جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم قانون الأعمال

نطاق تطبيق المادة 42 من إتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الإستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة القانون الاقتصادي والأعمال
تخصص القانون العام للأعمال

من إعداد الطلبة:

- ✓ بوعودية ليندة
- ✓ داود أنيس

تحت إشراف:

الدّكتور قبايلي طيّب

تاريخ المناقشة:22 جوان2017

لجنة المناقشة:

الأستاذة: مخلوف باهية، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية.... رئيسة
الأستاذ: قبايلي طيّب، أستاذ محاضر"أ"، جامعة بجاية..... مشرفا ومقررا
الأستاذة:إملول ريمة، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية..... ممتحنة

السنة الجامعية:2016-2017

كلمة شكر

أوّل من يشكر ويحمد آناء اللّيل وأطراف النّهار هو العليّ

القهّار والأوّل والآخر، الباطن الظّاهر الذي أغدق علينا

برزقه الذي لا يفنى وأنار دروبنا، فله جزيل الحمد والثّناء

العظيم

الحمد لله الذي وفّقنا وألهمنا الصّبر على المشاق التي

واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع

نرفع أخلص آيات الشّكر والإمتنان إلى الأستاذ الدّكتور

قوايلي طيّب

الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه المذكرة وزوّدنا

بملاحظاته وتوجيهاته القيّمة طوال مراحل إعدادها

فجزاه الله عنا كل خير.

الإهداء

إلى من غرس فيّ منذ الصّغر حبّ الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم عالما متيقنا أنّ من أحبّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أحبّ كل جميل.

إلى من رباني وعلمني وأرشدني وأحبّني

إلى من وهبني روحه وقلبه وجوارحه في سبيل العلم وحبّ الخير للناس

إلى من كان يأمل أن يراني حاملة أسمى الشهادات وأرقى الرّتب

إلى والدي وبهجة روحي وحبي على الدّوام ما حييت المربي والسّيد الفاضل أطال الله في عمره

إلى المتفرّدة بالحنان والعطف

إلى أوّل من ألقى على مسامعي وبذر في قلبي وأرشدني إلى حبّ الصّلاح والصالحين وفضل الإحسان والمحسنين ومكانة العلم والعلماء

إلى من ربّتني صغيرة وأعانتني كبيرة، ولا تزال...

إلى أمّي الغالية حفظها الله ورعاها

إلى روح جدّي الطاهرة، رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه

إلى فلذات كبدي : شوشو وليلي

إلى الكواكب والنجوم التي تقاسمت معها

حنان الوالدين وعطفهم، بشرى ،لقمان، ودود.

إلى جدّتي و جدّي وكل الأهل والأقارب امينة صوفية...

إلى ضلالي التي لا تفارقني، أصدقائي الأعزّاء: أمال، نسيم، شهرة، كهينة و سهام

إلى كل من ساهم من بعيد أو من قريب في إنجاح هذا العمل المتواضع.

ليندة

الإهداء

بسم الله الذي بيده الملك والحمد للّه على جُوده و كرمه يؤتي

الحكمة و النّعمة من يشاء و هو على كل شيء قدير

بلسان صادق و قلب ينبض بإيمان و نفس تدفعني إلى صياغة كلمات العرفان بالجميل

إلى روح والدي الطّاهرة رحمه الله و ادخله فسيح جنانه

إلى أمّي

إلى أمّي

إلى أمّي الحبيبة

منبع الحنان و التسامح و التضحية و الصبر و الثبات . أمي التي كانت

دعواتها النور الذي أستبين و أهتدي به صانها الله و رعاها

إلى أختي العزيزة نسيمة وزوجها الكريم عبد الرحمان

إلى الكتكوتة الصّغيرة مروى

إلى أخواي نسيم و عادل أطال الله في عمرهم

إلى خالي وخالتي

إلى كل عائلة عيسو و بالخصوص محمّد، منانة، سيمو، نجمة، صونية، نصيرة

إلى جميع الأقارب و الأصدقاء و الزملاء فيصل، محمد، جميد، رحيم، احمد

إلى صديقي الغالي الكريم لفسيحان رفيق

إلى روح صديقي الغالي بوعيشي عبد الحكيم رحمة الله عليه

إلى كل من ساهم من بعيد أو من قريب في إنجاح هذا العمل المتواضع

أنيس

أوّلا: باللّغة العربية:

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

ص. : الصفحة.

ص.ص : من الصفحة إلى الصفحة.

د.س.م : دون سنة مناقشة.

ثانيا: باللّغة الأجنبية

CCI : Chambre de Commerce International.

CIRDI : Centre International Pour Le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

JDI : Journal du droit international.

Ibid : Ibidem, Même ouvrage précédent.

N° : Numéro.

Op.cit : Op.citatum,Référence précitée.

P. : Page.

P.P : De la page à la page.

RQDI : Revue Québécoise de Droit International.

TBI : Traité Bilatéral D'investissement.

V : volume

مقدمة

تحظى عقود الإستثمار بين الدّول والمستثمرين الأجانب الخواص بأهمّية كبيرة، وذلك نظرا لما ينجم عن الإستثمار الأجنبي من مساهمة في تحقيق الأهداف الإقتصادية لكّل طرف، فتعدّ هذه العقود بالنسبة للدّولة المضيفة وسيلة لتحقيق خطط التنمية الإقتصادية، بحيث تعتبر أداة أساسية لضمان بناء الهياكل والبنية التّحتية وحسن أداء مرافقها العامة. أمّا بالنسبة للمستثمر فتمثّل عقود الإستثمار وسيلة لإقتحام أسواق جديدة لضمان نموّ رأس المال، إذ تعدّ ركيزة جوهرية لدخول أسواق بعيدة عن دولة المصدر لتحقيق ربح أكبر وفرص عمل أوفر[1].

إنّ إستقطاب إستثمارات أجنبية إلى دولة ما مرهون بمدى ملائمة مناخ هذه الأخيرة، فنجدها تحرص على توفير أكبر قدر من الحوافز والإمتيازات للمستثمرين الأجانب كالتّسهيلات الضّريبية والإعفاءات الجمركية وغيرها، وما يهمّنا في هذا السّياق هي الضمانات القانونية التي تبعث المستثمر الأجنبي على الإطمئنان في حالة حدوث نزاع بشأن تنفيذ العقد الذي أبرمه مع الدّولة المضيفة[2].

نظرا لكون عقود الدّولة تستغرق مدّة طويلة، فإنّه غالبا ما تطرأ عليها مستجدات أو تثور بشأنها نزاعات نتيجة لتغيير الظروف السياسية أو الإجتماعيّة أو الإقتصاديّة أو حتّى القانونيّة، الشّيء الذي يؤثّر حتما على الإلتزامات التّعاقدية للأطراف ويتطلّب منهم إعادة النّظر في بنود العقد، إلاّ أنّه نادرا ما تجد المفاوضات مخرجا لحلول تحظى برضا جميع الأطراف، الأمر الذي يستدعي لجوؤهم إلى إتّباع أساليب أخرى بديلة لتسوية نزاعاتهم[3].

من بين هذه الأساليب نجد التّحكيم التّجاري الدّولي الذي يعتبر وسيلة قضائية خاصّة تتّسم بالملائمة والحياد والسّرعة بالنّسبة للمستثمر الأجنبي الذي يخشى أن تهدر حقوقه لعدم كفاية

---

[1] قبايلي طيّب، التّحكيم في عقود الإستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى على ضوء إتفاقيّة واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليّة الحقوق و العلوم السياسيّة، جامعة مولود معمّري، تيزي وزّو، 2012، ص. 1.

[2] حسين أحمد الجندي، النّظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبية على ضوء إتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. ص. 1-2.

[3] جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 01 .

الضّمانات التي من شأنها أن تحمي إستثماراته في الدّول المضيفة وطول وبطئ إجراءات التّقاضي فيها، إضافة إلى عدم إطمئنانه إلى قضاء الدّولة ذاتها خوفا من تحّيز هذا الأخير لمصلحتها[1].

يتفرّع التّحكيم التّجاري الدّولي إلى تحكيم حرّ يتولّى فيه الخصوم بأنفسهم تنظيم الإجراءات التّحكيمية، وتحكيم مؤسّساتي تنظمه هيئة دائمة وفقا لنظامها الخاص، ويعتبر المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى والذي أنشئ بموجب إتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 والتي دخلت حّيز التنفيذ في 1966 من بين المراكز الدولية المتخصّصة في تسوية منازعات الإستثمار الأكثر إستخداما وذلك نتيجة للخدمات الإستثنائية التي يقدمها[2].

يتمثّل الغرض من إنشاء المركز الدّولي لتسوية المنازعات الناشئة بين المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة له في النّهوض بالتّنمية الإقتصادية من خلال توفير مناخ إستثماري ملائم، فإنشاء هذا النّظام الفعّال من شأنه دفع عجلة الإستثمار خاصّة في الدّول النامية، ولتحقيق هذا الغرض تعمل الإتفاقية على تحقيق التّوازن بين مصالح المستثمر من خلال منحه فرصة اللّجوء إلى التّحكيم وتبديد مخاوفه من الخضوع لقضاء الدّولة العادي أو من إستيلاء الدّولة على حقوقه وبين مصالح الدّولة المضيفة من خلال جلب العديد من الإستثمارات من جهة وجعل اللّجوء إلى التّحكيم يمثّل درعا واقيا ضدّ الحماية الدّبلوماسية التي قد تلجأ إليها دولة المستثمر من جهة أخرى[3].

تتميّز إجراءات التّسوية أمام المركز بجملة من الخصائص، فمن النّاحية الأولى تمنح الإتفاقية للأطراف الخيار بين طريقتين لتسوية النّزاع هما التّوفيق والتّحكيم، على الرّغم من أنّ الغلبة هي للتّحكيم وذلك رغبة من الأطراف في الوصول إلى حكم ملزم، هذا بالإضافة إلى أهّم ميزة تدفع إلى تسوية النّزاع من خلال هذا المركز هو التخصّص في تسوية منازعات الإستثمار[4].

---

[1] حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدّولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 01.

[2] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 01.

[3] بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص .444 و ما بعدها.

[4] راجع في هذا المعنى: المادة 1/25 من إتفاقية واشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، مؤرّخ في 30 اكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدّول الأخرى، ج.ر.ج.ج عدد 66 لسنة 1995. (المسمّاة فيما يلي بالإتفاقية).

في إطار تسوية النّزاعات المطروحة على محاكم التّحكيم أمام المركز الدّولي تثار مسألة شائكة وفي غاية الأهمّية وهي محور إشكالية موضوع البحث وتتعلّق بكيفية تحديد القانون واجب التّطبيق في إطار أحكام إتفاقية واشنطن ومدى إلتزام محاكم تحكيم المركز بهذا التّحديد ؟

للإجابة على هذه الإشكالية إرتأينا أن تقوم دراستنا على منهج علمي يغلب في طابعه الوصف والتّحليل قصد بيان وشرح مضمون المادة 42 من إتفاقية إنشاء المركز الخاصة بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاعات الناشئة في عقود الدّولة مع توضيح آراء الفقه في هذا الشأن، وحتى لا يطغى على موضوع دراستنا الجانب النّظري فقد قمنا بإيراد أمثلة تطبيقيّة لبعض النّزاعات المطروحة على المركز وتحليل الأحكام الصّادرة عنها.

بناءً على ما تقدّم، سوف نعالج موضوع البحث في فصلين، حيث نتطرق إلى إتفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق **(الفصل الاول)**، ثم نعالج مسالة غياب إتفاق الأطراف حول القانون واجب التّطبيق **(الفصل الثّاني)**.

الفصل الأوّل

إتّفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق

تتّفق القوانين الوضعيّة على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الّذي يطبّق على موضوع النّزاع في عقود الدّولة، وذلك باعتبار أن هذه العقود تصنّف ضمن طائفة العقود الدّولية، وبالتّالي فهي لن تفلت من هذه القاعدة العامّة[1].

منحت الإتفاقية المنشئة للمركز الدّولي أطراف النّزاع الحرّية الكاملة في اختيار القانون واجب التّطبيق على علاقتهم، حيث جاء في العبارة الأولى من الإتفاقية مايلي:

" **تفصل المحكمة في النّزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرّها طرفا النّزاع، وإذا لم يتفق الطّرفان** (...)"[2].

يتّضح من هذه العبارة أنّ الأطراف يتمتّعون بالحرّية المطلقة في اختيار القانون واجب التّطبيق، فيمكن لهم إختيار قانون بلد أحد الطّرفين أو نظام قانوني آخر تابع لدولة أخرى، وبهذا فإنّ إتفاق الأطراف على اختيار قانون معيّن ليحكم موضوع نزاعهم يعتبر حاجزا أمام محكمة التّحكيم من اللّجوء إلى تطبيق قوانين أخرى تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[3].

بناءً على ما سبق، فسوف نتعرّض من خلال هذا الفصل إلى مفهوم فكرة قانون الإرادة باعتبارها من المبادئ المسلّم بها في تحديد القانون واجب التّطبيق **(المبحث الأوّل)**، ثم نبيّن أهم الإشكالات المترتبة عن إعمال قاعدة قانون الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق **(المبحث الثّاني)**.

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص. 213.

[2] المادة 42 من إتفاقية واشنطن.

[3] قبايلي طيب، المرجع السّابق، ص. 341.

المبحث الأوّل

في مفهوم فكرة قانون الإرادة

يلعب مبدأ قانون الإرادة دورا بارزا في الاتّفاق على القواعد القانونيّة واجبة التّطبيق على عقود الدّولة مع الأشخاص الأجنبيّة، إذ تعترف كافّة التّشريعات بهذا المبدأ، وتترك بموجبه للمتعاقدين الحريّة في اختيار القانون واجب التّطبيق على العقد[1].

هذا ما انعكس على نصوص اتفاقية واشنطن التّي تنصّ:" **تفصل المحكمة في النّزاع طبقا للقواعد القانونيّة التّي يقرّها طرفا النّزاع(...)**"[2].

بناءً على ما تقدّم، فإننا سنتعرّض من خلال هذا المبحث إلى المقصود بفكرة قانون الإرادة ونطاقها (**المطلب الأول)** باعتبارها أحد المبادئ الأساسية في تحديد القانون واجب التّطبيق، ثم نبيّن مدى تكريس هذا المبدأ على الصّعيد الداخلي و الدّولي (**المطلب الثاني)** موضّحين في نفس الوقت صور التّعبير عن إرادة الأطراف (**المطلب الثالث)**.

المطلب الأوّل

المقصود بفكرة قانون الإرادة و نطاقها

يراد بمبدأ قانون الإرادة، سموّ إرادة الأطراف في اختيار القانون الذّي يحكم علاقتهما التّعاقدية، ويعدّ من المبادئ المستقّرة في تحديد القانون واجب التّطبيق على العقود الدّولية، وللإحاطة أكثر بهذا الفكرة، سنتطرق إلى تبيان المقصود بها (**الفرع الأول)**، ونطاقها (**الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

المقصود بفكرة قانون الإرادة

لكي نستطيع ضبط معنى قانون الإرادة، لابدّ من تحديد تطور هذه الفكرة **(أولا)**، ثم التطرّق لتعريفها (**ثانيا)**.

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 207.

[2] المادة 42 من اتفاقية واشنطن.

أوّلا: تطوّر فكرة قانون الإرادة

لقد حكم مبدأ قانون الإرادة مسألة اختيار القانون واجب التّطبيق على التصرّفات الإراديّة منذ البدايات الأولى لنشوء علم تنازع القوانين[1]، فلم تكن قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين سائدة من قبل، بل إن الفكرة المستقرّة هي فكرة خضوع العقد لقانون محلّ الإبرام، فقد كان الفقه الإيطاليّ القديم في ظلّ مدرسة الأحوال القديمة يُخضع العقود لقانون الدّولة التّي أُبرمت فيها، سواء من ناحية شكلها أو موضوعها[2].

مع نهاية القرن الخامس عشر، قام الفقيه الإيطالي **Ruchus Curtius** بمحاولة تغيير قاعدة إخضاع العقد لقانون محلّ إبرامه، على أساس أن اختيار محلّ الإبرام هو بمثابة تعبير عن إرادة المتعاقدين الضّمنية الّذين قصدا اختيار قانون هذا المكان ليحكم العقد[3].

إنطلاقا من هذا، جاء الفقيه الفرنسي **Dumoulin** في القرن السّادس عشر ليستكمل هذه القاعدة بقوله أنّه إذا كان تطبيق قانون محلّ الإبرام يُفسَّر بالرضا الضّمني للمتعاقدين بهذا التّطبيق، فالأولى لهم بداهة أن يتّفقوا بإرادتهم الصّريحة على تطبيق قانون آخر[4].

في بداية القرن التّاسع عشر، قام الفقيهان **Moncini** و**Savigny** بإحياء فكرة قانون الإرادة، فقد سلّم الفقيه **Moncini** بفكرة خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنّيا عملا بمبدأ الحرّية[5].

---

[1] كرّاش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التّحكيم التّجاري الدّولي، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤوليّة، معهد الحقوق والعلوم الإداريّة، جامعة الجزائر، 2002، ص. 62.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. ص. 208-209.

[3] محمود محمّد ياقوت، حرّية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدّولي بين النّظرية و التّطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 26.

[4] راجع: بن غرّابي سمية، عقود التّجارة الالكترونيّة ومنهج تنازع القوانين، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التّعاون الدّولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمّري، تيزي وزّو، 2009، ص. 95.

[5] راجع حول الموضوع: قبايلي طيب، المرجع السّابق، ص. 238.

ذهب **Savigny** إلى تبرير خضوع العقد لمكان تنفيذه بدعوى الخضوع الإختياري للأطراف المتعاقدة[1]، حيث كان يعتدّ بتحليل العلاقات القانونيّة وتركيزها في مكان معيّن، هذا الأخير هو المكان الذي تنتج فيه الرّابطة أو العلاقة أثارها، ثم يخضع هذه العلاقة للقانون السّائد في هذا المكان[2].

ثانيا: تعريف فكرة قانون الإرادة

يقصد بفكرة قانون الإرادة بصفة عامّة، المصدر الأساسّي لإنشاء الحقوق والإلتزامات النّاتجة عن العقد، أو هي قدرة المتعاقدين في خلق قانون خاص ليكون مرجعهم القانونّي في جميع مراحل سير العمليّة التعاقديّة[3].

عرّفت هذه الفكرة كذلك بأنّها السّلطة المعترف بها في نظام قانوني ما لشخص أو أكثر لإنشاء مراكز قانونيّة معترف بها في هذا النّظام الذّي لولاه لما كانت تلك المراكز موجودة أو كان وجودها بصورة مختلفة[4].

الفرع الثّاني

نطاق فكرة قانون الإرادة

إذا كان إعمال مبدأ قانون إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التّطبيق على عقدهما قد تأكّد في فقه القانون الدّولي الخاص في نهاية القرن التّاسع عشر، فإنّ الخلاف قد إستمرّ بين الشرّاح حول ما إذا كان هذا الاختيار يرتّد إلى مطلق سلطان الإرادة أم العكس، أي إلى إرادة المشرع الذي منح للمتعاقدين القدرة لحل مشكلة تنازع القوانين[5].

---

[1] خلاّف فاتح، القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع التّحكيمي في التّشريع الجزائري، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصّصّ قانون السوق، كليّة الحقوق، جامعة محمد الصّديق بن يحيى، جيجل، 2008، ص. 7.

[2] بشّار محمد الأسعد،المرجع السّابق، ص. 97.

[3] خلّيفي سمير، حل النّزاعات في عقود التّجارة الإلكترونية، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي، تخصّصّ قانون التّعاون الدّولي، كليّة الحقوق ، جامعة مولود معمّري تيزي وزّو، 2010، ص. 21.

[4] THOUMYRE Lionel, « L'échange des Consentements dans le Commerce Electronique », lex Electronica, vol.5, n°1, 1999, P.4, disponible sur le site : www.lex-electronica.com.

[5] بن غرابي سميّة، المرجع السّابق، ص. ص. 101-102.

لقد ترجم هذا الإختلاف من خلال مضمونّي نظريتين، النّظرية الشّخصية و النّظرية الموضوعيّة.

أوّلا: النّظرية الشخصيّة

تنتمي هذه النّظرية إلى تعاليم المذاهب الفرديّة، ويرى أنصارها أنّه إذا كان العقد الدّولي هو العقد الذّي يتّصل في الأصل بأكثر من نظام قانوني واحد، فإنّه قد أصبح على هذا النّحو عقدا يفلت من أي تنظيم قانوني؛ وبهذا فقد أخرج أنصار المدرسة الشّخصية العقود الدّولية من دائرة تنازع القوانين وتزاحمها، وبالتّالي فهي لا تخضع على هذا النّحو لغير سلطان الإرادة[1].

يترتّب عن إعمال النّظرية الشخصيّة إندماج القانون المختار من قبل المتعاقدين في العقد لتعامل أحكامه معاملة الشّروط التعاقديّة، مما يخوّل للأطراف سلطة إستبعاد أيّ منها والإتّفاق على ما يخالفها، حتى وإنّ كانت قواعد آمرة، كما يمكن لهم تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون[2].

ثانيا: النّظرية الموضوعيّة

يميل أنصار هذه النّظرية إلى القول أنّ حرّية الأطراف في اختيار القانون واجب التّطبيق تتمثّل في تركيز عناصر العلاقة التّعاقدية في إطار نظام قانوني معيّن يتّصل لزاما بهذه الرّابطة، وأنّ أساس عدم إطلاق حرّية الأطراف في اختيار القانون واجب التّطبيق على عقدهم وإلزامهم باختيار أحد القوانين المتّصلة بالعقد هو أنّ إختيار قانون العقد لا يستند إلى حرّية إرادة الأطراف في ذاتها، وإنّما إلى نصوص القانون التّي أعطت لإرادتهم هذه الحرّية، مما يعني أنّ إرادة المتعاقدين ليست مطلقة بل مقيّدة بالقواعد القانونيّة الآمرة التي تحمي المصالح العليا للمجتمع[3].

---

[1] هشام علي صادق، القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الدّولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. ص. 128-129.

[2] جابر ليندا، القانون الواجب التّطبيق على عقود الإستثمار الأجنبّي، شركة المؤسّسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014، ص. 27.

[3] حسين أحمد الجندّي، المرجع السّابق، ص. 174.

يترتّب عن عدم إطلاق حرّية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التّطبيق على العقد عدم إندماج نصوص القانون المختار، وبالتّالي عدم إمكانيّة إستبعاد قواعده الآمرة[1].

المطلب الثّاني

تكريس مبدأ قانون الإرادة

بالرّغم من اختلاف فقه القانون الدّولي الخاص في تحديد نطاق فكرة قانون الإرادة، إلاّ أنّ أغلب القوانين والتّشريعات الدّاخلية للدّول قد كرّست هذا المبدأ، ومنحت له دورا حاسما في تحديد القانون واجب التّطبيق (**الفرع الأول**)، كما أخذت به العديد من الإتّفاقيّات الدولية على المستوى الدّولي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأوّل

على الصعيد الدّاخلي

كرّست معظم التشريعات الوطنّية قاعدة حرّية الأطراف في اختيار القانون واجب التّطبيق على عقدهم، فنجد المشرّع الجزائري قد تردّد في ترتيب أولوية قانون الإرادة في إعمال القانون واجب التطبيق على العقود قبل تعديله للقانون المدني وإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المّادة 18 من القانون المدني على أنه: " **يسري على الالتزامات التّعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**"[2].

كما نصت المّادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:

" **تفصل محكمة التحكيم في النّزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة**"[3].

---

[1] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 340.

[2] أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج عدد 44 لسنة 2005.

[3] قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21 لسنة 2008.

هذا على عكس ما يقابلها في المادة 58 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 93-09 والتي نصت على ما يلي:" **تفصل محكمة التحكيم في النّزاع طبقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**"[1].

كما أخذ به كذلك المشرّع المصري، حيث تنص المّادة 1/19 من قانونه المدني على أنّه:

" **يسري على الالتزامات التّعاقدية قانون الدّولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتّحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تّم فيها العقد(...)**"[2].

لقد نص قانون التّحكيم الاسباني الصادر سنة 1988 في المادة 62 منه على أنه:

" **يقضي المحكّمون طبقا للقانون الذي عيّنته الأطراف صراحة(...)** "[3].

كما أكّد المشرّع الفرنسي من خلال المّادة 1511 من قانون الإجراءات المدنيّة الجديد على سلطان إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التّطبيق حيث نصّ على أنّه:

« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies (...) »[4].

---

[1] مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، تضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 27 لسنة 1993.(ملغى).

[2] أنظر القانون المدني المصري، منشور على الموقع التالي ومطلع عليه بتاريخ 30-03-2017، 11:03 www.wipo.int/edocs/ledocs/laws/ar/eg/eg_026_ar.pdf

[3] نقلا عن : خالد كمال عكاشة، دور التّحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014، ص. 231.

[4] Décret N° 75-1123 du 05 décembre 1975 instituant le nouveau code de procédure civile, modifié par décret N° 2011-48 du 13 janvier 2011, disponible sur le site : www.legisfrance.gouv.fr.

الفرع الثّاني

على الصّعيد الدّولي

لم يقتصر الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنّية فقط، إذ تبنّته العديد من الإتّفاقيات والقوانين الدّولية، وهذا نظرا للأهميّة البالغة التي يحظى بها هذا المبدأ في حلّ نزاعات العقود الدّولية[1].

نجد المّادة 1/7 من الإتّفاقية الأوروبّية للتّحكيم لسنة 1961 تنص على أنّه:

" **للأطراف الحرّية في اختيار القانون الذي يتعيّن على المحكّمين تطبيقه على موضوع النّزاع(...)**"[2].

كذلك إتفاقية لاهاي الخاصّة بالقانون واجب التّطبيق على البيع الدّولي للبضائع لسنة 1955 التي نصّت في مادّتها الثّانية على أنّ: " **القانون الواجب التّطبيق هو القانون الوطني للبلد الذي عيّنه أطراف العقد(...)**"[3].

لقد نصّت في هذا الصّدد أيضا المادّة 1/5 من إتّفاقية نيويورك الخاصّة بالاعتراف بأحكام التّحكيم الأجنبيّة على أنّه: " **لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التّحكيم وتنفيذه إلاّ إذا قدّم الخصم المتمسّك ضدّه بالحكم بالدّليل على أنّ إتّفاق التّحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضع أطراف الإتفاق له، أو عن عدم النّص على ذلك ووفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم**"[4].

---

[1] خليفي سمير، المرجع السّابق، ص. 23.

[2] نقلا عن: حسن علي كاظم، تسوية المنازعات النّاشئة عن عقد التّرخيص الدّولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الجزائر، 2005، ص. 241.

[3] فوزي محمد سامي، التّحكيم التّجاري الدّولي، دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، القاهرة، 2010، ص. 189.

[4] اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمّن الانضمام بتحفّظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتّحدة في نيويورك، بتاريخ 10 جوان 1958، والخاصّة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر.ج.ج عدد 48 لسنة 1988.

أمّا إتفاقية عمّان العربيّة للتّحكيم التّجاري الدّولي لسنة 1987، فقد نصّت المّادة 1/21 منها على مايلي: " **تفصل الهيئة في النّزاع وفقا للعقد المبرم بين الطّرفين وأحكام القانون الذي إتفق عليه الطّرفان صراحة أو ضمنا إن وجد**"، ومن خلال هذا النص نخلص إلى أنّ الإتّفاقية قد منحت أطراف العقد الحرّية في اختيار القانون واجب التّطبيق على عقدهم[1].

نجد في هذا المنحى كذلك ما جاء في المادة 1/21 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، والتي تنص: " **تفصل الهيئة وفق للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا(...)**"[2].

بالرّجوع إلى أنظمة التّحكيم نجدها هي الأخرى قد كرّست فكرة سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التّطبيق، فنجد مثلا نظام التّحكيم لدى غرفة التّجارة الدّولية **CCI** الذّي يتضمّن في المادة 1/17 منه مايلي:

« Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal devra appliquer au fond du litige (…) »[3].

المطلب الثّالث

صور التّعبير عن الإرادة

باستقراء الآراء الفقهيّة وأحكام القضاء ومحاكم التّحكيم، وكذا القوانين الوضعيّة والمعاهدات الدّوليّة نجد أنّها تتّفق على حقّ الأطراف في اختيار القانون المطبّق على عقدهم،

---

[1] نقلا عن: والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د س م ، ص. 305.

[2] نقلا عن: فوزي محمد سامي، المرجع السّابق، ص. 191.

[3] راجع: نظام التحكيم لدى غرفة التّجارة الدّولية، متاح على الموقع:
http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-arbitration-rules-arabic.pdf.

سواء كان هذا الإختيار صريحا أو ضمنيّا من خلال وجود مؤشّرات قويّة تفيد اختياره ضمنيّا، وبالتّالي لا يجوز للمحكّم أن يطرح هذا الإختيار جانبا ليطبّق قانونا آخر لم يقصده الأطراف[1].

بالعودة لنصّ المّادة 42 من اتفاقية واشنطن، نجد أنّها لم تحدّد وسيلة معيّنة للتعبير عن الإرادة، فقد اكتفت بالنصّ على التزام المحكّم بالفصل في النّزاع وفقا للقانون الذي إتفق عليه الطّرفان، إلاّ أنّ التّعبير عن الإرادة قد يكون في صورتين: تعبير صريح **(الفرع الأول)** أو تعبير ضمني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

التّعبير الصّريح

يكون إختيار الأطراف للقانون واجب التّطبيق صريحا عندما يضمنّان في العقد بندا يتضّمن القانون الذي يحكمه، فعندما تكون نيّة الطّرفين مصرّح عنها بوضوح ومكتوبة فإنّها تقرّر بصورة عامّة القانون واجب التّطبيق[2].

ثمّ إنّ تحديد القانون واجب التّطبيق على العقد صراحة من قبل الأطراف له أهمّية خاصّة، إذ يوفر لهم حماية مستقبليّة، ممّا جعل البعض يقول بأنّ" تضمين المتعاقدين عقدهم شرطا أو بندا يحدّد الاختصاص التّشريعي، يجعلهم يتصرّفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوّطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار"[3].

---

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التّحكيم في منازعات العقود الإداريّة الدّولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص. 331.

[2] أصوفي البشير، خصوصيّات التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار، رسالة لنيل دبلوم الدّراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص، كلّية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، جامعة حسن الأوّل، سطات، د.س.م، ص. 159.

[3] معيفي لعزيز، الوسائل القانونيّة لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص. 292.

بالتّالي فإنّ قيام الطّرفين باختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم صراحة، يصاحبه التزام المحكمة بتنفيذ إختيارهم، وذلك على أساس حرّية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم المسائل التّي تدخل ضمن صلاحيّاتهم التّعاقدية[1].

يرى جانب من الفقه أنّ إختيار الأطراف للقانون واجب التّطبيق وفقا للمّادة 1/42 من الإتفاقية يجب أن يكون صريحا، وأنّه يتعيّن على الأطراف من أجل الاستفادة من الحقّ المنصوص عليه في المادّة 1/42 أن يعيّنوا القانون واجب التّطبيق من خلال تضمين العقد شرطا أو مجموعة من الشّروط الواضحة والمعبّرة عن هذا الإختيار[2].

أمّا فيما يخصّ زمن ممارسة حقّ الإختيار، فنطرح التّساؤل هل أنّ ممارسة هذا الحق مقترن بوقت إبرام العقد أم أنه مفتوح أمام الأطراف حتى عند نشوء النّزاع؟[3] هذا الحقّ يثبت للأطراف إبتداءً من لحظة إبرام العقد ويستمرّ بعد ذلك، فاختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق يمكن أن يأتي معاصرا لإبرام العقد أو لاحقا عليه[4].

الفرع الثّاني

التّعبير الضّمني

يرى جانب من الفقه أنّه في حال عدم تعبير الأطراف صراحة عن إرادتهم في اختيار قانون معيّن ليحكم موضوع النّزاع، فإنّه من واجب المحكم أن يكشف عن الإرادة الضّمنية

[1] RATCHANEEKORM Larpvanichar, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, discipline droit international privé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille 2, Cambrai, 2012, P. 51.

[2] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 347.

[3] BUSIT Obeid, The determination of applicable law in international commercial arbitration, the sixteenth annual conference on "International Commercial Arbitration the most important Alternatives for commercial dispute resolution", UAE University, 28th to 30th April 2008, p. 200.

[4] طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 56.

للأطراف، وفي عقود الإستثمار فإنّ وجود الدّولة كطرف في العقد يجعل القانون الذي له صلة جوهريّة به هو قانونها الوطني، إذ أنّه يرتبط بموضوع النّزاع من جميع الجوانب[1].

يثور التساؤل هنا في مدى إمكانية تطبيق هذه القاعدة أي الإعتراف بالإرادة الضّمنية في غياب إتّفاق الأطراف الصّريح وفقا للمادة 1/42 من إتفاقية واشنطن؟

يميل جانب من الفقه في هذا الصدد إلى القول بعدم إشتراط الإختيار الصّريح للقانون واجب التّطبيق، إذ يكفي الإختيار الضّمني لتحديد هذا القانون، أنصار هذا الاتجاه يميلون إلى التّمسك بحرفيّة نص المادة 42 من الإتفاقية، حيث أنّها لم تشترط أن يكون إتّفاق الأطراف صريحا ولم تمنع أن يكون ضمنّيا، في مقابل ذلك يميل جانب آخر إلى اشتراط أن يكون اختيار الأطراف صريحا وواضحا[2].

يترتّب ممّا سبق، أنّ نصّ المادّة 42 وإنّ كانت لا تشترط أن يكون إتفاق الأطراف صريحا إلاّ أنّ ذلك يفهم ضمنّيا، إذ أنّ إدعاء العكس يفرغ الجملة الثّانية من نفس المّادة من فحواها[3]، وبالتالي فعند غياب شرط صريح على اختيار القانون واجب التّطبيق فإنّ المادّة 42 تلزم المحكّم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار بما في ذلك قواعده الخاصّة بتنازع القوانين وكذا قواعد القانون الدّولي[4].

[1] أصوفي البشير، المرجع السّابق، ص. 160.

[2] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 183.

[3] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 347.

[4] جلال وفاء محمدين، المرجع السّابق، ص. 61.

المبحث الثّاني

الإشكالات النّاجمة عن تحديد الأطراف للقانون واجب التّطبيق

من المستقرّ عليه في التّشريعات الوطنيّة والإتّفاقيات الدّولية أنّ للأطراف الحريّة التّامة في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم وكذا النّزاعات النّاشئة عنه، خصوصا في عقود الإستثمار الدّولي[1].

عليه يبدو لنا للوهلة الأولى أنّ تحديد القانون واجب التّطبيق على عقود الإستثمار لا يثير أيّ صعوبات كونه نابعا عن الإرادة الحرة لأطراف العلاقة، إلاّ أنّ الواقع العملي أظهر بعض الإشكالات والتي ترتكز خصّيصا حول تحديد نطاق تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف **(المطلب الأوّل)** وكذا سلطة الأطراف في تقييد القانون المختار **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

تحديد نطاق تطبيق القانون المختار

تثير مسألة إختيار الأطراف للقانون واجب التّطبيق مسألة ما إذا كان هذا الإختيار يشمل فقط القواعد الموضوعيّة لهذا الأخير **(الفرع الأوّل)** أم أنّه يمتّد ليشمل قواعد التّنازع فيه **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

التّطبيق الكلّي للقانون المختار

يرى أنصار هذا الإتّجاه أنّه على المحكّم تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدّولة الذي إختاره الأطراف، بشرط أن لا ينصّ الأطراف صراحة على إستبعاد قواعد الإسناد فيه، ويستندون

[1] BUSIT Obeid, Op. cit., P. 200.

في ذلك إلى أنّ قاعدة قانون الإرادة لا تعطي حلاّ مباشرا ينهي النّزاع، بل يقتصر دورها فقط على بيان القانون الذي يمنح الحلّ الموضوعي والنّهائي للنّزاع[1].

ترى الأستاذة لما أحمد كوجان في هذه المسألة أنّ المادة 1/42 في عبارتها الأولى على أنّ المحكمة تفصل في النّزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتّفق عليها الطّرفان ما هو إلاّ تجسيد للحرّية الواسعة التي أعطيت للأطراف في اختيار مجموعة من القواعد القانونية لتشّكل القانون الذي يحكم النّزاع بينهم. إذا فالأطراف يمكنهم تحديد ما إذا كانت قواعد تنازع القوانين المتعلّقة بالدّولة التي اختاروا تطبيق قانونها تدخل أم لا ضمن هذه القواعد التي اختاروها، ويملكون وحدهم الحرّية في استثنائها أو عدم استثنائها[2].

نعلم أنه يمكن للأطراف أن يختاروا قواعد القانون الدّولي كحلّ من الحلول المتوفرة لهم في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق، وغالبا ما تحيل قواعد القانون الدّولي الواردة في الإتفاقيات الدّولية الثنائية والمتعددة الأطراف إذا كانت واجبة التطبيق إلى قواعد القانون الدّاخلي للدّولة المضيفة، فإن تحققت هذه الإحالة يتعين على المحكم تطبيق القواعد الدّاخلية المحال إليها[3].

أحالت الإتفاقية الثنائية الجزائرية البلجيكية اللّكسمبورغية في المادة 04/09 صراحة على تطبيق القانون الوطني للطّرف المتعاقد بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، أحكام هذه الإتفاقية ونصوص الإتفاق الخاص بتنفيذ إستثمار معيّن والمبادئ العامّة للقانون[4].

يعدّ الأخذ بهذا الرّأي وتطبيق قواعد التّنازع الواردة في القانون المختار من قبل محكمة التّحكيم لجوء إلى المجهول، فقد يترتّب عن ذلك تطبيق نظام قانوني آخر غير الذي إنصرفت إليه

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 233.

[2] كوجان لما أحمد، التحكيم في عقود الإستثمار بين الدّولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص. 141.

[3] أنظر: قبايلي طّيب، المرجع السّابق، ص. 355.

[4] مرسوم رئاسي رقم 345/91 مؤرخ في 25 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الحكومة الجزائرية وإتحاد الإقتصاد البلجيكي اللّوكسمبورغي المتعلق بتشجيع وحماية الإستثمار المتبادلة والموقعة بالجزائر، في 24 أفريل 1991، ج.ر.ج.ج عدد 46 لسنة 1991.

إرادة الأطراف؛ فضلا عن ذلك فإنّ تطبيق قواعد التّنازع الواردة في القانون المحال إليه إثر تطبيق قاعدة التّنازع الأولى قد تحيل إلى نظام قانوني ثالث، وهكذا تظلّ هيئة الحكم تدور في حلقة مفرغة، فإذا أراد الأطراف تطبيق قواعد موضوعيّة معيّنة في إطار قانون محدّد، فلا داعي لتحديدها بطريقة غير مباشرة عن طريق تطبيق قاعدة التّنازع[1].

الفرع الثّاني

إعمال القواعد الموضوعيّة للقانون المختار

إذا كان القاضي الوطني مقيّدا بقواعد الإسناد الوطنيّة التّي تحيله إلى القانون واجب التّطبيق، فإنّ الأمر يختلف بالنّسبة للمحكّم الدّولي باعتبار أنّ هذا الأخير ليس له قانون اختصاص ولا يخضع لسيادة أيّ دولة، كما أنّه لا يصدر قراره باسم الدّولة، ممّا يعني أنّ كلّ القوانين الدّاخلية تعتبر أجنبيّة بالنّسبة إليه، هذا ما يؤكّد الطّابع المادّي لقاعدة حريّة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وبالتّالي فقدان قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة لطابعها التّنازعي[2].

من المستقرّ عليه في فقه وقانون التّحكيم التّجاري الدّولي[3]، أنّه إذا إتفق أطراف عقد الإستثمار على تطبيق قانون دولة معيّنة، فإنّه يتعيّن على المحكم تطبيق القواعد الموضوعيّة في هذا القانون دون القواعد الخاصّة بتنازع القوانين[4]، وبالتّالي تمنح هذه القاعدة للمتعاقدين القدرة على التّنظيم الذّاتي للعقد مع مراعاة الأحكام الآمرة في هذا القانون، كما تخوّل للمتعاقدين القدرة على

---

[1] MANCIAUX Sebastien, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres états, litec, Paris, 2004, p. p. 288-289.

[2] عدلي محمّد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 236.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التّطبيق على موضوع التّحكيم، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، عدد1، 2008، ص. 38.

[4] عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النّزاع في التّحكيم التّجاري والأثر المترتّب على عدم مراعاته من قبل هيئة التّحكيم، المؤتمر السنوي السّادس عشر حول "التّحكيم التّجاري الدّولي"، يومي 28 و 29 أكتوبر 2008، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، كلية القانون، ص. 588، متاح على الموقع: http://slcof.uaeu.ac.ae.

وضع الشّروط العقديّة التي تناسبهم بما في ذلك حقّهم في اختيار قانون دولة معيّنة لينظّم العلاقة بينهم[1].

يعتبر شرط الثّبات التشريعي الحلّ الوحيد الذي يتضمن تطبيق القانون المختار على موضوع النّزاع بقواعده النافذة وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها حيث أنّه إذا إتفق الأطراف على قانون دولة معينة فإنّ القواعد الموضوعيّة الواردة فيه هي الأنسب للتّطبيق دون إعمال القواعد الخاصة بتنازع القوانين[2].

المطلب الثّاني

سلطة الأطراف في تقييد القانون المختار

لقد حاولت الشّركات الأجنبيّة تجنّب إخضاع العقد لأحكام القوانين الوطنيّة، وهذا من خلال فصل العقد عن القانون الوطني وتحييد دوره لمنع تحكّمه في هذه العقود، وعندما تصطدم هذه المحاولات بمبدأ قانون الإرادة فإنّ السّبيل الوحيد لإفراغ القانون المختار من مضمونه هومنح الأطراف بعض السّلطات[3]، والتّي تتمثل أساسا في حقّ الأطراف في تضمين العقد شرط تثبيت القانون المختار من حيث الزّمان (**الفرع الأوّل**) ومحاولة إدماج قواعده (**الفرع الثّاني**) وكذا محاولة إضفاء الصّفة الإحتياطيّة على أحكامه (**الفرع الثّالث**).

الفرع الأوّل

إدراج شرط الثّبات التّشريعي

الأصل في عقود الإستثمار خضوعها لكافّة التغيّرات والتّعديلات التي تطرأ على القانون واجب التّطبيق، خاصّة عندما يكون هذا الأخير هو القانون الوطني للدّولة المتعاقدة، وهذا ما لا يحبّذه الطّرف الأجنبي (المستثمر) الذي يعمل جاهدا للحدّ من الإختصاص التّشريعي لهذا القانون،

[1] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 236.

[2] MANCIAUX Sebastien, op. cit., p. 289.

[3] بشار محمّد الأسعد، المرجع السّابق، ص. 160.

وذلك عن طريق إدراج ما يسمى بشرط الثّبات التّشريعي[1]. وسنقوم في هذا المقام بمحاولة تبيان المقصود بهذا الشّرط (**أوّلا**) وكذا موقف إتفاقية واشنطن منه (**ثانيا**).

أوّلا: المقصود بشرط الثّبات التّشريعي

يقصد بشرط الثّبات التّشريعي ذلك الشّرط الذي تتعهّد بموجبه الدّولة بعدم تطبيق أيّ تشريع أو لائحة جديدة على العقد المبرم بينها وبين الطّرف الأجنبّي، هذا الشرط يخوّل الأطراف سلطة تجميد القانون المختار من حيث الزّمان حيث لا تسري عليهم إلاّ أحكامه النّافذة وقت إبرام العقد دون التّعديلات المستقبليّة[2].

يترتّب على إدراج هذا الشّرط في عقود الإستثمار منع الدّولة من إتّخاذ أيّ موقف تكون نتيجته التّأثير على العقد والعلاقة التعاقديّة، فحقّ الدّولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ليس له وجود في ظلّ هذا النّوع من الشّروط، إذ يتمّ سلب حقّ الدّولة لمصلحة المتعاقد معها، هذا وإن كان هناك من يرى بحقّ الدّولة في التّعديل الإنفرادي للعقد استنادا إلى مبرّرات أخرى[3].

إختلف الفقه حول مدى صحّة وفعالية شرط الثّبات التّشريعي، حيث يرى معظم الفقهاء ومن بينهم **P.Weil** و**P.Mayer** أنّ الدّولة لا تستطيع التّنازل عن سيادتها لفائدة مصالح خاصّة، بينما يرى البعض الآخر بضرورة الأخذ بعين الإعتبار مصالح الطّرفين، باعتبار أنّه إذا كان

---

[1] صرّاح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 49.

[2] راجع في هذا المعنى:

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدّولية الاقتصاديّة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 72.

– إقلولي محمد، "شروط الإستقرار التّشريعي المدرجة في عقود الدّولة في مجال الإستثمار"، المجلّة النّقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد1، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. 95.

[3] شوشو عاشور، الحماية الإتّفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص. 82.

الهدف الأساسي للبلدان النّامية هو جذب رؤوس الأموال الأجنبيّة فإنّه من حق الشّركات الأجنبيّة هي الأخرى البحث عن حقها في الحماية[1].

ثانيا: موقف إتّفاقية واشنطن من شرط الثّبات التّشريعي

باستقراء نصّ المادّة 42 من الإتفاقية نجد أنّها لم تتعرّض صراحة لبند الثّبات التّشريعي، بل تركت الحرّية للأطراف في تحديد القانون الذي يرونه ملائما للتّطبيق على عقدهم، وبالتّالي فإنّ تحديد القانون واجب التّطبيق من طرف المحكّم يكون بالنّظر إلى مدى تضمين الأطراف لبند الثّبات التّشريعي في عقد الإستثمار من عدمه؛ فإذا إتفق الأطراف على تضمين عقد الإستثمار ببند الثّبات فإنّه يتعيّن على محكمة التّحكيم تطبيق القانون المختار وفقا لما كان عليه وقت إبرام العقد، أمّا في الحالة العكسيّة أي خلوّ العقد من بند الثّبات التّشريعي فإنّه على محكمة التّحكيم تطبيق القانون الذي إتّجهت إليه إرادة الأطراف للفصل في موضوع النّزاع وفقا لما هو عليه وقت إنعقاد محكمة التّحكيم[2].

الفرع الثّاني

إندماج قانون الإرادة في العقد

يتمتّع أطراف عقد الإستثمار بسلطة إدماج قواعد القانون المختار في العقد وتجريده من الصّفة الإلزاميّة وتحويله إلى مجرّد شروط تعاقديّة، سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان المقصود باندماج قانون الإرادة في العقد **(أوّلا)**، وكذا موقف إتّفاقية واشنطن منه **(ثانيا)**.

أوّلا: المقصود باندماج قانون الإرادة في العقد

الإندماج، فكرة مقتضاها نزول أحكام القانون المختار من قبل الأطراف منزلة الشّروط التعاقديّة، بحيث لا يكون لها سوى قيمة وقوّة شروط العقد، ممّا يسمح للمتعاقدين باستبعاد بعض

[1] عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبيّة في القانون الجزائري، دار هومه للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014، ص. 219.

[2] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. ص. 188-189.

القواعد الآمرة في هذا القانون وعدم الأخذ بالتّعديلات التشريعيّة اللاّحقة على إبرام العقد و/أو خلال فترة تنفيذه[1]، كأنّ القانون يتجرّد من سلطانه وينصهر في العقد، ويصبح جزء منه[2].

يترتّب عن اندماج قانون الإرادة في العقد آثارا قانونيّة منها تجميد القانون المختار على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد، ممّا يعني عدم الاعتداد بالتّعديلات التشريعيّة اللاّحقة التّي تطرأ على القانون المختار، حتّى وإنّ كانت هذه الأخيرة (أي التّعديلات) ذات صبغة آمرة[3].

تعرّض أنصار هذه الفكرة إلى انتقادات حادّة بسبب مغالاتهم في تقديس مبدأ سلطان الإرادة، وتدور مجملها في كون أنّه لا يمكن أن تنشأ عقود الإستثمار في ظل فراغ قانوني باعتبار أنّ رغبتهم في إنشاء نظام قانوني مستقل يستمّد قوّته من إرادة الأطراف لا يمكن التّسليم بها، إذ أنّ الأطراف لا يستطيعون تنظيم عقدهم بصورة كاملة ومستقلّة عن أيّ نظام قانوني، إذ سيتخلّل تنظيمهم العقدي حتما ثغرات في المستقبل، والتي يتعيّن الرّجوع إلى نظام قانوني معيّن لسدّها[4].

ثانيا: موقف إتّفاقية واشنطن من اندماج قانون الإرادة في العقد

فيما يخصّ موقف إتّفاقية واشنطن من فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد، فنجد أنّ الإتّفاقية لم تتضمّن نصّا صريحا يتعلّق بهذه الفكرة، ممّا يعني أنّ نصوص إتّفاقية واشنطن والمّادة 42 على وجه الخصوص قد ألزمت محكمة التّحكيم بالتحقّق من مدى إتّفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق من عدمه؛ فإذا ثبت لها وجود إتّفاق تلتزم به وفقا للعبارة الأولى من المادة 1/42 ، أما إذا ثبت لها عدم إتّفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق فتلتزم حينئذ بتطبيق العبارة الثّانية من نفس المادة، أيّ تطبيق قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع بما في ذلك قواعده في التّنازع ومبادئ القانون الدّولي واجبة التّطبيق[5].

[1] بشّار محمّد الأسعد، المرجع السّابق، ص. 183.

[2] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 19.

[3] معيفي لعزيز، المرجع السّابق، ص. 301.

[4] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 190.

[5] المرجع نفسه، ص. 191.

الفرع الثّالث

الدّور الاحتياطي لقانون الإرادة

لمّ تقف محاولات الأطراف من أجل تمييع قانون الإرادة وإفراغه من مضمونه عند فكرة إدماج العقد في القانون المختار، بل حاولوا كذلك تهميش هذا الأخير من خلال الإكتفاء بتقرير دور احتياطي له، وعليه سنقوم بتبيان المقصود بالدّور الاحتياطي لقانون الإرادة **(أوّلا)** لنتفرّغ بعد ذلك لتقييم هذه الفكرة **(ثانيا)**.

أوّلا: المقصود بالدّور الاحتياطي لقانون الإرادة

يرى البعض أنّ العقد الدّولي إذا كان مفصّلا ومحبوكا في صياغته القانونيّة ومحرّرا بشكل دقيق، فإنّه ينشئ حقوقا وواجبات ملزمة للأطراف بلا حاجة إلى قاعدة قانونيّة، ومنه فإعداد العقد وتحريره أشبه بعمليّة سنّ القانون، والشّروط العقديّة تمثّل في مجملها قانونا خاصا يتكوّن من قواعد قانونيّة فرديّة، يحقّق الكفاية الذّاتية للتّعريف بآثار العقد، دون اللّجوء إلى نظام قانوني آخر، ولعلّ هذا يمثّل إحدى النتائج الهامّة لمبدأ سلطان الإرادة، وعلى هذا الأساس فإنّ اعتبار العقد قانون الأطراف ونظرا للكفاية الذاتيّة للعقد، فإنّ المحكم لا يخرج من نطاق العقد في حلّ النزاع دون الحاجة إلى أي قانون كان إلاّ على سبيل الإحتياط[1].

تعتبر فكرة إحتياطية قانون الإرادة على هذا النّحو نظاما جديدا أنشأته إرادة الأطراف وهو مستقلّ عن أي نظام قانوني آخر، ونظرا لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافّة المشاكل القانونيّة والنّقص الذّي يشوبه، فلا يوجد مانع للّجوء إلى النّظام القانوني للدّولة المتعاقدة أو المبادئ العامة للقانون الدّولي لسدّه، باعتبارها شروطا تعاقدية، لا باعتبارها نصوصا قانونيّة[2].

[1] بشّار محمّد الأسعد، عقود الدّولة في القانون الدّولي، منشورات زين الحقوقيّة، بيروت، 2010، ص. ص. 237-238.
[2] معيفي لعزيز، المرجع السّابق، ص. 302.

ثانيا: تقييم فكرة إحتياطية قانون الإرادة

بالرّغم من تكريس هذه الفكرة سواء من قبل القضاء أو على مستوى الممارسات التّعاقدية، إلاّ أنّها انتقدت على أساس أنّ إرادة الأطراف وحدها لا تكفي لإنشاء نظام قانوني جديد يرتّب آثارا قانونية، إلاّ إذا تمّ تضمينها في نظام قانوني قائم بحدّ ذاته[1]، إذّ أنّ القول بعكس ذلك يعني الاعتراف بسموّ الإرادة الفرديّة على القانون وتقدّمها في خلق القواعد التي تنظّم أنشطة الفرد الاجتماعية والاقتصادية وهو ما لا يمكن قبوله، ذلك أن الإرادة لا تقدر على ترتيب أي آثار قانونية إلاّ إذا انطوت تحت مظلّة نظام قانوني سابق على وجودها يقرّر أنّ اتفاق الأطراف قادر على أن يرتّب في ظل تحقّق شروط معيّنة آثارا قانونية[2].

المطلب الثّالث

حدود إتفاق الأطراف

يثار التساؤل في هذا الصّدد عن موقف اتفاقية واشنطن من مبدأ حرية الإرادة في اختيار القانون واجب التّطبيق، فهل أطلقت الاتفاقية للمتعاقدين الحّرية في تحديد القانون واجب التطبيق على منازعاتهم أم وضعت عليها بعض القيود؟

بالرّجوع إلى نصوص الاتفاقية وتحديدا العبارة الأولى من نصّ المادة 1/42 منها نجد أنّ الاتفاقية قد منحت أطراف عقد الاستثمار قدرا واسعا من الحّرية في تحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم إذا ما أثير نزاع بشأنه وعرض الأمر على التّحكيم في إطار نظام المركز، وعليه فإنّ فرض حدود معيّنة على إرادة الأطراف يعتبر زيادة للنصّ لا مبرّر له[3].

---

[1] إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدّولة في مجال الاستثمار " التّجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. 321.

[2] بشّار محمّد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدّولية الخاصة، المرجع السّابق، ص. 200.

[3] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 180.

ذهب جانب من الفقه في هذا الصّدد إلى القول أنّ استخدام النّص لتعبير " قواعد القانون" بدلا من تعبير " القانون" يعبر عن رغبة واضعي الإتفاقية في الإعتراف للأطراف بالحّريّة الكاملة في تحديد القواعد واجبة التطبيق[1]، فيجوز لهم اختيار أيّ قانون ولو لم يكن ذا صلة بالعقد أو قانونا وطنيّا معيّنا، ويجوز لهم اختيار القانون الدّولي العام أو المبادئ العامة للقانون[2].

علّق الأستاذ **N.Nasser** في مقاله حول تدويل عقود الدّولة على الجملة الأولى من نصّ المادة 1/42 كما يلي :

" **بموجب هذه الجملة فإنّه يلزم التّصديق المطلق على ما يتّفق عليه الأطراف، فيحق للأطراف اختيار أيّ قانون لينطبق على علاقتهم التعاقدية، بغضّ النّظر عمّا إذا كان اختيارهم للقانون واجب التطبيق عقلاني ملائم أم لا، والقانون المختار قد يكون قانون دولة المستثمر أو قانون الدّولة المضيفة، وقد يكون مجموعة من القواعد التي يتفق عليها الأطراف**"[3].

بالعودة إلى قضاء تحكيم المركز الدّولي، فيثار التساؤل الآتي: هل هناك مجال لتطبيق قواعد القانون الدّولي في ظّل اختيار الأطراف لقانون وطني معيّن وفقا للحرّية الممنوحة لهم بموجب الجملة الأولى من نصّ المادة 1/42؟

يرى البعض أنّ الانتقاد الأساسي الموجّه لتطبيق القانون الدّاخلي وحده يجد أساسه في المادة 27 من اتفاقية واشنطن[4] التي لا تسمح لدولة المستثمر حماية هذا الأخير عن طريق منحه الحماية الدبلوماسية إلاّ في حالة عدم امتثال الدّولة المتعاقدة الطّرف النّزاع لحكم التحكيم الصّادر عن المركز الدّولي، بحيث قال الأستاذ **S.Manciaux** في هذا الشأن ما يلي:

---

[1] سراج حسين أبو زيد، التّحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2004، ص. 573.

[2] صادق محمّد محمّد الجبران، التّحكيم التجاري الدّولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص. 106.

[3] نقلا عن: بشار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدّولية الخاصّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2004، ص. ص. 1.

[4] تنص المادة 1/27 من الإتفاقية على ما يلي:

" 1- لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضيّة دوليّة في خصوص أيّ نزاع متى إتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدّولة الأخرى على طرحه على التّحكيم أو تم طرحه بالفعل على التّحكيم في نطاق هذه الإتفاقيّة، إلاّ إذا رفضت الدّولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصّادر في النّزاع".

« **La critique principale à l'encontre de la seule application d'un droit interne puise ses fondements dans l'article 27 de la convention de Washington qui prévoit que l'Etat de nationalité de l'investisseur ne peut accorder sa protection diplomatique au sujet d'un différend soumis à l'arbitrage CIRDI, sauf si l'Etat partie au différend ne se conforme pas à la sentence rendue »**[1] **.**

إنطلاقا من هذا تم ملاحظة أنّه في الحالة التي يسمح فيها القانون الدّاخلي بتجريد المستثمر من أملاكه، فإن ذلك سيطبّق من قبل محكمة التحكيم دون أن تتمكّن دولة المستثمر من فعل أيّ شيء. من أجل هذا يكون إجراء الحماية الدّبلوماسية قد أستبدل بإجراء الحدّ الأدنى لمعاملة الأجانب المضمون من قبل قواعد القانون الدّولي، بالتّالي يتعين أن تؤخذ قواعد القانون الدّولي في الاعتبار لتصحيح أو تكملة القانون الدّاخلي واجب التطبيق وإن كان هذا الأخير مختارا من جانب الأطراف المتنازعة[2].

غير أنّ فرض محكمة التحكيم الرّقابة حول مدى مطابقة القانون الدّاخلي للقانون الدّولي أمر لم تفوّضه إيّاها المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، بالتّالي فإنّ هذا الحلّ المجسّد من طرف قضاء تحكيم المركز يُفرغ الجملة الأولى من نفس المادة من فحواها، لهذا لايسعنا إلاّ أن نرفض ما إنتهجه قضاء التحكيم بشأن تطبيق القانون الدّولي حتى ولو كان الأمر يتعلق بتطبيق الجملة الأولى من المادة 1/42 وهذا لسببين رئيسيين:

السّبب الأول: تبين من الأعمال التحضيرية لإعداد الاتفاقية أنّ صياغة المادة 42 منها قد أثار انقساما بين الوفود المشاركة، ففي الوقت الذي يريد فيه بعض ممثلي الدّول اللّجوء إلى تطبيق القانون الدّاخلي للدولة المضيفة، رفض البعض الآخر التخلّي عن تطبيق القانون الدّولي، إلاّ أنّ الرّغبة في إيجاد توافق بين الموقفين أكّد على أنّه إذا توصّل الأطراف إلى اتفاق حول القانون

[1] أنظر: MANCIAUX Sébastien, op. cit., p.284.
[2] نقلا عن: قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 357.

واجب التطبيق فإنّ محكمة التحكيم مقيّدة بهذا الاتفاق " **Le tribunal est lié par leur accord** "[1].

السّبب الثاني: إنّ البناء الذي جاء به نص المادة 1/42 من الاتفاقية بالنّظر إلى القاعدة الأساسية الواردة في الجملة الأولى والقاعدة الاحتياطية التي تتضمنها الجملة الثانية، لايترك أي لبس حول نية واضعيه على أنّ المحكمة لا تلجأ إلى تطبيق قواعد القانون الدّولي إلاّ في الفرض الذّي لم يقم فيه الأطراف باختيار قواعد القانون واجبة التطبيق[2].

[1] EL-BEHERRY Ibrahim Refaat Mohamed ,Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat, université de Nice Sophia – ANTIPOLIS, 2004, p. 455.

[2] نقلا عن: قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 359.

الفصل الثّاني

غياب إتفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق

تبرز الصّعوبة في تحديد القانون واجب التّطبيق على العقد في الحالة الّتي لا يوجد فيها أيّ إتفاق بين الطّرفين حول المسألة، ثمّ إنّ أسباب عدم الإتّفاق على القانون واجب التّطبيق تختلف، فقد يكون راجعا إلى رغبتهما في تفادي الدّخول في مسألة خلافيّة قد تؤدّي إلى الفشل في إتمام التّعاقد[1].

لقد إختلفت الآراء الفقهيّة وقرارات التّحكيم الدّولية بشأن مسألة تحديد القانون واجب التّطبيق عند غياب الإتفاق بين الأطراف، فهناك من نادى إلى التّدويل المباشر للعقد الذي تبرمه الدّولة، أي إخضاعه للقانون الدّولي، وهناك من رأى تطبيق قانون الدّولة المتعاقدة، وفريق ثالث يرى ضرورة تطبيق قانون التّجارة الدّولية[2].

أمّا بخصوص نصّ المادّة 1/42 من إتفاقيّة واشنطن في جملتها الثّانية، فنجد أنّها تقيّد محكمة التّحكيم بتطبيق " **قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدّولي المتعلّقة بالموضوع**"، وعليه فسنحاول عرض مسألة تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار وكذا قواعدها في تنازع القوانين **(المبحث الأوّل)**، لنعرّج بعد ذلك لإخضاع عقود الإستثمار لنظام قانوني غير وطني **(المبحث الثّاني)** .

[1] علاء محي الدّين مصطفى أبو أحمد، المرجع السّابق، ص. 355.

[2] نقلا عن: قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 362.

المبحث الأوّل

تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار بما في ذلك قواعد التنازع

عالجت إتفاقيّة واشنطن مسألة خلوّ إتّفاق الأطراف من تحديد القانون واجب التّطبيق على موضوع النّزاع وذلك عن طريق إدراج قاعدة موضوعيّة إحتياطيّة تلزم بموجبها محكمة التّحكيم في حال غياب الإتّفاق الصّريح للأطراف بتطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار بما في ذلك قواعدها في التّنازع وكذا مبادئ القانون الدّولي المتّصلة بموضوع النّزاع[1].

إذا كان خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدّولة المضيفة الطّرف في النّزاع يعدّ الحلّ الطبيعي الذي يتّفق مع خصوصيّة هذه العقود، فإن السّؤال يبقى مطروحا حول الأسس والأسانيد التي أُعتمد عليها من أجل تدعيم هذا الحلّ والتي سنبيّنها تبعا في **(المطلب الأول)**، كما سنتعرض كذلك إلى كيفيّة تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار **(المطلب الثاني)**، لنعرّج في الأخير لبعض التطبيقات للعبارة الثانية من نصّ المادة 1/42 **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأوّل

أسس تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار

تختلف الحجج والأسانيد الدّاعمة لخضوع عقود الدّولة للقانون الوطني للدّولة المتعاقدة بتعدّد الأسس التي سطّرها الفقهاء وخطاها المحكّمون في قراراتهم[2]، فيؤكّد البعض على أن القانون الوطني للدّولة المضيفة للإستثمار هو القانون واجب التّطبيق على عقود الدّولة إستنادا إلى تكييفها كعقود إدارية **(الفرع الأوّل)**، في حين أسّس البعض الآخر تطبيق هذا القانون إستنادا إلى القرارات الصادرة عن الجمعيّة العامّة للأمم المتّحدة **(الفرع الثّاني)**، هذا وقد إتّجه فريق آخر من الفقه إلى القول أنّ تطبيق القانون الوطني للدّولة المتعاقدة قائم على أساس نظريّة التّركيز **(الفرع الثّالث)**.

---

[1] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 358.

[2] حفيظة السّيد الحدّاد، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 410.

الفرع الأوّل

إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى تكييفها كعقود إداريّة

يذهب جانب من الفقه إلى القول أنّ القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الطّبيعي واجب التّطبيق على عقود الإستثمار وذلك بناءً على تكييفها كعقود إداريّة، ويستند في ذلك إلى فكرة السّيادة التي تقتضي عدم خضوع الدّولة لقانون آخر غير قانونها[1]، وهذا ما أكّدته محكمة العدل الدّولية الدّائمة في حكمها الصادر سنة 1929 المتعلّق بالقروض الصّربيّة البرازيليّة عندما قرّرت أنّ:" **كل عقد لا يكون بين الدّول بإعتبارها شخص من أشخاص القانون الدّولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما (...)**"[2] .

ثمّ إنّ إعمال نظريّة العقد الإداري على عقود الإستثمار يجعل هذه الأخيرة تخضع لذات النظّام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، بحيث تستطيع الدّولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أيّة مسؤوليّة عقدية[3].

إستند هذا الجانب من الفقه في تكييفه لعقود الإستثمار كعقود إداريّة إلى المعايير المميّزة للعقد الإداري والمتمثّلة في وجود الدّولة طرفا في العقد، إتّصال العقد بمرفق عام وكذا إحتوائه على شروط إستثنائيّة غير مؤلوفة في عقود القانون الخاص[4].

بالنسبة للشّرط الأول لا شك من تحقّقه في عقود الإستثمار، حيث تُعتبر الدّولة دائما أحد أطرافها سواء تعاقدت بنفسها مباشرة أو بطريقة غير مباشرة عن طريق الهيئات والمؤسّسات العموميّة التّابعة لها. أمّا بخصوص إتصال العقد بمرفق عام فإنّ أنصار تكييف عقود الإستثمار كعقود إدارية يرون فيها نموذجا لتعلّق العقد بالمرفق العام، فهذه العقود وكافة عقود التّنمية

---

[1] بشّار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدوليّة الخاصّة، (الكتاب)، المرجع السّابق، ص. 209.

[2] أسامة محمّد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التّطبيق في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، المؤتمر السنوي الدّولي التاسع عشر حول "قواعد الإستثمار بين التشريعات الوطنية والإتفاقات الدّولية وأثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة "، كلية القانون، جامعة الإمارات، من 25 إلى 27 أفريل2011، ص. 1264.

[3] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 185.

[4] بشّار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدوليّة الخاصّة، (الكتاب)، المرجع السّابق، ص. 210.

الإقتصاديّة وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، إلاّ أنّها في نظر الدّولة تستهدف تسيير مرفق عام.

أمّا بالنّسبة للشّرط الثّالث، فعلى غرار العقود الإداريّة تتضمّن عقود الإستثمار العديد من الشّروط الإستثنائيّة التّي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص مثل المزايا التّي تقرّرها للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضّرائب والرّسوم الجمركيّة ومنحه الأرض اللاّزمة لإقامة المشروع...إلخ[1].

دون الخوض في تفاصيل الجدل القائم بشأن تحديد الطّبيعة القانونيّة لعقود الإستثمار بين من يكيّفها كعقود إداريّة ومن يعتبرها من عقود القانون الخاص[2]، فقد إنتقد جانب من الفقه الإتّجاه القائل بخضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدّولة المضيفة استنادا إلى تكييفها كعقود إداريّة على أساس أنّ العقود التي تبرمها الدّولة مع الخواص الأجانب في مجال الإستثمار تعتبر عقودا دوليّة خاصة أو عقودا ذات طبيعة خاصة أقرب إلى عقود القانون الخاص، فالدّولة إذا تعاقدت مع مستثمر أجنبي فإنها لا تستطيع ممارسة أساليب القانون العام مثلما تفعله على إقليمها، إذ لابدّ أن يتمّ هذا التّعاقد على أساس من المساواة القانونيّة بين الأطراف ويجد بذلك العقد المبرم أساسه القانوني في قاعدة جوهريّة من قواعد القانون الدّولي العام وهي قاعدة قدسيّة العقود[3].

---

[1] راجع في هذا المعنى:

- أصوفي البشير ، المرجع السّابق، ص. 180.
- بشّار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدوليّة الخاصّة، (الكتاب)، المرجع السّابق، ص. ص. 211-212.

[2] صرّاح ذهبية، المرجع السّابق، ص. 21.

[3] راشد سامية، دور التّحكيم في تدويل العقود، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1990، ص. 31 وما بعدها.

الفرع الثّاني

إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى قرارات الجمعيّة العامة للأمم المتّحدة

يذهب البعض في تبريره لتطبيق القانون الوطني للدّولة المضيفة للإستثمار إلى الإستناد على القرارات الصّادرة عن الجمعيّة العامة للأمم المتّحدة بشأن السّيادة الدائمة للدّول على مواردها الطبيعيّة وميثاق الحقوق والواجبات الإقتصاديّة، بإعتبار أنّها تقدّم أساسا قانونيّا جديدا لتطبيق القانون الوطني للدّول المضيفة على عقود الإستثمار التي تتعلّق بإستغلال الموارد الطّبيعيّة لهذه الدّول[1]، إذ أنّه وطبقا لهذه القرارات فإنّ قانون الدّولة الطّرف يطبّق على هذه العقود ليس بالضّرورة بناءً على النّظرية التقليديّة التي تقضي بأنّ العقود المبرمة بين أطراف ليست جميعها من أشخاص القانون الدّولي يجب أن يحكمها القانون الوطني ولكن على أساس حقوق السّيادة التي تتمتّع بها الدّول الأطراف على ثرواتها الطبيعيّة كما يحدّدها القانون الدّولي، ومن أجل زيادة التنميّة الإقتصاديّة لهذه الدّول بصفة عامة وتنمية الموارد التي يشملها الإتّفاق بصفة خاصّة[2].

إختلفت الآراء الفقهية حول القيمة القانونيّة للقرارات الصّادرة عن الجمعية العامة للأمم المتّحدة، فيرى البعض عدم جدوى الإستناد إلى هذه القرارات من أجل تبرير تطبيق القانون الوطني

---

[1] مثال ذلك:- نصّ المادة 2 من القرار رقم 3281 الصّادر عن الجمعيّة العامة للأمم المتحّدة بتاريخ 1974/12/12، المتعلّق بميثاق الحقوق والواجبات الإقتصاديّة للدّول الذي ينصّ: " لكلّ دولة الحق بتنظيم السلّطة وممارستها على الإستثمار الأجنبي ضمن إختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطّنية، ولا يجوز أن تجبر الدّولة على منح معاملة تفضيلية للإستثمار الأجنبي"، نقلا عن إقلولي محمد، النّظام القانوني لعقود الدّولة في مجال الإستثمار " التجربة الجزائرية نموذجا"، المرجع السّابق، ص. 343.

- قرار الجمعية العامة رقم 3171 الصادر في 1973/12/17، الذّي أكد على حق الدّولة في التأميم كتعبير عن سيادتها من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعيّة وكذلك حقّها في تحديد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفقا للقانون الوطني، أنظر:

- طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 182.
- أصوفي البشير، المرجع السّابق، ص. 180.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، النّظام القانوني لاتفاقيات البترول في البلاد العربية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1995، ص. ص. 628-629.

للدّولة المضيفة نظرا لكونها مجرّد توصيات لا تتمتّع بأيّ قوّة ملزمة بالنّسبة للدّول ولا تمثّل قواعد قانونيّة لها صفة الإلزام[1].

يذهب جانب آخر إلى اعتبار القرارات الصّادرة عن الجمعية العامّة للأمم المتّحدة تتضمّن إلتزامات لها طابع قانوني، ولكن جوهر المسألة لا يكمن في الطّابع الإلزامي لهذه القرارات وإنّما في مدى وضع هذه الأخيرة موضع تنفيذ، فلا يمكن أن تُعتبَر قاعدة قانونيّة تلك القاعدة التي لا يتم تطبيقها وإعمال حكمها، فمن الثابت أنّ القانون الدّولي العام لا يلزم الدّول بتنفيذ القرارات الصّادرة عن الأمم المتّحدة بل يلزمها فقط بتنفيذ القرارات الصّادرة عن مجلس الأمن[2].

الفرع الثّالث

إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى نظرية التّركيز

يرى أنصار هذا الإتّجاه أنّ أساس خضوع العقود المبرمة بين الدّول والمستثمر الأجنبي للقانون الوطني للدّولة المضيفة، هو إرتباطه الوثيق بعقود الدّولة على نحو يتعيّن معه إعمال قواعد هذا القانون على العقد[3]، فيقوم المحكّم بالتّحليل الإجمالي للعناصر القانونيّة والواقعيّة المرتبطة بالعقد من أجل البحث عن مركز الثّقل الذي يرتبط به هذا الأخير إرتباطا وثيقا كمعيار مكان إبرام أو تنفيذ العقد، فعادة ما يتم إبرام العقود وتنفيذها في إقليم الدّولة المتعاقدة، إضافة إلى أنّها ترتبط بالمصالح الأساسيّة للدّولة[4].

يبدو مؤخّرا ذلك الميل الواضح من جانب القضاء والتّحكيم لاعتناق معايير أكثر عموميّة كتلك التي تشير إلى مركز الثّقل وصولا إلى قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالأداء

[1] سراج حسين أبوزيد، المرجع السّابق، ص. 213.

[2] أنظر: – حفيظة السّيد الحدّاد، المرجع السّابق، ص. 447.

– طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 184.

[3] حفيظة السّيد الحدّاد، المرجع السّابق، ص. 507.

[4] أنظر: – طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 184.

–حفيظة السّيد الحدّاد، المرجع السّابق، ص. 507.

المميّز للعقد، ولو قمنا بإسقاط هذا المعيار على عقود الدّولة فإنّنا سنتوصّل حتما إلى إعمال قانون الدّولة المتعاقدة باعتبار أنّ الجزء الأعظم من الأداء المميز – إن لم نقل مجمله – يتمركز في إقليم هذه الدّولة[1].

بناءً على ما تقدّم، تستند نظريّة التّركيز على عاملين: يتمثل الأوّل في إقليم الدّولة أين يتم تنفيذ العقد والثّاني إعمال القانون ذي الصّلة الأوثق بالعلاقة التّعاقديّة، بالتّالي فمن البديهي إندماج كلا العاملين لصالح قانون الدّولة المضيفة[2].

المطلب الثّاني

كيفيّة تطبيق قانون الدّولة المضيفة

تلتزم محكمة التّحكيم في حالة غياب الإختيار الصّريح للقانون واجب التّطبيق بموجب العبارة الثّانية من نص المادة 1/42 بتطبيق قانون الدّولة المضيفة الطّرف في النّزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وبالتّالي فإنّ الإختصاص التّشريعي لقانون الدّولة المضيفة لا يُستمّد من الإرادة المشتركة للأطراف وإنّما من غيابها[3].

يثور التّساؤل في هذا المقام عن الأخذ بفكرة الإحالة، فمن المعروف أنّ الإحالة مستبعدة في إطار الإلتزامات التعاقديّة، فأنصارها يستثنون حالتين لا تجوز فيهما الإحالة، أيّا كان نوعها، الحالة الأولى هي الحالة الخاصّة بقاعدة إخضاع شكل التصرّف القانوني لبلد إبرامه، أمّا الثانية فهي حالة الأخذ بإرادة المتعاقدين، إلاّ أنّه في حالة تطبيق قانون الدّولة المضيفة عند عدم إختيار الأطراف قانونا ليحكم عقد الإستثمار، فإنّ هذا القانون لا يكون قانون الإرادة، وبالتّالي فلا يوجد

[1] عدلي محمّد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 292.

[2] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 184.

[3] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 361.

أي مبرّر يؤدي إلى إستبعاد الإحالة مثلما هو عليه الحال عند إختيار الأطراف لقانون دولة معيّنة كقانون واجب التّطبيق على نزاعهم بشكل صريح[1].

يمتنع المحكّم في هذه الحالة عن تطبيق أيّ قانون وطني آخر غير القانون الوطني للدّولة المضيفة إلاّ من خلال قواعد تنازع القوانين وقواعد الإسناد في قانون الدّولة المضيفة[2].

ثمّ إنّ الإشارة إلى تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدّولة المضيفة ما هي إلاّ وسيلة موجّهة لطمأنة المستثمرين الأجانب الخواص، وذلك عن طريق منحهم الأمل في إستبعاد القواعد المادية لقانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع في حالات معيّنة[3].

يرى الأستاذ **S.MANCIAUX** في هذا الشّأن:

« La référence à une règle de renvoi était destinée à rassurer les investisseurs, leurs faisant espérer la mise à l'écart des règles juridiques matérielles – pourtant désignées – de leurs cocontractant étatique, notamment si le différend porte sur une licence de brevet ou un emprunt »[4].

بالرّغم من نصّ الإتفاقيّة على تطبيق قواعد التّنازع في قانون الدّولة المضيفة إلاّ أنّه لم يتم اللّجوء إليه إلاّ نادرا من قبل قضاء تحكيم المركز الدّولي وسنتعرض لبعض التّطبيقات تبعا في مايلي من بحثنا.

المطلب الثّالث

تطبيقات لنص العبارة الثّانية من المادّة 1/42 من إتفاقيّة واشنطن

تطرّقنا فيما سبق لتحليل ما جاء في مضمون العبارة الثّانية من نصّ المادّة 1/42 من إتفاقيّة واشنطن وذلك بالإشارة إلى أنّ خلوّ عقد الإستثمار المبرم بين الدّولة ومستثمر خاص أجنبي من الإتّفاق على قانون معيّن ليحكم موضوع النّزاع يؤدّي بنا إلى تطبيق قانون الدّولة المضيفة

[1] جابر ليندا، المرجع السّابق، ص. 150.

[2] جلال وفاء محمّدين، المرجع السّابق، ص. 61.

[3] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. ص. 361-362.

[4] MANCIAUX Sébastien , op. cit., p. 294.

للإستثمار بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين، وإن كان هذا هو الجانب النّظري لهذه المسألة، فما هو واقع الممارسة التحكيميّة؟

سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى أهمّ تطبيقات قضاء التّحكيم لنص هذه المادة وذلك عن طريق عرض قضيّتين تم عرضهما على تحكيم المركز قضية نزاع شركة **Amco Asia**، **(الفرع الأوّل)** وكذا نزاع **Klockner** **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

نزاع شركة Amco Asia وآخرين مع حكومة أندونيسيا

تتلخّص أحداث هذا النّزاع في تعهّد شركة أندونيسية سنة 1968 ببناء فندق في مدة 30 سنة بمدينة جاكارتا بأندونيسيا، إلاّ أنّها لم تتمكّن من ذلك لعدم كفاية التّمويل، غيّرت بعد ذلك هذه الشّركة إسمها إلى **P.T.Wisma** وإتّفقت مع مستثمر أمريكي (شركة **Amco**) لإستكمال بناء الفندق وإدارته خلال فترة من الزّمن مقابل المشاركة في الأرباح، فتمكّنت شركة **Amco** من الحصول على ترخيص بالإستثمار من حكومة أندونيسيا وأتمّت بناء الفندق[1]، أثناء تنفيذ عقد الإستثمار، ثار خلاف بين كلّ من شركة **Amco** و**P.T.Wisma** بخصوص إدارة الفندق بناءً على الإتفاق المبرم بينهما، فقامت **P.T.Wisma** بالإستيلاء على إدارة وملكيّة الفندق بمساعدة القوّات المسلّحة وقامت بإقناع الحكومة الأندونيسية بإلغاء تصريح الإستثمار الممنوح لشركة **Amco** ، وفي 15 جانفي 1971 قامت شركة **Amco** بتقديم طلب للتّحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار والذي تمّ قيده (أي الطّلب) في 27 جانفي 1971 وبدأت الإجراءات إبتداءً من 31 مارس 1972[2].

[1] PIPINSKY Sergey & KEVIN Williams, Danges in international investisment law : « Amco Asia corporation Pan American developement limited, pt Amco Indonesia V republic of Indonesia », British institute of internationales and comporatives law, London, 2008, P .03.
[2] Ibid, p. 03.

عند دراسة النّزاع تبيّن لمحكمة التّحكيم[1]، إتّفاق الأطراف على تسوية منازعاتهم بشأن العقد المبرم بينهم في إطار نصوص إتّفاقية واشنطن، إلاّ أنّهم لم يتّفقوا على القانون واجب التّطبيق ولم يفوّضوا محكمة التّحكيم سلطة الفصل في النّزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف لذلك لجأت المحكمة إلى تطبيق القانون الوطني الإندونيسي بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدّولي المرتبطة بالموضوع باعتباره القانون واجب التّطبيق وذلك على أساس نص المادة 1/42 من إتفاقيّة واشنطن وكذا على أساس إشارة الأطراف إليه أثناء إجراءات التّحكيم باعتباره القانون واجب التّطبيق[2].

الفرع الثّاني

نزاع شركة Klockner وآخرين مع حكومة الكاميرون وشركة Socame

في 4 نوفمبر عام 1971 تم توقيع إتّفاق إستثمار بين شركة **Klockner** وحكومة الكاميرون تعهّدت بموجبه الشّركة بإنشاء وإدارة مصنع أسمدة في الكاميرون بطاقة إنتاجية قدرها 158 ألف طن سنويّا، وتتمّ إدارة هذا المصنع من طرف شركة كاميرونية مشتركة **Socame** تساهم فيها شركة **Klockner** بنسبة 51% والحكومة بنسبة 49 %، مع تعهّد شركة **Klockner** بإدارة المصنع فنّيا وتجاريّا لمدّة 5 سنوات قابلة للتّجديد، في حين تعهّدت الحكومة بإعداد الموقع المناسب لتشييد المصنع، وتضمّن بروتوكول الإتّفاق شرط إختصاص المركز الدّولي لتسويّة منازعات الإستثمار لتسوية المنازعات المتعلّقة بتفسير هذا العقد وتنفيذه[3].

بعد عام ونصف من بدء تشغيل المصنع، تمّ إغلاقه لسوء إدارته من قبل شركة **Klockner** لطاقته الإنتاجية الأقّل من المتّفق عليها، وأعادت الحكومة تشغيله مرة ثانية عام

---

[1] تشكلت محكمة التّحكيم من 03 محكّمين:

رئيسا: pro .BERTHOLD Goldman (Fransh)

عضوا: pro. ISI Foighel (Danish) – عضوا: Mr. EDWARD W.Rubin (Canadian)

[2] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 236.

[3] المرجع نفسه، ص. 238.

1980، ليبوء بالفشل أيضا وتمّ إغلاق المصنع نهائيا عام 1981، تمّ عرض النّزاع على تحكيم المركز وتشكّلت محكمة التّحكيم للفصل في النّزاع في 26 أكتوبر 1981[1].

أوضحت شركة **Klockner** في طلب التّحكيم أنّها دائنة لحكومة الكاميرون بمبلغ 207 مليون فرنك فرنسي بناءً على إلتزام الحكومة بدفع ثمن المصنع بوصفها ضامنا لشركة **Socame** بخصوص الوفاء بالدّين ودفع الفائدة، وأوضح الجانب الكاميروني في مذكّرته الدّفاعية أنّه لا ينازع الشّركة سالفة الذّكر في مسألة مديونيّته بالمبلغ المذكور، وإنّما إلتزامه بدفع هذا الدّين كاملا متّصل بقيام الشّركة بالوفاء بالتزاماتها التّعاقديّة كاملة، وبالتّالي فإنّ عدم وفاء الشّركة بالتزاماتها كاملة يعدّ مبرّرا كافيا لعدم دفع الدّين كاملا لها[2].

بعد دراسة محكمة التّحكيم النّزاع تبيّن لها وجود بروتوكول إتّفاق بين الشّركة وحكومة الكاميرون يفيد موافقة الأطراف على تسوية أيّة نزاعات قد تنشأ عن إتّفاق الإستثمار المبرم بينهما عن طريق التّحكيم وفقا لإتفاقيّة واشنطن وفي إطار المركز الدّولي لتسوّية منازعات الإستثمار، وانتهت المحكمة فيما يتعلّق بالقانون واجب التّطبيق على النّزاع أنّ أطراف عقد الإستثمار قد أغفلوا تحديد القانون واجب التّطبيق على النّزاعات الناشئة عن العقد المبرم بينهم، وعليه قرّرت الإلتزام بنصّ العبارة الثّانية من المادّة 1/42 من الإتفاقيّة واعتبار القانون الكاميروني هو القانون واجب التّطبيق على أساس أنّه قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع[3].

---

[1] تشكّلت محكمة التّحكيم من ثلاثة محكّمين: Me.Domonique Schmidt كمحكّم من جانب الشّركة المدّعية، wm.Drogers.esp أمريكي الجنسيّة كمحكّم معيّن من جانب حكومة الكاميرون، وإتّفق الأطراف على تعيّين Ejimenez de Arechaga من الأوروغواي رئيسا لمحكمة التّحكيم.

[2] Sentence du 21 octobre 1983, Klockner V, republic of cameroon, (ARB/81/2), disponible sur le site : http://www.trans-lex.org/240800 .

[3] Ibid.

المبحث الثّاني

إخضاع عقود الإستثمار لنظام قانوني غير وطني

يذهب جانب من الفقه إلى السّعي نحو تحرير عقود الدولة من الخضوع للسيطرة الطّبيعية للقانون الوطني للدّولة المتعاقدة واخضاعها للقانون الدّولي العام، و ذلك لما يمثّله الخضوع للقانون الوطني للدّولة المتعاقدة من مخاطر للطّرف الاجنبي باعتباره طرفا ضعيفا يجب حمايته.

اذا لم يعلن اطراف العقد بإرادتهم الصّريحة عن القانون واجب التّطبيق على نزاعهم فإنّ العبارة من المادة 1/42 قيّدت محكمة التّحكيم بتطبيق قانون الدّولة المضيفة الطّرف في النّزاع بما في ذلك قواعد التّنازع مع اشارة النّص الى امكانيّة تطبيق مبادئ القانون الدّولي على المسألة محلّ النّزاع.

في هذا الإطار و نظرا لما تعرّض له تطبيق قانون الدّولة المضيفة من انتقادات فقهيّة و من خلال المخاوف التي يثيرها على المستثمر الأجنبي، نادى جانب من الفقه بضرورة تحرير عقود الدّولة من الخضوع للسّيطرة الطّبيعية للقانون الوطني للدّولة المتعاقدة، ومن هنا سوف نحاول التطرّق لهذه المسألة من خلال الإشارة إلى تطبيق مبادئ القانون الدّولي(المطلب الأوّل) خاصّة وفق التّعبير الذي جاءت به اتّفاقية واشنطن، لنبيّن بعد ذلك كيفيّة تحديد القانون واجب التّطبيق على ضوء الصّور المستحدثة للتّراضي(المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

تطبيق مبادئ القانون الدّولي

قيّدت إتفاقية واشنطن من حرّية محكمة التّحكيم في تحديد القانون واجب التّطبيق على موضوع النّزاع في حالة إغفال الأطراف عن تحديده، حيث تنصّ المادّة 1/42 من الإتفاقية على إلتزام المحكّم بالفصل في النّزاع وفقا لقانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين علاوة على مبادئ القانون الدّولي المتعلّقة بالموضوع.

عليه فإنّ عبارة "مبادئ القانون الدّولي" تثير مسألة تحديد المقصود بها **(الفرع الأوّل)**، وكذا الأسس التي تمّ الإستناد إليها من أجل تطبيق قواعد القانون الدّولي **(الفرع الثّاني)**، ثم التعرّض لمدى إمكانية الفصل في النّزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف **(الفرع الثّالث)**.

الفرع الأوّل

المقصود بمبادئ القانون الدّولي

إنّ نصّ المادّة 1/42 من إتفاقية واشنطن على تطبيق مبادئ القانون الدّولي المتعلّقة بالموضوع principe de droit en la matière يطرح إشكال المقصود بهذه المبادئ فهل يقصد بها تطبيق قواعد القانون الدّولي العام على منازعات الإستثمار؟

يرى البعض أنّ نصّ المادّة 1/42 من إتفاقية واشنطن لا يمكنها أنّ تبيّن لمحكمة التّحكيم المقصود بهذه المبادئ التي ستطبّقها عند الإقتضاء، بل عليها الإعتماد على المبادئ التي تحكم العلاقات الإقتصادية الدّولية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ التّعويض المصاحب لإجراءات التأميم، قاعدة الإثراء بلا سبب وغيرها، أي التّركيز على القواعد أو المبادئ المشتركة بالنّسبة لمعظم الأنظمة القانونية[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ النّص الفرنسي للمادة 1/42 من الإتفاقية قد تضمن كلمة "principe" أي المبادئ وهو ما يدلّ على وجود خطأ في التّحرير، على خلاف النّصين باللّغة الإنجليزية[2] والإسبانية[3] الّذين إستعملا كلمة " **normas**" و **"rules"** بمعنى القواعد.

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السّابق، ص. 133.

[2] « (…) And such rules of international law as may be applicable ».

[3] «(…) y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser applicables ».

يرى الأستاذ **S.Manciaux** في هذا الصّدد مايلي:

« Il est largement admis que la présence du terme principes dans la version française résulte d'une erreur. En effet, les versions anglaise et espagnole emploient les équivalents du mot règles rules et normas »[1].

يرى الأستاذ S.Manciaux كذلك، أنّه من الصّحيح تفضيل الصّياغة الإنجليزية والإسبانية باعتبارهما اللّغتين الأصليتين للإتفاقية، وما يأكّد موقف الأستاذ **Manciaux** هو ما جاء في الفقرة 40 من تقرير المدراء التّنفيذيين عند تقديمهم الإتفاقية للدّول[2].

بالرجوع إلى نص المادة 1/38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، نجده ينص على أنه:

" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدّولي، وهي تطبّق في هذا الشّأن:

أ- الإتفاقات الدّولية العامّة والخاصّة التّي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدّول المتنازعة.

ب- العادات الدّولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الإستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التّي أقرّتها الأمم المتمدينة.

د-أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا إحتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59"[3].

---

[1] MANCIAUX Sébastien, op. cit., p. p. 296-297.

[2] « (…) A défaut d'accord, le tribunal doit appliquer le droit de l'état partie au différend (sauf si le droit de cet état prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme «droit international » doit ici être interpréter au sens de l'article 38/1 du statut de la cour internationale de justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliqué à des différends interétatiques »

[3] راجع النّص الكامل للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدّولية، منشور على موقع المحكمة:

http// : www.icj-cij.org/honepage/ar/icjstatute.php.

نستخلص ممّا تقدم أنّ محكمة تحكيم المركز الدّولي عند لجوئها "لمبادئ القانون الدّولي"، فإنّها تلجأ في الحقيقة إلى قواعد القانون الدّولي العام وفقا للمصادر المختلفة الواردة في المادة 1/38 من نظام محكمة العدل الدّولية. إنطلاقا من هذه المصادر تستخلص المحكمة القواعد واجبة التطبيق على موضوع النّزاع المطروح عليها، بمعنى القواعد المطبقة على نزاع ذات طابع إقتصادي قائم بين دولة ورعيّة دولة أخرى.

الفرع الثّاني

أسس خضوع العقد لقواعد القانون الدّولي

يذهب جانب من الفقه إلى إخضاع العقود المبرمة بواسطة الدّولة أو الأجهزة التّابعة لها مع الشّركات الأجنبيّة للقانون الدّولي العام، بيد أنّ الحجج والأسانيد التي يستندون إليها تختلف من فقيه لآخر، ويمكن في هذا الصّدد التّمييز بين رأيين: الرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدّولي العام إستنادا إلى قواعد القانون الدّولي الخاص **(أوّلا)**، والرأي القائل بإخضاع العقد للقانون الدّولي العام باعتباره معاهدة دوليّة **(ثانيا)**.

أولاّ: إخضاع العقد للقانون الدّولي العام إستنادا إلى قواعد القانون الدّولي الخاص

يعتبر الفقيه **Mann** من أبرز الفقهاء الذّين نادوا بتطبيق القانون الدّولي العام على العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الخاصّة الأجنبيّة وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة المقرّر في القانون الدّولي الخاص.

بدأ الفقيه Mann في سبيل تدعيم وجهة نظره ببيان أنّ العقود المبرمة بين الأشخاص الدّولية، وخاصة الدّول تخضع بدون شكّ من حيث المبدأ للقانون الدّولي العام، ولكن على الرّغم

من أنّ الأشخاص الدّولية تتعاقد عادة في نطاق القانون الدّولي العام، إلاّ أنّه لا يوجد أي قاعدة قانونيّة تحظر عليهم إخضاع معاملاتهم لنظام قانوني وطني من اختيارهم[1].

بهذا يتم تطبيق القانون الدّولي باستخدام قواعد الإسناد، بناء على اتجاه إرادة الأطراف المقررة وفقا لقاعدة إسناد تنتمي لأحد النّظم الدّاخلية إلى تطبيق القانون الدّولي، ولا يشترط وجود تلك القاعدة في أحد النّظم القانونية للمتعاقدين، بل يكفي مجّرد الإشارة إليها في القانون المنظم لعمل هيئة التحكيم[2].

ذهب الفقيه – في سبيل الرّد على الإعتراض المتمثل في أنّ القانون الدّولي العام لا يتضمّن بعد القواعد القانونية التّي تحكم العقود – إلى القول بتطبيق المبادئ القانونية التي تحكم المعاهدات وخاصة المعاهدات التجارية المبرمة بين الأشخاص الدّولية مبررا ذلك بقوله أنّ العقود المبرمة بين الأشخاص الدّولية والأشخاص الخاصّة لا تختلف كثيرا من حيث طبيعتها وموضوعها عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدّولية[3].

كما أسّس الفقيه **Mann** وجهة نظره في تدويل هذا النّوع من العقود وإخضاعها للقانون الدّولي العام على أساس نظريّة القانون المناسب في القانون الدّولي الخاص the doctrine of the proper law. حيث يرى أنّ مسألة ما إذا كان من الجائز وفي ظلّ أيّة ظروف للشّخص الدّولي والشّخص الخاص إخضاع عقدهما للقانون الدّولي العام، أمر يتعلّق بنظرية القانون المناسب في القانون الدّولي الخاص، أكثر من تعلّقه بالقانون الدّولي العام ذاته[4].

---

[1] يوسف سليمان عبد الرحمان الحّداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السّنوي التاسع عشر حول التّحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدّولية، يومي 26 و 27 أغسطس 2014، صلالة عمان، ص. ص. 49.

[2] سراج حسين أبو زيد، المرجع السّابق، ص. 624.

[3] نقلا عن: عدلي محمّد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. ص. 324-325.

[4] "The question whether and under what circonstances it is open to an international person and private person to submit their contract to public international law relates to the doctrine of the proper law in private international law" Hop Dang, the applicability of international law as governing law state contacts, Australien international law journal, N°133, 2010, p. 135.

تعرّض هذا الإتجاه للعديد من الإنتقادات، حيث أنّ القول بمقدرة الأطراف في اختيار القانون الدّولي العام كقانون حاكم للعقد معناه أنّه بمقدور الأشخاص الخاصّة أن يعترفوا لأنفسهم بالشّخصية الدّولية وهو ما لا يمكن قبوله باعتبار أنّ القانون الدّولي العام هو الذي يتولّى بذاته تحديد الأشخاص المخاطبين بأحكامه[1].

يتّفق الفقيه **Jean Michel Jaquet** مع الفقيه **Mann** حول النتيجة المتمثّلة في حرّية الأطراف (أطراف عقد الإستثمار) في اختيار القانون الدّولي إلاّ أنّه إختلف معه حول أساس هذه الحريّة، حيث يذهب إلى أنّ أساسها يرجع إلى حرّية الأطراف دون المرور بمنهج الإسناد إذ لا يتصوّر للقانون الدّولي أن يدخل في تنازع مع أيّ من النّظم القانونية الدّاخلية أيّا كانت ومن ثمّة لا يمكن إخضاع العقد للقانون الدّولي بناء على قاعدة إسناد، تلك التّي لا يمكنها الإسناد إلاّ لقانون وطني[2]، ثمّ إنّ القول بأنّ العقود المبرمة بين الأشخاص الدّولية والخاصّة لا تختلف من حيث طبيعتها وموضوعها عن المعاهدات المبرمة بين الأشخاص الدّولية أمر لا يسلم من النّقد، فالمعاهدات لا تتناول بشكل مباشر الموضوعات التّي تتناولها عقود الدّولة وحتى وإن حدث أن تناولتها فإنّ الإختلاف بين المعاهدة وعقود الدّولة يظلّ قائما من حيث الشخصية القانونية لأطراف كلّ منهما، وكذا طبيعتهما القانونية فالمعاهدة مصدر للقانون بينما العقد هو مصدر للحقوق والإلتزامات[3].

ثانيا: إخضاع العقد للقانون الدّولي باعتباره معاهدة دولية

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقود المبرمة بين الدّول والأطراف الخاصة الأجنبية عبارة عن إتفاقيات تخضع بطبيعتها للقانون الدّولي الإتفاقي[4]، ويرجع ذلك لتمتّعها بالخصائص التّالية:

[1] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 191.
[2] عدلي محمّد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 335.
[3] سراج حسين أبو زيد، المرجع السّابق، ص. ص. 630-631.
[4] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 195.

- ❖ تتّخذ هذه العقود عادة شكل المعاهدات الدّولية، حيث يتمّ إبرامها وفقا للأشكال والإجراءات التي تبرم وفقا لها المعاهدات الدّولية، وبواسطة السّلطات الوطنية المختصّة بإبرام المعاهدات وفقا للقانون الدّاخلي للدّولة.
- ❖ تتضمّن هذه العقود شروطا تلزم الدّولة المتعاقدة بعدم إتّخاذ الإجراءات المتعلقة بإختصاصها السّيادي أو الإجراءات التّشريعية التي من شأنها تعديل القانون واجب التّطبيق على العقد[1].
- ❖ نصّ هذه العقود على خضوع المنازعات التّي يمكن أن تنشأ عنها إلى محكمة تحكيم دوليّة.
- ❖ تتضمن هذه العقود إرادة حقيقية للأطراف سواء أكانت صريحة بموجب شرط تحديد القانون واجب التطبيق أو ضمنيّة في إخراج الإتفاق من إختصاص القانون الدّاخلي للدّولة المتعاقدة[2].

بالرّغم من هذا يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى أنّه ليس كل إتفاق يبرم بين الدّولة المضيفة والطّرف الأجنبي الخاص يندرج بالضّرورة ضمن إتفاقات القانون الدّولي العام، بل فقط الإتفاقات التي تبرم في مستوى مرتفع. بمعنى أنّ الإتفاقات المبرمة بين الدّولة والمستثمرين الخواص الأجانب لا ترقى إلى مستوى القانون الدّولي العام إلاّ إذا كان المستثمر في مركز يسمح له بالحصول على مزايا لا تلتزم بها أي سلطة إتجاه الشخص الأجنبي العادي[3].

إنّ المعيار المقترح للتفرقة بين العقود ذات المستوى المرتفع والعقود ذات المستوى الأقل معيار يقوم على التّقدير الشّخصي الخالص، ولا يمكن الإعتماد عليه في تحديد الطبيعة القانونية

[1] يقصد بذلك شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد.

[2] يوسف سليمان عبد الرحمان الحدّاد، المرجع السّابق، ص. 56.

[3] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 196.

لأيّة علاقة قانونية بإعتبار أنّ التكييف القانوني للعلاقات القانونية يجب أن يتأسّس على معايير موضوعية بعيدة عن الضّعف والقوة الإقتصادية لأطراف العلاقة[1].

إضافة إلى أنّ الخصائص المختلفة التّي تتمتع بها هذه العقود ليست كافية لإضفاء طابع المعاهدات الدّولية عليها، فاصطلاح المعاهدة لا يطلق إلاّ على الإتفاقات التّي تبرم بين أشخاص القانون الدّولي، وعليه لا يعدّ من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التّي يأتيها أشخاص القانون الدّاخلي ولو إتخذت شكل الإتفاق الدّولي[2].

لا يمكن القول بأنّ العقد مدوّل بمجرّد أن يتضمّن شرط اللّجوء إلى التحكيم الدّولي لتسوية المنازعات الناشئة عنه، ذلك أنّ اللّجوء إلى التّحكيم الدّولي لا يعني بالضرورة تدويل العقد[3].

الفرع الثّالث

إمكانية الفصل في النّزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف

إضافة إلى ما ورد في نص المادة 1/42 بشأن تحديد القانون واجب التّطبيق فقد نصّت الفقرة الثّانية من نفس المادّة على عدم جواز رفض محكمة التّحكيم الفصل في النّزاع بحجّة عدم وجود نصوص قانونية قابلة للتّطبيق على النّزاع أو نتيجة قصور هذه القواعد عن حكم العلاقة التّعاقدية بين الطرفين، ممّا يدفع بمحكمة التّحكيم إلى البحث عن مصادر أخرى من أجل تجنّب إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل[4].

فضلا عن هذا، فقد نصت المادة 3/42 من الإتفاقية على أنّه يجوز لهيئة التّحكيم الفصل في النّزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف بناءً على إتفاق الأطراف، ممّا يعني أنّ محكمة

[1] عدلي محمّد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. 331.

[2] طه أحمد علي قاسم، المرجع السّابق، ص. 197.

[3] حفيظة السّيد الحّداد، المرجع السّابق، ص. 633.

[4] خالد محمد الجمعة، المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار كطريق لحلّ منازعات الإستثمار المباشر، مجلّة الحقوق، عدد 3، جامعة الكويت، 1998، ص. ص. 228-229.

التّحكيم ستقوم بالتّوفيق بين المصالح المتناقضة للأطراف حسب تقديرها الشّخصي مستلهمة ذلك ممّا تراه محقّقا للعدالة ويرضى به ضمير المحكّمين دون الإستناد إلى قانون محدّد[1].

تجدر الإشارة في هذا المقام أنّ مهمّة محكمة التّحكيم عند فصلها في النّزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف لا تكمن في تقريب وجهات النّظر بين الأطراف المتنازعة للوصول إلى صلح بينهم، باعتبار أنّ هذه المهمّة مسندة أساسا للمحكّم بالصّلح[2].

يبقى نطاق تطبيق مبادئ العدل والإنصاف من قبل محكمة التّحكيم غامضا، حيث يرى البعض أنّ الأعمال التّحضيرية للإتفاقية تدلّ بشكل ضمني أنّه بإمكان محكمة التّحكيم تطبيق القانون على بعض مسائل النّزاع ومبادئ العدل والإنصاف على البعض الآخر، فضلا عن أنّ الممارسة التعاقدية قد أثبتت أنّه يمكن للأطراف الإتّفاق على قانون معيّن واجب التطبيق إضافة إلى مبادئ العدل والإنصاف[3].

المطلب الثّاني

تحديد القانون واجب التّطبيق على ضوء الصّور المستحدثة للتراضي

يعتبر تضمين عقد الإستثمار بشرط تحديد القانون واجب التّطبيق تقليدا يتّفق بموجبه الأطراف على النّظام القانوني الذي سيطبّق على موضوع النّزاع، وقد ذهب الأستاذ **B.Goldman** في تعليقه على نصّ المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن إلى القول بعدم توقّع أي وسيلة أخرى لإختيار القانون واجب التطبيق إلاّ من خلال إتفاق الأطراف الذي يرد في أحد بنود عقد الإستثمار أو إختياره أثناء التعبير عن الرّضا بالتّحكيم أو خلال سير الإجراءات[4].

---

[1] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، .ص. 371.

[2] "مهمة التّسوية الودّية للنّزاع في إيطار المركز الدّولي لتسوية النّزاع أسندت للجان التوفيق المشكّلة لهذا الغرض"، راجع في هذا المعنى: المادة 1/34 من إتفاقية واشنطن.

[3] خالد محمد الجمعة، المرجع السّابق، ص. 230.

[4] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. ص. 373-374.

هذه الطّريقة في تحديد القانون واجب التّطبيق تفترض وجود علاقة عقديّة بين الأطراف، إلاّ أن إختصاص المركز الدّولي قد يؤسس على إتفاقية دولية أو قانون داخلي دون وجود رابطة عقدية، ممّا يعني إستبعاد وجود إتفاق حول القانون واجب التطبيق فكيف يتم ذلك؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال عرض الحالات المحتملة بشأن تحديد القانون واجب التطبيق حيث يمكن أن تتضمن الإتفاقية الدّولية أو القانون الدّاخلي شرطا يتم بموجبه تحديد القانون واجب التطبيق **(الفرع الأوّل)**، كما يمكن أن لا تتضمنه **(الفرع الثّاني)**، فضلا عن أنّه يمكن أن يقترن إتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق في عقد الإستثمار مع تأسيس إختصاص المركز على إتفاقية ثنائية **(الفرع الثّالث)**.

الفرع الأوّل

حالة النصّ في الإتفاقية الدّولية أو القانون الدّاخلي على القانون واجب التطبيق

حسب التّقرير الصّادر عن المديرين التنفيذيّين بالبنك الدّولي، فإنّ إسناد الإختصاص لهيئة تحكيم المركز لا يكون بالضّرورة بموافقة الأطراف على ذلك، وإنّما يمكن أن يتمّ إسناد الإختصاص عن طريق عرض الدّولة المضيفة للإستثمار في تشريعاتها الدّاخلية إمكانية إخضاع المنازعات النّاشئة بينها وبين المستثمرين الأجانب إلى تحكيم المركز، بينما لم تتم الإشارة إلى الإتفاقية الدّولية آنذاك، وترى الأستاذة **Fouillet Hélène** في هذا الصّدد مايلي:

« Lors des travaux préparatoires, on ne trouve pas de référence aux TBI, la pratique de ces traités au moment de la rédaction de la convention n'avait qu'à peine commencé »[1].

تتضمّن نصوص الإتفاقية الدّولية وكذا قوانين الدّول المضيفة المتعلقة بالإستثمار غالبا شرط القانون واجب التطبيق على المنازعات التّي قد تثور بين الطرف الأجنبي والدّولة المضيفة،

[1] راجع: FOUILLET Hélène, « le consentements de l'Etat et l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends Relatifs à L'investissement », p. 12, disponible sur le site : www.lepetitjuriste.fr.

ممّا يعني أنّ إيجاب الدّولة المفتوح[1]، الوارد في إحدى هذه الأدوات القانونية والذي يسند الإختصاص للمركز الدّولي لتسوية النّزاعات المتعلقة بالإستثمار يتضمن شرطا يتحدّد بموجبه النّظام القانوني واجب التطبيق.

بناءً على هذا فإن شرط القانون واجب التطبيق يعتبر جزءا من إيجاب الدّولة، وبالتّالي فإنّ تقديم الطّرف الأجنبي عريضة أمام المركز دون وجود علاقة عقدية سابقة مع الدّولة المضيفة يعتبر قبولا على إسناد الإختصاص للمركز ومنه قبولا للشّرط المتعلّق بالقانون واجب التّطبيق باعتبار أنّ القبول يكون لجميع عناصر الإيجاب وليس إحداها فقط[2].

يرى الأستاذ **S.Manciaux** في هذا الصّدد أنّ:

« dans un tel cas, on ne voit pas comment l'investisseur en acceptant l'offre de l'état de soumettre les différents relatifs aux investissements à l'arbitrage CIRDI pourrait refuser le choix des règles de droit à appliquer contenu dans cette même offre (…) l'acceptation de l'arbitrage et la désignation des règles de droit à appliquer par les arbitres constituent (…) une offre unique que l'investisseur ne peut accepter que globalement »[3].

وفقا لهذه الحالة، فإنه يتعيّن على محكمة التّحكيم أن تلتزم بالشّرط الوارد في القانون الدّاخلي أو الإتفاقية الدّولية والمتعلّق بتحديد القانون واجب التّطبيق على موضوع النّزاع دون اللّجوء إلى تطبيق قواعد أخرى، ومن أمثلة تحديد الإتفاقيات الدّولية للقانون واجب التطبيق نجد مثلا: الإتفاقية الجزائرية الفرنسية التي تنص المادة 4/8 منها على أنّه: " **عند حلّ النّزاع، يجب الأخذ بعين الإعتبار مبادئ القانون الدّولي وأحكام هذا الإتفاق ونصوص الإلتزام الخاص الذي**

[1] « (…) en effet, avec le TBI, l'état d'accueil exprime son consentement par une offre unilatéral d'acceptation fournie à l'investisseur », ibid, p. 12.

[2] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. ص. 373-374.

[3] راجع: MANCIAUX Sébastien, op. cit., p. 276.

يمكن أن يكون قد منح لإستثمار ما إلى جانب القانون الوطني للطّرف المتعاقد المعني بالنّزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين"[1].

بالعودة إلى واقع الممارسة التّحكيمية، نجد أن بعض أحكام التّحكيم الصادرة عن المركز بعد تأسيس إختصاصه بناءا على إتفاقية غالبا ما تقوم فيها المحكمة بالفصل بين عناصر الإيجاب، أو بمعنى آخر فإنّ المحكمة تقبل الإختصاص بناءً على الإتفاقية إلاّ أنّها لا تطبق القانون واجب التطبيق الوارد فيها.

من بين هذه الأحكام نجد الحكم الصادر في قضية **Maffezini** ضدّ إسبانيا[2]، فبعد قيام محكمة التّحكيم بتأسيس إختصاصها على نصّ المادة 10 من إتفاقية إسبانيا والأرجنتين، لم تقم هذه الأخيرة بالإشارة إلى نفس المادّة عند فصلها في موضوع النزاع، فقد إكتفت بالإشارة إلى نصوص الإتفاقية الثّنائية بين إسبانيا والأرجنتين لتقدير الإخلال المنسوب للدّولة المضيفة، إضافة إلى قواعد القانون الدّولي[3].

كما يطرح الإشكال كذلك في حالة تأسيس إختصاص المركز بناءً على إتفاقية ثنائية ونشوب النّزاع قبل دخول هذه الأخيرة حّيز التنفيذ، وهو ما حدث في قضية **Tradex** ضدّ ألبانيا[4]، حيث تم تقديم طلب التّحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار قبل دخول الإتفاقية الموقعة بين ألبانيا واليونان حيزّ التنفيذ وبالتّالي فقد كان من غير الممكن عقد إختصاص المركز على أساس هذه الإتفاقية[5].

---

[1] مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 جانفي 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 فبراير 1993، ج.ر.ج.ج عدد1 لسنة 1994.

[2] صدر الحكم في موضوع النّزاع في قضية (ARB/97/7) Maffezini v/the kingdom of spain، متاح على موقع المركز: www.worldbank.org/icsid/cases.

[3] راجع قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 376.

[4] Décision du 24 décembre 1996, Tradex v.Albania.

[5] أنظر في ذلك: FOUILLET Helene, op. cit., p. p. 12-13

الفرع الثّاني

حالة غياب النّص على القانون واجب التّطبيق

باستقراء نصّ المادة 1/42 الجملة الأولى من إتفاقية واشنطن يفهم ضمنيا أنّه يمكن للأطراف إختيار القانون واجب التّطبيق على موضوع نزاعهم حتّى بعد نشوب النّزاع إذ أنّ الإتّفاقية لم تحدّد وقتا معيّنا لاختياره، إلاّ أنّ الإشكال يطرح عندما يتمّ تأسيس إختصاص المركز بناءً على التشريعات الدّاخلية للدّول أو الإتفاقية الدّولية مع عدم النّص على القانون واجب التّطبيق لا قبل نشوب النّزاع ولا بعده، فهل ستقوم محكمة التّحكيم بتطبيق الجملة الثّانية من المادة 42؟

باعتبار أنّ إتفاقية واشنطن لم تشترط كما سبق القول وقتا محدّدا لاختيار القانون واجب التّطبيق، فيمكن للأطراف اختياره قبل نشوب النّزاع أو بعده، فضلا عن أنّ هذه الإمكانية متاحة للأطراف حتّى أثناء سير الإجراءات الخاصة بالتّحكيم أمام المحكمة، مثلما حدث في قضية **Benvenuti & Bonfant** أين خوّل الأطراف محكمة التّحكيم سلطة الفصل في النّزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف أثناء سير الإجراءات[1].

أمّا بخصوص غياب إتفاق الأطراف حتّى بعد نشوب النّزاع، فقد لجأت بعض محاكم التّحكيم إلى إستخلاص إرادة الأطراف إنطلاقا من الطّلبات والدّفوع المقدّمة من جانبهم، ففي نزاع شركة آسيا الزراعية مع حكومة سيريلانكا قامت الشركة المدّعية بإيداع طلب التّحكيم أمام المركز إستنادا إلى نصّ المادة 1/8 من الإتفاقية المبرمة بين سيريلانكا والمملكة المتحدة[2].

عند تحليل مسألة القانون واجب التّطبيق إعتبرت المحكمة أنّ الإختيار المسبق للقانون واجب التطبيق وفقا للجملة الأولى من المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن صعب التّحقق في تحكيم يتعلّق بنزاع نشأ مباشرة عن تعهّد بإلتزام دولي بين دولتين بالنيّابة عن مواطنيها المستثمرين، ثم

[1] راجع في هذا المعنى: قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 379.

[2] راجع النّص الأصلي لهذه المادة باللّغة الإنجليزية في: حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، هامش رقم 660، ص. 250.

رأت المحكمة أن تحديد القانون وفقا لهذه الظروف الخاصّة يكون بعد القيام الفعلي للنّزاع، عن طريق ملاحظة وتفسير سلوك الأطراف، خلال إجراءات التّحكيم، الذين تصرّفوا بطريقة تظهر إتفاقهم المشترك على إعتبار نصوص إتفاقية الإستثمار الثّنائية بين المملكة المتّحدة وسيريلانكا المصدر الرئيسي للقواعد القانونية واجبة التطبيق[1].

قدّرت المحكمة أنّ القانون واجب التطبيق على النّزاع هو نصوص الإتفاقية الثنائية المبرمة بين سيريلانكا والمملكة المتحدة على أن تستكمل بتطبيق قواعد القانون الدّولي والقانون الدّاخلي لدولة سيريلانكا، ذلك أنّ أساس تصرّفات الأطراف وإتجاههم إلى تسوية النّزاع عن طريق تحكيم المركز الدّولي إنّما يمثّل موافقة من جانبهم على تطبيق نصوص الإتفاقية الثنائية.

إتجه الرّأي المخالف لهذا الحكم إلى القول أنّ القانون السيريلانكي هو الواجب إعماله بما في ذلك قواعد تنازع القوانين بموجب نص المادة 1/42 وتطبيق العبارة الثانية مباشرة في حالة عدم تحقق اختيار صريح أو ضمني للأطراف بموجبه يحدّد القانون واجب التطبيق[2].

الفرع الثّالث

حالة نصّ العقد على القانون المطبق مع تأسيس الإختصاص بناءً على إتفاقية

يمكن أن يتضمن عقد الإستثمار المبرم بين الدّولة والطّرف الأجنبي شرطا يحدّد بموجبه القانون واجب التطبيق مع إنعقاد إختصاص المركز تأسيسا على نصّ الإتفاقية الثنائية الخاصّة بحماية وتشجيع الإستثمارات، فهل يعّتد بشرط الإختصاص التذشريعي الوارد في العقد المبرم بين الطرفين؟ تعتبر هذه الحالة تجسيدا لنصّ المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن وبالتّالي فمن المنطقي أن تطبّق محكمة التّحكيم القانون الذي إختاره الأطراف في العقد على موضوع النّزاع المطروح أمامها[3].

[1] نقلا عن: قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 380.

[2] حسين أحمد الجندي، المرجع السّابق، ص. 252.

[3] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 383.

بالعودة إلى موقف قضاء تحكيم المركز فنجد أنّ هذا الأخير لم يتّبع هذا الحلّ في قضية **Wena Hotels Limited** وهي شركة إنجليزية ضّد الحكومة المصرية، حيث أبرمت شركة الفنادق المصرية مع شركة **Wena** عقدي إيجار تضمّنا شرطا يخضعان بموجبه للقانون المصري، بعد نشوب النّزاع لجأت الشركة المستثمرة إلى المركز الدّولي لتطالب بالتّعويض من الحكومة المصرية بعد مصادرة ممتلكاتها على أساس أنّ الحكومة المصرية قد أخلّت بإلتزامها المتمثل في معاملة الشركة معاملة عادلة طبقا للمادة 02 من الإتفاقية المبرمة بين مصر والمملكة المتحدة[1].

حكمت المحكمة بالتّعويض لشركة **Wena** معتبرة الجانب المصري مخالفا لقواعد الإتفاقية وذلك بعد تطبيقها للإتفاقية الثّنائية وحدها دون التعرّض لتطبيق القانون الدّاخلي ممّا دفع الدّولة المضيفة أي الحكومة المصرية إلى تقديم طلب إلغاء الحكم الصادر تطبيقا لنص المادة 52 من الإتفاقية معتبرة المحكمة قد تجاوزت سلطاتها باستبعاد تطبيق نصّ المادة 1/42 سواء بالعودة إلى الإتفاق الوارد في العقدين أو حتّى في حالة عدم وجوده أي عن طريق إعمال العبارة الثانية من المادة 1/42، وبالتالي فإن القانون المصري هو القانون واجب التطبيق في كل الأحوال[2].

رفضت اللّجنة المؤقتة هذا الأساس وإعتبرت أنّ شرط القانون واجب التطبيق الوارد في العقدين لا يطبّق إلاّ على المنازعات التي تنشأ بين الطّرفين والمرتبطة بالعلاقة العقدية، وأنّ النّزاع المعروض أمام المحكمة يتعلّق بالإخلال بنصوص إتفاقية ثنائية ممّا يجعله يخضع لقواعد أخرى غير تلك المتّفق عليها في العقدين[3].

لجأت اللّجنة المؤقّتة إلى تطبيق القانون الدّولي على هذه القضية وذلك بعد الإشارة إلى الخلاف الفقهي والتّحكيمي حول الدّور الذي يتمتع به القانون الدّولي معتبرة أن ذلك لا يتعارض مع مصالح الدولة المصرية طالما أنّها تعترف في دستورها وتحديدا المادة 151 منه للإتفاقيات الدّولية

[1] حسيني يمينة،المرجع السّابق، ص. ص. 101-102.

[2] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 384.

[3] راجع في التعليق على قرار اللّجنة المؤقتة بتاريخ 2002/01/05 حول الطّلب المصري لإلغاء الحكم:
FOURET Julien & KHAYAT Danny, Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, RQDI, N° 18.2, 2005, p. 384.

بقوّة القانون، وأكّدت اللّجنة أنّ المحكمة كانت في حدود سلطاتها حينما طبّقت أحكام إتفاقية الإستثمار وحدها دون نصوص القانون المصري[1].

[1] قبايلي طيّب، المرجع السّابق، ص. 385.

خاتمة

في الختام، يمكن القول أنّ الصّبغة الخاصة التي تتميّز بها عقود الإستثمار والمترتّبة عن إرتباطها الوثيق بالخطط التّنموية للدّولة المتعاقدة وكذا التّفاوت في المراكز القانونيّة والإقتصاديّة لأطرافها، قد جعل من مسألة تحديد النّظام القانوني لهذه العقود مسألة شائكة ومعقّدة، فضلا عن ما تنطوي عليه من مصالح متضاربة للأطراف على نحو أفرز معه الفقه العديد من النّظريات بشأن تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود.

يعتبر ما ذهبت إليه إتفاقية واشنطن لعام 1965 في مادّتها 1/42 حرصا من واضعيها على حسم الخلاف وتمكُّن الأطراف من إختيار القانون واجب التّطبيق على موضوع النّزاع بكلّ حرّية، وذلك بتكريس قانون الإرادة كمبدأ أساسي يتعيّن على المحكّم الإلتزام به وتطبيقه.

إستند واضعوا إتفاقية واشنطن في تكريس هذا المبدأ على النّظرية الموضوعيّة المشار إليها في الفصل الأوّل، وتظهر لمساتها في ضرورة تواجد قانون يحكم العقد وينظّم العلاقة بين الطّرفين، ويطبّقه المحكّم على ما ينشأ على موضوع نزاعهما، حيث تلعب الإرادة دورا حاسما وفعّالا في إختيار هذا النّظام.

كرّست محاكم تحكيم المركز الدّولي مبدأ قانون الإرادة عند إتجاه الأطراف إليه، وذلك عن طريق إتّفاقهم الصّريح على تطبيق قواعد قانون ما، فيما لم يعتد بالإرادة الضمنية المستنبطة من الظّروف والقرائن المحيطة بالعقد بإعتبار أنّ ذلك سيفرغ الجملة الثّانية من المادة 1/42 من فحواها، بإعتبار أنّ هذه الأخيرة قد عالجت مسألة غياب إتفاق الأطراف الصّريح على القانون واجب التّطبيق.

إذا كان إتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التّطبيق على موضوع نزاعهم وفقا للعبارة الأولى من نصّ المادة 1/42 يثير إشكالات أو صعوبات عديدة فإنّ غياب هذا الإتفاق لا يخلو منها كذلك، بالرّغم من أنّ الإتفاقية قد نصّت على تطبيق قانون الدّولة المضيفة بما في ذلك قواعدها في تنازع القوانين، مع الإشارة إلى مبادئ القانون الدّولي في المادة 1/42 قد أثار جدلا فقهيّا واسعا، خصوصا مع رغبة المحكّمين في تطبيق القانون الدّولي، فيقول الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في ذلك " **الرّاجح أنّ نص المادّة 42 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 قد تكلم عن القانون الذي يختاره الأطراف وقانون الدّولة الطرف في العقد، وقواعد تنازع القوانين في ذلك القانون الأخير، ولا نشك**

في أنّ محكمة التّحكيم بمركز تسوية منازعات الإستثمار الذي أنشأته الإتفاقية ستهجر كل هذه الإختيارات الثّلاثة كي تقضي في النّهاية وفقا لقواعد موضوعية ليست من وضع دولة محدّدة" [1].

عليه فإنّ إشارة المادة 1/42 لمبادئ القانون الدّولي لا تعني تحرير عقود الدولة من سلطان القانون الوطني الذي يتّصل به وإخضاعه لتلك المبادئ الغامضة وغير الكافية، بل إنّ تلك المبادئ تضاف إلى القانون الذي تطبّقه المحكمة سواء كان قانون الدولة المتعاقدة أو أي قانون وطني آخر وذلك من أجل تكملة ثغراته وتفسير ما قد يكون غامضا من أحكامه.

[1] نقلا عن : عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السّابق، ص. ص.371-372.

أوّلا:باللّغة العربية:

I. الكتب:

1. بشّار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدّولية الخاصّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
2. بشّار محمّد الأسعد، عقود الدّولة في القانون الدّولي، منشورات زين الحقوقيّة، بيروت، 2010.
3. جابر ليندا، القانون الواجب التّطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، شركة المؤسّسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014.
4. جلال وفاء محمّدين، التّحكيم بين المستثمر الأجنبي والدّولة المضيفة للإستثمار أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
5. حسين أحمد الجندي، النّظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبيّة على ضوء إتفاقية واشنطن الموقّعة عام 1965، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2005.
6. حفيظة السّيد الحدّاد، العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيّة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
7. خالد كمال عكاشة، دور التّحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، القاهرة، 2014.
8. راشد سامية، دور التّحكيم في تدويل العقود، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1990.
9. سراج حسين أبو زيد، التّحكيم في عقود البترول، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2004.
10. صادق محمّد محمّد الجبران، التّحكيم التّجاري الدّولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
11. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
12. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدّولية الاقتصاديّة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

13. علاء محي الدّين مصطفى أبو أحمد، التّحكيم في منازعات العقود الإدارية الدّولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
14. عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبيّة في القانون الجزائري، دار هومه للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014.
15. فوزي محمّد سامي، التّحكيم التجاري الدّولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010.
16. كوجان لما أحمد، التّحكيم في عقود الإستثمار بين الدّولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008.
17. محمود محمّد ياقوت، حرّية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدّولي بين النّظرية و التّطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
18. هشام علي صادق، القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الدّولية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2001.

II. الأطروحات والمذكّرات:

1. الأطروحات:

1. أحمد عبد الحميد عشوش، النّظام القانوني لاتفاقيات البترول في البلاد العربية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1995.
2. أصوفي البشير، خصوصيّات التّحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار، رسالة لنيل دبلوم الدّراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص، كلّية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، جامعة حسن الأوّل، سطات، د س م.
3. إقلولي محمّد، النّظام القانوني لعقود الدّولة في مجال الاستثمار " التّجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
4. بشار محمّد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدّولية الخاصّة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2004.

5. حسن علي كاظم، تسوية المنازعات النّاشئة عن عقد الترخيص الدّولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الجزائر، 2005.
6. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
7. قبايلي طيّب، التّحكيم في عقود الإستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى على ضوء إتفاقيّة واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمّري، تيزي وزّو، 2012.
8. معيفي لعزيز، الوسائل القانونيّة لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
9. والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د س م .

2. المذكرات:

1. بن غرّابي سمية، عقود التّجارة الالكترونيّة ومنهج تنازع القوانين، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التّعاون الدّولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمّري، تيزي وزّو، 2009.
2. حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدّولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
3. خلاّف فاتح، القانون الواجب التّطبيق على موضوع النّزاع التّحكيمي في التّشريع الجزائري، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصّصّ قانون السوق، كليّة الحقوق، جامعة محمد الصّديق بن يحيى، جيجل، 2008.

4. خلّيفي سمير، حل النّزاعات في عقود التّجارة الإلكترونية، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي، تخصّصّ قانون التّعاون الدّولي، كليّة الحقوق ، جامعة مولود معمّري تيزي وزّو، 2010.
5. شوشو عاشور، الحماية الإتّفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
6. صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
7. كرّاش ليلى، مبدأ سلطان الإرادة في التّحكيم التّجاري الدّولي، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤوليّة، معهد الحقوق والعلوم الإداريّة، جامعة الجزائر، 2002.

III. المقالات و المداخلات:

1. المقالات:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، "القانون الواجب التّطبيق على موضوع التّحكيم"، مجلة الأمن والقانون، عدد1، أكاديمية شرطة دبي، 2008، ص. ص. 9-55.
2. إقلولي محمد، "شروط الإستقرار التّشريعي المدرجة في عقود الدّولة في مجال الإستثمار"، المجلّة النّقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص. ص. 94-123.
3. خالد محمد الجمعة، "المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار بطريق لحلّ منازعات الإستثمار المباشر"، مجلّة الحقوق، عدد 3، جامعة الكويت، 1998، ص. ص. 213-243.

2. المداخلات:

1. أسامة محمّد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التّطبيق في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي، المؤتمر السنوي الدّولي التاسع عشر حول "قواعد الإستثمار بين التشريعات الوطنية

والإتفاقات الدّولية وأثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة "، كلية القانون، جامعة الإمارات، من 25 إلى 27 أفريل 2011، ص. ص. 1213-1279.

2. عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النّزاع في التّحكيم التّجاري والأثر المترتّب على عدم مراعاته من قبل هيئة التّحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر حول "التّحكيم التّجاري الدّولي"، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، يومي 28 و 29 أكتوبر 2008، ص. ص. 583-617.
3. يوسف سليمان عبد الرحمان الحّداد، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السّنوي التاسع عشر حول التّحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدّولية، يومي 26 و 27 أغسطس 2014، صلالة عمان، ص. ص. 2-159.

IV. النّصوص القانونية:

1. الإتفاقيات الدّولية:

1. اتفاقية نيويورك، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233، مؤرخ في 5 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك، بتاريخ 10 جوان 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأمنية وتنفيذها، ج ر.ج.ج عدد 48 لسنة 1988.
2. مرسوم رئاسي رقم 345/91 مؤرخ في 25 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الإتفاقية بين الحكومة الجزائرية وإتحاد الإقتصاد البلجيكي اللّوكسمبورغي المتعلق بتشجيع وحماية الإستثمار المتبادلة والموقعة بالجزائر، في 24 أفريل 1991، ج.ر.ج.ج عدد 46 لسنة 1991.
3. مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في02 جانفي 1994، يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الدّيموقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الإستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 فبراير 1993، ج.ر.ج.ج عدد 1 لسنة 1994.

4. إتفاقية واشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، مؤرخ في 30اكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر.ج.ج عدد 66 لسنة 1995.

2. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 اكتوبر1975، يتضمن القانون المدني معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج عدد 44 لسنة 2005.
2. مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 27 لسنة 1993.(ملغى)
3. قانون رقم 09/08 مؤرخ في25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21 لسنة 2008.

V. المواقع الإلكترونية:

1. نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، متاح على الموقع:
http:// gjpi.org/wp-content/uploads/icc-arbitration-rules-arabic.pdf.

2. الموقع الرسمي لمحكمة العدل الدّولية:
http:// www.icj-cij.org/honepage/ar/icjstatute.php.

3. القانون المدني المصري، منشور على الموقع:
http://www.wipo.int/edocs/ledocs/laws/ar/eg/eg 026 ar.pdf.

4.
http:// www.joradp.dz.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I. Ouvrage :

1. MANCIAUX Sebastien, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, litec, Paris, 2004.

II. Thèses et mémoires :

1. EL-BEHERRY Ibrahim Refaat Mohamed ,Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat, université de Nice Sophia – ANTIPOLIS, 2004.

2. RATCHANEEKORM Larpvanichar, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, discipline droit international privé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille 2, Cambrai, 2012.

III. Articles :

1. FOUILLET Hélène, « le consentements de l'Etat et l'Arbitrage du Centre International du Règlement des Différends Relatifs à L'investissement », p. p 1-32, www.lepetitjuriste.fr.
2. FOURET Julien & KHAYAT Danny, « Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements », RQDI, N° 18.2, 2005, p. p. 314-392.
3. THOUMYRE Lionel, « L'échange des consentements dans le commerce électronique »,p. p 1-48 disponible sur le site : www.lex-electronica.com.

VI. Textes juridiques :

- Décret N° 75-1123 du 05 décembre 1975 instituant le nouveau code de procédure civile, modifié par décret N° 2011-48 du 13 janvier 2011, disponible sur le site : www.legisfrance.gouv.fr.

VII. Principales décisions et sentences CIRDI :

1. Sentence du 08 aout 1980, Benvenuti & Bonfant c/ Congo (ARB/77/2).
2. Décision du 25 septembre 1983, Amco Asia Corp et autres vs Indonésie (ARB/81/1).
3. Sentence du 21 octobre 1983, Klockner V, republic of cameroon, (ARB/81/2) disponible sur le site : http://www.trans-lex.org/240800.

4. Décision du comité ad hoc du 16 mai 1986, Amco Asia et autres Vs Indonésie.
5. Décision du 24 décembre 1996, Tradex v.Albania.
6. Décision du 25 janvier 2000, Emilio Agustin Maffezini c/ Espagne (ARB/97/7), disponible sur le site : www.worldbank.org/icsid/cases.

ثالثا: باللغة الإنجليزية:

I. Articles :

1. BUSIT Obeid, The determination of applicable law in international commercial arbitration, the sixteenth annual conference on "International Commercial Arbitration the most important Alternatives for commercial dispute resolution", UAE University, 28th to 30th April 2008, p. p 199-242.

2. HOP Dang, the applicability of international law as coverning law state contacts), Australien international law journal, N°133, 2010, p.p.120-142.

3. PIPINSKY Sergey & KEVIN Williams, Danges in international investisment law : « Amco Asia corporation Pan American developement limited, pt Amco Indonesia V republic of Indonesia », British institute of internationales and comporative law, London, 2008.

مـقدمة..... 1

الفصل الأوّل: إتّفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق..... 4

المبحث الأوّل: في مفهوم فكرة قانون الإرادة..... 5

المطلب الأوّل: المقصود بفكرة قانون الإرادة و نطاقها..... 5

الفرع الأوّل: المقصود بفكرة قانون الإرادة..... 5

أوّلا: تطوّر فكرة قانون الإرادة..... 6

ثانيا: تعريف فكرة قانون الإرادة..... 7

الفرع الثّاني: نطاق فكرة قانون الإرادة..... 7

أوّلا: النّظرية الشّخصية..... 8

ثانيا: النّظرية الموضوعيّة..... 8

المطلب الثّاني: تكريس مبدأ قانون الإرادة..... 9

الفرع الأوّل: على الصّعيد الداخلي..... 9

الفرع الثّاني: على الصّعيد الدولي..... 11

المطلب الثّالث: صور التّعبير عن الإرادة..... 12

الفرع الأوّل: التّعبير الصّريح..... 13

الفرع الثّاني: التّعبير الضّمني..... 14

المبحث الثّاني: الإشكالات النّاجمة عن تحديد الأطراف للقانون واجب التّطبيق..... 16

المطلب الأوّل: تحديد نطاق تطبيق القانون المختار..... 16

الفرع الأوّل: التطبيق الكلّي للقانون المختار..... 16

الفرع الثّاني: إعمال القواعد الموضوعية للقانون المختار 18

المطلب الثّاني: سلطة الأطراف في تقييد القانون المختار 19

الفرع الأوّل: إدراج شرط الثّبات التّشريعي 19

أولا: المقصود بشرط الثّبات التّشريعي 20

ثانيا: موقف إتّفاقية واشنطن من شرط الثّبات التّشريعي 21

الفرع الثّاني: إندماج قانون الإرادة في العقد 21

أوّلا: المقصود بإندماج قانون الإرادة في العقد..... 21

ثانيا: موقف إتّفاقية واشنطن من إندماج قانون الإرادة في العقد 22

الفرع الثّالث: الدّور الاحتياطي لقانون الإرادة..... 23

أوّلا: المقصود بالدّور الاحتياطي لقانون الإرادة..... 23

ثانيا: تقيّيم فكرة احتياطية قانون الإرادة..... 24

المطلب الثّالث: حدود إتفاق الأطراف 24

الفصل الثّاني: غياب إتفاق الأطراف على القانون واجب التّطبيق.....28

المبحث الأوّل: تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار بما في ذلك قواعد التّنازع 29

المطلب الأوّل: أسس تطبيق قانون الدّولة المضيفة للإستثمار 29

الفرع الأوّل: إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى تكييفها كعقود إداريّة..30

الفرع الثّاني: إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى قرارات الجمعيّة العامة للأمم المتّحدة.....32

الفرع الثّالث: إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدّولة المضيفة إستنادا إلى نظرية التّركيز 33

المطلب الثاني: كيفيّة تطبيق قانون الدّولة المضيفة.....34

المطلب الثّالث: تطبيقات لنص العبارة الثانية من المادة 1/42 من إتفاقيّة واشنطن 35

الفرع الأوّل: نزاع شركة Amco Asia واخرين مع حكومة أندونيسيا 36

الفرع الثّاني: نزاع شركة Klockner وآخرين مع حكومة الكاميرون وشركة Socame 37

المبحث الثّاني: إخضاع عقود الإستثمار لنظام قانوني غير وطني 39

المطلب الأوّل: تطبيق مبادئ القانون الدّولي.....39

الفرع الأول: المقصود بمبادئ القانون الدّولي.....40

الفرع الثّاني: أسس خضوع العقد لقواعد القانون الدّولي.....42

أولاّ: إخضاع العقد للقانون الدّولي العام إستنادا إلى قواعد القانون الدّولي الخاص.....42

ثّانيا: إخضاع العقد للقانون الدّولي باعتباره معاهدة دولية 44

الفرع الثّالث: إمكانية الفصل في النّزاع وفقا للمبادئ العدل والإنصاف.....46

المطلب الثّاني: تحديد القانون واجب التطبيق على ضوء الصّور المستحدثة للتّراضي 47

الفرع الأوّل: حالة النصّ في الإتفاقية الدّولية أو القانون الدّاخلي على القانون واجب التطبيق ...48

الفرع الثاني: حالة غياب النّص على القانون واجب التّطبيق.....50

الفرع الثّالث: حالة نصّ العقد على القانون المطبق مع تأسيس الإختصاص بناءً على إتفاقية ..52

خاتمة 55

قائمة المراجع..... 57

الفهرس 65

ملخّص

بالرّغم من اعتراف اتفاقية واشنطن في الجملة الأولى من نص المادة 1/42 منها بقاعدة قانون الارادة في اختيار القانون واجب التطبيق، وتأكيدها على تطبيق قانون الدولة المضيفة بالإضافة الى قواعد القانون الدّولي في حالة عدم الإتفاق على القانون واجب التطبيق في الجملة الثانية من نفس المّادة، إلاّ أنّ هذا لم يمنع محاكم التّحكيم من السّعي لوضع حدود لذلك من خلال اللّجوء إلى تطبيق القانون الدّولي ومنحه ليس فقط دورا تصحيحيّا وتكميليّا بل حتّى إستبعاديّا.

Résumé :

Malgré que l'article 42 de la convention de Washington prévoit l'application du droit librement choisis par les parties, et qu'en cas de l'absence de cette volonté le tribunal arbitral doit appliquer le droit de l'Etat contractant partie au différend, ainsi que les principes de droit international en la matière, mais cela n'a pas empêcher les tribunaux arbitraux de fixer des limites à ces dispositions en faisant a chaque fois référence à l'application du droit international tout en lui accordant non seulement un rôle complémentaire et correctif mais aussi un pouvoir d'exclusion.