التحكيم و عقود الدولة[1]

نور الدين بن الشيخ،
أستاذ بجامعة سطيف

ملخص[2]

إن تصنيف العقود التى يكون أحد أطرافها الدولة أو مؤسسة تابعة للدولة والطرف الآخر مؤسسة أجنبية، يكتسى أهمية معتبرة. فالقول أن عقود الدولة عقود دولية أو عقود إدارية داخلية أو من عقود القانون الخاص يترتب عليه العديد من الآثار القانونية لاسيما فيما يخص القانون الواجب التطبيق وإجراءات سير الخصومة التحكيمية.

غير أن هذا التصنيف ليس يسيرا على اعتبار انقسام الفقه بشأن المعايير الواجبة التطبيق، خاصة المعيارين الاقتصادى والقانونى.

ينكبّ صاحب المقال على تحليل الآراء الفقهية والاجتهاد القضائى وقرارات الهيئات التحكيمية التى كان مجالها مناقشة الطبيعة القانونية لهذه العقود. وقد حاول البرهان على أن العقود المبرمة من قبل الدولة لا يمكن اعتبارها من العقود الخاضعة للقانون الخاص ولا هي كذلك اتفاقيات دولية.

Abstract[2]

La classification des contrats dont l'une des parties est l'Etat ou une institution étatique, l'autre une entité étrangère, revêt un intérêt primordial: dire que les contrats de l'Etat sont des contrats internationaux ou des contrats administratifs internes ou bien des contrats de droit privé, en résulte des effets juridiques multiples, notamment en ce qui concerne la loi applicable et la procédure de l'instance arbitrale.

Cependant, cette classification n'est pas aisée au regard des avis partagés de la doctrine, quant aux critères à mettre en œuvre notamment les critères économiques et juridiques.

L'auteur de cet article procède à l'analyse des tendances doctrinales, de la jurisprudence et des décisions arbitrales ayant traité la question de la nature juridique de ces contrats. Il démontre que les contrats conclus par l'Etat ne peuvent être assimilés à des contrats de droit privé ni à des conventions internationales.

[1]- محاضرة ألقيت في اليوم الدراسي حول "إشكالات التحكيم الدولي"، المنعقد بالجزائر في 14 مارس 2016 ، المنظم من طرف مركز البحوث القانونية والقضائية.

2- ملخص مقترح من طرف المجلة الجزائرية للقانون والعدالة.

المقـــدمـــة

إن التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا فهو محظور على الدولة و الهيئات المرتبطة بها، غير أن مبدأ الحظر لا ينطبق على المنازعات المتولدة من العقد الدولي و لا على المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية.

غير أننا نعتقد أن دولية العقد لا تكفي لوحدها لتبرير التحكيم، بل يجب أن يكون النزاع قابلا للتسوية التحكيمية.

إن موضوع مداخلتنا يقتصر على معالجة عقود الدولة أي تلك العقود التي تكون فيها الدولة طرفا في النزاع.

و مثله مثل التحكيم الدولي، فالعقد الدولي هو العقد الذي " يثير مصالح التجارة الدولية. إن التعريف الاقتصادي للعقد يجد أساسه ومصدره في "قضاء ماتر" Jurisprudence Matter[1]. وحتى نقبل هذه الشروط، يقول النائب العام ماتر "يجب أن ينتج العقد حركة مد و جزر فوق الحدود الوطنية، نتائج متبادلة مماثلة في هذا البلد وفي البلد الآخر ، و يعتبر مثلا محل تسوية دولية عقد البيع التجاري الذي يمرر البضاعة من دولة إلى أخرى و بعد ذلك مبلغها من الثانية إلى الأولى ".

و قد وسع هذا المفهوم فيما بعد إلى العقد نفسه، و بصفة أدق، و فيما يخص التحكيم، فإن هذا المفهوم سمح باعتبار شرط التحكيم صحيحا لما كان محظورا في القانون الداخلي الفرنسي.

إن معيار" إثارة مصالح التجارة الدولية " قد استعمل أيضا في العديد من القرارات القضائية التي فصلت في التحكيم و كرست قواعد أكثر مرونة من تلك التي كانت مطبقة في القانون الداخلي.[2]

و يلاحظ أن المعيار الاقتصادي لم يكن وحده المحدد للعقد الاقتصادي الدولي. فقد استعمل أيضا المعيار القانوني، وحسب العبارات الواردة في قرار هشت " يعتبر العقد دوليا إذا استند إلى قواعد قانونية متعلقة بعدة دول". وهكذا ابتعدت محكمة باريس الاستئنافية عن القضاء الذي طالما استعمل المعيار الاقتصادي سواء في مادة التسوية المالية الدولية أو على مستوى العقد الدولي.

إن تطبيق معيار قضائي بحت من أجل تكريس الطابع الدولي للعقد يبقى أمرا غير مؤكد، لا سيما عندما يتعلق الأمر بتحديد الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد. كما أنه، علاوة على ذلك، أمر ضيق. لذا نعتقد أنه يجدر الأخذ بالمعيارين معا بمعنى المعيار الذي يستخرجه القاضي من المنازعة المطروحة امامه، سواء كان معيارا قانونيا أو معيارا اقتصاديا. فمن جهة، لا يعرقل التحكيم أو بصفة أدق لا تعرقل الاجراءات التحكيمية، ومن جهة ثانية،فالأخذ بالمعيارين على حد سواء يؤدي إلى توسيع مفهوم دولية العقد.

وهكذا، فالعقود الدولية و بالضبط عقود الدولة أي العقود التي يكون أحد أطرافها دولة أو مؤسسة دولية والطرف الآخر مؤسسة أجنبية تحدد بمعايير خاصة. إن معيار الأجنبية التي تتضمنها هذه العقود، من جهة، وصفة الطرفين من جهة أخرى، ثم نوعية المصالح التي تثيرها، من جهة أخرى، تؤخذ في الاعتبار من أجل تعريف هذه العقود.

---

1 -M. Pigeonniére: A propos du contrat international, Clunet 1952,I, P. 4 et suivants.

2- Cour d'appel de Paris, 19/06/1970. Aff. Hecht C/ Société Buismans. Clunet 1971, n° 04, p. 834 et suivants, note B. Oppetit.

ولقد اعتبر جانب من الفقه، و بالنظر للاجتهاد التحكيمي والممارسة الدولية، أن هذه العقود "المدولة" تدخل في فئة العقود الدولية[1] فالمؤسسة المتعاقدة تأخذ مرتبة الشخص من أشخاص القانون الدولي.

بينما ينادي جانب آخر من الفقه " بإعادة حصر relocalisation هذه العقود و توطينها و تكييفها كعقود تشبه العقود الإدارية الداخلية.[2]

غير أننا نعتقد أن العقد الدولي أو عقد الدولة ليس عقدا من عقود القانون الخاص (أولا) و لا معاهدة من معاهدات القانون الدولي (ثانيا).

أولا: عقد الدولة ليس عقدا من عقود القانون الخاص

إن الميزة التي يتميز بها عقد الدولة هي أن أحد الطرفين يتصرف كسلطة عمومية أو من أجل تحقيق المصلحة العامة، بينما الطرف الآخر يبقى خاضعا للقانون الخاص.

وتأسيسا على هذه الواقعة، ورغبة من فقهاء العالم الثالث، الذين أرادوا "إعادة حصر "relocaliser العقد في القانون الداخلي، فإنهم نادوا بنقل مفهوم العقد الإداري المعروف في الأنظمة الرومانية الجرمانية إلى ميدان العلاقات الاقتصادية الدولية. وهذا النقل يسمح على الأقل للدولة المتعاقدة، التدخل من أجل "مراجعة" مقتضيات العقد.[3]

ومن أجل فهم هذه النظرية نقترح دراسة و تحليل بعض القرارات التحكيمية المتدخلة في هذا الميدان، التي ناقشت الطبيعة القانونية لهذه العقود لا سيما عقود الامتياز البترولية و استخلصت الطبيعة الخاصة للعقود، لأنها لا تتضمن الشروط غير المألوفة في القواعد العامة.[4]

ولقد استخلصت محكمة التحكيم في قضية أرامكو الطبيعة التعاقدية لعقود الامتياز. وقد انطلقت المحكمة من تحليل مفاده أن الحقوق الداخلية المتعلقة بالطبيعة القانونية لعقود الامتياز المنجمية وكذا مكانة عقود الامتياز البترولية ضئيلة جدا في الشريعة الاسلامية و جد متنوعة بحسب المذاهب.

وحسب الفقهاء المسلمين لا يوجد أي اختلاف بين هذه الفئات (معاهدة، عقد القانون العام أو العقد الإداري، عقد القانون المدني أو التجاري) و تعتبر بمثابة تعهدات و جب الوفاء بها لأن الله شهيد في كل الحالات التي تبرم فيها هذه العقود من طرف الأفراد أو الجماعات.

و هكذا استنتجت محكمة التحكيم الطبيعة التعاقدية الخاصة لعقد الامتياز، فاستخلصت: " أن عقد امتياز أرامكو يعتبر عقد امتياز من أجل استغلال الثروات العامة، فهو ذو طبيعة عقدية و ليس عقد امتياز لتسيير المرفق العام.

وهكذا استنتجت محكمة التحكيم الطبيعة التعاقدية الخاصة لعقد الامتياز، فاستخلصت: " أن عقد امتياز أرامكو يعتبر عقد امتياز من أجل استغلال الثروات العامة، فهو ذو طبيعة عقدية و ليس عقد امتياز لتسيير المرفق العام، وتكون الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة صاحبة الامتياز ذات طبيعة الحقوق المكتسبة و التي لا يمكن تغييرها من طرف الدولة بدون رضا الطرفين".

1 - Karl Heinz Bockstiegelm: Der staatalsvertrags Parneranslandischer ; Privatunternetimen, Francfort sur le main 1971, Thèse d'agrégation, Université de Cologne. Cité par Wilhem Wengler : Les accords Entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international? Revue générale de droit international public; 1972, P. 316.

2 - Madjid BENCHEIKH: Les instruments juridiques de la politique algérienne des hydrocarbures. LGDJ PARIS 1973, p. 85 et suiv).

3 - M. BENCHEIKH, op. cit. , p. 85 et suivants.

4 - Affaire ARAMCO, Revue critique de droit international privé, 1963, p. 279.

أما في قضية "تكزاكوكلازياتيك " اعتبرت محكمة التحكيم أن التصرفات القانونية التي اكتسبت بمقتضاها الشركات المدعية عقود امتياز من الدولة الليبية هي عقود، أو بالأحرى هي عقود اكتسبت القوة الملزمة للطرفين حسب الشريعة الإسلامية (سورة المائدة: "يا أيها اللذين أمنوا أوفوا بالعهود") أو حسب القانون الليبي (لا سيما المادتين 147 و 148 من القانون المدني الليبي).

و هكذا رفضت محكمة التحكيم، على عكس ما هو مستقر عليه في الفقه، الطابع الإداري لعقود الامتياز لأنها لا تتضمن الشروط الغير المألوفة في الشريعة العامة التي غالبا ما تتضمنها العقود الإدارية مثل حق الفسخ الأحادي أو بالإرادة المنفردة.

واستنادا على شرط الاستقرار وعدم التغيير clause de stabilisation et d'intangibilité استنتجت محكمة التحكيم أن الدولة الليبية قد تعاقدت على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر.[1]

وأكدت أن هذا الشرط يشكل "نفيا صريحا لأحد المميزات الأساسية للعقد الإداري وهي طابعه الغير متساوي".

و هكذا رفضت محكمة التحكيم، على عكس ما هو مستقر عليه في الفقه، الطابع الإداري لعقود الامتياز لأنها لا تتضمن الشروط الغير المألوفة في الشريعة العامة التي غالبا ما تتضمنها العقود الإدارية مثل حق الفسخ الأحادي أو بالإرادة المنفردة.

والدرس الذي يمكن أن نستخلصه من هذا الاتجاه التحكيمي في المجال الدولي يكمن في اتجاه مساند للدفاع عن مصالح المتعاملين الأجانب، ويتضح ذلك جليا في المصطلح الذي كان مستعملا لتعريف العقد الاقتصادي الدولي: وهو مصطلح "عقد الامتياز". إن هذا المصطلح كان دائما غير مرغوب فيه من طرف الدول النامية المصدرة للبترول.[2] وإلى غاية تاريخ قريب استعمل هذا المصطلح (مصطلح عقد الامتياز) لتحديد الجزء الغني للدول التي يقطن فيها الأجانب ويتمتعون باستقلالية كبيرة إلى درجة اعتباره دولة داخل دولة أخرى.[3]

وكانت عقود الامتياز تبرم في شكل عقود دولية تتضمن إخلالا جزئيا أو شامل بسيادة الإقليم.

وبغض النظر عن التحليل الدقيق والأناقة في التعبير من أجل البرهنة القانونية التي استعملتها محكمة التحكيم قصد "خوصصة" عقود الدولة، لا يمكننا أن نشاطر هذا الرأي، لأن محكمة التحكيم تنكر "كل فكرة استغلال أو تسيير المرفق العام". ولا ينكر أحد اليوم أن البحث واستغلال الثروات الطبيعية تمثل أهمية كبرى للدول النامية. فأهمية البترول بالنسبة لاقتصاديات هذه الدول التي تبرم مثل هذه العقود، أهمية حقيقية بل هو ذو أهمية استراتيجية بمكان، يمكن أن تعرض الاقتصاد للخطر إذا لم يحتاط بقواعد صارمة تحد من استغلاله بكل حرية. ألا يمكن اعتباره لهذا السبب، مرفقا عاما لأنه يتميز بالمصلحة العامة، اجتماعية واقتصادية، ويتعين بالتالي "عوممة" العقود التي تنصب عليه؟ ويتعين على الدولة التدخل من أجل تعديل العقود البترولية كلما دعت المصلحة العامة لذلك، علما بأن كل دولة حرة في تقييم منفعتها الاجتماعية وكيفية تقديرها. وفي هذا الصدد ألا يمكن اعتبار أن تغيير العقد بالإرادة المنفردة بل وحتى فسخه تصرفا متصلا "بالسيادة الوطنية". ويجب بالتالي قبول هذا الفسخ من الناحية القانونية مع التحفظ في التعويض. إن وجود شرط الاستقرار وعدم التغيير ضمن عقد الدولة لا يعني أن هذه الأخيرة قد قبلت "خوصصة"

1 - Texacocalasiatic, Journal du droit international, 2, 1977, p. 351 et notamment p. 365.

2 - F. ROUHANI, Accords et Contrats internationaux dans le domaine du pétrole. Revue de l'institut français du pétrole. 1963, p. 941.

3 - Union académique internationale: Dictionnaire de la terminologie du droit international privé. Paris Sirey 1960, p. 139.

علاقاتها. على العكس فإن وجود مثل هذا الشرط يثبت عومة العقد وإلا فقد الشرط كل معناه في مثل هذه العقود.

وفي هذه المرحلة من ملاحظاتنا، لا يشك أحدا أن عقود الامتياز الدولية المتعلقة بالبترول هي أحسن أمثلة للعقود الإدارية. إذ تتدخل السلطة العمومية دائما من أجل توجيه المرفق العام. وتتصرف الدولة هنا كوكيل عن الأمة من أجل استغلال الموارد الطبيعية ذات الأهمية الاستراتيجية.

وفي فرنسا، لا يشك أحد في الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز المنجمية.[1]

فبالنسبة للبعض إن عقد الامتياز المنجمي هو تصرف إداري من جانب واحد، ولا تتغير طبيعته إذا أبرم بطلب من صاحب الامتياز، و قبول صاحب الامتياز ليس من شأنه أن يغير عقد الامتياز من تصرف أحادي إلى عقد. إذ يجوز للإدارة أن تعيد النظر في عقد الامتياز في الحالات التي حددها القانون الداخلي.[2]

ويلاحظ أن منذ التأميمات الإيرانية التي قررتها حكومة مصدق، حاول الحقوقيون، ولاسيما ممارسو القانون، إعادة تصور بعض قواعد القانون العام والقانون الخاص بطريقة تضمن "استقرار المعاملات" المبرمة بين الدولة والمؤسسة الخاصة. وبقي هؤلاء أوفياء لفكرة قديمة مفادها أن الدولة أكثر قوة من المؤسسة ولها إذن أن تفرض إرادتها وتغير، على حساب المؤسسة، من توازن العقد. لذا استهدفت الجهود "اقتلاع" Délocaliser العلاقات التعاقدية. وخير دليل على هذا "الاقتلاع" هو القرار التحكيمي "سافير Sapphire": "لقد قدمت الشركة الأجنبية للدولة الإيرانية مساعدة مالية ونقدية كلفتها استثمارات، مسؤوليات و مخاطر. لذا كان طبيعيا أن تحظى بالحماية ضد كل تغيير تشريعي من شأنه أن يعدل من روح العقد، و أن يضمن لها الحد الأدنى من الاستقرار القانوني، و هذا لا يتحقق بتطبيق حرفي للقانون الايراني الذي تستطيع الدولة الايرانية تعديله. فمن مصلحة الطرفين في مثل هذه الاتفاقات أن تستبعد النزاعات التي تقابلهما عن خصوصيات التشريعات الوطنية.[3]

ولقد ظهرت أيضا نية واضحة في التخلص من قانون الدولة المتعاقدة أو على الأقل بعرقلته عن طريق تجميد صلاحيات السلطة العمومية المرتبطة بشخصية الدولة وبالتالي الوصول إلى خوصصة العلاقات التعاقدية تحت غطاء انتزاع الخلافات من "خصوصيات التشريعات الوطنية ".

وبالفعل، إذا استحال على الدولة أن تكون مصدر وموضوع القانون، فإن الاتجاه الذي يستهدف التخلص من قانون الدولة المتعاقدة ليس منتقدا في حد ذاته بالنسبة للعقود التي يكون موضوعها تجاريا بحتا، لكن على العكس، بالنسبة للعقود التي تمثل أهمية كبيرة بالنسبة لاقتصاديات الدولة المتعاقدة، فإن ذات الاتجاه غير مقبول. وفي الحقيقة، فإن عقود الأشغال العامة أو البناء أو حتى عقود النقل التي تتضمن عناصر القانون العام، فإن تطبيق النظرية الادارية بالنسبة لها ليس منتقدا أيضا.

ويلاحظ أن منذ التأميمات الإيرانية التي قررتها حكومة مصدق، حاول الحقوقيون، ولاسيما ممارسو القانون، إعادة تصور بعض قواعد القانون العام والقانون الخاص بطريقة تضمن "استقرار المعاملات" المبرمة بين الدولة والمؤسسة الخاصة.

1 - A . DELAUBADERE: Traité de droit administratif, t4, p. 382 et ss. LDGJ 1977

2 - G: JEZE: opérations administratives non contractuelles. Revue de droit public 1925, p. s 489-490.

3 - Annuairesuisse de droit international. 1962.p. 283.

لكن مع ذلك، يجب أن لا يتم هذا النقل للنظرية الإدارية على حساب المتعامل الأجنبي. يجب مراعاة المبادئ المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق و حسن النية في تقدير التصرف الضار بكيفية تسمح بتدعيم حماية المتعامل الخاص و تتحاشى تجريد الدولة من صلاحياتها السيادية.

أخيرا و إذا كان مشروعا بالنسبة للدولة أن ترغب في تطبيق القانون الأصلح لمصالحها، و إذا كان مقبولا أيضا أنها ترغب في تطبيق قانونها، يجب ملاحظة أن هذه الإرادة ليست معقولة دائما، لأن المهم هو فعالية القانون وقدرته على حماية مصالح الطرف الذي اختاره، وليس أن يكون القانون المطبق هو القانون الوطني.

وفي الاتفاقات المتعلقة ببيع الغاز، ربط الجزائريون سعر الغاز مع سعر البترول. وانهيار سعر البترول سمح لبعض المؤسسات المطالبة بمراجعة الأحكام التعاقدية. ولما كان القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق على موضوع الخلافات ويبين في المادة 107 ف 03 من القانون المدني أن: (...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[1].

وفي مواجهة هذا الموقف لم يكن للجزائريين إلاّ حلين: إما عدم الاستجابة للعريضة المرفوعة ضدهم وبالتالي، السماح لمحكمة التحكيم في تحديد سعر الغاز، و فسخ العقد من طرف البلجيكيين وإما الاستجابة للعريضة والمثول أمام محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية مع مواصلة المفاوضات من أجل الوصول إلى حل ودي. و بالفعل اختارت الجزائر الحكمة و سويت المسألة بصفة ودية[2].

وهكذا كان من الأفضل للجزائر تطبيق قانون آخر غير القانون الجزائري، لكن يبدو لنا، أن الدولة تشعر في أغلب الأحيان أن سيادتها محل نظر كلما خضعت العملية التعاقدية لقانون آخر غير قانونها، بالرغم من أن الملاحظة السابقة صالحة للجزائر أو لأي دولة أخرى لا يكون قانونها أصلح لها.

وهكذا كان من الأفضل للجزائر تطبيق قانون آخر غير القانون الجزائري، لكن يبدو لنا، أن الدولة تشعر في أغلب الأحيان أن سيادتها محل نظر كلما خضعت العملية التعاقدية لقانون آخر غير قانونها.

إن فرض القانون الجزائري في كل الحالات التي تسمح بذلك، قد يولد نتائج خطيرة على الالتزامات التعاقدية. لذا فإننا نقترح دراسة تشريع المتعامل الأجنبي و اختيار القانون الأصلح، حتى وإن كان اختيار القانون الجزائري قد يؤثر على البنود التعاقدية.

فالدولة التي اختير قانونها قد تؤثر على العملية التعاقدية، فهي تستطيع تغيير التشريعات الاجتماعية، الجبائية، المالية أو الجمركية، و باختيار قانونها تكون الدولة في موقف يسمح لها بوضع حد للأحكام التعاقدية بواسطة التأميم مثلا.

---

1 - N. terki: l'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien.DPCI.1982.P. 9 et suivants.

2- حول هذه النقطة المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة فإن القانون المدني الجزائري أكثر ليبرالية من العديد من القوانين الأوروبية.و يمكن الإشارة أيضا إلى أن القانون الجزائري أقل حماية في حالتين أخرتين: بالنسبة للضمانات التعاقدية خاصة في عقد المقاولة وعقد البيع و كذلك في الشرط الجزائي.

A. Mebroukine: Le droit applicable aux marchés internationaux des opérateurs publics algériens et l'arbitrage. Thèse Paris II .1988.P60 et suiv.

و مهما يكن من أمر، فإنه من الصعب الكلام عن طبيعة واحدة لكل العقود. وأما الفئات التي وضعها الفقه تبدو لنا مسرفة في بعض الأحيان و تخفي نوعا من المجانية، لذا لا يمكننا أن نشاطر وجهات النظر التي دافع عنها السيد Verhoven الذي يتكلم عن تقييمات مشخصة appréciations individualisées.[1] صحيح أنه لا يمكن إدماج عقد يتضمن أدوات مدرسية أو أدوات مكتبية مع عقد بيع أسلحة أو ينصب على منشأة نووية.

وإذا كانت عقود الدولة ليست عقود القانون الخاص وأنه يتعين تقييمها فرادى أي حالة بحالة، فإنه لا يمكن اعتبارها عقود القانون العام. وهذا ما سنتطرق له في الجزء الثاني.

ثانيا: عقد الدولة ليس معاهدة دولية

انطلاقا من حجة عدم وجود شروط غير مألوفة في القانون العام وانعدام وجود شرط خاص بالقانون الواجب التطبيق، عرّف قرار " تكزاكوكلازياتيك " عقد الامتياز كعقد دولي. و بالنسبة للقرار التحكيمي المذكور فالعقد الدولي هو :"العقد، بالمعنى الاقتصادي، الذي يثير مصالح التجارة الدولية، و بالمعنى القانوني، هو العقد الذي يتضمن عناصر إسناد مع عدة دول." إن هذا التعريف هو التعريف الذي جاء به القضاء الفرنسي وأخذته محكمة التحكيم لحسابها.[2] وبتدويل العقد يصبح كافيا لوحده ليكون شريعة المتعاقدين، فهو إذن يخضع للقانون الدولي.

وبابتعاده عن قضاء محكمة العدل الدولية الدائمة الذي يقضي بأن العقد الذي لا يبرم بين دولتين لا يمكن أن يخضع للقانون الدولي لأنه ليس معاهدة دولية،[3] استنتجت محكمة التحكيم أن المعاهدات ليست المثال للاتفاقيات الخاضعة للقانون الدولي. وحتى إذا كان لا يمكن دمج العقود بالمعاهدات، فإن العقود بين الدول والأشخاص الخاصة يمكنها أن تخضع في بعض الحالات إلى "شعبة خاصة جديدة من القانون الدولي: القانون الدولي للعقود".[4]

إن هذا الموقف ليس موقفا منعزلا، فقد اقترح الفقه اخضاع عقد الدولة لقانون الشعوب،[5] كما اقترح إنشاء قانون دولي خاص بعقود الدولة إلى جانب القانون الدولي للمعاهدات. وهذا يعني ببساطة أن الشخص الخاص المتعاقد يسمو إلى درجة شخص قانون الشعوب ويكتسب بالتالي شخصية دولية. ويتأكد هذا خاصة عندما يبرم العقد من طرف مؤسسة خاصة قوية اقتصاديا للحصول على حماية مطلقة لحقوقها التعاقدية[6] ورغم ذلك فإن صفة الطرفين، بل وفكرة قوتهما الاقتصادية ليست معيارا محددا من شأنه أن يغير العقد إلى معاهدة دولية. "إن مجرد تعاقد مؤسسات (قوية) مع دول (ضعيفة) لا يكفي لرفع هذه المؤسسات إلى مستوى أشخاص القانون الدولي".[7] إننا أمام معيار جد ذاتي تنقصه الحجية، فمجرد تجارة بسيطة في الحبوب لا يمكن أن تأخذ مكانة المعاهدة، لأنه أبرم بين دولة ومؤسسة أجنبية قوية. وقبول هذا من شأنه أن يزعزع كرامة قانون الشعوب".[8]

---

1 - J. Verhoven: Contrat entre Etats et ressortissants d'autres Etats. in le contrat économique international. Stabilité et Evolution. Bruxelles Bruyant .Paris Pedone.1975, p. 120.

2 - Y.F.Lalive: Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères. Clunet. 1977.2,p. 319.

3 - CPJI 12/07/1929. Aff emprunts serbes et brésiliens. Clunet 1929, p. 1002.

4 - Sentence texacco- calasiatic-opécit p. 356.

5 - Bockstiegel.opécit.in 60 ans apres p 177.

6 - Wengler: opécit, p. 384

7 - J.Verhoven: Traités ou contrats entre Etats? Sur le conflit de lois en droit des gens .Clunet.1984,p. 9

8 - J.Verhoven, p. 20.

وكان موقف الأستاذ دوبيDupuy متشابها تقريبا في قرار "تكزاكوكلازياتيك" المذكور. "إن تضمين العقود شروط تحكيمية يؤدي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي". إن مثل هذا التأكيد هو تأكيد مجاني إذ يمكن الاقتصار على اللجوء إلى التحكيم الدولي بالإشارة إلى قانون وطني واجب التطبيق على موضوع المنازعة. يجب إذن التمييز بين تدويل الإجراءات التحكيمية وتدويل القانون الواجب التطبيق على الموضوع، يبدو أن المحكم نفسه غير مقتنع أذ أنه يشير إلى أن "اختيار إجراء تحكيمي دولي لا يؤدي لوحده إلى تطبيق القانون الدولي بصفة استثنائية " بينما يضيف في نفس الفقرة بعد عدة أسطر "أنه لا ريب في أن الرجوع إلى تحكيم دولي يكفي لوحده لتدويل العقد".[1]

غير أن الخبير بعد وعيه بالنتائج المتطرفة التي يمكن أن تولدها تأكيداته، لطّف منها بمنح أشخاص القانون الخاص التي ارتفعت إلى مستوى أشخاص قانون الشعوب " قدرات محدودة"، غير أنه يبدو لنا أنه لا يكفي الحد من آثار" الاعتراف الدولي" للمؤسسة الخاصة للاقتناع بفعاليتها. و في الوقت الحالي لقانون الشعوب فإن المجتمع الدولي كما يؤكده فرانسوا ريجو F. Rigaux "لا يقبل أن تتخلى الدولة اتجاه مؤسسة خاصة على إحدى مميزات سيادتها، فالأمر لا يتعلق بالحفاظ على نظرة تقليدية للنظام الدولي الذي يقيس الشخصية الدولية بالدول والمنظمات الدولية، لكن على الأقل فإن المجتمع الدولي له وحده أن يقبل سواء بفئات أو فرادى لمتعاملين جدد، فالفوضى كافية حتى لا يتصور أن تمنح دولة لأحد المتعاملين معها، مؤسسة خاصة، بطاقة العضو في النادي، والسماح لها بالتالي التمسك فيما بعد بالحد من السيادة."[2] وهذا يعني أنه لا يعقل أن تعترف الدولة بالشخصية القانونية للمتعاقد معها حتى ولو كانت مؤقتة ومحدودة مرتبطة بمقتضيات العقد المبرم. إنه لمن المشكوك فيه أن خضوع العقد للقانون الدولي بإرادة الطرفين المشتركة ينشئ "مكانة مرتفعة " statut élevé للشخص الخاص".إنه لمن السعادة أن تكثف الحماية التي يمنحها قانون الشعوب للعقود، لكنه ليس من السعادة ابدا إخضاع العقود لقانون الشعوب، عقود لا يمكن بدون تعسف دمجها مع المعاهدات،من أجل استفادتها بمبدأ عدم التعديل المعترف به للاتفاقيات المرغوب في تقديسها".[3]

ومن خلال هذا التدويل يرغب الوصول إلى نفس الهدف وهو تبرير تخلص العقد من الهيمنة الاستثنائية لقانون الدولة و بالتالي الوصول إلى حماية المتعاقد الأجنبي، إن هذه المؤسسات الأجنبية القوية المتفوقة اقتصاديا وماليا على أغلب الدول التي تتعاقد معها، لا تحتاج للحقوقيين من أجل إقعادها على مقعد أشخاص القانون الدولي[4] وتعزز هذه الملاحظة بوسائل اتفاقية خصصتها الاتفاقيات الدولية التي تسمح بإيجاد مخرج للتخلص من قانون الدولة، إذ تأمر المادة 1-42 من اتفاقية واشنطن المؤرخة في 1965/03/18 المتعلقة بإنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثماراتCIRDI محكمة التحكيم الفاصلة في الخلاف أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة "بما فيها القواعد المتعلقة بتنازع القوانين"مما يسمح بإيجاد في قانون الدولة نفسه الوسيلة للتخلص منه و تسمح بتأكيد الطابع الدولي للعقد المتنازع فيه.

1 - B. Stern, Trois arbitrages, un même problème, trois solutions. Revue de l'arbitrage. 198. p. 3.

2- F. Rigaux: Des Dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale. Revue Critique de Droit International Privé.1978, 445.

3 - J. Verhoven: in le contrat économique international, , OP. CIT., , p. 141.

4 - Bernardos M. Cremados; in 60 ans après. Les Etats et les entreprises publiques en leur qualité de partenaires dans le commerce international; p. 207.

إنه من المستقر عليه "حسب النظرية السائدة"[1] أن الدولة التي تتعاقد، تفعل ذلك على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر. إن هذه النظرية، حتى وإن لم تكن هي السائدة، من الصعب جدا إنكارها.

إنه من المستقر عليه "حسب النظرية السائدة "أن الدولة التي تتعاقد، تفعل ذلك على قدم المساواةمع المتعاقد الآخر.إن هذه النظرية، حتى وإن لم تكن هي السائدة، من الصعب جدا إنكارها.

ومهما يكن، فإنها تمنح للمتعاقد الآخر مع الدولة التي ليست دولته "درجة من الحماية لا يعرفها لا في علاقاته مع هذه الدولة التي يمكنها أن تستعمل صلاحياتها السيادية، ولا في علاقاته مع متعامل خاص مهما كانت جنسيته الذي يبقى مهددا بتطبيق قوانين الضبط".[2] و تنطبق القوانين ذات التطبيق الفوري في كل الحالات التي يجب فيها حماية اليد العاملة الوطنية أو تحديد المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالغير، أو إصدار تشريعات اجتماعية.

وحصر عقود الدولة في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين PactaSuntServanda بواسطة أي تدويل أمرَ غير منطقي. أولا لأن المؤسسات الأجنبية ليست أشخاص القانون الدولي حتى ولو أردنا منحها صفة مؤقتة وقابلة للفسخ. ثانيا فالقانون الدولي في وضعيته الحالية فقير وضعيف. ولا يمكنه الإتيان بأجوبة ملموسة، جيدة و شاملة على الأسئلة المطروحة عليه والمتعلقة بعقود المفتاح في اليد أو المنتوج في اليد مثلا.

وهذا يسلط الضوء على آثار التدويل التي تنحصر في اتجاه وحيد، بمعنى المؤسسة الخاصة ترتفع إلى درجة أشخاص القانون الدولي، بينما الدولة، بدلا من أن تحافظ على حقوقها السياسية المخولة لها من طرف ذات القانون الدولي، على العكس، فهي تفقدها. وهذا يكشف بأنه لا يستخلص أو لا يرغب أن يستخلص من القانون الدولي إلا ما هو أصلح للمؤسسة الأجنبية. أي مساواة مطلقة واستقرار تعاقدي مسرف بين الطرفين، الشيء الذي يؤدي بطريقة أو بأخرى إلى خوصصة عقد الدولة.

ويجب التذكير أخيرا، أن المعاهدات لا تخص سوى الاتفاقيات التي تبرم بين أشخاص القانون الدولي.[3]

بينما عقود الدولة لا تبرم إلا بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومؤسسات خاصة وخاضعة للقانون الداخلي ولا يمكن أن تدخل ضمن فئة المعاهدات الدولية. وفي التأميمات الإيرانية رفضت محكمة العدل الدولية مزاعم المملكة المتحدة التي أرادت إعطاء العقد البترولي بين إيران و الشركة الأنجلو-إيرانية في سنة 1933 الطابع المختلط sui generis، بمعنى طابع المعاهدة بين إيران و المملكة المتحدة من جهة، وطابع العقد بين إيران والمؤسسة المذكورة. ولم تجد المحكمة في هذه الاتفاقية إلا عقد امتياز بين حكومة وشركة خاصة أجنبية.[4]

1 - Lalive: l'Etat en tant que partie à des contrats de concessions d'investissements conclus avec des sociétés privées étrangères: Rapport UNIDROIT 1977, 6.

2 - B. AUDIT: L'arbitrage transnational et les Contrats d'Etats. Bilan et perspectives. CERDI Académie de droit international de la Haye. P. 52.

3 - L. Cavaré: Le droit international public, Paris, 1969,p. 69.

4 - CIJ, Recueil 1952, p. 112.

فلا توجد أية علاقة بين الحكومة الإيرانية وحكومة المملكة المتحدة. ولا يمكن للأولى أن تسأل تجاه الثانية عن الالتزامات والتعهدات التي التزمت بها لفائدة الشركة. أما الوثيقة التي أمضاها ممثلي الحكومة الإيرانية والشركة لا يمكن أن تشكل بأي حال من الأحوال علاقات فيما بين الحكومتين. وهكذا أبعد تصور الطابع المختلط الذي طالما دافعت عنه بعض الدول. إن هذا التصور ليس، في أحسن الحالات، إلا حلاً جزئيا ولا تظهر الدولة في هذه العقود كشخص القانون الخاص بل هي موجودة كشخص صاحب سيادة. وبهذه الصفة يضمحل " الجانب الخاص" في هذه العقود لفائدة " الجانب العام". إن سيادة الدولة المتعاقدة "تجنس" الطبيعة القانونية لهذه العقود.

الخاتمة

وفي الختام لا يمكن لعقد الدولة أن يكون مجرد عقد تقليدي خاضع للقانون الخاص كما لا يمكن أن يرقى إلى درجة المعاهدة الدولية.

إنه لصحيح أن مميزات عقد الدولة يثير أحكاما لا يمكن تقديرها منعزلة: صفة الطرفين من جهة، وعنصر الأجنبية من جهة أخرى، وأهمية المصالح التي يتضمنها، من جهة أخيرة، تعتبر كلها عناصر محددة لطبيعته القانونية. فلا يمكن بالتالي تعريفه بصفة مسبقة بل يكتشف من خلال حالات خاصة.