

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأعمال



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

رقم: .....

## مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبين: - مرزوق شوقي

- عيبر أحمد سعيد

تحت عنوان

### القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد بوضياف-المسيلة	الأستاذ: صغير بيرم عبد المجيد
مشرفا و مقررا	جامعة محمد بوضياف-المسيلة	الأستاذ: مقدم ياسين
مناقشا	جامعة محمد بوضياف-المسيلة	الأستاذة: بن حليلة ليلي

نوقشت في: 2018/06/18

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ»

صدق الله العظيم

"سورة البقرة - الآية 32"

# شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

الحمد والشكر للمولى عز وجل حمداً كثيراً يليق بجلال شأنه وعظيم سلطانه، ويرقى إلى كمال صفاته على توفيقه في انجاز هذا البحث.

والصلاة والسلام على خير الأنام الحبيب المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم.

نتقدم بجزيل الشكر والامتنان للأستاذ "مقدم ياسين" على تكرمه بالإشراف على هذه المذكرة، والذي لم ييخل علينا بتوجيهاته و نصائحه القيمة، التي كانت عوناً لنا في إتمام هذا البحث. ونشكر أعضاء اللجنة المحترمة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

ولا يفوتنا أن نشكر كل أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق، الذين أفادوا وأجادوا في تقديم العلم النافع، راجين من المولى عز وجل أن يثيبهم على فعلهم خير مثوبة.

ثم الشكر موصول لجميع موظفي قسم الحقوق وعمال مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية على رأسهم مسؤولة المكتبة والتي لم يدخرو جهداً لتقديم يد العون، فجزاهم الله عنا كل خير.

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

# إهداء

إلى من أحمل اسمه بكل فخر... إلى من أفتقده منذ الصغر... إلى من يرتعش قلبي لذكره....  
إلى روعي أبي "يوسف" أهدي هذا العمل.

إلى من هما أحب إلي من نفس... إلى من أطلب رضاها ما حييت... إلى من وهباني نور الحياة فأنارتا دربي...  
إلى أمي مريم و أمي ربيحة أهدي هذا العمل.

إلى من أحاطوني بالرعاية ووقفوا إلى جانبي وكانوا لي يد العون ولم يبخلوا بحبهم لي...  
إلى إخوتي وأخواتي « يمينة، جميلة، فاطمة "رحمة الله عليها"، محمد، فيروز، جلال، عزالدين»  
إلى الورود التي تحيط بي « ياسمين، يوسف، محمد»

إلى جميع أفراد العائلة...  
إلى أصدقائي وزملائي في الدراسة، وأخص بالذكر زميلي وشريكي في هذا العمل أحمد سعيد عيمر...

كما أهدي عملي هذا إلى كل غيور محب لهذا الوطن بإخلاص  
وأخص بالذكر شهداء الوطن رحمة الله عليهم.

شوقي

# إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، ونحن في ختام رحلة  
الماستر الشيقة في مسيرة العلم الخالدة إليكم أيها الطيبون هذه الكلمات...

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، ثم أما بعد، فقد قيل إنه من زرع حصد، ونحن بفضل الله زرعنا في  
زمن البذر فجنينا من أطايب الثمر، وليس أطيب من طبق العلم على مائدة الأدب.

أهدي هذا العمل إلى والدي الكريمن والله أسأل أن يجعلها من طال عمره وحسن عمله، وإلى إخوتي  
وأخواتي الأعزاء حفظهم الله، وإلى كل إخواني الذين أحبهم في الله خاصة زميلي شوقي مرزوق الذي  
يعود له الفضل بعد الله عز وجل في إتمام هذه المذكرة، وإلى كل الزملاء والزميلات من دفعة الماستر  
2016/2018 تخصص قانون الأعمال.

والله أسأل أن يعلمنا ما ينفعنا وينفعنا بما علمنا وأن يزيدنا علما، وأن يجعلنا ممن يسعى في صلاح هذا البلد  
الطيب علنا نبلغ به المنى بالدرجات العلى بالعلم والعمل.

مسك الختام الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

أحمد سعيد

# مقدمة

تكتسي الاستثمارات بشكل عام والأجنبية منها بشكل خاص دورا أساسيا في عملية تنمية الدول، حيث تمكنها من استغلال مواردها الطبيعية، كما تسهم في تنمية بنيتها التحتية وتأهيل اليد العاملة المحلية، وتطوير مختلف الصناعات والمهارات الإدارية والوصول إلى الأسواق الأجنبية، كما يعزز بناء القدرات التكنولوجية اللازمة للإنتاج والابتكار وروح المبادرة داخل الاقتصاد المحلي.

ونظرا لانقسام العالم إلى بلدان متقدمة مالكة لرؤوس الأموال والتكنولوجيا ودول نامية متخلفة، ظهر تنافس حاد بين الدول المصنعة لإيجاد أسواق جديدة، فيما سعت الدول النامية لهيئة ظروف ملائمة لجلب الاستثمارات الأجنبية، مع محاولة إيجاد توازن بين الحصول على التكنولوجيا لتحقيق النمو والمحافظة على سيادتها، فظهر ما يمكن تسميته بالتعاون الدولي في إطار نظام اقتصادي عالمي، ميزته عدم الاستقرار لاختلاف مصالح الطرفين، ولكن قد تجد هذه المعادلة التعاونية صعوبة في ارتباط الاستثمار بين دولة وشخص أجنبي خاص، فالدولة محكومة بالقانون الدولي العام باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، أما الشخص الخاص الأجنبي فمحكوم بالقانون الداخلي، الأمر الذي يطرح مسألة التوفيق بين الطرفين من خلال توفير الأمان القانوني والاقتصادي للمستثمر وتحقيق التوازن بين أطراف العملية الاستثمارية.

فعلى ضوء تزايد وانتشار عقود الاستثمار وكثرة منازعاتها، أصبح من الضروري تحديد النظام القانوني الذي يحكم مثل هذه العقود، حيث كان الاتجاه السائد في ظل مدرسة الأحوال القديمة في القرن الثاني عشر هو تطبيق قانون محل إبرام العقد، إلى أن بدأت فكرة قانون الإرادة بالتبلور خلال القرن التاسع عشر، وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة ظهور مبدأ الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الحر الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة في تحديد القانون الحاكم للعقد.

وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من الموضوعات الشائكة في القانون الدولي الخاص، ويرجع ذلك إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه الطائفة من العقود، والناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة للاستثمار، إضافة إلى التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة غير المتكافئين، فالدولة تتمتع بمزايا سيادية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، كما تزداد مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود صعوبة وتعقيدا بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، فالدولة المضيفة للاستثمار لها أهداف عامة تتمثل في تطبيق الخطط التنموية وتحقيق النمو الاقتصادي مع تمسكها بكامل حقها في السيادة على إقليمها، أما أهداف المستثمر الأجنبي فهي أهداف شخصية خاصة تتمثل أساسا في تحقيق الربح المادي، مما يجعل هذه الأطراف لا تقبل بسهولة إخضاع العقد لقانون آخر غير قوانينها الوطنية.

فالتفاوت في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود والإحساس المتبادل لكل منهم بأنه هو الطرف الضعيف في العقد والذي يتعين حمايته، دفع الدول المتعاقدة إلى محاولة تأمين العقد أو توطينه في قانون الدولة المضيفة هذا من جهة، كما دفع المستثمرين الأجانب المتعاملين معها إلى محاولة سلخ العقد من القانون الداخلي للدولة المتعاقدة أو محاولة تدويله من جهة أخرى، مما أدى إلى ظهور عدة اتجاهات فقهية تستند إلى اعتبارات مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، بالإضافة إلى ظهور نظريات في تنازع القوانين ساهمت في محاولة تحديد القانون الأكثر صلة بالعقد في ظل غياب اختيار الأطراف.

ومن بين الأسباب الشخصية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هو صلته بالتخصص، والرغبة الملحة في التعرف أكثر على دور تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في تشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية الاقتصادية للدول.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في الأهمية الكبيرة لعقود الاستثمار، نظرا للدور الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني لكل من الدول المضيفة للاستثمار والدول التي يتبعها المستثمرون، فهي تعتبر بالنسبة للدول المضيفة "والتي غالبا ما تكون من الدول النامية" عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خططها الاقتصادية، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمرون مزيدا من فرص الاستثمار.

بالإضافة إلى الأهمية المتزايدة التي يحظى بها تحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود، فالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الناجمة عن طبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، تجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة شديدة الحساسية، وأيضا لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة، حيث يشكل القانون المطبق على العقد الأساس الذي يجري في إطاره تقدير مدى صحة العقد من ناحية، وترتكز عليه حقوق والتزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته، سواء بطريقة ودية أم بطريق القضاء أو التحكيم.

وكذلك من بين الأسباب التي دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع، هو وجود عدة آراء واتجاهات فقهية مختلفة والتي تصل في كثير من الأحيان إلى حد التناقض، مما أوجب دراستها وإيضاح الحجج التي استندت إليها والانتقادات التي تعرضت لها.

ونهدف من وراء هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، لما لها من آثار قانونية هامة على الصعيدين الوطني والدولي، وذلك بإعطاء صورة واضحة عن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، والذي يرتبط بأكثر من نظام

قانوني، فقد أوضحت هذه المسألة محط اهتمام العديد من الدول والأنظمة القانونية لدورها الهام في اقتصاديات الدول.

وفي معرض دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ارتأينا أن نطرح الإشكالية التالية:

ما هو القانون الذي يحكم عقد الاستثمار في ظل اختلاف المراكز القانونية لطرفي هذا العقد؟

وتتفرع عن هذه الاشكالية العديد من التساؤلات الفرعية، تتمثل في:

هل تخضع عقود الاستثمار مثل غيرها من العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة أم أن وجود الدولة كطرف في العقد يخرجها من نطاق إعمال هذه القاعدة؟ وإذا كانت تخضع لقاعدة قانون الإرادة فكيف يتم تحديد هذا القانون؟ وما هي الاختيارات المتاحة أمام أطراف العقد؟

وإذا سكت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فما هو القانون الذي يتعين تطبيقه عليهما؟، فهل تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة أم يتعين تحرير هذه العقود من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة؟، وما هو دور المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار؟

ونظرا لخصوصية موضوع البحث وتشعب القضايا التي يتطرق إليها، فقد وظفنا المنهج التحليلي لتحليل جميع الآراء المتعلقة بموضوع البحث التي تم استعراضها في صدد تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، كما سعينا عند عرض كل فكرة إلى تدعيمها بالتطبيقات العملية التي تؤيدها وتساهم في زيادة ايضاحها باعتبار أن الموضوع يعالج قضية عملية، سواء كانت هذه التطبيقات العملية من واقع العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب أو من أحكام القضاء والتحكيم.

ولقد سبقنا في دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار مجموعة من الدراسات نذكر منها: أطروحة الدكتوراه لعدلي محمد عبد الكريم تحت عنوان "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية"، بالإضافة إلى مذكرة لنيل شهادة الماستر لصادق علاوة تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار"، وأيضاً مذكرة لنيل شهادة الماستر لصغير يوسف تحت عنوان "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار أمام قضاء التحكيم".

إن أهم الصعوبات التي واجهت هذه الدراسة هي اتساع الموضوع ذاته، بحيث كان يصعب إلى حد ما دراسة الموضوع بكل جوانبه سواء من الجانب الفقهي، أو التطبيقي القضائي، أو حتى على مستوى

الحلول الدولية التي شملت موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، بالإضافة إلى أن موضوع القانون الواجب التطبيق من أكثر الموضوعات تعقيدا وتشعبا لما يأخذه من أبعاد قانونية واقتصادية وسياسية، فرغم كثرة الدراسات التي تناولت الموضوع فإنها لم تتمكن من الوصول إلى نتيجة مستقر عليها في أغلب المسائل الهامة المتعلقة بها، ولعل هذا راجع إلى سرعة التطورات التي تطرأ على هذه العقود، على نحو يجعل من الصعوبة بمكان أن تستوعب أية دراسة في إطار زمني معين كافة هذه التطورات ولاسيما فيما يصدر من أحكام التحكيم بشأنها.

إضافة إلى وجود نقص في المراجع المتخصصة التي فصلت في موضوع القانون الواجب التطبيق بالتحليل والدقة، مقابل المراجع المعتبرة التي تناولت الموضوع بشكل ثانوي بحيث لم تفصل فيه.

وترتبا على ما تقدم فإن الإجابة على إشكاليات البحث وبلوغ أهدافه اقتضت تقسيمه إلى فصلين:

مقدمة:

- الفصل الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقود الاستثمار.

والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه تحديد قانون الإرادة، بينما المبحث الثاني خصصناه لخضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة.

- الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة.

والذي بدوره قسمناه إلى مبحثين، الأول خصصناه للاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة، والثاني لدور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق.

الخاتمة:

# الفصل الأول:

تطبيق قانون الإرادة على عقود

الاستثمار.

## الفصل الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقود الاستثمار.

حسب ما هو متعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ "حرية أو استقلالية الإرادة"، وهو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقاعدة قانون الإرادة، و الذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص.

و على الرغم من ذلك فقد تعرضت القاعدة المذكورة للعديد من المحاولات التي استهدفت الحد من اختصاصها بتنظيم العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار على وجه الخصوص، وذلك إذا ما أدى إعمال قاعدة قانون الإرادة إلى تطبيق قانون وطني معين و الذي عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة، حيث يسعى الأطراف استناداً إلى مبدأ الحرية و سلطان الإرادة إلى ممارسة بعض السلطات عليه على نحو يخلع عنه صفته كقانون.<sup>1</sup>

و من خلال ما تقدم تنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تحديد قانون الإرادة.

المبحث الثاني: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة.

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 93.

## المبحث الأول: تحديد قانون الإرادة.

يستدعي منا تحديد قانون الإرادة أن نحدد مفهوم مبدأ قانون الإرادة كمطلب أول، نتطرق فيه لتعريف قانون الإرادة مع التعرّيج على الجذور التاريخية لهذه القاعدة وتبيان صور الإرادة ونطاقها الزمني، على أن نقف على مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة.

في مقام الحديث عن مفهوم قانون الإرادة، لا بد من تعريف هذا المبدأ و تبيان جذوره التاريخية وهذا في الفرع الأول، ثم التطرق للصور التي قد تتخذها هذه الإرادة ونطاقها الزمني في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: تعريف فكرة قانون الإرادة وجذورها التاريخية.

إن قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين، أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان لم تكن هي السائدة في بادئ الأمر، حيث كان من المستقر عليه إخضاع العقد لقانون محل إبرامه، فقد جرى الفقه الإيطالي القديم في ظل مدرسة الأحوال القديمة منذ القرن الثاني عشر على إخضاع العقود لقانون الدولة التي أبرمت فيها من ناحية شكلها وموضوعها، تأسيساً على أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف، ومن ثم يتعين إخضاعه لقانون هذا المكان باعتباره هو القانون الذي نشأ التصرف في ظله.

ولقد تعرضت هذه الأفكار للانتقاد، استناداً إلى أن العقد إنما ينشأ نتيجة للفكر الإنساني، ومكان إبرامه لا يعدو أن يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته، وقد تكون نتيجتها تمت بصورة عرضية.

ونتيجة لذلك فقد حاول أحد فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين وهو Ruchus Gurtius في عام 1495 تفسير قاعدة إخضاع العقد لقانون محل الإبرام على أساس مختلف عن ما سبقه، حيث ذهب هذا الفقيه إلى أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو الإرادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدوا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد.<sup>1</sup>

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 96، 97.

وبعد ذلك جاء الفقيه الفرنسي Dumoulin<sup>1</sup> ليستكمل القاعدة بقوله إذا كان قانون محل الإبرام قد فرض اختصاصه استناداً للإرادة الضمنية، فإن من حق المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختيار قانون آخر لحكم عقدهما.

وعندما طرح الفقيه سافيني Savigny في القرن التاسع عشر نظرية "المقر المكاني للعلاقات القانونية" كأساس لتحديد القانون المختص، كان قد قرر خلالها خضوع العقد لقانون مكان تنفيذه استناداً لإرادة المتعاقدين ذاتها، لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقاً الخضوع لقانون مركزها.<sup>2</sup>

ولما جاء الفقيه الإيطالي مانشيني Mancini بنظرية "شخصية القوانين"، أي تطبيق قانون الجنسية على نحو يخالف مبدأ إقليمية القوانين، والتي أقر فيها خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة كاستثناء من المبدأ العام عنده والقاضي بتطبيق القانون الشخصي، إذ يعد من معتنقي شخصية القوانين إلى حد المغالاة لتأثير الظروف السياسية التي كانت سائدة في إيطاليا آنذاك على آرائه، وتعد قاعدة ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من بين الاستثناءات التي أدخلها على مبدأ شخصية القوانين، ولكثرة هذه الاستثناءات قيل بأنها فاقت الأصل وأصبحت أكثر منه.<sup>3</sup>

فقد استقرت منذ ذلك الوقت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وكان مما ساعد على استقرار هذه القاعدة وازدهارها ظهور مذهب الحرية الفردية الذي اعلنته الثورة الفرنسية، ونظام الاقتصاد الحر أو الليبرالي الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفهما من عوامل ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية.<sup>4</sup>

ففكرة قانون الإرادة لم تبسط منطقتها على عقود التجارة الدولية، إلا بمرورها عبر مراحل كرسَتْ فيها نفسها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، بعد أن كانت الأسبقية في الظهور

1- حيث قرر Dumoulin خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة، وذلك بمناسبة فتوى بخصوص النظام المالي للزوجين Gani فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس من أجل تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما، ولقد أفى Dumoulin بأنه وإن كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية، على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون وهو العرف السائد في باريس، وبذلك سعى Dumoulin إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية للقانون تأسيساً على دور الإرادة في العقد، أي الإرادة من يوجد العقد وليس القانون، وهي التي تحدد القانون الذي يخضع إليه العقد. راجع: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 97.

2- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 738.

3- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 34.

4- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 98.

لمبدأ سلطان الإرادة، والذي جعل من الإرادة أساساً لإبرام التصرفات الإرادية، فأصبح هذا المبدأ وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأً ثابتاً في القانون المقارن حيث عم الاعتراف به في جل الأنظمة القانونية.<sup>1</sup>

وإذا أردنا أن نحدد تعريف لمبدأ قانون الإرادة فيمكن القول بأنه تلك الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، و ذلك احتراماً لحقهم الذي منحهم إياه قاعدة الإسناد، فنجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي كرست هذا المبدأ منها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 7 منها نصت على أن "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"، كما نصت المادة 1/3 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أنه "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف..."<sup>2</sup>.

ونحن بصدد تحديد مفهوم قانون الإرادة نتساءل لماذا يسمح القانون للمتعاقدین باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؟ أي لا بد من أسس لهذه الفكرة، ولا بأس أن نعرض عليها.

فمن ناحية القانون تجد القاعدة أسسها الفنية في أن القانون اعترف ابتداءً للأطراف بحق إنشاء وتكوين عقدهم، و من المعروف عليه أن العقد هو نظام قانوني خاص له القدرة على إنشاء قواعد قانونية و إن كانت فردية، ومادام كذلك فمن باب أولى أن يسمح القانون للأفراد باختيار القواعد القانونية أو القانون الذي يحكم عقدهم، فمن يملك الأكثر يملك الأقل.

أما من ناحية ثانية، يعد العقد أداة لتداول الثروات و الخدمات، و أطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول ويستجيب لحركة التجارة الدولية و تنقلها عبر الحدود.

ومن ناحية ثالثة يعد ذلك وسيلة للاقتصاد في تحرير العقود الدولية و صياغتها، فبدلاً من أن يتضمن عقدهم كافة الأحكام القانونية لقانون معين يقدرّون أنه أكثر ملائمة، يكفهم أن يشيروا في سطر باختيارهم هذا القانون ليصبح واجب التطبيق.<sup>3</sup>

1- محمد بلق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011، ص 40.

2- بودالي منية و بوحارة لامية، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015، ص 38.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي- مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق و أزمته، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 164، 165.

الفرع الثاني: صور الإرادة ونطاقها الزمي.

أولاً: صور الإرادة.

هل يشترط أن تكون إرادة الأطراف صريحة لإعمال القانون الذي اتجهت إليه الإرادة، أم يكفي أن تكون إرادة ضمنية بحيث يمكن استنتاجها باستخدام مؤشرات في غياب الإرادة الصريحة؟

إن صور الإرادة في معرض البحث عن القانون واجب التطبيق إما أن تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية،<sup>1</sup> و الإشكال لا يثور بالنسبة للإرادة الصريحة و إنما يثور الإشكال بالنسبة للإرادة الضمنية أين يلتزم القاضي بالبحث عنها من خلال المؤشرات الدالة عليها.<sup>2</sup>

### 1- الإرادة الصريحة:

يقصد بالاختيار الصريح الإرادة الحقيقية و المعلن عنها صراحة في العقد، كأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم العقد، بقولهما أن العقد الذي يبرم بينهما محكوم بقانون دولة معينة،<sup>3</sup> بحيث يلزم كل من القاضي الوطني و المحكم الدولي -فيما لو أحيل النزاع إلى قضاء التحكيم- باحترام تلك الإرادة، إلا أن المحكم يمتاز عن القاضي الوطني بعدم تقييده بالرجوع إلى قانون وطني معين وبالضبط لقواعد التنزع فيه للتأكد من صحة ذلك الاختيار، لأن تنفيذ إرادة الأطراف قد صار في القضاء التحكيمي قاعدة مادية نشأت و ثبتت بال تكرار.<sup>4</sup>

وهكذا فإن تحديد القانون الذي يحكم العقد سيكون غاية في السهولة طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي سيخضع لها العقد، ومن هنا تظهر أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد تفادياً لما يمكن أن يثار لو غاب مثل هذا الاختيار الصريح، حيث يرى البعض "أن المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد الاختصاص التشريعي فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة".<sup>5</sup>

1- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010-2011، ص 212.

2- محمد فواز المطالفة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 137.

3- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 32.

4- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 751.

5- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 107، 108.

ويتحقق الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد في حالة قيام المتعاقدين في العقد بتعيين قانون معين لكي يطبق على العقد عند حدوث أي نزاع بينهم، وإذا ما حدا المتعاقدان في عقدهم صراحة مادة الاختصاص التشريعي، فإنهم يحققون حماية لهم من أخطار عدم وجود ذلك النص حالة نشوب نزاع، فالاختيار الصريح قد يكون تعبير الأطراف صراحة في اختيار قانون محدد تضمنه بندا من بنود عقدهم، وقد يكون وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.<sup>1</sup>

وقد حرص مجمع القانون الدولي عند بحثه لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الأجنبية في دورته المنعقدة بمدينة أثينا عام 1979 على دعوة الأطراف إلى أن يعينوا بأنفسهم وبشكل صريح القانون الواجب التطبيق، حيث نصت المادة 01/04 من قرار المجمع على أنه "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم".

ومن أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد ما نصت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا من أن القانون الغيني هو الواجب التطبيق.

وكذلك ما نصت عليه المادة 39 من العقد المبرم بين شركة Vacuum Salt products ltd وحكومة غانا، والتي نصت على تطبيق القانون الغاني على هذا العقد.<sup>2</sup>

وبالعودة إلى المادة 8 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة اوراسكوم تيليكوم، فقد تضمنت بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق، والتي تنص على أنه "يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها".<sup>3</sup>

## 2- الإرادة الضمنية:

قد يعتمد أطراف عقد الدولة أحيانا إلى إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق خوفا من أن يكون هذا سببا في فشل عملية إبرام العقد،<sup>4</sup> خاصة وأن مهمة إبرام مثل هذه العقود قد يعهد بها إلى فنيين

1- عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد-دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 537.

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 108.

3- مرسوم تنفيذي رقم 416/01 مؤرخ في 05 شوال 1422هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2001م، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية عدد 80، الصادرة في 11 شوال 1422هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 2001م.

4- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 327.

أكثر منهم رجال قانون، مما قد يفترض معه من حيث المبدأ إغفال الإشارة إلى مسألة القانون المختص سهوً منهم.<sup>1</sup>

فالقاضي أو المحكم يلتزم بتحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الإرادة الصريحة و ذلك من خلال الاستدلال عن طريق كافة الظروف و الملابسات المحيطة بالعقد، وهذا ما يؤكد عليه الفقه الفرنسي، إذ أنه بغياب التعبير الصريح للأطراف حول القانون الواجب التطبيق يكون للقاضي البحث عن الظروف والمؤشرات الدالة لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق.<sup>2</sup>

ومن الثابت أنه ينبغي استخدام فكرة الإرادة الضمنية في حالة غياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق بالتحفظ الشديد، لأن أعمالها بصفة مطلقة سيؤدي إلى ظهور و إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من طرف المحكم، و لذلك يسعى دائماً هذا الأخير إلى استخدام قرائن و أدلة إضافية لاستنباط الإرادة الضمنية.<sup>3</sup>

حيث يكون من قبيل الاختيار الضمني لقانون الدولة المضيفة للاستثمار مثلاً إدراج شروط عدم المساس بالعقد و شروط الثبات التشريعي، و التي تؤدي إلى غل يد الدولة المتعاقدة و منعها من تعديل الشروط التعاقدية بإرادتها المنفردة و تجميد القانون المختار وقت إبرام العقد، على الرغم من قيام الدولة بتعديلات لاحقة على قانونها.<sup>4</sup>

أ-موقف الفقه من الأخذ بالإرادة الضمنية:

لقد انقسم الفقه بشأن مسألة الاختيار الضمني إلى رأيين بين رافض و مؤيد:

• الاتجاه الرافض لفكرة الإرادة الضمنية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن إعطاء الحرية للمحكم في البحث عن الإرادة الضمنية يؤدي إلى تحكمه و اخلاله بتوقعات الأطراف، و أن البحث عن الإرادة الضمنية ما هو إلا مجرد وهم و خيال،<sup>5</sup> مستنديين في ذلك إلى أن غياب الاختيار الصريح يرجع لسببين، الأول هو أن يكون الأطراف قد أغفلوا هذا الاختيار ولم

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 751.

2- Stéphane Chatillon, **Le contrat international**, 3ème édition, Vuibert, Paris, France, 2007, p 271.

3- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص486.

4- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، دون طبعة، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص68.

5- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 151.

ينتهيوا له، وهذا احتمال نادر الحدوث في ظل العقود الحديثة، والسبب الثاني هو أن أطراف العقد تعمدوا عدم إثارة هذه المسألة وذلك خوفاً من الخلاف الذي قد يؤدي إلى عدم التعاقد، وفي كلتا الحالتين لا يمكن الادعاء بوجود إرادة ضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق، وتصدي المحكم أو القاضي للبحث عن هذه الإرادة يؤدي إلى تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف ولا يعبر عن إرادتهم الحقيقية.<sup>1</sup>

ويدعم هذا الفقه رأيه بعدة حجج، أبرزها أن أغلب العقود التي تبرمها الدولة تتضمن بنداً ينص على القانون الواجب التطبيق، وإذا لم يتضمن العقد مثل هذا البند، فإن ذلك يعد مقصوداً ومتمعداً من قبل أطراف العلاقة، لذلك فإن البحث عن الإرادة الضمنية مجرد وهم وخيال وأنه من غير المنطقي في ظل المشروعات الحديثة الحديث على أن الأطراف قد أغفلوا الإشارة الصريحة إلى قانون العقد، وأنهم أرادوا ترك مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق إلى اجتهاد المحكم، ولعل المسألة تطرح بشدة أمام المحكم أكثر منها أمام القاضي لما يتمتع به من سلطة التوسع في تفسير هذه القرائن.<sup>2</sup>

حيث أن إعطاء المحكم هذه السلطة من شأنه أن يجعل المحكم يتعسف في استعمال هذه السلطة، وقد يصل به الأمر إلى أن يعين قانون العقد بأهوائه الشخصية تحت ستار الإرادة الضمنية.<sup>3</sup>

فالواقع أن مثل هذا الاتجاه الرافض لفكرة الإرادة الضمنية يعاب عليه مناقضة المنطق القانوني السليم، فعدم الاعتداد بالإرادة الضمنية وإلحاقها بالعرض الخاص بعدم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق أمر يناقض المنطق الصحيح، لما يؤدي إلى إلغاء قاعدة الإسناد الرامية إلى إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة.<sup>4</sup>

#### • الاتجاه المؤيد لفكرة الإرادة الضمنية:

أجمع أنصار هذا الاتجاه على أنه توجد منطقة وسطى بين الاختيار الصريح وحالة عدم الاختيار وهي الاختيار الضمني الذي هو حقيقة وليس خيال، وينبغي التسوية بين الإرادة الضمنية والإرادة الصريحة

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية- في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 340-341.

2- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 131.

3- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 238.

4- صادق علاوة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2015-2016، ص 63.

في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد شريطة أن يتأكد المحكم أو القاضي من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن يطمئن لها، لأنها تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين،<sup>1</sup> حيث يتوجب على المحكم أن يحترم الإرادة الضمنية للأطراف، فجوهر عمل المحكم هو البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك من خلال بعض المؤشرات الضمنية.

فأغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية أكدت على المساواة بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية،<sup>2</sup> ولم تكتفي بالنص على التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية بطريقة خالية من الضوابط، بل شددت على وجوب أن تكون الإرادة الضمنية للأطراف مستنبطة بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ملابسات التعاقد.<sup>3</sup>

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى ما أقره مجمع القانون الدولي بدورة انعقاده بمدينة Bâle بسويسرا عام 1991 والذي جاءت المادة 203 منه على النحو الآتي: "عند عدم اختيار صريح لقانون العقد يتعين أن يستخلص الاختيار الضمني لهذا القانون من ظروف معبرة تكشف بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن"، واستندوا أيضا إلى أحكام محاكم التحكيم التي اخذت بفكرة الاختيار الضمني، ففي العقد الذي أبرم بين شركة قطاع عام بالجزائر وإحدى الشركات الأمريكية بهدف إنشاء ومد سكك حديدية إلى منطقة جبال جرجرة في الجزائر، فعندما ثار نزاع بين الطرفين وتم اللجوء إلى محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC، قامت محكمة التحكيم بالبحث على القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث أن هذا الأخير جاء خاليا من الاختيار الصريح لقانون العقد، وبالتالي قررت محكمة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية، فتوصلت إلى تطبيق القانون الجزائري لأنه كان إبرام وتنفيذ العقد.<sup>4</sup>

وفي قرار تحكيم Saphire استخلص المحكم من شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي ومفهوم القوة القاهرة والإشارة على المبادئ العامة للقانون بأنها إشارات ضمنية من الأطراف لاختيار تطبيق القانون الدولي.<sup>5</sup>

1- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 276.

2- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 132-133.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 234.

4- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 342.

5- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 205.

## ب- موقف التشريعات الوطنية من الإرادة الضمنية:

إن أغلب النظم والتشريعات الداخلية الوطنية، قامت بالمساواة بين الإرادة الضمنية والصريحة، معتبرة الإرادة الضمنية إرادة حقيقية، ومن بين هذه القوانين الداخلية، نذكر على سبيل المثال المشرع المصري الذي نص في المادة 1/119 من القانون المدني المصري على أنه "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، وهو نفس ما عبرت عنه المادة 25 من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى، بالإضافة إلى المادة 19 من القانون المدني الليبي، و المادة 20 من القانون المدني السوري والمادتين 11 و 13 مدني سوداني، وهذا هو الرأي المستقر عليه أيضا في الفقه والقضاء الأردني، وكذلك المادة 1/27 من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة 1986، والقانون الخاص السويسري لسنة 1987 والتي نصت على أنه "اختيار القانون يجب أن يكون صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف"، والقانون الروسي الصادر عام 2001 في مادته 2010،<sup>1</sup> وفي النظام القانوني الإنجليزي صدر قانون التحكيم لسنة 1996، حيث نصت المادة 47 منه على أنه "تلتزم هيئة التحكيم بأن تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف لينطبق على موضوع النزاع أو إذا لم يتفق الأطراف، وفقا لأية اعتبارات أخرى يتفقوا عليها أو تحددها هيئة التحكيم".<sup>2</sup>

أما موقف المشرع الجزائري من الاختيار الضمني فإنه يمكن استنتاجه من خلال كل من المادة 18 والمادة 60 من القانون المدني الجزائري،<sup>3</sup> حيث يلاحظ أنه من خلال نص المادة 18 التي أقرت ضابط الإسناد المتعلق بالعقود الدولية أنه جاء عاما، بحيث أقر حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق دون أن يتولى تحديد أنواع هذا الاختيار،<sup>4</sup> على عكس المشرع المصري في المادة 19 من قانونه المدني<sup>5</sup> الذي أخذ بالإرادة الصريحة وحتى الضمنية التي يستخلصها من الظروف.

1- صغير يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار أمام قضاء التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر- سعيدة، 2016-2017، ص 42.

2- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 133.

3- الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975م، والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـ الموافق لـ 13 مايو 2007م، الجريدة الرسمية العدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

4- تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

5- تنص المادة 19 من القانون المدني المصري "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وبذلك يمكن أن تتم العقود الدولية ويحدد فيها صراحة القانون الواجب التطبيق، على أن ذلك لا يمنع من أنه قد تطرأ حالات يكون فيها العقد خاليا من مثل هذا البند، فالسؤال يطرح هنا فيما إذا كانت هذه الحالة تدفع القاضي للبحث عن القانون الذي حددته الإرادة الضمنية للمتعاقدين أو يجب أن يلجأ في ذلك مباشرة إلى تطبيق قانون محل الإبرام؟ ولقد اختلفت الآراء في هذا الشأن:

- حيث يرى البعض ضرورة الرجوع إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ودليلهم في ذلك أن المادة 60 من القانون المدني،<sup>1</sup> التي نصت على الأخذ بالإرادة الضمنية إلى جانب الإرادة الصريحة في إطار النظرية العامة للعقد.

- أما الرأي الثاني فيرى أن يأخذ فقط بالإرادة الصريحة دون الرجوع إلى الإرادة الضمنية، ويرجعون سبب ذلك أن المبرر الذي أعتمد من قبل الرأي الأول ليس له أساس قانوني لأن المادة 60 السابقة الذكر تقتصر على العقود الداخلية فقط ولا تطبق بذلك على العقود الدولية.

- أما الرأي الثالث، فترك المسألة رهينة بموقف القضاء، فهو وحده في نظره الذي تكون له كلمة الفصل في هذا الموضوع الشائك، لكن هذا الرأي منتقد ذلك لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية التي تكون موجودة نظرا للسلطة التي قد تمنح له وفقا لهذا الرأي، لذلك رأينا أن وجود النص العام الذي يقرب خضوع العقد لحرية الاختيار دون تحديد نوع هذا الاختيار، يجب أن يفهم على عموميته بحيث يأخذ في هذا النص بالاختيار الصريح والضماني معا، وفي حالة سكوت الأطراف كليا يرجع إلى قانون محل الإبرام لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.<sup>2</sup>

فبما أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا في كل من المادة 18 مدني والمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،<sup>3</sup> فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أجاز الاعتداد بالاختيار الضمني.

1- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه".

2- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 48-49.

3- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008 م.

تنص المادة 1050 "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

ثانياً: النطاق الزمني لقانون الإرادة: أي متى يتم اختيار قانون العقد؟

إن اختيار قانون العقد هو رخصة للمتعاقدين وحدهم، فإن تقاعسوا في ذلك أو لم يستعملوا الحق في اختيار قانون العقد وقع على القاضي عبء ذلك التحديد، وفي هذه الحالة لا تثور صعوبة لأن وقت التحديد في هذه الحالة هو لحظة طرح النزاع على القاضي.<sup>1</sup>

أما في حالة تحديد المتعاقدين لقانون العقد بأنفسهم، فإن القاعدة العامة تقضي أن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يكون عند إبرام العقد الأصلي بموجب شرط يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه،<sup>2</sup> ولا يخفى أن تحديد قانون الإرادة عند التعاقد من شأنه أن يحقق اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات واستقرار الرابطة القانونية، لما يوفره للمتعاقدين من علم منذ البداية بالقانون الذي يطبق على عقدهم.

وإذا كان لا يحول دون إمكانية إبرام العقد عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لتعذر التراضي على تحديد هذا القانون عند إبرام العقد، فإن التساؤل يثور عما إذا كان للأطراف بعد إبرام العقد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهل يعتد القاضي أو المحكم بهذا الاختيار اللاحق لقانون العقد؟

يذهب غالبية الفقه إلى تحويل المتعاقدين الحق في الاختيار اللاحق لقانون العقد، حيث يمكنهم تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة متأخرة وعند طرح النزاع القائم بينهم أمام المحكمة المختصة بالموضوع وقبل الفصل في النزاع، وهو ما من شأنه التيسير على المتعاقدين، وتحقيق فعالية قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، فما دام تحديد القانون الواجب التطبيق هو مهمة الأطراف بالدرجة الأولى، فإنه يتعين الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون،<sup>3</sup> بالإضافة إلى أنه يمكن للأطراف العدول على القانون الذي اختاروه واستبداله بقانون آخر في أي مرحلة من مراحل التحكيم.<sup>4</sup>

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 179.

2- عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 539.

3- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 112، 113.

4- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 481.

## المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

لقد تعددت الرؤى وتفرقت الاتجاهات بخصوص مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا بحسب المعيار المستعمل واختلاف زاوية الرؤية لموضوع القانون الواجب التطبيق على العقود، وبالأخص عقود الاستثمار لما لها من أهمية بالغة لمساسه بمصالح المتعاقدين، وسوف نتطرق لأهم هذه الاتجاهات:

### الفرع الأول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع.

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

**الاتجاه الأول:** ذهب فقهاء هذا الاتجاه إلى القول أن للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بدون شرط أو قيد، وكل ما يجب توافره هو أن يكون هذا الاختيار قائماً على حسن نية، فإذا توفر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار ولو كان القانون منبت الصلة بالعقد،<sup>1</sup> بحيث تركوا الباب مفتوحاً أمام طرفي العلاقة العقدية لاختيار القانون الواجب التطبيق أياً كان، على أن يكون اختياره برضا متبادل من الأطراف ولأسباب منطقية أو معقولة.<sup>2</sup>

**الاتجاه الثاني:** قام فقهاء هذا الاتجاه بتقييد حرية المتعاقدين في الاختيار، فاشتروا أن يكون القانون المختار الواجب التطبيق على صلة حقيقية بالعقد، فإرادة أطراف التعاقد تنحصر في تركيز العقد في مكان معين طبقاً لملازمات هذا العقد، والتي يطلق عليها مركز الثقل العقدي، فإرادة المتعاقدين ينبغي عليها أن تعبر عن مركز الثقل العقدي، فإذا اتجهت إلى قانون بعيد عنه فيجب على المحكم إهمالها وطرح القانون المختار جانباً، واختيار قانون آخر أكثر اتصالاً بالعقد من الناحية الواقعية.<sup>3</sup>

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وذلك حسب نص المادة 18 من القانون المدني في فقرتها الأولى، حيث نصت على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد..."<sup>4</sup>

1- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 334.

2- صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 187.

3- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع نفسه، ص 334، 335.

4- الأمر 58-75 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-07، المرجع السابق.

الاتجاه الثالث: وقد قام أنصار هذا الاتجاه بالتوفيق بين الاتجاهين السابقين، فذهبوا إلى أن إرادة المتعاقدين في الاختيار ليست مطلقة كما ذهب أصحاب الاتجاه الأول وليس مقيدة كما قال أنصار الاتجاه الثاني، وإنما اشترطوا لصحة الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد، ويتحقق ذلك باختيار قانون جنسية أو موطن أحد المتعاقدين أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذ العقد.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار.

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

أولاً: الرأي الذي يرى بإلزامية اختيار قانون تابع لدولة معينة.

يرى أنصار هذا الرأي، أن التنازع بين القوانين بالمفهوم الضيق لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقاً لمبادئ القانون الدولي العام، ومن ثم فإن فكرة قانون الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدان أو أطراف العلاقة التعاقدية في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة، إن بدا أكثر ملائمة، بمعنى أنه إذا قام المتعاقدان باختيار قانون العقد إعمالاً لقاعدة التنازع التي تجيز لهم هذا الاختيار في مجال الروابط العقدية الدولية، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع اختيارهم عليه هو قانون وطني لدولة معينة، فوفقاً لهذا الفقه التقليدي فإن الشرائع التي لا تنتهي إلى سيادة إقليمية معينة مثل قواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج منطقياً من نطاق التنازع.

وهو ما حرصت على تأكيده العديد من التشريعات الوطنية، فقد نصت المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة..."، كما نصت المادة 5/10 من القانون الإسباني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف صراحة...".

كذلك فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 يونيو/حزيران 1950 على أن "كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة"، وهو ما سبق أيضاً أن أكدته محكمة العدل الدولية

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 335.

الدائمة في حكمها الذين أصدرتهما في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية عام 1929، حيث قضت بأن "كل عقد ليس عقداً بين دولتين بصفتهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في قانون وطني".

ثانياً: الرأي الذي يرى بعدم الزامية اختيار قانون وطني لدولة معينة.

وفي مقابل الرأي الأول الداعي لإلزامية اختيار قانون وطني تابع لسيادة دولة معينة، يرى جانب آخر من الفقه مراعاةً لتطورات وحاجات التجارة الدولية، وظهور طوائف جديدة من العقود الدولية ذات التركيب المعقد، أنه يمكن تصور التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين عملاً بقاعدة التنازع التي تخول لهم حق اختيار قانون العقد، الاختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك اختيار قواعد ذات صبغة دولية لا تنتمي إلى سيادة إقليمية معينة تكون أكثر اتفاقاً وملائمة، مثل الأعراف الجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، أو أن يختاروا أحكام القانون الدولي العام لتنظيم العقد المبرم بينهما.

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بهذا الاتجاه، الذي يمنح الإرادة إمكانية اختيار قواعد قانونية غير وطنية، وذلك بتبنيها لقواعد تشريعية تمنح الأطراف حرية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، حيث تنص المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه "يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..."، كما تنص المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أنه "تفصل هيئة التحكيم وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..."، وبذلك أخذ أيضاً المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 عندما منح الأطراف بموجب المادة 1/39 سلطة تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

وهذا هو الاتجاه الذي اعتنقته أيضاً اتفاقية واشنطن لعام 1965، إذ تنص الجملة الأولى من المادة 1/42 على التزام المحكم بالفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف، وفي التعليق على هذه الجملة يشير البعض إلى أنه "بموجب هذه الجملة فإنه يلزم التصديق المطلق على ما يتفق عليه الأطراف، فيحق للأطراف اختيار أي قانون لينطبق على علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر عما إذا كان اختيارهم للقانون الواجب التطبيق اختياراً عقلاً أم لا، والقانون المختار قد يكون قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون الدولة المضيفة وقد يكون مجموعة من القواعد التي يتفق عليها الأطراف"<sup>1</sup> والتي تكون لها طبيعة دولية فيما قد يوصف أحياناً بالقانون الدولي للعقود أو المبادئ العامة

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 116-118.

للقانون أحيانا أخرى، فضلا عما يطلق عليه الفقه الغربي القانون التجاري الدولي أو أعراف التجارة الدولية.<sup>1</sup>

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الاتجاه وذلك يتضح من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بالقواعد القواعد الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".<sup>2</sup>

1- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 200.

2- القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق.

## المبحث الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة.

إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار على غرار العقود الدولية الأخرى تجعل مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق أمراً في غاية الحساسية، إلا أن أغلب التشريعات والاتفاقيات تعترف للأطراف بحرية الاختيار، وسنقسم هذا المبحث الذي يتناول خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة إلى مطلبين، المطلب الأول نستعرض فيه الخيارات الممكنة أمام أطراف عقد الاستثمار، والمطلب الثاني نتطرق فيه لشرط الثبات التشريعي ومدى الزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي أو المحكم.

### المطلب الأول: الخيارات المتاحة لأطراف عقد الاستثمار.

يعتبر الاتفاق المسبق على القانون الواجب التطبيق على العقد أمراً في غاية الأهمية، فعدم النص عليه قد يؤدي إلى وضع معقد من حيث حسم المنازعات أمام كل من القضاء والتحكيم.

ويلاحظ من الناحية العملية أن الغالب هو اتفاق الأطراف في عقود الاستثمار على تطبيق قانون وطني سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون المستثمر الأجنبي الطرف في العقد، كما يمكن أن يحصل اتفاق على تطبيق قانون دولة ثالثة محايدة، وكذلك فقد يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، أو يتفقوا على إخضاع عقدهم للقواعد العبر الدولية (قواعد قانون التجارة الدولية)، ومع ذلك يثور التساؤل عن مدى مشروعية هذه الاشتراطات العقدية المختلفة التي تحدد القانون الحاكم للعقد؟ وعن مدى قابلية القانون المختار للتطبيق على هذه العقود؟<sup>1</sup>

### الفرع الأول: اختيار أحد القوانين الوطنية.

لقد ذهبت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها 14-15 للذين أصدرتهما بخصوص قضيتي القروض البرازيلية و الصربية عام 1929 إلى أنه "كل عقد ليس عقداً بين دولتين بصفتها من أشخاص القانون الدولي العام، لا بد أن يجد أساسه في قانون وطني..."، وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 21 يونيو/ 1950 على أنه "كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة"<sup>2</sup>، وهذا ما يستند عليه في إخضاع عقد الاستثمار لقانون وطني لدولة معينة، وذلك إما بإخضاعه لقانون الدولة المضيفة للاستثمار أو لقانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون دولة ثالثة محايدة.

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 119.

2- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 487.

## أولاً: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

يمكن للأطراف المتعاقدة أن تختار قانوناً معيناً لتطبيقه على عقد الاستثمار، كالقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، إذا كان الأطراف قد اختاروا هذا القانون صراحة ليحكم عقدهم، أو كانت الملابس والظروف المحيطة بالعقد يتبين منها اتجاه إرادتهم الضمنية إلى اختيار هذا القانون.

ويتم اختيار هذا القانون في الغالب لأنه هو قانون محل الإبرام وقانون دولة التنفيذ كما أنه يعتبر أكثر قانون له صلة جوهرية بالعقد ما دام الدولة طرفاً في هذا العقد، وعليه فإن القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو الذي يطبق على عقد الاستثمار متى اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى ذلك.<sup>1</sup>

ومن أمثلة الاختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المضيفة ما نصت عليه المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا، بأن القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.<sup>2</sup>

ومن الأمثلة أيضاً الاتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية وإحدى الشركات العمانية، في عقد توريد وتشيد وتصميم وتشغيل وصيانة مصنع لإنتاج الجير المائي والجير المحروق لفائدة الشركة العمانية والذي أبرم سنة 1978، وكان من ضمن شروط العقد التي طبقتها محكمة التحكيم، اتفاق المتعاقدين على إسناد موضوع النزاع إلى القانون العماني باعتباره القانون الواجب التطبيق.<sup>3</sup>

أما إذا لم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون الدولة المضيفة ليحكم العقد، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم أن يبحث على الإرادة الضمنية من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وقد أوضح الفقه وقضاء التحكيم أنه توجد عدة قرائن للدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق، فعلى سبيل المثال يمكن الأخذ بقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد.<sup>4</sup>

1- مسعودي يوسف، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية- أدرار، العدد السابع والثلاثين، 18 فيفري 2016، ص 245.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 120.

3- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 206، 207.

4- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 340.

ومن أمثلة الاختيار الضمني للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، قضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وحدى الشركات الأمريكية، وبالرغم من عدم وجود اختيار صريح إلا أن محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC قامت بتطبيق القانون الجزائري لأنه مكان إبرام وتنفيذ العقد.<sup>1</sup>

وعلى الرغم من أن قانون الدولة المضيفة هو النظام القانوني الذي عادة ما يكون مختصا بحكم هذه النوعية من العقود، وهو الذي اختاره المتعاقدان لحكم عقدهما، واستقرار مختلف النظم القانونية على وجوب تطبيق القاضي أو المحكم هذا القانون بوصفه قانون الإرادة، فإن مراجعة السوابق التحكيمية بشأن منازعات الاستثمار، تدل على وجود اتجاه لدى بعض هيئات التحكيم إلى استبعاد قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار استنادا إلى العديد من الحجج التي ساقها المحكمون، مثل تخلف هذا القانون وعدم ملائمة لمعاملات التجارة الدولية، أو بحجة استكمال النقص في قواعد هذا القانون، أو بحجة تعارض قواعده مع النظام العام الدولي، وهو ما سنتطرق إليه في الحالات التالية:

#### 1-عدم ملائمة قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة لمعاملات التجارة الدولية:

استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات الاستثمار تطبيق القانون الوطني للدول المضيفة للاستثمار، بالرغم من أنه القانون المناسب لحكم هذه العقود، بحجة أن هذه القوانين الوطنية غير متماشية مع حاجات المعاملات الدولية، لما يشبوها من قصور في التشريع، أو نظرا لطبيعتها الدينية لاسيما على حد زعمهم قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع والتي لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود مثل عقود الامتياز البترولية، وكذلك قوانين الدول النامية التي لم تتضمن التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة التي تتضمنها بعض العقود مثل عقود نقل التكنولوجيا، ومن ثم يتعين استبعادها لصالح المبادئ العامة للأمم المتعدية.<sup>2</sup>

ومثال ذلك قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Oil التي أبرم العقد معها، حيث اتفقا على أن القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق، غير أن المحكم Sir Alfred Backnill وعلى الرغم من أن هناك عوامل موضوعية و أدلة قوية تشير إلى أن القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق، إلا أنه أعرب عن قناعته التامة بأن القانون الإسلامي لا يتضمن أي مبادئ قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية من العقود، وانتهى إلى تطبيق قواعد العدالة والإنصاف.<sup>3</sup>

1- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 342.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 123.

3- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع نفسه، ص 337.

## 2-النقص في قواعد القانون الوطني:

ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى استبعاد تطبيق القانون الداخلي بالرغم من وجود اتفاق من الأطراف على تطبيقه، وذلك بحجة استكمال النقص الذي قد يوجد في قواعد هذا القانون، من خلال اللجوء إلى قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص.<sup>1</sup>

ومثال ذلك قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Fields الإنجليزية، حيث استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد، رغم النص صراحة على أن القانون الروسي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع حسب ما نصت عليه المادة 75 من العقد المبرم بينهما، وأوضحت أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط وما عدا ذلك من مسائل فإنه يخضع للمبادئ العامة للقانون.<sup>2</sup>

## 3-تعارض قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار مع المبادئ العامة للقانون الدولي:

تدل السوابق التحكيمية بشأن المنازعات الاستثمار الدولية، على اتجاه بعض هيئات التحكيم إلى استبعاد بعض قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار، بحجة أن هيئة التحكيم تملك في العلاقات عبر الدولية وتطبيقاً لفكرة النظام العام الدولي، حق استبعاد بعض قواعد هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي.

ومثال ذلك قضية Aminoil ضد حكومة الكويت، حيث قدرت هيئة التحكيم أن القانون الكويتي وإن كان هو الأكثر ارتباطاً ببعض نقاط النزاع، إلا أنها سوف تطبق بالإضافة إلى هذا القانون مبادئ القانون الدولي وبصفة عامة المبادئ العامة للقانون، وانتهت الهيئة إلى أنه على الرغم من تعدد مصادر القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إلا أنه لا يوجد تعارض فيما بينها، فمن ناحية يعتبر القانون الدولي جزءاً لا يتجزأ من القانون الكويتي، وهكذا انتهى الأمر بعدم تطبيق القانون الكويتي وحده، بحيث نالت شركة Aminoil مرادها بتطبيق المبادئ العامة للقانون.

ويتضح مما تقدم أن هذا الاتجاه الذي اتبعته هيئة التحكيم قد استهدف استبعاد بعض قواعد قانون الدول المضيفة للاستثمار لصالح أحكام القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون، ومما لاشك فيه أن الأخذ بهذا الاتجاه من شأنه أن يؤدي إلى الإنقاص من حقوق الدولة المضيفة وفقاً لقانونها الداخلي،

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 125.

2- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 336، 337.

ويؤدي في المقابل إلى حصول المستثمر الأجنبي على حقوق لم يكن يكفلها له تطبيق هذا القانون على النزاع.<sup>1</sup>

ثانياً: اختيار قانون الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي.

وقد وجدت لهذه الحالة أمثلة عملية عرضت على التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، ومن تلك الأمثلة النزاع الذي نشأ عن اتفاق الشركة الكاميرونية للاتصالات اللاسلكية واحدى الشركات الأمريكية، على أن تقوم الأخيرة بإنشاء محطة للاتصال بالأقمار الصناعية لصالح الأولى في جمهورية الكاميرون، على أن تورد الشركة الأمريكية المحطة وتركيبها وتسلمها جاهزة للتشغيل، إلا أنه تبين بعد ذلك عدم صلاحيتها لوجود عيوب فنية نتيجة خطأ من الشركة الموردة، حيث تبين للمحكمة أن العقد قد تضمن شرطاً للتحكيم واتفاقاً على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية.<sup>2</sup>

ثالثاً: اختيار قانون دولة ثالثة محايدة.

يمكن للمتعاقدين أن يختاروا قانون داخلي لدولة ثالثة أجنبية على العقد، إذا كان يريان أن هذا القانون ملائماً لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها، وذلك لما يتضمن من احكام تنظم عقدهما بصورة معينة أو بصورة أكثر تفصيلاً وأفضل من النتيجة التي كانت ستحققها الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية، كأن يقوم الطرفان باختيار القانون السويسري نظراً لما يحققه ذلك من قيود أقل، كما هو الشأن في الكثير من عقود الاستثمار التي تبرمها الشركات الأوروبية مع الدول النامية، لاسيما بعد صدور قانون جديد للالتزامات العقدية سنة 1985.<sup>3</sup>

وهو أيضاً ما تعمل على الأخذ به المشروعات الصناعية الأمريكية في تعاملاتها التكنولوجية مع دول أوروبا الشرقية ودول العالم الثالث، حيث يغلب أن تتضمن أغلب عقودها النص على أن يسري القانون السويسري للالتزامات باعتباره القانون الواجب التطبيق على العقد.

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 126-128.

2- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص 205-206.

3- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 55.

وهو ذات المنهج الذي اتبعته الشركات الصناعية الأوروبية مع الحكومة المصرية والشركات التابعة لها، من ذلك مثلا نص المادة 2/12 من العقد المبرم بين الهيئة العربية للتصنيع وشركة ويست لاند للهليكوبتر، والتي جاءت على النحو التالي "يخضع ذلك الاتفاق وينشأ وفقا للقوانين السويسرية".<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: اختيار قواعد القانون الدولي العام.

قد يختار الأطراف في عقود الاستثمار قواعد القانون الدولي العام كقانون حاكم لعقدهم، وهو الذي يقصد به في هذا الخصوص "مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، ولاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية واتفاقات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول".

وقد اختلفت الآراء الفقهية بين مؤيد ومعارض، بشأن مشروعية اختيار الأطراف في عقود الاستثمار لقواعد القانون الدولي لحكم عقدهم واعتباره القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، وسوف نعرض رأي كل اتجاه على حدى.

### أولا: الرأي المعارض لإمكانية اختيار القانون الدولي العام:

ينكر البعض من الفقه على أطراف عقد الاستثمار القدرة على إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، حيث يرفضون تطبيق هذه القواعد حتى وإن حدد الأطراف هذا القانون باعتباره القانون الذي يحكم اتفاقهم، استنادا إلى أن هذا الاختيار لا يمكن أن يجعل منه قانونا مناسباً لحكم العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، حيث يحكم هذا القانون العلاقة بين الدول أو غيرها من الأشخاص الدولية، وهو لا يعترف بالأفراد كجزء من هذا النظام، إذ أن هذه القواعد كما يؤكد البعض لا تسري إلا على العلاقات التي تتم بين أشخاصه،<sup>2</sup> والطرف المتعاقد مع الدولة لا يتمتع بصفة الشخص في نظر القانون الدولي العام، وبالتالي فعقد الدولة لا يعد اتفاقا دوليا بسبب وجود طرف خاص في العقد.

وقد أوضح الأستاذ Wengler أن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون الدولي، ولم تضاف عليه هذه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، لا يمكن أن يندمج في النظام القانوني الدولي، ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام.<sup>3</sup>

1- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص 207-208.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 132.

3- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 351-352.

ثانياً: الرأي المؤيد لإمكانية اختيار القانون الدولي العام لحكم موضوع النزاع:

بينما يذهب البعض الآخر من الفقه أن للمتعاقدين إمكانية اختيار قواعد القانون الدولي العام لكي يكون القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهذا استناداً إلى الحجج التالية:

- أنه من تمام الاعتراف بمبدأ حرية الإرادة، السماح للمتعاقدين باختيار ما يشاؤون من القواعد لتكون واجبة التطبيق على العقود التي يبرمونها سواء كانت وطنية أو دولية أو عرفية و أي استثناء على ذلك يعد تقييداً للمبدأ وتراجعا عن تبنيه.

- أنه و إن كانت بعض الدول تلجأ إلى فرض قانونها الداخلي ليكون واجب التطبيق على عقود الاستثمار، إلا أن صياغة بعض القواعد الداخلية تسمح بتطبيق قاعدة دولية أو تعلق تطبيق القانون الداخلي في حالة تعارضه مع قواعد القانون الدولي العام، وهنا يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي العام.<sup>1</sup>

- إن القانون الدولي العام يتضمن العديد من القواعد القانونية التي تتيح للقاضي الدولي حل أي نزاع قد ينشب بين أشخاص قانونية مختلفة.

- إن تأمين هذا القانون لمصالح الشركات الأجنبية هو الذي جعله صالح لعقود الدولة.

- إن الدولة التي تتعاقد خارج نظامها القانوني هي دولة تتعاقد بحسب النظام القانوني للقانون الدولي العام، فخضوع عقود الدولة لقضاء التحكيم الدولي في حل نزاعاتها، يعني أن هذه الدولة تعمل في إطار القانون الدولي.<sup>2</sup>

ويعتبر أبرز من نادى بهذه الفكرة الأستاذ Mann، فقد ذهب إلى أنه يسلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني، إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأن هذا القانون هو القانون المناسب للعقد، فالدولة غالباً ما ترفض الخضوع لقانون أجنبي والأشخاص الخاصة المتعاقدة معها ترفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة، ولذلك فإن اللجوء إلى تطبيق أحكام القانون الدولي العام يعد بمثابة الوسيلة الفعالة اللازمة لمواجهة هذه الظروف التي توافق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم،<sup>3</sup> وهو ما أقرته التوصية الصادرة عن معهد

1- قروي سميرة، أطرفض منازعات الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور- خنشلة، العدد السادس، جوان 2016، ص 116، 117.

2- هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 370.

3- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 350.

القانون الدولي لعام 1979 التي أكدت على حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على العقد.

حيث نصت المادة 2 فقرة 2 من توصيات المجمع الدولي الذي عقد في أئينا عام 1979 على أنه "يكون للأطراف الحق في اختيار كقانون حاكم للعقد، إما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، وإما المبادئ العامة للقانون، وإما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية وإما القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر القانونية"، مع التحفظ بعد التطرق إلى مسألة النظام العام والقواعد الآمرة في القوانين الداخلية، حيث ذهبت توصية معهد القانون الدولي إلى أن إرادة الأطراف تقبل فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق التقييد أو حتى الاستبعاد باستخدام قواعد النظام العام أو القوانين الآمرة في تفصيل مشكلة النظام العام والقواعد الآمرة بشأن الموضوع، وبالتالي يمكن لأطراف عقد الاستثمار اختيار قواعد القانون الدولي العام لحكم عقدهم، ما دام لا يوجد قيد يقرر أن هذا الاختيار يخالف النظام العام للدولة المتعاقدة.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: اختيار قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.

قد يختار الأطراف في عقود الاستثمار، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يتمتع بأقصى درجات تحرره أمام التحكيم، إخضاع عقدهم لمجموعة من القواعد عبر الدولية، والتي لا توصف بكونها قواعد داخلية ولا قواعد دولية، ولكنها مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية، والتي تشكل معطياتها الأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية، ويطلق عليها الفقه الغربي المصطلح اللاتيني *Lex mercatoria*، وفي الفقه العربي يستخدم ذات المصطلح بصورته اللاتينية أو منطوق باللغة العربية أي "لكس مركاتوريا"، مع استخدام مصطلح مرادف في أغلب الأحوال، ودون الخوض في كثرة المترادفات<sup>2</sup> فقد رأينا استخدام مصطلح قواعد قانون التجارة الدولية لشيوعه ووضوحه.

### أولاً: تعريف قانون التجارة الدولية:

لقد تعددت التعريفات الفقهية لقانون التجارة الدولية، غير أن الملاحظ عليها هو عدم اتفاقها على تعريف موحد، حيث يختلف الأمر تبعاً لاختلاف مذهب كل فقيه، فيعرفه أحد الأساتذة بقوله "إن قانون التجارة الدولية يتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية والعلاقات المالية

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 135، 136.

2- إن المترادفات التي تعطى لهذه القواعد كثيرة ومتعددة نذكر منها: قانون عبر الدول أو القانون العرفي عبر الدولي أو قانون الأعمال عبر الدولي أو القاعد عبر الدولية أو القانون الطائفي أو القواعد غير الوطنية أو القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أو القانون الاقتصادي عبر الدولي، وغيرها من التسميات المتشابهة التي تصب في نفس المعنى.

المصاحبة لتلك التعاملات"، كما يعرفه أستاذ آخر بأنه "النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود أو الأدوات التي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية"

كما عرفه الأستاذ بشار محمد الأسعد في كتابه الذي يحمل عنوان "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة"، بأنه: "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية".<sup>1</sup>

ثانيا: موقف الفقه من قانون التجارة الدولية أو القانون عبر الدولي:

لقد اختلف الفقه حول تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني إلى اتجاهين رئيسيين:

فالاتجاه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية، يرى أن القانون العابر للدول يعتبر النظام القانوني الطبيعي للعلاقات المختلفة أي تلك التي تتم بين الدول والأشخاص الأجنبية، حيث أوضح الفقيه La Live أن القانون العابر للدول هو نظام قانوني مخصص لكي يحكم بعض المراكز الاقتصادية التي لا يمكن بصدها تطبيق القانون الداخلي ولا القانون الدولي، وقد اقترح هذا الفقيه هجر التقسيم الثنائي للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلي و قانون دولي والأخذ بالتقسيم الثلاثي، فعندما يتعذر اللجوء إلى القانون الوطني أو الدولي فإنه يمكن اللجوء إلى نظام ثالث يقع في منطقة وسط وهو القانون العابر للدول.

أما الاتجاه الثاني المناهض لنظرية قانون التجارة الدولية فإنه ينكر على هذه القواعد تمتعها بالصفة القانونية، فمن ناحية أولى فإن هذا القانون ليس له مصادر قانونية خاصة به بل أن مصدره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، إذ أن بعض قواعده مستمدة من القانون الداخلي والبعض الآخر من القانون الدولي العام، ومن الناحية الثانية فإن هذا القانون لا يحوز الآليات الخاصة به لتوقيع الجزاء على من يخالفه، ومن ناحية ثالثة فإن هذا القانون لا يحقق للأطراف الأمان القانوني المطلوب، فأنصار القانون العابر للدول لم يوضحوا على سبيل التحديد قواعد هذا القانون ولا ضابط أعمالها.

والخلاصة أن القانون العابر للدول مازال مجرد محاولات ومقترحات فقهية ولم يتجاوز هذا النطاق حتى الآن ولم تأخذ به محاكم التحكيم، وهو ما أكده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بأسلو سنة 1977 برفضه إدراج القانون العابر للدول ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف اختيارها.<sup>2</sup>

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 145، 147.

2- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365، 366.

المطلب الثاني: شرط الثبات التشريعي ومدى الزامية القانون المختار للقاضي أو المحكم.

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي "التجميد الزمني".

لقد ظلت الدول النامية حريصة لفترة طويلة على تطبيق قوانينها الوطنية ما أمكن على عقود الاستثمار مراعاة لسيادتها وحماية لمصالحها العامة، الأمر الذي يتعارض مع مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة، والتي رأت في إخضاع هذه العقود ذات الطابع الدولي لقوانين وطنية بأنه لا ينسجم ولا يتلاءم مع خصوصية العلاقات الدولية، وقد ينجر عن ذلك إلحاق أضرار اقتصادية كبيرة تمس بمصلحة هؤلاء المستثمرين، والذين حاولوا حمايتها من خلال تكريس تفوقهم في اشتراطات عقدية حتى يتهربوا أو يتفادوا تغيير المشرع الوطني للقوانين الناظمة للاستثمار وخضوعهم لأحكام جديدة لا تراعي مصالحهم السابقة، وتطبيقاً لذلك يتم الاتفاق في العقد على التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد.

أولاً: مفهوم شرط الثبات التشريعي:

يقصد بشرط الثبات التشريعي، ذلك الشرط أو البند الذي يتفق الأطراف على إدراجه في العقد، والذي يقضي باستبعاد كافة التعديلات المحتملة التي يمكن أن تطرأ على القانون المختار في المستقبل، وهذا يقتضي تطبيق القانون المختار وقت إبرام العقد وليس في مرحلة تنفيذه،<sup>1</sup> فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقتها مع المستثمر الأجنبي على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد، بغية حماية هذه الشركة ضد المخاطر التشريعية المتمثلة في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد وذلك من خلال تغيير تشريعها،<sup>2</sup> وهذا من شأنه أن يساعد في إزالة المخاوف التي قد تربك المستثمر الأجنبي وتساعد على الشعور بإحاطته بظروف ومناخ ملائمين للاستثمار، وبالتالي السعي من خلال هذه الحصانة بتحقيق مشروعه الاستثماري مما يعود بالنفع على الطرفين.

وهنا يظهر الفرق بين كل من شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، حيث ينصرف معنى شرط عدم المساس إلى تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام ما تتمتع به من مزايا حسب قانونها الداخلي بوصفها "سلطة تنفيذية" مما يعطي للطرف المتعاقد معها حصانة ضد ما تتمتع به من سلطان ناجم عن صفتها الإدارية، أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية أي ما ينجم عنها بوصفها "سلطة تشريعية" على وجه التحديد.<sup>3</sup>

1- مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 246، 247.

2- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 111.

3- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 760-761.

ثانياً: الجدل الفقهي حول إعمال شرط الثبات التشريعي:

يدور الجدل الفقهي حول شروط الثبات التشريعي بين اتجاه رافض لتلك الشروط واتجاه آخر مناصر لها.

#### 1- الاتجاه المناصر لشرط الثبات التشريعي:

يستند أنصار هذا الرأي إلى عدة اعتبارات قانونية وعملية تضيء على الشرط شرعيته ولعلها تنحاز بمجملها لمبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها أو لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن هذه الاعتبارات ما يستند إلى قواعد الاسناد ذاتها بما تمنحه للأطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون، وذلك لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع في لحظة التعاقد، وبالتالي فإن شرط التثبيت سيخدم توقعاتهم ويعكس رغبتهم في اختيار ذلك الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ محدد، ومن ثم تعتبر تلك الشروط صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني للبحث عن صحتها وذلك إما استناداً إلى نظرية العقد الطليق نظراً لتحول القانون إلى شرط عقدي، أو باعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر.

#### 2-الاتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي:

يميل هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود بحيث يرتب حقها في المساس بالعقد، ولو تضمن شرطاً يذهب إلى خلاف ذلك فيما لو اقتضت مصلحتها العامة هذا التصرف، وذلك انطلاقاً من أن من يملك حق اختيار القانون ليس هم الأطراف، إنما مشرع الدولة التي صدر عنها القانون واجب التطبيق، والقول بغير ذلك يعني مساس المتعاقدين بسيادة الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العقد.

فشرط الثبات التشريعي يجرّد الدولة من المزايا التي يمنحها إياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي، إذ لا يقبل أحدهما تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو وضع الدولة في مرتبة أدنى من مرتبة الطرف الخاص، في الوقت الذي لا يتمتع فيه ذلك الطرف بتلك المرتبة في علاقته بدولته الأصلية، بل ستخضع تلك العلاقة ولو تمت مع طرف خاص آخر بغض النظر عن جنسيته إلى مجمل القواعد الأمرة ذات الصلة، وفيما يتعلق بقضية القواعد الأمرة فإنه يمكن اعتبار قرارات الدولة وتصرفاتها الماسّة بالعقد من قبيل القواعد ذات التطبيق المباشر التي تسري في مواجهة المتعاقد الخاص حتى ولو كان العقد لا يخضع لقانونه، كأن يخضع للمبادئ العامة للقانون أو للقانون الدولي.<sup>1</sup>

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 766، 768.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي:

لقد أقر القانون المتعلق بتطوير الاستثمار الأخذ بهذا المبدأ، حيث نصت المادة 15 منه على أنه "لا تطبق المراجعات أو الإعفاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>1</sup>، وهو نفس النص التي جاءت به المادة 22 من القانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار التي نصت 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"، وهذا تأكيداً من المشرع على أعمال هذا الشرط بهدف إحاطة المستثمر الأجنبي بمناخ استثماري ملائم<sup>2</sup>.

الفرع الثاني: مدى الزامية القانون المختار للقاضي أو المحكم.

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

أولاً: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني:

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

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

1- الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006م، المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 غشت سنة 2001م المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47، المؤرخة في 20 غشت 2001.

2- القانون 09-16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437هـ الموافق لـ 3 غشت سنة 2016م، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حرية الأطراف في الاختيار هي حرية مطلقة، ولا يتعين على القاضي تغيير القانون المختار، ولا يحق له الادعاء أن هذا القانون يفتقر للصلة بينه وبين الرابطة التعاقدية، لأن ذلك سوف يخل بتوقعات الأطراف ويهدد مصالحهم الفردية، ويذهب أصحاب هذا الرأي للقول أنه لا ضرورة لوجود اتصال مادي وثيق بين العقد والقانون المختار، بل يكفي تحقق مصلحة مشروعة وجدية للأطراف، وقد اتخذ القضاء مواقف مختلفة حيث أن المحكمة الفيدرالية السويسرية لم تكشف وجود مصلحة معقولة لهذا الاختيار، بل أوجبت أيضا وجود رابطة إقليمية بذلك القانون، في حين يلزم القضاء الانجليزي توافر صلة حقيقية وهو أيضا اتجاه القضاء الألماني.<sup>1</sup>

ثانيا: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم:

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل المتبعة لتسوية منازعات عقود الاستثمار، والذي يتم اللجوء إليه باتفاق الأطراف الذي هو الأساس الذي يبنى عليه التحكيم وسير الخصومة، فهل يجوز للمحكم أن يهمل اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق ويستبعد تطبيقه على العقد؟

الأصل أنه إذا ما اختار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على عقدهم بعبارات صريحة وواضحة لا لبس ولا غموض فيها، كأن يدرج كشرط أو بند في العقد، أو القانون الذي يتضح على نحو سليم ومؤكد من خلال نصوص العقد وظروف وملابسات التعاقد أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت نحو تطبيقه على العقد المبرم بينهما، فإن المحكم يلتزم بمبدأ سلطان الإرادة، ويقوم بتطبيق القانون المختار على موضوع النزاع، فليس من المستساغ بعد اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم أن يستبعد المحكم القانون الذي اختاره الأطراف، إذ أن من الحالات التي يمكن أن ترفع فيها دعوى بطلان الأحكام التحكيمية هي حالة تجاوز المحكمين للسلطات والاختصاصات المحددة لهم بمقتضى اتفاق التحكيم، ومن تلك السلطات سلطة تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف.<sup>2</sup>

وعلى ذلك فإنه ليس هناك من مجال لحرية المحكمين في تحديد وتطبيق قانون العقد إلا في غياب الاختيار من جانب المتعاقدين، فتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدين يمثل أحد المهام المنوطة بالمحكم الذي يجب أن يلتزم بأدائها، وبعبارة أخرى فإن المحكم يلتزم بتطبيق اختيارات الأطراف إلا إذا كانت نيتهم وإرادتهم مشوبة بالغموض.<sup>3</sup>

1- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 483-485.

2- علاوة صادق، المرجع السابق، ص 71.

3- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص 204.

# الفصل الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق

في غياب قانون الإرادة.

## الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة.

إذا لم يتفق الأطراف في العقد الدولي على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم صراحة، وتعذر في الوقت نفسه استخلاص ارادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصلح أن يكون مدعاة للامتناع عن الفصل في النزاع من طرف القاضي أو المحكم، وإنما يجب عليه أن يجتهد للوصول إلى الحل الأنسب رغم الصعوبة التي يثيرها تحديد هذا القانون.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى التستر وراء فكرة الإرادة المفترضة لتحديد القانون الواجب التطبيق، والذي يكون إما لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة، سواء لعدم تنبه الأطراف لذلك أو لعدم توقع حدوث النزاع أثناء إبرام العقد،<sup>1</sup> بل إن الأطراف مهما احتاطوا لذلك أثناء مرحلة الإبرام فإنه لن يتيسر لهم وضع أو تصور كل الحلول للمشاكل التي قد تطرأ مستقبلاً.

فالقاضي أو المحكم في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً،<sup>2</sup> حيث يتعين على القاضي أو المحكم أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد، وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، وبالرغم من بساطة هذا المعيار وسلامته من الناحية القانونية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، فإن محاولات المحكمين لتحديد هذا القانون قد تتأثر بعدة عوامل، ومن ثم تظهر تحديدات كثيرة للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود.<sup>3</sup>

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

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة.

المبحث الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق.

1- Vincent Heuzé, *Traité des contrats - Le vente internationale de marchandise*, L.G.D.J , éd delta , paris, 2000, p 251.

2- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 548.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 204.

## المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة.

إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، والناجمة عن ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها، وكذلك بنية السلطة في هذه العقود، قد جعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق لهذه العقود مسألة شديدة الحساسية ومرتبطة بصراع المصالح بين الأطراف، وعلى نحو أفرز معه العديد من النظريات بشأن تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العقود.

تلك النظريات التي تقوم على اعتبارات أقرب ما تكون إلى كونها أيديولوجية أو سياسية أكثر منها اعتبارات قانونية، حيث يمكن التمييز في هذا الخصوص بين اتجاهين رئيسيين، أحدهما يعبر عن مصالح الدولة المضيفة للاستثمار والتي غالباً ما تكون دولة نامية، حيث يسعى هذا الاتجاه إلى محاولة تأمين هذه العقود من خلال محاولة تسكينها في النظام الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك استناداً إلى العديد من الحجج التي تبرز ذلك الخضوع، أما الثاني فيعبر عن مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة، حيث يسعى إلى تجنب تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة بما لها من سلطة عامة، من خلال محاولة أنصار هذا الاتجاه تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة على نحو تصبح هذه العقود غير خاضعة لأي قانون محلي، وإنما تكون خاضعة لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة رغم عدم وجود إجماع حول تحديد هذه القواعد.<sup>1</sup>

وبناء عليه تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، سوف نتطرق فيما لكل اتجاه على حدا مبرزين أهم الحجج التي استند عليها فقهاء كل اتجاه في تدعيم وجهة نظرهم وكذلك أهم الانتقادات التي تعرضت لها هذه الآراء.

### المطلب الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.

ذهب جانب من الفقه إلى إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار استناداً على العديد من الحجج والقرائن التي أثارت العديد من الاعتراضات لمدى فعاليتها في الوصول إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، وهو ما سنقوم بعرضه في الفرعين التاليين.

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 206.

الفرع الأول: تطبيق قانون الدولة المضيفة استنادا لوجود قرينة مفترضة أو لنظرية التركيز أو إعمالا لنصوص المعاهدات الدولية.

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا لوجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون:

### 1- مفهوم القرينة المفترضة:

وهذه القرينة هي مجرد وجود الدولة كطرف في العقد، وقد استند ذلك الاتجاه على أحكام القضاء الدولي وعلى قرارات القضاء التحكيمية، حيث ذهب المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية إلى أن "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون"، كما أكدت المحكمة على أنه "ولما كان الطرف المقترض في عقد القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها".

ويتضح من هذا القضاء أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد فصلت على نحو قاطع باستبعاد طائفة عقود الدولة من الخضوع للقانون الدولي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فعلى الرغم من أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد أقرت صراحة بأن هذه العقود تجد أساسها في القانون الوطني، فإنها مع ذلك لم تذهب إلى حد إخضاع هذه العقود إلى النظام القانوني التي تشير إليه قواعد تنازع القوانين، بل إنها ونظرا لذاتية هذه العقود، أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، بناء على قرينة مستفادة من وجود الدولة كطرف في العقد، تؤدي إلى انجذاب العقد لقانونها وخضوعه لها.<sup>1</sup>

وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية بهذه القرينة وذلك عندما قضت في حكمها الصادر سنة 1849 بأن "كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدول"، كما أخذت بها أيضا محكمة استئناف باريس التي قضت في حكمها الصادر في 5 يناير لسنة 1928 بأن "كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة، يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة".<sup>2</sup>

كما استندت هيئة تحكيم ارامكو إلى هذه القرينة للقول بتطبيق قانون الدولة المضيفة أي القانون السعودي، على اعتبار أنه من المتفق عليه في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة

1- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 417، 418.

2- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 618.

يفترض خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينهما وبين الأشخاص الأخرى لقانونها الوطني، ما لم يثبت العكس.<sup>1</sup>

## 2- تقييم قرينة وجود الدولة في العقد:

إن الاتجاه الذي اتخذته محكمة العدل الدولية قد تعرض للنقد من جانب بعض الفقه، فقد ذهب إلى أن قضاء المحكمة قد تم تجاوزه، ولم يعد يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، وأنه إذا كان من المفترض عدم خضوع الدولة المتعاقدة لقانون غير قانونها الوطني، فإنه لا يجوز إجبار الطرف الأجنبي على الخضوع لقانون لم يسهم في اختياره ويعرضه لعدة مخاطر نتيجة للتغيرات التشريعية والتنفيذية من جانب الدولة،<sup>2</sup> وقد أكدوا على أنه لا يمكن التسليم بوجود مثل هذه القرينة، فالدولة عندما تتعاقد مع شركة أجنبية فإنها لا تتعاقد بوصفها من أشخاص القانون الدولي العام بل باعتبارها مجرد شخص عادي، وبالتالي فالدولة التي تتعاقد مع الأفراد العاديين على قدم المساواة لا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لقانون آخر غير قانونها، إذ أن في ذلك خرقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف.

واستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن موقفها السابق، فذهبت محكمة استئناف باريس في حكم صادر في 10 أبريل 1957 في قضية Steam Ship إلى أن "وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد مبرم مع شركة أجنبية لا يترتب عليه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي"، أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت في أحد أحكامها إلى عدم وجود قرينة خاصة تطبق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بين الدولة وإحدى الشركات الأجنبية،<sup>3</sup> وكما أن غرفة اللوردات بإنجلترا ألغت بموجب حكمها الصادر في عام 1937 حكم محكمة الاستئناف الذي طبق القانون الإنجليزي على العقد المبرم بواسطة الحكومة البريطانية، وقررت أن مجرد كون العقد مبرماً بواسطة الدولة لا يمثل قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة.<sup>4</sup>

## ثانياً: تطبيق القانون الوطني للدولة المصيفة استناداً لتطبيق نظرية التركيز:

مع غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، يمكن تبرير تطبيق قانون الدولة المتعاقدة استناداً إلى التحليل الإجمالي للعناصر القانونية والواقعية المرتبطة بالعقد المدروس، وذلك في سياق

1- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 320.

2- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 209.

3- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 355، 356.

4- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 622.

البحث عن مركز الثقل الذي يرتبط بها ارتباطا وثيقا، ويمكن الإفادة في معرض ذلك من "معيار مكان إبرام العقد"، إذ كثيرا ما يبرم في تلك الدولة،<sup>1</sup> ومع ذلك في حالة اختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه فإن القضاء يلجأ عادة إلى تفضيل قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العقد عن الدولة التي تم إبرام العقد فيها، إلا أنه لا يفهم من ذلك ضرورة إعمال قانون مكان تنفيذ العقد في جميع الحالات، إذ أن تنوع عقود الدولة يقتضي تبني نظام مرن، ومع ذلك فإنه بالنسبة لعقود الاستثمار وعقود إقامة المجمعات الصناعية وعقود الامتياز واستغلال الموارد الطبيعية، فإن قانون الدولة المتعاقدة هو الذي يتم تحديده في الغالبية العظمى من الحالات باعتبار أن هذه العقود يتم تنفيذها في إقليم هذه الدولة.

ولقد ذهب قضاء التحكيم إلى أن معيار مكان تنفيذ العقد لا يصلح وحده كمعيار لإسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ، بل لا بد من تدعيم هذا المعيار بمعايير أخرى كوجود الدولة طرف في العقد من أجل تحديد قانونها لإعماله على العقد.<sup>2</sup>

ثالثا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى إعمال نصوص المعاهدات الدولية:

لقد كرست معظم الاتفاقيات الدولية ذات الصلة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة كقانون حاكم لعقود الاستثمار، ونعرض فيما يلي أهم اتفاقيتين تعرضتا لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار وهما:

#### 1- معاهدة واشنطن "18 مارس 1965":

بموجب اتفاقية واشنطن المبرمة بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، نصت المادة 1/42 في الجملة الثانية والتي تقضي بأنه "... وعند غياب مثل ذلك الاتفاق، على الهيئة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع بما في ذلك قواعدها في شأن تنازع القوانين وكذلك قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق"، والواقع أن الإشارة التي أوردتها المادة المشار إليها إلى قواعد القانون الدولي من الممكن تفسيرها على أنها تجيز لهيئة التحكيم بحث شرعية أو صلاحية تطبيق القانون الوطني في ضوء القانون الدولي، مما يمكن أن يترتب عليه استبعاد تطبيق القانون الوطني وتركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي، غير أن هذا التفسير لا يمكن قبوله، حيث أن نص المادة 1/42 لا يجيز أصلا تركيز المنازعة في النظام القانوني الدولي، فلا تسمح هذه المادة للمحكم بتأسيس قراره على مبادئ القانون الدولي وحده، فقد انتهت لجنة الطعن الخاصة على الحكم الصادر في قضية Klockner إلى أنه "لا يجوز

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 785.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 508.

لهيئة التحكيم أن تتغاضى عن قانون الدولة الطرف عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق و الاقتصار على تطبيق قواعد القانون الدولي".

فالإشارة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة والطرف في النزاع لم تأت من فراغ ولم تكن مطلقة من كل قيد، وإنما جاءت نتيجة لخضوع الدولة الطرف في عقد الاستثمار لذلك القانون الذي يحدد شروط من هو الأجنبي وما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد، وهكذا فإن القانون الوطني للدولة المضيفة يصبح هو القانون الواجب تطبيقه في غياب شرط اختيار القانون، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي على منازعات الاستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه، وهو ما طبقته العديد من الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ثانياً: اتفاقية روما "19 يونيو 1980":

تعتبر اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من أبريل عام 1991 بمثابة التقنين الأوربي للعقود، وتسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما تنص على استبعاده بنص صريح، وباعتبار أن عقود الاستثمار لم تكن من بين العقود التي استبعدتها الاتفاقية من مجال تطبيقها فيمكن القول بمفهوم المخالفة ان الاتفاقية تسري عليها.

ولقد تناولت الاتفاقية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند انعدام اختيار الأطراف لهذا القانون في المادة 04 منها والتي نصت على أن "في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل إقامة المتعاقد للطرف المدين بالأداء المميز ومركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً"، وهو ما يقود في الغالب بالنسبة لعقود الاستثمار إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، حيث يتركز فيها الأداء أو الالتزام الرئيسي للمدين في عقود الاستثمار، وأكثر من ذلك فإنه وعلى فرض أن قانون الدولة المضيفة ليس أوثق صلة بالعقد إذا ما تم الأداء الرئيسي في العقد خارج إقليمها وهو أمر نادر الحدوث، فإنه وفقاً للفقرة الخامسة من المادة 04 من الاتفاقية يتم استبعاد تطبيق قانون الأداء المميز على النحو المتقدم، وذلك "...عندما تكشف الظروف المحيطة بالعقد ارتباطه بروابط أكثر وثوقاً مع دولة أخرى"، وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة باعتبار أن عقود الاستثمار غالباً ما ترتبط بطبيعتها باستغلال الثروات الطبيعية في الدولة، أو إقامة المنشآت الصناعية في إقليمها، أو نقل التكنولوجيا إليها، أو إقامة مشروعات البنية الأساسية فيها ...، وتفوق قوة هذه الروابط "وثوقاً" قوة أية رابطة أخرى تقوم مع دولة المستثمر الأجنبي.<sup>1</sup>

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 274-278.

يتضح مما تقدم أن اتفاقية روما كانت موفقة فعلا في محاولة منح الاختصاص لقانون الدولة المضيفة، أو في محاولة سحبه قانونيا لصالح ذلك القانون في ظل ظروف متعددة.

الفرع الثاني: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار استنادا إلى تكييفها كعقود ادارية أو استنادا على اعتبارات سياسية أو قانونية:

أولا: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار استنادا إلى تكييفها كعقود ادارية:

سنتناول الحجج والأسانيد التي اعتمدها أصحاب هذا الرأي، وكذا الانتقادات التي وجهت لفكرة اعتبار عقود الاستثمار عقودا إدارية خاضعة للقانون الوطني للدولة المضيفة.

1- عرض الرأي المنادي بتطبيق قانون الدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الاستثمار يجب أن تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس للقانون الدولي، بناء على تكييفها كعقود إدارية، استنادا لفكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها، وذلك حتى تسري عليها كافة التعديلات والتغييرات الجارية في القانون الوطني، ويكون للدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة، وقد استند هذا الجانب من الفقه في تكييفه لعقود الاستثمار كعقود إدارية إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية، حيث تتوفر فيها المعايير والشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الدولة طرفا في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

فبالنسبة للشروط الأول وهو كون الإدارة طرفا في العقد، حيث تعتبر الإدارة دائما أحد أطراف عقود الاستثمار، فالدولة قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة وذلك بقيام من يمثلها من الحكومة بإبرام العقد، وقد تتدخل بطريقة غير مباشرة بقيام أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد، وبالنسبة للشروط الثاني وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود ادارية يرون فيها نموذجا لتعلق العقد بالمرفق العام، فيقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص "إن عقود الاستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية، وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها في نظر الدولة تستهدف تسيير مرفق عام...". أما بالنسبة للشروط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا يوجد لها مثل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا المقررة للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، يضاف إلى ذلك ما تحتويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد والقوة القاهرة وعدم التوقع مما تتميز به العقود الإدارية.

## 2- تقدير الرأي المنادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية:

في بادئ الأمر يجب النظر هنا ودون الخوض في تفاصيل الجدول القائم بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار بين أنصار تكييفها كعقود إدارية وبين أنصار اعتبارها عقودا عادية من عقود القانون الخاص، إلى أن هذه المسألة إنما تتوقف على الدراسة التفصيلية لكل عقد على حدة لبيان أركانه ومن ثم رده إلى النظام القانوني الذي يحكمه، فهذه العقود وكما يرى البعض ليست ذات طبيعة واحدة، فتارة تكون عقودا إدارية وتارة أخرى تكون عقودا عادية، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.<sup>1</sup>

ولقد قدم هذا الرأي لكي يدحض الصفة الإدارية عن عقود الدولة بعض الحجج يعد من أبرزها:

- أن الاعتبارات العملية التي تفرضها متطلبات التجارة الدولية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام في التعاقد، لأن تمسك الدولة بسيادتها وسلطاتها يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي، وتعمل أيضا على إثارة المشاكل السياسية بين الدولة الطرف ودولة المتعاقد الأجنبي إذا ما لجأ الطرف الأجنبي إلى الحماية الدبلوماسية، فهذا يحتم على الدولة أن تنزل إلى مستوى المتعاقد الخاص حتى تتحقق مصالحها الخاصة إذا كانت تريد جذب الاستثمارات إلى أراضيها.

- إن الاعتبارات المنطقية تقتضي أن تمارس الدولة سيادتها داخل إقليمها الداخلي بما لها من حق على رعاياها داخل هذا الإقليم، أما خارج نطاق إقليمها فلا تملك هذا الحق، وبالتالي لا تتمتع الدولة المضيفة بأية سلطة استثنائية تميزها عن المستثمر الأجنبي إلا بمقدار ما تسمح به الشروط العامة.

- إن تكييف عقود الاستثمار ذات الطابع الدولي بصورة مسبقة وعامة يخالف المبادئ العامة المستقرة في مجال تحديد الطبيعة القانونية لها، إذ أن تحديد الصفة القانونية لها بصورة عامة مسبقة دون تحليل عناصر العقد والتأكد من توافر خصائص معينة للبت في مسألة تكييفه يعتبر طريقا خاطئا، فوجود شرط الثبات التشريعي في العقد بإرادة الدولة يعني إضفاء الطابع الخاص عليه، كما أن احتفاظ الإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة يعد دلالة لها مغزاها في طبع العقد بالطابع الإداري، فالمسألة تتوقف على كل حالة على حدة حتى تثبت الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار.<sup>2</sup>

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 210-212.

2- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 215، 216.

- إضافة إلى عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية، حيث يوجد عدد كبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني.<sup>1</sup>

وبالنظر للواقع العملي نلاحظ صدور عدة أحكام وقرارات تحكيمية لهيئات تحكيمية في قضايا مشهورة لم تعترف بالطبيعة الإدارية للعقود الإدارية نذكر منها:

قضية أرامكو "Aramco" ففي هذه القضية رفضت هيئة التحكيم اعتبار العقد المبرم بين شركة أرامكو وحكومة المملكة العربية السعودية عقدا إداريا، استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين المعاهدات الدولية وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة بوصفها سلطة عامة طرفا فيها والعقود المدنية التجارية، حيث تخضع جميعها لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.<sup>2</sup>

وفي قضية Taxaco ضد الحكومة الليبية، فقد رفض المحكم Dupuy اعتبار الامتيازات محل التنزع عقود إدارية، مبررا ذلك بعدم توفر أركان العقد الإداري فيها وفقا لقانون الليبي، إذ اعتبر المحكم أن موضوع الامتياز لا يتصل باستغلال مرفق عام وأن الدولة الليبية لم تبرم العقد على أساس أنها سلطة عامة، إذ دخلت العلاقات التعاقدية على قدم المساواة مع الشركات الأجنبية المتعاقدة، كما أن عقود الامتياز المذكورة لم تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، بالرغم من إدراج شرط الثبات التشريعي في العقود المذكورة فلم يعتبرها المحكم شروط غير مألوفة.<sup>3</sup>

ثانيا: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار استنادا على اعتبارات سياسية أو قانونية:

#### 1- تطبيق قانون الدولة المضيفة استنادا على اعتبارات سياسية "سيادية":

من الأمور المتعارف عليها أن ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية داخل إقليمها هو حق مطلق لها، لا يمس ما قد تفرضه عليه - نظرا لحاجة المعاملات الدولية، أو انطلاقا من فكرة المجاملة الدولية - من ضوابط تشير إلى تطبيق قانون دولة أخرى وفقا لنصوص قانونها الدولي الخاص، وقد اعتمد مؤيدو تلك الاعتبارات وخاصة من دول أمريكا اللاتينية،<sup>4</sup> على المبادئ القانونية القائمة على المساواة المطلقة في المعاملة ما بين الوطنيين والأجانب، واتضح موقفهم من خلال تبني "نصوص دستورية" تذهب إلى اسناد

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 213.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 83.

3- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 79.

4- إذ كثيرا ما عانت تلك الدول من شدة تدخل الدول التي تنتهي إليها الشركات الأجنبية بحجة الحماية الدبلوماسية، والذي كان يصل في كثير من الأحيان إلى درجة التدخل العسكري فيما بعد.

عقود هؤلاء الأجانب مع الدولة على نحو حصري وكامل لقانونها الوطني،<sup>1</sup> وكذلك من خلال ما ورد في اتفاق الأندين "Andin" والتي حظرت في المادة 50 منه على الدول الأعضاء فيه أن تمنح للمستثمر الأجنبي معاملة أفضل من تلك التي يتمتع بها الوطنيون، وأيضا المادة 51 منه التي نصت على عدم امكانية ادراج أي شرط يكون من شأنه قبول خضوع حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بالطريق الدولي، و إعمالا للتقاليد السابقة فإن دول أمريكا اللاتينية وعلى مستوى العلاقات بينها وبين الأجانب قامت بإعمال مبدأ Calvo والذي وفقا له يتنازل الشخص الأجنبي عن كل طرق الادعاء الدولية سواء كانت عامة أو خاصة.<sup>2</sup>

بينما ذهب معارضو هذه القرينة إلى أن فكرة السيادة ذاتها هي فكرة مرنة وغير محددة، ومن ثم لا تصلح لأن تكون أساسا كافيا لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة، كما أن تلك القرينة تعد قاصرة على فرض تعاقد الدولة بوصفها كذلك مع طرف خاص، أما في الفروض الأخرى كما لو أبرم العقد بين أفراد، أو إذا تنازلت الدولة عن سيادتها للتعاقد كأي فرد عادي، فإنها ستقف عاجزة عن تحديد أو تغليب قانون ما لحكم العلاقة العقدية، ولعل ما يجري العمل به في العقود الدولية الخاصة هو توظيف لهذه القرينة بما لا يخدم مصالح الدول النامية، أي باستبعاد قوانينها فقط لأنها كذلك، مما يعني ببساطة سلبها لحق كان يمكن أن يتمتع به أي طرف دخل في علاقة عقدية وفقا للمجرى الطبيعي للأمر.<sup>3</sup>

## 2- خضوع العقد لقانون الوطني الدولة المضيف استنادا على اعتبارات قانونية "المواثيق الدولية":

تعتمد هذه القرينة على مجموعة من القرارات الدولية التي يشير اعمالها إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، والمتمثلة في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

### أ- الرأي المنادي بتطبيق قانون الدولة المضيف استنادا إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة:

يذهب البعض في تأسيسه لحق الدولة المضيف بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، بوصفها تؤكد القانون الدولي العرفي، وتعكس المبادئ المهمة السائدة في المجتمع الدولي،<sup>4</sup> وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 792.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 439.

3- وفاء مزيد فلحوط، المرجع نفسه، ص 793.

4- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 219.

الطبيعية فقد نصت المادة 04 من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة بشرط أن يكون ذلك بهدف تحقيق منفعة عامة أو مصلحة وطنية على أن يتم دفع تعويض مناسب للمالك وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الاجراءات عند ممارستها لسيادتها.<sup>1</sup>

وقد أعقب هذا القرار صدور القرار 3171 في 17 ديسمبر 1973 والذي أكد على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، ثم القرار رقم 3201 الذي صدر عن الدورة الاستثنائية السادسة للجمعية العامة في أول مايو 1974 والخاص بالإعلان عن النظام الاقتصادي العالمي الجديد، والذي نصت المادة الرابعة منه على "حق كل دولة في السيادة الدائمة والكاملة على مواردها الطبيعية وعلى جميع الأنشطة الاقتصادية فيها"، وهكذا فقد تأكد في هذا القرار المضمون الاقتصادي لحق تقرير المصير والذي استهدف تصحيح أوضاع عدم المساواة بين الدول المتقدمة والدول النامية وإزالة الفوارق بينهما، ويستبعد القراران 3171 و3201 أي لجوء للقانون الدولي بشأن الاختصاص في المنازعات الخاصة بالتعويض المترتب على التأميم، إذ أن الاختصاص قاصر على المحاكم الوطنية وقانون الدولة المتعاقدة.<sup>2</sup>

ثم صدر القرار رقم 3281 في 12 ديسمبر 1974، والمسمى بميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، والذي جاء قاطعا في الدلالة على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة فقد نصت المادة 2 منه على أن "كل دولة لها الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها، ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها، وفي جميع الأحوال التي تثار فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقا لقانون الدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سليمة على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل".<sup>3</sup>

ب- تقدير الرأي المنادي بتطبيق قانون الدولة المضيفة استنادا إلى قرارات جمعية الأمم المتحدة:

لقد تعرض هذا الاتجاه للنقد إذ ذهب بعض الفقهاء للقول إلى أن هذه القرارات لا تعدو كونها مجرد توصيات لا تتمتع بأية قوة ملزمة كما أنها غير مصحوبة بأي جزاء، وهي مجرد اجتهادات فقهية ليست ذات صيغة تنفيذية كقرارات مجلس الأمن، فطبقا للمواد من 10 إلى 14 من ميثاق الأمم المتحدة أن قرارات الجمعية العامة ليس لها أية قوة إلزامية، فهي مجرد توصيات لا يترتب عنها أي إلزام قانوني دولي، وعلى خلاف ذلك فقد ذهب البعض من أنصار هذا الاتجاه، إلا أن قرارات الجمعية العامة للأمم

1- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 356، 357.

2- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 325، 326.

3- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 611.

المتحدة يمكنها أن توجد قاعدة عرفية دولية أو تساهم في بلورتها وتقنينها، أو توضح وتكشف عن قاعدة موجودة سابقا، ذلك أن الجمعية العامة للأمم المتحدة تمثل منتدى دوليا تجتمع فيه كل الدول الأعضاء للتشاور والتداول، وحينما تتفق الدول المكونة للمجتمع الدولي على قاعدة معينة وتطبقها في علاقاتها المتبادلة فلا شك أن هذه القاعدة سوف تصبح جزءا من القانون الدولي، في حين يرى البعض أن تقرير الأثر القانوني لهذه القرارات هو أمر يتطلب تحليلا دقيقا لكل قضية، وبشأن كل نص وفقرة في القرار المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار من بين أمور أخرى صياغة نص القرار والأصوات التي حققها والبيانات التي أدلى بها الأعضاء من خلال المناقشات و التصرفات اللاحقة للدول بشأن كل قرار.<sup>1</sup>

وإذا ما حاولنا اللجوء إلى القضاء التحكيمي لاستظهار حقيقة موقفه منها، لوجدناه موقفا اعتباطيا تارة يعترف لها بشيء من القوة ضمن حدود معينة وتارة أخرى ينكر عليها أي قيمة إلزامية، وأحيانا يميز فيما بينها كما حصل في تحكيم الحكومة الليبية و شركتي "Calaciatic و Topco" حيث اعتبر أن القرار رقم 1803 هو وحده الذي يعكس القانون العرفي، نظرا لأن كل من الدول المتقدمة والنامية قد وافقت عليه، بينما القرارات الأخرى (رقم 3171-3201-3281) ليست كذلك نظرا لامتناع بعض الدول عن تأييدها لها، فقد اعتمد المحكم Dupuy الناظر في النزاع على معياري شروط التصويت التي لم تتوفر للقرارات الأخيرة، وتحليل النصوص الذي يُظهر مضمون تلك القرارات، علما أن المعيار الأول تحديدا يتعارض مع ما تبناه قضاء التحكيم نفسه في قضية Liamco، من جهة عدم تطلبه الإجماع في معرض الدلالة على ظهور اتجاه جديد، بحيث يكفي بالأغلبية على نحو يخدم تطور القانون الدولي.<sup>2</sup>

ونخلص مما تقدم أنه من الصعب للغاية أن نحدد على نحو مؤكد القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأن من المستحيل وضع قاعدة عامة في هذا الشأن، فالقيمة القانونية لهذه القرارات كما رأينا تتضمن سلسلة واسعة جدا من التدرج في المعاني.

وفي ختام هذا المطلب فإنه مع اعتبار قانون الدولة المضيفة للاستثمار هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق، إلا أننا نرى عدم جدوى الحجج التي ساقها البعض للوصول إلى تطبيق هذا القانون لما تثيره من صعوبات ومشاكل قانونية قد تقف عثرة في وجه الاستثمار الأجنبي، حيث يمكن الوصول إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة من خلال المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص كما سنرى لاحقا.

وبالانتهاء من عرض هذا الاتجاه المناهض بتطبيق قانون الدولة المضيفة، سنقوم بعرض الاتجاه الآخر في الصفحات الآتية، والمناهي بتحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة.

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 222.

2- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 796.

### المطلب الثاني: تحرير عقود الاستثمار من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة.

يذهب جانب من الفقه وخاصة ذلك المؤيد لمصالح الشركات الأجنبية وتأييده في ذلك بعض أحكام التحكيم، في حالة غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة، وعلى نحو تصبح معه غير خاضعة لأي قانون وطني، وإنما تكون خاضعة لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن أي من النظم القانونية الوطنية، غير أنه لا يوجد إجماع حول تحديد هذه القواعد المستقلة، فقد جرى اقتراح نظم ومبادئ قانونية مختلفة بصفتها واجبة التطبيق على العقد عند عدم وجود اختيار، حيث يفضل البعض إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام بما يسمح بترتيب مسؤولية الدولة في حالة قيامها بتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة وفقا لقواعد المسؤولية الدولية، في حين يفضل البعض الآخر اللجوء إلى اتجاه ثالث مستقل عن القانون الوطني للدولة المضيفة والقانون الدولي العام، والذي يهدف أساسا إما لتطبيق القانون الذاتي للعقد أي الاحتكام للعقد ذاته، أو إخضاع العقد لقانون التجارة الدولية بوصفه القانون الذي يحكم العلاقات العبر الدولية، وسنعرض في هذا المطلب من الدراسة لكل من هذه الاتجاهات في فرع مستقل.

#### الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام "التدويل المباشر لعقود الاستثمار".

يدعو جانب من الفقه المدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات المتعددة الجنسيات المتمركزة فيها، إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب والفصل فيما قد ينشأ عنها من منازعات، وسنحاول في هذا الفرع عرض الاتجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار والمعايير التي استند عليها، ثم نحاول عرض الموقف العملي من التدويل.

#### أولا: عرض الاتجاه المنادي بتطبيق القانون الدولي العام:

يذهب جانب من الفقه إلى تدويل عقود الاستثمار بغية تحريرها من الخضوع لسيطرة القانون الوطني للدولة المضيفة، لما يمثله هذا الخضوع من مخاطر للطرف الأجنبي المتعاقد معها بوصفه طرف ضعيفا يتعين حمايته.<sup>1</sup>

فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القانون الدولي العام غني بقواعده الكفيلة بالتصدي لكافة المنازعات القانونية التي تثيرها العقود الدولية، فالمحكم أو القاضي لن يرهق نفسه بالبحث عن حلول في القوانين الوطنية المختلفة فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع، ويعد أبرز من نادى بهذه الفكرة الأستاذ Mann فقد ذهب إلى أنه يسلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني، إلا أن

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 231.

هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأنه هو القانون المناسب للعقد، فالدولة غالبا ما ترفض الخضوع لقانون أجنبي والأشخاص الخاصة المتعاقدة معها ترفض الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة، ولذلك فإن اللجوء إلى تطبيق أحكام قواعد القانون الدولي العام يعد بمثابة الوسيلة الفعالة اللازمة لمواجهة هذه الظروف التي تلائم بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.<sup>1</sup>

ثانيا: المعايير التي يستند عليها الاتجاه المناهض بتطبيق القانون الدولي العام.

### 1- خضوع العقد للقانون الدولي العام استنادا لاعتبارها تصرفا قانونيا دوليا "نظرية weil":

لقد كان من بين السبل المثلى للتدويل ما سلكه جانب من الفقه الفرنسي الذي اعتبر عقد الدولة تصرفا قانونيا دوليا، حتى أن البعض اعتبر عقد الدولة عملا قانونيا دوليا جديدا، يؤكد قيمته القانونية من خلال العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف الخاصة بحماية المستثمر، ولعل أبرز من نادى بهذه الفكرة الأستاذ Prosper Weil، والذي أشار سنة 1980 إلى أن عقد الدولة متأصل في النظام القانوني الدولي، لذا فهو تصرف قانوني دولي حقيقي، وهو يدخل في طائفة الأعمال القانونية الدولية كالمعاهدات، والتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة من قبل الدول والمنظمات الدولية والقرارات التحكيمية.

وانطلاقا من هذا الطرح يرى الأستاذ Weil أنه من الضروري تحديد المقصود بتدويل عقود الدولة، من خلال تعريف المداخل المختلفة التي تتشابه فيها العلاقات بين القانون الدولي وعقود الدولة.<sup>2</sup>

حيث أنه استنادا لهذه النظرية يظهر القانون الدولي بأحد الوصفين، إما باعتباره نظاما قانونيا يستمد منه العقد وجوده وصحته "النظام الأساسي"، أو بكونه نظاما قانونيا ناظما للعلاقة "النظام الواجب التطبيق"، وينبني على هذه التفرقة اعتبار عقد الدولة الذي يتمركز في القانون الدولي "تصرفا قانونيا دوليا"، يوجد إلى جانب المعاهدات وتصرفات الإرادة المنفردة لأشخاص هذا القانون وأحكام المحاكم والتحكيم الدولية، وهو ما يصطلح عليه على وجه الدقة "بالعقد المتصل بالقانون الدولي" أي ذلك العقد المتمركز تبعا لطبيعته أو موضوعه ضمن هذا القانون، وبالمقابل لا يعد العقد الذي يخضع

1- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 349، 350.

2- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 335.

للقانون الدولي على اعتباره ناظماً لنواحيه الموضوعية تصرفاً قانونياً دولياً، إنما يصطلح عليه بتعبير "العقد المدول"، أي العقد الذي تخضعه إرادة الأطراف كلياً أو جزئياً لأحكام ذلك القانون.<sup>1</sup>

وبالترتيب على ذلك فإن تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد، والذي يستمد منه صحته وتتواجد فيه جذوره تحسم في مرحلة أولى، أما مسألة تحديد القانون الواجب الإعمال على العقد فهي تثار في مرحلة لاحقة، وبناء على إشارة من النظام القانوني السابق تحديده إلى تلك القواعد.<sup>2</sup>

وفي معرض تقييم هذا المعيار تم التأكيد على نفعيته باعتباره يخلق نوعاً من التدرج القانوني عند الحاجة، خاصة وأنه قد يؤدي إلى إضفاء الطابع الوطني على العقد فيما لو تم تركيزه في قانون وطني دون تدويله بالضرورة، كما أنه معيار ينسجم مع ذاتية عقود الدولة التي تأبى التعامل مع نظام التنازع التقليدي، والأهم من ذلك كله ما يوفره ذلك من حماية حقيقية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة.

وعند هذه النقطة نقف مجدداً لنقول بأنه إذا كان السبب الذي يقبع خلف فكرة القانون الأساسي هو حماية أحد الأطراف، فإن هذا يعتبر خرقاً صريحاً لفكرة الحياد التي يفترض أن يتمتع بها أي نظام قانوني، كما أننا نتجاهل عبر تلك الحماية قدرة الطرف الأجنبي الخاص التي قد تفوق قدرة الدولة ذاتها، على الأقل من ناحية القدرة التكنولوجية، على نحو يجعل الدولة بحاجة إلى حماية وليس العكس.

وبالنتيجة فإن هذه التفرقة ما هي إلا وهم، فالعوامل الموضوعية ليس لها في نهاية الأمر أية أهمية، ذلك لأنها تحدد نظاماً قانونياً أساسياً لا يؤدي إلاً مجرد دور همزة وصل، والذي يُؤخذ في الحسبان هو إرادة الأطراف، أما قانونية شرط الاختيار فتوجد في قاعدة الاسناد الكائنة في قانون القاضي، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك دون الفصل بين المعايير الموضوعية والشخصية كما هو الحال في نظرية القانون الأساسي، كما تبدو عدم نفعية هذه التفرقة فيما لو ظهر بأن العقد متمركز في نظام قانوني لا ينتمي إلى القانون الدولي أو لأي نظام غير وضعي، حيث لا يكفي القول بأن العقد متصل بقانون وطني بل لا بد من تحديده "قانون الدولة أم قانون الطرف الخاص"، مما يعني ظهور مسألة الاختيار نفسها على مستوى ما عرف بالقانون الأساسي.<sup>3</sup>

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 841، 842.

2- هاني محمود حمزة، المرجع السابق، ص 336.

3- وفاء مزيد فلحوط، المرجع نفسه، ص 842، 843.

## 2- خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام بناء على اعتبارها معاهدات دولية:

لقد ذهب الفقه المدافع عن مصالح الشركات المهيمنة على الاقتصاد العالمي إلى أن وجود الدولة بوصفها طرفاً رئيسياً في عقود الدولة يحتم تدويل هذه العقود، أي أن تعامل معاملة الاتفاقيات الدولية، ومن ثم يحكمها القانون الدولي العام، بحيث إذا أخلت الدولة بالتزاماتها تنعقد مسؤوليتها الدولية.<sup>1</sup>

## أ- مبررات اعتبار عقود الاستثمار معاهدات دولية:

ذهب هذا الاتجاه إلى أن هذه العقود المبرمة بين الدولة والشركات الخاصة الأجنبية عبارة عن اتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدولي العام، وذلك لكونها عادة ما تتخذ شكل المعاهدات الدولية، ويتم إبرامها بواسطة السلطات المختصة في الدولة والتي لها صلاحية إبرام المعاهدات، وتتضمن شروطاً تمنع الدولة من اتخاذ أية إجراءات تشريعية أو سيادية من شأنها تعديل قانون العقد "وهي ما تسمى بشروط الثبات وعدم المساس"، وهذه العقود تعبر بصورة واضحة عن رغبة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق بعيداً عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الداخلي بصفة عامة.<sup>2</sup>

ومع ذلك يرى أصحاب هذا الرأي، أنه ليس كل اتفاق مبرم بين الدولة والشركة الأجنبية يندرج بالضرورة ضمن اتفاقيات القانون الدولي العام، بل فقط الاتفاقيات التي تبرم على مستوى عالي، وبناء عليه فإن الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والمتعاقد الأجنبي بما في ذلك المتعلقة بالأنشطة الاقتصادية، لا ترقى إلى مستوى القانون الدولي العام إلا إذا كان الشريك الأجنبي الذي يتعاقد مع الدولة في مركز يسمح له عند التفاوض بالحصول على مزايا لا تقبل أي سلطة وطنية أن تلتزم بها تجاه الشخص الأجنبي العادي، ولذلك لو كان الشريك الأجنبي فرداً عادياً فإن أي دولة نامية حتى وإن كانت فقيرة للغاية لن تكون في حاجة لأن تتعاقد على هذا المستوى العالي وتنص على مثل هذه الشروط غير المعتادة، فهذا المستوى العالي لا يمكن بلوغه إلا عندما تتفاوض الدولة مع شركة لها قدرات مالية هائلة، فهي وحدها القادرة على طلب امتياز والحصول على مزايا ضريبية أو تثبيت القانون واجب التطبيق، كما يمكن إدراج شرط التحكيم الدولي لحسم المنازعات المحتملة التي يمكن أن تنشأ عن العقد.

## ب- تقدير هذا المعيار:

تعرض هذا الرأي للنقد من عدة نواحي، فمن ناحية فإن المعيار المقترح للترقية بين العقود ذات المستوى العالي والتي تخضع للقانون الدولي العام، والعقود ذات المستوى الأقل والتي تظل محكومة

1- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، 329.

2- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 350.

بالقانون الداخلي، معيار يقوم على التقدير الشخصي المحض ولا يمكن الاعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية لأية علاقة قانونية، فهذا المعيار يعطي للقوة الاقتصادية للشركة دورا حاسما، إلى حد التأثير أو التحكم في الطبيعة القانونية للعقد، في حين أن التكييف القانوني لعلاقة قانونية معينة يجب أن يتأسس على معايير موضوعية بعيدة عن الضعف أو القوة الاقتصادية للأشخاص أطراف العلاقة، كما أن القول بوجود تدرج بين طائفة العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية ينبع من رؤية غير دقيقة للواقع، فتكرس مثل هذه التفرقة تبدو غير مبررة لأن الغرض من العقد ليس هو الذي يجعل منه اتفاقا مماثلا للمعاهدة و خاضعا للقانون الدولي.

ومن ناحية ثانية فإن الخصائص المختلفة التي تتمتع بها هذه العقود و التي جاء بها أصحاب هذا الرأي ليست كافية وحدها لإضفاء طابع المعاهدات الدولية على هذه العقود، فمن المسلم به أن اصطلاح المعاهدة لا ينصرف إلا للاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي، وقد عرفت اتفاقية فيينا "المعاهدة" في المادة الثانية بأنها "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر في شكل مكتوب..."، ويتضح من ذلك أن المعاهدات لا تتم إلا بين أشخاص القانون الدولي، أي الدول والمنظمات الدولية، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي حتى ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي، كما أن الدولة نفسها يمكن أن لا تتصرف باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي، فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة فهي تعد أحد أشخاص القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد، و كما يرى بعض الفقهاء فإنه يتعين التفرقة في تنظيم النشاط الذي تمارسه الدولة بين التصرفات التي تأتيها بوصفها من أشخاص القانون الدولي، وبين تلك التي تأتيها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الداخلي، زد على ذلك أنه إذا كانت الدولة في بادئ الأمر هي التي كانت تتولى بنفسها إبرام عقود البترول مثلا مع الشركات الأجنبية، فإن الأمر لم يعد كذلك الآن، فمنذ أن اتخذ عقد البترول صورة المشاركة، أصبحت تتولى إبرام هذه العقود الشركات الوطنية في بعض الدول كشركة سوناطراك في الجزائر والشركة الإيرانية للبترول (نيوك).

ومن ناحية ثالثة فإن اللجوء إلى التحكيم ذي الطابع الدولي ليس من شأنه تدويل العقد، فلا يجب النظر إلى عقد ما على أنه عقد مدول لمجرد أنه يتضمن شرطا لتسوية المنازعات، اللهم إلا إذا اعتبرنا محاكم التحكيم المنشأة بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد محاكم دولية حقيقية وهو ما لا يمكن التسليم به.<sup>1</sup>

ومن ناحية أخيرة، فإن استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة والنص على تطبيق القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون، لا يعني مطلقا أن العقد قد أصبح معاهدة دولية، فليس صحيحا

1- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 633-637.

القول بإدراج العقد في النظام الدولي لمجرد اتفاق الأطراف على ذلك، بالرغم من أن أحد الأطراف هو شخص خاص.<sup>1</sup>

ويمكننا أن نخلص مما تقدم إلى أنه ليس في الشكل الذي يبرم فيه العقد، ولا في النص على استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، ولا في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ما يسمح بالتأكيد على أن العقد المبرم بين دولة ما وشركة أجنبية يخضع للقانون الدولي العام الاتفاقي باعتباره بمثابة معاهدة دولية.

ثالثاً: الموقف العملي من تدويل عقود الاستثمار.

تبنى عدد قليل من تشريعات الدول أسوة ببعض أحكام التحكيم الدولي معيار تدويل عقود الدولة، إلا أن ذلك لم ينل بشكل أو بآخر من حدة أو صحة النقد الموجه إلى هذا المعيار.

فقد سمحت قوانين بعض الدول كإيران مثلاً بتطبيق القانون الدولي على العقود الدولية وخاصة على العقود النفطية، كما سمحت دول أخرى كالسعودية مثلاً عام 1957 بتطبيق هذا القانون في مجال نقل التكنولوجيا معترفة بسمو قواعده في هذا الموضوع.

أما قضاء التحكيم فلم يكن تعرضه لإعمال هذا القانون على ذات المستوى، إذ استند إليه أحيانا لتكملة النقص في القانون الوطني، وأحيانا أخرى لتفسيره، وفي حالات لأجل استبعاده نهائياً، مما يجعلنا نميز ما بين دور القانون الدولي التكميلي ودوره التصحيحي والاستبعادي.

ففي تحكيم Agip مع حكومة الكونغو مثلاً، كان من المتفق عليه تكملة قانون الكونغو بمبادئ القانون الدولي العام فيما لو اقتضت الحاجة لذلك، إلا أن المحكم قام بمنحه دوراً تصحيحياً لأحكام قانون الكونغو، عندما أقر صراحة شرط الثبات المدرج في العقد وألزم الدولة بالتعويض جراء التأميم.<sup>2</sup>

وكذلك في تحكيم Amco وحكومة اندونيسيا، فقد بحثت لجنة الطعن الخاصة بصراحة ووضوح دور القانون الدولي وعلاقته بقانون الدولة المضيفة في إطار المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، وفي هذا الشأن أعلنت المحكمة أن دور القانون الدولي يقتصر على تكملة وتصحيح قانون الدولة الطرف.<sup>3</sup>

1- مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 246.

2- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 845، 846.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 244.

وكما اختلف قضاء التحكيم في تحديد دور القانون الدولي اختلف كذلك في الأسلوب المتبع في معرض أعمال ذلك القانون، حيث ذهب في تحكيم Aminoil إلى اعتباره جزءاً من القانون الداخلي ليتحاشى تكييف العقد الصريح على أنه تصرف قانوني دولي، بينما تذرع في تحكيم Topco ضد ليبيا، بحاجة الشركة التي تنجز عقد تنمية طويل الأجل للحماية وضمان الاستقرار، وهذا ما لا يمكن تحقيقه بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، أما في تحكيم Texaco فقد استند المحكم كما أشرنا سابقاً إلى فكرة تركيز العقد في هذا القانون تبعاً لخصائصه الذاتية، إلى أن وصل لتدويل العقد قبل بحثه في وسائل هذا التدويل، علماً أن هذه الوسائل نفسها كانت بحاجة إلى وسائل أخرى لتدعيمها.

وبالنتيجة يمكن القول بأن المحصلة النهائية للأحكام التحكيمية التي انتهت إلى تدويل العقد هي محصلة هزيلة جداً، كما أن بعضها كما في تحكيم Texaco قد صدر من قبل محكم منفرد في غياب الدولة المضيفة المدعى عليها، وهذا ما يدعم بدوره ذلك الهجوم الناقد لمذهب تدويل عقود الدولة الدولية، بما في ذلك عقود الاستثمار.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني ثالث "التدويل غير المباشر".

ذهب جانب من الفقه إلى القول بخضوع العقود المبرمة بواسطة الدولة مع الأشخاص الأجنبية كما هو الشأن بالنسبة لعقود الاستثمار، لنظام قانوني ثالث مستقل عن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول تحديد المقصود بهذا النظام بسبب تشعب هذا الاتجاه واختلاف الألفاظ والمسميات والمضمون بين الفقه المنتمي لهذا الاتجاه، ويمكن أن نميز في هذا الصدد عدة آراء، فهناك رأي قائل بتطبيق فكرة القانون الذاتي للعقد، ورأي آخر قائل بتطبيق قانون عبر الدولي أو ما يصطلح عليه بقانون التجارة الدولية، كما أن هناك الرأي القائل بفكرة المبادئ العامة للقانون، إلا أن هذا الرأي الأخير وفقاً لجانب من الفقه تعد إحدى مكونات قانون عبر الدول لوجود تداخل بين كل من الاتجاهين، كون أن فكرة قانون عبر الدولي تستوعب المبادئ العامة للقانون، ولذلك فإننا سنقسم هذا الفرع إلى جزأين، الأول نتناول فيه فكرة القانون الذاتي للعقد "مبدأ الكفاية الذاتية للعقد"، أما الثاني نخصه لتطبيق قانون عبر الدول أو القانون التجاري الدولي.

### أولاً: تطبيق القانون الذاتي للعقد "مبدأ الكفاية الذاتية للعقد".

سنعرض في هذا الفرع من الدراسة الاتجاه المناهض لعدم حاجة عقود الاستثمار لأي نظام قانوني اكتفاءً بالتنظيم الذاتي للعقد المبرم بين الطرفين أولاً، ثم نحاول تقييم هذا الاتجاه ثانياً.

1- وفاة مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 846، 847.

## 1- عرض الاتجاه المناهض بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد:

يرى جانب من الفقه ضرورة تحرير عقود الاستثمار من الخضوع لأي نظام قانوني، اعتماداً على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد، فهذه العقود لا تخضع لقانون وطي لدولة محددة، وذلك لأن أطراف العقد لا يخضعون لقانون مشترك، كذلك فإن هذه العقود ليست معاهدات يحكمها القانون الدولي العام لأنها لم تبرم بين أشخاصه، ولذلك فإن هذه العقود تمثل طائفة ثالثة يحكمها قانون جديد من إنشاء أطراف العقد وهو ما يسمى بقانون العقد، وهو يستند على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.<sup>1</sup>

فالعقد لا يستلزم لوجوده تدخل أي سلطة خارجية أو نظامية، فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدها، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة باعتراف المشرع نفسه منذ أن اعتمد قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية وإن كانت فردية.<sup>2</sup>

و يتميز هذا القانون بأنه يتلافى أية اضطرابات يمكن أن تحدث عند تنفيذ هذه النوعية من العقود، فهي متشابكة ومعقدة بصورة كبيرة ولذلك يجب أن لا يلجأ المتعاقدان إلى الأفكار الغامضة غير محددة المضمون، بل عليهم التطرق لأدق التفاصيل وصولاً إلى وضع الحلول لما قد يطرأ بين الطرفين من خلافات، وقد أشار أنصار هذا الاتجاه إلى أن إبرام مثل هذه العقود بهذه الدقة أصبح أمراً ميسوراً وذلك بعد أن تم وضع مجموعة من العقود النموذجية التي يمكن أن تحقق الكفاية الذاتية للعقد.

وقد أوضح أنصار هذا الاتجاه أنه نظراً لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه فإنه ليس هناك ما يمنع من إشارة القانون الذاتي للعقد إلى نظام قانوني معين يسد الثغرات الموجودة في قانون العقد، ويتربط على ذلك استحالة اللجوء إلى هذه القوانين إذا لم يشير إليها القانون الذاتي للعقد، وفي جميع الأحوال فإن تطبيق هذه الأنظمة القانونية التي يشير إليها العقد لا يتم إلا على اعتبار أنها شروط تعاقدية وليس على أنها نصوص قانونية.<sup>3</sup>

## 2- تقدير الاتجاه المناهض بالكفاية الذاتية لعقود الاستثمار:

تعرضت نظرية القانون الذاتي للعقد لانتقادات حادة، فمن ناحية إن هذه النظرية تخالف القواعد العامة التي تقرر أن العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ قانوني، بل يتعين أن يستند إلى نظام

1- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 344، 345.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 227.

3- علاء معي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع نفسه، ص 345.

قانوني موجود سلفاً، فإرادة الأطراف لا يمكنها أن تنشئ نظاماً قانونياً قائماً بذاته، فهذه الإرادة لا يمكنها إحداث آثار قانونية إلا إذا استندت إلى نظام قانوني قائم،<sup>1</sup> علاوة على أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة مبادئ لا تسبح في الفضاء إذ لا بد من وجود نظام قانوني يضي على هذه المبادئ القوة القانونية الملزمة، وهو ما حرصت محكمة التحكيم على التأكيد عليه في قضية Aramco.

كذلك فإن هذه النظرية تعد خادعة، فنصوص العقد لا يمكنها مهما بلغت دقتها أن تحكم حقوق والتزامات الأطراف على نحو كامل وشامل، ولعل ذلك هو ما دفع الفقه المدافع عن هذه النظرية إلى إعطاء الأطراف المتعاقدة إمكانية الإشارة إلى نظام قانوني لتغطية النقص الذي يعتري القانون الذاتي للعقد.

كما أن نظرية القانون الذاتي للعقد تواجه اعتراض آخر من نوع جديد هو تحديد حدود علاقة هذا القانون الحاكم للعقد بالحقوق الأساسية للإنسان، فهل يستطيع قانون العقد ذو السيادة والسلطان في خلق النظام القانوني الذاتي للعقد أن يتضمن شروطاً تتعارض مع حقوق الإنسان الأساسية، فعلى سبيل المثال فإنه في ظل النظام النازي، حولت حكومة هتلر لشركة أجنبية، بمقتضى عقد مبرم بينهما القيام ببعض الأعمال التي تساهم في الإبادة العنصرية، فهل مثل ذلك العقد يتعين النظر إليه على أنه عقد صحيح دون خضوعه لأية قاعدة أمرة مستخلصة من أي نظام قانوني يحرم مثل ذلك الأمر؟ على نحو يجعل من الحقوق الأساسية للإنسان مسألة تخضع في نهاية الأمر لرحمة الأطراف.

كذلك فإن هذه النظرية تبدو نظرية غير مقبولة على الصعيد العملي إلى الحد الذي دفع جانب من الفقه يمثله الأستاذ Friedmann إلى وصفها بالنظرية المرعبة من ناحية الآثار المترتبة على أعمالها، ففكرة قدرة الأطراف المتعاقدة على خلق أنظمة قانونية مستقلة، تؤدي إلى خلق نوع من عدم الاستقرار والثبات في مجال العلاقات الدولية غير مرغوب فيها، لا على الصعيد القانوني أو الاقتصادي أو السياسي.

ولعل من أخطر ما يواجه نظرية القانون الذاتي للعقد، أن ما يعتري هذا القانون من نقص لا مجال لتفاديه لعدم مقدرة الأطراف على تصور جميع المشاكل ووضع حلول قانونية لها، يخول للمحكّمين عند الفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد سلطات بلا حدود في تفسير العقد.<sup>2</sup>

ثانياً: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون العبر الدولي.

لا بد من الإشارة في البداية إلى أن المقصود بقواعد قانون التجارة الدولية حسبما سبق تعريفها هو "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي

1- سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 658، 659.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 746-750.

العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية كمصدر رئيسي، والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي عليها بما يتناسب مع العلاقات التجارية الدولية، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"، وقد سبق لنا أن تناولنا بالتفصيل ماهية هذه القواعد، لذلك نكتفي بالإحالة في ذلك إلى ما سبق عرضه عند حديثنا عن اختيار الأطراف لهذه القواعد كقانون حاكم للعقد، ونقتصر في دراستنا على عرض الاتجاه المنادي بتطبيق هذه القواعد عند سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهم ثم نحاول تقييم هذا الاتجاه.

### 1- عرض الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية:

يذهب جانب من الفقه وبصفة خاصة الغربي منه إلى أنه يجب على المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث أن هناك اتجاهاً حديثاً نحو تحرير عقود الاستثمار من القانون الداخلي وإخضاعها لقواعد القانون الدولي، وبما أن هذا الأخير لا يصلح في رأي أنصار هذا الاتجاه في حد ذاته للإعمال على عقود الاستثمار، فإن الحل الأمثل يتحقق بالبحث عن نظام قانوني آخر لا ينتمي إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام، وهو النظام الذي يطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية، حيث تعتبر في رأي البعض من أنصار هذا الاتجاه هي الأكثر ملائمة للتطبيق على عقود الاستثمار، بل إن البعض منهم ذهب إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف، فيذهب في تأكيده لصلاحيّة قانون التجارة الدولية لحكم عقود الاستثمار، إلى أن هذا القانون لا يتضمن فقط القواعد المادية التي تتجاوز الحدود الوطنية، ولكنه يهدف أيضاً إلى تنظيم العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني، وهذا على الرغم من إقرار البعض من الفقه مثل Gaillard بالطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، إلا أنه نادى بعدم تعارض تلك الطبيعة مع منهج قانون التجارة الدولية عند غياب اختيار الأطراف، حيث يوجد في رأيه ما يطلق عليه مبادئ مشتركة ومبادئ خاصة بعقود الدولة.

وقد وجد أنصار الاتجاه دعماً في قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة والستين المنعقدة سنة 1989، وذلك في المادتين الرابعة والسادسة من القرار، والتي قد أجازتا إخضاع عقود الاستثمار لقواعد العبر الدولي، رغم أنه لم تستعمل مصطلح القانون العبر دولي أو مصطلح قانون التجارة الدولية، إلا أنها استعملت مصطلحات تفيد إلى مضمون القانون العبر الدولي.<sup>1</sup>

أما قضاء التحكيم فيبدو أن مناخه هو الأكثر ملائمة لإعمال تلك القواعد والأعراف، ونذكر في هذا السياق القرار الصادر عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية رقم 1837 لسنة 1969 في

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 245-247.

معرض نزاع حول عقد ترخيص، حيث ذكر المحكم فيه ما يفيد ضرورة تكملة النقص في العقد من خلال مبدأ حسن النية وعادات المهنة،<sup>1</sup> كما أقر تحكيم Aramco بأهمية العادات التجارية والمهنية بوصفها مصدرا للقانون الواجب التطبيق وذلك بإشارته إلى العادات المتبعة في نطاق صناعة البترول.<sup>2</sup>

## 2- تقدير الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقانون التجارة الدولية:

تعرض الاتجاه المناصر لتطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار عند غياب الاختيار، لانتقادات عديدة من عدة نواحي وذلك لما يلي:

أ- أن قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملًا باعتراف بعض أنصارها، فهذا النظام لا يحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهو إن اشتمل على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، حيث أنه من غير الواقعي كما يؤكد أحد الأساتذة تطبيق المبادئ المشار إليها، باعتبار أن هذه المبادئ ليست بقانون أو نظام قانوني يمكن الإحالة إليه.

ب- أن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار لا تتناسب مع تركيز هذه العقود في النظام عبر الدولي وإخضاعها لقواعد قانون التجارة الدولية، فالعقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة تخرج من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، فهذا القانون قد نشأ ليحكم العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة، وهو ما يمكن أن يمتد أيضا إلى العلاقات التجارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخص عادي.

ج- فضلا عما تقدم فإن اللجوء إلى قواعد قانون التجارة الدولية غالبا ما يخفي خلفه الرغبة في الوصول إلى حل مرضٍ بالنسبة للشركات الأجنبية المستثمرة التي تسعى إلى استمرار التعامل مع الدول النامية، وذلك دون الخضوع لنظمها القانونية الداخلية، على الرغم من كون قانون الدولة المضيف هو في الأغلب القانون الأكثر ارتباطا بمنازعات عقود الاستثمار.

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن إخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية، لا يقدم الحل المناسب لمنازعات هذه العقود، لوجود نقص في قواعدها أحيانا، أو لما لهذه العقود من خصوصية بالنسبة للدولة المضيفة لا يمكن لقانون التجارة الدولية أن يراعيها.<sup>3</sup>

1- وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 865، 866.

2- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 756، 757.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 248-250.

## المبحث الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق.

انتهينا في المبحث السابق من دراستنا، إلى عدم وجود قرينة حاسمة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة سكوت الأطراف عن التصريح بهذا القانون وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية، فقد لاحظنا أن معظم الحجج التي تم الاستناد إليها في تحديد هذا القانون إنما تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية، لذلك نفضل الرجوع في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، فهذه العقود وإن اتسمت بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة وإلى كون الدولة أحد أطرافها، فإنها لا تخرج عن كونها عقود دولية تدخل في إطار القانون الدولي الخاص المعاصر.

لذلك يتعين على القاضي أو المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني، اللجوء إلى تركيز الرابطة العقدية بإسنادها إلى القانون الأوثق صلة بها، والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية، فعلى القاضي أو المحكم أن يجتهد لتحديد القانون الذي يرتبط به العقد، فليس من المعقول أن ينكرا العدالة تحت ذريعة عدم وجود قانون ليحكم العقد، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين عدة مناهج يمكن إتباعها من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، فهناك منهج يلجأ فيه المشرع إلى إيراد ضوابط معينة بشكل مسبق يلتزم القاضي بتطبيقها، يطلق عليه "الإسناد الجامد"، وثمة منهج آخر يتم فيه ترك مجال واسع لاجتهاد القاضي وتقديره حسب ظروف التعاقد وملابساته ويطلق عليه "الإسناد المرن"، ويضاف إلى ما سبق منهج حديث يقوم فيه القاضي بالتركيز الموضوعي للعقد في ضوء طبيعته الذاتية، حيث ظهر لإصلاح عيوب المنهجين السابقين، ويطلق على هذا المنهج "نظرية الأداء المميز".

ونعرض فيما يلي لهذه المناهج لبيان أكثرها ملائمة وانسجاما مع خصوصية عقود الاستثمار، وذلك في مطلبين، الأول نخصه للمنهج الإسناد الجامد والإسناد المرن، أما المطلب الثاني فنخصصه لنظرية الأداء المميز.

### المطلب الأول: منهج الإسناد الجامد والإسناد المرن.

سنخصص لكل منهج فرع خاص به، حيث سنتطرق في الفرع الأول لمنهج الإسناد الجامد ونخصص الفرع الثاني لمنهج الإسناد المرن، وذلك بعرض مضمون كل فكرة مع التركيز على مميزات وعيوب كل منهج.

## الفرع الأول: منهج الإسناد الجامد "نظرية التركيز التشريعي".

يمكن وصف هذا المنهج بالمنهج التشريعي، لأنه منهج يقوم فيه المشرع نفسه بعملية التركيز للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة، من خلال إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها، ولا مجال للاجتهاد بشأنها، ما عدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وإعماله على نحو سليم،<sup>1</sup>

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بمنهج التركيز التشريعي، ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".<sup>2</sup> وكذلك المشرع المصري أخذ أيضا بفكرة التركيز التشريعي، حيث جاء في نص المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد...". وهو ذات النص الذي أخذ به القانون المدني السوري في المادة 20 منه، وكذلك القانون المدني الإسباني في مادته 5/11.

وهذا المنهج يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، مثل قانون الجنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون دولة إبرام العقد أو دولة التنفيذ، حيث يلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بأن يطبق الضابط الذي حدده له المشرع وعلى سبيل التدرج الذي أورده هذا المشرع، وهذا ما يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا، الأمر الذي من شأنه أن يحقق لهم الأمان القانوني الذي يسعون إلى تحقيقه، ويصون على هذا النحو توقعاتهم المشروعة من ناحية والاستقرار المتطلب للتجارة الدولية من ناحية أخرى، غير أنه يؤخذ على منهج الإسناد الجامد أنه يتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد، وذلك لأنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، كما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يبدو على حد تعبير أحد الأساتذة نشازا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة،<sup>3</sup> فهذا المنهج لا يصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي تتميز بطبيعة خاصة، وذلك لعدم مراعاته التعقيدات التي

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 251-255.

2- الأمر 58-75 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05-07، المرجع السابق.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 256.

تتصف بها، كعقود نقل التكنولوجيا أو تسلم المفتاح أو تسليم المنتج في اليد، وهذا ما أوجب إيجاد مناهج جديدة تستجيب للتطورات والمعاملات الدولية وتطلعات المتعاقدين.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: منهج الإسناد المرن "المنهج الموضوعي"

يسعى منهج الإسناد المرن على عكس المنهج الجامد إلى مزيد من المرونة في الإسناد، وذلك وفقا لمقتضيات التعاقد ودواعيه، سعيا وراء إدراك العدالة على نحو أفضل، حيث يقوم القاضي وفقا لهذا المنهج بالبحث في كل حالة على حدة عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته، وعلى هذا النحو فإن هذا الاتجاه في الاسناد الذي يقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته، والذي قاده الأستاذ الفرنسي باتيفول متأثرا بذلك بالقضاء الإنجليزي، كما كرسه القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا، وقد أراد الأستاذ باتيفول التوصل إلى إسناد العقد إلى أوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدة.

كما تابع القضاء الفرنسي الاتجاهات القضائية التي أسندت العقود للقانون الأوثق صلة بها في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 يوليو 1959 أنه "إذا لم يقيم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته".<sup>2</sup>

فأنصار هذه النظرية يرون أن مركز ثقل في هذه العلاقة العقدية يتحدد في كل حالة على حدة على ضوء ظروف التعاقد ومجموع العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة التعاقدية، ويكون ذلك باستعراض القاضي أو المحكم جميع هذه العناصر ومن ثم الموازنة بينها ثم يعين العنصر الراجح على بقية العناصر، بالنظر إلى أهميته وصلته بالعقد وثقله في ميزان العلاقة العقدية، بحيث يظهر أن هذا العنصر يمثل مركز العلاقة ويعكس وجود روابط وثيقة مع نظام قانوني معين، ومنه يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب التطبيق إسنادا لهذا العنصر، وفي حالة عدم القطع بوجود هذا العنصر فيمكن للقاضي أو المحكم أن يزاوج بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة التعاقدية التي يراها تتركز في نظام قانوني معين، الذي يكون بذلك هو القانون الواجب التطبيق على العقد.<sup>3</sup>

1- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 501.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 257، 258.

3- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 286.

وفي تقدير هذا المنهج يمكن القول بأن الأخذ به من شأنه أن يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود، إلا أنه مما يؤخذ عليه هو افتقاده إلى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة، وهو ما يؤدي للإخلال بتوقعات الأفراد، حيث يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق.<sup>1</sup>

وهذا ما أدى إلى ظهور منهج جديد، وجد نتيجة الرغبة في إصلاح عيوب المنهجين السابقين، وهذا المنهج يعرف بنظرية الأداء المميز.

### المطلب الثاني: منهج الأداء المميز.

إن منهج الإسناد الجامد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولا يتماشى مع خصوصية وطبيعة كل عقد، كما أن ظروف وملابسات التعاقد يختلف تفسيرها من قاضي إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، فإنه من الصعب القول بتوافر العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، إذ لا يتحقق لهم ذلك إلا بعد عرض النزاع على القاضي أو المحكم مما يتسبب في الغالب إلى الإخلال بتوقعاتهم المشروعة،<sup>2</sup> لذلك نادى جانب من الفقه بتطبيق نظرية الأداء المميز لتجنب كل هذه الإشكاليات، حيث أن هذه النظرية تعد من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد ظهرت فكرته أولاً في الفقه والقضاء السويسري، ثم ما لبثت أن أخذت به العديد من التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، و سنقوم بعرض ذلك في فرعين، الأول نتناول فيه مضمون نظرية الأداء المميز، والثاني نخصصه لموقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من نظرية الأداء المميز.

### الفرع الأول: مضمون نظرية الأداء المميز.

تقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه، حيث يتميز كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مما يترتب عليه أن يختلف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة.<sup>3</sup>

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 258.

2- مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 509-510.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 259.

حيث يتوجب على القاضي في حالة غياب الإرادة، القيام بالتركيز الموضوعي للعقد وذلك من خلال طبيعة الرابطة التعاقدية، أين يمكن أن نحدد منذ البداية الالتزام الجوهرى أو الأداء المميز في العقد، و ذلك بإسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي.<sup>1</sup>

وقد افترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ المفترض للأداء الرئيسي في العقد هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 11 مايو 1966 إلى أنه: "وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعد أداؤه مميزا في العقد محل النزاع"، ويرجع ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز - وهو ليس بالضرورة قانون محل تنفيذ هذا الأداء - إلى وضوح معيار هذا الإسناد وسهولة العلم المسبق به، بدلا من الاعتداد بمحل التنفيذ الفعلي والذي قد يكون مجهولا عند التعاقد، فضلا على أن الراجح هو أن يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد في محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال.<sup>2</sup>

فتقدير الأداء المميز أو الالتزام المحوري في العقد يتم وقت إبرام العقد، وتصور الأطراف له في ذلك الوقت حتى وإذا لم يتم التنفيذ الفعلي ولم يقيم المدين بالوفاء بالأداء المميز الذي يقع على ذمته بموجب هذا العقد، فذلك يأتي في مرحلة لاحقة، الأمر الذي من شأنه أن يضمن عدم الإخلال بتوقعات الأطراف في شأن قانون العقد، وتحقيق الأمان القانوني لمعاملتهم.<sup>3</sup>

وهكذا تقوم نظرية الأداء المميز على تحليل موضوعي بحث للطبيعة الذاتية للعقد وصولا إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه، حتى يمكن للقاضي إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إقامة المدين بهذا الالتزام عند التعاقد أو مركز إدارته لو كان شخصا اعتباريا، غير أن هذه النظرية تجيز للقاضي أن يخرج على هذا الإسناد المسبق القائم على فكرة الأداء المميز فيما لو تبين للقاضي أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر يعتبر أوثق صلة بالعقد باعتباره النظام الذي تؤدي الرابطة التعاقدية في إطاره وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما يسمى بالفرض الاستثنائي أو العودة الاستثنائية للمعيار العام لإسناد العقود للقانون الأوثق صلة بها،<sup>4</sup> كما يكون هذا الاستثناء أيضا في الحالة التي يتعذر فيها تحديد

1- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 565.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 259، 260.

3- صادق علاوة، المرجع السابق، ص 133.

4- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 261، 262.

الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي في العقد، ومثال ذلك عقود المقايضة في حال تساوي الأداءات أو الالتزامات التي تقع في ذمة كل من الطرفين.<sup>1</sup>

وفي تقدير هذه النظرية يمكن القول أنها تحقق المرونة المتطلبة لإدراك العدالة، نظرا لكونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة من غير أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأفراد، لكون اختلاف الإسناد لا يرتد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة، وهو ما قد يختلط بالبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون أو ذلك، وإنما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، الأمر الذي يمكن المتعاملين من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على العقد، فنظرية الأداء المميز تكتسب طابعا موضوعيا خالصا لكونها لا تلقي بالا لأي عناصر واقعية خارجية عن طبيعة العقد وذاتيته، كما أن الاستثناء الذي أوردته بعض التشريعات، من شأنه أن يكفل التطبيق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، مما يحقق العدالة في تحديد القانون الواجب التطبيق.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من نظرية الأداء المميز.

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

أولا: الاتفاقيات الدولية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:

1- اتفاقية روما لعام 1980: أخذت اتفاقية روما لعام 1980 بنظرية الأداء المميز بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي أضحت القانون الأوربي للالتزامات التعاقدية، وذلك في المادة الرابعة منها التي تنص على أنه "عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا"<sup>3</sup>، فقد قررت هذه المادة إسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة به، الذي يفترض أن يكون قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة المدين بالأداء المميز فيما لو كان قابلا للتحديد، وهو ما يستفاد منه أنه في حالة تعذر تحديد

1- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 295.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 263.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 260.

الأداء المميز في العقد فيجب على القاضي أن يطبق القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة.<sup>1</sup>

2- اتفاقية لاهاي: تعد نظرية الأداء المميز من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في أعوام 1955 و1978 و1985، حيث يتبين ذلك من خلال المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية المنقولة، والتي اعتدت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي، على أساس أن أداء البائع هو الأداء المميز في العقد، وهو نفس ما جاءت به اتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الثامنة، إضافة إلى نص المادة السادسة من اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة والوساطة التي نصت على أنه " في حالة ما إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف ، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر المؤسسة المهنية للوكيل ، أو مكان إقامته المعتادة وقت إنشاء أو إبرام علاقة التوسيط".<sup>2</sup>

ثانيا: التشريعات الوطنية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:

لقد أخذت العديد من التشريعات بنظرية الأداء المميز، وباعتبار سويسرا كانت الموطن الأصلي لهذه النظرية حيث استقر القضاء بالعمل بها، وأيده في ذلك الفقه السويسري، فكان منطوقا أن تقنن في موطنها الأصلي، حيث نصت المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1987 على أنه "1- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا؛ 2- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يقدم الأداء المميز...".

وكذلك أخذ المشرع الألماني بهذه النظرية حيث نص في المادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 على أنه: "1- عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية؛ 2- ويفترض أن العقد الدولي يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد لطرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز في العقد"<sup>3</sup>، كما نص على ذلك القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979، حيث نصت المادة 29 منه على أنه "إذا لم يستطع تحديد القانون الواجب التطبيق.....يسري على العقد قانون موطن أو محل

1- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 262.

2- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 297-299.

3- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 260، 261.

الإقامة العادية أو مركز نشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهريّة"، ونص عليه أيضا القانون الدولي الخاص التركي الصادر سنة 1982 حيث أخذ بنظرية الأداء المميز وذلك يتضح من خلال نص المادة 24.<sup>1</sup>

إضافة إلى القوانين السابقة فقد تم الأخذ بنظرية الأداء المميز في كل من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر سنة 1978 في المادتين 36 و 37، والقانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة 2001، والقانون الإيطالي في المادة 57 بإحالة إلى اتفاقية روما، وكذلك القانون الدولي الخاص الفنزويلي الصادر سنة 1998 في المادة 36 منه،<sup>2</sup> بالإضافة إلى قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في مادته 136، وكذلك نص المادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998 التي تقضي بأن "يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وما لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوماً بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعا في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية"، والمقصود هنا هو الطرف المدين بالأداء المميز.<sup>3</sup>

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول أن نظرية الأداء المميز هي الأنسب لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة انعدام الاختيار، لما تتسم به من مزايا عديدة والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، على نحو يجعلها أقرب المناهج لمراعاة طبيعة هذه العقود.

1- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص 294.

2- صادق علاوة، المرجع السابق، ص 136.

3- محمد بلاق، المرجع السابق، ص 60.

# الختامة

ومن خلال هذه الدراسة تبين لنا أن عقود الاستثمار مثل بقية العقود الدولية تخضع لقاعدة الاسناد التي يطلق عليها "قانون الإرادة"، والتي تعتبر من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعاً ، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط الإسناد الأصيل في قواعد التنازع المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، فوجود الدولة طرف في العقد لا يؤثر في خضوعه لقاعدة قانون الإرادة، لذلك يتمتع الأطراف في عقود الاستثمار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة بسلطة اختيار أي قانون يرونه ملائماً ليحكم علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر عما إذا كان هذا القانون المختار قانون وطنياً لدولة معينة أم كان نظاماً قانونياً لا ينتهي لسيادة إقليمية لدولة معينة.

فالأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية وهو ما كرسته غالبية التشريعات الوطنية والدولية والكثير من أحكام التحكيم، رغم أن الفقه اختلف بخصوص مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى أن إرادة الاختيار في معرض البحث عن القانون الواجب التطبيق، إما أن تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية، والإشكال لا يثور بالنسبة للإرادة الصريحة وإنما يثور الإشكال بالنسبة للإرادة الضمنية أين يلتزم القاضي أو المحكم بالبحث عن الظروف والمؤشرات الضمنية الدالة لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

فيمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق قانون وطني لدولة معينة، كقانون الدولة التي ينتهي إليها المستثمر الأجنبي، أو قانون داخلي لدولة ثالثة محايدة إذا رأوا أن هذا القانون ملائم لتحقيق النتيجة المرجوة، أو اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة الذي يتم اختياره في غالب الحالات، فعلى الرغم من أن قانون الدولة المضيفة هو ما ارتضته إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، إلا أن السوابق التحكيمية في مجال هذه العقود تدل على وجود اتجاه لدى بعض هيئات التحكيم يستبعد قانون الدولة المضيفة، استناداً إلى عدم ملاءمة قواعدها لمعاملات التجارة الدولية، أو بدعوى عدم احتوائه على قواعد قانونية كافية لحكم النزاع، أو لأسباب تتعلق بتعارضها مع المبادئ العامة للقانون الدولي، فبأسلوب غير مباشر ولباقة قانونية يقوم المحكمون في هيئات التحكيم باستبعاد قانون الدولة المضيفة لصالح القانون الدولي، انطلاقاً من أن القانون الدولي يشكل جزءاً من قانون هذه الدولة، وذلك مراعاة للخطورة الناجمة عن المساس بسيادة الدولة وتحاشياً للطعن في قوانينها، فاستبعاد قانون الدولة المضيفة المختار من الأطراف تحت أي من هذه الأسباب يجعل حكم التحكيم معيباً وغير مبرر لمخالفته اتفاق الأطراف.

كما يحق للأطراف اختيار القانون الدولي العام، فالإرادة حرة في اختيار القانون الذي يتفق مع مصالحها التعاقدية، إلا أنه يتعين في أعمال هذا الاختيار مراعاة حقيقة أن القانون الدولي العام لا يحتوي قواعد كافية لحكم مثل هذه عقود ذات الطبيعة الخاصة، لذلك يفضل اسناد العقد إلى قانون وطني يكون في الغالب قانون الدولة المضيفة ذاتها، على أن يتم الاحتفاظ للقانون الدولي بدور تكميلي أو

تصحيحي لقواعد القانون الوطني، كما أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تطبيق قواعد التجارة الدولية، حيث يصعب تبرير تقييد حرية الأطراف إذا ما ارتضوا أنفسهم تطبيق هذه القواعد، فمن الملاحظ أن مبدأ قانون الإرادة قد أصبح يتمتع بأقصى صور تحرره أمام التحكيم الدولي، الأمر الذي قد تصبح معه المناداة بتقييده في مجال عقود الاستثمار دعوة منعزلة لا تنسجم مع واقع التحكيم الدولي.

وبالنظر إلى الخصوصية التي تتميز بها عقود الاستثمار، كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، ونظرا لارتباطها بتحقيق التنمية في الدولة المضيفة، فإن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكمها تزداد صعوبة وتعقيدا بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، فالمستثمر الأجنبي خاصة في حالة اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة يأمل دائما في أن يظل قانون العقد ثابتا كما هو وقت إبرام العقد، بينما نجد الدولة بوصفها صاحبة سيادة تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية لمصالحها العامة، وحتى يأتي الاستثمار بثماره لابد من خلق بيئة استثمارية محفزة من خلال تقديم ضمانات كفيلة بتوفير الأمان القانوني والاقتصادي، وهذا من خلال الاتفاق على التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق كبند يدرج في العقد والمعروف بشرط الثبات التشريعي، ولقد دار جدال فقهي حول جدوى إعمال هذا الشرط بين مؤيد ومعارض له.

أما في حالة غياب اختيار الأطراف الصريح أو الضمني، فقد برزت عدة آراء فقهية مختلفة حول القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، غير أن معظم الحجج التي تم الاستناد إليها في تحديد هذا القانون سواء تلك التي هدفت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، أم تلك التي سعت إلى تحرير هذه العقود من سلطان قانون الدولة المضيفة لصالح تطبيق القانون الدولي العام أو قانون التجارة الدولية أو القانون الذاتي للعقد، إنما تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية، إلا أن هذا لا يعني رفض المحكم أو القاضي الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قانون واجب التطبيق، فقد ظهرت مبادئ عامة جديدة لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص تعتبر السبيل الأمثل للخروج من هذا الصراع الإيديولوجي، تتمثل في المنهج الجامد والمنهج المرن ونظرية الأداء المميز، وهذه الأخيرة هي الأكثر ملائمة للتطبيق على عقود الاستثمار لما تتسم به من مزايا عديدة والتي من أهمها مراعاتها للطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، بالإضافة لما توفره من علم مسبق بالقانون الواجب التطبيق، وتوصلها للقانون الأكثر صلة بالعقد.

رغم ما سبق ذكره يبقى قانون الدولة المضيفة هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في غياب اختيار الأطراف، والذي كرسته العديد من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم، وذلك للطبيعة الخاصة التي تتميز بها عقود الاستثمار الناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.

وقد توصلنا في نهاية هذا البحث إلى عدة مقترحات، يمكن إجمالها على النحو التالي:

- يجب على الدول المضيفة للاستثمار خاصة النامية منها نظرا للقصور الذي يعتري تشريعاتها، ولكونها أكثر احتياجا للاستثمار الأجنبي، أن تطور قوانينها الداخلية حتى ترقى لمصاف القوانين الوطنية للدول المتقدمة، لتواكب التطور الكبير الحاصل في التجارة الدولية، على نحو يجعلها قادرة على الإحاطة بجميع جوانب العقد، فتطوير المنظومة القانونية في هذا المنحى يساهم في ضمان تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وحماية لها مما قد يعتبر مساسا بمصالحها في حالة تطبيق قانون أجنبي، لارتباط عقود الاستثمار بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار.

- وجوب ضمان الاستقرار التشريعي للدول المضيفة للاستثمار لخلق بيئة استثمارية محفزة ومستقطبة للاستثمارات الأجنبية، مما يمكن أطراف العقد من التخلي عن إدراج شرط الثبات التشريعي الذي يحول دون ممارسة الدولة لأهم مظاهر السيادة على إقليمها، والمتمثل في حرمتها في تعديل تشريعاتها، كما يمكن استبدالها بشروط إعادة التفاوض نظرا لطول مدة تنفيذ هذه العقود، التي تؤدي دورا هاما في تجنب المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها هذه العقود، من خلال إحداث الثبات في العقد دون تقييد الدولة في ممارستها لسيادتها.

- ضرورة التأسيس لنظام خاص لعقود الدولة، يتأكد بعده الدولي من خلال إسهام المحاكم التحكيمية في إرساء قواعد دولية تصبح جزءا من القوانين الداخلية للدول، وتكون معالم نظام عقود الدولة هي السبيل الأمثل لتحقيق نوع من التوازن القانوني والاقتصادي بين التباين الحاصل في التشريعات المختلفة وصراع المصالح الاقتصادية، الذي يولد العديد من الاتجاهات الفقهية المتعارضة.

- ضرورة انضمام الدول إلى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية أو عقد اتفاقيات جديدة تتعلق بالاستثمار، بهدف تقريب الرؤى بخصوص القانون الواجب التطبيق وتوفير بيئة استثمارية محفزة.

- التأكيد على ضرورة الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق لتفادي تطبيق قانون غير متوقع من أطراف العقد في حالة غياب الاختيار، وتجنب إشكال وجود اتجاهات فقهية متعارضة في معرض البحث عن القانون الواجب التطبيق.

وفي الختام تبقى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار مجالا خصبا للبحث والإثراء، نظرا لأهميته البالغة وحركة تطور مثل هذا النوع من العقود.



قائمة المراجع

والمصادر

### أولاً: المراجع والمصادر باللغة العربية:

#### 1- الكتب باللغة العربية:

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي- مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية- في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالث، 1993.
- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء و التشييد-دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.
- ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- محمد الروبي، عقود التشييد و الاستغلال والتسليم B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
- وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

### 2- المقالات العلمية:

- مسعودي يوسف، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية- أدرار، العدد السابع والثلاثين، 18 فيفري 2016.
- قروي سميرة، أطر فرض منازعات الاستثمار الأجنبي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور- خنشلة، العدد السادس، جوان 2016.

### 3- المذكرات والأطروحات الجامعية:

- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2008-2009.
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010-2011.
- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011.
- بودالي منية و بوحارة لامية ، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015.
- صادق علاوة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2015-2016.
- صغير يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار أمام قضاء التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر- سعيدة، 2016-2017.

### 4- النصوص القانونية:

- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل سنة 2008 م.
- القانون 09-16 المؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 3 غشت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46.
- الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07 - 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007 م، الجريدة الرسمية العدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

- الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006م، المعدل والمتمم للأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت سنة 2001م المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47، المؤرخة في 20 غشت 2001م.

- مرسوم تنفيذي رقم 416/01 مؤرخ في 05 شوال 1422 هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2001م، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها ومتابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية عدد 80، الصادرة في 11 شوال 1422 هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 2001م.

### ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية:

- Stéphane Chatillon, **Le contrat international**, 3éme édition, Vuibert, Paris, France, 2007.

- Vincent Heuzé, **Traité des contrats - Le vente international de marchandise**, L.G.D.J , éd delta , paris, 2000.

# الفہریں

## فهرس المحتويات:

1	مقدمة:
5	الفصل الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقود الاستثمار.
6	المبحث الأول: تحديد قانون الإرادة.
6	المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة.
6	الفرع الأول: تعريف فكرة قانون الارادة وجذورها التاريخية.
9	الفرع الثاني: صور الإرادة ونطاقها الزمني.
17	المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.
17	الفرع الاول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع.
18	الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار.
21	المبحث الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة.
21	المطلب الأول: الخيارات المتاحة لأطراف عقد الاستثمار.
21	الفرع الأول: اختيار أحد القوانين الوطنية.
22	أولاً: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار.
25	ثانياً: اختيار قانون الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي.
25	ثالثاً: اختيار قانون دولة ثالثة محايدة.
26	الفرع الثاني: اختيار قواعد القانون الدولي العام.
28	الفرع الثالث: اختيار قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.
30	المطلب الثاني: شرط الثبات التشريعي ومدى الزامية القانون المختار للقاضي أو المحكم.

الفرع الأول: شرط الثبات التشريعي "التجميد الزمني".-----30

أولاً: مفهوم شرط الثبات التشريعي:-----30

ثانياً: الجدل الفقهي في إعمال شرط الثبات التشريعي:-----31

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي:-----32

الفرع الثاني: مدى إلزامية القانون المختار للقاضي أو المحكم.-----32

أولاً: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني:-----32

ثانياً: مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم:-----33

## 34----- الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية المختلفة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في

غياب قانون الإرادة.-----35

المطلب الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.-----35

الفرع الأول: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً لوجود قرينة مفترضة أو لنظرية التركيز أو

إعمالاً لنصوص المعاهدات الدولية.-----36

أولاً: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً لوجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون:-----36

ثانياً: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً لتطبيق نظرية التركيز:-----37

ثالثاً: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً إلى إعمال نصوص المعاهدات الدولية.-----38

الفرع الثاني: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية

أو استناداً على اعتبارات سياسية أو قانونية.-----40

أولاً: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً إلى تكييفها كعقود إدارية:-----40

ثانياً: تطبيق قانون الدولة المضيفة استناداً على اعتبارات سياسية أو قانونية:-----42

المطلب الثاني: تحرير عقود الاستثمار من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة.-----46

46	الفرع الأول: تطبيق القانون الدولي العام "التدويل المباشر لعقود الاستثمار".
52	الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني ثالث "التدويل غير المباشر".
52	أولاً: تطبيق القانون الذاتي للعقد "مبدأ الكفاية الذاتية للعقد".
54	ثانياً: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.
	<b>المبحث الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق.</b>
57	
57	المطلب الأول: منهج الإسناد الجامد والإسناد المرن.
58	الفرع الأول: منهج الإسناد الجامد "نظرية التركيز التشريعي".
59	الفرع الثاني: منهج الإسناد المرن "المنهج الموضوعي"
60	المطلب الثاني: منهج الأداء المميز.
60	الفرع الأول: مضمون نظرية الأداء المميز.
62	الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من نظرية الأداء المميز.
62	أولاً: الاتفاقيات الدولية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:
63	ثانياً: التشريعات الوطنية التي أخذت بنظرية الأداء المميز:
65	الخاتمة:
68	قائمة المراجع والمصادر:
72	الفهرس:

## الملخص:

لا يؤثر وجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار في خضوعه لمبدأ قانون الإرادة الذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، لذلك فالأطراف يتمتعون بسلطة اختيار أي قانون يرونه ملائماً ليحكم علاقاتهم التعاقدية، سواء كان قانوناً وطنياً لدولة معينة، أم كان نظاماً قانونياً لا ينتهي سيادة إقليمية معينة، غير أن المستثمر الأجنبي في حالة اختيار قانون الدولة المضيفة يأمل في أن يظل قانون العقد ثابتاً كما هو وقت إبرام العقد، وهذا ما يتحقق من خلال إدراج شرط الثبات التشريعي، أما في حالة غياب اختيار الأطراف، ونظراً لتضارب مصالح الأطراف المتعاقدة، برزت عدة اتجاهات فقهية مختلفة، سواء تلك التي هدفت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، أم تلك التي سعت إلى تحرير هذه العقود من سلطان قانون الدولة المضيفة، كما ظهرت قواعد عامة في القانون الدولي الخاص تعتبر الحل الأمثل للخروج من هذا الخلاف الإيديولوجي، تتمثل في المنهج الجامد والمنهج المرن ونظرية الأداء المميز، هذه الأخيرة تعتبر الأكثر ملائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق، لما تتسم به من مزايا عديدة.

**الكلمات المفتاحية:** عقود الاستثمار، عقود الدولة، قانون الإرادة، قانون الدولة المضيفة، قانون التجارة الدولية، القانون الدولي العام، القانون الدولي الخاص، شرط الثبات التشريعي، نظرية الأداء المميز.

## Le résumé :

La présence de l'Etat comme partie n'affecte pas la loi de l'autonomie, qui régit le contrat, ce dernier est devenu l'un des principes constant du Droit International privé. En effet, les parties disposent de la faculté de choisir la loi dont ils estiment convenable pour régir leurs obligations contractuelles, la loi choisie peut s'agir de la loi d'un Etat donné, ou bien d'un autre régime juridique ne relevant d'aucune souveraineté territoriale d'un Etat. Cependant l'investisseur étranger, en cas de l'élection de la loi interne du pays d'accueil, souhaite que cette loi demeure inchangée comme telle au moment de la conclusion du contrat, c'est pourquoi il veille à y introduire la clause de la constance législative. A défaut, et vu les intérêts antagoniste des parties contractantes, la doctrine est divisée sur la nature de la loi applicable. On trouve un courant qui appelle à l'application de la loi interne de l'Etat d'accueil, alors qu'un autre courant prône l'affranchissement de ces contrats de la contrainte de la dite loi. Par ailleurs, de nouvelles règles générales ont apparu dans le droit international privé, considérées comme la solution adéquate pour sortir de ce différend idéologique, à savoir l'approche rigide, l'approche souple ainsi que la théorie de la prestation caractéristique, Cette dernière serait la plus appropriée à l'effet de déterminer la loi applicable, vu les avantages y afférents.

**Les mots clés :** Contrats d'investissements, Contrats d'Etats, loi d'autonomie, loi du pays d'accueil, droit de commerce international, droit international public, droit international privé, clause de la constance législative, la théorie de la prestation caractéristique.