

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

Ministère de L'enseignement Supérieur et de  
la Recherche Scientifique  
Taher Moulay De Saida/Université Dr  
Faculté de droit et des sciences politiques



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.  
جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة.  
كلية الحقوق والعلوم السياسية.  
قسم الحقوق.

## دروس في عقود الدولة الاقتصادية

للأستاذ:

- بن أحمد الحاج
- أستاذ محاضر (أ).
- كلية الحقوق و العلوم السياسية
- جامعة سعيدة - الجزائر -
- البريد الإلكتروني: [benahmedhadj20@yahoo.com](mailto:benahmedhadj20@yahoo.com)

إن تدخل الدولة في المعاملات الاقتصادية الدولية ليس وليد اليوم، فقد اقتحمت مجال التجارة الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية لإعادة اعمار أراضيها التي خربتها تلك الحرب، لذلك عمدت إلى الدخول في علاقات اقتصادية و كذا إنشاء مشروعات صناعية و تجارية لتحقيق أهدافها الاقتصادية و الاجتماعية<sup>(1)</sup>.

و لأن العقد الدولي هو المحرك الرئيسي للعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود فقد سارعت الدولة و مشروعاتها الى ابرام عقود مع المشروعات الاجنبية و ذلك في مجالات متعددة كالبيع و نقل التكنولوجيا و الترخيص التجاري و الخدمات و التمويل و غيرها، و هي عقود اصطلح الفقه على تسميتها بعقود الدولة الاقتصادية أو عقود التنمية الاقتصادية أو عقود الدولة أو غيرها من الاصطلاحات الأخرى<sup>(2)</sup>.

و مع ظهور منظمة التجارة العالمية و سيادة منطق العولمة أصبحت العقود التي تبرمها الدولة في المجال الاقتصادي جزءا أساسيا من الاقتصاد العالمي<sup>(3)</sup>، حيث ساهم هذا التحول في بنية هذا الأخير الى تنامي تلك العقود سواء كانت عقودا ابرمتها الدولة بنفسها أو كانت عقودا مبرمة من طرف مشروعاتها مع المتعاملين الأجانب، و كل ذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة.

و في ظل تجدد تدخل الدولة تتجدد المشاكل القانونية التي يثيرها هذا التدخل في العقود التي تبرمها مع الاشخاص الاجنبية، و هي مشاكل لها علاقة مباشرة بخصوصيات تلك العقود و التي تعود بالدرجة الأولى الى عدم التساوي في المراكز القانونية بين الدولة و الطرف الاجنبي، فالدولة بوصفها شخصا سياديا من أشخاص القانون العام فهي تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الاجنبي<sup>(4)</sup>.

و بالمقابل فإن عقود الدولة تتطوي أيضا على عدم تكافؤ اقتصادي يرجح لصالح الطرف الأجنبي الذي يملك المعرفة الفنية و التكنولوجيا و رأس المال، و هذه هي الاسباب التي تدفع الدول خاصة النامية منها الى ابرام هذه العقود لأنها بحاجة الى تلك المعرفة الفنية أو رؤوس الأموال لتحقيق أهدافها التنموية<sup>(5)</sup>.

وعليه فإن التساؤل الذي يمكن طرحه يتمحور حول ماهية عقود الدولة الاقتصادية و الخصوصيات التي تجعلها متميزة عن بقية العقود الدولية الأخرى، كما يثور الاشكال حول النظام القانوني الذي يحكمها و آليات

1-أنظر: أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000.

2-أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص المعنوية الاجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 184.

3-أنظر: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 294.

4-أنظر:-

Dominique Berlin, Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autre Etats, Thèse, Paris1,1981,p9.

5-أنظر: إبراهيم قادم: الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002، ص 2.

فض المنازعات الناجمة عنها خاصة في ظل الاتجاهات الحديثة التي يدعو إلى ضرورة تحريرها من هيمنة الأنظمة القانونية الوطنية و إخضاعها بدلا من ذلك لقانون عبر دولي يتناسب مع خصوصياتها.

و للإجابة عن التساؤلات المطروحة، سيتم تقسيم هذه الدراسة الى الفصلين التاليين:

**الفصل الأول:** ماهية عقود الدولة الاقتصادية.

**الفصل الثاني:** القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولة الاقتصادية.

## الفصل الأول: ماهية عقود الدولة الاقتصادية.

يفرق الفقهاء بشأن العقود الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها بين نوعين منها، ويتمثل النوع الأول في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها ولا تظهر فيها بمظهر السيادة، وهنا لا خصوصية للعقد، إذ تطبق بشأنه جميع الأحكام المتعارف عليها في نطاق عقود التجارة الدولية بصفة عامة، بينما يتمثل النوع الثاني في العقود التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفاً فيها، وهي عقود تظهر فيها الدولة بمظهر السيادة والسلطة العامة، حيث تسعى من خلالها إلى تحقيق أهداف لا يمكن تحقيقها إلا بهذا الأسلوب<sup>(1)</sup>.

ويتفق الفقه في مجموعه على أن عقود الدولة هي عقود تختلف عن الروابط العقدية الأخرى المبرمة في نطاق العلاقات التجارية الدولية، وهو ما يظهر من مجموع العناصر المميزة لها<sup>(2)</sup>، والتي لا نظير لها في بقية العقود الدولية.

و على الرغم من اجماع غالبية الفقه على ذاتية عقود الدولة و تميزها عن عقود التجارة الدولية المعتادة، إلا أن هناك اختلاف حول العناصر التي يتعين الاعتماد عليها لإبراز تلك الذاتية، خاصة في ظل الآثار القانونية الخطيرة التي ترتبها مقارنة بالعقود التي لا تكون الدولة أو أحد مشروعاتها طرفاً فيها.

و من جهة أخرى فإن الخصوصيات التي تميز عقود الدولة و التي يجب أن تظهر في أي تعريف لها قد أثير بشكل مباشر على تعريفها، كما أن عدم وجود الدولة و الاكتفاء بوجود أحد مشروعاتها فقط في العلاقات الاقتصادية التي تبرمها جعلت بعض الفقه يعتبرها عقوداً تجارية معتادة، بينما تعد العقود عقود دولة في الحالة الأخيرة من وجهة نظر جانب آخر من الفقه بحيث يكفي وجود أحد مشروعات الدولة كطرف في العلاقة العقدية للقول بذلك.

و اضافة الى ذلك تتمتع عقود الدولة بمجموعة من المميزات و ذلك بالنظر الى أطرافها و كذا محلها، وهو ما أدى الى ظهور مشاكل قانونية و نتائج قانونية تختلف عن تلك المعروفة في نطاق العقود الدولية المعتادة، خاصة و أن الهدف من وراء ابرامها حيث يتمثل بالنسبة للدولة في تحقيق المصلحة العامة، في حين أن الطرف الأجنبي يسعى الى تحقيق الربح لذلك يسعى جاهدا الى محاولة تكييفها على أنها من عقود التجارة الدولية المعتادة و لا تختلف عنها إلا من حيث وجود الدولة كطرف.

و عليه فإنه سيتم تقسيم هذا الفصل الى المباحث التالية:

**المبحث الأول: تعريف عقود الدولة وتمييزها عن المفاهيم المشابهة.**

1-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 11.

2-أنظر: المرجع نفسه، ص 27.

**المبحث الثاني: أطراف عقود الدولة الاقتصادية.**

**المبحث الثالث: الشروط غير المألوفة في عقود الدولة الاقتصادية.**

## المبحث الأول: تعريف عقود الدولة و تمييزها عن المفاهيم المشابهة.

لقد اختلف الفقه كعادته حول تحديد تعريف واحد لعقود الدولة حتى وان أجمع على أنها من قبيل العقود غير المسماة<sup>(1)</sup>، و أن أحد أطرافه يتمثل دائماً في الدولة، و لعل السبب في ذلك الاختلاف هو تعدد العقود التي تبرمها الدولة من جهة، و حداتها نسبياً اذا ما قورنت بالعقود المعتادة من جهة أخرى.

و كما هو معلوم فإن الوصول الى تعريف دقيق لهذا النوع من العقود سيسمح بتبيان خصائصها مما يساعدنا على التفرقة بينها و بين المفاهيم المشابهة لها، و كل هذا من شأنه رفع اللبس عنها خاصة و أن لها نظام قانوني يختلف عن النظام الذي يحكم بقية التصرفات التي تقوم بها الدولة.

### المطلب الأول: تعريف عقود الدولة.

يتجه جانب من الفقه الى تحديد تعريف ضيق لعقود الدولة، فيعتبرونها العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، أما العقود التي تكون فيها الدولة ممثلة بأحد أجهزتها أو مشروعاتها فلا ينطبق عليها هذا الوصف<sup>(2)</sup>.

و في هذا يتجه أحد الفقهاء الى تعريف عقود الدولة على أنها العقود التي تبرم بين دولة و شخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة، طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية لدولة الطرف الأجنبي و تتضمن شرط تحكيم، و تخضع في جانب منها للقانون العام، و في الجانب الآخر للقانون الخاص<sup>(3)</sup>.

و يذهب جانب آخر الى القول بأنها "العقود التي تتولى الدولة ابرامها بنفسها، وذلك من خلال شخص يمثلها كالوزير أو رئيس الدولة، حيث يتم التعاقد باسم الدولة و لصالحها من طرف الشخص المخول قانوناً لذلك"<sup>(4)</sup>.

و يشير الفقه الذي يؤكد على هذا الاتجاه<sup>(5)</sup>، على أن عقود الدولة تتمتع بالخصائص التالية:

1- تبرم هذه العقود باسم الدولة إما عن طريق رئيسها أو رئيس الحكومة فيها.

2- يتم نشر هذه العقود في الجريدة الرسمية أحياناً.

---

1-أنظر: عدلي محمد عبدالكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011/2010، ص 10.

2-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 18.

3-أنظر: هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 40.

4-أنظر: عدلي محمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص 16 و 17.

5-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 27 و 28.

3-تنص هذه العقود على أنه يحق للطرف الأجنبي ممارسة بعض الحقوق المخصصة للدولة، وأن هذه الأخيرة تضمن التصرفات الاستثنائية والتي لا يمكن للطرف الخاص ضمانها.

4-لا تتضمن هذه العقود أية إشارة إلى القانون الذي استندت عليه.

5-يتم الفصل في النزاعات الناشئة بين الطرفين عن طريق قضاء التحكيم.

6-تستبعد هذه العقود تطبيق قانون الدولة الطرف في العقد، وكذا اختصاص محاكمها.

7-لا تحدد القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم، وقد تشير إلى أعمال المبادئ العامة في القانون أو القانون الدولي.

و على خلاف ذلك يرى الجانب الاخر من الفقه بأن لعقود الدولة مفهوما واسعا يشمل كل العقود التي تبرمها الدولة بنفسها أو بواسطة جهاز يتبعها.

و في هذا يذهب الأستاذ " jean pierre regli " الى القول بأن عقود الدولة هي: " كل العقود التي يكون طرفاها الدولة أو جهاز حكومي يتبعها و شخص طبيعي أو اعتباري، و تتعلق غالبا ببناء مجمع صناعي متكامل و بتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الاجنبية كما انها تتعلق احيانا اخرى باستخراج و تصنيع و توزيع المنتجات الاولية و هو يقتضي انشاء تجهيزات ضخمة و استثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود عقودا طويلة المدة نسبيا".<sup>(1)</sup>

و لقد حاول جانب من الفقه ايجاد سند قانوني للاتجاه الموسع لعقود الدولة من خلال نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار و التي تقضي بأنه: " يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز...".<sup>(2)</sup>

و الواضح من خلال نص المادة المذكورة أعلاه ان المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يختص بالنظر فقط في المنازعات التي تكون فيها الدولة طرفا فقط بل يمتد اختصاصه ليشمل كل المنازعات حتى تلك التي يكون احد اطرافها مشروعا تابعا للدولة شريطة ان تقوم هي بتحديدته ليمثلها في العلاقات الاقتصادية الدولية المبرمة.

1-أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 16.

2-أنظر: المادة 25 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الاجنبية المبرمة في 18/03/1965، و التي دخلت حيز التنفيذ بعد ذلك بسنة .

و قد أكد قضاء التحكيم على صحة الاتجاه الموسع لعقود الدولة، حيث اعتبر قضاء التحكيم العقد المبرم بين احدى الشركات الوطنية الايرانية و شركة اجنبية اخرى تعمل في مجال البترول عقدا من عقود الدولة الاقتصادية، ذلك أن الشركة الايرانية- حسبه - ليست في الحقيقة الا جهازا حكوميا يختص بكافة المسائل البترولية نيابة عن الدولة فهي تتعاقد باسم الحكومة الايرانية و لصالحها<sup>(1)</sup>.

أما المحكم "Cavin" فقد اتجه الى القول بأن هذا العقد هو عقد يختلف كلية عن عقود التجارة الدولية التي تنظمها القواعد الواردة في القانون الدولي الخاص، فهو عقد يربط بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام من جهة وشركة تجارية أجنبية تخضع لقانون مدني أجنبي من جهة أخرى، كما أن محل العقد لا ينصب على العمليات التجارية العادية<sup>(2)</sup>.

و على العموم فإنه يمكننا القول بأن ذاتية عقود الدولة إنما تعود في الأصل إلى الخصائص التي تميزها، وهي خصائص تستمد من صفة أطرافها، ومن محلها وسببها وكذا آثارها. فمن حيث أطرافها، فقد تقدم بأن أحد هؤلاء هو الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بما تتمتع به من سلطة<sup>(3)</sup>، أما الطرف الثاني فهو شخص أجنبي لا يتمتع على الرغم من القوة الاقتصادية بأية سيادة أو ميزة، لذلك يعد شخصا من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص القانون العام<sup>(4)</sup>.

وأما عن ذاتية عقود الدولة المستمدة من السبب الدافع إلى إبرامها، أي العوامل التي تدفع الأطراف إلى إبرام هذا النوع من العقود، فهو على الرغم من التطور الذي تشهده أشكالها وأنماطها، واحد فيها جميعا، ويتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بالنسبة للدولة، والحصول على الأرباح بالنسبة للطرف الأجنبي<sup>(5)</sup>.

1- أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص39.

2- وقد عبّر هذا المحكم عن ذاتية عقود الدولة بالصيغة التالية:-

"Il faut prendre en considération que le présent contrat diffère profondément des contrats commerciaux usuels visés par les règles traditionnelles du droit international privé. Tout d'abord il lie d'une part une société nationale, soit une corporation dont le statut dominant est celui d'une corporation publique, d'autre part un société commerciale étrangère régie par un statut civil étranger. Ensuite, il n'a pas pour objet des opérations commerciales usuelles ...".

-مشار إليه في: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص34.

3- أنظر :-

-Jacquet (J.M), l'Etat, opérateur du commerce international, JDI, 1989, p130.

4- أنظر :-

-Jacquet (J.M), le contrat international, connaissance du droit, Dalloz, 1992, p130.

-Kahn(Ph), contrats d'état et nationalisation, clunet, 1982, p 856 et s.

5- أنظر:-



و في ما يتعلق بذاتية تلك العقود والمستمدة من المحل الذي ترد عليه، فالملاحظ بشأن هذا المحل أنه يتميز بتنوعه تبعاً لتنوع العقود التي تبرمها الدولة، فمنها العقود التي ترد على نقل التكنولوجيا، وعقود المساعدة الفنية، وعقود المقاولات العامة، وغيرها.

وعليه يمكن تعريف عقود الدولة الاقتصادية على أنها تلك الاتفاقات التي تتم بين الدول أو مشروعاتها من جهة و شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص من جهة ثانية، و ذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة و الحصول على الربح بالنسبة للطرف الثاني، و تنصب على نشاطات اقتصادية غير معتادة، كما تتضمن شروطاً غير مألوفة تعكس خصوصيتها القائمة على عدم التكافؤ القانوني الذي يرجح لصالح الدولة و عدم التكافؤ الاقتصادي الذي يرجح لصالح الشخص الأجنبي.

**المطلب الثاني: تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة.**

بالنظر الى مجموع التصرفات التي تقوم بها الدولة نجد بأن هذه الأخيرة تقوم الى جوار عقود الدولة بإبرام العديد من العلاقات لتحقيق أهداف متعددة سواء في نطاق القانون العام أو في نطاق القانون الخاص.

و سنحاول التفرقة بين عقود الدولة و المعاهدة الدولية، ثم بينها و بين عقود التجارة الدولية المعتادة

**الفرع الاول: التفرقة بين عقود الدولة و المعاهدات الدولية.**

تعد كل من عقود الدولة و المعاهدات الدولية تصرفات قانونية تتم بتوافق ارادتين أو أكثر من أجل ترتيب آثار قانونية، إلا أن العقد الدولي الذي تبرمه الدولة يتناول مجالاً من مجالات القانون الخاص و ذلك مع شخص من اشخاص هذا القانون أيضاً، و ذلك على خلاف المعاهدات الدولية التي تبرم بين دولة و دولة أو بين دولة و منظمة دولية بوصفهما أشخاصاً من أشخاص القانون الدولي العام، و تتعلق بشأن من الشؤون العامة أو السيادة للدولة<sup>(1)</sup>.

و بناء عليه فإن العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع شخص اجنبي تخضع للقانون الخاص، سواء تمثل في قانون دولة معينة أو خضع لقانون عبر دولي، أما المعاهدة الدولية فتخضع للقانون الدولي العام.

**الفرع الثاني: التفرقة بين عقود الدولة و عقود التجارة الدولية المعتادة.**

تبرم عقود التجارة الدولية المعتادة بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الخاص، بحيث تتواجد أطرافها في نفس المركز القانوني، أما عقود الدولة فهي عقود يكون أحد أطرافها دوماً الدولة أو أحد مشروعاتها بينما يتمثل الطرف الآخر في شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص، هذه العقود تتطوي على عدم التساوي في المراكز القانونية و ذلك لوجود الدولة كطرف سيادي فيها مما يعطيها بعض الامتيازات و يجعلها تواجه مخاطر السيادة دائماً، كما يجعل لها ذاتية خاصة من حيث المحل الذي ينصب غالباً على مشروعات

1-أنظر: عدلي محمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص 14.

ضخمة، علاوة على السبب الذي يجعلها متميزة ايضا و ذلك في ظل سعي الدولة الى تحقيق التنمية الاقتصادية من وراء ابرامها، خلافا لعقود التجارة الدولية التي يسعى طرفاها دوما الى تحقيق الربح<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التفرقة بين عقود الدولة و العقود المبرمة من طرف المنظمات الدولية.

تلجأ المنظمات الدولية احيانا الى ابرام عقود مع اشخاص القانون الداخلي مثل عقود التوريد و الادارة و التوظيف و التعاون الفني وغيرها، و هي عقود تخضع للقانون الدولي تبعا للرأي الذي تعتبر كلا من المنظمة و الفرد من اشخاص المجتمع الدولي<sup>(2)</sup>.

غير أن تمتع الدولة بالسيادة و التي تعد حكرا عليها يجعل من عقود الدولة مختلفة تماما عن عقود المنظمات الدولية، إذ و على الرغم من كون الدولة شخصا من اشخاص القانون الدولي العام تماما مثل المنظمة، إلا أن السلطة المطلقة للدولة و تمتعها بالشخصية القانونية الكاملة يجعل من عقودها ذات طبيعة خاصة، كما أن الهدف من وراء ابرامها يتمثل في التنمية الاقتصادية و التي لن تتحقق غالبا الا بالتدخل السبادي و وضع شروط استثنائية و توطين العقد ضمن قانونها الوطني، وكلها خصوصيات لا نجدها في عقود المنظمة الدولية التي تهدف من ورائها الى تحقيق اهداف متعلقة بأداء وظائفها، والتي ليست اقتصادية في كل الاحوال<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثاني: أطراف عقود الدولة.

سبقت الاشارة الى أن عقود الدولة هي تلك العلاقات التي تبرمها الدولة أو احد المشروعات التابعة لها مع طرف ينتمي لدولة اجنبية بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية. و من خلال هذا يتبين أن أطراف عقود الدولة هم الدولة أو أحد مشروعاتها من جهة، و شخص أجنبي من جهة أخرى.

### المطلب الأول: الدولة و مشروعاتها كطرف في عقود التنمية الاقتصادية.

وسيتم التطرق لمفهوم الدولة ثم للأجهزة التابعة لها وهذا فيما يلي:

### الفرع الاول: الدولة طرفا في العقد.

لأن الدولة شخص في نطاق القانون الداخلي و القانون الدولي معا، فقد تباينت آراء الفقهاء بشأن تعريفها، حيث حاول كل اتجاه تعريفها من خلال زاوية معينة، و أحيانا بالتركيز على أحد عناصرها أون مقوماتها التي يراها الأهم للقول بوجودها كشخص قانوني.

1-انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 35 و 36.

2-انظر: مصطفى احمد فؤاد، القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين منظمة دولية و شخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 17.

3- انظر: المرجع نفسه، ص 18.

و تبعا لذلك عرف البعض الدولة على " أنها ظاهرة سياسية و قانونية تعني جماعة من الافراد يقطنون رقعة جغرافية معينة بصفة مستقرة و دائمة و يخضعون لنظام معين يحكمهم"، بينما عرفها جانب آخر بأنها "مجموعة من الأفراد يمارسون نشاطهم على اقليم معين و يخضعون لتنظيم معين"<sup>(1)</sup>، و أما البعض الآخر فقد اتجه الى تعريفها على " أنها شخص معنوي من اشخاص القانون العام ذو سلطة و سيادة و يتكون من حكام و محكومين يعيشون جميعا فوق اقليم محدد"<sup>(2)</sup>.

و تجنبنا للاختلافات العديدة التي جاءت لتصف الدولة، فإنه يمكن القول بأن أي تعريف قانوني لها يجب أن يبين اركانها و خصائصها و يصلح ليكون كذلك سواء في نطاق القانون الداخلي أو في نطاق القانون الدولي العام، لذلك نتفق مع الاتجاه الذي يعرفها على أنها " تجمع بشري يقيم على وجه الدوام و بنية الاستقرار على اقليم محدد و يخضع لسلطة سياسية تحكمه، ويشكلون جميعا شخصا قانونيا مستقلا له سيادة في مواجهتهم و مواجهة بقية الاشخاص في المجتمع الدولي"<sup>(3)</sup>.

و بالعودة الى عقود الدولة فإن وجود هذه الأخيرة كطرف فيها لم يطرح أية اشكالية، بل سمح بإضفاء نوع من الخصوصية و الذاتية عليها، و هو ما أصبغ عليها هذا الوصف و لولاها لما سميت تلك العقود به. و معلوم أنه يجوز للدولة بوصفها شخصا أن تبرم بنفسها علاقات في نطاق القانون الدولي الخاص اذا كانت مع طرف اجنبي و ترتب عنه مد و جزر لرؤوس الاموال و الثروات عبر الحدود، و هو ما يضيء على علاقاتها الاقتصادية العابرة للحدود طابعا دوليا يستوجب تدخل القانون لتحديد مدى صحته و آثاره و حل منازعاته إن وجدت.

و اذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدولة فإن الأمر يختلف بالنسبة لمشروعاتها أو أجهزتها، حيث يثير تواجدهم كطرف في العلاقات الاقتصادية الدولية العديد من الاشكاليات القانونية التي خلقت جدلا واسعا لدى الفقه و القضاء على حد السواء.

### الفرع الثاني: مشروعات الدولة و أجهزتها كطرف في العقد.

يثير تدخل الاجهزة و المشروعات العامة عند ابرامها للعقود الدولية العديد من المشاكل القانونية، منها مشكلة تحديد تبعة ذلك الجهاز أو المشروع للدولة، فإن كان تابعا لها كانت عقودها عقود دولة وفقا للمفهوم الموسع لعقود الدولة، أما إن كان غير تابع لها كانت عقودها عقود تجارة دولية معتادة و ليست عقود دولة.

1-انظر: عبدالله محمد نشوان، العقود النفطية، دراسة تطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 123.

2-انظر: محمد سعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 24

3-انظر: محمد سعيد الدقاق، المرجع السابق، ص 26.

و من هنا تدق مسألة تحديد المعيار الذي يتعين الرجوع إليه للقول بتبعية الجهاز للدولة من عدمه، ذلك أنه من غير المعقول وصف كل العقود التي تبرمها المشروعات العامة مع شخص أجنبي عقود دولة. و لقد حاول الفقهاء الاعتماد في تحديد تلك التبعية على نفس المعايير المعتمدة للقول بتمتعها بالحصانة القضائية للدولة، وهي معايير يمكن تقسيمها إلى معايير تقليدية و معايير حديثة، و وهو ما سيتم تناوله في ما يلي:

### أولاً: المعايير التقليدية.

و تتمثل هذه المعايير في معيار الشخصية القانونية و معيار الهدف و معيار المرفق العام، و هذا ما سيتم تناوله في ما يلي:

**1- معيار الشخصية القانونية المستقلة:** و تبعا لهذا المعيار فإن المشروع الذي يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة لا يتمتع بالحصانة القضائية و يخضع بالتالي لولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية بخصوص النزاعات التي يكون طرفا فيها، أما اذا لم يكن كذلك فهو جزء من الدولة و تابع لها مما يعني تمتعه بالحصانة القضائية التي تتمتع بها الدولة لارتباط ذلك بسيادتها<sup>(1)</sup>.

و بإسقاط هذا المعيار على العقود التي تبرمها المشروعات العامة مع الاشخاص الأجانب، نجد بأن العقود المبرمة من طرف مشروعات أو هيئات متمتعة بالشخصية القانونية لا ينطبق عليها وصف عقود دولة، و ذلك لاستقلاليتها القانونية عن شخصية الدولة مما يجعل عقودها مستقلة عن العقود التي تبرمها الدولة، إذ من غير المنطقي أن يبرم جهاز متمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة عقدا دوليا مع شخص أجنبي، ثم يدعي بأنه تابع للدولة و عقده واحد من عقودها للحيلولة دون الخضوع للقضاء الأجنبي أو اخضاع العقد لقانون الدولة المتعاقدة أو التمسك بالحصانة القضائية و غير ذلك من المسائل المرتبطة بوجود الدولة كطرف في العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود.

و لقد أيد هذا الاتجاه قرار المحكمة العليا الألمانية الصادر بتاريخ 1955/07/07، حيث قضى بأن " مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة اخرى يعد انتهاكا لسيادتها، إلا أن مثل ذلك النظر يمكن التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي و لكن ايضا على الصعيد القانوني".<sup>(2)</sup>

و إن كان هذا المعيار يبدو منطقيا و موضوعيا لأول وهلة و ذلك لارتكازه على أساس هام في نطاق العلاقات القانونية و الدراسات الفقهية و المتمثل في معيار الشخصية القانونية للمشروع، إلا أنه لاقى مع ذلك

1-انظر: فؤاد رياض، المرجع السابق، ص 599.

2-انظر: المرجع نفسه، ص 599.

انتقادات لاذعة جعلت القضاء يعدل عنه، حيث لوحظ بأن اضعاف الشخصية القانونية ليس في الحقيقة سوى مجرد قرار اداري و وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مشروعاتها وهو ما يجعل منه اجراء داخليا صادرا عن الارادة المنفردة للدولة و لا يمكن أن يرتب آثارا في نطاق العلاقات الدولية<sup>(1)</sup>.

و بمعنى آخر فإن القول بهذا المعيار يعطي للدولة سلطة تحديد طبيعة العقد، فيكون هذا الاخير عقد دولة في حالة عدم منح المشروع تلك الشخصية حتى و ان كان الهدف من وراء ابرامه غير مرتبط بالتنمية الاقتصادية، بينما يكون عقدا من عقود التجارة الدولية المعتادة إذا أضفت الشخصية القانونية على المشروع المتعاقد حتى و ان كانت تسعى لتحقيق اهدافها الاقتصادية من خلال ابرامه.

و بهذه المثابة فإن المعيار الذي من المفروض أن يكون موضوعيا لتحديد مدى تبعية المشروع للدولة ليس في حقيقة الأمر إلا أداة في يد الدولة، و هو ما قد يؤثر سلبا على المتعاقد الأجنبي الذي قد يتعاقد مع مشروع عام معتقدا بأنه مستقل عن الدولة و عقده من عقود التجارة الدولية المعتادة ثم يجده تابعا لها بعد ذلك بموجب قرار صادر عن الدولة ذاتها، و العكس صحيح، و كل هذا يتنافى مع مبدأ الأمان و الاستقرار القانونيين من جهة و يتعارض مع ما تقتضيه قواعد القانون الدولي المتعلقة بالحد الأدنى لمعاملة الأجانب من جهة ثانية<sup>(2)</sup>.

**2- معيار المرفق العام:** تبعا لهذا المعيار يعد المشروع تابعا للدولة إذا كان مرفقا من مرفقها العامة و ذلك بغض النظر عن مدى تمتعه بالشخصية القانونية، وعليه فإن جميع العقود الدولية التي تبرمها المرافق العامة مع الاشخاص الاجنبية هي عقود دولة و تخضع لنظامها القانوني، بينما تعد العقود التي تبرمها المشروعات التي لا ينطبق عليها هذا الوصف عقودا معتادة<sup>(3)</sup>.

و اعتمادا منها على هذا المعيار لإضعاف وصف عقود الدولة على العقود التي تبرمها المشروعات العامة، أصدرت إحدى محاكم الاستئناف الانجليزية قرارا في نزاع بين مشروع اسباني و احدى الشركات التجارية الايطالية أكدت فيه على أن المشروع الاسباني و على الرغم من تمتعه بالشخصية القانونية، إلا أنه متمتع بالحصانة القضائية لأنه مرفق من المرافق العامة للدولة، و كل العقود التي يبرمها هي عقود دولة<sup>(4)</sup>.

و إعمالا لنفس الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها بتاريخ 1990/05/02 بأن الدول الأجنبية و الأجهزة التي تعمل وفقا لتوجيهاتها و لصالحها تتمتع بالحصانة القضائية و ذلك بالنسبة للتصرفات التي تجريها لصالح مرفق عام<sup>(5)</sup>.

1-انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 45.

2-انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 45 و 46.

3-انظر: طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 40.

4-انظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 84.

5-انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 47.

و مع ذلك فإن تقرير هذا المعيار أصبح يتأثر لدى القضاء بالاعتبارات السياسية، حيث اتجه الى اعتبار بعض المشروعات العامة مرافق عامة أو لا، بالنظر إلى الأثر الذي سيتحقق على صعيد العلاقات السياسية بين الدول، فإن رأى بأنها لن تتأثر قرر اعتبار المشروع غير متمتع بالحصانة القضائية و لا يعد مرافقا من المرافق العامة للدولة، و بالتالي فإن العقود التي يبرمها ليست عقود دولة، أما إن ثبت له بأن العلاقة السياسية قد تتأثر بحكمه، قضى بأن المشروع يتمتع بالحصانة القضائية لكونه مرافقا من مرافقها و عقودها هي عقود دولة، و في هذا كله تغليب للاعتبارات السياسية على الاعتبارات القانونية، علما أن ما ساعد القضاء الفرنسي على هذا هو الغموض الذي يكتنف فكرة المرفق العام، و التي كانت الى وقت ما حجر الزاوية التي شيد عليها القضاء الفرنسي نظرية القانون الاداري، إلا أنه عدل عنها بعد الانتقادات التي تعرض لها، خاصة بعد ظهور المشروعات العامة الصناعية و التجارية و التي عجلت باندثار تلك الفكرة و سقوط ذلك الأساس إثر ما أصبح يطلق عليه فقها بأزمة المرفق العام.<sup>(1)</sup>

**3- معيار الهدف:** و يسمى أيضا بالمعيار الغائي، و وفقا له فإن المشروع يعد تابعا للدولة و متمتعا بحصانتها القضائية اذا كانت الغاية أو الهدف الذي يسعى اليه من خلال تصرفاته و علاقاته هو تحقيق المصلحة العامة للدولة، فالغاية هي التي تحدد مدى تبعيته و ليس لكون المشروع متمتعا بالشخصية القانونية أم لا، أو لكونه مرافقا من مرافقها أو ليس كذلك.<sup>(2)</sup>

و عليه فإن العقود التي يبرمها مشروع هدفه تحقيق المصلحة العامة هو عقد من عقود الدولة، بينما لا تعد كذلك العقود التي تبرمها أجهزة أو مشروعات لا تهدف الى ذلك.

و في هذا الشأن أصدر القضاء الأمريكي حكما قرر فيه بأن الشركة الانجلو ايرانية للبترول تتمتع بالحصانة القضائية المقررة للدولة لأنها تسعى لتحقيق المصلحة العامة و المتمثلة في تأمين امداد القوات البحرية بالمواد الطاقوية اللازمة<sup>(3)</sup>.

غير أن القضاء قد عدل أيضا عن هذا المعيار و ذلك لغموض فكرة المنفعة العامة و صعوبة وضع حد فاصل بينها و بين المصلحة الخاصة، فكثيرا ما يظهر بأن الهدف المباشر من وراء ابرام عقد معين هو تحقيق مصلحة خاصة للمشروع بينما يكون الهدف غير المباشر هو تحقيق الصالح العام، و العكس صحيح، وهذا يجعل من مسألة الاعتماد على هذا المعيار غاية في الصعوبة و تبقى مرتبطة بسلطة القاضي أو المحكم.<sup>(4)</sup>

**ثانيا: المعيار الحديث.**

1-انظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 48.

2-أنظر: فؤاد رياض، عقود التنمية و التحكيم الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1986، ص 606.

3-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 52.

4- أنظر: فؤاد رياض، المرجع السابق، ص 606.

تتحقق تبعية الجهاز للدولة وفقا لهذا المعيار من خلال الجمع بين أكثر من عنصر، لذلك يطلق عليه اسم المعيار المركب، بحيث يشكل اجتماع مجموعة من العناصر معيارا متكاملًا يسمح للقاضي أو المحكم بتحديد مدى اعتبار الجهاز أو المشروع تابعًا للدولة فتكون عقوده عقود دولة أو عقودًا معتادة بحسب مدلول تلك العناصر و اتحادها لتشكل مجتمعة رابطة التبعية للدولة من عدمها<sup>(1)</sup>.

و يمكن استقراء تلك العناصر من النظام الأساسي أو القرار المنشئ للجهاز، و من ذلك ملكية رأس المال و كيفية الادارة و القانون الذي يحكمه و يحكم معاملاته و كذا وسائل تمويله<sup>(2)</sup>.

و إضافة إلى كل تلك العناصر يجب توافر مؤشر آخر و هو ضرورة قيام المشروع بالتصرف من خلال العقد المبرم مع الطرف الاجنبي لحساب الدولة، حيث لا يكفي أن تكون الدولة هي المالك لأغلبية رأسماله إذا لم يكن الجهاز قد تصرف لحسابها.

و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها بتاريخ 1987/07/21، بأن البنك التجاري للكونغو و على الرغم من امتلاك الدولة لجزء من رأسماله، إلا أنه يقوم بالعمليات التجارية لحسابه الخاص أو لحساب الغير و ليس لحساب الدولة الكونغولية<sup>(3)</sup>.

**الخلاصة:** نخلص مما سبق بأن تقدير تبعية الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدولة هي مسألة لا تتوقف على معيار واحد، بل لابد من تضافر العديد من العناصر، و للقاضي السلطة التقديرية في تحديد تلك العناصر فحتى يكون الجهاز تابعًا للدولة مثلا يجب أن يكون متمتعًا بالشخصية القانونية و مرفقا عاما من مرافقها كما تمتلك الدولة غالبية رأسماله، بالإضافة إلى التصرف لحسابها.

و يعود هذا التشدد في المعايير المتطلبة لاعتبار الجهاز تابعًا للدولة إلى الآثار القانونية الخطيرة الناجمة عن اعتبار العقد من عقود الدولة أم لا، فإن كان كذلك فإن الآثار المترتبة عنه ستكون مختلفة تماما عن ما لو كان من عقود التجارة الدولية المعتادة، و من تلك الآثار مثلا مسألة القانون الواجب التطبيق، و القوة القاهرة، و الحجز التحفظي و الحجز التنفيذي و الاختصاص القضائي و غيرها.

### **المطلب الثاني: الشخص الأجنبي طرفًا في عقد الدولة.**

من غير المتصور عمليا أن يكون الشخص المتعاقد مع الدولة شخصا طبيعيا، و ذلك لأن عقود الدولة هي عقود من نوع خاص و تهدف بالأساس إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، و هي غاية لن تتحقق إلا بتوافر

1- أنظر: وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص 237.

2- أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 68 .

3- أنظر: عدلي محمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص 91.

الخبرات الفنية و الموارد المالية الضخمة و التكنولوجيا المتطورة، وكلها مقومات لا تتوافر الا للأشخاص المعنوية و التي تتجسد غالبا في شكل شركات عبر دولية<sup>(1)</sup>.

**أولا- ماهية الشركات عبر الوطنية:** تتعدد التعابير والاصطلاحات التي يطلقها الباحثون لوصف هذه الشركات، فهناك من يطلق عليها وصف الشركات متعددة الجنسيات، وهناك من يصفها بالشركات الدولية أو العالمية، في حين يسميها البعض الآخر بالشركات غير الوطنية أو الشركات فوق القومية.

وأمام تعدد التسميات وعدم دقتها في الدلالة على وصف الظاهرة، فإننا نفضل اصطلاح الشركات عبر الوطنية على الرغم من شيوع وتداول اصطلاح الشركة متعددة الجنسيات، وذلك للتناقض الذي يطبعه والذي يوهم بأن للشركة جنسيات متعددة، في حين أنها لا تتمتع سوى بجنسية واحدة هي جنسية الدولة التي يتواجد بها مقرها الرئيسي كقاعدة عامة.

ولبيان ماهية هذه الشركات سنتعرض للمفهوم الاقتصادي لها ثم لمفهومها القانوني وذلك في ما يلي:

**1- المفهوم الاقتصادي:** لم يستقر الفكر الاقتصادي على تعريف محدد للشركات عبر الوطنية، حيث ذهب البعض إلى القول بأن لكل اقتصادي عكف على دراسة هذا الموضوع تعريفه الخاص به<sup>(2)</sup>.

وتبعاً لذلك عرّف البعض هذه الشركات على أنها تلك المشروعات التي تمتلك أو تسيطر على وحدات إنتاجية في دولتين على الأقل<sup>(3)</sup>، أو هي شركات صناعية تنتج وتبيع منتجاتها في أكثر من دولة واحدة<sup>(4)</sup>، أو تلك المشاريع التي تمتلك و تسيطر على وسائل الإنتاج في أكثر من دولة واحدة<sup>(5)</sup>، وكلها تعاريف قد ركزت على ضابط الحجم الذي يشترط عدد أدنى من الدول التي تمارس تلك الشركات فيها نشاطاتها.

وفي مقابل ذلك يستخدم البعض الآخر نسبة معينة من المبيعات مقارنة بمجموع مبيعاتها السنوية لإطلاق وصف الشركة عبر الوطنية على المشروع، فيرى بأنها كل شركة تزيد مبيعاتها عن 50%، أما إن كانت تلك النسبة أقل من ذلك فهي لا تعدو أن تكون سوى شركة وطنية، أو شركة ذات اتجاه دولي<sup>(6)</sup>.

**2- المفهوم القانوني:** يرى العديد من الفقهاء بأن أي تعريف قانوني للشركات عبر الوطنية يجب أن يتضمن الخصائص التي تميزها، وهي خصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1- انظر: عبدالله محمد نشوان، المرجع السابق، ص 125.

2- أنظر: يحي عبد الرحمان رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 108.

3- أنظر: يحي عبد الرحمان رضا، المرجع السابق، ص 109.

4- أنظر: على سيد قاسم، التجمع ذو الغاية الاقتصادية، مجلة الاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 51، مطبعة جامعة القاهرة، 1983، ص 291.

5- أنظر: يحي عبد الرحمان رضا، المرجع السابق، ص 110.

6- أنظر: أحمد محمد عبد الله راجح، المرجع السابق، ص 22.



-إن الشركة عبر الوطنية هي مشروع يمارس نشاطه في عدد كبير من الدول متقدمة أو نامية تتبع نظاما رأسمالي أو اشتراكي، ذلك أنها مشروعات عالمية في توسعها، واختيارها مبني على اعتبارات اقتصادية محضة، وليس على اعتبارات وطنية أو قومية أو إيديولوجية.

-يوزع رأسمال هذه الشركات على عدد كبير من الدول، وهذا معناه أن العبرة في وصفها بالمتعددة القوميات تعود إلى هيكل رأس المال وليس حسب امتداد نشاطها.

-يتجرد المشروع اقتصاديا من كل علاقة وطنية، على أن يكون له روابط قانونية بهيئة أو منطقة دولية، وليس بدولة معينة بالذات.

وبناء على تلك العناصر أو بعض منها اختلفت التعريفات، فذهب مجموعة من الباحثين إلى تعريف الشركة عبر الوطنية على أنها "المشروع الذي يتكون من مجموعة خاصة تترايط بروابط قانونية ويخضع لاستراتيجية عامة وموزعة بين عدة أقاليم، وتخضع لسيادة دول مختلفة"<sup>(1)</sup>، وهو نفس التعريف تقريبا الذي ذهب إليه الأستاذ محسن شفيق حينما عرفها بأنها المشروع الذي يتركب من مجموعة وحدات فرعية ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية وتخضع لاستراتيجية اقتصادية عامة وتتولى الاستثمار في مناطق جغرافية متعددة<sup>(2)</sup>.

ويعرفها البعض الآخر على أنها : "تجميع اقتصادي من عدة شركات تتمتع بجنسيات دول مختلفة وترتبط فيما بينها عن طريق المساهمة في رأس مال بقصد تحقيق هدف معين"<sup>(3)</sup>، فهي ليست حسب اعتقاد هؤلاء سوى اجتماع كتلة من العناصر البشرية والمادية في تنظيم واحد لإحداث نتيجة اقتصادية معينة، ويتمثل العنصر البشري في العقول التي تنشئ المشروع وتتولى إدارته واليد العاملة التي تقوم بتشغيله، ويتمثل العنصر المادي في أموال المشروع المادية والمعنوية، على أن اجتماع هذه العناصر لا يقع بشكل عفوي، وإنما بشكل مقصود يسير وفقا لتنظيم هدفه تحقيق نتيجة اقتصادية معينة تتمثل غالبا في تحقيق الربح.

وأما عن مجمع القانون الدولي وفي معرض بحثه في المشاكل القانونية التي تثيرها الشركات عبر الوطنية، والتي من بينها مشكلة التعريف، فقد رأى في توصياته بأنه وقبل وضع أي تعريف لهذه الشركات وجب البحث أولا في المشاكل الخاصة التي تتولد عن ممارستها لنشاطاتها الاقتصادية، والتي تنبع أساسا من تواجدها على مستوى أكثر من دولة، في حين أن مركز إدارتها يقع في دولة واحدة فقط، ليصل في النهاية إلى اقتراح

1-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 52.

2-أنظر: محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، 1977، ص 232.

3-أنظر: محمود سمير الشراوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة القانون والاقتصاد، 1975، ص 59.

تعريف هيكلية مفاده أنها المشروعات التي يتركز فيها مركز قرار في إحدى الدول ولها مراكز تحقيق أرباح، لكل واحدة منها شخصية قانونية مستقلة وتتمركز في دول أخرى متعددة<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى كل ما سبق، يمكننا تعريف الشركات عبر الوطنية على أنها مشروعات اقتصادية مرتبطة مع بعضها بروابط قانونية، وتمارس نشاطاتها في دول مختلفة تحت استراتيجية واحدة يضعها ويديرها مركز إدارة رئيسي لتحقيق الهدف الاقتصادي الذي أنشأت لأجله.

فالشركات عبر الوطنية تنشأ هيكلية بتواجد العديد من الوحدات الاقتصادية المنتشرة على مستوى العديد من الدول، وحتى وإن كانت تتمتع بشخصيات قانونية مستقلة إلا أنها ترتبط مع بعضها بروابط قانونية، وتخضع لمركز إدارة رئيسي يتواجد على مستوى الشركة الأم والتي تسيطر على الشبكة ككل، مما يعني وجود علاقات أفقية بين وحدات المجموعة من جهة، ووجود علاقة رأسية وترتيب هرمي لتلك الوحدات يجعل الجميع يخضع لمركز قرارات واحد يعبر عن الاستراتيجية العامة للمشروعات.

وعلاوة على هذا يجب عدم إهمال كل من طبيعة النشاط والهدف الذي تسعى تلك الشركات إلى تحقيقه، فنشاطها هو نشاط اقتصادي، سواء كان صناعيا أو زراعيا أو تعلق الأمر بمجال الخدمات كالسياحة والمال والتسويق والنقل البحري والجوي وغيرها، وكل هذا من أجل تحقيقها هدفها المتمثل في الربح، وهو أمر طبيعي طالما أنها ترتبط أساسا بنمط الإنتاج الرأسمالي، وهذه سمة أساسية للشركات عبر الدولية، وهي ذات الوقت السبب في تواجدها على مستوى أكثر من دولة واحدة.

### ثانيا: معيار التمييز بين الشخص المعنوي الأجنبي و الشخص المعنوي الوطني في عقود الدولة.

إن معيار التفرقة بين الطرف الأجنبي و الوطني في عقود الدولة هو معيار الجنسية، و بالتالي فإن الشركة التي تكون طرفا في عقد من عقود الدولة تعتبر وطنية عندما تكون متمتعة بجنسية الدولة المتعاقد معها، بينما تكون أجنبية عندما تكون جنسيتها مختلفة عن جنسية تلك الدولة<sup>(2)</sup>.

و تعرف الجنسية على انها رابطة قانونية و سياسية تربط شخصا معينا إلى دولة معينة، و هو ما يتم تحديده من خلال الرجوع الى تشريع الدولة المعنية و الذي تحدد نصوصه شروط التمتع بجنسيتها سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية<sup>(3)</sup>.

1- أنظر: -

-Fatouros (A.A), problèmes et méthodes d'une réglementation des E.N.N, J.P international, clunet, 1974.

2- أنظر: عبدالله محمد نشوان، المرجع السابق، ص 167.

3- أنظر: محسن شفيق، المرجع السابق، ص 237.

و على الرغم من اجماع غالبية الفقه على تمتع الاشخاص الاعتبارية بالجنسية إلا أنهم اختلفوا حول معايير تحديد تلك الجنسية، حيث يأخذ البعض بمعيار مكان التأسيس، و يأخذ آخرون بمعيار جنسية الشركاء، بينما يأخذ البعض الآخر بمعيار الرقابة ، في حين يعتمد جانب فقهي رابع على معيار مركز الادارة الرئيسي. فأما معيار مكان التأسيس فيعني منح الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي تمت فيها اجراءات تأسيسه و ابرام العقد المنشئ له في نفس الدولة و ذلك وفقا لقانونها، و هذا ما تأخذ به العديد من الدول خاصة الدول الأنجلوساكسونية.(1)

و قد تم انتقاد هذا المعيار لأنه يجعل من تحديد جنسية الشخص الاعتباري متروكا لإرادة المؤسسين، فيحددون تلك الجنسية باختيار دولة معينة لتأسيس شركتهم فيها و وفقا لإجراءاتها حتى و لو لم تكن مرتبطة بشكل فعلي بها، كما قد يكون ذلك بشكل عرضي و لا يعبر حقيقة عن الانتماء القانوني للشخص الاعتباري الى دولة معينة(2).

و أما معيار جنسية المؤسسين أو الشركاء فيعني أن الشخص المعنوي يستمد جنسيته من جنسية مؤسسيه أو الشركاء المكونين له، و هو ما يجعل جنسية الشخص الاعتباري مرتبطة بجنسية الشركاء أو لغالبيتهم ان تعددت جنسياتهم، فيكون الارتباط هنا موضوعيا و لا علاقة له بإرادة الشركاء كما هو الحال عليه في المعيار الذي يربط بين الجنسية و مكان التأسيس(3).

و قد تم انتقاد هذا المعيار لأنه غير قادر على تحديد جنسية جميع الاشخاص المعنوية كما هو عليه الشأن في شركات الاموال التي قد يتجاوز عدد الشركاء فيها الألاف، و هو ما يحول دون ربط جنسياتهم جميعا -و هي ليست محل اعتبار - مع جنسية الشخص الاعتباري، علاوة على أن القول بهذا المعيار يتعارض مع مبدأ استقلالية الشخصية القانونية للشخص الاعتباري عن شخصية مؤسسيه، بحيث لا تعد وفقا لهذا المعيار سوى انعكاسا لشخصية الشركاء و جنسيته مجرد كاشف عن جنسياتهم، في حين أن الاستقلالية تسمح بإمكانية الاختلاف(4).

أما بخصوص معيار الرقابة فالمقصود به أن الشخص المعنوي يكون أجنبيا إذا كان خاضعا لرقابة أجنبية، أي إذا كان القائمون على ادارته من جنسية أجنبية، بمعنى أن جنسية المشروع لا تتبع جنسية الشركاء أو مكان التأسيس و إنما جنسية الجهة التي تمارس رقابة عليه(5).

1-أنظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 177.

2-أنظر: عدلي محمد عبدالكريم، المرجع السابق، ص 100.

3-أنظر: أبو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي و الشخص الاعتباري في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 204.

4-أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 99.

5-أنظر: أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 205.

و قد نادى بهذا المعيار جانب من الفقه الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية حينما لاحظ تواجد العديد من الشركات التي تحمل الجنسية الفرنسية في فرنسا، في حين أنها تخضع لرقابة ألمانيا، وهو ما اعتبروه أمرا غير منطقي، حيث لا ترتبط هذه الشركات بأية رابطة حقيقية مؤثرة مع فرنسا و مع ذلك تتمتع بجنسيتها، بينما كان من الأجدر أن تعتبر أجنبية لممارسة جهات أجنبية رقابة حقيقية عليها<sup>(1)</sup>.

و قد انتقد هذا المعيار لأنه يتجاهل مسألة هامة و المتمثلة في الرابطة الاقتصادية بين الشخص الاعتباري و مكان ممارسة النشاط الاقتصادي، بحيث لا يؤثر تمتع القائمين بممارسة الرقابة على توجهات الشركة بقدر ما يؤثر عليها قانون الدولة التي تمارس فيها نشاطها، علاوة على أن القائمين بالإدارة و ممارسة الرقابة قد يكونون من جنسيات مختلفة فيصعب بذلك تحديد الجهة الحقيقية التي تمارس الرقابة و الهيمنة، و هو ما يحول دون تحديد جنسية الشخص المعنوي<sup>(2)</sup>.

و أما معيار مقر الادارة الرئيسي فيقصد به الحاق الشخص المعنوي بالمكان الذي تتواجد فيه أجهزة الشخص التي تتولى تسييره و ادارته و تتحكم في اصدار قراراته، كمجلس الادارة و الجمعية العامة، فتكون بذلك جنسية الشخص هي جنسية الدولة التي يتواجد فيه ذلك المقر<sup>(3)</sup>.

و لابد من الاشارة الى أن مقر الادارة الرئيسي الذي يقصده المشرعون هو المقر الفعلي و ليس المقر الذي يشير إليه المؤسسون في عقد إنشائه، فإن اتفق هؤلاء على مقر موجود في دولة معينة و كانت الادارة الحقيقية موجودة في دولة أخرى، فإن العبرة بهذه الأخيرة حيث تكون جنسية الشخص الاعتباري هي جنسية الدولة التي تتواجد فيها أجهزة الادارة بشكل حقيقي حتى و إن مارست نشاطها في نفس الدولة التي تم الاتفاق عليها في العقد التأسيسي أو كانت تمارس أنشطة متعددة و في أكثر من دولة<sup>(4)</sup>.

و لقد لقي هذا المعيار تأييدا واسعا من طرف الفقه و القضاء، كما تبناه العديد من المشرعين الوطنيين<sup>(5)</sup>، وذلك لسهولة اضافة الى موضوعيته بحيث لا يرتبط بإرادة المؤسسين بما قد تؤدي اليه من ربط الشخص بمكان صوري كما هو الشأن بالنسبة للمعايير الأخرى، بل ارتباطه دوما يكون ارتباطا ماديا ليس من العسير تحديده.

1- أنظر: أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 206.

2- أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 102.

3- أنظر: عبدالله محمد نشوان، المرجع السابق، ص 177.

4- أنظر: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 103.

5- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 176.

### المبحث الثالث: الشروط غير المألوفة في عقود الدولة.

إن من أهم ما يميز عقود الدولة علاوة على عدم التكافؤ في المراكز القانونية و الاقتصادية بين أطراف العلاقة العقدية هو احتوائها على شروط غير مألوفة يصير المتعاقدون على وضعها حماية لمصالحهم التي قد تكون متعارضة خاصة في مرحلة التنفيذ و تزداد الخطورة كلما تم الابتعاد عن لحظة إبرام العقد، تلك الشروط هي شرط الثبات التشريعي و شرط التحكيم.

#### المطلب الأول: شرط التجسيد الزمني لقانون العقد بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة.

على الرغم من أن شرط التجسيد الزمني لقانون العقد ليس بالشرط الجديد في عقود الدولة الاقتصادية عامة و عقود الاستثمار على وجه الخصوص، إلا أن هذا لم يحل دون وجود اختلاف حول مضمونه و طبيعته القانونية، و هو ما سيتم التطرق له تباعا فيما يلي:

#### الفرع الأول: مفهوم شرط التجسيد الزمني لقانون العقد الدولي.

نتيجة فشل المتعاقد الاجنبي في إقناع الدولة المتعاقدة في اختيار قانون آخر غير قانونها الوطني ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بين الطرفين، يسعى ذلك المتعاقد إلى محاولة غل يد الدولة من خلال تقويض دورها بإدراج شرط الثبات التشريعي للقانون على نحو يحول دون سريان أية تعديلات تقوم بها الدولة على قانونها، فيبقى العقد محكوما بالقانون الذي أبرم في ظله حتى و لو ألغي أو عدل بعد ذلك.

و معلوم أن عقود الدولة تنسم بخاصية عدم المساواة القانونية بين أطرافها، فالطرف الأول وهو الدولة يملك سلطة التشريع و سن القانون، لذلك يرى الطرف الثاني و المتمثل في الطرف الاجنبي أنه يعد أمرا طبيعيا وجوب حمايته من الخضوع لأية تشريعات جديدة من شأنها التأثير على حقوقه التي اكتسبها وقت إبرام العقد مع الدولة، فتلك التشريعات ليست في حقيقة الأمر سوى تعديل لذلك العقد بالإرادة المنفردة للدولة، وهذا ما يتنافى مع القاعدة المعروفة و التي تقضي بعدم جواز التعديل أو الانهاء إلا بالإرادة المشتركة للطرفين<sup>(1)</sup>.

و يعرف جانب من الفقه شرط التجسيد الزمني على أنه: "ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجسيد دور الدولة كسلطة تشريعية في تعديل أو إلغاء القواعد القانونية النافذة بينها و بين المستثمر وقت إبرام العقد على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي بين الطرفين"، و يعرفه جانب آخر بأنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر"<sup>(2)</sup>.

1- أنظر: حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 320.

2- أنظر: محمد فياض، دور الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات النظرية و إشكالات التطبيق، المؤتمر السنوي الحادي و العشرون الطاقة بين القانون و الاقتصاد، كلية القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20 و 21 ماي 2013، ص 606.

و في نفس المنحى تقريبا يرى البعض الآخر بأن شرط الثبات التشريعي هو: "أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل بنود العقد بسن تشريع جديد يعدل أو يلغي التشريع الذي يحكم عقد الاستثمار"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التجميد الزمني.

على الرغم من انتشار استخدام شروط التجميد الزمني في عقود الدولة سواء كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا، إلا أن الفقه قد انقسم بشأن طبيعتها القانونية حيث رأى البعض أنها لا تعدو أن تكون سوى استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، في حين اتجه الرأي الثاني إلى اعتبارها شروطا تؤدي إلى اندماج قانون الدولة في العقد فتفقد قواعده طبيعتها المعيارية لتصبح مجرد شروط تعاقدية.

#### 1- شرط التجميد الزمني استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

إن شرط التجميد الزمني ليس عند جانب من الفقه إلا استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد، هذا المبدأ يقتضي كما هو معلوم دخوله حيز التطبيق و النفاذ بمجرد نشره وفقا للأوضاع القانونية المقررة، ولحظة النفاذ تلك هي الفاصل بين انتهاء سريان القانون القديم و بدء سريان القانون الجديد<sup>(2)</sup>.

و يعد الاستثناء المتضمن استمرارية نفاذ أحكام القانون القديم رغم تعديلها أو إلغائها بخصوص عقود الدولة استثناء قائما بموجب النص الصريح للمشرع الذي يملك سلطة وضع القيود على المبادئ العامة كلما رأى في تلك القيود تحقيقا للمصلحة العامة.

و معلوم أنه و إعمالا لمبدأ الأثر الفوري فإن القانون الجديد الذي يصدر عن السلطة المختصة هو قانون واجب التطبيق في الحال و فور نفاذه على كل مركز قانوني ينشأ في ظله و لو كانت جذوره تمتد إلى الماضي، مما يعني الامتناع عن تطبيق القانون القديم الذي جاء القانون الجديد معدلا أو ملغيا له، كما أن هذا المبدأ يفترض تطبيقه حتى على المراكز القانونية المستمرة التي يدركها و لو نشأت في ظل القانون القديم و الذي لم يعد صالحا بعد اتجاه المشرع الى تعديله أو استبداله بقانون اعتبره الأصلح للمجتمع<sup>(3)</sup>.

و مع ذلك فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، بل هناك استثناءات تقع عليه من بينها الاستثناء المتعلق بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم و ظلت سارية حتى نفاذ القانون الجديد، ففي هذه الحالة لا مجال للتمسك بالأثر المباشر للتشريع الجديد، بل لا بد من تمديد حياة القانون القديم ليحكم آثار العقد حتى تنتهي.

1- أنظر: محمد اسماعيل عمر، صناعة و تكرير البترول، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2007، ص06.

2- أنظر: -

Leboulanger (ph), Les contrats entre états et entreprises étrangères, 1985.

3- أنظر: غالب علي الداودي، المدخل لعلم القانون، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة السابعة، 2004، ص 187.

و عليه فان شرط الثبات الزمني للقانون ليس في حقيقة الأمر إلا استثناء على مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد، و بهذا فقط تتحدد طبيعته القانونية، مما يجعل الاتفاق المتعلق بهذا الشرط متسقا مع الاستثناءات التي قال بها فقه النظرية الحديثة بشأن هذا المبدأ على خلاف النظرية التقليدية القائمة على ما يعرف بالحق المكتسب.

## 2- شرط التجميد الزمني لإدماج القانون في عقد الدولة.

يرى بعض الفقه أن شرط التجميد الزمني ليس استثناء على مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، و إنما هو شرط يؤدي إلى اندماج قانون الدولة المتعاقدة في عقد الدولة فتتحول قواعده إلى مجرد بنود في ذلك العقد، وتفقد بالتالي طبيعتها المعيارية، لذلك يصف العديد من الفقهاء شروط التجميد الزمني بالشروط التحويلية لطبيعة القانون، و كل هذا امتدادا لمبدأ راسخ في القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة و الاستثمار هو مبدأ سلطان الإرادة<sup>(1)</sup>.

و بهذا فإن التعديلات أو الالغاءات التي قد تطرأ على القانون لا تسري على العقد، ذلك أن قواعد ذلك القانون لم تعد متصفة بالصفة المعيارية التي فقدتها بمجرد اختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة كقواعد تحكم العقد المجسد للمشروع الاستثماري المنجز.

و عليه فإن إرادة المشرع التي خلعت على هذه القواعد الطبيعة المعيارية هي نفسها التي رفعت تلك الطبيعة، وهذا يعني أن المشرع هو من صهر القانون في العقد ذاته فلا يكون له أية قوة إلا الي يعطيها له الأطراف بوصفها شروطا تعاقدية. إن القانون أضحي بموجب شرط التجميد الزمني " ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة تعهدهم و لا سلطة تعديله دون رضائهم"<sup>(2)</sup>.

3- رأينا الخاص: أمام هذا الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لشرط التجميد الزمني يمكننا القول بأن الرأي الأول و الذي يعتبره استثناءً على قاعدة السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد هو الأقرب للصواب و الأكثر ملاءمة، وذلك على خلاف الاتجاه الثاني الذي جعل العقد طليقا حرا بدون قانون، وهذا يشكل مخالفة لحقيقة دور الإرادة التي تستطيع اختيار القانون و ليس تجريده من طابعه الملزم، علما أن نظرية الاندماج التي قال بها بعض الفقه قد هجرها القضاء نتيجة مطالبها التي تمس بطبيعة القانون و وظيفته.

1- أنظر في مبدأ سلطان الإرادة و آثاره في نطاق العلاقات التجارية الدولية:-

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

2- أنظر :-

-Audit (B), L'arbitrage transnational et les contrats d'état, académie de droit international de La Haye, 1988, p 23.

وقد أكد هذا الاتجاه أحد قرارات التحكيم الشهيرة<sup>(1)</sup>، إذ قضى بأنه "من غير المعقول أن يعيش العقد في فراغ قانوني، ولكن يجب أن يستند في ذلك إلى قانون، فالإرادة لا تستطيع خلق روابط اتفاقية إلا إذا أعطاه القانون ذلك مسبقاً، وإذا كان العقد يخضع لقاعدة سلطان الإرادة فإن الإرادة يجب أن يعبر عنها في إطار نظام قانوني معين يفرض عليها".

وإلى جانب كل هذا يؤدي القول بنظرية الاندماج إلى سمو الإرادة الفردية على القانون، كما يعني الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاقات الأفراد، استقلالاً عن القانون، وهذا يبدو غير مقبول في المنطق القانوني، ذلك أنه لا قيمة للإرادة إلا بمقتضى القانون الذي يعطيها سلطة من أجل ترتيب الأثر المراد .

و بناء عليه فإن شروط الثبات التشريعي ليست في حقيقة الأمر سوى استثناء على مبدأ معروف لدى الأنظمة القانونية و الفقه و القضاء على حد سواء، هو مبدأ الأثر المباشر و الفوري للقانون الجديد، بحيث تستثنى عقود الدولة التي تكونت في ظل القانون القديم من خضوعها للقانون الجديد بما يستتبع بقاء المستثمر محتفظاً بجميع الامتيازات و الضمانات التي منحت له هذا بموجب نص صريح أقره المشرع نفسه.

### الفرع الثالث: شرط التجميد الزمني للقانون و مصالح الأطراف المتعاقدة.

إن البحث في دور شرط التجميد الزمني و حول ما إذا كان تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية أم قيدياً على سيادة الدولة و سلطاتها يدعو إلى التساؤل عن مدى صحة هذا الشرط و آثاره، و هي مسألة اختلف فيها الفقه و القضاء بين مدافع عن صحة الشرط باعتباره محققاً للأمان القانوني، و بين مناهض له باعتباره قيدياً يحد من سلطان الدولة و سيادتها.

### أولاً: تكريس شرط التجميد الزمني للأمان القانوني.

مما لا شك فيه لدى العديد من الباحثين أن الغاية الأهم لإدراج نظام التجميد الزمني هو تحقيق الاستقرار و الأمان القانونيين و حفظ توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة، ذلك أن تطبيق أية تعديلات أو الغاءات على القانون الساري وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن التعاقدية و توجيه اقتصاديات العقد لصالح الدولة و إلحاق الضرر بالطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

و من ناحية أخرى يجب الملاحظة بأن القواعد الجديدة التي قد تطرأ على القانون الساري لم تتصرف إليها إرادة أطراف العقد، فنيتهم اتجهت إلى اختيار قانون معين هو القانون الذي أبرم العقد في ظلّه، مما يعني إعمال التعديلات أو الإلغاءات التي قد تطل ذلك القانون تجعل المتعاقدين أمام قانون آخر من حيث المضمون و

<sup>1</sup> - وذلك في النزاع ما بين شركة نفط كاليفورنيا الأسبوية وشركة نفط تكساس عبر البحار وبين الحكومة الليبية، حيث استبعد الفقيه Dupuy فكرة العقد بدون قانون، أو العقد الذي يحكم نفسه، مشار إليه في: يوسف عبد الهادي خليل الإكبابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، بدون ناشر، 1989، ص 449، هامش 3.

<sup>2</sup> - أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 319.



الأحكام غير ذلك الذي اختاره لينطبق على عقدهم، ولو كان القانون بعد تعديله أو الغائه هو القانون الساري لحظة إبرام العقد لرفضه المستثمر ليكون قانون العقد، أو حتى رفض الاستثمار والتعاقد أصلا لعدم تماشي التشريعات السارية مع مصالحه الاقتصادية<sup>(1)</sup>.

و بهذه المثابة فإن قبول الدولة بقاعدة التجميد الزمني للقانون يعني أنها تنازلت بشكل ضمني عن واحدة من أهم السلطات التي تتمتع بها و المتمثلة في الانطباق المباشر للقانون الجديد على جميع العلاقات القائمة و التصرفات لحظة نفاذه، وذلك لصالح مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للأطراف حق اختيار القانون الذي ارتضوا به كقانون لعقدهم في تاريخ محدد، و بهذا فقط يتحقق الأمان و الاستقرار في مجال المعاملات الاقتصادية، علما أن الهدف الذي يسعى إليه المشرع أصلا من وراء إدراجه لقاعدة التجميد الزمني جاء بعد اعتقاده الجازم أن مناخ الاستثمار لن يكون قادرا على جذب المستثمرين إذا شعر هؤلاء بأن القانون الذي يحاولون تجسيد استثماراتهم على أساسه بما يمنحه لهم من امتيازات قد يعدل أو يلغى، فيجد هؤلاء أنفسهم أمام قانون لا يتماشى و مصالحهم، و لو كان ساريا وقت إبرام العقد لما أقدموا على المغامرة برؤوس أموالهم في دولة يقوم مناخها الاستثماري على عدم الاستقرار التشريعي.

و الواضح أن إدراج مثل هذه الشروط في عقود الدولة سيؤدي إلى جعل العقد بمنأى عن أي تعديل يمس القانون الذي يخضع له<sup>(2)</sup>، و ذلك حتى في الحالات التي يكون القانون الجديد الصادر عن الدولة المتعاقدة يمنع إدراج تلك الشروط و يعتبرها باطلة، فالقاعدة التي أقرت عدم إمكانية المساس بالأحكام التي يخضع لها المشروع الاستثماري تؤدي إلى توقيف قوة سريان القانون خاصة إذا كانت الشروط شروطا تشريعية موجودة بالقانون نفسه، و ليس ثمة ما يمنع فنيا من تجميد الدولة لقانونها في زمان معين حرصا منها على إقرار و تحقيق الأمان القانوني الذي يحقق مصلحة جميع أطراف عقد الاستثمار.

### ثانيا: تعارض شرط التجميد الزمني مع مصالح الدولة المتعاقدة.

إذا كان الاتجاه الأول يعطي الأولوية لمبدأ سلطان الإرادة، و الذي تعد قاعدة التجميد الزمني من أهم وسائل حمايته في مجال عقود الدولة، فإن الاتجاه الثاني يرى بأن تلك القاعدة تشكل قيودا على إرادة الدولة و سيادتها ، وهو ما يحول في الأخير دون الوصول إلى الأهداف المرجوة من وراء إبرام هذا النوع من العقود. إن هدف الدولة بإبرامها للعقود مع الأجانب هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فهي ليست عقودا تقليدية للأطراف سلطة تحصينها ضد سريان أية قواعد قانونية جديدة، كما أنها ليست نظاما ثابتا يحدد حقوق و التزامات الأطراف على نحو نهائي طوال مدة تنفيذها، بل هي عقود لها طبيعتها الخاصة، وهي طبيعة لها

1-أنظر:حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 336.

2-أنظر:أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص 321.

علاقة بالاعتبارات السياسية و الاقتصادية، خاصة و أنها تتراخى في الزمن مما يجعلها عرضة للتقلبات، إنها عقود قابلة للتغيير و التبديل بطبيعتها، وهو ما يحول دون أعمال أية قواعد تتنافى مع هذه الطبيعة، ومن تلك القواعد قاعدة الثبات الزمني للقانون الواجب التطبيق على مشروع الاستثمار<sup>(1)</sup>.

و لقد أقر قضاء التحكيم فعلا حق الدولة في تعديل أو إلغاء قانونها و سريانه على عقد الاستثمار حتى في حالة وجود شرط التجميد الزمني، ففي نزاع بين مؤسسة الاستثمار البيروفية و حكومة دولة بيرو، قضت هيئة الحكيم بحق هذه الأخيرة في تعديل قوانينها الضريبية نظرا لحاجة اقتصادها إلى تنمية موارده المحلية وفقا لمعيار المصلحة الاقتصادية العامة، وذلك على الرغم وجود تشريع سابق نص على أن قيمة الضرائب المفروضة هي تلك القيمة الثابتة و قت نفاذه<sup>(2)</sup>.

و علاوة على ذلك فإن الأخذ بقاعدة التجميد الزمني يخالف الأصول الفنية لمنهج التنازع، ذلك أن المتأمل في تلك القاعدة يدرك تعارضا و خلطا من طرف المشرع نفسه في أهم الأسس التي يقوم عليها هذا المنهج، لأنها ستؤدي إلى تجزئة القانون وهذا يتناقض مع فكرة الإسناد الاجمالي للقانون و التي تقضي بأن الاحالة لقانون معين معناها الاحالة إليه في جملة<sup>(3)</sup>، بحيث يتعين على القاضي في حالة وقوع أي نزاع أن يطبق القانون المسند إليه بكامل أحكامه، بحيث لا يجوز له أعمال بعضها و استبعاد البعض الآخر، فمتى اتفق الأطراف على قانون معين ليكون قانونا للعقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي، التزم القاضي باحترام ذلك الاتفاق و تطبيق القانون ككل، و ليس للأطراف مكنة تجزئته كما يفعلون عند تجزئتهم للعقد وهي مسألة فنية مختلفة تماما عن المسألة الأولى.

و حتى و لو افترضنا امكانية تجزئة القانون واجب التطبيق على عقد الدولة بحيث يخضع فقط للأحكام السارية و قت إبرامه دون الأحكام الجديدة التي ألغت أو عدلت الأحكام الواردة في القانون القديم، فإن هذا سيجعل العقد دون قانون لأنها لم تعد أحكام متصفة بالطبيعة المعيارية بعد إلغائها، لقد أضحت بمعنى آخر نصوصا ميتة في نظر مشرعيها، وهذا يعني أن القانون قد اندمج في العقد و تحوّل عن طبيعته، وهذا يعد في حد ذاته أمرا مرفوضا فقها و قضاءً.

### ثالثا: الوظيفة المالية لشرط التجميد الزمني:

يتجه جانب من الفقه و القضاء حديثا الى القول بأن الحل الوحيد الذي من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة لا يكون بإنكار شرط التجميد الزمني تماما و القول ببطلانه، كما لا يكون بغل يد

1-أنظر: حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 352.

2-أنظر: محمد فياض، المرجع السابق، ص 620.

3-أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 333.

الدولة عن المساس ببنود العقد من خلال تعديل أو إلغاء قوانينها، و إنما بتحويل وظيفته من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة إلى شروط تلعب دور الشرط الجزائي المعروف في إطار النظرية العامة للالتزامات<sup>(1)</sup>.

و مضت الإشارة الى أنه لم يعد بالإمكان الاستغناء عن هذا الشرط و الذي أضحي في العديد من تشريعات الاستثمار الوطنية ضمانا من ضمانات الاستثمار، ذلك أن مصلحة المستثمر و طنيا كان أم أجنبيا تتحقق في ثبات العقد و استقراره و عدم المساس به لارتباط ذلك بالتوازن الاقتصادي له، مما يعني أن القول ببطلانه لا يتماشى مع مصالح الدول التي تسعى جاهدة لاستقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات و نقل المعرفة الفنية و التكنولوجيا، وهو أمر لن يتحقق في ظل رفض إدراج هذا الضمان و اعتباره باطلا.

و مع ذلك فإن مبدأ التجميد الزمني لقانون العقد مبدأ غير مطلق، حيث لا يجوز وضع الدولة على الرغم من كونها شخصا سياديا من أشخاص القانون العام على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة تهدف تلك الدولة إلى تحقيقها و التي يتعين تغليبها على المصالح الخاصة، وهذه قاعدة معروفة في كل الأنظمة القانونية الوطنية.

و تبعا لذلك فإن وجود هذا الشرط و إن كان هدفة حماية المتعاقد الأجنبي من التعرض لمخاطر استثنائية ناجمة عن تدخل الدولة و تعديلها أو الغائها لقانونها، إلا أنها شروط لا تقيد إرادة الدولة بشكل مطلق في اتخاذ الاجراءات ذات النفع العام سواء كان العقد خاضعا لقانون تلك الدولة أو لقانون آخر.

و لكن و إذا كانت الدولة طرفا سياديا يتمتع بامتيازات استثنائية بالنظر إلى المسؤوليات الواقعة على عاتقها، إلا أن هذا لا يحول دون نفي مسؤوليتها في حالة لجوئها الى المساس ببنود العقد عند إعادة النظر في قوانينها ذات الصلة به، لأن هذا يعني تحميل المستثمر الأجنبي تبعات مالية تترتب على استخدام المزايا التي تتمتع بها الدولة و التي تفوق المخاطر المعتادة التي تقع على عاتقه مقارنة بالمخاطر التي اعتاد على تحملها.

و بهذا فإن أي تدخل من طرف الدولة المتعاقدة و يكون من شأنه المساس ببنود العقد المبرم مع المستثمر على الرغم من وجود ضمان الثبات التشريعي يجب أن يقابله تعويض عادل عن الضرر الذي لحق بالمستثمر، وهذا تماما مثلما يحدث عند لجوء الدولة الى تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها<sup>(2)</sup>.

و معلوم أن حق الدولة في التأميم معترف له بها وفقا للقرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1962/12/14 تحت رقم 1803 و الذي اعتبره تعبيرا عن سيادتها الاقليمية، على الرغم من وجود تعهد

1-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص350.

2-أنظر: أحمد عشوش، قانون النفط، الاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم اتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003، ص41.

من قبل الدولة بعدم القيام بالتأميم، حيث يبقى هذا التعهد صحيحا و يكون عاملا من العوامل التي يعتمد عليها القاضي أو المحكم في تقدير قيمة التعويض الذي يتعين على الدولة المؤممة دفعه للمستثمر الأجنبي<sup>(1)</sup>.

و بإسقاط هذا التوجه في مجال التأميمات على شروط التجميد الزمني، فإنه يمكن القول بأنه قد أصبح لهذه الأخيرة وظيفة مالية خاصة بعدما ثبت واقعا فشل تلك الشروط في غل يد الدولة و منعها من استعمال إرادتها في المساس بالعقد بلجوتها الى استخدام مزاياها الاستثنائية التي تعد لصيقة بها و لا يمكن تجريدها منها بشروط الثبات التشريعي أو غيرها، لأن الأمر يتعلق و بكل بساطة بالسيادة التي تعد أحد أهم الخصائص الملازمة لها سواء في نطاق القانون الداخلي أو في نطاق القانون الدولي العام.<sup>(2)</sup>

و بمعنى آخر فإن التزام الدولة بقاعدة التجميد الزمني لا يؤدي الى حرمانها من سلطاتها، و لكن هذا لا يعني أيضا أن هذه القاعدة عديمة الفائدة و لا ترتب أي آثار قانونية.

وتتمثل الآثار القانونية الناجمة عن عدم التزام الدولة بقاعدة التجميد الزمني في التزامها بتعويض المتعاقد الاجنبي تعويضا عادلا يختلف من حيث المقدار عن التعويض الذي تلتزم به في حالة عدم وجود تلك القاعدة في قانونها أو شرطا في العقد المبرم مع ذلك المتعاقد، حيث تكون قيمته أكبر في الفرض الأول مقارنة بالفرض الثاني.

و يشير بعض الفقه على أن التزام الدولة بضمان التجميد الزمني يجبرها في حالة الاخلال به تعويض المستثمر عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب كان يمكن أن يحققه لو بقي العقد خاضعا لنفس أحكام القانون الذي أبرم في ظله، في حين تلتزم بتعويضه عما تعرض له من خسائر فقط في الحالات التي لا يتوافر فيها هذا الالتزام<sup>(3)</sup>.

وبهذا فقط فإن شرط التجميد الزمني يبقى محتفظا بدوره كعامل لجذب الاستثمارات للدولة لأن المتعاقد الأجنبي لن يتضرر ماديا لحصوله على تعويض منصف و عادل إذا أخلت الدولة بالتزامها، وأما القول بأن التجميد الزمني للقانون ليس له أي أثر فهذا سيكون عائقا من عوائق الاستثمار لأن المستثمر لن يغامر بأمواله في ظل قانون يمنحه امتيازات ثم يتراجع عنها دون تعويضه عن الأضرار التي قد تلحقه بعد تجسيد مشروعه الاستثماري على أرض تلك الدولة.

**المطلب الثاني: شرط التحكيم بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة.**

1- أنظر: أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص52.

Audit (B), op.cit, p41

2- أنظر:

3- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 324 و 325.

يجمع العديد من الباحثين على أن التحكيم التجاري الدولي قد أضحى بمثابة القضاء الطبيعي للمنازعات التي تنشأ في نطاق عقود التجارة الدولية الحديثة<sup>(1)</sup>، فقد احتل في الوقت الحاضر مكانة متميزة كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود<sup>(2)</sup>، وذلك راجع إلى مزايا عديدة يتمتع بها هذا النظام مقارنة بقضاء الدولة.

و قبل البحث في دواعي وأسباب اللجوء إلى هذه الوسيلة وتفضيلها من قبل المتعاملين في نطاق التجارة الدولية، وجب البحث في ماهيتها وتمييزها عن غيرها من وسائل حل المنازعات المعروفة في نفس النطاق، وهذا فيما يلي:

### الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.

إن البحث في ماهية التحكيم التجاري الدولي يحتم التطرق لتعريفه، ثم لبيان خصائصه، وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات في التجارة الدولية.

**أولاً- تعريف التحكيم التجاري الدولي:** إن التحكيم عموماً هو صورة من القضاء الخاص الإتفاقي يهدف إلى عرض النزاع على أشخاص من غير جهات القضاء العادي ليفصلوا فيه بموجب حكم واجب النفاذ<sup>(3)</sup>، أو هو "تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه شخص أو أكثر يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة"<sup>(4)</sup>.

و يذهب الفقيه "Fouchard" إلى تعريف التحكيم على أنه "اتفاق الأطراف على أن يخضعوا نزاعهم إلى قضاء خاص يختارونه"<sup>(5)</sup>، بينما يعرفه الفقيهان "Robert" و "Moreau" بأنه "نظام للقضاء الخاص يتم بموجبه إخراج المنازعة من القضاء العادي ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد يكتسبون مهمة القضاء فيها"<sup>(6)</sup>.

---

1- أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 09 و 10.

2- أنظر: عبدالوهاب موسى، التحكيم التجاري الدولي: قضاء تعاقدي؟، مجلة دراسات قانونية، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 109.

3- أنظر:-

-Rigaux(F), souveraineté des états et arbitrage transnational dans le droit des relations économiques international, Mélanges Goldman, p 261.

4- أنظر:-

-David(R), l'arbitrage dans le commerce international, paris, 1982, p 09.

5- أنظر:-

-Fouchard(Ph), Gaillard(E), Goldman(B), op.cit, p 11.

6- أنظر:-

-Robert(J) et Moreau(B), L'arbitrage - Droit interne, droit international privé , 50 éd, Dalloz, 1983, n° 01.

و قد اعتبره البعض بأنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمون دون اللجوء إلى القضاء"<sup>(1)</sup>، في حين رأى البعض الآخر بأنه "خصومة ومحكم يزود بسلطة الفصل فيها بقرار ملزم، واتفاق بين الخصوم على التحكيم"<sup>(2)</sup>، أو هو "النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهمة قضائية عهدت إليه عن طريق هؤلاء الأطراف"<sup>(3)</sup>.

و مهما يكن فإن التحكيم ليس في حقيقته سوى مجموعة من الأعمال المتتالية، ويتمثل العمل الأول في الفعل الذي يقوم به المتنازعان اللذان يختاران طرفا أو أطرافا محايدين للفصل في النزاع القائم بينهما، مع ارتضاها مسبقا بما سيصل إليه من حكم، بينما يتمثل العمل الثاني في الفعل الذي يقوم به الطرف المحايد والمختار من قبل المتنازعين، حيث يقوم بالتحري في الوقائع والبحث عن القواعد القانونية واجبة التطبيق، لينتهي بحكم يجسد بموجبه العدالة تماما مثل الحكم القضائي الصادر عن جهات القضاء العادي.

و إذا كان المهم في تعريف التحكيم التجاري الدولي أن يتضمن مجمل العمليات التي يتألف منها بداية من اتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على محكم معين، وصولا إلى عمل هذا الأخير، فإن وجوب تعلق النزاع المطروح بمعاملات التجارة الدولية أمر في غاية الأهمية وذلك لتحديد المضمون الحقيقي له، إذ ليس كل تحكيم تحكيميا تجاريا دوليا، مما يعني أن وجود العناصر السابقة، وإن كانت تكفي لبيان ذاتية التحكيم على وجه العموم، إلا أنها تبقى مع ذلك قاصرة عن إدراك المعنى الحقيقي للتحكيم التجاري الدولي محل الدراسة، والذي يعد عنصر اتصال النزاع بالتجارة الدولية من العناصر المميزة له عن سائر أنواع التحكيم الأخرى، سواء في العلاقات الخاصة الداخلية أو في نطاق العلاقات المنضوية تحت لواء القانون الدولي العام.

و بهذا فإن التحكيم التجاري الدولي ما هو -حسب اعتقادنا- إلا نظام قضائي خاص يتولى تسوية المنازعات المرتبطة بالتجارة الدولية بناء على اتفاق بين الأطراف المتنازعة.

و من خلال هذا التعريف يمكننا أن نستشف العناصر الجوهرية للتحكيم التجاري الدولي، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

**1- التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي خاص:** إن التحكيم التجاري الدولي هو مسار للفصل في الادعاءات المتباينة التي يتمسك بها أطراف النزاع<sup>(4)</sup>، وذلك وفقا لقواعد قانونية متكاملة موضوعية وإجرائية تتولى تنظيم

<sup>1</sup>-أنظر: حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، بيروت، 1977، ص 10.

<sup>2</sup>-أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص 06.

<sup>3</sup>-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أما التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 102.

<sup>4</sup>-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص 19.

سير الفصل في الخصومة إلى غاية صدور حكم حاسم للنزاع حائز لقوة الشيء المقضي فيه واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة<sup>(1)</sup>، مما يعني أن التحكيم يؤدي نفس الوظيفة التي يؤديها القضاء.

و يعد نظام التحكيم نظاماً قضائياً خاصاً لأن المحكمين لا يمارسون سلطتهم في التصدي للنزاع باسم دولة معينة،<sup>(2)</sup> ذلك أن الطبيعة القضائية لهذا النظام في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية إنما تؤسس على أسباب مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية، فيكون المحكم حال نظره في النزاعات المتعلقة بتلك العلاقات غير مرتبط لا إجرائياً ولا موضوعياً ولا وظيفياً بأية دولة، وذلك على خلاف القاضي الذي يستمد سلطته أصلاً من دولته التي تمنحه مكنة النظر في النزاعات التي تندرج ضمن اختصاصه.

**2- التحكيم التجاري الدولي نظام مختص بالفصل في منازعات التجارة الدولية:** من بين أهم ميزات التحكيم التجاري الدولي أنه نظام قضائي يختص بالفصل في المنازعات المرتبطة بمعاملات التجارة الدولية، مما يعني أنه لا بد من وجود نزاع أولاً، ثم تعلق هذا الأخير بمعاملات التجارة الدولية ثانياً.

و يعدّ وجود عنصر النزاع أمراً لازماً لقيام التحكيم، فإذا انتفى وجود النزاع انتفى معه وجود التحكيم أصلاً، فلو قام أطراف عقد بيع دولي معين بتحويل محكم سلطة تحديد الثمن فيه أو غير ذلك من المسائل الجوهرية التي لا ينعقد ذلك العقد بدونها، فإن الأمر لا ولن يتعلق في هذه الحالة بنظام التحكيم<sup>(3)</sup>، وذلك لعدم وجود نزاع يعمل المحكم على حسمه طالما أن دوره يتمثل في هذه الحالة في استكمال العناصر الجوهرية للعقد، حتى ولو سماه الأطراف محكماً<sup>(4)</sup>.

و ترتبط فكرة النزاع في التحكيم التجاري الدولي بطبيعة قانونية أو ادعاء قانوني "Prétention juridique"، فلو تدخل شخص ثالث عينه الطرفان من أجل تطويع شروط العقد ضماناً لتحقيق العدالة بينهما، فإن الأمر لا يتعلق بتحكيم وفقاً للقانون "Arbitrage selon le droit"، وذلك لأن مهمة هذا المحكم لا تنصرف إلى إصدار قرار قضائي ملزم لطرفيه، وإنما مجرد تقديم تقرير فني لهما لا يتمتع بقوة الإلزام، لذلك فهو ليس في الحقيقة سوى تحكيم خبرة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص11.

<sup>2</sup>-أنظر:-

-Jarrosion(Ch), la notion d'arbitrage, L.G.D.J, 1987, p 111.

<sup>3</sup>-وقد أطلق الفقيه "Oppetit" على هذا النوع من العمل اصطلاح التحكيم التعاقدية "L'arbitrage contractuel"، على اعتبار أن المحكم إنما يحاول استكمال أحد أو بعض عناصر العقد المبرم، وليس الفصل في نزاع نشأ بعد استكمال هذا العقد لأركانه، بينما سماه الأستاذ "Kassis" بالتحكيم غير القضائي

أنظر في هذا:-

-David(R), l'arbitrage dans le commerce international, op.cit, p 235

<sup>4</sup>-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص20.

<sup>5</sup>-أنظر: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص13.

و لا يكفي من جهة ثانية أن يتعلق التحكيم بنزاع معين حتى يعدّ تجارياً دولياً، بل لابد أن يتعلق هذا النزاع بالتجارة الدولية.

و لقد كان معيار تجارية التحكيم في بداية الأمر تقليدياً يقتصر على المنازعات التجارية بمفهومها في التقنيات الوطنية، وعلى الرغم من عدم وجود معيار واحد وعالمي في شأن تقسيم المنازعات إلى مدنية وتجارية، إلا أن الدول ذات الأنظمة اللاتينية قد اعتمدته تماشياً مع سياستها التشريعية المتحفظة اتجاه التحكيم<sup>(1)</sup>.

إلا أنه ومع تطور السياسة التشريعية لمعظم الأنظمة القانونية والتي أصبحت تشجع التحكيم في نطاق العلاقات التجارية الدولية تماشياً مع التطورات التي لحقت بهذه الأخيرة، حلّ مفهوم جديد لتجارية التحكيم، حيث أصبح يكفي في ظل تلك الأنظمة أن تتعلق المنازعة بتبادل قيم اقتصادية في مقابل حتى يكون التحكيم تحكيمياً تجارياً دولياً، فالتجارة الدولية تتسع لتشمل كل العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج أو تحويل و تداول للبضائع أو أداء للخدمات والتي تتجاوز حدود الدولة الواحدة<sup>(2)</sup>.

وقد تبني القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية مفهوماً موسعاً للتجارة الدولية، أي أخذ بالمعيار الحديث لتجارية أو اقتصادية التحكيم، فيكون هذا الأخير تجارياً كلما نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي<sup>(3)</sup>.

### 3- التحكيم التجاري الدولي نظام قائم على اتفاق الأطراف المتنازعة: إن الميزة الأخرى للتحكيم التجاري الدولي

هي أنه نظام يقوم أساساً على إرادة الأطراف، أي أنه مسار اتفاقي رهين بقبول هؤلاء اللجوء إليه للفصل في النزاع المطروح بينهم، وأن سلطة المحكم وصلاحياته تستمد وتحدد بموجب هذا الاتفاق، وذلك على خلاف القضاء الذي ينصب فيه القاضي من قبل الدولة ويستمد ولايته وسلطاته من قانونها<sup>(4)</sup>.

و عليه فإن التحكيم التجاري الدولي، وإن كان مساراً للفصل في النزاع إلا أنه مسار لا يملك أحد المتنازعين سلوكه بإرادته المنفردة، وإنما يتعين اتفاق الأطراف على اختياره كوسيلة لحل النزاع المطروح بينهم، مما يعني أن هذا النوع من التحكيم يختلف عن التحكيم الإلزامي

<sup>1</sup>-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أما التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 70.

<sup>2</sup>-أنظر:-

-Fouchard(Ph), Gaillard(E), Goldman(B), op.cit, p 38.

<sup>3</sup>-أنظر:-

-Fouchard(Ph), la loi type de la CNUDCI, J.D.I, 1987, p 861.

<sup>4</sup>-وتجدر الإشارة إلى أنه لم يعد للتحكيم الإلزامي مكانة على الصعيد الدولي بعد سقوط الأنظمة الشيوعية، فقد انهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم الكوميكون "Comecon" في فبراير عام 1991، كما زالت اتفاقية موسكو المبرمة في 1972/05/29 المتعلقة بالتحكيم التجاري بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجلس. أنظر في هذا: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 15 و 16.



"L'arbitrage forcé"، فهذا الأخير وإن كان يتعلق بالتجارة الدولية، إلا أن إرادة الأطراف تنعدم فيه، لأنهم ملزمون وفقا لقواعد قانونية أمرت في تشريعاتهم الوطنية باللجوء إليه لفض نزاعاتهم.<sup>(1)</sup>

ثانيا - تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات في التجارة الدولية: لاشك أن اجتماع الخصائص المميزة للتحكيم التجاري الدولي هو الذي يميز بينه وبين غيره من الأنظمة الأخرى التي تعرفها الحياة التجارية الدولية على اعتبار أنها هي أيضا وسائل بديلة لتسوية المنازعات المرتبطة بهذا النوع من التجارة<sup>(2)</sup>، والتي تتمثل أساسا في الخبرة والوساطة والتوفيق.

**1- التحكيم والخبرة في التجارة الدولية:** تتمثل الخبرة في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير باتباعها<sup>(3)</sup>، وبهذا فإن الخبرة في التجارة الدولية إنما تقوم على حسم مسألة فنية أو واقعية يتولى فيها الخبير تقديم الرأي أو المشورة، فهو يبحث في مسألة واقع "Question de fait" يعطي فيها رأيه الفني حتى ولو كان غير ملزم<sup>(4)</sup>، أما التحكيم فهو نظام يفصل بموجبه المحكم في نزاع معين يلتزم به المحكّمون، أي أن المحكم إنما يقوم بالبحث في مسألة قانونية "Question de droit" وليست فنية.

و إذا كانت الحالة التي يطلب فيها المتنازعان الخبرة من شخص ثالث يعينانه تشبه حالة اللجوء إلى التحكيم نظرا لوجود اتفاق في كلاهما، إلا أن الخبرة تبقى مع ذلك مجردة من أي عمل قضائي، ولا يواجه فيها الخبير أي ادعاء قانوني، والعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان من يرتضيانه القيام بالعمل المتفق عليه تحكما كان أم خبرة، وإنما بحقيقة مهمة التي يعهدان له بها، وحول ما إذا كانت فصلا في نزاع مطروح بينهما فيكون تحكما، أم مجرد تقديم أي استشاري يحتاج لحكم نهائي حتى يكتسب الطابع الإلزامي فيكون صلحا<sup>(5)</sup>.

**2- التحكيم والوساطة في التجارة الدولية :** تقوم الوساطة على وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين والوصول إلى حل يقبل به الطرفان، حيث يظل في تشاور دائم مع الأطراف المتنازعة سواء في اجتماعات منفصلة أو مشتركة يجمعهما فيها معا حتى يتم التوصل إلى حل ودي مقبول، فإذا لم يجد جدوى من وساطته تعين عليه في هذه الحالة إنهاءها<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص22.

<sup>2</sup>-ويرمز إلى هذه الوسائل برمز "ADR" اختصارا للتسمية الإنجليزية "Alternative disputes resolution"، بينما يطلق عليها باللغة الفرنسية "R.A.D" اختصارا لـ: "Règlement alternatif des différends".

<sup>3</sup>-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص28.

<sup>4</sup>-أنظر: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص17.

<sup>5</sup>-أنظر:-

-Jarrousson (Ch), op.cit, p 264.

<sup>6</sup>-أنظر:-

و على خلاف ما سبق فإن التحكيم ينتهي دوماً بحكم فاصل في النزاع المطروح يجوز لمن له مصلحة من الطرفين التمسك به رغم امتناع الطرف الآخر عن تحرير العقد المتضمن نتيجة التحكيم، أما إن كان الأمر يتعلق بمجرد وساطة فإن نكول أحد الطرفين عن تحرير العقد المتفق عليه يعني في حد ذاته فشل الوساطة مما يفتح الباب لأي منهما نحو الاتجاه إلى القضاء<sup>(1)</sup>.

و بناء على ما سبق فلو اتفق طرفا نزاع معين على تعيين شخص ثالث و تحرير عقد بينهما يضمنانه ما سيتوصل إليه من حل للنزاع المطروح، فإن العبرة لتحديد حول ما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم أو وساطة إنما تكون بحقيقة مهمة التي عهدا بها إلى الشخص الثالث، وحول ما إذا كان حسم النزاع سيتم بحكم ملزم لهما، وهنا نكون أمام تحكيم، أو مجرد التوسط بينهما للوصول إلى حل مقبول بالنسبة لهما، وفي هذه الحالة سنكون أمام مجرد وساطة هدفها التقريب بين وجهات نظر الطرفين<sup>(2)</sup>.

**3- التحكيم والتوفيق في التجارة الدولية:** إن نظام التوفيق هو نظام يقوم بالأساس على قيام شخص يدعى الموفق بتقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين<sup>(3)</sup>، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية للنزاع المطروح بينهما، أو يحيطهم على الأقل بمضمون القرار الذي سيتخذه بهذا الشأن، فإذا لم يقبل أحد الطرفين أو كلاهما بما اقترحه الموفق، أو انسحب أحدهما أو كلاهما أثناء سير عملية التوفيق انتهت العملية<sup>(4)</sup>.

و قد عرف قانون الأونيسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التوفيق بأنه "كل عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بأي تعبير آخر له معنى مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما من أجل التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية أخرى، دون أن يكون للقائم بالتوفيق أي صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين"<sup>(5)</sup>.

و على خلاف نظام التوفيق فإن التحكيم ينتهي بقرار ملزم للطرفين بصرف النظر عن قبولهم أو رفضهم إياه، كما أنهم يجهلون مضمون القرار الذي يتوصل إليه المحكم للفصل في النزاع المطروح عليه، لأنهم لا يشاركونه في إعداده كما هو الحال في التوفيق.

### الفرع الثاني: دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة.

-Oppetit (B), Arbitrage, médiation en conciliation, Rev.crit, 1984, p 307.

<sup>1</sup>-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص27.

<sup>2</sup>-أنظر: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص29 وما يليها.

<sup>3</sup>-أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص19.

<sup>4</sup>-وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرار صادر لها بتاريخ 1999/12/17 بأنه: "إن التحكيم يخرج عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها بعضاً، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي فيه بل يكون معلقاً نفاذها على قبول أطرافها، فلا تنقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية لها". أنظر في هذا: محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص19.

<sup>5</sup>-أنظر المادة الأولى من قانون الأونيسيترال لسنة 2002، منشورات الأمم المتحدة لسنة 2004.

يبدو أن التنظيم الاقتصادي العالمي الجديد الذي بدأ في الظهور مع نشأة المنظمة العالمية للتجارة قد أدى على خلاف ما اعتقده البعض إلى اتساع دور الدولة في مجال العلاقات التجارية الدولية، فهذه الأخيرة تحررت من كل القيود ولم يعد فيها أي فرق بين من يمارس الأعمال التجارية سواء كان من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص.

و طبيعي أن تشجيع حركة التجارة وازدهارها وكفالة حريتها يقضي بإخضاع جميع المنازعات المتعلقة بها إلى قضاء التحكيم، حيث أخذ هذا الأخير حيزا هاما من بين جميع وسائل تسوية المنازعات، حتى ولو تعلق الأمر بالعقود التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها.

و على العموم فإن الأسباب التي تدفع بالأطراف في عقود الدولة لاختيار قضاء التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ، أو تكون قد نشأت بينهم بالفعل إلى نوعين من الأسباب، يعود الأول منها إلى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، في حين يعود النوع الثاني منها إلى الدولة الطرف في العقد.

**1-دوافع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة:** درء للخطر الكامن وراء انحياز القضاء الوطني لصالح الدولة المتعاقدة، يعتمد الطرف الأجنبي المتعاقد معها إلى تضمين العقد الذي يبرمه مع تلك الدولة شرطا يسلب الاختصاص من ذلك القضاء<sup>(1)</sup>، ومنحه لقضاء مستقل عنها هو قضاء التحكيم، وهو شرط يتمسك به هذا الطرف ولو حال ذلك دون إبرام العقد<sup>(2)</sup>.

و معلوم أن الدولة وإن كانت مجرد طرف في العقد المبرم، إلا أنها تبقى مع ذلك طرفا غير عادي من حيث المزايا والسلطات التي تتمتع بها، وهو ما يمكنها من التأثير على حياد القضاء فيصدر أحكاما تتماشى ومصالحها، ومن دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر والذي سيتضرر سلبا من وراء هذا التصرف المنافي للعدالة.

و من المخاطر المتولدة عن عقود الدولة أيضا إمكانية تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى على نحو يجعل يده مغلولة عن النظر في المنازعات التي تكون هذه الدولة طرفا فيها، وهنا تكمن الخطورة العظمى بالنسبة للطرف الأجنبي والذي سيتعرض لإهدار في حقوقه بمجرد دفع الدولة بحصانتها أمام القضاء.

<sup>1</sup> -أنظر: محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 393.

<sup>2</sup> -أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 33.

و طالما أن الأمر كذلك فلا مناص للطرف الأجنبي من تجنب كل تلك المخاطر سوى إدراج شرط يقضي بعرض المنازعات الناشئة بينه وبين الدولة المتعاقدة على قضاء محايد ومستقل عن قضاء الدولة هو التحكيم التجاري الدولي.

2-دوافع اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة المتعاقدة: تسعى الدول في ظل الوضع الاقتصادي الحالي، وعلى اختلاف توجهاتها إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة بها، وهي بهذا تقوم بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين والمشروعات الأجنبية، كذلك المتعلقة بنقل التكنولوجيا وتراخيص استغلال الثروات الطبيعية والتنقيب عن المحروقات وشق الطرق وامتياز المرافق العامة وغيرها<sup>(1)</sup>.

و عادة ما تواجه هذه التعاقدات والاستثمارات صعوبات جمة تحول دون إتمامها وإنجازها، ومن بين هذه الصعوبات كيفية تسوية المنازعات التي قد تنثور بين الدولة أو أحد فروعها وبين الطرف الأجنبي، حيث يخشى هذا الأخير إهدار حقوقه لعدم وجود ضمانات كافية تحمي حقوقه واستثماراته بهذه الدولة<sup>(2)</sup>.

و حتى تضمن الدولة استقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات، فهي لا تتردد في توفير ضمانات التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض المنازعات بينها وبين الطرف الأجنبي، وغير خفي أن هذا الأخير لا يجازف باستثماراته إذا لم يكن متاحا له وضع شرط التحكيم، أو إبرام اتفاقية تحكيم لمواجهة ما قد يثور من خلافات في المستقبل، لذلك يلاحظ اتجاه معظم قوانين الاستثمار الخاصة بالدول نحو الاعتداد بالتحكيم وتبنيه كوسيلة لفض المنازعات مع المستثمرين، وذلك لبث الطمأنينة في أنفسهم وتشجيعهم على استثمار أموالهم، وهو الأمر الذي لن يتحقق فيما لو أجبر هؤلاء على مواجهة العدالة الوطنية<sup>(3)</sup>.

بل وأكثر من ذلك فإن التحكيم التجاري الدولي لم يعد في الوقت الحاضر -حسب العديد من الفقهاء- مجرد قضاء اتفاقي يتوقف على إرادة الخصوم، وإنما صار أقرب إلى القضاء الملزم والدائم<sup>(4)</sup>، ذلك أن التراضي على اللجوء إليه أصبح أقرب إلى التسليم بشروط محددة سلفا لا تترك مجالاً كبيراً لحرية الاختيار، بل تفرض

<sup>1</sup>-أنظر: ابراهيم قادم، المرجع السابق، ص 117.

<sup>2</sup>-أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 01 و 02.

<sup>3</sup>-أنظر: محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 13.

4- ويمكن في هذا المقام أن نتخذ من تجربة ليبيا مثالا على ذلك، فقد منعت هذه الأخيرة في تشريع صادر لها عام 1970 اللجوء إلى شرط التحكيم في عقود الدولة، حيث جاءت المادة الأولى منه على بطلان كل شرط يرد في عقود الوزارات أو المصالح الحكومية أو المؤسسات العامة إذا كان ذلك الشرط يقضي بتسوية المنازعات المتعلقة بها عن طريق اللجوء إلى التحكيم أو أية سلطة قضائية أخرى ما عدا السلطة القضائية الليبية. غير أنه وبمرور فترة زمنية قصيرة بدأت الآثار السلبية لهذا التشريع تظهر على الاقتصاد الليبي، حيث رفضت الكثير من المشروعات الأجنبية التعاقد مع ليبيا بدون وجود شرط التحكيم، وهو ما أدى إلى ارتفاع ثمن المنتجات والخدمات التي تعاقدت عليها هذه الدولة مع قليل من المشروعات التي قبلت الاستغناء عن هذا الشرط، وهو ما دفع لليبيا إلى التدخل من أجل تعديل التشريع السابق بإضافة فقرة إلى المادة الأولى يسمح بإلغاء الحظر في حالة موافقة مجلس الوزراء على ذلك بعد اقتراح من الوزير المختص، غير أن هذا التعديل لم يجد نفعاً، نظراً لطول فترة الحصول على طلب الإعفاء، فازداد الأمر سوءاً، وهو ما دفع لليبيا لإلغاء التشريع برمته في 15/10/1972. أنظر في هذا: أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 301 و 302.

على الأطراف ولو بطريق غير مباشر، كما هو الحال في العقود النموذجية التي تحتوي غالبيتها على شرط التحكيم، علاوة على أن انتشار هيئات التحكيم الدائمة والمتخصصة في عمليات التحكيم قد جعل من مسألة خضوع المنازعات المتعلقة بهذا النوع من المعاملات لهذا النظام أمراً واقعاً يخضع له الخصوم بمجرد اختيارهم لإحدى هذه الهيئات<sup>(1)</sup>.

---

1-أنظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال، المرجع السابق، ص 58.

## الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولة.

تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولة من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف العقد الدولي على الاتفاق عليها، لما لذلك من أثر على حقوق وواجبات كل طرف.

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

و عليه فإن موضوع البحث يواجه مشكلة أساسية تتمثل في التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة إذا طرح النزاع على القاضي الوطني، و هل هو نفسه إذا طرح على قضاء التحكيم؟

## المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة.

بما أن مبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني حرية الاتفاقيات في القانون الداخلي هو المبدأ المهيمن في ميدان العقود والالتزامات عموماً، فقد أخذ نفس الحيز في مجال العقود الدولية<sup>(1)</sup>، إذ ومع تطور نظرية تنازع القوانين لم يعد دور المبدأ ينحصر في تلك الوظيفة، بل أصبح يستخدم كمبدأ سابق يسمح بحل مشكلة التنازع، ومقتضاه خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، أو بما يستخلصه القاضي من ظروف وملابسات التعاقد<sup>(2)</sup>، وهذا ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة.

وبهذه المثابة فقد استقر في مختلف النظم القانونية الاعتراف بالإرادة كضابط للإسناد بالنسبة للعقود الدولية<sup>(3)</sup>، هذا الأمر يستدعي من القاضي أن يحدّد أولاً طبيعة العقد لمعرفة ما إذا كان داخلياً أو دولياً، لأن هذا الأخير هو وحده من يثير مشكلة التنازع لاتصاله بأكثر من نظام قانوني، فدولية العقد مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص<sup>(4)</sup>.

و بناء على كل ما سبق سيتم بحث مضمون منهج التنازع في عقود الدولة من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، نتناول في الأول اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقد الدولة الاقتصادي، ثم عن كيفية تحديد هذا القانون، على أن نتطرق في مبحث ثالث لنطاق تعيينه وتطبيقه وذلك على النحو التالي : **المطلب الأول: المقصود بمبدأ قانون الإرادة.**

على الرغم من استقرار قاعدة خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة في مختلف الأنظمة القانونية لدى غالبية الفقه، إلا أن تحديد مضمون تلك القاعدة بقي محل خلاف فقهي كبير، حيث انقسم الفقهاء بشأن ذلك إلى قسمين، يرى الأول منهما بأن للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية، وهؤلاء هم أنصار النظرية الشخصية، في حين يرى القسم الثاني وهم أنصار النظرية الموضوعية بأن حرية المتعاقدين لا يتصور وجودها أبداً طليقة من كل قيد.

و للوقوف على مضمون مبدأ قانون الإرادة، سنبحث بإيجاز في فكر النظريتين السالف ذكرهما وأثرهما على دور الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي وذلك فيما يلي:

### الفرع الأول: النظرية الشخصية.

1-أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص05.

2-أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص11.

3-أنظر: -Loussouarn (Y) et Bourel (P), Droit international privé, Dalloz, 4ème éd, 1993, -

إن قاعدة قانون الإرادة لم تكن سوى نتيجة طبيعية ملازمة للنزعة الفردية والحرية الرأسمالية التي بلغت أقصاها في نهاية القرن التاسع عشر ميلادي، بحيث لم يعد لتلك الإرادة سلطة تنظيم العقد فقط، بل أصبح لها إلى جانب ذلك القدرة على اختيار القانون واجب التطبيق عليه بصفة مستقلة عن أي حل سابق وأمر<sup>(1)</sup>.

ولأن النظرية الشخصية بزعامة "Laurent" قد ولدت في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي، فقد ردّ أنصارها قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، فجعلوا للإرادة مرتبة تسمو على القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم رابطتهم العقدية، فتندمج تلك الأحكام وتصبح شروطا عقدية يحق للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها حتى ولو كانت تتضمن قواعد أمر<sup>(2)</sup>.

وقد باركت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه القاضي بإخضاع العقد لمطلق سلطان الإرادة، بحيث قررت في حكمها الشهير الصادر في 1910/12/05 بأن: "القانون واجب التطبيق على العقود سواء في ما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين"<sup>(3)</sup>، وانتهت بالتالي إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار منزلة الشروط التعاقدية، حيث رفضت الاستناد إليه لإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة بالعقد، فمادام شرط الإعفاء من المسؤولية محلا لتراضي الطرفين فهو ملزم لهما، وأما الرجوع إلى القانون الأمريكي فمعناه إمكانية إضافة شروط أخرى لم يتناولها العقد ويتضمنها ذلك القانون<sup>(4)</sup>.

ومن خلال ما سبق يبدو واضحا أن للإرادة وفقا لفكر النظرية الشخصية القدرة على التنظيم الذاتي للعلاقة العقدية إذا كانت هذه الإرادة صريحة أو كان بالإمكان استخلاصها من ظروف الحال، أما إذا لم تكن كذلك فعلى القاضي تحديد إرادتهم المفترضة بالرجوع إلى قواعد الإسناد الاحتياطية المقررة في قانون دولته. وفي الحالة الأخيرة يتعذر القول بقانون اختاره الأطراف، ومن غير الممكن بالتالي تصور الاندماج لدى فقه النظرية الشخصية، لأننا نكون أمام قانون اختاره المتعاقدون صراحة أو ضمنا<sup>(5)</sup>.

1- أنظر :- Botiffol (H), contrats et conventions, op.cit, n° 9.

2- أنظر: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 79.

3- أنظر :- Cass, 05/12/1910, Rev.crit, 1911, p 353.

مشار إليه في: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 80.

4- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 131.

5- أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 132.



ومن أهم النتائج التي يمكن أن تترتب على منح الإرادة سلطانا مطلقا في اختيار قانون العقد الدولي هي اندماج هذا القانون في العقد وتجريده من سلطانه الأمر<sup>(1)</sup>، فتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية يتعامل معها القضاء الوطني معاملة الوقائع، وعليه فإن القاضي غير ملزم بالبحث عن الدليل في القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وإنما يتعين على الخصم المتمسك بحكم ذلك القانون إثبات أحكامه وتقديمه إلى المحكمة<sup>(2)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن اندماج أحكام القانون المختار في العقد يؤدي إلى إمكانية استبعاد المتعاقدين لأحكامه، وهذا تحصيل حاصل لأن تلك الأحكام هي في حكم الشروط التعاقدية، فيكون بداهة للأطراف حق الاتفاق على شروط أخرى تخالف نصوص القانون المختار<sup>(3)</sup>.

ويسمح الأخذ بفكر النظرية الشخصية أيضا للمتعاقدين في إطار تصرف قانوني واحد اللجوء إلى اختيار أكثر من قانون لتنظيم الجوانب المختلفة للعقد<sup>(4)</sup>، وذلك بما يتماشى مع مصالحهم، وهذا ما يعرف لدى فقه القانون الدولي الخاص بتجزئة العقد.

ويرفض من ناحية أخرى أنصار هذه النظرية فكرة إبطال العقد استنادا لأحكام القانون المختار، ذلك أن اندماج هذا القانون في العقد يجرده من طابعه الأمر، ومن غير المتصور أن تؤدي نصوصه إلى بطلان العقد، وهذا ما يتماشى وتوقعات المتعاقدين إذ من المستحيل أن يختار هؤلاء قانونا يبطل عقدهم<sup>(5)</sup>، وهو ما أكده القضاء الأمريكي في أكثر من موضع، حيث يميل هذا القضاء إلى رفض الحكم ببطلان العقد طبقا للقانون المختار على أساس أن اختيار المتعاقدين لقانون يبطل عقدهم هو اختيار غير متصور إلا بناء على خطأ مقصود<sup>(6)</sup>.

وعلاوة على هذا وفي سبيل استكمال حرية الاختيار الواسعة للمتعاقدين في فكر النظرية الشخصية، فإنه من حق المتعاقدين تضمين عقودهم شرطا يقضي بعدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد، فلا تندمج تلك التعديلات ولا تعدّ شروطا تعاقدية حتى ولو كانت تتصف بالصبغة الأمرة، ما لم يتفق هؤلاء على خلاف ذلك، وبذلك يتحقق الاستقرار للرابطة العقدية وتُحفظ توقعات

1-أنظر: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 81.

2-أنظر: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 81.

3-أنظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، الفقرة 183.

4-أنظر:- Mayer (P), droit international privé, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 1991, p545.

5- وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1910/12/05، إذ رأت أنه لا يجوز تطبيق قانون الإرادة على نحو يؤدي إلى بطلان شرط اتفق عليه المتعاقدان صراحة. أنظر في هذا القرار: محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 88، هامش 2.

6-أنظر:- Hanotiau (B), le droit international privé Américain, Paris. Bruxelles, 1979, p 248.

المتعاقدين طالما أن اختيارهم لقانون العقد قد انصبّ عليه وفقا لمضمونه الذي كان معلوما لديهم وقت إبرام العقد، وليس طبقا لمضمونه الذي طرأ بعد تعديله<sup>(1)</sup>.

وإذا كان فكر النظرية الشخصية قد اتجه إلى تحرير العقد الدولي من سلطان القانون تحريرا مطلقا، فإنّ الفقه الحديث مدعما بموقف القضاء الغالب قد رفض الأخذ بهذا المنطق حينما أرجع قدرة الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق على روابطهم العقدية إلى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي وليس إلى مطلق سلطان الإرادة، فأرادتهم لا تقوى تبعا لذلك على تحريره من حكم القانون كما اتجه إليه الموقف السابق وإنما ينحصر دورها في إخضاعه لذلك القانون.

### الفرع الثاني: النظرية الموضوعية.

إذا كان فقه النظرية الشخصية قد استقرّ على حرية المتعاقدين المطلقة في اختيار قانون العقد، بما يترتب عن ذلك من نتائج لعل أهمها إمكانية إفلات الروابط العقدية الدولية من حكم القانون، فإنّ الفقه الغالب قد رفض ذلك، واعتبر أن الإرادة حرة ولكن في حدود القانون الذي تستمد منه سلطانه<sup>(2)</sup>.

إن حق الأطراف في اختيار قانون العقد لا يستند إلى مطلق سلطان الإرادة، وإنما يستند إلى حكم القانون الذي يسمح للإرادة بإمكانية الاختيار، ومثل هذا الاختيار هو اختيار تنازعي يخضع العقد لحكم القانون وهو ما يؤدي لبطان أي شرط تعاقدية يخالف قاعدة أمره في ذلك القانون<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن الإرادة لم تعد حرة، والعقد لا يمكنه تبعا لذلك أن يعيش في فراغ قانوني، كما لا يمكنه أن يرتب آثارا قانونية بوصفه هذا، إلا باستناده إلى نظام قانوني يتيح له الوجود، ويكفل له الحماية<sup>(4)</sup>.

وعلى الرغم من اتفاق فقه النظرية الموضوعية على أن الإرادة هي المناط في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، إلا أنهم اختلفوا حول الدور الحقيقي لإرادة الأطراف، ومدى سلطة القاضي في احترام تلك الإرادة، فظهر بذلك اتجاهان أساسيان، يأخذ الأول بنظرية التركيز ووحداية التحديد، في حين يأخذ الثاني بنظرية ازدواجية التحديد.

1- وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1950/06/21، حيث أقرت بحق المتعاقدين في استبعاد تطبيق القواعد المعدلة للقانون واجب التطبيق على العقد حتى ولو كانت متعلقة بالنظام العام. أنظر:-

-Cass.21/06/1950, clunet, 1951, p 749, note Hamel.

\_Ranouil (V), op .cit, p 113 et s

2- أنظر:-

3- أنظر:-

-Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992, n° 48.

4- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص: 42

أولاً: نظرية التركيز ووحداية التحديد: يرى أنصار هذه النظرية وعلى رأسهم الفقيه "Battifol" أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو توطين الرابطة العقدية المبرمة بينهم في إطار نظام قانوني معين، فالمتعاقدون لا يختارون قانوناً معيناً، بل يركزون عقدهم في مكان معين، ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون واجب التطبيق على العقد، لذلك تسمى هذه النظرية بنظرية التركيز الموضوعية<sup>(1)</sup>.

وبهذه المثابة فإن اختيار قانون العقد ليس إلا أحد عناصر التوطين الموضوعي للعقد، وإعمال القانون واجب التطبيق لا يكون بناء على اشتراط بين أطرافه، وإنما بالنظر إلى وقائع من بينها إرادة الأطراف، أي أن المتعاقدين أحرار متى أرادوا أن يركزوا عقدهم في وسط معين، فيكون قانون هذا الوسط هو الذي يحكم العقد المبرم بينهم<sup>(2)</sup>.

ويترتب عن ذلك أن الاختيار الصريح لقانون العقد ليس ملزماً للقاضي من الوجهة القانونية طالما كان لا يتقابل مع التوطين الحقيقي والموضوعي للعقد، بل يجوز للقاضي أن يصوب هذا الاختيار، ويخضع العلاقة العقدية بالتالي للقانون المحدد من واقع التركيز الموضوعي لعناصر تلك العلاقة<sup>(3)</sup>.

وقد حظيت نظرية التركيز عند "Battifol" بدعم بعض الفقه<sup>(4)</sup>، وأحكام القضاء<sup>(5)</sup> وذلك لعدة اعتبارات، فهي تحقق وحدة القانون واجب التطبيق على الرابطة العقدية، ذلك أن الوسط الذي تتمركز فيه المصالح يكون واحداً دائماً، وهو يؤدي إلى إخضاع العقد في كل الأحوال للقانون الساري في ذلك الوسط، ولا مجال بالتالي لإعمال نظرية الإحالة<sup>(6)</sup>.

وهي من ناحية ثانية تحول دون تحايل المتعاقدين بالغش نحو القانون الذي له أوثق صلة باقتصاديات العقد، وهو ما يعني عدم إمكانية التنصل من الأحكام الآمرة فيه.

1- أنظر: - Batifol (H) et Lagarde (P), op. cit, p266.

1- أنظر: -

2- أنظر: -

3- أنظر: - Deby Gérard (F), le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse, paris, Dalloz, 1973, n° 218.

4- أنظر: - Batifol (H) et Lagarde (P), op. cit, p270.

3- أنظر: -

4- أنظر: محمود محمد باقوت، المرجع السابق، ص95 وما يليها.

5- أنظر: قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1959/07/06، والقرار الصادر بتاريخ 1971/06/29، والقرار الصادر بتاريخ 1980/03/25. مشار إليها في: أحمد عبد الكريم

سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص170، 180، هامش (2).

6- أنظر: عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص19.

ويؤدي أعمال هذه النظرية من ناحية ثالثة إلى تكريس أكثر الحلول ملاءمة وقدرة على ضمان المصالح المختلفة، مصالح المتعاقدين أولاً، ومصالح الدول التي لها علاقة بالعلاقة العقدية ثانياً، والمصالح المرتبطة بالنظام العام الدولي ثالثاً<sup>(1)</sup>.

ولا شك أيضاً أنه من شأن نظرية التركيز تلافى الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية عندما يختار الأطراف قانوناً يبطل العقد، إذ من غير المنطقي وقوع مثل هذا الاختيار، في حين أن ذلك له ما يبرره إذا سلمنا بأن إرادة المتعاقدين لا تختار القانون مباشرة، وإنما ينحصر دورها في مجرد تركيز العقد<sup>(2)</sup>. غير أنه وعلى الرغم من بساطة هذه النظرية إلا أنها قد تعرضت مع ذلك لانتقادات عديدة، كونها تعطي الدور الأساسي في تحديد قانون العقد للقاضي، حتى وإن كان هناك اختيار صريح لذلك القانون من طرف المتعاقدين، الأمر الذي قد يؤدي في النهاية إلى الإخلال بتوقعات أطراف العقد<sup>(3)</sup>، وهذا ما مهد لظهور نظرية أخرى تعرف بنظرية ازدواجية التحديد.

**ثانياً : نظرية ازدواجية التحديد :** إذا كانت نظرية وحدانية التحديد تعطي للقاضي الدور الأساسي في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، أين لا تعدو أن تكون إرادة الأطراف سوى عامل من عوامل توطين ذلك العقد في وسط معين، فإن أنصار نظرية ازدواجية التحديد يرون خلاف هذا الوضع، حيث يتعين التفرقة بين حالة الاختيار وحالة عدم الاختيار<sup>(4)</sup>.

فحين يوجد اختيار صريح لقانون العقد، وجب على القاضي التقيد بهذا الاختيار واحترامه، إذ من غير الممكن اعتبار دور الإرادة هنا دور يكمن فقط في مجرد توطين العلاقة في وسط معين يستخلص منه القاضي ذلك القانون، بل وعلى العكس من ذلك وجب على هذا القاضي عدم تجاهل الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق والأخذ به لأن في ذلك احترام منه لحق الاختيار الذي تتضمنه قاعدة قانون الإرادة والتي تعتبر قاعدة موضوعية أو مادية خاصة بالعقود الدولية واجب احترامها وعدم مخالفتها<sup>(5)</sup>.

1- أنظر :-

- Heuzé (V), la réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes, thèse, GLN, édition joly, p 246 et s.

- Heuzé (V), op.cit , p 247 et s.

2- أنظر :-

3- أنظر : عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 22.

- Deby-Gérard (F), op.cit p237.

4- أنظر :-

5- أنظر : أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 172.

أما إذا انعدم الاختيار الصريح، فهنا تعين أعمال نظرية التركيز<sup>(1)</sup>، وكان من واجب القاضي وضع جميع الإمارات المحيطة بالرابطة العقدية في ميزان التقدير للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للمتعاقدين، لأن الفكرة الجوهرية في هذا المذهب هي أن الإرادة إما معلنة أو غير معلنة<sup>(2)</sup>.

ومن أهم النتائج المترتبة عن الأخذ بهذه النظرية إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون المختص بحكم العلاقة المبرمة بينهم، حيث لا يشترط وجود أية رابطة موضوعية بين العقد والقانون المختار<sup>(3)</sup>، فالقول بهذا الشرط هو من وحي نظرية التركيز التي تغتال الإرادة الصريحة وتشوه وظيفتها، وهذا ما يخالف حاجات التجارة الدولية الحديثة ومصالحها.

والأخذ بهذه النظرية يعني أيضا إمكانية وقوع اختيار قانون العقد لاحقا لوقت إبرامه، حتى ولو كان ذلك أثناء النظر في النزاعات المتعلقة بهذا العقد أمام القضاء، بل وحتى في آخر مرحلة من مراحل التقاضي<sup>(4)</sup>. ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه يتعين لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، التمييز بين وضعين، يتمثل الأول في حالة وجود الاختيار الصريح، بينما يتمثل الثاني في حالة عدم وجود مثل هذا الاختيار<sup>(5)</sup>.

ففي الحالة الأولى وجب احترام هذا الاختيار وتطبيق القانون المختار، فقيام الأطراف بتحديد القانون صراحة يعني أنهم على علم بالمشاكل القانونية التي تنجر عن عدم ذكره، ومن غير الصحيح القول بأن دور الإرادة يقتصر فقط في مجرد تركيز الرابطة العقدية في وسط معين يستخلص منه القاضي القانون واجب التطبيق<sup>(6)</sup>.

وعليه فليس هناك أي مبرر لإعمال فكرة التركيز<sup>(7)</sup>، لأن في ذلك تعسف ومساس بقيمة الإرادة، وإنزالها إلى درجة العنصر المادي، طالما أن هذه الفكرة لا تقيم للاختيار أي وزن إلا في إطار ضيق.

غير أن التأصيل السابق والذي مفاده عدم اشتراط أية رابطة بين العقد والقانون المختار لحكمه، يعني إمكانية تحقيق الغش نحو القانون<sup>(1)</sup>، وأما القول بعلاج الغش في نظرية ازدواجية التحديد عن طريق الدفع بالنظام العام،

1- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 173.

\_ Deby - Gérard (F), op.cit' p243 .

2- أنظر: -

\_ Deby - Gérard (F), op.cit' p262 .

3- أنظر: -

4- أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 31.

-Deby - Gérard (F), op.cit' p 241 et 242 .

5- أنظر: -

6- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 172.

7- أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

فهو غير صحيح قانوناً، إذ أن المعنى المتعارف عليه لدى فقهاء القانون الدولي الخاص هو أن الغش لا ينطوي في كل الأحوال على مخالفة للنظام العام<sup>(2)</sup>.

كما يؤخذ أيضاً على نظرية ازدواجية التحديد أنها تتجاهل الإرادة الضمنية للأطراف، حيث تساوي بين حالات وجودها وانعدامها، مع أنها إرادة حقيقية من المتصور وجودها، ويستعين القاضي في الكشف عنها بقرائن لتحديد القانون الذي قصد المتعاقدون إخضاع عقدهم له<sup>(3)</sup>.

---

1- أنظر: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 37.

2- أنظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 460.

3- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 173.

## المطلب الثاني: كيفية تحديد القانون الذي يحكم عقد الدولة.

إن القاعدة العامة في عقود التجارة الدولية هي خضوعها لحكم القانون وفقا 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. غير أن تحديد قانون الإرادة، وإن كان يبدو بسيطا من الناحية النظرية، إلا أنه يثير بعض التساؤلات حول كيفية تحديده خاصة في الحالات التي يتعذر فيه معرفة الإرادة المشتركة للمتعاقدین بشأن اختيار قانون العقد. فقد سبقت الإشارة إلى أنّ غالبية النظم القانونية الحديثة انتهت إلى الاعتراف أساسا بالإرادة كضابط للإسناد في العقود الدولية لتحديد القانون واجب التطبيق عليها، فيكون للمتعاقدین 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 وعليه سنكون أمام ثلاث حالات لتحديد القانون واجب التطبيق على ذلك العقد.

### الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون العقد.

إن الأصل هو قيام المتعاقدین بتحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وذلك بشكل صريح، وفي الحالة هذه وجب على القاضي الاعتراف بذلك مادام العقد متّسما بالصفة الدولية<sup>(1)</sup>. ويظهر من خلال استقراء الواقع أن العديد من نماذج العقود الدولية تتضمن بندا يحدد فيه الأطراف القانون واجب التطبيق على عقدهم، وهذا ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي " Clause de la "compétence législative".

إن أطراف العقد يأملون في كل الأحوال أن يتم تنفيذ الالتزامات المنبثقة عن العقد تنفيذا سليما، غير أن ذلك لا يمنع من توقيعهم لاتفاق مسبق يتضمن تحديد القواعد القانونية التي تكون أساسا لحل ما قد يثور من نزاعات فيما بينهم مستقبلا، " فإن هم عملوا ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل و ما يكتفه من أخطار محتملة"<sup>(2)</sup>.

1- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 418.

2- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 190.

ويؤكد جانب من الفقه على ضرورة توافر صلة جوهرية بين العقد والقانون المختار<sup>(1)</sup>، فإن انعدمت تلك الصلة أصبح اختيارهم عديم القيمة، ويجوز للقاضي بالتالي أن يتولى بنفسه البحث عن القانون الذي تتوافر فيه الصلة المطلوبة.

وعلى عكس الاتجاه الأول، يرى رأي فقهي آخر بأن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم<sup>(2)</sup>، حتى وإن كان القانون المختار ليست له أية صلة بالعقد، وذلك للتيسير على المتعاملين في مجال التجارة الدولية، وما يشترط فقط هو أن يكون الاختيار بحسن نية وعلى نحو لا يتعارض مع النظام العام، وأن لا يكون مشوباً بالغش نحو القانون، والقول بخلاف هذا الرأي فيه إنكار لمبدأ قانون الإرادة<sup>(3)</sup>.

وبين الاتجاه الأول والاتجاه الثاني، اتجه ثالث يرى بضرورة وجود صلة بين العقد الدولي وقانون الدولة الذي اختاره الأطراف لحكم ذلك العقد، ولكن دون استلزام وجود صلة جوهرية بين القانون المختار والعقد، إذ يكفي أن تكون تلك الصلة فنية، كأن يبرم العقد في صورة عقد نمونجي متعارف عليه في مجال سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية<sup>(4)</sup>، وبذلك يتضح أن هذا الاتجاه يقيم نوعاً من التوازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون عقدهم، وبين ضرورة تأسيس تلك الحرية على ضابط فني.

### الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون العقد.

إذا لم يتفق المتعاقدون على تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم صراحة، وجب على القاضي البحث عن إرادتهم الضمنية، ذلك أن الاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن، ولذلك كان لزاماً الأخذ به وعدم تجاهله<sup>(5)</sup>.

وقد استقر الفقه والقضاء في معرض بحثهما عن الإرادة الضمنية على مجموعة من القرائن والعلامات<sup>(6)</sup>، والتي يتم على أساسها تحديد القانون الذي قصد الأطراف إخضاع علاقتهم التعاقدية لحكمه، مع العلم أنّ تلك

1- أنظر :-

.\_ Mayer (P), op.cit, n° 698

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضاً بهذا الحكم في نص المادة 01/18 من ق.م.ج.

2- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 454.

3- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 191.

4- أنظر: فؤاد عبد المنعم رياض ومحمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، 1997، ص 326.

5- أنظر :- Mayer (P), op. cit, p498

6- أنظر :-

.\_ Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p 589.



القرائن قد تكون ذاتية تستمد من الرابطة العقدية في حد ذاتها، أو خارجية تستخلص من ظروف وملابسات التعاقد.

ومن أمثلة القرائن الذاتية المستمدة من الرابطة العقدية قرينة شرط الاختصاص القضائي، حيث يعتبر بعض الفقه أن إخضاع المتعاقدين للمنازعات التي قد تثور بينهم إلى قضاء دولة معينة، يعدّ دلالة على اتجاه إرادتهم إلى اختيار قانون هذه الدولة<sup>(1)</sup>.

ويرى البعض أن تحرير مضمون العقد وذلك بمعرفة موثق تابع لدولة معينة، يعد قرينة ذاتية تدل على رضا الأطراف بتطبيق قانون الدولة التي يتبعها هذا الموثق<sup>(2)</sup>.

ومن القرائن الذاتية أيضا تلك التي تقضي بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود المرتبطة به، فلو أبرم متعاقدان عقد كفالة دين تقرر لأحدهما على الآخر بموجب عقد أصلي، ولم يرق هؤلاء بتحديد القانون الذي يحكم عقد الكفالة، كان القانون المختار لحكم العقد الأصلي هو نفس قانون عقد الكفالة، وذلك على أساس اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين إلى ذلك<sup>(3)</sup>.

وأما بخصوص القرائن الخارجية فمنها القرينة المستمدة من اتفاق المتعاقدين على إبرام العقد في دولة معينة، فيكون قانون محل إبرام العقد هو القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين<sup>(4)</sup>، وكذا القرينة التي تستخلص من السلوك الذي يسلكه الأطراف بعد إبرام العقد، كأن يتفق المتعاقدون على اختيار مكان معين لتنفيذ العقد بعد أن امتنعا عن ذلك وقت إبرامه، فهذا يعتبر دليلا على اتجاه إرادتهم الضمنية إلى اختيار قانون الدولة التي يتم تنفيذ العقد فيها كقانون له<sup>(5)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الواقع العملي يبنى بأنّ القاضي، وعند محاولته استخلاص الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، لا يكفي عادة بوحدة من القرائن للدلالة على النية غير المعلنة للأطراف، بل الغالب هو قيامه بجمع أكثر من مؤشر أو علامة للتأكد من اتجاه تلك الإرادة للقانون المختار<sup>(6)</sup>.

وعلى العكس من ذلك يرى بعض الفقه بأن شرط الاختصاص القضائي لا يمكن أن يحمل منفردا على أنه تعبير عن الإرادة الضمنية طالما أن تنازع القوانين قائم على الفصل بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي.

أنظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص 47.

1- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 195.

2- أنظر: حفظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 424.

3- أنظر: Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p 587.

4- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 423.

5- وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الاتجاه يختلف عن الاتجاه الذي تعنته بعض التشريعات، والتي تقضي بإخضاع الرابطة العقدية إلى قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه، وذلك عند تحلف الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، فيكون

الإسناد لهذه القوانين إسنادا جامدا يكمل العلم المسبق بما، وهو يعبر عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين وليس الإرادة الضمنية.

6- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 115.

فقد قضت محكمة السين في حكمها الصادر بتاريخ: 1959/07/08، وهي تنتظر في الطعن المقدم في قرار تحكيم بتطبيق القانون الفرنسي استنادا إلى عدة قرائن، وهي أن العقد قد تم توقيعه بين فرنسي وأجنبي متوطنين في فرنسا، وكان الوفاء بالعملة الفرنسية، ومن الخزنة العامة الفرنسية، وكان شرط التحكيم ينص على التحكيم في باريس<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك تذهب بعض التشريعات<sup>(2)</sup>، مؤيدة بموقف بعض الفقه<sup>(3)</sup>، إلى ضرورة إعلان المتعاقدين عن اختيارهم للقانون واجب التطبيق إعلانا صريحا حتى يعتد به كقانون لذلك العقد، وفي حالة تخلف الاختيار الصريح له فلا يجوز للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية، وإنما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية والبحث عن القانون الأوثق صلة بها حتى يتسنى له تحديد القانون واجب التطبيق.

ويؤسس الفقه الرافض لفكرة الإرادة الضمنية حججه على أن منح القاضي سلطة البحث عن قانون العقد بالاستناد إلى هذه الإرادة، قد يؤدي به إلى التحكم والوصول إلى قانون لا يتماشى وتوقعات الأطراف، ذلك أن سكوت هؤلاء عن الاختيار الصريح إنما يعود في الحقيقة إلى أحد ثلاثة أسباب.

ويكمن السبب الأول منها في أن المتعاقدين لم يتنبهوا أصلا للمشكلة، وهذا فرض يصعب التسليم به في الوقت الراهن، ويتمثل الثاني في أن العقد كان يتركز بجميع عناصره في النظام الداخلي لدولة معينة وقت إبرامه، ولم يتطرق إليه العنصر الأجنبي إلا في وقت لاحق مما حال دون اختيار المتعاقدين لقانون العقد، بينما يتمثل الفرض الثالث في تعمد المتعاقدين تجنب الاختيار الصريح لقانون العقد لعدم اتفاقهم بشأنه، أو نتيجة رغبتهم في تجنب إعاقة إبرام العقد<sup>(4)</sup>.

وعليه يصعب القول في كل هذه الحالات بوجود إرادة ضمنية، وانصرافها إلى اختيار قانون معين لحكم العقد، فإذا قام القاضي على الرغم من ذلك بالبحث عن هذه الإرادة غير الموجودة أصلا، فقد يتوصل بناء على قرائن معينة إلى اعتبار أحد القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية هو القانون المختار ضمنا من قبل المتعاقدين، وهذا سيخل حتما بتوقعاتهم لأن الإرادة التي اعتبرها القاضي إرادة ضمنية، هي في الحقيقة إرادته وليست إرادة المتعاقدين<sup>(5)</sup>.

وعلى الرغم من الحجج التي ساقها هذا الاتجاه، إلا أن الإرادة الضمنية تبقى مع ذلك واقعا يتعين أخذه بعين الاعتبار، فقد يعجز الأطراف عن الاتفاق حول اختيار قانون معين يحكم العقد المبرم بينهم، أو يبرم العقد داخليا

1- أنظر: منير عبدالمجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 231.

2- ومن ذلك القانون الدولي الخاص التركي (المادة : 24)، والقانون المدني الإسباني (المادة : 05/10).

3- أنظر: \_ Deby - Gerard (F), op.cit, p 293

4- أنظر: - Deby - Gerard (F), op.cit, p 242.

5- أنظر: - Heuzé (V), op.cit, p 151.

ثم يصبح دوليا عند دخوله مرحلة التنفيذ، فيتولى القاضي مهمة تحديد ذلك القانون من خلال قرائن تدل على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، ومن دون أن يشكل ذلك تحكما بالمفهوم الذي يذهب إليه أنصار هذا الاتجاه، ذلك أن استخلاص القاضي لا يقع بشكل مجرد، وإنما يتم من خلال ظروف وملابسات التعاقد، كإخضاع المتعاقدين المنازعة في العقد لاختصاص دولة معينة، أو إشارتهم لقانون معين، أو استخدامهم لبعض الاصطلاحات الواردة فيه، أو تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة كما سبق بيانه آنفا.

و تجدر الإشارة أخيرا إلى أن استخلاص إرادة المتعاقدين على النحو السابق بيانه هي مسألة واقع يتمتع بموجبها القاضي بسلطة تقديرية واسعة، فلا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، طالما كانت استنتاجاته مبنية على أسباب سائغة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد.

إذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الدولية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم العقد، وتعذر في نفس الوقت استخلاص إرادتهم الضمنية، وقع على القاضي في هذه الحالة مهمة تحديد قانون العقد.

ويفضل بعض الفقه في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد على النحو المشار إليه، إسناد الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها، والذي يشكل مركز الثقل في تلك الرابطة، وذلك من دون الحاجة إلى الاستناد لما يسمى بالإرادة المفترضة<sup>(2)</sup>.

ويتولى القاضي تعيين القانون الواجب التطبيق بإسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة "Un rattachement rigide" ومعلومة من طرف المتعاقدين مسبقا كقانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو غير ذلك، وإما بإسنادها بناء على ضوابط مرنة "un rattachement souple"، تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد<sup>(3)</sup>.

### أولا: الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف حول تحديد القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، تلجأ العديد من القوانين إلى اعتماد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها، ليعين القانون الذي يراه المشرع الأوثق صلة بالرابطة العقدية<sup>(4)</sup>.

1- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 196.

2- أنظر: - Pommier (J-Ch), op.cit, p 80.

3- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 548.

4- أنظر: صالح المنزلاوي، قانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 324.

ومن شأن هذا الإسناد توفير ميزة العلم المسبق للمتعاقدين بالقانون الذي يحكم العقد، وبالتالي كفالة الأمان القانوني المنشود وصيانة توقعاتهم، ومن شأنه أيضا توحيد الحلول القانونية التي تطبق على الروابط العقدية العابرة للحدود<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك يرى بعض الفقه أن الأخذ بهذا الحل التشريعي قد يعد عقبة في تطوير الحلول القانونية وملاحقة الوثبات السريعة التي تخطوها الصفقات في مجال التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، فهناك من العقود التي قد يلائمها أعمال إسناد معين لتحديد القانون المنطبق عليها، في حين أنه لا يلائم عقودا أخرى، وبالتالي فإن توحيد الحلول وتطبيقها على كافة الروابط العقدية العابرة للحدود - حسب اعتقادنا - ليس دائما في خدمة مصالح التجارة الدولية.

و على العموم فإنّ أغلبية القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه تعتمد على ضابطي إسناد يتمثلان في قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل تنفيذه.

### 1- إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد.

لقد كان المبدأ السائد لدى كل من الفقه والقضاء الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر، هو إخضاع العقد الدولي لقانون محل إبرامه في الحالة التي يسكت فيها الأطراف صراحة أو ضمنا عن اختيار القانون الواجب التطبيق عليه<sup>(3)</sup>.

وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1910/12/05 بخصوص قضية "American trading company Quebec" و "Steamship company limited" بأنّ القانون الواجب التطبيق على العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار هذا القانون بشكل صريح أو ضمني هو قانون البلد الذي يتم فيه إبرامه، وذلك عند اختلاف المتعاقدين في الجنسية<sup>(4)</sup>.

وعليه فإنّ القضاء الفرنسي قد اعتبر من خلال هذا القرار أن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم المشتركة، فإن اختلف هؤلاء في ذلك، كان قانون الدولة التي أبرم فيها العقد هو القانون الواجب التطبيق.

ويرى الاتجاه المؤيد لفكرة الإسناد هذه، بأنّ هذا القانون يعبر عن صلة وثيقة بين العقد الدولي ومحل إبرامه، فقانون هذا الأخير هو الذي يوفر لذلك العقد فرصة الولادة حيا والانعقاد صحيحا، طالما أنه يمكن

1- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 553.

2- أنظر: أحمد عبد الكرم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 199.

3- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 550.

4- أنظر في التعليق على هذا القرار:-

-Ali Abdoul Munim, la protection de l'acheteur dans la vente de marchandise en droit du commerce international, thèse, 1991, p 205.

للمتعاقدين معرفة جميع الأركان والشروط اللازمة لإبرامه، كما يكفل أعمال نفس الإسناد وحدة القانون المطبق على جميع مراحل العقد، وذلك على خلاف الإسناد لقانون محل تنفيذه، حيث يؤدي ذلك إلى خلق صعوبة عملية تجعل من مسألة تجزئة العقد وإعمال أكثر من قانون بشأنه أمرا واردا حينما تتعدد الأماكن التي تتم فيها عملية التنفيذ<sup>(1)</sup>.

وقد أخذت بهذا الاتجاه العديد من التشريعات، حيث أسندت العقد عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكمه إلى قانون بلد إبرامه، ولكن مع وجود اختلاف في الموقع الذي يحتله هذا الضابط من بين الضوابط الأخرى المعتمدة كقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهما المشترك، أو قانون محل تنفيذ العقد.

فبينما وضع المشرع الجزائري قانون محل إبرام العقد في المرتبة الثالثة بعد كل من قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة على التوالي<sup>(2)</sup>، وهو نفس الموقع الذي وضع فيه المشرع الإسباني هذا الضابط<sup>(3)</sup>، فضل التشريع المصري منح قانون دولة إبرام العقد الموقع الثاني بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطننا<sup>(4)</sup>.

## 2- إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد تنفيذ العقد.

يعد الفقيه الألماني "Savigny" هو أول من نبّه على أهمية إسناد العقد الدولي لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذه، وذلك على اعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في تلك الدولة، وهذا ما أدى إلى التقليل من أهمية الأخذ بقانون الدولة التي يتم فيها إبرامه كقانون واجب التطبيق على ذلك العقد<sup>(5)</sup>.

ويقوم إسناد العقد الدولي إلى قانون بلد تنفيذه على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين والغير معا، بحيث تتجسد العناصر المادية للعقد وتظهر إلى العالم الخارجي من جهة، كما تمكن الغير من العلم بوجود العلاقة العقدية فيصون لهم توقعاتهم المشروعة من جهة ثانية<sup>(6)</sup>.

ولأنه يستحيل إعمال قانون آخر غير هذا القانون على إجراءات تنفيذ العقد المبرم، يضيف الرأي المؤيد لفكرة الأخذ بقانون محل تنفيذ العقد بأن إخضاع العقد وفقا لهذا الضابط سيحول دون وقوع المتعاقدين في مشكلة

1- أنظر: - Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit , p 580

2- وقد كان الإسناد لهذا القانون يعد بمثابة ضابط الإسناد الاحتياطي الأول قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، حيث كانت تقضي المادة 01/18 منه بأنه:

"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق آخر".

3- أنظر: المادة 05/10 من القانون المدني الإسباني الصادر بتاريخ: 1974/06/31

4- أنظر: المادة 19 من القانون المدني المصري.

5- أنظر: عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965، ص 404.

6- أنظر: - Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p 233.

تطبيق وإعمال أكثر من قانون على الجوانب المختلفة لعقدهم، وهو ما يحفظ انسجام العقد ويحدّ من التعارض بين الأحكام التي قد تطبق بشأنه<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من أن إعمال قانون دولة التنفيذ على العقد، إنما يعبر إلى حدّ كبير عن أكثر القوانين صلة به، إلا أنّ هناك بعض الصعوبات التي تدقّ عند تعذر مكان التنفيذ.

فإذا لم يتم المتعاقدون بتحديد محل تنفيذ العقد أثناء إبرامهم إياه، ووقع بينهما نزاع قبل البدء في التنفيذ، فإنه يكون متعذراً في هذه الحالة الكشف عن القانون الواجب التطبيق، ومن غير الممكن القول بأنّ هذه المسألة تتوقف على القانون الساري في محل إقامة الدائن، أو محل إقامة المدين، وذلك لأنّ هذا التحديد إنما يتم أصلاً بعد معرفة قانون العقد، فهذا الأخير هو الذي يبين مركز الدائن والمدين وكذا محل إقامتهما، مما يوقع القاضي المعروض عليه النزاع في حلقة مفرغة تجعل العقد يعيش في فراغ قانوني<sup>(2)</sup>.

ثانياً: الإسناد المرن للرابطة العقدية.

يفضل أنصار هذا الاتجاه تركيز الرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية، وهو ما يسمح بإسناد كل طائفة من العقود لقانون معين، غير أنهم اختلفوا مع ذلك وفق اتجاهين يمكن إبرازهما فيما يلي:

### 1- نظرية باتيفول والتركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

مضت الإشارة إلى أن الفقيه "Batiffol" يعتقد بأن إرادة المتعاقدين لا تقوى على اختيار قانون العقد، وإنما تقوم فقط بتركيز الرابطة العقدية، وذلك بتجميع الأحداث المادية للعمليات العقدية في دولة معينة، فيكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق عليها.

وبهذا يتضح بأن دور الإرادة ينحصر عند هذا الفقيه في تركيز العقد في بلد معين، ويكون للقاضي سلطة استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته، كما له مكنة تصحيح اختيار المتعاقدين إذا تبين له بأن القانون المختار ولو بشكل صريح لا يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية.

غير أنّ الأخذ بما ذهب إليه هذا الفقيه، وإن كان يصلح في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد المبرم بينهم، إلا أن إعماله في حالة الاختيار الصريح لذلك القانون يشكل خرقاً لقاعدة الإسناد المستقرة في التشريعات الحديثة، والتي تركز مبدأ قانون الإرادة وتعطي للمتعاقد الحق في اختيار القانون الذي يحكم رابطتهم العقدية<sup>(3)</sup>.

1- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص560.

-Mayer(P), op.cit, p 707.

2- أنظر :-

3- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص566.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت إلى الفقيه الفرنسي بشأن نظريته المتعلقة بضرورة التركيز الموضوعي للعقد ولو كانت إرادة المتعاقدين صريحة، انتهى بعد ذلك إلى التسليم بصحة الاختيار الصريح لقانون العقد في حدود معينة، كما رأى بضرورة تركيز القاضي عند تخلف الاختيار الصريح على الإرادة المحتملة للمتعاقدين، وذلك من خلال ملابسات وظروف التعاقد وفقا لما تشير إليه أحداثه المادية<sup>(1)</sup>.

وقد استجاب القضاء الفرنسي لهذا الاتجاه في عام 1959، حينما قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1959/06/26 بأنه: "إذا لم يتم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد ومقتضياته"<sup>(2)</sup>.

وما يؤكد اعتناق محكمة النقض الفرنسية لنظرية "Batiffol" بشأن التركيز الموضوعي بمفهومها المعدل، قرارها الصادر بتاريخ 1972/02/15، وذلك برفضها الطعن بالنقض في قرار محكمة الموضوع، حيث قررت بأن: "محكمة الاستئناف قد توصلت من خلال البحث في ظروف الحال وملابساته إلى تفسير إرادة المتعاقدين في شأن تركيز العقد، وهو ما تملكه المحكمة دون معقب"<sup>(3)</sup>.

وواضح أن تصدي القضاء للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في حالة سكوت المتعاقدين تماما عن اختيار قانون العقد سيختلف من عقد لآخر حتى بالنسبة للطائفة الواحدة من العقود، كما أنه لن يتأتى إلا في حالة قيام نزاع بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما يعني إمكانية عدم علم هؤلاء بالقانون الذي ستطبقه المحكمة بعد النظر في ظروف التعاقد وملابساته، فقد يبني المتعاقدون توقعاتهم على أساس قانون يعتبرونه القانون الواجب التطبيق، بينما يستخلص القاضي قانونا آخر بوصفه القانون المعبر عن مركز النقل في الرابطة العقدية، وهو ما يخلّ بالأمان واليقين القانوني لدى المتعاملين في هذا الميدان من التجارة.

## 2- الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد.

تقوم فكرة الأداء المميز في العقد على أساس تفريد معاملة العقود الدولية، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، وذلك بحسب الأهمية القانونية والواقعية للالتزام أو الأداء فيه<sup>(4)</sup>، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز هذا العقد ويعبر عن جوهره<sup>(5)</sup>، ولأن الأداء

1- أنظر: \_

-Lagarde (P), le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, recueil, 1986, p 35.

2- أنظر: هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص573.

3- أنظر في شأن هذا القرار : هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص574.

4- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص199.

5- أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص336.

يختلف من حيث الأهمية من عقد لأخر، فهذا يعني أن القانون الذي سيحكمه يختلف أيضا تبعا لاختلاف العقود.

وبناء على ذلك يعتبر أداء مميزا في عقد البيع الدولي التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري<sup>(1)</sup>، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقد التوريد، وأداء الوكيل في عقد الوكالة<sup>(2)</sup>، وأداء الناقل في عقد النقل<sup>(3)</sup>، وذلك على أساس أن هذه الالتزامات أو الأداءات تعبر عن مركز النقل الاقتصادي في الرابطة العقدية.

والواضح أن نظرية الأداء المميز تحتل مركزا وسطا بين نظرية التحديد المسبق والإسناد الجامد للرابطة العقدية، والتي تفتقد للمرونة التي يتطلبها اختلاف العقود في مجال التجارة الدولية من جهة، وبين نظرية التركيز الموضوعي من جهة أخرى، والتي وإن حققت المرونة المفقودة في النظرية الأولى، إلا أنها تخل بالأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن الاختيار طالما أن ذلك التحديد سيقع بمعرفة القاضي وفي مرحلة يتعذر على هؤلاء التعرف قبلها على ذلك القانون<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن هذه النظرية تتسم بالبساطة والوضوح إذا ما قورنت بغيرها<sup>(5)</sup>، كما أنها تحمي توقعات أطراف العقد، وتكفل لهم العلم المسبق بقانون عقدهم بما يعني تحقق الأمان القانوني المنشود، ومن دون أن يشكل ذلك أي إضرار بمصالح الدائن بالأداء المميز وتوقعاته، فهو قد أبرم عقده مع من يحترف مهنته في الخارج، ومنه كان لزاما تحمل مخاطر التجارة الدولية، وتوقع خضوع العقد الذي يبرمه لأحكام قانون الدولة التي يتواجد بها محل إقامة مدنيه<sup>(6)</sup>.

1- في حين أن الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداء مميزا في هذا العقد، لأنه للالتزام مشترك في العديد من العقود ولا يصلح أساسا للتمييز بينها. انظر :-

-Van overstraeten(T) , Droit applicable et juridictions compétent sur Internet , R.D.A.I, 1998, p 388.

2- وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون واجب التطبيق على عقود الوساطة والنيابة، والمبرمة في 14/03/1978، حيث نصت الادة 11 منها على أنه: "في العلاقات بين الوكيل والغير، يخضع وجود ونطاق سلطات الوكيل. وعلى آثار تصرفات الوكيل في ممارسة سلطاته الفعلية والمدارة، القانون الداخلي للدولة التي كان للوكيل بها مؤسست المهنية وقت التصرف...".

-Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p309.

3- أنظر :-

4- أنظر :-

-Lagarde (P), le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, op.cit, p44.

5- أنظر: عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص67.

-Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit , p308.

6- أنظر :-



وقد تبنت العديد من النظم القانونية المعاصرة هذه النظرية، ومن ذلك القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1978 في المادة 117<sup>(1)</sup>، والقانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في المادة 28<sup>(2)</sup>، والقانون الروسي لعام 2001 في المادة 1211<sup>(3)</sup>، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في المادة 25<sup>(4)</sup>. وبالإضافة إلى التشريعات الوطنية، فإن الاتفاقيات الدولية قد أخذت أيضاً بنظرية الأداء المميز، ومن ذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 15/6/1955 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث اعتدت في مادتها الثالثة بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز في العقد<sup>(5)</sup>، كما أخذت بهذه النظرية اتفاقية روما لعام 1980 والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إذ اعتبرت المادة الرابعة في فقرتها الأولى<sup>(6)</sup> منها بأن القانون الواجب تطبيقه على العقد هو قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، إذا كان شخصاً طبيعياً، أو مقر منشأته الرئيسية إذا كان شخصاً معنوياً<sup>(7)</sup>.

- 
- 1- وتنص هذه المادة على أنه: "عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يخضع هذا الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد. وهذه الروابط يفترض وجودها مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة العادية للطرف المدين بالأداء المميز، أو التي توجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاري أنظر: --  
Rev.crit.dr.int.pr, 1988, p409
- 2- وتنص المادة 28 من هذا القانون بأنه: "1- عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به 2- تعتبر تلك موجودة مع البلد الذي به الإقامة العادية للطرف الذي يتعين أن يقم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصاً معنوياً...". أنظر: \_ Rev.crit.dr.int.pr, 1987, p179
- 3- وتنص على مايلي: "عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بروابط وثيقة، وتوجد هذه الروابط في قانون الدولة التي يوجد بها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز". أنظر: \_ Rev.crit.dr.int.pr, 2002, p182
- 4- وتنص هذه المادة على أنه: "إذا استحال تحديد القانون واجب التطبيق يسري على العقد قانون موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز في العقد بطريقة جوهرية". أنظر: \_ Rev.crit.dr.int.pr, 1981, p161
- 5- وتنص المادة 1/3 على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه للطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة".
- 6- وتقرر المادة 4 ما يلي: "1- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً 2- وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسة نشاطه المهني، فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد....".
- 7- ولكن إذا كان أحد طرفي العلاقة العقدية مستهلكاً وغاب الاختيار الصريح والضمني لقانون العقد، وجب في هذه الحالة تطبيق قانون الدولة التي يتوطن بها المستهلك بحكم أن هذا الأخير هو الطرف الضعيف في تلك العلاقة، وذلك حتى لا يجرم من الحماية المقررة له بموجب القواعد الأمرة في قانون الدولة التي بها محل إقامته. انظر: المادة الخامسة من اتفاقية روما.

وعلى الرغم من تبني الفقه والعديد من النظم القانونية، و كذا أحكام القضاء لهذه النظرية<sup>(1)</sup>، إلا أنها تعرضت لانتقادات في بعض جوانبها، ذلك أن هناك من العقود ذات الطبيعة المعقدة والمركبة والتي تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية الاقتصادية، الأمر الذي يصعب من مهمة القاضي في تحديد الأداء المميز ومن ثم القانون واجب التطبيق علي العقد<sup>(2)</sup>.

ويؤدي إعمال هذه النظرية من جهة أخرى إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، ومثال ذلك عقود توريد الخدمات التي تتم عبر شبكة الانترنت، حيث يكون أداء مورد الخدمة هو المتميز في هذا النوع من العقود، وهو ما يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته أو منشأته<sup>(3)</sup>.

ومهما يكن فإن هذه النظرية -حسب اعتقادنا- هي الأكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية المعاصرة مقارنة بنظرية الإسناد الجامد والتحديد المسبق لقانون العقد، طالما أنها تتسم بالمرونة والواقعية، فهي تحقق الأمان القانوني الذي ينشده المتعاملون في ميدان المعاملات العابرة للحدود من جهة، وتبقي باب التقدير مفتوحا أمام القاضي إذ تظل له سلطة البحث عن الأداء المميز في فئات العقود المختلفة والتي يكشف عنها التطور من جهة أخرى.

### ثالثا: اختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم عقود الدولة في حالة عدم وجود اتفاق.

إذا كان القاعدة العامة بالنسبة لعقود الدولة هي خضوعها لقانون الإرادة، إلا أن سكوت الاطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها جعل جانبا كبيرا من الفقه و القضاء يؤكد على أن ذلك القانون هو قانون الدولة المتعاقدة و ذلك بالنظر إلى العديد من المعايير.

### 1- اقرار الفقه و القضاء لقانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق.

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

ويتبنى 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

1- وكانت أولى الأحكام القضائية المجسدة لها، الـقرار القضائي الصادر عن المحكمة الفدرالية السويسرية عام 1952 في قضية «chevally.C» و «genimportex.sa». أنظر :

صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص340.

2- أنظر: فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2002، ص 114.

3- أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص344.

من وظائفها إلى قانون آخر أو قواعد أخرى، لأن القانون الوحيد الذي يتماشى واعتبارات التنمية التي تسعى الدولة لتحقيقها هو قانونها.

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 طرفاً فيه بنفسها أو أحد الأشخاص الاعتباريين التابعين لها.

ولقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في العقود 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 أعمال قانون الدولة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، بحسبان أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحماية.

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

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

### المطلب الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة.

إن القاعدة العامة في عقود التجارة الدولية هي خضوعها للقانون الذي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اختياره، وذلك فيما يتعلق بجوانبه الموضوعية، فينطبق بالتالي على كل ما يتعلق بتكوينه والأركان اللازمة لانعقاده، وذلك بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنه سواء تعلقت بالأشخاص أو بالموضوع.

ولكن هناك حقيقة يجب عدم إغفالها، ومفادها أن غالبية العقود الدولية الحديثة هي عقود ذات طبيعة فنية معقدة، وعادة ما تنصب على تعاملات مالية ضخمة، الأمر الذي يتطلب إجراء مفاوضات تسبق مرحلة التعاقد

النهائي، وهي مرحلة تترتب فيها بعض الالتزامات على عاتق الأطراف<sup>(1)</sup>، ومن ثمة يثور التساؤل حول إمكانية إعمال قانون العقد المزمع إبرامه على مرحلة ما قبل التعاقد.

ومن جهة أخرى فإن العقود الدولية ليست دوما عقودا رضائية تتعقد بمجرد تطابق إرادات أطرافها، بل قد يشترط المشرع في بعض الحالات إفراغها في شكل معين، وذلك عندما تكون على قدر معين من الأهمية، فهل تخضع هذه العقود في شكلها لنفس القانون الذي تخضع له من حيث موضوعها، أم يحكمها في هذا الجانب قانون آخر غير قانون الإرادة؟

لتحديد كل ذلك سنتعرض أولا لمدى انطباق قانون الإرادة على مرحلة ما قبل التعاقد، ثم بيان نطاق تطبيقه على موضوع العقد، وكذا شكله وذلك فيما يلي:

### الفرع الأول: مدى انطباق قانون الإرادة على مرحلة ما قبل التعاقد.

إن لمرحلة ما قبل التعاقد أهمية بالغة من الناحيتين القانونية والعملية في مجال المعاملات المالية الدولية الحديثة، حيث لم يعد بالإمكان إبرام العقود في لحظة وجيزة باقتران الإيجاب والقبول، وإنما أصبح إعدادها يحتاج لوقت طويل قد يمتد لسنوات عديدة تبعا لأهمية موضوع التعاقد وتشعبه<sup>(2)</sup>.

وبذلك ظهرت الحاجة لدى الأطراف ملحة إلى تنظيم العلاقات بينهم حتى قبل مرحلة التعاقد النهائي، ذلك أن مرحلة التفاوض وطالما أنها أصبحت تستمر لمدة زمنية طويلة، أصبح يستحيل اعتبارهم في مواجهة بعضهم البعض من الغير، وهذا ما أوجب ضرورة اللجوء إلى توقيع اتفاقيات تحضيرية " *des contrats préparatoires*" تفرغ في وثائق تحمل مسميات عديدة، منها ميثاق الشرف، الاتفاق المبدئي، خطاب النوايا، البروتوكول الاتفاقي، وغيرها<sup>(3)</sup>.

وإذا كانت المفاوضات قد تسمح في كثير من الأحيان باتفاق الأطراف وإبرام العقد النهائي، فإنها قد تنتهي بالفشل أيضا عند عدم تمكن هؤلاء من التوصل إلى اتفاق بشأن جميع المسائل الخاصة بالعقد الذي كانوا يسعون إلى إبرامه وذلك لأسباب مختلفة.

ولكن إذا تمّ قطع المفاوضات من قبل أحد الطرفين قطعا تعسفا، فهذا يدعو إلى التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على عاتق الطرف الذي سعى إلى ذلك القطع، وعجل برفض إبرام العقد النهائي دون سبب جدي.

<sup>1</sup>- من ذلك مبدأ حسن النية باعتباره أهم مبدأ يحكم مرحلة ما قبل التعاقد، والتي تعد مرحلة مستقلة عن المراحل الأخرى التي يمر بها العقد. انظر في هذا:-

Trari Tani (M), Pissort (W) et Saerens (P), *Droit commercial international*, Berti éd, 2007, p143.  
<sup>2</sup>- انظر: محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، بدون دار نشر، 1995، ص 06.

3- انظر:-

-Kahn(Ph), les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international, rapport introductif au colloque international, organisé par l'institut de droit des affaires internationales, 2-3 janvier 1993, le Caire, 1993, p 07 et s .

وإن لم تكن هناك أية صعوبة عندما يتمّ قطع المفاوضات بعد اتفاق الأطراف على شروط العقد التمهيدي أو التفضيلي لأن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية عقديّة<sup>(1)</sup>، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكم هذا العقد، فإن الصعوبة الحقيقية تدق عند عدم وجود مثل ذلك العقد، وذلك عندما يكتفي الأطراف بإجراء مفاوضات مع استبقاء حريتهم في عدم التعاقد حتى لحظة الاتفاق النهائي، ثم ينهي أحدهما عملية التفاوض بشكل تعسفي.

والملاحظ أن الفقه قد اختلف بشأن هذه المسألة، فذهب البعض منه إلى اعتبار المسؤولية المترتبة هنا هي مسؤولية تعاقدية، بينما اعتبرها البعض الآخر مسؤولية تقصيرية.

**1- موقف الفقه الألماني:** لقد كان الرأي الغالب في ألمانيا يتجه إلى تكييف المسؤولية الناجمة عن القطع التعسفي للمفاوضات العقدية تكييفاً تعاقدياً، وهذا ما يعني أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الذي كان سيحكم العقد المراد إبرامه، وعليه فلو حدد الأطراف القانون المختص بحكم رابطتهم العقدية أثناء المفاوضات، ثم تم قطعها بشكل تعسفي، فإن ذلك القانون، أي قانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على مرحلة المفاوضات، أما في حالة عدم كشف هذه المرحلة عن ذلك التحديد، كان لزاماً على القاضي القيام بنفسه بتحديد ذلك القانون<sup>(2)</sup>.

ويعتبر هذا الاتجاه بأن المفاوضات ليست في الحقيقة سوى مقدمة لإبرام العقد، والتي يجب أن تجرى بناء على ما ترسخ لدى الأطراف من ثقة وتعاون بينهم، مما يؤدي إلى ظهور العديد من التأثيرات بخصوص العقد المراد إبرامه، فإن حدث وأن أخلّ أحد الأطراف بواجبه أثناء التفاوض، وكان ذلك سبباً في عدم إبرام العقد

<sup>1</sup>- هذا ما جرى عليه القضاء الفرنسي، ومن ذلك تأكيد محكمة استئناف فرساي في قرارها الصادر بتاريخ 1995/12/21 في النزاع القائم بين شركتي "Poleval" و "Sandoz". ففي قضية تتلخص وقائعها في أنه وفي عام 1987 قدمت شركة "Poleval" بياناً لطريقة تصنيع دواء بعد أن حصلت على براءة اختراعه في فرنسا إلى فرع شركة الأدوية "Sandoz" الموجودة في فرنسا، وعلى إثر اجتماع تم عقده في سويسرا أبلغت الشركة السويسرية "Sandoz" وهي الشركة الأم شركة "Poleval" الفرنسية برغبتها في إقامة تعاون معها، وهو ما جعل هذه الأخيرة تجري الدراسات اللازمة لتصنيع الماكينات التي ستنتج الدواء الجديد وتكاليفه، كما قامت الشركة السويسرية بإجراء الدراسات الخاصة بالجوانب التجارية والصناعية للمشروع. وفي سنة 1989 قامت شركة "Sandoz" بإرسال مشروع عقد إلى الشركة الفرنسية وأبدت نيتها في إبرام عقد إطار، وهو ما وافقت عليه هذه الأخيرة. غير أنه وفي عام 1990 أخطرت الشركة السويسرية الشركة الفرنسية بأنها لن تستمر في مشروع استغلال الطريقة الجديدة لإنتاج الدواء، وقامت بقطع المفاوضات التي استمرت لسنوات، وهذا ما دفع بشركة "Poleval" برفع دعوى قضائية ضد شركة "Sandoz" لتعويضها عن الأضرار المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام المترتب عن الاتفاق القائم بين الطرفين. وفي 1995/12/21 أصدرت محكمة استئناف فرساي قراراً يقضي في مضمونه بأن الأطراف قد نظموا تفاوضهم تعاقدياً بتبادلهم مشروعات العقد، وهذا هو عقد التفاوض مما يعني أن جميع الالتزامات المترتبة عنه هي التزامات تعاقدية، وقيام الشركة السويسرية بقطع المفاوضات بعدما سارت لمدة تقارب الأربع سنوات هو قطع تعسفي يستوجب تعويض الطرف المتضرر. أنظر: -

-Cour d'appel de Versailles, 21/12/1995, R.J.D.A, 1996, n° 178.

مشار إليه في: -

-L'oncle (J.M) et Trochon (J.Y), la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI, IBLY, 1997, p29.

2- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص365.

أمكن مساءلته على أساس فكرة الخطأ في تكوين العقد، أو عدم بذل العناية اللازمة لتكوينه، وذلك لوجود نوع من الاتفاق الضمني بين المتفاوضين، والذي يلقي على عاتقهم التزاما ببذل تلك العناية أثناء مرحلة التفاوض، وهذه الفكرة تندرج في إطار المسؤولية العقدية، والتي تجد مصدرها في قاعدة عرفية مستقرة في القانون الألماني منذ زمن<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من أخذ القضاء الألماني بهذا الاتجاه في الكثير من أحكامه<sup>(2)</sup>، إلا أن اتجاها حديثا في الفقه الألماني أصبح يميل إلى عدم اتخاذ موقف مسبق عند تكييفه للمسؤولية المترتبة عن القطع التعسفي للمفاوضات، بل يرى بأنه يتعين اللجوء إلى تنويع للإسناد بين تطبيق لقانون العقد أحيانا، وتطبيق القانون المحلي أحيانا أخرى، وذلك تماشيا مع التكييف الذي يعطى لتلك المسؤولية، والتي ليست بالضرورة مسؤولية عقدية في جميع الأحوال<sup>(3)</sup>.

فقطع المفاوضات أو إنهاؤها بين حاضرين يقتضي تطبيق قانون الوسط الاجتماعي الذي جرت فيه المفاوضات، وهو عادة قانون الدولة التي يتواجد بها مركز إدارة أحد الأطراف، لأن مسلك الطرف المتعسف هنا هو تصرف مناف للثقة الواجبة بين أطراف العلاقة، مع ضرورة الأخذ بالترقية بين قانون الوسط الاجتماعي الذي جرت فيه المفاوضات، وقانون الوسط الذي تمت فيه المفاوضات من الناحية المادية، حيث يتعين إسناد المسؤولية المترتبة في هذه الحالة إلى القانون الأول لكونه الأوثق صلة بالعلاقة محل النزاع<sup>(4)</sup>.

فلو قام ألمانيان بإجراء مفاوضات أثناء إقامتهما بسويسرا، ثم قطع أحدهما المفاوضات بشكل تعسفي، فإن المسؤولية ستخضع هنا للقانون الألماني بوصفه قانون البيئة الاجتماعية التي تحققت المفاوضات فيها، والذي من شأنه صيانة توقعات الأطراف على اعتبار أنه الأكثر صلة به، وذلك على خلاف القانون السويسري الذي لا يرتبط بهذه العملية سوى ارتباطا ماديا عارضا<sup>(5)</sup>.

وأما قانون العقد فيطبق في الفروض التي يتبين فيها للقاضي بأن هذا القانون هو الذي تعامل المتفاوضون وفقا لأحكامه، وهو في ذات الوقت قانون الوسط الاجتماعي الذي تحققت فيه المسؤولية الناجمة عن الوقف التعسفي للمفاوضات، وهو ما يحقق في الأخير ملاءمة القانون للمسألة المعروضة<sup>(6)</sup>.

1- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص92.

2- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص92.

3- أنظر: -

-Omaia (Elwan), du droit applicable a la responsabilité précontractuelle de la rupture des négociations des contrats commerciaux internationaux, étude présenté au séminaire organisé par l'institut du droit des affaires, le caire, les 2 et 3 Janvier 1993, les systèmes contractuels de droit civil et les exigences du commerce international, op.cit, p15.

4- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص396.

5- أنظر: -  
Omaia (E), op.cit, p 18.

6- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص368.

2-موقف الفقه الفرنسي: على عكس الاتجاه الأول يميل الفقه الفرنسي إلى اعتبار المسؤولية الناجمة عن قطع أو إنهاء المفاوضات العقدية مسؤولية تقصيرية، وذلك لعدم وجود عقد تمهيدي أو وعد مسبق بالتعاقد، مما ينفي وجود التزام عقدي، وبالتالي استحالة القول بالمسؤولية العقدية في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن المسؤولية عن القطع التعسفي للمفاوضات أو إنهاؤها، تخضع لقاعدة الإسناد المقررة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار، وليس لقاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، وبالتالي فإن القانون المختص بحكم هذه المسألة هو قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام بالتعويض<sup>(2)</sup>.

فلو سارع أحد الأطراف إلى قطع المفاوضات بشكل مفاجئ وتعسفي، أو تسبب في عدم متابعتها بحسن نية، أو تظاهر بأنه جاد في التفاوض، في حين أنه كان يفكر بإجراء مفاوضات مع طرف ثالث، أو تعتمد إجراء مفاوضات هدفها تضليل الطرف الآخر وجعله يتخذ قرارا خاطئا يضر بمركزه المالي أو التجاري، فإن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية تستوجب دفع التعويض للطرف المتضرر وفقا لقانون الدولة التي وقع فيها ذلك الفعل.

أما في حالة قيام الأطراف بتقييد حريتهم في التفاوض خلال مرحلة ما قبل التعاقد، وذلك بإبرام عقود تمهيدية كطريق لإبرام العقد النهائي، فلا يجوز اعتبار المسؤولية تقصيرية هنا، وذلك لوجود عقد بين المتعاقدين، مما يعني أن المسؤولية تعاقدية، والإخلال بالالتزامات الناجمة عنها تشكل خطأ عقديا، وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكم العقد، وهو قانون الدولة الذي اختاره الأطراف، أو الذي قام المشرع أو القاضي بتحديدده عند سكوت الإرادة عن ذلك الاختيار<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: موضوع العقد.

يميل الرأي السائد في الفقه إلى أن قانون الإرادة ينطبق على جميع الجوانب الموضوعية في العقد، وذلك فيما يتعلق بأركانه وشروط انعقاده، إضافة إلى الآثار المترتبة عنه سواء تعلقت بالموضوع أو الأشخاص، كما ينطبق على جزاء مخالفة أحد المتعاقدين للالتزامات التي وقعت على عاتقه<sup>(4)</sup>.

ومع ذلك يتجه جانب من الفقه إلى إمكانية تجزئة العقد، وإخضاع كل جانب منه إلى قانون، فيخضع في تكوينه لقانون الدولة التي أبرم فيها ذلك العقد، بينما يخضع في الآثار المترتبة عنه لقانون الإرادة، على أن قانون الإرادة ليس بالضرورة قانونا واحدا، بل يجوز للأطراف اختيار أكثر من قانون لحكم رابطتهم العقدية<sup>(5)</sup>.

#### أولا: مرحلة تكوين العقد.

1-أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص89.

2-أنظر: -\_Omaia (E), op.cit, p 11.

3-أنظر: -\_Omaia (E), op.cit, p 21.

4-أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص17.

5-أنظر: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص18.

تقتضي ولادة العقد الدولي صحيحا توافر ثلاثة أركان أساسية هي التراضي، المحل والسبب، وذلك ما لم يشترط القانون أوضاعا معينة إلى جانب التراضي لاكتمال بناء العقد<sup>(1)</sup>.

**1- التراضي:** ينعقد العقد بصدور إيجاب من أحد الطرفين واقتترانه بقبول يتطابق معه، وذلك بنية إحداث أثر قانوني يتمثل في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

وحول مدى خضوع التراضي لقانون الإرادة، يذهب رأي فقهي إلى أن وجوده هو نوع من الأهلية، وبالتالي فإنه يخضع للقانون الشخصي للمتعاقد<sup>(2)</sup>، في حين يذهب رأي آخر إلى إخضاعه لقانون محل إبرام العقد<sup>(3)</sup>، بينما يتجه رأي ثالث إلى تطبيق قانون دولة القاضي لأنها من مسائل التكيف الأولى التي يتم الرجوع فيها لهذا القانون<sup>(4)</sup>.

ومع ذلك فإن الرأي الراجح فقها هو إخضاع وجود التراضي للقانون الذي اختاره المتعاقدون صراحة، أو الذي استخلصه القاضي من ظروف وملابسات التعاقد، وذلك حتى تتحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على جميع مراحل العقد، فلا يفقد هذا الأخير انسجامه، ولا تتشوه طبيعته<sup>(5)</sup>.

أما بالنسبة للأهلية، وعلى الرغم من كونها شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، إلا أن الرأي الغالب فقها يتجه إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد، وذلك لكفالة الحماية المطلوبة للشخص المتعاقد<sup>(6)</sup>.

ونفس الاعتبار السابق هو الذي دعا بعض الفقه إلى القول بإخضاع عيوب الإرادة للقانون الشخصي للمتعاقد، سواء كان ذلك القانون هو قانون الموطن أو قانون الجنسية، لأن القواعد التي تنظم هذه المسألة جاءت في الأصل لحماية المتعاقد، كما أنها تتصل بأهليته<sup>(7)</sup>، ومع ذلك فإن الرأي الراجح فقها يرى بإعمال قانون الإرادة على هذا الجانب من جوانب العقد الدولي<sup>(8)</sup>.

وبخصوص كيفية التعبير عن الإرادة وتطابق إرادتي الطرفين، ووقت إنتاج التعبير لأثره، فالملاحظ أن قانون الإرادة هو المختص بحكمها كقاعدة عامة، غير أنه وفيما يتعلق بتحديد قيمة السكوت ومدى اعتباره قبولا، يرى بعض الفقه أن إخضاع سكوت الموجب له لقانون العقد غير مقبول عقلا، لأن ذلك قد يجعل الشخص

1- ومن ذلك اشتراط المشرع لانعقاد العقد تسليم الشيء محل التعاقد، بحيث يكون التسليم ركنا لا ينعقد بدونه، وهو ما يعرف بالعقد العيني، أو يشترط استيفاء شكل معين للعقد، فتكون الشكلية كذلك ركن، وهذا ما يعرف بالعقد الشكلي.

2- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص218.

3- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق، ص218.

4- أنظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص212.

5- أنظر: Mayer(P), droit international privé, op.cit, p 514.

6- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص112.

7- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص219.

8- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص112.



الموجه إليه الإيجاب أمام قانون لا يعرف حكمه من جهة، كما أنه يعطي للموجب دورا استثنائيا يسمح له باختيار القانون الأصح له والذي يعتبر السكوت قبولا من جهة أخرى، لذلك يذهب الرأي الراجح إلى إخضاع هذا الجانب لقانون محل الإقامة العادية أو مركز نشاط الشخص الموجه إليه الإيجاب، وذلك حتى تتحقق له الحماية المطلوبة<sup>(1)</sup>.

وأما فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان إبرام العقد عندما يتم هذا الأخير بين غائبين، فإن الفقه قد اختلف بشأن هذا، كما اختلفت في ذلك النظم القانونية، وذلك بين تطبيق قانون محل إقامة الموجب، وقانون موطن من وجه إليه الإيجاب، وقانون العقد<sup>(2)</sup>، إلا أن الرأي الراجح فقها هو إعمال قانون القاضي لأن الأمر يتعلق بمسألة تكليف وتفسير لقاعدة التنازع<sup>(3)</sup>.

**2- محل العقد:** إن محل العقد هو تلك "العملية القانونية التي يراد تحقيقها عن طريق الالتزامات التي ينشئها العقد"<sup>(4)</sup>.

وبخصوص مدى انطباق قانون العقد على محله، فقد رأى البعض بأن القانون الواجب إعماله في شأن وجوده أو إمكانية وجوده هو قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه، أما فيما يخص قابلية التعامل فيه، فالقانون المختص هنا هو قانون دولة القاضي<sup>(5)</sup>.

غير أن الفقه الراجح يرى بإخضاع محل العقد لقانون الإرادة كقاعدة عامة، فيتولى هذا الأخير تحديد شروطه من حيث وجوده أو إمكانية وجوده، ومن حيث تعيينه أو إمكانية تعيينه، كما يختص بحكم مدى مشروعيته<sup>(6)</sup>.

ومع ذلك فلا بد من التفرقة في شرط قابلية المحل للتعامل فيه، بين ما إذا كان محل العقد مالا أو عملا، حيث يخضع في الحالة الأولى لقانون العقد، بينما ينطبق عليه في الحالة الثانية قانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ العمل إذا ما تم ذلك التنفيذ في دولة أجنبية، كما يتقاسم حكم مشروعيته كل من قانون العقد وقانون القاضي مع وجوب التفرقة في هذه الحالة بين حظر التعامل المبني على أسباب سياسية محضة في قانون العقد وهو حظر لا يعتد به، وبين الحظر لأسباب أخلاقية وهذا حظر يعتد به ويبطل العقد<sup>(7)</sup>.

1- أنظر: -Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p275.

2- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص222.

3- أنظر: -Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p348.

4- أنظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ج1، المجلد الأول، ص320. وانظر أيضا في

نفس المعنى: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 1992، ص209.

5- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص225.

6- أنظر: -Batiffol (H) et Lagarde (P), op.cit, p276.

7- أنظر: علي سليمان، المرجع السابق، ص120.

3-سبب العقد: يقصد بالسبب في العقد الدافع إلى التعاقد، أي الباعث الرئيسي الذي جعل المتعاقد يقدم على إبرام العقد، فهو أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين<sup>(1)</sup>.

ويشترط في السبب أن يكون موجودا ومشروعا وفقا لما اتجهت إليه العديد من التشريعات، والتي استندت إلى رأي الفقه الراجح الذي يجعل للسبب وجود مستقل عن الإرادة<sup>(2)</sup>.

وحول تحديد القانون المختص بحكم مشروعية السبب، يذهب رأي في الفقه إلى اختصاص قانون القاضي، لأن تقدير مسألة المشروعية تتصل بالنظام العام الوطني، إلا أن الرأي الراجح يقضي بإعمال كل من قانون القاضي وقانون العقد معا، حيث تشترط مشروعية السبب وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب في كلا القانونين حتى يكون العقد الدولي صحيحا<sup>(3)</sup>.

#### ثانيا: مرحلة تنفيذ العقد.

يرتب العقد ومنذ تمام إبرامه على عاتق المتعاقدين التزامات يجب الوفاء بها، بحيث تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي لا يستطيع أي منهم التحلل منه، كما لا يجوز لأي طرف إدخال أية تعديلات على بنوده بإرادته المنفردة، إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون للمتعاقد حق تعديل العقد أو نقضه، وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

ويخضع العقد الدولي في تحديد مضمون هذا المبدأ بما في ذلك القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وحكم نقض وتعديل بنود العقد، وكذا نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة، وشروط تطبيقها، والجزاء المترتب على تحققها، وسلطة القاضي في ذلك، لقانون العقد حسب الرأي الراجح فقها<sup>(4)</sup>.

وأما فيما يتعلق بمبدأ نسبية الأثر الإلزامي للعقد والذي يعني أنّ آثاره تقتصر على المتعاقدين الأصليين كقاعدة عامة، ومن دون أن تمتد إلى الغير فلا تكسبهم حقا ولا تحملهم أي التزام، فإن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن هو قانون العقد، حيث يتولى هذا الأخير تحديد النطاق الشخصي لمبدأ نسبية أثر العقد، والمجالات التي ينصرف فيها ذلك الأثر إلى الخلف العام والخلف الخاص، وشروط هذا الانصراف، كما تخضع كل من مسألة التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير لنفس القانون<sup>(5)</sup>.

1-أنظر: أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 73.

2-أنظر: علي فيلاي، 'الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 187 وما يليها'

3-أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 224.

4-أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 26.

5-أنظر:-

وأما عن مسألة تفسير العقد فقد اختلف كل من الفقه والنظم القانونية بشأنها، حيث رأى البعض بإخضاعها لقانون محل إبرام العقد، وذلك لأن المصطلحات التجارية المستعملة هي تلك المصطلحات الجارية في مكان الإبرام، وهو ما يعني ضرورة تفسيرها وفقا لقانون ذلك المكان<sup>(1)</sup>.

وعلى خلاف هذا الاتجاه ذهب البعض إلى إسناد تفسير المصطلحات الغامضة في العقد لقانون الدولة التي يتم فيها تنفيذ ذلك العقد وذلك على أساس أنّ عملية التفسير ستحدد نطاق التزامات الأطراف المتعاقدة، وأن تلك الالتزامات ستجسد في مكان تنفيذها، وهذا هو الأهم بالنسبة للمتعاقدين<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فإن الرأي الراجح فقها يرى بأن قانون العقد هو الذي يحكم مسألة التفسير في حالة وضوح عبارات العقد وكذا حالات غموضها، والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقواعد التفسير في التعرف على إرادة المتعاقدين، وذلك بالإضافة إلى العوامل التي يستعان بها لتكملة العقد<sup>(3)</sup>.

وأما عن المسؤولية العقدية المترتبة في حالة تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته، فإن القانون واجب التطبيق بشأنها هو قانون العقد، وهذا أمر طبيعي، إذ ومادام ذلك القانون هو المختص بتحديد التزامات الأطراف، فمن المنطقي أن يكون الجزاء المترتب على عدم تنفيذها يخضع لنفس القانون<sup>(4)</sup>.

وبذلك يختص قانون العقد بتحديد مفهوم الخطأ العقدي والطريقة التي تتم بها عملية التحديد تلك، وتبيان المقصود بالضرر وأنواعه، بالإضافة إلى بيان نظام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعمّا إذا كان تعتبر علاقة مفترضة، أم يلتزم الدائن بإثباتها<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثالث: شكل العقد.

إن وجود التراضي، وإن كان يعدّ ركنا ضروريا لقيام العقد، إلا أن القانون قد يستلزم أحيانا ضرورة إفراغه في شكل معين، ليس فقط من أجل إثبات محتواه، وإنما من أجل قيامه صحيحا، وهو ما يعبر عنه بالعقد الشكلي<sup>(6)</sup>.

وقد استقرت غالبية النظم القانونية، كما درج فقه القانون الخاص على إخضاع شكل العقد الدولي لقانون الدولة التي يبرم فيها<sup>(7)</sup>.

1- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 227.

2- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 121.

3- أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 228.

4- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 18.

5- أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 228.

6- أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 230.

7- أنظر: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 237.

ويتمثل الأساس الذي تبنى عليه قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون محل إبرامه في الاعتبار العملية التي تقتضي التيسير على المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، لأن ذلك يسهل عليهم معرفة أحكام ذلك القانون، وما يشترطه من إجراءات شكلية لصحة العقد، وذلك على خلاف ما لو تم إخضاع هذا الشكل لقانون دولة أخرى غير التي يبرم فيها العقد، حيث يبدو متعذرا عليهم معرفة أحكام ذلك القانون، وهو ما يخل بتوقعاتهم، إذا أبرموا عقدهم وفقا لشكل معين ثم ثبت لهم بأن ذلك القانون يشترط استيفاء شكل آخر (1).

وعلى الرغم من أن قاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد الإبرام تقوم على اعتبارات عملية، إلا أن جانبا من الفقه حاول أن يبيّن تلك القاعدة على أسس نظرية وأصول فلسفية، مما ترتب عنه خلاف فقهي حول الأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة، وهو ما أدى بدوره إلى خلاف آخر حول طبيعة القاعدة، وحول ما إذا كانت إجبارية أو جوازية.

وعليه يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قاعدة إخضاع العقد لقانون محل إبرامه من الأحوال العينية ذات التطبيق الإقليمي الضروري، فهي بذلك قاعدة أمرة ولا يجوز للمتعاقدين إخضاع شكل العقد المبرم بينهم لغير القانون المحلي (2)، وهذا ما يؤكد فريق آخر من الفقهاء ولكن وفقا لأساس مختلف، حيث يقنّضي تحقيق الاطمئنان على التصرفات القانونية من حيث الشكل، إخضاعه إلى ذلك القانون، فاعتبارات تحقيق الأمن المدني في الدولة تستدعي إضفاء الطابع الإلزامي الأمر على هذه القاعدة لتعلقها بالنظام العام.

وعلى خلاف هذا الاتجاه يستقر الجانب الآخر من الفقه على التسليم بالطابع الاختياري لقاعدة خضوع شكل العقد لقانون محل إبرامه، فطالما أن الهدف من وراء الأخذ بهذه القاعدة هو التيسير على المتعاملين، فليس هناك ما يدعو إلى إجبار هؤلاء على إتباع الشكل الواجب في محل الإبرام إذا كان بإمكانهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر ارتباطا بالتصرف المبرم بينهم، وذلك كأن يكون ذلك القانون هو القانون الذي اختاروه ليحكم موضوع العقد (3).

ومن جهة ثانية هناك حالات قد لا يعلم فيها المتعاقدون بقانون محل إبرام العقد، كما لو أبرموا عقدهم أثناء مرورهم العارض بمكان معين، مما يؤدي إلى انتفاء الحكمة من تقرير تلك القاعدة وهي التيسير على المتعاملين (4).

1- أنظر: حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 381.

2- أنظر: حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 382.

3- أنظر: حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 382.

4- هذا ما جعل بعض التشريعات تؤكد على صحة العقد من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يفرضها قانون أي من الدولتين، أي قانون العقد أو قانون محل الإبرام.

ومع ذلك يفرق الفقه بين الشكل المطلوب للانعقاد، والشكل المطلوب لمجرد إثبات العقد. فبالنسبة للشكل المطلوب للانعقاد يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مسألة لزوم الشكل لانعقاد التصرف هي مسألة موضوعية، يتم الرجوع بشأنها للقانون الذي يحكم موضوع العقد، وعليه لو تطلب هذا القانون شكلا معيناً للانعقاد، بحيث يترتب عليه بطلان العقد، فإنه لا يجوز إفراده إلا في الشكل الذي يتطلبه قانون العقد، ذلك أن المشرع وباشتراطه شكلا معيناً، إنما يهدف من ورائه إلى حماية الإرادة، وهذا يقتضي اعتبار الشكل في هذه الحالة من مسائل الموضوع.

وعلى خلاف هذا الاتجاه يرى الفقه الراجح بأنه يتعين الرجوع إلى قانون الدولة التي يبرم فيها العقد لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً للتصرف من عدمه، وذلك لأن الأخذ بالرأي الأول سيتنافى مع اعتبارات التيسير على المتعاملين وإخضاعهم لقانون لا يعلمون بأحكامه، ذلك أن تلك الاعتبارات تحتم الاكتفاء بأحكام القانون السائدة في دولة إبرام العقد.

وعليه فلو كان القانون الذي يحكم موضوع العقد يستلزم الكتابة مثلاً كركن لقيامه، وكان قانون محل الإبرام يعتبر هذا العقد رضائياً، ولا يحتاج لشكل معين من أجل انعقاده صحيحاً، فإن المنطق يقتضي إخضاع العقد من حيث شكله في هذه الحالة لقانون محل إبرامه، وليس للقانون الذي يحكم موضوعه.

وأما بالنسبة للشكل المطلوب للإثبات فإن الفقه الراجح يجمع على أن لزوم أو عدم لزوم الشكل في هذه الحالة، يخضع للقانون الذي يحكم شكل التصرف، كما تخضع لهذا القانون قوة الدليل في الإثبات، وهذا ما يتماشى مع الحكمة التي توخاها المشرع من وراء إخضاع الشكل لقانون الدولة المبرم فيها العقد وهي التيسير على المتعاقدين.

## المبحث الثاني: خضوع عقود الدولة للقانون عبر الدولي.

أضحى التحكيم التجاري الدولي أهم وسيلة يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية لحل النزاعات الناجمة عن تعاملاتهم<sup>(1)</sup>، حيث لا يكاد يخلو عقد من العقود المتصلة بهذا النوع من التجارة من شرط يحيل بموجبه الأطراف جميع الخلافات التي قد تقع بينهم بشأن تفسير أو تنفيذ العقد المبرم بينهم إلى قضاء التحكيم للفصل فيها.

ولما كانت انطلاقة التحكيم قد اقترنت أصلاً بنمو العلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول، فطبيعي أن يصبح في عصر الانفتاح الاقتصادي الذي نعيشه من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، حيث اتسع نطاق اللجوء إليه وتسجل تلك العلاقات بذلك اتجاهاً متصاعداً نحو الإفلات من سلطان قضاء الدولة وسلطان القانون الذي تصنعه، إلى قضاء خاص يُنصَّبُهُ أطراف النزاع بأنفسهم، وإلى نظام قانوني تشكل ملامحه الممارسات العملية، ويتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية ومصالحها.

وإذا كان قضاء التحكيم أداة لتحقيق العدالة كما هو شأن قضاء الدولة، إلا أنه يتميز مع ذلك عن هذا الأخير في نطاق التجارة الدولية بميزة هامة هي قدرته على حسم المنازعات عن طريق ابتداع حلول مستلزمة من واقع تلك التجارة، وعن طريق الاستعانة بما تزخر به من أعراف وعادات ومبادئ عبر دولية وفقاً لمنهج يخدم مصالح التجار، ويحقق لهم الأمان واليقين القانونيين في نطاق مجتمعهم، فأصبح بذلك الوسيلة المثلى لتدويل النظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية.

وسنحاول من خلال ما سيأتي تحديد تعريف للقواعد عبر الدولية ثم موقف الفقه من تدويل النظام

القانوني لعقود الدولة، وهذا في ما يلي:

### المطلب الأول: تعريف القواعد عبر الدولية.

على الرغم من اتفاق معظم الفقه على الدور الذي أصبحت تلعبه القواعد عبر الدولية في الوقت الراهن، إلا أنّ مفهومها ومحتواها مازال محلاً لتضارب العديد من المناقشات داخل أروقة الفقه. وتعد مسألة إيجاد تعريف موحد لهذه القواعد من المسائل التي أثارت جدلاً، وتعدد المصطلحات التي تطلق على الظاهرة الجديدة ليس في الحقيقة سوى نتيجة ناشئة عن تعدد التعريفات التي جاء به الفقه لوصف الظاهرة.

<sup>1</sup> -وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح "التحكيم التجاري الدولي" قد استعمل لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بمدينة نيويورك في الفترة الممتدة ما بين 20 مايو و 10 يونيو عام 1958 والذي انتهى بالتوقيع على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، علماً أن الجزائر قد انضمت إلى هذه الاتفاقية بتاريخ 12/07/1988. أنظر في هذا : أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي في القانون الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، 15 و16 جوان 2008، الجزء الأول، قسم التوثيق، 2009، ص 247.

## الفرع الأول: المشكلة الاصطلاحية للظاهرة الحديثة.

إن الحقيقة الهامة التي يتعين الإشارة إليها قبل وصف ظاهرة القواعد عبر الدولية، هي أنه لا يوجد اصطلاح موحد لها، فقد تعددت التسميات التي أطلقت عليها سواء في الفقه العربي أو الفقه الغربي. فعلى مستوى الفقه الغربي يلاحظ بأن استعمال اصطلاح "la lex Mercatoria" هو وصف تشترك فيه العديد من الدراسات الفقهية بغض النظر عن لغاتها، علما أنه اصطلاح تمتع باستقرار كبير على نحو يصعب معه استبعاده عند وصف الظاهرة الجديدة<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك فقد عمد الكثير من الفقهاء إلى وصف تلك الظاهرة باستخدام اصطلاحات أخرى، تتفق كلها بالرغم من تعددها على الطبيعة عبر الدولية لها، وعلى طبيعتها الاقتصادية التي تتعدى المفهوم الضيق لنظرية الأعمال التجارية<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك يذهب الفقيه "Fouchard" إلى إطلاق اصطلاح "القانون غير الوطني" "Droit Anational"<sup>(3)</sup> على هذه الظاهرة، ويطلق عليها الفقيه "Goldman" اسم "Droit Transnational"<sup>(4)</sup>، في حين يطلق عليها الفقيه "Gaillard" وصف القانون عبر الدولي للالتزامات "Le droit transnational des obligations"<sup>(5)</sup>، والفقيه "Loquin" اصطلاح القواعد غير الداخلية "Règles a-étatiques"<sup>(6)</sup>.

وأما في الفقه العربي فهناك من يذهب إلى استخدام الاصطلاح على صورته اللاتينية دون ترجمته<sup>(7)</sup>، بينما يطلق البعض عليها تسمية "المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي"<sup>(8)</sup> أو "قواعد قانون التجار"<sup>(9)</sup> أو

<sup>1</sup>-أنظر: نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، 157.

<sup>2</sup>-أنظر: نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 165.

<sup>3</sup>-أنظر:-

-Fauchard(Ph), l'arbitrage commercial international, thèse, paris, 1961, p 404.

<sup>4</sup>-أنظر:-

-Goldman(B), une bataille judiciaire autour de la lex Marcatoria, "l'affaire Norsolor", Rev.arb, 1983, p 408.

<sup>5</sup>-أنظر:-

-Gaillard(E), trente ans de lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit in J.D.I, 1995, p 10.

<sup>6</sup>-أنظر:

-Loquin(E), l'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international, in "l'apport de la jurisprudence arbitral", séminaire des 7 et 8 avril, les dossiers du l'institut du droit et des pratiques des affaires international, paris, publication CCI, 1986.

<sup>7</sup>-أنظر: ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مطبعة جامعة القاهرة، 1975، ص 11.

<sup>8</sup>-أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي.

<sup>9</sup>-أنظر: محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي، المرجع السابق، ص 16.

"قانون التجار الدولي" (1) أو "القانون التجاري المشترك" (2) أو "القانون الموضوعي للتجارة الدولية" (3) أو "قانون التجارة الجديد" (4).

وعلى الرغم من تعدد الاصطلاحات التي وصفت بها الظاهرة الجديدة، فإنّ الاصطلاح الذي أصبح مفضلاً لدى العديد من الفقهاء، والذي يبدو أكثر دقة في نظرنا هو اصطلاح القواعد عبر الدولية " Règles transnationales" (5).

ويعد اصطلاح القواعد عبر الدولية الأدق تعبيراً عن الظاهرة التي يشهدها عالم الاقتصاد اليوم، إذ يتميز بالحيادية كونه يتفادى مشكلة تحديد الموقف الفقهي والتشريعي من الطبيعة القاعدية للظاهرة الحديثة، وعمّا إذا كانت تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا أم لا من جهة، كما أنها تتجنب الولوج في المشاكل الناجمة عن تحديد مفاهيم "التجار"، "التجارة"، "التجاري" والتي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية من جهة أخرى.

وعليه فإنّ هذا التعبير يحقق المعنى المقصود من هذه الظاهرة حيث يكفي لوصف القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية التي تؤدي إلى انتقال القيم الاقتصادية عبر الدول، وتؤكد في ذات الوقت على استقلاليتها عن الأنظمة القانونية الوطنية وعن القانون الدولي العام على حد السواء.

#### الفرع الثاني: المحاولات الفقهية لتعريف القواعد عبر الدولية.

إن اختلاف الفقه لا يقتصر على تحديد موحد للاصطلاح الذي يشير إلى الظاهرة الجديدة، وإنما يمتد أيضاً عند محاولته إيجاد تعريف جامع ومانع لها.

ومن خلال تفحص التعريفات المختلفة للظاهرة الجديدة تبين أنّ هناك اتجاهين أساسيين، يؤكد الأول منهما على أن القواعد محل الدراسة ليست بالقواعد الملزمة فقط لانطباقها على منازعات التجارة الدولية، وإنما هي قواعد مستقلة عن أي نظام قانوني آخر، بينما لا يركز الاتجاه الثاني على ذلك بحيث لا يرى فيها أكثر من كونها مجموعة القواعد التي تحكم التجارة الدولية كونها الأكثر تلاؤماً وذلك بغض النظر مدى استقلاليتها أو التزاميتها.

<sup>1</sup> -أنظر: محمد محسوب عبدالمجيد درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 299 وما يليها.

<sup>2</sup> -أنظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> -أنظر: أحمد عبدالكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 281.

<sup>4</sup> -أنظر:

<sup>5</sup> -وقد استعمل الفقيه Goldman مبدع نظرية Lex mercatoria عبارة القواعد عبر الدولية حين حاول تعريف الظاهرة الجديدة. أنظر: -

-Goldman(B), la lex mercatoria dans les contacts et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives, JDI, 1979, p475.



**الاتجاه الأول:** وهو اتجاه يؤكد على الطابع المستقل للقواعد عبر الدولية، وفي ذلك يذهب مبدع نظرية قانون التجارة الدولية في العصر الحديث الفقيه "Goldman"<sup>(1)</sup>، إلى القول بأنها تمثل "قانونا عبر دولي يتضمن المبادئ القانونية العامة في الدول المختلفة مفهومة على أنها قواعد خاصة بالتجارة الدولية"<sup>(2)</sup>، كما عرفها في موقع آخر على أنها: "مجموعة المبادئ العامة والقواعد العرفية ذات النشأة التلقائية المحال إليها، أو المعدة في الأوساط التجارية دون الإحالة إلى نظام قانوني وطني خاص"<sup>(3)</sup>.

وفي نفس الاتجاه حاول الأستاذ "Loquin" تأكيد هذا المعنى فاعتبر أن "Lex Mercatoria" هو نظام قانوني جديد، يتكون في أحضان مجتمع دولي من رجال الأعمال والتجار منسجمين ومتضامنين بقدر كاف لإبداع هذه القواعد وضمان تطبيقها"<sup>(4)</sup>.

وأما الأستاذ "Stranger" فقد اعتبرها "مجموعة من الإجراءات التي تؤدي لحلول ملائمة ومتوقعة للتجارة الدولية بشكل فعال من الناحية القانونية، ومن دون الارتباط بالنظم القانونية الوطنية"<sup>(5)</sup>.

ويتضح من خلال التعريفات السابقة أن هذا الاتجاه يسعى إلى بناء تصور نظري يؤكد على استقلالية القواعد عبر الدولية والتي تتولى تنظيم العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، بحيث تكون قانونيتها مقررة دون الرجوع لأي نظام قانوني داخلي أو للنظام القانوني الدولي العام"<sup>(6)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** ويرى أنصار هذا الاتجاه بأن هذه القواعد لا تتمتع بصفة الإلزام إلا بالرجوع إلى النظام القانوني الداخلي أو الدولي، فحتى وإن كانت حاجات التجارة الدولية قد استدعت إيجاد حلول وافية تجد مصدرها في قواعد عبر دولية، إلا أن تلك القواعد ليست في الحقيقة سوى جزءا من تشريعات وأحكام المحاكم والمعاهدات التي تعترف بها الدولة"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>- ويعد هذا الفقيه أول من كتب عن "Lex Mercatoria" في ثوبه الجديد، وذلك عام 1964، ويعتبر من أشد المدافعين عن المفهوم المستقل للقواعد عبر الدولية. أنظر مقالته بعنوان :-

-Frontière du droit et lex mercatoria, archives de philosophie du droit, 1964, p 177.

<sup>2</sup>- أنظر :-

-Goldman(B), Frontière du droit et lex mercatoria, op.cit, p 184.

<sup>3</sup>- أنظر :-

-Goldman(B), nouvelles reflexions... op.cit, p249.

<sup>4</sup>- أنظر :-

-Loquin(E), l'amiable composition en droit comparé et international, paris, 1980, p308-309.

<sup>5</sup>- أنظر :-

-Stranger(I), la nation de lex mercatoria en droit du commerce international, op.cit, p275.

<sup>6</sup>- أنظر: محمد محسوب عبدالمجيد درويش، المرجع السابق، ص315.

<sup>7</sup>- أنظر في هذا الاتجاه : نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 179 وما يليها.

وفي هذا يذهب الأستاذان "Kanfman" و"Berma" إلى تعريف تلك القواعد على أنها : "كيان قانوني دولي يقوم على أساس من العقلية التجارية والممارسات العقدية للمجتمع الدولي، ويتضمن على وجه الخصوص الأعمال التجارية والشحن والتأمين وأعمال البنوك لكل البلدان"<sup>(1)</sup>.

وواضح أنّ هذا التعريف لا يتضمن أي خصوصية للقواعد عبر الدولية، حيث يعتبرها مجموعة من القواعد أيما كان مصدرها، وأيما كان النظام القانوني الذي تنتمي إليه مادامت تتعلق بالتجارة الدولية، وهذا يعني أنها قواعد غير مستقلة، طالما أن المواصفات المذكورة تميز حتى القواعد الداخلية التي تتولى تنظيم المعاملات الدائرة في نطاق تلك التجارة.

وأما الأستاذ "Glodstajn" فيعرف "La lex mercatoria" على أنه "كيان من القواعد يحكم العلاقات التجارية لقانون خاص طبيعي يشمل مختلف الأقطار"<sup>(2)</sup>، وفي هذا تأكيد على فكرة المبادئ العامة المقبولة لدى دول العالم، والتي تضمن تجاوز الاختلافات بين النظم القانونية الداخلية.

وأما الفقيه "F.G Baxter"، وعلى الرغم من مناداته بضرورة استبعاد منهج التنازع التقليدي وإيجاد منهج جديد لحل منازعات التجارة الدولية، والذي سماه بمنهج قانون الأعمال الدولي، إلا أن ذلك لن يتأتى حسب اعتقاده إلا داخل اختصاص الدولة. فالنظام القانوني الجديد للعقود الدولية هو نظام يتسم بالذاتية في مواجهة فروع القانون الداخلي الأخرى، غير أن ذاتيته تلك لا تجعله مستقلا عن اختصاص الدولة، فأساس إلزاميته لا يختلف عن أساس إلزامية بقية فروع القانون الداخلية الأخرى<sup>(3)</sup>.

ولما كان الاعتراف بالطابع المستقل للقواعد عبر الدولية لن يتأتى بمجرد المناداة بوجود قواعد ملائمة ذات تطبيق مباشر على المعاملات الاقتصادية الخاصة والعابرة للحدود، وإنما بالتأكيد على طابعها المستقل عن النظام القانوني الوطني والدولي، فإن هذا يعني أنها ليست في نظر هذا الاتجاه قواعد قانونية بالمعنى المعياري إلا باندماجها في واحد من هذين النظامين.

وكخلاصة لما سبق يمكن أن نشير بأن القواعد عبر الدولية هي قواعد مستقلة استقلالاً مطلقاً من حيث مصدرها، فهي تتمتع بمصدرين مستقلين تماماً عن الأنظمة القانونية الداخلية والقانون الدولي العام، وهما الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة المستقرة لدى قضاء التحكيم، وهذه مصادر لا ينكرها حتى المؤكدون على الطابع غير المستقل لهذه القواعد، وأما عن مدى فاعلية تطبيقها وأساس قوتها الإلزامية فتبقى مرتبطة

1-أنظر : محمد محسوب عبدالمجيد درويش، المرجع السابق، ص311.

2-أنظر : المرجع السابق، ص311.

3-أنظر : أنظر في موقف الفقيه F.G Baxter من نظرية القواعد عبر الدولية، نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 180.

بالجهة التي يعرض عليها النزاع الناشئ عن علاقة عقدية معنية، والأمر سيختلف فيما لو كان ذلك النزاع مطروحا أمام القضاء الوطني أو قضاء التحكيم.

وبناء على ذلك يمكننا تعريف القواعد عبر الدولية بأنها : "مجموعة القواعد الملزمة والمستقلة والمستمدة من المبادئ العامة والأعراف المستقرة في الأوساط التجارية الدولية والتي تحكم العلاقات العقدية التي تتم بين المتعاملين في تلك الأوساط".

ويؤكد هذا التعريف من ناحية أولى على الطابع غير الوطني للقواعد عبر الدولية، فهي غير تابعة لأي نظام قانوني وطني، كما أنها مستقلة عن القانون الدولي العام، فهي تطبق في مجتمع خاص بها هو مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود.

وهو يؤكد من ناحية ثانية على الطابع المستقل والملزم للكيان القانوني الجديد، والذي ساهمت في تكوينه الجماعات المهنية بما أرسته من أعراف تجارية، وقضاء التحكيم بما أقره من مبادئ عامة، وكل ذلك بعيدا عن تدخل أي جهة رسمية، ودون المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية الداخلية.

ويلاحظ أخيرا أن القواعد عبر الدولية لا تهتم إلا بروابط القانون الخاص، والمجسدة في شكل عقود دولية مبرمة بين أشخاص تتصل أعمالهم بمصالح التجارة الدولية، وبغض النظر عن صفاتهم، وذلك حتى لو كان أحد طرفي العلاقة دولة أو مؤسسة تابعة لها، فالعبرة بطبيعة المعاملة وكونها من علاقات القانون الخاص.

### المطلب الثاني: موقف الفقه من مسألة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية.

اختلف الفقه في معرض بحثه عن مدى جواز إخضاع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية إلى موقفين، الأول منهما يناهض الفكرة وذلك بالاستناد إلى الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود، ويرى أن تدويلها فيه إجحاف في حق الدولة وتعارض مع مصالحها، أما الثاني فيرى بإمكانية ذلك لأن خصوصية تلك العقود لا تحول دون تطبيق القواعد عبر الدولية بشأنها، والتي يجوز اللجوء إليها لتكون نظاما قانونيا للعقد أي كانت صفة أطراف العلاقة طالما أنها علاقة تجارية دولية.

### أولا- الاتجاه الرافض لفكرة تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.

على الرغم من أن الغالب هو تضمن العقود المبرمة بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها والطرف الأجنبي شرطا يقضي باللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي قد تقع بينهما، وذلك للمزايا العديدة التي يوفرها هذا النظام، إلا أنّ إمكانية تطبيق القواعد عبر الدولية على عقود الدولة تلقى معارضة شديدة من طرف بعض الفقه، خاصة فقه الدول النامية، والذي يؤسس رفضه هذا على أسس تستمد بعضها من الطبيعة الخاصة لهذه العقود والتي تهدف أساسا إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما تستمد الأخرى من عدم تمتع تلك القواعد بالطبيعة المعيارية التي تجيز اعتبارها كقانون للعقد.

1-أسس رفض تدويل النظام القانوني لعقود الدولة: يمكن حصر الأسس التي اعتمدها الاتجاه الذي

يرفض إخضاع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية في ما يلي:

أ-الطبيعة الخاصة لعقود الدولة تقتضي عدم خضوعها للقواعد عبر الدولية.

يرى الفقه المُنكر لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية إلى الطبيعة الخاصة والتميز لها، والتي تعود بالدرجة الأولى إلى ضرورات تحقيق المصلحة العامة، حيث تقتضي هذه الأخيرة إخضاعها لقواعد تتماشى وأهداف الدولة، وهو ما لا يتحقق فيما لو تمّ إعمال القواعد عبر الدولية على منازعاتها.

إن القواعد عبر الدولية هي قواعد جاءت في الأصل لتعكس مصالح الدول المتقدمة، فهي من أنشأها وشكلها بما يتلاءم ومصالحها، والتي يصعب التسليم بتطابقها مع مصالح الدول النامية<sup>(1)</sup>. مما يعني أنّ إعمالها على العقود التي تكون هذه الدول طرفاً فيها سيشكل مصدر خطورة بما تحويه من أحكام لأنها تعبر عن مصالح الأشخاص الذين كان لهم الدور الفاعل في خلقها، وهؤلاء هم الأشخاص المنتمين للدول الرأسمالية، بينما لم يكن للأشخاص والشركات المنتمية للدول المتخلفة أي دور يذكر في هذا المجال.

وعلى الرغم من ملاءمة هذه القواعد لحكم العلاقات الناشئة في إطار المجتمع الدولي للتجار، إلا أنها ملاءمة تقتصر على الروابط التي يكون الأشخاص المنتمين للدول المتقدمة طرفاً فيها، دون أولئك المنتمين لدول العالم المتخلف.

و لأن عقود الدولة هي عقود تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول المتخلفة، فإن تطبيق القواعد عبر الدولية بشأنها سيحول حتماً دون الوصول إلى ذلك الهدف.

ومن المعلوم أن تطبيق هذه القواعد على المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها سيجردها من سلطات عديدة كانت ستمتع بها فيما لو خضعت لقانونها الوطني، كسلطة التدخل لتعديل بنود العقد أو إنهائه، أو تأميم المشروع، حتى وإن رأت أن الاستمرار في تنفيذ العقد أضحى يتعارض مع ما كانت تهدف إليه من وراء إبرامها إياه، أو اتضح لها بأن ضرورات تحقيق التنمية الاقتصادية أصبحت تستدعي تأميم المشروع محل العقد المبرم مع الطرف الأجنبي.

ولعل السبب الذي دفع بعض الفقه إلى المناداة بضرورة تدويل عقود الدولة، وإخضاعها للقواعد التي نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجار هو تخليصها من سطوة الأحكام الآمرة التي تعطي للدولة المتعاقدة امتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، وبهذا التدويل يتم تجريد هذه العقود من طابع القانون العام اللصيق بها أصلاً وتحويلها إلى حظيرة القانون الخاص، وهو قانون يحقق حسب رأي أنصار الاتجاه المناهض لفكرة خضوع

1-أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 323.

عقود الدولة للقواعد عبر الدولية مصلحة الطرف الذي يسعى لتدويله، وذلك من دون الاكتراث بمصالح الدول أطراف العقد<sup>(1)</sup>.

وعليه فإنّ الهدف الذي يسعى إليه أنصار إخضاع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية بتدويلهم لها، هو الرغبة في إبعاد الاستثمارات الأجنبية الخاصة عن الإجراءات الاستثنائية والمخاطر غير التجارية التي قد تصادفها في الدولة المضيفة، والتي قد تصل إلى حدّ التجريد من الملكية سواء بالمصادرة أو الاستيلاء، أو نزع الملكية أو التأميم<sup>(2)</sup>.

فلقد كان من العسير على الدول الرأسمالية فرض سيطرتها الاقتصادية على الدول النامية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية في ظل القواعد التقليدية، والتي تقضي بخضوع هذا النوع من العقود لقانون الدولة المضيفة للاستثمار بما يسمح لهذه الأخيرة من تعديل الأحكام الواردة في تشريعاتها وعلى نحو يحقق مصلحتها<sup>(3)</sup>. وإعمال هذا المنهج لا يتماشى ومصالح المشروعات الاقتصادية التابعة للدول المتقدمة، فكان الحل هو اعتماد أسلوب تدويل عقودها المبرمة مع الدول النامية وأجهزتها، وذلك باشتراط إخضاع النزاعات المتعلقة بها لقضاء التحكيم، بما ينتهي إليه في النهاية من تطبيق قواعد ليست لها صلة بقانون الدولة، وهذه قواعد تجعل العديد من التصرفات التي قد تقدم عليها الدولة الطرف في العقد تصرفات غير مشروعة تستوجب إقرار المسؤولية العقدية بشأنها، حتى وإن كان الدافع إلى ذلك هو تحقيق الصالح العام.

ولخطورة النتائج المترتبة على خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية، يؤكد الاتجاه المناهض لهذه الفكرة على ضرورة الخضوع الكامل والمطلق للقانون الوطني للدولة المتعاقدة<sup>(4)</sup>، فهذا الأخير هو فقط الذي يحقق لها ما تسعى إليه من وراء إبرامها لهذا النوع من العقود، وهو موقف تبنته العديد من الأنظمة القانونية الوطنية<sup>(5)</sup>.

## ب- التشكيك في الطبيعة المعيارية للقواعد عبر الدولية.

1- أنظر: حسام محمد عيسى، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص25.

2- أنظر: إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، القاهرة، 1971.

3- أنظر: سامية راشد، المرجع السابق، ص30.

4- ففي إحصائية قام بها الأستاذ "Delaume" على مجموعة عقود كانت الدولة طرفا فيها، وجد بأن أكثر من 50% من تلك العقود قد أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بشأنها. أنظر:-

-Delaume(G.R), des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle, R.B.DR.inter, 1968, p 336.

5- وتلافيا منها لانطباق قواعد غير القواعد الوطنية الواردة في أنظمتها الداخلية، تقف بعض الدول موقفا عدائيا من التحكيم بحيث تحرم وعلى نحو صريح قبول شرط التحكيم لحل نزاعاتها مع الأشخاص الأجانب. أنظر:-

-Regli(J.P), contrats d'état et arbitrage entre état et personne privée, thèse, Genève, 1983, p37.

يبني بعض الفقه المناهض لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية أساسه لرفض ذلك على أن تلك القواعد لا تتمتع بالطبيعة المعيارية، وبالتالي في مدى صلاحيتها كقواعد قانونية لحكم هذا النوع من العقود. فالقواعد عبر الدولية لا تشكل نظاما قانونيا مستقلا عن القانون الدولي أو القوانين الداخلية، فهي لا تعدو أن تكون سوى مجرد مقترحات قانونية موجهة لقضاء التحكيم، وعليه فإن مرتبتها لا تتعدى مرتبة القواعد الذاتية الواردة في عقود الدولة، ولكن لا وجود لنظام قانوني مستقل تستخلص منه هذه القواعد.

إن العلاقات العقدية القائمة بين الدولة والمشروعات الأجنبية، وعلى الرغم من كونها علاقات عابرة للحدود مما يستدعي وجود قواعد خاصة لتطبيق عليها، إلا أنه من غير الممكن أن تكون تلك القواعد هي القواعد عبر الدولية، فهذه الأخيرة عاجزة عن تقديم أية حلول، ولا تعدو أن تكون مجرد محاولات فقهية لم تصادف تطبيقا عمليا جادا من قبل هيئات التحكيم عند نظرها في النزاعات المتعلقة بهذه العقود<sup>(1)</sup>.

فالملاحظ أنه لا يكفي للقول بوجود مجتمع يحتاج لقواعد قانونية تنظم العلاقات السارية فيه، مجرد قيام الأطراف المتعاقدة بإبرام تصرفات في ما بينها في إطاره، وإلا لأمكن التأكيد على أن كل علاقة تعاقدية بين شخصين تشكل مجتمعا ووسطا وتخضع لما تمليه إرادة الأطراف<sup>(2)</sup>.

ويواصل هذا الاتجاه تأكيده على رفض خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية بالقول أن رضا الدولة بالخضوع للتحكيم التجاري الدولي لا يفيد رضاها بخضوع العقد الذي أبرمته مع طرف أجنبي لتلك القواعد، فالحقائق الوضعية الراهنة تدل على أن هذه العلاقات يحكمها القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقاعدة عامة، وذلك بناء على قواعد القانون الدولي الخاص، أو القواعد ذات التطبيق المباشر، وذلك حتى أمام قضاء التحكيم<sup>(3)</sup>.

والحال هذا يدل على أن القواعد عبر الدولية لازالت مجرد عادات تجارية ومهنية ذات أصل تعاقدية، ولا ترقى إلى مرتبة العرف الملزم على النحو المعروف في النظرية العامة للقانون، ومن ثمة فإنه لا يترتب على مخالفتها أي جزاء يذكر، وهذا ما يجردها من صفة القانون، بحيث لا تلزم الأطراف إلا بوصفها شروطا تعاقدية تضمنها العقد الذي تكون الدولة طرفا فيه، ودورها في هذا النطاق هو سدّ ما عسى أن يوجد من ثغرات لم يتفق المتعاقدون عليها<sup>(4)</sup>.

1-أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 762.

2-أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 760.

3-أنظر: -Mayer(P), op.cit, p 43.

4-أنظر: يوسف خليل الإكبابي، المرجع السابق، ص 440.

وعليه فإن القول بإخضاع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية سيجعل من تلك العقود تعيش في فراغ قانوني، وهذا ما يتعارض مع المبادئ القانونية الثابتة في القانون الدولي الخاص والتي تقضي بضرورة استناد أي عقد لنظام قانوني معين يحدد ضوابطه ويرسم حدوده.

### ج- عدم ملائمة القواعد عبر الدولية لحكم عقود الدولة.

يبرر البعض الآخر رفضه لفكرة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية على سند مفاده أن هذا النوع من العقود يخرج من مجال تطبيق تلك القواعد، فهذه الأخيرة هي عبارة عن أعراف استقرت منذ فترة زمنية طويلة لتنظم العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص، وهي علاقات قصيرة الأجل بطبيعتها والتي تختلف بالضرورة عن العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها وهي علاقات طويلة الأمد، مع العلم أن هذه الأخيرة لم تستقر بشأنها أي أعراف أو مبادئ محددة<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة تخرج من مجال تطبيق القواعد عبر الدولية، لأن هذه الأخيرة نشأت لتحكم العلاقات التجارية الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاصة، مما يفيد إمكانية انطباقها على عقود الدولة التي لا تظهر فيها بمظهر السيادة وتتصرف فيها كهؤلاء، أما العلاقات التي تدخل فيها الدولة كطرف باعتبارها صاحبة السيادة، ويكون الهدف من ورائها تحقيق مصلحة اقتصادية، فمن الصعب التسليم في هذه الحالة بخضوعها لهذه القواعد، ولكن من دون أن يشكل ذلك دافعا نحو إخضاعها لقواعد القانون الدولي العام، وذلك لأن وجود شخص من أشخاص القانون الخاص يتنافى في ذاته مع إخضاع العلاقة العقدية لهذا القانون<sup>(2)</sup>.

### 2- النتائج المترتبة على مناهضة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية.

يترتب على رفض خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية أمام قضاء التحكيم إخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة، وهو ليس بالأمر الغريب بالنسبة للعديد من الفقهاء على اعتبار أن إعمال القانون الوطني هو رمز وتعبير عن سيادتها<sup>(3)</sup>.

وإذا كان هذا الاتجاه هو اتجاه تدعمه العديد من آراء الفقهاء، وتؤيده الكثير من قرارات التحكيم، علاوة على اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار<sup>(4)</sup>، إلا أن الحجج والأسانيد التي تدعم مبدأ خضوع عقود الدولة لقانونها الوطني تختلف بحسب وجهات نظر الفقهاء وإن كانت تصب في اتجاه واحد.

1- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص340.

2- أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص341.

3- أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص414.

4- أنظر: المادة 42 من الاتفاقية.

إنه وعلى الرغم من أن القاعدة العامة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هي الأخذ بمبدأ قانون الإرادة، فإن عقود الدولة تخرج عن هذه القاعدة لدى الفقه المناهض لخضوع تلك العقود للقواعد عبر الدولية، خاصة عند عدم اتفاق الأطراف على قانون العقد<sup>(1)</sup>.

ويتبنى بعض الفقه معياراً غائياً بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، 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<sup>(2)</sup>.

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 طرفاً فيه بنفسها أو أحد الأشخاص الاعتباريين التابعين لها.

ولقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في العقود التي تبرمها الدول مع طرف أجنبي، خاصة في مجال نقل التكنولوجيا، 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 أعمال قانون الدولة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد، بحسبان أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحماية<sup>(3)</sup>.

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 أساساً جديداً لتطبيق القانون الوطني للدولة الطرف من أجل زيادة التنمية الاقتصادية التي تسعى الدول النامية جاهدة لتحقيقها<sup>(4)</sup>.

1-أنظر: نادر محمد إبراهيم، القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص366.

2-وحديث 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 حلّ مشكلة التنازع على فكرة المصلحة الحكومية، بحيث يرى هذا الفقيه بأنّ أية قاعدة قانونية تستهدف تحقيق سياسة معينة، وأنّ لكل دولة مصلحة في تطبيق الأحكام الواردة في قانونها، ومن خلال المصالح المتباينة للدول يمكن حلّ مشكلة تنازع القوانين. أنظر في نظرية "currie": أحمد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين -دراسة مقارنة- مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989، ص 166.

3-أنظر: يوسف خليل الإكياي، المرجع السابق، ص352.

4-أنظر: أحمد عشوش، القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1984، ص693.



وإذا كان المعيار الغائي هو سند بعض الفقه في إخضاع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة، فإن جانباً آخر لا يحتاج من أجل الوصول إلى هذه النتيجة الاعتماد على نفس السند، بل يكفي إعمال قاعدة القانون الأوثق صلة بالعقد عند سكوت الأطراف المتعاقدة عن اختيار القانون الواجب التطبيق حتى تتحقق ذات النتيجة<sup>(1)</sup>.

فمعلوم 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، وذلك دون الحاجة إلى إعمال اعتبارات سياسية أو اقتصادية، أو تكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية للوصول إلى هذه النتيجة<sup>(2)</sup>.

ويعتقد الاتجاه المؤيد لفكرة خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة، بأن معاهدة روما الموقعة في 1980/06/19 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت أيضاً 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<sup>(3)</sup>.

ومن جهة ثانية 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<sup>(4)</sup>.

وتأكيداً منه على خضوع عقود الدولة لقانونها الوطني، ذهب المشرع المصري في تقنين التجارة رقم 17 لسنة 1999 إلى فرض قيود في شأن المنازعات التي قد تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا لاستخدامها في مصر، فقيد حرية الأطراف في مجال اختيار وسيلة حسم النزاع المتولد عن العقد، وقيد في نفس الوقت حرية القاضي والمحكم في مجال القانون الواجب التطبيق عليه، حيث أوجب أن يكون الاختصاص التشريعي للقانون المصري في هذا المجال، وهي مسألة تتعلق بالنظام العام، ومن ثمة فإن كل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>(5)</sup>.

1- أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 542.

2- أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 543.

3- أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 543.

4- أنظر: -Berlin(D), droit international privé, masson, paris, 1987, p 165.

5- أنظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، المرجع السابق، ص 367.

وفي ذلك تنص المادة 87 من التقنين السابق ذكره على أنه: "1- تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في المادة 72 من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع وديا أو بطريق تحكيم يجرى في مصر وفقا لأحكام القانون المصري.

2- وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا".

وإذا كان بعض الفقه قد اعتبر اتجاه التشريع المصري في هذا المجال بمثابة الردّة التشريعية والمنهج الغريب عن الفكر القانوني، فإن الجانب المناهض لفكرة خضوع عقود الدولة لقواعد غير القواعد الواردة في نظمها القانونية يرى فيه نصا معبرا عن توجه المشرع في مصر نحو تحقيق المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الشأن يذهب الأستاذ "حسام عيسى" إلى القول بأنه: "من غير الممكن أن تترك عمليات نقل التكنولوجيا للأطراف المباشرة لهذه العمليات في ظل مبدأ حرية الإرادة وقدسية العقد، ليس فقط لأن علاقات التجارة الدولية ليست علاقات بين أطراف متساوية، وإنما هي علاقات سيطرة وتبعية، أو لأن وظيفة مبدأ الحرية التعاقدية هي تكريس علاقة التبعية على المستوى الدولي، ولكن أيضا لأن من شأن أعمال هذا المبدأ التضحية بالمصالح الكلية للاقتصاد الوطني، بل وإفراغ عمليات نقل التكنولوجيا في الكثير من الأحيان من مضمونها"<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة أخيرا إلى أنّ خضوع عقود الدولة لقانون الدولة المتعاقدة هو اتجاه كانت قد أيدته هيئة التحكيم في قضية "Aramco"، حيث قضت بأنّ القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنه من المتفق عليه في القانون الدولي الخاص أن الدولة ذات السيادة، يفترض حتى إثبات العكس خضوع الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأخرى لقانونها الوطني<sup>(3)</sup>.

### ثانيا - الاتجاه المؤيد لفكرة تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.

يرى العديد من الفقهاء بأن القواعد القانونية العابرة للدول والتي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بما فيها العلاقات القائمة بين الدول من جهة والمشروعات الأجنبية من جهة ثانية هي ظاهرة لا يمكن إنكارها<sup>(4)</sup>.

ويؤكد الفقه الغربي على ضرورة خضوع عقود الدولة لنظام قانوني مستقل عن كل الأنظمة القانونية، سواء كانت قوانين الدولة المتعاقدة أو قوانين وطنية محايدة، فالأطراف في هذا النوع من العقود يتواجدون في

1-أنظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 368.

2-أنظر: حسام محمد عيسى، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا، دراسة نقدية، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 07.

3-أنظر في مضمون هذا القرار: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 418.

4-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 352.

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<sup>(1)</sup>.

والفشل في حكم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية 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 وإن كان متفوقا من حيث مركزه الاقتصادي لعدم تمتعه بوصف الدولة، فهي قواعد لم تخلق لحكم هذا النوع من العلاقات.

وأمام عجز كل من القوانين الوطنية والقانون الدولي العام عن حكم هذه العقود، كان لزاما البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها وحل النزاعات الناشئة بين أطرافها، وذلك على نحو يحقق التوازن بينها، ومن دون الإضرار بمصالح أي طرف.

وعليه فقد اتجه الفقه الغربي إلى التأكيد على أنّ النظام القانوني الذي يتعين إخضاع عقود الدولة 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.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى العديد من الحجج، فيرون أولا بأن إخضاع العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية لقانون تلك الدولة سيعطي لهذه الأخيرة إمكانية تغيير الأحكام الواردة في قانونها الوطني بإرادتها، وهو ما يخل بالتوازن بين الطرفين ويقلب اقتصاديات العقد وتوجيهها لصالح أحدهما على نحو يلحق ضررا بالطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

ومعلوم أن العديد من العقود التي تبرمها الدولة هي عقود تمتد لفترة زمنية طويلة، خاصة عقود التقيب عن البترول واستغلاله وعقود التنمية الاقتصادية والاستثمار، مما يجعلها معرضة لمخاطر ناجمة عن اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وضرورة خضوعها لكافة التعديلات والتغييرات التي قد يجريها المشرع فيها، وهو ما ينتافي مع الأمان القانوني الذي يعد العدو الأول للمعاملات في إطار التجارة الدولية.

1-أنظر: حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص740.

2-ويعد هذا سببا مباشرا في لجوء المتعاقدين في عقود الدولة إلى إدراج شرط التحديد الزمني، أو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي. أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص188. وأنظر أيضا: أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص217.

وأما الحجة الثانية التي يستند عليها هؤلاء، فتتمثل في عدم قدرة الأحكام الواردة في النظم القانونية الوطنية على حكم العمليات المركبة والمعقدة التي تثيرها عقود الدولة<sup>(1)</sup>، 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 التجارية الدولية<sup>(2)</sup>.

وعلاوة على هذا، فإن تدويل النظام القانوني لعقود الدولة سيؤدي إلى تطبيق قواعد موحدة على موضوع النزاع، وهو ما يحفظ الأمان القانوني ويحمي توقعات الأطراف المتعاقدة، وذلك على خلاف ما لو طبقت قوانين دول مختلفة، والتي ستؤدي إلى اختلافات جوهرية في الأحكام السارية على هذه العقود، وهذا أمر طبيعي في ظل تباين أحكام تلك القوانين.

ومعلوم أن عقود الدولة قد شهدت تطبيقات عديدة لقوانين مختلفة تحكم النزاعات الناشئة عن إبرامها أو تنفيذها، حيث كان في بادئ الأمر القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق، وذلك وفقا لما كانت المحكمة الدائمة للعدل الدولي قد اتجهت إليه في قضية قروض دولة الصرب، حينما قررت بأن العقد الذي يبرم بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي الخاص يجد أساسه في قانون وطني معين، وأن الدولة صاحبة السيادة لا يفترض خضوعها في مسألة ديونها وصحة تعهداتها إلى أي قانون آخر بخلاف قانونها الوطني.

غير أن القرينة المفترضة التي أقرتها المحكمة الدائمة في قرارها السابق قد انتفتت مع مرور الوقت، حيث سمح تطور عقود الدولة تماشيا مع تطور العلاقات الاقتصادية الدولية إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على أساس أن الأطراف هم من اختاروه كقانون واجب التطبيق على روابطهم العقدية. وعلى الرغم من أن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أصبح يتم بناء على الاختيار، إلا أن قيام الدولة وبما تملكه من سيادة تشريعية تؤدي بها إلى تعديل أو تغيير قوانينها وسريان ذلك بأثر رجعي، قد أضعف من تطبيق ذلك القانون لما فيه من مساس بمبادئ الأمان القانوني المتطلب في العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود.

و للإشارة إلى مثل هذا الإجحاف في حق المتعاقد مع الدولة يمكن اتخاذ قضية "SGTM"<sup>(3)</sup> 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 1965، وذلك من أجل مد أنابيب الغاز

1-أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص332.

2-أنظر:-

-David(R), l'arbitrage dans le commerce international, op.cit, p30 et 31.

3-وذلك اختصارا ل: « Société de grands travaux de Marseille »

في باكستان الشرقية<sup>(1)</sup>، وقد تضمن هذا العقد من بين شروطه شرطاً يقضي بتسوية جميع المنازعات التي قد تنشأ عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

غير أن مطالبة الطرف الباكستاني الشركة الفرنسية بمبلغ 12 مليون فرنك فرنسي عن الأعمال التي قامت بها أدى إلى قيام نزاع بين الطرفين، فلجأ الطرفان إلى اتخاذ إجراءات التحكيم بتاريخ 1972/05/07، وفي نفس الوقت كان رئيس جمهورية بنغلاديش قد أصدر مرسوماً بتاريخ 1972/05/09 ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ 1971/03/26، 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 يؤدي إليه 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 ابتداءً من تاريخ 1971/03/26، كما أن أي نص يقضي بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم يعد لاغياً.

وعلى الرغم من ذلك فقد استمرت هيئة التحكيم في نظر النزاع، والتي أصدرت قرارها التحكيمي في 1972/12/15، 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 1976/05/05 بإبطال قرار التحكيم تأسيساً على أن القانون السويسري لا يتضمن أي قاعدة قانونية تقضي بخضوع الشخص للتحكيم دون إرادته أو رغماً عنه<sup>(2)</sup>، وهو ما يعني أن المحكمة السويسرية قد أقرت التعديلات القانونية التي أحدثتها حكومة بنغلاديش والتي أدت إلى إبطال اتفاق التحكيم ولو بأثر رجعي.

وعليه فإن عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح لقانون معين هو مسلك يجب تفسيره على أنه يفيد رغبتهم في استبعاد هذا القانون، وبما أن القانون الدولي لا يصلح في حد ذاته كقانون يحكم عقود الدولة، فإن الحل الأمثل هو إخضاعها لنظام لا ينتمي لا للدول المتعاقدة ولا للقانون الدولي العام<sup>(3)</sup>.

وعلى الرغم من إقراره بالطبيعة الخاصة لعقود الدولة، يتجه الفقه المناصر لخضوع هذه العقود للقواعد عبر الدولية إلى أن تلك الطبيعة لا تتعارض مع منهج هذه القواعد، على الأقل عند الاتفاق على تطبيقها، أو

1- والتي أضحت تعرف بجمهورية بنغلاديش الشعبية منذ عام 1971.

2- أنظر: -

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

3- أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 754.

لجوء المحكم إلى ذلك عند السكوت المطلق للأطراف عن اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على رابطتهم العقدية<sup>(1)</sup>.

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 التجارية الدولية لم يقيد من نطاق استقلالية هذا النظام بل ساعد على ازدهاره وتطوره<sup>(2)</sup>.

ولقد أثبت 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 يعدّ جزءاً من القانون التجاري الدولي الذي تشكل من العادات العابرة للدولة والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول"<sup>(3)</sup>، فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقدهم.

والملاحظ أيضاً في مجال عقود الدولة 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 اتفاقاً على إخضاع ذلك العقد للقواعد عبر الدولية<sup>(4)</sup>. ومن أمثلة الشروط التي يدرجها أطراف عقود الدولة في اتفاقاتهم، شرط الاتفاق على "المبادئ العامة المعتادة في الأمم المتمدينة"، "مبادئ قانون التجارة الدولي"، "مبادئ الودّ وحسن النية"، و"الأخذ بعين الاعتبار الصفة غير الدولية لعلاقات الأطراف ومبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم"، وغيرها من العبارات التي تصب في نفس المعنى<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً - رأينا في مشكلة مدى جواز تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.

نعتقد بأنه وعلى الرغم من تمتع العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة بخصوصيات تميزها عن العقود المبرمة في نطاق التجارة الدولية، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية إخضاعها للقواعد عبر الدولية التي خلقت وجاءت أصلاً 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

1-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص472.

2-أنظر:-

-Leboulanger(Ph), les contrats entre état et entreprises étrangère, thèse, paris, 1985, p222.

3-أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص757.

4-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص359.

5-أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص360.

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 تنترك لهم سلطة ومكنة ذلك الاختيار.

والأصل في مجال عقود التجارة الدولية أن للمتعاقدين الحرية في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على عقدهم، ويعدّ 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، لاسيما 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.

وبهذه المثابة وجب احترام اتفاق الأطراف وإعمال القواعد القانونية التي اختارها هؤلاء لحكم عقدهم، ولا مجال للدعاء بأن خصوصية عقود الدولة تستتبع بالضرورة خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن إعمال هذا القانون بشكل دائم قد يضر بمصالح المتعاقدين معا، وذلك لتخلف أحكامه عن مجارة ما جرى عليه العمل في نطاق التجارة 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 وأنّ 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 عقود التجارة الدولية، والتي تقدر مبدأ سلطان الإرادة يعدّ في نظر الطرف الأجنبي عائقا من معوقات الاستثمار، وذلك لأنه يقيد حريته في اختيار القواعد القانونية التي يطمئن إليها ويثق فيها<sup>(1)</sup>، مما يعني في الأخير حدوث آثار سلبية تضر بمصلحة الدولة المتعاقدة طالما أن ذلك الطرف يتواجد دوما في مركز قوة اقتصادية، فيرفض الاستجابة لشرط خضوع العقد للقانون الوطني، فيكون اقتصاد الدولة هو الخاسر الأكبر، وبدلا من أن يحقق إسناد عقود الدولة للقانون الوطني نتائج إيجابية للدولة المتعاقدة، فإنه سيلحق بها أضرارا جسيمة خاصة إذا كان الطرف الأجنبي محتكرا للتكنولوجيا أو الخدمة محل العقد.

1-وهنا نذكر المقولة التي تقضي بأنّ: "رأس المال لا يجذبه إلا جو الحرية الاقتصادية والقانونية".

وأما الادعاء بأن القواعد عبر الدولية جاءت في الأصل لخدمة مصالح الدول المتقدمة ومشروعاتها، وهو ما يتعارض مع مصالح الدول النامية الساعية لتحقيق التنمية، فقد مضت الإشارة إلى أن تلك القواعد هي قواعد عامة ومجردة، فهي لم تخلق لتتطبق على أشخاص أو مراكز قانونية معينة بالذات، أو لتغليب مصالح طرف على حساب طرف آخر، إنما جاءت ملبية لحاجات فرضت نفسها في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية العابرة للحدود.

ويجب لفت نظر الاتجاه الرافض لخضوع عقود الدولة 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 للوصول 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"<sup>(1)</sup>.

وأما في حالة عدم اتفاق الأطراف على 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 لأعراف التجارة الدولية<sup>(2)</sup>، وذلك لأن التدويل انصبّ 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 رغبتهم الضمنية في إخضاع عقدهم للقواعد عبر الدولية، إلا إذا كانت إرادتهم 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، وإن كان أكثر القوانين ارتباطا بالعقد، فإن هذا لا يعني دوما أنه الأكثر ملاءمة لحماية مصالحها<sup>(3)</sup>.

1- أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 236.

2- حيث يذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ: "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". أنظر: هشام خالد، المرجع السابق، ص 342، هامش 246.

3- أنظر: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، المرجع السابق، ص 484.



فقد تمسكت الكاميرون في مرافعاتها أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في قضيتها أمام Klöckner بعدم التطبيق الاستثنائي لقانونها الوطني على عقدها المبرم مع هذه الشركة، حيث طلبت الاستعانة بقواعد القانون الدولي<sup>(1)</sup>، مما يعني أن قانونها الوطني لم يكن يخدم مصالحها وأن القواعد عبر الدولية كانت هي الأكثر حماية لها.

وفي نزاع آخر بين شركة "CDSE"<sup>(2)</sup>، وحكومة كوستاريكا مسجل بتاريخ 1996/03/22 أما 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<sup>(3)</sup>، ولاشك أن حكومة كوستاريكا قد رأت في تطبيق القواعد عبر الدولية تحقيقاً لمصلحتها، لذلك أقرت باختصاصها الاستثنائي 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 الأعمال 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 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، حيث قضت المادة 01/42 بأنه : "تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق".

---

1- وتتلخص وقائع النزاع في توقيع اتفاق استثمار بين شركة Klöckner وحكومة الكاميرون في 1971/11/04 تعهدت بمقتضاه الشركة بإنشاء وإدارة مصنع أحمدة في الكاميرون، على أن يدار هذا المصنع بواسطة شركة كاميرونية مشتركة "Socame" تساهم فيها شركة Klöckner بنسبة 51% والحكومة بنسبة 49%، مع تعهد شركة Klöckner بإدارة المصنع فنياً وتجارياً لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد. وبعد بدء تشغيل المصنع توقف عن العمل نهائياً سنة 1981، فثار نزاع بين الطرفين وعرض على التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وعقب تشكيل المحكمة المختصة للفصل في النزاع بتاريخ 1981/10/26، تقدمت الشركة بطلب مفاده أنها دائنة لحكومة الكاميرون بمبلغ 207 مليون فرنك فرنسي، بينما اعتبر الجانب الكاميروني أن عدم وفاء الشركة في التزاماتها كاملة يعد مبرراً لعدم دفع قيمة الدين كاملاً 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. أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 93.

2- اختصاراً ل: Compania del Desarrollo de santa elena.

3- 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 2000/02/17، والذي انتهت فيه إلى تطبيق قانون كوستاريكا بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين، وكذا مبادئ القانون الدولي، وذلك وفقاً لنص المادة 01/42 من اتفاقية واشنطن. أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 229.

و تطبيقاً منها لنص المادة 01/42 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<sup>(1)</sup>.

ففي نزاع بين شركة "Amco Asia" وآخرين مع حكومة إندونيسيا<sup>(2)</sup>، قررت هيئة التحكيم بأنها 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<sup>(3)</sup>.

وتأييداً لهذا الاتجاه قامت لجنة التحكيم الخاص حال نظرها في طلب إبطال قرار التحكيم في هذا النزاع في 1984/11/21 بالتأكيد على أن العلاقة القائمة بين مبادئ القانون الدولي وقانون الدولة المضيفة للاستثمار تكمن في أن تلك المبادئ لها وظيفة استكمال الثغرات وأوجه القصور التي يتضمنها قانون الدولة المتعاقدة<sup>(4)</sup>.

---

1- أنظر في التطبيقات العملية لنص المادة 01/42 من الاتفاقية: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص222.

2- وتتلخص وقائع النزاع في تعهد شركة إندونيسية ببناء فندق في مدينة جاكرتا الإندونيسية، إلا أنها لم تتمكن من ذلك لعدم حصولها على التمويل الكافي فقامت بإبرام اتفاق مع شركة "Amco" الأمريكية لإكمال عملية البناء وإدارته لفترة من الوقت مقابل حصولها على نسبة من الأرباح. وتمكنت شركة Amco من الحصول عقب ذلك على تصريح بالاستثمار من حكومة إندونيسيا، وأثناء تنفيذ عقد الاستثمار ثار خلاف بين الشركة الأمريكية والشركة الإندونيسية حول إدارة الفندق، فتدخلت السلطات الإندونيسية فقامت بإلغاء التصريح بالاستثمار الذي سبق لها وأن منحتة لشركة Amco. وفي 1981/01/15 تقدمت هذه الأخيرة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار للفصل في النزاع القائم بينها وبين الحكومة الإندونيسية. وعند نظرها في النزاع المطروح أمامها، لاحظت هيئة التحكيم بأن الأطراف قد أغفلوا الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، كما أنهم لم يفوضوا للهيئة سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة، لذلك لجأت إلى إعمال نص المادة 01/42 من اتفاقية واشنطن وقضت بتطبيق كل من قانون إندونيسيا ومبادئ القانون الدولي.

3- أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص222.

4- غير أنه وعلى الرغم من إعمال لجنة التحكيم الخاصة لنفس القواعد التي طبقتها هيئة التحكيم، إلا أنها ألغت القرار الصادر عنها، وذلك على أساس أن الهيئة قد تجاوزت سلطاتها بوضوح في تقدير قيمة الاستثمار، كما فشلت في ذكر الأسباب التي بني عليها القرار. أنظر: حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص236 و237 هامش 632.

## خاتمة:

لقد أصبحت عقود الدولة ذات أهمية قصوى في نطاق العلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، وذلك بالنظر لدورها الفعال في تحقيق التنمية الاقتصادية و المساهمة في تحقيق النقلة التكنولوجية للدول النامية، خاصة في ظل التطورات المعاصرة و التي جعلت الدول تتنافس من أجل ابرام أكبر قدر من العقود و في شتى المجالات. و إذا كانت عقود الدولة تخضع من حيث تكوينها و تنفيذها لنفس القواعد العامة المعروفة في إطار النظرية العامة للعقد، غير أن هذا لم يحل دون بقائها متمتعة بخصوصية هامة جعلتها تتميز عن العقود الداخلية و عن العقود المبرمة في مجال التبادل الدولي، و هي الخصوصية المستمدة من أطرافها، بحيث يتمثل الطرف الأول في الدولة صاحبة السيادة التشريعية و السلطة العامة و الهادفة الى تحقيق المصلحة العامة، بينما يتمثل الطرف الثاني في المتعامل الأجنبي الذي يهدف الى تحقيق الربح و هو من يتواجد في مركز اقتصادي أسمى مقارنة بمركز الدولة، الأمر الذي يعطيه امكانية التفاوض من موقع قوة و فرض شروطه.

و تعد مشكلة تدويل النظام القانوني لعقود الدولة أهم ما يشغل بال العديد من الفقهاء لما لها من آثار على اقتصاديات الدول النامية، إلا أنه يتعين التذكير مع ذلك بأن المشكلة لا تكمن في طبيعة القواعد القانونية المطبقة على تلك العقود ، فالقواعد عبر الدولية ليست دوما في خدمة مصالح الشركات عبر الوطنية والمتعاملين المنتمين للدول الرأسمالية، إذ و على الرغم من أنها في غالبيتها أعراف ولدت في رحاب سوق رأسمالية، إلا أن الدراسات الحديثة وواقع التحكيم يؤكدان بأنها جاءت فقط لتستجيب لمصالح التجارة الدولية ولتحقيق عدالة موضوعية بين أطراف العلاقات القائمة في تلك التجارة، وذلك بغض النظر عن المراكز الاقتصادية لهؤلاء أو جنسياتهم.

و تبعا لذلك فإن وجود الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها كطرف في العقد لا يحول دون تطبيق القواعد عبر الدولية على العلاقات التجارية الدولية التي تكون طرفا فيها، وأما القول بأن تلك القواعد قد جاءت لخدمة مصالح الأقوياء اقتصاديا، فهذا قول يجانب الصواب، ذلك أن القواعد عبر الدولية هي قواعد قانونية تتمتع بخاصية العمومية والتجريد، وأن تطبيقها ليس دوما في خدمة مصالح الكبار، وهذا ما أثبتته العديد من قرارات التحكيم، كما أنّ إصرار الدولة على تطبيق قانونها الوطني وفي كل الأحوال من شأنه أن يضر بمصالحها الاقتصادية بدلا من تحقيق التنمية التي تسعى إليها.

و لابد من التأكيد أخيرا أن المتغيرات التي يشهدها عالم اليوم هي أمر واقع يقتضي مشاركة الجميع في آلياتها سواء تعلق الأمر بدول متقدمة أو متخلفة، وعليه فلا بد من المساهمة في نظام التحكيم التجاري الدولي بدلا من معاداته، وذلك لن يتأتى إلا بعد التخلي عن نظرة عدم الثقة اتجاهه والابتعاد عن الأحكام المسبقة بشأنه، حيث لا يمكن الحكم على هذا النظام بأنه فاشل فقط لفشل تجربة أو أكثر أمامه، كما يتعين في نفس

الوقت اللجوء إلى إبرام اتفاقيات دولية متعددة الأطراف لكفالة تحقيق وحدة تشريعية بين الدول سواء في مجال عقود الدولة، مع إصدار هذه الاتفاقيات عن طريق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باعتبارها الجهة المنوط بها هذه المهمة.

## قائمة المراجع:

### أولاً- المراجع باللغة العربية:

#### 1-المراجع العامة:

- أحمد عبد الكريم سلامة: - قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001.
- أحمد عشوش: تنازع مناهج تنازع القوانين -دراسة مقارنة- مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1989.
- ثروت حبيب: دراسة في قانون التجارة الدولية، مطبعة جامعة القاهرة، 1975.
- جلال وفاء محمدين: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للقانون- الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- حسام محمد عيسى: التحكيم التجاري الدولي -نظرة نقدية- بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- حسين احمد الجندي: النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- حسين المؤمن: الوجيز في التحكيم، بيروت، 1977.
- حفيظة السيد الحداد: - العقود المبرمة بين الدول الأشخاص الأجنبية -تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها- دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.
- الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- سلامة فارس عرب : دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000.
- طالب حسن موسى : قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام- دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
- عز الدين عبدالله : القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة

- الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.
- **علي علي سليمان** : مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
  - **علي فيلالي** : الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001 .
  - **فؤاد رياض وسامية راشد** : الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1987.
  - **فوزي محمد سامي** : التحكيم التجاري الدولي، المجلد الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
  - **محسن شفيق** : التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974.
  - **محمد حسنين**: الوجيز في نظرية الالتزام -مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري- الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.
  - **محمد شكري سرور**: النظرية العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
  - **محمد صبري السعدي**: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 1992.
  - **محمد كمال فهمي**: أصول القانون الدولي الخاص، ط2، بدون دار نشر، 1978.
  - **محمد محسوب عبدالمجيد درويش**: قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
  - **محنّد إسعاد**: ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
  - **محمود مختار أحمد بريري**: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
  - **منير عبدالمجيد**: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، بدون ناشر، 2005.
  - **هشام خالد**: جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

- هشام على صادق وحفيظة السيد الحداد: دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، بدون ناشر، بدون سنة نشر.

- هشام علي صادق: - تنازع القوانين، دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

## 2-المراجع الخاصة:

### أ-الرسائل الجامعية

- إبراهيم قادم: الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية التكنولوجية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002.
- أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000.
- بهاء علي الدين هلال: قانون التجار الدولي الجديد، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1993.
- عدلي محمد عبدالكريم: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011/2010.
- صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
- صلاح الدين عبدالرحمان: عقود نقل التكنولوجيا -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1993.
- نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1987.
- يوسف عبد الهادي خليل الاكيايبي: النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في القانون الدولي الخاص، رسالة

دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1989.

- **نادر محمد إبراهيم:** مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

### ب- المؤلفات الخاصة

- **إبراهيم شحاتة:** الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، القاهرة، 1971.
- **أبو العلا علي أبو العلا النمر:** دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001.
- **أحمد السعيد الزقرد:** أصول قانون التجارة الدولية - البيع الدولي للبضائع - المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007.
- **أحمد عشوش:** القانون الذي يحكم الاتفاقيات البترولية، محاضرات لطلبة دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1984.
- **هاني محمود حمزة:** النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
- **حسام محمد عيسى:** - مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا، دراسة نقدية، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- دراسات في الآليات القانونية للتبعية الدولية، التحكيم التجاري الدولي - نظرة نقدية - بدون ناشر، 1988.
- **سامية راشد:** دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- **عكاشة محمد عبد العال:** قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- **محمد حسين عبدالعال:** التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- **محمود الكيلاني:** عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا "Know How"، دراسة تطبيقية - عقد نقل التكنولوجيا - عقد المساعدة الفنية - عقد تسليم مفتاح - عقد تسليم إنتاج - عقد البحث - بدون دار نشر،



.1988

- **محمود محمد ياقوت:** - حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- **مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدالعال:** التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- **وفاء مزيد فلحوظ:** المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- **وفاء مصطفى محمد عثمان:** توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- **يحي عبدالرحمان رضا،** الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

#### ثانيا-المراجع باللغة الأجنبية:

#### 1-المراجع العامة:

- **Audit (B)**, la vente international des marchandises, L.G.D.J, 1990.
- **Batiffol (H)**, contrats et conventions, Rép.dr.int. Dalloz, T.I, 1968.
- **Batiffol (H) et Lagarde (P)**, droit international privé, 7ème éd, paris, 1981.
- **Berlin(D)**, droit international privé, masson, paris, 1987.
- **Carbonnier**, sociologie juridique, p.u.f , paris 1978.
- **David (R)**, le droit du commerce international, economica, paris, 1987.
- **David(R)**, l'arbitrage dans le commerce international, economica, paris, 1982.
- **Fouchard (Ph), Gaillard (E) et Goldman (B)**, traité de l'arbitrage commercial international, litec, 1996.

- **Heuzé (V)**, la vente internationale des marchandises, G.L.N, joly édition, 1992.
- **Jarrosson(Ch)**, la notion d'arbitrage, L.G.D.J, 1987.
- **Kassis(A)**, Théorie générale des usages du commerce , L.G.D.J,1984.
- **Loussouarn (Y)**, cours généraux de droit international privé, rec cours, La Haye, 1973.
- **Loussouarn (Y) et Bourel (P)**, Droit international privé, Dalloz, 4ème éd,1993.
- **Mayer (P)**, droit international privé, 4ème édition, Paris, 1991.
- **Oppetit (B)**, la notion de source du droit et le droit du commerce international, in arch.pn.dr, 1982.
- **Oppetit (B)**, les principes généraux en droit international privé, in le droit International, archive de philosophie du droit, tome 32, 1987.

## 2-المراجع الخاصة:

## أ-الرسائل الجامعية:

- **Deby- Gérard(F)**, le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, thèse, paris, 1973.
- **Fouchard(Ph)**, l'arbitrage commercial international, thèse, paris, 1961.
- **Heuzé (V)**, la réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthode, thèse, GLN, édition joly.
- **Regli(J.P)**, contrats d'état et arbitrage entre état et personne privée, thèse, Genève, 1983.
- **Labathe(F)**, la notion de document contractuel, thèse, L.G.D.J, paris, 1994.
- **Osman(F)**, les principes généraux de la lex mercatoria, thèse, dijon, 1991.
- **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.

#### ب-المؤلفات الخاصة:

- **Batiffol (H)**, la loi appropriée au contrat, in le droit des relations économiques international, Litec, Paris, 1983.
- **Bellet (P) et Mezger (E)**, l'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civil, Rev.crit.dr.inter.
- **Benabderrahmane(D)**, le nouveau droit algérien de l'arbitrage international, in C.J.F.E.
- **Cedras(J)**, l'obligation de négocier, in R.T.D.comm, 1985.
- **Delaume(G.R)**, des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle, R.B.DR.inter, 1968.
- **Fadlallah (I)**, l'ordre public dans les sentences arbitrales, in R.C.A.D.I, 1994.
- **Fatouros (A.A)**, problèmes et méthodes d'une réglementation des E.N.N, J.P international, clunet 1974.
- **Fouchard (Ph)**, l'état face aux usages du commerce international, Dalloz, paris, 1975.
- **Fouchard(Ph)**, la loi type de la CNUDCI, J.D.I, 1987
- **Gistac(G)**, le renouvellement du rôle de l'état contractant dans le commerce international, DPCI, 1996.
- **Goldman(B)**, -la lex mercatoria dans les contacts et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives, JDI, 1979.

- **Jacquet (J.M)**, l'Etat, opérateur du commerce international, JDI, 1989.
- **Jacquet (J.M)**, le contrat international, connaissance du droit, Dalloz, 1992.
- **Kahn(Ph)**, les principes généraux du droit devant les arbitres de commerce International, JDI, 1989.
- **Lagarde(P)**, le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, recueil, 1986.
- **L'oncle (J.M) et Trochon (J.Y)**, la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI, IBLY, 1997.
- **Loquin(E)**, l'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du mon-droit dans l'arbitrage commercial, librairies technique, paris, 1980.
- **Mayer (P)**, l'application par l'arbitre des conventions internationales de Droit privé, mélange en l'honneur de Louisouran Yves, dalloz, 1994.
- **Oppetit (B)**, le paradoxe de la corruption et l'épreuve du droit du commerce International, clunet, 1987.
- **Ranouil (V)**, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, P.U.F, 1980.
- **Rigaux (F)**, droit public et droit privé dans les relations économique internationaux.
- **Rigaux (F)**, souveraineté des états et arbitrage transnational dans le droit des relations économiques international, Mélanges Goldman.

# الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة.	
الفصل الأول: ماهية عقود الدولة الاقتصادية.....	
المبحث الأول: تعريف عقود الدولة و تمييزها عن المفاهيم المشابهة.....	
المطلب الأول: تعريف عقود الدولة.....	
المطلب الثاني: تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة.....	
الفرع الأول: التفرقة بين عقود الدولة و المعاهدات الدولية.....	
الفرع الثاني: التفرقة بين عقود الدولة و عقود التجارة الدولية المعتادة.....	
الفرع الثالث: التفرقة بين عقود الدولة و العقود المبرمة من طرف المنظمات الدولية.....	
المبحث الثاني: أطراف عقود الدولة.....	
المطلب الأول: الدولة و مشروعاتها كطرف في عقود التنمية الاقتصادية.....	
الفرع الأول: الدولة طرفا في العقد.....	
الفرع الثاني: مشروعات الدولة و أجهزتها كطرف في العقد.....	
المطلب الثاني: الشخص الأجنبي طرفا في عقد الدولة.....	
أولا- ماهية الشركات عبر الوطنية.....	
ثانيا: معيار التمييز بين الشخص المعنوي الأجنبي و الشخص المعنوي الوطني في عقود الدولة...	
المبحث الثالث: الشروط غير المألوفة في عقود الدولة.....	
المطلب الأول: شرط التجميد الزمني لقانون العقد بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة.....	
الفرع الأول: مفهوم شرط التجميد الزمني لقانون العقد الدولي.....	
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التجميد الزمني.....	
الفرع الثالث: شرط التجميد الزمني للقانون و مصالح الأطراف المتعاقدة.....	
المطلب الثاني: شرط التحكيم بوصفه شرطا غير مألوف في عقود الدولة.....	
الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي.....	
الفرع الثاني: دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عقود الدولة.....	

- .....**الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الدولة الاقتصادية**.....
- .....المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بحكم عقود الدولة.....
- .....المطلب الأول: المقصود بمبدأ قانون الإرادة.....
- .....الفرع الأول: النظرية الشخصية.....
- .....الفرع الثاني: النظرية الموضوعية.....
- .....المطلب الثاني: كيفية تحديد القانون الذي يحكم عقد الدولة.....
- .....الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون العقد.....
- .....الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون العقد.....
- .....الفرع الثالث: سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد.....
- .....أولاً: الإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.....
- .....ثانياً: الإسناد المرن للرابطة العقدية.....
- .....ثالثاً: اختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم عقود الدولة في حالة عدم وجود اتفاق.....
- .....المطلب الثالث: نطاق تطبيق قانون الإرادة.....
- .....الفرع الأول: مدى انطباق قانون الإرادة على مرحلة ما قبل التعاقد.....
- .....الفرع الثاني: موضوع العقد.....
- .....أولاً: مرحلة تكوين العقد.....
- .....ثانياً: مرحلة تنفيذ العقد.....
- .....الفرع الثالث: شكل العقد.....
- .....المبحث الثاني: خضوع عقود الدولة للقانون عبر الدولي.....
- .....المطلب الأول: تعريف القواعد عبر الدولية.....
- .....ثانياً: المحاولات الفقهية لتعريف القواعد عبر الدولية.....
- .....المطلب الثاني: موقف الفقه من مسألة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية.....
- .....أولاً: الاتجاه الرافض لفكرة تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.....
- .....1-أسس رفض التدويل.....
- .....2-النتائج المترتبة على مناهضة خضوع عقود الدولة للقواعد عبر الدولية.....
- .....ثانياً- الاتجاه المؤيد لفكرة تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.....
- .....ثالثاً- رأينا في مشكلة مدى جواز تدويل النظام القانوني لعقود الدولة.....

.....خاتمة

.....قائمة المراجع

.....الفهرس