قانون العقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة

الأستاذ / د. بن أحمد الحاج

أستاذ محاضر-رئيس قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة سعيدة – الجزائر

ملخص باللغة العربية:

إذا كانت القاعدة العامة في مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية عموماً هي خضوعها للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، وهو ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة، إلا أن إخضاع العقد الدولي للاستثمار بما ينطوي عليه من تعارض بين مصلحة الدولة المتعاقدة ومصلحة المستثمر، من شأنه إثارة العديد من المشاكل القانونية لعل أهمها تلك المتعلقة بمدى استجابة القانون الوطني الذي تحيل إليه قواعد التنازع وملاءمته لحكم هذا النوع من العقود خاصة في ظل المتغيرات الاقتصادية التي يشهدا العالم في عصر العولمة وتحرير التجارة العالمية.

ملخص باللغة الأجنبية:

If the general rule in the issue of the law who should be applicable the international contracts are the law witch agreed by the parties witch known as the law of willing.
However, the submission of the international contracts for investment
this principle including the inherent contradiction between the invests of the state contracting and investor s interest, and this would rsise several legal problems within related those to the coherent response to this type of contract, especially in light of economics changes in the age of globalization.

مقدمة:

من أهم السمات التي أضحت تميز الاقتصاد العالمي هو تهافت جميع الدول نحو جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك للأهمية القصوى التي تلعبها تلك الاستثمارات في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على اعتبار أنها القناة الرئيسية التي تسمح بتدفق رؤوس الأموال والخبرات العلمية والفنية والتكنولوجية إلي الدولة.

ومن المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية، لأنه يعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافه من جهة، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقاً لما تقتضيه مصالحهم من جهة ثانية.

وتعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق علي منازعات الاستثمار من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي للاستثمار على الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف.

وإذا كان الأصل طبقاً لما هو متعارف عليه هو خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد تؤدي إلى اختلاف موقف كل طرف، إذ وبينما تسعى الدولة إلي إخضاع العقد لقانونها طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فإن المستثمر الأجنبي قد يرى في ذلك إضرار بمصالحة، وإن تحقق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة وتدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار، خاصة في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلي القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة.

وعليه فإن موضوع البحث يواجه مشكلة أساسية تتمثل في التساؤل عن مدي استجابة التنظيم الوضعي للعقود الدولية للاستثمار لمقتضيات التعامل الدولي الحديث بعد التحولات التي شهدها الاقتصاد العالمي، وحول ما إذا كان النظام القانوني للدولة كافياً في حد ذاته وقادراً علي تقديم الحلول القانونية الوافية للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

ومن جهة ثانية فإن اللجوء إلي تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار قد لا يتماشى مع مصالح الدول المتعاقدة, وهو ما يدعونا إلي التساؤل عن مدي تأثير ذلك التدويل علي تلك المصالح، وحول ما

إذا كان إخضاع عقد الاستثمار للقواعد عبر الدولية يمثل فعلا الصيغة السحرية القادرة علي إيجاد الحلول لمجمل المشاكل الناجمة عن إبرام وتنفيذ تلك العقود.

ولبيان المعاني السابقة وجلاء مضمونها سنبحث أولاً في منهج التنازع ومدي ملاءمته لمتطلبات التعامل الدولي في مجال الاستثمار، ثم لمسألة تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار وأثرة على مصالح الدول المتعاقدة.

المطلب الأول

العقد الدولي للاستثمار ومنهج تنازع القوانين

من المعلوم أن وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية تنحصر في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها، حيث يتولى القاضي أو المحكم الفصل في النزاع المطروح أمامه وذلك بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنياً أم أجنبياً، وهو ما يعني أنه يقوم أولاً بتعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة لقانون معين، ثم يتولى ثانياً إعمال ذلك القانون بشأنه.

وعلى الرغم من أن منهج قاعدة الإسناد يؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة وفقاً لما تتجه إليه غالبية النظم القانونية الوطنية، إلا أن التطور الذي عرفته العلاقات الاقتصادية والتجارية العابرة للحدود خاصة بعد سياسات التحرر العالمية الناجمة عن عولمة الاقتصاد قد أظهر إلى الواجهة تساؤلات قانونية تتمحور حول مدى ملاءمة المعايير التقليدية المتصلة بمنهج التنازع لمقتضيات التعامل الدولي خاصة في عقود الاستثمار التي تتسم بالطابع الفني الدقيق من جهة، وتنطوي علي عدم تكافؤ قانوني واقتصادي بين الدولة والمستثمر الأجنبي من جهة ثانية.

الفرع الأول

خضوع العقد الدولي للاستثمار للقانون الوطني

إن القاعدة العامة في عقود الاستثمار هي خضوعها لحكم القانون وفقاً لمنهج التنازع التقليدي، والحال هذا ينطبق إذا ما طرح نزاع بشأنها على القضاء الوطني ،بحيث يتولى تحديد القانون الذي يحكم

العقد على أساس قانون الإرادة، وفقا لما استقرت عليه النظم القانونية المعاصرة وفقه القانون الدولي الخاص.

ولقد انتهت غالبية النظم القانونية الحديثة إلى الاعتداد أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فيكون للمتعاقدين حق ممارسة هذا الاختيار صراحة، لكن قد يحدث وأن يهمل هؤلاء تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي، مما يستوجب ضرورة البحث عن إرادتهم الضمنية، أما في حالة غياب هذه الأخيرة وجب على القاضي التدخل لتعيين قانون العقد، مما يعني أننا قد نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد أو اختيار ضمني له.

ولقد أكدت اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ على أن هيئة التحكيم تفصل في النزاع المعروض عليها وفقا للقانون الذي اتفق عليه الأطراف، إلا أنها ألزمت هيئة التحكيم في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق[١].

ويثور التساؤل في هذا المقام حول ما إذا كانت اتفاقية واشنطن قد استلزمت أن يكون اختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الواجب التطبيق على النزاع اختيارا صريحا، أم يجوز أن يكون ضمينا يستنتجه القاضي من لظروف والملابسات المحيطة بذلك العقد، خاصة وأن نص المادة ٤٢ من الاتفاقية قد اكتفي بعبارة "القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف"، ولم تحدد طبيعة ذلك الاتفاق صريحا أم يكزن ضمينا.

وتفسيرا لنص المادة السابق يتجه جانب من الفقه إلى عدم اشتراط الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، بل يكفي أن يكون ضمينا، طالما أن لا يوجد حضر على ذلك، كما أن النص السالف بيانه لم يشترط أن يكون الاتفاق بين الأطراف قد تم صراحة مما يعني أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الذي اتفق عليه بشكل صريح، وعند عدم وجود مثل هذا الاتفاق يتعين عليه البحث

[١] – انظر: المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية والموقعة عام ١٩٦٥.

عـن الإرادة الضـمينة للأطـراف، والـتي يمكـن لهـا أن تستخلصـها مـن خـلال القـرائن المحيطـة بالعمليـة التعاقدية[١].

وعلى خلاف ذلك يتجه جانب آخر من الفقه إلي الضرورة وجود الاختبار الصريح للقانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن لما يتحقق ذلك وجب على هيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة المعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق، وذلك من دون البحث عن الإرادة الضمينة للأطراف[٢].

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للدولة المتعاقدة في مواجهة المستثمر الأجنبي وذلك عند تطبيق قانونها بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين طالما لم يتفق الأطراف صراحة على مسألة الاختصاص التشريعي للعقد المبرم بينهم، كما يترتب عليه تضييق نطاق اختصاص هيئة التحكيم في تحديد هذا القانون طالما أنها تكتفي بتطبيق الاختيار الصريح للأطراف دون الخوض في الإرادة الضمينة عند عدم وجود اتفاق صريح.

وإذا كانت القاعدة العامة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو الأخذ بمبدأ قانون الإرادة لدي العديد من النظم القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا أن عقود الاستثمار تخرج عن هذه القاعدة لدي بعض الفقهاء خاصة عند عدم اتفاق الأطراف على قانون العقد[٣].

ويتبني بعض الفقه معيارا غائيا بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، وقوامه البحث عن القصد من وراء إبرام العقد، فمن غير الممكن إخضاع عقد أبرمته الدولة بقصد تحقيق وظيفة من وظائفها إلى قانون آخر أو قواعد أخرى، لأن القانون الوحيد الذي يتماشى واعتبارات التنمية التي تسعى الدولة لتحقيقها هو قانونها[٤].

---

[١] –انظر: حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٨٥.

[٢] –انظر: حفيظة لسيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، ١٩٩٦، ص ٥١٣.

[٣] انظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢، ص ٣٦٦.

[٤]– وجدير بالذكر أن فكرة تطبيق قانون الدولة على العقود التي تبرمها باعتبارها صاحبة السيادة على سند الاعتبارات الاقتصادية في حالة تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق تختلف عن نظرية "currie"، والذي يؤسس منهجه في حل مشكلة التنازع على فكرة المصلحة الحكومية، بحيث يرى هذا الفقيه بأن أية قاعدة قانونية تستهدف تحقيق سياسة معينة، وان لكل دولة مصلحة في تطبيق الأحكام

ويمكن الأخذ بالمعيار الغائي لتحديد قانون عقد الدولة، كلما تعلق الأمر بعقد كان الدافع إلى إبرامه هو تحقيق وظيفة من وظائف الدولة، وذلك بغض النظر عما إذا كانت الدولة طرفا فيه بنفسها أو أحد الأشخاص الاعتباريين التابعيين لها.

ولقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع طرف أجنبي، أن أصدرت العديد من الدول النامية تشريعات هدفها الأساسي حماية اقتصادها القومي، وبالتالي فلا يجب إغفال المصلحة العامة للدول النامية، سواء كانت هي الطرف في العقد المبرم أو أحد الأشخاص المعنويين التابعين لها، إذ من غير الممكن تصور تنفيذ واحد من هذه العقود دون المساس باقتصاد الدولة، مما يعني في نظر بعض الفقه قيام قرينة لصالح إعمال قانون الدولة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، بحسبان أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحامية[1].

ويرى هذا الفقه بأن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أكدت من خلالها على ضرورة توافق استيراد رأس المال الأجنبي اللازم لتحقيق التنمية في الدول المتخلفة مع القواعد والشروط التي تراها هذه الأخيرة ملائمة لها، هي قرارات قدمت أساسا جديدا لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف من أجل زيادة التنمية الاقتصادية التي تسعي الدول النامية جاهدة لتحقيقها[2].

وإذا كان المعيار الغائي هو سند بعض الفقه في إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة، فإن جانبا آخر لا يحتاج من أجل الوصول إلى هذه النتيجة الاعتماد على النفس السند، بل يكفي إعمال قاعدة القانون الأوثق صلة بالعقد عند سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق حتى تتحقق ذات النتيجة[3].

والأكيد أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، كما أنه يمثل في الغالب قانون دولة محل الأداء الرئيسي في العقد، وهو ما يعني أنه هو القانون الواجب التطبيق عليه،

الواردة في قانونها، ومن خلال المصالح المتباينة للدول يمكن حل مشكلة تنازع القوانين. انظر في نظرية "currie": أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، بدون ناشر، ص ١٦٦.

[1] – انظر: خليل الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، ١٩٨٩، ص ٣٥٢.

[2] –انظر: أحمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٤، ص ٦٩٣.

[3] –انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

وذلك دون الحاجة إلي إعمال اعتبارات سياسية أو اقتصادية، أو تكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية للوصول إلي هذه النتيجة.

ويعتقد الاتجاه المؤيد لفكرة خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة، بأن معاهدة روما الموقعة في ١٩٨٠/٠٦/١٩ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت أيضا بهذا الموقف، إذ حددت العقود التي لا تسري عليها، بما في ذلك عقود الدولة، مما يعني بمفهوم المخالفة أن هذه الأخيرة تخضع بالضرورة لقانون الدولة المتعاقدة[١].

ومن جهة أخرى اقتضت المادة الرابعة من الاتفاقية ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد ونظام القانون الذي يحكمه في حالة وجود اختيار صريح أو مؤكد من قبل الأطراف، مما يعني خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة، وهذا الحل هو الحل الطبيعي الذي يتماشى مع ذاتية هذه العقود.

تجدر الإشارة أخيرا إلى أن خضوع العقود الدولية للاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة هو اتجاه كانت قد أيدته هيئة التحكيم في قضية"Aramco"،حيث قضت بأن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنه من المتفق علية في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة، يفترض حتى إثبات العكس خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينهما وبين الأشخاص الأخرى لقانونها الوطني[٢].

الفرع الثاني: مدى ملاءمة إعمال القانون الوطني على العقد الدولي للاستثمار.

على الرغم من أن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه منح الأطراف مكنة تحديد القانون الذي يروا بأنه الأكثر تحقيقا لمصالحهم، إلا أنه مبدأ عرف العديد من الهزات، خاصة في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة. الأمر الذي جعله يعاني من أزمة حقيقية أطلق عليها الفقه اصطلاح" أزمة مبدأ قانون الإرادة".

---

١ – انظر: المرجع السابق، ص ٥٤٣.

٢ –انظر في مضمون هذا القرار: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤١٨.

وإذا كان ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري قد ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في ظل المذهب الاشتراكي وانتشار مظاهر تدخلها مع مطلع القرن الماضي[1]، إلا أنه ومن خلال استطلاع واقع المعاملات الاقتصادية اليوم والتي بدأت تأخذ اتجاهها متصاعدا نحو التحرر من كافة القيود خاصة مع نشأة منظمة التجارة العالمية، بدا واضحا من خلال الدراسات التي أجريت أن المشرعين قد عمدوا في الدول المتقدمة والمتخلفة على حد السواء إلي تبني العديد من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتضمن قيودا تشريعية لتحقيق وحماية المصالح الضرورية للجماعة[2].

وبهذه المثابة فإن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والذي قيوم على مبدأ حرية التجارة والاستثمار بين الدول لم يساهم فقط في انتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات نمو عالية للتجارة الدولية، بل أدى أيضا من الناحية القانونية إلى تزايد في عدد القواعد والقوانين الحمائية، وبالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية باعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم والثروات عبر حدود الدول.

ولأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين كونه يستتبع بالضرورة استبعاد قاعدة الإسناد[3]، وبالتالي قانون الإرادة في مجال العقود الدولية، فإنه يبدو واضحا أن منهج التنازع أضحى في أزمة حقيقية في ظل اتجاه الدول نحو التوقيع على اتفاقيات التجارة الدولية، وما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري.

أولا: عدم ملاءمة منهج التنازع لحكم منازعات عقود الاستثمار.

يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة علي عقود الاستثمار الدولية سيؤدي حتما إلي تطبيق قواعد قانونية في غير بيئتها التي خلقت لها، وهو ما قد يؤدي حتما إلي

---

[1] – انظر: محمود محمد ياقوت، قانون الإدارة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق – دراسة تحليلية وتطبيقية – دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٧.

[2] – انظر: جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٤٧. وانظر ايضا: رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦، ص ٣٤٧. وانظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد ١٩، جامعة المنصورة، ١٩٩٦، ص ٥٧٠.

[3] – انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٣٠١.

الإخلال بالأمان القانوني ويخل بتوقعات الأطراف المتعاقدة، طالما أنها نظم قانونية وضعت في الأصل لمجابهة المشاكل الناجمة عن الحياة الداخلية وليس الدولية، علاوة على كونها نظم قانونية متخلفة ومتباينة فيما بينها.

وعلاوة على هذا فإن تطبيق القوانين الوطنية على عقود الاستثمار تشوبه مساوئ قدرة الدولة على تغيير الأحكام الواردة في قانونها الوطني بإرادتها، وهو ما يخل بالتوازن بين الطرفين ويقلب اقتصاديات العقد وتوجيهها لصالح أحدهما علي نحو يلحق ضررا بالطرف الآخر[١].

ومعلوم أن العديد من عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة ومنية طويلة، خاصة عقود التنقيب عن البترول واستغلاله وعقود التنمية الاقتصادية، مما يجعلها معرضة لمخاطر ناجمة عن اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وضرورة خضوعها لكافة التعديلات والتغييرات التي قد يجريها المشروع فيها، وهو ما يتنافى مع الأمان القانوني الذي يعد تخلفه العدو الأول للمعاملات في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية.

وللإشارة إلى مثل هذا الإجحاف في حق المتعاقد مع الدولة يمكن اتخاذ قضية "SGTM" [٢] الفرنسية ضد حكومة بنغلادش مثالا على ذلك. فقد تم إبرام عقد بين هيئة التنمية الصناعية لباكستان الشرقية، وهي شركة مملوكة للحكومة الباكستانية مع الشركة الفرنسية "SGTM" سنة ١٩٦٥، وذلك من أجل مد أنابيب الغاز في باكستان الشرقية[٣]، وقد تضمن هذا العقد من بين شروطه شرطا يقضي بتسوية جميع المنازعات التي قد تنشأ عن طريق التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

غير أن مطالبة الطرف الباكستاني الشركة الفرنسية بمبلغ ١٢ مليون فرنك فرنسي عن الأعمال التي قامت بها أدى إلي قيام نزاع بين الطرفين، فلجأ الطرفان إلى اتخاذ إجراءات التحكيم بتاريخ ١٩٧٢/٠٥/٠٧، وفي نفس الوقت كان رئيس جمهورية بنغلاديش قد أصدر مرسوما بتاريخ

---

[١] – ويعد هذا سببا مباشرا في لجوء المتعاقدين في عقود الدولة إلى إدراج شرط التجميد الزمني، أو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي. انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ١٨٨. وانظر أيضا: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ٢١٧.

[٢] – وذلك اختصارا لـ:

(Societe de grands travaux de Marseille)

[٣] – والتي أضحت تعرف بجمهورية بنغلاديش الشعبية منذ عام ١٩٧١.

١٩٧٢/٠٥/٠٩ ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ ١٩٧١/٠٣/٢٦، ويقضي بتأسيس هيئة التنمية الصناعية البنغالية لتخلف هيئة التنمية الصناعية الباكستانية، كما تضمن نفس المرسوم على أن كل إجراءات التحكيم التي تكون فيها هذه الأخيرة قد ارتبطت بها قبل سريان المرسوم تعد لاغية، ولن يكون لأي قرار تحكيم تؤدي إلية هذه الإجراءات أي أثر سواء في مواجهة هيئة التنمية الصناعية الباكستانية أو البنغالية، وأن أية سلطة تمت ممارستها بالنيابة عن الهيئة الباكستانية في إجراءات التحكيم تعد باطلة ولاغية ابتداء من تاريخ ١٩٧١/٠٣/٢٦، كما أن أي نص يقضي بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم يعد لاغيا.

وعلى الرغم من ذلك فقد استمرت هيئة التحكيم في نظر النزاع، والتي أصدرت قرارها التحكيمي في ١٩٧٢/١٢/١٥، وقضت فيه بالمسؤولية المشتركة لكل من حكومة بنغلاديش والهيئة التي تم حلها.

وعلى إثر قيام الحكومة البنغالية بالطعن في قرار التحكيم المشار إليه أعلاه أمام المحكمة السويسرية الفيدرالية، قامت هذه الأخيرة بتاريخ ١٩٧٦/٠٥/٠٥ بإبطال قرار التحكيم تأسيسا على أن القانون السويسري لا يتضمن أي قاعدة قانونية تقضي بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغما عنه[١]، وهو ما يعني أن المحكمة السويسرية قد أقدرت التعديلات القانونية التي أحدثتها حكومة بنغلادش والتي أدت إلى إبطال اتفاق التحكيم ولو بأثر رجعي.

زمن 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 الاستثمار[٢]، 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[٣].

---

[١] – انظر:–

- Trib. Fed. Suisse, 05/05/1976, Yearbook, 1980, p 217.

[٢] – انظر: هاشم علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٣٣٢.

[٣] – انظر:

- David(R), I'Arbitrage dans le commerce International, Paris, 1982, p30 et 31.

وإلى جانب كل هذا، فقد أدي استقلال دول العالم الثالث إلى اتجاهها نحو سن قوانين خاصة بها تحل محل القوانين التي كانت مطبقة في نطاق إقليمها من قبل الدول التي استعمرتها، بما في ذلك التشريعات التي تنظم عقود الاستثمار المباشر ونقل التكنولوجيا، وكان الهدف من ورائها الاستجابة لمتطلبات خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك من دون الاكتراث بمصالح المتعاملين الدوليين، مما يعني أن الأحكام الواردة في هذه النظم ليست فقط غير متلائمة مع خصوصيات عقود الاستثمار الدولية، بل أصبح تعدد هذه التشريعات يشكل عائقا أمام حرية المتعاملين مع هذه الدول من دول العالم الصناعي، فقد أصبحوا ملزمين بالتعامل مع نظم عديدة ومختلفة، والتي نفرض عليهم قيودا وأعباء تختلف باختلاف تلك النظم[1].

[1] – انظر: مصطفي الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٦٦٤.

ثانياً: أثر تنامي دور القواعد الحمائية على النظام القانوني لعقد الاستثمار:

لقد بدأت البلدان المختلفة لاسيما النامية منها خلال السنوات الأخيرة بتنفيذ تغييرات ضخمة في هياكلها وسياستها العامة، وذلك لجعل بيئتها الاقتصادية أكثر جاذبية للمستثمرين الأجانب إلى درجة اندلع فيها تنافس حاد فيما بينها للحصول على أكبر قدر ممكن من الاستثمار الأجنبي، فأتبعت بذلك سياسات التكيف الهيكلي وفقا لقواعد صندوق الدولي والبنك العالمي، وخففت من قيود نقل الملكية والقواعد المنظمة لإعادة استثمار الأرباح، ورفع الحواجز أمام الشركات عبر الدولية.

ومع ذلك فلقد صاحب منح المشرعين الوطنيين للمستثمرين الأجانب امتيازات وضمانات سعى حثيث من قبلهم أيضا – أي المشرعين الوطنيين- نحو سن قواعد آمرة تتولى حماية المصالح الأساسية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية للجماعة، مما يدل على أن دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لم ينحصر في ظل الوضع الراهن للمعاملات الاقتصادية العابرة للحدود، بل مازالت له ذات الأهمية التي اكتسبها من قبل أمام القضاء الوطني.

وبهذا فإن انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية تماشيا مع تعاليم المذهب الفردي وآليات اقتصاد السوق لا يعني بتاتا الانسحاب المطلق والتام من لعب أي دور في تلك الحياة، فدورها في ظل هذا الوضع يجعل منها دولة ضابطة لها أن تتدخل بموجب قواعد قانونية تنظم مناخ الأعمال، كتلك الواردة في قانون الاستهلاك، وقانون الاستثمار، وقانون المنافسة، وقوانين مكافحة التضخم، وكل ذلك في سبيل حماية اقتصاد الدولة من الأزمات التي قد تسببها له الرأسمالية الزاحفة، وهذا بالإضافة إلى تدخله لتنظيم مجالات أخرى ترتبط وتتأثر بتحرير التجارة كتلك المتعلقة بالصحة وحماية المستهلك، وكذا حماية البيئة[1].

[1] – وتعد العلاقة بين التجارة والبيئة من الأمور المستحدثة في العلاقات التجارية الدولية ، والتي اكتسبت أهمية متزايدة تدرجيا مع تزايد الوعي الدولي بموضوعات الحفاظ على البيئة، واعكس بالتالي على أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الدولي، وتمت ترجمته إلى مجموعة معايير وضوابط ينبغي مراعاتها والالتزام بها من قبل مختلف الدول. انظر: سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص ١٧٩.

وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من الأمر رقم ٠٣/٠١ المؤرخ في ٢٠٠١/٠١/٢٠ والمعدل بالأمر رقم ٠٨/٠٦ والمتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"

وترتيبا على هذا فإن القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري لا تتراجع في ظل اقتصاد السوق كما قد يتبادر إلى أذهان البعض مقارنة مع الاقتصاد الموجة الذي يعتمد على تدخل الدولة في مختلف الأنشطة التجارية والاقتصادية، بل إن الاقتصاد الحر يتطلب هو الآخر تدخلا تشريعيا لوضع نظام قانوني يحقق الانضباط، وينظم المنافسة، ويفيد من حرية التجارة والتعاقد، حتى وإن كان هذا التدخل تدخلا من نوع خاص يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة.

وبالفعل فقد أكد الفقه بأن الدول أصبحت تسعى اليوم جاهدة إلى التدخل بموجب نصوص قانونية دقيقة لفرض سلوكيات معينة يتعين إتباعها في إطار علاقات التبادل الاقتصادي والتجاري، وهو ما يعني أن عدد القوانين الحمائية سيتزايد في ظل تلك الاتفاقيات، وهو تزايد يمكن ملاحظته على صعيد المنظمة القانونية لكل الدول سواء المتقدمة منها أو المتخلفة[1].

فالدول النامية ستجد نفسها مجبرة على سن قوانين حمائية من أجل حماية تجارتها ومنتوجاتها خلال فترات السماح من شدة المنافسة التي ستفرض عليها من طرف الدول المتقدمة ، أما هذه الأخيرة فستلجأ إلى اتخاذ تدابير تسلب الدول النامية العديد من المزايا، والتي تكون قد حصلت عليها من خلال انضمامها للمنظمة العالمية للتجارة.

ولما كانت العقود هي الأداة الفنية التي تتم بها عمليات الاستثمار فهذا يعني أنها ستتأثر حتما بالقواعد الحمائية التي تسنها الدولة في شتى المجالات، خاصة في مجال حماية المستهلك، والرقابة على الصرف ونشاط البنوك والتأمينات، والنشاطات المتعلقة بالاستيراد، والقوانين الضريبية، والقوانين المتعلقة بالائتمان وغيرها.

فإذا كانت الدولة تسعى من خلال هذه الإجراءات إلى حماية المصالح الحيوية والضرورية في المجتمع، إلا أن تطبيق هذه القواعد على عقود الاستثمار الدولية هو تطبيق يتنافى مع تطلعات المستثمر الأجنبي، ذلك أن إعمال منهج التنازع سيؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين، وذلك بما يحويه من قواعد جاءت في الأصل لحماية مصالح الدولة، وبغض النظر عما إذا كان ذلك يتماشى ومصالح هؤلاء

[1] –لقد أكد العديد من المراقبين في الدول الرأسمالية ذاتها هذا التوجه، حيث أقروا بأن الاتجاهات الحمائية في أوروبا وأمريكا مستمرة في التنامي، ومن ثم فإن الاتفاقات الجديدة والمتعلقة بتحرير التجارة العالمية هي اتفاقات ينبغي عدم اعتبارها أمرا مسلما به في كل الأحوال. انظر في هذا: إبراهيم العيسوي، الغات وأخواتها– النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، ٢٠٠١، ص ٩٧.

المستثمرين، وفي هذا تغليب لمصلحة الدولة وإرادتها على إرادة الأفراد، وهذا معناه محاصرة تلك العقود بكم هائل من القواعد الحمائية، وهذا ما يتعارض مع الحرية الاقتصادية ومقتضياتها.

ومن ناحية أخرى فإن استئثار كل دولة بوضع قواعد قانونية في ظل ما يواجه المجتمع الدولي من متغيرات اقتصادية، سيؤدي في النهاية إلى تباين هذه القواعد من دولة لأخرى[١]، وهو ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود المتصلة بالاستثمار، وكل هذا من شأنه الإخلال بالأمان القانوني والإضرار بمصالح المتعاملين الدوليين.

وبهذه المثابة إذا كانت الرابطة العقدية العابرة للحدود تخضع في الأصل للقانون الذي اتفق عليه الأطراف بمقتضى منهج التنازع، إلا أنه يتعين على القاضي مراعاة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل إعمال قاعدة الإسناد واستبعاد قانون العقد، فتجزأ الرابطة العقدية بذلك، حيث تخضع في بعض جوانبها لقانون الإرادة، بينما تخضع في جوانبها الأخرى للقواعد ذات التطبيق الضروري[٢].

وبالتالي فإن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يعد منهجا منافسا يطبقه القاضي إلى جانب منهج التنازع ويقيد من مجال إعمال قانون العقد، فهذا الأخير لا ينطبق إلا بشأن المسائل التي لا تشملها تلك القواعد بالتطبيق[٣].

ومعلوم أن إدراك القواعد ذات التطبيق الضروري لأهدافها يقتضي إعمالها على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة العقدية المطروحة أمام القضاء الوطني بمقتضى منهج التنازع، فمسألة الاختيار غير مطروحة هنا أمام القاضي الوطني، وذلك لأن إعماله لتلك القواعد إنما يتم بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد، ووجود هذه القواعد

---

[١] – انظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

[٢] – انظر:

- Pommier (J-ch), Principe d'autonomie et Ioi du contrats en droit prive conventionnel, these, paris, 1992, p 195

[٣] – إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد ذات التطبيق المباشر فإن العكس غير صحيح، إذ ليست كل القواعد ذات التطبيق المباشر من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث لا يكفي لاتسام هذه الأخيرة بتلك الصفة أن يكون مشرعها قد أراد إعمالها بشكل مباشر، بل كثيرا ما يتوسع المشرع في معيار انطباق بعض القواعد المادية على حساب القوانين الأجنبية، دون أن يتوقف ذلك على وجود صلة بين أهداف تلك القواعد ونطاق تطبيقها.

الآمرة يلزمه بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على العلاقة محل النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة المطروحة بنظامه القانوني[1].

[1] – انظر: –

- Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international prive- contrats internationaux et dirigisme etatique, these, Paris, Dalloz, 1992, n° 258.

المطلب الثاني

تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار وأثره على مصالح الدول المتعاقدة

إن السبيل الوحيد للمستثمر الأجنبي من أجل التخلص من العوائق والقيود التي تقرها النظم القانونية الوطنية يمكن في ضرورة الانعتاق من النظم القانونية الوطنية، أو على الأقل تحجيم الآثار المترتبة عنها، وذلك باللجوء لقضاء التحكيم الذي يسمح لأطراف العقد الدولي باختيار القواعد القانونية التي تخدم مصالح الدولة والمتعامل الأجنبي على حد السواء، ولا شك أن تلك القواعد هي القواعد عبر الدولية.

الفرع الأول

تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار

يؤكد جانب كبير من الفقه على 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 فلا بد من خضوع عقود الاستثمار الدولية لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وظنية 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[1].

ولا ريب أن الفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب لا يقتصر على النظم القانونية الوطنية، بل يشمل أيضا قواعد القانون الدولي العام التي لا تقدر هي الأخرى على تقديم الحلول الملائمة لهذا النوع من العقود، على اعتبار أنها قواعد جاءت لتنظيم العلاقات القائمة بين الدول فيما بينها، ولما كان المشروع الأجنبي المتعامل مع الدولة من أشخاص القانون الخاص، فمن غير المعقول إعمال تلك القواعد بشأن العلاقات التي يبرمها هذا المتعامل حتى إن كان متفوقا من حيث مركزه الاقتصادي، لعدم تمتعه بوصف الدولة.

[1] – انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٤٠.

وأمام قصور وعجز وعدم ملاءمة كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لزاما البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيما وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، وبدون الإضرار بمصالح أي طرف.

وعليه فقد اتجه الفقه الغربي إلى التأكيد على أن النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود الاستثمار الدولية له هو نظام عبر دولي لا تنتمي قواعده لا للقانون الوطني ولا للقانون الدولي، ويجد مصدره في الأعراف التجارية والمبادئ العامة عبر الدولية بوصفها الأكثر ملاءمة واستجابة لمتطلبات العلاقات عبر الدولية، وهذا الحل هو الوحيد الذي بإمكانه تجسيد وتأكيد الاستقرار واليقين في المعاملات الدولية العابرة للحدود، لأنه يمثل الإطار الطبيعي لها[1].

فإذا لم تقم الأطراف بالاختيار الصريح لقانون معين، فهذا مسلك يجب تفسيره على أنه يفيد رغبتهم في استبعاد هذا القانون، وبما أن القانون الدولي لا يصلح في حد ذاته كقانون يحكم عقود الاستثمار، فإن الحل الأمثل هو إخضاعها لنظام لا ينتمي لا للدول المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام[2].

وعلى الرغم من إقراره بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة عموما وعقود الاستثمار على وجه الخصوص، يتجه الفقه المناصر لفكرة تدويل عقد الاستثمار إلى أن تلك الطبيعة لا تتعارض مع منهج هذه القواعد، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها، أو لجوء المحكم إلى ذلك عند السكوت المطلق للأطراف عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على رابطتهم العقدية[3].

---

[1] – انظر في هذا: أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٥٣ وما يليها.

[2] – انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٥٤.

[3] – انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

ويشير هذا الاتجاه إلى أن الممارسات التعاقدية الدولية بين الدولة والمتعاملين الأجانب قد أضافت قواعد أخرى أثرت النظام القانوني عبر الدولي، كما أن التدخل المتزايد لهؤلاء في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لم يقيد من نطاق استقلالية هذا النظام بل ساعد على ازدهاره وتطوره.

ولقد أكد الواقع العملي أن غالبية العقود المبرمة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله تتضمن اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة عامة في هذا المجال، ولما كان "قانون البترول يعد جزءا من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول"[1]، فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقدهم.

والملاحظ أيضا في مجال عقود الاستثمار الدولية عدم تركيز الأطراف لشرط اختيار القانون، وذلك باستخدامهم لصيغ يعبرون بها عن رغبتهم في عدم تطبيق أي قانون داخلي على روابطهم العقدية، وهي صياغة يرى فيها المحكم أحيانا اتفاقا على إخضاع ذلك العقد للقواعد عبر الدولية[2]. ومن أمثلة الشروط التي يدرجها أطراف هذه العقود في اتفاقاتهم، شرط الاتفاق على المبادئ العامة المعتادة في الأمم المتمدينة، "مبادئ قانون التجارة الدولي"، "مبادئ الود وحسن النية"، "والأخذ بعين الاعتبار الصفة غير الدولية لعلاقات الأطراف ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم"، وغيرها من العبارات التي تصب في نفس المعنى[3].

[1] – انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٧٥٧.

[2] – انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩.

[3] – انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص ٣٦٠.

وبهذه المثابة فإن تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار الدولية أضحى واقعا لا بد منه في ظل الظروف الاقتصادية الراهنة، سواء في حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار قواعد قانونية غير وطنية لتنطبق عليها، أو حتى عند تخلف اتفاق هؤلاء حول القانون واجب التطبيق، إذ يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم باختيار القواعد المعمول بها في مجال التبادل الدولي بالاعتماد على الأعراف والعادات السائدة فيها، وكذا المبادئ العامة المعتمدة بشأنها.

الفرع الثاني

مصالح الدول المتعاقدة في ظل تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار الدولي

على الرغم من تمتع العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة بخصوصيات تميزها عن العقود المبرمة في نطاق العلاقات الاقتصادية والتجارية، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية إخضاعها للقواعد عبر الدولية حتى التي خلقت وجاءت أصلا لتحكم العلاقات الناشئة في ذلك النطاق.

فحتى وإن كان هدف الدولة من وراء إبرام هذه العقود هو تحقيق مصلحة اقتصادية أو اجتماعية، فإن هذا لا يحول دون إمكانية تطبيق قواعد غير وطنية بشأن منازعاتها، خاصة في حالة اتفاق الأطراف على اختيارها لتحكم عقدهم، والقول بخلاف هذا معناه تقييد حرية الأطراف في مجال اختيار قانون العقد، وهذا أمر يتعارض بشكل صريح مع الأصول الثابتة والقواعد العامة التي تترك لهم سلطة ومكنة ذلك الاختيار.

والقاعدة العامة في مجال عقود المبادلات الاقتصادية الدولية أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقدهم، وبعد من المغالاة غير المقبولة تقييد تلك الحرية بإسناد الروابط العقدية إسنادا جامدا ومسبقا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وذلك حتى في الحالات التي تتفق

فيها الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أولا، ثم اختيار القواعد عبر الدولية لتحكم العقد المبرم ثانيا، وبالتالي لا ضرر على الدولة من ذلك لأنه هي من ارتضى تطبيقها، لا سيما أنه يوجد صمام أمان لحماية النظام العام الوطني، حيث تقضي القواعد العامة في القانون الدولي الخاص بعدم سريان أية قاعدة قانونية إذا كانت تتعارض مع النظام العام والآداب في الدولة المتعاقدة.

وعليه وجب احترام اتفاق الأطراف إعمال القواعد القانونية التي اختارها هؤلاء لحكم عقدهم، ولا مجال للادعاء بأن خصوصية عقود الاستثمار الدولية تستتبع بالضرورة خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن إعمال هذا القانون بشكل دائم قد يضر بمصالح المتعاقدين معا، وذلك لتخلف أحكامه عن مجاراة ما جرى عليه العمل في نطاق المبادلات الاقتصادية الدولية على وجه العموم.

وحتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فإن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق المبادئ والأعراف عبر الدولية السائدة، وذلك عندما يتضح لها وجود نقص في القانون المختار، أو لتفسير النصوص التشريعية الغامضة فيه، خاصة وأن النظم الداخلية تعاني عادة من قصور في الأحكام الخاصة بتنظيم موضوعات عقود التنمية والاستثمار، وبهذا فقط تتحقق الحكمة من لجوء الأطراف إلى قضاء التحكيم فتحسم جميع المنازعات الناشئة عن علاقتهم العقدية من جهة، وتحفظ توقعاتهم المشروعة من جهة ثانية، وتجنب المحكمين الوقوع تحت طائلة إنكار العدالة من جهة ثالثة.

وعلاوة على هذا فإن الخروج عن المفاهيم السائدة في مجال العقود الدولية، والتي تقدس مبدأ سلطان الإرادة يعد في نظر الطرف الأجنبي عائقا من معوقات الاستثمار، وذلك لأنه يقيد حريته في اختيار القواعد القانونية التي يطمئن إليها ويثق فيها، مما يعني في المقام الأخير حدوث آثار سلبية تضر

بمصلحة الدولة المتعاقدة، طالما أن ذلك الطرف يتواجد دوما في مركز قوة اقتصادية، فيفرض الاستجابة لشرط خضوع العقد للقانون الوطني، فيكون اقتصاد الدولة هو الخاسر الأكبر، وبدلا من أن يحقق إسناد عقود الاستثمار للقانون الوطني نتائج إيجابية للدولة المتعاقدة، فإنه سيلحق بها أضرارا جسيمة.

ويجب لفت نظر الاتجاه الرافض لخضوع عقود الاستثمار للقواعد عبر الدولية إلى ضرورة عدم الخلط بين هذه الأخيرة وقرارات التحكيم الصادرة بعد الحرب العالمية الثانية، والتي كانت تستبعد تطبيق القوانين الوطنية للدول المتعاقدة بحجة التخلف واللجوء لإعمال المبادئ العامة بدلا منها، وذلك لوصول إلى أهداف تحقق مصلحة المتعاقد الأجنبي على حساب مصالح الدول النامية،" فالقواعد عبر الدولية في العصر الحديث لم تعد تخلق من منطلق سياسة مسبقة الحكم أو عن رغبة لتغليب مصالح فوق أخرى بقدر تلبية حاجات معينة عن طريق منهج برجماتي"[1].

وأما في حالة عدم اتفاق الأطراف علي اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق، وجب على المحكم في هذه الحالة البحث عن أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، مما يعني إمكانية تطبيق الأحكام الواردة في قانون الدولة المتعاقدة، وليس هناك أي مجال للقول بأن اللجوء إلى التحكيم يعني ارتضاء الأطراف باستبعاد النظم القانونية الوطنية لحل نزاعاتهم، وإخضاعها بدلا من ذلك للأعراف الدولية[2]، وذلك لأن التدويل أنصب هنا على الجانب الإجرائي فقط، وليس له أية علاقة بالتدويل الموضوعي للعقد، لذا يتعين على المحكم الوقوف عند هذا المقصد وعدم تجاوزه واعتبار تبني الأطراف لشرط التحكيم دليل على

[1] – انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

[2] – حيث يذهب بعض الفقه إلى القول بأن:" تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية يصبح واجبا بمجرد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وعلى نحو أكثر دقة بمجرد تضمين العقد الدولي شرط التحكيم... وهكذا يبدو التحكيم وكأنه المخاطب الأصيل بقواعد قانون التجارة الدولية والمنوط به تطبيقها". انظر: هشام خالد، جدوي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٢، هامش ٢٤٦.

رغبتهم الضمينة في إخضاع عقدهم للقواعد عبر الدولية، إلا إذا كانت إراداتهم صريحة في اختيارها حسما لمنازعاتهم.

على أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقودها المبرمة مع الطرف الأجنبي عند سكوتها المطلق عن الاختيار، لا يحول أيضا دون إمكانية استعانة المحكم بالقواعد عبر الدولية لتكملة النقص الذي قد يشوب قواعد القانون الداخلي أو إذا ظهر له عدم ملاءمة هذه الأخيرة لحكم العقد، وأن القاعدة عبر الدولية هي الأكثر تحقيقا لتلك الملاءمة، إذ من المعلوم أن قانون الدولة الطرف، إن كان أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، فإن هذا لا يعني دوما أنه الأكثر ملاءمة لحماية مصالحها[1].

فقد تمسكت الكاميرون في مرافعاتها أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في قضيتها في مواجهة شركة"klockner" بعدم التطبيقات الاستثنائي لقانونها الوطني على عقدها المبرم مع هذه الشركة، حيث طلبت الاستعانة بقواعد القانون الدولي[2]، مما يعني أن قانونها الوطني لم يكن يخدم مصالحها وأن القواعد عبر الدولية كانت هي الأكثر حماية لها.

[1] – انظر: نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

[2] – وتتخلص وقائع النزاع في توقيع اتفاق استثمار بين شركة klockner وحكومة الكاميرون في ١٩٧١/١١/٠٤ تعهدت بمقتضاه الشركة بإنشاء وإدارة مصنع أسمدة في الكاميرون، على أن يدار هذا المصنع بواسطة شركة كاميرونية مشتركة "Socame" تساهم فيها شركة klockner بنسبة٥١% والحكومة بنسبة ٤٩%، مع تعهد شركة klockner بإدارة المصنع فنيا وتجاريا لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد. ويعد بدء تشغيلِ المصنع توقف عن العمل نهائيا سنة ١٩٨١، فثار نزاع بين الطرفين وعرض على التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعقب تشكيل المحكمة المختصة للفصل في النزاع بتاريخ ١٩٨١/١٠/٢٦، تقدمت الشركة بطلب مفاده أنها دائنة لحكومة الكاميرون بمبلغ ٢٠٧ مليون فرنك فرنسي، بينما أعتبر الجانب الكاميروني أن عدم وفاء الشركة بالتزاماتها كاملة يعد مبررا لعدم دفع قيمة الدين كاملا لها، كما طالب هذا الأخير بتطبيق قانونه الوطني وإلى جانبه القانون الدولي للفصل في النزاع. وقد أجابت الهيئة في حكمها الطلب الأخير وطبقت كل من القانون الكاميروني والقواعد عبر الدولية عند فصلها في النزاع. انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٠.

وفي نزاع آخر بين شركة "CDSE" [1]، وحكومة كوستاريكا مسجل بتاريخ ١٩٩٦/٠٣/٢٢ أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، طالبت كوستاريكا بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولي فقط، كقانون واجب التطبيق على العقد، ورأت بأنه حتى وإن كان اتفاق الطرفين غير مكتوب وغير واضح بصورة كافية، إلا أنه يمكن استنتاجه من طلب التحكيم، ومن موافقة الحكومة على اختصاص المركز بنظر النزاع[2]، ولا شك أن حكومة كوستاريكا قد رأت في تطبيق القواعد عبر الدولية تحقيقا لمصلحتها، لذلك أقرت باختصاصها الاستئثاري في حكم النزاع، وهذا دليل آخر على أن مضمون تلك القواعد وأحكامها قد تكون أكثر ملاءمة للدولة المتعاقدة مقارنة بقانونها الوطني.

وما يدعم موقفنا في جوازية الإعمال المزدوج لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية على عقود الدولة عند تخلف الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، هو اتجاه اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥ والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، حيث قضت المادة ٠١/٤٢ بأنه: "تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة دعم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك من قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق".

[1] – اختصارا لـ:Compania del Desarrollo de santa elena.

[2] – وكان النزاع قد ثار بين الطرفين على إثر إقدام حكومة كوستاريكا على تأميم بعض ممتلكات شركة CDSE فيها، وانتهت هيئة التحكيم إلى إصدار قرارها بتاريخ ٢٠٠٠/٠٢/١٧، والذي انتهت فيه إلى تطبيق قانون كوستاريكا بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين، وكذا مبادئ القانون الدولي، وذلك وفقا لنص المادة ٠١/٤٢ من اتفاقية واشنطن. انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

وتطبيقا منها لنص المادة ٤٢/٠١ المذكورة أعلاه، ذهبت هيئات التحكيم بالفعل إلى التطبيق الجامع لكل من قانون الدولة المتعاقدة والقواعد عبر الدولية عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد على النزاعات التي ثارت أمامها[١].

ففي نزاع بين الشركة "Amco Asia" وآخرين مع حكومة إندونيسيا، قررت هيئة التحكيم أنها لم تجد في اتفاق الأطراف ما يشير إلى اختيارهم لقانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق، وعليه انتهت إلى التزامها بتطبيق القانون الإندونيسي ومبادئ القانون الدولي واجبة التطبيق[٢].

خاتمة:

مما لا شك فيه أن تمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة والتي تكمن في عدم التكافؤ الاقتصادي بين الطرفين والذي يرجع لصالح المستثمر الأجنبي، وعدم التكافؤ القانوني لصالح الدولة المتعاقدة، هو الذي جعل نظامها القانوني محل خلاف واسع ليس فقط في أروقة الفقه، وإنما حتى بين أطرافها، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إعمال قانونها الوطني لتحقيق التنمية الاقتصادية بها، يسعى الطرف الأجنبي إلى تطبيق قواعد قانونية بعيدة عن صنع الدولة حتى يضمن أكبر قدر من الحقوق والضمانات.

وعلى الرغم من أن إعمال قواعد وطنية على عقود الاستثمار قد يكون في كثير من الأحيان في غير صالح الدولة، إلا أن ضرورات تحقيق التنمية والحاجة الملحة إلى رؤوس الأموال جعلت الدول مجبرة على الرضوخ لمطالب المستثمرين في تدويل النظام القانوني للعقود المبرمة معهم، حتى وإن رأى الكثير بأن هذا المنحى فيه تأثير على مصالحها.

---

١ – انظر في التطبيقات العملية لنص المادة ٤٢/٠١ من الاتفاقية: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص٢٢٢.

٢ – انظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ومع ذلك فلابد من التأكيد على أن منهج التنازع وإعمال النظام القانوني الوطني أصبح يعاني من أزمة حقيقية، وهي أزمة صنعتها الدول بنفسها، كما يتعين التنويه بأن تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار ليس دوما في صالح المستثمر الأجنبي وفي غير صالح الدولة، ذلك أن اعتبار القواعد عبر الدولية هي قواعد قد جاءت لخدمة مصالح الأقوياء اقتصاديا، هو اعتبار بجانب الصواب، لأنها قواعد قانونية تتمتع بخاصية العمومية والتجريد، وأن تطبيقها ليس دوما في خدمة مصالح الكبار، وهذا ما أثبتته العديد من قرارات التحكيم، كما أن إصرار الدولة على تطبيق قانونها الوطني وفي كل الأحوال من شأنه أن يضر بمصالحها الاقتصادية بدلا من تحقيق التنمية التي تسعى إليها.

وفي الأخير فلابد من الإشارة إلى أن المتغيرات الاقتصادية العالمية التي نعيش في كنفها هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها سواء تعلق الأمر بدول متقدمة أو متخلفة، وعليه فلابد من الإسهام في النظام القانوني عبر الدولي بدلا من الوقوف عكس تيار العولمة الجارف، وهذا من شأنه مساعدة الدول على خلق قواعد قانونية من خلال ممارستها، وهي قواعد لن يتخلف قضاء التحكيم عن إعمالها متى ثبت له اتصافها بالقيمة المعيارية وملاءمتها لحكم النزاع.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- أحمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٨٤.
- أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، بدون ناشر.
- أحمد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد ١٩، جامعة المنصورة، ١٩٩٦.
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- إبراهيم العيسوي، الغات وأخواتها – النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، ٢٠٠١.
- جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١.

- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام ١٩٦٥، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢.
- محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق- دراسة تحليلية وتطبيقية- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.
- سهيل حسين الفتلاوي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧.
- خليل الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص، بدون ناشر، ١٩٨٩.
- رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٦.

٢- المراجع باللغة الأجنبية:

Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992.

Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international privé-contrats internationaux et dirigisme étatique, thèse, Paris, Dalloz, 1992.
David(R), l'Arbitrage dans le Commerce International, Paris, 1982,