

النظام القانوني لعقد الدولة.

The Legal Regime of State Contract.

وديع خياري

طالب دكتوراه فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية

جامعة الجزائر 1 كلية

o.khiari@univ-alger.dz

تاريخ الارسال: 2020/02/08 تاريخ القبول: 2021/07/10 تاريخ النشر: سبتمبر 2021

الملخص:

إن العقود المبرمة بين دولة من جهة وشركة أجنبية خاصة من جهة أخرى تكتسي أهمية بالغة، خاصة بالنسبة إلى دولة مستقبلة للاستثمارات في جميع المجالات مثل الجزائر. فالغرض والهدف من البحث الحالي هو توضيح وجهات النظر المختلفة لأبرز الفقهاء الذين تناولوا في مؤلفاتهم الإحاطة بالمسائل القانونية التي يثيرها عقد الدولة. فهناك من يرى وجوب تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة، وهناك من يرى وجوب تطبيق المبادئ العامة للقانون على عقود الدولة، وهناك من يرى أن عقد الدولة يخضع إلى نظام قانوني مستقل قائم بذاته هو القانون الدولي للعقود وغيرها من المواقف. البحث الحالي يتضمن توضيح مختلف وجهات النظر المذكورة مع الحلول التوفيقية بينها.

الكلمات المفتاحية:

عقد الدولة، النظام القانوني، الحلول.

Abstract : The contracts between a State and a foreign company have a great importance, especially for a State receiving investments in a various areas like ALGERIA. And the purposes of this research is the clarification of the different perspectives about the legal aspects of State contracts as addressed by the authority jurists. So there are those who see the application of International Law on State contracts, and there are those who see the application of international principles of law and there are others who see that State contract are bound by a different legal system which is the International Law of contracts, so what are the solutions?

Keywords:

State contracts, legal regime, solutions.

*المؤلف المرسل: وديع خياري

مقدمة:

إن عقود الدولة أي العقود المبرمة بين دولة من جهة وشركة أجنبية خاصة من جهة أخرى هي ذات أهمية بالغة خاصة بالنسبة إلى دولة مستقبلية للاستثمار كالجزائر.

كما أن مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة هي مسألة ذات أهمية بالغة؛ فالإجابة على هذا السؤال صعبة وتتأثر بنزعة اقتصادية سياسية مختلفة من وجهة نظر الدول المصدرة للاستثمار والدول المستضيفة للاستثمار أي بين الدول المصنعة والدول النامية¹. فما هو النظام القانوني الذي يحكم عقد الدولة؟

سيحاول محرر المقال الحالي تسليط الضوء على هذه المسألة باستخدام المنهج التحليلي من خلال تسجيل بعض الملاحظات المستخلصة من كتابات ووجهات نظر بعض أهم المؤلفين في القانون الدولي الذين تطرقوا لهذا الموضوع، مع توضيح الحلول التوفيقية المتوصل إليها، وذلك من خلال محورين أساسيين هما أولاً: مركز عقد الدولة والقانون الواجب التطبيق عليه، والمحور الثاني هو: القانون الدولي للعقود والحلول المتوصل إليها لغرض الحماية القانونية للاستثمار الخارجي.

المبحث الأول: مركز عقد الدولة والقانون الواجب التطبيق عليه:

المطلب الأول: مركز عقد الدولة بين القانون الدولي والقانون

الداخلي:

يرى الفقيه Frede Castberg أن الفرق بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي هو واضح مبدئياً: القانون الدولي العام هو النظام القانوني الناشئ في الحياة المشتركة للدول وقانونها هو ملزم لها، أساسه الأكثر أهمية هو المبدأ المشهور "العقد شريعة المتعاقدين" "Pacta sunt servanda"، إنه هذا المبدأ الأساسي للقانون الدولي العام هو الذي يتعلق بالساتير المكتوبة وغير المكتوبة المشكلة لأساس التشريع داخل الدول.

¹ - راجع على وجه التحديد : ثيودور موران، " الشركات المتعددة الجنسيات"، ترجمة

جورج خوري، مراجعة الدكتور منير لطفي، دار الفارس للنشر و التوزيع، الطبعة

الأولى 1994.

إذن، من حيث المبدأ، فإن الفرق بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي واضح¹.

لقد لاحظنا في عصرنا الحالي، مع ذلك، أن هذا الفرق له نوع من الاتجاه نحو الغموض. ليس فقط لأن المحاكم في عدة دول، بدرجة متزايدة، يبدو أنها تتجه إلى تطبيق قواعد القانون الدولي في منازعات قانونية داخلية. هذا الاتجاه هو بمثابة نقض ما كان عليه الفقه التقليدي، على الأقل في عدة دول أوروبية، الذي أثره هو أن قاعدة القانون الدولي لا يمكن أن تطبق من طرف المحاكم الداخلية قبل أن تتحول بموجب نص قانوني خاص إلى قانون داخلي. ولكن أيضاً، خلال الخمسين سنة الأخيرة، ظهر نوع من الممارسة في العلاقات بين الدول والشركات الصناعية الأجنبية المؤسسة على عقود التي يبدو أن لها طابع مختلط بين القانون الدولي والقانون الداخلي².

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الدولة:

في بعض الجوانب فإن عقد بين دولة ومؤسسة خاصة أجنبية، مثلاً عقد يخص البترول، سيحكم بالتأكيد بموجب القانون الدولي الخاص.

¹ - Frede CASTBERG, "International Law in Our Time", RCADI, 1973 (1), Tome 138, A. W. Sithoff, Leyde 1974, p.5.

² -Ibid.

مجموعة من المسائل متعلقة بسلطة والمسؤولية القانونية لإدارة المؤسسة الخاصة يجب أن يتم تقريرها طبقاً للقواعد السارية حيث ما يكون مقر المؤسسة الخاصة. سيكون الحال كذلك طالما أن العقد لا ينص على حل آخر. حتى القانون العام للدولة المضيقة يمكن أن يتم تطبيقه. سيكون الأمر كذلك بالنسبة لقواعد الضرائب، تشريع العمل، القواعد الأخرى للقانون الإداري أيضاً¹.

ولكن من جهة أخرى، يمكن التأكيد بأن حتى قواعد القانون الدولي العام يمكن أن تطبق على العلاقات التعاقدية المعنية. خاصة إذا كان العقد يحيل المنازعات المحتملة بين الطرفين إلى التحكيم الدولي، يمكن من المنطق تفسير العقد بطريقة حيث يمكن تطبيق حتى القانون الدولي العام².

أولاً-موقف التحكيم في قضية ARAMCO:

في الحكم الذي تم مناقشته عدة مرات المؤرخ في 23 أوت 1958 في القضية التحكيمية بين المملكة العربية السعودية والشركة البترولية العربية الأمريكية (ARAMCO)، المحكم قضى بأن القانون الدولي العام هو الواجب التطبيق على عقد امتياز البترول للشركة. "أسباب موضوعية" تجعل من المستحيل تطبيق قانون الدولة لوحدها.

ثانياً-تفسير إتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات:

¹ - Ibid.

² - Ibid., pp.5-6

إنه حقيقة أن اتفاقية فيينا لعام 1969 حول قانون المعاهدات تطبق فقط على الاتفاقيات بين الدول (المادة 1 من الاتفاقية)، ولكن ذلك لا يمنع من كون بعض أحكام الاتفاقية تطبق حتى على الاتفاقات أي العقود بين الدولة وشركة أجنبية. المادة 46 فقرة 1 من الاتفاقية تنص على تقييد حق الدولة بالادعاء ببطلان موافقتها على معاهدة، على أساس أن هذا الاتفاق لا أساس له طبقاً لقانونها الداخلي. هذه القاعدة تطبق أيضاً على الدولة إذا كانت تدعي قواعد تقييد الاختصاص في القانون الداخلي تجاه شركة أجنبية لغرض القول أن هذا العقد يجب أن ينظر إليه بأنه غير ملزم¹.

الفرع الثاني: مسألة تطبيق المبادئ العامة للقانون:

يرى نفس الفقيه Castberg بوضوح أن المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها في القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة 1/38 (ج) يمكن أن تطبق أيضاً على المنازعات المعنية هنا. هذه المبادئ العامة للقانون تعادل القواعد العامة التي ستطبقها محكمة ما في المنازعات الداخلية وكذلك المنازعات الدولية. ربما لا يوجد فرق في الممارسة سواء تم تسمية هذه المبادئ "المبادئ العامة للقانون" "العدالة الدولية" أو "القانون الطبيعي" حتى وإن كانت الفلسفة التي تقوم عليها مختلفة جداً².

في القضية التحكيمية المشهورة بين Sapphire International وPetroleum LTD، والشركة الوطنية الإيرانية للبترول (NIOC)، شركة وطنية إيرانية مع شركة خاصة أجنبية كانتا الطرفين المتنازعين. فالمحكم

¹ - Ibid.

² - Ibid.

في حكمه المؤرخ 15 مارس 1963 أكد على الخصوصية البارزة للاتفاق المبرم بين الطرفين ووجد أن القضية يجب أن يتم الفصل فيها طبقاً "للمبادئ العامة للقانون المؤسسة على ممارسة الدول المتحضرة"¹.

في حين أن في هذه القضية فإن المبادئ العامة للقانون -قارن: صياغة المادة 1/38 (ج) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية- هي التي كانت حاسمة؛ في قضية أبوضبي المحكم اختار صياغة أخرى لنفس الحجة. هذه القضية تتعلق بعقد امتياز الذي قدمه شيخ أبوضبي إلى Petroleum Developpement LTD لاستخراج البترول².

ما يهم من وجهة نظر الفقيه Frede Castberg في هذه القضية هو أن اتفاق الامتياز أشار إلى "حسن النية والتفسير المعقول" "good will and sound reason". على هذا الأساس فإن القاضي في قراره الصادر في سبتمبر 1951 وجد أن عليه أن يتأسس على ما وصفه بـ "نوع من القانون الطبيعي المتطور". النتيجة كانت محققة إذن بالمبادئ المقبولة عموماً للتفسير -النزاع كان يتعلق بمسألة ما إذا كان عقد الامتياز منذ 1939 يجب أن يعتبر أنه يتضمن الحق في استخراج البترول من تحت قاع الجرف القاري أيضاً، المحكم اعترف للشركة بالادعاء طالما أن

¹ - راجع على وجه الخصوص: "International Law Reports, 35" (1967), P 136 et Seq بموجب هذا الحكم فإن شركة NIOC تم الحكم عليها بدفع تعويض معتبر.

² - Ibid., p.7.

ما تحت قاع الإقليم البحري كان معنيا أيضا. ولكن شيخ أبوضبي رأى أنه لم يقدم أي حق خارج حدود الإقليم¹.

كانت هناك بعض المناقشات في أدب القانون الدولي حول ما إذا كان صحيحا اعتبار المبادئ العامة للقانون المعنية هنا كقواعد إضافية للقانون الدولي أو للقانون الداخلي على التوالي، أو ما إذا كان من الأصح اعتبار هذه المبادئ بأنها منفصلة، أي نظام قانوني مستقل بذاته.

الفقيه Lord Mc Nair يرى أن المبادئ العامة للقانون وليس القانون الدولي بالمفهوم الضيق *Stricto sensu* - هي التي تنظم العقود بين دول البترول والشركات البترولية الكبرى².

التفاعل بين القانون الدولي، المبادئ العامة للقانون والقانون الداخلي الخاص والعام تم معالجته أيضا في دراسة من طرف الفقيه O. Kojanek بعنوان: "The legal nature of agreements concluded by private entities with foreign States"، وفي دراسات وإعلانات أخرى في مناقشة في ملتقى تم تنظيمه من طرف أكاديمية القانون الدولي بـ «لاهاي» عام 1968 منشورة في مجمع الدروس لذات العام.

¹ -راجع على وجه التحديد:

International Law Reports, 18 (1951), pp 144-161, p 149.

² - Cf: Finn seyersted, "applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties", in RCADI, 1967, III, p 522 et seq, p 541, cited by: F. Castberg, op.cit., p.8.

راجع أيضا على وجه التحديد:

Lord Mc Nair, « The General Principles of Law recognized by Civilized Nations », British Year Book of International Law, 1957, p.1 ET seq, esp., p. 19.

حسب الفقيه Frede Castberg لا يوجد سبب كافٍ في هذا الصدد لفصل المبادئ العامة للقانون عن ارتباطها بالمجموعتين التقليديتين للقانون: القانون الداخلي والقانون الدولي العام، أولاً: لأنه يصعب تصور بأن كل المسائل التي تثور في علاقة قانونية يمكن أن تجد جواب كافٍ بمجرد التطبيق الوحيد للمبادئ العامة للقانون.

حتى وإن كان اتفاق تحكيمي ينص فقط على مبادئ القانون أو العدالة الطبيعية كأساس الوحيد لحكم المحكمة التحكيمية، تبقى هناك دائماً مسائل مثل تلك المتعلقة بالنظام التنظيمي المحض للأطراف الذي ينظم بموجب القانون الداخلي. بغض النظر عن ذلك، إن ارتباط مبادئ القانون بالقانون الدولي أو القانون الداخلي على التوالي ليس بدون أثر قانوني. المبادئ العامة للقانون ليس لها بالضرورة نفس الأثر القانوني، بغض النظر عن كون المنازعة معروضة أمام محكمة داخلية أو محكمة دولية. القاضي في القانون الداخلي يمكن أن يجبر بموجب القانون الداخلي على تطبيق نص قانوني حتى وإن وجد لأسباب معقولة بأن هذا النص أو أحكام المادة مخالفة للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من طرف الأمم المتحدة. إذا كان، مع ذلك، نفس النزاع تم عرضه أمام محكمة دولية التي يجب أن تقرر على أساس القانون الدولي العام، فإنه من الممكن أن هذا القرار، فقط لأنه مؤسس على المبادئ العامة للقانون، يمكن أن يكون مختلف. يمكن الأخذ كمثال يخص المسؤولية الدولية وبالأخص الحماية الدبلوماسية حول منازعة تتعلق بادعاء تعويض عن التأميم الذي يمس

ملكية أجنبية. إذا كان القانون الداخلي يتضمن قواعد التعويض التي بموجبها لا يمكن للأجانب المعنيين الحصول على تعويض، فإنه من الممكن بأن المحكمة الداخلية ملزمة بتطبيق القانون الذي يضر بالأجانب المعنيين، بينما القاضي الدولي، من جهة أخرى، يمكن أن يتجاهل القانون المخالف للقانون الدولي.

وهذه النتائج المختلفة يمكن أن تكون صحيحة حتى وإن كانت كلتا المحكمتين الداخلية والدولية تعتبر القانون الداخلي المعني في تناقض مع "المبادئ العامة للقانون". هذا الأمر قد لا يكون حاسما بالنسبة للمحكمة الداخلية ولكنه حاسم بالنسبة للمحكمة الدولية. شيء آخر يهمنا هنا، هو أن الدولة التي محاكمها أصدرت أحكاما أو قرارات من هذا النوع يمكن أن تكون مسؤولة طبقا للقانون الدولي. إن الإشارة إلى تطبيق "المبادئ العامة للقانون" أو "العدالة الطبيعية" في بعض اتفاقيات التحكيم لا يمكن، كما تم ملاحظته، أن يؤخذ بمفهوم أن مبادئ القانون المعنية يجب أن تكون الأساس الوحيد للقرار، ولكن المفهوم الذي يجب أن يكون أولا والأكثر ملائمة هو أن المحكمة يجب أن لا تجبر على تطبيق القواعد الداخلية للقانون، سواء الخاص أو العام، إذا كانت هذه القواعد مخالفة لتلك المبادئ العامة القانونية، التي هي ملزمة طبقا للقانون الدولي العام Public International Law.

خلاصة النتائج التي يراها الفقيه Castberg هي بأن العلاقات التعاقدية بين شركة خاصة أجنبية من جهة - عادة شركات ذات مدى

واسع من النشاط - ومن جهة أخرى دولة أو شركة وطنية لدولة، هي جزئياً محكومة بالقانون الدولي. طالما أن المنازعات بين الطرفين حول تلك العلاقات التعاقدية تم عرضها أمام تحكيم دولي فإن المحكمة التحكيمية - سواء بوجود نص صريح أم لا في الاتفاق التحكيمي - يكون لها أيضاً تطبيق المبادئ العامة للقانون كأساس لقرارها أو لحكمها التحكيمي. إذن فهذه المبادئ ستكمل عادة القواعد الراسخة في القانون الدولي العام. المحكمة التحكيمية لن تمنع من اتباع هذه المبادئ، مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد "the principle of the binding force of contracts" حتى وإن كانت المحكمة عليها أن تتجاهل القواعد الداخلية للقانون التي تكون ملزمة للمحاكم الداخلية¹.

المطلب الثاني: النظام القانوني لاتفاقات الاستثمار بين الدولة والأشخاص الخاصة أو الشركات الخاصة:

الفرع الأول: أثر اختلاف الإيديولوجيات على نظرية القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار:

إن مسألة النظام القانوني لعقود الاستثمار بين الدول والشركات الخاصة قد شكل العائق الأساسي للجهود الدبلوماسية الحثيثة لاستكمال الإجماع حول "ميثاق الحقوق والالتزامات الاقتصادية للدول Charter of Economic Rights and Duties of States". المصنعة كانت في صالح ضرورة الإشارة إلى هذه العقود صراحة في نص

¹ - Cf: Philip C. Jesup, Transnational Law, 1956.

الميثاق، بتكريس التزام الدول بالوفاء بها بحسن نية وباحترام إجراءات التحكيم التي تنص عليها في بعض الأحيان¹.

تأييدا لهذا الموقف تحجبت هذه الدول المصنعة بأن قرار الجمعية العامة 1803 لعام 1962 ينص على أن "العقود المبرمة بحرية من طرف أو بين دول ذات سيادة يجب احترامها بحسن نية"، إن هذا النص يضع على قدم المساواة الاتفاقيات ما بين الدول وتلك المبرمة بين دولة وشركة أجنبية خاصة².

دول مجموعة 77 رغم عدم إنكارها بالواجب العام للدول بالوفاء بالتزاماتها بحسن نية، فإنها اعتبرت هذه العقود بأنها ليست اتفاقات دولية طالما أنها ليست مبرمة بين الدول وبالتالي يحكمها القانون الداخلي للدولة المعنية، فتلك الشركات ليس لها نظام قانوني دولي لأن الشركات الخاصة ليست أشخاص القانون الدولي، بالنتيجة فإن الدول النامية رفضت قبول اقتراحات الدول المصنعة لأنها تحس بأنه بمثابة تخويل النظام القانوني الدولي لتلك الشركات، وتجعل من الملزم قانونا للشركة وللدولة الالتزام بالقانون الدولي. عدم الاتفاق حول هذا الطرح كان جوهريا³.

هذا الاعتراض هو مبرر من طرف موقف محكمة العدل الدولية في قضية شركة البترول الأنجلو-إيرانية ذات المسؤولية المحدودة. المحكمة لا يمكنها قبول الرأي بأن عقد امتياز مبرم بين حكومة وشركة خاصة

¹ - Eduardo Jimenez De ARECHAGA, "International Law in the Past Third of a Century", RCADI, 1978, I, vol.159, p. 305.

² - Ibid.

³ - Ibid., pp. 305-306.

أجنبية يمكن اعتباره بأنه معاهدة دولية. وبالنسبة فإن فسخ امتياز من هذا النوع قبل انتهاء آجاله كنتيجة لإجراءات التأمين لا يمكن اعتباره انتهاك لمعاهدة دولية. ولكن ذلك لا يعني بأن الفسخ المسبق لا تكون له آثار قانونية. الحقوق التي يمثلها امتياز أو عقد لا تستثنى من نزع الملكية أكثر من منجم أو شركة. الاتفاق *the agreement* والاحتمالات التابعة له تمثل مصالح ملكية خاضعة للسلطة التامة للدولة الإقليمية. الإجراء يعتبر إذن نزع ملكية الحق التعاقدى للشركة الأجنبية: بالنتيجة، شرعيته معلقة على "دفع تعويض ملائم" طبقاً للمادة 2 فقرة 2 (ج) من الميثاق¹.

إذا كان الامتياز يتضمن بند تحكيمى، وسيلة اتفاقية لتحديد التعويض الملائم لا يمكن أن تتأثر بفسخ العقد طبقاً للمبدأ المستقر لاستقلالية البند الاتفاقى في العقد *The Principle of the autonomy or independence of the compromissory clause of a contract*، فالبند التحكيمى يقوم بذاته وبصفة مستقلة عن العقد: إذا لم يكن الأمر كذلك فإن الغرض من وجود ذلك البند في العقد يكون باطلاً أو ملغى. بالنتيجة، الدولة المتعاقدة تكون خاضعة للالتزام بالوفاء باتفاق التحكيم ودفع التعويض الذي تجده المحكمة التحكيمية ملائماً. ولكن هذا الالتزام ليس ناجماً عن معاهدة دولية، إنه مشتق من العقد ذاته ويشكل التزام أساسه المبادئ العامة للقانون، خاصة ذلك الذي يشترط على الدولة احترام كافة التزاماتها بحسن النية.

¹ - Ibid., p. 306.

اتفاقية واشنطن الممولة من طرف البنك الدولي تنص على إجراء تحكيمي ملزم بالنسبة لعقود الاستثمار "Investment agreements": في هذه الحالة، الالتزام باحترام هذه الوسيلة للتسوية ينجم عن الموافقة الصادرة من الدول الأطراف في الاتفاقية. اعتراض دول مجموعة 77 على اقتراحات الدول المصنعة في هذا الموضوع كان أساسه خشية بأن إدراجه في الميثاق يمكن أن يعطي طابع القانون الدولي العام للحل الممول من طرف البنك الدولي. في رأي بعض دول أمريكا اللاتينية التي قبلت بدون تحفظ ولاية محكمة العدل الدولية، أن هذه الاتفاقية هي حيلة مدبرة من طرف الدول الرأسمالية المصدرة لسد نقص الضمانات القضائية الناتجة، لهذه الدول، عن نفورها عن قبول بدون تحفظات ولاية المحكمة فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار. لهذا السبب فإن النزاع الذي يتعلق بالطابع الملائم لتعويض محتمل، رغم أنه مقرر في منازعة بين الدول المعنية، يكون محددًا بموجب التحكيم الذي يضع على قدم المساواة الشركة الخاصة والدولة النامية في إجراءات الخصومة¹.

الفرع الثاني: بنود التوازن والقانون الدولي:

¹ - Ibid., pp. 306- 307.

ما هو الحال إذا تضمن الامتياز أو العقد بنودا توازنية صريحة التي تنص بأن العقد لا يمكن أن يعدل خلال مدته إلا بالاتفاق المشترك للطرفين؟

البروفيسور Prosper Weil في دراساته العميقة حول الموضوع توصل إلى النتيجة التي مفادها أن تلك البنود تحرم الدولة المستضيفة من سلطة وضع حد للامتياز إلا بموافقة الطرف الخاص. مع ذلك، هذا الاستنتاج يذهب عكس المبدأ الأساسي وأغراضه المتمثل في مبدأ سيادة الدولة الدائمة على ثرواتها الطبيعية، المنصوص عليه في الميثاق وفي قرارات الجمعية العامة. هذا لا يعني أن مثل هذه البنود التوازنية ليس لها أثر، ويجب أن تعتبر باطلة. إن فسخ مسبق خرقا لنص تعاقدى من هذه الطبيعة يولد حقا خاصا في التعويض، ومقدار التعويض يجب أن يكون أكثر منه عن الحالات العادية، لأن وجود هذا البند يشكل ظرفا خاصا يجب أخذه بعين الاعتبار في تحديد التعويض الملائم. يجب أن يكون التعويض أيضا عن الربح الفائت *lucrum cessans* الذي كان من المحتمل أن يكسبه الطرف الخاص خلال المدة التي كان يسري فيها الامتياز¹.

البروفيسور Weil ركز نتائجه على أساس أن العقود المتضمنة لبند توازن ليست خاضعة لقانون الدولة المتعاقدة ولكنها خاضعة للقانون الدولي. هو لا يعتقد بوجود قانون دولي للعقود ولكن حتى ولو كان كذلك

¹ - Ibid., p. 307.

فإن القانون الدولي يتضمن المبدأ الأساسي والراسخ لسيادة الدولة الدائمة على مواردها وثرواتها الطبيعية¹.

في هذا الصدد بعض النصوص التي تم إدراجها في عقود من هذا الصنف مفادها أن العقد يحكمه القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون الدولي. الغرض من ذلك هو تهرب خضوع العقد إلى القانون الداخلي للدولة المستضيفة وبذلك الحصول على بند توازن مموه أو غير مباشر². حسب رأي البروفيسور De Arechaga فإن مثل تلك النصوص المقاومة أيضا من طرف الدول النامية لا تحقق غرض التوازن المنشود وهي من جهة أخرى غير ضرورية وغير منتجة³.

إنها لا تحقق وظيفة التوازن الحقيقي لأن القانون الدولي لا يمنع التأميم ولا الفسخ الناجم للعقد، بشرط دفع تعويض ملائم⁴.

كما أنها غير ضرورية لأن القانون الدولي هو دائما الواجب التطبيق على الحالة الناجمة عن فسخ عقد أو تأميم المؤسسة بدون تعويض عادل. سيكون بتلك المناسبة مسؤولية دولية عن نزع ملكية حقوق تعاقدية، مطبقة بموجب حماية دبلوماسية بعد استيفاء طرق الطعن الداخلية، مباشرة في

¹ - Ibid., pp. 307- 308.

² - Ibid., p. 308.

راجع على وجه التحديد: Van Hecke: "الاتفاقات بين الدولة وشخص خاص

أجنبي"، حولية معهد القانون الدولي، مجلد 57، الجزء 1، ص ص 192 وما يليها؛

في تعريف المبادئ العامة للقانون الدولي راجع على وجه التحديد محاضرة

Jenings أكاديمية القانون الدولي لاهاي .

³ - Ibid., p. 308.

⁴ - Ibid., p. 308.

حالة أي نزاع ملكية آخر غير مصحوب بتعويض عادل. لتحقيق هذا الهدف فإنه ليس من الضروري النص بأن العقد يخضع لأحكام القانون الدولي. إنه ليس العقد بذاته ولكن الحالة ككل هي التي يحكمها القانون الدولي، سواء نص الأطراف على ذلك في العقد أم لا¹.

أخيرا النص على ذلك يكون غير منتجا لأن القانون الدولي لا يتضمن قواعد مناسبة تحكم العقود من هذه الطبيعة. بعض هذه العقود الطويلة الأمد - مثل امتيازات البترول للثلاثينيات - يجب أن تتكيف مع ظروف جديدة عندما يصبح بديها بأن الظروف الأصلية أصبحت أكثر فائدة لصالح الشركات. عملية التكيف هذه تكون جارية على أساس أنظمة قانون العقود الداخلي مثل نظرية بطلان العقود أو الصفقات العمومية. هذه العملية تكون أكثر صعوبة إذا كانت الشروط الدقيقة التي تحكم تغير الظروف في مجال المعاهدات تم الفشل في تطبيقها. إقصاء الطرق المرنة لتكييف العقود الموجودة في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية، وتعويضها بثبات القانون الدولي، يمكن أن يؤدي في التطبيق إلى الإخفاق التام للعلاقة التعاقدية، الوضعية التي ليست إطلاقا لا في صالح الحفاظ على قاعدة القانون، ولا في صالح حتى مصلحة الطرف الخاص في حد ذاته².

الفرع الثالث: حسن النية والعقود بين الدول والشركات أو الأفراد:

¹ - Ibid., p. 308.

² - Ibid., pp. 308-309.

في بعض الحالات هذه العقود تتضمن نصاً بأن الطرف الخاص يوافق على عدم اللجوء إلى دولة جنسيته في أي حالة ناتجة عن العقد أو ما يسمى بند كالفو (Calvo clause)¹.

الدول المتقدمة والمصنعة نازعت دوماً شرعية هذا البند الذي يتعلق بتنازل الطرف الخاص عن حق أساسي لدولته، بحماية مواطنيها في الخارج.

مع ذلك، فإن بند "كالفو" الذي بموجبه يوافق الطرف الخاص على عدم المطالبة بالحماية الدبلوماسية من دولة جنسيته، يجب أن يكون قائماً على أساس مبدأ حسن النية، كلما كانت الحكومة الطرف متوقعة لاحترام التحكيم أو بند التوازن المتضمن في العقد. إن ذلك كان مؤكداً عليه باعتراف واسع في القرارات التحكيمية بشرعية بند كالفو فيما يتعلق بأي مسألة مرتبطة بالعقد، بشرط -بطبيعة الحال- أن الحكومة الطرف تتصرف طبقاً وعملاً بالاتفاق أو العقد (also complied with the agreement)².

إن مبدأ حسن النية يربط كلا الطرفين معاً، مثلما تم وصفه من طرف محكمة العدل الدولية أنه يشكل "أحد المبادئ الأساسية التي تحكم إنشاء وتطبيق الالتزامات الدولية مهما كان مصدرها".

¹ - Ibid., p. 309.

² - Ibid., p. 309.

انتقادات ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول كرسست رفض قبول مقترح الدول المصنعة بالإشارة صراحة وفيما يتعلق بالعقود بين الدول والأطراف الخاصة، إلى مبدأ حسن النية.

مع ذلك، الدول النامية نادت بأن هذا المبدأ العام يطبق على كل التزامات الدولة. وأن إدراجه على الخصوص في الواجبات المحددة في المادة 2 يؤدي إلى الإخلال بتوازن الحالة فيما يتعلق بباقي التزامات الدول المحددة أيضا في الميثاق، مثل واجب تجنب استعمال الإكراه coercion وعدم التدخل¹.

إن عدم إدراج مبدأ حسن النية في هذه النقطة الخاصة لا يعني بأن واجب تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية تم إقصاءه من الميثاق. هذا ينجم من الفصل 1 رقم 1 فقرة 1 من الصك التي تطبق على كل الالتزامات المذكورة فيها بما فيها المذكورة في المادة 2 وتنص: "العلاقات الاقتصادية والسياسية وكل العلاقات الأخرى بين الدول يجب أن تخضع من بين أمور أخرى إلى المبادئ التالية: (1) تنفيذ الالتزامات الدولية بحسن نية"².

المادة 33 (2) من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول أيضا تنص على ما يلي:

"في تفسيرها وتطبيقها فإن أحكام هذا الميثاق مرتبطة بعضها ببعض وكل نص يجب أن يدرك بمفهوم الأحكام الأخرى".

¹ - Ibid., p. 309.

² - Ibid., p. 310.

في الخلاصة السفير Castanada قد لاحظ، مؤكداً على خبرته كرئيس لجنة الصياغة، أن تفسير الحكم الحالي للميثاق المذكور هنا بأن: "الميثاق يقبل بأن القانون الدولي يمكن أن يتفاعل كعامل مقيد لحرية الدولة عندما تكون مصالح الأجانب متأثرة، حتى وإن كانت المادة لم تنص على ذلك صراحة. من وجهة نظر قانونية ينجم ذلك من الأحكام المتضمنة في مواد أخرى من الميثاق المذكور التي يجب أن تفسر وأن تطبق مجتمعة مع المادة 2".

المبحث الثاني: القانون الدولي للعقود والحماية القانونية للاستثمار الخارجي:

المطلب الأول: القانون الدولي للعقود:

الفرع الأول: الصبغة الدولية للقانون الدولي للعقود:

إنه بموجب القانون الذي يحكم ما نطلق عليه عادة اسم عقود الدولة **State contracts**، بمعنى العقود المبرمة بين دولة وشخص أجنبي خاص، خاصة في إطار عمليات الاستثمار، فإن هوية القانون الدولي تصبح أكثر غموضاً.

لقد حاول البروفيسور **Prosper Weil** أن يوضح في مؤلفاته بأن البعض من هذه العقود على الأقل، تجد مركز ثقلها في المدار الدولي وهي وسيلة العلاقات بين الدولية. رغم كونها تجارية من حيث طبيعتها ومن حيث موضوعها، فإنها مرتبطة بالسياسة الخارجية للدول، والتي تشكل جزءاً أساسياً منها. يكون ذلك بطبيعة الحال عندما تكون هذه العقود مؤطرة

بمعاهدات الاستثمار: فإنه بمجرد كون حكومتين تيرمان اتفاقية استثمار فإن ذلك وحده كاف لإبراز المصلحة السياسية التي تمثلها لمسألة استثمارات رعايا الدولة الأولى داخل إقليم الدولة الأخرى. ولكن ذلك صحيح أيضا من جهة أخرى، لأن إبرام "عقود كبرى" للاستثمار في دول أجنبية أو التي يتم منحها إلى شركات أجنبية تعتبر جزءا لا يتجزأ من السياسة الخارجية. لأنه إذا كان حقيقة أن السياسة هي دائما التجارة فإن العكس يبقى صحيح أي أن التجارة هي دائما السياسة¹.

لقد لا حظ القاضي Gross أن: " تقديم العلاقات بين مستثمرين خواص ودولة بأنها علاقات القانون الداخلي المحض، لم يعد يرتبط مع الوقائع الاقتصادية الحالية".

إن فإن الفقيه Weil يرى أن بعض عقود الدولة تجد أساسها متجذرا في النظام القانوني الدولي، حتى أنه يمكن تسجيل رؤية عقود القانون الدولي، بمعنى تصرفات قانونية تعاقدية مدمجة في النظام الدولي إلى جانب المعاهدات الدولية. مع ذلك، يرى البروفيسور Weil أن ذلك لا يقتضي حتما وفي كل الحالات خضوع هذه العقود إلى قواعد القانون الدولي، ولكن ذلك يقتضي أنه يمكن أن تخضع لها إما بسبب طبيعة المسألة المعنية وإما بسبب إرادة الأطراف: لذلك فإن عقد القانون الدولي يكون في نفس الوقت عقد مدوّل «un contrat

.internationalisé»

¹- Prosper WEIL, « Le Droit International en quête de son identité », Cours général de Droit International Public, pp. 95-100.

إذا كانت هذه الأفكار قد واجهت مقاومة فقهية شديدة، فإن انتقاداتها أقرت بأن، سواء كانت متجذرة أم لا في النظام الدولي، فإن عقد الدولة يمكن أن يخضع دائماً للقانون الدولي جزئياً أو كلياً، بإرادة الدول أو الأطراف، لقد أكد ذلك معهد القانون الدولي. كما أن الممارسة الحالية تقدم عدة أمثلة في هذا الاتجاه. ما يجدر ملاحظته على وجه التحديد في هذا الصدد هو المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة لمركز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI)¹، التي تقرر أن المحكمة التحكيمية تفصل في المنازعة الناشئة عن استثمار "طبقاً لقواعد القانون المتبناة من طرف الأطراف" وفي غياب مثل ذلك الاتفاق " فإن المحكمة تطبق قانون الدولة الطرف في المنازعة، بما فيها القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وكذا مبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق". إنه ليس أقل شدا للانتباه المعاهدة الفرانكو-بريطانية لعام 1986 المتعلقة ببناء النفق الموجود تحت بحر المانش التي تقرر بأن، لغرض تسوية المنازعات المتعلقة بالامتيازات الممنوحة إلى شركات خاصة لأجل بناء واستغلال النفق، فإن المحكمة التحكيمية يمكن أن تطبق، بالإضافة إلى الأحكام المعنية من المعاهدة ومن الامتياز وقواعد القانون الفرنسي أو

¹ - المادة 25 من هذه الاتفاقية تحدد اختصاص CIRDI بتسوية المنازعات ذات الطابع القانوني ... التي لها علاقة مباشرة مع استثمار"، دون تعريفها مع ذلك لهذا المفهوم. راجع على وجه التحديد:

Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler, Mathias Forteau, Alain Pellet, « DROIT INTERNATIONAL PUBLIC », LGDJ, 2009, esp. pp.1211-1232.

القانون الانجليزي: " المبادئ المعنية من القانون الدولي " (المادة 19 فقرة 6).

بمعنى مهما كان الطرح القانوني المتخذ، فإنه يجب الإقرار بأن بعض جوانب عقود الدولة يمكن أن تحكم بموجب قواعد القانون الدولي و، بالتلزم، فإن المحاكم التحكيمية المدعوة للفصل في المنازعات المتعلقة بتلك العقود يمكن أن تطبق مبادئ وقواعد القانون الدولي. العائق المتمثل في كون أن أحد الأطراف هو شخص خاص هو عائق جدي، لأنه لا يمكن اعتبار الطرف المتعاقد الخاص شخص من أشخاص القانون الدولي. إن ذلك ليس مبطلاً لتلك الدرجة، لأنه على وجه القياس فإن محكمة العدل الدولية لم تتردد في التحليل بأن العلاقة بين منظمة دولية وموظفيها لها طابع دولي، واعتبرت المحكمة الإدارية لمنظمة دولية بأنها محكمة دولية، في حين أنه لا يمكن لأحد أن يرى الموظف الدولي بأنه شخص القانون الدولي.

الفرع الثاني: خصائص القانون الدولي للعقود:

وهنا تثار المسألة الأساسية: ما هي مبادئ وقواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على عقود الدولة؟ هل هي مبادئ وقواعد قانون المعاهدات؟ بالتأكيد لا، لأن عقد الدولة ليس معاهدة دولية، وقواعد قانون المعاهدات يسيطر عليها مبدأ الثبات وهي بصفة واسعة غير ملائمة في حالة عقد الاستثمار، الذي ينتمي إلى طرح أكثر تطوري، وتسيطر عليه فكرة الحفاظ على التوازن العقدي. إذن يجب الرجوع إلى القانون الدولي

للعقود، الذي بعض عناصره هي مستوحاة من قانون المعاهدات الدولية، والبعض الآخر من قانون العقود الداخلي الخاص أو الإداري. ويؤكد البروفيسور Weil على القانون الدولي للعقود، بمعنى قواعد القانون الدولي التي تحكم العقود. بعض المؤلفين تردّدوا عن الحديث في هذا الصدد عن القانون الدولي وفضلوا التمسك بمفاهيم أقل تأكيداً، رغم إقرارهم بانفصالها عن الأنظمة القانونية الداخلية، ويتجنبون القفز إلى التدويل رغم احتكاكها بالطابع الدولي: قانون عبر دولي *droit transnational*، قانون شبه دولي، إلخ. إذن لماذا لا نسمي الأشياء بمسمياتها، وأن القانون الدولي المطبق على عقود الدولة هو قانون دولي؟

حتى وإن كان القانون الدولي للعقود في بداية نشأته، يمكن التساؤل ما إذا كان الأمر يتعلق بفرع مستقل من القانون الدولي، لأنه خلافاً للقانون الدولي فإنه يحكم العلاقات القانونية التي أحد أطرافها لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية.

وخلص البروفيسور Weil في تحليله إلى أن القانون الدولي للعقود هو قانون دولي تماماً مثل القانون الدولي للمعاهدات أو قانون البحار أو قانون الحرب.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى الفلسفة التي عبر عنها الحكم بالمناسبة للمحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية مراسيم الجنسية الصادرة في تونس والمغرب:

" إن مسألة معرفة ما إذا كانت مادة معينة تدخل أو لا تدخل في المجال الاستثنائي للدولة، هي مسألة نسبية أساساً؛ إنها تتوقف على تطور العلاقات الدولية".

المطلب الثاني: الحلول القانونية المتبناة من طرف الدول المصدرة والدول المستضيفة للرأسمال الأجنبي:

الفرع الأول: الحماية القانونية للاستثمارات الخارجية:

يرى البروفيسور BROWNIE أن هناك أدب قانوني واسع حول وسائل حماية الاستثمارات الخارجية، وأنه تم إبداء مقترحات لغرض إنشاء تقنيات استثمار متعددة الأطراف. وفي الممارسة الدولية فإن الحماية القانونية هي مؤسسة على اتفاقيات استثمار وتعاون ثنائية، ضمانات مقدمة إلى المستثمرين من طرف حكومات الدول المصدرة لرؤوس الأموال، واتفاقات بين المستثمر والدول المستقبلية. الدول المستثمرة تحاول الحصول على حلول للمنازعات التي يمكن أن تثور خارج ولاية المحاكم الوطنية للدول المستقبلية للاستثمار بموجب بنود ملائمة حول الولاية وحول القانون الواجب التطبيق. بعد اقتراح من البنك الدولي فإن مركزاً دولياً لحل منازعات الاستثمار تم تأسيسه، الذي دخل حيز النفاذ منذ 14 أكتوبر 1966، ولغاية 30 جوان 1998 بلغ عدد الدول الأطراف 129. المركز له الاختصاص حول "أي منازعة قانونية ناجمة مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة، أو أي فرع أو وكالة لدولة معينة من طرف تلك الدولة إلى المركز، مع رعية دولة أخرى، حيث الأطراف المتنازعة تقبل كتابة خضوعها

للمركز". مع ذلك، فإن الحكومات المستثمرة لا تسلم بالرأي الذي مفاده أن اتفاقات الامتيازات التي تقتضي دولاً مستقبلية وشركات أجنبية أنها "اتفاقات دولية" وليست عقود القانون الخاص. الاتفاقية المؤسسة لوكالة ضمان الاستثمار المتعدد الأطراف (MIGA) تتعلق *inter alia* -، أي من بين أمور أخرى، بإيجاد ضمانات ضد المخاطر غير التجارية¹.

الدول المستقبلة للاستثمارات الخارجية تريد تشبيه المستثمرين الأجانب مع رعايها الخاصة بها، وفي المعاهدات تريد تكريس معيار نموذجي standard بالمعاملة المتساوية أو بالمعاملة بالمثل، بالقيام بمنح امتيازات إلى الأجانب. لقد كان يتم في ممارسة دول أمريكا اللاتينية إدراج "بند كالفو" «Calvo clause»، الذي سبق ذكره أعلاه، والذي بموجبه يوافق المستثمر الأجنبي على عدم المطالبة بالحماية الدبلوماسية لدولته وبإخضاع المنازعات الناشئة عن العقد إلى القضاء المحلي. أغلب فقهاء القانون والحكومات أنكرت صحة مثل هذا البند، ولكن المحاكم الدولية منذ 1926 قد أثبتت درجة من قبول هذا الشرط. من حيث المبدأ، فإن شرط في عقد ينتمي إلى القانون الخاص لا يمكن أن يجرّد الدولة من حق ممارسة الحماية الدبلوماسية أو من ولاية محكمة دولية. مع ذلك، يمكن للمحكمة أن تفسر الاتفاق الذي يخولها الولاية بطريقة تؤدي إلى قبول ذلك البند، خاصة عندما يطلب المتعاقد الأجنبي استعمال الحماية الدبلوماسية كوسيلة للتهرب من التزاماته. على كل حال فإن أعمال قاعدة استنفاد طرق

¹ - Ian BROWNLIE, "PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW", Oxford University Press, 6th Ed, 2003, pp. 520-522.

الطعن الداخلية تجعل من هذا الشرط زائدا وغير ضروريا، طالما، أن انتهاك عقد القانون الخاص ليس فعلا غير مشروع دوليا وأن حق الحماية الدبلوماسية لا يثور إلا في حالة إنكار العدالة أثناء عملية استنفاد طرق الطعن في المحاكم الداخلية. الشرط لا يكون زائدا إذا كان الاتفاق الذي يخول الولاية لمحكمة دولية يستبعد أعمال قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية ولكنه يدرج في مقتضياته أثر بند كالفو. الأثر العملي لذلك البند في التحكيم كان منع المنازعات العقدية أن تكون موضوع الحماية الدبلوماسية أو محل إجراءات دولية من غير حالة إنكار العدالة¹.

الفرع الثاني: مسألة انتهاك وإبطال عقد الدولة:

يلاحظ البروفيسور BROWNLIE أن الحكومات تبرم عقودا ذات أنواع متعددة مع الأجانب أو الأشخاص القانونية المعنوية الأجنبية: اتفاقيات القرض، عقود التوريد والخدمات، عقود التشغيل، عقود استعمال حقوق الملكية الصناعية وغيرها بموجب رخصة، عقود لأجل إنشاء أو تشغيل أنظمة النقل أو الهاتف، عقود تخول الحق الحصري لاستغلال الموارد الطبيعية مقابل حصة تناسبية «concession agreements» واتفاقات الاستكشاف والإنتاج المشترك.

فالدولة المتعاقدة يمكن أن تتصرف انتهاكا للعقد، كأن تشرع بطريقة تجعل من العقد باطلا (مثل أن تصدر قيود على التصدير أو على الزواج)،

¹ - Ibid., p. 522.

أو أن تستعمل سلطاتها ضمن القانون الداخلي لإبطال العقد،... إلخ. فما هو الوضع طبقاً للقانون الدولي؟

من حيث المبدأ، هذا الوضع هو منظم بموجب المبادئ العامة التي تحكم معاملة الأجانب. لأن تصرف الدولة المتعاقدة سيرتب مسؤولية دولية إذا شكل، في حد ذاته أو بتوفر ظروف إضافية، حالة إنكار العدالة -بالمفهوم الضيق للمصطلح- أو تأميم مخالف للقانون الدولي. الرأي العام هو أن انتهاك عقد لا يربط مسؤولية دولية على المستوى الدولي. حسب هذا الرأي فإن ممارسة دولة لسلطاتها التنفيذية أو التشريعية لغرض تهديم الحق التعاقدي يدخل ضمن نطاق التأميم. وبالتالي فإن ذلك التصرف يؤدي إلى المسؤولية الدولية بنفس الشروط مع حالة التأميم. إنه يتم تقرير دائماً أن الفسخ يكون غير شرعي إذا كان تعسفياً أو تمييزياً. هذه الأحكام تشمل حالتين: أولاً، التصرف الموجه ضد فرد أو جنسية أو عرق معين يكون تمييزي. ثانياً، التصرف الذي يغيب فيه مبرر المصلحة العمومية يكون تعسفياً. الحكومة التي تتصرف بحسن نية تتجنب إصدار تشريعات أو فرض قيود تجارية تؤدي إلى إبطال أو عدم نفاذ الحقوق التعاقدية. إنه من الصعب اعتبار تلك التصرفات غير مشروعة على المستوى الدولي¹. هناك مدرسة فقهية ترى أن انتهاك عقد دولة من طرف الحكومة المتعاقدة يربط في حد ذاته مسؤولية دولية. الفقيه Jennings أثبت أنه لا مبرر للاعتراضات على وجود قانون دولي للعقود - أنظر رأي الفقيه

¹ - Ibid., p. 523.

P. WEIL أعلاه - وأشار بأنه في مجال الجنسية مثلاً فإن الحقوق الناشئة بموجب القانون الداخلي يمكن أن تقدر طبقاً للمعايير النموذجية للقانون الدولي. كما أن حالات الوضعيات العقدية التي تثير إنكار العدالة الموجودة في الاجتهاد القضائي التحكيمي تم معاملتها على أنها عقود عندما يتعلق الأمر بحلول التعويض أو الجبر. كما يشير الفقيه Jennings إلى بند كالفو الذي يرى أن طالما له نفاذه على المستوى الدولي فلا يمكن اعتباره مسألة محضة للقانون الداخلي.

إن أنصار طابع القانون الدولي لعقود الدولة يستعملون عادة الحجج المؤسسة على نظرية الحقوق المكتسبة وعلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويستندون إلى بعض قرارات المحاكم الدولية¹. بصرف النظر عن استحقاق هذه الحجج، يجدر الاعتراف بأنه يوجد شيء من تأسيس الدليل حول الاتجاه الذي يؤيده أنصار هذه المدرسة طبقاً للقانون الموجود.

إن ممارسة الدول الرائدة المصدرة لرؤوس الأموال، الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، تشترط بوضوح بعض العناصر، بالإضافة إلى انتهاك العقد، التي يمكن أن تشكل مصادرة أو إنكار للعدالة بالمفهوم الضيق. بتحليل معظم الأحكام التحكيمية المستند عليها تأييداً للرأي الذي مفاده أن انتهاك عقد من طرف دولة متعاقدة هو فعل غير مشروع دولياً وجدت أنها لا صلة لها بالموضوع. إما بسبب أن المحكمة المعنية لم تطبق القانون الدولي، وإما بسبب أن حكم المحكمة بقي في بعض عناصره لا يتعلق

¹ - Ibid., p. 524.

بانتهاك العقد. لا يوجد دليل على أن مبادئ الحقوق المكتسبة و العقد
شريعة المتعاقدين أن لها الآثار الخاصة المقتنع بها. إن نظرية الحقوق
المكتسبة لا تصلح إلا في بعض الحالات¹.

إن قواعد القانون الدولي العام تقبل التطبيق العادي لقواعد القانون
الدولي الخاص، وعندما يثور ادعاء بانتهاك عقد بين أجنبي ودولة، الحل
يتم الفصل فيه طبقا لنظام القانون الداخلي المحدد طبقا لقواعد القانون
الدولي الخاص. هناك مسائل أخرى تثار إذا اختار الأطراف في عقد
الدولة صراحة القانون الواجب التطبيق من دون القانون الداخلي، سواء "
المبادئ العامة للقانون" أو القانون الدولي العام. إن اختيار الأطراف
للقانون الدولي العام يعني حسب بعض الفقهاء إدراج العقد على المستوى
الدولي، ولكن ذلك ليس صحيحا لأن عقد الدولة ليس معاهدة ولا يمكن أن
يرتب مسؤولية دولية كالتزام دولي. في الممارسة فإن بنود اختيار القانون
الواجب التطبيق في عقود الدولة عادة ما يتم تحديد القانون الداخلي
و"المبادئ و قواعد القانون الدولي العام الواجبة التطبيق"، و في مواجهة
تلك البنود فإن المحكمين لهم سلطة تقديرية في اختيار الدور الدقيق للقانون
الدولي.

المحكمة في القضية بين Aminoil و الكويت قررت بأنه باختيار
القانون الواجب التطبيق أنه قانون الكويت، فإن القانون الدولي العام هو

¹ - راجع في تفصيلات ذلك I. Brownlie ، مرجع سابق الذكر، ص ص 524-

جزء من قانون الكويت، و على كل حال فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار "الإرادة الشرعية للطرفين".

هناك معايير نموذجية خاصة Specialized standards مقررة في اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية. فالمادة 1105 تنص على أنه: "كل طرف يجب أن يمنح لاستثمار المستثمرين أي للطرف الآخر معاملة طبقا للقانون الدولي، بما في ذلك المعاملة العادلة و المنصفة و الحماية والأمن التامين"¹.

خاتمة:

لقد اختلف فقهاء القانون الدولي هو تحديد الجوانب القانونية التي تحكم عقد الدولة الذي يربط دولة من جهة وشخص أجنبي خاص من جهة أخرى. هناك من يغلب الطابع الدولي على عقد الدولة ويدخله ضمن النظام الدولي وهناك من يغلب الطابع الخاص على عقد الدولة ويدخله ضمن نظام القانون الداخلي ولكل حججه الخاصة به كما رأينا. ويترتب عن ذلك أن بعض الفقهاء يرتب المسؤولية الدولية على انتهاك عقد الدولة بينما فقهاء آخرون يستبعدون هذا الطرح إلا بصفة غير مباشرة.

كما لاحظنا وجود تيار جديد من الفقهاء الذي ينادي بوجود فرع مستقل من القانون الدولي هو القانون الدولي للعقود.

كما أنه تجدر الإشارة إلى وجود رأي آخر مفاده أن تطبيق القانون الدولي أو القانون الداخلي أو القانون الدولي الخاص يكون حسب تأصيل

¹ - Ibid., p. 527.

المنازعة. إما على مستوى عقد الدولة في حد ذاته فتكون المنازعة عقدية contentieux contractuel فيطبق القانون الدولي الخاص أو القانون الداخلي، وإما تركز المنازعة على مستوى الاتفاقية الإطار أي على مستوى العلاقات الدولية فتكون المنازعة تعاقدية contentieux conventionnel ومن ثمة وجوب تطبيق القانون الدولي ومبادئه¹.

قائمة المصادر والمراجع:

أ- الكتب:

- 1- frede castberg, "international law in our time", rcadi, 1973 (1), tome 138, a. w. sithoff, leyde 1974.
- 2- eduardo jimenez de arechaga, "international law in the past third of a century", rcadi, 1978, i, vol.159, sithoff, leyde.
- 3- nguyen quoc dinh, patrick dailler, mathias forteau, alain pellet, « droit international public », lgdj, 2009.
- 4- ثيودور موران، " الشركات المتعددة الجنسيات"، ترجمة جورج خوري، مراجعة الدكتور منير لطفي، دار الفارس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1994.

ب- الكتب على مواقع الأنترنت:

- prosper weil, « le droit international en quête de son identité », cours général de droit international public.
- ian brownlie, "principles of public international law", oxford university press, 6th ed, 2003.

¹ - راجع في تفصيلات ذلك:

Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler, Mathias Forteau, Alain Pellet, op.cit., esp. pp.1231-1232.