

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الاقتصادي

الموسومة بـ:

النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية

تحت إشراف الدكتور

بن عيسى أحمد

من إعداد الطالب

خلفه مختار

لجنة المناقشة

د. بن أحمد الحاج.....أستاذ محاضر (أ) رئيسا

د. بن عيسى أحمد.....أستاذ محاضر (ب) مشرفا ومقررا

د. هني عبد اللطيف.....أستاذ محاضر (ب) عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2015

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الاقتصادي

الموسومة بـ:

النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية

تحت إشراف الدكتور

بن عيسى أحمد

من إعداد الطالب

محمد خلفه مختار

لجنة المناقشة

د. بن أحمد الحاج.....أستاذ محاضر (أ) رئيسا

د. بن عيسى أحمد.....أستاذ محاضر (ب) مشرفا ومقررا

د. هني عبد اللطيف.....أستاذ محاضر (ب) عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

صدق الله العظيم

الآية رقم 01 من سورة المائدة

شكر وتقدير

أول ما أبدأ به الحمد والشكر لله عز وجلّ، الذي أنار دربي ويسر لي السبيل لإنجاز هذا العمل ومنحني الإرادة والعزيمة والصبر لإتمام هذا المشوار الدراسي بخير وعلى خير أما بعد

فلا يسعني المقام إلا أن أعبر عن شكري واحترامي، لأستاذي الدكتور بن عيسى أحمد مدير تحرير مجلة البحوث القانونية والسياسية الذي شرفني بإشرافه على إنجاز هذه المذكرة. كما أتوجه بخالص شكري إلى أستاذي، الدكتور بن أحمد الحاج عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سعيدة

كما أشكر السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالمشاركة في لجنة المناقشة وسيكون لملاحظتهم القيمة الأثر الطيب في إخراج هذه المذكرة بصورتها الأجمل والشكر الموصول لكل من سّهل لي مهمتي

حلف مختار

الإهداء

إلى روح والدي العزيز رحمه الله الذي علمني المثابرة في الحياة
الذي زرع في نفسي روح المسؤولية، الساكن في قلبي دوماً وللأبد داعياً الرحمان أن يجعل
قبره روضة من رياض الجنة وأن ينقله من ضيق اللحد إلى سعة القصور وأن يغفر له ويرحمه
ويسكنه فسيح جناته.

إلى منبع الحنان ومصدر العطاء والصبر فهي أحق بصحبتى أتمنى لها الشفاء بإذن الله حفظها
الله ورعاها وأطال في عمرها أُمي الغالية.

إلى زوجتي من كانت سنداً وعوناً لي في الدرب إلى أبنائى: هبة رغد ومحمد عبد العالى

إلى إخوتي وأخواتي

إلى أخي وصديقي مغربي خلف الله

إلى الأصدقاء والزملاء

أهدي هذا الجهد المتواضع

خلف مختار

مقدمة

مقدمة:

لقد كان ينظر إلى التنمية في السابق، على أنها ارتفاع مستوى دخل الأفراد، بحيث كانت مرادفا لمفهوم النمو الاقتصادي وقد نظر الكثير من الاقتصاديين للتنمية على أنها زيادة في الاستثمار مما يؤدي إلى تطوير هيكل الاقتصاد ومن ثم ازدياد متوسط دخل الفرد الحقيقي.

الواقع أن إستراتيجية التنمية في الدول النامية اتسمت بالشك اتجاه الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مما دفعها إلى اتخاذ إجراءات منعت من حركية ونشاط هذا النوع من التمويل الخارجي للتنمية، ولهذا اتجهت إلى الاقتراض الخارجي.

ولعل استخدام العديد من الدول النامية عقود الدولة كإحدى الأدوات الهامة لتحقيق أهداف خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل، فإنه من جانب آخر تتعقد المشاكل التي تثيرها تلك العقود، التي تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي المنتمي لدولة أخرى.

تبقى مشكلة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الدولية، مسألة شائكة لا يمكن تسويتها، تسوية حاسمة وقطعية لأنها تثير كثيرا من المسائل المتعلقة بتحديد القانون الذي

يحكم التفاوض بشأنها، وإبرامها وتسوية النزاعات الناجمة عن تفسيرها وتنفيذها، ويطبق بشأنها أيضا فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة التي يتبع لها الطرف المتعاقد مع الدولة الأخرى.

تمثل التجارة أهمية بالغة في حياة الشعوب منذ القدم وحتى يومنا هذا، نظرا لما تلعبه من دور محوري وفعال، في البناء الاقتصادي لهذه الشعوب والسير بها نحو التقدم والرفي.

وإزاء هذه الأهمية لم تقتصر تلك التجارة على حدود الدولة الواحدة، وإنما امتدت خارجها واتسع نطاقها ليشمل أكثر من دولة، وكان التجار دوما هم المحرك الأساسي في تطور هذه التجارة فأخذوا يتطلعون إلى أسواق جديدة، ومتوجات متنوعة وخاضوا في سبيل ذلك مخاطر عدة، بين أسفار طويلة وخطر التعامل مع أنواع وأجناس مختلفة، إلى أن ارتقت التجارة الدولية إلى أعلى سلم العلاقات الدولية، وذلك بالنظر لإسهاماتها الكبيرة في زيادة النشاط الاقتصادي لدول العالم وبالنظر لما تلعبه من دور أساسي ومؤثر في تقدير وتقييم مستوى وحجم التبادل في هذا المجال، كما كان لازدياد أنواع المعاملات الدولية واتساع حجمها، الأثر الكبير في تنوع الوسائل القانونية التي تحكمها.

هذا وقد أصبح لعقود التجارة الدولية في العصر الحديث، دور كبير ومهم في خدمة أهداف التنمية والتقدم لما لها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تنفيذها فيه، فهي تلبي أهداف سياسية واجتماعية واقتصادية.

وإذا كان نمو اقتصاد الدول يعتمد على زيادة التجارة الدولية، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها، حيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث على حل لمشاكلها القانونية، يشغل بال الباحثين والمشرعين في مختلف الدول سواء على المستوى الوطني أو الدولي، ذلك هو أن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية لا شك أن له أثر في زيادة حجمها واتساع نطاقها، لذا نجد أن إقرار المستثمر الأجنبي بالإقدام على التعاقد والاستثمار في بلد ما لا يتوقف على تقدير الأوضاع السياسية، والاقتصادية السائدة في ذلك البلد فحسب، وإنما يتأثر أيضا بمدى فعالية القواعد القانونية السائدة فيه، بحسبان أن تلك القواعد عادة ما تحدد ضمان حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

وغنى عن البيان أن مشكلة تنازع القوانين وتعدد أساليب فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي تقع في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الدولي الخاص الذي مازال إلى الآن يعاني الكثير بسبب غموض بعض أحكامه، وعدم ضبط الكثير من قواعده، حتى قيل بأنه أثار في داخله - بسبب ما به من غموض وتعقيد - أكثر من تنازع.

كما أنه ومن ناحية أخرى نجد أن الصراع الذي تشهده الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية المستثمرة في هذا المجال، وربما كان ما يحدث اليوم في الجزائر إلى جانب ما يحدث في العراق بعد الحرب الممهدة لهذه الاستثمارات يثير مصالح الدول الأجنبية بغية إبعاد هذه العقود من

نطاق القوانين الداخلية الوطنية للدول المتعاقدة، ومحاولة إخضاعه إلى القانون الدولي العام، أو لمبادئ القانون التجاري الدولي أو كما يسميه البعض القانون الدولي للأعمال.

إن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة تعكس الصراع الفكري بين المذاهب الفردية والمذاهب الاشتراكية، وهو صراع يتعين حسمه بما يحقق التوازن المطلوب بين حرية التعاقد باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه التجارة الدولية من ناحية والعدالة الاجتماعية بوصفها الدرع الذي يقي الطرف الضعيف اقتصاديا من تحكم الأقوياء من ناحية أخرى.¹

إشكالية البحث:

انطلاقاً من العرض، ولكي نتمكن من معرفة الأساس القانوني المناسب لهذا النظام الذي يعتبر العنصر الفعال والأنسب لهذه العقود ومن خلال هذا، لابد لنا صياغة تامة ومعرفة ماهيتها وكذلك الخصائص المميزة لها، يمكننا طرح إشكالية هذا البحث على شكل التساؤل المحوري التالي:

ما هو النظام القانوني وما هي ضوابطه التي تحدد وتنظم هذه العقود؟

ومن خلال هذه الإشكالية تظهر عدة أسئلة فرعية نوجزها فيما يلي:

1. ماهية عقود الدولة ومن أين تستمد ذاتيتها؟

2. ما هو مفهوم وخصائص العقود المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية؟

¹ - حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر 2001، ص 22.

3. ما معنى النظام القانوني الأنسب لهذه العقود؟

4. ما المقصود بالقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي؟

فرضيات البحث:

انطلاقاً من الإشكالية المطروحة وقصد تسهيل الإجابة، ارتأينا طرح الفرضيات التالية:

1. يقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، وتستمد داتيتها من خلال

الاستثمارات الضخمة التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

2. الاتفاق في تحديد عقود الدولة، ومبدأ المساواة القانونية بين الأطراف المتعاقدة في

العلاقات التجارية الدولية، وخصائصها أن يكون العقد ذو نفع قومي عام.

3. النظام القانوني الأنسب وهو النظام الذي يختارونه الأطراف المتعاقدة، استناداً على حرية

المتعاقدين، في تحديد النظام القانوني لحكم العقد.

4. يعتبر القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي الأساس القانوني، من خلال ما

يترتب عن هذا الأخير من آثار ونتائج، ومن ضمنها تحديد القانون المطبق في حالة حدوث نزاع

وبذلك اللجوء إلى قواعد قانونية دولية بل لا بد، من إخضاع العقد لقانون ذو بعد دولي، وذلك

باعتبار القانون الدولي صالحاً لتنظيم هذه العقود.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث خاصة، عندما نعرف أنه لا يمكن أن تتحقق التنمية المستدامة والاستثمارات بصفة عامة، ما لم تتوفر الوسائل والأدوات اللازمة لتحقيقها، حيث أنه تعتبر العقود بشكل عام أو خاص، التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، ذات أهمية في مجال العلاقات الدولية المعاصرة، وهذه الأهمية لها بعد قانوني، واقتصادي وسياسي واجتماعي وفي جميع الميادين الأخرى.

لأن اقتصاد الدولة يعتبر العمود الفقري، الذي تركز عليه الدولة بصفة خاصة ويعتبر هذا البحث مهم جدا نظرا لكونه، يعرف العقود بصفة عامة وشاملة، حيث أن هذه العقود تعتبر الخطوة التنموية للدولة.

أسباب اختيار البحث:

هناك عدة أسباب جعلتنا نختار هذا الموضوع دون غيره من المواضيع، وهذه الأسباب هي:

1. الصلة التي تربط موضوع البحث بالتخصص الذي ندرس فيه.
2. قيمة الموضوع وأهميته، باعتباره من مواضيع الساعة.
3. رغبتنا في الإطلاع على ماهية عقود الدولة والقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي.

4. رغبتنا في التعرف على النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث، إلى توفير إطار نظري شامل على عقود الدولة، والعقد التجاري الدولي كما يهدف هذا البحث كذلك إلى إعطاء صورة حقيقية عن واقع النظام القانوني الدولي بالإضافة إلى تسليط الضوء على أهمية المعيار القانوني والاقتصادي لدولية العقد، وذلك من خلال بعض الاتفاقيات الدولية، التي توفر بعض الحلول اللازمة لتوفير نظام حديث وموحد.

صعوبات البحث:

أثناء قيامنا بإعداد هذا البحث، واجهتنا مجموعة من العراقيل والصعوبات نوجزها فيما يلي:

1. ندرة المراجع باللغة العربية.

2. الصعوبة واستغراق الوقت في ترجمة المراجع الأجنبية إلى اللغة العربية.

3. صعوبة في التنقلات، وذلك من أجل إيجاد الكتب والمراجع المناسبة لهذا الموضوع وكذلك

ضيق الوقت.

المنهج المتبع:

لدراسة هذا البحث قمنا باستخدام المنهج الوصفي في جميع المعلومات الخاصة بالظاهرة

المدروسة، عند تحديد جملة من الضوابط التي تحدد ماهية هذه العقود، وذلك للوصول إلى المعنى

الحقيقي لهذه العقود، ثم إظهار خصوصية لأطراف هذه العقود وكذلك تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق.

تقسيمات البحث:

قمت بتقسيم الموضوع إلى فصلين سبقتهم مقدمة عامة وتختتمهم خاتمة عامة.

الفصل الأول: جاء تحت عنوان: ماهية عقود الدولة إذ يقدم المبحث الأول: الإطار المفاهيمي

لعقود الدولة أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى تصنيفات عقود الدولة.

الفصل الثاني: جاء تحت عنوان: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي إذ

تطرقنا في المبحث الأول منه إلى تحديد المقصود بالعقد التجاري الدولي، أما في المبحث الثاني تحدثنا

عن شرط التحكيم وبالنسبة للمبحث الثالث تكلمنا عن قانون محل إبرام العقد وكذلك عن التعاقد

عن طريق شبكة الانترنت وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا البحث على سبيل المثال.

الفصل الأول

ماهية عقود الدولة

لقد كان مصطلح عقود الدولة، يطلق على تلك العقود التي تبرم بين الدولة من جهة وبين متعاقد أجنبي من جهة أخرى، غالبا ما يكون منتما إلى القانون الخاص ولكن الإشكال يتدخل في هذا المفهوم، وذلك من خلال الخلاف حول صفة الدولة باعتبارها مزدوجة الشخصية، فهي من ناحية موضوع القانون الدولي العام، كما هي أيضا شخصا من أشخاص القانون الداخلي.

تهدف عقود الدولة للتنمية الاقتصادية التي تبرم بين الدولة ذات السيادة، أو أحد مؤسساتها مع الشركات الخاصة الأجنبية، إلى القدرة الاقتصادية للدولة المتعاقدة بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة، أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، وفي نفس الوقت يستهدف المتعاقد الأجنبي تحقيق الربح من وراء تعاقد، وهو ما يجعل هذا الأخير حريصا على ضمان مستقبل استثماره، بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية، التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال مدة العقد.

ويسعى أطراف هذه العلاقة العقدية إلى إنجاح علاقاتهم ببدل أوجه التعاون الممكنة بينهم إلا أن ذلك يقتضي تحديد حقوق والتزامات كل منهم بالاتفاق الصريح بينهم أثناء إبرام عقد الاستثمار، بحيث تدرج ضمن نصوصه، وقد تحدد هذه الحقوق والالتزامات بصفة عامة، مع ترك التفاصيل للقانون الواجب التطبيق في التحكيم، لتسوية المنازعات القانونية التي قد تنشأ بين أطراف هذه العقود التي بين دولة وشركة أجنبية أو شخص طبيعي أجنبي.

إن عقود الدولة تثير مجموعة من المشاكل القانونية، وهذه المشاكل تتسم بصعوبتها وهذه الصعوبات لها اعتبارات متمثلة في عامل رئيسي ومجموعة عوامل قانونية.

العامل الرئيسي:

هو عدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي:

أولاً: على الصعيد الاجتماعي

عقود الدولة تبرم بين الدولة وهي شخص من أشخاص القانون العام، وبين الفرد أو الشركة الأجنبية في مجمل الأحوال، وهي شخص من أشخاص القانون الخاص أو شخص من أشخاص القانون الداخلي، هذا التفاوت يؤدي إلى إثارة الكثير من التساؤلات ولعل أهم تساؤل هو المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة.

ثانياً: على الصعيد الاقتصادي

فهذه العقود تعقد بين طرفين غير متساويين على الصعيد الاقتصادي، الدول الفقيرة النامية تتعاقد مع شركات عملاقة تفوق ميزانيتها ميزانية عدة دول نامية. ولكن الدولة مهما كانت فقيرة، يكون لها وضع بنود خارقة أو استثنائية في العقد سلطتها وسلطانها.

هذا التفاوت أدى إلى نشأة نوع من الصراع، فالدولة تحارب بكل طاقتها عند التصدي لمسألة القانون الواجب التطبيق فتلجأ إلى تأمين العقد، أي تحاول أن تؤمم العقد أو الشروط

المتعلقة بالعقد NATIONALIZATION عن طريق:

1. اختصاص قضائي: أن يكون قضاءها وحده المختص.
2. اختصاص تشريعي: أن يكون قانونها الوطني هو الواجب التطبيق.

أما الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة نظراً أنها تشعر بضعفها على الصعيد القانوني

فتطلب عدم تركيز العقد أو تدويل العقد **Délocalisation** أي:

أ/. تدافع على إخضاع عقد الدولة للقانون التجاري الدولي، أي مجموعة القواعد العامة

المجردة التي ترى جمعية التجار بأنها مفيدة لها وهذه القواعد تتمتع بالإلزام على الصعيد التجاري.

ب/. أن يكون القانون الحاكم للعقد هو القانون الدولي العام.

هذه الصعوبة تقع على مفترق الطرق أو ملتقى الطرق، فعقود الدولة تتصل بالقانون

الدولي الخاص، والقانون الدولي العام والقانون الإداري، فإيصالها بكل هذه القوانين يعطي حق

لكل متخصص في هذه القوانين أن يدلي بدلوه فعقود الدولة ليست حكراً على فرع واحد من

فروع القانون يستأثر بدراسة لوحده.

هذا وإن كان الفقه الغربي، قد أدرك ومنذ وقت مبكر أهمية عقود الدولة، وأفصح عن

هدفه صراحة عندما قال أحدهم "إن الإجراءات التي تعرضت لها الشركات الأوروبية والأمريكية

من جانب الدول المستقلة، كانت الدافع الرئيسي لاهتمام الفقه الغربي بدراسة هذه العقود،

بغرض البحث عن حلول تمكن الشركات التابعة للدول الغربية من الدفاع عن مصالحها".¹

¹ - نقلاً عن : أحلام عبد الجليل أبو زيد: أهلية الدولة للتحكيم، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية القاهرة،

مصر، 2004، ص 96.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقود الدولة

لكي نتمكن من التعرف العام لعقود الدولة، فإن هذا يستوجب الوقوف عند التأصيل التاريخي لظهور هذا المصطلح، وذلك من خلال "تأصيل مفهوم عقود الدولة" وكذا المقصود به أي "المفهوم الإصلاحي لعقود الدولة".

تعتبر عقود الدولة من الظواهر المستخدمة نسبياً في مجال العلاقات الدولية المعاصرة وأصبحت هذه العقود ظاهرة قانونية محل اهتمام فقهي مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ولعل أحكام محاكم التحكيم، وكذا مجهودات المنظمات الدولية التي كرسّت لجان متخصصة، التي أوكلت لها مهمة دراسة وإيجاد الحلول لمثل هذه العقود. ساهمت في بلورة أحكام خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن أحكام العقود الدولية العادية¹.

ولقد ولد هذا المصطلح منذ السبعينات، والذي جاء بمفهوم دقيق، لنوع معروف من العقود ليس فقط على صعيد القانون الدولي بل على مستوى القانون الداخلي، ولكن هذه العقود بدأت اليوم في التغير، والذي جعل هذه الطائفة من العقود تتراوح بين العقد الإداري الداخلي والعقود المبرمة بين الدول المنتمية إلى النظام القانوني الدولي².

¹ - نقلاً عن: عوض الله شيبه الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة "مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية"، رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط مصر، 1992، ص 01.

² - Berlin, Dominique: Contrat D'état, Recueil, Dalloz 2^{ème} année 15 avril 1998, P02

ويرجع مصطلح عقود الدولة إلى أصل انجليزي، فهو مأخوذ من ترجمة مصطلح State Contracts ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية.

ومن هذا المصطلح الانجليزي انشق المصطلح الفرنسي Contrats D'état على أنه يمكن الإشارة إلى أن هنالك من يطلق على تسمية هذه العقود بمصطلح « Le Contrat Gouvernemental » ولعل الأستاذ قادري عبد العزيز، يرى أنه مما يعاب على هذه

التسمية هو أنها تبرز أحد طرفي العقد فقط، ويرى أن تسمية عقد الدولة إلى جانب عبارة العقد الدولي هي الأكثر صحة مع أنها قد تدخل بعض الغموض بما تحتوي عليه من إحاء إلى

العلاقات بين أشخاص القانون الدولي العام، لكن العبارة قد شاعت وكرست في المعاملات الدولية على أنها تعني العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصين الذين يكون مقر سكنهم أو تمركزهم التجاري في دول غير الدولة المتعاقدة.¹

ولكن مصطلح عقد الدولة كذلك نرى فيه أنه أحد الأطراف وهو الدولة ويتجاهل الطرف الأجنبي مما يجعل التسمية غير منتقدة.

المطلب الأول: مفهوم عقود الدولة

تباين المفهوم الاصطلاحي لعقود الدولة من خلال استبعاد مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة.

¹ - قادري عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة Contrat d'état" مجلة إدارة، العدد 01، رقم 07، سنة 1997، ص.ص 32. 33.

من خلال مصطلح الاتفاق في تحديد عقود الدولة: تناولت كثير الدراسات هذه العقود

باستخدام مصطلح "اتفاقات Accords" بدلا من مصطلح العقود « Contrats » مع

أن هناك فرقا ظاهرا بين الاتفاق والعقد، لاسيما في هذا النوع من الدراسات، والتي من بينها

الدراسة التي قام بها الأستاذ « Berlin » حيث استند في استخدامه لمصطلح الاتفاق على

أمرين:

الأمر الأول: هو افتقاد هذه التعاقدات لمبدأ المساواة القانونية بين الأطراف والذي يعد

من بين أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد، ومرجع ذلك هو أن التعاقدات يكون أحد

طرفيها سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة ويكون الطرف الآخر مفتقر إلى ذلك.

الأمر الثاني: تتعرض هذه التعاقدات لمسائل تكون معالجتها غير مدرجة في العقود الدولية

التقليدية مما يجعل من المناسب تسميتها اتفاقات¹.

ولقد عرف الفقيه Jean Pierre regli عقود الدولة بأنها عقود شبيهة بعقود القانون

العام، طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري وتعلق هذه

العقود، عادة ببناء مجمع صناعي متكامل، وبتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما

أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتصنيع وتوزيع المنتجات الأولية وهو يقتضي إنشاء

تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل من هذه العقود، عقود طويلة المدة نسبيا.

¹ - نقلا عن: عوض الله شيبه الحمد السيد: مرجع سابق، ص 06.

كما أنه اعتبر هذه العقود بما تشمله من استثمارات ضخمة تهدف إلى تحقيق التنمية

الاقتصادية للدولة الطرف فيها.¹

أما الأستاذ McNair "فقد عرف عقد الدولة من خلال تعداد العناصر المميزة للعقد

فاعتبر أن عقود الدولة هي العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي يمنح سلطات متميزة

طويلة المدة، تثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي وتتضمن شرط تحكيم وتخضع

في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص".²

ومن خلال هذا التعريف يمكننا إبراز أهم العناصر المميزة لهذه العقود.

1. عقود الدولة تبرم بين الدولة وهي شخص من أشخاص القانون العام وبين الشخص

الطبيعي أو الاعتباري الأجنبي، والذي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة

التي يتبعها، وهو في مجمل الأحوال وهو شخص من أشخاص القانون الخاص أو شخص من

أشخاص القانون الداخلي.

2. تتمثل الغاية الأساسية من إبرام عقود الدولة تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة

والتي عادة ما تكون من الدول النامية، وذلك من خلال إنشاء مشاريع تساهم في إنعاش البنية

التحتية.

¹ - علاء الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008 ص.ص 61-62.

² - حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 29.

3. إذ أن الباعث وراء إبرام هذه العقود على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية

الاقتصادية للدولة المضيفة، وذلك من خلال ما يستفيد منه اقتصاد الدولة المتعاقدة من رأس مال وتكنولوجيا وقدرات ومهارات إدارية، وغيرها من العوامل التي تساهم بشكل كبير في دفع وتيرة الاقتصاد الوطني.

ولقد كانت هذه العقود تضطلع بدور فاعل في التنمية الاقتصادية للدول النامية وحتى

الدول المتقدمة.

إن طبيعة عقود الدولة وارتباطها في غالب الأحيان بالخطط التنموية للدولة تتطلب التعاون

المستمر بين الأطراف، حيث أن حجم الأنشطة المطلوب تنفيذها في مثل هذه العقود يستلزم

التعاون المستمر بإمداد الدولة بأفضل المواد المناسبة لمشروع التعاقد على أن الدولة كذلك من

جهتها تقدم التسهيلات اللازمة من أجل إنجاز المشروع.¹

الفرع الأول: خصائص عقود الدولة

1. ذاتية مستمدة من أطراف عقد الدولة

2. ذاتية مستمدة من طبيعة هذه العقود ومحملها وسببها.

3. تتميز بوجود شروط غير مألوفة توجد في عقود التجارة العادية، أو حتى إذا وجدت في

عقود التجارة العادية فإنها تؤدي في وظيفة تختلف عن الوظيفة التي تؤديها في عقود الدولة.

¹ - بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان

- الأشخاص في عقود التجارة العادية يلجأون للتحكيم للأسباب التالية: السرعة، الخصوصية والحرية.

- في عقود الدولة لا يوضع شرط التحكيم لهذه الأسباب إنما لأسباب أخرى مختلفة. الشركة الأجنبية تصر على التحكيم وترفض توقيع العقد، إذا لم توافق الدولة المتعاقدة على التحكيم وذلك لسببين:

الأول: الشركة الأجنبية تخشى من أن حياد قضاء الدولة يتم المساس به.

الثاني: الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة تخشى من الحصانة القضائية للدولة التي قد

تتمسك بها إذا تم عرض النزاع على قضاء دولة محايدة، المادة 2006 من القانون المدني الفرنسي: بما معناه منع وضع شروط تحكيمية في العقود.

1. فسرت هذه المادة من قبل القضاء العادي قال إن هذا الحظر يعمل في إطار العلاقات

الفرنسية البحتة قضية "Jean Galakis"، أما إذا وضعت هذا الشرط مؤسسة فرنسية

متعاقدة مع دولة أخرى فيكون الشرط صحيحا.

2. وتم تفسير هذه المادة أيضا من قبل مجلس الدولة الفرنسي Conseil d'état:

حيث قال إن شرط التحكيم يكون باطلا في جميع الأحوال، حتى في الحال التي تكون فيها

الدولة الفرنسية أبرمت عقدا مع دولة أخرى.

ومن جهة أخرى فإن الدولة الأمريكية لا تتعاقد، إلا إذا تم وضع شرط تحكيم في العقد

الذي تكون طرفا فيه.

اضطرت فرنسا عندها لإصدار قانون في 1986 يقول أنه ليس هناك ما يمنع من إدخال

شرط التحكيم في العقود ضمن إطار الشروط التالية:

1. أن يكون العقد دوليا.

2. أن يكون العقد ذو نفع قومي عام.

3. لا بد من الحصول على ترخيص بقبول هذا الشرط بمرسوم، ولكل حالة على حدة.

فرنسا لديها نوع من الحساسية ضد شرط التحكيم حتى سنة 2002، شرط التحكيم

كان يعتبر باطلا مطلقا إلا إذا كان وارد بين التجار.

- التحكيم في العقود الإدارية جائز.

- في مصر: يجوز التحكيم شرط الحصول على إجازة الوزير المختص، ولا يصح التفويض

في هذا الأمر.

قد لا تتفق مفاهيم وقواعد النظام القانوني للدولة المتعاقدة مع مفاهيم، وقواعد النظام

القانوني للدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي، مما يلزم الأطراف، على اختيار النظام القانوني

الذي يرضونه ليكون النظام الواجب الأعمال على العقد.¹

¹ - طه أحمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008، ص 15.

الفرع الثاني: الشروط الواجب التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية

يمكننا تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية وشروط موضوعية، على النحو التالي:

أولاً: الشروط الشكلية الواجب التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية

والمقصود بها أن يكون أحد أطراف العقد الدولة.¹

ولقد ثار مفهوم الدولة جدلاً فقهيًا كبيراً، وانقسم الفقه حول مفهوم الدولة في العقد

الإداري، فمنهم من رأى أنها تقتصر على العقود المبرمة من طرف الدولة عن ممثليه فقط في حين

ذهب اتجاه آخر أنها تشمل العقود المبرمة من طرف الأجهزة التابعة لها.

الدولة كطرف في العقود الإدارية الدولية:

لا يثير تحديد الدولة كطرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية أية صعوبة إذا

أبرمت العقد بواسطة من يمثلها "رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء" لكن الصعوبة تظهر

إذا كان الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ليس هو الدولة وإنما جهاز تابع لها وهنا يثار

التساؤل، هل اصطلاح عقود الدولة يتسع ليشمل هذا النوع من العقود أم لا؟

وللإجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهين: اتجاها مضيق لنطاق عقود الدولة واتجاه آخر

موسع له.

¹ - Nadine poulet- gibot Leclerc, droit administratif « sources, moyens, contrôles » Bréal, paris, 3^{ème} édition, 2007. p130.

1. الاتجاه المضيق لعقود الدولة:

وفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة، يقتصر على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها ووفق هذا الاتجاه عقود الدولة، هي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها مع طرف أجنبي، أما العقود التي يتم إبرامها من قبل الأجهزة التابعة لها فهي عقود التجارة الدولية، ومن ثم فهي تخرج من دائرة العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.¹

2. الاتجاه الموسع لعقود الدولة:

وفق هذا الاتجاه فإن مصطلح عقود الدولة يشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تقوم بإبرامها الأجهزة التابعة لها، من أجل تأييد وجهة النظر الموسعة لعقود الدولة، استند جانب من الفقه إلى نص المادة 35 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات الناشئة عن الاستثمارات.

والتي تنص على "يختص المركز بالنظر في المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة بتحديدته أمام المركز..". فالمركز لا يختص فقط بالنظر في المنازعات التي تكون الدولة أحد أطرافها فقط، بل يتعداها للنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديدته أمام المركز.

¹ - حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 37.

ويرى الغالب من الفقه¹ أن الاتجاه الموسع لفكرة عقود الدولة هو الاتجاه الراجح لأن قصر عقود الدولة على تلك العقود التي تبرمها هذه الأخيرة بنفسها يؤدي للإغفال العديد من العقود ولتحقيق أهدافها، هذه الأخيرة محددة في أحكام تنظيم الصفقات العمومية المتمثلة في الإدارات الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية.

ثانيا: الشروط الموضوعية الواجبة التوافر في العقد لاكتساب الصفة الإدارية

تتمثل الشروط الموضوعية الواجبة التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية في تعلق العقد بتسيير مرفق عام، وتضمن العقد شروطا غير مألوفة، والقضاء الإداري الفرنسي يتجه لعدم اعتبار احتواء العقد، الإشارة لدفتر الشروط كافيا للقول بالصفة الإدارية للعقد، كما لا يعتبر خضوع عقد لقانون الصفقات العمومية، بمثابة عقد إداري، وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 1999/07/05.²

1. تعلق العقد بتسيير مرفق عام:

لا يكفي وجود الإدارة طرفا في العقد للقول بالطبيعة الإدارية للعقد، بل يتعين أن يكون العقد متصلا بمرفق عام، والمتمثل وفقا للتعريف العضوي في منظمة عامة تنشئها السلطة

¹ - بولقواس سناء: الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2001، ص 49.

² - ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري مطابع حسناوي، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 272.

الحاكمة، وتخضع في إدارتها لها وتتولى جزءا من مهامها وتهدف هذه المنظمة إلى أداء خدمات أو إشباع حاجات عامة.

وركر التعريف الموضوعي للمرفق العام على النشاط، وعرف المرفق العام على أنه كل نشاط تباشره سلطة عامة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه، بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام.

2. تضمين العقد شروطا غير مألوفة:

وهو الشرط الواجب توافره، لنكون أمام عقد إداري، وليس ضروريا احتواء العقد على أكثر من شرط استثنائي، بل يكفي توافر شرط استثنائي واحد، لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، كما يرى بعض الفقهاء أن الشروط الاستثنائية، ليست بالضرورة منح امتيازات للإدارة فقد تنطوي على وضع قيود، على عاتقها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.¹

المطلب الثاني: تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة

ليس خفيا أن مفهوم عقود الدولة يقترب من المفاهيم المقاربة له في المعنى، ذلك أن مفاهيم بعض العقود تجعل من عقود الدولة تستغرقها، بينما نجد بعض العقود تتوازي مع مفهوم عقود الدولة دون أن تتطابق معها، بل إن بعض المفاهيم تكاد تتفق في عناصر عقود الدولة إلا في بعض الصفات المتعلقة بكيفية ظهور الأطراف المتعاقدة، لاسيما وأن الدولة أحد أطراف هذه العقود بلا شك.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004، ص 33.

وهذا ما يجعل هذه العقود مرتبطة ارتباطا وثيقا بمصالحها الاقتصادية، وما يترتب على ذلك من نتائج قانونية.

أما المنظمات الدولية فإن العقود الأكثر أهمية بالنسبة لها، والتي تقوم بإبرامها مع أشخاص القانون الداخلي، تتمثل في عقود التوريد، والإدارة أو التوظيف، وكذا عقود التعاون الفني بغية تحقيق المصلحة العامة الدولية.¹

الفرع الأول: عقود الدولة وعقود الاستثمار

يقصد بعقود الاستثمار les contrats d'investissement تلك العقود التي بمقتضاها يتم انتقال المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وتستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إما بنفسه، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني وقد تشترط التشريعات الوطنية في الدول المضيفة للاستثمار أن يجري الاستثمار فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني.²

وقد عرفت اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين والمنعقد بمدينة طوكيو: الاستثمار الأجنبي بأنه تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر.

¹ - مصطفى أحمد فؤاد: القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر بدون تاريخ نشر، ص 20. 21.

² - عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة مصر 2008 ص.ص 111. 112.

وفي محاولة لتعريف جامع لعناصر الاستثمار عرفه البعض على أنه "إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة لمال، أو عمل أو خبرة في مشروع محدود بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا للقانون" ولعل أبرز ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر صفة المستثمر على المستثمر الأجنبي دون الوطني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

إن مصطلح عقود الاستثمار ينصرف إلى تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي خاص في مجال الاستثمار، بمعنى أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناها الواسع ويشكل مرادفا لما يطلق عليه تسمية عقود التنمية الاقتصادية، فقد تعددت الآراء بهذا الشأن لكنها لم تحدد المقصود بعقد الدولة، لاسيما أن الكثير وقع في الخلط بين عقود الاستثمار وعقود الدولة ونظرا لعدم وجود مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، ففكرة هذه العقود أقرب ما تكون فكرة وصفية، تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة.

ونلاحظ أن عقود الاستثمار تتقاطع مع تعريف عقد الدولة، الذي سنأتي إلى بيانه من خلال التعاريف المتعددة لعقد الاستثمار، حيث تشير عقود الاستثمار عبر الدولية إلى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة والتي غالبا ما تكون من أقطار العالم الثالث مع مستثمر أجنبي عادة ما يكون شركة عبر الدولية من أجل إقامة مشروع استثماري أو بمعنى آخر عقود الاستثمار، هي العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف أجنبي خاص في حقل الاستثمار وبشكل دقيق بمناسبة عقود الاستثمار تطور مفهوم عقد الدولة حتى ولو أن التعبير اتضح أنه بهذا الصدد يضاف إلى صنف آخر من العقود كالقروض الدولية "قروض

الدولة من قبل دائنين في الخارج" وهذا ما جعل مصطلح عقود الدولة يمثل مصطلحا بمثابة المصطلح العائلي بالنسبة لعقود الاستثمار.

ولكن هل هذا يعني أن كل عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية هي

عقود دولة؟

إن الإجابة حتما لا، ولعل الفقه قد بحث عن تعريف للشروط التي يجب أن تتوفر في عقود

الاستثمار حتى ينتمي إلى فئة عقود الدولة، وفكر الفقهاء أيضا في أن بعض عقود الاستثمار

لأهميتها ولغايتها وأهدافها لها طبيعة خاصة، وهي ما اصطلح عليه في الستينات والسبعينات

باتفاقات التنمية الاقتصادية، ولعل هذا المفهوم يحيلنا إلى عقود الاستثمار أين نجد بعض

الالتزامات الخاصة المفروضة على الشركة الأجنبية والتي تساهم في تنمية الدولة المضيفة

للاستثمار: تشييد طرق، مطارات.... الخ حيث أن هذه العقود لخصوصيتها تعامل وتستفيد من

نظام خاص هو نظام عقد الدولة.

على الرغم من أن معيار التحقيق من انتماء هذه العقود إلى فئة عقود الدولة المتمثل في

المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، يحمل الكثير من الإبهام، إلى حد أنه

يغطي كل اتفاقات الاستثمار وإذا أردنا تحديد بعض الاتفاقات فقط يجب أن نقترح معايير أكثر

دقة، وإن أمكن قانونية تسمح بالفرقة بين اتفاقات التنمية الاقتصادية وعقود الدولة وبقية عقود

الاستثمار.

الفرع الثاني: عقود الدولة وعقود التجارة الدولية

تعد عقود التجارة الدولية من أهم العقود الدولية، فهي الأداة التي يتم بها معاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، ويقصد بهذه العقود عقود المعاملات المالية غير العقارية أو العقود المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية.

ويمكن أن تكون الدولة كما سبق أن تبين لنا أحد أطراف عقود التجارة الدولية، بل إن تدخل الدولة على مسرح الحياة الخاصة الدولية يتطور يوما بعد يوم، بل أكثر من ذلك بعض فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصر يميل إلى القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون عقود الدولة.

لكن الشروط التي سنعددتها كنماذج لعقود الدولة في نظر الفقه، لا تتوافر في كل العقود التي تبرم بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة، لاسيما تلك العقود التجارية العادية التقليدية كعقود بيع البضائع، حتى ولو أنها تتضمن شرط التحكيم، ولكن العناصر الذاتية الخاصة لعقد الدولة وخاصة شرط الثبات والقانون الواجب التطبيق الذي يحيل بشكل أو آخر إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون غائبة في مثل هذه العقود.

وهذا ما يدفع بغالبية الفقهاء إلى استبعاد طائفة عقود التجارة التقليدية التي تبرمها من طائفة عقود الدولة.

وهذا لا يعني أن هذه العقود لا تثير أي من الإشكالات، التي تتعلق بعقود الدولة كالمشاكل المتعلقة بسبب الحصانة السيادية للدولة، وعلى وجه الخصوص عندما يتعلق الأمر

بتنفيذ القرارات التحكيمية التي هي نفسها، إذن لم يبقى إن لم نقل سوى تلك العقود الخاضعة أكثر أو أقل لنفس القواعد التي تخضع لها العقود التجارية بين الشركاء الخواص.

لكن أحيانا نواجه الشروط الذاتية المميزة لعقود الدولة "الثبات، الإحالة للقانون الدولي أو للمبادئ العامة للقانون، شرط التحكيم" في بعض عقود البيع كعقود بيع المجمعات الصناعية عقود الهندسة المدنية، عقود الأشغال العامة، لكن في هذه العقود، فإن العقد لا يتعلق ببيع بضائع عادية، بل جد متطورة حيث يتعلق الأمر بتسليم مجمعات في حالة عمل "مصانع، سدود، مركز توليد الطاقة الكهربائية... الخ". تكوين العمال المحليين، نقل التكنولوجيا، وفي بعض الحالات حتى تسيير في وقت معين المجمع الذي تم تسليمه لحساب صاحب المشروع، وفي الحقيقة هذا ما صار يسمى بـ "الأشكال الجديدة للاستثمار" والعقد أو العقود المبرمة بهذا الشأن تنتمي إلى فئة عقود الاستثمار، أكثر من انتمائها إلى عقود التجارة التقليدية العادية "عقود بيع البضائع الدولية" وهذا ما تبنته وذهبت إليه محاكم التحكيم كالمركز الدولي لتسوية منازعات

الاستثمار C.I.R.D.I.

الفرع الثالث: عقود الدولة والعقود المبرمة في إطار الأنشطة العادية للدولة

لقد أبرز الأستاذ "ماير P.Mayer" تحليلا قانونيا يسمح بفهم خصوصية عقود الدولة فانطلق من تحليل نظري، يفرق بين الدولة شخص أو موضوع القانون الدولي، أي الدولة بمفهوم القانون الدولي العام، والدولة شخص القانون الداخلي بمفهوم القانون الداخلي منطلق من نقطة هي فكرة التعريف المزدوج للدولة الذي جاء به الفقيه كلسن.

وهذا ما نستخدمه عليه "الإدارة باللغة الانجليزية Government" والذي ترمز من

خلاله الدولة عقدا إداريا، عل خلاف الدولة شخص القانون الدولي باللغة الانجليزية

« State » والذي يظهر من خلاله مفهوم عقد الدولة بالمعنى الحقيقي من خلال سمتين:

الأمر يتعلق بعقد مبرم بين دولة صاحبة سيادة، الدولة شخص القانون الدولي وشركة أجنبية

ويتعلق الأمر بعقد مبرم خارج النظام القانوني للدولة المتعاقدة، وهذه السمة الثانية مرتبطة

بالسمة الأولى في الواقع. العقود المبرمة في إطار النظام القانوني للدولة هي عقود مبرمة مع الدولة

تحت القانون الداخلي أو الإدارة وينظمها قانون الدولة كالقانون الإداري لتلك الدولة.

إذا توصلنا إلى مفهوم عقد الدولة بالمفهوم الدقيق للكلمة كعقد مبرم بين الدولة شخص

القانون الدولي من جهة وشخص أجنبي خاص وهذا سيمكننا من التفرقة بين عقود

الدولة وعقود القانون الداخلي الخاص، المبرمة بين الدولة في إطار الأنشطة العادية للدولة

« Jure Gestions » هذه العقود تبرمها الدولة بوصفها شخصا عاديا وهذا لا نلمسه في

الدولة الطرف في العقد، الذي نحاول إبراز معالمه فالدولة هنا ليس باعتبارها شخصا عاديا ولكن

كشخص من أشخاص القانون الدولي العقد ينطوي على شروط غير مألوفة كشرط الثبات

ولكنها ليست نفس شروط العقد الإداري بل تختلف تماما في أهدافها وغايتها.

إن الطبيعة الغير المتجانسة لطرفي عقد الدولة تثير الاهتمام بتحديد الخصوصيات المترتبة

عن مشاركة شخص ذو سيادة في علاقة تعاقدية، وهذا الشخص ذو السيادة هو شخص

القانون الدولي العام، لكن ومادام المقصود من عبارة شخص القانون الدولي كل أشخاص المجتمع

الدولي من دول ومنظمات، فإن تناول الشامل للعقود التي تبرمها تلك الأشخاص يحتم عدم

إهمال العقود المبرمة بين المنظمات الدولية والأشخاص الطبيعية، والاعتبارية الخاصة.¹

جدير بالملاحظة أن العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي قد يتشابه

وقد يختلف، من زوايا متعددة مع ذلك المبرم بين الدولة وشخص القانون الداخلي لدولة أخرى

وهذا ما حدا بالعديد من الفقهاء إلى قياس أحدهما على الآخر من حيث القانون الواجب

التطبيق.

ومن زاوية أخرى استقر قضاء المحاكم الدولية منذ فترة على أن العقد الذي يخضع للقانون

الدولي، هو ذلك العقد المبرم بين الدول، ومع هذا الاستقرار تبرز مشكلة منطقية إذا ما أثير

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي.

والواقع أن المشكلة الحقيقية تنحصر في خلاف عميق الجذور بين فقهاء القانون الدولي

يتمثل في مركز المنظمة الدولية، وكذا مركز أشخاص القانون الداخلي "الخاص والعام" على صعيد

العلاقات الدولية، إذ من البديهي أن من الفقهاء من يعترف للمنظمة والفرد بالشخصية القانونية

الدولية، ومن ثمة يتجه إلى أن العقد المبرم بينهما يخضع بالضرورة للقانون الدولي العام، والعكس

صحيح بطبيعة الحال، بمعنى أن من ينكر الشخصية الدولية سواء على المنظمة أو الفرد، أو على

¹ - قادري عبد العزيز: مرجع سابق، ص 36.

كليهما يرى أن عقدهما لا يخضع للقانون الدولي، ويسري ذات الشأن فيما يتعلق بأشخاص

القانون الداخلي الأخرى وربما خضع العقد في هذا الصدد لقانون دولة ما خاصة دولة المقر.¹

وعلى غرار المشاكل التي تطرحها عقود المنظمات الدولية وأشخاص القانون الخاص فإن

طبيعة المشاكل المطروحة على صعيد عقود الدولة تكاد تكون مماثلة لها.

حيث تجدر الإشارة إلى وجود أوجه متعددة للتشابه، بين العقد المبرم من قبل المنظمة

الدولية مع أحد أشخاص القانون الداخلي وذلك العقد المبرم بين الدولة وشخص القانون

الداخلي لدولة أخرى، إذا لا يخفى على أحد أن كل من الدولة والمنظمة الدولية شخصان من

أشخاص القانون الدولي العام، ويترتب على ذلك أن كل منهما مخاطب بقواعد القانون الدولي

العام كقواعد التحكيم مثلاً.

يبدو أن الخلاف بينهما متعدد وجوهري، خاصة فيما يتعلق بالإقليم، أو قواعد تنازع

القوانين فالدولة لها مجموعة من القواعد المنفصلة تطبق على تلك المنازعات المختلفة، التي تنجم

عن العقود التي تبرمها.

وتستطيع بقواعد التنازع أن تحدد الحلول التي تثار عن عقودها، وفي المقابل لا تملك

المنظمة الدولية مثل هذه القواعد أو إجراءات خاصة بها.

¹ - مصطفى أحمد فؤاد: مرجع سابق، ص 18.

إذن فالدولة والمنظمة الدولية على الرغم من اعتبارهما شخصان مجتمع واحد، إلا أن لكل

منهما طبيعته الخاصة التي تجعله يستأثر بقواعد خاصة تحكمه على الصعيد الداخلي وعلى

الصعيد الدولي على حد سواء.

المبحث الثاني: تصنيفات عقود الدولة

لا يتصور بطبيعة الحال أن تكون عقود الدولة محددة بنموذج، أو قالب قانوني معين فهذه العقود تتعدد وتنوع صورها ونماذجها طبقا لطبيعة موضوع العقد المبرم، وأصبح لكل صورة أو نموذج منها تسمية مستقلة يعرف بها بالرغم من أن كل تلك الصور والنماذج تنتمي إلى نظرية واحدة ألا وهي "نظرية عقود الدولة" ومن بين أهم هذه الصور والنماذج عقود التعاون الصناعي، وعقود البترول وعقود الأشغال الدولية العامة.

ولما كانت مواضيع عقود الدولة تتعدد وتباين، كان لابد قبل الإشارة إلى صور عقود الدولة، ونماذجها عرض المعيار المستخدم في تحديد صورها، ونماذجها المختلفة، وذلك من خلال التعرض لأهم التصنيفات المعتمدة في هذا الصدد.¹

ولذلك سوف نتعرض للمعايير المقترحة من قبل الفقه

إن مواضيع عقود الدولة تتعد وتباين، تبعا للنماذج الكثيرة التي يمكن أن تتخذها وإن كان هناك اتفاق حول نوعية هذه العقود، إلا أن تصنيفها سيخضع لعدة معايير اقترحها الفقه، حتى نستطيع تقسيمها من زوايا متعددة.

وهذا ما يجعلنا نورد المعايير التقليدية أولا، ومن ثم موضوع العقد ثانيا والمعيار القانوني التقليدي، وكذلك المعيار القانوني الحديث.

¹ - نقلا عن: عوض الله شبيبة الحمد السيد: مرجع سابق، ص 34.

المطلب الأول: معايير تقليدية

سنعرج أولاً على معيار الأستاذ Kahn المقترح ثم التكلم عن معيار تقسيم العقود

الداخلية ومدى انطباقه على عقود الدولة.

الفرع الأول: معيار الأستاذ Kahn كان

وفي محاولة لتصنيف عقود الدولة بادر الأستاذ Kahn بتصنيف العقود الدولية بصفة

عامة حيث أسمى بعضها بعقود التبادل « Contrat d'échange » ومثالها الواضح عقد

البيع وأطلق على البعض الآخر تسمية عقود الإنتاج Contrats de production في

حين أطلق على البعض تسمية عقود التموين Contrats d'approvisionnement.

ورأى أنه يمكن اعتماد هذا التصنيف بالنسبة لعقود الدولية، حيث أشار إلى أن الدولة تبرم

بعض هذه العقود تحت القسم الأول، ومثال على ذلك عقود البيع ووضع في القسم الثاني عقود

الاستثمار، وعقود التعاون الصناعي، أما القسم الثالث، فقد أدرج في إطاره عقود امتيازات

البحث والتنقيب عن البترول.¹

الفرع الثاني: معيار تقسيم العقود الداخلية

إن الدولة نظراً لتوجهاتها الاقتصادية، لم تعد تكتفي بالمهام التقليدية، إنما تدخلت بشكل

مباشر أو غير مباشر عن طريق الأشخاص العامة التابعة لها في الأنشطة الاقتصادية فعلى

الصعيد الداخلي، إما تبرم عقود بقصد ضمان تسيير المرافق العامة، وتضمن فيها استثناءات غير

¹ - نقلاً عن: عوض الله شيبه الحمد السيد: مرجع سابق، ص 35.

مألوفة في شروط التعاقد وتطبق عليها أحكام القانون العام وإما أن تبرم عقودا أخرى تتعامل فيها وفق للقانون الخاص شأنها شأن الأفراد.

لهذا فقد اتجه "كان" إلى اعتبار العقود الدولية، لا تختلف عن تلك العقود الداخلية

وبالتالي فإن معايير تقسيم العقود الداخلية يصلح لأن يكون معيار لتقسيم عقود الدولة حيث

اتجه فريق آخر من الفقه إلى تبني المعيار المعتمد في تقسيم عقود الدولة الداخلية وطبقا لهذا

المعيار تقسم عقود الدولة إلى عقود القانون الخاص *Contrats de droit privé* والتي

تسمى أيضا بالعقود الإدارية *Contrats administratif* فالعقود الأولى تخضع للقانون

الخاص، بينما الثانية يحكمها القانون العام.

حيث يعتمد هذا التقسيم إلى اعتبار العقود التي تبرمها الدولة، أحد الأشخاص المعنوية

العامة مرتدية ثوب السلطة العامة، والتي تخضع للقانون العام، ويختص بها القضاء الإداري عقود

الدولة الإدارية، بينما تعد من قبل عقود الدولة الخاصة تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد

الأشخاص المعنوية العامة، ليس بوصفها صاحبة سلطة، بل باعتبارها شخصا عاديا، تقف على

قدم المساواة مع المتعاقد معها وتستخدم فيها أساليب القانون الخاص.

وإن كان هذا المعيار قد قرره القضاء الإداري منذ فترة طويلة، إذ يقوم على فكرة تضمن

العقد من عدمه، ما يطلق عليه في القانون العام، بالشروط الاستثنائية فإذا تضمن العقد مثل

هذه الشروط فإنه يدخل في إطار ما يسمى القانون العام وفي حالة خلوه من مثل هذه الشروط

فإنه يوضع في عداد عقود القانون الخاص.

وفي محاولة إعمال هذا المعيار على عقود الدولة ذهب أنصاره إلى التفرقة بين فرضين

أولهما يثور في حالة تضمن هذه العقود الشروط الاستثنائية المألوفة في مجال عقود القانون العام

الداخلية، أو بمعنى آخر فإنه في حالة تضمن العقد شروط غير مألوفة في مجال العقود الدولية

العادية، فإن هذه العقود تعد من عقود القانون العام وبالتالي فإنها تخضع طبقاً لذلك القانون

الوطني للدولة المتعاقدة أما الفرض الثاني يتعلق في حالة خلو العقود من الشروط سالفة الذكر

فإن هذه العقود تعد من عقود القانون الخاص، وبالتالي فإنها تخضع للأحكام التي يقرها القانون

الدولي الخاص للعقود الدولية العادية.

ولعل هذا التصنيف يجاريه مساهمة القضاء الإداري، في إرساء نظريات وقواعد تحقق

وحدته وتجانسه، وتؤكد استقلالية القانون الإداري وعقوده، عن تلك المبرمة في إطار القانون

الخاص وقد أشار مجلس الدولة المصري، في العديد من المرات إلى أن روابط القانون الخاص

تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام، وقواعد القانون المدني قد شرعت لتحكم روابط

القانون الخاص، ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام، إلا إذا وجد نص إلى تطبيقها فإن لم

يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية بالضرورة وكما هي، وإنما له حريته

واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية الناشئة في نطاق القانون العام.

المطلب الثاني: معايير موضوعية

لقد اتضح أن تقسيم الأستاذ "فليب كان Kahn" ليس من المناسب إعماله على عقود الدولة فإن هناك، بعض النماذج من هذه العقود يكون من الصعب إدراجها تحت أي من الأقسام، أما عن المعيار المعتمد بالنسبة لعقود الدولة الداخلية فنرى من الصعب إعماله في هذا الصدد، وذلك لتطرق الصفة الأجنبية لهذه العقود وبالإضافة إلى أن تلك العقود قد تتطرق إلى موضوعات غير مألوفة بالنسبة لعقود الدولة الداخلية، ولهذا نميل للمعيار القائل به الاتجاه الغالب، من الفقه المعاصر وهو معيار اعتماد موضوع العقد فمما لاشك فيه يلاحظ أن متغيرات الحياة الدولية المعاصرة قد لعبت دورا فعالا بالنسبة لعقود الدولة، ويبين ذلك من ظهور أشكال جديدة أكثر تعقيدا من عقود الدولة، مثل عقود التعاون الصناعي وبعض الأشكال الجديدة من عقود الاستثمار.

إلى جانب التطور الذي طرأ على بعض الأشكال التقليدية لعقود الدولة كعقود البترول لذلك، كان معيار موضوع العقد هو المعيار المناسب في هذا الصدد فيمكن النظر لموضوع العقد المبرم، وبعد ذلك يكون من السهل تصنيف هذا العقد تحت أحد المسميات المختلفة لعقود الدولة كأن يكون على سبيل المثال موضوع العقد نقل التكنولوجيا أو إنشاء المنشآت الصناعية المتكاملة فإنه يمكن إدراجه تحت عقود الدولة للتعاون الصناعي.¹

¹ - نقلا عن: عوض الله شيبه الحمد السيد: مرجع سابق، ص 38.

الفرع الأول: المعيار القانوني التقليدي

يذهب أنصار هذا المعيار إلى التسوية التامة، بين كل العناصر القانونية للرابطة العقدية من حيث الثقل، بحيث يكفي أن يتضمن العقد عنصراً أجنبياً ليضفي العقد الصفة الدولية، كأن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر آخر، كأن تكون جنسياتهم مختلفة أو عنصر الموضوع، عندما يكون مكان تنفيذ العقد يختلف عن دولة القاضي، حتى يتصف العقد بالطابع الدولي.¹

ويميل الفقه التقليدي إلى التأكيد على أن العقد يكون دولياً، عندما يتطرق العنصر الأجنبي إلى أطراف الرابطة العقدية أو موضوعها أو واقعيتها المنشئة، على هذا يعد القانون دولياً إذا كان أطرافه أو أحدهما متمتعاً بجنسية أجنبية أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي الذي يطرح عليه النزاع، أو يكون المال محل التعاقد كائناً في دولة أجنبية، أو كان العقد قد تم إبرامه أو تنفيذه غير دولة القاضي.

ولكن هذا المعيار انتقد كونه معيار آلياً جامداً، فهو غير كاف لوحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، فقد يكون العنصر الأجنبي في العقد مجرد أمر عرضي ولا يمتد بأي صلة بالعلاقات الدولية ليعطي الطابع الدولي للعلاقة التعاقدية، فعلى سبيل المثال لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا المعيار ورفضت الاعتراف بالصفة الدولية لعقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين على أن يمثل أحدهما الآخر في كولومبيا.

¹ - بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 78.

الفرع الثاني: المعيار القانوني الحديث

على خلاف المعيار القانوني التقليدي فإن أنصار هذا المعيار يفرقون بين العناصر القانونية التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية للعقد، بين العناصر غير الفاعلة، أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقات التعاقدية، بحيث لا يعد بناء على هذا المعيار العقد دوليا بمجرد توافر العناصر المحايدة ولا تكفي لإصباح الطابع الدولي، على هذا العقد بل يتعين على اكتساب الصفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر.

فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر محايد من عناصر العقد، فإن ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية، على هذا العقد، فلا يعقل أن يعتبر العقد دوليا مثلا بمجرد أن حرر على أوراق صنعت في دول أجنبية.

ويشير الفقه في هذا الصدد أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد تعد عنصرا محايدا، لا يصلح كذلك لإضفاء الطابع الدولي على العقد، خاصة فيما لو كان إبرام العقد في دولة أجنبية وعلى العكس فإن محل تنفيذ العقد وكذا اختلاف موطن المتعاقدين حتى ولو اتحدا في الجنسية يعتبر من العناصر الفاعلة، التي تكفي لإضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات الدولية وعقود التجارة الدولية.

وبناء على هذا فإن عقد البيع الذي يبرم بين وطنيين يقيم أحدهما في الخارج، يعد عقد دوليا حيث تسليم المبيع سيتم في دولة تختلف غالبا عن الدولة التي سيؤدي فيها الثمن لاختلاف محل إقامة الطرفين ولعل مسألة تحديد دولية العقد من عدمها على هذا النحو هي

مسألة نسبية تختلف باختلاف طبيعة الرابطة العقدية فإذا كانت جنسية المتعاقدين، وإن كانت تعتبر عنصرا سلبيا غير مؤثر في عقود المعاملات المالية.

ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية، أن تحديد هذه الصفة يتم مرورا بمعيار "كيفي" هو العنصر الأجنبي المؤثر والفاعل في هذه الرابطة بغض النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة، التي قد تنطرق لها الرابطة.

وعلى ذلك فقد تعدد العناصر الأجنبية في العقد إلا أنها تعجز عن إلحاق الوصف الدولي به بينما قد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية، بعنصر وحيد من عناصره مادام أن هذا العنصر يعد فاعلا أو مؤثرا، فتكييف العقد لا يتم على أساس "عددي" بل وفق منهج "كيفي" يقوم على طبيعة ونوعية العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، وما إذا كان عنصرا مؤثرا أو دون ذلك، بغض النظر تماما عن الكم العددي لعناصر العقد التي لحقتها هذه الصفة.

كانت فرنسا فيما قبل تتعاقد طبقا لقواعد القانون الخاص، فكانت المحاكم العادية هي

المختصة في المنازعات الناتجة عن هذه العقود، باستثناء بعض منازعات العقود التي اختص بها

القضاء الإداري لإدارة المشرع ومن أهم هذه العقود عقد الأشغال العامة، حيث نصت المادة

"الرابعة من قانون بليفوز" للسنة الثامنة للثورة على اختصاص مجلس الإقليم بالنزاعات التي

تنشأ بين مداول الأشغال العامة، والإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد المبرم بينهما، غير أن ما يجب

الإشارة إليه في هذا الصدد، هو أن المشرع الفرنسي في المادة المذكورة لم يحدد مدلول الأشغال

العامة، أيضا من العقود التي نظمها المشرع الفرنسي، عقود التوريد ذلك بالرجوع إلى المادة 13

من المرسوم الصادر في 1806/06/11 نجدها تستند اختصاص البث في المنازعات المتعلقة بعقود التوريد إلى القضاء الإداري، أيضا هناك عقود القرض العام التي تبرمها الدولة حيث نص القانون الصادر في 1970/01/17 و 1973/09/26 على أن هذه المنازعات الناتجة عن هذه العقود هي من اختصاص مجلس الدولة.

المطلب الثالث: نماذج عقود الدولة

تتميز عقود الدولة عن بقية العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية، من حيث الموضوع الذي تنصب عليه هذه العقود، حيث تتنوع بتنوع العقد المبرم، إلا أنه يكاد يكون سبب التعاقد من طرف الدولة هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إطار السياسة العامة للدولة. أما سبب تعاقد الطرف الأجنبي هو تحقيق الهيمنة وأكبر قدر ممكن من الربح وقد يكون الهدف هو المشاركة والمساهمة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة، والحصول على الأرباح من خلال تلك المساهمة أو المشاركة.¹

وقد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود، من حيث الموضوع إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها إلى عقود النفط والعقود الصناعية وعقود الأشغال العامة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا... الخ.

¹ - قمر عبد الوهاب: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر 2009، ص 197.

وسوف نلقي الضوء على هذه العقود حيث أن هذه العقود تخضع لبعض قواعد القانون الخاص، وقواعد غير مألوفة في القانون الخاص كمفهوم السلطة التنفيذية، مراعاة التوازن المالي للعقد، القوة القاهرة، مراجعة الأسعار... الخ.

ويتمتع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة من مزايا مختلفة مثل الإعفاء الضريبي، تخفيض الجمارك أو تثبيت الضرائب الداخلية والجمركية، وبالمقابل فإن هناك مخاطر يتعرض لها الطرف الأجنبي في علاقته بالدولة المتعاقدة معه، نتيجة تمتع هذه الأخيرة من سيادة وسلطات واسعة اتجاءه.

تثير هذه العقود سواء من ناحية إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية، التي يتبعها الطرف المتعاقد مع الدولة.

الفرع الأول: العقود البترولية

إن استغلال طاقة البترول والغاز يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، وفي غالب الأحيان أن يكون الطرف الثاني من الشركات الكبرى المتخصصة التي تمتلك الخبرة والتكنولوجيا، ما يمكنها من دخول هذا الميدان المعروف بمخاطره العالية. وتتنوع عقود البترول، فقد كانت في شكل عقود امتياز في بادئ الأمر، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها كالآتي:

أ./ عقود الامتياز:

يمكن تعريف عقود الامتياز بأنها ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها، أو في جزء منه واستغلال هذه الموارد والتصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية

معينة.¹

ب./ عقد المشاركة البترولي:

تتخذ عقود المشاركة عددا من الخصائص الرئيسية تتمثل في تعاقد الدولة أو أحد شركاتها مع الشركة الأجنبية، وذلك من خلال تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو أحد شركاتها بحصة من رأس مالها، الشيء الذي يخول الدولة الحق في الدخول في العمليات النفطية من اكتشافات إنتاج تكرير وتسويق وحصول كل من الشريكين الوطني والأجنبي، الكل حسب حصته في المشاركة المتفق عليها في العقد.

ج./ عقود المقابولة البترولية:

يعتبر من أحدث الأشكال التعاقدية بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية ويعرف هذا النوع من العقود على أنه "عقد يتم بمقتضاه الاتفاق بين شركة وطنية وأخرى أجنبية للقيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول واستخراجه لحساب الشركة الوطنية إما بمقابل مادي، أو بمقابل حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه، وليس له في الملكية ولا يتحمل أي مخاطر.

¹ - قمر عبد الوهاب: مرجع سابق، ص 204.

د/. عقود اقتسام الأرباح:

في هذا النوع من العقود يتحمل الطرف الأجنبي كافة مصاريف البحث والتنقيب عن البترول وتطويره، وإنتاجه مع ما نص في العقد على حد أدنى لقيمة المصروفات التي يتعهد بإنفاقها الطرف الأجنبي، مع توزيع إنفاقها في فترات متعاقبة، وفي حالة عدم اكتشاف البترول بكميات تجارية فإن الطرف الأجنبي يتحمل وحده كافة مصاريف النفقات دون أن يكون له الحق في الحصول على أي تعويض، أما في حالة اكتشاف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري يكون من حق الطرف الأجنبي استرداد هذه المصروفات، وذلك في شكل نسبة معينة من البترول المنتج، يتم الاتفاق عليها في العقد.

الفرع الثاني: العقود الصناعية

تضم عقود التعاون الصناعي طائفة من العقود المتجانسة من أجل تحقيق التقدم

التكنولوجي:

أ/. عقد الهندسة:

يعد عقد الهندسة أحد العقود الهامة في طائفة عقود التعاون الصناعي، إذ أنه يمثل تنفيذ المرحلة الأولى من مراحل أي مشروع صناعي أو غيره مع ملاحظة تطور هذا النوع من العقود على ما كان عليه في الماضي حيث كان يقتصر موضوعه غالباً على تنفيذ الأعمال التي يغلب

عليها الطابع العقلي ليتطور دوره في الوقت الراهن ويشمل أعمال التصميم، إعداد الدراسات

القيام بتوريد المتطلبات الصناعية، عمليات التشييد، عمليات الرقابة على كافة مراحل التشييد.¹

ب/. عقود المساعدة الفنية:

وموضوعها في المجال الدولي التزام مشروع أجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين لتشغيل

الأجهزة والآلات المستعملة في الإنتاج أو لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها أو على إدارة

المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة.

وقد يكون موضوع المعونة الأمرين معا أي التشغيل، والتدريب وقد تبلغ إلى حد أن يتولى

المشروع الأجنبي بنفسه الإنتاج والإدارة بدلا من المنشأة الوطنية، غير أن هذا الوضع قليل الوقوع

في العمل في الوقت الحاضر.

وهو اتفاق بمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بتزويد الدولة، بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد

المعنية، على تشغيل الأجهزة والمعدات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها أو

تدريبهم على إدارة المشروع، بأساليب فنية، فهو تقديم للخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية

المنقولة موضع التنفيذ.²

¹ - حسان نوفل: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر 2010، ص 48.

² - حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 191

ج./ عقود إنشاء المنشآت الصناعية:

تمثل هذه العقود أهمية قصوى للدول النامية لما تحقّقه من تنمية اقتصادية، وقد تعددت الأشكال لإنشاء المنشآت الصناعية وتطورت، فبعد أن كانت مقصورة على تسليم منشأة صناعية قادرة على الإنتاج "عقد المفتاح في اليد" بوساطة الأيدي العاملة الوطنية التي قام المتعاقد بتدريبها، تعدت ذلك إلى التزام المتعاقد الأجنبي بتسويق جزء من المنتج علاوة على الخدمات السابقة المتمثلة في تسليم المنشأة بعد التزام الشركة الأجنبية بالتشغيل بعد التنفيذ، وتدريب العمالة الوطنية وإجراء الصيانة اللازمة¹.

د./ عقود تسليم المفتاح:

ويقصد بها ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية، وتسليمها جاهزة للتشغيل للدولة المتعاقدة. وقد اتخذت عقود تسليم المفتاح صورا متعددة، إذ نجد عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط، والذي يلتزم الطرف الأجنبي بتسليم مصنع متكامل من آلات، وبراءات الاختراع وعلامات تجارية، كما نجد عقد تسليم مفتاح التشغيل أو الشامل الذي يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي علاوة على تسليم المصنع والمساعدة الفنية تدريب العمالة المحلية فنيا وتشغيل المصنع.

¹ - نقلا عن: عوض الله شيبه الحمد السيد: مرجع سابق، ص.ص 02-03.

الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية

ويعرف هذا النوع من العقود "العقود التي تبرم بين طرف وطني، المتمثلة في الدولة أو أحد أجهزتها، وطرف خاص، يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشديد مشروع ما، كأعمال البناء أو الأشغال الهندسية أو التشييدات الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع، وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني، وقد يتمثل في حصته، في مشروع مشترك يتقاسم الأطراف تكاليفه وتوزع بينهم أرباحه وخسائره.¹

تبرم الدولة هذا النوع من العقود، لإنشاء المشاريع الكبيرة على أراضيها في كافة المجالات والتي تحتاج إلى رأسمال أجنبي، والتي لا تستطيع الدولة تنفيذها بشركاتها الوطنية نتيجة نقص الإمكانيات المادية والخبراتية.

الفرع الرابع: عقود نقل التكنولوجيا

يعرف هذا النوع من العقود "أنه التطبيق العملي للأبحاث العلمية، والوسيلة للحصول على أفضل التطبيقات لهذه الأبحاث" ويعرفه بعض القانونيين، على أنه مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية وغير مشمول بحماية قانونية خاصة، والتكنولوجيا يتم نقلها في الغالب عن طريق العقود التي تبرم من أجل هذا الغرض، ويكون موضوعه نقل التكنولوجيا أو عن طريق إحدى الخدمات التي تلزم الشركة الأجنبية بتقديمها إلى جانب الخدمات الأخرى.

¹ - أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 70.

وهي تعد من أهم عقود الدولة حديثا وهي التي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة، تعرف اقتصاديا بأنها "الأساليب والوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج بما يحقق خفض نفقات الإنتاج أو إنتاج سلعة أو خدمة جديدة أو تحسين طريقة العمل باستخدام أساليب أفضل، وعلى ذلك تعد عنصرا أساسيا مع عناصر الإنتاج الأخرى.

وتعرف قانونيا بأنها اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات.

وفي بيان تعريف لهذه العقود نجد أن المقصود بالنقل في الاصطلاح لا يختلف كثيرا عن معناه اللغوي، وهو بالنسبة للتكنولوجيا يعني خروجها من مكان تواجدها، إما في الإطار الجغرافي داخل الحدود الوطنية للدولة الواحدة أو عبر الحدود الوطنية للدولة، التي توجد بها ويتحقق ذلك عندما يتمكن الطرف المتلقي لها من تنفيذ التكنولوجيا المستوردة كمرحلة أولى ثم يعيد إنتاجها في مرحلة ثانية، ثم يصل إلى مرحلة التجديد وكل هذا يتوقف على حالة التنمية للدولة المعنية، وإذا كانت الدولة المستوردة نامية، وهذا هو الغالب، فإن المرور بالمراحل السابقة يصبح ضرورة حتمية لا مفر منها.¹

¹ - نقلا عن: نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 1987، ص 27.

وفي اصطلاح التكنولوجيا هي: الجهد المنظم الرامي لاستخدام نتائج البحث العلمي، في تطوير أساليب أداء العمليات الإنتاجية بالمعنى الواسع، الذي يشمل الخدمات والأنشطة الإدارية والتعليمية والاجتماعية وذلك بهدف التوصل إلى أساليب جديدة يفترض أنها أفضل للمجتمع وتعتبر التقنية الجانب التطبيقي للعلم في مجال الإنتاج بالمعنى الواسع، وهي بهذا المعنى تعطي كافة المجالات.

ويقصد بنقل التكنولوجيا بصفة عامة وفي أغلب الصور، نقلها من المجتمعات التي حققت فيها تقدمها إلى المجتمعات التي تكون في حاجة إليها لتحقيق ذات النتائج بمختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية وغيرها.

ولعل جوهر عقود نقل التكنولوجيا، هو تلك العناصر المعنوية المتمثلة في حقوق الاختراع أو حق المعرفة الفنية أو الخدمات الفنية، وليس العناصر المادية التي يشملها هذا العقد من معدات وآلات وأجهزة.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق

على العقد التجاري الدولي

إن إسناد مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق، على العقد التجاري الدولي لإرادة

الأطراف، ما هو إلا تكريس لمبدأ معروف يتمثل في " سلطان الإرادة" ولقد استقر القانون

الوضعي، وحتى الفقه، في حال تنازع القوانين، حول مسألة القانون المختص في العقود الدولية

عن طريق قاعدة عرفية المتمثلة في أن العقد يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف.

ويظهر للوهلة الأولى أن مبدأ سلطان الإرادة فكرة فلسفية، يقصد بها أن للفرد إرادة حرة

بصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه، فالإرادة هي أساس القانون وغايته¹.

لكن الحقيقة تظهر على خلاف ذلك، إذ أن الأسس القانونية المتعلقة بالعقد التجاري

الدولي تقوم على إرادة أطرافها، استنادا على حرية المتعاقدين، في تحديد النظام القانوني لحكم

العقد، مما يؤدي بنا إلى تكييف العقد التجاري الدولي أولا، ثم تحديد المبدأ الذي على أساسه

يختار المتعاقدون القانون الواجب التطبيق، على هذا العقد باعتبار العقد عموما هو اتفاق إرادتين

على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في التزام شخص أو أكثر، في مواجهة شخص آخر أو

أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، وإذا كان العقد يلعب في القانون

الداخلي دورا أساسيا في تبادل وتداول الثروات والخدمات فإن ذلك الدور يتعاضد في القانون

الدولي للأفراد، فالعقود الدولية هي أداة تسيير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية عبر

الحدود وتتنوع تلك العقود بتنوع موضوعها، فهناك العقود الدولية التقليدية كعقد بيع الدولي

¹ -Jean Jacques Rousseau : Contrat social, S.N.E.D, Alger , 1980, P42.

وعقد التأمين، وعقد النقل وعقد الهبة وعقد العمل وغير ذلك من العقود، ومع ظهور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية ظهرت عقود أخرى لها وزنها الاقتصادي والقانوني، كعقود نقل التكنولوجيا وعقود بناء المصانع "المفتاح في اليد" جاهزة على التسليم أو جاهزة على الإنتاج وعقود الأشغال والتجهيزات والتوريد، وكذلك عقود المساعدة والاستشارة الفنية وعقود أخرى.

المبحث الأول: العقد التجاري الدولي

تظهر أهمية تحديد المقصود من العقد التجاري الدولي بداية من خلال ما يرتبه هذا الأخير من آثار ونتائج، من ضمنها تحديد القانون المطبق في حالة حدوث نزاع، وبذلك اللجوء إلى قواعد قانونية للحكم فيها ينشأ من نزاع بسبب هذا التعاقد.

وتعد مسألة تحديد هذا المفهوم من المسائل الصعبة لاختلاف وجهات النظر من قبل الفقه والقضاء حولها، وبذلك وضعت معايير على أساسها يتم تحديد صفة الدولية للعقد من عدمه.

المطلب الأول: المعيار القانوني والاقتصادي في تدويل العقد.

رغم عدم وجود تعريف جامع ومانع للعقد التجاري الدولي نظرا لأن المشكلة ليست في العقد ذاته باعتباره اتفاقا يتم بين طرفين، أو أكثر من أشخاص القانون الدولي الخاص بل في دولية هذا العقد، لذلك حاول كل من الفقه والقضاء وضع معايير.

الفرع الأول: المعيار القانوني

يعد مبدأ سلطان الإرادة منفردا مقارنة بقواعد التنازع الأخرى، ولكي يتم تطبيقها وجب توافر شرط مهم يتمثل في خاصية الدولة بالنسبة للمسائل التي ينظمها، لكن قواعد التنازع الأخرى تتضمن عادة ما يشير إلى دولية العلاقة المطروحة¹.

¹ - Vincent Henzé : La réglementation des contrats internationaux, étude critiques des méthodes, GLN- Joly, Paris, 1989, P65.

فرأى كل من الفقه والقضاء هو ضرورة البحث عن معايير يتم على أساسها وضع أسس

الدولية، مثله مثل نظرية العقد في القانون الداخلي بعد فشل محاولات لتعريف العقد التجاري

الدولي ولقد لوحظ أن هناك تباين "Polysémie" في النتيجة التي تحصل عليها فالبعض من

هذه الآراء أخذت بالمعيار القانوني وتبعته في ذلك بعض القرارات صدرت عن هيئات التحكيم

وحتى عن القضاء الوطني، إضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية¹.

لكن ما يلاحظ على هذه المحاولات أنه رغم اتفاق غالبية الفقهاء، على أن مسألة

الدولية هي مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي وخاصة، تطبيق قانون الإرادة

على العقد التجاري الدولي، فإن تأكيده من محكمة النقض الفرنسية، جاء متأخرا وبطريقة

ضمنية، عن طريق وضع معايير لهذه الصفة وبالتالي يكون مستثنى في مجال عقود التجارة الدولية

كل العقود الداخلية التي ينظمها قانون القاضي، فالقاضي يطبق قانونه في هذه الحالة دون

اللجوء إلى قواعد التنازع في هذا القانون نظرا لعدم توفر المعيار القانوني، ولاشك أن تكييف

العقد إذا كان يعد عقدا دوليا من عدمه، لا يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما يستمد القاضي

من العلاقة العقدية في حد ذاتها، لأن منح الصفة الدولية للأطراف المتعاقدة يؤدي إلى وجود

احتمال التحايل على القانون الداخلي بالتهريب من الأحكام الآمرة لهذا الأخير عن طريق

¹ - من ضمن هذه الاتفاقيات: اتفاقية لاهاي الصادرة في 1986/12/22 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في مادتها الأولى النشرة 1 بقولها " أن الاتفاقية تطبق عندما يكون تركز الأطراف في دول مختلفة"

الاستفادة من إدعائهم بوجود هذا الشرط، أي دولة العقد وبالتالي خلق وضعية تنازع غير موجودة أصلاً.

ولقد عرف الفقيه "باتيفول Battifoul" العقد الدولي وفقاً للمعيار القانوني، أنه العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي، أما الفقيه "رابل" فقد اعتبر العقد الدولي يستخلص من مفهوم المخالفة للعقد الداخلي، فالعقد الداخلي يربط كافة عناصره بسيادة واحدة ويكون بذلك حالياً من كل عنصر أجنبي.

لكن المقصود الحقيقي بالمعيار القانوني للأخذ بصفة الدولية هو أن يكون العقد متصلاً بأكثر من نظام واحد، وهذا ما أقره "باتيفول" في السنوات الأخيرة، بحيث تتنوع عناصر الاتصال في عدة دول، وهذه العناصر قد تكون شخصية، كاختلاف جنسية المتعاقدين، أو اختلاف محل إقامتهم، وقد تكون موضوعية متعلقة بموضوع العقد، كمحل إبرام العقد أو محل تنفيذه.

فموضوع المعيار القانوني هو التمييز بين العقد التجاري وسائر عقود التجارة الدولية وإن لم يعط له تعريف دقيق، ويرجع ذلك إلى أن لقاضي النزاع حرية العناية به حسب الأحوال والظروف لكن يمكن وفقاً لهذا المعيار تحديد دولية العقد بأن يكون كلا الطرفين سواء البائع أو المشتري المنتمين إلى أنظمة قانونية مختلفة.

ويحقق ذلك من خلال عدة حالات من ضمنها:

—عندما يكون للطرفين موطنًا تجاريًا محدد في دولتين مختلفتين، وهنا تكون أمام حالة بضاعة تنقل من دولة إلى أخرى.

—عندما تشكل التصرفات إيجابًا وقبولًا تم على إقليم دولة مختلفة.

—عند تسليم البضاعة على إقليم دولة أخرى غير إقليم الدولة التي تم فيها الإيجاب

والقبول.

—التركيز على تسليم البضاعة كإلزام قائم على البائع أكثر مما هو في القانون الداخلي أين يكون فيه التركيز على عملية نقل الملكية.

ومن خلال ما تقدم يمكن اعتبار عقد البيع دوليًا وفقًا لهذا المعيار إذا أبرم مثلاً في الجزائر

بين جزائري مقيم في الجزائر وفرنسي مقيم في فرنسا ويتعلق الأمر ببضاعة يجب تسليمها في ميناء

إسبانيا ففي هذا المثال ثلاثة أنظمة قانونية مختلفة، وهذا راجع لوجود اختلاف في الجنسية

واختلاف في الإقامة، إضافة إلى أن مكان تسليم البضاعة في دولة ثالثة.

لكن السؤال الذي يطرح هو حول ما إذا كانت كل العناصر تقف على قدم المساواة في

تحديد دولية العقد التجاري؟ وللإجابة على هذا السؤال هناك رأيان:

الرأي الأول: أخذ به الفقه التقليدي، ويقر بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية

حيث يترتب على وجود أحد هذه العناصر توفر العنصر الأجنبي في العقد، وبالتالي يكتسب

صفة الدولية مما يؤدي بالمتعاقدين إلى اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد.

وبذلك يكفي لكي يكتسب المتعاقدان الحق، في اختيار القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، أن يكون هذا الأخير مرتبطاً بأكثر من نظام قانوني من خلال اختلاف جنسية المتعاقدين، أو اختلاف محل الإقامة، لكن ما عيب على هذا الرأي أنه يتميز بالجمود لأنه يؤدي إلى إعمال القانون الدولي الخاص بمجرد أن يتوفر في الرابطة العقدية عنصر أجنبي بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة¹.

الرأي الثاني: فهو يختلف عن الرأي الأول، وقد أخذ به الفقه الحديث، بحيث لا يتعامل مع هذه العناصر على قدم المساواة ويفرق بين العناصر الفعالة والعناصر غير الفعالة ويمكن على ضوء العناصر الفعالة اعتبار عقد ما عقداً دولياً، أما إذا كان في العقد عنصراً أجنبياً لكنه غير فعال فلا يعتبر العقد دولياً ولا يأخذ بقواعد التنازع في تنظيمه.

فاختلاف جنسية الأطراف المتعاقدة أوجد خلاف حول مدى فعاليتها، فبعض قرارات محكمة النقض الفرنسية تعتبرها من العناصر التي تضيف على العقد المبرم صفة الدولية وتؤدي إلى تطبيق القاعدة المتعلقة بتحديد القانون المطبق على العقد المبرم، صفة الدولية وتؤدي إلى تطبيق القاعدة المتعلقة بتحديد القانون المطبق على العقد التجاري الدولي، لكن هذا الرأي لم يلق تأييد بعض الفقهاء الفرنسيين، حيث اعتبروه عنصراً ضعيفاً، لتحديد صفة الدولية للعقد

¹ - هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر،

ويرجعون ذلك إلى أن ضابط الجنسية لا يعبر على طبيعة العملية القانونية المبرمة إلا في الحالات التي يجتمع فيها العنصر مع جملة من العناصر الأخرى.

أما اختلاف محل إقامة المتعاقدين، أو اختلاف محل تنفيذ العقد، فيعدان من ضمن العناصر الفعالة في العقد التجاري الدولي حتى ولو كان للمتعاقدین جنسية واحدة، لأن عنصر التنفيذ يؤدي إلى انتقال الأموال عبر الحدود، وهو عادة ما يعبر على اختلاف محل إقامة المتعاقدين.

وبخصوص محل إبرام العقد، فقد اتفق الفقهاء على اعتباره عنصرا غير فعال في العلاقة التعاقدية ذلك لأنه في بعض الأحيان يكون اختياره بصفة عرضية، وفي أحيان أخرى يقوم المتعاقدان بالتحايل فيه على القانون عن طريق إعلان محل الإبرام مخالف للحقيقة، لكن اعتبر عنصر محل الإقامة عنصرا في اكتساب صفة الدولية إذا وجد مع عناصر أخرى كالجنسية أو محل إقامة.

واعتقد أن العناصر الفعالة تختلف من قضية إلى أخرى، بحيث يصعب تحديدها مسبقا وينبغي ترك ذلك لتقدير القاضي مع فرض الرقابة عليه.

وأحسن مثال يمكن إعطاؤه حول تبني القضاء المعيار القانوني دون المعيار الاقتصادي هو

قضية تارديو Tardieu.

وتتلخص وقائعها في عقد أبرم بين مؤسسة تخضع للقانون الفرنسي ومقرها في فرنسا

وفرنسي مقيم في باريس، لكي يتولى تمثيل الشركة في الدول الكولومبية.

وقد تضمن هذا العقد شرط التحكيم في حالة نشوب نزاع، لكن أيدت محكمة النقض

ما أقرته محكمة الاستئناف، واعتبرت العقد داخليا بقولها: "حيث أن محكمة الاستئناف قد

أوضحت أن العقد المبرم بين فرنسيين متوطنين بفرنسا، والذي يخضع التزامات الطرفين المتعاقدين

للقانون الفرنسي، وأنه لهذا السبب تكون محكمة الاستئناف قد أسست حكمها الأمر الذي

يتعين القول معه بأن الطعن بالنقض غير مؤسس".

-وما يلاحظ على إسناد محكمة النقض الفرنسية أنها أخذت بالمعيار القانوني ولو بطريقة

سلبية، وذلك بعدم اعتبار العقد دوليا لعدم وجود عناصر المعيار القانوني، إضافة إلى أنه لم يتبين

إطلاقا المعيار الاقتصادي.

-أما الملاحظة الثانية فهي أن هذا الحكم لم يعطي أهمية محل التنفيذ الذي يتم في الدولة

أخرى والمتمثلة في " كولومبيا" وبذلك فمحكمة النقض الفرنسية في هذه القضية اعتبرت كلا

من الجنسية ومحل التنفيذ ومن العناصر غير الفعالة في العملية التي أجريت رغم أن العنصرين

يعدان، من بين العناصر المؤثرة والفعالة لاكتساب العقد، صفة الدولية، وهذا القرار ليس الأول

الذي أعتمد فيه على المعيار القانوني بل سبقته قرارات أخرى أولها في سنة 1970.

وعلى هذا الأساس فإن تكييف القاضي للعلاقات التعاقدية على أنها دولية وفقا للمعيار

القانوني يتطلب توفر عنصر أجنبي واحد، بشرط أن يكون هذا العنصر فعالا في العقد التجاري

الدولي، وذلك بصرف النظر على عدد هذه العناصر في العقد، لأن العنصر الفعال يؤدي إلى

وجود صلة وثيقة بين أنظمة قانونية مختلفة، وهذه المهمة التي توكل للقاضي تخضع لرقابة محكمة النقض كون الصفة الدولية تعد مسألة قانونية.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

يعتبر المعيار الاقتصادي الثاني المقدم من قبل القضاء لتحديد العقد التجاري الدولي ويعتد هذا المعيار معيارا موضوعيا يتناول مادة النزاع، أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في مصالح التجارة الدولية¹.

وفقا لهذا المعيار، لا يمكن تحديد صفة الدولية للعقد عن طريق الرجوع إلى عناصر العقد سواء لجنسية الأطراف أو مقر إقامة المتعاقدين، أو مكان إبرام العقد بل تتحدد إذا وجد في العقد مد وجزر وتبادل القيم بين الدول.

ويختلف هذا المعيار الأول في أنه يعطي العقد محتوى اقتصاديا واقعيا، لأن العقد تصرف قانوني إرادي تترتب عليه آثار اقتصادية في المجال الدولي، أو بعبارة أخرى فإنه يعتبر أن تكييف العلاقة بوصفها وطنية أم دولية لا يرجع فيها إلى عناصر العقد، وإنما إلى سبب العلاقة وارتكابها لمعاملة دولية تدخل في الإطار التجاري الدولي، حتى ولو كان العقد وطنيا في نظر المعيار القانوني.

¹ - لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح التجارة الدولية في المادة 485 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25.

وذلك مثل إبرام عقد البيع الدولي ويكون موضوعه نقل البضاعة من دولة إلى أخرى وثن البضاعة ينتقل من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى، مع أن المتعاقدين من جنسية واحدة ومقيمين في دولة واحدة، كذلك فرغم عدم توفر المعيار القانوني إلا أن المعيار الاقتصادي موجود وهو التبادل عبر الحدود.

وعقد البيع ليس وحده الذي يعتبر من عقود التجارة الدولية، بل هناك أنواع أخرى من ضمنها عقد التوكيل التجاري، الذي يعد المثال الحي لعقود التجارة الدولية، لأن أكثر القضايا التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية لتحديد صفة الدولية، متعلقة بنزاعات عقود التوكيل التجاري.

ووفقا لهذا المعيار وحتى يخضع هذا العقد لمبادئ عقود التجارة الدولية، يجب أن يتوفر فيه المعيار الاقتصادي ويتحقق ذلك من خلال إدراج شروط في العقد، أو بنود تكون باطلة إذا وجدت في العقد الداخلي كشرط الدفع بالذهب.

الذي سوف نتعرض له فيما بعد أو شرط التحكيم بحيث قد يكتسب عقد البيع، صفة الدولية بتعلقه بمصالح التجارة الدولية، كتوفر شرط التحكيم، في حالة وجود نزاع أو وجود شرط الدفع بالذهب الذي يعد شرطا ماسا بالاقتصاد الوطني الداخلي وحتى العقد الداخلي.

فعلى القاضي إذا عرض عليه نزاع بشأن اعتبار العقد دوليا من عدمه، أن يتأكد من مدى توفر مصالح التجارة في العقد لإخراج هذه الأخيرة من النظام القانوني الداخلي، إلى المجال

الدولي، ولمصالح التجارة الدولية مفهوم اقتصادي، ومرن في عقود التجارة الدولية ويرجع بعض المؤلفين ذلك إلى وجود حركة أموال أو خدمة أو معاملة عبر الحدود.

إضافة إلى أن موضوع المعيار الاقتصادي هو تسهيل التجارة الدولية، بإبعاد القواعد القانونية الداخلية التي يعرقلها، سواء المتعلقة منها بصحة بنود الدفع بالذهب في هذه العقود أو في صحة البنود التحكيمية أو غيرها من الحالات.

كما أن الدليل على وجود المعيار الاقتصادي قضائيا في الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، ولا يوجد ما يقابلها في الاجتهاد القضائي الجزائري، وأول ما ظهر وبطريقة غير مباشرة كان في حكم صادر في سنة 1927 ويعرف بنظرية "ماتر **Matter**" وهو المدعي العام الذي أقر أن العقد يكون دوليا يتوفر المد والجزر بين الحدود إذ يترتب عليه دخول العملية وخروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى بحيث يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود.

ووقائع هذه القضية تتعلق بتعرض المدعي العام ماتر، إلى قانون بلد الوفاء، وفي قرارها Pélissier du Besst توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى وضع أسس ومعايير العقد الدولي نتيجة لإقرارها أن العملية المتمثلة في الدفع بالذهب لا يوجد بها، إلا في العقود الدولية وحدها ومن خلال ذلك يظهر أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا لم تتعرض مباشرة لتحديد ماهية العقد الدولي.

بل أوضعت المعيار الذي من خلاله تم تعرضها لكيفية تحديد الوفاء والعملية التي يتعين على أساسها، الوفاء بالالتزامات النقدية في العلاقة الدولية الخاصة، وهذه الليونة التي تقرضها المعايير الاقتصادية تظهر واضحة، كما ذكرت في مجال التحكيم، حيث اعتبرت الاجتهاد القضائي وخاصة الفرنسي أن مفهوم العقد الدولي متوقف على مصالح التجارة الدولية، وقد ظهر ذلك من خلال حكمين آخرين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية من أجل عدم إبطال شرط تحكيم في العقد وذلك رغم أن القانون الفرنسي وفقا للمادة 1006 من الإجراءات المدنية يحظره كون أن العقد أبرم قبل صدور القانون الذي يجيز شرط التحكيم في إطار عقود التجارة الدولية.

القضية الأولى: تعرف بقضية ماردولي Merdelé التي صدر فيها الحكم بتاريخ 1930/02/27 وتتمثل في هذه القضية في أن العقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين وكان موضوع العقد هو نقل البضائع، من الولايات المتحدة الأمريكية إلى ميناء فرنسا مع اشتراط المتعاقدين الخضوع للقانون وعرض النزاع للتحكيم.

أما الثانية: فتعرف بقضية دامبريكوت التي صدر الحكم فيها بتاريخ 1931/01/27 وتتمثل في عقد بيع القمح من وكيل فرنسي لصالح شركة فرنسية، وقد أقرت محكمة النقض بشأنها ما يلي: "حيث أن الصفقة موضوع النزاع تتعلق بقمح مستورد من الخارج تم إبرامها بواسطة وكلاء، وأن القمح تم شحنه بالولايات المتحدة الأمريكية طبقا لعقد بيع حصل تسليمه

بسان لازير أي بميناء فرنسي" وأن العقد المبرم يعتبر لهذا السبب متعلقاً بمصالح التجارة الدولية وأنه طالما أن بطلان شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، ليس من النظام العام بفرنسا، مما يستوجب العدول عن أحكام هذه المادة، واختيار قانون أجنبي لتنظيم مثل هذه الاتفاقيات كالقانون الإنجليزي الذي يجيز شرط التحكيم".

ونفس هذه الحيثية استندت إليها محكمة النقض الفرنسية في قضية **ماردولي** لكن الفرق الوحيد، هو أن قضية الشركة الفرنسية أجرت العقد لحساب شركة الأم الهولندية، وبذلك أقر القاضي أنه يعتبر العقد دولياً لمجرد تعلقه ببضاعة موجودة في دولة أجنبية يتم إرسالها إلى فرنسا كما أن التحكيم الدولي يكون في العقود التي ينتج عن التزاماتها تبادل القيم وانتقالها ذهاباً وإياباً عبر الحدود، مما يترتب عن نتائج متبادلة في كل من الدولتين المعنيتين، لكن الأخذ بالمعيار الاقتصادي لدولية العقد بصفته معياراً موضوعياً يركز على مصالح التجارة الدولية، يفترض اعتبار العلاقة التعاقدية علاقة دولية حتى ولو كانت عقود داخلية اندمجت في عملية اقتصادية دولية.

لذلك غير القضاء الفرنسي رأيه، بأخذه المعيار القانوني السابق الذكر.

وفي اعتقادنا فإن المعيار الاقتصادي، لا يعتبر أساسياً لاكتساب العقد صفة دولية لأنه يستعمل في الحالات التي يلجأ فيها القضاء إلى تطبيق قواعد تتعارض مع القواعد الموجودة في

القانون الداخلي، إضافة إلى أن الأخذ بالمعيار القانوني الحديث والذي يفرق بين العناصر الفعالة وغير الفعالة لتوفير العنصر الأجنبي، يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة تعلق العقد بالمصالح التجارية الدولية سواء كان هذا العنصر يتمثل في التنفيذ في الخارج أو في اختلاف موطن المتعاقدين فكلا العنصرين يؤدي إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود ذهاباً وإياباً دون الحاجة إلى إثارة المعايير الاقتصادية، كما أن دراسة القضايا التي تضمن شرط التحكيم لا يدفعنا إلى القول أن العقد التجاري الدولي يؤدي دائماً للتحكيم، بل يبقى الاختيار للأطراف بحيث يمكن لهم أن يختاروا لفض النزاع القضائي الوطني.

فعلى القاضي إذا عرض عليه نزاع بشأن اعتبار العقد دولياً من عدمه، أن يتأكد من توفر مصالح التجارة، في العقد لإخراج هذه الأخيرة من النظام القانوني الداخلي، إلى المجال الدولي ولمصالح التجارة الدولية مفهوم اقتصادي، مرن في عقود التجارة الدولية¹.

الفرع الثالث: معايير دولية العقد

باعتبار العقود الدولية تتصل بأكثر من نظام قانوني، لاتصالها بدول مختلفة فإن الصفة

الدولية لهذه العقود يترتب عليها نتائج قانونية هامة هي²:

- تتمتع العقد بالصفة الدولية يمنع من تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه مباشرة

دون الحاجة لقواعد الإسناد.

¹ - سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ص545.

² - بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص76.

- إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص وحيث أن إيجاد تعريف جامع للعقد

الدولي أضحي بالنسبة للفقهاء أمرا مستحيلا أمام تعقيد عناصره، بيد أنه ليس بالأمر السهل،

حيث أنه من الأمور التي اختلفت فيها الآراء واتسع فيها الجدل القانوني مما يجعل مسألة تحديد

دولية عقد الدولة من عدمها، صارت أكثر تعقيدا وترتبط ارتباطا مباشرا.

إن المحاكم الوطنية لا يمكنها أن تسلم مطلقا لإرادة الأطراف بإخضاع عقدهم لقانون

أجنبي لمجرد أنه يوفر لهم التسهيلات المختلفة التي قد لا يمنحها لهم القانون الوطني، على الرغم

من غياب أي عنصر يمنح هذا العقد الصفة الدولية.

ومن خلال هذا المعيار، يمكن أن نطلق على العقد وصف العقد الدولي إذا ما تعلق

بمصالح التجارة الدولية أي، إذا انطوى العقد على رابطة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة

معينة كان يتضمن استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية، إلى دولة أجنبية وكل

ما يترتب عليه حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود.

وتختلف هذه الصورة من المعيار الاقتصادي عن الصورة السابقة، كون معيار تعلق العقد

بمصالح التجارة الخارجية، يشترط أن يتعلق العقد بحركة للأموال والخدمات عبر الحدود حتى ولو

كانت في اتجاه واحد.

وقد رأى البعض أن هذه الفكرة غير محددة المعالم، كما يرون أنها تتبع من ذات فكرة

الأستاذ Matter فتتحقق الدولية إذا أدى العقد إلى تحرك للأموال والخدمات أو مقابلهما عبر

الحدود، ولكن هذه الفكرة أكثر اتساعاً، حيث تترك للقاضي تحديد ما إذا كان العقد يراعي مصالح ومقتضيات التجارة الدولية أم أنه يظل عقداً داخلياً يقع تحت سيطرة قانون وطني محدد. ولعل المعيار الاقتصادي بهذا المفهوم سيفضي بالضرورة إلى المعيار القانوني، بينما العكس غير صحيح، فإذا مس العقد مصالح التجارة الدولية فهذا حتماً يؤكد ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد، ولكن ارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد لا يستدعي بالضرورة أنه يمس مصالح التجارة الخارجية أو يترتب عليه حركة الأموال أو البضائع ذهاباً وإياباً.

المطلب الثاني: شروط عقود التجارة الدولية

قد تشكل الشروط والنصوص التعاقدية التجارية في مجموعها، ما يشبه القانون الخاص للعقد التجاري الدولي، حيث أنها يمكن أن تحكم كافة جوانب العقد، دون حاجة إلى اللجوء للقوانين التي تصدرها السلطات التشريعية في الدول.

ذلك أن تعدد القضايا الحديثة في العقود التجارية، يؤدي باستمرار إيجاد حلول عقدية تريح المتعاقدين، من خلال إيجاد وسائل تبعد العقد والمتعاقدين عن تدخل السلطات التشريعية، بل وحتى المحاكم، علاوة على هذا فإن كثرة انتشار هذه الحلول أدى إلى وجود عقود ونصوص عقدية نموذجية، تنتشر دولياً وتستخدم في دول ذات أنظمة قانونية مختلفة.

كما أدى هذا إلى وجود جماعات من المتعاملين بحقول تجارية متخصصة، على النطاق

الدولي، تقوم بمزاولة التجارة الدولية على أساس قواعد نموذجية خاصة فصارت ملزمة لأعضاء

الجماعات، في معاملاتهم الدولية، دون تدخل من جانب السلطات في مختلف الدول، فلم تقم الحاجة إلى سن الدولة لتشريع أو نظام يحكمها، كما لم تقم الحاجة إلى أن تقوم السلطة بوضع ما يضمن تنفيذها والالتزام بها.

وعلى ذلك فإن عقد من عقود التجارة الدولية، قد يخضع في جميع أجزائه للقواعد المراعية بين أعضاء الجماعة ومثال ذلك خضوع الاعتمادات المستندية إلى الأعراف الموحدة في

الاعتمادات المستندية رقم « ICC Uniform Customs And Pratices For Documentary Crédits UCP 600 », والتي تصدرها غرفة التجارة الدولية في باريس.¹

الفرع الأول: طبيعة عقود التجارة الدولية

تتميز عقود التجارة الدولية، بطبيعة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، في أن الأولى يمكن عدم إخضاعها لأي أحكام قانونية يكون مصدرها النظم القانونية الوطنية، أو القانون الدولي العام، وهنا سنذكر مبدأ سلطان الإرادة، الذي ازدهر في بداية القرن العشرين، حيث أكد القضاء في ميدان عقود التجارة الدولية، على أن هذه العقود تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف فتسري عليهم عقود التجارة الدولية، فتسري عليهم قواعدهم بمحض إرادتهم فالقانون أو القوانين الوطنية التي كانت تتلائم قديما مع العقود التجارية الدولية البسيطة، أصبحت غير ملائمة للعقود الدولية الحديثة المركبة.

¹ - لمزيد من التفاصيل أنظر: <http://www.iccwbo.org>

ومن هنا استشعر التاجر الدولي الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة أكثر اتفاقاً مع تلك

العقود، وتقوم على أساس الإرادة الحرة للأطراف.

ولذلك فإن سلطان الإرادة يعتبر الآن بمثابة وسيلة دفاعية عن النظام القانوني الدولي في

مواجهة النظام القانوني الداخلي.¹

وفي الغالب الأعم نرى بأن هذا النوع من العقود أكثر ما يكون في عقود الدولة، أي يكون

في العقود التي طرفها الدولة والطرف الآخر شركة أجنبية كالعقد المبرم بين دولة الكاميرون

وإحدى شركات البحث عن البترول فقد نص على أنه، لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون

موافقتها المسبقة.

التعديلات التي تطرأ على القوانين النافذة حين إبرام العقد، سواء نصت تلك القوانين على

فرض التزامات جديدة على المتعاقدين أو أنقصت من الحقوق المنصوص عليها في تلك العقود.

وهذا يعني تجميد القانون الوطني من حيث الزمان، بالنسبة للشركة المتعاقدة، بحيث لا يسري

على عقدها "إلا القانون الذي كان سارياً عند إبرامه، لأن الأفضلية تعطي أولاً، لما يصوغونه من

قواعد وشروط لمبدأ سلطان الإرادة ولا يلجأون للقانون إلا على سبيل الاحتياط، وهذا الاتجاه

هو الذي يدفع المتعاملين في التجارة الدولية إلى تحرير عقودهم بشكل تفصيلي، ليكون قانونهم

مستقل عن قانون أي دولة".

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 66.

الفرع الثاني: مراحل صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية

إن مراحل صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية تتخللها مفاوضات، ومناقشات كثيرة باعتبار العقد التجاري الدولي سيكون بمثابة القانون الذي ينظم العلاقة بين أطرافه.

ومن أبرز مراحل صياغة وإبرام العقد التجاري الدولي ما يلي:

1/. مرحلة المفاوضات والمناقشات:

غالبا ما يسبق الاتفاق على صيغة نهائية في العقود التجارية الدولية، الكثير من المفاوضات والمناقشات، التي تؤدي إلى وضع تصور مشترك، لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها، ومن ثم تسفر عن صياغة مشروع للعقد، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك أسفرت عنه إرادة الطرفين معا، أي أنهما يوجبان على نفسيهما الالتزام بالعقد النهائي، لهذا كثيرا ما ينصح بأن يقوم الطرف المتفاوض قبل البدء بمثل هذه المفاوضات بتحديد الأمور الأساسية التي يرغب في الوصول إليها من خلال المفاوضات، وتحديد الأمور غير الأساسية وبعدها الثانوية وذلك بأكثر قدر ممكن من التفصيل.

وبالرغم من أن ليس كل ما يتم الوصول إليه أثناء التفاوض، يكون ملزما للطرفين إلا إذا تم إدراجه في العقد، إلا أن محاضر التفاوض قد يكون لها أهمية كثيرة في تفسير العقد بعد إبرامه. علاوة على هذا فعندما يريد المتعاقدان عدم إغفال تم بحثه في التفاوض زيادة على الإبقاء عليه والاستعانة به في تكملة العقد.

2/. مرحلة الإبرام:

وهي تلاقي الإرادتين وإبرام العقد بحيث يلتزم أطراف التعاقد بالاشتراطات العقدية التي تعتبر في العقود الدولية هي القانون الذي يحكم العقد، دون أن يخضع لأي قانون آخر، إذا لم ينص العقد نفسه على قانون معين عند اللجوء للتحكيم، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين في هذه العقود الدولية، وذلك بغض النظر عن حالة التوازن واللا توازن التي قامت عند إبرام العقد وهكذا فإن إبرام العقد لا يتوقف على مشيئة أحد المتعاقدين وحده، إذ أن الإيجاب يكون ملزماً عندما يرتبط بالقبول، شأن العقد في ذلك شأن بقية العقود.

3/. انقضاء العقد:

قد يكون العقد محدد المدة، وفي هذه الحالة ينتهي العقد بانتهاء مدته مثل استئجار سفينة لمدة سنة، حيث ينتهي العقد بانتهاء تلك السنة وقد يكون العقد لغرض معين فينتهي بانتهاء ذلك الغرض، مثل عقد فتح الاعتماد المستندي، حيث ينتهي عند تنفيذ التزامات الاعتماد.

وفضلاً عن النوعين المذكورين هناك العقود الدولية غير محددة المدة، وهنا يختلف انتهاء كل

عقد حسب طبيعته، مثل عقد التوريد المستمر، حيث ينتهي باتفاق على إنجائه.

الفرع الثالث: أسس وأساليب صياغة عقود التجارة الدولية

إن مراعاة الأسس والأساليب المطلوبة في عقود التجارة الدولية، لها أهمية كبيرة في الواقع

العملي، وأبرز الشواهد على أهمية مثل هذه الأسس والأساليب في صياغة عقود التجارة الدولية

ما قامت به لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1987 حيث تم إعداد

دليل قانوني لصياغة مثل هذه العقود وتم نشره في نيويورك عام 1988.

ويلاحظ هنا أن أسس وأساليب صياغة عقود التجارة الدولية منها، ما يتعلق بالشكل ومنها

ما يتعلق بالموضوع، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الصياغة شكلاً

العقد بناء قانوني يتولاه مهندس القانوني، ومن أجل أن يكون هذا البناء بعيداً عن النواقص

فلابد من إعداد خارطة مسبقة له، لما لذلك من فوائد كثيرة، كما سنرى يضاف إلى ذلك أن

هذا العقد في مجال التجارة الدولية لا يتم إبرامه إلا بعد إجراء المفاوضات بين الأطراف

المتعاقدة.

ومن أجل استيعاب هذه المواضيع لابد من تصميم الخارطة في ضوءها وهذا استوجب ما

يلي:

* الكتابة بمعناه التقليدي

* الصياغة.

* لغة العقد.

ثانيا: الصياغة من حيث المضمون

يشتمل العقد عادة عدة أجزاء أساسية يمكن إجمالها كما يلي:

1. تحديد موضوع العقد.

2. مقدمة العقد

3. التعريفات.

4. التزامات الطرفين وجزاء مخالفتها

5. مدة العقد.

6. ضمانات العقد.

7. طرق فض النزاع والمتمثلة هنا بالتحكيم التجاري.

ثالثا: المنازعات:

تتميز عقود التجارة الدولية بأنها تتضمن بندا حول، كيفية حل المنازعات التي تنشأ عن هذه

العقود، وبشيوع وجود مثل هذا البند.

ومن أكثر ما ينص عليه هذا البند هو إحالة الخلاف إلى التحكيم التجاري الدولي.¹

حيث يعتبر من المصادر المهمة لقانون التجارة الدولية، وأحيانا يتبع المتعاقدون الصياغة المرنة

عند تحرير هذا الشرط كما لو جاء على النحو التالي: "يخضع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية".

إن مثل هذه الصياغة، تعني أن المتعاقدين قررا ترك كافة التفاصيل إلى ما هو منصوص عليه

في نظام هذه الغرفة مثل عدد من المحكمين، وتحديد قانون الإجراءات والقانون الموضوعي الذي

يسري على العقد موضوع التحكيم ومكان إجراء التحكيم وتفويض المحكم بالصلح.

يجب أن تتوفر في المحكم الذي يفصل في منازعات عقد الدولة مؤهلات تتلائم مع الطبيعة

الخاصة لأطراف هذه العقود ومحلها، فقد تتعلق هذه المنازعات بأحكام القانون الدولي العام

عندما تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي

الخاص لدولة هذه العقود، بطبيعتها وقد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات

نادرة، كأن تتعلق بتحديد معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل المحاسبات المالية أو بنوعية

التكنولوجيا المستخدمة، في إنشاء مصنع ما في عقود التعامل الصناعي، ولهذا يجب توافر

التخصص القانوني المناسب، في تشكيل هيئة التحكيم إلى جانب الخبرة الفنية الكافية، حتى

¹ - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 2 1992، ص 264.

تسمح بما يمكن تسميته بالتحكيم الفني « Arbitrage Technique » لأجل تفادي

أي خلاف حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط المنتج لفترة معينة.

فالمحكم على خلاف القاضي، لا يشترط فيه أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم

اختيار محكم له خبرة، في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع.

المبحث الثاني: شرط التحكيم

من الثابت أن منازعات عقود الدولة، تتمتع بخصوصية ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العلاقة التعاقدية، غير متجانسة الطبيعة فنجد الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بما تملكه من سيادة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لهذه الدولة من جهة ونجد من جهة أخرى طرفا أجنبيا خاصة في غالب الأحوال، وهذا ما يطرح المشكلة الأساسية المتمثلة في كيفية الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة، حيث تسعى الدولة لتحقيق إحدى خططها التنموية الاقتصادية، عندما تكون بصدد إبرام هذه العقود، ويسعى من جهته الطرف الأجنبي إلى تحقيق المصالح والأهداف التي يسعى إليها، وهذا ما يجعل تسوية منازعات عقود الدولة، لا يتحقق إلا بضرورة البحث عن توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود وذلك حسب ما تقتضيه الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وهذا ما نحاول معالجته من خلال مفهوم التحكيم التجاري الدولي.

ومما لا شك فيه أن التحكيم، هو القضاء الخاص الذي سيحاول تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، ومصلحة المتعاقد الأجنبي الذي تملكه هواجس مساس الدولة بحياد قضائها.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

للقوف عند شرط التحكيم في عقود الدولة وكتوتئة لهذا الموضوع، لابد من تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

إذا كان الأصل هو أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة، لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك وهي السلطة القضائية، حيث لا يمكن لغير الدولة أن يمارس هذه السلطة إلا الدولة بما لديها من سلطة بإمكانها أن تعترف لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية، بسلطة الفصل في بعض الخصومات، التي تدخل في الولاية المقررة للقضاء في نطاق معين، ومتى تحققت شروط معينة ويسمى هؤلاء بالمحكمين، حيث يعهد إليهم بالفصل في المنازعات التي أجاز القانون للأفراد إخراجها من ولاية واختصاص القضاء في الدولة.¹

الفرع الثاني: تعريف التحكيم التجاري الدولي

في معرض تعريف التحكيم التجاري الدولي، يمكننا أن نقول أن التحكيم طريقة ابتدائية حيث تعود بدايته، عندما كان يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلع المسلمة فيلجأ إلى شخص آخر ليفصل بينهما، خاصة، وأنه يعهد فيه عرض النزاعات على أشخاص خواص يستمدون ميزتهم الوحيدة، من كونهم ثم اختيارهم من قبل طرفي النزاع.²

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: مرجع سابق، ص 11.

² - نقلا عن: ياسمينه مجدوب: التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود البترول، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2006 ص 18.

كما نلاحظ أن نظام التحكيم التجاري يعمل بتشكيلة معقدة من القوانين، هي الاتفاقيات الدولية، والقوانين الداخلية لمختلف الدول، فنجد القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ اتفاق التحكيم، والقانون الذي يحكم وينظم إجراءات التحكيم ذاتها والقانون أو مجمل القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، وكذا القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.

إذ أن القوانين الداخلية، التي تركز نية استمرارية قبول الدعوى للتحكيم، والذي يؤكد انضمامها إلى الاتفاقيات المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها، حيث تلعب هذه القواعد دورها على هذا الصعيد، ومن ناحية أخرى فإن الدولة تهيئ للتحكيم مناخا ملائما من خلال الرقابة على قرارات التحكيم، ونظامها القانوني الذي يكرس الاعتراف بهذه القرارات.

وقد عرف الأستاذ Phillipe Fouchard التحكيم بأنه: "اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء يختارونه".

أما عن نعته بـ "التجاري" فنشير فيما يتعلق بهذا النعت عند الحديث عن التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه نعت لا يقتصر على المسائل التجارية العادية. كما هي مبينة في القوانين التجارية بل يأخذ مفهوما واسعا يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي ولتوضيح ذلك تعتمد على ما جاء في القانون النموذجي U.N.C.I.T.R.A.L إذ نجد أن المادة الأولى من هذا القانون تعرف بمعنى موسع "التجاري" بحيث يشمل العلاقات التجارية التعاقدية وغير التعاقدية دون الاقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع، والخدمات وكذا اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري والتحصيل واعتماد التأجير وتشديد المصانع والخدمات

الاستشارية والأعمال الهندسية والتراخيص والاستثمارات والتمويل والمعاملات المصرفية والتأمين واتفاقات الاستغلال، أو الامتيازات والمشروعات المشتركة وأشكال التعاون الصناعي، والتجاري الأخرى ونقل البضائع والمسافرين جواً أو بحراً أو براً أو بالسكك الحديدية أو الطرق.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

الفرع الأول: التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي

أما عن تمييز التحكيم الوطني لدولة ما عن التحكيم غير الوطني، فإن التحكيم يكون وطنياً إذا كانت عناصره منتمة إلى دولة واحدة، وما يستنتج إذن هو أنه إذا كان أحد عناصر التحكيم خارجياً أو أجنبياً، يكون التحكيم أجنبياً، أو دولياً ومن تلك العناصر موضوع النزاع وجنسية ومحل إقامة الأطراف وجنسية المحكمين ومكان التحكيم والقانون المطبق لحل النزاع... إلخ، إلا أن الدراسات تلخص أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي في ثلاثة معايير منها الجغرافي ويتعلق بمكان التحكيم والقانوني ويتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والاقتصادي ويتعلق بارتباط العقد موضوع النزاع. ولو نظرنا إلى العمل الاتفاقي نجد أن اتفاقية نيويورك تأخذ بالمعيار الجغرافي أساساً مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار القانوني، حيث تجيز للقاضي الوطني رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إذا ثبت لديه مخالفة إجراءات التحكيم للقواعد التي اتفق عليها الطرفان أو مخالفتها لقانون البلد الذي جرت فيه عملية التحكيم عند غياب اتفاق الطرفين على تلك القواعد.

الفرع الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي

من المعروف أن التحكيم ينقسم إلى تحكيم خاص « Adhoc » وتحكيم مؤسساتي « Institutionnel » وأمام الطابع التعاقدى للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه، الاتفاق على أن يستقلوا بإدارة العملية التحكيمية كما في التحكيم الخاص أو إحالة إدارة هذه العملية إلى إحدى هذه المؤسسات التحكيمية الدائمة.¹

وما يميز نظام التحكيم المؤسساتي، التطبيق الآلي للقواعد المنظمة للتحكيم كما يكفل هذا النوع من التحكيم الاستفادة من الإطارات الفنية المتخصصة، لكن ما يعاب عليه كثرة النفقات فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية، وفي المقابل يتميز نظام التحكيم الخاص بأنه ينشأ لفض منازعة بعينها فيحقق بذلك سرية الإجراءات ويتطلب التعاون بين الأطراف دون الحاجة إلى تكاليف باهظة، لكنه قد يجعل الأطراف عند عدم الاتفاق أمام إشكال، يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ويعتبر التحكيم المؤسساتي الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم، الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ معروفة مسبقا، علاوة على أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في التنفيذ.

¹ - أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبه حسان القاهرة، مصر 1993

المطلب الثالث: اللجوء إلى التحكيم

إذا كان سلوك الدولة قد اعتاد على حسم نزاعاتها الداخلية، أمام القضاء الوطني فإن، وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة قد حتم عليها تغيير هذا الأسلوب على الرغم من أنها تنظر إلى التحكيم نظرة انتقاصا من سيادتها، ومن جهة أخرى فإن الطرف الأجنبي يساوره الشك دائما في حياد هذا القضاء أو البطء في إجراءات التقاضي، مما سيكون سببا في تعطيل التنفيذ في العقود المبرمة، ويعرض حقوقه إلى الخطر، الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم حتى نشب النزاع بينه وبين الدولة اطمأن إلى أنه لن تكون خصما وحكما في آن واحد، لذلك تحرص الشركات الأجنبية على أن يكون شرط التحكيم مسألة أساسية يتوقف عليها التعاقد، ولأن الدولة تحرص على تحقيق مصالحها وخاصة إذا تعلق الأمر بخططها الاقتصادية الطموحة فإنها تستقبل شرط التحكيم.¹

فمن بين الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الدولة

أولا: عجز الوسائل غير القضائية "البديلة" في حسم منازعات عقود الدولة

إن الوسائل المختلفة لحسم منازعات عقود الدولة تنقسم بحسب ما تنتهي إليه هذه الوسائل

من حلول ومدى إلزاميتها إلى وسائل غير قضائية ووسائل قضائية.

¹ - أحمد شرف الدين: طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، تشخيص الحالة المصرية، مطبعة أبناء وهبه حسان، القاهرة مصر

أما الوسائل غير القضائية فهي الوسائل البديلة لحسم المنازعات، كالوساطة والتوفيق والخبرة الفنية والمحاکمات المصغرة ومجلس مراجعة المطالبات ولعلها تتسم بعدم إلزاميتها للأطراف على عكس الوسائل القضائية المتمثلة في قضاء محاكم الدولة والتحكيم، وهي على خلاف الأولى ملزمة لأطرافها.

ثانياً: آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الدولة

إن من بين ما يميز التحكيم في عقود الدولة والذي لأجله يعد شرطاً متمسكاً به غالبية الأشخاص المتعاقدة مع الدول، حرية الاختيار في نوع التحكيم الملائم لخصوصية المنازعات وكذا اختيار المحكمين الذي يتوافر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات. وما يبرز الخصوصية في التحكيم، كشرط يطالبه الأطراف المتعاقدة مسألة السرية التي تعد قوام العمليات الاقتصادية الاستثمارية السرية في إجراءات التحكيم والتي تحقق ذات الميزة بالنسبة للدول التي تسعى إلى الحفاظ على سرية مشاريعها خاصة ما كان من المشاريع الإستراتيجية لها.

الفرع الأول: التشكيك في أهلية الدولة للتحكيم

يعتبر التشكيك في أهلية الدولة للتحكيم، من المشاكل القانونية التي تثيرها اتفاق تحكيم الدولة ومن خلال العديد من أحكام التحكيم، والأحكام القضائية مشكلة أهلية الدولة، أو قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم الدولي.

وقد أثّرت هذه المشكلة بسبب وجود تشريعات عديدة، تحظر على الدولة، اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، وتجعلها ليست أهلاً لإبرام مثل هذا الاتفاق.

وهذا ما أثبتته العمل الدولي في كثير من الحالات حيث تلجأ الدولة، إلى إنكار شرط التحكيم كما أن الدولة إذا قبلت مقدماً اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع، أن تتمسك فيما بعد بقانونها الوطني لتقضي ببطالانه، فالدولة كما أشار بعض الفقهاء، هي مصدر قانونها الوطني وتستطيع في كل وقت أن تعفي نفسها من القواعد التي وضعتها.

الفرع الثاني: تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم

أما عن موقف الدول النامية خاصة منها العربية فكان موقفاً ناتجاً عن تلك الاختلافات السياسية والإيديولوجية العميقة، والتي جعلت هذه الدول ترفض في بداية الأمر كل الوسائل دون قضائها الرسمي، لحل النزاعات المتعلقة بهذه العقود ولعل هذه العوامل تتعلق بتمسك البلدان النامية، حديثة الاستقلال بسيادتها إلى حد تخشى كل القيود التي ترد على تلك السيادة، بل

حتى أنها كانت لا تثق بالقانون الدولي التي ترى في قواعده عدم ملائمته لظروفها ومتطلباتها بل تقول أنها لم تشارك في وضعه.

ولقد أيد هذا التوجه في عدم الأخذ بنظام التحكيم بعض الفقهاء بدعوى مخالفته لسيادة

الدولة، وقد عبر عن ذلك الأستاذ Rendstein بقوله: "إن القضاء مظهر من مظاهر

السيادة غير القابلة للتصرف فيها، فلا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة — كليا أو

جزئيا — لشخص من أشخاص القانون الخاص"، كما أن التحكيم ظاهرة غير عادية تمس

مبادئ القانون العام التي تخول الدولة سلطة تقديرية، تسمح لها بأن تأتي ما تراه مناسبا للصلح العام.

ولكن تسعى الدول النامية — خاصة منها وعلى رأسها الجزائر — إلى استقطاب

الاستثمارات الأجنبية وضعها أمام واقع إما أن تقبل التحكيم أو تتبخر كل أحلامها التنموية

على أساس أن هذا البند أحد أهم الضمانات الاستثمارية، لذلك فهي تقبل التحكيم، الذي

يعتمد على آليات تختلف تماما مع تلك التي يعتمد عليها القضاء الوطني، لعل مرجع ذلك إلى

أن الدولة تعتقد أن هذا القضاء ليس القضاء الذي يطبق القانون الذي اتفق عليه الأطراف.

وهي تستند إلى واقع أن كل عشر دعاوى تحكيمية بها طرف عربي يربح الطرف العربي دعوى

واحدة فقط، وأن المحكمين هم بالعادة مجموعة من ثلاثين إلى خمسين محكما أوروبا يفصلون

خلافات الاستثمارات الأوروبية في البلاد العربية، وعادة ما يكون مقر التحكيم باريس أو لندن

أو جنيف.

ولعل هذا التخوف ليس له ما يبرره ذلك، أن هيئات التحكيمية التي ستفصل في النزاع

عادة ما تختار من بين أكبر أساتذة القانون في العالم، وأشهر المحكمين من الفقهاء الفرنسيين

فضلا على أشهر مركز تحكيمي في العالم يوجد بباريس وهو غرفة التجارة الدولية.

وإذا كان نمو اقتصاد الدولة يعتمد على زيادة التجارة الدولية، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق

التي تواجهها، لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها، وذلك لأن فعالية النظام القانوني

الذي ينظم عقود التجارة الدولية، لها أثر في زيادة حجمها واتساع نطاقها. لذا نجد أن إقرار

المستثمر الأجنبي بالإقدام أو الإحجام عن التعاقد والاستثمار في بلد ما لا يتوقف على تقدير

الأوضاع السياسية والاقتصادية السائدة فيه، بحسبان أن تلك القواعد عادة ما تحدد ضمان

حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ولكن يجب أن يزال الضرر، وعلى هذا تقاس الأمور.

المبحث الثالث: قانون محل إبرام العقد

لقد تبين أن هناك أخذ ورد بين القانون الداخلي والقانون الدولي، وإن الدراسة المطبقة على العقد التجاري الدولي لا يمكنها أن تلفت من تنظيمه دولياً لذلك يتطلب ذلك البحث على الحلول المقدمة من أهم الاتفاقيات الدولية، التي تنظم هذه المسألة بعد أن أتممنا دراسة الحلول المقدمة من القانون الدولي الخاص، ذلك لأن من وظائف الاتفاقيات الدولية تنظيم المسائل التي تتمتع بالصفة الدولية، فوجود تبادلات واسعة النطاق، بين أشخاص ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة دفع بالمجموعة الدولية في كثير من الحالات إلى التفكير في وضع اتفاقيات دولية تهدف على إثرها، إلى توحيد قواعد قانون التجارة الدولية، وبذلك تمكين الأطراف أثناء إبرام العقد من الرجوع إلى قواعد دولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات العقدية.

وتعد المجموعة الأوروبية من ضمن هذه المجموعات، بحيث وضعت اتفاقية تحديد على أساسها، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تعرف باتفاقية روما المبرمة من قبل دول الأعضاء في اللجنة الاقتصادية الأوروبية في تاريخ 19 جوان 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 01 أفريل 1990.

لكن رغم الانتقادات التي وجهت لكل هذه الضوابط، إلا أن هذا لا يدفعنا إلى القول بعدم أعمال هذه القوانين، بل تبقى هذه القوانين تعبر على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية، ولقد حاولت اتفاقية روما تجنيب هذه الانتقادات بفرض حل يعرف بالأداء المميز، ومن ضمن القوانين التي

أخذت بأحد الضوابط السابقة الذكر القانون الجزائري، بحيث أخذ بقانون محل الإبرام الذي يطرح عدة إشكالات مما يؤدي إلى صعوبة تحديده، خاصة مع التطور التكنولوجي الحاصل والذي أثر على العقود إلى درجة وجود عقود تبرم في بعض الحالات تعرف بعقود التجارة الدولية.

إن مسألة البحث عن الضابط الذي يأخذ به المشرع الجزائري، عند سكوت الأطراف يتم حسمه بالرجوع إلى نص المادة 18 الفقرة الأولى، الذي يعتبر تحليلها من الأمور الصعبة.¹ لكن الرأي الغالب الذي رجع إلى نفس المادة باللغة الفرنسية تبين أنه أخذ بقانون محل الإبرام كضابط احتياطي، يرجع له عند سكوت الأطراف، مما يؤدي بنا إلى دراسة محل إبرام العقد.

المطلب الأول: التعاقد عن طريق شبكة الانترنت

لقد أحدث التعاقد عن طريق شبكة الانترنت طفرة في عمليات التسويق للسلع والخدمات فبعد أن كانت السلعة تمر بمراحل عديدة ومن يد إلى أخرى ابتداء من المنتج أو الصانع ثم الموزع، تاجر الحملة ويلييه تاجر التجزئة وأخيرا تصل إلى يد المشتري أو المستهلك، أصبحت العملية البيعية لا تمر بهذه المراحل المختلفة.

¹ - من خلال نص المادة 18 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري تنص: "أنه يسري على الالتزامات التعاقدية مكان الذي يبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر".

فهناك علاقة مباشرة بين المنتج أو الصانع وبين المشتري أو المستهلك، دون وجود وسطاء في العملية البيعية ويؤدي ذلك إلى انخفاض ثمن بيع السلعة على المستهلك لعدم وجود وسطاء في التعامل.

ويرى "بيل غيتس" صاحب شركة "مايكروسوفت" أن المعاملات التجارية عبر الانترنت يمكن أن تحقق فكرة آدم سميث.

وقد بدأ استخدام شبكة الانترنت في الأغراض التجارية سنة 1992 عندما ظهرت « w.w.w » « World wide web » ويعني بالعربية الشبكة العالمية للمعلوماتية. لم يعد العقد يتم بالطريقة البسيطة والتقليدية المعروفة، والمتمثلة في تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية، حيث ظهر في المجال الدولي نوع جديد من عقود التجارة الدولية تساهم التطور التكنولوجي الحديث، وتعرف بالتجارة الالكترونية، وهي مسألة إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة سكوت الأطراف، عن تحديد ذلك لأن هذا النوع يحقق معاملات تتم بين غائبين.

لذلك يصعب تحديد محل الإبرام وأهم المميزات التي أكسبت « W.W.W » جاذبية خاصة عن باقي خدمات الانترنت، عدم افتقارها على تقديم البيانات في صورة قوائم وملفات مجردة لا تحتوي على أية لمسة جمالية، بل اعتمدت على أسلوب الوصف والصور الملونة وكذلك

اعتمادها على طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى المواقع المراد

الدخول عليها Point and click navigation.

ومن هنا بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية، وبدأ ذلك عن

طريق اعتمادهم في مراسلاتهم على البريد الإلكتروني في إتمام صفقاتهم في بادئ الأمر، ثم عن

طريق عرض منتجاتهم وخدماتهم من خلال مواقع لهم على شبكة الانترنت « W.W.W »

وقد ظهر أولى هذه المواقع التجارية على الشبكة في عام 1993، وقد كانت هذه المواقع مفتقرة

إلى حد كبير الأدوار الترويجية والإعلامية، حتى تم تطوير وسائل فعالة لسداد قيمة السلع

بالاتصال المباشر بالكمبيوتر وقد كان من أهم أسباب إقبال رجال الأعمال على استخدام

شبكة الانترنت في إجراء صفقاتهم وأعمالهم التجارية، أنها تسهل عليهم الاتصال بين الشركة

وعملائها وكذلك بينها وبين مورديها في جميع أنحاء العالم وبتكلفة أقل من أي وسيلة تكنولوجية

أخرى قد تستخدم في ذلك الغرض.

وبما أن عقود التجارة الدولية، تشمل التجارة الإلكترونية فيطبق كذلك على العقود المترتبة

عنها، القانون الذي يختاره المتعاقدان.

وبذلك تعد شبكة الانترنت التطور الذي هز الفكر والتجارة الدولية معاً.¹

¹ - Claude Retournaz : Le commerce électronique international quelque réflexions sur la loi applicable a la vente, Consommateur, SDI expertises N° : 215, p1
Université de Montréal, canada

ويلاحظ أيضا كون العقود الالكترونية، المبرمة عبر الانترنت من ضمن العقود المبرمة عن

بعد، تثير بعض النقاط التي لا تثور في العقود بين الحاضرين في كثير من الأحيان.

ومنها على سبيل المثال:

أ. اللغة التي سيتم تحرير العقد بموجبها، وخاصة إذا ما لاحظنا أن التعاقد عبر الانترنت غالبا

ما يتم بين أفراد مختلفين في اللغة والموطن.

ب. التوقيت الذي يتم فيه وقت إبرام العقد الالكتروني فيمكن أن يبرم العقد بين طرفين

أحدها في الشرق والآخر في الغرب، ويكون هناك فارق في التوقيت بين موطن كلا

المتعاقدان، فمثلا توقيت القاهرة يسبق توقيت الولايات المتحدة الأمريكية بسبع ساعات وينقص

ساعة عن توقيت المملكة العربية السعودية، ويزيد ساعتين عن توقيت غرينتش.

الفرع الأول: كيفية تحديد قانون محل الإبرام في التجارة الالكترونية

من خلال الدراسات السابقة تبين أنه، في مواد العقوبة هناك عدة حلول يمكن الرجوع

إليها، في تحديد القانون المطبق في حالة سكوت الأطراف عن ذلك، فقد يكون قانون محل تنفيذ

الالتزامات، أو قانون محل إبرام الاتفاق.

إضافة أن عددا من الدول ومن بينها القانون الجزائري، تأخذ بمحل الإبرام كقاعدة احتياطية

يرجع إليها القاضي، عند عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون المطبق على العقد التجاري

الدولي.

وتأخذ التجارة الالكترونية نفس الحكم، إذا تمتع بصفة الدولية سواء تم ذلك وفقا للمعيار

القانوني أو المعيار الاقتصادي أو كلاهما معا.

فالعقود المتعلقة بمصالح التجارة الدولية التي يكون أحد أطرافها متمتعا بالشخصية الجزائرية

أو مقيمة بالجزائر سواء كانت ييعا أو توكيلا تجاريا، أو إلى غير ذلك التي يستعمل فيها الوسيلة

الالكترونية، تدفع في بعض الحالات إلى اختصاص القاضي الجزائري، الذي يتولى تطبيق المادة

18 من القانون المدني الجزائري بعد تكييف العلاقة التعاقدية.

بالتالي يطبق إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذه المسألة محسومة لكن

الصعوبة تكمن في الضابط الاحتياطي والمتمثل في قانون محل الإبرام، لأنه لا يجمع كلا

المتعاقدين جلسة واحدة يتم على أساسها تحديد مكان إبرام العقد.

القاضي عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون المطبق على العقد التجاري المبرم

باستعمال الوسيلة الالكترونية، يرجع إلى قانون الدولة التي يتطابق فيها العرض المقدم من

الإيجاب مع القبول، ويطبق القواعد الموجودة في قانون تلك الدولة على العقد التجاري

الالكتروني، فكيف يمكن للطرفين المتعاقدين تقريب وجهات النظر فيما بينهما مع وجود بعد في

المسافة التي تفصل بينهما من أجل إبرام العقد؟

فمن خلال هذه الإجابة يمكن تحديد المكان الذي يتم فيه إبرام العقد، الذي يتم على

أساسه تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الالكتروني، في حالة سكوت المتعاقدين عن

تحديده فمن خلال كل ما يقدم يلاحظ المكانة البالغة التي يحتلها محل الإبرام في عقود التجارة الإلكترونية.¹

فضلا على أن العقد لا ينتج آثاره، إلا من وقت إبرام العقد فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم وفقا لقانون محل الإبرام إذا طبقنا القاعدة الاحتياطية التي نص عليها المشرع وبصفة عامة فإنه لا يمكن أن يتحقق "إبرام العقد" إلا بعد أن يتبادل الأطراف التراضي فيما بينهم.

الفرع الثاني: السوق الإلكترونية (e-marketplace)

هو عبارة عن سوق يلتقي فيه البائع والمشتري لتبادل السلع، الخدمات، المال والمعلومات عن طريق شبكة الانترنت، تحتل التجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة نتيجة للسرعة الكبيرة، التي تتم فيها إبرام العقود سواء كانت هذه العقود بيعا أو توكيلا تجاريا، وما إلى ذلك من تصنيفات العقود وما إلغاء الحدود إلا دليلا حيا على التطور المستمر لهذا النوع فالتجارة الإلكترونية أصبحت تتم بين متعاملين موجودين في دول مختلفة في بضع لحظات.

وبذلك فإن إبرام عقود من هذا النوع تتم بالوسائل الإلكترونية، تحقق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية، وقد كانت تتم هذه المعاملات بوسائل تقليدية فيبرم العقد عن طريق المراسلة أو الهاتف أو الفاكس، الذي كان يسمح إلى إثره الاتصال الشفهي أو الكتابي.²

¹ - F. Montero : « l'internet et le droit des obligations contractuel édition de jeune barreau de Bruxelles, 1997. p50.

² - Christine Bitouzet : le commerce électronique création de valeur, l'entreprise, hermes science publication, paris. P56.

والعيب الذي دفع للبحث عن طريق أخرى للاتصال من أجل القيام بالتجارة الالكترونية هو التكاليف الباهظة، التي كان يدفعها المتعاملان من أجل إبرام الصفقة، لذلك وجدت طريقة أخرى يصل فيها التعامل التجاري إلى درجة التبادل المعنوي، من تقديم معلومات بين مستعملي الإعلام الآلي مثلاً تعرف بشبكة الانترنت، في استعمالها والقيام بعمليات تجارية تفوق حدود الدول.

فرغم عدم وجود نظام قانوني عام لحد الآن يقرر تنظيم العلاقات التجارية التي تتم عن طريق الانترنت، لكن القواعد العامة الموجودة يمكن تطبيقها منها المتعلقة بالمجال التجاري والتي تعرف بسلطة الإرادة في تحديد القانون المطبق، على عقود التجارة الدولية، وبما أن عقود التجارة الدولية تشمل التجارة الالكترونية فيطبق كذلك على العقود المترتبة عنها، القانون الذي يختاره المتعاقدان.

وبذلك تعد شبكة الانترنت، التطور الذي هز الفكر والتجارة الدولية معاً، وأصبح الانترنت المكان الأفضل للتجارة، يسمح على إثرها الاتصال وإبرام عقود بين أشخاص موجودين في أجزاء مختلفة من العالم، حيث وصل البعض إلى اعتباره طريقة جديدة في التجارة، تحقق سرعة المعاملات التجارية.

والملاحظ غياب مفهوم للعقود التي تتم عن طريق التجارة الالكترونية، لذلك يفضل تحديد المقصود بالتجارة الالكترونية، وذلك لأن العقد هو مسألة محسومة يرم بتطابق إرادتين، من أجل آثار قانونية.

لكن قد صعب على الفقهاء إعطاء تعريف للتجارة الدولية لم يمنع بعضاً منهم من القيام بمحاولات، قد توصل إلى تحديد مفهوم لها، فمنهم من حاول تعريفه رجوعاً للعمليات المراد تحقيقها، أما البعض الآخر فعرفه وفقاً لأطراف العلاقة المنجزة.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية

الغرض من الاتفاقيات الدولية، هو توفير نظام حديث، وموحد ومنصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع، وهكذا تساهم الاتفاقية إسهاماً كبيراً، في إضفاء طابع اليقين على عمليات التبادل التجاري، وخفض تكاليف المعاملات.

وعقد البيع هو الدعامة الأساسية للتجارة الدولية في جميع البلدان، مهما كان نظامها القانوني أو مستوى التنمية الاقتصادية فيها، لذا تعتبر اتفاقية البيع واحدة من الاتفاقيات الدولية الأساسية المتعلقة بقانون التجارة الدولية، وهي ثمرة جهود تشريعية، وتتجه الجهود المنظمات الدولية المهتمة بتنمية التجارة الدولية، في توحيد قواعد تنازع القوانين، عن طريق وضع قواعد إسناد موحدة.

الفرع الأول: الضابط الأصلي الذي تستند له اتفاقية روما

لقد قامت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، على الالتزامات التعاقدية بوضع حلول، تأخذ بها دول المجموعة الأوروبية عندما تكون طرفاً في العلاقة العقدية، وحتى وإن يكن الطرف الآخر في العلاقة من المجموعة الأوروبية، فهذه الحلول المقدمة شملت وضع القاعدة التي يتم على أساسها تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية بصفة عام. وتدخل فيها الالتزامات التعاقدية، الناشئة على عقود التجارة الدولية وبذلك فدراسة الحل المقدم من اتفاقية روما يمكننا من معرفة بالنسبة للضابط الأصلي، المستند إليه والضابط الاحتياطي البديل على سابقته والتي تستند لهما في تحديد القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية.¹

ولقد كرست اتفاقية روما المبدأ المعروف في العقود ذات الطابع الدولي والمتمثل في سلطان الإرادة، بحيث جعلت من إرادة المتعاقدين الضابط الأصلي المطبق على الالتزامات التعاقدية، وإن دراسة الضابط الأصلي تفرض علينا أن نحدد القيود التي تفرضها اتفاقية روما على مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين.

لقد أصبحت اتفاقية روما جزءاً من نظام قانوني تأخذ به الدول الأوروبية، لأنها تعبر على مرحلة جديدة، في توحيد القواعد العامة التي تحكم الالتزامات التعاقدية، فبدلاً من تعدد

¹ - اتفاقية روما تم إبرامها في 19 جوان 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 01 أبريل 1990.

وجهات النظر في القانون الذي يطبق على العقد، وتحديد نطاقه، أرست هذه الاتفاقية قواعد محددة.

الفرع الثاني: اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع

يعتبر البيع الدولي، في أساسه بيعا للبضائع وبالتالي، فإنه يثير كافة المشاكل التجارية والقانونية المتعلقة ببيع البضائع، إلا أنه يستمد صفته الدولية من وجود البائع والمشتري في دولتين مختلفتين ويهتم البائع عادة في البيوع الدولية، بتوفير ضمان له للحصول على ثمن البضاعة المباعة بينما يعني، المشتري بأن لا يدفع الثمن قبل أن يتحقق من إرسال البضاعة إليه، وتلعب البنوك دورا هاما في هذا الصدد، عن طريق نظام الاعتماد المستندي، كما يشارك الناقلون والمؤمنون أيضا في توفير ضمانات البيع الدولي، ذلك أن عقد البيع الدولي للبضائع لا يتضمن فقط النص على الالتزام بالتسليم، والالتزام بدفع الثمن، وإنما يتضمن كذلك مسائل أخرى مثل نقل البضاعة من دولة البائع إلى دولة المشتري والتأمين على البضاعة، وكذلك طريقة سداد الثمن. وتتميز العقود الدولية لبيع البضائع بخصائص لا تتوافر في البيوع الداخلية، فالبيع الدولي للبضائع تتصل به اتصالا لازما بعض العقود الدولية الأخرى، من ذلك عقد نقل البضائع بحرا أو جوا عند تصديرها، وعقد التأمين على البضائع، كما أن دفع الثمن يتم من خلال عقد فتح الاعتماد المستندي، الذي يبرمه المشتري مع البنك المراسل، وبالتالي فإن البيع الدولي للبضائع يكون من بين العقود الدولية التي ترتبط معا، حيث أنه يشكل عملية التبادل التجاري الدولي.

الفرع الثالث: اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي

بدأ التفكير أولاً، في توحيد القاعدة التي تقرر أي القوانين الوطنية يكون، واجب التطبيق على عقود البيع الدولي، عندما يثور الفراغ بين أطراف هذه العقود، وأسفرت الجهود التي بذلت في هذا الصدد عن إبرام اتفاقية لاهاي في 15 يونيو سنة 1955 بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع واحتوت هذه الاتفاقية على القواعد التالية:

أ/. يطبق على عقد البيع الدولي القانون الوطني الذي يعينه الطرفان.

ب/. إن لم يتم هذا التعيين، فيطبق القانون الوطني للدولة التي يكون فيها للبائع محل إقامة

معتاد.

ج/. يرد على القاعدة السابقة استثناءان:

1. إذا تلقى البائع الأمر بالشراء بواسطة فرع له في إحدى الدول، فإن القانون الواجب

التطبيق يكون، قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الفرع.

2. إذا تلقى البائع أو وكيله الأمر بالشراء في الدولة التي يوجد فيها المشتري، فإن قانون

الدولة، التي يتخذ فيها المشتري محل الإقامة العادية، يكون الواجب التطبيق.

وبتاريخ 11 أبريل سنة 1980 تم توقيع الاتفاقية في فينيا وقد وقعها عشرون دولة

وصدرت الاتفاقية باللغات الرسمية الست للأمم المتحدة.

ونلاحظ أن اتفاقية فينيا تتضمن أربعة أقسام على النحو التالي:

القسم الأول: في نطاق تطبيق الاتفاقية والأحكام العامة لها.

القسم الثاني: في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع.

القسم الثالث: في الأحكام الموضوعية للبيع الدولي للبضائع.

القسم الرابع: في الأحكام الختامية.

أي أن هذه الاتفاقية، قد جمعت في نصوصها بين الأحكام التي تضمنتها اتفاقية لاهاي

لسنة 1964 بشأن تكوين العقد والأحكام الموضوعية له.

وقد نصت المادة 92 من اتفاقية فيينا على حق أية دولة متعاقدة، عند التوقيع أو التصديق

أو الموافقة أو الانضمام للاتفاقية أن تلتزم فقط بأحد القسمين الثاني أو الثالث من هذه الاتفاقية

والمقصود من هذا الحكم توفير الحرية اللازمة للدول للانضمام إلى أحد الموضوعين الذين

يعالجهما كل من القسم الثاني والثالث من الاتفاقية، كما لو كان منهما اتفاقية مستقلة تعالج

موضوعا مستقلا، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية لاهاي سنة 1964، ونلاحظ أن السمة

الرئيسية التي تتسم بها اتفاقية فيينا، هي مرونة أحكامها وحمايتها لمصالح المشتري.

خاتمة

خاتمة:

من خلال ما سبق لا شك في أن التطور السريع للمجتمعات البشرية، وكثافة المبادلات التجارية، وتنوعها من حيث الموضوع، وتداخل العلاقات بين التجارة والنقد والتمويل والتنمية على الصعيد الدولي، جعل العالم يعيش اليوم في شبكة كبيرة من الاتصالات التجارية الدولية حيث تم التبادل في السلع والخدمات والنقل ورؤوس الأموال، وإن هذا التطور في مختلف المجالات وعلى وجه التخصيص في العلاقات التجارية الدولية، اقتضى بالضرورة تطورا آخر موازيا وملائما في المجال التشريعي، خاصة في النصف الثاني من القرن الماضي، حيث انتعشت الحركة التجارية عبر الحدود وإن بادرت تلك التطورات، هو الحكم على منهج تنازع القوانين¹.

ثم إن الاتجاه السائد في ظل تفاقم المبادلات التجارية الدولية، وما تثيره ظاهرة التداول المتزايدة للنشاط الاقتصادي والعولمة من إشكالات قانونية، لاسيما عدم ملائمة نظام التوطين وما نجم عنه من مشاكل اقتصادية دولية، هذا وإن كانت المعاملات التجارية الداخلية تقتضي عقدا لأنها تهدف إلى إحداث أثر قانوني في تبادل وتداول الثروات والخدمات، فإن ذلك الدور يتعاضد في ضوء القانون الدولي، بحيث تعد العقود الدولية أداة تسيير التجارة الدولية والمبادلات الاقتصادية عبر الحدود، كما تتنوع العقود بتنوع مواضيعها.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 5.

وإنه ونتيجة لهذا التغير المفروض وجدت الدول النامية نفسها مرغمة على إحداث تغييرات في محيطها القانوني الاقتصادي.

وتعتبر الجزائر إحدى الدول، حيث غيرت جذريا محيطها القانوني الاقتصادي، منذ أن بادرت في إصلاحات اقتصادية انطلقت فيها سنة 1988، وذلك لإرساء قواعد تراقق وتواكب اقتصاد السوق هذا الأخير، الذي فرضته الظاهرة المسماة " العولمة الاقتصادية"، إذ يعتبر البعد الاقتصادي هو البعد الرئيسي للعولمة والتي تعتبر أساس في العملية الاقتصادية لاسيما إثر تعدد مظاهر العولمة الاقتصادية.

ومثل هذه التغييرات تؤدي بالضرورة إلى جعل العقد أو التصرفات الإدارية " أم القواعد اللعبة الاقتصادية " خاصة وأن القانون ينص، صراحة على جعل العقد قانون أو شريعة المتعاقدين، مما يساند ذلك مثل هذا الحل وهذا يقابله حدوث بالضرورة وتراجع من قبل المشرع في سياسة التشريع الأحادي والإجباري والمركزي، في الحقل الاقتصادي لاسيما بعد أن تعددت المنظمات الدولية المعنية بتوجيه التجارة الدولية، من منظمات حكومية تتكون من عضوية ممثلين عن حكومات، وقد تكون على مستوى إقليمي أو عالمي، وقد تكون هذه المنظمات غير حكومية، وتلعب منظمة الأمم المتحدة بالإضافة إلى دورها الأساسي في حفظ الأمن والسلم

الدوليين عن طريق وكالاتها المتخصصة، دورا مهما في الاقتصاد العالمي وكذلك منظمة التجارة العالمية بجانب العديد من الاتفاقيات المتعددة والشائبة بين الدول¹.

يمكننا في نهاية هذا البحث أن نلخص إلى أن عقود الدولة، وإن كان يشوبها في بادئ الأمر نوع من الغموض بشأن تحديد ملامحها الأساسية.

فإن المقصود بهذه العقود التي تتميز في الواقع كثيرا عن تلك العقود التي توصف بالدولة والتي عادة ما يصطلح على تسميتها بعقود التجارة الدولية.

وإن كان هناك من يقول بأن دخول الدولة بوصفها، ذات سيادة سيجعل المتعاقد الأجنبي في الموقف ضعيف ويخشى تغيير تشريعاتها على حسابه، فإن هناك من يرى أن سيادة الدولة النامية ما هي إلا سيادة ظاهرية نتيجة لضعفها الاقتصادي والمالي، هذا الضعف يجعلها في حاجة للمستثمر الأجنبي ليساهم في تنميتها.

ويستدل بعضهم بأن هنالك تنازلات كبيرة تمنح للمستثمرين والتي كانت بفعل طغيان القوة الاقتصادية للشركة الأجنبية على القوة القانونية للدولة المتعاقدة، لكن الأخذ بهذه الفكرة سيكذبه الواقع القانوني الذي يتحدد وفقا لموازن القوة السائدة والمختلفة من ظرف لآخر². ولهذا نجد أن عقود الدولة تنص على شرط إقصاء أي تعديلات تلحق بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وعدم سريانها حفاظا على التوازن التعاقدي.

¹ - لاحظ مثلا نص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة ودور هذه الأخيرة في التنمية، ونص المادة 55 من نفس الميثاق.

² - قادري عبد العزيز: مرجع سابق، ص 337-338.

كما أن الطرف الأجنبي ودائما في محاولة منه لتحقيق التوازن العقدي، بين مستوى طرفي

هذه العقود، فإنه يبحث عن ضمانات إجرائية لتشجعه للتعاقد مع هذه الدولة، حتى يجد الحياد في

قضاء التحكيم، الذي يعد أمرا حتميا للدولة، فيتم الفصل في منازعات هذه العقود ذات

الطبيعة الخاصة والفنية المعقدة بعيدة عن محاكم الدولة المتعاقدة التي يخشى من حياد قضائها

وتحيزها مع الدولة.

فلا يكاد يخلو أحد عقود الدولة من النص على شرط الاختصاص القضائي، وخصوصا

شرط التحكيم، وقد طولت صراحة معظم العقود النموذجية في بنودها، سلطة الفصل في

المنازعات الناجمة عنها إلى قضاء التحكيم نظرا للمزايا العديدة، التي يوفرها من حيث السرعة

والسرية والتخصص المهني والفني.

كما أن الطبيعة المختلفة لأطراف عقود الدولة، تفرض من جديد طابعا خاصا لتلك

الحقوق والالتزامات، التي تختلف عن تلك التي ترتبها العقود الدولية، حتى ولو كانت بين دول

لاسيما ما تعلق منها بحق الدولة في إنهاء العقد، لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة للدولة، وهو ما

يصطلح عليه بالتأميم للمشروع الاستثماري، وكذا حق المتعاقد الأجنبي من الحصول على

تسهيلات، وإعفاءات جمركية وجبائية.

ولقد أوضحنا أن الطبيعة الخاصة، لهذه العقود، والمتربة على ارتباطها بالخطط التنموية

للدولة المتعاقدة، والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها، قد جعل من مسألة تحديد

النظام القانوني لهذه العقود مسألة شائكة ومعقدة لما تنطوي بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود حالة سكوت إرادة الأطراف عن تحديده.

إن مساحة المتغيرات المحلية والإقليمية والدولية اتسعت وأصبح من المستحيل اعتقاد ديمومة الحال، بل أصبحت حزمة المتغيرات أكبر مما نظن وخاصة مع تبادل الأنظمة وتبادل السياسة الكاملة للدولة ومنها العقود التجارية قريبة من الأحداث ومتغيراتها حتى وإن كانت هناك عقود مبرمة، إلا أن واقع التنفيذ يفرض قيوداً عملية تتطلب من الأطراف تحديث المعالجات القانونية ولذلك كانت لقواعد الشريعة الإسلامية شمولية التطبيق من حيث الزمان والمكان، ووضعت لدائرة الفقه المتغير معالجة الأحوال حسب الزمان والمكان والحال، بما لا يناقض المعاني الأصلية فقاعدة الضرر، تزال قاعدة متينة تختلف تطبيقاتها وفق فقه متوازن على حسب الأحوال، ولكن في النهاية يجب أن يزال الضرر، على هذه تقاس الأمور.

وإذا كان نمو اقتصاد الدولة، يعتمد على زيادة التجارة الدولية، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها، لضمان استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها، وذلك لأن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الدولية لها أثر في زيادة حجمها واتساع نطاقها.

لذا نجد أن إقرار المستثمر الأجنبي بالإقدام عن التعاقد والاستثمار، في بلد ما لا يتوقف على تقدير الأوضاع السياسية والاقتصادية السائدة في ذلك البلد فحسب، وإنما يتأثر أيضاً بمدى فاعلية القواعد القانونية السائدة فيه، بحسبان أن تلك القواعد عادة ما تحدد ضمان

حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

يؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها

المحكم على النزاع المعروض عليه وكذلك تقرر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم¹.

¹ - راجع على سبيل المثال المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961، والمادة 28 من القانون النموذجي لعام 1985 والمادة 13/1 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

الكتب باللغة العربية:

- 1 - حفيظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001.
- 2 - علاء الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008.
- 3 - بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 4 - طه أحمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008.
- 5 - ناصر لباد: الوجيز في القانون الإداري، مطابع حسناوي، الجزائر، الطبعة 02، 2007.
- 6 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، 2004.
- 7 - مصطفى أحمد فؤاد: القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين المنظمة الدولية وشخص القانون الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ النشر.

8 - عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2008 .

9 - قمر عبد الوهاب: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة الجزائر، 2009.

10 - حسان نوفل: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010 .

11 - أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية ، مصر 1998.

12 - هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1995.

13 - أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2001.

14 - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان، الطبعة 02، 1992.

15 - أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبه حسان، القاهرة، مصر، 1993.

16 - أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار-تشخيص الحالة المصرية مطبعة أبناء وهبه حسان، القاهرة، مصر، 1993.

17 سامي بديع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت

لبنان الطبعة الأولى، 1994.

الرسائل والمذكرات:

1 -عوض الله شيبه الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين

الدول والشركات الأجنبية الخاصة "مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية"، رسالة دكتوراه في

الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992.

2 -نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه

كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1987.

3 -أحلام عبد الجليل أبو زيد: أهلية الدولة للتحكيم، مذكرة ماجستير، معهد البحوث

والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2004.

4 -ياسمينه مجدوب: التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود البترول، مذكرة

ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر

2006.

5 - بولقواس سناء: الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية

الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001.

المواد القانونية:

المادة 485 من المرسوم التشريعي الجزائري رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 .

المادة 18 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

المادة 07 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961.

المادة 28 من القانون النموذجي لعام 1985.

المادة 13/1 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية.

المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة ودور هذه الأخيرة في التنمية، ونص المادة 55 من

نفس الميثاق.

المقالات:

قadari عبد العزيز: دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات

الدولية، "عقد الدولة Contrat d'état" مجلة إدارة، العدد 01، رقم 07، 1997.

الاتفاقيات الدولية:

اتفاقية لاهاي الصادرة في 1986/12/22 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع

الدولي للبضائع.

اتفاقية روما التي أبرمت في 1980/06/19 المتعلقة بشأن القانون الواجب التطبيق

على الالتزامات التعاقدية عن البروتوكول وبيانين مشتركين.

الكتب باللغة الفرنسية:

- Christine Bitouzet : Le commerce électronique, création de valeur, l'entreprise Herme science, publication, Paris 1999.

- F. Montero : l'internet et le droit des obligations contractuel, édition de jeune Barreau de Bruxelles, 1997.
- Jean Jacques Rousseau : contrat social, S.N.E.D, Alger, 1980.
- Nadine Poulet-Gibot Leclerc, droit administratif, source moyen, contrôles, Bréal, Paris, 3^{ème} édition, 2007.
- Vincent Henzé : la réglementation des contrats internationaux, étude critiques des méthodes, GLN Joly, Paris, 1989.

المقالات باللغة الفرنسية:

- Berlin Dominique : Contrat d'état, recueil Dalloz 2^{ème} année 15 Avril 1998.
- Claude Retournaz: Le commerce électronique international quelque réflexions sur la loi applicable à la vente consommateur, SDI expertises N° :215. Université de Montréal, Canada.

موقع غرفة التجارة الدولية

<http://www.iccwbo.org>

الفهرس

الفهرس

الآية

شكر

الإهداء

01.....	المقدمة.
09.....	الفصل الأول: ماهية عقود الدولة.
.....12.....	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقود الدولة
.....13.....	المطلب الأول: مفهوم عقود الدولة
.....16.....	الفرع الأول: خصائص عقود الدولة
.....19.	الفرع الثاني: الشروط الواجب التوافر لاكتساب العقد الصفة الإدارية
.....22.....	المطلب الثاني: تمييز عقود الدولة عن المفاهيم المشابهة
.....23.....	الفرع الأول: عقود الدولة وعقود الاستثمار
.....26.....	الفرع الثاني: عقود الدولة وعقود التجارة الدولية
.....27.	الفرع الثالث: عقود الدولة والعقود المبرمة في إطار الأنشطة العادية للدولة
.....32.....	المبحث الثاني: تصنيفات عقود الدولة
.....33.....	المطلب الأول: معايير تقليدية
.....33.....	الفرع الأول: معيار الأستاذ Kahn كان
.....33.....	الفرع الثاني: معيار تقسيم العقود الداخلية
.....36.....	المطلب الثاني: معايير موضوعية
.....37.....	الفرع الأول: المعيار القانوني التقليدي
.....38.....	الفرع الثاني: المعيار القانوني الحديث
.....40.....	المطلب الثالث: نماذج عقود الدولة

41.....	الفرع الأول: العقود البترولية
43.....	الفرع الثاني: العقود الصناعية
46.....	الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية
46.....	الفرع الرابع: عقود نقل التكنولوجيا
49.....	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي
51.....	المبحث الأول: العقد التجاري الدولي
51.....	المطلب الأول: المعيار القانوني والاقتصادي في تدويل العقد
51.....	الفرع الأول: المعيار القانوني
58.....	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي
63.....	الفرع الثالث: معايير دولية العقد
65.....	المطلب الثاني: شروط عقود التجارة الدولية
66.....	الفرع الأول: طبيعة عقود التجارة الدولية
68.....	الفرع الثاني: مراحل صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية
70.....	الفرع الثالث: أسس وأساليب صياغة عقود التجارة الدولية
74.....	المبحث الثاني: شرط التحكيم
75.....	المطلب الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي
75.....	الفرع الأول: تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي
75.....	الفرع الثاني: تعريف التحكيم التجاري الدولي
77.....	المطلب الثاني: أنواع التحكيم
77.....	الفرع الأول: التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي
78.....	الفرع الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

.....79.....	المطلب الثالث: اللجوء إلى التحكيم
.....81.....	الفرع الأول: التشكيك في أهلية الدولة للتحكيم
.....81.....	الفرع الثاني: تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم
.....84.....	المبحث الثالث: قانون محل إبرام العقد
.....85.....	المطلب الأول: التعاقد عن طريق شبكة الانترنت
.....88..	الفرع الأول: كيفية تحديد قانون محل الإبرام في التجارة الالكترونية
.....90.....	الفرع الثاني: السوق الالكتروني (e-marketplace)
.....92.....	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية
.....93.....	الفرع الأول: الضابط الأصلي الذي تستند له اتفاقية روما
.....94.....	الفرع الثاني: اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع
.....95.....	الفرع الثالث: اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي
97.....	خاتمة.....
103.....	قائمة المراجع.....
108.....	الفهرس.....