تدويل المحكم النظام القانوني لعقود الدولة بين قبول الشركات الأجنبية و معارضة الدول المتعاقدة

Internationalization of the arbitrator the legal system of stat contracts between the admission of foreign companies and the opposition of contracting states

طالب الدكتوراه/ دنون محمد بلبنة [2،1]، الدكتورة / فتيحة عمارة [1]

[1] جامعة سعيدة، (الجزائر)

[2] المؤلف المراسل: binou.dz10@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2018/11/21 تاريخ القبول للنشر: 2019/04/06 تاريخ النشر: 2019/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

لما كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد استقرت في معظم النظم القانونية، فإنها مع ذلك لم تسلم من التجاوزات التي لحقت بها من طرف المحكمين بغية استبعاد القانون المطبق على عقد الدولة، خاصة وأن قانون الإرادة المختار في هذا النوع من العقود غالبا ما يكون قانون الدولة المتعاقدة.

فبينما تحرص الدولة المتعاقدة على تطبيق قانونها الوطني على هذه الطائفة من العقود لاعتبارات تتعلق بالسيادة والمصلحة العامة، فان المحكمين غالبا ما يحرصون على تدويل هذه العقود وإخراجها من النظام القانوني للدولة المتعاقدة بإخضاعها للقواعد عبر الدولية أو كما يطلق عليها قانون التجارة الدولية. وهذا ما يحظى بقبول الشركات الأجنبية الخاصة المتعاقدة مع الدول من جهة، ويتعارض مع تطلعات الدولة المتعاقدة من جهة ثانية.

الكلمات المفتاحية: المحكم الدولي؛ القواعد عبر الدولية؛ عقود الدولة؛ موقف الفقه الغربي؛ معارضة فقه الدول النامية.

Abstract:

Since the rule of submission of the contract to the law of will has stabilized in most legal systems, it has not yet been removed from the excesses suffered by the arbitrators in order to exclude the law applicable to the subject of disputes of the state contract, especially that law of will chosen in this type of contracts which is often the law of the Contracting State.

While the Contracting State is keeping to apply its national law to this category of contracts for considerations of sovereignty and public interest, arbitrators often tend to internationalize such contracts and remove them from the

legal system of the contracting State by subjecting them to international rules or as they are called under international trade law.

This situation is accepted by foreign private companies contracting with countries on the one hand, and contrary to the aspirations of the contracting state on the other hand.

Key words: *International arbitrator; international cross-border rules; state contracts; Western jurisprudence; opposition to the jurisprudence of developing countries.*

مقدّمة:

إن إسناد الخلافات التي تثور بشأن عقود الدولة التي تبرم بين دولة ذات سيادة و شخص خاص أجنبي، إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي، يعتبر بمثابة مسألة تشغل ذهن المحكمين الذين يتصدون لحسم ذلك النزاع، خاصة في مهمتهم المتعلقة بإيجاد القانون الذي ينبغي إعماله على موضوع نزاع ذلك العقد.

وإن كانت أغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا المجال و التي من بينها اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، قد أقرت بأنه في حالة خلو العقد الذي تبرمه دولة مع طرف أجنبي خاص من القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فان المحكم يفصل بناء على قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد التنازع.

ونظرا للمشاكل والانتقادات التي وجهت لطريقة تنازع القوانين، فكر المجتمع الدولي في حل هذه المشكلة، حيث لعب التحكيم التجاري الدولي دورا مهما في هذا المجال من خلال إيجاد قانون خاص لمثل هذا النوع من العلاقات، ألا وهي علاقات التجارة الدولية، وهو ما يدعى بـ La Lex Mercatoria أو القواعد عبر الدولية والذي يشكل قانونا عابرا للأوطان.

إلا أن هذا الأمر لم يلق ترحيبا من قبل الدول المتعاقدة، خاصة في الحالة التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى أن عملية التدويل التي يقوم بها المحكم بواسطة القواعد عبر الدولية، لا تتوافق مع الطبيعة الخاصة لعقود الدولة، الشيء الذي قد يدعو هذه الدول المتعاقدة إلى أن تبتعد عن مسلك قضاء التحكيم نظرا لتجاوزه لسلطاته التي يخولها له الأطراف المتعاقدة.

وبناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن للقواعد عبر الدولية التي يطبقها قضاء التحكيم أن تحل المنازعات التي تثيرها عقود الدولة بشكل يرضي أطرافها؟

منهج التحليل المعتمد:

استندنا في بحثنا هذا للإجابة على الإشكالية المطروحة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من أجل إبراز مضمون القواعد عبر الدولية التي يقوم المحكمون بإعمالها على منازعات عقود الدولة بغية تدويل النظام القانوني.

واعتمدنا كذلك على المنهج الاستقرائي نظرا لاستعانتنا ببعض النصوص التشريعية خاصة منها المنظمة للتحكيم، كذلك من خلال استعراضنا للاتجاهات الفقهية بين مساندة للتدويل ومعارضة له. أما المنهج التطبيقي استعملناه من أجل عرض كل فكرة إلى تدعيمها بالتطبيقات العملية التي تناصرها كما هو الحال بالنسبة للقضايا التحكيمية.

أهداف المقال:

يهدف البحث إلى:

تبيان القواعد القانونية التي يدول بها المحكم النظام القانوني للمنازعات التي تنجم عن عقود الدولة وطبيعتها.

عرض الاتجاهات المتعارضة حول طبيعة و قدرة القواعد عبر الدولية لتنظيم عقود الدولة.

معرفة مدى جواز تطبيق القواعد عبر الدولية في ظل اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة مع الشخص الخاص الأجنبي.

توعية الدول المتعاقدة في مجال عقود الدولة للتنمية الاقتصادية والتي غالبا ما تكون نامية، أن لا تغفل عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لان ذلك يشكل خطورة في عدم الفصل بقانونها الوطني.

إمكانية استبعاد الدول النامية اللجوء إلى قضاء التحكيم في حالة ما إذا تجاوز السلطات المكلف بها، واستبداله بالوساطة.

ومن اجل ضمان تسلسل واتساق الأفكار، قمنا بالاعتماد على خطة ثنائية في كتابة المقال، تحتوي على مبحثين، فقد عنونا المبحث الأول بتطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة، أما المبحث الثاني خصصناه لنظرة انتقاديه لإعمال القواعد عبر الدولية على منازعات عقود الدولة.

المبحث الأول

تطبيق المحكم القواعد عبر الدولية على عقود الدولة

لقد انعكس استقلال التحكيم الاقتصادي الدولي على منهج المحكم في هذا المقام ومنهج التنازع الساري في أحد الأنظمة القانونية الداخلية إلى مفهوم غير تقليدي يمنح المحكم منهجا مستقلا في هذا الشأن، حيث أصبح المحكم الدولي متمتعا بسلطة تطبيق القواعد عبر دولية، لذلك يمكن القول بأن مقولة الفقيه LOQUIN "إذا كان التحكيم سفينة فإنها لا تتمتع بمرسى قانوني" قد صحت[1].

فإن فكرة التدويل في ظل أحدث اتجاهاتها التي تزعمها الفقه الغربي، قد استبعدت فكرة التدويل بمعناها السابق التي تقوم على اعتبار عقود الدولة اتفاقيات دولية يجب أن تخضع للقانون الدولي العام، مفسرين هذه المرة التدويل بمعنى أخر، وهو إخضاعها لقانون عبر الدول على حد تعبير الأستاذ الأمريكي Jessup أو بفكرة تطبيق عليها المبادئ العامة للقانون وهذا ما يلخص إسناد عقود الدولة إلى قانون التجارة الدولية[2].

المطلب الأول: مفهوم القواعد عبر الدولية

لقد تعددت المصطلحات التي تم إطلاقها على الظاهرة القانونية الجديدة، وفي حقيقة الأمر إن كثرة هذه المصطلحات ما هو إلا نتاج التعريفات التي جاء بها الفقه لوصف تلك الظاهرة[3]. لذلك وفي إطار تناولنا لمفهوم القواعد عبر الدولية نفضل استخدام هذا المصطلح نظرا لشموليته بدلا من مصطلح قانون التجارة الدولية نظرا إلى هذا الأخير مازال في طور الاكتمال من جهة، وأن القواعد عبر الدولية مصطلح أوسع واعم من قانون التجارة الدولية من جهة ثانية.

الفرع الأول: تعريف القواعد عبر الدولية

إن هذا النظام القانوني المسمى بالقانون عبر الدولي Transnational Law هو مجموعة من القواعد ذات الطبيعة التوفيقية Intermediaire. فهو لا يدخل في إطار القانون الوطني ولا القانون الدولي العام[4].

ويقصد بالقواعد عبر الدولية أو كما أطلق عليها بقانون التجار الدولي Lex Mercatoria، مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي تنظيما مباشرا مستقلا عن أي نظام لقانون وطني لدولة معينة[5]. كما يسري هذا القانون على المسائل المتعلقة بعقود الدولة للتنمية الاقتصادية خاصة في الحالة التي لا يستطيع فيها المحكم تركيز العلاقة العقدية في اطار أحد النظم القانونية الوطنية المرتبطة بعناصر العلاقة[6].

فعند تعريف القواعد عبر الدولية نجد بعض الفقه القانوني يعتبر هذه القواعد بأنها مستقلة تماما عن الأنظمة القانونية، وفي هذا الإطار يعرفه الأستاذ Derains على أنه: "مجموعة القواعد التي تنطبق على الأوجه المتنوعة للنشاط الاقتصادي الدولي، استقلالا عن الأنظمة القانونية الوطنية"[7]، أو هو قانون تلقائي، يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات المهنية وأحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية. وتتميز هذه العادات بتنوعها وارتباطها بقطاع معين من الأنشطة الاقتصادية مثل النقل، الصناعات البتروكيماوية، صناعات الحديد والصلب، نقل التكنولوجيا والأشغال العامة، حيث تواترت المؤسسات التجارية و المهنية المختلفة على إتباعها في المعاملات التجارية الدولية[8].

بينما هناك اتجاه آخر من الفقه يرى في القواعد عبر الدولية بأن الزاميتها تتوقف على انتسابها إلى القوانين الوطنية أو القانون الدولي العام، أي أنها غير مستقلة، وفي هذا الخصوص يقول الفقيه SCHMITTHOFF أن: "قانون عبر الدول ليس فرعا أو جزءا من القانون الدولي، أو كما يمكن وصفه بشكل أدق، القانون الدولي العام .فهو يستمد سلطته من السلطة السيادية لمانحي القانون الوطنيين". وبالرغم من وصف الفقيه لهذه القواعد بأنها مستقلة . إلا أن مضمون معنى الاستقلالية الذي يقصده الفقيه في هذه الحالة هو من قبيل وصف الذاتية و الذي يستخدم في بعض فروع القانون الأخرى كما هو الأمر عندما نصف القانون البحري على أنه مستقل، أي له نظرياته الخاصة التي تميزه عن باقي فروع القانون، دون قصده أن قواعد التجارة الدولية مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية[9].

أما الأستاذ Glodstajn عرف "La lex mercatoria" على أنه كيان من القواعد يحكم العلاقات التجارية لقانون خاص طبيعي يشمل مختلف الأقطار، و في هذا تأكيد على فكرة المبادئ العامة المقبولة لدى دول العالم والتي تضمن تجاوز الاختلافات بين النظم القانونية الداخلية"[(10)].

فنخلص إلى أن القواعد عبر الدولية أو كما تكنى بقانون التجار الدولي، هي مجموعة القواعد القانونية الملزمة والمستقلة والتي تكونت في إطار المعاملات المتواتر عليها من قبل الأشخاص الخاصة في العلاقات الاقتصادية الدولية، على شكل مبادئ عامة وأعراف تجارية، والتي تنظم العلاقات ذات الطابع الخاص بغض النظر عن أطراف العلاقة العقدية سواء أشخاص خاصة أو دولة أو أحد هيئاتها العامة، لأن العبرة تتعلق بطبيعة المعاملة.

الفرع الثاني: مصادر القانون عبر الدولي

لقد حظيت القواعد عبر الدولية بحظ أوفر من الدراسات بسبب تعددية مصادرها[(11)]. ولعل الخوض في موضوع تحديد مصادر هذا القانون، يشكل في حد ذاته غموضا وخلافا بين الفقهاء الذين لم يتفقوا بشأن موقف موحد و مثال ذلك، GOLDMAN الذي لم تستقر أبحاثه حول طبيعة هذه القواعد ومصادرها إلى موقف معين. ذلك أن البحث عن مصادر هذا القانون عبر الدولي، هو من قبيل العمل العلمي التقريري* الذي لا يتمسك فيه الباحث إلا بالظاهرة القانونية محل الدراسة كواقع يستهدف إلى تأصيله[(12)].

وبدون شك فإن الأعراف التجارية الدولية تعد أهم مصدر للقواعد عبر الدولية، دون نسيان المبادئ العامة للقانون. هذا وقد أثير جدل واسع حول مفهومها ومحتواها ومدى قوتها الملزمة بالنسبة للمحكم أو حتى عدها مصدرا لذلك القانون.

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى تبيان مفهوم كل من الأعراف والعادات التجارية الدولية والمبادئ العامة باعتبارهما مصدرين في غاية الأهمية للقواعد عبر الدولية، وهي على النحو الآتي:

أولاً- أعراف التجارة الدولية:

تشكل هذه العادات والأعراف جزءا كبيرا من قانون التجارة الدولية أو ما يسمى بقانون عبر الدول، ولعل هذه الأخيرة قد ترعرعت في العصور الوسطى، حينما كانت القوانين مجزأة ومتعددة حسب اختلاف المقاطعات[(13)].

وقد أطلق الفقه على هذه الأعراف مصطلح القانون العرفي أو القانون التلقائي* والتي أصبحت تشكل وفق الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية أساس النظام القانوني الجديد والخاص بالتجارة الدولية، حيث جاءت بطريقة عفوية من جراء النشاطات المتعلقة بالتجارة الدولية لتقر بذلك حلولا تساير مختلف فروع للتجارة[(14)].

فهي تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية ووضعها الطبيعي أمام القضاء الوطني وقضاء التحكيم سواء في مرحلة الإبرام أو التفاوض أو التنفيذ، وكذا فيما تقدمه من إضافات لتغطية

الفراغات القانونية التي تعترض مجال التجارة الدولية Un sous-équipement juridique ، كما زعم Jean Rivero[15].

ومن خلال الأبحاث التي أجراها SHMITTOFF حول موضوع "أعراف التجارة الدولية" في عام 1980 تحت رعاية معهد قانون وعادات الأعمال الدولية المنتمي لغرفة التجارة الدولية، اكتشف أن جل التقارير التي جمعها من سبع عشرة دولة، تصب في عدم وجود تمييز بين الأعراف الداخلية والأعراف الدولية من حيث الأركان. حيث تم نشر هذه النتيجة عام 1987 تحت عنوان: "أعراف التجارة الدولية"[16].

وبالرغم من تساوي الأعراف الدولية والداخلية من حيث الأركان، إلا أن الفقه الغالب قد استقر على أنه لا يتصور إعمال الأعراف التجارية الدولية على مستوى القضاء الداخلي لأنها لا تشكل من الأصل إلا جزءا من نظامه القانوني، وهذا بخلاف قضاء التحكيم - بصفته القضاء العام للمجتمع العابر للحدود والذي تشكلت في إطاره تلك العادات والأعراف – الذي يعمل على تطبيقها مباشرة[17].

ومن بين الأعراف التي ترسخت في مجال التجارة الدولية، تلك التي تقضي بإمكانية مراجعة العقد في حالة تغير الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد، والعرف الذي يقر بضرورة التزام الدائن بالحد من الخسائر التي تنجم عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية حتى ولو لم يكن سبب عدم التنفيذ يرجع إليه[18]. كذلك الأعراف والعادات السائدة في عمليات البنوك كعمليات الائتمان التي تبنتها غرفة التجارة الدولية[19]، والاعتمادات المستندية والبيوع البحرية وغيرها[20].

وإن تعدد الأعراف عبر الدولية وتباينها حسب تنوع الأوساط التجارية والمهنية التي ظهرت فيها، ليس من شأنه أن يقلل من عموميتها، بل ستظل تكتسي صفة العمومية والتجريد في الإطار الذي تكونت فيه[21].

ثانياً- المبادئ العامة

تجب الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون Principe généraux du droit والتي تتموضع في مجالات مختلفة، من بينها مصادر القانون الدولي العام، والقانون الداخلي، والقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وقضاء التحكيم[22]، كذلك تم ربط هذه المبادئ بقانون التجارة الدولية بصفة عامة، وبمصادره بصفة خاصة، حيث شكلت سبيلا لكل قاض أو محكم لم تسعفه قواعد القانون الواجب التطبيق على النزاع في الوصول إلى حكم عادل ومرض، فأمست تمثل بالنسبة لأنصار قانون التجارة الدولية سندا يستلهمون منه العديد من القواعد القانونية التي يؤسسون عليها هذا القانون[23].

وتتفاوت المعاني والصياغات لهذه المبادئ، ولعل المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية تعد واحدة منها، والتي تعرف بأنها: "تلك المبادئ القانونية السائدة بين الدول في شأن تنظيم المعاملات الاقتصادية بين أشخاص القانون الخاص، أو بينهم و بين أشخاص القانون العام، والتي يكشف عنها العقل المجرد، أو تكشف عنها الدراسة المقارنة للنظم القانونية الوطنية". والتي يمكن لقضاء التحكيم أن يستلهم منها حلولا عن عرض نزاع ما عليه[24].

وقد تمكن قضاء التحكيم من التوصل إلى العديد من المبادئ التي تتناسب وطبيعة العلاقات الاقتصادية الدولية، ونذكر منها عل سبيل المثال: مبدأ المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ حق المدين في التمسك بالمقاصة[25]، مبدأ توازن الاداءات العقدية ومراعاة تغير الظروف*، مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف[26]، مبدأ عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي، مبدأ عدم الأخذ بتعديلات القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد واللاحقة على وقوع النزاع[27]، مبدأ الالتزام الفوري بإعلام الطرف الآخر بمشاكل التنفيذ[28]، مبدأ الالتزام بتطبيق العادات والأعراف التجارية[29]، ومبدأ حسن النية Le principe de bonne foi الذي أصبح معروفا جيدا بميل المحكمين التجاريين الدوليين إلى الاستعانة به في القضايا التي تعرض إليهم وذلك بسبب تشكيله جزءا جوهريا من قواعد التجارة الدولية وهذا ما دفع Berthold Goldman للتعبير عنها بـ: "L'essence de la lex mercatoria"[30].

وتجب الملاحظة إلى أن هذه المبادئ العامة عبر دولية التي تعتبر بمثابة أهم مكونات قانون التجارة الدولية، ليست نفسها المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة التي تضمنها نص المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، حيث إن مجال تطبيق هذه الأخيرة من قبل المحكمة يقتصر على العلاقات السياسية بين الدول المختلفة والتي يختلف فحواها عن المبادئ التي تطبق في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية من قبل قضاء التحكيم[31].

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لتطبيق القواعد عبر الدولية على منازعات عقود الدولة

يرى جانب كبير من الفقه أن القواعد القانونية التي نشأت بعيدة عن سلطان الدولة والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة والمشروعات الأجنبية من جهة ثانية، هي ظاهرة قد فرضت نفسها في ظل المعطيات الاقتصادية الحديثة. وبالتالي فلابد من خضوع عقود الدولة لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في مراكز قانونية غير متكافئة، مما يعني أن إخضاعها لأحد تلك الأنظمة سيهدد ذاتيتها طالما أن القوانين الوطنية وضعت أساسا لمواجهة العلاقات الناشئة عن أطراف يتساوون في مراكزهم[32].وكذا فإن هذه التشريعات التجارية الوطنية لم تواجه إلا العقود التقليدية، وظلت غالبيتها متخلفة عن ملاحقة الأنماط الحديثة للعقود الدولية، مثل عقود المفتاح في اليد والتسليم في اليد ونقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية و غيرها من العقود المركبة[33]. لذلك يستشعر المتعاملون في مجال التجارة الدولية الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة أكثر ملاءمة لهذه العقود الدولية غير البسيطة[34].

الفرع الأول: دواعي إعمال القواعد عبر الدولية على عقود الدولة

إن فكرة تطبيق المحكم للقواعد عبر دولية تسعى إلى توحيد نظام قانوني يسري على كافة المعاملات الاقتصادية الدولية، إضافة إلى أنه يعتبر بمثابة أداة تحمي الأطراف الخاصة الأجنبية المتعاقدة نظرا لمواجهتها لدولة ذات سيادة، كما أن العبرة من تدويل النظام القانوني لهذه العقود هو الأنظمة القانونية التي مازالت لم ترق إلى مصاف الأنظمة القانونية المتقدمة.

أولاً- المساواة بين أطراف عقد الدولة:

لعل من دواعي إخراج عقود الدولة من نطاق القانون الوطني لحكم موضوع المنازعات الناشئة عنها، هو رغبة الدول الكبرى والشركات المتمركزة فيها في توحيد المجال القانوني لنشاط الأطراف المهيمنة على التجارة الدولية على المستوى العالمي. وهذا من خلال نشر الفكرة على مستوى قضاء التحكيم ليعمل على استبعاد قانون الدولة من أجل رسم علاقات التجارة الدولية تحت مظلة نظام قانوني دولي جديد[35]، وبالتالي الحفاظ على ثبات العلاقة التعاقدية[36]. وهذا ما قصده الأستاذ J.F.Lalive عندما ذكر أن قانون عبر الدولي لا يتضمن فقط القواعد المادية، بل يهدف إلى تنظيم العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في نظامهما القانوني، كون أن الدولة و ما لها من المزايا السيادية مقارنة بالشركات الأجنبية المتعاقدة معها[37].

ثانياً- حماية مصالح الشركات الأجنبية المتعاقدة:

إن المنطق القانوني السليم يقول إن الجانب الذي قال بدولية عقود الدولة حاول أن يخدم مصالح الشركات الأجنبية، وقد أطلق جانب من المعارضين للدولية على أنصار هذا الاتجاه اسم "فقه المصالح"[38]، وذلك من خلال التحرر من رقبة القوانين الوطنية، وتطبيق بدلا منها مجموع ما استقر من أعراف تجارية ومبادئ عامة من شانه تحقيق الأمان القانوني الذي تسعى إليه الشركات عبر الوطنية[39].

إن مسألة تدويل عقود الدولة مع مستثمر أجنبي وما أثارته من مشكلات تصدى لها فقهاء الغرب كما تقدم في عجالة لم تحل دون إدراك هؤلاء الكتاب لمصالح بلادهم في حماية مستثمريها الذين يدخلون في علاقات عقدية مع دول الشرق الآخذة في النمو، والقول بالتدويل كحيلة قانونية لإبعاد تلك العقود عن نطاق تطبيق القوانين الوطنية[40]، وتحقيق تطلعات الشركات الغربية وخاصة البترولية منها وكذا الدول الغربية، حيث أن هذه الشركات هي التي تضمن إمداد هذه الدول بالبترول. وكذا عدم تأميم هذه العقود والذي اعتبروه إجراء مخالفا للالتزامات الدولية يشكل في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤولية الدولة وما يترتب على ذلك من عدم الاعتداد بهذه التصرفات وتجريدها من كل أثر في مواجهة السلطات القضائية والتنفيذية للدول الأخرى[41].

والسبب الذي دفع المشروعات الأجنبية إلى المناداة بضرورة تدويل عقود الدولة وإخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع عبر الدولي هو تخليصها من سيطرة الأحكام الآمرة التي تعطي للدولة المتعاقدة امتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، وبموجب هذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع

القانون العام اللصيق بها أصلا وتحويلها إلى حظيرة القانون الخاص وهو قانون يحقق حسب الاتجاه المؤيد للتدويل مصلحة الطرف الساعي لهذا التدويل دون اهتمام بمصلحة الدول المتعاقدة[42].

ثالثاً- قصور القوانين الوطنية في حل منازعات عقود الدولة:

إن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، يتم تحديده بطريقة مجردة بدون اهتمام لمضمون الأحكام والقواعد التي يحتويها هذا القانون وبدون النظر إلى مدى ملاءمتها للعقد الدولي[43]، لذلك يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الاستثمار الدولية بما فيها عقود الدولة سيؤدي حتما إلى تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها التي خلقت لها، وهو ما قد يؤدي حتما إلى الإخلال بالأمان القانوني ويخل بتوقعات الأطراف المتعاقدة، طالما أنها نظم قانونية وضعت في الأصل لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية وليست دولية، علاوة على كونها مختلفة ومتباينة فيما بينها.

ومن بين المساوئ التي تحسب على إخضاع عقود الاستثمار للقوانين الوطنية أيضا هي عدم قدرة الأحكام الواردة في تلك القوانين على حكم العمليات المركبة والمعقدة التي تثيرها عقود الدولة، وذلك لأنها قواعد صادرة عن أجهزة ليست لها الخبرة اللازمة في مجال هذه العقود، مما يعني أن العدالة التي قد ترسيها تلك القواعد بمفهوم المشرع الوطني لن تتحقق، وذلك لبعدها عن واقع الحياة الاقتصادية الدولية[44].

الفرع الثاني: الأسانيد المؤيدة لإعمال القواعد عبر الدولية

هناك عديد من الأدلة التي تبين أن القواعد عبر الدولية أصبحت لها قيمة، مما ينبغي إعمالها، فإضافة إلى نص الفقه على ذلك، فقد كرست معظم النظم القانونية وخاصة المتعلقة بالتحكيم تلك القواعد، وهذا ما أصبح ظاهريا من خلال الممارسات التحكيمية.

أولاً- الأسانيد الفقهية:

يرى الأستاذ LEBOULANGER أن خصوصية مركز الدولة النامية بدأ يتراجع أمام التحكيم الاقتصادي الدولي وبصفة خاصة لم يعد الفقه الغربي يرى ما يمنع من تطبيق القواعد عبر الدولية (قواعد قانون التجارة الدولية) على عقود الدولة[45]. لكن هذا لا يفهم منه أن ضعف الدول النامية أمام قضاء التحكيم سيحتم عليها الخضوع لتلك القواعد، بل أن هذه الأخيرة تعتبر في رأي البعض من الفقه، أكثر ملاءمة للتطبيق على عقود الدولة. بل ويرى البعض منهم أن تطور تلك القواعد سيكفل مزيدا من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، حيث أن القانون العابر للدول لا يتضمن فقط القواعد المادية التي تتجاوز الحدود الوطنية، ولكنه يهدف أيضا إلى تنظيم، من ضمن أمور أخرى، العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني، وذاك طالما ظهر من إرادة الأطراف أو من الظروف المحيطة أنهم استهدفوا استبعاد وطرح كل إعمال لقانون وطني محدد[46].

وفي هذا الإطار يقر الفقيه GAILLARD بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة وتوافقها مع قواعد التجارة الدولية، فهو ينادي بعدم تعارض تلك الطبيعة مع منهج تطبيق قواعد التجارة الدولية، على

الأقل عند الاتفاق على تطبيقها أو لجوء المحكم إليها عند السكوت المطلق للأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، وحسب رأيه تحتوي عقود الدولة على مبادئ خاصة ومبادئ مشتركة[47].

ثانياً- الأسانيد القضائية:

يعتبر التحكيم هو الميدان الوحيد الذي لاقت فيه قواعد التجارة الدولية تطبيقاتها المتنوعة[48]. فقد اتجهت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها في مجال قواعد قانون التجارة الدولية كلية، بدليل أنها أكثر ارتباطا بالنزاع، كما هو الحال بشأن بعض منازعات امتياز البحث عن البترول.

ومن التطبيقات التحكيمية التي أعمل فيها المحكم القواعد عبر الدولية، النزاع الناشئ حول عقد امتياز البحث عن البترول والمرفوع من الشركة الألمانية Deutsch-Schactbau-und-Tiefbohrgesell-schaft والمشار إليها اختصارا بمصطلح (DST) ضد حكومة إمارة رأس الخيمة وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول، والتي يشار إليها اختصارا بمصطلح Rakoil، إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إعمالا للفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشر من نظام تحكيم الغرفة، وفي ظل عدم الاتفاق الصريح بين الأطراف، تطبق مبادئ القانون المقبولة عالميا والحاكمة للالتزامات التعاقدية، وبناء على ذلك طبقت هيئة التحكيم المبادئ المستقر عليها في أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة[49].

كذلك في حكم التحكيم بين إمارة ابوظبي وشركة تنمية البترول المحدودة تم تطبيق أعراف ومبادئ التجارة الدولية، حيث أكد المحكم في تعليقه على قانون ابوظبي المختص بحكم العقد موضوع النزاع ذكر" إنه لا يتصور أن يوجد في هذا الإقليم البدائي مجموعة من المبادئ القانونية التي يمكن اللجوء إليها لتفسير أدوات التجارة الحديثة". حيث نص الحكم على:

"Any setteled body of legalprinciples applicable to the construction of modern commercial instruments".

ثالثاً- الأسانيد التشريعية:

إن معظم النظم القانونية الحديثة المتعلقة بالتحكيم، أقرت بحرية المحكم في انتقاء القانون الواجب التطبيق عند عدم تحديد قانون من قبل أطراف العقد، بشرط أن تكون هذه القواعد المادية لها علاقة وثيقة مع موضوع النزاع، هذا ما وضحه المشرع الأمريكي من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 29 من قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم حيث أقرت بأنه: "في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف، تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين التي ترى أنها ملائمة"[50].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق إلى هذه الفكرة من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي سبق وأن أشرنا إليها في بحثنا، على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك تفصل وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة[51].

فهناك توسع أدى بالرجوع إلى مصادر القانون*، حيث أخذت المادة 1050 من قانون رقم 09/08 بالفقرة الأولى من المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري والمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنص على أن: "المحكم يفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي اختارتها الأطراف في غياب ذلك الاختيار وفقا لقواعد القانون التي تعتبر ملائمة. يأخذ في كل الحالات بعين الاعتبار الأعراف التجارية".

وبذلك يكون قد حرر المحكم من الخضوع إلى أي منهج تنازع القوانين وعليه يكون قد اندمج في التوجه الحالي للتحكيم الدولي، كونه أعطى الدور الأول لإرادة الأطراف المتعاقدة والمحكم ورفع كل لبس فيما يتعلق بتطبيق أعراف التجارة. وعلى ذلك، يطبق المحكم مباشرة قواعد القانون والأعراف الملائمة دون مروره بأي نظام تنازعي وطني.

فنستنتج أن القانون الجزائري قد انضم إلى قضاء تحكيمي مكرس، غير أن قواعد القانون والأعراف التي يختارها المحكم تكون لها علاقة عضوية بالعقد الذي يدور حوله النزاع(52).

المبحث الثاني

نظرة انتقاديه لفكرة إعمال القواعد عبر الدولية على منازعات عقود الدولة

إن الطبيعة الخاصة التي تتميز بها عقود الدولة باعتبارها تبرم بين دولة وغالبا ما تكون نامية من جهة ومن جهة أخرى شخص خاص أجنبي غالبا ما يكون من الدول المتقدمة، تجعل من الطرف الأول والذي يعتبر ضعيفا من الناحية الاقتصادية متمسكا بقانونه الوطني باعتباره الأمثل لحل النزاعات التي يثيرها العقد، كما تجعله قلقا بشأن قيام المحكم بتدويل العقد وإعمال القواعد عبر الدولية خاصة في الحالة التي يتفق فيها الأطراف عن القانون الواجب التطبيق، لذلك فإن هذه الدولة أمام حلين، إما أن تصر على إعمال قانونها الوطني أو الاستغناء عن قضاء التحكيم.

المطلب الأول: معارضة فقه الدول النامية لإعمال القواعد عبر الدولية على عقود الدولة

إنّ الاتجاه المناهض للقواعد عبر الدولية يدافع عن موقفه من خلال المبدأ الذي أشارت إليه المحكمة الدائمة للعدل الدولية بمناسبة حكمها الصادر في شأن قضية القروض الصربية في 12 يوليو 1929 والذي نص على أن "أي عقد لا يكون بين الدول بصفاتهم أشخاص القانون الدولي فإنه يؤسس على قانون داخلي لأحد الدول".

ومن المعلوم أن المحكمة قد نفت أن يفترض خضوع العقود التي تبرمها الدولة لقانون غيرها من الدول، فمن غير المعقول أن يتم إبرام وتنفيذ العقد في مكان الدولة المتعاقدة، وفي نهاية المطاف يتم إخضاع مشاكل العقد إلى قانون خارج عن ولايتها(53).

وسنعرض لأهم الحجج التي تستبعد إمكانية اللجوء إلى القواعد عبر الدولية لفض منازعات عقود الدولة، كما يلي:

الفرع الأول: عدم ملاءمة القواعد عبر الدولية لحكم منازعات عقود الدولة

يرى أنصار الدول النامية أن النظام عبر الدولي لا يحتوي على قواعد قانونية ملمة بالمسائل التي تثور في مجال العقود الدولية ومن بينها عقود الدولة. فهو إن تضمن نصوصا تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد التي تحكم مسائل أخرى ذات درجة كبيرة من الأهمية والخطورة من بينها أهلية الأطراف، التراضي، التقادم المسقط والفوائد التأخيرية[54]، فكل هذه المسائل تخضع بطبيعتها لنظام قانوني وطني معين، ولا يجوز للمتعاملين في مجال التجارة الدولية إعطاء حلول مستقلة لها إلى جانب ذلك، فإن القوانين الوطنية تتميز بالاختلاف البين بالنسبة لهذه المسائل، حيث يعجز المحكمون إبراز قانون مشترك بالنسبة لها وبالتالي يكون التجاء المحكمين إلى قانون وطني أمر مفروغ منه في ظل عدم وجود قواعد موحدة دوليا بالنسبة للمسائل التي أشرنا إليها (أهلية الأطراف المتعاقدة، مدد التقادم وأسعار الفائدة)[55].

ولعلّ الطبيعة الخاصة لعقود الدولة هي التي أدت بالبعض إلى استبعادها من حيز تطبيق القواعد عبر الدولية. فعلى سبيل المثال، على الرغم من إقرار الأستاذ الدكتور هشام صادق لوضعية القواعد عبر الدولية وجواز انطباقها على عقود التجارة الدولية، إلا أنه تحفظ بخصوص انطباقها على عقود الدولة. حيث أكد أنه: "تخرج العقود التي تبرمها الدولة، بوصفها سلطة عامة، كما هو شان عقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية، من مجال تطبيق القانون التجاري الدولي، كون هذا القانون نشا ليحكم المنازعات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة وهو ما يمكن أن يسري كذلك على العلاقات التجارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخصا عاديا متجرد عن السيادة. أما العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة أي متمتعة بحصانتها السيادية، وحيث يتعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأجل تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، فإنه يصعب التسليم بانطباق القانون التجاري الدولي على هذه العلاقات التي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية"[56].

ولم يكتف الفقه المعارض للقواعد عبر الدولية بتبرير موقفهم، بل حتى بعض من أنصار القانون التجاري الدولي أقروا بأنه لو كانت الأعراف الدولية قد استقرت منذ فترة طويلة في شأن علاقات التبادل التجاري بين الأشخاص الخاصة والتي تتطلب مدة زمنية قصيرة، فإن الأمر يختلف تماما بصدد عمليات الإنتاج ذات الأجل الطويل خاصة إذا كانت الدولة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة، حيث لم يستقر العمل الدولي في شانها على أعراف ومبادئ محددة، إضافة إلى أن موقف الدولة تجاه هذه القواعد سيكون مختلفا[57].

هذا وقد خلصت الدكتورة حفيظة السيد الحداد إلى أن تطبيق القانون العابر للدول أو القانون التجاري الدولي على عقود الدولة مازال مجرد محاولات ومقترحات فقهية*، كما يصعب تحديد هويته وطبيعته[58]. وهذا ما نسعى لتوضيحه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: عدم اكتمال النظام القانوني للقواعد عبر الدولية

لقد لاقت القواعد عبر الدولية أو قانون التجارة الدولية وابلا من الانتقادات الفقهية على اعتبار أن هذا القانون لا يتميز بالطبيعة الوضعية[59]، أي لا تتوفر فيه خصائص القاعدة القانونية ولا الطبيعة المؤسسية أي أن النظام القانوني لهذه القواعد لا يتوفر على مجتمع متجانس وسلطة تتكفل بحمايته. هذا ما سنحاول عرضه:

أولاً- غياب الطبيعة الوضعية للقواعد عبر الدولية:

1- القواعد عبر الدولية ليست عامة ومجردة:

إن قواعد قانون التجارة الدولي لا تتصف بالتجريد، كونها قواعد متجددة، يقوم المحكم بإنشائها من أجل واقعة محددة بذاتها ولأشخاص معينين. فهي سابقة النشأة أي لا يتم تشريعها بشكل مجرد، فهي توضع كلما اقتضت مصلحة الشركات الأجنبية[60]، وحسب متطلبات التجارة الدولية، حيث خلقت هذه القواعد من أشخاص أكثر دراية وإحاطة بحاجاتهم لها في مجالات معينة بالنظر لأهميتها الكبيرة، لذلك لا ينبغي مقارنتها بقواعد القوانين الداخلية التي يتم سنها من قبل المشرع[61].

وبما أن التجريد يضفي على القاعدة ميزة العمومية، فإنه بمجرد خلو قواعد قانون التجارة الدولية من صفة التجريد، يترتب عليه تخلف صفة العمومية[62].

2- القواعد عبر الدولية ليست ملزمة

بما أن قواعد قانون التجارة الدولية يتم وضعها من طرف أرباب المهن والذين تنعدم فيهم الصفة الحكومية، وكذا سلطة تشريع النصوص القانونية على نحو ملزم، فهذا يجعل القول بافتقار هذه القواعد للقوة الملزمة لها[63].

فمن غير طبيعي أن يتم توقيع الجزاء في ظل غياب السلطة العامة للدولة. وفي هذا الخصوص يصعب تنفيذ أحكام التحكيم من دون وجود السلطات القضائية في الدولة محل التنفيذ، وهذا ما يسلب من النظام القانوني للتجارة الدولية خاصية التمتع بالجزاء، كون هذا الأخير ليست له الاستطاعة لترتيب عقوبات عند انتهاك قواعده، كما هي الصورة في القوانين الداخلية التي تتميز بخاصية الجبر نظرا لوجود سلطات تردع مخالفيها[64].

ثانياً- غياب الطبيعة المؤسسية للقواعد عبر الدولية:

لقد اقر بعض الفقهاء أن المجتمع الدولي للتجار يفتقر إلى اتساق وتنظيم كاف، ومن بينهم الفقيه Lagarde الذي قال بأن: "الوسط الاجتماعي الذي تتطور فيه التجارة الدولية يتصف بالشساعة والانقسام، الأمر الذي يدعو إلى التشكيك في إمكانية قدرة هذا الوسط على تكوين إطار لرابطة لها حد أدنى من التنظيم"[65].

هيئة قضاء التحكيم هي من أوائل المؤسسات التي شملها تأثير الانقسام، حيث يلاحظ بعض الفقهاء، أنه على مستوى مؤسسة التحكيم الواحدة يتم إعمال حلول غير متشابهة في قضايا متشابهة، ولعل هذا يظهر بوضوح في نمط التحكيم المؤسسي و المتمثل في تحكيم غرفة التجارة الدولية، حيث إن

هذه الأخيرة لا تملك قائمة محددة للمحكمين، واختيارهم من قبل المحكمة يقتصر تفويض خاص من قبل الأطراف أو عند عدم احترامهم للمواعيد المقررة للاختيار، لذلك يصعب التسليم بوجود استمرارية في مواقف هؤلاء المحكمين، وانعدام اتجاهات مرسومة وموحدة لغرفة التجارة الدولية[66].

إضافة إلى عدم انسجام هيئات المجتمع عبر الدولي كما اشرنا أعلاه، فإن هذا الأخير يفتقد كذلك لعنصر التوازن بين أعضائه، ذلك أن قواعد النظام الاقتصادي العالمي الجديد أصبحت توضع من طرف المشروعات الضخمة المسيطرة على مجال التجارة الدولية، مما يفيد دون أدنى شك بأن هذه القواعد ستميل إلى مصلحة واضعيها ألا وهي المشروعات الكبيرة، مما يجعل الأطراف المتعاقدة الأخرى عرضة للتهميش والامتثال لزوما لها بناء على رغبة الطرف القوي المتعاقد[67].

المطلب الثاني: تطبيق القواعد عبر الدولية يقتصر على حالات محددة

لقد وجه الفقه المعارض لإخضاع خلافات عقود الدولة لقواعد عبر دولية انتقادات حادة كما أشرنا أعلاه، إلا وأنه مع ذلك، لم يمانع من الاستعانة الجزئية بتلك القواعد خاصة إذا ما كان القانون الوطني الحاكم لعقد الدولة لا يعالج بعض المسائل المثارة. وهذا ما سنحاول عرضه على النحو الآتي:

الفرع الأول: مدى تطبيق القواعد عبر الدولية عند وجود قانون الإرادة

سبق وأن وضحنا بان خصوصية منازعات عقود الدولة تحتاج إلى قانون الدولة المتعاقدة ليفصل فيها لأنه هو الأدرى بالعناصر التي يحتويها العقد إضافة إلى تمركز العقد في قانون تلك الدولة.

ففي حالة إبرام عقد دولة وقام الأطراف باختيار قانون الدولة المتعاقدة ليحكم النزاعات في حالة نشوبها، فإن ذلك القانون هو الذي ينبغي على المحكم تطبيقه بصفة أصلية، وهنا في هذه الحالة يبقى دور القواعد عبر الدولية احتياطيا، أي يتم إعمالها بصفة تكميلية إذا ما كان يعاني ذلك القانون الوطني من ثغرات قانونية لا تستطيع حل مسالة معينة من النزاع[68]، أو لتفسير النصوص القانونية غير واضحة فيه، خاصة وأن النظم القانونية الوطنية الخاصة بالدول المتعاقدة والتي أغلبها في طريق النمو تعاني من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود التنمية والاستثمار[69].

ففي هذه الحالة يقوم المحكم بتطبيق هذه القواعد بصفة جزئية، ولا يجوز للمحكم أن يستبعد قانون الدولة المتعاقدة كليا بداعي توظيف قانون التجارة الدولي، لأن ذلك سيجعل حكم التحكيم مخالفا لما اتفق عليه أطراف العقد[70].

الفرع الثاني: مدى تطبيق القواعد عبر الدولية عند تخلف قانون الإرادة

بما أننا اكتشفنا بأنه يجوز التطبيق تطبيق القواعد عبر الدولية بصفة تكميلية للقواعد الوطنية في حالة وجود قانون الإرادة، فإن ذلك لا يمنع من إعمالها في حالة عدم وجود اتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق[71].

لكن بدون شك فإذا ما كان عقد الدولة خاليا من القانون الواجب التطبيق عليه، فإن قانون الدولة المتعاقدة هو الأصلح له نظرا لتعلقه أكثر بتفاصيل العقد، ولعل هذا ما أشارت إليه اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة المتعلقة 1965 في الفقرة

الثانية من نص المادة 42[72]، على أنه: "في حالة غياب الاتفاق، تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي".

إلا أنه تجب الإشارة إلى أنه ليس بالضرورة أن كل ما كان عقد الدولة خاليا من القانون الواجب التطبيق، يقوم المحكم بإعمال قانون الدولة المتعاقدة بطريقة آلية، لأن الأداء الرئيسي لعقد الدولة لا يكون مطلقا في الدولة المتعاقدة، فأحيانا يكون خارج تلك الدولة، كما هو الحال إذا كان موضوع العقد يستوجب بناء سفينة في ترسانات أجنبية، هذا من زاوية.

كما يجدر التنويه إلى أن القاعدة التي تفيد بأن قانون الدولة الطرف في عقد الدولة هو الغالب أن يكون أكثر صلة بالعقد، ليست سليمة مئة بالمائة، لأنه قد يكون غير ملائم أحيانا لحماية مصالحها، هذا من زاوية أخرى.

وهذا ما توضحه قضية الكاميرون ضد klockner* عندما رفضت دولة الكاميرون التطبيق الاستئثاري لقانونها الوطني على العقد، حيث طالبت هيئة التحكيم بالاستعانة بقواعد القانون الدولي، وهذا دليل على أن قانون الدولة المتعاقدة ليس دائما يحقق مصالحها[73].

الفرع الثالث: رأينا الشخصي حول تدويل المحكم النظام القانوني لعقود الدولة بواسطة قواعد عبر دولية

من خلال الآراء الفقهية المتضاربة التي تطرقنا إليها، لا يمكن أن نقف مع اتجاه مؤيد ولا اتجاه معارض لإعمال القواعد عبر الدولية على الخلافات التي تثيرها العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة.

فإن كنا نرفض الاستناد إلى وجود اختيار سلبي يتمثل في الرغبة في تدويل عقود الدولة في كل حالة لا يتفق فيها الأطراف على إعمال القواعد عبر الدولية، فبالتأكيد لا نرضى الاستناد إلى وجود إرادة ضمنية، أو قاعدة إسناد خاصة توحي دائما بإخضاع منازعات تلك العقود إلى قانون الدولة المتعاقدة عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب الإعمال على تلك العقود.

ومع ذلك فإننا نميل بعض الشيء إلى كفة فقه الدول النامية، حيث أن الطبيعة الخاصة لعقود الدولة وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية والمصلحة العامة للبلاد، يرجح إسناد منازعاتها للقانون الوطني للدولة الطرف، لأنه ملم كثيرا بجوانب العقد وأكثر ملائمة.

لكن لا يمنع المحكم من أن يطبق بعض القواعد عبر الدولية خاصة ما إذا كانت تلائم العقد وتحقق مصلحة الدولة الطرف، مع العكس لا يجوز له أن يطبق القواعد عبر الدولية بصفة جزئية بحجة أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة ناقص، وذلك من اجل إرضاء مصلحة الطرف الخاص الأجنبي.

الخاتمة:

من خلال دراستنا هذه يمكن أن نخلص إلى نقاط مهمة كما سنقترح بعض التوصيات على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

1- إن القانون الذي يستوجب إعماله على المنازعات الناشئة عن عقود الدولة في حالة انعدام اختيار الأطراف هو قانون الدولة المتعاقدة كونه أكثر صلة بالعقد.

2- إن الحالة التي يخلو فيها العقد من القانون الواجب التطبيق لا يجب أن تفسر بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة مباشرة، لأنه قد لا يحقق مصلحتها في بعض الأحيان.

3- بالرغم من أن القواعد عبر الدولية أو قانون التجار الدولي لم يشكل نظاما قانونيا متكاملا كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوطنية، إلا أنه له من القواعد ما قد تفي بحل بعض المسائل قد تعجز عنها النظم التشريعية الداخلية.

4- يجوز للمحكم تطبيق القواعد عبر الدولية بصفة احتياطية في حالة اختيار الأطراف لقانون وطني، ذلك إذا ما لاحظ قصور حقيقي في ذلك القانون الوطني أو في الحالة التي لا تخالف فيها القواعد عبر الدولية النظام العام لتلك الدولة المتعاقدة.

5- لا يتطلب أن يتغير التطبيق الجزئي للقواعد عبر الدولية عند اتفاق الأطراف المتعاقدة على قانون وطني، إلى تنحية كلية لهذا الأخير، لأن ذلك يعتبر تجاوزا لمهمة المحكم عند فصله في النزاع وهذا من شأنه أن يجعل حكم التحكيم معيبا بسبب عدم احترام القانون الواجب التطبيق.

ثانياً- التوصيات:

نظرا للتحولات الاقتصادية وما صاحبها من تأثيرات على التشريعات المنظمة لها، نقترح بعض التوصيات التي قد تحقق ايجابيات:

1- على الدول الداخلة في علاقات مع الشركات الأجنبية أن تتوخى الحذر في صياغة النظام القانوني للعقد، وذلك بصياغة عبارات واضحة وبسيطة تفيد إخضاع العقود التي تبرمها إلى قانونها الوطني. لأن إغفالها عن ذلك سيعطي حرية كبيرة للمحكم والذي قد يطبق قانون غير قانونها والذي قد لا يخدمها في نهاية المطاف.

2- في الحالة التي تختار فيها الدولة والشخص الأجنبي لقانون واجب التطبيق، ومع ذلك يستبعد المحكم ذلك القانون الوطني كليا، يمكن للدولة أن لا تصادق على حكم التحكيم عن طريق قضائها الوطني، نظرا لتجاوز المحكم لسلطته بعدم تطبيق قانون الإرادة المتفق عليه.

3- كما يمكن للدولة المتعاقدة والتي غالبا ما تكون نامية، الابتعاد عن قضاء التحكيم واللجوء إلى الوساطة كبديل عنه لما لها من مميزات، فإضافة إلى السرية التي يتمتع بها التحكيم فهي تسعى إلى إرضاء الأطراف دون حاجة لحكم كما أن تكلفتها اقل مقارنة بالتحكيم الذي يحتاج تكاليف كبيرة.

الهوامش:

(1) نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2002م، ص 444 و 445.

(2) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2001م، ص 331.

(3) بن احمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، الجزائر، 2017م، ص 15.

(4) صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2004م، ص 100 و 101.

(5) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون ناشر، دون طبعة، 2005م، ص 41.

(6) صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 101.

(7) يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية، صلالة، عمان، 26-28 اغسطس 2014م، ص 99.

(8) محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة حلوان،2000م، ص 64 و 65.

(9) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 180 و 181.

(10) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 19.

(11) FRANCOIS GENY, Méthode d'interprétation et source en droit prive positif, Paris, LGDJ, 2eme éd., 1919, Reprint, 1996, Sans page.

(12) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 255 و 256.

(13) مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي – دراسة مقارنة -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2015م، ص 259.

* تلقائي، من حيث نشأته وطريقة إعداده، فهو غير مقنن في مجموعات خاصة، ولا يستند إلى سلطة معينة، أي انه يقترب للعرف من حيث تكوينه. انظر، مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 263.

(14) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 50.

(15) نرجس البكوري، تطبيق العادات والأعراف أمام المحاكم في المنازعات التجارية الدولية، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 02، 2012، ص 85 و 86.

(16) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 258.

(17) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق – دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة-، منشاة المعارف، دون طبعة، 2004م، ص 310 و 311.

(18) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 53.

(19) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 196 .

(20) احمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية – البيع الدولي للبضائع-، المكتبة العصرية للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، مصر،2001م، ص 63.

(21) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 51.

(22) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية، 2009م، ص 455

(23) أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، دور المبادئ العامة للقانون في إطار التجارة الدولية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 18، 2016م، ص 03.

(24) أكرم محمد حسين كاظم و د. علي حميد، مرجع نفسه، ص 04.

(25) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 54 و 55.

*إذا طرأت عند تنفيذ العقد ظروف لم يتوقع من المتعاقدين حدوثها أثناء إبرامهما للعقد، وكان من شانها أن تأثر على حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازن العقد وتجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة للمدين، فانه يجب إعادة التفاوض من جديد للمحافظة على التوازن

العقدي، وإلا جاز للقاضي أو المحكم حسب الظروف، وبد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويعيد ترتيب الالتزامات المتبادلة بينهما. وقد تم إرساء هذا المبدأ من قبل قضاء التحكيم من خلال شرط Hardship.

انظر، محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 466.

(26) محمد حسين منصور، مرجع نفسه، ص 466.

(27) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 301.

(28) نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 304.

(29) نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 308.

(30) Mayer Pierre, Le Principe de Bonne Foi devant les arbitres du Commerce International, in : Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M.1993, P 544.

(31) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 292.

(32) فوزي قدور نعيمي و مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد/3، العدد/10، السنة 3، ص 13 و 14.

(33) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 191.

(34) احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، دون طبعة، 1989م، ص 261.

(35) صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2004م، ص 34.

(36) رائد احمد علي احمد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية –الجزء الأول- النظام القانوني لعقود الاستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2017م، ص 182.

(37) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص 752.

(38) رائد احمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 179.

(39) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 42.

(40) سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007م، ص 115.

(41) رائد احمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 180و 182.

(42) مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت، لبنان، 1997م، ص 276.

(43) اسعد فاضل، أحكام عقد التحكيم و إجراءاته، دار ينبور، الطبعة الأولى، العراق، 2011م، ص 347.

(44) فوزي قدور نعيمي ومظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص 08 و 09.

(45) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 471.

(46) بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010م، ص 298.

(47) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 472.

(48) هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2008م، ص 393.

(49) بشار محمد الأسعد، مرجع سبق ذكره، ص 300.

(50) أحمد حلمى خليل هندى، عقود الامتياز البترولية و أسلوب حل منازعاتها، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، الإسكندرية، 2013م، 475.

(51) قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخة في 2008/4/23.

* فيكون بهذا المشرع الجزائري قد ذهب إلى ابعد ما ذهبت إليه النصوص التي سبق أن اشرنا إليها. فبالنسبة للمادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الفقرة الثالثة نصت على أنه: "يأخذ في كل الحالات بعين الاعتبار الأعراف التجارية"، لم يأخذ المشرع الجزائري بالنص الفرنسي المحتشم الذي يطلب من المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار أعراف التجارة . كذلك لم ينقل القيد الوارد في القانون السويسري الذي ينص على أنه: "عند عدم اختيار القانون من قبل الأطراف يفصل المحكم في النزاع وفق قواعد القانون التي تكون لها علاقة وثيقة

بموضوع النزاع "، وهذا القيد نفسه اخذ به المشرع المصري في الفقرة الثالثة من نص المادة 39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 حيث نص على أنه: "...طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع".

راجع في ذلك، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2017م، ص 154 و 155.

(52) عليوش قربوع كمال، مرجع نفسه، ص 156.

(53) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 463 و 464.

*تشكك الفقه التقليدي حول اعتبار قانون التجارة الدولية يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق، و أن أحكامه لا تعد قواعد قانونية، بل هي مجرد عادات لا يجوز تطبيقها إلا من خلال اتفاق المتعاقدين على ذلك صراحة أو ضمنا.

انظر، د. محمد حسين منصور، مرجع سبق ذكره، ص 472.

(54) بشار محمد الأسعد، مرجع سبق ذكره، ص 301.

(55) يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 103.

(56) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 467.

(57) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 340.

(58) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 464.

(59) المقصود بالطبيعة الوضعية لقانون التجارة الدولية هو تمييز القاعدة بالخصائص المعروفة لدى القاعدة القانونية و خاصة منها ميزة الإلزام . انظر،

Mayer Pierre, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats , in J.D.I.Paris Année 113.No.1.janvier-février-mars 1986, p 05.

(60) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 217.

(61) مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 266.

(62) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 218.

(63) مراد محمود المواجدة، مرجع سبق ذكره، ص 268.

(64) هشام صادق، عقود التجارة الدولية – دراسة تحليلية و مقارنة للاتجاهات الجديدة في التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية و أحكام القضاء والمحكمين...-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص 282.

(65) محمد محسوب عبد المجيد درويش، نشأة وتطور قانون التجارة الدولي- دراسة تاريخية-، دار المسلم، 1995م، ص 343.

(66) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 146.

(67) بن احمد الحاج، مرجع سبق ذكره، ص 148.

(68) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 482 .

(69) فوزي قدور نعيمي و ا.م مظفر جابر الراوي، مرجع سبق ذكره، ص 17.

(70) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 483.

(71) نادر محمد إبراهيم، مرجع نفسه، ص 485.

(72) انظر نص اتفاقية واشنطن لسنة 1965 منشور باللغة الانجليزية على شبكة الانترنيت بالموقع التالي : .http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/parta-chap04.htm

* يعتبر هذا العقد من عقود الدولة ابرم بين الكاميرون و شركة klockner الألمانية يهدف إلى إنشاء مصنع للسماد طاقته 157.000 طن سنويا، حيث اتفق الطرفان على إنشاء مشروع مشترك تحت اسم socame يتولى استغلال المصنع، حيث تشارك فيه الشركة الألمانية بنسبة 51 بالمائة من رأس المال و هي المسؤولة عن الإدارة الفنية والتجارية لمدة 5 سنوات على الأقل من تاريخ بدا التشغيل. ونظرا لما حصل من خلافات قامت شركة klockner بإعمال شرط التحكيم إلى مركز ICSID.

انظر، علاء محي الدين مصطفى ومحمد إبراهيم خيري الوكيل، اتفاق التحكيم في العقود الإدارية الدولية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، 2014م، ص 211 و 212.

(73) نادر محمد إبراهيم، مرجع سبق ذكره، ص 483 و 484.

تدويل المحكم النظام القانوني لعقود الدولة بين قبول الشركات الأجنبية
ومعارضة الدول المتعاقدة ـــــــ