكر و تقدير.....	ب
قائمة المختصرات.....	ت
مقدمة.....	09-01
الباب الأول: توطین النظام القانوني لعقود الدولة أمام قضاء التحكيم.....	191-10
الفصل الأول: حتمية التحكيم في منازعات عقود الدولة و مدى خضوعها لقانون	
الإرادة.....	11
المبحث الأول: فكرة التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الدولة.....	12
المطلب الأول: ماهية عقود الدولة.....	12
الفرع الأول: مفهوم عقود الدولة.....	13
أولاً: تعريف عقود الدولة.....	13
ثانياً: صور عقود الدولة.....	14
1-عقود الدولة الداخلية.....	14
أ-عقود الدولة الإدارية.....	14
ب-عقود الدولة الخاصة.....	15
2-عقود الدولة ذات الطابع الدولي "العقد الإداري الدولي".....	15
الفرع الثاني: أطراف عقود الدولة.....	18
أولاً: الدولة.....	19
1-الدولة بإعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام.....	19
2-أحد أجهزة الدولة.....	20
ثانياً: الشخص الأجنبي كطرف في العقد.....	21
1-الشخص الطبيعي الطرف في العقد.....	22
2-الشخص الإعتباري في العقد.....	24
الفرع الثالث: دولية عقود الدولة.....	25

- 27.....أولاً: المعيار القانوني.....
- 28.....ثانياً: المعيار الإقتصادي.....
- 29.....1- المد و الجز (المعيار الجغرافي).....
- 30.....2- مصالح التجارة الدولية.....
- 31.....ثالثاً: المعيار القانوني الإقتصادي (المختلط).....
- 32.....المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الدولة.....
- 33.....الفرع الأول: صور المنازعات الناجمة عن عقود الدولة.....
- la force أولاً: القوة القاهرة كسبب من أسباب منازعات عقود الدولة
- 34..... majeure.....
- 38.....ثانياً: الظروف الطارئة سبب لحدوث نزاع عقد الدولة.....
- 39.....ثالثاً: إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ إلتزاماته أو سوء أدائها.....
- 39.....رابعاً: إجراءات الدولة المضيفة الإفرادية.....
- الفرع الثاني: الصعوبات التي تثيرها عقود الدولة أمام قضاء التحكيم و تصدي هذا
- الأخير لها.....
- 41.....
- 43.....أولاً:المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم.....
- 43.....1-عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم على إعتبار شخصي.
- 46.....2-التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم.....
- 47.....ثانياً:المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها.....
- 47.....1-الحصانة ضد القضاء Immunity from jurisdiction.....
- 48.....2-الحصانة ضد التنفيذ Immunity from Execution.....
- 49.....الفرع الثالث: ضرورة اللجوء إلى التحكيم بشأن عقود الدولة.....
- 49.....أولاً: مبررات تمسك الطرف الأجنبي الخاص بالتحكيم.....
- 49.....1-خوف الشخص الأجنبي الخاص من عدم حياد قضاء الدولة المتعاقدة.
- 50.....2-خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية.....
- 51.....ثانياً:التحكيم كضمانة إجرائية بالنسبة للدول النامية لتشجيع الإستثمار.....

- 54الفرع الرابع: المزايا التي يتيحها قضاء التحكيم لأطراف عقود الدولة.
- 54.....أولاً: إعتبارات متعلقة بطبيعة المنازعات.
- 56.....ثانياً: إعتبارات متعلقة بإجراءات التقاضي.
- 58.....ثالثاً: إعتبارات متعلقة بالتغيرات الجذرية للمجتمع الدولي.
- 61.....المبحث الثاني: إختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة لدى قضاء التحكيم.
- 62.....المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة.
- 62.....الفرع الأول: تعريف مبدأ قانون الإرادة.
- 64.....الفرع الثاني: تطور فكرة قانون الإرادة.
- 66.....الفرع الثالث: أساس قانون الإرادة.
- 67.....أولاً: النظرية الشخصية (subjective theory) في تحديد قانون الإرادة.
- 69.....ثانياً: النظرية الموضوعية (objective theory) في تحديد قانون الإرادة.
- 72.....ثالثاً: النظرية الإزدواجية.
- 73.....الفرع الرابع: تكريس قانون الإرادة من قبل التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية.
- 74.....أولاً: إعتراف التشريعات المقارنة لقانون الإرادة.
- 76.....ثانياً: إعتراف الإتفاقيات الدولية بقانون الإرادة.
- 1-الإعتراف بقانون الإرادة من قبل الإتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية.....76
- 2-الإعتراف بقانون الإرادة من قبل الإتفاقيات المنظمة للتحكيم.....77
- أ-إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها.....77
- ب-الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف) لعام 1961.....78
- ج-إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى عام 1965.....78
- د-إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري المعدلة.....79
- هـ-قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC.....79

المطلب الثاني: أشكال إختيار قانون الإرادة في عقود الدولة.....	80
الفرع الأول: الإختيار الصريح لأطراف عقد الدولة.....	80
الفرع الثاني: الإختيار الضمني لأطراف عقد الدولة.....	84
أولاً: موقف الفقه و التشريعات المقارنة من الإختيار الضمني.....	85
1-موقف الفقه من الإختيار الضمني.....	85
أ-الإتجاه الفقهي المنكر لفكرة الإختيار الضمني.....	85
ب-المذهب الفقهي المساند لفكرة الإختيار الضمني.....	86
2-موقف التشريعات الوطنية و الدولية من الإختيار الضمني.....	88
أ-موقف التشريعات المقارنة من الإرادة الضمنية.....	88
ب-موقف الإتفاقيات الدولية من الإرادة الضمنية.....	89
ثانياً: مؤشرات الإختيار الضمني.....	91
1-مكان إبرام العقد.....	91
2-مكان تنفيذ العقد.....	91
3-الجنسية المشتركة لأطراف العقد.....	91
4-الإختصاص القضائي.....	92
ثالثاً: مدى ملائمة قانون الإرادة لعقود الدولة.....	93
المطلب الثالث: ضوابط قانون إرادة أطراف عقد الدولة.....	94
الفرع الأول: النظام العام.....	95
أولاً: عرض الفكرة.....	95
ثانياً: صور النظام العام.....	98
1-النظام العام الداخلي.....	98
2-النظام العام في القانون الدولي الخاص.....	98
3-النظام العام عبر الدولي.....	99
الفرع الثاني: قواعد ذات التطبيق الضروري règles d'application	
nécessaire.....	99

101.....	<u>الفرع الثالث: التوازن العقدي</u>
101.....	<u>أولاً: عرض الفكرة</u>
103.....	<u>ثانياً: التوازن العقدي وسيلة لإحترام التوقع المشروع لأطراف العقد الدولي</u>
104.....	<u>ثالثاً: عدم التكافؤ بين أطراف العقد الدولي مؤشر لإنتفاء التوازن العقدي</u>
	<u>الفصل الثاني: إعمال المحكم الدولي لقانون وطني على عقد الدولة في حالة عدم إختياره</u>
106.....	
107.....	<u>المبحث الأول: إيجابيات توطين النظام القانوني لعقود الدولة</u>
	<u>المطلب الأول: تطبيق القانون الوطني على عقد الدولة و المنهج المستخدم في ذلك</u>
108.....	
108.....	<u>الفرع أول: النظم القانونية الوطنية الممكن تطبيقها على عقد الدولة</u>
109.....	<u>أولاً: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة</u>
111.....	<u>ثانياً: تطبيق القانون الوطني لدولة الطرف الأجنبي</u>
113.....	<u>ثالثاً: تطبيق قانون دولة مقر التحكيم</u>
116.....	<u>الفرع ثاني: إعمال المحكم الدولي لمعيار الأداء المميز في عقود الدولة</u>
117.....	<u>أولاً: تعريف نظرية الأداء المميز</u>
	<u>ثانياً: موقف الفقه و التشريعات و القضاء من إعمال المحكم الدولي لمعيار الأداء المميز في عقود الدولة</u>
118.....	
121.....	<u>ثالثاً: إعمال قضاء التحكيم لمعيار الأداء المميز في عقود الدولة</u>
124.....	<u>رابعاً: إنطباق معيار الأداء المميز على بعض نماذج عقود الدولة</u>
124.....	1- نظرية الأداء المميز و عقود البترول
127.....	2- نظرية الأداء المميز و عقود B.O.T
130.....	3- نظرية الأداء المميز و عقود نقل التكنولوجيا
132.....	<u>المطلب الثاني: الأسانيد المؤيدة لتطبيق القانون الوطني على عقود الدولة</u>
133.....	<u>الفرع الأول: تكييف عقود الدولة بأنها عقود إدارية</u>
133.....	<u>أولاً: عرض الإتجاه الفقهي القائل بأن عقود الدولة عقود إدارية</u>

- 134.....ثانياً: تقدير الإتجاه الفقهي بتكليف عقود الدولة بأنها عقود إدارية.
- 137.....الفرع الثاني: قرارات الأمم المتحدة كحجة لإعمال قانون الدولة المتعاقدة.
- 137.....أولاً: عرض فكرة قرارات الأمم المتحدة المساندة لتطبيق القانون الوطني.
- 138.....ثانياً: موقف الفقه و أحكام التحكيم من إلزامية قرارات الأمم المتحدة.
- الفرع الثالث: خضوع عقود الدولة للقانون الوطني بناء على إعمال المعاهدات الدولية.....
- 141.....
- 141.....أولاً: معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965.
- ثانياً: إتفاقية روما 19 يونيو 1980 بين دول السوق الأوروبية المشتركة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية.....
- 143.....الفرع الرابع: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة إستناداً إلى أحكام القضاء الدولي.....
- 144.....
- الفرع الخامس: تطبيق قانون الدولة المتعاقدة من خلال الموافقة المفترضة للطرف الأجنبي الخاص.....
- 146.....
- 147.....المبحث الثاني: مثالب توطين النظام القانوني لعقود الدولة.....
- 147.....المطلب الأول: النظريات الفقهية الساعية لتخليص عقد الدولة من القانون الوطني.
- 148.....الفرع الأول: التجديد الزمني لقانون العقد.....
- 148.....أولاً: عرض الفكرة.....
- 149.....ثانياً: السوابق التحكيمية لشرط التجديد الزمني.....
- 150.....ثالثاً: مدى صحة الفكرة.....
- 150.....الفرع الثاني: إندماج قانون الإرادة في العقد.....
- 150.....أولاً: عرض فكرة الإندماج.....
- 150.....1-تعريف الإندماج.....
- 151.....2-التطبيقات التحكيمية لفكرة الإندماج.....
- 152.....3-موقف الفقه من الاندماج.....
- 152.....ثانياً: آثار الإندماج.....

- 1- تجريد قانون العقد من سلطانه.....153
- 2- تقادي بطلان العقد.....153
- 3- التجميد الزمني لقانون العقد.....153
- ثالثا: مدى إنطباق نظام الاندماج على عقود الدولة.....154
- الفرع الثالث: مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي principe d'auto suffisance du contrat international.....155
- أولا: موقف الفقه من المبدأ.....155
- ثانيا: واقع المبدأ في عقود الدولة.....156
- ثالثا: تقييم مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي.....156
- الفرع الرابع: الدور الإحتياطي لقانون العقد le rôle subsidiaire de la loi du contrat في عقود الدولة.....158
- أولا: موقف الفقه من فكرة إحتياط قانون العقد.....158
- ثانيا: أثر الدور الإحتياطي لقانون العقد في عقود الدولة.....159
- ثالثا: تقييم الفكرة.....160
- المطلب الثاني: الأسس المعتمدة في سبيل تحية القانون الوطني للدولة المتعاقدة.....161
- الفرع أول: عدم ملائمة القانون الوطني لحكم منازعات عقود الدولة.....162
- الفرع ثاني: قدرة الدولة على تغيير أحكام قانونها بإرادتها.....165
- الفرع ثالث: تعارض القانون الوطني مع النظام العام الدولي.....166
- أولا: تطبيق مبادئ القانون الدولي تحت إسم النظام العام بدل من قانون الدولة المتعاقدة.....166
- 1- دعم رجال الفقه لفكرة إستبعاد القانون المخالف للنظام العام.....166
- 2- المبادئ العامة المندرجة ضمن النظام العام الدولي.....168
- 3- أمثلة تطبيقية توضح تطبيق مبادئ عامة بدل من قانون الدولة المتعاقدة.....169

- 171.....ثانياً: النظام العام الذي يفضله المحكم في إستبعاد قانون الدولة المتعاقدة.....
- 172.....الفرع الرابع: إهدار القوانين الوطنية للتوازن العقدي.....
- 174.....المطلب الثالث: إنتقال مشكلة التوطين إلى عقود التجارة الإلكترونية.....
- 175.....الفرع أول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية.....
- 177.....الفرع ثاني: النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية.....
- 178.....أولاً: العقود المختصة بالبنية التحتية للتجارة الإلكترونية و أهم خلافاتها.....
- 178.....ثانياً: عقود الخدمات الإلكترونية و الخلافات الناتجة عنها.....
- 179.....الفرع ثالث: مشاكل توطين العقود الإلكترونية.....
- 180.....أولاً: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد.....
- 181.....ثانياً: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل التنفيذ.....
- 182.....ثالثاً: صعوبة إسناد الرابطة العقدية لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة.....
- 182.....الفرع الرابع: سوء ملاءمة معيار الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية.....
- 184.....الفرع خامس: عدم تنظيم القانون الوطني للعمليات الإلكترونية.....
- 185.....المطلب الرابع: تقدير إستبعاد القانون الوطني من حكم عقود الدولة.....
- 190-191.....خلاصة الباب الأول.....
- 383-192.....الباب الثاني: تدويل التحكيم التجاري الدولي النظام القانوني لعقود الدولة.....**
- 193.....الفصل الأول: سلطة المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية.....
- 194.....المبحث الأول: تدويل عقود الدولة بواسطة قواعد عبر دولية.....
- 194.....المطلب الأول: مفهوم القواعد عبر الدولية.....
- 195.....الفرع أول: تعريف القواعد عبر الدولية.....
- 195.....أولاً: تباين مصطلحات القانون عبر الدولي.....
- 196.....ثانياً: تعريف القواعد عبر الدولية من منظور فقهي.....
- 197.....1-الإتجاه الفقهي الأول في تعريف القواعد عبر الدولية.....
- 198.....2-الإتجاه الفقهي الثاني في تعريف القواعد عبر الدولية.....
- 199.....3-وجهة نظرنا الخاصة في تعريف القواعد عبر الدولية.....

200.....	<u>الفرع الثاني</u> : خصائص القواعد عبر الدولية.
200.....	<u>أولاً</u> : القانون عبر الدولي قواعده تلقائية.
201.....	<u>ثانياً</u> : القانون عبر الدولي قواعده طائفية.
203.....	<u>ثالثاً</u> : القانون عبر الدولي قواعده موضوعية.
204.....	<u>رابعاً</u> : القواعد عبر الدولية قواعد ذات طابع دولي.
204.....	<u>الفرع الثالث</u> : مصادر القواعد عبر الدولية.
207.....	<u>أولاً</u> : عادات و أعراف التجارة الدولية.
211.....	<u>ثانياً</u> : المبادئ العامة للقانون.
215.....	<u>ثالثاً</u> : قواعد العدالة.
217.....	<u>المطلب الثاني</u> : مفهوم تدويل العقد.
217.....	<u>الفرع الأول</u> : تعريف تدويل العقد.
219.....	<u>الفرع الثاني</u> : الغاية المرجوة من تدويل عقود الدولة.
219.....	<u>أولاً</u> : ثبات العلاقة العقدية.
219.....	<u>ثانياً</u> : المساواة بين الأطراف.
220.....	<u>ثالثاً</u> : تطبيق قواعد عبر وطنية.
221.....	<u>المطلب الثالث</u> : أبرز العوامل المساعدة على تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.
221.....	<u>الفرع الأول</u> : العولمة كسبب لتدويل النظام القانوني لعقد الدولة.
221.....	<u>أولاً</u> : مفهوم العولمة.
221.....	1-تعريف العولمة.
222.....	2-صور العولمة.
222.....	أ-العولمة الاقتصادية.
223.....	ب-العولمة الثقافية القانونية.
225.....	<u>ثانياً</u> : إنعكاسات العولمة على عقود الدولة.
225.....	1-نتائج العولمة على النظام القانوني لعقود الدولة.
225.....	أ-ظهور ثقافة قانونية جديدة.

- 226.....ب-رفض العولمة الاقتصادية لمنهج تنازع القوانين
- 227.....2-نتائج العولمة على طبيعة عقود الدولة
- أ-الطبيعة الخاصة لعقود الدولة(عقود الدولة من الإدارية إلى عقود شبه دولية).....227
- ب-عقود الدولة من الطبيعة الخاصة إلى الطبيعة التجارية.....228
- ب-1-اتجاه الدولة المتعاقدة للتنازل عن سلطاتها أمام الشخص الأجنبي الخاص.....228
- ب-2- الإتجاه الفقهي المعاصر بشأن طبيعة عقود الدولة " الطابع الإقتصادي للنشاط التجاري.....229
- الفرع الثاني: الشركات متعددة الجنسيات كسبب لتدويل القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة.....232
- أولاً: تعريف الشركات متعددة الجنسيات.....233
- ثانياً: تأثير الشركات الأجنبية العملاقة على النظام القانوني لعقود الدولة....235
- الفرع الثالث: مساهمة الهيئات الدولية في تدويل العقود.....236
- أولاً: المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "ICSID".....237
- 1-التعريف بمركز واشنطن.....237
- 2-تأثير المركز على القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الإستثمار.238
- ثانياً: لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية "C.N.U.D.C."...238
- 1-تعريف لجنة الأونسيترال.....238
- 2-تأثير لجنة UNCITRAL في عقود الدولة.....239
- الفرع الرابع: آراء المحكمين الدوليين عامل مؤثر على النظام القانوني لعقد الدولة.....240
- المبحث الثاني: الطرق و الوسائل المعتمدة من قبل المحكم في سبيل تطبيق القواعد عبر الدولية على عقد الدولة.....243

- المطلب الأول: الوسائل التي يستند إليها المحكم في سبيل تدويل القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة.....243
- الفرع الأول: الطبيعة الدولية و المحايدة للتحكيم تقتضي تجنب إرتباطه بقانون وطني.....244
- أولاً: عرض فكره الفقهاء.....245
- ثانياً: تدعيم أحكام التحكيم لهذا الإتجاه.....246
- ثالثاً: تقييم مدى تدويل القانون الواجب التطبيق بمجرد اللجوء إلى التحكيم...247
- الفرع الثاني: الشروط الإنفاقية مؤشر يساهم (تجميد قانون العقد في الزمان) la pétrification de la loi du contrat dans le temps في تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.....248
- أولاً: مفهوم شرط الثبات التشريعي.....249
- 1-تعريف شرط الثبات التشريعي أو عدم المساس.....249
- 2-صور شرط الثبات التشريعي.....250
- أ-شروط تعاقدية (إتفاقية).....250
- ب-شروط تشريعية.....252
- ثانياً: موقف أحكام التحكيم إتجاه شرط الثبات التشريعي.....253
- ثالثاً: تقييم الفكرة.....254
- الفرع الثالث: شرط القانون الواجب التطبيق (الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون).256
- أولاً: عرض رأي الفقه الذي يعتبر الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون بمثابة تدويل للعقد.....256
- ثانياً: تقييم الفكرة.....259
- المطلب الثاني: منهج المحكم الدولي في تطبيق القواعد عبر الدولية.....261
- الفرع الأول: تطبيق القواعد عبر الدولية بواسطة منهج التنازع.....261
- أولاً: منهج التنازع المقيد.....262
- ثانياً: منهج التنازع المستقل.....263

- 265.....الفرع الثاني: تطبيق القواعد عبر الدولية بواسطة المنهج المباشر
- 265.....أولاً: المقصود بالمنهج المباشر "la voie directe"
- 267.....ثانياً: تكريس المنهج المباشر من طرف الهيئات التحكيمية و النظم القانونية.
- 269.....ثالثاً: نطاق سريان المنهج المباشر
- 271.....رابعاً: أهمية المنهج المباشر
- المطلب الثالث: مصالح أطراف عقد الدولة في ظل التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية
- 273..... من طرف هيئة التحكيم.....
- 273.....الفرع الأول: وقوف التدويل بجانب الأشخاص الأجنبية الخاصة.....
- 275.....الفرع الثاني: تدويل القانون المطبق على عقد الدولة عبئاً على الدول المتعاقدة..
- الفصل الثاني: تدويل هيئة التحكيم للنظام القانوني لعقود الدولة من قبول إلى أزمة تسنوجب
- 280.....الحلول.....
- المبحث الأول: تطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة بين الإيجاب و
- 281.....المعارضة.....
- 281.....المطلب الأول: إنقسام الفقه حول خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية.....
- 281.....الفرع الأول: الإتجاه المؤيد لخضوع عقود الدولة إلى القواعد عبر الدولية.....
- 281.....أولاً: آراء الفقه المنادية بملاءمة القواعد عبر الدولية لحكم عقود الدولة.....
- 284.....ثانياً: تبني مجمع القانون الدولي 1989 لقواعد التجارة الدولية.....
- 285.....ثالثاً: التشريعات المساندة لتطبيق القواعد عبر الدولية.....
- 287.....رابعاً: إتجاه هيئات التحكيم لإعمال القواعد عبر الدولية.....
- 292.....الفرع الثاني: الإتجاه المعارض لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية..
- 293.....أولاً: عدم وجود قواعد قانون عبر دولي حقيقي.....
- ثانياً: تأثير الفقه الغربي على قضاء التحكيم من أجل إعمال القواعد عبر
- 295.....الدولية.....
- 295.....ثالثاً: عقود الدولة لا تصنف في نطاق تطبيق قواعد التجارة الدولية.....

- المطلب الثاني: إختلاف الفقه حول تشكيل القواعد عبر الدولية لنظام قانوني قادر على تنظيم منازعات عقود الدولة.....297
- الفرع الأول: الإلتجاه المنكر لتشكيل قواعد التجارة الدولية لنظام قانوني.....297
- أولاً: تجرد القواعد عبر الدولية من مميزات القاعدة القانونية.....298
- 1-عدم إحتواء ركن العمومية و التجريد.....298
- 2-عدم تمتع القواعد عبر الدولية بالجبر.....300
- 3-العيوب التي تزيل إلتصاف القواعد عبر الدولية بخصائص القاعدة القانونية.....301
- أ-تناقض مضمون القواعد عبر الدولية.....301
- ب-قواعد القانون عبر الدولي يغلب عليها الشعور الشخصي بالعدالة...301
- ج-القواعد عبر الدولية يتخللها قصور.....302
- د-القواعد عبر الدولية يغلب عليها الطابع المكمل.....303
- ثانياً: غياب الركن المؤسسي في القواعد عبر الدولية.....303
- 1-كثرة و تباين تجمعات رجال الأعمال و مؤسساتهم.....303
- 2-إفتقار المجتمع الدولي للأعمال للتوازن.....304
- الفرع الثاني: الإلتجاه المؤيد لتشكيل القواعد عبر الدولية لنظام قانوني.....305
- أولاً: إحتواء النظام القانوني عبر الدولي على الركن المعياري.....305
- 1-تمتع القواعد عبر الدولية بصفات القاعدة القانونية.....306
- أ-القواعد عبر الدولية قواعد عامة و مجردة.....306
- ب-القواعد عبر الدولية قواعد ملزمة.....309
- 2-إنتقاد فكرة معاناة القواعد عبر الدولية من بعض العيوب.....311
- أ-القواعد عبر الدولية غير متناقضة.....311
- ب-قصور القواعد عبر الدولية لا يعتبر مشكلة دائمة.....312
- ج- الطابع التكميلي للقواعد عبر الدولية ليس عيب كاف.....313
- ثانياً: إحتواء النظام القانوني عبر الدولي على الركن المؤسسي.....314
- 1-تميز المجتمع عبر الدولي بالتنظيم.....314

- 2-تميز المجتمع عبر الدولي بالإنسجام.....315
- المبحث الثاني: الحلول القانونية المتاحة أمام مشكلة القانون الواجب التطبيق ومدى
- فاعليتها.....318
- المطلب الأول: جمع المحكم الدولي بين القانون الوطني للدولة المتعاقدة و القواعد عبر
- الدولية لحل موضوع نزاع العقد.....318
- الفرع الأول: الأدلة التي تثبت جمع القانون الوطني مع القواعد عبر الدولية.....318
- أولاً: إتفاقية واشنطن لسنة 1965.....319
- ثانياً: آراء الفقه.....319
- الفرع الثاني: مشكلة أولوية القانونين في التطبيق.....321
- أولاً: الفقه المنادي بتطبيق القواعد الوطنية أولاً و تكملتها بالقواعد الموضوعية.....322
- ثانياً: الفقه المنادي بتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بصفة أولية عن
- القواعد الوطنية.....323
- المطلب الثاني: سلطة الأطراف المتعاقدة في إبطال حكم التحكيم الدولي الصادر
- بخصوص نزاع عن عقد دولة في حالة إنتهاك المحكم لقانون الإرادة.....324
- الفرع الأول: سلطة أحد طرفي عقد الدولة في إبطال حكم التحكيم الدولي على ضوء
- الإتفاقيات.....324
- أولاً: الإتفاقيات الدولية المتطرفة لمسألة بطلان حكم التحكيم الدولي.....325
- 1-إتفاقية نيويورك بشأن الإعراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة
- 1958.....325
- 2-إتفاقية الإكسيد لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965.....326
- 2-أ- أمثلة تطبيقية عن إلغاء حكمة تحكيم دولي أمام مركز ICSID
- نتيجة استبعاد القانون الواجب التطبيق.....327
- ثانياً: الإتفاقيات الإقليمية المتناولة لمسألة بطلان حكم التحكيم الدولي.....328
- 1-إتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.....328
- 2-إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987.....329

- الفرع الثاني: سلطة أحد طرفي عقد الدولة في إبطال حكم التحكيم الدولي بحجة تحاشي المحكم عن قانون الإرادة من خلال الأنظمة القانونية المقارنة.....330
- أولاً: رأي المشرع الفرنسي حول مسألة بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي...330
- ثانياً: رأي المشرع المصري حول موضوع بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي..331
- ثالثاً: موقف المشرع السعودي تجاه الدفع ببطلان أحكام التحكيم.....335
- رابعاً: موقف المشرع الفلسطيني إزاء مدى بطلان أحكام التحكيم.....336
- خامساً: موقف المشرع الجزائري من إمكانية إبطال أحكام التحكيم الأجنبية..336
- الفرع الثالث: مشكلة التمييز بين الحالات التي تؤسس بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي من عدمها بسبب إستبعاد قانون الإرادة.....339
- أولاً: الحالات التي لا تعتبر بمثابة إستبعاد لقانون عقد الدولة و من ثم لا تستوجب البطلان.....339
- 1-حالة تجاوز قانون الإرادة بسبب عدم عدالته.....339
- 2-إستبدال قانون الإرادة بقواعد عبر دولية إذا كانت لهذه الأخيرة صلة بالأول.....341
- ثانياً: حالة إستبدال قانون إرادة أطراف عقد الدولة بقواعد التجارة الدولية دون مقتضى حقيقي تشكل إستبعادا لقانون إرادة عقد الدولة.....341
- ثالثاً: قضايا توضح رفض الطعن بالبطلان على أحكام تحكيمية.....342
- 1-حكم التحكيم الصادر عن منازعة عقد دولة بين مصر و شركة S.A. Roch.....342
- 2-حكم التحكيم الصادر عن منازعة عقد دولة بين نيجيريا و شركة Sigm oil.....344
- رابعاً: معيار التفريق بين خطأ المحكم البسيط و خطأه الجوهرى في تفسير قانون إرادة عقد الدولة.....345
- المطلب الثالث: سلطة المتعاقدين في عدم الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الدولي..345

الفرع الأول: إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام.....	346
أولاً: موقف إتفاقية نيويورك لسنة 1958 من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام.....	346
ثانياً: موقف إتفاقية واشنطن لسنة 1965 من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام.....	346
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من تنفيذ حكم التحكيم الدولي المخالف للنظام العام.....	349
الفرع الثاني: إمتناع أحد طرفي عقد الدولة من تنفيذ حكم التحكيم الدولي بحجة سبق في إلغائه.....	352
أولاً: الإتجاه المناصر لإمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة.....	352
1- عرض الفكرة.....	353
2- أمثلة تطبيقية جسدت تنفيذ أحكام التحكيم الدولية التي أبطلت في بلد المنشأ.....	353
أ- قضية بين شركة سوناتراك و شركة أجنبية.....	353
ب- قضية كرومالوي.....	353
ج- قضية BEDITEL.....	355
3- الحجج الفقهية التي تدعم فكرة تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة.....	356
أ- حجة أساسها النظام القانوني الفرنسي.....	356
ب- حجة مردها إلى نظم قانونية أخرى.....	356
ج- حجة شخصية منطقية.....	357
د- حجة مرتبطة بنتيجة الفكرة.....	357
ثانياً: الإتجاه الرافض لفكرة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الباطلة.....	358
1- مثال تطبيقي تم رفض فيه تنفيذ حكم تحكيم أجنبي أبطل في بلد المنشأ قضية (Baker Marine).....	358

- 2- الحجج الفقهية المفندة لفكرة تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة.....360
- أ- الحجج من الإتفاقيات الدولية.....360
- أ-1- إتفاقية نيويورك لسنة 1958.....360
- أ-2- إتفاقية جنيف 1961.....362
- ب- الحجج المنطقية.....363
- ب-1- طمأنة الدول المكرسة للتحكيم حديثا.....363
- ب-2- القضاء على فكرة تسوق الإختصاص و التنفيذ.....364
- المبحث الثالث: قضاء التحكيم بين ضرورة تطويره أو إمكانية إستبداله لتأطير منازعات عقود الدولة.....365
- المطلب الأول: مشاكل قضاء التحكيم و حاجته إلى المعالجة.....365
- الفرع الأول: أهم المشاكل التي تؤرق التحكيم التجاري الدولي.....365
- أولا: إنتهاك المحكمين الدوليين قانون الإرادة.....365
- ثانيا: عدم التنسيق في الإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية النازمة للتحكيم.....366
- ثالثا: التشكيك في طبيعة التحكيم و مزاياه.....367
- الفرع الثاني: الآفاق المستقبلية لقضاء التحكيم.....368
- المطلب الثاني: إمكانية تعويض التحكيم التجاري الدولي بالنظم الودية.....369
- الفرع الأول: تكريس النظم الودية في الشروط العقدية و مختلف التشريعات....370
- أولا: صدق النظم الودية في عقود الدولة.....370
- ثانيا: تكريس النظم الودية في التشريعات الوطنية و الدولية.....371
- 1- القوانين الداخلية.....371
- 2- التشريعات و اللوائح الإقليمية و الدولية.....373
- الفرع الثاني: الوساطة التجارية الدولية طريق ودي لتسوية منازعات عقود الدولة.....374
- أولا: مفهوم الوساطة التجارية الدولية.....374

1-تعريف إتفاق الوساطة.....	374
2-مدى دولية الوساطة لإنطباقها على منازعات عقود الدولة.....	377
أ-المعيار الدولي لإتفاق الوساطة.....	377
ب-المعيار التجاري لإتفاق الوساطة.....	378
<u>ثانياً</u> : المزايا التي يتيها نظام الوساطة مقارنة بقضاء التحكيم.....	379
1-الوساطة أسلوب رضائي.....	379
2-مرونة إجراءات الوساطة.....	379
3-محدودية تكلفة الوساطة.....	379
4-الوساطة وسيلة ترفع سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة.....	380
..... <u>خلاصة الباب الثاني</u>	383-381
..... <u>خاتمة</u>	391-384
..... <u>قائمة المراجع</u>	419-392

دور قضاء التحكيم في تسوية منازعات عقود الدولة

ملخص:

لقد أثارت عقود الدولة صعوبات أمام قضاء التحكيم، تتعلق بالقانون الواجب الأعمال على موضوع النزاع عند تخلف قانون الإرادة. ولأن طرفي العقد تختلف مراكزهما القانونية والإقتصادية، بحكم أن الدولة المتعاقدة والتي غالباً ما تكون نامية، لها مزايا سيادية تدعمها، بينما الطرف الأجنبي الخاص لا يملك مثلها سوى قوته الإقتصادية، فإن الدولة تتمسك بتوطين المنازعات المثارة أمام المحكم الدولي لإعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة، بينما الشخص الأجنبي يحاول تدويل النظام القانوني لموضوع النزاع من خلال قواعد عبر دولية يراها أكثر ملاءمة وحيادية، وهذا ما يحمل المحكم الدولي مسؤولية إستخلاص القانون الأنسب لحل الخلاف.

وما يزيد من عمق المشكلة، هو عندما يكون القانون المختار من قبل طرفي عقد الدولة معيناً بوضوح، ومع ذلك تفصل هيئة التحكيم في القضية بخلافه، و لعل هذا التصرف الأخير يكون عرضة للإبطال بحجة عدم إحترام القانون الواجب التطبيق المتفق عليه.

و يصبح الأمر أكثر تعقيداً، عندما يبطل أحد أطراف عقد الدولة قرار التحكيم الأجنبي في دولة المنشأ بسبب تجاوز هيئة التحكيم لمهمتها أو عدم مراعاتها للنظام العام، ومع ذلك يتم تنفيذه في دولة أخرى غير محل التنفيذ بالرغم من إلغائه، وهذا ما قد يقلل من رغبة الأطراف المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي والبحث عن وسيلة ودية بدله تقديس سلطان إرادتهم.

الكلمات المفتاحية:

عقود الدولة، منازعات عقود الدولة، التحكيم التجاري الدولي، توطين، القواعد عبر الدولية.

Arbitration Judiciary in the Settlement of Disputes of State Contracts

Summary

State contracts have raised difficulties at the arbitral tribunal, these problems was related to the law applicable to the subject matter of the dispute when the law of will is falling behind.

Because the parties of the contract differ in their legal and economic status, as the contracting State, which is often developing, has sovereign advantages to support it, while the private foreign party has only its economic power, the State insists on the settlement of disputes in front the international arbitrator for reasons of public interest. While the foreigner tries to internationalize the legal system for the subject of the dispute through transnational rules that he considers more appropriate and impartial, this holds the international arbitrator responsible for deriving the most appropriate law to resolve the dispute.

What makes the problem deeper is when the law chosen by the parties to the state contract is clearly designated, yet the arbitral tribunal decides otherwise, and the latter may be null and void on the pretext that the agreed applicable law is not respected.

This becomes even more complicated when one of the parties to the contract of the state overturns the foreign arbitration decision in the country of origin because the arbitral tribunal has exceeded its mandate or does not observe public order. The desire of the Contracting Parties to resort to international commercial arbitration and to seek a friendly means instead of sanctifying the authority of their will.

Key words :

State Contracts ; State Contracts Disputes ;International Commercial Arbitration ; localization ; Transnational Rules.

Le Rôle du Jurisdiction d'Arbitrage dans le Règlement des Litiges des Contrats d'État

Résumé :

Le tribunal arbitral trouve beaucoup de difficultés avec les contrats d'État, lors de l'application de la loi sur les litiges dépourvus de la loi de volonté.

Et vu les différentes positions juridique et économique entre les deux parties, a savoir la souveraineté de l'état contractant et que la partie étrangère privée n'a que le pouvoir économique ; l'état exige la localisation du litige devant l'arbitre international pour des raison d'intérêts publics, tandis que la personne étrangère tente d'internationaliser le système juridique du différend à travers des règles transnationales qu'il voit plus appropriées et impartiales, ce qui oblige l'arbitre international à élaborer la loi la plus appropriée pour résoudre le différend.

Ce qui aggrave le problème, c'est lorsque la loi choisie par les parties au contrat de l'État est clairement définie, et toutefois le tribunal arbitral en décide autrement. Ce qui engendre souvent le recours en annulation de cette décision sous prétexte de la transcendance de la loi choisi.

Et cela devient encore compliqué lorsque l'une des parties annule la sentence arbitral en raison de dépassement du conseil d'arbitrage de sa mission ou quand il a ignore l'ordre public, mais elle peut être exécutée par l'autre parties dans un autre pays hors mis en œuvre. Et cela pourrait réduire la volonté des parties contractantes de recourir à l'arbitrage commercial international et de rechercher une voie amiable qui respecte bien leur autonomie de la volonté .

Mots-clés :

Contrats d'État ; Litiges des Contrats d'État ; Arbitrage Commerciale Internationale; Localisation; Droits Transnationales.

Titre : Le Rôle du Juridiction d'Arbitrage dans le Règlement des Litiges des Contrats d'État

Résumé :

Le tribunal arbitral trouve beaucoup de difficultés avec les contrats d'État, lors de l'application de la loi sur les litiges dépourvus de la loi de volonté.

Et vu les différentes positions juridique et économique entre les deux parties, à savoir la souveraineté de l'état contractant et que la partie étrangère privée n'a que le pouvoir économique ; l'état exige la localisation du litige devant l'arbitre international pour des raisons d'intérêts publics, tandis que la personne étrangère tente d'internationaliser le système juridique du différend à travers des règles transnationales qu'il voit plus appropriées et impartiales, ce qui oblige l'arbitre international à élaborer la loi la plus appropriée pour résoudre le différend.

Ce qui aggrave le problème, c'est lorsque la loi choisie par les parties au contrat de l'État est clairement définie, et toutefois le tribunal arbitral en décide autrement. Ce qui engendre souvent le recours en annulation de cette décision sous prétexte de la transcendance de la loi choisie.

Et cela devient encore compliqué lorsque l'une des parties annule la sentence arbitrale en raison de dépassement du conseil d'arbitrage de sa mission ou quand il ignore l'ordre public, mais elle peut être exécutée par l'autre parties dans un autre pays hors mis en œuvre. Et cela pourrait réduire la volonté des parties contractantes de recourir à l'arbitrage commercial international et de rechercher une voie amiable qui respecte bien leur autonomie de la volonté .

Mots-clés :

Contrats d'État ; Litiges des Contrats d'État ; Arbitrage Commerciale Internationale; Localisation; Droits Transnationales.

Title : The Role of the Arbitration Judiciary in the Settlement of Disputes of State Contracts

Summary

State contracts have raised difficulties at the arbitral tribunal, these problems was related to the law applicable to the subject matter of the dispute when the law of will is falling behind.

Because the parties of the contract differ in their legal and economic status, as the contracting State, which is often developing, has sovereign advantages to support it, while the private foreign party has only its economic power, the State insists on the settlement of disputes in front the international arbitrator for reasons of public interest. While the foreigner tries to internationalize the legal system for the subject of the dispute through transnational rules that he considers more appropriate and impartial, this holds the international arbitrator responsible for deriving the most appropriate law to resolve the dispute.

What makes the problem deeper is when the law chosen by the parties to the state contract is clearly designated, yet the arbitral tribunal decides otherwise, and the latter may be null and void on the pretext that the agreed applicable law is not respected.

This becomes even more complicated when one of the parties to the contract of the state overturns the foreign arbitration decision in the country of origin because the arbitral tribunal has exceeded its mandate or does not observe public order. The desire of the Contracting Parties to resort to international commercial arbitration and to seek a friendly means instead of sanctifying the authority of their will.

Key words :

State Contracts ; State Contracts Disputes ;International Commercial Arbitration ; localization ; Transnational Rules.

العنوان: دور قضاء التحكيم في تسوية

منازعات عقود الدولة

ملخص:

لقد أثارت عقود الدولة صعوبات أمام قضاء التحكيم، تتعلق بالقانون الواجب الإعمال على موضوع النزاع عند تخلف قانون الإرادة.

و لأن طرفي العقد تختلف مراكزهما القانونية و الإقتصادية، بحكم أن الدولة المتعاقدة و التي غالباً ما تكون نامية، لها مزايا سيادية تدعمها، بينما الطرف الأجنبي الخاص لا يملك مثلها سوى قوته الإقتصادية، فإن الدولة تتمسك بتوطيّن المنازعات المثارة أمام المحكم الدولي لإعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة، بينما الشخص الأجنبي يحاول تدويل النظام القانوني لموضوع النزاع من خلال قواعد عبر دولية يراها أكثر ملاءمة و حيادية، و هذا ما يحمل المحكم الدولي مسؤولية إستخلاص القانون الأنسب لحل الخلاف.

و ما يزيد من عمق المشكلة، هو عندما يكون القانون المختار من قبل طرفي عقد الدولة معيناً بوضوح، و مع ذلك تفصل هيئة التحكيم في القضية بخلافه، و لعل هذا التصرف الأخير يكون عرضة للبطالان بحجة عدم إحترام القانون الواجب التطبيق المتفق عليه.

و يصبح الأمر أكثر تعقيداً، عندما يبطل أحد أطراف عقد الدولة قرار التحكيم الأجنبي في دولة المنشأ بسبب تجاوز هيئة التحكيم لمهمتها أو عدم مراعاتها للنظام العام، و مع ذلك يتم تنفيذه في دولة أخرى غير محل التنفيذ بالرغم من إلغائه، و هذا ما قد يقلل من رغبة الأطراف المتعاقدة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي و البحث عن وسيلة ودية بدله تقديس سلطان إرادتهم.

الكلمات المفتاحية:

عقود الدولة، منازعات عقود الدولة، التحكيم التجاري الدولي، توطيّن، القواعد عبر الدولية.