Diaa Al-Fekr Journal for Research and Studies

مجلة ضياء الفكر للبحوث والدّراسات

Journal Homepage: https://ojs.diaalfekr.com/index.php/sjlb

Print ISSN: 3006-5356
Online ISSN: 3006-5364

Vol. 1, Issue 4, 2024, pp. 171 – 196

القانون واجب التّطبيق على عقود الاستثمار الدّوليّة

The Law is Applicable to International Investment Contracts

DOI: https://doi.org/10.71090/r8t92c10

• شبّر، هند عبد الجليل. (٢٠٢٤). واجب التّطبيق على عقود الاستثمار الدّوليّة، مجلة ضياء الفكر للبحوث والدّراسات، المجلد (١)، العدد (٤)، ص ص. ١٧١ – ١٩٦. https://doi.org/10.71090/r8t92c10

القانون واجب التّطبيق على عقود الاستثمار الدّوليّة

The law is applicable to international investment contracts

د. هند عبد الجليل شبّر*

Hind Abdul-Jaleel Shubber, PhD*

الملخَّص:

نظرًا للخصوصيّة التي تتميّز بها عقود الاستثمار كونها تبرم بين أحد أشخاص القانون العام (الدولة أو أحد المؤسّسات العامّة التّابعة لها) وبين أحد أشخاص القانون الخاصّ (شخصًا طبيعيًّا أو معنويًّا) الأمر الذي يطرح مسألة التّوفيق بين الأهداف العامّة التي تسعى الدّولة لتحقيقها من ناحية والمصالح التي يسعى المستثمر للوصول إليها من ناحية أخرى.

أمّا في حالات النّزاع فإنّ طرفي العقد وعند لجوئهم إلى حلّ النّزاع بطريقة ودّيّة فإنّهما لا يلتزمان بتطبيق القانون الواجب التّطبيق، وإنّما يتفقان على الفصل بالنّزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف. بينما المحكّم يكون ملزمًا بالفصل بالنّزاع بتحقيق أحكام القانون الواجب التّطبيق واستثناء يحقّق للخصوم الاتفاق على إعفاء المحكّم من التّقيّد بقواعد القانون والفصل بالنّزاع بمقتضى قواعد العدالة، إلّا أنّ هذه الإجازة لا تخوّل المحكّم سلطة مخالفة القواعد الآمرة أو مخالفة النّظام العام.

الكلمات المفاتيح: الاستثمار، التّحكيم، العقود الإداريّة، القانون الوطني.

Abstract:

Given the unique nature of investment contracts, which are concluded between a public law entity (the state or one of its public institutions) and a private law entity (either a natural or a legal person), the issue arises of reconciling the general objectives that the state seeks to achieve with the interests that the investor seeks to fulfill.

In cases of dispute, when the parties to the contract seek to resolve the dispute amicably, they are not required to apply the applicable law; instead, they agree to settle the dispute based on principles of equity and fairness. In contrast, the arbitrator is bound to resolve the dispute by applying the applicable law. However, an exception allows the parties to agree to exempt the arbitrator from adhering to the provisions of the law and to settle the dispute based on principles of equity, provided that such permission does not grant the arbitrator the authority to violate mandatory legal provisions or public order.

Keywords: Investment, Arbitration, Administrative Contracts, National Law.

* باحثة دكتوراه، الجامعة الإسلامية في لبنان.

Email: hindjaleel3@gmail.com

* PhD researcher, Islamic University in Lebanon (IUL).

المقدّمة:

نظرًا لخصوصيّة عقود الاستثمار الدّوليّة فإنّ مسألة تحديد القانون الواجب التّطبيق بشأنها تعتبر من المسائل الشّائكة في القانون الدّوليّ الخاص. والسّبب يعود إلى أنّها تتمتّع بخصوصيّة ناتجة عن ارتباطها بخطط التّنميّة الاقتصاديّة للدّولة المضيفة، ممّا يجعل هذه الدّول لا تقبل بسهولة الخضوع لقانون غير قانونها الوطني.

بالإضافة إلى التّفاوت القانونيّ والاقتصاديّ في مركز الأطراف والإحساس المتبادل لكلّ منهم بأنّه الطّرف الضّعيف في العلاقة النّقديّة وأنّه أولى بالحماية، بينما جعل الدّول المتعاقدة تلجأ إلى تأميم العقد ومحاولة إخضاعه لقانونها الوطنيّ، ممّا دفع المستثمرين الأجانب المتعاملين معها إلى محاولة إخراج العقد من نطاق تطبيق القانون الدّاخلي للدّولة المضيفة أو محاولة تدويله، بالإضافة إلى تضمين العقد شروط ذاتيّة من الصّعب تواجدها في غيرها من العقود كشرط الثّبات التّشريعيّ الذي يقيّد الدّولة ويمنعها من المساس بالعقد وتجميده زمنيًّا[١].

من هنا تعدّ مسألة القانون الواجب التّطبيق على عقود الاستثمار من أهم المسائل القانونيّة التي تثيرها دراسة هذه العقود، على اعتبار أنّ تحديد قانون معيّن لتنظيم وحكم العقد ليس مجرد إطلاق إرادة الأطراف في تحديد هذا القانون لمجرد الحرّية في الاختيار، وإنّما لوجود ضرورة بأن يكون للعقد صلة وثيقة بموضوع النّزاع. كما أنّها تعتبر من أكثر المسائل الخلافية أثناء المفاوضات الخاصّة بإبرام هذا النّوع من العقود، والذي يؤدّي عدم التّوصّل لاتفاق بشأنها إلى الفشل في إبرام هذه العقود.

ويعتبر مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرّة في القانون الدّوليّ الخاصّ، وهذا المبدأ تعتمده التّشريعات الوطنيّة وأحكام القضاء الوطنيّ والأحكام التّحكيميّة الدّوليّة، كما تقرّه المعاهدات الدّوليّة بشكل مباشر أو غير مباشر، ونخصّ بالذّكر معاهدة واشنطن الموقّعة في ١٨ آذار ١٩٦٥ والتي أنشأت المركز الدّوليّ لفض المنازعات النّاشئة عن الاستثمار في المادة ٤٢ في الفقرة رقم ١ والتي نصّت على أنّه: "يجب على المحكمة الفصل في النّزاع وفقًا لقواعد هذا القانون على النّحو الذي يتفق عليه الطّرفان في غياب مثل هذا الاتفاق، ويتعيّن على المحكمة تطبيق القانون من المتعاقد دولة طرف في النّزاع بما في ذلك قواعدها بشأن تنازع القوانين، ومثل هذه القواعد في القانون الدّوليّ ما قد تكون قابلة للتّطبيق"[٢].

---

[٢] حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢، ص ١٤.

[١] المادة ٤٢ الفقرة ١ من اتفاقية منازعات الاستثمار (أكسيد) واشنطن الصّادرة عام ١٩٦٥.

وفي حال سكت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد، فهل يمكن تطبيق القانون الوطني للدّولة المضيفة؟ هنا سوف نبيّن مدى إمكانية تطبيق هذا القانون بناء على نظريّة الأداء المميّز، وبناءً على اعتبار تلك العقود عقودًا إداريّة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يقوم المحكّم بتطبيق قواعد قانون التّجارة الدّوليّة، فهل أجمع الرّأي القانونيّ على صوابيّة هذا الاختيار؟

عندما نصّت المادة ٤٢ في الفقرة رقم ١ من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ في جملتها الثّانية، أنّه: " عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق على هيئة التّحكيم فإنّ تطبيق قانون الدّولة المتعاقدة بما فيها من تنازع للقوانين ومبادئ القانون الدّوليّ"، فما هو دور هذه المبادئ، هل هو دور تكميلي للقانون الوطني أم دور استبعادي؟

هناك معايير يستند إليها المحكّم عند البحث عن القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع منها أنّ المحكّم يجب عليه تطبيق أحكام القانون الذي اختاره طرفي النّزاع تطبيقًا لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونيّة التي يجب على المحكّم اتباعها لحسم النّزاع. وأنّ تعيّين القانون الواجب التّطبيق من قبل الأطراف يجب أن يكون صريحًا في اتفاق التّحكيم. سواءً كان في بنود شرط التّحكيم أو في مشارطة التّحكيم، وقد لا يفصح أطراف النّزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع[١].

ولكن المشكلة لا تقف عند معرفة القانون الواجب التّطبيق فقط على موضوع النّزاع، وإنّما من الضّروري معرفة قواعد القانون التي ستطبّق، أي قواعد الإسناد التي يستهدي بها المحكّم لمعرفة القواعد القانونيّة التي سيطبّقها لحسم النّزاع، إذ أنّ اختيار الأطراف لقانون معيّن أو معرفة ذلك القانون لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدّوليّ الخاصّ بتنازع القوانين.

أوّلًا: أهميّة البحث:

تكمن أهميّة البحث في الأهميّة القانونيّة له في دراسة القواعد القانونيّة التي تنظّم عقود الاستثمار الدّوليّة من حيث تحديد مجالاتها وآلية حمايتها ومقارنة تلك العقود ضمن الإطار القانونيّ لكلّ منها في القانونيّ العراقيّ واللّبنانيّ، وتحديد جنسيّة هذا الاستثمار والقانون الواجب التّطبيق عليه، وممّا يزيد من أهميّة

[١] لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدّولة والمستثمر، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٣٧.

هذا البحث هو أهميّة هذه العقود بالنّسبة لدولنا النّامية وذلك من خلال العوامل المشجّعة والضّمانات التي تمنحها الدّولة المضيفة للمستثمر لتسهيل أعماله.

ثانيًا: إشكاليّة البحث:

نظرًا لحداثة هذه الآلية لعقود الاستثمار نسبيًّا ومع الحاجة الماسّة لها والمتزايدة عليها من قبل الحكومات، فقد تطوّرت أشكالها وصارت الدّول تتوسّع في إبرام مثل هذه الأنواع من العقود في الآونة الأخيرة، ممّا أدّى إلى ظهور العديد من المشكلات الملازمة لها، ونظرًا لتعدّد الأطراف المتعاملة في هذه العقود فإنّ العديد من المشكلات قد تنشأ أثناء التّطبيق وبعده، ويرجع ذلك إلى حقيقة أنّ هذه العقود تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانونيّ مختلف عن الآخر، الدّولة من ناحية والمستثمر الأجنبي من ناحية أخرى.

الأمر الذي يحتّم التّساؤل حول الطّبيعة القانونيّة لهذه العقود، ومن هنا يمكن اعتبار أنّ الإشكاليّة الرّئيسيّة التي يقوم عليها البحث، تتمثّل في السّؤال الآتي:

" **ما هي القواعد القانونيّة التي تنطبق على عقود الاستثمار الدّوليّة سواءً كان قانون الدّولة المضيفة للاستثمار أم قانون دولة المستثمر أم قانون الدّولة التي اتفقوا عليها في العقد؟** "

ثالثًا: منهجيّة البحث:

للإجابة على الإشكاليّة المطروحة أعلاه قمنا بالاعتماد على المنهج التّحليليّ والتّجريبيّ للبحث العلميّ من خلال تحليل النّصوص القانونيّة التي تتعلّق بأشكال عقود الاستثمار ومجالاته، وتحليل النّصوص القانونيّة التي تنظّم اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقود الاستثمار الدّوليّة، بالإضافة إلى تحليل النّصوص القانونيّة التي تحدّد جنسيّة كل من المال محل الاستثمار والاستثمار بشكلٍ عام، والنّصوص القانونيّة التي تنظّم الحماية لهذه العقود.

المطلب الأوّل: نطاق إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق:

إنّ الآراء حول مدى حرّيّة الأطراف المتعاقدة قد تختلف في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقود المبرمة بين الدّولة والمستثمر الأجنبيّ، لكن من المتعارف عليه بشكلٍ عام أنّ القانون الذي يحكم العقد هو القانون الذي يقوم الأطراف بالاتفاق عليه وله الأفضليّة في التّطبيق على كافة القوانين الأخرى.

وهذا ما استقر عليه الفقه وأحكام القضاء ومحاكم التّحكيم، بحيث يتبيّن أنّها تتفق بالاجماع على الاعتراف للأفرقاء المتعاقدة في عقود الأشغال العامّة على حقّها في اختيار قانون عقدها، سواءً تمّ هذا الاختيار عن طريق الإرادة الصّريحة أو باستخلاص تلك الإرادة من الظّروف المحيطة بالعقد [١].

وبناءً على ما تقدّم سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نبدأ في الفرع الأوّل بعنوان القانون الواجب التّطبيق في حالة اختيار المتعاقدين للقانون، أمّا في الفرع الثّاني فسنقوم بتسليط الضّوء على القانون الواجب التّطبيق في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون.

الفرع الأوّل: اختيار الأطراف للقانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار:

يعدّ مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة أحد المبادئ الرّاسخة والمستقرّة في القانون الدّوليّ الخاصّ، وهذا ما تعترف به العديد من التّشريعات الوطنيّة والمعاهدات الدّوليّة، وأحكام القضاء والتّحكيم الدّوليّ [٢]، ويعدّ القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار، قانون الإرادة الواجب التّطبيق على عقودها المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبيّ، وخاصّة إذا تمّ اختيار هذا الأخير صراحةً ليحكم العقد، أو إذا كانت الملابسات والظّروف المحيطة بالعقد تكشف عن اتجاه الإرادة الضّمنية إلى اختيار هذا القانون، ولهذا سوف نقوم بدراسة أوّلًا صور اختيار القانون الواجب التّطبيق، أمّا ثانيًا فسندرس عدم التزام المحكّم برغبة الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق.

أوّلًا: صور اختيار القانون الواجب التّطبيق:

إنّ أغلبية عقود الاستثمار الأجنبيّ تتضمّن بندًا يشير بصراحة إلى تطبيق قانون الدّولة المضيفة للاستثمار، ففي هذه العقود التي تبرمها الدّولة مع الطّرف الأجنبيّ وخصوصًا عقود الاستثمار، فإنّ مجرد وجود طرفًا في العقد يجعل من قانونها واجب التّطبيق أمرًا لا مفر منه، إذ يعتبر أنّه قانون دولة التّنفيذ، وفي الغالب يكون قانون محل الإبرام وقانون موضوع العقد. كما أنّه قد يتم بناءً على اعتبار هذه العقود من العقود الإداريّة، أو بناءً على اعتبارات سياسيّة [٣]، حيث أنه لم يفرض القانون على المتعاقدين شكليّة معيّنة في تحديد القانون واجب التّطبيق، فهو إمّا اختيار صحيح أو اختيار ضمنيّ وهذا ما سنقوم بإيضاحه على

[٢] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدّوليّ والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط١، دار النّهضة العربية، القاهرة- مصر ٢٠٠٤، ص ٦٤.
[٣] حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص٤٨٤.
[١] حفيظة السّيد الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص٤١٣.

الشّكل الآتي:

١- الاختيار الصّريح:

تعدّ إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التّنازع الخاصّة بالعقود الدّوليّة، لذلك من حقّ الأطراف الاتفاق على إخضاع عقدهم للقانون الذي تذهب إليه إرادتهم الصّريحة، عن طريق إدراج نصّ صريح لاختيار قانون الدّولة المتعاقدة في متن العقد وبصورة مكتوبة تعلن عن النّية المعلنة لإرادتهم التي تقرّ القانون الذي يحكم العقد[١].

كما أنّ جميع المعاهدات والمواثيق الدّوليّة تبنّت الاختيار الصّريح للأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد ومنها قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في العقد. وأيضًا عند القضاء والتّحكيم الدّوليّ، فإنّهما يقومان مباشرةً بتطبيق قانون الدّولة المختارة صراحةً من قبل الأطراف.

٢- الاختيار الضّمنيّ:

في حالة عدم وجود اختيار صريح للقانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار في نصّ عقد الاستثمار المبرم بين الدّولة والطّرف الأجنبيّ لتنظيم جوانبه الموضوعيّة، في هذا الفرض يتوجّب على القاضي أو المحكّم البحث عن الإرادة الضّمنيّة للأطراف، إذا كانت الملابسات والظّروف المحيطة بالعقد تشير بشكلٍ قاطع بأنّ إرادة الأطراف تعين هذا القانون ليطبّق على العقد، وإلى أنّ تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكمه بشكلٍ صريح، هو قانون الدّولة المتعاقدة [٢].

وفي القرار رقم ١٥٢٦ والتي تمّ الفصل فيه وفقًا لقواعد غرفة التّجارة الدّوليّة في باريس سنة ١٩٦٨، اعتبر المحكّم أنّ تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدّولة وشركة بلجيكية، في حالة عدم اختيار الاطراف صراحة لقانون يحكم العقد، هو قانون الدّولة المتعاقدة[٣].

يتضح من هذا الحكم أنّ الحكم طبق قانون الدّولة المتعاقدة، على الرّغم من أنّ العقد تمّ إبرامه في بروكسل ومع شخص يحمل الجنسيّة البلجيكيّة، وبالرّغم من صفته الدّوليّة، لكن شروطه الموضوعيّة تخضع للقانون الوطنيّ للدّولة المتعاقدة، استنادًا إلى أنّ إرادة الأطراف انصرفت إلى تعيّين القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة ليطبّق على العقد، بالإضافة إلى أنّ هذا العقد يتوجّب تنفيذه داخل إقليم هذه الدّولة.

---

[٢] بشار الأسعد، عقود الدّولة في القانون الدّوليّ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٥١.
[٣] حفيظة السّيد الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص٤٨٥.
[٣] يونس صلاح الدّين، القانون الدّوليّ الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٦، ص ٣٩٠.

إلّا أنّ استخدام فكرة الإرادة الضّمنيّة يجب أن يتم بصورة حذرة حتى لا يتم إدخال عناصر ذات طبيعة شخصيّة محضة من قبل المحكّم. فالمحكّم وفي معرض اختياره للقانون الواجب التّطبيق على العقد في إطار الإرادة الضّمنيّة فإنّه يقوم باستخدام قرائن قاطعة تدلّ على تركيز العقد في القانون الذي سوف يطبّق عليه.

ثانيًا: عدم التزام المحكّم باختيار الأطراف للقانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار:

إذا كانت إرادة الأطراف المتعاقدة في العقود الدّوليّة بشكلٍ عامّ وعقود الاستثمار بشكلٍ خاصّ، متجهة إلى تعيّين القانون الواجب التّطبيق على عقدهم سواءً كان هذا التّعيين صريحًا أم يتم التّعبير عنه بصورة ضمنيّة، بحيث يمكن استنتاجه من الملابسات والظّروف المحيطة بالعقد، على أن تكون هذه الإرادة الضّمنيّة مؤكّدة، فإنّه يجب على المحكّم الالتزام بهذا الاختيار المستمد من مبدأ سلطان الإرادة الذي سوف يجعل من هذا القانون يفلت من القيود التي يمكن فرضها من قبل القاضي أو المحكّم المعروض أمامه النّزاع، ويتعيّن بالتّالي تطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة[١].

فعندما يختار الأطراف القانون الوطنيّ أو أي قواعد قانونيّة أخرى، فيتوجّب على المحكّم أن يلتزم بتطبيق هذا الاختيار وبكافة أبعاده، حتى ولو أدّت هذه القواعد إلى إبطال جزائي لبنود العقد، وعندما لا يلتزم المحكّم بتطبيق القانون المختار من قبل إرادة الأطراف فإنّه يعرّض قراره للطّعن والإبطال ويكون بذلك قد خرج عن المهمة المعيّنة له بالإرادة، فعندما يلتزم بالاختيار فإنّ القضاء لا يملك في معرض اعترافه بالحكم التّحكيميّ وإعطائه الصّيغة التّنفيذيّة أن يراقب الحكم بالأساس وإنّما يكتفي بوجوده وبأن لا يكون مخالفًا للنّظام العامّ الدّوليّ في دولة المحكمة.

على الرّغم من أنّ القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار يعتبر القانون الذي عادةً ما يكون مختصًّا لحكم هذه العلاقة باعتباره قانون دولة التّنفيذ وفي أكثر الأحيان مكان الإبرام، لكنه في بعض الأحيان قد يتمّ استبعاده من قبل بعض أحكام التّحكيم على الرّغم من الاختيار الصّريح لهذا القانون، وقد يتمّ الاستناد بذلك إلى حجج مختلفة منها عدم ملاءمة قواعده، وتخلّفها وبأنّها لا تصلح لمعاملات التّجارة

[٢] أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدّوليّة، دار النّهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٣.

الدّوليّة الحديثة، كما أنّه لا يحافظ على التّوازن المفروض في العلاقة التّعاقديّة ويلحق الضّرر بالطّرف الخاصّ الأجنبيّ، ويجب بالتّالي استبعاده بحجة تعارضه مع النّظام العام[١].

١- عدم الالتزام بحجّة عدم ملاءمة القانون الدّاخليّ لنظام التّجارة الدّوليّة:

إحدى الحجج التي استند إليها قضاء التّحكيم لاستبعاد القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار، والذي اختارته إرادة الأطراف كقانون واجب التّطبيق على العقد المبرم بينهم، حجّة أنّ هذا القانون يعتبر متخلّفًا وغير مناسب لتطبيقه على العقد الدّوليّ الذي نظّم في إطار التّجارة الدّوليّة.

بالرغم من هذه النّتيجة، فقد استبعد هذا القانون بحجّة تخلّفه واعتباره نظامًا غير قابل للتطبيق في مجال المعاملات التّجارية الحديثة، كما اعتبر بأنّه لا يمكن القول أنّ مثل هذا القانون له وجود على نحو يؤدّي إلى الاعتراف به قائلًا "إنّ شيخ أبو ظبي يحكم بالاستناد إلى القرآن ويمارس بذلك سلطة تقديريّة، لذلك فإنّه يعدّ ضربًا من ضروب الخيال والاعتقاد بوجود مجموعة من المبادئ القانونيّة واجبة الإعمال على معاملات التّجارة الحديثة وخصوصًا في هذه المنطقة البدائيّة".

٢- عدم الالتزام بحجة تعارض القانون الدّاخلي مع النّظام العام:

إن المحكّم الدّوليّ قد يلجأ إلى استبعاد القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار الواجب التّطبيق على عقد الاستثمار، بذريعة تعارضه مع النّظام العام، ومن واجب المحكّم في منازعات التّجارة الدّوليّة تزويد الأطراف بقرارٍ تحكيميّ قابل للتّنفيذ، الأمر الذي يتطلّب منه أن يأخذ بعين الاعتبار احترام القواعد الآمرة والنّظام العام. ولكن السّؤال الذي يطرح، ما هو واجب المحكّم تجاه احترام النّظام؟ وما هي قواعد هذا النّظام الملائمة للتّطبيق؟

أ-التزامات المحكّم:

عندما يتم اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق على العقد الدّوليّ يكون من واجب المحكّم الامتثال المطلق للقواعد التي اتفقت عليها إرادة الأطراف، ومنها القواعد العائدة للدّولة المضيفة للاستثمار، فعندما يقوم بهذا الالتزام يكون قد جنّب حكمه الذي سيصدره لاحقًا الطّعن بالبطلان. إلّا أنّه يتوجّب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار وخلال مختلف مراحل التّحكيم، النّظام العامّ، وأن يصدر قرارًا غير مخالف لهذا الآخر حتى يضمن منح قرار الصّيغة التّنفيذيّة، وبالتّالي فإنّه يترتّب على المحكّم ولكي يتمتّع قراره بفعاليّة

[١] إلياس الشّيخاني، البنود التحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٩٣.

التّنفيذ موجبين:

الأوّل: احترام إرادة الأطراف باختيارهم القانون الواجب الإعمال على العقد.

الثّاني: إصدار قرار يتمتّع بالفعاليّة اللّازمة للتّنفيذ[١].

وعلى ذلك فيتوجّب على المحكّم كالتزام أساسيّ أن يحترم مبدأ سلطان الإرادة وهو واجب المحكّم تجاه أطراف النّزاع، واحترام تطبيق ما اختاره الأطراف من قواعد قانونيّة، أي احترام الأنظمة القانونيّة التي سيتمّ تطبيقها على النّزاع، وبالتّالي الالتزام بضرورة الوصول إلى قرار عادل لأطراف النّزاع المعروض عليه من ناحية، ومراعاة مصلحة المجتمع الذي قد يتأثّر بنتيجة الحكم من ناحية ثانية، وذلك من خلال احترامه للنّظام العامّ.

إلّا أنّ التزام المحكّم بمراعاة واحترام قواعد النّظام العامّ في منازعات التّجارة الدّوليّة يستند إلى عّدة مصادر، منها ما هو مستمد من واجبه بمراعاة مصالح المجتمعات ذات الصّلة الوثيقة بموضوع النّزاع، ومنها ما يفرضه عليه الالتزام بحماية قواعد وأعراف التّجارة الدّوليّة، وبذلك يكون القرار الصّادر عنه قرارًا قابلًا للتّنفيذ بصفته الحامي لنظام التّجارة الدّوليّة[٢].

ب-قواعد النّظام العام الملائمة للتّطبيق:

اختلف الفقه حول تسمية النّظام العامّ الذي يجب أن يؤخذ به في إطار العلاقات القانونيّة الدّوليّة، فبعضهم من أطلق عليه تسمية النّظام العامّ الدّوليّ الحقيقيّ، والبعض الآخر أطلق عليه النّظام العامّ للقانون التّجاري الدّوليّ، وآخرون أشاروا إليه باسم النّظام العامّ غير الوطنيّ، وأخيرًا أطلق عليه البعض النّظام العامّ عبر الدّوليّ[٣].

والمقصود بالنّظام العامّ مجموع القواعد القانونيّة التي تستهدف تحقيق مصلحة عامّة سياسيّة أو اجتماعيّة أو اقتصاديّة تتعلّق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعًا احترام هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيّات فيما بينهم حتى ولو حقّقت هذه الاتفاقيّات مصالح فرديّة، وذلك لأنّ المصالح الفرديّة لا تقوم أمام المصلحة العامّة"[٤].

---

[٢] حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٠

[٣] حسام التلهواني، مدى التزام المحكم بمراعاة النّظام العام في منازعات التجارة الدّوليّة، مجلة التحكيم، العدد الثّالث، ٢٠٠٩، ص ٢٠٧ وما يليها.

[٤] هاني حمزة، النّظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدّوليّة أمام المحكم الدّوليّ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٠٤ وما يليها.

[١] أياد بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٥٤.

الفرع الثّاني: اختيار الأطراف للقواعد الدّوليّة:

يعتبر اتفاق الأطراف المسبق على تعيّين القانون الواجب التّطبيق على العقد أمرًا في غاية الأهميّة، فعدم الاتفاق قد يؤدّي إلى التّعقيد في حسم المنازعات. فقد يتفق الأطراف على إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدّوليّ العامّ، أو أن يتفقوا على إخضاعه لقواعد التّجارة الدّوليّة، وذلك انطلاقًا من مبدأ سلطان الإرادة. فما هي هذه القواعد؟ وما هو مدى قابليتها للتّطبيق على هذه العقود؟

أوّلًا: القانون الدّوليّ العامّ:

أجازت المادة ٢/٢ من التّوصيّات التي أصدرها مجمع القانون الدّوليّ في دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩ والمتخصّصة لدراسة القانون الواجب التّطبيق على العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الخاصّة الأجنبيّة للأطراف حقّ اختيار القانون الدّوليّ كقانون واجب الأعمال على عقدهم. فقد نصّت على أنّه "يكون للأطراف الحقّ في اختيار قانون حاكم للعقد، إمّا قانون أو عدّة قوانين داخليّة، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، وإمّا المبادئ العامّة للقانون، وإمّا القانون الدّوليّ، أو مزيج من هذه المصادر القانونيّة".

كما أنّ اتفاقيّة واشنطن لسنة ١٩٦٥ المنشئة للمركز الدّوليّ لتسويّة منازعات الاستثمار، أعطت للأطراف سلطة تحديد القواعد القانونيّة التي تطبّق عنه قيام المحكمة بالفصل في النّزاع. إذ نصّت المادة (٤٢) في الفقرة الأولى من الاتفاقيّة على أنّ "المحكمة تفصل في النّزاع طبقًا للقواعد القانونيّة المتفق عليها بين الأطراف"[١]، بناءً عليه فإنّ اتفاقيّة واشنطن لسنة ١٩٦٥ قد أعطت أطراف عقد الاستثمار الذين يعرضون نزاعهم على محكمة المركز الدّوليّ لتسوية منازعات الاستثمار بين الدّول وبين رعايا الدّول، حرّيّة كاملة في اختيار القانون الواجب التّطبيق على علاقاتهم، يستوي في ذلك القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع أو الواجب التّطبيق على إجراءات تسوية النّزاع أيضًا. ولعل الهدف من ذلك، هو إتاحة قدر من الحرّيّة لأطراف النّزاع في تحديد الإطار القانونيّ المناسب الذي يتمّ في نطاقه.

يجوز لأطراف النّزاع في عقد الاستثمار، اختيار نظام قانوني متكامل ليطبق على موضوع نزاعهم التّحكيميّ، أو أن يشترطون تطبيق مجموعة معيّنة من القواعد القانونيّة، فعلى سبيل المثال يجوز للأطراف اختيار نظام قانونيّ لأي من الطّرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة، علاوة على ذلك، يمكن للأطراف الاتفاق على حل نزاعهم وفقًا للمبادئ العامة للقانون، أو بعض القواعد المستمدة من نظام قانونيّ معيّن[٢].

---

(٢) عبد الحميد الأحدب، التحكيم التجاري الدّوليّ، ج٣، دار نوفل، بيروت، ١٩٩٠، ص٢٤٨.
(٣) جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي وبين الدّولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٥٩.

إنّ اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ أجازت للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبّق على النّزاع بينهما من قبل هيئة التّحكيم، إعمالًا لمبدأ سلطان الإدارة باعتباره أحد أهم المبادئ الأساسيّة التي تحكم القانون الواجب التّطبيق[١]، وبحسب الرّأي المتقدّم أنّه طالما أنّ العقد بحكمه القانون الدّوليّ أو المبادئ القانونيّة الدّوليّة، فإن مجرد عدم تنفيذ الدّولة لالتزاماتها يرتب مسؤوليّتها الدّوليّة بشكل مباشر، ويستوي كما لو قامت الدّولة أو امتنعت عن فعل يتفق مع نصوص معاهدة أو اتفاق دولي آخر[٢].

وبالعودة إلى الأستاذ Mann فقد انتقد البعض فكرته على أساس أنّها غير ممكنة التّحقيق باعتبار أن قواعد القانون الدّوليّ العامّ لا تتضمّن الأحكام الكافية لمواجهة مثل هذا الموقف.

وفي إطار عقود الاستثمار المبرمة بين الدّولة والشّخص الخاصّ الأجنبيّ نجد أنّ لإرادة الأفرقاء دورًا كبير الأهميّة، يهدف إلى اعمال القانون الدّوليّ على هذه العقود، فإذا كان إخضاع العقد للقانون الدّوليّ تبعته الإرادة، فهل يشترط في هذه الإرادة أن تكون صريحة؟ وهل يمكن الاستدلال ببعض الشّروط التي تتضمّنها عقود الاستثمار بوجه إرادة ضمنيّة لتدويل العقد؟

أ-إرادة الأطراف الصّريحة في اختيار القانون الدّوليّ:

إنّ إرادة الأطراف الصّريحة باختيار قواعد القانون الدّوليّ لتطبّق على عقود الاستثمار تتخذ صور مختلفة، فقط تشير إلى تطبيق مبادئ القانون الدّوليّ العامّ نفسه، أو تشير إلى أحد مصادر القانون الدّوليّ.

١- الاتفاق على مبادئ القانون الدّوليّ العام:

يلاحظ عمليًّا وفي أغلبية عقود الاستثمار اختيار الأطراف للقانون الوطنيّ للدّولة المضيفة كقانون واجب التّطبيق، وفي المقابل نجد أنّه في حالات نادرة ما يتمّ اختيار قانون الدّولة التي ينتمي إليها المستثمر الخاصّ الأجنبيّ، وفي بعض الحالات القليلة نجد أنّ إرادة الأطراف اتجهت صراحةً إلى تطبيق مبادئ القانون الدّوليّ إلى جانب مبادئ العدالة والإنصاف.

ففي المادة ٤١ من الباب الخامس من الاتفاق الموّقع بين N.I.O.C و E.R.A.P والشّركة الفرنسيّة لبترول إيران Safiran[٣] والتي نصّت على أنّه "قد اتفقت الأطراف المتعاقدة على أن لا تتقيّد محكمة التّحكيم أو المحكّم المنفرد من أجل إصدار حكم التّحكيم بأية قاعدة من قواعد القانون، بل يكون لها

[٢] خليل غصن وطارق مغربل، دراسات قانونية في التحكيم، ط١، منشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٩٣.
[٣] صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الدّوليّ في تطور أحكام القانون الدّوليّ الخاص، ط١، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١، ص ٦٦.
[٤] حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص ٩٥٦.

الحقّ في أن تؤسّس حكمها على اعتبارات العدالة والمبادئ العامّة للقانون المعترف بها وعلى وجه الخصوص القانون الدّوليّ"[١].

وهناك شكلٌ آخر تتخذه إرادة الأطراف الصّريحة لاختيار قواعد القانون الدّوليّ، وهي صورة تطبيق القانون الوطنيّ على شروط عدم تعارضه مع المبادئ العامّة للقانون الدّوليّ، الأمر الذي نجده في المادة ٢٨ الواردة في عقود البترول، الموقّعة بين الحكومة اللّيبيّة والشّركات الأمريكيّة في التّحكيمات الشّهيرة Taxaco وliamco و B.B على أن "يخضع الامتياز الحالي ويتعيّن تفسيره طبقًا للمبادئ المشتركة في كل من القانون اللّيبيّ والقانون الدّوليّ"[٢].

وقد أثارت تلك المادة في تحكيم Taxaco مشكلة تعارض القانون اللّيبيّ مع مبادئ القانون الدّوليّ، حيث ذهب المحكّم إلى أنّه يتوجّب استبعاد قواعد القانون اللّيبيّ في حال تعارضها مع مبادئ القانون الدّوليّ، ولا يترتّب على إعمال القانون اللّيبيّ استبعاد مبادئ القانون الدّوليّ، ويقول المحكّم Benlin أنّ المحكّم أسّس على وجود هذا الشّرط نوعًا من التّرتيب القانونيّ، يكون فيه القانون الوطنيّ في مرتبة أدنى من القانون الدّوليّ، خلق بمقتضاه نظام عامّ على غرار فكرة النّظام العامّ الدّوليّ الخاصّ، استبعد بمقتضاه أحكام القانون اللّيبيّ لتعارضه مع القانون الدّوليّ.

٢- الاختيار الصّريح لأحد مصادر القانون الدّوليّ:

تتخذ بعض عقود الاستثمار صور اختيار قواعد القانون الدّوليّ بشكل اتفاق على تطبيق المبادئ العامّة للقانون، أو بشكل اختيار المبادئ العامّة المشتركة بين الأمم المتمدنة، وذلك من خلال إخضاع عقدهم لاتفاقيّة دوليّة، حيث تمثّل الاتفاقيّات الدّوليّة مصدرًا رئيسيًّا من مصادر القانون الدّوليّ العامّ. ففي قضية AMT بين حكومة زائر وإحدى الشّركات الأمريكيّة[٣] والتي فصلت فيها هيئة التّحكيم المشكلة في إطار المركز الدّوليّ لتسوية منازعات الاستثمار في ٢١ شباط عام ١٩٩٧، فإنّ هيئة التّحكيم طبّقت الاتفاقيّة الزّائيريّة الأمريكيّة لتشجيع وحماية الاستثمار بين الدّولتين، بوصفها الاختيار الصّريح لأطراف العقد، أو من خلال إخضاع عقدهم للمبادئ العامّة للقانون.

[١] صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدّوليّ الخاص، المرجع السّابق، ص٧٠.
[٣] صلاح الدّين جمال الدّين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٦٤.
[٤] بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدّوليّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٣٨.

إلّا أنّ صياغة هذه الشّروط يمكن أن تتراوح بين عدّة ألفاظ منها، المبادئ العامّة للقانون، مبادئ القانون، المبادئ القانونيّة المعترف بها بين الأمم المتمدّنة. إلّا أنّ الإشارة إلى هذه المبادئ يجب أن تقترن بالإشارة الصّريحة إلى مبادئ القانون الدّوليّ العامّ، كأن يذكر في العقد أنّه سوف يخضع للمبادئ العامّة المنصوص عنها في المادة ٣٨ من النّظام الأساسيّ لمحكمة العدل الدّوليّة [١]. كما حصل في المادة ٢٢/أ من العقد المبرم بين حكومة إيران وشركة البترول الأنكلوإيرانية[٢] عام ١٩٣٣ من أنّه "يحال للتّحكيم كافة المنازعات التي تثور بين الأطراف أيًّا كان نوعها، وخاصّة تلك التي تتعلّق بتفسير هذا الاتفاق والحقوق والالتزامات التي يتضّمنها... ويؤسّس الحكم على المبادئ القانونيّة التي تتضمّنها المادة ٣٨ من النّظام الأساسيّ للمحكمة الدّائمة للعدل الدّوليّة. ولكن مجرد الإشارة إلى إعمال المبادئ العامّة للقانون والمبادئ المشتركة بين الأمم المتمدنة ومبادئ العدل والإنصاف، لا يؤدي إلى إعمال القانون الدّوليّ[٣].

ب- الاختيار الضّمني لقواعد القانون الدّوليّ:

عند غياب الاختيار الصّريح للأطراف لقانون معيّن ليحكم العقد، قد تستند هيئة التّحكيم إلى الشّروط المندرجة في العقد للدّلالة على اختيارهم الضّمني لتدويل العقد. ومن هذه الشّروط، شرط التّحكيم، وشرط الثّبات التّشريعيّ وعدم المساس بالعقد.

١- وجود شرط التّحكيم:

يتفق الأطراف عادة في عقود الاستثمار على تسويّة منازعاتهم عن طريق التّحكيم، وذلك عندما يتم تعاقد الدّولة مع طرف أجنبيّ، فإنّ هذا الأخير لا يقبل بالخضوع لاختصاص المحاكم الوطنيّة العائدة للدّولة المضيفة للاستثمار، بسبب عدم ثقته بعدالة هذه المحاكم وتخوّفه من تحيّز القضاة للدّولة التي ينتمون إليها، ومن ناحية أخرى فإنّه يكون من الصّعب على الدّولة الخضوع إلى قضاء دولة أخرى. فيكون الحلّ في هذه الحالة هو اللّجوء إلى التّحكيم كقضاء مستقل، وبالطّبع المقصود هنا هو التّحكيم الدّوليّ.

وقد استندت بعض أحكام التّحكيم إلى أنّ وجود شرط التّحكيم في العقد يعتبر دلالة وإشارة ضمنيّة على اختيار الأطراف قواعد القانون الدّوليّ لتطبّق على العقد. ومن هذه الأحكام نذكر على سبيل المثال

---

[٢] تنص المادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدّوليّة على أن "وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدّوليّ، وهي تطبق في هذا الشّأن: أ-الاتفاقيات الدّوليّة العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدّول المتنازعة ب-العادات الدّوليّة المرعية المعتبر بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال. ج-مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة. د-أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو اك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩".

[٣] بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدّوليّة، مرجع سابق، ص ١٤٠.

[١] حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص ٦١٩.

تحكيم Sapphire حيث ذهب المحكّم إلى تفسير وجود شرط التّحكيم على أنّه بمثابة إرادة الأطراف الضّمنيّة لتدويل العقد ولاستبعاد تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المتعاقدة. حيث قرّر "أنّه على الرّغم من أي استنتاج إيجابيّ لا يمكن استخلاصه من واقعة وجود شرط للتّحكيم، إلّا أنّ هذا لا يمنع من اعتبار هذا الشّرط بمثابة قرينة سلبيّة تفيد استبعاد تطبيق القانون الإيرانيّ.

٢- وجود شروط الثّبات التّشريعيّ وعدم المساس بالعقد:

اعتبرت بعض أحكام التّحكيم إلى إدراج شرط الثّبات التّشريعيّ وعدم المساس بالعقد، إشارة ضمنيّة لإرادة الأطراف إلى تدويل العقد، ففي تحكيم Sapphire اعتبر وجود شرط الثّبات وعدم المساس بالعقد إشارة للتدويل الضّمنيّ، ممّا يعني أنّ بين الإدارة الضّمنيّة والإدارة المفترضة خيط رفيع، وبالتّالي يجب أن تستخدم معايير موضوعيّة عند إسناد العقد لقانون معيّن، تشير إليه الإرادة الضّمنيّة حتى لا يقوم المحكّم بافتراض إرادة للأطراف لم يقصدوها، وهذا أمر مرفوض[١].

وقد ذهب المحكّمون في قضية Aramco أنّه في حالة غياب الإرادة الصّريحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق، فلا يجوز للمحكّم أن ينصّب نفسه بدلًا من الأطراف لبحث ما كان على الأطراف المتعاقدة أن تقوم به وما كانت تريده بشأن هذا القانون، ولكن المعيار هو المسلك الذي كانت تتخذه الأطراف العادية في هذا الشّأن، أي رفض البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف من أجل تدويل العقد [٢].

ثانيًا- قانون التّجارة الدّوليّة:

للفرقاء في عقود الاستثمار، واستنادًا لمبدأ سلطان الإرادة والذي يتمتّع بتحرّر واسع أمام القضاء التّحكيميّ أكثر منه أمام القضاء الوطنيّ، أن يختاروا قواعد لا ينتمي لقانون دولة معيّنة فيخضعون نزاعهم لقواعد عبر دوليّة أو ما يطلب عليه قواعد التّجارة الدّوليّة Lex mercatoria. فما هي هذه القواعد؟ وما مدى قوتها الملزمة؟

١- ماهية قواعد قانون التّجارة الدّوليّة:

شهد القرن العشرون ملامح منهج جديد في القانون الدّوليّ الخاصّ، فحواه الاستعاضة عن إسناد حك المعاملات الدّوليّة للأنظمة القانونيّة الدّاخليّة من خلال ضوابط مستمدّة من عناصرها، وإخضاعها مباشرة إلى نظامٍ خاصّ بها، تشكّل معطياته الأعراف والممارسات السّائدة الدّوليّة والمبادئ القانونيّة العامّة

[٢] صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدّوليّ الخاص، المرجع السّابق، ص ٦٩.
[٣] عبد الباسط الغراسي، النّظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، س ٨٤.

المسلّمة بين الدّول[١]، وهذا النّظام هو نظام دوليّ موحّد مستقل عن النّظم الوطنيّة أصبح يعرف بقانون التّجارة الدّوليّة.

ومنذ أوائل السّتينات من هذا القرن أصبح الفقه يتلمّس مجموعة من القواعد التي تضبط المعاملات الدّوليّة، وهذه القواعد لا تنتمي إلى أحد النّظم القانونيّة الوطنيّة، بل تقوم إلى جانبها وبشكلٍ مستقلٍ عنها. وقد جرى التّقصّي عن هذه القواعد في الممارسات العائدة للأطراف الفاعلة في المعاملات الدّوليّة، من تجار وشركات ومشروعات، أو التّجمعات والهيئات المهنيّة، بعيدًا عن سلطان الدّولة واستقلالًا عنها. إلّا أنّه في ذات الوقت لا يسند القوّة الملزمة لهذه القواعد لسلطان الدّولة، وإنّما لحاجات المعاملات الدّوليّة وإرادة أطرافها، وسلطة هيئات التّحكيم التي تعيّنها إرادة الأطراف في المنازعات النّاشئة عنها.

وقد اعتاد الفقه على تسمية هذه القواعد بالقانون العابر للحدود، أو القانون عبر الدّوليّ، أو القواعد غير الوطنيّة، أو القواعد الموضوعيّة للتّجارة الدّوليّة، القانون الاقتصاديّ عبر الدّوليّ[٢]، إلّا أنّ مصطلح قواعد قانون التّجارة الدّوليّة هو الأكثر شيوعًا لوضوحه في التّمييز عن المعنى المقصود.

٢- مدى حقّ الأطراف في إخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد قانون التّجارة الدّوليّة:

استنادًا لمبدأ سلطان الإرادة، وما كرّسته العديد من التّشريعات الوطنيّة والاتفاقيّات الدّوليّة، وإقرارها لحقّ الأطراف في اختيار قواعد قانون التّجارة الدّوليّة بالتّطبيق على عقد الاستثمار المبرم فيما بينهم، فقط اعترف المشترع المصريّ في قانون التّحكيم رقم ٧٢ لعام ١٩٩٤ بحقّ الأطراف باختياره قواعد القانون التّجاريّ الدّوليّ، وذلك عندما منح الأطراف بموجب المادة ١/٣٩ سلطة تعيّين القواعد الواجبة التّطبيق على موضوع النّزاع والتي تنص على انه "تطبق هيئة التّحكيم القواعد التي يتفق عليها الطّرفان"[٣].

نستنتج أخيرًا أنّ المشرّع اللّبنانيّ في المادة ٨١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة، والتي تقابلها المادة ١٥١١ من قانون المرافعات الفرنسيّ التي تنصّ على أن " يفصل المحكّم في النّزاع وفقًا للقواعد القانونيّة التي اختارها الخصوم، وإلّا فوفقًا للقواعد التي يراها مناسبة، وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التّجاريّة".

[٢] مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدّوليّة والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢٥٥.
[٣] نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدّوليّة أمام التحكيم الاقتصادي الدّوليّ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٦٦ -١٦٧.
[١] مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدّوليّة والداخلية، المرجع السّابق، ص ٢٦٧.

المطلب الثّاني: القانون الواجب التّطبيق في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون:

إن العقود التي تقوم الدّول في إبرامها والتي تتميّز بنظام مختلف عن الأنظمة الأخرى، من حيث أنّها تتبع تقسيم العقود إلى إداريّة وأخرى مدنيّة، وبما أنّ عقد الاستثمار هو عقد دوليّ، فقط كرّست معظم الاتفاقيّات الدّوليّة ذات الصّلة، القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار في حال عدم الاختيار، ومن أهم هذه الاتفاقيّات اتفاقيّة واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصّة بتسوية المنازعات النّاشئة عن الاستثمار، ولك بناء على أحكام المادة ٤٢ في الفقرة رقم ١ في جملتها الثّانية[١].

هذا ما سنتناوله في هذا المطلب، حيث سنعرض في الفرع الأوّل: تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار، أما في الفرع الثّاني فسنقوم بتسليط الضّوء على تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة لاعتبار عقود الاستثمار عقودًا إداريّة.

الفرع الأوّل: تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار:

كرّست أغلبية الاتفاقيّات الدّوليّة، القانون الوطنيّ للدّولة المتعاقدة ليكون قانونًا واجب التّطبيق على عقود الاستثمار. فالدّول عندما تقوم بإبرام معاهدات، سواءً كانت ثنائيّة أم جماعيّة، مختصّة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرم بين الدّولة وأحد الأشخاص الخاصّة الأجنبيّة، فإنّما يكون الهدف من وراء ذلك تلاقي التّناقض الحاصل بين القانونيّن الخاصّ والعامّ، ووضع نظام قضائيّ موحّد يتفق مع الأبعاد الاقتصاديّة لهذه الدّول.

إنّ معظم الاتفاقيّات الدّوليّة المتعلّقة بهذا الشّأن تشير إلى إعمال المحكّم الدّوليّ لمعيار الأداء المميّز في العلاقات القانونيّة [٢]، لذلك فإنّ أهم هذه الاتفاقيّات وأبرزها والتي تعرّضت للقانون الواجب التّطبيق على العقود الدّوليّة، اتفاقيّة روما لعام ١٩٨٠ بين دول السّوق الأوروبيّة المشتركة، بشأن القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقديّة، بالإضافة إلى التّشريعات الوطنيّة والمؤلفات الفقهية التي تناولت فكرة التّركيز الموضوعيّ للرّابطة العقديّة من خلال ملابسات وظروف التّعاقد، حيث تشير القاعدة العامّة إلى أنّه في حال لم يعيّن الأطراف القانون الواجب التّطبيق على عقدهم، سواءً بشكلٍ صريح أو ضمنيّ، يتوجّب على المحكّم تركيز العقد في المكان الذي يكون فيه تنفيذ الأداء المميّز في العقد.

[١] تنص المادة (٤٢) في الفقرة ١ من اتفاقية واشنطن على أنه: ".... وفي حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدّولة المتعاقدة، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدّوليّ المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها.

[٢] مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٠٥ و٣٠٦.

إضافة على ذلك أهميّة التّكييف، الذي يتوجّب على المحكّم القيام به في إطار العقود التي تقوم الدّولة بإبرامها من خلال إعمال القانون الواجب التّطبيق وذلك من أجل تفادي تطبيق قانون مدني على عقد يتمتّع بالصّفة الإداريّة.

تتناول مؤلفات القانون الدّوليّ الخاصّ في معظم الأحيان، فكرة التّركيز الموضوعيّ للرّابطة العقديّة من خلال ملابسات وظروف التّعاقد، حيث تشير القاعدة العامّة إلى أنّه في حال لم يعيّن الأطراف القانون الواجب التّطبيق على عقدهم، سواءً بشكلٍ صريحٍ أو ضمنيّ، فإنّه يترتّب على القاضي أو المحكّم الدّوليّ النّاظر بالنّزاع، تحديد القانون الواجب الإعمال، وذلك من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين، إلّا أنّ أحداث الاتجاهات التي ظهرت في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقود الدّوليّة، تعتمد على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالعقد من خلال نظريّة الأداء المميّز، وذلك في حال غياب الإدارة عن اختيار القانون الذي سيحكم العقد.

ميّزت اتفاقيّة جنيف لعام ١٩٦١ بين القانون المطبّق على العقد والقانون المطبّق على النّزاع، فبالنّسبة للقانون المطبّق على صحّة العقد التّحكيميّ، فإنّ المحكمة تطبّق القانون الشّخصيّ لكلٍّ من الأطراف فيما يخصّ الأهليّة، أمّا بالنّسبة للأمور الأخرى والمتعلّقة بصحّة العقد فتطبّق المحكمة القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم هذا العقد، وفي حال غياب هذا الاختيار يطبّق قانون مكان صدور الحكم التّحكيميّ، فإذا لم يكن مكان التّحكيم معروفًا عند عرض النّزاع على المحكمة، فيتمّ اختيار القانون وفقًا لقاعدة الإسناد عند تنازع القوانين العائدة للمحكمة التي جرى تقديم النّزاع أمامها[١].

أمّا فيما يتمحوّر في فكرة الأداء المميّز على أنّ أي علاقة قانونيّة تفرض على أطرافها عدّة أداءات تختلف فيما بينها، إلّا أنّ أحد هذه الأداءات يمكن أن يميّز هذه العلاقة عن غيرها من العلاقات[٢]، ويكون هو الأداء أو الوسيلة الملائمة لربط العلاقة بمكان معيّن من دون غيره عن طريق تركيز العقد في دولة معيّنة، ويكون بالتّالي قانونها هو الواجب التّطبيق على تلك العلاقة، بمعنى أن يكون القانون الواجب الإعمال هو قانون الدّولة التي ينفّذ فيها الأداء المميّز، حيث " يخضع العقد لقانون المكان الذي يكون تنفيذ الالتزام الرّئيسي متحقّقًا فيه"[٣]، كأن يكون مركز الشّروع، أو مركز الفرع، أو مكان المؤسّسة أو مكان ممارسة مهنة

[١] ينظر المادة (٧) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١، الملحق رقم ٥، ص٢٥٩.

[٢] من مؤيدي هذه النّظرية نذكر على سبيل المثال: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدّوليّ، مرجع سابق، ص٢١١. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبية، المرجع السّابق، ص ٥٠٩.

[٣] تمييز لبناني، الغرفة الثّانية، قررا رقم ٢٠٠٦/١١٣، تاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٧، كساندر، لبنان، العدد ٩-١٢، ٢٠٠٦، ص ٢٠٢١.

معينة، وذلك دون النّظر أو التّفتيش عن إرادة الأطراف في العقد، ودون البحث عن عنصر خارج إطار العلاقة العقديّة، ممّا يحقّق أساسًا مرنًا وقويًّا لتحديد القانون الواجب التّطبيق.

لقد أدّت هذه النّظريّة إلى وجود منهج إسناد تفصيليّ، يتمّ اللّجوء إليه في حالة غياب قانون الإدارة، حيث يتمّ إسناد كل فئة من العقود ذات الطّبيعة الواحدة إلى القانون الأكثر اتصالًا بها، ودون الوصول إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه إلى قانون مختلف عن الآخر ممّا يحقّق المرونة في الإسناد[١].

إن بداية نظريّة الأداء المميّز كانت مع القضاء السّويسريّ الذي اعتبر أنّ التّنفيذ المفترض للأداء الرّئيسي في العقد هو محل إقامة المدين بالأداء المميّز، إلّا أنّ القضاء السّويسريّ وقبل أن يصل إلى هذه النّتيجة كان قد مرّ بعدة مراحل، حيث كانت البداية عام ١٩٠٦، عندما اتجه إلى تجزئة العقد عند تحديد القانون الواجب الإعمال بشأنه، حيث أسند تكوين العقد لقانون بلد الإبرام، وأخضع آثاره لقانون الإرادة، وفي حال غياب هذا الأخير كان الإسناد لقانون بلد التّنفيذ .

إلّا أنّ هذا القضاء ما لبث أن تراجع في شأنه التّجزئة، وفضل إسناد العقد لقانون واحد إن من حيث تكوين العقد أو من حيث آثاره، إلّا أنّ ما عاب هذا الاتجاه أنّه لم يوضح المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد، والذي يحدّده القاضي في كل حالة على حدة، لهذا فقط فضّل القضاء السّويسريّ لاحقًا وضع معيار مسبق يكشف عن المقصود بالقانون الأوثق صلة بالعقد، من خلال التّركيز الموضوعيّ لهذه الرّابطة العقديّة في ضوء طبيعتها الذّاتيّة، وذلك عبر تحديد الأداء المميّز فيها منذ البداية.

كما نصّ دستور جمهوريّة العراق لعام ٢٠٠٥ على مثل هذا المبدأ في أحكام مواده على مثل هذا المبدأ، في تحقيق استقرار المعاملات القانونيّة والنّظام القانونيّ بهدف التّشجيع على الاستثمار[٢]، فشروط الثّبات تكون من حيث المصدر، إمّا شروطًا تعاقديّة (إراديّة) مصدرها العقد المبرم بين الدّولة المضيفة والشّركة المستثمرة والتي تنصّ صراحة على أنّ القانون الذي يسري على العقد عند حدوث أي نزاع بين أطرافه، هو قانون الدّولة بأحكامه وقواعده النّافذة فقط عند إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق قد يطرأ عليه.

كما أنّ شرط الثّبات التّشريعيّ قد يكون شرطًا تشريعيًّا (قانونيًّا)، يستند إلى نصوص قانونيّة

[١] عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدّوليّ وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ط١، مكتبة السّنهوري، بغداد- العراق، ٢٠١٥، ص ٢٢٣.

[٢] المادة (١٩) من الدّستور العراقي لعام ٢٠٠٥ والتي تنص على أنه " ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثمار قوانين الضّرائب والاستثمار".

موجودة في صلب قانون الدّولة المتعاقدة، إذ تتعهد الدّولة بموجب ذلك، بحماية المستثمر من خلال عدم تطبيق أية قواعد قانونيّة بعد إبرام العقد، أمّا من حيث المضمون، فيمكن تقسيم شروط الثّبات إلى شروط عامّة تهدف إلى تجميد كافة القواعد القانونيّة النّافذة في الدّولة المتعاقدة بعد إبرام العقد، وذلك بعدم سريان أي تشريعات جديدة على العقد.

حيث تتمثل في سلطة الدّولة في تعديل اقتصاديّات العقد، من خلال تغيّير تشريعها الواجب التّطبيق سواءً بوصفه القانون الذي يحكم العقد، أو بوصفه من القواعد ذات التّطبيق الضّروريّ، ولم يذكر شرط الثّبات التّشريعيّ في التّشريع اللّبنانيّ، ولم يرد في قانون تشجيع الاستثمار اللّبنانيّ رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١ هذا الشّرط سوى في بعض التّخفيضات والإعفاءات على الدّخل لمدة محدّدة[١]، والتي تسهّل وتشجّع على الاستثمار وإحالة القضايا التي تنشأ عن النّزاعات إلى التّحكيم وحلّها بشكلٍ سلميّ.

كما تمّ توقيع عدة اتفاقيّات تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبيّ في الدّولة، ومنها الاتفاقيّة اللّبنانيّة الإماراتيّة الموقعة بتاريخ ١٧ أيار ١٩٩٨ من أجل تفعيل الاستثمار الاقتصاديّ بين البلدين، وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ مدّة هذه الاتفاقيّة عشرون عامًا مع قابليتها للتّمديد، والاتفاقيّة اللّبنانيّة التّركيّة عام ٢٠١٠ من أجل إنشاء منطقة تجارة حرّة بين البلدين وبلدان المنطقة المجاورة مثل سوريا والأردن، ومدة هذه الاتفاقيّة عشر سنوات، إلّا أنّ هذه الاتفاقيّة تمّ تعليقها بعد سنة.

إنّ إخضاع عقود الاستثمار التي تبرم بين الدّولة والمستثمر الخاصّ الأجنبيّ إلى القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة، يعتبر أنّه الحلّ الطّبيعيّ الذي يتوجّب تطبيقه على هذه النّظريّة. ونظرًا لما تقدّمه نظريّة الأداء المميّز من خلال مراعاتها للطّبيعة الذّاتيّة للرّابطة العقديّة، فهي وفقت بين هدفين ضروريّين لاستقرار التّجارة الدّوليّة، وهما المرونة في الإسناد، والحفاظ على التّوقعات المشروعة للمتعاقدين[٢].

ففي إطار عقود الاستثمار يتعيّن تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة، وذلك نتيجة اتباع منهج تنازع القوانين الواردة في القانون الدّوليّ الخاصّ، والتي تقودنا إلى تطبيق قانون الدّولة المضيفة وفقًا لاعتبارها الدّولة التي يتمّ فيها الوفاء بالأداء المميّز في الرّابطة العقديّة.

فالاستثمار بوجهٍ عامّ وما يرتبط به من وسائل تنميّة اقتصاديّة للدّولة المضيفة له، ومن تواجده ماديًّا في إقليم هذه الدّولة يتعيّن تطبيق قانونها الوطنيّ بشأن هذه العقود، إذ يعتبر هذا القانون هو قانون

[١] ينظر: قانون تشجيع الاستثمار اللّبناني رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١.

[٢] صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدّوليّ الخاص، المرجع السّابق، ص ١٩٧.

الدّولة التي يتمّ فيها الأداء الرّئيسيّ أو المميّز، فضلًا على أنّه يعتبر القانون الأكثر اتصالًا بالعقد[١].

إنّ صفوة القول من أجل تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقود الاستثمار الأجنبيّ عند سكوت الأفرقاء يتوجّب على القاضي أو المحكّم الاستعانة بقواعد تنازع القوانين في القانون الدّوليّ الخاصّ، والذي نصل معه لنتيجة تطبيق القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة للاستثمار والتي يتمّ على أراضيها تنفيذ الالتزام الرّئيسي والأداء المميّز في العقد. وعليه ففكرة الأداء المميّز تقوم على أساس تفريد العقود، وتعيّين القانون الواجب التّطبيق على كلّ عقد على حدة، وحسب الأهميّة الماديّة للالتزام الأساسيّ أو الأداء المميّز في الرّابطة العقديّة، وبما أنّ هذا الاداء المميّز يختلف من عقد إلى آخر، فإنّه من الطّبيعيّ أن يكون الاختلاف في القوانين التي تحكم كل عقد من هذه العقود.

الفرع الثّاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة لاعتبار عقود الاستثمار عقودًا إدارية:

ظهرت مشكلة القانون الواجب التّطبيق على العقود الإداريّة ذات الطّابع الدّوليّ، منذ أن أصبح الاتفاق على التّحكيم في العقود الإداريّة تعترف به القوانين الوطنيّة[٢]، ولم يعد العقبة التي كانت تتمسّك بها الدّول كطرف ذات سيادة في مثل هذه القوانين من أجل التّنصّل من اتفاق التّحكيم، وعند سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، دار الخلاف حول تكييف العقد وما مدى اعتباره عقدًا إداريًّا، وذلك بهدف اخضاعه للقانون الوطنيّ للدّولة المضيفة. وبالرّغم من احتواء العقد الإداريّ الدّوليّ على عناصر من العقد الإداريّ، وأخرى من العقد الدّوليّ، وانتمائه إلى القانون العامّ بحيث يهدف إلى تحقيق المصلحة العامّة، ويتعلّق من ناحية أخرى بمصالح التّجارة الدّوليّة. فما مدى اعتبار عقد الاستثمار الذي تبرمه الدّولة مع المستثمر الخاصّ الأجنبيّ بأنّه عقد إداريّ دوليّ. وتطبيق القانون الوطني للدّولة المضيفة للاستثمار. وبناءً عليه سنقوم بدراسة أوّلًا: الآراء المختلفة للفقهاء في اعتبار عقود الاستثمار عقودًا إداريّة، أمّا ثانيًّا فسنقوم بتسليط الضّوء على مدى إعمال القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة على العقود الدّوليّة ذات الطّابع الإداريّ.

[٢] في قرار صادر عن محكمة تحيكم غرفة التجارة الدّوليّة بين شركة فرنسية وشركة ايطالية، بشأن نزاع ناتج عن عقد ترخيص مبرم بين الشّركتين، الصّادر في حزيران، ٢٠٠١، قرار جزئي رقم (١٠٩٨٨)، منشور في مجلة التحكيم، العدد الثّاني، ٢٠٠٩، ص٦٧٥ وما يليها.

[٢] بالنسبة للجانب اللّبناني بعد التشدد الحاصل من قبل مجلس شورى الدّولة ن رفض خضوع العقود الإدارية إلى التحكيم، وبعد النّداءات المتكررة التي أطلقها الكثيرون مطالبين بتعديل القانون، حتى يتسنى إخضاع العقود الإدارية للتحكيم وذلك بعد صدور قراري مجلس شورى الدّولة بوجه شركتي الخليوي، حيث قضي بموجبها بإبطال البند التحكيمي الوارد في العقدين بالاستناد إلى مبدأ منع التحكيم في العقود الإدارية التي اعتبر مبدأ راسخاً في الاجتهاد اللبناني.

أوّلًا: الاتجاهات المختلفة لاعتبار عقود الاستثمار عقودًا إداريّة:

انقسم الفقه حول اعتبار عقود الاستثمار عقودًا إداريّة إلى اتجاهين: الاتجاه الأوّل ينكر على هذه العقود أن تكون عقودًا إداريّة، حيث اعتبر هذا الاتجاه أنّه "إذا كانت الاعتبارات التي تقوم إلى وجود تقارب كبير بين كل من العقد الإداريّ وعقود الدّولة، فإنّ هناك مجموعة من العوامل التي ترفض هذا التّقارب بين العقدين، ومن ثمّ تؤدّي إلى انهيار فرضيّة إطلاق الصّفة الإداريّة على عقود الدّولة، من تلك العوامل موضوع العقد والقانون الذي يفترض تطبيقه عند حصول نزاعٍ ما. فالثّابت أنّ كثيرًا من هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنيّة أو التّجاريّة، وأنّ كلّ المؤسّسات التّحكيميّة تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف، ومن ثمّ قانون الدّولة والقانون الدّوليّ، في حين أنّ العقد الإداريّ يبقى عقدًا وطنيًّا يخضع في كل الأحوال للدّولة الطّرف فيه.

وعقود الاستثمار ليست ذات طبيعة واحدة وبالتّالي لا تخضع لنظام قانونيّ واحد، فأحيانًا تكون عقودًا إداريّة وأحيانًا أخرى تعدّ من عقود القانون الخاصّ، والعبرة هي في تحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه وتكييفه بحسب النّظام الذي يحكمه[١].

أمّا الاتجاه الثّاني، فيرى أنّ عقود الاستثمار التي تبرمها الدّولة مع شخص أجنبيّ هي عقودًا إداريّة، وذلك نظرًا لما تتمتّع به هذه العقود من خصائص، تجعلها تقترب من فكرة العقد الإداريّ، حيث أنّ هذه العقود تبرمها الدّولة بوصفها سلطة عامّة بهدف تحقيق مصلحة عامّة، ومن هذا المنطلق تكون هذه العقود إداريّة على اعتبار أنّها تتمتّع بذات الخصائص التي يتمتّع بها هذا العقد، لذلك تستطيع الدّولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو انهائه دون أن يلقى عليها أية مسؤوليّة تعاقديّة. وأنّه صدر قرار عن رئيس مجلس شورى الدّولة اللّبنانيّ بمناسبة طلب أعضاء الصّيغة التّنفيذيّة لقرارين تحكيميّين[٢]، وانتهى إلى رفض إعطاء الصّيغة التّنفيذيّة بعد اعتباره أنّ "العقود الإداريّة تناولت أحكامًا تنعكس بأثرها على مصالح التّجارة الدّوليّة، إلا أنّ الطّابع الغالب للعقد يبقى الطّابع الإداريّ، طالما أنّ المتعاقد الملتزم يساهم في تنفيذ أحد المرافق العامّة الوطنيّة، تلك المرافق التي يحكمها مبدأ وجوب إدارتها وتسيّيرها في سبيل تحقيق المصلحة العامّة الوطنيّة، وأنّ القول بخلاف ذلك واعتبار أنّ العقود الإداريّة يمكن أن تكون بذاتها موضوعًا لعمليات تجاريّة دوليّة، يتعارض مع المبدأ الآنف الذّكر على اعتبار أنّه من المبادئ الثّابتة في العلم والاجتهاد

[١] انطوان بارود، حول قاري مجلس الشّورى واغلاق باب التطور في مجال الاستثمار، المجلة اللّبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد التاسع عشر، ٢٠٠١.
[٢] قرار مجلس شورى الدّولة، القرار رقم ٤٤٧ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد التاسع عشر، المجلد الثّاني، ٢٠٠٧، ص ٨٢٠.

الإداريّين أنّه لا يمكن التّسليم بوجود عقود إداريّة دوليّة.

فالعقود الإداريّة الدّوليّة، هي العقود التي تظهر فيها الدّولة باعتبارها سلطة عامّة، وذلك عن طريق استخدامها في بنود العقد ما تمنحه لها طبيعتها من امتيازات السّلطة العامّة تحقيقًا لمرفق عامّ، فهي لهذه الجهة عقود إداريّة. ولكن في المقابل إن هذه العقود تتعلق بمصالح التّجارة الدّوليّة، وهي لهذه الجهة من العقود الدّوليّة. فالعقود الإداريّة الدّوليّة إذن هي العقود التي تبرمها الدّولة أو أشخاص القانون العامّ، وتجتمع فيها خاصّتان:

١- اتصالها بمصالح التّجارة الدّوليّة، ومن ذلك شراء الدّولة أو أحد أشخاص القانون العامّ من الخارج اللّوازم والأعتدة والعقود البترولية...
٢- تضمين هذه العقود بنودًا خارقة لما تحقّقه الدّولة أو أشخاص القانون العامّ من خلال تنفيذ مرفق عامّ.

وهذا ما قضت به محكمة استئناف بيروت غرفتها العاشرة تاريخ ٢٠٠١، قضية الدّولة اللّبنانيّة في مواجهة بنك لبنان والمهجر[١]" تعتبر تحكيمًا دوليًّا التّحكيم في العقد الذي ينتج عن التزاماته تحرك القيم وانتقالها ذهابًا وإيابًا عبر الحدود ممّا يرتّب نتائج متبادلة في كل من الدّولتين المعنيّتين بذلك العقد. تجاوز القضاء الفرنسيّ الموقف الذي يرتكز على قاعدة التّعارض بين الدّولة والتّحكيم في المواد الإداريّة والتي استقر عليها اجتهاد مجلس الدّولة الفرنسيّ واللّبنانيّ، عن طريق وضع قاعدة ماديّة تقضي بصحّة البنود التّحكيميّة في عقود الدّولة ذات الطّابع الاقتصاديّ، وهذا ما كرّسه المشترع اللّبنانيّ بنصّ مباشرة في الفقرة الثّانية من المادة ٨٠٩ أصول محاكمات مدنيّة.

تبرم أيضًا الدّولة وأشخاص القانون، كما تبرم العقود الإداريّة الدّاخليّة، عقودًا تجاريّة دوليّة، مستعملة في عقودها البنود الخارقة، وقد تجتمع في تلك العقود خاصّتان: ارتباطها بمصالح التّجارة الدّوليّة لما فيها من دخول وخروج القيم عبر الحدود واتصافها بالطّبيعة الإداريّة بما تحتويه من بند خارق وتحقيق لمرفق عامّ... وإذا كان القرار المتقدّم، قد قبل التّحكيم في العقود الإداريّة الدّوليّة في حال اجتمعت فيها الخاصّتين المذكورتين، وذلك فإنّ صدور القرار رقم ٢٠٠٢/٤٤٠ الذي يجيز التّحكيم في العقود الإداريّة، فإنّه وتأسيسًا على ذلك فقط صدور قرار عن مجلس شورى الدّولة بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٢٦[٢] أي بعد صدور هذا القانون

[٢] محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة العاشرة، القرار رقم ٢٠٠١/٤٩٢، الدّولة اللّبنانية/ بنك لبنان والمهجر، الاجتهاد التحكيمي اللّبناني، قرارات المحاكم اللّبنانية، المجلة اللّبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العشرون، ٢٠٠١، ص ٢٥.
[١] قرار صادر عن مجلس شورى الدّولة، مطالعة مفوض الحكومة، ٢٠٠٥/٤/٢٦، مجلس الإنماء والإعمار/ شركة هوختيف سي سي سي، مشور في المجلة التّيابية للتحكيم العربي والدولي، العدد الخامس والثلاثون، ٢٠٠٥، ص٣٠. وقد اعتبر هذا القرار أنه "بما أنه يستفاد من نص المادة ٨٠٩ محاكمات مدنية أن التحكيم يعتبر

قضى بعدم صحّة البند التّحكيميّ في عقد الامتياز وذلك لعدم توفر شرط التّجارة في هذا العقد على الرّغم من تعلّقه بالمصالح الدّوليّة.

ثانيًا: مدى إعمال القانون الوطنيّ للدّولة المضيفة على العقود الدّوليّة ذات الطّابع الإداريّ:

لم يقتصر طرح تكييف عقود الاستثمار التي تبرمها الدّولة مع الأشخاص الأجنبيّة على بساط البحث أمام الجانب الفقهيّ، بل تعداه أيضًا إلى قضاء التّحكيم ومدى اعتبار هذه العقود على أنّها عقود إداريّة. ومن أهم هذه التّحكيمات قضيّة أرامكو:

فقد أبرمت المملكة العربية السّعوديّة مع شركة Arabian American oil company (Aramco) عقد استغلال البترول يخوّل الأخيرة امتيازًا مدّته ستون عامًا. وقد طالبت الحكومة السّعوديّة بأن يكون للشّركة Staco وهي شركة سعوديّة للنّقل البحريّ– حقّ الأفضليّة في شحن البترول ومنتجاته المصدّرة عن طريق البحر من السّعوديّة إلى الدّول الأجنبيّة، سواءً تمّ الشّحن من موانئ السّعوديّة أو من نهاية خط الأنابيب خارج إقليمها، وسواءً تمّ الشّحن بواسطة الشّركات صاحبة الامتياز ذاتها، أو الشّركات التي تمتلك أصلها أو المشتركين منها. إلّا أنّ شركة Aramco اعتبرت هذا النّص يتعارض مع اتفاق الامتياز الممنوح لها عام ١٩٣٣ والذي يخوّلها الحقّ المطلق في اختيار وسائل النّقل، بما في ذلك النّقل على ناقلات بترول أجنبيّة[١]. ولحلّ هذا الخلاف تمّ ابرام اتفاق تحكيم في شباط ١٩٥٥ على أن تتولى محكمة تحكيم الفصل في النّزاع طبقًا للقانون السّاري في المملكة العربيّة السّعوديّة، وذلك فيما يتعلّق بالمسائل الدّاخلية في اختصاص المملكة وطنيًّا لدولة معيّنة أمّا كان نظامًا قانونيًّا لا ينتمي لسيادة إقليميّة لدولة معيّنة. إذ يمكنهم اختيار نظام قانونيّ متكامل لكي يطبّق على عقدهم، أو أن يشترطون تطبيق طائفة معيّنة من القواعد القانونيّة. فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النّظام القانونيّ لأي من الطّرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة، وعلاوةً على ذلك، يمكنهم الاتفاق على فضّ منازعاتهم طبقًا للمبادئ العامّة للقانون أو بعض القواعد السّائدة في نظام قانونيّ معيّن.

دولياً عندما يتعلق بمصالح التجارة الدّوليّة أي أنه لا يكفي أن يكون العقد دولياً حتى يصبح فيه الاتفاق على التحكيم لحل النّزاعات التي قد تنشأ عنه وإنما يجب أن يكون لهذا العقد أيضاً الطّبيعة التجارية.

[١] مقال شركة رامكو السّعودية على الموقع: https://www.aramco.com/ar/who-we-are/overview/our-history، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠٢٤/١٢/١٠.

الخاتمة:

يعتبر الاستثمار الأجنبيّ من أهم الأدوات الاقتصاديّة المتاحة بيد الدّولة، لإحداث نهضة اقتصاديّة، وعمرانيّة واجتماعيّة في الدّولة المستضيفة للاستثمار، ومن أجل تفعيل هذه الأداة تسعى دول العالم عمومًا والدّول النّامية خصوصًا– إلى منح المستثمر الأجنبيّ مجموعة من المزايا والضّمانات، ومن أجل دفعه وحثّه على الاستثمار في البلد المضيف، لما للاستثمار الأجنبيّ من دورٍ جوهريّ في إحداث التّنميّة المنشودة من طرف الدّولة الرّاغبة في فتح مجالات الاستثمار لديها، وبالأخصّ إذا أحسن التّعامل معها بالطّرق الاقتصاديّة، والقانونيّة، والسّياسيّة، والقضائيّة السّلميّة.

أوّلًا ـ الاستنتاجات:

١– أنواع التّحكيم في العقود الإداريّة ثلاثة: النّوع الأوّل تحكيم اختياريّ وإجباريّ، هذا النّوع يتعلّق بمدى إرادة الجهة الإداريّة والمتعاقد معها في اللّجوء إلى التّحكيم، النّوع الثّاني: تحكيم خاصّ أو حرّ وتحكيم مؤسّسيّ، وهذا الأمر يتمّ وفق نوعيّة المحكّمين، والنّوع الثّالث، تحكيم مقيّد بالصلح، وهذا متعلّق بالقانون والإجراءات المطبّقة على المنازعة.

٢– اتضح أنّ الأسباب الدّاعية إلى الخلاف في اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الإداريّة، تعود إلى أنّ العقود الإداريّة مرتبطة بسيادة الدّولة، وإلى أنّ التّحكيم قد يكون من هيئة أجنبيّة تطبّق على المنازعة قانونًا أجنبيًّا.

٣– يستلزم لتحقيق فعالية التّحكيم كضمانة إجرائيّة لحسم منازعات الاستثمار تبنّي العديد من المبادئ القانونيّة والتي تتمثّل باستغلال شرط عن عقد الاستثمار وأيضًا اختصاص المحكّمين بالفصل في النّزاع "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" فضلًا عن ذلك عدم قبول دفع الدّولة والأشخاص المعنويّة التّابعة لها بعدم أهليّتها للتّحكيم.

ثانيًا ـ المقترحات:

١– ضرورة تنظيم التّحكيم في قواعد وأحكام تضمن بقاءه كاستثناء عن الأصل المتمثّل في أنّ الولاية العامّة للقضاء الوطنيّ في حلّ المنازعات وعدم السّماح لهذا النّوع من وسائل التّسويّة البديلة, بأن يصبح قضاءً خاصًّا موازيًّا للقضاء الوطنيّ ومنافسًا له وينتشر ليشمل بقية الميادين والقطاعات الأخرى غير قطاع الاستثمار.

٢– التّوصية بانضمام العراق إلى الاتفاقيّات الدّوليّة الخاصّة بالتّحكيم التّجاري الدّوليّ، ومنها اتفاقيّة نيويورك لسنة ١٩٥٨، وإلى الاتفاقيّات الدّوليّة الأخرى المتعلّقة بالتّحكيم الدّوليّ، لأهميّة هذه الاتفاقيّات من

النّاحيّتين العمليّة والعلميّة كي يواكب التّطورات الخاصّة بهذا الموضوع.

٣- ضرورة توحيد الجهة التي يتعامل معها المستثمر الأجنبيّ، وأن تؤدّي دورًا في التّرويج للاستثمار لتشجيع المستثمرين الأجانب على استثمار أموالهم داخل البلاد، وأن تكون آراؤهم من هذه الجهة التي يتعامل معها المستثمرون.

قائمة المراجع والمصادر:

١. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التّحكيم التّجاري الدّوليّ والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، ط١، دار النّهضة العربيّة، القاهرة- مصر ٢٠٠٤.

٢. أحمد مخلوف، اتفاق التّحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التّجارة الدّوليّة، دار النّهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٣. إلياس الشّيخاني، البنود التّحكيمية في العقود التي تكون الإدارة طرفًا فيها، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٨.

٤. انطوان بارود، حول قاري مجلس الشّورى واغلاق باب التّطور في مجال الاستثمار، المجلة اللّبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد التّاسع عشر، ٢٠٠١.

٥. أياد بردان، التّحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

٦. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدّوليّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٧. بشار الأسعد، عقود الدّولة في القانون الدّوليّ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٨. جلال وفاء محمدين، التّحكيم بين المستثمر الأجنبي وبين الدّولة المضيفة للاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٩. حسام التّلهواني، مدى التزام المحكّم بمراعاة النّظام العام في منازعات التّجارة الدّوليّة، مجلة التّحكيم، العدد الثّالث، ٢٠٠٩.

١٠. حسان نوفل، التّحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٠.

١١. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٢.

١٢. خليل غصن وطارق مغربل، دراسات قانونية في التّحكيم، ط١، منشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٦.

١٣. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الدّوليّ في تطور أحكام القانون الدّوليّ الخاص، ط١، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١١.

١٤. صلاح الدّين جمال الدّين، التّحكيم وتنازع القوانين في عقود التّنميّة التّكنولوجية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.

١٥. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدّوليّ وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ط١، مكتبة السّنهوري، بغداد- العراق، ٢٠١٥.

١٦. عبد الباسط الغراسي، النّظام القانونيّ لاتفاق التّحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.

١٧. عبد الحميد الأحدب، التّحكيم التّجاري الدّوليّ، ج٣، دار نوفل، بيروت، ١٩٩٠.
١٨. لما أحمد كوجان، التّحكيم في عقود الاستثمار بين الدّولة والمستثمر، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
١٩. مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التّحكيم في العلاقات الخاصة الدّوليّة والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٢٠. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدّوليّة أمام التّحكيم الاقتصاديّ الدّوليّ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٢١. هاني حمزة، النّظام القانونيّ الواجب التّطبيق على العقود الإدارية الدّوليّة أمام المحكّم الدّوليّ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
٢٢. يونس صلاح الدّين، القانون الدّوليّ الخاص، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠١٦.

القوانين الوطنيّة والمواثيق الدّوليّة والقرارات:

١. الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
٢. قانون تشجيع الاستثمار اللّبناني رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠٠١.
٣. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدّوليّة لعام ١٩٤٦.
٤. اتفاقية منازعات الاستثمار (أكسيد) واشنطن الصّادرة عام ١٩٦٥.
٥. اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١.
٦. تمييز لبناني، الغرفة الثّانية، قررا رقم ٢٠٠٦/١١٣، تاريخ ٢٠٠٦/١١/٢٧، كساندر، لبنان، العدد ٩–١٢، ٢٠٠٦.
٧. قرار صادر عن محكمة تحكيم غرفة التّجارة الدّوليّة بين شركة فرنسية وشركة ايطالية، بشأن نزاع ناتج عن عقد ترخيص مبرم بين الشّركتين، الصّادر في حزيران، ٢٠٠١، قرار جزئي رقم (١٠٩٨٨)، منشور في مجلة التّحكيم، العدد الثّاني، ٢٠٠٩.
٨. قرار مجلس شورى الدّولة، القرار رقم ٤٤٧ تاريخ ٢٠٠٣/٤/١٥، مجلة القضاء الإداري في لبنان، العدد التّاسع عشر، المجلد الثّاني، ٢٠٠٧.
٩. محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة العاشرة، القرار رقم ٢٠٠١/٤٩٢، الدّولة اللّبنانية/ بنك لبنان والمهجر، الاجتهاد التّحكيمي اللّبناني، قرارات المحاكم اللّبنانية، المجلة اللّبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العشرون، ٢٠٠١.
١٠. قرار صادر عن مجلس شورى الدّولة، مطالعة مفوض الحكومة، ٢٠٠٥/٤/٢٦، مجلس الإنماء والإعمار/ شركة هوختيف سي سي سي، مشور في المجلة النّيابية للتحكيم العربي والدولي، العدد الخامس والثلاثون، ٢٠٠٥.
١١. مقال شركة رامكو السّعودية على الموقع: https://www.aramco.com/ar/who-we-are/overview/our-history