تدويل المحكم للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة بناءا على شروط عقدية

دنون محمد بلبنة (طالب دكتوراه)

تحت إشراف الدكتورة عمارة فتحية

مقدمة:

إذا كان النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة يثير مشاكل ، فان هذه الصعوبات تتزايد إذا كنا بصدد عقود الدولة ذات الطبيعة الخاصة ، كونها تبرم عادة بين دولة ذات سيادة و شخص أجنبي خاص ، فبينما يسعى الطرف الأول إلى ضرورة توطين المنازعات الناشئة عنها ، فان الطرف الأخير يسعى إلى تدويلها.

و بما أن قضاء التحكيم كان الوجهة المثلى لأطراف هذا العقد حيث عرضت أمامه عديد من القضايا المتعلقة بالمشروعات الاستثمارية الكبرى ، فقد كان له دور فعال في تدويل الحلول القانونية خاصة عند غياب اختيار القانون الذي يحكم موضوع نزاع العقد ، و ذلك من خلال قيامه بتفسير الشروط التي تم إدراجها في العقد ، كشرط التحكيم ، شرط الثبات التشريعي و شرط القانون الواجب التطبيق .

و لعل أن الآراء الفقهية ساهمت بنسبة كبيرة في التأثير على قضاء التحكيم الدولي بشان تدويل القانون الذي يفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الدولة ، إلا أنها تعرضت لانتقادات حادة من جانب الفقه القانوني في الدول النامية بسبب عدم توافقها مع مصالح هذه الدول المتعاقدة .

و على هذا الأساس، **ما مدى كفاية هذه الشروط التي اعتمد عليها المحكم في تدويل النظام القانوني الذي يحكم منازعات عقود الدولة ؟**

المبحث الأول: مؤشرات متعلقة بشروط العقد تؤدي إلى تدويل عقود الدولة

إن تدويل العقد* لا يمكن تصور حدوثه دون تحديد وسائل متاحة لذلك و من بين هذه المؤشرات التي يستخدمها المحكم لتدويل النظام القانوني هي دولية إجراءات التحكيم ، الإشارة إلى مبادئ القانون الدولي من قبل الأطراف و الطبيعة الاتفاقية لهذه العقود الخاصة بالتنمية الاقتصادية [1] .

* تدويل العقد هو طريقة لرفض آثار التغيرات أحادية الجانب التي تقوم بها الدولة ، فما هو إلا وسيلة للهروب من القانون الوطني للدولة الطرف في العقد أو تجاهل آثار القواعد القانونية و القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة ، و تظهر هذه النتيجة من خلال ما كتبهMANN ، حيث أشار إلى أن وجود العقد المدول و مصيره سوف يكونان محصنين من نظم القوانين المحلية كما هو الحال بالطريقة نفسها التي يتم بها تجنب الإخلال بالاتفاقيات الموقعة بين شخصين دوليين ومن ثم فان الضمانات التي نصت عليها بنود عقود الدولة هي التزامات دولية مثلها مثل المعاهدات كما قررDe VRIES أن حقوق المستثمر لا يمكن أن تتأثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة تصرف أحادي الجانب من الدولة المضيفة. انظر، د.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

1 –Gérard Cohen–Jonathan, L’arbitrage Texaco–Calasiatic contre Gouvernement Libyen ; décision au fond du 19 janvier 1977, Annuaire français de droit international/Année 1977/Volume23/Numero1, p 459

* و على رأسهم الفقيه الألماني بوكشيتجل Bokstiegel الذي كشف عن الحجج التي تؤدي إلى تدويل عقود الدولة و هي:

إن هذا ما أيده جانب من الفقهاء*، بالإضافة إلى شرط الثبات التشريعي الذي أكد عليه البعض منهم باعتباره إشارة لتدويل العقد، حيث يسعى الطرف الخاص في العقد إلى إدراجه لغل يد الدولة من تعديل قوانينها. فوفقا لهذا الاتجاه الفقهي، إن هذه العناصر تكشف إرادة المتعاقدين في إقصاء الإسناد لقانون وطني [1] .

المطلب الأول: شرط اللجوء إلى قضاء التحكيم

لقد وضحنا أن الدولة عند تعاقدها مع طرف أجنبي بشان عقد من عقود الدولة، فان الطرف الأجنبي لا يقبل الخضوع لاختصاص المحاكم

– أن يبرم الاتفاق في صورة اتفاقية دولية traites international.
– أن يتولى إبرامها الدولة أو إحدى السلطات العامة التي يعطيها النظام القانوني الداخلي السلطة و الأهلية لإبرام الاتفاقيات.
– أن ينتج الاتفاق التزاما على عاتق الدولة المتعاقدة بالا تمارس بعض سلطاتها العامة، و من أهمها " تجميد التشريعات السارية وقت التعاقد على ما هي عليه من أحكام ".
– اختصاص قضاء التحكيم الدولي بنظر ما ينشب بين الأطراف من منازعات نتيجة إخلال احد الأطراف بالشروط المتفق عليها.
– تضمين العقد صراحة أو ضمنيا إرادة الأطراف في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة من التطبيق على العقد و ما قد ينتج عنه من منازعات.
و قد ذهب بعض الفقه إلى ابعد من ذلك بان يعترفوا للمشروع الخاص الأجنبي ببعض من الشخصية المعنوية الدولية Personnalité international . انظر ، د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي– ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، مصر ، الإسكندرية ، 2004م ، ص 252 و 253

1 – د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2001م، ص 277

الوطنية لهذه الدولة، كذلك بالنسبة للدولة المتعاقدة ترفض الخضوع لمحاكم وطنية لدولة أخرى لتجنب الاعتداء على سيادتها. و من هنا برز التحكيم على اعتبار انه القضاء المقبول بالنسبة لكل من الطرفين [1] . و لكن هل يشكل التحكيم وسيلة أو حجة تسعى إلى تدويل العقد المبرم بين الطرفين ؟

الفرع الأول : عرض فكره الفقهاء

إن شرط التحكيم يحدد النظام القانوني الذي ينبغي تطبيقه و أحيانا يتضمن العناصر التي قد تسهم في حل مشكلة طبيعة العقد مثل تحديد مكان التحكيم أو تخويل شخص أجنبي سلطة تعيين محكم مستقل في حالة عدم قدرة المحكمين العينين في الاتفاق على اختياره فعرض النزاع على السلطان القضائي لمحكمة معينة يعني قبول تلك المحكمة بعدها الحاكم للنزاع أي الرضا بالحكم الذي ينتج عنها ، و من ثم فان عرض النزاع على هيئة تحكيم يتضمن الترحيب بمثل هذا النظام القانوني و القرار الذي يتخذه المحكمون [2] ، هذا من جهة.

أما من ناحية أخرى، فلعل أن الطبيعة المميزة التي يتصف بها التحكيم الدولي باعتباره قضاء مستقل عن القضاء الوطني أي خارجي تحتاج إلى أن يطبق في أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون دولة معينة [3].

1 – د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2001م، ص 620 و 621

2 – د. رائد احمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 176 و 177

3 – د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية،دار الفكر الجامعي،دون طبعة، الإسكندرية ، 2004م ، ص 73

و قد درج العديد من الفقهاء المساندين لمصالح الدول الغربية و شركاتها ، و من بينهم **Luzzatto , Lew ,Sammartano** فكرة أن دولية التحكيم التجاري الدولي تستدعي غالبا عدم اتصاله بأي نظام قانوني من الناحية الإجرائية (الخصومة) وبعض المرات من جهة القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، و لعل المغزى من هذا ، هو أن استبعاد الصفة الوطنية عن إجراءات الخصومة قد يمهد الطريق نحو تدويل القانون الواجب التطبيق على الموضوع [1] .

و على هذا النحو أكد جانب من الفقه: " **انه إذا كانت محاكم التحكيم التي تنشا بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنسب للمحاكم الدولية، فان عليها أن تطبق قانون القاضي**" [2] .كذلك بالنسبة لاتفاقية نيويورك المبرمة عام 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها التمست صدى في تطبيقها من جانب القضاء المصري،حيث رأت محكمة الإسكندرية أن مجرد تضمين العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي شرط تحكيمي سيؤدي بالضرورة إلى تجنب النصوص الوطنية المتعارضة مع التطور المعاصر [3] .

فان القاعدة الفقهية تجيب انه من اتبع مسلك القضاء الوطني فانه اختار قانونه ، بينما من لجا إلى قضاء التحكيم ، فكأنما اختار القواعد

1 د. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2006م، ص 60 إلى 61

2 – ا.د. بقنيش عثمان و بلحسان هواري ، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة منازعات الأعمال ، العدد الخامس ، دون صفحة

3 – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية و الدولية، منشاة المعارف، ط1، 2006م، ص 145

السارية و المتعارف عليها و التي تكون في مجموعها نظاما قانونيا مستقلا عن نظم القوانين الداخلية [1] .

و في هذا الخصوص يرى "**GOLDMAN**" أن مجرد إضافة شرط تحكيم دولي، يعد عادة بمثابة إضافة أداة لتدويل العقد، و بالتالي إحالة ضمنية إلى المبادئ العامة و أعراف التجارة الدولية، حتى عند عدم الاتفاق على ذلك صراحة. و لا شك بان هذا القول يذكرنا بالمبدأ الذي يشار إليه بالمصطلح اللاتيني **qui elegit arbitrum elegit ius**، كان " **من يختار المحكم يختار القانون**"، أي يختار القواعد عبر الدولية بوصفها قانون اختصاص ذلك المحكم.

الفرع الثاني : تدعيم أحكام التحكيم لهذا الاتجاه

و تأكيدا لهذا ، و في" **قضية سافير**" أكد المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ CAVIN على أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل التعاقدية ، و بعد أن لاحظ أن العقد موضوع النزاع لم يتضمن أي اختيار صريح من قبل الطرفين ، قرر انه هو الذي سوف يتولى تحديد النظام القانوني الأكثر ملائمة وفقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف و خصوصا المؤشرات الكامنة في العقد . و بالرغم من أن المحكم قد أوضح أن كل من ضابط محل إبرام العقد و تنفيذه يشهدان لصالح تطبيق القانون الإيراني [2] . إلا

1 – سعد الدين أمحمد ، العقد الدولي بين التوطين و التدويل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف ، 2007 ، 2008م، ص 130

2 – يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط ، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط و الإنشاءات الدولية ، صلالة ، عمان ، 26-28 أغسطس 2014م، ص 114

انه ذهب إلى تفسير وجود شرط التحكيم على انه بمثابة إرادة الأطراف المفترضة في تدويل العقد ، فإذا كان لا يمكن استنباط أي حل ايجابي من شرط التحكيم ، فمع ذلك فان هذا الشرط يعد قرينة سلبية ، تفيد رفض الإعمال المانع و القاصر للقانون الإيراني [1] .

و كذلك في" **تحكيم تكساكو**" استند المحكم إلى طريقة تعيينه و الاتفاق على الرجوع إلى رئيس محكمة العدل الدولية لاختياره عند فشل الأطراف للقول أن أطراف العقد أرادوا وضع مؤسسة التحكيم تحت مظلة الأمم المتحدة، و بالتالي فان القانون الذي يحكم هذه المؤسسة هو القانون الدولي [2] .و في سبيل تدعيم رأيه هذا نص أن إدراج شرط في العقد ينص على أن المنازعات المحتملة التي يمكن أن تثور بمناسبة تفسير و تنفيذ العقد تكون خاضعة للتحكيم يؤدي إلى تدويل العقد ، فمثل هذا الشرط له مدلول مزدوج : فمن ناحية يكون التحكيم خاضعا للقانون الدولي ، و من ناحية أخرى ، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فان إدراج هذا الشرط يحتم اللجوء إلى قواعد القانون الدولي [3] .

و في نزاع آخر بين **شركة CDSE و حكومة كوستاريكا** مسجل بتاريخ 1996/03/22 أمام هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث خلى العقد من اتفاق الأطراف على القانون

1 – د.حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 621

2 – د.هاني محمود حمزة ، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ،منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2008م، ص 365 و 366

3 – يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 131

الواجب التطبيق ، فطالبت كوستاريكا بتطبيق قواعد و مبادئ القانون الدولي استنتاجا من خلال موافقة الحكومة على طلب التحكيم [1].

المطلب الثاني : تأثير شرط تجميد قانون العقد في الزمان la pétrification de la loi du contrat dans le temps على تدويل النظام القانوني لعقود الدولة

سنتطرق إلى مفهوم هذا الشرط ثم اتجاه المحكمين في تفسيره على انه يؤدي لتدويل العقد ، كما يلي:

الفرع الأول : مفهوم شرط الثبات التشريعي

لعل أن التطور السريع في منازعات عقود الدولة كان نتيجة التنقيحات التشريعية المستمرة من طرف الدولة المتعاقدة و التي تؤثر على العقد المبرم ، و لعل من ابرز صور التعديلات هي التاميمات و ما ينتج عنها من حالات نزع الملكية من جهة ، و المصادرة غير المباشرة من جهة أخرى [2] . لذلك بات من الضروري تحديد التوقعات القانونية المحمية للمستثمر، و يمكن توفير هذه الحماية من خلال توفير استقرار البيئة القانونية و الاقتصادية [3] .

أولا : تعريف شرط الثبات التشريعي

1 – ا.د. فوزي قدور نعيمي و ا.م.د مظفر جابر الراوي ، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة ، مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية ، المجلد/3 ، العدد/10 ، السنة3 ، ص 19

2 – Julien Gazala , La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international , Revue internationale de droit économique , 2009/1 , p 06

3 –Julien Gazala , op.cit , p 24

يقصد بشرط الثبات التشريعي، ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي[1]، فقد اخذ مفهوم هذا الشرط نصيبه لدى عديد من الفقهاء و منهم P.Weil الذي عرفه علة النحو الآتي :

"clause inséré dans un contrat d'état qui gèle la législation de l'état d'accueil au jour de la conclusion du contrat. cette clause protège les investisseurs contre l'alea législatif " [2].

و معنى هذا انه الشرط الذي يتم إدراجه في عقد دولة يعمل على تجميد التشريع في بلد الدولة المضيفة منذ يوم إبرام العقد. و يحمي هذا البند المستثمرين من التشريعات التي قد لا تتوافق مع العقد الذي سبق إبرامه. و غالبا ما يتم الاتفاق على الشرط في العقود التي تتميز بطول المدة الزمنية كعقود الدولة و خاصة عقود الاستثمار الدولية و هذا راجع إلى خشية الشركات الأجنبية المستثمرة من تأثر وضعها القانوني و المالي عن طريق تعديلات تشريعية غير متوقعة تجريها الدولة المتعاقدة [3].

و ضرب الفقه مثالا على هذا الشرط في عقد الأشغال الدولي حيث قامت دولة بإبرام عقد مع شركة أجنبية بغية إنشاء خط أنابيب بترول و مصنعا لتكرير الإنتاج ، و أثناء قيام الشركة بمباشرة أعمالها قامت

1 – خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014 م، ص 132

2 – Philippe Chrestia , Relations Internationales , Studyrama , France , 2004 , p 64

3 – د. محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة – بين فرضيات و إشكاليات التطبيق– ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد ، 20–21 /2013/5 ، ص 606

تلك الدولة بتغيير خططها الاقتصادية و أصدرت قوانين و مراسيم تهدف لإنهاء التعاقد ، أو ربما قامت بتعديل بعض القوانين بغرض تحقيق الصالح العام . إلا انه من المؤكد أن النتائج التي قد تحدث من وراء الإجراء التي لجأت إليه الدولة ، ستكون سلبية و وخيمة بالنسبة للشركة [1] .

لذلك، إن الهدف من وراء إدراج هذا الشرط، يكمن في ضمان التوازن العقدي و استقرار العلاقة العقدية بين الدولة و الطرف المتعاقد [2] .

و هذا من خلال إيجاد نوع من التسوية بين امتيازات السيادة و حاجة الشخص أو الفرد إلى استقرار الأوضاع التشريعية [3] .

ثانيا : صور شرط الثبات التشريعي

إن التحليل الفني لهذه الشروط يقتضي تصنيفها إلى شروط تعاقدية و أخرى تشريعية، و هذا ما سنوضحه:

1-شروط تعاقدية (اتفاقية) :

معنى الشروط التعاقدية أو الاتفاقية هو البنود التي تدرج في العقد ذاته ، و التي تنص صراحة على أن القانون الذي كان مطبق أثناء إبرام العقد يظل ساريا إلى غاية انتهاء مدة العقد ، و لا يجب تعديله إلا برضا الطرف الأجنبي خاصة و إن كانت له مصلحة في ذلك [4] .

1 – د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون الاقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010م، ص 322 و 323

2 – عبد اللاوي خديجة ، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي ، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، العدد الثاني ، المركز الجامعي احمد بن يحيى الونشريسي – تيسمسيلت ، الجزائر ، ديسمبر 2016 ، ص 86

3 – د.سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007م، ص 108

4 – خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 133

و من بين العقود والاتفاقيات التي نصت على هذه الشروط نجد الاتفاق المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة **freeportindoesiat** في 07 ابريل 1967م بحيث نصت **المادة 14**منه على انه:(تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طوال مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية..)[1].كذلك العقد المبرم بين دولة الكامرون و إحدى الشركات المتخصصة في البحث عن البترول و استغلاله،حيث نصت **المادة15** منه على انه لا يمكن تطبيق التعديلات القانونية على أحكام العقد دون الموافقة المسبقة للشركة [2] .

هذا بالنسبة للعقود أما بالنسبة للاتفاقيات فقد نصت **المادة 26من اتفاقية فيينا** بشان قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ 23ماي 1969[3] على انه : **(كل معاهدة معمول بها يرتبط الأطراف و يلتزم عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية)** هذا يعني أن كلا الطرفين يكونا ملزمين بالاتفاق المبرم بينهما و شرط الثبات يكون ضمن الاتفاق ، لذا في حالة الإخلال بالاتفاق يترتب على الدولة المساءلة.

2-شروط تشريعية :

إن هذا الشرط الذي يهدف إلى استقرار البيئة القانونية بين المستثمر و البلد المضيف لا يتم إدراجه في العقد فقط ، ففي بعض

1 – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان– ، 2010 ، 2011 م ، ص157

2 – سعد الدين أمحمد، مرجع سبق ذكره، ص 50

3 – اتفاقية فيينا، قانون المعاهدات ، 23 ماي 1963

الحالات نجده مكرس في التشريعات الخاصة بالدول[1] ،فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه في **القانون 09/16** المتعلق بترقية الاستثمارات الجديد[2] حيث نصت **المادة 22** منه في الفصل الرابع المتعلق بالضمانات الممنوحة للاستثمارات * على انه : **(لا تسري الثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هدا القانون ، التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هدا القانون ، إلا إذا طلب المستثمر دلك صراحة).**

كما و يتضمن هذا الشرط معاني متباينة[3] ، فتارة يقضي بأن القوانين الجديدة التي تصدرها الدولة المضيفة بعد إبرام العقد لا تسري على المتعاقد الأجنبي ما لم يوافق على ذلك صراحة،وأحيانا يتم إخضاع العقد لقانون دولة محايدة في فترة محددة. ويطبق في مجالات عديدة من بينها الأموال و الممتلكات و مثال ذلك **الشرط الذي كان بين جمهورية غانا و شركة أجنبية سنة 1962** الذي نص: "الإدارة لا تسترجع أو لا تنزع

1 – خالد كمال عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص 132

2 – قانون رقم 09/16 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، 29 شوال عام 1437هـ 03 أوت 2016م ، متعلق بترقية الاستثمار، ص 22

* يعد شرط الثبات التشريعي من الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي ، و يتضمن هذا المبدأ كما سبق الذكر انه يجب على الدولة احترام نصوصها القانونية و التنظيمية المتعلقة بالاستثمارات التي تم انجازها داخل التراب الوطني و خاصة هده الاستثمارات تكون في مجال الطاقة في عقود البترول و عقود الامتياز ، لذا و جب على الدولة عدم إدخال تغييرات أو تعديلات عليها إلا إذا كان هدا بطلب من المستثمر في حد ذاته، لان اتخاذ هدا الإجراء يعد تعطيلا مؤقت مرغوب فيه من قبل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة في ممارسة صلاحياتها الدستورية. انظر، عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، 2005 ، 2006 ، 48

3 – د.هاني محمود حمزة ، مرجع سبق ذكره ، ص 356

الملكية و لا تسمح باسترجاع أو نزع ملكية الأصول للمؤسسة المستخدمة في العملية وفقا لنصوص العقد،... ولا أعمال أو مشاريع المؤسسة أو الأسهم التي يحوزها أشخاص من المؤسسة..."، كذلك نجد هذا الشرط في القوانين التي تنظم الضرائب و الرسوم و الذي يهدف هنا إلى استقرار الوظيفة الضريبية [1] .

الفرع الثاني : موقف أحكام التحكيم اتجاه شرط الثبات التشريعي

فقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى أن إدراج شروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد يظهر نية على اتجاه الأطراف إلى تدويل العقد، فهذه الشروط نظرا لاتصالها بممارسة الدولة لسيادتها يترتب عليها تقييد تلك السيادة،إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و الذي بمقتضاه تعد الدولة ملزمة بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقها . فقد اخذ المحكم في **قضية SAPPHIRE** بهذا الاتجاه حيث اعتبر أن توفر بعض الشروط في العقد كشروط الثبات و عدم المساس يعتبر بمثابة اختيار ضمني للقانون الدولي [2] .

كما ارتأت محكمة تحكيم **Aramco** في نفس هذا السياق ، أن عقد الامتياز قد تضمن لشروط تمنح للمتعاقد معها حقوق يمتنع على الدولة أن تسحبها منه قبل انتهاء العقد، أي لا يمكن مساسها عن طريق تعديلها أو سحبها [3] . و إذا كان هذا التحكيم لم يصل مبتغى القول أن

1 – شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر– كلية الحقوق ، 2007 ، 2008 ، ص 88 و89

2 – د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2006 م، ص 142

3 – د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 626

بمجرد وجود شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى تدويله ، فان **تحكيم تكساكو** قد تبنى هذا النظر على نحو ما سنتطرق إليه.

فقد تصدى المحكم ديبوي قبل أن يتخذ حكمه في **قضية تكساكو** للعديد من المسائل القانونية المهمة منها مسالة صحة شرط الثبات التشريعي ، حيث رأى انه يجب تحقيق نوع من الثبات في العلاقة التعاقدية ، فالمستثمر الأجنبي يجب حمايته من المخاطر التشريعية أي الناجمة عن التعديل في القانون الوطني للدولة المضيفة أو الإجراءات الحكومية ، فهنا يأتي دور شرط الثبات في استبعاد العقد كليا أو جزئيا عن القانون الوطني و إخضاعه إما لقواعد قانونية خاصة أو القانون الدولي. و أخيرا فقد حدد المحكم المقصود بتدويل العقود محل النزاع مبينا أن القول بان القانون الدولي هو الذي يحكم العلاقات التعاقدية المبرمة بين الدولة و الشخص الخاص الأجنبي لا يعني مطلقا أن الشخص الخاص قد أصبح مشبها بالدولة و لا يعني أن العقد المبرم بينهما أصبح معاهدة بل أن الشخص الخاص لا يتمتع إلا بصلاحيات محدودة مخصصة لأغراض معينة . حيث يتطابق هذا التفسير مع الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 11 ابريل 1949 الذي ينص على أن " أشخاص القانون في نظام قانوني معين ليسوا متماثلين من حيث طبيعة أو نطاق حقوقهم و تتوقف طبيعتها على حاجات الجماعة " [1].

المطلب الثالث : شرط القانون الواجب التطبيق(الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون)

سنعرض مضمون هذه الفكرة من قبل الفقهاء ، ثم نتناول ممارساتها العملية من خلال قضاء التحكيم على النحو الآتي:

1 – يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 132

الفرع الأول : عرض رأي الفقه الذي يعتبر شرط القانون الواجب التطبيق بمثابة تدويل للعقد

لقد اعتبر الأستاذ Prosper Weil أن الإشارة الصريحة إلى المبادئ العامة للقانون من قبل أطراف عقود الدولة تختلف صياغتها من عقد لآخر، فأحيانا تدرج على نحو المبادئ العامة للقانون و تارة مبادئ القانون و في بعض الحالات المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة. و حقيقة الأمر أنها تعبر عن مضمون واحد [1] .فاتخذ جانب كبير من الفقه و خاصة الغربي المساند للشركات العملاقة شرط القانون الواجب التطبيق كوسيلة لتدويل عقود الدولة ذات الطابع الدولي، ذلك من خلال الإشارة الصريحة إلى المبادئ العامة للقانون و إلى مبادئ العدالة و الإنصاف [2].

الفرع الثاني : تطبيقات هذه الفكرة على مستوى قضاء التحكيم

لقد تم إرساء هذه الفكرة القائلة بان مجرد الإشارة لمبادئ العامة للقانون في العقد يؤدي إلى تدويل النظام القانوني له ، عمليا في العديد من أحكام التحكيم ، ولعل **تحكيم تكساكو** من ابرز الأحكام التحكيمية تأييدا لهذا المنطق ، حيث استند المحكم في هذه القضية إلى نص **المادة 28** من عقود الامتياز و التي وردت في المرسوم الليبي الذي صدر في 1965/11/22 على أن : " يخضع الامتياز الحالي في تفسيره و تنفيذه لمبادئ التشريع الليبي المتعلقة مع مبادئ القانون الدولي و في حالة غياب

1 – د. حفيظة السيد الحداد ، مرجع نفسه ، ص 599

2 – د.هاني محمود حمزة ، مرجع سبق ذكره ، ص 360

هذه المبادئ المشتركة ، فيتم ذلك بموجب المبادئ العامة للقانون بما فيها المبادئ العامة المطبقة من قبل القضاء الدولي"[1].

و في سبيل تدعيم رأيه هذا أشار المحكم إلى أن هناك العديد من عقود الدولة تضمنت النص على المبادئ العامة للقانون * ، و أن قضاء التحكيم الدولي قد أكد على أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعد دائما معيارا كافيا لتدويل العقد و أن اللجوء إلى هذه المبادئ لا يتم فقط عندما يكون القانون الداخلي للدولة المتعاقدة غير ملائم في مجال البترول ، فالقانون الإيراني على سبيل المثال يعد ملائم لامتيازات البترول ، و مع ذلك فان العقود المبرمة بواسطة إيران تشير في غالب الأحوال إلى المبادئ العامة كونها تفسر حماية المتعاقد الخاص الأجنبي ضد التعديلات التي تدخلها الدولة المتعاقدة على تشريعها بإرادتها المنفردة [2] .

ان هذه المبادئ النابعة من الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود الدولة تم الإشارة إليها من محكمة التحكيم في **الاتفاق المبرم بين الكويت و شركة امينويل الكويتية** عام 1973 و الذي تضمن نصا يقضي أن تقوم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة على أساس مبدأ حسن النية و يتم تنفيذ العقد و تفسيره وفق المبادئ المشتركة في قانون دولة الكويت و قانون

1 – د.هاني محمود حمزة ، مرجع نفسه ، ص 361

*من بين عقود الدولة التي نصت صراحة على تطبيق المبادئ العامة للقانون هي: العقد بين إيران و أجيب منيراريا بتاريخ 1954/8/24 (المادة40) ، و الاتفاق بين إيران و الكونسرتيوم في 1954/9/19 (المادة 46) ، و العقد بين الكويت و كويت شل بتروليوم كومباني في 1961/1/15 (المادة 35) و بينها و بين شركة البترول العربية في 1958/7/5 (المادة 39) و العقد بين مصر و بان أمريكان في 1963/10/23 (المادة 42). انظر، د.هاني محمود حمزة ، مرجع نفسه ، ص 360

2 – يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع سبق ذكره ، ص 130

ولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية ، و إلا بناءا على المبادئ القانونية المعترف بها عموما من قبل الأمم المتمدينة [1] .

فان هذه الشروط أعطت لهيئة محكمة التحكيم قدر واسع من السلطة التقديرية في اختيارها للقانون الواجب التطبيق، حيث اعتبر **Philippe Kahn** أن هذه الصيغ المدرجة في العقد، تمهد الطريق نحو تطبيق قانون يستجيب للعلاقات الدولية الاقتصادية الحديثة [2] .

و إذا كانت **المادة 28** من عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية و الشركة قد أشار إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون بصفة احتياطية على العقد . فان بعض التحكيمات الأخرى تم تطبيق هذه القواعد دون إشارة إليها ، و مثال ذلك **حكم التحكيم الصادر في 1966 برئاسة Paul Guggenhein** في المنازعة التي حدثت بين اليونان و بعض الشركات العاملة في مجال الكهرباء ، حيث فصل المحكم طبق المبادئ العامة في القانون.و نفس الشيء بالنسبة **لتحكيم Lean Golfields** الصادر في 1930 [3].

كذلك في **قضية بين حكومة إثيوبيا و شركة RIALET** عام 1929 ، عندما جاء العقد صامت بشان القانون الواجب التطبيق فتم تطبيق المبادئ العامة للقانون بالإضافة إلى مبادئ القانون الأوروبي حيث رأت محكمة التحكيم أن عدم اختيار الأطراف لقانون معين يشكل

1 – يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد، مرجع نفسه، ص 140

2 –Geneviève Burdeau, Droit International et contrats d'états– La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982, Annuaire Français de Droit International/Année 1982/28/P 457

3 – حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 606

دليل لرغبتهم في تجاهل القانون الوطني و اللجوء إلى مبادئ العدل و الإنصاف و حسن النية [1] .

هذا بالنسبة لعدم الإشارة للمبادئ العامة للقانون في العقد . إلا أن هناك حالات تحكيمية أخرى بالنسبة لمنازعات عقود الدولة تم تطبيق فيها المبادئ العامة للقانون بالرغم من تضمين الأطراف لقانون في شرط التحكيم يخلو من الإشارة إلى تلك المبادئ ، و هذا ما اشرنا إليه في **تحكيم ارامكو** [2] .

المبحث الثاني : تقييم الشروط التي فسرها المحكم بأنها تقضي إلى تدويل العقد

إذا كانت الغاية من تدويل عقود الدولة هو المساواة بين أطرافها[3] و استقرار العلاقة العقدية بين الدولة و الشخص الخاص ، إلا انه في الغالب يسعى للتخلص من القواعد الوطنية للدول المتعاقدة و التي تشكل على حد زعم البعض خطرا و عائقا بالنسبة للطرف المقابل و هو الخاص ، و هذا ما لا ترضاه الدول المتعاقدة المضيفة [4].

مطلب أول : معارضة جانب من الفقه لتلك الشروط باعتبارها تؤدي إلى تدويل العقد

لقد تعرضت الشروط التي لجا إليها المحكمون لتدويل عقود الدولة للتنمية الاقتصادي إلى مجموعة من الانتقادات، حيث سنعرضها كما يلي:

الفرع أول : النقد الذي تعرض له شرط اللجوء إلى التحكيم

1 – Gérard Cohen–Jonathan, op.cit, p 460

2 – حفيظة السيد الحداد، مرجع نفسه ، ص 606

3 – صلاح الدين جمال الدين، مرجع سبق ذكره، ص 34

4 – د. سعيد عبد الغفار أمين شكري ، مرجع سبق ذكره ، ص 108

صحيح أن هذا الاتجاه الذي ذهبت إليه التحكيمات السابقة وجد له صدى في بعض أحكام التحكيم و جانب من الفقه و لاسيما **الأستاذ Mann** الذي ذهب إلى أن وجود شرط التحكيم يفيد في تدويل العقد و ذلك في مقالته المنشورة في B.Y.B.I.L و كذا في دراساته ، إلا انه تراجع عن ذلك في المناقشات الخاصة بمجمع القانون الدولي بشان العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، حيث ابرز انه لا يمكن استخلاص أي نتيجة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد من خلال وجود لشرط تحكيمي [1].

و قد مضت الإشارة إلى استقرار قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي على أن مجرد الاتفاق على اللجوء إليه لا يشكل في حد ذاته دليلا ضمنيا على تطبيق القواعد عبر الدولية ، و إن شكل قرينة يجوز إن اجتمعت مع غيرها على ذات المعنى أن تدل على مثل ذلك الاتفاق ، كما هو الحال في الاتفاق على اللجوء إلى تحكيم احد المنظمات الدائمة المتخصصة ، مع عدم ذكر القواعد القانونية الواجبة التطبيق و الاعتناء بتشكيل هيئة التحكيم من متخصصين في مجال المعاملة فالراجح أن يدل ذلك على الاتفاق الضمني للأطراف في تطبيق قانون المهنة [2] .

و لعل معاهدة واشنطن المنشاة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أكدت أنها لم تجعل من شرط التحكيم وسيلة لتدويل العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي [3] .

1 – د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 622

2 – د. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، 2002م، ص 440

3 – د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 624

حيث أن **المادة 42 من اتفاقية CIRDI** [1] كانت صريحة في نصها على أن " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من الأطراف ، و في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف ، فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة ، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، و مبادئ القانون الدولي المتصلة بالنزاع ".

الفرع ثاني : النقد الذي تعرض له شرط الثبات التشريعي

صحيح أن طول المدة المخصصة بالنسبة لعقود الدولة تفرض التعاون بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد معها، و الاعتراف بالمسؤوليات الواسعة التي تقع على عاتق المستثمر . لذلك بات من الضروري تضمين هذه العقود ضمانات تعاقدية للحفاظ على الاستقرار من مخاطر التغييرات التشريعية و على وجه الخصوص التي تمس بالعقد. و لكن هل تشكل هذه الخصائص في حد ذاتها عنصر للتدويل؟

من الصعب القول أن هذه الشروط تعد معيار كاف للتدويل. فان هذه الشروط يمكن أن توضع في عقد داخلي فهي تهدف إلى تجنب اختلال التوازن بين الأطراف . ففي قضية القروض الصربية البرازيلية فان هذه الأخيرة تضمنت شرط استقرار قوانين الضرائب. فهذه الضمانات يمكن اعتبارها فعالة في مجال تدويل العقد أي إكسابه الصفة الدولية فقط دون تدويل النظام القانوني له [2] .

هذا من جهة ، أما من ناحية أخرى فيرى جانب من الفقه أن تفسير هذه الشروط بأنها تؤدي إلى تقييد سيادة الدولة الداخلية و

1 – اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المادة 42

2 –Gérard Cohen–Jonathan, op.cit, p 466

الخارجية أمر مخالف ، كون أن السلطة التشريعية لا يمكنها تقييد يد المشرع عن إصدار قوانين جديد حتى و إن كانت تمس بالعقد المبرم مع الطرف الأجنبي إن اقتضت الضرورة لذلك. ففي قضية Revere Copper V.O.P.I.C ، قد التزمت حكومة جامايكا في العقد المبرم بينها و بين شركة Revere Copper بعدم زيادة الضرائب السنوية على العمليات أو المطالبة بإتاوات اكبر المتفق بشأنها في المواد 12 ،13 من الاتفاق المنعقد في 10 مارس 1967. و مع هذا لم تمتثل جامايكا لهذه الشروط و بررت موقفها بأنه كيف لحكومة مع تعهدها لأشخاص خاصة أجنبية أن يحرمها من ممارسة سيادتها على مواردها الطبيعية كلما دعت الحاجة إلى ذلك [1] .

و مهما يكن فان القول بان إدراج شرط ثبات التشريع في عقود الدولة يؤدي إلى تطبيق أحكام القانون السارية وقت إبرامه و استبعاد سريان التعديلات اللاحقة ، ينتج عنه في الأخير جعل العقد عقدا بدون قانون أو كما يذهب إليه **الأستاذ Batiffol** بالقول إلى أن " اشتراط بقاء العقد غير خاضع للقانون الذي تم تحديده رغم إلغائه يعني أن العقد لن يكون خاضعا من تاريخ هذا الإلغاء لأي قانون..." [2] .

فرع ثالث: النقد الذي تعرضت له الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون

إن إشارة الأطراف المتعاقدة إلى المبادئ العامة للقانون دون إرفاقها بأي نظام قانوني آخر، لا ينبغي تفسيره من المحكم بان الدولة و الشخص الأجنبي قصدوا تدويل العقد ، و هذا ما حدث مع المحكم Dupuy **في تحكيم تكساكو** الذي سبق و أن اشرنا إليه ، حيث اعتبر هذا

1 – د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سبق ذكره، ص 627 و 628

2 – د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2000م، ص 345

الأخير أن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون تعتبر بمثابة معيار كافي لتدويل العقد ، و هذا ما لا يتصور قبوله كون أن أطراف عقد الدولة لم تدرج المبادئ العامة على نحو واضح ، كان تختار مثلا احد الصيغ المتعارف عليها المؤدية لتدويل العقد و التي من أمثلتها النص على المبادئ العامة المنصوص عليها في **المادة 38** من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أو المبادئ العام المطبقة بواسطة المحاكم الدولية [1] .

و في هذا الخصوص قلل **الأستاذ Delaume** من الشروط التي توضع في عقود الدولة مثل المبادئ العامة أو قواعد الإنصاف أو حسن النية على أنها تنبه المحكم بتدويل النظام القانوني للعقد . بل أشار إلى أن هذه الشروط يقصد من ورائها تكملة الاتفاق لأنه يتم تضمينها عندما يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة غير ملائم لها بدرجة كبيرة.

و على هذا الأساس يفضل أطراف عقود الدولة أن يضعوا تلك المبادئ إلى جنب القانون الذي حددوه ليطبق على موضوع النزاع ، و مثال هذا ، نص **المادة 75 من عقد امتياز البترول المبرم بين دولة ليبيريا و Frontier Liberia Oil Cy** و الموقع سنة 1969 و الذي اقر بان: " يطبق المحكمون في المقام الأول قوانين ليبيريا ، مع حقهم في الاستناد إلى المبادئ العامة المعترف بها بين الأمم و أيضا اعتبارات الإنصاف ".

فنستخلص أن شرط القانون الواجب التطبيق بما يحتويه من مبادئ عامة و حسن نية و قواعد الإنصاف و العدالة، لا يفيد بالضرورة تجاهل القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف. لأنه لو كان الحال كذلك، فما

1 – د.حفيظة السيد الحداد ، مرجع سبق ذكره ، ص 608 و 609

الدافع الذي يمنع الدولة و الشركة الأجنبية من الإشارة الصريحة للقواعد القانونية ذات الطابع الدولي إذا ما رغبوا في تطبيقها على عقدهم، بدلا من التلميح إلى هذه القواعد بصفة غامضة [1] .

فلا شك أن هذه الشروط غالبا ما تأتي مقترنة بقانون آخر و هو القانون الأصلي الذي ينبغي تطبيقه على موضوع نزاع العقد، و ذلك نظرا لعلم الأطراف بعدم كفاية القانون المختار بإيجاد حل شامل لموضوع النزاع[2].

إذن ، فان الادعاء بان مبادئ حسن النية ، و الثقة المتبادلة ، و التفسير المعقول الملمح بها في العقد يستأنس بها المحكم رغبة الأطراف في تحرير العقد من قانون داخلي ، أمر غير مقبول من ناحية المنطق ، فليس سهلا أن يتم تفسير هذا الشرط بأنه يهدي برغبة الأطراف لتدويل العقد [3] .

المطلب الثاني : أساس معارضة الفقه للشروط التي يستند إليها المحكم في تدويل العقد

حيث إن المنطق القانوني السليم يقول بان الجانب الذي دعى بتدويل عقود الدولة حاول أن يخدم مصالح الشركات الأجنبية ، و قد أطلق جانب من المعارضين للدولية على أنصار هذا الاتجاه اسم " **فقه المصالح**" [4] ، و ذلك من خلال التحرر من رقبة القوانين الوطنية وتطبيق بدلا

1 – د.حفيظة السيد الحداد ، مرجع نفسه ، ص 617 و 619

2 – د.هاني محمود حمزة ، مرجع سبق ذكره ، ص 364

3 – د. مجدى دسوقى ، تدويل الحلول في منازعات البترول ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2012م ، ص 152

4 – د.رائد احمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 179

منها مجموع ما استقر من أعراف تجارية و مبادئ عامة من شانه تحقيق الأمان القانوني الذي تسعى إليه الشركات عبر الوطنية[1].

فان مسالة تدويل عقود الدولة مع مستثمر أجنبي و ما 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 ، و القول بالتدويل كحيلة قانونية لإبعاد تلك العقود عن نطاق تطبيق القوانين الوطنية [2] و تحقيق تطلعات الشركات الغربية و خاصة البترولية منها و كذا الدول الغربية، حيث أن هذه الشركات هي التي تضمن إمداد هذه الدول بالبترول . و كذا عدم تأميم هذه العقود و الذي اعتبروه إجراء مخالف للالتزامات الدولية يشكل في حد ذاته خطا يستوجب مسؤولية الدولة و ما يترتب على ذلك من عدم الاعتداد بهذه التصرفات و تجريدها من كل اثر في مواجهة السلطات القضائية و التنفيذية للدول الأخرى [3] .

إن السبب الذي دفع المشروعات الأجنبية إلى المناداة بضرورة تدويل عقود الدولة و إخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع عبر الدولي هو تخليصها من سيطرة الأحكام الآمرة التي تعطي للدولة المتعاقدة امتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي ، و بموجب هذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع القانون العام اللصيق بها أصلا و تحويلها إلى حظيرة القانون الخاص و هو قانون يحقق حسب الاتجاه

1 – د. بن احمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، الجزائر، 2017م، ص 42

2 – د.سعيد عبد الغفار أمين شكري، مرجع سبق ذكره، ص 115

3 – د.رائد احمد علي احمد، مرجع سبق ذكره، ص 180و 182

المؤيد للتدويل مصلحة الطرف الساعي لهذا التدويل دون اهتمام بمصلحة الدول المتعاقدة [1] .

خاتمة:

نستخلص من بحثنا هذا ، أن القرائن التي استند إليها المحكمين لتدويل عقود التنمية الاقتصادية قد لاقت رضا تام من قبل بعض الفقهاء ، و بالعكس فان مذاهب المحكمين هذه تعرضت لانتقادات لاذعة من قبل بعض أخر من الفقه ، كونها جاءت تعسفية في حق الدولة الطرف ، فمن قبلهم لا تعد نموذجا يحتدى به ، و خاصة أنها استبعدت عديد من القوانين الوطنية الواجبة التطبيق لتلك الدول بالرغم من الاختيار الصريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق .

و بالرغم من الانتقادات التي وجهت لتلك الشروط ، إلا انه ينبغي القول بان تلك الشروط بات يفرضها الواقع العملي المعاصر ، حيث أن

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

الدفع بعجلة النمو الاقتصادي للدول و خاصة النامية منها أصبح مرهونا بإدراج تلك الشروط في العقد ، هذا من زاوية.

و من ناحية أخرى يجدر التنويه إلى أن المحاولات و الاجتهادات التي قام بها المحكمين في تفسير تلك الشروط كان لها فضل كبير في استنباط الحلول القانونية التي ينبغي تطبيقها ، لاسيما في الحالة التي يأتي فيها العقد خال من القانون الذي يجب إعماله، ذلك سواء كان سهوا من الأطراف أو تعمدا.

قائمة المراجع:

بالنسبة للاتفاقيات والقوانين :

1 – اتفاقية فيينا، قانون المعاهدات ، 23 ماي 1963.

2 – اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى 1965.

3 – قانون رقم 09/16 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 46 ، 29 شوال عام 1437هـ 03 أوت 2016م ، متعلق بترقية الاستثمار.

بالنسبة للكتب:

باللغة العربية:

1 – د. بن احمد الحاج، قانون التجارة الدولية، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، الجزائر، 2017م.
2 – د.بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان ، 2006 م.
3 – د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2001 م.
4 – د.خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014 م.
5 – د. رائد احمد علي احمد، موسوعة التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية– الجزء الأول– النظام القانوني لعقود الاستثمارات البترولية، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2017م.
6 – د. سعيد عبد الغفار أمين شكري، القانون الدولي العام للعقود، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007م.
8 – د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي– ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، مصر ، الإسكندرية ، 2004م.
9 – د.صلاح الدين جمال الدين و د.محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ،دون طبعة ، الإسكندرية ، 2004م.
10 – د.مجدى دسوقى ، تدويل الحلول في منازعات البترول ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2012م.
11 – د.محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي و العقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010م.

12 – د.مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العالي، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، بيروت، لبنان، 1997م.

13 – د.نادر محمد إبراهيم ، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي ، دار الفكر الجامعي ،دون طبعة ، الإسكندرية ، 2002م.

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

15 – د. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري الدولي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2006م.

16 – د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2001م.

باللغة الأجنبية:

1- Philippe Chrestia, Relations Internationales, Studyrama, France, 2004.

بالنسبة للرسائل :

1- سعد الدين أمحمد ، العقد الدولي بين التوطين و التدويل ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة حسيبة بن بوعلي – الشلف ، 2007 ، 2008 م.

2 – شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر- كلية الحقوق ، 2007 ، 2008م.

3 – عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، 2005 ، 2006م.

4 – عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان – ، 2010 ، 2011 م.

بالنسبة للمجلات :

1 – ا.د.بقنيش عثمان و بلحسان هواري ، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة منازعات الأعمال ، العدد الخامس.

2 عبد اللاوي خديجة ، الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي ، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية ، العدد الثاني ، المركز الجامعي احمد بن يحيى الونشريسي – تيسمسيلت ، الجزائر ، ديسمبر 2016 .

3 – ا.د. فوزي قدور نعيمي و ا.م.د. مظفر جابر الراوي،النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة،مجلة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد/3، العدد/10، السنة3.

4 – Gérard Cohen-Jonathan, L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen ; décision au fond du 19 janvier 1977, Annuaire français de droit international/Année 1977/Volume23/Numero1.

5 - Geneviève Burdeau, Droit International et contrats d'états- La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982, Annuaire Français de Droit International/Année 1982/28/.

6 - Julien Gazala, La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international, Revue internationale de droit économique, 2009/1.

بالنسبة للمداخلات العلمية :

1 - د. محمود فياض ، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة - بين فرضيات و إشكاليات التطبيق- ، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد ، 20-21 /2013/5م.

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